Osaka University Knowledge Archive

Title	ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（二）
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2017, 66(6), p. 71-110
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79207
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（二）

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・六六巻二号）
　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
　第一節　ヴァイマル憲法とその影響（以上・本号）
　第二節　ハンブルク・ブレーメンの行政裁判制度
　補　論　ライヒ行政裁判所の設立構想
第三章　第二次世界大戦後の状況
おわりに

（阪大法学）66（6-71）　1099〔2017.3〕

第一章　第二帝政期の状況

第三節　抗告訴訟の類型・救済態様

1　取消訴訟における差戻判決・変更判決

(1)　差戻判決

本節では、抗告訴訟の類型及び救済態様の問題を取り上げる。最初に、取消訴訟について見ると、本章第一節3(2)で述べた通り、各邦の行政裁判に関する法律の中には、行政庁の処分の取消し以外の救済態様ないし紛争処理の方法を定めているものがあった。まず、つとにヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」は、六二条に次のような規定を置いていた。

ヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」六二条

一項　高等行政裁判所での手続においては、新たな事実に関する主張及び新たに提示された証拠手段は、処分に対して抗告訴訟を提起された行政庁又はその代理人が同意をしたときのみ考慮されうる。

二項　それ以外の場合において、新たな事実に関する主張及び新たな証拠手段を考慮することなく裁判をするか、又は抗告訴訟提起人〔Beschwerdeführer〕を処分に対して抗告訴訟を起こされた行政庁に差し戻すかは、高等行政裁判所の裁量である。

規定の中の抗告訴訟は取消訴訟を意味すると解されるので、右の規定は、取消訴訟において新たな事実や証拠が

示された場合に、事案を行政庁に差し戻す権限を高等行政裁判所に認めたものであると言える。このような権限が与えられた理由に関して、立法過程では次のように説明されていた。すなわち、行政庁が同意をしないときに、もし高等行政裁判所が新たな事実や証拠を考慮せずに裁判を行わなければならないとすると、行政庁は当該裁判の後でもその新たな事実や証拠を基礎にして改めて処分を発することができる以上、その場合には裁判を行った意味がなくなり、高等行政裁判所に認められた権威に反することになるというのである。[131] しかし、そのような理由とともに、事案を行政庁に差し戻すことによって、裁判が不要になる場合があるということも挙げられており、[132] そこでは、事案の差戻しに対して、紛争解決の促進の効果も期待されていたことが窺われるだろう。

(2) 変更判決

(a) 同じような事案の差戻しの仕組みは、ザクセン「行政裁判に関する法律」八一条三項でも設けられていたが、[133] さらに同法八二条一項・二項は以下の通り定めていた。

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。その結果として当該事案において新たな決定が必要になるとき、上級行政裁判所は状況に応じて自らその新たな決定を行うか、又は決定を取り消された行政庁にそれを委ねる。

二項　手続に重大な瑕疵があるとき、上級行政裁判所は当該手続を取り消すとともに、それがいかなる範囲で反復又は補完されるべきかを命じる。

右の規定で特に注目されるのは八二条一項二文であろう。この規定によって、義務付け判決に相当するものが認められていたようにも思われるからである。しかし、ザクセン「行政裁判に関する法律」の注釈書を見ると、八二条一項二文により裁判所が自ら決定を行うのは、「争われている決定の除去によって生じた欠缺を、別の実体的確定によって埋める必要があるとき」と理解され、具体例としては、違法とされた税額に代えて裁判所が正しい税額を確定する場合が挙げられている。[134] それに対して、例えば建設許可や営業施設の許可の申請に対する拒否処分が違法と判断された場合、申請に対する改めての処分は行政庁に委ねるものとされているが、[135] 行政庁に許可処分を義務付けるということまでは述べられていない。

つまり、ザクセン「行政裁判に関する法律」八二条一項二文は、義務付け判決に相当するものを認める規定としては理解されていなかったと考えられる。八二条一項二文にいう「自らその新たな決定を行う」場合として専ら想定されていたのは、課税処分などの金銭に関わる処分が取消訴訟で争われたケースであったように思われる。[136] そしてその場合、裁判所が「自らその新たな決定を行う」と言っても、処分を原告にとって不利益なものに変更するのではない限り、[137] それは機能的には処分の一部取消しに止まるものであったと考えられる。現在のＶｗＧＯ一一三条二項一文は、争いの対象になっている行政行為が金額の確定に関わるものである場合において、裁判所が金額を変更する判決を下すことを認めているが、[138] 右のケースはＶｗＧＯ一一三条二項一文が適用される場合に相当するものとも言えるだろう。

(b)　他方、ザクセン「行政裁判に関する法律」八二条二項に関しては、行政庁の処分手続について法律の規定がないときでも、一般的法原則から実施が要求される手続が行われなかった場合には、同項にいう「手続に重大な瑕疵がある」と解されていた。[139] 例えば、理由付記について法律の規定がないにも拘らず、理由が付されていない処分を

「手続に重大な瑕疵がある」として取り消した判例が存在したところである。[140]

2　取消訴訟の継続確認訴訟としての活用

また、行政庁により処分の撤回などが行われ、訴えの利益が失われたように思われるにも拘らず、当該処分が違法であったことを確認するために、なお取消訴訟を適法とする判例がいくつかの邦で見られた。

(1)　プロイセン上級行政裁判所の判例

①　プロイセン上級行政裁判所一八九五年七月三日判決は、建設許可申請の拒否処分に対して取消訴訟が提起された事例に関するものであるが、当該拒否処分は行政庁によってすでに撤回されていた。しかし、裁判所は、「警察処分に対する裁判は、争われている処分が現に存続している限りでのみ認められるという見解は、正当なものであるとは言えない。そうした見解によれば、法律が意図した違法な警察処分に対する権利保護が、多くの場合に不可能になる。」と述べて取消訴訟を適法とした。この判示に関連して裁判所は、一八四二年の「警察処分に関する訴訟の許容性に関する法律」[141]により、官吏に対して損害賠償請求をするためには、損害を与えた警察処分が予め取り消されていなければならない旨を指摘している。[142]つまり、この判決は、当時の法律が、取消訴訟に基づく処分の取消しを当該処分によって被った損害の賠償請求の要件としていたので、処分が撤回された後でも取消訴訟を適法なものと認めたと考えられる。[143]

②　また、プロイセン上級行政裁判所一九〇八年一一月三〇日判決は、飲食店を営む原告が、午前一時まで法定閉店時刻の延長を認める処分が撤回され、法定閉店時刻が午前〇時とされたために、それに対して取消訴訟を提起した事例に関するものである。原告が訴訟を提起する前に、行政庁は法定閉店時刻を午前〇時とする右の処分を撤

回し、法定閉店時刻をさらに早めて午後一一時としていた。それにも拘らず、裁判所は、「原告の権利を侵害する警察処分に対する訴えは、当該処分を警察官庁が取り消しても対象を失わないというのが、当裁判所の一貫した判例に合致する。取消しが行われた後においても、処分が初めから発付されてはならなかったことを確認するために、なお訴えを提起することができる」と判示して取消訴訟を適法と認めた。[144] ただし、この判決は、右の判決と異なり、一八四二年の「警察処分に関する訴訟の許容性に関する法律」を持ち出してはいない。[145]

(2)　ザクセン上級行政裁判所の判例

ザクセンの場合、当初、ザクセン上級行政裁判所一九〇二年一月二二日判決は、争いの対象になっている行政庁の処分がなくなったとき、当該処分に対する取消訴訟はそれが違法であったことの確認訴訟の性格を帯びることになるが、そのような取消訴訟は、法律が特定の場合に限定して確認訴訟を許容していることからして認められないと述べていた。[146]

だが、その後、確認訴訟に関して個別的許容説から逸脱した判例（本章第二節2(2)を参照）の存在も影響したのかもしれないが、ザクセン上級行政裁判所一九〇九年一〇月二八日判決は右のような判断を改めた。この判決は、ザクセン国籍を有しないとして邦議会の選挙人名簿への登録を拒否された原告が、登録拒否処分の取消訴訟を提起した事例に関するものである。裁判所は、選挙人名簿への登録がすでに締め切られていたにも拘らず、次のように述べて取消訴訟を適法とした。

「次回の選挙人名簿への登録に関する判断の基礎となるに過ぎない取消訴訟は、確認訴訟としての性格を有する。確認訴訟については原告の認識可能な法的利益が要求され、本件の訴えにおいては、次回の名簿作成の際に、同じ争点に関する再度の審査が予想されることが求められる。しかしながら、本件における問題は国籍の必要性にある。

それゆえ、名簿への登録の締切りがこの間に行われたにも拘らず、原告に対して実体的な判断がなされなければならない。[147]」

要するに、今後も選挙人名簿を作成する際にはザクセン国籍の要否が問題になるところ、判決はその問題を判断するために、取消訴訟をなお適法なものと認めたのである。

(3) 争いの対象になっている処分がなくなったとき、当該処分が違法であったことの確認を求めるためには、現在であればＶｗＧＯ一一三条一項四文が定める継続確認訴訟〔Fortsetzungsfeststellungsklage〕によることになる。[148]それゆえ、以上紹介した判例においては、取消訴訟が現在の継続確認訴訟のように用いられていたと言える。

3　義務付け訴訟の許容性

これまで述べてきたように、取消訴訟については、各邦の行政裁判に関する法律及び判例において、行政庁の処分の取消しに止まらない救済の態様が見られた。しかし、抗告訴訟に関しては、本章第一節3(2)で指摘した通り、義務付け訴訟は認められていなかったのかということも問題になる。義務付け訴訟の許容性の問題は、特にプロイセンの警察処分に対する訴訟において、しばしば取り上げられていた。

