う事実も改めて確認しておいてよかろう。

制度の意義は、人間性について配慮しなければならない訴訟で発揮されることが強調されている(例、刑事事件、原発など大規模訴訟、兵役拒否訴訟)。専門的名誉職裁判官制度（特に、労働・社会・商事・職業裁判権）の高い評価も同様に注目に値する。

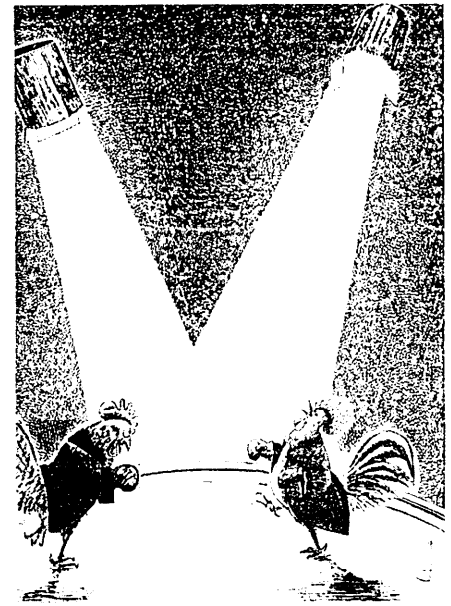
制度の効用は、その時々の民度に左右される。社会の現状に応じた程度の機能しか期待できない。それにもかかわらず、名誉職裁判官制度は、職業裁判官の側の対応姿勢に大きく依存していることが示された。その姿勢も改善の途にあるようにみえる。60年代後半の状況と異なり、最大の裁判官・検察官組織であるドイツ裁判官連盟が最近の機関誌で名誉職裁判官制度の意義を評価し、その機能を向上させようとする記事を載せ[117]、裁判官集団の中で3割の支持率をもつ裁判官組合が名誉職裁判官の参加の強化を政策目標としている（本書171頁）ことが1つの手がかりである。

名誉職裁判官の機能は時代と社会状況と事件の種類により同一ではない。本書のここまでの記述の限りでいえば、現時点のわが国においてはまことにプリミティヴなレベルで司法への市民参加が必要とされるようである。不信に起因する「監視・統制」の段階であるというと言い過ぎであろうか。

117) DRiZ 1988,S.126ff.

甲1号証

第7章　行政事件からみた親切な訴訟



闘鶏（裁判官と傍聴者は、武器の対等を前提にして行われる闘争を見るだけである。消極的裁判官を皮肉る）
(Heinisch,Justizzirkus,S.19)

1　本章の課題と方法

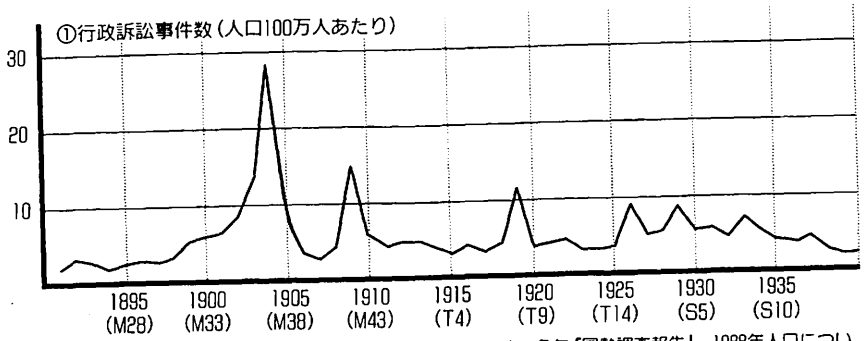
（1）日本の行政訴訟の現状

この章では、序章で提起した本稿の直接の動機に立ち帰って、日本の行政訴訟のあり方を探る素材として、西ドイツの裁判実務をみよう。「開かれた」裁判所と「行動する」裁判官を論じたあと残されていた「親切な」裁判所の紹介でもある。日本における西ドイツ行政訴訟のイメージは、教科書風にいえば、「大陸行政法」に属し、官僚出身の裁判官からなる内務省系統の行政裁判所が、行政監督的発想にたって裁判を行い、それ故に義務づけ訴訟や執行停止・仮処分も容易に認められるというものではなかろうか。確かに、訴訟法上の諸制度には第二次大戦前から引き継がれたものが多い。しかし古き皮袋に新しき酒がもられていることも少なくない。筆者の印象によれば、日本の行政訴訟が「訴訟」であれば同国の行政系訴訟（行政・財政・社会の各訴訟と労働訴訟のうちの公務員関係訴訟）は訴訟ではなく、西ドイツの実務が「訴訟」であれば日本のそれは訴訟とは言えないほどに異なったものである。

ところで、わが国の現在の判例理論が認める原告適格や仮の救済の範囲は部分的に戦前より狭いことが指摘されている[1]。

戦後の行政訴訟統計を【グラフ】で見ると次のような興味深い事実が現れる。第1は、戦前の行政裁判との比較である。人口が現在の4分の1から3分の1程度であった明治時代と今日とを訴訟の絶対数で比較することは必ずしも適切ではない。そこで戦前の行政裁判所の新受件数と戦後の地方裁判所行政訴訟新受件数を人口100万人当りで比較すると、戦後は戦前の2倍程度にすぎないのであり、しかも最近に至って減少傾向にある。戦前の行政裁判所は自ら「行政処分は実に多種多様なので、出訴を許されているのは僅かにその一小部分に過ぎないのであります」と述べていたが[2]、出訴事項の制限、東京への人口集中の度合、交通事情などを考慮すると当時においては現在の数倍どころか10倍以上の行政訴訟が提起されていたと考えてよかろう。第2に、戦後における人権相談件数や行政相談件数との比較である。これらの相談は

1）参照、南博方「司法と行政」公法研究46号（1984）9頁以下、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（2）」国家学会雑誌98巻5.6号（1985）69頁以下、遠藤博也『行政法スケッチ』（1987）312頁。
2）行政裁判所『行政裁判所五十年史』（1941）500頁。



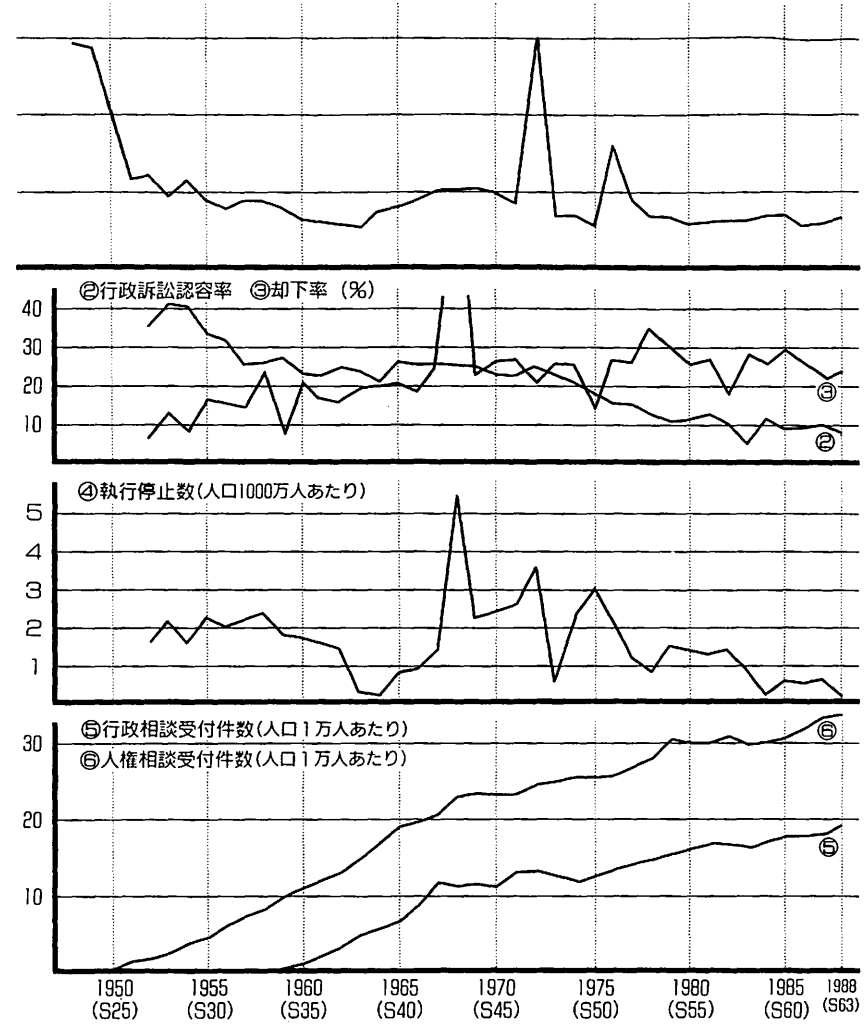
出所：日本の人口は、総務庁統計局監修「人口統計総覧」（1985）、各年「国勢調査報告」、1988年人口については総務庁統計局「平成元年２月人口推計月報」による。
①②③戦前の統計に関しては、行政裁判所「行政裁判所五十年史」（1941）末尾統計、戦後の新受件数や本案処理の態様については以下の資料による。1947～50年分は、法曹時報３巻10号103頁、105頁。1951年分統計は最高裁事務総局統計課より直接入手。1952年以降分については、司法統計年報（1952～88）の各版による。
④執行停止に関して、1951年分までは最高裁統計課でも本書校了時点までに発見できなかった。1952～67年については司法統計年報各年版による。1968～69年の執行停止に関しては最高裁事務総局「昭和43・44年度行政訴訟年鑑」、1970～72年については法曹時報26巻３号（1974）、73～88年については法曹時報26巻以降の各巻（掲載号はまちまち）による。
⑤総務庁行政監察局調べ（直接入手）。
⑥法務省人権擁護局調べ（直接入手）。

（図３）　日本の行政訴訟の変遷

一貫して増加しているが、行政訴訟事件に関しては60年代の増加傾向が60年代末より減少の方向に転換している。

次に、認容率の問題である。戦前の一部認容を含む原告勝訴率は23％であった[3]。これに対して、戦後は、例えば1952年から61年の10年間の判決総数における認容率は31.4％であったのに対して、1975年より低下傾向に入り、1979年から88年の10年間のそれは一部認容を含めても10.1％にすぎない[4]。しかもそれは地裁１審での勝訴率であって、原告勝訴事案で国が控訴する場合の逆転率は1982年から1986年の５年間にあっては、80.8％にも及ぶこと[5]、およ

3）和田英夫「行政裁判（法体制確立期）」鵜飼信成（他）編「講座日本近代発達史３」（1958）134頁、宮崎良夫「行政国家における営業の自由（２）」社会科学研究23巻5.6号（1972）198頁参照。
4）最高裁判所事務総局「司法統計年報」の統計項目は数度の変遷をとげている。一貫した数値を得るために、判決で終了した事件を対席・欠席を問わず認容（一部認容を含む）、棄却、却下に分け、民訴法202条の却下と「その他」を「却下」に含めて計算した。「その他」として分類された判決は、厳密には却下には入らないが、事件数がきわめてわずかであるため、大勢にはまったく影響はない。
5）法務省（民事・訟務・人権）統計年報を基礎とする大阪弁護士会作成資料（1988）12頁による。1987年の既済事件統計によれば、国が控訴した行政・税務事件において国は100％（５件）逆転勝訴し、被控訴人としては137件中135件（98.5％）勝訴している（「第101法務省（民事・訟務・人権）統計年報Ⅰ（昭和62年）」127頁）。



び上告審での原告勝訴はきわめて稀であることを考慮すると、原告勝訴事件は最終的には戦前の数分の１以下であろうと推測される。事件数は、特異な年を例外とすると、70年頃から減少し始めているのに対して、認容率は75年頃から低下し始める。これはおそらく裁判官人事政策との関係で理解されることであろう。また、認容率の低下は理論的には却下率の上昇を意味するものではない。70年頃から却下率が上昇し、認容率と入れ替わっている。第４

に、仮の救済である執行停止の認容数は、現行法が施行された途端、そのあまりに厳格な執行停止要件のために激減した。60年代後半には改善が見られたが、近時著しく停止数は減っている。いずれにせよ1970年頃までと比べて全くの様変わりがみられるのである。なお、日本の訴訟統計は管理的観点が強く出ており、国民の「仮の権利保護」の側面に対する関心は、意識的なものかどうか定かではないが、低いように思われる。*

＊西ドイツの行政系訴訟の統計では、仮の権利保護は大きなスペースをとって扱われている。わが国では、理由は明らかではないが、この点に対する配慮は著しく劣っている。1969年12月以降に刊行された1968年版の最高裁事務総局『司法統計年報』以降の各年の年報においては行政事件訴訟の執行停止の統計と各裁判所ごとの認容・棄却・却下の統計は掲載されていない。現在では同書の雑件統計欄に執行停止申立件数が記載されているにとどまる。統計項目選択基準を定める思想の分析も重要であろう。

さて、同一人口あたりでは、西ドイツでは日本の行政事件数の700倍以上の行政系訴訟が提起されている。この数字の違いは「訴訟好き」な国民性では十分な説明ができず、訴訟そのものが本質的に違うことを意味しよう。本書ではそのことを体系的かつ歴史的に展開する余裕はない。そこで本章においては、学説や法理論の比較以前に知られてよい西ドイツの「訴訟」のイメージ、進行過程ならびに雰囲気、および裁判官の訴訟手続観をとりあげるにとどめたい。この章でも、学術論文に求められる作法から逸脱をすることとなるが、インタヴュー等で得られた情報を中心としてスケッチが描かれるにすぎない。以下、次節以降において「親切な」訴訟を、とりわけ西ドイツ基本法のもとで保障された救済の「実効性の保障」と救済手続における「法的聴聞の保障」という観点[6]から説明するが、その前に次項で本章における留意事項を記し、第3項では西ドイツの裁判所の実務の1つの極致を示す若干の事例を紹介しておきたい[7]。

（2）裁判官の裁判観

日本の70年代・80年代の行政訴訟法の議論は、「処分性」と「訴えの利益」に集中した。筆者はそれ自体の重要性を毫も否定するものではないが、「義務づけ訴訟」などを含めてこれらのテーマに関する判例理論は、「裁判官の独立」が現実にも保障されているならば、人間的な心をもった健全な裁判官によってさほどの困難なしに創造され展開されうるものと考えている。決して精緻な学説があって初めて新しい判例理論が生まれるものではない。裁判官のおかれた環境と彼らの意識こそが判例法の展開にとって決定的な意味をもつであろう。本章での記述にあたって留意されたのは、以下の諸点である。

第1は、訴訟手続法の存在理由についての考え方である。訴訟手続規定はそれ自体として一定のイデオロギー性をもつが、その運用も独自のイデオロギー性をもつ。本稿では論証を避けるが、日本の現役裁判官の行政訴訟手続法に関する論調が60年代末以降大きく変わってきた。これと比較して、西ドイツの裁判官は訴訟手続法の意義をどう理解しているのか、あるいは彼らの理解がどのように変遷してきたのかは興味深い関心事でありうる。第2に、本章で紹介する西ドイツの判決・決定がとりわけ60年代末から好ましい意味で変わってきたことに留意してそれらの時期に注目したい。もっとも、本章で扱う種々の論点のすべてが、「内からの司法改革」の一環として登場した、もしくは改善されたと言うものではない。親切な訴訟を担保する制度や理論には第二次世界大戦以前からの伝統的なものや、戦後改革の中で早い時期にもたらされたものもあろう。ただそれらの一つ一つについて十分に検証する時間はなかった。第3は、各行政領域にふさわしい訴訟手続を創造する必要がある、という観点である。この点で西ドイツの行政系3訴訟法、さらには公務員の相当大きな部分をしめる非官吏のための労働訴訟の存在はヒントを与える可能性をもつ。第4に、行政訴訟に関する論文やテキスト類において通常言及されることの少ない手続規定や手続原則の意義や役割、その運用の現状にも注目しよう。この点では特に口頭弁論実務の諸原則がいかなるものかを見る必要がある。第5に、日本の現行行訴法が西ドイツの行政裁判所法を参考として作られたとか、あるいはそれに近い表現がされることが多いが、それは果して実証を経た言辞であるかどうかを吟味する必要がある。ただし、この最後の点に本稿では立ち入る余裕はない[8]。

6) K.Finkelnburg, Das Gebot der Effektivität des Rechtsschtzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: O.Bachof/ L.Heigl/ K.Redecker (hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit Teilhabe und Bindung (Festgabe aus des 25 jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts), 1978, S.170.

7) 本章のテーマ全体に関わる拙稿として、木佐「わが国の民事・行政訴訟を考える ── 西ドイツの制度・実務と比較して」自由と正義40巻8号（1989）10頁以下を参照。

8) 筆者による日本の行訴法制定関係者とのインタヴューの結論と、西ドイツ法の調査結果を先取りして言えば、日本法は行政裁判所法の運用の精神を学ばなかったことはもとより、そもそも行訴法制定時にすら西ドイツ現行行政裁判所法とは全く異質なものとして出発したと断定せざるを得ないようである。

【82】 ミュンヘン行政裁判所長官（現連邦行政裁判所裁判官）Wehrl（同長官室）。

（3）西ドイツの行政訴訟の象徴的な事例

日独両国の行政訴訟は何から何まで異なっていると言えるほど大きな違いがある。2つの象徴的な例をあげておこう。

第1は、訴訟の経過そのものである。裁判官を兼職する教授 Kloepfer は次のように言う。「行政庁が建築確認の拒否をした。自分はこの拒否決定を争いたいと裁判所に手紙（Brief）を書く。裁判官は、あなたの意志はこうですね、と尋ねて義務づけ訴訟であることを確認し、調書に記入する。今日では訴状はきわめて簡単に書かれている」。

西ドイツでは分厚い訴訟書式集が売られている。ある書式集[9]では、行政争訟に関しては、不服審査、取消訴訟などのほか仮の権利保護や第三者効のある行政行為の争訟書式まで43書式、財政争訟については30書式、社会訴訟については25書式があげられている。これほど定型化されたものがあっても、市民の書く訴状は自由な形式のものでよいのである。

第2は、仮の権利保護である。

① ミュンヘン行政裁判所長官（現連邦行政裁判所判事）Wehrl【写真81】は言う。手紙・葉書もしくは口頭で「仮の権利保護をお願いします。私の意図通りに決定して下さい」。これで申立としては十分である。通常は執行停止が認められる。しかし官庁が即時執行をお願いするといい、これが認められることもある。このケースは行政裁判所法80条の執行停止事件ということになる。他方、「冬ですが靴もマントも買えません。雪が降っています。どうにかして下さい」。これに対して決定が下されれば123条の仮命令の事案だったのである［Wehrl］。国民による仮の権利保護の申立ては、80条と123条のいずれの申立てとしても解釈される。このことについては後に触れよう。

9) Beck'sches Prozeßformularbuch, 2.Aufl., 1982, 1192S.

② 西ドイツの行政系訴訟における仮の救済の統計についてはすでに言及したが（本書46頁）、日本の最近5年間（1984-88）の年平均5.8件の執行停止数と控え目に算出した西ドイツの3万数千件（1984年）とを、2倍の人口差を考慮して実質的に比較すると、西ドイツでは1万倍以上の仮の救済が認められていることになる。しかもこの統計にはいまだ社会裁判権や財政裁判権の統計は含まれていない。実務をみると、行政不服審査の申立時に、または出訴後にあっても裁判所による決定の形をとらずに大量の仮の権利保護が行われている。このような実例を2つだけあげておこう。

（a）西ドイツの行政裁判所法では審査請求または出訴に伴い行政処分が原則として執行停止されることは日本でも周知のことである。その例外は財政裁判所法の規定である。同法によると租税関係処分には執行不停止原則がとられ、行政庁および裁判所による裁量的執行停止制度が採用されているが、日本の執行停止要件を満たすような事案では停止をすべきもの（Soll 規定）とされている。すなわち、処分の適法性に重大な疑いがあるとき、または執行が被処分者に対し優越する公益がないにもかかわらず不当な厳しさをもたらすとき（§69 II, III FGO）には、執行が停止される。処分の適法性に重大な疑いがなく、被処分者に不当な影響がない場合にも、執行停止は可能である[10]。

ハンブルク市（州）（人口160万人強）を例にとって実務をみると87年現在で1万3000件弱が執行停止され、その総額は5億5800万マルク（約450億円）であり、87年分についてみると全税収の2.93%が執行停止されている。執行停止申立事件として裁判所に来るのは、行政庁が当然に停止しなかった複雑な事件のみである。*適法性に関する「重大な疑い」という要件は容易に充足される。行政庁と裁判所の実務においては、「通常は、納税義務者が自分の法解釈を支える財政裁判所の判例または重要と考えられる学説を指摘すれば行政に執行停止を求めるに十分であり、非常に多くのケースでは行政庁により停止される」［Grotheer］。そして裁判所で仮の救済が申し立てられる場合でも、裁判官が申立書をみて、明らかに執行停止要件に該当するものは、電話をかけて停止させるのであり、訴訟になるような事件ではほとんど全ての手続が停止されている［Grotheer］とのことである。

10) Tipke/Kruse, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, Loseblatt - Kommentar, 12. Aufl., Stand 1988, S.20 zu §69.

