The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（三）
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2017, 67(2), p. 1-44
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87014
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論　説

ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（三）

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・六六巻六号）
　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（以上・本号）
第三章　第二次世界大戦後の状況
おわりに

（阪大法学）67（2-1）233〔2017.7〕

第二章　ヴァイマル期の状況

第二節　ハンブルク・ブレーメンの行政裁判制度

1　行政裁判制度の創設の経緯

(1)　第二帝政期における行政裁判制度の構想

ハンブルクとブレーメンは、ヴァイマル期に行政裁判制度を設けるまで、行政事件を司法裁判所の管轄としていたのであるが[255]、いずれのラントにおいてもすでに第二帝政期から行政裁判制度の構想は存在した。

(a)　ハンブルクにおいては、一八七九年の「行政と司法の関係に関する法律」[256]二四条二項が、「その他、……行政庁の処分又は措置による私権の侵害を理由として、以下の規定で定める基準に従い、当該行政庁に対して裁判所に訴えを提起することができる。」と定めたことにより、司法裁判所が行政事件を管轄していた[257]。しかし、行政活動が複雑多様化するにつれて、司法裁判所の裁判官は行政及び行政法に関する知識を十分に備えていないという主張がされるようになり、議会さらには行政の側からも行政裁判制度の設立が求められるようになった[258]。このような要求もあって、一九一〇年には政府が「行政裁判権に関する法律」の草案（以下では一九一〇年草案という）を議会に提出した[259]。政府は草案の提出に際して、司法裁判所の裁判官は行政に関わる経験や知識を有していないということに加えて、行政事件は公益に関係するために職権主義に基づく手続が要求されるところ、司法裁判所の手続は行政事件の処理には適さないといったことも、行政裁判制度の創設の根拠として挙げていた[260]。

一九一〇年草案は、一般行政の組織から独立した一審かつ終審の行政裁判所を構想していたが（一条・六八条）[261]、まず目を引くのは、行政庁の処分に対する抗告訴訟については概括主義を採用したことである。すなわち、一九一

〇年草案では、三〇条から四三条において管轄事項が列挙されていたが[262]、さらにそれらの規定で挙げられていない行政庁の処分に関しても、四四条で補完的に行政裁判所の管轄とされたのである。

また、四九条には民事訴訟法に倣って確認訴訟に関する規定が置かれていた。この規定により、法律関係の即時確定を求める「正当な利益〔berechtigtes Interesse〕」があれば、もはや個別の法律の規定が確認訴訟を認めているかどうかを問題にすることなく、確認訴訟を提起できるようになった[263]。さらに、七一条から七九条では抗告訴訟について規定が設けられていた。それらの中では、行政庁が処分の発付を拒否したこと[264]に対しても訴訟を提起できることが示され（七一条一項二文）、かかる訴訟においては、当該処分の発付を行政庁に命じることを求めるものとされた（七四条二文）。つまり、義務付け訴訟が認められていたと言える[265]。

右のような特徴を持つ一九一〇年草案であったが、それは法律として成立しなかった。一審制を提案する一九一〇年草案に対して、議会では二審制の導入が主張され、政府との間で意見がまとまらなかったことなどがその理由である[266]。もっとも、個別領域の行政事件に限って管轄権を有する特別行政裁判所は、ハンブルクでも存在したところである[267]。

(b) ブレーメンの場合、一八五四年のブレーメン憲法[268]一五条が「行政庁の措置により私権を侵害されたと考える者にはすべて、裁判所への出訴の途〔Rechtsweg〕が開かれている。」と定めてから、行政事件は司法裁判所の管轄とされていたが[269]、ここでも第二帝政期から行政裁判制度の創設に向けての動きが見られた。行政裁判制度の導入を検討するための委員会が、一九〇三年に議会に設置されたのである[270]。だが、委員会の議論では、ブレーメンのように小さな邦（ラント）では行政法令の数は少なく、司法裁判所が行政事件を扱うことは可能であること、また、行政事件に関する司法裁判所の判例は満足できるものであることなどを理由として、行政裁判制度の導入に否定的な

意見が出された。その結果、委員会が行政裁判制度について具体的な提案をするところまでは至らなかった。[271]

(2)　ヴァイマル期における行政裁判制度の創設

しかし、一九一九年にヴァイマル憲法が制定されて一〇七条が設けられると、ハンブルクとブレーメンのいずれにおいても、行政裁判制度の導入の作業が進められた。[272] そしてハンブルクでは、一九二一年に「行政裁判権に関する法律」[273]（以下ではハンブルク行政裁判法という）が制定された。

他方で、ブレーメンの場合、当初は一九二〇年の「行政訴訟事件におけるブレーメン地方裁判所の管轄に関する法律」[274]によって、従前の通り司法裁判所が行政事件を扱うこととされた。だが、政府はその法律案を議会に提出する際に、当該法律は行政裁判制度が創設されるまでの暫定的なものであることを明言しており、[275] その後、一九二四年に「行政裁判権に関する法律」[276]（以下ではブレーメン行政裁判法という）が制定されたのである。

2　行政裁判制度の特徴

(1)　司法裁判所との密接な関連

こうして成立したハンブルクとブレーメンの行政裁判制度であるが、なおそれまでの司法国家制の影響が少なからず残っていたと思われる。かかる影響はまず、組織的及び人的に司法裁判所と密接な関連性を有していたことに現れているが、それはハンブルクにおいて顕著に見られた。

(a)　ハンブルクの場合、一九一〇年草案は一審制を提案していたが、一九二一年のハンブルク行政裁判法は行政裁判所と上級行政裁判所の二審制を採用し（ハンブルク行政裁判法一条一項）、いずれも一般行政の組織から独立したものとされた。しかし、一九一〇年法案は行政裁判所を司法裁判所とは別個に設置しようとしたのに対して、[277] 一

九二一年のハンブルク行政裁判法では、行政裁判所と上級行政裁判所はそれぞれ、司法裁判所である地方裁判所と上級地方裁判所に付設されたのである。このように司法裁判所と組織的に結び付けられたことに関して、ハンブルク行政裁判法の立法過程では、行政裁判所を行政の一部とせず、その独立性を確保しようとするものという説明も見られたが[278]、主な理由は当時のハンブルクの厳しい財政事情にあった[279]。つまり、もし司法裁判所から分離して行政裁判所を設置すれば、そのために新たに職員を確保するなどの措置を講じなければならず、費用がかさむというわけである[280]。

さらに、人的な側面においても、ハンブルクの行政裁判制度は司法裁判所と結合していた。第一審の行政裁判所には複数の部が置かれることになっていたが、各部の裁判長は地方裁判所の裁判官から任命される旨が規定されていた（ハンブルク行政裁判法二条二項）。また、第二審の上級行政裁判所においても、各部の裁判長さらに陪席の職業裁判官は、上級地方裁判所の裁判官から任命されることになっていた（同法五条二項一文）[281]。他にも、行政裁判所及び上級行政裁判所に対する直接の監督はそれぞれ、地方裁判所長官及び上級地方裁判所長官の責任とされていた（同法一条三項二文）。

(b)　それに対して、ブレーメンは当初は一審制を採っていた。その理由として、一九二四年のブレーメン行政裁判法の立法過程においては、当時のブレーメンの厳しい財政事情とともに、ブレーメンのように小さなラントでは第二審を設けてもあまり利用されないだろうということも挙げられていた。加えて、本章補論で取り上げるライヒ行政裁判所の設置が近いうちに予想されるところ、それに第二審の役割を委ねることも考えられていたようである[282]。だが、ライヒ行政裁判所の設立が実現しなかったことも影響したのか、ブレーメンでも第二審を導入すべきとの声が後に大きくなり、一九三三年のブレーメン行政裁判法の改正[283]の際に上級行政裁判所が設けられた（一九三三年の

改正ブレーメン行政裁判法一条一項）。行政裁判所と上級行政裁判所のいずれも一般行政の組織から独立していたが、さらにハンブルクの場合と異なり、司法裁判所とも別の組織であった[284]。

しかし、人的な側面を見れば、ブレーメンの行政裁判制度も司法裁判所と密接につながっていた。第一審の行政裁判所の裁判官のうち、各部の裁判長と陪席の職業裁判官に関しては、ブレーメンが小さなラントであることから専任の裁判官を確保することができず、その場合は行政官吏又はブレーメンの司法裁判所の裁判官が兼任で任命されることになっていたが（ブレーメン行政裁判法二条二項四文）、実際のところ司法裁判所の裁判官が多数選任されたと言われている[285]。また、一九三三年に置かれた上級行政裁判所でも、裁判長は地方裁判所（司法裁判所の第二審）の長官が兼任していた（一九三三年の改正ブレーメン行政裁判法三条一項[286]）。

(2)　概括主義の採用

次に、行政裁判所の管轄事項に関しては、概括主義を採用していたことが注目される。ハンブルク行政裁判法九条及びブレーメン行政裁判法八条一文は、それぞれ次のように定めていた。

ハンブルク「行政裁判権に関する法律」九条

行政裁判所は、法律に別段の定めがない限り、とりわけ裁判が特に政府〔Senat〕に委ねられたり、出訴の途を排除する特別な救済手段が指示されたりすることがない限り、行政庁の命令又は処分に関する抗告訴訟及びその他の公法上の訴訟について裁判をする。

ブレーメン「行政裁判権に関する法律」八条一文

行政裁判所は、この法律と異なる特別な救済手段又は仲裁人による手続が法律で指示されていない限り、行政庁の命令又は処分に関する抗告訴訟及びその他の公法上の訴訟について裁判をする。

本章第一節2で述べたように、ハンブルク及びブレーメン以外のラントの行政裁判所の管轄事項は、それを広く認めたところであっても、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するに止まっていた。それに対して、ハンブルク及びブレーメンは、抗告訴訟の場合のみならず、その他の公法上の訴訟に関しても概括主義を取り入れたのである。それは、ハンブルク行政裁判法の場合には一九一〇年草案よりも広く管轄事項を認めるものであり、また、概括主義を求めるヴァイマル期の有力な学説の主張に適うものであった（本章第一節1(2)(b)・3(1)を参照[287]）。

かように包括的な概括主義を認めた理由として、ハンブルク行政裁判法及びブレーメン行政裁判法の立法過程では、列挙主義に拠った場合、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が、概括主義に拠れば立法者はそのような作業から解放され、行政裁判所においても管轄事項に関する争いを回避できるということが挙げられていた。また、列挙主義はヴァイマル憲法の意図するところではなく、むしろ概括主義が憲法の理念に合致するということも言われていた[288]。これらの点も、概括主義を求める学説の主張の根拠に対応するものであったと思われる。

その一方で、学説の中には、もともとハンブルクとブレーメンは、行政事件と民事事件を区別せず、どちらも司法裁判所の管轄としていたことが、概括主義の採用に関係している旨を指摘するものもあった[289]。この指摘に従えば、かつての司法国家制も概括主義の導入に影響を及ぼしたと言えるだろう。

