



Title	ドイツ行政訴訟における仮の権利保護
Author(s)	シェンケ, ヴォルフ=リューディガー; 村上, 裕章
Description	村上裕章(訳) 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—仮の権利救済を中心として—」(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)主報告
Citation	北大法学論集, 59(1), 116-147
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33814
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p116-147.pdf



主報告

ドイツ行政訴訟における仮の権利保護

ヴォルフ・リユー・デイガー・シエンケ

(村上 裕章 訳)

I 序論

今日、ドイツの裁判実務一般において、仮の権利保護は格別に重要な意義を有する。実質的な決定は、しばしば、仮の権利保護の段階で既に行われる。その場合、本案手続は、仮の権利保護と比べると、もはや従たる役割しか果たさない。仮の権利保護が付与された後は、訴訟当事者がそれ以上の活動を行わないことも稀ではないし、それどころか、状況によっては、仮の権利保護手続において裁判所の決定が下された後は、本案訴訟手続が全く開始されないこともある。

仮の権利保護が有するこの意義は、次の事実によって説明することができる。すなわち、高度のダイナミズムによって特徴付けられ、変化してやまない国家・社会秩序においては、実効的な権利保護を確保する上で、時間の契機が全く特別の重要性を有する、という事実である。本案手続が長時間を要し、原則として三段階ある全審級を経ると何年もかかることから、もし仮の権利保護が存在しないとすれば、裁判所による権利保護が遅きに失する危険が生じるのである。裁判所による仮の権利保護が認められなければ、原告は自分がめざす権利保護の目的を、いずれにせよ全面的には達成できないし、極端な場合には全く達成できない。仮の権利保護の時間との結びつきは、一定の範囲において、実体法によって既に前提とされている。実体法がある者に主観的権利を認める場合、この権利は原則としてまさに現時点で既に存在しているのであつて、将来になつて初めて存在することになるわけではない。それゆえ、この権利は即時の尊重を求めるのである。特に、非財産的権利が無視され、侵害された場合は、原状回復が原則として極めて限られた範囲でしか可能でないため、このことが一層あてはまる。加えて、本案確定判決までの間になされた、単に一時的でしかない権利の無視が、広範に及ぶ結果をもたらすこともありうる。こうした結果は、実体法上、常に補償されうるわけではない。というのは、ドイツ法においては、このような結果的損害は、原則として故意過失がある場合にのみ主張でき、補填されうるからである。特に、財産権と関連しない自由権が侵害された場合に生じるような精神的損害は、しばしば全く補填することができない。権利にとつて時間の契機が重要であることから生じる仮の権利保護の必要性は、時間との結びつきが格別に強い権利の存在が争われている場合、とりわけ明らかとなる。たとえば、特別の政治的な機会に集団示威行進を催し、あるいはそれに参加する権利を、市民が有するか否かが争われている場合がそうである。短期間開催される見本市に出店する営業者の権利が争われている場合も同様である。

以上に加え、行政裁判所による仮の権利保護には、民事裁判権のような他の裁判権の領域における仮の権利保護と比

べて、より高度の重要性と全く特殊な役割が認められる。その原因となるのは様々な事情である。まず第一に、行政は、自らが主張する権利を、原則として行政行為の対策とすることができ、それによって行政は——一般市民と異なり——自ら執行名義を作出できるのである。当該執行名義が無視された場合、行政はこれを行政執行によって自ら強制的に実現できる。それゆえ行政は、自らが主張する権利に執行名義を付与するために、裁判所の介入を必要としない。その上、義務者が義務を履行しない場合、行政は自らの権利を実現するために、——私人と異なつて——裁判所による強制執行手続が後に行われることを必要としないのである。

行政に認められている執行名義を作出する権利との関係で、次のような事情から、行政にはさらなる優位が生じる。すなわち、市民は、自らに対して主張された権利を争う場合、行政行為に対し、所定の期間内に、正式の権利救済手段（異議審査請求（Widerspruch）〔訳注一〕または訴訟）を提起しなければならない。これを怠った場合、行政行為は、たとえそれが違法であっても、不可争力を生じることになる。すなわち、その場合、市民は原則として——裁判手続においても——もはや行政行為の違法を主張できなくなるのである。その上、もし仮の権利保護が付与されなければ、違法な行政行為は、市民が正式の権利救済手段によってこれを争った場合ですら、少なくとも当該権利救済手段に対する決定がなされるまでの間、原則として効力を有することになるであろう。事情が異なるのは、行政手続法四四条の規定により、行政行為が特別に重大な瑕疵を帯びており、かつ、この瑕疵がすべての事情を合理的に考慮すれば明白であるような場合のみである。しかしそれが認められるのは極めて稀な場合でしかない。

行政裁判所による仮の権利保護が一層必要とされるのは、負担的行政行為に対する市民の保護や授益的行政行為の拒否が問題となる場合に、裁判所による権利保護に先立って、異議審査手続という行政手続が前置されていることによつてである。行政裁判所法六八条以下によれば、この手続を履践したものの、それによって救済をえられなかったことが、

原則として訴えの適法要件とされている。このことは裁判所による権利保護をさらに遅延させる。確かに、異議審査請求について裁決を下す行政庁は、——裁判所と異なり——行政行為またはその拒否の適法性を審査するだけでなく、その合目的性についても判断することができる。しかし、多くの場合、このような事前手続を経ることによって、権利保護の実効性が顕著に高まるわけではない。このことは何より、自らが行政庁である異議審査庁の担当者が、裁判官のような身分上及び職務上の独立性をもたないことに基因する。加えて、異議審査庁は多くの場合、たいていは自らの下級行政庁である他の行政庁の行為について判断を行う際に、憲法によって中立を促されている裁判官と同様に不偏不党であるわけではない。注目すべきことに、行政裁判所法に関する各州の最近の施行法律も、異議審査手続の適用領域を限定する傾向にある。こうした手続を経由させることに伴う損失は、それによって得られる権利保護の利益と釣り合っていない、と考えられているのである。

行政には以上のような特権が権利の行使及び防御に関して認められており、このことはそれ自体として市民との関係における特殊な力の格差を意味することからすると、それに応じた調整メカニズムを整備する特別の必要があることは明らかである。このメカニズムを整備しなければ、法治国家において要求される市民と国家の間の力の均衡が、甚だしく損なわれることになるであろう。こうした均衡を回復するための一つの重要な手段が、市民に対する仮の権利保護の容認である。確かに、基本法は、仮の権利保護の付与に関する明文規定を設けているわけではない。しかし、このことは、——本稿Ⅱにおいてなお詳細に示すように——裁判所による仮の権利保護を保障する方向で、基本法それ自体が重要な方向転換を行っている事実を、何ら変えるものではない。加えて、行政活動に対する権利保護を対象とする行政裁判所法による規律は、仮の権利保護の実現に関して詳細な規律をおいているのである（本稿Ⅲ）。

