

一九九六年ドイツ行政裁判所法改正について

小原清信

- 一 はじめに
- 二 規範統制訴訟の規定改正について
- 三 執行停止の制約について
- 四 控訴許可制について
- 五 手続的・形式的瑕疵による取消の制限について
- 六 行政裁量の考量の追完について
- 七 おわりに

一 はじめに

ドイツの行政裁判所法 (VwGO) を改正する一九九六年十一月一日の法律 (行政裁判所法第六次改正法^①) は、行政法を研究する者の目から見た場合、興味ある改革が含まれているといつてよい^②。今、その改革の部分のうち比較的重要な部分をかいつまんで手短にまとめると次のようになる。

一 ドイツでは、行政立法を争う途が、通常の行政処分を争う取消訴訟とは別個に制度化されている（規範統制訴訟）。今回の改正では、第一に、この規範統制訴訟を提起しうる申立て適格の表現を通常の処分取消訴訟における原告適格の表現に多少接近させた。第二に、規範統制訴訟に、出訴期間の制限を新設した。第三に、規範統制訴訟に関する連邦行政裁判所への上告規定を改めた。

二 ドイツにおいては、わが国とは原則・例外が逆で、執行停止が原則とされているが、この執行停止を制約する方向での法改正がなされた。すなわち、第一に、執行停止の例外を定める権限が、従来は連邦議会にのみ認められていたところ、これをラント議会にも拡張した。第二に、執行停止効果に時間的な制約を設けた。

三 これまで、地方行政裁判所の判決に不服の場合に、高等行政裁判所に自由に控訴できたのを改めて、控訴の許可制を導入した。これは、今まで連邦行政裁判所に対する上告について許可制をとっていたことに類似するものである。

四 ドイツでは、手続上の瑕疵や形式上の瑕疵を理由とした取消を制限する旨の規定が行政手続法第四五条に見られるが、今回の改正はさらにこれをすすめて、手続上・形式上の瑕疵の治癒を行政裁判所の前で認めることとして、行政手続法の改正と連動させて行政裁判所法の規定を改正した。

五 行政裁量の司法統制に関するわが国の行政事件訴訟法第三〇条に相当する規定は、ドイツの行政裁判所法第一一四条であるが、今回の改正はこれにも及んでいる。すなわち、行政訴訟の段階においても行政庁に裁量権行使の追完を許す規定を置いた。

行政裁判所法の今回の改正は、以上のほかにもあるが、この五点が重要なものであると思われるので、以下、この五つを取り上げ、検討を加えることにする。^④

一 規範統制訴訟の規定改正について

わが国の行政法では、抽象的な行政立法行為は、抗告訴訟の対象とならず、これを争う途がないとされてきた。フランス行政法では、行政立法行為も行政行為と同様、ふつうの越権訴訟で争われる。ドイツ行政法においては、行政立法行為は取消訴訟とは別の規範統制訴訟で争うことができることを行政裁判所法第四七条が明記している。行政立法行為は、行政行為を統制する手法である「取消訴訟 (Anfechtungsklage)」や「義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage)」とは別の訴訟で統制される。今回の改正はこの規範統制訴訟に関する規定に及んでいる。

改正前第四七条 ① 高等行政裁判所は、その裁判権の範囲内において、申立てにより、次の法規の有効性について裁判する。

- 一 建設法典の規定により発せられた条例及び建設法典第二四六条第二項に基づく法規命令
- 二 ラント法が定める限りにおいて、ラント法律の下位に属するその他の法規
- ② 法規もしくはその適用により不利益を受け、又はこれらにより近い将来に不利益を受けることが予想されるすべての自然人又は法人並びにすべての官庁は、この申立てをすることができる。この申立ては、法規を発した団体、営造物又は財団を相手方としてなされることを要する。高等行政裁判所は、法規により権限に影響を受けるラントおよびその他の公法上の団体に対して、一定期間内に意見を述べる機会を与えることができる。
- ③ 法規が専らラントの憲法裁判所によってのみ審理されることが法律によって定められている限りにおいて、高等行政裁判所は、法規とラント法との適合性について審理しない。
- ④ 法規の有効性の審査手続が一の憲法裁判所に係属している場合には、高等行政裁判所は、憲法裁判所における手続が終結するまで審理が中止されるべきことを命ずることができる。

⑤ 次の場合には、高等行政裁判所は、自己の法解釈に基づいて、上告審において審理できる法の解釈の裁判をさせるため、事件を連邦行政裁判所に送付する。

一 訴訟事件が原則的意味 (grundsätzliche Bedeutung) をもつとき。

二 高等行政裁判所が、他の高等行政裁判所、連邦行政裁判所又は連邦の最高裁判所の合同部の裁判と意見を異にするとき。送付 (Vorlegung) についての決定 (Beschluss) は、関係人に通知することを要する。連邦行政裁判所は、法律問題 (Rechtsfrage) についてのみ、裁判をする。

⑥ 高等行政裁判所は、判決 (Urteil) で、又は口頭弁論を不要と判断した場合には決定 (Beschluss) で、裁判をする。高等行政裁判所は、法規が有効でない (ungültig) との確証をえた場合には、これが無効 (nichtig) であることを宣言する。この場合には、この裁判は一般的な拘束力を有し、かつ、決定の正文は法規が公告された場合と同様の方法をもって、被申立て人により公示されなければならない。第一八三条の規定を、裁判の効力について準用する。建設法典の規定により発給された条例又は法規命令の確認された瑕疵が、建設法典第二一五 a 条の意味における補完手続において除去されるときには、高等行政裁判所は瑕疵の除去がなされるまでは当該条例又は法規命令を有効でないと宣言することができる。第二段後段を準用する。

⑦ 第五項による送付がなされない場合には、抗告を申し立てることができる。抗告手続に、第一三三条第二項、第三項第一段及び第二段、第四項及び第五項第三段を準用する。抗告理由 (Begründung) の中で、訴訟事件が原則的意味をもつものであること又は抗告を申し立てている裁判と意見を異にする裁判を示さなければならない。連邦行政裁判所は、決定で裁判をする。抗告に理由がある場合又は高等行政裁判所が抗告を救済する (abheilen) 場合、連邦行政裁判所は法律問題について裁判する。高等行政裁判所が法律問題に異なる見解を表明し、かつその裁判が異なる見解に基づくものである場合には、連邦行政裁判所は高等行政裁判所に事件を差し戻し、高等行政裁判所は裁判を取り消して新たに裁判する。

⑧ 重大な損害を避けるため、又はその他の重要な理由により緊急の必要があるときは、裁判所は申立てにより、仮命令を発することができる。

改正後は次のようになった。

改正後第四七条 ① (改正なし、旧規定に同じ)

