

《 論 説 》

処分性の拡大と仮の救済

高木 英行

第一章 はじめに

行政事件訴訟法（以下「行訴法」）3条2項では、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」について、取消訴訟（抗告訴訟）に係る対象適格性を認めている。この適格性については、一般に《処分性》と言われ、「訴訟要件」とされる。ここで言う「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」とは、もっぱら「行政行為（行政処分）」、具体的には、行政活動のうち「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判昭和39年10月29日：民集18巻8号1809頁）を指すと解されてきた⁽¹⁾。したがって、伝統的な処分性の考え方（処分性公式）によれば、処分性の有無は、係争行政活動が行政行為に該当するか否かを基準に判断されることになる⁽²⁾。

しかしながら、行政活動に不服ある市民の中には、それが典型的な行政行為に該当しない行政活動（行政指導とか行政計画とか）であったとしても、取消訴訟を通じて争いたい、すなわち裁判所の取消判決でもって法的に無効なものにしてもらいたい、そしてそのためには、その行政活動につき処分性を認めてもらいたいとのニーズがある。こういった処分性拡大ニーズを踏まえて、学説では、処分性公式に拘泥することなく、市民の権利救済という観点から、処分性を緩やかに解釈すべきという「処分性拡大論」が、早くから提唱されてきた⁽³⁾。他方で最高裁は、伝統的に、処分性公式を厳格に解釈し、行政行為に該当しない行政活動に関しては、たとえ市民が取消訴訟を提起してきたとして

も、その訴えを不適法却下する傾向にあった⁽⁴⁾。

もっとも、平成16年行訴法改正前後から、最高裁は、処分性を緩やかに解釈する判例を相次いで打ち出してきている⁽⁵⁾。この「処分性拡大判例」動向をめぐるのは、目下、学説上、賛否両論が激しく対立している。一方で、従来からの処分性拡大論の延長線上で、この判例動向を受け入れ、かつ、この方向を押し進めようとする学説の潮流がある。他方で、平成16年行訴法改正により、「当事者訴訟（同法4条）の活用」が国会によって促されたことをも踏まえ、典型的な行政行為に該当しない行政活動に関しては、無理に処分性を拡大することによって、取消訴訟（抗告訴訟）を通じて争うのではなく、むしろ当事者訴訟（とりわけ公法上の確認訴訟）を通じて争うべきと主張する学説（当事者訴訟活用論）の潮流もある⁽⁶⁾。

こういった学説の〈路線対立〉はさて置くとして、処分性拡大判例動向を「所与の前提」とするならば、処分性拡大に伴って「副作用」が生じるのではないかとの問題が浮上してきている⁽⁷⁾。例えば、処分性拡大に伴って、行政処分（とみなされたその行政活動）に法制度上随伴している、「取消訴訟の出訴期間」（行訴法14条）や「取消訴訟（抗告訴訟）の排他的管轄」（同法3条）——ないし「行政行為の公定力並びに不可争力」——の適用も、拡大することになるのか否かといった問題である⁽⁸⁾。

また同じく、処分性拡大に伴って、行政処分（とみなされたその行政活動）をめぐる、行政庁に対し課されているはずの、行政手続法（あるいは各自治体の行政手続条例）上の各種の手続義務（不利益処分に先立つ聴聞や弁明手続の付与を与える義務等）が履行されなかったことにつき、手続義務違反があるとして、そのことを理由に、その行政処分を違法とすべきか否かといった問題もある⁽⁹⁾。

もちろん、こういった「副作用」問題は、従来からの処分性拡大論に対しても指摘されてきたところではある。しかし今日、処分性拡大が、はしなくも判例によって実現されたことに伴って、切実な問題となってしまっている。そこで本稿では、各種の「副作用」問題のうち、「仮の救済」に関わる問題に対象

を絞って、対応策を考えていきたい⁽¹⁰⁾。そこでこの問題に関してさらにみていこう。

さて、行訴法44条では、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に関しては、仮処分を適用しえない旨を規定する⁽¹¹⁾。他方で、同25条では、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に関する仮の救済として、「執行停止」が設けられている。素直に解釈するのであれば、行訴法3条と同44条とで、同一法律中に同一文言が用いられている以上同一概念と解すべきことになろう⁽¹²⁾。そうすると、処分性の拡大に伴って、仮処分の排除の対象となる行政活動、裏返せば、執行停止の対象となる行政活動についても拡大する、という帰結が生じるはずである。そこで、この論理的な帰結が生み出す、実際の帰結に関して、簡単な【設例】を用いて考えてみる。

ある市民が、法律の規定内容を信頼し、不服ある行政活動が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」(行訴法3条)に該当しない、と合理的に解釈したとする。また当該市民は、この解釈に基づき、当該行政活動の違法性を争うため、「(実質的)当事者訴訟」を提起したとする⁽¹³⁾。ちなみに、行訴法44条の反対解釈として、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」を阻止することとしない限り、当事者訴訟を本案訴訟とする仮処分も可能である⁽¹⁴⁾。そこで当該市民は、当事者訴訟を「本案訴訟」として提起するとともに、その訴訟が係属している間の「仮の救済」として、仮の地位を定める仮処分の申立てをした。

そうしたところ、裁判所は、当該市民とは反対に、当該行政活動が行訴法3条で言う「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると解釈した(つまりは処分性を拡大解釈した)。それとともに、裁判所は、先に挙げたように素直に解釈して、当該行政活動が同44条で言う「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」にも該当するとし、仮処分排除の対象ともなると判断した。その結果、当該市民が提起した、本案訴訟としての当事者訴訟が不適法却下されることとなるほかにも、仮の救済としての仮処分の申立てに関しても、不適法却下されることになる。

ここで、裁判所から言わせれば、当該行政活動につき処分性が認められる（すなわち行政行為に当たる）以上、「取消訴訟の排他的管轄」（行訴法3条）ないし「行政行為の公定力」がはたらくはずということになる。したがって、当該市民として、当該行政活動の違法性を争いたいのであれば、当事者訴訟ではなく、取消訴訟（抗告訴訟）を提起すべきであった。またこの本案訴訟における取扱いと呼応して、当該行政活動に対する仮の救済形式としては、仮処分ではなく（同44条）、執行停止（同25条）を申し立てるべきだったというのである。

とはいえ、当該市民として、こういった本案訴訟並びに仮の救済における選択誤りに立ち至った場合であっても、行政行為とみなされた当該行政活動につき、「取消訴訟の出訴期間」（行訴法14条、処分があったことを知った日から6か月）内であれば、あらためて、当該行政活動につき取消訴訟を提起するとともに、執行停止の申立てをすればよいだけの話しである。しかしここで、取消訴訟の出訴期間が過ぎてしまっていたら、当該市民としてこういった《挽回》は、もはやできなくなる。

なぜならば、この場合には、「行政行為の不可争力」（あるいは取消訴訟の出訴期間の制度的効果）ということで、係争行政活動に関して、たとえそれが違法であったとしても、永久に争えなくなってしまうという帰結が生じうるからである。また執行停止は、本案訴訟である取消訴訟の提起と“セットで”申し立てられることが、法律上求められている（行訴法25条2項）。それゆえ、取消訴訟が提起できないこととなると、後にみるように、無効確認訴訟という〈極めて例外的な救済手段〉に依拠するほかは、執行停止を申し立てることもできなくなってしまう⁽¹⁵⁾。

かくして、設例の市民は、法律規定を「合理的に信頼して」行動したがゆえに、裏返せば、裁判所からの「不意打ち」的な処分性の拡大解釈を受けたがゆえに、本案訴訟（当事者訴訟）に関して、〈不適法却下〉される憂き目に合うのみならず、仮の救済（仮処分）に関して、〈不適法却下〉される憂き目に合う。しかも、取消訴訟の出訴期間が徒過してしまっていると、当該市民とし

て、不服ある行政活動に関して、本案訴訟（取消訴訟）であれ、仮の救済（執行停止）であれ、実効的な権利救済手段が尽きてしまう。いわば、法律を素直に信頼して行動したがゆえに、裁判所による救済を受けられなくなるという、法治国家として極めて不条理な事態である。

もともと、この種の不条理な事態のうち、「本案訴訟」に関わる問題に関しては、筆者として、すでに「均衡解釈」論というかたちで、取消訴訟の排他的管轄や取消訴訟の出訴期間を〈縮小解釈〉することを通じて、現に提起されている当事者訴訟を「適法」として扱う余地を導き出すべきとの対応策を提示してきた⁽¹⁶⁾。そこで、本稿で問題としたいのは、先に指摘した通り、「仮の救済」に関わる問題である。

とはいえ、この問題への対応策を考えるに当たっては、その前提として、《行政処分の無効（無効処分）を先決問題とする当事者訴訟》に関して、仮処分が認められるのか否かという、これまで学説判例で論じられてきた問題に取り組む必要が出てくる（第三章）。また本稿では、想定場面として、処分性拡大の場面を取り上げる以上、従来の「処分性拡大論」において、仮処分の適用がどのように議論されてきたのか、という点についても取り組む必要があろう（第四章）。

さらに、以上第三章・第四章の問題に取り組むに当たっては、その前提として、行訴法44条の仮処分の排除や同25条の執行停止について、これまでの歴史の変遷を振り返りつつ、それらの規定の趣旨を再確認しておく必要がある（第二章）。ここでは、とりわけ仮処分の排除と執行停止の適用との関係に関して、〈一つの視点〉を得ることになる。

かくして、第二章から第四章の議論を踏まえた上で、あらためて処分性拡大に伴う仮の救済のあり方に関して、検討していくこととなる（第五章）。その際には、これまで筆者が処分性拡大に伴う本案訴訟のあり方を考察していく中で依拠してきた、「均衡解釈」論という解釈方法論を「導きの糸」とするだろう。そして、以上の考察結果を踏まえて、今後の研究課題を提示する（第六章）。

第二章 行政訴訟における「仮の救済」制度の展開

本章では、仮の救済をめぐる歴史的変遷を論じていくとともに、その変遷を通じて窺われる、仮処分と執行停止との関係に関して、議論を深めていく。

第一節 行政裁判法から〈民訴応急措置法〉へ

第二次世界大戦前の「行政裁判法」の下では、「行政事件」に関しては、司法裁判所ではなく、「行政裁判所」が管轄するとされていた（二元的裁判所制度、大日本帝国憲法61条）⁽¹⁷⁾。この行政裁判法の中には、仮処分に関する規定は設けられていなかったものの、同43条では「行政訴訟手續ニ關シ此法律ニ規程ナキモノハ行政裁判所ノ定ムル所ニ依リ民事訴訟ニ關スル規程ヲ適用スルコトヲ得」とされていた⁽¹⁸⁾。しかし仮処分は、民事訴訟法によって終局的に解決される権利又は法律関係に関する紛争を前提としていることから、行政事件に関しては、仮処分をなしうる前提が欠けていたとされる⁽¹⁹⁾。

このように、すでに行政裁判法時代において、行政事件に関して仮処分が〈排除〉されていた一方、当時においても「執行停止」制度が存在していた。すなわち、行政裁判法23条では、「行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規程アルモノヲ除ク外行政廳ノ處分又ハ裁決ノ執行ヲ停止セス」として、「執行不停止原則」を採りながらも⁽²⁰⁾、「但行政廳及行政裁判所ハ其職權ニ依リ又ハ原告ノ願ニ依リ必要ト認ムルトキハ其處分又ハ裁決ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」として、執行停止制度が設けられていたのである⁽²¹⁾。しかし制度としてはあったものの、実際に執行停止が認められた事例はあまり多くなかったという⁽²²⁾。

第二次世界大戦後、行政裁判所と司法裁判所からなる〈二元的裁判所〉制度から、〈司法裁判所〉のみの一元的裁判所制度（日本国憲法76条）へと〈変革〉されたことに伴い、行政裁判法も廃止されることとなった。その代わりに制定されたのが、行政処分の取消・変更を求める訴えにつき、6ヶ月の出訴期間を定める以外は、行政事件に関しても、民事訴訟法の規定が全面的に適用されるとする、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」（民

訴訟急措置法)である。

この民訴急措置法下の学説では、行政事件において仮処分を行うことが性質上行政権の作用に属することになるとの権力分立論から、行政事件への仮処分の適用を否定的に捉える見解が有力であった⁽²³⁾。しかし他方で、判例では、民事訴訟におけると同様に、行政事件においても、さらに行政処分が関わる場合であっても、仮処分を認める旨の判断が下されていた⁽²⁴⁾。こういった学説判例の流れの中に位置付けられうるのが、いわゆる「平野事件」である。

第二節 平野事件の衝撃と行政事件訴訟特例法

平野事件(東京地決昭和23年2月2日:行裁月報2号38頁)は、戦後の行政訴訟制度全体のあり方に対し、大きなインパクトを及ぼした事件である⁽²⁵⁾。事案は、代議士である平野力三氏が内閣総理大臣から公職追放指定を受けたところ、同指定が違法であるとして、同氏が東京地方裁判所に対し、同指定の効力発生停止の仮処分を申立てたものである。

裁判所は、民訴急措置法の下では、「行政訴訟については、他の法律に別段の規定がないかぎり、民事訴訟法に基いた審判させる法意であると解するのが適当であり従って本件のごとき行政処分の執行の停止については、できるだけ同法における仮の地位を定める仮処分の規定を準用するのが相当」とした。その上で、申立人に対し仮処分を認めないと、政治生命が絶たれることにより、回復しえない著しい損害が生じることなどを理由として、仮処分決定を下した。

しかしながら、この東京地裁の仮処分決定を受けて、同年2月4日、連合国最高司令部(GHQ)は、最高裁判所長官宛てに文書を送りつけ、公職追放指定に関しては、連合国最高司令官の指揮監督の下、内閣総理大臣以下、日本の行政権に委ねられた事項であって、日本の裁判所が仮処分などを通じて介入する裁判権を有するものではないことを「指摘」した。同日、日本国政府も、臨時閣議を開いた上で、東京地裁の仮処分決定が、司法権による行政権の「さん奪」であって、「法的効力を欠如する」として、反発する声明を出した。

翌2月5日、連合国最高司令官は、口頭による指令として、最高裁判所に対し、平野氏に与えた仮処分決定を即時取り消すよう命じた。これを受け同日、東京地裁は、みずから行なった先の仮処分決定を、「最高司令官の指令に従って」「超訴訟法的に取り消し」⁽²⁶⁾、平野氏の仮処分申立てを却下することとなった。

平野事件の後、行政事件に特化した訴訟手続法、すなわち「行政事件訴訟特例法」（特例法）が制定されることとなった⁽²⁷⁾。同法においては、戦前の行政裁判法のごとく、執行停止制度が設けられるとともに、仮処分についても、明文でもって、排除されることとなった（同法10条）。その結果、この排除規定の性質に関して、権力分立との関係でいかに理解するのかという議論はさておいて⁽²⁸⁾、行政訴訟に仮処分が認められるか否かという論争については、一応の決着を見たことになる⁽²⁹⁾。さらに、同法では、「GHQの示唆」を受け、「内閣総理大臣の異議」規定（特例法10条2項）を導入することを通じて、仮の救済の実効性に対し、一定の〈外在的な〉掣肘を加えることともなった⁽³⁰⁾。

さて、特例法時代、取消訴訟の出訴期間が過ぎた段階での無効確認訴訟が、学説判例で論じられてきた。ただし、現在の行訴法とは異なって、特例法には無効確認訴訟に係る明文の根拠規定が存在しなかったばかりでなく、その訴訟類型が当事者訴訟の性質を持つのか、抗告訴訟の性質を持つのかすら、争われている状況であった⁽³¹⁾。この無効確認訴訟に仮処分が適用されるか否かが議論となったのである⁽³²⁾。

一方で、行政処分が無効である場合には、そもそも「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」が存在しないのであるから、特例法10条の排除対象ではなく、仮処分が認められるべきとの議論があった⁽³³⁾。もっとも、この議論に対しては、行政処分が無効か否かは、本案審理を通じて判明する事柄であって、仮処分審理段階で判明するものではないとの批判も投げかけられた⁽³⁴⁾。この批判論の立場に立てば、無効確認訴訟においても、執行停止でもって、仮の救済が実施されるべきということになる。そして最高裁も含め、判例では、この執行停止説が大勢を占めていた⁽³⁵⁾。

第三節 行政事件訴訟法制定と同法改正

1961年(昭和36年)に、特例法が廃止され、新たに「行政事件訴訟法」が制定されることとなった⁽³⁶⁾。今回の法制定により、従来、明文規定の存在しなかった「無効確認訴訟」が、抗告訴訟として明文規定化されるとともに、無効確認訴訟に《執行停止を準用する》旨の規定が設けられることとなった(同法38条3項)。これによって、先に紹介した「無効確認訴訟と仮処分」論争は、〈仮処分を退け執行停止を認める〉というかたちで決着がついたものといえよう。

もっとも、後で述べるように、無効処分を前提とする現在の法律関係に関する訴訟(争点訴訟・当事者訴訟)に関して、仮処分を用いることができるか否かという解釈問題については、未解決のまま残されてしまった⁽³⁷⁾。また、行訴法制定に伴い、執行停止要件について、「償うことのできない損害」が「回復の困難な損害」に変更されるなどの改正はなされたものの、執行停止制度の大枠は変えられることなく、受け継がれることとなった。

とりわけ立法過程では、違憲の疑いのある「内閣総理大臣の異議」(特例法10条2項)に関して、その制度の存在そのものの是非をめぐり、かなりの審議が費やされた。しかし結果として、やむを得ない場合でなければ異議を述べてはならないとか、異議を述べた場合には事後に国会に報告しなければならないといった、制度の濫用を間接的に統制する仕組みは設けられたものの(行訴法27条6項)、この制度そのものは残されることとなった⁽³⁸⁾。もっとも、この内閣総理大臣の異議に関しては、広島県公安条例に基づくデモ行進不許可処分の効力を停止する決定に対してそれが発動された、広島地決昭和46年4月15日(行集22巻4号531頁)を最後として、実際に用いられた事例はない⁽³⁹⁾。

