

Title	二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由 (一)
Sub Title	Begründung für den Entwurf 2001 einer Verwaltungsprozeßordnung von Prof. Kimura (1)
Author	木村, 弘之亮(Kimura, Konosuke)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2001
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.74, No.4 (2001. 4) ,p.27- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010428-0027">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010428-0027</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由（二）

木村弘之亮

- 一 行政裁判権の発展
- 二 国の立法管轄権
- 三 草案の構造と方法論
  - 第一編 総則
  - 第二編 裁判所の構成
    - 第一章 裁判所
    - 第二章 裁判官
    - 第三章 市民裁判員
    - 第四章 行政事件の分配および管轄
    - 第五章 土地管轄
  - 第三編 手続
    - 第一章 一般的手続規定
    - 第二章 取消の訴えおよび義務つけの訴えに関する特別規定……………（以下本号）
  - 第四編 上訴および再審
    - 第一章 控訴
    - 第二章 上告
    - 第三章 抗告
    - 第四章 再審
    - 第五編 費用および執行
      - 第一章 費用
      - 第二章 執行
    - 第六編 経過規定……………（七四巻五号）

## 一 行政裁判権の発展

一八七二年（明治五年司法省布達四六号）から大日本帝国憲法に至るまでに、地方官庁の違法処分について、人民は地方裁判所または司法省裁判所に出訴しうる制度が創設された（参照、伊藤博文『憲法義解』（一八八九年）一〇四頁以下「宮澤俊義校注・岩波文庫版九九頁」）のにつき、一八七四年（明治七年司法省布達二四号）には、地方官と人民との紛争については、行政裁判所が受訴し、その司法官が具状（意見を付）して太政官（行政庁の機関）に申稟する制度がほぼ定着した（参照、『行政裁判所・行政裁判所五十年史』（一九四一年）、和田英夫「行政裁判所」『講座日本近代法発達史』<sup>3</sup>（一九五八年）八七頁以下）。

大日本帝国憲法下（第一条）では、行政裁判権の分野において行政裁判法（一八九〇年法律四八号）、法律一〇六号（一八九〇年一〇月一〇日）、訴願法（一八九〇年一〇五号）が制定された。しかしながら、実効的かつ包括的な行政権利保護は未だ達成されていなかった。なぜなら、行政裁判所の独立性があらゆる点で十分な態様で保障されていたわけではなく、そして抗告訴訟の許容性も大抵の場合に列記主義に基づき、法律により特に定められた事項に限定されていたからである。それにもかかわず、このような規定はいかなる点でも満足のいく解決ではなかった。なぜなら、それまでの組織の欠点は除去されなかったからである。一九二九年に行政裁判所法・訴願法改正委員会が設置され、一九三二年には改正法案も作成された。一九四五年の敗戦により行政裁判所の活動は幕を閉じた。

そして、一九四七年以降、訴訟手続に関して、そして特に行政権利救済の途の許容性（一般概括主義）に関して、行政裁判権は「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」（一九四七年法律七五号）によって、全く新しい基盤の上につくられた。これによって、独立裁判所による行政に対する法的包括的統制が保

障された。行政裁判権のある裁判所は行政による自己統制から、真正の裁判権のある担い手（司法裁判所）へと発展した（行政事件訴訟特例法（一九四八年）の制定過程について、参照、高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革4 司法改革』（一九七五年）二九一頁）。行政事件訴訟法（一九六二年）の制定によってこの発展は完了した（参照、雄川一郎「行政事件訴訟立法の回顧と反省」雄川『行政争訟の理論』（一九八六年）一九七頁）。

## 二 国の立法管轄権

行政裁判権の規定は多数説に従えば憲法第七六条第二項に基づき日本国の司法管轄権を定めている…「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」

確かに、「特別裁判所」「行政機関」という用語は、行政裁判所を始審として行政府内に設置しようという見解を主張することはできる。しかし、このような解釈は決して説得力あるわけではなく、より詳細に検討すれば恐らく実行不能でさえある。裁判所の構成と裁判手続については、それに対して何らかの制約を加える追加条項は憲法第七六条に存在していない。しかし、最高裁判所のもとに属する行政裁判所は真正の裁判所であり、それゆえに行政裁判所の構成は裁判所構成そのものであり、その手続は裁判手続におけるものである。行政裁判所が地方行政裁判所、高等行政裁判所からなるとしても、これらを直ちに全国に設置することは、実現不可能に近いであろう。このため、当分の間、通常の地方裁判所および高等裁判所はそれぞれの裁判所内部に、行政裁判権のある部を附設することは、実際上も憲法上も可能であろう。

国が個別具体のケースに管轄権を与えられている範囲内に行政実体法が含まれている場合を除いて、行政実体

法は、地方公共団体の立法管轄に属しており、それゆえに行政実体法は憲法第七六条に挙げられていない。このような事情は、先の見解をいささかも変更するわけではない。

それゆえ、憲法第七六条第二項の文言は、行政裁判所の構成および手続の規律に関して国の立法管轄に反対していない。より正確に考察すると、むしろ憲法第七六条第二項はこのような見解を採らざるを得ないのである。立法者が裁判所構成および裁判手続を民法および刑法にのみ関係づけるつもりであったとするならば、立法者はそのことをそのような制約を加える追加条項により表明しなければならぬ。

このような見解のみがまた、国が憲法第七六条第一項により、行政裁判権の分野で高等行政裁判所を設立することを義務づけられているという事実に適っている。なぜなら、地方行政裁判所の手続および特に審級が統一される場合にかぎって、上訴審としての高等行政裁判所および最高裁判所の手続は統一的かつ効果的に規律されるからである。

同様に、憲法第七六条第一項、第二項に基づく、統一された行政事件訴訟法の公布の必要性は肯定されねばならない。

既述の様に、日本国は憲法第七六条第一項により、行政裁判権に関して最高裁判所のもとにある下級裁判所の設置を義務づけられている。その概念上、かかる裁判所は第一に上訴裁判所である。しかしながら、下級裁判所での手続および特に審級が整備・首尾一貫されていないならば、上訴裁判所における手続は決して十分に規律されえない。

さらに、権利保護を求める人々にとって手続法（訴訟法）の不統一は、法治国家において自明のことである包括的権利保護の侵害を意味する。日本国のような共同体において、個々人の法的利益が、一つの都道府県に限定されるわけではなく、日本国の全領域へ根を張っているという事実は自然なことである。だとすると、相異なる

都道府県においてその都度相異なる訴訟手続条例に従って、権利が闘争され、または防衛されねばならないとすれば、そのことは素人にとつても弁護士にとつても著しい困難を意味する。裁判所の不統一な名称だけでも、誤解の生じる可能性から、権利救済について誤導し、権利救済上の不利益をもたらすことがある。出訴期間および上訴一般の不統一な規定、並びに仮処分扱い、裁判費用法および執行法に関する広範な相違も又同様に、さらに危険をもたらすものである。したがって、地方公共団体は、行政裁判権について立法管轄権を有しない。

主に都道府県が行政実体法に關して管轄権を有しているという事実もまた、行政裁判権に關する統一的な規律に反対する理由となりえない。二〇〇一年行政事件訴訟法はこの管轄権に、何ら変更を加えるものではない。しかし、都道府県が行政実体法に關する管轄権を有しており、そのため、都道府県民がその権利自体を守ろうと主張する場合に、法律規定について膨大な知識を持つことが都道府県民に期待せねばならない。それゆえ、少なくとも、訴訟手続が統一されていることは、差し迫って必要な事柄である。精巧に作られた権利保護制度も、手続規定の分かりにくさゆえに平均的な市民が自らの権利を守ることのできないように構築されている場合は、それは全く無益なものになつてしまふからである。

今日における行政裁判権の場合においても、民事法上の訴訟手続と同様に、統一的な行政事件訴訟法が必要であることは同じなのである。公権力は次第に市民の領域に侵入してきている。しかし、他方、このことのために、全ての公権力の濫用に対する堤防として、包括的かつ実効的な行政裁判権が必要となるのである。

一九四八年において既に行政事件訴訟特例法が統一的行政裁判権（に係る訴訟法）を制定した事実およびその後一九六二年行政事件訴訟法も統一的行政裁判権に係る訴訟法として施行されたものであったという事実も、また、統一的行政事件訴訟法が不可避的に必要であることに、賛成するものである。

この必要性を認識した上で、どの文献においても、一つの行政事件訴訟法にほぼ一致して賛成している。

統一の行政事件訴訟法を求める世論の声が一層強くなるにつれ、その世論に従い、二〇〇一年に行政事件訴訟法の草案(参照、木村弘之亮「二〇〇一年行政事件訴訟法の草案と概説」法学研究七四卷一号(二〇〇一年)、二号)が作成されるに至ったのである。

### 三 草案の構造と方法論

草案は六編からなる。

#### 第一編 総則

#### 第二編 裁判所の構成

#### 第三編 手続

#### 第四編 上訴及び再審

#### 第五編 費用及び執行

#### 第六編 経過規定

草案は行政裁判手続のみでなく、行政裁判権の分野における裁判所構成をも規律している。裁判所法には法の欠缺が散見されるので、この草案が後法としてその欠缺条項を補填している。法律の経済性という理由から、行政事件訴訟の特殊事項のみが取り上げられた。裁判所法と民事訴訟法の規定がそのまま行政事件訴訟において借用され得るところでは、繰返しを避けるべく、個々の規定の参照によって、そして補充的に第一七一条における一般的な参照によって、裁判所法と民事訴訟法の関係規定の参照が行なわれることになった。

このようにして、行政裁判手続の各々の手続に必要である規定は、古くから折り紙付きのある普通のやり方で、

行政訴訟のために、利用される。最後に、この方法は、欠缺があるときに自由に手続を法形成しうる裁判所への授権と結びつき、行政訴訟の継続的發展についての余地を残している。その結果、行政裁判権にとって最善のものとして最も合目的なものが、経験的に徐々に実務から獲得され得るのである。

民事訴訟法または裁判所法の規定が内容上行政事件訴訟法の条文に借用され、または各規定が明文をもって適用可能であると宣言されることは、個々の規定の朋絡のために度々避けられない。このことから、その適用にあつてのあらゆる疑義を排除するため、個々の規定間相互の適用関係を明らかにするための別段の規定が規定された。民事訴訟法または裁判所法のあれこれの規定が草案において明文をもって受け入れられているという事実のみをもって、参照条文と関係するその他の条文が適用されないと宣告されているはずだという反対解釈は推論されえない。むしろ、その限りにおいて理論も実務も個々のケースにおいて、行政事件訴訟法で借用されなかった規定が行政訴訟の本質に合致するの否か、したがって、適用可能か否かについて、検討されなければならない。現行行政事件訴訟法が全く明文の規定をおいていない場合か、または必要な規定が民事訴訟法または裁判所法の準用によつても見いだせない場合にはじめて、裁判所が手続の自由な法形成を行ない得るかについて、草案に関する起案に当たつてさまざまな意見が交わされた。草案は、法的安定性をより良く保障されそうであるという理由から、第二の解決方法を選んだ。

## 第一編 総則

### 第一条〔この法律の趣旨〕

司法部（または検察）が、国民からの訴えを契機とすることもなく、常に行政部の活動（行政活動）をそのすべの範囲にわたつて監視し統制するシステムは、「司法の行政に対するコントロール」の観念のもとで、構築さ



れ得る。ここでは、行政活動の法律適合性および客観的法秩序の維持が主題である。しかし、この檢察による法秩序維持型行政訴訟は、採用すべきでない。むしろ、国民は、客観的法秩序維持および行政活動の法律適合性の審査のために、ルーティンではなく極めて偶然に自己の関心事から、裁判所に国等または行政庁をいわば告発するにとどまる。その限りにおいて、この国民による法秩序維持型の行政訴訟システムは、檢察が刑事法秩序の維持のためルーティンに刑事事件につき容疑者を告訴するシステムと本質的に異なる。

このタイプの行政訴訟システムが、司法による行政に対するコントロールの不徹底さを容認する理由は、しかし、決して正当化されるわけではないであろう。法秩序維持型の行政訴訟システムは、法秩序の維持の目的にとっても不徹底であるばかりでなく、国民の権利自由の保護にも大きな比重を置いて構築されようとしていない。

人々は法秩序の客観的維持または行政活動の法律適合性そのものを目標として生活しているわけではない。人々は、むしろ、個人の人格を發展させ、個々人の幸福を求めて生活しており、その目的を実現するために、憲法上保障された基本権および権利並びに私法や行政法上保護された権利等が整備され、また各種の制度が基盤整備されている。個々人の権利自由が行政活動によって侵害されまたは脅かされている場合に、その旨を主張する者が、自己の権利自由の保護を目的として、その行政活動に対する司法統制を裁判所に訴求する。これは、権利保護型行政訴訟システムである。日本国憲法が、法的正義のもとで、個人の尊厳、人格の自由な發展、幸福追求、生存を保護しようとしているのであるから、これにに応じて、行政訴訟システムは、日本国憲法の施行以来、法秩序維持型から権利保護型へと転換されなければならなかったし、また転換されなければならない。

この法律草案は、国または公法上の団体（以下単に「国等」という。）の行政活動に関し、権利の侵害を主張する国民に対して広く国等に対する訴えのみを開くことによつて、国民の権利自由を保護することを目的とする。ここでいう行政活動は、国民の権利自由を侵害すると主張される限り、行政処分に限らず、行政内部行為、財

務行為、法規命令、法律の委任に基づく条例、行政命令、行政計画、さらに行政指導など略式の行政活動もまた含む。これにより、司法による統制をうける行政対象の範囲が、権利自由の保護の強化を目的として、拡大されることとなる。

さらに、この法律草案にいう権利は、行政活動により毀損されると主張される限りにおいて、憲法上の基本権・権利のみならず、行政実体法、行政手続法および行政事件訴訟法上の権利並びに私法上の権利をも含む。とりわけ、行政活動の直接の名宛人のみならず、その第三者にも権利が、例えば建築法との関連で、肯定されることがある。また、行政による法律の適正な執行を求める権利（適正行政執行請求権）が各種規範統制訴訟との関連において、国民に賦与される。その意味において、行政法上の権利の伸張が、この法律草案における重要な課題であろう。

## 第二条〔解釈規定〕

この法律のいかなる規定も、日本国憲法の精神に則り、各行政分野の基本法の趣旨を斟酌して、解釈しなければならない。适用法律の関係条項を孤立的に解釈する方法は、慎まなければならない。歴史的解釈、文理解釈にとらず、体系的な解釈が、重要である。

職業裁判官はいうまでもなく、市民裁判員もまた、法令を解釈し、事実を認定するに当たり、その良心に従い、独立してその職務を遂行し、憲法および法律にのみ拘束される（憲法第七六条第三項）。とりわけ、市民裁判員は、合議制において、評議および評決に当たって、職業裁判官の指示もしくは訓示が仮にあるとしても、それに拘束されてはならず、また、行政通達に拘束されることもない。

## 第二編 裁判所の構成

### 第一章 裁判所

#### 第三条 (独立)

この条文は、行政裁判権に関して、憲法第七六条以下に規定する真正の裁判権が問題であることを確認している。これと同時に、本条は、権力分立の原則(憲法第四一条、第六五条および第七六条)に則して、行政庁による行政裁判または行政内部に組織された行政委員会による行政裁判を排斥している。このことから、行政裁判権を他の権力から組織的に分離すること、および、間接的に、司法行政以外の行政の課題を裁判所に委嘱することの禁止が、明らかになる。行政裁判権のある専門部を他の裁判権のある専門部から組織的に分離することは、第三条ではなく、第四条に規定されている。