② 法規もしくはその適用によりその権利を侵害され、又はこれらにより近い将来に権利を侵害されると主張するすべての自然人又は法人並びにすべての官庁は、当該法規の公布後二年以内に、この申立てをすることができる。この申立ては、法規を発した団体、営造物又は財団を相手方としてなされることを要する。高等行政裁判所は、法規により権限に影響を受けるラントおよびその他の公法上の団体に対して、一定期間内に意見を述べる機会を与えることができる。

③ (改正なし)

④ (改正なし)

⑤ (改正なし、旧規定第六項に同じ)

(旧規定第七項を削除)

⑥ (改正なし、旧規定第八項に同じ)

このようにして規範統制訴訟に関する規定が改正されたが、順に検討を加えていこう。まず第一に、申立て適格の規定が変更されている。すなわち、「法規もしくはその適用により不利益を受け、又はこれらにより近い将来に不利益を受けることが予想されるすべての自然人又は法人」という表現は、「法規もしくはその適用によりその権利を侵害され、又はこれらにより近い将来に権利を侵害されると主張するすべての自然人又は法人」となっている。行政裁判所法は、その第四二条第一項で、「訴えにより、行政行為の取消（取消訴訟）および拒否された行政行為又はなされないで放置された行政行為をなすべき旨の判決（義務づけ訴訟）を求めることができる」と規定し、続いて第二項で、「訴えは、法律に別段の定めがない限り、原告が、行政行為又はその拒否もしくはその放置によりその権利を侵害されたと主張する場合にのみ許される」と規定している。こうしてみると、今回の改正は、文言で見る限り、規範統制訴訟における申立て適格の概念を通常の行政行為を争う場合の原告適格にいくらか接近させたといえることができる。

この第四七条の従来の立法化にあたっては、立法者はデイレンマに直面した。一方で、規範統制訴訟を客観的な異議申立て手続と見たから、裁判所は申立て人が「自己の権利」を侵害されたかどうかを問題にはしないとの態度をとった。他方では、第四七条の規範統制訴訟を民衆訴訟（Popularklage）としてしまう意図もなかった。かようにして、この規範統制訴訟は妥協的な性格を帯びていた。⁽⁵⁾

本稿では、従来の規範統制訴訟における申立て適格の範囲について詳細な検討は行わない。ただ、以下の記述にとどめておく。連邦行政裁判所は、この問題に関しては次のように言う。すなわち規範統制訴訟の申立て人が、地区詳細計画（Bebauungsplan）によって又はその適用によって、ある利益において消極的に、つまり侵害的に関わっており、又は近い将来関わる者である場合には、当該地区詳細計画の内容の決定に際して、このことは当該申立て人の私的な利益として考慮に入れられるべきであったのである、と述べている。⁽⁶⁾

連邦行政裁判所は、この申立て適格を画するにあたって次のような考え方に立っている。すなわち、ある利益が、ある規範の発給に関する決定の際に考慮されるべきであるほど十分に重要である場合、同時に、法規の発給後に規範統制訴訟の申立てをすることを正当化するに十分なほどに保護に値する。反対に、法規の発給に関する決定の際に度外視してもよいほど重要性を欠く場合には、規範の審査手続に引き入れてもらえない関係者ではない。ある私的な利益がある法規の発給の際に考慮されるべきかについては、個々の実質的な権利から判断される。⁽⁷⁾

「不利益」の概念は、例えば地区詳細計画においては、法的に保護された利益が問題となっているような場合、肯定されてきたが、単に経済的又は観念的な不利益では足りないとされた。⁽⁸⁾ また、地区詳細計画によって所有権行使に制限がもたらされる所有者は、地区詳細計画たる条例を規範統制訴訟で争う適格があることが承認されているようである。⁽⁹⁾

学説は、この規範統制訴訟の性格を、客観法的な異議申立ての手續 (objektivrechtliches Beanstandungsverfahren) と見ていたが、この性格については、今回の改正後も基本的に不変であると言われている。すなわち、申立て人は、規範の適用によって近い将来権利侵害が生じうる可能性を指摘すれば足り、この訴訟において勝訴するために必要なことは、もっぱら争われている規範が上位法に抵触していないか否かである、という¹⁰⁾。

今回の改正は、高等行政裁判所において規範統制訴訟が扱われる範囲を拡大させるものであるか、それとも縮小させるものであるか。裁判所はこれまで判例を通して形成してきた「不利益 (Nachteil)」の概念に代わって、新たに「権利侵害」の概念を通して不服申立て人の範囲を画する作業をしなければならなくなった。しかし、「不利益」と「権利侵害」の違いは観念的なものであって、大きく異なった行政行為の取消訴訟における原告適格論としての「権利侵害」をそのまま規範統制訴訟にシフトさせて、その結果大きな違いが出てくるのか疑問に思える。これまでの学説には、「不利益」概念の方が「権利侵害」よりも狭いという指摘があった¹¹⁾。これによれば、今回の改正は申立て適格を縮小させるものではなく、むしろ拡大させるということになる。もちろん今後の判例の動向を注目する必要がある。第二に、行政裁判所法の今回の改正の特徴は、出訴期間制限規定の創設についてである。行政立法訴訟は、これまで、出訴期間制限がなかった。行政裁判所法は、行政行為の取消訴訟につき、第六八条第一項において、「取消訴訟を提起するには、あらかじめ前置手續 (Vorverfahren) において、行政行為の適法性 (Rechtmäßigkeit) および合目的性 (Zweckmäßigkeit) の審査を受けなければならない。」と異議審査請求 (Widerspruch) 前置主義を掲げた上で、第七四条第一項で「取消訴訟は、異議審査決定の送達後一箇月以内に提起することを要する。第六八条の規定により異議審査決定を必要としないときは、訴えは、行政行為の告知後一箇月以内に提起することを要する。」としている。行政行為の場合と行政立法の場合の出訴期間制限は明白に違っていた。

ところが、今回の改正で、行政立法訴訟については、発布後「二年以内」という出訴期間が設けられた。法案の段階では、「規範の施行後一年以内」というものであった¹²⁾。

しかし、このように出訴期間規定が新設されたけれども、行政行為と行政立法との違いに着目すると、行政行為取消訴訟における出訴期間の意義をそのまま規範統制訴訟に持ち込むことは相当ではない。行政行為にあつては、出訴期間制限は、行政行為をめぐる紛争を早期に解決しようとするためのものであり、法定安定性の要請から来るけれども、行政立法の場合、違法な規範は無効であり、いつでもこの違法な規範から生じる無効性を問題にしうる。行政行為の不可争力のようなものは生じない以上、規範を執行する行政行為の取消訴訟の段階で、当該規範の違法性を問いうる。