かくして、行訴法が制定されて以降、大きな改正がされなくなり、行政訴訟制度は、良い意味でも悪い意味でも、「安定期」に入る。しかしながら、仮の救済のみを取り上げても、「申請拒否処分」に関して執行停止が機能しないといった問題が、引き続き残されることとなった⁽⁴⁰⁾。そこで学説では、この種の処分を念頭に置いた仮処分や執行停止の許容に向けた解釈論的な試みがなされ

てきたほか⁽⁴¹⁾、ドイツ法の「仮命令」制度を参照した立法論に関しても展開されていくことになった⁽⁴²⁾。

21世紀に入って本格化した「司法制度改革」の影響を受け、2004年（平成16年）に、「行政事件訴訟法改正」が実現することとなった。今回の法改正では、従来、「法定外（あるいは無名）」抗告訴訟扱いされ、理論的な可能性としてはともかく、實際上ほとんどその提起が適法なものとして認められてこなかった、「義務付け訴訟」や「差止訴訟」に関して、「法定」抗告訴訟として明文規定化されるとともに（行訴法3条6項、7項等参照）、全体的に見て、これらの訴訟の提起が、ある程度緩やかに認められるようになった。さらに、これらの新たな本案訴訟の類型に対応する仮の救済手段として、あるいは、従来求められてきた「仮命令」に対応する制度として、「仮の義務付け」や「仮の差止め」が導入されることになった（同法37条の5）⁽⁴³⁾。

以上の結果として、申請拒否処分に関して実効的な仮の救済手段がないという問題点は、仮の義務付け等の要件がかなり厳しい——「償うことのできない損害」要件等——点はさておくとして、とりあえずは立法的に解決したことになる。しかし他方で、「内閣総理大臣の異議」に関しては、立法関係者側において、差し迫った問題意識もなかったせいもあってか、全く改正されないまま終わってしまった。平成16年行訴法改正後、本稿執筆時点で10年ほど経過し、仮の救済（執行停止・仮の義務付け・仮の差止め）に係る判例も蓄積してきている。ただし、同改正によって活用が促された「当事者訴訟」（行訴法4条）に関して、仮処分がどこまで認められるのかが依然として不透明であり、後にまた紹介するように、同改正に係る検証作業の中でも問題点として指摘されている。

第四節 小括

以上本章では、駆け足ではあったが、行政訴訟における仮の救済をめぐる大まかな歴史の変遷を振り返ってきた。仮の救済のあり方をめぐっては、行政訴訟制度の中でも最重要問題の一つとして、判例学説のみならず、各時期の立法

過程においても、大きな争点（時には政治的な争点）となってきたことがうかがわれる。また、こういった争点に関して、立法でもって解決するという一方で、制度が逐次進展してきたことも、顕著に見出される。

したがって、仮の救済のあり方を論ずるに当たっては、解釈論的な検討のみならず、立法論的な検討も必要となつてこよう。しかしながら本稿では、この種の立法論的な検討にまで踏み込むものではない。というのも、行訴法「再」改正の見通しが立たない一方で、処分性拡大の副作用が喫緊の問題となっている現状の下では、とりあえずは、解釈論から問題に斬り込んでいくしかないからである。

さて、本章の議論を通じて、あらためて注目したいのは、〈仮処分の排除と執行停止の適用との関係〉である。従来、両者は「代償」関係⁽⁴⁴⁾にあると言われてきた。確かに、これまでの歴史の変遷を踏まえても、この指摘は当たっていると見えよう⁽⁴⁵⁾。しかし、これらの関係とともに、以下の各指摘から見出されるような〈関係〉にも留意すべきではないか。

例えば、「執行停止制度によって、終局判決までの危険ないし損害の発生を防止することが可能な事件について、民訴法の定める仮処分が排除されることは当然であつて、すでにこのような制度を設けた以上、あえて行訴法44条の規定をもち出すまでもない」⁽⁴⁶⁾、「法律が行政処分の特殊性に応じて、民訴法上の仮処分に比すべきものとして特別の執行停止制度を樹立した立法趣旨」からすると、「法律が行政処分の取消の訴や無効等確認の訴を本案とする執行停止を許す限りは、これを本案とする民訴法上の仮処分が許されないのは、その立法趣旨に則り当然」⁽⁴⁷⁾、「行政庁の処分の執行ないし効力を阻止するような仮処分は、執行停止手続によるべき」で、「行政処分がなされたと同様の効果を生ずる仮処分など」は「禁止されるとするのが判例の態度」であり、この態度は「通説によって承認されている」⁽⁴⁸⁾などの指摘である。

これらの指摘からは、仮処分が排除されているから行政処分に仮処分が認められないという論理ばかりではなく、行政処分につき執行停止があるから仮処分は利用できないとの、「取消訴訟の排他的管轄」に類する論理が示唆されて

いる。同旨の指摘は、これまで数多くなされてきたところであるが、《このこと》の意義に関し、学説上これまで掘り下げて議論がなされてきていない⁽⁴⁹⁾。

もちろん、立法過程を重視するならば、執行停止を使わねばならないことは、仮処分を排除したことと表裏ないし裏腹の関係⁽⁵⁰⁾にあるに過ぎず、それぞれのもので、特別深い意味はないのかもしれない。しかし、現行法の解釈論としては、《このこと》を、仮処分の排除とは別に議論していく論理的な余地がある。そこで本稿では、近年《このこと》に関して、「執行停止の排他性」と言及する見解⁽⁵¹⁾をも踏まえつつ、かつ、「取消訴訟の排他的管轄」という、本稿も含め、筆者が使い慣れてきた表現に合わせるため、以下「執行停止の排他的管轄」と言及することとしよう。

以上のことを踏まえると、〈行政処分については仮処分が使えず執行停止のみが使える〉という規範命題は、厳密に言うとは、「仮処分の排除」（行訴法44条）の制度的効果であるとともに、「執行停止の排他的管轄」（同25条）の制度的効果であると、〈重畳的に〉理解しうることになる⁽⁵²⁾。それゆえ、行政処分につき仮処分が認められない論拠に関しても、「行政処分の公定力（取消訴訟の排他性）の論理的帰結」という説明⁽⁵³⁾よりも、これら重畳的な制度的効果（言うなれば効力阻害遮断効）との抵触問題と説明するのが適当であろう⁽⁵⁴⁾。

また従来、行訴法44条によって排除されている仮処分の内容として挙げられていた、「行政庁に代わって行政処分を行なうこととなるような仮処分」、「行政庁の権限行使を予め抑止するような仮処分」、「行政庁のした処分の効力又は執行を停止する仮処分」⁽⁵⁵⁾——今日的な表現で言えば、「仮の義務付け」的仮処分、「仮の差止め」的仮処分、「執行停止」的仮処分——は、「仮処分の排除」問題ばかりではなく⁽⁵⁶⁾、「執行停止の排他的管轄」問題であるともいえることになる⁽⁵⁷⁾。

ともあれ本稿では、第五章において、処分性拡大が伴う場合であっても、係争行政活動につき仮処分を可能にする余地を模索することになるのであるが、この種の仮処分を適法とするためには、「仮処分の排除」の制度的効果との関係で、その許容の余地（排除の対象には当たらない）を導き出す論証ととも

に、「執行停止の排他的管轄」の制度的効果との関係でも、その許容の余地(管轄の対象とはならない)を導き出す論証が必要となってくることを、あらかじめ指摘しておきたい⁽⁵⁸⁾。

第三章 争点訴訟・当事者訴訟と仮処分

先に述べたように、特例法時代の「無効確認訴訟と仮処分」論争が、行訴法の制定によって、無効確認訴訟に関しても執行停止を用いるというかたちで立法的に決着した一方、〈無効処分を前提とする現在の法律関係に関する訴訟〉である「争点訴訟」(民事訴訟)⁽⁵⁹⁾に関しては、仮処分を用いるか否かの論争が残ってしまったし⁽⁶⁰⁾、また結論を先取りすれば、今日もなお残ったままである。

すなわち、争点訴訟(45条)に関しては、執行停止規定(25条)が準用されていない。そこで、争点訴訟につき「公権力の行使」が関わるとして、仮処分排除規定(44条)が適用されると解することとなると、争点訴訟に関しては、執行停止も仮処分も使えないという「仮の救済措置の欠缺」⁽⁶¹⁾事態が生じる⁽⁶²⁾。同じく〈無効処分〉が関わるにもかかわらず、それを〈直接の対象として争う無効確認訴訟〉と、それを〈先決問題として間接的に争う争点訴訟〉との間で、仮の救済に関する取扱いにつき、不平等な事態が生じてしまうというわけである。

そして、以上の問題状況は、「民事訴訟」としての性質を持つ争点訴訟とは異なって、「行政訴訟」としての性質を持ちはするものの、〈無効処分を前提とする現在の法律関係訴訟〉という点では、争点訴訟とその性質を共にする、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐっても存在する。また後に述べるように、結果的に見れば、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐっても、「争点訴訟と仮処分」問題とほぼ同様の議論が展開されてきている。ただし、これまでの議論の経緯を顧みると、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐってよりも、「争点訴訟と仮処分」問題をめぐってのほうが、相対的に議論の蓄積が多い。

そこで、以下第一節から第三節では、もっぱら「争点訴訟と仮処分」問題を

めぐる学説の展開を中心として、整理検討することとしたい⁽⁶³⁾。ただし、以下の整理検討は、あくまでも後の本稿の論証構成にとって必要な限度にとどめ、全般的な整理検討に関しては、既にこの種の文献の蓄積もかなりの程度になるので、これらの他文献に譲りたい⁽⁶⁴⁾。

以下、仮処分説、執行停止説、形式仮処分・実質執行停止説という順に、学説の議論展開を大ざっぱに、かつ、後の論証構成を意識しながら、整理検討していく。そして以上のようなかたちで、「争点訴訟と仮処分」問題に関して、ある程度の整理検討ができた段階の第四節で、あらためて、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐる議論動向に関して論じていく。

第一節 仮処分説

仮処分説に関しては、どのような条件・範囲でもって、仮処分を許容するかをめぐって、議論が分かれる⁽⁶⁵⁾。例えば、「法益救済の途が行政争訟においても必ず確保されるべきとの立場からは、一般的には争点訴訟につき行訴法44条は適用されない」⁽⁶⁶⁾、「争点訴訟の場合には執行停止の問題は出てこないけれども、別に仮処分でいけるわけでしょう。」「⁽⁶⁷⁾、本案訴訟には仮の救済が必ず付随していることや、争点訴訟規定（行訴法45条）が仮処分排除規定（同44条）の〈後に〉設けられていることを踏まえるならば、仮処分が認められてしかるべき⁽⁶⁸⁾、同44条は行政処分の効力を直接攻撃する「抗告訴訟」に適用されるのであって、それを直接攻撃するのではない「争点訴訟」には適用されない⁽⁶⁹⁾、「争点訴訟については、仮処分の方が理論的にも認めやすい」⁽⁷⁰⁾など、広く仮処分を認める説がある⁽⁷¹⁾。

もっとも、これらの説に対しては、三権分立の見地から批判が提起されているほかにも⁽⁷²⁾、例えば、行訴法44条が第五章補則の中に規定されている趣旨は、抗告訴訟を通じて直接的にであれ、争点訴訟を通じて間接的にであれ、行政処分の効力を阻害する仮処分を禁じていることにあるとの理解に立つならば、妥当な議論とはいえないとの批判も成り立つ⁽⁷³⁾。さらに、争点訴訟に仮処分が認められるとなると、無効確認訴訟に係る仮の救済（執行停止）に際して

は課されることとなる厳格な訴訟要件(行訴法36条)が潜脱されてしまうとの批判⁽⁷⁴⁾もある。

そのほかにも、「処分により(表見的に)生じた法律効果の一部と抵触するような内容の仮処分」⁽⁷⁵⁾、「行政処分の効力を全面的に否定し公権力の行使をさまたげる」わけではない仮処分⁽⁷⁶⁾、「行政処分の効力を阻止することを直接の目的とするもので」はない仮処分⁽⁷⁷⁾、「行政庁の処分その他公権力の行使を直接に制約することにならない」仮処分⁽⁷⁸⁾に関して、それぞれ許容する説もある。しかしながら、行訴法44条の縛りを緩和して仮処分の余地を導き出そうとするその趣旨は了解できるが、この種の限定解釈が正当化されるに足る論証が尽くされているのかという点、疑問の余地もある⁽⁷⁹⁾。またどの程度であれば、一部抵触などと言えるのかも不分明である⁽⁸⁰⁾。

さらに、本案である争点訴訟の被告が、当該行政処分の処分庁についての権利帰属主体以外の私人等である場合——例えば農地買収処分の無効を前提として、売渡しを受けた私人を相手方として所有権確認ないし引渡訴訟を提起する場合——においては、仮処分の適用を認めるべきであるが、その被告がその権利帰属主体である場合——同じく農地買収処分の無効を前提として、国を相手方として買収農地に係る所有権確認訴訟を提起する場合——においては、その実質において無効等確認訴訟に含まれると解せられるとして、(仮処分ではなく)執行停止の準用ないし類推適用を認めるべきとする説もある⁽⁸¹⁾。この説によると、行訴法38条にいう「無効等確認の訴え」には、その実質が無効確認訴訟と異なる争点訴訟も含まれると解することになる。しかしこの説に対しては、このような被告の相違によって、仮処分の許否が正反対に分かれることにつき、「理論的な根拠が不十分」⁽⁸²⁾、行訴法「44条の趣旨に合致しない」⁽⁸³⁾との批判がある⁽⁸⁴⁾。

第二節 執行停止説

争点訴訟に関して、仮処分ではなく、執行停止を通じた仮の救済を模索する説がある。例えば【執行停止準用・類推適用】説は、行訴法「36条を前提とす

るかぎりには、論理の筋としては、争点訴訟についても争点となった行政処分に関して執行停止の規定を準用し、原告の地位に仮の保護を与える努力が必要とされねばならない。』⁽⁸⁵⁾、争点訴訟の場合の保全手続に重大な欠陥がある以上は、「解釈論上、執行停止の規定の準用を考慮すべき」⁽⁸⁶⁾などとする説である。

もともと、この説に対しては、「条文上準用規定がないという難点」⁽⁸⁷⁾をさておいても、行政救済の確実性という「機能論的な見地から合目的的に」行訴法を解釈すべきという以上の論証がなされていないうらみがある。さらに、執行停止要件の厳格さからすれば、執行停止しか用いえないとすると、「実際的にも妥当ではない」との疑問も提起されるなど⁽⁸⁸⁾、「争点訴訟全体に執行停止を適用ないし準用しようとするのは、理論的根拠が十分でなく、結果も必ずしも適当でない」との批判⁽⁸⁹⁾もある。

つぎに【無効確認訴訟柔軟化】説がある。典型的には、「現在の法律関係に関する訴えによっては無効な処分の執行を阻止しえないときはその目的を達することができないとして行訴法36条の制限に服さず、無効等確認訴訟を提起することが許され執行停止を求めることができる」とする説である⁽⁹⁰⁾。この説に対しては、「実務上争点訴訟における仮処分の排除を回避するために生じた苦肉の策であって、立法の欠陥を埋めようとする実務家の努力の現れ」との好意的な評価もある⁽⁹¹⁾。

しかし他方で、「かかる解釈に従い無効確認訴訟の提起を許容すると、[行訴]法36条が無効確認訴訟を制限した意味がほとんど没却される」との問題点が挙げられている⁽⁹²⁾。また「執行停止の必要から無効確認の利益を認めるとするのは論理が逆」⁽⁹³⁾、「理論としては、やや不自然ないし本末顛倒の感があり、納得し難い面を否定できない。」⁽⁹⁴⁾、「多少不自然なものが感ぜられる」⁽⁹⁵⁾、「いささか技巧的で制度的な整合性に問題がある。」⁽⁹⁶⁾、「本案である無効確認訴訟の許容性を、その付随的手続である仮の救済の必要性・可能性により判断することが許されるか」⁽⁹⁷⁾などといった疑問が多く提起されてきている⁽⁹⁸⁾。

さらに、【重大明白な瑕疵基準】説は、重大明白な瑕疵がある無効な処分に関して、「当初から存在しないのと等しく、したがってその執行は行政処分

の執行に名をかりた事実行為とみなしてよいから、これを一私人の行なう事実行為と同一に考えて、仮処分の目的とすることが許されてよい。」とする一方、これ以外の場合には、「執行停止の規定が準用される」という説である⁽⁹⁹⁾。またこの説は、無効原因の中でも、「重大な」瑕疵と「重大明白な」瑕疵との区別を媒介として、前者に関しては執行停止（無効確認訴訟）を、後者に関しては仮処分（争点訴訟）をとにかくたちで、仮の救済のあり方を区別しようとする⁽¹⁰⁰⁾。

しかしながら、行訴法44条の趣旨は、処分の有効無効を問わず、「公権力の行使」に当たれば仮処分を排除するものと解しうる⁽¹⁰¹⁾。また実際問題として、瑕疵の「明白性」の有無が明らかになるのは、本案訴訟の最終段階においてであって、疎明を基礎とする暫定的な権利形成段階では、その有無を判定できないのではないかとの疑問も根強い⁽¹⁰²⁾。さらに、明白性要件の立証がかなり厳格なものである以上、仮処分（争点訴訟）が適用できる事例はほとんどなくなってしまっているのではないかなどの批判もある⁽¹⁰³⁾。

