

論
説

「司法権の観念」論（再続）（十六）

——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 —
- 四 日本国憲法における裁判を受ける権利
- （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」論の新展開
- （四） 裁判を受ける権利と司法権（以上第二三卷第三号）
- 二 ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
- （一） 序説—裁判を受ける権利と訴権との関係をめぐって—
- （二） 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）
- 一 序
 - 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る —
- 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
 - EMRKを中心 —
- (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る —
- (一) 憲法秩序における国際人権条約の地位
 - 国際人権法と憲法的保護の関係 —
 - 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 —
- (二) 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 —
 - 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)
 - (ii) ドイツ法における効果的な権利保護の保障
 - (二) 司法改革論議における行政事件訴訟制度
 - 日本とドイツ —
 - (i) 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
 - (「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(Rechtsweg保障)に基づく権利保護をめぐる)
 - (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、(2)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 — (以上第三一巻第三・四号)

四 第一九条四項の保障のパーズベクティブヨーロッパ

（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―

（以上第三二卷第三・四号）

三 行政（事件）訴訟における基本権の役割

（以上第三四卷第一・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）まで第三二六卷第一・二号、(16)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（承前）

―ドイツ行政裁判所法第四七条論―

(10) ドイツ行政裁判所法第四七条の規範統制手続の役割・機能をめぐる学説・判例の現今の議論の動向を検討するにあたって、比較的近時のドイツの連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所の判例を取り上げた学説の研究に啓発されて、次の二つの次元・問題領域に焦点をあてて考察を進めていくこととしたい。

一つは、現存の規範統制手続（訴訟）の機能が十分且つ最大限に活用されているかという視点からの議論、今一つは、その機能（ないし権能）をさらに拡張することの憲法上の可否を問うという視点からの議論、規範統制手続の機能の発展の可能性と方向性を探究することとする。前者の視点に関わるものとして特に確認訴訟との関係を検討の素

説
材として取り上げ、後者の視点に関わるものとして、連邦行政裁判所判決にも注目すべきものとして言及する。とりわけ後者の判決が提起する問題は、ドイツ基本法第一〇〇条一項が規定する具体的規範統制手続に深く関わり、それとの関係が問題になる。

論
さて、法律以下の法規範（法律より下位の法規範）に対する権利保護は、以前からドイツの憲法訴訟法及び行政訴訟法の中心的テーマに数えられてきているといわれる。そして行政裁判所による「原理的」規範統制の可能性と必要性もまた、右の議論における論点として論究されてきたところである。ここで「原理的」という概念の特徴は、前記ピエロウの説明に依れば、以下の二点である。すなわち、第一にこの規範統制手続は、通例、本来の問題に行する基礎的な問題として付随的に行われるところの法律以下の規範の裁判所による審査と異なり（に対して）、その手続の中で規範の有効性が法的争訟の（「原理的な」）本案を成しているということ、そして第二に、そこで下される決定（判決）が一般的な拘束力をもつこと、それゆえ、具体的な個別的事案についてだけ作用するのではない、ないし部分にのみ（*inter partes*）作用するのではないといふことが企図されており、その点において際立っているといふ⁽⁴⁾。この「原理的」規範統制が、どこまでその適用範囲を伸ばしていくのか、換言すれば「原理的」規範統制の「適用一覧表」如何の問題は、法ドグマーティッシュな視点からも、また、訴訟法政策の観点のもとにおいても、学説の関心を呼んできたところである。この問題の考究に際しては、ピエロウの指摘するところに依れば、現下の相互にからみ合った一連の三つの（複合）テーマを手がかりに、さらに詳細に分析されなければならないといふ⁽⁴⁾。

先ず第一に前記一九九六年の第六次行政裁判所法改正は、一九九七年一月一日に発効したわけであるが、同法第四七条に基づく規範統制に対して要求された（新しい）条項の追加についてのこれまでの経験が跡づけられなければ

ばならない。行政裁判所の手続の簡略化並びにその促進のための改革（改正）の成果の部分として、規範統制は、ドイツの経済的立場をめぐる議論に深く関わり、とりわけ建設計画法（Bauplanungsrecht）の規範の審査に際しては、規範統制申立て及びその効果についての許容性要求の転換が問題をはらんでいるとする。

続いて第二の複合問題は、一般的に立法部と行政（執行）部の関係における現代化の諸現象（Modernisierungsercheinungen）に関わる。ここに現代化の諸現象とは、近時「脱議会化」（Entparlamentarisierung）、「（正式の）法律の危機」（Krise des förmlichen Gesetzes）というキーワードで表示されるところの増加傾向を示している（傾向上増加している）統治上あるいは管理上の規範設定（定立）（gouvernementale oder administrative Normgebung）の現象である。⁽⁴³⁾ここでピエロウは、行政裁判所法第四七条一項の適用領域に包括されないような法律以下の法規範に対する権利保護の可能性如何の問題が、これまで以上に議論に値することを指摘する。すなわち、一方において第四七条一項によってとらえられない法規範の原理的統制の可否が問われることになるが、他方において、第四七条の制限された適用範囲の当否が問われることになる。そして検討されるべき事例の一つとなるのが執行機関によって定立される法規範である。

最後に第三段階では、行政訴訟法の領域におけるヨーロッパ連合の法によって仲介された現代化の衝撃（Modernisierungsimpulse）が瞥見されなければならない、特にドイツの行政裁判所によるところの共同体法にとって重要な法律以下の法規範の審査に関して、現代化の衝撃が瞥見されなければならない。⁽⁴⁴⁾ここでは（ドイツの）裁判所の規範統制に対する共同体法上の要請が議論の俎上に載せられることになる。

