

40 ドイツ行政訴訟法のギリシャ法への影響

エバンゲリス・ベイス

(安達栄司訳)

序論	Ⅲ 仮の権利保護
I 法体系における行政裁判権の位置 付け	Ⅳ 学説への影響
Ⅱ 訴えの種類	V 結語

序 論

ギリシャで権利を実現しようとする者は、多くの理由からギリシャの行政裁判権に不満を持つ。恐ろしく長期に渡る訴訟期間を別としても、認められている訴えの種類、仮の権利保護、行政法関係のチェック体制、並びに裁判所の判決が行政実務に及ぼす影響という領域において、しばしば権利保護が不十分であると言われている。

行政裁判権は、ギリシャでは1929年以来フランスのコンセユデタをモデルとして行政行為及び下位の法規の取消しのために国家評議会を設置したことに始まる。ギリシャの行政法及び行政訴訟法はその限りににおいてフランスの法体系から直接解釈論を引き出している。判例及び学説は、数十年の長きに渡りもっぱらフランス法だけに目を向けていた。国家評議会は、最上級の行政裁判所であったが、その間にそれと並ぶ特別の行政裁判所もいくつか設置された。その中でも最も重要な部署が財政裁判所であった。同時にまた、多くの公法上の紛争に関して通常裁判権が管轄権を有していた。

1975年の憲法によって初めて抜本的な変革が生じた。実体的行政事件を管轄する行政裁判所が憲法に規定されたのである（ギリシャ憲法94条1項）。しか

し国家評議会の取消権能は維持された（ギリシャ憲法95条1項a）。行政裁判権は通常裁判権から厳密に分離され、通常裁判権は公法上の紛争に関する管轄権を失うことになった。さらに、憲法はその根本的要素としてドイツの基本法理論及び法治国家理論を取り入れ、その結果、「上部構造」は主としてドイツ法に倣って新しく作りなおされたが、しかし「下部構造」は伝統的なフランス様式のままであった。

このときから、ドイツ法思想のギリシャ法への間接的影響がはっきりしてくる。ドイツの基本法理論を通してみると、フランス法体系の権利保護の不十分さがよりはっきりとしてくるのであり、それに倣っているギリシャの制度は今日では時代遅れのものであると見なすことができる。それ以上に、ドイツ行政法との最初の接点が生まれることになり、最終的には、おぼろげながらも若干の学説がドイツの行政訴訟法理論に影響を受けている。

1961年以来ドイツにおいて行政裁判所法が導入され、その理論体系が多くの国の法秩序にとって模範として役立つことができるものである、ということも驚くべきことではない。しかし、フランスの法思想が依然として今も、そして特に判例においては支配的であるということは、はっきりさせなければならない。それ以上に、権利保護の不十分さを補うための多くの発展は、ドイツの行政裁判所法よりも、むしろ直接の通用法として立法者に対してうっとうしいほどの圧力を行使しているヨーロッパ連合法及びヨーロッパ人権条約に多くを負っている。

いずれにせよ、権利保護のための大きな不足は依然として放置されているのであるから、立法者及び学説は常にその間隙を埋めようと努力している。以下では、二つの訴訟法体系の共通点と相違点のいくつかを論じようと思う。共通点はドイツ法思想の影響を示し、相違点は望ましいとすべき、又はこれから始まろうとする影響を示すことになる。

I 法体系における行政裁判権の位置付け

1 行政裁判権と権利保護の保証

1) ドイツ法の状態

ドイツ基本法には、裁判権の厳格な分離を直接定めるような規定はない。通常裁判権、行政裁判権、財政裁判権、労働裁判権及び社会裁判権の各分野は連

邦の最上級審裁判所の存在によって認知されているのであって、権限の分離が必要とされているわけではない（ドイツ基本法95条1項）。下位法規の立法者は、行政法上の出訴範囲に関して、すべての公法上の紛争であって憲法的性質を有しないもの、並びに連邦法によってその他の裁判権に委ねることが明らかになっていない紛争、という一般条項によって明らかにしている（ドイツ行政裁判所法40条1項）。財政裁判所法及び社会裁判所法はそのような連邦法だといえる。さらに、行政裁判所法40条2項は、多くの公法上の争いに関して通常の裁判権が開かれていることを規定する。

