

ドイツ行政裁判所法における 不作為訴訟に関する一考察

——行政行為・法規範に対する予防的権利保護——

湊 二郎*

目 次

- はじめに
- 1 権利保護の形式と要件
- 2 行政行為に対する予防的権利保護の実例
- 3 法規範に対する予防的権利保護の可能性
- 4 検討——日本法との比較
- おわりに

はじめに

本稿は、ドイツにおいて私人が行政に不作為を求める場合に用いられる不作為訴訟（Unterlassungsklage）に注目し、特に行政行為および法律より下位の法規範の発布の予防が求められる事例に関して、その活用の状況および活用可能性を検討するとともに、日本における行政処分や法令制定行為に対する予防的な救済のあり方についても一定の提言を行おうとするものである¹⁾。日本では、処分の予防を求める者の救済手段として、差止訴訟および仮の差止めの制度が法定され、裁判例の中には、処分の差止請求や仮の差止めの申立てを認容したものもみられるが、今後はより一層の

* みなと・じろう 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 本稿は、平成25年度～平成26年度科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）（若手研究（B））（課題番号：25780021）による研究成果の一部である。

活用が期待される場所である。ドイツにおいても、行政行為の不作為訴訟で原告が勝訴した例や行政行為の予防を目的とする仮の権利保護の申立てが認容された例が存在しており、日本法の視点から見ても参考になる部分があると考えられる²⁾。

ドイツの不作為訴訟は、一般的給付訴訟 (allgemeine Leistungsklage) の性格をもっており、行政行為だけでなくそれ以外の行政活動をも対象とし得る³⁾。裁判例の中には、市町村の条例として議決される地区詳細計画 (Bebauungsplan) の策定阻止を目的とする訴えを適法としたものがあり、学説においても、不作為訴訟の対象の 1 つとして法律より下位の法規範を挙げるものがみられる⁴⁾。法規範の発布の予防を目的とする訴訟は、ドイツにおいても容易に認められるものではないのであるが、法令制定行為によって権利利益を害されるおそれのある者の救済のあり方について検討を加えることには意味があるだろう。

以下ではまず、ドイツにおける行政行為等の予防を求めるための制度の基本構造を概観する (本稿 1)。次に、行政行為の不作為訴訟が適法とされる場合 (行政行為の予防を目的とする仮の権利保護の申立てが認められる場合を含む) を分類整理し、その特色を明らかにする (本稿 2)。続いて、法規範の発布の予防を目的とする訴訟の展開および今後の発展可能性を考察する (本稿 3)。最後に、以上のようなドイツ法の状況をふまえた

2) ドイツにおける行政行為の不作為訴訟に関する先行研究として、川上宏二郎「西ドイツ行政判例における予防的権利保護」西南 7 卷 1=2=3 号 (1974 年) 201 頁以下、雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」『行政争訟の理論』(有斐閣, 1986 年) 251 頁以下、阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣, 1993 年) 377 頁以下、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリ 1238 号 (2003 年) 91 頁以下、山本隆司「新たな訴訟類型の活用のために——ドイツ法の視点から」ひろば 57 卷 10 号 (2004 年) 42 頁以下等がある。

3) ドイツの不作為訴訟では、事実行為の性格を有する行政活動の不作為を求めることも可能であるが、これに関しては別稿で検討する予定である。

4) Vgl. Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl., 2011, § 16 Rn. 11; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 11. Aufl., 2013, Rn. 1444.

上で、日本における行政処分や法令制定行為に対する予防的な救済のあり方を検討する。

1 権利保護の形式と要件

(1) 一般的給付訴訟としての不作為訴訟

ドイツの行政裁判所法は、行政行為やその他の行政活動の不作為を求めするための特別の訴訟を法定していないが、このような場合には一般的給付訴訟が利用可能であると解されている⁵⁾。同法には、行政行為の義務付け訴訟については明文の規定があるものの（42条1項）、それ以外の給付訴訟が可能であることを明記した規定は存在しない⁶⁾。しかしながら、一般的給付訴訟の存在を前提としているとみられる条文がある。例えば同法43条2項1文は、「原告が自己の権利を形成訴訟又は給付訴訟によって追求することができる場合又は追求することができたであろう場合には、確認を求めることはできない」と規定し、同法111条1文は、「給付訴訟においては、請求権が根拠及び額に関して争われている場合には、裁判所は中間判決によってその根拠について先に裁断することができる」と規定している。同法40条1項1文は、「行政上の出訴の途（Verwaltungsrechtsweg）は、非憲法的性格のすべての公法上の紛争において、その紛争が連邦法律によって別の裁判所に明示的に割り当てられているのでない限り、存在している」と定めており、この規定から一般的給付訴訟の必要性が明らかになると説明されることもある⁷⁾。

5) Peter Wysk, in: Peter Wysk (Hrsg.), VwGO, Beck'scher Kompakt-Kommentar, 2011, § 42 Rn. 70; Hufen (Fn. 4), § 16 Rn. 1; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1444.

6) 行政裁判所法42条1項は、「訴えによって行政行為の取消し（取消訴訟）及び拒否された又はなされない行政行為を発することの義務付け（義務付け訴訟）を求めることができる」と規定する。同法は給付訴訟の一部を義務付け訴訟という形で法定しているという理解を示す学説として、vgl. Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 59; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1390.

7) Vgl. Dirk Ehlers, Die allgemeine verwaltungsgerichtliche Leistungsklage, Jura 2006, 351 (351).

一般的給付訴訟においては、原則として、行政行為の発給以外のすべての高権的 (hoheitlich) 行政活動を求めることができる⁸⁾。一般的給付訴訟において不作為が請求される場合、そのような訴訟は不作為訴訟と呼ばれる。不作為訴訟は、行政行為の不作為のみならず行政行為以外の行政活動の不作為をも対象とし得る⁹⁾。

一般的給付訴訟は給付請求権を貫徹するための訴訟であり、民事訴訟の原則に従えば、争われている給付請求権を原告が有している場合に認容判決が下されることになる¹⁰⁾。そうすると不作為訴訟では、不作為請求権の有無が問題となる。行政行為等の高権的行政活動の不作為を求める請求権が成立し得ることは一般に承認されているが、不作為請求権の根拠は必ずしも明確ではない。学説においては、自由権的基本権から不作為請求権を導き出す説もあれば、所有権に対する侵害の除去および不作為請求権を規定した民法典1004条¹¹⁾の規定を類推適用するという説もある¹²⁾。他方で、不作為請求権の成立要件に関しては大方において一致があり、① 高権的行政活動による権利または法的地位の侵害、② 侵害の違法性、③ 侵害が継続しているか、あるいはそれが差し迫っていることが必要であると解されている¹³⁾。これに従うと、違法な行政行為が差し迫っている場合

8) Hufen (Fn. 4), § 17 Rn. 1; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1390; Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 2011, Rn. 375.

9) Hufen (Fn. 4), § 16 Rn. 1; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1444; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 386.

10) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 80; Hufen (Fn. 4), § 28 Rn. 2; Ehlers (Fn. 7), S. 357.

11) 民法典1004条1項は、「所有権が……侵害される場合には、所有者は加害者に侵害の除去を求めることができる。さらなる侵害が危惧される場合には、所有者は不作為を求めて出訴することができる」と規定している。

12) Vgl. Hufen (Fn. 4), § 27 Rn. 3-6; Ehlers (Fn. 7), S. 357. 連邦行政裁判所は、火災警報サイレンの騒音が問題になった事案で、「加害者としての高権主体に対する……イミシオンの不作為を求める請求権の根拠が何か、すなわち類推適用されるべき民法典1004条、906条〔土地所有者の侵害受忍義務〕であるのか、基本法2条2項〔生命及び身体の不可侵の権利〕及び14条1項〔所有権〕であるのかは、ここでは解決しないことができる。防除請求権 (Abwehrensanspruch) が存在するという事は、争いが無い」と述べている。Vgl. BVerwG, Urt. v. 29. 4. 1988, BVerwGE 79, 254 (257).

