



Title	ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（一）
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2016, 66(2), p. 43-81
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79167
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（一）

長谷川 佳彦

はじめに

第一章 第二帝政期の状況

第一節 行政裁判制度の概要

第二節 確認訴訟の許容性（以上・本号）

第三節 抗告訴訟の類型・救済態様

第二章 ヴァイマル期の状況

第三章 第二次世界大戦後の状況

おわりに

はじめに

(1) わが国の行政訴訟制度の整備の過程は、訴訟類型の整備の過程でもあった。⁽¹⁾

その状況を、いわゆる主観訴訟について略述すれば、明治憲法下において行政訴訟は、憲法や行政裁判法のレベルでは専ら取消訴訟を指していたと言える。⁽²⁾その後、日本国憲法の下で、一九四八年に行政事件訴訟特例法（以下

では特例法という）が制定され、同法一条が「行政庁の違法な処分⁽³⁾の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」と定めたことにより、制度上、取消訴訟以外の訴訟の可能性が認められるに至った。そして、特例法下の学説は、行政訴訟の中には抗告訴訟と当事者訴訟があり、抗告訴訟としては、取消訴訟の他にも、行政行為の違法・無効の確認訴訟、不行為訴訟、義務づけ訴訟がありうるとしていた。⁽³⁾

こうした学説の認識を基礎として、一九六二年に行政事件訴訟法（以下では行訴法という）が制定された。行訴法は、三条一項で抗告訴訟を「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」と定義し、その形式として、処分・裁決の取消訴訟の他に無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟を挙げるとともに、法定外抗告訴訟の余地も認めた。また、当事者訴訟に関しても四条に定義規定が設けられた。

行訴法が法定外抗告訴訟の余地を認めたのは、（現在の表現で言えば）義務付け訴訟や差止訴訟など、その許容性に争いがあったものについて、将来の判例・学説の推移に委ねるためであった。⁽⁴⁾しかし、判例が義務付け訴訟と差止訴訟が許される場合を厳格に解したこともあって、二〇〇四年の行訴法改正では、国民の権利利益の実効的救済の見地から、法定の抗告訴訟として義務付け訴訟と差止訴訟が追加された。また、それまで処分性が否定されてきた行政の行為に対する救済を意図して、四条の当事者訴訟の定義規定の中で確認訴訟が明示されたのである。⁽⁵⁾

なお、行訴法改正による差止訴訟の法定や確認訴訟の明示、さらには、抗告訴訟の被告が行政庁から行政主体に改められたことなどの影響もあって、学説においては、現在、抗告訴訟と当事者訴訟の関係を再考すべきとの主張も有力になされている。⁽⁶⁾

(2) ところで、わが国の行政訴訟制度を検討するに当たっては、ドイツの制度が頻繁に参照されてきた。一九六〇

年に制定された、現在のドイツの行政裁判所法（以下ではVwGOという）は、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟という民事訴訟と同様の分類を前提としつつ（四三条二項）、行政行為に関して争われる場合を対象として、形成訴訟の一種である取消訴訟と給付訴訟の一種である義務付け訴訟に関する「特則」を、六八条から八〇b条・一二三条に置くという構造になっている。⁽⁷⁾ VwGOでは抗告訴訟と当事者訴訟の二分論はもはや存在しないが、それ以前の行政訴訟制度においては、そうした二分論が採られていたところである。⁽⁸⁾

このようなドイツの状況を見たとき、そこからは、抗告訴訟及び当事者訴訟の概念、並びに両者の関係が、それぞれのよう考えられてきたのかという問題が浮かび上がる。その一方で、右で述べたわが国の状況との対比からすれば、ドイツにおいて、行政訴訟の類型が、歴史的にいかなる過程を経て整備・拡大されてきたのかということも、考察の対象になる。これらの問題を探究することは、ドイツ法に関する知見を深化させるのみならず、ドイツ法を頻繁に参照してきた、わが国の行政訴訟制度の発展過程における特質の一端を明らかにすることにもつながると思われる。

そこで本稿では、右の二つの問題のうち、まずは後者について扱うことにしたい。より具体的には、ドイツにおいて一九世紀後半に近代行政裁判制度が設けられてから第二次世界大戦後までの間に、行政訴訟の類型がどのように整備・拡大されてきたのかという問題を取り上げる。以下では、第二帝政期（第一章）、ヴァイマル期（第二章）、第二次世界大戦後（第三章）と時期を区切って、考察を進めることにしたい。⁽¹⁰⁾

第一章 第二帝政期の状況

第二帝政期のドイツの行政裁判制度は、バーデン（一八六三年に創設）を嚆矢として、邦（ラント）ごとに設け

られていた。そうすると、本稿での考察においては、第二帝政期に行政裁判制度を設けたすべての邦を対象とすべきかもしれない。⁽¹¹⁾しかし、資料収集の難しさもあり、考察の対象をプロイセン、バイエルン、ヴュルテンベルク、ザクセン、バーデンの五つの邦に限定する。これら五つの邦は、帝国（ライヒ）全体の人口の大半を擁し、⁽¹²⁾各邦政府が任命する代表者から構成される連邦参議院においても多くの投票権を有しており、⁽¹³⁾帝国内で主要な邦であった。さらに、五つ以外の邦が行政裁判制度を設けるに当たり、ロイス＝グライツ及びロイス＝ゲーラがザクセンの制度の影響を受けたことを除くと、他の邦はプロイセンの制度をモデルにしたと言われている。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾従って、五つの邦の状況を見れば、第二帝政期の状況の大枠は捉えることができるだろう。

以下では、訴訟類型に関する問題を考察するための前提として、前記五つの邦の行政裁判制度の概要から見ていくことにしたい。⁽¹⁶⁾

第二節 行政裁判制度の概要

1 行政裁判制度の創設の経緯

最初に、各邦における行政裁判制度の創設の経緯について概観するが、便宜上、バーデン、ヴュルテンベルク、プロイセン、バイエルン、ザクセンの順に取り上げる。

(1) バーデン

バーデンにおいては、一八六三年に行政裁判制度を設けられたということは先に述べたが、それより前、革命期の一八四八年一月に「高等行政裁判所の設立に関する法律」案がすでに議会に提出されていた。⁽¹⁷⁾この法律案はわずか五条からなるものであったが、独立の高等行政裁判所の設置や当事者の口頭による意見陳述権などを規定して

いた。⁽¹⁸⁾だが、一八四八年二月にライヒで「ドイツ国民の基本権に関する法律」が制定され、その四九条が「行政司法は廃止し、すべての権利侵害について裁判所が裁判を行う。」⁽¹⁹⁾と定めたことから、当該規定に対する他の邦の対応や動向をまずは見るべきであるとして、一八四八年の法律案の審議は中止された。⁽²⁰⁾

それでも、この法律案が実質的には基礎となつて、一八六三年に「内務行政の組織に関する法律」が制定され、⁽²¹⁾それによって行政裁判制度が創設されたのである。⁽²²⁾その後、バーデンにおいては、一八八〇年と一八八四年にそれぞれ、「高等行政裁判所及び行政裁判所の手続に関する法律」⁽²³⁾と「行政裁判に関する法律」⁽²⁴⁾が制定された。特に、後者の法律により、行政裁判の目的が主観的公権の実現であることが明らかにされ、裁判手続に関して民事訴訟法に倣った規定が置かれるとともに、行政裁判所の管轄事項の拡大も行われている。⁽²⁵⁾

(2) ヴュルテンベルク

ヴュルテンベルクにおいても、革命期からそれまでのゲハイメ・ラート⁽²⁶⁾に代わる行政裁判制度が構想され、ヴュルテンベルク憲法を改正するために開かれた議會⁽²⁷⁾でもそれは議論された。⁽²⁸⁾だが、行政裁判制度の構想は憲法改正草案には十分に反映されなかった。憲法改正草案においては、行政裁判所を設けるか否かは法律が定めるものとされたのである。⁽²⁹⁾

その後、政府が一八五二年に憲法改正草案を取り下げたこともあって、行政裁判制度の構想も頓挫し、ヴュルテンベルクにおける行政裁判制度の創設は、一八七六年の「行政裁判に関する法律」⁽³⁰⁾の制定まで待つことになる。ただし、その法律の制定過程では、革命期の構想は若干触れられているに過ぎない。⁽³¹⁾他方で、「行政裁判に関する法律」⁽³²⁾に対しては、その一部はゲハイメ・ラートの実務を支配してきた原則を法典化したものであるという評価も見られた。

(3) プロイセン

プロイセンの行政裁判制度は、周知の通り、グナイストの理論から多大な影響を受けて、地方制度改革の一環として形成されてきたものである。まず、一八七二年の郡制〔Kreisordnung〕⁽³⁴⁾は、地方制度について詳細な規定を設けたが、⁽³⁵⁾その中で、新たに設置された郡参事会〔Kreisausschuß〕に対して、一般行政の事務とともに一定事項について第一審の行政裁判所としての管轄も割り当てられた。その控訴審とされたのは、救貧法上の争いを裁断するために、一八七一年の連邦救貧法施行法⁽³⁶⁾に基づいて設置された郷土委員会〔Deputation für das Heimatswesen〕であり、この委員会には「行政裁判所〔Verwaltungsgericht〕」という名称が与えられた。⁽³⁷⁾

その後、一八七五年に「行政裁判所の組織及び行政訴訟手続に関する法律」が制定された。⁽³⁸⁾そこでは、第一審は郡参事会のままであったが、第二審については右の「行政裁判所」に代わって県行政裁判所〔Bezirksverwaltungsgericht〕が置かれ、また、最上級審として上級行政裁判所が設けられた。上級行政裁判所のみならず県行政裁判所も、一般行政の組織から独立したものであった。管轄事項は、一八七六年の「州制〔Provinzialordnung〕」の適用地域における行政庁及び行政裁判所の権限に関する法律⁽³⁹⁾（以下では旧権限法という）において定められた。

県行政裁判所を一般行政の組織から分離したのは、もし一般行政と行政裁判の両方を担う組織とした場合、とりわけ名誉職もその構成員になることに鑑みると、過大な事務負担が生じることが危惧されたからである。⁽⁴⁰⁾だが、県行政裁判所を一般行政の組織から独立させたことにより、県レベルの行政機構が複雑なものになったという批判が見られるようになった。そのため、一八八〇年に制定された「一般ラント行政の組織に関する法律」⁽⁴¹⁾の審議過程においても、県行政裁判所を一般行政の組織と統合すべきという提案がなされた。しかし、統合のメリットに対して疑問が投げかけられたことに加えて、統合が権利保護の縮減と受け取られる可能性があるとの懸念が示されたこと

もあり、そうした提案は実現しなかった。⁽⁴²⁾

それでも県レベルの複雑な行政機構に対する批判は強く、一八八三年の「一般ラント行政に関する法律」⁽⁴⁴⁾によって、一般行政の組織から独立した県行政裁判所は廃止された。県行政裁判所と県評議會を統合して、新たに県参事会〔Bezirksausschuss〕が設置され、それが一般行政を担当するとともに第二審の行政裁判所になったのである。⁽⁴⁵⁾また、一八七五年の「行政裁判所の組織及び行政訴訟手続に関する法律」の大半、一八七六年の旧権限法の一部、及び一八八〇年の「一般ラント行政の組織に関する法律」の全ては、一定の改正を行った上で「一般ラント行政に関する法律」に受け継がれた。⁽⁴⁶⁾さらに、一八八三年には、一八七六年の旧権限法に代わって「行政庁及び行政裁判所の権限に関する法律」⁽⁴⁷⁾（以下では新権限法という）が制定され、その法律の中でも行政裁判所の管轄事項が定められた。

(4) バイエレン

バイエルンでは、一八六七年と一八六九年に行政裁判に関する法律の草案が、政府によって議會に提出されていた。⁽⁴⁸⁾一八六七年の草案は、列挙主義に基づいて一定の当事者訴訟を認めるに過ぎなかったのに対して、⁽⁴⁹⁾一八六九年の草案は、列挙主義は維持しつつも抗告訴訟も容認し、さらに、二審制の中で第一審についても一般行政の組織からの独立を認めるものであった。⁽⁵⁰⁾だが、いずれの草案も、議會が行政裁判所の管轄事項の拡大を主張したために、⁽⁵¹⁾成立には至らなかった。

