

# 行政事件訴訟法における

## 仮の義務付け・仮の差止め制度の研究 (二・完)

——仮命令制度・執行停止制度との比較の見地からする考察——

長谷川 佳彦

### 目次

はじめに

第一章 制度創設までの経緯

第一節 行政事件訴訟法改正前の状況

第二節 行政訴訟検討会における議論状況

第二章 仮命令制度・執行停止制度との比較

第一節 執行停止制度との比較

第二節 要件の構造面における仮命令制度との

共通性と差異 (以上、五九卷五号)

第三節 決定内容多様化の可能性と限界

第三章 仮の義務付け決定に従って行われる

行政処分 の性質をめぐる問題

第一節 問題の諸相

第二節 問題の考察

補論 紛争複雑化の回避

おわりに (以上、本号)

## 第二章 仮命令制度・執行停止制度との比較

### 第三節 決定内容多様化の可能性と限界

とはいえ、前節で述べたことは、要件の構造の面で仮の義務付け・仮の差止め制度と仮命令制度を比較した限りにおいてのことである。それに対しては、決定内容の面で両制度を比較することもできるのであって、そのような比較から両制度の質的な相違が見出されることも十分に考えられる。そこで本節では、仮命令制度と比較した場合における仮の義務付け制度・仮の差止め制度の特質を、決定内容の面から探ってみることにしよう。

#### 1 満足的仮の救済

(1) 決定内容に関して最初に触れておきたいのは、満足的仮の救済の問題である。ここでいう満足的仮の救済とは、申立人の本案訴訟における請求に終局的な満足を与えて、本案判決を必要とする仮の救済のことであるが、そのような仮の救済は、暫定性や本案訴訟に対する付随性に反するように思われる。そこで、満足的仮の救済が許されるか否かについて、仮の義務付け・仮の差止め制度と仮命令制度の間で何らかの違いが生ずることはないのか、という問題を挙げることができる。

(2) まず、仮命令制度の場合について言えば、確かに、仮命令の暫定性や本案訴訟に対する付随性から、本案判決を不要とする満足的仮命令の発付は禁止されるという原則が立てられている<sup>(93)</sup>。だが、その場合でも、満足的仮命令が

申立人にとって権利の喪失を防ぐ唯一の手段であるときには、ドイツ連邦共和国基本法一九条四項に基づく実効的権利保護の要請から、そのような仮命令の発付も例外的に許されるなどと説かれている。<sup>(94)</sup>そして、裁判例の中にも満足的仮命令の発付を認めたものが存在する。例えば、ある政党が特定の日公会堂で連邦規模の会議を開催すべく、その利用許可を求めて仮命令の申立を行った事例において、求められた仮命令を発することによって当該政党が終局的な満足を得ることになるにも拘らず、申立を認容した裁判例がある<sup>(95)</sup>のである。

(3) それに対して、仮の義務付け・仮の差止め制度の場合を見ると、すでに検討会の議論の中で、「特定の日に公共施設の使用許可等の処分を求める場合」が、仮の義務付けが必要となる場合の例として挙げられていた。<sup>(96)</sup>また、裁判例を見ても、岡山地決平成一九年一〇月一五日判時一九九四号二六頁が公共施設使用許可の仮の義務付け決定を下しており、満足的仮命令を認めた右の裁判例と類似のケースにおいて満足的仮の義務付けが認められている。さらに、この岡山地裁決定は、満足的仮の義務付けが認められる理由に関して、「公演の開催予定日である平成一九年一月一二日までに……本案訴訟の判決が確定することはありえないことも明らかである」と述べているが、そのように本案訴訟による救済の可能性がない場合には、暫定性や本案訴訟に対する付随性に反することになっても満足的仮の義務付け・仮の差止め<sup>(97)</sup>を認めるべきと考えることができるのであれば、満足的仮の義務付け・仮の差止めが許容される理由付けの点でも、仮命令制度の場合との共通性を看取することができよう。<sup>(98)</sup>

(4) もっとも、以上の点で仮の義務付け・仮の差止め制度と仮命令制度の間に共通性があるとしても、満足的仮の義務付け・仮の差止めの許容性に関しては次のような問題が残されている。すなわち、右に挙げた満足的仮の義務付け・仮の差止めの事例は、決定が下されなければ期日の経過により訴えの利益が消滅してしまうため、本案訴訟によ

る救済が不可能な事例であった。だが、その一方で、理論的には本案訴訟による救済の可能性が残されているが、仮の義務付け・仮の差止め決定を行えばそれが満足的なものになるという場合も考えられる。具体的には、文化財に指定された建築物を取り壊すために、所有者が文化財指定解除処分分の仮の義務付けを求めている場合を挙げることができ<sup>(99)</sup>るが、そのような事例においても、仮の義務付け・仮の差止め決定を行うことが許されるのかという問題があるのである。そして、この問題に関しては、理論的には本案訴訟による救済の可能性が残されているのだから、満足的仮の義務付け・仮の差止め決定は許されないと考えるべきなのか、それとも、実際上本案訴訟によって救済できないときには、そのような仮の義務付け・仮の差止め決定も許されると解すべきなのか、さらに、仮に後者の見解を採用としても、仮の義務付け・仮の差止め決定が満足的なものになる以上、やはり本案要件の存否は厳格に判断すべきなのかといった点について、検討が必要であろう。<sup>(100)</sup>

## 2 付款の活用可能性と限界

(1) 以上1では、満足的仮の救済の問題について述べたが、決定内容の面で仮の義務付け・仮の差止め制度と仮命令制度を比較する場合、仮命令制度が大きな特徴を備えていることを見過ごすことはできない。それは、仮命令の内容に関する裁判所の選択裁量ないし内容形成権限 [inhaltliche Gestaltungsbefugnis] の存在である。すなわち、裁判所がいかなる内容の仮命令を発するかに関して、VwGO一二三条三項はZPO九三八条一項を準用しているが、その規定は、「裁判所は、目的を達成するためにいかなる命令が必要であるかを、自由な裁量に従って決定する。」と定めている。そのため、仮命令の内容は裁判所が裁量によって決めることができるとされており、これが選択裁量ない



し内容形成権限と呼ばれているのである（なお以下では、内容形成裁量ということにする）。この内容形成裁量が認められている実質的根拠は、申立人の権利保全及び本案判決の実効性確保という仮の権利保護の機能に求められているが、注目されるのは、この内容形成裁量により、裁判所は仮命令に条件・期限・負担といった付款を付することができる<sup>(101)</sup>とされている点である。

(2) それに対して、仮の義務付け・仮の差止め制度の場合、仮の義務付け・仮の差止め決定自体に負担を付することは、それにより行政庁ではなく裁判所が直接に申立人に義務を課すことになるので、仮の義務付けが裁判所自身が行政処分をするものではないこととの関係からして、許されないのではないかという問題がある<sup>(102)</sup>。だが、そのような場合ではなくとも、仮の義務付け・仮の差止め制度において付款を活用することができれば、個別の事案に即した柔軟な対応が可能になり、仮の義務付け・仮の差止め決定によって影響を受ける公益若しくは第三者利益に対して、付款を通じて配慮することもできるようになると考えられる<sup>(103)</sup>。そして、そのようなことが可能になれば、仮の義務付け・仮の差止め決定によって公益などに一定の支障が生ずるとしても、申立を退けることまで要しない場合も出てくると思われるので、仮の義務付け・仮の差止めの認められる余地が拡大することにも繋がるであろう<sup>(104)</sup>。そこで、仮の義務付け・仮の差止め制度においても付款を用いることができなかつたという問題が考えられるのであり、現にその活用可能性を示唆する見解も見られる。具体的には、次のような付款の活用方法が可能性として考えられ、あるいは指摘されているところである。

① まず考えられるのは、仮の義務付け・仮の差止め決定に期限を付すること、若しくは期限付き行政処分の仮の義務付け決定を下すことである。執行停止制度においてはすでに、執行停止による影響を時間的に限定すべく、一番

判決言渡の時点までなど執行停止決定に期限を付した裁判例が散見される<sup>(106)</sup>。そこで、仮の義務付け制度にあって、例えば周辺住民が事業主に対する操業停止命令の仮の義務付けを求めている場合に、操業停止命令の仮の義務付け決定に期限を付したり、あるいは期限付き操業停止命令の仮の義務付け決定を下したりすることが考えられる<sup>(107)</sup>。同様に、営業許可取消処分等の仮の差止めが求められたような場合においても、仮の差止め決定に期限を付することが可能性としては考えられる。

② 次に挙げられるのは、負担や条件付き行政処分等の仮の義務付け決定である。仮の義務付け決定自体に負担を付することには(1)で指摘した問題があるとしても、負担や条件を付した行政処分を仮に義務付けることは、そうした問題に触れるものではないと思われる。そこで、すでに指摘されているように<sup>(108)</sup>、例えば営業許可を求める仮の義務付けの申立が行われた場合に、行政庁の意見を聴き、公益等に配慮して、営業時間等の条件を付した許可を仮に義務付けるといったことが考えられる。

