

「司法権の観念」論（再続）（十五）

——司法の機能の原点に立返って——

宇都宮 純 一

目 次

- 一 はじめに
- 二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の観念
 - ― 実体的基本権の規範的内実をめぐって―
 - 三 基本権保障と国際人権条約
 - ― 基本権の国際的保障の可能性と限界―
- 一 制定過程概観（以上第二三卷第一号）
- 二 従来の学説・判例理論
- 三 「裁判を受ける権利」論の展開
- 四 裁判を受ける権利と司法権（以上第二三卷第三号）
 - （一）ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - （二）序説―裁判を受ける権利と訴権との関係をめぐって―
- （一）ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - （i）民事訴訟法学説からのアプローチ
 - （ii）憲法学説からのアプローチ（以上第二三卷第四号）
- （二）基本権としての手続保障の展開
 - ― ヨーロッパにおける基本権保障の展開と基本権の国際的保障の契機―
 - （一）ヨーロッパにおける基本権史概観
 - （二）基本権としての手続保障の展開

- (三) 基本権の国際的保障の契機
 - 人権の国際化をめぐって —
- 二 ヨーロッパにおける基本権の国際的保障の系譜と形態
 - ECHR を中心に —
- (一) ヨーロッパ人権規約の成立
- (二) ヨーロッパ社会憲章の成立
- (三) 世界的次元における基本権保障の展開
 - 国際人権規約 —
- 三 基本権の国際的保障の実効性とその限界
 - 国際的保障の課題をめぐって —
- (一) 憲法秩序における国際人権条約の地位
 - 国際法と憲法秩序 —
- (ii) 憲法秩序における国際人権条約の地位
 - 比較法的素描 —
- (一) 基本権の国際的保障における司法の役割
- (i) ドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権規約
- (ii) ドイツ法における国際法友好性の原則
 - (以上第二四卷第三号)
- (iii) ヨーロッパ人権規約と民事手続
 - (以上第二五卷第一号)
- (iv) 基本権の国際的保障の限界と課題
 - (以上第二五卷第三号)
- (v) 基本権の国際的保障と司法権 — 小括 —

四

- 基本権の司法的救済
 - (以上第二六卷第一号)
- 行政訴訟制度の課題に即して —
- 一 序 — 救済・権利保護・司法改革
- (一) 英米法における救済とドイツ法における効果的な権利保護の保障
 - (i) 英米法における救済
 - (定数訴訟における司法的救済措置)
- (二) ドイツ法における効果的な権利保護の保障
 - 日本とドイツ
- (一) 司法制度改革審議会における論点と行政事件訴訟制度の改革構想
 - (ii) ドイツ連邦司法省による司法改革構想
 - (「刑事訴訟手続の改革、裁判所の独立強化等」)
 - (iii) 「市民（国民）のための司法改革」と基本権の司法的救済 (以上第二七卷第一号)
- 二 ドイツ基本法第一九条四項論 — 第一九条四項 (Rechtsweggarantie) に基づく権利保護をめぐって —
- (一) 序説 — 法治国家秩序と権利保護
- (二) 第一九条四項の構成と保障内容 (2) まで第二七卷第四号、(8) まで第二八卷第二号、(22) まで第二九卷第三号)
- (三) 第一九条四項の保障機能 — 行政訴訟制度との関連において — (以上第三一卷第三・四号)

四 第一九条四項の保障のパスpekティブーヨーロッパ

（共同体）法との関連において、あるいは行政裁判権（所）による権利保護のヨーロッパ化について―

（以上第三三卷第三・四号）

三 行政（事件）訴訟における基本権の役割

（第三四卷第一・二号）

四 ドイツにおける行政裁判所による規範統制訴訟

―ドイツ行政裁判所法第四七条論―（9まで本号）

五 憲法と司法過程―憲法学における司法過程論の試み―

四 基本権の司法的救済

―行政訴訟制度の課題に即して―

四 ドイツにおける行政裁判所による規範統制訴訟

―ドイツ行政裁判所法第四七条論―

(1) 本論文におけるこれまでの考察の底流をなすテーマは、司法の機能の原点は権利保護にあるというテーゼは論証可能か、というものである。そして、前節において手続形成の権利として取り上げた法的審尋請求権が、ドイツ基本法第一〇三条一項が保障する手続基本権として、裁判所の組織及び手続にとって基準となり、また、それは、実体的基本権の具体化と貫徹に仕える任務、換言すれば補足的及び促進的機能を担うことが確認された。このように行政訴訟における基本権の役割という観点に立つならば、基本権（実体的基本権）は、行政裁判権にとってまさにその主たる保護対象であると言えることができる。ただ、ここで以下のことをミルグラムやフーフエン等の所説に依拠しつつ、補足しておきたい。

既述のごとく、公権力による権利侵害に対しては、出訴の途が開かれるという基本法第一九条四項の保障は、行政裁判権が従わなければならないところの指令を特徴づけると捉えられる。すなわち、そこで標榜される実効的な権利保護を保障するという指令に、行政裁判権は従わなければならないということである。基本権の保障は、この保護なくしては考えられないからである。ところで行政裁判権の任務と機能については、それに関する従来の観念とは対照的に、今日の体系(的理解)は、権利保護に、より親和的に調整されてきているといわれる。⁽²⁾この点の指摘は、既にシュミット・アスマンやW・クレプスの所説にもみられたところである。そこでは、個人権保護が行政訴訟の基本的任務であり、それは立法者に対して、手続規則を原告の権利が訴訟のきっかけ(発端)であるばかりでなく、それが訴訟の保護目標でもあるように形成するよう義務づけると説かれる。そして、個人権保護に親和的でそれを支持するシステム決定が訴訟法と訴訟実務を規定し、それが行政訴訟法の当今の構想を詳述し、それを権利保護に親和的に強化することになる。⁽³⁾このような体系においては、先ず第一に重要なのは、もはや国家行動の実効性の保証ではなく、その代わりに今日、行政裁判権の本山は基本権に求められうることになる。右のような事情を背景とすると、行政裁判権をして、ザイベルト(G. Seibert)のこう「小さな憲法裁判権」と呼称することも、十分理由のあることになるのであろう。⁽⁴⁾

(2) こうしてドイツにあつては、基本法第一九条四項の権利保護保障、法的審尋(請求権)そして直接妥当する法(基本法第一条三項)としての基本権の保護は、法治国家秩序の中核的領域に属し、それらは行政裁判権の憲法上の存立の基礎を成すと捉えられる。そして、それらの保護保障を立法者も、さらに裁判(判決)自体も自由に処理することはできないと解される。換言すれば、F・フーフエンが指摘するように、基本権の侵害が問題になる場合には、出訴の途が開かれるのであり、それが基本法第一九条四項の中核的言明である。他方、基本権は直接的に