行政裁判権のもとで、普通行政裁判権のある裁判所の権限が理解されている。この権限の範囲は第四〇条で規定されている。

裁判所による実効的な権利保護の保障および権力分立の原則に反する規定を立法者は定めることはできない。「行政裁判権」はここでは最広義に理解されなければならない。行政裁判権は単に一般行政に関する裁判権のみならず、特別行政に関する裁判権をもその対象とする。特別行政について特別な権利救済の途が開かれていない限り、または、特に裁判を任された機関の独立性が保障されておらず、それゆえ、その機関が裁判所として見なされ得ないことを理由に、普通行政裁判所への権利救済の途が開かれている。こうして、行政のあらゆる分野について、現実にも真正の裁判所の裁判を求め得ることが保障されるべきなのである。これが、憲法第七六条および第三二条から導きださねばならない必然的な帰結である。第三二条は公権力によるあらゆる権利侵害に対し権

利救済の途を開いている。憲法第七六条、第七九条および第八〇条は裁判権を排他的に裁判官の手にゆだねている。そして、第七六条第三項は、裁判官が独立しており、良心、法律および憲法のみで服すると規定している。公法上の争訟が問題になっている限り、このようにして、民事裁判所の補充的管轄権は排除され、そしてあらゆる公法上の争訟（憲法事件を除く。）は行政裁判権のある裁判所において聴聞を受けるとする一般原則はかなえられる。

裁判官の独立の要請は憲法第七六条第三項、第七八条に規定されている。裁判官の独立の要請は人的な関係でも物的な関係においても必要である。

行政裁判権がもはや行政の自己統制ではなく、権力分立の意味において真正の裁判権であること、したがって行政裁判権が執行部との結びつきを禁じられていることを、行政裁判権の行政庁からの独立は、きっぱりと明確にしている。そして、他方、この要請、すなわち行政庁からの独立要請は裁判官の独立の要請と非常に密接に関連している。行政から完全に分離している場合にかぎって、行政裁判権は、まさにこの行政を統制するという行政裁判権の極めて重要な任務を果たすことができるのである。

#### 第四条（行政裁判権のある裁判所と審級）

この条文は、他の裁判権のある部から分離した、行政裁判権の三審級の構成を定めており、かつ、専門部の設置を国に義務づけている。これは憲法第七六条第一項および第二項第二文の規定に適合する。専門部は、当分の間、高等裁判所および地方裁判所に附設する。しかし、この条文は、将来、高等裁判所または地方裁判所の設置を妨げるものと解してはならない（参照、第一七〇条）。

地方裁判所の専門部および高等裁判所のそれは原則として一番および二審の事実審であり、最高裁判所は上告審である。この基本的な三審制は、一方で、控訴の制限（控訴受理の導入）によって、他方で、多種多様な特別

法による規定によって広範囲にわたって切り崩されている。

すべての都道府県は少なくとも一つの地方裁判所を設置しなければならない。

司法救済のために、日本国内における審級制度を统一的に整備することが必要である。二つの事実審と一つの上告審による三段階の構造が適切であるとされ、そのため、三段階の構造が原則として行政裁判権についても承継されるものとする。

行政事件訴訟法は、統一のために無条件に必要な規定だけにとどめられている。

裁判所所在地の外に地方裁判所、高等裁判所の巡回部を設置する可能性は、司法救済のために望ましいと思われる。このようにして、行政裁判権においては、権利保護を本質的に強化する居住区に近い裁判は達成され得る。しかも、それによって裁判機関全体のコストが受忍されなければならないことにはならない。

#### 第五条 (専門部の設置と廃止)

この条文は、行政裁判権の組織を形式的意味での法律によって設置することを定める。高等裁判所または地方裁判所がそれぞれその行政裁判権のために法廷所在地外に巡回の法廷を開催してもよい(第五号)。

#### 第六条 (地方裁判所に属する部の構成)

この条文は、行政裁判権のある専門部(第四条)の人員構成を規定するとともに、その専門部がひとつの裁判所に複数ある場合における裁判長等の構成についても規定する。地方裁判所および高等裁判所に属する各専門部は、三人の職業裁判官(第一条ないし第二条)——行政事件訴訟法では「裁判官」という。——と二人の市民裁判員(第一三条以下)で構成して裁判をする。この法律は裁判官と市民裁判員を区別している。地方裁判所の専門部は、職務上の監督(第三八条)をする部長を有する。市民裁判員は、単独裁判官として活動できない。

行政裁判権のある専門部の構成について、草案は従来の一九九八年ドイツ行政裁判所法の規定に倣った。第一

審における市民裁判員の関与は実務において適切であると実証されており、そしてその合目的性はここでも一般的に承認されている。裁判官の全体数、および職業裁判官と市民裁判員の割合に関して意見が相違している。二人の職業裁判官と三人の市民裁判官からなる人員構成は、以下のような事実を正当に評価していない。つまり行政事件の裁判においてしばしば難しい法律問題が問題となっているという事実および二人だけの職業裁判官からなる構成の場合には法律問題の裁判における過半数は裁判長の意見に依存しているという事実を正当に評価していない。最後に、市民裁判員の関与を得られずに下される裁判の場合、多数派を形成することは不可能になるだろう。職業裁判官二人および市民裁判官一人による構成もまた合目的ではない。その際、一人の市民裁判官は職業裁判官（複数）に対し常に敗北感を感じ、その結果、市民裁判官がまさに特別に強い性格の持ち主でない場合、その者の関与は形式的なものになり下がるといった心理的要因もまた、ここではさらに考慮しなければならぬ。ここで規定されている人員構成は、素人の要素を十分に活かしている。他方、このような構成は純粹の法律問題に関して、そして口頭弁論を経ない決定、および市民裁判員の関与をえられずに下される簡易判決（第八条）に際して真の合議裁判を保障している。

口頭弁論外においておよび簡易判決に際して市民裁判員が関与することは、客観的に必要ではない。市民裁判員が関与すれば、単に訴訟を長引かせる結果になるだけで、手続に不必要にコストをかけるものとなる。

#### 第七条（単独裁判官）

この条文は、専門部に、そのメンバーの一人に単独裁判官として法的紛争の解決を委託する権限を一般的に与えている。ただし、その法的紛争が「事実の点でも法律の点でも単純で」あり、かつ、「重要な意義もない」場合に、限る。

高等裁判所においてではなく、地方裁判所の専門部における第一審手続には、一部、単独裁判官システムが妥

当している。

第七条による単独裁判官は、専門部または裁判長の委託による第八一条または第九三条第二項による受託裁判官の場合と異なり、独立して専門部および裁判長に代わるものである。ただし、その前提要件は、その専門部が一般的に管轄権を有することである。

第七条は、裁判所の負担軽減および手続の迅速化をその目的とする。

第八条 「高等裁判所に属する部の構成」

この条文は、高等裁判所に属する専門部の人員構成に関して、第六条に対応する規定である。

市民裁判員の関与は、高等裁判所においても、必要ではある。なぜならば、高等裁判所の裁判は、純粋な法律問題とならんで事実問題をもその対象としているからである。三人の人員で構成されている地方裁判所に比べて、高等裁判所の権威を維持するために、そして市民の司法参加を実現するために、裁判官三人と市民裁判官二人による構成は高等裁判所が裁判官三人により従来構成されていることよりも好ましいとしなければならぬ。さらに、広範囲にわたり法典化されていない行政法の分野において、法の発見と事実の確認が——多くの事件については、高等裁判所がこれから先も終審であり続けるだろう。——難しいことを考慮すれば、このような構成は必要である。

第九条 「司法共助および行政共助」

この条文は、相互に司法共助および行政共助をなすべき裁判所と行政庁の一般的義務を定めている。司法共助とは、訴訟裁判所（A）の委託により、行政裁判権またはその他の裁判部門の別な裁判所（B）に係属する裁判手続において、その別な裁判所（B）による裁判官の職務行為の着手をいう（いわゆる裁判所共助）。受命裁判所（B）の管轄区域に居住する証人の尋問（第九五条）がその例である。行政共助とは、訴訟裁判所（A）の職務行

為を支援するため行政庁によるその他の行為の着手をいう。例えば、情報の提供、法廷外での弁論のための部屋の提供。

司法共助および行政共助は、受命裁判所または行政庁の相応の権限を前提としている。第九条自体は、受命機関に対する授權を定めていない。受命機関は、むしろ、原則として、その機関の通常の権限の枠内においてのみ活動することができる。行政庁の行政共助の特別なケースは、第九六条および第一六七条以下において規定されている。行政裁判所は証拠収集の枠内において行政庁から情報をも入手することができる（第九六条）。これに対し、証人の尋問など証拠収集を行政庁に請い求めることはできない。

## 第二章 裁判官

第二〇条（本務裁判官・終身任命）から第二二条（判事補・受託裁判官の関与）までに関して

原則として裁判官は専業で終身で任命されなければならない。まずこのことによつて、裁判官の独立を保障する憲法第七六条第三項が第一〇条から第一二条までに適用可能となる。

しかし、同時に、行政裁判権に関して兼務裁判官または判事補を投入する可能性もまた規定しておかねばならない。なぜならば、特に現在、行政裁判官についての需要が、適当な人材が不足しているがゆえに満たされ得ていないからである。さらに、兼務裁判官を任命する可能性によつてのみ、特別な専門家を行政裁判権に役立てることが可能となる場合が少なくない。従つて、特に民事法に関して優れた知識を持つ裁判官、一般行政法から若干離れている他分野の知識を持つ裁判官が行政裁判所に参加することは、それぞれの法素材が密接に関連し合っていることを考慮すれば、非常に適切であることが頻繁にある。兼務裁判官制度は、裁判官の独立の原則をなし崩しにすることを決して意味してはいない。なぜならば、草案によれば、他の裁判所の終身任命された裁判官あ



るいは公法学の教授のみを任命することが許されているからである。裁判官については、その独立は憲法第七六条第三項に従い、既にそれ自体保障されている。そして、その法の見解により嫌われるかもしれない兼務裁判官と公法学教授を恣意的に罷免できないという限りにおいて、兼務裁判官の独立をも保障するために、兼務裁判官と公法学教授は、最初から一定の期間少なくとも二年間は任命しなければならないことを規定したのである。

判事補を利用することは、確かに、まさに行政事件の場合、判事補が實際上独立性を欠くがゆえに望ましくない。それにもかかわらず、判事補の利用は、以下の理由から不可避なことである。第一に、裁判所においては、その性質上一時的なものでしかない特別な処理案件が時折が舞い込むことがあることである。行政裁判が大きな成果を上げ、広く公衆から信頼を勝ち取ることを望むならば、行政裁判権のある裁判所に係属している訴訟手続がごく短期間で遂行されることは必然的な要請である。しかし、他方、一時的に生じる異例な処理案件がゆえの追加的に必要な人員のために、それに応じた人事計画を創設すること、および、そのため、裁判官を罷免したり転任させることができないゆえに長期にわたり予算に負担をかけることは、国の財政難に際し、適切ではない。このような場合、判事補制度は適切な回避手段となる。

その上、判事補制度はまた、後継者を選任する上で適切な方法である。公法において法の発見が困難であることから、行政裁判官を慎重に選抜することは、特に必要である。行政裁判権のある部に任命される見込みの法律家を最初に判事補として使用することにより、法律家の適性は極めて確実に審査することができ、その結果、人事計画における誤った任命は十分に排除されることになる。

判事補は憲法第七八条第一文の特権を有していないから、判事補の任命について裁判官独立の原則が無に帰さないために配慮がなされなければならない。その際、特別の補償手当てが当初より全ての雇用期間分確定されないなければならない。それに加えて、判事補は兼務裁判官と同様に法廷の長になることはできず、そして最後

に、一つの法廷に複数の判事補または兼務裁判官が所属することはできないことが、規定されている。

その主要な目的は、行政裁判権のある部を専門的に特化して設置することでなければならない。

#### 第二〇条〔本務裁判官・終身任命〕

この規定は、行政裁判権の裁判官が原則として終身任命の裁判官として任命され、そしてその他の裁判官は第一条および第一二条に従ってのみ任用されうることを定める。さらに、裁判所の独立性を保障するため、裁判所は原則として本務の「終身で」任命された裁判官で構成されなければならない（ただし、裁判所法第五〇条）。ただし、この法律が別段の定めを置いている場合は、この限りでない。第一条により地方裁判所および高等裁判所における兼務裁判官、第一二条により地方裁判所における判事補および受託裁判官がその例である。

この規定は、第六条第一項に規定する裁判官にのみ適用され、市民裁判員には適用されない。

多くの、憲法第七六条第三項に該当する裁判官ができるだけ裁判所に協力するとき、裁判所の独立性は最も完全に保障されている。

第一〇条違反は、法律に従って判決裁判所を構成していないことを理由に、第一三九条第一号による上告および第一五三条第二項による再審の訴えを根拠づける。

#### 第一一条〔兼務裁判官〕

兼務裁判官とは、行政裁判権のある専門部に本務裁判官として任命されていない裁判官をいう。兼務裁判官の投入によって、本務裁判官の一時的な不足が計算に入れられていると同時に、特別な法分野の専門家（適格行政法教授）の投入が考慮に入れられている。

#### 第二二条〔判事補・受託裁判官〕

高等裁判所および最高裁判所でなく、地方裁判所の専門部に限って、判事補および受託裁判官を用いることが

できる。判事補および受託裁判官の投入については、第一条に関する解説を準用する。

第七条第一項第二文によれば、判事補は、任命後五年以内には単独裁判官になることはできない。

### 第三章 市民裁判員

#### 第一条 (法的地位) から第二六条 (過料) に関して

市民裁判員は、裁判官の権利義務すべてを有する。市民裁判員の法的地位、選任方法、資格等に関する規定は、本質的に、参審裁判官に関するドイツ裁判所法第二八条以下を模倣している。草案によれば、立法機関の構成員、官吏、行政庁職員、他の裁判所の裁判官、弁護士、および他人の法律問題を処理相談することを許可されているその他の者は、市民裁判員になることはできない。このことは、利益相反および義務の抵触を回避するため、および素人による参加に関して正しく理解された意味からもまた、必要である。これに対し、自治体における代表機関の構成員をも排除することは、できないように思われる。なぜならば、このことにより、その人柄の点で素人裁判官に特に適する者のうち、あまりに多くのものが排除されることになるであろうからである。

#### 第三条 (法的地位)

この条文は、第六条第三項、第八条第三項と一緒にあって、行政専門部の裁判への市民裁判員の関与を規定している。

市民裁判員についても、職業裁判官と同様に、憲法第七六条第三項および第七八条の独立保障が適用される(参照、第二条)。それ故、市民裁判員は、特定の就任期間を有していなければならず、そしてそれ以前の解任および配転から保護されなければならない。市民裁判員は原則として、その職務の遂行上、職業裁判官(第六条第一項)と同一の権利を有する。とくに、票決権および発問権の行使(第九九条第二項)等に関してそうである。

