慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由 (二・ 完)
Sub Title	Begründung für den Entwurf 2001 einer Verwaltungsprozeßordnung von Prof. Kimura (2)
Author	木村, 弘之亮(Kimura, Konosuke)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2001
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.74, No.5 (2001. 5) ,p.43- 118
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010528-0043

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由（二・完）

木村弘之亮

一　行政裁判権の発展
二　国の立法管轄権
三　草案の構造と方法論
第一編　総則
第二編　裁判所の構成
第一章　裁判所
第二章　裁判官
第三章　市民裁判員
第四章　行政事件の分配および管轄
第五章　土地管轄
第三編　手続
第一章　一般的手続規定
第二章　取消の訴えおよび義務づけの訴えに関する特別規定……（七四巻四号）
第三章　第一審裁判所における手続
第四章　判決およびその他の裁判
第五章　仮処分
第四編　上訴および再審
第一章　控訴
第二章　上告
第三章　抗告
第四章　再審
第五編　費用および執行
第一章　費用
第二章　執行
第六編　経過規定……（以上本号）

第三章　第一審裁判所における手続

第七五条（訴えの提起）

この条文は、第七六条と共に、有効な提訴の形式要件を規定する。提訴の形式は、職権により審査さるべき訴訟要件である。被告への訴状の送達は、民事訴訟と異なり、訴えの提起に含まれない。第七五条および第七六条は、他の条文と一緒になって、とくに、第三二条、第三三条、第三九条、第七二条第五項、第一二一条、第八七条以下、第一〇三条、第一二三条、第一二六条、第一二七条、第一三一条、第一三四条、第一四一条および第一四六条と共に、行政事件訴訟法においても妥当している処分権主義の表現である。原告は、その者が訴えを提起するまたは提起する意思のあることを、その訴えをもって決断し、かつその訴えによって訴訟物（第二八条）を特定する。この訴訟物の特定は、裁判所および他の訴訟当事者に対し拘束力を有する。

第七五条は、第三九条、第七二条第五項、第七項、第七三条、第一二一条による独立の手続における申立てにも類推適用される。

さらに、第七五条は、原則としてその他の特定の書類、すなわち、訴訟手続にとって本質的な訴訟行為を遂行するに用いられる書類にも類推適用される。とくに、裁判所に対しなされる特定の意思表示、例えば、期間徒過の回復の申立て（第五二条）、本案解決の申立て（第一六〇条第一項）、請求の拡張および訴えの変更（第八七条）、訴えの取下げ（第八八条）、飛躍上告の場合の相手方の同意（第一三六条）には、それらが口頭弁論において法定調書に作成されない限り、第七五条が類推適用される。上訴の提起については、類似の規定（第一二四条第一項、第三項、第一三五条第二項、第一四〇条第一項、第一四七条）がある。ただし、別段の定めがある場合を除いて、上訴の提起についても、同じ原則が適用される（第一二五条第一項第一文、第一四一条第一文）。

その他、第七五条は、請求の拡張ないし申立ての拡張並びに被告（被申立人）および訴訟参加人の特定の書類

についても類推適用される。

これに対し、第九八条第二項による書面手続の同意は、電話によってもその意思を表示しうる。第八二条第二項による裁判長または受命裁判官による裁判の同意についても同様である。

第七五条による要件は、出訴期間（第六七条）または不変期間（例えば第五〇条第二項）が定められている限りにおいて、原則としてこの期間内にみたされなければならない。

書面による権利救済の教示義務が定められたので、この教示は、いずれの機関に当該権利救済が提起されなければならないかについても、正確な記載事項も含んでいなければならない。行政裁判手続の提起が問題となっているここでは、行政行為または不服審査裁決を行った行政庁への（出訴期間内での）訴え提起もまた、取消しの訴えの出訴期間を遵守しているという規定は、省略することができよう。

第七六条〔訴状の内容〕

この条文は、第七五条を補完している。第七六条は、訴えが有効に提起されたものとみなされうるための、訴状の最少限度の内容を第一項第一文に定めている。

訴えに、係争処分または不服審査裁決を訴〔状〕の原本もしくは副本に添付すべきという規定（第一項第二文）は、例えば管轄権の欠如により配分が当を得ているか、または訴えの不適法もしくは理由が明かであるため簡易判決が当を得ているか否かについて、即時審理を裁判所に可能にする。

第七六条に定める必要要件の欠如は、訴えを不適法にする。ただし、任意規定が問題である場合を除きまたはその瑕疵が口頭弁論の終結に至るまで、もしくは不変期間の経過までの間に取り除かれる場合を除く。

第七七条〔管轄〕

この条文は、土地管轄または事物管轄のない場合における裁判所の裁判に関する独自の規定である。第七七条

は、第二八条以下をただ準用しうると述べているにとどまる。なぜなら、第二八条以下の規定は、事件分配の管轄のみを規定しており、土地管轄および事物管轄にかかわっていないからである。第二九条第二項および第三項にかかわらず、第七七条第二文は、第二九条第二項および第三項に準ずる事物管轄および土地管轄に関する、この裁判所の決定は不服を申し立てることができない。

さらに、第二八条第一項を引用していることから、ある事件が行政裁判権のある裁判所またはその他の裁判権のある裁判所に継続している間は、あたらしい訴えが不適法であることが、明らかになる。

また、第二八条第一項の引用から、ある事件の訴訟係属後にある裁判所の土地管轄または事物管轄を根拠づける事情が変更したことについては、斟酌されないことも、明らかになる。

第七八条〔略式判決〕

他の手続規定に基づき一定の不適法な事案における場合のみならず、訴えは、不適法な事案または明らかに理由のない事案ではすべて却下される。時間および費用の節約のため可能な限り早く見通しを当事者に与えるため、並びに最初から見込みのない訴訟の洪水から裁判所を保護するために、このような拡張は必要である。いうまでもなく、この不適去および「明らかな」理由の不備には厳格な基準を適用しなければならない。したがって、裁判長のみに簡易判決を下す権限を与えられている。

この規定は、内容的にも実質的にも、ドイツ民事訴訟法第三四八条第一項およびドイツ行政裁判所法第八四条にならっている。第二項により、少なくともひとつの審級において口頭弁論は保障される。専門部のある地方裁判所が略式判決で裁判をするとき、つねに口頭弁論を申立てることができる。略式判決はとりわけ、行政専門部のある裁判所の負担軽減に資する。専門部は、略式判決の規定によって、事実の点でも法律の点でも簡単である紛争事件を簡単な手続でそして市民裁判員の協力を得ずに裁判しうる可能性を得る。

さらに、簡易判決は、口頭弁論の期日の決定に至るまでに限って許容されなければならない。なぜなら、口頭弁論の期日が既に決定されている場合、簡易判決が前提条件としているほどに、裁判所が不適法または理由不備を「明らか」と考えないことを、承認しなければならないからである。簡易判決はあらゆる訴えの類型について許容される。

第七八条は法政策的に疑問の余地がないわけではない。なぜなら、この規定はある意味では、権利保護の保障を引き下げた、第二級の手続を作りだしているからである。しかし、裁判所と市民裁判官の負担軽減もまた斟酌されなければならないであろう。

第七九条〔訴状の送達〕

訴状の被告への送達は、行政事件訴訟に妥当している職権進行主義により、第四七条第二項および第三項による職権により裁判長の処分に基づいて、おこなわれる。この送達は、有効な訴え提起の前提要件でもないし、また第八六条による紛争事件の訴訟係属の成立もこの送達を前提要件としていない。他の当事者、とくに訴訟参加人への送達にも、訴訟参加が決定（第五七条）されるや否や、第七九条は準用されなければならない。

期日指定は、訴状の送達と原則として結びつく必要はない。

第七九条は控訴、受理抗告、上告、抗告、再審の訴えおよびその他の権利救済の送達にも準用するし、また、原告の書類のみならず、当事者の特定の書類についても準用する。

第八〇条〔職権探知主義―証拠申出―準備書面〕

弁論主義は、行政事件訴訟においても原則として妥当する処分権主義と区別される。弁論主義の支配をうけている民事訴訟は、多数の例外があるとしても、裁判にとって重要な事実の収集および提出を当事者にゆだねている。このような民事訴訟と対照的に、行政事件訴訟法では職権探知主義（第八〇条第一項）が妥当している。職

権探知主義は、職権による事実関係の探求と解明を裁判所に課しており、そして、同時に、弁論主義を根拠とする民事訴訟法上の条文すべての適用可能性を排除している。とくに、第一〇五条第一項第一文による裁判官の心証形成は、第八〇条第一項による事実関係の十分な探求をその前提とする。

職権探知主義は、同時にまた、行政の法律適合性の原則および憲法第三二条による実効的権利保護の保障原則からのひとつの帰結でもある。さらに、裁判さるべき事件につき基本権がかかわっている限りにおいて、この基本権からの帰結でもある。そのうえ、証拠申出をなす権利関係に関しても、そうである。

第八〇条による職権探知主義は、事実の点について、裁判所の収集した証拠の結果を含め、事実の調査および評価についてのみ原則として妥当する。これに対し、適用可能な法の確認と解釈をなすべき裁判所の義務は、法治国原則、並びに憲法第七六条第三項による良心および憲法と法律に対する裁判官の拘束から明らかになる。

第八〇条第一項は外国法の確認にも類推適用される。さらに、外国語で作成された法的記録にも類推適用される。

第八一条〔口頭弁論の準備〕

手続の促進のため、承認されている諸原則とならんで、ここでは次の経験が利用されている。その経験とは、行政訴訟における和解の際に得られ、そして民事訴訟における単独裁判官の活動から得られたものである。当事者は、和解のために裁判所の合議体に呼出されなければならないことを省くことができる。

この条文は、部分的に第八二条並びにとりわけ第七六条第二項、第八三条、第九二条および第九三条第二項と一緒になって、適切に準備された措置による、訴訟の迅速化および集中に資し、また場合によってはすでに口頭弁論の前における示談にも資する。裁判長または受命裁判官による口頭弁論を準備する措置は、すべての法的紛争ができる限り一回の口頭弁論で解決されうることを、確実にする。

第八一条は、口頭弁論を経ない手続にも準用される。とくに第七八条による略式判決手続は、当事者が第九八条第二項により口頭弁論を放棄した手続および第七二条第五項、第七項および第八項、第七三条第三項、第一二一条または第三九条による独立の申立て手続、さらには、第一二五条第一項第一文により控訴審にも準用される。しかし、上告審には準用されない（第一四二条）。

第八二条〔裁判長の裁判〕

この条文は、第七九条を補完し、そして裁判長ないし受命裁判官に対し、特定のケースについて単独で法定の裁判官としてまたは「単独裁判官」として裁判をする権限を与えている。この規定は手続をひきしめそして裁判所の負担軽減に寄与する。またこの条文は、ある意味では、行政裁判権においても単独裁判官を導入すべしとの要求との妥協でもある。

第八二条は、「準備手続」への限定と誤解されがちであるけれども、口頭弁論を経ない手続にも、とくに第九八条第二項による手続、第七八条による略式判決の手続、第三九条、第七二条第五項および第七項、第七三条第三項、第一二一条による独立の申立て手続にも適用される。その他に、第一二五条第一項により控訴手続および一般に抗告手続にも適用される。しかし、第一四二条第二文によれば上告手続には適用されない。

単独裁判官の任命に関する第七条の要件が具備している場合において、裁判所は、その裁量により、第六条の単独裁判官の可能性を用いるか、または第一項および第三項の規定を用いるかどうかについての、選択権を有する。

第八三条〔時期に遅れた攻撃防御方法の排除〕

この条文は、裁判所の負担軽減および手続の迅速化のために、一方では、第一項および第二項において事実関係の解明と裁判の準備に関する第八七条の補充規定を定め、他方では第三項において時機に遅れた攻撃防御を却

下する裁判所の権限を定めている。

民事訴訟法と対照的に、従前の行政事件訴訟法は、時機に遅れた攻撃防御の却下を裁判所に許す規定をおいていなかった。しかし、本条文は、今や明文でもって、一定の要件のもとで、受命裁判官または裁判長によって指定された期間の経過後にはじめて提出される証拠方法および説明を却下する裁判所の権限と、それ以上調査することなく裁判をする裁判所の権限を定めている。

この規定は、疑いもなく、手続の迅速化と裁判所の負担軽減との手段である。他方、本規定は、法政策的には問題がないわけではない。なぜなら、本規定は、行政事件訴訟においては民事訴訟とくらべてより強い（裁判の客観的正しさについての）公の利益を犠牲にすることとなるからである。

第八三条は、例えば、第三九条、第七二条第五項、第七三条第三項および第一二一条による独立の申立て手続にも準用される。その他、第一二五条第一項により、原則として控訴手続および第一四二条第一文により上告手続並びに抗告手続にも準用される。

第八四条　〔訴えの請求に対する拘束〕

たとえ行政訴訟が職権進行主義により支配されるとしても、やはり、当事者による申立ての範囲内に裁判所の活動を止どめておくことは、必要である。検察官の機能を引き受けることは行政専門部の任務ではなく、関係人が不服と感じる範囲で行政活動を再審査することが、行政専門部の任務である。行政裁判手続一般を開始することが当事者の役割であるのと同様に、行政裁判手続の対象を画するのも又当事者の仕事である。この原則は、たとえ明文をもって規定されていない場合であっても、従来から既に行政事件訴訟法において承認されていた。

裁判所は――訴訟物に関する当事者の処分権の帰結として――訴えの請求に拘束されている。すなわち、裁判所は、解釈により請求の趣旨全体から確認されうる訴えの申立て（第七六条第一項第二文）に拘束され、そして

この訴えの申立てが訴訟物を特定する。

第八四条は、第一二五条第一項、第一四二条および第一二〇条と一緒になって、控訴手続、上告および抗告にも準用される。さらに、訴訟手続における被告および訴訟参加人の申立て、並びに第一二〇条により独立の決定手続における申立てにも一般的に準用される。

第八五条〔反訴〕

この条文は、被告（訴訟参加人を含まない。）が、訴訟経済の理由からそして場合によっては裁判所の土地管轄に関する条文に違反して、その者が被告である同一の訴訟手続において、独立の（訴訟上の）反対請求を原告に対し主張することのできるようにする目的に、資する。第八五条は、反訴について、ひとつの訴訟要件をあげている。しかし、原則として――少なくとも通例――反訴は主たる訴えの原告に対しても提起されなければならず、または同時に原告に対して提起されなければならない。第八五条は、例えば第七二条第五項、第七三条第三項および第一二一条による独立の申立て手続に類推適用される。これに対し、第三九条による手続には適用されない。

反訴は、固有の請求の趣旨を有する真正の訴えである。本訴の請求がたんに否認されるときには、反訴はない。なぜなら、反訴は、概念上、本訴と比較して独立の訴訟物を前提としているからである。

これに対し、本訴をもって主張された請求権が存在しないことの確認を求める確認の反訴は、適法である。また反訴に対する反訴並びに予備的反訴も適法である。

反訴によってもうひとつの請求の趣旨がその訴訟のなかに取り込まれるので、反訴の提起はつねに同時に訴えの変更をも意味する。したがって、訴えの変更のためには、第八五条の要件に加えて、第八七条の要件がみたされなければならない。

第一項は、文字通り民事訴訟法第三三条第一項に相当する。法的関連性が反訴一般の適法要件であるのか、ま

たは単に特別裁判籍の前提要件であるのかについての民事訴訟法における広まっている争いは、この規定が第二編第三章に設けられたことにより、第一の見解が支持され決着している。