(1) 警察処分に関する義務付け訴訟の否定

(a) まず、下級審の裁判例の中には、義務付け判決を下したものが散見された。一例を挙げると、プロイセン上級行政裁判所一八九二年五月二四日判決の第二審は、住宅の建設許可を付款付きで与えられた原告が訴えを提起した事例において、付款のない建設許可を与えるよう被告行政庁に命じていた。[149]もっとも、この事例において、プロイセン上級行政裁判所は付款の取消判決を下したため、[150]義務付け訴訟の許容性については何も述べていない。

だが、プロイセン上級行政裁判所の他の判例も見ると、義務付け訴訟はほとんど認められていなかったと言える。その嚆矢と考えられる判例が、プロイセン上級行政裁判所一八八一年九月一五日判決である。この判決は、原告が、自身が使用権を有する広場に市場を開設することを計画し、市場の開設許可を申請したが拒否処分を受けたため、許可付与の義務付けを求めて訴えを提起した事例に関するものである。裁判所は原告の請求を退けるに当たり、義務付け訴訟の許容性に関して次のように述べている。

「訴えに従って『予定されている……営業活動の開始の許可』を与えるよう、被告に義務付けることはできない。なぜなら、そのようなことを求める訴えを、法律はおよそ認めていないからである。」[151]

右の判決は、義務付け訴訟を認める法律の規定がないことを理由としているが、プロイセン上級行政裁判所一八九八年四月二五日判決は、義務付け訴訟が否定される根拠として別のことを挙げている。建設許可の申請に対する拒否処分を受けて訴えが提起された事例において、裁判所は以下のように判示して義務付け訴訟を認めなかったのである。

「行政裁判所の裁判官は、〔警察処分の〕拒否の根拠とされる理由が違法であると考える限りでも、当該警察処分の拒否の効力をなくすことに止まらなければならない。行政裁判所の裁判官は、自ら建設許可を与えたり、又は警察に許可を与えるよう義務付けることはできない。むしろ、許可の付与は常に警察官庁の任務であり、行政裁判所の裁判官は特定の警察処分の維持又は取消しについてのみ裁判をすればよい。」[152]

つまり判決は、許可の付与など処分の実施は行政庁の任務であり、行政裁判所の権限は処分の取消しに止まるということに、義務付け訴訟が否定される根拠を求めている。同様の判示は、同じく建設許可の申請に対する拒否処分を受けて訴えが提起された事例に関する、プロイセン上級行政裁判所一九〇〇年六月二三日判決においても見ら

れるところである。[153] ただし、いずれの判決も、なぜ行政裁判所の権限が処分の取消しに止まるのかという点について、より立ち入った説明はしていない。また、義務付け訴訟を認めなかった他の判例も、その理由に関して右記の判例が挙げていた以上のことは述べていない。[154]

(b) 右では義務付け訴訟を否定した判例を紹介したが、警察処分に関して義務付け訴訟を認めた判例が全くなかったわけではない。プロイセン上級行政裁判所一八九一年一一月二一日判決は、宗教団体が規約改正に関する認証を行政庁から受けられなかったために、当該認証を与えることの義務付けを求めて訴えを提起した事例において、次のように述べて宗教団体の請求を認容している。

「法律は、団体の代表者に〔規約改正に関する〕届出の義務を負わせるのみならず、警察官庁にそれについて直ちに認証するよう義務付けることにより、当該代表者に対して認証を求める主観的権利を明確に認めている。」「原告は認証を求める権利を有しており、その権利は、〔規約改正に関する〕届出がすでに行われたという事実にのみ基づいているので、拒否処分を取り消すのみならず、認証の付与を義務付ける判決も下すことができる。[155]」

この事例において、裁判所が義務付け判決を下したのは、認証の要件が規約改正の届出のみであり、その届出も行われていたので、行政庁が認証をすべきことが明らかであったからであろう。このように、警察処分に関しては、行政裁判所は取消判決を下すことができるに過ぎないと言われていたにも拘らず、ごく例外的ではあるが、義務付け訴訟を認めた判例が存在したことは注目されるところである。

(c) さらに、警察処分以外の処分について見れば、義務付け訴訟を認めた判例が少なからず存在した。例えば、演劇の上演許可に関して、プロイセン上級行政裁判所一九〇一年二月二日判決は、それは警察処分ではないとして、行政裁判所は上演許可申請の拒否処分を取り消すだけでなく、許可を与えるか否かも判断しなければならないと判

示していた。[156] ここでは、上演許可が警察処分に当たらないことが、そのような判示の大きな理由になっていたと考えられる。

他にも、プロイセン上級行政裁判所一九〇五年五月五日判決は、製紙工場を所有する株式会社が、ゲマインデ参事会から会議での表決権を有しないという決定を受けたために、参事会に表決権を承認するよう義務付けることを求めて訴えを提起した事例において、次のように述べていた。

「〔ゲマインデ参事会の決定に対する〕行政訴訟手続において、行政裁判所の裁判官が訴えに理由があると考えるときは、原則として、争われている決定の取消しに止まってはならず、争いのある法律関係について実質的に判断を下さなければならない。それゆえ、決定が表決権に関わるものである場合、行政裁判所の裁判官は判決で表決権の帰属について判断をしなければならない。[157][158]」

(2)　処分の不作為に対する取消訴訟

(a)　その一方で、ザクセンの状況に目を移すと、行政庁が処分を行わないことに対して、取消訴訟による救済が求められる場合があった。もっとも、当初の判例はそのような処分の不作為の取消訴訟を認めていなかった。すなわち、ゲマインデと騎士領領主〔Rittergutsherrschaft〕の間で道路が公道か否かをめぐって争いが生じたにも拘らず、郡〔Amtshauptmannschaft〕が裁定を下さないため、騎士領領主が取消訴訟を提起した事例において、ザクセン上級行政裁判所一九〇一年七月二七日判決は、裁定の遅滞に対する「不服は……上級行政裁判所ではなく監督官庁によって処理されるべきである」と述べて、取消訴訟を不適法なものとしていた。[159] 行政庁の処分の不作為に対しては、当初は上級行政庁への訴願ができるに過ぎないとされたのである。[160]

だが、右の判例は、ザクセン上級行政裁判所一九〇八年一〇月一四日判決によって変更された。この判決の事実

の概要は次の通りである。原告である騎士領領主の有する牧草地が、別の騎士領領主が水路の改修工事を行ったことにより、水に浸かるという事態に陥った。そこで、原告が郡に対して、水路の改修工事を行った騎士領領主に水路の原状回復を命じるよう求めたが、郡がそのような命令を下さなかったために、原告が取消訴訟を提起したというものである。裁判所は、以下のように権利保護の観点を強調して、取消訴訟を適法としたのである。

「当審はこれまで次のことを前提としてきた。すなわち、法的統制の手段としての取消訴訟は積極的な警察介入に対してのみ許容されるに過ぎず、警察介入を明示的に拒否する判断については、指揮監督権限の行使を求める方法でしか争うことができない。」「しかし、裁判所は……そのような原則をもはや完全な範囲で維持することはできない。一般的に言って、かかる原則によれば、行政裁判所による権利保護の制度及び目的と合致しない、不満足な結果がもたらされることになる。」「権限がないので介入を拒否するという行政庁の表明は、明らかに行政行為である。[161]」

(b)　この判例は、行政庁が申請に応答しないことではなく、規制権限を行使しないことについて取消訴訟を認めた点でも注目される。だが、処分の不作為に対する取消訴訟は、直截に行政庁に処分の発付を義務付けることを可能にするものではない。右の判例では、行政庁が権限の欠如を理由に原状回復命令を下さなかったことに対して取消訴訟が提起されたようであり、そこでどのような審理が行われたのかは明らかでないが、もし取消判決が下された後でも、権限の欠如とは別の理由で行政庁が命令を下さないことができるとすれば、およそ紛争が解決されたとは言えないだろう。また、申請の不応答に対しても取消訴訟の提起が認められていたとしても、取消判決が下された後でも行政庁がなお拒否処分を行うことができるとすれば、救済手段としてはやはり中途半端である。

(3)　学説の状況

以上の判例の状況に対して、学説では義務付け訴訟の許容性に関する議論はあまり行われていなかった。それでも傾向としては、申請拒否処分に対する訴訟において、裁判所は当該拒否処分の取消しができるに止まり、取消しを受けて行政庁が申請について改めて審査をすれば通常は認容処分が行われるが、裁判所が認容処分の義務付け判決を下すことまではできないと考えられていたと言える。[162] 義務付け訴訟を否定する根拠として、さもないと行政裁判所が行政の上に立つことになり、それは憲法に合致しないということを挙げる見解もあった。[163]

もっとも、申請拒否処分に対しては取消判決を下すことができるに過ぎないという点について、疑問を投げかける見解がなかったわけではない。そこでは、申請に対する改めての処分が行政庁に委ねられることになると、行政庁が再度拒否処分を行う可能性もあるため、申請に対する判断に関して、原告が不安定な状況に置かれるという指摘がなされていた。[164]

また、行政庁の処分の不作為に対する対応策も提言されていた。すなわち、フランスの一九〇〇年七月一七日の法律が、申請又は規制の申出に対して行政庁が四か月間応答をしない場合、拒否処分が下されたものと見なすと定めていることを紹介した上で、同様の仕組みをドイツにも導入すべきとする主張も見られたのである。[165] ただ、この主張を行った論者も、義務付け訴訟の導入までは述べていなかったところである。[166]