しかし、その後、帝国が一八七七年に裁判所構成法施行法を制定したが、その一条において、職務義務違反を理由に官吏に対して刑事訴追又は損害賠償請求するためには、事前に特別の官庁による決定を得なければならないという仕組みを各邦が設けていた場合を対象として、次のような定めが置かれた。すなわち、官吏の責任追及に関

するかような仕組みは、事前決定の権限が、最上級の行政裁判所が存する邦においては当該行政裁判所に、そうでない邦においてはライヒスグェリヒトに与えられる限りで維持されるものとされたのである。⁽⁵³⁾そこで、事前決定の権限がライヒスグェリヒトに移されるのを避けることもあって、⁽⁵⁴⁾「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」案が議會に提出され、それが一八七八年に成立した。⁽⁵⁵⁾一八七八年の法律は列挙主義のもとで、当事者訴訟のみならず抗告訴訟も認めたが⁽⁵⁶⁾（ただし本節2(1)・(4)(a)を参照）、一般行政の組織から分離されたのは最上級審たる高等行政裁判所に限られていた。

(5) ザクセン

最後に、ザクセンにおいては、一八六七年に北ドイツ連邦に加盟した後、改革のための立法が相次いで行われ、⁽⁵⁷⁾一八七三年には行政機構の改革が実施されたが、その際に行政裁判制度が設けられることはなかった。ザクセンの学説の中でも、一部の例外を除くと、⁽⁵⁸⁾当初は行政裁判の問題が取り上げられることは少なかったという。⁽⁵⁹⁾

だが、行政裁判制度を創設した他の邦からの影響を受けて、様々な方面で行政裁判制度を求める動きが見られるようになった。その結果、一八九七年に「行政裁判に関する法律」案が政府によって議會に提出され、それが一九〇〇年に成立したのである。⁽⁶⁰⁾

2 行政裁判所の管轄事項

(1) バイエرن―列挙主義

以上の経緯をたどって創設された各邦の行政裁判制度について、行政裁判所の管轄事項を見ると、まず、バイエルンは列挙主義を採用していた。すなわち、一八七八年の「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法

律」八条・一〇条が挙げる事項、及び他の法律が定める事項に限って管轄が認められるに過ぎなかった。⁽⁶¹⁾ 管轄事項については、行政裁判以外の救済方法が十分でない公法上の権利義務に関する争いを全て網羅する、との考えに基づいて定められたとする説明も見られたが、警察に関する事項が行政裁判所の管轄事項とされていないという問題があった。⁽⁶²⁾

(2) プロイセン・バーデン—一定領域における概括主義

それに対して、プロイセン及びバーデンは、一定の領域については概括主義を導入していた。プロイセンが警察処分に関して概括主義を採用していたことは、周知の通りである。それは、一八七二年の郡制八〇条、一八七六年の旧権限法三〇条・三一条、及び一八八〇年の「一般ラント行政の組織に関する法律」六三条・六四条で規定され、さらに一八八三年の「一般ラント行政に関する法律」一二七条・一二八条においても定められた。⁽⁶⁴⁾ 警察処分について概括主義が採られた背景には、それ以前に警察権の濫用の事例が数多く見られたことがあった。⁽⁶⁵⁾ バーデンもプロイセンの制度に倣って、一八八四年の「行政裁判に関する法律」四条二項一号で、県庁 [Bezirksamt] 及び県評議会 [Bezirksamt] の警察処分に対する概括主義を認めるに至った。

右のバーデン「行政裁判に関する法律」三条一号は、公課をめぐる争いに関しても概括主義を採っていた。他方、プロイセンも一八九三年の地方税法六九条・七〇条により、地方自治体の公租公課をめぐる争いについて概括主義を取り入れた。⁽⁶⁶⁾ とはいえ、それらの邦にあっても、他の領域では列举主義に拠っていた。⁽⁶⁸⁾

(3) ヴュルテンベルク・ザクセン—抗告訴訟における概括主義

(a) さらに、ヴュルテンベルク及びザクセンは、行政庁の処分に対する抗告訴訟に関して概括主義を認めていた。ヴュルテンベルクにおいては、一八七六年の「行政裁判に関する法律」が行政訴訟を抗告訴訟と当事者訴訟（対等

当事者間の公法上の法律関係に関する訴訟」に区分し（ただし後述(4)を参照）、前者について一三条一項で以下のように概括主義を定めていたのである。

ヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」一三条一項

その他、個人、団体又は組合を問わず、ある者が、公法法規に基づいて発せられた「行政庁の」決定又は処分⁽⁷⁰⁾に法的に根拠がなく、それによって自己の権利を侵害され、又は自己の義務でない負担を課されていると主張するとき、高等行政裁判所は、後に挙げられる例外を留保して、行政庁の決定又は処分に対する抗告訴訟〔Beschwerden〕⁽⁷¹⁾について裁判を行う。

このような規定が設けられた背景としては、ヴュルテンベルクの行政裁判制度の前身であるゲハイメ・ラート（注（26）を参照）⁽⁷²⁾が、すでに概括主義を採用していたことがあった。だが、それに加えて、もし列举主義に拠った場合には、行政活動に関わる法律の制定改廃が行われるなかで、多様な行政上の法律関係を網羅することができず、権利保護に欠缺が生じるおそれがあるということも、概括主義の根拠として挙げられていたところである。⁽⁷³⁾

ヴュルテンベルクに倣って行政裁判制度を設けたザクセンにあっても、一九〇〇年の「行政裁判に関する法律」七三条により、抗告訴訟では概括主義が認められていた。そしてここでも、概括主義が採用された理由が、さもないと権利保護の欠缺が生じるおそれがあるということに求められていた。⁽⁷⁴⁾

(b) しかし、ヴュルテンベルクとザクセンのいずれも、当事者訴訟に関しては列举主義を採っていた（ヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」一〇条・一一条、ザクセン「行政裁判に関する法律」一二条）。その理由はザク

センの場合、抗告訴訟については上級行政裁判所が一审かつ終審であったのに対して、当事者訴訟に関しては県[Kreishauptmannschaft]と上級行政裁判所の二審制であったことが関係する。すなわち、当事者訴訟の第一審である県は一般行政も担っており、仮に概括主義を採用すれば一般行政と行政裁判の混和のおそれが生じるとともに、県の事務負担も過重になるため、管轄事項を制限する必要があったというのである。⁽⁷⁴⁾

ヴュルテンベルクが当事者訴訟について列挙主義を採用していた理由はなお明らかでないが、そこでも、抗告訴訟に関しては高等行政裁判所が一审かつ終審であった一方、当事者訴訟については県庁[Kreisregierung]と高等行政裁判所の二審制であり、県庁は一般行政も担っていたことからすると、ザクセンの場合と同様のことが一つの理由になっていたと考えられよう。⁽⁷⁵⁾

以上要するに、いずれの邦においても、完全な形で概括主義は採用されていなかったのである。⁽⁷⁶⁾

(4) 抗告訴訟と当事者訴訟の区別について

(a) なお、先ほどヴュルテンベルクとザクセンの行政裁判所の管轄事項を紹介する中で、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に触れたが、それについて若干の補足をしておきたい。

第一に、ザクセン「行政裁判に関する法律」七三条・二一条は、抗告訴訟と当事者訴訟に関して、それぞれ *Anfechtungsklage* と *Parteienstreitigkeiten* という用語を使っており、その用語法がドイツにおいて定着することになるが、法令上 *Anfechtungsklage* という言葉を用いたのは、ザクセン「行政裁判に関する法律」が最初のようにである。⁽⁷⁷⁾ それ以前のヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」においては、抗告訴訟に対応する用語として *Beschwerde* という言葉が使われており（一三条など）、当事者訴訟に相当する用語は法律の中には見当たらない。また、バイエルン「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」も抗告訴訟と当事者訴訟を区別してい

たと言われるが、それぞれ *Beschwerden* と *Verwaltungsrechtssachen* という言葉で表現されていた（八条・一〇条など）。つまり、抗告訴訟や当事者訴訟と言っても、当初から *Anfechtungsklage* や *Partestreitigkeiten* という用語が使われていたのではない。

第二に、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、必ずしも理論的見地から行われたものではなかった。例えば、ヴェルテンベルク「行政裁判に関する法律」に関して、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、争いの対象の原理的な違いではなく、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれの手續によって争いを処理するのが適切か、という観点から行われたものであると言われていた。⁽⁷⁹⁾ 同様の説明は、ザクセン「行政裁判に関する法律」についても見られる。⁽⁸⁰⁾ さらに、バイエルンでも、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は理論的なものというより、むしろ実際上の理由によるものと説かれていた。⁽⁸¹⁾ これは、バイエルンにおいては、当事者訴訟の場合、下級審の段階から「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手續に関する法律」一六条以下の規定が適用されるが、抗告訴訟の場合には、それらの規定は最上級審たる高等行政裁判所の段階でのみ適用されるところ（四五条三項）、二つのいずれの方法によって争いを処理するのが適切であるかという観点から、主に抗告訴訟と当事者訴訟の区分が行われたということであると考えられる。⁽⁸²⁾

第三に、右で述べたことに関連して、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は絶対的なものではなかった。支配従属関係における争いは抗告訴訟に該当するように考えられるが、法律上は当事者訴訟とされていることもあったのである。そのような例として、ヴェルテンベルク「行政裁判に関する法律」に関しては、国外退去命令をめぐる争い（一〇条一号）などがある。バイエルン「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手續に関する法律」についても、営業活動に対する営業法に基づく規制をめぐる争い（八条八号）などが挙げられる。⁽⁸³⁾ さらに、ザクセン「行政裁判に関する法律」八一条二項によれば、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれにおいても、審理手續上はほぼ同じ規定が適用される

ものとされており、バイエルンでも、実際上は抗告訴訟と当事者訴訟で同じ手続規定が用いられていたことは、すでに述べた通りである(注(82)を参照)。

(b) この他、抗告訴訟と当事者訴訟の区別の問題を考察する場合には、それぞれの訴訟の当事者をどのように考えるのかといったことも関係してくるところ、⁽⁸⁵⁾本稿ではその点に立ち入る用意はない。それゆえ、抗告訴訟と当事者訴訟の区別については、本稿では以上の指摘に止めることにし、より詳細な分析は別の機会に行うことにしたい。

3 訴訟類型・救済態様に関する論点

以上のように、行政裁判制度の創設の経緯及び行政裁判所の管轄事項は、各邦によって様々であった。しかし、ドイツにおける行政訴訟の類型の整備・拡大の過程をたどるといふ本稿の関心から見たとき、まず、行政庁の処分に対する取消訴訟は、それを行政裁判に関する法律で明確に規定したのは、ザクセン「行政裁判に関する法律」八二条一項(「上級行政裁判所が抗告訴訟に理由があると考えるとき、争われている決定……を取り消す。」)のみであったが、いずれの邦においても認められていた。⁽⁸⁶⁾さらに、それ以外の訴訟類型に関して、各邦で共通する次の二つの問題が注目される。⁽⁸⁷⁾

(1) 第一に、そもそも行政裁判において確認訴訟は認められるのかという、確認訴訟の許容性をめぐる問題である。この問題に関して、各邦の行政裁判制度に関する法律は、いずれも確認訴訟を一般的に認める規定を設けていなかったところ、⁽⁸⁸⁾一方では、確認訴訟の許容性を厳格に考えて、行政裁判所の管轄事項に当たらない場合であっても、確認訴訟を提起できるのは、それを認める法律の規定が個別にある場合に限られるとする見解があった。そこでは、そのような見解がいかなる論拠に基づくものであったのかということが問題になる。また、そうした見解に対して、

各邦の判例が確認訴訟の許容性について、どのような立場を採っていたのかという点にも注意を払う必要がある。この点、結論を先取りして言えば、各邦の判例の中には、法律が個別に明示していない場合でも確認訴訟を認めたものが見られたが、そうであるとすると、かような判例の背後にはいかなる考え方があったのかという疑問が生じる。さらに、具体的にいかなる場面において確認訴訟が認められたのかということも、考察の対象になる。