③ この他、付款の活用には当たらないが、執行停止に関する裁判例を参考にすると、決定内容多様化の方法として、行政処分の一部についてのみ仮の義務付け・仮の差止め決定を下すという可能性もある。すなわち、執行停止に関する裁判例の中には、行政処分の一部についてのみ執行停止を行うことにより、公益若しくは第三者利益への影響を限定しようとするものが存在するが<sup>(109)</sup>、同様の方法を仮の義務付け・仮の差止め制度にも用いることが考えられるのである。具体的には、生活保護の支給決定について仮の義務付けが求められた場合に、支給金額を申立人が生活に困窮しない程度に止めて支給決定を仮に義務付けるという方法が指摘されている<sup>(110)</sup>。あるいは、開示請求に係る行政文書に第三者の情報が記載されている場合で、当該第三者が文書開示決定の仮の差止めを求めたときに、文書の一部につ

いてのみ開示決定を仮に差し止めるといったことも、可能性としては考えられる<sup>(11)</sup>。

(3) しかしながら、以上のような付款の活用ないし決定内容多様化の可能性に対しては、いくつか問題が考えられる。

① はじめに、仮の差し止め決定に期限を付することについて言えば、執行停止決定の場合との比較からしてそれが可能性としてはあり得ても、申立人の救済の見地からすると、実際にそれを行うことは果たして妥当なのかという問題がある。なぜなら、そのような仮の差し止め決定が下された場合、期限が過ぎれば行政庁は仮の差し止め決定に従う必要がなくなり、差止訴訟の係属中でも争いの対象である行政処分を行うことが許されることになる。そこで行政庁が行政処分を行ったとき、差止訴訟の訴えの利益は消滅することになるが、そのような事態は、差止訴訟が取消訴訟と執行停止では十分な救済を得られない場合のために法定されたという趣旨に反するのではないか、と考えられるからである<sup>(12)</sup>。

もっとも、右で指摘した問題はいわば実際の運用レベルのものであろう。それに対して、仮の義務付け決定の内容多様化の可能性については、理論的に見ても、根拠法規によって行政処分の内容が羈束的に定められている場合や、処分内容の形成・選択に関して行政庁に裁量が認められる場合において、それぞれ以下のような問題がある。

② まず、前者の場合から述べると、仮の義務付け決定に関して次のような見解があることが注目される。すなわち、義務付け訴訟が認容されたならば月額二〇万円の給付をする処分が命じられる場合に、仮の義務付けとして月額一〇万円の給付を内容とする処分を命ずることが可能かという問題について、仮の義務付け決定に従ってなされる行政処分は本来の処分と解さざるを得ない以上、給付額は根拠となる行政実体法規によって一義的に決まるはずのもの

であり、そうであれば、仮の義務付けとしても裁判所が任意に定める給付額の給付を内容とする処分を命ずることはできない<sup>(113)</sup>のである。この見解を一般化して言えば、行政処分の内容が根拠法規によって羈束的に定められている場合、それに反して処分内容を一部制限したり、あるいは期限や負担などを付したりすることは許されないのではないか、という問題を挙げるができる。

③ 他方、後者の場合に関しては、仮の義務付けの申立を審理した結果、行政処分の内容を具体的に特定することはできなかったが、それにも拘らず期限や負担などを付した行政処分の発付を仮に義務付けることは、処分内容の形成・選択に関する行政庁の裁量を侵すことにならないのか、という問題が考えられる<sup>(114)</sup>。

(4) ところで、翻って仮命令制度を見た場合、右の②と③の問題はどのように考えられているのであろうか。この点、先取りをすれば、(1)で言及した仮命令の内容形成裁量の存在がポイントになっているように思われる。

(a) 最初に、③の問題に関連する議論の状況から見ると、行政庁に裁量が認められる場合、伝統的通説は、裁量の収縮があるとみえない限り勝訴見込み要件を認定することはできず、仮命令によって特定の行政行為の発付を仮に義務付けることは許されないと解している。そして、その根拠につき伝統的通説は、行政庁に認められた裁量を裁判所が代わりに行使してはならないということ<sup>(115)</sup>を挙げるとともに、次のように述べている。すなわち、行政庁による裁量権の行使に瑕疵があるに過ぎず、裁量の収縮までは認められない場合、義務付け訴訟においては指令判決ないし再決定義務付け判決 [Bescheidungsurteil] を下すことができるに止まり、特定の行政行為を義務付ける判決を下すことはできない。義務付け訴訟の場合にそうであれば、仮命令手続においても特定の行政行為を仮に義務付ける仮命令を発することは、裁量の収縮があるとみえる場合にしか許されないと<sup>(116)</sup>のである。それゆえ、仮命令の申立を審理し

ても行政行為の内容の形成・選択に關してなお行政庁に裁量が残り、行政行為の内容を具体的に特定できない場合、伝統的通説によれば、それにも拘らず期限や負担などを付した行政行為を仮に義務付ける仮命令を下すことは、許されないことになるであろう。

しかしながら、そのような伝統的通説に対して近年の有力説は、次のような理論構成を採ることにより、裁量の収縮があるとはみえない場合でも勝訴見込み要件を認定できる可能性があり、さらに命令の根拠の要件が充足されれば特定の行政行為を仮に義務付ける仮命令の発付も許されると主張している。すなわち、裁量の収縮があるとはみえないとしても、行政庁による裁量権の行使に瑕疵があるとみえる場合には、瑕疵なき裁量行使を求める請求権が存在する見込みがあるという意味で、勝訴見込み要件は認められる。そして、この瑕疵なき裁量行使を求める請求権も仮命令によって保全されるものであることに疑問の余地はないのだから、問題はいかなる方法でその請求権を保全するかということ、言い換えれば仮命令の内容にある。この点につき、仮命令制度は仮命令の内容形成裁量を裁判所に認めているから、裁量の収縮があるとみえない場合であっても、裁判所は内容形成裁量を行使して、仮命令により特定の行政行為の発付を仮に義務付けることができるというのである。<sup>(117)</sup>要するに、この有力説は、瑕疵なき裁量行使を求める請求権には指令判決ないし再決定義務付け判決が対応するというような、義務付け訴訟の場合には存在する請求権と判決内容の結合関係を、仮命令手続においては内容形成裁量を根拠に解体し、裁量の収縮があるとみえない場合でも特定の行政行為を仮に義務付ける仮命令の発付は許容されるという帰結を導いている。<sup>(118)</sup>従って、この有力説によれば、行政行為の内容の形成・選択に關して行政庁になお裁量がある場合でも、裁判所が内容形成裁量を行使して、期限や負担などを付した行政行為を仮に義務付ける仮命令を発することも認められると思われる。

(b) 他方、先の②の問題に関連する議論としては、いわゆる仮の行政行為〔vorläufiger Verwaltungsakt〕の発付を仮命令で義務付けることの許容性について説かれていることが注目される。ここでいう仮の行政行為とは、公益又は私人の利益を保護するため、行政庁に対して迅速な行動が求められているにも拘らず、本来の行政行為を行うか否かを確定的に判断するだけの資料が揃っていない場合において、後に本来の行政行為と置換されることを前提に、簡易な審理に基づいて行われる行政行為を意味する<sup>(119)</sup>。仮の行政行為についてはその性質や許容性をめぐって議論があるが、特に許容性に関しては、行政庁が仮の行政行為を行う場合に、本来の行政行為に関する法律の根拠とは別個の根拠規定が必要となるか否かということが争われている。だが、そのような議論はあるものの、裁判所が仮命令によって仮の行政行為の発付を義務付けることは、それについて実体法上の根拠規定があるか否かに関わらず、仮命令の内容形成裁量を根拠に許容されると説かれているのである<sup>(120)</sup>。従って、その説明からすると、行政行為の内容が根拠法規によって羈束的に定められているため、その内容を一部制限したり、期限や負担などを付したりすることが当該根拠法規によっては認められていない場合でも、仮命令制度においては、裁判所が内容形成裁量を行使して、そのような内容を持つ行政行為の発付を仮に義務付けることも許されるのかもしれない。

### 3 仮の義務付け決定又は仮命令に従って行われる行政処分<sup>の</sup>性質

(1) それでは、以上の仮命令制度における議論状況を前提にすると、仮命令に従って行われる行政処分<sup>の</sup>性質はどのように考えられるのであろうか。

この問題に関しては、右で扱った、仮の行政行為を義務付ける仮命令の許容性に関する説明が注目される。そこで



は、仮の行政行為について実体法上の根拠規定があるか否かに関わらず、裁判所は内容形成裁量を行使して、仮の行政行為を義務付ける仮命令を下すことができる」と説かれていた旨を紹介した。従って、その説明からすると、仮命令に従って行われる行政行為の中には、実体法規に基づかないものもあることになる。そのことは、行政行為の内容が実体法規によって羈束的に定められている場合でも、裁判所が内容形成裁量を行使して、内容を一部制限したり、期限や負担などを付した行政行為を仮に義務付ける仮命令を発することができると思えば、より明確に指摘できよう。ただ、仮命令に従ってとはいえ、なぜ行政庁が実体法規に基づかずに行政行為を行うことができるかについて、ドイツの仮命令制度に関する学説・裁判例を見る限り、理論的な説明はなされていないようである。<sup>(121)</sup>