4　考察

(1)　代替的救済手段としての取消訴訟

先に見た通り、各邦の行政裁判制度においては、取消訴訟に対して、行政庁の処分の取消しに止まらない様々な

役割が与えられていた。そのうち、ヴュルテンベルクとザクセンの差戻判決の仕組みは、事案の処理を行政庁に委ねることにより、紛争解決の促進の効果が期待されているとも考えられるものであった。

しかし、取消訴訟を現在の継続確認訴訟のように活用することに関しては、問題の処分が違法であったことの確認は確認訴訟で行えばよいという指摘が当時から存在した。[167] それにも拘らず、処分の違法確認のために取消訴訟が用いられたのは、プロイセンの警察処分の場合については、本節2(1)で見た通り、当時の法律によって取消訴訟に基づく処分の取消しが損害賠償請求の要件になっていたからであろう。[168] だが、ザクセンの場合も含めて言えば、本章第二節2で述べたようにその許容性が拡大されたとはいえ、確認訴訟が未だ必ずしも一般的に認められていなかったという事情も影響していたと思われる。[169] つまり、現在のような継続確認訴訟が許容されるとは限らないために、権利保護の見地から、代わりに取消訴訟にその役割を担わせたという側面もあったと考えられるのである。ザクセン上級行政裁判所が当初の判例を変更して、取消訴訟を継続確認訴訟のように用いることを認めた点についても、かような考慮が背景にあったと推論することができる。

また、ザクセン上級行政裁判所の判例が、行政庁の処分の不作為に対する取消訴訟を適法としていたことは、権利保護の観点からする一つの工夫であろうが、それは義務付け訴訟が認められていなかったことの現れであったとも言える。

こうして見てくると、取消訴訟に多様な役割が与えられていたことに関しては、本来は他の訴訟によるべきところ、それが否定されるために、代替手段として取消訴訟が認められていたという一面もあったと思われる。[170]

(2) 義務付け訴訟に対する関心の低さ

しかし、いくら取消訴訟が処分の取消しに止まらない多様な役割を担うことができたとしても、それだけでは十

分に救済が図れない場合があることも否定できない。その代表例が申請拒否処分や処分の不作為が争われた場合であり、かようなケースにおいては、現在の視点からすれば義務付け訴訟が認められてもよいように思われる。だが、本節3(1)・(3)で述べたように、プロイセン上級行政裁判所の判例は警察処分に関しては義務付け訴訟をごく限られた例外を除いて容認せず、学説ではそもそもあまり議論が行われていなかった。

このような状況の背景としては、プロイセン上級行政裁判所が許可などの付与は常に行政庁の任務であると判示していたこと、並びに、義務付け訴訟を認めれば行政裁判所が行政の上に立つことになると言われていたことからすると、一つには行政と行政裁判所の関係が分離独立的なものと考えられていたことがあるように思われる。[171] しかし、そうであるとしても、義務付け訴訟に対する関心が低調であった要因は他になかったのかということが問題になってくる。

この点について、ヴァイマル期の状況に関するものではあるが、次のような指摘がある。すなわち、行政に対する非財産的な給付請求権を個々の私人はいかなる方法で実現できるのかという問題は、そのような請求権の存在自体が実体法上の理由から疑問があるように思われたために、学説においては明確に述べられないことが多かったと言うのである。[172]

かかる指摘を義務付け訴訟に即して敷衍すれば、行政庁の処分を求める請求権が実体法的に成り立つかどうか疑わしい以上、義務付け訴訟の許容性についてはほとんど議論されなかったということであろう。右の指摘がヴァイマル期の状況を的確に捉えたものであるかどうかは一つの問題であろうが、第二帝政期の状況に対しては当てはまるところもあるように思われる。むしろ、例えばバーデン「行政裁判に関する法律」四条五項三号が営業許可を求める権利は認められないとして、営業許可の申請に対する決定を行政裁判所の管轄事項から排除したり、[173] ヴュルテ

ンベルク「行政裁判に関する法律」一三条二項が、行政庁の裁量処分については抗告訴訟における概括主義（本章第一節2(3)(a)を参照）の例外としたりするなど、[174]行政庁の処分を求める請求権が認められないと考えられる場合には、そもそも行政裁判所の管轄が否定されることもあったのである。

もっとも、プロイセン上級行政裁判所が警察処分以外の処分に関しては義務付け訴訟を少なからず容認していたことからすれば、行政庁の処分を求める請求権を承認したり、さらには、行政と行政裁判所の関係を分離独立的なものとする観念を克服するための萌芽は、第二帝政期から存在していたように思われる。[175][176]

(3) 警察処分に関する訴訟の特殊性

その一方で、かように義務付け訴訟を認めた判例の存在からすると、プロイセン上級行政裁判所はなぜ警察処分については義務付け訴訟を否定したのかという問題が残る。この問題を考察する準備は本稿ではなく、今後の課題とせざるを得ないが、なお次のことは指摘しておきたい。

まず、本章第二節3(4)で紹介したように、プロイセン上級行政裁判所の判例は警察処分に関する予防的確認訴訟を否定していた。また、本節2(1)で挙げたプロイセン上級行政裁判所一八九五年七月三日判決は、警察処分の違法性の判断基準時について、以下のように判示した同裁判所一八九二年六月三日判決[177]に依拠するとも述べていた。

「〔警察処分に対する〕救済手段は、警察官庁が判決の時点から将来に向かって……どのように行動しなければならないか、という問題に対する判断を与えることのみに関わるというように、限定的に捉える根拠は〔プロイセン『一般ラント行政に関する法律』一二七条・一二八条からは〕見出されない。〔警察処分に対する〕救済手段は、原告に法的利益がある限り、争われている処分がその発付の時点で正当であったかどうか、ということに関して判断を与えるためにも認められている。[178]」

つまりこの判決は、警察処分に対する訴訟においては、判決時のみならず処分時を基準時とする違法性の判断を求めることもできるとしている。[179] かかる判示の背景には、警察処分の違法確認のために取消訴訟が用いられていたということがあったのかもしれない。もっとも、ヴァイマル期のものではあるが学説の中には、行政庁の処分に対する訴訟での判断基準時は一般的には判決時であるけれども、警察処分に対する訴訟の場合は例外的に処分時が基準時になると説く見解が見られたところである。[180]

これらの点からすると、プロイセンにおいて警察処分に対する訴訟は、他の処分に対する訴訟と比べて特殊なものとして位置付けられていたように思われる。警察処分に対する義務付け訴訟の否定の問題も、その一つの現れとして考察すべきと考えられるのである。

以上本章においては、訴訟類型に焦点を当てて、第二帝政期の行政裁判制度、判例及び学説の状況を見てきた。第二章では、かかる状況がヴァイマル期にどのように変化したのかという点について、述べていくことにしたい。

第二章　ヴァイマル期の状況

ヴァイマル期の状況を考察するとき、第二帝政期との違いとしてまず注目されるのは、ライヒの憲法が行政裁判制度に関する規定を設けたということである。第二帝政期のいわゆるビスマルク憲法は、行政裁判制度に関する規定を置かなかったのに対して、ヴァイマル憲法はその一〇七条で、「ライヒ及びラントには、法律の定める基準に従い、行政庁の命令及び処分に対して個人を保護するために、行政裁判所が存在しなければならない。」と定めたのである。そのことからすると、ヴァイマル憲法一〇七条の規定が、ライヒ及びラントの行政裁判制度、並びに、

判例・学説の状況に影響を及ぼした可能性はないのかということが問題になる。

そこで最初に、本章における考察の出発点として、ヴァイマル憲法一〇七条の制定過程及びその解釈をめぐる議論状況から見ていくことにしよう。[181]

第一節　ヴァイマル憲法とその影響

1　ヴァイマル憲法の要請

(1)　ヴァイマル憲法一〇七条の制定過程

(a)　第一次世界大戦後、人民代表委員評議会（仮政府）による憲法草案の作成作業は、内務長官（後にライヒ内務大臣）に任命されたフーゴー・プロイスを中心として、一九一八年一一月から進められた。[182] 一九一九年一月三日にはいわゆる第一次プロイス草案が仮政府に提出され、仮政府内部での討議を受けて修正されたものが、第二次プロイス草案として一月二〇日に公表された。だが、第二次プロイス草案に対しては、各方面から多くの批判が寄せられた。そのため、この草案は大幅な変更が施され、それが二月一七日に第一次政府草案として、各邦政府の代表者から構成される諸邦委員会（第二帝政期の連邦参議院に相当する機関）に示された。そして、諸邦委員会による若干の修正の後、二月二一日に第二次政府草案として、ヴァイマルの国民議会（憲法制定議会）に提出された。

このように、国民議会に憲法草案が提出されるまでに仮政府では合わせて四本の草案が作成されたが、[183] 行政裁判制度に関する規定は第二次プロイス草案から見られた。もっとも、その規定はいずれも、「ライヒ法律は、ライヒ法の問題に関する行政裁判及びライヒの行政裁判所の設置について定める。」というものであって（第二次プロイス草案九条、第一次政府草案一〇八条、第二次政府草案一一三条）、ヴァイマル憲法一〇七条とは全く異なり、ラ

ントの行政裁判制度に触れるところもなかった。

(b)　第二次政府草案の提出を受けた国民議会は二月二四日から第一読会を開始し、草案の審議を付託するために二八名からなる「憲法委員会」を設置することを決定して、三月四日に第一読会を終了した。「憲法委員会」は直ちに審議を入り、第二次政府草案は大幅に変更されるに至った。「憲法委員会」において、行政裁判制度の問題は主要な論点ではなかったと考えられるが[184]、ヴァイマル憲法一〇七条の基礎になった条文が提案・審議されたのは五月二七日の第三一回会合であり、次のようなやり取りがあった。

