

遂行的確認訴訟、について ——西ドイツ行政裁判所法 ——三条一項四文の解釈をめぐって——

小 山 正 善

はじめに

- 一 遂行的確認訴訟、(1) —— 三条一項四文 VwGO の直接適用
- 二 遂行的確認訴訟、(2) —— 三条一項四文 VwGO の類推適用
- 三 遂行的確認訴訟、の許容性(1) —— 特別の本案判決要件
- 四 遂行的確認訴訟、の許容性(2) —— 「正当な」利益

むすび

はじめに

本稿は、西ドイツの行政裁判所法三条一項四文——以下、行政裁判所法の規定については三条一項四文 VwGO などと略記する——において規定された、いわゆる「遂行的確認訴訟、(Fortsetzungsfeststellungsklage)」をめぐる学説上の議論¹⁾を叙述し、考察しようとするものである。それは、基本的に、つぎに述べるような課題意識に基づくものである。

1) 三条一項四文 VwGO をめぐり議論については、市原昌三郎「西独における行政行為の違法宣言制」一橋論叢50巻4号393頁以下、同・「行政事件訴訟法第九条かっこ書きの意味」公法研究26号182頁以下および高木積夫「違法宣言訴訟について」司法研修所創立十周年記念論文上(民事編)34頁以下参照。

(1) 西ドイツ行政手続法四六条は、「他にいかなる実体決定もなされることができなかつたであろうとき」は、行政行為の裁判取消が手続瑕疵のみを理由としては請求できない旨の規定を設けた。そして、この規定については種々の議論の展開をみるに至っているが²⁾、つまるところ、それをどのように解釈するにしても、一定の手続瑕疵のみに根拠する行政行為の裁判取消が、他の実体決定があり得なかつたことを条件に、請求され得なくなることだけは、動かし難いようである。そこで、これを手続規定自体の側からみれば、手続規定のなかにはその違背が取消訴訟に服せしめられるものとそうでないものとの二つがあることになる。

なるほど、いっさいの手続規定、したがってまた、いっさいの手続瑕疵について訴訟法上まったく同一に取扱うことが憲法の要請であるのか否か、すべての手続瑕疵を取消訴訟に服せしめるということが憲法の命じるところであるのか否かということは、議論になりうる。更に、いっさいの手続瑕疵を理由とした行政行為の取消が適当か否かは、立法政策上の問題としても、論議を呼ぶであろう。しかしながら、行政訴訟上の手段が取消訴訟に尽き、取消訴訟がそのすべてであると考えれば、取消訴訟に服せしめられず、裁判取消から自由な手続瑕疵の存在は、これまた問題がある。究極の裁判的保障を伴わぬ手続諸規定は、それらの実効性を半減するのに相違ない。先の行政手続法四六条の規定に関しては、こうした形での議論も推移した。

一方、手続瑕疵に対する有効な裁判的統制の一環として、手続瑕疵ある行政行為の違法性に向けられる確認訴訟について腐心する新たな見解が注目される。この見解の手がかりは、取消訴訟の訴訟物たる瑕疵ある行政行為が判決以前の訴訟繫属中に撤回等により解決された場合、原告に当該行政行為の違法性を確認させる機会を保障する旨の一三一条一項四文 VwGO の規定で

2) 西ドイツの行政手続法四六条の解釈にまつわる種々の議論ならびに本文の問題意識については、拙稿・「手続瑕疵ある行政行為の法的効果について (一), (二), (三・完) ——西ドイツ行政手続法四六条を中心として——」山口経済学雑誌36巻3・4号49頁以下, 同36巻5・6号55頁以下, 同37巻1・2号113頁以下(とくに, 148頁以下の「むすび」の部分) 参照。

ある。

本稿では、紙幅の関係もあって、手続瑕疵ある行政行為への一一三条一項四文 VwGO の（類推）適用問題それ自体を取り上げることはしない。むしろ、そのための予備的作業として、この行政裁判所法規定をめぐる理論的状況そのものを認識しようと努めるに過ぎない。

(2) ところで、論者の指摘するところによれば、確認訴訟は、概して、西ドイツの学問研究ならびに行政訴訟実務において、「まさしく継母のような (stiefmütterlich) 扱いを受け」てきた³⁾とされる。また、そうしたことの原因の一斑について、この論者は、行政行為の除去を指向する訴えに格別の意義を与える依然として強い傾向が、「確認訴訟を例外として扱うとき、これを自明のことのように思わせる。」とし、更に「このようなこと[確認訴訟の例外視のこと……引用者]はきわめて広範なまでに及び、その結果、人はまったく異なると認められる二つの確認訴訟、すなわち、四三条 VwGO による訴えと一一三条一項四文 VwGO によるそれとを議論の出発点にしてしまう。」と描写した⁴⁾のである。

もっとも、瑕疵ある行政行為の裁判的是正手段として取消訴訟がこれほどまでに重要視されるについては、それだけの理由が存してのことかと思われるのであって、ここにおいてその是非を問うのは要しない。ただ、いずれにしても、そうした理論的および実務的状況のなかで一一三条一項四文 VwGO の規定がさしたる注目を集めず、況して手続瑕疵との関連において注目されるなど、望むべくもなかったのであろう。

ところが、その一方で、このような状況に変化が来たしはじめる事態も知られている。すなわち、六〇年代の後半に至って、いわゆる集团的示威行進のケースにおいて一一三条一項四文 VwGO が俄に注目され出し、デモ参加者がこの条項を使って、主に直接強制の形でなされた警察的処置の違法性の確認を求めることが行われるようになり、集会禁止処分にも適用が要請され

3) Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsprozesses, 1975, S. 89.

4) Ebenda, S. 89.

るようになったといわれる⁵⁾。

しかしながら、このようなケースに即して一一三条一項四文 VwGO の法的意味を捉えようとすれば、多分、それは本稿のそもそもの狙いとは異なることになるであろうし、叙述の仕方においても差異を生ぜざるを得ないと思われるのである。

本稿は、あくまでも、手続瑕疵ある行政行為の裁判的是正手段の一環として考えられる違法確認訴訟の考察という本来の課題に関連し、そのための予備的作業の一つとして、一一三条一項四文 VwGO を取り上げるに過ぎない。したがって、以下では、予め特定の状況を念頭に置いて検討しようというのではなく、より一般的または概括的に、一一三条一項四文 VwGO の解釈に関する理論的状况を把握することにしたい。

一 遂行的確認訴訟、(1) —— 一一三条一項四文 VwGO の直接適用

西ドイツ行政裁判所法規定によれば、取消訴訟が提起されて後その判決前に訴訟物たる行政行為が「解決された」ならば、原告は、訴訟費用に関する決定の申立てを行うか（一六一条二項 VwGO）、民事訴訟上の原則に相違して、遂行的確認訴訟への転換を申立てるか（一一三条一項四文 VwGO）のいずれかを選択することができる。他方、裁判所は、「一一三条一項四文の場合を除くほか」、訴訟費用に関する決定を下すことができる（一六一条二項 VwGO）。したがって、先に原告に許容された二つの可能性は排他的に把握されるのみならず、それら相互の関係は基本的に一一三条一項四文 VwGO によって規定されることになる。そして、一一三条一項四文 VwGO

5) Vgl. Ingo Becker, Das „berechtigte Interesse“ bei den Feststellungsklagen der VwGO, in: MDR 1972, S. 920ff. (920).

自身は、「行政行為が撤回¹⁾またはその他により既に解決された場合において、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、申立てに基づいて、判決で、行政行為が違法であった旨を宣言する。」と規定したのである。

このように、取消訴訟の繫属中に生じた行政行為の解決がその訴訟物を失わしめるのにかかわらず、訴えの「転換」をきっかけに以後継続してなされる当該行為の違法確認訴訟のことを、²⁾「遂行的確認訴訟、ないし³⁾「事後的確認訴訟、もしくは⁴⁾「事後的、または⁵⁾「転換された取消訴訟、等⁶⁾という。これに対し、行政行為の解決が取消訴訟の繫属中にでなく、その提起前に既

1) 原文は「Zurücknahme」である。また、その成立当初から違法と思われる行政行為が問題であることからして、「職権取消」と訳するのが適当であろうかもしれない。しかしながら、行政庁は成立当初に存した違法の瑕疵のみを理由に取消すわけでもないという意味では、既にそれに「撤回」の意を含ませることができるであろう。そのような用例の一つとして、Oskar Tschira / Walter Schmitt-Glaeser, *Verwaltungsprozessrecht, Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung*, 9. Aufl. (1988), S. 81. (以下、本稿では、Tschira / Scmitt-Glaeser, *Verwaltungsprozessrecht.* と記す)。本稿では、後者の点を重視し、差し当たり、「撤回」の語を当てることにしたい。

2) その用例については省略するが、一般には、「遂行的確認訴訟、の語が用いられる。

なお、そのほか、「事後的確認訴訟、については、Tschira / Schmitt-Glaeser, *Verwaltungsprozessrecht*, S. 197; Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch*, 2. Aufl. (1986), S. 663, 「事後的取消訴訟、は、Klaus Obermayer, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts*, 3. Aufl. (1988), S. 200; Erich Eyermann / Ludwig Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 8. Aufl. (1980), Rdnr. 51 zu §113 (以下、本稿では、Eyermann / Fröhler, *VwGO.* と記す), 「転換された取消訴訟、の語については、Tschira / Schmitt-Glaeser, *Verwaltungsprozessrecht*, S.197. にそれぞれみられるほか、——四三条一項 *VwGO* による確認訴訟 (= 「第一次の確認訴訟、) に対応せしめて——「第二次の確認訴訟、(Klaus Müller, *Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung (§113 Abs. 1 Satz 4)*, in: *DÖV* 1965, S. 38ff), 「いわゆる消極の確認訴訟、(Ingo Becker, *Das „berechtigte Interesse“ bei den Feststellungsklagen der VwGO*, in: *MDR* 1972, S. 920ff, (921)) および「延期された取消訴訟、(Elmar Giemulla / Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, *Verwaltungsrecht, Ein Basisbuch*, 1984, S. 338.) の語も散見される。

に生じた場合には、一一三条一項四文 VwGO を類推適用すべきことが広く認められる（後述・二の一参照）。そこで、取消訴訟の提起を前提とせず、したがってまた、その継続という形をとることなくしていきなり提起される違法確認訴訟を、とくに「事後的取消訴訟、ないし「拡張された事後的確認訴訟」と称し、先の意味での「遂行的確認訴訟」から意識的に分けるもの³⁾がみられる⁴⁾。

つぎの二以下で述べるように、訴訟繫属中の解決の場合、継続されるべき取消訴訟についての許容性が問題となる一方、訴訟提起に先立って既に解決が生じた場合には、更に少なくとも、四三条一項 VwGO による「一般的確認訴訟⁵⁾」の適用も議論となりうる。そこで、「遂行的確認訴訟」におけるうへの二つの類型を概念的にも区別することには、確かに、十分な合理的理由が存しよう。しかしながら、本稿では、そうしたことに留意しつつも、より一般的な用語法に倣い、両者を一括して「遂行的確認訴訟」と呼ぶことと

3) Vgl. Obermayer, aaO. (註・2), S. 200; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 197ff., 201ff.

4) なお、用語上区別しているわけではないが、「……一一三条一項四文 VwGO を類推しての訴えの場合、——ここでもこの術語が使用されるにかかわらず——、厳密に考えれば、明らかに遂行的確認訴訟が問題であるのでは決してない。」とのシェンケの指摘も挙げることができる。Wolf-Rüdiger Schenke, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: Hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (474 Fn. 38). (以下, Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage. と記す)。

5) 四三条一項 VwGO に基づく確認訴訟は、一一三条一項四文 VwGO による「遂行的確認訴訟」との対応上、しばしば「一般的確認訴訟」と称される。たとえば, Albert v. Mutius, Verwaltungsprozeßrecht, in: Hrsg. v. dems., Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlagen, 1984, S. 295ff. (324, 337); Obermayer, aaO. (註・2), S. 198; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 186ff.; Friedrich K. Schoch, Fall zu einer verwaltungsprozessualen Klage (Fortsetzungsfeststellungsklage), in: Hrsg. v. Albert v. Mutius, Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Bd. 1, S. 1089ff. (1093); Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl. (1987), S. 87, 141.

する⁶⁾。また、本章の以下においては、主に取消訴訟の提起後に解決された行政行為にかかわる、いいかえれば、一一三条一項四文 VwGO が直後に適用されるところの「遂行的確認訴訟」に関する若干の問題について言及したい。

一 既述のように、取消訴訟提起後の訴訟繫属中に行政行為が解決されたならば、原告は本案解決を宣言し、訴訟費用についての決定を申立てるか、さもなくば、「遂行的確認訴訟」への転換を申立てるかのどちらかを選択することになるが、一先ずここでは、つぎの二つが指摘されねばならない。すなわち、その一は、本訴たる取消請求に並んで、違法確認請求たる「遂行的確認訴訟」を当初から補助的に申立てることが許容されているということである。これについて、たとえばレーデカー／フォン・エルツェン (Konrad Redeker / Hans-Joachim v. Oertzen) は、行政行為の解決に関する判断がもっぱら裁判所に留保されているうえに、取消の本案請求が受理される場合には「遂行的確認訴訟」の申立てが退けられるとの二つの、すなわち、解決概念に関する明確性の欠如と取消訴訟に対する（遂行的）確認訴訟の「補充性」の理由から、「原告は、主たる申立て (Hauptantrag) のほかに、補助的に確認の申立てをも提起することができる⁷⁾。」というのである⁸⁾。

いま一つは、取消訴訟提起後の「遂行的確認訴訟」にかかわって、その転換の申立ては必ずしも明示になされるのを要せず、黙示の申立ても原則とし

6) 後述の前置手続の要否の問題 (参照, 三の二) はともかくも、少なくとも「正当な」利益の存否に懸かる判断の一部において、両者は明確に区別されるべきものと解されるので (参照, 後出・四の二(3)), 筆者自身としては、二つを分けることの方がより説得的と考える。

7) Konrad Redeker / Hans-Joachim v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Aufl (1981), Anm. 13a zu §113 (以下, 本稿では, Redeker / v. Oertzen, VwGO. と記す)

8) 通説的見解であるといえる。Vgl. Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. (1986), Rdnr. 56 zu §113 (以下, 本稿では, Kopp, VwGO. と記す); Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsprozesses, 1975, S. 92f.; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 48 zu §113.