(2) 他方で、仮の義務付け制度の場合に目を移すと、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分<sup>(122)</sup>の性質に関して、行訴法三七条の五を根拠とする仮の処分と解する可能性も、全く考えられないというわけではない。しかしながら、そのような考え方に対しては、改正行訴法により新たな処分類型が創設されたと見るのは困難であるという指摘があるが、<sup>(123)</sup> それに加えて、そもそも行政庁が行政処分を行う権限は、行政処分が裁判所の決定に従って行われる場合であっても、やはり個別の実体法規によって与えられるのではないかと考えられる。<sup>(124)</sup> さらに、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の根拠規定が行訴法三七条の五であるとすれば、仮の義務付け決定が下された場合に限りられるとはいえ、行政庁は訴訟法規によって包括的に行政処分を行う権限を与えられたことになるであろうが、わが国においてそのようなことが果たして許されるのか、という疑問を呈することもできる。

このように考えると、仮の義務付け決定に従って行われるのは実体法規に基づく本来の処分であり、<sup>(125)</sup> 裁判所も仮の義務付け決定によって、実体法規に定められていない内容を持つ行政処分の発付を命ずることはできないと言える。

そして、本節2(3)②で指摘した問題については、行政処分の内容が実体法規によって羈束的に定められているとき、裁判所はそれに反して処分内容を一部制限したり、あるいは処分に期限や負担などを付したりして仮の義務付け決定を下すことはできないと考えられる。

(3) もっとも、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質からして、以上の限界があるとしても、なお次の点を指摘することができる。

まず、期限付き行政処分の仮の義務付け決定を下すことが、当該処分の根拠規定に反する場合でも、執行停止決定の場合と同じく、仮の義務付け決定自体に期限を付することは許されると考えられ、そのような決定によっても期限付き行政処分の仮の義務付け決定と同様の目的を達成することができる。また、月毎の金銭給付に係る行政処分に関して、給付額を制限した処分の仮の義務付け決定を下すことが当該処分の根拠規定に反するとしても、裁判所が仮の義務付け決定自体に期限を付することにより、給付額全体の調整を図ることは可能であると考えられる。そうすると、行政処分に期限を付したり、給付額を制限することが根拠規定では認められていないため、そのような内容を持つ行政処分の仮の義務付け決定を下すことが許されない場合があるとしても、そのことは仮の義務付け制度の運用に大きな影響を及ぼさないように思われる。

また、右で述べた運用は、期限の付加や給付額の制限が根拠規定によって容認されているものの、処分内容の形成に関して行政庁に裁量があり、仮の義務付けの申立を審理しても、処分の具体的内容を特定できない場合にも可能なものである。だが、その点に関しては、そもそも裁判所が仮の義務付け決定を下すに当たって、行政処分の内容を具体的に特定する必要があるのかという問題もある。というのも、義務付け訴訟の請求認容判決においては行政庁に



対して「一定の処分」をすべき旨が命じられ、仮の義務付け決定の場合にもそれと同じように考えることができる。そこでいう「一定の処分」とは幅のある概念であるからである。従って、仮の義務付け決定を下す場合、裁判所はいかなる内容の付款を付するかなど、行政処分の内容を具体的に特定する必要はなく、その判断は行政庁に委ねることができる<sup>(126)</sup>。

(4) この他、本節2(4)(a)で紹介したドイツの議論を参考にすると、仮の義務付けの本案要件が認められるためにはどの程度のことが必要されるのか、という問題も指摘できるであろう。この問題が明確に現れるのは、行政処分を求める申請に関して複数の申請拒否事由が規定されているところ、そのうちの一つの拒否事由 $\alpha$ に該当する事実があるとの理由で行政庁から申請拒否処分を受けた申立人が、右行政処分の仮の義務付けの申立を行ったというような事例においてである。そこでは、拒否事由 $\alpha$ に該当するという行政庁の判断に誤りがあるとみえるけれども、 $\alpha$ 以外の拒否事由該当性がないとみえるときまでは言えない場合でも、本案要件を肯定できるのかということが問題になる。この点、義務付け訴訟の場合には、拒否事由 $\alpha$ に該当するという行政庁の判断に誤りがあることに加えて、 $\alpha$ 以外の拒否事由該当性がないことが認定できなければ義務付け判決は下せないのであるから、それに対応して、本案要件を肯定するためには、 $\alpha$ 以外の拒否事由該当性がないとみえることまで必要であるとする見解がありうる。だが、それに対しては、仮の義務付け決定は本案判決の実効性を確保するために行われるもので、義務付け判決とは機能を異にするから、本案要件に関してそこまで厳格な要求をすべきではないという見解も考えられるところであり、なお慎重な検討が求められよう<sup>(127)</sup>。

(63) Hans-Uwe Erichsen, Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, Jura 1984, 644 [653]; Schoch/Schmidt-Abmann/

Pietzner (Anm. 54), § 123 Rn. 137; Klaus Finkelburg/Mathias Dombert/Christoph Kulpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. (2008), Rn. 231.

(94) Erichsen (Anm. 93), S. 653; Finkelburg/Dombert/Kulpmann (Anm. 93), Rn. 231.

(95) OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 6. 1985, NJW 1985, 2347. この裁判例は、満足的仮命令の発付を認める理由として、上級審における審理の期間なども考えると会議開催予定日までに本案判決が確定する見込みはないこと、並びに当該予定日を過ぎれば本案判決を求める申立人の訴えの利益が失われることを挙げている。他に、類似の状況において満足的仮命令の発付を認めた裁判例として、VGH Mannheim, Beschl. v. 11. 5. 1995, DVBl. 1995, 927.

(96) 検討会第二六回会合配布資料「執行停止以外の仮の救済」[仮の義務付け・仮の差止め] (検討参考資料) を参照。

(97) 本案訴訟による救済が不可能であるために、満足的仮の差止めが問題になるケースとしては、特定の日に係る公共施設の使用許可を施設使用予定者に与えないよう、第三者が仮の差止めを求める場合がさしあたり考えられる。

(98) なお、本文で述べた満足的仮の義務付けが認められる理由は、特定の日に係る公共施設使用許可の取消処分に対して執行停止決定を受けることにより、申立人が終局的な満足を得ているケースが従来から散見されること (近時の裁判例として、仙台高決平成一九年八月七日判タ一二五六号一〇七頁) との整合性にも求めることができる。

(99) 野呂・前掲注(45)二六六頁。なお、拙稿・前掲注(50)六五八頁では、満足的仮命令の例として、建設許可の付与を義務付ける仮命令や環境情報の開示を義務付ける仮命令を挙げたが、それらの例においても同様の事態が問題になるであろう。

(100) この点、野呂・前掲注(45)二六六頁以下は、紛争を類型化して予め仮の義務付けを排除するのではなく、仮の救済の必要性や本案勝訴の見込みについて高度の疎明があり、申立人を本案判決まで救済しないことが極めて不当となるような事情の下では、仮の義務付けが許容される余地があると考える方が、妥当な解決が得られるように思われると述べる。

(101) 以上の点につき、拙稿・前掲注(50)六五五頁以下を参照。また、仮命令における付款の活用例に関しては、拙稿・前掲注(68)九七二頁以下を参照。

(102) 塩野・前掲注(60)二二三頁。

(103) もっとも、本節1(3)で引用した岡山地裁決定は、申立人が相手方に施設利用料を納付することを条件として、公共施設の利用を仮に許可するよう義務付けている。

(104) なお、森稔樹「行政行為の附款の機能」早稲田法学会誌四六卷(一九九六年)一一一頁は、ドイツの議論を参照した上で、行政行為の付款が有する基本的機能として、行政庁と相手方との利害の一致、行政実務の柔軟性、及び相手方の利益と第三者の利益ないし公益との調整を挙げている。行政行為の付款の機能に関しては、さらに芝池義一『行政法総論講義〔第四版補訂版〕』(有斐閣、二〇〇六年)一九一頁以下も参照。

(105) この点に関して、野呂・前掲注(45)二六七頁は、仮の義務付けの内容を、申立人が義務付け訴訟で勝った場合に得られるであろう内容よりも控えめなものにする場合、公共の福祉への影響や本案勝訴の見込みに関して相対的に緩やかな判断をすることが可能になるであろうと言う。

(106) 執行停止決定に期限を付した裁判例として、大阪地決昭和五四年一月二六日判タ三八七号一〇八頁、東京地決平成一五年一〇月三日判時一八三五号三四頁、佐賀地決平成二一年一月一九日判例集未登載など。

(107) また、継続的な金銭給付に係る行政処分等の仮の義務付けに関して言えば、申立人が置かれた状況に応じて、仮の義務付け決定の効力発生時期や行政処分を行う時期を調整することも考えられる。例えば、生活保護の支給決定を仮に義務付ける場合に、申立人の困窮度に応じて、仮の義務付け決定の効力発生時期を決定言渡の一ヶ月後としたり、決定言渡の一ヶ月後に支給決定を行うよう命じたりすることがありうる。さらに、場合によっては、仮の義務付け決定言渡の時点よりも前に遡って支給決定を行うよう義務付けることも検討されてよいであろう。この点に関する仮命令制度の裁判例につき、拙稿・前掲注(50)六七九頁注(136)を参照。