まず、バイエレ委員から、第二次政府草案一一三条に代えて以下の条文が提案された[185]。「ライヒ及びラントにおいては、法律の定める基準に従い、行政庁の命令及び処分に対して個人を保護するために、特別の行政裁判所が用いられる。そのような行政裁判所がいまだ存在しないところでは、それが導入されなければならない。」（傍点は筆者）

この提案に対して、ライヒ内務大臣として憲法委員会に出席していたプロイスが、条文中の「特別の」という文言に疑問を投げかけた。彼は、一九一〇年の著書において、民刑事事件を扱う司法裁判所が公法上の事件についても管轄権を有することが、法治国原理から要請されると述べていた[186]。そして、憲法委員会においても、行政裁判を司法裁判所に統合する方が法治国の発展にとっては理想的であり、「特別の」という文言は、司法裁判所から独立した行政裁判所の設置を求めるものと解されうるので好ましくないと主張したのである[187]。プロイスの主張に対して、バイエレ委員は「特別の」という文言は重視していないと説明したため、その文言は削除された[188]。

その後、「憲法委員会」は六月一八日まで審議を行い、その結果をまとめた草案は同日に憲法委員会案として国民議会に報告されるとともに公表された[189]。この案の段階では、右の条文はヴァイマル憲法一〇七条と同一のものに

なっている（憲法委員会案一〇五条）[190]。国民議会は、憲法委員会案について第二読会（七月二日から二二日まで）及び第三読会（七月二九日から三一日まで）を開き、そこでかなりの修正を行ったが、最終的には七月三一日に可決した。そして、ヴァイマル憲法は八月一一日に大統領フリードリヒ・エーベルトにより認証され、八月一四日に公布・施行されたのである。[191]

(2) ヴァイマル憲法一〇七条の解釈

(a) 司法国家制の許否

以上の経緯で制定されたヴァイマル憲法一〇七条については、その解釈をめぐって様々な議論が行われた。その中でも制定過程からしてまず注目されるのは、ヴァイマル憲法一〇七条は行政事件を司法裁判所の管轄とすること（いわゆる司法国家制）を許容しているのかどうかという問題である。第二帝政期においては、当時の裁判所構成法施行法[192]四条一文により、司法裁判所に行政事件の管轄を認めることもできると考えられていたので[193]、それとの関係では、かかる状況がヴァイマル憲法一〇七条によって改められたのかという問題であると言える。

そのような問題に関して、一方では、ヴァイマル憲法一〇七条は司法国家制の採用を許容しているとする見解が見られた[194]。これは、制定過程で「特別の」という文言が削除されたことを主な根拠としており、一〇七条の解釈にプロイスの考え方をより反映させようとする見解であったと評価することもできるだろう[195]。

しかし多数説は、ヴァイマル憲法一〇七条は司法国家制の採用を認めておらず、行政裁判所を設置し、そこに行政事件の管轄を割り当てることを要求していると解していた[196]。さもなければ一〇七条において「行政裁判所」の用語は使われなかったであろうといったことがその理由である。また、制定過程におけるプロイスの主張は個人の学問的見解の表明に過ぎず、立法者意思と解してはならないとも言われた[197]。

もっとも、二つの見解は、必ずしも全面的に対立していたわけではないと思われる。司法国家制の採用は許されるとする論者の中にも、行政裁判所を設ける方が望ましいと主張する者は存在した[198]。他方で、多数説においても、一定の行政事件を司法裁判所の管轄としたり、行政裁判所と司法裁判所の間で組織的な結び付きを認めたりしても、それらはヴァイマル憲法一〇七条に反しないとされることがあった[199]。

さらに、ヴァイマル憲法一〇七条により行政裁判所の設置が求められたとしても、そのことが意味を持ったのは、ライヒ及び第二帝政期に行政裁判所を置かなかったラント（注（11）を参照）に限られていた。それ以外のラントは第二帝政期に行政裁判所を設けており、多数説が説く要求はすでに満たしていたのである。

(b)　概括主義の採用の要否

だが、ヴァイマル憲法一〇七条に関しては、それは概括主義の採用を要求するものであるか否かということも議論されており、この点は第二帝政期にすでに行政裁判所を設置していたラントにとっても問題になった。第一章第一節2で見た通り、第二帝政期における各邦（ラント）の行政裁判所の管轄事項は、それを広く認めていた邦であっても、ヴュルテンベルク及びザクセンが抗告訴訟に限って概括主義を採用していた程度であった。もしヴァイマル憲法一〇七条が概括主義の採用を求めているとすれば、すでに行政裁判所を置いていたラントも管轄事項を拡大する必要があったのである。

右の問題について、ヴァイマル憲法一〇七条は概括主義の採用を要求しているという説も確かに存在した[200]。この説は法治国の理念も根拠として挙げており、ヴァイマル憲法一〇七条の規定に法治国の要請を読み込んだものと言える。しかし、支配的見解は、ヴァイマル憲法一〇七条が概括主義と列挙主義のいずれの採用を求めているかということは明らかでなく、「法律の定める基準に従い」という文言からすれば、行政裁判所の管轄事項の定め方はラ

イヒ及びラントの立法者の判断に委ねられていると解していた。[201]

ただし、支配的見解によっても、行政裁判所の管轄事項を立法者が自由に定めることができるとされていたわけではない。管轄事項とされる範囲は最低限度を下回ってはならないとか、[202] あるいは、行政裁判所の管轄を認めることが原則であり、その例外は正当な理由がある場合にのみ許されるなどと説かれていた。[203] 他方で、ヴァイマル憲法一〇七条は、行政行為に対する事後的訴訟のみを問題にしているという指摘もされていたところである。[204]

2　各ラントの状況

以上、ヴァイマル憲法一〇七条の解釈をめぐる議論状況について述べてきたが、[205] ヴァイマル期にはほぼすべてのラントが行政裁判制度を設けており、それは本節1(2)(a)で見た多数説に沿うものであった。[206] その一方で、本節1(2)(b)で紹介した支配的見解が、行政裁判所の管轄事項の定め方は立法者の判断に委ねられていると解していたこともあり、管轄事項については、ハンブルク及びブレーメンを除くと、第二帝政期のヴュルテンベルク及びザクセンよりもそれを広く認めたラントは存在しなかった。[207] そのため、ヴァイマル期の各ラントの行政裁判制度に関しては、第二帝政期と比べてほとんど発展が見られなかったという評価も現在では存在するところであるが、[208] 全く動きがなかったわけではない。ハンブルク及びブレーメンの状況は本章第二節で扱うので、以下では、行政裁判所の管轄事項、並びに、本稿が考察の対象とする訴訟類型の点から注目されるラントとして、テューリンゲン、プロイセン、バイエルンの状況を見ることにしよう。[209]

(1)　テューリンゲン

テューリンゲンは、第二帝政期は「テューリンゲン諸国」と呼ばれていたように小さな邦に分かれていたが、一

九一〇年にそのうち四つの邦が共同で上級審として上級行政裁判所を設置し（その後、ザクセン＝コーブルク＝ゴータも設立に参加）、一九一二年から活動を開始していた。[210] 一九二〇年にテューリンゲン諸国は合併して一つのラントとなり、[211] 上級行政裁判所はラント全体に管轄権を有することになったが、上級行政裁判所の管轄事項と下級審のあり方については、第二帝政期から各邦の法律の定めるところに委ねられており、[212] 依然としてかつての邦ごとに異なっていた。そのため、ラント全体での行政裁判制度の統一が求められたが、その要求はまず一九二三年の「行政裁判権に関する法律」[213] によって達成され、さらに一九二六年には一九二三年の法律に代わるものとして「ラント行政法」[214] が制定された。

「行政裁判権に関する法律」と「ラント行政法」はいずれも、行政裁判所の管轄事項に関しては同様の仕組みを採っており、それはヴュルテンベルク及びザクセンの制度に倣ったものであった（第一章第一節2(3)を参照）。[215] すなわち、行政裁判を抗告訴訟とそれ以外の訴訟に区分した上で、前者については概括主義が採用され、原則として上級行政裁判所の一審制とされたのに対して（「行政裁判権に関する法律」三一条一項、「ラント行政法」一一三条一項・一二七条）、[216] 後者に関しては列挙主義が採られ、第一審と上級行政裁判所の二審制とされたのである（「行政裁判権に関する法律」二八条から三〇条・四七条一項、「ラント行政法」一〇条一項・七〇条二号）。後者の抗告訴訟以外の訴訟は対等当事者間の公法上の争いと説明されており、[217] 専ら当事者訴訟を意味したと考えられる。さらに、ヴュルテンベルク及びザクセンの場合と異なり、第一審も一般行政の組織から独立したものとされていた（「行政裁判権に関する法律」一条二項、「ラント行政法」一八条一項）。[218]

もっとも、抗告訴訟における救済態様は行政庁の処分の取消しに限られていた。[219] 行政庁の処分の不作為に対しては、上級行政庁への訴願が認められるに過ぎないと説かれていたのである。[220]

(2) プロイセン

プロイセンの場合、行政裁判所の管轄事項については、一定領域における概括主義とそれ以外における列挙主義という第二帝政期の枠組み（第一章第一節2(2)を参照）が維持された一方で[221]、訴訟類型の問題に関しては若干の動きが見られた。

