

司法権と行政権の關係

——いわゆる「行政裁判」の歴史的発展過程の総括——

東 條 武 治

目 次

まえがき

一 考察の視角

二 古代帝国と帝国裁判所 (Reichsgericht) の裁判権

三 古代帝国崩壊前後の裁判状況

四 帝国憲法(草案)一八二条と行政裁判制度の発展

五 行政国家への反省

——ボン基本法と行政裁判権——

ま え が き

一 本学法学部も、一九七一年に創設されて以来一六年目に入り、はや一五年の歴史をもつにいたった。この一五年の中で、吉田力雄先生は一四年にわたり、住田始男先生は一二年余にわたり、私山哲治先生は六年にわたり、本学法学部の発展にご尽力なされた。私たちはもとより、多くの学生諸君にも尊敬されていた三先生も退職され、ここにあ

らためて、三先生に在職中たまわったかずかずのご指導に心から厚くお礼申し上げるとともに、今後の益々のご健勝をお祈り申し上げます。

論

さて、ここに、三先生の退職記念号が刊行されることになった。公私にわたり格別のご芳情を頂いた私にとって、この本誌にご恩返しにふさわしい論文を掲載させて頂かなければならないものと自覚していた。ところが、私自身、この一五年の歴史の中で、兼務も含めて、教務部長（現在一二年目）、法学部長（二年）、学長補佐（四年）を拝命するなど、研究のための時間的余裕が少なく（―もちろん、研究者としてはそのような状況にあっても、研究時間を作り出してその責務を果たさなければならぬと自覚しつつも）、結局ご恩返しにふさわしい論文という自覚を現実のものとする事ができなかった。深くお詫びを申し上げるほかはない。しかしながら、やはり、ことばではいいつくせないかずかずのご指導を頂いた三先生のための本誌になにかを掲載させて頂きたいという念が強く、そこで、三先生をはじめ学界の皆さんのお許しをこい、私の初期の研究成果の一部を再編するなどして、これをもって三先生へのお礼のしるしとさせて頂きたいと思う。

二 一九八六年一月五日の朝日新聞の一面に、首相会見「三権の関係検討も」という小見出しの下に、中曽根首相の記者会見における見解が掲載された。それによると、『……首相は、懸案となっている衆院定数は正問題について「まず与野党の幹事長・書記長で話し合い、それから衆院議長にお出ましを願うのがよいのではないか」と述べ、解決に向けての話し合いの手順を提起した。……この問題と関連して、首相は立法、司法、行政三権のあり方について「戦後四十年たっており、よく勉強し直し、見直す必要がある。おのおのがおのおのを侵さないで、自分たちの節度をもって三権の調和をとることが憲法の命ずるところだ」との見解を示した。その上で「行政が独善にならないか、

立法が行うべきことを行っているか、司法がオーバーランすることはないか、についても、勉強し検討もしたい。立法府の方も第一党の総裁として勉強したい」と述べ、違憲判決を契機として政治問題化している衆院定数は正問題に關して三権のあり方の調和に問題意識を感じていることを示した。さらに参院改革についても「正すべきは正していく」と述べた。』とある(傍点筆者)。

いずれにせよ、わが国の首相たる者が、あたかも、わが国の最高法規たる日本国憲法の基本原則をこれから検討してみたいというがごときは、その在任期間のこともさることながら、あまりにもお粗末すぎる、としかいいようがないように思われてならない。このことも、本稿の本誌(記念号)への掲載の理由の一つである。

三 学究生活に入った初期のころ、私は、行政的公権力優位の観念や行政権に対する司法権の限界論に強い疑念をいだき、これらは日本国憲法の下では認められ得ない考え方ではないかと思つて、これを明らかにすべく頑張ろうと考えた。そこで、テーマを限定して、つぎのような視角からとりかかろうとした。すなわち、日本国憲法の下で残存しているいわゆる一九世紀的行政国家思想に基づく行政的公権力優位の観念を克服するためには、第一に、その歴史的考察により、どのようにしてかかる観念が出来してきたのかということ、第二に、わが国の近代国家化の基盤となったドイツ・プロイセン法制のいわば母国における戦後の動向、とりわけ西ドイツにおける最近の展開、などに着目して、研究をすすめるなければならないと考へた。さきにいささかの結論にふれておくと、かかる研究の成果などからして、私は、日本国憲法のめざしている国家は、司法国家ないし裁判国家である、と思料しているのである。もっとも、このことは、これまで機会あるごとに説いているところでもある。

一 考察の視角

本稿の考察の視角は、いわゆる「行政権に対する司法権の限界の理論」の反省を前提とした、行政事件における有効性を伴う権利保護制度なかならずく人有効で包括的な仮の権利保護¹⁾の実現をめざす展開のための基礎的な研究に存する。したがって、以下においては、ドイツの行政裁判権の歴史的発展過程がその関連において概括的に考察される。

わが国の行政裁判制度の発展過程においては、主としてオットー・マイヤー的な考え方(後述)が明治憲法の制定・施行とあいまってわが国に導入され、かかる考え方が多かれ少なかれドイツにおける発展の所産として、おおむねドイツ固有の制度として理解されてきたように思われる。たとえば、明治二二年の穂積八東博士の説くところによれば、国家に全能の大権の存することを承認し、行政裁判の目的を私権の保護に存するとする考え方を否定して、「行政裁判ハ裁判ニ非ストハ独逸法理家ノ往々主張スルトコロナリ寧ロ行政監督ノ一便法タリ然ルニ之ヲ以テ臣民ハ官ト權利義務ノ争訟ヲナン主権ハ裁判所ノ判決ノ下ニ檢束セラレ臣民ノ私権保護ノタメニ設ケタリトストキハ学理ヲ誤ルモノナリ」と述べられ、美濃部達吉博士もまた、明治憲法下はもとより、日本国憲法の制定直後においても、「行政裁判もまたその実質においては行政権の行為が法規に適合するや否やを争いの内容とするもので、これを裁判するのは性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質を有する」と説かれているのもその証左であり、そのような考え方の影響の下で構成されていたわが国の旧行政裁判の制度は、したがって、行政権の自己統制的性質ないし上級行政的地位をもつものにとどまったことは一般に承認せられている。