また、職業裁判官と同様に、市民裁判員は、その裁判官としての活動に従事するとき独立して、かつ、その良しおよび憲法と法律にのみ服する（憲法第七六条第三項、この法律の第二条）。

しかし、市民裁判員は裁判長を主宰することはできず、また受託裁判官または受命裁判官としても活動できず、そして口頭弁論を経ない決定および略式判決にも関与できない（第六条第三項第二文）。また、市民裁判員は判決文の作成にも関与しないし、これに署名もしない（第一一五条第一項第三文）。

市民裁判員の義務は、所定の日時に法廷に在廷する義務（第二六条第一項）を除いて、この法律に詳細に規定していない。しかし、市民裁判員には、原則として、職業裁判官の場合と同じ義務、とくに評議守秘義務、裁判官職にふさわしい行動（職務外を含む。）の義務、不偏不党の義務が妥当する。

#### 第一四条 【要件】

第一四条から第一六条までの規定は、市民裁判員としての招聘の人的要件を定めている。

必要要件（第一四条第一文）の欠如またはその後発的欠落は、それにもかかわらず、自動的に次の効果を生じるわけではない。すなわち、当該市民裁判員を職務に招聘したことが無効になること、その結果、裁判所が第一三九条第一号、第一五三条および民事訴訟法第三三八条第一項第一号の意味における法律に従って判決裁判所を構成していなかったこと、とはならない。この効果は、当該市民裁判員が高等裁判所の決定で第一八条によりその職務を解任されたのち、裁判所がおこなうそれ以降の行為について、生じる。

任意規定（第一四条第二文）の違反は、訴訟法上効果を生じないし、そして、第一八条による解任の理由にもならない。

#### 第一五条 【除斥事由】

第一五条第一号ないし第三号の除斥理由は、裁判所法第四六条（任命の欠格事由）に掲げられた事由に類似す

る。除斥事由は、不適格な者を裁判官職から遠ざけることをその目的とする。列挙事由は限定されている。

#### 第二六条〔障害事由〕

この条文は、市民裁判員の招聘に差し支えとなる障害事由を規定している。第一六条の各障害事由(第二号を除く)は、権力分立の原則を考慮に入れており、そしてとりわけ裁判所の独立性の確保に資している。同時に、障害事由は、利害関係人について、利益の相剋および義務の相剋を回避し、そして市民裁判員が行政機関の利益を代弁するといった疑念から専門部を保護することをその目的とする。

列挙事由は限定されている。市民裁判員職にその者が招聘された時に、人的グループのひとつに属する者だけが、障害事由に該当する。したがって、元裁判官または退職後の公務員および軍人は、障害事由に該当しない。

#### 第二七条〔拒否事由〕

第二七条により市民裁判員への招聘の拒否を正当化する理由は、その者の特別な個人的事情の斟酌に資する。

その他の理由から、市民裁判員の職が市民として拒否することはできない。行政裁判権以外の裁判所で市民裁判員として活動した者に、第一項第二文を類推適用することもまた、できない。しかし、苛酷な事情がある場合には、場合によっては、第一七条第二項による免除または第一八条第二項による解任が考えられる。

第二項に規定する特別な苛酷な事情が存するか否かを判断するに当たって、厳格な基準が適用されなければならない。特別な疾患、過大な職業上の負担、目を離せない子供がその例である。

#### 第二八条〔解任〕

この条文は、第一四条から第一六条までの規定による除斥事由、障害事由および拒否事由に関する規定を、その他のケースにつき補完している。この条文は、法的安定性のため、利害関係者の権利の保障のため、しかしまた法律で定める裁判官(憲法第七九条第一項)を求める当事者(第五五条)の権利の保障のためにも、市民裁判員

の解任はあらゆる場合に高等裁判所に属する専門部の決定によつてのみおこなうことができる。これによつて、市民裁判員の独立性もまた同時に確保される。

#### 第十九条〔選任〕

第十九条ないし第二三条までの規定において、市民裁判員は選任委員会（第二〇条）による選任によつてその職に招聘される（第二三条）。就任期間は二年である。その期間は選任と同時に始まり、そして、この期間の経過まで改選がおこなわれなかつたとき、その改選の時にはじめて終了する（第二三条第二項）。

#### 第二〇条〔選任委員会〕

この条文は、市民裁判員の選任のための選任委員会の活動と構成を規定している。選任委員会は、選任合議体として、候補者名簿（第二二条）から市民裁判員の選択をおこなう。この候補者名簿は市町村が作成する。選任委員会には、その他の任務は課されない。

#### 第二一条〔市民裁判員の員数〕

この条文は、選任されるべき市民裁判員の員数の規定について、一般的ガイドラインのみを定めている。

#### 第二二条〔候補者名簿〕

この条文は、候補者名簿の作成を規定している。

#### 第二三条〔選任手続〕

選任委員会による選任は、市民裁判員としての法的地位を直接に根拠づける。正規の市民裁判員と、予備名簿のためにのみ予定されている市民裁判員とのあいだで選ぶときの相違は、許されない。なぜなら、予備名簿の作成は、幹部会の仕事だからである（第二四条第二項）。

候補者を選びだすに当たつて、選任委員会は羈束裁量により決定する。他事考慮、とくに政治的または経済的

な類の考慮もまた、許されず、そしてそのような選択は瑕疵を帯びることとなる。

#### 第二四条 「招集順序と予備名簿」

市民裁判員を法廷に招集する順序の確定は、裁判所の自治行政の枠内でおこなわれる。

各部への配慮は、関係者の特別な専門知識を考慮して、おこなうことができる。法廷への招集はあらかじめ幹部会の決定で定められそして運営することが、必要である。その場合において、特定ケースを考えに入れて、個々の裁判官の招集をできるようにする人為的操作は、排除されている。また、特定の市民裁判員の口頭弁論のルーティンな参加を計算に入れて、特定のケースを待ち受けることも、許されない。

#### 第二五条 「補償手当」

市民裁判員および第二〇条による選任委員会の委託委員は、特別職としての俸給を受領しないが、しかし、「市民裁判員の補償手当に関する法律」に基づいて、時間消費、交通費等に対する補償手当てを受領する。

#### 第二六条 「過料」

この条文は、市民裁判員に対し、一定の要件のもとで広義での秩序罰として過料を課す権限などを専門部の裁判官に与えている。

#### 第二七条 「高等裁判所での市民裁判員」

この条文は、第一三条から第二六条までの規定を、高等裁判所での市民裁判員に準用する。市民裁判員が高等裁判所に属する専門部での裁判にも関与することが、重要である。

#### 第四章 行政事件の分配および管轄

#### 第二八条の前注に関して

## 1 総説

行政裁判権のある専門部は、その権利救済の途（分配事件）に関する管轄（第二八条）の枠内においてのみ権利保護を保障する。この専門部は、裁判所が訴え（第七五条）または申立て（例えば、第三八条、第三九条、第七二条第五項、第二二条による申立て、またはその他の規定による申立て）によって提起をうけるとときに限って、権利保護を保障する。訴えは、独立の決定手続の場合には申立ては、行政裁判権のある専門部が一般的に活動する（活動しうる）ための前提要件である。訴えは、同時に、裁判所に要求した権利保護の目標、種類および範囲を規定し、そしてこれにより訴訟物を特定する。裁判所はこの訴訟物について判決（第一〇四条）または決定（第一二〇条、例えば第七二条第五項による決定）で裁判しなければならぬ。

訴えないし申立ての成果（勝訴）のための前提要件は、

一に、訴え（ないし申立て）が適法であること、すなわち、裁判所の本案裁判に必要な訴訟要件が裁判の時点で具備していること、

二に、訴え（ないし申立て）が理由づけられていること、すなわち口頭弁論ないし書面手続（第九八条第二項）に基づき裁判所によって確定された事実関係（第一〇五条）が、現行法により当該主張にかかる請求を肯定することとなる前提要件を具備することである。

2 訴えないし申立ての種類と判決

### 2-1 総説

第二八条は行政権利救済の途を一般的にすべての公法上の争訟について開いているにもかかわらず、行政裁判権のある専門部は、特定の訴えの種類ないし申立ての種類枠内において権利保護を保障している。これらの類型がまたそれぞれ特定の判決の形式または決定の類型を割り当てている。特定の手続類型の適格性は、たしかに、



行政裁判上の概括条項(第二八条)に基づいて、そして憲法第三二一条の権利保護保障を考慮して原則としてももはやなんら適法要件でないが、しかし各個の訴訟要件に影響を与える。行政事件訴訟法自体は、行政専門部に於いて許される訴えまたは申立てを規定しているが、そのための詳細で重要な必要要件を完璧にもれなく規定しているわけではない。

明文の規定がなくかつ行政裁判上の権利保護の特殊性が障害とならない限り、経過規定(第一七一条)により裁判所法および民事訴訟法並びに補充的に訴訟法の一般原則が適用される。

訴えの類型にとって最も重要なのは、最終口頭弁論においてなされている訴えの申立て(ないしはこの時点において第八四条により特定される訴えの請求)である。その限りにおいて、たとえ訴えの請求が討議の後をはじめ変更されたときでも、その前におこなわれていたことは、取るに足りない。

行政裁判権のある専門部における訴えないし申立てとして、とくに次に掲げる類型が考えられる。

- 一 取消の訴え(第三二条、第一一条第一項)
- 二 義務づけの訴え(第三二条、第一一条第五項)
- 三 一般的給付の訴えないし不作為の訴え(第三三条第二項、第一〇九条、第一一条第三項および第一六七条第二項において言及されない前提とされている。)
- 四 確認の訴え(第三三条)
- 五 内部行為統制の訴え(内部行為統制の申立。第三八条)
- 六 規範統制の訴え(規範統制の申立。第三九条)
- 七 計画策定統制の訴え(計画策定統制の申立。第四〇条)
- 八 第七二条第五項による仮の権利保護を求める申立て、行政行為等の執行の停止を求める申立て

九 仮処分命令を求める申立て（第二二一条）

十 執行手続における特別な法的救済、とくに執行予防の訴え（第一六五条第一項、民事執行法）、第三者異議の訴え（異議の訴え、第一六五条第一項、民事執行法）

行政事件訴訟法自体において少なくとも言及されまたは第一七一条經由の民事訴訟法等の準用に基つき許されている訴訟類型以外の訴訟類型および法的救済並びにその他の法的救済は、法律によってのみ導入されうるのであつて、これに対し条例によっては導入されえない。

## 2-1-2 行政法上の機関争訟

公法上の法人関係から生じる機関の権利義務について、公法上の法人（市町村、国公立大学その他の公法上の法人）の機関相互間の争訟には、特別な訴えの類型はない。

ここでの訴訟法上の特殊性は、そのような争訟の当事者が機関または機関の一部だけであるという事実から、生じるにすぎない。機関争訟の場合にも、機関および独立の権利主体は、個々の機関の権利だけを主張することができる。したがつて、形式的小および実質的にルールに従つた決定を求める構成員の一般的請求権は存しない。主観的権利を侵害してなされた決定が違法であることの、確認を求める請求権が、ここでいう「権利」である。

判例または学説において、ここで主張する見解に反対して、前記のような機関訴訟が特別な訴えの類型として承認される場合において、機関訴訟が取消の訴えと類似して、問題のある行為、とくに決定、命令等の取消にも向けられるのか、または所轄機関が当該行為の取消もしくは変更または置き換えるべき義務を課すかあるいは特定の内容の行為を着手すべき義務を課すか、さらにまた羈束裁量により着手されるべき行為をなすべしと義務を課すことを求めるにとどまるのかは、争われている。

機関行為を行政行為として性質決定するかどうかの論争とは別に、本案の解決後はいずれにせよ、その行為な

いしその不作為が違法であったこと、および原告の権利を侵害したことの確認を求める訴えは、第三三条によりまたは第一一条第一項第四文を類推適用すると、承認されなければならない。

問題の（機関）行為が行政行為と性質決定される場合、取消の訴えまたは義務づけの訴えがここでも必要な訴訟類型である。この機関行為は、第三二条第二項にいう権利（組織法上の権利、および機関の機能上の利益を擁護するためその者に賦与されている権限を含む。）を侵害している場合、この機関行為は行政行為と性質決定されうる。そうではなく、行政行為と性質決定されない場合、一般的給付の訴え、またはこれが考えられないときは、第三三条による一般的確認の訴えが必要な訴訟類型である。

### 3 特別な手続類型

民事訴訟法と対照的に、行政事件訴訟法には、特別な専門分野について一般訴訟手続規定を特別な規定に置き替える、そうした特別な手続類型はない。しかし、行政事件訴訟法によっても、判決手続および第一二〇条による決定手続、さらに第七八条による簡易手続（略式判決）が区別される。通常の判決手続や決定手続とくらべての特殊性は、第七二条および第一二一条による独立の決定手続、第三八条による内部行為統制手続、第三九条による規範統制手続、さらに多数当事者手続にもみられる。

### 4 訴訟要件および訴訟行為要件

#### 4-1 訴訟要件

訴えまたは申立てが適法であるときに限り、すなわち行政事件訴訟法に基づきそのために定められている本案判決の前提要件（訴訟要件）が具備するときに限り、裁判所は、原告による権利保護の請求の範囲内で、判決または決定で本案裁判をすることができる。訴訟要件はつねに職権によりかついかなる手続の段階でも審査しなければならない。その確認に当たり、裁判所は当事者の主張事実にも当事者の法的外見解にも拘束されない。適法性

の問題に答えるのが難しいが、主張に係る請求の理由の有無が明白である場合にも、適法性の問題を原則として不問にしておいてはならない。適法性をあらかじめ審査する必要性はとくに、さもなければ既判力の範囲が不明のままとなることから、明らかになる。前述の原則に対し反する場合、本案裁判は既判力を生じる、したがって事件に関する説示は述べられていないものとみなされなければならない。

訴訟要件は原則としていずれにせよ最終口頭弁論の時点で、具備されていなければならない。はじめ欠けていた訴訟要件が、最終口頭弁論の時までに追完ないし治癒されうる。他方、法律に別段の定めがない場合または明文をもって許されている場合、訴えの適法要件はいずれにせよ最終口頭弁論の時点でも(なお)存在しなければならず、あるいは口頭弁論を経ない裁判にあつては、申立ての提起の(できるだけ遅い)時点において存在しなければならぬ。

#### 4-2 例外

本案に関して判決または決定以外の態様で手続が終了するとき限り、すなわち訴えの取下げ(第八八条)、和解(第一〇八条)、全会一致による本案解決の宣言(第一六〇条第二項)により手続が終了するとき、訴訟要件の存在は原則としてもはや審査されない。

#### 4-3 訴訟行為要件

訴訟行為要件とは、手続全体にかかわらない要件であるが、しかし、裁判所または当事者(第五五条)の特定の行為が訴訟法上適法であるために具備されなければならない前提要件である。手続の中止、出訴期間の経過に対する原状回復(第五二条)、第三者の訴訟参加(第五七条)、訴えの取下げ(第八八条)、訴えの変更、上訴の取下げ(第二二六条)、第八〇条第二項による証拠申立がその例である。

4-4 訴訟要件ないし訴訟行為要件の確認については、法律に別段の定めがある場合(例えば第五二条第二項

第二文による原状回復についての疎明) または問題となつてゐる手続の性質から明らかになる場合を除いて、裁判所の調査義務(第八〇条第一項) および証拠評価ないし客観的立証責任(第一〇五条) に関する一般原則が妥当する。