(a) まず、第二帝政期においては、少なからず例外は存在したものの（第一章第二節2(2)・3(1)・(3)を参照）、判例の原則的な立場はなお、個別の法律の規定が認めていなければ確認訴訟は提起できないというものであったと考えられる。このような状況に対して注目されるのが、ビル・ドレフスによる行政改革の構想の中での提案である[222]。第一次世界大戦中の一九一七年にプロイセン内務大臣に任命されたドレフスは、戦時体制による行政の肥大化を受けて、その簡素化と経費削減を目的とする改革の可能性の調査に着手し、その結果を『行政改革大綱』としてまとめた。彼はその後、一九一八年一一月のドイツ革命により内務大臣を辞任したが、翌一九一九年五月に内務大臣ヴォルフガング・ハイネの下で行政改革の準備委員に任命され、『行政改革大綱』に基づいて改革に関する法律の草案を作成している。

ドレフスがまとめた『行政改革大綱』においては、行政裁判制度の問題も取り上げられており、そこでは、戦時体制にそぐわないように思われるものの（注（244）を参照）、行政裁判制度の充実が指向されていた。具体的には、行政裁判所の管轄事項の拡大、下級審の一般行政の組織からの分離といった提案がなされていたが[223]、確認訴訟に関しては、それが認められる場合の拡張が求められていたのである[224]。ドレフスが確認訴訟を容認すべき例として挙げたものは、退去命令を事前に防ぐための国籍確認訴訟や、義務の有無及び内容が確定していないことによる地価の低下を防止するために沿道住民が提起するような、道路の維持管理費用の負担義務の存否に関する確認訴訟などで

あった。

右の確認訴訟に関する提案に対しては、好意的な評価が存在したところである。[225] だが、『行政改革大綱』においては、個別の法律の規定の有無に関わらず確認訴訟を一般的に許容するということまでは意図されていなかった。[226] さらに、ドレフスが一九二一年にプロイセン上級行政裁判所長官に就任したために、彼の行政改革の構想は実現されないままになってしまった。結局のところ、プロイセンにおいては、原則として個別の法律の規定がなければ確認訴訟は認められないという状況が続いたのである。[227]

(b)　他方で、第一章第三節3(1)で述べたように、第二帝政期の判例は、警察処分の場合にはごく一部の例外を除いて義務付け訴訟を否定していたが、ヴァイマル期に入っても義務付け訴訟を認めた判例は見られないままであった。しかし、それ以外の処分の場合には、第二帝政期の判例は、例えば演劇の上演許可に関して義務付け訴訟を明確に容認していたが、ヴァイマル期になると、さらに別の処分についても従来の判例を変更して義務付け訴訟を適法とするものが現れた。

すなわち、行商免許状〔Legitimationskarte〕の申請に対して拒否処分が下された場合に関して、第二帝政期の判例は、行政裁判所の権限は当該拒否処分の取消しに限られるとしていた。[228] だが、プロイセン上級行政裁判所一九二二年三月九日判決は、次のように判示して行商免許状の義務付け訴訟を認めたのである。

「これまで上級行政裁判所は、ライヒ営業法四四条・四四a条による行商免許状の拒否に対する訴えにおいては、せいぜい……拒否処分を取り消す判決を得ることができるに過ぎないということを前提にしてきた。そのことは、免許状を与えるのは行政裁判所の裁判官の任務ではなく、同法四四a条に示された行政庁（プロイセンでは地方警察官庁）の任務であるということによって根拠付けられていた。」

しかし、「行商免許状の拒否を争う場合に関しては、〔警察処分を争う場合について〕プロイセン『一般ラント行政に関する法律』一二七条以下で規定されていることとは明らかに異なる定めが置かれている。」「行政裁判所の裁判官は、免許状の申請に対して初めに決定を行う行政庁（つまり地方警察官庁）と同じように実質的に判断をしなければならないのであって、ラント法上の警察処分に関して行政裁判所の裁判官は……当該処分の取消しができるに過ぎないという状況から生じる制限には拘束されていない。」「それゆえ、行政裁判所の裁判官は、行商免許状の拒否に対する訴えに理由があると考えるとき、拒否処分の取消しに止まってはならず、場合によっては免許を与えるべき旨を命じなければならない」[229]。

この判例も、行商免許状が警察処分に当たらないことを理由としている点では、演劇の上演許可について義務付け訴訟を認めた第二帝政期の判例と同一線上にあると言えよう。

(3) バイエルン

(a) バイエルンは、一八七八年の行政裁判制度の創設以来、管轄事項について列挙主義を維持してきたが（第一章第一節2(1)を参照）、ヴァイマル期にそれを改めようとする動きが高等行政裁判所において見られ、一九二五年には高等行政裁判所が内務省の指示を受けて、行政裁判制度に関する新たな法律の草案を作成した。そこでは、特に抗告訴訟に関して概括主義を導入することが意図されていた。だが、草案に対しては、権利保護の拡大に反対する見解が強く主張されたとともに、行政機構の簡素化を目指す改革の問題なども関係し、草案は法律として成立するには至らなかった[230]。

その一方で、訴訟類型の問題に目を移すと、確認訴訟に関しては、以前よりもそれを緩やかに認めようとする判例が見られた。例えば、ヴァイマル憲法制定前の判例であるが、バイエルン高等行政裁判所一九一九年一月三日判

決は、タバコ工場の建設を企図した原告が、ゲマインデは向こう五年間、原告に賦課金の支払いの免除を与える義務があることの確認を求めて訴えを提起した事例において、原告に対して反復して金銭の支払いが求められる場合、確認訴訟が認められなければならないと判示していた。[231] この判決は、不利益を事前に防止するために確認訴訟を認めた点で注目されるものである。しかし、確認訴訟を提起できるのは、それを個別の法律の規定が認めた場合に限られるということが依然として説かれており、[232] その説明からすれば、確認訴訟の許容性にはなお限界があったと言える。

(b)　もっとも、行政裁判制度における権利保護の不備は、一九一九年のバイエルン憲法[233]九三条が認めた憲法訴願によって、ある程度補完されていた。同条一項一文は、「バイエルン国籍を有する者及びバイエルンに所在地を有する法人はすべて、行政庁の活動により憲法に違反して自己の権利を侵害されたと考えるとき、国事裁判所に訴願を行う権利を持つ。」という規定であったが、そこで言う「行政庁の活動」は広く捉えられ、公法上の行為と私法上の行為のいずれも対象とし、さらに不作為も含むと理解されていたのである。[234] また、憲法訴願を認容する場合の判決としては、確認判決が用いられた。[235] 憲法訴願は、バイエルン国事裁判所に係属した事件全体の中で、かなりの割合を占めたと言われるが、[236] ただ、憲法訴願を行うことができるのは、バイエルン憲法が保障する基本権が侵害された場合に限られるという限界があった。[237]

3　学説の状況

(1)　概括主義の採用の主張

以上、各ラントの状況を見てきたが、それに対して、学説では行政裁判所の管轄事項及び訴訟類型について、ど

のような議論がされていたのであろうか。

はじめに、行政裁判所の管轄事項の問題から見ると、本節1(2)(b)において、ヴァイマル憲法一〇七条は行政裁判所の管轄事項の定め方を立法者の判断に委ねているとする解釈が支配的であったと述べたが、立法論として列挙主義の採用を主張する見解も存在した。列挙主義によれば行政裁判所の管轄事項が明確になり、その該当性をめぐる争いを回避できるといったことがその理由である。[238]

確かに、前にも触れた通り（注（76）を参照）、行政裁判所への訴えの提起に関して権利侵害が要件とされている場合において、一九世紀後半のように行政法令が未だ整備されておらず、公権論も十分に発展していない段階であれば、権利侵害の有無をめぐる争いを避けるため、法的安定性の見地から列挙主義を採ることも望ましかったかもしれない。だが、行政法令が整備され、公権に関する議論も深化するにつれて、[239] 列挙主義に優位を認める前提が崩れていくことになる。むしろ、行政の任務が拡大し、行政法令が増えるに伴い、[240] 列挙主義の欠点が指摘されるようになってきた。

具体的には、列挙主義に拠った場合、新たな法律を制定するたびにいかなる事項を行政裁判所の管轄とするかについて、立法者が個々に判断をしなければならない。しかし、立法者が将来の可能性や状況の変化まで考慮に入れてそのような判断を行うことは困難であるから、権利保護に欠缺が生じるという主張がされたのである。[241] さらに、例えばプロイセンでの警察処分に関する概括主義の経験から、概括主義を採っても行政裁判所の負担にはならないといったことも根拠として、[242] 学説においては概括主義の採用を求める見解が有力になった。[243] そうした要求の背景には、第一次世界大戦に伴う戦時体制の下で、行政裁判所の管轄の排除を定める法令が相次いで発せられたが、戦後になっても、そのような法令が廃止されない場合が存在したのみならず、さらに行政裁判所への出訴を認めない法

律が新たに制定されたことに対する反発もあったと考えられる。[244] この他、概括主義の採用は、行政法理論及び行政裁判制度の発展に寄与するという指摘もされていたところである。[245]

(2)　訴訟類型の拡大の主張

さらに、行政の任務の拡大により、従来からの訴訟類型だけでは十分に対応できない事態が増加したという認識もあったからだと思われるが、訴訟類型の拡大を求める主張も増えてきた。こうした主張は、概括主義の採用を要求する論者において特に見られたところである。

まず、第二帝政期から多くのラントの判例が、確認訴訟を提起できるのは個別の法律の規定がそれを認めた場合に限られるという立場を原則として採ってきたことは、繰り返し述べてきた。この個別的許容説に対して、第二帝政期にすでに批判的な学説が存在したことは、第一章第二節2(3)で紹介した通りである。しかし、ヴァイマル期になると、確認訴訟が認められる場合の拡張を説いたり、行政裁判所の管轄事項であれば個別の法律の規定の有無に関わらず、確認訴訟を一般的に許容すべきと主張する論者がより多くなってきたと言える。[246] そうした論者は、例えば、行政行為の発付が差し迫っている場合、あるいは法令違反などを理由とする刑事訴追のおそれがある場合において、確認訴訟が認められるべきとしていた。[247]