取消の訴えおよび義務づけの訴えの場合には、反訴は不適法である（第二項）。取消の訴えと義務づけの訴えは、補充関係を前提としており、本質的に反訴ではない。第二項の理由は次の点にみとめられる。この場合にはその必要性は存在しない。なぜなら、行政庁はみずから行政行為によって規律することができるからである。その他、第三九条による手続においても反訴は不適法である。これに対し、第四二条第一項による手続においては反訴は適法である。

第八六条〔訴訟係属〕

この規定は、訴えの提起の効果として紛争事件の訴訟係属を規定している。事件の訴訟係属の最重要な効果、すなわち同一の事件について、つまり同一の訴訟物に関してあらたな（もうひとつの）訴えの不適法、並びに事件分配の管轄の続行および事物管轄と土地管轄の続行は、第八六条ではなく、第二八条第一項第二文ないし第一文で規定されている。

第八七条〔訴えの変更〕

この条文は、民事訴訟法第一四三条と同様に、訴訟経済のために、適法に提起された訴えの事後的変更を一定の範囲で許している。けだし、当事者にそれ以外の訴訟の遂行およびすでにおこなった証拠調べを繰り返すことを節約するためである。同時に、本条は、訴訟物の恣意的変更から、その他の訴訟当事者を保護することにも資する。

その他の当事者が訴えの変更に同意する場合、また裁判所が訴えの変更を事物に即して有用であると思量する場合にのみ、訴えの変更は適法である。

訴えの変更が一般的に存するか否かの問題は、民事訴訟法第二六八条に従い判断される。第三項は民事訴訟法第二七九条に相当する。

本条は、控訴および抗告にも準用される。その他、独立の申立て手続にも準用される。

第八八条〔訴えの取下げ〕

判決によるほか、訴訟は、訴えの取下げ（第八八条）、上訴の取下げ、本案解決についての全会一致での意思表示（第一五七条）によってまたは裁判上の和解（第一〇三条）によって終了することができる。

第八八条は、当事者による手続の終了の（前記のその他の）可能性と同様に、訴訟についての当事者の処分権から派生する規定である（処分権主義）。第一項第二文は、手続がすでに相当に進んでいる場合に、訴訟物についての原告の恣意的な処分から、他の訴訟当事者を保護することに資する。

一方的な訴えの取下げに関しては、口頭弁論における申立ての提起が最終期日として規定されている。訴えの取下げに関しては何らかの制限が必要である。被告が事件に関して既に弁論を行った場合は、被告はまた一つの裁判を無理にでも自由に追行することができるものとする。弁論が進むにつれ、原告の敗訴が既に明確に認識できる場合であっても、原告は、被告の同意を得ずにはもはや棄却判決を回避することもできないのである。従来、最終期日を実務上確認することが、きわめて難しいことが頻繁にあった。それゆえ、草案においては、申立ての提起の時点をその判断の基礎にしている。なぜなら、口頭弁論における申立時は、通例容易に確認することができるからである。訴えの一方的取下げは、被告もまた取下げの申請を提起したとき、はじめて排除される。

第八八条は、――第一項第二文による他の当事者の同意を要件とせずに――略式判決手続における第七八条第二項第一号、第三号および第四号による口頭弁論を求める申立ての取下げに関しても、または、訴訟参加人の申立て（第五七条）の取下げに準用される。その他、第一項第二文をみたさないとしても、独立の決定手続につい

ても、とくに第七二条第五項ないし第七項、第七三条第三項および第一二一条による申立て、並びに第三九条による申立てについても準用される。

原則として、訴えの取下げの撤回もまた許される。この撤回には被告の承諾を必要としないが、他方で、第六七条による出訴期間がまだ徒過していないことを前提とする。

訴えの取下げは、手続を直接に終了し、そして原則として提訴の時に遡って消滅させるので、その結果、その法的紛争は第一七一条を経由して民事訴訟法第二六二条第一項により初めから係属していなかったものとみなされ、そして訴訟係属の効力（第八六条）は遡効して再び消滅する。したがって、原告は、あたかも訴えを提起しなかったかのように、みなされなければならない。訴訟（場合によっては原審を含む。）においては、すでになされた裁判（まだ既判力の生じていない判決を含む。）は効力をなくすこととなる。その間に出訴期間が徒過したときには、係争の行政行為は、不可争力を生じる。その限りにおいて、裁判所の中止決定（第三項）は、宣言的意味をもつにすぎない。同様に、上訴審における訴えの取下げの場合、第八八条第三項、第一七一条、民事訴訟法第二六二条第一項により決定でなされる確認もまた、宣言的意義を有するにすぎない。すなわち、すでになされた判決は、効力をなくすこととなる。

第八九条〔手続の併合または分離、関連請求〕

この条文は、訴訟手続を合目的な形態にするため、訴訟経済に質するため、そして両立しない裁判を防止するため、裁判所の裁量により、訴訟指揮に関する措置（これは不服を申し立てることができない。第一四六条第二項）で、係属中の手続を併合または分離する権能を裁判所に与えている。このようにして、同条文は、請求の趣旨の併合に関する、第三四条、第五六条または第八五条により原告の考えうる意思決定を補完しまたは是正する権能を裁判所に与えている。併合するに当たっては、係争処分に係る取消の訴えがその他の請求、関連請求を吸収合

併する。

第九〇条〔モデル手続〕

この条文は、いわゆる多数当事者手続について第四八条、第五七条第三項、第六〇条を補完して、いわゆるモデル手続として単一または複数の手続を選定する裁判所の権限を定め、そして単純化された条件のもとでモデル手続で獲得された法的認識を斟酌して、モデル手続の終結後に、その他の訴訟手続を裁判する裁判所の権限を定めている。その際、迅速化と簡素化はとりわけ、次の証拠調べの繰り返しの不要に資する。すなわち、モデル手続について既判力をもって裁判がなされたとき、裁判所はその他の、さしあたって中断されていた訴訟手続について、第二項に基づき（モデル手続で実施された）証拠調べを繰り返す必要がなく、一定の要件のもとではさらにあらたな証拠調べの実施を思いとどまることができるうえ、一定の前提要件のもとでは本案につき決定で裁判をすることができる。かくして、第九〇条は、第八九条によるルールにより認められている（各訴訟手続を）分離し先取りして裁判をなす権能を、第七八条による略式判決の要素と結びつけている。

第九一条〔手続の中断〕

特別な場合における訴訟手続の中断、中止および承継に関する民事訴訟法の条文（民事訴訟法第一二四条ないし第一三二条）は、第一七一条を経由して、行政事件訴訟にも妥当する。ただし、その民事訴訟法の関係規定が、行政訴訟における本質に、とくに職権探知主義に反する場合を除く。第九一条第一文は、別訴裁判の先取りを理由とする中断のみを規定している。本条の目的は、ある案件につき第一次的に管轄権のある裁判所または行政庁の裁断の結果を待期することによって、矛盾する裁判の危険および場合によっては第一五三条、民事訴訟法第三三八条第一項第八号による再審の訴えの危険性を回避する権能を、裁判所に与えることである。

第八一条第一項第二文第七号と関連している第九一条第二文の目的は、手続の集中である。すなわち、例えば

ある行政行為が手続上の瑕疵または形式上の瑕疵を理由としてのみ取消され、そしてこの後その瑕疵を治癒してあらたに発給され、そしてようやくはじめて第二の訴訟手続においてその実体法上の適法性につき審査をうける、といったことは避けられるべきである。

第九二条〔本人出頭〕

この条文は、裁判所（すなわち合議体または単独裁判官）に対し、次の命令をする権能を与えている。裁判所は、（第一四六条第二項により独立して不服を申立てることのできない）決定で、手続の迅速化（集中審理主義）および事実関係の解明のためまたは法的紛争の示談のため、口頭弁論または別な期日に当事者の本人出頭を命令する権能を有する。在廷だけが命じられ、そして場合によっては第二文および第三文により強制されるのであって、その者が事件や個々の問題について説明することまでもが命じられ、強制されるわけではない。第九五条は、当事者の尋問による証拠調べの法的根拠にならない。このためには、第九三条による形式的証拠手続の実施が、必要となる。第八一条第一項第二文第五号により、裁判長または受命裁判官は、口頭弁論において、第九二条の準用にかかる権限（裁判権を含む。）を有する。

本人出頭を当事者に命令する権限は、当事者の訴訟上の協力義務に対応しており、そして、特に職権探知主義にもまた対応している。それゆえ、当事者は、代理人を送り込む自由は認められていない。当事者が実際に訴訟手続に関与する意思があるか否かは、問題とならない。

第九三条〔直接の証拠調べ〕

第九三条は、証拠調べの直接主義と――第九八条と一緒になって――口頭主義を規定している。この目的のために第一項は次のことを命じている。すなわち、証拠は原則として口頭弁論において収集されなければならない。その際、当事者（第五五条）は在廷していることができ、かつ、これについて意見を述べることができ、そして

裁判所のすべての構成員もまた（第六条第三項、第八条第三項）、かれらが直接本人の印象に基づいて、証拠調べについて判断することができる。自由な証拠評価の原則および証拠調べの直接性の原則によれば、証拠調べの判断に関与するすべての裁判官の個人的知覚に基づいていること、または記録に留められていることのみを裁判所がその裁判に当たり斟酌しうる。これについて当事者は意見を述べる機会をもっている。

第九四条〔証拠収集の当事者開示〕

当該規定は――とくに当事者の聴聞権の保障のため、同時にしかしまた事実関係のより良い解明のためにも――証拠収集の当事者開示および証拠調べの口頭主義を定めている。ただし、当事者開示は当事者の発問権に関連している（その他、口頭主義の必要性は第九三条第一項第一文から明らかになる。）。それ故、訴訟当事者を排除して、正規の証拠収集手続の外でめざされる事実関係の探求は、許されないであろう。

第九五条〔証拠調べ〕

各個の証拠方法に関しておよび証拠調べの実施に関して、原則として、第九五条で引用された民事訴訟法の条文が適用される。民事訴訟法上の証拠法と異なるルールが、とくに、行政事件訴訟法において（民事訴訟法に相反して）妥当している職権探知主義（第八〇条）によって、明らかになる。

第九六条〔行政庁の文書提出義務および情報提供義務〕

この条文は、事実関係の包括的な解明のためおよび――第九七条との関連において――訴訟当事者（第五五条）に次の機会を与えるために、記録その他の文書の提出すべき行政庁の義務および情報の提供すべき行政庁の義務を定めており、そして同時に、より高い価値のある公共財または権利の保護のため、とくに第三者の基本権の保護のために必要な事項について例外を定めている。

文書が裁判所に提出されない限り、または当事者の閲覧が認められない限り、その文書は、裁判の対象にする

ことはできない（第一〇五条第二項を参照）。

訴訟当事者があらゆる出来事（経過）について知識をえ、そして訴訟においてその者の主張・提出したことを判断の基礎とする機会が、与えられる。この条文は、裁判所に対して行政共助すべき行政庁の義務を具体化している（第九条）。第九六条は、法治国原則のひとつの帰結であり、とくにまた職権探知主義からの帰結のひとつである。さらに、次のような憲法上の原則からの帰結でもある。すなわち、司法権は、いかなる証拠方法がある事実関係の解明のために必要であるかについて、他の国家機関の影響力行使から、自由でありう（べき）である、という原則である。第九六条は、職務担当者の供述義務およびこれに必要な供述許可にも類推適用される。

第九六条による行政庁の義務づけは、裁判所に提出された記録その他の文書および提供された情報を訴訟手続の対象になるべき裁判所の義務、そしてその裁判に当たりこれらを使用すべき裁判所の義務に対応している。裁判所に提出される行政庁の文書等は、行政庁が明示的にそれを要求しない限りは、特別な扱いを受けない。それゆえ、行政庁の特別な同意を必要とすることなく、これらの文書は関係人の閲覧に供され得る。

提出義務は、原則として、すべての記録その他の文書に及んでおり――行政庁の保有する鑑定書をもその対象としている。ただし、それらの内容が、裁判所による包括的な事実解明および当事者の係属訴訟の遂行にとっての基礎資料の獲得に役立ちうるものに限る。この場合において、いずれの行政庁にその記録その他の文書があるか、またはいずれの行政庁から、その文書等が、最初にその事件を扱った行政庁によって取り寄せられたかは、問わない。

これに含まれないものに、係属中の訴訟それ自体において副産物として生じた行政文書（訴訟代理人との通信、訴訟戦術の覚え書等を含む。）がある。かって終結した別訴においてその事件について副産物として生じた文書については、事情を異にする。

当事者の一人を聴取した行政庁またはみずから当事者である行政庁（第七〇条第一項第二号）が義務を負っているのみならず、国、地方公共団体その他公法上の権利主体の行政庁すべてもまた、当事者との立場を問わず、義務を負っている。この規定の目的に照らし、この提出義務は、第三セクターにも、そして私法により（例えば株式会社、有限会社として）組織された権利主体（で、その持分またはその他の知的財産権が過半数以上行政機関にあるかまたは行政機関によって支配されているもの）の機関にも妥当する。

文書等の提出義務は、裁判所の当該要求を前提とする。しかし、裁判所は、提出すべき文書を個別具体的に特定する必要はない。たとえば、特定のケースに関係する文書の請求で十分である。いずれの記録、文書または情報が提出されなければならないかについての判断は、第一項第二文を除いて、第八〇条第一項の枠内において、裁判所の裁量である。行政庁でなく、裁判所のみが、第八〇条第一項により、いずれの記録、文書または情報がその裁判にとって重要でありうるかについて、判断することができる。文書等がある訴訟手続に属するかどうかの問題については、形式的表面的な関連性は重要でなく、内容が重要である。すなわち、その内容が係属中の事件と具体的関連をもっているかどうかが、重要である。

提出義務ないし情報提供義務の例外は、係属中の事件との具体的関連のない事項、ならびに第一項第二文にいう秘密事項だけである。

第九六条に基づく義務の履行は、強制することができない。

裁判所による真理の発見を求める公益と特定の事実についての秘密保持を求める公益とは、――特に国家安寧という理由から――、利益相反する可能性がありうる。秘密保持の要件に関する判断を裁判所にゆだねるべきとする要求が時折起きるが、このような要求は、秘密保持の問題を正当に評価していない。一方で、裁判所にさえ提出できない事柄も存在し得るし、他方で、政治的判断がしばしば問題だからである。それゆえ、秘密保持の必

要性に関する判断は、行政庁にゆだねざるを得い。ただし、できるだけ濫用を排除するために、最上級の監督行政庁が判断すべきである。利害の衝突を回避するため、最上級の国の行政庁または地方公共団体の行政庁の固有文書等が問題である場合は、閣議決定が必要である。

しかし、裁判所は原則として証拠評価に当たり行政庁の不当な拒絶を斟酌できるし、また斟酌しなければならない（第一〇五条）。もっとも、文書提出が正当に拒絶された場合にも、証拠評価の問題は提起される。その場合、裁判所は、行政庁によって主張されて、守秘されている事項を、厳格な前提要件の下でのみ国民の不利に評価しうる。

他の裁判所で保管されている裁判記録の提出については、第九六条は適用されない。しかし、ここでは原則として、第九条による行政共助の原則から直接に類似の義務が明らかになる。

現在公職に就いている者または過去に公職に就いていた者を尋問することに関しては、民事訴訟法第二二〇条四号かっこ書の原則に反してはならないものとする。

第九七条〔記録の閲覧〕

記録閲覧請求権は、行政事件訴訟法に基づく訴訟手続における当事者開示主義の本質的部分であり、そしてとくに聴聞権の実現および当事者の「武器対等」の実現に資する。

同時に、記録閲覧請求権は、当事者に裁判所の真実発見に実効的に協力することを可能にしている。第九七条は、裁判所固有の記録および裁判所によって取り寄せられ（第九六条）記録に対する記録閲覧にのみかかわっている。記録の取り寄せを求める請求権は、第九七条から明らかにならず、また間接的にも生じない。しかしながら、記録内容の知識が裁判所の裁判にとって有意義である範囲に限り、文書取寄請求権は、場合によっては第八〇条第一項から明らかになる。あるいは、さもなければ聴聞権が侵害される場合には、文書取寄請求権は憲法第