5 各個の訴訟要件

5-1 行政事件訴訟においては、次に掲げる訴訟要件が裁判所の裁判の時点で具備されていなければならない。その審査に当たつて、次の順序が勧められる。

一 手続法に適合する訴えの提起または申立ての提起(第七五条、第七六条)

二 日本の裁判権

三 行政事件の分配の適法性(権利救済の途。第二八条、第二九条、第三〇条)

四 訴訟類型の適合性(取消の訴え、義務づけの訴え、給付の訴え、形成の訴えまたは確認の訴え並びに内部行為統制の訴え、規範統制の訴え、仮の権利保護を求める申立)

五 裁判所の事物管轄、土地管轄および審級管轄(第三六条以下)

六 当事者能力(第五三条)

七 訴訟能力、訴訟代理および補佐能力(第五四条)

八 原告適格(第三二条第二項)

九 (受動的) 訴訟遂行権(第七〇条)

十 権利保護の必要性(権利保護の利益、狭義の訴えの利益)

十一 別訴で訴訟係属していないことおよび当該訴訟物について既判力の生じた裁判の不存在

十二 不服申立前置手続(第六一条以下) または第六八条による訴えの適法性

十三 出訴期間(第六七条以下)

5-1-2 訴訟要件の審査の順序

この順序は争われているが、決して法律上強制されているわけではない。

6 権利保護の必要性

権利保護の必要性(権利保護利益、狭義の訴えの利益)の概念によつて、裁判所に提起された権利保護手続によつて、権利保護に値する利益を請求する者のみが、裁判所の本案を求める請求権を有すること、およびこのような利益のないときに当該訴訟上の請求が不適法として却下されなければならないことが、表現されている。権利保護の必要性(狭義の訴えの利益)が行政事件訴訟法において言及されていないにもかかわらず権利保護の必要性(狭義の訴えの利益)があらゆる手続類型についての一般的訴訟要件のひとつであるとしては、見解が一致している。権利保護の必要性は、訴訟法にも妥当している信義則の要請(民法第一条第二項)、訴訟上の権利の濫用の禁止(憲法第一二条、民法第一条第三項)、並びに裁判所にも妥当している国家活動の実効性の原則から、導きだされる。権利保護の必要性の要件は、一般的に、あらゆる訴訟類型並びに例えば、第三八条、第三九条、第七二条第五項第七項、第七三条第三項、第二二一条による、独立の申立手続におけるあらゆる申立てを妥当する。権利保護の必要性は概念上権利保護に結びついており、したがって、主観的権利の保護に資する手続を第一次にその対象として限定している。かくして、客観的統制手続として構成されている手続では、権利保護の必要性ははたらかない。しかし、第三八条および第三九条による、主観的統制手続として構成されている手続では、権利保護の必要性は重要である。主観的統制手続の提起の適法性についても原告の権利侵害が必要である。これを主観的統制利益と呼ぶことができる。第三八条、第三九条による構想全体を考慮すると、主観的統制利益は、広義の権利保護の必要性の亜種であり、この権利保護の必要性はとくに狭義の訴えの利益から画されなければならない

ない。

## 第二八条〔事件の分配〕

第二八条以下は、第四五条第一項第四号とあいまって、次のことから確実に保護している。一に、原告が裁判所による権利保護を享受することなく放置されること、二に、相異なる裁判部門（行政裁判権、通常裁判権）のある裁判所がいずれも管轄なしと思量すること（いわゆる消極的権限争議）、および三に、相異なる裁判部門の二以上の裁判所が相互に自己の管轄権を肯定し、しかも本案について、相異なる結論をもって裁判をしないこと（積極的権限争議）。

第七七条の引用規定により、第二八条以下の規定が、事物管轄、土地管轄および審級管轄並びにある行政専門部から別な行政専門部への移送に関する行政専門部の裁判にも準用される。

これに対し、第二八条以下は、とくに第七二条第五項および第六項、第七三条第三項、第一二一条による独立の申立手続には適用されないし、また類推適用されない。

第一六四条の訴訟上の救助手続にも、第二八条以下の規定は適用されない。事件の不適法な裁判所への申立ては、不適法として却下されなければならない。第三八条による内部行為統制手続および第三九条による規範統制手続について、すくなくとも第二九条および第三一条は適用できない。なぜなら、これらの手続を知っているのは行政事件訴訟法だけであるから。

## 第二九条〔事件の分配についての裁判〕

事件分配の適法性は、訴訟要件として職権により第一審で審査されなければならない。この適法性については決定で裁判をしなければならない。

一受訴裁判所が第二九条第二項第一文により事件分配の適法性を否定し、かつ、別の裁判部門の裁判所にその法

的紛争を移送するとき、それ以上の事件の分配はもはや排斥される。裁判所は、第二九条第三項において、本案とは別に、中間手続をすすめることができる。この中間手続は、裁判所が中間手続を合目的と思量するときまたは一人の当事者が事件分配の適法性を責問するとき、事件分配の適法性が本案裁判に先立ち、終局的に決定によって解明することを、その目的とする。

### 第三〇条（行政事件の分配）

第三〇条は、行政権利救済の途、すなわち、行政裁判権のある専門部への提訴の可能性を開き、行政事件の分配を定めている。憲法上の争訟を除くすべての公法上の争訟（行政事件）について、他の裁判所の管轄権が法律で定められている場合を除いて、第三〇条は、行政裁判権のある専門部への行政事件の分配を定めている（行政訴訟上の概括条項）。

行政事件の分配の適法性は、行政裁判におけるあらゆる訴えおよび独立の申立手続によるあらゆる申立てによって、行政裁判の必要的訴訟要件のひとつである。この要件は、裁判所の職権により斟酌されなければならない。しかし、この要件が具備していないとき、訴えを原則として訴訟判決によって却下すべきでない。むしろ、提訴された権利救済の途が決定で不適法である旨を宣言し、そしてその法的紛争は適法な事件分配に基づく管轄裁判所に移送されなければならない。その限りにおいて、事件分配の不適法は、通例、訴えの不適法につながる。裁判所は第二九条第二項によりあらかじめ事件分配の適法性を確定することができる。裁判所は、当事者が行政事件の分配の適法性を責問するとき、まず、事件分配の適法性を裁判しなければならない。

事件の分配の下で、独立かつ解任できない裁判官で構成されており、かつ、手続の法的保障を整備した裁判所への分配が理解されなければならない。行政事件の分配とは権利保護のため行政裁判権のある裁判所（第四条）への分配を意味する。行政事件訴訟法は、特定の訴訟類型に限定することなく（第三二条）、行政事件について



すべて（法律に別段の定めがある場合を除いて）行政事件の分配を認めている。行政事件について一般に権利保護の機会が開かれている場合、行政事件の分配が保障されている。このようにして、第三〇条は公法の分野について、憲法第三二条が求めておりかつ保障している権利保護を充たしている。

事件分配に関する規定は、すべての訴訟手続、したがって第七二条第五項および第一二一条による仮の権利保護の保障、ならびに執行（第一六五条）にも関係している。したがって、行政裁判上の執行から生じうる、請求権についても、行政事件の分配は保障されている。裁判所は、原告の陳述に基づきまたは職権により、行政事件の分配が認められているか否かを審査する。

請求の原因が複数ある場合、それらのうち一に関してのみ行政事件の分配が認められる場合には、それで十分である。

第三〇条の規定は複数の意義を有している。

行政権利救済の途は公法上の争訟すべてについて開かれている。それにより、一方では憲法第三二条が考慮されている。公権力の措置によってその権利を侵害された者は、行政専門部に申诉し得る。しかし、さらに、公権力の措置が存在するか否かを問わず、または、公権力一般が直接に紛争関係に関与しているか否かについては全く問わず、公法上の争訟すべてのために行政権利救済の途が開かれている。いわゆる当事者争訟についても、新しい行政事件訴訟法の中の規定に準じて、行政権利救済の途が一般的に開かれている。しかし、第三〇条は行政専門部の管轄から憲法争訟を除外している。なぜなら、憲法上の争訟は、特別裁判所（憲法裁判所または憲法裁判権のある専門部）に大部分ゆだねるべきであらうからである。

かくして、行政専門部に提起できないであろう公法上の争訟で、憲法上の争訟でないものは、別な裁判所の管轄権が明文による配分によって根拠づけられている場合を除いて、もはや考えられないことである。

さらに、第三〇条は、行政専門部における権利救済の途を他の権利救済の途と区分することで、裁判所法第三条第二項と対をなしている。憲法上の争訟ではない公法上の争訟は原則としてすべて行政専門部に配分されている。しかし、どのような場合にある紛争事件を公法上の争訟とみなさなければならぬかの問題に關しての詳細な規定を定めることは断念しなければならなかった。なぜならば、公法上の争訟についての概念はまだ十分に明確にされていないからである。この概念の明確化は依然として裁判例および法律学にゆだねられたままである。

行政専門部はあらゆる公法上の争訟に關して裁判の役割を任ぜられているとする原則に対する例外は、法的紛争が他の裁判所に既に配分されている場合あるいは配分されるであろう場合のみに認められる。この裁判所への配分は明文のものでなければならぬ。裁判所への配分は、法律または命令により、国の立法者により行われうる。

こうして、将来、民事裁判所がその管轄権を単に通常裁判所の伝統的な既得権からのみ求めること（いわゆる伝承による民事事件）は否定されるのである。裁判所法の公布時に適用した法の見解または問題となる事後の法律に關する見解に基づいてのみ、公法上の争訟である事件が通常裁判所により裁判されるべきとされた場合において、民事裁判所が公法上の争訟の裁判に關してもまた管轄権があると宣告したことは、行政裁判権がまだ十分に發展しておらず、その結果そのような争訟について裁判官による審理が全く認められなかつた限りにおいて、必要なことであつた。今や、行政裁判権が真正の裁判権に發展し、同等の価値を持つものとして民事裁判権と並んだ以上は、伝承による民事裁判所の管轄権を正当化する本質的根拠は認められない。それゆえ、裁判所、つまり行政専門部も民事裁判所も、自ら裁判を求められた事件が公法上の性質を有するかまたは民事法上の性質を有するか否かについて如何なる個別具体の事案についても職権探知することが必要である。審理の結果主張された請求が公法上のものと見なされなければならぬと判明すれば、たとえ従来この種の法的紛争が伝承により民事

事件として民事裁判所への請求とされていたとしても、行政専門部が管轄を有することになる。しかし、通説によっても当該争訟が民事法上のものと承認されなければならぬ場合には、たとえ当該主張された請求が公法関係と関連しているとしても、権利救済の途は依然として民事裁判所に開かれている。

### 第三条 (移送の効果、費用)

法的紛争の移送は、第三条第一項に定める効果をも生じる。この条文は、移送をうけた裁判所における訴えにとつて、その訴えが最初に提訴された裁判所に出訴期間に提起されたとき、その出訴期間の遵守があつたものとみなしている。

移送の効果は、移送する裁判(移送決定)が既判力を生じ、かつ、移送決定で示された裁判所へ裁判記録が到達したときはじめて、生じる。

### 第三条の前注に関して

第三条および第三条において取消の訴え、義務づけの訴え、および確認の訴えを明文で列挙することによって、確認の訴えのほかはこの種の形成の訴えのみが許され、そして行政裁判手続において給付の訴えが排除されるという逆推論を許さないため、草案は様々な訴えの類型を列挙する。

その際、形成の訴えおよび給付の訴えの概念がそのままただちに当然の如く存在するものとして考えられることもできたであろう。

作為、受忍または不作為を指摘している請求権はすべて給付の訴えによって訴追可能となる。義務づけの訴えによつても給付が、つまり行政行為の発給が要求されるから、その限りにおいて一つの制限がある。行政訴訟もまた財産請求権を実現するのに適しており、その結果、配分に基いて民事事件を行政専門部にゆだねることになら法治国上の疑念が存在しないということを明確にするため、給付の訴えが明文で以つて述べられている。もし、

給付の訴えに実効的価値を持たせるべきだとすると、この規定はさらに効果的な強制執行によって補われなければならない。これは第一六五条以下において行われている。

### 第三二条 「取消しの訴え・義務づけの訴え」

#### 1 総説

この条文は、高権行政の領域における支配服従関係・権力関係における権利保護を目的と解することもできないわけではないけれども、むしろ、行政実体法および行政手続法の領域における当事者間での、法律関係（権利義務関係）における権利保護のために、訴訟類型として、取消の訴えまたは義務づけの訴えを定めている。そして同時に第一項において、これらの訴えが行政行為に關係していなければならないという必要要件を規定している。その他に、裁判所により職権で審査されるべき訴訟要件としての当該主張された不服（権利保護の必要性、いわゆる狭義の訴えの利益）という必要要件を第二項で規定している。

権利救済の実効性を図るため、取消の訴えまたは義務づけの訴えは、権利を侵害された国民の権利保護に資する。

第二項による原告適格の要件によって、とくに「民衆訴訟」は排除されることとなる。

#### 2 取消の訴えの法的性質、対象および亜種

行政行為の除去を求めるのに用いる取消の訴えは、最も頻繁に扱われる訴えの類型である。

取消の訴えは、特殊な形成訴訟であり、裁判所判決による負担的行政行為の取消または変更をめざす形成訴訟の一種である。この取消の訴えによって、原告は、その者の権利を侵害した行政行為の（行政庁による）取消（撤回）を求める請求権を主張する。この請求権は、公法上の排除請求権の亜種である。

取消の訴えの対象は、行政行為である。この行政行為が有効であるかまたは無効であるかは、重要でない。第

三三条第二項第二文の文言、体系に照らし、裁判所は、無効な行政行為をも取消し、そしてこの無効を確認しない。

第三三条第二項第二文により、形成の訴えは、無効確認の訴えの適法性を排除しない場合、このことは次のことを意味する。無効な（まだ存続力の生じていない）行政行為についても、裁判所による形成すなわち、ここで考えられている取消（第二二一条第一項第一文）は許される。無効な行政行為の取消についての利益は、無効な行政行為によって創り出された法的外観に関して、存する。

取消の訴えの亜種またはこれと密接な関係のあるものに、次がある。

一 一部取消の訴え。これによって原告は行政行為の全部の取消ではなく、行政行為の一部だけの取消を要求する。一部取消の訴えはとくに違法な附款の場合に考えられる。

二 分離した取消の訴え。これは授益的行政行為の拒否に対し向けられる。

三 第三二条、第一二一条第四文による継続的確認の訴え。これにより、解決済みの行政行為の違法性が確認される。この訴えは、たしかに主文の点では確認の訴えである。それにもかかわらず、継続的確認の訴えは、法ドグマ的には、取消の訴えと特殊関連しており、そして取消の訴えに適用される条文を指向している。そのため、継続的確認の訴えはしばしば「手足の切断された取消の訴え」と呼ばれている。類似のことは、行政行為はたしかに解決されていないが、しかし権利侵害にかかわらず、実体法上の理由から、行政行為の取消を求める請求権が排除されているケース（事情判決など）について、第二二一条第四文を類推して肯定されうる確認の訴えに妥当する。