(11) 右の三つのテーマのうち、本稿の主要テーマにとって重要且つ興味を引く（項目）のは第二のテーマであるが、第一のテーマの第六次行政裁判所法改正をめぐる経験及び、第三のテーマであるヨーロッパ連合の共同体法と

ドイツの行政訴訟、行政裁判との関係、所謂「ヨーロッパ化」については、本稿においても若干言及したところである。が、ここで取りあえず右の三点についてピエロウの指摘するところの概要を確認しておくこととする。⁽⁴⁵⁾

すなわち先ず第一のテーマについて、ドイツ行政裁判所法第四七条に基づいて、上級行政裁判所（もしくは行政裁判所）は、申立てにより、その裁判権の枠の中で、特に(i)建設法典の諸規定に基づいて発令されている条例(Satzungen)の有効性、さらに(ii)それ以外の、ラント法律の下位に位置する法規定の有効性に関して決定するが、前述のごとく、このことで以て、連邦の立法者は、南ドイツの連邦構成州の行政裁判所法(律)における先駆的な規律を採用したのである。こうして、この手続は、連邦規模で、その実際的に最も重要な適用事例、(一九七六年)連邦建設法(律)に基づく条例(Satzungen)の原理的審査、とりわけ建設計画の原理的審査のために導入された。この導入にとって、決定的な動機を成したが、通例、建設計画に由来する多数の土地所有権者等の直接的で具体的・個人的な困惑(関係性)(Betroffensein)であったといわれる。このうち、それを越えて、正式の(通常)州法律の下位に在る規範の原理的統制の導入が州の立法者の判断に任せられ、連邦共和国の構成州の至る所で採用されているわけではないが、バイエルン、ラインラント＝プファルツ、バーデン＝ヴュルテンベルク等の各州において無条件に、あるいは制限された範囲で、この規範統制手続が採用され、利用されている。⁽⁴⁶⁾

他方、前記一九九六年の行政裁判所の第六次改正法は、よく知られているように、行政手続及び裁判所手続の促進と簡略化を主たる目的として立法されており、それと共に前述のごとくドイツの経済の立場の持続的保護をもその目的としていたとされる。また、右の改正法によつて規範統制が獲得することとなった法的な(客観的)異議手続と権利保護手続との間の「どっちつかずの(中間的な)」地位が外見上追加的に際立たされるとされ、このことは、改正法の基本的構想というより、この構想に由来する実際的な効果に従つて確認されるべきであるといわ

れる。さらに、改正法の立法者の方針は、これ以降規範統制（手続）を「現実に関係している（困惑している）もとの」(, Wirklich Betroffen) にのみ、且つ短期間のみ開設するといふものであったともいわれる。⁽⁴⁷⁾ 現実はこのことは、規範統制の申請が「法規定が公告された後二年以内に」為されなければならないとされ、また、その申立てが（もはや）法規定によって被る、あるいは近いうちに予期されるべき不利益（損害）の主張のみを必要とするのではなく、申立ての資格を付与された自然人及び法人が改正後の行政裁判所法第四七条二項一文に従って「法規定あるいはその適用によって、その権利を侵害され、あるいは近いうちに侵害される可能性があること」を主張しなければならぬとされたことに結実している。

また、右の改正法の立法者の意志に従って、個人権保護の保障が許容の前提条件として、さらに強い重み（重要性）を付与されるというのであれば、取消訴訟及び義務づけ訴訟に適用される訴訟要件（訴訟資格の要件・ドイツ行政裁判所法第四二条二項一文、同条項は、「権利侵害」の主張を行政訴訟の訴訟要件とし、ドイツ連邦行政裁判所は、同条項を、一般的給付訴訟や確認訴訟に準用していることが紹介されている。⁽⁴⁸⁾）への適合が求められるが、過去において、このことが必ずしも規範統制手続の可能な限り広い適用範囲のために、明示的に意図されたわけではないとされる。ただ、少なくとも、同法第四七条二項の申立てに期限を付けることが、法規定の現代的（現代に即した）な取消に寄与し、同時に、求められていない（問われもしていない）欠陥探しを予防することになっても⁽⁴⁹⁾ raithたいとの意図は認識されていたようである。ただ、改正された規範統制訴訟の許容の（実体的）前提条件の内容が改正法の立法者の意図に従って、実際に且つ本質的に今日まで存する要請を越えて、（要請以上に達しているかどうか）延びているかどうかは不確か（はつきりしていない）とされる。（こうして）第六次の行政裁判所法の改正法律によって修正された規範統制訴訟（手続）が今後、権利保護の領域等どのような影響を与えて変更を

もたらずことになるのか、この問題点の分析検討が、改正後の課題として学説、裁判実務(判例理論)に課されたといえる。

(12) 続いて(前記)第三のテーマであるヨーロッパ連合の共同体法とドイツの行政訴訟、行政裁判との関係について、である。法律以下の法規範に対する「原理的な」権利保護の問題性は、現今、ヨーロッパ連合の法、際立つた共同体法上の広がりをも有するが、ピエロウに依れば、このことは以下の三通りの観点から把握される。すなわち通例行われる付随的統制の面、行政裁判所法第四七条の枠組みの中での規律基準としてのEU法、そして、原理的規範統制に基づくEU法の「客観的な」保護(の)地位の貫徹の三つの観点である。

