

総説

A 司法と行政との関係 一般論

1 基本法 19 条 4 項は、公権力により権利侵害を受ける者に出訴の途を保障する。このように憲法により保障される出訴の可能性を、法律により制限することは許されない。ここでいう「公権力」は、行政組織がどのような法形式を用いるかを問わず認められる。つまり、行政行為のみならず、行政立法、行政契約等における行政の意思表示、事実行為、いわゆる行政の内部行為、不作為等も含まれる。さらに 19 条 4 項は、行政訴訟の中心的な機能を、個人の権利保護とする規定と解釈されている（「個人の権利保護を指向するシステムとしての決定」）。行政訴訟が、個人の権利保護機能以外に、行政活動の適法性保障機能を果たすことが、憲法上禁止されるわけではない。しかし、裁判所に適法性保障任務を課すことによって、権利保護任務の遂行を妨げるほど量的に過剰な負担を裁判所に負わせることや、権利保護任務を遂行するという裁判所の基本的な性格を質的に変えてしまうことは、許されないと解されている。

2 個人の権利保護を目的としない行政訴訟は、基本的に、法律が特別に定める場合にのみ認められる。但し、地方公共団体など自治ないし自律が認められている公法人や、一定の独立性が認められている行政機関（例えば地方公共団体の長と議会）は、基本法 19 条 4 項の出訴権保障は受けないものの、これらの主体・機関が主張する「権限」は、行政裁判所法 42 条 2 項の「権利」に当たると解釈されており、法律に特別の定めがなくても出訴が認められている。また、行政機関が私人に対して、公法契約（行政手続法 53 条以下）の履行などを求める訴えも、基本法 19 条 4 項の保障は受けないが、行政裁判所法 42 条 2 項の「権利」を実現する訴訟には当たる。行政行為を定める権限を有する行政庁が、行政行為を定める代わりに、金銭の支払いを求める給付訴訟を提起することについて、連邦行政裁判所は、既に争いがあり後に裁判になりそうな場合、訴えを適法と認めている。

3 基本法は 19 条 4 項、および憲法訴訟について定める 93 条、100 条により、「裁判所中心の権力分立」観を示していると説かれている。具体的な憲法解釈論のレベルでは、19 条 4 項が「権利保護の実効性」を要請する規定として、広い範囲において原告私人および裁判所の権能を強化する根拠になっている。例えば連邦憲法裁判所は、権利保護の実効性を要請する 19 条 4 項を根拠に、仮の権利保護としての仮命令の必要性（B）、日本で言う要件裁量否定の原則（A）等を導き出している。司法権に対する「行政庁の第一次的判断権」の原則は、現在のドイツでは、主張も実現もされていない。

B 司法権としての行政裁判所、行政訴訟法制度

4 基本法 19 条 4 項は、公権力による権利侵害の場合に、司法権を行使する裁判官へのアクセスを保障するが、公権力を行政裁判所が統制する必要があるとは定めていない。

また基本法 95 条は、連邦における最上級の行政裁判所の設立を規定するが、基本法 92 条と相俟って、行政裁判所をあくまで「司法権」の一部と性格づけている。換言すれば基本法は、通常裁判所、行政裁判所を含む 5 種の裁判所を(他は、憲法裁判所、「特別行政裁判所」としての財政裁判所と社会裁判所)、「同じ資格」「等位」の裁判権と理解している。ドイツの行政裁判は、行政ではない。

5 行政裁判所における組織、手続は、1960 年以來、連邦法である行政裁判所法が、「完結的に」規律している。民事訴訟法との関係でも、行政裁判所法は基本的に、行政訴訟手続を完結的に規律する。