13) Vgl. Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 68-69; Wilfried Erbguth, Allgemeines

には、それによって原告の権利が侵害されるのであれば、原告は行政行為の不作为請求権を有することになる¹⁴⁾。行政裁判所法113条1項1文は、取消訴訟の本案勝訴要件に関して、「行政行為が違法であり、かつそれによって原告が自己の権利を侵害されている場合には、裁判所は行政行為……を取り消す」と規定しており、行政行為の不作为訴訟の本案勝訴要件は、取消訴訟のそれに類似したものといえる¹⁵⁾。

不作为訴訟は、権利侵害が継続している場合と、権利侵害が差し迫っている場合のいずれの場合においても利用可能である。学説においては、初めて発生する権利侵害の不作为を求める訴訟と、発生した権利侵害の継続または反復の不作为を求める訴訟を区別して、前者の訴訟のみを予防的(vorbeugend) 不作为訴訟と呼ぶものがある¹⁶⁾。しかしながら裁判例は、広く将来の権利侵害の不作为を求める訴訟を予防的不作为訴訟と呼ぶことが多い¹⁷⁾。裁判例においては、権利侵害が反復的に生ずる可能性があることは、不作为訴訟の適法性(権利保護の必要性)を判断するに当たって考慮されているが、学説においては、権利侵害発生の危険があるかどうかは、不作为請求権が成立するかどうかに関する問題であり、本案の問題であるという指摘もある¹⁸⁾。

↘ Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2013, §41 Rn. 19-21; Hans-Werner Laubinger, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, VerwArch 1989, 261 (293).

14) Vgl. Hufen (Fn. 4), §27 Rn. 15; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1451.

15) 負担的行政行為の名宛人がその取消訴訟を提起した場合においては、当該行政行為が客観的に違法であるときには、通常原告の権利も侵害されると解されている。Vgl. Würtenberger (Fn. 8), Rn. 313; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1377.

16) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §42 Rn. 68; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 486; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1446.

17) Vgl. VGH München, Urt. v. 9. 12. 1992, NVwZ-RR 1993, 384 (384); VGH Kassel, Urt. v. 25. 2. 2005, NVwZ-RR 2006, 531 (532). いずれの場合も「不作为訴訟」と呼ぶべきであると主張する説として、vgl. Helge Sodan, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), VwGO, Großkommentar, 3. Aufl., 2010, §42 Rn. 53.

18) Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1449; vgl. auch Michael Happ, in: Erich Eyermann, VwGO, Kommentar, 13. Aufl., 2010, §42 Rn. 68.

(2) 不作為訴訟の訴訟要件

行政裁判所法は一般的給付訴訟について特別の訴訟要件を法定していない。取消訴訟および義務付け訴訟については、行政庁に対する異議 (Widerspruch) の前置に関する規定 (同法68条) および出訴期間を定めた規定があるが (同法74条), これらの規定は一般的給付訴訟には適用されない¹⁹⁾。一般的給付訴訟としての不作為訴訟の訴訟要件として実際に問題になるのは、出訴資格 (Klagebefugnis) と権利保護の必要性 (Rechtsschutzbedürfnis) である。

(a) 出訴資格

判例によると、一般的給付訴訟についても、民衆訴訟 (Popularklage) を排除する必要があることから、取消訴訟および義務付け訴訟の出訴資格を定める行政裁判所法42条2項の規定²⁰⁾が類推適用される²¹⁾。したがって、原告は給付の拒否によって自己の権利が侵害されていること、ないしは給付請求権を有することを主張しなければならない²²⁾。行政行為の不作為訴訟の場合には、取消訴訟と同様に、本案において違法な行政行為によって原告の権利が侵害されるかどうかが審理されることになるから、出訴資格についても取消訴訟と同様の扱いをすることは自然である。行政裁判所法42条2項は、判例上きわめて緩やかに解釈適用されており、出訴資格が否定されるのは「明白かつ一義的に、いかなる考察方法によってもその権利が侵害され得ないであろう場合」に限られる²³⁾。

取消訴訟の場合、負担的行政行為の名宛人には出訴資格が問題なく認め

19) Ehlers (Fn. 7), S. 355-356; Würtenerberger (Fn. 8), Rn. 391-392, 487; Hufen (Fn. 4), § 18 Rn. 9.

20) 行政裁判所法42条2項は、「法律に別の定めがない場合、訴えは、原告が行政行為又はその拒否若しくは不作為によって自己の権利を侵害されていると主張するときに限り、許される」と規定する。

21) BVerwG, Urt. v. 28. 10. 1970, BVerwGE 36, 192 (199), vgl. auch Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1392; Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 74; Würtenerberger (Fn. 8), Rn. 274.

22) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 74; Hufen (Fn. 4), § 17 Rn. 8; Ehlers (Fn. 7), S. 355.

23) BVerwG, Urt. v. 7. 5. 1996, BVerwGE 101, 157 (159); vgl. auch Hufen (Fn. 4), § 17 Rn. 8.

られるが²⁴⁾、名宛人に利益を与える行政行為を第三者が争う事例においては、違反が疑われている規定が当該第三者を保護する性格（または第三者を保護する効果）を有するかどうかの問題とされる。これは、公益を保護するだけでなく、個々の市民の個人的利益をも保護する公法規定は市民の公権（subjektiv-öffentliche Rechte）を基礎づけるという保護規範理論（Schutznormtheorie）²⁵⁾の考え方によるものである。この立場によれば、第三者保護性を有する規定に違反する行政行為は、違法であると同時に、当該規定により保護された第三者の権利を侵害することになる。第三者保護性の有無は、出訴資格との関係でも重要であるが、本案勝訴の可能性についても決定的な影響を与えるものである²⁶⁾。

行政行為の第三者が不作为訴訟を提起する場合においても、当該行政行為について定めた規定の第三者保護性が争点になることがある。一例として、連邦行政裁判所1996年5月7日判決を挙げることができる。この判決は、被呼出人（Beigeladene）が経営するディスコについて閉店時間の短縮（Sperrzeitverkürzung）を認める行政行為が反復的に与えられたため、付近住民である原告らが、当該ディスコに関して閉店時間を短縮する行政行為を与えないことを被告州に義務付けることを求めた事案に関するものである。飲食・旅館業法18条1項によれば、州政府は居酒屋、料理店および公衆娯楽場について法規命令により閉店時間を定めることができ、この法規命令においては、公共の必要性または特別な地域状況がある場合には閉店時間を延長・短縮・廃止することができることを定めることができるが、同判決は、「飲食・旅館業法18条1項における公共の必要性という構

24) 通常の場合、基本法2条1項に基づく一般的な行動の自由（allgemeine Handlungsfreiheit）が侵害される可能性があるものと解されている。Vgl. Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1352; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 280; Hufen (Fn. 4), §14 Rn. 6.

25) Vgl. Würtenberger (Fn. 8), Rn. 276; Happ, in: Eyermann (Fn. 18), §42 Rn. 83; Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, VwGO, Kommentar, 19. Aufl., 2013, §42 Rn. 83.

26) Würtenberger (Fn. 8), Rn. 316; Hufen (Fn. 4), §25 Rn. 43; Jörg Schmidt, in: Eyermann (Fn. 18), §113 Rn. 18.

