



Title	ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（五・完）
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2019, 68(5), p. 93-125
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87182
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（五・完）

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・プ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・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・六八卷三号）

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

第三章 第二次世界大戦後の状況

第二節 解釈による救済の充実

2 無効の行政行為の救済方法

(1) 無効の行政行為に対する取消訴訟

(a) 次に、行政行為の無効を直接に争うための訴訟手段をめぐる問題であるが、当初、無効の行政行為に対しては争訟提起期間を過ぎた後でも取消訴訟を提起すべきという見解があったので、まずはそれを見ておこう。例えば、カッセル高等行政裁判所一九四八年一月七日判決は、自動車の接収処分⁽²⁰⁾に対して取消訴訟が提起された事例において、次のように判示した。

「接収処分は送達されておらず、それゆえ法的に意味を持たない。……つまり接収は無効な行政行為である。それは『行政裁判権に関する法律』の施行前に行われたものであるけれども、無効のために取消しに服する。その取消しは違法を宣言するという形式でのみ行われる。」⁽²¹⁾

無効の行政行為も取消訴訟で争うべきとする見解は、学説においても見られた⁽²²⁾。そこでは、かような取消訴訟には期間制限はないとされ、さらに、無効の行政行為に対する確認訴訟は、取消訴訟との関係で補充性を欠くので認められないと説かれることもあった。

取消訴訟で無効の行政行為を争うべきという考え方は、ヴァイマル期までの判例・学説でも言われていたもので

訴訟と義務付け訴訟だけでは支配従属的な関係における争いをカバーできないといった、包括的な権利保護の要請に対する考慮もあったと思われるが、それにより、アメリカ占領地域行政裁判法の下でも、無効の行政行為を確認訴訟で争う可能性が開かれたと言える。

加えて、イギリス軍政府命令一六五号二三条一項二文に関しても、それは出訴期間内であれば無効の行政行為に對しても取消訴訟の提起が許容されることを述べたに過ぎず、出訴期間を過ぎた後は確認訴訟によつて無効の行政行為を争うべきとする所説が現れた。⁽³³⁶⁾

(2) 法律関係の確認訴訟と行政行為の無効確認訴訟

(a) こうして、無効の行政行為も取消訴訟で争うべきとする見解は次第に否定されたのであるが、行政行為の無効確認訴訟が認められるまでにはなお一定の議論があった。例えば、ハンブルク上級行政裁判所一九五一年二月二二日判決は、住宅の賃貸借契約の締結を命じる処分⁽³³⁷⁾の撤回に対してその無効確認訴訟が提起された事例において、次のように述べていた。

「イギリス軍政府命令一六五号五二条によると、行政行為の無効の確認を求めて訴えを提起することはできず、公法上の法律関係の存否、又はそれがいかなる内容を持つかといふことの確認を求めて訴えを提起することができるのみである。行政行為自体は法律関係ではなく、それを形成、変更又は消滅させることができるに過ぎない。」⁽³³⁸⁾

つまり、本章第一節2(3)で挙げたイギリス軍政府命令一六五号五二条は、確認訴訟の対象を法律関係としているところ、行政行為自体はそれに当たらないので、行政行為の無効確認訴訟は認められないのである。⁽³³⁹⁾ こうした見解を採った判例は、ミュンヘン高等行政裁判所一九五四年一月二一日判決など⁽³⁴⁰⁾、他の行政裁判に関する法令の場合にも見られた。

さらに、連邦行政裁判所の判例も同様の立場を示した。連邦行政裁判所一九五五年六月七日判決は、住宅の賃貸借契約の締結を命じる処分が無効が争われた事例において、「法律関係を要求するイギリス軍政府命令一六五号五二条の文言に反して、行政行為の有効性を行政裁判所の確認訴訟の対象にすることができるとかどうかは疑わしい。」⁽⁵⁴⁾と判示したのである。以上の判例においては、法律関係が専ら権利義務関係の意味で捉えられていたと思われる。

学説においても、確認訴訟の規定は行政行為の無効確認訴訟を認めるものではないということが、少なからず主張された。⁽⁵⁵⁾その根拠も判例の場合と同じく、行政行為は法律関係を変動させるものであり、法律関係自体ではないということに求められている。ここでも、確認訴訟の対象である法律関係は専ら権利義務関係を指すと理解されていたのだろう。むしろ、行政行為の無効を理由とする法律関係の確認訴訟を提起すべきと説かれることもあった。⁽⁵⁶⁾

この他、本章第一節2(3)において、ベルリン行政裁判法二二条三項が確認訴訟で行政行為の無効を争うことを認めていた旨を紹介したが、その規定についても、法律関係の確認訴訟の中で、行政行為の無効が付随的に認定される場合が想定されていると解する見解が見られたところである。⁽⁵⁷⁾

(b) もっとも、行政行為の無効を理由とする法律関係の確認訴訟を提起すべきと説く論者の中にあっても、それだけでは行政行為の無効が問題になる場合のすべてをカバーできないことを認める者は存在した。⁽⁵⁸⁾また、行政行為によつて変動する法律関係を訴訟の対象にすると、必ずしも行政行為の無効が認定されるとは限らないという指摘もされた。⁽⁵⁹⁾

加えて、ドイツでは司法裁判所と行政裁判所が別個独立に設けられているために、行政行為によつて私法上の法律関係が変動することになる場合、当該法律関係の確認訴訟は行政裁判所でなく司法裁判所の管轄になりうるとい

う問題もあった。⁽⁵⁴⁾ こうした問題は、住宅の賃貸借契約の締結を命じる処分が無効を理由とする、賃貸借関係の不存在確認訴訟などで顕在化した。例えば、前述のハンブルク上級行政裁判所一九五一年二月二日判決は、すでに引用した部分の後でさらに次のように述べたのである。

「撤回の無効確認の」申立てを強制的な賃貸借関係の存続確認の申立てに転換することも、原告にとって役に立たない。なぜなら、強制的な賃貸借関係は確かに法律関係であるが、それは公法上のものではなく私法上のものだからである。⁽⁵⁵⁾」

同じく先に挙げた連邦行政裁判所一九五五年六月七日判決も、「強制的な賃貸借関係は私法上のものなので、その無効の確認を求めて訴えを提起することはできない。賃貸借関係の成立が……行政行為によるからといっても、それが私法に属することに変わりはない。」と判示していた。⁽⁵⁶⁾ だが、そのような解釈によると、行政行為が無効でない場合は行政裁判所に取消訴訟を提起しなければならないから、無効の場合と裁判所の管轄が違ってくるという問題が生じる。⁽⁵⁷⁾

以上の指摘や問題のうち、まず、法律関係の確認訴訟だけでは行政行為の無効が問題になるすべてのケースに対応できないという指摘に対しては、あらゆる行政行為はその名あて人の国家に対する権利義務を基礎付けるとして、法律関係への還元はすべての場合に可能であるとする主張が見られた。⁽⁵⁸⁾ また、行政行為によって私法上の法律関係が変動する場合に、裁判所の管轄が違ってしまうという問題に関しては、行政行為の発付の前提にある国家と私人の関係を法律関係とみなし、それは公法上の法律関係であるということから、裁判所の管轄が異なることを回避しようとする見解があった。⁽⁵⁹⁾ 先ほどの連邦行政裁判所判決のケースを例に取ると、行政庁には賃貸借契約の締結を命じる権利又は権限がないことの確認訴訟を提起すればよいというわけである。

だが、法律関係への還元はすべての場合に可能であるという主張に対しては、国家と行政行為の名あて人との関係のみが念頭に置かれており、例えば第三者が許認可を無効として争うとき、法律関係への還元はできるのかという疑問がある。また、法律関係に引き直すことによって行政行為の無効が認定されない場合が生じるという、先述の懸念は克服できていないと思われる。さらに、行政行為に先行する国家と私人の関係を法律関係と構成してその確認訴訟を提起すればよいという見解は、予防的ではなく事後的に行政行為の無効を争う場合においては、相当に技巧的なものと言えるだろう。⁽⁵⁸⁾

(c) そのような中で、直截に行政行為の無効確認訴訟を認める判例や学説が見られるようになった。例えば、リユーネブルク上級行政裁判所一九五二年四月一八日判決は、「行政行為の存否又はその内容は法律関係として、イギリス軍政府命令一六五号二条により確認をすることができる。行政行為の基礎にある法律関係や行政行為から生じる法律関係の無効のみが確認可能であるとして、それらの法律関係を持ち出したり……することは必要でない。」⁽⁵⁹⁾と述べていた。