まず、ヨーロッパの標準法としての共同体法を連邦法あるいは州法へと転換するに際しては多くの場合、法律以下の規範が利用されるが、それは、法規命令(Rechtsverordnung)が、正式の法律に対して、時間及び事物の観点から、より柔軟な行為形式であるからである。そして、このことが前記の現代化そして「脱議會化」の危険を招来することになる。また、このような規範設定が本源的な共同体法の方針規定の目標等を厳守したか否か、ドイツの転換行為に対する権利保護の可能性如何が問われることになるが、原理的規範統制の視角からみて、ドイツの行政訴訟法において、いかなる独自性も存在しない。つまり、法律以下の転換行為の審査は、通例は、取消訴訟あるいは義務づけ訴訟という裁判所による関係する法規範の付随的統制の中で論じ尽くされる。そのような(法)規範のいわば真正の「原理的」統制は、それを越えて行政裁判所法第四七条一項の適用領域においてのみ考慮されることになる。⁵⁰⁾

次に、ピエロウに依れば、第四七条(一項)に基づく規範統制手続において国内法のあらゆる法律以下の規範とEU法との一致が決定されるかどうかは疑わしい。基本的に、ドイツの国内法の法律以下の規範は、それらが転

換の指針 (Rechtinientransformation) に仕えるか否か、第一次的あるいは第二次的な共同体法の規準に違反するか否かに左右されずに存立するからである。そこでこの共同体法に基づく審査が規範統制手続において可能か否かにつき、学説の対立も存在する。この論点に関して規範統制手続の特別の構造を拠り所として否定的見解も存するが、それは、行政裁判所法第四七条五項二文により裁判所は効力を有しないとの確信に至れば、法規範を無効と宣言することになり、確かにヨーロッパ裁判所 (EuGH) の判決に依れば、法規範のEU法違反は、原理的に規範の有効性如何には手つかずのもので、単に不適用の要求に止まるとの理解を拠り処としている。しかし、同条項四文によると、建設法典第二一五 a 条に基づく補足手続により除去されうる規定 (規範) が単に暫定的に法的効力がないと宣言されるにすぎないという事情から、行政裁判所法の手続システムは、規範統制手続の適用をさほど窮屈に局限しているわけではなく、共同体法の優位から生ずるような規範ヒエラルヒーの特質に基づき、しかしまた、訴訟経済上の理由からも、この適用不可の宣言は可能でなければならないとされる。ここでは、実体的な優位原理並びにこれについての国内裁判所の顧慮義務が考慮されうることとなり、したがって、第四七条に基づく規範統制に際しての共同体法上の要請の無視は、結果として一許されない一設定されたヨーロッパの基準の排斥となる。

さらに裁判所による規範統制手続に対する (ヨーロッパ) 共同体法の要請の第三の観点として、EU法の「客観的な」保護地位 (Schutzpositionen) の貫徹が挙げられる。

すなわち、ドイツにおいて支配的な個人の法的地位の保護という構想に対する共同体法の影響をめぐる現下の論争の経過の中で、EU法に関わりを有する法律以下の規範に対して権利保護の可能性如何の問題が重要性を増しているという。そしてここで特に批判の対象として考察されるのが、ドイツの保護規範理論であり、反対に注目すべき役割を期待されるのが、ヨーロッパ連合の市民である。それは、ルクセンブルクのヨーロッパ裁判所が、ドイ

ツの保護規範(説)的理解からすると、主観的権利というよりむしろ客観的保障を含む保護地位のために、例えば環境保護や公共の委託の領域において、(ドイツ)国内裁判所による権利保護を要求していることから、ドイツ行政裁判所法第四二条二項、第一一三条一文及び五項ならびに第四七条二項一文に受け継がれている基本法第一九条四項におけるシステム決定(すなわちドイツの行政争訟手続を支える主観的権利の保護の原理)が目下、本格的な軽減基準(Hierarch)「厳格さを緩和する基準」にさらされるとされる。ピエロウに依れば、その背後には、(ヨーロッパ)連合の市民を共同体法遵守の監視役として「分散した行政統制のために動員する」という意図が存在する。ここで市民は、EU法の効率のよい執行のために仲裁裁判官の機能を果たす。このように行政の客観的な統制に際して個人を道具として利用するということが重要な役割を演ずるのは、ロマン人の行政法秩序におけるものであり、ヨーロッパの司法は、明らかにこの方向へ傾いているという。これに対してドイツ法は、「主観的な」権利保護が一部の行政の「客観的な」統制を惹き起こし、行政裁判所法第四七条に基づく規制統制の中に「客観的な」要素が、それとなく現れるとしても、ここでは仲裁裁判官として、あるいは一般性の代弁者としての個人の機能は意図していないとされ、それは、君主の独立の執行権に対する(法律の方法で勝ち取られた)防壁としての主観的公権と共に、ドイツにおいて昔から刻印されている国家と社会の区別起因するものと捉えられている⁽⁵⁾。

このようなロマン人の行政法秩序へのシステムの変位が、ドイツの行政訴訟法によつて一般的に撰取されるかは、最終の解明を待っている段階であるとされるが、少なくとも国内裁判所において貫徹する保護地位の決定がヨーロッパの法秩序の特別の目標方向を考慮してなされなければならないということは是認されているといわれる。そうすると、逆にヨーロッパ(共同体)の立法者にとつて、まさに共同体法の実効的な実現のために、積極的公認ができるだけ広く得られることが重要である場合には、共同体法上の保護要求という個人の提訴可能性如何の問題