この出訴期間制限については、行政行為を争う場面で、行政立法の違法の抗弁をシャットアウトするものではない。連邦行政裁判所によれば、一方で、行政立法訴訟は、具体的処分を争う段階で本来は問題にしたいところの行政立法の有効性を争う煩わしさから市民を解放しているものであり、裁判上の保護をより一層充実させるものであり、他方で、行政裁判所の負担を軽減する制度である。同裁判所の一九七八年七月一四日の決定は、「規範統制訴訟は、多くの個別訴訟を回避させるのであるから、法の明確性 (Rechtsklarheit) と訴訟法の経済的形成に役立つ。ラントの法律の下という枠内にある法規の有効性に関して一般的に拘束力を有する判断を裁判所が行う可能性を通して、規範統制訴訟は市民の権利保護をよりよいものにし迅速化する。市民は、規範に支えられた行政決定に対して偶発的に訴訟手続の中で法規の有効性についての判断を引き出すということを迫られないのであり、これによって同時に裁判所も負担を軽減されているのである。」と述べている¹³⁾。今回の改正では、立法者はもともと手厚いサービスの縮減を意図しただけだということであろうか。これとは対照的なものとして建設法典の規定がある。同法典第二二五条第一項は、

次のようにいう。⁽¹⁴⁾

建設法典第二二五条 ① 次に掲げるものうち、土地利用計画 (Flächennutzungsplan) 又は条例 (Satzung) の公布後、第一号にあつては一年、第二号にあつては七年以内に、書面により市町村に対して主張しなければ、考慮されない。違反又は瑕疵の根拠となった実情を示さなければならぬ。

- 一 第二二四条第一項第一号及び第二号に定める手続及び形式に関する規定の違反
- 二 衡量の瑕疵

建設法典のこのような規定は、一年や七年という期間を設定し、期間経過後は争えないとすることによって明確に法的安定性をもたらす。ところが、規範統制訴訟の今回の改正は、これとは異なる。市民は行政行為取消訴訟を通して、規範の有効性を争う途が残されている。自分に関わりのある具体的な行政行為を待たずとも二年以内は争えるので、申立て適格のある者（で行政行為を争うチャンスに乏しい者）は早めに争わせるというのが立法者の趣旨であろうか。しかし、二年以内であれば、自己の権利侵害が現実に生じていなくても申立て適格があり、二年を経過すれば現実に権利侵害が生じて申立て適格がなくなるという問題点も指摘されている。⁽¹⁵⁾ また、基本法第一九条第四項から直ちに「出訴期間の定めは問題とならず、現に連邦憲法裁判所法第九三条第三項の「憲法異議 (Verfassungsbeschwerde)」については申立て期間の制限があるけれども、通常の裁判権との関係における憲法異議の補充性 (Subsidiarität) の性格から、これと同日に論じることが妥当でない」⁽¹⁶⁾。

第三に、行政立法訴訟と行政行為の取消訴訟の違いの三つ目に関しても変更を加えた。これまでは、高等裁判所が移送しないならば、利害関係人は連邦行政裁判所に対して、その決定を争いうることとされた (Nichtvorlagebeschwerde)⁽¹⁷⁾。今回の改正は、このカテゴリーを廃止した。そして、高等裁判所の判決・決定については、上告の対

象となることを明らかにした。第一三二条は次のように改正された。

改正後第一三二条 ① 高等行政裁判所の判決に対して（第四九条第一号）及び第四七条第五項第一段による決定に対して、関係人は、連邦行政裁判所に、上告を提起することができる。上告は、高等行政裁判所又は不許可（Nichtzulassung）に対する抗告にもとづいて連邦行政裁判所が許可したときに限り、提起することができる。

② 上告は、次の場合に限り、許可しなければならない。

一 訴訟事件が、原則的意味をもつとき。

二 判決が、連邦行政裁判所、連邦の最高管轄の裁判所の共同部、又は連邦憲法裁判所の裁判に違反し、かつ、この違反に基づくとき。

三 手続の瑕疵が主張され、かつ存在し、裁判がその手続の瑕疵に基づくものであるとき。

③ 連邦行政裁判所は許可に拘束される。

三 執行停止の制約について

ア 執行停止の例外的拡大について

行政裁判所法第八〇条の第二項が改正された。まず、改正前の第一項及び第二項を見ると次のようになっていた。

改正前第八〇条 ① 異議審査請求および取消訴訟は、停止の効力を有する。権利形成的及び確認的行政行為並びに二重効果的行政行為においても、同様とする（第八〇a条）。

② 次の場合には、停止の効力は生じない。

一 公租公課および費用の請求

- 二 警察執行官の猶予することのできない命令および措置
- 三 連邦法律で規定するその他の場合
- 四 緊急執行が、公益又は関係人の重要な利益のため、行政行為をした官庁又は異議審査決定をなすべき官庁により、とくに命ぜられている場合

次に改正された条項（第二項のみ）を見てみよう。

改正後第八〇条 ② 次の場合には、停止の効力は生じない。

- 一 (改正なし)
- 二 (改正なし)
- 三 連邦法律で、又はラント法のため、特に投資又は雇用の場の創出に関する行政行為に対する第三者の異議審査請求及び訴えのためにラント法律で規定するその他の場合
- 四 (改正なし)

ラントは、また、法的救済が、連邦法にもとづくラントの行政執行においてとられた措置に対して向けられているときには、法的救済に停止的効力を与えない旨規定することができる。

ドイツ行政法では、日本の行政法（行政不服審査法第三四条及び行政事件訴訟法第二五条）とは異なり、執行停止が原則となっている。連邦憲法裁判所は、基本法第一九条四項は、仮の権利保護を保障しているという。⁽¹⁸⁾ 連邦憲法裁判所は、「(取消訴訟の) 停止的効果は基本法（第一九条四項）において保障された行政上の権利保護の本質的徴表」であり、「基本法に合致する行政上の権利保護の保障は、法治国家の基礎の一つとして、疑いもなく、公益により要求される。裁判所は、独立に……換言すれば、行政庁の確認には依拠しないで……行政庁の側の執行の命令によって訴えの停止的効果が廃棄されるかいなかを審理しなければならない。」と述べている。⁽¹⁹⁾ 行政裁判所が執行停止を命ずる権限を自ら保有することが必要であるとされながらも、行政裁判所法第八〇条第二項は、執行停止原則に対する広

い例外を認めている。これらの例外のうち重要なものは、連邦議会への授權規定である。連邦法律によって設けられた例外の典型としては、次のようなものがある。⁽²⁰⁾

- ・ 外国人法第四二条に基づく国外退去義務
- ・ 庇護手続法 (Asylverfahrensgesetz) 第七五条に基づく庇護手続における措置
- ・ 防衛義務法 (Wehrpflichtgesetz) 第三三条第五項、第三五条第一項に基づく防衛義務に関する決定
- ・ 建設法典措置法 (Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch) 第一〇条第二項に基づく住宅建築における第三者の異議