(3) 確認訴訟の一般的許容と処分の拒否に対する訴訟の明示

(a) 続いて、本稿の考察対象である訴訟類型について見ると、まず、ハンブルク行政裁判法二〇条及びブレーメン行政裁判法二八条は、ともに次のような規定を設けていた。

ハンブルク「行政裁判権に関する法律」二〇条（ブレーメン「行政裁判権に関する法律」二八条も同一規定）

裁判官の裁判により法律関係を即時に確定することについて、原告が正当な利益を有するとき、法律関係の存否の確認を求めて訴えを提起することができる。

これまで見てきた通り、多くのラントにおいては、確認訴訟は原則として個別の法律が認めた場合に限って提起することができるに過ぎなかった。それに対して、右の規定は、ハンブルク行政裁判法の場合は先述の一九一〇年草案四九条を受け継いだものであるが[290]、確認訴訟を一般的に認めているのである。

このような規定を設けた理由に関して、ハンブルク行政裁判法及びブレーメン行政裁判法の立法過程では、特段説明はされていなかった。しかし、現在の学説の中には、すでに以前の司法国家制の下で、行政事件についても民事訴訟法の規定により確認訴訟を提起できたことが背景にあったとする分析がある[291]。そうした分析によれば、ここでも司法国家制の影響があったと考えられるだろう[292]。

(b) また、ハンブルク行政裁判法四二条及びブレーメン行政裁判法四八条は、次のように規定していた。

ハンブルク「行政裁判権に関する法律」四二条

国の行政庁又は他の公法上の社団若しくは営造物の機関による命令又は処分の取消しを求める訴えについては、四三条から四六条の特別の規定が適用される。同様のことは、職務行為の拒否を理由に提起される訴えにも当てはまる。

ブレーメン「行政裁判権に関する法律」四八条

国の行政庁又は他の公法上の社団若しくは営造物の機関による命令又は処分の取消しを求める訴えについては、四九条から五二条の特別の規定が適用される。同様のことは、職務行為の拒否を理由に提起される訴えにも当てはまる。

右のものと同様の規定は、ハンブルクの一九一〇年草案七一条一項にも存在した（注(264)も参照）。また、ハンブルク行政裁判法四三条以下とブレーメン行政裁判法四九条以下はいずれも、行政庁が被告になることなど、取消訴訟に関する特則を定めたものであった。それらの点からすると、条文中の「職務行為」とは、行政庁の命令又は処分と同義かそれらを含む概念であったと考えられる。つまり、ハンブルク行政裁判法四二条二文及びブレーメン行政裁判法四八条二文は、行政庁による処分の発付の拒否に対しても訴訟を提起できることを示しているのである。

こうした定めについては、従前の法律にはない新しいものであるという評価も見られた[293]。ただし、一九一〇年草案と異なり、処分の拒否に対する訴訟においては、処分の発付を行政庁に命じる旨を求めるものとするといったことは、ハンブルク行政裁判法とブレーメン行政裁判法のどちらでも定められていなかった[294]。

3　訴訟類型に関わる規定の解釈運用

以上、ハンブルクとブレーメンの行政裁判制度を特徴的な点に着目して概観し、本稿のテーマである訴訟類型に関わる規定を紹介した。それらの規定を見たとき、まず問題になるのが、確認訴訟が一般的に許容されたことが、従来の状況と比べてどのような影響をもたらしたのかということである。

また、処分の拒否に対する訴訟が明示されたことは、義務付け訴訟の容認を窺わせるものであるが、一九一〇年草案との対比からすれば、実際に義務付け訴訟は認められていたのかということも考察の対象になる。加えて、義務付け訴訟の許否の問題に関連して言えば、処分の不作為に対する訴訟のあり方について、どのように考えられていたのかということも取り上げる必要がある。

以下では、これらの問題に関して、裁判例及び学説を手掛かりに分析することにしよう。

(1)　確認訴訟の活用状況

(a)　地位の有無の確認

最初に、確認訴訟の活用状況であるが、従前と同じような活用方法ももちろん存在した。具体的には、一定の地位の有無を確認するために確認訴訟が用いられたケースがある。

例えば、ハンブルク行政裁判所一九二五年四月一一日判決は、パリ、ロンドン、デンマークを経て現在はスイスに住んでいる原告が、パリのドイツ総領事館にある登録簿から自身の氏名が消除されていなかったために、ドイツ国籍喪失の証明書の発行を行政庁から拒否されたことを受けて、ドイツ国籍の不存在確認訴訟を提起した事例に関するものである。裁判所は、原告はパリから移住しており、その氏名は登録簿から職権で消除されなければならなかったとして、確認訴訟の適法性を問題にすることなく、請求を認容している。[295]

(b) 不利益の事前防止

また、不利益の発生を事前に防止する目的でも確認訴訟が使われていた。そのような活用の仕方は以前から見られ、またヴァイマル期の学説でも説かれていたものであるが（第一章第一節3(3)・本章第一節3(2)を参照）、ハンブルク及びブレーメンではより柔軟な活用がされており、確認訴訟の一般的許容が影響していたのではないかと思われる。

① ブレーメン行政裁判所一九三〇年五月二六日判決は、劇場経営者である原告が、児童を演劇に出演させることに関して、営業法上の許可及び児童保護法上の許可を要しないこと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、児童を演劇に出演させた場合には行政庁の介入が予想されるとして、確認訴訟を適法と判断した。[296]

② 原告が、自身の土地の利用に関わる警察命令〔Polizeiverordnung〕が無効であることの確認訴訟を提起した事例において、ブレーメン行政裁判所一九二八年一二月一七日判決は、警察命令は一般的・抽象的に処分発付の要件を定めるものであり、それだけでは行政庁と私人の間に確認訴訟の対象となる法律関係は未だ成立していないとして、訴えを不適法とした。ただし裁判所は、傍論ではあるが、今後、問題の警察命令に基づく個別の処分が予想されうる場合には、確認訴訟を提起できるとも述べている。[297]

右の裁判例は、行政庁による不利益処分などのおそれを理由に確認訴訟を認めたものと考えられるが、[298] 原告にとって不利益な行為が今後も繰り返される可能性があることを根拠として、確認訴訟を適法とした裁判例もある。

③ 一つは、ハンブルク上級行政裁判所一九二二年一二月二九日判決であるが、事実の概要は次の通りである。クックスハーフェン市[299]の学校の理事会は、ハンブルクの住民でない者を教諭として選任したが、上級学校庁〔Oberschulbehörde〕はハンブルクの住民に教諭になりうる者がいるとして、選任に対して同意を与えなかった。

その後、上級行政庁は同意を与えたが、クックスハーフェン市が、ハンブルクの住民でない者が教諭に選任された場合でも、上級行政庁には同意を拒否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、ハンブルクの住民でない者が教諭に選任される事態は今後も生じうるとして、確認訴訟を許容した。[300]

④　また、原告が事務室への入室を禁止されたことを受けて、そのような禁止命令が違法であることの確認を求めて訴えを提起した事例において、ブレーメン行政裁判所一九二八年六月二七日判決は、これからも禁止命令が下される蓋然性があることから、確認訴訟を適法としている。[301]

さらに、刑事訴追のおそれがあることを理由に確認訴訟を認めた例も存在した。

⑤　歯科医である原告が、治療のために金やプラチナを使用することに関して、貴金属の入手・溶融の許可を取得する必要がないことの確認訴訟を提起した事例において、ハンブルク行政裁判所一九二四年一一月三日判決は、貴金属法は問題の許可取得義務以外にも様々な義務を定めており、それらの違反が刑事処罰の対象とされていることを指摘して、確認訴訟を認めている。[302]

(c)　処分の無効確認訴訟

加えて、従前はほとんど見られなかった活用方法として注目されるのが、行政庁の命令又は処分の無効確認訴訟の提起も可能であると説かれていたことである。

確かに、第二帝政期においても、行政裁判で行政庁の命令又は処分の無効を直接に争うことを認めた判例は存在した。[303]プロイセン上級行政裁判所一八九六年一二月二日判決は、原告が、自身が建てた建物を居住目的で使用する場合には罰金刑を科す旨を予告する処分を受けたことに対し、処分を行った市長の自筆の署名がないので当該処分は無効であると主張して、その取消訴訟を提起した事例に関するものである。原審は、処分が無効である場合、取

消しの対象を欠くので訴えは不適法であると判断したが、プロイセン上級行政裁判所は、問題の処分が取り消されなければそれが罰金刑の執行の根拠とされ、原告の権利が侵害されるとして、取消訴訟を適法なものと認めた。[304]

また、ハンブルク行政裁判法の下でも、ハンブルク行政裁判所一九二二年一〇月九日判決は、原告が自身の土地を収用されたことに対して、収用決定の無効宣言ないし取消しを求めて訴えを提起した事例において、次のように述べて結論的にも収用決定の無効を認定している。「無効の行政行為がその追求する法的目的を達成しない場合でも、外見的には……特定の行政行為が存在し、それが他の何らかの法的効果や法的不利益をもたらすことがある。それゆえ、行政行為の利害関係人は、無効の行政行為の形式的な取消しを通じて、そのような効果を除去する正当な利益を有する場合がある。」「無効の行政行為に対しては、取消訴訟の出訴期間は意味を持たないであろう。[305]」

右の二つの判例のうち、ハンブルク行政裁判所のものは、無効の命令又は処分に対しては出訴期間は適用されないと述べている点で注目されるが、いずれも形式的には取消訴訟によって命令又は処分の無効を争うことを認めたものであった。[306] しかし、先ほどのプロイセン上級行政裁判所の原審判決から窺えるように、無効の命令又は処分の取消しという構成には、論理的に矛盾する点があることは否めない。[307]

それに対して、ハンブルク行政裁判法に関する学説においては、行政庁の命令又は処分が無効である場合は無効確認訴訟を提起することができ、それについては取消訴訟の出訴期間（ハンブルク行政裁判法四四条、ブレーメン行政裁判法五一条）は適用されないと説く論者が存在したのである。[308] 第二帝政期の学説の中にも、無効確認訴訟の可能性を主張するものがなかったわけではないが、それは当時の行政裁判に関する法律では根拠規定のないものである旨も指摘されており、[309] 立法論の性格を有していたと思われる。だが、ハンブルク行政裁判法に関する学説の場合には、無効確認訴訟が明確に解釈論として述べられていたのであって、そのような所説の背景の一つには、確認

訴訟が一般的に許容されたこともあったと考えられよう。[310]

(2)　義務付け訴訟の許否

(a)　次に、義務付け訴訟の許否に関する問題であるが、確かに、以下のように義務付け訴訟が提起された例が見られた。

①　ハンブルク上級行政裁判所一九二二年七月四日判決　ハンブルクにおいては、上級教諭〔Oberlehrer〕は、四回目の年功による昇給で教授の称号が付与されるものとされていたところ、一九二〇年一月一日に昇給を受けた上級教諭である原告が、教授と名乗ることを禁止されていない旨の確認訴訟とともに、予備的に教授の称号付与の義務付け訴訟を提起した事例に関するものである。[311]

