

別紙 1-1

## 論文審査の結果の要旨および担当者

報告番号	※ 乙 第 号
------	---------

氏 名 ツォグト ツェンド (Tsogt Tsend)

論 文 題 目

モンゴルにおける行政訴訟の発展

— 行政監督から裁判的救済へ? —

Development of Administrative Litigation in Mongolia

— From Administrative Control to Court Remedy? —

論文審査担当者

主 査 名古屋大学大学院法学研究科教授 市橋 克哉

名古屋大学大学院法学研究科教授 稲葉 一将

名古屋大学大学院法学研究科教授 下山 憲治

## 【本論文の要旨】

1 本論文は、モンゴルにおける行政訴訟、とくに、抗告訴訟の発展をテーマとして研究を行ったものである。モンゴルにおける抗告訴訟は、理論、制度、そして、実務のどの観点からみても、歴史的な視点と現在の状況の両面から関係する裁判制度を研究しなければならない。なぜなら、モンゴルでは1992年の民主化後、いくつかの行政訴訟に関する研究論文が出ているが、その時々の問題となった論点について、自らの意見を述べたり、ドイツ法の関連制度を紹介したりするといった半端な研究にとどまっているからである。歴史的な視点からモンゴルの行政訴訟の歴史を本格的に研究し、それを踏まえて現状をみる業績は、残念ながら皆無である。このようなモンゴルの未熟な研究水準をみると、歴史的に、さらに、比較法的に、例えば、適法性監督型か、あるいは、権利救済型かという行政訴訟の型をみることは、現在のモンゴルの行政訴訟がどこからきたか、どうして今日の姿が形成されているのか、そして、それは今後どこへ向かってどのように変化していく傾向をはらんでいるのか、すなわち、自らの存在のルーツ、現状、そして、その将来を、すなわち、モンゴルの行政訴訟とは何かについて、自らがこれを正確に把握するためには、不可欠の研究作業であると考えからである。また、この歴史と比較から研究を行うためには、例えばモンゴルにおいて、そして、比較する国においても、それぞれが有する経路依存の影響、すなわち、旧体制下の初期条件に制約された制度変化や制度発展があるということを前提とするアプローチをとることが必要と考える。

2 そこで、まず、現在のモンゴルにおける行政訴訟が何であるかをみる前に、1920年代以降の社会主義時代、今となっては旧体制の行政紛争解決の仕組みの特徴を明らかにすることによって、旧体制崩壊後の今日なおその影響を現行の制度に及ぼしている経路依存の初期条件として、以下の三点を確定する。まず、①モンゴルの行政紛争解決の制度は、ソビエト法の圧倒的な影響のもとに設けられたものである、②この制度の目的は適法性監督にあり、中心的な役割を果たすのは裁判所ではなく検察庁であり、これは検察官の一般監督制度と呼ばれた。③裁判所は、列記主義の下で限定された行政事件のみを扱う適法性監督の脇役でしかなく、しかも、その手続は民事訴訟法のなかで規律されたとはいえ、訴訟手続ではなく非訟事件手続であった。この三点の初期条件は、90年代初めの社会主義体制崩壊を経ても存続し、その形式的な制度上の克服は、21世紀初めの行政裁判所設置と行政訴訟法の民事訴訟法からの分離独立まで待たねばならなかった。そして、この初期条件の実質的な克服となると、それは今なお現在の課題として取り組まれている問題である。その中心に、本論文の表題にもなっている適法性監督を目的とする行政監督型から権利保護を目的とする裁判的救済型へと、行政訴訟をパラダイム・シフトさせるという課題があるのである。

3 旧体制崩壊後四半世紀を経た今日なお、モンゴルは、旧体制下に形成された三つの初期条件の克服、なかでも行政監督型の行政訴訟が有した実体を権利救済型が有する実体へとパラダイム・シフトさせる課題に取り組んでいる。モンゴルでは、このパラダイム・シフトは、まさに今起きている現在の問題である。しかし、例えば、行政訴訟の長い歴史をもつフランス、ドイツおよび日本におけるそれぞれの行政訴訟の歴史、とくにそれぞれの国の旧体制が有した初期条件とその後のパラダイム・シフトについてみるならば、それぞれの時間とそのテンポにずれがあるとはいえ、そこにはモンゴルが学ぶべき豊富な経験や教訓がある。そこで、この三か国におけるパラダイム・シフトに焦点をあてて、それぞれの国が有する初期条件とその克服の道をたどることで、現在のモンゴルにおけるパラダ