ところが、今回の改正は、連邦法のみが例外規定を設けることができ、ラント法にはそのような権限がないとする、この連邦法の排他的権限規定を廃止して、ラントの立法者にも例外規定を設ける権限を広げた。特に、投資や雇用創出に関する行政決定を第三者が争う場合を念頭に置いた。この規定は、しかし、行政裁判所の執行停止権を奪うものではない限り基本法第一九条第四項に違反するものではない。行政裁判所は、新しい領域では、原則的にはなく、今後は例外的に執行停止権を行使することになる。

この規定改正に伴って、従来、ラントがとった行政強制措置について、ラント立法者に執行停止の例外を設けうるとした行政裁判所法第一八七条第三項の規定は、不要となったので廃止されている。

イ 執行停止の時間的制約について

今回の改正は、時間の観点からも執行停止を制限するものとなった。第八〇b条を新設した。これは次のように定

める。

- 第八〇b条 ① 異議審査請求及び取消訴訟の停止的効力は、取消可能性の消滅 (Unanfechtbarkeit) とともに、又は取消訴訟が第一審において棄却された場合で棄却の裁判に対して認められた上訴の法律上の理由申立て期間を経過後三か月した時に、消滅する。執行が行政庁によって中止され又は停止的効力が裁判所によって回復させられ若しくは命ぜられた場合も同様とする。ただし、行政庁が執行を取消可能性の消滅に至るまで中止した場合はこの限りではない。
- ② 高等行政裁判所は、申立てにもとづき、停止的効力が続行することを命じることができる。
- ③ 第八〇条第五項から第八項までの規定は、準用する。

従来は、執行停止の効力は争われている行政行為につき取消可能性がなくなった (unanfechtbarkeit) 時に終了するとされた。今回の改正により、一審で取消請求が棄却された場合、控訴の許可の申立て趣意書を提出するための期間満了後三か月で執行停止は終了する。ただし、高等裁判所が執行停止継続を命じた場合は別である。

八〇b条第二項のこの新たな解決は、執行停止に利害がある原告が高等裁判所で申立てをするという考え方によって説明がなされる。しかし、後述のように、高等裁判所への控訴については、自由控訴制から許可控訴制へと改正されたから、今後、高等裁判所は、控訴の許可の請求について一度判断した上、この執行停止の維持が必要不可欠なものであるかにつき、また判断を下さねばならないこととなった。そして、これは、高等裁判所が控訴の許可を認めた場合に限る。そうでない場合には、執行停止の必要性を判断する目的がないからである。

四 控訴許可制について

まず、改正前の行政裁判所法第二二四条・第二三一条を見てみよう。

改正前第二二四条 ① 第一一〇条の規定による一部判決を含む終局判決および第一〇九条および第二二一条の規定による中間判決に対しては、関係人は、高等行政裁判所に控訴することができる。

② 控訴は、完成した判決の送達後一箇月以内に、書面により、又は事務局記録官の調書に記載させる方法により、不服の目的となる裁判をした裁判所に提起しなければならない。控訴期間は、控訴が期間内に高等行政裁判所に提起されたときにも遵守されたものとする。

③ 控訴状には、不服の目的となる判決を表示し、かつ、一定の申立てを掲げることがを要する。理由づけに必要な事実および証拠方法を掲げなければならない。

改正前第一三一条 ① 特別の法分野については、連邦法律により、控訴を特別の許可にかからしめることができる。控訴が連邦法律により制限されていない場合に限り、ラント法の個々の法分野につき、ラント法律によっても、控訴を制限することができる。控訴の制限は五年を超えない期間につき、一回に限り、許される。

② 抗告の対象となる価額が次の各号の一に該当するときは、控訴は、地方行政裁判所の判決において又は抗告にもとづいて高等行政裁判所の決定により許可されることを必要とする。

一 金銭の給付又はこれを目的とする行政行為に関する訴えにあって一〇〇〇マルクを超えないとき。

二 公法上の法人又は官庁の間の補償の争い (Erstattungsstreitigkeit) にあって一〇〇〇〇マルクを超えないとき。ただし、控訴が一年以上の反復的又は継続的給付に関するものであるときはこの限りでない。

③ 第一項及び第二項の場合において、次の各号の一に該当する限り、控訴を許さなければならない。

一 訴訟事件が、原則的意味をもつとき。
 二 判決が、高等行政裁判所又は連邦行政裁判所、連邦の最高管轄の裁判所の共同部、又は連邦憲法裁判所の裁判に違反し、かつ、この違反に基づくとき。

三 手続の瑕疵が主張され、かつ存在し、裁判がその手続の瑕疵に基づくものであるとき。

④ 高等行政裁判所は許可に拘束される。

⑤ 地方行政裁判所による控訴の不許可に対しては、抗告によって不服を申し立てることができる。抗告は、完成した判決の送達後一箇月以内に、控訴を申し立てている判決を下した裁判所に提起しなければならない。抗告は、不服を申し立てている判決を示さなければならぬ。抗告には、理由づけに必要な事実と証拠方法を掲げなければならない。

⑥ 抗告の提起は、裁判所の判決の確定力を阻止する。

⑦ 抗告を認容しないときは、高等行政裁判所は決定で、裁判をする。決定には理由を付することを要しない。高等行政裁判所が抗告を却下することにより、判決は確定力を生ずる。

⑧ 抗告が認容されたとき又は高等行政裁判所が控訴を許可したときは、抗告手続は控訴審手続として続行する。抗告の申立て人によって控訴の申立てをすることを要しない。これについては決定の中で示すものとする。

これらの条項は、今回大きく改正されている。第二二四条が改正され、さらにあとに第二二四 a 条も設けられた。第二三一条は削除された。新しい規定はつぎのようになっている。

改正後第二二四条 ① 第一一〇条の規定による一部判決を含む終局判決および第一〇九条および第一一二条の規定による中間判決に対しては、関係人は、高等行政裁判所が許可した場合に限り、控訴することができる。

② 控訴は、次の場合に許可される。

一 判決の適法性に重大な疑いが存するとき。

二 訴訟事件 (Rechtssache) が特別な事実上又は法律上の困難さを示しているとき。

三 訴訟事件が、原則的意味をもつとき。

四 判決が、高等行政裁判所、連邦行政裁判所、連邦の最高管轄の裁判所の共同部、又は連邦憲法裁判所の裁判に違反し、かつ、この違反に基づくとき。

五 控訴裁判所の判断に服すべき手続の瑕疵が主張され、かつ存在し、裁判がその手続の瑕疵に基づくものであるとき。

第二二四 a 条 ① 控訴の許可は、判決の送達後一ヶ月以内に申し立てることを要する。申立ては地方行政裁判所に対して行わなければならない。申立てには不服申立ての目的となる判決を示さなければならない。申立てには、控訴が許可されるべき理由を述べなければならない。この申立ては判決の確定力を阻止する。