て許容されていることである。この点は、しかしながら、原告が本案の解決後も訴えを取り下げないとか、彼が本案を解決されたと宣する事実に至り「黙示の、推定による転換」を認めようとするのは、「疑わしい」としたコップ (Ferdinand O. Kopp) の見解⁹⁾もみられる。とはいえ、圧倒的に多くの見解は、関係人 (Beteiligter) が既に本案を解決されたと宣言し終えていたときや原告が転換権を放棄した場合を除いて、転換の申立ては、「原告の申し述べるところから取り出されるならば、それで充分である¹⁰⁾と解し、黙示の転換を許容しているのである¹¹⁾。

なお、一旦提起された取消訴訟から「遂行的確認訴訟」への「転換」は、訴えの「変更」と区別されるべきものとされる¹²⁾。すなわち、「他の関係人が同意するとき、または裁判所が……適当と認めるとき」に (九一条一項 VwGO), 第一審手続に限って¹³⁾許容される「変更」と異なり、訴えの「転換」は関係人の同意や裁判所の承認のいずれをも要せずして、しかも上級審においても許容されているのである。

二 ところで、一一三条一項四文 VwGO を (直接に) 適用して「遂行的

9) Kopp, VwGO, Rdnr. 56 zu §113.

10) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 198.

11) 同旨のものとして, Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 48 zu §113; Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 13 zu §113; Obermayer, aaO. (註・2), S. 201; Stern, aaO. (註・5), S. 202.

このほか、シェンケは、申立ての要件は、「解決が生じた場合、当初に行政行為の取消訴訟に向けられた申立てに付加して、違法性の確認を求める申立てが提起されねばならない」と解されるべきで、「取消の申立てのなかに、行政行為の解決の場合にはその違法性を確認するという申立ても常に同時に含まれることは前提とし得ない。」としつつも、個々の特殊事情によっては取消訴訟の提起が解決の際の違法確認の申立てを含むものと解することができる、という (Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 463f.)。したがって、彼の所説もここに掲げうる。

12) 訴えの「転換」がその「変更」と異なることについて, Kopp, VwGO, Rdnr. 56 zu §113; Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 13 zu §113; Achterberg, aaO. (註・2), S. 664; Stern, aaO. (註・5), S. 202. など参照。

13) 訴えの「変更」は、「第一審手続」(行政裁判所法・第九章)に関するものとして規定されている。

確認訴訟、を許容しようとする場合でもっとも議論を呼ぶのは、当該行政行為がいつ「解決された」ものと看做されるかであり、確認を求めるについて原告の有すべき「正当な」利益とはいかなる利益のことをいうのかである。このうち、「正当な」利益の問題は、一一三条一項四文 VwGO の「遂行的確認訴訟」のみにかかわるといふよりも、確認訴訟一般について論ずべき事柄と解されることも考慮し、しかし主要には叙述の便宜から、以下ではもっぱら解決概念のみを扱うことにしたい。

(1) 行政行為が取消訴訟の提起後に解決されたというのは、明文をもって定められる行政庁の撤回¹⁴⁾によるのほか、どのような場合を指しているのだろうか。ここでは、つぎに述べるような二つが交錯していると思われる。すなわち、一つは、行政行為に由来する「(法的) 不利益の消失」に注目しようとするものであり、他の一つは、いわゆる「機能的観点」を容れるものであって、裁判による行政行為の「取消が無意味 (sinnlos) と化した」こと自体に目安を置こうとするものであるといえる。たとえば、アイアーマン/フレーター (Erich Eyermann / Ludwig Fröhler) は第一の立場を代表し、「本案の解決は、行政行為から生じる不利益 (Beschwer) がなくなるときに生じる¹⁵⁾。」とする。同様に、「行政行為から生じる不利益の消失のなかに」「解決の本質」を認めるミュラー (Klaus Müller) は、それ自体のみから不利益を齎す行政行為は稀で、多くは本来の内容を越えて他の法律関係をも基礎づけるとし、こうした行為の場合は、「直接に行政行為のなかに存する(内包的な) 不利益の、時間的経過と結びついた消失が既に解決を惹き起こすか否かは、行政行為の……広範な余効ないし放射効 (Folge- od. Ausstrahlungswirkung) (外延的な不利益) のゆえに、疑問がある¹⁶⁾。」として、この立場をいっそう徹底したかにみえる¹⁷⁾。

14) このことについては、註(1)参照。

15) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 39 zu §113.

16) Müller, aaO.(註・2), S. 39. ただし、後註(32)も参照されたし。

17) どちらかといえばアイアーマン/フレーターに似た見解が、コップによっても唱

一方、こうした見解について、シェンケ (Wolf-Rüdiger Schenke) は、(法的) 不利益の下で何が理解されるべきか、この概念に限定を加えようとすればどこにその境界が引かれうるのかが不明なばかりか、行政行為に由来するいっさいの不利益の消失に固執すれば、逆にそのときは、当該行為の違法確認を求める「正当な」利益が観念し難くなる結果、一一三条一項四文 VwGO の適用領域はほとんど生じないと述べ、「一一三条一項四文 VwGO の意味における解決概念は、機能的観点の下、——行政行為の違法確認のほか——裁判による行政行為の取消が無意味となってしまった……諸ケースをいう、とのみ解釈されうる。」と説き¹⁸⁾、うへの第二の立場を主張した。この立場は、エリクゼン (Hans-Uwe Erichsen) によって明白に支持される¹⁹⁾ほか、レーデカー/フォン・エルツェン²⁰⁾やチーラ/シュミット・グラーゼ²¹⁾ (Oskar Tschira / Walter Schmitt-Glaeser) 等²²⁾の論者からも支持されるものと思われる。

以上のように、行政行為の解決概念をめぐるには、異なる二つの立場が唱えられる。また、論者によっては第一のものをもって「通説」と称す者²³⁾も

えられる。すなわち、「本案解決は、行政行為に結びついた法的不利益が事後的に——つまり、提訴後ないしはいずれにしても係争行政行為が発せられて後、その口頭審理の終結前に——消失するか、あるいはとにかく裁判所の判決時点にもはや存しないか、さもなくば焦眉 (aktuell) でないとき」、「または、その他の理由からもしや取消をもってしては原告を益するところがないときに存する。」と。Kopp, VwGO, Rdnr. 51 zu §113.

18) Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln, in: Jura 1980, S. 133ff. (133f. und Fn. 4) (以下, Schenke, Rechtsschutz. と記す). Vgl. auch dens., Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 462f.

19) Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. (1984), S. 140 Fn. 5.

20) Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 13 zu §107.

21) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 81.

22) 更にまた, Obermayer, aaO. (註・2), S. 200; v. Mutius, aaO. (註・5), S. 328. も挙げうる。

23) Kopp, VwGO, Rdnr. 51 zu §113.

あるが、学説のみに限定すれば、かえって第二の立場を示すものが多数であろうし、もしくは解決概念に関する諸見解は「統一的でない²⁴⁾」、と述べるに過ぎないであろう²⁵⁾。それゆえ、むしろ、どのような場合に行政行為は解決されたとみられるのかを、具体的または個々の場合に追求することの方がとりあえずは有効なように考えられる。

(2) そこで、こうした問題について、一先ず、アイアーマン／フレーラーの例示²⁶⁾に従えば、係争行政行為の撤回や他の行政行為による代替 (Ersetzung), 法改正 (Rechtsänderung), 時間の経過, 一身専属的 (höchstpersönlich) 権利の際の関係人 (Beteiligter) の死亡あるいは規律客体の消失により、行政行為は解決されるほか、集会の解散のような警察上の事実行為におけるごとく、不利益が執行でもって尽くされる場合とか、利害関係人が新たな継続した (auf die Dauer bestimmt) 状態を任意に創出した場合²⁷⁾を挙げることができる²⁸⁾。また、コップも概ねこれらの例を挙示しながら²⁹⁾、執行による解決のケースについて付言し、「行政行為の執行の際は、執行の取消 (Rückgängigmachung) が考慮に入り、客観的にみてそれが有意義に思われるときや、職業上の能力 (Möglichkeit) の侵害などのように、行政行為のその他の

24) Martens, aaO. (註・8), S. 92. Vgl. auch Redeker / v. Oertzen, Anm. 13a zu §113; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 81.

25) 因に、ここにおいては、本訴たる取消請求に並んで一一三条一項四文 VwGO による「遂行的確認訴訟」を当初から補助的に申立てることが許容されうべき根拠の一つに、解決概念の不明確を挙げる見解 (参照, 註(7)に該当の本文) が想起されてよい。

26) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 39 zu §113.

27) この具体例としては、他のホッホシューレへの就学の割当てと原告によるこれの認諾という、コップの例を挙げることができようか。Kopp, VwGO, Rdnr. 51 zu §113.

28) なお、「撤回」、「利害関係人の死亡」、「時間の経過または行政行為にとって決定的な事実状況の変化」、「他の行政行為による行政行為の代替」および「法改正」に基づく解決についての具体的な検討に関しては、Müller, aaO. (註・2), S. 38ff. 参照。

29) Vgl. Kopp, VwGO, Rdnr. 51 zu §113.

直接的・法的影響が存続し、その限りで原告がなおも不利益を被るとき、そしてまた、そのような限りにおいては、いかなる解決も問題とならず、ただ、「執行の瞬時に汲み尽くされる措置を執行するとき（場所からの退去としての警棒による一撃）」や、「原告が一度だけの行為にかからしめられる命令または禁止に任意に従ったとき」は行政行為の解決が存する³⁰⁾、という。

つぎに、第二の「機能的観点」に基づくシェンケの所説でも、行政行為は撤回や他の代替行為のゆえに解決されたり、時間の経過や行政行為の発出後に生じた変化から規律客体がなくなることによっても解決される。なぜならば、そうこうするうちに終えられた警察上の調査処分や特定日に予定された集会の禁止処分のように、時間の経過による場合とか、一身専属的な義務賦課行為における義務者の死亡や家屋所有者に建築警察上の理由から一定の負担を課する際の家屋の消失のように、行政行為発出後の変化のゆえに規律客体がなくなった場合、その取消は無意味であり、権利保護の必要を欠くことにもなるからである³¹⁾。

(3) かくして、一方においては、基本的な立場のちがいこそあれ、どのような場合に行政行為が解決されたことになるのかという具体の考察に関する限り、両者に顕著な差異はほとんどみられない、ということができよう。しかしながら、他方では、たとえばデモ参加者に対する警察官の直接強制の差別的適用のようなケースをめぐって、意見が分かれうるのであろう。というのは、行政（の）行為に付着した「(法的) 不利益の消失」に手がかりを求める第一の立場に即していえば、デモ参加者の尊厳または名誉の継続的侵害の点で、ここでの解決は否認されるはずのものであろうのに³²⁾、そうした見解は、第二の立場からすれば、「一一三条一項四文 VwGO を実際には空に

30) Ebenda, Rdnr. 52 zu §113.

31) Schenke, Rechtsschutz, S. 133ff.

32) この点については、若干の説明または留保を要しよう。すなわち、ミュラーは、いうところの「余効ないし放射効」または「外延的な不利益」を伴う行政行為につき、「文法に即した一一三条一項四文 VwGO の解釈の場合には、ここでも、直接に行政行為から生じる内包的な不利益のみを目指し、以後の (ferner) 法律関係の基

させるであろう³³⁾。」からである。なぜならば、このようなケースの違法確認利益は行政（の）行為から生じる副次的または後続的影響にのみ求められるのであって、それにもかかわらず、これを否定せんとするならば、一一三条一項四文 VwGO の適用領域がほとんど生じなくなるからである。

そこで、基本的視角における既述の差異をかかると例示のうで認識するとき、より以上の問題は、果たしてそのような差異が何ゆえに生ずるのかにある。そして、それについて結論的にのみいえば、一つには、取消訴訟に対する（遂行的）確認訴訟の「補充性」の原則³⁴⁾をどのように考えるのか、ということがあるように思われる。すなわち、（遂行的）確認訴訟の「補充性」を厳格に捉えようとするれば、取消訴訟にとっての余地が残される限りにおいて、遂行的確認訴訟、を認めることには消極的になるであろうし、逆に、原告の救済上の便宜ということに重きを置くとするならば、遂行的確認訴訟、に対する抑止的な処し方に十分な理由を見い出すことができなくなるにちがいない、と思われるのである。

礎づけないしは条件づけに存する外延的な不利益を考慮外に置くということは、理解できる。しかしながら、かかる文言解釈は有意義でない。というのは、それは法的連関を無視するからである。——中略——。訴訟的解決概念にとって、なるほど、紛争対象が決定的である。法的紛争の対象は……明らかに内包的な不利益であって、外延的なそれではない。しかしながら、一一三条一項四文 VwGO は、権利保護の理由からつくり出された訴訟上特別の解決ケースである。このことは、いずれにしても、現にある外延的な不利益をも解決の判断に引き入れるということを排除しない。」という。Müller, aaO. (註・2), S. 39. したがって、ミュラーの場合、本文に述べたことがそのまま妥当しよう。

これに対し、アイアーマン/フレーターやコップによって掲げられる例示は、こうした帰結を導かないものと考えられる。そこで、そのような限りでは、彼らをミュラーと同様に扱えないであろう。理論的には、行政行為から生じる「不利益」の消失か、そこから直接に生じる「法的不利益」のそれかのちがいに帰せられるように思われるが、同時にまた、基本的な視角におけるちがいほどには具体的な差異が現れないことの証左であるともいえる。

33) Schenke, Rechtsschutz, S. 134.

