

研究ノート

先行判決手続（EC条約177条）による 二元的司法システムが抱える問題（2）

- I. 先行判決手続の基礎
- II. 加盟国裁判所による付託決定と「協同」
- III. 先行判決による新共同体手続規程の成立（以上・前号）
- IV. 裁判管轄をめぐる EC 裁判所と加盟国裁判所の相克
- V. 包括的共同体司法システムと裁判による法創造
- VI. 総括（以上・本号）

外国民事訴訟法研究会

代表者 中 村 英 郎

IV. 裁判管轄をめぐる EC 裁判所と加盟国裁判所の相克

1 問題の所在

EC 裁判所の先行裁判により継続形成された新共同体手続規程（いわゆる Zuckerfabrik 基準）は、EC 裁判所による先行裁判実務を円滑に執り行うために規程されたため、必ずしも加盟国の裁判実務に対応するものではない。この新共同体手続規程のドイツ国内訴訟法への抵触は、ドイツ財政裁判所の裁判実務にとどまらず、ドイツ国内での訴訟全域に拡大する。派生共同体法が国内で執行される際に、仮の命令を用いてその執行を一時的に停止することを決定する国内裁判所は、必ず Zuckerfabrik 基準に基づく審査を執り行わなければならないのだが、この基準そのものが比較法的考察方法を用いることなく定められたため、EC 法学者のみならず国内訴訟法学者からも法解釈論上の問題が提起され、いまだに解釈の統一を見ていない。そこで、まず第一にドイツ財政裁判所

の裁判実務が新共同体手続規程が指示する諸基準と一致するものであるかを検証し、さらに、EC法学者がZuckerfabrik基準を包括的なEC法体系の中でどのように位置づけているのかを考察する。その上で、Zuckerfabrik基準における論理解釈上の枠組みをドイツ訴訟実務と比較対照しつつ、その問題点を表出させることを本章で試みる。

2 仮の権利保護に関する論理的解釈基準

2-1 ドイツ財政裁判所による仮の権利保護

ドイツ財政裁判所及び税務署が異議申立を受けた公課決定の適法性に「重大な疑念」を抱いた場合、管轄機関はドイツ財政裁判所法69条及び公課規則361条に基づいて公課の執行を停止することができる。そこでは、「異議を申し立てられた行政行為の適法性に重大な疑念が存在するか、若しくは該当当事者に対する執行が不当であり、しかも主として公益により求められていない過酷な事態を結果的に導くときに、申立に基づきその執行は停止される⁽¹⁾」

「重大な疑念」は、ドイツ連邦憲法裁判所の判決においても未確定法概念のままにある⁽²⁾。もっともドイツ連邦財政裁判所の見解によれば、最高裁判所の裁判官により正規に下された判決において各裁判官の意見が一致しているときには、異議を申し立てられた行政行為の適法性に関する「重大な疑念」が存在する⁽³⁾。「重大な疑念」の存在を審査する際に重要なことは、上訴審における法的救済の見込みが一定程度の確信にいたっていることにある⁽⁴⁾。「重大な疑念」の審査においては、裁判所

(1) Art. 59 II 2 (FGO) および Art. 361 II 2 (Abgabeordnung) は同一内容。両規定に挙げられた要件は互いに独立しているが、この事件において同時に成立しうる (Vgl. H. List (元連邦財政裁判所長), Artikel 69 FGO, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung)。

(2) H. List, a.a.O., Rn. 59

(3) BFH v. 17. 2. 70, II B 58/69, BStBl. II (1970), BFHE 98, 17

(4) BFH v. 24. 10. 67, II B 17/67, BStBl. II (1968), 229, BFHE 90, 532

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題による判断の適法性もその対象となる。すなわち、裁判所の自由裁量領域にある事実上及び法律上の観点も重要な審査対象となるのである⁽⁵⁾。それゆえ「重大な疑念」は、異議を申し立てられた裁判そのものに対して存するのではなく、裁判における実体的判断の適法性につき生じる⁽⁶⁾。さらに、ドイツ財政裁判所法69条2項及び3項に規定されている「重大な疑念」は、当該行政行為の憲法適合性に関する疑念も審査対象とするのである⁽⁷⁾。

行政行為の執行停止は、「該当事者に対する執行が不当であり、しかも主として公益により求められていない過酷な事態を結果的に導くとき」に可能であるが、この「不当」であり「過酷な事態」は、当該行為の即時執行がその当事者に経済的不利益をもたらすか、又はその者の経済的存在が脅かされるときに生じる。当事者に対する「不当であり、しかも過酷な事態」を審査する際に、その原因行為を当事者自らが引き起こしたか否かということは審査項目に入らない⁽⁸⁾。それでも、ここで不当な行政執行により過酷な事態に陥る者とは公課規則361条の要件に該当する者でもある、とのドイツ連邦財政裁判所の判断を看過してはならない。なぜなら、その限りにおいて「決定的な経済的不利益、若しくは補償が困難な経済的不利益を行政執行により被る場合」という要件が、行政行為を停止するための審査要件として附加されるからである⁽⁹⁾。

「公益」の概念も、残念ながらドイツ財政裁判所の司法実務において未確定な法概念のままにある。ここにおける「公益」の概念は、公課の徴収と関連するあらゆる要因と結びつけられた上で審査される。もちろ

(5) BFH v. 7. 7. 76, I B 93/75, BStBl II (1976), 628, BFHE 119, 232

(6) BFH v. 15. 2. 67, VI S 2/66, BStBl. III (1967), 181 BFHE 87, 602

(7) BVerfG v. 21. 2. 61, BvR 314/60, BVerfGE 12, 180 (186) BStBl. I 1961, 63

(8) Vgl. H. List, a.a.O., Rn. 67

(9) BFH v. 19. 4. 68, IV B 3/66, BStBl. II (1968), 538; H. v. Wallis, Art. 361 AbgO in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Rn.31

んこの「公益」は、「不当であり、しかも過酷な事態」に陥る該当事者の利益を凌駕するものでなければならない⁽¹⁰⁾。この審査基準は、法務官レンツの見解と対立する。すなわち、この審査基準が用いられると、結果的に派生共同体法の効力が管轄裁判所により顧慮されなくなるのではないかと、ということをレンツは警告するのである⁽¹¹⁾。彼は、共同体法の優位が国内裁判において敬意をもって推し量られなければならないことを強調する。それゆえ、国内裁判所が派生共同体法に基づく国内行政行為を停止するときには、同裁判所の停止命令が、共同体法の観点から完全に正当化できることを求めている⁽¹²⁾。

ドイツ法との関連でどうしても言及しておかなければならないのは、加盟国内の略式訴訟手続において、受訴裁判所が共同体法を執行停止するための審査要件の一つとして、何ゆえ EC 裁判所が「緊急性」の要件を追加的要件として附加したのか、という点にある。EC 裁判所の見解によれば、「緊急性」の要件とは、申立人が困難かつ補償不能な損害を被ることを回避するために、本案手続の前に当該行為を停止させなければならない緊急の必要性に迫られおり、しかもその停止によってのみ実効性が確保されることである。それゆえ、この損害は単に金銭的なものであってはならない⁽¹³⁾。この EC 裁判所の見解は、ドイツ連邦財政裁判所の判断と「必ずしも」対立するものではない。法務官レンツがここで指摘するのは、一度でも異議を申し立てられた派生共同体法の効力に関する疑念は、たとえ後の本案手続において EC 裁判所の先行判決による解決が必然的に要求されるときも、既に生じてしまった疑念が即刻解消されるわけではない。このような EC 法の適用不安定性にかんがみ

(10) Vgl. H. List, a.a.O., Rn.68

(11) Schlußanträge des GA. Lenz, a.a.O., Rn.79

(12) ibd., Rn.80

(13) EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.28 u. 29

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
っても促進すべきものである⁽¹⁴⁾。しかし、この見解に対して、デンツ
ァ・ヴァノッティーは強く警戒している。なぜなら Zuckerfabrik 基準
における「緊急性」の概念は、ドイツ連邦財政裁判所の判断領域を越え
ているからである。すなわち、この概念は「共同体の利益」と関連する
「共同体法の完全実効性」並びに「派生共同体法の執行を即時停止す
ることへの懸念」までもその範疇に加えることができる⁽¹⁵⁾。Zucker-
fabrik 判決は、これらの関連性を”im übrigen”の表現を用いて指摘し
ている⁽¹⁶⁾。確かにここで、”im übrigen”を「その他の点においては」
と解釈すれば、後者の諸要件は「一応」副次的判断要因であり、その限
りにおいて「緊急性」の範疇にいらないと解釈することも不可能ではな
い。しかし、「さらに加えて (außerdem, dazu)」と解釈すれば、その関
連性は密接なものとなる。この解釈方法は、後の先行判決において主要
な論点となる⁽¹⁷⁾。

2-2 ドイツ連邦共和国における新共同体手続規程の包括的適用基 準

新共同体手続規程の包括的適用基準には、共同体司法システムの二元
性という司法構造上の問題がつきまとう。すなわち、各加盟国の訴訟法
がいまだに統一されておらず、また、仮に統一されるにしても、各加盟
国間での比較法的法調整に更なる時間を要するため、新共同体手続規程
の適用基準は各加盟国の訴訟法と関連させて解釈するしかないという現
実が待ちかまえているのである。そこで、当該判決の名宛人たるドイツ
でこの基準がどのように解釈されているかを概観してみる。

ドイツ国内の裁判所は、係争中の国内法規に違憲性の「疑いがある」
と判断するだけで、ボン基本法100条1項の範疇にある憲法適合性に関

(14) Schlußanträge des GA. Lenz, a.a.O., Rn.46 u. 47

(15) Vgl. Dänzer—Vanotti, a.a.O., S.1016

(16) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.30

(17) siehe V. 3—5

する具体的規範審査を求むべく、ドイツ連邦憲法裁判所に付託することが許される⁽¹⁸⁾。また、国内裁判所が EC 裁判所に先行判決を求めて付託する場合には、付託対象たる派生共同体法が「EC 条約違反である」という確信にいたっている必要がある。すなわち、国内裁判所が付託を決定する際に、争点となった派生共同体法が EC 条約違反であるという要件は、その共同体法が EC 条約と一致するかという要件に勝っている⁽¹⁹⁾。ただし、国内裁判所が付託問題たる派生共同体法の国内執行を停止するときには、EC 裁判所が当該派生共同体法と EC 条約の一致を審査するための判断領域を確保しなければならない。その意味において、派生共同体法の国内執行停止は EC 条約並びに EC 裁判所手続規則にそうものでなければならない、と解釈することも可能となる。訴訟の対象となった派生共同体法に対して、EC 条約にそうものであるとの先行判決が下されたときには、付託裁判所による執行停止の仮命令は速やかに解除される。もちろん、その派生共同体法が EC 条約違反であるとの先行判決が下されたときには、付託裁判所の裁量に基づき裁判が処理されることになる。いずれにせよ、これまで国内裁判所は派生共同体法の EC 条約との一致に疑念を抱く根拠を挙げることなく付託できたのであるが、今後、付託裁判所は「重大な疑念」を根拠づける必要に迫られることになった⁽²⁰⁾。EC 裁判所の見解は、ボン基本法100条の範疇にある具体的規範審査をドイツ連邦憲法裁判所に求める国内裁判所が、付託問題を根拠づける義務を負うことに対応していると解釈することも不可能ではない⁽²¹⁾。しかし、厳密に解釈すれば、ボン基本法100条に基づくドイツ連

(18) Vgl. BVerfGE 1, 184 (189); 16, 188 (189); 22, 373; Stern, in: Dolzer/Vogel (Hg.), Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Karlsruhe Stand: Oktober 1992, Art. 100 Rn. 168

(19) J.Ukrow, Ricerliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes-Rechtswissenschaft (1995), S. 261

(20) *ibid.*, S.261—262

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
邦憲法裁判所への付託と EC 条約177条に基づく EC 裁判所への付託の
間には、付託要件に関する著しい相違がある⁽²²⁾。

EC 裁判所により判示された新共同体手続規程を憲法裁判権と絡めて
正当化しようとする解釈論は、新共同体手続規程を用いる国内裁判所の
裁量権を EC 条約に規定されている手続に準拠させることも目的として
いる。すなわち、派生共同体法の国内執行を停止することができるとする
付託裁判所の権限は、EC 条約173条に基づく取消訴訟において同185
条を用いて執行停止の仮命令を下す EC 裁判所の権限に相当するもので
あり、その限りにおいて付託裁判所は、EC 裁判所が仮命令を下す際の
基準に準じて新共同体手続規程を用いなければならないとする。同185
条の基準によれば、当該申立人が、困難かつ補償不能な損害を被っている
ときに限り、本案判決まで国内執行は停止されるが、その停止には、
法的有効性の問題が附加される⁽²³⁾。すなわち、派生共同体法の執行を
即時停止させるためには、その執行が該当事者に対して補償不能な損
害を与え、それゆえ、当該派生共同体法が EC 条約にかんがみて無効で
あると宣言されうる程度のものでなければならない⁽²⁴⁾。

しかし、共同体法をこのように次々類推適用させていくと、最後には、
国内裁判所の付託に関する権限が付託申立内容と事実関係の確定だ
けに制限されてしまう。その結果、新共同体手続規程による権利保護の
基準が、国内法による保護基準より厳しくなるという現実が待ちかまえて
いる。加えて、派生共同体法に基づく国内行政行為が EC 条約上の基

(21) Vgl. H.G. Schermers: Case Law. Court of Justice. Jointed cases C—143/88 and C—92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn, Preliminary ruling of 21 February 1991 requested by the Finanzgerichte of Hamburg and Düsseldorf, not yet report ed, CMLRev 29 (1992), S.133—139 (139)

(22) siehe, V. 2—4

(23) EC 条約185条の解説につき, E. Grabitz, Art. 185 EGV, Rn. 19ff, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union

(24) J. Ukrow, a.a.O., S.262—263

準に従って執行されるならば、EC機関による規範的行為に対してEC裁判所に取消訴訟を直接提起できない共同体市民に対して、法的に有効な権利保護が一切なくなるという危険性も生じる。

EC法上の「差別禁止の原則」や「効率性の原則」などを、先行判決手続において一律に適用するには無理があることをウクロウは指摘している⁽²⁵⁾。この論点を明確化するために、次節において新共同体手続規程のドイツにおける権利保護手続規定との抵触を考察する。

2-3 二元的審査と「暫定的」仮の権利保護の欠缺

略式訴訟手続におけるEC裁判所への強制的な付託は、訴訟当事者に対する加重負担となる。なぜなら、略式訴訟手続においてその当事者がすべての事実関係を申し立てているわけではないし、仮の権利保護をなす裁判所も、必ずしも本案の裁判所と一致しなければならないわけではないからである。法務官レンツの見解によれば、派生共同体法の効力問題につき国内裁判所に異議を申し立てられたときには、同裁判所は疑念の最終的な取捨選択を国内裁判における訴訟経済まで念頭に置いて判断しなければならない⁽²⁶⁾。しかし、そうすると、訴訟当事者が派生共同体法の効力を問題とするときには、その当事者は略式訴訟手続においても即座にZuckerfabrik基準を充足させなければならなくなり、その証明責任の負担は略式訴訟手続の即時性にすぐわぬものとなる。すなわち、当該当事者が派生共同体法に基づく国内行政行為を一時停止させるために国内裁判所に保護を求める場合、派生共同体法の効力若しくは国内行政機関による派生共同体法の解釈に異議を申し立てる方法を採用するが、後者の場合ですら、論理必然的に派生共同体法の推定無効を前提とする。それゆえ、国内行政機関による派生共同体法の解釈のみを訴訟当事者が問題とするにしても、その当事者は派生共同体法の推定無効を

(25) ibd. S. 269 (Anm.89)

(26) Schlußanträge des GA. Lenz, a.a.O., Rn.68—70

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題「事実上」問題とせざるをえないのであり、この意味連関を申立人が否定することはできない。かりに略式訴訟手続において訴訟当事者が、あえて派生共同体法の効力に触れず、国内行政機関による派生共同体法の解釈問題のみを争ったとしても、派生共同体法に基づく国内行政行為が停止される限り、Zuckerfabrik 基準が自動的に適用されることを EC 裁判所は判示しているので、略式訴訟手続中の裁判所は同基準をもとに仮の権利保護措置を執ることを求められる。結果として、保護を求める訴訟当事者は必ず Zuckerfabrik 基準を満たさなければならなくなる。