Ⅱ 権利保護の実効性原則の帰結としての裁判所による仮の権利保護の憲法的保障

仮の権利保護の憲法的保障にとって基礎となるのは、基本法一九条四項一文及び二文による憲法上の権利保護保障である。そこでは、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の裁判管轄が認められていない限りにおいて、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と規定されている。これは基本法が定める特殊な形態の法治国家原理であり、それは従来の全ドイツの諸憲法に前例をもたないものであったし、一九四九年の基本法施行の時点では諸外国の憲法にも類例をみないものだった。もともと最近では、スペイン憲法のような欧州連合構成国の憲法に、類似の規律がみられる。ドイツ連邦のいくつかの州の憲法も、基本法一九条四項に対応する規定をおいている。そのうちのあるものは、それどころか基本法より早く制定されたものである。基本法一九条四項の規定は、ドイツの一部の憲法学者によって褒め称えられてきたし、現在でもそうである。それは「法治国家の完成」あるいは「法治国家という建造物の要石」と称される。しかし、その裁判官国家的な諸要素ゆえに、「肥大した司法国家」の現れとして、否定的に評価されることもある。

基本法一九条四項は、——内容上はるかに狭いヴァイマル憲法一〇七条のような——法的拘束力をもたない単なるプログラム規定ではなく、直接に適用される法である。このことは、憲法上の権利保護保障を具体化する法律に欠缺があるときは、基本法一九条四項に直接基づいてこれを埋めなければならない、ということを意味する。いずれにせよ、基本法一九条四項に認められている憲法的優位のゆえに、法律に定められた訴訟法規はこの規定に照らして解釈されなければならない、場合によっては合憲的に解釈され、または補足されなければならない。以上の確認は、他ならぬ「公権力」の活動に対する裁判所による仮の権利保護に関しても、過小評価できない意義を有する。

一 実効的権利保護の保障としての基本法一九条四項

基本法一九条四項が保障するのは、何らかの権利保護ではなく、有効な権利保護である。そこで、判例学説における全く支配的な見解は、基本法一九条四項から権利保護の実効性の原理を読み取っている。一般的な見解によれば、実効的権利保護の重要な前提となるのは、裁判所による仮の権利保護の確保である。法律に定められた訴訟法規が、裁判所による仮の権利保護を規定せず、あるいは不十分なものしか設けていない場合、裁判所は、基本法一九条四項に直接基づいて、このような仮の権利保護を付与しなければならない。そこでたとえば、連邦憲法裁判所は、当時十分な仮の権利保護を定めていなかった社会裁判所法を、基本法一九条四項に基づいて補足し、さらに、法律で規定されていなかった仮命令を適法と見なしたのである〔訳注二〕。

基本法一九条四項から読み取られる実効的権利保護の射程を見定めるためには、まず、憲法上の権利保護保障の要請の適用領域を明確化する必要がある（二）、次に、裁判所による仮の権利保護に関して、基本法一九条四項からいかなる具体的な要求が導き出されなければならないかについて、より詳細に解明することを要する（三）。

二 基本法一九条四項の適用領域

a) 基本法一九条四項の意味における公権力の概念

a a) 基本法一九条四項の意味における公権力の行使としての行政作用

基本法一九条四項による権利保護が認められるのは、公権力の行使にあたる活動に対してのみである。公権力の行使

にあたる行為のほか、違法な不作為もこれに含まれる。行政行為の発動及び不作為だけでなく、統治作用を含むすべての公法上の行政作用が、原則として公権力の行使にあたることについては争いがない。そこで、行政府及び統治府が行う監視、警告、情報提供などの事実行為や、公法上の契約もこれに含まれる。その限りでまた、基本法一九条四項は、行政行為のみを対象としていたヴァイマル憲法一〇七条に対し、重要な変更を内容とするのである。

今日の通説によれば、特別権力関係における高権的行為 (hoheitliche Handlungen) もまた、公権力に数えられる。特別権力関係は、権力に服従する者の従属関係が強化された状態によつて特徴付けられる。たとえば、受刑者に対して刑の執行の一環として行われる行為や、その他の営造物利用関係においてなされる行為、さらには、官吏に対して任用者が行う行為もこれに含まれる。これらの行為は、ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) によつて主張されたいわゆる「浸透不可能説 (Impermeabilitätstheorie)」〔訳注三〕の帰結として、かつては法が及ばない空間における行為と見なされていた。その結果、裁判所による権利保護は、はじめから排除されたのである。この浸透不可能説は、法人と自然人を許容されない方法で同視する考え方に基づいており、思想的にも政治的にも立憲君主制に密接に結びついていたのであるが、この理論が法理論上も法解釈上も維持できないことは明白である。それは君主の諸特権の確保に役立ち、それゆえに今日の民主主義的憲法体制にはなじまないものである。それゆえ、連邦憲法裁判所の判例も、有名な刑事執行判決 (Strafvollzugsentscheidung) 〔訳注四〕において、浸透不可能説を実質的に放棄した。もともと、官吏関係のような特別権力関係における行為については、基本法一九条四項の適用に必要な権利侵害の可能性の観点から、今日でも裁判所による権利保護に一定の制限が生じうる。たとえば、官吏に対しその職務に関して発せられる職務命令は、公権力の行使として争うことができない。それは官吏の個人的な法的地位を侵害するのではなく、いわば国家機構の中の歯車としての官吏に関わるにすぎない。これは経営遂行関係 (Betriebsverhältnis) 〔訳注五〕における行為と呼ばれ、典型的に

名宛人の主観的権利に関連性をもたない。そこで、当然のことながら、当該官吏については、主観的権利のための権利保護は排除される。経営遂行関係における行為と対照的なのは、典型的に官吏の主観的権利を損なう任用者の行為である。これらの行為はいわゆる基本関係 (Grundverhältnis) に関わる。具体例としては、官吏の任命または解任、他の行政庁または任用者の下への転任命令などがある。今日の一致した見解によれば、主観的権利に関連をもつこうした行為については、基本法一九条四項が適用される。

基本法が適用されるのは、侵害行政の領域のみではなく、公法人が給付行政の領域において典型的な国家任務を遂行する場合も同様であり、しかもそのためにいかなる手段がとられるかを問わない。たとえば、水道供給、廃棄物処理、経済助成、あるいは社会行政などがこれにあたり、こうした社会国家的な任務を遂行するために、私法上の行為形式が用いられている場合もそうである (いわゆる行政私法 (Verwaltungsprivatrecht))。高権主体 (Hoheitsträger) は、私法への逃避によって、基本法一九条四項の適用を免れるべきではないからである。これに対し、通説によって公権力の概念に含まれないとされているのは、行政の純粋に国庫的な作用であり、それは国家その他の高権主体が、——行政私法の場合のように——私法上の手法を用いるだけでなく、その活動領域の点においても、私人の行為と区別されない場合である。国家の行為が私人の行為と同様に第一次的に営利をめざしている場合 (たとえば国営のビール醸造所や陶器工場)、あるいは、行政目的に間接的に役立てられるにすぎない財の需要を満たす場合 (たとえば筆記具の調達や公の建造物の暖房) がそうである。