は、訴訟資格を与えられる者の範囲の限定に準拠させられたドイツの厳格な保護規範理論をふまえては、簡単に答えられないことになる。

右の問題に対処する戦略としては、既に前記ココットにおいても説かれたように、⁽⁵²⁾ 実体法上の解決策と（訴訟）手続上のそれとの区別のもとに、それぞれの解決策が想定される。すなわち、前者は、当該共同体法上の衝動（インパルス）が存在する中で、「ドイツ法の意味での主観的公権を増加させること」に賛成の意見を述べるといふ解決策であり、後者は、共同体法上、法的地位の調和可能性を要請されて、行政裁判所法第四二条二項一文における人目につかない条項を経由して、行政裁判所への出訴の途を開こうとする解決策である。このような文脈で、周知のようにドイツの保護規範理論は、狭すぎて且つ古くさいものと感ぜられて、明確な相対化あるいは全くの放棄が要求されることとなり、既に日本の行政法学説も紹介、指摘しているように「ドイツの行政訴訟における原告適格が狭隘なことが際立つ結果になっており、ドイツ法はハーモナイゼーションの圧力を受けている」という状況に置かれることになった。⁽⁵³⁾

右の行政法学説が指摘するように、「ハーモナイゼーションの圧力」に対する立法者の反応は鈍いが、学説の対応は、さまざまである。⁽⁵⁴⁾ この点、ピエロウは、ヨーロッパの共同体法の要請を受けて、その発展のために行われる「開放」には無視できない危険も伴うと指摘する。⁽⁵⁵⁾ すなわち、明らかにそれと認められるほどに保護規範理論から離れることよって、提訴の資格を与えられるものの範囲が拡大し、それが必然的に行政裁判権の収容能力に鑑みて、それに対応した裁判所の統制密度の低下を引き起こすし、また、他の種類の訴訟モデルに基づく方向転換は、さらに発達史的に引き起こされる構造上の不適合により、断絶なき結合がうまくいかない場合には、常に非両立性の危険をはらんでいるという。

そこで以上のような事情は、むしろドイツの伝統的な基本的原型への固執を弁護するものであり、従って性急に古いシステム構造を捨てる代わりに、既に現今の状況のもとで、ドイツ法並びにヨーロッパ法の提訴資格（原告適格）に対する要請の平均化（同化）のために、障壁の突破を許すメカニズムの出現を期待して待ち受けるべきであるというのが、ピエロウの立場である。このような問題性の部分領域にとつて解決のきざしがないわけではなく、その一つがドイツ行政裁判所法第四七条二項一文における申し立ての資格付与の従来理解である。それに依れば、ヨーロッパの第一次法（Sekundärrecht）の（法形式的）転換に仕える法律以下の法規範は、それが同法四七条一項の適用領域に包含される限りにおいて、権利侵害という必要条件に左右されずに審査を受け入れやすいであろうとされる。そして、この途は、同法第四二条二項に基づく申し立て権限に適合させる目的での新しい規律で以て補強されることになる。そうするとピエロウに依れば、行政裁判所による規範統制手続を顧慮して法政策的な熟慮が再び受け入れられることが可能である場合には、連邦及び州の官庁の法律以下の転換行為に関して、一般的に権利侵害の厳格な主張責任から解放された原理的な規範統制が導入されえないのかもまた熟考されるべきであると思われる。そして、その規範統制の最も重要な任務は、事情によってはEG条約第二三四条に基づくヨーロッパ裁判所の追加の照会（zusätzliche Vorabefragung）のもとで、転換規範（Transformationsnormen）について、その都度の設定されたヨーロッパ法の基準と一致するところの「訴求可能な」保護地位の保証如何を審査することであろうと指摘する⁵⁶。多数の非常に拡散する個別事例の手続を回避している状況の下、昔から原理的な規範統制の長所として承認された「束ねる機能（Bündelungsfunktion）」を考慮すると、行政上の権利保護へのヨーロッパ（法）の要請に対するシステムに合った反応を得ようとするのに際しては、このような歩みが文字通り心に浮かんでくるという。

(13) 最後に前記第二の複合テーマ、すなわち、ドイツ行政裁判所法第四七条一項の適用領域に包括されないよう

な法律以下の法規範（法律より下位の法規範）に対する権利保護の可能性如何の問題について、ピエロウは先ず、第四七条は制限された適用領域のゆえにトルソーを成す、つまり未完成のものと同指摘する。それは先ず第一にこの規範統制手続に不向きな対象の存在（例えば連邦の外交法規など）、次に、財政裁判権や社会裁判権のような他の専門裁判権の部分における適用の困難などが理由として挙げられる。が、ここでは州法の立法者が、行政裁判所法第四七条一項二文に基づく可能性を利用しなかつた州次元の法律以下の（法律より下位の）規範が主たる考察の対象であり、主観法の観点からすると、第三者の取消訴訟にとつていかなる種類の結合点としての適用行為も認められないような状況のため、あるいは原告にとつて裁判所の決定の「部分の間での効果（作用）」（inter partes-Wirkung）では役に立たないため、規範統制手続が自由に使用できる状況にないような法規定に対する権利保護と規範統制手続との関係が問題となる。⁽⁵⁸⁾ 換言すれば、とりわけ問題となるのは、具体的な要望が従来ドイツの行政裁判所の訴訟方式における許容性の規準に適合しない場合、あるいは、規範統制手続の当事者の間での作用に限定された判決（内容）のゆえに、権利保護要請に応じかねる場合であり、この場合、行政上の規範設定は、傾向上、「極度に権利保護に敵対的な」行動形式として立ち現れることになる。

右のようにトルソーと評された規範統制手続ではあるが、しかし、権利保護の領域において欠缺を生ぜしめると批判されているかという点と必ずしもそうではない。⁽⁵⁹⁾ ピエロウは規範統制手続の機能を代替するものとして、先ず、憲法訴訟制度（法規憲法訴訟）や既存の給付訴訟あるいは確認訴訟等の制度の役割の可能性を検討する。⁽⁶⁰⁾