しかし、私には、わが国の旧ドイツ・プロイセン法的な法原理の導入に際しては、いわばドイツの法制度の歴史的

發展過程における、ある時期の時代区分をとらえて、その時代区分における法制度ないし学説を多かれ少なかれドイツ固有の制度と理解したにすぎないように思われ、それ以前に遡つての歴史的發展過程に対する理解を前提としたものでなかつたように思われる。

ところで、現在の西ドイツにおいて、ボン基本法の下での行政事件の裁判は、ルードルフ・フォン・グナイスト、オットー・マイヤー的な考え方が根本的に反省され、制度的に行政裁判所が設置されているけれども、もはや機能的に行政権の内部の自己統制的な性質のものではなく、行政権から完全に独立した裁判権 (rechtsprechende Gewalt) の一環としての裁判所による統制となり、特にボン基本法一九四項の解釈として、 \wedge 単なる訴訟提起の理論的な可能性ばかりでなく、権利保護の有効性を保障している \vee という考え方が確立されるにいたつたが、それは決して偶然とみられるべきではない。かつてのいわゆるフランクフルト憲法 (草案) 一八二条 (後述) の論議を経て、一応ルードルフ・フォン・グナイスト、オットー・マイヤー的な考え方が支配的となつたが、ビスマルク、ヴァイマール時代を経てボン基本法にいたり、かかる考え方が一面において「Rechtspruch は、裁判が行政から分離され、かつ、特に独立性を保障された国家機関に委ねられる場合に、はじめて可能となる」と説いたオットー・ペールのな考え方によつてようやく超克された、といえるのではなからうか。

もっとも、ドイツ行政裁判法におけるいわゆる「行政裁判」の歴史的發展過程については、すでにわが国においてある程度明らかにされているところといえる。そこで、本稿は、ドイツ行政裁判法におけるいわゆる「行政裁判」の歴史的發展過程の総括的役割を果たし得ることを念じるとともに、司法権と行政権の關係をあらためて考えるさいの基礎的視角となる素材を提供したいと念じ、再びここに私の研究成果を明らかにする次第である。

- (1) 穂積八束「行政訴訟」穂積八束博士論文集所収一七三頁以下参照（特に一八五頁）。
- (2) 美濃部達吉（宮沢俊義増補）憲法概論（新版）一八三頁。
- (3) O. Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 54.
- (4) たとえば、美濃部達吉「独逸ノ行政裁判制度」国家学会雜誌二二卷一一号七一頁以下、同二三卷一二号五一頁以下、南博方・行政裁判制度ドイツイにおける成立と発展一、須貝脩一「西独逸行政裁判制度の発展」法学論叢五九卷四号一頁以下、綿貫芳源「近代ドイツに於ける公法上の諸制度の発展（一）」近代行政法の一類型の研究一東京教育大社会科学論集（一）一五頁以下、山下健次「大陸法に於ける行政裁判権の独立」立命館法学二五号六一頁以下、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格（訴の利益）（一）」ドイツイにおける判例の動向を中心にして一国家学会雜誌七七卷三・四号四九頁以下、藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』オットー・ペール「法治国」の立場とドイツ行政法学一国家学会雜誌八〇卷三・四号四六頁以下、同八〇卷九・一〇号五〇頁以下、高田敏「法治国家概念と警察国家概念の形成（一）」ドイツイにおける法治国理論の成立と確立その一」阪大法学七〇号五〇頁以下、上山安敏・ドイツ官僚制成立論二五八頁以下、石部雅亮・啓蒙的絶対主義の法構造一二頁以下、栗城寿史「十八世紀ドイツ国法理論における二元主義的傾向（一）」大阪市大法学雜誌一〇卷四号三〇頁以下、等々がある。
- (5) 拙稿『「裁判を受ける権利」試論』判例評論一九九号一三二頁、同「権利保護の有効性論」公法研究四二号二〇一頁、同「行政上の保全訴訟の研究序説」法と政治二二卷四号四一頁、同「執行不停止原則の再検討（一）」民商法雜誌六一卷四号五五一頁（五六五頁）、同「行政的公権力優位の観念と現行訴訟法」大経法大法学論集六号八七頁、ほか。

II 古代帝国と帝国裁判所 (Reichsgericht) の裁判権

中世のゲルマン法では、私法と公法の区別というようなことは無縁であった。⁽¹⁾つまり、当時においては、公法は私法から概念的に区別されておらず、⁽²⁾したがって、私人の私法上の権利と公法上の権利という区別はなされていなかった。⁽³⁾といえる（要するに、機能的にも、訴訟的にも、公法と⁽⁴⁾私法の区別はなされていなかったこととなる）。

古代帝国すなわち「神聖ローマ帝国」(das Heilige Römische

Reich Deutscher Nation) は、思想的にはローマ帝国にまで遡ったわけであるが、それも個々の私人間の關係の秩序について受けついでたこととなり、国家と臣民の間の關係の秩序 (die Ordnung des Verhältnisses zwischen dem Staat und den Untertanen) につては受けつがなかつた。そして、中世の終り頃には、ドイツ國民の國家的發展の重点は個々のいわゆる諸ラントに移つていったように思われる。だから、當時、臣民に対立するものは、国家ではなく、領主 (Landesherr) であつたといえる。封建諸侯の支配権は、領地所有を基礎とする家権であり、所有領地の管理作用と皇帝から特權として与えられる個々の高權の行使がその支配内容をなしていた。今日、われわれが行政といつてゐるものは、古代ドイツ帝國から結果として生じた「オットー・マイヤーは、『行政法学は、国家と臣民の間の關係における公的の結果として生じた』といわれる」(權力の法的に制限された現象とかかわりあいをもつてゐる) と述べている。

