HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議
Author(s)	笹田, 栄司
Description	シンポジウム　国際研究集会「実効的権利保護論の現代的課題ー仮の権利救済を中心としてー」（札幌, 2007年11月2日, 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター主催, 同研究科公法研究会共催）副報告
Citation	北大法学論集, 59(1), 148-156
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33815
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p148-156.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

副報告

実効的権利保護の要請と仮の救済・内閣総理大臣の異議

笹田栄司

はじめに

「仮の救済」は裁判所において権利保護を求める際の重要な手続である。それは裁判を受ける権利の保障の観点からも要請されるが、わが国においては十分に整備されていなかった。そうしたなか、四二年ぶりとなる行政事件訴訟法の改正により、執行停止の要件が緩和され、新たに仮の義務付け及び仮の差止めの制度が設けられたことは、憲法学の観点からも注目すべきことである。その際、「実効的救済」が制度設計において重要な意味を持ったのである。その一方で、学説によって違憲と指摘されることもある内閣総理大臣の異議は廃止されることなく存置された。

一　「実効的救済」の位置づけ、及び日独の研究スタイルの差異

1　行政事件訴訟法改正のキーワードとしての国民の権利利益の「実効的救済」

司法制度改革審議会意見書は「司法の行政に対するチェック機能の強化」ということから、「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検討を早急に開始すべきである。」としていた。それを承けて、司法制度改革推進本部のもとに置かれた行政訴訟検討会（以下、検討会とする）が行政事件訴訟法の検討を進めたのである。

国民の権利利益の「実効的救済」が今回の大改正のキーワードであるが、それは、第一六回検討会における配付資料「行政訴訟制度の見直しについて検討の方向性が概ね一致していると思われる事項」に登場する。同資料は「基本的な見直しの考え方－権利利益の実効的救済の保障」と「具体的な見直しの考え方」から成り、前者は、「行政訴訟制度を見直して、国家賠償や行政不服審査の制度と相まって、国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障することができる制度とする」というものであり、後者は、「行政訴訟を利用しやすくするための見直し」、「審理を充実・迅速化させるための方策の整備」、そして、「本案判決前における仮の救済の制度の整備」に細分化されている。

さらに、第二四回検討会において「行政訴訟制度の見直しのための考え方と問題点の整理（今後の検討のためのたき台）」がだされ、そこでは、具体的に、①取消訴訟の原告適格の拡大、②義務付け訴訟の法定、③確認訴訟による救済の可能性、④本案判決前における仮の救済の制度の整備、があげられていたのである。

2　「実効的救済」の憲法上の論拠

改正のキーワードとされた「実効的救済」の憲法上の論拠について、検討会では正面から取り上げられていない。確かに、行政訴訟に関する外国法制調査も行われ、とりわけドイツ行政訴訟において基本法一九条四項が保障する「権利保護の実効性」が詳細に報告されている（山本隆司「行政訴訟における外国法制調査―ドイツ（上）」ジュリスト一二三八号八六頁以下、同一二三九号一〇八頁以下）。わが国の行訴法とドイツの行政裁判とのこれまでの関係に鑑み、上記の議論は重要なポイントとなっていると思われる。

さらに、検討会ヒアリングで、実効的救済を憲法に基礎づけようとする見解も多かった。宇賀克也教授は第三回検討会で、「行政事件訴訟法の見直しを行う場合に出発点となるのは、憲法の保障する裁判を受ける権利」であり、「憲法三二条の裁判を受ける権利を基礎に、包括的実効的な権利保護を付与するという視点を基本に据えて、訴訟制度の見直しが行われることを期待しております」と述べ、実効的救済論の先駆者である阿部泰隆教授は、第四回検討会において、「行政に対する救済制度は、憲法三二条の裁判を受ける権利に基づいて、権利救済の実効性に立脚して構築されなければならない。そこから、行政と原告の対等性の原理、権利救済ルール明確性の要請が導かれるわけですが、これは立法にあたって、最初の条文に示しておくべきだと思います」と主張し、さらに、高木光教授は第五回検討会で、「憲法上の『包括的な権利保護』という要請を満たすことをめざし、原告側の『訴訟類型選択負担』を軽減する」と述べている。

しかし、実効的救済の憲法上の論拠が改正法はもちろん、立法過程で公式に明記されることはなかった。ただ、「新しい行政訴訟実務は、少なくとも『国民の権利利益の実効的救済』を遺漏なきようにするという立法者意思という強い縛りをかけられた」のは確かである（橋本博之「行政事件訴訟法改正と行政法学の方法」自治研究八〇巻八号五一頁）。シェンケ教授は報告の最後に、「裁判所による仮の権利保護の必要性が、憲法それ自体によって要請されている」と結

ばれているが、わが国との落差は大きい。その一因を探ってみたい。

3　学説と裁判実務との距離、および憲法と行政法の距離について

ドイツの連邦憲法裁判所と異なり、最高裁裁判所は憲法判断に積極的ではない。（ドイツの基本法一九条四項になぞらえることができる）憲法三二条「裁判を受ける権利」について最高裁判例を見るなら、重要なものは五個程度だろう。一方、ボン基本法一九条四項についての連邦憲法裁判所判例は膨大である。また、アメリカ最高裁も、デュープロセスについて多様な判例を展開している。