(14) 先ず憲法訴訟について

行政裁判所法第四七条一項に基づく規範統制手続を連邦の法律以下（法律よりも下位）の法規範にまで拡張することは、既に連邦憲法裁判所に容認された規範統制との関係で必ずしも目的にかなつたものとはされず、また、行

政部の規範設定（行為）を、第一審から終審において連邦憲法裁判所に審査させるということも奇妙なものとして受け止められた。これらの違和感は、主として連邦憲法裁判所法の諸規定に基づく制度の在り方に由来する。すなわち、憲法訴訟は、補完的に、つまり法的手段を利用し尽くした後にはじめて認められること（憲法裁判所法第九〇条二項一文）、「憲法の番人」としての連邦憲法裁判所は憲法問題に限定された審査基準の範囲内で、且つ訴訟申立て期限内で（同法第九三条三項）、並びに引受手続（Annahmeverfahren）が首尾よく経過することを留保していること（同法第九三a条）、また、連邦憲法裁判所は権利保護の審級であって事実審でないこと、規範の否認独占（権）は、憲法に準拠した正式の法律についてのみ存在すること、などが挙げられる。従って、行政部の統制は依然として先ず第一に行政裁判所の任務であり、行政裁判所のいかなる処置も取られていなければ、法律以下の規範は、連邦憲法裁判所において、いかなることも主張してはならないことになる。⁽⁶¹⁾

右の憲法訴訟の補完性の原則を前提にすると、憲法訴訟は、行政裁判所における訴訟がいかなる観点からも可能ではなく、それゆえ要求できないように見える場合にはじめて考慮されることになるが、決定にとつて、法律以下の規範の有効性（その憲法適合性を含めて）が重要である場合には、行政上の出訴の途は閉ざされず、行政裁判所は、必要な場合には、その決定自体の理由の中で、そのような法規範の違憲性を確認することができたとされる。従って、裁判所によって、憲法訴訟は、市民の基本権の保護のための通常でない法的補助手段であり、それは出訴の途の中には数えられない、と説かれるのである。そしてピエロウの理解では、行政部サイドからの「規範的不法（normatives Unrecht）」に対する権利保護が、行政裁判所を通じて供与されえないような事案は存在しないし、さらに基本法第一九条四項に基礎をおく欠缺なき（完全無欠の）権利保護の要請に基づく場合でも同様である。そうだとすると、自由に使える訴訟方式は、緊急の場合には、既に用意されてある訴訟方式の許容前提条件の拡張

解釈を通じて、適合するものにされねばならず、このような拡張解釈は、すべての中への作用（inter omnes-Wirkung）を有する規範統制決定を通じてのみ関係する主観的権利に対応できるところでは、事情によっては判決本文の拡張によつてさえも、さらに万一の場合には、特殊な型へと訴訟方式を形作ることを通じてもなされなければならない⁽⁶³⁾という。残っている権利保護の欠缺を埋めることは、現行法のそれぞれ見解の分かれる解釈に依然として委ねられているままなのである⁽⁶⁴⁾。

いずれにせよ、（法規）憲法訴訟の余地は、行政裁判所が本来権限を付与された法律以下の法規範に対する個人の権利保護の願望に心を閉ざし、そして原告にさらに行政上の法的手段（出訴の途）へ訴えることが（この理由から）要求ないし期待されえないところでのみ残されていると捉えられる。そうすると行政裁判所が、争訟を決定づける法規命令あるいは条例を、その法適合性への重大な疑いが存在するにも拘らず、審査を経て資格（公認）を与えられないままの状態にとどめておいたり、あるいはそれらを正しいものとして想定している場合には、そこに（法規）憲法訴訟の余地が生ずる。この場合は、抽象的に法規範に対してではなく、裁判所の審査の具体的な懈怠に対して向けられた憲法訴訟が、連邦憲法裁判所法上の至急申立て（Eilantrag）と結びつけられ、切迫する損害を防ぐために、基本法第一四一条一項及び第一九条四項の特殊な違反を理由として援助ないし救済を進行させることになる⁽⁶⁵⁾。

(15) 次に確認訴訟等について

前記憲法訴訟の補完性の原則との関係からも、憲法裁判権としての原理的な規範統制というテーゼは必ずしも貫徹できないことから、従来の訴訟方式としての確認訴訟、給付訴訟等の手段の形でのやり方が考慮の対象とされる。本来、あらゆる主観的権利は、既存の訴訟の可能性を經由して貫徹することが可能であるからである。ただ、確認

訴訟や給付訴訟等の手続状況の中では、規範の有効性如何の原理的な問題ではなくて、具体的な規範の廃棄あるいは規範の変更請求、そしてそこでは規範に従う者の個別的な権利と義務などの個別化された法的関係が審査のために出されており、そのことは、起こりうる法関係の有りうる多数のものが事実上、一般的拘束力をもつ規範統制決定の方向へと指し示す判決文言を要求する場合でも変わりはない。そこで、論者によっては、最後の手段 (*ultima ratio*) として、欠歛なき (完全無欠の) 権利保護のために、いずれにせよ、非定型 (異型) の方式の (確認) 訴訟の受容の可能性が模索されることになる。⁶⁶⁾

しかし、ピエロウに依れば、「代償としての」原理的な規範統制手続の一つとして、一般的な給付訴訟あるいは確認訴訟を経由しての途を歩むとしても究極の疑念が残るといふ。その疑念は、伝来の訴訟方式を行政の個別的行為や言わば部分的 (*inter partes*) 関係における権利保護に合わせて立てることから結果として生じる。すなわち、一般的拘束力をもつ規範統制決定は、それが権利保護保障を通じてもまた必要であることが証拠立てることができるとしても、伝来の訴訟方式のシステムの中では、奇異の印象を与えるというのである。

