The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる第2次世界大戦後のドイツの議論状況
Author(s)	長谷川, 佳彦
Citation	阪大法学. 2024, 74(3-4), p. 177-214
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/99474
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる第２次世界大戦後のドイツの議論状況

長谷川 佳 彦

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　行政裁判法令における抗告訴訟と当事者訴訟の区別の有無とその背景
　1　抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行った行政裁判法令
　2　抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行わなかった行政裁判法令
　3　抗告訴訟と当事者訴訟の区別の有無の背景
Ⅲ　抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論
　1　抗告訴訟と当事者訴訟の区別の維持・拡張
　2　抗告訴訟と当事者訴訟の区別への懐疑
Ⅳ　おわりに

Ⅰ　はじめに

抗告訴訟と当事者訴訟の概念はもともとドイツの行政裁判制度に由来し、日本の行政訴訟法理論には第２次世界大戦前に美濃部達吉によって採り入れられた[(1)]。しかし、現行の日本とドイツの制度を見ると、抗告訴訟と当事者訴訟の区別に関しては対照をなしている。日本においては1962年制定の現行の行政事件訴訟法により、抗告訴訟と当事者訴訟の概念は法律上の概念になったのに対し、ドイツにおいて1960年に制定された現行の行政裁判所法（以下ではVwGOという）では、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は破棄されたのである[(2)]。

第２次世界大戦後のドイツでは、アメリカ・イギリス・フランス・ソ連の連合国４か国によって分割占領されたこともあり、VwGOが制定されるまでの間、行政裁判法令はもっぱら州ないし占領地域ごとに定められていたが[(3)]、その中には抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものが存在

した。そうすると、第２次世界大戦後のドイツにおいて、抗告訴訟と当事者訴訟の区別についてどのような議論があったのかということが問題になる。この問題の解明は、ドイツの行政裁判制度に関する知見を深化させることになるのみならず、ドイツの行政裁判制度から抗告訴訟と当事者訴訟の概念を採り入れながら、それとは異なる途をたどった日本の行政訴訟制度の特質を従来以上に明らかにすることにもつながると思われる。

上記の問題は、①第２次世界大戦後に州ないし占領地域で制定された行政裁判法令のうち、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものをめぐって、どのような議論があったのかという問題と、②抗告訴訟と当事者訴訟の区別を破棄したVwGOの立案過程はいかなるものであったのかという問題に分けることができる。本稿ではそのうち①の問題を取り上げる。以下Ⅱでは、第２次世界大戦後に州ないし占領地域で制定された行政裁判法令を、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものに分けて概観し[(4)]、それぞれの背景を探る。その上でⅢでは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をすることについて、当時の学説や裁判例はどのように考えていたのかという点を見ることにしたい。

Ⅱ　行政裁判法令における抗告訴訟と当事者訴訟の区別の有無とその背景

１　抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行った行政裁判法令

（１）アメリカ占領地域行政裁判法

抗告訴訟と当事者訴訟の区別をしていた行政裁判法令として、最初に挙げるべきは、アメリカ占領地域の州（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、ブレーメン）で制定された「行政裁判権に関する法律」である。この法律は、ヴァルター・イェリネックを長として、アメリカ軍政府により設置された委員会（ハイデルベルク委員会）が作成した法律案（ハイデルベルク草案）を基礎とし、それぞれの州において、1946年９月から1947年８月にかけて州の法律として制定されたものであった[(5)]。本稿のテーマとの関連では次のような規定が置かれていた[(6)]。

アメリカ占領地域行政裁判法

22条１項　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、行政庁の処分その他の行政行為に関する不服（抗告事件）及びその他公法上の訴訟（当事者訴訟）について裁判をする。〔以下略〕

35条１項　抗告訴訟は、ある者が行政行為によっ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。

35条２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。〔以下略〕

79条１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。〔以下略〕

79条３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告する。

79条５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（35条２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告する。第３項が準用される。

85条１項　当事者訴訟とは、対等の権利主体間における公法上の訴訟をいう。二人の権利主体が事件において対等といえるのは、権利主体の一方による請求権の行使とその拒否がいずれも、当該請求権に関する拘束的な決定を含まない場合である。

アメリカ占領地域行政裁判法においては、22条１項で抗告訴訟と当事者訴訟の区別が示されていた。そのうち、抗告訴訟は行政行為に関する不服の訴訟と定義され、同法35条１項・２項及び79条１項・３項・５項からすると、取消訴訟と義務付け訴訟が抗告訴訟に属するものとされていた。他方で、同法85条１項によれば、当事者訴訟とは対等の権利主体間の訴訟をいうとされていた。ま

た、同法35条以下の第４章の表題は「抗告事件」、同法85条以下の第５章の表題は「当事者訴訟」であり、抗告訴訟に関する規定と当事者訴訟に関する規定が章を分けて置かれていた。[(7)(8)]

（２）ラインラント＝プファルツ行政裁判法とザールラント行政裁判法

(a) 抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、フランス占領地域にあったラインラント＝プファルツの「行政裁判権に関する法律」[(9)]（以下ではラインラント＝プファルツ行政裁判法という）においても行われていた。ラインラント＝プファルツは、1946年８月にラインラント南部とその周辺の州が合併して創設された州である。ラインラント＝プファルツ行政裁判法は、かつての州の間で違いのあった行政裁判制度を統一するために、1950年４月に制定されたものであった。それは、アメリカ占領地域行政裁判法と、後に２（１）で見るイギリス占領地域の軍政府命令165号（以下ではイギリス軍政府命令165号という）に依拠して定められたといわれており[(10)]、以下の規定を設けていた。

ラインラント＝プファルツ行政裁判法

15条１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）、及びその他公法上の訴訟（当事者訴訟）について裁判をする。

15条２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。〔以下略〕

ラインラント＝プファルツ行政裁判法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていることは、同法15条１項に示されており、同条２項からすると、同法も取消訴訟と義務付け訴訟を抗告訴訟に位置付けていたといえる。もっとも、アメリカ占領地域行政裁判法と異なり、ラインラント＝プファルツ行政裁判法には当事者訴訟の定義規定は存在しなかった。また、抗告訴訟に関する規定と当事者訴訟に関する規定を、章を分けて置くといったこともされていなかった。[(11)(12)]

（b）さらに、ザールラントの「行政裁判権に関する法律」[13]（以下ではザールラント行政裁判法という）も、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていた。ザールラントは1957年１月にフランスの保護領からドイツの州になったのであるが、ザールラント行政裁判法はすでに1951年７月に制定されていた。ザールラント行政裁判法も多くの点でアメリカ占領地域行政裁判法に倣ったといわれており[14]、次のような規定を置いて抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行い、抗告訴訟の中には取消訴訟と義務付け訴訟が含まれるものとしていた。また、ラインラント＝プファルツ行政裁判法と違って当事者訴訟の定義も示されており、72条以下の第６章で当事者訴訟に関する特則も定められていた。

ザールラント行政裁判法

20条１項　行政庁が公法の領域で個々の事例を規律するために行った命令又は処分により不利益を受けた者は、次の場合には行政訴訟手続において訴訟（抗告訴訟）を提起することができる。〔以下略〕

20条３項　訴訟は、申請された職務行為の不作為に対しても、申請者が現行の法規に基づき、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。〔以下略〕

21条　行政裁判所は、対等の権利主体間における公法上の訴訟事件（当事者訴訟）に関する裁判についても管轄する。二人の権利主体が事件において対等といえるのは、権利主体の一方による請求権の行使とその拒否がいずれも、当該請求権に関する拘束的な決定を含まない場合である。

65条１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。〔以下略〕

65条２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、事案が成熟していると考えるとき、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告する。

65条３項　裁判所は、申請された職務行為の拒否〔ママ〕に対して行われた抗告訴訟（20条３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

政庁の義務を宣告する。

（３）概括主義の採用

なお、以上の行政裁判法令に関しては、概括主義を採用したものであるといわれた。もっとも、子細に見ると、他の裁判所の管轄とされていない限り、すべての公法上の訴訟が行政裁判所の管轄になったと説く見解があった一方で[15]、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれについても、概括主義が妥当することになったと述べる見解もあった[16]。概括主義といっても、論者の間ではその捉え方に違いが見られたのである。

２　抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行わなかった行政裁判法令

（１）イギリス軍政府命令165号

１で見たアメリカ占領地域行政裁判法などに対して、イギリス占領地域（シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン、ニーダーザクセン、ノルトライン＝ヴェストファーレン、ハンブルクがここに含まれる）の行政裁判法令は、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかった。イギリス占領地域においても、法令案の作成作業を担う委員会がイギリス軍政府により設置され、当初その委員会では、アメリカ占領地域行政裁判法に依拠して法令案を作ることが意図されていたという[17]。だが、最終的に1948年９月に制定されたイギリス軍政府命令165号[18]は、以下の通り規定していたのである。

イギリス軍政府命令165号

22条１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公法上の訴訟について裁判をする。

23条１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。訴訟は行政行為が無効であるときも許される。

24条１項　申請された行政行為の実施を求める訴訟は、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

２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。

75条１項　裁判所は、行政行為に対して行われた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し、又はその無効を宣言する。〔以下略〕

75条３項　裁判所は、職務行為の拒否その他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告する。

イギリス軍政府命令165号においては、取消訴訟と義務付け訴訟に加えて、23条１項・75条１項で無効確認訴訟も定められていたが、それらの訴訟を抗告訴訟に位置付けるということはされていなかった。また、当事者訴訟の語はおよそ用いられていなかった。

（２）西ベルリン行政裁判法

イギリス軍政府命令165号と同様の定め方は、西ベルリンの「行政裁判権に関する法律[19]」（以下では西ベルリン行政裁判法という）でも見られた。西ベルリン行政裁判法は、ベルリンのアメリカ・イギリス・フランスの各占領地区で異なっていた行政裁判制度を統一するために、1951年１月に制定されたものであった。同法は次のような規定を置くに止まり、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったのである。