行政訴訟の類型と対象

A 訴訟類型

6 日本の行政事件訴訟法は、取消訴訟に関する詳細な規定を設けた上で、他の訴訟類型に関する規定を順次置き、そこで取消訴訟に関する規定を適宜準用する体裁をとる。解釈論においても、取消訴訟中心主義を前提に、訴訟類型、さらには行政機関の用いた法形式毎に細かく分けて、訴えの適法性を判断する傾向が強い。これに対しドイツの行政裁判所法は、給付訴訟、形成訴訟、確認訴訟という、民事訴訟と同様の分類を前提にするに留まる(43 条 2 項)。その上で、形成訴訟の一種とされる行政行為取消訴訟と、給付訴訟の一種とされる行政行為義務づけ訴訟について、法の第 8 節(68 条から 80b 条)において、不服申立て前置、出訴期間、(取消訴訟の場合の)執行停止などに関する「特則」を定め、また 113 条において、判決主文についてやや詳細に規定する。取消訴訟、義務づけ訴訟の被告は、原則として行政庁でなく「連邦、州、または団体」である(78 条)。日本のような抗告訴訟と当事者訴訟の区別は、されていない。そして、「裁判所は請求の内容を超えてはならないが、申立ての表現には拘束されない」(88 条)。つまり、「特定の訴訟類型への法的性質決定と当てはめは、一次的に裁判所の任務である」。

7 ドイツの行政裁判所法 42 条 1 項は、日本のような不作為違法確認訴訟ではなく、義務づけ訴訟を明文で認めている。特に行政行為の第三者が規制権限の行使を求める義務づけ訴訟の場合、「権利侵害」(42 条 2 項)が認められるかが問題となるが、許認可に対する第三者による取消訴訟の場合と同様、原告の利益が行政行為の根拠規範により保護されていれば、介入請求権(の侵害)が認められる。また、行政行為について行政庁に裁量が認められる場合も、義務づけ訴訟は適法に提起でき、ただ、義務づけ判決でなく再決定判決により(113 条 5 項)、裁判所が行政庁に再考慮を求めることになる。

8 行政裁判所法 43 条 2 項は、行政行為無効確認訴訟について、形成訴訟・給付訴訟に対する補足性を要件としていない。

9 予防的訴訟について。日本の最高裁は 11 事件において、訴えの適法性を、一般的な訴えの利益の有無を基準に判断している。しかし最高裁は、処分を受けてから事後的に訴訟を提起するのでは「回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認め

ないことを著しく不相当とする特段の事情」がなければ、訴えの利益を認めない。これに対しドイツの連邦行政裁判所は、現実の紛争を的確に解決する確認訴訟であれば、即時確定の利益の要件も確認訴訟の補足性の要件も柔軟に認める。確かに連邦行政裁判所も、将来の特定の行政行為それ自体を争点とする予防的訴訟については、厳しく制限する。しかし11事件のように、行政行為の一適法要件、つまり取消訴訟や義務づけ訴訟の先決問題について、独立の紛争が既に現実化している場合、予防的訴訟を基本的に認めている。

B 「取消訴訟の排他的管轄」

10 行政行為取消訴訟という特別の訴訟類型が制定法上定められている点、そしてこのことから、行政行為に対して不服を有する者が行政行為の実現を阻止するには、原則として、取消訴訟を提起して取消判決を得なければならない、と解釈されている点は、日独で変わらない。もっとも日本では、取消訴訟の対象が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と拡張されているのに対し、ドイツでは、取消訴訟の対象が「行政行為」に限定されている。

11 こうした制度を説明する理論として、現在のドイツの学説は、日本で用いられている「行政行為の公定力」に相当する概念を、一般には用いていない。むしろ、他の行政の法形式(行政立法や行政契約)と共通の属性である「規律(力)」と、行政手続(計画確定手続等)において期間内に提起しなかった異議を後の行政手続・訴訟手続において主張することを遮断する制度と共通の性格を持つ「(形式的)確定力」の概念が、用いられている。