34) 取消訴訟に対する——遂行的確認訴訟、を含む——確認訴訟の「補充性」原則については、後出・二の二(2)および三の註(4)参照。

以上、一一三条一項四文 VwGO が直接に適用されることにより、`遂行的確認訴訟、が可能となりうる場合に限って、それに付随する若干の問題を取り上げ、整理してみた。このような`遂行的確認訴訟、は、既に述べたように、取消訴訟が提起されて後の判決前、厳密には、口頭審理終結前——書面手続では、到達につき定められた期間の経過前——に行政行為の解決が生じた場合に限られる。したがって、行政行為の解決が取消訴訟の提起に先立って生じたケースでは、本条の直接の適用は排さざるを得なくなる。つぎの二で取り上げる一一三条一項四文 VwGO の類推適用に基づく`遂行的確認訴訟、は、まさにこのような場合に主張されるものである。

二 `遂行的確認訴訟、(2)——一一三条一項四文 VwGO 類推適用

一一三条一項四文 VwGO の類推適用という場合、一般には、つぎの二つが区別される。すわわち、一つは、取消訴訟の繫属を念頭に置いた先の一の場合と異なって、その提起を俟たずに解決されたときに一一三条一項四文 VwGO の適用を考慮することができるかであり、二つは、たとえば建築許可を求める義務づけ訴訟の繫属中に原告に不利な法改正が生じた場合に、原告は一一三条一項四文 VwGO の類推をもって申請時に許可交付を求める請求権を有したことの確認を——補助的にも——申立てることができるのかというケース¹⁾のごとく、取消訴訟以外の訴訟の提起後に本案が解決されたときも一一三条一項四文 VwGO が適用されるのか、また、取消訴訟以外のいかなる訴訟類型に適用できるのかである。以下では、本稿のそもそもの関心に照らして、前者のケースのみを扱うことにしたい²⁾。

1) このケースについて、八〇年一〇月二四日の連邦行政裁判所判決 (BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1980, BVerwGE 61,128) は、一一三条一項四文 VwGO の類推適用を肯定した。

なお、本稿で触れることができないが、一一三条一項四文 VwGO の類推適用については、更に、取消訴訟以外の訴訟の提起に先立って既に本案が解決されたところの、いわゆる「二重に類推しての適用³⁾」のケースや、行政行為以外のいかなる行政作用について適用できるのかといった問題も検討に値するであろう⁴⁾。

一 たとい明文の規定でもって明らかでなくとも、その文言ならびに行政

2) 因に、取消訴訟以外のいかなる訴訟類型に一一三条一項四文 VwGO を類推適用できるかという問題については、許可等の拒否処分または怠る行政行為の着手が無意味となった後、つまり、許可等がなされたにしても、その後にそれが撤回等により解決されたであろう限りにおいて、義務づけ訴訟の場合にこれを首肯するのが通説であるといえる。Vgl. Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 18 zu §113, Anm. 17 zu §43; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 201 (auch Fn. 16); Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln, in: Jura 1980, S. 133ff. (144) (以下, Schenke, Rechtsschutz. と記す); Klaus Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3. Aufl. (1988), S. 201; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51a zu §113; Kopp, VwGO, Rdnr. 107 zu §113; Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozessrecht, Ein Studienbuch, 9. Aufl. (1987), S. 255. (以下, 本稿では, Ule, Verwaltungsprozessrecht. と記す); Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 158; Klaus Müller, Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung (§113 Abs. 1 Satz 4), in: DÖV 1965, S. 38ff. (40ff.); Karl Heinz Klein, Gutachten und Urteil im Verwaltungsprozeß, 3. Aufl. (1987), S. 68; Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl. (1987), S. 90f.

これに対し、一般的給付訴訟については議論の余地がある (Vgl. Elmar Giemulla / Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, Verwaltungsrecht, Ein Basisbuch, 1984, S. 338.)。否定説として, Kopp, VwGO, Rdnr. 48 zu §113; Albert v. Mutius, Verwaltungsprozeßrecht, in: Hrsg. v. dems., Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlagen, 1984, S. 295ff. (328), 肯定説として, Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 18 zu §113; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51a zu §113. を例示することができる。

3) Friedrich K. Schoch, Fall zu einer verwaltungsprozessualen Klage (Fortsetzungsfeststellungsklage), in: Hrsg. v. Albert v. Mutius, Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlagen, 1984, S. 1089ff. (1095). Vgl. auch Kopp, VwGO, Rdnr. 109 zu §113; Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 18 zu §113; Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S. 239; Stern, aaO. (註・2), S. 91.

裁判所法上の体系的な位置からは、再三述べるように、一一三条一項四文 VwGO の適用が直接には取消訴訟の場合のみに限られ、しかも、その提起後の行政行為の解決に限られることが生じるにちがいない⁵⁾。また、そうであれば、行政行為の解決が取消訴訟の提起以前に生じたケースに一一三条一項四文 VwGO を類推適用するということが、何ゆえに要請されねばならず、あるいは法的に許容されるべきものとされるのであろうか。若干の説明を要しよう。

たとえばシェンケは、うえのような場合に一一三条一項四文 VwGO の類推適用を排除することになれば、それは、基本法一九条四項における権利保護の保障に照らすと、単に「法政策的な誤りであるのみならず、権利保護の真の欠缺として評さ」ざるを得ないが、裁判所は、そうした「立法者の懈怠に際しては、現にある権利保護の欠缺を手続法律の拡張で……塞ぐ」ことを求められるべきだ⁶⁾、という。一方、アイアーマン／フレラーは、法的救済の有無を原告の責めに因らない解決時点の如何に懸からしめることを回避

4) この問題については、Ludwig Renck, Verwaltungsakt und Feststellungsklage—BVerwGE 26,161, in: JuS 1970, S. 113ff. (114f.). およびとりわけ, Schenke, Rechtsschutz, S. 145; ders., Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: Hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (474F.) (以下, Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage. と記す) を参照。

因に、シェンケの上記二論文は、`遂行的確認訴訟`の、取消訴訟（および義務づけ訴訟）への体系的整序ということを根拠に、行政行為たる性質に欠ける事実行為またはその他の行政作用にまで一一三条一項四文 VwGO の適用を首肯することはできない、という。同旨、Kopp, VwGO, Rdnr. 48 zu §113.

5) Vgl. z.B. Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. (1984), S. 140; Ingo Becker, Die Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt im Falle eines Versammlungsverbots, in: MDR 1973, S. 981ff. (981f.); Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 198; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51 zu §113; Kopp, VwGO, Rdnr. 47 zu §113; Schenke, Rechtsschutz, S. 136; Schoch, aaO. (註・3), S. 1094; Stern, aaO. (註・2), S. 90.

6) Schenke, Rechtsschutz, S. 136f.

するとの趣旨で、行政行為の「解決が区別をもって (unterschiedlich) 扱われるとする理由は、決して明らかでなく、——殊に、寿命の短い行政行為にあっては——取消の訴えが行政行為の解決時に既に提起されているか否かが、しばしば偶然もしくは多少なりとも速やかな行政庁の処理に左右されるだけに、況してなお更」明らかでない⁷⁾、とするのである。

要するに、「——三条一項四文 VwGO が訴えの提起以前に解決された行政行為のケースを捉えず、……行政行為の違法性が法律で定められた他の訴訟によっても原則として確認され得ないならば、訴えの提起以前に解決された行政行為の権利保護に関し、欠缺が存す」ることになって、そうして、基本法一九条四項の包括的な権利保護保障の見地に立って、このような「欠缺」を「見込みはずれ」(planwidrig)と看做し、それを——三条一項四文 VwGO の「類推によって塞ぐこと」を許容しようとするのであり、その際、かかるごとき考慮にとって、「解決のゆえに行政行為がもはや裁判的に取消され得ないということが、本質的であり、逆に、「——三条一項四文 VwGO において規定されたところの、訴えの提起前の解決という要件は、本質的なものではない⁸⁾、というのである。

7) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 103 zu §42.

8) Erichsen, aaO.(註・5), S. 142.

なお、エリクゼンによって引かれる六六年のハンブルク上級行政裁判所判決は、集会の予定期日が経過してしまった集会禁止処分について、それまでの判例とちがって、取消訴訟ではなく、——三条一項四文 VwGO の類推適用を許容したものであって、つぎのように述べたことは参照に値しよう。すなわち、これによれば、原審が主張した見解は、「時間にかかわる行政行為、殊に集会の禁止の場合にも、訴訟提起時においてその都度考慮に入る時点が既に過ぎ去っていたときは、行政裁判所による権利保護がもはや与えられない、との結論に至ることになる。[しかしながら……引用者]権利保護のかように重大な制限は、権利保護の無欠缺性を保障する基本法一九条四項に違背」し、かえって、「一定の領域において権利保護を完全に排除し、もしくは実効なくしめるであろうところの規律は、……違憲・無効とみられ」るべきである。とはいえ、このことは、——三条一項四文 VwGO が直接に適用できないときにその準用をも排除することを意味しない。「それはつぎのような場合である。すなわち、訴訟提起後にはじめて解決された行政行為のケースと

かくて、ほとんど争いなき見解⁹⁾によれば、取消訴訟の提起に先立って行政行為が既に解決されたときは、一一三条一項四文 VwGO を類推適用することが憲法的 (=基本法一九条四項) に要請され、一一三条一項四文 VwGO の趣旨または目的からもそれが許容されると解されているのである。

二 ところで、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為のケースをめぐっては、これに四三条一項 VwGO を適用することにより、^ミ一般的確認訴訟¹⁰⁾ を考慮に入れることができないかという、いま一つの問題も提起されうる。それというのも、「まったくの通説的見解が、何ゆえに、法的繫属 (Rechtsabhängigkeit) 以前に既に解決された行政行為の違法確認を求める訴えを一一三条一項四文 VwGO の類推適用においてのみ許容し、四三条 VwGO を適用しようとししないのか」、との疑問から一步を進め、解決された行政行為が何らの法効果も発せず、その取消ももはや必要でないとしても、「それでもなお、行政法関係から生じる権利および義務を行政庁が行政行為のなかで適切に具体化したのか否かの確認」が可能であり、この「訴訟物 (Streitgegenstand) は、四三条 VwGO による確認訴訟の対象と決して異な

同様に、訴訟の提起以前に解決された行政行為にあって、違法性の確認につき正当な利益が存しうる場合である。この訴えの許容性は、これらの場合、行政行為が訴訟の提起に先立ってすぐさま解決されたのか、それともその提起後にはじめてか、という偶然に制約される前提の如何に因ることはできない。」と。OVG Hamburg, Urt. v. 22. 4. 1966, in: DVBl 1967, S. 422ff. (423,424).

9) Vgl. v. Mutius, aaO. (註・2), S. 328, 339f.; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 202f.; Kopp, VwGO, Rdnr. 47 zu §113; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51 zu §113; Obermayer, aaO. (註・2), S. 200; Redeker / v. Oertzen, Anm. 17 zu §113, Anm. 17 zu §43; Becker, aaO. (註・5), S. 982; Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 466, 474; Schoch, aaO. (註・3), S. 1094f.; Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 258; Klein, aaO. (註・2), S. 68; Stern, aaO. (註・2), S. 90; Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. (1986), S. 663; Horst Suckow, Allgemeines Verwaltungs- und Verfahrensrecht, Grundriß für die Ausbildung und Fortbildung, 7. Aufl. (1987), S. 144.; Georg Scholz, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl. (1987), S. 42.

10) ^ミ一般的確認訴訟、の語については、一の註(5)を参照されたい。

らない。」こと¹¹⁾が述べられるからである¹²⁾。したがって、ここでは、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為への四三条一項 VwGO の適用の是非に関する論議に立ち入ることにしよう。その際、四三条一項 VwGO によれば、即時確定につき「正当な」利益を有すときは、原告は、「訴えにより、法律関係の存否または行政行為の無効の確認を求めることができる」が、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為の場合、その「無効」の確認はこれを措くことができるので、以下では、四三条一項 VwGO をもって「法律関係の存否」に関する確認訴訟のことを念頭に置くことができる。

(1) そこで、まず最初に、取消訴訟の提起以前に生じた解決の場合の訴えがいかなるもの確認に向けられるものであるのかについて、ひと言触れる必要がある。なぜならば、四三条一項 VwGO の適用を排除するのに当たり、行政行為それ自体は決して法律関係であるのではなく、それが行政行為によってつくられるだけであり、したがってまた、行政行為の解決後は行政庁と原告との法律関係そのものが存しないとして、法律関係を構成せんとする試みを退けんとすること¹³⁾が想起されるであろうからである。

もっとも、四三条一項 VwGO による確認の訴えがかかる考慮のみから排除されるかどうかは、疑問でありうる。いいかえれば、解決された行政行為においては、法律関係の存否に関する確認よりも行政行為の発出に懸かる違法性の確認が問題であって、解決された行政行為を通じて形成された法律関

11) Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsprozesses, 1975, S. 91.

12) 似たような指摘として, Hans Schrödter, Anmerkung, in: DVBl. 1973, S. 365f. (366); Renck, aaO. (註・4), S. 116f. も参照。

13) こうした見解を説いて, ベッカー曰く, 「四三条一項 VwGO の適用にとって…その前提要件が欠ける。というのは, 行政行為の解決後には行政庁と原告との間の法律関係が存しないからである。」「行政行為は, 仮にそれが個別の法律関係を根拠づけることがあるにしても, 決して独立の法律関係であるのではなく, 単に個々の措置に過ぎない。法律関係を構成せんとするいっさいの試みは, 説得的でない。」と。Becker, aaO. (註・5), S. 981 (auch S. 982). 同様に, Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 258. 更に参照, Renck, auch. (註・4), S. 116; Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 16 zu § 43.

係というよりも、この法律関係に「先行せしめられる」(vorgelagert)法律関係が目指されること¹⁴⁾に留意すべきである。つまり、ここでは、「行政行為の発出に先立って国と市民との間に存する法律関係の確認¹⁵⁾」が、より具体的には、「解決された行政行為を市民に対して発することについての、国の無権限の確認¹⁶⁾」、または、「権限ある団体(Körperschaft)が対応する行政行為を発する義務を有し、権能を有した(あるいは、それらを有しなかった)ことの確認が、かくて同時に、その〔行政行為の……引用者〕適法性(または違法性)の確認¹⁷⁾¹⁸⁾」が焦眉の点でなければならないのである¹⁹⁾。それというのも、過去に存する法律関係もそれ自体で裁判的確認を免れうるものではないからである²⁰⁾。

(2) とはいえ、しかしながら、第一に、解決された行政行為の違法確認訴訟におけるうえのような目的は、四三条一項 VwGO の「一般的確認訴訟」をもってしてはなおも獲得され得ないであろう。そもそも、無効以外の行政行為は違法であっても効力をもち(=有効である)²¹⁾、法律関係を基礎づけ、もしくは当事者間の法律関係を規律するのである。したがって、違法であるにもかかわらず、有効な、解決された行政行為が根拠づける法律関係は存否

14) Schenke, Rechtsschutz, S. 137f.

15) Ebenda, S. 138.

16) Ebenda, S. 139.

17) Erichsen, aaO.(註・5), S. 141.

18) そのほかに、シュレッターをもってすれば、「解決された行政行為そのものは決して……法律関係でないので、原告は、被告が一定の行政行為を発する義務を負うたか、またはその権能をもたなかったとの確認を求めなければならない。」(Schrödter, aaO.(註・12), S. 366)ということになるし、レンクをもってするならば、「取消以前に解決された行政行為の違法性の確認は……法律関係の確認の一つの適用事例に過ぎない。」ということになるのであろう(Renck, aaO.(註・4), S. 117)。

19) 同様の指摘として、更に参照, Schoch, aaO.(註・3), S. 1093.

20) Vgl. Schenke, Rechtsschutz, S. 138; Schrödter, aaO.(註・11), S. 366; Kopp, VwGO, Rdnr. 18 zu §43.

