The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ行政裁判所法の仮命令制度に関する考察・補論：仮処分制度との比較
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 41-85
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89708
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ドイツ行政裁判所法の仮命令制度に関する考察・補論

——仮処分制度との比較——

長谷川　佳彦

一　はじめに
二　仮処分制度への依拠の背景
三　仮処分制度への依拠に対する疑問
四　仮処分制度との異同
五　まとめ

一　はじめに

（1）わが国の行政事件訴訟法（以下では行訴法という）は、法定抗告訴訟については、執行停止の制度と仮の義務付け・仮の差止めの制度という、固有の仮の権利保護の制度を設けている。他方で、当事者訴訟における仮の権利保護に関しては、二〇〇四年の行訴法の改正で四条に確認訴訟が明示されたこともきっかけとなって、仮処分の活用のあり方が議論されるようになっている。(1)

もっとも、二〇〇四年の行訴法の改正によっても、同法四四条は従前のまま維持されている。同条は「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は、民事保全法……に規定する仮処分をすることができない。」という規定で、「慎重さを欠いた立法」[2]と評され、行訴法の改正前から様々な議論を引き起こしてきたが[3]、改正後も同条を適用して、当事者訴訟での仮処分を制限する裁判例が見られるところである[4]。

そうした状況に対して、現在の学説においては、行訴法四四条の適用範囲を限定する見解が有力であり、例えば、同条は、法定抗告訴訟について定められた仮の権利保護の規定を潜脱するような仮処分を排除するに止まるものと解すべきという主張がなされている[5]。また、立法論として、適用範囲の不明確な行訴法四四条を廃止すべきと言われているが[6]、さらに進んで、法定抗告訴訟に固有の執行停止の制度や仮の義務付け・仮の差止めの制度を廃止して、仮の権利保護の制度を仮処分に統合することも検討対象にした方がよいとの問題提起も行われている[7]。

（2）翻ってドイツの行政裁判制度を見ると、行政裁判所法は仮の権利保護の制度として、わが国の執行停止の制度に相当する延期効〔aufschiebende Wirkung〕の制度（八〇条から八〇b条）、仮命令の制度（一二三条）、及び規範統制手続における仮命令の制度（四七条六項）を設けている。それらのうち、どの仮の権利保護の制度が用いられるかは、原則として本案訴訟の形式によって決まる。具体的には、本案訴訟が取消訴訟の場合は延期効の制度が、規範統制手続の場合は行政裁判所法四七条六項の仮命令の制度が、それ以外の訴訟の場合は同法一二三条の仮命令の制度がそれぞれ適用されることになる。行政裁判所法はそれまでの行政裁判に関する法令と違って、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をもはや行っていないが[8]、わが国の行訴法に対応させて言えば、行政裁判所法一二三条の仮命令の制度は、取消訴訟以外の抗告訴訟と当事者訴訟にまたがって適用されるものとなっている[9]。

そして、行政裁判所法は一九六〇年の制定当初から、一二三条に次の規定を置いている。

行政裁判所法

一二三条（仮命令）

一項　裁判所は、現在の状態が変化することによって、申立人の権利の実現ができなくなり、又は著しく困難になるおそれがあるという危険が存在するとき、訴えの提起前であっても、申立てに基づき、係争物に関する仮命令を発することができる。争いある法律関係に関して仮の状態を規律するための仮命令も、当該規律がとりわけ継続する法律関係において、重大な不利益を避けるため、急迫なる強暴を阻止するため、又は他の理由により必要と考えられる場合に許される。

三項　仮命令の発付については、民事訴訟法第九二〇条、第九二一条、第九二三条、第九二六条、第九二八条から第九三二条、第九三八条、第九三九条、第九四一条及び第九四五条が準用される。

民事訴訟法は九三五条から九四五ｂ条に仮処分の規定を置き、同法九三六条は九一六条から九三四条の仮差押に関する規定の準用を定めているが、行政裁判所法一二三条一項の一文と二文はそれぞれ、民事訴訟法九三五条と九四〇条に倣った規定である。つまり、行政裁判所法一二三条の仮命令の制度は、民事訴訟法の仮処分の制度に大幅に依拠したものになっている。

（3）（1）で述べたわが国の状況を踏まえると、行政裁判所法一二三条の仮命令の制度を考察することは、わが国の当事者訴訟において仮処分をどのように用いるかを考える場合にも、資するところがあると思われる。のみならず、法定抗告訴訟における仮の権利保護の制度も仮処分に統合すべきという立法論を展開する場合にも、参考になるところがあるだろう。いずれの場合についても、民事訴訟で仮処分を用いる場合といかなる違いがあるかとい

ったことが問題になると考えられる。

筆者は以前に、行政裁判所法一二三条の仮命令の制度について考察を行ったことがある。[10] 本稿は前稿の補論として、前稿では十分に取り上げることができなかった点や近時の裁判例を補うなどしつつ、仮処分の制度との比較を意識しながら、改めて仮命令の制度を考察するものである。そのため、とりわけ四で述べる仮命令の要件と内容に関しては、前稿と重複する部分が少なくないことを断っておかなければならない。まずは二において、仮命令の制度が仮処分の制度に依拠して設けられた背景から探ることにしよう。[11]

二　仮処分制度への依拠の背景

1　第二次世界大戦後から行政裁判所法制定までの状況

(1) アメリカ占領地域の状況

行政裁判所法一二三条の仮命令の制度が仮処分の制度に大幅に依拠して設けられた理由について、同法の草案の政府提案理由書は、「仮処分〔einstweilige Verfügung〕の手続の要件に関しては、民事訴訟法に広範に関連付けることができた。公法上の専門用語により適合するとして、『仮命令』という表現が選ばれた。」と述べるに過ぎない。[12] 行政裁判所法施行直後の論文においても、仮処分の規定の継受に関して、立法手続ではその理由は説明されないままであったと言われている。[13]

ただ、その後の文献を見ると、仮処分の規定の継受は、行政裁判所法が制定されるまでの裁判例の展開に依拠したものであったという指摘がある。[14] この指摘はとりわけ、第二次世界大戦後に、アメリカ占領地域にあった州（バイエルン、ヴュルテンベルク＝バーデン（現在のバーデン＝ヴュルテンベルクの一部）、ヘッセン、ブレーメン）

で制定された、「行政裁判権に関する法律」（以下ではアメリカ占領地域行政裁判法という）について当てはまることであると考えられる。というのも、第二次世界大戦後から行政裁判所法が制定されるまでの間、ドイツの行政裁判に関する法令は州ないし占領地域ごとに定められたのであるが[15]、アメリカ占領地域行政裁判法は仮命令の制度を設けていなかったにもかかわらず、裁判例においては、同法三四条が民事訴訟法を包括的に準用していたことに基づき、民事訴訟法の仮処分の規定に依拠して、仮命令の発付を認めたものが見られたからである[16]。そこでは、行政行為が存在しない場合は延期効の制度が機能せず、仮命令を認めなければ仮の権利保護に欠缺が生じるとする、バッホフらの学説の影響もあったと思われる。

（2）抗告訴訟と当事者訴訟の区別との関係

もっとも、アメリカ占領地域行政裁判法は、以下のような規定を置いて、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていた。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」

二二条一項　行政裁判所は、特別の行政裁判所、仲裁裁判所又は民事裁判所が裁判をすべきとされていない限り、行政庁の処分その他の行政行為に関する不服（抗告事件）及びその他公法上の訴訟（当事者訴訟）について裁判をする。〔以下略〕

三五条二項　抗告訴訟は、申請された職務行為の不作為に対しても、申請者がその実施を求める権利を有すると主張するときには許される。〔以下略〕

七九条

一項　裁判所は、抗告訴訟に理由があると考える限りで、異議申立てに対する決定又は審査請求に対する裁決及び争われている行政行為を取り消す。〔以下略〕

三項　裁判所は、職務行為の拒否に対して行われた抗告訴訟に理由があり、かつ、あらゆる点で事案が成熟している〔spruchreif〕と考えるとき、拒否を取り消すとともに、申請された職務行為を実施する行政庁の義務を宣言する。

五項　裁判所は、申請された職務行為の不作為に対して行われた抗告訴訟（三五条二項）に理由があると考えるとき、申請に対して決定を行う行政庁の義務を宣言する。第三項が準用される。

八五条一項　当事者訴訟とは、対等の権利主体間における公法上の訴訟をいう。二人の権利主体が事件において対等といえるのは、権利主体の一方による請求権の行使とその拒否がいずれも、当該請求権に関する拘束的な決定を含まない場合である。

これらの規定においては、行政行為に関する不服の訴訟が抗告訴訟と定義され、抗告訴訟に含まれるものとして、取消訴訟と義務付け訴訟が挙げられている。他方で、当事者訴訟は対等の権利主体間の訴訟を指すとされている。

わが国の行訴法を踏まえつつ、右のアメリカ占領地域行政裁判法の規定を見ると、同法の下で、なぜ当事者訴訟のみならず抗告訴訟においても、民事訴訟法の仮処分の規定に依拠して仮命令を発することが認められたのかという疑問が生じる。だが、この点に関しては、当事者訴訟の場合には、民事訴訟との本質的な違いはないという理由が挙げられていたものの、取消訴訟と並んで抗告訴訟の一形式とされた義務付け訴訟の場合には、欠缺なき仮の権利保護の必要性が述べられるに止まり、それ以上に詳しい理由は見当たらないところである。

しかし、抗告訴訟と当事者訴訟を区別することに対しては懐疑的な見解が主張されており、むしろ、行政裁判所法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を破棄していることからも窺われるように、行政裁判所法が制定されるまでには、そうした見解が多数を占めるに至っていたと考えられる。そうすると、抗告訴訟においても、民事訴訟法の仮処分の規定に依拠して仮命令を発することが認められた背景としては、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に対する懐疑もあったのではないかと思われる。つまり、区別に対する懐疑を前提とすれば、当事者訴訟で民事訴訟法の仮処分の規定に依拠して仮命令を発することができる以上、抗告訴訟においても同様のことを認めるべきと言いやすくなるというわけである。

抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論については、別の機会に詳しく考察する予定であるが、本稿においても、アメリカ占領地域行政裁判法に焦点を当てて、その概略を見ておくことにしよう。