12 「航空行政権」を束ねて観念した上、航空行政権と同一の行政機関に帰属する「空港管理権」に関して民事訴訟を排除する、13事件判決の「一体的構成」の論理は、ドイツでは、事案が通常裁判所でなく行政裁判所の管轄に服することの根拠となろう。しかし、ドイツには抗告訴訟に相当する訴訟類型がない上、取消訴訟の対象となる行政行為は、拡張的に認められることなく、「分解的構成」により分析的に識別されるので、「空港管理権」をまとめて取消訴訟の対象にする論理は、ドイツでは妥当しない。1事件に関しても、一連のごみ焼却場設置行為を行政行為と捉える考え方は、ドイツでもとられていないと言える。具体的な法制度について言うと、ドイツでは基本的に、空港設置の際には計画確定決定、ごみ焼却場設置の際にはイミシオン防止法上の許可を要し、利害関係者は行政手続に参加でき、取消訴訟を提起できるが、決定ないし許可の後は差止請求権が排除されることが法定されている。この種の特別な決定や許可を要しない公共施設に対しては、一般的給付訴訟として、行政裁判所に差止等請求訴訟を提起できる。

C 行政訴訟の対象

13 日本で言われる「処分性」の問題は、取消訴訟という訴訟類型を選択することが適切かという問題と、およそ当該時点で司法判断を求めることができる事項かという問題に分けられる。前者の問題には、ドイツでは裁判管轄の振分けの問題が加わる。行政裁判所は原則として、「非憲法的性質のあらゆる公法上の争訟」を管轄する(行政裁判所法40条1項)。

何が「公法上の争訟」に当たるかを、一般論として定式化するのは困難とされている。後者の問題について、ドイツでは基本的に、司法判断を求められる事項か否かを判断するのに、行政機関の用いた行為形式を基準にしない。専ら、原告が「権利」を侵害される主体か否か、訴訟の対象および訴えの形式が、原告の権利を保護するために必要かつ適切なものか、そしてその時点で原告の権利を保護することが必要かつ適切かが、基準となる。

14 連邦行政裁判所が確認訴訟を許容した事案の中には、日本で言う行政指導に関する事案も含まれている。一般処分は、取消訴訟の対象になる。法規命令の違法確認訴訟も、権利保護のために必要な場合、必要な範囲で認められる。行政裁判所法 47 条により規範統制訴訟の制度が設けられているからといって、法規範を、権利保護を目的とする一般の確認訴訟の対象にすることが排除されるわけではない。

15 規範統制訴訟は、条例の法形式をとる都市計画と、大半の州における州法律より下位の法規定について、特別に認められる。規範統制訴訟も、私人については、「権利侵害」を主張する者しか提起できないが、申立人の権利に関わらない違法事由も審理され、法規定を無効とする判決が一般的拘束力を有する点で、通常の行政訴訟と性質を異にする。

16 4 事件は、ドイツであれば、行政裁判所法 43 条にいう確認の利益が認められる事案と考えられ、確認の利益の存在を理由に、適法とされよう。告示による一括指定の方法が可能か否かは、専ら本案の問題になり、仮に告示を指定処分の基準を定めるものに留まると解しても、確認訴訟は適法とされよう。2 事件の用途地域の指定は、ドイツ法で言うと、法形式を行政立法(条例)にした上で、規範統制訴訟を認める立法方針がとられる計画に相当すると思われる。つまりドイツ法の観点から見ると、規範統制訴訟を認めるべき計画と言える。加えて、行政立法である用途地域指定の違法・無効を理由に、自己の土地および周囲の区域が工業地域に当たらないことの確認を求める訴訟が、考えられる。この確認訴訟については、個別事案毎に、確認の利益の有無を判断せねばならない。但し、建築確認等の個々の処分を待つ必要は、必ずしもない。3 事件の第二種市街地再開発事業計画は、全ての関係者に対して、基本的に斉一の手続きで一挙に実現される計画なので、ドイツ法で言うと、行政立法でなくむしろ行政行為の法形式をとることになると思われる。行政行為であれば、不服のある者は、出訴できるのみならず、出訴せねばならない。

原告適格および訴えの利益の消滅

A 原告適格

17 行政作用による私人の権利侵害を、ドイツの判例は、当該行政作用に適用される法規範が当該私人の個別的利益を(も)保護する場合に認めている(「保護規範説」)。一般論としては、日本で判例が行訴法 9 条の「法律上の利益」を判断する際に用いる基準と同様である。民事法上の権利として保護されていない利益も、行政法規が保護していると解釈できれば、「公権」として行政裁判による保護を受ける。