三二条から明らかになる。

裁判所に提出された記録がすべて関係人に対しても開示されることをここでは明らかにしている。

第九八条〔口頭弁論主義〕

行政事件訴訟法は、口頭主義およびこれと結びついた直接主義（第九三条）から出発しており、それゆえ次のことを定めている。すなわち、裁判は原則として口頭弁論に基づいてのみおこないうる。口頭主義ないし口頭弁論主義は、また憲法第三二条による訴訟手続の公開主義に対応している。第九八条は控訴手続および上告手続にも妥当する。

法律に別段の定めがある場合または例外の場合を除いて、必要な事前の口頭弁論を経ない裁判は、当事者の聴聞請求権をも侵害しており、また、第一三四条第二項第四号、第一三九条第三号、第一五三条第一項、民事訴訟法第三三八条第一項第三号にいう本質的な手続上の瑕疵である。

黙示の放棄により口頭弁論を開かない裁判は、規定されていない。なぜならば、その規定は、実務上何の意義も持たないからである。

第九九条〔呼出〕

この条文は、適正な手続の必要性を考慮して、当時者が口頭弁論について十分準備できるよう保障するため、とくに法律上の聴聞（聴聞権）を保障するため、当事者の呼出に関する最低要件および弁論開催地の指定に関する最低要件を定めている。その他、口頭弁論期日の指定については、民事訴訟法第九三条第一項が適用され、しかし第九九条第二項によりほどなくの期日指定の義務はない。期日の取消し、期日の変更および合意には民事訴訟法第九三条第三項を適用する。期日の指定は、裁判長の仕事である。

しかし、特に緊急を要する場合については、応訴期間を短縮する規定が定められなければならなかった。

第二項は、従来の規定に相当する。当事者は、遠方に滞在するという理由で手続を休止させることはできない。他方、欠席手続もまた行えない。なぜならば、欠席手続は、当事者主義と相いれないからである。

第一〇〇条〔口頭弁論の進行〕

民事訴訟法によると同様、行政事件訴訟法によっても、口頭弁論の進行についての責任、とくに手続の秩序づけ、合目的性および迅速化（訴訟指揮）の配慮は、原則として、裁判所に課されている。とりわけ裁判長は、口頭弁論の進行にとって、そしてとくに合目的的なスムーズな実施につき責任を負っている。しかし、当事者（第五五条）もまた、手続の運営に関して一定の権利義務を有するし（例えば、第八〇条第二項）、また、裁判所の任務を容易にする促進義務協力義務もまた一定の範囲で負っている。

詳細には、口頭弁論の進行は、第一〇〇条から第一〇二条まで、第一〇五条第二項において並びにこれを補充して第一七一条を経由して民事訴訟法第一四八条第二項において規定されている。本条項に別段の定めがない限り、裁判長は、第一項により弁論を指揮する権限に基づいて裁判をする。

裁判長は、討議すべき諸問題の順序をも確定し、そして当事者に対し証拠申出、陳述のあとまわしなどを求めることができる。裁判所または裁判長の裁判は、それが訴訟指揮にかかる処分である限り、取消請求できない（第一四六条第二項）。

第一〇一条〔紛争事件の討議〕

この条文は、裁判にとって決定的に重要な事実関係の確認と解明のための手続並びに口頭弁論における当事者の聴聞権の保障のための手続を規定している。さらに、同条は、裁判所が事実関係についての未解決な問題および適用法について当事者と討論することを規定している。本条は、重要な事実上または法律上の観点が確実に見落とされないこと、そして当事者がその判断にとって重要な問題について質問を発する機会、そして場合によっ

ては陳述する機会を確実にもてること、をその目的とする。

第一〇一条は、裁判所の不意打ち裁判から当事者を保護することに資する。その限りにおいて、本条は第八〇条第三項をも補完している。同時に、本条は、社会的法治国において権利保護を求める国民のために裁判所に課された配慮義務を表現している。

第一〇一条による裁判所の討議義務は、各個の当事者または当事者全員が正規の呼出にもかかわらず口頭弁論に出頭しないときにも、口頭弁論を実施し、そしてこれによって、その紛争事件を当事者と討議する権能を裁判所の側で履行するということを、排除するものではない。

第一〇二条〔口頭弁論調書〕

第一〇二条は、民事訴訟法の関係規定の準用を命じているにとどまるので、行政事件訴訟の特殊性のため民訴の例と異なるかどうかが、審理されなければならない。

第一〇三条〔和解〕

裁判上の和解を許容することは、それ自体、職権主義を打ち破ることを意味する。しかしながら、当事者が訴訟物を自由に処分することができる限りにおいて、訴訟経済の理由および心理的理由からもまた、裁判上の和解を断念することはできない。

本条は、裁判所または受託裁判官もしくは受命裁判官のもとで調った和解（いわゆる訴訟和解）を規律している。判決、訴えの取下げ、本案の解決宣言のほか、手続は裁判上の和解の締結によっても、終了することができる。第一〇三条は、その限りにおいて、処分権主義の表現である。

本条により、とりわけ、訴訟対象でなかった請求権をも和解のなかに確実に取り込むことができ、かつ他方で、当事者の処分権にとって和解の内容が重要であって、訴えの対象は重要でないことが、明らかにされた。さらに、

裁判上の和解が裁判所の書面による和解案の受諾によっても、したがって議定書がなくても成立しうることが、明らかにされている。

裁判上の和解の締結による手続の終了は、上訴審においてもなお可能である。上訴審での裁判上の和解は、訴えの取下げの場合と同様に、すでに下級審でなされた判決を無効にしてしまうこととなる。

第一〇三条は、例えば、第七二条第五項、第七三条第三項、第一二一条または第三九条による、独立の決定手続にも準用される。訴訟上の和解は、当事者双方による契約である。この和解契約によって当事者は互譲により、かれらの間に存する法的紛争を終了させる。和解は訴訟物の一部分に限定することもできる（いわゆる一部和解）。その場合には、残りの部分に関する訴えは、係属しており、その限りにおいて判決による裁判を必要とする。

裁判外の和解と対照的に、裁判上の和解は直接に手続を終了させる。裁判外の和解では当事者は手続を終了させる意思表示をしなければならない。

第四章　判決およびその他の裁判

第一〇四条（口頭弁論の進行）から第一〇六条（口頭弁論調書）に関して

本規定は、定評のある一般に有効な手続諸原則を再録している。

第一〇四条〔終結判決〕

裁判所は、法律に別段の定めがない限りまたはこれを許している限り、第一〇四条により、係属中の法的紛争を原則として判決によって裁判する義務を負う。

当事者はこれをもとめる請求権を有する。しかし、法的紛争を即時に裁判すべき義務、または法的紛争が裁判

をするのに熟するとただちに、裁判をなすべき義務を、この条文は定めていない。本条は裁判の形式だけを規定している。しかし、できるだけ短期間での裁判を求める請求権は法治国の原則から明らかになる。

第一〇五条〔自由心証主義〕

この条文は、裁判所の裁判の基礎を定めており、そして第九八条と一緒になって、この裁判にとって決定的に重要な訴訟資料を、口頭弁論手続または書面手続の対象であった事実および証拠結果で、当事者が聴聞権を行使したものに限定している。その他、本条は、第一項において、自由心証主義を定めている。裁判に関与するすべての裁判官が引用に係る記録の内容について十分な知識をもっていなければならないことは、間接的に第一〇五条および第一一〇条からも導きだされる。

さらに、そのすべての裁判官は、その審理にどの部分についてであれ、処理してゆくことのできる肉体的精神的状態になければならないこともまた、第一〇五条および第一一〇条から導きだされる。

第一〇五条は、第二項のみならず第一項において当事者の聴聞権の保障、およびその事件にかかわりのある基本権が問題である限りでは、この基本権の保障にも資している。

第一〇六条〔中間判決〕

訴えの適法性に関して中間判決によって特に言及することは必要である。なぜならば、行政事件訴訟については、中間判決の適法性を全ての訴訟要件に、特に期間の遵守に拡大することが、とりわけ取消の訴えや義務づけの訴えに関して必要である。

この条文は、訴えの適法性が争われているケースでは、または疑いの余地のあるケースでは、まず（第一二三条、第一三二条により独立して上訴をもって攻撃することのできる）中間判決によってあらかじめこの問題について裁判をする権能を、裁判所に与えている。ただし、この条文の適用対象は、事件分配の適法性並びに土地管轄お

よび事物管轄に及んでいない。そのような中間判決の目的はとりわけ、次の点にある。すなわち、中間判決によって当該訴えの適法性に関する問題に対する既判力のある意思表示が確定することとなる点にある。

訴えの適法性についてのほかに、中間判決は、控訴または上告の適法性についても可能である。これと類似した中間決定が、独立の決定手続における申立ておよび抗告の適法性についても可能である。

第一〇九条は訴えの変更の適法性の問題にも類推適用しうる。とくに当事者の交替による訴えの変更および訴えの取下げの効力についても類推適用しうる。

第一〇六条第二項による中間判決は、第一七一条、民事訴訟法第二四五条第一文によるいわゆる非独立的中間判決および第一〇六条第一項によるその他の中間判決並びに第一〇九条による原因に関する中間判決（原因判決。参照、この法律の第一〇九条、民事訴訟法第二四五条第二文）および第一〇七条による事情判決と区別されなければならない。

第一〇七条〔事情判決〕

この条文は、事情判決を規律する。

第一〇八条（終結判決）から第一〇九条（原因判決）までに関して

民事訴訟法におけると同様に、判決は本案判決であるか、または訴訟判決である。内容の観点からみると、給付判決（義務づけ判決）、形成判決および確認判決が区別されなければならないし、訴訟状態の観点からみると、終局判決、中間判決および留保判決が区別されなければならない。第一〇六条において中間判決の例が特に言及されているが、これは他の中間判決の適法性を否定するものではない。同様に、言及されていないことから、例えば、留保判決が許容されていないことが表現されているわけではない。どの程度まで民事訴訟におけるこれらの可能性を行政訴訟のために借用することができるかの問題は、裁判例にゆだねられている。訴訟物に関する処

分権の欠如という実体法上の理由から、放棄判決および認諾判決自体が本来不可能である場合には、同様のことが放棄判決および認諾判決に当てはまる。

第一〇八条〔一部判決〕

一部判決は、特に給付の訴えにとって重要である。一部判決の適法性に対する疑いをすべて排除するため、一部判決が明文で言及されている。

この条文は、訴訟物が分割可能である場合に、裁判をするのに熟した部分ついてあらかじめ裁判する権能を裁判所に与えている。これにより、その限りにおいてその法的紛争を軽減し、そしてこの部分に関して当事者（単純共同訴訟の場合には各個の当事者）にいちはやくその者の権利を救済することができる。

訴えの請求のなかのたんなる各要素についての一部判決は、不適法である。

第一〇八条は、抗告手続および上告手続にも適用され、同様に、決定手続（第一一八条）にも類推適用される。

第一〇九条〔原因判決〕

この条文は、給付の訴えの場合において、原因と金額が争われているケースについて、まず「訴訟経済的合目的性」の理由から、判決によって原因についてのみ裁判をする権能を裁判所に与えている。すなわち、主張にかかる訴訟上の請求権が一般的に――いわゆる「金額手続」におけるその金額の多寡の審査を留保するとして、――それ自体として肯定されているかどうかについて裁判する権能がここでの問題である。この原因判決は、第一二三条、第一三四条により独立して上訴をもって攻撃することができる。

このような原因判決は、中間判決の特別な形式であるが、その目的は、とりわけ次の点にある。すなわち、裁判所がその請求権の金額について、困難なかつ包括的な確認事項、証拠調べなどを取り扱わなければならなくなる前に、中間判決によってこの問題が既判力をもって宣言されることになりうる（とくに、また、当事者はこの原

因判決に対しすでに上訴を起こす権能を有する。）。これらの確認事項および証拠調べは、上訴手続がのちにおこなわれて上訴裁判所がすでに請求権の原因を否定しているとき、場合によっては、無意味になるであろう。したがって、原因判決は合目的的である。

第一〇九条は、控訴手続および上告にも適用される。第一〇九条は第七二条による手続には適用できない。なぜなら、この第一〇九条は取消の訴えと密接に関連しているからである。

第一一〇条〔判決裁判所の構成〕

この規定は、手続の口頭主義および直接主義からの派生物である。法的紛争は、証拠調べについての直接の印象にもとづいて審理され、かつ裁判されるべきである。

判決の基礎とされる弁論は、最終口頭弁論である。最終弁論と評決の間において裁判官が人事異動する場合は、口頭弁論をやり直さねばならない。このことは、弁論が長期間に及ぶ場合には、裁判所法を準用して、補充裁判官を任命することで避けられうる。裁判官一人について支障が生じた場合において、補充裁判官が当該裁判官に代わることになる。

この条文はとりわけ判決の客観的真実、正義および非日常性を担保する。同時に、本条は、当事者の聴聞権にも資する。なぜなら、このような裁判官による裁判は、当事者が「聴聞」をうけたことを前提要件としているからである。また、本条は、法定の裁判官による判決をも保障している。

書面手続においては最終弁論は欠いている。したがって、裁判官の同一性は必要でない。

第一一〇条違反は、上告理由（第一三九条第一号）および再審理由（第一五三条、民事訴訟法第三三八条第一項第一号）である。

第一一一条〔取消の訴えおよび義務づけの訴えの場合の判決〕

判決主文に関する規定は詳細にわたって洗練されており、そして取消の訴えの他に義務づけの訴えにも拡張されている。しかし、本規定において、判決主文を厳格に規定すべきではない。判決主文は、むしろその時々の事件ごとの特殊性に適うようにすべきである。

給付判決および確認判決の言い渡しは、特に規定されていない。なぜならば、その言渡しは訴えの性質から明らかになるからである。

裁判所が取消の訴えまたは義務づけの訴えを全部または一部認容する範囲において、この条文は、第一一二条および第一一三条と一緒になって、これら訴えについての裁判所の裁判（判決）の（考えうる）内容を、規定している。これらの関係規定は権利保護の保障を実現するのに役立っている。その対象は、行政行為の発給を求める実体法上の請求権についての訴訟上の実現である。

しかし、行政事件訴訟法は、一方で訴えの類型は何であれ訴えを棄却する判決について詳細な規定を欠いており、他方で、一般的給付の訴え（不作為の訴えを含む。）、確認の訴えおよび特別な形成の訴えに関する認容判決についても詳細な規定を欠く。この条文の欠缺を補塡するため、第一七一条を経由して、裁判所裁判の考えうる内容に関する民事訴訟法の条文および一般原則が適用される。

第一項（第一文および第三文）は、その第一文において、裁判所が（法的権利義務）の確認、形成または給付を審理しなければならず、その際に、単に行政行為の合法性のみを審理しなければならず、行政行為の合目的性、衡平性または相当性をは審理すべきではないことを明らかにしている。

本案審理の場合においては、中立的な用語である「違法な」が選択されていることは明かである。

ある行政行為を既に執行した行政庁が、当該行政行為の取消を言い渡す判決により、同時に〔その行政行為の〕執行を撤回すべき義務を負っている。このことは、権利保護をより強力に構築するという意義を持っている。