四 計画策定決定の違法性の確認およびこれの執行禁止 (Nichvollziehbarkeit) の確認を求める訴え。この訴えは、結局のところ、事柄の性質上たいていの場合行政行為の（解除条件付の）裁判所による取消になり、そし

ていずれにせよ取消の訴えに関するルールに従うこととなる。

五 執行結果排除請求権を簡易に主張しうる可能性が、取消の訴えについての第一一条第一項第二文で定められている。この可能性はたしかに給付の訴えに係っているが、しかしその適法要件に関しては大幅に、取消の訴えにつき適用されるルールに従っている。同じことは、第一一条第四項によれば、行政行為の取消とならんで、給付を求める、同規定に定められた訴訟上の権限について、あてはまる。

六 第一一条第二項による裁判。この裁判は、事柄の性質上、（取消の訴えにみられる）裁判所による確認をその内容としている。

### 3 義務づけの訴えの法的性質および対象

義務づけの訴えは給付の訴えの亜種であり、そして判決によって訴訟の相手方に対し拒否された申請にかかる行政行為を発給するように義務づけることまたは、不作為の行政行為を発給するように義務づけることをその目標としている。義務づけの訴えの対象は、場合によっては不服審査裁決であることもある。第一一条第五項に規定する職務行為の概念は、内容上は行政行為に同じである。拒否する行政行為および不服審査裁決が先行している限りにおいて、義務づけの訴えはつねに、行政行為および不服審査裁決の取消を求める申立てをも同時に含んでいる。

行政行為を発給するように行政庁の義務づけが訴えをもって求められるときはつねに、義務づけの訴えは必要的訴訟類型である。

義務づけの訴えは取消の訴えと対をなす。公権力に対する権利保護は義務づけの訴えによって完全なものに仕上げられる。

原告が行政庁の作為すること一般のみを求める請求権を有するという事案、つまり、原告が例えば一つの決定

を受けなければならぬという事案も、原告の請求権が特定の態様で活動することを目指している事案、例えば具体的許可の賦与を旨している事案も、義務づけの訴えはその対象としている。後者は前者を含む。いかなる請求権が個別具体の事例で存在するかは、実体法に従って決まる。

#### 4 取消の訴えまたは義務づけの訴えと一般的給付の訴えとの関係

取消の訴えまたは義務づけの訴えは、高権行政の領域においては、行政庁が訴えの請求後に行政行為によってなすべき規律または行政行為と法的紛争が関係しているときかつその限りにおいて、原則としてその他の訴訟類型とくに一般的給付の訴えをも排斥する。

取消の訴えと義務づけの訴えは、既に強調したように、相互に補完しあう。このことは、例えば許可の賦与を求め申請が拒否される時、最もよく示される。拒否決定は、不利益な行政行為であり、したがって、取消の訴えによって除去されうる。しかしながら、たとえ原告がこの取消の訴えによって勝訴した場合でも、彼は最初に求めた目標を決してまだ達成していない。なぜなら、彼は当該拒否決定の発給前よりもその立場がよくなっていないからである。かれの目標を達成するためには、原告は、それに加えて、行政庁が今や彼に対し実際に当該許可を与える義務を負っていると宣言されるという申立で以って、義務づけ訴えを提起できなければならない。

それにも拘わらず、取消の訴えと義務づけの訴えはその本質上区別される。取消の訴えは目指す効果を判決によって法律上もたらす。それは形成の訴えであり、したがって費用の問題を除いて、執行できない。これに対して、義務づけの訴えは給付の訴えの亜種であり、そして、それに応じて、その判決においては、事後行態についての命令のみを言い渡す。実現するためには、さらに作為することが必要であり、これは場合によっては強制執行の方法で強制されねばならない。

第三二条の文言は、意図的にそのような形式的訴権 (formelle Klagerrecht) のみに制限している規定とは異なっている。このことは、民衆訴訟と境界づけている第二項にも当てはまる。「主張」はここでは訴えの適法性の意味においてのみ理解され得る。原告が実際に不利益を受けているか否かは、訴えの理由の存否の問題である。

## 5 行政裁量

特に、この関連において、以下の点を指摘しておかねばならない。

第三二条の文言により、行政事件訴訟法は、いつ訴えが理由づけられるのかという問題をここでは放置している。なぜなら、これは行政実体法の問題だからである。しかし、第二二一条において判決内容を取り扱うにあつて、この問題について、裁判所が行政行為を違法と認めるとき、当該行政行為および不服審査裁決が取り消されなければならぬと詳述されている（第二二一条第一項第一文）。行政行為の違法な拒否または不作為の事案に関する類似の規定を第一二一条第四項が定めている。最後に、第二二二条は、裁量の踰越または濫用が違法である旨を規定している。この追加規定は判決内容の規定に盛り込まれている。なぜなら、行政実体法の規定は、行政手続法において一部で規定されており、そして、この点の欠缺は場合によつては受け入れがたい効果を有することになりうるからである。行政裁判権は法的コントロールを行使するのであり、その反対に、裁量権の範囲内においては合目的性、不衡平、および相当性の問題は考慮の外に置かれねばならないことが、特に一義的に明確にされるものとされた。

## 第三三条（確認の訴え）

確認の訴えでは、民事訴訟法と異なり、法的な利益でなく、即時の確認 (alsbaldigen Feststellung) につき正当な利益がその判断の基礎とされている。なぜなら、法律上の利益が存するかまたは正当な（経済的）利益のみが存するか否かの問題を裁判することは、実務上非常に難しいからである。純粹な経済上の利益もまた確認の



訴えを客観的に正当化する。このことは民事訴訟法においては実際にも「法的」利益という概念のさらなる拡張をもたらしている。

確認の訴えは、本質的には民事訴訟法による確認の訴えに対応する。ただし、その適法性を度外視すると、無効な行政行為に関しても、また、原告は当該求めた確認について、正当な利益を有しさえすればよく、民事訴訟法によるような法的利益を有することを必要としない。

確認の訴えは、次の三つの確認に資する。

一は、ひとつの法律関係の存否(相手側によって主張された内容以外の内容を伴う法律関係の存在を含む。)についての裁判所の確認、および

二に、その法律関係の一部、とくにその法律関係から生ずる個々の権利義務の一部の確認、または三に、裁判所の判決による行政行為の無効の確認

無効な行政行為について確認の訴えの適法性は、明文で規定されている。従来の規定によると、取消の訴えがまず第一であり、そして無効の行政行為が一般に確認の訴えの対象であり得るのか否かが、論争されていた。しかし、これによって、人は無効な行政行為の本質も、取消の訴えの本質も正当に評価しないだろう。無効の行政行為は不存在 (nullum) である。そして、このことはいかなるときでも、出訴期間に関係なく、必要な場合に確認がなされ得るとされねばならない。他方、取消の訴えは形成の訴である。しかし、無効な行政行為の取消は確認のみが問題であるが、ただ、取消の形をとっているのである。したがって、無効な行政行為をまず第一に確認の訴えのもとにおくことが必要である。しかし、これによって、無効の行政行為を取消の訴えでもって攻撃することは排除されるものではない。なぜなら、ある行政行為に付着した瑕疵が、無効であるかまたは単なる取消すべきもの(実体的な意味において)という効果を有するか否かを判断することは、しばしば極めて難しいか

らである。ここで予定される規定によると、無効の行政行為は取消の訴えの対象にも、確認の訴えの対象にもなり得る。取消の訴えの出訴期間の徒過後は、もはや確認の訴えのみが残されている。

確認判決の効力は、問題となつて法律関係の拘束力のある確認または行政行為の無効の拘束力のある確認に限定されている。その効力は、判決が既判力を生じると同時に生じて、生じる。

確認の訴えには、法律で例外的に別段の定めがある場合を除いて、出訴期間は適用されない。

第二項では、確認の訴えの補充性が明らかにされている。従来までの疑念を考慮して、形成の訴え（つまり取消の訴え）または給付の訴え（義務づけの訴え。後者は実務では稀）がもはや提起され得ないが、しかし提起し得たであろう場合は確認の訴えもまた排除されることが明らかにされる。

### 第三四条 〔訴えの客観的併合〕

いわゆる訴えの客観的併合は民事訴訟法の規定に倣つて立法されたが、しかし、相互に関連のある訴訟上の請求に限定されている。これによつて、従来の規定によると少なくとも論争のあつたこと、つまり、取消（義務づけ）の訴えをその他の訴えに併合できることが明らかにされた。これにより、複数の関連する請求が一つの手続の中で解決することが可能となる。

この条文は、いわゆる訴えの客観的併合を規定している。ここでは、複数の訴えの請求の併合が問題である。すなわち、同一の手続の枠内において唯一の訴えに基づく、一人の原告の同一の被告に対する複数の訴訟上の請求がここでの問題である。訴えの併合は次の四つの態様でありうる。

一に、累積的なもの。相異なる請求が併存して主張されている態様で。

二に、予備的なもの。主たる申立てとならんで、この主たる申立てが不適法であるかまたは理由のない場合に備えて、予備的申立てがなされる態様で。

三に、段階的訴えの形で、裁判所が最初になされた申立てを認容した場合にのみ、第二の申立てがなされる態様で。

四に、これに対して、訴えの選択的併合は不合法である。なぜなら、訴訟物の特定は原告にゆだねられているからである。

複数の訴えの請求を一緒に請求する意思決定は、第三四条によれば、つねに原告に委ねられている。しかし、裁判所もまた、第八九条に従って、同裁判所に係属している複数の手続を併合することができる。

第三四条により反対解釈からは (*argumento e contrario*) 他の訴訟上の請求との併合は排除されない。そうした併合の適法性の審理は、寧ろ、司法にゆだねられるものとする。

ここではいわゆる弁論の併合は規定されていない。それには八九条が適用される。

**第三五条**〔行政庁の手続行為に対する権利救済〕

この条文は、行政訴訟上の訴えにとってまたは、第七二条第五項、第七三条第三項、第一二一条による独立の決定手続における申立てにとつて、独自の(消極的)適法要件とみなされる。この条文はとくに手続経済に資する。第三五条は権利保護の必要性の密接な接点を有している。この規定は、この権利保護の必要性のほかに、第三五条に基づいて手続行為に対する裁判所による独立の権利保護が排除されている場合すべてについて、権利保護の必要性に関する一般的制度を斟酌するだけでも同じ結論が得られない限りにおいて、十分である。

第三五条は次のことを防止しようとするものである。行政庁にまだ係属している行政手続がまだまったく終結しておらず、そして該当事者がその手続の結果によって行政行為の正文につき不服をうけることとなりまたはその者の権利を侵害されることとなるか否かについて、まだ未決定であるにもかかわらず、その行政手続の終結が、法的救済によって遅延しそして難しくなり、そして裁判所が紛争事件を取り扱うことになることを、防止すべき

である。その限りにおいて、同時に、本条は、行政訴訟が原則として事後的な権利保護を保障し、行政手続と並行してすすめられる権利保護を保障しない、という原則からの帰結でない。

### 第三六条（地方裁判所の事物管轄）

民事訴訟法と同様に、行政事件訴訟法もまた、裁判所の管轄権に関して事物管轄（機能管轄を含む。）（第三六条ないし第四三条、第四五条）と土地管轄（裁判籍、第四四条、第四五条）とを区別している。裁判所の事物管轄と土地管轄は、訴えの適法要件または第七二条第五項、第七三条第三項、第一二一条による申立手続における申立ての適法要件である。裁判所の事物管轄および土地管轄は、第三〇条による事件分配の管轄（分配管轄）と区別されなければならない。

国、都道府県、または市町村の行政行為が問題となっているか否か、またはこれらの機関の一つが当事者訴訟に関与しているのか否かを問わず、地方裁判所（の行政専門部）は原則として全ての訴えにつき事物管轄を有するものである。特定の、まさに第四二条で列举された（最上級の国の行政庁の）行政行為、内部行為統制の手続（第三八条）、二つに規範統制の事例（第三九条、第四〇条）、および三つに最高裁判所の特別事物管轄の（すぐ後に定められているその他の）事例についてはまだ例外がある。

### 第三七条（高等裁判所の審級管轄）

第三七条から第四〇条までの規定は、高等裁判所の事物管轄を規定している。

管轄の性格、職権により管轄を審査すべき裁判所の義務づけおよび所轄裁判所への移送の機能に関しては、行政専門部のある地方裁判所の場合と同じルールが妥当する。

高等裁判所は原則として第二審たる事実審であり、例外的に上告審である。

### 第三八条（内部行為統制手続に関する高等裁判所の管轄）

この条文は、行政内部行為の統制をその対象とする。ここでは、行政内部行為の合法性または有効性が直接に手続の対象であつて、前提問題ではない。第三八条は、他の管轄規定との関連における体系的位置にもかかわらず、内部行為統制の枠内において、行政内部行為の有効性についての裁判に関して高等裁判所の事物管轄を規定している。その他さらに、第三八条は、同時にそのような申立ての適法性に関する本質的規定およびその際に考へるべき手続に関する本質的規定をも定めている。

なお、第三八条は、義務づけの訴えを予定していない。裁判所による行政内部行為に対する統制は、法の支配の観点から要請されるけれども、他方で、その過剰は慎むべきであろう。

申立人の侵害される権利は、私法上の財産権および人格権をはじめ、公法上の「適正な行政執行を求める権利(適正行政執行請求権)」および無瑕疵裁量請求権を含む、公権を指している。

高等裁判所の専門部が、内部行為統制について事物管轄権と第一審管轄権を有する。

### 第三九条 「規範統制手続に関する高等裁判所の管轄」

規範統制は、南ドイツ行政事件訴訟法第二五条、一九九八年ドイツ行政裁判所法第四七条に倣つて、つまり、一般的に定評ある規定に倣つて立法化された。基本的規範統制の目的は、一連の個別の訴えをただ一つの判決によつて解決し、これにより行政裁判所の負担を軽くすることにある。

この条文は、いわゆる基本的規範統制をその対象とする。ここでは、ある規範の合法性または有効性が手続の直接対象であり、前提問題でない。第三九条は、他の管轄規定との関連における体系的地位にかかわらず、基本的規範統制の枠内において、法律の下にある法規命令、条例および行政命令の有効性に関する裁判についての高等裁判所の事物管轄を規定している。同時に、その条文は、そのような申立ての適法性に関する本質的規定およびその際考へられるべき手続に関する本質的規定を定めている。その際、自然人および法人の申立権限は、次の

ように規定されている。すなわち、申立権限は、もはや不利益ではなく、申立人による権利侵害の主張をその要件としている。申立人は、法規命令もしくは行政命令またはその適用によって少なくとも近い将来侵害が予期されなければならない。

同時に、規範統制の申立ては、申立期間が付されている(第三九条第二項第一文)。規範統制申立ては、法規命令等を知った日から二年以内に限り提起することができる。第三九条は、行政命令、通達等にも適用しうる。

行政命令は、たしかに行政内部行為の一種であるから、第三八条がこれに適用しうるのであるが、しかし、行政命令は、法規命令と同様に、規範の一種であるから、むしろ第三九条が行政命令をその対象に含めている。