以上のような疑念を踏まえた上で、行政裁判所法第七条の規範統制手続の適用領域の拡張の可否ないし当否の問題が検討の対象とされる。そこでピエロウに依れば、実効的権利保護は、権利保護システムが見通しのきくこと、つまり一目瞭然であること、そして再構成すること、追体験することが可能であることも前提として必要とするので、手続の明確さ (わかりやすさ) のために、並びに行政上の規範設定の意義が増大するのを展望して、慎重な、且つ連邦で統一のとれた形での行政裁判所法第七条の適用領域の拡張が、連邦及び諸州の自力執行型規範の原理的な審査 (の実現) をも求めて、検討されるべきところであろう、と説く。さらに、これに対応した拡張は、先ず第一に客観的な法的統制ではなくて、個人権保護に仕える手続という特殊性を考慮しなければならず、それに対応

してなかんずく（行政裁判所法第一一三条一項一文に対応して）個別的專案における違法性との関連、及び具体的な規範の作用に従属させられるべき裁判所の決定の射程範囲とその決定の考えうる一般的拘束力の射程範囲を介して果たさなければならぬとされるのである。⁽⁶⁷⁾

なお、ピエロウに依れば、欠缺なき（完全無欠の）権利保護の保障は、確かに行政裁判所法第四七条の拡張解釈を仲立ちとしてなしとげられうるとされるが、基本法第一九条四項は、連邦の法規命令に対して、さらには州の立法者が行政裁判所法第四七条一項一文に基づく適用領域の拡張を見合させたところさえ、この手続を許容することを強要する、という命題（立言）は、この立言でもって、しばしば申請者に、権利保護の観点からみて当然に与えられるべきものより多くのものが与えられることになるであろう、ということを度外視している、と指摘されている点、さらに既にシュミット・アスマンが言及したところに関連するが、原理的な規範統制の一般化（Generalisierung）に対しては、法規定によって受益（権）を得ている者が規範維持の利益について意見をはっきり言葉で表現する機会がほとんど与えられないという異議ないし疑念が相変わらず申し立てられるとの指摘がなされていることには留意しておく必要がある。⁽⁶⁸⁾

(16) 前記シュミット・アスマンやゲルハルトが指摘したように、確かに基本法第一九条四項は、原則としていかなる原理的な規範統制の開設も要請していないし、また、実効的な権利保護を提供するのに、原理的な規範統制だけが適しているような事案も存在しないと云える。ただ、ここでは、ピエロウとともに、基本法第一九条四項における欠缺なき（完全無欠の）権利保護に鑑みると、行政裁判所法第四七条一項における適用領域の拡張のもとで、主観的に解された規範統制手続を、今日まで、この手続によって把握されなかった法律以下の法規範、特に直接的に侵害するところの連邦の法規命令にも適用されるものとして予定することは、より有意義で賢明なものであるう

と評するべきである。ピエロウが指摘するように、このうち、ヨーロッパ連合の構成諸国における行政上の権利保護に対する共同体法上の要求は、益々その意義を増していくところのドイツの行政の担い手の（定立する）法律以下の転換規範を対象とする客観法上の規範統制の可能性について思案、熟考することを促すことになろう。

さらに近時にあつては、ドイツ連邦行政裁判所が、例外的事案においては法律法（Gesetzesrecht）もまた、行政裁判所法第四七条一項二文に基づく行政裁判所の規範統制を免れえないことを判示するに至っている。このことは、なかなしく命令を変更する法律規範（Gesetzesnormen）に適用されるべきこととなるが、この法律規範については、本来、原則として基本法第一〇〇条一項に従って、憲法裁判所による規範統制（具体的規範統制）が（それに）予定されている。そうすると、そのことよつて行政裁判所による規範統制は、意義が増している事件の情勢の中で、法律法（Gesetzesrecht）を対象とすることとなり、したがつてその適用範囲が拡張されることになる。A・ウーレに依れば、それは、これに加えて基本法第一〇〇条一項の適用範囲及びそれと共に連邦憲法裁判所の拒否独占（権）（Verweifungs monopol⁽⁷⁰⁾、前記の規範否認独占権）が制限されることになり、それは鏡像のように左右が逆になったかのようになる。それゆえ、この連邦行政裁判所の構想が特に第一〇〇条一項の射程範囲との関係で憲法上受容されるものか否かが問われることとなるし、さらに同判決を契機として、ここで提起された問題（性）に対して、いかなる解決策が将来の国家の実践にとつて適切かが考究されることになる。右の連邦行政裁判所判決は、「そうすべき時がきた。」と力説するが、ここで同判決によつて企てられた行政裁判所の規範統制を法律法にまで拡張し、それと基本法第一〇〇条一項の制限が結びつけられるという構想は、きわめて重要な疑念と対立することになる。右のウーレは、連邦行政裁判所は、その判決でもつて、ただ単に立法の行動様式（法律による命令の変更及び命令による法律の変更という法定立技術）を法的に実施可能な方法で、権利保護の体系の中に組み込もうと