さらに、先行判決手続そのものが抱える構造上の問題も未解決のままにある。すなわち、Zuckerfabrik 基準を適用する下級審の裁判所は、付託と同時に訴訟手続の中止及び待機を義務づけられる。なぜなら EC 裁判所への付託は、通常、国内訴訟手続の中止を条件とするからである⁽²⁷⁾。しかし、付託決定の際になんら代替的救済措置を執ることなく仮の権利保護手続をも中止することは、仮の権利保護の剝奪と同様の結論にいたる。それゆえ、付託裁判所が Zuckerfabrik 基準に則り略式訴訟手続から本案手続に移行し、争点を EC 裁判所に付託するときには、国内訴訟法による仮の権利保護に準じるところの「暫定的」な仮の権利保護手続を追加的に規定しなければならなくなる⁽²⁸⁾。まさに、仮の権利保護が先行判決手続の継続期間中に瓦壊してしまうという理由から、法務官マンチーニは略式訴訟手続を付託義務から除外したのである⁽²⁹⁾。

今日、各加盟国の立法者は、Zuckerfabrik 基準に対応する訴訟手続を公布する必要性に迫られている。しかし、その法規の制定は、加盟国が共同体法上負っている義務ではない。法務官レンツは、この問題につ

(27) Vgl. Art.20 Abs.1 der EWG—EuGH—Satzung

(28) Vgl. U. Klinke, (vorläufiger) Rechtsschutz und Gemeinschaft, IWB—Heft 19/1991, (hierfort: Rechtsschutz), S.19

(29) Schlußanträge des GA. Mancini, in: EuGHE. Foto—Frost, a.a.O. S.4221

いて一切触れていない。ここで確認しておくべきことは、共同体法と私的権利の利害関係抵触を解決できるのは、その時々に係争を扱う国内裁判所のみであるという事実である。この加盟国裁判所の任務は、EC条約5条に基づく直接的な義務でもある⁽³⁰⁾。

Zuckerfabrik 基準を適用する国内裁判所は、理論上、二元的審査を行うことを義務づけられている。すなわち、訴訟当事者が略式訴訟手続において「Zuckerfabrik 基準を満たすような事実上及び法律上の原因があると主張・立証」することにより「形式的要件を充足」できれば、受訴裁判所は申立人に対して国内法に基づく仮の権利保護措置を執り、略式訴訟手続を中止し、本案手続に移行させた上で EC 裁判所に付託しなければならないはずである。ところで、本来であれば申立人により疑念を抱かれた派生共同体法の効力も、EC 裁判所による判決なしに解決されることはない。それにもかかわらず、受訴裁判所が付託申立を「重大な疑念がない」という自己裁量に基づき却下するときに、敗訴当事者に残された法律上の救済手段はあるのかという問題が提起される。その際、本案手続で略式訴訟手続の裁判所に対してボン基本法100条2項に基づく共同体法侵害の訴えをドイツ連邦憲法裁判所に提起する「解釈論上の可能性」があるにはある⁽³¹⁾。この場合、Zuckerfabrik 基準を充足すべく訴訟当事者が主張・立証をなし、効力審査をなすための「疑念の要件」を充足することに成功しさえすれば、加盟国の訴訟法に優位する包括的な共同体法システムに当該私的権利の保護を組み込み、管轄裁判所に「疑念」を「重大」なものと判断させることができるはずである。

(30) U. Klinke, a.a.O. (Rechtsschutz), S.6

(31) 当然ではあるが、EC 裁判所により裁判を通じて継続形成された新共同体手続規程を「共同体法」の範疇にそのまま入れることができるかという問題も生じる。なお、ドイツ基本法100条2項と EC 条約177条3項との関係につき U. Wölker, Wann verletzt eine Nichtvorlage an den EuGH die Garantie des gesetzlichen Richters?, EuGRZ 15 (1988), S.97—103 (101f)。この問題については、V. 2—3.に叙述。

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

ところが、ここでドイツ連邦憲法裁判所が上記の「疑念」を「重大」なものではないと判断した場合、ここに「二元的制約」が成立するとも解釈できる。二元的制約とは、私的権利に対して「公益」を保護するために「国家」及び「EC」が行う制限を意味する。その際に「EC法優位の原則」は、私的権利と切り放され、単に国家とECの序列に基づいてのみ判断されることになる。EC裁判所が派生共同体法の実効性を重視し、加盟国裁判所のもつ柔軟性を否定した場合、EC条約違反の派生共同体法は、かりにZuckerfabrik基準に抵触していたとしても、無制限に適用され続ける。

3 仮の権利保護に関するドイツ法実務の解釈基準

3-1 二元的審査の実務における展開？

Zuckerfabrik判決以降、理論的に複雑な二元的審査が用いられることはなかった。なぜなら、略式訴訟手続においてZuckerfabrik基準を審査するよりも、本案手続に移行させた上でEC裁判所に付託した方が国内訴訟上の混乱を招かないからである⁽³²⁾。さらに、新共同体手続規程を用いるよりも国内裁判所が自主的に判断を下す方が国内法の共同体法への抵触問題を避けることもできる⁽³³⁾。しかし、何ゆえ国内裁判所は新共同体手続規程を積極的に用いようとはせず、国内法上の判断を優先させているのか？この問題は、先行判決の国内訴訟法への影響並びにEC裁判所への付託手続における国内手続的規定の類推適用という観点から分析する必要がある。

3-2 先行判決の国内訴訟法への影響

そもそも先行判決手続と国内訴訟手続の関係は、付託裁判所が「国内訴訟手続の主人」であるという基本的認識をもとに、相関的協同関係に

二七二

(32) Vgl. OLG Frankfurt, GRUR Int. (1993), 702 Bruce Springsteen

(33) LG München I IPRax 1992, S.321

あっても一方的支配関係は存在しないことを前提としていたはずである⁽³⁴⁾。EC条約は、共同体法が加盟国内で一律に適用されるためのEC統一訴訟法なるものを規定しておらず、その限りにおいて加盟国の訴訟手続は、手続上の自律性（いわゆる、加盟国における手続的規定の自律性原則）を保っていた。この見解は、従来、EC裁判所によっても支持されていた⁽³⁵⁾。しかし、この見解を貫徹させると、国内訴訟法が私的権利の確定並びにその実行に寄与するだけでなく、その権利を制限するためにも機能するという問題が生じる。そこでEC裁判所は、先行判決を通じて共同体手続規程を継続的に形成するにとどまらず、Anthony Hubbard 判決⁽³⁶⁾や Fa. Mund&Fester 判決⁽³⁷⁾において共同体法が加盟国の国内訴訟法に対して直接影響を及ぼすことを確認している。これらの判決は、国内の実体法に対する共同体法の直接効を指示するにとどまらず、加盟国において訴訟法上定められている諸規定の共同体法への法的適合性に関連する問題にまでその適用範囲を拡大している⁽³⁸⁾。

EC条約177条2項は、下級審の付託権を肯定している。既に述べたように、共同体法の各加盟国における統一的適用が危ぶまれる限り、下級審は共同体法に反する国内法をEC裁判所に付託し、かつEC裁判所の判断に基づき破棄できることを、EC裁判所は Rheinmühlen 判決で確認している⁽³⁹⁾。さらに、国内法の破棄権が憲法裁判所にのみ留保されていたとしても、共同体法の優位に基づく共同体法規範の実効性は下級審において保障されることを Simmenthal 判決で確認している⁽⁴⁰⁾。そ

(34) siehe, I. 2—2

(35) EuGHE. vom 5.3.1980, Rs.265/78 Ferwerda BV, Slg.1980, S.617 (629)

(36) EuGHE. vom 1.7. 1993, Rs.C—20/92 Anthony Hubbard, Slg.1993, S.I—3777

(37) EuGHE. vom 10.2.1994, Rs.C—398/92 Fa. Mund & Fester, Slg.1994, S.I—467

(38) R. Koch, Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, EuZW Heft 3/1995, S.78—85 (78)。

(39) EuGHE. Rheinmühlen I u. II, a.a.O.; siehe I. 3—1

(40) EuGHE. vom 9.3.1978, Rs.106/77 Simmenthal II, Slg.1978, S.629 (644)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題の限りにおいて加盟国内の手続的自律性は言うに及ばず、憲法裁判所の国内法破棄権独占すら共同体法規に服するのである。イタリア政府は *Simmental* 先行裁判において国内法の法的安定性が検討されるべきであると主張した⁽⁴¹⁾が、EC 裁判所はその主張を退けた。

同様の問題は、*Factortame* 事件においても生じている。その事件は、イギリス議会により制定された EC 条約違反の国内法規が国内裁判所の仮命令により執行停止されたことに端を発する。イギリスにおいては、議会により制定された法律に対して、国内裁判における仮命令の告知が禁じられていた。それにもにもかかわらず、EC 裁判所は共同体法規の実効性を確保するために、国内裁判所による仮命令の告知を認めたのである⁽⁴²⁾。*Factortame* 先行裁判において、イギリス政府もまた国内法上の法的安定性を EC 裁判所が顧慮することを求めていたが、EC 裁判所は共同体法規に反する国内法に対する仮の権利保護措置を国内裁判所が執れると判断した⁽⁴³⁾。

それでは、共同体法の加盟国における完全実効性を保障するために、EC 裁判所は共同体法規に反するあらゆる国内法規を排除できるのだろうか？

当然のことではあるが、共同体法規が加盟国の訴訟法に対して無制限に優位を保っていると EC 裁判所が判断しているわけではない。EC 裁判所は一般的法原則による共同体法優位の原則に限界があることを確認している。

例えば、*Rewe* 事件において EC 裁判所により共同体法規に反すると判断された公課に該当していた企業が、異議申立期限に遥かに遅れて国内裁判所に支払済公課の求償を申し立てた。受訴裁判所は EC 裁判所

(41) *ibid.*, S 638

(42) *EuGHE. vom 19.6.1990, Rs.C—213/89 Factortame, Slg. 1990, S.I—2433 (2473)*

(43) *ibid.* S. 2440ff (im Sitzungsbericht)

に争点を付託し、EC裁判所は申立人による付託申立権を肯定した⁽⁴⁴⁾。ただし、公課に対する異議申立期限の設定は、法的安定性原則の適用領域にあり、この原則は公課に該当する者のみならず、当該官庁も保護対象とするとした⁽⁴⁵⁾。その限りにおいて共同体法優位の原則は、加盟国の国内法に存する一般的法原則の制限を受ける。

それでは、何ゆえ *Simmental* 判決や *Factortame* 判決では、国内法における法的安定性の原則が EC 裁判所により考慮されなかったのか⁽⁴⁶⁾。

この問題につき、コッホは *Simmental* 裁判中の法務官の見解に注目している。担当法務官の見解によれば、イタリア憲法裁判所に留保されている国内法の破棄権独占という法制度に対して、その他の加盟国に比較可能な法制度が存在しない⁽⁴⁷⁾。確かに、フランスとイギリスを除けば比較可能な法制度を見いだすことはできなかったのであり、そのフランスも1989年に EEC 条約の後に公布された国内法は共同体法との適合性の審査を受けるとした⁽⁴⁸⁾。イギリスの場合、EC 加盟時に解決できなかった「議会主権」⁽⁴⁹⁾という難題があった。しかし、この件に対して英上院は、EEC 条約締結以降に制定された国内法につき共同体法への適合性審査を認めると判断した⁽⁵⁰⁾。もちろん、両判決において法解釈論的な論点が根本的に究明されたわけではない。そもそも、*Rewe* 判決では、国内訴訟法を許容するための判断基準として一般的法概念が用いられているため、同法の基礎にある目的が、共同体法に基づく私的権利を結果的に制限しているのである⁽⁵¹⁾。

(44) EuGHE. vom 16.12.1976, Rs.33/76 *Rewe*, Slg.1976, S.1989 (1999f)

(45) *ibid.*, S. 1998 (Rn.5)

(46) 下級審の上級審との管轄抵触については IV. 3-4 に詳解

(47) *Schlußanträge des GA. Reischl*, in EuGHE. *Simmental II*, a.a.O., S.654

(48) R. Koch, a.a.O., S.81 (L)

(49) L.-J. Constantinesco, a.a.O., S.784f (Rn.701)

(50) R Koch, a.a.O., S.81 (R)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

後に下された *Milchkontor* 判決⁽⁵²⁾において、*Rewe* 判決の判断基準は「公益」のために拡大解釈されている。*Milchkontor* 裁判において問題となったのは、EC法に包摂されている一般的法原則と加盟国の国内法に包摂されている一般的法原則の抵触である。事件の概要は以下のようなものである。

ECはその成立当初より酪農事業振興のために一連のEC規則を公布していた。その規則に基づき事業助成金を受けていた諸企業（*Milchkontor GmbH u. a.*）が、実は助成金を不正受給（助成を受けた企業が助成基準外の代替品により乳製品を加工）していたことが後に判明した。その代替品は当該企業により二年前より使用されていた。そこでドイツ国内の監督官庁たる食料農林局は助成金を打ち切り、加えて過去に給付した支払済助成金の返還を求めた。しかし、この返還請求はドイツ行政訴訟手続法48条の要件を満たしていなかったため、当該企業は国内裁判所に訴えを提起、同裁判所はEC裁判所に争点を付託した。

EC裁判所は、EC共通農業政策の遂行領域において、EEC条約5条に基づく加盟国の忠誠義務が存在していることを指摘している。すなわち共同体は、その基本的姿勢として、加盟国の監督官庁が国内訴訟法に基づいて共同体法を国内執行することを予定している。ただし、*Schlüter* 判決⁽⁵³⁾において指摘されているように、その他の経済的参加者が不平等に取り扱われることをさけるため、対応する国内法規は共同体法の統一的適用の要求にそうものでなければならない⁽⁵⁴⁾。それゆえ、不正に給付された共同体資金を再徴収するときには、共同体法上統一された手続の規定が欠缺しているかぎり、加盟国内の管轄裁判所は国内訴訟法に基づいて裁判しなければならない。ただし、その際に共同体法規

(51) *ibid.*, S.80 (R)

(52) EuGHE. vom 21.9.1983, Rs.205—215/82 *Milchkontor*, Slg. 1983, S.2633

(53) EuGHE. vom 24.10.1973, Rs9/73 *Schlüter*, Slg.1973, S.1135 (1149ff)

(54) EuGHE. *Milchkonor a.a.O.*, Rn. 17

の実現が無に帰するようなことがあってはならない⁽⁵⁵⁾。

問題となるのは、ドイツ行政訴訟手続法48条に定められている信頼保護規定と共同体法の抵触である。同条によれば、不正給付金の再徴収は一年以内でなければならない⁽⁵⁶⁾。しかし、一方において共同体法の完全実効性は確保されなければならない⁽⁵⁷⁾。EC裁判所は、信頼保護及び法的安定性の原則が共同体法秩序における構成要素であることをここで確認すると共に、信頼保護及び法的安定性の原則と行政行為の適法性原則の均衡を求める努力が、各加盟国の法秩序に共通のものであることを指摘する⁽⁵⁸⁾。それゆえ、行政行為の取消しに関する公益や当該当事者の信頼保護等の利害関係は、共同体の利益を考慮に入れた上で判断しなければならないとしている⁽⁵⁹⁾。もちろん、共同体法は国内法を妨げるわけではないが、その適用の際には、共同体の利益が完全(voll)に顧慮されなければならないとする⁽⁶⁰⁾。

このように、Rewe判決以降、国内訴訟法の適用は徐々に共同体の利益に関連づけられていった。さらに、Zuckerfabrick判決においてEC裁判所は、自ら共同体手続規程を定めている。そして、ついに加盟国の訴訟法そのものに対する判断を下したのが、Anthony Hubbard事件並びにFa. Mund&Fester事件である。Anthony Hubbard事件において問題となったのは、ドイツ国籍をもたない原告が被告に対して訴訟費用を担保として提供しなければならない旨を規定するドイツ民事訴訟法110条1項1文である。この規定に基づく国籍による不平等取り扱い、

(55) ibd., Rn.19: Ferwerda BA, Lipposche Hauptgenossenschaft, Fromme, Bay WA判決(すべてRewe判決以後)をEC裁判所は、判決理由中に参考例として挙げている。

(56) EuGHE. Milchkontor a.a.O., Rn. 28

(57) ibd., Rn.29 (EC委員会の見解)

(58) ibd., Rn.30

(59) ibd., Rn.32

(60) ibd., Rn.33

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題 EEC 条約59条並びに60条により禁止されると EC 裁判所は判断している⁽⁶¹⁾。また、Fa. Mund&Hubbard 事件において問題となったのは、ドイツ国内裁判における仮差押原因の差別的規定である。ドイツ民事訴訟法917条2項によれば、本案判決が外国において執行されるときには、それをもって既に十分な仮差押原因とみなしている。しかし、この規定は EEC 条約7条の差別禁止規定に反すると EC 裁判所により判断されたのである⁽⁶²⁾。なぜなら、本案判決がドイツ国内で執行されることを予定している裁判の場合、判決の執行が不能となるか若しくは著しく困難となることが仮差押原因となるからである。