② 申立てについては高等行政裁判所が決定により裁判する。高等行政裁判所は申立てが認容されるとき又は全員一致で棄却されるときは、理由を付さないことができる。高等行政裁判所が控訴を許可したときは、申立ての手続は、控訴審手続として続行する。この場合、控訴の提起は要しない。

③ 控訴には、控訴の許可についての決定の送達後一ヶ月以内に理由を提出することを要する。理由は、高等行政裁判所に対して提出しなければならない。理由提出の期間は、その期間の経過前になされた申立てにより、裁判長が延期することができる。理由は一定の申立てを含み、個々に指摘すべき不服理由（控訴の理由）を含まなければならない。これらの要件の一を欠くときは、控訴は不適法となる。

廃止された旧第一三一条に基づく控訴制限の立法例としては、連邦給付法（Bundesleistungsgesetz）の第四六条や家賃法（Wohngeldgesetz）第三三条、庇護手続法（Asylverfahrensgesetz）第三二条などがある⁽²¹⁾。ドイツの通説⁽²²⁾判例によれば、基本法第一九条第四項は、複数審級制あるいは自由控訴制を要請するものではない。行政裁判管轄における上訴制限に関する法律は、都市計画環境事項に関し、旧東独のラントにおいて控訴の許可手続を一九九八年四月三〇日まで導入している⁽²³⁾。

既にある上告の許可制とは別に、控訴の許可制をおくことで、行政事件の迅速な処理を立法者は目指しているけれ

ども、このように設けられたフィルターは、立法者が許可の拒否事由を列記したのではなく、許可事由を列記しているが故に、運用によっては、かなりの控訴審の審理の減少を生じさせる可能性を含んでいるようにも思われる。

控訴を自由に認め、例外的に控訴を許可制に係らしめる従来の制度における、例外許可制度における「控訴許可事由」と、上告許可制における「上告許可事由」とは共通していたので、ここに要約すると次の三点であった。

- 1 訴訟事件が、原則的意味をもつとき。
- 2 判決が、これまでの裁判所の裁判に違反し、かつ、この違反に基づくとき。
- 3 手続の瑕疵が主張され、かつ存在し、裁判がその手続の瑕疵に基づくものであるとき。

今回の改正によって、控訴許可制を一般的に敷いた後、控訴が許可される要件としては、これらの三つのほかに次の二点が加わった。

- 1 判決の適法性に重大な疑いが存するとき。
- 2 訴訟事件（事案）が事実上又は法律上の困難さを示しているとき。

この二つの要件は、かなり曖昧な表現となっているので、高等行政裁判所に控訴を許可するか否かについて広い裁量を許す可能性は否定できないであろう。

「重大な疑い」という表現は、既に行政裁判所法第八〇条第四項の「公租公課および費用において争われている行政行為の適法性につき重大な疑いがある場合」という文言に見られる。ただし、この条文は執行停止に関するものであることに注意する必要がある。第一二四条第二項第一号の「重大な疑い」を第八〇条の「重大な疑い」と共通のものとして見て、「請求に理由がある (Erfolg einer Klage)」ことが、「理由がない (Mißerfolg)」ことよりも、よりもっとともらしい (wahrscheinlicher) 場合を指すべきだとの見解もあるが、異論もある。²⁴⁾ 「事実上又は法律上の困難さ」

という表現は、行政裁判所法第六条第一項（単独裁判官の規定）や第八四条第一項（予備決定の規定）にも見られるが、これについてはすぐ後で述べる。

今回の改正法は、控訴許可権を高等行政裁判所に与えたものであって、地方行政裁判所には与えていない。これと対照的に、上告許可権については、行政裁判所法第一三二条によれば、上告の申立てを認める権限をもつのは高等行政裁判所であり、高等行政裁判所が不許可決定を下した場合にのみ、連邦行政裁判所に抗告ができることとなっている。さらに、もう一つ注意すべきは、先の第一二四 a 条第二項を見ればわかるように、高等行政裁判所の控訴許可の判断は、絶対的であって、これについては連邦行政裁判所の判断を仰ぐ途はない。先の不確定概念をめぐって、控訴許可の運用がラントごとに異なる⁽²⁵⁾保証はない。

この新設された控訴許可事由は、単独裁判官（Einzelrichter）制度から見ると、かなりデリケートな問題を孕んでいるようにも思われる。行政裁判所法の第六条第一項は、次のような条文を掲げている。

第六条第一項 部（Kammer）は、原則として、左に掲げる場合においては、単独裁判官として、その構成員の一人に法律上の争訟を委ねることができる。

- 一 事案（Sache）が特別な事実上又は法律上の困難さを示していないとき。
- 二 訴訟事件が、原則的意味をもたないとき。

こうして、文言だけから判断すると、地方行政裁判所の部によって単独裁判官の処理事件とされたものについては、その多くが控訴の許可を要しない事件であると片づけられる可能性がある。してみると、このフィルターの新設は、地方行政裁判所どまりの事件を増やすことで行政裁判の迅速化に役立つように思われる。

また、行政裁判所法第八四条の予備決定（Gerichtsbescheid）の制度も見のがすことのできないものである。この

第八四条の第一項及び第二項の規定（改正前）は次のような内容である。

改正前第八四条 ① 裁判所は、事案 (Sache) が特別な事実又は法律上の困難さを示すものでなく、事実関係 (Sachverhalt) が明らかな場合には、口頭弁論を開かないで、予備決定 (Gerichtsbescheid) をすることができる。予め関係人は審尋される。判決に関する規定は準用する。

② 関係人は予備決定の送達後一か月以内に、次に掲げる行為をすることができる。

- 一 控訴又は上告が与えられている場合に、これを行うこと。
- 二 許可によつてのみすることができ控訴が許可されず又は上告が許可されなかった場合に、不許可の抗告を申し立てること又は口頭弁論を申し立てること。この両方が用いられる場合には、口頭弁論を行う。
- 三 上訴が与えられない場合に、口頭弁論を申し立てること。

このうち、第二項は、次のように改められた。

改正後第八四条 ② 関係人は予備決定の送達後一か月以内に、次に掲げる行為をすることができる。

- 一 控訴の許可又は口頭弁論を申し立てること。この両方が用いられる場合には、口頭弁論を行う。
- 二 上告が許可された場合に、これを行うこと。
- 三 上告が許可されなかった場合に、不許可の抗告を申し立てること又は口頭弁論を申し立てること。この両方が用いられる場合には、口頭弁論を行う。
- 四 上訴が与えられない場合に、口頭弁論を申し立てること。