したとの理解を提示している。両者は、それぞれの特性に応じた住み分けをするよう調整されるのか、それとも基本法第一〇〇条が行政裁判所の規範統制手続の法律法への審査の拡張にとつて大きな障壁となつたまま事態が推移するのか、は興味深い論点であるが、本稿では、この問題に深く立ち入らない。いずれにせよ、原理的な規範統制が基本法第一九条四項を中心とする権利保護に関する憲法体系が要請していないとしても、右の連邦行政裁判所判決の提議にも見られるように、ドイツ行政裁判所法第四七条の規範統制手続が、権利保護の体系の中で果たす役割や用途は決して小さくない。シェンケが説くように、限定されたものではあるが、同第四七条の規定は、基本法第一九条四項によつて要請される法律以下の法規範に対する権利保護の現実化に寄与を提供しているのであり、法律以下の法規範を憲法（律）による権利保護の保障の中へ取り入れることは、今や連邦憲法裁判所も支配的意見と合意の上では認している。通例は、既に付随的な規範統制が同第一九条四項を満足させるのであり、それゆえ、第四七条において規定されているような原理的な規範統制は例外的にのみ必要とされる、ということとは、連邦憲法裁判所も今や明示的に説くところである。けれども、通常の事案において、権利保護の観点のもとにわき出てくる第四七条の傾向のために、この規定の権利保護としての有用性が疑問視されることはないという。⁽⁷⁾ 第四七条の規範統制手続の機能・役割を深化させるべく、さらなる可能性の追究が要請されるところである。

さて、前述のごとく、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としての基本権の保護が同国の法治国家秩序の中核的領域に属し、これらが行政裁判権の憲法上の存立の基礎を成すとされていることをこれまで概観してきた。その中にあつてドイツの行政裁判所手続の「システムとしての決定」を担う基本法第一九条四項の保障がドイツの憲法全体における基本権の司法的救済の要衝として、さらには究極の指導原理として役割を果たしてきたことは、累次の連邦憲法裁判所判例や学説の研究の積み重ねを

説
論

通じて十分に確認することができよう。この第一九条四項の規定の存在が憲法上の司法過程全体を活性化させ、且つ実効あるものにする上で、重要な意義を有するとするならば、司法過程論の展開にとつても、このようなシステム全体を指導するコア原理の存在の探究は不可欠である。このことを銘記して、憲法学における司法過程論の考察に進みたい。

注

(41) Piatow, a. a. O. S. 445.

(42) Piatow, a. a. O. S. 446.

(43) 「脱議会化に関して」ピエロウは、特に一九九八年のドイツ国法学者大会「第一協議主題・議院内閣制と連邦参議院―発展状況と改革の必要」におけるP・キルヒホフ (Paul Kirchhof) とF・シヨツホ (Friedrich Schoch) の議論(発言)を引照している。Kirchhof und Schoch, in: VVDStRL 58 (1999), S. 83 (84), S. 133, 134. キルヒホフは、現在さまざまな法領域において経験している、そしてそこでは、その都度適切な正当化根拠を有する脱議会化のコンテクストの中で連邦参議院の責任を捉え、デモクラシーにとって危険な存在となるこの脱議会化が既にドイツのシステムに定着していないかどうかの問いを自らに立てるべきことを主張し、他方、シヨツホは、キルヒホフのいう脱議会化を問題提起の出発点として、そこから今日のテーマの扱い方に際して、本来、議会の本質的要素、すなわち本来の活動領域は、どこに残っているのかが問われねばならないとする。シヨツホは、歴然とした権力一元論への動向を見据えて、ドイツの連邦及びラントにおける行政部の漸次の強化の過程を、ヨーロッパ化の傾向がさらに強化している状況を、ラント、連邦、EUのそれぞれの次元において問題視している。

(44) マーストリヒト条約締結以降、ヨーロッパ連合の共同体法とドイツ行政法ないし行政訴訟法との関係については、J・シュヴァールン(Ulrich Schwarz, *Europäisches Verwaltungsrecht* Bd. 1, 1988, S. 21ff.)やシホフ(Mattner-Amsmann (in: *Aufgaben und Perspektiven*

Verwaltungsrechtlicher Forschung (2006), S. 384ff. V. Europäisierung und Internationalisierung des Verwaltungsrechts.) 及び、シモン・ホ (Die Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, in : DVBl 1997, S. 289ff. ders. Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, in : Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, S. 135ff.) をはじめとして、フォン・ダンザイツやクラッセンそしてデルらによって活発な議論が展開され、*von Danwitz, Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, in : DÖV 1996, S. 481ff., ders, in : DVBl 1998, S. 421ff., Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, ders, in : VerwArch 88 (1997), S. 645ff.)* また、フォン・ダンザイツの近時の研究書に関するシュミット・アスマンの書評として、以下のものがあ⁹⁰。Schmidt-Alsmann, Besprechung von von Danwitz, Thomas, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, Europäisches Verwaltungsrecht als systematische Ordnung, in : Die Verwaltung, 42. Band, 2009, Heft 3, S. 439ff.

(45) Pielow, a. a. O. S. 448ff.

(46) ゲルハルトに依れば、規範統制が無制限に導入されている州は、バーデン・ヴュルテンベルク、ブランデンブルク、プレーメ^ン、ヘッセン、メクレンブルク・フォアポメルン、ニーダーザクセン、ザールラント、ザクセン、ザクセン・アンハルト、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、チューリッゲン、制限された範囲(内)で行われている州は、バイエルンとラインラント・プファルツの二州である。このうちバイエルン州では、規範統制は原理において導入されている。一九九四年四月一二日の法律は、一九九四年六月一日以後、行政裁判所 (Verwaltungsgerichtshof) は、バイエルンの建設規則第九一条一、二項に基づき、規則に関して、次の場合におのみ、すなわち(1)官庁によって申立てが提起され、(2)法律(法的)問題が原則的意味を有するときにのみ決定することができる、というものを付け加えた。この規定は、それが第四七条二項を制限する(訴訟)手続法上の規律を含むかぎりにおいて、連邦法と調和しえない。連邦憲法裁判所に留保されている解明(基本法第九三条一項一文、第一〇〇条)は、規範の部分無効についての原則に従って、条例(Satzungen)は第九一条一項及び二項(バイエルン州建設規則 BayBO)に従って、規範統制を受けない。それ以外の法律以下のラント法は、これに反して相変わらずであるという結果にならざるをえないだろう。