しかし、これは、単に訴訟法上の可能性を生みだすだけで、行政庁は個別具体の場合においてこのような行政行為の執行を撤回させる実体法上の権限をどの程度まで持つかについて、学説および裁判例に広まっている論争を解決するものではない。行政庁に対し行政行為を撤回すべしとの判決を求める申立ては、実質的に、義務づけの訴えである。この義務づけの訴えは、取消の訴えに引き続かねばならないだろう。なぜならば、取消請求の認容判決が既判力を生じてはじめて、係争行政行為の執行の撤回を求める請求権が成立するからである。しかし、訴訟経済の理由から、この義務づけの訴えについて、既に取消訴訟の枠内において両者共に一緒に裁判されるものとする。

第二項は、取消請求事件における判決は単に破棄的な性質を有するにすぎないとする原則に対する例外である。訴訟経済の理由から、裁判所は、このような場合においては行政行為を変更することができるものとする。行政行為の変更は、給付または確認を一部だけ減らすことのみに限定されるわけではなく、単に当該給付〔額〕を別額に確定し、当該確認〔事項〕を別の種類の確認〔事項〕に切り換えることもできる。このことは、一旦取り上げられた紛争事件を抜本的に解決することを可能にするために、合目的的であると思われる。第二項は、行政裁量を裁判所の裁量に取り換えることを意味しない。それゆえ、当該行政行為に瑕疵が存する場合に限り、別額の給付あるいは別の種類の確認の判決が下される。しかし、裁判所が複数の考え得る判断の中で、別の判断をより適切なものと思量する場合は、そもそもそうした判決は下されない。

第三項は、その本質上、第一項第二文の亜種である。本規定では、行政庁に対する請求権が実体法上直接行政行為の取消から生じる場合が考えられている。

第四項においても、第一項第一文の場合と同様に、審理は合法性に限定される。

第一一二条〔行政庁の裁量〕

行政の裁量にある行政行為もまた、それが違法であるとき取消される。第一一二条はここでは第一一一条を補完している。第一一二条は、行政の裁量裁断に対する裁判所の裁判権限を、違法性の定義によって詳細に規定し同時に限界づけている。この条文は、裁判所の課題を、行政庁による一時的法律執行の課題から有意義に画することに役立ち、そしてこれにより間接的には権力分立の保障と法の支配の要請にも資している。第一一二条によって特に次のことが、明らかにされている。

第一一四条に示された限界が踰越されていない限り、合目的性の考慮、および何がしかより良いまたは事柄に則したより適切な解決方法についての問題は、裁判所の判断に服さず、したがって、係争行政行為は取消されないこととなる。これに加えて、原告は――いずれにせよ裁判所で実行できないような――あらゆる観点から正しい裁断を求める請求権を有しておらず、その者の権利が侵害された範囲に限って、請求権を有する。

他方、第一一二条は、行政手続法第五条第一項、第一二条第一項とあいまって、これら審査基準および処分基準の意義を実効性あるものとするため、その基準の合理性と合目的性の説明責任を行政庁の側に課している。行政庁がその説明責任を果たし得ない場合、当該審査基準または処分基準が確立されないままに、行政庁が裁量権を行使したこととなる。ここには裁量権の濫用がみられる。

第一一二条は、この条文で狭く画したアスペクトの下でのみ、行政の裁量裁断をあつかっている。類似のことは、第一一二条の、計画策定並びに行政の判断余地を伴う不確定法概念への類推適用にもあてはまる。

行政庁がある事件につき裁量の余地を有しているか否かそして場合によってはいずれの点について裁量の余地を有しているかまたは結局のところ、とくに（だけではないとしても）問題となっている行政行為を発給しうる（法律による）授権に関する、関係条文の解釈問題である。ある行政行為の前提要件に関して詳細な規範が欠けていることは、通常、その発給が行政庁の裁量にあるということを支持している。場合によっては、裁量裁断の必

要性は、事物の本性からも明らかになることがありうる。

第一一二条は、行政の法律に対する拘束からの例外を意味するのではなく、行政がその裁判の合目的性に関して裁判所のコントロールに服さないということを意味するにとどまる。この意味において、行政にとっての裁量は、行政裁判権のある専門部にとっての意義と異なっている。

行政裁判権にとっての裁量は、第一一二条により行政の裁量がその限界内にとどまっているかどうかを審査するだけである。その場合に、行政庁は審査基準および処分基準の合目性並びに合目的性を説明する責任を負っており、その責任を果たすことのできないとき、裁判所は、裁量の限界内において行政庁が瑕疵なく裁量権を行使したとは認めない（無瑕疵裁量請求権）。説明された審査基準および処分基準を行政庁の裁量裁断が逸脱している場合にも、同様である。

事後審査にあたって、行政事件訴訟法第一一二条により予定されている限界を直視するとき、不服申立の附記理由で主張しうる合理的だと認められた解決と異なる複数の解決方法が、明らかになることがありうる。しかし、裁判所は、たとえその事件につき別な解決のしかたがより合目的的であったであろうとの心証を得たとしても、自己抑制しなければならない。

法の一般原則の表現として、第一一二条は、法律に別段の定めがある場合を除いて、行政の裁量にある（または行政の判断余地のある）給付、作為または不作為に関連して、通常の給付訴訟にも類推適用される。同様に、行政内部行為および法規命令等に関して、それをなした行政庁が裁量余地または判断余地を有している場合、第三八条、第三九条による内部行為統制手続、規範統制手続にも準用される。その限りにおいて、しかし、特則が第七二条および第一二一条にあてはまる。

第一一三条〔不服審査裁決の取消の訴え〕

この条文は、第一一一条および第一一二条を補完している。これらの条文（第一一一条第一項第一文を除く。）は、行政行為に瑕疵のある場合に行政裁判権の裁判だけを規定している。第一一三条は、行政行為に適用される諸規定の準用を、次のケースについても、定めている。すなわち、第七一条第一項第二号および第二項に基づいて、不服審査裁決が、第一一一条および第一一四条の場合のように（審査裁決が追認または更正した）原処分と一緒に取消請求されるのではなく、取消の訴えの単独対象である、そうしたケースがここでの問題である。不服審査裁決もまたひとつの行政行為である。不服審査裁決が違法であったことの確認を求める、不服審査裁決に対する継続的確認の訴えもまた、適法である。

第一一三条は、不服審査裁決の発給を求める義務づけの訴えにも類推適用しうる。授益的行政行為が不服審査裁決によって不当に取消されてしまい、そして今度は裁判所がその不服審査裁決を取消した場合において、その事件が裁判をするに熟しているとき、あらたな不服審査裁決を求める訴えがあれば、不服審査庁は、第一一三条、第一一一条第四項の類推により、その不服申立を棄却する義務を負う。その事件が不服審査庁の裁決に関してまだ裁決をするのに熟していない場合には、第一一一条第四項第二文により不服申立のあらたな裁決が宣告されなければならない。

第一一四条〔判決の告知と送達〕

判決は、民事訴訟法（民事訴訟法第二五一条、第二五二条、第二五五条）と類似して告知（第一項）または送達（第二項、第三項）によって少なくとも主たる当事者に「言い渡す」。しかしながら、その裁判が「有効」になる特定の期日を指定することは、慎重であらねばならない。

第一項は、民事訴訟法第二五一条第一項に密に依拠している。しかし、同項は、実際的な必要性により適切に対応するため、判決の告知まで二週間にわたる期間を認めている。全ての判決は当事者に送達しなければならな

い。

第二項は、判決の告知に代わる判決の送達をも認めている。判決の送達により、判決の告知が最終口頭弁論に引き続いて行われず、後の期日において行われる場合に生じるそうした訴訟上の無駄は回避されるべきである。なぜならば、経験に照らすと、当事者はこの判決の告知にほとんど出廷しないからである。

判決の言い渡しは原則として口頭弁論の終結の日にしなければならず（参照、民事訴訟法第二五一条）、これにより裁判の迅速化が図られる。口頭弁論はできる限り一回で済ませ、口頭弁論に先立つ準備書面手続の充実が必要となる。裁判の徒な長期化は、原告の実効的権利保護にとっても裁判所の案件処理にとっても得策ではない。

告知または送達は、上訴の提起後も、直近上級審の裁判があるまでの間、将来に向けて有効に追完することができる。第一一四条は、例えば、第七二条第五項および第六項、第一二一条、第三八条第六項、第三九条第六項による、独立の決定手続における決定にも準用する。略式判決（第七八条）は、口頭弁論を経ないでおこなわれるが、第一一四条第三項によりつねに送達によって言い渡される（参照、民事訴訟法第二五五条第一項による調書）。

第一一五条〔判決書の形式と内容〕

この条文は、判決の形式および第一〇五条第一項第二文と一緒になって、必要的内容を定めている。さらに、本条は判決の作成と原本との関連において若干のその他の要件を規定している。判決は、第一項第二文によりつねに書面で作成されなければならない（たとえ告知される場合であっても）うえ、判決として表示されなければならず、そしてその裁判に関与した裁判官全員（ただし、市民裁判員を除く。）によって署名されなければならない。

第二項第四号および第五号並びに第三項は、第五項によって補完されている。第五項は、理由附記の簡素化に関する規定であり、第一三三条による控訴判決の理由附記、第一四五条第七項による上告判決の理由附記および

第一二一条第二項による決定の理由附記をその対象としている。事実関係を陳述するにあたり書面および調書を援用することは、許容されている。しかし、法律学の教育を受けていない当事者がより良く理解するために、そのような書面および調書の援用規定は、必要最少限に利用することであるべきである。

判決は、告知される場合（第一一四条第一項第二文では、第四七条第一項ただし書で明文により規定されているケースが問題である）でもまた、送達しなければならない。しかも、事実関係および判決理由を付記して、送達しなければならない。控訴期間は、送達と同時に初めて進行し始まる（第一二三条第二項）。

第一一五条は原則として、判決手続と決定手続の相違から別段の事情が明らかになる場合を除いて、決定にも類推適用される。例えば、第一項第二文による署名要件は決定にも適用されうる。

第一一六条（判決の訂正）

判決は告知または送達後（第一一四条）原則として上訴手続においてのみ変更しうる。第一一六条から第一一八条までの規定は、裁判書の作成にあたっての裁判所のたんなる「技術的」見落としまたは裁判の「不服」だけが問題であるような、一定のケースについて、実務上の理由から、この原則を打ち破っている。これに対し、裁判所の意思形成の正しさの問題は、ここでは除かれる。第一一六条から第一一八条までの規定は、決定（第一二〇条）および略式判決（第七八条）並びに第三八条および第三九条による手続においても準用される。

第一一六条、第一一七条、第一一八条による申立ての可能性が上訴の適法性を排除することはない。ただし例外的に、権利保護の必要性は、疑いもなく訂正しうる瑕疵が責問されるときに限り、欠如する。

第一一六条、第一一七条、第一二〇条による訂正および補充は、――第一一六条の場合にはさらに場合によっては上訴裁判所自身によっても――すでに上訴の提起をうけた裁判に関してもなお許される。訂正または補充されると、その上訴は、不服がなくなり不適法となることもありうる。判決の原本ではなく、正本にのみかかわる

瑕疵および誤りは、第一一六条、第一一七条、第一一八条に該当しない。

本規定では、民事訴訟法第二五七条第二項とは異なり、訂正の申し立てを却下する決定に対してもまた、抗告は受理される。

第一一七条〔事実の訂正を求める申立て〕

この条文は、例えば訴訟の経過（なされた申立て、証拠調べの結果、間違ったもしくは不完全に記録された証言を含む。）に関して、第一一五条第二項第四号、第三項に規定する判決中の認定事実の訂正、補充または明確化を申立てにより、可能にしている。

第一一七条は、第一一六条による訂正という簡単な方法をもちいることのできない、そうした認定事実について、すべての誤りおよび不明に適用される。また第一一六条と対照的に、第一一七条は、裁判所の間違った観念に基づく事実認定にも適用される。事実認定が事実の欄（第一一五条第二項第四文）でなされているか判決中のその他の箇所でなされているかは、重要でない。

これに対し、その裁判にとって決定的に重要であった事実評価、証拠評価および法的心証すなわち裁判所の本来の意思表示は、第一一七条に該当しない。

第一一八条〔判決の補充〕

この条文は、次の脱漏のケースについて判決（判決書を含む。）の補充を可能にしている。すなわち、裁判所が、判決主文中で裁判をしなければならなかったであろう訴訟上の請求（予備的請求を含む。）について、または、第一六〇条第一項により職権により裁判しなければならない裁判費用について、脱漏により裁判しなかったケースが、ここで問題である。前提要件は、（費用に関するものを除いて）、問題になっている申立てがいずれにせよ判決の事実欄において言及されていることである。第一一八条第一項にいう費用に関する裁判は、不服申立前置手続

における代理人に依頼する必要性に関する第一六一条第二項第二文による裁判および訴訟参加人の費用に関する第一六一条第三項による裁判をもさしている。

一部判決（第一〇八条）は、その事件のうちこれにより解決されていない残りの部分に関しては、第一一八条の対象ではない。

第一一八条は、第一二〇条第一項により、第七二条および第一二一条による独立の決定にも準用される。第三八条第六項および第三九条第六項による決定についても同様である。

第一一九条〔判決の実質的既判力〕

この条文は、行政事件訴訟法上の判決の実質的既判力を規定する。すべての訴訟法は、同一の事件についてあらたな争いは許されないことを定めている。中心点にある問題、すなわち法的紛争の同一性がいつ終わるかをめぐって、訴訟物論が展開されている。

この条文の目的は、次のことを妨げない。すなわち、裁判所によって認定された事実から導きだされる法律効果で、判決によって裁判されたものを、のちに事実状態および法状態が変更したときに、再度あらたに同一の当事者またはその承継人間において訴訟手続の対象にすることは、妨げられない。司法の重複負担、矛盾裁判の危険、これから生じる法的安定性の危殆、といった事項の阻止が、実質的既判力の目的である。

本規定は、実質的既判力のみに関係している。実質的既判力の必要要件である形式的既判力は、一般的原則から明らかになる。これによれば、その性質上独立して取消請求し得るが、しかし、個別具体の事案ではもはや権利救済を閉ざされているそうした裁判が、形式的に既判力を生じることになる。

実質的既判力についての学説は、民事訴訟において築かれている。民事訴訟において獲得された一般原則は、本質的に行政事件訴訟に転用することができる。取消の訴え（義務づけの訴え）についての特殊性が生じる限り、

それに関して確固たる原則を形成し、既存の原則を強固にし発展させることは、裁判例と学説にゆだねられなければならない。行政事件訴訟においてもまた、既判力は原則として当事者間のみに効果を及ぼすのである。単に形成判決のみが、その性質上なんびとに対しても効力を及ぼす。

第一二〇条〔決定の準用規定〕

この条文は、判決に関する条文が決定へ準用できることを規定している。第七八条による略式判決は本条に該当しない。略式判決については、第七八条第一項第三文に基づいて、判決に適用される規定が準用される。

第三八条第六項、第三九条第六項、第七二条第五項、第六項、第一二一条、第一二五条第二項および第一四五条第一項による決定は、機能の点で判決と大幅に同一である。しかし、その他の決定は、行政事件訴訟法においては、民事訴訟と類似して、本案手続（判決手続）とくらべ下位にある（訴訟上の性質のあるまたは例外的に実体法上の性質のある）問題についての裁判に資している。第三八条第六項第一文、第三九条第六項第一文、第七二条第五項第七項、第七三条第三項および第一二一条等による独立の決定手続における決定は特別な意義を有している。判決手続に関する条文が本質的にこれらの決定に適用される。