事案が特別な事実上の又は法律上の困難さを示さない場合、裁判所は口頭弁論を開かないで裁判しうる。しかし、この予備決定に対して、従来であれば、控訴の対象となりえた（旧規定の第二項の第一号）。改正後は、当事者はこのような場合、控訴の許可を申し立てるか口頭弁論を申し立てることができることとされた。

さらに、緊急手続の場合についての抗告の許可制も導入された。それらの規定は次のようなものである。

第一四六条 ④ 執行の中止（第八〇条及び第八〇a条）及び仮命令（第一二三条）についての地方行政裁判所の決定並びに訴訟費用援助に関する手続における決定に対しては、関係人は、高等行政裁判所が第一二四条第二項の規定を準用して許可したときに限り、抗告をすることができる。

⑤ 抗告の許可を求める申立ては、裁判の告知の後二週間以内に他方行政裁判所に対して行うことを要する。申立てには、争われている決定を示さなければならない。申立てにおいて、抗告が許可されるべき理由を述べなければならない。

⑥ 地方行政裁判所が遅滞なく送付した申立てについて、高等行政裁判所は決定により裁判する。第一二四a条第二項第二段の規定は、準用する。第一四八条第一項は適用しない。

このような規定の趣旨は、緊急手続に関して、本案審理の場合における権利保護よりも広い権利保護を与えるところ（²⁶）はぐになってしまふことを避けようとするところにあると思われるが、この規定は学説によって批判されている。抗告を許すかどうかの判断事由と、控訴の許可の場合に判断される事由とはたして同日に論じてよいか問題である。控訴の許可の際の判断事由は事件の本案に関わるものである。仮の権利保護についての上級審の判断を仰ぐことを認めるか否かについての事由と一致させる必要があるのか疑問である。

控訴許可制だけを見ると、なるほど高等行政裁判所は二審の対象として審判しなすむ事案の分だけ負担の軽減の恩恵を受けているが、トータルで見ると負担減かどうか疑わしい。高等行政裁判所は新たにせき止められたダムを通過した訴訟をコントロールしなければならぬという仕事が増えたからである。すなわち、執行停止効の延長の判断と抗告の許可の二つである。今回の改正で、負担減のメリットのあるのは唯一、連邦行政裁判所である。既に見たように高等行政裁判所の控訴許可の申立てを棄却する決定は上告の対象ではなくなつたからである。

五 手続的・形式的瑕疵の治癒について

ドイツ法では、違法な行政行為を攻撃しないテクニックがあった。行政手続法第四六条によれば、手続・形式・権限に関するルールに違反したという理由だけでは、内容につき他のいかなる決定もなしえなかつた場合は、決定は取消をもたらしなないとされた。今回の改正は、手続・形式的瑕疵の治癒の機会を行政庁に与えるものであった。

第一の改正点は、第八七条第一項に第七号を新設したことである。その結果、条文は次のようになった。

改正後第八七条 裁判長又は報告官は、口頭弁論に先立ち、訴訟ができる限り一回の口頭弁論で完結するために必要な一切の指示をしなければならない。

裁判長又は報告官は、次に掲げる行為をすることができる。

- 一 関係人に対して事案及び争訟状態につき論議を尽くし及び法律上の争訟を円満に解決することへ導くこと並びに和解を受け入れること。
- 二 関係人に対してその準備書面の追完又は説明並びに文書及び裁判所において保管することが適切な他の物件の提出をさせること、特に明らかにすることを要する一定の点についての説明のために期間を設けること。
- 三 情報を求めること。
- 四 文書の提出を命じること。
- 五 関係人の出頭を命じること。第九五条を準用する。
- 六 証人及び鑑定人を口頭弁論に呼び出すこと。
- 七 自己の自由な心証にもとづき、争訟の解決に遅延をもたらさない場合に、行政庁に対して三ヶ月をこえない一定の期間内に手続及び形式上の瑕疵を治癒する機会を与えること。

第八七条の改正と第九四条の改正を一括して検討を加えることとして、まず第九四条の改正文を掲げる。第九四条は、第二文を付け加える形で改正されている。条文は、次のようになった。

改正後第九四条 裁判所は、訴訟の裁判の全部又は一部が、他の係属する訴訟の目的物をなす法律関係又は行政庁が確認すべき法律関係の存否に係るときは、他の訴訟が完結するまで、又は行政庁の裁決があるまで、弁論を中止すべきことを命ずることができる。申立てにより、裁判所は、手続上又は形式上の瑕疵が治癒されることが手続の集中の意味において適切であるときには、これがなされるまで弁論を中止することができる。

第八七条の改正は、行政庁に対し、三ヶ月を超えない期間で、争訟の解決を遅延させないと判断した場合には、行政行為の形式・手続の違反を治癒する可能性を与えることができるとし、第九四条二文は、審理において、行政裁判所は申立てに基づいて、形式・手続の違反を治癒させるために、このやり方が手続の集中の利益によって正当化される限度で、宣言をすることができることとしたものである。そして、これらの二つの規定は、後述するが、行政手続法第四五条と関係がある。しかも、法案段階ではもっと批判を浴びるような内容であった。法案は、行政行為の形式又は手続の違背をカバーする可能性を行政庁に与えることを、裁判所の自由裁量としてではなく、義務として与えていたのである。⁽²⁷⁾ このような規定は、裁判所を行政の諮問者にしてしまうものであり、また、裁判官の中立的な地位に照らしても疑問視されるものであった。⁽²⁸⁾ このような内容は最終的に採用されず、裁量規定へと変更された。

第九四条の場合には、「申立てにより」となっているが、この申立ての主体は文言上限定されていないので、「行政庁」だけでなく、他の関係人もすることができる。とはいっても、取消を求めて争う原告が、この制度を利用する積極的理由は乏しいのは当然であるから、この申立ては行政の側からなされるのがふつうであろう。⁽²⁹⁾ この点、より問題なのは第八七条の方で、こちらは、申立てによらずに、瑕疵の治癒の機会を与えることができることとしている。

このような瑕疵の治癒の機会の規定は、形式や手続に関する瑕疵が存することを理由に行政行為を取り消してみても、もともと内容的に正しい行政行為がなされた以上、再び同一内容の処分が繰り返されるだけであるから、手続の無駄な繰り返しを避けるためにある。しかし、行政手続法第四六条は、このような場合の取消を制限するものである。結局、瑕疵の治癒の機会の規定の新設が意味をもつのは、瑕疵を治癒して原行政行為とは異なった行政行為がなされる可能性のある場合であって、法的に強く羈束された行政行為の場合ではなくて、裁量性の強い行政行為であるということになる。⁽³⁰⁾

今回の裁判所法改正とはほぼ同期に行政手続法の第四五・四六条も改正されている。一九九六年九月一二日の認可手続促進法 (Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz) が、行政手続法の当該条項を改正している。改正前の条項は次のようなものであった。