成要件要素は、閉店時間の短縮が連邦イミシオン防止法の意味における有害な環境作用をもたらさないという趣旨に解釈されるべきである²⁷⁾。そのように解された規定の違反は、この範囲において、そのような環境作用により影響を受ける第三者の防除請求権をももたらし得る」と判示し²⁸⁾、飲食・旅館業法18条1項が第三者保護効果を有することを認めた。

(b) 権利保護の必要性

権利保護の必要性ないし権利保護の利益 (Rechtsschutzinteresse) は、裁判所を利用することが許されるために必要とされる不文の要件である²⁹⁾。原告が他の方法でその目的をより簡易かつ迅速に達成することができる場合には、権利保護の必要性が欠けると解されている³⁰⁾。一般的給付訴訟に関しては、訴えを提起する前に行政庁に対して給付の申立てをしておくことが必要かという問題があるが、この点に関する学説は分かれている³¹⁾。連邦行政裁判所2001年6月28日判決は、「一般的給付訴訟及び確認訴訟の提起の前にあらかじめ行政庁に申立てをすることが、訴訟法上常に必要とされるわけではない」と述べているが、他方で「行政庁がその要求をまだ取り扱っていない場合には……権利保護の必要性が欠如し得る」とも述べている³²⁾。

学説・判例は、将来の権利侵害の予防ないし阻止を目的とする予防的な

27) 連邦イミシオン防止法22条1項1号は、同法の許可を要しない施設は、「有害な環境作用が阻止される」ように設置され、稼働されなければならないと定めており、この規定は第三者保護効果を有するというのが判例である。Vgl. BVerwG, Urt. v. 4. 7. 1986, BVerwGE 74, 315 (327).

28) BVerwG, Urt. v. 7. 5. 1996, BVerwGE 101, 157 (163).

29) Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1349; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 253; Wysk, in: Wysk (Fn. 5), Vorb. §§40 bis 53 Rn. 41.

30) Kopp/Schenke (Fn. 25), Vorb. §40 Rn. 48; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 256; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1394.

31) 必要説に立つものとして、vgl. Hufen (Fn. 4), §17 Rn. 11; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 393. 不要説に立つものとして、vgl. Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1393; Ehlers (Fn. 7), S. 356.

32) BVerwG, Urt. v. 28. 6. 2001, BVerwGE 114, 350 (355); vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 18. 6. 2009, NVwZ 2009, 1314 (1315).

権利保護は例外的性格のものであり³³⁾、それゆえに特別な権利保護の必要性または権利保護の利益が要求されるという立場をとっている。このような発想の背後には、行政裁判所法は、仮の権利保護を含めて事後的な権利保護の仕組みを用意しており、実効的な権利保護を供与するという点でも原則としてこれで十分であるという理解がある³⁴⁾。同法は、行政行為に対する仮の権利保護については、異議および取消訴訟が延期効 (aufschiebende Wirkung) を有すること (80条1項)、法律の規定や行政庁が即時執行を命じたことにより延期効が発生しない場合であっても、行政庁が執行停止をすることができること (80条4項, 80a条1項2号)、裁判所が申立てに基づいて延期効を命令または回復することができること (80条5項, 80a条3項) を定めている³⁵⁾。この仕組みが用意されていることから、行政行為が差し迫っている場合であっても、通常はそれがなされるのを待つべきであると主張する説が多い³⁶⁾。学説の中には、権力分立原理から、行政上の権利保護は原則として事後的なものであるという結論を導き出す説もみられる³⁷⁾。

ここで連邦行政裁判所の判例を見てみると、連邦行政裁判所1967年1月

33) 予防的権利保護の概念に関して、連邦行政裁判所は、既に発生した権利侵害を契機として提起された訴えであっても、原告が将来の権利侵害の予防を目的としている場合には、それは予防的権利保護であるとする立場をとっている。Vgl. BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (326); BVerwG, Beschl. v. 21. 2. 1973, DVBl. 1973, 448 (449).

34) Klaus Rennert, in: Eyermann (Fn. 18), Vor §§ 40-53 Rn. 25; Ehlers (Fn. 7), S. 356; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 489. 他方で、被害者に金銭による補償または賠償を求めるよう指示することは憲法上禁止されると主張する説として、vgl. Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 77.

35) 行政裁判所法に定める延期効ないし執行停止制度の概要については、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリ1239号 (2003年) 116頁以下、拙稿「ドイツにおける建築許可の執行停止」鹿法41巻2号 (2007年) 4頁以下参照。

36) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), § 42 Rn. 78; Hufen (Fn. 4), § 16 Rn. 17; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1450; Ehlers (Fn. 7), S. 356.

37) Rennert, in: Eyermann (Fn. 18), Vor §§ 40-53 Rn. 25. 不作為訴訟と権力分立をめぐる議論に関しては、雄川・前掲注(2)259頁以下参照。

12日判決は、次のように述べている。「行政行為の形式における侵害に対する予防的な権利保護は、行政裁判所法の体系によると例外である。行政裁判所法は、利害関係者が行政行為による侵害を受け、取消訴訟又は義務付け訴訟をもってそれに対する措置をとるという事例を、通常の事例であるとみなしている。この通常の事例においては原告の利益は権利救済 (Rechtsbehelf) の延期効によって保護されており、被告の利益は前置手続 (Vorverfahren) によって保護されている³⁸⁾」。連邦行政裁判所1972年9月8日判決は、「行政裁判所法により原則として適切であり十分であるとみなされている事後的な権利保護を選択させることが利害関係者にとって受容可能である場合には、予防的な権利保護の余地はない」と述べ、予防的な権利保護が許されるためには「特別な (qualifiziert), すなわち、まさに予防的な権利保護を利用することに向けられた権利保護の利益」が必要であると述べている³⁹⁾。

前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決に従うと、特別な権利保護の必要性が肯定されるためには、事後的な権利保護を選択させることが利害関係者にとって受容できないという事情を要する。学説においては、行政行為の不作为訴訟について特別な権利保護の必要性が認められる場合の例として、① 行政行為に従わない者に刑罰や過料を科すことが予定されている場合、② 行政行為が短期間で完結する場合、③ 行政行為が既成事実を発生させる場合、④ 行政庁が原告に負担的行政行為をすることを予告しているものの、これを先延ばしにしている場合を挙げるものがある⁴⁰⁾。

38) BVerwG, Urt. v. 12. 1. 1967, BVerwGE 26, 23 (24). この判決は、取消訴訟および義務付け訴訟の前置手続 (異議) の存在を、予防的な権利保護が制限される理由の1つとみていることがわかる。Vgl. auch Sodan, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §42 Rn. 58.

39) BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (326).

40) Horst Dreier, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, JA 1987, 415 (422); vgl. bereits Wolf-Rüdiger Schenke, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, AöR 1970, 250-253; Carl Hermann Ule, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, VerwArch 1974, 291 (305).

②と③をまとめて、行政行為を取り消すことが法的にまたは事実上不可能な場合という整理をする説もある⁴¹⁾。また、多数の行政行為がなされようとしている場合についても特別な権利保護の必要性が認められると指摘する説もある⁴²⁾。どのような場合に特別な権利保護の必要性が認められるのかは、予防的権利保護に関する最重要論点である。

(3) 不作為訴訟と予防的確認訴訟

行政行為等の予防を求める場合には、給付訴訟としての不作為訴訟が最も適切であるようにも思われるが、実際には確認訴訟が提起されることがある。例えば、前掲連邦行政裁判所1967年1月12日判決は、第2次世界大戦の戦争被害者である原告が、1958年に被告の行政庁から補償の算定の基礎となる損害額を確定する決定を受けていたところ、1964年に被告からこの決定を変更して損害額を減額する予定である旨の通知を受けたため、被告が同決定を変更する権限を有しないことの確認を求めて出訴した事案に関するものである⁴³⁾。前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決も、自治体である原告らが、被告自治体が地区詳細計画の策定手続きを引き続き進行させる権限を有しないこと等の確認を求めて出訴した事案に関するものである。いずれの判決も予防的な権利保護が例外であることを示したものであり、訴訟形式が確認訴訟である場合にも特別な権利保護の必要性ないし権利保護の利益が要求されることがわかる。

行政裁判所法43条2項1文は、確認訴訟が形成訴訟および給付訴訟との関係で補充的であることを明記しているが、連邦行政裁判所は、行政行為等の予防を目的とする原告が、不作為訴訟ではなく、確認訴訟を選択する

41) Ehlers (Fn. 7), S. 357; vgl. auch Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., 2012, Rn. 357-360; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 490.

