



Title	ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（四）
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2018, 68(3), p. 75-107
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87162
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(四)

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・六六卷二号)

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・六六卷六号)

第二節 ハンブルク・ブレームンの行政裁判制度

補論 ライヒ行政裁判所の設立構想(以上・六七卷二号)

第三章 第二次世界大戦後の状況

第一節 行政裁判制度の再建

第二節 解釈による救済の充実

1 義務付け訴訟の適用範囲と判決の態様(以上・本号)

2 無効の行政行為の救済方法

3 継続確認訴訟の規定の適用範囲

第三節 新たな訴訟類型の許容性
 おわりに

第三章 第二次世界大戦後の状況

ナチス期の断絶を経てからの行政裁判制度の再建は、第二次世界大戦中の一九四四年九月に連合国の占領政府が発した法律二号⁽⁴²⁾を出発点とする。この法律では、非ナチ化の確保を目的として、占領地域にある行政裁判所の閉鎖が定められた。そして、第二次世界大戦後に、行政裁判所が活動を再開するとともに、新たに行政裁判に関する法令が制定されることになる。しかし、そのような法令の制定は、ドイツがアメリカ・イギリス・フランス・ソ連の連合国四か国によって分割占領されたこともあり、当初は州（ラント）ないし占領地域ごとに行われた。

以下では、第二節以降の考察の前提として、行政裁判制度の再建の過程をたどった上で、再建後の行政裁判制度の特徴を見ることにしよう。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

第一節 行政裁判制度の再建

1 行政裁判制度の再建の過程

(1) アメリカ占領地域

第二次世界大戦後、連合国四か国の最高司令官によって構成された管理理事会は、一九四六年一〇月に法律三六号⁽⁴⁵⁾を発した。この法律は、各占領地域の最高司令官が地域内の行政裁判所の管轄事項・手続等について定めることなどを求めたものであった。⁽⁴⁷⁾もともと、行政裁判所のあり方について管理理事会内で意見の一致を見なかったため

に⁽⁴²⁸⁾、法律三六号が発せられるまでには第二次世界大戦の終結から相当の時間を要した。その間にアメリカ占領地域においては、行政裁判に関する法律の制定作業が進められていた。

具体的には、アメリカ軍政府は一九四五年夏にヴァルター・イエリネックを長とする委員会（ハイデルベルク委員会）を設置し、アメリカ占領地域の三つの州（バイエルン、ヴュルテンベルク＝バーデン（現在のバーデン＝ヴュルテンベルク州の一部）、ヘッセン）で共通の行政裁判に関する法律案の作成作業を行わせたのである。アメリカ軍政府からの指示は、一般行政及び司法裁判所から独立した行政裁判所の設置やその業務の早期開始などに限られ、イエリネック自身が振り返るところによれば、ハイデルベルク委員会に対するアメリカ軍政府からの影響は強いものではなかったと言⁽⁴³⁰⁾う。

ハイデルベルク委員会は一九四五年九月から検討を開始し⁽⁴³¹⁾、翌一九四六年三月に法律案（ハイデルベルク草案）を公表した。このハイデルベルク草案は州評議会（Landrat⁽⁴³²⁾）の審議に付され⁽⁴³³⁾、そこで一定の修正が行われた後、右の三つの州で同年九月から一〇月にかけて「行政裁判権に関する法律」という名称で、それぞれの州の法律として制定され⁽⁴³⁴⁾た。

さらに、ブレーメンでは、ハイデルベルク委員会が右のハイデルベルク草案に先行して一九四五年一〇月に作成した法律案⁽⁴³⁶⁾に基づいて、一九四六年二月に「行政裁判権に関する法律」⁽⁴³⁷⁾が制定されていた。しかし、アメリカ軍政府が他の三つの州と同じ行政裁判制度にするよう要求したことを受けて、ハイデルベルク草案を基礎とする法律⁽⁴³⁸⁾が一九四七年八月に改めて制定されたのである⁽⁴⁴⁰⁾。

(2) イギリス占領地域

アメリカ占領地域行政裁判法は、イギリス占領地域における行政裁判制度の再建にも一定の影響を及ぼした。当

初イギリス占領地域では、イギリス軍政府の命令により、州ごとに行政裁判制度の復活が行われていた。⁽⁴⁴⁾だが、先に述べた管理理事会の法律三六号が発せられた後、イギリス軍政府も一九四七年四月にアメリカ軍政府と同じように委員会を設置し、そこに行政裁判に関する軍政府命令案の作成作業を委ねた。⁽⁴⁵⁾

委員会は最初の段階では、アメリカ占領地域行政裁判法に依拠して命令案を作ることを意図していた。⁽⁴⁶⁾しかし、審議の過程で委員会が、各州ごとに二審制を定めるに止めたアメリカ占領地域行政裁判法と異なり、各州内の第二審の上にさらにイギリス占領地域全体で最上級審を設けることを提案したところ、イギリス軍政府がそれに反対したため、行政裁判に関する軍政府命令の制定が遅れることになった。⁽⁴⁷⁾

そこでイギリス軍政府は、一九四八年四月に暫定的に軍政府命令一四一号⁽⁴⁸⁾を発し、その後同年九月に、委員会の命令案を基礎とする軍政府命令一六五号⁽⁴⁹⁾を定めたのである。軍政府命令一六五号は、アメリカ占領地域行政裁判法と同様、各州ごとの二審制としたが、本節2でも述べる通り、いくつかの重要な点ではアメリカ占領地域行政裁判法と異なる規定を設けた。

(3) フランス占領地域

さらに、フランス占領地域の州でも、アメリカ占領地域行政裁判法及びイギリス軍政府命令一六五号に倣って、行政裁判に関する法律が制定された。フランス占領地域においては、ナチス期の中央集権的な機構を排除し、州への分権化を進めるといふ占領政策⁽⁵⁰⁾を受けて、州ごとに行政裁判制度の再建が行われた。

その中でもラインラント＝プファルツは、ラインラント南部とその周辺の州が合併して一九四六年八月に創設された州である。同年一二月に州首相は州内の行政裁判所の活動の再開を宣言したが、行政裁判所の名称や審級の仕組みなどはかつての州の間で異なることがあった。⁽⁵¹⁾そこでまず、一九四七年三月の命令⁽⁵²⁾により、第一審を県行政

裁判所〔Bezirksverwaltungsgericht〕、第二審を州行政裁判所〔Landesverwaltungsgericht〕とする二審制に州全体で統一された。さらに、行政裁判手続などの統一も進められることになり、一九五〇年四月に「行政裁判権に関する法律」⁽⁴⁵⁾（以下ではラインラント＝プファルツ行政裁判法という）が制定された。この法律は、アメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号に依拠して定められたものであった。⁽⁴⁶⁾

なお、フランス占領地域に属していた州としては、バーデンとヴュルテンベルク＝ホーエンツォレルンもあった。これら二つの州はそれぞれ、ナチス期より前のバーデン又はヴュルテンベルクの行政裁判制度（第一章第一節1・2を参照）を復活させていた。⁽⁴⁸⁾だが、一九五二年四月に、バーデン、ヴュルテンベルク＝ホーエンツォレルン及びアメリカ占領地域のヴュルテンベルク＝バーデンが合併して、現在のバーデン＝ヴュルテンベルク州が設けられると、州全体での行政裁判制度の統一が求められるようになった。⁽⁴⁹⁾もともと、当時連邦ではVwGOの制定作業が進められていたので、しばらくはその制定を待っていた。⁽⁵⁰⁾しかし、後にも述べるように、VwGOの成立までにはかなりの時間を要することが明らかになったため、バーデン＝ヴュルテンベルクで独自に行政裁判に関する法律を定めることとされ、一九五八年五月に「行政裁判権に関する法律」⁽⁵¹⁾が制定された。この法律は、アメリカ占領地域行政裁判法を基礎としつつ、それにVwGO草案の若干の規定を追加したものであった。⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾

(4) ベルリン

この他、ベルリンにおいては、一九四五年夏にかつての行政裁判所の裁判官らが、市参事会〔Magistrat〕に対してベルリンに行政裁判所を設置するよう働きかけ、⁽⁵⁴⁾市参事会も同年一〇月に市行政裁判所〔Stadtverwaltungsgericht〕の設置に関する決議を行った。⁽⁵⁵⁾それらのことを契機として、連合国間統治機関〔Alliierte Kommandantur〕⁽⁵⁶⁾の中で行政裁判所の設置について協議が行われたものの、合意には至らず、アメリカ軍政府とイギリス軍政

府は、ベルリンのそれぞれの占領地区で独自に行政裁判所を設けた⁽⁴⁶⁾。他方で、フランス占領地区では、行政裁判所の設置を命じた一九四六年五月の連合国間統治機関の命令と先に挙げた管理理事会の法律三六号のいずれも実行されず⁽⁴⁶⁾、行政事件は列挙主義に基づいて民事裁判所の管轄とされていた⁽⁴⁶⁾。

その後、一九四七年に市参事会及び市議会 [Stadtverordnetenversammlung] は、ベルリン全体での統一的な行政裁判所の設置に向けて協議を再開したが、ソ連の連合国間統治機関からの離脱とベルリンの東西分割に伴い、それも失敗に終わった⁽⁴⁶⁾。しかし、一九五〇年一月の法律⁽⁴⁶⁾によりフランス占領地区の行政事件をイギリス占領地区の行政裁判所が管轄することとされてから、西ベルリンでは行政裁判制度の統一が進められ、一九五一年一月に「行政裁判権に関する法律」⁽⁴⁷⁾（以下ではベルリン行政裁判法という）が制定された。

(5) 連邦行政裁判所法の制定

さて、これまで見てきた行政裁判に関する法令は、いずれも州ないし占領地域ごとに制定されたものであったため、統一性を欠くところがあった。また、一九四九年五月に制定されたGGは当時の九六条一項において、行政裁判の分野での連邦上級裁判所（連邦行政裁判所）⁽⁴⁸⁾の設置を要求していた。そこで同年の秋頃から、行政裁判に関する法令の統一と連邦行政裁判所の設立を目的として、VWGOの制定作業が開始された⁽⁴⁸⁾。

ところが、各州からの抵抗もあって、VWGOの制定までにはかなりの時間を要することが明らかになった⁽⁴⁹⁾。しかし、行政法令の解釈適用の統一性を確保することなどから、連邦行政裁判所は直ちに設けなければならないと考えられた⁽⁴⁹⁾。そのため、まずは連邦行政裁判所の設立及びその組織・手続等に関する法律を、VWGOから切り離して定めることとされ⁽⁴⁹⁾、一九五二年九月に連邦行政裁判所法⁽⁴⁹⁾が制定された。この法律は、法案の政府提案理由で述べられている通り、後にVWGOが制定された際にはそれに統合することが予定された過渡的なもので

あった。また内容的にも、先に挙げたラインラント＝プファルツ行政裁判法と同じような規定を置いていた。⁽⁴⁷⁶⁾

2 再建後の行政裁判制度の特徴

(1) 概括主義の採用

以上、行政裁判制度の再建の過程を見てきたが、その間に制定された行政裁判に関する主な法令は、アメリカ占領地域行政裁判法、イギリス軍政府命令一六五号、ラインラント＝プファルツ行政裁判法、ベルリン行政裁判法及び連邦行政裁判所法の五つである。これらの法令について最初に指摘できることは、原則上告審である連邦行政裁判所の組織・手続等を定めた連邦行政裁判所法を除くと、いずれの法令も行政裁判所の管轄事項に関して概括主義を採用したということである。これは、ヴァイマル期に概括主義を採用していたのがハンプルク及びブレーメンの行政裁判法に限られていたこと（第二章第二節2(2)を参照⁽⁴⁷⁷⁾）と比較すると大きく異なる。連邦行政裁判所法以外の四つの法令は、それぞれ次のように定めていた。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」二二条一項一文

行政裁判所は、特別の行政裁判所、仲裁裁判所又は民事裁判所が裁判をすべきとされていない限り、行政庁の処分及びその他の行政行為に関する不服（抗告事件）並びにその他の公法上の訴訟（当事者訴訟）について裁判をする。

イギリス軍政府命令一六五号二二条一項

地方行政裁判所は、行政行為の取消し及び憲法訴訟を除くその他の公法上の訴訟について裁判をする。

ラインラント＝プファルツ「行政裁判権に関する法律」一五条一項

行政裁判所は、特別の行政裁判所又は通常裁判所に管轄がない限り、利害関係人の請求に基づいて、行政庁の命令、処分及びその他の行政行為が違法に発せられたかということ（抗告事件）並びにその他の公法上の訴訟（当事者訴訟）について裁判をする。

ベルリン「行政裁判権に関する法律」一九条一項

行政裁判所は、憲法訴訟、議会における選挙審査及びその他憲法裁判権の領域に属する事件を除き、行政行為の取消し（二三条）及びその他の公法上の訴訟について裁判をする。

以上のうち、アメリカカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号は、一九四九年五月にGGが制定されるよりも前に定められたものであった。それらの法令においては、草案を作成した委員会の構成からして、ヴァイマル期から有力になっていた学説（第二章第一節3(1)を参照）の影響があったと思われる⁽⁴⁷⁶⁾。他方で、ラインラント＝プファルツ行政裁判法とベルリン行政裁判法に関しては、それらが制定されたときにはすでにGGが存在していたので、概括主義の採用に際してGGがどのように作用したのかということが問題になる。しかし、ここで関係するGG一九条四項について、当時の多数説は抗告訴訟に限って概括主義を保障したものと解していた⁽⁴⁸⁰⁾。このことからすると、ラインラント＝プファルツ行政裁判法とベルリン行政裁判法が概括主義を採用したのは、GGの要請と

いうよりも、アメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号に倣ったことによると考えられる。

(2) 義務付け訴訟の導入

(a) 続いて、本稿が考察の対象とする訴訟類型について見ると、まず目を引くのは、義務付け訴訟に関する規定が置かれたことである。ヴァイマル期までは、プロイセンの判例の中で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見られた程度であり、ハンブルクの判例でも義務付け訴訟は否定されていた（第一章第三節3(1)、第二章第一節2(2)(b)、第二章第二節3(2)(b)を参照）。それに対して、第二次世界大戦後に再建された行政裁判制度にあつては、義務付け訴訟が一般的に認められるに至つたのである。具体的には、先に挙げた五つの法令の中で、取消訴訟と並んで次のように規定された。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」三五条一項・二項・七九条一項・三項・五項

三五条一項 抗告訴訟は、ある者が行政行為によつて自己の権利を侵害されたと主張するときに認められる。

三五条二項 抗告訴訟は、申請された職務行為の不作為に対して、申請者がその実施を求める権利を有すると主張するときには許される。行政庁が職務行為の実施を求める申請に対して、十分な理由なく相当の期間内に決定をしなかつたとき、不作為とみなす。その場合、不作為は拒否と同視されうる。

七九条一項 裁判所は、抗告訴訟に理由があると考える限りで、異議申立てに対する決定又は審査請求に対する裁決及び争われている行政行為を取り消す。行政行為が取消し又はその他の方法によつてすでに決着したとき、裁判所は申立てにより、当該行政行為が不適法であつたことを判決で宣言する。

七九条三項 裁判所は、職務行為の拒否に対して行われた抗告訴訟に理由があり、かつ、あらゆる点で事案が成

熟している〔*spruchreif*〕と考えるとき、拒否を取り消すとともに、申請された職務行為を実施する行政庁の義務を宣言する。

七九条五項 裁判所は、申請された職務行為の不作為に対して行われた抗告訴訟（三五条二項）に理由があると考えるとき、申請に対して決定を行う行政庁の義務を宣言する。第三項が準用される。⁽⁸⁾