21) 西ドイツ行政手続法四三条三項によれば、「無効の行政行為は効力を有しない(unwirksam)」ので、無効以外の行政行為は逆に効力を有することになるのである。

の確認に馴染まず、逆にまた、存否の確認を指向する訴えは無効の行政行為にかかわるのであって、解決された行政行為の違法性そのものの問題とはかわらないままであるからである²²⁾。

第二に、解決された行政行為によって形成された法律関係の存否を指向するのではなく、これに「先行せしめられる」法律関係、具体的には、解決された行政行為の発出に懸かる行政庁の無権限についての確認ないし行政行為の違法性の確認を求める訴えといえども、四三条一項 VwGO の下では依然として疑問であろう。というのは、一つに、権利保護保障の有り様が解決の偶発的な時点に決定的に左右されるとみるのは、妥当性に欠けるからである。いいかえれば、取消訴訟の提起後に行政行為が解決されるならば、一一三条一項四文 VwGO が直接に適用されるので、ここでは取消訴訟に関する訴訟要件の遵守が求められるのに対し、その提起に先立って既に生じた解決の場合は四三条一項 VwGO に基づく権利保護が図られる結果、そこでは取消訴訟要件と本質的に異なる要件が妥当せしめられる²³⁾ ことにならざるを得ないからである。それとも、事物において同一の権利保護請求が、生ずべく解決の時点を支配する偶然性のゆえに、訴訟要件における重大な差異を甘受すべきであろうか。

二つに、行政裁判所法の関連諸条項もうえのような理解に立ってはじめて、

22) Vgl. Schenke, Rechtsschutz, S. 138; Erichsen, aaO. (註・5), S. 141; Schoch, aaO. (註・3), S. 1093.

なお、行政行為の違法性の確認が四三条一項 VwGO の「一般的確認訴訟」をもって求められ得ないとの結論のみについては、更に、Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 158, 213; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 189; Kopp, VwGO, Rdnr. 22 zu §43; Redeker / v. Oertzen, Anm. 16 zu §43. 若干異なるものとして、Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 8 zu §43. また、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為の、四三条一項 VwGO による違法確認訴訟を許容するものとして、Renck, aaO. (註・4), S. 116f. (insbes. S. 117).

23) 一例を挙げれば、四二条二項 VwGO が規定する訴訟追行権 (Klagebefugnis) は、一一三条一項四文 VwGO の「遂行的確認訴訟」にとって欠くことができないのに対して、四三条一項 VwGO による「一般的確認訴訟」においては、そのようなことは前提されていない。この点は、更に、後述・三の一およびそこでの註(12)も参照。

つぎのように体系的に把握されるからである。すなわち、四三条二項一文 VwGO が、「確認は、原告が形成または給付の訴えによりその権利を追行できる場合、またはこれを追行することができた場合には、求めることができない。」と規定するように、四三条一項 VwGO の「一般的確認訴訟」は形成訴訟、わけても取消訴訟に対し「補充的」な関係にあることが窺える。あるいは、別にいえば、四三条二項一文 VwGO の意味は、「行政裁判所による一般的確認訴訟を許容することにより、取消訴訟に固有の許容要件が回避されてはならないとすることにあ」る²⁴⁾。とすれば、本節冒頭の指摘²⁵⁾に反し、「遂行的確認訴訟」は実質的に取消訴訟に類似し²⁶⁾、そのことが一一三条一項四文 VwGO によっても前提されているとみななければならない。したがって、「遂行的確認訴訟」のために四三条一項一文 VwGO を援用しようとするのは、まさに四三条二項一文 VwGO の立法趣旨を没却せしめる意義をもつことになろう。それゆえ、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為の違法確認のために、四三条一項 VwGO を引き合いに出そうとするのは、訴訟法規定の体系的把握の点からも、疑問に思われるのである²⁷⁾。

三 「遂行的確認訴訟」の許容性(1) —— 特別の本案判決要件¹⁾

これまで述べてきたように、一一三条一項四文 VwGO を直接に適用する

24) Schenke, Rechtsschutz, S. 139. Vgl. auch Schoch, aaO. (註・3), S. 1093; Stern, aaO. (註・2), S. 143.

25) 註(11)を付した本文ならびに註(12)の文献参照。

26) この点に関しては、後述・三において若干詳しく触れる。

27) なお、参考までに、レーデカー／フォン・エルツェンの述べるところによれば、一一三条一項四文 VwGO が広く適用されることにより、行政行為については無効の確認のみを許容する四三条一項 VwGO の制限が、「実際には無意味になる。」とされる。Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 17 zu §43.

1) 「特別の本案判決要件」の語については、差し当たり、Hans-Uwe Erichsen,

のであれ、類推によって適用するのであろうとも、遅くとも取消訴訟についての判決以前、厳密には、口頭審理の終結以前に行政行為が解決された場合であって、当該行政行為の違法性の確認につき「正当な」利益が首肯されるときは、原告は「遂行的確認訴訟」を申立てることが認められる。したがって、今や、「遂行的確認訴訟」の許容性が懸からしめられる「正当な」利益概念について、明らかにすべきかもしれない。

ところで、一一三条一項四文 VwGO が本来的に念頭に置くところの、取消訴訟の提起後その判決前に生じた解決にあつては、当初の取消訴訟から「遂行的確認訴訟」への転換が原告の申立てによってなされ、そうしてその際、行政行為の解決以前に提起された取消訴訟が許容されなかったにもかかわらず、解決後に転換された「遂行的確認訴訟」の方は訴訟要件を充たし、それ自体として許容されるならば、それは奇妙なことというべきだろう²⁾。また、そのようなことが無制約に受容されねばならぬとしたら、取消訴訟の許否について定められる厳格な要件はほとんど空洞化されるに等しかろう³⁾。同じようなことは、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為の場合についても、原則的に妥当せねばならぬ。

Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. (1984), S. 142; Friedrich K. Schoch, Fall zu einer verwaltungsprozessualen Klage (Fortsetzungsfeststellungsklage), in: Hrsg. v. Albert v. Mutius, Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlage, 1984, S. 1089ff. (1095); Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 197; Albert v. Mutius, Verwaltungsprozessrecht, in: Hrsg. v. dems., Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlage, S. 295ff. (331f., 339) 参照。

2) 「なぜならば、行政行為の解決により、原告は、解決が生じなかったであろうときに存したよりも良好な状態に置かれることはできないからである。」 v. Mutius, aaO. (註・1), S. 338.

3) Vgl. Schoch, aaO. (註・1), S. 1096.

なお、シュテルンによれば、「取消訴訟および義務づけ訴訟について適用される特別の規律の浸潤を妨げることに」、「補充性条項の目的がある。」という。Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl. (1987), S. 143.

本章では、便宜上、取消訴訟との同質性またはそれに対する「補充性」の原則⁴⁾に懸かる、`遂行的確認訴訟、に関するこのような特別の本案判決要件の問題のみを取り上げ、解決された行政行為の違法確認について求められる「正当な」利益の概念に関しては、つぎの四で言及することにしたい。

一 遅くとも判決以前の取消訴訟の繫属中に行政行為が解決された場合、原告に当該行為の違法確認についての「正当な」利益が認められるときは、一一三条一項四文 VwGO の明示の規定による限り、解決された行政行為の適法性または違法性が確認されてよいようにみえる。かかる理解に対しては、しかしながら、直ちに呼応することができないであろう。

こうした問題について、コップは、`遂行的確認訴訟、の際には、「事物によれば確認判決が問題でなくて、取消判決の一つのケース (Unterfall) が問題となるので、他に取消訴訟について規定されたすべての訴訟要件も充たされなければならない⁵⁾。」という。また、ティーラ/シュミット・グレーザーの所説でも、「実体的にのみ、しかしながら訴訟的には確認訴訟でないところの`遂行的確認訴訟、においては、「まず当座に提起された取消訴訟にとって必要とされる本案判決要件 (Sachentscheidungs voraussetzung) がなければならない。このことは、事後的確認訴訟 [提訴後に生じた行政行為の解決の際の`遂行的確認訴訟、のこと……引用者] が『転換された』 (umgestellt) 取消訴訟に他ならず、また、かかる転換がまず第一に取消訴訟の許容性を不可避免的に前提するところからでてくる⁶⁾。」ことが述べられる。

4) `一般的確認訴訟、についてと同様に、`遂行的確認訴訟、にとっても「補充性」原則が妥当すべきものとされる。すなわち、既にみたように (二の二(2)参照)、四三条二項一文 VwGO は、形成または給付の訴えにより権利を追求できるときは確認の訴えを許さない旨を定め、形成訴訟を意味する取消訴訟に対しての、`一般的確認訴訟、の「補充性」を明らかにする。そして、この原則が`遂行的確認訴訟、においても威力を発揮すると解されるが、その詳細については必ずしも一定しないものと思われる。

5) Kopp, VwGO, Rdnr. 47 zu §113.

6) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 197.

一方、取消訴訟の提起に先立って生じた行政行為の解決の場合、すなわち、一一三条一項四文 VwGO の類推適用が考慮される場合に限ってみれば、
 「……遂行的確認訴訟が原則として四二条一項 VwGO による取消訴訟と同一の本案判決要件を充たさねばならぬ。」とのことが、ここでも妥当するの
 か否かが議論になるが、「……一一三条一項四文 VwGO の類推ということは、一一三条一項四文 VwGO により直接に把握される訴えとその類推によ
 って把握される訴えとを、それらの特別の本案判決要件に関し、等しく取
 り扱うことを要請す」るのであって、「ここから、一一三条一項四文 VwGO
 の類推によって提起される遂行的確認訴訟は、行政行為が解決されなかった
 場合に提起されたであろうところの取消訴訟が許容されなかったときは、原
 則として許されないということが生じる⁷⁾。」とか、「一一三条一項四文
 VwGO で直接に規律される遂行的確認訴訟にとり、まったくの通説によれ
 ば、取消訴訟について求められるあれらすべての許容要件が……必要とさ
 れ」るが、「……一一三条一項四文 VwGO の訴えと取消訴訟とに存する上
 述の緊密な同質性 (Verwandtschaft) に直面するとき、同一のことが、首尾
 一貫して、提訴以前に解決された行政行為に一一三条一項四文 VwGO の類
 推によって与えられる権利保護にも妥当しなければならない⁸⁾。」とされたり
 するのである。

これら若干の引用からも既に判るとおり、遂行的確認訴訟、が、一旦提
 起された取消訴訟または解決時点の如何によっては提起されたであろうとこ
 ろの取消訴訟の要件を、自らも充足せしめなければならないことには、一般
 に、何らの異議もみられない⁹⁾。そして、そのようなことは、行政裁判所法

7) Erichsen, aaO. (註・1), S. 143.

8) Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln, in: Jura 1980, S. 133ff.(140) (以下, Schenke, Rechtsschutz. と記す) .

9) 更に参照されるべきものとして, Schoch, aaO. (註・1), S. 1096; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51 zu §113; Wolf-Rüdiger Schenke, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: Hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für

における権利保護の体系的な理解から根拠づけられている。つまり、一一三条一項四文 VwGO の、一一三条一項一文 VwGO に対する体系的な関連やそこから生じる「遂行的確認訴訟」と取消訴訟との同質性ないしは後者に対する前者の「補充性」は、自ら取消訴訟として許されない訴えが、「遂行的確認訴訟」としては許容されるのを禁止するであろうし、そもそも、それらはかかる場合の転換を妨げるべきものと解される¹⁰⁾。のみならず、このような実定制度上にみられる取消訴訟との関係は、ある意味で、(遂行的)確認訴訟そのものの性質からも導かれる。それというのも、行政行為の取消が、「同時に、行政行為の違法性に関する推論上の、確定力に成り行く (konkludent, in Rechtskraft erwachsen) 確認を内包す」る限りでは、解決された行政行為の違法性に向けられる「遂行的確認訴訟」は取消訴訟に通じる性質を備えるものと理解される¹¹⁾からである。

かくして、一一三条一項四文 VwGO の行政裁判所法上の位置またはその体系的な理解、および／または取消訴訟に対する「遂行的確認訴訟」の同質性ないしは「補充性」の原則に基づけば、「遂行的確認訴訟」が本案判決へと至りうるには、原則として、取消訴訟について定められる訴訟要件を充たすことが不可避となるのである。具体的には、原告の訴訟追行権 (Klagebefugnis)、前置手続の実施もしくは異議審査請求および出訴に関する期間の遵守の諸要件¹²⁾を、主なものとして挙げるができる。したがって、取消

Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (467) (以下, Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage. と記す) ; Klalus Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3. Aufl. (1988), S. 219; Georg Scholz, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl. (1987), S. 40.

10) Vgl. z. B. Schoch, aaO. (註・1), S. 1093; Schenke, Rechtsschutz, S. 140.

11) Vgl. z. B. Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 466.

12) Vgl. Kopp, VwGO, Rdnr. 47 zu §113; Schenke, Rechtsschutz, S. 140; v. Mutius, aaO. (註・1), S. 339.

なお、これらの諸要件が四三条一項 VwGO による「一般的確認訴訟」の場合に要求されないことに関しては、議論の余地はない。差し当たり参照, Kopp, VwGO, Rdnr.16 zu §43.

訴訟の提起後に解決された行政行為の違法性を確認しようとするれば、異議審査請求の不成就 (Erfolglosigkeit) を前提に¹³⁾、解決以前に提起された取消訴訟が訴訟追行権ある者によって出訴期間内に提起されていなければならないことになる。そして、この限りにおいて、異論はまったくみられない。問題は、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為の場合に存するのであって、出訴期間内に訴訟追行権ある者によって提起されるべきことは当然としても、前置手続の実施、すなわち、異議審査請求の不成就がここでも不可欠の要件であるのか否かに関しては、容易ならぬ対立が認められる。

二 (1) 一一三条一項四文 VwGO による 遂行的確認訴訟、を許容するには、取消訴訟の提起を俟たずに解決された行政行為の場合にも、前置手続の実施を経なければならないのであろうか。こうした問題について、レーデカー／フォン・エルツェンは、提訴以前に解決された行政行為の場合にも一一三条一項四文 VwGO が (類推) 適用されるべきであるが、「そのときは、もはや前置手続を必要としない¹⁴⁾。」とのみ述べる。これに比べて、ウーレ (Car Hermann Ule) はその理由についても触れ、提訴以前に解決されたケースでは、「確認訴訟が問題であって、明らかに厳密な意味での遂行的確認訴訟が問題であるのではないゆえ」に、また、解決が異議審査請求の申立て以前であれば、異議審査請求は行政行為の廃止という目的を達成できず、逆に異議審査請求の申立て後であれば、「異議審査請求は対象がなくな」るゆえに、「[行政裁判所法の……引用者]六八条以下に定められる前置手続は遵守されるを要しない¹⁵⁾。」とするのである。更に、レンク (Ludwig Renck)

13) 取消訴訟を提起するには、原則として、「前置手続において、行政行為の適法性および合目的性が審査され」ていなければならない (六八条一項一文 VwGO)。

14) Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. zu §17 zu §113. (auch Anm. 17 zu §43).

15) ただ、解決が異議審査請求の申立て後に生じる場合には、当該審査の対象がなくなるにもかかわらず、ウーレによれば、実際に原告は 遂行的確認訴訟、の提起の前に行政庁に違法性の確認を求めるといふ。なぜならば、原告の訴えの、行政庁による即時の認諾は、一五六条 VwGO の規定に従うと、原告の訴訟費用負担を齎すから、とされる。Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 258.