適用されうる法であり、それに裁判所が、したがって行政裁判所も拘束されるのであり、それが基本法第一条三項の中核的言明である。こうして右の基本法の両規定の保障は、相互に作用し合い、問題となる当該基本権と共同で作用する。この基本権は、本来国家権力に対して主観的権利を保障するものであり、行政自身が基本権を侵害したり、憲法違反の法律を基本権の持ち主の負担において適用する場合には、彼らの権利が侵害されたこととなり、そのことによつて行政裁判所法第一一三条に基づいて訴訟（の提起）が基礎づけられることになる。⁽⁵⁾

このことは、基本権の持ち主が行政裁判権を前にして、基本法第一条三項並びに第一九条四項に基づいて、（立法権による侵害に対する関係だけでなく）法律上の侵害権限を適用する行政（権）に対して権利主張を行うことができるのであり、行政裁判所法第四二条二項及び第一一三条がこの権利主張の要衝を成すことを意味する。⁽⁶⁾ 前述のように、基本法第一九条四項の権利保護保障、法的審尋、直接妥当する法としての基本権の保護が法治国家的秩序の中核的領域として捉えられること、そしてこれらの保障が行政裁判権の憲法上の存立の基礎を成すという命題は以上のような考察に基づく。

なお、フーフエンにあつては比例原則が基本権保護において重要な役割を担う、あるいは重要な機能を割り当てられている。すなわち、比例性の審査は、憲法上要求される基本権保護と個々の場合の公正さの表現であり、それは立法の形成の自由を脅かすものではなくて、逆にその無条件の前提であると説かれる。⁽⁷⁾ 基本権は、規範の外部領域的に作用する（nomitem wirken）場合には比例基準を通して作用する。この点は、前記の主観的権利の法源の一つとされる法律（立法）の場合に明確に示される。

先ず、一方において立法者も基本権の保護領域においては、基本権を具体化する行動を起こしたり、あるいは（それに相応する制限留保が存在する場合には）基本権を制限する行動を起こすことができ、その双方において立法者

は、その都度の基本権に拘束されているのであり、立法者は基本権を制限するに際しても、それを具体化するに際しても、基本権の作用(領域)に注意を払わなければならない。ここに基本権の規範の内部領域的作用(norminternen Wirkung des Grundrechts)が働いている。しかし、他方、基本権は、立法者自身の行為も含めて、あらゆる国家の行為にとつて、規範から独立した(normunabhängig)規範との関連性を持たない)審査基準でもあると説かれる。

すなわち、フーフエンに依れば、立法者は彼の制限権限の限界、そして、あるいは存在するかもしれない法律の留保の格付けを守らなければならないし、また、立法者は、その都度の公益の達成のための干渉が適切で不可欠のものであり、さらにさまざまに顧慮されるべき利害の比較検討に際して適当で、且つ(それを)要求しても支障のない、つまり全体的には比例している(verhältnismäßig)とされるような形で基本権を制限することが許されるにすぎない。ここでは基本権は、規範の外部領域的に作用し、前述のごとく、とりわけ(排他的にはないが)比例基準を通じて作用する。従つて、比例性は、二重の意味で、つまり侵害の深さと強さを顧慮する際の立法者にとつても、さらには個々の場合において、その都度の法律によつて認められた侵害権限を適用する行政にとつても、それは、基本権的「規範プログラム」(Norm programm)の一部と捉えられる。⁽⁶⁾

(3) このようにして、前述のごとく基本権の持ち主は基本法第一条三項及び第一九条四項に基づいて、立法権と行政(権)の双方に対して権利主張を行うことができ、行政裁判所法第四二条二項(権利侵害の可能性)と同法第一一三条(違法且つそれを通じて原告(の権利)を侵害するところの行政行為の取消)が、右の権利主張にとつて、戦略的に重要な地点、つまり要衝を成しているということになる。そして、R・パールの解説に依ると、それらはドイツの行政裁判所手続の「システムとしての決定」にとつて、その「所在地」(sedes matriae)として理解されている。そして、基本法第一九条四項の保障の結果、必然的に個人の公権力に対する実体(法)上の地位は、行政

訴訟による権利保護形式における専門的判決の最も重要な前提の中核的部分となる。⁽⁹⁾ しかも、右の行政裁判所法第四二条二項は、この憲法上の中心的規範を、通常法（律）の中でさらに補正して書き記したものであり、それを発展させる役割を担うものである。その際、この第四二条二項に基づく訴訟権限は、ドイツの行政裁判所手続の「システムとしての決定」の唯一ではないが、一つの訴訟法上の表出（刻印）として捉えられることになり、このことは、行政裁判所法第一一三条一項一文（「行政行為が違法であり、原告がそれにより権利を侵害されている場合、裁判所は行政行為及び異議決定が問題になる場合は異議決定を取り消す。」）及び五項一文等からも読み取れる。特にそのことは、同条一項一文で要求されているところの行政行為の客観的な違法性と原告の主観的な権利侵害との間の関係（いわゆる違法性関係）の中にも現れているという。

さらに、右の取消訴訟及び義務付け訴訟を規律する行政裁判所法第四二条一項、二項や確認訴訟を規律する同法第四三条一項は、いわゆる規範統制手続における実質的な権限を規律している同法第四七条一項及び申立て権限（資格）を規律する同条二項にも対応しており、この規範統制手続も、行政（訴訟）法上の出訴の途（Verwaltungsrechtsweg）及びその権限の一類型として理解され、四二条、四三条と同じく行政裁判所法第六章の中にそのように位置づけられている。

そこで本節では、「基本法第一九条四項の具体化としての行政裁判所法」という視座に立ち、ドイツの行政裁判所手続の「システムとしての決定」の淵源（所在地）としての基本法第一九条四項の保障する権利保護の具体化の一類型として、行政裁判所法第四七条が規律するいわゆる規範統制手続の意義と役割について考察し、続いて同法第四七条の現在の展開状況に目を向け、その発展形態の可能性、とりわけ第四七条の機能の拡大の可能性を検討していくこととする。その際、前記クレプスが述べたように、行政裁判所の手続は根本的に個人権保護手続であると