右の判例はイギリス軍政府命令一六五号に関するものであったが、ラインラント・プファルツ行政裁判法の場合にも、コブレンツ州行政裁判所一九五三年五月一八日判決が、貨物自動車の接収処分に対して無効確認訴訟が提起された事例において、次のように判示した。

「一九四六年一〇月一七日付の被告の処分が無効か否かという問題をめぐる当事者間の争いは、法律関係の存否に関する争いである。当該処分は、原告と被告の間で法的効力を生み出すために行われたものである。行政行為は法律関係でないので行政行為の効力の問題は確認訴訟の対象にならないという、一部の学説で示されている見解は狭きに失するものであり、当審はそれに従うことはできない。というのも、当事者間の争いは、行政行為それ自体

のみならず、主として、当該行政行為から生じる効力をめぐるものだからである。⁽⁵⁵⁶⁾

同じくコブレンツ州行政裁判所一九五三年九月七日判決も、「行政行為の存否も、ラインラント＝プファルツ『行政裁判権に関する法律』二四条にいう『法律関係』として確認をすることができる」として、⁽⁵⁵⁶⁾ 飲酒癖のある原告を治療施設に収容する処分は無効確認訴訟について、原告の請求を認容した。

以上挙げた判例は、行政行為自体を法律関係と捉えて、その無効確認訴訟を認めたものであったと言える。そして学説の中でも、行政行為の無効を理由とする法律関係の確認訴訟の形式を取るよう要求することは形式主義的であり、より簡明な行政行為の無効確認訴訟の形式を認めるべきといった主張が現れた。⁽⁵⁵⁷⁾ ベルリン行政裁判法二二条三項についても、行政行為の無効確認訴訟を認めたものと解する見解が見られるようになった。⁽⁵⁵⁸⁾

行政行為の無効確認訴訟によれば、行政行為の無効を理由とする法律関係の確認訴訟の場合に生じた前述の問題は解決されることになる。とはいえ、これまでに引用した判例と学説の時期から分かるように、行政行為の無効確認訴訟を認めるということで未だ見解は一致していなかった。行政行為の無効確認訴訟の許容性に関しても、先ほどの義務付け訴訟の判決の場合と同じく、VWGの制定によって議論の決着が図られることになったのである。

3 継続確認訴訟の規定の適用範囲

(1) 限定適用説

続いて、継続確認訴訟の規定の適用範囲に関する問題を取り上げる。⁽⁵⁵⁹⁾ 本章第一節2(2)(b)でも述べた通り、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は、従前は取消訴訟を用いて行われることがあったが、アメリカ占領地域行政裁判法七九条一項二文及びイギリス軍政府命令一六五号七五条一項二文において、継続確認訴訟

が独立の類型として定められた。そのような規定が設けられた背景には、取消訴訟の対象である行政行為がなくなった場合、違法確認のためとはいえ取消判決を下すことは論理的に矛盾しているという考えもあったのだろう(第一章第三節4(1)も参照)。そして、取消訴訟から継続確認訴訟への転換は原告の申立てに基づいて行われるところ、それは確認訴訟の一形態であるとする見解が多数であったと言える。⁽⁵⁰⁾

もつとも、右の継続確認訴訟の規定については、取消訴訟の係属中に問題の行政行為がなくなったときのみを対象とし、取消訴訟を起す前に問題の行政行為がなくなった場合には適用できないという見解が見られた。⁽⁵¹⁾そこでは、継続確認訴訟は特殊な訴訟形態であり、あくまで例外的なものと考えられていたように思われる(注(57)も参照)。例えば、ミュンヘン高等行政裁判所一九五四年五月二八日判決は次のように述べて、すでになくなった行政行為に対して訴訟の提起が認められるためには、明文の規定が必要であると解していた。

「争われている行政行為の違法性の宣言の場合に關して〔アメリカ占領地域行政裁判法七九条一項二文に〕明文の規定が置かれたのと同じく、すでに決着した行政行為に対する取消訴訟の提起を認めようとするならば、それに対応する規定を立法者は設けなければならなかつただろうが、それは行われていない。⁽⁵²⁾」

ミュンスター上級行政裁判所一九五五年三月二日判決も、取消訴訟を提起する前に問題の行政行為がなくなった場合の継続確認訴訟を否定する根拠として、明文の規定の欠如を挙げていたが、さらに、継続確認訴訟の定めが取消訴訟の判決に關する規定の中にあることにも理由を求めていた。⁽⁵³⁾

(2) 限定適用説の問題点とその克服

(a) しかし、行政行為がなくなる前に取消訴訟を提起できるかどうかは、偶然や行政庁の対応に左右されるところがある。⁽⁵⁴⁾例えば、集会の直前に行政庁が開催禁止命令を発したような場合、それに対して取消訴訟を提起する時間

はもはやないだろう⁽⁵⁶⁾。それゆえ、右で述べた継続的確認訴訟の規定の限定適用説に対しては、取消訴訟を提起する前に行政行為がなくなった場合について権利保護に欠缺が生じるという指摘がされるようになった⁽⁵⁶⁾。

そこで論者の中には、取消訴訟を起こす前に行政行為がなくなった場合、アメリカ占領地域行政裁判法二四条やイギリス軍政府命令一六五号五二条などが定める一般的な確認訴訟により、行政行為が違法であったことの確認を求めることができる⁽⁵⁷⁾と主張する者があつた。しかし、そうした主張に対しては、行政行為の無効確認訴訟の許容性をめぐる議論のときと同じく（本節2(a)を参照）、一般的な確認訴訟の対象は法律関係であるところ、行政行為自体はそれに当たらないという指摘がなされた⁽⁵⁸⁾。また、行政行為が違法であつたことの確認は過去の法律関係の確認であるから、そのような確認訴訟は認められないと言われることもあつた⁽⁵⁹⁾。

他方で、行政行為がなくなった場合であつても、その違法確認のためにお取消訴訟を提起することができる⁽⁵⁷⁾とする所説も存在した。だが、無効の行政行為に対する取消訴訟を否定する見解（本節2(b)を参照）に鑑みると、取消訴訟は有効な行政行為の存在を前提とするものであり、消滅した行政行為に対して取消訴訟を認めることは論理的に矛盾しているのではないかという疑問がありうる。

このように、一般的な確認訴訟や取消訴訟を用いることに対しては問題点や疑問が考えられたところ、学説・判例の中では、取消訴訟を提起する前に行政行為がなくなったときであつても、前述の継続確認訴訟の規定の適用又は準用を認める見解が次第に多く見られるようになった⁽⁵⁷⁾。そこでは、継続確認訴訟の規定にある「すでに〔vorher〕とさう文言は「判決よりも前に」ということを意味するに止まり、行政行為がなくなった時点で取消訴訟が係属していることを要求するものではないと説かれることもあつた⁽⁵⁷⁾。

(b) さらに、義務付け訴訟の場合に継続確認訴訟の規定は準用されるのかという点に関しても、それを否定する見

解は確かに存在した。⁽⁵⁷⁴⁾ だが、継続確認訴訟が必要なことは取消訴訟の場合と変わらないこと、あるいは、準用を認めなければ包括的な権利保護の要請に反することなどを理由として、継続確認訴訟の規定の準用を肯定する見解が多数を占めるようになったと言える。⁽⁵⁷⁵⁾

この他、ラインラント＝プファルツ行政裁判法など、継続確認訴訟の規定のない行政裁判に関する法令にあっては、アメリカ占領地域行政裁判法やイギリス軍政府命令一六五号の規定を準用することにより、継続確認訴訟は認められると言われた。⁽⁵⁷⁶⁾ こうした解釈においても、包括的な権利保護の要請が考慮されたのだろう。

第三節 新たな訴訟類型の許容性

以上のように、行政裁判に関する法令に定められた訴訟類型については、一部今後課題が残ったものの、規定の不備を、救済を充実する方向で補うような解釈が行われた。それに対して、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はどのように考えられたのだろうか。ここで問題になるのは、本章第一節3で述べた通り、予防的不作為訴訟及びそれに関連して予防的確認訴訟、並びに、(アメリカ占領地域行政裁判法以外の場合であるが) 規範統制手続である。