(2) 第二に、抗告訴訟の類型ないし救済態様に関する問題である。当時は、抗告訴訟と言えば、それは専ら取消訴訟を意味した。しかし、その取消訴訟について、各邦の行政裁判に関する法律や判例の中には、行政庁の処分の取消しに止まらない救済態様を認めているものが存在した。ここでは、かかる救済態様はどのようなものだったのかということが問題になる。さらに、抗告訴訟が専ら取消訴訟を指していたと言っても、後の時代の制度と比べた場合には、義務付け訴訟など取消訴訟以外の種類の許容性に関して、各邦の判例及び学説がどのように考えていたのかということについても考察が求められる。なお、先ほど、プロイセンは抗告訴訟と当事者訴訟の区別を知らなかったとする説明もあったと述べたが（注（85）を参照）、警察処分に対する訴訟は抗告訴訟に相当するものと考えられる。そこで、抗告訴訟の類型ないし救済態様の問題を検討するに当たっては、プロイセンの警察処分に対する訴訟も対象に含めることにする。

以下では、確認訴訟の許容性をめぐる問題を取り上げた後（第二節）、抗告訴訟の類型ないし救済態様に関する問題を扱うことにしたい（第三節）。

第二節 確認訴訟の許容性

1 個別的許容説

(1) 根拠

確認訴訟の許容性をめぐる問題については、先に少し触れたように、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定の準用を否定し、行政裁判所の管轄事項に当たする場合であっても、確認訴訟を提起できるのは、それを法律が個別に認めたときに限られるとする見解が有力に主張されていた。⁽⁹⁰⁾

その論拠を探ると、まず、民事訴訟と行政裁判では、問題になる法律関係が異なるということが挙げられていた。つまり、民事訴訟は対等当事者間の私法上の法律関係を対象とする一方、行政裁判においては国家对私人の公法上の法律関係が問題になるということである。⁽⁹¹⁾ また、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定は普遍的なものではなく、ドイツの民事訴訟に固有のものであるということも、その準用を否定する理由とされていた。⁽⁹²⁾

さらに、次の点も根拠として挙げられていた。すなわち、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定は、確認訴訟が給付訴訟など他の訴訟類型との関係で、補充的なものであるために設けられているところ、行政裁判で確認訴訟が問題になる場合、優先して用いるべき他の訴訟類型はまず考えられないというのである。⁽⁹³⁾ こうした説明においては、確認訴訟が問題になる場合として、例えば地方自治体の境界の確認訴訟が念頭に置かれていたように思われる。⁽⁹⁴⁾ その他、行政裁判の実務からすると、確認訴訟を一般的に認めなくても、紛争は問題なく処理されていると言われることもあった。⁽⁹⁵⁾

(2) 個別的許容説に立つ判例

右の見解の影響もあってか、各邦の判例の中でも、法律の規定がなければ確認訴訟は認められない旨を述べるも

のが見られた。例えば、プロイセン上級行政裁判所一九〇三年二月二日判決は、「確認訴訟は行政訴訟手続にとつては原則として異質なものである。しかし、その原則も、……法律が確認訴訟を許容するところでは例外を認めている」と判示していた。⁽⁹⁶⁾ ザクセンにおいても、ザクセン上級行政裁判所一九〇五年九月三〇日判決は次のように述べており、同様の判示は他のザクセン上級行政裁判所の判例でも見られるところである。⁽⁹⁷⁾

「ザクセン『行政裁判に関する法律』によれば、当事者訴訟においてそのような訴え（確認訴訟）は、法律自体がそれを認めた場合に限って許容される。」「行政訴訟手続に関しては、判例及び学説で認められた以下の原則が妥当する。すなわち、原告が法的利益を証明した場合であっても、民事上の法律関係であれば民事訴訟法二五六条で定められた範囲で確認を行う権限を、行政裁判所は一般には有しない」。

バイエルンでも、バイエルン高等行政裁判所一八九八年二月二七日判決は、「バイエルンの現行法によれば、行政法の領域に属する法律関係の存否の確認を求める訴えは認められていない」と述べていた。⁽⁹⁸⁾ もっとも、プロイセン、ザクセン及びバイエルンのいずれの判例も、右で見たような判示に対する理由は特に挙げていない。

2 許容性の拡大

(1) バーデン及びヴュルテンベルクの場合

それに対して、バーデン及びヴュルテンベルクでは状況が異なる。バーデンにおいては、一八六四年の「内務行政の組織に関する法律施行令」⁽¹⁰⁰⁾五〇条に基づいて、行政裁判所の管轄事項に当たる限り、個別に法律の規定がなくても確認訴訟が認められていたという。⁽¹⁰¹⁾ この規定はその後、一八八四年に「行政裁判に関する法律」が制定された際に、同年の「行政訴訟手続に関する命令」⁽¹⁰²⁾四四条によって廃止された。しかし、「行政裁判に関する法律」の政

府提案理由書は、「内務行政の組織に関する法律施行令」五〇条を廃止する理由として、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定を援用しながら、今や法律関係の存在の確認を求める訴えの提起が可能であることに疑問の余地はないということ述べていた。⁽¹⁰³⁾ こうした政府提案理由書における説明は、バーデン高等行政裁判所一八八九年五月一日判決などでも引用されて、確認訴訟は適法なものと判断されている。⁽¹⁰⁴⁾

また、ヴュルテンベルクにあっても、民事訴訟法の規定の準用を定めた「行政裁判に関する法律」七二条に基づき、行政裁判所の管轄事項に該当する限り、個別に法律の規定がなくても確認訴訟が許容されていた。⁽¹⁰⁵⁾ そして、確認訴訟を適法とした判例は本節3で見えるようにいくつも存在するが、特に民事訴訟法の確認訴訟に関する規定を明確に挙げた上で確認訴訟を認めたものとして、ヴュルテンベルク高等行政裁判所一九一七年二月一二日判決がある。⁽¹⁰⁶⁾

(2) 個別的許容説から逸脱する判例

さらに、本節1(2)において、プロイセン及びザクセンの判例の中には、確認訴訟を認めるためには法律の規定が必要であると述べるものがあつたことを紹介した。しかし、それらの邦の判例を子細に見ると、右の命題が貫徹されているとは必ずしも言えないように思われる。

例えば、プロイセンの新権限法五六条五項は、行政裁判所の管轄事項として、「その他、関係者のいずれに公道の建設及び維持に係る公法上の義務があるのかということに関する……争いは、行政訴訟手続における裁判に服する。」と規定するに止まっていた。だが、本節3(1)で取り上げるように、この規定から道路の維持管理義務に関する確認訴訟を認めた判例が存在した。⁽¹⁰⁷⁾

ザクセンの場合について言えば、「行政裁判に関する法律」二二条一〇号aは、当事者訴訟に関する管轄事項と

して「ライヒ疾病保険法五八条に従って判断されるべき請求権」と定めるにすぎず、当時のライヒ疾病保険法五八条も、確認訴訟を明示していなかった。それにも拘らず、本節3(2)でも見るザクセン上級行政裁判所一九〇七年一月二八日判決は、「行政訴訟手続における確認訴訟は……『行政裁判に関する法律』が個別に示した場合にのみ許可される」と述べながらも、被保険者と保険者の間の保険関係の存否に関する確認訴訟も、「行政裁判に関する法律」二一条一〇号aによって認められるとした。⁽¹⁰⁾ここでは、保険関係の存否は請求権の有無を大きく左右するものであるということから、確認訴訟が肯定されたようにも思われる。

加えて、本節1(2)では、バイエルン高等行政裁判所一八九八年二月二七日判決が、バイエルンの行政裁判制度においては、確認訴訟は認められていないと述べていたことに言及した。しかし、実際には、バイエルンでも少なくとも確認訴訟が許可されていたという指摘がある。⁽¹¹⁾そして、確認訴訟を認めるに当たって、必ずしも個別に法律の規定が要求されているわけではなかった。例えば、「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」八条一号は、行政裁判所の管轄事項として「……国籍の取得及び保有」と規定するのみであったが、本節3(2)でも挙げるバイエルン高等行政裁判所一九一七年五月一六日判決は、そのことからバイエルン国籍の不存在確認訴訟を否定していない。⁽¹²⁾そもそも、国籍の存否の確認訴訟が認められなければ、右の法律八条一項に基づいて行政裁判所への訴えが許可される場合はかなり限られたであろう。

(3) 学説における許容性拡大の主張

他方で、本節1(1)で紹介した個別的許容説を採る論者の中にも、確認訴訟を広く許容すれば行政裁判所に提起される訴訟の数が増えるということは、確認訴訟を否定する理由にはならないと説く者があった。⁽¹³⁾また、行政については判決に従った行動をすることが期待できるとして、確認訴訟を行政裁判の原則的な形態と考える説もなかった

わけではない。⁽¹³⁾

さらに、専らプロイセンの行政裁判制度を対象にしたものではあるが、法律が個別に認めていない場合でも確認訴訟を適法とした前記の判例を援用しつつ、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定の準用を肯定し、行政裁判所の管轄事項に該当する限り、確認の利益などの訴訟要件を満たせば確認訴訟を認めるべきとする主張もされるようになった。⁽¹⁴⁾ この主張は、確認訴訟が実際の紛争の解決にとって必要なものであるとの考えに基づいており、⁽¹⁵⁾ 具体的には、同一の状況に対して警察の介入が繰り返し行われることを防ぐために、確認訴訟が許容されるべきとしていた。⁽¹⁶⁾

3 確認訴訟の活用状況

上述の通り、有力説は、確認訴訟を認めるためには個別に法律の規定を必要とする主張していたものの、バーデンやヴュルテンベルクのみならず、プロイセン、ザクセンさらにはバイエルンの判例においても、個別に法律の規定がなくても確認訴訟は否定されないという状況が見られた。それでは、確認訴訟は実際にはどのような場面で用いられていたのだろうか。以下、確認訴訟を認めた判例を見ていくことにしよう。

(1) 道路の維持管理義務の場合

まず目を引くのは、すでに本節2(2)で若干言及したものであるが、道路の維持管理義務をめぐる争いにおいて、確認訴訟が活用されていたということである。この紛争の原因について、プロイセンのゲマインデの区域内にある道路の場合に即して説明すると、道路が私道であるときはその土地の所有権者が維持管理義務を負うのに対して、道路が公道である場合はゲマインデが維持管理義務を負担するところ、問題の道路が公道と私道のいずれに当たるかといった点について見解の対立が生じ、道路の維持管理義務の帰属が争われたというわけである。⁽¹⁷⁾

そして、特にプロイセン上級行政裁判所一八九五年三月二〇日判決は、原告がゲマインデを被告として、問題になった道路の維持管理義務を負わないことの確認を求めて訴えを提起した事例において、「当事者相互の関係における消極的確認も、当事者の義務にとって基準となる効力を発揮するものである」と判示し、消極的確認訴訟の形態も適法と認めている⁽¹¹⁸⁾。

類似の例として、水路の維持管理義務について確認訴訟を許容した判例も散見される⁽¹¹⁹⁾。また、道路の場合に関連して言えば、ゲマインデが道路の建設・維持管理のための費用の負担を沿道住民に求めていることに対して、当該住民が提起した費用負担義務不存在の確認訴訟を適法としたケースも存在したところである⁽¹²⁰⁾。

(2) 地位・権利の有無の確認

さらに、一定の地位又は権利の有無について、確認訴訟が用いられた例も見られる。そのような確認訴訟は、当該地位又は権利の有無から派生して生じる可能性のある紛争を、防止する機能も有すると思われる。

① バーデン高等行政裁判所一八九八年一月一三日判決は、選挙権の確認訴訟が提起された事例に関するものであるが、関係するゲマインデでの選挙がすでに終了していたにも拘らず、原告に選挙権があることが確認されれば、事情の変更がない限り、今後の選挙において選挙人名簿への登録を求めることができるようになるとして、確認訴訟を適法としている⁽¹²¹⁾。

② 本節2(2)でも触れた、ザクセン上級行政裁判所一九〇七年二月二八日判決は、未成年の原告がその法定代理人の同意書を添付することなく、健康保険組合に対して脱退の届出を行ったが、組合は同意書がなければ脱退は認められないとしたため、原告が保険関係不存在の確認訴訟を提起した事例に関するものである。裁判所は、原告による脱退の届出は有効なものであり、健康保険組合との保険関係は終了していると判断した⁽¹²²⁾。ここでは、原告が