- 行政手続法改正前第四五条 ① 第四四条の規定により、行政行為を無効としない旨の手続法規または形式法規違背は、次の各号に掲げる場合には、咎められない。
- 一 行政行為の発給に必要な申立てが事後に行われたとき。
 - 二 必要な理由づけが事後に与えられたとき。
 - 三 関与人の必要な聴聞が追完されたとき。
 - 四 行政行為の発給のために、その協力を必要とする委員会の議決が事後に行われたとき。
 - 五 他の官庁の必要な協力が追完されたとき。
- ② 第一項第二号から第五号までの行為は、前置手続の終結まで、または前置手続が行われなるときには行政訴訟の提起までに限り、追完することが許される。

行政手続法改正前第四六条

第四四条の規定により無効とならない行政行為の廃止は、事案において別段の決定がなされる可能性がない場合には、手続形式又は土地管轄に関する規定の違背の下で成立したという理由のみでは、これを請求することができない。

改正された条文は、次のようになった。

行政手続法改正後第四五条 ①（改正前に同じ）

② 第一項の行為は、行政裁判手続の終了までに、追完することが許される。

行政手続法改正後第四六条

第四四条の規定により無効とならない行政行為の廃止は、事案において違背が決定に影響を及ぼさなかったことが明白な場合には、手続形式又は土地管轄に関する規定の違背の下で成立したという理由のみでは、これを請求することができない。

行政裁判所法第八七条・九四条改正が実質的に意味を持つようするためには、立法者は行政手続法のこの条項を改正せざるを得なかつたわけである⁽³¹⁾。行政手続法の改正は、瑕疵を理由に行政行為を取り消す可能性を制限するものである⁽³¹⁾が、行政裁判所法の改正も、訴訟手続規定を改正することで、取消の可能性の縮小をねらつたものである。ところで、法案の段階では、もっと批判を浴びせられそうな条文があつた。行政裁判所法第一一三条第一項は「行政行為が違法であり、かつ、これにより原告の権利が侵害される限り、裁判所は、行政行為および異議審査決定を取り消す。」旨規定しているが、この条文に、「手続上の又は形式上の瑕疵を理由に裁判所が行政行為を廃止する (aufheben) には、裁判所が行政庁に対して当該瑕疵を指摘し、かつ瑕疵の治癒の機会を行政庁に与えた場合に限られる」という表現を加えるものであつた⁽³²⁾。

六 行政裁量の考量の追完について

今回の改正は、行政の裁量に関する第一一四条にも及んでいる。すなわち、第二文を付け加えている。付け加えられた条文は次のようになった。

改正後第一一四条 行政庁がその裁量により行為をする権限を有する場合においても、裁判所は、行政行為又は行政行為の拒否もしくはその放置が、裁量の法律上の限界を越え、又は授權の目的に適合しない方法で裁量が行使されたため、違法となるかどうかを審査する。行政庁は、行政裁判所における手続においてもなお行政行為に関する裁量の考量を追完することができる。

まず、行政手続法第四五条第一項第二号や第二項と、行政裁判所法の本条との関係をどうみるか。二つをうまく調和させる考え方は、前者すなわち、必要な理由づけを欠く場合で後から補った場合というのは、理由が不十分である場合のほか理由が全く欠いている場合も含み、行政手続法第三九条に反して裁量行為の理由付けを怠った場合をも含む。しかし、本条は、行政行為が行政手続法第三九条の観点からは瑕疵がなく、理由不備に当たらない場合を規律したものであるとする。つまりここで追完するのは行政行為に付記された理由をさらに詳しくするという意味であって、こうすることにより本条の立法化の独自の意味があるとするものである⁽³³⁾。こうなると、問題は「理由の差し替え」の領域へと移る。

理由の差し替えの問題をめぐるドイツの状況について一瞥する⁽³⁴⁾。まず、「理由の追完 (Nachholen von Gründen)」と「理由の差し替え (Nachschieben von Gründen)」は区別しなければならぬ。今述べたように、前者は、行政

手続法第三九条を満たしていない行政行為について、それを後から行政庁がこの要件を満たすように補うことを指す。これに対して後者は、行政手続法第三九条の要件を満たしている行政行為についてなのであって、その理由が行政行為を維持するために十分ではない場合に、行政庁が効力を維持するために理由を代置するものである⁽³⁵⁾。理由の差し替えが許されるかどうかは、行政裁判所の審査権限に関わってくる。行政裁判所法第八六条第一項は、「裁判所は、職権により、事実関係を調査する。その際、関係人を立ち会わせなければならない。裁判所は、関係人の主張および証拠の申出に拘束されない。」と規定し、わが国の場合とは違って、いわゆる職権探知主義を規定している。行政裁判所は、争われている行政行為をあらゆる事実面・法律面から審査し、法適合性を審査する。この点を強調すると、行政庁が持ち出してきた理由とは異なる他の理由で行政行為を維持することができる場合には、理由の差し替えは認められるという結論になる。通説は、しかし、その場合でも、無制限に理由の差し替えが認められるという立場をとらず、限界を認める。すなわち、行政行為の本質の変更（*Wesensänderung*）を来すような理由の差し替えは、別の行政行為への転換（*Umdeutung*）を意味するから許されず、原告の権利防御（*Rechtsverteidigung*）に影響をもたらす理由の差し替えも許されない⁽³⁶⁾。また、理由の差し替えも法的に羈束された行政行為についてすんなりあてはまるのであって、裁量行為については、別の考慮が必要である。判例・学説は、処分庁とは異なつた審査庁が、異議審査請求につき、原処分法の適合性及び合目的性について審査する場合には、理由の差し替えは認められないとする⁽³⁷⁾。

今回の改正によって生まれた第一一四条の第二文は、裁量行為について理由の差し替えを認めているように見える。しかし、これには強い批判もある。シェンケは、裁量瑕疵の問題は、実体的な行政法に属する事項であり、行政裁判所法は、いかなる実体的な瑕疵規定をも規律できないとの原則から、本規定の意味を制限的に見る。実体法的な治癒可能性に対して、連邦行政裁判所の判例が論拠として引き合いに出されるが、判例は、行政訴訟手続中の裁量理由の

差し替えは、前の瑕疵のある行政行為の治癒の結果を生ぜず、新しい行政行為の発給及び従前の行政行為の廃止であるから、行政裁判所法第九一条の「訴えの変更」が認められるべきであるとした (BVerwGE 85, 163)。連邦には、ラントの行政実体法に関する立法権限はなく、違憲の疑いを避ける方法として、本条を純粹に訴訟法的に理解し、訴訟手続中に理由の差し替えをした結果発せられた新たな行政行為に関する法的に命じられた訴えの変更資格を与える規定とするものである⁽³⁸⁾。