1 予防的権利保護の許容性 (1) GGと予防的権利保護

本章第一節2(3)で触れたように、アメリカ占領地域行政裁判法ではその制定当初から、確認訴訟の活用が想定されるケースとして、行政行為の発付などに対して予防的に権利保護を求める場合が挙げられていた。また、ハンブ

ルクにおいてはヴァイマル期から確認訴訟が一般的に認められ、不利益の事前防止のためにそれが使われる例があったが（第二章第二節3(1)(b)を参照）、第二次世界大戦後も、刑事訴追のおそれを理由に確認訴訟を認めた判例が存在した。⁽⁵⁷⁾

それにも拘らず、予防的権利保護に対しては否定的な見解がかなり多く見られた。かかる見解がまず根拠を求めたのは、行政裁判所の任務は行政活動を事後的に審査する破棄的なものに止まり、予防的権利保護は権力分立原則に反するということであつた。⁽⁵⁸⁾一例を挙げると、ミュンスター上級行政裁判所一九五五年一月二四日判決は以下のように述べていた。

「行政裁判所は真正な裁判所として形成され、従つて裁判権に属するので、その活動は行政の統制に止まり、また止まらなければならない。そのことから、行政訴訟手続においては、他に法律の明文の規定がないので、いわゆる予防的不作為訴訟は存在しえないということが導かれる。……そのような「予防的不作為の」判決は—イギリス軍政府命令一六五号が予防的不作為訴訟を定めていないことは別として—行政の活動に介入するものであり、それゆえG G二〇条二項に示された権力分立の原理に反するだろう。」「負担的行政行為の差止めを求める訴えが不適法であるとき、同じ趣旨の確認の訴えも不適法でなければならない。⁽⁵⁹⁾」

さらに、予防的権利保護はG G一九条四項が要請するものではないと言われることもあつた。⁽⁶⁰⁾予防的権利保護を否定するこうした考え方には、ヴァイマル期までの行政裁判制度の影響が残つていたのかもしれない。⁽⁶¹⁾ヴァイマル期までは、訴訟類型と言つても概ね取消訴訟に限られ、大半のラントは確認訴訟を一般的に認めていなかった。また、予防的不作為訴訟の許容性についてもほとんど議論されていなかったからである（なお、注（166）を参照）。

しかしながら、右の予防的権利保護否定説の根拠に対しては、義務付け訴訟の導入により、行政裁判所の任務は

破棄的なものに止まらなくなったと指摘された⁽⁵⁸²⁾。また、予防的権利保護は行政の活動への介入になるという点についても、取消訴訟や義務付け訴訟の場合にも行政の活動に対する介入は行われていると言われた⁽⁵⁸³⁾。そのような指摘をする論者はむしろ、GGの制定者は私人の法的地位がすでに侵害された場合に限って保護を与えようとしたと考えることはできないなどと述べて、GG一九条四項からは予防的権利保護も認められなければならないと主張したのである⁽⁵⁸⁴⁾。

(2) 否定説の具体的な根拠とその批判

(a) それでも、予防的権利保護を否定する見解においては、より具体的な根拠も持ち出された。例えば、リユーネブルク上級行政裁判所一九五一年六月二八日判決は、板金工を営む原告が、所有する住宅に原告の従業員以外の者を入居させるよう命令されることを防止する目的で、その住宅が社宅である旨を住宅局が認定する義務があることの確認訴訟を提起した事例に関するものであるが、次のように判示している。

「住宅局が……問題の住宅を原告の従業員でない者に割り当てる可能性は、住宅局がしかるべき介入行為によってその可能性を実現していない限り、未だ法律関係ではない。原告が提起した確認訴訟によっては、法律関係の存否の確認ではなく、問題の空間に関する法的状態の確認を達成することができるに過ぎない。そのような予防的な目的を持った状態の確認は、民事訴訟と行政訴訟手続のいずれにおいても、適法な確認訴訟の対象でない⁽⁵⁸⁵⁾。」

右の判決は、確認の対象とされたものは未だ法律関係ではないとの理由から、予防的確認訴訟を不適法として、同様の見解は、他の判例や学説においても示されていた⁽⁵⁸⁶⁾。ここでは、法律関係の存在を否定する理由として、予防的な確認の対象とされた関係は、行政の活動によって将来変動する可能性があるということが挙げられる場合もあった。

他方で、予防的不作為訴訟に関しては、それを認める明文の規定がないことに否定の根拠が求められる場合もあった。先ほど、ハンプルク上級行政裁判所が予防的確認訴訟を認めていたことを紹介したが、同裁判所一九五一年九月二七日判決は、原告の発刊する新聞に対して、警察官庁が今後差押処分を行わないことを求めて訴訟が提起された事例において、以下のように述べてその予防的不作為訴訟を不適法としたのである。

「現行法にとつて、差し迫つた行政行為の差止めを求める訴訟は未知のものである。……イギリス軍政府命令一六五号は行政行為との関連では、二二条による取消訴訟、五二条による確認訴訟、及び積極的な給付の義務付けを求める二四条の義務付け訴訟の三種類の訴訟を知るのみであり、差止めを求める訴訟は知らない。それは決して法律の欠缺ではなく、むしろ、イギリス軍政府命令の立法者が、差止めを求める訴訟を訴訟のカタログから排除しようとしたのである。」⁽⁵⁸⁷⁾

予防的不作為訴訟を認めるためには明文の規定が必要であるという考え方は、アクチオ的思考を窺わせるものであるが、前に引用したミュンスター上級行政裁判所一九五五年一月二四日判決から分かるように、行政裁判所の任務は行政活動の事後的な審査に限られるとする理解も背景としてあつたと思われる。さらに、右のハンプルク上級行政裁判所の判決は予防的不作為訴訟を否定するに当たり、次のようにも判示していた。

「すでに発せられた行政行為の有効性に関する不当な判決の影響は、当該行政行為に限られている。それに対して、将来の行政行為の適法性に関する不当な判決の影響ははるかに大きいものだろう。そのような判決が将来の行政行為の実施を禁止すれば、その効果によつて行政行為の発付が永久に排除されることになるだろう。」⁽⁵⁸⁸⁾

この判示は、予防的不作為訴訟において誤つて認容判決が下されると、行政が将来にわたつてそれに拘束されることになり、行政活動が停滞してしまうということを言わんとしているのだろう。⁽⁵⁸⁹⁾ かように誤つた判決のリスクを

根拠として予防的不作為訴訟を認めない見解は学説でも見られた。⁽³⁰⁾そしてそれは、予防的確認訴訟を否定する理由にもなったと考えられる。

(b) しかし、以上の予防的権利保護を否定する見解の論拠のうち、誤った判決が下される可能性があるという点に對しては、そのような可能性が現実のものとなるのは例外的な場合であると指摘されるとともに、⁽³¹⁾判決が前提とした状況が変化すれば行政はそれに拘束されないので、行政活動の停滞は生じないと言われた。⁽³²⁾

また、予防的確認訴訟の段階では、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いう点に関しても、批判が寄せられた。ある論者は次のように主張する。

「不特定多数の私人との関係で存在し、何ら利害関係がない理論上の介入可能性は、行政庁が個別の事例に関心を持ち始めたときに初めて、具体的な関係になる。行政庁はいまや、所定の行政行為発付の要件が存在するかどうか、法律の一般的授權は当該事例における特定の者に対しても行動を起こす権利を認めているかどうかを検討するだろう。行政主体がこうした認識に至った場合、当該行政主体にとっては将来の法律関係の可能性ではなく、……具体的な権利が問題になっている。」「公法上の法律関係』の概念の狭きに失する解釈は、……行政行為の発付前に活動することに対して、再三現れる行政裁判所の危惧に基づくものである。」⁽³³⁾

ここでは、行政行為が発せられる前であっても、法律関係の成立は認められるということが説かれている。同様の主張を、義務付け訴訟の場合も引き合いに出して述べる者も存在したところである。⁽³⁴⁾

さらに連邦行政裁判所の判例を見ると、一九五六年一月一八日判決は、連邦内務大臣が原告の照会に對して、ソーセージを作る際に用いられる原告の製品は食品法上の禁止対象に該当するとの見解を示したことを受けて、原告が問題の製品を製造・販売する権利を有することの確認訴訟を提起した事例に関するものであるが、その確認訴