わが最高裁判例に、ドイツ連邦憲法裁判所判例のように、学説が登場することは稀である。また、一五名の最高裁判事のうち、学者出身は一名（行政法研究者の藤田判事）にすぎない（ドイツ連邦憲法裁判所は、一六名のうち六名が公法学者出身：二部構成で、各部に三名配属されている。）。最高裁は最終的な憲法判断を行うところであるが、最終上告審でもある。実際には民事刑事事件の最終判断を行う後者の役割が極めて大きい（したがって、最高裁の負担も大きく、もう一つの役割である憲法判断に消極的な態度を採る一因ともなっている。）。ドイツでいうなら、連邦憲法裁判所と連邦通常裁判所・連邦行政裁判所が合わさったものである。さらに、ドイツと異なり、わが国では憲法と行政法の研究が分離していることも特徴である（憲法学、行政法学の両方を専門とする研究者は稀である。）。

確かに憲法と行政法との距離は相当に広がっているとしても、行政事件訴訟において人権条項を除いた形で「実効的救済」を言うことは難しいであろう。ドイツの連邦憲法裁判所判例がそうであるからというのではなく、行政裁判手続で問題となっている権利の「実効的」救済ということからしてそう考えるのである。例えば、公会堂などの使用不許可処分について仮の救済を想定すれば、集会の自由の実現が重要なファクターとなってくる。したがって実体的権利（な

かずんく実体的基本権）の保障・実現が「実効的救済」の決め手とならざるを得ない。今後、最高裁判所が「実効的な権利救済」を判例のなかでどう位置付けていくのかが注目される。

二　内閣総理大臣の異議

1　仮の救済は行政作用か

内閣総理大臣の異議については、執行停止が司法に属するかどうか、かりに司法に属するとすれば内閣総理大臣の異議は執行停止手続に介入するものであり司法権を侵害するのではないか、ということが検討されねばならない。

ところで、ドイツ公法における「仮の救済」の法的性質について、シェンケ教授は次のように述べている。

「仮の権利保護にとっていずれにせよある程度固有のものである裁判官の裁量の行使と、それに結びつけられた法律による拘束の後退は、裁判所による仮の権利保護の付与は実質的には裁判ではなく行政である、という見解がかつてしばしば唱えられた原因であった。しかし、このような見解は、本案手続との関係で附従的であるという仮の権利保護の性格をそれが十分に考慮しえないという理由だけからしても、問題となりえない。次の事実もこの見解に対立する。すなわち、裁判所による仮の権利保護においてなされる措置は、身分上及び職務上独立した中立的な裁判官によって行われ、――仮の権利保護の性質から生じる修正を伴ってではあるが――原則としてそれ以外の場合に裁判所がその裁判作用において遵守すべきものと同じ手続原則が適用される、という事実がそれである」（「ドイツ行政訴訟における仮の権利保護」北大法学論集五九巻一号一三二―一三三頁）。

それでは、わが国では仮の救済の法的性質はどう受けとめられているだろうか。政府見解として、執行停止は、「判

決前の暫定的措置としてされる行政作用に属する事柄」であり、「行政事件訴訟法においては、このような行政作用に属する執行停止の許否の判断権を立法政策上裁判所にゆだねた」にすぎない（平成一二年一二月一九日づけの政府の答弁書（内閣参質一五〇第一三号））、とするものがある。次に、行政作用として執行停止・仮処分を理解する見解は、最高裁判例に照らすならばどう位置づけられるだろう。

最高裁は「強制調停違憲決定」（最大決昭和三五・七・六民集一四巻九号一六五七頁）において、憲法三二条の「裁判」及び八二条の「公開の原則の下における対審及び判決によるべき裁判」は「純然たる訴訟事件の裁判」に限られる、とする。訴訟と非訟を二分し、訴訟手続には公開・対審・判決が保障されるが、非訟手続には法政策論としてはともかく、憲法上は上記手続保障は及ばないのである。

訴訟・非訟と判決・決定手続の組合せについては、ａ訴訟＝判決手続、ｂ訴訟＝決定手続、ｃ非訟＝決定手続がありえよう。仮の救済については、かつては非訟作用と同様の性格を持つとする見解も有力であったが、現在では、訴訟と見る見解が大勢である。また、その手続は決定であるから、仮の救済はｂのカテゴリに含まれる。しかし最高裁判例によれば、ａとｃの区別は性質上「純然たる訴訟事件」かどうかに係らしめられることから、ｂは訴訟非訟二分論を採るこの最高裁判例から抜け落ちｃと同一視される可能性が高い。換言すれば、「純然たる訴訟事件」とは異なる手続を採る必要のある仮の救済については、憲法上の手続保障、なかんずく裁判を受ける権利は及ばないのではないかという疑問が残るのである。この点、民事保全手続のみならず、口頭弁論を経ないで決定ができる執行停止手続にもあてはまる（参照、行訴法二五条二項、六項）。