個人の基本権にして、同時に本質的な客観的価値判断だといえるのは、ドイツ基本法19条4項である。この規定によれば、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。別の管轄権が理由付けられないならば通常の裁判権が認められる。すなわち、法秩序における行政裁判権の位置付けは、一方では権利保護の保証によって、他方では行政裁判所法40条についての下位法規の立法者によって、定まる。その結果、行政訴訟によってまず最初に目的とされるのは個人の権利保護である。なぜなら、ドイツ基本法は行政裁判権を行政内部における客観法のコントロール手段として位置付けていないからである。「何人も自己の権利を侵害された」という文言からしてすでに、ドイツ基本法は客観的な客観法の違法性審査を目的とするのではなく、裁判所による個人の権利保護を意図していることは明らかである。

ドイツ基本法19条4項の権利保護の保証は、確かにそれ自体が基本的権利ではあるが、しかし固有の保護法益としては主観的権利（基本権または通常法規）の存在を前提とする。その際に、権利侵害それ自体は、裁判所への出訴の前提要件ではなく、むしろ理由付けになる。さらに、ドイツ基本法は、裁判所による審査が行政による純粹の自己審査よりも優先すると考えている。

連邦憲法裁判所の判例によれば、ある面で効率性を重視する異議手続は行政裁判所による権利保護を補完するものに過ぎない。すなわち、異議手続は行政裁判権の負担を大きく軽減することもあるかもしれないが、しかし代替はしないということである。公権力に対する権利保護は、できるだけ網羅的で、包括的で、また特に効率的でなければならない。市民の権利を侵害する公務員のすべての活動は、事實的観点からもまた法的観点からも完全に裁判所による審査に服するものとされている。行政裁判所へのアクセスは、通常の法規によって不必要に困難にされたり、完全に閉ざされたりしてはならない。その場合、適法性の要件はすべて、基本法に照らして解釈されなければならない。ドイツ基

本法は、既成事実の完了を防止し、そのために仮の権利保護が保障されなければならないことも定める。

2) ギリシャ法の状態

ギリシャ憲法の起草者は1975年になってはじめてギリシャ憲法20条1項において権利保護の保証を定めた。この規定の保護範囲は公法上の紛争も私法上の紛争も包含し、もろもろの権利だけでなく保護に値する正当な利益もまた宣言している。

主としてドイツの憲法裁判所を通じて発展してきたドイツ基本法の権利保護の考え方は、大いなる期待をもって憲法改正を待ち望んでいるギリシャの学説に対して深淵までかつ強固に影響を与えてきた。最初に、ギリシャ憲法20条1項は個人の基本権に影響を与えると同時に、制度の保障も確立することが明らかにされた。制度の保障と制度的保障の区別に関するかつてのドイツの理論は、ドイツでは、基本権の二重の性格——一方で公法上の主観的権利、他方ですべての国家権力を拘束する価値判断の性格を持つ——を承認することによって克服された。基本権の二重の法的性格は、ギリシャでは採用されず、その結果、制度的保障と制度の保障に関する古い理論が今でも通用している。

次に、権利保護請求権が包括的かつ効果的でなければならないことについて一致が見られる。しかし、このような指摘が正鵠を射ているとしても、取消申立手続の存在及び義務付け訴訟の明文規定の不存在という枠内においては、国家評議会による法的コントロールの欠如が原因となって権利保護が不十分になっているという明白な結論を導き出すことをほとんどの学者がしてこなかった。むしろ逆である。取消申立手続に関する国家評議会の管轄権に関するギリシャ憲法95条1項aの権限規定は、権利保護の保証を規範上具体化するものとして解釈されてきた。

国家評議会の判例のために全体的発展が危機に陥った。上級の裁判所は権利保護の保証の射程を無視しているという印象がもたれた。ドイツの連邦憲法裁判所の例に倣った解釈論をさらに発展させたり、少なくとも学説上の支配的見解を支持するような判決はまったく登場しなかった。多くの判決は、適法性の要件または法的救済の許容性に関する問題についてのものである。国家評議会の真の成果は、権利保護を完全に拒絶するような法律については憲法違反を理由に破棄するという点に関して認められる。しかし、権利保護の保証の範囲または効率性に関する問題については、国家評議会はなんら意見表明しなかつ