イム・シフトの進展に役立てようとする。まず、フランスである。フランスでは、行政監督型の客観訴訟で概括主義をとることで広範な行政事件を扱う越権訴訟が、長年にわたり、そして今も主要な訴訟形式となっていること、他方、これと並んで、今日では基本権保護を目的とする権利救済型の訴訟も充実していることに注目する。次に、ドイツ、とくにプロイセンについて、その初期条件として列記主義をとり限定された事件のみを扱う行政監督型の行政訴訟があったこと、しかし戦後、この初期条件を克服して概括主義をとる権利救済型へ転換しこの型が定着したことに注目する。さらに、日本については、その初期条件としてドイツ（プロイセン）から継受した列記主義をとる行政監督型の行政訴訟があったが、戦後は概括主義へと変わり通常裁判所が行政事件も広く扱う制度へと転換した。日本国憲法下、日本も形式的には行政監督型から権利救済型へと転換したかにみえるが、実質的には初期条件の構成要素が長期にわたって残り、ある程度の転換が顕著となるためには、2004年の行政事件訴訟法改正まで待たねばならなかったことに注目する。そして、行政訴訟の長い歴史をもつこの三か国においても、確かに一般的傾向としては、行政監督型から権利救済型へのパラダイム・シフトがみられるが、どの国にあっても初期条件として存在した行政監督型の要素は、その影響の強さと存続の時間的な長さに違いはあるとはいえ、なお現在も、制度、理論そして実務に影響を及ぼしていることを確認する。これは、モンゴルのような初期条件がこれら三か国よりさらに強い国においては、行政訴訟の現在と将来を考える際に、必ず留意しなければならない問題として確認される。

4 本論文は、これまで述べてきたように、モンゴルにおける旧体制下に形成された行政監督型行政訴訟に関する三つの初期条件、そして、長い行政訴訟制度の歴史をもち、現在では権利救済型との併存、それへの転換、またはそれへ向けての改革という状況にある前述の三か国が、いずれもその初期条件として行政監督型行政訴訟が有した諸要素をもち、かつ、この初期条件が今も現行の制度、理論および実務に影響を及ぼしていることを確認したうえで、改めて、21世紀に入りモンゴルで行われた行政訴訟制度に関する改革の意義について、上記の確認を踏まえた検討を行っている。それは、2002年の行政訴訟法制定、および、2004年の行政裁判所設置を中心とする行政訴訟制度改革である。この二つの制度改革の結果、モンゴルの旧体制下で形成された三つの初期条件は、一見すると、いずれも克服されたようにみえる。まず、①ソビエト法の圧倒的な影響という点を見るならば、今回の改革のモデルは、ソビエト法やその後のロシア法ではなく、この改革をもっとも強力に支援した国ドイツの法である。次に、②行政に対する適法性監督の中心的役割を果たしていた検察官の一般監督制度は、一部を除き廃止された。さらに、③列記主義をとり適法性監督の脇役でしかない裁判所、そして、民事訴訟法のなかの非訟事件手続で行政事件が処理されていた点も大きな変化が生じた。すなわち、独立した行政訴訟法が制定され、訴訟手続で行政事件が処理されるようになり、概括主義をとる行政裁判所が新たに設けられたのである。したがって、確かに旧体制の行政監督型行政訴訟制度が有した三つの初期条件は、今回の制度改革の結果、いずれも克服されたかにみえることを、本論文は確認する。

5 本論文は、この21世紀初めの行政訴訟改革が、確かに制度上は、旧体制の初期条件を克服して行政監督型から権利救済型の行政訴訟へのパラダイム・シフトを果たしたが、はたして、それが実務（判例）においてもこのパラダイム・シフトを生ぜしめているのかどうかを検討課題とする。先の比較研究から、行政訴訟の長い歴史をもつフランス、ドイツおよび日本という三か国においてさえ、権利救済型へのパラダイム・シフトがあっても初期条件として存在した行政監督型の要素は、現在も多かれ少なかれ何らかの影響を有し