42) Würtenberger (Fn. 8), Rn. 493; Kopp/Schenke (Fn. 25), Vorb. § 40 Rn. 34. vgl. auch Schenke (Fn. 41), Rn. 362a.

43) この判決について詳しくは、川上・前掲注(2)210頁以下参照。

ことを認めている。前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決は、次のように述べている。「原告らはその利益を不作為訴訟の提起によっても実現することができるであろうが、行政裁判所法43条2項1文はその確認訴訟の妨げとならない。すなわち連邦行政裁判所第4部がその1970年10月27日の判決……において既に言及したように、行政裁判所法43条2項1文において命ぜられた確認訴訟の補充性及ぶのは、それがなければ取消訴訟及び義務付け訴訟に妥当する特別の規律〔異議の前置、出訴期間〕が潜脱されるような場合に限られる⁴⁴⁾」。それに対して学説においては、行政裁判所法43条2項1文の文言を重視し、予防的な権利保護に関しては一般的給付訴訟としての不作為訴訟のみが適切な訴訟形式であると主張する説もある⁴⁵⁾。

確認訴訟の訴訟要件と不作為訴訟の訴訟要件は、共通するものもあれば、異なるものもある。確認訴訟の場合、何が確認の対象になり得るかという問題がある。行政裁判所法43条1項は、「原告が即時の確認についての正当な利益を有する場合には、訴えによって法関係の存在若しくは不存在又は行政行為の無効の確認を求めることができる」と規定しており、確認訴訟の対象は、法関係の存否か行政行為の無効のいずれかである。判例によると、ここでいう法関係とは、「人（自然人又は法人）の相互の関係又は人と物の関係について、公法上の規範を根拠として、具体的な事実関係から生ずる法的な関係であって、それに基づいて、当事者の一人が一定のことをしなければならぬか、することができるか、することが許され

44) BVerwGE, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (327). ここで引用されている連邦行政裁判所1970年10月27日判決は、確認訴訟の補充性が妥当する場面を限定すべき理由として、連邦、州その他公共団体が被告となる場合には、判決の執行力がなくても被告が裁判所の判決を尊重することが期待されることを指摘している。Vgl. BVerwG, Urt. v. 27. 10. 1972, BVerwGE 36, 179 (181). この点に関しては、山本・前掲注(2)「外国法制調査」94頁、拙稿「行政立法・条例をめぐる紛争と確認訴訟（ドイツ）」鹿法42巻1=2号（2008年）74頁以下も参照。

45) Würtenerger (Fn. 8), Rn. 485; vgl. auch Hufen (Fn. 4), §18 Rn. 22-23.

るか、する必要がないもの」とされる⁴⁶⁾。予防的確認訴訟の場合には、上記の通り、被告が一定の行政活動をする権限がないことの確認が求められることが多い。

確認訴訟の提起が認められるためには、「即時の確認についての正当な利益」が必要であり、判例によると、ここでいう確認の利益とは「利害関係者の地位を改善するために十分に重要な、法的、経済的または精神的性質の、すべての承認されるべき保護に値する利益」であるとされる⁴⁷⁾。もっとも予防的な権利保護については、特別な権利保護の必要性または権利保護の利益が要求されるから、予防的確認訴訟が不作为訴訟と比較して特に提起しやすいというわけではない。また判例によれば、確認訴訟についても、取消訴訟・義務付け訴訟の出訴資格を定めた行政裁判所法42条2項の規定が類推適用され、法関係の存否の確認訴訟は、原告が自己の権利を侵害されていると主張し得る場合に限り許される⁴⁸⁾。確認訴訟については、異議および出訴期間に関する定めはなく、異議を前置することや出訴期間を遵守することは必要でない⁴⁹⁾。権利保護の必要性ないし権利保護の利益、出訴資格、異議の前置、出訴期間に関しては、予防的確認訴訟と不作为訴訟との間で異なるところはないといえよう⁵⁰⁾。

46) BVerwG, Urt. v. 26. 1. 1996, BVerwGE 100, 262 (264); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 23. 1. 1992, BVerwGE 89, 327 (329).

47) BVerwG, Beschl. v. 9. 12. 1981, BVerwGE 74, 1 (4); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 30. 1. 1990, BVerwGE 84, 306 (309). 確認の利益については、山本・前掲注(2)「外国法制調査」92頁以下、山本・前掲注(2)「訴訟類型」47頁以下も参照。

48) BVerwG, Urt. v. 26. 1. 1996, BVerwGE 100, 262 (271); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1995, BVerwGE 99, 64 (65-66).

49) Hufen (Fn. 4), §18 Rn. 18-19; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 495; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1403.

50) 義務不存在確認訴訟の係属中に当該義務を賦課する行政行為が出された場合には、当該確認訴訟は取消訴訟に転化し、当該行政行為に対して改めて異議を申し立てる必要はないというのが判例である。Vgl. BVerwG, Urt. v. 19. 6. 1968, BVerwGE 30, 46 (50). 反対説として、vgl. Max-Emanuel Geis, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §68 Rn. 179.

(4) 仮の権利保護

原告が行政行為等の予防を目的とする訴訟を提起しようとする場合、仮の権利保護を求めることができるかどうかも重要な問題となる。行政裁判所法は、異議および取消訴訟の延期効ないし執行停止の制度（80条、80 a 条）とは別に、仮命令（*einstweilige Anordnung*）の制度を用意している（123条）⁵¹⁾。本案訴訟として取消訴訟が提起されるべき場合には同法80条、80 a 条が適用されるが、本案訴訟が義務付け訴訟、一般的給付訴訟、確認訴訟となる場合には同法123条が適用される⁵²⁾。したがって、原告が不作為訴訟や予防的確認訴訟を提起すべき場合における仮の権利保護は、同法123条による仮命令となる。この仮命令には、「既存の状態の変化によって申立人の権利の実現が無に帰する又は本質的に困難になるであろう危険が存在する場合」（同条 1 項 1 文）に発せられるものと、「仮の状態を規律するため」（同項 2 文）に発せられるものがあり、前者は保全命令（*Sicherungsanordnung*）と呼ばれ、後者は規律命令（*Regelungsanordnung*）と呼ばれる⁵³⁾。不作為請求権を保全するために用いられるのは保全命令である⁵⁴⁾。

仮命令の申立てに理由があることが認められるのは、申立人が命令請求権（*Anordnungsanspruch*）および命令原因（*Anordnungsgrund*）を疎明した場合であると考えられている⁵⁵⁾。命令請求権は、申立人が本案訴訟

51) 行政裁判所法123条に定める仮命令の概要については、山本・前掲注(35)122頁以下、拙稿「建築紛争における仮命令」立命338号（2011年）47頁以下も参照。

52) *Württemberg* (Fn. 8), Rn. 501; *Hufen* (Fn. 4), § 33 Rn. 6. 行政裁判所法123条5項は、同条1項から3項までの規定が、同法80条および80 a 条の場合には適用されないことを明記している。同法123条1項1文は、訴え提起の前においても裁判所が仮命令を発することができる旨規定しており、本案訴訟の提起は仮命令の要件ではない。

53) *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1526; *Happ*, in: *Eyermann* (Fn. 18), § 123 Rn. 18; *Kopp/Schenke* (Fn. 25), § 123 Rn. 6.

54) *Kopp/Schenke* (Fn. 25), § 123 Rn. 7; vgl. auch *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1527; *Happ*, in: *Eyermann* (Fn. 18), § 123 Rn. 21.

55) *Hufen* (Fn. 4), § 33 Rn. 16; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1534; *Württemberg* (Fn. 8), Rn. 545.