訟は不適法とされていた。ここでは、「原告の製品の製造・販売が食品法の規定により罪になるかどうかを判断することは、第一次的には刑事裁判所の任務である。」ということが述べられていた。⁽³⁸⁾しかしその後、連邦行政裁判所一九五七年五月九日判決は、予防的確認訴訟の適法性について右の判決とは異なる判断を示した。治療師である原告が診療所の分院を開設したところ、許可を受けずに分院で診療を行うことは刑罰の対象になると行政から通告されたため、原告が、許可がなくても分院で診療を行う権利を有することの確認訴訟を提起したという事例であるが、次のように判示したのである。

「原告は、分院を営む権利に対して生じた疑いを、刑事裁判所による新たな手続ではなく、行政裁判所による手続の中で明らかにするよう求めることができる。被告からの明確な通告を受けて、上記の疑いを晴らすために取消訴訟を提起することができるかどうかははっきりせず、また、行政行為の差止めを求める訴訟はイギリス軍政府命令一六五号にとって未知のものなので、ともかく原告には確認訴訟の途が開かれていなければならぬ。⁽³⁹⁾」

この判決は、他に確実な救済手段がないことから予防的確認訴訟を認めているが、ここでは、確認訴訟の対象となる法律関係の成立が前提にされていると考えられる。

もつとも、右の連邦行政裁判所判決の「行政行為の差止めを求める訴訟はイギリス軍政府命令一六五号にとって未知のもの」という判示は、明文の規定がなければ予防的不作為訴訟は認められないとした判例でも見られたものであり、なおアクチオ的思考に依拠していることを窺わせる。しかし、そのような考え方に対して、ヴァルター・イエリネックはすでにヴァイマル期に以下のような見解を示していた。

「国家に対して自由を妨げないことを求める差止めの訴訟は、今日の行政裁判所では存在しない。」「それにも拘らず、自由権も真正な権利、つまり違法な侵害の差止めを求める権利であるという明確な認識を我々は持つてい

る。」「さらに例えば、営業の廃止処分⁽³⁹⁷⁾の差止めを求める訴えと廃止処分の取消しを求める訴えとの間に大きな断絶がないことを考えると、差止めを求める訴えの許容性という仮定的な問題に対しては、肯定的な回答が与えられなければならない。」

ここでは、自由権の保護という点では、予防的不作為訴訟と取消訴訟の間に大きな違いはないことが言われている。イエリネックと同じように予防的不作為訴訟と取消訴訟の同質性を指摘する者は、第二次世界大戦後も存在した⁽³⁹⁸⁾。そして、このような考え方を推し進めた結果であると思われるが、予防的不作為訴訟を認める明文の規定がなくともその否定は導かれないとして、アクチオ的思考を放棄したり、あるいは明確に差止請求権の存在を肯定したりする見解が現れたのである⁽³⁹⁹⁾。他方で、予防的不作為訴訟を肯定する根拠を、予防的確認訴訟が認められることを前提として、それと質的な相違がないことに求める者も存在した⁽⁴⁰⁰⁾。

以上のように予防的権利保護を認める立場が見られたものの、否定する立場もなお相当にあり、VWGOが制定される以前は議論は決着しなかった。VWGO制定後も予防的権利保護の許容性は積み残された課題とされ、それが定着するまでにはなお一定の時間を要したところである⁽⁴⁰¹⁾。

2 規範統制手続の許容性

(1) 規範統制手続の機能と他の訴訟との関係

最後に、規範統制手続の許容性について、それと関連する問題も含めて見ておこう。本章第一節2(4)で紹介した通り、従来、法令自体を訴訟で争うことはわずかな例外を除いて否定され、予防的確認訴訟が認められない限り、法令違反に対して行政行為が行われたり刑罰の対象として起訴されたりしたことを受けて、取消訴訟や刑事訴訟の

中で当該法令を付随的に争うことができるに過ぎなかった。しかし、そのような訴訟も頻繁に行われたわけではなく、行政行為や刑罰によって不利益を被ることをおそれて、問題の法令の有効性に疑問があるときでも、やむを得ず当該法令に従うことが多かったと言⁽⁹⁶⁾う。それに対して、規範統制手続は法令の有効性を直接に審査するものであり、行政行為や刑罰による不利益を事前に防止する機能を有する。

もつとも、このような規範統制手続の予防的機能、さらには、アメリカ占領地域行政裁判法二五条一項が規範統制手続の申立適格を有する者を「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」と定めていることを重視して、法令が適用ないし執行されると、もはや規範統制手続を用いることはできないという主張がなされた。そうした主張においては、例えば法令に基づいて行政行為が発せられた場合、それに対する取消訴訟によるべきとされた。さらに、法令の無効を理由に取消判決が下されれば、行政庁は当該法令をもはや適用しないだろうとして、課税処分のように今後法令が繰り返し適用されることが予想される場合であっても、やはり規範統制手続を使うことはできないと述べる者もあつた⁽⁹⁶⁾。

だが、右の主張に対しては、規範統制手続が予防的機能以外の機能も持つことを指摘して、法令が適用ないし執行された後でも規範統制手続を用いることができるとする見解が見られるようになった。例えば、シユトウツトガルト高等行政裁判所一九五〇年一月二六日決定は、犬税の査定処分を受けた原告が、その根拠とされた命令の規定の無効を主張して規範統制手続の申立てを行った事例において、次のように判示した。

「そのような場合〔具体的な行政行為によってすでに不利益を被っている場合〕にはもはや規範統制手続の申立ては許されないと……見解を、当審は維持することができない。」「規範統制手続によって、多数の個別的な訴訟の回避が達せられるとともに、決定が持つ一般的拘束力により、同一の法律問題について個々の訴訟で異なる内

容の判断が下される可能性も防止されることになる⁽⁶⁰⁷⁾。

この決定は、規範統制手続には個別的な訴訟の回避と判断の矛盾防止の機能もあり、法令が適用ないし執行された後でもそれらの機能は發揮されるとして、申立てを適法としたと考えられる⁽⁶⁰⁸⁾⁽⁶⁰⁹⁾。規範統制手続の機能に関しては、さらに、多数の個別的な訴訟の回避による裁判所の負担軽減も挙げられた⁽⁶¹⁰⁾。予防的機能以外の規範統制手続の機能は、決定に一般的拘束力があることに基づくものであり、また、取消訴訟のみならず予防的不作為訴訟や予防的確認訴訟との関係でも發揮される⁽⁶¹¹⁾。

(2) 規範統制手続の性格と許容性

もつとも、規範統制手続により一般的拘束力を持つて法令の無効が宣言されることに関しては、消極的な方向に限られるとはいえず、行政裁判所が法を定立していると批判されることがあった⁽⁶¹²⁾。それに対しては、規範統制手続においては法令の制定が法秩序に違反していないかどうか判断されるのみであり、権力分立原則に反して行政裁判所が立法に関与しているとは言えないといった反論がなされた⁽⁶¹³⁾。

しかし、規範統制手続についてはさらに、右の一般的拘束力の存在に加えて、真正の対審手続が採られていないことや口頭弁論が任意とされていることなども根拠として、権利保護ではなく法令の客観的統制を目的とするものであると言われた⁽⁶¹⁴⁾。そのような指摘もあつて、規範統制手続は G G 一九条四項に基づく保障の範囲外とする見解が多数を占めていたと言える⁽⁶¹⁵⁾。規範統制手続は本来は憲法裁判権に属するものと述べる論者も存在した⁽⁶¹⁶⁾。

そして、右のような見解においては、アメリカ占領地域以外の州ないし占領地域の場合、それぞれの行政裁判に関する法令に明文の規定がないとして、規範統制手続は否定された⁽⁶¹⁷⁾。立法者は規範統制手続の創設を意図していなかったとされ、また、G G 一九条四項を根拠に、アメリカ占領地域行政裁判法の規定を準用するというも行わ

れなかつたのである⁽⁶⁸⁾。加えて、確認訴訟で法令の有効性を直接に争うことも、法令自体は確認訴訟の対象である法律関係に当たらないとされて認められなかつた⁽⁶⁹⁾。かくして、アメリカ占領地域以外では、法令の有効性は取消訴訟などで付随的に審査されるに止まり、規範統制手続の創設は立法論的課題として残されたのである⁽⁷⁰⁾。