帝國裁判所 (Reichsgericht) は、一四九五年に設立された、Reichskammergericht と一五〇一年に設立された、Reichshofrat によつて構成され、Landeshoheit (高權) (Hohheitsrecht) の全体の上に立つものであつたが、當時、この帝國裁判所のほかに、諸侯の領土裁判所 (die landesfürstlichen Territorialgerichte) が存在した。諸侯つまり君主は自己の裁判権に服しないから、領土裁判所は、君主または君主の官吏に対する訴訟を受理する権限を有しないものとされたが、公權力の行使によつて行なわれた行為に関する事件は、官憲による個人の權利の侵害を主張することによつて、司法に適する警察事件 (justizmäßige Polizeisache) として、帝國裁判所への訴訟が開かれ、帝國裁判所は、既得權 (Wohlerworbenes Recht) に関する自然法の原則にしたがつて裁判をしたが、君主は、皇帝のもつ免訴特權 (privilegia de non appellando) と免招喚特權 (privilegia de non evocando) を獲得することによつて、次第に、帝國裁判所の支配を脱した (その場合、帝國裁判所が、必ずしも、原則的にすべての領土裁判所の上級審であるということの意味しなかつた)。この帝國裁判所による權利保護にかわつて、領土裁判所による權利保護を臣民に与えるために構成された理論が、國庫説 (Fiskustheorie) である。

説

論

であつた⁽¹⁷⁾。国庫説は、公権的行政關係を私法的に解釈し、行政事件を、国庫を相手方とする財産法上の国庫事件として、領土裁判所に訴えを提起する可能性を創造した(たとへば、公用徴収を強制売買と解し、官吏關係を勤務契約關係と解し、徴収のための田畑の強制使用關係を土地賃貸關係と解した)が、法治国家に移るにおよんで、国家と併立する別個の権利全体としての国庫の概念は捨て去られた(18)。要するに、国庫は、私法上の権利および義務の主体として、私法の規律の下に行爲する国家自体、すなわち、国家の財産⁽¹⁹⁾。

以上要するに、等族的な司法国家 (der ständische Justizstaat) においては、固有の行政法を識っていないのであつて、いわゆる公権力の行使による侵害に対する保護は、もっぱら、いわゆる民事裁判所でのみ保障された、といえるであらう。

(1) F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 29.

(2) 宮沢俊義「ドイツ行政法」新独逸国家大系八卷一〇頁、南博方・行政裁判制度八〇頁、田上稷治「ドイツ行政法」行政法講座一卷一三二頁、等参照。

なお、「公法と私法」に関するドイツの学説史については、特に、塩野宏『マルティン・ブリンガー「公法と私法」』法学協会雑誌八六卷七号二八頁以下、に詳しい。

(3) F. Fleiner, a. a. O. S. 29. なお、自明なことではあるが、「今日の意味における行政裁判権は、私法上の争いと公法上の争との区別に基づいて」(H. J. Wolf, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, S. 354)。

(4) なお、ロー法におよび「公法と私法は、機能的にも、訴訟的 (Klagemöglichkeit zu bestimmen) にも、区別されてゐなかつた」(vgl. M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1963, SS. 13~16 (15))。

また、ヘーリヒ・カウフマンによれば、「公法と私法の対立をマ・プリオリなものとして定着させようとするすべての試論は、こうした対立が今や決してア・プリオリなものではないという事実、しかもそれはわれわれの歴史的な過程およびとくにわがラント法の大法典化、裁判所法ならびに一九世紀初頭の改革立法でなお知られていないという事実、に衝突して挫折し

「わが国は「なる」行政の「なる」(, Verwaltung, Verwaltungsrecht', Autorität und Freiheit (in: WBSVerwR. 3. Bd., 1914), G. S. I. Bd., S. 75 (107))。

(5) 宮沢俊義・前掲註(2)に同じ、南博方・前掲書七八頁、等参照。

(6) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., 1923, S. 26.

(7) O. Mayer, a. a. O. SS. 26~27.

(8) O. Mayer, a. a. O. S. 27.

(9) 杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)四〇頁参照。

(10) O. Mayer, a. a. O. S. 26.

(11) O. Mayer, a. a. O. S. 113.

(12) F. Fleiner, a. a. O. S. 29; H. J. Wolf, a. a. O. S. 354.

(13) O. Mayer, a. a. O. S. 27.

なお、栗城寿夫教授は、「ライヨ(Reich)構造が一つの枠として、領邦国家(Territorium)における形成・維持を規定したとすれば、領邦国家自体においてその国家形成・維持の根拠となり且つ駆動力となったのはランデスホーハイトの概念或は理論であった。ランデスホーハイトはその完成した形態においては他の国家における主権或は国家権力という概念に相当するものであり、それが特にランデスホーハイトと呼ばれて特殊な性格づけを与えられたところに、ドイツにおける国法理論の特殊性がひそんでいるといえよう」と述べている(大阪市大法学雑誌一一卷一号八八頁)。そのほか、ランデスホーハイトの成立およびその理論構造については、同一一巻一号八八頁以下に詳しい。

(14) Vgl. O. Mayer, a. a. O. S. 28.

なお、栗城寿夫教授は、「帝国国法理論は選挙された皇帝、帝国議会、帝国裁判所などから構成される帝国構造を中世ゲルマン的自由思想と近世啓蒙思想とをもって説明し、たとえば、黄金印刺書やヴェストファーレンの講和条約などを国家設立の社会契約と解し、帝国議会出席の各領邦領主を国民代表と解し、従って帝国には国民の国政参与が実現されていると解し、又帝国裁判所によって国民の権利・自由が保障され、君主の権力濫用が抑制されていると解した」と述べている(ドイツ初期立憲主義の研究一〜二頁)。

- (15) 杉村敏正・前掲書四〇頁参照。Vgl. F. Fleiner, a. a. O. SS. 31~32.
 なお、シュルチェは、「官憲 (Oberigkeit) に対して、帝国裁判所により臣民に保障される権利保護は、古代ドイツ帝国の国法上の構成の全体に密接な関係がある」と述べている (H. Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 1881, S. 635)。
- (16) W. Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, 1962, S. 23.
- (17) 杉村敏正・前掲書四〇頁参照。Vgl. F. Fleiner, a. a. O. S. 33.
 なお、「国庫とは、君主および国家とは異なる、国家の財産および金銭的権利の主体であって、私人として、私法の規律に服するものとされた」(杉村敏正・前掲書四〇頁)。
- (18) 杉村敏正・前掲書四〇頁参照。
- (19) 杉村敏正・前掲書四〇~四一頁。