ただし、訴訟救助権を拒否する決定および執行停止を裁判する決定（現実に執行停止されることになるか否かは問わない。）については、関係人にとってそれら決定が意義を持つことを理由に、個別具体の場合においてそれら決定が上訴により取消請求しうるか否かを問わず、理由付記を義務づけることが必要であると考えられる。

狭義の決定と区別されるべきものに、訴訟指揮に関する措置（第一四六条第二項）並びにその他の処分および命令（例えば、呼出処分、期日指定）、その他、書記官の裁判（第九七条第一項による文書閲覧に関する）がある。前記の処分および命令は、手続の技術的進行のみを規定しており、抗告をもって攻撃できない。

訴訟指揮に関する措置には、疑いのあるとき、決定の場合と同じ条文が適用される。その処分には、署名をし

なければならないものもなければ、その訴訟指揮に関する措置は無効であり、その結果は、その送達もまた期日を進行させることができない。

第五章　仮処分

第一二一条〔仮処分命令〕

従来の行政事件訴訟法は、仮処分について排除していた。それゆえ、民事訴訟法を準用することで、仮処分が行政事件訴訟においてなんらかの態様または訴訟類型で許容されるか否かが、非常に議論の対象となった。このような実務でも非常に重要な問題は、解明されなければならなかった。

仮処分は、行政事件訴訟においてもまた不可欠である。いわゆる当事者訴訟は実体法の点でも訴訟法上の点においても非常に私法上の争訟と類似した状態である。この当事者訴訟においては、特に、多くの場合に権利の実現を一般に無に帰させるべきでないとすれば、仮処分は放棄できない。私法におけるのと同様に、公法の分野においてもまた、仮の地位を規律する措置命令が必要であり得る。しかし、補充関係の枠内においてもまた、仮処分による暫定的な規律が必要であることは明らかなことである。その性質上破棄的裁判のみを結果として生みだす取消請求事件に関しては、もちろん、仮処分の機能は、第七二条の規定を借用することになる。不利益行政行為が行われる場合は、当該行政行為は、不服申立てまたは取消の訴えの提起により、それに付随する執行停止効力ゆえに法律上当然に暫くの間停止される。この保護は、仮処分による保護以上に強力である。なぜならば、ここでは、裁判所の行動をもはや待つに及ばないからである。しかし、執行停止効力が行政庁により排除される場合に関しては、特別な手続が既に第八一条に規定されている。訴訟法上の状態は、この場合、仮処分に関する手続よりも、不利益を受けた者に有利である。なぜならば、行政訴訟は、職権探知主義のために立証責任それ自体

を規定していないにもかかわらず、しかし、当該請求が正当であるかに関して、裁判所が自らが抱く請求に関する疑いを払拭することがその当事者にできない場合は、自己に有利な裁判を申立てた者の不利に実際に影響を及ぼすことになるからである。仮処分の場合、この不利益は申立人に生じることになる。しかし、第七二条第三項の手続においては、この関係は行政庁に不利な方へと逆転する。なぜならば、この場合は、行政庁は、自らのため、例外的要件を請求するからである。

また、概念上執行停止効力を生じえない取消請求事件、即ち特に許可申請が拒否された場合に関しても仮処分は必要ではない。取消の訴えは、ここでは、拒否の除去だけを、即ち行政庁の決定前の状態に回復させることをその目的にしている。取消請求に係る判決は中立にもどす機能を持つと言えるだろう。申立人のそれを越える目標、即ち実際に許可の獲得は、取消の訴えによるのではなく、義務づけの訴えにより追求されることになる。

これに対し、義務づけの訴えについては、仮処分の必要性がまたもや生じる。なぜならば、当事者訴訟の場合と同様に、行政庁に何らかの行為を求めるさまざまな請求権は、それがすぐに（そしてたとえ当座ものにすぎないとしても）実現されうる場合に限って、価値を持つからである。このような緊急性を要するケースについて請求権が実現する可能性は実際にも必要とされるが、このことは、権利保護からの直接の要請である。この可能性を約束していない法秩序は、単に不完全な権利保護だけを供与しているにすぎない。しかし、このことを憲法第三二条は禁じている。同条項は公権力の不作為による権利侵害をもその対象としているからである。

第一二一条は、第七二条および第七三条に該当しないすべてのケースについて、行政裁判権による仮の権利保護を規定する（第五項）。第五項は、執行停止の効力と仮処分命令の制度をシームレスに相互に結びつけることによって、穴のない仮の権利保護が保障されている。内部行為統制事件（第三八条）について、第三八条第六項は排他的道具として仮処分命令の適法性を定めている。規範統制事件（第三九条）についても、第三九条第六項

は、排他的道具として仮処分命令の適法性を定めている。

第三八条および第三九条に別段の定めがあり、かつ内部行為統制手続または規範統制手続の本質から別段のことが明らかになる場合を除いて、第一二一条の原則がこれらに適用されなければならない。

第一二一条による手続は、（第七二条による手続の場合と同様に）ひとつの即決の、本案につき係属している判決手続との関係では、独立の手続である。この手続には原則として、独立の手続に適用されるすべての条文および一般的法原則が適用される。

第一二一条の適用対象には、第三〇条による行政事件の分配により管轄権の認められているケースに限定されている。しかし、一般的法思考（参照、第三九条第六項）の表現として、第一二一条は原則として、仮の権利保護の適法性を明文でもって定めていない、その他の裁判手続にも類推適用されるが、これに対し行政手続には適用されない。

第七二条の場合と同様に、第一二一条は、公法上の権利主体に対する法律関係への適用が考えられる限りにおいて、権利保障の表現である第一二一条は、公権力の作為または不作為からの帰結としての重大なかつ期待できない不利益で、本案につき後の裁判によってももはやただちに除去できないものに対する仮の権利保護をもその対象としている。その他、とりわけ対等関係についても、第一二一条は一般的裁判保障請求権の表現でもある。これは、第一二一条の解釈と適用に当たって斟酌されなければならない。とくに基本権かその事件にかかわっている場合においてかつその限りにおいて、裁判所は、さもなければ申立人が基本権に対する相当な、受忍限度をこえる侵害（これは本案の裁判によってもはや除去されえないものである。）に迫られているとき、仮の権利保護を保障すべきである。ただし、優越的な、特別に重大な理由が例外的にある場合は、その限りでない。第一二一条は、仮の権利保護を得るための前提要件が第七二条の場合よりも一層厳しいにもかかわらず、第八〇条の必要要

件で十分である。

第一二三条が原則として行政に対する仮措置命令を求める実体法上の請求権に、本案で請求されている請求権の存否にかかわりなく、対応していない範囲において、第一二一条による仮の権利保護は、純粋な訴訟法上の権利救済である。立法者が行政による仮の行政行為または類似の措置命令の発給を規定するときに限り、事情を異にする。法律に別段の規定がないとき、通常、仮処分命令の申請前でも後にも、実体法上の措置命令請求権は成立しない。複数の志願者がひとつの公務員法上の地位をめぐって競願している特別なケースについてのみ、別段のルールがはたらくであろう。

第一二二条〔内閣総理大臣の異議〕

第一二二条は、内閣総理大臣の異議制度を承継する。仮の権利保護の拡充に備えるものである。

第四編　上訴および再審

第一章　控訴

第一二三条の前注に関して

行政事件訴訟法は、民事訴訟法の場合と類似して、専門部のある地方裁判所ないし高等裁判所の裁判に対する正規の上訴として、判決（第一一五条）が問題であるかまたは決定（第一二〇条）が問題であるかに応じて、控訴（第一二三条ないし第一三三条）、上告（第一三四条ないし第一四五条）、抗告（第一四六条ないし第一五二条）または申立（第一七一条、民事訴訟法第三二九条第一項）を定めている。前記の上訴は、訴え（第七五条）、口頭弁論を求める申立（第七八条第二項第一号、第三号および第四号）、原状回復を求める申立（第五二条）および再審の訴え（第一五三条）のような、上訴以外の、行政裁判権の手続において特別の規定により許されている権利救済とは、

次の点で区別される。すなわち、上訴には移審効および遮断効をもっている、点で区別される。上訴は、攻撃をうけている裁判の既判力（第一一九条）の発生を妨げる（遮断効、抑止効）点、および上訴はその紛争事件上級審に移審し、そして上級審の管轄を根拠づける（移審効）点で区別される。しかも、当該攻撃された裁判の既判力の発生は、裁判のうち明らかに攻撃できる部分に関してのみならず、上訴の申立により取消請求されていない部分または不服のないためまったく取消請求することのできない部分についても、遮断する。

その他、例外の場合に限って（第一四九条）、控訴、上告、抗告は、当該攻撃をうけた裁判の債務名義に関して執行停止の効力を有する。ただし、その裁判が即時執行を宣言されているか、または第一六五条により仮執行を宣言されている場合は、その限りでない。裁判所裁判に対する上訴の遮断効および執行停止効力は、第七二条による執行停止の効力と区別されなければならない。

第一二三条〔控訴の受理―受理理由〕

控訴は、事実の点および法律の点で高等裁判所による地方裁判所の判決の再審査をめざす、上訴である。控訴は、遮断効および移審効を有している。控訴裁判所は、第三七条第一号により高等裁判所である。

高等裁判所の負担を軽減するために、控訴額の下限を規定すべきであるとする要求が時折主張されたが、そのような要求には応じられなかった。なぜならば、そのような要求は公法上の訴えの大部分が財産権以外の性質であることを適切に判断していないからである。金銭給付が問題とされるケースでさえも、利害の重点はしばしば財産権上の領域に存しない（例、罰金刑）。

本条は、一般的な受理控訴を規定する（控訴の制限）。一般的受理控訴の導入によって、控訴裁判所の負担軽減に寄与する。ひとつの事実審で通常の十分であり、そして第二の事実審は、第一審の裁判の再審査が事柄の本質よりして必要である手続においてのみ、用いられるべきである。控訴の受理に関する裁判はもっぱら高等裁判所

がこれを行い、地方裁判所ではない（第一二三条第一項、第一二四条第二項第一文）。

控訴裁判所の負担をある程度軽減することは、裁判費用の問題だけを理由とする控訴を一般的に排除することにより達成できる。このことはがまんできることである。なぜならば、これらの場合、むしろ財産権上の利害にのみ関係しており、そして行政裁判手続の費用は経験によれば受忍限度にとどまっているからである。

特別な受理要件による控訴の制限（受理控訴）は、平等原則が守られている限り、憲法上許され、そして、憲法第三二条に違反しない。

控訴について受理の必要性は、上告審へのアクセスに関して自動的に制限をもたらすわけではなく、したがって飛躍上告を排斥しない。しかし、他方、受理控訴は、法律により控訴を禁止することを意味しない。控訴が禁止されている場合、第一三七条により上告は開かれている。

第二項第二文の規定は、絶対的控訴理由を列挙する。

第一二四条〔控訴の受理手続〕

第一二四条は、一方で控訴受理の手続（第一項、第二項）を、そして他方で、受理された控訴の理由書（第三項）を規定している。

第一二五条〔控訴手続―不受理抗告〕

この条文は、第一審の判決手続に妥当する一般規定が控訴手続（第一項）にも適用できることを規定し、そして控訴の不受理の場合の裁判（第二項）を規定している。本規定は、控訴が不適法である場合の手続を簡素化し、そして統一している。

第一二六条〔取下げ〕

控訴の取下げは、第八八条による訴えの取下げに準じて規定されている。

控訴の取下げについては、第一二六条に別段の定めがある場合を除いて、訴えの取下げの場合と同一のルールが適用される。

しかし、本条は、訴えの取下げと対照的に、上訴にのみかかわっており、かつ、取下げが控訴理由書提出期間の徒過後におこなわれるとき、その判決の既判力を生じさせている。

いったん取り下げられた控訴は、原則としてあらたに提起することができる。控訴の取下げは、上訴権の放棄をもたらさない。

控訴のあらたな提起は、しかし、控訴に関する一般規定に従って、許されなければならない。一般規定はたしかに（附帯控訴の場合を除く。第一二七条）なんら控訴の提起を規定していないが、しかし、控訴の受理申立および控訴理由書提出を定めている。高等裁判所が控訴を受理した申立手続が、そのまま控訴手続として続行される場合には、控訴の提起は必要でない（第一二四条第二項）。しかし、これによれば、高等裁判所による受理決定（第一二四条第二項第一文）によって公訴の提起はその性質を転換し、そして受理申立は（受理による停止条件付で）控訴の提起として取り扱われると、その結果、あらたな公訴の提起は、第一二四条第一項に申立期間がまだ徒過していないときに限り、適法とされる。したがって、申立期間の徒過後は、非独立的附帯控訴（第一二七条第二文）はまだ許される。

第一二七条〔附帯控訴〕

附帯控訴は、衡平の理由および武器対等の理由から、並びに無用な上訴を回避するために、独立して第一二三条、第一二四条により公訴を提起しない（または彼らが控訴を放棄した、申立期間または理由書提出期間を徒過したか、またはその判決により不服をうけていなかったか、あるいは控訴手続において、かれらの有利となるようその請求を拡張し、反訴を提起しまたは費用裁判を変更する理由で、附帯控訴は提起できない。）。その他の当事者、さらには訴

訟参加人に対し、別な当事者の控訴によって控訴裁判所に係属することとなった手続に、自らも上訴人として関与し、原審判決を自己の有利に変更するために申立てる権能を与えている。上訴人はあらゆるリスクから免れるべきではない。法的紛争をさらに続けたいとおもわない当事者は、相手方の（考えうる）上訴を考慮して、慎重に上訴を提起することを、場合によっては緊要だと考えるべきではない。

控訴裁判所は、附帯控訴によって、不利益変更の禁止（第一二八条）からまぬがれ、その後は附帯控訴人の有利にも裁判をすることができる。

附帯控訴は、それが控訴期間の徒過前に提起されそして当事者が控訴を放棄しなかったときは、「通常の」控訴と異ならず、狭義の上訴である（いわゆる「独立的」附帯控訴）。なお、いわゆる「非独立的」附帯控訴とは、主たる上訴人によって提起された上訴の枠内における申立であるにとどまり、事情を異にする。

第一二七条は、第一四二条により、上告にも準用され、そして一般原則に従って抗告にも準用される。

附帯控訴は、被上訴人の有利となるよう原審判決の変更をしてもらいたい意思が書面で明白かつ一義的に表現されていることを前提要件とする。控訴の却下以上のものが附帯控訴によって得られるときに限って、附帯控訴は適法である。

第一二八条〔審理の範囲―新たな提出〕

控訴裁判所は、控訴が適法であるとき、第二の事実審として、第二審に係属させられている紛争事件を控訴申立の枠内において（第一二九条）、当事者の主張に拘束されることなく、原則として、第一審の裁判所と同じ範囲にわたって、事実の点および法律の点で審査をする。その審査権は、控訴を受理（すなわち許可）する受理事由に限定されない。原告は、適法な控訴または適法な附帯控訴の枠内において、地方裁判所における手続と同様に、その者の訴えを変更することもでき（第八七条）、とくに請求を拡張することもでき（第一二三条）、さらに被告

は反訴（第八五条）を提起することができる。

控訴手続において第二文により原則としてあらたな事実および証拠方法の提出（あらたな証拠申出を含む。）もまた、許される。ただし、第一二九条に基づき、当事者がすでに第一審で提出できる状態にあったであろう、あらたな事実および証拠方法に関しては、事情を異にする。