b b) 公権力の行使としての規範定立

基本法一九条四項の意味における公権力概念には、行政による規範定立、すなわち法規命令及び条例の制定も含まれ

る。この見解は学説においては早くから主張され、私がモノグラフィ「規範による不法に対する権利保護」〔訳注六〕において既に前世紀の七〇年代に詳細に根拠付けていたが、連邦憲法裁判所も最近の判決〔訳注七〕においてこの見解をとるに至った。それまで同裁判所は、何十年の間、この重要な問題について見解を表明するのを回避していた。さらに、私が「法曹時報 (Juristenzeitung)」誌に公表した判例評釈〔訳注八〕で詳細に論じたように、連邦憲法裁判所のこの最近の判例の論理によれば、基本法一九条四項を国会制定法による不法にも適用すべきことになり、このことは同項の文理的、体系的、目的論的解釈にも適合するのである。もっとも、連邦憲法裁判所は、これまでの判例において、このことを説得的とはいえない理由で常に拒否してきた。しかしながら、基本法一九条四項を行政によって発せられた実質的意味での法律に及ぼしたことの帰結として、同裁判所が国会制定法律についても直ちにこの歩を進めることが期待される。

c c) 裁判は基本法一九条四項の意味における公権力の行使にあたらぬ

これまで全く支配的で、かつ正当な見解によれば、裁判権は権利保護保障の対象とはならない。確かに、基本法一九条四項の文言からすると、裁判権が含まれていることは争いがたい。しかし、目的論的な考慮からは、公権力の概念に裁判を含めることは妥当ではない。さもなければ、結果として無限の権利保護が生じかねないからである。そうすると、法的平和を作り出すという裁判官の任務は、明らかに達成できないことになるであろう。デューリヒ (Dürig) はこのことを、標語的かつ具象的に、「基本法一九条四項は、裁判官による権利保護を保障するものであり、裁判官に対する保護を保障するわけではない」という命題に要約した〔訳注九〕。最近の学説によってこの見解に対してなされている批判は、私見によれば——別の箇所〔訳注一〇〕で詳しく述べたように——説得的ではない。とはいえ、裁判機関が、

裁判ではなく、行政作用を行う場合には（いわゆる裁判行政）、裁判機関のこの種の行為を権利保護保障から除外する理由はない。こうした行為については、裁判官の身分上及び職務上の独立性の要請は働かないから、なおさらそうである。

d) 欧州共同体の行為は基本法一九条四項の意味における公権力の行使ではない

基本法二三条及び二四条によりドイツの高権的権力が委任された欧州共同体その他の国際組織の機関の行為は、原則として基本法一九条四項の意味における公権力ではない。しかし、共同体法を執行する管轄を原則として有するドイツの行政は、その限りで公権力を行使する。共同体法の執行を目的とする行政の活動に対する権利保護の枠内において、ドイツの裁判所は間接的にも（共同体条約二三四条を遵守してではあるが）共同体法の適法性及び有効性について判断しなければならない。

b) 裁判所による権利保護の要件としての権利侵害の可能性

公権力の行為（作為または不作為）だけでなく、原告の権利侵害の可能性も、権利保護保障が適用されるための要件である。原告自身の権利が全く問題となっていない場合、法論理的な理由から権利侵害は認められない。これに対し、権利侵害が実際に存在するかどうかは、基本法一九条四項の誤解を招く表現にもかかわらず、出訴の途を開くこととして決定的ではない。それが問題となるのは、原告が提起した裁判手続の本案においてであって、適法要件においてではない。このように、主観的権利の侵害が可能であることが権利保護保障の要件とされているが、ここでいう主観的権利は、基本法及びラント憲法に定める実体的基本権から直接生じうるし、また、法律、法規命令、条例などの憲法より下

位の法規や、不文の法、そして国内の行政庁に対して直接の拘束力をもつ共同体法からも生じうる。憲法より下位の法規が主観的権利の根拠となるかどうかについては、今日もなお通説的な保護規範説によれば、当該規範が少なくともそれを援用する者の保護をも目的としているかどうかによって判断される。その際、保護作用が基本権に根拠を有する場合には、基本権が法より下位の法規の解釈に影響を及ぼすことから、保護作用は容易に肯定されることになる。ドイツの国家権力に対する裁判所による権利保護が共同体法によって要請されうるという状況は、たとえそれが共同体法の執行を目的とするものであっても、保護規範説の放棄を要求するものではなく、せいぜい僅かな修正を必要とするにすぎない。

三 憲法によって命じられる仮の権利保護

憲法上の権利保護保障が適用されうる範囲においては、これを実効的なものとするために、仮の権利保護の保障もまた必要である。もとより、憲法上要請されたこの権利保護が、詳細の点でいかなる形態をとるべきか、という問題について、それによって回答が得られるわけではない。その決定は原則として立法者の任務であり、その際には立法上の広範な判断余地が認められる。立法者に対する制約は、仮の権利保護を具体化するにあたり、実効的権利保護の要請を考慮に入れなければならない、という限りにおいてのみ生じる。こうした考慮は極めて多様な方法で行われうる。

a) 正式の権利救済手段の提起と結びつけられた停止効は憲法上保障されていない

立法上の判断余地に関し、基本法一九条四項は、負担的な公権力的行為に対する正式の権利救済手段（異議審査請求

及び訴訟」の提起が、原則として停止効を与えられることを要求しているわけではない。それゆえ、権利侵害を主張する者が、正式の権利救済手段を利用した場合に、公権力の行使としてなされる行為の効力または執行力が仮に排除されること、少なくともその適法性に関する本案判決に至るまでの間さしあたり停止されることは、憲法上命じられているわけではない。

もっとも、負担的行政行為に対する仮の権利保護については、従来の通説によつて、これとは反対の見解が主張されていた。すなわち、基本法一九条四項は、正式の権利救済手段によつて争われた行政行為が、その効力または執行力について、法律によつて停止することを原則として要請している、と――さしあたり行政裁判所及び憲法裁判所の判例と一致して――考えられていたのである。私はこの見解を、既に早い時点で、ボン注釈書の基本法一九条四項に関する注釈〔訳注一一〕において論駁していた。憲法裁判所の最近の諸判決においても、この見解は実質的に放棄されている。学説においてすら、この見解は次第に支持者を失いつつある。行政裁判所法の制定にあたり、立法者が、負担的行政行為に対する異議審査請求及び取消訴訟の提起が停止効を有する旨を、同法八〇条においてさしあたり規定したという事情は、憲法それ自体が法律によるこの規律を要請しているという見解を正当化するわけではない。これと異なる見解は、支持しがい憲法の法律適合的解釈に帰着するであろう。また、ここ一〇年ほど、立法者が次第に異議審査請求及び取消訴訟の停止的効力を排除する傾向にあることを考えるだけでも、この見解には問題があるように思われる。立法者はそれによつて、異議審査請求及び取消訴訟の提起に停止効が結びつけられるという原則に対し、実質上既に以前から訣別しているのである。

憲法によつて原則として停止効が要請されているとの考え方は、現代の行政作用の構造とも両立しがたいと思われる。現代の行政作用は、第三者効を伴う行政行為の増大によつて特徴付けられるが、これは主観的権利の拡張がますます広