以上のように EC 裁判所は、先行判決を用いて新たな共同体手続を規程するのみならず、国内訴訟手続に対しても共同体法上の基準を適用している。このような EC 裁判所による一連の積極的判断に対して、ドイツ国内裁判所はどのような国内法上の手続を付託基準としているのかを次に概観してみる。

3-3 国内訴訟法の類推適用⁽⁶³⁾

国内裁判の中止並びに付託に関する国内法上の手続基準を、EC 条約177条は提示していない。それゆえドイツ国内の裁判所は、今日までドイツ民事訴訟法148条を類推適用している。同条は、訴訟手続若しくは行政手続中に「拮抗状態にある法律関係」につき、ある一方より他の裁判所に対して付託を行うものである⁽⁶⁴⁾。これに対して、先行判決を求めて EC 裁判所に付託する国内裁判所は、訴訟対象となっている国内行

(60) *ibid.*, Rn.33

(61) EuGHE. Anthony Hobbard, a.a.O., S.I—3777 (3791)

(62) EuGHE. Fa. Mund & Fester, a.a.O., S.I—467 (476ff)

(63) この節につき、ドイツ民事訴訟法と先行判決手続の関連を論述しているヘス論文の第四章“Das Aussetzungsverfahren in der ZPO”を参照。ただし、EC 法と関連した論述に関しては、さらなる検討を要する点が多く生じたため、研究課題の指摘にとどめた（siehe, B. Heß, a.a.O., S.88ff）。

(64) OLG Düsseldorf, NJW (1993), S.1661; siehe auch EuZW (1992), S.770

政行為の基礎にある EC 法の「解釈」若しくは「効力」を EC 裁判所に訊ねるにすぎず、国内裁判の判決そのものは「建前上」付託裁判所の一身事項である⁽⁶⁵⁾。それゆえ、同条を先行判決手続に直接適用することはできない。

ところで、先行判決を求める付託決定権は受訴裁判所にのみ留保され、訴訟当事者たる私人には「付託申立権」しか認められていない。それゆえ同条は、ドイツにおいて受訴裁判所が付託を決定するときの準共同体法的基準として重要な役割を担っている。すなわち、口頭弁論期間中の訴訟当事者に対しては、「法律上の聴聞」が保障されなければならず⁽⁶⁶⁾、その当事者が聴聞されている期日中に付託決定の書類作成が行われる⁽⁶⁷⁾。

国内裁判の中止と付託は、「基本的に」同一手続内での決定であると解釈されている⁽⁶⁸⁾。受訴裁判所の付託決定は、通常、口頭弁論終結後に訴訟当事者に対して告知されるが、そうでない場合、ドイツ民事訴訟法329条に準じて無方式の送達がなされる。受訴裁判所は EC 裁判所に付託問題を「書面により」送達するが、EC 裁判所手続規則20条によれば、必ずしも書面で送達する必要はない⁽⁶⁹⁾。法的不安定性が付託手続に付随する以上、ドイツ民事訴訟法249条の適用による手続中止を EC 裁判所への付託手続にそのまま適用することは困難である。なぜなら、EC 裁判所への付託決定に伴う訴訟手続の中止は、国内法上規定された

(65) この定義の基礎的問題点については、IおよびIIをみよ。

(66) E. Peters, Art. 148 ZPO, Rn.13, in: Lücke/Walchhöfer (Hg.) Münchner Kommentar ZPO 1. Bd.

(67) Vgl. OLG Köln, WRP 1977, S. 734ff

(68) C. Tomschaft, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften (1964), S.126f; H. Basse, Verhältnis zwischen der Gerichtsbarkeit des EuGH und der deutschen Zivilgerichtsbarkeit (1967), S.261

(69) B. Heß, a.a.O., S.90; Vgl. auch F. Metz, Funktion und praktische Auswirkung der richterlichen Vorlagen an den Europäischen Gerichtshof aus der Sicht des Bundesgerichtshofs, RiB 24 (1989), S.39 (47f)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
手続中止ではなく、法発見を主たる目的とした中間手続としてとらえる
べきだからである⁽⁷⁰⁾。

ドイツ民事訴訟法708条は仮執行判決を可能とする諸要件を列挙して
おり、債権者は同条に基づき債務者の財産に包括的執行をかけることが
できる。同条717条に基づく債務者の利益は、同709条及び711条による
債権者の担保提供により保障される。異議を申し立てられた原審の判決
が上訴審において破棄される可能性があり、上訴審の裁判所が債務者勝
訴の予測をたてた場合には、同707条及び719条に基づき強制執行を一時的
に停止することもできる⁽⁷¹⁾。この国内法システムを先行判決手続に
類推適用するときには、さらに共同体法上の基準が附加される。ヘスの
見解によれば、EC裁判所の先行判決により解釈された共同体法を考慮
し、しかも共同体法の適用優位にかんがみ、上訴において債務者が勝訴
する可能性が高いと上訴審の裁判所が判断したときには、ドイツ民事訴
訟法707条及び719条を EC 条約185条と一致するように類推解釈するこ
とも可能となる⁽⁷²⁾。共同体法の優位に基づき、上訴審の裁判所が異議
を申し立てられた判決の執行を停止することは、原審の判決が共同体法
の優位を無視した主権行為であるとみなされることに他ならない⁽⁷³⁾。
この強制執行の停止は、債務者による訴訟上の担保を前提としてのみ実
現する⁽⁷⁴⁾。

ドイツ民事訴訟法916条以下に規定されている仮差押並びに仮処分に関
する手続と先行判決手続の関係も、明確に定義されていない⁽⁷⁵⁾。ド

(70) Vgl. OLG Köln, WRP 1977, 734; M. Lutter, Europäische und nationale Gerichtsbarkeit, ZZZ 86 (1973), S. 107 (139); B. Heß, a.a.O., S.90

(71) siehe, Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht Art. 14 VII

(72) B. Heß, a.a.O., S. 93

(73) Vgl. P. Oliver, Interim measures: some recent development, CMLRev 29 (1992), S.25f

(74) B. Heß, a.a.O., S. 93

(75) P. Mankowski, Einstweiliger Rechtsschutz und Vorlagepflicht nach Art.177 Abs.3 EWG-Vertrag, JR (1993), S.402-406 (402f)

イツ国内裁判所⁽⁷⁶⁾及び主たる学説⁽⁷⁷⁾は、略式訴訟手続の緊急性ゆえに国内法の執行を停止することを認めず、本案手続への移行を指示する。ただし、ボン基本法100条に基づくドイツ連邦憲法裁判所への付託を分析すると、効果的な権利保護が略式訴訟手続においてのみ保障されるときには執行停止が可能ではないかという議論も成立しうる⁽⁷⁸⁾。いずれにせよ、今日、EC裁判所がZuckerfabrik基準を提示している以上、国内裁判所は略式訴訟手続においても、派生共同体法に基づく国内行政行為を略式決定により停止することができる。しかし、その際に共同体法の完全実効性が保障されなければならないことをヘスは強調する⁽⁷⁹⁾。彼の解釈の基礎にあるのは、受訴裁判所が国内法規をその上位に位置する共同体法に反するものであるという確信にいたった場合、国内裁判所に当該国内法を適用する義務が生じないという解釈方法にある⁽⁸⁰⁾。ただし、略式決定が下されるときには、ドイツ民事訴訟法921条2項に従い、債務者に対して担保の提供が求められる⁽⁸¹⁾。

問題となるのは、EC裁判所に付託することなしに派生共同体法に基づく国内行政行為が停止されるときである。EC条約177条は、国内裁判所に対して付託問題の専属管轄を規定していないため、EC法上の解釈を要するはずの争点がEC裁判所に付託されずに、国内法に基づき上訴審に付託されてしまうことがある。この問題は、労働裁判において特に顕著となる⁽⁸²⁾。さらにボン基本法100条との関連においても、EC裁判所に付託することもなければドイツ連邦憲法裁判所に付託することも

(76) OLG Düsseldorf, WuW 1959, 262, S. 298f; OLG München, BB. 1963 S. 745; BFH, AWD, 1968, S. 284

(77) E. Peters, a.a.O., Art.148 Rn.3; H. Roth, Art. 148 ZPO, Rn.31, in: Stein/Jonas u. a. ZPO, 21 Auflage; R. Greger, Art. 148 ZPO, Rn.4, in: Zöller ZPO 19. Auflage

(78) Vgl. BVerfGE. NJW 1992, S. 2749 (2750); BVerfGE. 46, 43 (51); 63, 131 (141); 64, 1; a.A. V. 2—2 u. 2—3

(79) B. Heß, a.a.O., S. 94

(80) Vgl. D. Leibold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (1971), S.143f

(81) B. Heß, a.a.O., S. 94—95

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題ない事態が生じている⁽⁸³⁾。このように、EC裁判所に付託することなく、ドイツ民事訴訟法148条に基づいて国内の上訴裁判所に付託することは、EC裁判所と国内裁判所が共同体法上の問題を法律上討論する機会を奪う結果となる⁽⁸⁴⁾。そもそもEC裁判所は、EC裁判所手続規則43条に基づき、原審によって直接付託された事件と原審によって国内法上並行付託された上訴審が付託した事件を併合した上で、先行判決を下すことができるのである⁽⁸⁵⁾。付託問題が作為的に構成されていない限り、EC裁判所は原審の付託を基本的な付託であると判断してはいるか⁽⁸⁶⁾、いずれにせよ、並行付託された上訴審による付託が非形式的であってもEC裁判所は十分に対処しているのである⁽⁸⁷⁾。また、原審たる付託裁判所から付託取消の申立を受けたEC裁判所は当該事件を記録簿から削除するか⁽⁸⁸⁾、EC裁判所手続規則20条にかんがみるならば、付託取消の決定前に少なくとも訴訟当事者の同意（Einverständnis）を付託裁判所は得なければならない⁽⁸⁹⁾。さらに、並行付託された裁判所が先行判決手続そのものを処理することはできず、基本的付託手続は継続する⁽⁹⁰⁾。

(82) ArbG Hamburg, EuZW 1993, S.456; LAG Hamm, EuZW, 1993, S.40; もちろん、これらの事件は、後にEC裁判所に付託されており、両事件は併合されて判決が下されている（EuGHE vom 15.12.1994, Rs.C—399 u. 425/92 Helmig u. a., Slg.1994, S.I—5727）。

(83) OLG Düsseldorf, NJW 1993, S. 1661; BAG, NJW 1988, S. 2558; OLG Hamburg, NJW 1994, S.1482

(84) EC裁判所手続規則等を概観するものとして、Vgl. U. Klinke, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (1989), (hierfort: Gerichtshof)

(85) Vgl. EuGHE. vom 17.12.1975, Rs.93/75 Adlerblum, Slg.1975, S.2147; U. Klinke, a. a.O. (Gerichtshof), S. 49, Fn. 117

(86) EuGHE. vom 5.5.1981, Rs.112/80 Dürbeck, Slg.1981, S.1095; P. Pescatore, a.a.O., S.71

(87) EuGHE. vom 16.12.92, Rs. Rs.C—132, 138 u. 139/91 Katsikas, Slg.1992, S.I—6577 (Rn.38—41); EuGHE. vom 20.10.93, Rs.C—92/92 u. C—362/92, Phil Collins u.a., Slg. 1993, S.I—5145 (5171)

(88) U. Klinke, a.a.O. (Gerichtshof), S. 74—75

(89) Vgl. E. Peters, a.a.O., Art. 150 ZPO, Rnl; a.A. P. Hartmann, a.a.O., Art.150 ZPO, Rn.2

この問題は、上訴審と原審の判断が異なるときに顕著になる。

3-4 付託裁判の上訴及び再審

ドイツ民事訴訟法252条によれば、該当当事者は即時抗告をもって中止決定に異議申立ができ(同577条及びドイツ労働裁判所法78条)、また、停止拒否に対して通常抗告の手続(同567条)を用いて異議申立ができる⁽⁹¹⁾。手続の中止は、当然のことながら管轄裁判所の裁量によるため、異議申立の内容は管轄裁判所による手続上の瑕疵若しくは裁量の錯誤に限られる⁽⁹²⁾。この問題は国内法上の判断領域にあるため、EC裁判所は付託手続に対する国内法上の異議申立に関与しようとし⁽⁹³⁾ない。ただし、原審の付託決定後にとられた上訴審への法的救済措置により、下級審の付託裁判そのものが延期的効力を生じたときには、EC裁判所はEC裁判所手続規則82条aに基づき手続を中止し、付託裁判所に当該国内訴訟上の問題を照会する⁽⁹⁴⁾。それでも、付託手続そのものは付託裁判所とEC裁判所が協同して法発見に努めるものであるから、付託手続に対する国内法上の異議申立は制限されるべきであるという見解が、ドイツにおける支配的見解である⁽⁹⁵⁾。原審のEC裁判所への付託権は直近上級裁判所の審査により取消されないが、直近上級裁判所の裁量権はドイツ民事訴訟法252条により尊重される⁽⁹⁶⁾。それゆえ、訴訟手続が中止

(90) Vgl. BAG, EuZW 1993, S. 609 (610); siehe auch, R. Birk, Der EuGH und das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsinhaberwechsel nach Art.613 a BGB, EuZW (1993), S.156 (157)

(91) B. Heß, a.a.O., S. 97

(92) O. Feiber, Art. 252 ZPO, Rn.26ff, in: Lücke/Walchhöfer (Hg.) Münchner Kommentar ZPO (1992), 1 Bd.

(93) EuGHE. vom 6.4.1962, Rs. 13/61 Bosch, Slg. 1962, S.99 (102); EuGHB. vom 3.6.1969, Rs 31/68 Chanel, Slg. S.1970 S. 403; EuGHE. vom 12.2.1974, Rs. 146/73 Rheinmülen, Slg. 1974 S. 139

(94) J. Wohlfahrt, a.a.O., Rn. 67

(95) z.B. G. Ress, a.a.O. (Vorlagen), S.194; Beuter/Bieber/Pipkorn/Streil, Europäische Union, S. 258; M.A. Dausen, Gerichtsbarkeit der EG/Vorabentscheidungsverfahren (hierfort: Gerichtsbarkeit), in: Dausen (Hg.) Handbuch des EG—Wirtschaftsrechts, P II, Rn. 75; B. Heß, a.a.O., S. 98

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
されたにもかかわらず即時付託がなされなかったり⁽⁹⁷⁾、訴訟当事者に
対する法律上の聴聞に瑕疵が存在したりするなど⁽⁹⁸⁾、原審の手続その
ものに瑕疵が存在した場合には、その付託手続が上訴審による審査の対
象となる。いずれにせよ、手続中止の決定そのものは同252条に基づき
上訴審により審査されるが、先行判決を求めた付託決定そのものに異議
を申し立てることはできない⁽⁹⁹⁾。上訴審による原審の付託内容に対す
る審査は、付託裁判所と EC 裁判所の協調的關係を侵害する可能性が高
い⁽¹⁰⁰⁾。

ドイツ国内裁判所の見解によれば、EC 条約177条 3 項の付託義務は
上告理由として列挙されうる⁽¹⁰¹⁾。共同体法の適用が問題となり、かつ
EC 裁判所のみならず、連邦通常裁判所や連邦労働裁判所においても当
該法律問題に対して具体的決定を行っていないときには、州高等裁判
所⁽¹⁰²⁾若しくは州労働裁判所⁽¹⁰³⁾からの上告が認められる⁽¹⁰⁴⁾。このよう
な基本的上告が認められるのは、上告裁判所が自己責任において共同体
法上の問題を包括的に判断する義務を負っているからである。それゆ
え、州高等裁判所が上告を認めようとしなないときには、同裁判所に付託
義務が生じる⁽¹⁰⁵⁾。ドイツ民事訴訟法554条 b 1 項に定められている許可
上告及びドイツ労働裁判所法72条 a が認める抗告拒絶に対する異議申立

(96) O. Feiber, a.a.O., Rn. 19

(97) OLG Düsseldorf, NJW 1993, S. 1661

(98) OLG Köln, WRP 1977 S. 734

(99) T. Pfeiffer, Keine Beschwerde gegen EuGH—Vorlagen ?, NJW (1994), S.1996
—2002 (2000ff)

(100) B. Heß, a.a.O., S. 99

(101) BverfGE 82, 159 (196) ; BVerwG, NJW 1986, S.1448 ; NJW 1988, S.664 u. 2195 ;
BVerfG, NVwZ 1993, S.884 ; BFHE. 119, 439 (440)