していること、また、本論文が行った歴史的検討から、モンゴルにおける行政訴訟にあつては、経路依存の初期条件がこれら三か国よりさらに強固で、かつ、長年大きな影響を有してきたということが明らかになっており、これらの点を考慮すると、制度上の変化という形式的なパラダイム・シフトが、そのままただちに、実務（判例）のそれ、すなわち、実質的なパラダイム・シフトへと結びつくかは、慎重な実証的検討を行う必要があると考えるからである。そこで、本論文は、①行政行為（処分性）、②原告適格、および、③客観的訴えの利益という、いわゆる抗告訴訟の訴訟要件に関する問題群という「場」を設定し、そこにおける実務（判例）の傾向的特徴をみることで、はたしてそれが実質的なパラダイム・シフトへとつながるものかを検討する。例えば、①行政行為（処分性）である。モンゴルでは、行政訴訟法が制定されそのなかでドイツ法から継受した行政行為の定義が設けられている。この定義内容が有する諸要素について、これらを争いのある法関係の原因行為が有するかどうか、すなわち、これらの諸要素があれば行政行為にあたりと判断することを通して、当該事件が訴訟要件を満たすものか否かを確定している。これは、概念法学が用いる典型的な演繹的解釈方法であり、ドイツ、日本の伝統的な解釈方法と同じである。ところが、モンゴルでは、この演繹的解釈方法は容易に棚上げされる。演繹的解釈方法を用いれば当然、法関係の原因行為が行政行為ではない（例えば、オンブズパーソンの勧告）ため、抗告訴訟で争うのではなく、紛争当事者間の法関係、すなわち権利に関する争いとして民訴・当事者訴訟で権利救済を求める紛争であっても、これを監督関係に生じる行政上の紛争を争う方法、すなわち、違法な原因行為の法効果を取り消すことで適法性を確保する抗告訴訟に転換して争うことを認めている。行政監督の適法性確保のために、行政行為ではない行為についても、容易にこれを行政行為にあたりと解釈するのである。本論文は、制度のパラダイム・シフト後であっても、この種の紛争解決を行う実務（判例）に、権利救済型ではない行政監督型の初期条件の執拗な存続をみるのである。そして、本論文は、②原告適格および③客観的訴えの利益の問題についても、実務（判例）の検討から、権利救済型への転換にもかかわらず強固に存続する初期条件が影響して行政監督型にみられる処理が行われる傾向があることを明らかにしている。それは、②原告適格についてみるならば、行政監督権の行使を求めて裁判所に行政活動の違法を知らせる「合図」を送る者として原告を位置づけることから、本来公益に吸収される利益の担い手にすぎない行政行為の名あて人ではない第三者であっても、容易にその原告適格が認められる傾向がある。また、③客観的訴えの利益の問題にいたっては、「回復すべき法律上の利益」があるかどうか権利救済型であれば当然訴訟提起の必須要件であるにもかかわらず、行政監督型からくる客観的適法性の確保をもっぱら重視するため、モンゴルでは、この問題の存在さえ意識されていないのである。

6 本論文は、最後に、21世紀初めの制度上のパラダイム・シフトから10年を経て、モンゴルでは、さらなる制度変化を求める行政法の法典化が現在行われていることを紹介し、その意義について、これまでの検討を踏まえて論じている。本論文が最後に注目する新しい法典化の動きとは、モンゴルにとっては新たな画期となった2015年の一般行政法の制定、そして、2016年の新しい行政訴訟法の制定という二つの法典化である。先にみたように、21世紀初めのパラダイム・シフトをもたらした法典化は制度上のものにとどまった。法典化は、強固な初期条件が影響して、実務（判例）におけるパラダイム・シフトにはつながらなかったのである。こうした10年間の成果と限界を踏まえて、この二つの新たな法典化は行われたと、本論文はみている。実務（判例）の蓄積と理論の蓄積がないため、

