

機関番号：14501
 研究種目：若手研究（B）
 研究期間：2007～2010
 課題番号：19730021
 研究課題名（和文） 義務付け訴訟と取消訴訟の関係：行政と裁判の適切な役割分担を踏まえた解釈論・立法論
 研究課題名（英文） Relationship between the Judiciary and the Administration in Judicial Review of Administrative Action
 研究代表者
 興津 征雄（OKITSU YUKIO）
 神戸大学・大学院法学研究科・准教授
 研究者番号：10403213

研究成果の概要（和文）：ドイツ法およびフランス法との比較において、2004年の行政事件訴訟法改正により新たに導入された義務付け訴訟と既存の取消訴訟との関係を分析することにより、行政訴訟において司法権と行政権が果たすべき役割について考察し、得られた視点を元に、改正行政事件訴訟法の解釈論と、さらなる立法論を探究した。

研究成果の概要（英文）：I analyzed the relationship between the Judiciary and the Administration in judicial review of administrative action from the viewpoint of the reform of Administrative Litigation Act of 2004 in comparison with German and French law.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	1,000,000	0	1,000,000
2008年度	900,000	270,000	1,170,000
2009年度	600,000	180,000	780,000
2010年度	600,000	180,000	780,000
年度			
総計	3,100,000	630,000	3,730,000

研究分野：行政法

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：行政法，行政救済法，行政訴訟

1. 研究開始当初の背景

(1) 本研究を開始した当初は、2004年に成立した改正行政事件訴訟法が2005年4月1日より施行されたばかりで、同改正により新たに導入された訴訟類型、とりわけ義務付け訴訟の解釈運用がまだまだ十分に確立していない状況にあった。とりわけ、義務付け訴訟が法令に基づく申請を前提とするもの（申請型）とそうでないもの（非申請型）とに二分され、前者については取消訴訟との

併合提起が要請される一方で後者については単独で提起するものとされたことから、改正法のもとで義務付け訴訟と取消訴訟との関係をどのように考えるべきかが、理論的にも重要な課題となっていた。

(2) 義務付け訴訟については、主としてドイツ法を参照する比較法研究の実績がすでに蓄積されており、行政事件訴訟法改正による義務付け訴訟の導入も、ドイツ法にならう

ものと考えられていた。他方で、フランスにおいても1995年の法改正により義務付け判決に類似する新たな判決手法が導入されており、判例がその改革の意義をさらに拡大する大胆な展開を見せていた。フランス法は、ドイツ法のように義務付け訴訟を独立の訴訟類型として構想するのではなく、取消訴訟（越権訴訟）に付随する救済方法と位置付けていたことから、義務付け訴訟と取消訴訟の関係を考えるうえでは、ドイツ法よりも多くの手がかりを与えてくれるように思われた。にもかかわらず、この観点からはフランス法との比較研究は十分な蓄積を有していなかったため、その欠を埋めることが急務であった。

2. 研究の目的

以上のような背景事情のもとで、本研究は、

- (1) ドイツ法とともにフランス法との比較法研究を重視すること
- (2) 義務付け訴訟を独立した訴訟類型と見るのではなく、既存の抗告訴訟類型の中に位置づけること
- (3) 義務付け訴訟の訴訟要件および判決について、合理的な解釈論および立法論を探究することを目的として行われた。

3. 研究の方法

本研究は、伝統的な法解釈学の研究手法に則って行われた。すなわち、主題に関する判例・学説を網羅的に分析するとともに、外国における類似の問題状況にも目を向け、当該外国法の歴史的前提や思考構造を視野の外に追いやらないように細心の注意を払いつつ、当該外国の法制度が現実どのような機能を果たしているかという観点から、日本法の比較を行った。ただし、比較法研究によっ

て得られた成果をそのまま日本法に当てはめようとすることは現に戒め、当該外国法の特徴をいったん日本法の論理に変換したうえで、比較可能な評価基軸を設定するように努めた。

4. 研究成果

研究成果は、いくつかの論点に分けることができる。

(1) フランスにおける行政と司法の関係に関する歴史研究

行政庁と裁判所との関係・役割分担を考察するための基礎的作業として、フランスにおける行政裁判制度の成立に関する歴史研究を行った。フランス革命期の司法観によれば、裁判とは法的三段論法の厳密な適用であり、行政活動をめぐる紛争も法的三段論法の適用になじむ羈束処分に関するものは司法裁判所の管轄に属するが、法的三段論法の適用になじまない裁量処分に関するものは、司法裁判所の管轄には属しえない独自の紛争類型を構成し、後に行政裁判制度に理論的基盤を提供したという事情を、学説史的観点から解明した。この成果をもとに、学会発表1件と、論文公表1件を行った。

(2) 日本における行政訴訟類型論の再構成

兼子一、白石健三、下山瑛二ら、取消訴訟の基底に確認訴訟を見る見解を手がかりとして、2004年の行政事件訴訟法改正により多様化した抗告訴訟の各形態を、“違法判断＋是正措置（救済）”の二重構造で捉える構想を固め、国内のいくつかの研究会で報告した。この構想は、後述の単著に理論的な基盤を与えた。

(3) 行政訴訟の対象についての研究

抗告訴訟の構造を“違法判断+是正措置(救済)”の二重構造で捉える構想を手がかりとして、取消訴訟の対象(処分性)に関する従来の議論を再構成する作業を行った。その具体的事例への応用として、第一種市街地再開発事業の事業計画の決定に処分性が認められる根拠を分析し、論文として公表した。