西ベルリン行政裁判法

19条１項　行政裁判所は、行政行為の取消し（23条）及びその他公法上の訴訟について裁判をする。ただし、憲法訴訟、議会における選挙審査その他憲法裁判権の領域に属する事件は除く。

20条１項　訴訟は、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。訴訟は行政行為が無効であるときも許される。

21条１項　申請された行政行為の実施を求める訴訟は、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

２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。[20]

（３）概括主義の採用

なお、イギリス軍政府命令165号についても、概括主義を採用したといわれていた。しかも、１（３）で見たアメリカ占領地域行政裁判法などの場合と異なり、それは、憲法訴訟を除くすべての公法上の訴訟が行政裁判所の管轄になったことを意味するという理解でほぼ一致していた。[21]その要因としては、イギリス軍政府命令165号が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったことがあると考えられる。イギリス軍政府命令165号22条１項と西ベルリン行政裁判法19条１項が同じような定め方をしていたことからすると、西ベルリン行政裁判法に関しても同様の理解がされていただろう。

３　抗告訴訟と当事者訴訟の区別の有無の背景

（１）アメリカ占領地域行政裁判法の背景

(a) 以上、第２次世界大戦後に制定された州ないし占領地域の行政裁判法令を、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものに分けて概観した。以上の概観を通じて浮かび上がるのが、抗告訴訟と当事者訴訟の区別について、なぜそのような違いが生じたのかという問題である。この問題に関して、まず抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていた行政裁判法令の場合についていえば、１（２）で見た通り、ラインラント＝プファルツ行政裁判法とザールラント行政裁判法はいずれもアメリカ占領地域行政裁判法に倣ったといわれていたことからすると、問題は、なぜアメリカ占領地域行政裁判法は抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行ったのかという点に収斂すると考えられる。

その点について、アメリカ占領地域行政裁判法の注釈書の１つを見ると、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、官憲〔Obrigkeit〕を私人と対等な当事者の立場に置くことはできないという、国家権威的な先祖返りの見解に基づくものであるという説明がされていた。[22]また、後には、アメリカ占領地域行政裁判法の当事者訴訟に関する規定は、かつてのヴュルテンベルク（現在のバーデン＝ヴュルテンベルク州の一部）の行政裁判制度に由来するものであるとの指摘もさ

れている。[23] これらの説明や指摘を踏まえると、アメリカ占領地域行政裁判法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていた背景としては、次のようなかつてのヴュルテンベルクなどの行政裁判制度の存在があったと考えられる。[24][25]

（b）すなわち、ヴュルテンベルクの行政裁判制度は、1876年の「行政裁判に関する法律」[26]（以下ではヴュルテンベルク行政裁判法という）により創設された。ヴュルテンベルク行政裁判法は行政庁の決定又は処分に対する抗告訴訟〔Beschwerde〕を定めた一方で（13条）、抗告訴訟とは別個の訴訟類型として、公共団体と個人の間、公共団体相互の間又は個人相互の間の公法上の法律関係に関する訴訟を規定していた（10条・11条）。その後、ザクセンは、ヴュルテンベルク行政裁判法に倣って1900年に「行政裁判に関する法律」[27]（以下ではザクセン行政裁判法という）を制定し、行政裁判制度を設けた。ザクセン行政裁判法は、抗告訴訟には Beschwerde ではなく Anfechtungsklage の語を用い、ヴュルテンベルク行政裁判法10条・11条が定めた訴訟には当事者訴訟〔Parteistreitigkeiten〕の名称を与えたが（21条・73条）、ヴュルテンベルク行政裁判法と同じく、抗告訴訟と当事者訴訟を別個の訴訟類型として定めていた。[28] さらに、バイエルンは、1878年の「高等行政裁判所の設立及び行政訴訟手続に関する法律」[29]（以下ではバイエルン行政裁判法という）によって行政裁判制度を創設した。バイエルン行政裁判法についても、抗告訴訟と当事者訴訟の名称は使っていなかったものの、両者の区別を行っているといわれることがあった。[30]

ヴュルテンベルク行政裁判法などにおいて、抗告訴訟と当事者訴訟の区別が行われていた理由は、主として両者の間での当事者の違いにあった。すなわち、当事者訴訟の場合には、権利や法律関係を争う者の双方が原告と被告となり、両者が当事者として相対するが、抗告訴訟の場合には、当事者は行政庁の処分を争う原告のみであって、処分を行った行政庁や国家は当事者でないといわれたのである。[31][32] ハイデルベルク委員会の長であったヴァルター・イェリネックも、第２次世界大戦前に公刊した体系書の中で、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、行政庁の処分が争われる場合に行政庁が当事者のように扱われないところでのみ意味を持つと述べていたところである。[33]

このように、抗告訴訟の場合には、行政庁や国家は当事者にならないといわ

れたのであるが、その根拠に関しては様々な説明の仕方が見られた。それを若干挙げると、まず、行政庁や国家と私人の間に法的な対等性は存在せず、行政庁や国家を私人と対等な当事者の立場に置けば、その権威が危険にさらされるということがいわれた[34]。また、当事者というためには、私的利益の実現を追求し、権利の認められる者でなければならないが、行政庁や国家は公権力を行使して公益の実現を目指しているのであって、権利の認められる者には当たらないといった指摘もあった[35]。

さらに、オットー・マイヤーは、当事者とは、訴訟において発せられる官憲的な宣言により、何が法であるかを確定される者であるが、国家は国庫として活動する場合を除けば一体として官憲であり、何が法であるかを確定する者であると述べていた[36]。オットー・マイヤーは、行政庁は行政行為によって何が法であるかを確定するものであり、行政行為と行政裁判の判決はそれぞれ、民事訴訟の第一審判決と第二審判決に対応すると考えたのである[37]。この考えによれば、民事訴訟で控訴が提起された場合において、第一審裁判所が控訴審の当事者にならないのと同じように、行政行為を発した行政庁も当事者にならないということになる[38]。

（c）ヴュルテンベルクなどの行政裁判制度は以上の通りであったが、それらが抗告訴訟の場合と当事者訴訟の場合で、当事者について異なる捉え方をしていたことの影響は、アメリカ占領地域行政裁判法の次の規定においても看取された。

アメリカ占領地域行政裁判法

46条１項　抗告訴訟は、抗告訴訟の相手方〔Anfechtungsgegner〕としての国に対して行われなければならない。行政行為を発した行政庁が国の行政庁でないとき、抗告訴訟の相手方は、当該行政庁の所属する団体である。

52条　抗告訴訟の手続において、手続関係者（抗告訴訟の原告〔Anfechtungskläger〕及び抗告訴訟の相手方）は、原則として同様の権利義務を有する。

88条１項　訴えは、給付若しくは不作為が請求されている者、又は法律関係

の存否の確認の相手方となる者（被告〔Beklagte〕）に対して提起されなければならない。

上記の88条１項は、第５章「当事者訴訟」の中にあった規定であり、当事者訴訟の相手方は民事訴訟の場合と同じく「被告」と呼ばれていた。「被告」の名称が用いられたのは、原告との対等性を強調するためであるといわれていた。[39] 他方で、抗告訴訟の場合には、その相手方は46条１項や52条で「抗告訴訟の相手方」と呼ばれており、当事者訴訟の場合とは異なる名称が使われていたのである。フォルストホフによれば、その「理由は―少なくとも名称の点で―行政庁を被告の役割から解放しようとした点にある」とされていた。[40] また、メンガーは、国家権威的な思考から、民事訴訟において用いられている当事者〔Partei〕の名称は避けられたと説明していた。[41] 彼らの説明からすると、抗告訴訟の相手方に被告の名称を与えれば、行政庁や国家の権威が損なわれてしまうという考え方の残滓が見られるように思われる。[42]

もっとも、先に挙げたアメリカ占領地域行政裁判法52条によると、抗告訴訟の場合においても、かつてのように原告のみを当事者とするのではなく、抗告訴訟の原告と相手方が相対する形態が採られており、また両者は同様の権利義務を持つとされたことには注意すべきである。そのように定められた理由としては、行政行為が発せられるときだけでなく、裁判所でそれが審査される際にも、私人に対する特権が行政主体に与えられることになれば、行政裁判の成功ははじめから疑わしいものになってしまうだろうということがいわれていた。[43] 行政裁判が権利保護の目的を実現するためには、抗告訴訟の原告と相手方を対等な立場に置くことにより、原告の適正な扱いを保障する必要があると考えられたのではないかと思われる。[44][45]

（２）イギリス軍政府命令165号の背景

(a) それに対して、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていない行政裁判法令の場合についていえば、２（１）・（２）で見たように、西ベルリン行政裁判法がイギリス軍政府命令165号と同様の規定を置いていたことからすると、結

局のところ問題は、なぜイギリス軍政府命令165号が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行わなかったのかという点にあると考えられる。

そうした点に関して、考察の手がかりになると思われるのが、イギリス軍政府命令165号が行政行為に関する訴訟で行政庁を被告としたのは、かつてのプロイセンの行政裁判制度における状況を受け継いだものである旨の指摘である[46]。この指摘を敷衍すると、一方でイギリス軍政府命令165号は次の規定を設けていた。

イギリス軍政府命令165号

50条　訴えは、争われている行政行為を発した行政庁、申請された行政行為を拒否した行政庁、又はその他不作為の行政庁に対して提起されなければならない。〔以下略〕

また、行政行為に関する訴訟の相手方となる行政庁も、行政行為が対象でない訴訟の相手方と同じように、被告と呼ばれていた（56条などを参照[47][48]）。

（b）他方で、プロイセンの行政裁判制度は、1872年の郡制[49]から1883年の「一般ラント行政に関する法律[50]」並びに「行政庁及び行政裁判所の権限に関する法律[51]」までの一連の法律によって形成された。そのうち、1883年の２つの法律では明確に定められていなかったものの、プロイセン上級行政裁判所の判例及び学説の大半によれば、（１）（b）で見たヴュルテンベルクなどの行政裁判制度の場合と違って、行政庁の処分に対する訴訟においても、原告のみならず行政庁も当事者となって両者が相対するものとされ、当該行政庁は被告と呼ばれていたのである[52][53]。