また、行政庁の処分の不作為についても、それによって私人の権利が侵害されることがあるとして、訴訟の提起を可能とすべきという見解が見られた。[248] この不作為に対する救済に関しては、それが一定期間続けば拒否処分が行われたものとみなすという仕組みが取り上げられることがあった。[249] かような仕組みは第二帝政期にすでに提案されていたものであるが（第一章第三節3(3)を参照）、それに対しては、拒否処分に対する取消判決だけでは原告を満足させることはできないという指摘がされていた。[250] そのような問題、さらには公権論の進展もあったからであろう

が、義務付け訴訟の容認を明確に主張する者も現れたのである。[251]

ところで、右のように概括主義の採用や訴訟類型の拡大を主張する学説の中でも、ヴァイマル期に設けられたハンブルクの行政裁判制度は高く評価されていた。[252] それは当時の学説にも影響を与えたと考えられるのみならず、現在でも第二次世界大戦後の行政裁判制度にとって模範になったと言われることがある。[253] また、ブレーメンにおいても、ハンブルクと同様の行政裁判制度がヴァイマル期に作られている。そこで次節では、ハンブルクとブレーメンの行政裁判制度を取り上げて考察することにしたいが、まずは制度創設の経緯から見ていくことにしよう。[254]

(131) Hohl (Anm. 31), S. 67 f., 181. ちなみに、ヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」六二条一項が、新たな事実や証拠を考慮するには行政庁の同意が必要であるとしていたのは、行政の権威に配慮するためであると言われていた。Hohl, (Anm. 31), S. 181.

(132) Hohl (Anm. 31), S. 67 f.

(133) ザクセン「行政裁判に関する法律」八一条三項は、「事実状況がなお重要な点において補完を要するとき、又は原告が新たな事実若しくは証拠を主張したときには、上級行政裁判所は、決定に対して訴えを提起された行政庁に事案を差し戻すことができる。」という規定であった。

(134) Apelt (Anm. 59), S. 307.

(135) Apelt (Anm. 59), S. 307.

(136) ちなみに、一八九一年のプロイセン所得税法四七条も、課税処分に対する訴えに理由がある場合には、上級行政裁判所が自ら税額を修正することができるとしていた。Morgenbesser, Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren, PrVBl. 27 (1906), S. 907 [908] は、より一般的に、行政庁の処分が金銭の納付を求めるものである場合、それに対する訴訟においては、処分の取消しのみならず、裁判所が納付額を自ら確定することも認められるべきであると主張していた。

(137) ザクセン「行政裁判に関する法律」二五条一項は、争われている処分を裁判所が原告の不利益に変更することを認めて

いた。

(138) ＶｗＧＯ一一三条二項一文は、「原告が、金額を確定し、又はそれに関係する確認を行う行政行為の変更を請求する場合において、裁判所は異なる額の金額を確定し、又は行政行為による確認を別の確認に置き換えることができる。」と定めている。ＶｗＧＯ一一三条二項については、参照、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）—ドイツ法の視点から」自治研究八一巻四号（二〇〇五年）八四頁以下。

(139) Apelt (Anm. 59), S. 307.

(140) そのような判例として、OVG Sachsen, Urt. v. 17. 7. 1901, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 1, 122 [122 f.]; OVG Sachsen Urt. v. 12. 4. 1905, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 7, 98 [99].

(141) Gesetzsammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1842, S. 192 ff.

(142) OVG Preußen, Urt. v. 3. 7. 1895, PrOVGE 28, 343 [346 f., 350].

(143) 同じく、処分が撤回された後の取消訴訟を適法と認めるに当たり、「警察処分に関する訴訟の許容性に関する法律」を援用した判例として、OVG Preußen, Urt. v. 25. 11. 1904, PrOVGE 46, 423がある。なお、宇賀・前掲注（53）二〇頁以下、村上裕章「ドイツ行政訴訟における訴えの利益の事後消滅—継続的確認訴訟の検討—」比較法研究五六号（一九九四年）一七三頁も参照。

(144) OVG Preußen, Urt. v. 30. 11. 1908, Gewerbearchiv für das Deutsche Reich 8 (1909), S. 399 [400 f.].

(145) 他に、プロイセン上級行政裁判所一九一〇年二月一八日判決は、行政庁が政治的集会に当たると考えた集会を監視させるために官吏を派遣したことから、当該集会の関係者が官吏の派遣命令の取消訴訟を提起した事例において、問題の集会はすでに終了していたにも拘らず、それは政治的集会に該当しないとして、集会関係者の請求を認容している。OVG Preußen, Urt. v. 18. 2. 1910, PrOVGE 56, 299.

(146) OVG Sachsen, Urt. v. 22. 1. 1902, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 2, 45 [49 f.]. ザクセン上級行政裁判所一九〇五年三月一五日判決も、争いの対象となっていた処分が職権取消しによってなくなったことから、取消訴訟を不適法なものとしている。OVG Sachsen, Urt. v. 15. 3. 1905, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwal-

tungsgerichts 7, 97 [97].

(147) OVG Sachsen, Urt. v. 28. 10. 1909, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 14, 329 [331].

(148) ＶｗＧＯ一一三条一項四文は、「行政行為が取消し又はその他の方法によりすでに決着した場合において、原告がその違法の確認について正当な利益を有するとき、裁判所は申立てに基づき、当該行政行為が違法であったことを判決により宣言する。」という規定である。継続確認訴訟については、市原昌三郎「西独における行政行為の違法宣言制」一橋論叢五〇巻四号（一九六三年）二一頁以下、同「行政事件訴訟法第九条かっこ書きの意味」公法研究二六号（一九六四年）一八二頁以下、小山正善「〝遂行的確認訴訟〟について―西ドイツ行政裁判所法一一三条一項四文の解釈をめぐって」山口経済学雑誌三七巻五・六号（一九八八年）三四一頁以下、村上・前掲注（143）一七二頁以下、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ（下）」ジュリスト一二三九号（二〇〇三年）一一三頁以下を参照。

(149) Vgl. OVG Preußen, Urt. v. 24. 5. 1892, PrOVGE 23, 321 [323]. Vgl. auch OVG Preußen, Urt. v. 16. 10. 1879, PrOVGE 5, 376 [377].

(150) OVG Preußen, Urt. v. 24. 5. 1892, PrOVGE 23, 321 [323].

(151) OVG Preußen, Urt. 15. 9. 1881, PrOVGE 8, 246 [248].

(152) OVG Preußen, Urt. v. 25. 4. 1898, DJZ 3 (1898), S. 455 [455]. なお、判決は以下のようにも判示している。「警察官庁は、建設許可の申請について改めて審査をするに当たり、行政裁判所の裁判官によって違法と判断された拒否事由を再び持ち出してはならない。だが、申請を場合によっては別の理由で拒否することは、警察官庁の裁量に委ねられている。」

(153) OVG Preußen, Urt. v. 23. 6. 1900, PrOVGE 37, 309 [317 f.].

(154) Vgl. OVG Preußen, Urt. v. 7. 10. 1890, PrVBl. 12 (1891), S. 481 [482 f.]; OVG Preußen, Urt. v. 24. 10. 1901, PrOVGE 40, 371 [372 f.]; OVG Preußen, Urt. v. 11. 12. 1905, PrOVGE 48, 392 [395 f.]; OVG Preußen, Urt. v. 25. 5. 1906, PrOVGE 49, 397 [398]. 初めの三つの判例は建設許可を求める訴訟に関するものであり、最後の判例は狩猟用の武器の携帯許可を求める訴訟に関するものである。

(155) OVG Preußen, Urt. v. 21. 11. 1891, PrOVGE 22, 396 [407 f.].

(156) OVG Preußen, Urt. v. 2. 2. 1901, DJZ 6 (1901), S. 287 [287]. 同旨の判例として、OVG Preußen, Urt. v. 1. 7. 1915,

PrOVGE 69, 371 [373].

(157) OVG Preußen, Urt. v. 5. 5. 1905, PrOVGE 47, 121 [122 f.].

(158) ヴァイマル期のプロイセン上級行政裁判所の判例の中にも、警察処分以外の処分について義務付け訴訟を認めたものがあるが、それに関しては第二章第一節2(2)で紹介する。

(159) OVG Sachsen, Urt. v. 27. 7. 1901, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 1, 107 [108].

(160) 上級行政庁が処分の不作為に対する訴願を退けたことについても、取消訴訟は提起できないとされていた。Apelt (Anm. 59), S. 280.

(161) OVG Sachsen, Urt. 14. 10. 1908, Jahrbücher des Königlich Sächsischen Oberverwaltungsgerichts 13, 4 [7, 9].

(162) Z. B. Anschütz (Anm. 90), S. 405; Friedrichs (Anm. 86), S. 119, 283. 申請拒否処分の取消判決は事案を行政庁に差し戻す機能を有すると評価されることもあった。Friedrichs (Anm. 86), S. 112 f.

(163) Braunwart (Anm. 63), S. 289.

(164) Alfred Wilke, Zur Umbildung des Verwaltungsprozesses, PrVBl. 31 (1910), S. 321 [321 f.].

(165) Rudolf von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen (1910), S. 255.

(166) この他、わが国の行訴法の差止訴訟に相当するものについて、Apelt (Anm. 59), S. 227は、処分が行われる前に抗告訴訟を提起することは認められないとしていた。

(167) Wilke (Anm. 164), S. 322.