合目的な管轄の限界づけは困難である。まずは(将来組織されるかもしれない)憲法裁判所(最高裁判所に属する専門部)に管轄のあるそうした事例は、高等裁判所の行政専門部による規範統制から除かれねばならない。さらには、特別の法定管轄が——なканずく、(将来の)憲法裁判所(高等裁判所に属する専門部)の管轄を考えて——根拠づけられているそうした事例は除かれる。なぜならば、憲法と国法が適合しているか否かの問題を度外視すると、国が県条例の憲法適合性または法律適合性の審査をどのように構築しようとするかは、なканずく国の問題であるからである。その他、規範統制は、その本質上、本来憲法裁判権に属する。

個別具体の事例において取消の訴え(義務づけの訴え)が認められているときも、規範統制を申し立てることができるか否かは、議論の余地がある。このような取消しの訴えとならぶ規範統制の申立ては、ここでは明白に適法であると宣言されている。なぜなら、このようにしてのみ、ただ一つの裁判により多数の争訟を避け、これにより裁判所の負担を軽くするという訴訟経済上の目的が、達成され得るからである。

南ドイツ行政事件訴訟法第二五条に定められていた行政庁の申立権は除去されている。なぜなら、規範統制はその(本来の)意味によれば、第一に個々人の権利保護を目的にするからである。そのような申立権は、特に下

級の行政庁が例えば上級行政庁によって与えられた命令を裁判所に提訴するとき、国法上の難問（指揮命令権の問題など）に行き着くことになる。ある行政庁がある命令を違法だと思量するとき、その行政庁は、事務手続により掛け合うことができる。場合によっては、この問題は政府の内部で説明されなければならない。

口頭弁論は規範統制の場合に排除されないものとする。法廷の裁判官三人および市民裁判員二人がすべて関与することは、無条件に必要である。その結果、その裁判は、決定として下されるのではなく、判決の形で下さなくてはならない。

当該法規範が無効と宣言されるとき、その判決は、公表されねばならない。当該判決の一般的拘束力は、事柄の性質上条件付きである。全ての裁判所が、いずれの裁判権を有するかを問わず、拘束される。一般的拘束力を宣言する必要性は否定的判決についてのみ存在する。なぜなら、司法審査を受ける規定は、場合によっては、行政裁判権の枠内にはない法領域を広く含むからである。

#### 第四〇条（計画策定手続に関する高等裁判所の管轄）

この条文は、計画策定統制をその対象とする。

ある行政計画が特定の地域に居住する国民の権利を侵害し、または近い将来に侵害を及ぼすであろう場合に、自己の権利の侵害を主張する者は、その行政計画について訴え（取消の訴え、義務づけの訴え、給付の訴え、確認の訴え）を提起することができる。

第一項は、もともと第三六条により専門部のある地方裁判所が管轄する争訟について、第一審にして唯一の事実審として、（専門部のある）高等裁判所の第一審管轄権を根拠づけている。この条文は、とりわけ、通常なら二つの事実審が部分的には繰り返して包括的な証拠調べを履行するであろう訴訟について、行政裁判権の負担軽減に資する。これと同時に、訴訟継続期間の短縮もまた総じて達成される。

とりわけ、大規模な行政計画がたいの場合相当の経済的、環境生態系的（エコロジイ的）および広域空間的な意義を有していることを考慮し、そして問題になっている行政計画の政治的衝撃をも斟酌することもまれではないことに照らし、高等裁判所への配分（そして高等裁判所への提訴を回避しての地方裁判所への配分ではない。）が行われている（審級管轄）。

第四〇条による高等裁判所の第一審管轄は、計画策定に代えて賦与される許認可、ならびにその行政計画に必要な許認可および許可全体に関する争訟（第一項第二号）についても、主たる本案手続および従たる手続に妥当する（第一項第二文「争訟すべて」）。これにより当該手続は、行政計画に関する許認可または計画策定手続をその対象とし、これとの関連において近隣住民に有利となる必要的保護命令、許認可等の取消しまたは撤回をもとりあつかう。とくに第七三条第五項、第七四条第三項および第一二一条による手続が、従たる手続の例である。

#### 第四一条 「最高裁判所の管轄——上訴」

最高裁判所は、第四二条における第一審管轄の例外を除いて、上告裁判所のみである（その余の点につき、参照、第三六条に関する詳述）。

第四一条および第四二条は、最高裁判所の事物管轄を規定する。第四一条は、上訴裁判所としての最高裁判所の機能管轄にかかわっている。その他に、最高裁判所は、第四五条第一項および第二項の詳細な定めに基づく管轄裁判所の指定について権限を有する。

第四一条の性格、最高裁判所が職権によりその管轄権を審査すべき義務、および管轄裁判所への移送権能に関するは、地方裁判所の場合と同じルールが妥当する（第三四条）。

#### 第四二条 「始審かつ終審の最高裁判所の管轄」

この条文は、第一審として（かつ同時に終審として）かつ同時に事実審として行政事件を裁判しうる最高裁判



所の事物管轄を規定している。第四二条は、始審にして終審の最高裁判所の事物管轄の事例で、既に第三六条で例外として言及されているものを扱っている。最高裁判所の第一審管轄は例外事例である。

第一項に掲げる事項は、第四三条にかわりなく、限定列举である（従前の機関訴訟）。この条文の拡大解釈は許されない。

第四二条の性格、最高裁判所が職権によりその管轄権を審査すべき義務、および管轄裁判所への移送の権能に關しては、地方裁判所の場合と同じルールが妥当する（第三四条）。

公益上の理由から最高裁判所の即時に既判力を生じる裁判が必要である場合には、例外規定が設けられねばならないであろう。それゆえ、法律において、最上級の国の行政庁の個々の行政行為については、最高裁判所に始審として管轄権をも持たせるという可能性が開かれている。

#### 第四三条（結社禁止の訴えに関する手続の中断）

第四三条は、同じ結社に関する結社禁止事件について複数の訴えが相異なる裁判所に同時に係属しているケースに対する特別規定であり、とくに両立しない裁判を防止するために規定している。

如何にして最高裁判所と高等裁判所との矛盾判決を「確認手続」において排除するかが、草案においても規定されねばならなかった。この種の確認手続と行政裁判所に継続する他の手続は如何なる関係にあるべきかについての規定も、置かれねばならなかった。

### 第五章 土地管轄

#### 第四四条（地方裁判所の土地管轄）

第四四条は、行政専門部のある地方裁判所の土地管轄を規定してゐる。土地管轄（裁判籍）とは、第四四条、第

四五条の詳細な一定の要件に基づいてその裁判所管轄区域に属する争訟について、事物管轄（第三六条）の枠内において裁判を求められる裁判所の管轄をいう。

第四四条に規定する土地管轄の規定は、限定列挙されており、したがって条例または条約によつて変更または補充されることはできない。

執行裁判所としての（行政専門部にある）地方裁判所の土地管轄について第四四条は適用されず、第一六五条および民事執行法の関係規定が適用される。

第三六条以下による事物管轄の規定と同様に、土地管轄に関する規定もまた強行規定である。土地管轄もまた、裁判所が手続のあらゆる段階において職権により審査しなければならないが、しかし、上訴審ではもはや審査しえない。

提訴の時に（第八六条）根拠づけられた裁判籍は、その前提要件が後発的に消滅することによつて、また審級関係を考えても、もはや変更されない。これに対し、管轄を根拠づける事情の変更は、（土地）管轄が提訴時に欠けていたとき、裁判所の裁判があるまでの間、斟酌しなければならない。

#### 第四五条 〔管轄裁判所の指定〕

この条文は、事物管轄および土地管轄に関する地方裁判所の規定により管轄権を有する裁判所に支障がある場合（第一項第一号）について、またこのルールが具体の事案において法的理由または事実的理由からなら結論を得られないかまたは一義的な結論を得られない場合について、直近上級裁判所ないし最高裁判所による管轄の指定を定めている（いわゆる裁判官言い渡しによる裁判籍）。ここでは、行政裁判権内部での管轄が規定されている。この規定の目的は、とりわけ「当事者の利益および法的安定性の利益」のため、いずれの裁判所が本案裁判につき管轄権を有するかについての、扱いにくい紛争を可及的速やかに終了することにある。第四五条による管

轉裁判所の指定は、司法の行為であり、司法行政の措置ではない。第四十五条は、同一裁判所に属する部相互間にも類推適用されなければならない。

管轄裁判所は、第一五二条により不服を申立てることのできない決定によって決められる。

草案は、土地管轄についての当事者の合意が法的効力を有するか否かについて、規定を設けることを断念した。ここでは、当事者争訟または取消の訴えについて、必要な場合、どの程度まで相異なる原則を適用しなければならないかは、裁判例の発展にゆだねられ得る。

### 第三編 手続

#### 第一章 一般的手続規定

#### 第四六条 (裁判所職員の除斥および忌避)

この条文は、民事訴訟法の関係条文にならって、行政事件訴訟における裁判所職員の除斥および忌避を規定する。民事訴訟法の規定は、準用しうると宣言されており、かつ若干のそれ以上の理由から補充されている。裁判所職員とは、裁判所の構成員、裁判官である。民事訴訟法第二七条は、第二三条ないし第二六条の適用対象を「裁判所書記官」に拡張している。鑑定人(鑑定人の忌避については、第九五条、民事訴訟法第二二四条)および参考人(民事訴訟法第一八七条第一項)は裁判所職員でない。また、通訳も同様に裁判所職員でない。

多くの行政事件に携わる裁判官が行政(例えば法務省訟務局)から来ているという事実を鑑みて、行政手続に既に関与した裁判官は、その限りにおいて、法律によって、裁判官としての活動から除斥されねばならない。市民裁判員については、通常、このことは滅多なことでは現実味を帯びてはこない。第三項は、客観的にその対象を広げている。なぜならば、予断を抱いているという理由での忌避は、裁判所職員がある団体の代表であるとい

う事実のみを以って、根拠づけられるからである。

#### 第四七条〔送達〕

行政事件訴訟法は、民事訴訟法の場合と同様に、命令および裁判を知らせる形式として、送達および告知を定めている。第四七条は、第一項にいう裁判などのために、告知が定められている場合を除いて、原則として民事訴訟法および民事訴訟規則による送達を定めている。その理由は、一に、当事者が実際に確実に知るに至ることにあり、二に、送達または告知を前提にする上訴期間が進行しはじめないこと（第四九条）が、予防されること、三に、既判力の発生（第一一九条）が場合によって遅れることを予防されることにある。

第四七条は裁判手続の枠内における裁判等のみ直接に適用されるが、しかし、第六六条第三項第一号に従って不服審査裁決にも適用されるが、これに対し、行政行為には適用されない。判決については、第四七条は、第一一四条、第一一五条第三項および第四項によって補充される。

#### 第四八条〔多数当事者手続における公示送達〕

この規定はいわゆる多数当事者手続の場合における手続の簡素化のために導入されている。第五七条第三項（訴訟参加）、第六〇条（共同代理人の選任）、第九〇条（モデル手続）もまた、類似の目標を有しているので、第四八条は、これらの規定と大幅に一致している。

第四八条は、五〇人以上の者に公示するとき、裁判所は、告知に代えて、公示送達による送達によっておこなうことができる旨を規定し、その際に注意すべき手続を規律している。

この規定は、法的にもまたとりわけ政策的にも疑問の余地はない。その実務上の意義は、あまり大きくないようにおもわれる。なぜなら、当事者は多数当事者において従来の経験によればたいいの場合若干の少数の弁護士に委任し、このため、五〇人の数に達することは稀である。

第四八条による手続に代えて、裁判所は、第六〇条によりひとりの共同代理人の選任を当事者に課すこともできる。

#### 第四九条〔期間〕

この条文は部分的には第四七条を補完している。第四九条は、本来のまたは真正の期間にのみかわっている。これは、訴訟当事者が訴訟行為の着手のために法律により（いわゆる法定期間）または裁判官の指定に基づき（指定期間）用いうる期間をいう。第四九〇条は、第六一条、第六七条の定めるところにより、不服申立期間および出訴期間にも適用される。これに対し、いわゆる不真正の期間すなわち裁判所自身の特定行為について定められている期間、とくに第五〇条第二項および第五二条第三項による不変期間は、第四九条に該当しない。同様に、実体法上の期間、すなわち、例えば申立てについて実体法によりまたは行政手続法により定められている期間にもまた第四九条は適用されない。不真正の期間には、第一七一条を経由して民事訴訟法第九五条のみが適用される。この第九五条第一項は民法の規定を参照させている。

したがって、実体法期間は、法律に別段の規定がある場合を除いて、民法の規定を準用して、計算しなければならぬ。

第一項は、出訴期間の起算日の確認にあつての難題を避けることをその目的とする。

#### 第五〇条〔権利救済の教示〕

この条文は、何人も権利救済に関する無知のため敗れ去るべきでないという思考に基づいている。この条文は、次のことを顧みることなく、上訴およびその他の法的救済のための期間の進行をはじめさせる。当事者が問題の上訴または法的救済の可能性および前提要件を実際に認識していなかったかどうか、または権利救済の教示の欠如もしくは間違いの結果、法的救済の提起がなされなかったかもししくは遅くなつてしまつたかどうかは、問わな

い。

この期間の進行は、いずれの場合にも正規の権利救済の賦与に左右される。裁判所ないし行政庁が法律により権利救済の教示を賦与すべき義務を負っている（第一一五条第二項第六号、第七八条第一項第三文、第五一条、第六六条第三項第一文）か否かもまた、重要でない。権利救済の教示がその裁判と一緒に行われないうとき、当該裁判自体に対する上訴期間ないしその他の法的救済期間もまた、権利救済の教示書が事後に賦与した時からはじめて進行しはじめる。

権利救済の教示を賦与する義務は、第五〇条からは生じない。第五〇条は、正規の権利救済の教示が、理由はどうであれ、おこなわれない場合の効果規律しているだけである。

#### 第五一条（権利救済の教示）に関して

##### 第一項

ここでは、全ての行政庁が権利救済の教示を尽くすべき義務について定められている。地方公共団体の行政庁への（教示義務の）拡張は国の立法者の権限を超越する。なぜなら、ここでは、裁判手続だけでなく行政手続もまた取り扱われているからである。「行政庁」という概念は、できる限り広く解釈されねばならないだろう。この規定にもかかわらず、権利救済の教示が行われないうとしたら、それは第二項および第三項から生じる効果のみを有する。

##### 第二項

立証を容易にするために、書面による権利救済の教示が明文でもって規定されている。誤った権利救済の教示が出訴期間を進行させないことも、明記された。

##### 第三項

従来の法律と異なり、権利救済の教示が瑕疵ある場合または誤っている場合は、上訴の提起は、上訴の出訴期間が（適正な教示ならば）進行しはじめたであろう時点から、一年内のみ適法である。上訴の提起の期間を一年に限定することは、法的安定性のために是非とも必要である。ここでは、既判力を生じさせることと同様の法政策的な要請がその基礎にある。除斥期間は、原状回復に関する類似の規定を考慮して選択されている。

#### 第五一条〔行政庁の教示義務〕

行政事件訴訟法は、権利救済の教示を賦与すべき義務を一般的に定めているのではなく、特定の裁判のみに定めている（参照、第五一条のほか、第一一五条第二項第六号、第六六条第三項第一文）。第五一条は、行政庁の書面での行政行為についてのみ適用される。

教示義務は国民の権利保護に、そして第五〇条を考慮すると法的安定性と法的平和にも資するにもかかわらず、一般的教示義務は、特別の法律根拠のない限り、憲法第三二条からも一般に法治国原則からも導きだすことができない。