行政庁の処分に対する訴訟の場合にも、原告と被告である行政庁が当事者として相対するものとされた根拠は、形式的には、上記のプロイセンの行政裁判に関する法律の規定に求められていた。例えば、「一般ラント行政に関する法律」107条１号は、「敗訴した側が公の行政庁である場合、取り消された当該行政庁の処分又は決定が、当該行政庁によって代理される自治団体の財産的利益の確保のみを対象とするものでない限り、〔当該行政庁から〕訴訟費用〔Pau-

schquantum〕の徴収は行われない。」と定めていたが、この規定は行政庁が当事者であることを前提にしていると解されたのである。[54]

それに対して、実質的な根拠としては、原告と行政庁を当事者とする対審構造を創出することにより、事件に関する討議や訴訟資料の充実が確保され、原告の適正な扱いも保障されるといったことが挙げられていた。[55] そのうち、討議や訴訟資料の充実が確保されるというのは、行政庁は処分に関わる事情をよく知っており、処分の根拠資料を有しているからだろう。[56] 他方で、原告の適正な扱いが保障されるというのは、そのような審理の充実ということに加えて、行政庁が当事者として現れず、行政上の利益の保護をもっぱら行政裁判所に委ねてしまうと、行政裁判所は行政上の利益を維持すべく、原告に対して拒絶的な姿勢を取るようになり、原告の立場が悪くなるといったことを意味する。[57]

さらに、（１）（b）で見たように、ヴュルテンベルクなどの行政裁判制度では、行政庁や国家は抗告訴訟の当事者でないとされた根拠として、行政庁や国家を当事者の立場に置けば、その権威が危険にさらされるということがいわれていた。しかし、そうした点に対しては、プロイセンの行政裁判制度における経験からすると、行政庁を当事者の立場に置いても、その権威が損なわれることはないという指摘がされていたところである。[58][59]

そして、抗告訴訟と当事者訴訟の区別の問題との関係で注目されるのが、行政庁の処分に対する訴訟の場合にも、原告と被告が当事者として相対する形態が採られたために、プロイセンの行政裁判制度においては抗告訴訟と当事者訴訟の区別は現れないと説く論者が存在したことである。[60] 原告と被告が相対する点で、ヴュルテンベルクなどの行政裁判制度における当事者訴訟と違いがなかったからだろう。イギリス占領地域の大半がかつてのプロイセンの領域であったこと[61]に鑑みても、イギリス軍政府命令165号が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行わなかったことの背景の１つとしては、プロイセンの行政裁判制度の影響があったように思われる。

（c）さらに、イギリス軍政府命令165号は、かつてのハンブルクの行政裁判制度とも重なるところがあった。ハンブルクの行政裁判制度は、1921年の「行政裁判権に関する法律[62]」（以下ではハンブルク行政裁判法という）により設けら

れ、ハンブルク行政裁判法は次のような規定を置いていた。[63] 2（1）と（a）で挙げたイギリス軍政府命令165号22条1項・50条と比べれば、双方の規定が類似していることが分かるだろうが、ハンブルク行政裁判法も抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったのである。

ハンブルク行政裁判法

9条　行政裁判所は、法律に別段の定めがない限り、とりわけ裁判が政府〔Senat〕に特に委ねられたり、又は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の取消し[64]及びその他公法上の訴訟について裁判をする。

43条　訴えは、命令若しくは処分を発した行政庁、又は職務行為を拒否した行政庁に対して提起されなければならない。[65]

なお、上記の規定にある通り、ハンブルク行政裁判法が行政庁の処分に対する訴訟の場合にも、原告と行政庁が当事者として相対する形態を採っていた点[66]は、（b）で見たプロイセンの行政裁判制度と共通するところである。しかし、ハンブルク行政裁判法におけるそうした点が、プロイセンの行政裁判制度から継受されたものであるとは必ずしもいえないように思われる。というのも、ハンブルクの場合、行政裁判制度が創設される以前は、行政庁の処分に対する訴訟は司法裁判所の管轄とされていたが[67]、その根拠となった1879年の「行政と司法の関係に関する法律[68]」24条2項が、「その他……行政庁の処分又は措置による私権の侵害に基づき、以下の規定で定める基準に従い、当該行政庁を相手方として裁判所に訴えを提起することができる。」と定めていたからである。[69][70]

Ⅲ　抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論

1　抗告訴訟と当事者訴訟の区別の維持・拡張

（1）抗告訴訟と当事者訴訟の相違の指摘

Ⅱにおいては、第2次世界大戦後に州ないし占領地域で制定された行政裁判

法令を、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものに分けて概観した上で、それぞれの背景を探った。それでは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をすることに対して、当時の学説や裁判例はどのように考えていたのだろうか。

この問題に関しては、まず、アメリカ占領地域行政裁判法などが抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたことについて、Ⅱ３（１）(c) で述べたこと以外の点で両者の違いを指摘する見解から見ておこう。例えば、アメリカ占領地域行政裁判法の注釈書の１つは、当事者訴訟は行政行為を直接の訴訟の対象とせず、「始審的な行政裁判」であるとしていた。[71] そこでは、抗告訴訟は行政行為を直接の訴訟の対象とするものであり、「覆審的な行政裁判」であることとの対比がされているのだろう。また、抗告訴訟では権力的な行為が訴訟の対象になるので、行政庁の裁量の問題が関係するが、当事者訴訟では二人の権利主体が対等な立場で対峙するので、裁量の問題は関係しないという理解を示す見解もあった。[72]

（２）イギリス軍政府命令165号等の解釈における区別の援用

(a) しかし、より目を引くのは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていないイギリス軍政府命令165号などについて、両者の区別を持ち出して解釈を行う見解が存在したことである。具体的にはまず、Ⅱ２（１）・（２）で見たイギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項の「その他公法上の訴訟」を、アメリカ占領地域行政裁判法22条１項・85条１項と同じように、対等の権利主体間の訴訟と捉える解釈が見られたのである。

例えば、ベルリン上級行政裁判所1952年６月25日判決は、行政裁判所による酒類販売免許の取消命令を求めて警察署長が訴訟を提起した事例に関し、当該訴訟はかつてと異なり[73]もはや行政裁判所の管轄ではないと判断したものである。ベルリン上級行政裁判所は、そのように判断した理由の中で次のように述べていた。

「イギリス軍政府命令165号22条は―西ベルリン行政裁判法19条と同じく―行政裁判所に、行政行為の取消し及びその他公法上の訴訟に関する裁判を割り当

てている。イギリス占領地域の軍政府命令141号との関連からすると、アメリカ占領地域行政裁判法で明確に示されているように、後者のその他公法上の訴訟は支配従属関係における訴訟でなく、対等の権利主体間の訴訟と解されるべきであると認められる。[74]」

引用文中にあるイギリス占領地域の軍政府命令141号[75]（以下ではイギリス軍政府命令141号という）とは、イギリス占領地域において行政裁判に関する法令案の作成作業を担った委員会（Ⅱ２（１）を参照）とイギリス軍政府の間で、審級のあり方をめぐって意見が対立した結果、法令の制定が遅れることになったので、最終的にイギリス軍政府命令165号が制定されるまでの間、暫定的に1948年４月に制定されたものである。[76]ベルリン上級行政裁判所は、「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟と解した理由を、「イギリス占領地域の軍政府命令141号との関連」ということに求めているようである。もっとも、その趣旨に関してベルリン上級行政裁判所が述べていたことは、イギリス軍政府命令141号の前文は自治団体とその監督庁の間の争いについても、行政庁の行政行為の取消しと同じように行政裁判所の活動を保障することが必要である旨を強調していたということだけであり、[77]「イギリス占領地域の軍政府命令141号との関連」が意味するところは明らかでない。

（b）それに対して、学説を見ると、行政裁判法令を必要のないところでも別個に解釈することにより、法の分裂をさらに広げるべきではないとの理由から、イギリス軍政府命令165号22条１項の「その他公法上の訴訟」は当事者の対等関係を要求するものであると解する見解があった。[78]この見解は、アメリカ占領地域行政裁判法とイギリス軍政府命令165号の差異はできる限り縮減するのが望ましいとの見地から、抗告訴訟と当事者訴訟の区別の有無については、両者の区別を認める方向でその差異をなくそうとしたものといえる。[79]

（c）さらに、1949年５月に制定されたドイツ連邦共和国基本法（以下では基本法という）は、19条４項１文で「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。」と定めたが、同文による出訴の途の保障は抗告訴訟にのみ及び、当事者訴訟には及ばないとする見解が存在した。[80]この見解については、基本法19条４項１文よりもアメリカ占領地域行政裁判法

22条１項などの方が広範に行政裁判所への出訴を認めていることになり、基本法19条４項１文の保障範囲が限定的に捉えられているという問題があるだろう。しかしいずれにせよ、この見解は、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を前提として、両者の区別を基本法19条４項１文の解釈に持ち込んだものであると理解することができる。

（３）理論上の分類としての抗告訴訟と当事者訴訟

（a）さらに、アメリカ占領地域行政裁判法を参考にしながらも、イギリス軍政府命令165号などの解釈に抗告訴訟と当事者訴訟の区別を持ち込むだけでなく、行政訴訟に関する理論上の分類として抗告訴訟と当事者訴訟を挙げる見解もあった。メンガーの見解がそれである。[81]