いう命題に焦点をあてていきたい。この点、H・J・パピイアが強調するように、基本法第一九条四項一文が規定する公権力に対する権利保護の保障は、裁判官（ないし裁判所）による権利保護を指向するものであり、それ自体基本権の特質を持つ。そして、第一九条四項の権利保護の保障は、実体的基本権の保護にのみ関連するのではなく、出訴の途の保障は、通常法（律）から推論される個人の主観的権利にも及ぶし、しかもそれは、その主観的権利が私法的性格のものか公法的性格のものかに関係なく及ぶ。従って、出訴の途ないし裁判所による保護は、専ら客観的な法律適合性統制としてではなく、個人権保護として保障されるのであり、公権力が主観的権利に関わる場合のみ、そしてその限りで、出訴の途の憲法上の保障が適用され、この範囲内で裁判権力に客観法の貫徹（という役割）が委ねられていると説かれる。しかも、第一九条四項は、裁判官の統制権限の最小限の保障のみを含み、また、個人の主観的権利のための裁判所による保護の保障として、それは基本権の特質を超えて、裁判所組織に関係する基本法第九二条以下のより詳細な要請に応じて保証された個人権保護を有効・効果的に且つ適当な時間内に与えることができる裁判権の制度的保障をも含むと解される。⁽¹⁰⁾このようなパピイアの理解を前提にするならば、「基本法第一九条四項の具体化としての行政裁判所法」の解釈に際して、一つの有力な解釈指針として右の基本的理解を措定することも許されよう。

(4) ドイツ行政裁判所法第四七条の原草案は、南ドイツの行政裁判所法(Süddeutsches Verwaltungsgerichtsgesetz)第二五条をモデルに起草されたという。すなわち同草案は、憲法裁判権のための留保の下に、その時まで（バイエルン、ヘッセン、プレーメンなどの南ドイツ）の行政裁判所法(第二五条)の適用範囲においてのみ知られており、且つ有用であることが実証されたものとみなされた法律以下のラント法の抽象的な規範統制を導入する権能をラントに付与し、基礎的な手続問題を規律していた。⁽¹¹⁾この第四七条は、一九七六年八月二四日の行政訴訟規定の改正に

関する法律によって、連邦全体にわたって建設計画及び連邦建築法に基づく他の地域法に対する規範統制が導入され（第一項一文一号）、連邦行政裁判所並びに仮の命令の発布についての法案のための基礎が作り出されて相当な改革が加えられたのを皮切りに累次の改正を経て、一九九六年一月一日の第六次行政裁判所法改正法律によって本質的な改革をもたらされた。すなわち同改正法律は、自然人及び法人の訴え提起権限（資格）を、行政裁判所法第四二条二項の規定に則って新しく形成し、その提起に一般的に期限を付け、並びに規範統制の決定を同法第一三二条以下の規定に準じて上訴に服せしめたのである。この第六次改正法律が本質的な改革をもたらしたことは、よく知られているが、その意義については後述する。

さて、コップの註釈によれば第四七条は、いわゆる原理的規範統制（*prinzipale Normenkontrolle*）を対象とする。この場合、規範の法適合性ないし有効性が直接に手続の対象であり、それらは付随的規範統制（*inzidente NK*）におけるように前提（先行）問題にすぎないわけではないとされる。¹² また、同条は、他の権限規定との関係でのその体系的な位置にもかかわらず、原理的な規範統制の枠の中で、法律以下の法規定の有効性に関する決定のための上級行政裁判所の実質的な権限のみを規律しているわけではない。この規定は同時に守られるべき手続に関する申し立ての許容性に関する本質的な諸規定をも含んでいる。その上になお、前記第六次行政裁判所法改正法によって、自然人及び法人の申し立て資格が規範化され、その資格は、もはや「損害（*Nachteil*）」（不利益）ではなくて申立て者による「権利侵害（*Rechtsverletzung*）」（主張）に結びつけられることとなっている。

一方、原理的規範統制は、それが多数の争訟の個別的手続を前もって防止するのであるから、訴訟法（手続法）の法的明確性と経済的（合理的）形成に寄与するとも指摘される。そのことから規範に関係する者は、同様にして一般性という利益をも得ることになる。この一般性は、その権限の点で名に言及された官庁（行政庁）や規範によつ

て庇護された者と共に、法的安定性に向けられた明確化（解明）の関心をもつ。ここで規範は、時宜を得て、そして執行措置とは無関係に審査に付されることになり、規範統制は、権利保護を改善する役割を果たし、さらに一定の範囲で裁判権の負担軽減にも寄与する。こうして第四七条の規範統制は、権利保護にとつても、また行政活動の実効性と比例性（均衡性）（*Gleichmäßigkeit*）にとつても、それを促進する機能をもつ。したがってゲルハルト・ビーアの註釈に依れば、第四七条の解釈の目標は、一方において、できるだけ早くそして単純に行政の規範の有効性に関する明確性を獲得する方法を開示すること、他方において、裁判所の非経済的（非合理的）な、そして事情によつてはさらに反生産的（反創造的）な処理（取り扱い）を排除することでなければならぬであろうという⁽¹³⁾。そして、このことは、とりわけ権利貫徹の第一の（主要な）手段との協同には特別の注意が寄せられるべきであることを意味する。また、このことは同時に、原理的規範統制の法的性質の点にも関わるがこの点は後述する。

(5) とところで前述のごとく、第四七条の規律する規範統制手続をドイツの行政裁判所手続の「システムとしての決定」の所在地としての基本法第一九条四項の保障する権利保護の具体化の一類型として措定したが、ひるがえって、基本法第一九条四項を中心とする権利保護体系において、この原理的規範統制手続がどのような地位を占めているのか、確認しておく必要がある。

基本法第一九条四項に存する公権力に対する権利保護の本源的な中心規範に目を向けたとき、法律以下の法規範の裁判所による「原理的」統制は、たとえばそぐわないもの、不似合なものと思われるにちがいないとピエロウ（*Ch. Pielow*）はこう⁽¹⁴⁾。またゲルハルトも、原理的規範統制は、客観的な行政司法の歴史的模範（手本）を引き継ぐものではないところの、主観的な権利保護を支持する基本法のシステム決定と躊躇なく整合（調和）させられえな⁽¹⁵⁾いと述べる。それはその構造に従えば、憲法裁判所（特に基本法第九三条一項二文、連邦憲法裁判所法第七六〇七

九条）の典型を範とするものであるからである。⁽¹⁶⁾ ただ、前述のごとく基本法の関心事は、公権力によって、その権利を侵害されているあらゆる人に欠陥なき且つ実効的な権利保護を保障することであった。そのことによって、個人権保護を支持する基本的なシステム決定が表明されるとされる。この基本法のもとでは、かつてのドイツの領域、そこでは或る時は、客観的な見方、或る時は、主観的な見方あるいは両者が結合された見方が優位を占めていたドイツの領域の裁判所体制（制度）におけるのとは異なり、法秩序を自身の利益の追求のために動かすことのできるところの、人格化され、そして個性化された法律上の能力（権力）として理解された主観的公権（主観的な公法上の権利）の侵害が問題になっている場合には、憲法上、常に公権力に対する権利保護が異論の余地なく要求されている。この点は、前記R・パールの解説においても一九世紀のドイツ立憲主義の歴史的な経緯をたどりながら確認されている。⁽¹⁷⁾