(102) Art.546 Abs.1 Satz1 Nr.1 ZPO

(103) Art.72 Abs.2 Nr.2 ArbGG

(104) OLG Frankfurt, NJW—RR 1990, S.1002 (1004) ; G. Meier, Zur Entwicklung des
Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher
Vertragsverletzungen, EuZW (1991), S.11—15 (12ff)

(105) M.A. Dauses, a.a.O. (Gerichtsbarkeit), Rn. 96

早法71巻4号(1996)

などの際にも、EC裁判所への付託を要するときには上告が承認若しくは許可されなければならない。その際に、共同体法の観点からみればEC裁判所への付託を要しないと思われるような事件でも、判決の統一性や共同体法上の法律問題の誤認という観点から当該裁判所が異議を申し立てられた裁判の変更を要すると判断したときには、上告が承認若しくは許可される⁽¹⁰⁶⁾。

ドイツ連邦行政裁判所及び同ドイツ連邦財政裁判所の見解によれば、法律問題が「基本的意義」(Grundsätzliche Bedeutung)を有するときには、EC条約177条3項の意味における疑念が生じる⁽¹⁰⁷⁾。それゆえ、将来的に上告審においてEC条約177条3項に基づく付託手続が開始されるという予測がたつ場合には、上告が許可されなければならない、そのような状況にあるにもかかわらず上告が許可されないときには、各々ドイツ行政裁判所法133条若しくはドイツ財政裁判所法115条3項に基づき、抗告拒絶に対する異議申立を行うことができる⁽¹⁰⁸⁾。これに対して民事訴訟においては、ドイツ民事訴訟法546条1項の上告額の問題が生じる。州高等裁判所は、同条にかんがみ法律問題の上告判断を終了させることができる⁽¹⁰⁹⁾。それゆえ、EC条約177条1項の意味における問題を解明する必要があるにもかかわらず、州高等裁判所が上告不許可の決定をなしたときに、連邦通常裁判所がこの判断に拘束されないとすると、州高等裁判所が自己裁量に基づいて異議申立人たる訴訟当事者に対して不利益に共同体法を解釈する危険性が伴う⁽¹¹⁰⁾。

そもそもドイツ民事訴訟法546条1項は、上告審の負担軽減に役立つ

(106) BGH EuZW 1990, 257; B. Heß, a.a.O., S. 100

(107) BVerwG, Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen 20, 30 (31); 19, 93 (94); BFH, NJW 1987, S.3096

(108) R. Koch, a.a.O., S.82(R)

(109) BGH, NJW 1980, S.344

(110) R. Koch, a.a.O., S.83 (L)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
ものであるが、それにもまして、訴訟法の領域において上訴を明確化する
という意味で法的安定性の要求にも応えている⁽¹¹¹⁾。しかし、コッホ
の分析によれば、その他の加盟国の訴訟手続と比較する限りにおいて、
一国の例外を除いて比較可能な諸規定が存在しない。それ故、共同体法
規範の直接的実効性が侵害されているとの判断に連邦通常裁判所が達し
たときには、EC条約5条に基づいて時機に応じた上告の許可が義務づ
けられる。彼の結論によれば、上告手続において裁判上重要（ent-
scheidungserheblich）な解釈問題をEC裁判所に付託し、その先行判決
に基づいて国内裁判が行われる際に、一定の成果を得るという確信に連
邦通常裁判所が至ったときには、共同体法的な関連性にもとづく上告許
可が正当化される⁽¹¹²⁾。

上告裁判所が付託裁判所の判決を破棄し、事件を控訴裁判所に差し戻
した場合⁽¹¹³⁾、控訴裁判所はドイツ民事訴訟法565条2項に基づき上告裁
判所により下された法的判断に拘束されることを原則としている⁽¹¹⁴⁾。
それゆえ差し戻された控訴裁判所は、上告裁判所が付託問題につき法的
判断を下していれば国内法上その判断に従わなければならない。ただ
し、その上告裁判所が共同体法上の問題につき自らも付託することをせ
ずに自己裁量で付託内容たる当該問題を解釈し、しかもその解釈が共同
体法に一致しないとの確信に付託裁判所が至ったときには、付託裁判所
はEC裁判所の先行判決が下るまで上告裁判所の判断を留保することが
できる⁽¹¹⁵⁾。

ドイツ国内訴訟法上問題となるのは、EC裁判所の判決に基づく再審
の訴えである。ドイツ民事訴訟法580条は、EC条約177条3条に基づく

(111) H. Prütting, Die Zulassung der Revision, 1977, S.258

(112) R. Koch, a.a.O., S.83 (L)—84 (L); Kritisch in: V. 2—4

(113) Art.565 Abs.1 ZPO, sowie Art.72 Abs.5 ArbGG

(114) A. Walchhöfer, Art. 565 Rn. 9ff, in: Lücke/Walchhöfer (Hg.) Münchner
Kommentar ZPO 2. Bd

付託義務が侵害されたときに原状回復をなすための根拠規定として定められたものでなければ、EC 裁判所の先行判決に基づく再審開始事由として類推適用もされない。Branntwein 判決⁽¹¹⁶⁾がこの例に挙げられる。事件当時、ドイツでは火酒輸入の際に価格調整税を支払う義務があった。そこで、まず第一に、ドイツ連邦財政裁判所で同税の EEC 条約37条並びに95条との適法性が争われた。ドイツ連邦財政裁判所は、1974年末に同税が EEC 条約37条並びに95条にかんがみ適法であるとの判決を下した⁽¹¹⁷⁾。しかし、EC 裁判所は1976年に同税が国家による商業独占であり、EEC 条約37条並びに95条に反するとの判断を下した⁽¹¹⁸⁾。それにもかかわらず、その後、ドイツ連邦財政裁判所は、同事件に対してドイツ民事訴訟法580条に基づき提起された再審の訴えを退けた。なぜなら、ドイツ連邦財政裁判所の見解によれば、後に下された最高裁判所の判断は同580条の再審事由とならないからである⁽¹¹⁹⁾。すなわち、後に下された EC 裁判所の判決に基づき、原状回復の訴えが国内裁判所に対して提起されても、同584条1項に基づき裁判を行う管轄裁判所は、国内訴訟法のみに基づいて裁判できるのである。当然、共同体法の統一的適用は、ドイツ民事訴訟法580条に基づく法的安定性の要請の下に侵害される結果となる。コッホの分析によれば、EC 各加盟国の手続規定においても手続の瑕疵が原状回復事由とならない。さらに、他の訴訟事件にお

(115) この問題と関連して“acte clair”原則を批判するものとして：A.R. Briguglio, Zur Vorlage gemäß Art. 177 EWG—Vertrag nach einer Zurückverweisung vom Revisions—/Kassationsgericht an das untergeordnete Gericht, in: Festschrift für. W.J. Habscheid (1989), S. 47—64

(116) EuGHE. vom 17.2.76, Rs. 91/75 Branntwein (“Deutsches Branntweinemopol”), Slg. 1976, S.181 (Vorlage vom FG Rheinlandpfalz); vgl. auch, EuGHE. vom 17.2.76, Rs.45/75 Miritz, Slg.1976, S.217 (Vorlage vom BFH)

(117) BFH. 114, 298 (301f)

(118) EuGHE. Branntwein, a.a.O., S.181 (190ff)

(119) BFH Beschluß vom 27.9.1977—VII K 1/76; Anm. v. G. Meier, DVBL.1978, S.501—502

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題ける判決が原状回復事由を基礎づけていると規定している加盟国も僅かでしかない。その意味において同580条は、他の加盟国において内容的に比較可能な規定が存在すると判断している⁽¹²⁰⁾。もちろん、EC裁判所の判決の結果、国内裁判所が共同体法上の規定を自己裁量により誤って解釈していたことが後に明らかになったときには、同条6号及び7号の類推適用が共同体法上求められるという解釈も可能となる⁽¹²¹⁾。それでもコッホの見解によれば、国内法の中で共同体法の一般的法原則が徐々に形成（Ausformung）されていったものとして同条の規範をとらえる場合、共同体法から生成してくるような私的権利は、同条により許容されうる範囲に制限される。それゆえ、再審規定に関しても、私人に対してEC条約から生じる諸権利と諸判決の既判力との間に存する優越関係の確定については、諸判決の既判力を優位に評価すべきであるとの結論に至っている⁽¹²²⁾。

4 小 括

以上のように本章では、Zuckerfabrik 判決において定められた仮の権利保護に関する新共同体手続規程が、ドイツ法学及びドイツ法実務においてどのように解釈され、そして適用されてきたのかを概略的に論述してみた。事実上、ドイツ国内裁判所は二元的審査を行うことなく、国内訴訟法の類推適用によってEC裁判所への付託手続へと移行している。その一方において、EC条約に包摂されている一般的法原則を後盾として、加盟国の実体法のみならず訴訟法の領域にまでEC裁判所は裁量範囲を広げようとしている。両者の法解釈論の相異にかんがみれば、EC司法実務的に「論理一貫」（folgerichtig）しているEC裁判所の

(120) R. Koch, a.a.O., S.84

(121) Vgl. G. Meier, a.a.O. (Anm. 104), S.14

(122) R. Koch, a.a.O., S. 84–85

解釈が、伝統的な法解釈に基づく法律上の討論の末に成立した緻密な国内司法実務に随時抵触することも十分に理解できる。

近年の傾向として、ドイツ連邦憲法裁判所への付託手続に準じて EC 裁判所への付託手続を促進することにより、ボン基本法上保障されている私的権利の保護を EC 裁判所においても保障できるのではないかという議論が台頭しつつある。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所への付託問題に関しても、難題が山積しているのあり、それにもかかわらず、EC 裁判所への付託手続とドイツ連邦憲法裁判所への付託手続を併せた包括的司法システムを夢見ようとすれば、そこには、複雑な二元的問題が追加的に併合された難解な法解釈論がまた一つ成立する。仮に、その難題をさけるために、EC 裁判所による EC 法の継続形成を「EC 法の観点からのみ」正当化しようとするれば、そこには、基本権の領域として保障されていた私的権利がもはや実質的な考慮の対象にならなくなる危険性が非常に高い。次章においては、いわゆる「包括的司法システム」が抱える論理的矛盾と EC 裁判所による EC 法の継続形成機能の概略及びその基本的問題点に論及する。

V. 包括的共同体司法システムと裁判による法創造

1 問題の所在

派生共同体法の効力問題につき、「重大な疑念」を抱いた加盟国の国内裁判所に対して EC 裁判所への争点付託義務を定めた Foto-Frost 原則が、Zuckerfabrik 基準にまで発展したのは、私的権利の保護に関する共同体司法実務上の問題が生じたからである。しかし、EC 裁判所による Foto-Frost 判決は、共同体法の継続形成という形式を取りながらも、私的権利を保護するために十分に機能しなかった。特に問題となったのが、共同体法の解釈に関する EC 裁判所の見解であった。

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

果たして国内裁判所による共同体法の解釈は、派生共同体法の推定無効に関する判断ほどにまで共同体法の統一的適用を危機に陥れることはないであろうか。EC裁判所の見解によれば、もし国内裁判におけるEC法解釈の重要性をEC裁判所が直接審査することを義務づけられるとするならば、EC裁判所は広範囲の国内法を審査しなければならないため、EC裁判所の負担超過となる。それゆえ、EC裁判所は国内裁判所によるEC法の解釈を基本的に審査しない⁽¹²³⁾。法務官マンチーニは、Foto-Frost裁判において上記の見解に追随している。すなわち、あるEC法規の解釈は常にその法規が適用されることを意味しており、国内裁判所はEC裁判所と関連づけられることなしに国内事件に対して当該法規を解釈することができる。それにもかかわらず、国内裁判所がEEC条約189条に矛盾することはなく、少なくとも同条の本質的に核となる部分が侵害されることはないとする⁽¹²⁴⁾。Foto-Frost判決においてEC裁判所は、派生共同体法の推定無効を争点としないことを条件として、派生共同体法の効力に関する審査権（すなわち、当該派生共同体法がどれほど有効であるかを解釈する権限）を国内裁判所に与えている⁽¹²⁵⁾。

この見解に対して法務官レンツは警戒している。すなわち、国内裁判所が派生共同体法の効力に疑念を抱くにしても、また同裁判所が派生共同体法を具体的事件において適用不可能とする解釈を加えるにしても、派生共同体法が不適用となる点において、同一の結果が導かれることにはかわりはない。さらに、後訴における解釈問題の修正も強制的なものではない。しかも、もし訴訟当事者が略式訴訟手続と本案手続の間に自己の法的観点を変更したとするならば、本来、先行判決を必要とする当該審査内容がEC裁判所への付託問題として提起されなくなる危険性もあ

(123) EuGHE. vom 14. 2. 1980, Rs. 53/79 Damiani, Slg. 1980 S. 273

(124) Schlußanträge des GA. Mancini, a.a.O., S 4219

(125) EuGHE. Foto—Frost, a.a.O., Rn. 14

る。また、仮の権利保護に関する決定をなす本案手続中の裁判所が、派生共同体法の効力若しくはその適用可能性に疑念を抱いたときには、EC裁判所への付託が強制されるはずであるが、その手続がEC裁判所に付託されずに上訴審にもち込まれたときの上訴理由がEC法に起因するものであるかは疑わしいし、仮にそうであったとしてもその上訴審が付託を義務づけられているとは限らない。よしんばその上訴審が付託を義務づけられていたとしても、実際に付託するかどうかすら確実なものではない⁽¹²⁶⁾。

このような現実にかんがみるならば、共同体法を否定的に解釈しかねない受訴裁判所や、略式訴訟手続において派生共同体法の効力に疑念を抱く裁判所にも付託が義務づけられるとする司法実務の要求は、確かに共同体法の観点からみて「論理一貫」(folgerichtig)している。しかし、市場統合に重点を置いたEC規則の国内執行により既存権を直接制限される私的権利のための保護なるものは、この論理の範疇にない。この「共同体司法システムの論理」は、EC裁判所を頂点とする共同体司法システムの中に国内裁判所の裁判管轄をいかに機能的に取り込むかに専心している。けれども、もし国内裁判所が共同体司法システムを機能的に運営することのみに重点を置いた裁判を行うならば、既存権を派生共同体法により直接制限される私人が国内法上救済される可能性は、なきに等しくなる危険性が非常に高い。そこで本章では、共同体司法システムに組み込まれた国内裁判において、私的権利が司法上どのように制限されてゆくのかを分析し、さらに、この包括的司法システムを支えるEC裁判所によるEC法の継続形成に関する基本的問題点がどこにあるのかを、新共同体手続規程の分析を交えながら検討する。

(126) Schlußanträge des GA. Lenz, a.a.O., Rn. 63ff

2 包括的司法システム

2-1 国内裁判所による共同体法の解釈

管轄裁判所が共同体法の解釈につき重大な疑問を抱いたときには、判例法上、下級審であっても EC 裁判所に付託する義務がある。ところで、共同体法が国内裁判において様々に解釈されうる限り、結果的に共同体法を不適用とする解釈を行う国内裁判所に対しても、付託を義務づけるべきではないかという法解釈が可能となる。なぜなら、国内法と共同体法の限界事例においては、国内裁判所が恣意的判断に基づいて判決を下す虞があるからである⁽¹²⁷⁾。まず第一に考えられるのは、共同体法が国内法に優位しているにもかかわらず、国内裁判所が共同体法の解釈を通じて共同体法の効力を実質的に排除するという問題である。この問題については、上記の法務官による諸意見の対立からも読みとれるように、いまだに EC 裁判所における見解の一致をみていない。そして第二に、国内裁判所が共同体法の国内法に対する優位に基づき自己裁量で国内法の効力を否定する場合、すなわち、付託手続を用いることなく当該国内法の効力を否定するか、又は付託手続を用いて EC 裁判所の先行判決を待つという問題がある。後者の論点については、既にIV章に論述した通り、EC 裁判所と国内裁判所の間にある司法構造的な問題として議論されうる。

ここで問題とするのは、敗訴当事者の国内法に基づく上訴可能性である。すなわち、国内法上保障されているはずの私人の既存権を奪う派生共同体法の国内執行に関して、EC 裁判所の「判例」に従い、国内裁判所が付託手続を開始せずに派生共同体法の効力を容認する判決を下したときに、敗訴当事者に対してどのような法的救済手段が残されているのかという論点である。従来、国内法によって既存権を保障されていた私

(127) L.—J. Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften 1, 1977 Bd. 1 S. 830f (Rn.737)