三 古代帝国崩壊前後の裁判状況

「神聖ローマ帝国」は、一八〇六年に崩壊するにいたるが、少なくともその最後の二〇年間は理論的にほとんど完全な司法国家であった⁽¹⁾、といわれる。裁判所の統制の可能性は、「Reichsgewalt」の下で領地の従属の結果として生じたので、帝国裁判所に、いわゆるラント当局の措置に対して訴えを提起し得たということになる⁽²⁾。が、この可能性は、右に述べたように、諸侯が免訴特権や免招喚特権などの獲得によって、ますます非常に制限されていった⁽³⁾。ところで、この当時において認められる訴えにおいて、明らかに、警察事件における訴願 (Beschwerde in Polizeisachen) に停止的效果を賦与しないという原則が、実務において形成された⁽⁴⁾。つまり、実務においては、訴願は原則として停止的效果を有しない、という原則が発展したようである⁽⁵⁾。

しかし、「神聖ローマ帝国」の崩壊に伴い、すべての帝国裁判権の機能は停止されるといふ結果となった⁽⁶⁾。が、

ドイツの諸国家は、その主権 (Souveränität) を維持した⁽⁶⁾。したがって、上位の帝国裁判所による領土権の統制 (Kontrolle der Territorialgewalt) は消滅したが、それによって、君主は自己の裁判所に服するのかどうか、また、いかなる範囲で服するのか、ということについては、不確定であった⁽⁷⁾ (君主に関する上級裁判的な権力については、あまり問題にできなかったといわれる)。

それ故に、官憲の命令に対して、臣民に、単に上位の行政庁への訴願が認められることになるのかどうか、訴訟が認められる場合いかなる事件で裁判所に裁判権能が与えられることになるののか、裁判所が違法な行政行為の取消しを認めるのかどうか、裁判所が侵害に単に補償を与うべしと判決し得るのかどうか、今まで通り通常裁判所に管轄権があるのかどうか、もしくは、行政事件に関する特殊な裁判所が設立せられることになるののかどうか、という種々の問題が生じた⁽⁸⁾。その点で少なくとも、通常裁判所は、警察法上の争訟事件について制限せられ、ただ例外として、特に行政庁の行為に対して単なる補償問題に関係する場合に限り臣民の権利保護を保障するにとどまり、そのほかいわゆる公法に属するあらゆる行政の争訟の裁判は放任された⁽⁹⁾ように思われる。

要するに、右の問題の発展は、さしあたり個々のラントにおいて行政庁が行政事件を取り扱うという方向で形成発展せられて行くので、個別的に考察する必要がある⁽¹⁰⁾。したがって、停止的効果の形成についてもそうである⁽¹¹⁾ (その他のラントについては、プロイセンの発展の所産である、といわれる)。

- (一) W. Rüfner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, 1962, S. 45.
 (二) W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 96; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 2.

説

論

- Auffl., 1967, SS. 354~355.
- (3) R. v. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, S. 84.
- (4) W. Wieseler, a. a. O. S. 96.
- (5) H. J. Wolff, a. a. O. S. 355; W. Wieseler, a. a. O. S. 96; H. Schulze, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes*, 1881, S. 638.
- (6) W. Wieseler, a. a. O. S. 96.
- (7) W. Wieseler, a. a. O. S. 96.
- (8) H. Schulze, a. a. O. S. 638.
- (9) W. Wieseler, a. a. O. SS. 96~97.
- (10) H. Schulze, a. a. O. S. 638.
- (11) この点については「行政司法」を中心に、南博方・行政裁判制度(特に八七頁以下)に詳しい。
- (12) W. Wieseler, a. a. O. S. 97.

四 帝国憲法(草案)一八二条と行政裁判制度の発展

多くのドイツのいわゆるラント(Territorien)の裁判所の構成は、確かに、かなり多くのいわゆる行政事務に関する法的決定(die rechtliche Entscheidung)が通常裁判所の管轄から、それと異なる行政庁へと移されて行く限りにおいて、司法国家的観念からはなれた。このことは、特に、御料地事件(Domänen- und Kammergutssachen)ならびに警察事件に関する裁判について妥当した、が、この段階においても、Kammerjustizと通常の司法との間の境界は、必ずしも私法と公法の間の区分に関する今日の理論的な観念で述べられていない⁽¹⁾ようである。いずれにしても、当時においては、行政事件における公平な裁判と行政作用の慎重な取扱いに関する保障は、行政庁の合議的機

関（いわゆる合議制官庁〈Kollegialbehörde〉）においてであり、そして、その機関の構成員たる行政官の地位は法的に保護されていた。

ところが、立憲的国家形態の導入に伴って、政党内閣制度による大臣の政党的地位が出来し、行政庁の機関は、むしろ（政党の）事務所のような有様となり、下級行政機関の従属性は、その時々的大臣行政（Ministerialverwaltung）によってより大きくなった。それによって、行政権の政党的操作の危険が生じた。それにもかかわらず、行政事件の解決を（その場合に発生した法律問題も含めて）、行政庁の審級順序に委ねたままであったので、行政裁判をめぐる論争を招来した。いわゆる行政司法（Verwaltungsjustiz）の問題は、一九世紀の初頭一〇年間に活発に論議された。つまり、一八世紀から一九世紀初頭にかけて、いわゆる公法上の争訟に関する訴訟は、裁判所による国庫説の取扱いによって独立の手續で行なわれる、という建前をとりながらも、実際には裁判所によって裁判されるのではなく、いわゆる行政司法の範囲で行政庁によって裁判されたからである。ゲオルク・マイヤーによれば、いわゆる行政司法の制度を支持するものとしてフィッツァー、フンケをあげ、それに反対するものとしてミッテルマイヤー、ファイアー、ツァハリエをあげている。しかしながら、この論争において、全く明白な結論に達するにいたらなかった。というのは、一部では行政は合目的性の観点に基づいて行なわれる監督から発する、とし、固有の行政事件の裁判と一定の私法的争訟における行政庁の裁判との間の区別が充分でなかったからである。

こうした論争の影響の下で、一八四九年の帝国憲法（Reichsverfassung vom 28. März 1849）（草案）（この憲法草案は一般にフランクフルト憲法（Frankfurterverfassung）、パウル教会憲法（Paulskirchenverfassung）と呼ばれる）一八二条ができた。一八二条によることがあるが、わが国ではむしろフランクフルト憲法と呼ばれているように思われるので、以下それに従う）一八二条によれば、「行政裁判（Verwaltungsrechtspflege）は廃止する。すべての権利侵害に関しては、裁判所が裁判する」と規