2　抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論

（1）抗告訴訟と当事者訴訟の区別を維持する見解

抗告訴訟と当事者訴訟に関して、確かに一方では、両者の区別を維持・肯定する見解があった。その代表が、わが国でも紹介されているメンガーの見解である。[17] 彼の見解は、アメリカ占領地域行政裁判法のみを対象とするに止まらず、およそ行政訴訟の類型を体系化しようとするものであると考えられるが、1（2）で挙げたアメリカ占領地域行政裁判法の規定に沿って、抗告訴訟と当事者訴訟は、一方の権利主体が拘束的な決定を行っているか否かによって区別されるとした。[18] さらに彼は、抗告訴訟に属するものとして、取消訴訟と義務付け訴訟を挙げていたが、両者は事後的な訴訟という点で共通性を有するのに対して、当事者訴訟は始審的な訴訟であるとしていた。[19]

（2）抗告訴訟と当事者訴訟の区別に対する懐疑的な見解

しかし、抗告訴訟と当事者訴訟を区別することに対しては、アメリカ占領地域行政裁判法の運用面からの批判が見られた。例えば、バッホフは、抗告訴訟の対象である拘束的な決定とそうでないものの区別が難しい場合があり、それゆえ、抗告訴訟と当事者訴訟を区別することの合理性には疑問がありうる旨を述べていた[20]。また、抗告訴訟に関する規定と当事者訴訟に関する規定は非本質的な点でしか違いはなく、ある事件を抗告訴訟と当事者訴訟のいずれに分類するかということはしばしば困難を伴うので、両者を区別する必要性は否定されるべきと述べる論者もあった[21]。

さらに注目されるのが、歴史的な経緯を踏まえつつ、抗告訴訟と当事者訴訟の同質性を説く見解が存在したことである。この見解の内容を説明するに当たって、まず、歴史的な経緯という点について見ておくと、アメリカ占領地域行政裁判法に関する注釈書の一つは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別自体は正当であるとしながらも、両者の区別は、官憲〔Obrigkeit〕を私人と対等な立場に置くことはできないという、国家権威的な先祖返りの見解に基づくものであると評していた[22]。そこでの先祖返りの見解というのは、アメリカ占領地域のうち、バイエルン及びかつてのヴュルテンベルク（現在のバーデン＝ヴュルテンベルクの一部）の従来の行政裁判制度を念頭に置いたものであると考えられる。すなわち、バイエルン及びヴュルテンベルクにおいては、一九世紀後半に行政裁判制度が創設されてからヴァイマル期までの間、抗告訴訟に相当する訴訟の場合には、国家ないし行政庁を当事者の地位に置くことはその権威を損なうなどの理由から、当事者は原告のみであって、国家ないし行政庁は当事者でないとされ、原告と国家ないし行政庁が対峙する対審構造は採用されていなかったのである[23]。

しかし、そのようなバイエルン及びヴュルテンベルクの従来の制度と比べると、アメリカ占領地域行政裁判法は

次の規定を設けていた。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」

五二条　抗告訴訟の手続において、手続関係者（抗告訴訟の原告及び相手方〔Anfechtungskläger und Anfechtungsgegner〕）は、原則として同様の権利義務を有する。

八八条一項　訴えは、給付若しくは不作為が請求されている者、又は法律関係の存否の確認の相手方となる者（被告〔Beklagte〕）に対して提起されなければならない。

アメリカ占領地域行政裁判法四六条によると、抗告訴訟の相手方は行政主体とされているが、バイエルン及びヴュルテンベルクの従来の制度と異なり、同法は抗告訴訟の場合にも、原告と行政主体を対等の立場に置き、両者が対峙する対審構造を採用している。そして、比較対照のために、同法の第五章「当事者訴訟」に置かれた八八条一項も挙げておいたが、訴訟の相手方の呼称は違うものの、原告と抗告訴訟の相手方ないし被告の対等性、及び対審構造の採用という点では、抗告訴訟と当事者訴訟の間に差はないところである。

そうしたことから、学説の中には、「アメリカ占領地域行政裁判法では抗告訴訟も人為的に当事者訴訟とされており、それゆえ本質的な違いはない」と述べる者もあった[24]。さらに、ベッターマンは以下のように説いていたのである。

「主たる手続関係者が当事者の地位を有し、訴訟が提起され、対審的な手続が行われるように、『抗告事件』も『当事者訴訟』になっている。アメリカ占領地域行政裁判法においてなお行われている『抗告事件』と『当事者訴

訟』の区別は誤りであり、時代遅れであることは一般に承認されている。[25]」

仮命令の制度に話を戻すと、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に対して懐疑的な立場が採られる場合、先に述べた通り、当事者訴訟で仮命令の発付が認められるならば、抗告訴訟においても同様に解すべきという考えに向かいやすくなると思われる。

三　仮処分制度への依拠に対する疑問

1　仮処分の区分の継受に対する疑問

（1）仮処分の区分の不適切さ

行政裁判所法一二三条の仮命令の制度が民事訴訟法の仮処分の制度に依拠して設けられたことの背景としては、以上のことを指摘できるが、とはいえ、仮処分の制度への依拠に対しては、たびたび疑問が投げかけられてきた。その中でも特に、仮処分の制度における保全仮処分（係争物に関する仮処分）〔Sicherungsverfügung〕と規整仮処分（仮の地位を定める仮処分）〔Regelungsverfügung〕の区分を（ただし、注（32）及び四2（2）（a）（ア）を参照）、そのまま受け継いだことの不適切さが指摘されてきた。

すなわち、行政裁判所法一二三条一項の一文と二文はそれぞれ、保全仮処分に関する民事訴訟法九三五条と規整仮処分に関する民事訴訟法九四〇条に倣った規定である。そのうち、保全仮処分は、物に関する請求権を保全するために、現状の変更を防止する仮処分を意味するとされ、具体例としては、不動産の処分禁止の仮処分や占有移転禁止の仮処分が挙げられている。[26]だが、行政訴訟でそのような内容の仮命令を発することはまず考えられず、[27]そのため、民事訴訟法九三五条と九四〇条に倣って要件を区分することはドグマ的に成功した規定ではないなどと評さ

れてきたのである。[28]

（2）仮命令独自の区分

もっとも、行政裁判所法一二三条一項が一文と二文からなっている点に関しては、仮処分の制度の場合とは別の意味が与えられることが一般的である。具体的には、行政裁判所法一二三条一項一文は、現状の保全を内容とする保全命令〔Sicherungsanordnung〕を定めたものであり、同項二文は、現状の変更を内容とする規律命令〔Regelungsanordnung〕を定めたものであると解されているのである。[29]

先ほどの仮処分の区分とこの区分を比べると、例えば公表の差止めのように、現状の変更の防止を内容とするが、物に関わらない請求権の保全を目的とする場合に違いが生じる。つまり、仮処分の区分によれば、それは規整仮処分に位置付けられるが、右の仮命令の区分によれば、それは保全命令に位置付けられることになる。保全仮処分に相当する内容の仮命令はまず考えられないという点を踏まえると、右の仮命令の区分は、行政裁判所法一二三条一項一文に対して、仮命令の制度独自の意味を与えようとするものと言えるかもしれない。さらに、四1（2）（a）で述べる通り、保全命令と規律命令の区別を仮命令の実体的要件に反映させる見解も説かれているところである。

しかし、仮命令を保全命令と規律命令に分けることに対しては、両者の区別は実際には困難であるということがしばしば言われる。[30]そのことを示しているのが、例えば、建築工事中止命令を発するよう行政側に義務付ける仮命令の場合である。そこでは、当該仮命令を保全命令に分類する見解と規律命令に分類する見解の双方が存在するのである。[31]保全命令と規律命令で同じ実体的要件を立てる見解が多いのは、両者を区別することが難しい場合があるからのようにも思われる。[32]

2　仮の権利保護制度の改革論

（1）行政訴訟独自の仮命令の規定

さらに、立法論として、民事訴訟法の仮処分の規定に依拠するのでなく、行政訴訟独自の仮命令の規定を設けるべきという主張もなされている。このような主張が明確に現れたのは、行政訴訟法〔Verwaltungsprozeßordnung〕草案をめぐる議論においてであった。

行政訴訟法草案とは、行政裁判所法、財政裁判所法及び社会裁判所法の統一とともに、権利保護の向上、訴訟手続の簡易迅速化及び裁判所の負担軽減を目的として、一九八二年及び一九八五年に連邦政府が連邦議会に提出したものである。[33] 行政訴訟法草案の一三八条が仮命令に関する規定であったが、その一項は行政裁判所法一二三条一項と同様のものであり、二項は行政裁判所法一二三条三項と同じく、民事訴訟法の仮処分に関する規定の準用を定めていた。[34] そうした行政訴訟法草案に対して、学説から様々な批判が行われたのである。

例えば、ある論者は、民事訴訟の場合には審理期間の短さなどから、仮処分は例外に属するが、行政訴訟の場合には審理期間の長さなどから、仮の権利保護が本案訴訟に匹敵するものか、あるいはそれに取って代わるものである旨を指摘し、さらに、民事訴訟と行政訴訟における仮の権利保護の基本的な相違からすれば、仮処分の制度を継受するのではなく、行政訴訟について独自の仮命令の規定を定めるべきと主張した。[35] また、行政訴訟法草案一三八条二項が民事訴訟法の仮処分に関する規定の準用を定めていることに対しても、延期効の規定の準用を定めれば足りると述べる者があった。[36] この者は仮命令の実体的要件に関して、「本案の裁判所は、申立人の利益と公益を比較衡量した結果、申立人の主張する権利が保護に値するものであり、したがって、本案における裁判まで重大な不利益を避けるために仮の規律を行うことが必要であるとき、訴えの提起前であっても、争いある法律関係に関して仮

の状態を定めなければならない。」といった規定を置くことも提案していた。[37]

（2）延期効の制度と仮命令の制度の統合

さらに、行政訴訟法草案は、一三三条から一三七条に延期効の制度に関する規定を置いており、[38]行政裁判所法と同じく、仮の権利保護制度を延期効の制度と仮命令の制度に分けて設けていた。こうした二元的な仕組みは、もともと延期効の制度が存在したところに、仮命令の制度が追加されたという沿革に由来するものだろうが、[39]その二元的な仕組みの維持に対しても批判が向けられた。