七 おわりに

本稿では、とりあえず、一九九六年法律による行政裁判所法の改正を法規に則して忠実にフォローするという態度に徹した。筆者は、もともとフランス行政法に関心を寄せていた。フランスでは一九九五年に行政訴訟に関する重要な法改正が行われており、そのことについては、本誌に別稿としてまとめてあるので参照されたい。隣国はどのようなになっているのかという「興味本位」でドイツ法に目をやると、ほぼ同じ頃に重要な改正がなされていることがわかり、筆をとった次第である。ドイツの「立法者がこの改正によって対処しようとしたのはとりわけ、……立法者の見解によると……行政訴訟が長引き裁判統制が行き過ぎていたため、投資が遅延し、困難となり、妨害されているとさえ言える状況である⁽³⁹⁾。」わが国では、司法改革の議論が盛んであり、日本の行政訴訟が法の支配から見て遅れているという問題点が、司法改革と絡めて指摘されている。日本に比べると行政救済制度が充実していると思われるドイツでは、行き過ぎた行政裁判を「是正」するために、規範統制訴訟における出訴期間の制限、控訴の許可制限、執行不停止の法規面・運用面での増加、手続・形式的瑕疵の治癒の促進、裁量の考量の追完など、日本から見れば裁判的権

利保護における「逆コース」が進行したようである。また、フランスと比較してみても、行政訴訟の充実のためにフランスでは高等行政裁判所の控訴審裁判所としての役割を広げたのに対し、ドイツでは高等行政裁判所の役割を狭くしたのは、興味ある事実である。

ドイツの訴訟制度の改革がなされてからまだ日も浅い。執行停止原則がどれくらい浸食されたかは、執行不停止を掲げる立法措置の広がりを見る必要がある。裁量の追完を認めた条項に関しては、同一の行政行為の維持と新たな行政行為への転換との境界線がずれていくとすれば、判例・学説の展開に注意しなければならぬ。本稿では、表面的に改正点をなぞっただけなので、個別のテーマに関して、掘り下げた検討が残された課題である。

(1) Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze. BGBl I, 1626. このドイツの行政裁判所法 (VwGO) については、一九八五年二月六日現在の条文について、訳が南博方編『条解行政事件訴訟法』弘文堂、一九八七年の巻末一〇〇〇頁に掲載されており、大変参考になった。この法律は、第六次改正に至るまでの度重なる改正を経て、当初と比べて大幅に内容を変化させてきている。

(2) ギュンター・ゲンチュ (山本隆司訳) 「ドイツにおける行政法上の権利保護」自治研究七四巻三号、一九九八年、一五頁は、今回の行政裁判所法改正の一部につき言及している。

(3) この第六次改正法による行政裁判所法の改正箇所は、三二項にのぼる。

(4) 何が重要かはもちろん筆者の独断によるものであるが、本稿をまとめるにあたっては、シエンケの次の論文を参考にした。Schenke, "Reform" ohne Ende — Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NJW. 1997. Heft 2 S. 81.

(5) Vgl. Friedheim Hufen, Verwaltungsprozessrecht. 2. Auflage. C. H. Beck. 1995. S. 396.

(6) BVerwGE 59, 87, 99

- (7) Bosch/Schmidt, *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*. 5. Auf. Kohlhammer. 1992. S.315.また、大橋洋一「条例論の基礎」法政研究五九卷三・四合併号、一九九三年、七九〇頁参照。
- (8) Vgl. Hufen, *op.cit.*, S.397
- (9) Vgl. Bosch/Schmidt, *op.cit.*, S.317
- (10) Vgl. Schenke, *op.cit.*, S.82
- (11) 参照、ヴァインフリート・ブローム、大橋洋一『都市計画法の比較研究―日独比較を中心として』日本評論社、一九九五年。この一五八頁によれば、行政行為の取消訴訟に比べて、規範統制訴訟の申立て適格の方が厳格であると指摘している。また、これとは対照的な記述であるが、かなり前の文献であるが、オットー・バッホフ（阿部泰隆訳）「ドイツ連邦共和国の行政手続法」自治研究五四巻一号三頁、一九七八年では、バッホフ教授が「建築詳細計画は市町村の条例（Satzung）によって定められますので、行政裁判所法四七条の定める抽象的規範統制で争うことができます。そして、この訴訟では、通常の取消訴訟等と異なつて、権利侵害をこうむらなくとも、たんに事実上の不利益をこうむっていれば誰でも出訴できます。」と述べている。
- (12) Vgl. Schenke, *op.cit.*, S.83
- (13) *Ibid.*
- (14) これについては、ブローム・大橋前掲（『都市計画法の比較研究』）九一頁に記述がある。
- (15) Vgl. Schenke, *op.cit.*, S.84
- (16) *Ibid.*
- (17) 旧規定第四七条第七項である。
- (18) Vgl. Ingo von Münch, *Staatsrecht Band I 5Auf.*, 1993. S155.また、行政訴訟に関して基本法第一九条第四項から引き出される実効的な権利保護の要請については、参照、笹田栄司『実効的基本権保障論』信山社、一九九三年、二七二頁以下。ドイツの行政裁判所法第八〇条の制度の導入に関しては、広岡隆『行政強制と仮の救済』有斐閣、一九七七年、一八一頁以下参照。
- (19) 広岡、前掲二一四頁。

- (20) Vgl. Hufen, *op.cit.*, S.544.
- (21) Vgl. Bosch/Schmidt, *op.cit.*, S.291.
- (22) Vgl. Schenke, *op.cit.*, S.91.
- (23) Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgeschicklichkeit vom 22. April 1993 (BGBl. I, 466)
- (24) Vgl. Schenke, *op.cit.*, S.91.
- (25) *Ibid.*
- (26) *Ibid.*, S.92.
- (27) *Ibid.*, S.86.
- (28) *Ibid.*
- (29) *Ibid.*
- (30) *Ibid.*, S.87.
- (31) *Ibid.*
- (32) *Ibid.*
- (33) *Ibid.*, S.88
- (34) 行政手続法制定以前のドイツにおける処分理由の追完については、参照、秋山義昭「取消訴訟における処分理由の追完」北大法学二七卷三・四号六九九頁。また、今回の第六次改正以前のドイツにおける処分理由の追完については、参照、小山正善「ドイツ連邦行政裁判所の裁判例にみる理由の提示と理由の補正——連邦行政手続法の制定以降——」姫路法学第二五・二六合併号四九頁。
- (35) Vgl. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Aufl. S.243
- (36) *Ibid.*, S.243
- (37) Badura/Ehlers/Erichsen/Ossenbühl/Rudolf/Rüfner/Salzwedel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995. S.489. 小山'前掲'一〇〇頁。

- (38) *Ibid.*, S. 88
- (39) ギュンター・ゲンチュ (山本隆司訳)、前掲一五頁。