もはや被保険者の地位にないことの確認が行われたとも言える。

③ 本節2(2)でも扱った、バイエルン高等行政裁判所一九一七年五月一六日判決は、原告はアメリカ国籍を保有し、バイエルン国籍をもはや持たないことの確認が求められた事例に関するものである。裁判所は、外国籍の有無をめぐる争いは管轄事項でないとしたものの、バイエルン国籍の有無をめぐる争いは管轄事項に当たるとして、バイエルン国籍の有無の確認訴訟を一般的には否定しなかった。ただし、行政側も原告がバイエルン国籍を持たないことは争っておらず、本件の事案を解決するためにはバイエルン国籍の不存在の確認は要しないと判断されている。⁽¹²³⁾⁽¹²⁴⁾

(3) 不利益の事前防止

しかし、より注目されるのは、将来の不利益又は同種の不利益の反復を防止するためにも、確認訴訟が使われていたことである。具体的には以下のような判例がある。

① まず、プロイセン上級行政裁判所一八八七年二月五日判決であるが、この判決の事実の概要は次の通りである。自営業者である原告は、三人の娘が私立学校に通っているにも拘らず、市から授業料を徴収されていた。それに対して原告が、支払った授業料の返還、並びに、原告の娘らが私立学校に通っている限り、市には授業料を徴収する権限がないことの確認を求めて訴えを提起したというものである。裁判所は、後者の確認請求の適法性を特に問題にすることなく、原告の請求を認容している。⁽¹²⁵⁾

② バーデン高等行政裁判所一八九八年一月三一日判決は、相続税の賦課決定の取消しが求められた事例に関するものであるが、そこで裁判所は、傍論ではあるものの、相続税の徴収が行われる前でも、原告は相続税を支払うことを法律上義務付けられているか否かを確認する利益を有するとした。⁽¹²⁶⁾ また、同裁判所一九〇四年六月一五日判

決も、原告が今後食肉を輸入する際に、被告行政側がその検査手数料を徴収する権限があるか否かについて、確認の利益を肯定している。⁽¹²⁷⁾これらの判例は、行政庁の処分に対する取消訴訟が考えられる場合において、確認訴訟を認めた点でも注目される。

(4) 警察処分に対する予防的確認訴訟の否定

もつとも、警察処分を予防するための確認訴訟は否定されていたようである。

① プロイセン上級行政裁判所一八九二年七月九日判決は、政治活動を行う団体である原告が、自身が実施する集会に対して、警察官庁には解散命令を下す権限がないことの確認を求めて訴えを提起した事例に関するものである。裁判所は以下のように判示して、確認訴訟を不適法とした。

「〔プロイセン』一般ラント行政に関する法律』一二七条・一二八条によれば、〕行政裁判所の裁判官は、争われている具体的な処分は適法であるという判決、又はそれは適法でなく取り消されなければならないという判決を下す権限を持つに過ぎない。……行政裁判所の裁判官は、……警察官庁がいかなる権限を行使することが許されるか否かという事について判決を下したり、またその方法により、判決を通じて将来の行動に対する抽象的な基準や指示を行政庁に与えたりする権限は有しない。⁽¹²⁸⁾」

② バーデン高等行政裁判所一九一〇年九月一〇日判決も、『行政裁判に関する法律』四条一項一号の訴えは、……警察処分の（全部又は一部の）取消しにのみ向けることができる。……それゆえ、警察官庁が処分の根拠とする規定が本件では適用されないことの確認を、訴えでもって請求することは認められないように思われる。」と述べている。⁽¹²⁹⁾

4 小括

(1) 以上、確認訴訟の許容性の問題をめぐる議論状況を見てきたが、当初有力とされた個別的許容説は、主として公法上の法律関係と私法上の法律関係の峻別を根拠とするものであったと言える。民事訴訟法の確認訴訟に関する規定は普遍的なものではないという指摘も、当該規定は私法上の法律関係にのみ適用されるという考え方によるものであったと思われる。

だが、紛争解決や救済に対する要求の高まりを受けて、個別的許容説は限界に直面することになる。個別的許容説を採る理由として、行政裁判で確認訴訟が問題になる場合、他に優先すべき訴訟類型は考えられないということが挙げられる場合もあったが、境界の確認訴訟のように、当時の法律で認められていた確認訴訟については、そのことが当てはまるかもしれないとしても、他の場合にはまず妥当しないであろう。個別的許容説に関するそのような根拠付けは、あくまでも当時の法律を前提にした立論であったと思われる。プロイセン、ザクセン及びバイエルンの判例が、個別に法律の規定がないにも拘らず確認訴訟を認めたのも、確認訴訟が救済にとって必要であるとの認識が背景にあったからと言われている⁽¹³⁾。つまり、救済の必要性が確認訴訟の許容性の拡大をもたらしたと考えられるのである。そこでは、公法上の法律関係に関する知見の深化も関わっていたのであろう。

(2) そして、確認訴訟が許容された中でも注目されるのは、不利益の発生を予防するための確認訴訟がすでに認められていたことである。とりわけ、一般的には事後的な救済が十分に可能であると考えられるにも拘らず、金銭納付の要求に対する事前の確認訴訟が認められていたことは関心を引くところである。また、一定の地位又は権利の有無に関する確認も、当該地位又は権利の有無から派生して生じる可能性のある紛争の抜本的解決に資するとともに、将来の不利益を防止する機能を果たす場合がある。

しかしながら、警察処分に対する予防的確認訴訟は認められていなかった。そのことは、プロイセン「一般ラント行政に関する法律」一二七条・一二八条、並びに、バーデン「行政裁判に関する法律」四条一項一号が、「警察処分」が訴えの対象であると定めており、警察処分がすでに存在することが訴えの前提であると理解されたためかもしれない。だが、金銭納付が要求されたときと比較しても、警察処分について事前の救済が必要になる場合は当然に考えられるのであって、そこでは、予防的確認訴訟が認められる場合の基準の不整合を指摘することができるように思われる。また、プロイセン及びバーデンが警察処分について概括主義を採用していたと言っても、それは専ら取消訴訟に限られていたと考えられる。

(1) 塩野宏『行政法Ⅱ(第五版補訂版)』(有斐閣、二〇一三年) 八〇頁。

(2) 雄川一郎「行政訴訟の動向」同『行政争訟の理論』(有斐閣、一九八六年) 一四六頁注(2)、芝池義一「抗告訴訟に関する若干の考察」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、二〇〇四年) 五八頁。

(3) 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、一九五七年) 五一頁以下。抗告訴訟・当事者訴訟の概念は美濃部達吉に由来すると考えられるが(美濃部達吉『行政裁判法』(千倉書房、一九二九年) 七頁以下、同『日本行政法上巻』(有斐閣、一九三六年) 八九二頁以下)、それらの定義は美濃部と特例法下の学説では異なっている。この点については、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学―訴訟類型論から見た―」同『行政法概念の諸相』(有斐閣、二〇一一年) 二六二頁以下、中川丈久「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史―学説史の素描―」行政法研究九号(二〇一五年) 四頁以下を参照。

(4) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説(一)」法曹時報一五卷三号(一九六三年) 三六頁。

(5) 二〇〇四年の行訴法改正前の義務付け訴訟と差止訴訟の許容性に関する判例・学説の状況を概観したものとして、行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポーター・行政訴訟の実務』(第一法規、二〇〇四年) 一二三頁以下(橋本博之)、二四一頁以下(山本隆司)、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第三版補正版)』(弘文堂、二〇〇九年) 一〇六頁以下(人見

剛」など。

(6) 例えば、橋本博之「処分性論のゆくえ」同『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、二〇〇九年）九〇頁以下、興津征雄『違法是正と判決効—行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、二〇一〇年）三三三頁以下、中川丈久『行政訴訟の基本構造（二）（二・完）—抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について—』民商法雑誌一五〇巻二頁以下、二〇一四年）七二頁以下、二〇一四年）、山本隆司「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題」論究ジュリスト八号（二〇一四年）七二頁以下、黒川哲志「公法上の当事者訴訟の守備範囲」芝池義一先生古稀記念『行政法理論の探究』（有斐閣、二〇一六年）四一五頁以下。

(7) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ（上）—ジュリスト一二三八号（二〇〇三年）九〇頁。VwGOが定める訴訟類型を概観するものとしては、他に、折登美紀「ドイツ行政裁判所の訴訟類型（一）（二・完）」民商法雑誌一〇七巻三三三頁以下、四・五号六七五頁以下（一九九二—一九九三年）がある。

(8) さしあたり、拙稿「仮命令決定の審理構造（二）—諸利益の比較衡量、並びに行政裁量との関係に着目して—」民商法雑誌一三四巻四・五号（二〇〇六年）六四四頁以下を参照。

(9) 美濃部達吉も抗告訴訟・当事者訴訟の概念を定めるに当たり、オットー・マイヤーの叙述を参照したものと推測される。山本隆司「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討（下）—ドイツとの比較—自治研究七九巻六号（二〇〇三年）三一頁以下。

(10) なお、ナチス期の状況については、制度的にも理論的にもその前後の時代と断絶があると考えられるので、本稿での考察の対象からは除外する。ナチス期の行政裁判制度及び理論に関しては、原龍之助「ナチス獨逸と行政裁判」法律時報一〇巻三号（一九三八年）三五頁以下、宮崎良夫「ドイツ連邦共和国の行政裁判制度改革—ナチス体制からボン基本法にかけて—」東京大学社会科学研究所編『戦後改革四・司法改革』（東京大学出版会、一九七五年）三六五頁以下、岡田正則「ナチス期における『裁判による行政の統制』論」早稲田大学大学院法研論集三〇号（一九八三年）五一頁以下を参照。

(11) ちなみに、第二帝政期に行政裁判制度を置かなかった邦は、ハンブルク、ブレーメン、メクレンブルク＝シュヴェーリー、メクレンブルク＝シュトレリッツ、シャウムブルク＝リッペ、ヴァルデックである。Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1948), S. 93.

(12) すなわち、一八七一年の帝国全体の人口は約四一〇万人であったが、そのうち、プロイセンの人口は約二四七〇万人、バイエルンの人口は約四九〇万人、ヴュルテンベルクの人口は約一八〇万人、ザクセンの人口は約二六〇万人、バーデンの人口は約一五〇万人であった。Michel Hubert, *Deutschland im Wandel* (1998), S. 45. 五つの邦だけで帝国全体の九〇%近い人口を占めていたことになる。

(13) 連邦参議院の投票権数は当初は全部で五八票であったが(一九一一年以降は六一票)、そのうち、プロイセンが一七票、バイエルンが六票、ヴュルテンベルクとザクセンがそれぞれ四票、バーデンが三票を有していた。成瀬治ほか編『ドイツ史 二一六四八年―一八九〇年―』(山川出版社、一九九六年) 三九六頁以下。

(14) 綿貫芳源「近代ドイツに於ける公法上の諸制度の発展(一)―近代行政法の一類型の研究―」東京教育大学社会科学論集三号(一九五六年) 一三三頁。また、行政裁判制度の形成・発展の過程では、五つの邦の間でも相互に影響が見られた(本章第二節2(2)・3(a)などを参照)。Vgl. auch Gernot Sydow, *Unitarisierende Tendenzen in der Landesgesetzgebung im 19. Jahrhundert — zur parallelen Einrichtung unabhängiger Verwaltungsgerichtsbarkeiten*, in: *Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg* (Hrsg.), *Festschrift 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit* (2014), S. 59 [74 f].