＊各数字はGrotheerの調査による。別途入手した連邦統計[11]などを総合考慮すると、この執行停止総額は訴訟確定までの総計であり、パーセントで示した方は87年税収総額に対する87年分の停止額の比率と推測される。Ham市（州）の財政訴訟は年間2000件程度である。87年には162件の仮の権利保護の申立があり、19件（約12%）が決定により全部認容または一部認容されている。しかしGrotheerによると26%程度は申立後に行政庁が停止処分や認容処分をとるなどして、申立人に有利に処理されている（§138 FGOを参照）。これらも裁判所による統計に現れない事実上の仮の権利保護事件ないし実質的勝訴事件である。

（b）筆者が滞在した1985年から87年にかけて、西ドイツには毎月1万人程度、1年に約10万人の難民が押し寄せていた[12]。地方自治に関する当時の最大の問題は、市町村に対する難民の宿泊所の割当であった［Kuhn, Koch］[13]。バーデン＝ヴュルテンベルク州（人口930万人）では、88年5月現在で2万6000以上の難民認定申請事件が行政庁に係属しており、このうち毎年10%から16%程度が難民として認定されている[14]。こうした状況を踏まえつつ難民の国外強制退去処分に関して電話で行われる仮の権利保護措置をとりあげる。西ドイツの外国人法上の処分は一般に不服申立前置主義の適用があるが、難民認定手続だけは数年前に不服申立手続が廃止された。（い）この退去処分および（ろ）外国人の滞在許可拒否処分に関しては、行政裁判所と外国人局との間で電話を利用して執行停止措置がとられる[15]。具体的には次のように進行する。（い）にあっては、外国人局が退去を命じ（§10 Ausländergesetz）、即時執行を命ずる（§80 II Nr.4 VwGO）。（ろ）にあっては、外国人局が滞在許可の付与を拒否した場合、これを受けて行われる不服申立も出訴も法律上停止効をもたない。これら（い）および（ろ）の場合に、外国人は本来はただちに出国しなければならない。しかし他方で、裁判上の権利保護を得る機会がなければならず、この種の事件に関しては、1973年の連邦憲法裁判所の判決[16]が特に重要である。この判決によれば権利保護の機会が得られるより先に官庁は既成事実をつくってはならない。こうした背景から、即時に（場合によっては、仮の）決定をするかわりに、裁判所は電話で行政庁に、一定の手

11) SBW, Rechnungsergebnisse der staatlichen Haushalte 1986, 1988, S.26ff.
12) SZ v.14./15.8.86; vgl., SZ v.4.9.86; v.23.9.86.
13) Vgl., SZ v.15.7.86; v.18.9.86; v.2.10.86.
14) Stuttgarter Zeitung v.26.4.88.
15) 行政裁判所の仮の権利保護事件の決定のうち、約10%が電話での緊急伝達を要している。これは法律上正式に認められた送達方法ではないが、実務の必要から行われている。これに伴う法律問題を、Korber（Bay州政府官吏）, NVwZ 1983, S.85f.が扱かっている。これらの事件の大部分は合議を経て決定がされるが、緊

続段階まで退去処分を見合わせるように要求する。難民事件専門部に所属するある裁判官の見解によれば、少なくとも1つの裁判決定を受ける機会を持つ前に（例えば、航空機に乗せられるような）回復不能の既成事実をつくらないとの原則が尊重されることはきわめて重要である［上級行政裁判所判事Jannasch］。

このように「実効的な」権利保護のために、統計に現れない無数の仮の救済が認められている。

（4）文献

日本の実情と比較する観点から、本章でもどのような肩書をもつ人物のコメントや解説であるかに留意したい。このような関心から、この章に限り主要な文献についてコメントをしておきたい。

行政裁判権でもっともよく利用されるコンメンタールは多年の行政裁判官経験をもつ大学教授Koppのもので、ついでRedeker/von Oertzenのそれである。最近、Eyermann/Fröhlerの第9版（1988）、Redeker/von Oertzenの第9版（1988）が出たが、Koppも第8版（1989）を出したので、利用度に大きな変化は生じないであろう。Redekerは行政法を専門とする高名な弁護士であり（本書196頁、221頁参照）、von Oertzenは連邦内務省高官である。元バイエルン州上級行政裁判所長官Eyermannとリンツ大学教授Fröhlerのコンメンタールは、バイエルン州経済・交通省のMinisterialrat（課長クラスに相当）であるKormannにより事実上引き継がれた。内容から判断するとEyermann/Fröhlerのものは3冊の中では最も「役所寄り」といった感じがする。

Tipke/Kruseは、財政裁判権でもっとも利用されているものである。

Meyer-Ladewigのコンメンタールは、社会裁判所法に関するものとしては最高のものである［von Wulffen, Krasney］が、連邦司法省高官であり、統一行政訴訟法案作成の責任者（87年春まで。その後昇進）であったという意味においても、彼の著書に見られる人権感覚は注目に値する。

急性をもつため手書きの決定書が少なくない。筆者は、仮の権利保護事件ではないが、深夜0時を過ぎてからなされた午前3時までにある行為をなすべく命ずるアンスバッハ行政裁判所の手書きの決定書（VwG Ansbach, Nr. An 5 S 87.00054 bis 00057, 00059, 00060）を得た。このケースでは午前2時ごろにバイエルン上級行政裁判所の抗告審決定があった。
16) BVerfG v.18.7.1973, E 35, 382= NJW 1974, 227. 外国人は判決確定まで滞在できる。BVwG v.27.11.1987, DVBl.1988, S.289.

【83】 連邦社会裁判所副長官・教授 Krasney（同裁判所副長官室）。

非常に高名な弁護士である Finkelnburg の手になる仮の権利保護に関する著作は、第2版（79年）まで単独の著書であったが、第3版からリューネブルク上級行政裁判所裁判長 Jank との共著になった。これも裁判官が座右において利用し推薦する権利保護の香り高い概説書である。

2 「人間の尊厳」と訴訟手続法

（1）行政系訴訟手続法の変遷と改善

（イ）社会裁判所法の先行

西ドイツには行政系訴訟法が3つある。まず、連邦統一的には、社会裁判所法が1953年に、当時同じく労働省の管轄下にあった労働裁判所法とともに制定された。労働裁判所法は民事訴訟法の特別法である。社会裁判所法と労働裁判所法は膨大な条文数をもつ民事訴訟法の形式主義から大きく離れようとするものであった。社会裁判所法の規定には戦前から引き継がれたものが相当程度あるが、同時に、戦後の社会的困窮の中で、資力に乏しく法に無知な人々、とりわけ引き揚げ者、戦争犠牲者、寡婦および難民の社会保障受給権を手続的にも確保するため、裁判手数料の無償化や手続の非形式化が進められた。「社会裁判所法の基本的思想は、貧しい人々を助けること、しかも迅速に、ということである」［連邦社会裁判所副長官 Krasney］【写真83】。*同法を適用する連邦社会裁判所の判決は「反形式主義的で、市民に親切で（bürgerfreundlich）」である［Dreher］。同法は制定後35年たつが、制定当初の基本理念の明確さの故に、今日に至るまで訴訟手続の根幹にかかわる大きな改正は行われていない。

＊ Krasney は、次のように述べる。たいていの人は弁論も証人の指名もできず、特に戦争犠牲者や移住者は証拠資料を失ったりしている。自己の費用で証人を呼ぶこともできない。もしこうした費用を自ら払わなければならないとしたら、誰一人として私どものところ（社会裁判所のこと）にやって来ない。当時追求されたことはこの実情を踏まえた手続法の制定であった、と。連邦社会裁判所は連邦労働裁判所とともに54年に業務を開始している。

他の2つの行政系訴訟法、すなわち行政裁判所法と財政裁判所法は、先の2法律に続くものとして、54年と55年に議会に上程され、それぞれ60年と65年に制定された[17]。連邦行政裁判所や連邦財政裁判所でも形式主義はなく、親切ではあるが、連邦社会裁判所ほどではない［Dreher］。事実、60年制定の行政裁判所法の定める手続は、当時の所管省が内務省であったこととも関係するかもしれないが、社会裁判所法ほど脱形式主義的ではない。ただ、社会裁判所法が明文では採用していない、例えば仮命令制度を設けるという時代の進展に伴った改善が加えられている。財政裁判所法は、相当程度行政裁判所法をモデルとしている。

（ロ）行政領域と訴訟手続法

行政系3訴訟法の統一化を目的とする行政訴訟法（Verwaltungsprozeßordnung）案は82年と85年に連邦議会に上程された[18]。しかし、当初の見通しとは異なり、成立は困難な状況に立ち到った。88年には、草案の作成に携わった Krasney が、近いうちには成立しないだろう、と言い、また財政裁判所長官 Voß は、すでに成立のチャンスは過ぎたという評価をしていた。各州政府および各政党・議員の立場が種々に入り乱れている[19]ほか、社会裁判権と財政裁判権の裁判官の猛烈な反対があったのである[20]。その議論の詳細な紹介は避け、ここでは、3つの訴訟法が相当程度、行政領域に特有の手続実務を展開してきた結果、統一法を制定しても、各裁判権の特殊性に由来する特則を残さざるを得ず、他方で、特則が多ければ統一法としてのメリットが失わ

17）社会裁判所法の制定前後に一般行政権の訴訟手続との関係が論じられている。DRiZ 1956, S. 131 およびそこに引用されている文献を参照。
18）文献数は膨大であるが、さしあたり本書第6章注107), 108)のほか、乙部哲郎「西ドイツ『行政訴訟法』草案の作成とその概要」神戸学院法学14巻2号（1983）1頁以下を参照。
19）この点については、多数の裁判官のほか、連邦司法省の担当者 Clausing から説明を受けた。
20）社会裁判権での反対論の詳細については、社会裁判所長官 Herold から、財政裁判権のそれについては、連邦財政裁判所長官 Klein から資料の提供を受けた。

れる、という事情があって、新法成立が難渋するに及んだことを述べておくにとどめよう。89年には、統一化の試みは完全に死んだ［ドイツ財政裁判官連盟議長 Johannesmann］とか、残念だが立法化はされないことになった［司法省担当者 Clausing］という事態になった。

（2）訴訟の提起は簡単である

（イ）ラフな訴状

行政系訴訟での訴状のいい加減さについては、序章でも紹介した。日本のように出訴の際に訴状に印紙を添付する必要はない。*裁判所窓口で事実上受理される必要もないので、手紙や葉書として送付する、あるいは裁判所の支配領域内に到達すればよいので例えば文書受付のポストに直接投げ込めばよい[21]。社会裁判権ではより柔軟で、国内の他の一切の官庁・自治体、立法機関、保険主体、ドイツ領事館などに提出されてよい（§91 I SGG)[22]。これらの官庁等は遅滞なく権限を有する裁判所に送付しなければならない(§91 II)。社会行政では不服審査請求についても同様である。全ての裁判権で、訴状の色・形は問われない。広告紙の裏を使ってもよい[Konrad]。訴状(的なもの)は、被告がほぼ特定されており、「私はこの処分を争いたい」と書いてあれば十分である[23]。

原告名の表示は訴状に最低必要な要件と解されているが、連邦行政裁判所は、弁護士により代理された事件の訴状でこれを欠いても許される場合がある、と判示している[24]。

＊遅くとも戦後においては訴訟手数料の支払いは行政訴訟の提起の要件ではなかった。いくつかの州法は裁判所が定めた期間内に訴訟費用の納入がない場合には訴えの取り下げとみなす旨の規定をおいていたが、これは訴訟係属の要件ではなかった[25]。前納主義を定めた行政裁判所法189条２項は75年に廃止されている。現在は裁判所費用法が適用され、行政事件の訴訟費用は各審級の訴訟終了後、裁判所から郵便で請求書が送付されたのち初めて納付される。財政裁判所でも同様であり、この結果、敗訴したら訴訟費用を払いたがらないという問題がある[Schütz]。

（ロ）口頭での出訴

訴状を書かずに口頭で出訴することができる（§81 I VwGO,§64 FGO,§90 SGG)。さらに裁判所の申立室で司法補助官に訴状を作成してもらえるが、これについてはすでに触れた（本書66頁)。一般に裁判官が口頭弁論中に記録をとればそれでも訴訟の提起としては十分である[26]。口頭による出訴は行政裁判権でも１審では良く機能しているが、２審ではほとんど機能していない[マンハイム上級行政裁判所長官 Endemann]。社会裁判権では訴訟を最高裁に口頭で上告できる（§39 II,90 SGG)。

（ハ）電報・ファックス・テレックス・電話による出訴

電報による出訴も原告または代理人の名で終わっておれば許される[27]。テレックスあるいはファックスによることも許される[28]。特に電報による出訴は珍しくなく、自宅から電話で電報を申し込んでよい[Czajka]。もっとも行政事件総数からすれば、非常に稀である［Wehrl]。

電話による出訴は従来からの通説によれば許されないが、これを認める少数説と判例がある[29]。最近のある下級審判決によると、基本法の定める権利保護制度の下では予想される不利益を回避するためにやむを得ない場合には、例えば電話での申立が認められる[30]。

（ニ）訴状の署名

元来、署名は法的安定性のために必要である。電報やファックスでは確かに署名がないけれども、他人の名前で訴訟を起こすものはいないし、口頭弁論になれば本人がくるから、その際に確かめられる。他人による出訴を阻止

21) Meyer-Ladewig,S.387.
22) Meyer-Ladewig,S.388ff.
23) 教科書ではやや厳しく書いてある場合もある。Z.B.,Ule,S.197.
24) BVerwG v.5.5.1982, DÖV 1982,S.827; vgl.,Kopp,S.869.
25) Ule,Verwaltungsprozeßrecht,1.Aufl.,1960, S.209.
26) BVerwG v.16.2.1972,E 39,314; Meyer-Ladewig,S.386.
27) VGH Kassel v.6.4.1987,NJW 1987,S.2765.但し、vgl.,Kopp,S.866.電報による出訴にあっては早い時期から署名はいらなかった。BSG v.13.10.1955,E 1,243.
28) ファックスにつき、BSG v.25.6.1963,E 19,191.その他判例について、Kopp,S.866; Redeker/von Oertzen,S.471; Ule,S.210f.上級行政裁判所判事 Czajka は、テレックスによる出訴は一度しか経験していないと述べた。訴訟上の重要な行為がテレックスで期限間際に行われても有効である(BVerfG v.14.5.1985, NJW 1986,S.244)。権利行使期間末日の18時27分に発信され、翌日早朝に裁判所の受付印が押されたテレファックスによる申立につき、連邦憲法裁判所は期間の遵守を認めた。BVerfG v.14.5.1985,NJW 1986, S.244.最近の興味深い裁判例から、LAG Hamm v.16.6.1988, NJW 1988,S.3286; BGH v.6.10.1988, NJW 1989,S.589.
29) 学説・判例の状況について、vgl.,Kopp,S.867; Redeker/von Oertzen,S.471.
30) VerwG Wiesbaden v.5.5.1987,NJW 1988,S.1163 = NVwZ 1988,S.90.

することよりも電報による出訴も認めて権利保護を保障することの方が重要である[Czajka]。社会裁判権ではかねてから特に柔軟であり、署名も訓示規定(§92)にすぎず効力要件ではない[31]。最近では、連邦財政裁判所[32]も連邦行政裁判所[33]もラフな処理をしている。

(ホ) 訴状の副本

訴状には副本が、添付されるべきである (§81 II, 86 II VwGO, §93 I SGG, §64 II, 77 II FGO, §253 V, 131 ZPO)。社会裁判所法と民訴法は義務規定、他は訓示規定となっている。社会裁判所法は、必要な写しが添付されていない場合には裁判所が追完を要求するか自ら作成するとし、作成費用は原告から徴収できるとしている(§93 II, III SGG)。行政裁判所法と財政裁判所法には同趣旨の規定がない。社会裁判所法の副本の添付義務は実務では訓示規定と解されている[34]。弁護士により代理されず本人が手紙や葉書で出訴する場合に副本が添えられていることはほとんどない。裁判所は副本作成費用を徴収しなくてもよく、実際には徴収されていないようである[35]。日本では最高裁が指定した報告事件にあっては訴状として正本・副本のほか法的根拠のないまま、合議部裁判官用2通と最高裁事務総局用1通の計5通を提出することが例となっている。副本ひとつとっても両国の実務の差異は大きい。

(ヘ) 訴訟手数料と訴訟救助・法律扶助

社会裁判権の全訴訟は、社会裁判所法制定当初から無料であり(§183 SGG)、行政裁判権でも生活保護事件などは制定当初から無料であった[36]。現在では、青少年扶助・重度障害者援護のほか、75年改正で明文化された育英奨学金の事件も無料である (§188 VwGO)[37]。

訴訟救助・法律扶助については、わが国の事情に触れながら、すでに西ドイツの対応する統計上の数字を紹介した(本書50頁以下)。西ドイツでは低所得者のための配慮が格段に丁重に行われている。

31) Meyer-Ladewig, S.385; BSG v.13.10.1955, E 1,243 (電報について); BSG v.25.6.1963, E 19,191 (ファクッスについて).
32) BFH v.5.11.1973, E 111,278 = NJW 1974, S.1582f.
33) BVerwG v.6.12.1988, NJW 1989, S.1175. 同裁判所の84年判決の紹介を含めて、訴状に自署を要求することは連邦憲法裁判所が述べる原則に反するとの解釈を主張するものとして、B. Willms (大学助手), Die Unterschrift bei Klageschriften im Verwaltungsprozeß, NVwZ 1987, S.479ff.
34) 通説。Vgl., Meyer-Ladewig, S.394.
35) 裁判所費用法によれば、本来1ページあたり1マルクが徴収される。
36) Vgl., BGBl. I 1960, S.40.
37) Vgl., BGBl. I 1975, S.2189. 筆者はこの規定を重要なものと考えるが、南博方編「注釈行政事件訴訟法」(1972)、同編「条解行政事件訴訟法」(1987) における西ドイツ行政裁判所法全訳では省略されている。

(ト) 教示制度と出訴期間

教示義務は行政不服審査と行政訴訟に共通に規定され (§58VwGO, §55 FGO, §66 SGG)、日本の規定・実務[38]とは大いに異なった手だてが用意されている。その基礎にある理念は「何人も権利救済手続の不知により救済の機会を失うべきではない」[39]こと、あるいは短い出訴期間はそれを知らされた場合にのみ強制できる[40]ということにある。教示は文書に限り、不服申立期間または出訴期間、申立書または訴状が提出されるべき官庁または裁判所名、その所在地が掲記されていなければならない。

出訴期間は、特則なき限り、1か月であるが (§74 I VwGO, §47 FGO, §87 I SGG)、社会裁判権では外国からの出訴については3か月である (§87 I SGG)。日本の行訴法と比較して確かに出訴期間は短い。しかし注意すべきは、第1に、出訴期間は文書による教示があった場合にのみ進行を始め、教示がなかった場合や、あっても誤っていた場合には1年間の出訴期間となる。第2に、出訴期間の遵守ができなかった場合の正当理由の判断にもきわめて柔軟なものがある。訴訟法は「原状回復 (Wiedereinsetzung)」と題して規定をおいている (§60 VwGO, §56 FGO, §67 SGG)[41]。休暇に伴う旅行[42]、6週間までの暫定的不在は自己の責に帰すべき遅滞事由ではない[43]。ドイツ語能力の欠如、原告本人の重病なども延長事由たりうる[44]。申立は障害事由がなくなったのち社会裁判権では1か月以内、行政裁判権と財政裁判権では2週間以内にすればよい。障害事由の存在したことは疎明で足りる。この申立期間内に現実に申立が行われれば、正式に期間の延長を求める必要はない。わが国では法的安定性なる議論がすぐ出されるが、柔軟な出訴期間の取り扱いから

38) 日本の行訴法では、出訴期間についての教示の規定は意識的に排除された。行政不服審査法の教示義務も訓示規定であり、不服申立期間は教示の有無にかかわらず進行する。審査請求前置主義が適用される場合にもその旨の教示はない。
39) Eyermann/Fröhler, S.452.
40) Meyer-Ladewig, S.252.
41) 1976年のいわゆる簡素化法により民訴法233条は行政系訴訟法なみの期間延長の要件となった。Vgl., Kopp, S.562; Redeker/von Oertzen, S.329.
42) 同様に、名誉職裁判官が出席を要しない「差し支え (Verhinderung)」ある場合の判断においても「休暇」は正当事由となる (Meyer-Ladewig, S.14)。
43) Meyer-Ladewig, S.268.
44) Kopp, S.554ff.; Redeker/von Oertzen, S.332f. にあげられた多数の判例を参照。

生ずる問題点は何か、との筆者の質問に対して「期間を延長して誰が困るというのか。役人が困ることはないではないか。」[Czajka] と言われた[45]。

（チ）被告の特定

行政裁判所法は、国またはその他の法人、すなわち行政主体が被告であるとしつつ、被告の表示には行政庁を示せば足りるとする（§78 VwGO）[46]。しかし財政裁判所法では被告は「行政庁」である（§63 FGO)。社会裁判所では被告が明確には定められていない（vgl.,§69 SGG)。被告を訴状で特定することは行政裁判所法と財政裁判所法では義務であるが（§82 VwGO,§65 FGO)、社会裁判所法では訓示規定にすぎない（§92 SGG)。このように規定はまちまちであるが、訴状の段階では被告をあげるには行政庁名で十分であり[47]、これが実務である。訴状において被告が誤って特定されていても真意が認識できるならば、しかるべく解釈されるべきものとされる[48]。社会裁判権にいたっては、被告の表示はいつでも訂正できる[49]。こうしてわが国では訴訟の変更として問題となるか、却下判決となる事例でも、西ドイツでは、行政側の事情を市民の不利益に強制できないという理由で、申立の解釈の問題として処理されることがあり、紛争の実質的解決が促進される[50]。*

＊道路行政に関するある連邦行政裁判所の判決は、属する行政主体が異なる警察から市に被告を変更することを控訴審においても可能であるとした。ここでは職権主義の審理原則も根拠とされているが、「きわめてわかりにくい官庁の権限配分が稀ではないから関係市民にとって被告を正しく選択することはしばしば困難であること、および被告を正しく定めるように努めることは行政裁判所の任務に属することが考慮されなければならない」と述べられている[51]。

インタヴューによると、訴状では連邦官庁が相手方とされているが、裁判所は準備手続の際などに、州の官庁が被告であるべきことに気づくことがあり、その場合には州の官庁を招く。「我々（裁判官）は、このような扱いを重要だと考えており、おうように（großzügig）処理している」[Krasney]。

（リ）訴訟対象の特定

行政裁判所法82条と財政裁判所法65条が原告・被告および訴訟物（Streitgegenstand）の訴状における特定を「義務（muß)」とし、申立（Antrag）の特定を訓示（soll）規定としている[52]のに対して、社会裁判所法ではこれらはすべて訓示規定である。訴訟類型（Klageart）の特定は「申立」のレベルの問題である[53]。社会裁判所法の提案理由書[54]は、社会裁判権では法的知識をもたない人々も権利保護を求めるのであるから、訴状に特定内容を予め記すことは強制できないという。しかしこの事情はすべての訴訟手続法にも同様に妥当する[55]。そこで訴状では特定の申立が正しく表現されている必要はない。まして、既判力を生ずる範囲というような意味での法律学的技術的概念が想定されているのではない。法に練達していない原告は「訴えにより望むこと（Klagebegehren)」をあげるだけでよい。原告の目的は口頭弁論の終結時点までに明らかになればよく、その目的はしばしば訴え提起の事実からすでに明らかとなり、訴えの内容の解釈にあたっては弁論の全趣旨に加え、行政過程も参考とされる[56]。記すべきことは廃止・変更してほしい行政行為、裁判所が行うべき確認等々であり、確認訴訟であっても原告の求める法関係を手短かに記載すれば十分である。争われるものが行政行為または裁決の場合、これを発した行政庁、日付、文書番号によって特定しておけば後の審理が容易になり、訴訟物が明確になる。例えば租税事件の場合、通常は行政行為をあげることで十分である[57]。

行政系の裁判所は、当事者が相当かつ適切な（angemessen u. sachdienlich）申立をするように援助することを義務づけられている（§86 III VwGO,

45) いうまでもなく、第三者効を有する行政処分などでは別の配慮が必要であるし、一般の民事訴訟では私人が相手方であるから異なった議論となろう。ここでは、通常の行政処分が念頭におかれている。
46) ただし本条は訴訟要件とは無関係であるという解釈（Kopp,S.105,758）がある。
47) Kopp,S.871.ただし、vgl.,Ule,S.210.
48) Kopp,S.758.行政庁と行政主体を混同して、表示が訂正される場合には、訴の変更ではない(Eyermann/Fröhler,S.642)。
49) Meyer-Ladewig,S.392.
50) 訴状においては自治体ではなく、州（国）が被告とされていたケースで、ある判決（BayVGH v.16.4.1984,BayVBl.1984,S.407）は、出訴期間経過後でも訂正できるという。
51) BVwG v.26.9.1957, DVBl.1959,S.61.
52) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』419頁、同編『条解行政事件訴訟法』1013頁は誤訳。西ドイツ民訴法253条2項と行政裁判所法82条は異なった規定の仕方をしている。なお、Soll 規定は原告や控訴人に過大な負担をかけない趣旨によるものであるから、81条2項、124条3項が、また観点は異なるが80条4項の Soll も訳し直されてよかろう。
53) Herald Fliegauf（B-W 州上級行政検察庁首席検事、教授),Prozeßführung im Verwaltungsrechtsstreit,1987,S.42.なお、同州の行政検事は現在はこの人ひとりである。
54) BT-Drucks. 4357,S.27.
55) Meyer-Ladewig,S.391.
56) 以上につき、vgl.,BVerwG v.14.4.1961,E 12,189; BVerwG v.9.11.1976, NJW 77,1465; BFG GrS v.26.11.1979, E 129,117; Meyer-Ladewig, S.392; Redeker/ v.Oertzen, S.474f.; Eyermann/Fröhler, S.608f.; Kopp, S.872ff.
57) BFH v.20.1.1971, E 122,2.