た。ただし、国家評議会はギリシャ憲法95条1項aに定められた取消申立手続という法的救済と権利保護の保証との関係を特別に慎重に明らかにしている。すなわち、国家評議会の判例によれば、取消申立手続の憲法上の根拠は、権利保護の保証に関する憲法レベルでの特別規範として理解すべきであり、よって権利保護を完全に制限することが可能である。

2 法治国家における行政裁判権

1) ドイツ法の状態

行政裁判権は、行政、立法、並びに個人の権利保護の交差点に位置する。そこですべての法秩序のもつ法治国家の観念が反映されていることは特に印象深い。行政裁判権に関しては、たとえば裁判官の独立、法定裁判官の保障、法的審問権の原則、手続的公正の原則、または武器対等等、法治国家原理に含まれる又はそこから導き出されるあらゆる保障原理が妥当している。それ以上に、憲法の優位、法律の優位及び法律の留保、並びに行政行為の比例原則、信頼保護及び明確性といった法治国家原理から導き出される諸原則が⁸、行政裁判権を通じて意義を獲得している。

法治国家原理から導かれる権力分立の原則を通して、行政裁判権はその外的限界を知る。ドイツ基本法は、権力分立理論によって形作られた憲法史上の伝統を受け継いでおり、それが基本法の理解の助けを提供しているが、しかし、自然法的に時代を超えて通用するようなドグマに陥るようなことはない。今日の理解によれば、権力分立は統一的原理ではなく、むしろ権力の分配と分離による制限的構造体である。行政は、ドイツ基本法20条2項2文において、単なる執行機関としてではなく、憲法上の直接の作用として構想されている。行政の本質は法適用にあるが、それは立法府による既成の判断を単純に実行するだけではなく、固有の具体化の作業として現れる。行政裁判権は行政の法律拘束性を確保する。それゆえに、行政裁判権は国家権力を限界付けるために不可欠の条件である。この権力部門において、ドイツ基本法19条4項、93条及び100条に基づく裁判作用が確定される。この裁判作用は、包括的な審査を許するが、行政の全面的審査を認めているわけではない。争いがあるのは、したがって、審査不可能な行政の裁量的及び形成的な範囲に関するチェック密度の大きさだけである。

このような要件のもとで、権力分立は、例えば、拒絶された又は放置されている行政行為の発令を行政に義務付けることを言い渡す義務付け訴訟の導入に

として何らの支障にはならない。

法治国家は、ドイツ基本法28条1項1文において基本原理として確立されているが、しかし、ギリシャの憲法ではそうではない。そうであればなおさら、ギリシャの学説及び判例が、間接的に通用する、不文の憲法原理として法治国家を採用していることはその功績であるといえる。

2) ギリシャ法の状態

過去の学説でもすでに、30年代から法治国家原理に従うべきことは表明されていた。法治国家原理への特別の思い入れは、1975年の憲法体制のもとでの最近の学説をして、憲法の下位次元の法秩序における法治国家性の不足状態を辛らつに批判することを実現させた。この学説は、法治国家原理を採用するための規範上の手がかりとその内容、さらに民主主義的な基本秩序への法治国家原理の影響を慎重に探求し、法治国家原理を憲法の「中核」に組み込み、法治国家原理に永久条項を付与した。そのうえ、憲法上制度化されている取消申立手続は法治国家に組み込まれるべきであるという見解までも主張され、そのため、取消申立手続もまた同様に永久条項に包摂されることになった。

国家評議会は、1978年によりやく法治国家原理を承認した。そこから、比例性原則が直接導かれた。しかし、国家評議会が比例性原則（適合性、必要性、狭義の比例性）を明確に承認したわけではないことを考慮しなければならない。投入された手段は規範目的と結びつかない、ということも国家評議会は述べている。しかし、「結びつく」とはいったい何を意味するのかはいまだにはっきりしない。法治国家原理の影響のもとで特別権力関係論の採用は放棄された。国家評議会は、さらに、信頼保護及び法的安定性の原則を承認した。行政行為の法律適合性の原則は、それが法治国家原理に組み入れられることによって、国家評議会の判例を通じて新しい輪郭を示すことができた。