イギリス軍政府命令一六五号二三条一項・二四条一項・七五条一項・三項

二三条一項 行政行為の取消しは、当該行政行為の違法により原告の権利が侵害されたという理由でのみ認められる。訴えは行政行為が無効であるときも許される。

二四条一項 申請された行政行為の実施を求める訴えは、原告がその実施を求める請求権を有し、かつ、行政庁が申請に対して拒否し、又は十分な理由なく二か月以内に決定をしなかったという理由でのみ認められる。

七五条一項 裁判所は、行政行為に対して行われた訴えに理由があると考える限りで、異議申立てに対する決定又は審査請求に対する裁決及び争われている行政行為を取り消し、又はその無効を宣言する。行政行為が取消し又はその他の方法によってすでに決着したとき、原告がその違法又は無効を確認することについて正当な利益を有する限り、裁判所は申立てにより、当該行政行為が違法又は無効であったことを判決で宣言する。

七五条三項 裁判所は、職務行為の拒否又はその他の不作為が違法であり、かつ、あらゆる点で事案が成熟していると考えるとき、申請された職務行為を実施する行政庁の義務を宣言する。

ラインラント＝プファルツ「行政裁判権に関する法律」一五条二項

抗告訴訟は、申請された職務行為の不作為に対しても、申請者がその実施を求める権利を有すると主張するときには許される。行政庁が職務行為の実施を求める申請に対して、十分な理由なく相当の期間内に決定をしなかったとき、不作為とみなす。その場合、不作為は拒否と同視されうる。

ベルリン「行政裁判権に関する法律」二〇条一項・二一条一項

二〇条一項 訴えは、行政行為により原告の権利が侵害されたという理由でのみ認められる。訴えは行政行為が無効であるときも許される。

二一条一項 申請された行政行為の実施を求める訴えは、原告がその実施を求める請求権を有し、かつ、行政庁が申請に対して拒否し、又は十分な理由なく二か月以内に決定をしなかったという理由でのみ認められる。

連邦行政裁判所法一五条一項・三項

一項 抗告訴訟は、行政行為によって自己の権利を侵害されたと主張する者のみが提起することができる。

三項 抗告訴訟は、申請された行政行為の不作為に対しても、申請者がその実施を求める権利を有すると主張するときには提起することができる。行政行為の実施を求める申請に対して、十分な理由なく相当の期間内に実質的な決定が行われないとき、不作為とみなす。その場合、不作為は拒否と同視されうる。

これらの規定の中には「職務行為」という用語を用いているものがあるが、それは「行政行為」と同義であると概ね理解された。⁽⁴⁸²⁾⁽⁴⁸³⁾ また、アメリカ占領地域行政裁判法の義務付け訴訟の規定については、州評議会の審議の中で、

義務付け判決の執行は結局行政内部の階層的統制に依拠せざるを得ないことなどを理由として廃止が提案されたが、ハイドルベルク委員会の反対により規定は維持されたという経緯があったようである。⁽⁴⁸⁾ここでは、ヴァイマル期から義務付け訴訟の導入を主張していた、ヴァルター・イエリネックの見解の影響があったと思われる(第二章第一節3(2)を参照)。

その一方で、概括主義の採用の場合と同じく、ラインラント＝プファルツ行政裁判法、ベルリン行政裁判法及び連邦行政裁判所法については、義務付け訴訟の導入に当たってGGの存在がどのように影響したのかということが問題になる。この問題に関して、確かに、GG一九条四項による保障を抗告訴訟における概括主義に限定した当時の多数説も、同項にいう「公権力によって自己の権利を侵害されたとき」の中には、行政による不作為の場合も含まれると解していた。⁽⁴⁹⁾しかし、多数説に立つ論者も、GG一九条四項から義務付け訴訟を導入することが要請されるとまでは明確に述べていなかった。加えて、文言の同一性ないし類似性からすると、右の三つの法律は、主にはアメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号に依拠して、義務付け訴訟に関する規定を設けたと考えられる。

(b) この他、アメリカ占領地域行政裁判法七九条一項の第二文とイギリス軍政府命令一六五号七五条一項の第二文は、争いの対象である行政行為がなくなった場合にそれが違法であったことの確認を求める、いわゆる継続確認訴訟について規定している。行政行為が違法であったことの確認については、従前は取消訴訟を用いてそれが行われる場合が見られたところ(第一章第三節2を参照)、右記の法令においては、継続確認訴訟という独立の類型が設けられたと言える。

また、イギリス軍政府命令一六五号二三条一項とベルリン行政裁判法二〇条一項では、取消訴訟に関する規定の

中で無効の行政行為に対する訴訟も併せて定められていた。

(3) 確認訴訟の一般的許容

次に注目されるのは、確認訴訟が一般的に認められたことである。ヴァイマル期まで、プロイセンなど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の規定で認められた場合に限って提起できるに過ぎなかったからである（第一章第二節1(2)、第二章第一節2(2)(a)・(3)(a)などを参照）。先に挙げた五つの法令は、次のような規定を設けていた。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」二四条一項

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、当事者訴訟の方法により訴えを提起することができる。

イギリス軍政府命令一六五号五二条

行政裁判所の裁判により即時に確認が行われることについて、原告が正当な利益を有するとき、公法上の法律関係の存否又は内容の確認を求めて訴えを提起することができる。

ラインラント＝プファルツ「行政裁判権に関する法律」二四条一項（連邦行政裁判所法一六条一項も同一規定）

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。

ベルリン「行政裁判権に関する法律」二二条一項・三項

一項 行政裁判所の裁判により即時に確認が行われることについて、原告が正当な利益を有するとき、公法上の法律関係の存否又は内容の確認を求めて訴えを提起することができる。

三項 行政行為の無効は、確認訴訟の方法によってもいつでも主張することができる。

右の各規定のうち、アメリカ占領地域行政裁判法のものについては、民事訴訟の場合と同等の権利保護を与えるべきという考えが背景にあったようであるが、さらに、ここでもヴァルター・イエリネックの見解が反映されていたと考えられる。⁽⁴⁸⁷⁾ 彼はヴァイマル期に確認訴訟の重要性を指摘し、それを一般的に許容したハンブルク及びブレメンの行政裁判法を高く評価していた。⁽⁴⁸⁸⁾ 実際、アメリカ占領地域行政裁判法で、確認訴訟の活用が想定される例として挙げられていたのは、イエリネックがヴァイマル期に説いていたことと同じく、行政行為の発付のおそれがある場合などにおいて、事前に権利保護を求めるケースであった。⁽⁴⁸⁹⁾

また、ラインラント＝プファルツ行政裁判法二四条一項と連邦行政裁判所法一六条一項は、第二章第二節2(3)(a)で紹介した、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と全く同じものである。アメリカ占領地域行政裁判法の規定もそれらと類似するが、「当事者訴訟の方法により」という文言が付け加えられている点が異なる。

この他、ベルリン行政裁判法は二二条三項で、確認訴訟で行政行為の無効を争うこともできるとしていた。

(4) 規範統制手続の新設

さらに、アメリカ占領地域行政裁判法は、次の規定を置いて、法令の規定自体を争うことを可能にする規範統制

手続も取り入れていた。

アメリカ占領地域「行政裁判権に関する法律」二五条一項・二項

一項 高等行政裁判所は、行政裁判所の事物管轄の枠内で、申立てにより、命令又は法律の下位に属するその他の法令の規定の有効性について、決定で裁判をする。申立ては、行政庁及び当該法令の規定の適用によって近いうちに不利益を受けることが予想されるすべての者が行うことができる。