【84】 連邦行政裁判所小法廷。テーブルは緑色。立っているのは同裁判所判事 Gielen(ベルリン市)。(左)
【85】 連邦行政裁判所小法廷に隣接する評議室。裁判官の写真が飾ってある。(右)

§76 FGO,§112 II SGG)。訴訟対象特定の問題は、訴訟物論とも関わるとともに、裁判官の役割との関係で論ずべきであるから、後にいま少し詳しく紹介することにしたい。

(ヌ) 管轄

社会裁判権では原告はその住所地の裁判所に、住所を欠く場合には滞在地の裁判所に出訴できる (§57 I SGG)。

(3)「手続法は実体法の僕(しもべ)である」

(イ) 抗告訴訟本質論?

本章で扱うテーマの幾分かは、日本では抗告訴訟の本質論や訴訟物論とかかわって論じられる。わが国では訴訟手続の種々の場面において訴訟提起時に特定された訴訟物が顔をのぞかせる。これに対して現在の西ドイツでは行政訴訟の原告適格や処分性との関係で取消訴訟ないし抗告訴訟の本質論が展開されることはほとんどないようである。おおよそ15年来絶えてしまった[Pitschas(87年発言)]。なぜなら、基本法の下ではおよそすべての権利紛争は裁判上争うことができ、仮に抗告訴訟で争えなくても何らかの訴訟形式で行政裁判所ないし通常裁判所等において争う可能性が残っているため、この本質論が大きな意義をもっていないからである。学説レベルでは、今日でも訴訟物をめぐって活発な議論がある。しかし、「実務では行政訴訟の訴訟物および既判力の理論は、ここ20年ほどの間、不思議なほどおろそかにされてきた。実務にとってはみたところ重要な意義がなく、これに関連する判例も注目に値するほどわずかである」[58]。

(ロ) 訴訟手続法の存在意義

「手続法は実体法(権利)の僕(Diener)に過ぎない。」[連邦社会裁判所副長官 Krasney]。手続法は人間の尊厳を侵すことのないように運用される。連邦の各最高裁も70年代に入って相次いで以下のような基本的理念を述べた。「手続規定は自己目的ではない。それは究極のところ訴訟当事者の実体権の維持に奉仕する。従って疑わしい場合には ── 何とか是認できるものであるならば ── その規定が実体権についての決定を可能とし、これを妨げることのないように解釈される必要がある」(連邦財政裁判所大法廷73年決定)[59]。生活保護申請事件につき、当事者の訴訟上の行為の解釈にあたっても表面的文言に拘泥せず、権利保護の喪失に至らぬよう可能な限り当事者の追求する目的が考慮されなければならず、「手続法が与える種々の可能性を利用しつくして正しい訴訟上の措置をとることは、裁判所の責務である」(連邦行政裁判所76年決定)【写真84】【写真85】[60]。裁判官が釈明を求めたが、なお正しい申立が行われていない限りで、場合によっては善解され (umdeuten) なければならない。例えば、不服申立の形をとっていても、指示を受けない何らかの官署による行政決定の変更を求める意志がそれから認められれば、訴訟の提起として善解されうる。裁判所の「このような措置は、手続法上の判断を誤っても可能な限り権利保護の喪失に至るべきではない、というすべての訴訟法に承認された原則に添うものである」(連邦社会裁判所74年判決)[61]。

79年にはドイツ裁判官大会の席上で、連邦憲法裁判所長官ベンダ (Benda) が、法律上の裁判官による裁判を受ける権利(基本法101条)や法的聴聞の保障(基本法103条)が、フェアーな手続により裁判を受ける権利という司法基本権 (Justizgrundrechte) として重要であり、連邦憲法裁判所の判決により認められてきたことを説いている[62]。

西ドイツで最も保守的であるとされる裁判所はバイエルン州上級行政裁判

58) Redeker/von Oertzen,S.643.
59) BFH v.5.11.73, E 111,278 = NJW 1974,S.1582f.
60) Vgl.,BVerG v.9.11.1976,DÖV 1977,S.334f.= NJW 1977,S.1465.
61) BSG v.31.1.1974,MDR 1974,S.612.
62) Benda,Richter im Rechtsstaat,DRiZ 1979,S.360.このような観点から次の文献も参照。Peter J. Tettinger (大学教授),Faireß und Waffengleichheit,1984.

【86】 バイエルン州ミュンヘン上級行政裁判所。(左)
【87】 柔らかい雰囲気の中で弁論を待つ人々（ミュンヘン行政裁判所)。(右)

所【写真86】であろうか。同州内務省で長年官吏を勤め連邦行政裁判所判事を経て同上級行政裁判所副長官、ついで長官となったLotzは、「弁論や裁判決定を、誰にでもわかるようなものにし、びっくりした感じを持つことがないようにし、全てにおいて人間の尊厳が保たれるように、形式自体のみならず、人間的な雰囲気を作り出すこと」が裁判官の使命に属する、と述べている【写真87】[63]。

人間的な訴訟運営の具体的あり方について職業裁判官が熱心に模索してきたのに対して、研究専業者がこれにあまり目を向けなかったことはすでに触れた。審理手続の諸原則を現代的に理解し、その重要性を強調した行政訴訟法テキストは、筆者があたった限りでは、おそらく1つしかない。その著者Tschiraは、「過剰な形式主義（Formenstrenge）は訴訟法においては適切ではない。多数の訴訟手続の形式規定も自由な解釈に親しむ」という[64]。*

＊このテキストの審理手続の重要性を説いた部分は、筆者が参照しえた第2版（75年)、第4版（80年)、第7版（85年）および第9版（88年）ともほとんど変わっていない。79年に没したTschiraは、バイエルンの地方自治関係の実務家であった。Tschiraの審理諸原則重視の姿勢をKoppやPitschasは高く評価している。なお、本章で主として利用しているKopp, Redeker/von Oertzen, Eyermann/Fröhlerの行政裁判所法コンメンタール計3冊のうち、もっとも手続原則を重視した解説をしているのは、Koppのそれである。

上記の連邦財政裁判所大法廷73年決定と連邦社会裁判所74年判決は、73年

63) 全く同趣旨のことをWassermann, Innere Justizreform - Aufgabe der Gerichtspräsidenten, DRiZ 1968, S.294が述べていた(本書201頁参照)。
64) Tschira/Schmitt Glaeser,S.290.
65) Meyer-Ladewig,S.384.

に刊行されたVollkommerの訴訟手続の厳格主義・様式主義を批判する業績(本書222頁参照)を引用している。彼の業績は、多方面に影響を与え、法改正にまで至ったものもあるようである。訴訟における形式重視の姿勢の改善は70年代から80年代を通じて若い世代の裁判官によって進められた。「何らかの文書が裁判所に届けば、それを善意に解釈し、法律的に誤った表現であっても何を求めようとしているか正しく解釈することが義務づけられている」[Mauer, Helbig]という意識が現役裁判官を強く支配している。一例をあげれば、社会裁判所では訴状が行政庁を経由して提起されることが多いから、「訴え」と「審査請求」の区分は非常に困難であるし[65]、一般に、市民には、「訴え(Klage)」「訴願・異議・抗告(Beschwerde)」「審査請求(Widersprch)」「控訴（Berufung)」の違いなどわからない。そこで市民が訴状（的なもの）に書いている真意を定めることは裁判所にとっての解釈問題となる。本質的なことは原告が裁判所による審査(Überprüfung)をしてもらいたいという意図が読み取れるかどうかにあるとされている[66]。

以上によって、「我々の訴訟法においてはいかにわずかしか形式的要件が規律されていないかわかるでしょう」[Wehrl]。

（ハ）権限ある裁判所への移送

日本の大阪国際空港公害事件[67]を念頭において、いくつかの質問をし、回答をえた。

まず、この事件のような空港の使用差止訴訟はすでに立法的に処理されており、管轄問題は生じない。仮に管轄権の誤りが発見されれば移送手続がとられ、却下で終わるということはない[Konrad]。日本でも却下判決ののちに別の裁判所に訴える可能性がないわけではないが、出訴期間や訴訟費用の点で移送の手続にはなおメリットがある。西ドイツでは確定した移送の決定は他の裁判所を拘束し、さらに移送することは許されない（§52,98 SGG,§83 VwGO,§70 FGO,§281 ZPO）[68]。これらの規定は、原告が管轄権に疑念があることの犠牲者になるべきではないとの趣旨による[69]。移送制度については、この移送が控訴審により初めて宣言される場合に特に訴訟の遅延をもたらすこ

66) Kopp,S.874; Eyermann/Fröhler,S.608; Meyer-Ladewig, S.384.
67) 最大判昭56年12月16日民集35巻10号1369頁。
68) この点につき、阿部泰隆『行政救済の実効性』(1985) 21頁以下参照。
69) Meyer-Ladewig,S.430; Kopp,S.876.

とが指摘され、統一裁判所の創設や、担当裁判権の問題をいわば同一裁判部門の権限問題に解消すべしとの提案がある[70]。

（4）行政不服審査制度の意義と役割

（イ）不服審査制度

行政不服審査制度に関して、わが国では全58条もの行政不服審査法が存在する。1962年の同法制定の際に訴願前置主義が廃止されたにもかかわらず、重要な行政領域においては前置主義原則が存在するともいえる状況にあり、この前置主義と、(全てというわけではないが)形式主義的教条主義的な不服審査実務がしばしば権利救済を阻止するものとなっている[71]。行政庁の教示は日本では口頭でもよいが、西ドイツでは書面でなければならない。審査請求書は日本では原則として書面で行い副書を添えなければならないが、西ドイツでは口頭や電報でもよく[72]、副書はいらない。国民と行政の関係が全く逆転している。ここでは特に、取消訴訟と義務づけ訴訟でのみ予定された「前置主義」(§62 VwGO) の存在から日本人が推定しがちな内容と、西ドイツでの実務とのギャップを中心に基本的な事項に限って素描してみよう。その前に、まず、制度の概略を示しておく。

西ドイツでは、わが国と異なり不服審査手続 (Vorverfahren) に関する統一法はなく、各行政系訴訟法に数か条ずつの規定があるにすぎず[73]、行政裁判所法適用事件については、特則なき限り行政手続法の規定が適用される (vgl.,§79 VwVfG.同趣旨の規定として、§62 SGB X,§347ff. FGO)。行政裁判所法では、異議申立と審査請求は一本化され、処分に対する不服は処分庁に対して行う。処分庁が原処分を維持する場合には自動的に直近行政庁に一件書類が送付され、裁決 (Widerspruchsbescheid) は直近行政庁が行う。訴訟では常に原処分を争う (§79 VwGO,§44 FGO,§95 SGG)[74]。

70) 学説・提案などにつき、Meyer-Ladewig, S.97.

71) もとより、現行法が解釈次第で権利保護のための柔軟なシステムとして運用される可能性は少なからずある。しかし、わが国の、書面原則主義、副本の提出義務、審査請求書記載事項の多さ、押印義務などが「簡易迅速な手続」(行服1条)の観点から問題となるし、教示義務の訓示性なども問われるであろう。さしあたり最近の文献から、宮崎良夫「行政不服審査制度の運用と問題点」『社会科学研究』38巻2号 (1986) 85頁以下を参照。

72) 申立期間末日の午後4時30分に電報で行われた不服申立が、電報局との協定があったために当日に外人局に配達されなかった事件で、裁判所は信義誠実の原則から申立期間を遵守したものと判断した(VGH Kassel v.6.4.1987,NJW 1987,S.2765)。

73) 社会裁判所法では77条以下6か条の規定、行政裁判所法では68～73条、財政裁判所法には44条のほか訴訟の規定と渾然一体となった規定が若干ある。

74) ここでは詳論しないが、日本のように処分と裁決のいずれを争うべきかという問題 (最判昭62年4月21日民集41巻3号309頁参照) はない。西ドイツでも原告が裁決を争うことも理屈の上ではありうるが、裁決書に付された教示、普解、裁判長の配慮義務などで対応がされて、紛争の真実の争点に即した本案判決がなされ、訴訟対象の不明確さが原告の不利になることはないといってよい。

（ロ）主な特色

西ドイツの不服審査法制の第1の特色は、不服審査規定自体が柔軟で法に無知な市民への配慮をしていることである。不服申立期間は1か月である (§70 VwGO,§355 AO,§84 I SGG) が、教示がない場合には申立期間は1年となる。特に社会裁判権では国民に有利な特則が多い。審査請求書は国内のどの官署、保険主体もしくはドイツ領事館などに提出されてもよく、そこへの到達日をもって期間の遵守が判断される (§84 II SGG)。訴状を行政機関に提出してもよいところから、不服申立か出訴か判別しがたい場合も少なくないが、柔軟な対応が予定されている (§78 SGG)。

第2は、不服審査制度および前置主義がもつ機能についてである。不服審査は行政に自己統制の機会を与える手段として不可欠のものと考えられている。現実にも「フィルター効果」[75]は大きく、その有効性は実証ずみであるというのが一般的見解である[76]。もとより改善の必要はある[77]。

第3は、裁判官の運用姿勢ないし裁判例の傾向である。前置手続の経由は訴訟提起のための要件ではなく[78]、本案判決をするための訴訟要件であるとするのが通説である[79]。訴訟期間中に裁決が下されれば、瑕疵は治癒される。事実審の最終口頭弁論までに行われればよい (通説)[80]。連邦行政裁判所は前置主義が存在することから国民に生ずる救済の機会の喪失を避けるために、不服申立に対する決定・裁決を経ずに訴訟が提起された場合に、訴え自体に不服申立が同時に含まれていると見て、行政庁の応訴を決定ないし裁決として擬制するという考え方を確立させている[81]。行政裁判所裁判長 Büschen

75) Ule,S.113; Meyer-Ladewig, S.333.

76) Kopp によれば、80年代に入ってから Bay 州ではある行政分野で審査請求前置主義を廃止したところ訴訟が急激に増えたため再度これが採用された。また不服審査で個々の官吏が処分の違法を見逃す誤った裁決をすると懲戒責任が問われることがあるので見直し率は高い。ただし、行政裁判権については前置主義に疑問を示す見解もある (Presting, DÖV 1976, S.269)。

77) Krasney によれば、社会裁判権での合議制審査委員会での救済率は低い。その他改善問題につき、vgl., Meyer-Ladewig, S.333.統一行政訴訟法案に関する諸問題について、Krasney,NVwZ 1982, S.406ff.

78) かつては、訴えの提起そのものの要件と解する判例があった。Vgl.,Ule, S.115.

79) Vgl.,Kopp,S.658.

80) BVerwG v.27.2.1963,E 15,306; v.26.5.1967,E 27,143; BSG v.30.11.1961, E 16,21; vgl., Kopp, S.669f.

81) 連邦行政裁判所の多数の判例は、Kopp,S.661; Eyermann/Fröhler, S.525にある。

は、実務は多くの点でゆるやかになっているが、それによって本案判断が行われることになるので個人的には正しいと思っている、と言う。このような実務の実現にあたっては、「訴訟経済」が論拠とされることがある。前置主義が裁判所の負担軽減に奉仕すること、あるいは理論的考察の結果として、連邦行政裁判所の考え方に反対する下級審判決や学説[82]もあるが、この説にあっても、訴訟を中断し行政庁に見直しの機会を与えればよいという考え方[83]が有力である。さらに前置主義は、行政庁自身での見直しを自己目的とするものではなく実質的な決定に至るための援助にすぎない[84]から、そもそも不服審査手続の履行は訴訟要件ではないという有力な説[85]もある。社会裁判権ではこの柔軟な姿勢がいっそう顕著であり、通説・判例は訴訟の中には同時に審査請求の申立が存すると解する[86]。裁判中で審査請求の手続をとらせずに審査請求を経ないことを理由として却下すると裁判手続は瑕疵を帯びる[87]。

(ハ) 不服審査の実務

最後に、ミュンヘン市を例にとって、不服審査請求の実務を見ておこう[88]。同市でも不服審査関係の統一的な統計はない。例外的に統計がとられている建築行政を扱う計画局 (Planungsreferat) の第2課での処理を見ると、申立件数は85年1795件、86年1811件であるが、取り下げられた事件を除き異議に対する決定の段階での認容率は、それぞれ28.7%、22.9%である。

大量の事務を処理している社会局では、全申立のうち7～8%が市段階の異議決定により是正され、審査請求裁決の段階でさらに2～3%が救済されている。計画局の事件では文書による不服申立が多いが、社会局関係では口頭の申立も少なくない。*しかし全事件数からすると、きわめて小さな数である。

＊筆者は社会扶助（生活保護）に関するタイプ打ちの不服申立書を入手した。これも役所をののしって批判する誤字の多い「手紙」である。日本の申立書に求められる様式からすれば、相当多くの「補正」(行服21条) を迫られるものである

82) Z.B.,Kopp,S.660; Eyermann/Fröhler,S.525; Ule,S.115.
83) Kopp,S.671f.
84) Bettermann,DVBl.1963,S.826.
85) Redeker/von Oertzen,S.381f.
86) BSG v.18.2.1964,E 20,199; Meyer-Ladewig,S.342.
87) BSG v.22.6.1966,E 25,66.

が、西ドイツではこれが標準的である。

なお、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の財政事件に関する不服審査の実情について、ある「批判的」財政裁判官は、税務署単位で違いはあるが、概して大変良く機能している [Stötzel] という。

3 納得のいく実効的な権利保護の機会の保障

この節においては、わが国と比較したとき西ドイツの行政系訴訟を象徴していると思われる《迅速性・実効性》を通じて《人間の尊厳》を確保する努力について、(1) 紛争実体・紛争内容を納得のいく形で解決しようとする姿勢、(2) 救済に要する時間の観点から仮の救済の問題、(3) 権力分立の観点から義務づけ訴訟をとりあげて紹介することとしよう。

(1) 納得のいく解決

(イ) 可能な限り本案判決

日本の行政訴訟では却下判決が多く、却下と棄却の違いに非常に大きな価値が与えられている。西ドイツでも当然に訴訟要件の具備は本案判決の前提として、とりわけ既判力の範囲を定めるものとして理論的には重要な意味をもっている[89]。しかし次のような事情でこの区分はあまり厳格には考えられていない。第1に、明らかに本案につき理由がないときには訴訟要件の具備を問うことなく「明らかに理由がない」として退けられ、これは本来の却下の一部と併せて予備決定 (Vorbescheid) と称される (§84 VwGO,§105 SGG,§90 III FGO)[90]。この結果、厳密に却下判決と本案判決の区別ができないこととなる。統計上も却下判決の比率は出しようがない。しかも、この予備決定で決着をみる事件の比率もきわめて低く、処理数全体にしめる比率は1983年に行政裁判所で1.2%であり、1978年以来施行されている「行政裁判権と財政裁判権の裁判所負担軽減法」による裁判決定をあわせても6.8%である。財政

88) 同市法務部職員グラーザー [Glaser] からの回答および統計資料のよる。
89) ただし異論がある。さしあたり、Meyer-Ladewig, S.98にあげられた文献を参照。
90) 西ドイツの用語として、「退ける (abweisen)」という形態の裁判には、「許されない (unzulässig)」ものと「理由のない (unbegründet)」ものとがある。つまり、一単語として「却下」と「棄却」を表す語はない。行政裁判所法適用事件の連邦統計局統計では、敗訴を表す言葉として、Abweisung bzw. Ablehnung が、財政裁判所法のそれでは、Abweisung のみが用いられている。

裁判所での予備決定比率は5.1%である[91]。日本における最近5年間（1984-88）の行政事件判決総数にしめる却下率が25.8%である[92]のと大きく異なっている。第2に、既述の部分からも窺われるように、同国の行政系訴訟では進行中に訴訟要件の具備を厳格には問わないという運用が目につく。第3に、裁判官の姿勢が異なることである。訴訟要件のうちでも原告適格は常に大きな問題であるが、本案につき簡単に解決が得られ、訴訟当事者も実質的解決を望んでいる場合には可能な限り本案判決が行われる［ミュンヘン行政裁判所長官 Wehrl］[93]。こうした対応は、紛争の実質的解決と訴訟経済に奉仕するから好ましい[Pitschas][94]。弁護士 Sailer によると、自治体の計画権や出訴権がからむ事件では訴訟要件のレベルで処理しようとする対応もないわけではない。しかし、いわゆる門前払い判決が多いというような形での批判は全く認められない [Sailer, Pitschas, Kopp]。日本と比較して却下判決がこのように少ないことの理由を、行政系訴訟法の原告適格の構造に求める考え方もあろうが[95]、それによっては他の訴訟要件の問題は説明できないから、相当部分は訴訟法を支配する基本理念や訴訟法を運用する裁判官の姿勢に求めるべきであろう。

検察庁が記者会見をして行った公表を、内容が誤りであることを理由として、撤回するように義務づける判決も行政訴訟で請求できる[96]が、このような日本では考えがたい訴訟もこうした背景の下で理解できるであろう。

（ロ）出訴後の事情変更と訴訟の行方

訴訟の係属後に事情が変化したとき、訴訟がどのように処理されるかを3つの基本的パターンに即して見ておこう。

① 日本で不作為の違法確認訴訟を提起したのち申請却下処分があった場合、通説および（1960年代の下級審）裁判例では却下とはならず、取消訴訟への訴えの変更が認められるが、「訴えの変更」という要式行為が伴う。この

91) BT-Drucks.10/3767,S.24f.; SBW,Finanzgericht 1983,1984,S.6.
92) 却下率算出の基礎について、本章注4)を参照。
93) 「疑わしいときは、訴訟要件では却下しない」(von Mutius,Verhandlungen des 53.Deutschen Juristentages, Bd. I (Gutachten Teil E),1980, S.89)。B-W 州の大学教授 Brohm も同州の実務ではほとんど訴訟判決はないという。
94) 同旨、Meyer-Ladewig, S.98.なお、ここでは立ち入らないが「訴訟経済」という用語の使われる局面が日独では非常に違うように思われる。
95) 行政裁判所法42条によれば、権利侵害の主張をすれば原告適格が満たされる。
96) BVerwG v.14.4.1988, NJW 1989, S.412.