く認められるようになった結果である。こうした行為においては、ある者への授益がしばしば他者の負担を帰結する。このことはたとえば建設法やイミシオン防止法上の許可において明らかであり、そこでは許可相手方への授益が第三者、特に隣人の法的負担をしばしば伴うのである。こうした場合、一方では、停止効を肯定する場合に必然的にそうなるように、原則として、許可の相手方の負担において、利益を侵害される者の利益を図る実質的な理由はない。他方では、授益的行政行為を直ちに活用する受益者の利益が、利益を侵害される第三者のそれより重要と思われることも稀ではない。受益者もまた、――専ら負担的な性格の行政行為におけると異なり――実効的権利保護の要請を自らのために要求することができるのである。その上、行政が受益者の権利の存在を行政行為を発動する過程で既に審査し、肯定していることを考えると、これに対して第三者の利益がなぜ原則として法律上の優位を享受するべきなのか、法的には理解できないところである。したがって、立法者にとっては、行政行為の利害関係者の仮の権利保護に対する利益が原則として等価であることを前提とするような、仮の権利保護の制度設計が可能でなければならない。以上のことは、法律それ自体によってある特定の利益が優先されるのではなく、行政が、あるいは場合によっては後に裁判所が、具体的な個別事案に応じて法的に保護された諸利益を衡量できるような、仮の権利保護手続を法律によって規律することが許される理由となるのである。

このことは次の理由からも当然である。すなわち、基本法一九条四項が適用される他の公権力の行為に関しては、一致した見解により、これに対する正式の権利救済手段の提起は停止効と結びつけられておらず、行政行為について異なった取扱いがなされるべき理由は理解できないからである。最後に、これに対応する規律は他の国家――欧州共同体の中でも――にとつてなじみがないという考慮も、憲法自体から原則として停止効が要請されているという見解に不利に働くものである。

b) 仮の権利保護の付与について憲法上要請される利益衡量

基本法一九条四項が正式の権利救済手段の提起と結びつけられた停止効を要請していないとすれば、仮の権利保護の付与について、裁判所による利益衡量に基づいて判断されるような手続で足りることになる。この利益衡量においては、公権力的行為の執行に対する公益と並んで、公権力の行使によって影響を受けるすべての者の法的利益も考慮されなければならない。このことは、行政行為のみならず、基本法一九条四項が適用される他の公権力の行使にもあてはまる。もちろん、公権力的行為によって影響を受けるすべての利益を考慮すべきである、という要請によつては、いかなる方法で、とりわけいかなる基準によつて、これらの利益を衡量すべきかという問題については、いまだ言明がなされていない。この点に関する回答を基本法一九条四項から読み取することは、立法者によつて補充されるべき枠組秩序としての憲法に対する過大な要求に帰するだけではない。公権力の行使によつて影響を受ける利益の衡量という問題が、その重要な部分において、基本法一九条四項の定める手続的な権利保護保障ではなく、実体法によつて規定されることを見誤ることになるであろう。もっとも、このことは、立法者が仮の権利保護の具体化に際して依拠すべき一定の訴訟上の指針を、基本法一九条四項それ自体から読み取ることを排除するわけではない。

この関連で生じる原理的な問題は、仮の権利保護についてなされるべき決定において、正式の権利救済手段の認容の見込みにいかなる重要性を与えるべきか、という問題である。主として訴訟上の問題に属するこの問いに答える場合、仮の権利保護の付与は本案における認容の見込み (Erfolgsaussichten) のみによつて判断すべきである、という見解は排斥されなければならない。この見解は、本案において権利保護請求が認容される見込みについては、仮の権利保護の手続においては通常表面的な審査しか可能でない、という点に弱みをもつ。このことは、主張された権利の存否が、証拠調べによつて初めて明らかになる事実状況にかかっている場合、特に——それだけではないが——あてはまる。本案

における請求によって主張された訴訟上の請求権について、一層踏み込んだ実体法上の審理を要求するならば、仮の権利保護の場合によっては顕著な遅延を典型的にもたらすことになるであろう。このようにして、仮の権利保護手続における実体法上の審理を、本案手続において求められる審理密度に近づけるならば、仮の権利保護の付与がそもそも疑問視されることが稀でなくなってしまうであろう。いずれにしても、そのような仮の権利保護は、もはや基本法一九条四項によって要求された意味で実効的とはいえないであろう。したがって、要求される審査の範囲は、裁判所による権利保護の緊急の必要性(Eilbedürftigkeit)から切り離すことができない。しかし、この緊急の必要性もまた、立法者が——とりわけ実体的基本権から読み取ることのできる憲法上の基準をもとより尊重してではあるが——行う、考慮されるべき諸利益の価値評価のみに左右されるわけではない。それは、仮の権利保護を付与しなければ原告の主張する権利がいかなる範囲で無用のものとなってしまうか、あるいは反対に、権利保護要求が棄却に終わった場合、仮の権利保護を認めることによって生じる諸結果をいかなる範囲で原状回復できるか、ということによっても決定される。以上のことから既に、本案手続における実体法上の認容の見込みのみを考慮する利益衡量の問題性が示されており、こうした要請に憲法上の地位を認める場合にはなおさうである。

加えて、実体法にのみ着目するこのような利益衡量においては、本案手続における認容の見込みがどの程度大きなものでなければならぬかが不明確なままにとどまる。本案手続に高度の蓋然性をもって認容の見込みがなければならぬのであろうか、棄却を上回る蓋然性で足りるのであろうか、それとも本案手続における認容が棄却と同程度に蓋然的であれば十分なのであろうか。認容の見込みがわずかしかなくとも、原告の請求が後に認容された場合に、仮の権利保護要求を拒否したことから生じうる回復しがたい結果ゆえに、仮の権利保護を付与することが必要な場合はありえないであろうか。逆に、本案における権利保護が高度の蓋然性をもって認容されうるにもかかわらず、実効的権利保護のた

めに裁判所による仮の権利保護が必要ではない場合も考えられないであろうか。これらすべてから次のことが明らかになる。すなわち、仮の権利保護手続においてしばしばかなり限られた範囲でのみ解明されうる本案手続の認容の見込みのみに着目するのではなく、認容の見込みの基準を補完し、それどころか一定の範囲内でそれと交換や相殺が可能な他の諸観点にも着目するのが自然ではないか、ということである。