18 空港、鉄道、遠距離道路など、主要な公共施設を設置する際に、ドイツでは計画確

定手続(またはより簡略な計画許可手続)がとられる。計画確定手続においては、「広い」意味で計画に「関わる」利益「全て」を衡量せねばならない。そして私人は、このようにして「法的に保護された自己の利益を適正に衡量することを求める権利」を有する。日本の10事件に関しても、当該事案において原告が受ける不利益を考慮しないと、行政庁が裁量権を逸脱することになる場合には、「法的に保護された自己の利益を適正に衡量することを求める権利」が原告に認められる、という論理が考えられる。

19 都市計画の分野における連邦行政裁判所の考え方を敢えてまとめると、次のようになる。AとBの空間利用をともに規律することにより、一体性のある、または調和のとれた都市空間が形成される場合、Aは、Bが都市空間に適合した空間利用をするよう、またはAの空間利用と調和のとれた空間利用をするよう、行政庁に規律を求める権利を有する。この場合、Aを規律する規範とBを規律する規範が結合して、原告適格を根拠づけることになる。原告適格が、処分の直接の根拠規定に限らず関係する規範の総体により根拠づけられるという論理は、ドイツでは都市計画の分野で活用される。9事件においても、風営法関係法令と都市計画関係法令を合わせて根拠にして、周辺住民が「住居集合地域」の「良好な風俗環境」の維持を求める利益を、原告適格の基礎にすることが考えられよう。

20 公共の安全の維持を目的として事業等を規制する制度において、事業等の許認可により直接危険に晒されることになる者には、許認可の取消訴訟の原告適格が認められる。この点は、日独の判例に共通である(7判決、8判決)。ただ、日本の最高裁のように財産を保護利益から除く判例は、ドイツの連邦行政裁判所に関しては発見できなかった。

21 連邦行政裁判所は、6判決と同様の理由から、公共料金の値上げ認可等を利用者が争う原告適格を否定する。5判決のような事案でも、連邦行政裁判所は原告適格を否定するのではないかと思われる。もっとも、ドイツの不正競争防止法、カルテル法、約款法等は、同業者団体や消費者団体が民事法上の差止め等を請求する団体訴訟を認めている

22 納税者訴訟について、ドイツには認める判例も法律もなく、本格的な議論もない。団体訴訟についても、多くの州の自然保護法が自然保護団体の出訴を認めるに留まっていた。但し本年2002年に連邦自然保護法が改正され、連邦の行政機関の措置に対しても、実体法上の問題を争う団体訴訟が認められることとなった。訴訟を提起できるのは、行政庁に承認された団体であるが、法律の定める承認の要件を満たす自然保護団体は、承認を求める「権利」を有し、承認を求める訴訟を提起できる。

23 ドイツでは、特に環境法や競業者訴訟の分野において、ヨーロッパ法や条約(環境法に関するオルフス条約)により、原告適格の拡張が法的に必要となっている。法的に必要とは言えない場合も、他のヨーロッパ諸国に比べて、ドイツの行政訴訟における原告適格が狭隘なことが際立つ結果になっており、ドイツ法はハーモナイゼーションの圧力を受けている。学説においては、保護規範説を放棄して、「市民の動員」により行政の裁判統制を活性化するよう唱えるものから、保護規範性を緩やかに判定するとともに、個別立法により

原告適格を拡張するよう説くもの、逆に、保護規範説を含むドイツ法に対するヨーロッパ法による「侵害」を警戒するものまで、様々な立場が現れて議論が盛んになっている。

B 訴えの利益の消滅

24 行政庁が違法な状態を作り出した場合に、行政庁は原状を回復させる義務を負い、違法状態により権利を侵害される私人は、原状回復を求める「結果除去請求権」を有する。ドイツで既に確立した考え方である。請求権の根拠として、様々な一般法理が説かれているが、現在では基本権と解する説が有力である。結果除去請求権の教科書事例として、建築許可処分取消判決を得た原告は行政庁に、建築主に対して建築物の除却等の措置をとるよう求めることができる、という例が挙げられている。つまり、建築許可を判決により取り消すことは、建築が完了した後も、少なくとも除却命令権限の発動に関する裁量権の行使を制約するという、法的意味を有する。したがって、14 判決の元になった最判昭和 59・10・26 民集 38 卷 10 号 1169 頁の事例でも、14 事件でも、訴えの利益は肯定されることになる。