点について、西ドイツでは、不作為の違法確認訴訟 (Untätigkeitsklage)（§75 VwGO,§46 FGO,§88 I SGG)[97]の審理中に申請却下処分や却下裁決が行われると、現在の実務では、訴訟の「変更」的な手続がとられるケースもないわけではないが、原告は取消訴訟または義務づけ訴訟として「維持し継続することができる」[98]。正式な「変更」といっても弁論の際に調書に記載するだけである。仮に「訴えの変更」が必要であると解する説にあっても、裁判所にはその旨を指示する義務があるので[99]、原告が変更手続に関して危険を負担することはない。

② わが国で、不作為の違法確認訴訟の係属中に行政庁が事実上原告の申請内容を認める処分を行うと原告は訴の利益を失い「敗訴」する。訴訟費用負担の上でも裁判所はほとんど原告への配慮をしない[100]。西ドイツでは、この種の訴訟提起後に請求内容を認める行政行為がなされた場合、本案は「処理された (erledigt)」として宣言されなければならない（§75 VwGO,§46 FGO, §88 I SGG)。これは訴訟却下による敗訴ではない。原告が訴訟提起前に被告行政側の同内容の決定を期待できた場合には常に被告が訴訟費用を負担する（§161 III VwGO, §193 SGG)[101]。

③ 出訴ののち行政行為が変更または代替されると社会裁判権では新しい行政行為も訴訟手続の対象となり、行政庁が新たな行政行為の写しを裁判所に提出しなければならない（§96 SGG)。法文の上では新行政行為の写しを誰が裁判所に提出すべきかがはっきりしない。しかし、連邦社会裁判所副長官 Krasney によれば、「当然に行政庁である」。この提出により裁判所が新行政行為の不知を回避できる[102]。訴えの変更も再度の審査前置も要しない[103]。この扱いは、係争法律関係全体を迅速かつ余すところなく審査することで、「健全な訴訟経済」に奉仕する[104]。財政裁判権では新しい行政行為が原告の申立に基づき手続の対象となる（§68 FGO)。行政裁判所法にはこれに対応する規

97) 言うまでもないが、生活保護請求事件・試験関係・催し物などは、直接に行政裁判所法123条の仮命令が適用される (Finkelnburg/Jang, S.417-431; Kopp,S.747)。
98) Kopp,S.751.同旨、Redeker/von Oertzen,S.425; Meyer-Ladewig,S.381.
99) Vgl.,Meyer-Ladewig,S.380.
100) 山村恒年・阿部泰隆編『判例コンメンタール行政事件訴訟法』(1984) 361頁（細川俊彦執筆）参照。日本の多くのコンメンタールはこのような論点に言及していない。
101) Kopp,S.1488f.; Meyer-Ladewig,S.381,892.
102) Meyer-Ladewig,S.412.
103) Meyer-Ladewig,S.405,410.
104) BSG v.14.12.1959,E 11,146; vgl.,BSG v.28.5.1957,E 5,158.

定がなく訴えの変更を要するが、例によって形ばかりの変更である(vgl.,§79 VwGO)[105]。

(ハ) 事後違法確認訴訟

わが国では出訴後22年もしてから「訴の利益」なしとして却下された家永教科書裁判のように[106]、時間の経過とともに訴えが却下されるケースがしばしばある。西ドイツの行政裁判所法113条1項4文は事後違法確認訴訟(Fortsetzungsfeststellungsklage)[107]という訴訟類型をおいている。同文によると、「行政行為が撤回またはその他の方法によりすでに解決されている場合において、原告がその違法の確認につき正当な利益を有するときは、裁判所は、申立てにより、判決で、行政行為が違法であった旨を宣言する」。この確認訴訟は元来、国家賠償訴訟、結果除去請求訴訟および補償請求訴訟などにおける本案判断の先決問題として行政行為の違法確認をするところにその主要な機能をもっていた。ところが今日では、伝統的な見解によれば時間の経過などに伴い訴の利益が失われ、かつ国家賠償訴訟としての成立も困難なケースにおいて、同種事件の反復を回避する目的でこの訴訟は多用されているのである。現在、特に集会・デモ行進の事件と名誉回復に関する領域での適用が目だっている。

この訴訟が注目されるようになった事情やその背景となる思想を裁判官たちに尋ねてみよう。ある2分の1勤務(本書39頁参照)の女性裁判官は、この訴訟をそう簡単に基本権一般の保障と結びつけるわけにはいかないが、自由権の保障のために存在し、今日においてはますます独自の機能をもつようになっている[Schlingmann-Wendenburg]という。ある上級行政裁判所判事は「確認の利益は、民事の領域や経済的利益のためにもあるのだから、直ちに基本権とか人間の尊厳の理念と結びつけることはできない。また法治国家性からすぐに、というわけでもない。ただ、反復のおそれがある場合には許され、正当な利益があればよい」[Czajka]。リューネブルク上級行政裁判所長官

105) Redeker/von Oertzen,S.436; vgl.,Kopp,S.771.
106) 東京高判平元年6月27日判時1317号36頁。
107) 遂行的確認訴訟や違法宣言訴訟という訳語がある。小山正善「"遂行的確認訴訟"について」山口経済学雑誌37巻5.6号(1988) 341頁以下および同頁注1)に掲げられた邦語文献を参照。
108) BVwG v.20.12.1960,NJW 1960,S.747.特に考え方を示すものとして、BVwG v.18.5.1973, NJW 1973, S.1854.
109) Vgl.,Redeker/von Oertzen,S.145,232.

Schinkel【写真74(前掲)】は、この訴訟は誰でも憲法に接近できるために重要であるという。ブラウンシュヴァイク行政裁判所裁判長 Büschen は、①反復のおそれがある場合、②国家賠償の前提としての場合、③名誉回復が問題となる場合の3つの領域が主要であるが、①では実体的な損害の確定は容易ではないからこの訴訟には意味があり、①と③では特に人間性を確保するためにますます重要になっているという。

このように事後違法確認訴訟は、訴訟要件を厳格に適用したときには却下判決となるようなケースにおいて、名誉毀損の事実を残さないという目的で、あるいは同種行政行為の反復を回避するという目的で、必ずしも立法者が当初予定しなかった機能をもつものとしてやや創造的に運用されているのである。

(ニ) 訴訟利息

日本の年金・保険などに関する取消訴訟では、事実上、給付を命ずる勝訴判決においても主文で利息分の金員の支払いが命ぜられることはなく、行政実務においても支払われることはないようである。西ドイツの連邦行政裁判所は早い時期からドイツ民法291条を類推適用して、部分的には義務づけ訴訟などでも訴訟(遅延)利息(Prozeß- bzw. Verzugszinsen)の支払を命じてきた[108]。ただし判決確定をまって初めて債権が確定するものについては消極的であった[109]。連邦社会裁判所はかねて消極的判決を繰り返していたが[110]、最近になって社会保険事件に関して、原告勝訴の場合に行政庁側の責任の有無とは無関係に、有資格者の申請後6か月たつと金利の請求権が発生するとの判決を下した[111]。

(2) 仮の権利保護

わが国では審理期間が非常に長いにも関わらず仮の権利保護が機能していない[112]。西ドイツの実務の象徴的な一面はすでに財政訴訟と外国人訴訟に即して紹介した。ここではいま少し仮の権利保護の基本理念と全体像を見てみ

110) BSG v.16.12.1964,E 22,150; v.25.11.1965,E 24,118.
111) SZ v.19.1.87.
112) 本案判決までの期間が短ければ仮の権利保護の果たすべき役割は相対的に小さくなる。この点で西ドイツの労働裁判権の本案訴訟の審理期間の短さ(本書44頁参照)は驚異的である。同裁判権の仮の権利保護の統計は見いだし得なかった。なお、西ドイツの財政裁判権では訴訟遅延がはなはだしいとされるが、日本の行政訴訟よりは短く、しかも既述のように多くは国民に有利に執行停止されている。

たい。

西ドイツの仮の権利保護はこの15年の間に「異例なほどの意義の増大」[113]をみた。最高裁判例はその総体として「仮の権利保護は立法者の贈物ではない」ことを示してきた[114]。基本法19条4項1文は、「何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴の途があたえられる」と規定している。この規定に関して、特に連邦憲法裁判所はつぎのように述べる。同条は市民に裁判的救済の「形式的権利や理論的可能性のみではなく、権利保護の実効性を保障」し、市民は「事実上有効な裁判統制を得る権利」をもつ[115]。執行停止は公法上の訴訟の基本原則（fundamentaler Grundsatz）である[116]。執行停止を原則とする「原則－例外関係を逆転する行政実務は……憲法と一致しないであろう」し[117]、「決定的なことは市民に憲法上十分な実効的権利保護が与えられるか否か」[118]である、と。これらの判例を促進する形で、あるいはこれらが刺激となって仮の権利保護の実務と理論は70年前後から急激な発展をとげた。各行政領域の特殊性にふさわしい仮の権利保護理論も構築されてきた[119]。最近相次いで、仮の権利保護に関する研究書が著されている[120]。

法関係が多極化・複雑化している現代にあって、筆者も仮の権利保護が新しい調整困難な課題に直面していることを否定するものではない。このことを承知しつつも本書では仮の権利保護の法制と、この問題に対する裁判官の基本姿勢を明らかにすることに重点をおきたい。新しい課題は応用問題として処理されるべきであると考えるからである。

113) S.Paetow(連邦行政裁判所判事),NVwZ 1988,S.46.同旨、Jost Pietzcker, AöR, S.147ff.; Redeker/von Oertzen, 9.Aufl., 1988, Vorwort.最近の動向の憲法レベルでの紹介として、笹田栄司「基本権の実効的保護 ── 西独基本法19条4項の解釈論を手がかりとして（1～3・完）」『法政研究』53巻2～4号（1987）参照。

114) Finkelnburg/Jank,S.1.

115) BVerfG v.19.6.1973,E 35,263 [274]; BVerfG v.18,7.1973,E 35,382; BVerfG v.13.6.1979, E 51.268 [284f.].

116) BVerfG v.19.6.1973,E 35,263 [272]; BVerfG v.18,7.1973,E 35,382 [402].

117) BVerfG v.18,7.1973,E 35,382 [402].この点については、いわば言い過ぎであるという研究者からの批判がある。Kopp,S.777; Schmidt-Aßmann,in: Maunz/Dürig usw.,Grundgesetz,Kommentar,Bd.II, Stand 1985,S.150 zu Art.19 IV.

118) BVerfG v.13.6.1979, E 51.268 [285].

119) 仮の権利保護に関するFinkelnburg/Jankの概説書（1986）の本文は、Finkelnburgの旧版（1979）に比べてちょうど5割増しとなった。ある書評は各行政領域への配慮を高く評価している（Paetow,a.a.O.(Anm.113),S.46)。

120) Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1989, 1891S.; Burgholz, Der Untersuchungsgrundsatz im verwaltungsrechtlichen Eilverfahren,1988, 118S.

（イ）執行停止と仮命令

行政訴訟での執行停止や仮命令の歴史に立ち入るいとまはない[121]。戦後において仮命令は、1949年の基本法が19条4項で実効的な権利保護を保障して以来、ラインラント＝プァルツ州の行政裁判所法（50年）や連邦行政裁判所法（52年）で明文化され、60年の行政裁判所法で全国化された。

西ドイツの現在の行政系訴訟は、既成事実の現状回復は著しく困難であるから違法な既成事実がつくられてはならない[122]ということから出発する。連邦行政裁判所も、執行停止は権利保護の重要な要素に属すと述べてきた[123]。それはとりわけナチス時代の歴史の反省に基づいている。仮命令については後に触れるが、執行停止についてそれが行政作用であるかどうかを問う声は見あたらない[124]。

周知の通り、行政裁判所法は80条で執行停止を、123条で積極的な仮命令を定め、万全の仮の救済制度をおいている。執行停止は原則として判決が確定するまで続く[125]。両条は仮の救済手段として相互補完的なものとして予定されているが（vgl.,§123 V VwGO)、それは単に名目的にのみ補完的なのではない。本章第5節でも触れるが、裁判所は「申立ての表現には拘束されない」(§88 VwGO）ため、両条のいずれかに基づく仮の権利保護の申立は他の条文に基づくものとしても扱われる（判例・通説）[126]。仮の救済の申立は日本とは異なり、明文規定により本案訴訟提起前でも許される(§80 V, 123 I VwGO)。異議審査庁に対する執行停止の申立を経る必要もない[127]。社会裁判所法の注釈書では執行停止の申立は本案の提起を必要とするという解説[128]があるが、

121) 仮命令に関する規定は1900年前後からドイツのごく一部の地域で見られるが、ほとんど実施に移されたとはいえないものであった。唯一オルデンブルクで仮処分制度が機能した。オルデンブルク上級行政裁判所は独立の裁判官が勤務するただ1つの真の裁判所であったといわれる（H.Rohmeyer,Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß,1967,S.54)。この裁判所について、本書288頁参照。

122) Finkelnburg/Jank,S.176; Kopp,S.780; vgl.,BVerfG v.19.10.1977,E 46,166 [178].

123) BVerwG v.2.9.1963,E 16,289; v.6.7.1973,DÖV 1973,S.785.

124) 注釈書類のほか、概説的なG.Scholz,Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtung gem.§80 VwGO,in: Erichsen usw.(hrsg.), Festschrift für C.-F.Menger,1985, S.641f.を参照。

125) Vgl.,Kopp,S.806,S.1279;Eyermann/Fröhler,S.563.このため執行停止は審級単位で裁判所が認めるべきという立法論がある。

126) BVerwG v.11.5.1959,DVBl.1959,S.663（申立通りに下級審が発した仮命令が理論的には誤りであっても、最高裁は執行停止として善解し原決定を維持する）; Kopp,S.781,912,1255; Redeker/von Oertzen, S.447,653f.ただし、vgl.,Eyermann/Fröhler,S.792.

127) Kopp,S.845.本案訴訟提起前における執行停止申立の許容性を、本稿で引用する中でもっとも保守的なコンメンタールは「権利保護の完全化への価値ある一歩」と称する（Eyermann/Fröhler,S.585)。

128) Meyer-Ladewig,S.420.

そもそも社会裁判権では無形式が支配しており、この本案訴訟が口頭、ハガキや手紙、電報、テレックスなど形式を問わずに認められること、既述のように不服審査請求と混同される程度のものでよいことに注意しておく必要がある。日本において素人が本案の訴状と執行停止を求める申立書を短期間に準備することは容易ではないが、西ドイツにあっては普通の市民が普通の紙に「不満があるので争いたい。仮の権利保護をお願いする」と書けばそれで十分である。

財政裁判所法が執行不停止原則をとる（§361 AO, §69 FGO）ことは本章の始めに述べた。仮命令も可能である（§114 FGO）。財政裁判権でも、最高裁判例によれば、執行停止の申立は、申立人の真意に沿うように、場合によっては仮命令の申立と解釈されなければならない[129]。

社会裁判所法の仮の権利保護の構造は、制定時期からくる時代的制約により、行政裁判所法よりも劣っていると評価されている。立法形式上は、負担的行政行為については原則的には執行停止をとらず例外的に執行停止効が生ずることとなっている（§97 I SGG）[130]。仮命令についても同法は一般的な規定をおいてはいない[131]。

こうした事情から従来の通説は社会裁判権では仮命令は許されていないとしていた[132]。だが積極的な仮の権利保護が時には必要である。すでに1967年に連邦行政裁判所は、仮命令を定めていない訴訟法にあっても、「一般的な法治国家原則の表現」として仮命令が発せられることを認めていた[133]。ついに77年に連邦憲法裁判所は、基本法19条4項の権利保護の保障が要求する限りで、社会裁判権でも行政裁判所法123条を準用して、仮命令は許されるとの判決を下し[134]、従来の論争に終止符がうたれた。判例による改善があったとはいえ、基本法19条4項の権利保護の要請からはなお不十分な状態にある。そこで、連邦司法省において87年春まで統一行政訴訟法の担当者であったMeyer-Ladewigは、いっそうの改善を要する、と考えている[135]。

129) BFH v.1.10.1981, E 134,223.
130) 限定列挙である。Vgl.,Meyer-Ladewig,S.414.執行停止に関する規定は、第7立法期（1970～74）に部分的ではあるが改善されている（§97 I Nr.4-6 SGG）。さらに、vgl.,Meyer-Ladewig,S.714.
131) 社会裁判権での仮の権利保護問題一般について、v.Mutius(上級社会裁判所判事を兼職する教授),Zum vorläufigen Rechtsschutz in der Sozialgerichtsbarkeit, VerwArch 1979, S.359ff.
132) Vgl.,Meyer-Ladewig,S.424f.
133) 軍人不服争訟法（Wehrbeschwerdeordnung）に関するBVerwG v.17.10.1967, E 33,42を参照。Vgl., BVerwG v.11.4.1972, E 43,340; Kopp, S.1256; Finkelnburg, Das Gebot(Anm.6),S.173.
134) BVerfG v.19.10.1977,E 46,166 [183].
135) Meyer-Ladewig,S.413.統一行政訴訟法案では、社会裁判権についても仮命令制度が採用される。これにつき、Meyer-Ladewig, Einstweiliger Rechtsschutz im Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung, DVBl.1982, S.117ff.
136) 注釈書類でも議論は少ない。さしあたり、vgl.,Meyer-Ladewig,S.414f.

（ロ）仮の救済の実務

①即時執行を必要とする公益性　本稿の文脈では執行停止の本質論はあまり重要性をもたないので[136]、ここでは法規定と実務の柔軟さを紹介するにとどめたい。行政裁判所法に基づく自動的執行停止は、原則として訴訟要件具備とは無関係に、したがって当然に本案勝訴の可能性とも関係なく行われる（通説）[137]。行政庁が自動的執行停止の適用事件であることを誤認して執行しようとする場合には、訴訟要件不備の可能性があっても、執行停止が命じられる[138]。訴訟要件や本案勝訴の可能性は即時執行命令を発するにあたって考慮されるが、行政実務は疑わしい場合には執行を停止する[139]。

即時執行を必要とする公益がある場合にのみ、執行停止原則の例外が認められる。この公益は、当該関係法律の執行というすべての法律に内在する公益では足りない[140]。インタヴューの際に、誰もが、即時執行を必要とする公益のあるケースとして真っ先にあげたのは、崩壊しつつある家屋の取り壊し命令である。人が死傷するかもしれないというような非常に具体的な場合に公益性が認められる。注釈書で執行が停止されないものとされている例をあげると、飲酒運転をして現場から逃走した試用警察官の免職処分、女子生徒との性的関係を理由とする教師の配置転換、倫理違反の営業活動の禁止処分、無認可施設・工場の操業禁止処分などである[141]。処分が「明らかに適法」の場合には不停止に傾く[142]。即時執行をする場合には、緊急措置の場合を除いて、通りいっぺんではない具体的理由が文書により示されねばならず（§80 III VwGO）、理由が不備の場合、追完はできず、執行の取消しが命じられること

137) Kopp,S.795; Ule,S.348; Tschira/Schmitt Glaeser,S.138.理論上は訴訟要件を満たすものに限って停止効を認めることにならざるをえない（Eyermann/Fröhler,S.567f.）が、訴訟要件の具備が明確でない場合の執行停止も問題なのである。
138) OVG Münster v.22.11.1985,NVwZ 1987,S.334.この決定に対する賛成の評釈として、Schwerdtner（市長）,Die aufschiebende Wirkung - Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes,NVwZ 1987, S.473.
139) Eyermann/Fröhler,S.566.
140) 多数の判例を含めて、vgl.,Kopp,S.809.この公益性の判断にあたっては法律の規定を手がかりにすることはできないとされる。法律の規定は偶然に左右されているからである。こうした考え方は、日本の「訴の利益」を考える際に参考となろう。
141) Kopp,S.812ff.
142) BVerfG 11.2.1982,DÖV 1982,S.450 = NVwZ 1982,S.241.