おわりに

(1) これまで、一九世紀後半から第二次世界大戦後にかけて、ドイツにおける行政訴訟の種類の整備・拡大の過程をたどってきた。その過程を全体を通して観察したとき、まず指摘できるのは、一定の観念を前提に否定されていた訴訟類型が、それが権利保護に対して果たす機能に次第に着目されるようになった結果、肯定されるに至るといふプロセスが見られたということである。具体的には、当初確認訴訟は民事訴訟に固有のものであるとされ、多くのラントでは個別の法律の規定がない限り原則として認められないとされていた。だが、確認訴訟は紛争の解決さ
らには事前の権利保護にとつて有効であると評価されるようになり、第二次世界大戦後に一般的に許容されることとなった。また、かつて義務付け訴訟を否定する所説の背景には、行政と行政裁判所の関係を分離独立的なものとして把握する思考が存在する場合があつたが、取消訴訟だけでは十分な救済ができないと言われるようになり、第二次世界大戦後に義務付け訴訟は一般的に導入されるに至つた。行政行為自体は確認訴訟の対象である法律関係に当たらないということを根拠に、行政行為の無効確認訴訟を否定する見解が主張されたことに対して、行政行為の無効を理由とする法律関係の確認訴訟だけでは救済に限界があると指摘されたことも、ここで挙げてよいだろう。そして、以上の場合においては、行政と行政裁判所の関係や法律関係の意味などについて、従来の観念の再考も促されることになつたと思われる。

その一方で、訴訟類型の拡大により、取消訴訟が従前担っていた役割から解放されるといふ状況も看取された。例えば、無効の行政行為は出訴期間の経過後も取消訴訟で争うべきとする見解が、ヴァイマル期までの判例・学説の中に存在し、第二次世界大戦後も一部で主張された。だが、そうした見解は、確認訴訟が一般的に許容されていなかったヴァイマル期までの制度を背景にしたものであるとして、次第に否定された。また、すでになくなった行政行為が違法であったことの確認も、ヴァイマル期までは取消訴訟で行うケースが見られた。しかし、第二次世界大戦後に継続確認訴訟の規定が設けられると、行政行為が違法であったことの確認はそれによることになった。これらの例は、理論的には有効な行政行為の存在を前提とする取消訴訟が、当時は認められなかった訴訟類型の代替として用いられていたところ、訴訟類型の拡大を受けて、むしろ理論的整合性が重視されるようになったと評価することもできる。

この他、訴訟類型は第二次世界大戦後に大幅に拡大したが、その理論的基礎の多くはヴァイマル期の学説によって形成されていたことにも注意すべきだろう。訴訟類型の拡大との関係でGG一九条四項が与えた影響は、その保障範囲を当時の多数説が抗告訴訟における概括主義に限定したこともあって、主には、予防的権利保護を容認したり、継続確認訴訟に関する規定の準用を肯定したりする場合に限られていたと考えられる。

(2) 本稿における考察は右のようにまとめることができるが、最後に積み残した課題も挙げておこう。まず、ドイツでは訴訟類型と実体法が相互にどのような関係にあったのかということがある。これは非常に大きなテーマであるが、現時点では次のことを指摘しておきたい。すなわち、予防的不作為訴訟に関しては明文の規定がない限り認められないとするアクチオ的思考が見られたことは第三章第三節1(2)で述べたが、その後、かようなアクチオ的思考は克服され、予防的不作為訴訟は現在、実体法上の防御請求権ないし不作為請求権を実現するためのものと観念

されて認められている⁽⁵²⁾。その過程でどのような論争があったのかを改めて分析することは、二〇〇四年の行訴法改正で法定された差止訴訟の性質、並びにその訴訟要件と本案勝訴要件が明文で規定されたことの意味をめぐって議論があることに鑑みると、一定の意義を持つように思われる。

さらに、「はじめに」で言及し、その後もいくつかの箇所指摘したように、抗告訴訟と当事者訴訟の概念及び両者の関係が、ドイツにおいてどのように考えられてきたのかという問題もある。この問題は別の機会に扱う予定である。その際、歴史的な経緯に沿って考察を進める場合には、「はじめに」で述べたようにVWGOで抗告訴訟と当事者訴訟の二分論が放棄されたことからすると、VWGOの制定過程を分析する作業が最後に控えていることになる。他方で、第三章で見た通り、第二次世界大戦後の訴訟類型ないし救済態様に関する問題の中には、見解の一致に至らず、議論の決着がVWGOに委ねられたものも存在した。そこで、VWGOの制定過程を分析する際には、それらの問題も併せて取り上げるつもりである。

(52) 念のために述べておくと、以下で念頭に置かれるのは、行政行為に対する争訟提起期間をすでに経過した場合である。

その期間内であれば、不服申立てを原則として経る必要があるが、取消訴訟を提起することができる。また、注(303)で触れた通り、行政行為を直接に争う訴訟ではなく、行政行為の無効を理由とする法律関係に関する訴訟については、司法裁判所の管轄権に属するものであれば、第二帝政期からそのような訴訟を司法裁判所に提起することができると考えられていた。

(52) なお、これから見る議論を紹介したものとしては、園部敏「西独における『行政行為の無効と取消訴訟』の問題」同『続行政法の諸問題』(有信堂、一九五五年)一四三頁以下がある。

(53) この接収処分は、一九三九年九月一日のいわゆるライヒ給付法〔Reichsleistungsgesetz〕〔Reichsgesetzblatt Teil 1 1939, S. 1645 ff.〕に基づいて行われた。ライヒ給付法は、国民が持つ物資を戦争遂行のために投入できるようにする目的で制定されたが、第二次世界大戦後も、復興に必要な物資を調達するために多くの州でなお利用された。Vgl. Thomas Hell,

- Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Thüringen 1945–1952 (1996), S. 116 f.
- (24) VGH Kassel, Urt. v. 7. 1. 1948, VerwRSpr. 1, 78 [79]. 同く、無効の行政行為を取消訴訟と争つて来た判例として、VGH München, Urt. v. 21. 4. 1949, VerwRSpr. 1, 400 [402]; VGH Kassel, Urt. v. 10. 2. 1950, VerwRSpr. 2, 317 [317].
- (25) 同く、Werner Giesges, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone (1948), S. 37; Schunck/De Clerck (Ann. 506), S. 68, 101 f.; Klein (Ann. 472), S. 120; Eyermann/Fröhler (Ann. 482), S. 94 f., 122 f.
- (26) Schunck/De Clerck (Ann. 506), S. 68; Schunck/De Clerck (Ann. 514), S. 70.
- (27) アメリカ占領地域行政裁判法八五条一項は、「当事者訴訟は、対等の法主体間における公法上の訴訟である。訴訟事件において双方の法主体が対等であるとは、いずれか一方の法主体による請求権の主張もその拒否も、当該請求権に関する拘束的な決定を含みながら場合をいう。」と定めていた。
- (28) 同く、解せば見解として、Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band 1, 2. Aufl. (1951), S. 435 f.; Turegg, Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, MDR 1952, 150 [151]; Hauelsen, Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, NJW 1952, 913 [913]; Menger (Ann. 501), S. 218; Eyermann/Fröhler (Ann. 482), S. 93 f. Vgl. auch Bachof (Ann. 480), S. 56 f.
- (29) Forsthoff (Ann. 528), S. 436; Vgl. auch Albrecht Naumann, Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß (1952), S. 288.
- (30) Vgl. Klein (Ann. 472), S. 119 f.; Hans-Jürgen Schlochauer, Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 79 (1953), S. 185 [203].
- (31) 同く、Peter Lerche, Ist die Nichtigkeit von Verwaltungsakten durch Anfechtungsklage oder durch Feststellungsklage geltend zu machen?, DVBl. 1952, 396 [397]; Andreas Hamann, Das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, NJW 1952, 1276 [1278]; Schlochauer (Ann. 530), S. 203 f.; Bergmann (Ann. 491), S. 255; LVG Koblenz, Urt. v. 18. 5. 1953, VerwRSpr. 6, 162 [163].
- (32) Fenge (Ann. 486), S. 51. 同く参照。
- (33) Bergmann (Ann. 491), S. 253.