#### 第五二条〔期間徒過の原状回復〕

行政事件訴訟法は、その第五二条において、法定期間の懈怠に対する原状回復を許している。

第五二条は、実体的正義および該当者の権利（問題となっている実体的基本権および聴聞権を含む。）の保護の要請と法的安定性の必要性との衡量に基づいている。

本人の故意過失はその判断の基礎とされていない。これよって、代理人の故意過失もまた原状回復を排除することが明らかにされる。

#### 第五三条〔当事者能力〕

訴訟行為の有効な着手は、行政事件訴訟においても民事訴訟法と同じく、次のことを前提要件とする。訴訟行

為を着手する者ないしは——訴訟代理（第五九条）の場合には——その者の名において訴訟行為を着手させる者、およびその訴訟行為に対して着手させる者が、当事者能力（第五三条）を有し、訴訟能力（第五四条）を有し、訴訟遂行権を有し、そして補佐能力（第五九条）を有し、あるいは補佐能力を欠けるときは第五九条により正規に代理させている、ということが前提要件である。その他、訴訟代理人が当事者を代理するとき、この訴訟代理人が代理権（第五九条）を有し、これを裁判所に呈示することが、必要である。前述の前提要件は、申立手続（例えば、第三九条、第七二条第五項、第一二一条によるもの）にも妥当する。

これらの要件の存在は職権により手続のあらゆる段階において、上告審においても審査されなければならない。これらの要件の一方が、原告の側に欠けているとき、訴えは不適法として却下されなければならない。被告が当事者能力を欠くときも、同様である。訴訟参加人について、前述の要件の一方が欠けているとき、その結果、その判決の既判力はこの者におよびえない（第一一八条）。その他、必要的訴訟参加の場合には、その裁判には瑕疵があり、そのため実質的既判力は生じない。

民事訴訟法に比べて当事者能力は拡大している。民事事件の場合と異なり、行政訴訟では、財産権上の争訟でなく、共同社会との関係が前面に出ている。それゆえ、人格のない社団等が私法上のものかまたは公法上のものを問わず、人格のない社団等自体が、すなわちその構成員を経由することもなく、行政裁判において公法上の請求を主張し得るとすることが必要である。

一九六二年行政事件訴訟法でまだ承認されている行政庁の当事者能力は、本規定によつて最終的に除去されている。その必要性はここではもはや存在しない。なぜならば、民事訴訟の場合と同様、行政訴訟手続における政府の代理権を引き受けるべき機関を組織法に基づき決定することは、中央政府または各地方政府に依然としてゆだねられているからである。例えば、行政行為を行った機関がその都度代理権を持つものとする規定すること



もできるであろう。これに反対して、そのような組織法上の処分に関する知識を一般に国民に期待しえないと異論をささむこともできない。なぜならば、第七〇条によると、訴えの提起にあって、原行政行為を行った行政庁を表示することで、いずれにせよ十分だからである。そして、必要な場合、正しい被告を職権調査することは、裁判所の任務である。

既に第三九条（規範統制手続に関する高等裁判所の管轄）に関する立法理由において詳述したように、同一の権利主体の行政庁（複数）に対し当事者能力を付与することにより、行政訴訟を相互間で遂行する可能性を創造する理由もまた存しない。そのような場合には、権利保護の現実的な必要性は存在しない。

#### 第五四条〔訴訟能力〕

訴訟能力とは、当事者（第五五条）の有効な訴訟行為の前提要件の一つである。

訴訟能力は原則として職権により審査されなければならない。

#### 第五五条〔当事者〕

行政事件訴訟法は、訴訟に固有の手続権をもって、とくに手続の申立てを提起する権利および本案の申立てを提起する権利をもって関与する者すべてを、当事者と総称する。原告、被告および訴訟参加人がそれである。

この当事者概念は、機能的には民事訴訟法におけるそれに対応しているが、しかし民事訴訟法上の当事者概念（原告と被告）よりも広く包括的である。

当事者には、訴訟法律関係が成立し、そして裁判の既判力が生じ（第一一九条）、そして費用負担（第一五四条）が分担される。

#### 第五六条〔訴えの主観的併合〕

この条文は、訴訟経済の理由から、しかし部分的には、訴訟物の性質を考慮に入れて、行政事件訴訟における

共同訴訟を、民事訴訟法におけると同じ前提要件のもとで同じ範囲で許している。これにより、複数の当事者からなる訴えについてひとつの共通の弁論と裁判が、当事者ないし裁判所に可能となる。

共同訴訟は訴えの主観的併合とも呼ばれる。ひとつの手続に（共同訴訟人として）複数の者が原告または被告として登場するとき、共同訴訟がみられる。ひとつの手続において共通の弁論、証拠調べおよび裁判のために併合されている、そうした複数の訴え、複数の訴訟および複数の訴訟法律関係が問題である。それ故例えば訴訟要件もまた、それぞれ各個の訴えについて具備していなければならない。一方の側または他方の側に複数の者が関与しており、しかもこのことが本案の裁判にとって必要でない場合、その共同訴訟を単純共同訴訟という。本案の裁判が、実体法の理由から、民事訴訟法第四〇条に詳細に規定されている態様でこれらの複数の者の関与を前提としているときには、この共同訴訟を必要的共同訴訟という。

共同訴訟は従来の行政事件訴訟法に規定されていなかった。それにもかかわらず、共同訴訟が行政訴訟にも許容されかつ合目的でもあるとする見解で一致していた。このことは、通常共同訴訟にも必要的共同訴訟にも当てはまる。共同訴訟を認めることは、特に給付の訴えの場合、訴訟経済の必要性に対応している。なぜなら、これにより、本質的に一体をなす事実関係に係わる多数の個別訴訟を回避することができるようになるからである。共同訴訟は、次の点で訴訟参加（第五七条）と区別される。共同訴訟人は原告または被告として訴訟における主たる当事者であるが、訴訟参加人は法的紛争への参加者である。したがって一人の共同訴訟人の欠如を訴訟参加人によって補うことはできない。

#### 第五七条（訴訟参加）

この条文は、原告でも被告でもない第三者をひとつの係属中の訴訟に引き込むことを規律している。これにより、この第三者は、その者の法的利益（権利を含む。）を訴訟物との関連で守る可能性を与えられると同時に、既

判力の拘束力(第一一九条)をその訴訟参加人にも拡張することによって、その裁判の実効性、訴訟経済および法的安定性のためでもある。

訴訟参加は、当該紛争が原告被告以外の者を巻き添えにすることがありうる場合に、行政事件訴訟、特に取消の訴え(義務づけの訴え)において、原告被告以外の者を当該法的紛争に関与させるための特別な訴訟上の手段である。同時に、訴訟参加は、裁判所が紛争関係に關しすべてを包括的に職権探知することを可能にする。そして、訴訟参加は訴訟経済上のメリットもある。なぜなら、訴訟参加は大規模な複合的紛争を一つの裁判により解決し、そして矛盾する裁判を防止するのに資するからである。

共同訴訟人が直接の当事者(原告または被告)であるのに対し、訴訟参加人が第三者であるという点で、訴訟参加は共同訴訟と区別できる。共同訴訟は、必要的共同訴訟を別として、当事者の意思に基づく事柄であり、他方、訴訟参加は職権により行われる。

訴訟参加は、主参加、補助参加、訴訟告知および直接占有者の指名とある種の類似性を示している。しかし、実体要件が異なる種類のものであることを度外視するとして、これらの制度が当事者の処分に服している点で、訴訟参加はこれらの制度と訴訟上区別できる。第三者参加に関する民事訴訟上の可能性と訴訟参加との関係は、訴訟参加が第三者参加の可能性を含むが、しかし第三者参加に限定されないというふうにいらいあわしうる。

行政事件訴訟法の従来の規定が本質的には受け継がれている、いわゆる、必要的訴訟参加である場合に限って、訴訟参加を求める請求権が成立することが明らかになった。その際、第三者の権利領域が同時に直接に当該裁判に巻き込まれることなく、訴訟当事者間に横たわっている紛争を裁判できると期待できない場合には、訴訟参加は必要的と見なされなければならない。行政行為がある者に不利益をもたらす限りにおいて、同時に別の者に利益をもたらすそうした行政行為が訴訟物である場合に、特にそうである。これらの場合は、法的紛争への訴訟参

加を求める請求権を第三者に賦与することが、必要であると考えられる。しかし、その他の場合、訴訟参加は裁判所の羈束裁量にゆだねるものとする。なぜならば、いずれの第三者が当該裁判によって、その者の法律上の利益に——恐らくは非常に遠くはなれていても——「影響を受ける」かは、必ずしも常に十分明確に認識し得ないからである。しかし、これが、訴訟気狂いに歓迎すべき機会を与える訴訟上の不備の元凶を創造することになってはならない。第三者の利益はこれにより決して危険にさらされることはない。なぜならば、第三者が訴訟参加させられない場合は、第三者に対して既判力の効果は生じないからである。

訴訟参加決定によって、その第三者は当事者（第五五条第三号）になるが、しかし他者の法的紛争における第三者としてである。訴訟参加人は原告または被告の支援に限定されていない。場合によって、訴訟参加人は別な訴訟参加人のみを支援することもありうる。

#### 第五八条 「参加人の地位」

訴訟参加人によって、参加人は当事者としての訴訟法上の地位を獲得する。民事訴訟法による補助参加（民事訴訟法第四二条、第四六条）と異なり、単純訴訟参加人および必要的共同訴訟人は、原告または被告の支援に限定されていない。訴訟参加人は、独立しており、そして原告・被告と共にまたは原告・被告に反して自己の利益を主張できるし、そして双方に反しても——各個々の争点ごとに自己の利益のために——主張することができる。

#### 第五九条 「訴訟代理人および補佐人」

民事訴訟におけると同様に、行政事件訴訟法もまた、訴訟代理人による当事者の代理および補佐人による補佐を許している。補佐人は、訴訟において当事者を代理するのではなく、たんに当事者と一緒にそして当事者を支援するために活動する。

国民は、訴訟において弁護士またはさもなければ適格な代理人もしくは補佐人の援助を用いる権利を有してい

る。この国民の権利は、法治国原則からの本質的帰結であり、そして原則として憲法第一二条第一文、第一三条第二文によってもまたその事件にかかわりのある特定の基本権並びに憲法第三二条によって保障されている。

代理人が選任されると、聴聞権は一次的にこの代理人に与えられる。したがって、その限りにおいて、当事者の聴聞権は原則として必要でもそれで十分というわけでもない。

代理人強制（弁護士強制）は、地方裁判所に存しない。当事者は、代理人を選任できるが、代理人の選任は必要でなく、本人訴訟もまた可能である（例外は第二項第二文）。

## 第六〇条（共同代理人）

この条文は、第四八条、第五七条、第九〇条と一緒にあって、多数当事者訴訟手続の実施を容易にする。この目的のため、裁判所は、第六〇条により、多数当事者手続における当事者に対し一定の要件のもとで裁判所において一人の共同代理人の選任を課すことができ、そして場合によってはみずからひとりの弁護士を代理人として選任することもできる。

## 第二章 取消の訴えおよび義務づけの訴えに関する特別規定

### 第六一条の前注に関して

#### 1 不服申立前置手続の意味と目的

第六一条は、取消の訴え（第一項）および義務づけの訴え（第二項）の適法要件として、原則として第六一条以下による前置手続の実施を定めている。不服申立前置手続において、係争の行政行為または申請に係る行政行為の発給の拒否が、行政自身によってもう一度合法性および合目的性の観点から事後審査をうける（第六一条第一項第一文、第二項）。前置手続は、一に、行政の合法性と合目的性の原則の保障、二に行政内部における行政の

裁断について審査による国民の権利保護、三に、裁判所の負担軽減に資する。

## 2 適用対象

第六十一条第一項第一文、第二項の規定によれば、第六十一条以下による前置手続は、取消の訴え（第一項第一文）および義務づけの訴え（第二項）の提起前に実施されなければならない。

### 第六十一条（不服申立前置手続）

第六十一条以下による前置手続（不服申立手続）の実施は、行政事件訴訟が例外を定めている場合を除いて、取消の訴えおよび義務づけの訴えについて、第六八条によれば、訴えの必要的訴訟要件のひとつである。

当事者は、前置手続を経由しないで提起された訴えにより訴求することによってもあるいは明示的にも、前置手続の経由を放棄できない。

従来の行政事件訴訟法において行政裁判の不服申立前置手続が最も問題であった。一方で、自からの審判を二度再審査することを行政庁に強いることよって、その不服申立前置手続が裁判所の必要不可欠な負担軽減に貢献していることは、認めねばならない。これは、行政専門部の労働量を適度にとどめるため個別具体の場合に綿密な審査を許さないそうした大量の行政行為が問題になっている場合、特に意義がある。権利保護請求者は裁判所では法的責問のみを主張できるのであるに對して、不服申立前置手続は合目的性の点をも含めてもう一度の再審査を定めているので、とりわけ不服申立前置手続は権利保護請求者に直接的便益をもたらしている。その反面、不服申立前置手続は行政裁判の判決を遅らせる。したがって、そのような遅延は、前置手続が成功裡に進まない場合、権利保護の毀損を実際にもたらしうる。

従来 of 不服申立前置手続が寄せられた期待を必ずしも完全には満たしていなかったことは、既にほぼ明らかになっている。最も重大な欠点として、異議申立と審査請求との並存が摘示された。弁護士および行政庁にさえ、

申立てられた権利救済について不明な点が生じたし、その結果、審査裁決、異議決定および裁判所判決のかんばしくない並存と混乱が生じた。

原処分庁が異義申立を理由なしと判断するとき、二番目の行政審査裁決が原則的に直近上級行政庁によって下されねばならない場合に限って、不服申立前置手続はその与えられた任務を果たすことができる。しかし、同時に、法的明確性および法的安定性のため、不服申立前置手続と略式の行政苦情処理の複線方式は一般に取り除かれねばならない。

草案は原則として不服申立前置手続の維持を決めており、そしてまた詳細に当該手続を規定している。

行政行為が最上級の国の行政庁および地方公共団体の行政庁によって発給される限り、不服申立前置手続は省略されうる。なぜなら、これら最上級の行政庁で想定されうる専門的能力に鑑み、不服申立前置手続は恐らくは単に行政判決の無用の遅延を意味するであろうからである。

第一項第二文の「法律が特別の場合について事後審査の不要を定めるとき」という制限は、既存の特別法には関係するが、この二〇〇一年行政事件訴訟法の公布と同時に効力を失うそうした従来の行政事件訴訟法には関係しない。同じことは第一項第二文第二号にも当てはまる。

第二項は、行政行為が拒否された後の義務づけの訴えに関して、単に宣言的な意義のみを有する。なぜなら、ここで同時に提起されるべき取消の訴えに関して、不服申立前置手続は既に行われていなければならぬからである。

第六二条（不服申立前置手続の開始）から第六六条（不服審査裁決）に関して

不服申立前置手続における事後審査は原則として直近上級行政庁によって行われる。直近上級行政庁が最上級の国の行政庁または地方公共団体の行政庁である場合、これら行政庁に過度のそれぞれ行政任務を負わすこと

ないように、この原則は破られる必要がある。

自治行政事務については直近上級行政庁は存在しない。しかし、地方公共団体による裁量についての国家の監督行政庁による裁量の事後審査は自治行政権への許されざる侵害である。