になる[143]。

社会裁判所法は無効確認訴訟の提起に自動的な執行停止を認める（§97 I Nr.3 SGG)[144]。行政裁判所法には明文はないが、無効確認訴訟は取消訴訟としても扱われる[145]ので執行停止が認められている。

②行政行為の適法性についての「重大な疑い」　行政裁判権でも例外的に自動的執行停止を受けない領域がある（§86 II VwGO)。この場合でもごく普通に停止が認められる[146]。執行停止要件である行政行為の適法性についての「重大な疑い (ernstliche Zweifel)」は、「少なくとも敗訴と同程度の勝訴の可能性（mindestens ebenso wahrscheinlich wie der Mißerfolg)」で足りる（判例・通説)[147]。

③柔軟・迅速な対応　裁判所は執行済みの行政行為の執行の取消を命ずることができる（§80 V VwGO)[148]。これは、実効的な権利保護の要請に基づく[149]。社会裁判所法には明文はないが同様に扱われる[150]。執行停止命令にも関わらず執行される場合には、裁判所は仮命令を発することができる[151]。

既述のように原則執行停止が適用される事件でも例外的に、行政庁が文書で理由を付して即時執行ができる。この即時執行に対して被処分者が執行停止を申し立てるとき、行政庁による即時執行命令があってから被処分者の申立を受けた裁判所の決定までに時間がかかるのが普通であるから、裁判所は通常、裁判所の決定あるまで執行を見合わせるよう非公式に行政機関に強く勧める。それにも関わらず執行される危険があると、裁判所または単独で裁判長が権利保護の実効性を確保するために、正式の決定あるまでの期限つきの「仮の執行停止」を命ずることができる[152]。保全訴訟にさらに仮の保全手段があるのである。

迅速な仮命令の実例をあげておこう。(a)ある公的な技術入門講座受講の許可を与えられなかった申立人が仮命令を求めた。85年5月22日に行政裁判所が許可の仮命令を発し、翌日、申立人に電話で伝えられた。だが講座設置者はなお許可をしなかったので、申立人は同日、強制金による履行の強制を申し立てた。24日に行政裁判所は不履行の場合に2000マルク（約15万円）の強制金を課す旨の決定を行った[153]。(b)特別の事情のあるケースではあるが、仮命令によって医学部での修学許可を与えることがある[154]。

確かに、都市計画などでは執行停止が認められることは少ない。それは利害関係者が多数存するために事前の行政過程で住民の参加がよく行われているからである[Ellerhusen, Schäfer]。西ドイツでは確定判決があるまで行政側が既成事実を創出することは一般に困難である。それゆえ、わが国ではあまり聞かないことであるが、西ドイツでは役人が訴訟遅延をなげくという構図となる [Clausing]。

(ハ) 仮命令の考え方

1960年代には仮命令が基本法上の実効的権利保護の保障のために設けられた制度であることを承認しつつも、仮命令が本質的に「執行行為」であるとする説が存在していた[155]。今日ではこのような見解は否定されたといってよく、*本稿で利用している諸文献でも仮の権利保護をこのような観点から取り上げて論じているものはみあたらない[156]。70年代後半の一連の上級行政裁判所判決は、基本法の定める権利保護観から必要な場合には、行政庁に認められた裁量権や判断余地がゼロに収縮しないときにも、仮命令を認めており、これは通説である[157]。仮命令は原則として最終的決定を先取りするものではないが、本案判決を待っては権利保護の機会を失うことになる場合には、本案先取り決定が許される[158]。この種の行政領域はデモ・集会関係、社会保障、学校・教育関係、官吏関係、外国人法関係、審査関係など広範囲に及んでい

143) Kopp,S.817f.; BayVGH v.24.2.1988, BayVBl.1989, S.117.
144) Vgl.,Meyer-Ladewig,S.415.
145) Kopp,S.366.
146) OVG Koblenz v.14.4.1987,NVwZ 1987,S.983.
147) BVerwG v.3.7.1981,BayVBl.1982,S.442; BayVGH v.13.6.1978, DÖV 1978, S.66; Kopp, S.823; Redeker/von Oertzen, S.460; Eyermann/Fröhler, S.582; Tipke/Kruse, a.a.O.(Anm.10),S.20 zu §69.
148) 即時執行命令の取消もありうる。Redeker/von Oertzen,S.463.
149) Finkelnburg/Jank,S.197.
150) Meyer-Ladewig,S.419.
151) OVG Lüneburg v.22.1.1974,DÖV 1974,S.822.この判決によると、仮命令を発するに際しては事情に応じて刑罰を予告 (Strafandrohung) してよいとする。
152) Redeker/von Oertzen,S.463f.; BVerwG v.29.10.1963,E 17,83.
153) ただし、この事件では、最初の仮命令が文書でとどいたのは28日であった。強制金を課す旨の決定は、仮命令書の正式な送達前であったから、無効とされた。VGH Mannheim v.16.7.85, NVwZ 1986, S.488. 強制金（§172 VwGO,§154 FGO,§201 SGG）を責任ある官吏に求償請求する可能性については、さしあたり、vgl.,Redeker/von Oertzen,S.827; Eyermann/Fröhler,S.944.
154) VGH Kassel v.12.9.1986,NVwZ 1987,S.714.
155) Rohmeyer,a.a.O.(Anm.121),S.165,177ff.
156) Vgl.,Bernd Bender,Die einstweilige Anordnung(§123 VwGO),in: Festsch.f.Menger(Anm.124), S.664f.; Eyermann/Fröhler,S.791f.もっとも予防的権利保護については、権力分立との関係での論議がある。Vgl.,Schmidt-Aßmann,a.a.O.(Anm.117), S.152f.; Tschira/Schmitt Glaeser, S.173.
157) ただし少数説がある。文献・判例は、vgl.,Kopp,S.1260f.
158) 植村栄治「行政訴訟における仮の救済（3)」法協93巻11号（1976) 1409頁参照。

る[159]。明らかに訴訟要件や本案勝訴要件を満たさない場合には、仮命令の申立は却下されるべきであるが、執行停止と同様に本案勝訴の見通しがはっきりしないということはそれを発するうえでの障害とならない[160]。

＊「仮の権利保護が行政の問題であるという見解は、今ではない。法状況が明確であれば、それを基礎とした判決は行政権への侵犯とはならない」[Brohm]。「いつから考え方が変わってきたかは資料を詳しく調べなければ言えないが、戦後は少なくとも仮の権利保護は行政上の問題ではなく法の問題として考えられている」[Maurer]。

西ドイツの全土で、多数の条件を付した仮命令決定がしばしば行われる(本書14頁参照)。日本の常識はこれを行政権に対する越権行為と見るであろう。このような決定はすべての行政領域においてではなく、デモ行進・集会といった憲法上保障された重要な基本権の領域で例外的に認められる[連邦特許裁判所長官 Pakuscher, Lazik]。すなわち一方で、この重要な権利と、他方でそれらの行為が引き起こしうる騒動や混乱に対する配慮が必要であり、初めから禁止するのではなく、可能な限り権利行使を認める方向で決定がなされる結果、多くの条件を含むことになるという。ごく例外的に負担付の裁判決定が批判されることがあるが、通常は批判されていない[Lazik]。

仮命令における積極的判断はすでに行政活動ではないか、という質問に対しては次のような答えがあった。「事件が緊急性をもつ(Eilbedürftigkeit)という観点のもとで、行政裁判権と行政の分離の例外として認められる。もしこの緊急性の要件が欠け、本案訴訟であれば、多数の条件をつけない普通の義務づけ判決が行われる」[Pakuscher]。また緊急性がある場合に限られるので、多数の条件付の仮命令を拡大適用することはできない。この傾向は今後とも変わらないであろう[Pakuscher]。

(ニ) もし仮命令の規定がなかったら

基本法は、行政事件での仮の権利保護を明文で規定しているわけではない。しかし、実定訴訟法や連邦憲法裁判所ならびに連邦行政裁判所などの実務が仮の権利保護を重視していることは、すでに繰り返し述べた。もっとも最高裁判例の考え方が多数の現役裁判官たちの共通の意識になっているかどうかは別個に確かめられてよい。そこで彼らが憲法レベルと訴訟法レベルで仮の権利保護をどう考えているかを探ってみよう。

憲法規定と仮の権利保護との関係についての今日の標準的見解は、87年末以来上級行政裁判所判事をも務めるハイデルベルク大学教授 Schmidt-Aßmann の次のような整理であろう。すなわち、「既成事実または回復不能な損害が生ずる危険は、基本法19条4項が対象とする分野では国が形成・執行手段をもっているが故に、他の裁判権領域以上に強いから、結果として仮の権利保護のための十分な諸形式が同項の特別のテーマとなる。もしも訴訟法に仮の権利保護手段が一切欠けておれば、基本法19条4項によって実定法上もっとも近い規定を類推適用して、法の欠缺が埋められる」(要旨)[161]。このような考え方は法律実務家の共有財産となっている。バイエルン内務省職員[Honnacker]も、仮の権利保護が憲法上重要な規定であることを強調する。大学教授 Knemeyer も、仮の権利保護はマグナ・カルタであると称する。裁判官たちにとってはいわずもがなのことである[上級行政裁判所長官 Endemann]。自動的停止効は基本原則であって、これがないと判決が役にたたない(obsolet)から、行政訴訟が全体としてもはや意味をもたなくなる[Lazik]。停止効は「人間の尊厳」(基本法1条1項)の表現である[Wittmann]。かくして仮の権利保護があるから西ドイツでは行政訴訟が多くなる[Jannasch][162]。

それでは、もし仮命令制度を定めた行政裁判所法123条が削除されたらどう評価されるのであろうか。まず、削除の段階であれば、それはただちには違憲とはならない、という見解がある。民訴法を概括的に準用する行政裁判所法の規定からして民訴法の定める仮処分の規定が準用されるからである[Pakuscher, Grotheer]。しかしすでに存在する仮処分が廃止されればそれは違憲となる[Lazik, Wittmann]、法律で禁止されれば違憲の事態が生ずる[Pakuscher, Kloepfer]、本案訴訟の結果をまっては遅すぎる一定種類の事件では違憲となる[Brohm, Maurer]などの意見があった。以上の通り、インタヴューにおいて仮の権利保護を話題としたときには、すべての法律家がその制度の現実における重要性と憲法上の不可欠性を力説している。

159) この問題一般については、特に、Finkelnburg/Jank, S.231ff. を、生活保護における満足的仮命令の許容条件・範囲については、H. Rotter (連邦行政裁判所判事), Hilfe zum Lebensunterhalt durch einstweilige Anordnung des Verwaltungsgrichts, NVwZ 1983, S.727ff.; J. Philipp (上級行政裁判所判事), NVwZ 1984, S.498f. を参照。

160) Kopp, S.1270f.

161) Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm.117), S.149; vgl., BVerfG v.19.10.1977, E 46, 166 [183].

162) Jannasch は、この際フランスの行政裁判官の消極性を引合いに出した。

（3）義務づけ訴訟の考え方

仮命令の実務がすでに上述のように一般化しているから、義務づけ訴訟の許容性をめぐる議論は、管見の限りでは、見いだすことができない[163]。かえって、連邦憲法裁判所は給付訴訟や義務づけ訴訟ではなお抑制的である[Brohm]という声もある。裁判官たちにあってもこれがいつから認められてきたかという問題意識はない。すでにプロイセン行政裁判所時代からあった[Jannasch]、わからない[Maurer]、その萌芽は第一次大戦前後にあったが戦後のもの[Krasney]、戦後のこと[Endemann]、などさまざまの見解があった。

義務づけ訴訟は、実効的権利保護の必要性から、今日ではあまりに当り前の訴訟形態となった。そこで例えば申請拒否処分は義務づけ訴訟で争うことが当然視され、逆にこれを取消訴訟で争えば却下となるかどうか、という論争まである。連邦行政裁判所の判例は、申請拒否処分を単独取消訴訟(isolierte Anfechtungsklage)で争うことを認めているが[164]、これに対して取消訴訟と義務づけ訴訟は補充関係にないので、義務づけ訴訟のみで争うべきとの有力な解釈がある[165]。いずれの説によるにせよ、裁判官の考えに従い出訴したものとして善解されるので原告に危険の及ぶ議論ではない[166]。そもそも国民は取消訴訟や義務づけ訴訟という難しい言葉を知っているわけではなく、今日では、例えばある給付を得られるかどうか、ある集会ができるかどうかという実体問題が争点である。取消訴訟として提起されている場合に裁判所は義務づけ判決ができるかという筆者の質問に対して、弁護士 Sailer は、それは当然のことであってたいていの場合「取消訴訟は義務づけ訴訟と結びつけられている。審理の結果、理由があれば判決主文でまず元の行政行為を取り消して、ついで行政庁に義務づけるのが通常である」という[167]。さらに、義務づけ訴訟で争うべきか一般給付訴訟で争うべきかはっきりしない場合もある。この場合には、後にも詳論するが、裁判官は「善解」によって対応する。そもそも義務づけ訴訟の背後には、抗告訴訟にのりがたい事件を始末するために一般給付訴訟が、基本法19条4項による権利保障の「不可避的論理的帰結である受け皿訴訟(Auffangklage)」[168]として存在している。このことに見られるように、義務づけ訴訟を突出した性格のものとする考え方はないのである。

163) ただし、本章注156)参照。
164) BVerwG v.30.4.1971,E 38,99.
165) 申請拒否処分の取消訴訟も許されるという説（H.-W.Laubinger,Die isolierte Anfechtungsklage,in: Festsch.f.Menger (Anm.124),S.443f.; Kopp,S.219f.; Eyermann/Fröhler,S.211）と否定説（Redeker/von Oertzen, S.143）がある。
166) Redeker/von Oertzen,S.144はそのことを明言する。現実にも連邦行政裁判所としては例外的にある部は、義務づけ訴訟のみ認められるといいつつ当該事案では単独取消訴訟を許されるとしている（vgl, BVwG v.30.4.1971, E 38,99 [100]）。
167) 事実、何らかの行政処分が介在する義務づけ訴訟の判決文ではそのように表現されている(筆者も数件の判決文を入手した)。Vgl.,Kopp,S.1141.もっとも学説では、行政処分の取消し自体は行政庁の任務と考える者（Ule,S.148）がある。
168) Tschira/Schmitt Glaeser,S.207.
169) 邦語文献では、吉野正三郎（序章注33)）、山本克己（第4章注157)）、栗田睦雄「『法的観点の開示』について」法学研究（慶応大学）59巻12号（1986）313頁以下などを参照。関連する文献は裁判官の研修報告を含めて多数あるが省略する。
170) F.Baur,Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozeß – Wandlungen und Erfahrungen,Anwaltsblatt 1986,S.424ff.職権探知主義と民事訴訟の弁論主義の折衷化現象につき、Ule,S.130; Schmidt-Aßmann,a.a.O.(Anm.117),S.120.職権主義と弁論主義の関係は1987年のドイツ裁判官大会でのテーマでもあった。ごく最近の裁判官連盟機関誌での議論として、vgl.,Robert Herr（州上級裁判所裁判長),DRiZ 1988,S.57ff.; Eike Schmidt（裁判官を兼職する大学教授),DRiZ 1988,S.59ff.; H.- M. Pawlowski（大学教授),DRiZ 1988,S.334f.
171) W.Berg（大学教授),Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens,in: Festsch.f.Menger (Anm.124),S.538.
172) 例えば、Kopp,S.883; Redeker/von Oertzen,S.486; Ule,S.132.その他、Koehler および Schunck/De Clerk などのコンメンタールにあっても同様である。
173) 阿部泰隆「西ドイツの行政裁判」公法研究38号（1976）162頁を参照。

4　審理手続原則も重要である

（1）審理手続原則

端的に言って日本の戦後の、とりわけ最近の行政訴訟の実務は民事訴訟の当事者主義や弁論主義に極限まで接近してきた。それが理論上必然的なものであればそれはそれで仕方がないかもしれない。逆に西ドイツの民事訴訟は行政系訴訟の審理にきわめて近づき、裁判官の役割にも変化が見られる[169]。F.Baur によれば、訴訟の「社会的任務」が語られてきたこの数十年間の動向は、なお細心の注意を払うべき課題が残っているとはいえ、紛れもなく好ましいものであった[170]。職権主義や集中主義はかつて行政系訴訟の特色であったが、近年、全ての訴訟手続法に広がってきた[171]。逆に行政系訴訟では「職権主義（Amtsbetrieb, Amtsmaxime)」にはさしたる注釈は加えられてはおらず[172]、日本において職権主義なる言葉でイメージされること[173]は、以下にみるように種々の原則に分けて論じられている。

口頭弁論のあり方といえば、わが国ではシュトゥットガルト・モデルがあ

まりに有名である。その創案者 Bender 自身、改善対象として考えたのは民事訴訟だけであった。彼が努力をした当時に、広義の民事訴訟に含まれる労働訴訟や行政系訴訟に属す行政・財政・社会の各裁判権では迅速な訴訟が行われていた［R.Bender］のである。*

＊例えば社会裁判権での審理方式はほとんどこのモデルにあたるものであったからスタイル変更の必要はなかったし［von Wulffen, Krasney］、司法改革の荒波にもまれることが少なかった［Krasney］。ある行政裁判所長官が、「シュトゥットガルト・モデルって何でしたっけ」［Wehrl］と述べたように、日本ほど知られていない一面がある。

行政系訴訟では、裁判官、ことに裁判長は口頭弁論の際に原告にその主張を全うさせるように援助をしなければならず、さもないと手続は違法となる［Kopp］。この意識は現役裁判官を強く支配しているが、その手続の諸原則を Tschira/Schmitt Glaeser の整理に従って紹介しよう[174]。以下にあげる②③および⑥の原則には簡単に言及し、詳しくは次節で扱う。

①処分主義（Verfügungsgrundsatz, Dispositionsmaxime）がある。裁判官は原告の主張に沿って柔軟な対応をするが、原告の意思を越えることがないようにこの原則が歯止めとなる（§88 VwGO,§96 FGO,§123 SGG)。

②職権探知主義（Untersuchungsgrundsatz）（§86 I VwGO, §76 FGO, §103 SGG）は、決定にとり重要な事実について裁判所が責任を持つというもの。

③第３は当事者の釈明を求める裁判官の義務（Aufklärungspflicht）である（§86 III VwGO,§76 FGO,§103 SGG)。配慮原則（Fürsorgepflicht）［Kopp］あるいは指示義務とも表現される。ドイツ民訴法139条１項に該当する。

④さらに口頭主義と直接主義がある（§112 VwGO,§103 FGO,§129 SGG)。

まず、裁判の口頭主義については、確かに、これを基本法から導くことはできない[175]。また、行政系訴訟では、裁判所によりすすめられる書面による準備が重要な役割を果たすので、刑事訴訟などと異なり当事者の口頭による陳述こそが全てというわけではない。しかし、口頭弁論はきわめて重要であるから項を改めて述べよう。

つぎに、直接性の原則は、審理が判決をする裁判官の面前で直接に行わなければならないことを意味し、これにより裁判所に直接的な「出し抜け（unvermittelt）」の印象が与えられねばならない。この原則は、当事者の陳述を直接「聞いた」裁判官から判決を得るという「法的聴聞」の要請にも奉仕する。直接性の要請は、裁判官が注意を怠ることなく審理をフォローすること、特に「眠って」いなかったことを求める[176]。さらに、やむをえず裁判官の交代が行われるときには、新しい裁判官がすでに補充裁判官として全審理に参加していたことが必要とされる[177]。確かに行政・財政訴訟では、民事訴訟と同様に、明文の禁止規定はないので同一事件における裁判官の交代は理論的には可能である［Kissel, von Wulffen］が、裁判実務においては直接主義の適用がなされ、長期に及ぶことが予想される場合には、最初から職業裁判官と名誉職裁判官を問わず補充裁判官が陪席する［Lotz, H.Kutter]。*

＊ Czajka は、ほとんど実例はないが裁判官が病気になったとき回復後再び審理に加われるという。刑事訴訟ではきわめて厳格な直接主義が定められている。１人の裁判官が数分でも退廷し、あるいは眠ってしまえばそれだけで上告事由になる（§338 I StrafPG)。裁判官が病気・死亡等で以後出廷できなくなると文字通り最初から審理が繰り返されなければならない。本書冒頭（13頁参照）に紹介した R.Schmidt が参与した事件でも当初１名ずつ補充の職業裁判官と名誉職裁判官が陪席し、結審が間近になったころにはずされた。

財政裁判所では口頭弁論を２回以上必要とするのは年に3〜4件しかなく、しかも弁論は集中的に、例えば１か月以内に行われるから、通常は補充裁判官を必要としない［H.Kutter］。通常裁判権出身の連邦労働裁判所長官 Kissel は、民事訴訟でも、連邦労働裁判所でも補充裁判官が出廷する事件を一度も体験したことはない、と言う。阿部泰隆は、素人裁判官が職業裁判官の意見に同意しない時には期日を延期して次回に別の素人裁判官と合議する、と紹介している[178]。しかし、行政裁判所でも財政裁判所でも、仮に延期して新しい名誉職裁判官が来れば、口頭弁論は一からやり直されなければないが、この場合、原告・被告に言い訳ができない［H.Kutter］。阿部の紹介する事情は「15年前にはあったかと思う。裁判官の退職などに伴う配置替えが稀にあるが、審理が継続中であれば、およそ『根本から（von Grund aus)』新しく行われるので、従来の訴訟記録に同意をして新しく加わった裁判官の下で弁論が継続されるということは考えることができない」

174) Tschira/Schmitt Glaeser,S.286ff.例えば、Ule,S.129ff.においても一連の原則が扱われているが、その基調は、最近の現役行政裁判官の意識からややずれているように思われる。なお、本文に述べる諸原則、例えば処分主義、当事者主義などの用語法は必ずしも一致していない。Vgl.,Kropshofer,Untersuchungsgrundsatz und anwaltliche Vertretung im Verwaltungsprozeß,1981,S.15ff.

175) Schmidt-Aßmann,a.a.O.(Anm.117),S.265.ただし、vgl.,Kopp,S.1003.

176) Kopp,S.1083.上級行政裁判所の１時間半以内の口頭弁論の際に１人の女性裁判官が数度にわたって数分ずつ目を閉じて弁論を聞いていなかったため、連邦行政裁判所は破棄判決をした（BVerwG v.31.1.1980, NJW 1981,S.413)。わが国では裁判官の居眠りは珍しくない。

177) Kopp,S.1083.補充裁判官について、Kissel,S.1300ff.

178) 阿部泰隆「本音と建前」法セミ386号（1987）152頁。

[H.Kutter]。ただし筆者は最近の実務に一切例外がないと断言する自信はない。

直接主義に関連する特色をあげよう。まず、原告本人が出廷することが非常に多く、しばしば本人が裁判官席に近いところに座ってよく話している。被告側も、日本の訟務検事に相当する組織があるのは事実上バイエルン州のみであり、同州でも州が被告の事件で訟務検事がすべてに出廷することはできないため、通常は被告庁の官吏が出廷している。紛争が当事者間の真の争点に即して処理されやすいのである。

わが国では現場検証が減っていることが指摘されている。これに対して西ドイツでは裁判官の間に、現物や現場を見なければわからない、という意識がある。例えばミュンヘン上級行政裁判所でも、集会許可事件などでは現場検証（Ortstermin）をしばしばやっている。検証はごく普通に行われる。行政事件の場合、職権探知主義であるから、裁判官の意志のみで行うことも可能である。とりわけ建築法上の事件では、裁判官が周辺の建築事情に通じているわずかの例を除いて、ほとんど全てのケースで検証が、しかも2審でも行われる[Honnacker]。これにより現場に即した解決が得られる。同上級行政裁判所の建築事件関係の裁判長 Lazik は、担当する全事件の20%、年間で150件ないし160件の現場検証を行うという[179]。同じく耕地整理担当裁判長 Hoecht によると、年に約70件の検証がある。

⑤さらに公開原則がある。

⑥つぎに法的聴聞の原則がある。これは基本法103条とヨーロッパ人権規約6条1項によって保障されているほか、訴訟法に特に明文規定がおかれていることがある（§62 SGG）。この原則を具体化した規定が民訴法139条3項その他の訴訟法にある（§104 VwGO, §93 FGO, §112, 121 SGG）。法的聴聞の原則は人間の尊厳の表現[180]であるが、他の審理原則からも導かれる。

⑦最後に、集中原則（Konsentrationsgrundsatz）がある[181]。これは訴訟事件を可能な限り1回の口頭弁論で処理することを要請する原則であり（vgl.,§87 VwGO,§79 FGO,§106 SGG）、*基本法14条4項の迅速性の要請の一部をなす限りで憲法上の保護を受ける[182]。

＊ Vallender は、民事訴訟に関してであるが日本の口頭弁論の平均的回数を聞いて、「絶対に想像できない。われわれのところでは例外的なケースでのみ2回である」と述べた。日本で研修をした他の裁判官も同趣旨の発言をした。ブレーメン上級裁判所でもほとんどすべて1回の弁論で終了する[H.-E.Böttcher]。行政裁判所でも99%は1回で終了する［Wehrl］。

179) 地方において行う場合には、例えば3日間にまとめて相当数の現場を見るようにする［Lazik, Hoecht］。

180) Tschira/Schmitt Glaeser,S.293; Meyer-Ladewig, S.235.