加えて、「重大な瑕疵」か「重大明白な瑕疵」かの無効原因に係る実体的な違いにより、無効確認訴訟か争点訴訟かを手続的に振り分けることに対しても、こうした無効原因に係る細かな実体的違いが判例で採用されているわけではないことに、留意が必要である⁽¹⁰⁴⁾。またこの点をさておいても、行訴法解釈上、「無効確認訴訟と現在の法律関係に関する訴訟とで、問題とされ得る無効の観念が共通する」などのことから、「無効原因の制度的個別化」というかたちでもって、「訴訟類型に瑕疵類型を対応させるのは理論的にも実際的にも必ずしも合理的であるとは言えない」⁽¹⁰⁵⁾との指摘もある。

第三節 形式仮処分・実質執行停止説

この説に属する先駆的な学説（特例法時代の学説）⁽¹⁰⁶⁾によれば、「行政事件についても民事訴訟法に定める仮処分の規定が原則的に準用せられてしかるべき」とする一方、「行政作用の円滑な運営」や「公共の福祉」の観点からすれば、「その運用については特に慎重厳格であることを要」という。そして

この立場から、「仮処分の適用があるといっても現行法上の規定が全面的に妥当するのではなく、事実上は特例法10条2項の規定に近い程度の要件が必要とせられるであろう。」と指摘する。

この説を精緻化している塩野宏氏⁽¹⁰⁷⁾によれば、「行訴法44条は、法治国家の下における裁判制度に必然的に備わるべき仮の救済制度を正面から否定しているものではなく、行政庁の果たすべき機能を考慮して、その方法に限界のあることをのべたもの」と理解する。その上で、「行政行為の無効の主張を前提とする本案訴訟との関連における仮処分権の限界とは、行政庁の第一次的判断権をさきどりするような形での仮処分の方法の禁止を意味する」という。このように、同説の出発点は、〈法治国家における行政救済のあり方〉という観点から、〈仮の救済の重要性〉を導き出し、その重要性を踏まえて、同44条に係る〈仮処分許容の余地〉を導き出す解釈（裏返せば同44条を限定する解釈）である。

さらに、その具体的な解釈内容として、塩野説は、「行政庁の第一次的判断が全くなされていない状態において、行政庁に代わって新たな行政処分を行うことになるような仮処分、行政庁の権限を予め抑止するような仮処分はできない」が、「行政庁の処分によって表見的に形成された法律関係と抵触するような仮処分、あるいは、処分前の原状における法律状態にもとづく仮処分については、それはすでになされた行政庁の第一次的判断のレビューの結果なされるものであって、それ自体、公権力の行使の積極的な侵害ないしさきどりを意味するものではなく、それはまた、抗告訴訟において認められているところであって、したがってかかる意味での仮処分は現行法の下でも許される」という。

とはいえ、「具体的場合にどの程度の仮処分が許されるかは、なお限界を定めることは困難であ」り⁽¹⁰⁸⁾、また「仮処分の要件に関しても、行政処分の効力が問題となっているという意味で、通常の民事事件における仮処分とは異なった運用が必要とされる」とした上で、「具体的事件の積重ねによって逐次解決されるべき問題」という。

ただし塩野氏は、この運用に係る一つの手掛りを示している。すなわち、「民訴法上の一般の仮処分における、保全の必要の要件を、そのままここに適用することは、実質的にも妥当でなく、また行訴法44条の仮処分限界の規定の趣旨の一つもそこにあると解することができよう。」とした上で、仮処分に係る「要件の認定については、行訴法25条の執行停止の要件の趣旨に従った運用がなされるべき」と主張する⁽¹⁰⁹⁾。

以上の形式仮処分・実質執行停止説に対しては、「實際上、争点訴訟の大部分を占めると思われる、既になされた処分の無効を前提とする訴訟については、すべて仮処分をなしうることとなり、注目すべき説」との好意的な評価がある⁽¹¹⁰⁾。しかし他方で、「行政処分の効力を全面的に覆すような仮処分」も許容されるというのであれば、行訴法44条の立法趣旨に反するとの批判もある⁽¹¹¹⁾。

第四節 小括

以上本章を通じて、「争点訴訟と仮処分」問題をめぐって、様々な学説が展開してきたことがわかった。しかしながら、いずれの説も一長一短で決め手がないというのが、今日の学説の到達水準である⁽¹¹²⁾。とはいえ、この問題をめぐっては、「学説・判例ともに理論対立が激しい」割りには、「争点訴訟として受理される事例が少ない」などの理由から、「判例上顕在することは実は非常に少ない」⁽¹¹³⁾。したがって、今日この問題がどこまで差し迫ったものと言えるのか、疑問の余地もなくはない⁽¹¹⁴⁾。

しかし他方で、先にも述べたとおり、「争点訴訟」と並んで「当事者訴訟」をめぐっても、仮処分の可否が論じられてきた。もっとも、学説判例上、争点訴訟以上に当事者訴訟が注目されてこなかったせいもあってか、「当事者訴訟と仮処分」問題について、それそのものとして取り上げ、かつ、掘り下げて論ずる文献は、今日に至るもほとんど見当たらない⁽¹¹⁵⁾。

ただし、この問題に着目して論ずる学説もなくはない。もっとも、この種の例外的な学説をみても、「少なくとも当該当事者訴訟と無効確認訴訟とが実質

的に表裏一体をなしている場合には執行停止の準用があると解して差し支えなからう」⁽¹¹⁶⁾(執行停止準用説)、「明確な行政処分(したがって形式的行政処分は除く)に限定して、44条の適用を認め、かつ、疎明資料により行政処分に重大明白な瑕疵があって、一見して当然無効とされる場合には」、実質的当事者訴訟においても仮処分をなしうる⁽¹¹⁷⁾(重大明白な瑕疵基準説)などの議論からも窺われるように、その内容は「争点訴訟と仮処分」問題における学説内容と、ほぼ〈かぶっている〉⁽¹¹⁸⁾。

さらに、「実質的当事者訴訟については、争点訴訟について述べたところに準じて考えればよく、論者の多くは、両者を一体的に論じている。」⁽¹¹⁹⁾との割り切った指摘にもあるように、「争点訴訟と仮処分」問題と「当事者訴訟と仮処分」問題とでは、先に前者の問題で注目した形式仮処分・実質執行停止説も含め、学説の〈ラインナップ〉も同様である⁽¹²⁰⁾。したがって、ひとまず「争点訴訟と仮処分」問題に関して検討し終った本稿現段階において、あらためて「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐる学説動向に関して、重ねて詳しく論ずるには及ばないだろう。

行訴法下の判例をみると、例えば、福岡高判昭和55年3月28日(行集31巻3号809頁)は、免職処分の無効を前提に、地位保全の仮処分申立てをした事案において、仮処分が不適法とされる一方⁽¹²¹⁾、高知地決平成4年3月23日(判タ805号66頁)⁽¹²²⁾は、退学許可処分の執行停止申立てにつき、「無効確認訴訟に準じて仮の救済として執行停止が許される」とする。

さらに、甲府地判昭和38年11月28日(行集14巻11号2077頁)は、当事者訴訟たる禁猟区不存在確認訴訟でもってしては、仮処分も執行停止も認められなくなるという不合理な結果をもたらされるとした上で、このような結果について、執行停止を認めるというかたちで解消させるために、行訴法36条後段にいう「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができない」場合に該当すると解釈して、禁猟区設定行為無効確認訴訟を適法とすべきとする⁽¹²³⁾。

このように、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐって、いくつかの裁判例は見受けられる⁽¹²⁴⁾。しかしながら、判例上も、当事者訴訟そのものに関して、

それほど注目されてこなかったせいもあってか、やはり確立した法理は見出されない。仮処分ではなく、執行停止を認める傾向にある⁽¹²⁵⁾、と言いたいところであるが、母数となる判例数が不十分である以上、確たることは言えないだろう。さらに、数少ない判例のなかで議論されている内容も、「争点訴訟と仮処分」問題のそれと大差はない。

以上のように、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐって、判例学説上十分な議論が展開されてこなかった一方で、平成16年行訴法改正による当事者訴訟活用論を受けて、「争点訴訟と仮処分」問題とは独立した文脈で、あらためて「当事者訴訟と仮処分」問題が提起されてきている。例えば、平成16年行訴法改正を受けて⁽¹²⁶⁾、また同改正後一定期間を経た検証過程において⁽¹²⁷⁾、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐって、議論が展開してきている。また後述のように、「当事者訴訟と仮処分」問題に関しては、近時の処分性拡大判例との文脈でも、議論の余地が出てきている。

しかしながら、学説では、当事者訴訟における仮処分も一般的には認めうるとする点では、おおむね見解の一致が認められるものの、行政処分の無効を前提とする当事者訴訟の場合においてまで、それが認められうるのか否かについては、深く掘り下げて議論されてきているわけではない。むしろ、「争点訴訟と仮処分」問題と同じ議論の到達水準に甘んずるなり、同問題の場合と同じく、立法の不備や立法的解決の必要性が指摘されるに尽きてしまっている⁽¹²⁸⁾。

もちろん、第二章を通じても明らかにしたように、仮の救済をめぐっては、もっぱら法改正によって制度が進歩してきた面があるので、〈立法的解決を待つ〉という方向性もありうる⁽¹²⁹⁾。しかし、「当事者訴訟と仮処分」問題に関して、平成16年行訴法改正の過程で十分な議論がなされず、また何らの立法の手当でもなされなかった点に留意する必要がある⁽¹³⁰⁾。また現状では、近い将来、《行訴法再改正》が見込めるということもない。こういった情勢からすれば、さしあたり「当事者訴訟と仮処分」問題に関しては、解釈論でもって対応していく、というのが現実的な対応姿勢であろう。

ともあれ、「当事者訴訟と仮処分」問題をめぐる議論の中で、比較的に有力

なのは、「争点訴訟と仮処分」問題をめぐる議論の場合と同様、「形式仮処分・実質執行停止」説である。先に紹介した塩野説では、法治国家の理念から、争点訴訟や当事者訴訟における仮の救済の重要性を導き出すとともに、行訴法44条に関する立法趣旨を踏まえながら、行政庁の第一次的判断権の行使を積極的に阻害するのではない仮処分に関して、許容する余地を導き出している。

他方で塩野説のうち、仮処分の判断に当たっては執行停止要件の趣旨を考慮すべきとする部分に関してである。こういった考慮をすべきという議論そのものは、バランスのとれた帰結を導くものと評しうる。しかしながら、この考慮すべきとの《規範的な要請》が、どこから出てくるのかが問題である。この点に関して塩野説は、先決問題としてではあれ、「行政処分の効力が問題となっている」からとの理由を示唆する⁽¹³¹⁾。

また「国民の権利利益の実効的救済の見地」からすれば、争点訴訟や当事者訴訟の「仮の救済手段としては、ミニマム、無効確認訴訟における仮の救済としての執行停止と同程度の仮処分は排除されていない」とも指摘する⁽¹³²⁾。同じく行政処分の無効を争う無効確認訴訟と争点訴訟・当事者訴訟との間での、仮の救済面における、要件面での解釈論的な均衡が念頭に置かれていることがうかがわれる。

このように、塩野説においても、仮処分の判断に当たって執行停止要件の趣旨を考慮すべきその【論理必然性】に関して、論証が試みられていると言えよう。もっとも、塩野説も含め、従来の形式仮処分・実質執行停止説は、あくまでも典型的な行政行為を念頭に置いた議論であって、この議論が、処分性拡大によって「行政行為（行政処分）」と解されることとなった行政活動に対してまでも、そのまま及ぶのかについては定かではない。

したがって、「当事者訴訟と仮処分」問題に関して、「形式仮処分・実質執行停止説」を採用するとしても、あらためて処分性拡大という文脈で、同説の【論理必然性】がいかにして論証できるのか、検討していく必要がある。そしてこのためには、その前提として、第四章において、「処分性拡大と仮処分」をめぐる議論動向を見ていく必要がある。

また形式仮処分・実質執行停止説では、結果として、仮処分と執行停止との両制度間で、その審査判断方法における運用上の「融合」を図ろうと試みている。しかし、このような融合を可能にする【制度的素地】、とりわけ相応の制度的な「共通性」については、十分に論証されていないように思われる。この点に関しても、第五章になるが、両制度の性質の異同をめぐる議論を踏まえた上で、あらためて検証する必要があるだろう。

第四章 処分性拡大と仮処分

本章では、第一節で、「形式行政処分と仮処分」をめぐる学説展開を整理検討する。また関連して、第二節では、「事実行為と仮処分」をめぐる学説展開を瞥見する。そしてこれらの両節を通じて、これまでの〈処分性拡大論と仮処分〉をめぐる論争の到達水準を明らかにする。その上で第三節では、〈処分性拡大判例と仮処分〉の動向をみていく。第四節では、これまでの学説や判例で論じきれない課題点について明らかにする。

第一節 形式的行政処分と仮処分

形式的行政処分論の一環として⁽¹³³⁾、形式的行政処分に仮処分が認められるか否かが議論となってきた⁽¹³⁴⁾。まず執行停止説は、処分性拡大に伴い、仮処分の排除ないし執行停止の排他的管轄も拡大するので、形式的行政処分に関しては執行停止のみが適用され、仮処分に関しては排除されるとする説である⁽¹³⁵⁾。行訴法3条と同44条それぞれにある、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」概念を、同一のものとして理解するわけである⁽¹³⁶⁾。ただしこの説に対しては、市民の権利救済の途を広く認めるという観点から、形式的行政処分という考え方を導き出しておきながら、それに対する仮の救済を執行停止という、仮処分よりも厳格な権利救済手続（本案訴訟提起要件や出訴期間等の制約がある手続）とすることが、市民の権利救済という観点に照らして、はたして妥当なことであるのか、疑問が提起されている⁽¹³⁷⁾。

つぎに仮処分説は、「解釈論的操作に基づく形式的行政処分」に関しては、

仮処分による救済を優先すべきであり、やむを得ない場合にのみ、執行停止の対象とすべきとする説である⁽¹³⁸⁾。しかしこの説に対しては、形式的という形容詞はつくにせよ、行政処分と認める行政活動につき、何故に仮処分排除規定が適用されなくともよいのか、十分な説明がなされていない。その（形式的行政処分とみなされた）行政活動につき、「処分性を拡大しなければ、もともと仮処分が可能であった」⁽¹³⁹⁾からという理由でもっては、不十分であろう。

さらに完全併用説は、形式的行政処分につき、執行停止を通じて仮の救済を求めるか、仮処分を通じて仮の救済を求めるかは、原告側の自由選択とする⁽¹⁴⁰⁾。しかしこの説に対しては、仮処分排除等の行訴法の制約を潜脱するのではないかといった疑問が投げかけられるほか⁽¹⁴¹⁾、仮にその種の制約を潜脱するものでないにせよ、処分性を拡大しても仮処分の排除なり執行停止の排他的管轄なりの縛りがかかってこない論拠について、先の仮処分説同様、十分に論じられていない⁽¹⁴²⁾。

例えば、完全併用説の代表的な論者は、行訴法3条にいう「行政庁の公権力の行使に当たる行為」の意義は、形式的行政処分をも含むものとして広く解し——したがって形式的行政処分は取消訴訟の対象適格性を持つと解し——つつも、同44条の「行政庁の公権力の行使に当たる行為」の意義は、「いぜん公定力をとまなう行為の意味に解すべき」——したがって形式的行政処分は仮処分の排除対象ではない——として、3条と44条とで概念を異なつて解するところ、「この間の解釈の齟齬は、古い救済の手段をもって新しい需要に応じるために生じたものでやむをえない。」⁽¹⁴³⁾と割り切ってしまう。論証不足の感は否めない。

これに対して制限的併用説は、「形式的行政処分と見たててを国民の選択にゆだねた場合には、法定の取消争訟を行政の行為を争う公式の手段として活用しようと欲した国民には、執行停止の手段と法律上背反的な民事仮処分を否認するのが一つの筋」⁽¹⁴⁴⁾というように、執行停止と仮処分間での選択を認めはするものの、一旦どちらかを選択した以上は、その手段に従わねばならないとする説である⁽¹⁴⁵⁾。完全併用説とは異なり、バランスのとれた帰結を導いて

いる。しかし他方で、なぜこのような「従わねばならない」とする規範命題が出てくるのか、その論拠について十分に論じられていない。

かくして併用説に対しては、「公権力の行使の一類型として処分性の拡大を容認する以上単なる便宜論というほかに、実務上は受け容れ難いと思う。」との指摘⁽¹⁴⁶⁾があるように、「救済の便宜」以上の論証がなされていない問題点がある。以上、形式的行政処分と仮処分論をめぐる学説判例に関しては、いぜんとして、「現状は、はなはだ見通しの悪い状況にある」との評価⁽¹⁴⁷⁾が妥当していると言えよう。

第二節 事実行為と仮処分

ちなみに、「形式的行政処分と仮処分」と類似する論点として、「事実行為と仮処分」、なかんずく「公共工事と仮処分」をめぐる問題がある。この問題をめぐっても、学説判例上、かなりの議論の蓄積がある⁽¹⁴⁸⁾。とはいえ、この議論の中では、「形式的行政処分と仮処分」問題と類似の議論動向もみられる⁽¹⁴⁹⁾。具体的には、仮の救済として、仮処分を用いるべきとする説⁽¹⁵⁰⁾、執行停止を用いるべきとする説⁽¹⁵¹⁾、仮処分も執行停止も自由に選択できるとする完全併用説⁽¹⁵²⁾、さらにいったん選択した以上、その選択に縛られるとする制限併用説⁽¹⁵³⁾である⁽¹⁵⁴⁾。また、前節で検討した学説の中では、「事実行為と仮処分」問題を「形式的行政処分と仮処分」問題の中で論じている学説もある⁽¹⁵⁵⁾。

いずれにしても、本稿の全体の論証構成にとって、「事実行為と仮処分」問題に関して正面から立ち入って考察しておく必要はなく、むしろ「事実行為と処分性」問題という文脈で、別の機会にあらためて詳しく検討する必要がある⁽¹⁵⁶⁾。もっとも、「事実行為と仮処分」問題における併用説に対して、「せっかくある訴訟形態を選んだのだから助けようということだけでは、ドグマテイクとして成り立たないのではないか。」⁽¹⁵⁷⁾、「国民の権利救済の途を広く認めるという発想そのものは首肯できるにしても、そのために事実行為ないし行政処分に関する通説的見解や判例の立場をあえて変更しなければならない実際上および理論上の必要性は乏しいのではなからうか。」⁽¹⁵⁸⁾などの指摘がある。