右のような憲法上の基本的体系化に対応して具体的な個別事件に関係する行政処分が異を唱えられ、あるいは特定の官庁（行政庁）の行為が要求され、そして、この件に関して争い（争訟）にかかわり合う規範が権利を助長する、あるいは妨げる（阻止する）前提条件を指定する場合に、法律以下の法規範の裁判所による審査が原則に従って規則的に行われる、という形式がとられる。そうすると、個（々）人の権利保護の関心事にとって、行われたあるいはとりやめる執行行為に対する裁判所の処置で以て、規則的に、取消の訴え及び義務付けの訴えの枠内で、それは満足させられることになる。このように、とりわけその中で主観的権利の存立あるいは範囲に関して決定されるのではなく、専ら法規定の有効性あるいは非有効性に関して決定されるという裁判所の手続は、ピエロウに依れば原則として、基本法によって描かれた権利保護手続の観念（像・イメージ）には合致しない。

尤もピエロウが指摘するように本当はその中でその規定が直接、具体的・個人的な法的地位（身分）に関係する

ような決してまれでないケースにおいては、法律以下の法規範の直接的な審査は憲法上要求されうる（望ましいことである）。そして、さしあたり、法律以下の法規範もまた基本法第一九条四項の意味での「公権力」の表現であることは間違いないといつてよいであろう。とりわけ、行政の原則上の選択の自由があるために、しばしば、執行権（執行機関）がどのような行為形式（行政行為、そのつどの一般的処分という行政行為あるいは抽象的な法規範）を用いるかは、専ら偶然（不意の出来事）あるいは行政政策上の目的適合性考慮（考量）にのみ依存する。

それにもかかわらず、この点に関する学説の展開にあつては、基本法第一九条四項には右のような自己執行的規範についてもまた原則として、いかなる「原理的」規範統制も定められていない。むしろ、権利保護をより詳細に確認の訴え、及び一般的な給付あるいは不作為の訴えの枠内で付随的に保障することのできる通常の立法にゆだねられていると説かれる。確かに、法律以下の法規範のそのような統制は原則的には、決して一般的な拘束力を發揮しえないと言われている。しかしながら基本法第一九条四項の見地（視点）からすると、専ら法設定行為による特定の権利侵害が効果的且つ適時に、つまり実効的に（effektiv）防衛されるかどうかだけが決定的なものである。これに加えて具体的な権利侵害の確認を越える原理的な規範統制は原則的には必要としない。尤も、個々の（個別的な）権利侵害が、他の方法で例外的に有効に対処されえない場合には、具体的な個別ケース（事件）を越える、「原理的な」無効判決が憲法上要求されることはありうるという⁽¹⁸⁾。この点について、前記パピエーアは、先ず権利保護の保障は、個人の主観的権利を侵害することに向けられ、統治権にもとづくあらゆる行政行動に対して作用し、それゆえ執行権力は、それぞれの発現形式及び活動形式のすべての点において、公法に基づいて、並びに公法の基準に従つて行動する限りは、基本法第一九条四項の意味での公権力の中に数えられるとする。その上で執行権の規

範設定行為並びに公法上の自治行政の担い手の法設定、つまり法規命令や条例（規約）（Rechtsverordnungen und Satzungen）の發布もまた、公権力の行使を意味するとする。ここでは、語の字義どおりに、「外へ効力を有する（*“außenwirkame“*）」法設定に関わる問題である以上は、このような規範設定行為による個人の主観的権利の直接的な侵害が考えられうるが、しかし、パピエーアの理解では、このことは、第一九条四項が規範設定による権利侵害という事案について、憲法の立場から、原理的な規範統制を規定しているということの意味しない。それは、既述のごとく、権利保護をより詳細に形成し、調整することは、言及された事案において、憲法上保障された個人の権利保護を原則的な裁判所による規範の付随的統制を用意することによっても付与することのできる通常立法の任務であると解されるからである。パピエーアに依れば、たしかに法律以下の規範の付随的統制は、決してすべてにわたる（*inter omnes*）効果を伴った結果には至らないが、しかし、（この点も既述のごとくパピエーアにあつても）規範設定行為による原告の特定の権利侵害が効果的に、且つ適時に防止されるかどうかだけが、第一九条四項にとって決定的である。ただ、このような作用・効果は、裁判所による付随的統制によっても可能であり、それに加えて法規範のいかなる原理的統制も必要としない¹⁹⁾と説く。

右のパピエーアの消極的とも言える所説に対して、シュミット・アスマンの理解は、原理的規範統制に対しては比較的肯定的である。すなわち、立法者にとって、自由に裁量できる権利保護手続を憲法上要求される判決効力の幅に基づいて調整することは容易ではない。規範が付随的に統制される手続は、全般的には、部分的な（部分の間）効果（*inter-partes Wirkung*）を伴った判決に行き当たる。したがって、その訴えを容認する判決は、その規範の運命には手つかずのままにおき、具体的な個別事案においては、その規範は適用できないということから出発するにすぎない。ここにおいて規範に対する適当な権利保護が、どの範囲まで、およそ規範の法的有効性が中心的な

対象となつてゐる統制手続及び、少なくとも規範の違法性の事案においては、一般的な拘束力をもつ無効判決（すなわち原理的規範統制）に行き着くことになるであろうところの統制手続において提供することができるのかという問題が生じる。シュミット・アスマンは、右のような統制手続が法の明確性、権利保護の簡略化及び権利保護を「束ねること」(Bindung)、そして最後に多数の行政利益に仕えるであろうことには人は疑念を持つことはないと思へる。しかしながら、ここで専ら興味を起させるだけの問題、すなわち、基本法第一九条四項が、そのような統制手続を全般的に要求しているかという問題について、シュミット・アスマンは、パピエーアと同様に否定的に答えられるべきという。ただ、シュミット・アスマンにあつては、規範に対しては第一九条四項は専ら個人の権利侵害からの保護のみを保障しているということを前提にしつつ、従つて、具体的な個別事案において規範を適用できないということを超える拘束力をもつ無効判決は、個別的な権利侵害が、それに対する包括的な言渡しなくしては効果的に対処されえない場合にのみ、憲法上要求されると説く。但し、そのような措置は、通例は採用されないともしう。⁽²⁰⁾ここで原理的規範統制は権利保護の領域では、補助的ないし補完的な役割が与えられているにすぎない。この点は、行政裁判所法第四七条の憲法適合性をめぐる論争ないし疑念（連邦法律の立法者の規律権限を考慮しての問題点）にも関係するが、ここでは立ち入らない。⁽²¹⁾