時機に遅れた攻撃防禦方法の提出によって費用が生じた場合、その費用負担は第一五五条第四項により分担される。その他、第一審における紛争資料は、当事者が控訴審においてその申立ておよびその主張を変更しない限り、そのまま継続して有効である。このことはとくに当事者の申立ておよび主張にあてはまる。申立ておよび主張はしたがって繰り返される必要はない。控訴申立ておよび主張についても、その他の当事者のいずれもが異議を唱えず、かつ裁判所がその引用を相当と認める限り、原審の申立てと主張を引用することができる。

裁判所自身もまた、第一審の手続全体を、とくに証拠調べ等を繰り返す必要はない。むしろ、控訴裁判所は、従前の証拠調べの結果を、例えば鑑定人の鑑定、検証の結果等を、それらが法的に異論のない態様で成立している限り、そのまま単純に受け継ぐことができる。とくに、すでに第一審でおこなわれた証人および鑑定人の再度の尋問が必要とされるのは、控訴裁判所が、問題となっている証人の信憑性または供述の信頼性に関して疑いをもっているとき、または控訴裁判所が第一審と異なって判断しようとするときに限られる。

第一文により、控訴手続において紛争関係は事実問題と法律問題について、全範囲にわたり新たに審理を受けるという、それ自体自明な原則が明らかにされている。しかし、その審理は、第一三〇条により控訴申立ての範囲に限定されている。

第二文では、故意過失により攻撃防御方法の提出の遅れた場合の費用負担は、既に第一五五条第四項から明らかになる。

第一二九条〔新しい説明と証拠方法〕

この条文は、第一審において第八三条第一項または第二項による催告および期日指定にかかわらず提出されなかった、そうしたあらたな説明および証拠方法の許可ないし適法性を規定している。本条は、その限りにおいて第一審における時機に遅れた攻撃防御方法の提出に関する第八三条のルールを補完している。内容上第一二九条は民事訴訟法第一五七条にならっている。

第八三条と同様に、第一二九条もまた、手続のひきしめと迅速化に資する。第一二九条は、第一四六条以下による抗告手続並びに第一四二条の準用による上告手続にも適用される。

第一三〇条〔申立に対する拘束〕

この条文は、第八四条のルールを控訴手続について繰り返している。本条はとくに不利益変更の禁止をその内容としている。しかし、本規定は、他方でまた、係争の判決にくらべて上訴人にとってかれの申立を越えて一層有利な裁判を禁じている。しかし、原審で勝訴した当事者の有利とする裁判所の変更権は、場合によっては、附帯控訴によって拡大される。

第一三一条〔破棄差戻し〕

高等裁判所は原則として終局裁判をしなければならない。控訴が適法である場合、本案裁判は、第一三一条に別段の定めがある場合を除いて、判決によって、場合によっては第一三二条による決定によってもたされることを要する。第一三一条により、同条に定められた詳細な前提要件のもとでのみ、高等裁判所は、裁量により、みずから終局的な本案裁判を思いとどまり、そして係争判決を破棄してその事件を地方裁判所に差し戻すことができる。この規定は、当事者がこれにより事実審を失っていない限りにおいて、憲法上疑問の余地がない。なぜなら、ふたつの事実審を求める権利は存在しないからである。

第一三一条は、抗告手続にも準用されるし、また、第一四六条、第七二条ないし第一二一条による手続にも準用される。

第一項の差戻事由は限定列挙されている。拡張解釈または類推適用はできない。とくに、合目的性の衡量だけでは差戻を正当化することはできない。訴えの適法性を不当に肯定した中間判決については、差戻は考えられない。なぜなら、本案は第一審に係属したままだからである。

第二項によって、第一審の裁判所が、控訴裁判所の法的見解に拘束を受けるか否かという、問題は決着をつけられたのである。

第一三二条〔決定による全会一致の裁判〕

この条文は、控訴を全会一致で棄却するときのみならず全会一致で認容するときにも、決定でこれをなしうることを規定している。第一三二条は、高等裁判所が控訴を全会一致でもって一部理由あり、そしてその他については理由なしと認める場合にも、適用することができる。同時に、第一三二条は、第七八条の略式判決に対する（受理された）控訴についても、適用しうる。

第一三二条は、高等裁判所の負担軽減のためおよび控訴手続の簡素化と迅速化を目的として、裁判官が全会一致でその控訴を理由ありまたは理由なしと認め、かつ口頭弁論を不要と思量するとき、地方裁判所における略式判決に関する第七八条の場合と類似のルールを定めている。

第一三二条は、第一二五条第二項を補完している。第一三二条に対する憲法上の疑義、とくに口頭弁論を経ないで裁判がなされることに対する疑義は、存しない。

第一三三条〔引用判決〕

第一三三条は、係争の裁判書の事実の引用を許すことによって、高等裁判所が不必要な裁判書作成の作業を節

約することができるようにしている。第一三三条第一文は、高等裁判所が原審判決の事実認定をすべての範囲にわたって合意するときに限り、その判決の事実（第一一五条第二項第四号）を引用してもよい。高等裁判所が唯一の点で事実認定を異にする場合、高等裁判所は独立してその事実を定式化しなければならない。ただし、その場合には、一般原則（第一一五条第三項）に基づき簡易化のため引用の可能性が定められている。引用の可能性の枠内において、特定の具体的な点に関して原審判決の事実の引用もまた許されている。しかし略式的な引用はしかし禁じられている。

第一三三条第二文は、控訴裁判所の判決の理由附記に関して、地方裁判所の裁判における裁判理由に関する第一一五条第五項と類似のルールを定めている。

第二章　上告

第一三四条〔上告の受理〕

この条文は、上告の受理を規定する。本条は、高等裁判所の判決のみならず、第三八条および第三九条による内部行為統制手続および規範統制手続における高等裁判所の決定をも、上告の適用対象に含めている。

上告は、飛躍上告（第一三六条）および地方裁判所の控訴禁止の場合の上告（第一三七条）のケースを例外として、もっぱら法律上の観点からの高等裁判所の判決の再審査をその目標とする、そうした上訴である。上告は、国民の権利保護並びに憲法と法律に対する執行権と司法権の拘束の保障のほかに、とりわけ判例の統一および判例形成の保障に資する。後者の機能は、とりわけ第二項第一号および第二号による特別な受理要件および法的統制への限定にあらわれている。これに対し、第二項第三号による手続上告の場合、――とりわけ「デュー・プロセス（due process）の意義を斟酌して――国民の権利保護並びに法律に化体されている公益と私益の実現のため

の、手続法の保障、および手続法の厳守のための各種裁判所の育成が、前面にある。

自己の権利の侵害をうけたと信ずる、上告人にとっての個別具体の正義（具体的妥当性）の保障ないし復元という意味における上告の権利保護目的は、とくに、具体の法的紛争に関する（裁判さるべき）法律問題の裁判の重要性、申立ておよび不服の要件にあらわれている。

上訴として、上告は、遮断効および審級効を有する。上告によって攻撃をうけるのは、終局判決（中間判決（第一〇六条）、事情判決（第一〇七条）、一部判決（第一〇八条）、原因判決（一〇九条）を含む。）、第三八条第五項第一文および第三九条第五項第一文による決定並びに第一二五条第二項第二文および第一三二条第一文による決定、さらに飛躍上告の場合には略式判決（参照、第七八条第二項第二号）である。内部行為統制手続における判決（第三八条第五項第一文）および規範統制手続における判決（第三九条第五項第一文）は、通常の終局判決として、一般規定に従って上告に服する。判決に対する上告は、原則として原審でなされた予備的請求をもその対象とする。

第一項

受理裁判官が上告を受理することは、些細な事件から最高裁判所に負担を免れさせることに貢献している。

第二項

受理裁判官は、以下に定められた規定に従い上告を受理しなければならない。

a　原則的な法律問題の解明が期待できる場合、

b　最上級の国の行政庁によって代理されている連邦、連邦の最上級の地方公共団体行政庁、上級の連邦行政庁またはこれに準ずる他の国の機関が関与する場合。

c　判決が最高裁判所または高等裁判所の判例に相反する場合。

上告の受理要件をこのように制限することで、行政法における最重要分野における統一的な法適用を促進する

可能性が、開かれることになる。

第三項から第五項

上告不受理の抗告は、上告受理の統一的な取扱いを達成することに貢献している。

第一三五条〔不受理抗告〕

この条文は、却下（「高等裁判所による上告の不受理」をここでは「却下」と略称する。）に係る抗告を規定する（不受理抗告）。本条は、上告そのものの場合と類似して、統一的法適用の確保に資する。また、附帯抗告も適法である。ただし、独立的附帯抗告としてのみである。不受理抗告は、本案に関して移審効をもっていない。しかし、不受理抗告は受理の問題にかかわっているにすぎないにもかかわらず、不受理抗告は、第四項により、判決の既判力を妨げる。

第一三六条〔飛躍上告〕

草案は、その第四一条第二号および第一三六条において、常に上告を受理しなければならない事件が問題である場合に、飛躍上告の可能性を設けている。この規定は、審級を省略するのに貢献している。飛躍上告は、手続上の瑕疵を理由にすることができない（第一三八条第一項において第四一条第二号に言及されていないことを参照せよ）。

この条文は、飛躍上告を規定している。飛躍上告は、控訴審を回避して実体法の観点から地方裁判所の裁判の事後審査を直接に最高裁判所にしてもらう可能性を、当事者に与えている。ただし、事実関係のさらなる解明および事実の観点から、地方裁判所の事実認定の事後審査がその事後審査にとって問題でない場合に、限る。

飛躍上告の適法性は、地方裁判所による受理（許可）を前提とする。この（同意を必要としない）受理は、職権によりまたは申立により、判決または決定で、おこなわれている。受理は、それがもっぱら特定の当事者に限定

されている場合を除いて、すべての当事者のために効力を生じ、そしてかれらに控訴と上告とのうちからの選択の余地をあたえている。もし判決のなかで受理について裁判がなされなかった場合には、すべての当事者――訴訟参加人を含めて――は、のちに受理を申立てることができる。このための申立ては、上告の提起をもって代えることはできない。上告の提起の期間は、第三項第二文により、飛躍上告の受理に関する裁判の送達からはじめて進行する。類似のことは、上告理由書の提出についてもあてはまる。

却下（不受理）に対しては、上訴は許されていない（第二項第三文）。当事者はこの場合においては、第一二四条第一項による控訴の受理を申立てる可能性のみを有する。

上告裁判所の見解によればその事件が裁判をするのに成熟していないとされる場合は、上告裁判所はまた、その他の場合（成熟しているならば）、控訴裁判所として問題になる行政裁判所に、控訴手続における審理をさせるため、その事件を差し戻すことができる（第一四五条第五項）。

第一三七条〔控訴禁止の場合の上告〕

この条文は、控訴が法律によって排除（禁止）されている場合において、上告の一般的前提要件が具備されている限り、当事者に少なくとも地方裁判所の判決に対する上告の可能性を与えている。控訴の完全な排除（禁止）の適用例は、個別の法律および条約の関係規定である。

第一二三条による控訴の制限は、たとえその制限が具体の場合に控訴を阻止するとしても、第一三七条にいう控除の禁止を意味しない。

第一三八条〔上告理由〕

手続規定違反は、あらゆる真正の上告手続の場合と同様に、重大な手続上の瑕疵が問題である場合に、上告理由となる。専らそのような手続上の瑕疵のみが責問されている場合、第一三九条第一項に従い、上告の受理がな

くとも、上告が認められている。手続の瑕疵が他の法律違反と関連して主張される場合は、上告は、上告受理が行われた場合または上告不受理に係る抗告が認容されたときに限り、可能である。

上告裁判所として、最高裁判所は――手続上の瑕疵が主張された場合を除いて――、事実問題を審理することはできない。

上告が第一三四条、第一三六条または第一三七条により受理されるとしても、その上告が、そのすべてのケースについて、攻撃をうけた判決の全面的な法的な事後審理に服することとなるわけではない。最高裁判所は、上告（その他の訴訟要件が具備されているとして。）を認容することができるのは、次の場合に限られる。

一　係争の判決が、上告に係る法律の違反、例外的に法律の委任による条例の違反に基づいているとき。

二　事後審査が、認容を正当化する理由に関して、第一三八条第三項により排除されていないとき。

三　係争判決が――絶対的上告理由（第一三九条）が存在する場合を除いて、――第一三八条第一項第一号および第二号の要件が具備されているにもかかわらず、結論として、他の理由から、正当と認められないとき（第一四五条第四項）。

これらの前提要件の一つだけが備わっていない場合にも、上告は理由なしとして棄却されなければならない。その他の場合には、上告裁判所による判決の事後審理は、原則として、上告受理の理由に拘束されることなく、おこなわれる。

第一三八条第三項は、上告の適法性にかかわらず、とくに受理事由をも定めていない。

第三項は、上告の理由の存否に関する審査の枠内において、最高裁判所の審査権の範囲を規定している。この条文の適用のための前提要件は、したがって、つねに、受理された上告が一般的に問題であることである。第三項によれば、上告裁判所は、当該起こされた上告申立（第一四二条）並びに第一三八条第一項および第二項によ

る制限の枠内において、当該係争の判決を原則としてすべての範囲にわたって、そして当該主張された、重要だと

考えられた上告受理理由に拘束されることなく、その合法性について、事後審査する。

最高裁判所が、当該上告人により主張された上告理由には拘束されないとしても、当裁判所は、第一三〇条および第一四二条に従い、当該申立の範囲を越えてはならない。

第一三九条〔絶対的上告理由〕

この条文は、その第二項において、第一号から第六号までに列挙したいわゆる絶対的上告理由について、反証しえない推定（擬制）としている。したがって、当該違反は、それが立証されると、係争の判決にとって原因であった、という擬制が成立する。

手続規定違反――特に第二項に列挙する手続規定違反――は、その本質上、上告を受理するに不適切であるから、ここでは――手続の促進に資する飛躍上告の場合と同様に――上告受理を強いることは断念しなければならなかった。

挙げられている手続上の瑕疵は、民事訴訟法第三一二条における列挙事項に相当するが、しかし、第三号は行政訴訟の本質に従い挿入されている。

第一四〇条〔上告期間―理由書提出期間―形式〕

この条文は、上告の提起を規定している。上告の提起は、上告がすでに高等裁判所によって受理されたときに限り、原則として必要である。これに対し、第一三五条による不受理抗告がまずおこなわれ、これを高等裁判所が容認した場合か、または最高裁判所が上告を受理した場合には、その抗告手続は第一四〇条により上告手続として続行される。その場合には、抗告人による特別な上告提起は必要でない。むしろ、抗告人は自動的に上告人

になる。その限りにおいて、最高裁判所が第一三五条第六項によりすでに手続上の瑕疵を理由に不受理抗告について決定でその事件を差し戻しているケースにおいてのみ、例外がはたらく。しかし、第一三五条第六項に該当するケースを除いて、第三項による上告理由書の必要性は、そのままであり、影響をうけない。

特別の提起が第二項により不要であるにもかかわらず、上告が提起されていない場合、その判決は既判力を生ずる。

上告手続の訴訟物、また第一四〇条第二項により続行となる上告手続の訴訟物は、上告の請求の内容との関連において、上告申立によって、特定される。

上告および上告不受理抗告を申立てることで、原判決の既判力は阻止される。それゆえ、草案は、受理裁判官に権利救済を提起するよう要求している。上告手続の法形式が尊重される結果、最高裁判所に上訴が提起されたとしても出訴期間が遵守されたと認めることは否定されている。

第一四一条〔取下げ〕

上告の取下げの規定は、控訴の場合の規定（第一二六条）に対応している。取下げは、上告裁判所に対し意思表示しなければならない。提起された上訴は、上告の取下げがあった部分については、初めから係属していなかったものとみなされるにとどまる。したがって、取下げは、まだ上告期間が残存している間、あらたな提起を排斥しない。訴訟参加人（必要的訴訟参加の場合の訴訟参加人を含む。）の同意は、取下げについて、必要でない。