人に対して、派生共同体法に基づく国内行政行為が当該既存権を事実上剥奪したときに、不服申立を受けた国内裁判所が EC 裁判所によって確立した「判例」を基準として派生共同体法優位の判決を下したとする。そこでは、受訴裁判所の裁量に恣意的判断が加わったのではないかという疑念が生じうる。しかし、その敗訴当事者たる私人が、どの裁判所に対して、どのような法律上の救済を求めることができるのかという論点は、今日まで論究され尽くしていない。法的救済の可能性としては、まず第一に、ドイツ連邦憲法裁判所へ国内裁判所の恣意的判断に対する異議を申し立てる手段があるが、ドイツ連邦憲法裁判所自身も EC 裁判所に対する付託義務があるために、従来から存する憲法上の議論をそのまま EC 法上の議論に組み込むことはできない。

2-2 EC 裁判所とドイツ連邦憲法裁判所との管轄問題

EC 裁判所への付託権は、国内訴訟法上の制限を受けない。EC 条約 5 条は、国内裁判所のみならず、国内立法者に対しても忠誠義務を課している。それゆえドイツ連邦憲法裁判所も、EC 条約 177 条 3 項に規定されている付託義務を負う⁽¹²⁸⁾。有名な Solange II 決定においてドイツ連邦憲法裁判所は、付託手続を用いる EC 裁判所裁判官をボン基本法 101 条 1 項 2 文に規定されている「法律上の裁判官」とみなし、共同体法の適用問題に関する限り、ドイツ連邦憲法裁判所のドイツ裁判所に対する裁判管轄権の行使を差し控えるとの判断を下している。このことは、共同体法が EC 裁判所に付託されている限り、ドイツ連邦憲法裁判所がボン基本法 100 条 1 項に基づく規範審査を自粛することを意味する⁽¹²⁹⁾。すなわち、国内法が共同体法に反するが故に適用不能と判断されるときには、ドイツ連邦憲法裁判所の規範審査そのものが排除され

(128) BVerfGE 37, 271 (282) ; BVerfGE 52, 187

(129) BVerfGE 73, 337 (366ff)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
るのである⁽¹³⁰⁾。

それでも、先行判決手続中にドイツ連邦憲法裁判所の規範審査そのものが排除されるわけではない。そもそもドイツ連邦憲法裁判所と EC 裁判所の両方に付託できる可能性があるときには、まず第一にドイツ連邦憲法裁判所に付託し、付託問題の重要性を先に確認させた方がよいという見解もある⁽¹³¹⁾。

これに関するドイツ連邦憲法裁判所の見解は、Maastricht 判決から読みとることができる。すなわち、国家主権の移行により成立する欧州同盟というものは、平等性原則を加盟国内で適用するための比較対照可能性を備えている。例えば、ボン基本法 3 条 1 項に規定されている内国民差別条項などがそれに当たる。もし EC 法が具体的事件の中で何らかの理由により内国民差別を解消できないようなときには、ドイツ連邦憲法裁判所がボン基本法100条 1 項に定められている規範審査を用いて差別的法規を審査できる。規範審査の適用は、EC 裁判所やドイツ連邦憲法裁判所への漸次的な付託を導くという意味でも可能である⁽¹³²⁾。

2-3 裁判所の恣意的判断

このようにドイツ連邦憲法裁判所は、EC 裁判所をボン基本法101条 1 項 2 文の意味における法律上の裁判官であるとみなし、ドイツ連邦憲法裁判所と EC 裁判所を機能的に結合させ、しかも両裁判所の相互補完的役割まで「自ら」承認するにいたっている。その結果、既存権を侵害された訴訟当事者が「新共同体手続規程」に基づく主張・立証をつくして付託を申し立てたにもかかわらず、派生共同体法を速やかに国内執行させるために付託申立を恣意的に退ける内容の判決を原審が下したときには、敗訴当事者の法的救済手段が著しく制限されてしまう。すなわ

(130) BVerfG NJW 1982, S.978; G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S. 352

(131) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Art.18 III 4 c

(132) BVerfG NJW 1993, S.3047 (3049)

ち、原審の「恣意的」判断を不服とする敗訴当事者が上訴する際に、上訴審が上訴理由を却下する可能性がある。また、上訴審が訴訟を開始したとしても、域内市場の安定という共同体の利益を熟考した原審の「恣意的」判断を覆すような判断を上訴審が下すとは考えがたい。しかも、仮にその裁判所が最終審の裁判所であったとしても、派生共同体法の効力を肯定するための広範な裁量は Foto-Frost 判決により国内裁判所に与えられているため、付託義務が生じる余地がない。そうすると、国内法により既存権を保障されていた敗訴当事者としては、審級裁判所の「恣意的」判断に基づく敗訴に対して憲法抗告を行う以外に法的救済を求める手段がないという結論に至ってしまう。

現在、ドイツ連邦憲法裁判所は、EC 裁判所と機能的に結合するのみならず、相互補完的な役割まで担うと判断している。そのドイツ連邦憲法裁判所が、EC 統合の原動力として活動している EC 裁判所の立場を考慮した上で、それでもなお憲法抗告理由に記載されている「恣意の規準」を認めると解釈するには無理がある。そもそも、この「恣意の規準」という制度そのものが、厳しい批判に晒されているのである。すなわち、(1) EC 裁判所を法律上の裁判官とみなすことは、付託義務を実現するために望ましい司法システムの進歩である。しかし、EC 裁判所と関連させた上で適用されるボン基本法101条は「恣意の規準」のみであり、「手続の瑕疵」はその範疇にない。(2) かつて付託義務を任意的に免除した国内裁判所の恣意的判断が争点となった全事件に対して、ドイツ連邦憲法裁判所は略式審査により「恣意の規準」を適用することを否定している。(3) それゆえ、ボン基本法101条1項2文に基づき構築されていった「恣意の規準」は、「国内訴訟法上の瑕疵」を厳格に争うほど「付託義務の任意的免除」を争点としない。(4) もっとも問題なのは、訴訟当事者の付託申立権のみならず、付託手続そのものに対する異議申立権も法律上の効力をもたない。さらに、任意的に免除された付託

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
義務が法規に触れたとしても、その要件だけでは再審事由にいたらな
い⁽¹³³⁾。

このような問題が存在するにもかかわらず、ドイツ連邦憲法裁判所は
「客観的恣意」の概念を導入することにより「恣意の規準」を発展させ
ていった⁽¹³⁴⁾。それでも、恣意の概念が具体的に定義されるにはいたっ
ていない⁽¹³⁵⁾。この問題につき、付託を義務づけられている裁判所が
EC裁判所に問いを発すべき機会に付託しないときには、ボン基本法
101条2項の意味における「拒絶」が存在する、と法務官レンツは指摘
しているが⁽¹³⁶⁾、ここで「EC裁判所に問いを発すべき機会」とは、「派
生共同体法の実効的適用を否定する場合」と考えられるので、国内法に
基づく私人の既存権を守るために定義されるべき「恣意の規準」の法解
釈論的な議論とは相容れない。それよりは、ECの防衛者としても存在
するはずのドイツ連邦憲法裁判所が、司法実務上、推定上の国家利益若
しくは国内法の利益に基づいて判断する傾向がある、とニコライセンが
鋭く指摘するように⁽¹³⁷⁾、EC対加盟国の関係で議論を展開する方が賢
明であろう。いずれにせよ、共同体法及びEC裁判所判例に基づく付託
義務を国内裁判所がはたさなかったときに、ドイツ連邦共和国が憲法上
の制裁手段を用いて付託を貫徹する制度は整えられていない⁽¹³⁸⁾。国内
裁判所による付託が、共同体司法システムに反してなされぬままにある
ときには、EC委員会がEC条約169条に基づいて条約侵害訴訟手続を

(133) Vgl. C. Vedder, Ein neuer gesetzlicher Richter ?, NJW (1987), S.526—531 (530 f)

(134) 2BvR 687/85, vom 8.4.1987; 2BvR 763/85, vom 4.11.1987

(135) Vgl. U. Wölker, a.a.O. S.97

(136) Vgl. C.O. Lenz, Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof, in ZfAnWP, 22.11.1989, S.767—780 (770)

(137) Vgl. G. Nycolaysen, Vertragsverletzung durch mitgliedstaatliche Gerichte, EuR 1985, S. 368—374 (374)

(138) A. Glaesner, Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte in Vorabentscheidungsverfahren, EuR 1990 S. 143—151 (151)

開始することを基本的に義務づけられている。それでも、ECが加盟国に対してとる条約侵害訴訟手続というものは、「最後の手段 (ultima ratio)」的性格をもつので、法政策上の理由からできる限り条約侵害訴訟手続の開始を避ける傾向にある⁽¹³⁹⁾。結果として、ドイツ連邦憲法裁判所により適用され続けている「恣意の規準」は、国内法に基づく既存権を派生共同体法により侵害されている私人のための権利保護システムとして十分機能しない。

2-4 付託手続における「裁判上の重要性」?

以上のように先行判決手続の適用領域は、「中間手続」としての性格上、付託裁判所とEC裁判との間に独特な法的緊張状態を引き起こしている。そこで、この状態を切り抜けるために、ドイツ連邦憲法裁判所への付託の際に審査対象となる付託問題の「裁判上の重要性」(Entscheidungserheblichkeit)という概念を国内裁判所からEC裁判所への付託の根拠として包括的に適用してはどうか、という解釈論が主張され始めている。しかし、そのためには、まず第一にドイツ連邦憲法裁判所への付託が抱える問題点を明らかにしなければならない。

具体的規範審査における「裁判上の重要性」は、ドイツ連邦憲法裁判所に対する手続の前提条件であるにもかかわらず、付託裁判所の主観的な法的見解を主要な基準とするものである⁽¹⁴⁰⁾。それゆえ、付託の際に専門裁判所が、問題となっている法規の無効に関して「しっかりとした意見」(Feste Meinung)をもっていることを、ドイツ連邦憲法裁判所は求めている⁽¹⁴¹⁾。なぜなら、専門裁判所とドイツ連邦憲法裁判所は各々異なった責任領域に関する判断を下すため、原則上、憲法違反であると見なされた法規に関する「裁判上の重要性」については、専門裁判所の

(139) M.A. Dausen, a.a.O. (Vorab.), S. 77

(140) BVerfGE. 2, 181 (190ff); 57, 295 (315); 78, 165 (172)

(141) BVerfGE. 4, 214 (218); 16, 82 (89)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
見解が決定的な基準として用いられるからである⁽¹⁴²⁾。

ところで、ドイツ連邦憲法裁判所が「裁判上の重要性」をそのように
審査すると、付託裁判所は裁判上のジレンマに陥らざるをえない。な
ぜなら、ドイツ連邦憲法裁判所が付託不許可の決定をなしたときに、そ
の決定の基礎となっている「単純」法上の規定に関して、ドイツ連邦憲
法裁判所が行った中間的解釈に付託裁判所は拘束されないからであ
る⁽¹⁴³⁾。もちろん、実務においてドイツ連邦憲法裁判所が上記の基準に
固執しているわけではない。すなわち、およそ手続を終了させるため
に、問題となっている「単純」法の効力に関する問題への回答が必要で
あるということが明らかになったときに、専門裁判所からの付託が許可
されると解釈している。それでも、専門裁判所が自己裁量により裁判上
重要であると判断した法規の解釈が、実は最高裁の判例や重要とみなさ
れている諸学説と異なっているときには、付託が不許可となる⁽¹⁴⁴⁾。し
かし、裁判上の重要性をドイツ連邦憲法裁判所が審査する際に、広範な
裁量権が与えられている点を見逃すことはできない。なぜなら、ドイツ
連邦憲法裁判所法80条2項1文にかんがみ、専門裁判所が付託決定を下
すときには、同裁判所の裁判が付託された法規定の効力により決定的影
響を受ける理由につき、法的見解の主張及び事実関係の陳述により十分
根拠づけなければならないからである⁽¹⁴⁵⁾。

専門裁判所による付託問題の解釈は「正当性があると思なすことがで
きるもの」でなければならない⁽¹⁴⁶⁾。それゆえ、専門裁判所による法発
見は、ドイツ連邦憲法裁判所による許容性の判断に依拠することにな
る。しかし、専門裁判所が付託問題の法解釈を行うときに、ドイツ連邦

(142) BVerfGE. 2, 181 (191)

(143) Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, S.328, Rn.769

(144) ibd., S.328f (Rn.770)

(145) siehe, G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S. 351

(146) BVerfGE. 77, 308 (327)

憲法裁判所の明確な指針というものを認識することも容易でない。なぜなら、ドイツ連邦憲法裁判所により厳しい判断を下されたものもあれば⁽¹⁴⁷⁾、緩やかな判断を下されたものもある⁽¹⁴⁸⁾からである。

レスの見解によれば、ドイツ連邦憲法裁判所が付託を審査し、「裁判上の重要性」に関してドイツ連邦憲法裁判所の法的見解を決定的な判断であると見なす領域は、二つに分類できる⁽¹⁴⁹⁾。その一つは審査許容性の判断領域に存する。すなわち、ドイツ連邦憲法裁判所が付託裁判所の法的見解につき、「明らかに根拠がない」又は「その思考方法に追従することができない」ときには、審査許容性の判断が下される⁽¹⁵⁰⁾。もちろん、この領域においても専門知識に基づく境界が存するのであり、その限りにおいて、ドイツ連邦憲法裁判所は自己の審査領域に拘束されない。この種の証拠審査の存在は、管轄権の遵守という観点からも根拠づけられている⁽¹⁵¹⁾。さらに、ドイツ連邦憲法裁判所が「裁判上の重要性」を自ら判断するもう一つの領域としては、「裁判上の重要性」が憲法上の先決問題に深くかかわっている事件がある。ドイツ連邦憲法裁判所の判断によれば、ボン基本法の解釈は、その他の法の解釈と異なり、自己に固有な判断領域にある⁽¹⁵²⁾。しかし、この判断は、ドイツ連邦憲法裁判所が憲法解釈に関する独占権を保持していない、ということを見做すものである。すなわち、具体的事件においてドイツ連邦憲法裁判所は、憲法解釈に関する最終的な判断を下すにすぎないということを見做しているのである⁽¹⁵³⁾。ドイツ連邦憲法裁判所の見解によれば、専門裁判所における裁判が憲法訴訟法上の決定に関する解釈を必要とする限

(147) BVerfGE. 68, 311 (316ff)

(148) BVerfGE. 78, 249 (264)

(149) G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S. 352—353

(150) BVerfGE. 79, 245 (249)

(151) Benda/Klein, a.a.O., S. 328ff (siehe auch insb. Rn.779—780)

(152) BVerfGE. 46, 268 (284) ; 48, 29 (38) ; 69, 150 (159) ; einschränkend BVerfGE. 63, 1 (27f)

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
り、同裁判所はその憲法適合性を審査することを義務づけられる⁽¹⁵⁴⁾。
しかし、ここにおいて指摘された「憲法訴訟法」という概念が、ドイツ
司法全体との関連の中で、一体何を意味しているのかは不明である。た
だ、少なくとも、下位法たる「単純」訴訟法をドイツ連邦憲法裁判所へ
の手続に結合させることを目的とした解釈論の内の一つであることに
は、間違いがない⁽¹⁵⁵⁾。

専門裁判所は、具体的規範審査を経て確定した争点を中間手続の対象
とすることをさけ、ボン基本法100条1項に基づき、具体的訴訟におい
て憲法に適合した裁判を保障するという目的に添うような争点を確定し
ている。このように手続が定式化し、さらに拡大してゆくにつれて「裁
判上の重要性」の領域は、従来の付託問題領域を遙かに越えたところに
存するはずの、具体的訴訟における個々の問題点に内在する付託問題に
まで拡大している。このことをふまえて専門裁判所は、その付託問題に
つき「自己の領域にある適法性の主張」をなしているのである⁽¹⁵⁶⁾。

原審の手続と付託手続の関係につき包括的な「結合理論」なるもの
を用いて、ドイツ連邦憲法裁判所は、専門裁判所の適用領域にある「単
純」法上の判断を手中に納めた。その意味において、ドイツ連邦憲法裁
判所の権限超越は激しい議論の的となる⁽¹⁵⁷⁾。

(153) G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S.353: この問題が明らかとなった事件として、
1985年2月26日の連邦憲法裁判所の決定（BVerfGE. 69, 159）が挙げられる。この事件
において財政裁判所は、一般関税規定の授權根拠である関税法25条1項を憲法違反であ
るとみなし、それを憲法裁判所に付託した。そもそも下位法たる単純法の規範に対する
憲法上の判断は専門裁判所の中間審査に任せるべきであるにもかかわらず、連邦憲法裁
判所は、一般関税規定における決定（72条1項）を憲法上の先決問題であるとみなし、
その決定の憲法適合性を審査している（siehe, Benda/Klein, a.a.O., S.331, Rn.776）