(15) 加えて、第二帝政期の行政裁判制度に関しては、行政裁判の目的として行政の統制と私人の権利保護のいずれに主眼を置くかにより、プロイセン型と南独型が対比されることがあるが(南博方『行政裁判制度』(有斐閣、一九六〇年) 六頁以下など)、五つの邦を取り上げることにより、そのいずれの類型も網羅される。もっとも、各邦の行政裁判制度がプロイセン型と南独型のいずれに属するかということは、本稿が扱う訴訟類型の問題には影響がなかったように思われる。

(16) 五つの邦の行政裁判制度を紹介したものと、南・前掲注(15) 二七頁以下がある。同書ではヘッセンの行政裁判制度も取り上げられている。また、特にプロイセンの行政裁判制度については、北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治―社会国家への道―』(成文堂、一九九〇年) 一一六頁以下も参照。

(17) 革命期のバーデンの政治状況については、栗城壽夫『ドイツ初期立憲主義の研究―バーデンにおける憲法生活を中心として―』(有斐閣、一九六五年) 二二五頁以下を参照。

(18) *Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogtums Baden im Jahre 1848/49*, 8. Beilage, S. 209 f.

(19) この規定はいわゆるフランクフルト憲法一八二条一項に受け継がれた。

- (20) Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Baden im Jahr 1847/49. 9. Beilageheft, S. 125 f.
- (21) Großherzoglich Badisches Regierungsblatt 1863, S. 399 ff.
- (22) もともと、一八六三年の法律の審議過程では、一八四八年の法律案にあまり言及されることがなかった。Gernot Sydow, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts (2000), S. 48に於て、その理由は、一八六三年の法律の沿革を明らかにすれば、行政裁判制度が革命的なものであるとの印象を与えることになりかねず、それを避けるためであったという。また、バーデンにおける行政裁判制度の設立に当たっては、ブルンチュリの見解が多大な影響を与えたことについては、vgl. Georg Christoph von Urruth, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen, Jura 1982, 113 [118], Sydow, a. a. O., S. 54.
- (23) Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogthum Baden 1880, S. 29 ff.
- (24) Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogthum Baden 1884, S. 197 ff.
- (25) Vgl. auch Alfred Schühly, Ursprung und Weg der Verwaltungsrechtspflege in Baden, DöV 1963, 613 [616] ff.; Maximilian Rapp, 100 Jahre badischer Verwaltungsgerichtshof, in: Helmut R. Kütz/Richard Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt Band 1 (1963), S. 3 [12 ff.]; ただし、一八八四年の法律が制定された際に、一八六三年の法律の行政裁判制度に関する規定及び一八八〇年の法律は全て廃止されたわけではなく、従前通り又は一定の改正を施されて適用されたものもあった。
- (26) ゲハイメ・ラート(秘密院と訳されることもある)とは、一八一九年のヴュルテンベルク憲法によれば国王直属の官庁であって(五四条)、同法五九条が定める事項について助言をしたり、各大臣の処分に対する訴願について決定を下す権限(六〇条一号)を有していた。詳しくは、石川敏行「ドイツ近代行政法学の誕生(六)(一〇)―F. F.フォン・マイアーと環境としてのヴュルテンベルク王国―」法学新報九〇巻三・四号(一九八三年)七九頁以下、九三巻一・一二号(一九八七年)八〇頁以下、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(四)」国家学会雑誌一〇四巻五・六号(一九九一年)二四頁以下を参照。
- (27) 憲法改正議会の状況は、石川敏行「ドイツ近代行政法学の誕生(八)―F. F.フォン・マイアーと環境としてのヴュルテンベルク王国―」法学新報九〇巻七・八号(一九八四年)八一頁以下で紹介されている。この議会はヴュルテンベルク

がフランクフルト憲法を承認したことを受けて開かれたものであり、寧ろこれは六本の憲法改正草案が提出された。

- (28) Verhandlungen der 2. verfassungsberatenden Versammlung des Königreichs Württemberg im Jahre 1850, 1. Beilageband, S. 308 ff. 行政裁判制度の構想は、このうち内務省が考案されたものといふこと。Klaus Reimold, Der württembergische Geheime Rat als oberste Administrativinstanzbehörde (1985), S. 247 f.
- (29) Sydow (Anm. 22), S. 51.
- (30) Regierungsblatt für das Königreich Württemberg vom Jahr 1876, S. 485 ff.
- (31) Vgl. C. Hohl (Hrsg.), Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 (1877), S. 73 ff.; Sydow (Anm. 22), S. 51.
- (32) Otto von Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege (1880), S. 255. Vgl. auch Martin Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgewalt – Ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen, in: Helmut R. Kültz/Richard Naumann (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt Band 1 (1963), S. 25 [64].
- (33) グナイストの行政裁判論を紹介するものとして、鈴木庸夫「プロイセン行政裁判制度―グナイストモデルの分析―」千葉大学教養部研究報告 A-19 号（一九七六年）六九頁以下、上山安敏『憲法社会史』（日本評論社、一九七七年）九四頁以下、藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』（有斐閣、一九七八年）一六二頁以下がある。
- (34) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1872, S. 661 ff.
- (35) 郡制については、若尾祐司「エンカートゥムとプロイセン『自治』制―一八七二年郡法を中心に―」琉大法学一五号（一九七四年）四二頁以下、赤木須留喜『行政責任の研究』（岩波書店、一九七八年）三七二頁以下、北住・前掲注（16）七九頁以下を参照。
- (36) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1871, S. 130 ff.
- (37) 議会における郡制の審議経過のうち、行政裁判制度の設立に係る部分については、Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege Band 1 (1920), S. 25 ff.; Ulrich Stump, Preussische Verwaltungsgewalt 1875–1914 (1980), S. 26 ff. を紹介される。
- (38) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1875, S. 375 ff. の法律の制定に伴い、不要になった郡制の行

- 政裁判制度に関する規定は失効した。
- (39) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1876, S. 297 ff.
 - (40) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Preussischen Herrenhauses 1875 Band 1, S. 552; Band 2, S. 720.
 - (41) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1880, S. 291 ff.
 - (42) N. N., Anmerkungen zum Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung, PrVBl. 1 (1880), S. 337 [337]; N. N., Verwaltungsreformgesetzentwürfe, PrVBl. 4 (1882), S. 89 [89].
 - (43) 特に、一八八二年に内務大臣が州議会 [Provinziallandtag] に意見を求めたところ、その全てが県行政裁判所と一般行政を担う県評議会 [Bezirksrat] の統合に賛成した。Anlagen zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1882/83 Band 1, S. 237 ff.
 - (44) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1883, S. 195 ff.
 - (45) なお、県行政裁判所と県評議会の統合が実現した要因として、Stump (Ann. 37), S. 66では、一八八二年の選挙において保守派が議会への勢力を伸ばしたことを挙げる。
 - (46) Karl Freiherrn von Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen (1894), S. 200; Friedrichs (Ann. 37), S. 27, 30. ただし、「行政裁判所の組織及び行政訴訟手続に関する法律」の規定のうち、上級行政裁判所の組織に関するものは「一般ラント行政に関する法律」に取り込まれず、そのまま残された。
 - (47) Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1883, S. 237 ff.
 - (48) 534 Gustav Kahr, Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878 (1879), S. XXXV ff.が、一八六七年の草案が提出される以前の、行政裁判制度をめぐる議会での議論状況を紹介している。
 - (49) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtages in den Jahren 1866/68, Beilagenband III, S. 75 f.
 - (50) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtages in den Jahren 1866/69, Beilagenband V, S. 431 ff.

- (51) 一八六七年の草案については、Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtages in den Jahren 1866/68, Beilagenband IV, S. 172 f., 185 ff. 一八六九年の草案に関しては、Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtages in den Jahren 1866/69, Beilagenband V, S. 599 f. 以下の草案にならぬが、ゲートンデに自治行政権の侵害を理由とする出訴が認められつゝないことが特に批判された。Vgl. auch Max Seydel, Die Verwaltungsrechtspflege in Bayern, Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik Jahrgang 1885, S. 213 [215 f].
- (52) ライヒスゲリヒトとは、民刑事事件に関する帝国の最高裁判所であり、一八七九年にライプツィヒに設置された。現在の連邦通常裁判所の前身である。
- (53) この裁判所構成法施行法二一条に関しては、宇賀克也「ドイツ国家責任法の理論史的分析」同『国家責任法の分析』(有斐閣、一九八八年)二二頁も参照。
- (54) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayerischen Landtages im Jahre 1877/78, Beilagenband III, S. 8. Vgl. auch Friedrich Merzbacher, Die Vorgeschichte der Errichtung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, in: Theodor Maunz (Hrsg.), Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (1979), S. 259 [268].
- (55) Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern 1878, S. 369 ff. 議会の審議状況は、Franz Braunwart, Die Geschichte der Verwaltungsrechtspflege in Bayern, in: Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (1929), S. 1 [15 ff.; Merzbacher (Anm. 54), S. 268 ff. 以下紹介を略す。
- (56) さらに、一八六七年と一八六九年の二つの草案で特に問題にされた、自治行政権の侵害を理由とするゲートンデの出訴も認められた(「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」二〇条二三号)。
- (57) 北ドイツ連邦加盟後のザクセンの改革については、ゲーアハルト・シュミット(松尾展成編訳)『近代ザクセン国制史』(九州大学出版会、一九九五年)三三三頁以下を参照。
- (58) 具体的には、C. E. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik Jahrgang 1884, S. 321 [418 ff.]が、当時カンセンの行政司法