定されている。この規定において、二文にいう裁判所が通常裁判所を意味し、一文にいう行政裁判が行政庁に管轄権のある裁判権を意味していたとすれば、フランクフルト憲法（草案）は、司法国家の形態における法治国家の実現を望んでいたことになる。⁽¹⁹⁾ この思想のすぐれた理論的代表者は、オットー・ベールであり（しかし、一八四九年のフランクフルト憲法草案ならびにオットー・ベールの主張は、実現され⁽¹¹⁾、のちのドイツ帝国のほとんどすべてのラントにおける法治国家の実現についてそれとは異なった道を歩んだ⁽¹²⁾）、のちのドイツ帝国のほとんどすべてのラントにおける法治国家の実現についてそれとは異なった道を歩んだ⁽¹²⁾ ということは、まず第一にルードルフ・フォン・グナイストの影響によるものであった、等についてはすでにわが国においてもほぼ論じつくされている。⁽¹³⁾ そして、ドイツの国家的統一の下にいわゆるビスマルク憲法（Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871）が誕生し、それと前後して行政裁判所が一八六三年にバーデンに設立され、プロイセン（一八七二—一八七五年）、ヘッセン（一八七四—一八七五年）、ヴェルテンベルク（一八七六年）、バイエルン（一八七八年）をはじめとする諸ラントにおいても続いて設立されるにいたった。⁽¹⁴⁾ かかる制度の下において、特に、△プロイセンの行政裁判所制度は、裁判類似の手続で行なわれる行政内部の機構による行政の統制であった⁽¹⁵⁾（つまり、行政裁判所は、第一義的に積極的な行政に対する統制手段として国家に機能するものであって、第二義的に国民の権利保護に機能する、とみなされた⁽¹⁶⁾）が、△南ドイツ諸ラントにあっては、行政裁判所の権限を国民の公権の保護に限定し、⁽¹⁷⁾ 行政裁判権の本質は、行政の領域に関する裁判であり、その任務は、あらゆる裁判と同様に個人の諸権利の保護にあった⁽¹⁸⁾、と理解されている。⁽¹⁹⁾

わが国の行政法なかならず行政裁判制度の発展との関連においてみれば、とりわけ、オットー・マイヤーの業績を評価せざるを得ない。⁽²⁰⁾ オットー・マイヤーによれば、⁽²¹⁾ 「行政裁判は、当事者手続（Parteiverfahren）において行政庁が行政行為を発するための活動である」⁽²²⁾（つまり、行政裁判⁽²³⁾は行政行為である）、⁽²⁴⁾ 「行政裁判所は、行政系統に属する行政庁である」、⁽²⁵⁾ 「行政訴訟手続（Verwaltungsstreitverfahren oder Verwaltungsprozess）は、行政事件における当事者手続である」、⁽²⁶⁾ 「行

政判決 (Verwaltungsurtell) は、「当事者手続から生ずる行政行為である」と結論づけている。要するにオットー・マイヤーは、行政裁判は個人の権利を保護するためではなく、行政裁判所を行政官庁と考へ、行政監督としてのものであると考へたのである。もつとも「行政裁判権の目的は、行政に関する法の規準的な原則の維持ならびに行政機関の侵害に対する個々の私人の権利の保護にある」とする見解もあつたのであつて、その見解によると「その両方が原則として同時に行なわれる」といひ、前者のみを強調する見解(註15)、後者のみを強調する見解(註18)をそれぞれ片手落ちであると批判した。⁽²⁴⁾

そうして、ビスマルク時代を経てヴァイマル時代にいたり、いわゆるヴァイマル憲法 (Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919)⁽²⁵⁾ が制定され、その一〇七条において「ライヒおよび諸ラントにおいては、行政の命令および処分に対して個人を保護するために、法律の定めるところにより、行政裁判所を設置しなければならぬ」と規定され、この規定の下でしたがつて未だ行政裁判所を創設していない諸ラント、たとえば、ハンブルクは一九二一年に、メックレンブルク・シュヴェーリンおよびメックレンブルク・シュトレリッツは一九二二年に、プレーメンは一九二四年に、また、新しくラントとして基礎づけられたチューリングゲンは一九二六年に、それぞれ行政裁判所が設立されるにいたつた⁽²⁷⁾。ただし、極く小さなラントであるシャウムブルク・リッペおよび(註23)ヴァアルデックにおいてのみ、行政裁判所は設立されなかつた。しかし、ライヒにおいては、ヴァイマル時代しかもその後一九四五年まで一般的な行政裁判権は存在せず、ヴァイマル憲法三一条および一六六条で述べられたライヒ行政裁判所はさまざまな始動にもかかわらずヴァイマル時代に創設されなかつた。⁽²⁹⁾ところで、ヴァイマル憲法はその一〇七条において「行政裁判所」という表現を用いておるにとどまり、一般的にはそこでいう行政裁判所は、通常のいわゆる司法裁判所ではなく、むしろ伝來的な意味における行政裁判所であると解され、この

意味における行政裁判所はしたがって裁判所類似の機構で形成される行政庁であると解されていた⁽³⁰⁾（は、⁽³¹⁾とも、行政裁判所のか、それとも行政と全く分離された司法機構に近いも）。かかる一般的な見解をめぐって、たとえば、フリードリヒ・ギーゼは、行政裁判所は裁判所類似の機構としての行政庁であり、行政裁判官は一般的な裁判官の独立を保障された行政官である、として支配的な見解を支持したが、フリッツ・フライナーによれば、行政裁判所の機構からするとオットー・ペールの司法国家の意味における通常裁判所によって行政争訟事件が取り扱われることも考えられ、ヴァイマル憲法一〇七条はこうした可能性を排除するものではないのであって、むしろ行政事件における権利保護の純粋な司法国家的秩序を意味する、とせられた⁽³²⁾（なお、ゲニアルト・アンシニッチは、一〇七条は行政事件における権利⁽³³⁾）。⁽³⁴⁾ともかく、概していえることは、ヴァイマル憲法の終りにいたるまで、おおむねオットー・マイヤー的な考え方が支配的であったように思われる。また、以上の行政裁判権の歴史的發展過程をふまえて、いわゆる執行停止制度がどのようにして形成されたかについては別稿で考察されるが、とりわけプロイセンの立法が先駆的役割をはたしたように思われる。

- (1) W. Rühner, „Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit“, DÖV. 1963, S. 719 (719~720).
- (2) G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl., 1905, SS. 669~670.
- (3) G. Meyer, a. a. O. S. 670.
- (4) G. Meyer, a. a. O. S. 670.
- (5) Vgl. C.-F. Mengler, Moderner Staat und Rechtsprechung, 1968, S. 16.
- (6) K. v. Pflizer, Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz, Stuttgart 1828, Prüfung der neuesten

Einwendungen gegen die Verwaltungsjustiz, Stuttgart 1835; Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, Zwickau 1838 (G. Meyer, a. a. O. S. 670).