(108) 野呂・前掲注(45)二六七頁。

(109) 行政処分の一部執行停止を行った裁判例として、例えば、広島地決昭和四二年一月一日行集一八卷一一号一四二九頁、広島地決昭和四七年一〇月二七日判タ二八六号三〇四頁、松江地決昭和五四年一月二六日判タ四一二号一〇三頁。

なお、行政処分の一部執行停止に関して、植村・前掲注(44)二四六頁注(3)は、学生の退学処分に対して執行停止が行われる場合につき、「所定の単位の取得により卒業の認定を受けることができる部分を除いて退学処分の執行を停止する」という形で、とりあえず聴講や単位取得を認める方法を提言する。また、藤田・井関・佐藤・前掲注(43)七〇頁以下、二二一頁は、公務員の免職処分に対して、俸給の支払を認める限度で執行停止をすることが可能か否かという問題を指摘している。

(110) 野呂・前掲注(45)二六七頁。

- (111) なお、付款の活用可能性として、期限付き行政処分への差止めと負担や条件付き行政処分への差止めは挙げなかった。これは、主たる行政処分が差し止められる以上、それに付款を付するということが考えられないことによる。
- (112) それに対して、申立の対象とされた行政処分の一部についてのみ仮の差止めを行うことは、申立人の救済に鑑みても許される場合があるだろう。例えば、複数の店舗について医薬品販売業の許可を受けた者に対して、その全ての店舗での販売業務を禁止する処分が下されようとしている場合に、一部の店舗での販売業務の禁止については差止訴訟と仮の差止めによって救済をする必要があるけれども、残りの店舗での販売業務の禁止に関しては取消訴訟と執行停止によって十分救済ができるというケースが考えられよう。
- (113) 南＝高橋編・前掲注(33)六七八頁(永谷典雄)。
- (114) この他、注(107)でその可能性を指摘した、仮の義務付け決定言渡の時点よりも前に遡って生活保護の支給決定を行うよう仮に義務付けることに関しては、通説・判例によれば執行停止決定に遡及効が認められていないこととの関係が問題になる。ただし、この問題を考えるに当たっては、仮処分の場合にいわゆるバック・ペイが認められていることとの整合性も考慮する必要がある。参照、塩野・前掲注(60)一八八頁、一九〇頁。
- (115) 指令判決ないし再決定義務付け判決とは、VWG O一一三条五項二文に定められている判決の形式であり、義務付け訴訟において裁量の収縮が認められない場合に、行政側に対して裁判所の法解釈を考慮して決定をやり直すよう義務付ける判決のことである。
- (116) 以上の点につき、詳細は拙稿・前掲注(68)九七九頁以下を参照。
- (117) 詳しくは参照、拙稿・前掲注(68)九八七頁以下。
- (118) この他、有力説は、その見解によれば行政庁に認められた裁量が侵されることになるとの批判に対して、仮命令はあくまでも暫定的な規律に止まり、行政庁の裁量を終局的に侵すものではないと反論している。参照、拙稿・前掲注(68)九八七頁。もっとも、そのような反論は、仮命令が本節1で見たような満足的なものである場合には、援用できないであろう。
- (119) Hans Joachim Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 8. Aufl. (2004), § 35 Rn. 114.
- (120) 以上のことにつき参照、拙稿「ドイツ行政裁判所法における仮命令手続と本案訴訟の関係に関する一考察——本案判決後の仮命令等の帰趨の問題を中心に——」関西大学法学論集五七巻六号(二〇〇八年)一一〇一頁注(33)。

(121) この点、実体法規に基づかない行政行為を義務付ける仮命令を可能にしているのは、仮命令の内容形成裁量であると考えられるが、内容形成裁量が認められる根拠としては、本節2(1)で述べたように、申立人の権利保全及び本案判決の実効性確保という仮の権利保護の機能が挙げられている。そこで、本文で指摘したことに關しても、仮命令に従って行われる行政行為は本案判決の実効性を確保するための暫定的な規律に過ぎないから、それは必ずしも実体法規に基づくものである必要はないという説明が考えられるかもしれない。だが、そのような説明がドイツにおいて実際に妥当しているかどうかは明らかでなく、また、理論的に見てそれが十分な説明なのかという問題も残る。

また、本文で述べたことに対しては、仮命令に従って行われる行政行為が申立人に終局的な満足を与える場合、そのような行政行為はやはり実体法規に基づかなければならないのではないか、という疑問もある。

(122) 参照、行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート・行政訴訟の実務』(第一法規、二〇〇四年)一〇五四頁(下井康史)、最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』(法曹会、二〇〇五年)四八頁。

(123) 最高裁判所事務総局行政局監修・前掲注(122)四七頁、南〓高橋編・前掲注(33)六八一頁(永谷典雄)。

(124) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学——行政法一般理論から見た」・小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、二〇〇五年)一五頁。なお参照、小早川ほか・前掲注(55)一八七頁(中川文久発言)。

(125) 本来の処分と解する見解として、小早川・前掲注(59)三一八頁、南〓高橋編・前掲注(33)六八一頁以下(永谷典雄)。塩野・前掲注(124)一五頁も、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分の時間的範囲については本案判決の確定までという法定付類似の限定が付されているとするが、当該処分の根拠法規は作用法にあると考えられると述べている。

(126) なお、その場合、行政庁による処分内容の特定は、諸般の事情を考慮した上で行われると思われる。そこで問題になるのは、行政庁が処分内容を特定するに当たって、当該処分が仮の義務付け決定に従って行われる暫定的なものであるという点を考慮に入れることができるのか、ということである。例えば、金銭給付に係る行政処分の仮の義務付け決定が下されたが、給付額の確定は行政庁に委ねられた場合において、行政庁は当該処分が暫定的なものであることを考慮して、給付額を制限することができるのかといった問題が考えられよう。

(127) 以上、本節3では仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質の問題について述べたが、ここで仮の差止めの対象となる行政処分の性質にも触れておくと、それは当然、実体法規に基づく本来の処分であろう。もし本来の処分でないとする

れば、仮の差止め決定が下されたとしても行政庁は差止訴訟の対象である本来の処分が発付を妨げられないことになり、それでは仮の差止めの目的が達成されないからである。

### 第三章 仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質をめぐる問題

さて、前章で述べたように、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分が実体法規に基づく本来の処分であるとしても、それは行政庁が主体的に行う通常の行政処分と全く同質のものなのであるか。それとも、仮の義務付け決定に従って行われるものであることから、何らかの特質を備えているのであろうか。本章では、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質が関係すると思われる問題を取り上げて考察することにより、そのような処分の性質をさらに探ってみることにしたい。

#### 第一節 問題の諸相

はじめに、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質が関係すると思われる問題を列挙することにしよう。以下の通りそれらの問題は、仮の義務付け決定によって影響を受ける第三者の利益保護に関連する問題と、本案判決との関係をめぐる問題に大別することができると思われる。

##### 1 第三者の利益保護に関連する問題

- (1) 最初に、第三者の利益保護に関連する問題から挙げると、まず、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分



を受けた第三者は、当該行政処分に対して取消訴訟を提起することができるのかという問題がある。具体的には、周辺住民の申立により行われた仮の義務付け決定に従って、行政庁が事業主に対して操業停止命令を下した場合、その事業主は操業停止命令の取消訴訟を提起できるのかということである。ここでは、行政庁が主体的に操業停止命令を下した場合には、事業主は当然取消訴訟を提起できるのに対して、操業停止命令が仮の義務付け決定に従って下されたということにより、取消訴訟の許否に違いは生ずるのかということが問題になる。

(2) 次に、仮の義務付け決定に従って行政処分を行うに当たって、行政庁は行政手続法により、処分を受けることになる第三者のために事前手続を実施する必要があるのかという問題もある。(1)で挙げた例に即して言えば、行政庁が主体的に操業停止命令を下そうとする場合には、行政手続法により、事業主に対して意見陳述のための手続が行われなければならないが、操業停止命令が仮の義務付け決定に従って行われるということのために、事前手続の要否に違いは生じないのかという問題が考えられる。

(3) さらに、第三者の利益保護に関連する問題に整理することも可能なものとしては、次のような問題もあるだろう。すなわち、仮の義務付け決定に従って行政処分が発付された後、その行政処分に基づいて行われた申立人の行為、若しくは形成された状態に対して、行政庁は規制監督権限を行使できるのかということである。例えば、仮の義務付け決定に従って行政庁が申立人に営業許可を与えた後、申立人の営業活動によって公益又は周辺住民の利益が害されるおそれが生じた場合、行政庁は申立人に対して営業停止命令等を下すことができるのかという問題が考えられる。この点、行政庁が主体的に営業許可を与えた場合であれば、営業停止命令等の実施は当然可能であるが、営業許可が仮の義務付け決定に従って与えられたということにより、営業停止命令等の可否に違いは生じないのかということが