において主張する権利または法関係を意味するものであり、本案における勝訴の見込みと密接に関連する⁵⁶⁾。命令原因は、裁判所による仮の決定が必要とされる事情を指すものであり、同法123条1項1文にいう危険は保全命令についての命令原因といえることができる⁵⁷⁾。これらの（実体的）要件とは別に、仮命令の申立ての適法要件が存在する。仮命令の申立てについても、取消訴訟・義務付け訴訟の出訴資格を定める同法42条2項が類推適用され、申立適格（Antragsbefugnis）として、申立人の権利が侵害される可能性があることが必要とされる⁵⁸⁾。また、権利保護の必要性ないし権利保護の利益も必要であり⁵⁹⁾、予防的な権利保護を求める仮命令の申立てについては、事後的な権利保護を利用することが申立人にとって受容できない場合に限り、権利保護の利益が認められる⁶⁰⁾。

2 行政行為に対する予防的権利保護の実例

既述の通り、学説・判例は、予防的な権利保護は例外的に認められるものであり、これを利用することが許されるためには特別な権利保護の必要性が要求されるという立場をとっている。もっとも、そのような特別な権利保護の必要性が認められた例は複数存在しており、本案において行政行為の不作为請求が認容された例もある。以下では、行政行為の不作为訴訟の適法性が認められるのはどのような場合か、さらにそのような訴訟で原

56) Würtenberger (Fn. 8), Rn. 546; Jens Saurenhau, in: Wysk (Fn. 5), § 123 Rn. 16; Kopp/Schenke (Fn. 25), § 123 Rn. 25.

57) Saurenhau, in: Wysk (Fn. 5), § 123 Rn. 20; Detterbeck (Fn. 4), Rn.1531; Kopp/Schenke (Fn. 25), § 123 Rn. 23.

58) Saurenhau, in: Wysk (Fn. 5), § 123 Rn. 10; Hufen (Fn. 4), § 33 Rn. 9; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 543.

59) Saurenhau, in: Wysk (Fn. 5), § 123 Rn. 13; Hufen (Fn. 4), § 33 Rn. 10; Würtenberger (Fn. 8), Rn. 544.

60) Adelheid Püttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), § 123 Rn. 71; Saurenhau, in: Wysk (Fn. 5), § 123 Rn. 14; Happ, in: Eyermann (Fn. 18), § 123 Rn. 37.

告が勝訴する可能性はあるのかという点を明らかにするため、行政行為に対する予防的な権利保護の必要性が肯定される場合を類型化するとともに、複数の事例を紹介する。ここで取り上げる事例の中には、行政行為の予防を目的とする仮命令の申立てに関するものも含まれている。

(1) 行政行為がなされるとそれを取り消すことができない場合

不作為訴訟または予防的確認訴訟が提起された事件ではないが、学説においてしばしば引用される判例として、連邦行政裁判所1988年8月25日判決がある。高等学校正教諭 (Studienrat) であった原告は、1979年に高等学校教頭 (Studiendirektor) に相当する職の公募に応募したが、選ばれたのは同じく高等学校正教諭であった被呼出人であった。被呼出人は1980年10月13日に高等学校上級教諭 (Oberstudienrat) に昇任し、約1年後に高等学校教頭に昇任した。被告の行政庁は、1980年10月24日に、原告に対して拒否決定を行い、原告は拒否決定の取消しおよび被告が裁判所の法解釈を尊重して再決定をすることの義務付けを求めて出訴した。第1審は訴えを退けたが、控訴審は、選考手続に瑕疵があったとして原告の請求を認容した。しかしながら本判決は、拒否決定の前に既に被呼出人が高等学校上級教諭に昇任していたため、公募手続が終了しており、原告の主張する請求権はもはや実現不可能である旨述べ、控訴審判決を破棄した (第1審判決が確定)。他方で本判決は、「応募者は——場合によっては、拒否の行政行為が出る前に——仮の権利保護を求めることによって——本件のように——他者が任命されることにより既成事実が作られることを阻止することを試みることもできる」と指摘している⁶¹⁾。本判決がいうように、任命行為がなされた場合にはもはやそれを取り消すことができないとする⁶²⁾、他の応募者には、任命行為がなされる前に権利保護の機会が与え

61) BVerwG, Urt. v. 25. 8. 1988, BVerwGE 80, 127 (129).

62) 公職の安定性 (Ämterstabilität) の原則により、任命行為の取消しが制限されると説明されることもある。Vgl. BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010, BVerwGE 138, 102 (109); Rolf

られなければならないだろう。

この事件の原告は、本判決を不服として憲法異議（Verfassungsbeschwerde）を申し立てたが、連邦憲法裁判所1989年9月19日決定は、同判決は異議申立人の基本権を侵害しない旨判示した。ただし連邦憲法裁判所は、選ばれなかった応募者に（仮の）権利保護の機会を保障する必要があることから、憲法上任命権者は任命行為をする前に十分な期間を置いて選考結果を応募者に通知する義務を負うと述べている⁶³⁾。その後の行政裁判所の実務では、次のような運用が行われている。① 任命権者は、任命行為をする前に、選ばれなかった応募者に対して拒否決定を通知するとともに、通知の到達後2週間待機する義務を負う。② 通知を受けた応募者は任命行為の禁止を義務付ける仮命令の申立てをすることができる。③ 選考手続に瑕疵があり、瑕疵のない手続をとれば申立人が選ばれる可能性があるときには、仮命令の申立てが認容され、任命権者は選考手続をやり直す義務を負う。④ 任命権者は、仮の権利保護の手続が終結するまで、任命行為をしてはならない⁶⁴⁾。

(2) 行政行為の執行により既成事実または回復困難な損害が発生する場合

(a) 森林の開墾

行政行為の予防を目的とする仮命令の申立てが認容された例として、ベルリン上級行政裁判所1977年5月2日判決がある。この事件では、景観保護の対象となっている森林地域において発電所の設置用地を整備するため、被呼出人が景観保護法上の例外許可（森林を開墾することの許可）を求める申請をしたところ、周辺住民である申立人らが、開墾許可の付与を阻止するために仮命令の申立てをした。原審ベルリン行政裁判所は、法律上発電所の立地は連邦イミシオン防止法に基づく許可または仮決定

↘Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl., 2013, Rn. 1058.

63) BVerfG, Beschl. v. 19. 9. 1989, NJW 1990, 501 (502).

64) Vgl. BVerwG, Urt. v. 4. 11. 2010, BVerwGE 138, 102 (110-112); Schenke (Fn. 41), Rn. 358.

(Vorbescheid) によって決定される仕組みになっているところ、森林の開墾がこの点に関する行政庁の判断を先取りすることになるおそれがあることから、連邦イミシオン防止法に基づく許可または仮決定がなされる前に開墾許可を与えることを禁止する内容の仮命令を発した。本判決も、仮命令を発した行政裁判所の判断を是認している。

本判決は、「公権力の措置によって既成事実及び回復不可能な結果がもたらされる場合には、予防的不作為訴訟及び……仮の権利保護についても、権利保護の利益が存在している可能性がある」との立場から、「本件において申立人らは、将来の不利益的な行政行為を待たないことを正当化する特別の理由を有している」と判示した⁶⁵⁾。本判決は、当該地域において発電所の設置を認めるためには、地区詳細計画を策定して新たな地域指定を行った上で、連邦イミシオン防止法上の許可を付与することが必要であるが、森林の開墾が行われると発電所の立地が事実上確定してしまい、申立人らの手続参加および権利保護の可能性を妨げることになるため、早期の段階での権利保護が必要である旨述べている。本判決は、開墾許可に対する事後的な（仮の）権利保護の可能性については詳しい検討を行っていないが、被申立人が森林の開墾を即時執行命令付きで許可する意向であること、申立人らは開墾の開始により初めて例外許可の付与を知ることになることを指摘しており、開墾許可に対する事後的な権利保護では遅きに失すと考えているようである⁶⁶⁾。なお本判決は、開墾許可の付与およびそれに続く森林の開墾により申立人の権利の実現が本質的に困難になるという危険の存在が疎明されたとして、仮命令の申立てには理由があ

65) OVG Berlin, Urt. v. 2. 5. 1977, NJW 1977, 2283 (2283).