(154) BVerfGE. 67, 26 (34)

(155) G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S.354

(156) Vgl. W. Geiger, Das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und vorlegen-
dem Gericht im Falle der Konkreten Normenkontrolle, EuGRZ (1984), S. 409 (415
f)

(157) G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S.354; siehe auch Anm. 53 (S.354)

まず第一に、ドイツ連邦憲法裁判所による決定が、付託裁判所に対してどのような拘束力をもつのかという問題を検討する必要がある。ドイツ連邦憲法裁判所は、効力問題に対して拘束力ある決定を行う。ところが、ドイツ連邦憲法裁判所が具体的事件において付託裁判所より付託された問題を審査した結果、憲法違反の疑念の残る法規を「裁判上重要なものではない」と判断し、そしてそれゆえ付託問題について判断することなく付託の適法性を否定した場合、付託裁判所は解釈論上のジレンマに陥る。なぜなら、付託裁判所はドイツ連邦憲法裁判所による「単純」法の解釈に拘束されないので、付託裁判所が自己の見解を保持し続けることも可能となるからである。付託裁判所の観点からみれば、裁判に重要な問題は未回答のままにあるため、付託裁判所は結果的な裁判を行うことになる。すなわち、付託裁判所は、ドイツ連邦憲法裁判所が憲法上の解釈を加え、かつその解釈が結果に対して主要となるかぎり、ドイツ連邦憲法裁判所の判決理由に従うことになるが、その他の傍論、及び付託裁判所が納得できない「単純」法に関するドイツ連邦憲法裁判所の見解に対しては、無視することができるのである⁽¹⁵⁸⁾。この論点は、最終的に「裁判官の良心」の問題となってしまう。

いずれにせよ、ドイツ連邦憲法裁判所の判決を通じて確立した「裁判上の重要性」という基準は、付託をなす専門裁判所と先行裁判を行うドイツ連邦憲法裁判所との間に著しい緊張状態を引き起こしている。「裁判上の重要性」という基準は、ドイツ連邦憲法裁判所決定による憲法問題への拘束という原則的理解を無視して、付託裁判所に対して包括的な結果追従義務を強制する基準と化している。このような権限超越は、専門裁判所とドイツ連邦憲法裁判所との関係の中で、「裁判上の重要性」基準を巡る見解の乖離を必然的に引き起こすものであり、結果的に、付

(158) W. Geiger, a.a.O., S. 420 IV

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
託裁判所が具体的訴訟において誤った法解釈を行うように仕向け
る⁽¹⁵⁹⁾。

このように、ドイツ連邦憲法裁判所への付託裁判所の付託すら、困難
な法解釈論上の問題を抱えている。それにもかかわらず、国内訴訟法的
観点から安易にドイツ連邦憲法裁判所への付託手続に関する諸基準を
EC裁判所への先行判決手続に類推的かつ包括的に適用するという解釈
方法は、極めて危険な「場当たりの解釈」の展開へとつながる。そのよ
うな解釈論を無理に展開させていけば、結果的に加盟国及びECの二元
的公益の肥大化と、それに反する私益の削減が、法解釈論上、常に追認
されてしまう。

そこで次に、EC裁判所による法創造をEC法の継続形成の一形式で
あると「仮定」した上で、EC条約をめぐる事件及び判決からEC法に
内在する法論理的構造を明確化し、さらに、EC裁判所の行為を帰納的
に正当化することができるかを検証してみる。

3 EC裁判所の先行判決による法創造

3-1 新共同体手続規程の根本的問題

EC裁判所への先行判決手続において、加盟国の裁判所が直接適用し
なければならない新共同体手続規程の根本的問題を理解するために、今
一度、問題の全体像に触れる。

Foto-Frost判決は、もはや付託義務の名宛人たる最終審の裁判所の
みならず、「付託の内容」も対象としている。すなわち、派生共同体法
の推定無効を問題とする限り、加盟国における下級審の裁判所にも付託
義務が生じるのである。ただし、共同体法の解釈問題に限り、最終審の
裁判所にのみ付託義務があるとEC裁判所は判断している。Foto-

(159) Vgl. G. Ress, a.a.O. (Entscheidung), S.355—356

Frost 裁判の最終意見書において法務官マンチーニは、Damiani 判決を引用しつつ、加盟国の裁判所が EC 裁判所に拘束されることなく共同体法を解釈できることを確認している⁽¹⁶⁰⁾。この判断は EEC 条約189条の文言に反するのではないか、という問題提起に対してマンチーニは、少なくとも「その本質が侵害されるわけではない」と判断している⁽¹⁶¹⁾。この判決時まで EC 裁判所は、少なくとも「派生共同体法の推定無効」が国内裁判において問題とならない限り、国内裁判所が派生共同体法の効力に関する審査権を留保していた⁽¹⁶²⁾。

ところで EC 裁判所は、Busseni 判決を通じて、派生共同体法の効力に関する付託と、その解釈に関する付託とに関連性が存在することを指摘しており、しかもその派生共同体法の効力は、国内裁判所による「解釈」を介してのみ判断されることを確認している⁽¹⁶³⁾。その上、もし派生共同体法の効力に関する付託問題とその解釈に関する付託問題との間に不可分の関連があるならば、その法規範の解釈は、歩調を同じくする二つの行為の内の一つとして効力に関する問題も同時に提起する、と EC 裁判所により判示されている⁽¹⁶⁴⁾。Zuckerfabrik 先行裁判の最終意見書において法務官レンツは、共同体法の解釈が共同体法の効力否定と同様に共同体法の不適用を導きうることを指摘し⁽¹⁶⁵⁾、共同体法の効力否定による不適用であろうが共同体法の解釈による不適用であろうが、どちらも共同体法の実効性原則を侵害することには変わりがないと判断している⁽¹⁶⁶⁾。EC 裁判所は、Zuckerfabrik 判決で、共同体法の統一的

(160) EuGHE. vom 14.2.1980, Rs.53/79 Damiani, Slg.1980, S.273

(161) Schlußanträge des GA. Mancini, in: EuGHE. Foto—Frost, a.a.O., S.4219

(162) EuGHE. Foto—Frost, a.a.O., Rn.14

(163) EuGHE. vom 22.2.1990, Rs.221/88 Busseni, Slg.1980, S.I—495 (insb. Rn.14 der Entscheidungsgründe)

(164) EuGHE. vom 21.3.1991, Rs.314/89 Rauh, Slg.1991, S.1647; EuGHE. vom 21.3.1991, Rs.359/89 SAFA, Slg.1991, S.1667

(165) Schlußanträge des GA. Lenz, Rn.61—63, in: EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O.

(166) ibd. Rn.73

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題適用を共同体法秩序の要件として指摘するのみならず⁽¹⁶⁷⁾、その統一的解釈を行うための基準も与えている⁽¹⁶⁸⁾。

以上の前提の下に EC 裁判所より提示された「新共同体手続規程」は、共同体法の欠点を補完する機能を果たすことができるのであろうか。この問題点につきデンツァ・ヴァノッティは、EC 裁判所が Zuckerfabrik 判決で提示した諸基準につき、緊急性の概念に関する比較法的考察が行われていず、権利保護の観点からみた共同体と域内市民の機能的連関を危機に陥れうることを顧慮せず、しかも、その他の共同体機関に留保されている法の調整機能に対する配慮にも欠けるため、この判決で提示された「新共同体手続規程」は EC 法の継続形成として認められないという結論に至っている⁽¹⁶⁹⁾。果たして彼の批判を論理的に正当化することは可能であるか。

3-2 EC 法の調整が抱える障害

デンツァ・ヴァノッティがここで強調するのは、各加盟国内法を調整して最終的に拘束力ある法規の形式で公布する権限を有するのは EC 閣僚理事会である、という EC の基本構造にある。問題は、共同体法の法的安定性及び実効性並びに共同体市民の権利を保障するために、統一的適用が望まれている仮の権利保護領域において、なぜ EC 閣僚理事会が法規制定を行っていないのかという点にある。

EC 民事訴訟法の法典編纂そのものは、1987年の第八回国際民事訴訟法会議においてシュトルメ教授により提案されて以来、EC 諸国の訴訟法学者により研究委員会が設立され、現在に至るまで継続的な研究活動を行っている。この研究委員会発足当初の目的は、加盟国の様々な法制度を調査し、議論と分析を通じて各加盟国に存する法の障壁を越える準

(167) EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn. 26

(168) ibd., Rn. 33

(169) W. Dänzer—Vanotti, a.a.O., S. 1017

備をなすことにあった。1989年に研究委員会は、EC委員会に対して第一回基本報告書を提出している⁽¹⁷⁰⁾。この報告書の中に、EC民事訴訟法の必要性がまとめられている。ただし、この研究委員会が目標としているのは、現在のEC法体系の中に詳細なEC統一民事訴訟法を新たに編纂することではなく、EC加盟諸国が各々の手続規則の中に算入若しくは補完できるような「EC訴訟法のモデル」を作成することにある⁽¹⁷¹⁾。訴訟法上、著しく専門的な法の調整領域であり、しかも研究委員会がEC委員会と協力して統一民事訴訟法問題に取り組んでいるという経緯にかんがみるならば、EC閣僚理事会が訴訟法上の問題に関して「共同体法の優位」のみをZuckerfabrik事件で強調したことにも説明がつく。EC閣僚理事会の見解と比較するならば、EC委員会の見解は詳細である。EC委員会と研究委員会⁽¹⁷²⁾の継続的協同作業を考慮するならば、EC委員会の公判報告中の見解は注目に値するといえる⁽¹⁷³⁾。

現時点において、EC委員会が「EC訴訟法のモデル」に関して何らかの法規範を制定すべくEC閣僚理事会に書面による提案をなしている形跡はない。ならば、EC裁判所が先行裁判を拒むことは許されないとという基本原則が存在する限り、Zuckerfabrik裁判で継続形成された新共同体手続規程の許容範囲を審査すべきであるという解釈も可能となる。問題はその関連づけにある。

(170) 未公刊

(171) H. Prütting, Die Entwicklung eines europäischen Zivilprozeßrechts, in: Ress/Stein (Hg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut—Sektion Rechtswissenschaft—Nr.271 (1992), S.17ff; この研究会の代表者であるシュトメル教授もこの問題につき簡略に論述している。(M. Storme, Rechtsvereinheitlichung in Europa, *Rechtszeitschrift* 56 (1992), Heft 2: 「ヨーロッパにおける法の統一(拙訳)」比較法学26巻2号(1993), 143—152頁)

(172) 研究委員会の名称は“Working group for the approximation of the civil procedural law in europe”である。

(173) siehe, III. 3—1

3-3 EC法の欠缺と先行裁判によるEC法の継続形成との関連

先行判決手続において欠缺していた仮の権利保護手続を補完するために Zuckerfabrik 裁判を通じて形成された「新共同体手続規程」が、裁判によるEC法の継続形成であることには間違いはない。そこで、その許容性の範囲をどのような基準を用いて審査するのが問題となる。

デンツァ・ヴァノッティーは、この判決が共同体としての機能性若しくは共同体市民の権利を危機に陥れるような「緊急性」というものに全く関連しておらず、さらに、他の共同体機関に留保されている法の調整機能も侵害していると判断している。この機能は、基本的にEC委員会とEC閣僚理事会に存する。しかし、ここで問題となっているのは、むしろ、EC閣僚理事会がEC加盟国が直接適用できる仮の権利保護手続を「EC規則」の形式で公布していないことにある。それゆえ加盟国によっては、私的権利の保護が全く保障されないという事態が生じる⁽¹⁷⁴⁾。同裁判の公判報告書によれば、EC閣僚理事会は「共同体法の優位」にのみ言及しているが、この「共同体の優位」は、各加盟国間の手続が派生共同体法によって調整されていなくても、また各加盟国内における特定の手続を無視してでも、先行判決手続において仮の権利保護手続に法的拘束力を与える必要がある、と解釈可能である⁽¹⁷⁵⁾。いずれにせよ、EC閣僚理事会が仮の権利保護に関する派生共同体法を公布していない以上、EC裁判所がその他の共同体機関の自由裁量を一方的に侵害しているという議論を展開することは困難である。

そこで、明確なEC法の欠缺をEC裁判所が補完するに当たり、特段の緊急性の要件のみならず方法論上の制限も検討する必要がある⁽¹⁷⁶⁾。

(174) Vgl. H. Schiedermaier, a.a.O., S. 123—131

(175) Vgl. J. Schwarze, Vorläufiger Rechtsschutz im Widerstreit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren—und Prozeßrecht, in: Festschrift für B. Börner, 1992, S.389—401 (393ff)

(176) W. Dänzer—Vanotti, a.a.O, S. 1018; auch, S. Schlemmer—Schulte, a.a.O., S. 308

通常、法規範としての EC 条約は、共同体法規に内在する法規の目的論及びその計画に連結する法創造的機能のみならず、共同体法規そのものを超越してはいるが、共同体法規の指導原理及びその範囲に連結する法創造的機能も包摂していると理解することができる⁽¹⁷⁷⁾。もちろん、デンツァ・ヴァノッティーが指摘するように、各加盟国内法に対して行われる比較法的考察に基礎づけられる「一般的法原則」のみが、共同体法規を越える法創造的機能を支える、という解釈も可能である⁽¹⁷⁸⁾。しかし、後者に対しては、EC 閣僚理事会の一致が得られないばかりに阻害され続けている EC 統合を司法上保障するために、EC 裁判所は共同体立法過程及び共同体の行為能力を十分顧慮しつつ法規の欠缺を補完し、時機に応じて法創造を行うことすら義務づけられている、という有力な反対説⁽¹⁷⁹⁾が存在する。もちろん、仮の権利保護手続をめぐる法解釈上の論議は、EC 閣僚理事会レベルで紛糾しているのではないため、必ずしも有力説がそのまま適用されるわけではない。それでも、EC 閣僚理事会が各加盟国ごとに隔たる法の調整を「拒絶」したところのみ EC 裁判所に法の調整義務が委譲される、とするデンツァ・ヴァノッティーの結論⁽¹⁸⁰⁾に対して論理的根拠を見いだすのは困難である。

EC 法が「事実上」欠缺している際に、EC 法を目的論的に分析すると、EC 裁判所の欠缺補完義務は、EC 閣僚理事会による立法拒絶時に生じるのみならず、EC 閣僚理事会に課せられている立法義務の懈怠からも生じると判断することが可能となる。すなわち、EC 裁判所による

(177) T. Stein, Richterrecht wie anderswo auch? S. 619—641 (629), in: Festschrift der juristischen Fakultät zur 600—Jahr—Feier der Reprecht—Karls—Universität Heidelberg, 1986

(178) W. Dänzer—Vanotti, a.a.O., S. 1018

(179) U. Everling, Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Reden und Berichte aus dem Europa—Institut Nr. 151, 1988, S. 27—53 (35ff) ; auch T. Stein, a. a.O., S. 622—623

(180) W. Dänzer—Vanotti, a.a.O., S. 1018

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

欠缺補完義務は、EEC条約164条に基づくのみならず、同4条によっても生じるのである⁽¹⁸¹⁾。この見解に対しては、「どのような欠缺がEC閣僚理事会による立法義務の懈怠の結果として生じた欠缺なのか」、すなわち、その法欠缺が「ECの計画に反した法欠缺」なのか、という問題が提起される。なぜなら、EC法の欠缺の中には、「EC計画の合目的性に基づく法の欠缺」も存在しうるからである⁽¹⁸²⁾。シュレーマー・シュルテは、Zuckerfabrik判決を通じて補完された仮の権利保護に関して、EC訴訟法上の欠缺を、共同体の計画に沿った欠缺であったとみなしている。なぜなら、各加盟国の訴訟法が統一されていない以上、国内裁判所のみが箇々の事件に応じた欠缺補完をなし得るからである。

EC法欠缺の判断基準をめぐる議論は、極めて敏感な法政策的領域に踏み込んでいる。この論点につき、EC計画における合目的性の基準にかんがみるならば、EC委員会やEC閣僚理事会が仮の権利保護に関する共同体訴訟法を意識的に規定しなかったと認識できないことをウクロウは指摘する。それゆえ、「ECの計画に反する法の欠缺」又は「法政策的な瑕疵に基づく法の欠缺」を判断する基準としては、そもそもECに既存の領域として認識されていた法の欠缺が後に問題となった際に、後発的な問題がより深刻であると推定できる場合、「ECの計画に反する法の欠缺」が存在するとの法解釈も可能であるとした。なぜなら、この種の事件においては、EC法の立法者若しくは共同体の政治的機関が予めEC法の欠缺が生じるであろうことを予期できなかったとも解釈できるからである⁽¹⁸³⁾。しかしこの見解は、法解釈論上のジレンマを引き起こす。すなわち、この見解に従えば、今後EC裁判所がEC法の欠缺を「自ら」確認した領域においては、裁判によるEC法の継続形成を無