で認められていた当事者訴訟に当たるもののみならず、抗告訴訟についても、独立の行政裁判所の管轄とすべきことを主張していた程度である。

- (65) Karl Apelt, Das königlich sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, 2. Aufl. (1911), S. 3. Vgl. auch N. N., Zur Einführung der Verwaltungsrechtspflege im Königreich Sachsen, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung 22 (1901), S. 81 [84].
- (66) Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen vom Jahre 1900, S. 486 ff. 議会における審議状況の紹介として、Apelt (Anm. 59), S. 7 ff.; Martin Baring, Die Verwaltungsrechtspflege in Sachsen, in: Martin Baring (Hrsg.), Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. (1964), S. 65 [67 f.]
- (67) Braunwart (Anm. 55), S. 14 ¹⁴ ¹⁵ ¹⁶ ¹⁷ ¹⁸ ¹⁹ ²⁰ ²¹ ²² ²³ ²⁴ ²⁵ ²⁶ ²⁷ ²⁸ ²⁹ ³⁰ ³¹ ³² ³³ ³⁴ ³⁵ ³⁶ ³⁷ ³⁸ ³⁹ ⁴⁰ ⁴¹ ⁴² ⁴³ ⁴⁴ ⁴⁵ ⁴⁶ ⁴⁷ ⁴⁸ ⁴⁹ ⁵⁰ ⁵¹ ⁵² ⁵³ ⁵⁴ ⁵⁵ ⁵⁶ ⁵⁷ ⁵⁸ ⁵⁹ ⁶⁰ ⁶¹ ⁶² ⁶³ ⁶⁴ ⁶⁵ ⁶⁶ ⁶⁷ ⁶⁸ ⁶⁹ ⁷⁰ ⁷¹ ⁷² ⁷³ ⁷⁴ ⁷⁵ ⁷⁶ ⁷⁷ ⁷⁸ ⁷⁹ ⁸⁰ ⁸¹ ⁸² ⁸³ ⁸⁴ ⁸⁵ ⁸⁶ ⁸⁷ ⁸⁸ ⁸⁹ ⁹⁰ ⁹¹ ⁹² ⁹³ ⁹⁴ ⁹⁵ ⁹⁶ ⁹⁷ ⁹⁸ ⁹⁹ ¹⁰⁰ ¹⁰¹ ¹⁰² ¹⁰³ ¹⁰⁴ ¹⁰⁵ ¹⁰⁶ ¹⁰⁷ ¹⁰⁸ ¹⁰⁹ ¹¹⁰ ¹¹¹ ¹¹² ¹¹³ ¹¹⁴ ¹¹⁵ ¹¹⁶ ¹¹⁷ ¹¹⁸ ¹¹⁹ ¹²⁰ ¹²¹ ¹²² ¹²³ ¹²⁴ ¹²⁵ ¹²⁶ ¹²⁷ ¹²⁸ ¹²⁹ ¹³⁰ ¹³¹ ¹³² ¹³³ ¹³⁴ ¹³⁵ ¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸ ¹³⁹ ¹⁴⁰ ¹⁴¹ ¹⁴² ¹⁴³ ¹⁴⁴ ¹⁴⁵ ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ ¹⁴⁸ ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ ¹⁵¹ ¹⁵² ¹⁵³ ¹⁵⁴ ¹⁵⁵ ¹⁵⁶ ¹⁵⁷ ¹⁵⁸ ¹⁵⁹ ¹⁶⁰ ¹⁶¹ ¹⁶² ¹⁶³ ¹⁶⁴ ¹⁶⁵ ¹⁶⁶ ¹⁶⁷ ¹⁶⁸ ¹⁶⁹ ¹⁷⁰ ¹⁷¹ ¹⁷² ¹⁷³ ¹⁷⁴ ¹⁷⁵ ¹⁷⁶ ¹⁷⁷ ¹⁷⁸ ¹⁷⁹ ¹⁸⁰ ¹⁸¹ ¹⁸² ¹⁸³ ¹⁸⁴ ¹⁸⁵ ¹⁸⁶ ¹⁸⁷ ¹⁸⁸ ¹⁸⁹ ¹⁹⁰ ¹⁹¹ ¹⁹² ¹⁹³ ¹⁹⁴ ¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ ¹⁹⁸ ¹⁹⁹ ²⁰⁰ ²⁰¹ ²⁰² ²⁰³ ²⁰⁴ ²⁰⁵ ²⁰⁶ ²⁰⁷ ²⁰⁸ ²⁰⁹ ²¹⁰ ²¹¹ ²¹² ²¹³ ²¹⁴ ²¹⁵ ²¹⁶ ²¹⁷ ²¹⁸ ²¹⁹ ²²⁰ ²²¹ ²²² ²²³ ²²⁴ ²²⁵ ²²⁶ ²²⁷ ²²⁸ ²²⁹ ²³⁰ ²³¹ ²³² ²³³ ²³⁴ ²³⁵ ²³⁶ ²³⁷ ²³⁸ ²³⁹ ²⁴⁰ ²⁴¹ ²⁴² ²⁴³ ²⁴⁴ ²⁴⁵ ²⁴⁶ ²⁴⁷ ²⁴⁸ ²⁴⁹ ²⁵⁰ ²⁵¹ ²⁵² ²⁵³ ²⁵⁴ ²⁵⁵ ²⁵⁶ ²⁵⁷ ²⁵⁸ ²⁵⁹ ²⁶⁰ ²⁶¹ ²⁶² ²⁶³ ²⁶⁴ ²⁶⁵ ²⁶⁶ ²⁶⁷ ²⁶⁸ ²⁶⁹ ²⁷⁰ ²⁷¹ ²⁷² ²⁷³ ²⁷⁴ ²⁷⁵ ²⁷⁶ ²⁷⁷ ²⁷⁸ ²⁷⁹ ²⁸⁰ ²⁸¹ ²⁸² ²⁸³ ²⁸⁴ ²⁸⁵ ²⁸⁶ ²⁸⁷ ²⁸⁸ ²⁸⁹ ²⁹⁰ ²⁹¹ ²⁹² ²⁹³ ²⁹⁴ ²⁹⁵ ²⁹⁶ ²⁹⁷ ²⁹⁸ ²⁹⁹ ³⁰⁰ ³⁰¹ ³⁰² ³⁰³ ³⁰⁴ ³⁰⁵ ³⁰⁶ ³⁰⁷ ³⁰⁸ ³⁰⁹ ³¹⁰ ³¹¹ ³¹² ³¹³ ³¹⁴ ³¹⁵ ³¹⁶ ³¹⁷ ³¹⁸ ³¹⁹ ³²⁰ ³²¹ ³²² ³²³ ³²⁴ ³²⁵ ³²⁶ ³²⁷ ³²⁸ ³²⁹ ³³⁰ ³³¹ ³³² ³³³ ³³⁴ ³³⁵ ³³⁶ ³³⁷ ³³⁸ ³³⁹ ³⁴⁰ ³⁴¹ ³⁴² ³⁴³ ³⁴⁴ ³⁴⁵ ³⁴⁶ ³⁴⁷ ³⁴⁸ ³⁴⁹ ³⁵⁰ ³⁵¹ ³⁵² ³⁵³ ³⁵⁴ ³⁵⁵ ³⁵⁶ ³⁵⁷ ³⁵⁸ ³⁵⁹ ³⁶⁰ ³⁶¹ ³⁶² ³⁶³ ³⁶⁴ ³⁶⁵ ³⁶⁶ ³⁶⁷ ³⁶⁸ ³⁶⁹ ³⁷⁰ ³⁷¹ ³⁷² ³⁷³ ³⁷⁴ ³⁷⁵ ³⁷⁶ ³⁷⁷ ³⁷⁸ ³⁷⁹ ³⁸⁰ ³⁸¹ ³⁸² ³⁸³ ³⁸⁴ ³⁸⁵ ³⁸⁶ ³⁸⁷ ³⁸⁸ ³⁸⁹ ³⁹⁰ ³⁹¹ ³⁹² ³⁹³ ³⁹⁴ ³⁹⁵ ³⁹⁶ ³⁹⁷ ³⁹⁸ ³⁹⁹ ⁴⁰⁰ ⁴⁰¹ ⁴⁰² ⁴⁰³ ⁴⁰⁴ ⁴⁰⁵ ⁴⁰⁶ ⁴⁰⁷ ⁴⁰⁸ ⁴⁰⁹ ⁴¹⁰ ⁴¹¹ ⁴¹² ⁴¹³ ⁴¹⁴ ⁴¹⁵ ⁴¹⁶ ⁴¹⁷ ⁴¹⁸ ⁴¹⁹ ⁴²⁰ ⁴²¹ ⁴²² ⁴²³ ⁴²⁴ ⁴²⁵ ⁴²⁶ ⁴²⁷ ⁴²⁸ ⁴²⁹ ⁴³⁰ ⁴³¹ ⁴³² ⁴³³ ⁴³⁴ ⁴³⁵ ⁴³⁶ ⁴³⁷ ⁴³⁸ ⁴³⁹ ⁴⁴⁰ ⁴⁴¹ ⁴⁴² ⁴⁴³ ⁴⁴⁴ ⁴⁴⁵ ⁴⁴⁶ ⁴⁴⁷ ⁴⁴⁸ ⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ ⁴⁵¹ ⁴⁵² ⁴⁵³ ⁴⁵⁴ ⁴⁵⁵ ⁴⁵⁶ ⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸ ⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰ ⁴⁶¹ ⁴⁶² ⁴⁶³ ⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵ ⁴⁶⁶ ⁴⁶⁷ ⁴⁶⁸ ⁴⁶⁹ ⁴⁷⁰ ⁴⁷¹ ⁴⁷² ⁴⁷³ ⁴⁷⁴ ⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶ ⁴⁷⁷ ⁴⁷⁸ ⁴⁷⁹ ⁴⁸⁰ ⁴⁸¹ ⁴⁸² ⁴⁸³ ⁴⁸⁴ ⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶ ⁴⁸⁷ ⁴⁸⁸ ⁴⁸⁹ ⁴⁹⁰ ⁴⁹¹ ⁴⁹² ⁴⁹³ ⁴⁹⁴ ⁴⁹⁵ ⁴⁹⁶ ⁴⁹⁷ ⁴⁹⁸ ⁴⁹⁹ ⁵⁰⁰ ⁵⁰¹ ⁵⁰² ⁵⁰³ ⁵⁰⁴ ⁵⁰⁵ ⁵⁰⁶ ⁵⁰⁷ ⁵⁰⁸ ⁵⁰⁹ ⁵¹⁰ ⁵¹¹ ⁵¹² ⁵¹³ ⁵¹⁴ ⁵¹⁵ ⁵¹⁶ ⁵¹⁷ ⁵¹⁸ ⁵¹⁹ ⁵²⁰ ⁵²¹ ⁵²² ⁵²³ ⁵²⁴ ⁵²⁵ ⁵²⁶ ⁵²⁷ ⁵²⁸ ⁵²⁹ ⁵³⁰ ⁵³¹ ⁵³² ⁵³³ ⁵³⁴ ⁵³⁵ ⁵³⁶ ⁵³⁷ ⁵³⁸ ⁵³⁹ ⁵⁴⁰ ⁵⁴¹ ⁵⁴² ⁵⁴³ ⁵⁴⁴ ⁵⁴⁵ ⁵⁴⁶ ⁵⁴⁷ ⁵⁴⁸ ⁵⁴⁹ ⁵⁵⁰ ⁵⁵¹ ⁵⁵² ⁵⁵³ ⁵⁵⁴ ⁵⁵⁵ ⁵⁵⁶ ⁵⁵⁷ ⁵⁵⁸ ⁵⁵⁹ ⁵⁶⁰ ⁵⁶¹ ⁵⁶² ⁵⁶³ ⁵⁶⁴ ⁵⁶⁵ ⁵⁶⁶ ⁵⁶⁷ ⁵⁶⁸ ⁵⁶⁹ ⁵⁷⁰ ⁵⁷¹ ⁵⁷² ⁵⁷³ ⁵⁷⁴ ⁵⁷⁵ ⁵⁷⁶ ⁵⁷⁷ ⁵⁷⁸ ⁵⁷⁹ ⁵⁸⁰ ⁵⁸¹ ⁵⁸² ⁵⁸³ ⁵⁸⁴ ⁵⁸⁵ ⁵⁸⁶ ⁵⁸⁷ ⁵⁸⁸ ⁵⁸⁹ ⁵⁹⁰ ⁵⁹¹ ⁵⁹² ⁵⁹³ ⁵⁹⁴ ⁵⁹⁵ ⁵⁹⁶ ⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ ⁵⁹⁹ ⁶⁰⁰ ⁶⁰¹ ⁶⁰² ⁶⁰³ ⁶⁰⁴ ⁶⁰⁵ ⁶⁰⁶ ⁶⁰⁷ ⁶⁰⁸ ⁶⁰⁹ ⁶¹⁰ ⁶¹¹ ⁶¹² ⁶¹³ ⁶¹⁴ ⁶¹⁵ ⁶¹⁶ ⁶¹⁷ ⁶¹⁸ ⁶¹⁹ ⁶²⁰ ⁶²¹ ⁶²² ⁶²³ ⁶²⁴ ⁶²⁵ ⁶²⁶ ⁶²⁷ ⁶²⁸ ⁶²⁹ ⁶³⁰ ⁶³¹ ⁶³² ⁶³³ ⁶³⁴ ⁶³⁵ ⁶³⁶ ⁶³⁷ ⁶³⁸ ⁶³⁹ ⁶⁴⁰ ⁶⁴¹ ⁶⁴² ⁶⁴³ ⁶⁴⁴ ⁶⁴⁵ ⁶⁴⁶ ⁶⁴⁷ ⁶⁴⁸ ⁶⁴⁹ ⁶⁵⁰ ⁶⁵¹ ⁶⁵² ⁶⁵³ ⁶⁵⁴ ⁶⁵⁵ ⁶⁵⁶ ⁶⁵⁷ ⁶⁵⁸ ⁶⁵⁹ ⁶⁶⁰ ⁶⁶¹ ⁶⁶² ⁶⁶³ ⁶⁶⁴ ⁶⁶⁵ ⁶⁶⁶ ⁶⁶⁷ ⁶⁶⁸ ⁶⁶⁹ ⁶⁷⁰ ⁶⁷¹ ⁶⁷² ⁶⁷³ ⁶⁷⁴ ⁶⁷⁵ ⁶⁷⁶ ⁶⁷⁷ ⁶⁷⁸ ⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰ ⁶⁸¹ ⁶⁸² ⁶⁸³ ⁶⁸⁴ ⁶⁸⁵ ⁶⁸⁶ ⁶⁸⁷ ⁶⁸⁸ ⁶⁸⁹ ⁶⁹⁰ ⁶⁹¹ ⁶⁹² ⁶⁹³ ⁶⁹⁴ ⁶⁹⁵ ⁶⁹⁶ ⁶⁹⁷ ⁶⁹⁸ ⁶⁹⁹ ⁷⁰⁰ ⁷⁰¹ ⁷⁰² ⁷⁰³ ⁷⁰⁴ ⁷⁰⁵ ⁷⁰⁶ ⁷⁰⁷ ⁷⁰⁸ ⁷⁰⁹ ⁷¹⁰ ⁷¹¹ ⁷¹² ⁷¹³ ⁷¹⁴ ⁷¹⁵ ⁷¹⁶ ⁷¹⁷ ⁷¹⁸ ⁷¹⁹ ⁷²⁰ ⁷²¹ ⁷²² ⁷²³ ⁷²⁴ ⁷²⁵ ⁷²⁶ ⁷²⁷ ⁷²⁸ ⁷²⁹ ⁷³⁰ ⁷³¹ ⁷³² ⁷³³ ⁷³⁴ ⁷³⁵ ⁷³⁶ ⁷³⁷ ⁷³⁸ ⁷³⁹ ⁷⁴⁰ ⁷⁴¹ ⁷⁴² ⁷⁴³ ⁷⁴⁴ ⁷⁴⁵ ⁷⁴⁶ ⁷⁴⁷ ⁷⁴⁸ ⁷⁴⁹ ⁷⁵⁰ ⁷⁵¹ ⁷⁵² ⁷⁵³ ⁷⁵⁴ ⁷⁵⁵ ⁷⁵⁶ ⁷⁵⁷ ⁷⁵⁸ ⁷⁵⁹ ⁷⁶⁰ ⁷⁶¹ ⁷⁶² ⁷⁶³ ⁷⁶⁴ ⁷⁶⁵ ⁷⁶⁶ ⁷⁶⁷ ⁷⁶⁸ ⁷⁶⁹ ⁷⁷⁰ ⁷⁷¹ ⁷⁷² ⁷⁷³ ⁷⁷⁴ ⁷⁷⁵ ⁷⁷⁶ ⁷⁷⁷ ⁷⁷⁸ ⁷⁷⁹ ⁷⁸⁰ ⁷⁸¹ ⁷⁸² ⁷⁸³ ⁷⁸⁴ ⁷⁸⁵ ⁷⁸⁶ ⁷⁸⁷ ⁷⁸⁸ ⁷⁸⁹ ⁷⁹⁰ ⁷⁹¹ ⁷⁹² ⁷⁹³ ⁷⁹⁴ ⁷⁹⁵ ⁷⁹⁶ ⁷⁹⁷ ⁷⁹⁸ ⁷⁹⁹ ⁸⁰⁰ ⁸⁰¹ ⁸⁰² ⁸⁰³ ⁸⁰⁴ ⁸⁰⁵ ⁸⁰⁶ ⁸⁰⁷ ⁸⁰⁸ ⁸⁰⁹ ⁸¹⁰ ⁸¹¹ ⁸¹² ⁸¹³ ⁸¹⁴ ⁸¹⁵ ⁸¹⁶ ⁸¹⁷ ⁸¹⁸ ⁸¹⁹ ⁸²⁰ ⁸²¹ ⁸²² ⁸²³ ⁸²⁴ ⁸²⁵ ⁸²⁶ ⁸²⁷ ⁸²⁸ ⁸²⁹ ⁸³⁰ ⁸³¹ ⁸³² ⁸³³ ⁸³⁴ ⁸³⁵ ⁸³⁶ ⁸³⁷ ⁸³⁸ ⁸³⁹ ⁸⁴⁰ ⁸⁴¹ ⁸⁴² ⁸⁴³ ⁸⁴⁴ ⁸⁴⁵ ⁸⁴⁶ ⁸⁴⁷ ⁸⁴⁸ ⁸⁴⁹ ⁸⁵⁰ ⁸⁵¹ ⁸⁵² ⁸⁵³ ⁸⁵⁴ ⁸⁵⁵ ⁸⁵⁶ ⁸⁵⁷ ⁸⁵⁸ ⁸⁵⁹ ⁸⁶⁰ ⁸⁶¹ ⁸⁶² ⁸⁶³ ⁸⁶⁴ ⁸⁶⁵ ⁸⁶⁶ ⁸⁶⁷ ⁸⁶⁸ ⁸⁶⁹ ⁸⁷⁰ ⁸⁷¹ ⁸⁷² ⁸⁷³ ⁸⁷⁴ ⁸⁷⁵ ⁸⁷⁶ ⁸⁷⁷ ⁸⁷⁸ ⁸⁷⁹ ⁸⁸⁰ ⁸⁸¹ ⁸⁸² ⁸⁸³ ⁸⁸⁴ ⁸⁸⁵ ⁸⁸⁶ ⁸⁸⁷ ⁸⁸⁸ ⁸⁸⁹ ⁸⁹⁰ ⁸⁹¹ ⁸⁹² ⁸⁹³ ⁸⁹⁴ ⁸⁹⁵ ⁸⁹⁶ ⁸⁹⁷ ⁸⁹⁸ ⁸⁹⁹ ⁹⁰⁰ ⁹⁰¹ ⁹⁰² ⁹⁰³ ⁹⁰⁴ ⁹⁰⁵ ⁹⁰⁶ ⁹⁰⁷ ⁹⁰⁸ ⁹⁰⁹ ⁹¹⁰ ⁹¹¹ ⁹¹² ⁹¹³ ⁹¹⁴ ⁹¹⁵ ⁹¹⁶ ⁹¹⁷ ⁹¹⁸ ⁹¹⁹ ⁹²⁰ ⁹²¹ ⁹²² ⁹²³ ⁹²⁴ ⁹²⁵ ⁹²⁶ ⁹²⁷ ⁹²⁸ ⁹²⁹ ⁹³⁰ ⁹³¹ ⁹³² ⁹³³ ⁹³⁴ ⁹³⁵ ⁹³⁶ ⁹³⁷ ⁹³⁸ ⁹³⁹ ⁹⁴⁰ ⁹⁴¹ ⁹⁴² ⁹⁴³ ⁹⁴⁴ ⁹⁴⁵ ⁹⁴⁶ ⁹⁴⁷ ⁹⁴⁸ ⁹⁴⁹ ⁹⁵⁰ ⁹⁵¹ ⁹⁵² ⁹⁵³ ⁹⁵⁴ ⁹⁵⁵ ⁹⁵⁶ ⁹⁵⁷ ⁹⁵⁸ ⁹⁵⁹ ⁹⁶⁰ ⁹⁶¹ ⁹⁶² ⁹⁶³ ⁹⁶⁴ ⁹⁶⁵ ⁹⁶⁶ ⁹⁶⁷ ⁹⁶⁸ ⁹⁶⁹ ⁹⁷⁰ ⁹⁷¹ ⁹⁷² ⁹⁷³ ⁹⁷⁴ ⁹⁷⁵ ⁹⁷⁶ ⁹⁷⁷ ⁹⁷⁸ ⁹⁷⁹ ⁹⁸⁰ ⁹⁸¹ ⁹⁸² ⁹⁸³ ⁹⁸⁴ ⁹⁸⁵ ⁹⁸⁶ ⁹⁸⁷ ⁹⁸⁸ ⁹⁸⁹ ⁹⁹⁰ ⁹⁹¹ ⁹⁹² ⁹⁹³ ⁹⁹⁴ ⁹⁹⁵ ⁹⁹⁶ ⁹⁹⁷ ⁹⁹⁸ ⁹⁹⁹ ¹⁰⁰⁰