国家評議会は、取消申立手続の管轄権に関する上述のギリシャ憲法95条1項aの権限規定を法治国家原理の派生物であると理解している。取消申立手続は憲法及び諸法律の基本原則を実現するための手続上の手段である、とする。

II 訴えの種類

1 ドイツ法の状態

ドイツの行政裁判権は、豊富な訴えの種類を有しているが、そのうち最も重要なものが取消訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟、給付訴訟、確認訴訟、抽象的規範審査、法規発令訴訟及び機関訴訟である。ドイツ行政裁判所法においては、ただ取消訴訟及び義務付け訴訟（42条1項）、確認訴訟（43条1項）、並びに抽象的規範審査が定められているに過ぎない。その他の訴えの種類は、効果的な権利保護のために判例及び学説によって発展してきた。

ドイツの行政裁判権は、包括的な、綻びの無い、そして効果的な権利保護を提供できるよう、訴えの種類について豊富な兵器庫を備えて模範的な対応をしている。ドイツの憲法がギリシャの行政裁判権のための憲法的指針の形成に影響を与えていたとしても、ギリシャの訴えの種類の貧弱さを考えるならば、ドイツ行政裁判所法は全く有効なモデルになりえなかったに違いない。とはいえ、ドイツ行政裁判所法の取消訴訟と義務付け訴訟を紹介し、将来の継受のための模範になるようギリシャの法状態と比較することは意味があるだろう。

1) 取消訴訟

取消訴訟を通じて、原告の主観的権利を侵害する違法な行政行為は取り消される。取消訴訟が許されるかどうかにとって決定的なのは、原告が自己の権利侵害を明瞭に主張することである。原告による侵害の主張が必要とされるのは、ただ公法上の主観的権利だけである。公法上の主観的権利とは、国家又はその他の公法上の行政権の主体に対して、具体的な作為、受忍、又は不作為を要求することができるという、公法に基づいて個々人に付与される法的権限である。公法上の主観的権利は、法規からのみ明らかになる。法規が暗号的に個々人の権利を一般の利益よりも際立たせている場合でもよい。法秩序によって保護に値するとして承認されている個人的利益も公法上の主観的権利に該当する。

取消訴訟は、原則的に行政裁判所で提起され、上級行政裁判所が原則的に控訴を管轄し、また連邦行政裁判所が上告を管轄する。特に重要な事件の場合には、第一審の管轄権を上級行政裁判所が有し（ドイツ行政裁判所法48条）、あ

るいは連邦行政裁判所が管轄権を有することさえもある。

行政裁判所は、職権探知主義のもとで、包括的な事案解明が義務付けられている（ドイツ行政裁判所法86条1項1文）。訴えに理由があるかどうかについて、行政裁判所は行政行為の発令のために整然とした手続が実施されたかどうか、また行政行為がその法的根拠及びその他の下位法規に合致するかどうか（法律の留保と法律の優位）を審査する。この合致の有無の審査は、判断の基準となる法規に事実関係を当てはめることによって行われる。不特定概念は裁判所による完全な評価及び事後審査に服する。

多くの不特定概念の場合、行政上の判断に基づく固有の評価は裁判所による審査を免れているのであって、その際には裁量判断の余地があるといわれる。裁量判断の余地は、次のような場合に考えられる。すなわち、審査及び審査類似の判断、公務員法上の査定、鑑定人及び・又は利益代表者による決定を通じて行われる・指示を受けない評価的性質の判断、予測的判断及び危険評価、所与の要素、特に行政政策的性質を有する個々の不特定法概念に関する判断に關してである。裁量判断の余地は、判例によりさまざまな理由付けをもって形成されてきた。このことは、判決についての主観的評価、事後審査もしくは予見可能性ができないこと、又は特別の判決状況に左右される。裁量評価の余地を限定し、そしてそれを再び裁判所による審査対象にしようという連邦憲法裁判所の傾向にもかかわらず、この裁量判断の余地は、主として審査上の判断、公務員法上の査定、科学的及び技術的評価、予測判断、技術的及び経済的評価の場合に認められている。裁判所によるチェックは、手続上の瑕疵、事実探知の際の瑕疵、無関係な考量要素の導入、平等原則違反、及び一般的な評価原則の不遵守に限られている。