したがって、不服申立前置手続は異議申立手続の便益と審査請求手続の便益とを結び合わせている。混同を排除するため、権利救済のために中立的な名称である「不服申立」が選ばれた（事実上の一審制）。

行政行為を発給した行政庁においてさえ、不服申立ては書面によりまたは（調書に記載される方法により）提起されなければならない旨が、法的安定性のため定められている。不服申立てが直近上級行政庁へ不服申立期間内に提起される場合、不服申立期間もまた遵守されている。

たとえ第六六条により直近上級行政庁が不服審査裁判をする権限を有しているとしても、行政行為を発給した行政庁が、手続経済の理由から、当該不服申立てを自ら容認（すなわち是正）する権限を有している。

#### 第六二条（不服申立前置手続の開始）

不服申立は、行政事件訴訟法により定められた権利救済である。その権利救済は前置手続から始まり、そして国民に負担となる行政行為または国民の申請を拒否する行政行為を事実の点および法律の点について、並びに場合によっては合目性について再審査することをその目標とする。不服申立は、現行の行政事件訴訟法で定められている異議申立と審査請求の二段階にかえて統一的に組みかえて構成されており、取消の訴えと義務づけの訴えの訴訟要件である。

不服申立は、遮断効を有する。すなわち、不服申立は、係争行政行為の不可争力（形式的既判力）および既判力（実質的既判力）の発生を妨げ、そして通常は、しかし例外のないわけではないが、移審効果をも有する。その他、不服申立の提起と同時に、第七二条第一項の通常のケースでは係争行政行為の執行停止の効力が生じる。



第六三条 〔不服申立の形式と期間〕

この条文は、不服申立の形式と期間を規定するほか、不服申立の提起に関する管轄を定めている。形式と期間の遵守は、前置手続の実施のための本質的要件であると同時に、(のちの)訴えのための訴訟要件である。不服申立権が失効していないことは、同様に、不服申立および訴えの適法要件でもある。

第六四条 〔聴聞〕

この条文は、憲法上の法治国原則および法の一般原則の表れである。行政行為によって不服になる(なりうる)者(利害関係人)は、この行政行為の発給前に聴聞をうけなければならない、というのが法の一般原則である。そして、この条文は、法治国で必要とされる行政不服申立手続の必要要件のひとつをみだしている。

第六五条 〔不服容認裁決〕

第六五条は、原処分庁が必ずしも不服審査庁と同一でないという通常の例から出発し、しかしまた、そうであっても、原処分庁がもう一度その事件を取扱いそしてみずからの裁断を再審査しなければならないことを確実にしている。このことはとくに自治行政の案件について、監督庁が不服審査庁として合目的性の事後審査をするとき、重要である。不服申立が直接に不服審査庁に提起されたときは、この不服審査庁は、是正(容認)する機会を更正行政庁に与えなければならない。この義務の違反は、第七一条第二項第二文にいう不服申立手続の本質的瑕疵である。更正手続において係争行政行為をもう一度真摯に再審査すべき義務を原処分庁が怠った場合も、同様である。しかし、更正行政庁と不服審査庁が同一である場合には、更正手続は行われない。なぜなら、移審効果が生じないからである。

是正する権限は、すべての前置手続について成立しており、したがって、不服申立が不服審査庁に引き渡され、移審効果が生じたのちにも、そうである。

## 第六六条〔不服審査裁決〕

不服審査庁は、不服申立について不服審査裁決で裁決する。

不服審査裁決もひとつの行政行為である（参照、第七一条第一項第二号）。不服審査裁決が独自の不服を含んでいるときに限り、その不服審査裁決は、第七一条第一項第二号および第二項により、分離して（すなわち原処分）の取消請求が同時に行われず（に）取消請求することができる範囲において、この不服審査裁決はその取消請求に関して特別の規律に服している。

不服審査裁決による以外の態様で不服申立手続が解決した場合には、訴えの取下げ、和解（第一〇三条）に関する原則が準用される（第八八条）。さらに、本案の解決については不服申立人および行政庁が一致して宣言しなければならぬ（第二六〇条第二項）。この場合にも、事件の係属していた不服審査庁は、費用裁決（第一六〇条第三項）と一緒に不服審査裁決によってその不服申立手続を完結しなければならない。

## 第六七条〔出訴期間〕

行政事件訴訟法が弁護士強制を求めていることを考慮して、経験の少ない権利請求権者にも十分な熟慮期間を供与するために、六ヶ月に定められることが示されている。

第六七条の出訴期間は、取消の訴えおよび義務づけの訴え（第二一一条第一項第四文による継続確認の訴えを含む。）のみ適用される。

裁判所による権利保護を出訴期間に左右させることは、憲法上、憲法第三二条を考慮に入れても疑問の余地はない。出訴期間の制限は、反対に、法的安定性および法的平和のためでもある。

出訴期間は、無効な行政行為に対する取消しの訴えについても妥当する。

権利救済の教示がおこなわれなかった場合、原則として第五〇条第二項による一年期間が妥当する。

不作為の訴えの場合、訴えの適法性は第六八条により判定されなければならない。この場合には、第六七条による期間は、適用されない。しかし、訴権は場合によっては失効することがある。

出訴期間の遵守は、取消の訴えおよび義務づけの訴えの訴訟要件である。この要件は原則として原告の側で具備しなければならぬ。期間の計算については、第四九条第二項、民事訴訟法九五条第一項、民法第一三九条ないし第一四三条が適用される。法定期間である出訴期間の懈怠に対しては、第五二条による原状回復が可能である。出訴期間の懈怠は、訴権の失効および実体法上の請求権の失効から区別されなければならない。

#### 第六八条 「不服審査裁決を要しない訴え——不作為の訴え」

行政庁が不服審査裁決を不当に引き延ばす場合、不服審査裁決をまたずに訴えを可能にする途が、行政権利保護の迅速化のため、見いだされねばならなかった。本来の不作為の訴えの場合、出訴期間の始期に関する規定は、不当に引き延ばされた不服申立て決定の場合に関するルールにちようどよく合致している。なぜなら、両方のケースは本質的に同一状態であるからである。

この条文は、取消の訴え、義務づけの訴え並びに前置手続を予定しているその他の訴えの代わりに、第六一条以下、第六七条にかかわらず、直接に不作為の訴え（広義）を扉を開いている。この不作為の訴えは、行政が不作為によって原告から訴えの可能性を奪い取らないことをまたは不相当に遅延しないことを、その目的としている。第六八条では、追加の訴訟要件が問題である。

第六八条の明文の規定は、（法律に別段の規定がある場合を除いて）、行政庁の単なる不作為を黙示的消極的不服審査裁決ないし決定と解釈することを排除している。

他方、第六八条は、不服審査庁が不作為のままであるケースについて、国民に与えている。したがって、この条文は、当該国民が不服申立の代わりにまず不服審査裁決の発給を求める訴えを提起することを、排斥していな

い。この権能は、とりわけ行政が裁量の余地または判断の余地をもっているとき、その国民にとつて実務上大きな意義をもっている。

先の両事案の場合に本則の期間として三ヶ月と定められる。しかし、この本則期間は、事案の特別な事情を正當に評価するために、裁判所により短縮または延長されうる。ある問題が真摯な努力にもかかわらず、三ヶ月以内に解決できない場合であっても、遅延に十分な理由があるとき、裁判所の介入は不要である。

#### 第六九条 「不服申立手続の排他性」

この条文は、前置手続の規定の統一性のために、原則として、行政訴訟上の訴えの前置要件としての、異議申立手続および審査請求手続に関する多種多様な条文すべてを廃止してしまい、そしてこれに代えて行政事件訴訟法第六一条以下による不服申立手続（前置手続）に置き換えている。

#### 第七〇条 「被告」

この条文は、だれに対して取消の訴えまたは義務づけの訴え（継続的確認の訴えを含む。）が向けられなければならないかを、規定している。この規定は、誰が被告であるかの判断を原告から取り上げるものである。どの団体（地方公共団体、国など）が訴えられねばならないかという問題は、誰が原行政行為を発給したかに応じて、判断される。しかし、この規定は、受動的訴訟遂行権限にかかわっており、したがって、訴えの適法性にかかわっている。

#### 第七一条 「取消の訴えの対象」

行政事件訴訟法は、行政行為をなした原処分庁における手続と、不服審査庁における手続とを原則として（参照、第一項第一号）一体のものとして取り扱っている。それ故、第七一条第一項は、負担的行政行為が不服申立手続においても不服審査裁決によって——または第一項第一号を類推適用して原処分庁の変更裁決によって——

変更されず、したがって、国民がその不服審査裁決後になお不服をうけている範囲に限って、負担的行政行為の取消請求を許している。

取消の訴えはたしかに原行政行為をその基礎としなければならないが、しかし、不服審査裁決によって変更された内容と附記理由からなる原行政行為をその基礎としなければならない。

行政行為と不服審査裁決は裁判手続にとって独立して併存しているのではなく、一体をなしていることが、明らかになっている。しかし、重点は原行政行為にあり、その結果、第五三条第二号および第三号第一文による土地管轄は、行政行為を発給した行政庁の所在地に従って常に判断される。

#### 第七二条 (執行停止の効力——即時執行命令)

不服申立ておよび取消しの訴えによる執行停止効力の原則は法治国家の原則に合致する。すべての行政行為が概念の上でのみ執行停止効力をもちうる場合においては、行政行為が特別の執行を必要としているか否かを問わず、行政行為は執行停止効力を受ける。行政庁が裁判所の判決までに行政庁の意思を貫き、それにより短期間に執行済みの事実を作り上げることがを意のままにできるとすれば、行政権利保護は相当にその実効性を失うであろう。他方、裁判所の判断が下されるのを待つことのできない場合において、行政庁は公益を考慮して非常措置を講じねばならないという状況が共同生活において生じうる。それゆえ、個々人の利益と公益との間において受忍しうる調整が見出されなければならないであろう。

第七二条は、第七三条、第一二一条および第三九条第六項と共に、行政裁判所による仮の権利保護および第七二条第一項から第四項までおよび第六項並びに第七三条第一項および第二項の場合には、行政手続による仮の権利保護をも規律している。

第七二条は、仮の権利保護をもその対象としている憲法第三二条の権利保護の保障および裁判をうける権利の

保障を整備する前記の規定と同様に、法治国原則および場合によってはその事件にかかわりのある基本権からの帰結として、次のことを確実にするものである。

利害関係人が実効的権利保護の可能性をもたないままに、負担的行政行為の不可争力の発生前に既成事実が作られず、かつ権利が侵害されることのないように、確実にしようとするものである。

同時に、第七二条、第七三条および第一二一条は、——その範囲においても——行政行為による終局的規制をなしうる（行政庁への）授権の枠内においてその行政庁に原則として与えられている、仮の措置命令をなしうる一般的な権限と一緒にあって、一時的な満足機能を果たしている。

憲法の視点から、この規定と原則を解釈し適用するに当たり、憲法第三二条およびその事件にかかわりのある基本権が斟酌されなければならないのみならず、当該、最終的には憲法から、場合によっては公の課題を履行すべき行政庁の実効的行為の必要性から、そして公共の福祉を保障すべき必要性から根拠づけられる公の利益もまた、斟酌されなければならない。

憲法第三二条による実効的な仮の権利保護の要請は、第七二条第五項および第七三条第三項の解釈に当たり、次の内容の裁判所による予防的命令をも必要とする。すなわち、裁判所は、行政庁が特定の行政行為を第二項第四号により即時執行を宣言してはならないことを確認する、という内容である。

逆に、優越的な公益は、行政行為の執行によって基本権が著しい態様で損なわれるときでさえ、公衆の福祉のために執行停止できない措置を軌道にのせるため、基本権の担い手の権利保護請求権を一時的に後退させることを、例外的に正当化することもありうる。それゆえ、第二項において、執行停止効力を排除する権能が行政庁に認められている。不服申立前置手続が行われる場合、行政行為を発給した行政庁ではなく、不服申立てを決定する権限を有する行政庁、つまり原則として直近上級行政庁にこの権限は認められている。これにより、第一項の

本則規定を過大評価して行政行為の発給と同時にすぐさま型通りに執行停止効力を排除することは、阻止されるべきである。もちろん、このような危険性は必ずしも完全に除去できない。なぜなら、第六六条によれば、多くの場合に不服審査裁決の権限を有する行政庁は、行政行為を発給した行政庁またはその直近上級庁と同一だからである。

即時執行を求める公益が個別具体的の場合に執行停止効力を求める私益よりも実際に優越する場合に限って、即時執行を命令することができる。

租税法を考慮すると、執行停止効力は公租公課および費用について、予定されていない。

遅滞する危険のある場合、いかなる引き延ばしも許さないという非常措置を講じることが必要であることもある。したがって、第五項において、きわめて狭く限定された事案につき、行政行為を発給した行政庁にも、執行停止効力を排除する権限が与えられている。第二項において定められている権限の亜種がここでは問題となっている。

執行停止効力による濫用をすべて排除するために、これまで通り、裁判所の本案判決を求める機会が、不利益を被った者に与えられている。生じた争訟を考慮すると、このような執行停止の申立てが取消しの訴えの提起の前に既に提起されうることおよび行政行為が既に執行済みであるとき裁判所がその撤回を命令できることが、明らかにされなければならなかった。濫用が排除されるべきときに、執行停止効力の原状回復は、第五項の非常措置にとつても無くて済まずることができない。執行停止のできない行政措置についての必要な理解を裁判所が酌量することができるから、それによって行政の障害を懸念する必要はない。不利益を受けた者が対抗措置によって当該行政行為の後日の執行を無に帰せしめることを防止するために、執行停止効力の原状回復は担保の提供または他の適切な負担を条件としてもよい。

類似のことは、第三者（名宛人）を授益する行為の執行可能性につきその第三者の優越的利益がみとめられる場合に、とくにその者の側にも基本権の保障および実現化が危険にさらされている場合に、あてはまる。

執行停止効力の原状回復手続が仮の性質を有することを考慮すると、この決定に対し抗告は許されない。これによって、執行における好ましくなくかつ混乱を生じる振り子運動は回避される。あとから新しい視点が明らかになる場合には、これはいつでも裁判所に提出されうる。そのときには、必要な結論がおのずと導きだされる。

#### 第七三条（二重効果を有する行政行為の場合の仮の権利保護）

この条文は、負担的行政行為に対する仮の権利保護に関する第八〇条の一般規定を、二重効果を有する行政行為についての特別な規定によって補完している。二重効果を有する行政行為も原則として第七二条に該当するということは、第七二条第一項第二文から明らかになるし、その他、一人の関係人の優越的利益のため、即時執行命令に関する第七二条第一項第一文第五号からもまた明らかになる。第七二条第一項第二文により、不服申立または訴えの執行停止の効力もまた、二重効果のある行政行為にも妥当することが、明らかになる。第七三条は、二重効果のある行政行為についても第三者たる利害関係人の権利救済が原則として執行停止効力を有しており、したがって仮の権利保護は第七三条によるケースにも、第七四条によるケースにおいても保障されなければならない。ただし、第二二一条（仮処分）の場合はそうではない。

#### 第七四条（執行停止効果の消滅および継続）

この規定は、行政裁判権の実務上の必要性によって正当化される。