すなわち、一九八二年のドイツ法曹大会は、行政訴訟法草案を討議の対象としたのであるが、そこで報告を行ったコップは、延期効の制度と仮命令の制度という二元的な仕組みが維持されていることを批判し、単純明快な制度が望まれると述べた。[40]同大会においては、延期効の制度と仮命令の制度を統合することが可能か否かを検討し、それが可能である場合は両制度を統合すべきことが決議されている。[41]後にコップは、延期効の制度を仮命令の制度に統合した上で、仮の権利保護を行う権限を行政庁にも認めるための規定と、執行停止原則を定めた行政裁判所法八〇条一項に相当する規定を補完的に設けるべきという、より具体的な提案を行っている。[42]

またショッホも、行政訴訟法草案に対して、実体法が採用した仕組みや行為形式次第で、適用される仮の権利保護制度が異なるのは不合理であるなどの理由から、延期効の制度と仮命令の制度の統合を主張していた。[43][44]

（3）仮処分の制度への依拠の維持と仮命令の制度の独自性

行政訴訟法草案は成立に至らず、行政裁判所法、財政裁判所法及び社会裁判所法を統一するという構想は立ち消えとなってしまったが、[45]その後も、行政裁判所法の仮の権利保護制度に対する上記のような立法論的批判がたびたび行われている。例えば、一九九〇年の行政裁判所法第四次改正法は、八〇ａ条を追加して、二重効果を伴う行政

行為について延期効の制度を整備するなどの措置を講じたが、一二三条一項は変更されず、延期効の制度と仮命令の制度の統合も行われなかった。[46] そのような改正法に対して、レーデッカーは、仮命令の制度が仮処分の区分やその手続を受け継いだことの不適切さは明らかであり、また、延期効の制度と仮命令の制度の二元的な仕組みを存続させる合理的な根拠はないと批判したのである。[47]

しかし、そうした批判は受け入れられず、[48] 仮命令の制度が仮処分の制度に依拠したものであるという点は、行政裁判所法の制定当初から現在まで変わりがない。ただし、連邦憲法裁判所の決定が述べるように、[49] 仮命令の制度が、実効的権利保護を要請すると解されている、ドイツ連邦共和国基本法（以下では基本法という）一九条四項[50] に基づくものであるという点は、仮処分の制度にない独自性であると思われる。また、要件の解釈などに当たっては、延期効の制度との調和が問題になりうるということも、仮処分の制度と違う点だろう。そうすると、仮命令の制度が仮処分の制度に依拠していると言っても、やはり両者には異なるところもあると考えられる。

四においては、仮命令の制度と仮処分の制度の異同を、要件と内容に分けて見ていくことにする。その際には、延期効の制度との調和の観点に鑑みて、当該制度についても必要な限りで参照することにしたい。延期効の制度に関する行政裁判所法の規定で、本稿に関係するものは以下の通りである。

行政裁判所法

八〇条（延期効）

一項　不服申立て及び取消しの訴えは、延期効を有する。そのことは、形成的行政行為及び確認的行政行為、並びに二重効果を伴う行政行為にも当てはまる（八〇ａ条）。

二項　延期効は次の場合にのみ生じない。

一号　公課及び費用の賦課徴収の場合。

二号　警察執行官吏による延期不能な命令及び措置の場合。

三号　その他、連邦の法律、又は州法については州の法律で定められた場合、特に、投資又は雇用の創出に関わる行政行為に対する、第三者の不服申立て及び取消しの訴えの場合。

三a号　連邦の交通路及び移動通信網に関わる事業の許可を対象とするものであって、第三号に該当しない行政行為に対する、第三者の不服申立て及び取消しの訴えの場合。

四号　公益又は関係者の優越的な利益のために、行政行為を発した行政庁、又は不服申立てについて裁決をしなければならない行政庁により、即時執行が命ぜられる場合。〔以下略〕

四項　行政行為を発した行政庁、又は不服申立てについて裁決をしなければならない行政庁は、第二項の場合には、連邦の法律に別段の定めがない限り、執行を停止することができる。公課及び費用の賦課徴収においては、行政庁は、担保と引き換えに執行を停止することもできる。公課及び費用については、争われている行政行為の適法性に重大な疑いがあるとき、又は公課若しくは費用の支払義務者にとって、執行が優越的な公益によって要請されない不当な過酷さをもたらすときに、執行を停止するものとする。

五項　本案の裁判所は、申立てに基づき、第二項第一文第一号から第三a号の場合には、延期効を全部又は一部について命じ、第二項第一文第四号の場合には、延期効を全部又は一部について回復することができる。申立ては、取消しの訴えを提起する前でも許される。行政行為が決定の時点ですでに執行

されているとき、裁判所は、執行の取消しを命ずることができる。延期効の回復は、担保の提供又は他の負担にかからしめることができる。期限を付することもできる。

八〇a条（二重効果を伴う行政行為における延期効）

一項　第三者が、他の者を名あて人とし、その者に利益を与える行政行為に対して争訟を提起するとき、行政庁は次のことができる。

一号　当該受益者の申立てに基づき、第八〇条第二項第一文第四号により、即時執行を命ずること。

二号　当該第三者の申立てに基づき、第八〇条第四項により、執行を停止すること、及び当該第三者の権利の保全のために仮の措置をとること。

三項　裁判所は、申立てに基づき、第一項及び第二項による措置を変更若しくは取消し、又はそのような措置をとることができる。第八〇条第五項から第八項が準用される。

四　仮処分制度との異同

1　要件に関する異同

（1）本案訴訟の提起の要否

（a）仮命令の場合

仮命令の要件のうち、まず、本案訴訟の提起が要件とされているかどうかであるが、この点は仮処分の場合と同じく、本案訴訟の提起は要件とされていない。もっとも、仮命令を取得した申立人が未だ本案訴訟を提起していない場合には、行政裁判所法一二三条三項が準用する民事訴訟法九二六条一項により、裁判所は申立人に対して、一

定期間内に本案訴訟を提起するよう命令することができる。しかし、この本案訴訟提起命令は、行政側その他利害関係人の申立てが必要であって、裁判所が職権で行えないことがネックとなり、実務上あまり意味を持たないと言われることがある。[51]

（b）延期効の命令・回復の場合

ちなみに、行政裁判所法八〇条一項が定める延期効は、不服申立てや取消訴訟の提起がなければ当然生じない。[52]それに対して、行政裁判所法八〇条二項により、法律又は行政庁の即時執行命令に基づいて延期効が排除されている場合には、行政裁判所法八〇条五項が定める延期効の命令・回復の申立てを裁判所にすることができるが、延期効の命令・回復の要件として、不服申立てや取消訴訟の提起が必要であるか否かについては、見解の対立がある。

不服申立てや取消訴訟の提起を不要とする見解（以下では不要説という）は、そのように考えないと、行政行為の執行による損害を危惧する者は直ちに不服申立てや取消訴訟を提起することを強いられ、不服申立てや取消訴訟を提起するかどうかを検討する時間を事実上奪われるといったことを理由とする。[53]不要説は、仮命令の場合との整合性も念頭にあるのかもしれない。

しかし、多数の見解は、不服申立てや取消訴訟の提起を延期効の命令・回復の要件と解している（以下ではこの見解を必要説という）。必要説は、行政裁判所法八〇条一項との体系的関連性に根拠を求めているが、[54]そこでは、不服申立てや取消訴訟の提起によってのみ、命令・回復の対象となる延期効が潜在的に生じるという考えがあるように思われる。また、不要説がその理由とした点に対しても、延期効の命令・回復の申立てができる者であれば、不服申立てや取消訴訟を提起する時間もあり、それより前に延期効の命令・回復を認める必要性はないと指摘される。[55]さらに、行政裁判所法八〇条五項二文は、「〔延期効の命令・回復の〕申立ては、取消しの訴えを提起する前で

も許される。」と規定しているが、必要説を採る論者は、この規定について、不服申立てを退ける裁決から取消訴訟が提起されるまでの期間の空白を埋めるものと理解している。[56]

もっとも、行政裁判所法六八条一項一文では不服申立前置が原則とされているが、必要説によっても、延期効の命令・回復を裁判所から得るためには不服申立てを提起すれば足り、取消訴訟を提起することまで求められていない点には注意したい。[57] また、不服申立てや取消訴訟の提起は、延期効の命令・回復の申立てを行ってからでも事後的に追完できるとされており、上記の見解の対立は実際上あまり重要でないと言われる。[58]

（2）実体的要件

（a）命令請求権と命令の根拠を要求する見解

次に、仮命令の実体的要件であるが、それに関しては命令請求権と命令の根拠を要求する見解が多数である。この見解は、行政裁判所法一二三条三項が民事訴訟法九二〇条二項[59]を準用していることを根拠としており、仮命令の制度が仮処分の制度に依拠していることを反映したものと言える。二つの要件のうち、命令請求権は仮処分における被保全権利の要件に対応するが、命令請求権では本案勝訴の見込みの審理が行われ、原則として本案勝訴の優勢な見込みが必要であるとされる。それに対して、命令の根拠は仮処分における保全の必要性の要件に対応するが、命令の根拠は申立人の利益と公益（さらに、場合によっては第三者の利益）の比較衡量によって判断される。[60]

連邦憲法裁判所の判例も一九八八年一〇月二五日決定などにおいて、仮命令の実体的要件として命令請求権と命令の根拠を要求する見解を容認してきた。[61] また、この見解は、（b）で述べる明白性審理説と比較すると、本案勝訴の見込みをより詳しく審理しようとするものであるが、仮命令手続と本案訴訟の結果が食い違うリスクの縮減を志向するものと位置付けることもできるだろう。

なお、一部の論者は、現状の保全を内容とする保全命令の場合と現状の変更を内容とする規律命令の場合で、命令請求権を認めるために必要な本案勝訴の見込みの程度を区別し、規律命令においては本案勝訴の優勢な見込みが求められるが、保全命令にあっては本案勝訴の見込みと敗訴の見込みが同等であれば足りるとしている。[62] この所説は、現状の保全と現状の変更を比べると、現状の保全の場合には一般に、本案敗訴判決が下されても仮命令が発せられる前の状態に戻すことが問題にならない以上、本案訴訟の結果と齟齬をきたすリスクに対して、現状の変更の場合ほど配慮する必要はないという考えによると思われる（ただし、三1（2）を参照[63][64]）。