二項 前項の裁判は一般的拘束力を有する。裁判は公告されなければならない。

行政裁判の分野における規範統制手続は、一九一三年四月のバーデン水法⁽⁴⁹⁾一二〇条一項二号が同法に基づく地区警察の警察命令を争うことを認めたように、従前も個別の法律の中で定められることはあった。また、ヴァイマル憲法一〇七条（第二章第一節1を参照）の「命令及び処分」という文言から、法令の規定を直接に争うことも認められると説く見解もなかったわけではない。⁽⁴⁹⁾しかしそうした見解はわずかであり、さらに、ヴァイマル期までのいくつかのラントの判例を見ても、取消訴訟は具体的な行政行為の存在を前提にするとか、確認訴訟の対象である「法律関係」は未だ成立していないといった理由で、いずれも法令の規定自体を争うことを認めていなかった。⁽⁴⁹⁾

かような従前の状況に対して、アメリカ占領地域行政裁判法は、ドイツの行政裁判制度において初めて規範統制手続を広く認めたものであった。もともと、規範統制手続は、ハイドルベルク委員会ではなく、州評議会の審議の中でバイエルンが提案したものであった。バイエルンの代表はその根拠として、行政の自己統制は客観法違反の防止も要請すること、並びに、市町村参事会及び郡庁における公選制の導入により、法的知識の乏しい者が違法な法

令を制定するおそれが増したことを挙げていた。⁽⁴⁹³⁾ また、確認訴訟の容認と同じ観点からも規範統制手続の必要性が根拠付けられると述べており、ここでは、規範統制手続が確認訴訟の補完物として、予防的な権利保護の役割を果たすと考えられていたように思われる。⁽⁴⁹⁴⁾

他方で、規範統制手続の規定は、アメリカ占領地域行政裁判法以外の行政裁判に関する法令では設けられなかった。⁽⁴⁹⁵⁾

3 訴訟類型・救済態様に関する論点

これまで述べてきたことからすると、再建後の行政裁判制度とヴァイマル期までのものを比べた場合、概括主義が採用された点のみならず、義務付け訴訟や確認訴訟が一般的に定められた点などにおいても大きな違いがあった。ここでは、ヴァルター・イエリネックらヴァイマル期からの学説が反映されていたと言える。また、例えば継続確認訴訟が規定されたことについては、その反面として、取消訴訟が従前担っていた役割から解放されたという側面もあったと思われる。

だが、先述の行政裁判に関する法令の中で定められた訴訟類型ないし救済態様であっても、規定が必ずしも明確ではなかったこともあって、なお解釈論上の問題が存在した。具体的には、まず義務付け訴訟については、行政行為の拒否又は不作為に対して訴訟が提起された場合に、それぞれどのような判決を下すことができるのかということが問題になった。また、行政行為の無効を直接に争おうとすると、従前用いられていた取消訴訟（第二章第二節3(1)(c)を参照）に代わって無効確認訴訟は認められるのかということが、無効の行政行為に対しても訴訟が可能である旨を示したイギリス軍政府命令一六五号及びベルリン行政裁判法においても議論の対象になった。加えて、

継続確認訴訟の規定に関しては、取消訴訟を起こす前に行政行為がなくなった場合、さらには義務付け訴訟の場合にも、それは準用されるのかということが争われた。

他方で、先述の行政裁判に関する法令で規定されていない訴訟類型の許容性も議論された。その対象になったのは、行政行為その他の行政活動の事前差止めを求める予防的不作為訴訟〔vorbeugende Unterlassungsklage〕¹、並びに、（アメリカ占領地域行政裁判法の場合は除かれるが）規範統制手続である。また、予防的確認訴訟はヴァイマル期までの判例でもしばしば見られたが（第一章第二節3（3）などを参照）、予防的不作為訴訟に関連して、それが許されるのかどうかということも改めて争われた。

次節以降では、以上の問題がどのように解決され、あるいは今後の課題として残ったのかを順次見ていくことにしたい。

第二節 解釈による救済の充実

1 義務付け訴訟の適用範囲と判決の態様

（1）行政行為の拒否に対する義務付け訴訟の可否と位置付け

（a）最初に、義務付け訴訟の場合から見ると、判決の態様に関する問題に先立って、特にアメリカ占領地域行政裁判法の適用領域においては、行政行為の拒否に対する義務付け訴訟の可否及びその位置付けが問題にされることがあった。というのも、先に挙げた義務付け訴訟の規定のうち、イギリス軍政府命令一六五号二四条一項とベルリン行政裁判法二一条一項は、行政行為の拒否と不作為のいずれについても義務付け訴訟が認められるとしていたのに対して、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項は義務付け訴訟を提起できる場合として、不作為の場合を挙げる

に止まっていたからである⁽⁴⁹⁾。

実際、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項は行政行為の拒否が行われた場合を対象としていないと述べられることがあった⁽⁴⁹⁾。そして、行政行為の拒否が行われたときは取消訴訟によらなければならないと説く者も存在したのである⁽⁴⁹⁾。もっとも、この所説においては、アメリカ占領地域行政裁判法七九条三項が義務付け判決の可能性を規定していたこととの関係が問題になるが、同項については、裁判所が取消判決に付随して、職権で義務付け判決を下すことを認めたものと理解されることがあった⁽⁵⁰⁾。

しかしながら、行政行為の拒否が行われたときは取消訴訟によるべきとする右の見解に対しては、イギリス軍政府命令一六五号二四条一項とベルリン行政裁判法二一条一項は行政行為の拒否に対しても義務付け訴訟を明示的に認めており、それらとのバランスを欠くという指摘がなされた⁽⁵⁰⁾。また、行政行為の拒否の取消しだけでは、原告の目的は達成されないという批判もあった⁽⁵⁰⁾。職権で義務付け判決を下すことができると思っても、それは原告の請求の範囲を超えることになりかねず、処分権主義との関係で問題があったのではないかと思われる。

(b) こうして、行政行為の拒否の場合に義務付け訴訟を認めない見解は否定されたのであるが、その義務付け訴訟の位置付けについては必ずしも意見が一致していたわけではなかった。そのことが浮き彫りになったきっかけの一つが、カッセル行政裁判所一九五一年三月二〇日判決である。この判決は、原告が警察官庁に対して、自宅の前にある道路を貨物自動車が行き止まりにすることの禁止命令を発するよう求めたが、警察官庁がそれを拒否する判断を示したため、当該拒否の取消しと貨物自動車の通行禁止命令の義務付けを求めて訴えを提起したという事例に関するものである。裁判所は、原告による義務付け訴訟を不適法なものとして、請求に理由がある場合はアメリカ占領地域行政裁判法七九条三項が適用されるとした。しかしながら裁判所は、警察官庁に不作為はなく、原告による義務付け

訴訟は警察官庁の禁止命令発付の拒否に対して提起されたものであるから、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項に定められた訴訟ではなく、同条一項の通常の抗告訴訟に当たると判示したのである。⁽³⁰³⁾

このカッセル行政裁判所の判決は、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項について、文言通り不作為の場合のみを対象にすると解釈したのである。だが、その評釈を執筆したオットー・バツホフは次のような批判を行った。すなわち、行政行為の拒否に対する訴訟は、とりわけ義務付け請求が可能である点で、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項所定の不作為に対する訴訟と共通性がある。その限りで、行政行為の拒否に対する訴訟は通常の抗告訴訟（取消訴訟）から区別されるのであって、不作為に対する訴訟とともに、義務付け訴訟という上位概念の下に置く方が正当だろうと述べた。⁽³⁰⁴⁾そして彼は、自身の教授資格論文においても、義務付け訴訟の下位区分として、不作為に対する訴訟と並んで行政行為の拒否に対する訴訟を挙げたのである。⁽³⁰⁵⁾

なお、カッセル行政裁判所判決の事案で原告が求めた貨物自動車の通行禁止命令は、警察官庁が職権で発するものと考えられるが、カッセル行政裁判所判決とその評釈を執筆したバツホフのいずれも、通行禁止命令を下さないという警察官庁の判断を、行政行為の不作為ではなく拒否と捉えていた。また、カッセル行政裁判所判決は、原告から警察官庁への請求を「申請」と表現しており、義務付け訴訟の規定にあった「申請」という言葉が、制度として法定されていた場合に限らず、広く理解されることがあったように思われる。