66) 特に大規模プロジェクトの場合には、執行停止の手續に時間を要するため、既成事実の発生を防止できない可能性があることを指摘する説として、vgl. Thomas Lapp, Vorbeugender Rechtsschutz gegen Normen, 1994, S. 269. それに対して、計画確定決定 (Planfeststellungsbeschluss) については、通常の場合執行停止制度により既成事実の発生を防止できる旨判示した判例もある。Vgl. BVerwG, Urt. v. 26. 6. 1981, BVerwGE 62, 342 (352).

る旨判示しており⁶⁷⁾、特別な権利保護の必要性の判断と申立てに理由があるかどうかの判断が少なくとも一部で重なっているとみることができる。

(b) 通信設備の遮断

同じく行政行為の予防を目的とする仮の権利保護の申立てを認容した例として、ミュンスター上級行政裁判所1982年10月22日決定がある。この事件では、企業である申立人が、支払不能のために和議手続の開始を申請したところ、被申立人は、申立人に対して全ての通信設備を遮断することを予告するとともに、一定の予納金を支払うことで遮断を回避できることを通告した。和議手続が開始された後、申立人の和議管財人は、和議手続開始申請の前に発生した通信料は算入しないという留保を付して、被申立人に小切手を送付した。それに対して被申立人は小切手の受領を拒否し、留保なく予納金を支払うことを求めた。申立人は差し迫っている通信設備の遮断に対して予防的な仮の権利保護を求める申立てをした。

本決定は、申立人の申立てを行政裁判所法123条1項による仮命令の申立てとみて、申立てを認容した。予防的な権利保護を利用することに向けられた特別な権利保護の利益が認められる理由としては、行政行為の性質を有する通信設備の遮断に対して取消訴訟または行政裁判所法80条5項による執行停止の申立てによる事後的な権利保護を求めるべきものとすれば、行政裁判所の裁断がなされるまでに既に、申立人の支払能力に対する債権者の信頼が揺らぎ、事業の進行が阻害され、現在の和議手続を成功裡に終結させることができない可能性があるとともに、申立人に存続の危機が生ずるおそれがあることが指摘されている⁶⁸⁾。通信設備の遮断が即時に執行される行政行為であることを前提として、執行停止制度によっても倒産の危険を回避できないおそれがあるので、予防的な権利保護が必要であるということである。

なお本決定は、民法典1004条1項の類推適用ならびに行政が法および法

67) OVG Berlin, Urt. v. 2. 5. 1977, NJW 1977, 2283 (2284).

68) OVG Münster, Urt. v. 22. 10. 1982, NJW 1984, 1642 (1642).

律に拘束されるという憲法上の原則に基づいて、所有権類似の保護される法的地位の主体は、行政庁による違法な侵害が差し迫っている場合には不作為請求権を有するという立場をとっている。本件における被侵害法益は申立人の「設立され営まれている (eingerrichtet und ausgeübt) 営業」であるが、法律上申立人は予納金の支払いをしたと認められることから、申立人には侵害を受忍する義務はないとして、命令請求権 (不作為請求権) が肯定されている。命令原因に関しては、通信設備の遮断が申立人にもたらす結果を回避するために仮命令が必要であることが指摘されており、権利保護の利益の判断との共通性が見られる⁶⁹⁾。

(3) 同種の行政行為が多数または反復的になされる場合

(a) 住宅の建築許可

建築許可に対する予防的不作為訴訟の適法性を肯定した判例として、連邦行政裁判所1971年4月16日判決がある。この事件では、地元自治体が飼料工場と駅の間にある地域で住宅建設を認めることを内容とする地区詳細計画を議決したため、当該飼料工場を経営する会社およびその敷地所有者である原告らが、当該地区詳細計画の無効を主張して出訴し、被呼出人3名に付与された建築許可の取消しと、被告が他の被呼出人6名に対して建築許可を付与しないことの義務付けを求めた。第1審は原告らの出訴資格を否定して訴えを却下したが、本判決は訴えを適法とし、事件を上級行政裁判所に差し戻した。

本判決は、行政行為の予防を目的とする不作為訴訟は、行政行為を待たないことを正当化する特別の理由を原告が有する場合に限り許容されることを指摘しつつ、本件ではこの要件が満たされるものとしている。その理由に関しては、① 行政裁判所の事実認定によれば、被呼出人6名に対して近いうちに住宅の建築許可が与えられることが予想されること、② 本

69) 命令原因の審理の過程において、予防的不作為訴訟のための権利保護の必要性の有無を検討した裁判例として、vgl. VG Kassel, Beschl. v. 2. 8. 1995, NVwZ-RR 1996, 317 (318).

件では行政裁判所法80条、123条による仮の権利保護が拒否されており、建築工事が行われることにより既成事実が発生する危険が高いこと、③本件において予防的不作為訴訟の適法性を認めることは、当事者間の紛争全体を1つの手続で処理することができ、原告らが各建築許可に対して個別に訴えを提起する必要がなくなるので、訴訟経済上も有意義であることが指摘されている⁷⁰⁾。

建築許可に不服がある第三者がこれを争うケースは多く、近年においては第三者が取消訴訟で勝訴した例や、執行停止（延期効命令）の申立てが認容された例もかなりあるので⁷¹⁾、この分野では少なくとも現在においては事後的な権利保護が機能しているということもできる。しかしながら本件のように、地区詳細計画に基づいて住宅の建築許可が多数付与されることが予測される場合には、各建築許可の取消しをその都度求めるべきものとするのは妥当でなく、不作為訴訟の提起を認めることが適切であろう。なお本判決は、当該地区詳細計画が無効であるとする、許可の適法性は連邦建設法35条により判断されるところ、原告らは同条1項により優遇された法的地位を有するとして⁷²⁾、原告らの出訴資格を肯定している。当該地区詳細計画が無効であるかどうかについては、差戻審で上級行政裁判所が審理判断すべきものとされている。

(b) 短期の期限付きの閉店時間短縮決定

前掲連邦行政裁判所1996年5月7日判決は、短期の期限付きの行政行為が反復的になされている事例において、不作為訴訟の適法性を認めたもの

70) BVerwG, Urt. v. 16. 4. 1971, DVBl. 1971, 746 (747).

71) 第三者による建築許可の取消訴訟の展開については、拙稿「ドイツにおける建設計画法上の第三者保護に関する一考察(1)(2・完)」論叢153巻1号51頁以下、2号68頁以下(2003年)参照。建築許可の執行停止の実例については、拙稿・前掲注(35)22頁以下参照。

72) 1960年制定時の連邦建設法35条1項は、外部地域(Außenbereich)において一定の要件の下で許容される事業案を列挙しており、その中には、農林業に奉仕する事業案(1号)や、周辺への不利益効果のために外部地域においてのみ実施されるべき事業案(4号)が掲げられている。

である。この事件では、ディスコについての閉店時間短縮決定が問題となった。飲食・旅館業法18条1項の授権に基づく被告州の法規命令は、公共娯楽場の閉店時間を午前1時から午前6時までと規定する一方で、公共の必要性または特別な地域状況がある場合には、閉店時間を期限付きまたは撤回可能な形で短縮することも認めていた。被告州の行政庁は、被呼出人の経営するディスコについて閉店時間の開始を遅らせる決定を發したため、原告らが行政庁に当該決定の取消しを求めたところ、行政庁はこれを拒否し、新たな閉店時間短縮決定をした。原告らは拒否決定について異議を申し立て、これが退けられたため出訴したが、訴訟係属中に新たな閉店時間短縮決定がなされた。原告らは、控訴審において、将来被呼出人のディスコについて午前1時から午前4時にかけて閉店時間短縮決定を与えないことを被告に義務付けることを求めた。控訴審判決は、原告らの出訴資格を否定し、訴えを不適法としたため、原告らは上告した。