裁量判断は、裁量権の不行使、裁量権の濫用、及び裁量権の逸脱に関してのみ事後審査できる。

最後に、行政行為は広義の比例性原則と合致しているかどうか審査される。狭義の必要性及び比例性の審査は、たいていの場合、裁量判断に関する入念な審査を引き起こす（ドイツ行政裁判所法42条1項後段）。

2) 義務付け訴訟

ドイツの行政裁判権の偉大な功績といえるのが義務付け訴訟である。義務付け訴訟は、（拒否に対する異議訴訟という形で）拒否に対して、又は（不作為訴訟の形で）行政の不作為に対して、一定の行政行為の実施を求めるものであ

る（ドイツ行政裁判所法42条1項後段）。

行政行為の取消を目的とする取消訴訟とは異なり、義務付け訴訟では行政行為の実施が求められる。義務付け訴訟の原告は、利益提供、すなわち出発時点と比較して改善された状態を獲得しようとする。それゆえに、通常原告は行政行為の拒絶を取り消すのではなく、自己に有利な行政行為をするよう行政庁を義務付けようとする。行政の拒絶又は不作為が違法で、かつ原告がそのことによって自己の権利を侵害されたならば、裁判所は、事案が判断に熟しているとき、申し立てられた公的行為を実施する義務があることを行政庁に言い渡す。あるいは、裁判所は、裁判所の法的見解を尊重して原告を原状に復帰させることを言い渡す（ドイツ行政裁判所法113条）。判断に熟するとは、意図されている裁判所の判決のためのすべての事実上及び法律上の前提条件が訴えによる要求を通じて存在している、ということを意味する。通常、裁判所は、本案判決ができるようにするために、すべての物的及び法的前提条件を審査し、またそのような状態を生み出さなければならない。特に、裁判所は事案解明の不足部分について官庁を通じて補い、また不明確な法律概念を自ら判決しなければならない。

作為を義務付ける裁判所の判決によって、行政庁は申し立てられた行政行為を発令する義務を負う。裁判所は、事案を包括的に解明する機会を有した後、行政には異別の取り扱いは認められないという結論に達するだろう（争いの成熟性）。作為の義務付けの判決には、要求された行政行為の発令による具体化作業がなお必要になるだけである。それ以上の、原告の請求権の根拠や範囲に関する自己責任による判断権限は行政には認められない。しかし、成熟性が欠けるならば、行政は、裁判所の法的見解を尊重して改めて原告の権利を制限することを義務付けられる。したがって、作為の義務付けと権利制限の義務付けの本質的相違は、作為義務の場合、行政はもっぱら裁判所の判決を裁判上指導された行政上の行動に置き換えるだけなのに対して、行政による権利制限の義務付けの場合、限定的な範囲で新しい判断が行われることにある。

裁判所は、自由裁量の余地又は裁量判断の余地が行政に認められているような事案においても、自己責任による判断権限を維持しなければならない。ここでは、裁判所によって確定された裁量の瑕疵が、行政行為の発令を義務付ける判決によって自由裁量の余地を取り除くためのきっかけとして利用されてはならない。しかし、作為の義務付けが生じ得るのは、裁量がゼロにまで収縮されるときである。

ドイツ行政裁判所法172条によれば、官庁は自己に課せられた義務に従わなければならない。官庁がそれをしなければ、第一審裁判所によって官庁は2000マルクまでの強制金を課せられ、職権によって執行される。強制金は、繰り返し賦課され、強制執行され得る。

2. ギリシャ法の状態

1) 取消申立手続と取消訴訟

ギリシャ法には、行政行為を取り消すために二種類の訴えがある。すなわち、取消訴訟と取消申立手続である。判例は、訴えの種類の不足についての隙間をすすんで創造的に補充しようとしなかった。特に学説はこの点について理論的に強固な研究を通じてその方向に仕向けることをしなかった。