(7) Mittermaier, Beiträge zu der Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, Archiv für civilistische Praxis Bd. IV S. 105ff.; Was hat der deutsche Prozess durch die neuere doktrinelte und legislative Behandlung gewonnen? Ebendasselbst Bd. XII S. 393ff., Bd. XIII S. 95ff.; Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. III S. 203ff.; H. A. Zachariae, §149 (G. Meyer, a. a. O. S. 670).

(8) G. Meyer, a. a. O. S. 670.

(9) ワルター・イェリネックは、法的保護の発展に関連して、「この場合において、司法国家の採用もしくはそれへの接近は、躊躇なく後退を認めざるべきである。ところが、司法国家の採用もしくはそれへの接近は前世紀（一九世紀）中葉以来の發展で明らかで進行するならば、その保護は、Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL. H. 2, 1925, S. 8(9)°。

なお、フランソワ・憲法については、清宮四郎・国家作用の理論三〇六頁以下、浅井清・近代独逸憲法史四〇頁以下、山田晟・ドイツ近代憲法史一二頁以下、南博方・行政裁判制度七〇頁以下、等に詳しいが、一八四八年三月のいわゆる「三月革命」は、独逸国民が立憲政治への運動なると共に、又独逸統一への運動であったが、立憲政治への要求は、或程度迄三月革命に依りて実現された。即ち独逸各国は程度の差こそあれ、何れも憲法を改正して、其国民を国政に参加せしむる途を開き、国民の公権に関する規定を増加して、警察国より法治国へ移らざとすに到った。これを三月の成果（Märzerrungenschaft）と謂ふ」（浅井清・前掲書三三三～三四頁）と述べらる。

(6) Deutsche Verfassungen, G. G. T. Bd. 1683, S. 11 (36); Dürig-Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 1967, S. 51 (75).

(9) H. Schäfer, „Endlich eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung!“, Jz. 1960, S. 73.

(11) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, S. 355; F. Werner, „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf“ (§182 des Paulskirchenverfassung), DV. 1949, S. 169 (170); und andere mehr.

しかし、フリッツ・フライナーによれば、「こうした司法国家の観念は、わずかのラントにおいて実現した」といわれる

- (Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 240)°
- (12) O. Koellreuter, Grundfragen des Verwaltungsrechts, 1955, S. 137; W. Jellinek, *ibid.*, VVDSRRL. H. 2, 1925, S. 9.
- (13) 前掲「警察の視座」の註④の註記を参照せよ。
- (14) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910, SS. 41~42; F. Fleiner, a. a. O. S. 241ff.; H. Schäfer, *ibid.*, JZ. 1960, S. 73; M. Baring, „Die Verwaltungsrechtspflege in Sachsen—Ereignisse und Gestalten“, —Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1964, S. 65 (66).
- なかま 各ノシテ其ノ設立ノ申表トシテ 高田敏「法治国家概念と警察国家概念の形成(一)」阪大法学七〇号六二頁ヲ註ス。
- (15) C. H. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 1966, S. 3; H. J. Wolf, a. a. O. S. 356; C.-F. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, SS. 17~18.
- なかま 自明ナルコトヲ見ルガ かの見解ノ代表者ヲ ルーヴルトン・ンケン・タナヤクム (Verwaltung Justiz Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen, 1869, S. 271ff.)° カーン・ノルム・ホルク (Verwaltungsrechtspflege, 1. Bd., 1920, S. 3)° ホムラー・マハナー (Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht, 1895, S. 1 ff.)° ホムラー・ペヤー (Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., 1924, S. 131 ff.)° 註セヨ。
- (16) C.-F. Menger, „Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland“, DÖV. 1963, S. 726 (727).
- (17) C.-F. Menger, *ibid.*, DÖV. 1963, S. 727.
- (18) C.H. Ule, a. a. O. S. 3; H. J. Wolf, a. a. O. S. 356; C.-F. Menger, a. a. O. S. 19.
- なかま 曲明ナルコトヲ見ルガ かの見解ノ代表者ヲ ホムラー・ゾーン (Der Rechtsstaat, 1864, S. 54)° ホムラー・ンケン・ホムナズマン (Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 71ff.)° ノーレン・ナンマン (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1881, S. 644ff.), マタトク・ンケン・キヤチナ (Bayerisches Staatsrecht, 1. Bd., 1896, S. 589ff.)° ホーガン・ノヒーリマン (Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 794ff.)° 註セヨ。
- (19) 參考せよ。ノースマリア法ニ付言すれば「ノースマリア法ニ於テ」行政裁判 (Verwaltungsrechtspflege) 是