問題になるのである。

## 2 本案判決との関係をめぐる問題

(1) 他方、本案判決との関係をめぐる問題について言えば、まず、本案判決が確定したとき、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分はどうかという問題があることは、すでに指摘されている通りである。<sup>(128)</sup> だが、それに加えて、当該処分によって生じた結果の本案判決確定後の帰趨も問題になる。例えば、仮の義務付け決定に従って与えられた入学許可に基づいて原告は学校に通い、単位や卒業認定を取得したが、後に義務付け訴訟において原告敗訴の判決が確定した場合、原告が取得した単位や卒業認定はどのように扱われるのかといった事例が考えられる。

(2) さらに、本案判決との関係では、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われたこと及びそれによって発生した結果は、義務付け訴訟の審理に影響を及ぼすのかという問題もある。この問題は、義務付け訴訟の判断基準時が判決時（口頭弁論終結時）と解されていることから考えられるものである。<sup>(129)</sup> 具体的には、仮の義務付け決定に従って行われた入学許可に基づいて原告が入学した後に収めた成績は、入学許可を求める義務付け訴訟の審理に反映されるのかといった問題を挙げることができよう。

(3) 右の本案判決との関係をめぐる問題において、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われた場合と比較されるべきは、義務付け訴訟の係属中に行政庁が主体的に原告の求める行政処分を行った場合である。そして、後者の場合には、訴えの利益が失われるために義務付け訴訟については却下判決が下されるが、そのような判決が下されても行政処分の効力やそれによって生じた結果は除去されないと考えられるのに対して、前者の場合には別の結論が導か



れるのかということが問題になるのである。

## 第二節 問題の考察

以上、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分<sup>130</sup>の性質が関係すると思われる問題を列挙した。それらの問題は具体的にはどのように考えることができるのであろうか。本節では、前節で挙げた問題を、第三者の利益保護に関連するもの、本案判決との関係をめぐるものの順に考察していくことにしよう。

### 1 第三者の利益保護に関連する問題の場合

(1) まず、第三者の利益保護に関連する問題のうち、第三者が取消訴訟を提起することの許否の問題から考察すると、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分の性質から、直ちに結論を導き出す考え方もあるかもしれない。具体的には、右の行政処分は行政庁が主体的に行った行政処分と同様、実体法規に基づく本来の処分であるから、取消訴訟の提起は許されるという考え方や、あるいは本来の処分と言っても仮の義務付け決定に従って行われた暫定的な措置に過ぎないから、取消訴訟の提起は認められないという考え方である。

しかしながら、そのような考え方に対しては、いずれも立論としては成り立ちうるから、第三者が取消訴訟を提起することの許否の問題を判断するためには、別の論拠が挙げられるべきではないかという疑問がある。そこで注目されるのが、第三者による取消訴訟の提起を許容する見解のうち、その根拠として、第三者の争訟手段を即時抗告（行訴法三七条の五第四項が準用する同法二五条七項）に限定して取消訴訟を排除するためには、それなりの制度的手当

てが必要ではなかったかと述べるものがあることである。<sup>(131)</sup>そして、この見解を手掛かりにすると、第三者による取消訴訟の提起が許容される理由については、次のように考えることができるであろう。

すなわち、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の名宛人となる第三者が仮の義務付け手続に参加をすれば、<sup>(132)</sup>当該第三者は即時抗告を行うことができるが、<sup>(133)</sup>現行の行訴法の規定上、そのような第三者の手続参加は必要的なものとはされていない。また、仮の義務付け手続に参加をしていない第三者が即時抗告できるかどうかも明らかではない。そのため、行政処分の名宛人となる第三者が即時抗告できない場合も生じうるのであって、そのような手続上の不備があるにも拘らず、第三者の争訟手段として取消訴訟を排除することは許されないのではないか、ということである。

ただし、行政処分の名宛人となる第三者による取消訴訟の提起が許容される理由を、右で述べたように考えることができるとしても、それに対しては、そのような第三者が仮の義務付け決定に対して必ず即時抗告できるようになれば、<sup>(134)</sup>取消訴訟を排除することも正当化されるのではないかとの指摘ができる。<sup>(135)</sup>他方で、第三者に即時抗告が保障されたとしても、仮の義務付け決定によって命じられた範囲を逸脱して行政処分が行われたり、仮の義務付け決定から行政処分の発付までの間に事情が変わったりした場合には、即時抗告は機能せず、取消訴訟の提起を認めざるを得ないのではないかとも考えられる。<sup>(136)</sup>そうであるとすれば、第三者が取消訴訟を提起することの許否は、結局のところ、第三者の争訟手段として取消訴訟以外のものが保障されているか否かに左右されると考えることが可能であろう。

(2) 次に、行政処分を行うに当たっての事前手続の要否の問題に関しても、(1)の場合の考察を参考にすると、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質から直ちに結論を導くのではなく、事前手続に代替するものとして、仮の義務付け手続の中で行政処分の名宛人となる第三者に意見陳述の機会が保障されているか否かによって、結論が

変わってくると思えることができる。そのように考えた場合、仮の義務付け・仮の差止め決定に当たって意見を聴取しなければならない「当事者」(行訴法三七条の五第四項が準用する同法二五条六項)には文理上第三者は含まれず、第三者に意見陳述の機会を与えることが必要とは解されない<sup>(137)</sup>ので、行政庁は仮の義務付け決定に従って行政処分を行うに当たり、事前手続を実施しなければならないことになるであろう<sup>(138)</sup>。

だが、それに対しては、行政手続法三条一項二号が「裁判の執行としてされる処分」について、同法第二章から第四章の規定を適用除外としていることに注意しなければならない。つまり、この規定により、仮の義務付け手続において第三者からの意見聴取が義務付けられているか否かに関わらず、行政庁は仮の義務付け決定に従って行政処分を行うに当たり、事前手続を実施する必要はないと解されるのである<sup>(139)(140)</sup>。

(3) それでは、規制権限行使の可否に関する問題は、どのように考えることができるであろうか。この問題についても、(1)の場合と同じく、行政処分が仮の義務付け決定に従って行われたものであることや、あるいは実体法規に基づく本来の処分であることから、直ちに結論を導くことはできないように思われる。従って、ここでも他の論拠が求められるべきところ、注目されるのが事情変更による取消手続の存在である。

つまり、仮の義務付け決定が確定した後事情が変更したとき、裁判所は、行訴法三七条の五第四項が準用する同法二六条に基づき、相手方の申立により、仮の義務付け決定を取り消すことができる。そして、仮の義務付け決定が取り消された場合、行政庁は、同法三七条の五第五項により、仮の義務付け決定に従って行った行政処分を取り消さなければならないとされている。他方で、例えば行政庁が営業許可を与えた後に、規制権限を行使して許可取消処分を下すという場合を考えると、行政庁による規制権限の行使と事情変更による取消手続は同様の結果をもたらすこと

がある。そうすると、規制権限行使の可否の問題は、次の点をどのように理解するかによって、結論が決まってくる  
と考えることもできるであろう。すなわち、行政庁による規制権限の行使の可能性が考えられる場合も含めて、仮の  
義務付け決定に従って行政処分が行われた後の事情変更に対しては、専ら事情変更による取消手続で対応しなければ  
ならないのか、という点である。

事情変更による取消手続に右で述べたような排他性が認められるとすれば、行政庁による規制権限の行使は許され  
ないことになるであろう。だが、それに対しては、事情変更による取消手続では行政処分を取り消すことしかできな  
いところ、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われた後に生じた事態に対応するために、処分の取消までは要し  
ない場合（例えば、営業許可が与えられた後に生じた事態に対して、営業停止命令を下せば足りるような場合）もあ  
りうるのであって、そのような場合にも規制権限の行使は排除されるのかという問題がある。さらに、規制権限の行  
使を否定する見解を採る場合には、執行停止制度において、効力停止期間中の行政庁による規制権限の行使を認めた  
裁判例があることとの関係<sup>(14)</sup>をどのように考えるのかという問題もある。規制権限行使の可否については、以上の点を  
踏まえてさらに検討することが求められよう。

## 2 本案判決との関係をめぐる問題の場合

(1) 他方で、本案判決との関係をめぐる問題はどのように考えることができるであろうか。最初に、本案判決が確  
定したとき、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分はどうなるのかという問題から見えていくと、(ア)原告敗  
訴の判決が確定した場合、行政処分はその効力を失うこと、及び(イ)原告勝訴の判決が確定した場合でも、義務付

け判決に従って発付される行政処分と置換される場合があることの二点については、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分の特質として指摘できることであろう。

(ア)は、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分が、義務付け訴訟における救済の実効性を確保するために行われるということから、導かれるものである。ただし、この(ア)の場合、行政処分が効力を失うと言っても、具体的にそれがどのようにして行われるかについては、なお次の四つの見解が考えられる。すなわち、①原告敗訴の判決が確定すれば行政処分は当然に失効する。<sup>(142)</sup>②行政処分は原告敗訴の判決が確定したことを受けて、行政庁が取り消すことにより失効する。<sup>(143)</sup>③原告敗訴の判決が確定した場合でも、仮の義務付け決定については裁判所が事情変更を理由に取り消すことが必要であり、行政処分は仮の義務付け決定の取消によって失効する。④原告敗訴の判決が確定した場合、裁判所は事情変更を理由に仮の義務付け決定を取り消し、行政処分は行政庁が行訴法三七条の五第五項に従って取り消すことにより失効する。<sup>(144)</sup>という四つである。そして、このうちどの見解が採られるべきかについては、行政処分が仮の義務付け決定に従って行われたということから直ちに結論を出すことはできず、仮の義務付け手続を本案訴訟から独立した手続として捉えることができるかどうか、あるいは、行政処分は行政庁が実体法規に基づいて別途行ったものであるから、その効力は本案訴訟や仮の義務付け決定の帰趨に直接には連動しないと理解できるかどうかといった点を踏まえて判断すべきであろう。<sup>(145)(146)</sup>