は、行政行為の違法性の確認を指向する訴訟（＝「遂行的確認訴訟」）では、行政行為がそれに基づいて適法に発せられ得たところの法律関係の不存在の確認という意味で、無効の場合と同様の法律関係の確認が問題であるとの立場から、この確認訴訟において前置手続の要否が議論となるのは、「違法性の確認を——三条一項四文 VwGO から導くゆえに」であって、むしろ、「本来的に四三条一項 VwGO を前提に置く者は誰でも、伝統ならびに明示の法律規定によって取消訴訟手続に留保される前置手続に、まずは至らないであろう¹⁶⁾。」というのである。

ひるがえって、行政裁判所法の諸規定によれば、取消訴訟は異議審査決定の送達後一月以内に提起されるのを原則とし（七四条一項一文 VwGO）、異議審査請求は行政行為の告知後一月以内に申立てられることを要する（七〇条一項一文 VwGO）。したがって、同じように取消訴訟の提起以前という場合にも、異議審査請求期間を徒過してのものもあれば、異議審査請求期間内、したがって当然に出訴期間内のものもありうる。そこで、このようなことが後に取り上げる諸論者によって意識され、異議審査請求期間の遵守を踏まえながら議論されるが、この点は、先の諸論者においては必ずしも明確でない。とはいえ、異議審査請求期間を徒過しながら、ただ出訴に至らない期間内に解決が生じたことを奇貨として「遂行的確認訴訟」を提起しようというのは、合理性に欠けるであろう。そして、かかる理解を含め、提訴以前に解決された行政行為の際の訴訟要件に前置手続の実施を加えない見解にとって、六七年の連邦行政裁判所判決が大きな役割を演じていると考えられる。以下、叙述の便宜を図る意味で、この判決に触れることにしよう。

本判決によれば、まず、前置手続制度には、一般に、利害関係人の権利保護、自己統制による行政の適法性または合目的性の確保ならびに裁判所の負担軽減という目的ないし意義が認められる。

16) Rudwig Renck, Verwaltungsakt und Feststellungsklage—BVerwGE 26, 161, in: JuS 1970, S. 113ff. (117).

ところが、既に行政行為が解決され、その違法性のみが確認される場合には、「前置手続はもはやこれらの任務の本質部分を充たすことができない。」確かに、異議審査庁は解決された行政行為の違法性の判断を妨げられはしない。「しかしながら、かような言明を下すことは、六八条 VwGO 以下により行政に委ねられる任務に属さない。行政庁は、行政行為または行政行為の発動を求める申請の拒否が適法か否かを、前置手続のなかで審査せねばならぬ。それは、必要とあらば、違法な行政行為を取消したり不正に拒否された行政行為を発することにより、異議審査請求に救済を与え (abhelfen)、それを聞き入れ (stattgeben) なければならない。これに反し、解決された行政行為が違法であったか否かをも拘束的に決定するということは、行政の事柄ではない。そのうえ、行政庁のかかるごとき確認は、ありうる職務責任訴訟において照応する法的確定力ある行政裁判所判決ほどの重みをもたない¹⁷⁾」,

のである。また、当面の問題については、

「行政行為の解決が直ちに——いわば遡及的に——六八条 VwGO 以下の遵守を不必要ならしめるものでないことは、いうまでもなく、「……解決までの手続には、依然なおも、取消手続に関する諸規定、殊に期間の定めが妥当す」るがゆえに、「利害関係人が異議審査請求期間を徒過した後は、解決された行政行為の違法性の確認を求める訴えも許されな」いが、「これに対し、行政行為が……異議審査請求期間の経過に先立って既に解決されたならば、異議審査請求の申立ては必要とされない。行政行為が異議審査請求期間内または期間通りの異議審査請求後で出訴期間内に解決されるときに、訴えを時間的制約なくして提起することができるか否か」ということは、無論、疑問でありうるが¹⁸⁾。」

との判断を示したのである。

この連邦行政裁判所判決は、先に述べたように、少なくとも一方の学説の形成に大きく寄与してきたといえる。したがって、エリクゼンは、提訴以前

17) BVerwG, Urt. v. 9. 2. 1967, BVerwGE 26, 161 /166f.

18) Ebenda, S. 167f.

因に、本件はつぎのような事案に関してのものであった。すなわち、六二年六月、いわゆる「シュヴァーピング騒動」(Schwabinger Krawalle) の名で呼ばれるところの、多数の人々の集まりとその他公の秩序にとっての障碍が L 通りを中心を起こったところ、秩序回復の目的で多数の警官隊が投入され、本件原告が警察官の警棒による一撃を加えられたために、彼は、場所からの退去処分と直接強制による威嚇が無効であったとの確認、および補助的にそれらの違法確認の訴えならびにこれら処分の取消、更に、直接強制の適用による退去処分の執行態様における違法性の確認訴訟を提起するに及んだというものであった。(本件評釈としては、本稿でもしばしば引いた Renck, aaO. (註・16)がある。)

に解決された行政行為の際に前置手続の実施を要しないことを述べるなかで、この判決に基づいて、利害関係人の権利回復という異議審査請求の「優先的」な目的が充たされ得ないことを強調し¹⁹⁾、チーラ/シュミット・グレーザーは、「事後的確認訴訟[ここでは、提訴以前の解決の場合の「遂行的確認訴訟、のこと……引用者」]の法的性質ならびに前置手続の目的や意義から推して、提訴以前の解決の場合には前置手続の実施が不要であることを明らかにしつつ、先の連邦行政裁判所判決を引き、「……解決された行政行為の違法確認を求める訴えは、利害関係人が異議審査請求期間を徒過した後は許されない。したがって、前置手続は、行政行為が異議審査請求期間の経過前に既に解決されたときのみ、放棄されることができる。」との結論に達した²⁰⁾のである。

それゆえ、学説の一方には、取消訴訟の提起以前の異議審査請求期間内に生じた行政行為の解決にあつては、前置手続の実施を「遂行的確認訴訟、の本案決定要件と看做さない説²¹⁾²²⁾」を掲げることができる。そして、いうまでもなかろうが、かかる説に対しては、前置手続の実施を不可避免的に要請する

19) Erichsen, aaO. (註・1), S. 143f.

20) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 202f.

21) この説には、更に、Elmar Giemulla / Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, Verwaltungsrecht, Ein Basisbuch, 1984, S. 309f.; Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. (1986), S. 664 Fn. 153; Stern, aaO. (註・3), S. 42.も加えることができる。

22) ただし、法律によっては、前置手続の実施を確認訴訟の提起についても要請する規定を置くものがみられる。たとえば、一項で、官吏・退職官吏・遺族等の訴えのすべてに行政法上の救済(Verwaltungsrechtsweg)が与えられることを定める官吏法統一に関する大綱法(Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz—BRRG))の一二六条は、またその三項で、「給付および確認の訴えを含め、一項による訴えには、行政裁判所法第八章の諸規定が以下に準拠して適用される。1. 当該行政行為が最上級の雇用行政庁により行われたときも、前置手続を必要とする。以下略」と規定する。そこで、この規定によれば、取消訴訟は無論、確認訴訟の提起についても前置手続の実施が必要とされることになる。したがって、このようなケースに限っては、前置手続の実施が不可避免的に要請されるものと思われるのである。

説が対置される。しかも、両方の学説はほとんど拮抗の関係にあるとみられる²³⁾。

(2) まず、アイアーマン／フレーターは、取消訴訟の提起後に解決されたケースで妥当すべきことは、「行政行為が訴訟の提起前に解決されたときにも妥当」し、そこでも、「核心において……取消訴訟が問題であるので、前置手続もまた実施されねばならぬ²⁴⁾。」ものと理解し、コップも、六八条一項 VwGO の明文規定や前置手続の独自の機能を重視し、その実施を要しない例外的場合を抑止すべき立場から、「本案が既に異議審査請求の申立て以前に解決されており、原告が一一三条一項四文 VwGO によって遂行的確認訴訟のみを提起するとき」にも、例外としない旨²⁵⁾を述べる。つづいて、ベッカー (Ingo Becker) は、前置手続の合目的性確保機能に関連し、「一一三条一項四文 VwGO の類推による訴えのケースにおいて、この[合目的性の……引用者]審査が欠け、したがって、提訴後の解決の際と等しい権利保護が保障されない」とすれば、「……解決された行政行為の利害関係人は、手続的に不当に劣る状態にあ」ることや、裁判所の負担軽減機能に関連しては、「前置手続がその本来の意味——行政裁判所の負担を軽減すること——をまったく失ってしまったのではない」ことに、前置手続の実施の意義を見い出そうとするのである²⁶⁾。

異議審査請求の期間内に生じた行政行為の解決のケースにあっても、その実施を必須とみるこうした見解は、シェンケが強く主張するところでもある。彼は、この問題の総括として、「一一三条一項四文 VwGO を直接に適用しての訴えにも、それを類推適用しての訴えにとっても、異議審査請求手続の

23) しかしながら、エリクゼンによると、前置手続の実施を要しないとする説の方が「通説」といわれる。Erichsen, aaO. (註・1), S. 143 Fn. 26.

24) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 51 zu §113.

25) Kopp, VwGO, Rdnrn. 27, 34 zu §68. (auch Rdnr. 47 zu §113, Rdnr. 6 zu §72.)

26) Ingo Becker, Die Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt im Falle eines Versammlungsverbots, in: MDR 1973, S. 981ff. (983).

必要性やそこで定められる法的救済に関する期間 (Rechtsbehelfsfristen) を伴う六八条 VwGO 以下を適用するということが、堅持されるべきだ²⁷⁾。」との考えを示し、そのための根拠として、「解決の偶発的な時点は権利保護の『様式』 (Wie) にいかなる差異も基礎づけ得ないこと、また前置手続の機能に関連しては、行政行為の取消が無意味になったときですら、異議審査庁による適法性ないし合目的性に関する判断がなおも意味を有し、行政の自己統制や裁判所の負担軽減にも寄与しうること、更には、ここでの前置手続を不要視すれば、提訴後に解決されたケースは無論、解決されないケースでもその欠如を許容せざるを得ないであろうことを指摘する²⁸⁾のである²⁹⁾。

(3) 以上、取消訴訟の提起後に行政行為が解決されたならばともかくも、それに先立つ異議審査請求の期間内に解決された場合には、前置手続の実施の可否につき、学説上の対立を窺うことができた。そこで、これに関連していえば、前置手続は取消訴訟において訴訟要件をなすが、このことは確認訴訟にあっては妥当しない³⁰⁾。したがって、一般的にのみいえば、遂行的確認訴訟の下で確認訴訟を観念しようとするれば、前置手続は実施されるを要しないが、取消訴訟を想起する者には遵守されるべき要件と看做される。もっとも、いくらか仔細にみると、訴訟提起以前の異議審査請求期間内に解決されたケースのみに限っては四三条一項 VwGO を適用し、そうして前置手続に関する六八条 VwGO 以下の諸規定を回避するということも主張され

27) Schenke, Rechtsschutz, S. 141.

28) Ebenda, S. 140f. Vgl. auch dens., Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 467ff.

29) 前置手続の実施を要求すべきものとする説には、更に、Obermayer, aaO. (註・9), S.213; Schoch, aaO. (註・1), S. 1099. を挙げることができる。このうち、オーバーマイヤーは、前置手続に関する諸規定は「遂行的確認訴訟も捉える。というのは、この訴訟は、提訴後に生じた本案解決に至るまでは『通常の』取消訴訟ないしは義務づけ訴訟であったから。これと同様のことは、変化せしめられた取消訴訟や義務づけ訴訟にすぎない事後的取消訴訟および事後的義務づけ訴訟[提訴前に解決された際に提起されるべき遂行的確認訴訟、のこと……引用者]についても当て嵌る。」とする。

30) 註12参照。

うる³¹⁾。とはいえ、しかしながら、四三条一項 VwGO の適用を指摘するだけで前置手続の欠如を正当化しようとするのには、無理がある。なぜならば、取消訴訟の提起以前に生じた解決の場合に、四三条一項 VwGO の適用よりも一一三条一項四文 VwGO の類推適用を考慮することは、もはや争い得ないからである³²⁾。それゆえ、まず第一に、ここでの前置手続の要否にかかわって、四三条一項 VwGO の適用という論拠には何らの意義も見出し難い。

これに対し、第二に、前置手続の目的ないし機能の如何に懸かる問題は、おそらく限られた意義をもつことになろう。一方で、もはや取消が考慮できない解決された行政行為について、違法性が異議審査庁によって確認されるならば、それは行政の自己統制の機会を確保することになろうし、実際に多くの場合で異議審査請求人の要求が充たされることからすれば、裁判所の負担軽減にも仕えうるであろう。ところが、他方で、異議審査請求人の満足または得心が事実として得られないならば、訴訟手段に訴えることの是非が規範論のうえで問題となろう。そこでは、行政行為の違法確認に関する異議審査庁の法的権限ないしは違法性を確認する異議審査決定自体の（法的）拘束力の有無が議論になりうる。なぜならば、一方では、「……六八条 VwGO 以下による前置手続については、解決された行政行為の違法性を確認する万一の異議審査決定は裁判所の確認判決と同様の拘束力を生じないであろうので、一一三条一項四文 VwGO による遂行的確認訴訟の点で、前置手続にはそれに属する負担軽減機能がなかろうということが、考えられるべき」であろう³³⁾し、反対に、これらを首肯する他の見解にとっては、異議審査手続で違法性が確認されるならば、訴訟手段に訴えることは権利保護の必要に欠けることになるからである³⁴⁾。

31) 註(10)を付したレンクの説は、その典型的な例といえる。

32) 参照、二の二。

33) v. Mutius, aaO. (註・1), S. 339.

34) たとえば、シェンケ曰く、「行政庁が異議審査請求手続において行政行為が違法

かくして、第三に、異議審査庁の違法確認権限ないし異議審査決定の（法的）拘束力の如何の問題が、相対的に大きな意味をもつことになる。しかるに、異議審査請求の実施の不要性を説く見解は、必ずしもその論拠にまで立ち入ってこれらを否定したわけでもない。すなわち、その一例をエリクゼンの所説にみれば、解決された行政行為の違法性に関する行政の確認権限やその確認の（法的）拘束性を認めない既出の六七年連邦行政裁判所判決や、異議審査庁による「違法性の確認が、……確定力ある（rechtskräftig）行政裁判所判決ほどの重みをもたないであろうし、一一三条一項四文 VwGO に対応する規定の欠如からして、異議審査請求手続の枠内においては予定されてもいない。」とした八一年のコブレンツ上級行政裁判所判決³⁵⁾を引きつつ、自らは、「利害関係人が適切な確認利益を有すならば、行政庁が異議審査請求手続のなかで係争行政行為を取消したときでも遂行的確認訴訟を許容することは、一考に値すると思われる。」と述べた³⁶⁾に留まるのである。

それに対し、異議審査決定の（法的）拘束性を首肯する見解は、シェンケがこれを詳細にしたが、概ね以下のようなことが理由に掲げられた。すなわ

であったとの結論に至るならば、この行政行為の違法性に関する裁判的確認は今やもはや必要でなく、無論、これに向けての訴えは権利保護の必要性の欠如のゆえに、許されないであろう。」と。Schenke, Rechtsschutz, S. 141. Vgl. auch Becker, aaO.(註・26), S. 983, Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 255.