- „Verwaltungsrechtsprechung“ 及び „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ といふ二つの形態があり」前者は「敷設されてくる行政争訟手續に基づいて決定 (Entscheidung) の形及び行なわれる行政庁の権利保護行為であつて」後者は「特殊の裁判所に於て行政庁の決定の審査を手段としての権利保護であつた」といわれる (vgl. R. H. Herrmitz, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, SS. 513~514)。
- (20) ホムラー・フューヤー及びグレイゼ、シュタウ、シュタウ、ホムラー・フューヤー行政法学の構造を詳しむ。
- (21) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., 1924, S. 138.
- (22) G. Meyer, a. a. O. S. 675 (Anm. 2), a. a. O. S. 47 (Anm. 14); G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, SS. 358~359. So. F. Fleiner, a. a. O. S. 248.
- (23) G. Meyer, a. a. O. S. 675 (Anm. 2).
- (24) G. Meyer, a. a. O. SS. 675~676 (Anm. 2).
- (25) Deutsche Verfassungen, a. a. O. S. 77; Dürig-Rudolf, a. a. O. S. 131.
- (26) Deutsche Verfassungen, a. a. O. S. 96; Dürig-Rudolf, a. a. O. S. 149.
- (27) F. Fleiner, a. a. O. SS. 245~246; H. Schäffer, *ibid.*, JZ. 1960, S. 73 (74).
- (28) F. Fleiner, a. a. O. S. 246; H. Schäffer, *ibid.*, JZ. 1960, S. 74.
- (29) H. Schäffer, *ibid.*, JZ. 1960, S. 74; F. Fleiner, a. a. O. S. 246; G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 14. Aufl., 1933, S. 499; F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 8. Aufl., 1931, S. 238.
- (30) G. Anschütz, a. a. O. SS. 495~496.
- (31) Vgl. G. Anschütz, a. a. O. S. 496. なお、南博方・行政裁判制度五六頁参照。
- (32) F. Giese, a. a. O. S. 237.
- (33) F. Fleiner, a. a. O. SS. 249~250.
- (34) G. Anschütz, a. a. O. S. 497.
- (35) なお、すでに自明なことではあるが、一九三三年一月三〇日にアドルフ・ヒットラーが宰相に任命され、ヴァイマル憲法が結局は骨抜きにされるにいたるわけであつたとをヴァイマル憲法が廃止されていないにしろ、とにかく、同憲法のほとんど

の規定は少なくとも一九三四年八月二日のライヒ大統領パウエル・フォン・ヒンデンブルクの死後むしる現行法ではなかった、とされる (vgl. Dürig-Rudolf, a. a. O. S. 131)。特に、ナチの時代の行政裁判権については、vgl. W. Scheerbarth, „Das Schicksal der Verwaltungsgeschichte unter dem Nationalsozialismus“, DÖV. 1963, S. 729ff.; C.-F. Menger, *ibid.*: DÖV. 1963, SS. 728~729.

五 行政国家への反省

— ボン基本法と行政裁判権 —

一九世紀のドイツの行政裁判は、行政組織の一部であって、司法組織の一部ではなかった⁽¹⁾ (行政裁判権の地位が、行政に対する関係においていかにあるべきか、とい⁽²⁾) が、ボン基本法の下での行政事件の裁判は、行政裁判所が設置されているけれども、もはや行政組織の一部ではなく、基本法二〇条二項 (すべての国家権力は、国民から発する。国家権力は、国民により、選挙、投票および立法特別な機関によ⁽³⁾ おびよ九二条 (裁判権は rechtsprechende Gewalt⁽⁴⁾ は、裁判官に委託される。裁判権は、連邦憲法裁判所) により、明らかにそのよ⁽⁵⁾ つて行使される) おびよ九二条 (連邦最高裁判所) の基本法に規定された連邦裁判所およびラント裁判所によって行使される) により、明らかにそのよ⁽⁶⁾ うなものと認められる「裁判権 (rechtsprechende Gewalt)」の一部である。すなわち、ボン基本法の下における行政裁判権は、裁判権の一部であるので、行政上の権利保護は裁判所による権利保護である⁽⁷⁾。換言すれば、それは、行政権の内部の自己統制的な性質のものではなく、行政権から完全に独立した包括的司法権の一分肢であるとの観念を前提として、その制度の面においても、実際の運用の面においても、極めて徹底した司法国家的思想による⁽⁸⁾、独立の地位を有する裁判権の一環としての行政裁判所による統制となった。

ボン基本法は、その一九条四項において「何人も公権力によって (durch die öffentliche Gewalt) その権利を侵害されたときは、訴訟 (Rechtsweg) をなすことができる。他の管轄権 (eine andere Zuständigkeit) が基礎⁽⁹⁾

けられない限り、通常の裁判 (die ordentliche Rechtsweg) が認められる」と、基本権 (Grundrechte) の章に規定した。この規定は、「第一級の規定 (,eine Vorschrift erster Ordnung⁽¹⁷⁾)」。「マグナ・カルタ (,Magna Charta⁽¹⁸⁾)」。「法治国国家の円天井に要石を接合する」という思ひ切つた項 (ein „kühner“ Absatz, „der dem Gewölbe des Rechtsstaats den Schlussstein einfügt⁽¹⁹⁾)」。「ボン基本法は、ヴァイマル憲法に對比して、すべれた極めて著しう進歩 (,ein der bedeutendster Fortschritt, der das Bonner Grundgesetz gegenüber der Weimarer Verfassung auszeichnet⁽²⁰⁾)」。「一九条の極めて重要な保護規定 (,die wichtigste die Schutzvorschrift des Art. 19⁽²¹⁾)」。「⁽²²⁾」。「基本法の諸条項の下での〈女王〉 (die „Königin“ unter der Vorschriften des GG)」と称され、ドイツ法治国国家の完成を促し、しかもそれらの累置において、公権力形式による (durch die öffentliche Gewalt Gestalt) 個人の権利侵害に対して、包括的かつ完全な、しかも予防的な裁判所の権利保護の概括条項 (die Generalklausel des umfassenden und lückenlosen, auch vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutzes) の獲得とみなされるにいたつた。⁽²³⁾ として、一九条四項の包括的な概括条項は、法治国国家思想の帰結としての必然的な発展であり、力強い進歩 (ein gewaltiger Fortschritt) を示すものであると受け取られ、⁽²⁴⁾ その上、法治国国家思想の表現としての理解では、その意を尽すものではないとして、法治国国家というものは、多数の訴訟を認めることによつて実現されるのではなく、権利保護の有効性を必要とする⁽²⁵⁾ と解され、それ故一九条四項は、単なる訴訟提起の理論的な可能性 (die theoretische Möglichkeit) ばかりでなく、権利保護の有効性を保障している。⁽²⁶⁾ したがつて、一九条四項の意義は、まさしく国民に有効なできる限りの保護 (ein effektiver, ein höchstmöglicher Schutz) を裁判所の自由な判断に委ねることであり、⁽²⁷⁾ 権利保護の有効性は、むしろ、行政裁判所法四二条とともに四〇条一項の概括

条項が目的としている、公権力の措置によって侵害されている基本権の保護・救済の即時実現を必要とするものであって、その目的は完全な権利保護をも創造することにある。⁽¹⁸⁾ 公権力によってその権利の制限を迫られる場合に、したがってまた、一九条四項によって予防的な権利保護をも保障するものであり、さもなければ基本法の規定が、その趣旨と目的にそって有しているはずである保障を欠いているかまたはないことになることとさえいわれる。⁽²⁰⁾