②　ハンブルク行政裁判所一九二四年八月二五日判決　精神疾患により病院に収容されていた原告が、その保護人を通じて、退院の許可の義務付け訴訟を提起した事例に関するものである。[312]

しかし、①の裁判例は、称号の付与については国家に自由が認められるとの理由から、原告の請求を棄却した。また、②の裁判例も、原告を病院に収容するための要件はなお存続しているとして、原告の請求を退けている。いずれの裁判例も本案判断によって結論を導いており、義務付け訴訟の許容性については何も述べていなかった。

(b)　そのような中で、ハンブルクの裁判例で義務付け訴訟の許否に関して明確に述べたのが、ハンブルク上級行政裁判所一九三〇年一二月一七日判決である。この判決の事実の概要は、原告は被告である財務庁〔Finanzdeputation〕から土地を購入したが、その売買契約の中で被告が道路と橋を建設するということが定められていたため、原告がそれらの建設を求めて訴えを提起したというものである。裁判所は、経済状況の好転によって可能になり次第、被告は問題の道路と橋を建設する義務があるとの確認判決を下したのであるが、傍論として、

義務付け訴訟の許容性について次のように判示したのである。

「法律が明文の規定により、高権行政の行為の実施を行政裁判所の手に委ねたような稀な場合を除くと、……行政裁判所は、自ら行政行為を行ったりその実施を命じたりする権限を有しない。むしろ、高権的行為たる処分が違法に拒否された場合でも、行政裁判所には、当該拒否処分を取り消す権限が認められるに過ぎない。[313]」

つまり、この判決は義務付け訴訟を否定し、「職務行為の拒否を理由に提起される訴え」（ハンブルク行政裁判法四二条二文）における行政裁判所の権限は、処分ないし職務行為の拒否の取消しに限定される旨を述べたと考えられる。右の判決は、形式的に見れば、処分の拒否に対する訴えに関して、一九一〇年草案は当該処分の発付を行政庁に命じることを請求するものとしていたが、ハンブルク行政裁判法はそのような定めを置いていなかったことを反映したものであったと言える。しかし、行政裁判所には処分の発付を命じる権限はないと述べていることからすると、処分を発するか否かの判断はあくまでも行政庁の任務であるとして、行政と行政裁判所の関係を分離独立的なものとして捉える思考がなお窺われる（第一章第三節4(2)も参照）。

また、ブレーメンにおいても、「職務行為の拒否を理由に提起される訴え」（ブレーメン行政裁判法四八条二文）で行政裁判所が違法に処分が拒否されたという結論に至ったとき、それを取り消した上で処分を発するか否かを改めて判断するよう行政庁に命じることはできるが、処分の発付を義務付けることはできないとされていたと言う。[314]

(c) もっとも、右の立場に対しては、義務付け訴訟を肯定する見解も存在した。その中には、「職務行為の拒否を理由に提起される訴え」として義務付け訴訟を認めようとする見解もあったが、[315]さらに、「その他の公法上の訴訟」（ハンブルク行政裁判法九条、ブレーメン行政裁判法八条一文）の枠内で義務付け訴訟は許容されるとする見解も見られた。[316]また、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止まると一般的には考え

られていたようであるが[317]、その場合にも、処分の不作為を「職務行為の拒否」とみなすべきという主張に加えて[318]、「その他の公法上の訴訟」として義務付け訴訟を提起できるとする所説が存在した[319]。

このように見てくると、ハンブルク及びブレーメンの行政裁判法は、従前の司法国家制の影響もあって、包括的な概括主義を採用したのみならず、確認訴訟も一般的に容認したところ、それらの点は、本章第一節3で紹介した当時の学説も高く評価したと思われるが、判例が義務付け訴訟を否定するなど、訴訟類型の拡大を求める学説に沿わない点もあったと言える[320]。しかし、それでも、確認訴訟の一形態として処分の無効確認訴訟の可能性が説かれたり、「その他の公法上の訴訟」の枠内で義務付け訴訟を提起することができるとする見解が見られたりしたが、そうした訴訟類型の拡大に関する主張が解釈論として展開された基礎には、ハンブルク及びブレーメンの行政裁判法の規定の存在があったと考えられるだろう。

補　論　ライヒ行政裁判所の設立構想

さて、以上のヴァイマル期の状況に関する考察においては、専ら各ラントの状況を対象としてきた。だが、ヴァイマル期には、ライヒに行政裁判所を設置することをめぐっても議論が行われており、それに関する法律の草案が複数作成された。もっとも、それらの草案は結局のところ法律として成立するには至らず、ヴァイマル期にライヒ行政裁判所が設けられることはなかった[321]。しかし、草案に対する学説の反応を見ると、それは本章第一節で紹介した、行政裁判所の管轄事項及び訴訟類型に関する学説の主張を反映していたところがあったと思われる。

そこで以下では、本章の補論として、管轄事項と訴訟類型の問題を意識しながら、ライヒ行政裁判所の設立構想をたどることにしたい。ライヒ行政裁判所の設立を目指す動きは第二帝政期から存在していたので、まずは第二帝

政期の状況から見ることにしよう。[322][323]

1　第二帝政期の議論

(1)　帝国行政裁判所の位置付けと当初の議論

(a)　すでに触れた通り、第二帝政期のいわゆるビスマルク憲法には、行政裁判制度に関する規定はなかった。そうした中で、帝国行政裁判所の設置は、帝国（ライヒ）と各邦（ラント）の間の権限分配に関わる問題として捉えられていた。

より具体的に言うと、帝国に認められる立法権限は憲法に規定されたものに限られており、ビスマルク憲法四条がそれに関する中心的規定であるが、同条は「以下の事項は、帝国の監督下におかれ、帝国の立法に服する。」と定めて、帝国に立法権限が認められる場合を列挙していた。他方で、当時のほぼ一致した見解によれば、行政権限及び行政の一部とされた行政裁判の権限は、帝国法律が執行される場合も含めて、原則として各邦に帰属するとされた。[324]また、ビスマルク憲法四条は帝国の監督権限も定めているが、その監督は各邦の行政庁や裁判所ではなく、各邦自体に対して行われるものとされた。従って、各邦の行政庁の処分や行政裁判所の裁判を審理するために、帝国が行政裁判所を設けることは、帝国の監督権限の限界を超えると概ね考えられていた。[325]

その結果、例外的に帝国に行政権限が認められる場合を除いては、[326]帝国は行政裁判の権限を行使することができず、[327]帝国法令に関わる行政事件一般を管轄する帝国行政裁判所を設けるためには、憲法の改正が必要であるという理解が支配的であった。[328][329]

(b)　右のような条件の下、行政及び行政裁判の権限は専ら各邦のものということが意識されたのか、一八八〇年代

まで帝国行政裁判所の設置の問題はさして議論されていなかった。キルヒェンハイムが一八八五年の概説書で、将来的にはそれを設けることが望まれると述べていた程度である。[330] だが、一八九〇年代以降は、帝国法令の統一的な適用を確保する必要性が認識されるようになり、そのために帝国行政裁判所の設立を求める見解がしばしば見られるようになってきた。[331]

(2)　一九〇八年・一九一〇年のドイツ法曹大会

こうした中で、帝国行政裁判所の創設を重要な問題として意識するきっかけとなり、それ以後の議論の基礎になったと言われるのが、[332] 一九〇八年及び一九一〇年のドイツ法曹大会である。

まず、一九〇八年の第二九回大会では、マックス・シュルツェンシュタインが「ドイツ帝国行政裁判所は必要なのか?」というテーマで報告を行った。彼はまず、帝国行政裁判所の必要性を認め、その任務は帝国法令の適用の統一性を確保することや、法令の不備・欠陥の除去を通じて法の発展に寄与することなどにあるとした。[333] その上で、帝国行政裁判所の組織、管轄事項、訴訟手続等について、一応の検討を行っている。ただし彼は、現段階では各邦によって異なる行政裁判制度の統一ないし改革が優先されるべきであり、その成果を踏まえて、改めて帝国行政裁判所の問題が問われるべきであると述べていた。[334]

続く一九一〇年の第三〇回大会でも、リヒャルト・トーマとゲルハルト・アンシュッツが同じく「ドイツ帝国行政裁判所は必要なのか?」というテーマで報告を行った。そのうちトーマは、帝国行政裁判所の設立構想を発展させることが求められるのであり、シュルツェンシュタインのように、各邦の行政裁判制度の統一が先決であると考えるべきではないと主張した。[335] そして彼は、帝国行政裁判所を設置する目的として、帝国法令の適用の統一と各邦の行政裁判所の裁判に対する監督に加えて、帝国法令の適用・執行に対する私人の救済手段の確保も挙げたのであ

る。[336] アンシュッツも、帝国行政裁判所の必要性と設置目的に関しては、トーマと同様の立場を採っていた。[337]

もっとも、帝国行政裁判所と各邦の行政裁判所の関係如何といった点では、トーマとアンシュッツの見解は異なり、二人の報告を受けての討議においても参加者の間で意見の一致を見なかった。そのため、最終的な決議は、帝国法令の適用の統一性を確保するために、帝国行政裁判所の創設が必要であることを確認するに止まった。[338] 帝国行政裁判所の具体的なあり方は、今後の検討課題とされたのである。

(3) 帝国議会における要求

しかし、それでもドイツ法曹大会での議論が契機となって、帝国政府は帝国行政裁判所の設置に関する法律案を提出すべきであると、帝国議会において繰り返し求められた。それまでも個別の法律案を審議する過程で、帝国行政裁判所の創設が提案されることがなかったわけではないが、[339] 例えば一九一二年二月一四日に国民自由党は改めて、帝国行政裁判所の設置に関する法律案の提出を帝国政府に求める決議を申し立てた。[340] この申立ては認められなかったのであるが、さらに一九一三年五月二七日にも、国籍法案を審議する中で、進歩人民党によって国民自由党と同様の申立てがなされ、それに対する決議が行われている。[341]

こうした動きに対応して、帝国内務省は帝国行政裁判所の設置に関する法律案の作成に着手した。[342] だが、帝国内務省次官がプロイセン上級行政裁判所長官に対して意見を求めたところ、長官は一九一二年一二月、憲法上の根拠がないこと、並びに、各邦の行政裁判所の権限が奪われるおそれがあることを理由に挙げて、帝国行政裁判所の創設に対して疑念を示した。[343] その結果、法律案の作成作業は頓挫し、帝国行政裁判所の設立は実現しなかったのである。

2　ヴァイマル期の議論

(1)　第二帝政期からの条件変化

(a)　すでに述べたように、第一次世界大戦後に制定されたヴァイマル憲法は、その一〇七条に行政裁判制度に関する規定を置いた。また、同法三一条二項も、選挙審査裁判所の裁判官の一部はライヒ行政裁判所の裁判官から任命されると定めており、ライヒ行政裁判所の設置を前提としていた（さらに同法一六六条を参照）。