（b）延期効の命令・回復の実体的要件との関係

しかし、仮命令の実体的要件として命令請求権と命令の根拠を要求する見解については、延期効の命令・回復の実体的要件との関係が問題になる。というのも、延期効の命令・回復の場合には、次のような見解が支配的と言われているからである。[65] すなわち、ⓐ本案勝訴の見込みが明白な場合、延期効の命令・回復の申立ては認容される。ⓑ本案敗訴の見込みが明白な場合、行政行為の即時の執行を求める利益が存する限り、延期効の命令・回復の申立ては退けられる。ⓒⓐとⓑのいずれでもない場合には、利益衡量によって延期効の命令・回復の申立てを認容するかどうかを判断するというものである。この見解によると、本案勝訴の見込みの審理は、それが明白か否かという点に限って行われることになる（以下ではこの見解を明白性審理説という）。

論者の中には、延期効の命令・回復の場合には先行して行政行為が行われているが、仮命令の場合にはそのような状況がないといった点を挙げて、両者における本案勝訴の見込みの審理の違いを正当化しようとする者もある。[66] だが、延期効の命令・回復の実体的要件との整合性を重視して、仮命令の実体的要件についても明白性審理説を採る見解も見られる。[67] この見解は、本案勝訴の見込みを詳細に審理することは、本案訴訟の審理を不適切に先取りす

ることになるという点にも根拠を求めているが、それは以下のように敷衍することができる。すなわち、本案勝訴の見込みを詳細に審理することにより、仮の権利保護を認められなかった申立人が、本案訴訟で逆転する見込みがないものと考えてその追行を断念してしまうならば、仮の権利保護の手続が本案訴訟のような手続的保障を欠くことに鑑みて、問題があるのではないかというわけである。[68]

他方で、延期効の命令・回復の場合に、本案勝訴の見込みを明白性審理説よりも詳細に審理しようとする見解が、現在では増えているように思われる。[69] 延期効の命令・回復の実体的要件の方を、仮命令の実体的要件に近づけようとしていると言える。その見解においては、現状の保全という点で、延期効の命令・回復と保全命令は同様の機能を持つということが、一つの根拠とされている。[70] また、許認可など名あて人にとって授益的な行政行為に対して、第三者が延期効の命令・回復の申立てを行ったという場合には、私人である名あて人と第三者は基本的に対等な立場にあり、単純な利益衡量では決着がつかないので、本案勝訴の見込みの審理がより重視されると説かれることもある。[71][72] なお、延期効の命令・回復の実体的要件について、以上のような様々な解釈が示されている要因としては、行政裁判所法が延期効の命令・回復の実体的要件に関する規定を設けていないこともあるだろう。

（3）申立てから決定までのタイムラグへの対応

（a）結果の衡量に基づく決定

また、命令請求権と命令の根拠を要求する見解に従って、本案勝訴の見込みの審理を詳細に行う場合には、仮命令の申立ての審理に時間を要し、基本法一九条四項の実効的権利保護の要請が損われるおそれがある。こうした問題に関して、連邦憲法裁判所一九九六年七月二五日決定は、事案が緊急を要する場合には、本案勝訴の見込みの審理を行うことなく、結果の衡量〔Folgenabwägung〕に基づいて仮命令の申立てに対する決定を下すことを認めて

いる。[73] この結果の衡量とは、仮命令の申立ては認容されたが本案敗訴判決が下された場合と、仮命令の申立ては退けられたが本案勝訴判決が下された場合を比較衡量する審理方式である。

もっとも、右の連邦憲法裁判所決定は、申立人に教員国家試験の受験許可を仮に与えるよう行政側に義務付ける仮命令を認めたものであり（本案訴訟は受験許可を求める義務付け訴訟）、本案敗訴判決が下された場合には、受験の結果を取り消すことが可能なケースであった。それに対して、一定の期日に関わる公共施設の利用許可の付与を義務付ける仮命令のように、本案勝訴判決の内容を終局的に実現する仮命令の発付が求められている場合においても、結果の衡量の審理方式を用いることができるか否かについては、いまだ連邦憲法裁判所の判例はない。[74] また、論者の中には、事案が緊急を要する場合であっても、命令請求権を仮命令の実体的要件とする行政裁判所法の規定から離れて結果の衡量の審理方式によることは許されず、次に紹介する経過規律〔Zwischenregelung〕で対処すべきと主張する者がある。[75]

（b）経過規律

そこで経過規律であるが、これは申立てから決定までの間、申立人の権利利益を保全するための措置である。経過規律に関する規定は行政裁判所法には存在しないが、[76] 実効的権利保護を要請する基本法一九条四項に基づいて認められると説明され、[77] 仮命令のみならず延期効の命令・回復においても経過規律は行われている。仮命令の場合の例を挙げると、ヴィースバーデン行政裁判所二〇一四年九月一七日決定は、スポーツくじの販売免許の申請に対して拒否処分を受けた申立人が、仮命令の申立てを行った事例において（本案訴訟は免許付与を求める義務付け訴訟と考えられる）、申立てに対する決定まで、競願者に免許を与えないよう行政側に義務付ける経過規律を行っている。[78]

経過規律の要件に関して、仮命令の場合と延期効の命令・回復の場合で違いは見られず、おおむね次の三つが挙げられている。すなわち、ⓐ申立てについて決定できる段階に至っていないこと、ⓑ本案訴訟の提起が明らかに不適法か濫用でないこと、及びⓒ経過規律が行われなければ、申立人に不可逆的な不利益が生じるおそれがあることである。[79]

ただ、申立てから決定までの間の権利利益の保全は、裁判所と行政側の合意に基づく対応によって行われ、実際に経過規律が行われることは少ないと言われることがある。[80] 特に、延期効の命令に関わるものではあるが、連邦憲法裁判所二〇一三年一〇月一一日決定は、仮の権利保護の実効性を考慮すると、回避できない重大な不利益が申立人に差し迫っている場合、行政庁は仮の権利保護手続の間、行政行為の執行を止めるべきである。行政庁が執行の中止を拒否する場合、裁判所は、経過規律により行政庁に執行の中止を命じなければならないと判示している。[81][82]

2　内容に関する異同

（1）内容形成に関する裁判所の裁量

（a）根拠

仮命令の内容面における特徴として、まず指摘できるのは、内容形成に関して裁判所に裁量が認められているということである。これは、行政裁判所法一二三条三項が民事訴訟法九三八条一項を準用しているが、同項が「裁判所は、目的を達するためにいかなる命令が必要であるかを、自由な裁量に従って決定する。」と定めていることによるものであり、仮命令の制度が仮処分の制度に依拠した結果であると言える。

内容形成に関する裁量の実質的な根拠は、仮処分の制度の場合には、それによって回避すべき危険には様々なも

のがあり、危険防止の手段をあらかじめ定めることができないという点に求められているが、[83]仮命令の制度の場合にも、権利保護の要求の多様性が根拠として挙げられることがある。[84]さらに、申立人の利益と対立する公益や第三者の利益に配慮する可能性を開くということによっても、仮命令の内容形成に関する裁量は正当化できるように思われる。[85]

（b）具体例

（ア）仮命令の内容が柔軟に形成されていることを示す例を挙げると、本案訴訟が進級決定を求める義務付け訴訟の場合、仮命令としては、行政側に対して進級決定をすることまで義務付けるのではなく、進級予定クラスへの授業参加を許可するよう義務付けることが行われている。[86]また、カッセル高等行政裁判所一九八八年六月一四日決定のように、仮命令に付款が付されることもある。この決定は、飲食店経営許可を与えるよう行政側に義務付ける仮命令を発するに当たり、申立人の夫を業務に従事させないこと、及び店舗に立ち入らせないことを内容とする負担を付している。[87][88]

さらに、行政側に社会扶助給付決定を義務付ける仮命令の場合、社会扶助給付は目下の苦境に対する扶助の性格を持つといった理由から、行政側は将来に向かってのみ社会扶助給付決定を義務付けられるのが原則である。しかし、裁判例を見ると、ⓐ申立人が社会扶助給付を受けられなかった期間、通常では全く要求できないほど生活を切り詰めていた場合、ⓑ申立人が焦眉の窮乏をしのぐために、間近に返済期限の迫った借金をした場合、又はⓒ賃料を支払わなければ、住居賃貸借契約の解約告知を受けるおそれがあるような場合には、例外的に過去に遡って行政側に社会扶助給付決定を義務付ける仮命令が発せられている。[89]

（イ）この他、仮処分の制度においては、法律関係の仮の確認は、仮処分の趣旨に反するとか、執行になじむ内容

を欠くといった理由から、原則として許されないとされる。[90] それに対して、仮命令の制度にあっては、他の方法で実効的権利保護を与えることができない場合には、仮の確認も認められると言われており、[91] 仮の確認の許容性が仮処分の制度の場合ほど厳格に考えられてはいないようである。そこでは、行政側は執行の圧力がなくても、裁判所の決定に従うだろうということも考慮されていると思われる。

仮命令における法律関係の仮の確認の例として、ミュンヘン高等行政裁判所一九九三年七月一二日決定は、裁判官たる申立人が裁判所の業務配分計画に従う義務を負わないことの仮の確認を行っている。[92] また、ギーセン行政裁判所二〇〇〇年一一月三日決定は、新たな建築許可を受けずに建物の用途を変更してカーペットを販売することが適法である旨の仮の確認を行っている。[93] 前者のミュンヘン高等行政裁判所決定は、右のような仮の確認によれば、業務の配分を欠く事態を回避できることを指摘しているが、[94] この指摘は、業務配分計画の効力が停止された場合との対比を念頭に置いたものであると考えられる。[95] それに対して、後者のギーセン行政裁判所決定における仮の確認は、建物の利用停止命令を予防する機能を果たしうるものである。

（c）延期効の命令・回復の内容

（ア）なお、1（1）（b）において、法律又は行政庁の即時執行命令で延期効が排除されている場合でも、行政裁判所法八〇条五項により、裁判所は申立てに基づき、延期効の命令・回復を行うことができる旨に触れたが、同項三文によると、問題の行政行為がすでに執行されている場合、裁判所は執行の取消しを命じることができるとされている。この執行の取消しは、延期効の命令・回復に遡及効を与えるものと言える。また、同項四文からすれば、延期効の命令・回復について立担保にかからしめたり、負担を付したりすることもできる。こうした立担保や負担、さらには延期効の部分的な命令・回復の可能性も、関係する利益の適切な調整に資するものである。[96]