取消申立手続は原則的に国家評議会に提起される。取消申立手続は、申立て権限及び不特定概念の裁判所による審査の点で、まずドイツの取消訴訟から区別される。

申立て権限を有するのは、自らが取り消されるべき行政行為によって物質的又は非物質的な損害をこうむったこと、そしてその損害が自分と取り消される行政行為との間の法律関係に基づいて発生した、と主張する者である。そのために、申立て権限の範囲は、取消訴訟よりも広く画定される。

裁判所による適法性の審査は、事実関係の評価を排除する。事実関係の評価は、不特定概念の審査と関連する一つの問題にすぎない。国家評議会は、不特定概念を行政裁量権と同一視するか、又は単純に不特定概念を具体化すること及びその具体化に基づいて行政の判断を審査することを避けるかのいずれかである。したがって、行政の評価的判断の全体は追証されず、よって裁判所による審査から免れる。審査の密度は、おおよそドイツの裁量的判断の余地に相当する。しかし違いは、裁量的判断の余地が合理性の基準に依拠した制限的な例外を意味するという点にある。それに対して、取消申立手続の枠内においては、全体的判断の追証は構造上あらかじめ排除されており、そのためにできるだけ隙間の無い包括的な権利保護の要請は、直ちに挫折することになる。

このことがまた、国家評議会が権利保護の保証を継母のように取り扱ってきた理由でもある。包括的かつ効果的な権利保護に真剣に取り組もうとするならば、取消申立手続は敬意を表すべきその歴史にもかかわらず以前からすでに時代遅れになっていて、その代わりに効果的な法的救済方法が創造されるべきである、という悲しむべき要求に帰着することになる。

ギリシャの取消訴訟は、提訴権限及び行政行為の適法性審査の範囲に関してほぼドイツのそれと同じである。取消訴訟は、原則的に行政裁判所で提起されるが、例外的には上級行政裁判所又は国家評議会に提起されることもある。取消訴訟は、自分自身の権利侵害を主張することが要件であるが、裁判所はより広い範囲にわたって不特定概念に関する行政庁の判断を審査する。その際には、特別の理由付けが無くとも、裁量的判断の余地の必要性はたいてい行政上の自由裁量権とみなされる。

取消申立手続は、1929年に国家評議会の形で行政裁判権が創設されると同時に、行政に対する唯一の法的救済方法として導入された。その歴史は、国家評議会の歴史と歩調を合わせている。行政行為及び行政によって定められた法規の取消を求める取消申立手続の適法性は一般条項の形で規定されている。取消訴訟はその後ようやく導入された。国家評議会も、また特別の行政裁判所も、明確な一覧カタログの枠内において取消申立手続の管轄権を有していた。

取消訴訟と取消申立手続という二つの異なる法的救済方法は、フランス法を模範とする取消事件と実体的行政事件の区別に由来する。憲法自体は、実体的行政事件に関して一般行政裁判所の管轄権を定め（ギリシャ憲法94条1項）、それによって、実体的行政事件は憲法上承認された。憲法は取消事件について明文によって定めなかったが、しかし取消申立手続に関する国家評議会の管轄権に言及し（同95条1項）、次のように定める。すなわち、国家評議会の取消管轄権に基づく一群の事件に関する判断は、法律によって別の審理機関である一般行政裁判所に委ねられ得るが、しかし、国家評議会の最終審としての管轄権が留保されていなければならない（同95条3項）。

権利保護の保証に照らしてみると、取消訴訟を引き立てるような形で取消申立手続を最小限に制限すること、又はそれどころか完全に廃止することが合理的のように思われる。しかし、取消申立手続は、国家評議会の管轄権に含まれる。権限の縄張り主義に基づいて、国家評議会は可能な限り取消訴訟を固定的に解釈上制限し、また取消申立手続の憲法上の基礎を熱心に強調し、さらに包括的かつ効果的な権利保護を求める権利を完全に無視して、取消申立手続に関する憲法上の権限分配規定は法治国家原理に依拠するとさえ宣言してきた。

しかしこの判例においては、憲法の起草者が取消申立手続の権限分配規定を通じて最初は下位法規の立法者を拘束し、決して下回ってはいけない最小限度のものを行政行為の全体に対する権利保護に付与させることを意図していた、という事実が誤認されている。当然のことながら、権利保護をこのような最小