ヴァイマル憲法一〇七条に関しては、本章第一節1(2)で紹介したこと以外に、ライヒ行政裁判所のあり方をめぐっても、若干の解釈上の論点が存在した。例えば、ライヒの行政裁判制度の中で複数の審級を設ける必要があるのかということが、議論の対象になった[344]。また、ライヒ行政裁判所の管轄事項はライヒ法上の問題に限られるのか、それともラント法上の問題にも広げることができるのかという論点も指摘されていた[345]。

しかし、右のような解釈上の論点はあったものの、ライヒが行政裁判所を設けること自体は憲法上の要求であるという点で、多くの見解は一致していた[346]。また、ヴァイマル期にも、ライヒ経済裁判所やライヒ鉄道裁判所など、特別行政裁判所がライヒに新たにいくつか設置されたが[347]、そのような特別行政裁判所だけでは不十分であり、行政事件一般を管轄する裁判所の創設が必要であるとされた[348]。さらに、ヴァイマル憲法一〇七条が「行政庁の命令及び処分に対して個人を保護するために」と述べていることからすると、ライヒ行政裁判所の設置目的として、私人の権利保護が憲法上位置付けられたと言える。

(b)　加えて、第一次世界大戦中からライヒ法令が制定されることが多くなり、ヴァイマル憲法の制定に伴うライヒの立法権限の拡大[349]もそれに拍車をかけたところ、ライヒ法令は原則として各ラントの行政庁が執行するので（ヴァイマル憲法一四条）、その統一を確保する必要性が増大した[350]。また、ライヒ自体が行政権限を持って法令の執行を

担う場合も増えたため、[351]それに対する救済手段の保障も要請された。[352]かくして、憲法の規定に加えて、ライヒの活動領域が拡大したことからも、ライヒ行政裁判所の設立が求められたのである。[353]

(2) 一九二二年草案

(a) ヴァイマル期における、ライヒ行政裁判所の設立に向けての取り組みは、第一次世界大戦直後から見られた。すでに一九一九年には、ライヒ政府内で設立のための作業が開始され、ライヒ行政裁判所に関する法律の予備草案〔Vorentwurf〕が作成・公表された。[354]

予備草案は、ライヒにはライヒ行政裁判所の一審のみを設置することにした。[355]そのライヒ行政裁判所は、ライヒ法に関わる争いのうち、一条などに列挙されたものに限って管轄権を持つた。[356][357]さらに、ラントの申請により、当該ラントの最上級の行政裁判所の権限をライヒ行政裁判所に移すことができるとしていた（二条）。

この予備草案に対して直ちに反応したのが、当時プロイセンの行政改革の準備委員を務めていた（本章第一節2(2)(a)を参照）ドレフスであった。彼は予備草案についてプロイセン上級行政裁判所と検討を行い、その成果を一九二〇年に対案〔Gegenentwurf〕として発表したのである。[358]対案は、各ラントの行政裁判制度の審級を経た後でなおライヒ法違反が主張される場合には、ライヒ行政裁判所が上級審として裁判を行うこととしており（二六条）、[359]管轄事項については概括主義を指向するものであった。[360]また、対案は一条から一八条に、ライヒ及び各ラントの行政裁判所に共通して適用される規定を置いており、行政裁判制度の統一も目指していた。[361]

(b) だが、そのような対案の存在にも拘らず、ライヒ政府内では予備草案を基礎としてライヒ行政裁判所に関する法律案の作成作業が進められ、一九二一年には仮草案〔Vorläufiger Entwurf〕と呼ばれるもの[362]が公表された。

仮草案も、ライヒ行政裁判所の管轄事項に関しては、予備草案の場合より拡張はしたものの、なお列挙主義を採

用していた（一六条以下）。ライヒ内務省はその理由を、ライヒ行政裁判所の負担軽減と当時のライヒの財政難に求めている。[363] これは、管轄事項を広く認めると、ライヒ行政裁判所に持ち込まれる事件の数が多くなって負担が増加するところ、それに対処するには組織を拡大する必要があるが、そのことは当時のライヒの厳しい財政事情からして困難であるということだろう。

また、予備草案と同じく、ラントの申請により、当該ラントの最上級の行政裁判所の権限をライヒ行政裁判所に移すことができるとしている（一八条）。この制度を利用する可能性のあるラントとしては、最上級の行政裁判所を持たないラントや、財政上の理由などからそれを廃止しようと考えているラントが想定されていた。[364] 他方で、予備草案に係る各ラントの代表者との協議の際に示された要求が反映されたのか（注（361）を参照）、仮草案は二六条以下で、行政裁判制度のあり方について各ラントが最低限実現すべき基準を定めている。[365]

(c)　その後、ライヒ政府は、各ラントとの協議並びに政府内での意見調整を経て、[366] 一九二二年七月に、ライヒ行政裁判所に関する法律の草案（以下では一九二二年草案という）をライヒ参議院に提出した。この一九二二年草案は、概ね仮草案を受け継いだものであった。

具体的には、ライヒ行政裁判所の管轄事項は列挙主義によって限定的に定められており（二〇条以下）、その根拠も、仮草案において示されたものと同様に、ライヒ行政裁判所の負担軽減と当時のライヒの厳しい財政状況に求められていた。[367] また、仮草案の場合と同じ趣旨で、[368] ラントの申請により、当該ラントの最上級の行政裁判所の権限をライヒ行政裁判所に移す可能性を認めている（二四条）。さらに、行政裁判制度のあり方について各ラントが最低限実現すべき基準を設けている点も（二九条以下）、仮草案と共通である。[369][370]

しかし、一九二二年草案がライヒ参議院に提出されたことを受けて、プロイセンは政府内で協議を行った結果、

ライヒ行政裁判所のあり方をめぐっては基本的な点でなお多くの意見の対立があり、それが解消されるまでは一九二二年草案は取り下げられるべきという立場を採り、バイエルンもプロイセンの立場に同調した[371]。そして、一九二二年草案は一九二三年一月にライヒ参議院内の委員会で扱われたが、そこでプロイセンは、おそらく列挙主義により管轄事項が限定されていることなどを念頭に置いて、一九二二年草案は行政裁判制度の発展にとって後退を意味するものであるとし、一九二二年草案に対して反対の意見を述べた[372]。加えて、委員会ではライヒの財政難も指摘され、新たな組織の設置の回避に努めるべきであるとして、一九二二年草案の具体的な審議に入る前に、ライヒ行政裁判所の必要性について再度検討をするよう、ライヒ政府及び会計検査院に求める決議が行われた[373]。ライヒ政府は、ライヒ行政裁判所の設立を引き延ばすことはできないと主張したが[374]、一九二二年草案はそれ以上審議されなかったのである。

(3) 一九二六年草案

(a) 以上述べたように、一九二二年草案によるライヒ行政裁判所の設立構想は実現しなかったのであるが[375]、ライヒ政府内では、一九二四年から新たな草案作成に向けての動きが現れた。多数の特別行政裁判所がライヒに存在すると改めて認識されたことがそのきっかけであり[376]、組織の合理化及び簡素化の観点から、ライヒ行政裁判所を設置し、そこに特別行政裁判所の管轄事項の一部を移すことが考えられたのである[377]。しかし、草案のあり方をめぐってライヒ政府内で意見の対立があり、作業はしばらくの間停滞した[378]。

その後、草案の作成作業は、ライヒ議会からの草案提出の要求を受けて再開されることになる。そのような要求の契機は、一九二五年一一月に国家社会主義ドイツ労働者党（ナチ党）のフリック議員が、ライヒ議会法務委員会において、国事裁判所について定めたヴァイマル憲法一九条に、憲法訴願を認める規定を追加すべきと提案したこ

とにあった[379]。この提案に対して、ライヒ政府の代表者が、フリック議員が問題にするような事案は、設置が予定されているライヒ行政裁判所の管轄事項になると指摘したため[380]、法務委員会は、ライヒ行政裁判所の設立に関する法律の草案の早期提出をライヒ政府に求める決議を、ライヒ議会で行うべきであると判断した[381]。それを受けて、ライヒ政府で草案の作成が進められ、一九二六年三月に草案（以下では一九二六年草案という）がライヒ参議院に提出された。

(b)　一九二六年草案のうち、一か条のみになってしまったが、各ラントの行政裁判制度のあり方に関する規定を置いていることは（一四条）、一九二二年草案の場合と同様である。しかし、一九二六年草案は、その作成のきっかけとなった組織合理化の要請とともに、一九二二年草案の審議の際に指摘されたライヒの財政事情への配慮が、かなり反映されたものであった。

特に注目されるのが、ライヒ行政裁判所を、ライヒスゲリヒトに民事部及び刑事部と並ぶ行政部として付設することにした点である（一条）。ライヒ政府によるとその根拠は、ライヒ行政裁判所を独立して設置すれば、多大な費用を要するとともに、ライヒスゲリヒトとの並立による不都合が生じる一方、行政部の形で付設をすれば、民事部及び刑事部との協働が可能になるのみならず、施設ないし設備もライヒスゲリヒトのものを利用することができるということにあった[382]。

また、管轄事項は列挙主義に基づいて定められたが（八条以下）、一九二二年草案と比べてもそれは限定された。ライヒ政府はその理由を、行政部の過重負担の防止と設置数の抑制、経費節減などに求めている[383]。さらに、一九二二年草案と比較すると、各ラントの最上級の行政裁判所の権限を行政部に移行することを可能にする規定も削除されている。他方で、ライヒの特別行政裁判所のうち、連邦救貧局のみならずライヒ経済裁判所の管轄事項も行政部

に移された（九条・一三条）。

(c)　一九二六年草案に関して、とりわけ論者の議論を惹起したのは、ライヒスゲリヒトに行政部を付設することにした点であった。確かに、一方では、公法と民刑事法が相互に有益な刺激を受けられるとの考えから[384]、若しくはライヒ政府が挙げた財政上の理由から[385]、ライヒスゲリヒトへの付設を是認する見解も見られた[386]。

しかし、多くの論者は、ライヒスゲリヒトから独立してライヒ行政裁判所を設置すべきと主張した。その根拠としては、まず、民事部の影響を受けて行政事件が私法的思考により処理されるおそれがある、ライヒスゲリヒト全体の統一性の確保を理由に行政部の活動が制約される可能性がある、行政部の付設という方法によっても費用削減の効果はあまり期待できない、といったことが挙げられた[387]。さらに、司法裁判制度から独立して行政裁判制度が発展してきたことを考慮していないとか、あるいは、行政部もライヒスゲリヒトのあるライプツィヒに置かれると、ベルリンにあるライヒ及びプロイセンの行政庁とコンタクトを取ることが難しくなるという指摘もなされた[388]。

そして、プロイセンも一九二六年草案を検討した結果、管轄事項が限定されていることに加えて、ライヒスゲリヒトに行政部を付設するということについても、批判的な立場を採った[389]。草案は一九二六年一一月にライヒ参議院内の委員会で審議されたが、プロイセン以外のラントの多くも、行政部の付設などの点に対して反対の意見を表明した[390]。そのため、一九二六年草案の審議も頓挫したのである。