執行の取消しが行われた例としては、ミュンスター上級行政裁判所二〇〇三年二月二五日決定がある。この決定は、建築許可に対して近隣住民が延期効の命令の申立てを行った事例に関するものであるが、執行の取消しとして、建築許可の名あて人が設置したアンテナにつき、行政庁がその撤去を当該名あて人に命じるべきとされた。[97]

他方で、負担が付された例としては、マンハイム高等行政裁判所二〇〇四年五月一七日決定がある。この決定は、ペイントボールゲームの実施を禁止する命令が即時執行命令付きで発せられたことに対して、禁止命令の名あて人が延期効の回復の申立てを行った事例に関するものである。裁判所は申立てを認容するに当たり、ペイントボールゲームが戦争中の殺人を連想させることへの影響に配慮して、ユニフォームの着用や赤色のペイントボールの使用を禁止することなどの負担を付している。[98][99] 立担保が用いられる場合に関しては、（2）（c）（イ）で言及する。

（イ）この他、行政裁判所法八〇a条一項二号・三項によると、裁判所は第三者の権利保全のための仮の措置ができるとされている。しかし、この措置は、名あて人にとって授益的な行政行為を第三者が争う場合において、行政側や当該授益的行政行為の名あて人が、延期効やその命令・回復の決定を無視するような場合に用いられるものと捉えられている。[100] 例えば、マンハイム高等行政裁判所二〇一四年四月九日決定は、難民認定申請者の宿泊施設への用途変更に係る建築許可について、近隣住民による延期効の命令の申立てを認容したものであるが、建築許可の名あて人が延期効の命令を無視するおそれがあるということで、当該名あて人に対して宿泊施設としての利用禁止も命じている。[101]

（2）仮命令の内容の限界

（a）本案先取りの禁止

（ア）しかし、仮命令の内容形成について裁判所に裁量があると言っても、その限界が問題になる。その中でもよ

く議論されているのが、本案先取りの禁止である。仮処分の制度においては、本案先取りの禁止の原則が立てられている。すなわち、仮処分の類型として、三1（1）で述べた保全仮処分と規整仮処分のほかに、本案勝訴判決の内容を実現する仮処分である満足仮処分の類型も挙げられた上で、満足仮処分を発することは原則として禁止され、申立人に特別な理由がある場合にのみ例外的に許容されると言われているのである。[102] そこでは、満足仮処分によって本案訴訟が決着するわけではないとされているので、本案勝訴判決の内容を一時的に実現する仮処分も満足仮処分に含まれると考えられている。

仮命令の制度においても、本案勝訴判決の内容を一時的に実現する場合も含めて、本案先取りの禁止の原則を前提とする見解がなお支配的であると思われる。だが、裁判例を見ると、その例外を認めたものは極めて多数にのぼる。[103] 連邦憲法裁判所一九八八年一〇月二五日決定も、仮の権利保護の拒否が周辺領域を超える重大な基本権の侵害をもたらし、それが本案勝訴判決によってももはや排除できない場合には、特に重要な優越的理由が対立していない限り、仮の権利保護が与えられなければならないと述べているが、[104] そこでは本案先取りの禁止の原則は問題にされていない。[105]

（イ）さらに、仮命令の制度においては、本案先取りの禁止の原則自体を批判する見解も有力である。すなわち、本案先取りの禁止の原則を前提とする見解は仮の権利保護の本質や目的に根拠を求めているが、それが具体的に何を意味するのか明らかでないという指摘がある。[106] また、延期効の制度による仮の権利保護においては取消判決が先取りされていると言えるものの、そこでは何ら禁止の原則が説かれていないこと、及び、本案先取りに当たる仮命令の発付を拒否することは本案敗訴判決の先取りに当たるので、本案先取りの禁止の原則は論理的に成り立たないことも主張されている。[107] そうした主張をする者は、本案勝訴判決の内容を一時的に実現する仮命令は仮命令の通常

の形態であり、原則として禁止されるのは本案勝訴判決の内容を終局的に実現する仮命令（例えば、一定の期日に関わる公共施設の利用許可の付与を義務付ける仮命令）であるという。

近年の裁判例を見ても、マンハイム高等行政裁判所二〇一二年三月六日決定は、近隣住民の申立てに基づき、公園からの騒音に対して必要な規制を行うよう行政側に義務付ける仮命令を発するに当たり（本案訴訟はそのような規制を求める義務付け訴訟と思われる）、次のように述べている。

「求められている措置によって、本案判決が終局的かつ不可逆的に先取りされる場合には、命令請求権が優勢な蓋然性をもって存在し、仮命令がなければ申立人に重大で受忍できない不利益が生じる場合に限って、仮命令を発することができる。他方で、求められている法的地位が本案判決までの間のみ認められるに止まる場合には、そのような特に厳格な基準は緩和されるべきである。なぜなら、その法的地位は事実上もはや遡って取り消すことはできないが、本案判決までの期間を越えて既成事実は形成されず、法的地位は暫定的に与えられるに過ぎないからである。[108]」

本案先取りの禁止の原則自体を批判する見解は、仮命令の制度の場合には、本案勝訴判決を一時的に実現する仮命令以外の仮の権利保護の方法があまり考えられない一方で、行政側に認められる権限も実体法で制約されていることから、本案先取りの禁止の原則を立ててしまうと、仮命令の余地が大幅に制限されかねないという考えにも基づいているように思われる。

（b）行政裁量との関係

（ア）次に、行政裁量との関係で問題になる仮命令の内容の限界である。この問題は仮処分の制度の場合には考えられず、仮命令の制度固有の問題と言えるだろう。ここでは、本案訴訟が行政行為の発付を求める義務付け訴訟で、

当該行政行為について裁量が認められる場合、どのような内容の仮命令を発することが許されるのかという問題を念頭に置く。

まず、現在でも支配的と考えられる見解によると、特定の行政行為を義務付ける仮命令を発することができるのは、裁量の収縮があるとみえる場合に限られるとされる。[109] その根拠は、本案判決の超過の禁止に求められている。つまり、義務付け訴訟の本案勝訴要件は行政裁判所法一一三条五項[110]に定められているが、それによれば、特定の行政行為の義務付け判決を下すことができるのは、裁量の収縮が認定できる場合に限られ、裁量の行使に瑕疵があるに止まる場合は、決定義務付け判決[111]を下すことができるに過ぎないと解されている。[112] そうすると、裁量の行使に瑕疵があるとみえるに止まる場合に、特定の行政行為を義務付ける仮命令を発することは、本案判決を超えるもので許されないというわけである。

義務付け訴訟においては、裁量の収縮があり、特定の行政行為の発付請求権が認められる場合には、特定の行政行為の義務付け判決が行われるのに対して、裁量の行使に瑕疵があるに過ぎず、無瑕疵裁量行使請求権が認められるのみである場合には、決定義務付け判決が行われるということで、請求権と判決内容の結合関係が見い出される。支配的な見解は、そうした結合関係が仮命令の場合にも妥当すると考えていると言える。

（イ）しかし、支配的な見解によれば、裁量のある行政行為では仮命令を発する余地が相当に狭くなる懸念がある。[113] そのため、裁量の行使に瑕疵がある場合に認められる無瑕疵裁量行使請求権も保全の対象になるとした上で、重大な基本権の侵害が差し迫っている場合には、裁量の行使に瑕疵があるとみえるに過ぎないときでも、実効的権利保護の要請から、特定の行政行為を義務付ける仮命令の発付を許容する見解が存在する。[114] さらに、裁量の行使に瑕疵があるとみえるに過ぎない場合でも、次のような立論によって、特定の行政行為を義務付ける仮命令を発すること

ができるとする者もある。[115]

すなわち、無瑕疵裁量行使請求権も保全の対象となる点に疑問の余地はない。そうすると、問題はその請求権をいかにして保全するか、つまり仮命令の内容にある。この点に関しては、(1)(a)で述べたように、仮命令の内容形成について裁判所は裁量を有するので、行政側による裁量の行使に瑕疵があるとみえるに過ぎない場合でも、裁判所は仮命令の内容形成に関する裁量を行使して、特定の行政行為を義務付ける仮命令を発することができるというのである。さらに、このように考えれば、延期効の制度では裁量の収縮の有無を問わず仮の権利保護が与えられることとの調和がもたらされる一方、仮命令は暫定的な規律に止まるので、行政裁量が終局的に侵されることもないとする。

以上の所説は、仮命令と本案判決の役割の違いに着目しながら、仮命令の内容形成に関する裁量を媒介にして、支配的な見解が前提にする請求権と仮命令の内容の結合関係を解体するものと位置付けられるように思われる。[116]

(c) 立担保の可能性

(ア) 最後に、仮命令の発付を立担保にかからしめる可能性の問題に触れておこう。仮処分の制度の場合には、民事訴訟法九三六条で準用される同法九二一条一項により、被保全権利又は保全の必要性が疎明されていないときでも、立担保を疎明の代わりとして、仮処分を発することが認められている。また、民事訴訟法九二一条二項の準用によって、被保全権利及び保全の必要性が疎明されていても、仮処分の発付を立担保にかからしめることもできる。民事訴訟法九二一条二項の準用による立担保の主な目的は、仮処分の申立人が本案訴訟で敗れた場合などにおいて、民事訴訟法九四五条に基づき仮処分の相手方に認められる、損害賠償請求権を保全することにあるとされる。[117]

仮命令の制度の場合にも、(1)(a)で述べた内容形成に関する裁判所の裁量、又は行政裁判所法一二三条三項

が準用する民事訴訟法九二一条により、仮命令の発付を立担保にかからしめることができるとされている。[118] しかしながら、立担保で調整できるのはもっぱら財産的利益であって、非財産的利益の調整は困難であると言われている。[119] 仮命令によって影響を受ける行政側の利益は非財産的なものがほとんどであり、行政側の財産的利益について立担保による調整が行われる場合としては、せいぜい、リューネブルク上級行政裁判所一九八五年六月七日決定[120]のように、申立人に公共施設の利用許可を与えるよう行政側に義務付ける仮命令を発するに際して、施設に生じた損害の補填に当てるために立担保を命じることが想定できる程度である。