第一四一条は、不受理抗告にも類推適用されうる。

第一四二条〔上告手続〕

上告手続は、別段の定めがある場合を除いて、原則として、控訴手続と同一の規定に服する。

附帯上告もまた、第一二七条の準用により、許されるが、これに対し、反訴（第八五条）は許されない。控訴

手続に関する規定の中では、特に附帯控訴に関する規定もまた準用して適用されなければならない。

第一四三条〔訴えの変更・訴訟参加の不許〕

訴えの変更および訴訟参加を除外していることは、純粋な法的統制としての上告の本質に即している。これらを認めるならば、二つの事実審を無意味にするという結果になるだろう。

この条文は、上告手続の特別な性質が法律問題についての審査および解明のための手続であることに鑑み、訴えの変更（第八七条）および原則として訴訟参加（第五七条）を排斥している。これらは、通常、あらたな事実の確定（事実認定）を必要とするからである。

第一四四条〔適合要件の審査〕

この条文は、上告の特別な適法要件だけを挙げている。他方、その他の一般適法要件（第一二三条）は、つねに職権により斟酌されなければならない。

一般適法要件または特別な適法要件の一が欠ける場合、上告は決定によって却下されなければならない（第一四五条第一項）。上告の適法要件ではない本案要件が欠けている場合、その上告は（理由なしとして）棄却されなければならない。

第一四五条〔上告についての裁判〕

最高裁判所は不適法（第一四三条、第一二三条）のとき、決定で、上告を却下する。最高裁判所の裁判は、同裁判所が口頭弁論に基づいて裁判をするときにも、第一四五条第一項により、決定でおこなう。したがって、上告理由書提出期間が懈怠され、これに対し回復の訴えが口頭弁論に基づいて拒まれ、そして上告が許されるときにも、判決によってではなく、決定によって裁判されなければならない。例えば係争の判決が上告理由となる法律の違反に基づいてないが故に、または最高裁判所がすべての範囲にわたって再審査する権限をもたない（第一三

八条）が故に、あるいはその判決が瑕疵もなくもしくはいずれにせよ結論において正当である（第一四五条第四項）が故に、上告が適法であるが、理由のない場合、裁判裁判所はその上告を判決によって棄却する。

上告が一部不適法であり、一部理由もなく、または理由のある場合、統合して判決で裁判をすることができる。

第三項は、訴訟経済を考慮した上で設けられている。

第三章　抗告

第一四六条〔抗告の適法性・許可抗告〕

この条文は、抗告の適法な遂行を規定する。抗告とは、事実上のまたは法律上の観点からの、判決または略式判決（第七八条）以外の裁判の再審査を、その目標とする上訴をいう。抗告は上訴として、たとえ例外があるとしても（第一四七条）、遮断効および――容認手続（第一四八条）を除いて――移審効をも有している。さらに、抗告は、本質的には、その他の上訴と同じ規定に服している。例えば、附帯抗告、取下、不利益変更の禁止に関して、訴訟参加、本案の解決、裁判上の和解等に関する一般規定が、抗告に準用される。口頭弁論は許されるが、しかし義務でない（第九八条第三項）。

訴えの手続と対照的に、抗告手続は、特定の被抗告人（実体的意味において）が存在していることを前提としていない。

第一四七条〔抗告の提起〕

抗告は、当該抗告の対象となる命令または裁判によって不服をうけた当事者（第五五条）のいずれかによって、提起されうる。しかし、また、裁判所の命令または裁判によって不服をうけた第三者にもまた、例えば訴訟参加を求める申立てを拒否された者もまた、抗告を提起することができる。

附帯抗告もまた、独立的附帯抗告としても、適法である。

第一四八条〔地方裁判所による更正または高等裁判所への移送〕

地方裁判所または裁判長は、適法で理由のある抗告を更正（すなわち容認、是正）する義務を負っている。

更正は、抗告が適法でないか、しかし実質的に正当である場合にも、係争の判決が明文でもって法律によって更正できないと表示されている場合を除いて、可能である。

第一四八条に従い、高等裁判所に抗告を申立てるに際し、個別具体の場合ごとの必要性により良く適うように、一定の出訴期間をその判断の基礎とするのではなく、抗告を「遅滞なく」送付することを義務づけている。通常、これは出訴期間を短くすることを意味するだろう。しかし、特別な状況にあるケースについては、行政裁判所は、審理するに十分な機会を与えられている。

第一四九条〔執行停止の効力〕

この条文は、抗告の通常の場合について、執行停止の効力を排除している。その他の場合には、上訴は執行停止の効力を有している。これがそうである限りにおいて、裁判所は、抗告の提起後においても、本案の手続を続行できるし、また執行行為も許されている。係争の裁判をした裁判所または裁判長もしくは受命裁判官は、第一項第二文により、執行を一時停止でき、また場合によっては単純に略式にさしあたって当該手続の続行を思いとどまることができる。

第一四九条第二項は、執行停止効力について法廷侮辱罪を科すことは禁止されている。経験上、このような科罰は、即時執行できない場合、その効果の大半を失うからである。

第一五〇条〔決定による裁判〕

抗告裁判所は、下級審が第一四八条により更正されなかった抗告について、決定で、裁判をする。裁判の前に

当事者は聴聞をうけなければならない。抗告が不適法である場合には、これは却下されなければならず、理由のないときには棄却されなければならない。裁判所の裁量のなかにある、裁判に対する抗告については、抗告裁判所は、原審の裁判官と同じ裁判権限を有する。その限りにおいて、抗告裁判所は、裁量上の瑕疵を顧慮しての再審査に限定されるのではなく、固有の裁量裁判をなさなければならない。

認容の場合、抗告裁判所はみずから本案について裁判をするか、または係争の裁判を破棄しかつ第一三一条を準用してその事件を差し戻すことができる。さらに、抗告裁判所は、その裁判を破棄し、そして地方裁判所に当該所要の命令を委ねることもできる。下級審が、判決で裁判をしなければならなかったであろう事件について、判決でなく不適法にも決定で裁判をした場合には、抗告裁判所はその決定を破棄しかつその事件を差し戻さなければならない。

第一五一条〔異議の申立て〕

当該裁判所の裁判を求める申立て（いわゆる異議の申立て）は、第一五一条に限定列挙されている裁判のひとつを同一の裁判所によって再審査することを、その目標としている。その限りにおいて、異議の申立ては、上訴でない。むしろ、異議の申立ては、本条で直接にではない、裁判所の裁判に対してはじめてみとめられる抗告に代えて、第一五一条であげられた裁判について第一四六条によりなされる、その他の法的救済である。

異議は、第一六三条により費用確定の決定（第一六二条）に対しても申立てうる。裁判長の裁判に対して、当事者は、第一七一条、民事訴訟法第一五〇条により、裁判所に提訴する権利を有する。

第一五二条〔最高裁判所への抗告の禁止〕

決定は、通例、判決のように射程距離の長い意義を持たない。それゆえ、職業裁判官三人および市民裁判員二人からなる高等裁判所の構成およびかれらに前提とされる高い能力を考慮するならば、最高裁判所への抗告を遮

塞することができる。これにより、最高裁判所の負担を著しく軽減することが達成できるだろう。

この条文は、最高裁判所の負担軽減のために、高等裁判所の裁判および抗告裁判に対する抗告を原則として、明文でもって挙げられたケースについてのみ、許しており、したがって、これはいかなる法律上の誤りが責問されているかにかかわらないし、また、本案について最高裁判所への上訴がみとめられているかにもかかわらない。したがって、抗告が排除されている限りにおいて、もし禁止されてはならず抗告を根拠づけることになるであろう誤りは、上告の枠内において審査されなければならない。

第四章　再審

第一五三条〔再審〕

第一五三条によれば、判決、略式判決（第七八条）または手続を完結する決定によって締結し、既判力の生じた、行政裁判手続の再審は、民事訴訟法第三三八条から第三四九条までの規定による再審の訴え（無効の訴えないし回復の訴え）についてと、同じ前提要件のもとで、許される。

再審の訴え――ないしは再審の申立て――は、一方で一定の重大な手続上の瑕疵を犯した手続において当該裁判がおこなわれたケースについては、確定判決（既判力のある判決）の除去およびあたらしい弁論と裁判をその目標とする（第三三八条第一項第一号ないし第三号、第三四一条、いわゆる無効の訴え）、かまたは、他方で、当該裁判が正しくない間違った、もしくはさもなければ一定の態様で瑕疵のあるまたは不十分な判決の基礎であるケースについては、確定判決の除去およびあらたな弁論と裁判をその目標とする（第三三八条第一項第四号ないし第七号、第三四一条、いわゆる原状回復の訴え）。この規定は――第五二条の場合と類似して――法治国原則において根拠づけられている実体的正義の究極的理念に対する法的安定性および法的平和の究極的理念の衡量に基づいてい

る。

第一五三条は、第一七一条民事訴訟法第三八九第一項第八号によって補完されている。第一七三条経由で、民事訴訟法第三三八条第一項第八号を類推適用して行政事件訴訟法においても、事情の変更がある場合に変更の訴えは、適法である。

再審の訴え――ないし決定手続においては再審の申立て――は、上訴ではなく、異例な法的救済であり、これは、当該攻撃をうけた裁判の既判力を除去し、そして瑕疵のある裁判をあらたな瑕疵のない裁判におきかえることを目指している。

しかし、目標と手続は、その他の点では大幅に通常の上訴の場合の目標と手続に一致している。

再審原告は再審の訴え（再審の申立て）をもって、旧判決（旧決定）を遡及して取消すそうした訴訟上の形成判決（ないし訴訟上の形成決定）並びにあたらしい本案裁判を要求する。再審の訴え自体は移審効も遮断効もまたない。とはいえ、裁判所は再審当事者の申立てにより、第一六五条および民事執行法の規定に基づき、係争裁判に基づく強制執行を仮に中止することができる。

再審の手続は三段階でおこなわれる。一は、再審の適法性、二は、再審に係る主張の理由の有無の審査、三は、事件についてのあらたな弁論と自制。

裁判所は、前の段階が審査されており、かつ肯定の結果が得られたときはじめて、それぞれ次の段階に進んでよい。とくに、裁判所は、適法性審査の枠内において、はやくも再審の実体法上の要件を審査してはならない。

さらに、詳細に述べるなら、再審の訴え（ないし申立手続においては再審の申立て）の適法性には、さらにそのうえに、一般の訴訟要件も妥当している。

第五編　費用および執行

第一章　費用

第一五四条〔費用負担義務の原則〕

第一五四条第一項は、原則をたてている。すなわち、この法律に別段の定めがある場合を除いて、裁判所は、敗訴の側に対し、勝訴の側に生じた（そしてこの者によってひとまず立て替えられた）費用の償還義務を課さなければならない。

この一般ルールは、費用法の一般原則に対応する。しかし、第一項にいう敗訴の当事者とは、第三項を比較参照すると、原則として原告または被告のいずれかであるが、職務による原告または被告（例えば、破産管理人、遺産管理人）を含む。

第一五五条第三項ないし第五項の特別ルールは、第一項による費用分担ルールに優先する。

訴訟参加人の費用負担義務に関しては、特別の規定が必要である。訴訟参加人の法的地位に応じ、訴訟参加人は、手続への参加の程度のみに従い費用を負担しなければならない。

第一五五条〔一部勝訴・取下げ、回復、移送、故意過失の場合の費用負担義務〕

この条文は、第一五四条第一項の基本思考を、一部敗訴の場合にも適用されている。これは民事訴訟法第六四条に対応する。第一五四条第一項の場合と異なり、ここでの当事者のもとでは、訴訟参加人が申立てまたは上訴を提起していたときには（参照、第一五四条第三項）、原告被告のみならず、訴訟参加人もまた理解されなければならない。なぜなら、訴訟参加人の申立てが成果のなかったときに、その訴訟参加人に費用を分担させることができるが、これに対し、一部成果のないとき、まったく費用を分担させることができないという理由は、ないか

らである。

勝訴もしくは敗訴があるのか否か、またはどの程度そうなのかは、訴訟物全体との関係により、決めなければならない。

第一五六条〔即時認諾の場合の費用負担義務〕

この条文は、被告が、訴えを誘発したのではなく、当該求められた給付（最広義）をなす用意があり、かつそのうえ原告の請求を即時に認諾する場合に、その被告に費用負担を課さないように保護している。

必要要件（訴えを誘発しないことおよび即時認諾）は、重畳的にみたされなければならない。すなわち、例えば、訴え提起の誘因があらかじめいずれにせよ存在していたときは、即時認諾だけでは、必要要件は具備されない。その他、第一五六条の適用要件は、当事者が訴訟物の処分権をもっていないこと、したがって認諾もできなかったであろうことである。第一五六条は、即時の訴え放棄の場合にも準用しうる。

第一五六条からは間接的に次のことも明らかになる。原告（ないし申立人）があらかじめ所轄行政庁に相応の申立てをしたが成果の無かった場合、またはあらかじめ被告（ないし申立人）と申し合わせて解決できなかった場合には、その原告（ないし申立人）はいずれにせよ通常は権利保護の利益を否認されることはない。

第一五六条は、放棄判決（第一〇四条、第一七一条、民事訴訟法第二六六条第一項）にも準用できる。その他にも、第七二条第五項、第七三条第三項および第一二一条による独立の申立手続にも準用できる。

被告が申請または不服申立を期間内に認容しないことによる、取消および義務づけの訴えについては、第一六〇条第三項の特別規定が通常第一五六条の適用を排斥している。

法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり、かつその後に、全会一致による解決宣言、または解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合には、訴訟類型（もしくは、申

立手続の場合には申立類型）を問わず、第一五六条は適用できない。この場合には、費用は第一六〇条第二項により裁判をしなければならない。

第一五七条〔費用裁判に対する取消請求〕

第一五七条第一項は、訴訟経済の理由から、本案についての上訴が同時に提起されていない場合に、費用裁判を単独で不服の申立てをすることを間接的に排斥している。本条は、費用裁判が結局のところ本案裁判に依存しているから、上訴裁判所が、取消請求をうけていない本案裁判（第一項）をもつねに一緒に事後審査しなければならないことを避けることを、その従たる目的とする。

費用裁判は、第一項によれば、通例、本案裁判に対する上訴の枠内においておよび本案と一緒にのみ、取消請求することができる。この場合において、本案の上訴が適法であることが、前提要件である。とくに、上訴人が費用裁判によってのみならず、本案についても不服であることが、前提である。

第二項は、同じく訴訟経済の理由から、そしてとりわけ本案以外の裁判についての裁判所の負担軽減のために、第一項の規定をその他の費用裁判に拡大している。しかし、第一五八条と異なり、費用裁判に関して、費用裁判に対するいわゆる特別抗告は、法律違反のとき、考えうる。

第一五八条〔共同訴訟の場合の費用負担義務〕

一つの裁判が複数の者に対して統一的に下されうるそうしたあらゆるケースについて、連帯債務者による費用責任は可能である。これにより、勝訴した当事者側に、費用の償還に関してより大きな保証が与えられるべきである。

この条文は、複数の者が費用負担義務を負う場合について、費用の分担を規定する。その際、かれらが敗訴したものとして、第一五四条第一項またはその他の条文、例えば、第一五五条第三項第五項または第一五七条によ