これらの指摘に関しては、「形式的行政処分と仮処分」問題における併用説とも共通する問題点であると思われる。

第三節 処分性拡大判例と仮処分

近年の処分性拡大判例動向を踏まえて、その副作用問題として、仮処分の排除の拡大問題が指摘されている。例えばある論者⁽¹⁵⁹⁾は、処分性拡大の結果として、「手続の予測可能性」が害されることを懸念する文脈において、「早期の救済を得るには、仮の救済の利用が不可欠であるところ、当事者訴訟なら本訴提起を要せず民事仮処分を申立てられるのに対し、抗告訴訟なら本訴提起を要する。」として、「訴え提起手数料の問題だけでなく、負担に大きな違いがある。」という。その上で、「当事者訴訟については民事仮処分が可能と理解すべき」ところ、「近時これを否定する裁判例が出された。」として、東京高決平成24年7月25日（判時2182号49頁）を問題視している。

そこで、あらためて本判決に関してみてみよう。本件は、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売を原則禁止する省令（薬事法施行規則）が違憲違法で無効であることを先決問題として、それらの医薬品につき郵便等販売をすることができる権利（地位）の確認を求めて争われた実質的当事者訴訟（最判平成25年1月11日：民集67巻1号1頁、省令につき違法無効判決が出され原告の請求が認容されることとなった医薬品ネット販売訴訟）を本案訴訟とする、仮処分申立て（仮の地位を定める仮処分申立て）事案である。

裁判所は、本案訴訟たる「実質的当事者訴訟」では、「厚生労働大臣が薬事法の特別の委任を受けて制定した改正省令（国家行政組織法12条）が無効であることを前提として、これを先決問題として」おり、「その実質において、厚生労働大臣の省令制定行為あるいはこれに基づく改正省令の効力を直接に争うものといえる。」とした。また「本件における厚生労働大臣の省令制定行為あるいは改正省令それ自体は、行政事件訴訟法44条が仮処分を排除する対象である『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』そのものである」とする。

その上で、「本件申立ては、現在の法律関係の暫定的な確認を求めるものであるが、その実質において、厚生労働大臣の制定に係る改正省令の効力の停止を求める仮処分の申立てに帰着するものであって」、行訴法44条が禁ずる、「行政庁に代わって裁判所が行政処分その他公権力の行使に当たる行為をすることになる仮処分、行政庁の権限行使を事前に抑止することになる仮処分、行政処分その他公権力の行使による効力や執行を直接又は実質的に停止することになる仮処分」と「同様の効果を求めていることが明らか」として、仮処分を不適法と判断した⁽¹⁶⁰⁾。

もっとも本決定は、厳密に言えば、処分性の拡大解釈に伴って仮処分の排除も拡大することを認めたという〈構図〉の判例ではない。というのも、その理由の中で、傍論として、「厚生労働大臣のする省令制定行為あるいは改正省令それ自体は、その後に予定されている処分等を経ずに、当該省令がその適用を受ける者の具体的な法律関係や権利義務に直接影響を及ぼす場合には該当しないから、抗告訴訟の対象とはならないと解される。」と判示しているからである。

いわば省令制定行為は、行訴法3条の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たらないが、同44条の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」には当たるとのことである。この議論は、先に挙げた、形式的行政処分が行訴法3条の対象となるとしながらも、同44条の対象とはならないとした併用説と〈逆の〉議論をしている。もっとも両議論とも、同一法律条文中の同一文言を十分な論証を経ずに別異に扱っている点では共通しており、疑問の余地がある。

また本決定では、本件事案において仮処分が排除されることは明らかにされているが、その代わりに、本件事案において執行停止が使えることが示唆されているわけでもない。したがって、仮に本決定において、執行停止も不適法となると解していたのなら、「行政処分の無効を前提とする当事者訴訟においては仮の救済がないことになってしまう。」⁽¹⁶¹⁾との〈仮の救済措置の欠缺〉の懸念が当てはまることになろう。

第四節 小括

以上みてきたように、従来から、「形式的行政処分と仮処分」問題、また「事実行為と仮処分」問題というかたちで、学説判例上「処分性拡大と仮処分」問題が論じられてきた。しかし、これらの論争そのものにつき明確な決着を見ないまま、処分性拡大路線が最高裁判例によって実現されてしまった。現段階では、〈正面から〉争点となった裁判例は（管見の限りでは）見受けられないものの、判例上処分性拡大路線が続く限りは、今後争点となる可能性がある。「処分性拡大と仮処分」問題をめぐる従来の議論蓄積を踏まえつつも、新たなステージで問題解決が求められているものといえよう。

従来の論争の中では、「仮処分・執行停止併用説」が有力であった。また実践的な帰結としても、同説が妥当であると思われる。しかしながら、同説において、これまで、処分性を拡大しても、「仮処分の排除」なり、「執行停止の排他的管轄」なりが適用されない【論理必然性】なりが十分論証されてきたかと言うと、それは疑問である。また「仮処分・執行停止併用説」をとるにしても、完全併用説が妥当なのか、はたまた、制限併用説が妥当なのかという点に関しても、それ相応の論理必然性をもって、どちらかの説が導き出されねばならない。

もちろん、救済の便宜から処分性を拡大し、救済の便宜から仮処分の排除ないし執行停止の排他的管轄を適用しないといった、〈便宜に便宜を重ねる論〉も考えられうる。現にこのような議論は、本案訴訟をめぐる「当事者訴訟・抗告訴訟併用説」の文脈で、処分性を拡大しても、取消訴訟の排他的管轄や出訴期間を適用しなくてもよいというかたちで見受けられてきたし⁽¹⁶²⁾、またこの本案訴訟をめぐる議論の延長で、「仮処分・執行停止併用説」を正当化している議論も見受けられる。

しかし、この種の〈便宜に便宜を重ねる論〉に関しては、筆者として、その論理的な説得力に関して、本案訴訟の場面を中心に、少なからず批判してきたところである⁽¹⁶³⁾。そしてこの批判は、基本的には、仮の救済の場面でも当てはまるものと思われる。したがって、「仮処分・執行停止併用説」を結論とし

て採用することが妥当であるとしても、その結論に至る【論理必然性】に関して、具体的に言えば、処分性を拡大しても、仮処分の排除なり、執行停止の排他的管轄なりが適用されない帰結について、それなりの論証を尽くしていかなければならない。

第五章 処分性拡大に伴う均衡解釈論

本章では、これまでの考察結果を踏まえた上で、第一章で挙げた〈設例〉、すなわちある行政活動の違法性を争うため、当事者訴訟が提起され、またその文脈で仮処分申立てがなされたところ、処分性の拡大解釈がなされた場合の、仮の救済に係る「副作用」問題に対する解釈論的な対応策を模索していく。

具体的な見通しとしては、第四章第四節での検討を踏まえ、処分性拡大の文脈において、「仮処分・執行停止併用説」が成り立つ【論理必然性】、とりわけ処分性を拡大しても、「仮処分の排除」や「執行停止の排他的管轄」が適用されない具体的な論理構成に関して、検討していく。またこの検討を通じて、併用説の中でも、完全併用説、制限併用説どちらが妥当なのか、結論を導いていく。

さらに、第三章第四節での検討を踏まえ、処分性拡大の文脈において、「形式仮処分・実質執行停止説」が成立する【論理必然性】について、検討していく。言い換えれば、本稿では、この処分性拡大の文脈を超えて、一般的な文脈において、争点訴訟・当事者訴訟における仮の救済のあり方として、「形式仮処分・実質執行停止説」が妥当であるか否かという問題に関しては、さしあたり判断を保留することとする。加えて、「形式仮処分・実質執行停止説」が前提としている、仮処分と執行停止との間での、審査判断方法における運用上の「融合」を可能にする【制度的素地】に関しても、処分性拡大の文脈において、検討していく。

そして以上の、処分性拡大の文脈における、「仮処分・執行停止併用説」並びに「形式仮処分・実質執行停止説」に関する検討を進めていくに当たっては、第二章第四節で示した、「仮処分の排除」と「執行停止の排他的管轄」と

の〈重畳的な制度的効果〉の帰趨に関しても、留意していくこととなる。また、以下の検討の中での「導きの糸」として、第一章でも紹介した、処分性拡大に伴う「本案訴訟」のあり方をめぐって、これまで筆者が用いてきた「均衡解釈」論という解釈方法論にも着目することとなる。

第一節 マクロの均衡（原理原則との関連）

まず大前提として、第一章で挙げた設例に関しては、処分性拡大に伴って、仮処分の排除も拡大せざるをえないとの、〈素直な〉解釈を出発点とするのが、妥当なのではないか。裏返せば、問題となった行政活動に関しては、本来であれば、取消訴訟を通じて本案救済を受けるべきであったばかりでなく（取消訴訟の排他的管轄）、執行停止の申立てを通じて仮の救済を受けるべきであったのであって（執行停止の排他的管轄）、それにもかかわらず、仮処分の申立てをしても、それは不適法と言わざるをえないというのが、行訴法の解釈論としては、最も〈自然〉である。

とはいえこの解釈は、実定法に係る表面的な解釈論としては、論理整合的であったとしても、妥当な結論とまでは言えない。なぜなら、裁判所による不意打ちの処分性の拡大解釈の結果、仮処分申立てが却下され、執行停止を申立てていたならば得られたであろう、仮の救済の機会を剥奪されるということは、「法律による行政」の核心的部分、すなわち「予測可能性の保護」の要請に抵触するからである。

逆から言うと、「予測可能性の保護」の要請からすれば、設例の市民に対しては、少なくとも、“何らかの解釈”（本章第二節で論ずる）を通じて、仮の救済の機会が認められなければならないということになる。しかし他方で、「予測可能性の保護」の要請から仮の救済の機会が求められるからといって、直ちに、執行停止・仮処分いずれによっても、またいずれの時点であっても、市民が自由に両者を選択できる、その意味で「完全併用説」を採用すべきかと言うと、それに関しては、以下のような疑問がある。

第一の疑問は、完全併用説を認める「許容性・妥当性」である。例えば、仮

処分申立て時点で、処分性が拡大された行政活動に関して、取消訴訟の出訴期間が過ぎてしまっている場合がある。この場合、取消訴訟の提起は認めないが、執行停止の申立てのみ認めることは、本案訴訟並行提起要件に照らして、解釈論的に困難である。また仮に、執行停止を認めるために、あえて出訴期間を過ぎた取消訴訟なり無効確認訴訟なりの提起を認めるべきとする解釈論に関しても、先に紹介した無効確認訴訟柔軟化説に対する批判論ではないが、本末転倒であるとの批判は免れないだろう。さらに、その種の解釈論が、曲りなりにも成立するとしても、行政処分（とみなされた行政活動）に関わって求められる、「法的安定性の保護」の要請を損なうおそれが出てくる。

第二の疑問は、完全併用説を認める「必要性・合理性」である。そもそも、仮処分の申立てをした者にとっては、予想通り仮処分に関する手続をして、その決定がもらえるのであれば、「不測の不利益」が生じるわけではない。それを超えて、あえて仮処分よりも（申立人にとって）厳格な手続である執行停止への変更の機会（オプション）を認める必要は、申立人の現実的なニーズとしてどこまであるのかという点はさておき、少なくとも「予測可能性の保護」の要請からは導き出されえないであろう。また、本案訴訟をめぐる同様の副作用問題に関して、私見の「均衡解釈」論⁽¹⁶⁴⁾では、当事者訴訟の提起を適法なものとして維持する方向での解決策を模索しているので、それとの整合性を図るという観点からみても、制限併用説を採用し、仮処分申立てを適法なものとして維持する帰結が妥当である。

もちろん以上の論証は、行政処分とみなされた行政活動に関して、取消訴訟の出訴期間徒過まで時間的余裕がある場合に、裁判所が積極的に積明を行い、仮処分申立人をして、取消訴訟の提起並びに執行停止の申立てを促すという実務運用の可能性までも排除するものではない。

さらに、第一章で挙げた設例とは異なり、原告市民が、当初から裁判所の処分性の拡大解釈を見越して、取消訴訟を提起するとともに、執行停止を申立て、その結果、裁判所によって、〈見込み通り〉処分性が拡大された場合も考えられる（近年の処分性拡大判例⁽¹⁶⁵⁾がそうである）。しかしながら、この場合

には、「予測可能性の保護」の要請は問題とならない。したがって、裁判所として、そのまま取消訴訟に係る本案審理とともに、執行停止手続を進めればよいだけの話である。

以上を踏まえると、処分性拡大の対象となった非典型的な行政行為に関しては、「法律による行政」からの対応的要請、すなわち「予測可能性の保護」の要請からすれば、仮処分申立てがされた場合であっても、執行停止申立てがされた場合であっても、さしあたりその申し立てられた仮の救済形式に従って判断されるべきという結論——いわば現状維持の結論——が導き出されることになる。その限りで、問題解決の基本方向としては、「制限併用説」を採用することが妥当ということになる。またこの方向を採用することによって、民事訴訟法246条や民事保全法24条が基本とする「処分権主義」との関係でも⁽¹⁶⁶⁾、整合的な解決が図れることにもなる。

したがって、第一章で挙げた設例で言えば、市民によって「誤って」選択された仮処分に関しては、さしあたり「適法」なものとして維持され、手続が進められるべきということになる。またその限りで、執行停止と仮処分の相違は、(行政訴訟・民事訴訟に通ずる)権利保全制度という、大きな「司法制度」の枠組み——基本的人権に引き付けて論ずるなら、憲法32条の裁判を受ける権利——の観点から、かつ、処分性拡大という限られた文脈において、手続的に相対化されねばならない。

しかしながら、この結論から直ちに、この仮処分の判断要件が「通常の仮処分」の判断要件とまったく同じであって良いということにはならない。なぜならば、前者の仮処分は後者の仮処分と比べても、行政処分としたことに起因する「法的安定性の保護」の要請がより強く求められるからである。

第二節 ミクロの均衡（実定法との関連）

それでは、行政処分をめぐって求められる、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」との両要請を均衡させる「仮処分・執行停止（制限）併用説」は、具体的にどのような論理構成を持つものとして、導かれるのであろうか。

もっとも、この検討に入る前に、あらためて次の点を確認しておくことにしよう。

それは、第二章第四節でも述べたように、《仮処分不適法》という結論を導くにあたっては、二つの行訴法の解釈問題が関わっているということである。一つは、行訴法44条の「仮処分の排除」、すなわち行政処分の効力を阻害する仮処分は用いることはできないという規定である。もう一つは、「執行停止の排他的管轄」であって、行政処分の効力を阻害する仮の救済に関しては執行停止を用いなければならないという、同25条から導かれる考え方——同3条から導かれる「取消訴訟の排他的管轄」と並行した考え方——である。

それでは、あらためて、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」との二つの原理的要請を均衡させる「仮処分・執行停止（制限）併用説」の解釈論的構成とはいかなるものであるのか、模索していこう。思うに、処分性の拡大解釈に伴い、「法律による行政」からの対応的要請（予測可能性の保護の要請）として、仮処分の排除並びに執行停止の排他的管轄が「縮小解釈」されねばならない。

もっとも、ここで、《仮処分適法》との結論を導くためには、二つの方面から《縮小解釈》がなされなければならない。一方で「仮処分の排除」の「縮小解釈」である。これによって、行政処分と認められた行政活動に関して、その効力を阻害することとなる場合であったとしても、仮処分が認められる余地を導き出すことができることになる。他方で「執行停止の排他的管轄」の「縮小解釈」である。これによって、行政処分と認められた行政活動に関して、執行停止ではない仮の救済の余地（つまりは仮処分の余地）を導き出すことができることになる。ここで、「仮処分の排除」であれ、「執行停止の排他的管轄」であれ、いずれに関しても、「全面不適用」ではないことに注意が必要である。そこで、次に問題となるのは、何故に「縮小解釈」でなければならないのかということである。

この点、「仮処分の排除」に関して縮小解釈する趣旨は、現に申立人より申し立てられた仮処分の形式を適法なものとして維持する一方、その仮処分にお

ける判断要件を「通常の仮処分」とは異ならしめる規範的余地を生み出すことにある（形式仮処分の論理）。これに対して、「執行停止の排他的管轄」に関して縮小解釈する趣旨は、執行停止の形式を使わねばならないとの縛りから仮処分申立人を解放する一方で、その仮処分の判断に当たって、それでも執行停止要件の趣旨を一定程度反映させる規範的余地を生み出すことにある（実質執行停止の論理）。いわば前者の縮小解釈によって、《特殊な内容》の仮処分を規範的に可能なものとし、また後者の縮小解釈によって、その《特殊な内容》として“執行停止要件の趣旨の考慮”を規範的に読み込ませるのである。

もともと、「形式仮処分の論理」並びに「実質執行停止の論理」に係る論理的余地があると言っても、このことから直ちに、それらの論理を用いなければならないとの規範命題が導かれるわけではない。この規範命題を導くためには、一定の原理的要請に立脚する必要がある。そしてそれは、前節最後において指摘した、ある行政活動が処分性拡大というかたちで「行政処分」とみなされた場合であったとしても、その処分に関する仮の救済をするに当たっては、（行政処分とみなした以上）「法的安定性の保護」の要請が一定程度踏まえられねばならないという原理的要請である。逆から言えば、こういった「法的安定性の保護」の要請があるからこそ、単純な「仮処分」説ではなく、「形式仮処分・実質執行停止」説が正当化されることになるのである。