もっとも、私人たる第三者の利益については財産的なものが少なくなく、その調整のために立担保を用いるという可能性が考えられる。より具体的には、行政裁判所法一二三条三項によって民事訴訟法九四五条が準用されているところ、例えば近隣住民の申立てに基づき、建築主に対して建築工事中止命令を下すよう行政側に義務付ける仮命令が発せられたが、近隣住民が本案訴訟たる義務付け訴訟で敗れた場合において、建築主に民事訴訟法九四五条に基づく損害賠償請求権が認められるならば、その請求権の保全のために近隣住民に立担保を求めるということがありうる。だが、連邦通常裁判所の判例及び学説の多数は、仮命令の相手方である行政側以外の第三者には、民事訴訟法九四五条に基づく損害賠償請求権は認められないと解しており、[121] この見解によれば、第三者の損害賠償請求権を保全するために立担保を用いることは考えられないことになる。そうすると、結局のところ、仮命令の制度において立担保を活用する余地は、仮処分の制度の場合よりもかなり小さいと言えるだろう。

（イ）なお、（1）（c）（ア）で触れた通り、延期効の制度においても、行政裁判所法八〇条五項四文から延期効の命令・回復を立担保にかからしめることが認められているが、立担保が特に問題になるのは、公課又は費用の賦課徴収が争われる場合であると言われる。[122] 行政裁判所法八〇条五項の延期効の命令に相当する財政裁判所法六九条

三項の執行停止[123]に関するものではあるが、連邦憲法裁判所二〇〇九年九月二二日決定は、納税義務者の経済状況から、後日課税処分を執行することが困難になるおそれがある場合には、立担保を命じることは適切であるが、納税義務者の本案勝訴の見込みについて高い蓋然性がある場合、又は立担保が納税義務者の経済状況に鑑みて不当に過酷なものとなる場合には、立担保を命じることは許されないとしている。[124]

五　まとめ

以上の考察のまとめを行って、本稿を締めくくることにしたい。

行政裁判所法一二三条の仮命令の制度は、同法制定前の裁判例・学説の展開を背景として、民事訴訟法の仮処分の制度に依拠して設けられた。仮処分の規定を継受したことに対しては、仮処分の区分は行政訴訟になじまない等の批判がしばしばされてきたものの、制度の骨格は現在まで維持されている。

その結果、仮命令の要件と内容は仮処分の枠組みに沿って判断されているが、それによる支障は特段認められないように思われる。確かに、仮命令の場合には、申立ての相手方として行政が関わるため、行政裁量との関係が問題になったり、立担保を活用する余地が仮処分の場合と比べて小さくなったりすることはある。しかし、本案先取りや法律関係の仮の確認については、基本法一九条四項の実効的権利保護の要請を踏まえて、仮処分の場合よりも柔軟に認められている。さらに、行政裁判所法に規定はないが、基本法一九条四項を直接の根拠として、仮命令の申立てから決定までの間、申立人の権利利益を保全するための経過規律も行われている。なお、行政裁判所法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別をもはや放棄している以上当然だろうが、行政訴訟独自の仮命令の規定を設けるべきとする見解も、行政行為に関わる訴訟に限定してそのような議論を展開しているわけではないことにも注意しておき

たい。

他方で、行政裁判所法八〇条から八〇b条の延期効の制度について言えば、現状の保全という点で仮命令における保全命令と同様の機能を有することから、同法八〇条五項の延期効の命令・回復の実体的要件を、仮命令の実体的要件に接近させようとする見解があることは注目される。延期効の制度を仮命令の制度に統合すべきという立法論は、この見解の延長線上に位置付けることもできるだろう。延期効の命令・回復の内容に関しては、一部制限、執行の取消し及び立担保・負担の付加が認められているに止まり、また、行政裁判所法八〇a条一項二号・三項による仮の措置も、延期効やその命令・回復が無視された場合に用いられるに過ぎないものと捉えられていることからすると、仮命令の制度に統合されることによって、柔軟な内容形成の可能性が開かれることになると考えられる。もっとも、仮命令の制度に統合する場合、行政裁判所法八〇条一項の執行停止原則を維持するためには、その旨を定めた規定（及び行政庁の即時執行命令権限を認める規定）が別途必要になるだろう。

【付記】本論文は、二〇一九年度科学研究費助成事業（基盤研究（C））（課題番号：19K01296）による研究成果の一部である。

（1）笠井正俊「公法上の当事者訴訟を本案訴訟とする民事保全について」民商法雑誌一五四巻四号（二〇一八年）七〇九頁以下など。

（2）芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇六年）一五八頁。

（3）さしあたり、高木光「仮処分の排除」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、二〇一四年）一四〇頁以下を参照。

（4）東京高判平成二四年七月二五日判時二一八二号四九頁。

（5）宇賀克也「当事者訴訟における仮処分について」行政法研究二八号（二〇一九年）vi頁以下、阿部泰隆「公法上の当事者訴訟における仮処分禁止の違憲性」同『行政訴訟の理論的・実務的課題―行政訴訟の最前線―』（信山社、二〇二一年）一二七頁。

（6）山本隆司「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題―拾遺」自治研究九〇巻三号（二〇一四年）五九頁以下。同所ではさらに、「公権力の行使に関する仮の権利保護については、民事保全法に対する特則として行訴法二五条等を適用することとし、特則の趣旨から民事仮処分が制限される場合があると解釈すれば十分ではないか」と述べられている。行訴法四四条を廃止した場合、無名抗告訴訟においても仮処分が許容されることになるだろう。

（7）中川丈久ほか「行政訴訟における訴えの利益（一）」自治研究九七巻一一号（二〇二一年）二五頁以下〔中川丈久発言〕。

（8）山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ（上）」ジュリスト一二三八号（二〇〇三年）九〇頁。二1（2）も参照。

（9）なお、わが国の行訴法三八条三項によると、無効等確認訴訟についても執行停止の制度が準用されているが、ドイツの行政裁判所法では、行政行為の無効確認訴訟（同法四三条二項二文を参照）の場合には同法一二三条の仮命令の制度が適用される。これは、三2（3）で訳出する通り、行政裁判所法八〇条一項が延期効の制度の適用対象は不服申立て及び取消訴訟である旨を明確に定めているからであるが、実質的には、延期効の制度は執行停止原則を採用するものであるところ、争訟提起期間の経過後に提起されることが想定される無効確認訴訟にまで、そのような執行停止の効果を認める必要はないという考えによって説明することができるだろう。

（10）拙稿「仮命令決定の審理構造（一）（二・完）―諸利益の比較衡量、並びに行政裁量との関係に着目して―」民商法雑誌一三四巻四・五号六四〇頁以下、六号九六九頁以下（二〇〇六年）、拙稿「ドイツ行政裁判所法における仮命令手続と本案訴訟の関係に関する一考察―本案判決後の仮命令等の帰趨の問題を中心に―」関西大学法学論集五七巻六号（二〇〇八年）一〇八五頁以下。

（11）本稿は、二〇二二年一月二一日に行われた、日弁連法務研究財団「行政訴訟抜本改革研究会」での報告の原稿に基づいて執筆したものである。

(12) BT-Drs. 3/55, S. 44.

(13) Helmut Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch 51 (1960), S. 210 [230]. ただし、A. a. O., S. 231 では、仮処分の規定の継受は、その要件が抽象的に定められているために、公法上の事実関係にも用いることができるという考えに基づくものだろうとされている。

(14) Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 5. Aufl. (2018), § 123 Rn. 1. Vgl. auch Kay Windthorst, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz (2009), S. 160. Sodan/Ziekow, a. a. O., § 123 Rn. 46 は、訴訟法の統一化の考え方に沿って、民事訴訟法の仮処分と行政裁判所法の仮命令の無用な区別を避けようとしたとも述べている。

(15) 第二次世界大戦後の行政裁判に関する法令の制定状況については、拙稿「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（四）」阪大法学六八巻三号（二〇一八年）五五八頁以下を参照。

(16) 詳しくは参照、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六四四頁以下。

(17) メンガーの見解に関しては、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）一五三頁以下を参照。

(18) Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (1954), S. 220.

(19) Menger (Anm. 18), S. 217 ff. 同じく、当事者訴訟を始審的な訴訟とするものとして、Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden (1950), S. 76.

(20) Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung (1951), S. 23. Gerhard Hasselbach, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren (1954), S. 23 〜同旨。

(21) Xaver Schoen, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß (IV), DöV 1951, 580 [580].

(22) Paulus van Husen, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen mit Kommentar (1947), S. 44. Vgl. auch Menger (Anm. 18), S. 144.

(23) バイヱルンについて、z. B. Wilhelm Kreis, Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen betreffend (1879), S. 121; Anton Dyroff, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl. (1925), S. 540 f. ヴュルテンベルクについて、z. B. C. Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege

vom 16. Dezember 1876 (1877), S. 184; Wilhelm Bazille, Das Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Württemberg (1908), S. 249. 一九世紀後半からヴァイマル期までの抗告訴訟と当事者訴訟の区別に関する議論の状況についても、別の機会に考察するつもりである。

(24) Robert Nebinger, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil (1949), S. 337.

(25) Karl August Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 1953, 202 [203]. 近時の文献を見ても、アメリカ占領地域行政裁判法は抗告訴訟でも対審手続を規定し、その結果として、当事者訴訟との本質的な違いはなくなったと説明されている。Jakob Julius Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (2015), S. 34. Vgl. auch Bert Schaffarzik, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ihrem Weg von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit, in: Karl-Peter Sommermann/ders. (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa Band 1 (2019), S. 891 f.

(26) Reinhard Bork/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 9, 23. Aufl. (2020), § 935 Rn. 2; Winfried Schuschke u. a. (Hrsg.), Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz: nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen: Kommentar, 7. Aufl. (2020), Vor § 935 ZPO Rn. 29, § 935, Rn. 1.

(27) Konrad Redeker, Zur Neuordnung des einstweiligen Rechtsschutzes in der Verwaltungsprozeßordnung, ZRP 1983, 149 [150].

(28) Vgl. z. B. VGH Mannheim, Beschl. v. 6. 10. 1995, NJW 1996, 538 [538]; Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 17. Aufl. (2022), § 123 Rn. 12.

(29) 拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六五六頁以下を参照。

(30) Z. B. Hermann Huba, Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, 983 [983]; Walter Schmitt Glaeser/Hans-Detlef Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. (2000), Rn. 317; Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 44.