オーストリアの法理論家ウィルブルク (Wilburg) [訳注二二] が——民事法という異なった文脈においてではあるが——生み出した概念を借用して、これを、仮の権利保護の付与に際して考慮されるべき法的な諸観点が相互に形づくる動的体系 (bewegliches System) と呼ぶことができろ。いずれにせよ、本案手続の認容の見込みのみに着目する、憲法によって固定された硬直的な利益衡量は、この動的性格を正しく考慮しえないであろう。もちろん、憲法レベルでなされた以上の確認は、仮の権利保護の問題が生じる領域に依拠して、立法者がこの動的体系を詳細の点で制限を加え、あるいは重点を置く可能性を排斥するものではない。たとえば立法者は、本案手続の認容の見込み、関係する諸利益の価値、あるいは仮の権利保護を付与し、あるいは付与しなかった場合に生じる、後の本案手続において解明された法状況と一致しない現状の可逆性に、より大きな重要性を与えることができる。もともと、仮の権利保護を法律によって具体化する際に、立法者にとって越えることのできない限界となるのは、本案手続の認容の見込みを、少なくともそれが明らかである場合には、利益衡量から全面的に除外することはできない、ということである。このことは、仮の権利保護が本案手続との関係でもつ手段的機能から既に導かれるところである。

c) 仮の権利保護の決定の内容に関する憲法上の基準

基本法一九条四項を具体化した法律に基づいて行われる利益衡量によって、裁判所による仮の権利保護を求める申立

人の優越的な利益が明らかになる場合、当該申立人には裁判所による仮の権利保護が付与されなければならない。したがって、かつての通説とは異なり、権利保護を付与するか否か(〇三)の点では、裁判所には裁量が存在しない。しかしながら、仮の権利保護の方法(Mit)については事情が異なる。いずれにしても、仮の権利保護についてなされるべき積極的な決定の内容について、基本法一九条四項から一義的な言明を読み取ることはできない。とはいえ、裁判官の決定は、少なくとも、裁判所による権利保護の実効性を高めるのに適したものでなければならぬ。このことは、負担的な公権力的行為に対する権利保護について、当該行為の全面的な停止を当然に要求するわけではない。むしろ、公益及び他者の利益を考慮した上で、それが申立人の実効的な権利保護の保障にとって十分である限りにおいて、停止を内容的、人的及び時間的に制限することができる。さらに裁判所は、それによって申立人の仮の権利保護が根本的に脅かされない限りで、行為の全面的ないし部分的な停止に負担の命令を附款として付したり、あるいは公権力的行為のその他の変更を行ったりすることができる。

その際、仮の権利保護について取られるべき措置に関して、行政裁判所には立法者によって裁量が認められうる。それどころか、仮の権利保護の方法に関するこのような裁量の容認は、仮の権利保護の本質にある程度内在しており、そこにおいて要求され、基本法一九条四項によって承認された裁判官の活動の柔軟性を適切に考慮するものである。仮の権利保護においては、行政及び基本法一九条四項の意味におけるその他の公権力の担い手の、法的に拘束された行為の直接的な審査が問題となっているわけではないのだから、裁判官の裁量のこのような容認には、基本法二〇条二項に憲法上の根拠を有する権力分立原理の観点からも、決定的な疑念が存在するわけではない。基本法一九条四項はむしろ、裁判所による仮の権利保護を要請することにより、基本法上の権力分立原理をまさに具体化しているのである。仮の権利保護にとつ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。

Ⅲ 憲法によって要求された仮の権利保護の行政裁判所法における実現

一九六〇年に制定され、それ以降本稿に関係する部分についても何度か改正された、連邦法である行政裁判所法は、八〇条以下、一二三条、及び四七条六項において仮の権利保護について規定している。そのうち、八〇条以下は負担的行政行為に対する仮の権利保護に関する規定である。一二三条は行政行為の不作為に対する仮の権利保護を対象とするが、行政訴訟による審査が予定されているそれ以外のすべての公法上の行政作用をも対象としている。最後に、四七条は、行政法的内容をもった法律より下位の州法上の法規、すなわち法規命令及び条例に対する仮の権利保護について規定している。

一 行政裁判所法八〇条以下に定める負担的行政行為に対する仮の権利保護

行政裁判所法八〇条以下は、異議審査請求及び取消訴訟という正式の権利救済手段との関連での、裁判所による仮の権利保護について定めている。その際、同法六八条以下及び補足的に七九条で規律された異議審査手続は、行政行為の適法性及び——裁量的行政行為については——合目的性の統制をも目的とする行政手続である。異議審査請求によって開始される異議審査手続は、原則として直近上級行政庁によって実施される。そこで主張を認められなかったことが、行政裁判所に対して提起される取消訴訟の適法要件であり、原告はこの取消訴訟によって、負担的行政行為による自己の主観的権利の侵害を理由として、当該行政行為の裁判所による取消しを請求することになる。

a) 停止効の発生とその諸結果

行政裁判所法八〇条一項の原則的規定によれば、適法な異議審査請求及び適法な取消訴訟の提起は、停止的効力 (aufschiebende Wirkung)、いわゆる停止効 (Suspensiveffekt) を生じさせる。もともと、その意味については争いがある。いわゆる効力阻止説によれば、行政行為の効力が差し当たり仮に停止されるものとされ、これに対し、執行力阻止説によれば、その執行のみが停止されるものとされる。もともと、後説は執行の概念を非常に広く解釈することを余儀なくされるため、効力阻止説との相違は実際上ほとんど存在しない。効力阻止説にとつて有利なのは、同法八〇条一項二文による停止効は、命令的行政行為のみならず、形成的及び確認的行政行為に対しても適用され、後二者はそれ自体として執行になじまない、という事情である。加えて、停止効は第三者効を伴う行政行為にも及ぶが、こうした行為においては、ある者の負担が他者の法的な受益を同時にもたらす。建設法上またはイミシオン防止法上の許可がその例である。こうした許可においては、許可の相手方（建設許可であれば将来の建築主）の受益は、隣人の負担を同時にもたらすのである。計画確定決定 (Planfeststellungsbeschlüsse) もまた典型的に第三者効を伴う行政行為であり、それは

計画主体に技術的大規模開発計画 (technisches Grossvorhaben) (たとえば連邦遠距離道路の建設) の実施を許可するが、他者——たとえば将来著しい騒音被害を受ける沿道居住者——の法的地位を通常同時に侵害するのである。第三者効を伴う行政行為については、行政裁判所法八〇条を補足する規律が同法八〇a条に存在するが、これは主として確認的性質しかもたない。

行政裁判所法八〇条一項一文による原則的規律は、同法八〇条二項に定める例外の拡大と、特定の行政行為について停止効を除外する補充的な特別法上の規律により、今日では實際上広範に空洞化されている。この点でとりわけ決定的だったのは、ドイツの経済的立地条件 (Wirtschaftsstandorts Deutschland) の魅力を確保することを目的として、技術的大規模開発計画の迅速な実現を可能とするために行われた努力である。さらに、一定の役割を——以上の動きと手を携えて——果たしたのが、第三者効を伴う行政行為については、このような行政行為によって負担を課せられた者の利益が、当該行政行為の迅速な利用に対する受益者の利益に対し、なぜ原則として優位すべきか理解できない、という考え方である。そのようなわけで、ここ十年ほどの間に、第三者効を伴う行政行為の多くについて——たとえば建設法上及びイミシオン法上の許可、さらには計画確定決定も——、立法者によって停止効が広く排除されている〔訳注一三〕。こうした規律に対しては、基本法一九条四項から読み取ることのできる権利保護の実効性原理を引き合いに出して、今日もなお憲法上の疑念が主張されているが、こうした見解は説得力をもたない。もともと原則的規律として定められた行政裁判所法八〇条一項一文がいまだに適用される稀な事例においても、行政は同法八〇条二項一文四号により、公益または関係人の利益のために、行政行為の即時執行を命じることができる。その際には、基本法一九条四項によって保障されている権利保護の実効性の原理からすれば、行政裁判所法八〇条二項一文四号を憲法適合的に解釈し、利害関係者の利益の衡量に基づき、第三者効を伴う行政行為によって受益した者の優越的な利益が明らかになる場合は、行政は