- (534) 例えは、Hufnagl (Anm. 499), S. 134 f.; Lerche (Anm. 531), S. 39f.; Fenge (Anm. 486), S. 42; Kreuztizer (Anm. 513), S. 39; VGH Kassel, Urt. v. 10. 2. 1950, MDR 1950, 374 [374]; BVerwG, Beschl. v. 16. 2. 1954, DöV 1954, 249 [249 f.]; Forsthoff (Anm. 443), S. 447 も前掲注 (528) からこの見解に改めつつも、この見解の根拠として、ハイデルベルク草案には確認訴訟は常に当事者訴訟であるとする規定があったが、最終的にその規定はアメリカ占領地域行政裁判法に取り入れられなかったという経緯が挙げられることがあった。Fenge (Anm. 486), S. 31. 人見・前掲注 (194) 三二三頁も参照。
- (535) Vgl. Fenge (Anm. 486), S. 35 ff. この点は、行政行為に対して予防的確認訴訟を提起することが問題になるような場合にも、関係しつづくと考えられる。本章第三節一を参照。
- (536) Naumann (Anm. 529), S. 275; Fenge (Anm. 486), S. 55; Klingner (Anm. 441), S. 352 f.
- (537) こうした住宅に関わる処分が行われた背景には、第二次世界大戦後の深刻な住宅不足がある。なお、第二次世界大戦後の西ドイツの住宅政策については、さしあたり、芦部彰『カトリシズムと戦後西ドイツの社会政策——一九五〇年代におけるキリスト教民主同盟の住宅政策』（山川出版社、二〇一六年）一九頁以下を参照。
- (538) OVG Hanburg, Urt. v. 22. 2. 1951, ZMR 1951, 115 [115].
- (539) 同様の判例として、OVG Münster, Bescheid v. 20. 1. 1953, ZMR 1953, 262 [262].
- (540) VGH München, Urt. v. 11. 1. 1954, VerwRspr. 6, 430 [431].
- (541) BVerwG, Urt. v. 7. 6. 1955, DVBl. 1955, 706 [706].
- (542) 本稿の主張を行った論者として、Helmuth Brauer, Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der Britischen Zone, MDR 1951, 457 [458]; Ule (Anm. 476), S. 90; Friedrich Müller, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, ZMR 1952, 226 [227]; Gerhard Hasselbach, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren (1954), S. 59 f., 67; Christian-Friedrich Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 48 (1957), S. 352 [357].
- (543) Brauer (Anm. 542), S. 458 f.; Menger (Anm. 542), S. 357. Vgl. auch Lerche (Anm. 531), S. 39f.; Hauelsen (Anm. 528), S. 915. 具体例として、官吏に任用する処分の撤回の無効を理由とする、官吏関係の存続の確認訴訟が挙げられていた。
- (544) Fenge (Anm. 486), S. 55.

- (545) Brauer (Anm. 542), S. 459. Vgl. auch Naumann (Anm. 529), S. 294 f.
- (546) Bergmann (Anm. 491), S. 259. 例として、行政行為によって生じたと思われる法律関係が、行政行為の無効とは別の事情で消滅したというケースが考えられる。
- (547) ただし、雄川・前掲注(3)の一二頁以下も参照。
- (548) OVG Hamburg, Urt. v. 22. 2. 1951, ZMR 1951, 115 [115].
- (549) BVerwG, Urt. v. 7. 6. 1955, DVBl. 1955, 706 [706]. 他と同趣旨の考えを示した判例として、OVG Münster, Beschl. v. 25. 4. 1950, MDR 1950, 762 [762].
- (550) Vgl. Naumann (Anm. 529), S. 309 ff.
- (551) Naumann (Anm. 529), S. 296, 299 f.
- (552) Naumann (Anm. 529), S. 306 ff. Vgl. auch Turegg (Anm. 528), S. 151.
- (553) なお、エンダインという野菜の販売禁止命令が違法であったことの確認訴訟が提起された事例に関するものではあるが、シュトゥットガルト高等行政裁判所一九五七年二月一日判決は、行政行為に加えてそれを発する権限も、アメリカ占領地域行政裁判法二四条の「法律関係」と考えることは必要ないと述べた。VGH Stuttgart, Urt. v. 11. 2. 1957, DoV 1957, 217 [218]. ただしこの判示は、本章第三節で取り上げる予防的確認訴訟との関係でも問題をはらむものがある。
- (554) OVG Lüneburg, Urt. v. 18. 4. 1952, DoV 1953, 92 [92].
- (555) LVG Koblenz, Urt. v. 18. 5. 1953, VerwRspr. 6, 162 [162]. この判決は、接収処分に基づいて問題の貨物自動車現在所有している者を被告として原告が民事訴訟を提起し、その中で接収処分の無効が認定される可能性があるとしても、そのような認定は行政庁に対しては効力を持たないので、接収処分の無効確認訴訟に関する即時確定の利益は否定されないとも述べた。LVG Koblenz, a. a. O., S. 164.
- (556) LVG Koblenz, Urt. v. 7. 9. 1953, VerwRspr. 6, 359 [359].
- (557) Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. (1954), S. 682 f. 参考として、Peter Lerche, Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DoV 1954, 712 [713]. 一九五三年九月に制定された社会裁判所法 (Bundesgesetzblatt Teil I 1953, S. 1239 ff.) 五五条一項四号が行政行為の無効確認訴訟を認めたことを指摘する。

- (58) Bergmann (Anm. 491), S. 275.
- (59) この問題に関する先行研究として、市原・前掲注(48)「西独における行政行為の違法官言制」三五頁以下。
- (60) 例として、Richard Naumann, Zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, DVBl. 1951, 140 [140]; Alfred Schüffner, Der Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes, DöV 1952, 455 [458]; Lerche (Anm. 557), S. 714; Eyermann/Fröhler (Anm. 482), S. 241; Donau, Anmerkung zu OVG Münster, Bescheid v. 7. 4. 1954, NJW 1955, 197 [198]; Bergmann (Anm. 491), S. 215; OVG Münster, Bescheid v. 5. 11. 1953, ZMR 1954, 285 [285]; VGH Karlsruhe, Urt. v. 1. 10. 1956, VerwRSpr. 9, 554 [557]; ただし、継続確認訴訟を取消訴訟などとするの変形と捉える見解として、Menger (Anm. 501), S. 241; Klaus Meyer, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz und erledigter Verwaltungsakt, DVBl. 1956, 190 [191]; 市原・前掲注(41)「西独における行政行為の違法官言制」二三頁以下も参照。
- (61) かかる見解を採る判例・学説として、注(62)・(63)を挙げるもの以外に、VGH Stuttgart, Urt. v. 15. 6. 1948, DöV 1949, 160 [160]; VGH Stuttgart, Urt. v. 25. 1. 1951, VerwRSpr. 3, 385 [386]; OVG Hamburg, Urt. v. 13. 12. 1951, VerwRSpr. 4, 882 [886]; OVG Münster, Bescheid v. 20. 1. 1953, ZMR 1953, 262 [262]; OVG Münster, Beschl. v. 20. 4. 1955, VerwRSpr. 8, 633 [636]; VGH Karlsruhe, Urt. v. 1. 10. 1956, VerwRSpr. 9, 554 [558]; Menger (Anm. 501), S. 240; Meyer (Anm. 560), S. 191.
- (62) VGH München, Urt. v. 28. 5. 1954, NJW 1954, 1382 [1382].
- (63) OVG Münster, Urt. v. 2. 3. 1955, DöV 1955, 473 [473 f.]の判決は、イギリス軍政府命令一六五号七五条一項二文が置かれた趣旨は、取消訴訟を提起した者が行政行為の消滅により、訴えの取下げなどを強いられなくようにするところにあるところから。
- (64) Eyermann/Fröhler (Anm. 482), S. 119; BVerwG, Urt. v. 8. 11. 1957, DöV 1958, 222 [222]; VGH München, Beschl. v. 10. 3. 1960, VerwRSpr. 12, 753 [753].
- (65) Vgl. Mang, Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen erledigten Verwaltungsakt, BayVBl. 1955, 241 [242]. このような場合、わが国の執行停止制度に相当する停止的効果の制度を通じて、満足的な仮の権利保護を受けるという点でも難くないであろう。
- (66) 例として、Naumann (Anm. 560), S. 141; Fenge (Anm. 486), S. 97; Wolfgang Bergmann, Das Rechtsschutzbedürfnis bei