(31) 保全命令に分類する見解として、Klaus Finkelnburg/Matthias Dombert/Christoph Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. (2017), Rn. 149; Johann Bader u. a., Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl. (2021), § 123 Rn. 9; Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar (Stand: 2021), §

123 Rn. 54a; Wolf-Rüdiger Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 27. Aufl. (2021), § 123 Rn. 7. 規律命令と分類する見解として、Christian Bamberger, Die verwaltungsgerichtliche vorläufige Einstellung genehmigungsfreier Bauvorhaben, NVwZ 2000, 983 [985]. 湊二郎「建築紛争における仮命令」立命館法学三三八号（二〇一一年）一八三三頁以下も参照。前者の見解は、仮命令によって建築工事がストップするという点に着目しているのに対して、後者の見解は、行政側が規制権限を行使するという点に着目しているように思われる。

(32) ちなみに、仮処分の制度においても、保全仮処分と規整仮処分のいずれに当たるかによって、実体的要件等に違いは生じないとか、そのような区分は不要であるとする見解が主張されている。Bork/Roth (Anm. 26), Vorbemerkungen § 935 Rn. 26 f.; Schuschke u. a. (Anm. 26), Vor § 935 ZPO Rn. 28, 49.

(33) Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung?, DöV 1982, 709 [709 f]; Christoph Trzaskalik, Die Vereinheitlichung der Verwaltungsprozeßordnungen, NJW 1982, 1553 [1553 f]. わが国での紹介として、乙部哲郎「西ドイツ『行政訴訟法』草案の作成とその概要」神戸学院法学一四巻二号（一九八三年）一五一頁以下。

(34) BT-Drs. 9/1851, S. 33 f., 143 f.; BT-Drs. 10/3437, S. 33 f., 143 f.

(35) Klaus Finkelnburg, Einstweiliger Rechtsschutz nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung, NVwZ 1982, 414 [414 f].

(36) Redeker (Anm. 27), S. 152.

(37) Redeker (Anm. 27), S. 152.

(38) BT-Drs. 9/1851, S. 32 f., 138 ff.; BT-Drs. 10/3437, S. 32 f., 138 ff.

(39) Vgl. Schoch/Schneider (Anm. 31), Vorbemerkung § 80 Rn. 41; Windthorst (Anm. 14), S. 160.

(40) Ferdinand O. Kopp, Welchen Anforderungen soll eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung genügen, um im Rahmen einer funktionsfähigen Rechtspflege effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten?, Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages Band 1 (1982), B 1 [B 109 f.].

(41) Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages Band 2 (1982), L 223.

(42) Ferdinand Kopp, Vereinheitlichung und Vereinfachung des vorläufigen Rechtsschutzes gem. §§ 80, 80a, 113Ⅲ2 und 123 VwGO, ZRP 1993, 457 [458]. ただしそこでは、仮処分の制度に依拠せずに仮命令の制度を設けるべきといったことまでは主張されていない。

(43) Friedrich Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht (1988), S. 1771 ff. Vgl. auch Huba (Anm. 30), S. 990.

(44) それに対して、Heribert Bickel, Vorläufiger Rechtsschutz und materielles Verwaltungsrecht, DöV 1983, 49 [52] は、延期効の制度は行政行為がすでに行われたことを前提とするものであるが、仮命令の制度はそうでないといった理由から、両制度を統合することに反対していた。Vgl. auch Bernd Bender, Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO), in: Hans-Uwe Erichsen u. a. (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag (1985), S. 657 [678].

(45) Schoch/Schneider (Anm. 31), Einleitung Rn. 99a.

(46) さらに、行政裁判所法八〇条二項により、法律又は行政庁の即時執行命令に基づいて、同条一項所定の延期効が排除されている場合でも、同条五項は、申立てに基づき、裁判所が延期効の命令・回復をすることができる旨を定めている。しかし、延期効の命令・回復の実体的要件については行政裁判所法の制定当初から規定がなかったところ、行政裁判所法第四次改正法によっても実体的要件が定められることはなかった。

(47) Konrad Redeker, Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung, NVwZ 1991, 526 [527, 530]. Carl-Christian H. Dressel, Gedanken zur Reform des vorläufigen Rechtsschutzes der VwGO, BayVBl. 1995, 388 [393 f.] も、保全命令と規律命令の区別の放棄、さらには延期効の制度と仮命令の制度の統合を主張していた。

(48) Vgl. auch Schoch/Schneider (Anm. 31), Vorbemerkung § 80 Rn. 80.

(49) BVerfG, Beschl. v. 19. 10. 1977, BVerfGE 46, 166 [178 f.].

(50) 基本法一九条四項は、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。他の〔機関の〕管轄が認められていない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。第一〇条第二項第二文

は〔これによって〕影響を受けない。」という規定である（訳は、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第八版〕』（信山社、二〇二〇年）二二二頁によった）。

(51) Klaus F. Gärditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen, 2. Aufl. (2018), § 123 Rn. 94. Redeker (Anm. 27), S. 152 は、仮命令に期限を付して本案訴訟の提起を促す可能性を示唆する。

(52) ただし、延期効を発生させるためには、不服申立てや取消訴訟の提起が適法であることも求められるかについては議論がある。不服申立てや取消訴訟が明らかに適法でない場合に限って、延期効は生じないとする見解が支配的であると言われるが、それに対しては、延期効の発生の有無が主観的な評価に左右されることになり、法的安定性が損なわれるという批判がされている。むしろ、不服申立てや取消訴訟がいかなる適法性要件を欠くかによって、延期効の発生の有無を区別する見解が有力であるように思われる。その見解によれば、問題の事件が行政裁判所の管轄でない場合、争っている行政活動が行政行為に当たらない場合、原告適格を欠く場合（ドイツにおいては、権利侵害の可能性がありさえすれば、原告適格を認める見解が支配的である。Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. (2019), Rn. 494）、又は不服申立ての期間や取消訴訟の出訴期間を経過している場合には、延期効は発生しないが、それ以外の適法性要件を欠く場合であれば、延期効は発生するとされる。Gärditz (Anm. 51), § 80 Rn. 112 ff.; Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 80 Rn. 31 f.; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 79 ff. Vgl. auch Bader u. a. (Anm. 31), § 80 Rn. 19 f.

(53) Kopp (Anm. 40), B 115; ders., (Anm. 42), S. 459; Schenke (Anm. 31), § 80 Rn. 139. 行政執行法六条一項によると、行政行為について強制執行ができるのは、原則として不服申立ての期間や取消訴訟の出訴期間を経過した後であるが、法律に基づいて延期効が排除されている場合、又は行政庁の即時執行命令が下された場合には、不服申立ての期間や取消訴訟の出訴期間が過ぎる前でも強制執行ができるとされている。

(54) Gärditz (Anm. 51), § 80 Rn. 203; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 461, § 80a Rn. 68.

(55) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 945.

(56) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 461; Bader u. a. (Anm. 31), § 80 Rn. 86.

(57) Vgl. Dirk Ehlers/ Friedrich Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2021), S. 1008. なお、行政裁判所法六八条一項項二文及び他の法律で、不服申立前置の原則に対する例外が定められている。とりわけ、いくつかの州におい

て、不服申立前置の撤廃、さらには不服申立手続自体の廃止の動きが見られる。わが国の文献として、山田洋「行政不服審査制度の実効性?―ドイツにおける廃止論議によせて」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、二〇一二年）五八一頁以下、恩地紀代子「ノルトライン＝ヴェストファーレン州（ドイツ）における異議審査手続の撤廃」神戸学院法学四五巻四号（二〇一六年）六〇一頁以下。不服申立手続が廃止されている場合、必要説によると、延期効の命令・回復を得るためには、取消訴訟を提起することが必要になるだろう。

(58) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 945.

(59) 民事訴訟法九二〇条二項は、「請求権と仮差押の根拠は、疎明されなければならない。」という規定である。これは直接には仮差押に関する規定であるが、民事訴訟法九三六条により仮処分にも準用されている。

(60) 以上について、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六六六頁以下を参照。

(61) BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1988, BVerfGE 79, 69 [74]. Siehe auch z. B. BVerfG, Beschl. v. 28. 9. 2009, NVwZ 2009, 945 [946].

(62) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 70, 74; Bader u. a. (Anm. 31), § 123 Rn. 18, 22.

(63) Vgl. auch Friedrich Schoch, Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz (Teil Ⅲ): Die einstweilige Anordnung, Jura 2002, 318 [324].

(64) なお、本案勝訴の高い見込みがあれば命令の根拠の認定を緩やかに行うなど、命令請求権と命令の根拠を相関的に判断することに関しては、それを否定する見解が多数である。Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 200; Gärditz (Anm. 51), § 123 Rn. 104, 113; Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 95; Bader u. a. (Anm. 31), § 123 Rn. 22, 26; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 83a f. それに対して、相関的な判断を肯定する見解として、Schenke, (Anm. 31) § 123 Rn. 26. ただし、行政側に社会扶助給付決定（わが国の生活保護支給決定に相当）を義務付ける仮命令の申立てが行われた場合が典型的であるが、一般的には相関的な判断を認めないとしても、具体的事例によっては、命令請求権が認められれば、命令の根拠の充足も推論されることがある。拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六七二頁以下を参照。

(65) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 373; Ehlers/Schoch (Anm. 57), S. 1015.

(66) Bickel (Anm. 44), S. 50 ff. Vgl. auch Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967), S. 9 ff. むろん、本文

で述べたような正当化ができるのかという問題がある。

(67) 参照、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六六三頁以下。

(68) Dieter Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (1971), S. 12 f.

(69) Vgl. Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 80 Rn. 148 ff.; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 386 ff.; Ehlers/Schoch (Anm. 57), S. 1016 ff.

(70) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 379.

(71) Redeker (Anm. 47), S. 530; Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 80a Rn. 25 f.; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80a Rn. 61 f.; Ehlers/Schoch (Anm. 57), S. 1021 f. Vgl. auch Bader u. a. (Anm. 31), Vor §§ 80 ff. Rn. 2.

(72) さらに、民事訴訟法の仮処分で明白性審理説を主張する見解に対してではあるが、利益衡量は利益に対する法的評価を前提とするところ、そのような評価は被保全権利の審理とあまり変わらない可能性があるのではないかという指摘が、わが国の民事訴訟法学においてなされていた。長谷部由起子「仮の救済における審理の構造（二）―保全訴訟における被保全権利の審理を中心として―」法学協会雑誌一〇二巻四号（一九八五年）七三三頁以下。

(73) BVerfG, Beschl. v. 25. 7. 1996, NVwZ 1997, 479 [480].

(74) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 200.

(75) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 74b.