限度のものに押さえ込んでおくことは、憲法の起草者の意図ではない。完全なる成長を遂げた行政裁判権が不存在であることに鑑みると、憲法の起草者は、公法上の紛争を将来は下位の行政法上の審理機関に委ねるということを下位法規の立法者に託していたと思われる。

事実、立法者は一般行政裁判権の下に特別の行政裁判所を行政裁判所及び上級行政裁判所として設置し、1983年には法律1406/1983第1条によって実体的行政事件をすべて行政裁判所に委ねた。それゆえに、取消事件と実体的行政事件に関する伝統的な区別を放棄して、すべての公法上の紛争を実体的行政事件として理解し、それらを行政裁判所に任せて、そして国家評議会の機能を下級審の判決の破棄に制限することが可能であった。しかし国家評議会は独自路線を選択して、取消事件と実体的行政事件の違いを強調し、かつ取消申立手続は少なくとも憲法上保障されている、と宣言した。このような理由から、行政行為の取消のための国家評議会の管轄権は一般条項的に存続し、それと並列的に実体的行政事件に関する行政裁判所の管轄権が存在しているのである。

しかし立法者が、制定法によって創設される、又は新しく規制される公法上の法律関係の大部分を行政裁判権に委ねていることは明らかである。その結果、国家評議会に有利になるような一般条項は徐々に収縮され、下位の行政裁判所の管轄権がさまざまな法律において実の方々に散見されるようになった。

しかしながら、法的救済の二重構造は権利保護の保証に鑑みるならば時代遅れであり、それを放棄することが憲法上要請される。その際にドイツの規制方法は非常に有益な役割を果たすことができるだろう。

2) 義務付け訴訟に類似の法的救済方法の欠如

義務付け訴訟の欠如は、ギリシャの行政裁判権にとって紛れもなくアキレス腱である。行政による拒否の決定又は行政の不作为は、ただ取消及び撤回の対象になるにすぎず、その結果、行政行為を取り消す判決は申し立てられた行政行為の実施を個別に漠然と義務付けるだけである。それどころか行政がその行政行為の拒絶又は不作为に固執することもしばしばである。その他の点では、申立人にとっては、改めて取消申立手続を申し立てることと全く変わるところがない。

権力分立及び行政裁判権の本質に関する国家評議会の考え方は、義務付け訴訟の不導入に決定的に作用してきた。学説は、義務付け訴訟の不存在に起因する人間の尊厳に悖るような権利保護の不足をしばしば論じてきたが意味がなか

った。立法者及び国家評議会は、今日まで相互に強調してこの問題に手をつけようとしない。

Ⅲ 仮の権利保護

1 ドイツ法の状態

取消訴訟の提起は、原則的に執行停止効を生じさせる（ドイツ行政裁判所法80条1項）。執行停止効が生じないのは、法定の場合（例えば、公的賦課及び費用の命令、延期不可能な命令及び警察執行公務員の措置、ドイツ行政裁判所法80条2項1号及び2号）、又は公益もしくは関係者の支配的利益のために行政庁による即時の執行が特別に命じられる場合（ドイツ行政裁判所法80条2項4号）である。

執行停止効が法律によって消滅するときでも、本案の裁判所は申立てに基づいて執行停止効を全部又は一部命じることができる。行政庁が即時の執行を命じていたならば、執行停止の効力が復活する可能性がある。法律においては、執行停止効を命じる又は再生するための基準が存在しない。裁判所は、事案の全体的考量の下で判断し、その際には取消訴訟の勝訴の見込みや起こり得る権利侵害の重大性、並びに双方の側での事実上の不利益が考量される。

2 ギリシャ法の状態

仮の権利保護は最近まで全く発展していなかった。ヨーロッパ連合からのうとうといほどの圧力のもとで、立法者は仮の権利保護を拡張することを強いられた。その結果、仮の権利保護の領域における権利保護の不足という状態を行政裁判所にみることはできない。しかし、おそらく（制定法上の模範は知られていないが）ドイツを範にして解決された問題群が存在している。