(4)　一九三〇年草案

(a)　だが、一九二六年草案が法律として成立しなかった後も、なおライヒ行政裁判所の設立に向けての取り組みは続いた。ライヒ首相、ライヒの各大臣、各ラントの首相らが出席して一九二八年一月に開催された、諸ラント会議〔Länderkonferenz〕[391]において、ライヒ政府は、ライヒ行政裁判所に関する新たな提案をライヒ参議院に行うこと

を宣言した。[392] 他方、ライヒ議会では、同じ一月に、コッホ＝ヴェーザー議員らが、プロイセン上級行政裁判所をライヒ行政裁判所に改組することについて、プロイセン政府と早急に協議をするようライヒ政府に求める決議を申し立て、[393] 三月にその決議が行われた。[394]

プロイセン上級行政裁判所をライヒ行政裁判所に改組するという構想は、すでに一九二六年草案の審議の際に、プロイセンが提案していたものであった。[395] そして、一九二七年一一月には、ライヒ政府とプロイセン政府が、ライヒ行政裁判所の設置に関する法律の新たな草案を作成することで合意し、ライヒ政府内でその作業を開始していたが、[396] 右のラント会議での宣言及びライヒ議会の決議を受けて、改めてプロイセン政府の意見も聞きながら、草案の作成が進められた。

その後、ライヒ政府内での意見の対立、さらにはライヒの財政危機や世界恐慌の影響などもあり、作業は進捗しなかったが、[397] ライヒ議会における再度の要求を受けて、[398] ライヒ政府は一九三〇年八月に草案（以下では一九三〇年草案という）をライヒ参議院に提出した。

(b)　一九三〇年草案は、右で述べた経緯から分かるように、プロイセン上級行政裁判所を改組してライヒ行政裁判所としている点に特徴があった。ライヒ政府によれば、かかる改組を行うのは、次のような理由からであった。すなわち、独立してライヒ行政裁判所を設ける場合よりも費用を減らすことができる、ベルリンにライヒ行政裁判所を設置することでライヒ及びプロイセンの行政庁とのコンタクトが容易になる、プロイセン上級行政裁判所は行政裁判の領域で長年に渡って指導的立場にあり確固たる伝統を有する、といったことである。[399]

また、一九三〇年草案は、一九二二年草案及び一九二六年草案と比べると、ライヒ行政裁判所の管轄事項を広く認めていた。具体的には、まず、二三条に列挙されている命令や処分を除き、ライヒの行政庁及びドイツ国有鉄道

のあらゆる命令又は処分について、ライヒ法違反とそれによる権利侵害が主張された場合には、ライヒ行政裁判所が原則一審かつ終審として管轄権を持つこととされた（二二条一項a号・七三条一項[400]）。こうした管轄事項の拡張の理由に関して、ライヒ政府は、権利保護の必要性が存する限り、行政庁のあらゆる命令又は処分に対して行政裁判所による審理の可能性を開くことが、法治国の本質から要求されると述べている[401]。もっとも、ライヒ法違反とそれによる権利侵害が主張された場合でも、ラントの行政庁の命令又は処分は、警察処分に限ってライヒ行政裁判所の管轄事項とされるに止まった（二二条一項b号[402]）。その根拠としては、各ラントの行政に対する介入は、法治国の要請から最低限必要な限りで行われるべきところ、警察処分は個人の権利領域を侵害する程度が最も大きいものであるからということが挙げられていた[403]。また、行政庁の不作為については訴訟を通じて争うことはできず、上級行政庁への訴願が認められるに過ぎないということも、ライヒ政府の提案理由で言われていた[404]。

その一方で、一九三〇年草案には、一九二二年草案及び一九二六年草案と共通する点も見られた。ラント政府の申請により、当該ラント法に基づく行政事件についても、ライヒ行政裁判所を最上級審とすることができ（二一条二項[405]）、また、連邦救貧局とライヒ経済裁判所の管轄事項がライヒ行政裁判所に移されることになっていた（二五条）。さらに、ラントの行政裁判制度のあり方に関する規定も置かれていた（二八条）。

(c) しかし、この一九三〇年草案に関しても審議は進められなかった。その要因の一つは、ヴァイマル末期の政治的混乱や世界恐慌以降の厳しい経済情勢のため、審議に時間を割く余裕がなかったということに求められるだろうが[406]、それ以外にも、草案がプロイセンの要求を数多く受け入れたものであることに対する、他のラント（特にバイエルン）の反発もあったようである[407]。結局、一九三〇年草案も法律として成立するには至らず、ヴァイマル期にライヒ行政裁判所が創設されることなく、ナチス期を迎えたのである。

3　管轄事項・訴訟類型に関する学説の反応

以上、ヴァイマル期の状況を見てきたが、ライヒ行政裁判所が設けられなかった主な要因は、各ラントの反対にあったと言える。そこでは、ライヒ行政裁判所の創設により、各ラントの権限が縮小することも危惧されたのではないかと思われる。また、現在では、各草案を作成したライヒ政府自身が、ライヒ行政裁判所の設置にあまり積極的ではなかったという分析も存在するところである。[408]

さて、これまでの記述においては、当時の学説が管轄事項及び訴訟類型の点で、ライヒ行政裁判所に関する法律の各草案をどのように評価していたのか、という問題を取り上げてこなかった。そこで最後に、そうした問題に関する議論の状況を瞥見することにしよう。

(1)　管轄事項について

(a)　最初に管轄事項の問題であるが、まず、ドレフスが作成した対案を別とすれば、予備草案から一九二六年草案までは、先に述べた通り、列挙主義に依拠して管轄事項を限定していた。その理由は、ライヒ行政裁判所の負担軽減とライヒの財政難に伴う経費削減に求められていたが、これらは、管轄事項の明確化といった根拠とは異なり（本章第一節3(1)を参照）、より政策的色彩の強いものであった。また、こうした政策的考慮を反映することができた背景には、管轄事項の定め方について、ヴァイマル憲法一〇七条はライヒの立法者にその判断を委ねているとする見解が支配的であったこと（本章第一節1(2)(b)を参照）もあったと思われる。[409] そして、論者の中には、仮に概括主義に拠ったとしても、ライヒの特別行政裁判所が存在する限り、例外規定が多くなるといった点も指摘し、列挙主義に基づいて管轄事項を定めたことに対して、支持ないし理解を示す者も存在した。[410]

しかし、多数の見解は、管轄事項が制限されていることを批判し、概括主義の採用を主張していたと言える。[411] そ

こでも、すでに紹介した理由と同じく（本章第一節3(1)を参照）、法治国の理念や、概括主義の導入によって判例が法創造機能を十分に発揮することができるといったことが指摘されていたが、[412]さらにライヒ行政裁判所の場合に固有の論拠として、ライヒ法令の適用の統一性確保という目的の実現も挙げられていた。[413]

(b) 他方で、一九三〇年草案は、プロイセンの要求を反映したのか、ライヒの行政庁及びドイツ国有鉄道のすべての命令又は処分に加えてラントの行政庁の警察処分についても、ライヒ法違反とそれによる権利侵害が主張される限りで、ライヒ行政裁判所の管轄権を認めた。

この段階でも、管轄事項の明確化の見地から列挙主義を支持する見解がなかったわけではないが、[414]むしろ注目されるのは、ライヒ行政裁判所の管轄事項をより包括的なものにすべきという主張である。すなわち、警察処分以外のラントの行政庁の命令又は処分のみならず、行政庁の命令又は処分が争いの対象になっていないその他の公法上の訴訟に関しても、ライヒ法違反が問われていればライヒ行政裁判所の管轄事項に含めるべきと言われたのである。[415]かような主張を行う論者は、従来の経験からすれば、概括主義を導入しても行政活動は阻害されない旨を指摘するとともに、ライヒ行政裁判所に関わる議論に特有の根拠として、概括主義を採用することにより、それまで一定の行政事件を扱っていたライヒスゲリヒトの負担も軽減されると説いていた。[416]

(2) 訴訟類型について

その一方で、訴訟類型の問題に関しては、管轄事項が拡張された後の次の課題であると認識されたのか、専ら一九三〇年草案を対象として議論が行われた。具体的には、概括主義からの帰結として、[417]あるいは民事訴訟法を参照して、[418]確認訴訟を一般的に許容すべきと言われた。[419]また、行政庁の不作為に対する救済の必要性も指摘されていた。[420]ただし、管轄事項の場合と異なり、訴訟類型をめぐる議論においては、ライヒ行政裁判所の場合に固有の論拠は持

ち出されなかったところである。[421]

以上本章においては、ライヒ行政裁判所の設立構想も含めて、ヴァイマル期の状況を見てきた。第三章では、ナチス期の断絶を経て、第二次世界大戦後に行政裁判制度がいかに再建されたのか、また、ヴァイマル期の学説も反映しながら、訴訟類型がどのように発展したのか、といった点について述べていくことにしたい。

(255) 本章第一節1(2)(a)で述べた通り、第二帝政期においては、当時の裁判所構成法施行法四条一文により、いわゆる司法国家制を採用することもできると考えられていた。

(256) Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg 1879, S. 110 ff.

(257) Rat Seweloh, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, AöR 29 (1912), S. 1 [2 f.].

(258) Wilhelm Gundlach, Der Weg der hamburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1946), S. 31; Ingo von Voß, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg von 1921 bis 1945 (1988), S. 5 f. ただし、Jellinek (Anm. 190), S. 20 は、ハンブルクの司法裁判所は行政事件をうまく処理していたと評価していた。

(259) 一九一〇年草案は、Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1118 ff. に掲載されている。

(260) Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1113 f. なお、本文で挙げた「行政と司法の関係に関する法律」よりも後に制定された、一八七九年のハンブルク憲法（Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg 1879, S. 353 ff.）八九条一項は、行政庁の行為に対して裁判所に出訴できる旨を定めていたが、一九一〇年草案の政府提案理由は、当該規定を司法国家制と関連付けて理解する必要はなく、行政裁判制度の導入は憲法に反しないとも述べていた。A. a. O., S. 1116.

(261) 一審制を採った理由としては、それが迅速かつ実効的な裁判の要請に最も合致すること、並びに、下級審が必要な場合は行政組織内部にそれを設ければよいということが挙げられていた。Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1116.

(262) そこでは、警察処分や公課に関する争いなど、一定領域について概括主義を定める規定も存在した。

(263) なお、民事訴訟法の確認訴訟に関する規定は「法的利益〔rechtliches Interesse〕」という用語を用いているが、一九一〇年草案の四九条はそれを「正当な利益」という言葉に置き換えている。これは、裁判官の判断によって根拠があると思われる利益があれば十分であることを明らかにするためであった。Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1196.