- der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, VerwArch 49 (1958), S. 333 [366]. 以下は、損害賠償だけでは不十分であるという考えがもたらしたものである。
- (567) Schülfer (Ann. 560), S. 458; Hauelsen (Ann. 528), S. 914. Vgl. auch LVG Koblenz, Urt. v. 7. 9. 1953, VerwRspr. 6, 359 [361].
- (568) OVG Hamburg, Urt. v. 13. 12. 1951, VerwRspr. 4, 882 [886]; OVG Münster, Bescheid v. 20. 1. 1953, ZMR 1953, 262 [262]; OVG Münster, Beschl. v. 20. 4. 1955, VerwRspr. 8, 633 [637].
- (569) Bergmann (Ann. 491), S. 224; VGH Karlsruhe, Urt. v. 1. 10. 1956, VerwRspr. 9, 554 [558].
- (570) 先ほども、継続確認訴訟は特殊な訴訟形態として位置付けられたように扱われると述べたが、その理由は、本文中述べた以上の二つのことにもあったのではなからうかと考えられる。
- (571) Bergmann (Ann. 491), S. 223; Menger (Ann. 542), S. 357. ホンブルク上級行政裁判所一九五二年一月二三日判決も、集会禁止命令が期日の経過により消滅したと認むべき一九〇八年のライヒ集会法二五條二項により、なおそれを取消訴訟と争うことが必要と判示した。OVG Hamburg, Urt. v. 13. 12. 1951, VerwRspr. 4, 882 [885 f].
- (572) そのような見解を採った学説・判例として、注(57)掲記のもののほか、Eyermann/Fröhler (Ann. 482), S. 119; Hasselbach (Ann. 542), S. 53 f.; Lerche (Ann. 557), S. 715; VGH München, Beschl. v. 10. 3. 1960, VerwRspr. 12, 753 [754 f]. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 8. 11. 1957, DöV 1958, 222 [222].
- (573) Mang (Ann. 565), S. 242; VGH Stuttgart, Urt. v. 11. 2. 1957, DöV 1957, 217 [218].
- (574) 例として、VGH Karlsruhe, Beschl. v. 2. 6. 1950, VerwRspr. 2, 441 [441].
- (575) 準用肯定説として、Fröhler, Erledigung der Hauptsache im Anfechtungsprozess, DV 1949, 397 [398]; Bachof (Ann. 480), S. 59 f.; Schlochauer (Ann. 530), S. 202; Eyermann/Fröhler (Ann. 482), S. 245 f.; Bergmann (Ann. 491), S. 245; VGH Kassel, Urt. v. 26. 5. 1948, DöV 1949, 479 [479]; VGH München, Urt. v. 25. 5. 1959, NJW 1959, 2181 [2182]. ただし、準用肯定説の中でも、拒否処分又は不作為が違法であったことの確認のみが行われるのか、それとも行政行為を発する義務があったことの確認まで行われるのかという点では、意見の相違があった。
- (576) ラインラント＝プファルツ行政裁判法の場合について、Schunck/De Clerck (Ann. 506), S. 173; 連邦行政裁判所法の場合

合に「さうべ」Uie (Ann. 476), S. 198; Schunck/De Clerck (Ann. 514), S. 125 f. これらの学説は、義務付け訴訟の場合にも継続確認訴訟の規定の準用を肯定していた。

(577) OVG Hamburg, Urt. v. 28. 2. 1950, DVBl. 1950, 644. この判例は、医師免許なしに短波放射線治療を行っていた原告が、行政庁から刑事告発を行う旨を予告されたことを受けて、医師免許がなくても短波放射線治療を行える権利を有することの確認訴訟を提起した事例において、原告の請求を認容したものである。

(578) ちなみに、行政裁判所の任務は破棄的なものに止まるという点は、第二次世界大戦後に義務付け訴訟における仮命令を認めなかった見解も、その理由として述べたことでもあった。拙稿・前掲注(8)六四五頁を参照。

(579) OVG Münster, Urt. v. 24. 11. 1955, JZ 1956, 419 [419]. 同法の判例「さうべ」 OVG Münster, Bescheid v. 22. 2. 1957, ZMR 1957, 285 [285]. Gelzer, Zweifelfragen zur Nachbarlage im öffentlichen Recht, NJW 1959, 1905 [1905] が「予防的不作為訴訟はのウニ〇案二頁に反せんを短く述べた。Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 1. 9. 1950, DVBl. 1951, 91 [94]; Oskar Ruckdäschel, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, DöV 1961, 675 [676]; Winfried Haug, Die neuere Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungs- und der allgemeinen Beseitigungsklage, DöV 1967, 86 [86].

(580) Hamann (Ann. 480), S. 176 f.

(581) Vgl. Fenge (Ann. 486), S. 78; ders., Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DöV 1956, 392 [394]; Felix Weyreuther, Die Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung (1953), S. 93.

(582) Richard Naumann, Vorn vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, in: Otto Bachof u. a. (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1955), S. 391 [399].

(583) Hans Heinrich Rupp, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, 113 [118].

(584) 西ヶ谷 隆夫, Naumann (Ann. 582), S. 405; Christian-Friedrich Menger, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 49 (1958), S. 272 [279] f.

(585) OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 6. 1951, DVBl. 1951, 609 [610].

(586) OVG Münster, Urt. v. 19. 8. 1953, MDR 1954, 123 [123]; OVG Münster, Urt. v. 24. 11. 1955, JZ 1956, 419 [419]; OVG

- Münster, Bescheid v. 22. 2. 1957, ZMR 1957, 285 [285]; Menger (Ann. 501), S. 236. Vgl. auch Turegg (Ann. 480), S. 73.
- (87) OVG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 1951, VerwRspr. 4, 384 [387]. 同「明文の規定がなく、予防的不作為訴訟を否定した判例・学説」 OVG Münster, Beschl. v. 27. 3. 1952, ZMR 1952, 191 [191]; OVG Münster, Urt. v. 24. 11. 1955, JZ 1956, 419 [419]; OVG Münster, Beschl. v. 8. 2. 1957, NJW 1957, 1251 [1251]; Hasselbach (Ann. 542), S. 31 ff. Vgl. auch Gerhard Lütke, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84 (1959), S. 185 [219].
- (88) OVG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 1951, VerwRspr. 4, 384 [387].
- (89) 加えてコンボルク上級行政裁判所は、事情変更があった場合に判決を変更する仕組みが、民事訴訟法と違って行政訴訟手続では用意されなかったことを指摘している。 OVG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 1951, VerwRspr. 4, 384 [387].
- (90) Turegg (Ann. 480), S. 72 f.; Günter Redding, Rechtsverhältnis und verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, DöV 1956, 388 [391].
- (91) Fenge (Ann. 486), S. 83. Vgl. auch Naumann (Ann. 582), S. 406; Bergmann (Ann. 491), S. 83.
- (92) Fenge (Ann. 486), S. 83; Bergmann (Ann. 491), S. 83; Karl Ringe, Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 1958, 378 [381]; Kreuziger (Ann. 513), S. 31 f., 34.
- (93) Fenge (Ann. 581), S. 393 f.
- (94) Naumann (Ann. 582), S. 397. 他「予防的確認訴訟の設備をも法律関係は成立してはならない」とも述べている。 Naumann (Ann. 529), S. 331. 雄川・前掲注 (c) 一〇五頁も参照。
- (95) BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1956, DöV 1957, 262 [262 f.]. 同「本文で引用した判例は、Otto Bachof, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1956, DöV 1956, 263 [263] の「問題にならざる活動や一日行方」刑事訴訟の中での有罪判決の危険にさらされるに過ぎないという適法性を明らかにするよう要求する点には過ぎないと批判している。
- (96) BVerwG, Urt. v. 9. 5. 1957, BVerwGE 4, 363 [364].
- (97) Jellinek (Ann. 11), S. 208. 同の文献は「一九三一年に刊行されたもののリプリント版」である。
- (98) Karl August Betermann, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 19. 11. 1951, DVBl. 1952, 312 [313]; Weyreuther (Ann. 581), S. 74 f. Vgl. auch Bachof (Ann. 480), S. 86 f.