【88】 女性教師の提起した事件の控訴審。上着を脱いでじっくり討論をする（B-W 州マンハイム上級行政裁判所）。（左）

【89】 原告本人を見なかった唯一の事件。和解事件であるため名誉職裁判官が不在（キール労働裁判所）。（右）

（2）口頭弁論の重要性

法廷で実際に見た口頭弁論の活発さが本書の研究の1つの出発点であった【写真88】。筆者が傍聴した民事系・行政系の訴訟のうちで、市民たる原告被告本人が法廷に来ていなかったのはただ1件、ある労働事件の和解における原告1人であった【写真89】。多くの場合、原告被告は代理人よりも裁判官に近い席に座っている。原告本人が「傍聴席」にいるというのは皆無であった。

すべての裁判官によって異口同音に弁論の重要性が述べられた。特に行政系裁判官は民事訴訟よりも行政訴訟のそれが重要であり、行政訴訟の方が民事訴訟よりおもしろい［上級行政裁判所判事 Konrad］という。若干の発言をあげよう。民事事件とやや異なり、（相手方が国家権力であるから）行政事件の口頭弁論は刑事事件の公判と同じく、市民に身近で人間的で分かりやすくするため非常に重要である［Czajka］。社会裁判権は他の裁判権より口頭弁論の機能が大きい［von Wulffen］。上級行政裁判所長官 Lotz は、口頭弁論には、事案を明らかにして当事者と話し合うことと、敗訴する当事者にとっても法的討論をしたことで結果を受け入れ易くすることの2つの目的があるという。彼の経験では、民事では少し事情が違うが、行政事件では口頭弁論が非

181) ただし、Tschira/Schmitt Glaeser,S.365は、これを主要原則の1つとしては扱っていない。

182) もっとも憲法上確たる保障内容を語ることはできない（Schmidt-Aßmann,a.a.O.(Anm.117),S.145 zu Art.19 IV）といわれる。

常に重要である。

愚問であるが、口頭弁論によって、弁論前に持っていた結論予測はどの程度変わるかを聞いた。1審の行政事件について口頭弁論を経る事件の20ないし30%(ミュンヘン行政裁判所時代の経験につき)[Kopp]、2審で約10%、1審ではもっと多い[上級行政裁判所判事・ドイツ行政裁判官連盟議長Hanisch]、1審・2審とも25%程度[リューネブルク上級行政裁判所判事Czajka]、約20%[行政裁判所長官 Wehrl]、10%程度(連邦行政裁判所での経験について)[連邦特許裁判所長官 Pakuscher]、(連邦労働裁判所の現在の実務につき)5ないし10%[長官 Kissel]といった数字である。事実上単独で審理をする社会裁判権1審でも弁論により見解が変わることは非常に多い[von Wulffen]。以上の全ての裁判官は、弁論前に知られていなかった事実が法廷での法的討議の中で初めて提出される可能性が高いことを指摘した。財政裁判所長官 H.Kutter によると、「昔は予め判決の草稿まで用意して法廷に臨むことがあった。最近では訴えの申立事項、事実関係(Tatbestand u. Sachverhalt)および主任裁判官の事件報告用原稿のみを用意する。結論については予め合議しないし、できない。口頭弁論で初めて得られる事実が多く、準備書面の中から全てを読み取ることはできない。準備書面から得ていた印象と全く異なった争点が存在することがしょっちゅう(immer)である。したがって口頭弁論は恐ろしく重要(ungeheuer wichtig)である。どのように立派に書かれた訴状・準備書面も口頭弁論にとってかえることはできない」[183]。ミュンヘン行政裁判所長官も、口頭弁論には部としての結果の見込みをもたずにのぞむという[Wehrl]。Lotz によれば、連邦行政裁判所では、主任裁判官が事件報告書とともに自己の見解も弁論前に述べるが、バイエルン上級行政裁判所では時間節約のため所見は述べない。主任以外の裁判官の意見に主任が同意することになるのは全く珍しくない[von Wulffen]。Kissel によると、民事の1審では主任裁判官からいい所見が示されることは稀で、それ故に口頭弁論を伴う真の合議制が不可欠である。

183) なお、ブラウンシュヴァイク上級裁判所の相当数の裁判官に、副長官室でのコーヒー・タイムの際に、同様の質問をした。ほとんど予測が変わることはないと言う人から、25%以上は変わるという人までさまざまであった。前者は契約書が決めてとなる債権関係事件を主として扱い、後者は家庭事件を専門とするが、正確なところはわからない。

184) ここでは日本の判例・学説の状況には立ち入ることができない。先駆的業績として、阿部泰隆「行政救済の実効性」(1985)を参照。司法試験出願者の行政法選択率は1985年度の19.87%から1989年度の16.88%に毎年確実に低下している(法務省資料による)。司法試験合格者にあっても、司法研修所では憲法・行政法は

5 行政訴訟における裁判官の役割

(1) 序

国民の権利保護のために多様な訴訟類型が設けられ、訴訟法理論が精緻になると、国民は必然的に訴訟手続上不利になるものであろうか。原告本人または代理人たる弁護士は手続法に関する判例と学説の錯綜状態を十分に知り、時に10年あるいは20年以上も後の最高裁の訴訟手続観を予測して、短い出訴期間のうちに万全の準備をしなければならないのであろうか。西ドイツの法律家は日本では行政法が必修の司法試験科目の一部に含まれていないことに大いに驚いたが、数少ない日本の職業法曹すらよく知らない行政(訴訟)法の知識を、出訴の時点で、裁判官の目からみて完璧なものとして要求することは常識にかなったことであろうか[184]。翻って、西ドイツでは裁判官たちはどのように「裁判過程」を捉えているのであろうか。この節では、原告の請求が準備手続と口頭弁論での討論を経て弁論の終結時点までに具体化されていくプロセスを紹介したい。

(2) 訴訟物と善解・訴えの変更

(イ) 訴訟物論

すでに触れたように、西ドイツの行政訴訟の訴訟物論には解釈論的実益は相当に少なく、取消訴訟に関して、しかも後の国家賠償訴訟との関係でのみ存在し[185]、訴えの併合や変更も訴訟物とはほとんど関わりがない[186]ようである。しばしば引用される連邦行政裁判所の判例[187]もさして意味のある訴訟物論を展開しているわけではなく、本稿で利用している注釈書類でもその重要性をうかがえない[188]。

修習科目とされていないので、行政法を学ぶ機会は乏しい。

185) Ule,S.205; Eyermann/Fröhler,S.776.同旨、Meyer-Ladewig,S.402f.

186) Ule,S.205f.

187) BVerwG v.16.7.1963,E 16,224; v.26.11.1970,E 36,317; v.28.4.1972, E 40,101; v.20.4.1977, E 52,247.

188) ①いわゆる「通説」に従うとしつつ定義らしいものも示さなかったり(Redeker/von Oertzen,S.643)、②「行政訴訟の訴訟物」一般論を展開した上で取消訴訟の特殊性を論じ(Kopp,S.921; Meyer-Ladewig, S.402f.)、しかも「通説」とは異なり、Bettermann や Grunsky を引用して請求権の存否が訴訟物であるとするもの(Kopp,S.921)がある。西ドイツの「通説」として Eyermann/Fröhler,8.Aufl.,S.796f.をあげる南博方編「条解行政事件訴訟法」248頁(宮崎良夫執筆)を参照。これに対して、わが国では、訴訟物論の「負担過重」現象が見られる。

まず、行政訴訟の特殊な性格から、訴訟提起の段階では訴訟物の特定は要求されない[189]。原告の申立ては口頭弁論の終了時までに調書に記載されて確定する[190]。これは、法的に練達していない原告のための配慮である[191]。すなわち、訴状の必要的記載事項としての訴訟物(Streitgegenstand)(§79,82 VwGO)は、行政行為を掲記する[192]または事件（Sache）を特定[193]することで十分である。同様に、訴状に記すべき「申立（Antrag)」は、訴訟の目的(Ziel)が十分に認識できることで足りる[194]。連邦財政裁判所は1979年に、口頭弁論終結時までに特定の申立がなくても却下にはならず、訴えの目的が十分明確であればよいとし、従前の争いに決着をつけた[195]。控訴にあっても控訴状における申立内容の特定としては控訴の目的が認識できる程度のもので十分である[196]。

（ロ）善解と訴えの変更

訴えの変更も柔軟である。注釈書類によると、訴えの変更は請求（Klagebegehren)[197]または請求原因（Klagegrund)[198]が変更される場合に行われる。請求原因の変更がなくとも原告が明確に特定した申立が新解釈のできない申立に変更される場合も訴えの変更にあたる[199]。だが、一般に申立の変更は民事訴訟と異なり訴訟物の変更を意味せず、原告の請求内容の解釈問題とされる[200]うえに、仮に「訴えの変更」に相当するケースでも実務の扱いはほとんど無形式なのである。実務においては口頭弁論の際に原告の主張を確かめ、訴状の表記と異なる訴訟類型が正しいものと判断すると、書記官（といっても筆者の見た限り例外なく若い女性）に命じて調書に記載させる。それで一件落着である。インタヴューによると昔はこうではなかったそうである。ところで、このような実務は「訴えの変更」なのか「善解」なのか、それともそれ以前の問題であろうか。裁判官であれ研究者であれ答えに窮してしまった。

189) Eyermann/Fröhler,S.607.
190) Eyermann/Fröhler,S.608; Kopp,S.873.
191) Meyer-Ladewig,S.391,403.
192) BFH v.20.1.1977,E 122,2.
193) Kopp,S.872.
194) Kopp にあっては、Antrag は目的(Ziel)と言い換えられている。最高判例も含めて、vgl.,Kopp,S.873.
195) BFH v.26.11.1979,E 129,117.
196) BVerwG v.14.10.1961,E 12,189.
197) Redeker/von Oertzen,S.504; Kopp,S.930.「事実上別のもの（Aliud)」が申し立てられる場合に訴えの変更となる。この Klagebegehren は Creifelds,Rechtswörterbuch,8.Aufl.,1986にもなく、熟した法律用語ではないように思われる。
198) Eyermann/Fröhler,S.640f.この説明によれば、請求原因の変更は従来の請求（Klagebegehren）の基礎にある生活事実が変化する場合や新しい行政行為が訴訟手続の対象とされる場合である。
199) Meyer-Ladewig,S.435ff.
200) Eyermann/Fröhler,S.608,640.
201) Meyer-Ladewig,S.415.
202) Kopp,S.366.
203) BSG v.31.1.1974,MDR 1974,S.612.
204) 後に言及するような訴訟類型の変更事案は Kopp の注釈書では訴えの変更とされてはいない。

【90】ミュンヘン社会裁判所長官（現連邦社会裁判所裁判官）von Wulffen（ミュンヘン社会裁判所長官室）。

そもそも無効事由があるとき原告は取消訴訟と確認訴訟のいずれでも提起できたり[201]、無効確認訴訟が取消訴訟もしくは事後違法確認訴訟(本書340頁)として扱われる[202]ように、訴訟類型の選択は択一排他的ではない。また、すでに見たように、社会裁判権では行政庁に申し立てられた異議は、場合によっては行政訴訟の提起として解釈されうる[203]。執行停止と仮命令は、いずれの申立と書いてなくてもよく、仮に特定してあっても希望にしたがって善解される[Wehrl]。こうした状況であるから、理論的説明は容易ではない。次のようなコメントがあった。

「裁判所の口頭弁論において、初めて原告の請求が解釈されるのであって、申立の変更ではなく、その意味でそもそも善解ではない」[Czajka]。行政裁判官歴の長い Kopp は「厳格に考えると……」と言ってつまったのち、「最終口頭弁論の終了時に確定した原告の陳述内容が判決を求める内容であってそれ以前はすべて準備段階である」と述べる[204]。「訴えの変更と善解の関係について、ほとんどドグマティッシュなところはない。裁判官は事件の前後関係の全体を明確にし、原告の申立を解釈可能（auslegungsfähig）と見て、原告の意図にそった処理をしていく」[Grotheer]。すなわち、訴訟類型は、請求ないし申立（Begehren bzw.Antrag）から、裁判官が読み取らなければなら

ないのである[205]。

社会裁判権でも原告は訴訟形式をおよそ特定する必要はなく、例えば「私は、障害手当が欲しい」と書いてあれば十分で、被告が記されていなくても構わない。「我々（裁判官）は、何が問題なのかを解釈しなければならない」。そのようなケースが「全く通常のものである(ganz normal)」[von Wulffen] [写真90]。*

＊ von Wulffen によると、社会裁判権では理論的には取消訴訟と義務づけ訴訟が結びついている場合が通常で、全事件の80%をしめる。純粋な取消訴訟、確認訴訟、給付訴訟は総計20%程度である。取消訴訟と給付訴訟が結合した形のものもある。

仮に、訴えの変更となる場合でもそれが原告の裁判を受ける権利を保障するにふさわしいと考えられると、「裁判所が変更を適切（sachdienlich）と考えるとき」(§91 I VwGO,§99 I SGG) にあたるものとされる［多数の行政裁判官］[206]。変更の手続は調書に簡単にメモが記載されて終りであり、「全く簡単である」[上級行政裁判所判事 Konrad]。被告行政庁の同意は不要である[207]。訴えの変更一般は2審でも可能であり、原告が1審で勝訴している場合には裁判所は職権探知原則で対応をする。控訴審での被告の変更も判例・通説は認めている[208]。

(ハ) 善解の事例

行政裁判所法88条によると、「裁判所は訴えによる請求を越えることは許されない。但し、申立の文言に拘束されない」。これは処分主義の表現である。裁判所は、最終口頭弁論の時点で弁論の全趣旨に基づいて示される認識可能

205) Redeker/von Oertzen,S.143.
206) 訴訟経済の観点からもこの「適切性」が認められる (Eyermann/Fröhler,S.643; Meyer-Ladewig, S.438ff.)。この適切性の判断は事実審裁判所の裁量事項である。BVerwG v.22.2.1980,BayVBl 1980, S.503; v.21.10.1983,DÖV 1984,S.299.黙示に許すことも可能であり、正式の決定も不可欠ではない(Meyer-Ladewig,S.441)。
207) 被告として官庁または行政主体を特定することを誤ったために後に修正をしても、これは変更とはならない (Eyermann/Fröhler,S.642)。
208) Redeker/von Oertzen,S.507; Eyermann/Fröhler,S.644; Meyer-Ladewig,S.439.ただし、Kopp, S.938は原則として消極。
209) Kopp,S.215,912.原告の同意を得ずに申立を解釈し直し(umdeuten)、しかも却下をしたため、取り消された事件がある (VGH Manheim,Urt.v.30.4.1982,NJW 1982,S.2450)。なお社会裁判所法は訴えの変更とみなさない若干のケースを特に列挙している (§99 III SGG)。
210) BVerwG v.22.5.1980,E 60,144.
211) BVerwG v.29.11.1979,DVBl.1980, S.641.

な原告の目的にのみ拘束される。原告の意志が十分明確で、保護に値する第三者の利益が対立しない限り、裁判所は解釈を変えることができる[209]。

例えば公務員の配置転換 (Umsetzung) が行政行為かどうかは明確でない。配置転換された公務員がこれの取消訴訟を提起したものの裁判所の見解によれば処分性がないという場合、弁論全体から彼の目的を判断して、一般給付訴訟として審理される[210]。その他の善解の事件を紹介しよう。事後違法確認訴訟から一般給付訴訟への移行は訴えの変更ではない[211]。給付訴訟は事情によっては不作為の違法確認訴訟に解釈さるべきである[212]。取消訴訟として提起された訴訟を義務づけ訴訟に、あるいはその逆に解釈を換えることは、それが認識可能な訴訟目的に対応しているならば原則として可能であり、かつ要請されている[213]。いいかえれば、取消訴訟と義務づけ訴訟のいずれで争ってもいい場合がある[214]。また、条件などの付款に不満がある場合には訴訟類型の特定が難しいが、原告の意志に即した解釈を裁判官がしなければならない[215]。さらに、例えば一定金額の支払を求める一般給付訴訟を給付決定の義務づけ訴訟またはそれに類似の訴訟として[216]、建築許可に関する取消訴訟を同時になお争いうる建築予備決定に対するものとしても扱うことができ、取消訴訟を、給付訴訟、一般確認訴訟もしくは無効確認訴訟として、義務づけ訴訟を確認訴訟として、行政行為のある部分に対する取消訴訟を新たな行政行為を求める義務づけ訴訟として、義務づけ訴訟を結果除去請求を伴う取消訴訟として解釈できる[217]。したがって、学問的には、ある処分の争い方につき取消訴訟か義務づけ訴訟かというような議論はある[218]が、原告にはいずれの訴訟を提起しようと却下の恐れはないと言える。

善解の可能性があるにも関わらず善解をしない場合には指示義務違反とし

212) BVerwG v.2.6.1965,DÖV 1966, S.278.
213) BVerwG v.15.12.1966,E 25,357; v.16.3.1977,E 52,167; v.17.10.1975, DVBl.1976, S.222; Jakobs (助手), Verpflichtungsklage bei auf Geldleistung gerichtetem Klagebegehrens?, NVwZ 1984, S.28; Redeker/von Oertzen, S.144.
214) BVerwG v.30.4.1971,E 38,99;v.7.7.1978, E 56,110 [132].
215) Kopp,S.220f.; Keller,NJW 1979,S.1490.
216) 補助金給付請求訴訟を、主務官庁に決定を義務づける義務づけ訴訟に、あるいは補助金給付申請に対する回答 (Vorbescheid) を官庁に義務づける義務づけ訴訟に解釈を変えてよい (Kopp,S.214)。ただし、審査請求前置主義が適用される義務づけ訴訟へのUmdeutungは許されないとする判例がある。BayVGH v.22.11.1979, BayVBl.1980, S.179; vgl.,Kopp,S.933.
217) Kopp,S.911f.; Eyermann/Fröhler,S.641; Redeker/von Oertzen,S.496; Meyer-Ladewig,S.436f. これらには判例もあげられているので参照のこと。
218) 難民認定拒否処分を争う場合についての、B.Schlink (教授)/J.Wieland (助手),Klagebegehren und Spruchreife im Asylverfahren, DÖV 1982, S.426ff.を参照。

て重要な手続の瑕疵となる［Badura］[219]。

善解の余地を狭く認める学説[220]もあるが、その際に障害とされる不服審査前置の要件が、既述のように、連邦行政裁判所の実務では被告の応訴をもって満たされるとされていることに注意してよい。また、仮に善解で処理しうる限度を越えると解される場合でも、訴えの変更が簡単であることはすでに述べた[221]。

（3）職権探知主義と法的聴聞・配慮義務

（イ）3つの原則の相互関係

裁判所は権利保護が形式的なことで挫折しないように法律の範囲内において努めなければならない[222]。この要請に奉仕するいくつかの原則がある。ここではそのうち職権探知主義、配慮義務＝指示義務ならびに法的聴聞の原則をとりあげる。これらは相互に関わっており、配慮義務は法的聴聞原則＝法的討論義務（Erörterungspflicht）[223]を具体化したものでもある[224]が、職権探知主義や処分権主義とも関連している。

（ロ）職権探知主義

①歴史的変遷　わが国では、職権証拠調べおよび行政庁の訴訟参加は、事情判決や内閣総理大臣の異議制度とともに古き価値観の表現として消極視されることが多い。しかし筆者は職権証拠調べや行政庁の参加は新たな視角の下で構成し直されるべきであると考えている。西ドイツでは、職権探知主義は行政系訴訟を支配する重要な原則である。真実の発見にかかる公益あるがゆえに弁論主義はとられてこなかった[225]。職権探知主義には民事訴訟の弁論主義が辿った「栄光と悲惨」は認められない[226]といわれる。しかしここでも意義づけの変遷が見られる。

第二帝制以来の職権主義の理解は、理論史的に見て過渡的な学説[227]を経て、新しい職権探知主義の解釈にとって代わられる。かつては職権探知主義が適用される手続では法的聴聞は無関係であるとする見解があった[228]。しかし連邦憲法裁判所は早い時期から職権調査の不十分さは原告の法的聴聞を受ける権利を侵害するという判決を下してきた[229]。学説には、訴訟当事者が訴訟の単なる客体にならないように、職権探知主義は社会的法治国家の現代訴訟手続法の原則であり、その違反は裁判手続の瑕疵となる効果を伴うという見解もある[230]。しかしこれは少数説であって今日の多くの説明は基本法19条4項の権利保護原則と関連づけて論じている[231]。これらの論者の中には、「とりわけ官庁がその特別の専門的知識やその情報の蓄積を通じて市民に対してもつ優越的地位に照らして」「チャンスの平等としての訴訟手続上の"武器の対等"」の原則を強調する者がある[232]。

職権探知主義と弁論主義がこの数十年の間に接近してきた[233]という事情があるために、職権探知主義を必ずしも基本権保護の憲法原則から説明しない説[234]や、探知主義は歴史的な事情から出て来たもので、今日では行政紛争が訴訟当事者の恣意に委ねられてはならないという意味でのみ理論上正当化できるという見方[235]もないではない。しかし、これらは以下に紹介する現役裁判官の意識とは少し異なっているようである。

判例を見ると、連邦行政裁判所が、下級審で敗訴した原告に有利に、職権

219) Kopp,S.907.
220) Ule,S.226.
221) 例えば訴状で特定された取消訴訟ないし義務づけ訴訟を事後違法確認訴訟に移行できる（BVerwG v.2.7.1981, DVBl.1981, S.1963)。
222) Eyermann/Fröhler,S.607.
223) BVerwG v.9.12.1981,NVwZ 1982,S.560.
224) W. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 1.Aufl.,1970,S.151.
225) Tschira/Schmitt Glaeser,S.287.
226) K.Redeker,Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkung der Beteiligten im Verwaltungsprozeß, DVBl.1981,S.83; Wassermann, Glanz und Elend der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, Recht und Politik 1980, S.98ff.
227) A.Lang,Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß,VerwArch 1961, S.60-91,175-195は、行政訴訟における弁論主義的要素を強調する。
228) Vgl.,Grunsky,a.a.O.(Anm.224),S.195 Anm.1a.職権探知主義に関する憲法理論の整理は、Kropshofer,a.a.O.(Anm.174),S.49ff.; M.Marx,Die Notwendigkeit und Tragweite der Untersuchungsmaxime in den Verwaltungsprozeßgesetzen,1985,S.50ff.が詳しい。
229) BVerfG v.18.6.1957,E 7,53（嫡出否認事件）; v.13.2.1958,E 7,275（刑事事件）; v.14.4.1959,E 9,256（嫡出否認事件）.
230) K.Redeker,Verfahrensrechtliche Bindungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Külz/Naumann,Staatsbürger und Staatsgewalt,Bd.II, 1963, S.478,495.
231) Kopp,S.886;Tschira/Schmitt Glaeser,S.288; W.-R.Schenke（教授),Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung, DÖV 1982, S.724f.; Kropshofer,a.a.O.(Anm.174),S.49ff.; Stelkens（地裁裁判長),Verwaltungsgerichtsbarkeit - Gerichtrsbarkeit ohne Verwaltung?, NVwZ 1982,S.83.やや古い注釈書であるKoehler,Verwaltungsgerichtsordnung,1960,S.645ff.; H.Klinger, Kommentar zur VwGO,2.Aufl.,1964,S.421ff.; Schunck/De Clerck,VwGO,3.Aufl.,1977,S.497ff.では憲法への言及はない。
232) Tschira/Schmitt Glaeser,S.288.同旨、Marx,a.a.O.(Anm.228),S.224f.
233) Redeker/von Oertzen,S.485.
234) Schmitt-Aßmann,a.a.O.(Anm.117),S.119f.;Berg（教授),a.a.O.(Anm.171),S.543; B.Bender（弁護士・教授),NVwZ 1982,S.26.
235) Ule,S.5f.