ともあれ、ピエロウの指摘するように、たとえ基本法第一九条四項が法律以下の法規範の原理的な審査を原則的には要求していないとしても、この条項は、なお、その通常法律による導入にとつて、妨げ（あるいは邪魔）にはなっていない。個人がその権利に打撃を与えられている時に、異論の余地なく要求される付随的統制を越えてさらに付け加える、そして客観的な法的統制の役にも立つ手続方式を創設することは、憲法適合性の如何問題はあるにせよ、原則的には立法者の自由裁量に任されている。⁽²²⁾そしてすでに法律以下の規範の部分的な活動領域（勢力範

「困」については、「原理的な」規範統制の合法性（適法性）如何の問題は、実定法上、解決されており、それがまさに行政裁判所法第四七条一項の規定にもとづく上級行政裁判所による規範統制手続である。

(6) 右のドイツ行政裁判所法第四七条は、その第二項が一九九六年十一月一日の第六次改正法により、同項一文の「法規又はその適用により不利益 (Machtel 損害) を受け、または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 (行政庁) は (規範統制手続の申立てをすることができない。)」にいう「不利益」に代えて、「権利侵害」が必要であると改められ、つまり、規範統制手続の申立人適格が自然人・法人といった私人については「不利益」を受ける者から「権利侵害」を「主張」する ('geltend machen') 者に変更され、加えて権利侵害については、実際に存在していることまでは必要ではなく、「一応納得させるに足りる主張があれば十分である」とされたことにより、主観的な権利保護手続としての性格が強化されたと評されている。⁽²³⁾ すなわち従来、同法同条項の規定する規範統制手続は、「第一義的には客観的異議手続であつて、副次的に主観的な権利保護の手続としての性格を有するにすぎないものと理解されてきたが、今回の改正によって、主観的な権利保護手続としての性格が強化されたものといふことができる」といふふう⁽²⁴⁾に理解されている。したがつて、規範統制訴訟の法的機能は、一九七六年の同法第四七条一項一号の新設とも相まって、「権利保護手続と客観的審査手続という二重の機能」をあわせ持つことになると捉えられる。⁽²⁵⁾ 見方を変えれば、「規範統制訴訟は、目的を権利保護に限定せず、行政活動の適法性を確保するための訴訟と性格づけられる。つまり専ら権利保護を目的とする一般の確認訴訟とは性質を異にする訴訟」と理解される。⁽²⁶⁾

右の二つの機能のうち、客観的異議手続としての規範統制訴訟は、前述のごとく、「裁判所が法規範の適法性について、個別事案において問題になる前にまとめて判断することにより『束ね』機能」、「法の明確性」と『訴訟

法の経済的な形成」とに資する制度である」と捉えられ、この点はドイツの解釈学説においても強調される点である。そして、この規範統制手続にあつては、「審理の対象や判決に関しては、客観的な適法性コントロールの性格が色濃く見られる」という。⁽²⁷⁾

(7) 以上の評価や理解にも見られるように、ドイツ行政裁判所法第四七条の規定する規範統制手続については、その法的性格と規律目的をめぐって、学説上の議論が活発に展開され、とりわけ同条に基づく手続の法的性格をめぐる伝統的な論争については夙にH・マウラーなどの公法学者らの議論において、本格的な論争が見られるが、以下では、右の第六次行政裁判所法改正前のドイツの学説の理解と改正後の理解を概観していくこととする。

さて、ピエロウの理解では、現在の行政裁判所の基本構想に従えば、行政裁判所による規範統制は、客観的な法的異議手続 (Rechtsbeanstandungsverfahren)、⁽²⁸⁾したがって「原理的」規範統制の典型を成すと捉えられる。それは、主観的公権 (主観的な公法上の権利) が当然に与えられるべき自然人及び法人と並んで、「あらゆる官庁 (行政庁)」もまた、申立ての資格を与えられていることから、そのように解される。また、行政裁判所法第四七条五項二文 (「上級行政裁判所は、法規定が効力を有しないと確信に至つた場合、法規定を無効と宣言する。」) (山本隆司訳) から結果として判明するように、上級行政裁判所 (あるいは、行政裁判所法廷) (の審査) は全て一般的に規範の「無効」に及ぶこととなり、特に同法第一一三条一項一文及び五項一文にもとづき、たとえば取消の訴えあるいは義務付けの訴えにとつて必要な違法性関係の確認を必要とせず、さらに決定 (判決) の一般的拘束力は同じく同法第四七条五項三文から明確に推論される (読み取れる) という。

この第四七条の規定する上級行政裁判所の規範統制手続は、前述のごとく従前から困難な個別問題を投げかけてきたが、当初に相対立して議論されたテーマはこの手続の申立て資格の問題であつた。そこでの問題関心の中心に

あったのはパピエーアに依れば、申立て資格認定を基礎づける「不利益」(Nachteil)要件、並びに、どの程度まで申立て人の特別の権利保護の必要が申立ての許容性の前提条件として付加的に要求されるのか、という問題である。⁽³⁰⁾この権利保護の必要の問題は、とりわけ「不利益」要件からはそれ自体解放されている「官庁(行政庁)」の規範統制手続の申立てに關しても提起されることになる。パピエーアの理解においては、第四七条に基づく規範統制手続は、単に客観的な法的統制及び異議の要素だけではなく、ある程度、個人権保護の要素をも示しているという事で意見が一致しているとみる。問題は、このことから推して、どのような必然的な結果が申立て資格について引き出されるのかということ、この点をめぐって依然として議論が行われている。また、判例や法律(解釈)学においては、個人権保護機能は、行政裁判所の取消訴訟及び義務付け訴訟におけると同様に、第四七条の中にそれに比肩する形で、且つそれと類似する形で、はつきり示されているという観念が頑強に持続しているという。そのことからパピエーアは、規範統制は、幾重にも取消しの訴えの先取り(Antezipation)あるいはその希薄にされた模倣(焼き直し)とみなされ、「不利益」概念は、他の言葉で、行政裁判所法第四二条二項、一一三条一項一文の意味での主観的権利にマッチさせられていると説く。⁽³¹⁾このような理解に従って、第四七条二項に基づく規範統制のための資格認定を得るために、申立て人は、規範あるいはその適用によって、彼の権利あるいは法的に保護された利益を侵害されていなければならないということになる。

これに対して前記のクレプスは、既述のごとく行政裁判所の手続は根本的に個人権保護手続であり、行政裁判所法は、広範に主観的権利保護のモデルを実現しているとしつつ、例外なく実現しているわけではないと説く。すなわちその手続から抽象的な規範統制手続が例外として除外されるのである。⁽³²⁾ここで問題として重要なのは、確かに申立て人が法規の審査を惹起するところの手続なのであるが、しかし、その手続自体は、主として法秩序を十分に