(264) 厳密には一九一〇年草案は「職務行為の拒否」と表現しているが、政府の提案理由では「職務行為」と「処分」の用語は互換的に使われており（Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1202）、「職務行為」は「処分」と同義かそれを含む概念として用いられていたと考えられる。

(265) Vgl. Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1910, S. 1206 f. ただし、処分の不作為に対する訴訟はできないものとされた。A. a. O., S. 1202.

(266) Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1920, S. 1137; Gundlach (Anm. 258), S. 31 f.

(267) ハンブルクに存在した特別行政裁判所は、Seweloh (Anm. 257), S. 4 で紹介されている。また、Gundlach (Anm. 258), S. 30 は、特別行政裁判所での経験が、ヴァイマル期における行政裁判制度の成立に寄与したとする。

(268) Gesetzblatt der freien Hansestadt Bremen 1854, S. 7 ff.

(269) Johannes Bollmann, Das Staatsrecht der Freien Hansestädte Bremen und Lübeck (1914), S. 140 ff.

(270) Verhandlungen zwischen dem Senate und der Bürgerschaft vom Jahre 1903, S. 28.

(271) Joachim Peters, Geschichte, Entstehung und Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen (1981), S. 42 ff.

(272) もっとも、ブレーメンの場合に関して Peters (Anm. 271), S. 47 は、後述の「行政裁判権に関する法律」の政府提案理由が、ヴァイマル憲法一〇七条にはわずかに言及するに過ぎなかったことからすれば、もし同条の規定がなかったとしても、ブレーメンは行政裁判制度を導入したであろうと分析している。

(273) Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1921, S. 585 ff.

(274) Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1920, S. 547.

(275) Verhandlungen zwischen dem Senate und der Bürgerschaft vom Jahre 1920, S. 550 f. なお、政府は、一九二〇年のブ

レーメン憲法（Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1920, S. 183 ff.）がそれ以前の憲法と異なり、行政事件について裁判所への出訴を認める規定を置かなかったところ、もし法律によって司法裁判所に訴訟を提起することが可能とされなければ、行政事件に関する救済手段が上級行政庁への訴願のみになってしまうことも指摘していた。

(276) Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1924, S. 23 ff.

(277) Voß (Anm. 258), S. 13 f.

(278) Gerd Quast, Die Entstehungsgeschichte der hamburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1974), S. 195.

(279) Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1920, S. 1138.

(280) Vgl. auch Voß (Anm. 258), S. 13 f.

(281) ただし、行政裁判所の陪席の裁判官、及び上級行政裁判所の陪席の名誉職裁判官には、ハンブルクの行政庁の構成員又は過去に構成員であった者を選任することができるとされていた（ハンブルク行政裁判法二条三項二文・五条二項二文）。Jellinek (Anm. 190), S. 22 f. では、行政裁判所及び上級行政裁判所の裁判官になった者の経歴が、若干ではあるが紹介されている。

(282) Verhandlungen zwischen dem Senate und der Bürgerschaft vom Jahre 1923, S. 392; Verhandlungen der Bremischen Bürgerschaft 1923, S. 687, 689. もっとも、Peters (Anm. 271), S. 68 によれば、立法過程においては、ハンブルクからの提案を受けて、ハンブルクの上級行政裁判所をブレーメンの第二審として利用することも検討されたという。

(283) Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1933, S. 315 ff.

(284) Rüfner (Anm. 208), S. 647.

(285) Jellinek (Anm. 190), S. 23 f.; Peters (Anm. 271), S. 57.

(286) Vgl. Peters (Anm. 271), S. 115. ただし、上級行政裁判所の四名の陪席裁判官のうち三名は、行政官吏から選ばれることになっていた（一九三三年の改正ブレーメン行政裁判法二条四項）。

(287) ただし、ハンブルク行政裁判法とブレーメン行政裁判法のいずれも、個別の法律で概括主義の例外を定めることを認めていた。また、ブレーメン行政裁判法一〇条は、官吏の法律関係に係る争いを管轄事項から除外していた。

(288) ハンブルク行政裁判法について、Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft im Jahre 1920, S. 1158. ブレーメ

ン行政裁判法について、Verhandlungen zwischen dem Senate und der Bürgerschaft vom Jahre 1923, S. 392.

(289) Jellinek (Anm. 11), S. 314 f.

(290) 民事訴訟法の確認訴訟に関する規定と違って、「正当な利益」という用語が用いられている点についても、一九一〇年草案の理由（注（263）を参照）が援用されている。Albert Wulff (Hrsg), Hamburgische Gesetze und Verordnungen Band 1, 3. Aufl. (1930), S. 263.

(291) Peters (Anm. 271), S. 93 f.

(292) なお、Peters (Anm. 271), S. 87 は、確認訴訟はハンブルク行政裁判法九条及びブレーメン行政裁判法八条一文の「その他の公法上の訴訟」に含まれると見ている。また、ハンブルクとブレーメン以外にも、メクレンブルク＝シュトレーリッツ（現在のメクレンブルク＝フォアポンメルン州の一部）の「行政訴訟手続に関する法律」四二条が、確認訴訟を一般的に認めていたそうである。Traum (Anm. 91), S. 50 ; Gerhard Lassar, Das Reichsverwaltungsgericht (1930), S. 34.

(293) John Jacobsohn, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Hamburgischen Staate, Hanseatische Gerichtszeitung Beiblatt 1922, S. 13 [17].

(294) なお、ブレーメン行政裁判法四八条二文は、一九三三年の同法改正の際に削除されたが、その場合でも、「職務行為の拒否を理由に提起される訴え」が許容されることについては、同法八条一文が定める概括主義からして異論はなかったと言う。Peters (Anm. 271), S. 121.

(295) VG Hamburg, Urt. v. 11. 4. 1925, Hanseatische Rechtszeitschrift 1925, 754 [754]. 他に国籍の不存在確認訴訟が認容された例として、VG Hamburg, Urt. v. 23. 6. 1926, Hanseatische Rechtszeitschrift 1927, 32.

(296) VG Bremen, Urt. v. 26. 5. 1930, Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts Nachtrag Nr. 1 (1931), S. 12 [12].

(297) VG Bremen, Urt. v. 17. 12. 1928, Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts (1930), S. 52 [52].

(298) ただし、ハンブルク行政裁判所一九二二年四月二四日判決は、ワイン専門酒場・キャバレーを営む原告が、場内で客がダンスを行っているのを黙認したことを理由に営業許可を取り消されるのは不当であるとして、場内でダンスの催しを行うことについて別途許可を要しないことの確認訴訟を提起した事例において、確認訴訟を不適法とした。VG

Hamburg. Urt. v. 24. 4. 1922, Hanseatische Rechtszeitschrift 1923, 388［388］. この判決を批判するものとして、Jellinek (Anm. 190), S. 62. 関連して、Peters (Anm. 271), S. 94, 97 は、確認訴訟の対象である「法律関係」（ハンブルク行政裁判法二〇条、ブレーメン行政裁判法二八条）について、ブレーメンではそれは広く理解されたが、ハンブルクでは厳格に解されたと指摘する。

(299) クックスハーフェン市は現在はニーダーザクセン州の市であるが、当時はハンブルクに属していた。http://www.cuxhaven.de/staticsite/staticsite.php?menuid=13&topmenu=13

(300) OVG Hamburg, Urt. v. 29. 12. 1922, Hanseatische Rechtszeitschrift 1923, 196［198］.

(301) VG Bremen, Urt. v. 27. 6. 1928, Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts (1930), S. 51［51 f.］.

(302) VG Hamburg, Urt. v. 3. 11. 1924, Hanseatische Rechtszeitschrift 1925, 326［326 f.］.

(303) 行政庁の命令又は処分の無効を前提に、司法裁判所に民事訴訟を提起することができると考えられていた点については、vgl. z. B. Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakte und seine Wirkungen (1908), S. 118 f.

(304) OVG Preußen, Urt. v. 2. 12. 1896, PrOVGE 31, 428［429］. ただし、処分を発するに当たって市長が自筆で署名することまでは要求されず、問題の処分は有効であるとして、結論的には原告の請求は退けられている。

(305) VG Hamburg, Urt. v. 9. 10. 1922, Hanseatische Rechtszeitschrift 1923, 625［626］.

(306) さらに、Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht (1917), S. 492 f. も、無効の行政行為であっても、その外見から生じる危険や不利益を除去する必要があるとして、それに対する取消訴訟を認めていた。

(307) Vgl. auch Karl Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (1910), S. 207.

(308) Wulff (Anm. 290), S. 268. Vgl. auch Gundlach (Anm. 258), S. 48.

(309) Kormann (Anm. 307), S. 207, 261 f.

(310) 他方で、先ほどのプロイセン上級行政裁判所の判例が無効の処分を取消訴訟で争うことを認めたのは、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プロイセンの判例は原則として採ってきたため、無効確認訴訟を許容することは困難であり、その代わりに取消訴訟を認めたと理解することもできるように思われる。そうであるとすれば、ここでも取消訴訟が代替的救済手段として機能していたことになる（第一章第三節4(1)も参照）。

(311) OVG Hamburg, Urt. v. 4. 7. 1922, Hanseatische Rechtszeitschrift 1923, 34.

(312) VG Hamburg, Urt. v. 25. 8. 1924, Hanseatische Rechtszeitschrift 1925, 72.

(313) OVG Hamburg, Urt. v. 17. 12. 1930, Entscheidungen der Hamburgischen Verwaltungsgerichte Band 3 (1931), S. 150 [152 f.].

(314) Peters (Anm. 271), S. 91.

(315) Jacobsohn (Anm. 293), S. 17. Vgl. auch Harro Thiemann, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen (1930), S. 120.

(316) Wulff (Anm. 290), S. 258.

(317) Peters (Anm. 271), S. 92.

(318) Thiemann (Anm. 315), S. 96.

(319) Jellinek (Anm. 190), S. 68.

(320) Vgl. auch Kimminich (Anm. 208), S. 378.

(321) ナチス期に入って、一九四一年四月三日の「ライヒ行政裁判所の設立に関する総統令」(Reichsgesetzblatt Teil 1 1941, S. 201 ff.) により、「ライヒ行政裁判所」が設けられたが、それは、プロイセン上級行政裁判所、ウィーン高等行政裁判所、及びライヒ経済裁判所などいくつかのライヒの特別行政裁判所を統合したものであり、およそヴァイマル期に構想されたものではなかった。ナチス期の「ライヒ行政裁判所」については、宮崎・前掲注（10）四〇一頁以下、人見・前掲注（194）二九四頁以下も参照。

(322) ライヒ行政裁判所の設立をめぐる議論状況に関しては、原・前掲注（181）八五頁以下、人見・前掲注（181）二七一頁以下、同・前掲注（194）二〇四頁以下で紹介されている。また、Kohl (Anm. 184) は、この問題を網羅的かつ詳細に考察した文献である。

(323) なお、本稿のこれまでの記述に合わせて、第二帝政期の状況を述べる際には「帝国行政裁判所」という言葉を使い、ヴァイマル期の状況を述べるときには「ライヒ行政裁判所」と表現する。

(324) Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht Band 1 (1892), S. 235 f.; Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl. (1905), S. 235; Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Band 1, 5. Aufl. (1911), S. 102; Gerhard

Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in : Franz von Holtzendorff/Josef Kohler (Hrsg), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung Band 4, 7., der Neubearbeitung 2. Aufl. (1914), S. 1 [70 f.] ; Triepel (Anm. 306), S. 173 f.