- (59) Naumann (Ann. 582), S. 394; Kreuziger (Ann. 513), S. 128 f.
- (60) Ernst Walz, Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 19. 11. 1951, JZ 1952, 223 [224]; Naumann (Ann. 582), S. 403 f.; Ringe (Ann. 592), S. 378 f. ただし最後の者は、行政行為については取消訴訟と停止的效果の制度の存在を理由に予防的不作為訴訟を否定し、それ以外の行政活動の場合に限って認めつつた。Ringe, a. a. O., S. 380. Vgl. auch Rupp (Ann. 583), S. 119.
- (61) Naumann (Ann. 582), S. 403; Kreuziger (Ann. 513), S. 141.
- (62) Carl Hermann Ule, Die Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1960, 1 [6].
- (63) Vgl. Wolf Selb, Die Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage (1998), S. 110. マンゴの制定前の状況も含めて、予防的権利保護の許容性をめぐる議論については、雄川・前掲注(ε)一〇四頁以下、川上宏二郎「西ドイツ行政判例における予防的権利保護」西南学院大学法学論集七巻一・二・三合併号(一九七四年)二〇一頁以下、雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」同『行政争訟の理論』(有斐閣、一九八六年)二五九頁以下、阿部泰隆「公権力の行使に対する差止訴訟」同『行政訴訟改革論』(有斐閣、一九九三年)三七七頁以下、山本・前掲注(7)九一頁以下、岡田春男「行政事件における予防的確認訴訟——ドイツの理論を中心として——」同『行政法理の研究』(大学教育出版、二〇〇八年)三七頁以下で紹介されている。
- (64) Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 5. 5. 1948, DöV 1949, 460 [460].
- (65) 注(66)掲記の文献のほか、VGH Kassel, Beschl. v. 16. 7. 1947, DöV 1949, 437 [437]; VGH Kassel, Beschl. v. 5. 5. 1948, DöV 1949, 460 [460]; VGH München, Beschl. v. 3. 5. 1949, VerwRSpr. 1, 508 [509]; Hüfnagl (Ann. 499), S. 139; Xaver Schoen, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schriftum 1946–1949, DöV 1950, 65 [69]; Eyermann/Fröhler (Ann. 482), S. 100. 水野豊志『委任立法の研究』(有斐閣、一九六〇年)九八頁以下、南博方「規範審査訴訟」同『行政訴訟の制度と理論』(有斐閣、一九六八年)八五頁も参照。
- (66) Forsthoff (Ann. 443), S. 443 f.
- (67) VGH Stuttgart, Beschl. v. 26. 1. 1950, VerwRSpr. 3, 382 [383].
- (68) Vgl. auch van Husen (Ann. 428), S. 41; Bergmann (Ann. 491), S. 296. ただし、このシュトゥットガルト高等行政裁判所の決定に対して、Menger (Ann. 501), S. 93 は、アメリカ占領地域行政裁判法二五条一項の申立適格に関する文言から離れ

ることは危険であり、判旨は一般化されてはならないと述べていた。

- (609) 他に、法令の適用ないし執行後でも規範統制手続は許されるとした論者として、Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Nachtrag (1950), S. 22; Hauelsen, *Öffentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozess*, NJW 1953, 121 [121 f].
- (610) Bergmann (Anm. 491), S. 293. なお、大橋洋一「都市計画訴訟の法構造—規範審査訴訟と計画維持原則の関係を中心として」同『都市空間制御の法理論』(有斐閣、二〇〇八年)六五頁、異智彦『第三者効の研究—第三者規律の基層』(有斐閣、二〇一七年)二六二頁も参照。
- (611) Vgl. Kreuztizer (Anm. 513), S. 110.
- (612) Jakob Kratzer, *Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?*, DöV 1954, 44 [44].
- (613) Christian-Friedrich Menger, *Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: Karl August Betermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte Band 3* Halbband 2 (1959), S. 717 [737].
- (614) Xaver Schoen, *Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof*, in: Otto Bachof u. a. (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek* (1955), S. 407 [407]. Vgl. auch Grauvogel, *Zentral- und Randprobleme zur Rechtsnatur gemeindlicher Bebauungspläne und zur Revisibilität dieser Fragen*, DVBl. 1958, 73 [79]. また、J. Bergmann (Anm. 491), S. 295 f. は、「アメリカ占領地域行政裁判法」二五条一項の申立適格の定め方から、規範統制手続はとりもたず権利保護に資するものと評価していた。
- (615) 例として、Klein (Anm. 479), S. 107; Karl Schweiger, *Rechtsverordnung im formellen Sinn?*, DöV 1955, 360 [363 f.]; Friedrich Schack, *Rechtsverordnungen im formellen Sinn?*, DöV 1958, 273 [276]; VGH Stuttgart, *Beschl. v. 29. 11. 1949*, *Verw-Rspr.* 3, 242 [244]; LVG Koblenz, *Urt. v. 12. 10. 1950*, *Verw-Rspr.* 3, 403 [410]; wohl auch Turegg (Anm. 480), S. 68, 74. Vgl. auch Bergmann (Anm. 491), S. 289 ff. されに対して、G. 一九条四項の「公権力」には立法なごし法令の制定も含まれるとすべき見解として、Kurt Georg Wernicke, in: Hans Jürgen Abraham u. a., *Kommentar zum Bonner Grundgesetz* (1950), Artikel 19, S. 14 f.; Peter Lerche, *Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBl. 1954, 626 [627].
- (616) Kratzer (Anm. 612), S. 44; Carl Hermann Ule, *Revisibilität von Normenkontrollentscheidungen?*, AoR 82 (1957), S. 123 [128].

- (617) アメリカ占領地域以外で規範統制手続を否定した学説・判例として、Friedrich B. Sieveking, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der Verordnung Nr. 141 und 165 der Britischen Militärregierung, MDR 1948, 315 [319]; Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ 1948, 470 [471]; Schunck/De Clerck (Ann. 506), S. 104; Bergmann (Ann. 491), S. 289; Hans-Heinz Ffhr. von Wangenheim, Zur Rechtsnatur der Fluchtlinipläne preußischen Rechts, DoV 1957, 853 [854]; Menger (Ann. 613), S. 736; OVG Münster, Beschl. v. 10. 10. 1949, DVBl. 1950, 346 [346]; OVG Münster, Urt. v. 15. 1. 1951, DVBl. 1951, 418 [419]; LVG Koblenz, Urt. v. 12. 10. 1950, VerwRspr. 3, 403 [405]; 南・前掲注(60) 六六頁以下を参照。
- (618) xv. d. j. Wolfgang Bergmann, Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch 51 (1960), S. 36 [37] は、G G 九条四項の「公権力」には立法ないし法令の制定も含まれるという見解を採ったとしても、原告との関係で法令の無効確認ができるに止まり、一般的拘束力を持って法令の無効を宣言するような規範統制手続までは認められなかった。
- (619) Huber (Ann. 557), S. 619; OVG Münster, Beschl. v. 10. 10. 1949, DVBl. 1950, 346 [346]; OVG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 1951, VerwRspr. 4, 384 [386].
- (620) たがじ、Otto Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*, Festschrift für Wilhelm Laforet (1952), S. 285 [316] に「規範統制手続が認められていなかっただけではなく、法令を行政行為として扱って訴訟の対象にすることもあった」という。
- (621) もちろん、このテーマに関連する研究としては、小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」同『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、一九八三年)一頁以下と山本・前掲注(29) がとりわけ重要である。さらに、太田匡彦「抗告訴訟における実体法の観念—あるいは行政法における実体法の観念、その現況」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、二〇一六年)二一七頁以下も参照。
- (622) Vgl. z. B. Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht* (2000), § 23 Rn. 24; 湊二郎「ドイツ行政裁判所法における不作為訴訟に関する一考察—行政行為・法規範に対する予防的権利保護—」立命館法学三五二号(二〇一三年)四頁以下も参照。現行のVwGOでは予防的不作為訴訟は明示されていない。

(623) 差止訴訟については、その要件が行訴法で規定されていることから形成訴訟と解する見解がある一方で、実体法上の請求権を実現するものであるとして、給付訴訟と捉える見解もある。さしあたり参照、山本和彦「行政事件訴訟法の改正について―民事訴訟法学者から見た感想」ジュリスト二二七七号（二〇〇四年）三六頁以下、塩野・前掲注（1）二三四頁以下、高木光「実体権構成」同『法治行政論』（弘文堂、二〇一八年）二五頁以下。

【付記】 本稿の脱稿後に、Karl-Peter Sommermann/Bert Schaffarzik (Hrsg.), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa* Band 1-3 (2019) に接した。これを踏まえた補正は他日を期したい。