機能するよう保つという目的をもつと捉えられる。そしてクレプスの理解では、申立て人の固有の利益への関係性という要件（主観的権利の侵害）（第四七条二項の「不利益」（損害）も、またこの手続によって生じさせられた権利保護の効果も、客観的な法的統制の受容を排除するものではなく、申立てが根拠のあるものであることにとつての客観法の侵害（Verletzung objektiven Rechts）の重要性、及び第四七条六項二文に基づく全てにわたる判決効果（*Urteilswirkung*）*inter omnes*）は、まさに客観的な異議手続を特徴づけるメルクマールである。この点は、あくまで行政裁判所法第四二条二項の解釈として同法は、個人権保護の許容性につき、取消訴訟及び義務付け訴訟の事案においてのみ、原告が固有の権利の侵害を主張することを条件として付していると説かれる。

(8) 以上のように行政裁判所法の第六次の改正前の学説における議論は同法第四七条の「不利益」概念をめぐる論点を中心に展開されたが、改正後にあつては、同条の定める規範統制手続の規律目的・役割や法的性格をめぐって議論が展開されており、前記の二つの機能を果たすことを前提とした論究がみられる。

このうちコップは、第四七条に基づく規範統制が二重の機能を持つとしてその内容を具体的に示している。すなわち、この規範統制は、基本法第九三条一項二文の規範統制と同様に、法律以下の序列にある法規定の無効に関する一般的拘束力をもつ決定（判決）の可能性を通じて、本質的な部分で、法的安全性及び法的確実性そして法適用の統一性にも仕え、それと共に、とりわけそれ以上の訴訟の回避、並びに行政裁判所の負担軽減を通じて訴訟経済にも仕えるという客観的な法的異議手続としての機能をもつ。そして、このことは同法第四七条二項一文に従つて、官庁（行政庁）によって始められる規範統制手続において明瞭である。他方、攻撃された規範に係る自然人及び法人の申立てに基づく規範統制手続が行われる限りでは、この手続は、個人の主観的な権利保護にも仕える権利保護手続であるといふ⁽³³⁾。前記のごとくコップは、第四七条が上級行政裁判所の実質的な権限のみを規律しているの

ではなく、同時に守られるべき手続に関する申立ての許容性に関する本質的な規定も含んでいと捉えたが、コッブにあってはこの自然人及び法人の申立て資格が第六次改正法律によって、その資格は「不利益」ではなくて申立て人による権利侵害の主張に結びつけられるという趣旨で規範化された点が重視されているのである。

それでは右の二つの機能の關係はどのように捉えられることになるのであろうか。第六次改正法律の政府草案によると、たしかに規範統制手続は、一方において権利保護であり、他方において客観的な法的異議手続であるが、將來は、個人権保護の保障が許可の前提条件としてより強い影響力を得ることが想定された。⁽³⁴⁾ それに加えて、権利保護手続並びに客観的な審査手続としての二重の機能について述べる連邦行政裁判所の判決が取り上げられ、それが改正法律の基礎へと作り上げられている。⁽³⁵⁾ 立法者によって最初に優先的に意図されたのは、主観的な権利保護の要素であることが推察され、それはこの手続において市民に申立ての資格が与えられていること、また当初、官庁（行政庁）の申立て権が断念されたこと、それは規範統制は、その意味に従えば第一に個人の権利保護に仕えるものであるからという理由に基づくことにもうかがわれる。⁽³⁶⁾ また、二重の機能という定式化と規範統制の法的性格とは結びつけられないとするゲルハルトに依れば、このことはたとえば、ドグマーティッシュにはあまり拘束力のない確認、すなわち規範統制手続は、建設計画法においては、そこで出会う規範形態における具体的個人の規律にかんがみれば、第一には、権利保護に仕え、一方、他の關係においては、規範統制手続は明確に客観的な法的異議手続と名づけられるという確認が正しいことを証明するという。連邦行政裁判所も右のような確認を行い、また十分な根拠をもって「主観的な権利保護手続と客観的な審査手続としての二重の機能」を強調している。ただ、ゲルハルトは、主観的な権利保護は、「反射的に客観法の貫徹にも仕えるし、逆に客観的な法的異議手続は、個別の法に服する者に役立つことから、権利保護手続あるいは法的異議手続としての規範統制の分類にとつて、規範目的は有用

な区別のメルクマールではないと説く。⁽³⁷⁾そこでゲルハルトにあつては、対象である法規定及び主観的な法的地位に限定することなしの、より高位の法という審査基準の観点からすれば、たしかに、規範統制は、一義的に法的異議手続として実証されているが、しかし、権利侵害の主張ないし官庁（行政庁）の関与という手続開始の形態、あるいは行政裁判所法第四七条六項の仮の権利保護の規律は、主観法上の行政統制と客観法上の行政統制の間の過渡的な中間形式を指向しているとの理解が提示されている。一方、この点、その基本構想に従えば、行政裁判所による規範統制は客観的な法的異議手続であると捉えるピエロウの理解では、前記のごとく、立法者によって優先的に志向された主観的な権利保護の要素の指摘、手続における市民の申立て資格の付与、さらに仮の権利保護の申立てへの可能性が、第四七条にもとづく手続を主観法上の行政統制と客観法上のそれとの間の過渡的な中間形式として格付けするきっかけとなったと説く。さらにこの点は、シュミット・アスマンも同旨の解説を行っている。⁽³⁸⁾いわば、主観的な権利保護の要素が、規範統制手続の法的性格を中間地点にまで引き戻す方向に働いた結果といえようか。

(9) いずれにせよ、ゲルハルトが指摘するように、行政裁判所による規範統制の導入とその射程は、立法者の目的適合性の吟味、検討にもとづくものであり、第四七条の規範統制は、権利保護にとつても、また行政活動の実効性と均衡性（比例性）にとつても、それらを促進する機能をもつ。それゆえ、第四七条の解釈の目標は、一方において、できるだけ早く、且つ単純に行政の規範の有効性に関する明確性を獲得する方法を開示すること、他方において、裁判所の非経済的な、事情によっては反生産的な取り扱いを排除することではなければならない。⁽³⁹⁾このことは、とりわけ権利貫徹の主要な手段との協同には、特別の着眼（点）が捧げられるべきことを意味するといふ。

また、右の裁判所手続の経済性にも関連するが、連邦行政裁判所もまた、既述のような規範統制の法政策的な意味を、なかならず「法の明確性と訴訟法の経済的具体化・その展開」の中に見出している。それは、規範統制手続