すなわち、メンガーは行政活動を権力的〔hoheitlich〕なものと単純官憲的〔schlicht obrigkeitlich〕なものに区分し、単純官憲的な行政活動は当事者訴訟の対象であるとした。[82]他方で、権力的な行政活動については、それをさらに抽象的な規律と具体的な規律（つまり行政行為）に区分し、抽象的な規律は規範統制手続の対象であるのに対して、[83]行政行為は抗告訴訟の対象であるとした上で、[84]抗告訴訟は覆審的訴訟の性格を有すると捉えた。[85]特に、メンガーは、オットー・マイヤーが行政行為と行政裁判の判決を民事訴訟の第一審判決と第二審判決に対応するものと考えていたこと（Ⅱ３（１）（b）を参照）について、そうしたオットー・マイヤーの説明にはなお一定の正当性があると評価していた。[86]そして、メンガーは、抗告訴訟の中に取消訴訟と義務付け訴訟を位置付けた。[87]義務付け訴訟も、消極的とはいえ行政庁の「先行決定〔Vorentscheidung〕」を前提とするので、抗告訴訟に含まれると説いたのである。[88]それに対して、当事者訴訟は始審的訴訟の性格を有するとした。[89]

（b）メンガーによれば、抗告訴訟と当事者訴訟の違いは、その対象のほか覆審的訴訟か始審的訴訟かという点にもあることになる。他方で、メンガーは、上訴類似性に関するオットー・マイヤーの説明には一定の正当性があるとは述べていたものの、オットー・マイヤーと違って、そのことから行政庁や国家は抗告訴訟の当事者にならないとはしていなかった。むしろ、アメリカ占領地域

行政裁判法52条によると、抗告訴訟における原告と相手方は、当事者訴訟の場合のように原告と被告でなく、「抗告訴訟の原告」と「抗告訴訟の相手方」と呼ばれていたが（Ⅱ３（１）(c）を参照)、そのことについてメンガーは、「『この婉曲的な名称』の背後には原告と被告が隠れている」と述べており[(90)]、当事者の点では抗告訴訟と当事者訴訟の間で違いを見出していなかったといえる[(91)]。メンガーの見解は、（１）で挙げた見解を、アメリカ占領地域行政裁判法から離れて理論的に展開したものとして位置付けることもできるだろう。しかし、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を、Ⅱ３（１）(b）で述べた理由では行わなくなっていたと考えられる[(92)]。

(c）なお、メンガーのように、抗告訴訟を覆審的訴訟の性格を有するものと捉えた場合、行政行為の差止訴訟は、それが許されるとしても[(93)]抗告訴訟の範疇には入らないと考えられる。実際、行政行為を対象とする点で、差止訴訟は取消訴訟や義務付け訴訟と同質のものであるという見解[(94)]に対して、メンガー以外の論者による指摘ではあるが、差止訴訟を抗告訴訟に含めた場合、抗告訴訟の中に始審的訴訟と覆審的訴訟が混在することになるといわれていたところである[(95)]。

２　抗告訴訟と当事者訴訟の区別への懐疑

（１）イギリス軍政府命令165号等の解釈における区別の援用の否定

(a）１で取り上げた学説や裁判例は、抗告訴訟や当事者訴訟に関する従来の理解からの変化が見られた見解もあったものの、いずれもアメリカ占領地域行政裁判法などが両者の区別を行っていることを前提に議論を展開したり、あるいはそれらの法令以外の場面でも両者の区別を持ち出したりするものであった。しかし、そうした学説や裁判例が支配的なものであるとはいえなかった。

まず、１（２）(a)・(b）において、イギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項の「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟と解した見解を紹介したが、「その他公法上の訴訟」をそのように限定的に捉えない立場が見られた。例えば、ミュンスター上級行政裁判所1953年11月24日判決は、建築線計画への不服申立てに対する決定が争われた事例におい

て、イギリス軍政府命令165号22条１項が行政行為の取消しと「その他公法上の訴訟」を対置していることからすると、「その他公法上の訴訟」とは、憲法訴訟や他の裁判所に割り当てられた事件を除けば、行政行為の取消しを求める訴訟以外のすべての公法上の訴訟を指すものと解すべきであるとしていた。そして、「その他公法上の訴訟」は、義務付け訴訟、公法上の法律関係の存否又は内容に関する確認訴訟、及び公法上の給付訴訟などを含むのであって、アメリカ占領地域行政裁判法の場合のように当事者訴訟に限られないということも判示していた。[96]

さらに、そのような立場は連邦行政裁判所でも採用されるに至った。連邦行政裁判所1954年５月25日判決は、行政裁判所による酒類販売免許の取消命令を求めて警察署長が訴訟を提起した事例に関し、１（２）(a) で挙げたベルリン上級行政裁判所1952年６月25日判決と違って、当該訴訟は行政裁判所の管轄に属すると判断したものである。連邦行政裁判所は、そのように判断する際に以下のように述べたのである。

「〔西ベルリン行政裁判法19条１項の『その他公法上の訴訟』の〕概念は―アメリカ占領地域行政裁判法22条１項で明確に定められた規定と異なり―根拠なく当事者訴訟に限定されてはならない。アメリカ占領地域行政裁判法は西ベルリン行政裁判法よりも数年早く発布されたので、西ベルリン行政裁判法の立法者がそうした限定を意図していたならば、その旨が明確に示されたはずである。[97]」

また、連邦行政裁判所の同日の別の判決も、行政裁判所による金属くずの取引業の停止命令を求めて、ある市が訴訟を提起した事例につき、当該訴訟に関する行政裁判所の管轄を認めたものである。連邦行政裁判所はその理由の中でも、「先に発布されたアメリカ占領地域行政裁判法22条１項で明確に定められたごとく、『その他公法上の訴訟』を当事者訴訟に法律上限定するということを、イギリス軍政府命令165号はその22条１項で受け継がなかった。……権利保護を拡張するという基本的な企図に反するので、イギリス軍政府命令165号はそうした限定を行おうとしなかったのである」と判示していた。[98]

(b) 学説に目を移しても、イギリス占領地域軍政府命令165号の注釈書の１

つは、その22条１項の「その他公法上の訴訟」としては、当事者訴訟のほか、義務付け訴訟や確認訴訟なども考えられると解していた。[99] また、イギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項の「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟と解した場合、対等関係における行政活動ではないが行政行為に当たらないものについて、訴訟の可能性がなくなってしまうことを指摘する論者もあった。[100] その指摘においては、イギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項が憲法訴訟を除くすべての公法上の訴訟について、行政裁判所への出訴を認めたこと（Ⅱ２（３）を参照）に反するという考えもあったのだろう。「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟と解してしまうと、イギリス軍政府命令165号24条１項・75条３項や西ベルリン行政裁判法21条１項が義務付け訴訟を明示していたにもかかわらず、それをイギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項の中に位置付けることができなくなってしまうという問題もあったと思われる。

（c）また、１（２）（c）では、基本法19条４項１文による出訴の途の保障は抗告訴訟にのみ及ぶとする見解を挙げたが、それに対しても、同文は行政行為に止まらず、執行権のあらゆる措置を裁判の対象にするものと解する見解や、当事者訴訟に限られないイギリス軍政府命令165号22条１項の「その他公法上の訴訟」にも、基本法19条４項１文による保障は及ぶと解する見解が見られた。[101] それらの見解においては、基本法19条４項１文を解釈するに当たり、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は持ち込まれていない。１（２）（c）で挙げた見解によると、アメリカ占領地域行政裁判法22条１項などの「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」であれ、イギリス軍政府命令165号22条１項などの「その他公法上の訴訟」のうち義務付け訴訟を除いたものであれ、それらはいわば立法政策によって行政裁判所の管轄を認められたものであり、基本法上の基礎付けを持たないということになりかねないだろう。

（２）アメリカ占領地域行政裁判法等における区別への懐疑

（a）以上（１）で見てきた見解は、抗告訴訟と当事者訴訟の概念を用いていない法令の解釈に、それらの概念を持ち込むことを否定するものであったとい

える。しかし、より一層注目されるのは、アメリカ占領地域行政裁判法などが抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていることに対しても、問題を指摘したり疑問を投げかけたりする見解が見られるようになっていたことである。そうした見解には様々な趣旨のものがあり、まず挙げられるのは、ある事件が抗告訴訟と当事者訴訟のいずれに当たるかについて、判別困難な場合があるとの指摘である。

例えば、バッホフは、抗告訴訟の対象である拘束的な決定とそうでないものの区別が難しい場合がしばしばあり、それゆえ抗告訴訟と当事者訴訟の区別をすることの合目的性に対しては、疑問があるかもしれないと述べていた。[102] 抗告訴訟と当事者訴訟の区分が実際上困難であるという問題は、他の論者によってもいわれていた。[103]

（b）もっとも、そのような問題に関しては、原告が訴訟類型の選択を誤った場合には、訴えの変更などの方法により対処できると考えることもできるだろう。だが、抗告訴訟と当事者訴訟が区別されていることに対しては、それにより、両者のいずれによってもカバーできない公法上の訴訟が生ずるということも指摘されていた。この点は、イギリス軍政府命令165号22条１項や西ベルリン行政裁判法19条１項の「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟と捉える解釈に対する批判の中でも示唆されていたところであり（（１）（b）を参照）、抗告訴訟と当事者訴訟の概念を「継ぎ目なく並んでいない部分領域それぞれのいいかえ」と形容する論者もあった。[104] 抗告訴訟を行政行為を対象とする訴訟、当事者訴訟を対等の権利主体間の訴訟というように、それぞれの範疇を異なる観点に基づく積極的なメルクマールによって画した場合、いずれにも当たらない公法上の訴訟が存在しうるというわけである。[105]

上記の指摘は、アメリカ占領地域行政裁判法などは、他の裁判所の管轄とされていない限り、すべての公法上の訴訟を行政裁判所の管轄にしたという理解（Ⅱ１（３）を参照）を前提にしたものだろう。[106] ただ、そのような指摘に対しては、抗告訴訟や当事者訴訟の範疇について解釈上修正を施すという可能性が考えられる。実際、1960年の VwGO 制定後になされた指摘ではあるが、アメリカ占領地域行政裁判法の下では、公法上の訴訟のうち一定の領域のものに関