25 行政裁判所法 113 条 1 項は、「行政行為が既に取消しや他の事情により消滅した場合、裁判所は、行政行為が違法であったことを、原告がこうした確認について正当な利益を有する場合に、申立てに基づき判決によって宣言する」と定める（「継続確認訴訟」）。「正当な利益」が肯定されるのは、次のような場合である(26、27)。

26 「人間の尊厳」や「人格権侵害」を「回復する利益」は即、違法性確認の訴えの利益を基礎づける。例えば、身柄拘束、通信傍受、家宅捜索、教科書の使用決定に対する親の取消請求(親の教育権、子ども的人格権に関わる)等。また、個々の事案における行政行為の理由や行政行為前後の状況から判断して、「差別」、「名誉」や職業生活に必要な信頼の失墜等が認められる場合も、訴えの利益が肯定される。衛生上の理由によるサラダの販売禁止の事例では、訴えの利益が肯定されたが、営業許可の撤回後、原告が営業を止めた事例では、訴えの利益が否定された。行政行為が原告のキャリア形成に影響する場合も、訴えの利益が認められる。例えば、原級留置。しかし日本の 12 事件は、センシティブな権利に関わる事案ではなく、具体的な利益侵害の状態が存続していたという事情も見受けられない。したがってドイツでも訴えの利益は否定されるものと思われる。

27 「基本的に事実・法状態が変わらなければ同種の行政行為がなされる、十分に特定された危険」がある場合、訴えの利益が肯定される。後続処分ないし後続措置がある場合はもちろん、「争いになった法問題が手続当事者に、別の関連において同じ態様で新たに生じる」相当の蓋然性があれば、訴えの利益は基礎づけられる。つまり、違法確認判決の既判力が及ぶという厳密な意味で同じ処分が繰り返される蓋然性は要求されず、「行政庁は裁判所の「自然の権威」を、比較し得る状況において尊重する、という期待で十分である」。

仮の権利保護

28 行政裁判所法は仮の権利保護について、執行停止(80 条以下)と仮命令(123 条)の制

度を定めている。なお、規範統制訴訟についても仮命令の制度を設けている(47条6項)。執行停止制度が行政行為の取消訴訟の場合に関する特別法、仮命令制度が他の場合を全て捕捉する一般法であり(123条5項)、両者により空隙なき仮の権利保護が確保される。

29 行政裁判所法 80 条 1 項は執行停止原則をとる。但し、公課および公の費用の賦課徴収、警察執行官吏による延期不能な命令および措置に関しては、執行不停止が原則となる他、近年、「政治的衝撃力のある分野」で、執行停止原則の例外を定める個別法律が増えている(建築監督上の建築許可に対する第三者の取消訴訟、交通網整備に関する計画確定決定等)。

30 仮命令は、民事訴訟法に対応する形で、現状維持のための保全命令(123条1項1文)と、現状を変えるための規律命令(2文)に分けられる(仮差押は規定されていない)。保全命令は、行政行為の性格を持たない侵害行為の不作为を求める場合、例外的に行政行為の予防的不作为を求める場合、第三者私人が現状を変えようとしている状況において反対利害関係者が行政庁に措置(建築停止命令等)を求める場合、金銭債権の保全措置を求める場合などに認められる。規律命令は、行政行為の義務づけ、その他の作為に当たる給付を求める場合(仮の建築許可、仮進級、飲食店の近隣住民からの申立てによる仮の閉店時間延長、閉店時間が遵守されるための監視、官吏を元のポストに就けること、公的主体による建築工事の停止、公報の停止と撤回等)、法律関係の仮の確認を求める場合(裁判官が業務配分計画に当面従う義務のないことの確認等)などに認められる。要するに、各訴訟類型に対応する形態の仮命令が、基本的に全て許容される。