- (95) Vgl. Rudolf von Gneist, Verwaltungsjurisdiktion, Verwaltungsjustiz, in: Franz von Holtzendorf (Hrsg.), Rechtslexikon Band 3, 3. Aufl. (1881), S. 1122; Stump (Anm. 37), S. 165 f., 182 f.
- (96) Karl Röttinger, Die badische Verwaltungsrechtspflege (1887), S. 46; Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtspflege (1914), S. 461 f., 470 f.
- (97) Gesetzammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1893, S. 152 ff.
- (98) 々の他、南・前掲注 (97) 三三頁は、一八九一年の프로이센所得税法 (Gesetzammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1891, S. 175 ff.) 四〇条以下も、所得税の賦課について概括主義を認めたものとして紹介している。所得税法と類似の規定は、一八九一年の營業税法 (Gesetzammlung für die Königlich Preussischen Staaten 1893, S. 205 ff.) 三五条以下にも置かれていた。
- (99) 모건호, 프로이센においては、列举主義と言つても行政裁判所の管轄事項は広範に認められていた。Vgl. Drews, Vom Ausbau der preussischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 78 (1924), S. 586 [591], だが、管轄事項に関する規定が個々の法律に散在していたこともあって、体系性や概観性の欠如が指摘されていた。Stier-Somlo, Der verwaltungsgerichtliche Schutz des Bürger- und Einwohnerrechts in Preußen, VervArch 12 (1904), S. 354 [362, 544]. 프로이센上級行政裁判所の事務局が管轄事項の一覧を作成していたばかりである。Vgl. Die Zuständigkeit der preussischen Verwaltungsgerichts- und Beschlußbehörden (1911), Nachtrag (1913).
- (70) 具体的には、例えば同法一五条一号が、特段の法律の規定により行政庁その他の機関に終局的決定が認められている場合を、概括主義の例外として規定していた。
- (71) Hohl (Anm. 31), S. 55, 146; Karl Goetz, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg (1902), S. 33.
- (72) Hohl (Anm. 31), S. 55, 145. 모건호, 原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格 (訴の利益) —ドイツにおける判例の動向を中心にして—」同『訴えの利益 (弘文堂、一九七三年) 二七六頁以下は、現実の運営においては、権利侵害の認定を厳格に行ったり、自由裁量の範囲を広く認めるなどして、必ずしも国民の広い利益の保護に資したとは言えなかったとする。綿貫・前掲注 (14) 一二六頁以下も参照。また、秋山義昭「西ドイツ行政裁判所法に於ける一般概括主義と行政裁判所の管轄権」北大法学論集一八巻三号 (一九六八年) 一七四頁は、概括主義の例外を認めた規定の存在を強調している。

- (73) N. N. (Anm. 59), S. 100. ただし、Bühler (Anm. 66), S. 418 Fn. 224は、ザクセンはヴェルテンベルクよりも広範に概括主義の例外を認めていたと評価している。
- (74) N. N. (Anm. 59), S. 99 ff.; Apelt (Anm. 59), S. 34 ff., 382. 他方、上級行政裁判所は一般行政の組織から独立していたので、抗告訴訟で概括主義を認めても、当事者訴訟の場合のような問題は生じなかった。もっとも、本文で述べた点に対しては、第一審も一般行政の組織から独立させるという方策もさしあたり考えられるであろうが、かかる方策がなぜ採用されなかったのかは不明である。
- (75) ちなみに、ヴェルテンベルクで抗告訴訟が二審制とされなかった理由としては、二審制にすると一般行政も担う県庁の審級の段階から、行政が訴訟の相手方として私人と対峙することになるという点が挙げられていた。Hohl (Anm. 31), S. 126.
- (76) なお、Sydow (Anm. 22), S. 214 f.は、一九世紀後半は実体法規が未だ整備されておらず、また公権論も十分に発展していなかったのも、そのような状況の下で概括主義を採用すれば、訴訟において公権をめぐる問題が争われることになり、むしろ法的安定性の見地から列举主義に優位が認められたと評価する。Vgl. auch Ottomar Bühler, *Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte*, in: Otto Bachof u. a. (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek* (1955), S. 269 [270].
- (77) Jellinek (Anm. 11), S. 315.
- (78) Sarwey (Anm. 32), S. 278. Vgl. auch Julius Widmann, *Verwaltungsrechtspflege in Bayern von 1863 bis 1963*, in: Martin Baring (Hrsg.), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl. (1964), S. 41 [48 f.]. 具体的には、「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」八条に挙げられている管轄事項が当事者訴訟に当たり、一〇条で定められている管轄事項が抗告訴訟に該当した。
- (79) Hohl (Anm. 31), S. 47; Goetz (Anm. 71), S. 39.
- (80) Friedrich Tezner, *Über Verwaltungsrechtspflege mit Hinblick auf das neue sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz* (1901), S. 20 f.
- (81) Max von Seydel, *Bayerisches Staatsrecht* Band 1, 2. Aufl. (1896), S. 612.
- (82) Vgl. Kraus (Anm. 62), S. 118; Bühler (Anm. 66), S. 373 f. あるいは、抗告訴訟の場合、下級審の段階では通常の行政手続

によるものとされていたが（「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」四五条一項）、バイエルンにおいてはかかる行政手続に関する規定が整備されていなかったことあつて（vgl. Dyroff (Ann. 62), S. 195）、抗告訴訟についても、実際には下級審の段階から当事者訴訟の場合の規定が適用されていたといふのである。Bühler (Ann. 66), S. 374.