執行停止（さらには仮の救済）の法的性質が司法か行政かと問うならば、司法権及び裁判を受ける権利を根拠として司法と解答することになる（仮の救済を行政とみる見解は最近では減少している。）。そして上記の分析を踏まえ、仮の

救済を司法と位置づけるには、最高裁判例の採る訴訟非訟二分論さらに本案手続中心思考を見直し、執行停止そして仮処分といった仮の救済が入るであろうb領域の固有の意味を探求するとともに、「決定」を重装備の訴訟＝判決手続からの逃避に終わらせないよう、それに憲法上の手続保障を結びつけて考える必要がある。

司法権を司法権たらしめているのは、「紛争を如何にして解決するか」（藤田宙靖『行政法学の思考形式〔増補版〕』（木鐸社、二〇〇二年）九九頁）という「対象の処理のしかた」（安念潤司「司法権の概念」高橋＝大石編『憲法の争点〔第三版〕』（有斐閣、一九九九年）二二六頁）にある。つまり、司法のメルクマールといってよい手続的公正を含むよう形成されねばならないのである。さらに、紛争解決の主体たる裁判官にも注目する必要があろう。公開・対審・判決を備えたものが訴訟であり、非公開・審尋・決定にとどまるものは非訟であり「行政」だという訴訟非訟二分論から脱却し、憲法上（他の権力から）独立した中立的な裁判官が、手続的公正に則って審理を行う（「対象の処理のしかた」）のであれば、それは司法と言うべきである（その際、法的審問、及び武器平等が核心である、とシェンケ教授は述べている。Vgl. Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte?, JZ 2005, S. 121.）。

2　内閣総理大臣の異議の合憲性

内閣総理大臣の異議を合憲とする上記の政府見解は次のように述べている。「執行停止は、本案の訴訟における終局判決と異なり、判決前の暫定的措置としてされる行政作用に属する事柄であり、行政事件訴訟法においては、このような行政作用に属する執行停止の許否の判断権を立法政策上裁判所にゆだねたにすぎず、したがって、裁判所による執行停止の決定を覆す権限を内閣総理大臣に認めたとしても、司法権を侵害することにはならず、内閣総理大臣の異議の制度が憲法に違反することにはならない」。

しかし、執行停止＝仮の救済を行政作用とする見方は、1で述べたように採ることはできない。そして、執行停止＝仮の救済を司法作用と見るならば、「内閣総理大臣の異議」の制度は司法権を侵害し、さらに、裁判を受ける権利を侵害する。ところで、合憲説のもう一つの根拠は、内閣総理大臣が「緊急事態等への対応」するために必要とするものである。この主張はその出自からしてある意味当然といえる。即ち、結果として内閣総理大臣の異議の「誕生」に寄与した平野事件仮処分決定は、公職追放という占領政策の根幹を揺るがすもので、連合国総司令部及び日本国政府からすれば〝緊急事態〟と捉えられたのである。

緊急事態とは多義的概念であり、緊急事態に執行停止（仮の救済）手続が関わるものとして、どういうものが考えられるであろうか。内閣総理大臣の異議と緊急事態との関わりの例として言われることの多いメーデー事件は、そもそも使用許可申請が拒否されたため執行停止が関わった事案ではない。雄川教授が内閣総理大臣の異議について指摘しているように、「この諸国法にも例を見ない異議制度は、もし行政事件訴訟特例法になかったならば、むろん新たに案出されることはなかったであろう」（雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『公法研究四五号』一三〇頁）。

ただ、次のようなケースは考慮に入れる必要がある。行政文書不開示処分取消請求事件において、特定の文書の提出が仮の義務付け（行訴法三七条五第一項）によって可能となるならこれによって文書が閲覧され、被処分者にとり「満足的執行停止」となろう。その結果、抗告審の出番はなくなってしまう（地裁の執行停止決定に対する即時抗告について抗告審の高等裁判所が迅速に審理・判断する運用が最近の実務では行われている。そうすると、内閣総理大臣の異議によって執行停止決定の執行を停止する必要性は、上記のケースを除けば想定しがたいであろう。）。「国の安全等に関する情報」（情報公開法五条二号）、及び「公共の安全等に関する情報」（同法五条四号）が関係する場合が特に重要である。このようなケースに限り内閣総理大臣の異議を存続させることも考えられるが、それでは憲法上の問題は解消さ

れないだろう。そこで、抗告審の意味を喪失させる上記のようなケースについては即時抗告に執行停止効を認めることも考えてよいのではないか。

※追記

本報告については、笹田栄司『実効的基本権保障論』第三章（信山社、一九九三年）、及び、同『司法の変容と憲法』第二部第一章・第二章（有斐閣、二〇〇八年）を参照されたい。

（本報告は、科学研究費補助金・基盤（B）（2）「権利・利益の実効的救済手段としての『仮の救済』についての実証的、総合的研究」（平成一七～一九年度・研究代表者笹田栄司）の成果の一部である。）