行政行為の即時執行を命ずる権限を有するのみならず、それどころかこれを義務付けられると解さなければならない。

b) 行政裁判所法八〇条五項、八〇a条三項に定める停止的効力の裁判所による命令または回復

a a) 裁判所による仮の権利保護の適用可能性と行政庁による仮の権利保護との関係

法律または行政庁の命令によってなされる停止効の排除は、行政行為によって負担を課せられた者がそれによって裁判所による仮の権利保護を奪われることを意味するわけではない。そうではなく、この者には、行政裁判所法八〇条五項、及び、第三者効を伴う行政行為についてこれを規定する同法八〇a条三項により、申立てに基づいて本案裁判所によって仮の権利保護が付与される可能性が認められている。これらの規定によれば、負担を課せられた者は、停止的効力の全面的または部分的な命令を申し立て、また、同法八〇条一項一文四号によって行政庁が執行を命じた場合については、停止的効力の全面的または部分的な回復を申し立てることができる。これらの申立ては取消訴訟の提起に先立つて行うことすら可能である。同法八〇条五項四文によれば、停止的効力の回復については、担保の提供その他の負担を付することができる。同法八〇条五項五文によれば、停止的効力の命令には期限を付することもできる。さらに、行政行為が裁判所の決定の時点で既に執行されている場合について、同法八〇条五項三文は、行政行為の執行を取り消すことを命じる権限を裁判所に与えている。

以上の裁判所による仮の権利保護の可能性は、行政裁判所法八〇条四項により行政行為の執行停止を命じる行政庁の権限と並んで存在する。同法八〇条六項によれば、停止的効力の裁判所による命令または回復を申し立てるために、行政庁による停止の手続を原則としてあらかじめ経ておくことを要するのは、係争行政行為が公租公課または公の費用の支払を内容とする場合のみである。また、さもないければ権利保護の必要を欠くという理由で、裁判所に訴える前に行政

庁による停止の手續を尽くしておくことを要求することもできない。

b) 裁判所の決定基準 (Entscheidungsmaßstab)

注目すべきことに、行政裁判所法八〇条五項及び八〇a条三項は、仮の権利保護の付与について裁判所が決定を下す際によるべき基準を挙げていない。もっとも、行政庁による停止の手續を規定する同法八〇条四項三文は、この点で限られた手がかりを提供する。この規定によれば、公課及び公の費用に関して、原処分庁または異議審査庁が停止を行うべきであるのは、行政行為の適法性について重大な疑義が存在する場合、もしくは、その執行が、公租公課または公の費用を課せられた者に対し、優越的な公益により要請されない不当に過酷な結果を生ずる場合であるとされる。公租公課または公の費用の命令の執行が問題となっている限りでは、この規定を裁判所による停止の手續に類推適用することも許されるであろう。仮の権利保護の付与に関する裁判所の決定について、同じ対象に関する行政庁の停止決定と異なる基準を適用するのは、意味をなさないと考えられるからである。しかし、同法八〇条四項三文を一般化して、法律または行政庁の命令により即時執行が可能なすべての行政行為にこれを適用することはできない。この規定は何よりも財政政策上の理由による決定を内容とするものであって、（全く異なった利害状況を伴う場合もありうる）他の行政行為にそのまま卒然と転用することはできないからである。立法者が、ほぼ同種の利害状況を伴う公租公課及び公の費用の決定についてのみ上記の決定基準を示し、即時の執行が可能な他の行政行為についてはこれを行っていないことは、そのようにしてのみ説明可能である。とはいえ、同法八〇条四項三文は、正式の権利救済手段の認容の見込みと、さらにまた、優越的な公益によつて要請されるわけではない、行政行為の即時執行によつて負担を課せられた者に生じる過酷な結果とが、裁判所の決定にとつて重要な観点であることを示す限りで、裁判所の決定にとつての一般化可能な手が

りを含んでいる。加えて、同法八〇条二項一文からは、行政行為の受益者に優越的な利益が認められる場合、停止的効力の命令または回復は許されない、ということ、間接的に導き出すことができる。最後にしかし、正式の権利救済手段が提起されたにもかかわらず、係争行政行為が原則として執行可能である旨を定める法律の規定もまた、必要な利益衡量にとつての重要な視点(Topoi)を提供する。というのは、このような規定は、——その後連邦行政裁判所及び連邦憲法裁判所もこれを認めたように——争いがあるものの正当な見解に従つて、行政行為の執行の停止によつて立法者の原則的決定から離脱する場合には、個別事案の特別の事情を必要とする、という意味に解釈されなければならないからである。

以上すべてが示すのは、——憲法上の権利保護の実効性の原理との関連で既に述べたように——たとえばショツホ(Schoch)〔訳注一四〕と彼に従う論者が主張するように、停止的効力の命令または回復に関する決定を、正式の権利救済手段の認容の見込みにもつぱらからしめることは、説得力をもたないことである。もつぱら実体法に着目するこのような見解の誤りは、仮の権利保護に関して同様の規律を行う行政裁判所法一二三条に照らしてみた場合、特に明らかとなる。この規定によれば、仮命令を発するためには、本案手続の認容の見込みとともに、仮命令が行われないうと権利行使が危うくなることや、その他の不利益のような、それ以外の要素が必要とされている。同法八〇条五項の停止手続と仮命令の間に機能的な連関があることを考慮すると、前者についてももつぱら実体法的観点に着目することはできない。負担的行政行為に対する仮の権利保護の付与に際して基礎とされるべき決定基準について、相対的にみて規律が不足していることは、立法者がここでは基本法一九条四項と両立しうる動的体系に余地を残そうとしたことに、むしろより深い正当化を見いだすのである。この動的体系においては、本案手続の認容の見込みと並んで、停止的効力の命令または回復がなされ、あるいはなされなかった場合に、関係人に生じうる利益及び不利益もまた、一定の役割を

果たす。その場合、この関連で有意なものとなる諸観点は、一定の範囲で相殺可能である。たとえば、後に本案手続において請求を認容された原告が、行政行為の裁判所による停止が認められなければ、重大かつ回復不可能な損害を被らざるをえない場合、必要とされる訴えの認容の見込みは除外されうる。逆に、本案手続における訴えについて全く優越的な認容の見込みが存在する場合、仮の権利保護が認められない場合に生ずる不利益等の要求は著しく低くすることができる。必要な利益衡量から行政行為の停止に対する優越的な利益が明らかになった場合、裁判所による停止的効力の命令または回復が原則として義務付けられる。第三者効を伴う行政行為による受益者が、行政裁判所法八〇a条三項、一項一号、及び二項により、その停止を争い、その即時執行の命令を申し立てた場合も、利益衡量には同様の原則が当てはまる。