それに対して(イ)は、仮の義務付け決定や義務付け判決によって義務付けられるのが、いずれも「一定の処分」という幅のあるものであることから考えられる。つまり、「一定の処分」が義務付けられても、行政庁の側で処分内容を特定する必要があるため、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分と、義務付け判決に従って行われる行政

処分が内容的に一致しない場合もあるのである。このことを違法建築物に対する是正命令が義務付けられた場合に即して言えば、行政庁は仮の義務付け決定に従って使用制限命令を下したが、義務付け判決に従うときには使用禁止命令を下すといった例が考えられよう。<sup>(147)</sup>

なお、原告勝訴の判決が確定した場合においても、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分はどのように処理されるのかという問題がある。この問題は、(イ)の場合のみならず、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分と義務付け判決に従って行われる行政処分の内容が一致する場合にも考えられるものである。そして、この問題に關しても、先に原告敗訴後の行政処分の処理について述べたことと平行に考えると、さしあたり四つの見解がある。ここでも、いずれの見解が採られるべきかということは、先に挙げた点を踏まえて判断する必要があると思われるが、さらに次のことにも注意すべきである。すなわち、原告勝訴の判決が確定すれば行政処分は当然に失効するという見解を採った場合には、行政庁が義務付け判決に従って行政処分を行うまでの間、原告の救済に空白が生ずるということである。<sup>(148)</sup> 加えて、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分と義務付け判決に従って行われる行政処分の内容が一致する場合があるとすると、行政処分は原告勝訴判決の確定又は仮の義務付け決定の取消によって当然に失効するという見解は必ずしも合理的ではなく、また、行政処分は行政庁の取消によって失効するという見解に対しても、取消を必要としない場合もあるのではないかとの指摘もできよう。

(2) 次に、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分及びそれによって生じた結果は、義務付け訴訟の審理に影響を与えるのか、という問題について考えると、まず、行政処分が行われたこと自体は、原則として義務付け訴訟の審理に影響を与えないであろう。それは、行政処分が行われたことが義務付け訴訟の審理で考慮されると、論理的に

は次のような事態の発生が考えられるからである。

すなわち、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われたことによって、申立人の義務付け訴訟における請求の目的は達成され、訴えの利益が失われたという理由で却下判決が下される。そして、その結果として、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分が失効してしまうか、あるいは行政庁がそれを取り消してしまうという事態が論理的には想定されるのである。そこで、そのような矛盾を避けるために、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われたこと自体は、義務付け訴訟の審理において考慮されないと解すべきである。<sup>(149)(150)</sup>

もつとも、右で述べた矛盾を避けるためには、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分は、原告敗訴の判決が確定したときには効力を失う暫定的なものであるから、そのような行政処分が行われても義務付け訴訟の訴えの利益は失われないと説明することもできる。<sup>(151)</sup> だが、かかる説明に依拠した場合でも、そのような暫定的な行政処分が行われたこと自体は、義務付け訴訟の審理に何ら影響を与えないであろう。例えば、仮の義務付け決定に従って入学許可が行われたという場合、それが原告敗訴の判決が確定したときには効力を失うものであるとすれば、そのような暫定的な入学許可が行われたこと自体を考慮しても、義務付け訴訟の審理には何の影響も及ぼさないと考えられるのである。

(3) 以上のように、仮の義務付け決定に従って行政処分が行われたこと自体は義務付け訴訟の審理に影響を与えないと考えられる。だが、そのことから直ちに、処分によって生じた結果に関しても同様に考えることができる。とは言いいられない。右で挙げた例に即して言えば、仮の義務付け決定に従って与えられた入学許可に基づいて原告が入学した後に収めた成績が、入学許可を求める義務付け訴訟の審理に影響を与えるかどうかは、別に検討する必要がある。



るように思われるのである。

なお、処分によって生じた結果に関しては、義務付け訴訟において原告敗訴の判決が確定した場合に、それがどのように処理されるのかという点でも問題になる。しかしながら、これらの問題は未だ十分に論じられておらず、ここでは、今後の検討に当たって以下の点を指摘するに止めたい。

第一に、上記の問題のうち、まず、義務付け訴訟の審理に対する影響の有無の問題について言えば、処分によって生じた結果は審理に影響を与えるという見解と影響を与えないという見解がありうる。また、原告敗訴後の処理の問題に関しても、処分によって生じた結果は敗訴判決の確定によって除去されるという見解と敗訴判決が確定しても除去されないという見解が考えられる。

第二に、これらの見解のうち、いずれが採られるべきかを判断する場合、抽象的な議論は必ずしも決め手にならないと思われる。例えば、処分によって生じた結果は行政処分を基礎とする以上、それと同じように扱われるべきであるから、義務付け訴訟の審理に影響を与えず、原告敗訴の判決が確定すれば除去される、と抽象的には言えるかもしれない。だが、それに対しては、行政処分自体とそれによって生じた結果は別個のものであるから、両者は扱いを異にすべきであると考えられることもできる。また、原告敗訴後の処理の問題に限って言えば、行政処分の効力が遡及して失われるかどうかの問題（注(146)参照）とパラレルに考えることもできようが、他方で、処分によって生じた結果は処分の効力とは別の処理をすべきと解する余地もある。

第三に、そうであるとすれば、先に挙げた見解のいずれに拠るべきかということについて、一律に考えることはできず、個別の事案に即して具体的に判断せざるを得ないのではないかと思われる。そこで最後に、いくつかの事例を



取り上げて若干の考察を試みることにより、今後の議論のたたき台としたい。その際、右で示唆したように、行政処分によって生じた結果を処分自体と切り離して考えることができるかという観点が手掛かりになるのみならず、執行停止制度やドイツの仮命令制度、さらにはわが国の仮処分制度において、類似の問題がどのように議論がされているのかという点も参考になるであろう。

まず、仮の義務付け決定に従って行われた入学許可に基づいて入学した原告が、単位や卒業認定を取得したという事例である。この場合、単位や卒業認定の取得は原告による努力の成果であり、入学許可自体とは切り離して考えることができるかとすれば、勉学に耐えうる能力の具有を裏付ける事実として、義務付け訴訟において考慮することが許されるように思われる。<sup>(152)</sup> だが、それでも原告敗訴の判決が確定した場合、単位や卒業認定はどうなるのか。この点に関して、入学許可は将来に向かってのみ効力を失うという見解が採られるならば、単位や卒業認定を取得した時点における入学許可の効力は残っていることになるから、それらは取り消されないという見解が考えられる。<sup>(153)</sup> だが、その場合でも、原告敗訴の判決によって、入学許可は本来行う必要のなかったものであることが確定し、従ってそれを前提とする単位や卒業認定も本来は与える必要がなかったという点に着目すれば、学校側はそれらを取り消すことができるかという見解もあるだろう。<sup>(154)</sup> 他方で、原告敗訴の判決が確定した場合には入学許可は遡って失効するという見解が採られるのであれば、それを前提とする単位や卒業認定も取り消されることになると思われる。ただ、そうであるとしても、特に卒業認定についてはそれを前提に法律関係が形成されていることが多いと考えられるのであって、原告が被る不利益の重大さに鑑みて、取消を行わないという対応を取ることができるかどうかが問題になろう。

次に、仮の義務付け決定に従って生活保護の支給決定が行われたが、その後、原告敗訴の判決が確定したという事

例である。この事例においては、原告が支給決定に基づいて受け取った金銭を返還しなければならないかということが問題になり、返還義務肯定説と否定説が対立している。<sup>(155)</sup> この問題についても、原告敗訴の判決が確定したときに、支給決定の効力は過去に遡って失われるのか否かという点と連動させて考える見解がありうる。<sup>(156)</sup> もっとも、支給決定は過去に遡って失効し、原告は受け取った金銭の返還義務を負うと解する場合でも、実際には原告は返還不能に陥っているか、あるいは返還によって多大な損害を被るとというのが通例であると思われる。そこで、行政側が原告の返還義務を一部ないし全部免除できるかどうかということも問題になるであろう。<sup>(157)</sup>

最後に、原告が仮の義務付け決定に従って行われた生活保護の支給決定に基づいて金銭を受給した後、それを契機として努力した結果、最低限度の生活を維持できるようになったという事例である。この場合、最低限度の生活を維持できるに至った要因が支給決定にあるとしても、原告の自助努力という要素が介在している。そこで、支給決定自体とは別個の扱いができると考えられるのであれば、最低限度の生活を維持しているという状態を義務付け訴訟の審理において考慮することも許されるように思われる。