本来それらの蓄積に基づいて制度がつくられるという法典化の「常道」をモンゴルは進むことができない。そこで、まず法典化によって制度をつくることから始める法典化（逆立ちした法典化）が、21世紀初めにも、そして今回も行われている。とくに、一般行政法の法典化は、行政手続法が規律する範囲を大幅に超えたもので、行政法の基本原則、基本概念、行政行為のみならず、行政立法、行政契約等の行為形式に関する規定を設け、さらに、行政行為について、利益行為と不利益行為とに分けそれぞれにおける職権取消しの違い等も規範化するもので、いわば、行政法総論の規範化と呼んでもよい法典化になっている。本論文は、行政法の理論と実務の蓄積が十分でないモンゴルにあって、この一般行政法の法典化が、形式的な制度だけではなく、理論と実務（判例）のパラダイム・シフト、すなわち、制度変化の実質化に向けて弾みをつけることを期待する。そして、新しい行政訴訟法については、とくに、初めて行政訴訟を多様な訴訟形式に分けて規定した点に注目する。例えば、抗告訴訟が主観訴訟と客観訴訟とに区別された結果、前者が権利救済型として発展すること、すなわち、制度変化にもかかわらず主観訴訟において旧来の行政監督型の運用が行われてきた実務（判例）に変化を促すことが期待されている。また、行政行為だけでなく、行政立法、行政契約にも行政訴訟の道を開く訴訟形式を用意したこと、無効確認訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟を設け、さらには、公法関係の存否に関する確認訴訟（当事者訴訟）についても規定したことに注目する。こうした主観訴訟における多様な訴訟形式の登場が、実務（判例）のレベルにおける権利救済型へのパラダイム・シフトへとつながることに期待するからである。

#### 【本論文の評価】

本論文の評価は、博士（比較法学）の課程博士論文に関して設けられた判定基準に基づいて実施し、審査委員は以下のように評価した。

##### A アジア法整備支援に関わる実務的・理論的課題の発見、解決への貢献

本論文の著者であるツォグト・ツェンド氏は、モンゴルのウランバートル市控訴行政裁判所で行政事件審理にあたる裁判官であり、かつ、行政法の法典化のために設けられた政府の起草委員会のメンバーでもある。また、ツォグト氏は、ドイツによる行政法整備支援事業にレシピエント側の行政法専門家として直接参加しており、この点で、法整備支援事業の当事者でもある。裁判官として実務に携わり、かつ、行政法の法典化と法整備支援事業にも携わるなかで、ツォグト氏は、旧体制崩壊後ドイツから継受した新しい行政訴訟制度、それを支える原理、基本概念が、モンゴルの実務のなかで実際に運用されると、ドナーであるドイツにおける運用とは似て非なる展開となり、その名においては同一の制度、原理、概念であっても、そこにズレが生じ異なる意味や機能をもつことがしばしばあるという現象を発見する。そして、このような現象を生む原因は、理論的に発見しなければならないという認識にいたる。アジアサテライトキャンパス学院の法学研究科国際法政コースにおけるこの3年間の研究およびその成果である本論文は、実務上発見した上記の課題を理論的な問題として追究したものである。本論文は、その時々の問題を半端に検討することにとどまっているモンゴルの未熟な研究水準では課題解決はできないと認識したツォグト氏が、歴史的に、さらに、比較法的に研究を行うことによって、現在のモンゴルの行政訴訟のルーツ、現状、そして、その将来を客観的かつ正確に把握しようと試みた研究である。そして、この課題解決のアプローチとして本論文がとった方法は、新しい制度を分析する際にも経路依存の影響を常にみる、すなわち、旧体制下の初期条件に制約されたも

のとして制度変化をみるというものである。このアプローチは、新しいものを入れ、それが失敗すると、それを放置してさらに新しいものを入れるという繰り返しの悪循環から脱する理論を実務に提供するものとなるため、これまでこうした課題解決アプローチを知らなかったモンゴルにとっては、大きな貢献になると考える。

#### B 主として比較法的手法によること

本論文は、モンゴルのように長く行政監督型の行政訴訟をもち、ようやく 10 年前に制度上は権利救済型へと転換した国で、旧体制が形成した初期条件の新制度への影響の大きさや強さを検討する前提作業として、行政訴訟の長い歴史をもつフランス、ドイツおよび日本が同種の転換や二つの型の並存へと移行するに際して、初期条件がどれほど強く、かつ、長く影響を及ぼしたか、または今なお及ぼしているかを確認している。この比較法的手法を用いた作業は、時間と空間を超え現在モンゴルが経験している同様の転換を考察するに際して、初期条件がはるかに強固なモンゴルにおける転換が、これら三か国よりさらに困難なものとなることを想定させる説得的な根拠となっている。また、訴訟要件として、同一の概念を用いても、行政監督型の影響を受けるモンゴルではその意味内容がずれるという問題を検討するに際して、例えば、行政行為（処分性）に関するモンゴルおよび日本の判例を比較し、モンゴルにおける意味内容の変形の特異性を説得的に際立たせている。