本案裁判所は、行政裁判所法八〇条七項により、停止的効力の命令または回復の申立てについて決定手続においてなされた決定を、実質的な理由がある場合には、いつでも変更することができる。さらに、行政行為の影響を受ける利害関係者は、事情の変化、または、当初の手続において主張しなかったことに過失のない事情を理由として、裁判所の決定の変更または取消しを申し立てることができる。加えて、仮の権利保護手続においてなされた第一審裁判所の決定は、同法一四六条以下により、抗告をもって争うことができ、これについては上級行政裁判所が決定を下す。同裁判所の決定は、仮の権利保護手続の枠内では、それ以上争うことができない。

二 行政裁判所法一二三条に定める仮命令による仮の権利保護

a) 行政裁判所法一二三条に定める仮命令の適用領域

行政裁判所法八〇条が取消訴訟及び取消しを求める異議審査請求に関する仮の権利保護を保障しているのに対し、他のすべての訴訟類型に関する仮の権利保護には同法一二三条が適用される。そこで、同条に規定された仮命令は、行政行為をなすことを求める義務付け訴訟（同四二条一項後段）、一般的給付訴訟（同四〇条、四三条二項一文）、並びに同法四三条による行政裁判上の一般的確認訴訟について、仮の権利保護を保障する。それによって、行政行為の性格をもたない行政作用、特に高権的事実行為（hoheitliche Realakte）に対しても、仮の権利保護が可能となる。たとえば、公法的に経営される廃棄物焼却施設が、近隣に居住する市民に対して重大なイミシオン上の負担を及ぼす場合、これらの市民は、当該施設の今後の営業を差し止め、あるいはいづれにしても一定の制約下でのみこれを許容する内容の仮命令の発動を申し立てることができる。この場合の仮の権利保護は、本案において負担の差し止めまたは軽減を求める一般的給付訴訟によって付与される権利保護を補うものである。

仮命令は規範に対する保護にも利用することができる。たとえば、従前存在していた公法上の許可（特定種類の営業法上の許可等）が、ある規範によって一般的に取り消され、そのために執行を要しない場合、このような自力執行的性情を有する規範（self-executing-Norm）に対して利害関係者は、本案においては、行政裁判上の確認訴訟をもって争うことができる。この訴訟によって原告は、こうした許可を取り消す規範はたとえば基本法一二条に反し違法無効である、といった理由により、自らが有する上記公法上の許可の存続を主張することができる。この場合原告が仮の権利保護を獲得できるのは、本案において彼の権利の存続が裁判所によって明らかにされるまでの間、自らの公法上の許可を仮に行使し続けることを裁判所が認める内容の仮命令を申し立てることによってである。

b) 行政裁判所法一二三条に定める仮命令の構成要件

行政裁判所法一二三条は、いずれも訴訟提起に先立って申し立てることが可能な、仮命令の二つの形式を区別している。同法一二三条一項一文に定める保全命令 (Sicherungsanordnung) は、現状の変化によって申立人の権利の実現が不能または著しく困難になることを前提としている。そこで、この仮命令は、差し迫った権利の侵害に対する防御が問題となる場合、たとえば、ある企業の製造物に対して、違法な可能性のある警告がなされた場合のように、負担的事実行為に対する保護が問題となっている場合に考えられる。同法一二三条一項二文に定める規律命令 (Regelungsanordnung) は、係争法律関係に関する仮の状態を規律するものであり、特に、継続的法律関係について、著しい不利益を防止し、またはさし止めた暴力行為 (drohende Gewalt) を予防するため、もしくはその他の理由でそれが必要と考えられる場合に認められる。規律命令で特に問題となるのは、原告の法的地位の拡張を目的とする権利の保全であり、たとえば、許可の交付や金銭の給付のような、授益的行政作用を求める請求権の保全がそうである。

保全命令と規律命令を区別することは實際上困難である。このことは特に問題ではない。というのは、行政裁判所法一二三条一項一文及び二文に定められた保全命令と規律命令の構成要件は、相互に異なるものではない、あるいは一体をなすものと広く認められているからである。同法一二三条一項で明示的に挙げられた命令の根拠 (Anordnungsgründe) とともに、実体法に關係し、それゆえ本案手続の認容の見込みにも關係する、命令請求権 (Anordnungsanspruch) が必要である。同法一二三条三項によって準用される民事訴訟法九二〇条により、この命令請求権は命令の根拠と同様に疎明されなければならない。命令請求権と命令の根拠は相互に動的体系を構成する。仮命令に対する申立人の利益が、それによって影響を受ける者の利益に優越する場合、仮命令を行うことを求める法的請求権が存在する。その場合、裁判所の裁量は、仮命令の方法 (Wie) についてのみ認められる。

c) 本案先取り (Vorwegnahme) の問題

仮命令について問題が生じるのは、それによって本案における権利保護が先取りされることになる場合である。たとえば、近い将来行われるごく短期間の販売行事——見本市など——に参加するため、関係法律の規定により必要とされる許可を原告が求めている場合がそうである。本案裁判所が許可の付与について判決を下す前に、当該行事は既に終了してしまう。そこで、仮命令の方法で可能となる当該行事への参加は、本案判決を事実上先取りすることになる。このような本案の先取りは、原則として、仮の権利保護の本質に反するものである。したがって、それは通常不適法である。しかし、憲法によって保障された権利保護の実効性に鑑みると、このような仮命令を認めなければ、相手方の利益を考慮しても、受忍し難い不利益が申立人に発生し、さらに申立人が本案において明白に請求を認容される見込みを有する場合には、例外を設けなければならない〔訳注一五〕。

d) 本案手続以上の保護は原則として認められない

さらに、本案手続で可能である以上のことを仮命令によって申立人に認めることは、原則として許されない。しかし、授益を内容とする裁量的決定に関する仮命令は、それが行政庁の裁量の裁判所による不可逆的な先取りをもたらすのではない場合には、この原則によって排除されるわけではない。このような場合に仮命令を全面的に認めないとすれば、上記のような事案においては、瑕疵なき裁量の行使を求める権利について、裁判所による仮の権利保護の可能性が存在しないことになってしまうであろう〔訳注一六〕。

e) 仮命令の変更可能性及び抗告可能性

行政裁判所法一二三条によってなされた仮の権利保護の付与に関する決定は、同法八〇条七項の類推適用により、変更することが可能である。同法一四六条により、この決定は抗告をもって争うことができ、上級行政裁判所がこれについて決定を行う。仮命令に当初から理由がないこと、すなわち、命令請求権または命令の根拠が存在しないことが、本案手続において判明した場合、申立人は相手方に対し、執行によって生じた損害を賠償しなければならない。この賠償請求権は故意過失を要しない。仮命令の影響を受けた第三者に生じた損害は、賠償する必要がない。

三 行政裁判所法四七条六項に定める仮命令

a) 行政裁判所法四七条六項に定める仮命令の適用領域

行政裁判所法四七条六項は、上級行政裁判所における規範統制手続に関する仮の権利保護を規定している。この規範統制手続の対象は、申立人によって主張された、行政法的内容をもつ州法上の法律より下位の法規の、上位法違反を理由とする無効である。この手続を補足して、同項は、重大な不利益を防止するため、またはその他の重要な理由によって差し迫って必要な場合、裁判所は申立てに基づいて仮命令を発することができ、と規定する。裁判所はそれにより、規範の執行の全部または一部を停止することができる。争いがあるのは、裁判所は一般的効力を伴ってのみ規範の全部または一部停止できるのか、それとも、申立人との関係においてのみ規範の執行を停止することも可能なのか、という問題である。私見によれば、いずれの可能性も認められるべきである。しかし、同法四七条六項は、既に行われた規範執行行為の停止については根拠となりえない。このような停止を裁判所が行いうるのは、同法八〇条五項、八〇a条三項、一二三条によってのみである。