本判決は、さらなる閉店時間短縮決定の不作为をを求める予防的権利保護にとって必要とされる特別な権利保護の利益を肯定している。その理由としては、閉店時間短縮決定が、反復的に付与される行政行為であり、しかも期限が付されているために通常は異議手続を実施する前に完結するものであることから、そのような多数の行政行為の取消しを求めることは受容不可能であることが指摘されている⁷³⁾。異議手続を実施する前に完結するような行政行為については、事後的な権利保護は有効に機能しないであろう。しかもそれが反復的に付与されているという状況においては、予防的な権利保護が不可欠である⁷⁴⁾。

既述の通り本判決は、閉店時間の短縮により有害な環境作用が発生する場合には、飲食・旅館業法18条1項の違反があるものとして、有害な環境

73) Vgl. BVerwG, Urt. v. 7. 5. 1996, BVerwGE 101, 157 (158).

74) かつての軍用飛行場で航空機を離着陸させることの許可が特定の事業者に反復的に付与される事案で、近隣自治体の提起した予防的不作為訴訟を適法とした例として、vgl. VGH München, Urt. v. 22. 12. 1992, DVBl. 1993, 741.

作用により影響を受ける第三者の防除請求権が成立する旨述べていた。そうすると、原告らが閉店時間短縮決定の不作為請求権を有するかどうかは、原告らが有害な環境作用を受けるおそれがあるかどうかにかかっている。本判決は、原告らが閉店時間短縮決定により明白かつ一義的に自己の権利を侵害され得ないとはいえないことから、その出訴資格を肯定したが、原告らに防除権が認められるかどうかについては、事実が十分に解明されていないとして、事件を控訴審裁判所に差し戻している。

(c) 毎年開催される行事の際に付与される許可

毎年開催される行事の際に付与される許可の不作為訴訟を適法とし、しかも不作為請求を認容した例として、カッセル上級行政裁判所2005年2月25日判決がある。A市の旧市街にある「アン・デア・ヴィート」広場では毎年8月末から9月初めの時期の4日間（金曜日～月曜日）に「ランタン祭り」が開催されており、被告は2000年以降、特定の飲食店の経営者に対して、祭りの期間中24時まであらゆる種類の音楽の演奏を認める例外許可を与えていた。付近住民の1人である原告は、2002年7月11日出訴し、毎年の祭りの際に広場で余暇騒音指針（Freizeitlärmrichtlinie）および騒音防止技術指針（TA-Lärm）による指針値を超える音楽の演奏を被告が自ら開催すること、および被告が第三者にそのような演奏の実施を認めることを禁止することを求めた。フランクフルト行政裁判所は、20時から22時までの間は70デシベル、22時以降は55デシベルを超える音楽の演奏をしないこと、および第三者にそのような音楽の演奏をさせないことを被告に命ずる判決をし、本判決もこの判断を是認している。

原告の請求のうち、被告が第三者に演奏の実施を認めることの禁止を求めるものは、行政行為の不作為請求である。本判決は、予防的な不作為請求のための特別な権利保護の必要性が認められる理由として、① 音楽の演奏のための例外許可が与えられたことは通常原告に告知されず、祭りの前に許可がなされたことを知ることを原告に期待することはできないこと、② 例外許可を受けた第三者がこれを使用したときに初めて原告が許

可の付与を知ることになれば有効な権利保護をもはや達成することができないおそれがあること、③ このことは、祭りが常に週末に開催されるため、仮の権利保護についても同様に妥当することを挙げている⁷⁵⁾。本件のような事実関係では、例外許可がなされた後でその執行停止を求めることすら困難であり、例外許可がなされることを待たずに出訴することが認められるべきである。なお本判決は、原告が連邦イミシオン防止法の意味における有害な環境作用からの保護を援用することができるという理由でその出訴資格を肯定しており、同法にいう有害な環境作用に対して近隣住民は防除請求権を有するという立場をとっている⁷⁶⁾。

(4) 行政行為の予告が原告に不利益をもたらしている場合

行政庁が行政行為を発することを予告するだけで原告が不利益を受ける場合に、原告が出訴することを認めた例として、ミュンヘン上級行政裁判所1986年1月22日判決がある。この事件の原告は、終夜営業のバーの支配人として雇用されてきたが、過去に様々な違反行為および犯罪行為を行っていた。被告は、原告はバーの支配人として飲食・旅館業法上必要とされる信頼性を欠いていると判断し、店の経営者に対して、原告を雇用することを禁止する命令を発することを予告した⁷⁷⁾。経営者は原告を即時解雇したが、労働裁判所が即時解雇を無効としたため、経営者は原告を再び支配人として雇用した。しかし被告が再度雇用禁止命令を発することを予告したので、経営者は原告を別の店で給仕として雇用することとした。そこで原告は、過去の非違行為を理由に原告が飲食・旅館業法上の信頼性を欠

75) VGH Kassel, Urt. v. 25. 2. 2005, NVwZ-RR 2006, 531 (532).

76) 毎年開催される行事の際の交通迂回(交通法上の命令)により受忍限度を超える騒音被害を受けると主張する沿道住民が出訴した事案で、予防的不作為訴訟を適法とした例として、vgl. VGH München, Urt. v. 9. 12. 1992, NVwZ-RR 1993, 384 (384).

77) 飲食・旅館業法21条1項は、飲食・旅館業において、ある人を雇用することを禁止することができるものとしており、その要件は、「当該人がその活動について必要な信頼性を有していない」ことを認めることを正当化する事実がある場合とされている。

くことを被告が主張することの禁止を求めて出訴した。本判決は、原告の訴えを予防的不作為訴訟とみて、予防的不作為訴訟に必要とされる権利保護の利益を原告が有することを認めた。その理由として、雇用禁止命令がなされた場合には原告はその取消しを求めることができるものの、既に原告は当分の間新たなバーの支配人の職を得ることを事実上妨げられているともいえることから、雇用禁止命令がなされることを待って行政裁判所に出訴することは原告にとって受容できないことが指摘されている⁷⁸⁾。行政庁が雇用禁止命令を発することを予告しただけで、雇用主がそれに自主的に従ってしまうような場合には、雇用禁止命令に対する事後的な権利保護は機能しないから、命令がなされる前の時点で出訴することが認められなければならないだろう⁷⁹⁾。なお本判決は、本案の争点については被告の主張を支持し、原告には終夜営業のバーの支配人として十分な信頼性が認められない旨判示している。

(5) 行政行為に従わない者に刑罰や過料を科すことが予定されている場合

学説上、行政行為の不作為訴訟について特別な権利保護の必要性が認められる場合の例として、当該行政行為に従わない者に対して刑罰や過料を科すことが予定されている場合を挙げるものが多い。しかしながら、このような考え方が裁判例において一般的に受け入れられているとはいえないように思われる。例えば連邦イミシオン防止法には、同法に基づく義務を履行させるために許可の付与後に命令を発することができること（17条1項1文）、故意または過失によりこの規定に基づく執行可能な命令に従わなかった者には過料を科すことができることを定めた規定がある（62条）。上記の学説に従えば、同法17条1項1文に基づく命令を受けるおそれがある事業者は、その不作為訴訟を容易に提起することができることになりそ

78) VGH München, Urt. v. 22. 1. 1986, NJW 1986, 3221 (322).