(76) Gärditz (Anm. 51), § 123 Rn. 2によると、経過規律に関する規定の創設が議論の対象になっているという。

(77) Z. B. VGH Kassel, Beschl. v. 7. 10. 2014, NVwZ 2015, 447 [447]. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11. 10. 2013, NVwZ 2014, 363 [364].

(78) VG Wiesbaden, Beschl. v. 17. 9. 2014, GewArch 2014, 502.

(79) ただし、Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 164a; VGH Kassel, Beschl. v. 7. 10. 2014, NVwZ 2015, 447 [448] は、ⓑの要件に替えて、仮の権利保護の申立てが認容の見込みのないものでないことを挙げている。また、ⓒの要件についても、利益衡量によってその充足の有無を判断するという見解がある一方で（Gärditz (Anm. 51), § 123 Rn. 159; Schenke (Anm. 31), § 123 Rn. 29. Vgl. auch Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 120）、時間の切迫性から利益衡量は行われないと

説く見解がある（Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 359 ff.）。

(80) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 918. Vgl. auch Wolf-Rüdiger Schenke, Neuere Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht – Teil 2, JZ 2010, 1046 [1055].

(81) BVerfG, Beschl. v. 11. 10. 2013, NVwZ 2014, 363 [364].

(82) また、Bader u. a. (Anm. 31), § 80 Rn. 127は、延期効の命令・回復については変更手続が存在すること（行政裁判所法八〇条七項）を指摘して、経過規律を行う必要性に疑問を投げかける。仮命令においても変更手続は認められているので、この見解は仮命令の場合にも妥当すると考えられるが、申立てに対する詳細な審理は変更手続に留保しつつ、迅速に延期効の命令・回復や仮命令を行えば、経過規律の必要はなくなるということだろう。結果の衡量の審理方式と経過規律については、本文で述べたことのほか、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（二・完）」九七六頁以下も参照。

(83) Bork/Roth (Anm. 26), § 938 Rn. 1.

(84) Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 109.

(85) Bader u. a. (Anm. 31), § 123 Rn. 57. 拙稿「仮の救済」芝池義一先生古稀記念『行政法理論の探究』（有斐閣、二〇一六年）五〇一頁以下も参照。なお、山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論（上）」自治研究八五巻一二号（二〇〇九年）三二頁は、仮の権利保護の内容に関して裁判所が有する裁量は、訴訟手続の間は裁判所が時間の管理を行う権限と責任を持つことに基づくものであると理解する。

(86) 拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六六〇頁注（58）。

(87) VGH Kassel, Beschl. v. 14. 6. 1988, NVwZ 1988, 1149 [1150]. 付款の他の活用例に関しては、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（二・完）」九七二頁以下を参照。

(88) なお、ミュンヘン高等行政裁判所二〇一七年四月一二日決定は、原審がバイエルン州議会の区域内での集会を許可するよう行政側に義務付ける仮命令に、申立人が古式銃のレプリカなどを集会に持ち込むことを禁止する負担を付したのに対して、古式銃のレプリカなどが持ち込まれても、集会の平穏が損なわれたり危険が生じたりするおそれはないとして、申立人の抗告に基づき負担を取り消している。VGH München, Beschl. v. 12. 4. 2017, NVwZ-RR 2017, 574 [574].

(89) 拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六七九頁注（136）。

(90) Bernhard Wieczorek/Rolf A. Schütze (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze Band 11. 5. Aufl. (2019), § 940 Rn. 18; Schuschke u. a. (Anm. 26), Vor § 935 ZPO Rn. 84, § 938 ZPO Rn. 35, § 940 Rn. 17. Bork/Roth (Anm. 26), Vorbemerkungen § 935 Rn. 56は、法律関係の仮の確認は本案先取りに当たり、限られた場合しか許されないという。

(91) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 217.

(92) VGH München, Beschl. v. 12. 7. 1993, NJW 1994, 2308.

(93) VG Gießen, Beschl. v. 3. 11. 2000, NVwZ-RR 2001, 431.

(94) VGH München, Beschl. v. 12. 7. 1993, NJW 1994, 2308 [2308 f.].

(95) Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 19. 9. 1986, NJW 1987, 1215 [1216].

(96) Bader u. a. (Anm. 31), § 80 Rn. 112.

(97) OVG Münster, Beschl. v. 25. 2. 2003, NVwZ-RR 2003, 637 [637].

(98) VGH Mannheim, Beschl. v. 17. 5. 2004, NVwZ-RR 2005, 472 [472, 474].

(99) また、ミュンヘン高等行政裁判所二〇一七年一〇月一一日決定は、建物を宿泊施設として利用することを禁止する命令が即時執行命令付きで発せられたことを受けて、建物の所有者が延期効の回復の申立てを行った事例において、建物の不備が改善されれば即時執行命令を取り消す旨の負担を付して、申立てを棄却する決定を行っている。VGH München, Beschl. v. 11. 10. 2017, DVBl. 2017, 1510 [1515]. ただし、このように延期効の命令・回復の申立てを棄却する決定に負担を付することに関しては、比例原則に適うものと評価する見解（Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 1003; Schenke (Anm. 31), § 80 Rn. 169）がある一方で、行政裁判所法八〇条五項四文の文言に反するなどと批判する見解（Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 80 Rn. 168; Bader u. a. (Anm. 31), § 80 Rn. 112; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 438）もある。

(100) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 1080; Gärditz (Anm. 51), § 80a Rn. 22; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80a Rn. 53.

(101) VGH Mannheim, Beschl. v. 9. 4. 2014, NVwZ-RR 2014, 752. ただしこの決定は、難民の受入れを担当する行政庁が難民認定申請者のための住居を他で確保できるようにすべく、利用禁止命令の発効を一定期間猶予している。

(102) Wieczorek/Schütze (Anm. 90), § 935 Rn. 29 f., § 938 Rn. 10 f; Bork/Roth (Anm. 26), Vorbemerkungen § 935 Rn. 29 f.; Schuschke u. a. (Anm. 26), Vor § 935 ZPO Rn. 31, § 938 ZPO Rn. 12.

(103) 参照、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六六一頁注（72）。ただし、例外を認めた裁判例の中には、本案先取りに当たらない場合よりも、仮命令の実体的要件を厳格にするものがある。Vgl. Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 103; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 144 f. 拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六七五頁注（89）、六七六頁注（98）も参照。

(104) BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1988, BVerfGE 79, 69 [74 f.]. この決定は、郡議会での宣誓拒否を理由に議員資格を認められなかった申立人が、本案訴訟（議員資格の付与を求める義務付け訴訟と思われる）を提起するとともに、本案判決の確定まで議員の地位に就くことができるよう仮命令の申立てを行った事例に関するものである。本文と同様の判示は、例えば連邦憲法裁判所二〇一一年九月一二日決定でも行われている。BVerfG, Beschl. v. 12. 9. 2011, NJW 2011, 3706 [3707 f.].

(105) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 185.

(106) Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 141b.

(107) 参照、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（一）」六六二頁注（74）。

(108) VGH Mannheim, Beschl. v. 6. 3. 2012, NVwZ 2012, 837 [837 f.].

(109) 拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（二・完）」九七九頁以下を参照。

(110) 行政裁判所法一一三条五項は、「行政行為の拒否又は不作為が違法であり、それによって原告の権利が侵害されている場合において、事案が判決に熟しているときには、裁判所は、求められている職務行為を行うよう行政庁に義務付ける判決をする。その他のときには、裁判所は、自身の法的見解を顧慮して原告に対する決定を行うよう義務付ける判決をする。」という規定である。

(111) 裁判所が判決で示した法的見解を顧慮して行政庁に決定を行うよう義務付ける判決のことであり、かつては指令判決と訳されていたものである。

(112) 山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）―ドイツ法の視点から」自治研究八一巻四号（二〇〇五年）七一頁以下、横田明美『義務付け訴訟の機能』（弘文堂、二〇一七年）九一頁以下も参照。

(113) 裁量の行使に瑕疵があるとみえるに過ぎない場合、支配的な見解によっても、決定義務付けの仮命令を発する可能性があるが（vgl. z. B. VG Köln, Beschl. v. 28. 6. 2016, BeckRS 2016, 48192）、それに対しては、決定義務付けの仮命令は申立人の権利利益の保全にとってほとんど役に立たないという指摘がある。参照、拙稿・前掲注（10）「仮命令決定の審理構造（二・完）」九八五頁以下。

(114) Sodan/Ziekow (Anm. 14), § 123 Rn. 107.

(115) Schoch (Anm. 43), S. 1677 ff.; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 160 ff.

(116) 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）一二四頁も参照。

(117) Wieczorek/Schütze (Anm. 90), § 921 Rn. 12; Schuschke u. a. (Anm. 26), § 921 ZPO Rn. 12.

(118) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 221; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 123 Rn. 136. ただし、民事訴訟法九二一条一項の準用は認められず、仮命令の実体的要件に関する疎明の不足を立担保によって補うことはできないとされる。Vgl. auch VGH Kassel, Beschl. v. 4. 5. 1988, NVwZ-RR 1989, 507 [508]. しかし、それに対しては異論もある。Bader u. a. (Anm. 31), § 123 Rn. 57.

(119) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 225.

(120) OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 6. 1985, NJW 1985, 2347 [2347]. Vgl. auch VGH Kassel, Beschl. v. 17. 9. 2013, NVwZ-RR 2014, 86 [87].

(121) 拙稿・前掲注（10）「ドイツ行政裁判所法における仮命令手続と本案訴訟の関係に関する一考察」一〇九八頁以下を参照。

(122) Finkelnburg/Dombert/Külpmann (Anm. 31), Rn. 1008; Schoch/Schneider (Anm. 31), § 80 Rn. 433. なお、民事訴訟法九四五条は延期効の制度に準用されないとする見解が支配的であり（参照、拙稿・前掲注（10）「ドイツ行政裁判所法における仮命令手続と本案訴訟の関係に関する一考察」一一〇〇頁）、それによれば、第三者の損害賠償請求権を保全するために延期効の命令・回復の申立人に立担保を求めるということは問題にならない。

(123) ちなみに、財政裁判所法六九条一項は、争訟の提起によっても行政行為の執行は阻止されない旨を定めて、執行不停止原則を採っているが、その理由として財政裁判所法の草案の政府提案理由書は、さもないと執行の引き延ばしのみを目

的とする争訟の提起が懸念されるということを挙げている。BT-Drs. 4/1446, S. 51.

(124) BVerfG, Beschl. v. 22. 9. 2009, NVwZ-RR 2010, 29 [30].