35) OVG Koblenz, Urt. v. 15. 7. 1981, in: NJW 1982, 1301ff. (1302).

因に、本件事案はつぎのようであった。原告は、週末にそこでダンスの催しも行われる飲食店の経営者である。権限行政庁は七九年七月二四日付決定をもって自主消防隊 (freiwillige Feuerwehr) に対し、九月一日から九月三日にかけての教会堂開基祭の期間中に仮設テントでの飲食店の営業を、飲食店法 (Gaststättengesetz) の規定に従って許可した。同年九月、原告の属する地区ホテル・飲食店組合が期間中の収入減を主な理由に本件許可に異議を唱えたが、許可庁の容れるところとはならず（九月一三日）、ために当該許可の違法確認を求める出訴に及んだというものであって、結論的には、訴えそれ自体は「遂行的確認訴訟」として許容されたが、理由なしとして退けられた。

36) Erichsen, aaO. (註・1), S. 144. 同様に, Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 202; Giemulla / Jaworsky / Müller-Ur, aaO. (註・21), S. 309f.

ち、それらは、取消訴訟の提起に先立って解決された行政行為の違法確認を指向する訴訟要求 (Klagebegehren) は、取消訴訟と同質で、いわば取消訴訟が問題であること、異議審査決定の拘束力が明示に語れないのはまさに類推による「遂行的確認訴訟」こそが法律に規定されていないことに因ること、また、取消訴訟における訴訟要求が違法の確認要求を含むのと同様に、異議審査要求も行政行為の違法性ないし目的不適合性の確認を包摂し、しかもこの確認は解決された行政行為の取消とともに無意味となるものでないこと、ならびに、解決時点の偶発性は前置手続の要否に影響すべきでないことなど³⁷⁾である。次いで、コップは、異議審査決定が存続効 (Bestandkraft) を有する行政行為によってなされるものであることから、その拘束性を導かんとし³⁸⁾、ショッホ (Friedrich K. Schoch) も、行政手続法四四条五項 (「行政庁は、随時、職権により無効を確認することができる。」) を引き合いに出して、「行政が事実として違法確認に関するいかなる権能ももたないのか否か、[行政の……引用者] 対応する決定にいかなる拘束力も当然にないのか否かが、既に疑問である」のみならず、「更に、利害関係人が異議審査決定につきいかなる利益も有し得ないというのは、適当でない。」と考え、異議審査請決定の (法的) 拘束性に肯定的に応じた³⁹⁾のである。

取消訴訟提起以前の異議審査請求期間内に解決された行政行為の違法性を確認する「遂行的確認訴訟」の本案判決要件として、前置手続の実施が遵守されねばならないのか否かは、差し当たり、行政行為の違法性を確認する異議審査庁の権限ないしは異議審査決定自身の (法的) 拘束力の有無に帰されうものと思われる。しかしながら、この点で、学説上主張される見解は容易に一致しないし、少なくとも現在までのところ、いずれかに左袒する実定

37) Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 468f. Vgl. auch dens., Rechtsschutz, S. 141.

38) Kopp, VwGO, Rdnr. 34 zu §68.

39) Schoch, aaO. (註・1), S. 1099.

法上の決定的手がかりはなさそうである。前置手続の実施の要否が果してここでの訴訟要件をなすべきか否かに関し、終焉を期し難い所以としよう。

四 遂行的確認訴訟の許容性(2) —— 「正当な」利益¹⁾

行政行為がともかく判決に至るまでに解決されたならば、一一三条一項四文 VwGO の直接または類推適用の下、原告は、既述の特別の本案判決要件を充たすと同時に、当該行政行為の違法性の確認につき「正当な」利益を有する限りにおいて、遂行的確認訴訟を申立てることが認められる。したがって、以下では、確認訴訟における権利保護の必要性を意味する「正当な」利益の概念について、一先ず一般的に述べ、次いでどのような場合に原告は「正当な」利益を有するものと理解されているのかを、いくらか具体的に考察することにした。

一 (1) 通説的見解によれば、一一三条一項四文 VwGO の「正当な」利益の概念は、内容上、四三条一項 VwGO による「一般的確認訴訟」における「正当な」利益概念に基本的に一致するものと解される²⁾。ただ、以下で

1) 違法性の確認について求められる「正当な」利益の存在が、遂行的確認訴訟、にとっての本案判決要件 (= 訴訟要件) が勝訴要件かに関し、ささやかな争いが存在する。すなわち、アイアーマン/フレーターは、それを欠けば訴えは「理由なしとして、退けられるべきだ。」とするが (Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113), 圧倒的に多くの諸説では、「正当な」利益の存在は本案判決要件と解されている。たとえば, Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 200; Kopp, VwGO, Rdnr. 64 zu §113 (auch Rdnr. 23 zu §43); Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 15 zu §113. (auch Anm. 19 zu §43); Klaus Müller, Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung (§113 Abs. 1 Satz 4), in: DÖV 1956, S. 38ff. (43). など参照。以下でもこれを本案判決要件として考慮することにした。

2) Vgl. Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 199; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113; Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 14 zu §113; Kopp, VwGO, Rdnr. 57 zu §113; Joachim Martens, Die Praxis des Verwal-

も述べるように、四三条一項 VwGO が、「……原告が即時確定につき正当な利益を有するとき」と規定し、「正当な」利益が即時確定（＝即時確認）にかかわることを要請するのに対し、一一三条一項四文 VwGO においてはそうした要件が既に文言上欠落している点に差異がみられる。

さて、確認訴訟における権利保護の必要性に関連し、一つに、取消訴訟との対照が言及に値するであろう。つまり、取消訴訟における権利保護の必要性は、行政行為は違法であっても取消す以外に法効果の発生を妨げられることがなく、逆に、行政行為に由来する（法的）侵害に対してはこれを取消さなければ保護できないとする原則的な考慮に規定される。とすれば、それは、原則として、直接に行政行為から生じる（法的）侵害に対抗しうる利益、すなわち、「法的」利益でなければならないことになる。ところが、かかる原則上の配慮は、行政行為の違法性を指向する確認訴訟の場合には機能しないものと解される。この点で、四三条一項 VwGO および一一三条一項四文 VwGO が「正当な」利益のみを要請することには、理由がある³⁾といえる。

他方で、「正当な」利益の概念を明らかにしようとする試みにおいて、同様に確認訴訟について規定する西ドイツ民事訴訟法二五六条の規定も有益であろうと思われる。すなわち、それは、法律関係の存否もしくは証書の真正または不真正の確認を求める訴えは、原告がそれらの確認につき「法律上の利益を有するとき」に提起できうると規定することにより、確認利益が「法

tungsprozesses, 1975, S. 93; Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6. Aufl. (1987), S. 145; Albert v. Mutius, Verwaltungsprozessrecht, in: Hrsg. v. dems., Handbuch für die öffentliche Verwaltung (DÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. 1 Grundlagen, 1984, S. 295ff. (339) usw..

3) Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: Hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (470). (以下, Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage. と記す)

律上の」利益であるべきことを明確にしたのである。しかしながら、四三条一項 VwGO ならびに一一三条一項四文 VwGO は「正当な」利益とのみ規定したに留まる。

そこで、上述のようなことは、四三条一項 VwGO の「正当な」利益概念に関する圧倒的な見解において、つぎのように認識されることになる。すなわち、「正当な」利益の概念は、民事訴訟法二五六条におけると異なり、「法律上の」利益であるのを要せず、「法律上の」利益のほかにも「事実上の」利益、いわば「経済的」および「観念上の」(ideell) 利益(たとえば政治的、文化的または宗教上の利益)をも含み、当然のことながら、「法律上の」利益よりも広いものとして把握されねばならない⁴⁾、と。そうして、そのように広く捉えようとすれば、アイアーマン/フレーター⁵⁾の指摘する⁵⁾とおり、「正当な」利益の概念は、「法律上の」利益概念に付随する「事実上の」利益との画定における困難から自由となることができる。しかしながら、反面、「正当な」利益の概念がこうして際限なく拡大していくことも懸念される。したがって、学説によっては、たとえば、「正当な利益は、合理的な考慮に従って実態 (Sachlage) を通じて正当とされた利益である⁶⁾」⁶⁾としたり、「ケースの状況に向けての合理的な考慮に従い、法律規定に基づくか一般的法諸原則に則して認められるべき保護に値する利益⁷⁾」、ないし、「ケースの状況の合理的考慮に従い、法律に基づくか一般的法諸原則に即して認められるべき保護に値する利益⁸⁾」⁸⁾と看做す⁹⁾ように、その概念に限定を加えよう

4) Vgl. Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 11 zu §43; Tschira / Schmitt-Glaeser, Vewaltungsprozessrecht, S. 192f.; Kopp, VwGO, Rdnr. 23 zu §43; Redeker / v. Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3. Aufl. (1988), S. 198f.; Stern, aaO. (註・2), S. 142.

5) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 11 zu §43.

6) Ebenda, Rdnr. 11 zu §43.

7) Kopp, VwGO, Rdnr. 23 zu §43. (vgl. auch Rdnr. 57 zu §113).

8) Stern, aaO. (註・2), S. 142.

と努めることになる。ところが、チーラ／シュミット・グレーザーによって述べられるように、かかる限定をもってしてもほとんど何らも得られず、「事実、考えられうる諸ケースはきわめて多層かつ多様であるので、一つの定義をもってすべてを包括しうるのではなく、個々のケースにおける利益状況を決然として目指さなければならぬ」⁹⁾ のであり、「正当な」利益の概念は、「一方で民衆訴訟を決して包含してはならず、他方においては法律上の利益であるのを決して必要としない¹⁰⁾。」のである。

(2) これに対し、四三条一項 VwGO で要請されるにもかかわらず、一一三条一項四文 VwGO において議論になり得ない要件として、先述の即時確定に関する利益がある。そもそも、四三条一項 VwGO にあって即時確定の利益が求められることについては、「法的状態 (Rechtslage) を明らかにするという原告の必要性が、既に現在または少なくともそのすぐ後に (demnächst) 存しなければならぬ」¹¹⁾ ず、「即時確定についての利益は、訴訟の提起時に原告の法的状態に関する危難が不確かもしくは不明瞭から既に理由ありとされるとき、常に与えられる¹¹⁾。」とされ、「即時確定についての原告の利益は、裁判的確定を欠けば原告はその権利への危難を気遣わなければならないときのみ、首肯されうる¹²⁾。」ことが述べられる。しかしながら、それとともに、「確認についての正当な利益を与える諸理由は、ほとんどの場合、同時に即時確定のための正当づけも内容とするので、その結果、この限りでは困難がほとんど生じないであろう¹³⁾。」ことも認められる。

こうして、四三条一項 VwGO で明示に要求される確定の即時性の要件は、

9) Vgl. auch Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 193; Elmar Giemulla / Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, Verwaltungsrecht, Ein Basisbuch, 1984, S. 336.

10) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 193.

11) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 13 zu §43.

12) Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 212f.

13) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 194. まったく同趣旨の指摘として, Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 23 zu §43.

それ自体でも格別の重要性を伴って理解されていないことが判る¹⁴⁾。加えて、一一三条一項四文 VwGO がかかる要件を容れなかったことを考慮に入れるならば、なお更そこでの利益が即時確定にかかわることを要しなくなる。それゆえに、学説は、「即時確定についての原告の正当な利益は、ここでは[一一三条一項四文 VwGO においては……引用者]、法律上前提とされ」ず、「むしろ、事実として手続が既に繫属中であることで足りる¹⁵⁾。」というのである¹⁶⁾。

二 上述のように、一一三条一項四文 VwGO における「正当な」利益の概念は、四三条一項 VwGO の「一般的確認訴訟」について求められる利益概念に等しいものと解される。また、四三条一項 VwGO の「正当な」利益概念については、概して、「法律上の」利益から区別される「事実上の」利益の包摂という積極的な契機と、客観訴訟の排除という消極的な契機とが規定的に働くことが判明する。ただ、そのような枠づけ自体にもさしたる画定機能が存しないとすれば、個々のケースにおける諸事情に即して具体的に判断せざるを得なくなる。一一三条一項四文 VwGO の「正当な」利益についても、このようなことが原則的に妥当するであろう。

(1) まず、「行政裁判所法の確認訴訟における『正当な利益』」と題するベッカーの考察によれば、「正当な」利益が認められる「もっとも周知にして異論のもっとも少ないケースとして、繰返しの危険 (Wiederholungsfahr) のそれがあ」り、次いで、「差別的扱いを受けた市民が適切に回復される」べきケースが、最後に、「行政裁判判決が民事裁判所の前で追及される

14) たとえばアイアーマン/フレーターは、「確定が即時になされるべきとする要件には、格別の実際上の意義は存しない。」と述べる。Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 13 zu §43.

15) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 199.

16) 同様に, Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 14 zu §113; Kopp, VwGO, Rdnr. 57 zu §113; Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (1986), S. 664.

べき損害賠償訴訟のための基礎を形成するのに有益な」ケースがある¹⁷⁾とされる。つぎに、シュミット (Walter Schmidt) によれば、確認利益は概して二つの刻印、すなわち、多くは実体的確認利益として、また稀に観念上のそれとして現れ、そのうちの前者の場合、確認訴訟は通例損害賠償または損失補償請求権に根拠を与え、後者の観念上の利益の場合は原告の回復 (Rehabilitation) を目的とし、加えて、これら二つのケースで確認利益は繰返しの危険からも生じる¹⁸⁾とされる。また、オーバーマイヤー (Klaus Obermayer) は、一一三条一項四文 VwGO における「正当な」利益の判断に懸かる視点を示し、原告が「繰返しの危険に対処しようとし」たり、「回復の見地の下、行政行為の違法性の確認に価値がある」とき、および、「明らかに望みなくはなく、行政裁判所による確認が自らの判決にとって本質的な先決問題を拘束的に明らかにするところの民事訴訟に備える」ときという、三つのケースを挙げる¹⁹⁾。更に、シュテルン (Klaus Stern) も、職務責任ないし収用類似の侵害に基づく損害賠償請求権または結果除去請求権が問題であるときや、繰返しの危険および回復利益が原告に存する場合、「正当な」利益が認められる旨の叙述を行う²⁰⁾。

以上、細部にわたってまではともかく、これら三つの視点、すなわち、民事訴訟への備え (殊に、職務責任訴訟への備え)、繰返しの危険の回避、そして回復のための利益に基づく「正当な」利益概念の整序は、かなり一般的に認められるところであるといえる²¹⁾。以下においても、これに従って考察

17) Ingo Becker, Das „berechtigte Interesse“ bei den Feststellungsklagen der VwGO, in: MDR 1972, S. 920ff. (921). Vgl. auch dens., Die Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt im Falle eines Versammlungsverbots, in: MDR 1973, S. 981ff. (982f.).

18) Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 110.

19) Obermayer, aaO. (註・4), S. 201.

20) Stern, aaO. (註・2), S. 146. (auch S. 202).

21) Vgl. Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 14f. zu §113; v. Mutius, aaO. (註・2)

をつづけることにしよう。

(2) 第一に、繰返しの危険が具体的に差し迫って予期される場合に、これに対処するための確認訴訟について「正当な」利益が是認されることがある。たとえば、原告がいま一人の子供について以前彼の他の子供に対しなされたと同様の決定を懸念する場合²²⁾、兵役忌避者たることの承認拒否決定に対する取消訴訟の繫属中に不適格者として除隊された者が、後に再び適格者扱いを受け負担を課されることを阻止するため、はじめの承認拒否決定の違法性を確認する場合²³⁾、官吏の来るべき特別休暇申請が以前と同一の違法な理由によって拒否されるのに十分な蓋然性がある場合²⁴⁾、あるいは、利害関係人がその法的行為を繰返すに当たって、関係行政庁が前提しなければならないところの法的見解を知りうべきとき²⁵⁾である。これらのケース、殊に最後に挙げたケースにおいて「正当な」利益が認められる理由としては、裁判による違法性の確認が、「それに内在している実質的確定力 (materielle Rechtskraft) の点で、法的ないし事実的状况に変化がなければ行政が等しい内容

, S. 339 ; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113 ; Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 255f.; Giemulla / Jaworsky / Müller-Uri, aaO. (註・2), S. 338; Karl Heinz Klein, Gutachten und Urteil im Verwaltungsprozeß, 3. Aufl. (1987), S. 69; Georg Scholz, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. (1987), S. 40; Horst Suckow, Allgemeines Verwaltungs- und Verfahrensrecht, Grundriß für die Ausbildung und Fortbildung, 7. Aufl. (198), S. 145.

なお、Kopp, VwGO, Rdnr. 58ff. zu §113; Schenke, Rechtsschutz, S. 142ff.; ders., Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 470ff. は、若干異なる。

22) Vgl. z. B. Kopp, VwGO, Rdnr. 59 zu §113; Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. (1984), S.150.

23) Vgl. z. B. Martens, aaO. (註・2), S. 93.

24) Vgl. z. B. Fiedrich K. Schoch, Fall zu einer verwaltungsprozessualen Klage (Fortsetzungsfeststellungsklage), in: Hrsg. v. Albert v. Mutius, Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV), Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlage, Bd. 1 Grundlage, 1984, S. 1089ff. (1102).

25) Vgl. z. B. Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113; Kopp, VwGO, Rdnr. 58 zu §113; Tschira / Schmitt-Glaeser, VwGO, S. 199.

の行政行為を発するのを妨げる²⁶⁾」ことが考えられる。したがって、諸関係が変わり、その結果、もはや同一の行政行為の繰返しが予期され得ないとき²⁷⁾とか、法律問題に関する単なる意見の対立²⁸⁾もしくは抽象的ないし漠然とした繰返しの可能性のみ²⁹⁾では、「正当な」利益は否定されることになる。

つぎに、解決された行政行為の違法性の確認により、原告が回復すべき利益を有する場合である。こうしたことは、たとえば、解決概念に際し若干の異論もみられたが³⁰⁾、解決された行政行為になおも差別的効果が存し、原告がその尊厳や名誉の回復またはその継続的な侵害の除去につき保護に値する利益を有するときに、認められる³¹⁾。そして、そのようなケースを例で示せば、集会参加者を無軌道な行動に駆り立てる虞から施設の使用許可を拒否された者が、異議審査によって容れられたところ、今度は集会直前になって感染症の疑いで警察当局に拘束され、精密検査の結果解放されたが、集会は既に終わっていた³²⁾とか、いわゆる「シュヴァービンガー騒動」事件³³⁾のご

26) Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 470.

27) Vgl. Kopp, VwGO, Rdnr. 59 zu §113; Scholz, aaO. (註・21), S. 40.

28) Vgl. Stern, aaO. (註・2), S. 88.

29) Vgl. Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113; Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 470; ders., Rechtsschutz, S. 142; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 199; Redeker / v. Oertzen, Amn. 15 zu §113.

30) 参照, 一の二(3)。

31) Vgl. Kopp, VwGO, Rdnr. 60 zu §113; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 119; Schenke, Rechtsschutz, S. 142; dens., Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 471; Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 255f.

なお、マルテンスは、本文のような「正当な」利益を首肯する立場につき、こうしたことは、「原告がその毀損された人格的圏域 (Persönlichkeitssphäre) の回復を求める実体的請求権を有し、これが行政作用の違法性に関する裁判的宣言により満足せしめられるか否かの問題以上に、四三条 VwGO および一三条 VwGO による確認利益とはかかわりがないものと思われる。」として、批判的に述べる。Martens, aaO. (註・2), S. 94.

32) たとえば, Giemulla / Jaworsky / Müller-Ur, aaO. (註・9), S. 330, 338.

33) 本件については, 三の註(18)参照。

ときケース³⁴⁾のほか、進級できなかつた生徒が、それが今後の勉学上および職業上の進路に不利に働かないよう、違法性の確認を求めたり³⁵⁾、兵士が機密物件に接近できる条件としての保障決定 (Sicherheitsbescheid) の欠如ゆえに転属せしめられ、このことが彼の尊敬を引き下げるのに相応しい利害関係人の行動に現れたり、その理由が第三者等にも知れたとき³⁶⁾、更に、職務義務違反のゆえの免職処分が撤回された後もその義務違反の非難がそのまま残っているとき³⁷⁾である。

これら例示の若干のものからも判るように、回復利益は行政行為それ自身の差別的効果からのみならず、それに付された理由または関連する諸事情からも生じることがあり³⁸⁾、また、回復利益は繰返しの危険を回避するための利益とも重なることもある³⁹⁾。しかしながら、鉱泉水の販売につき「煮沸してのみ使用できる」との添書きを命じた処分が後に廃止されたケース⁴⁰⁾のように、行政庁が問題の行政行為を新たに得られた認識に基づいて取消または撤回し、原告にプラスの新たな行政行為によって置き換えるならば、「正当な」利益は否定されるものと考えられる⁴¹⁾。

34) その他の類似の例として、ある政党がその全国大会の開催を禁止されたが、その声望を維持もしくは回復しようとする場合、大学教官の任用に際し、学部提案と異なって大臣が任用を拒否した候補者が、この決定の解決後、拒否決定の不利益的効果が彼のその後の職歴に及ばないようにするために、当該決定の違法性の確認を求める場合などがある。Vgl. Stern, aaO. (註・2), S. 146; Kopp, VwGO, Rdnr. 60 zu §113.

35) たとえば, Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 199; Kopp, VwGO, Rdnr. 57 zu §113.

36) たとえば, Kopp, VwGO, Rdnr. 61 zu §113; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113, Rdnr. 92 zu §42.

37) たとえば, v. Mutius, aaO. (註・2), S. 339.

38) 差し当たり, 註(36)の文献を参照。

39) Vgl. Schenke, Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 471; Becker, aaO. (註・17), S. 921. 更に註(18)を付した本文も参照。

40) たとえば, Stern, aaO. (註・2), S. 146.

41) Vgl. Kopp, VwGO, Rdnr. 60 zu §113; Scholz, aaO. (註・21), S. 40.

第三は、とりわけ官吏に対する民事上の職務責任請求に関連し、当該官吏に懸かる行為の違法確認のための利益が正当視されることがある。すなわち、それ自体必ずしも統一的でない連邦行政裁判所の判例によれば、違法性の確認が、「既に繫属中または充分確かに期待されるべき民事訴訟において民事裁判官を拘束するとき、また民事訴訟が明らかに見込みなくはないとき⁴²⁾」や、民事上の損害賠償請求権にとって重大であり、それに「根拠を与え」るとき⁴³⁾、ないしは、民事上の請求に重大な問題が行政裁判的確認により「拘束力をもって明らかにされる」とき⁴⁴⁾、もしくは、違法性の確認により原告の「法的地位が改善されうるとき⁴⁵⁾」、「正当な」利益が認められる。したがって、判決によっては、「不断の、その限りでは一致もする連邦行政裁判所の判例によれば、民事訴訟に備えるべき、また備えうるいわゆる『遂行的確認の申立』は、この民事訴訟が『明らかに見込みない』とき、あるいはしかし、この確認がかの訴訟を『容易にする』のではなく、法的地位の何らかの改善を導くことができないときのみ、『正当な利益』によってカバーされない⁴⁶⁾。」と判示するものがある。そこで、学説は、このような判例の立場

42) BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1959, BVerwGE 9, 196.

因に、同旨のものを少し挙げれば、BVerwG, Urt. v. 9. 10. 1959, in: DVBl. 1960, S. 68f. (69); BVerwG, Urt. v. 22. 12. 1956, BVerwGE 4, 177/179; BVerwG, Urt. v. 6. 5. 1960, BVerwGE 10, 274/276; BVerwG, Beschl. v. 15. 8. 1961, in: NJW 1961, S. 1942; BVerwG, Urt. v. 26. 8. 1966, in: DVBl. 1966, S. 864 (865); BVerwG, Urt. v. 15. 12. 1972, in: NJW 1973, S. 1014f. (1014) = DVBl. 1973, S. 365; BVerwG, Beschl. v. 12. 9. 1978, in: NJW 1980, S. 197; BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1980, BVerwGE 61, 128/136 = DVBl. 1981, S. 401ff. (403); BVerwG, Urt. v. 9. 12. 1981, in: NVwZ 1982, S. 560ff. (561)などがある。

43) BVerwG, Urt. v. 22. 12. 1956, BVerwGE 4, 177/179. 同旨のものとして、BVerwG, Urt. v. 9. 10. 1959, in: DVBl. 1960, S. 68ff. (69); BVerwG, Urt. v. 17. 2. 1971, BVerwGE 37, 243/244. などがある。

44) BVerwG, Urt. v. 20. 5. 1958, BVerwGE 6, 347/348. 同旨のものとして、BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1959, BVerwGE 9, 196/198. がある。

45) BVerwG, Urt. v. 16. 12. 1959, in: NJW 1960, S. 1363f. (1363).

46) BVerwG, Urt. v. 28. 4. 1967, in: DVBl. 1968, S. 220f. (220); BVerwG, Urt. v. 4. 5. 1984, in: NJW 1985, S. 876.

をめぐって二つに分かれる⁴⁷⁾。

その一は、うえのような判例の基調を支持するもののようであるが、同時に細部にあってはいくらか批判的で、殊に一部でみられる「狭さ」について指摘するのが通例であるといえる。いいかえれば、判例の基本的立場というのは、ここでは、「意図される、明らかに望みなくはない[民事上の……引用者]職務責任訴訟にとって」、行政裁判による違法性の確認が、「先取的効果」(Präjudizwirkung)をもつとして理解されるが⁴⁸⁾、このようなことを容れるに当たっても、つぎのような指摘を伴ってのことである。すなわち、第一に、民事訴訟が既に繫属中であつたり、充分確かに期待され、もしくは行政裁判的確認をもって民事訴訟における原告の法的地位が改善されねばならぬとするのは、「余りに狭い」、というのである。なぜならば、違法確認判決後に訴訟当事者はこれに従って和解することが可能であるので、原告が現に民事訴訟に至ることは必ずしも必要でないからである⁴⁹⁾。

指摘の第二は、行政裁判所の審査権限に関連してのものである。それは、いち早く説いたバルトゥルシュペルガー (Richard Bartlsperger) によれば、つぎのように述べられる。すなわち、官吏への職務責任請求または補償請求の訴えは、訴訟経済原則や確認訴訟の補充性原則、基本法一四条三項四文および同三四条三文ならび四〇条二項 VwGO のゆえに、もっぱら通常裁判所において許容される。しかるに、民事訴訟に備うべき確認訴訟を許すために、行政裁判所が、民事上の訴えが明らかに見込みなくはなく、それが行政裁判判決によって容易にされることを求めんとすれば、「行政裁判官が……民事裁判所で主張されるべき請求権を審査しうる範囲について明らかであることなくして、……行政裁判手続の許容性が民事裁判上の訴えの根拠 (Begrün-

47) 少し古いだが、判例および学説の状況については、Becker, aaO. (註・17), S. 921f. 参照。

48) Kopp, VwGO, Rdnr. 58 zu §113. Vgl. auch Becker, aaO. (註・17), S. 992.

49) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 12 zu §43; Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 199f.

detheit)に関連せしめられ⁵⁰⁾」,「……行政裁判所が公法上の補償および賠償(öffentliches Entschädigungs- und Ersatzleistungsrecht)の領域で公法上の先決問題に関する権限を要求するだけでなく,更に,民事裁判所で主張されるべき請求権にまでその審査を押し広げようとするれば,それは行き過ぎであろう⁵¹⁾。」と。また,このような指摘を承けたシュレッター(Hans Schrödter)も,「一一三条一項四文VwGOの意味における正当な利益が存するための要件としての損害賠償訴訟の見込みを審査することは,行政裁判所の任務であり得ない⁵²⁾」,としたのである。

判例にみられる「狭さ」についてのこうした指摘は,なお多くの論者によって主張される⁵³⁾。そこで,学説における第一の説は,たとえば民事上の職務責任訴訟が既に確定力をもって決定されているとか,本来それが提起されうべきでない場合を除いて,民事請求に関してはできるだけ緩やかに解し⁵⁴⁾,その結果,「正当な」利益の概念についてもより広く把握しようとする

50) Richard Bartlsperger, Anmerkung, in: DVBl. 1968, S. 221ff. (222)

51) Ebenda, S. 223.

52) Hans Schrödter, Anmerkung, in: DVBl. 1973, S. 365f. ほぼ同旨の指摘として, Redeker / v. Oertzen, VwGO, Anm. 14 zu §113.

なお,行政裁判所が民事訴訟の見込みについて判断するのはその本来の任務に当たらないゆえに,「正当な」利益が首肯されるにしても,それは,取消訴訟の提起後に解決された場合に限るべきであると考えるマルテンスは,このゆえに,既述の論者とは見解を異にするが,それでもつぎのようにいうのは,引用に値する。すなわち,判例は「爾後の訴訟の見込みに関する予測の助けを借りて……確認訴訟の範囲を狭めようと努める」が,「かかる予測は,しかしながら,必然的に不確であり,かかる予備的訴訟に結びつけられる一つの請求権の,二つの……権限ある裁判所の途への分裂と同様に,不当である。」と。Martens, aaO (註・2), S. 94.