(2) 義務付け訴訟の判決の態様

さて、前述のバツホフのように、行政行為の拒否と不作為のどちらに対する場合も、義務付け訴訟といった上位概念の下に位置付ける見解が支配的になったのであるが、⁽³⁰⁶⁾行政行為の拒否又は不作為に対して提起された義務付け訴訟において、それぞれどのような判決を下すことができるのかという点については、先に触れた通り一定の議論

があつた。⁽³⁰⁾

このような議論が生じた原因は、アメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号の規定の仕方にあった。すなわち、本章第一節2(2)(a)で見たように、義務付け訴訟の判決に関しては、アメリカ占領地域行政裁判法七九条三項・五項とイギリス軍政府命令一六五号七五条三項がそれぞれ規定を置いていた。だが、それらの規定が明示していないケースではどのような判決が下されるのか、ということが問題になったのである。

より具体的には、⑦アメリカ占領地域行政裁判法七九条五項が不作為に対する義務付け訴訟の判決として明示しているのは、いわゆる決定義務付け判決であるが、裁判所が事案が成熟していると考えるとき、⁽³⁰⁾同条三項を準用して原告が求める行政行為の義務付け判決（以下では特定行為義務付け判決という）を下すことができるのかということである。また、①イギリス軍政府命令一六五号七五条三項は、行政行為の拒否と不作為の双方の場合について、裁判所が事案が成熟していると考えるときは特定行為義務付け判決が下される旨を定めているが、事案の成熟性を欠く場合、いかなる判決が下されるのかということも議論の対象になった。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

右で挙げた問題のうち、⑦に関する議論の状況から見ると、不作為の場合には特定行為義務付け判決を認めないという見解も確かに存在した。⁽³²⁾ただし、そうした見解の中に、アメリカ占領地域行政裁判法の規定の仕方というより、行政と行政裁判所の関係を根拠とするものがあつたことが注目される。その場合、他の行政裁判に関する法令の適用領域においても、不作為の場合には特定行為義務付け判決は認められないと解されることになる。例えば、ある論者は、義務付け訴訟も抗告訴訟の一つとして、覆審のない事後審査の性格を有するとの理解を前提に、不作為の場合には行政は行政行為の発付に係る案件について未だ判断を行っておらず、行政裁判所がそのような案件を行政庁に代わって自ら処理することは許されない。さもないと、行政と行政裁判所の権限の境界があいまいに

なり、権力分立の原理が放棄されることになるだろうと説いたのである。⁽⁵¹³⁾

しかし多数説は、不作為の場合にも特定行為義務付け判決を認める見解であった。⁽⁵¹⁴⁾ もっとも、多数説の論者はその根拠として、アメリカ占領地域行政裁判法七九条五項が、特定行為義務付け判決を定める同条三項を準用していることを挙げるに止まる。だが、イギリス軍政府命令一六五号七五条三項が不作為の場合にも特定行為義務付け判決を明示的に認めていたこととの整合性に加えて、実質的には次のような考えもあったのではないかと思われる。

すなわち、決定義務付け判決を下すことができるに過ぎないとすれば、判決を受けても行政庁が原告の求める行政行為の発付を拒否した場合、原告は再び訴訟を提起しなければならない。だがそれは、訴訟経済に反するとともに原告の権利保護の制約を意味するということである。⁽⁵¹⁵⁾ 多数説の中にこうした考えがあったとすれば、それは、特定行為義務付け判決も認めることにより、権利保護を充実させようとしたものと評価することができる。⁽⁵¹⁶⁾

続いて④の問題に目を移すと、不作為の場合で事案の成熟性を欠くとき、イギリス軍政府命令一六五号の適用領域においてもアメリカ占領地域行政裁判法七九条五項が定めるように、決定義務付け判決が下されるという見解が支配的であった。⁽⁵¹⁷⁾ だが、行政行為の拒否の場合で事案の成熟性を欠くときについては、当該拒否の取消判決が下されるという見解と、それに加えて決定義務付け判決も下されるとする見解が見られた。⁽⁵¹⁸⁾ どちらも、拒否の取消判決が下されるという限りでは、アメリカ占領地域行政裁判法七九条三項に倣ったものと言うことができるだろう。⁽⁵¹⁹⁾

そうした中で、連邦行政裁判所一九五四年二月一七日判決は異なる立場を示した。住宅交換許可の申請を住宅局によって拒否された原告らが訴えを提起した事例において、裁判所は次のように判示した。

「イギリス軍政府命令一六五号は、二四条二項と七五条三項のいずれにおいても、申請された職務行為の単なる不作為の場合と正式な拒否の場合を、明らかに同じように扱っている。二つの場合について……『職務行為の拒否

に対して行われた抗告訴訟』（七九条三項）と『申請された職務行為の不作为に対して行われた抗告訴訟』（三五条二項・七九条五項）を区別する、アメリカ占領地域『行政裁判権に関する法律』と異なり、イギリス軍政府命令一六五号は、『申請された行政行為の実施を求める訴え』（二四条）と『申請された職務行為を実施する行政庁の義務』の裁判所による宣言（七五条）を知るのみである。」

「もつとも、イギリス軍政府命令一六五号七五条三項も、申請された職務行為を実施する義務を裁判所が宣言する場合については、アメリカ占領地域『行政裁判権に関する法律』七九条三項と同じく、あらゆる点で事案が成熟していると考えられることを前提としている。だが、かかる事案の成熟性を欠く場合でも、原告の申請を拒否する被告の決定を取り消す必要はない。……むしろ、原告の申請に対して正式の拒否が行われた場合でも、事案の成熟性を欠くときは、行政裁判所の判決の理由に従い改めて原告の申請について判断するよう、被告が義務付けられることを宣言すれば十分である。」⁽³⁰⁾

つまり判決は、事案の成熟性を欠くときは、行政行為の拒否の場合でも決定義務付け判決を下せば足りるのであって、拒否の取消判決を行うことは要しないと述べている。そのような判断の背景には、イギリス軍政府命令一六五号二四条一項・七五条三項は行政行為の拒否の場合と不作為の場合を区別していないところ、前者の場合に取消判決を要するとすれば、後者の場合にはその余地がないため、二つの場合で判決の態様にズレが生じてしまうという考えもあつたのではないかと思われる。しかしその一方で、連邦行政裁判所の判決によれば、行政行為の拒否の場合で事案の成熟性を欠くときの判決の態様が、アメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令一六五号で異なることになる。

以上の通り、義務付け訴訟に関する規定の不備を解釈で補うことにより、救済の充実が図られてきたものの、判

決の態様については、行政裁判に関する法令の間で統一性を欠くという問題を孕んでいた。こうした問題を解消するためには、VWGの制定を待たなければならなかったのである。

- (42) Amtsblatt der Militärregierung Deutschland Kontroll-Gebiet der zwölften Armeegruppe 1945 Nr. 1, S. 13 ff.
- (43) Martin Montag, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden und Württemberg von 1945 bis 1960 (2001), S. 49.
- (44) 行政裁判制度の再建の状況を紹介したものである。須貝脩一「西獨逸行政裁判制度の発展」法学論叢五九卷四号（一九五三年）一〇頁以下、南・前掲注（15）一五四頁以下、宮崎・前掲注（10）四〇四頁以下、人見・前掲注（194）二九頁以下などがある。とりわけ最後の文献は、連邦公文書館に所蔵されているヴァルター・イエリネックの遺稿集も参照して、アメリカ占領地域の状況を詳細に考察している。
- (45) なお、以下の記述においては、ソ連占領地域ないし旧東ドイツの動向は取り上げない。それに関する近時の文献として、Julian Lubini, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der SBZ/DDR 1945-1952 (2015) がある。
- (46) Amtsblatt der Militärregierung Deutschland Britisches Kontrollgebiet 1946 Nr. 14, S. 315.
- (47) また、この法律三六号により、「ライヒ行政裁判所」の設置を定めた、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」（注（321）を参照）も廃止された。
- (48) Paulus van Husen, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen mit Kommentar (1947), S. 3.
- (49) 人見・前掲注（194）三〇二頁以下；Montag (Ann. 423), S. 54.
- (50) Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, 269 [270].
- (51) Jellinek (Ann. 430), S. 270; Rapp (Ann. 25), S. 18.
- (52) 州評議會は「アメリカ占領地域の各州の首相が構成員となって定期的に開催された会議であり、占領地域内における法令及び行政の統一性の確保、各州の領域を越える問題の解決を任務とした。北住炯一「ドイツ複合占領における国家化