(325) Haenel (Anm. 324), S. 307 f. ; Paul Laband, Ein deutsches Reichs-Verwaltungsgericht, DJZ 15 (1910), Sp. 909 [910 f.] ; Triepel (Anm. 306), S. 176. ただし、例えば Conrad Bornhak, Die Notwendigkeit eines Reichsverwaltungsgerichtes, Gesetz und Recht : Volksthümliche Zeitschrift für Rechtskunde 1918, 266 [267 f.] は、帝国の行政裁判所による審査も監督権限の枠内にあると解していた。第二帝政期の帝国監督の制度については、大西楠・テア「『帝国監督』と公法学における利益法学――トリーペルによる連邦国家の動態的分析（一）」法学協会雑誌一三一巻三号（二〇一四年）五二四頁以下も参照。

(326) もっとも、帝国に行政権限を認めるには憲法の規定が必要なのか、それとも帝国法律の制定があれば足りるのかという点は争いがあった。前者の見解として、Haenel (Anm. 324), S. 236. Vgl. auch Gerhard Lassar, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung. Zwei Studie, JöR 14 (1926), S. 1 [17]. 後者の見解として、Meyer (Anm. 324), S. 235 ; Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Band 2, 5. Aufl. (1911), S. 204.

(327) Haenel (Anm. 324), S. 713. 帝国が行政権限を有した例につき、vgl. Meyer (Anm. 324), S. 235 ff. ; Triepel (Anm. 306), S. 183 ff. 第二帝政期には、連邦救貧局〔Bundesamt für das Heimatwesen〕や連邦上級海事局など、個別領域の行政事件に限って管轄権を持つ特別行政裁判所がいくつか帝国に設置されたが（その紹介として、Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 3, 3. Aufl. (1988), S. 985 ff. ; Kohl (Anm. 184), S. 45 ff., 70 ff.）、それらは行政権限が帝国に帰属した領域に関するものと考えられる。

(328) Max Fleischmann, Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit, in : Karl Freiherrn von Stengel/Max Fleischmann (Hrsg.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Band 3, 2. Aufl. (1914), S. 749 [752] ; Triepel (Anm. 306), S. 268 f. なお、注（325）も参照。

(329) ちなみに、ビスマルク憲法七八条一項によると、憲法の改正は連邦参議院で一四票の反対がない限り、法律制定の方法によって行うことができた。

(330) A. v. Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht (1885), S. 101 f. なお、それ以前に、Robert von Mohl, Das

deutsche Reichsstaatsrecht (1873), S. 198 が、帝国行政裁判所の設置に反対の立場を示していた。

(331) そのような見解として、Friedrichs (Anm. 90), S. 546 ff.; Paul Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR 1 (1907), S. 1 [36].

(332) Gulden (Anm. 196), S. 15; Kohl (Anm. 184), S. 121.

(333) Max Schultzenstein, Liegt ein Bedürfnis eines deutschen Reichs-Verwaltungsgerichts vor?, Verhandlungen des 29. DJT Band 2 (1908), S. 3 [14].

(334) Schultzenstein (Anm. 333), S. 35. 彼は別の論文でも、帝国行政裁判所の設置は時期尚早であるとの見解を示していた。Max Schultzenstein, Liegt ein Bedürfnis für ein deutsches Reichs-Verwaltungsgerichts vor?, PrVBl. 31 (1910), S. 711 [711 ff.].

(335) Richard Thoma, Liegt ein Bedürfnis eines deutschen Reichs-Verwaltungsgerichts vor?, Verhandlungen des 30. DJT Band 1 (1910), S. 51 [54 f.].

(336) Thoma (Anm. 335), S. 68 ff. ただしトーマは、現時点ではまだ、帝国行政裁判所の組織や訴訟手続などを詳しく検討する段階にないとも述べていた。Thoma (Anm. 335), S. 65.

(337) Gerhard Anschütz, Liegt ein Bedürfnis eines deutschen Reichsverwaltungsgerichts vor?, Verhandlungen des 30. DJT Band 1 (1910), S. 489 [491 f., 498]. さらに、アンシュッツとトーマはいずれも、当時の支配的見解と同じく、帝国行政裁判所を設けるためには憲法の改正が必要であると解していた。Anschütz, a. a. O., S. 497; Thoma (Anm. 335), S. 72. この点はシュルツェンシュタインも同様である。Schultzenstein (Anm. 333), S. 33.

(338) Verhandlungen des 30. DJT Band 2 (1911), S. 350 ff.

(339) 一例として、いわゆる社会主義者鎮圧法の改正案を審議する過程での提案につき、Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 7. Legislaturperiode 5. Session 1889/90 Band 1, S. 146 f.; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 7. Legislaturperiode 5. Session 1889/90 Band 3, S. 393 f.

(340) Verhandlungen des Reichstags 13. Legislaturperiode 1. Session Band 298, S. 154.

(341) Verhandlungen des Reichstags 13. Legislaturperiode 1. Session Band 290, S. 5340, Band 302, S. 1628 f. なお、一九一三

年の国籍法の制定の背景と審議過程を紹介するものとして、守屋治善「帝政期ドイツにおける国籍法の改正」明治大学政経論叢七七巻三・四号（二〇〇九年）二九七頁以下。

(342) Martin Löwenthal, Das Reichsverwaltungsgericht, RuPrVBl. 51 (1930), S. 557 [558].

(343) Kohl (Anm. 184), S. 147 ff.; Martin Pagenkopf, 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland (2014), S. 69.

(344) Marohn (Anm. 245), S. 383. Baath, Das Reichsverwaltungsgericht, PrVBl. 41 (1919), S. 49 [49] は、ライヒでは一審のみ設ければ足りると解していた。Gulden (Anm. 196), S. 21 も同様の立場であるが、ライヒの行政裁判制度の中で下級審を置いてもヴァイマル憲法一〇七条には反しないとも述べていた。

(345) この論点について、Gulden (Anm. 196), S. 23 は、ヴァイマル憲法は特に何も述べていないと解していた。Vgl. auch Nawiasky (Anm. 201), S. 58. 後に紹介する、ライヒ行政裁判所の設置に関する法律の各草案からすると、ライヒ政府は、各ラントの申請があれば、ラント法上の問題もライヒ行政裁判所の管轄事項とすることができるという立場だったように思われる。

(346) ただし、Jesse (Anm. 201), Sp. 10 は、ヴァイマル憲法一〇七条の要求は、行政庁の命令及び処分に対する行政裁判所による権利保護とライヒ法令の適用の統一であるとした上で、前者の要求は、ライヒ法上の命令及び処分も各ラントの行政裁判所の管轄事項とすることで満たすことができ、後者の要求も、各ラントの行政裁判所の間で見解の相違が生じた場合に判断を下すライヒの機関を設置することにより充足可能であるとした。また、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いう見解については、注（194）を参照。

(347) ヴァイマル期に設けられたライヒの特別行政裁判所を紹介するものとして、Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 6 (1981), S. 570 f.; Kohl (Anm. 184), S. 66 ff., 81 ff.

(348) Mende, Das Reichsverwaltungsgericht, DRiZ 1927, 468 [469]; Gulden (Anm. 196), S. 27; Anschütz (Anm. 196), S. 144.

(349) Vgl. z. B. Ernst Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl. (1972), S. 168.

(350) Reichsratsdrucksachen 1922 Band 2 Nr. 187, S. 20; Gulden (Anm. 196), S. 1 f.; Lassar (Anm. 292), S. 3.

(351) Lassar (Anm. 326), S. 16 f. なお、第二帝政期の場合と異なり（注（326）を参照）、ヴァイマル憲法はその一四条がライヒ法律によってもライヒに行政権限を認めることができる旨を明示した。

(352) Bredt, Der Vorentwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, PrVBl. 41 (1920), S. 201 [202]; Lassar (Anm. 196), S. 96.

(353) なお、Kohl (Anm. 184), S. 167 ff. が、ヴァイマル期のライヒ法律の規定で、ライヒ行政裁判所の設置を前提としていたものの例を挙げている。

(354) 予備草案は、Blätter für administrative Praxis Band 70 (1920), S. 72 ff. に掲載されている。

(355) ライヒに複数の審級を置かないという点は、ライヒ行政裁判所の設立に係る以後の草案でも同様である。

(356) もっとも、ライヒ政府は将来的にはライヒ行政裁判所の管轄事項を順次拡張する意図であったという。Franz Braunwart, Das künftige Reichsverwaltungsgericht, Blätter für administrative Praxis Band 70 (1920), S. 65 [67].

(357) また、予備草案では、ライヒ行政裁判所は主に各ラントの行政裁判制度の審級を経た後の上級審として位置付けられていたが、ラント法の規定とライヒ法の抵触の有無に関する争い（ヴァイマル憲法一三条二項を参照）などについては、一審かつ終審とされていた。これらの点は、後述の仮草案、並びに、一九二二年七月及び一九二六年三月にライヒ参議院に提出された二つの草案でも同じである。

(358) 対案は、Dultzig, Zum Vorentwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, PrVBl. 41 (1920), S. 253 [253 ff.] で紹介されている。

(359) 予備草案の場合と異なり、対案は、ライヒ行政裁判所が一審かつ終審となる管轄事項は定めていなかった。

(360) とはいえ、各ラントの行政裁判所の審級を経たことを前提とする以上、ライヒ行政裁判所が管轄権を有するか否かは、各ラントの行政裁判所の管轄事項の定め方によって左右されたと思われる。

(361) なお、Kohl (Anm. 184), S. 178 によれば、一九二〇年一月にライヒ内務省で行われた各ラントの代表者との協議の際にも、各ラントが行政裁判所の組織、管轄事項及び手続に関して最低限実現すべき基準を、予備草案の中に設けるべきとの要求がなされたという。

(362) Reichsministerium des Innern, Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht (1921).

(363) Reichsministerium des Innern (Anm. 362), S. 27. ヴァイマル期のライヒの財政状況に関しては、大島通義「ヴァイマル共和国末期における財政破綻――ヒルファディング財政をめぐる政治諸集団の利害対立を中心に――」アナリスト一四

巻三号（一九六八年）二八頁以下、同「大恐慌初期におけるドイツの財政過程」経済学年報一二号（一九六八年）二九三頁以下、同「ブリューニング政権における財政政策の指導」三田学会雑誌六三巻二号（一九七〇年）一五頁以下、伊東弘文「ドイツ・インフレーション（一九一九－二三）とヴァイマル共和国の賠償・財政政策」北九州大学商経論集一一巻三・四号（一九七六年）四三三頁以下、同「ドイツ・インフレーションの終焉と通貨・財政改革（一九二三年－一九二四年）（一）～（三・完）」北九州大学商経論集一三巻一号六九頁以下、二号四五頁以下、一四巻一号三七頁以下（一九七七～七八年）、H・モテックほか（大島隆雄ほか訳）『ドイツ経済史――ビスマルク時代からナチス期まで（一八七一－一九四五年）』（大月書店、一九八九年）一一五頁以下などを参照。

(364) Reichsministerium des Innern (Anm. 362), S. 30.