53) Vgl. Kopp, VwGO. Rdnr. 58 zu §113; Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 41 zu §113; Redeker / v. Oertzen, Anm. 14 zu §113; Becker, aaO. (註・17), S. 922.

なお,判例の基本的立場に批判的なつぎの第二説も,この点をその論拠の一つに置く。後註(5), (57)の文献参照。

54) この点,バルトゥルシュベルガーは,「行政行為の解決のあらゆる場合において一一三条一項四文VwGOを公法上の先決問題に関する訴訟に拡張するとすれば,行政裁判所の判決は,民事裁判所の前で補償ないし損害賠償訴訟を実施せんとする単なる主張でもって余儀なくされうる」と述べ(Bartlsperger, aaO. (註・50), S.

るものといえる⁵⁵⁾。しかしながら、他方では、こうした説をも包摂しうる判例の基本的な立場そのものに疑問を抱く説も唱えられる。この第二説によれば、来るべき民事上の訴えを考慮に入れて「正当な」利益を首肯することは、否定されねばならない。

たとえば、ウーレは、「原告が来るべき民事訴訟（職務責任訴訟）にとって重大な行政法上の先決問題だけの決定を欲したのであれば、正当な利益は、通常裁判所が行政法上の先決問題を独自に決定できるときには存在せず、このことはたとえば職務責任訴訟の場合に当て嵌る。」とし、その理由を、「行政裁判所 (Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit) が解決された行政行為の違法性に関する判決によって職務責任訴訟における通常裁判所の決定を先取りする場合は、行政裁判権と通常裁判権との法律上の権限配分に反する」ことに見い出す⁵⁶⁾。同様に、通常裁判所は職務責任訴訟または補償訴訟の枠内で付随的に行政行為を審査できるので、行政裁判所の確認によって何が得られるのか、「理解できない」シェンケにとっては、逆に原告が二つの訴訟を提起すべきとしたら、それは「訴訟経済の視点の下で無意味と思われ」るのみならず、「立法者ないし憲法定立者は、職務責任訴訟および補償訴訟の枠内で先決問題として生じる公法上の法律問題の審査に関する通常裁判所の権限をも明確に首肯」したのであり、加えて、「職務義務違反が職務担当者対雇主 (Amtsträger-Dienstherr) の内部関係にかかわるのに対し、違法性は国家対市民の外部関係にかかわ」とみれば、行政裁判所の違法性の確認は職

223), ベッカーも、「……『正当な利益』の概念を能う限り広く捉え、……公法上の先決問題訴訟においては、民事裁判所の前での損害賠償訴訟を実施せんとすることが申立てられるに過ぎない場合に、既に確認利益を認めることが妥当と思われる。」とする。Becker, aaO. (註・17), S. 922.

55) このような説には、バルトゥルシュペルガー、ベッカーのほか、註52)のシュレッター、同53)のコップ、アイアーマン/フレラー、レーデカー/フォン・エルツェンの諸説を挙げることができる。

56) Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 256. (auch S. 213).

務責任訴訟にとって「先取的 (präjudizierend) 拘束力」をもたない⁵⁷⁾ことになる⁵⁸⁾。そこで、このような見解においては、訴訟経済原則ないし公法上の先決問題に関する通常裁判所の審査権限の点で、職務責任訴訟または損害賠償請求訴訟についての通常裁判所の排他的管轄権が主張されるのであり、したがってまた、まさにそのゆえに、「正当な」利益の存在も否定されるのである。

無論、かかる説⁵⁹⁾に対しては、再び第一説の側からの批判が存する。たとえば、その説のなかに論理的一貫性や憲法および法律定立者への忠実さを看取するバルトゥシュペルガーは、それでもなお、憲法ならびに立法の「失敗」や一三条一項四文 VwGO の「制度的解釈」(institutionelle Deutung) から、既述のような見解を解き⁶⁰⁾、アイアーマン/フレラーも、「なるほど、民事裁判所は公法上の先決問題を自ら決定することができるが、しかし、民事訴訟法一四八条によって存する中止権 (Aussetzungsbefugnis) を顧慮す

57) なお、付言するに、西ドイツ民法八三九条一項は、「官吏が故意または過失により第三者に対して負担する職務義務に違背するときは、第三者に対しこれによって生じる損害を賠償しなければならない。」(一文)と規定し、故意または過失による職務義務違反に起因する損害についての官吏個人の責任を定める(もっとも、過失のみの場合については、同条項二文の官吏保護の規定がある)。したがって、官吏の職務義務違背ということが目安となる。これは、シェンケによれば、違法性とは「まったく異なる法的レベルにあ」って、「峻別され」ねばならない。そこで、彼はこの区別の意義を例証しようとして、違法かつ職務命令 (Weisung) 適法的な行為と適法かつ職務命令違反の行為についていう。すなわち、行為としては違法だが職務義務に適合する行為の場合、発命者と受命者とが異なる行政主体に属するときは、後者の任命団体に対する職務責任請求権は問題にならず、また、行為としては適法だが職務命令に反するならば、行政行為の違法性の確認に職務責任訴訟にとっての先取的拘束力が存しないので、職務責任訴訟にとって行政行為の違法性の確認は法的意味をもたない、と。Schenke, Rechtsschutz, S. 144.

58) 以上については、Schenke, Rechtsschutz, S. 143f. Vgl. auch dens., Fortsetzungsfeststellungsklage, S. 473.

59) この説には、更に、Volkmar Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1985), S. 211; Scholz, aaO. (註・21), S. 42 がある。

60) Bartlsperger, aaO. (註・49), S. 223.

れば、その義務が課されることがないので、原告にとっては、民事裁判上の給付の訴えに備えるための公法上の先決問題を予め行政裁判所の確認判決で明らかにさせる保護に値する利益は、充分にありうるものである⁶¹⁾。」と主張した。

(3) 以上のように、遂行的確認訴訟を提起しうる要件としての「正当な」利益に関しては、判例の主導もあってか、第一に、解決された行政行為が繰返される具体的危険が存する場合、第二に、解決された行政行為の違法性を確認することにより原告に回復されるべき利益が存する場合、そして第三に、解決された行政行為の違法確認が民事上の請求（殊に、職務責任訴訟）に資する場合の三つに類型化し、考慮される。このうち、前二者にあっては、それらの根幹に触れる指摘ないし異議はほとんどまったくみられない。したがって、そこでは、個々のケースにおける具体的適用の面での議論に余地が残るに過ぎないであろう。

これに対し、第三の、民事訴訟への備えという「正当な」利益をめぐっては、上述のような対立が認められる。また、そこでの主要な分岐の点の一つを、とりわけ職務責任訴訟に関する裁判管轄権の問題が形成するといえる。とすれば、一般的には、「このような権限に関する争いが、権利を得ようとする者 (Rechtsuchender) のいかなる負担にもなってはならない⁶²⁾」ことを想起すべきである。このことは、しかしながら、民事訴訟に備える「正当な」利益を首肯する第一の見解をそのまま受け入れることまでは意味しない。

そもそも、取消訴訟に関連して一一三条一項四文 VwGO の適用が議論になりうるのは、取消訴訟の提起後に行政行為が解決された場合（＝直接適用の場合）と取消訴訟の提起以前に既に解決された場合（＝類推適用の場合）の二つが考えられる⁶³⁾。そして、取消訴訟の繫属中に生じた行政行為の解決

61) Eyermann / Fröhler, VwGO, Rdnr. 12 zu §43. Vgl. auch Becker, aaO. (註・17), S. 922.

62) Becker, aaO. (註・17), S. 922.

63) とくに、一一三条一項四文 VwGO の類推適用ということについては、二を参照。

をきっかけに転換された「遂行的確認訴訟」において、裁判管轄権の欠如を理由に、その請求を退けるとするのは、先の権利者保護の視角に照らせば、納得し難いように思われる。そして、その限りでは、第一説の主張に分があるといえる。これに反し、取消訴訟の提起に先立って行政行為の解決が生じたのであれば、直ちに民事訴訟を提起し、通常裁判所自身が基本法ならびに法律で与えられた権限を自ら行使するのが訴訟経済原則にも合致しようというものである。つまり、チーラ/シュミット・グレーザーの正当な指摘をもってすれば、「二つの種類の訴訟における類型的な状況が異なることが顧慮されるべきだ。そのちがいは、事後的確認訴訟〔提訴後に解決された際の「遂行的確認訴訟」のこと……引用者〕にあっては、訴訟経済上の理由から、その後も一一三条一項四文 VwGO に従って確認訴訟の方途で終わりまで実施されるべき手続が既に繫属していることにある。これに対して、拡張された事後的確認訴訟〔提訴以前に解決された際の「遂行的確認訴訟」のこと……引用者〕においては、いかなる手続も繫属しておらず、むしろ今から開始されるべきことだ。したがって、ここでは、訴訟経済の理由はまさしく正当な利益に反対しうる⁶⁴⁾。」のである。

むすび

以上、一一三条一項四文 VwGO をめぐって論議されるいくつかの問題について叙述し、若干の考察を試みた。そもそも、「遂行的確認訴訟」に関連しては、「一一三条一項四文 VwGO で規律される遂行的確認訴訟が、……行政裁判的権利保護体系の……確固とした制度に属す」にもかかわらず、「遂行的確認訴訟が立法者を通じて知ったところの断片的な規律は、確かに、……数多くの諸問題を未解決のままにしている¹⁾。」といわれる。あるいは、

64) Tschira / Schmitt-Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 203.

さもなくば、この規定をめぐる学問的検討は、むしろ新しい事柄に属するというべきであろうか。

元来、取消訴訟を提起した後で撤回等により係争行政行為が解決された場合に、この訴訟に替えてその違法性を確認さす旨の一一三条一項四文 VwGO の規律内容それ自体は、それほど難解なものとも思えない。確かに、この規律の限りでも、撤回以外にどのような場合に解決が存しうるかについて、既述のような議論が交わされる（参照、二の二）。また、本稿で取り上げることをしなかったが、行政行為以外のいかなる行政作用にその適用が及ぼされるべきであるのかも、検討の対象になりうる。とはいえ、本規定の直接適用ということ念頭に置けば、「正当な」利益にかかわる点を除いて、基本的には取消訴訟とのかかわりによって規定されるものと思われる。むしろ、より多くの問題は、当然のことながら、この規定の類推適用に懸かるべき領域に存するであろうし、次稿において考慮する手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟の問題も、まさしくここに位置するのである。

(1) 一一三条一項四文 VwGO の類推適用に関しては、取消訴訟以外の訴訟に対しての適用という問題も含まれる。しかしながら、本稿は、取消訴訟の提起以前に解決された行政行為への類推適用の問題に限定し、考察した。それは、繰り返しいえば、本稿のそもそもの関心が、行政手続法の四六条に基づいて取消訴訟が排除されるどころの手続瑕疵ある行政行為にかかわって存することに因った。そこで、取消訴訟の提起以前に解決された場合への一一三条一項四文 VwGO の類推適用ということが注目されたのである。

取消訴訟の提起に先立って解決された行政行為に一一三条一項四文 VwGO を適用する場合で、まず第一に問題になるのが、その場合の解決が一一三条一項四文 VwGO にいう解決概念に包摂せしめられるのかである。

1) Wolf-Rüdiger Schenke, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: Hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgewaltigen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (461).

したがって、これについては、つぎのこのみを指摘しておこう。すなわち、一一三条一項四文 VwGO の直接適用の場合で議論になりうるのは、取消訴訟に対する（遂行的）確認訴訟の「補充性」原則に懸かるところの問題、いかえれば、行政行為は、そこから生じるいっさいの（法的）不利益が消失するのでなければ解決されたことにならないのか、ということである（参照、一の二）。しかしながら、取消訴訟の提起後の場合には、通説的見解によれば、取消請求に付加して当初から違法確認請求を補助的に申立てることが認められるので（参照、一の一）、この場合は、もともと、どのような解決概念によろうとも、いずれかの訴訟の可能性が確保されているといえる。それに対し、取消訴訟の提起以前に行政行為が解決された場合には、原告は、いっさいの（法的）不利益の消失に関する自らの判断に基づいて、取消訴訟か「遂行的確認訴訟」かのいずれかを提起しなければならない。そうして、（法的）不利益概念の不明瞭さも手伝い、解決に関する判断を誤って「遂行的確認訴訟」を提起した場合には、事情の次第によって、いずれの訴訟も許容されないことも考えられる²⁾。いかえれば、ここでは、一一三条一項四文 VwGO の直接適用のケースにおける以上に、解決概念に関する明瞭性が求められねばならないと同時に、原告をして訴訟できうる機会を確保するための解釈が望まれるのである。

(2) つぎに、確認を求めるにつき必要な「正当な」利益の概念に関していえば、とりわけ（民事上の）職務責任訴訟への備えをめぐる議論が重ねられた（参照、四の二(2)）。しかしながら、訴訟提起に先立って行政行為が解決された場合には、「遂行的確認訴訟」を経由しての民事訴訟の提起か民事訴訟の直接の提起かという選択が問題であるに過ぎない。したがって、ここ

2) というのは、改めて取消訴訟を提起するには、前置手続の実施や期間に関する定めが遵守されねばならないからである。もっとも、このような場合、訴えの併合（四四条 VwGO）ないし訴えの変更（九一条 VwGO）のことが考慮されるが、後者は比較的厳しい条件づきのものであることも考えられるべきであろう。

では、後者の選択が訴訟経済原則に合致するであろう（参照，四の二(3)）。

それゆえ、手続瑕疵ある行政行為に対する「遂行的確認訴訟」のことも念頭に置いて考えるならば、ここでの問題は、むしろ、行政手続法四六条のような規律によって裁判取消が排除されるケースにおいても、繰返しの危険もしくは回復の利益を観念することができるのか、あるいは、これら以外の「正当な」利益を観念することができるか、ということである。

(3) 取消訴訟の繫属中に申立てられる転換を通じて「遂行的確認訴訟」が問題になる場合、はじめに提起された取消訴訟が許容されるものでなければならぬと同様に、取消訴訟の提起を前提としない類推による「遂行的確認訴訟」の場合にも、取消訴訟の許容性が充たされなければならない（参照，二）。そして、手続瑕疵ある行政行為について「遂行的確認訴訟」を考える際には、原告の訴訟追行権（Klagebefugnis）の問題に関連して、おそらくそれがもっとも議論になるであろう。また、前置手続の要否の問題も依然として未解決のままである。いずれにしろ、本稿では、問題の指摘だけに留め、次稿の課題としたい。