かくして、行政処分をめぐる求められる、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」の両要請を原理的に踏まえた「均衡解釈」、具体的には、「仮処分の排除」並びに「執行停止の排他的管轄」の「縮小解釈」という解釈論的構成による「均衡解釈」を通じて、処分性拡大に伴う副作用問題の克服という文脈において、「形式仮処分・実質執行停止説」が採用される【論理必然性】が論証されることになる。

第三節 仮処分と執行停止との関係

もともと、ここで、「形式仮処分・実質執行停止説」の【論理必然性】が曲がりなりとも論証できたとしても、別途、仮処分判断の中で、執行停止要件に

みられる公益的な考慮をすることができるのか、すなわち仮処分と執行停止との間での融合的判断をなしうる【制度的素地】に関して、別途論証されねばならないだろう。

例えば、執行停止は本案訴訟手続中になされ、また執行の停止という消極的効果を伴うにとどまるのに対し、仮処分は本案訴訟とは別個の手続でなされ、また保全目的達成のため広汎な処分が許されるという性格の相違を踏まえ、両問題を理論上異別に考察すべきとの指摘がある⁽¹⁶⁷⁾。また、執行停止が「行政の安定を保持するにつとめた立法趣旨」をもって設けられたことから、「現行民訴法上の仮処分制度は、種々の点において、行政処分には親しまない」⁽¹⁶⁸⁾、行訴法44条の制定趣旨も、仮処分が「元来、私法上の権利関係について調整を計るのが目的であり、比較的簡単に認容されているのが実状であるため、これをそのまま行政争訟に適用するのは妥当でないとの考慮」にあるという⁽¹⁶⁹⁾。

以上のように、執行停止と仮処分の相違を強調する議論がなされてきた一方、両者は「質的にも接近しつつある」として、「仮処分でありながら、執行停止と同じく、その判断に際しては、地元住民に対する説得等の欠如という行政過程の欠陥を考慮に入れたり、あるいは、利益の比較衡量がなされているのであって、この点に着目する限り、仮処分と執行停止は、全く類似のものとなっている」「現状に着目すると、仮処分と執行停止を基本的構造を異にする排他的なもののみならず、むしろ、類似的なものとして、両者の競合、選択を認めても差し支えない」との指摘もある⁽¹⁷⁰⁾。

また仮処分の要件である、〈権利保全の必要性〉の判断の中で、「裁判所は当然のことながら、申請を認容することによって保護される債権者の利益とそれによって失われる公共の利益とを比較衡量して、失われる公共の利益のほうが大きいと判断するときには、受忍限度内の損害であるという理由で仮処分の申請を棄却するのが普通である。」として、仮処分内在的な公益判断が指摘されている⁽¹⁷¹⁾。

さらに、「行政処分の執行停止は、申立人をして、処分によりこうむる損害を最小限度に避止させる必要性のあること、及び相手方の損失との均衡を考慮

して考えられた仮定的救済方法であることにおいて、仮の地位を定める仮処分（民訴760条）——そのうち相手方の行動に対して、いわば受けて立つ消極的な仮処分——に共通する性質ないし性格を持っている。」（高木注：ただし引用条文は旧民訴法）として、執行停止・仮処分との間の一定程度の「同質性」の仮定に立った上で、仮処分の観点から執行停止要件を分析する学説もある⁽¹⁷²⁾。加えて比較的最近でも、「公権力の行使に関する仮の救済の要件は基本的に、民事保全の要件と質的な相違はない」との理解が示されている⁽¹⁷³⁾。

とはいえ、以上各学説の紹介・検討において留意せねばならないことは、仮処分をめぐる法制度（民事訴訟法・民事保全法）も、執行停止（特例法⇒行訴法⇒同改正）をめぐる法制度も、これまで、それぞれ少なからぬ法改正を経てきたわけであり、そういった両制度の歴史的変遷を考慮せずに、これまで蓄積されてきた学説の議論を、現時点で単純に〈横並び〉にして紹介することには、議論のあり方として限界があるということである。

もっとも、本稿で問題としているのは、「形式仮処分・実質執行停止説」の制度的素地を論じるに足る程度の、仮処分・執行停止制度の大まかな異同であって、細かい法規定レベルでの差異を問題としているわけでもない。もちろん、学説の中では、疎明をせずに保証のみで仮処分を認める規定——平成8年改正前民事訴訟法267条2項、旧民事訴訟法741条2項、756条——があった時代においては、同規定を手掛かりとして、執行停止と仮処分との相違を強調する論法もあった⁽¹⁷⁴⁾。しかしながら、同規定は現在廃止されているので⁽¹⁷⁵⁾、この種の論法は、もはや採用できなくなったはずである⁽¹⁷⁶⁾。また同規定廃止前の時代であっても、この種の論法に関しては、疑問も寄せられていた⁽¹⁷⁷⁾。

以上を踏まえると、執行停止と仮処分に関する比較の基準時をめぐる限界を留保した上で、先に挙げてきた学説の議論動向を踏まえるならば、仮処分と執行停止とは、執行停止の内容が「消極的な形成的効果をもたらし得るものに限られ、仮処分のように広汎な仮の救済を可能とするものではない。」こと⁽¹⁷⁸⁾、本案訴訟の提起など手続面での相違があること、内閣総理大臣の異議制度があること⁽¹⁷⁹⁾など、確かに制度上相違するところはありながらも、（行政訴訟・民

事訴訟に通ずる) 権利保全制度という、大きな「司法制度」の枠組みの観点からすれば、少なくとも「形式仮処分・実質執行停止説」が機能するに足りる程度の共通性、またその限りでの運用上の融合が可能となる【制度的素地】は持っているのではないかと思われる。

第四節 小括

以上本章の議論を整理すると、処分性の《拡大解釈》に伴う「仮処分の排除」並びに「執行停止の排他的管轄」の拡大という「副作用」問題に関しては、「法律による行政」からの対応的要請、すなわち「予測可能性の保護」の要請からの【均衡解釈】として、それら「仮処分の排除」並びに「執行停止の排他的管轄」の《縮小解釈》がなされなければならない。

そして、この縮小解釈によって生み出された仮処分許容の余地を利用して、現に申立てられている仮処分を適法なものとして維持しなければならない。結果として言えば、処分性拡大の文脈で、仮処分が申し立てられた場合には、あたかも執行停止が申し立てられていた場合と同じように、その申立てられた仮の救済形式を「適法」とすべきということである。このことを裏返せば、申立人の意思によって、かつ、取消訴訟の出訴期間を無視して、仮処分ではなく執行停止へと随時変更できるということは、「法的安定性の保護」の要請を踏まえても、現行法解釈上は認められるべきでないということでもある。

さらに加えて、申立人の意思によらないで、裁判所の裁量的な判断でもって、仮処分から執行停止へと変更することは、民事訴訟法・民事保全法を通じて、また基本的には行訴法を通じても認められる「処分権主義」に照らしても妥当ではない。したがってその限りで、「執行停止・仮処分(制限)併用説」が妥当であるということになる。

もっとも、縮小解釈ということで、当初申し立てられた仮処分が適法なものとして維持されることは求められるが、逆に言えば、ここで求められるのは、その仮処分(という形式)をさしあたり維持することだけである。さらに言えば、その維持される仮処分は、「通常の仮処分」と同じ判断要件に従って決定

がなされる必要もなく、また結論として、そのように決定されるべきでもない。というのも、縮小解釈によって認められる仮処分においては、「法的安定性の保護」の要請から、執行停止要件の趣旨が考慮されねばならないからである。したがってその限りで、「形式仮処分・実質執行停止説」が妥当である。

このように、「予測可能性の保護」の要請から、仮処分の余地が認められるべき一方で、その仮処分に対しては、「法的安定性の保護」の要請から、外在的及び内在的な制約——執行停止への随時変更不可（仮処分・執行停止〔制限的〕併用説の論理）と、執行停止要件の考慮の必要（形式仮処分・実質執行停止説の論理）——をかけねばならない。

とはいえ、ここで「形式仮処分・実質執行停止説」が成立するためには、別途、仮処分と執行停止との間で、その審査判断方法における運用上の融合が可能であるか問題とせねばならない。しかし両制度間には、（行政訴訟・民事訴訟に通ずる）権利保全制度という、大きな「司法制度」の枠組みの観点に立つのであれば、少なくとも形式仮処分・実質執行停止説を裏付けるに足る程度の共通性はあり、したがって融合的運用を行う制度的素地は十分あるものと言えよう。

もっとも、そうであるとしても、形式仮処分・実質執行停止説で言う、その「形式仮処分・実質執行停止」とは、具体的にどのような審理・判断方法になるのか、さらに論究されねばならないだろう。この点、ある論者⁽¹⁸⁰⁾は、執行停止要件のうち、「回復困難な損害」要件（平成16年行訴法改正後の現行法で言う「重大な損害」要件）、「緊急の必要性」要件、「本案について理由がないとみえるとき」要件（行訴法25条2項・3項）の各要件に関しては、「仮処分手続における被保全権利及び保全の必要性の疎明と大部分重なる」として、また残りの「公共福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」要件（同条3項）に関しては、「保全の必要性において斟酌すべき」として、執行停止要件が民事保全要件（民事保全法13条）へと〈変換可能〉なものとしている。

他方で、別の論者⁽¹⁸¹⁾は、執行停止と仮処分との間の重大な相違として、「内閣総理大臣の異議」の有無を挙げた上で、「仮処分に内閣総理大臣の異議の規

定を類推適用するのが適当」と主張する。もっとも、この見解に関しては、同規定が導入された歴史的背景と今日的事情とを照らし合わせ考えると疑問であるほか、同規定そのものの合憲性が疑わしいとして、批判論が圧倒的な現状にも留意が必要である⁽¹⁸²⁾。しかも同規定は、ここ数十年にわたって発動されたことのない規定であることからしても、同規定の有無を過度に重視するのは疑問がある。

とはいえ、場合によっては、このようなかたちで認められる仮処分であっても、〈統治の根幹〉に影響を及ぼすような場合も、ありえないではないかもしれない。したがって、そういった場合においてまで、内閣総理大臣の異議を認める必要はないと言い切ることには、現時点において、筆者として躊躇を覚える。もちろん、この種の仮処分が出された場合であっても、「即時抗告」といった上級審での手続を通じて、その限りで裁判手続の枠内で、迅速に是正できる余地もあるだろう。ただし、この種の手続でもって、「三権分立」という統治構造の見地からして、すべての事態につき適確に対処できるのかという点に関しては、具体的な事例を想定しながら考えていかねばならず、本稿ではここまで突き詰めて考える準備はできていない。

もっとも、以上の〈必要性〉論はさておくとしても、仮処分の判断において内閣総理大臣の異議制度を類推適用するということの、法解釈論としての〈許容性〉論に関しても検証せねばならない。というのも、この種の「類推適用」は、立法論の域に入ってしまったという見解もありうるからである。しかしこの点については、「議員定数不均衡訴訟」において、最高裁が「事情判決(行訴法31条)」の「類推適用」をする判断が確立していることを踏まえると(最判昭和51年4月14日：民集30巻3号223頁)、良かれ悪しかれ、「内閣総理大臣の異議」の「類推適用」が、法解釈論として全く成り立ちえないとまでは言い切れないのではないだろうか。

以上のことからすると、「形式仮処分・実質執行停止説」の枠組みの中で、仮処分に当たって執行停止要件の趣旨をいかに考慮するのかに関しては、さしあたり前者の論者の主張するように、仮処分の「保全の必要性」要件におい

て、執行停止の「公共の福祉」要件の趣旨を読み込むという方向が解釈論として妥当であろう。

ただし、「形式仮処分・実質執行停止説」が確立していくなかで、民事仮処分における「保全の必要性」要件判断において、「公共の福祉」要件を斟酌するというかたちでもってしては、司法と行政との間のバランスを採れなくなってしまうという〈究極の事態〉が生じた場合においては、後者の論者の主張するように、「内閣総理大臣の異議」の「類推適用」という「法理」も、場合によっては必要となってくるのかもしれない。いずれにせよ、この点に関しては、今後さらに検討していく必要があると思うので、本稿では判断を「保留」したい。

かくして、処分性拡大に伴う仮処分の排除並びに執行停止の排他的管轄の拡大問題に関しては、「均衡解釈」を通じた仮処分の排除並びに執行停止の排他的管轄の縮小解釈が「法律による行政」からの対応的要請として求められるとともに、その具体的な帰結としての【執行停止に代替する特殊な仮処分】（代替的仮処分）が求められるという規範命題（法理）が、本稿の結論である。

第六章 むすびにかえて

本稿第一章では、処分性拡大に伴う「副作用」問題の一つとして、仮の救済との関連問題があることを指摘した。そして本稿では、この問題に関する解釈論的対応のあり方に絞って、考察を進めることを指摘した。第二章では、行政訴訟における仮の救済をめぐる歴史的経緯を振り返った。その結果、仮の救済の制度変遷の中で、仮処分と執行停止との両制度が「連関」していることを確認するとともに、行政処分につき仮処分が用いられないことの理由として、「仮処分の排除」と「執行停止の排他的管轄」の重畳的な制度的効果を明らかにした。

第三章では、「争点訴訟・当事者訴訟と仮処分」問題をめぐるこれまでの学説の議論展開を整理検討していった。とりわけ、様々な説があり、決定打となる学説は見出されない状況ではありながらも、近年、「形式仮処分・実質執行

停止説」が有力化していることをみていった。もっとも、従来の議論動向の限界として、処分性拡大の文脈を念頭においていたものではなかったこと、したがって、処分性拡大の文脈において「形式仮処分・実質執行停止説」を採用するとしても、その論理必然性や制度的素地に関わって、なお論証の余地があることを指摘した。

第四章では、「形式的行政処分と仮処分」問題をめぐる学説対立を中心に検討していった。ここでも様々な説があるなかで、「仮処分・執行停止併用説」が有力化していた。もっとも、この併用説に関しては、何故にその種の併用が認められるのか、その論理必然性が十分に論証されていないことを指摘した。また第四章では、近年の処分性拡大判例との関連で、仮の救済に係る副作用が問題となりうることを確認した。

以上を整理すると、本稿では、とくに、「形式仮処分・実質執行停止」説や、「仮処分・執行停止（制限）併用」説に注目し、処分性拡大の文脈でのその論理必然性の論証不足ないし欠如に関して指摘してきたわけである。もっとも、このことを逆からいえば、これらの学説は、論証構成上〈それ相応の手当て〉をするのであれば、第一章で示した副作用問題に対して、適切な解答を与える議論となりうるのではないかとのことでもある。

そこで第五章では、処分性拡大に伴い、「法律による行政」からの対応的要請（予測可能性の保護）として、仮処分の排除や執行停止の排他的管轄は「縮小解釈」せねばならないとの「均衡解釈」論を導き出した。ここで、不適用ではなく、あえて縮小解釈とするゆえんは、「法的安定性の保護」という対抗する原理的要請についても、一定程度配慮せねばならないという含意である。

また縮小解釈の具体的な帰結として、「通常の仮処分」ではない「代替的仮処分」を提案した。すなわち、仮処分として申し立てられている場合においては、たとえ裁判所が処分性を拡大するとしても、その仮処分を不適法却下してはならない一方で、その「代替的仮処分」においては、執行停止の要件の趣旨を考慮して、仮処分がなされねばならないということである。またそのような考慮に関しては、さしあたり仮処分の要件判断を通じても可能である。これら

の限りで、処分性拡大の文脈において、「形式仮処分・実質執行停止」説が認められるべきである。

そして、以上のように解することで、仮処分の排除（行訴法44条）や執行停止の排他的管轄（同3条）の縛りを緩める一方で、それをある程度残しておくということができるようになる。また、以上のように解することで、「仮処分・執行停止（制限）併用説」と同じ帰結を、処分性拡大の文脈において、論理必然的に導くことができる。さらに、以上のような、行訴法の両規定に係る〈ミクロな均衡解釈〉を通じて、「予測可能性の保護」と「法的安定性の保護」という、行政処分をめぐる原理原則レベルでの〈マクロな均衡解釈〉を図っていくことができるのではないと思われる。

かくして本稿では、処分性拡大に伴い仮処分の排除並びに執行停止の排他的管轄が縮小されねばならないとの規範命題（法理）を導いた。もっとも、処分性拡大に伴う副作用問題として、第一章でも指摘したが、行政手続法上の各種の手続義務（不利益処分に先立つ聴聞や弁明手続の付与を与える義務等）の不履行に関して、それぞれを理由に行政処分を違法とすべきか否かといった問題もある。こういった問題に関しては、引き続き今後の研究課題としたい。

また本稿も含め、筆者は、処分性の拡大に伴う「副作用」問題の解決という限られた文脈ではあるものの、【均衡解釈】論という、行政法に係る一つの解釈方法論を提示してきた⁽¹⁸³⁾。【仕組み解釈】論が重視される近年の行政法学の潮流を踏まえつつ⁽¹⁸⁴⁾、その意義や内容について考察を深めていきたい。

注

- (1) ただし、「その他公権力の行使に当たる行為」は、人の収容や物の留置といったような、継続的性質をもった「事実行為」のこととされる。藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）383頁以下等参照。もっとも、この文言に関して独立に論ずる理論的・実務的意義に関しては、疑問も提起されてきた。山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）480頁等参照。とはいえ、この文言を処分性拡大判例の「受け皿」として活用する議論として、大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店、2011年）125頁以下等も

参照。この文言に関する議論については、本稿後に紹介する「事実行為と仮処分」論とも関わってくるが、本稿では詳細に立ち入らない。さしあたり利光大―「仮の救済」雄川一郎ほか編『現代行政法大系5巻』(有斐閣、1984年)227頁以下参照。