法律より下位の連邦法上の法規、並びに、議会が制定した連邦及び州の法律は、上級行政裁判所による規範統制の対象とはならない。その結果、これらについては、行政裁判所法四七条六項による仮命令も適用されない。同法四七条が適用されないこのような規範について、市民がその執行の一般的な停止を求めるためには、連邦憲法裁判所法三二条によって申し立てられる仮命令によるほかない。この規定は、法規憲法異議 (Rechtssatzverfassungsbeschwerde) を補足する形で、憲法裁判所による仮の権利保護を市民に認めているが、これについて高い障壁を設けている。しかし、これに対して異論を唱えることはできない。というのは、憲法上求められている法律に対する権利保護は、原則として付随的な(前提問題として行われる)規範統制を通して可能であり、後者に関しては行政裁判所法八〇条以下及び一二三条によって仮の権利保護が付与されるからである。効力を発するためそれ以上の執行行為を必要としない、いわゆる自力執行の性格を有する規範に関しても、同法一二三条によって仮の権利保護が保障されうる。既に述べたように、この場合、申立人が無効と考える規範が取り消している権利の仮の存続を命じることができる。

b) 行政裁判所法四七条六項に定める仮命令の要件

既に述べたように、行政裁判所法四七条六項に定める仮命令が可能な限りにおいて、それに必要な構成要件は同法一二三条よりも厳格である。この要件は、憲法裁判所による仮命令について連邦憲法裁判所法三二条において定められている規律を範としている。このことは、上級行政裁判所による規範統制と、憲法裁判所による規範統制手続の間の、緊密な親近性によって説明されうる。以上と密接に関連して、行政裁判所法四七条六項によって可能な規範執行の一般的停止は、多数の者が関わりを持っており、それに伴って、その効力がさしあたり実質的に停止される場合、規範の尊重に対する公益が顕著に影響を受ける、という事実も重要である。同法一二三条に定める仮命令の場合と同様に、同法四

七条六項に定める仮命令については、争いはあるものの正当な見解によれば、本案手続の認容の見込みが重要な意味をもつ。

IV 要約

以上をまとめると、ドイツ法においては、行政私法上の活動を含めて、高権的行政作用については、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、ということができる。同じことは——この点については争いがあるものの——法律に対する仮の権利保護についてもあてはまる。仮の権利保護は、基本法一九条四項に根拠を有する権利保護の実効性の原理の必然的帰結である。有効でない権利保護は、基本法一九条四項の意味における権利保護ではない。行政裁判所法及びこれを補足する連邦憲法裁判所法三二条における法律上の規定は、憲法上要請されたこの権利保護を具体化するものである。これらの規律になお欠缺がある場合、それは憲法上の権利保護の実効性の原理に直接依拠して埋めなければならないのである。

訳注一 異議審査請求はドイツにおける不服申立ての手段であり、本稿でも後に述べられているように、取消訴訟等を提起する際には、原則としてその前置が要求されている（行政裁判所法六八条）。異議審査請求について決定を下すのは異議審査庁（原則として直近上級行政庁）であるが（同七三条一項）、請求は原則として係争行政庁を行った行政庁を経由してなされ（同七〇条一項一文）、当該行政庁は自ら行政行為を取消しまたは変更することができる（同七二条）。

訳注二 BVerfG, Beschluss vom 19. 10. 1977, BVerfGE 46, 166. 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（下）」

ジュリスト一二三九号(二〇〇三年)一一七頁以下参照。

訳注三 浸透不可能説とは、国家内部の機関に独立の法主体性を否定し、それゆえ国家内部では法律関係が成立しえない(法が浸透できない)とする考え方である。室井力・特別権力関係論(一九六八年)二五一頁以下、間田穆「ドイツにおける伝統的行政組織権理論の確立」名古屋大学法政論集六〇号(一九七三年)九二頁以下、畠山武道「許認可の際の同意の性質(一)」民商法雑誌六九卷一号(一九七三年)八〇頁以下など参照。

訳注四 BVerfG, Beschluss vom 14.3.1972, BVerfGE 33, 1. 室井力「受刑者の基本権の制限と法律の留保」ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例【第二版】(二〇〇三年)二六六頁参照。

訳注五 室井・前掲(注三)一九三頁の訳による。

訳注六 W. -R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979.

訳注七 BVerfG, Beschluss vom 17.1.2006, JZ 2006, S. 1021.

訳注八 W. -R. Schenke, Rechtsschutz gegen normatives Unrecht, JZ 2006, S. 1004.

訳注九 G. Dürig, in: Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 1970, Art. 19 Abs. IV (1958), Rn. 17.

訳注一〇 W. -R. Schenke, Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte?, JZ 2005, S. 116.

訳注一一 W. -R. Schenke, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG (zugleich Kommentierung des Art. 19 IV im Bonner Kommentar zum GG), Hamburg 1982, 277S.

訳注一二 Walter Wilburg はオーストリアの民法学者(一九〇五—一九九二)。「動的体系」とは、法を様々な力(理念)が相互に協働する動的な体系として捉える考え方を指す。C Ⅱ W・カナリス(木村弘之亮代表訳)・法学における体系思考と体系概念(一九九六年)六三頁以下、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢一三八卷一—二二三号(一九九五年)二〇八頁以下、石田喜久夫「一つの動的体系論」京都学園法学二七号(一九九八年)一二九頁以下、W・ヴィルブルク(熊谷芝青訳)「民法における動的体系の展開」高知短期大学社会科学論集八二卷(二〇〇二年)二九三頁など参照。

訳注一三 山本・前掲(注二)一九九頁以下参照。

訳注一四 シェンケ氏はその著書の中で次の文献を挙げている(F. O. Kopp/W. -R. Schenke, Verwaltungsgerechtsordnung

- Kommentar, 15. Aufl., 2007, §80 Rn. 158 Fn. 289)° F. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungswaltungsrecht, 1988, S. 1293ff.; ders., in: F. Schoch/E. Schmidt-Albmann/R. Pietzner (Hrsg.), Verwaltungswaltungsrecht, §80 Rn. 250ff. 山本・前掲(注二) 一一〇頁注一一〇、一一一頁注一二七、一二二頁注一二七参照。
- 訳注 一五 山本・前掲(注二) 一二三頁以下、同「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めのための活用のために(下)」自治研究八
一卷五号(二〇〇五年) 一〇六頁以下、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造(二)」民商法雑誌一三四卷四〥五号(二〇〇六年) 六五八頁参照。
- 訳注 一六 山本・前掲(注二) 一二四頁、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造(二・完)」民商法雑誌一三四卷四〥五号(二〇〇六年) 九七九頁以下参照。