が、多数の個別事案を予防し、行政裁判所の負担を軽減する機能に着目してのことである。この促進及び軽減機能（作用）は、行政裁判所法制定時にも言及されていた点であり、前記のコップが規範統制手続の導入にとつての意味（義）深い且つ実践的な、そして法政策的な論拠として挙げていたもの（特に法の平和、法治国家性、法的安全性、権利保護の強化、とりわけその適時性とその合理化、及び意見が分散する判決の回避、行政裁判権の負担軽減）と軌を一にする。ゲルハルトが、原理的規範統制は、訴訟法の法的明確性と経済的形成に寄与し、そのことから規範関係者は、一般性という利益を得ると述べるのも同旨である。⁽⁴⁰⁾

規範統制手続は、以上のように、まさに訴訟経済に寄与し、客観的な統制効果と主観的な権利保護効果からの結合にかんがみて、一般に認められているように「非常に成功であった」ことが実証されているとの評価が与えられることになる。一般市民は、その規範をよりどころとする行政決定に対して、訴訟手続において、付随的に規範の有効性に関する決定をもたらすことを強制されるわけではないから、一般的拘束力をもつ裁判所の判決の可能性は、まさに個人権保護を改善し、そしてそれを促進する役割を十分に果たすことが可能である。

さて、以上のように、ドイツ行政裁判所法第四七条の規定する規範統制手続は、その基本構想に盛られた客観的な法的異議手続としての役割と後に加味された権利保護機能との二重の機能を、具体的な裁判事案において發揮してきたことは、ドイツ連邦行政裁判所の判決等においても確認がされたところであるが、この規範統制手続の役割・機能についての現今の議論は、どのような形で展開されているのであろうか。以下では、この点についてドイツにおける学説・判例の動向を瞥見してみることとする。

注

説

論

(1) Karl-Heinz Millgramm, *Verwaltungsgerichtsbarkeit-neutraler Rechtsschutz für den Bürger oder Reparaturbetrieb der Verwaltung?* in: DVBl 2008, S. 821. ドイツにおける行政裁判権の歴史は、とりわけその現代的展開の過程を見ると、一九四五年までは、その衰退を経験している。ミルグラムに依れば、一九四一年の帝国行政裁判所の創設は、本質的に集中化する束ね機能を持つものであったが、この発展の終止符を形成(成す)するものであった。それが、(連邦共和国)基本法でもって、行政裁判権にとつて新しい始まりの機会を与えられたのである。尤も基本法は、まさに制定当初存在しなかった第九五条一項における行政裁判権への言及までは、広く世間に行われている觀念に反して、いかなる明示的な行政裁判権の保障をも含んでいなかった。第二次大戦後、再び行政裁判所が存在することとなり、そこで基本法の発効以来、一つの憲法指令、すなわち第一九条四項からの指令を実現しなければならぬ(こととなった)行政裁判権は、常に且つ無制限に、この(指令実現)義務を果たしているかどうかという問題が提起されることになる。なお、ドイツにおける行政裁判制度の憲法的基盤については、宇都宮裁判所による行政統制・覚え書き「行政の統制密度と『法治国家原理』」愛媛法字会雑誌第二十八卷第三・四号(二〇〇二)四二頁以下参照。

(2) Millgramm, a. a. O. S. 821.

(3) Schmidt-Abmann, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, *VwGO, Einleitung*, RdNr. 167. 一方、クレプスは、国家行為の裁判所による統制は理論的には、その中に主観的権利の保護が包括されているところの「客観的な法的統制」として、あるいは「単に(一つの望ましい)副次的結果」として客観的な法的統制を成し遂げるところの「個人権保護」として整理することができ、この二つのモデルは、ドイツにおいて歴史的な手本を持っている、と述べる。Walter Kreds, in: von Münch/Kunig, a. a. O. RdNr. 58, S. 1073f. たゞ、クレプスも「シュミットアスマンとともに、基本法第一九条四項は、その「権利を侵害された」(in seinen Rechten verletzt)」という定式化において、個人権保護のための体系決定を下したとの理解を示しており、このことは、今日、まず異議を唱えられることはないという。したがって、行政裁判所法は、基本法第一九条四項の原則的な体系決定(システムとしての決定)を具体化する役割を担い、それゆえ、行政裁判所の手続は、根本的に個人権保護手続である、と説く。それゆえ、第一九条

四項のこのような要請は、主観的権利保護の純粹システムとしてのモデルの意味での独占性（排他性）を目指すものではないにせよ、しかしながら行政裁判権に客観的な法的統制の機能という荷を負わせることに、憲法上の限界を設定することになる。ders. Subjektiver Rechtsschutz und Objektive Rechtskontrolle, in: Festschrift für C. F. Menger zum 70. Geburtstag (1983) S. 197f. また、藤田宙靖・行政法Ⅰ（総論）〔第四版 改訂版・二〇〇五〕四二〇—四二二頁註(10)は、「誤解を恐れずに敢えて表現するならば、この意味において、抗告訴訟は、『紛争の公権的解決』のための制度である以前に、むしろ『公権力の行使に対する私人の救済』のための制度なのである。』との抗告訴訟観を示している。

- (4) Milgramm, a. a. O. S. 821の引用による。G. Seibert, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozessrecht, in: Umbach/Clemens, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch (1992), S. 52. なお、シルグラムは「このことは既に一八四八年の憲法草案が、その第八条四九項において念頭に置いていた結果である、すなわち、その当時、本質的には行政部の内部統制と考えられていたところの行政司法の廃止 (eine Abschaffung der Verwaltungsrechtspflege) と真正の裁判所がそれにとって代わることである、と指摘している。この行政司法が法適用において官庁の入念さを引き上げることに関しては、この内部統制の成果があるにも拘らずである。

- (5) Friedhelm Hüfen, a. a. O. S. 542. 勿論フーフエンに依れば、基本権は、原告を保護する主観的権利の考えうる唯一の法源ではなく、主観的権利の法源は、法律、裁判官法 (Richterrecht)、行政の規律自体からも生じうる。

- (6) Hüfen, a. a. O. S. 535.

- (7) Hüfen, a. a. O. S. 542—543.

- (8) Hüfen, a. a. O. S. 534. 規範の外部領域的作用と内部領域的作用については、参照 Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, GG, Komm. Art. 19 Abs. IV, Rdn. 123—125.

- (9) Rainer Wahl, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Komm. Vorb. § 42 Abs. 2, Rdn. 1—2, 11—15.