しては、同法における行政行為の概念の拡張などを行わなければ、行政裁判所への出訴を認めることができなかった旨がいわれた。[107] そこでは、アメリカ占領地域行政裁判法上の行政行為の概念には、講学上の行政行為に加えて、それ以外の権力的活動も含まれるとする解釈が念頭に置かれていたように思われる。その一方で、バッホフは次のように述べていた。

「アメリカ占領地域行政裁判法もその22条１項が示すように、（憲法訴訟と他の裁判所に割り当てられた訴訟を除いて）あらゆる公法上の訴訟を行政裁判所による概括主義の下に置こうとした。『当事者訴訟』というかっこ書の追加は、限定を表すことを意図したものではなく、『その他』すべての、すなわち抗告事件に属さないあらゆる訴訟に対して名称を与えようとしたものに過ぎない。[108]」

つまり、バッホフは、アメリカ占領地域行政裁判法22条１項の概括主義の定めを、憲法訴訟と他の裁判所の管轄とされた訴訟を除いて、すべての公法上の訴訟を行政裁判所の管轄にするものと解した上で、それに適合するように、同項の「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」を抗告訴訟以外の訴訟と解したのである。[109] また、アメリカ占領地域行政裁判法22条１項の「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」には、抗告訴訟の対象とならない支配従属関係に関する訴訟も含まれるとする見解も見られた。[110]

（c）このように、（a）や（b）で述べた問題に関しては、アメリカ占領地域行政裁判法などの解釈や運用によって対応することができなかったわけではない。しかし、アメリカ占領地域行政裁判法などが抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたことに対しては、いわば立法論の見地から、両者の区別を不要とする見解も主張されるようになっていた。そうした見解が主張された理由としては、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行わなかったイギリス軍政府命令165号などの存在や、[111]（a）や（b）で述べた問題の存在もあったと思われる。[112] だが、他にも、抗告訴訟の形態がかつてのものから変化したことも背景にあったと考えられる。

すなわち、Ⅱ３（１）（b）・（c）において、抗告訴訟に関しては、かつては原告のみが当事者とされていたが、アメリカ占領地域行政裁判法では、当事者訴訟の場合のように原告と被告でなく、「抗告訴訟の原告」と「抗告訴訟の相

手方」という名称が用いられたものの、当事者訴訟の場合と同じく両者が相対する形態が採られるようになり、また、両者は同様の権利義務を有するとした規定も設けられたことを紹介した。この変化を受けて、１（３）（b）で述べた通り、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を維持したメンガーらも、当事者の点では両者の間に違いを見出していなかった。しかし、学説の中ではさらに進んで、抗告訴訟も人為的に当事者訴訟とされており、両者の間に本質的な相違はないと説く見解[113]や、新たに行政裁判法令を制定する際には、抗告訴訟と当事者訴訟を区別する規定を放棄することが望まれると述べる見解[114]も現れた[115]。そして、ベッターマンに至っては、次のような見解を示していたのである。

「主たる手続関係者が当事者の地位を有し、訴訟が提起され、対審的な手続が行われているように、『抗告事件』も『当事者訴訟』である。アメリカ占領地域行政裁判法においてなお行われている『抗告事件』と『当事者訴訟』の区別が誤りで時代遅れであることは、一般的にも認められている[116]」。

上記のベッターマンらの見解は、同じく抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたラインラント＝プファルツ行政裁判法にも当てはまると考えられる。むしろ、注（45）で見たように、ラインラント＝プファルツ行政裁判法では抗告訴訟の相手方となる行政庁も「被告」と呼ばれていたことからすると、抗告訴訟と当事者訴訟の相違はアメリカ占領地域行政裁判法の場合以上に認められないことになるだろう[117][118]。

Ⅳ　おわりに

本稿においては、第２次世界大戦後のドイツで州ないし占領地域ごとに制定された行政裁判法令のうち、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていたものとそうでないものをめぐって、どのような議論があったのかという問題を取り上げた。本稿を通じて特に明らかになったのは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論が、当事者の点に関する抗告訴訟の形態の変化とも密接に関連していたということである。すなわち、抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったイギリス軍政府命令165号などだけでなく、両者の区別を行っていたア

メリカ占領地域行政裁判法などにおいても、かつてのヴュルテンベルクなどの行政裁判制度の場合と異なり、抗告訴訟と当事者訴訟の双方で二人の当事者が相対する形態が採られるようになった。そうした変化が、抗告訴訟と当事者訴訟の区別をめぐる議論に影響を及ぼしていたのである。

本稿で見てきた議論の中でも、とりわけ立法論の見地から抗告訴訟と当事者訴訟の区別は不要であると主張した見解は、両者の区別を破棄した VwGO にもつながったではないかと考えられる。そうすると、次に問題になってくるのは、VwGO の立案過程はいかなるものであったのかということである。しかし、Ｉでも述べた通り、この問題の分析は別稿に譲ることにして、本稿はひとまず閉じることにしたい。

（１） 拙稿「抗告訴訟と当事者訴訟の意義の変遷と今後の展望（上）」法律時報95巻９号（2023年）109頁。

（２） 南博方「西独の行政裁判の改革」同『行政訴訟の制度と理論』（有斐閣、1968年）205頁（初出1961年）、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ（上）」ジュリスト1238号（2003年）90頁。

（３） 第２次世界大戦後の行政裁判法令の制定状況については、拙稿「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（４）」阪大法学68巻３号（2018年）558頁以下を参照。

（４） ただし、ソ連占領地域ないし旧東ドイツで制定された行政裁判法令は除く。

（５） 以下では、アメリカ占領地域の州で制定された「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。

（６） 以下で引用するのはバイエルンの「行政裁判権に関する法律」（Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1946, S. 281 ff.）であるが、アメリカ占領地域の他の州における「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。

（７） ただし、当事者訴訟はまれにしか提起されないといわれていた。Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ 1948, 470 [470]. Jakob Kratzer, Zur Geschichte des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, BayVBl. 1959, 298 [300] は、1956年１月１日時点でミュンヘン高等行政裁判所に係属していた2720件の未決事件のうち、2660件が抗告訴訟、39件が当事者訴訟、21件がアメリカ占領地域行政裁判法25条所定の規範統制手続であったことを紹介している。

（８） なお、アメリカ占領地域にあったヴュルテンベルク＝バーデンは、1952年４月に、フランス占領地域にあったバーデン及びヴュルテンベルク＝ホーエンツォレルンと合併して、現在のバーデン＝ヴュルテンベルク州になった。その結果、かつての州の間で異なっていた行政裁判制度の統一が求められるようになり、1958年５月に「行政裁判権に関する法律」（Gesetzblatt für Baden-Württemberg 1958, S. 131 ff.）が制定された。もっとも、その法律はアメリカ占領地域行政裁判法に一定の改正を施す形で制定されており、本稿のテーマに関連する規定はアメリカ占領地域行政裁判法とほぼ同じものであった。

（９） Gesetz- und Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz Teil 1 1950, S. 103 ff.

（10） 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]; Matthias Niedobitek, §23 Die Neugründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Westdeutschland ab 1945, in: Karl-Peter Sommermann/Bert Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa Band 1 (2019), S. 915 [953].

（11） ただし、注(44)で見るように、アメリカ占領地域行政裁判法は抗告訴訟の相手方を国その他団体としていたのに対して、注(45)で述べる通り、ラインラント＝プファルツ行政裁判法は抗告訴訟の相手方を行政庁としており、その点などはイギリス軍政府命令165号に倣ったことを窺わせる（３（２）(a) を参照)。抗告訴訟の相手方が行政庁とされていた点は、この後（b）で紹介するザールラント行政裁判法においても同様であった（注(45)を参照)。

（12） ちなみに、Egon Schunck/Hans De Clerck, Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz (1952), S. 73は、実際のところ当事者訴訟の数は少ないことを指摘していた。

（13） Amtsblatt des Saarlandes 1951, S. 1075 ff.

（14） Hans Oehlenschläger, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Saarland, DöV 1957, 129 [130]. ただし、注(11)を参照。

（15） Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, 269 [271]; Otto Bachof, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950, 161 [165].

（16） Paulus van Husen, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen mit Kommentar (1947), S. 32; Schunck/De Clerck (Anm. 12), S. 62. 抗告訴訟に関してのみ概括主義に触れるものとして、Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen,

Hessen und Württemberg-Baden, 2. Aufl. (1954), S. 66; Oehlenschläger (Anm. 14), S. 131. Vgl. auch Franz W. Jerusalem, Grundriß des Verwaltungsrechts (1947), S. 100. 高木光「メンガー＝雄川理論の意義」同『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）153頁（初出1990年）も参照。

（17） Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band 1, 4. Aufl. (1954), S. 435; Hans Klinger, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl. (1954), S. 5 f.