調査の不十分を理由として差戻しをした一連のケースがある[236]。

②裁判官などの見解　戦後ドイツの行政訴訟法において、この原則は武器を持たない市民のために用いられてきた。この感覚は多くの法律家の共有するところである［Sendler, Pakuscher, Badura］。事実問題の調査を十分に行わなかったことは上訴理由になるから、職権調査を非常によく行うが［Lazik］、そのため訴訟が長期化する傾向がある［Wittmann］。

「職権探知主義の中には法治主義と社会国家の２つの要素を見る。民事でもやはり真実から出発しなければならない。そういう意味でそう強く憲法原則に特徴づけられているわけではなく、全体としては法治国家の要請に基づくが、社会国家原則は背景において一定の役割を果たしている。封建的な官憲国家との関係はまったくない」［教授 Lerche］。

「職権探知主義は、市民の権利のためにあるのであって、公共の福祉のために、法治国家と正義の国家の間にある原則である。職権探知主義や配慮義務は、社会的事件の場合には、社会国家の一要素である」［裁判官歴のある教授 Scholler］。

「裁判所は市民が行政庁に対して弱い地位にあることから出発するので、職権探知原則は法治国家と社会国家の２つの原則の表現である。官庁は大きな機構であり多くの可能性をもつが、財政裁判所では市民には代理人すらつかない。不平等な地位関係にある。私はこの原則を重要であると思う。これは行政裁判権でも適用されるが、武器の平等のためである。私は、裁判官として、原告が述べたことを越えて行政手続が正しく実施されていたかどうかを調査する可能性をもたなければならない、と考えている」［財政裁判官 Grotheer］。

「職権探知主義は、法治国家性に傾く原理であって、全能の国家に対して市民を保護する機能を持つ。歴史的事情はわからぬが、財政裁判権では市民に利益をもたらす。ただこの原則は大きな裁量を裁判官に与えるので、運用は部ごとに異なる。民訴でも大きな変化があり、職権探知主義に近づいているが、これは社会国家原理の産物（Ausfluß）ともいえよう。弱者にいささかのものを提供できるというその方向は正しいと思う」［財政裁判官 Stötzel］。

職権探知主義は法的聴聞という特殊な背景を伴った法治国家原則の表現であり［von Wulffen, Wehrl］、本来客観的な手続を目標とするものであるが、少しばかり武器の平等の要素が考慮される［Lazik］。言い換えると「民訴と同じように当事者双方の対審構造をとる」［Wittmann］ためのものである。

シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州で保守政権時代に長らく政府代理人をしてきた行政法専門弁護士 Ziegenbein は、次のように述べる。「戦後の職権探知主義は戦前と意義づけが異なっており、戦後にあっては行政裁判の憲法的保障が大きな意味をもっている。例えば、原発訴訟では原告はほんのわずかのことを主張すればよい。この種の事件では裁判所が事実を収集する範囲が大きくなる。建築行政事件（Bausachen）は当事者間の紛争という面が強いので、当事者の主張する事実に限って決着をつける傾向がある。これに対して警察行政事件などではより客観的に裁判所が違法性を発見することになる。この職権探知主義は当事者間の武器の平等のためにきわめて重要である。もっとも民訴の方もこの原則に近づいてきた」。

このように、職権調査原則を古い思想の名残りと考える人は皆無であった。インタヴューの限りでは全法律家がこの原則を少なくとも法治国家の表現とし、さらに現代憲法の諸原則と結びつけている。わが国での標準的な理解とはまったく異なっている。日本の戦前の解釈・運用や他の各国の行政訴訟実務にも目を配りつつ、この原則の現代訴訟における意味を改めて考えてみる必要がありそうに思われる。

③行政庁の文書提出義務　（a）筆者は西ドイツでの取材中希望する資料は存在する限りすべて入手できたし、場合によっては作成までしてもらった（本書54頁参照）。確かにかの国でも個人情報の保護と公安情報開示の問題は論じられている。しかし正式の情報公開制度がなく、これを求める国民の声がほとんど聞かれないことは不思議であった。環境破壊がなければ環境法がいらないように、行政情報が提供されておれば行政情報公開制度は不要であろう。わが国では民事訴訟準拠により行政訴訟での文書提出の実務は悲惨な状況にあるが、西ドイツでは裁判官はどのような思想に基づいていかなる実務を行っているのであろうか。

当事者の文書閲覧権は法的聴聞を受ける権利を実現し、当事者公開の原則を表現する[237]。行政裁判所法と財政裁判所法は厳格に行政庁の文書提出義務を定め、例外的に拒否ができるという構成をとっている（§ 99 I VwGO, §86

236) 証拠評価の先取りの禁止。BVerwG v.30.9.1983, NJW 1984, S.250; v.2.5.1984, NVwZ 1985, S.35; v.19.9.1986, NVwZ 1987, S.405; v.7.11.1986, NVwZ 1987, S.404.

237) Meyer-Ladewig, S.559.

FGO)。社会裁判所法は行政庁の文書提出義務を明言せず、提出拒否事由のみを定める（§119 SGG）が、通説は他の2法律と同様の解釈をする[238]。「連邦または州の福利（Wohl）に不利益をもたらす場合」および「文書が法律に従いもしくはその本質上秘密とされなければならない場合」にのみ、権限ある最高監督官庁はその提出・供与（Erteilung）を拒むことができる（§99 I VwGO）。提出拒否事由は限定列挙である[239]。部分的提出の可能性も検討されなければならない。連邦・州にとっての不利益は高度の蓋然性をもつものでなければならず、財政上の不利益や訴訟での敗訴の可能性では十分ではない。紙幅の都合上、2つの点にのみ言及する[240]。第1に、提出が求められる文書は、内部討議に関する一切の資料、草案類、下書き、準備文書、鑑定書などである[241]。裁判所は提出文書を正確に特定する必要はないし、実際にしばしばできない。包括的な文書提出命令で足り、行政庁は完全に提出しなければならない。第2の特徴は、州の最高官庁、すなわち原則として州の主務大臣が宣言を行ってはじめて提出拒否ができることである。当事者は大臣の拒否宣言を争うことができる[242]。

（b）裁判官の生の声を聞こう。連邦社会裁判所副長官 Krasney は次のように言う。「われわれ裁判所は統制することができなければならない。原告の文書閲覧に関しては、われわれは憲法上の法的聴聞の原則から導く。もし文書提出命令の規定がなければ、職権探知主義の規定を利用する。この2つを利用して権力分立が及ぶ限りで職権的に審理できる。裁判官は自由でなければならず、すべての書類・文書（Vorgänge）をもたねばならない。もし裁判官がそれを持てば、これを原告に示し、法的聴聞の枠内で意見を述べる機会を与えることを義務づけられている。以上については、フェアー・プレーの原則など別の理由づけをする人はいるかもしれないけれども、結論については誰も一致する。西ドイツに情報公開法がないことについて言えば、すでに行政情報は出すぎているので個人データ保護法が必要である。通常の訴訟事件では個人の権利保護に関係のある資料は出される。これまで17年間の社会裁判官経験のうちで、文書提出命令をして行政庁に拒絶されたことは一度もない。ただ、文書の全体を開示すると離婚問題に発展するようなケースや鑑定書で癌の診断の載ったものなどは本人のために部分開示をすることがある」[Krasney]。

西ドイツ司法になお批判的な裁判官の見解もあげておく。「現在の西ドイツの行政情報の公開度について、いい状態だと思う（Ich finde es gut.）。弁護士を通じて文書閲覧ができるし、裁判所において官庁は完全に文書を明らかにしなければならない義務がある。おそらくそのことが情報公開法の制定を緊急としない理由であろう。訴訟になる前にも、人はいつでも関連する書類を見ることを要求できる。1976年以来、（行政手続法によって――筆者注）特に理由付記強制があることも関係している。裁判所では基本法上法的聴聞が行われなければならない。当事者にとり裁判の上で重要なものはすべて提出されなければならない」[H.-E.Böttcher]。

上級行政判事を兼ねる教授 Schimidt-Jortzig は、裁判官としての経験も含めて、行政庁が結果として文書開示を拒否した経験はないという。「特に下級庁が開示に難色を示すことはあるが、上級機関になるほど秘密はなくなり、特に内務省関係文書では省当局が秘密であると述べたケースは一つもない」。

以上の回答から行政系裁判権一般の文書提出実務についての断定的な評価を導くことにはなお慎重でなければならない。今後さらに実態の把握が必要である。西ドイツでも役人は文書のすべてを提出あるいは開示したがらない傾向にあり、それ故、ハンブルクのように州によっては調査委員会を設置して開示問題が検討されたことがある[Grotheer]と言われる。しかし、「市民は旧来は裁判所を通じて文書閲覧権をもったが、76年の行政手続法により裁判手続外でも行政情報に接近できるようになった」[Grotheer]。最終章でも触れるように西ドイツでは行政文書が公務員の強い自己責任の下で作成され、その後厳格に公文書として整理保管されている。この実態と上記の諸発言から判断すれば、個人の権利義務に関係する情報はいずれにせよ最終的には裁判所に提出されざるをえないこともあって、市民の情報へのアクセスは行政的レベルでも相当程度容易であるように見られる。日本であれば民訴法の文書提出命令規定を適用する結果、提出命令が発せられないような行政文書も西ドイツではほとんどすべて提出されているように思われる。言うまで

238) Meyer-Ladewig,S.555.
239) Kopp,S.994; Meyer-Ladewig,S.556.
240) 詳細については以下の文献を参照。Kopp,S.990ff.; Redeker/von Oertzen,S.539ff.; Meyer-Ladewig,S.556ff.
241) Redeker/von Oertzen,S.541; Kopp,S.990; Meyer-Ladewig,S.558.
242) Kopp,S.996; Redeker/von Oertzen,S.542f.; Meyer-Ladewig,S.557.

もなく、文書の所持者が行政主体か行政庁かというわが国で議論されるテーマは、管見の限りでは見あたらない。

(ハ) 法的聴聞と配慮義務

①法的聴聞(「法的対話」Rechtsgespräch)　繰り返し指摘してきたように、基本法103条1項の定める法的聴聞は法治国家原則と人間の尊厳を具体化した規定である[243]。これは基本法19条4項の定める権利保護の保障を完成させるもので、人間を裁判手続の客体におとしめないことを目的とする[244]。この原則は、容易に理解されるように、公権力を相手方とし職権探知主義が適用される権利保護訴訟手続においては特に意味をもつ。行政裁判所法は、104条で、「裁判長は係争事案を当事者と事実及び法について討論 (erörtern) しなければならない」として具体化している。

法的聴聞に関しては日本でもしばしば言及される1959年のA.Arndtの以下のような趣旨の2つの論稿が非常に有名である。「法的聴聞は事実に関してのみならず法の側面についても及ばなければ法的聴聞そのものの拒否に至る。裁判所で法的聴聞を得る基本権は何らかの発言請求権ではない。聴聞の概念には聞き入れてもらう期待権がある。裁判所の法的な考慮を決定前に聞き知り、これに影響を及ぼしうるようにさせることを裁判所に義務づけて初めて聴聞が『法的』になる」[245]。かかる理念の延長上で、連邦憲法裁判所は単なる公正な聴聞 (fair hearing) ではなく、当事者が裁判手続の中で能動的に影響をもちうるものでなければならないという考え方を展開してきた[246]。これは社会的法治国家の配慮義務の表現[247]とも言われる。この経緯を見ると、

243) L.Schäfer (元 Bay 州最高裁長官), Rechtsgespräch und rechtliches Gehör, BayVBl.1978, S.454ff.
244) Tschira/Schmitt Glaeser, S.293.
245) A.Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S.6ff.; derselbe, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, S.1297ff. 法的聴聞に関する早い時期の紹介論文として、紺谷浩司「民事手続における審問請求権について (1・2)」政経論叢18巻1＝2号51頁以下、3＝4号91頁以下 (いずれも1968) がある。
246) H.Rüping, Verfassungs- und Verfahrensrecht im Grundsatz des rechtlichen Gehörs, NVwZ 1985, S.308.
247) Kopp, S.1019.
248) 連邦憲法裁判所は法的聴聞を重視する判決・決定を、民事訴訟の領域 (z.B., BVerfG v.14.9.1987, NJW 1988, S.250; vgl., Deubner (地裁裁判長), Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als Rechtsbehelf im Zivilprozeß, NJW 1980, S.263ff.) も含めて多数下してきた。H.Arndt (元連邦通常裁判所判事), DRiZ 1983, S.63ff. にあげられた判例群を参照。E.Schumann (教授), Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs - Dauerauftrag für das BVerfG, NJW 1985, S.1135には、連邦憲法裁判所判例集10巻単位で裁判例に占める法的聴聞事件の増加ぶりを示す統計がある。なお、裁判手続以外の手続に法的聴聞の要請が妥当するかどうかはなお議論されている。Vgl., R.Wimmer (弁護士・教授), Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, DVBl.1985, S.773ff. 西ドイツの憲法レベルの議論に関して、笹田栄司「公正手続請求権についての憲法的考察 (上・下)」九大法学56号 (1988) 1頁以下、58号 (1989) 91頁以下参照。
249) Wassermann, Zur Bedeutung, zum Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör (Art.103 Abs.1 GG), DRiZ 1984, S.425ff. 連邦憲法裁判所の判例を中心に法的聴聞規定の射程を検討するものとして、J.Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und fachgerichtsbarkeit, 1986. なお、山本克己「民事訴訟におけるいわゆる"Rechtsgespräch"について (4・完)」法学論叢120巻1号 (1986) 40頁、45頁は、西ドイツの民事訴訟の法的討論に関する理論状況について、不毛の要素を相当に含む議論があり、A.Arndtの理念が矮小化される過程を見るという。
250) BVerwG v.25.3.1987, NVwZ 1987, S.805; v.8.5.1987, NVwZ 1987, S.794.
251) Meyer-Ladewig, S.236; BVerwG v.26.8.1977, E 51, 111; v.4.11.1976, E 51, 277.
252) Tschira/Schmitt Glaeser, S.295. 指示義務違反が法的聴聞の侵害を意味することがある。BVerwG v.11.11.1970, E 36, 264.
253) この義務は準備手続にも適用される (§82, 87 VwGO)。
254) Redeker/von Oertzen, S.492は、配慮義務は職権探知主義から出てくるものではないと断言する。

法的聴聞という訳語よりも、直訳である「法的対話」の方が、現在の語感に近いように思われる。Wassermannは、これまでの連邦憲法裁判所の判例[248]の意義を、「裁判手続の官僚化傾向に有効に対処したこと、裁判手続を人間化し社会的に造り直すという意味で権威的官僚主義的行為様式を相当に変えることに貢献したこと」にみている[249]。連邦行政裁判所も法的聴聞の瑕疵を理由とする破棄判決を下してきた[250]。

今、ここでは法的聴聞の内容の子細を紹介することはできない。1例をあげてその広がりを示しておく。資力がないために弁護士をつけれない場合や障害者であるため弁護士なしでは訴訟が維持できない場合に法律扶助が拒否されると、法的聴聞原則の違反になりうるとされる[251]。

②配慮義務　法的聴聞の原則はしかし、配慮原則とも密接に結びついている。法問題の討論なくして適切な申立は不可能だからである[252]。

行政裁判所法86条3項は、「裁判長は、関係人が、形式の不備を除去し、不明確な申立を明確にし、適切な申立をし、事実の不十分な開示を補充し、かつ事実関係の確定および判断のために重要なすべての陳述をするように努めなければならない」とする[253]。同項と104条は、決して行政系訴訟に特有の規定ではない。次のような見解があった。「86条3項は弁論主義の表現であり、104条も民事訴訟法139条と全く同一であって、職権探知原則と弁論主義が相互に強く接近している」[教授 Maurer][254]。あるいは、「86条1項の職権探知主義と3項の配慮原則は論理的に関係があり、配慮原則は部分的に民訴法139条の一部であって、104条は民訴の139条に対応する」[Hanisch]。興味深いのは、バイエルン州上級行政裁判所裁判官たちが、少しだけ伝統的発想に近い

と思われる説明をしたことである。「86条3項は同条1項だけからではなく、民訴139条からも来ている。104条1項は広義での職権調査原則からくるが、定かではなく、民訴でも類似の運用があってそれは積極的に行われている。今日では職権主義と弁論主義の限界は明確には定められない。104条の規定はやや弁論主義に近づいている」[Lazik, Wittmann, Hoecht]。ともかく、今日では配慮義務は後見監督的原則ではなく、また民事訴訟と異なる原則とはほとんど考えられていないのである[255]。

この配慮義務を通じて行われる法的対話は、1審・2審の行政訴訟では弁護士強制がないために、民事訴訟以上に重要である。この原則の独自の意義は、とりわけ原告の実体法上の権利の実現を援助することにある[256]。「行政事件では官庁が有利な地位と大きな専門的知識をもっていて対等性を欠くから、配慮義務は大変重要である。とりわけ訴訟類型が多いし、複雑なので意味がある。裁判官は指示しなければならない。」[Maurer]。連邦行政裁判所は、この原則を次のように敷衍する。「不明確な申請であることが説明され、もしくは訴状の中で表現された請求（Begehren＝希望）を手がかりにして適切な申立がなされること、これを指示することは裁判長の義務である。……（原告により特定された）申立文言について疑念を示し、彼に別の文言の申立てをする機会を与えるだけでは十分ではない」。同項の義務は「申立を正しく表現することの援助にとどまらず、場合によっては、弁護士によって代理される必要のない原告と彼の希望に従って不明確な点を明らかにする討論をした後に、申立を表現するための援助をすることを内容とする」[257]、と。

いま少し、裁判長の指示義務＝配慮義務の内容を判例に即してみておこう。この義務は、手続の適切な実施を容易にするということのみならず、当事者に帰属する手続上の権利や実体上の請求権が不慣れや法知識の欠如のために

255) 連邦憲法裁判所も、民訴法139条の求釈明義務の行使が基本法の基本的諸価値に拘束されたものであると述べている。BVerfG v.24.3.1976,E 42,64 [74].
256) Tschira/Schmitt Glaeser,S.290.
257) BVerwG v.9.11.1976,DÖV 1977,S.334f. これは本章注60)に掲載されている決定である。なお、わが国でよく参照されるUleの教科書は、これらの規定（§86,88,104 VwGO）に、KoppやTschira/Schmitt Glaeserが与えるような意義を述べてはいない。Vgl.,Ule,S.129ff.,138,228,236f.,253.
258) BVwG v.10.6.1965,E 21,217= NJW 1965,S.1875;BVwG v.8.5.1984, DVBl.1984,S.1005= NVwZ 1985,S.36.
259) BVerwG v.14.5.1963,E 16,94.
260) BVwG v.9.11.1976,NJW 1977,S.1465.
261) BVerwG v.8.5.1984,DVBl.1984,S.1005= NVwZ 1985,S.36. たしかに、当事者自身がなしえたであろう証人調べの申請を教示する必要はない（BVerwG v.8.4.1963, DÖV 1963,S.886）ものの、裁判所の事案

実現されないということを防ぐという目的を持つ[258]。裁判長は、当事者に対して、彼らに帰属する法的可能性の枠内で希望する目的を最も適切に、かつ最も合目的的に達成することのできる正しい道を、訴えの変更も含めて教示し[259]、必要と思慮される場合には、例えばその申立内容の訴訟技術的表現（Formlierung）にあたって援助すべきものである[260]。このことは手続法上の点のみならず、当事者の事実に関する陳述についても妥当する。例えば当事者が裁判所からみて明らかに誤った事実については補わせなければならない[261]。

次のような措置について、かつての行政裁判官連盟議長Hoechtはこれを義務であるとし、連邦行政裁判所長官Sendlerは、訴訟当事者が感謝するとともに訴訟が迅速になるとしている[262]。ただし、連邦行政裁判所は、それらが法的に要請されるとまでは述べてはいない。これらの措置とは、裁判所が口頭弁論の終了時に、従来述べられた事実が合議の際に裁判所によって法的にどう評価される見込みがあるか、どのように決定される見込みであるか[263]、ないしいかなる法的解釈を裁判所は決定の基礎とするであろうかを公表し[264]、これにより当事者に場合によってはその主張を補う機会を再度与えるというものである[265]。判例がこれらの対応を裁判所の義務であるとまではなお言っていないとしても、高い地位にある裁判官が勧めていることから窺われるように、法的対話はすでに相当程度実行されているのである。

なお、仮の救済のあることを知らない原告のために、緊急の場合には、裁判所が86条3項を類推適用して、仮の権利保護を拡張的に付与すべきであるとの有力な見解がある[266]。

③法的対話の努力　確かに、法的聴聞・法的討論は何でも含み得るものであって[267]、ある意味では理論的な輪郭を見いだし難い。しかし、そうである

解明義務の違反が生ずることがある。この点を詳細に論じた破棄判決として、BVerwG v.10.11.1983,DÖV 1984,S.559がある。
262) H.Hoecht,Effektiver Rechtsschutz durch Rationalisierungsmaßnahmen in der Verwltungsgerichtsbarkeit,DÖV 1981, S.329; Sendler,Möglichkeit zur Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens - Zur》hausgemachten《Überlastung der Verwaltungsgerichte,DVBl.1982,S.930. このような対応をKopp,S.904も合目的的であるとする。
263) Vgl.,BVerwG v.6.2.1979,E 57,272 = DÖV 1979,448.
264) Vgl.,BverwG v.13.10.1976,DÖV 1977,370;v.9.6.1981,DÖV 1981,765.
265) E.Schneider,Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht(Teil II),MDR 1977,S.881は、口頭弁論の終了時に判決の見込みを一般的に述べ、当事者に最後の主張の機会を与えるべきとする。Vgl.,Kopp,S.904f.
266) Finkelnburg,Das Gebot(Anm.6),S.176.
267) Vgl.,Wassermann,a.a.O.(Anm.249),S.426.