(4) 行政訴訟の機能と構造の理論的体系化

本研究の総まとめとして、行政訴訟をその機能と構造に着目して理論的に体系化する作業を行い、著書(興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』, 弘文堂, 2010年6月)を刊行した。この著書においては、抗告訴訟を中心とする行政訴訟の機能と構造を分析し、抗告訴訟を《違法判断+是正措置(救済)》の二重構造で捉える視点を提示した。また、この視点から取消訴訟と義務付け訴訟の関係を検討し、いくつかの解釈論および立法論を提示した。その内容をさらに具体的に示せば、以下のとおりである。

①判決の既判力と拘束力の関係

抗告訴訟における判決には、既判力とともに、拘束力と呼ばれる特殊な効力が認められるが、この拘束力の意義を解明することが、行政訴訟における司法と行政の適切な役割分担を探究するうえで必要な視点を示してくれるとの見通しのもとに、判決の効力に関する研究を行った。その成果によれば、既判力は、前述の二重構造のうち違法判断の部分に生じ、行政活動が違法であったことを確定させるとともに、行政過程における同一違法のくり返しを封じる機能を持つ。それに対し、拘束力は、是正措置(救済)の部分に対応し、判決によって違法と判断された行政活動を適切な方法で是正するように、行政過程におけるやり直しを指導する機能を持つ。判決の

効力の機能をこのように分解して考えることにより、従来理論上の難問とされてきた反復禁止効の理論構成についても、一貫した視座から説明することが可能になったと考えられる。

②フランスにおける行政訴訟類型論

フランスにおいて1995年に導入された新たな判決手法とその後の判例の展開を分析した結果、当該判決手法は、ドイツ法における義務付け訴訟のような独立した新たな訴訟類型を導入しようとしたものではなく、既存の取消訴訟(越権訴訟)における行政活動の違法性審査という構造を維持したままで、それに新たな是正措置(救済)のメニューを付加したものだということが判明した。すなわち、フランスにおける行政訴訟の構造も、前述のような《違法判断+是正措置(救済)》の二重構造で捉えることが可能となり、日本法との比較において共通の全訂的基盤が与えられた。

③義務付け訴訟の解釈論・立法論

以上のような理論的視座に基づいて、2004年改正で新たに導入された義務付け訴訟については、既存の取消訴訟との関係を意識した解釈論・立法論が必要であり、また可能であることが判明する。このことは、取消訴訟との併合提起が要請される申請型義務付け訴訟については非常に顕著であり、改正法の立案時から、取消訴訟・取消判決との連携を意識した制度設計が行われていたことが、立案資料の分析から明らかになった。他方で、単独で提起されることが通常の非申請型義務付け訴訟については、従来の議論を見ても、立案時の資料を分析しても、取消訴訟との関係は必ずしも明らかにならない。しかし、非申請型義務付け訴訟も裁判所限りで案

件処理を完結的に終結させることを予定したのではなく、行政過程における違法是正を指導する機能を持つものと解することができる。そうであるとすれば、非申請型義務付け訴訟についても《違法判断+是正措置(救済)》の二重構造が他の抗告訴訟と同様に妥当すると解すべきであり、このことから、訴訟提起の要件である「重大な損害を生ずるおそれ」や、執られるべき処分の内容を一義的に確定しない抽象的義務付け判決の許容性について、柔軟な解釈が可能となる。

以上の成果により、行政事件訴訟法の2004年改正の理論的意義をある程度解明することができたと考えており、本研究の課題「義務付け訴訟と取消訴訟の関係：行政と裁判の適切な役割分担を踏まえた解釈論・立法論」により予定されていた内容は、ほぼ達成できたと自己評価している。平成23年度からは、本研究の遂行過程で発見された問題に取り組むために新たな研究課題を開始する予定である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計8件)

①興津征雄「違憲審査における確認訴訟の意義」法学セミナー674号(2011年)23～25頁, 査読無

②興津征雄「取消判決の効力」法学教室360号(2010年)26～30頁, 査読無

③興津征雄「第一種市街地再開発事業の事業計画の処分性」自治研究86巻6号(2010年)145～161頁, 査読無

④興津征雄「越権訴訟の起源をめぐって——あるいはフランスにおける《司法》と《行政》の原像——」日仏法学25号(2009年)80～120頁, 査読無

⑤興津征雄「「公の施設」使用許可に関する仮の義務付け」ジュリスト1376号(20

09年)56～57頁, 査読無

⑥興津征雄「独禁法九七条の過料に処さない決定の可否」民商法雑誌139巻4=5号(2009年)537～546頁, 査読無

⑦興津征雄「学界展望<フランス法>」国家学会雑誌121巻11=12号(2008年)1287～1292頁, 査読無

⑧興津征雄「退去強制手続における法務大臣の裁決と裁決書不作成の瑕疵」自治研究83巻10号(2007年)123～147頁, 査読無

[学会発表] (計1件)

①興津征雄「越権訴訟の起源をめぐる近年の研究動向——あるいはフランスにおける《司法》と《行政》の原像——」, 日仏法学会, 2008年2月16日, 学士会分館

[図書] (計1件)

①興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』弘文堂(2010年)全410頁

[その他]

ホームページ等

<http://www2.kobe-u.ac.jp/~okitsu/>

6. 研究組織

(1) 研究代表者

興津 征雄 (OKITSU YUKIO)

神戸大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：10403213

(2) 研究分担者

(3) 連携研究者