(181) T. Stein, a.a.O., S. 626

(182) Vgl. ibd., S. 633

(183) J. Ukrow, a.a.O., S.268

制限に行うことができるとの解釈が許されてしまう。

厳密に言えば、EC 裁判所は EC 法政策遂行のための協調機関であるため、伝統的な国家権力の三権分立に基づく司法機関と同等のものであるとみなすことはできない。だからこそ、派生共同体法の完全実効性を保障するために、EC 裁判所により継続的に形成されてきた一連の「EC 司法政策」的判決が、圧倒的支持をうけてきたのである。しかし、ここで問題となっている仮の権利保護手続は、そもそも各加盟国の国内法体系に基づいて規定されており、国内法上許されている権利保護規定である。その規定を、EC 裁判所が「自ら」の諸判決を通じて引き起こした「EC 司法政策上生じた不都合」を解消するために変更することが許されるのか。この論点は、裁判による EC 法の継続形成に関する限界を定める議論と併せて判断する事を通じて明らかになる。

3-4 裁判による EC 法の継続形成の境界審査

裁判による EC 法の継続形成に関して、法解釈学的 (rechtsdogmatisch) な分析を試みたウクロウ⁽¹⁸⁴⁾の見解によれば、Zuckerfabrik 判決における EC 法の継続形成機能は、法解釈学上、三元的に審査される。

(1) EC 機関行為の内部 (intraorganschaftlich) に設定された境界の審査⁽¹⁸⁵⁾：彼の分析によれば、Zuckerfabrik 判決は、EC 裁判所が過去に自ら下した判決の見解に基づいて判決を下すことを求められるとい

(184) レス教授の下、長期にわたり筆頭助手を務めたウクロウ博士の博士論文でもある同著では、これまで部分的に論じられてきた「EC 法における裁判による法創造」の領域を3年以上にわたる研究期間と400ページ弱にわたる論証により「EC 法の継続形成」として体系化した。極めて卓越した論文である。そこで、この節では、彼の分析方法に従いつつ、問題点を概観してみる（：J. Ukrow, a.a.O., S. 269—273；尚、彼の論文には、彼自身の造語と思わしき定義もあるため、必要と思われる単語は原文も付記）。もちろん、「裁判による法創造」に関する問題に対して、一義的定義を与えることなど不可能である。次節において彼の見解の問題点が自ずから明らかになる。

(185) 機関行為の内部の内面に設定された境界とは、手続上生じる (Verfahrensmäßig) 境界と法解釈論上生じる (Rechtsdogmatisch) 境界を意味する (Siehe, J. Ukrow, a.a.O., S. 172—199)。

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
う、いわゆる「自己指導義務（Orientierungspflicht）⁽¹⁸⁶⁾」の範疇にある。
なぜなら、仮の権利保護手続において派生共同体法の執行を一時的に停
止できることを、EC裁判所はFoto-Frost判決において確認している
からである。さらに、Foto-Frost判決において例外であると判示され
ている略式訴訟手続中の国内裁判所に対する付託義務の免除を、Zu-
ckerfabrik判決が覆したことにつき、その相違が最小限であれば許さ
れるとする「可及的本質接近（Proximität）⁽¹⁸⁷⁾命令」の範囲内であると
も判断している。仮の権利保護手続の体系的関連性並びにEC条約177
条の実務における実効性等を斟酌する規定がEC条約に定められていな
い以上、EC裁判所は、共同体法に内在する一般的法原則に基づき、仮
の権利保護の領域における権利保護を拡大する事ができるとする。

Zuckerfabrik判決に対しては、「理由づけ義務」を十分に果たしてい
るかという問題も提起される。すなわち、ドイツ行政裁判所並びにドイ
ツ財政裁判所により保障される仮の権利保護に対して、従来のEC裁判
所であれば、EC行政法の発展のために価値ある比較法的考察を行いつ
つ一般的法原則を導いていたが、Zuckerfabrik判決では、EC裁判所
による比較法的考察を見いだすことができない⁽¹⁸⁸⁾。さらに、EC条約
185条並びにEC裁判所手続規則83条の準用に関しては、EC裁判所に
付託を行うための国内訴訟法領域に対して特殊な付託必要性の要件を課
すため、EC法の継続形成を行うための法源とすることはできないと解

(186) 「自己指導義務」とは、EC裁判所がEC統合政策に適うような判決を下すことのみを義務づけられるのではなく、共同体法の法治国家原則に包摂されている「正義の原則」「法適安定性の原則」および「信頼保護の原則」から導き出されたものとして平等取扱命令」および「連続性の命令」等の共同体憲法上の諸原則が、EC裁判所に予め課している義務である（J. Ukrow, a.a.O., 190）。

(187) 「可及的本質接近命令」が此処で意味するのは、EC裁判所が共同体憲法に基づきEC法の欠缺を補完する役割を担う際に、できる限り、既存の共同体憲法上の法理もしくは法原則に沿った欠缺補完を行わなければならない。その限りにおいて、最小限の逸脱は許される（J. Ukrow, a.a.O., S.196f（197））。

(188) Vgl. S. Schlemmer—Schulte, a.a.O., S.310

積する事も可能である⁽¹⁸⁹⁾。

ウクロウは、この問題に対して以下のように回答する。すなわち、確かに Zuckerfabrik 判決においては、価値ある比較法的考察が行われていない。しかし、それは、国内裁判所がどのような条件の下に仮の権利保護を認めることができるか、という付託問題そのものに EC 裁判所が答える形式を採ったからである。また、法務官レンツも、派生共同体法に基づく国内行政行為を裁判において停止する条件として、国内法と乖離した定義を用いているが、この定義そのものが、EC 条約185条や EC 裁判所手続規則83条の規定を類推適用すべきことを強制しているのではない。さらに、全加盟国から招聘されている EC 裁判所裁判官は、加盟国ごとに異なった仮の権利保護手続が定められていることについて、十分な法的知識を備えている。加えて、EC 裁判所手続規則そのものに対しても排他的な自律性が認められているのではなく、EC 閣僚理事会による満場一致の追認を必要とすることを EC 条約188条1項3文は定めている。その限りにおいて、加盟国による異議申立も可能であると解釈できる⁽¹⁹⁰⁾。

ウクロウの見解によれば、国内裁判所が派生共同体法に基づく国内行政行為を停止する際に、EC 裁判所が185条2項に基づいて異議を申し立てられた派生共同体法の執行を停止する条件よりも緩やかな条件を適用できるとする根拠はない。さらに、仮の権利保護手続に関して各加盟国ごとに著しい手続的相違が存在するという事実⁽¹⁹¹⁾に加え、「共同体法の優位」並びに「共同体法の統一かつ実効的適用」等をかんがみるならば、Zuckerfabrik 基準に勝る比較法的検討を行うことは困難である。いずれにせよ、手続中止のための諸条件は、その暫定性の承認という機

(189) Vgl. W. Dänzer—Vanotti, a.a.O., S. 121

(190) J. Ukrow, a.a.O., S.270—271

(191) H. Schiedermeier, a.a.O., S. 269

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
能性に限定した上で適用される。以上の経緯により、EC 機関としての
行為の内部に設定された境界を Zuckerfabrik 判決は越えていない。

(2) EC 機関の相互関係に基づき (interorganschaftlich) 設定される
境界⁽¹⁹²⁾の審査：ウクロウの見解によれば、Zuckerfabrik 判決で提示さ
れた諸々の法的観点は、共同体法上要請されている本質性理論 (Wese-
ntlichkeitstheorie)⁽¹⁹³⁾に対して、顕著に抵触していない。すなわち、こ
の判決は、EEC 条約から読み取れる統合綱領を本質的に変更するもの
でもなければ、その行為権能に触れるものでもない。加えて、条約上定
められた統合綱領内部において、その性質上、EC 裁判所に移行してい
った政治的決定が問題となっているわけでもない。仮の権利保護措置が
一時的に不適用となる点を除けば、EC 財政に対する著しい影響もなけ
れば、域内市民の基本権を侵害するものでもない。それどころか、EC
裁判所による派生共同体法の破棄権独占を部分的に破る手助けにすらな
るといふ。

Zuckerfabrik 判決は、「共同体制度上定められた諸機関の相互忠誠命
令」にも従っているとす。なぜなら EC 委員会は、この判決の時点で
仮の権利保護に関する各加盟国間の法調整を行うために主導権を發揮し
ていなかったからである。EC 閣僚理事会にしてみても、EC 条約152条
に基づいて EC 委員会に働きかけるなどの措置を執った気配はない。さ
らに EC 裁判所は、過去の諸判決において仮の権利保護に関する判断を
留保してしていたのだから、後発的な裁判権の発動により EC 法の継続
形成を行うことを妨げられはしない。そもそも EC 裁判所は、かねてよ

(192) 「制度的均衡」「共同体法における政治的問題の原則」「共同体法に存する本質性の
理論」並びに「共同体制度上定められた諸機関の相互忠誠」等、EC 機関相互の関係を
規律する横並びの境界確定を問題とする (J. Ukrow, a.a.O., S. 199—216)。

(193) EC 法上要請されている本質性理論とは、欧州同盟条約から読み取れる欧州統合
綱領およびその行為権能に対する本質的な変更が問題となるときに、EC 裁判所による
EC 法の継続形成機能は拒絶され、その限りにおいて、各加盟国が条約変更の権利者
として排他的な決定権を有することである (ibid. S. 212)。

り加盟国の行政手続及び行政訴訟手続による権利保障の不備を指摘していたのであり、ECの立法機関が権利保障システム設立の緊急性並びにシステム設立に向けての長期にわたる要求に答えていない限り、裁判によるEC法の継続形成の道が開かれるとする⁽¹⁹⁴⁾。

(3) 共同体と加盟国との縦の関係に基づく境界：Zuckerfabrik判決がECに限定された権能若しくは共同体忠誠の原則を侵害している兆候もない。ウクロウの見解によれば、加盟国の憲法秩序の構成要素に干渉していない。しかし、その根拠を彼は示していない。

上記の三元的解釈によれば、Zuckerfabrik判決におけるEC法の継続形成そのものはEC条約の領域における適法性の範囲内にあるという結論が導かれる。ウクロウの見解によれば、域内市民の権利保護は、この判決を通じて「共同体の優位」原則の上位に位置づけられることになる。なぜなら、共同体法の優位は、もはや純粹実証主義的な諸合意として成立するのではなく、実体的正義の思想に導かれた権利保護と関連づけられることにより相対化されるからである。「疑わしきは統一性(共同体)のために」という理論的枠組みは、「疑わしきは自由と保障のため」という命題に取って代わられてしまっている。それゆえ、EC裁判所と国内裁判所の裁判管轄権の関係は、「協調」と「形式的共同体法の優位」の結合に基づくのではなく、裁判階級組織と実体的優位の結合に特徴を見いだすようになっている、と彼は結論づけている。

詳細な解釈論ではあるが、仮の権利保護をめぐるEC司法実務において生じている難題を解決できるか、という論点とは一応切り離して考えてみる必要がある。なぜなら、上述の理論は、「共同体」という観点から生じた様々な現象を帰納的に分析した結果として成立した解釈論であり、加盟国の憲法上保障されている基本権に基づく私的権利の保護を

(194) Siehe auch, J. Schwarze, a.a.O., S. 400

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題めぐる法解釈論と一元的に考察することができないからである。この点を明確にしておかないと、Zuckerfabrik 判決以降、EC裁判所が裁判により継続形成する新共同体手続規程の本質がつかめなくなる。特に、1995年度末に Zuckerfabrik 基準を補完すべく言い渡された Atlanta 判決⁽¹⁹⁵⁾では、裁判による EC 法の継続形成に関する EC 裁判所の基本的姿勢が如実に現れている。そこで次節では、Atlanta 判決を概観してみる。

3-5 先行判決による新共同体手続規程の新展開（“Atlanta”判決の分析）⁽¹⁹⁶⁾

1993年に EC 閣僚理事会は、EC 条約第四章に基づき協定を結んでいるアフリカ・カリブ・パシフィック諸国のバナナ経済を安定させるために、いわゆる「バナナ規則⁽¹⁹⁷⁾」なるものを制定した。輸入割当と差別的関税措置を基本とするこの規則により、第三国からの輸入業者のみならず、国民的嗜好品ともいえるバナナの価格急騰を苦慮したドイツ連邦共和国政府も1993年5月14日、EC 裁判所に対してバナナ規則の取消訴訟を提起した⁽¹⁹⁸⁾。両者ともに訴えの提起時に EC 条約185条に基づく執行停止の仮命令を申し立てたが、アトランタ・フルーツ・カンパニー（以後 Atlanta）に対しては同年7月4日、ドイツ連邦共和国に対しても同月29日に仮命令の申立は却下された。さらに EC 裁判所は、Atlanta に対して1994年6月21日に EC 条約173条4項の当事者適格を欠くとして訴え却下⁽¹⁹⁹⁾、ドイツ連邦共和国に対しても、EC 条約に基づく政策

(195) EuGHE. vom 9.11.1995, Rs.C—465/93 Atlanta Fruchtgesellschaft mbH u.a. gegen Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (hierfort: Atlanta)

(196) この節において脚注に（Vgl.）と指摘している EC 規則・EC 裁判所決定並びに EC 裁判所判決は、特にことわりがない限り、EC 裁判所が Atlanta 判決において「参照」もしくは「比較参照」したものである。

(197) Vgl. Verordnung (EWG) Nr.404/93 des Rates vom 13.2.1993

(198) Vgl. Rs.C—286/93 (Atlanta/Rat) u. Rs.C—280/93 (BRD/Rat)

(199) Vgl. EuGHB. vom 21.6.1994, Rs.C—286/93 Atlanta/Rat (amtlich nicht veröffentlicht)

の決定の優位を根拠に請求棄却した⁽²⁰⁰⁾。Atlantaは、EC裁判所に直接訴訟を提起するのみならず、バナナ規則の国内執行つきフランクフルト行政裁判所にも1993年10月20日に訴えを提起、さらに同年11月8日に国内訴訟法に基づく仮命令により行政行為の停止を求めた。同行政裁判所は同年12月1日に仮命令を下して同年末までバナナ規則の執行を事実上停止し、同時に、EC裁判所に対して仮の権利保護に関する問題を付託した⁽²⁰¹⁾。付託問題は、次の二点に絞ることができる。すなわち、(1)国内裁判所が派生共同体法の効力に重大な疑念を抱いたときには、係争中に法律上の地位若しくはその法律関係を仮命令により一時的に形成若しくは規律する事が同裁判所に許されるのか？(2)もし許されるとするならば、どのような前提に基づくのか？というものである。

EC裁判所は、箇々の付託問題に答える前に、国内裁判所による仮の権利保護措置と先行判決手続との間に存する司法関係について概観している。すなわち、国内裁判所が派生共同体法の推定無効を先行判決問題として付託するときには、略式訴訟手続においても、同裁判所に付託が義務づけられることをEC裁判所はZuckerfabrik判決で確認している。その際に国内裁判所は、私的権利を一時的に保護するために、仮命令の告知によって当該行政行為を停止することができる⁽²⁰²⁾。しかし、そのような仮の権利保護を許容することは全加盟国においてこの規則が滞りなく効力をもつことを妨げることにもなるため、国内裁判所が任意に仮命令を下すことはできない。その結果、国内裁判所による仮命令の却下が、ボン基本法19条4項から導きかれる権利保護の保障と抵触するに至るときには、受訴裁判所はドイツ連邦憲法裁判所に当該法律問題を付託すべきである。また、受訴裁判所が仮命令を下すときには、EC条

(200) Vgl. EuGHE. vom 5.10.1994, Rs.280/93 BRD/Rat, Slg.1994, S.I—4973

(201) Vgl. Rs.C—465u.466/93 Atlanta, a.a.O.