ギリシャ法によれば、取消申立手続又は取消訴訟という形で行なわれる行政行為の取消は、法律によって特別の定めがある場合を除き、原則的に執行停止効を発生させない。本案の裁判所は、しかし、原告の申立てに基づいて執行停止効を命じることができる。これがドイツ法との共通の出発点になる。裁判所は、行政行為に執行停止効を生じさせることができる。しかし、執行停止効が認められるのは、勝訴の見込みとは無関係に修復不可能な損害の危険性が存在する場合に限られる。申立人にとって確実に見込まれる損害が修復可能である

ならば、本案の法的救済についての勝訴の見込みがどんなに明白であったとしても、執行停止効は命じられない。修復可能な損害とは、国家評議会の判例によれば金銭損害であり、その金銭損害が申立人の破産宣告を引き起こすような場合であってもそのように扱われる。

このような支持できないような法律状態は、1999年の法律によって（法律2721/1999第39条N）少なくとも取消申立手続に関しては終止符を打たれた。取消申立手続の成功の見込みは、損害の発生とあわせて考量されることになり、あるいは取消申立手続の成功の見込みが明白な場合には執行停止効を命じるための重要な基準になると説明されている。この法律の公布の三ヶ月前に、実体的行政事件に関する新しい行政訴訟法が発効した。このギリシャの新行政訴訟法は、202条1項において、勝訴の見込みが無い場合であっても修復可能な損害を決定的な基準として考慮することに固執している。しかし、勝訴の見込みは、権利保護の効率性の点でもまた行政行為の適法性の点でも、執行停止効を命じる際の判断において併せて考慮されなければならない、また公の又は私的な利益に関して生じる損害の可能性を仮定して考量されなければならない。

IV 学説への影響

行政裁判権に関する学説は—行政に対するコントロールの密度を度外視すれば—一両国いずれにおいても訴訟法学説に強く影響を受けている。訴訟物又は既判力の問題は、全く同じように争点となり、そしてその争点を主として民事訴訟法学における解決方法の提案に依拠して回答しようと試みられている。

けれどもドイツの学説は、証明責任に関しては独自の道をすすんでいる。実質的な証明責任に関してはローゼンベルクの「規範説」が妥当し得る範囲は非常に限られていることが以前に明らかになっていた。真偽不明の場合の危険分配に関して見解が分かれる中で、判例においては一種の「領域責任」が形成されてきた。訴えを提起する市民は、すべての事実を主張し、それを証明するために自分の生活領域に存在し、かつ自分が入手可能な証拠方法を挙げなければならない。

ドイツの証明理論は、規範説からの乖離という点で、訴えの種類によって証明上の負担に格差をつけることを提案するギリシャの学説に影響を及ぼしたといえる。

ドイツの理論の重点が行政に対する裁判上の審査の強さやそれと関連する一対の概念である不特定概念と行政裁量のなかに認められることは疑う余地がなく、この問題にこそ120年以上前からドイツの学問は最近まで取り組んできたのである。ギリシャの学説は、数十年来、ドイツで行なわれた論争を追いかけている。

V 結 語

ギリシャの行政裁判権は、その「上部構造」に基づいてドイツ憲法から実り多い影響を受けてきた。しかし、訴えの種類の理解及びその内容はこれまでのところフランス理論の影響を受けているが、権利保護の保証という点から見ると、それは全く支持できないものである。国家評議会又は立法者が旧来の悪弊の眠りから醒め、権利保護の不十分性の問題に真剣に取り組むことになるならば、ドイツの行政裁判所法は将来の法改正のための理想的な基本的モデルを提供することになるだろう。もっとも、立法者が行動を起こさない場合にであっても、直接、権利保護の保証から権利保護の不十分性を補うよう期待されている学説からの援護射撃があれば、話は別である。

[編者あとがき]

本稿は、2000年9月10日から15日まで、ギリシャのシロス島で開催された訴訟法国際シンポジウム（比較民事法研究所〈所長中村英郎教授〉とアテネ司法研究センター〈所長コスタス・ベイス教授〉の共同主催）において、ベイス弁護士（Rechtsanwalt Evangelos Beis）が行った報告（ドイツ語・DIKE 2000年9・10月号1091頁以下に掲載）の翻訳である。脚注の訳出は省略した。報告の原題名は、Die Einfluss des deutschen Verwaltungsprozessrechts auf das griechische, 訳者は 安達栄司 静岡大学助教授 である。