C 英語、日本語等母語以外の言語を用いて関連の研究動向を分析しており、それを前提に議論を進めている。

本論文が渉猟した文献は、母語であるモンゴル語を除くと、その大半が英語文献である。フランス、ドイツおよび日本に関する文献も、苦勞して英語文献を集め、それを分析して上記の実践的に優れた比較法研究を行っている。とくに日本の行政法に関しては英語文献で研究することには限界があるため、テレビ会議システムを用いたセミナーの場で、指導教員およびアジアサテライトキャンパスの指導補助教員が英訳しその内容を伝える等の工夫をした。確かに、比較法研究で当該国の言語で書かれた一次資料を読解できないことは、研究者養成コースでは問題となる点ではあるが、実務家が国際法政コースで学ぶ場合は、本論文のように英語資料と英語への翻訳で研究を進めることも可と判断した。

#### D 問題設定が明確であり、設定した問題に対する自分なりの回答が出されている。

A ですでに述べたように、法整備支援等を通して、ドナー国の法制度、その原理および概念を継受すると、レシピエント国では、たとえ同一の名をもつものであってもその意味内容がずれる現象に注目し、この原因究明を、法整備を成功させるために必須の課題として設定している。そして、この課題解決の回答も、初期条件を考慮しつつ新制度を法典化によって導入し、これをもとに初期条件の影響下にある実務と理論を変える改革を説得的に提示している。

#### E 従来の研究と比較して独自性が認められるか。

モンゴルにおける行政訴訟制度研究は、現在問題となっている論点について、その都度簡単な検討を行ったり、ドイツ法の特定の制度を紹介したりするものしかない。また、英語文献も皆無に等しいというのが現状である。こうした状況のなかで、本論文は、A で述べたように、モンゴル行政訴訟制度に関する本格的な研究であり、その用いた手法とその分析結果は、他にみられない独自性のあるものとなっている。

#### F 論理的に堅固であり、予想される批判に対する回答が用意されていること。

新しい制度は旧制度が有する初期条件の影響を受けながら変化するというアプローチを一貫して分析の手法として用いている。そして、本論文のテーマとの関係では、旧体制が

形成した初期条件をたくさん有する行政監督型の行政訴訟が、モンゴルにおいて、権利救済型の行政訴訟へと、まず形式的な制度のレベルでパラダイム・シフトするが、実際の実務（判例）レベルでは、なお初期条件に影響されて順調には進まないこと、そして、この初期条件の影響を軽減して、権利救済型に向けた実務レベルにおける実質的な変化、さらには理論の変化へとつなぐものとして、行政法の法典化をあげ、その嚮導的役割の重要性に注目する。本論文がとるこの筋道の論理性は堅固であり、本論文の作成を通して、具体的な問題に対するこの方法論に基づく分析に習熟しているため、予想される批判に対しても、回答できる能力を十分有していると判断した。

なお、本論文にも改善の余地のある問題はいくつかある。

例えば、行政監督型から権利救済型へのパラダイム・シフトというシェーマは、確かに、モンゴルの歴史、現在、そして当面の改革をみる際には有効なものとなっていることは間違いない。ただ、すでに権利救済型に転換を果たしたドイツで行政監督型の再評価が行われていたり、権利を狭く解する伝統的な思考が権利救済型と結びつくことによる弊害が、なお転換の途上にある日本においてさえ議論されていたりするという状況が、西側諸国にはある。このシェーマが適用できる時間的・空間的範囲の限定という問題にも言及されれば、さらに、本論文は面白いものとなっただろう。また、本論文は、その考察対象を主に行政訴訟制度の手續面に絞っている。しかし、行政監督型でいえば、行政に対する実効的なコントロールの問題、あるいは、権利救済型でいえば、実効的な権利救済の問題といった実体的な問題につながる領域の検討も、制度変化を考える際には不可欠である。この点では、モンゴルにおける行政に対する法の拘束のあり方、すなわち、法治主義と行政裁量の問題、裁判所による適法性コントロールと権利救済を実効的なものにする積極的な法解釈の問題（目的論的解釈、仕組み解釈等）等は、今後の重要な検討課題であろう。

このように、本論文にはなお改善の余地があるとはいえ、先にあげた A か F の博士（比較法学）の課程博士論文に関する判定基準を満たしており、審査委員は、全員一致で、本論文が博士（比較法学）に値するものと判断した。

別紙 1 - 2

## 論文審査の結果の要旨



## 論文審査の結果の要旨



## 論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

## 論文審査の結果の要旨