説

ラインラント＝プファルツ州は、州憲法第一三〇条一項の意味での憲法機関の法規命令、行為は規範統制を受けない、という制限付きで、第四七条一項二文を使用した。この規律は連邦法上の疑念（異議）には出くわさない。第四七条一項二文を利用しなかったのは、ベルリン、ハンブルクそしてノルトライン＝ヴェストファーレン州である。Gerhardt/Bier, a. a. O. § 47, Rdnr. 21, 22.

論

- (47) Gerhardt/Bier, a. a. O. Vorb. § 47, Rdnr. 14.
- (48) 山本隆司・前掲論文(下)ジュリスト二二三九号(二〇〇三)一〇九頁参照。
- (49) 政府原案は、本来、一年の期限のみを企画し、一方、連邦参議院は、法規定の発効後五年以内の申立て(案)を後押ししていったとされる。Pielow, a. a. O. S. 451, Fn. 32.
- (50) Pielow, a. a. O. S. 474.
- (51) Pielow, a. a. O. S. 476-477.
- (52) J. Kokott, in: Die Verwaltung, Bd. 31 (1998), S. 348ff.
- (53) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ(下)」ジュリスト二二三九号(二〇〇三)一一二頁参照。
- (54) 山本隆司・前掲・行政上の主観法と法関係四三五頁以下参照。
- (55) Pielow, a. a. O. 478.
- (56) Pielow, a. a. O. S. 479.
- (57) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ(上)」ジュリスト二二三八号一〇三頁参照。
- (58) Pielow, a. a. O. S. 464. ヤヌスの頭のような曖昧な法律以下の法規範の事例として、ここでは航空機騒音に対する個人権保護の問題が現実性のあるものとして取り上げられている。
- (59) Gerhardt, a. a. O. § 47, Rdnr. 10.
- (60) Pielow, a. a. O. 465-467.
- (61) 行政裁判所の規範統制と(法規)憲法訴訟との間の関係に関して、この基本的システム(化)を連邦憲法裁判所は、近頃しば

しばし強調してきたとされる。Pielow, a. a. O. S. 466. そこにおいて、連邦憲法裁判所は、法規命令に対しては憲法訴訟のみが与えられる、という上級行政裁判所の立場を退け、憲法訴訟の補完性の原則が訴願人と直接関係する規範の場合にも顧慮されるべきであると判定した。

(62) Pielow, a. a. O. S. 467.

(63) Pielow, a. a. O. S. 467.

- (64) Schmidt-Abmann, a. a. O. Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 75. ただし、シュミットーアスマンに依れば、規範を不適当なものとして退ける決定（行政裁判所法第四七条六項二文）の（全体）すべての中への作用（inter-omnes-Wirkung）は、一般に確かに、権利保護を求めるものにとって特別に有利な破棄の技術ではあるが、しかし、規範によって支援される者の規範維持の利益が規範統制手続における呼び出しが欠けているために話題にならないところでは疑わしいものとなる可能性がある、という。さらにシュミットーアスマンの指摘するところに依れば、その作用の仕方において、支援と負荷、あるいは直接的及び間接的な負荷を交差させ、組み合わせているので、個別的な適用事例を分離することがうまくいかないような行政上の規範のグループが存在し、ここでは、すべての中への作用（inter-omnes-Wirkung）に向かっている方向へ行くことのできるような判決作用の幅の広い理解の仕方（枠）が要請される。その最も重要な事例が国土計画において起こるが、ここで行政裁判所法第四七条は、それが、建築計画及びそれ以外のいくつかの計画類似の都市計画条例に対して原理的な統制可能性を拘束力あるものとして定めることによって、その問題をかなり緩和してきたとされる。その場合には、第四七条は、その個々の要素において、基本法第一九条四項が無条件に要求しているものをかなり超えていると評される。すべての法律以下の規範について特別に想定された権利保護手段を導入すべき憲法要請は存在しないとされるからである。従って各州は第四七条一項二文の権限付与を利用する義務も負わないのである。既述のごとく、基本法第一九条四項は、いかなる原理的な規範統制も要請していない、というのが原則的理解であり、前提である。
- (65) Pielow, a. a. O. S. 472. ニンブツエロウは、この場合、「注目されるべき特殊な要請として、シュライヒのいう「判決憲法訴訟への要請」という概念を参照する。

- (98) Pielow, a. a. O. S. 471. u. Fn. 133.
- (99) Pielow, a. a. O. S. 472-473.
- (100) Pielow, a. a. O. S. 467-468, S. 473; Schmidt-Abmann, a. a. O. Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 75; Gerhardt, a. a. O. Vorb. § 47, Rdnr. 14.
- (101) BVerwG, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. 1. 2003-4GN8. 01, DVBl, 2003, 804ff.
- (102) Arnd Uhle, Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle von Gesetzesrecht ?, in : DVBl, 2004, S. 1272f.
- (103) Uhle, a. a. O. S. 1278. 参 考 文 献 Christian Seifer, Verwaltungsprozessualer Rechtsschutz gegen normatives Unrecht, in : DVBl, 2007, S. 538ff. (S. 543f.)
- (104) Wolf-Rüdiger Schenke, Neuere Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht-Teil 2, in : JZ 21/2010, S. 1048.