からといって法的聴聞や法的討論を避けるべきであるということにはならないであろう。口頭弁論では裁判官が重要と考える法的争点が示されるから、両当事者にとっての「びっくり判決」はほとんど考えられない[268]。実務家は「疑わしきは法的聴聞（im Zweifel rechtliches Gehör）」[269]、あるいは「理論的には難しかろうと、法的聴聞の努力が大切」[Vallender] という。さらに「必ず法的聴聞を行う」[リューネブルク上級行政裁判所長官 Dörffler, Stötzel] とか、「われわれにあっては（西ドイツでは）、不意打ち判決＝びっくり判決は全くない」[Brohm, von Wulffen, Hanisch][270]という声を聞いた。

④弁護士が代理をしている場合　弁護士が原告を代理しているとき、裁判官の指示・配慮義務が縮減されるかどうかについては争いがある[271]。民事訴訟でも弁護士に代理されている場合にはその主張に一貫性がないことの指示義務はないという最高判例がでたが[272]、これに対しては消極的評価が多いようである[273]。連邦行政裁判所も弁護士の責任をやや厳しくみる判決を出している[274]。他方、弁護士により代理されている場合であっても同一の配慮が必要であるとする判例もある[275]。

筆者の面接の限りでは、現役裁判官は、「当事者がその代理人の未熟・無能力のために「処罰」されてはならない」[Pakuscher]、という[276]。長官たちは次のように述べる。「社会裁判権で弁護士が原告を代理をしているときは、手続上弁護士は原告本人訴訟の場合よりも厳しく対応される。しかし、弁護士も社会法の領域では法的知識がないので、その点では法的対話も本人訴訟と同じようにしなければならない」[von Wulffen]。「行政裁判権でも訴訟要件上の問題はともかく法的に複雑な問題の時には弁護士により代理されているかどうかは関係ない」[Wehrl]。このような考え方により、弁護士により代理されていたために、例えば訴訟類型の特定問題などで、不利な扱いを受けることはないのである。

268) この点につき、vgl.,Kopp,S.903; vgl.,BVerwG v.11.11.1970,E 36,264.この判決によると、1審でも争点とならず原告も想定しなかった論点で、原告が欠席した控訴審の口頭弁論ののちに下された判決は「法的聴聞」の瑕疵となる。

269) Meyer-Ladewig, S.236.

270) 1976年の簡素化法により民事訴訟法278条3項が法的討論を義務づけたとき、裁判官層が批判をしたことは知られている（D.Rogge,DRiZ 1976,S.134f.; vgl.,B.Hahn,Kooptationsmaxime im Zivilprozeß?, 1983, S.253 Anm.629.栗田陸雄「「法的観点の開示」について」法学研究59巻12号（1986）317頁）。しかし、これを支持する裁判官集団も小さくなかった（R.Bender のグループなどである。Vgl.,Schneider,a.a.O.(Anm.265),S.881)。

271) Vgl.,Kopp,S.906,913.

272) BGH v.9.11.1983,NJW 1984,S.310.

（4）小括

以上に見たように、「善解」など親切な訴訟は基本的に法治国家原則と裁判を受ける権利、副次的に社会国家原則から導かれている。「仮に職権探知原則や配慮原則を定めた実定訴訟法の規定がなくても、これらは憲法規範から導くことができる」[Pitschas]と考えられている。訴訟の後始末も親切である。社会裁判権では、「出訴期間の徒過により裁判官の判断としては却下せざるをえないときには、争訟手続の再開事由を説明し、判決書に記載する。本案についても具体的に何が欠けているかをわかりやすく示す」[von Wulffen] のだそうである。この節では、人間の尊厳を手続法に反映させる裁判官の努力の見本を見たと整理することも許されるであろう。

6　裁判官の職歴は判例にどう影響するか

（1）西ドイツの裁判官の職歴

筆者は裁判官の職歴のいかんが裁判に影響を与えるべきではないと考えている。しかし現実には影響がある。裁判官の職歴の問題は専門的な裁判部、人事交流、裁判官の派遣研修など多くの制度のあり方と関わっており、本書ではその詳細に立ち入る余裕はない。しかし、問題の重要性に照らして、西ドイツの行政系訴訟での裁判官就任前の職歴が裁判過程にもっている意味についてごく簡潔に触れておきたい。

西ドイツ全体を見たとき、1950年代末まで行政裁判官は圧倒的に行政庁の出身であり、十分な行政体験をもっていた[277]が、今日では大多数の行政裁判

273) Deubner（裁判官）,NJW 1984,S.311;E.Peters（教授）,JZ 1984,S.191; Hermisson（上級裁判所裁判官）, NJW 1984, S.2558ff.

274) 弁護士が代理して控訴した場合にまで控訴審が無効確認訴訟を取消訴訟に解釈し直す必要はない（BVerwG v.22.2.1985, DVBl.1985, S.624)。弁護士によって代理されていない原告に対してのみ敗訴に至りうる特別の事情（証拠上重要な行為の意義）を指示する義務を認める（BVerwG v.26.8.1983,BayVBl 1984,S.87)。後者につき、Kopp,,S.904はこの解釈を狭すぎるという。前者についてはコメントされていない。

275) 民訴法139条に関するものであるが、OLG Schleswig v.20.1.1982,NJW 1982,S.2783.

276) 同旨、Peters,JZ 1984,S.192.

277) von Mutius,Gutachten E für den 53.Deutschen Juristentag,1980,S.98.

官は官吏体験をもたない。バイエルン州と部分的にバーデン＝ヴュルテンベルク州が例外といってよい。ヘッセン州のように、国家試験終了後直接行政裁判官になったグループ、通常裁判権・検察庁出身グループ、および行政官経験者が約3分の1ずつという例もある。財政裁判官は逆に、その職が昇進職であることから財政裁判官以外の職歴をもっている。現在では総数の約80％が財務関係官庁出身であるが［財政裁判官連盟議長 Johannesmann］、北部・西部の州のように通常裁判権などから意識的に裁判官を採用し、混在を目指しているところもある。社会裁判権では、連邦平均的には約20％が行政官経験をもち［社会裁判官連盟役員 Künstle］、若い社会裁判官の95％は国家試験直後に採用されている［Krasney］が、バイエルン州のように大多数が行政勤務経験者というケースもある。

（2）職歴の変更と職業経験の評価

筆者の面接の限りにおいて、すべての法律家が裁判官には弁護士経験を中心として他の職業経験があることが好ましい、と述べた。1つの典型的意見は、行政裁判権に即して言えば弁護士、行政官、通常裁判権など他の裁判権の裁判官経験者の3種のバランスのとれた混合状態がよい［Kopp］、というものである。

行政系裁判官にとって、行政体験は必ずしも必要ではない、という意見も少なくなかったが、行政裁判官に行政経験が必要であるという声も非常に大きい。バイエルン州の行政裁判官の多くは主として行政官経験が必要であることを強調した[278]。この点で注意すべきは次の諸点である。第1に、「行政経験」とは、連邦行政裁判所長官 Sendler が言うように、主として国の委任事務も行われている地方行政での現場経験である。「省庁出身者（aus den Ministerien）にもいい人（einige gute Leute）はいるが、しかし政治的要素の絡む抽象的な仕事ではなく、建築確認や計画策定のようないわば地方レベルの行政体験が重要である」［Sendler］。ミュンヘンの「批判的」行政裁判官 Mauer は、行政経験は役所のトリックを見抜く力を養う研修期間であるという。第2に、この研修的行政経験は3年から5年程度のものと考えられている[279]。

長すぎる行政経験は弊害と考えられている[280]。行政官生活が長いと、1人の人間のために200万マルク（約1億6000万円）もかかってしまう、などと考えてコスト計算をやってしまう［Krasney, 同旨 von Wulffen］。しかし逆に行政経験が皆無であると、行政に対して非常に自己抑制的になってしまったり［Grotheer］、国家に忠誠的な（staatstreu）判決を書きがちであったり［Mauer］、すべてを「机上の理屈から」結論づけることがある［Voß］。

国家試験直後の法律家を行政系裁判官に採用する州では、1年未満の研修的出向が行われることがある。この場合にも、行政裁判官であれば地方自治体で、社会裁判官であれば保険主体や行政機関で、労働裁判官であれば労働組合と使用者団体の双方で研修を行う。いずれにせよ中央省庁のみという例は聞かなかった。

行政経験が裁判内容に与えている影響について、一般的には本質的影響があるようには見えない［Kopp, Sailer］と言われる。ただバイエルン州の行政判例は時に行政よりの感じのものがあるが、その反動でえらく行政に厳しいものもある［Kopp］。総括的に言えば市民に身近な行政活動の経験が肯定的に捉えられていた。

職業経験と同様に、出向制度も裁判官の独立に影響をもちうる。もっとも象徴的なケースのみを紹介しておこう。バイエルン司法省人事担当官 Meisenberg は、西ドイツの若手裁判官の研修的出向について、例えば労働裁判官であれば企業と労働組合に半数ずつ行くのであって、それは当然ではないかと言っていた。キールの労働裁判官 Greve も、労働裁判官の研修は他の州に出かけて行われるが、労使双方とコンタクトをとるように研修プログラムが組まれていると自己の経験を語ってくれた。このように出向経験を中立化する努力が行われているのである。

以上によって、西ドイツ裁判官の「行政経験」の中身が、日本で推測されるものと異なっていること、およびこの経験を必ずしも「悪」のイメージでのみ捉えることはできないことが示されたであろう。また、少なくとも日本より彩りのある裁判官構成であることも明らかになった。特に、この職業経

278) 上級行政裁判所長官 Lotz は、行政経験は市民の権利保護に奉仕するという。Lotz, Kommunalverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, BDVR(hrsg.), Dokumentation zum siebten Deutschen Verwaltungsrichtertag 1983, 1983, S.106.

279) この期間は、この点を話題にした30人以上の裁判官との会話の際にもっとも多く述べられた数字である。詳細は別稿に委ねる。

280) Krasney は、広い副長官室でいきなり声をひそめて、連邦財政裁判所の判決は連邦憲法裁判所によりしばしば破棄された、と繰り返し言った。連邦財政裁判所では長年財務官僚であった人物が裁判官となっていたのである。

験および裁判権の分立と個々の裁判権の中での専門部制が仮の権利保護を含めて迅速で説得力のある裁判をもたらしているようにも窺える。こうして、西ドイツの行政裁判官は、行政官としての職歴をもつ者が多いとはいえ、通常裁判権の裁判官より一般に保守的であるとは言えなくなっている［Vallender］のである[281]。これに対して、わが国のいわゆる判検交流や出向研修は西ドイツとは多分に異質の要素を含むものであって、全く別の観点から批判的な検討が加えられなければならない。しかし、ここでは立ち入らないことにする。

7　まとめ

日本と西ドイツの行政訴訟に共通点はほとんどないこと、および訴訟手続に関する西ドイツの判例法が60年代末から70年代にかけて飛躍的に発展したことが明らかになったであろう。事情判決を「一般的な法の基本原則」とするわが国と、訴訟手続法の人間的な運用や仮処分を法治国家原則の表現とする西ドイツとの基本理念の相違はあまりに大きい。筆者の見るところ、両国には行政訴訟や取消訴訟がある、という程度において共通性があるが、この程度なら先進国の間ですべて共通である。本稿は西ドイツの行政系訴訟の翳の部分を紹介していないという批判があろう。訴訟参加などの問題も扱わなかった。これらの点はいずれ整理してみたいと考えている。本章の最後に、西ドイツの行政訴訟を象徴する若干の事項をさらに指摘しておきたい。

（イ）行政側の姿勢

これまで主として裁判官の訴訟観や対応姿勢を扱ってきたが、役所ないし行政官の姿勢も見逃すわけにはいかない。確かに判決が確定しないと行政活動が開始できないという点で日本とは違った事情がある。しかし、例えば序章で言及したコンサート事件のようなケースも含めて、役人が、裁判の迅速化に「協力するのは当然であり、しなければならない。相手方にも憲法や法律で認められた権利がある」［Honnacker, Froehlich］、と言う。この種の仮

281）Vallenderは、連邦行政裁判所が原発の廃止を命じた最近の判決（vgl.,FAZ v.10.9.88）を含めた判例動向を引合いに出した。

の救済事件では本案訴訟はもはや行われないから、行政庁の側も1日または2日の時間で種々の情報手段を用いて抗告審までの手続に対応している[282]。

行政側による弁護士依頼はどうして行われるか。連邦行政裁判所では代理人強制があるため（§67 I VwGO）、上告審では国（連邦・州）も弁護士（または大学教授）の選任を迫られる。口頭弁論中心主義であるから、すぐれた弁護士を雇わざるをえない。そこで、通常行政側を敵に回して訴訟を行うことの多い弁護士にも、訴訟代理の依頼がある。弁護士Sailerは、例えばミュンヘン市を被告としてよく争っているが、別件では同市からしばしば依頼があり、州自体からも少なからずある。弁護士や大学教授が行政側を代理したりその逆となったりすることはきわめて普通のことである［Lerche, Kopp］。シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州の行政法専門弁護士Ziegenbeinは従来保守政権時代に州の代理をしていたが、政権交代後も従前と変わらず代理を続けている。上級行政裁判所判事を兼職する教授Schmidt-Jortzigは、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州のＦＤＰの司法政策担当責任者であり、もし同州で88年に保守・中道連立政権が誕生していたら司法大臣にならざるをえなかった、という。その彼は、新ＳＰＤ政権が採用した外国人に自治体選挙権を付与する制度に対して提起された憲法訴訟において州を代理して連邦憲法裁判所で論陣を張る。

法律論争が法律論によって処理される西ドイツの実務の一端をみた。西ドイツの国民の間では、自己の政治的イデオロギーを明らかにした裁判官が法的論理によって裁判をする連邦憲法裁判所に対する信頼が高いが（本書89頁、231頁）、上述の実務はその理由を間接的に示しているように思われる。なお、上に紹介したエピソードは、日本とは異なって、行政情報の公開度が高く行政機密が少ないことをも間接的に物語っている。

（ロ）権利保護の行きすぎ？

全裁判権に共通の現象ではあるが、訴訟の洪水現象が議論されている。バイエルン州の行政裁判官も、行政裁判権での洪水の原因を訴えの許容性が広く認められ権利保護に厚いことに見ている［Lazik, Wittmann, Hoecht］。行政裁判官自らが、高い威信を得ているという意識をもち、裁判所はリベラルな守りの場（Hort）であって、すべてが審査されるから市民に強く受け入

282）わが国では迅速な訴訟がニュースになる。88年9月19日付朝日新聞参照。

れられる [Wittmann] という。行政裁判所は「戦前の監督庁ないし自己統制機関から権利保護機関に変わった」[Wittmann]。

それでは、裁判所による権利保護の行きすぎはないのであろうか。本稿は筆者自身の司法審査のあり方論を展開する場所ではないので、西ドイツの実務法曹の受け取り方を紹介するにとどめたい。学界を中心に司法審査の行きすぎを批判する声がある[283]。これに対する現役裁判官の声を聞こう。バイエルン州上級行政裁判所長官 Lotz は、行政裁量は市民の権利保護のために厳しく統制されるべきで、干渉の過剰として時に批判される現状も法が求める裁量統制の限度にとどまっており、法律上認められた行政の自由な余地を圧迫しているのではない、という [同旨、Hien][284]。ノルトライン＝ヴェストファーレン州司法省の高官 Richter は、「現在行政が裁判所によって厳しく統制されているのは役人の方の能力が劣っているからで役人は勉強をするしかない」と言った。もっとも保守的な層に属する裁判官たちは次のように述べた。「権力分立の観点からの批判があるのは事実である」[Lazik]。「行政による批判は目下そう強くない」[Wittmann]。「行政裁判官たちは、判断余地がないから行政決定を審査してきた」[Lazik]。「Whyl 原発に関するフライブルク行政裁判所の判決は連邦行政裁判所により行きすぎとされ、ミュンヘン空港事件１審でも審査が過ぎたとされた。今後については、審査の限度について明確な線を見いだすべきではあるが、予測できないし」[Hoecht]、「自分たちも分からない」[Lazik]。「今後は法律が明確な内容の規定をすることとともに、自分たちが行政をするのではなく、法を語るのだということを意識していなければならない」[Lazik]。リューネブルク上級行政裁判所長官 Dörffler は、「行きすぎた判決もあったが、全体としての審査のあり方の傾向に変化が生ずるとは思えない」という。

財政裁判権と社会裁判権では行政裁判所の判決に向けられているような批判は現在のところない [Klein, Offerhaus, Krasney]。

なお最近、訴訟の洪水現象に照らして、原告市民の参加義務や参加負担を強調する考え方がある。原告の協力を確保し、いわば不真面目な訴訟を減らそうとする。この議論は、西ドイツにおいて原告は極端に言えば何もしなくても裁判をしてもらえる状況を背景にして出てきたものであるから、そもそも日本で飛びつくようなテーマではない。次のような意見が発言者の肩書からしても常識的な予測となるであろう。すなわち、「これまで行政裁判所は職権調査原則や配慮原則の適用にあたって原告＝市民のためにのみ援助をしてきたのではなく、両当事者のために努力してきた。従って、参加負担の強調がなされても今後何かが変わらなければならないというものではない」[連邦特許裁判所長官 Pakuscher] [同旨、教授 Badura]。従来から、裁判所はニュートラルに審理してきたのであり、裁判所の配慮義務は「われわれの裁判権の非常に重要な礎柱 (ganz wesentlicher Grundpfeiler) である」[Pakuscher]。「今後とも裁判所の職権主義は縮小解釈されてはならない。なぜならこの裁判所の義務を通じて、裁判所は口頭弁論の中で自己の暫定的見解を両当事者に知らせて (unterrichten)、びっくり判決を避け、必要があればさらに補足の主張を許すことができるのであるから」[Pakuscher]。

このように西ドイツ行政裁判の常態となっている「親切な」手続は、参加負担の強調によっても、容易には揺るがないように思われる。

(ハ) 日本の行政訴訟の行方

歩き回って確かめた西ドイツの通説・判例は、筆者の行政訴訟の考え方に比較的近いものであった。行政訴訟法が (公法の一部として) 司法試験の必修科目である国においてすらこの通りである。両国の行政訴訟の立法と実務における「人間像」は比較しようもないほど異なったものであった。イギリスを除くヨーロッパの主要国の行政訴訟事件数と比較しても、わが国の行政訴訟にはどこか異質なものがあるように窺える。*

＊日本の地方裁判所１審行政事件は10年間 (1979-88) の年平均で774件、上告事件は同一期間の年平均で201件である。人口5539万のフランスでは年平均５万件の行政事件、人口756万人のオーストリアでは１審制であるが85年に3978件、人口約650万人のスイスでは行政訴訟は州の事項であり、連邦裁判所に持ち込まれる国法事件だけで84年に4015件である[285]。

日本の現行行政事件訴訟法の立案関係者によると、同法は「特例法下の農地関係事件に関して出てきた判例の整理が中心であって、現代的な課題への

283) Vgl.,Götz/Klein/Starck,Die öffentliche Verwaltung zwischen gesetzgebung und richterliche Kontrolle,1985; Der Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Im Gespräch: Spannungsverhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit?,1986.

284) Lotz,a.a.O.(Anm.278),S.133.

285) BDVR(hrsg.),Dokumentation zum Achten Deutschen Verwaltungsrichtertag 1986,1987,S.268, 286, 290.各国の人口は、朝日年鑑1988年版による。イギリスについては、The Modern Law Review,Vol.50, No.4,July 1987,p.432ff.に統計があるが、筆者にはこれを分析・評価する能力がない。

対応などは考えていなかった」[杉本良吉]。同法は「失敗だった」し、「問題のあるものはすべて先送りされた」[中村治朗]。そうであれば、「裁判所にとって手続法は文字通り金科玉条」[286]ということはできないのではないであろうか。行政訴訟法の創造的解釈の放棄と民訴準拠主義は、結果において国・行政の優位を保障し、裁判官の親国家的イデオロギーを隠蔽する役割を果たしたように思われる。筆者は実効的な権利保護のためには、現行行訴法の根本的改正が必要であると思う。しかし、現行法が親切な訴訟のささやかな実践を決定的に排斥するとは思われない。例えばスペインでは、1975年の民主化開始以来、1956年に制定された行政裁判所法が未改正であるにもかかわらず、行政裁判実務は大幅に改善され、法の上では認められていた裁判官の独立が事実上も確保されてきた[Parejo][287]。当面、わが国でも憲法原理に立ち帰って、現行法の許容限度まで裁判実務により解釈論的改善を行うことが急務であろう。

286）園部逸夫「現代行政と行政訴訟」公法研究45号（1983）147頁。
287）スペインでは大規模事件も含めて執行停止原則が採用されている。基本的人権に関する行政訴訟は1年半ないし2年以内に2審まで処理され、その他の事件も3年半程度で2審まで処理されるが、これが長すぎる訴訟として問題とされている［Parejo］。

終章　人間の尊厳と司法権の役割