31 連邦憲法裁判所から見ても、日本の行訴法 25 条 1 項のように執行不停止原則をとることは合憲と言えよう。ドイツの執行停止原則は、むしろヨーロッパ法との抵触を来たしている。しかし、仮命令を制度化していない日本法の状態について、連邦憲法裁判所であれば憲法違反と判断するであろう。ヨーロッパ法を執行する国であればやはり、仮命令制度を設ける必要がある。「執行停止は、行政権の作用の一環とみるべき……で、司法権本来の作用である裁判とは異なる手続および思考過程によって行なわれる」との考え方は、ドイツでは一般に見られない。逆に立法および判例は、仮の権利保護に関する要件の判断および内容の決定について、裁判所の「裁量」を認める。もっとも判例は、本案を先取りする仮命令、および行政庁の裁量処分に関する、本案判決に可能な内容を超える仮命令が禁止されるという原則を立てる。しかし、基本法 19 条 4 項による実効的な権利保護の要請に基づき、例外の認められることが稀でない。

32 執行停止原則の適用されない公課および公の費用に関する行政行為の執行停止は、行政行為の適法性に「重大な疑義」がある場合、または、申立人に「不当に過酷な結果」が生じる場合に、認められる。また仮命令は、申立人が本案で権利保護を認められる十分な見込み(「命令請求権」と、危険の切迫ないし緊急の必要性(「命令の根拠」)の両者がある場合に、認められる。しかしこれら以外の仮の権利保護については、要件が明確に法

定されていない。一般に判例は、仮命令の場合も含めて、包括的な利益衡量により要件を判断している。日本の行訴法 25 条 2 項のように、「回復の困難な損害」のおそれというほど、厳しい要件は課していない。「公共の福祉への重大な影響」(行訴法 25 条 3 項)も、利益衡量の一要素ないし結果として判断されることになる。

裁量審査および行政側の資料開示

33 ドイツでは、日本でいう効果裁量に当たる一般の行政裁量、計画裁量、要件裁量に当たる判断余地が、分けて観念される。行政裁判所法は裁量の審査基準について、簡潔な規定を置くに留まる(114 条)。しかし、一般の行政裁量については比例原則、計画裁量については「衡量原則」が、法治国原理から根拠づけられ、裁量統制の基準として機能する。計画に関しては、衡量過程と衡量結果が審査される。法律の要件については、基本法 19 条 4 項および 20 条 3 項により、裁判所が自ら完全に審査するのが原則とされる。例外的に法律が授権する場合に限り、行政に判断余地が認められる(規範的授権説)。連邦行政裁判所は、官吏の人事管理、合議体の決定、予測によるリスク評価、政治的考慮要素等に関して、判断余地を認めてきた。但し連邦憲法裁判所は職業資格試験に関して、職業選択の自由を制約すること等を理由に、行政の判断余地を制限する判決をしている。

34 ドイツの行政訴訟においては職権探知主義がとられている。行政庁は、裁判所の求めに応じて、審理に必要な書類・文書を提出し、情報を提供することを義務づけられている(行政裁判所法 99 条)。根拠として、裁判所と行政庁の職務共助、聴聞の実質化(原告は裁判所に文書閲覧を請求できる)、裁判所が判断の基礎を得る必要性等が挙げられている。

35 ドイツでは、裁判官が行政庁の判断を自らやり直してしまう傾向があると言われる。これに対し近年、原則として行政の判断余地が否定されてきた一般の法律要件にも、「当てはめ」のみならず「衡量」の要素が含まれていること、したがって、計画裁量の分野で発達した衡量原則、特に衡量過程審査の法理が、三分割されてきた裁量に統一的に適用できること、そして衡量過程の審査において、裁判所と両当事者の「討議」を重視すること、裁判所は行政手続の統制に重心を移すべきこと等が、徐々に理論的に主張されるようになっていく。