- (2) 処分性に関する最近の文献として、曾和俊文「取消訴訟の対象(1)」法教427号(2016年)62頁以下等参照。
- (3) 拙稿「処分性拡大論に関する一考察」洋法56巻3号(2013年)1頁以下【拙稿①】等参照。
- (4) ただし、例外的に処分性を緩やかに解釈したものとして、最判昭和54年12月25日(民集33巻7号753頁)、最判昭和60年12月17日(民集39巻8号1821頁)、最判昭和61年2月13日(民集40巻1号1頁)、最判平成4年11月26日(民集46巻8号2658頁)等参照。関連して、拙稿「処分性拡大判例の系譜」洋法56巻2号(2013年)25頁以下も参照。
- (5) 二項道路一括指定事件(最判平成14年1月17日:民集56巻1号1頁)、労災就学援護費不支給決定事件(最判平成15年9月4日:判時1841号89頁)、登録免許税拒否通知事件(最判平成17年4月14日:民集59巻3号491頁)、食品衛生法違反通知事件(最判平成16年4月26日:民集58巻4号989頁)、病院開設中止勧告事件(最判平成17年7月15日:民集59巻6号1661頁)、病院病床数削減勧告事件(最判平成17年10月25日:判時1920号32頁)、土地区画整理事業計画決定事件(最判平成20年9月10日:民集62巻8号2029頁)、保育所廃止条例事件(最判平成21年11月26日:民集63巻9号2124頁)、有害物質使用特定施設廃止通知事件(最判平成24年2月3日:民集66巻2号148頁)参照。
- (6) 拙稿「処分性拡大に関する法理」洋法59巻3号(2016年)269頁以下【拙稿②】等参照。
- (7) さしあたり、病院病床数削減勧告事件(最判平成17年10月25日:判時1920号32頁)における藤田宙靖裁判官補足意見や、土地区画整理事業計画決定事件(最判平成20年9月10日:民集62巻8号2029頁)における近藤崇晴補足意見を参照。
- (8) 拙稿①・前掲注(3)、拙稿「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」洋法57巻1号(2013年)51頁以下【拙稿③】等参照。
- (9) 行政手続法に係る副作用問題については、さしあたり拙稿②・前掲注(6)参照。
- (10) 「取消訴訟の排他的管轄」や「取消訴訟の出訴期間」との関連での副作用問題に対す

る解釈論的な対応策に関しては、拙稿「処分性拡大判例における認識枠組み」洋法56巻1号（2012年）1頁以下【拙稿④】においてその方向性を示したのち、拙稿③・前掲注（8）で具体的に論証した。「行政手続法上の行政庁の手續義務」との関連での副作用問題に対する解釈論的な対応策に関しては、拙稿①・前掲注（3）においてその方向性を示している。

- (11) 裏返せば、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たらなければ、行政事件であっても、仮処分は可能ということになる（行訴法7条参照）。矢代利則『公法上の債権と仮処分に関する研究』司法研究報告書17輯7号（1971年）83頁も参照。
- (12) 遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989年）【遠藤『実定』】421頁等参照。
- (13) 本稿では、処分性拡大との関連で注目されてきた「実質的当事者訴訟」に対象を限定して議論していく。「形式的当事者訴訟」と仮処分に関しては、さしあたり、白井皓喜「国・行政庁を相手方とする仮処分」中野貞一郎ほか編『民事保全講座第一巻』（法律文化社、1996年）【白井「相手方」】499頁以下、矢代・前掲注・前掲注（11）85頁以下、南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、1987年）906頁（横山匡輝）906頁等参照。
- (14) 今村成和「執行停止と仮処分」同『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣、1972年）【今村『理論』】269頁以下、矢代・前掲注（11）92頁、最高裁判所事務総局編『続行政事件訴訟十年史』（法曹界、1972年）258頁以下等参照。
- (15) もっとも、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016年）【高橋『行政法』】429頁以下は、「当事者訴訟を提起するなかで、処分に関連して直接に生じた不利益について仮の救済を求める必要が生じた場合には、これらの訴訟〔義務付け訴訟や差止訴訟：高木注〕を関連請求の訴えとして提起し、そのなかで仮の救済を求めることも可能である（行訴41条2項）」と指摘する（塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、2013年）【塩野『救済法』】226頁も参照）。ただし、当該処分が取り消されずに存在していることが、それらの関連請求の訴えに係る請求認容判決の障害とならないか（公定力や不可争力との関連で）、検討の余地があるようにも思われる。関連して倉地康弘「判批」最判解説民平成21年度（下）985頁（注5）参照。
- (16) 拙稿③・前掲注（8）、拙稿④・前掲注（10）参照。
- (17) ただし、行政裁判所は「行政事件」を管轄しうるとはいつても、行政裁判法15条並び

に「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(明治23年法律第106号)を通じて、行政裁判所が管轄できる事件が、租税の賦課徴収、営業許可の拒否・取消し、水利・土木、土地の官民有区分の査定に関する事件に限定されていたことにも、留意が必要である。

- (18) 仮の救済の歴史に関しては、矢代・前掲注(11) 1頁以下に、要領よくまとめられている。
- (19) 矢代・前掲注(11) 5頁参照。
- (20) 執行不停止原則は、行政行為の公定力や執行力の問題として、議論されてきた。田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限」同『行政争訟の法理』(有斐閣、1954年) 140頁、田上穰治「行政行為の公定力」田中二郎ほか編『行政法講座第二巻』(有斐閣、1964年) 86頁、雄川一郎「行政事件訴訟特例法」同『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年)【雄川「特例法」】100頁以下等参照。しかし今日では、行政行為の効力問題というよりは、立法政策の問題として理解されるのが、「通説」(園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、1989年) 340頁(山田二郎))である。

杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会、1963年) 86頁、雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957年)【雄川「争訟法」】197頁以下、岡垣学『特殊保全処分の研究』司法研究報告書10輯4号(1961年)【岡垣「研究」】207頁、仲江利政「25条」山村恒年ほか編『判例コンメンタール行政事件訴訟法』(三省堂、1984年)【仲江「コメ」】234頁、渡部吉隆ほか編『行政事件訴訟法体系』(西神田編集室、1985年) 418頁(藤田耕三)【藤田「体系」】等も参照。

- (21) 行政裁判所『行政裁判所五十年史』(1941年) 95頁も参照。執行不停止原則に関する歴史的研究として、東條武治『行政保全訴訟の研究』(信山社、2005年)【東條「研究」】190頁以下参照。
- (22) 雄川一郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』(有斐閣、1957年)【雄川「逐条」】339頁参照。
- (23) 兼子一「行政事件の特質」法律タイムズ2巻7号(1948年) 18頁、兼子一「新行政訴訟の基礎理論」同『民事法研究第2巻』(酒井書店、1954年)【兼子「理論」】79頁、田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限」同『行政争訟の法理』(有斐閣、1954年) 141頁以下、田中二郎「判批」同『司法権の限界』(弘文堂、1976年) 111頁、雄川「争

訟法』・前掲注(20) 207頁等参照。これらに対して、柳瀬良幹『人権の歴史』(明治書院、1949年) 156頁以下等も参照。

- (24) 村田哲夫「執行停止と仮処分」判タ323号(1975年)【村田「判タ」】53頁、岡垣学「行政事件と仮処分」司法研修所創立七周年記念論文集(1955年)【岡垣「司研」】1頁以下、最高裁判所事務総局編『行政事件訴訟十年史』(法曹会、1961年) 166頁、雄川『逐条』・前掲注(22) 340頁以下、「行政事件担当の裁判官会同概要【会同概要】」行政裁判資料【行資】2号57頁以下等参照。

例えば水戸地決昭和23年4月27日(行月5号50頁)は、村議会展散行為等の取消訴訟を本案訴訟として、次の総選挙の執行停止を求める仮処分が申し立てられた事例である。裁判所は、憲法76条、裁判所法3条1項、民訴応急措置法8条の各規定を踏まえるならば、民事訴訟法の規定に基づく仮処分としての執行停止は適法であるとした。

また最判昭和24年6月15日(民集3巻7号265頁)は、一審・二審で認められた行政処分禁止の仮処分に関して、上告審係属中に、次節でみる、行政処分につき仮処分の排除を明文規定化した「行政事件訴訟特例法」が施行された事案である。最高裁は、一審・二審の仮処分申立てを適法としながらも、同法施行により同法を適用せねばならないとして、仮処分申立てを不適法とした。本判決は、前提論としては、民訴応急措置法下での仮処分申立てを適法と認めたものと理解しうる。磯崎辰五郎「判批」民商26巻2号(1950年) 49頁以下も参照。

- (25) 新村義広「平野追放停止仮処分事件の概要」曹時1巻1号(1949年) 33頁以下、田中二郎「平野問題と裁判権」同『司法権の限界』(弘文堂、1976年) 95頁以下、田中二郎「平野事件」同『日本の司法と行政』(有斐閣、1982年) 160頁以下等参照。
- (26) 新村・前掲注(25) 47頁参照。
- (27) 制定史に関して、佐藤竺「行政事件訴訟特例法の立法過程」鶴飼信成編『行政手続の研究』(有信堂、1961年) 239頁以下、岡本元夫「行政事件訴訟特例法について」自研24巻12号(1948年) 38頁以下、雄川「特例法」・前掲注(20) 85頁以下、田中二郎『日本の司法と行政』(有斐閣、1982年) 330頁以下等参照。
- (28) 濱秀和「行政訴訟に対する仮処分の排除」同『行政訴訟の実践的課題』(信山社、2012年)【濱「排除」】106頁以下、兼子「理論」・前掲注(23) 78頁以下、雄川『逐条』・
- (59)

前掲注(22) 340頁以下、西尾昭「行政事件訴訟における仮処分」同法8巻5号(1957年) 107頁以下、岡垣「司研」・前掲注(24) 3頁以下、室井力ほか編『基本法コンメンタール 行政救済法』(日本評論社、1986年) 361頁以下(間田穆)等参照。

- (29) 『十年史』・前掲注(24) 167頁等参照。
- (30) 佐藤・前掲注(27) 255頁以下参照。また雄川『逐条』・前掲注(22) 338頁以下(豊水道祐発言)も参照。
- (31) 濱秀和「行政処分の取消訴訟と無効確認訴訟の関係」同『行政訴訟の実践的課題』(信山社、2012年)【濱「関係」】138頁以下等参照。
- (32) 村田「判タ」・前掲注(24) 63頁以下、岡垣『研究』・前掲注(20) 215頁以下、岡垣「司研」・前掲注(24) 10頁以下、岡垣学「判批」新報61巻9号(1954年)【岡垣「判批」】736頁以下、『十年史』・前掲注(24) 175頁以下、広岡隆「44条」南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、1972年)【広岡「コメ」】380頁以下、雄川『逐条』・前掲注(22) 398頁以下等参照。
- (33) 田中二郎「行政争訟との関連より見た行政行為の無効と取消の区別」同『司法権の限界』(弘文堂、1976年) 187頁以下、今村成和「行政処分の執行停止」国家67巻1・2号(1953年) 67頁以下、西尾・前掲注(28) 110頁以下等参照。
- (34) 雄川『争訟法』・前掲注(20) 210頁、神谷昭「判批」自研32巻1号(1956年) 170頁以下、岡垣「判批」・前掲注(32) 739頁以下、杉村敏正「判批」民商32巻4号(1956年) 181頁、田上穰治「判批」民商29巻5号(1954年) 69頁、園部敏「行政処分の無効確認訴訟」立命6号(1954年) 13頁等参照。
- (35) 雄川『争訟法』・前掲注(2) 210頁、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第三版補正版〕』(弘文堂、2009年) 758頁以下(岩坪朗彦)、村田「判タ」・前掲注(24) 64頁以下等参照。例えば最判昭和28年6月26日(民集7巻6号769頁)は、国税犯則取締法に基づく差押処分が無効であることを理由に、本案訴訟として無効確認訴訟が提起されるとともに、差押の解除等を求める仮処分申立てがなされた事案である。最高裁は、本件仮処分が「行政庁の処分」たる差押処分の効力を停止しようとする趣旨のものであるとして、特例法10条7項に照らし不適法であるとした。

その上でいわく。「かりに本件差押が無効であるとしても、いやしくも形式上行政庁

の処分として存在する以上、同法2条の訴訟の結果取消されるか、或は裁判所の判決により無効とされるまでは、差押処分の効力は失われないのであって同法10条7項の趣旨はこれらの判決確定前行政庁の処分の効力を停止するについては、同条2項による執行停止の方法によるべく民事訴訟法の仮処分に関する規定によることは許さない趣旨と解するを相当とする。』原竜之助「判批」行政判例百選（1962年）183頁以下や、柳瀬良幹「判批」続判例百選〔第二版〕（1965年）34頁以下等も参照。

- (36) 制定史に関して、雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」同『行政争訟の理論』（有斐閣、1986年）【雄川「反省」】184頁以下、入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過」法時34巻10号（1962年）26頁以下等参照。
- (37) 特例法下の議論動向については、岡本・前掲注（27）45頁、村田「判タ」・前掲注（24）65頁以下、雄川『争訟法』・前掲注（20）209頁以下等参照。
- (38) 内閣総理大臣の異議も含め、執行停止制度に関する詳しい改正内容に関しては、杉本・前掲注（20）84頁以下等参照。比較的最近の議論として、笹田栄司「実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の意義」北法59巻1号（2008年）148頁以下や、村上裕章「執行停止と内閣総理大臣の異議」行政法の争点（2014年）128頁以下等参照。
- (39) ただし、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、2014年）595頁（高橋信行）も参照。
- (40) 遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣、1987年）【遠藤『スケッチ』】368頁以下、東條武治「仮の救済」遠藤博也ほか編『講義行政法Ⅱ（行政救済法）』（青林書院新社、1982年）252頁以下、村上武則「仮の権利保護」杉村敏正編『行政救済法1巻』（有斐閣、1990年）305頁以下等参照。
- (41) 白井「相手方」・前掲注（13）487頁以下や村上（武）・前掲注（40）315頁等参照。
- (42) 広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣、1977年）220頁以下や、東條『研究』・前掲注（21）285頁以下等参照。行訴法制定時の立法過程でも、「公法上の仮処分」についてかなり議論されたが、立法技術的に非常に難しいとして見送られたことにつき、雄川「反省」・前掲注（36）191頁、206頁等参照。
- (43) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』（ジュリ増刊、2005年）176頁以下、北村和生「行政訴訟における仮の救済」ジュリ1263号（2004年）【北村「ジュリ」】68頁以下、
- (57)

- 本多滝夫「仮の救済制度論」法時77巻3号(2005年)55頁以下等参照。なお、塩野『救済法』・前掲注(15)226頁は、平成16年行訴法改正により導入された仮の義務付け・仮の差止めが、「実質的には民事の仮処分手続と同じ効果をもつ」ことを指摘している。
- (44) 村田哲夫「仮処分禁止」山田幸男ほか編『演習行政法(下)』(青林書院新社、1977年)【村田『演習』】148頁等参照。
- (45) ただし、実質的に代償関係になっていないと、根強く指摘され続けてきた。越山安久「行政事件と仮処分」判タ197号(1966年)109頁、村上(武)・前掲注(40)312頁、東條『研究』・前掲注(21)252頁以下、間田・前掲注(28)361頁、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、1989年)542頁(東條武治)等も参照。
- (46) 濱「排除」・前掲注(28)111頁。
- (47) 吉川大二郎「行政処分の停止を目的とする仮処分」同『増補仮処分の諸問題』(有斐閣、1968年)【吉川「仮処分」】354頁参照。
- (48) 村田「判タ」・前掲注(24)55頁参照。
- (49) 関連して、雄川『逐条』・前掲注(22)400頁(田中真次発言)、越山・前掲注(45)108頁、岡垣『研究』・前掲注(20)214頁以下、芝池義一『行政救済法講義[第三版]』(有斐閣、2006年)【芝池『救済法』】159頁、166頁脚注(3)、小川雅敏「仮処分の排除」内山忠明ほか編『自治行政と争訟』(ぎょうせい、2003年)281頁、常岡孝好「司法制度改革後の行政法学説の課題」公法77号91頁等参照。
- (50) 雄川『争訟法』・前掲注(20)207頁、濱「排除」・前掲注(28)112頁、岡垣『研究』・前掲注(20)213頁も参照。
- (51) 中川文久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法教375号(2011年)104頁参照。
- (52) 本文後にも指摘するが、もともと特例法下では、執行停止規定と仮処分排除規定とは、同一条文内にあったものの、行訴法制定により別条文に切り離された経緯がある。これを踏まえれば、仮処分の排除と執行停止の排他的管轄とが密接不可分にあったことがうかがわれる。杉本・前掲注(20)138頁等参照。
- (53) 芝池『救済法』・前掲注(49)166頁脚注(3)によると、仮処分の排除が、行政処分の公定力(取消訴訟の排他的管轄)の論理的帰結であるとの説明が妥当でない理由として、「行政処分について取消訴訟の制度が導入され、その排他性が認められても、仮処

分は当然に排除されない。」こと、すなわち「行政処分に対する取消訴訟の排他性のもとでも、仮の救済手段として仮処分を用いることは考えられる。」ことを挙げている。

他方で、岡田雅夫「公権力の行使と仮処分の排除」同『行政法学と公権力の観念』（弘文堂、2007年）119頁は、行政行為につき仮処分が排除される理由について、「行政行為が公権力の実体を持っているからというのではない。そうではなくて、取消訴訟——抗告訴訟一般ではない——の構造が仮処分の制度と矛盾するからだ」と論ずる（傍点は原文のまま）。