と原連邦制」名古屋大学法政論集二四六号（二〇一二年）一三頁以下。

- (43) 州評議会における審議の経過は、Wilhelm Bauer, Wiederaufbau der Verwaltungsrechtspflege, StZ 1946, 149 [149 f.]; 人見・前掲注(194)三三二頁以下; Montag (Anm. 423), S. 55 ff. で紹介されている。

- (44) Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1946, S. 281 ff.; Regierungsblatt der Regierung Württemberg-Baden 1946, S. 221 ff.; Gesetz- und Verordnungsblatt für Groß-Hessen 1946, S. 194 ff.; 76 f. v. d. Hagen, 最高裁判所事務総局編『西ドイツ行政裁判法』（法曹会、一九五五年）三五頁以下に全訳が収録されている。

- (45) なお、「行政裁判権に関する法律」が、後述のイギリス占領地域の場合のように軍政府命令の形式を取らず、各州の法律とされたのは、先に述べた管理理事会の法律三六号を受けて制定されたものではなかったことによる。Georg-Christoph von Unruh, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Kurt G. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte Band 5 (1987), S. 1178 [1179].

- (46) この法律案は、一九二四年のブレーメン行政裁判法に大幅に依拠していた。Peters (Anm. 271), S. 133.

- (47) Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1946, S. 17 ff.

- (48) Peters (Anm. 271), S. 136.

- (49) Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1947, S. 171 ff.

- (40) 以下では、アメリカ占領地域の各州で制定された「行政裁判権に関する法律」を、アメリカ占領地域行政裁判法と総称する。

- (41) もともと、それら各州の行政裁判制度は、下級審も一般行政の組織から独立したものとされた点で、ヴァイマル期までは異なっていた。Hans Klinger, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl. (1954), S. 4. 他方で、ハンブルクは一九二一年の行政裁判法では概括主義を採用したが（第二章第二節(2)を参照）、一九四六年三月の「行政裁判所の活動の再開に関する命令」（Hamburgisches Verordnungsblatt 1946, S. 31 ff.）は、概括主義を放棄した一九三三年及び一九三四年改正後の行政裁判法を適用するとしたため、警察処分以外は列举主義に拠っていた。Vgl. auch Gundlach (Anm. 258), S. 114 f.

- (42) Bruno Lehmann, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DV 1948, 101 [103].

- (43) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band 1, 4. Aufl. (1954), S. 435; Klinger (Anm. 441), S. 6.
- (44) Forsthoff (Anm. 443), S. 435; Klinger (Anm. 441), S. 6.
- (45) Verordnungsblatt für die Britische Zone 1948, S. 111 ff.
- (46) Verordnungsblatt für die Britische Zone 1948, S. 263 ff. の全訳は、最高裁判所事務総局編・前掲注（43）九五頁以下に収録されている。
- (47) Theodor Eschenburg, Jahre der Besatzung 1945-1949 (1983), S. 44.
- (48) Joachim Hennig, 2000 Jahre Koblenz – fast 200 Jahre Verwaltungsschutz in Rheinland-Pfalz (1994), S. 183 f.
- (49) Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz 1947, S. 138.
- (50) ただし、第二審の州行政裁判所は、その後で挙げる「行政裁判権に関する法律」を一九五四年二月に改正した際に（Gesetz- und Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz 1954, S. 21）、上級行政裁判所（Oberverwaltungsgericht）へと改称された。
- (51) Gesetz- und Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz Teil 1 1950, S. 103 ff.
- (52) Carl Hermann Ule, Für eine einheitliche Verwaltungsgerichtsordnung!, DV 1950, 1 [4]. Vgl. auch Hans De Clerck, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, DVBl. 1950, 295 [295].
- (53) ただし、バーデンは従前は一定領域に限って概括主義を認めるに過ぎなかったが、行政裁判制度の復活を定めた一九四七年三月の「行政裁判権の設立に関する命令」（Amtsblatt der Landesverwaltung Baden 1947, S. 89）により、抗告訴訟については概括主義を採用するに至った。また、バーデンとヴュルテンベルク＝ホーエンツォレルンのいずれにおいても、それぞれ、一九五一年九月の「バーデンにおける行政裁判権の改正に関する法律」（Badisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1951, S. 151 f.）と一九五〇年一〇月の「高等行政裁判所及び行政庁における手続の改正に関する法律」（Regierungsblatt für das Land Württemberg-Hohenzollern 1950, S. 301 f.）によって、義務付け訴訟が導入された。
- (54) その際、とりわけ問題視されたのは、バーデン＝ヴュルテンベルク憲法（Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1953, S. 173 ff.）が当時の六七条三項（現在は削除）で「二審制を規定していたにも拘らず、かつこのヴュルテンベルク＝ホーエンツォレルンでは一審制が採られていた」ことであつた。Richard Naumann, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

in Baden-Württemberg, DöV 1957, 169 [70]; Paul Werner, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg, DVBl. 1958, 534 [535].

(45) Vgl. Paul Werner, Das neue Verwaltungsgerichtsgesetz, Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt 1958, 113 [114].

(46) Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1958, S. 131 ff.

(47) Montag (Anm. 423), S. 74.

(48) その他、一九五七年一月にフランスの保護領からドイツの州になったザールラントでも、すでに一九五一年七月に「行政裁判権に関する法律」(Amtsblatt des Saarlandes 1951, S. 1075 ff.) が制定された。この法律について、vgl. Hans Oehlenschläger, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Saarland, DöV 1957, 129 [130 ff.]

(49) Hans Schneider, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin, AoR 74 (1948), S. 239 [240].

(50) Hansgeorg Bräutigam, Ein Jahrhundert Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin (1975), S. 49; Unruh (Anm. 435), S. 1181.

(41) 連合国間統治機関とは、連合国四か国のベルリン担当の各司令官によって構成され、ベルリンの管理・統制を任務とした機関である。成瀬治ほか編『ドイツ史三——一九九〇年へ現在——』(山川出版社、一九九七年)三三三頁。

(42) Schneider (Anm. 459), S. 240。アメリカ占領地区とイギリス占領地区の行政裁判制度を紹介するものとして、vgl. Erich Scholz, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im amerikanischen Sektor von Berlin, DV 1949, 604; Foltzick, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im britischen Sektor von Berlin, DV 1949, 607.

(43) Unruh (Anm. 435), S. 1182; Pagenkopf (Anm. 343), S. 119.

(44) Montag (Anm. 423), S. 71.

(45) Bräutigam (Anm. 460), S. 54.

(46) Verordnungsblatt für Berlin Teil 1 1951, S. 31.

(47) Verordnungsblatt für Berlin Teil 1 1951, S. 46 ff.

(48) 当時のGの九六条一項の制定過程について、vgl. Klaus-Berto von Doerning/Rudolf Werner, Füssel/Werner

Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n. F. 1 (1951), S. 1 [706 ff.]; Jürgen Gliss, Die Entwicklung der deutschen Verwaltungsgeschichte bis zur Bundesverwaltungsgerichtsordnung – unter besonderer Berücksichtigung der Grundpositionen von Bähr und Gneist (1962), S. 44 ff. なお、当時の九六条一項は、現在は九五条一項に引き継がれている。

(469) このVwGOの制定過程については、別の機会に分析するつもりを考えている。

(470) Pagenkopf (Anm. 343), S. 121.