#### 補論 紛争複雑化の回避

(1) なお、本章第二節1(1)において、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分に対して、処分の名宛人となる第三者が取消訴訟を提起することの可否は、取消訴訟以外の争訟手段が保障されているか否かに左右されるであろうと述べた。だが、現行の行訴法において、右の第三者に取消訴訟以外の争訟手段が必ずしも保障されていないために、取消訴訟の提起が認められるとすると、仮の義務付け決定をめぐる紛争が複雑化することは否定できない。それゆえ、

紛争の複雑化回避の見地からすれば、行訴法二二条が定める訴訟参加を活用して、右の第三者を仮の義務付け手続に参加させて参加的効力を及ぼし、即時抗告を認める代わりに取消訴訟の提起を封じることが求められる<sup>(158)</sup>。この点、仮の義務付け決定に当たって意見を聴かれる「当事者」(行訴法三七条の五第四項が準用する同法二五条六項)に、手続に参加をしていない第三者は含まれないとすれば(ただし注(140)を参照)、上記第三者を手続に参加させることは、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分について事前手続の実施が要求されていないこと(本章第二節1(2)参照)の代償としての機能も果たすことになる。

(2) もっとも、かかる見地から第三者を手続に参加させることが求められるとしても、仮の義務付け・仮の差止め手続に対する迅速性の要請から、そのような措置を講ずる時間的余裕がない場合も考えられる。その場合、仮の義務付け・仮の差止め決定の対象となった行政処分に対して、第三者が取消訴訟や義務付け訴訟を提起することを認めざるを得ないのであろうか。この点で参考になるのが、ドイツの仮命令制度における運用である。すなわち、注(135)で述べたように、仮命令制度においては、仮命令に従って行われる行政行為の名宛人となる第三者は必ず仮命令手続に参加させなければならぬとされているが、事案が特に緊急を要するときには、そのような第三者の手続参加なしに仮命令を下すことも許容されている。だが、その場合でも、第三者の手続参加を事後的に追完しなければならぬとされているところ、追完の方法として、事情変更を理由とする変更手続の活用が挙げられている<sup>(160)</sup>。そして、そこでいう変更手続の活用とは、第三者の参加なしに仮命令を下した後でも、裁判所は第三者を仮命令手続に参加させた上で意見を聴取し、必要があれば事情変更を理由とする変更手続によって仮命令の取消・変更を行うことを意味すると考えられるのである。

(3) 以上のことを踏まえると、第三者を仮の義務付け・仮の差止め手続に参加させる時間的余裕がないときには、次のような対応も検討に値する。すなわち、事案の緊急性から第三者を手続に参加させることなく仮の義務付け・仮の差止め決定を下した場合でも、事後的に第三者を手続に参加させて意見を聴き、必要があれば事情変更による取消手続（行訴法三七条の五第四項が準用する同法二六条）を用いるという対応である。確かに、このような対応ができれば、仮の義務付け・仮の差止め決定の対象とされた行政処分を第三者が取消訴訟や義務付け訴訟によって争う場合ほど、紛争は複雑にならないであろう。だが、そうであるとしても、事情変更による取消手続は申立に基づいて開始されるものであるが、行訴法二六条一項によれば申立権者が「相手方」とされているため、第三者では事情変更による取消手続の申立を行えないのではないかという問題がある。そのような文言にも拘らず、第三者を取消手続の申立権者に含める解釈も許されるのか、さもなければ第三者も申立を行えるように制度を改めるべきではないのかといった点が、今後の検討課題であるように思われる<sup>(10)</sup>。

(128) 参照、行政訴訟実務研究会編・前掲注(122)一〇五四頁以下（下井康史）、最高裁判所事務総局行政局監修・前掲注(122)四八頁。

(129) 塩野・前掲注(60)二二三頁、芝池・前掲注(79)一四六頁。

(130) 塩野・前掲注(124)一五頁、野呂・前掲注(45)二六九頁、室井力「芝池義一」浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ・行政事件訴訟法・国家賠償法（第二版）』（日本評論社、二〇〇六年）四二四頁（深澤龍一郎）。

(131) 塩野・前掲注(124)一五頁。

(132) この場合、参加の方法としては行訴法二二条による訴訟参加が考えられるが、それは仮の義務付け制度には準用されていない。もっとも、本案訴訟たる義務付け訴訟において、行訴法二二条により第三者に対して参加決定が行われた場合には、当該第三者を仮の義務付け手続にも参加したものとみなすという方法がありうる。参照、野呂・前掲注(45)二六八頁。

- (133) なお、行訴法二二条による訴訟参加人は、共同訴訟的補助参加人ないしはこれに類する者と理解されているが(さしあたり参照、室井＝芝池＝浜川編・前掲注(130)二五一頁(前田雅子)、南＝高橋編・前掲注(33)四四六頁以下(新山一雄))、上訴(即時抗告もこれに含まれる)の提起は通常の補助参加人でも可能である(民事訴訟法四五条一項)。また、共同訴訟的補助参加人が行った上訴について、被参加人が取り下げることとはできないとされている。参照、新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』(弘文堂、二〇〇八年)七七六頁、最一小判昭和四〇年六月二四日民集一九卷四号一〇〇一頁。
- (134) この点に関して、斎藤浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」自由と正義六〇巻八号(二〇〇九年)一〇頁は、行政処分の名宛人となる第三者の特別抗告申立権の創設が必要であると述べる。さらに、山本隆司・前掲注(49)一九二頁は、現行の行訴法の下でも、行政処分の名宛人となる第三者の仮の義務付け手続への参加を必要なものとし、当該第三者に即時抗告を認めるべきと主張する。
- (135) ちなみに、ドイツの仮命令制度においては、VwGO六五条二項により、仮命令に従って行われる行政行為の名宛人となる第三者は、必ず仮命令手続に参加させなければならないとされている。そして、そのような第三者は、仮命令決定に対して抗告を行うことができる一方、仮命令決定の効力を受けるため、仮命令に従って行われた行政行為に対して取消訴訟を提起する権利を認められていない。Vgl. Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Anm. 54), § 65 Rn. 40; Kopp/Schenke (Anm. 54), § 123 Rn. 36; 拙稿・前掲注(120)一〇八頁以下。
- (136) 参照、野呂・前掲注(45)二六九頁。ただし、事情変更の場合に関しては、事情変更による取消手続(行訴法三七条の五第四項が準用する同法二六条)が活用できれば、第三者による取消訴訟の提起を排除することも許されるように思われる。この点については、本章の補論も参照。
- (137) 参照、南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、一九七二年)一三四頁以下(藤井俊彦)、阿部泰隆「抗告訴訟における仮救済制度の問題点」…同『行政救済の実効性』(弘文堂、一九八五年)二〇二頁。ただし、注(140)を参照。
- (138) なお、ドイツの仮命令制度においては、仮命令に従って行政行為を行う場合、行政庁は事前手続を行う必要はないと解されている。拙稿・前掲注(120)一一一〇頁注(69)。ただし、注(135)で述べたように、仮命令制度の場合には、仮命令に従って行われる行政行為の名宛人となる第三者の手続参加が必要とされている点に注意する必要がある。
- (139) 野呂・前掲注(45)二六九頁。義務付け判決に従って行政処分が行われる場合に関して、同様のことを指摘するものとして、

宇賀克也『行政法概説Ⅱ(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)三一七頁。

- (140) だが、そうすると、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の名宛人となる第三者には、事前に意見を述べる機会がないという問題が生ずる。そこで、行政処分が仮の義務付け決定に従って行われるものであり、行政庁が事前手続を実施して第三者から意見を聴取しても、それが処分内容に反映される余地が極めて小さいことにも鑑みると、立法論としては、仮の義務付け手続の中でそのような第三者からの意見聴取を義務付けることが考えられる。義務付け訴訟の場合につき参照、宇賀・前掲注(139)三一六頁以下。もっとも、現行の行訴法の下でも、解釈論として、行訴法三七条の五第四項が準用する同法二五条六項の「当事者」に第三者も含める見解が存在する。下井・前掲注(45)二五〇頁、室井・芝池・浜川編・前掲注(130)三〇四頁(市橋克哉)。

- (141) そのような裁判例として、広島地決昭和四六年二月二七日行集二二卷一・二号一二三頁。さらに、行政処分の効力停止期間中の法律関係が、効力を停止された行政処分が行われる以前の法律関係と異なる旨を述べるものとして、杉本・前掲注(30)五一四頁、藤田・井関・佐藤・前掲注(43)八九頁、東京地決昭和四四年八月一〇日判時九四三三〇四七頁も参照。

- (142) ①の見解を述べるものとして、塩野・前掲注(124)一五頁、室井・芝池・浜川編・前掲注(130)四二四頁(深澤龍一郎)。

- (143) ②の見解を主張するものとして、南・高橋編・前掲注(33)六八一頁以下(永谷典雄)。この論者は、仮の義務付け決定自体は本案判決が確定すれば当然に失効すると解している。

- (144) ④の見解を説くものとして、小林・前掲注(51)二八八頁以下、福井・村田・越智・前掲注(51)一六五頁(村田斉志)。

- (145) さらに、原告勝訴の判決が確定した場合にも同じように処理をすべきであるとするれば、かかる場合に本文中で挙げた各見解を当てはめるとどうなるのか、ということも考慮すべきであろう。