(365) なお、この仮草案に対しても、プロイセン上級行政裁判所は、ライヒ行政裁判所の管轄事項の拡張、さらには概括主義の導入を主張していた。Kohl (Anm. 184), S. 195.

(366) Kohl (Anm. 184), S. 210 ff.

(367) Reichsratsdrucksachen 1922 Band 2 Nr. 187, S. 34 f.

(368) Reichsratsdrucksachen 1922 Band 2 Nr. 187, S. 47.

(369) もっとも、Reichsratsdrucksachen 1922 Band 2 Nr. 187, S. 52 は、一九二二年草案が定める基準は、すでに多くのラントで妥当しているものに過ぎないと説明している。また、それらの基準を定める権限は、ライヒの競合的立法権限に関するヴァイマル憲法七条三号（「刑の執行を含む裁判手続及び官庁間の共助」）に基づくものとされている。Vgl. auch Jellinek (Anm. 190), S. 16.

(370) この他、一九二六年三月及び一九三〇年八月に提出された、後述の二つの草案との関係で言えば、一九二二年草案は、ライヒの特別行政裁判所のうち、連邦救貧局の管轄事項に限ってライヒ行政裁判所に移している（二二条）。

(371) Kohl (Anm. 184), S. 214 f.

(372) Kohl (Anm. 184), S. 218.

(373) Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 34, S. 9.

(374) Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 34, S. 9.

(375) なお、Lassar (Anm. 196), S. 97 は、一九二二年草案の不成立の原因として、各ラントが自らの権限の喪失を危惧したことに加えて、ライヒの官僚がライヒ行政裁判所の設置に抵抗したことも指摘する。

(376) ライヒ政府は、一九二二年草案の審議の中でも、こうした認識を示していた。Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 34, S. 9.

(377) Kohl (Anm. 184), S. 225. Vgl. auch Martin Löwenthal, Der Gesetzentwurf über das Reichsverwaltungsgericht, DJZ 31 (1926), Sp. 475 [478 f.].

(378) Kohl (Anm. 184), S. 247 f.

(379) Verhandlungen des Reichstags 3. Wahlperiode Band 388, S. 4464 f. この提案の背景の一つには、アドルフ・ヒトラーがバイエルンで演説を禁止されたことがあった。フリック議員は、演説禁止の適法性を審査する独立の裁判所がない点を批判したのである。

(380) Kohl (Anm. 184), S. 262.

(381) Verhandlungen des Reichstags 3. Wahlperiode Band 405, Anlage Nr. 1509.

(382) Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 34, S. 10 ff.

(383) Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 34, S. 11, 13, 16 ; Reichsratsdrucksachen 1926 Band 1 Nr. 39, S. 4. Vgl. auch Külz, Wege zur Verstärkung des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechtsleben, DJZ 32 (1927), Sp. 13 [15].

(384) Jellinek (Anm. 190), S. 31.

(385) Jellinek (Anm. 190), S. 31 ; Mende (Anm. 348), S. 469.

(386) なお、Lassar (Anm. 196), S. 100, 102 は、本来は独立したライヒ行政裁判所の設置が求められるとしながら、それに対する抵抗が激しい場合には、暫定的にライヒスゲリヒトに行政部を付設することで満足すべきと述べていた。

(387) Marohn (Anm. 245), S. 405 ff. ; Nawiasky (Anm. 201), S. 100 ; Gulden (Anm. 196), S. 35 f. Vgl. auch Lassar (Anm. 196), S. 100.

(388) Jesse (Anm. 201), Sp. 8 ; Menzel, Gesetz über das Reichsverwaltungsgericht, Die Justiz Band 5 (1929/30), S. 759 [760] ; Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 10. ただし、一九二六年草案は、従前のライヒ経済行政裁判所の管

轄事項を扱う部はベルリンに置くことにしていた（一三条二項）。

(389) Kohl (Anm. 184), S. 269 ff. Vgl. auch Gulden (Anm. 196), S. 17.

(390) Kohl (Anm. 184), S. 274.

(391) 諸ラント会議は、ドイツの国家構造の改革（いわゆるライヒ改革〔Reichsreform〕）について議論するために招集されたものであった。黒川康「ドイツ国民国家における連邦主義と民衆――ライヒ改革（一九二八～一九三〇）とバイエルン――」史苑五九巻一号（一九九八年）二二頁以下、飯田芳弘「ヴァイマル共和国における民主的単一国家論」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）三五頁以下を参照。

(392) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 10.

(393) Verhandlungen des Reichstags 3. Wahlperiode Band 421, Anlage Nr. 3857.

(394) Verhandlungen des Reichstags 3. Wahlperiode Band 395, S. 13772.

(395) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 11. ちなみに、それ以前にドレフスも、前述の対案を作成する過程で同様の構想を持っていたようである。Vgl. Christian-Friedrich Menger, Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, DöV 1963, 726 [728].

(396) Kohl (Anm. 184), S. 293 f., 296 ff.

(397) Kohl (Anm. 184), S. 340 ff., 371.

(398) Verhandlungen des Reichstags 4. Wahlperiode Band 427, S. 5144, 5147, 5167, Band 428, S. 5586. この要求は、ライヒ内務省、ライヒ交通省及びライヒ司法省の予算案を審議する過程で、複数の議員から行われたものであった。

(399) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 11.

(400) ただし、ライヒの行政庁やドイツ国有鉄道の命令又は処分が争われるときでも、ライヒ法の規定により、ライヒ行政裁判所が各ラントの行政裁判制度の審級を経た後の上級審として裁判を行うこととされる場合があった（二七条a号・二八条以下）。

(401) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 15.

(402) ラントの行政庁の命令又は処分が争いの対象になる場合、ライヒ行政裁判所は、各ラントの行政裁判制度の審級を経た後の上級審とされた（二七条b号・二八条以下）。

(403) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 17. Vgl. auch H. Rottmann, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1931), S. 59. ただし、一九三〇年草案二二条三項によれば、ラントの行政庁の他の命令や処分でライヒ法違反が問われた場合についても、ライヒ政府はライヒ参議院の同意を得て、それをライヒ行政裁判所の管轄事項に含めることができるとされていた。

(404) Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 18.

(405) ライヒ政府は、そのような権限の移行によって、ラントの行政裁判制度の経費削減が可能になると考えていた。Reichsratsdrucksachen 1930 Band 3 Nr. 155, S. 11.

(406) Vgl. Reichsverwaltungsgericht 1932?, RuPrVBl. 53 (1932), S. 1 [4]; 人見・前掲注（181）二八五頁。

(407) Kohl (Anm. 184), S. 378 f. なお、Willibalt Apelt, Reichsverwaltungsgericht und Landesrecht, RuPrVBl. 52 (1931), S. 241 [244 f.] も、プロイセン上級行政裁判所をライヒ行政裁判所に改組することによって、プロイセンの影響が強くなり、他のラントの判例の優れた点が失われるおそれを指摘していた。

(408) Kohl (Anm. 184), S. 395. さらに、人見・前掲注（181）二八五頁も参照。

(409) Vgl. auch Welser, Das Reichsverwaltungsgericht, JW 1921, 1288 [1289].

(410) そのような論者として、Scholz, Allgemeine Besprechung der Entwürfe eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, PrVBl. 41 (1920), S. 285 [288]; E. Klotz, Wirtschaft und Rechtsschutz, Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 56 (1924), S. 73 [76]; Jesse (Anm. 201), Sp. 3.

(411) 概括主義の採用を主張するものに、注（412）・（413）掲記の文献のほか、Karl Friedrichs, Vorentwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, VerwArch 28 (1921), S. 202 [209]; Schoen, Der vorläufige Entwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, DJZ 26 (1921), Sp. 789 [790 f.]; Hübener, Zum vorläufigen Entwurfe eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, PrVBl. 43 (1922), S. 351 [352]; Marohn (Anm. 245), S. 391.

(412) Lassar (Anm. 196), S. 98 f.

(413) Bill Drews, Reichsverwaltungsgericht, DJZ 26 (1921), Sp. 86 [87 f.]. Vgl. auch Schoen (Anm. 411), Sp. 789.

(414) Welser, Das künftige Reichsverwaltungsgericht, Fischer's Zeitschrift für Verwaltungsrecht 65 (1930), S. 289 [293 ff.].

(415) Lassar (Anm. 292), S. 18 ff., 35, 43 f.

(416) Lassar (Anm. 292), S. 8 f. 他にも、一九三二年に実施された公法学者へのアンケートの中で、ビューラーは、法制度が流動的な状況の下では列挙主義の欠点が顕在化すると指摘していた。Reichsverwaltungsgericht 1932?, RuPrVBl. 53 (1932), S. 1 [6]. なお、本文で紹介したラッサールの所説に対しては、Martin Löwenthal, Das Reichsverwaltungsgericht, RuPrVBl. 52 (1931), S. 305 [307] が、ライヒ政府の立案関係者の立場から反論を行っていた。それによると、広範な管轄事項を提案することによって草案の成立を危うくするよりも、政治的に実現可能な範囲で管轄事項を認める方が、権利保護にとっては有効である。また、警察処分以外のラントの行政庁の命令又は処分についても、一九三〇年草案では二二条三項により、ライヒ行政裁判所の管轄とすることが可能であると述べていた。

(417) Lassar (Anm. 292), S. 33 ff., 44.

(418) Hermann, Das Reichsverwaltungsgericht, DJZ 35 (1930), Sp. 667 [670].

(419) なお、Ernst Isay, Feststellungsklage und Reichsverwaltungsgericht, DJZ 35 (1930), Sp. 1562 [1562 f.] は、とりわけ国籍確認訴訟の導入を主張していた。この点については、原・前掲注（181）一〇七頁も参照。もっとも、ラッサールの見解に対して、Löwenthal (Anm. 416), S. 308 は、確認訴訟は当事者訴訟では適切な訴訟類型であるけれども、一九三〇年草案が定める管轄事項は行政庁の命令又は処分といった高権的行為を争う場合に限られており、そのような場合は高権的行為が行われたことを前提とするので、確認訴訟を認める必要性はないと述べていた。

(420) Lassar (Anm. 292), S. 35, 43 f. ただし、ラッサールは一定期間の不作為を拒否処分とみなす旨の規定を提案するに止まった。他方で、不作為に対する救済を否定する見解として、注（248）を参照。

(421) この他、ライヒ行政裁判所の設立構想の中では、抗告訴訟と当事者訴訟の関係についても一定の議論が見られたが、その点の考察は別の機会に行うことにしたい。