（18） Verordnungsblatt für die Britische Zone 1948, S. 263 ff. なお、アメリカ占領地域行政裁判法の場合と異なり（1（1）を参照）、イギリス軍政府命令165号は各州の法律として制定されたものでなく、その適用範囲はイギリス占領地域全体であった。

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

（20） なお、現行の VwGO の制定作業は、州ないし占領地域で異なる行政裁判法令の統一と連邦行政裁判所の設立を目的として、1949年の秋頃から開始されていたが、各州の抵抗もあり（vgl. Martin Pagenkopf, 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland (2014), S. 121）、その作業は難航していた。そこで、まずは連邦行政裁判所の設立とその組織・手続等に対象を絞って法律を定める方針が採られ、1952年 9 月に連邦行政裁判所法（Bundesgesetzblatt Teil Ⅰ 1952, S. 625 ff.）が制定された。連邦行政裁判所法は、1（2）（a）で見たラインラント＝プファルツ行政裁判法に依拠したものといわれており（BT-Drs. 1/1844, S. 24; Carl Hermann Ule, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (1952), S. 3）、ラインラント＝プファルツ行政裁判法15条 2 項と同様の規定が連邦行政裁判所法15条 3 項にも置かれていた。しかし、ラインラント＝プファルツ行政裁判法15条 1 項に相当する規定は連邦行政裁判所法には存在せず、それゆえ抗告訴訟と当事者訴訟の区別も示されていなかった。その原因は、連邦行政裁判所が主に州の行政裁判所の上告審とされていたことにあるだろう（連邦行政裁判所法10条を参照）。

（21） Jellinek (Anm. 7), S. 471; Theodor van de Sandt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (1949), S. 46; Otto v. Werder/Walter Labs/Peter Paul Ortmann, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (1949), S. 51; Klinger (Anm. 17), S. 111. ただし、Bruno Lehmann, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DV 1948, 133 [134] は、いかなる行政行為も行政裁判所で争うことができるという意味で概括主義を捉えていた。

（22） van Husen (Anm. 16), S. 44.

（23） Martin Montag, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden und Württemberg von 1945 und 1960 (2001), S. 128 Fn. 91.

(24)　(b) さらには（２）(b) で述べることについては、別の機会により詳しく考察を加えるつもりであるが、さしあたり、拙稿「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（１）」阪大法学66巻２号（2016年）351頁以下も参照。

(25)　なお、Jellinek (Anm. 15), S. 270は、ハイデルベルク草案を作成したハイデルベルク委員会（１（１）を参照）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回顧していた。人見剛『近代法治国家の行政法学―ヴァルター・イェリネック行政法学の研究―』（成文堂、1993年）302頁、306頁も参照。

(26)　Regierungsblatt für das Königreich Württemberg vom Jahr 1876, S. 485 ff.

(27)　Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen vom Jahre 1900, S. 486 ff.

(28)　ヴュルテンベルク行政裁判法とザクセン行政裁判法はいずれも、抗告訴訟については概括主義を定めていたのに対して（ヴュルテンベルク行政裁判法13条、ザクセン行政裁判法73条）、当事者訴訟については列挙主義を採っていた（ヴュルテンベルク行政裁判法10条・11条、ザクセン行政裁判法21条）。例えば、窮民救助の費用負担をめぐる争いや水利権の帰属をめぐる争いについては、いずれの法律も当事者訴訟を認めていた。それらの他に当事者訴訟を提起できるものとして、ヴュルテンベルク行政裁判法は公民権に関する争いなどを、ザクセン行政裁判法は官吏の俸給に関する争いなどを、それぞれ挙げていた。

(29)　Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern 1878, S. 369 ff.

(30)　Otto von Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege (1880), S. 278, 713; Karl Freiherr von Stengel, Verwaltungsstreitverfahren, in: ders. (Hrsg.), Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts Band 2 (1890), S. 786 [794]. Vgl. auch Anton Dyroff, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz (1917), S. 265. バイエルン行政裁判法８条の定める管轄事項が当事者訴訟に、同法10条の定める管轄事項が抗告訴訟に、それぞれ相当すると考えられていた。バイエルン行政裁判法ではいずれの場合も列挙主義が採られており、前者については公民権に関する争いや水利権をめぐる争いなどが、後者については営業税の支払いを義務付ける処分に対する争いや家庭内での礼拝を制限する処分に対する争いなどが、それぞれ挙げられていた。

(31)　Gerhard Anschütz, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Josef Brix u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften Band 4 (1924), S. 326 [333 f.]. 特に、ヴュルテンベルクについて、C. Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 (1877), S. 184; Wilhelm Bazille, Das Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Württemberg (1908), S. 249. ザクセンについて、Otto Mayer, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen (1909), S. 269 f., 275; Karl

Apelt, Das königlich sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, 2. Aufl. (1911), S. 19. バイエルンについて、Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht Band 2, 1. Aufl. (1885), S. 481 f.; Reger/Anton Dyroff, Handausgabe des Bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes (1908), S. 401.

(32) なお、本文で述べたことは、日本でもつとに紹介されていた。美濃部達吉「獨逸ノ行政裁判制度（承前）」国家学会雑誌22巻12号（1908年）1502頁以下は、Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler u. a., Systematische Rechtswissenschaft (1906), S. 336 ff. に主に依拠して（美濃部・前掲1504頁を参照）、当事者訴訟では公共団体又は個人が原告と被告となり、当事者として相対するが、抗告訴訟では処分を行った行政庁は当事者として訴訟に参加することはなく、もっぱら裁判所に行政上の利益の保護を委ねているといったことを述べていた。また、織田萬『行政法講義』（有斐閣、1910年）282頁は、当事者訴訟は「当事者双方ノ申立ヲ聞テ裁判シ」、抗告訴訟は「唯不服者ノ申立ヲ聞テ裁判スルモノトス」と紹介していた。

(33) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1931), S. 315.

(34) Wilhelm Kreis, Gesetz vom 8. August 1878, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen betreffend (1879), S. 121; Sarwey (Anm. 30), S. 88 f. Vgl. auch Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, VerwArch 2 (1894), S. 74 [112 f.]; Apelt (Anm. 31), S. 41 f.

(35) Sarwey (Anm. 30), S. 115 f. Vgl. auch Zorn (Anm. 34), S. 106, 109; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Band 1, 3. Aufl. (1924), S. 108 f., 150.

(36) Otto Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21 (1907), S. 1 [40 Fn. 56].

(37) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Band 1, 1. Aufl. (1895), S. 180.

(38) 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962年）146頁注（７）は、オットー・マイヤーの見解について、「行政庁及び国家の当事者能力の否定という命題は、行政の Justizförmigkeit における行政と司法の等価値性にその基盤をもっているとみるべきであろう」と説明していた。ただし、オットー・マイヤーの見解に対しては、注(59)も参照。

(39) Eyermann/Fröhler (Anm. 16), S. 265.

(40) Forsthoff (Anm. 17), S. 445.

(41) Christian-Friedrich Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (1954), S. 144 Fn. 3. Vgl. auch Jürgen Gliss, Die Entwicklung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit bis zur Bundesverwaltungsgerichtsordnung - unter

besonderer Berücksichtigung der Grundpositionen von Bähr und Gneist (1962), S. 41. 須貝脩一「西獨逸行政裁判制度の発展」法学論叢59巻４号（1954年）40頁以下も参照。ただし、Ⅲ１（３）（b）で見る通り、メンガー自身の見解は本文で述べた説明とは異なる。

(42)　その他、アメリカ占領地域行政裁判法51条は、日本の執行停止の制度に対応する延期効〔aufschiebende Wirkung〕の制度を定めていた。Bachof, Anmerkung zu VGH Stuttgart, Beschl. v. 31. 3. 1949, NJW 1949, 838 [839] は、同条の規定は従来の行政裁判法令の規定を継受したものであり、従来の行政裁判法令においては、行政庁は真正な当事者の地位にあるものとされず、民事訴訟の仮処分に関する規定を適用することに対しても疑念があるものと解されていた旨を指摘していた。

(43)　Eyermann/Fröhler (Anm. 16), S. 186 f.

(44)　さらに、注(70)も参照。なお、アメリカ占領地域行政裁判法46条１項は抗告訴訟の相手方を国その他団体としていた。それに関して、R. Naumann, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit. In welcher Weise empfiehlt es sich, die Gesetzgebung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu vereinheitlichen?, Verhandlungen des 38. DJT (1951), D18 [D29 f.] は、法律関係の主体は国その他団体であるから、アメリカ占領地域行政裁判法の規定は正当であると述べていた。Vgl. auch Ernst Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag (1950), S. 21 [38].

(45)　この他、ラインラント＝プファルツ行政裁判法42条は、抗告訴訟の相手方を行政行為を発した行政庁としていたが、Bert Schaffarzik, §22 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ihrem Weg von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit, in: Karl-Peter Sommermann/ders. (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa Band 1 (2019), S. 873 [892] は、ラインラント＝プファルツ行政裁判法では抗告訴訟の相手方も「被告」と表現されていたと指摘している。彼がその一例として挙げる同法54条は、「行政裁判所は、検証をすること、証人及び鑑定人に宣誓をさせた上で又は宣誓をさせることなく尋問をすること、被告とされた〔beklagte〕行政庁に代理人の派遣を求めること、並びに文書を提出させることができる。」という規定であった。

　また、ザールラント行政裁判法においても、行政庁に当事者能力を認めた同法36条ｃ号の規定から抗告訴訟の相手方は行政庁とされていた（vgl. Arnulf Martin Baring, Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß, VerwArch 50 (1959), S. 105 [140]）。しかし、抗告訴訟の相手方については、原告らも含めて手続関係者〔Beteiligte〕と総称されるのみであり、被告の名称は用いられていなかった。

(46) Menger (Anm. 41), S. 146; Hans O. Freitag, Behörden als Zurechnungssubjekt relativer Rechtsbeziehungen kraft normativer Anordnung - Zur Bestimmung der Passivlegitimation durch Prozeßrechtsvorschriften, VerwArch 67 (1976), S. 26 [41]; Reinhard Klenke, Behörden als Beklagte - Vom Sinn der Regelung gemäß §78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, NWVBl. 2004, 85 [85]. Vgl. auch van de Sandt (Anm. 21), S. 112. ただし、注(47)も参照。

(47) なお、Lehmann (Anm. 21), S. 136は、ゲマインデの行政庁が行政行為を発した場合、それが州の委任事務とゲマインデ自身の事務のいずれに当たるのかを原告が判断することはしばしば困難を伴うので、イギリス軍政府命令165号は行政行為に関する訴訟の被告を行政庁にしたと説いていた。Schunck/De Clerck (Anm. 12), S. 137も、ラインラント＝プファルツ行政裁判法が抗告訴訟の被告を行政庁としたこと（注(45)を参照）について同様の説明を行っていた。アメリカ占領地域行政裁判法のように国その他団体を被告にすると、州の委任事務では州が被告になるのに対して、ゲマインデ自身の事務ではゲマインデが被告になるというのだろう。これらの説明は、2004年改正前の日本の行政事件訴訟法が抗告訴訟の被告を行政庁とした１つの理由として、機関委任事務が存在するために事務の帰属主体を容易に見分けられない点が挙げられていたこと（杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』〔法曹会、1963年〕45頁を参照）を想起させる。

(48) その他、小林博志「ヴァイマール以後の行政訴訟の被告と行政庁の当事者能力について」同『行政組織と行政訴訟』（成文堂、2000年）257頁以下（初出1987年）は、イギリス軍政府命令165号が権利能力を有しない行政庁に当事者能力を認めたことを理論的にどのように説明するのかという点に関して、当時の学説の紹介・検討を行っている。

(49) Gesetzsammlung für die Königlich Preußischen Staaten 1872, S. 661 ff.