(168) 村上・前掲注（143）一七三頁も参照。

(169) プロイセンの場合に関して、Morgenbesser (Anm. 136), S. 908は、課税処分の職権取消しが行われたとき、当該処分が違法であったことの確認訴訟は法律が認めていないものであると述べていた。

(170) さらにここでは、プロイセン上級行政裁判所の判例が合成的行政処分の理論により、即時強制の中に事実行為を通じて表現された命令があるとして、即時強制の取消訴訟を認めていたことも想起されてよいであろう。参照、広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣、一九七七年）一〇四頁以下、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣、一九八八年）一六〇頁以下。

(171) ただし、このような観念があったとしても、それは行政裁判所が一般行政の組織から分離していることを前提としたも

のであったと思われる。実際、プロイセンの下級審は一般行政の組織から独立していなかったが、その裁判例において義務付け判決を下したものが散見されたことは、本節3(1)(a)で触れた通りである。

(172) Rolf Grawert, Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik, in: Hans-Uwe Erichsen u. a. (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag (1985), S. 35 [52].

(173) Röttinger (Anm. 66), S. 41.

(174) ヴュルテンベルク「行政裁判に関する法律」一三条二項を根拠に、義務付け訴訟を不適法とした判例として、例えばVGH Württemberg, Urt. v. 27. 11. 1907, Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege 20 (1908), S. 190がある。この判決は、第三者の採水により自己の土地の湧水量が減った者が、当該第三者の採水設備に対して行政庁が適切な処置を行うことを求めて訴えを提起した事例に関するものである。本判決については、原田・前掲注（72）二八〇頁も参照。

(175) さらに、先に触れたバーデン「行政裁判に関する法律」四条五項三号に対しても、営業許可を求める権利が存在しないと言えるかどうかは疑わしいということが指摘されていた。Bühler (Anm. 66), S. 472 f.

(176) この他、後の学説の中には、当時は行政裁判所が自ら許可などを付与する制度があり、それが現在の義務付け訴訟に相当する役割を果たしていたということを指摘するものがある。Rüfner (Anm. 83), S. 913; Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht (1999), S. 58 f., 242 f. さらに、そのような制度の方が、行政裁判所から直接に許可などを得られるので、原告にとっては義務付け訴訟よりも効果的なものであったのだろうという評価も見られる。Ibler, a. a. O., S. 269 f. こうした評価が正しければ、行政裁判所自体が許可などを与える制度の存在も、義務付け訴訟をめぐる議論に影響を及ぼしていた可能性がある。

(177) この判決も、建設許可申請の拒否処分に対して取消訴訟が提起されたが、当該拒否処分は行政庁によってすでに取り消されていたという事例に関するものであった。

(178) OVG Preußen, Urt. v. 3. 7. 1895, PrOVGE 28, 343 [345 f.].

(179) Vgl. Friedrichs (Anm. 86), S. 300.

(180) Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. Aufl. (1931), S. 435 f.

(181) ヴァイマル憲法一〇七条の制定過程及び解釈については、原龍之助「獨逸聯邦行政裁判制度の趨勢」法学論叢二八巻三

号（一九三二年）九七頁以下、人見剛「ワイマール期ドイツ行政裁判制度論」東京都立大学法学会雑誌二八巻一号（一九八七年）二四一頁に紹介がある。ヴァイマル憲法の制定過程全般に関しては、山田晟『ドイツ近代憲法史』（東京大学出版会、一九六三年）八七頁以下、小林昭三『ワイマール共和制の成立』（成文堂、一九八〇年）五頁以下、C. F. メンガー（石川敏行ほか訳）『ドイツ憲法思想史』（世界思想社、一九八八年）二三六頁以下、塩津徹『現代ドイツ憲法史―ワイマール憲法からボン基本法へ―』（成文堂、二〇〇三年）三三頁以下を参照。また、Ch. グズィ（原田武夫訳）『ヴァイマール憲法―全体像と現実―』（風行社、二〇〇二年）は、ヴァイマル憲法を全体にわたって考察したものである。

(182) プロイスに焦点を当てて、ヴァイマル憲法の制定過程を分析したものとして、初宿正典「フーゴ・プロイスとヴァイマル憲法構想」宮田光雄編『ヴァイマル共和国の政治思想』（創文社、一九八八年）二頁以下、鳥居喜代和『憲法的価値の創造―生存権を中心として―』（日本評論社、二〇〇九年）四一頁以下、今野元「マックス・ヴェーバーとフーゴー・プロイス―ヴァイマール共和国制における連邦制問題を中心として」政治思想研究一〇号（二〇一〇年）二五三頁以下、遠藤泰弘「ヴァイマル憲法制定の審議過程におけるフーゴー・プロイス―直接公選大統領制をめぐって―」権左武志編『ドイツ連邦主義の崩壊と再建―ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ―』（岩波書店、二〇一五年）二頁以下などがある。

(183) 四本の草案は、Heinrich Triepel, Quellensammlung zum deutschen Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. (1931), S. 6 ff., 10 ff., 17 ff., 27 ff. に掲載されている。

(184) Vgl. Wolfgang Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht (1991), S. 161.

(185) Protokolle des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung, 31. Sitzung vom 27. Mai 1919, S. 11.

(186) Hugo Preuß, Zur preußischen Verwaltungsreform (1910), S. 64 f. ちなみに、一九世紀末から二〇世紀初頭のプロイセンにおける行政改革の動き、及びそれに関するプロイスの提言については、野村耕一「フーゴ・プロイスとプロイセン＝ドイツの行政改革―政治思想史的考察―」史林七四巻一号（一九九一年）七頁以下を参照。

(187) Protokolle des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung, 31. Sitzung vom 27. Mai 1919, S. 12.

(188) Protokolle des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung, 31. Sitzung vom 27. Mai 1919, S. 21.

(189) 憲法委員会案も、Triepel (Anm. 183), S. 38 ff. に掲載されている。

(190) Vgl. auch Walter Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte,

VVDStRL 2 (1925), S. 8 [13].

(191) Reichsgesetzblatt 1919, S. 1383 ff.

(192) Reichsgesetzblatt 1877, S. 77 ff.

(193) Anschütz (Anm. 85), S. 392. Vgl. auch Felix Genzmer, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Band 2 (1932), S. 506 [507 f.]. 当時の裁判所構成法施行法四条一文は、「各邦の立法は、裁判所の管轄に関する裁判所構成法の規定によって、他のあらゆる種類の裁判権及び司法行政の業務を当該邦の裁判所に委ねることを妨げられない。」という規定であった。

(194) Ritter (Anm. 83), Sp. 53; Jellinek (Anm. 190), S. 12 ff.; Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (1928), S. 250. 特にイェリネックの見解については、人見剛『近代法治国家の行政法学―ヴァルター・イェリネック行政法学の研究―』（成文堂、一九九三年）二一一頁以下も参照。

(195) さらに、Jellinek (Anm. 190), S. 14は、ブレーメンでは第一次世界大戦後から一九二四年に行政裁判制度が設けられるまでの間、行政事件は暫定的に従前と同じく司法裁判所の管轄とされていたところ（本章第二節1(2)を参照）、もしヴァイマル憲法一〇七条が司法国家制を許容していないとすれば、そのような状況は憲法違反とされていたはずだということも指摘している。

(196) 多数説に立つ者として、例えば、Gerhard Lassar, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2 (1925), S. 81 [95]; Heinrich Gulden, Das künftige Reichsverwaltungsgericht (1928), S. 20; Genzmer (Anm. 193), S. 518 f.; Gerhard Anschütz, Artikel 107, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Band 1 (1929), S. 129 [132 ff.].

(197) Anschütz (Anm. 196), S. 134.

(198) Fleiner (Anm. 194), S. 250.

(199) Anschütz (Anm. 196), S. 143. Vgl. auch Gulden (Anm. 196), S. 29. この所説は、ハンブルクの行政裁判制度、さらにはライヒ行政裁判所の設立に関する一九二五年の法律案を意識したものであったと考えられる。本章第二節及び補論で述べるように、ハンブルクの行政裁判所・上級行政裁判所の裁判長はそれぞれ、司法裁判所であるハンブルク地方裁判所・上級地方

裁判所の裁判官から任命されるなどとされており、また、一九二五年の法律案は、ライヒ行政裁判所をライヒスゲリヒト（注（52）を参照）に行政部の形で付設しようとするものであった。

(200) Bill Drews, Generalklausel und Verwaltungsstreitverfahren, DJZ 30 (1925), Sp. 917 [917 f.]; Richard Thoma, Die Gestaltung des Reichsverwaltungsgerichts, ZöR 5 (1926), S. 27 [32 f.].

(201) 支配的見解として例えば、Jesse, Ueber das Reichsverwaltungsgericht, DJZ 31 (1926), Sp. 1 [3]; Hans Nawiasky, Das Reich als Bundesstaat (1928), S. 57 f.; Gulden (Anm. 196), S. 26 f.; Anschütz (Anm. 196), S. 143; Genzmer (Anm. 193), S. 520; OVG Sachsen, Urt. v. 18. 1. 1924, PrVBl. 48 (1926), 15 [16].

(202) Anschütz (Anm. 196), S. 143. Vgl. auch Jellinek (Anm. 190), S. 16.

(203) Gulden (Anm. 196), S. 27; Genzmer (Anm. 193), S. 520.