(471) Vgl. Forsthoef (Anm. 443), S. 437.

(472) Alexander Koehler, Das Gesetz über die Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts, DVBl. 1950, 551 [552]; Friedrich Klein, Zum Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952, ZfP 67 (1953), S. 100 [101 f.].

(473) ただし、そのような方針に対して、Carl Hermann Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1960), S. 3 4, VwGOの制定がより一層遅れることになったと評価している。

(474) Bundesgesetzblatt Teil 1 1952, S. 625 ff. 全訳として、園部逸夫訳「西獨連邦行政裁判所法」法学論叢六〇巻三号（一九五四年）一三九頁以下、最高裁判所事務総局編・前掲注（434）一頁以下。連邦行政裁判所法の制定過程は、Alexander Koehler, Das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht in der vom Bundestag beschlossenen Fassung, DöV 1952, 431 [431 ff.]; Peter Röhler, Das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, DöV 1952, 737 [737] など紹介されている。また、BT-Drs. 1/1844, S. 24 に「なるべし」法案の作成過程では、ラインに行政裁判所の設立に関する一九三〇年草案（第二章補論2(4)を参照）も参照されたという。

(475) BT-Drs. 1/1844, S. 23 f.

(476) BT-Drs. 1/1844, S. 24; Carl Hermann Ule, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (1952), S. 3.

(477) なお以下では、アメリカ占領地域行政裁判法としてバイエルン「行政裁判権に関する法律」を引用するが、ヴェルテンベルク・バーデン、ヘッセン及びブレーメンの「行政裁判権に関する法律」も若干の文言の違いを除けばほぼ同じである。また、バーデン・ヴュルテンベルク「行政裁判権に関する法律」も、以下で関係する規定のうち、概括主義に関する定めは文言が一部修正されているが、それ以外はヴュルテンベルク・バーデン「行政裁判権に関する法律」の規定を受け

継いでいる。

(478) ただし、高木光「メンガー＝雄川理論の意義」同『行政訴訟論』（有斐閣、二〇〇五年）一五三頁は、アメリカ占領地域行政裁判法は、行政裁判所の管轄事項を抗告訴訟、当事者訴訟と積極的なメルクマールで表現しており、概括主義を指しているかどうかは明確になつてゐない指摘する。Vgl. auch Hans Heinrich Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), S. 149 [152].

(479) GG一九条四項の制定過程に関し、vgl. Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 67 [78 ff.]; Doemming/Füßlein/Matz (Anm. 468), S. 183 ff. 同時にGG一九条四項は、「何人も、公権力によつて自己の権利を侵害されたときは、裁判所への出訴の途が開かれている。他の管轄が認められていない限りで、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」というものであったが、一九六八年のGG改正で「第一〇条第二項第二文は影響を受けなく」という第三文が追加されて現在に至つてゐる。

(480) 当時の多数説に立つ者として、Ernst Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949, 478 [482]; Klein (Anm. 479), S. 116 f.; Walter Jellinek, Ein Bundesgesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit, DöV 1950, 513 [515]; Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung (1951), S. 13; Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz (1953), S. 121. Vgl. auch Kurt Egon von Turegg, Gefährliche und gefährdete Generalklausel (1956), S. 66 ff. 多数説はその根拠を明示していないが、GG一九条四項の「公権力」という文言に着目してゐることからすると、それを権力行政の意味で捉えた可能性がある。また、多数説に立つとき、抗告訴訟の場合に止まらない概括主義の採用は、立法政策によるものと位置付けられるだろう。それに対して、GG一九条四項は抗告訴訟のみならず、その他の公法上の訴訟も含めて概括主義を保障していると解した見解として、Richard Naumann, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Gesetzgebung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu vereinheitlichen?, Verhandlungen des 38. DJT (1951), D 18 [D 21 ff.]. Vgl. auch Andreas Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (1956), S. 174. GG一九条四項の保障範囲については、本節2(2)(a)及び本章第三節1(1)・2(2)も参照。

(481) 三五条二項の「相当の期間内に」という文言と七九条一項の「申立てにより」という文言は、一九四九年九月のバイ

エルン「行政裁判権に関する法律」の改正（Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1949, S. 258 ff.）によつて追加されたものである。

- (487) Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. (1954), S. 120; BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1955, BVerwGE 2, 273 [274]. Otto v. Werder/Walter Labs/Peter Paul Ortman, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (1949), S. 174 f.; Klinger (Anm. 441), S. 459 ff. ㉞ イギリス軍政府命令七五条三項の解説の中じ「職務行為」と「行政行為」を互換的に用いている。ただし、Bachof (Anm. 480), S. 30 ff. は、アメリカ占領地域行政裁判法での「職務行為」について、「行政行為」を含むがそれよりも広い概念であると解している。なお、アメリカ占領地域行政裁判法及びイギリス軍政府命令一六五号にある「行政行為」の意味に関しては、須貝・前掲注(424)五三頁以下、畠山武道「許認可の際の同意の性質（一）——『行政行為』概念再考の一素材として——」民商法雑誌六九卷一号（一九七三年）六九頁以下を参照。
- (488) さらに、引用した規定は申請（Antrag）とじ言葉を使つてゐるが、それが意味すると考えられるところについては、後述の本章第二節1(1)(b)で説明する。

- (484) 人見・前掲注(164)三三九頁。Vgl. auch Bauer (Anm. 433), S. 152.
- (485) Friesenhahn (Anm. 480), S. 482; Klein (Anm. 479), S. 117; Bachof (Anm. 480), S. 16, 58.
- (486) Bauer (Anm. 433), S. 151; Horst Fenge, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage (1953), S. 18.
- (487) 人見・前掲注(164)三三三頁。
- (488) Jellinek (Anm. 190), S. 61 f.; ders. (Anm. 11), S. 191 f. 300. 第二章第一節㉞(2)㉞参照。
- (489) Bauer (Anm. 433), S. 151. Vgl. auch Jellinek (Anm. 430), S. 271.
- (490) Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden 1913, S. 233 ff.
- (491) Vgl. Wolfgang Bergmann, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren (1957), S. 44, ㉞(264)㉞参照。
- (492) 法令の規定を直接に争つたを認めなかつたタイムリ期限中の判例として、OVG Thüringen, Urt. v. 25. 10. 1920, Jahrbuch der Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts 1920, 101 [104 f.]; VGH Württemberg, Urt. v. 15. 11. 1922, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg und Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege 65 (1923), S. 118 [119]; VG Bremen, Urt. v. 17. 12. 1928, Entscheidungen des

bremischen Verwaltungsgerichts (1930), S. 52 [52]: OVG Hamburg, Urt. v. 13. 2. 1929, Entscheidungen der hamburgischen Verwaltungsgerichte Band 2 (1930), S. 160 [161 f.]; OVG Hamburg, Urt. v. 14. 7. 1931, Entscheidungen der hamburgischen Verwaltungsgerichte Band 3 (1933), 174 [176, 178].

(493) Bauer (Anm. 433), S. 151 f.; 人見・前掲注 (194) 三二七頁以下。

(494) Vgl. auch Wilhelm Möble, Die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, BayVBl. 1976, 609 [614]. 本節②(3)も参照⁸⁰⁾。

(495) なお、これまで見てきた五つの行政裁判に関する法令を比べると、アメリカ占領地域行政裁判法とラインラント＝プファルツ行政裁判法は抗告訴訟と当事者訴訟を明示的に区別していたこと、並びに、それら二つの法律と連邦行政裁判所法は抗告訴訟の中に取消訴訟のみならず義務付け訴訟も含めていたことも指摘できる。もともと、これらの点は、抗告訴訟と当事者訴訟の関係に関わる問題として、以前に指摘したことと併せて(第二章第一節2(4)、注(42)を参照)、別の機会に分析することにした。

(496) 本章第二節1(1)及び注(513)でも触れるように、この行政行為の拒否に、許認可などの申請に対する拒否処分のみならず、職権による行政行為の発付の拒否も含める見解がある一方で、後者の場合を行政行為の拒否ではなく不作為として扱う見解も見られた。二つの見解の違いは、義務付け訴訟に関する規定の適用の仕方などの点に現れた。

(497) 同じくには、ライン＝ラント＝プファルツ行政裁判法一五条二項と連邦行政裁判所法一五条三項にも当てはまる。

(498) Eyermann/Fröhler (Anm. 482), S. 120. Vgl. auch Claus Meisner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland seit 1945, in: Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Hrsg.), Festschrift 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014), S. 89 [90 f.].