(32) Vgl. auch Bühler (Ann. 66), S. 321 f., 375; Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Kurt G. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte Band 3 (1984), S. 909 [917], 909 f.; Carl Ritter, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Hanseatische Rechtszeitschrift 1922, 51 [57] は「ザクセンにおいては、同じ租税関係の事件でもザマインデレルのものとは当事者訴訟とされてゐるのに対して、邦レルのものは抗告訴訟とされていると指摘していた。

(34) Vgl. Tezner (Ann. 80), S. 20 f. テンナーは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は真剣に受け取つてはならないことも述べていた。

(35) そのことに関連して、プロイセンとバーデンは抗告訴訟と当事者訴訟の区別を知らなかったとする説明が見られた。Sarwey (Ann. 32), S. 118 f., 235; Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammer u. a. (Hrsg.), Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. (1913), S. 400 f. 美濃部達吉「獨逸ノ行政裁判制度」国家学会雑誌二三卷一二号（一九〇八年）六三頁も参照。つうした説明は、プロイセンやバーデンとそれ以外の邦において、行政裁判の当事者に対する考え方に違いがあつたことを反映したものであると思われる。Vgl. auch Otto Plessing, Die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder aus Anlaß der Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichtes, ZöR 4 (1927), S. 1 [37 f.]

(36) Vgl. z. B. Goetz (Ann. 71), S. 593; Ernst Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden (1909), S. 593; Karl Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 nebst den gesamten Nebengesetzen (1910), S. 209; Apelt (Ann. 59), S. 307; Bühler (Ann. 66), S. 374. もともと、取消訴訟を明確に定めていない各邦の行政裁判に関する法律でも、出訴期間の規定は存在した（ヴェルテンベルク「行政裁判に関する法律」六〇条一項・三項、バイエルン「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」四五条二項、プロイセン「一般ラント行政に関する法律」一二九条三項・一三〇条一項・二項〔警察処分の場合〕、バーデン「行政裁判に関する法律」四一条一号〔警察処分の場合〕、ザクセン「行政裁判に関する法律」七八条三項）。

(37) なお、取消訴訟についても、それはどのような過程を経て認められるに至つたのかという問題がある。だが、この問題

を探究することは難しく、本稿では取消訴訟が認められていたことを前提に考察を進めざるを得ない。

(88) ちなみに、現在のVwGOは、四三条一項で次のように定めて確認訴訟を一般的に認めている。「原告が即時確定について正当な利益を有するとき、訴えにより、法律関係の存否又は行政行為の無効の確認を求めることができる(確認訴訟)」。

(89) 確認訴訟に関する規定は、一八七七年に民事訴訟法が制定されたときは(Reichsgesetzblatt 1877, S. 83 ff.)二二二条に設けられたのに対して、一八九八年に同法が改正されてからは(Reichsgesetzblatt 1898, S. 410 ff.)二五六条に置かれているところ、当初から次の通りの定めであり変更はない。「権利関係の存否の確認、証書の承認又はその不真正の確認を求める訴えは、原告が、裁判官の裁判によって権利関係又は証書の真否を即時に確定することにつき、法的利益を有するときこれを提起することが出来る。」

(90) そのような見解を採るものとして、注(92)・(93)・(95)掲記の文献のほか、例えばGerhard Anschütz, Die im Jahre 1896 veröffentlichte Rechtsprechung des königlich preussischen Obergerverwaltungsgerichts, VerwArch 5 (1897), S. 390 [404]; Karl Friedrichs, Die Besonderheiten des preussischen Verwaltungsstreitverfahrens im Verhältnis zu den Verfahren, welche über andere Rechtsstreitigkeiten stattfinden, und ihre Berechtigung, VerwArch 6 (1898), S. 358 [525]; Apelt (Anm. 59), S. 162.

(91) Vgl. Franz Trautmann, Die Feststellungsklage und ihre Zulässigkeit in den Verwaltungsstreitverfahren Preußens, Bayerns, Sachsens, Württembergs und Badens (1926), S. 37 f.

(92) Schultzenstein, Buchbesprechung: Max Seidel, Die Feststellungsklage im Civil- und Verwaltungsprozess, VerwArch 2 (1894), S. 571 [572]. ちなみに、民事訴訟において確認訴訟が独立した一般的な訴訟類型として認められたのは、一九世紀半ば以降のことだったようである。参照、伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ三三九号(一九七六年)三〇頁、水谷暢「訴の利益に対する一視角―民事訴訟法における訴の利益総論(一)―」新潟大学法政理論一一巻三号(一九七九年)七一頁以下。

(93) Schultzenstein (Anm. 92), S. 573; Friedrichs (Anm. 86), S. 115.

(94) Vgl. Otto Müller, Die Begriffe der Verwaltungspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preussischem

Recht (1895), S. 106 f. もいふが、現在の視点からすれば、境界の確認訴訟と言っても、それは形成訴訟の性格を持つのではないかと思われる。参照、塩野宏「境界紛争に関する法制度上の問題点」同『国と地方公共団体』（有斐閣、一九九〇年）一九七頁以下。

- (95) Schutzenstein, Die Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren, Das Recht 14 (1910), S. 490 [495].
- (96) OVG Preußen, Urt. v. 12. 2. 1903, PROVGE 43, 360 [364 f.] 同様の判示をしたブローヤン上級行政裁判所の判例として、OVG Preußen, Urt. v. 19. 6. 1908, PrVBl. 30 (1909), S. 203 [204].
- (97) OVG Sachsen, Urt. v. 30. 9. 1905, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerwaltungsgerichts 8, 110 [111].
- (98) OVG Sachsen, Urt. v. 9. 9. 1903, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerwaltungsgerichts 4, 357 [359]; OVG Sachsen, Urt. v. 16. 11. 1907, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerwaltungsgerichts 11, 291 [292 f.].
- (99) VGH Bayern, Urt. v. 27. 12. 1898, Sammlung von Entscheidungen des königlich bayerischen Verwaltungsgerichtshofs Band 20 (1899), S. 64 [65].
- (100) Großherzoglich Badisches Regierungsblatt 1864, S. 333 ff.
- (101) Traum (Anm. 91), S. 44. すべて後に挙げる一八八四年の「行政裁判に関する法律」の制定以前に確認訴訟が認められた例として、VGH Baden, Urt. v. 17. 3. 1874, Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 6 (1874), S. 151. ただし、「内務行政の組織に関する法律施行令」五〇条は、「行政裁判所は、係属中の私法事件の裁判に対する先決問題を構成する公法上の争いについて、その争いに対する判断が私法裁判所への提示以外の目的で求められているのではない場合であつても、当事者の申立てに基づいて判断を行うよう義務付けられている。」という規定であったが、それがなぜ確認訴訟を認めるものと解釈されたのかは明らかでない。
- (102) Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogthum Baden 1884, S. 385 ff.
- (103) Röttinger (Anm. 66), S. 66.
- (104) VGH Baden, Urt. v. 1. 5. 1889, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 1 (1891), S. 75 [75].
- (105) Vgl. Traum (Anm. 91), S. 43.

- (96) VGH Württemberg. Urt. v. 12. 12. 1917, Württembergische Zeitschrift für Rechtsplege und Verwaltung 11 (1918), S. 46 [48]. Vgl. auch VGH Württemberg, Urt. v. 3. 4. 1912, Württembergische Zeitschrift für Rechtsplege und Verwaltung 5 (1912), S. 261 [262].
- (97) 邦 (註) 標記の邦文を参照。Vgl. auch Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtsplege, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts 16 (1911), S. 1 [13]; Traum (Ann. 91), S. 54.
- (98) Reichsgesetzblatt 1892, S. 417 ff.
- (99) OVG Sachsen. Urt. v. 28. 12. 1907, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts 12, 37 [38 f.]. Vgl. auch Apelt (Ann. 59), S. 121.
- (100) Dyroff (Ann. 62), S. 201.
- (101) VGH Bayern. Urt. v. 16. 5. 1917, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des auf reichsgesetzlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts Band 37 (1917), S. 291 [294]. 邦律が明示しているものにも拘わらず、確認訴訟を否定したかったハイエルン高等行政裁判所の他の判例と比べ、VGH Bayern, Urt. v. 21. 10. 1889, Sammlung von Entscheidungen des königlich bayerischen Verwaltungsgerichtshofes Band 11 (1890), S. 563 [564].
- (102) Schultzenstein (Ann. 95), S. 496.
- (103) Max Seidel, Die Feststellungsklage im Civil- und Verwaltungsprozess (1893), S. 4; Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch 2 (1894), S. 74 [101 f.]. Vgl. auch Blüher (Ann. 107), S. 8.
- (104) Leo Vossen, Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozess, AoR 24 (1909), S. 202 [207].
- (105) Vgl. Traum (Ann. 91), S. 24.
- (106) Vossen (Ann. 114), S. 210 f.
- (107) 参照：磯村篤範「ドイツにおける公物法理論の形成(一・完)」法学論叢二二三巻三号(一九八七年)七八頁以下。なお、一九世紀中頃以降のプロイセンにおける地方の道路の管理法制については、高野修「国家法秩序と私的当事者の自主秩序(二)——道路の建設維持及び地方自治行政に関するプロイセン上級行政裁判所の判決を素材として」自治研究五六卷一一号

(一九八〇年)一一頁以下、磯村篤範「一九世紀プロイセンにおける道路行政の法構造」・完」法学論叢一一九卷四号(一九八六年)五五頁以下を参照。

- (118) OVG Preußen, Urt. v. 20. 3. 1895, PROVGE 28, 207 [211], への判決は、高野修「プロイセンの初期の行政裁判制度における訴訟形態について―学校、道路、河川等の事業の事件に見る当事者訴訟と抗告訴訟の分化」菅野喜八郎・藤田宙靖編『憲法と行政法(小嶋和司博士東北大学退職記念)』(良書普及会、一九八七年)六六四頁でも紹介されている。他に、道路の維持管理義務に関して確認訴訟を認めた「プロイセン上級行政裁判所の判例として」OVG Preußen, Urt. v. 16. 3. 1887, PrVBl. 8 (1887), S. 302; OVG Preußen, Urt. v. 11. 9. 1891, PROVGE 21, 226; OVG Preußen, Urt. v. 18. 2. 1909, PROVGE 54, 298.

- (119) OVG Preußen, Urt. v. 29. 11. 1892, PROVGE 24, 241; VGH Württemberg, Urt. v. 28. 3. 1900, Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege 12 (1900), S. 309.

- (120) VGH Baden, Urt. v. 12. 5. 1896, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 3 (1911), S. 134; VGH Baden, Urt. v. 26. 6. 1907, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 3 (1911), S. 131.

- (121) VGH Baden, Urt. v. 13. 12. 1898, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 3 (1911), S. 76 [76].

- (122) OVG Sachsen, Urt. v. 28. 12. 1907, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts 12, 37 [40 f].

- (123) VGH Bayern, Urt. v. 16. 5. 1917, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des auf reichsgesetzlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts Band 37 (1917), S. 291 [292 ff].

- (124) 他に、Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts Teil 1, 2. Aufl. (1893), S. 55 Fn. 1⁴⁶「地位確認のための確認訴訟を認める法律の規定を紹介している」。

- (125) OVG Preußen, Urt. v. 5. 2. 1887, PROVGE 14, 216.

- (126) VGH Baden, Urt. v. 31. 1. 1898, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 3

- (1911), S. 130 [131].
- (127) VGH Baden, Urt. v. 15. 6. 1904, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofs Teil 3 (1911), S. 134 [135].
- (128) OVG Preußen, Urt. v. 9. 7. 1892, PrOVGE 23, 399 [401].
- (129) VGH Baden, Urt. v. 19. 9. 1910, Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 43 (1911), S. 29 [29].
- (130) Traum (Ann. 91), S. 72.

【付記】 本論文は、平成二七年度科学研究費助成事業（若手研究（B）（課題番号：15K16920））による研究成果の一部である。