(204) Genzmer (Anm. 193), S. 519 f. ただし、Gulden (Anm. 196), S. 26は、ヴァイマル憲法一〇七条の「命令及び処分」には行政行為以外の形式による活動も入り、さらに行政に作為義務がある場合における不作為も含まれるとかなり広く解していた。

(205) この他、ライヒ行政裁判所の設立をめぐる議論の中で、そのあり方との関係でもヴァイマル憲法一〇七条の解釈は問題になったが、それについては本章補論で取り上げる。

(206) Jakob Julius Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (2015), S. 29は、第二帝政期に行政裁判制度を設けなかったラントがヴァイマル期にそれを導入した背景として、行政法令の増加も挙げる。もっとも、シャウムブルク＝リッペ（現在のニーダーザクセン州の一部）は、一九二二年のシャウムブルク＝リッペ憲法四三条が行政裁判所に関する規定（「行政訴訟手続を実施するため、法律により特別の行政裁判所が設けられる。」）を置いていたにも拘らず、行政裁判制度を創設しなかった。ヴァルデック（現在のヘッセン州の一部）も行政裁判所を持たなかったが、一九二九年にプロイセンに統合されている。Jellinek (Anm. 11), S. 93; 山田・前掲注（181）一一五頁。

(207) ただし、Grawert (Anm. 172), S. 46によると、ラントの法律で行政事件について司法裁判所の管轄が認められることも稀ではなく、また、司法裁判所も行政が関係する訴訟を国庫的なものとして扱うことによって自身の管轄を根拠付け、権利保護の拡張に努めたという。

(208) Wolfgang Rüfner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Kurt G. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte Band 4 (1985), S. 639 [640]; Otto Kimminich, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimar Republik, VBlBW 1988, 371 [377 ff.].

(209) それ以外のラントの状況については、vgl. Joachim von Elbe, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder (1925), S. 36 ff.; Rüfner (Anm. 208), S. 648 ff. また、人見・前掲注（181）二四三頁以下、同・前掲注（194）二〇〇頁以下も参照。

(210) 上級行政裁判所が設立されるまでの経緯を紹介するものとして、Herbert Weber, Die Entwicklung der Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Thüringen (1931), S. 12 ff. そこでは、各邦及び各都市の議会による行政裁判制度の導入の要求が、上級行政裁判所の設置の原動力になったことが強調されている。Vgl. auch Thomas Heil, Die Geschichte der thüringischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Teil I), ThürVBl. 2000, 25 [25]. 他方で、各邦ごとに上級行政裁判所を設けることは財政上の理由から困難であったという。

(211) ただし、同君連合であったザクセン＝コーブルク＝ゴータのうち、コーブルクは住民投票の結果を受けてバイエルンとの統合を決定した。

(212) Weber (Anm. 210), S. 44; Peter M. Huber, 80 Jahre Thüringer Oberverwaltungsgericht, AöR 118 (1993), S. 45 [47].

(213) Gesetzsammlung für Thüringen 1923, S. 393 ff.

(214) Gesetzsammlung für Thüringen 1926, S. 177 ff.

(215) Vgl. Elbe (Anm. 209), S. 55; Erich Buchmann, Die Anfechtungsklage des thüringischen Verwaltungsrechts in Lehre und Rechtsprechung (1929), S. 24 f.; Hellmuth Loening, 36 Jahre Thüringisches Oberverwaltungsgericht (1912–1948), in: Martin Baring (Hrsg.), Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. (1964), S. 153 [156].

(216) もっとも、ラント及びライヒの個別の法律により、抗告訴訟についても第一審と上級行政裁判所の二審制とされることがあった（参照：「行政裁判権に関する法律」四七条一項、「ラント行政法」七〇条一号）。Vgl. auch Rudolf Knauth/Kurt Wagner, Landesverwaltungsordnung für Thüringen (1927), S. 108. また、抗告訴訟における概括主義には例外があり、例えば「ラント行政法」一一三条二項は、個別の法律が行政庁の処分を終局的なものとした場合には、それに対する抗告訴訟は

提起できないと定めていた。

(217) Knauth/Wagner (Anm. 216), S. 110; Buchmann (Anm. 215), S. 19. Vgl. auch Weber (Anm. 210), S. 45.

(218) なお、第一審については、「行政裁判権に関する法律」ではラント全体で三つの県行政裁判所〔Bezirksverwaltungsgericht〕が設けられたが、一九二四年の「行政の簡素化に関する緊急法」(Gesetzsammlung für Thüringen 1924, S. 195 ff.)によって、合計二六の郡行政裁判所〔Kreisverwaltungsgericht〕に改組された。しかし、財政上の理由から(Weber (Anm. 210), S. 38)、一九三〇年の「ラント行政法」の改正(Gesetzsammlung für Thüringen 1930, S. 79 ff.)により、郡行政裁判所はラント全体で一つのラント行政裁判所〔Landesverwaltungsgericht〕に統合された。

(219) Knauth/Wagner (Anm. 216), S. 192, 211.

(220) Knauth/Wagner (Anm. 216), S. 167.

(221) ただし、注(69)で指摘したように、列挙主義によって行政裁判所の管轄が認められた事項は多数にのぼった。

(222) ドレフスの行政改革の構想は、人見・前掲注(181)二五三頁以下で詳細に紹介されている。

(223) Bill Drews, Grundzüge einer Verwaltungsreform (1919), S. 23 ff. なお、注(200)で示した通り、ドレフスは後に、ヴァイマル憲法一〇七条は概括主義の採用を求めていると主張していた。

(224) Drews (Anm. 223), S. 33 f.

(225) Karl Friedrichs, Grundzüge einer Verwaltungsreform, VerwArch 28 (1921), S. 89 [97].

(226) Traum (Anm. 91), S. 76 f.

(227) Carl Dieckmann, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen (1923), S. 58; Hatschek (Anm. 180), S. 419 f.

(228) OVG Preußen, Urt. v. 24. 3. 1902, PrVBl. 23 (1902), 696 [696]; OVG Preußen, Urt. v. 15. 2. 1904, PrVBl. 26 (1905), 29 [29].

(229) OVG Preußen, Urt. v. 9. 3. 1922, PrOVGE 77, 444 [449 ff.].

(230) Braunwart (Anm. 55), S. 32 f. Vgl. auch Rüfner (Anm. 208), S. 650.

(231) VGH Bayern, Urt. v. 3. 1. 1919, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs Band 40 (1919), S. 39 [40 f.].

(232) Robert Piloty/Franz Schneider, Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reiche (1927), S. 48.

（233） Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Bayern 1919, S. 531 ff.

（234） Hans Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht (1923), S. 459.

（235） Nawiasky (Anm. 234), S. 464.

（236） Ulrich Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band 1 (1976), S. 1 [48 f.].

（237） Franz Braunwart, Verfassungsbeschwerde und Staatsgerichtshof, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 16 (1920), S. 257 [258]; ders (Anm. 55), S. 32. ただし、Nawiasky (Anm. 234), S. 457 f. は、法律で認められた権利の侵害も憲法訴願の対象になると解していた。

（238） Plessing (Anm. 85), S. 29. Vgl. auch Jesse (Anm. 201), Sp. 6; Gulden (Anm. 196), S. 41.

（239） 一九世紀後半からワイマル期にかけての公権論の展開については、さしあたり、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇年）七九頁以下を参照。

（240） Grawert (Anm. 172), S. 38 ff. は、第一次世界大戦の頃からの行政に関わる構造の変化として、給付行政の拡張や法令の増加による、行政と私人の関係の拡大・強化などを挙げている。

（241） Fleiner (Anm. 194), S. 254; Gustav Lammers, Grundriß des hamburgischen Verwaltungsrechts (1928), S. 63 f.

（242） Gerhard Lassar, Reformfragen des Verwaltungsrechtsschutzes, RuPrVBl. 50 (1929), S. 8 [9].

（243） 概括主義の採用を要求する見解として、注（241）・（242）・（245）掲記の文献のほか、Jellinek (Anm. 190), S. 58 ff.; Lassar (Anm. 196), S. 91 ff. などがある。さらに、注（200）も参照。

（244） Vgl. Ibler (Anm. 176), S. 282. 第一次世界大戦中から戦後にかけて、行政裁判所の管轄の排除について定めた法令の具体例は、Drews (Anm. 200), Sp. 919 f.; ders, Verwaltungsstandrecht, DJZ 34 (1929), Sp. 265 [266 ff.] で紹介されている。

（245） Gerhard Marohn, Das Reichsverwaltungsgericht, VerwArch 32 (1927), S. 382 [398 f.]; Walter Lande, Die Bedeutung des Schulrechts für den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts, RuPrVBl. 53 (1932), S. 746 [749].

（246） Z. B. Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege Band 1 (1920), S. 312; Traum (Anm. 91), S. 77 f.; Jellinek (Anm. 11), S. 191, 300 f.

(247) Jellinek (Anm. 190), S. 62; Genzmer (Anm. 193), S. 511.

(248) Fleiner (Anm. 194), S. 263. ただし、Willibalt Apelt, Der neueste Gesetzentwurf über das Reichsverwaltungsgericht, VerwArch 36 (1931), S. 133 [159 f.] は、不作為に対しても訴訟を認めることは権利保護思想の過大化であると主張していた。

(249) Jellinek (Anm. 11), S. 254.

(250) Jellinek (Anm. 11), S. 318.

(251) Jellinek (Anm. 190), S. 68. Alois Körner, Zur Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZöR 8 (1929), S. 229 [243] も、行政裁判所の判決には破棄（取消）と是正のいずれもありうるのであって、後者は行政裁判の本質になじまないものではないと述べていた。

(252) Vgl. z. B. Jellinek (Anm. 190), S. 59 ff.; Fritz Morstein Marx, Hamburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1930, 637 [637].

(253) Hans Peter Ipsen, Hamburgs Verfassungsentwicklung im Jahrhundert seiner Juristengesellschaft 1885–1985, in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens (1987), S. 111 ff. [130].

(254) なお、ハンブルクとブレーメンの行政裁判制度については、人見・前掲注（181）二四七頁以下に紹介がある。