(499) Loppuch, Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten, NJW 1953, 9 [11]. なお、Franz Hufnagel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone (1950), S. 284 は、職権による行政行為の発付の拒否と許認可などの申請に対する拒否処分のいずれも行政行為の拒否として把握していたが、前者においては義務付け訴訟を提起できるが、後者の場合には取消訴訟によるべきとしていたようである。

(500) Loppuch (Anm. 499), S. 11 f. ただし、この論者はイギリス軍政府命令一六五号七五条三項に関しても同じように解し

- へった。A. a. O. S. 10. Vgl. auch Alfred Kammer, Bemerkungen zum entscheidenden Teil des Urteils im Verwaltungsstreitverfahren nach MRVO. Nr. 165, DV 1949, 677 [677 f.]; OVG Münster, Beschl. v. 20. 4. 1955, VerwRSpr. 8, 633 [637].
- (501) Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (1954), S. 195 f.
- (502) Menger (Anm. 501), S. 196 f.
- (503) VG Kassel, Urt. v. 20. 3. 1951, DöV 1951, 388 [389].
- (504) Otto Bachof, Anmerkung zu VG Kassel, Urt. v. 20. 3. 1951, DöV 1951, 389 [389].
- (505) Bachof (Anm. 480), S. 7 ff. 彼は、不作為に対する訴訟と行政行為の拒否に対する訴訟を、それぞれ不行為訴訟 [Untätigkeitsklage] と拒否異議訴訟 [Weigerungsgegenklage] と呼んだ。
- (506) 特に、Egon Schunck/Hans De Clerck, Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz (1952), S. 71 は、アメリカ占領地域行政裁判法三五条二項と同じ規定であるラインラント＝プファルツ行政裁判法一五条二項について、行政行為の拒否が行われた場合と不作為の場合のいずれも対象とすると解していた。もっとも、義務付け訴訟の低位区分の仕方や用語法は論者によって違いがあった。Vgl. Menger (Anm. 501), S. 198. わが国の文献として、雄川・前掲注（3）五六頁以下、山田準次郎「西ドイツの行政訴訟における行為要求訴訟」同『行政行為を要求する訴訟』（有斐閣、一九六一年）一九頁以下も参照。
- (507) 以下で述べることを扱った近時の文献として、横田明美『義務付け訴訟の機能』（弘文堂、二〇一七年）九五頁以下がある。
- (508) 決定義務付け判決の訳語は、横田・前掲注（507）九一頁以下に做った。以前は指令判決と呼ばれていたものであり、原告が求める行政行為を発することではなく、裁判所の法解釈を考慮して決定を行うことを行政庁に義務付ける（それゆえ、原告が求める行政行為の発付を行政庁がなお拒否する可能性もある）判決である。
- (509) 「事案が成熟している」（以下では事案の成熟性という）の意味については様々な理解や説明が見られたが（z. B. van Husen (Anm. 428), S. 106 f.; Bachof (Anm. 480), S. 45; Klinger (Anm. 441), S. 461. Vgl. auch K. A. Bettermann, Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, 649 [653])、Eyermann/Fröhler (Anm. 482), S. 244 f.によれば、終局判決を下すために裁判所がならなる調査を行う必要がなく、かつ、行政裁量の余地がもはや

存在しない場合を指すとされた。Vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 13. 1. 1955, DVBl. 1955, 437 [438]。つまり、原告が求める行政行為に関して行政庁に裁量が残る場合は事案の成熟性を欠くことになるが、かような理解は事案の成熟性の概念が現在意味するところに近いものであったと思われる。野村武司「西ドイツ義務づけ訴訟と現代行政（二）——裁量統制に着目して」自治研究六五巻二号（一九八九年）一一七頁以下、山本・前掲注（138）七一頁以下、横田・前掲注（507）九三頁、一一五頁以下も参照。

(510) それに対して、アメリカ占領地域行政裁判法七九条三項・五項は、事案の成熟性を欠くとき、行政行為の拒否の場合には当該拒否の取消判決が、不作為の場合は決定義務付け判決が、それぞれ下されるとしていたと言える。

(511) なお、ラインラント＝プファルツ行政裁判法と連邦行政裁判所法は、判決の内容についてそれぞれ六五条一項一文と四九条三項で「判決は、形成判決、給付判決又は確認判決とする。」と定めるに止まり、ベルリン行政裁判法は判決に関する規定を全く置いていなかった。

(512) 注（513）掲記の文献のほか、vgl. auch W. Idel, Zum Begriff der Spruchreihe bei der Klage auf Vornahme eines Verwaltungsaktes, NJW 1955, 1744 [1746].

(513) Menger (Anm. 501), S. 199, 205 f. メンガーと同様の見解を採る者として、Günter Kreutziger, Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß (1959), S. 122 f. Vgl. auch Klaus Obermayer, Die Untätigkeitsklage und das Recht auf Bescheid, NJW 1956, 361 [361]. なおメンガーは「許認可などの申請に対する拒否処分の場合に、行政庁がおよそ行政行為の発付を明示的に拒否した場合を分けて捉えていた。後者の場合の中には、職権による行政行為の発付を拒否した場合が含まれると考えられるが、メンガーはそれを不作為の場合と同じように扱っていた。Menger (Anm. 501), S. 195, 202.

(514) 例として、Bachof (Anm. 480), S. 46; Eyermann/Fröhler (Anm. 482), S. 246; Zschacke, Die Zurückweisung der Sache vom Verwaltungsgericht an die Verwaltungsbehörde, NJW 1958, 1420 [1421]. また、義務付け訴訟の判決に関する規定を欠く、ラインラント＝プファルツ行政裁判法及び連邦行政裁判所法において、不作為の場合にも特定行為義務付け判決を下すことができるとする見解として、Schunck/De Clerck (Anm. 506), S. 173; Egon Schunck/Hans De Clerck, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (1953), S. 126.

- (15) Vgl. Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar (1960), S. 486 f.
- (16) もっとも、不作為の場合にも特定行為義務付け判決が可能であるとしても、それと決定義務付け判決のどちらを下すのかを、裁判所は選択することができるのかという問題がある。この点に関わるのが、注(509)で述べた事案の成熟性を、裁判所が審理を通じて創出する義務を負うのかどうかということであるが、連邦行政裁判所の判例は当時からその義務を肯定していた。BVerwG, Urt. v. 12. 6. 1958, BVerwGE 7, 100 [106]. 横田・前掲注(507)一一七頁以下も参照。
- (17) 例えは、Bachof (Anm. 480), S. 53; Klinger (Anm. 441), S. 463. それに対し、Idel (Anm. 512), S. 1746 は、注(516)で述べた裁判所の事案の成熟性創出義務を強調して、決定義務付け判決を認めない。この論者は、行政行為の拒否の場合においても、当該拒否の取消判決や決定義務付け判決の可能性を否定するようである。
- (18) 前者の見解に対し、Bachof (Anm. 480), S. 53; Hellmuth Loening, Buchbesprechung: Hans Klinger, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, JZ 1951, 477 [478]. 後者の見解に対し、Klinger (Anm. 441), S. 463.
- (19) ただし、Bachof (Anm. 480), S. 53 は、拒否の取消判決が下されるということを、直接にはイギリス軍政府命令一六五号七五条一項によって根拠付けている。
- (20) BVerwG, Urt. v. 17. 12. 1954, BVerwGE 1, 291 [297].