- (54) 芝池『救済法』・前掲注(49)166頁脚注(3)は、「行政事件訴訟法は、行政事件訴訟法44条により行政処分に対する仮処分を制限するとともに、取消訴訟につき、執行停止制度を採用している。これによって、取消訴訟においては仮処分を用いることができないと解される。」とする。
- (55) 杉本・前掲注(20)139頁参照。また雄川『争訟法』・前掲注(20)209頁、越山・前掲注(45)108頁以下、満田明彦「争点訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座10巻』（日本評論社、1982年）183頁以下、岩坪・前掲注(35)759頁以下、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、2014年）913頁以下（鎌野真敬）等も参照。
- (56) 山本隆司「行政訴訟における仮の救済論（下）」自研86巻1号（2010年）【山本（下）】83頁は、仮の義務付け・仮の差止めが導入された現在、行訴法44条の「趣旨は、公権力の行使に関する仮の救済の定めを潜脱するような態様の民事仮処分を禁止することにある」という。同85頁も参照。
- (57) もっとも、仮の義務付けや仮の差止めが導入された今日では、本文で述べた事柄は、「執行停止の排他的管轄」では不十分で、「仮の救済（行政訴訟）の排他的管轄」とも言わなければならないだろう。これは「取消訴訟の排他的管轄」と「抗告訴訟の排他的管轄」との関係性に対応する問題である。

関連して高木光「仮処分の排除」行政法の争点（2014年）141頁は、平成16年行訴法改正後の現在、「執行停止」のほか「仮の義務付け」や「仮の差止め」も併せて、「行訴法が認めている制度の全体が『仮の救済』としてどのような範囲をカバーしているか」を検討せねばならないという。その上で、行訴法上定められている三つの仮の救済が

「利用可能な紛争類型では、[行訴法] 7条または44条によって仮処分が排除されるが、そうでない紛争類型では、多くの場合、仮処分の『範囲』ないし『内容』の制限が認められるに過ぎない」とする。

- (58) そもそも、仮処分の排除規定につき、芝池『救済法』・前掲注(49)158頁は、「どのような場合に、どのような形で仮処分を制限するのかを具体的に定めていない。」とした上で、「悪くいえば、慎重さを欠いた立法の結果であり、荒っぼい規定内容である。」、また「解釈次第では仮処分をかなり広く制限することになるので、慎重に解釈する必要がある。」と指摘する。
- (59) 争点訴訟が設けられた趣旨は、行政処分の存否や効力が前提問題として争われる民事訴訟に関しては、少なくともその争点に関する限り、若干の事項について、行政訴訟に準ずる特別の取扱い(行政庁の訴訟参加や職権証拠調べを認める等)をするのが妥当との考慮にある。杉本・前掲注(20)140頁以下等参照。また争点訴訟の具体例として、農地収処分の無効を理由として、被買取者が国又は国から売渡しを受けた者を相手に、当該農地の所有権確認・所有権移転登記抹消登記手続を求める訴えや、公売処分の無効を前提として、旧所有者が公売物件の所有権確認を求める訴え等が挙げられうる。満田・前掲注(55)163頁参照。
- (60) この問題は、行訴法の立法過程でも自覚されていたが、明確に対応されなかった(南博方ほか編『条解行政事件訴訟法[第四版]』(弘文堂、2014年)932頁(北島周作)参照)。例えば、杉本・前掲注(20)138頁以下(注2)は、無効確認訴訟に執行停止が認められると言っても、予防訴訟的に用いられる無効確認訴訟の場合に対してのみであって、補完訴訟的に用いられる無効確認訴訟の場合に関しては、執行停止が認められるわけではない。したがって、執行停止の認められない当事者訴訟や争点訴訟との間で、「取扱い上に不均衡があるとはいえない」と指摘する。

これに対して、杉村章三郎・山内一夫編『精解行政法(上)』(光文書院、1971年)634頁(原田尚彦)【原田『精解』】は、処分の効力の停止も執行停止に含むと解するならば、補完訴訟的に用いられる無効確認訴訟の場合であっても、執行停止が認められるとして、批判する。また、塩野宏「無効確認訴訟における訴えの利益」同『行政訴訟とその統制』(有斐閣、1989年)【塩野「利益」】367頁以下も、杉本説の不均衡論云々に関し

では「正当」としながらも、「私人の仮の救済という実質的な事柄」に踏み込んで考えるべきだとして、「現在の法律関係において行政行為の無効を主張すること自体を制度上認めながら、仮の救済に制度的に完全に途を閉ざすとすれば、それは前者の意味を著しく減殺することになり、ひいては、現行憲法における法治国家性に反する疑いを多分にもつ」等と批判する。

- (61) 藤田『体系』・前掲注(20) 457頁。
- (62) なお、南博方「無効確認訴訟と争点訴訟」同『行政訴訟の制度と理論』(有斐閣、1968年)【南『理論』】58頁以下は、本文中で挙げたような立法の不備を招いた原因として、「根本的には、行政訴訟理論と民訴理論との中途はんばな妥協として、民事訴訟と行政訴訟とのヌエの訴訟型態である争点訴訟を創設したこと」を指摘する。
- (63) 「争点訴訟と仮処分」問題に関する裁判例は数少ない。例えば、千葉地松戸支決昭和51年11月5日(判タ352号259頁)は、仮換地指定取消処分並びに再仮換地指定処分の無効を前提に、仮換地に係る使用収益権確認訴訟等を本案訴訟(争点訴訟)として、建物建築工事中止等を求める仮処分が申立てられた事案である。裁判所は、「争点訴訟を本案とする仮処分の場合であっても、それが行政処分の効力又は執行を阻止する仮処分である限り、同条〔行訴法44条：高木〕によって排除される」とした上で、本件申立てが、「市より適法に受けた右再仮換地指定処分の効果である本件仮換地に対する使用収益の行使を阻止するため、右行政処分の効力の一時停止を求めるものというべきであるから、本件仮処分申請は、右条項に照らし不適法」などと判示している。
- (64) 以下、満田・前掲注(55) 181頁以下、玉城勲「当事者訴訟・争点訴訟と仮の救済」琉法65号(2001年) 115頁以下、間田・前掲注(28) 366頁以下、室井力ほか編『基本法コンメンタール 行政救済法』(日本評論社、1986年) 371頁以下(古城誠)、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、1989年) 553頁以下(南川諦弘)、山村恒年ほか編『判例コンメンタール行政事件訴訟法』(三省堂、1984年) 416頁以下(水野武夫)、横山・前掲注(13) 902頁以下、岩坪・前掲注(35) 762頁以下、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第三版補正版〕』(弘文堂、2009年) 778頁以下(鈴木庸夫)、村田「判タ」・前掲注(24) 65頁以下、遠藤『スケッチ』・前掲注(40) 377頁以下、遠藤『実定』・前掲注(12) 419頁以下、利光・前掲注(1) 229頁以下、濱「排除」・前掲注(28) 113頁以下
- (53)

下、小川・前掲注(49)284頁以下、村上(武)・前掲注(40)322頁以下、広岡隆「無効確認訴訟と争点訴訟」山田幸男ほか編『演習行政法(下)』(青林書院新社、1977年)156頁以下、鈴木庸夫「争点訴訟」法教263号(2002年)53頁、鎌野・前掲注(55)916頁以下、芝池『救済法』・前掲注(49)159頁以下、岡村周一「仮の救済」ジュリ925号(1989年)180頁以下、園部逸夫「公権力の行使と仮処分」行政法の争点(1980年)224頁以下、岡村周一「行政上の法律関係と仮処分」行政法の争点(新版)(1990年)224頁以下、藤田『体系』・前掲注(20)457頁以下、「会同概要(昭和29年10月28日・29日開催)」行資18号167頁以下、「会同概要(昭和38年11月18日・19日開催)」行資29号137頁以下、180頁以下、「会同概要集録」行資30号298頁以下等参照。

- (65) なお、「行政庁の処分その他公権力の行使」を阻害しない限り、本案訴訟が行政事件であっても、仮処分は許される。矢代・前掲注(11)5頁参照。越山・前掲注(45)109頁や、仲江利政「公権力の行使と仮の救済」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座10巻』(日本評論社、1982年)【仲江『実務』】51頁等も参照。

例えば最判昭和27年5月6日(民集6巻5号496頁)は、換地予定地の占有者が同土地の換地予定地指定を受けた者に対して、占有保持の訴えを本案訴訟とする立入禁止並びに占有妨害禁止の仮処分が申立てられた事案である。最高裁は、本件仮処分を認めたところで、申立人に本件換地予定地を使用収益し得べき権原(本権)が認められるわけではないから、換地予定地指定の法律効果に影響があるわけでもないこと、また計画施行者たる市長を当事者とするものではないから、市長の計画施行についての権限の行使を阻止するものではないことを理由に、本件仮処分によっても「何等行政権の作用を阻止するものではない」として、仮処分を適法と認めた。田口精一「判批」土地収用百選(1968年)172頁以下等も参照。

- (66) 村田『演習』・前掲注(44)154頁。
(67) 雄川一郎ほか「研究会 行政事件訴訟法」ジュリ260号(1962年)26頁(田中二郎発言)。関連して遠藤『スケッチ』・前掲注(40)381頁以下参照。
(68) 白井皓喜「争点訴訟」同『行政訴訟と国家賠償』(法律文化社、1989年)【白井「争点」】54頁、白井「相手方」・前掲注(13)499頁、藤原淳一郎「『公法上の当事者訴訟』について(3・完)」六甲台15巻4号(1968年)129頁、大浜・前掲注(1)299頁等参

照。

- (69) 村田「判タ」・前掲注(24) 56頁参照。村田『演習』・前掲注(44) 150頁も参照。
- (70) 藤田耕三ほか『行政事件訴訟法に基づく執行停止をめぐる実務上の諸問題』司法研究報告書34輯1号(1983年) 32頁以下参照(藤田耕三)【藤田『諸問題』】。
- (71) 松尾英夫「行政処分と仮処分の交錯について」民月22巻12号(1967年) 10頁も参照。
- (72) 吉川「仮処分」・前掲注(47) 355頁以下参照。
- (73) 満田・前掲注(55) 182頁や小川・前掲注(49) 284頁等参照。関連して芝池『救済法』・前掲注(49) 161頁も参照。本文の批判を敷衍すると、確かに特例法では、執行停止規定(同10条1項～6項)の次に、仮処分排除規定(同7項)が位置していたため、取消訴訟を本案訴訟とする仮処分のみを禁ずるものと解釈することができた。しかしながら、行訴法制定によって、仮処分排除規定(同44条)が執行停止規定(同25条)から切り離され、第五章補則中に置かれることとなった以上、本案訴訟の種類を問わず、その排除規定が適用される趣旨が明らかとなったはずという議論である。杉本・前掲注(20) 138頁、満田・前掲注(55) 180頁、南『理論』・前掲注(62) 58頁以下、吉川「仮処分」・前掲注(47) 360頁等参照。
- (74) 吉川「仮処分」・前掲注(47) 359頁参照。
- (75) 満田・前掲注(55) 186頁。また南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、1972年) 341頁(増田幸次郎)、南川・前掲注(64) 554頁以下等も参照。
- (76) 遠藤『スケッチ』・前掲注(40) 382頁参照。遠藤『実定』・前掲注(12) 394頁、423頁も参照。
- (77) 吉川「仮処分」・前掲注(47) 363頁参照。小川・前掲注(49) 286頁等も参照。
- (78) 東條『研究』・前掲注(21) 266頁参照。
- (79) 関連して山本(下)・前掲注(56) 93頁脚注(106)も参照。
- (80) 関連して玉城・前掲注(64) 120頁以下参照。
- (81) 藤田『体系』・前掲注(20) 459頁以下参照。また矢代・前掲注(11) 95頁以下、横山・前掲注(13) 905頁、岡垣『研究』・前掲注(20) 216頁以下、高木・前掲注(57) 141頁等も参照。
- (82) 小川・前掲注(49) 286頁参照。
- (51)

- (83) 芝池『救済法』・前掲注(49) 161頁参照。
- (84) 山本(下)・前掲注(56) 93頁脚注(106)も参照。
- (85) 原田尚彦「取消訴訟の原告適格」自正22巻2号(1971年)【原田「自正」】19頁参照。
- (86) 原田『精解』・前掲注(60) 634頁参照。関連して吉川「仮処分」・前掲注(47) 362頁以下も参照。
- (87) 満田・前掲注(55) 182頁。吉川「仮処分」・前掲注(47) 363頁も参照。
- (88) 満田・前掲注(55) 182頁参照。小川・前掲注(49) 285頁も参照。
- (89) 藤田『体系』・前掲注(20) 460頁参照。山本(下)・前掲注(56) 93頁脚注(106)も参照。
- (90) 越山・前掲注(45) 109頁参照。また、仲江『実務』・前掲注(65) 51頁、吉川「仮処分」・前掲注(47) 363頁、兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房、1973年)【兼子『争訟法』】217頁以下、小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』(有斐閣、2007年) 293頁、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、加除式) 1197頁以下(薄井一成、寺田麻佑)等も参照。
- (91) 濱「排除」・前掲注(28) 116頁。関連して濱秀和「行政事件訴訟法施行後における行政裁判例の傾向(4)」判時528号(1968年) 114頁以下も参照。
- (92) 原田「自正」・前掲注(85) 19頁。
- (93) 原田「自正」・前掲注(85) 19頁。
- (94) 藤田『体系』・前掲注(20) 458頁。同459頁も参照。
- (95) 広岡「コメ」・前掲注(32) 383頁。広岡隆「仮の救済」ジュリ527号(1973年)【広岡「ジュリ」】54頁も参照。
- (96) 神橋一彦『行政救済法』(青林書院、2012年) 293頁。
- (97) 満田・前掲注(55) 185頁。
- (98) そのほか、塩野「利益」・前掲注(60) 353頁、375頁脚注(41)、小川・前掲注(49) 285頁等も参照。当然無効の行政処分については、続行処分を阻止する仮処分を除いて、仮処分が適用されるとする、濱「関係」・前掲注(31) 162頁や濱「排除」・前掲注(28) 115頁も参照。しかしながら、藤田『体系』・前掲注(20) 458頁は、続行処分の予想される無効の行政処分について、無効確認訴訟の適法性を肯定できるからといって、続行

処分の予想されない免職処分や退職処分に関しては「公権力の行使」に当たらず、仮処分の排除対象ではない、とはいえないと批判する。

- (99) 利光・前掲注(1) 231頁参照。今村『理論』・前掲注(14) 270頁以下、芝池『救済法』・前掲注(49) 161頁も参照。
- (100) 兼子仁「無効等確認訴訟の範囲」公法26号(1964年)【兼子「公法」】171頁以下、兼子『争訟法』・前掲注(90) 217頁等参照。
- (101) 越山・前掲注(45) 109頁参照。
- (102) 越山・前掲注(45) 109頁参照。また同頁では、「無効な処分がもし有効であったとすれば執行停止によらなければ形成できないような法律状態を形成する仮処分は許されないと解すべき」とする。関連して山本(下)・前掲注(56) 93頁以下脚注(106)も参照。
- (103) 藤田『体系』・前掲注(20) 458頁以下参照。また満田・前掲注(55) 183頁、白井「争点」・前掲注(68) 47頁以下、濱「排除」・前掲注(28) 117頁等も参照。
- (104) 満田・前掲注(55) 182頁参照。濱「排除」・前掲注(28) 117頁、南『理論』・前掲注(62) 54頁も参照。
- (105) 雄川一郎「行政行為の無効確認訴訟に関する若干の問題」同『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年) 232頁以下参照。同214頁以下も参照。「法的安定性という観点から妥当といえるか疑問」とする、小川・前掲注(49) 285頁以下も参照。
- (106) 岡垣「司研」・前掲注(24) 5頁参照。関連して「会同概要(昭和29年10月28日・29日開催)」行資18号174頁や、「会同概要(昭和38年11月18日・19日開催)」行資29号188頁以下も参照。
- (107) 塩野「利益」・前掲注(60) 368頁以下参照。
- (108) この点、玉城・前掲注(64) 123頁以下は、執行停止をした場合であっても、内閣総理大臣の異議が出されるおそれがない仮処分か否か、という判断基準を提示する。
- (109) 塩野「利益」・前掲注(60) 375頁脚注(42) 参照。関連して同頁脚注(41)も参照。
- (110) 満田・前掲注(55) 184頁参照。そのほか、好意的な評価として、小川・前掲注(49) 286頁以下、南川・前掲注(64) 554頁以下、室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法〔第二版〕』(日本評論社、2006年) 292頁(市橋克哉)、山田健吾「行政訴訟における
- (49)

- 仮の救済」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座2巻』(日本評論社、2015年) 284頁、山本(下)・前掲注(56)94頁脚注(106)、高木・前掲注(57)141頁、高橋『行政法』・前掲注(15)430頁等参照。
- (111) 満田・前掲注(55)184頁参照。
- (112) 例えば、最高裁判所事務総局編『続行政事件訴訟十年史』(法曹界、1972年)258頁以下は、「この問題に関する明確な基準は、学説上も裁判例上もまだ確立されていない」と指摘するが、21世紀に入った段階での本多・前掲注(43)58頁も、「未だ定説はなく、判例も確立されるに至っていない。」と指摘する。岡村周一「行政上の法律関係と仮処分」行政法の争点(新版)(1990年)225頁も参照。「判例の集積」による解決を模索する、濱「排除」・前掲注(28)117頁も参照。
- (113) 村上(武)・前掲注(40)325頁参照。
- (114) 北島・前掲注(60)933頁は、「さらなる議論の展開のためには多様な事例の登場を待たなければならない」とする。
- (115) 比較的詳しく言及する文献として、村上(武)・前掲注(40)341頁以下、室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法[第二版]』(日本評論社、2006年)81頁以下(浜川清)等参照。
- (116) 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、1989年)66頁(鈴木庸夫)。
- (117) 南博方編『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、1987年)164頁(碓井光明)参照。矢代・前掲注(11)93頁も参照。
- (118) 浜川・前掲注(115)81頁以下、室井力ほか編『行政事件訴訟法・国家賠償法[第二版]』(日本評論社、2006年)463頁以下(村上博)、水野・前掲注(64)416頁以下、大浜・前掲注(1)298頁以下等参照。
- (119) 横山・前掲注(13)906頁。
- (120) 岩坪・前掲注(35)763頁、鎌野・前掲注(55)917頁、芝池『救済法』・前掲注(49)159頁以下、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、加除式)1177頁以下(北村和生)【北村『実務』】、玉城・前掲注(64)115頁以下、山田(健)・前掲注(110)283頁以下等も参照。
- (121) 原審の福岡地小倉支判昭和51年3月29日(行集31巻3号809頁)では、「本件地位保