(50) Gesetzsammlung für die Königlich Preußischen Staaten 1883, S. 195 ff.

(51) Gesetzsammlung für die Königlich Preußischen Staaten 1883, S. 237 ff.

(52) Z. B. OVG Preußen, Urt. v. 8. 11. 1876, PrOVGE 1, 375 [378]; OVG Preußen, Urt. v. 5. 5. 1877, PrOVGE 2, 399 [404]; OVG Preußen, Plenarentscheidung v. 15. 1. 1879, PrOVGE 5, 441 [447]; Stengel (Anm. 30), S. 787; Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze, VerwArch 12 (1904), S. 112 [133 ff.]; Fritz Kunze, Das Verwaltungsstreitverfahren (1908), S. 43; Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege Band 2 (1921), S. 574; Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5/6. Aufl. (1927), S. 375 f. プロイセンの行政裁判制度における、行政庁の処分に対する訴訟の被告の問題については、小林博志「プロイセン

における行政訴訟の被告と『行政庁』概念」同『行政組織と行政訴訟』（成文堂、2000年）167頁以下（初出1983～1986年）が、それをめぐるプロイセン上級行政裁判所の判例及び学説を紹介・検討している。

(53)　なお、本文で述べたことも、美濃部・前掲注(32)1502頁において紹介されていた。そこでは、プロイセンの行政裁判制度の場合、行政庁の処分を争う訴訟においても、ヴュルテンベルクなどでの当事者訴訟と同じように、原告と被告が当事者として相対する「原被訴訟」の形態が採られている旨が述べられていた。

(54)　Schultzenstein (Anm. 52), S. 165 f.; Friedrichs (Anm. 52), S. 574 Fn. 3.

(55)　Schoen, Der vorläufige Entwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, DJZ 1921, 789 [792]; Richard Thoma, Die Gestaltung des Reichsverwaltungsgerichts, ZöR 5 (1926), S. 27 [32]. Vgl. auch Johannes Popitz, Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren (1907), S. 26.

(56)　Vgl. Jellinek (Anm. 33), S. 307.

(57)　Heinrich Gulden, Das künftige Reichsverwaltungsgericht (1928), S. 55.

(58)　Schultzenstein (Anm. 52), S. 136; Drews, Vom Ausbau der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 78 (1924), S. 586 [590]; Reden bei der Gedenkfeier anläßlich des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts am 20. November 1925 (1925), S. 4.

(59)　その他、（１）（b）では、オットー・マイヤーが、国家は一体として何が法であるかを確定する者であるから、行政庁や国家は抗告訴訟の当事者にならないと説いていたことを紹介した。だが、それに対しては、Popitz (Anm. 55), S. 25が、行政の役割を担う国家と裁判の役割を担う国家は区別されるべきであり、そのように区別をする場合、行政庁や国家に対しても、判決によって何が法であるかが宣告されることになると述べていた。

(60)　Karl Freiherr von Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen (1894), S. 211. Vgl. auch Otto Plessing, Die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder aus Anlaß der Errichtung eines Reichsverwaltungsgerichtes, ZöR 6 (1927), S. 1 [37 f.]. もっとも、Sarwey (Anm. 30), S. 119 Fn. 1は逆に、プロイセンの行政裁判制度において行政庁が当事者として扱われているのは、抗告訴訟と当事者訴訟の区別がないからであるとしていた。さらに、Gerhard Anschütz, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Josef Brix u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften Ergänzungsband H-Z (1927), S. 1366 [1371] は、プロイセンの行政裁判制度は抗告訴訟と当事者訴訟の区別を知らないとする根拠を、ヴュルテンベルクやザクセンの場合と異なり（注(28)を参照）、両者に相当する訴訟のいずれにおいても列挙主義が採られている点に求めていた。Vgl. auch Gerhard

Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler u. a., Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. (1913), S. 372 [400 f.].

(61) 参照、北住炯一『ドイツ連邦憲法体制の成立―連合国・基本法・連邦主義―』（成文堂、2023年）93頁。

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

(63) ハンブルク行政裁判法の制定までの経緯については、拙稿「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（３）」阪大法学67巻２号（2017年）234頁以下を参照。

(64) 「取消し」の原語は Anfechtung であるが、拙稿・前掲注(63)238頁ではそれを「抗告訴訟」と訳した。しかし、ハンブルク行政裁判法は抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったので、「抗告訴訟」の訳を「取消し」に訂正したい。

(65) ちなみに、ブレーメンの行政裁判制度は、1924年の「行政裁判権に関する法律」（Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1924, S. 23 ff. 以下ではブレーメン行政裁判法という）によって創設された（ブレーメン行政裁判法の制定までの経緯に関しては、拙稿・前掲注(63)235頁以下を参照）。ブレーメン行政裁判法も８条・49条でハンブルク行政裁判法９条・43条と同様の規定を置き、また抗告訴訟と当事者訴訟の区別をしていなかった。第２次世界大戦後、ブレーメンにおいてはアメリカ占領地域行政裁判法に先立って、1946年２月に「行政裁判権に関する法律」（Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen 1946, S. 17 ff.）が制定されたが、それは1924年のブレーメン行政裁判法に大幅に依拠したものであり（vgl. Joachim Peters, Geschichte, Entstehung und Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen (1981), S. 133）、1946年の「行政裁判権に関する法律」10条１項は1924年のブレーメン行政裁判法８条と同様の規定であった。van Husen (Anm. 16), S. 44は、1946年の「行政裁判権に関する法律」が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行っていなかったことを指摘していた。

(66) Vgl. auch Gustav Lammers, Grundriß des hamburgischen Verwaltungsrechts (1928), S. 79.

(67) Rat Seweloh, Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, AöR 29 (1912), S. 1 [1 ff.].

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

(69) Vgl. auch John Jacobsohn, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Hamburgischen Staate, HGZ Beiblatt 1922, 17 [17].

(70) その他、（１）（c）では、アメリカ占領地域行政裁判法は、かつてのヴュルテンベルクなどの行政裁判制度と違って、抗告訴訟の場合にも抗告訴訟の原告と相手方が相対する形態を採り、両者は同様の権利義務を持つと定めたことを紹介した。それらの点を導入するに当たっては、先に述べたプロイセンの行政裁判制度

に関する議論や経験、さらにはハンブルクやブレーメンの行政裁判制度も参照されたのかもしれない。ちなみに、Schaffarzik (Anm. 45), S. 911は、行政裁判制度の発展の原動力になったのは、私人と行政が同じレベルで相対するものとしていた北ドイツの行政裁判制度であった旨を指摘していた。

(71) Eyermann/Fröhler (Anm. 16), S. 76.

(72) Wilhelm Bauer, Wiederaufbau der Verwaltungsrechtspflege, SJZ 1946, 149 [151]. もちろん、その見解に対しては、対等関係でも裁量が問題になることはあるのではないかという疑問がある。

(73) かつては、飲食・旅館業法の中で、行政裁判所自体が行政訴訟手続により酒類販売の停止命令や免許の取消命令を下す制度が設けられていた。また、営業法も、各種営業の停止命令や許可の取消命令について同様の制度を定めていた。

(74) OVG Berlin, Urt. v. 25. 6. 1952, JR 1952, 369 [371]. Vgl. auch OVG Berlin, Urt. v. 16. 7. 1952, DöV 1953, 152 [152].

(75) Verordnungsblatt für die Britische Zone 1948, S. 111 ff.

(76) 拙稿・前掲注(３)560頁を参照。

(77) OVG Berlin, Urt. v. 25. 6. 1952, JR 1952, 369 [371].

(78) Felix Weyreuther, Die Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung (1953), S. 65 f.

(79) 他に、イギリス軍政府命令165号22条１項の「その他公法上の訴訟」を対等の権利主体間の訴訟ないし当事者訴訟と解した論者として、Friedrich Klein, Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1950, 200 [203]. ただし、本文で挙げた見解に対しては、注(110)も参照。

(80) Z. B. Ernst Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949, 479 [482]; Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), S. 67 [116 f.]; Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung (1951), S. 13 f.; Ernst Pabst, Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Bonner Grundgesetz für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, DöV 1951, 284 [287]; Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz (1953), S. 121. 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、1983年）63頁（初出1973年）も参照。その根拠としては、基本法19条４項１文が「公権力によって自己の権利を侵害」と定めていることが挙げられており、「公権力」を権力的活動の意味で捉えていたのではないかと思われる。Vgl.

auch Kurt Egon von Turegg, Gefährliche und gefährdete Generalklausel (1956), S. 66 ff.

(81) メンガーの見解の紹介として、高木・前掲注(16)153頁以下。メンガーにおいても、イギリス軍政府命令165号22条1項や西ベルリン行政裁判法19条1項の「その他公法上の訴訟」を当事者訴訟と解していると思われる箇所があった。Vgl. Menger (Anm. 41), S. 219, 220 Fn. 2.