- (10) Hans-Jürgen Papier, in: HSR, VI, § 154, Rdn. 1—2. なお、ドイツ行政裁判所法第四七条が規定する規範統制手続に関する先

説

論

行研究としての以下のものがある。藤原静雄「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査訴訟」一橋論叢第九二巻六号（一九八四）一六五頁以下、同「西ドイツ行政裁判所法上の規範審査制度の展開―地区詳細計画の訴訟統制―」雄川一郎先生献呈論集・行政法の諸問題・中巻（一九九〇）四三七頁以下。また、大橋洋一「都市空間制御の法理論（二〇〇八）六〇―八〇頁、一〇一―一〇四頁も参照。

- (11) Gerhardt/Bier, in: Schoch/Schmidl-Abmann, VwGO, Bd. I § 47, Rdn. 1.
- (12) Kopp, in: Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. § 47, Rdn. 1. (1) 原理的 (prinzipal) とは、今日、大多数に使用されている専門用語であり、原理的規範統制の名称は、抽象的規範統制の概念、すなわち一部分は専門語である原理的規範統制と同義に用いられるが、しかし、一部分は別の内容を示すところの抽象的規範統制の概念に勝るとされる。なお、K・A・ベッターマンに依れば、原理的統制 (prinzipal-Kontrolle) は包括的な法適合性審査に至るところの行政行為の取消であると考えられ、付随的統制 (inzident-Kontrolle) は区別される。Karl August Bettermann, Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: Festschrift für Eichenberger (1982), S. 597, Fn. 7. ちなみに、バビエーアの理解では、原理的規範統制は付随的規範統制に対 (立) するものであり、(1) には、一般的な拘束力ある無効宣言に向けられたところの法設定行為に対する直接的な攻撃に関係する手続が問題として重要である。そして、原理的規範統制は、とりわけ法規の憲法適合性の点での裁判官の審査のために、つまり憲法裁判権の要素（基本法第九三条二項二文）として予定されているところ。H.-J. Papier, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), in: Festschrift für Ch. F. Menger (1985), S. 518.
- (13) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 3
- (14) Johann-Christian Pielow, Neuere Entwicklung beim "prinzipalen" Rechtsschutz gegenüber untergesetzlichen Normen, Novellierung des § 47 VwGO, Überprüfung von Rechtsverordnungen des Bundes, gemeinschaftliche Anforderungen an die gerichtliche Normenkontrolle, in: Die Verwaltung, 32. Band, 1999, Heft 4, S. 446f.
- (15) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 4

- (16) なお、ビエロウに依れば、行政裁判所による「原理的」規範統制としての名称は、連邦憲法裁判所による「抽象的」規範統制（基本法第九三条一項二文）に対して、それと区別する目的でもまた得策である。それは、たとえ二つの概念が同義で使用されることでもある、*Plelow, a. a. O. S. 445, Fn. 2.*
- (17) *Rainer Wahl, a. a. O. Vorb. § 42 Abs. 2, Rdn. 11ff (11-16).*
- (18) *Plelow, a. a. O. S. 448.*
- (19) *Papier, a. a. O. § 154, Rdn. 28.*
- (20) *Schmidt-Altmann, a. a. O. Art. 19 Abs. 1 V, Rdn. 74.*
- (21) *Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl (1998), § 47, Rdn. 4.*
- (22) *Plelow, a. a. O. S. 448.*
- (23) 八木良一・福井章代「ドイツにおける行政裁判制度の研究」司法研究報告書第五一輯第一号（平成一二年二月）二〇〇一—二〇一頁参照。
- (24) 八木・福井・前掲研究報告書二〇〇頁は、今回の改正は、従来の「不利益」の概念をめぐって、「解釈上の疑義」が存在していたところ、単に「法的に保護された利益」では足りず、「主観的な公法上の権利」の侵害が必要であるとしている点において、これまでの裁判例よりも更に厳しく要件を絞ったものというべきである、と述べる。また、山本隆司・前掲書・行政上の主観法と法関係三〇五頁も、申請者の範囲は基本的に変わらないと見る学説の状況を紹介している。
- (25) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査ードイツ（上）」ジュリスト二二三八号（二〇〇三）一〇二—一〇四頁参照。
- (26) 山本隆司・前掲論文一〇二頁参照。
- (27) 山本隆司・前掲論文一〇三—一〇四頁参照。
- (28) *H. Maurer, in: Festschrift für Kern (1968), S. 275ff. (288f.).*
- (29) *Plelow, a. a. O. S. 449.*

説論

- (30) Hans-Jürgen Papier, Normenkontrolle (§ 47 VwGO), in: Festschrift für Menger (1985), S. 521.
- (31) パピヤーに依れば、一九七八年七月一日の判決 (BVerwGE56, S. 172, 175) においては、支配的な見解に従って、一方に おいて「不利益」概念のもとに法的に保護された利益を理解されうると説示され、他方において一九八二年三月二日の決定に おいては、抽象的な規範統制が「客観的な法的異議手続」と呼ばれているという。さらに、個人の権利保護は再度、特に強調さ れらる。 (BVerwGE68, S. 12(14)), Papier, a. a. O. S. 522, Fn. 19.
- (32) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Festschrift für Menger, S. 198.
- (33) Ferdinand O. Kopp, in: Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 47, Rdn. 3.
- (34) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 3.
- (35) ただ、ゲルハルトは、この定式化は誤解のきっかけを与えることがよくあると指摘する。最初の印象に反して、その定式化と 規範統制の法的性格についてのいかなる言明も結び付けられない。それは堅固に組み立てられたドグマティックな概念に分 類することによって、解釈問題が、いわば自動的に答えられるという意味においてである。
- (36) Pielow, a. a. O. S. 450, Fn. 22. なお、官庁 (行政庁) の申立て権は、前記の南ドイツの行政裁判所法第二五条の中には含まれ ていない。
- (37) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 3.
- (38) Pielow, a. a. O. S. 450. ビエロウは、人は、間接的に個人を保護することとなった結果の中に、結局、専ら客観的な法的統制 に目標を置いた手続の反射的な効果を見出すのかもしれない、と述べる。また、シュミット・アスマンは、ビエロウと同様に、 第四七条に基づく規範統制手続は、主観法上の権利保護と客観法上の権利保護の間の中間的・過渡的な形式を描き出している とした上で、自然人と法人の申立て資格は、そのことを主観的な権利の前に移動させられた保護の手続として優先的に明示するとともに、そこに並列する官庁 (行政庁) の申立て権は、公法上の保護目的を強調していると捉える。ただ、公法上の保護目的に ついては、権利保護の利益との関係で、詳細に説明することができる官庁の利益の事案に限定されること、他方において、一般

的な形で法適合性統制のために、この規範統制手続が予定されているわけではないことも指摘している。Schmid-Abmann, Einleitung, Rdn. 173. in: Schoch/Schmid-Abmann/Pietzner, VwGO.

(39) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 3.

(40) Gerhardt/Bier, a. a. O. Rdn. 3.