要するに、ボン基本法の下における行政裁判権については、すでに別稿（拙稿）^(註5)（参照）でも明らかにされているところであるが、それが前述した歴史的発展過程における諸論との関連においてみる限り、「われわれの新ドイツの行政裁判権の精神的な祖先は、ハンス・ケルゼンでもルードルフ・フォン・グナイストでもなくて、むしろオットー・ペールである。われわれは、法治国家を、*„Rechtswegstaat“* によって表現したことにより、司法国家的な解決（*die justizstaatliche Lösung*）を選択したのである」⁽²¹⁾（この場合、独立の裁判所による行政上の権利保護の）⁽²²⁾と述べたカール・アウグスト・ベターマンの指摘は、まさに当を得たものといえるであろう。

(1) C. H. Ule, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungserichtbarkeit, 1950, S. 13.

(2) C. H. Ule, a. a. O. S. 14.

(3) C. H. Ule, a. a. O. S. 15; und Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 1966, S. 4.

(4) C. H. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., S. 1. なお、基本法（一九条四項・九二条・九六条・九七条）、ラントの憲法および行政裁判所法に規定されている現行法は、行政裁判権の解釈を「客観的な法的統制としての行政組織の一部である」ということを除去し（ウーレ・同書四頁）、行政裁判権は、今日、いわゆる通常裁判所（民事・刑事）ならびに行政庁と分離しつづるものの「独立の裁判機関」により行なわれつづる（Wolff, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, S. 354）。したがって、たとえ一方当事者の個人と他方当事者の国家との間の争いにおいて、裁判所は、中立的な第三者的機能を有し（Mauz-

- Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1968, Art. 19 Abs. 4, S. 2)「基本法一九条四頁は、裁判所に与る権利保護なかにては裁判官による保護を保障しつつ(BVerfG Zweiter Senat, Beschl. v. 5. 2. 1963, DVBl, 1963, S. 362)のやある。もちろん、行政事件を取り扱う裁判官は、特に専門的な知識を要求されることはごく普通の事である。」
- (5) 白石健三「ドイツの行政裁判について」法曹時報九卷一一号四頁、須貝脩一「西独逸行政裁判制度の發展」法学論叢五九卷四号六頁以下、園部逸夫「ドイツ行政訴訟制度」公法研究一五号一三三頁、南博方・行政裁判制度二一頁および一六〇頁以下、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格」(二・完)国家学会雑誌七七卷九・一〇号二頁、等々参照。なお、宮沢俊義「ドイツ行政法」(J. Weidemann, Deutsches Verwaltungsrecht の訳)新独逸国家大系八卷四六頁は、「行政裁判所は、法の発見を通じて裁判官の独立を有する合議官である」(一九八三年八月一日フロイセン権限法等に関連して述べられている)。
- (6) 白石健三・前掲論文九頁。
- (7) Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Band I, S. 568 (Walter Jellinek, VVDStRL, H. 8 [1950] S. 160 [Diskussionsbeitrag]).
- (8) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Lothar Schöne, Magna Charta, S. 556).
- (9) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Recht—Staat—Wirtschaft III [1951] SS. 9~30, S. 9).
- (10) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Carl-Hermann Ule, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, DRZ, 1949, 10. Beiheft S. 19).
- (11) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Kurt Georg Wernicke, BK, Erl. II 4 vor a zu Art. 19).
- (12) Dennewitz-Wernicke (Redaktionelle Bearbeitung), Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1954, S. 9 (Art. 19 Abs. 4).
- (13) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568.
- (14) Dennewitz-Wernicke, a. a. O. S. 9.
- (15) Siegmund-Schultze, „Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten“, DVBl, 1963, S. 745 (749); Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 126.
- (16) BVerwG, Urt. v. 2. 9. 1963, NJW, 1964, S. 314.

説

(17) Brüggemann, a. a. O. S. 127. なお、「一九九四項は、法治国家の要求にしたがって、公権力の処置による個々の権利領域の侵害に対して、どこまでかぎり完全な裁判所の保護 (möglichst lückenloser gerichtlicher Schutz) を保障している」と判示した連邦憲法裁判所の判例がある (BVerfG E 8, S. 326)。

(18) OVG Lüneburg, Beschl. v. 1. 6. 1961, DVBl. 1961, S. 520 (521).

なお参考のために、一九六〇年の行政裁判所法 (VwGO) の四二条と四〇条二項を掲げておく。四二条「① 訴えによって、行政行為の取消 (取消訴訟 / Anfechtungsklage) ならびに拒否もしくは不行為にかかると行政行為の行なうことの判決 (義務付け訴訟 / Verpflichtungsklage) を求めることができる。② 法律に別段の規定がない限り、訴えは、原告が行政行為またはその拒否もしくは不行為により権利を侵害されたと主張する場合にのみ許容される」。

四〇条一項「行政訴訟 (Verwaltungsrechtsweg) は、争訟が、連邦法律によって他の裁判所に明文で委ねられない限り、非憲法的性質のあらゆる公法上の争訟にも適用 (in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art) 認められる。州法の領域における公法上の争訟は、州法律によっても、他の裁判所に委ねられることができる」。なお、同法は明文で、四三条において確認訴訟を、四二条において給付訴訟もしくは形成訴訟の類型として義務付け訴訟と取消訴訟を規定している。

(19) OLG Hamburg, Beschl. v. 26. 10. 1954, DVBl. 1955, S. 62 (63); Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1966, S. 180.

(20) OLG Hamburg, *ibid.*, DVBl. 1955, S. 63.

(21) K. A. Bettermann, „Das Verwaltungsverfahren“, VVDStRL. H. 17, 1959, S. 118 (166). なお、この点については、すでに市原昌三郎「行政手続と行政訴訟の關係」公法研究二二三号一八〇頁、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格 (訴の利益) (一)」国家学会雑誌七七卷三・四号五五頁、藤田宙靖「公権力の行使と私的権利主張」国家学会雑誌八〇巻五・六号七〇頁、等でも紹介されている。

(22) Vgl. K. A. Bettermann, *ibid.*, VVDStRL. H. 17, 1959, S. 181.

論