(202) EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.14ff

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題
約186条の要件を参照にすることになる⁽²⁰³⁾。ところで、EC裁判所は、
既に1993年の6月23日の決定において、バナナ規則に対してEC裁判所
の仮命令による執行停止を求めたドイツ連邦共和国の申立を却下してい
る⁽²⁰⁴⁾。さらに1994年10月には、ドイツ連邦共和国が提起したバナナ規
則に対する取消訴訟も棄却されている。

このように、バナナ規則をめぐる共同体司法関係を包括的に概観した
上で、EC裁判所はフランクフルト行政裁判所が付託した二つの問題に
答えている。

(1)の問題につきEC裁判所は、推定無効の派生共同体法に基づく
国内行政行為を仮命令によって停止する権限を国内裁判所に認めてい
る。すなわち、当該規則の法律適合性に対して国内裁判所に異議申立を
行い、その問題に対するEC裁判所の判断を仰ぐ権利は、域内市民に付
与されているのである⁽²⁰⁵⁾。しかし、派生共同体法の無効がEC裁判所
の判決を通じて確定されない限り、市民の権利は脅かされる続ける。そ
こで、付託要件がすべて満たされていないような場合でも、国内裁判所
は当該派生共同体法に基づく国内行政行為を仮命令により停止すること
ができる⁽²⁰⁶⁾。仮の権利保護に関する取消訴訟と先行判決手続訴訟の関
連性を考慮するならば、当該派生共同体法の法的適合性が争われる限
り、国内裁判所は同法に基づく国内行政行為を停止することができ
る⁽²⁰⁷⁾。さらに、国内裁判所に訴訟提起する私人に対して共同体法が保
障している仮の権利保護というものは、国内法の共同体法への一致をも
とめるものであるか、若しくは派生共同体法の推定無効を確定するもの
であるかを問わない⁽²⁰⁸⁾。

(203) Vgl. EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.16

(204) EuGHB. vom 29.6.1993, Rs.C—280/93 R, Bannanen, EuZW (1993), S.483

(205) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.16

(206) Vgl. ibd., Rn.17

(207) Vgl. ibd., Rn.18

(208) Vgl. ibd., Rn.20

ところで、ここで国内裁判所が付託しているのは、派生共同体法に基づく国内行政行為の停止そのものではなく、同法を一時的に不適用にする事ができる規律的命令を国内裁判所が下せるのかという論点である。EC条約は、取消訴訟において異議を申し立てられた共同体機関による諸行為を、EC裁判所が同185条を用いて停止することができることを認めているのみならず、同裁判所が186条に基づき必要に応じた仮の命令を告知することも認めている。国内裁判所も、EC条約に基づき域内市民に仮の権利保護を与えるときには、派生共同体法に基づく国内行政行為を停止することもできるし、法律上の地位若しくはその関係を仮命令により一時的に形成若しくは規律する事もできる。EC条約189条は、国内裁判所にその権利を認めている。ただし、仮の権利保護に関する措置が執られる場合には、その影響につき共同体法の利益と域内市民の利益を考量しなければならない。この論点は、第二番目の付託問題と関連する⁽²⁰⁹⁾。

(2) の問題につき EC 裁判所は、Zuckerfabrik 基準を大いに参照しつつも、仮命令の告知に関する要件を更に厳格にしている。すなわち Zuckerfabrik 判決においては、推定無効な派生共同体法に基づく国内行政行為を国内裁判所が停止する基準として、同法の効力に重大な疑念を抱き、かつその効力問題を EC 裁判所が確認しておらず、仮命令が緊急に必要であり、加えて申立人が困難かつ補償不能な損害に脅かされているときに可能であるとしている。ただし、そこでは共同体の利益も適切に考慮されなければならない。この諸要件は、派生共同体法の効力が国内裁判所で争われているときに、域内市民に有利な積極的な命令を裁判所が告知するときには、常に考慮されなければならない⁽²¹⁰⁾。

そこで、訴訟当事者により申し立てられた事実上及び法律上の観点に

(209) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.26—30 (insb. Rn.29)

(210) ibd. Rn.33

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題に基づき、受訴裁判所が国内行政行為を停止する仮命令を下すときには、その行為の基礎にある派生共同体法の無効が EC 裁判所により確定されるという「確信」に至っていなければならない⁽²¹¹⁾、という受訴裁判所の主観的付託権の範囲が問題となる。Atlanta 判決で EC 裁判所は、受訴裁判所がこの「確信」に至るための「必要性」の要件として、受訴裁判所が国内裁判において仮の権利保護措置を執る時点で、EC 裁判所が当該派生共同体法の無効を確定しなければならないという結論に同裁判所が達した理由を列挙しなければならない点⁽²¹²⁾を挙げている。このことは、派生共同体法に基づく国内行政行為が、国内裁判所の「解釈」により「事実上」停止されるときにも、国内裁判所に付託が強制されるということの意味する。すなわち、派生共同体法に基づく国内行政行為が国内裁判所による何らかの決定により停止されるときには、同裁判所が派生共同体法の「効力」に「重大な疑念」を抱いたのか、それとも同法に対する何らかの「解釈」に基づいて停止したのかを問わず、同裁判所に付託義務が生じる。その限りにおいて、下級審による派生共同体法の解釈に対しても付託義務が生じるのである。

さらに Atlanta 判決において EC 裁判所は、Zuckerfabrik 判決理由を援用しつつも⁽²¹³⁾、国内裁判所により下される命令が「暫定的」なものであることを強調する。その「暫定的」な命令が下され、かつ維持される前提として、推定無効な派生共同体法の効力を侵害しかねない先決問題が審査されていないことを EC 裁判所が確定していないとき⁽²¹⁴⁾、言い換えれば、推定無効な派生共同体法に関して EC 裁判所が（先行判決手続いかんにかかわらず）何の判断も下していないことを挙げている。加えて EC 裁判所は、ここにおいて国内裁判所により告知される仮命令

(211) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.23

(212) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.36

(213) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.24

(214) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.38

が、EC条約173条に基づく取消訴訟の際にEC裁判所が同186条に基づき告知することができる仮命令と「当然(Da)」一致するものであり、それゆえ国内裁判所により告知された仮命令により保障される私的権利の保護基準も、EC裁判所により執り行われるものと一致しなければならない、と判断している⁽²¹⁵⁾。EC裁判所は、国内裁判所の下す仮命令の要件がEC裁判所の下す仮命令の要件と一致する根拠として、EC裁判所が自ら下したZuckerfabrik判決の判決理由⁽²¹⁶⁾を挙げているが、Zuckerfabrik判決においてEC裁判所が国内裁判所の行為と「当然(Da)」一致するものとして挙げた規定は、EC条約185条であり、同186条の範囲にまで及んではない。その上、そのZuckerfabrik判決においてさえ、国内裁判との関連を法解釈論的に立証していない。そもそも、EC条約185条及び186条の諸規定と国内訴訟法上の規定との間に従属的関連性があると結論づけることは困難である⁽²¹⁷⁾。

Atlanta判決においては、「緊急性」の要件につきZuckerfabrik判決を周到している。すなわち、国内裁判所が略式訴訟手続において仮命令を下すときには、申立人たる該当事者が困難かつ補償不能な損害を被らないために、本案の裁判の前にどうしても仮命令を下す必要があり、しかもその時機が実効的であるという諸要件を満たさなければならない⁽²¹⁸⁾。それゆえ、単なる金銭的損害は補償不能な損害の範疇にいらな
い。もちろんこの基準の適用は、その時々
の管轄裁判所の判断に任されている。だからこそ、派生共同体法に基づく国内行政行為の即時停止を決定する国内裁判所は、同法の無効をEC裁判所が確認しなければならないほど申立人が原状回復不能な損害に脅かされていることを審査しなければなら
ないとする⁽²¹⁹⁾。

(215) *ibid.*, 39

(216) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.27

(217) siehe, V. 3—4 (Vgl. J. Ukrow, a.a.O., S.270—271)

(218) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.28

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

「さらに加えて」(im übrigen)⁽²²⁰⁾、派生共同体法に関する管轄権を有する国内裁判所は、同法の完全実効性を確保する必要がある。それゆえ、国内裁判所が派生共同体法の効力に重大な疑念を抱いたとしても、共同体の利益にかんがみ、同法の執行を余りにも早急に停止してはならない⁽²²¹⁾。ここにおいて国内裁判所に義務づけられているのは、同法が加盟国において即時執行されないときでも、推定無効とみなされている派生共同体法の実効性がすべて奪われるわけではない、ということを確認することである⁽²²²⁾。このように EC 裁判所は、Atlanta 判決において Zuckerfabrik 判決を引用しつつも、自己の見解をさらに発展させている。

共同体の利益を基礎におく派生共同体法の実効性を、国内裁判所が仮の権利保護措置を執ることにより侵害するときには、国内裁判所は以下のような確信に至っていなければならない。すなわち、仮の権利保護を求められた受訴裁判所のみならず、他の数多くの裁判所も同裁判所の判断と類似した根拠に基づき同様の仮の権利保護措置を執りうる、という重疊的效果が予測可能であり、しかも、その仮の権利保護を求めた申立人が、彼の同業者と区別できるほどの特別な経済状態にあるという確信に同裁判所が至ったときに限り、仮の権利保護措置を執ることができるというのである⁽²²³⁾。EC 裁判所によるこの見解を EC 法の継続形成という観点から捉えるならば、表見的には、CILFIT 原則を再確認しているかのように解釈することも可能である⁽²²⁴⁾。それでも、CILFIT 判決は受訴裁判所から EC 裁判所への付託を促進（ここでは付託義務を確認）す

(219) Vgl. *ibid.*, Rn.29; EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.40—41

(220) zur Fragestellung, siehe IV. 2—1

(221) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.42; Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.30

(222) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.43; Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.31

(223) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.44

(224) siehe, III. 3—2

の効果をもっているのに対し、Atlanta判決が求めているのは、上記の判断に基づき、派生共同体法に基づく国内行政行為に対して、国内裁判所が仮の権利保護措置を執ることに慎重（ここでは付託権の制限）になることである。

このように厳格な基準が適用されたにもかかわらず、国内裁判所が申立人に仮の権利保護を与えるときには、Zuckerfabrik判決の見解に基づき、国内裁判所は申立人に担保の提供を求めなければならない⁽²²⁵⁾。

国内裁判所が仮の権利保護措置を執るための諸要件は、国内裁判所がECに対して忠誠義務を負うことを規定しているEC条約5条にその基礎をおいている。それゆえ、当該派生共同体法の違法性の根拠につき、EC裁判所若しくはEC第一審裁判所に対する直接訴訟等により共同体司法上の判断が前もって下されているときには、国内裁判所はその法的観点に拘束される⁽²²⁶⁾。そこで問題となるのが、共同体の利益をめぐる解釈基準である。バナナ規則に対しては、Atlantaのみならず、ドイツ連邦共和国もEC裁判所に取消訴訟を提起していた。EC裁判所は、加盟国における経済的かつ社会的利害関係を考慮した上で、ドイツ連邦共和国の訴権を認めた。ドイツ連邦共和国の一般の利益とは、ドイツ国民経済全般に及ぶものであり、特に国民雇用水準並びにその生活費用に直接影響を及ぼすものであるとした。しかし、バナナ規則に対する訴訟手続中の執行停止をもとめたドイツ連邦共和国の申立はEC裁判所により却下され、取消訴訟そのものも棄却された。さらにEC裁判所は、訴訟当事者たるAtlantaに対してより厳格な判断を下している。すなわち、Atlantaに対しては、バナナ規則の執行停止をもとめた仮命令の申立が却下されただけでなく、バナナ規則の取消しを求めた訴えそのものが却下されている。この論点に関してEC裁判所は、国内裁判所が仮の権利

(225) Vgl. EuGHE. Zuckerfabrik, a.a.O., Rn.32

(226) EuGHE. Atlanta, a.a.O., Rn.46

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題保護を認める基準として、困難かつ補償不能な損害を被る私的利益が「本質的」（wesentlich）であり「固有のもの」（individuell）⁽²²⁷⁾であることを求めている⁽²²⁸⁾。それゆえ、申立人は自己の経済状況が困難かつ補償不能な損害に脅かされているのみならず、その状況が他の同業者と一線を画するものであるということまで立証しなければならない⁽²²⁹⁾。しかし、このような絶対的基準及び相対的基準を併合した上で厳格に用いると、国内裁判において申立人が推定無効の派生共同体法に対する仮の権利保護を得る可能性は、ほぼ確実に遮断される。

EC条約173条4項の要件を充足して訴えを提起できる私人の範囲そのものが極めて限定されている。加えてEC裁判所は、Atlanta判決において規程している「本質的であり固有の私的利益」という基準に関する定義を与えていない。そもそも、EC条約173条の当事者適格と177条の当事者適格が同一であると解釈することは、どのような理論を用いても不可能である。それにもかかわらず、EC条約173条4項に基づく裁判において門前払い判決を受けた私人に対して、EC法規範から演繹される一般的法原則なるものを用いて、国内法に基づく仮の権利保護をも遮断することが可能であるという法解釈を行うためには、本質的に私的権利の保護にも重点をおく先行判決手続の意義そのものに対する変更が要求されることになる。

いずれにせよ、Atlanta判決においてもっとも重要なことは、EC共通農業政策をめぐる過去の幾多の先行裁判においてその権利の是非を争った訴訟当事者と異なり、Atlanta裁判において申立人たる私人には、帰責事由が存在しないことにある。なぜなら、バナナ規則は純粹なEC法政策的行為だからである。

(227) この判決との関連において“individuell”を「個人的に」と解釈することはAtlanta判決の後には適切であるとは思えない

(228) ibd., Rn.48

(229) ibd., Rn.49

VI. 総括

以上のように、EC裁判所がEC統合のために強力な主導権を発揮しているため、先行判決による二元的司法システムを法解釈学的に体系化することが著しく困難になっている。そもそも、先行判決手続の基本的役割は、加盟国裁判所とEC裁判所の協同作業を通じて共同体法の維持と統一を図ることであり、さらに、直接訴訟において制限されている私的権利の保護を先行裁判を通じて実現することをその目的とするものでもあった。しかし、現実的な共同体司法実務は、EC裁判所の広範な裁量審査の結果、先行判決手続の主人たる加盟国裁判所の基本的付託権を強力に統制している。

最も問題となるのが、私人の既得権を制限する派生共同体法に対する権利保護である。現在、派生共同体法の推定無効が国内裁判所で争われ、さらに同法の効力に関して裁判所が重大な疑念を抱く限り、略式訴訟手続の裁判所においても付託が義務づけられている。確かに、EC条約に基づく私的権利を実現するために、先行判決手続を通じてEC条約違反の国内法が撤廃されていった歴史的展開には目を見張るものがある。しかし、その輝かしい歴史とは裏腹に、EC統合政策を実行するために公布されていった派生共同体法が、基本権として国内法上保障されている私人の既存権と抵触するときには、先行判決という「包括的司法手続」を踏んで当該既存権を容赦なく切り捨てている。

ここ数年、EC統合を推進するために「裁判によるEC法の継続形成」という名の下にEC裁判所は指導的判決を下し続けている。それらは共同体のための司法政策的判決として下されているため、当然のことではあるが、積年の法解釈理論に裏付けられている国内司法実務と恒常的に抵触している。それにもかかわらず、近年の法解釈学的傾向として

先行判決手続（EC条約177条）による二元的司法システムが抱える問題

EC 裁判所の諸判決を包括的に捉え、各々の法領域において硬直した状態を打破するための法的基礎として安易に引用する傾向がある。しかし、既存の法解釈学的理論を周到することなく、EC 裁判所による司法政策的判決を基礎に法解釈論を展開することは、既存の法領域のアポリアの中に新たな法領域のアポリアを加えるにすぎない。

Atlanta 判決が下された背景には、従来、ドイツ法学において伝統的に行われてきた法解釈論としての「法律上の討論」が EC 司法の領域において十分機能していなかったという問題がある。EC 裁判所による EC 司法政策が、加盟国内の基本権に基づく私人の既存権を判決の名の下に直接制限するときには、国内法の観点から法理論を再構成し、法律上の討論を行うことにより、その時々の「国内法上の正論」を確認しておく時機が到来している。この法律上の討論においては、比較法学的考察も追加的になされなければならないため、混迷した議論が展開されることになるのは確実であるが、そもそも法解釈学に一義的理論が成立する方が稀なのである。EC 司法の領域におけるドイツ法学の更なる理論的充実に期待する。

〔あとがき〕

本研究を主として担当し、本稿を執筆したのは、1993年早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了後、ザールラント大学付属 EC 法研究所助手を経て、マギスターの学位 (LLM. Euro.) を取得、現在、同大学においてドクトラントとして博士論文を準備中の田尻泰之である。この研究ノートは、田尻がザールラント大学付属 EC 法研究所が主催する二期制の大学院 (Aufbaustudiengang "Europäische Integration") に在籍 (1991年10月より1992年8月) した際提出した二通のゼミナール・アルバイトを基本としている。田尻はヴォールフェールト博士とレス教授より、ゼミナールを通じて多くのご教示をいただい

早法71巻4号(1996)

た。また、このノート作成期間中に筆頭法務官レントツ教授並びにプリュッティング教授より資料の提供を受けた。ただし、このノートで展開した理論は、田尻の私的な見解であることをお断りしておく。

〔中村英郎記〕