(82) Menger (Anm. 41), S. 85. もっとも、そこでは単純官憲的な行政活動は、行政機関が「生存配慮」の任務を遂行するために行うものを指すとされていた。しかし、Christian-Friedrich Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DöV 1955, 587 [591] では、公法上の契約の締結など、行政行為の性質を持たない行政活動によって給付が行われる場合については、当事者訴訟が認められる旨が述べられており、単純官憲的な行政活動は非権力的な行政活動に相当するものであると考えられる。

(83) ただし、当時の行政裁判法令の中で規範統制手続を認めていたのは、アメリカ占領地域行政裁判法25条のみであった。

(84) Menger (Anm. 41), S. 85. もっとも、名あて人のない行政行為に関しては、抗告訴訟でなく当事者訴訟で争うものとされていた。Menger (Anm. 41), S. 221.

(85) Menger (Anm. 41), S. 218.

(86) Menger (Anm. 41), S. 134 f. さらに、メンガーは、取消訴訟で出訴期間の制限が設けられていることや延期効（つまり執行停止）が原則とされていることなどに、取消訴訟の上訴類似性が現れているとしていた。Menger (Anm. 41), S. 139 ff. その他、取消訴訟の訴訟物についても上訴類似性から一定の帰結を導いていたが、それに関しては、雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、1957年）63頁注（1）を参照。

(87) Menger (Anm. 41), S. 218.

(88) Menger (Anm. 41), S. 193. ただし、義務付け訴訟も覆審的訴訟たる抗告訴訟に当たるとされた結果、特定の行政行為の発付を行政庁に義務付ける判決を下すことが許されない場合もあるとされた。例えば、メンガーは義務付け訴訟が提起される場合として、申請に対して行政庁からの応答がないケースを挙げていたが、そのケースでは、行政庁は未だ申請に係る事案の検討をしておらず、事案の検討を行政裁判所が代わりに行うことも許されないので、請求認容判決は何らかの行政行為を発することを行政庁に義務付けるものに止まるとしたのである。Menger (Anm. 41), S. 199 f., 202.

(89) Menger (Anm. 41), S. 218 f. Vgl. auch Christian-Friedrich Menger, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwal-

tungsstreitsachen, in: Otto Bachof u. a. (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1955), S. 347 [356 f.].

(90) Menger (Anm. 41), S. 144 Fn. 3.

(91) なお、（１）で触れたアメリカ占領地域行政裁判法の注釈書も、「立法者は、抗告訴訟の相手方という名称でもって、支配従属関係を表現しようとした。しかし実際のところ、抗告訴訟の相手方の法的地位は被告のそれとほとんど変わらない」と説明していた。Eyermann/Fröhler (Anm. 16), S. 160 f. また、van Husen (Anm. 16), S. 74もメンガーと同趣旨のことを述べていた。

(92) その他、メンガーは、行政裁判所が行政権でなく裁判権に属するものになったことも、上訴類似性に関するオットー・マイヤーの説明があったときから変化した点である旨も指摘していた。Menger (Anm. 41), S. 135.

(93) 行政行為及びそれ以外の行政活動に対する差止訴訟、さらには予防的確認訴訟の許容性をめぐる当時の議論状況に関しては、さしあたり、拙稿「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（５・完）」阪大法学68巻５号（2019年）1019頁以下を参照。メンガー自身についていえば、当初は予防的確認訴訟は現行法上認められていないと述べていた。Menger (Anm. 41), S. 236. だがその後、既成事実が形成される場合には、基本法19条４項により、利害関係人に対して予防的訴訟を認めることが要請されると説くようになっていた。Christian-Friedrich Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 49 (1958), S. 272 [279 f.].

(94) Weyreuther (Anm. 78), S. 73.

(95) Günter Kreutziger, Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß (1959), S. 132 f.

(96) OVG Münster, Urt. v. 24. 11. 1953, DöV 1954, 187 [187 f.].

(97) BVerwG, Urt. v. 25. 5. 1954, BVerwGE 1, 144 [146 f.].

(98) BVerwG, Urt. v. 25. 5. 1954, BVerwGE 1, 147 [148 f.]. 同旨の判例として、BVerwG, Urt. v. 6. 12. 1956, NJW 1957, 644 [644]; BVerwG, Urt. v. 19. 12. 1956, NJW 1957, 1205 [1205]. また、リューネブルク上級行政裁判所1956年１月12日判決も、BVerwG, Urt. v. 25. 5. 1954, BVerwGE 1, 147を引用しつつ、イギリス軍政府命令165号22条１項の「その他公法上の訴訟」の概念は、アメリカ占領地域行政裁判法における当事者訴訟の概念よりも広く捉えるべきであると述べていた。OVG Lüneburg, Urt. v. 12. 1. 1956, NJW 1957, 76 [77].

(99) Klinger (Anm. 17), S. 112 f. 高木・前掲注(16)154頁も参照。

(100) Horst Fenge, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage (1953), S. 27.

Vgl. auch Kreutziger (Anm. 95), S. 37. Fenge, a. a. O., S. 35では、支配従属関係において法律関係を形成するのは行政行為に限られないのであって、例えば法律や条例により、直接に私人に対して義務が課される場合もあることが述べられていた。

(101) Xaver Schoen, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß (Ⅲ), DöV 1951, 521 [522 f.]; Hamann, Anmerkung zu OVG Koblenz, Urt. v. 18. 12. 1953, DVBl. 1954, 581 [582]. Vgl. auch Naumann (Anm. 44), D21 f. その他、Hans Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar (1960), S. 114 f. も、基本法19条4項1文による保障の対象はすべての公法上の訴訟であると解していた。

(102) Bachof (Anm. 80), S. 23.

(103) Xaver Schoen, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß (Ⅳ), DöV 1951, 580 [580]; Gerhard Hasselbach, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren (1954), S. 23.

(104) Hans Heinrich Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), S. 149 [152]. さらに、注(112)も参照。

(105) 参照、高木・前掲注(16)154頁以下。

(106) さらに、基本法19条4項は1（2）(c) で挙げた1文に続き、2文において「他の管轄が認められていない限り、通常裁判所への出訴が与えられている。」と定めたが、(1)(c) で述べたように基本法19条4項1文による保障の対象を公法上の訴訟全般と解した場合、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれによってもカバーできない公法上の訴訟が、通常裁判所の管轄になってしまうという問題もあったと思われる。

(107) Georg Mörtel, Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung (1962), S. 137 [138].

(108) Otto Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, 431 [436].

(109) なお、ミュンヘン高等行政裁判所1956年5月8日判決も、バッホフと同様の解釈を示していた。VGH München, Urt. v. 8. 5. 1956, VerwRspr. 9, 649 [649 f.].

(110) Hasselbach (Anm. 103), S. 16. ラインラント＝プファルツ行政裁判法15条1項の「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」につき、同様の見解を述べるものとして、Kreutziger (Anm. 95), S. 37. Vgl. auch Fenge (Anm. 100), S. 27. ちなみに、1（2）(b) において、アメリカ占領地域行政裁判法22条1項の「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」に合わせるために、イギリス軍政府命令165号22条1項の「その他公法上の訴訟」を当事者の対等関係を要求するものと解した見解を紹

介した。しかし、論理的には、逆にイギリス軍政府命令165号22条１項の「その他公法上の訴訟」に合わせるために、アメリカ占領地域行政裁判法22条１項の「その他公法上の訴訟（当事者訴訟）」を抗告訴訟以外の公法上の訴訟を指すものと解する可能性もあったといえる。

(111) Franz Hufnagl, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone (1950), S. 292は、アメリカ占領地域行政裁判法が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を行ったことの合目的性に対して疑問を投げかけるに当たり、イギリス軍政府命令165号が両者の区別を行っていなかったことを援用していた。Vgl. auch Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Nachtrag (1950), S. 23; Fenge (Anm. 100), S. 40.

(112) なお、(b) において、抗告訴訟と当事者訴訟の概念が「継ぎ目なく並んでいない部分領域それぞれのいいかえ」と形容されていたことを紹介したが、それは、VwGO が抗告訴訟と当事者訴訟の区別を破棄したことを評価する中でいわれたものであった。また、Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. (1961), S. 20も、抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、行政裁判所への出訴の許容性が特定の訴訟類型と結びついているかのような印象を与えるので、VwGO はその区別を受け継がなかったと説いていた。高木・前掲注(16)154頁以下も参照。

(113) Robert Nebinger, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil (1949), S. 337. Vgl. auch Jakob Julius Nolte, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (2015), S. 33 f.

(114) van Husen (Anm. 16), S. 44 f.

(115) さらに、人見・前掲注(25)336頁も参照。

(116) Karl August Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl. 1953, 202 [203].

(117) なお、Ⅱ１（２）(a) において、ラインラント＝プファルツ行政裁判法はアメリカ占領地域行政裁判法と異なり、抗告訴訟に関する規定と当事者訴訟に関する規定を、章を分けて置いていなかったことを紹介した。その理由について Schunck/De Clerck (Anm. 12), S. 63は、アメリカ占領地域行政裁判法のような規定の置き方は実質的に不要であるのみならず、無用な問題を引き起こすということを挙げていたところである。

(118) その他、注(92)において、メンガーが、行政裁判所が裁判権に属するものになったことは、上訴類似性に関するオットー・マイヤーの説明があったときから変化した点である旨を指摘していたことを紹介した。この点に関して、ベッターマンは、行政裁判所が裁判権に属するものに変化したので、行政庁と行政裁判所は上下の審級の関係にないと述べていた。Bettermann (Anm. 116), S. 203. さらに、

Turegg (Anm. 80), S. 79は、上訴類似性に関する説明は厳格な権力分立を知らなかった時代のものであり、歴史的意義が認められるに過ぎないと評していた。

＊本稿は、JSPS 科研費（19K01296）による研究成果の一部である。