り費用負担義務を負っているか否かは、重要でない。費用の一部に関して複数の者が費用負担義務を負っている場合に、この部分について第一五八条を適用する。

複数の者が費用償還請求権を有しているケースは、規定されていない。この場合は、たとえ判決で本案が連帯債権者として説示されていたとしても、各費用債権者ごとにそれぞれに裁判されなければならない。それ故、一人の共同訴訟人の裁判外費用を相手側が負担しなければならない場合、その共同訴訟人はその相手側からその共同弁護人の費用のうち、相応の割合についてのみ償還請求することができる。その相応の割合とは、他の共同訴訟人との割合においてその者にかかる割合をいい、したがって通常は当該相当の部分だけをさす。

第一五九条〔和解の場合の負担〕

第一五九条の規定は、和解のなかで費用について規定がなされていないケースについてのみ、補充的に適用される。この場合において、費用について特別な裁判所の言い渡しもまた必要でない。費用の確定は、その和解に基づいて直接に行うことができる。これに対し、ある和解が明文をもって本案に限定されている場合、費用の配分は第一五九条でなく、第一六〇条第二項が適用され、そして費用の確定は第一六〇条第一項により裁判所の決定で行われなければならない。

同様に、第一五九条は、和解に参加せず、またその和解を承諾しなかった訴訟参加人の裁判外費用に直接には適用できない。ただし、その和解が、この費用についてなんの規定も定めていない場合は、その限りでない。このケースでは、訴訟参加人の費用について、第一六〇条第二項、第一六一条第三項により裁判をする。第一六一条第三項により訴訟参加人が分担した裁判外の費用は原告被告それぞれ折半する範囲に限り、第一五九条が準用されなければならない。ただし、原告被告が和解のなかで別段のことを合意していた場合では、その限りでない。

第一六〇条〔費用裁判・解決・不作為の訴え〕

第一六一条第一項は、係属中の独立の手続を終結する裁判所の基本的な裁判（判決、決定）について、次のことを定めている。すなわち、裁判所は職権により同時に費用および場合によっては訴訟代理人の裁判外の費用（第一六一条第三項）を裁判しなければならない。

この条文は、判決により終結する手続のほかに、例えば、第七二条第五項、第一二一条、第九六条第二項または第三八条、第三九条による独立の決定手続にも適用される。また、原則として係属中の事件に関する決定手続にも適用される。さらには、原則として係属中の事件に関する終局裁判のない手続、例えば訴えの取下げ（第八条第二項）による手続の終了の場合にも、この条文は適用される。控訴の取下（第一二六条第二項）または上告（第一四一条第二項）の取下げ、双方による解決宣言（第一六〇条第二項）にも第一六〇条第一項は適用される。これに対して、この条文は、和解による手続の終結には原則として適用されない。

第一六一条〔償還を受ける費用〕

第一六一条は、いかなる費用が償還義務を負うかの問題を規定する。第一六〇条第一項、第一五四条以下により裁判所の費用裁判の定めるところにより権利を与えられた当事者（費用債権者）は、費用負担義務を負う当事者（費用債務者）から償還しうる。

この条文は、裁判費用、すなわち裁判費用に関する法律に基づき裁判所金庫に給付されるべき支払金、および、その訴訟に直接関連する当事者の支出（弁護士費用、口頭弁論への交通費など）にのみ適用される。

しかし、訴訟と密接な関連のない措置（例えば弁護士との初回面談）に関する、その他の裁判外の費用は、この条文に該当しない。

同様に、従たる手続の費用、例えば本案手続とならんで実施される手続（第七二条または第一二一条による）の費用または証拠担保手続の費用にも、第一六一条は、適用されない。本案手続と従たる手続が、一緒に実施され

る場合には、その費用は割合に応じて両方の手続に振り当てられなければならない。

裁判所の手数料および立替金（裁判費用）は原則としてつねに全額償還義務を負うが、これに対し、その他の費用は、それが必要であったときかつその限りにおいて、または、裁判所がその償還を衡平の理由から命じるとき償還する義務を負う。

第二項は、あらゆるケースについて、弁護士等の費用の償還を、受けることができるとしている。これにより、当事者が、法的紛争において有資格の法的代理人を用いることが容易になるであろう。最後に、このことはまた、行政権利保護をより実効的なるものにするのに貢献する。行政裁判所における争訟の性質に対応して、適格行政法学者および法律補佐人の費用、租税事件における税理士の費用もまた、償還を受けることができることが明確にされている。

償還債権者がその者の訴訟代理人に消費税を支払った場合において、この消費税は、その償還債権者が仕入税額控除権を有しているとき、償還義務の対象となりえない。

原告の請求が却下される場合を除き、国等は第一六一条第二項ただし書きにより費用償還請求権を有しない。裁判諸制度の利用が不必要と思料される具体の場合に、却下の裁判がなされる。このケースでは、被告の国等は費用償還請求権を行使しえてしかるべきであろう。本草案のもとでは、訴訟要件が緩和されているので、却下の裁判はこれまでに比し、減少するであろう。他方、行政法分野における国民の権利意識を助長し、行政裁判へのアプローチから裁判費用という障壁を取り除くには、国等の費用償還請求権は、原告側の勝訴率と実効的権利保護が十分に改善するまで当分の間、封印しておくこととする（片面的敗訴者負担）。

何らかの理由で成立する損害賠償請求権は、第一六一条によって影響をうけない。

当事者の支出（第一項）とは、一人の当事者自身がその法的紛争と直接関連している固有の費用、ならびに当

事者がその者の訴訟代理人に支払った手続手数料および立替金をいう。

本規定は、不服申立前置手続で生じた費用を一緒に算入されていない。なぜなら、不服申立前置手続が行政手続であって裁判手続ではなく、それゆえ、費用負担義務および費用償還義務は、成立しないといわなければならない。

第一六二条〔費用の確定〕

当事者相互の関係で償還される費用の確定は、裁判所の費用裁判に基づいて、裁判所書記官の費用確定決定で、おこなわれる。

第一六三条〔費用確定の異議の申立〕

この条文は、裁判所に対する第一五一条による異議の申立を、第一六二条による裁判所裁判官の費用確定決定に対する法的救済とみなしている。第一六五条は、裁判費用の算定式の取引請求および訴額の確定に適用されない。

費用確定を求める申立てとの関連においてはじめて成立し、したがって費用確定決定においてまだ裁判されていないそうした、費用は、異議の申立によってではなく、費用確定を求めるその他の申立てによってのみ、主張されなければならない。

行政事件訴訟法は、その第一六三条ないし第一六八条において、判決およびその他の債務名義の執行について若干の特別規定を置いている。その他については、第一項は民事執行法を参照させている。

第一項を経由して、民事執行法の特別な法的救済もまた、債務名義（第一六四条）に基づく強制執行に対して起こすことができる。

とくにその強制執行の種類と態様に対する異議の申立、執行予防の訴え、第三者異議の訴えならびに強制執行

の仮の中止を求める訴えおよび優先の訴えがそれである。しかしながら第一項の引用する民事執行法が即時抗告を定めている場合には、その即時抗告ではなく、第一四六条以下による抗告が用いられうる。

行政事件訴訟法による執行は、民事訴訟法による執行の場合と同様に、執行債権者の相応の申立て、債務名義、その他原則として執行文ならびに債務名義と執行文の送達を前提要件とする。

第一六四条〔訴訟上の救助〕

当事者は、行政事件訴訟においても、民事訴訟におけると同一の前提要件に基づいていわゆる訴訟費用扶助請求権を有する。その限りにおいて、第一六四条は、民事訴訟法第八二条から第八六条までの規定を参照させている。裁判手続のほかでは、法律相談費用のみが考えられている。

訴訟救助権を認める決定に対して不服を申立てることができない旨が、明文でもって規定されている。全ての上訴と同様に、抗告もまた不服をその前提としている。申立人の相手方は、たしかに、訴訟救助権が拒否されることで利益を受けるかもしれないが、しかし、訴訟救助権が認められることにより、その相手方が訴訟法上の意味において不服となることにはならない。

第二章　執行

第一六五条〔適用規定・管轄・仮の執行権〕

行政事件に係る判決が極めて効果的に執行されることは、首尾一貫した権利保護にとって不可欠な前提要件である。例えば、行政庁が消極的態度をとるため、または執行自体の形態が不備であるため、行政専門部の判決が執行されないことがあり得る。この可能性は、しかし、憲法第三二条に基づく包括的な権利保護の要請とは相容れない。判決の実行が保障されない限り、その権利保護は不完全でしかない。それゆえ、草案は、民事執行法の

規定を適用できると宣告している。そして、この規定は、ほとんど変更を加えられることなく行政事件訴訟のために承継することができる。本規定の基本的特徴については、素人さえ知っている。

取消の訴えおよび義務づけの訴えに対し下される判決に関しては、仮の執行力は必要ではない。取消判決は、形成判決であるから、費用の点でのみ執行できる。しかし、行政行為の発給を命じる義務づけ判決にとっても、仮の執行力は本質的に不要である。なぜならば、仮執行は条件付のものでしかなく、これに対し、高権的活動はおおよそ条件を付すのに親しまないからである。原告の利益は、終局裁判に至るまでは、第一二一条の仮処分命令により、十分に考慮することができる。

行政事件訴訟法は、その第一六五条から第一七〇条までの規定において、判決の執行およびその他の債務名義（第一六六条）に関してわずかな特別な規定を定めているだけである。その他、第一項は、民事執行法を参照させている。

この条文は、第一六六条および第一六八条とを比較すれば明らかになるように、私人たる執行債務者に対する執行にのみ、かかわっている。公法上の権利主体（公共団体）に対する執行には、それが公法上の他の権利主体のために行われる場合であっても、もっぱら第一六六条および第一六八条または第一六三条、民事執行法が適用される。

第一六六条〔債務名義〕

この条文は、金銭債権を理由とする第一六六条による債務名義から、行政機関に対する執行を規定してる。第一六六条第一項から第三項までの規定は、公法上の権利主体（公共団体）が公法上の契約における（問題となっている）債権に関して即時執行に服した場合の、金銭債権の執行にも類推適用される。執行は、第一六六条第三項によって、できるだけ強制措置を不要にさせる特別な催告手続を介在させている。

この条項の適用をうける対象は、金銭給付を命じる、すべての給付判決、しかしまた費用確定決定および第一六八条による罰金決定ならびに仮処分命令である。これに対し、第一六六条は、たとえ義務づけ判決が金銭給付を対象とする行政行為の発給に向けられているときにも、第一一一条第五項による義務づけの判決にも適用できない。これに対し、金銭の払戻を求める結果排除請求権が取消判決に結びついている場合に、第一六六条は特別規定として第一六八条に優先する。

さらに、行政庁がたしかに義務づけ判決に基づく義務を履行し、そして原告に対しその原告に負っている金額を行政行為によって認諾するが、しかしそれでも支払ケースについても、第一六六条は適用されない。ここでは、執行は問題ではなく、むしろ、――利害関係人が行政行為の発給を求める訴えによって、第一一一条第一項第二文に従って、同時にその行政行為の執行をも訴求している場合を除いて――その利害関係人は、必要な場合、その行政行為を根拠として、その行政庁に対し支払を求める訴えを提起し、そして認容判決をはじめて第一六六条により執行することができる。

第一六六条による執行手続はひとつの独立の決定手続である。この手続においてとりわけ第一五四条以下に基づき費用について裁判をしなければならず、またその手続において執行債権者はかれの申立てを第八八条を類推して取り下げたりまたは本案を解決されたと宣言することもできる。

第一六七条〔公法上の権利主体のための執行〕

この条文は、第一六七条、第一六八条第一項ないし第三項により行政機関のための執行および行政機関に対する執行について、執行文の要件をまぬがれさせている。この場合には、したがって、執行の根拠として債務名義の原本だけで十分である。

その他、執行文は、判決、決定または裁判上の和解に付される費用の確定決定の場合には、債務名義の原本に

基づいて執行されるとき、必要でない。同様に、仮処分命令の場合にも、同様である。ただし、債務名義人以外の第三者のための執行および第三者に対する執行がおこなわれるべき場合は、その限りでない。

しかし、権利主体に対してではなく、第五三条第二号により当事者となりうる機関に対し、または第五三条第三号により当事者となりうる行政庁に対し（これらはみずから費用の負担者たりえない）、執行されるべきである場合には、執行文は必要である。

第一六八条〔公法上の権利主体に対する執行〕

本条の規定によれば、裁判所は、金銭債権ゆえに国、地方公共団体等に対し執行すべき場合、その都度執行機関を特定しなければならない。行政機関による財産管理の特殊性を考慮に入れることができるように、執行手続の開始の前に、当該行政庁は執行を回避するため、行為を中断しなければならない。このことは必要でもある。なぜなら、行政庁に裁判所の裁判を遂行させるには常に強制が必要であるとすれば、そのことは絶えず国家の威信および行政に対する公衆の信頼を損なうからである。

この条文は、判決が、第一一一条第一項第二文または第五項による認容判決に則した内容を有する限り、第一一一条第一項第二文による結果排除を求める判決の執行、第一一一条第五項による義務づけの判決の執行および仮処分命令（第一二一条）の執行に関する特別規定である。

第一六八条の適用可能性に関しては、行政庁が公権力の担い手して当該法的紛争を扱ったか否かは、重要ではない。なぜならば、このことは、行政機関に対する強制執行の諸問題にとって、何ら区別をする意味合いを持たないからである。しかし、行政庁以外の当事者または行政庁によって代理されていない当事者は、すべて私人として扱わねばならない。この当事者に対する強制執行は民事訴訟法の規定に基づき行われる。同一の規定が、公法上の銀行および金融機関に関しても行われている。

第一六九条〔執行文〕

この条文は、第一六七条、第一六八条第一項ないし第三項による行政機関のための執行または行政機関に対する執行を執行文の必要要件を免除している。かくして、この場合には、執行の根拠として債務名義の執行証書だけで十分である。

その他、執行文は、判決決定または裁判上の和解に付される、費用確定決定、ならびに仮処分命令について必要でない。ただし、その執行が、債務名義に記載された者以外の者のためにまたはその者に対して行われるべき場合は、その限りでない。

執行が権利主体に対してではなく、第五四条第二号により当事者能力を有する機関または第五四条第三号により当事者能力を有する行政庁で、みずから費用負担者でないものに対して、行われる場合には、執行文は必要である。

第一七〇条〔行政庁に対する罰金〕

本規定は、義務づけ判決の実行を確実に保証するものである。これに対し、そのような規定は、必要以上に、行政の威信を傷つけているとする異議が唱えられるかもしれない。しかし、そのような異議は決定的なことではない。ただ強制罰が実際に行政に科されなければならない場合に限り、行政の威信は、傷つけられる。これを回避するか否かは、行政の掌中にあり、行政次第である。行政庁が裁判所判決に従うことは、もちろん、法治国家においては自明のことといわなければならないであろう。しかし、例外的な場合であるにしても、行政庁に対してさえも強制なしではうまく行かないことがあることは、まさに近年の経験が教えていることである。

この条文は、第一一一条第一項第二文による結果排除を求める判決の執行、第一一一条第五項による義務づけ判決の執行および第一二一条による仮処分命令の執行のための特別規定である。ただし、これらの判決が、第一

一一条第一項第二文または第五項による認容判決に相当する内容を有する限りにおいてである。

最上級の国行政庁および最上級の地方公共団体行政庁を例外とすることは、正当化し得る。なぜならば、これら最上級の行政庁は、直接、議会の統制に服しているからである。

第六編　経過規定

第一七一条〔民事訴訟法および裁判所法の準用〕

第一七二条〔行政裁判所〕

第一七三条〔憲法裁判所〕

日本国憲法の施行後に交付されたすべての法律の違憲性の確認については、最高裁判所は裁判の独占権を有する。

第一七四条〔最高裁判所規則への委任〕

第一七五条〔執行期日〕