全等申請の仮処分は行政事件訴訟法第44条に抵触して許されず、暫定的な権利形成の方法は、同法第25条の類推適用による執行停止の方法に依るべきであったと解する余地が多分にある」と示唆されていた。

- (122) 西口元「判批」平成5年主民判解（1994年）312頁以下も参照。
- (123) 村田「判タ」・前掲注（24）68頁や、村田『演習』・前掲注（44）154頁も参照。
- (124) そのほか、特例法下の判例として、例えば退職処分の無効を前提とする給与支払請求訴訟を本案として、仮の地位を定める仮処分が申立てられた、松山地判昭和34年11月20日（行集10巻11号2254頁）は、「元来無効な行政処分は、それが行政処分として表見的には存在するけれども、何らの効力も生ずるものではないから、その効力の関係においては恰も行政処分自体がなかった場合と同様に、関係人もこれに拘束されないのであって、債務者主張のごとく判決によりその『無効宣言』がなされるまでは、一応有効なものとして取扱われなければならないというような性質のものではない」、したがって「退職処分の無効を前提とする給与支払請求の本案訴訟の提起が許される」とともに、「民事訴訟法の仮処分に関する規定の適用がある」として、仮処分を認めた。川上勝巳「判批」自研37巻12号（1961年）129頁以下も参照。

ただしこの控訴審、高松高判昭和36年1月17日（行集12巻1号169頁）は、本件仮処分申立てが「退職処分の効果の一部である被控訴人の給与請求権消滅という効果の発生を阻止するためその効力の一時停止を求めるもの」であるから、行特法10条7項の仮処分排除規定に照らし不適法であると判示するとともに、たとえ無効な退職処分であったとしても、行政処分として存在している以上、仮処分の排除規定の射程が及び、この場合には、同10条2項に基づく執行停止を通じて仮の救済を求めなければならないとして、執行停止説を採用した。

- (125) 玉城・前掲注（64）117頁参照。
- (126) 小早川光郎ほか編『詳解 改正行政事件訴訟法』（第一法規、2004年）254頁（下井康史）、北村「ジュリ」・前掲注（43）73頁、本多・前掲注（43）58頁、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商130巻6号（2004年）974等参照。
- (127) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』（商事法務、2013年）66頁以下、88頁、211頁以下、301頁以下、319頁以下、402頁以下等参照。また阿部泰隆ほか編『行政訴訟（47）

第2次改革の論点』(信山社、2013年)23頁、269頁以下、388頁等も参照。

- (128) 櫻井敬子=橋本博之『行政法 [第五版]』(弘文堂、2016年)359頁、稲葉馨ほか『行政法 [第三版]』(有斐閣、2015年)285頁(村上裕章)、大橋洋一『行政法Ⅱ [第二版]』(有斐閣、2015年)309頁以下、櫻井敬子『行政救済法のエッセンス〈第一次改訂版〉』(学陽書房、2015年)189頁、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法 [第四版]』(弘文堂、2014年)132頁(山田洋)等参照。
- (129) 例えば、阿部泰隆『行政法再入門(下)』(信山社、2015年)【阿部『下』】139頁以下は、執行停止・仮の義務付け・仮の差止めによって救済できないような場合に関して、仮処分ができるとの規定を設けるべきとする。
- (130) 北村「ジュリ」・前掲注(43)73頁、本多・前掲注(43)58頁等参照。
- (131) 塩野「利益」・前掲注(60)370頁参照。しかしながら、行政行為の効力との抵触を重視するのであれば、仮処分とわざわざ構成(しかつ執行停止要件の趣旨を云々)するのではなく、執行停止を準用ないし類推適用すれば良いのではないかとの疑問も浮かぶ。しかしこの点に関して、同375頁脚注(41)は、「執行停止の規定の準用については、行訴法があえてその手当てをせず、法44条の規定をおいたこと、また、私人の権利義務関係における保全の態様は、執行停止よりもより多様性に富むであろうことから、私は準用説をとらない。」と論じている。
- (132) 塩野『救済法』・前掲注(15)226頁参照。当事者訴訟に関しても同旨。同228頁参照。
- (133) 形式的行政処分論に関しては、その問題性も含め、拙稿①・前掲注(3)、拙稿②・前掲注(6)、拙稿③・前掲注(8)等参照。
- (134) 遠藤『実定』・前掲注(12)421頁以下、村上博・前掲注(118)466頁以下、村上(武)・前掲注(40)329頁以下、遠藤『スケッチ』・前掲注(40)385頁以下、間田・前掲注(28)364頁以下、水野・前掲注(64)421頁以下、横山・前掲注(13)886頁以下、仲江「コメ」・前掲注(20)241頁以下、仲江利政「行政処分の執行停止(第一序論)」判タ313号(1975年)【仲江「判タ」】45頁以下等参照。
- (135) 仲江『実務』・前掲注(65)42頁、50頁参照。仲江「コメ」・前掲注(20)244頁も参照。また岡田・前掲注(53)120頁以下も参照。
- (136) 仲江『実務』・前掲注(65)50頁参照。

- (137) 横山・前掲注(13) 892頁参照。
- (138) 室井力『現代行政法の展開』(有斐閣、1978年) 56頁以下のほか、同29頁、同『行政改革の法理』(学陽書房、1982年) 136頁以下も参照。さらに間田・前掲注(28) 365頁、村上博・前掲注(118) 468頁も参照。
- (139) 遠藤『スケッチ』・前掲注(40) 385頁。
- (140) 原田尚彦『訴えの利益』(弘文堂、1973年)【原田『利益』】146頁以下、川村俊雄「抗告訴訟の対象」山田幸男ほか編『演習行政法(下)』(青林書院新社、1977年) 99頁、大浜・前掲注(1) 299頁以下等参照。
- (141) 仲江「判タ」・前掲注(134) 46頁以下参照。
- (142) 村上(武)・前掲注(40) 330頁以下や横山・前掲注(13) 892頁等参照。
- (143) 原田『利益』・前掲注(140) 162頁脚注(1) 参照。
- (144) 兼子『争訟法』・前掲注(90) 281頁以下脚注(8)。もっとも、兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、1983年) 229頁によると、「法解釈上の形式的行政処分は、国民が行政処分と見たてて取消争訟手続を選択した場合に存在するもので、その場合には出訴期間など取消争訟の訴訟要件を充たさなければならないと解されるが、本来公定力は存しないので、国民は別途に民事訴訟等を提起することができる。」と述べた上で、「仮処分申請も行訴法44条に妨げられず可能と解される。」と付け加えられている。その限りでは、完全併用説を採用しているようにも読める。
- (145) 関連して村上(武)・前掲注(40) 332頁参照。
- (146) 仲江『実務』・前掲注(65) 35頁。仲江「コメ」・前掲注(20) 244頁、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、1988年) 120頁も参照。
- (147) 遠藤『スケッチ』・前掲注(40) 387頁以下参照。関連して園部逸夫「公権力の行使と仮処分」行政法の争点(1980年) 225頁も、「事案毎に判断するほかはない」と指摘する。
- (148) 文字通り、枚挙に暇がないので、近年の文献のみいくつか挙げると、小川・前掲注(49) 287頁以下、村上博・前掲注(118) 468頁以下、芝池『救済法』・前掲注(49) 161頁以下、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第三版補正版〕』(弘文堂、2009年) 483頁以下(金子正史)、大浜・前掲注(1) 300頁以下、鎌野・前掲注(55) 911頁以下、
- (45)

- 北村『実務』・前掲注(120)1174頁以下、山田(健)・前掲注(110)281頁以下等参照。
- (149) 村上(武)・前掲注(40)332頁以下、塩崎勤「行政庁の事実行為と仮処分の許否」判タ307号(1974年)60頁以下、淡路剛久ほか「研究会 公害予防訴訟(上)」ジュリ584号(1975年)【淡路「研究会(上)」】73頁、79頁以下、横山・前掲注(13)893頁以下、白井皓喜「公害訴訟における執行停止と仮処分」同『行政訴訟と国家賠償』(法律文化社、1989年)【白井「公害」】91頁以下等参照。
- (150) 藤田『体系』・前掲注(20)462頁参照。また東孝行「判批」判タ300号(1974年)70頁、広岡「ジュリ」・前掲注(95)52頁以下、岡田・前掲注(53)126頁等参照。批判として、吉川大二郎「仮処分事件の変ぼう」民商70巻3号(1974年)423頁以下も参照。裁判例では、例えば、市の火葬場建築行為並びに使用操業につき、一年間の禁止を認める仮処分決定を出した、大阪地岸和田支決昭和47年4月1日(判時663号80頁)がある。裁判所は、火葬場建築行為並びに使用操業を含め、全体として「公権力の行使に当る行為」と解する見解は、「行政訴訟を認めて訴訟上の救済をはかることを企図された理論であるからこれを逆用して本件を却下することは妥当ではない」として、仮処分を適法とした。事実行為につき処分性を拡大しつつも、仮処分を認めた事例と言える。吉田邦彦「判批」環境法判例百選[第2版](2011年)6頁以下等も参照。
- (151) 仲江『実務』・前掲注(65)52頁以下参照。裁判例では、例えば、横断歩道橋設置工事の施行につき執行停止が申し立てられた、東京地決昭和45年10月14日(行集21巻10号1187頁)がある。大橋洋一「判批」環境百選[第二版](2011年)214頁以下等も参照。裁判所は、横断歩道橋設置に至る諸々の活動につき、「行政庁の一体的行為と把握して、公法的規制に服せしめるとともに、権利救済の面においても、行政事件訴訟法3条にいう『公権力の行使に当たる行為』と解してこれに抗告訴訟や執行停止の途を開くのが、高度に成長・複雑化した現代社会の実情に則して法治主義の要請を貫く所以であるのはもとより、同法が抗告訴訟なる特別の訴訟類型ないしは抗告訴訟を前提とする執行停止という特種の制度を設けた法意に適合する」とした。事実行為につき処分性を拡大した上で、仮処分ではなく、執行停止の対象としたものと解される。
- (152) 白井「公害」・前掲注(149)93頁以下、白井「相手方」・前掲注(13)492頁以下、兼子『争訟法』・前掲注(90)270頁等参照。裁判例では、例えば、ごみ埋立処理場の建

設禁止の仮処分が争われた、千葉地決昭和51年8月31日（判時836号17頁）がある。裁判所は、公共施設の設置行為といった非権力的な行政処分に関しては、「法益救済の便宜からみても、訴の利益をもつ者において、取消訴訟、執行停止申請の手続によって救済を受けることができるほか、原則として権力的な行政処分の如く公定力及び不可争力を伴わないので、右救済を利用せず、仮処分を含む民訴法などを選択して（なお、本案訴訟として民訴法上の訴の提起ができる以上、これと体系を同じくする仮処分申請もできることはいうまでもない）法益主張をすることも許される」とした。東孝行「判批」判タ344号（1977年）122頁以下等も参照。

- (153) 淡路「研究会（上）」・前掲注（149）73頁（小高剛発言）、淡路剛久ほか「研究会 公害予防訴訟（下）」ジュリ585号（1975年）【淡路「研究会（下）」】99頁以下（小高剛発言）、小高剛「判批」昭和48年重判解説（1974年）17頁等参照。
- (154) 完全併用説か制限併用説か不分明ではあるものの、併用説をとる村田「判タ」・前掲注（24）62頁も参照。なお仲江『実務』・前掲注（65）52頁は、仮処分か執行停止か、「いずれを選ぶかの選択に困ったときは、右両者を同時又は選択のないし予備的に申請すれば救済には事欠かない」と指摘し、本案訴訟の場面での、処分性拡大に対する副作用問題に対する実務的対応（拙稿②・前掲注（6）、拙稿③・前掲注（8）等参照）類似の提案をしている。また、本案訴訟における「キャッチボール問題」（拙稿②・前掲注（6）参照）に相当する事態を念頭において、救済の欠如が生じないよう配慮が必要とする、東條武治「行政事件と仮処分（1）」園部逸夫ほか編『裁判実務大系1巻』（青林書院、1984年）247頁も参照。
- (155) 遠藤『スケッチ』・前掲注（40）385頁以下や遠藤『実定』・前掲注（12）421頁以下等参照。
- (156) 芝池義一「公共工事と行政訴訟」ジュリ925号106頁以下、高木・前掲注（57）141頁、「会同概要（昭和46年10月25日・26日開催）」行資36号35頁以下等参照。
- (157) 淡路「研究会（下）」・前掲注（153）101頁（塩野宏発言）。
- (158) 横山・前掲注（13）898頁。
- (159) 越智敏裕「訴訟実務から見た『処分性』拡大の傾向」法時85巻10号（2013年）22頁参照。
- (43)

- (160) 本判決について、阿部『下』・前掲注(129)139頁は、「一般用医薬品のネット販売をすることができる地位の仮の確認であって、省令について仮処分を求めているものではないから、この判断は誤りである。」と指摘する。しかし本判決が、同地位の仮の確認を認めることが省令制定行為の効力を阻害すると判断する(この判断の妥当性はともかくとして)限りでは、論理的に誤りとまではいえまいだろう。
- (161) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ』(有斐閣、2015年)373頁。中原茂樹『基本行政法 [第二版]』(日本評論社、2015年)383頁も参照。
- (162) この種の最近の議論として、例えば曾和・前掲注(2)69頁等参照。
- (163) 拙稿①・前掲注(3)、拙稿②・前掲注(6)、拙稿③・前掲注(8)参照。
- (164) 拙稿③・前掲注(8)参照。
- (165) 前掲注(5)参照。
- (166) 瀬木比呂志『民事保全法 [新訂版]』(日本評論社、2014年)189頁以下、303頁以下等参照。ただし民事保全法では、民事訴訟法ほど処分権主義が厳密に貫かれていないことに関しては、同190頁以下、306頁等参照。
- (167) 岡垣『研究』・前掲注(20)213頁以下参照。ただし、平峯隆「行政処分の執行停止」吉川大二郎博士還暦記念論文集『保全処分の大系(下)』(法律文化社、1966年)960頁以下も参照。
- (168) 吉川「仮処分」・前掲注(47)356頁以下参照。
- (169) 仲江『実務』・前掲注(65)51頁参照。
- (170) 白井「公害」・前掲注(149)95頁以下参照。
- (171) 利光・前掲注(1)224頁参照。
- (172) 緒方節郎「行政処分の執行停止と公共の福祉」田中二郎先生古稀記念論文集『公法の理論(中)』(有斐閣、1976年)1173頁以下参照。
- (173) 山本(下)・前掲注(56)83頁以下参照。
- (174) 例えば田上「判批」・前掲注(34)69頁は、行政処分の効果を阻害する内容を持つ仮処分は実質上行政処分であり、仮処分の場合に理由を疎明せずとも保証を立てれば裁判所の自由裁量をもって仮処分を命ぜられることと相俟って、権力分立の見地から問題があるという。また、濱「排除」・前掲注(28)111頁(なお初出は1970年)によると、執

行停止が定められたのは、仮処分が「非常にゆるやかな要件、たとえば保証を立てることによっても仮の処分をすることが可能であるというように、裁判所に大幅な裁量を認めているため、直ちに行政訴訟における仮の措置として、これを借用するのが不適当であるところから、とくに嚴重な要件を定めてこの制度を設けた」という。関連して岡垣「司研」・前掲注（24）4頁以下も参照。

(175) 瀬木・前掲注（166）83頁以下、211頁、243頁以下等参照。

(176) なおこの規定に関しては、「争点訴訟と仮処分」をめぐる学説構成にも影を投げかけていた。例えば、兼子「公法」・前掲注（100）172頁は、重大明白な瑕疵ある当然無効の行政処分に関して仮処分を認める一方で、疎明に代わる保証の制度に関しては、性質上適用されないとする。

(177) 例えば、藤田『体系』・前掲注（20）461頁脚注（59）も、「仮処分の立証方法に関して、疎明に代わる保証の規定（民訴756条、741条2項）の存在が指摘されるが、保証をもって疎明に代えるのが適当かどうかの判断は必要なわけであるし、補充的にはともかく、疎明がないのに保証をもって代えるということは、実務上行われていない。」とする（高木注：引用条文は旧民訴法）。白井「公害」・前掲注（149）96頁も参照。また藤田『体系』・前掲注（20）461頁脚注（59）では、執行停止についても、実務上は行なわれていないものの、理論上は、疎明に代わる保証金の供託ないし宣誓の制度の適用がありえ（行訴法7条、民訴267条2項）、疎明なしに執行停止が認められる事態も考えとす。藤田『諸問題』・前掲注（70）33頁も参照。

加えて藤田『体系』・前掲注（20）461頁脚注（59）では、「仮処分の方が要件が緩やかであるというが、執行停止では本案について理由がないとみえることの主張・疎明責任を行政庁が負うのに対し、仮処分では被保全権利の存在についての主張・疎明責任が債権者側にあるのであって、債権者が行政処分の無効原因を主張・疎明しなければ、仮処分申請は認容されない。」として、必ずしも執行停止よりも仮処分のほうが、要件面で緩やかとまでは言えないとする。

(178) 今村『理論』・前掲注（14）254頁以下参照。

(179) この点をかなりの程度重視する、玉城・前掲注（64）122頁以下参照。

(180) 小川・前掲注（49）294頁脚注（23）参照。

(41)

- (181) 玉城・前掲注（64）125頁以下参照。
- (182) ただし玉城・前掲注（64）127頁以下も参照。
- (183) 拙稿②・前掲注（6）、拙稿③・前掲注（8）参照。
- (184) 例えば、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）や同『行政法解釈の基礎』（日本評論社、2013年）等参照。

—たかぎ ひでゆき・法学部准教授—