- (146) この他、原告敗訴の判決が確定した場合、行政処分の効力は過去に遡って失われるのかという問題もある。この問題も、行政処分が仮の義務付け決定に従って行われたということから直ちに結論を出せないと思われる。ただ、執行停止制度においては、原告敗訴の判決が確定しても執行停止決定は決定の時点に遡って失効するわけではないと説かれており(藤田・井関・佐藤・前掲注(43)九〇頁以下。なお、東京高決昭和四四年七月三一日判時九三八号二五頁も参照)、そのこととの整合性からすると、仮の義務付け決定に従って行われた行政処分も将来に向かってのみ失効するという見解が導かれよう。もっとも、南・高橋編・前掲注(33)六八三頁(永谷典雄)は、遡及して効力が失われるかどうかを事案ごとに分けて考えている





(154) なお、執行停止制度において、藤田＝井関＝佐藤・前掲注(43)九二頁、一九二頁以下は、退学処分効力停止期間中に原告は卒業してしまつたが、後に取消訴訟で原告敗訴の判決が確定した場合、退学処分の適法が確定した以上、卒業の効力をそのまま認めることはできず、卒業認定の取消の措置をとることになるだろうと述べる。この他、阿部・前掲注(137)一八七頁も参照。

(155) 返還義務肯定説として、南＝高橋編・前掲注(33)六八三頁(永谷典雄)。否定説として、室井＝芝池＝浜川編・前掲注(130)四二四頁以下(深澤龍一郎)。

(156) なお、本文で挙げた見解に対しては、支給決定は将来に向かつてのみ失効すると解する場合でも、原告敗訴の判決によって、支給決定を前提とする金銭給付が本来は受けることができなかつたものであることが確定した以上、原告は金銭の返還義務を負うという考え方もあるかもしれない。参照、藤田＝井関＝佐藤・前掲注(43)九二頁。しかしながら、そのような考え方に対しては、返還義務を認めれば、それは支給決定が過去に遡って効力を失うのと実質的に同じ結果をもたらすのではないかという疑問がある。

(157) 参照、小早川ほか・前掲注(55)一八七頁(芝池義一、村田斉志発言)。ちなみに、ドイツの仮命令制度においては、準備実習勤務の許可に基づいて支払つた俸給について、行政側が返還義務を一部免除した例がある。さらに社会扶助の給付決定に基づいて支給された金銭の返還命令を行政側が下すに当たり、受給者の資力などを考慮していなかったとの理由で、返還命令の取消訴訟に対して認容判決が下された例もある。拙稿・前掲注(120)一四〇頁注(46)を参照。

(158) 同様のことは、仮の差止め手続の場合にも当てはまる。例えば、第三者に許認可を与えることの仮の差止めが求められた場合において、仮の差止め決定の後に第三者が許認可を求める義務付け訴訟を提起する可能性を封じるために、当該第三者を仮の差止め手続に参加させて参加的効力を及ぼすことが考えられる。なお、本文や注で述べた以上のことを、義務付け訴訟と差止訴訟の場合に指摘するものとして、小林・前掲注(51)一七九頁以下、一九三頁以下、塩野・前掲注(60)二二三頁、二二七頁、新山一雄「義務付け・差止訴訟における第三者効と参加的効力——問題点の分析と法改正への提言」自治研究八五巻八号(二〇〇九年)三五頁以下などを参照。

(159) それに対して、第三者に許認可を与えることを差し止める仮命令が求められた場合に、当該第三者を仮命令手続に参加させなければならないか否かについては、見解が一致していない。拙稿・前掲注(120)一〇九二頁注(17)を参照。



- (160) 以上の点につき、拙稿・前掲注(120)一〇八九頁以下、一〇九三頁注(22)を参照。
- (161) この点、山本隆司・前掲注(49)一九二頁は、仮の義務付け・仮の差止め決定の時点で手続に参加をしていなかった第三者については、行訴法二二条に基づいて本案訴訟に参加することにより、「相手方」と同様に地位を得たものとして、事情変更による取消手続の申立ができるという解釈を示している。ちなみに、本文で述べた問題に関して、ドイツの仮命令制度は次のようにして解決を図っている。すなわち、仮命令の変更手続は、VwGO一二三条三項が仮処分の変更手続に関するZPO九二七条の準用を明らかに否定しているため、停止的効果の制度における変更手続を定めたVwGO八〇条七項の類推適用によって認められるという見解が有力である。Kopp/Schenke (Anm. 54), § 123 Rn. 35; Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Anm. 54), § 123 Rn. 177; Finkelburg/Dombert/Külpmann (Anm. 93), Rn. 491. そして、その見解によれば、手続関係者 [Beteiligte] (VwGO六二条によると、手続参加者には仮命令手続の申立人と申立の相手方のみならず、手続の参加人も含まれる) が仮命令の変更手続の申立を行うことができることとされ、さらに裁判所が職権で変更手続を開始する点も認められるのである。Vgl. Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Anm. 54), § 80 Rn. 382 f., 386.

## おわりに

以上、本稿では、ドイツの仮命令制度に関する考察から得られた知見も踏まえて、わが国の仮の義務付け・仮の差止め制度の検討を行ってきた。これまでの検討をまとめると、まず、ドイツの仮命令制度やわが国の執行停止制度と比較したとき、仮の義務付け・仮の差止め制度の特質として次のことを指摘できる。

第一に、執行停止制度と比べたとき、仮の義務付け・仮の差止め制度の特質は、本案判決の先取りや現状を変更する裁判という点ではなく、争いの対象になっている処分の権限を行政庁が行使する前の段階で仮の救済を図るという点に見出すことができる。また、執行停止と比べて仮の義務付け・仮の差止めの要件が厳格な理由も、後者は行政庁

による処分権限の行使に事前に介入するものであり、それだけ介入の度合いが大きいということに求められる。

第二に、他方で仮命令制度と比べた場合、公共の福祉要件が加重されていることからして、仮の義務付け・仮の差止め制度は、仮の救済によって生じうる公益上の支障に対して、より手厚い予防装置を設けていると言えるが、それはあくまでも仮の義務付け・仮の差止め制度の付加的な属性に過ぎない。その一方で、仮命令の勝訴見込み要件と仮の義務付け・仮の差止めの本案要件の内実、並びに仮命令制度が適用される本案訴訟とわが国の義務付け訴訟・差止訴訟の性質に関する理解の仕方を比較すると、仮の義務付け・仮の差止め制度の場合には、現段階ではその目的として義務付け判決・差止判決の実効性確保を挙げることができるとは止まり、仮命令制度のように実体法上の請求権の保全も目的になっているとまでは言えない。だが、義務付け訴訟と差止訴訟が実体法上の請求権を実現するものとして構成されることにより、仮の義務付け・仮の差止め制度においても実体法上の請求権の保全がその目的となる可能性はある。

第三に、仮命令制度においては、裁判所が仮命令の内容形成裁量を行使して、実体法規に基づかない行政行為の発付も命ずる余地もあるように見受けられる。それに対して、仮の義務付け制度の場合には、裁判所が仮の義務付け決定によって発付を命ずることができるのは、やはり実体法規に基づく行政処分に止まるように思われる。

また、仮の義務付け決定に従って行われる行政処分の性質に関しては、次のようにまとめることができる。すなわち、それが実体法規に基づく本来の処分であるとしても、行政庁が主体的に行った行政処分と同質のものではなく、原告敗訴の判決が確定したときには効力を失うこと、及び処分があっても義務付け訴訟の審理は影響を受けないことにその特質が見出される。また、行政手続法が「裁判の執行としてされる処分」を同法の適用除外としているため、

仮の義務付け決定に従って行政処分を行う際、行政庁は事前手続を実施する必要はないと考えられる。さらに、処分の名宛人となった第三者が取消訴訟を提起することの許否は、当該第三者に取消訴訟以外の争訟手段が保障されているか否かに左右されると思われる。この他、処分によって生じた結果は義務付け訴訟の審理において考慮されるのか否か、並びに、原告敗訴の判決が確定した場合、そのような結果はどのように扱われるのかといった問題については、具体的な事例に即した検討が求められる。

最後に、本稿では仮の義務付け・仮の差止めの申立から決定までの間の権利保護に関する問題、及び個々の要件の具体的な解釈論等について扱うことができなかった。<sup>(162)</sup> また、本稿で取り上げた問題の中にもなお考察を深めるべきものが存在する。これらについては、今後の学説・裁判例の展開を踏まえて、改めて検討する機会を待つことにしたい。

(162) 前者の問題の検討の必要性を指摘するものとして、下井・前掲注(45)二五三頁以下。ちなみに、仮命令制度の場合には、仮命令の申立から決定までの間の権利保護を図る措置について、VWGは明文の規定を設けていないけれども、学説・裁判例はドイツ連邦共和国基本法一九条四項に直接根拠を求めてこれを容認している。拙稿・前掲注(68)九七六頁。

〔付記〕 本稿の校正中に、山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論(上)(下)」自治研究八五卷一二号二八頁以下、八六卷一七六頁以下(二〇〇九―一〇年)に接した。同論文を踏まえた上での補正は他日を期したい。