79) 山本・前掲注(2)「訴訟類型」45頁は、このケースと日本の函数尺事件（東京地判昭和46・11・8行集22巻11=12号1785頁）の事案の類似性を指摘している。

うであるが、このような不作為訴訟を適法とした裁判例は見当たらない⁸⁰⁾。

学説上しばしば引用される裁判例としてミュンスター上級行政裁判所 1966年9月30日決定があり、確かにこの決定は、「まず自らに対する秩序処分 (Ordnungsverfügung) 及び告発を行わせて、それから過料手続又は刑事手続において、争われている法的問題を解決させることは、国民にとって受容できないものであるということが、現在では裁判例において承認されている」と述べている⁸¹⁾。しかしながらこの決定は、申立人が一般鉦業法の授権に基づく法規命令の規定の適用除外を申請したところ、被申立人がこれを拒否するとともに、当該規定を無視した場合には過料を科す旨を表明したため、申立人が、当該規定の違反を理由に被申立人が過料決定をしないよう義務付ける仮命令の申立てをしたという事案に関するものである。すなわちこの事件では、行政行為に従わなかった場合の過料ではなく、法令違反に対する過料の予防が求められていたのである⁸²⁾。それに対して、行政行為に従わなかった場合に初めて刑罰や過料が科されるようなケースでは、当該行政行為の取消しおよび執行停止を求めることによって刑罰や過料が科される危険を回避することができないのかどうかの問題となる。

多くの学説は、異議または取消訴訟の延期効が発生した場合には、行政行為に従わなかったことを理由として刑罰が科されることはないと解している⁸³⁾。したがって、事後的な権利保護を利用することで刑罰のリスク

80) 他方で、連邦イミシオン防止法17条1項1文に基づく命令を受けた事業者がその取消訴訟を提起した例は存在している。Vgl. BVerwG, Urt. v. 10. 1. 1995, NVwZ 1995, 994; BVerwG, Urt. v. 22. 10. 1998, BVerwGE 107, 299.

81) OVG Münster, Beschl. v. 30. 9. 1966, DÖV 1967, 99 (100).

82) 行政庁が事業者に対し、当該事業者の行う事業活動は法律違反であり、今後当該事業活動を行った場合には刑事告発を行う旨を通告した事案で、これを不服とする事業者が提起した確認訴訟を適法とした判例として、vgl. BVerwG, Urt. v. 9. 5. 1957, BVerwGE 4, 363; BVerwG, Urt. v. 13. 1. 1969, BVerwGE 31, 177.

83) Schmidt, in: Eyermann (Fn. 18), § 80 Rn. 17; Kopp/Schenke (Fn. 25), § 80 Rn. 32; ↗

を回避することができる局面は存在するといえる。もっとも連邦通常裁判所の判例の中には、即時に執行可能な行政行為に対する違背があった場合には、その行政行為が後に行政争訟手続において取り消されたとしても、刑罰を科すことができる旨述べたものがある⁸⁴⁾。そうすると、即時に執行可能な行政行為がなされた場合には、その後に取り消訴訟を提起したとしても、刑罰を免れることができない事態が発生しうる。このような危険を避けるためには、当該行政行為がなされることを阻止することが必要となるようにも思われる⁸⁵⁾。

(6) 小括

(a) 特別な権利保護の必要性

行政行為がなされるとそれを取り消すことができない場合（上記(1)）や行政庁が雇用禁止命令を発することを予告しただけで雇用主が自主的にそれに従ってしまうような場合（上記(4)）には、事後的な権利保護は機能しないから、予防的な権利保護を利用するための特別な権利保護の必要性が肯定されなければならないだろう。同種の行政行為が多数または反復的になされる場合（上記(3)）には、行政行為がなされた後でその取消しを求めることが当然に不可能であるとはいえないが、同種の行政行為の取消訴訟をその都度提起させることが適切であるとはいえず、不作為訴訟の提起を認めることが望ましいといえよう。この類型の中には、行政行為の効力が短期間で消滅するため、事後的な（仮の）権利保護が事実上不可能である事例が含まれており（上記(3)の(b)および(c)）、このようなケースでは特別な権利保護の必要性を肯定すべきである。

行政行為の執行により既成事実や回復困難な損害が発生する場合（上記

↘Saurenhaus, in: Wysk (Fn. 5), §80 Rn. 10.

84) BGH, Beschl. v. 23. 7. 1969, NJW 1969, 2023 (2026).

85) 異議ないし取消訴訟の延期効が自動的に発生しない場合には予防的権利保護のための権利保護の必要性を認める説として、vgl. Lapp (Fn. 66), S. 266.

(2) については、執行停止制度により実効的な権利保護を得ることができないのかどうか問題となり得る。行政行為の予防を目的とする仮命令の申立てを認容した2つの裁判例は、異議または取消訴訟の延期効が自動的に発生しないことを前提に、執行停止の申立てをしても既成事実の発生または倒産の危険を防止することができないことから特別な権利保護の必要性を認めたものと解される。行政行為が即時に執行され、執行停止の申立てをしても権利保護の目的を達成することができないような事案においては、行政行為がなされる前の段階で権利保護を求めることが認められなければならないだろう。

行政行為に従わない者に刑罰や過料を科すことが予定されている場合(上記(5))も同様で、ドイツにおいては取消訴訟および執行停止制度によっても刑罰のリスクを回避することができない場面が存在している。少なくともそのような事案では予防的な権利保護を認める必要があるのではないと思われる。

(b) 行政行為の不作为請求権

行政行為の不作为請求権の根拠ないし成立要件に関しては、様々な理論構成がみられる。前掲ミュンスター上級行政裁判所1982年10月22日決定は、民法典1004条の規定を援用して、所有権類似の法的地位に対する違法な侵害が差し迫っている場合には不作为請求権が成立すると述べており、私法上の不作为請求権と同様の構成をとっている。他方で、前掲連邦行政裁判所1996年5月7日判決は、飲食・旅館業法18条1項が第三者保護効果を有することを認め、この規定の違反が第三者の防除請求権をもたらす旨述べている。これは、第三者保護規範に違反する行政行為に対して第三者は不作为請求権を有するというものである。前掲カッセル上級行政裁判所2005年2月25日判決は、連邦イミシオン防止法にいう有害な環境作用に対して近隣住民は防除請求権を有するという立場から、そのような作用を発生させることを認める行政行為に対しても近隣住民は不作为請求権を有するものとしている。

3 法規範に対する予防的権利保護の可能性

(1) 法律より下位の法規範に対する権利保護

法規命令や条例等の法律より下位の法規範の効力は、取消訴訟や確認訴訟等の個別訴訟における前提問題として、行政裁判所による審理の対象となる（付随的統制）⁸⁶⁾。それに加えて、行政裁判所法47条1項各号に掲げられている、建設法典の規定により発布された条例や、州法律よりも下位にある法規定の有効性は、上級行政裁判所による規範統制（Normenkontrolle）の対象にもなる。建設法典の規定に基づく条例の典型例は地区詳細計画であり、地区詳細計画の有効性が規範統制において争われるケースが非常に多い⁸⁷⁾。法規定またはその適用によって自己の権利を侵害されているまたは近いうちに侵害されることを主張する、すべての自然人または法人は、当該法規定の公布後1年以内に、規範統制の申立てをすることができる（行政裁判所法47条2項1文）。上級行政裁判所は、当該法規定が有効でないという確信に至る場合には、それが効力を有しない旨を宣言し、その裁断は一般的拘束力を有する（同条5項2文）。裁判所は、重大な不利益の防除のために、またはその他の重要な理由から仮命令を発することが緊急に必要である場合には、申立てに基づいて仮命令を発することができる（同条6項）。この仮命令は、規範統制の対象となっている法規定の執行を一時的に停止するものとして運用されている⁸⁸⁾。

86) Schmidt, in: Eyermann (Fn. 18), §47 Rn. 7; Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §47 Rn. 2-3. 確認訴訟において法律より下位の法規範の効力が争われた例に関しては、拙稿・前掲注(44)79頁以下参照。他方、部門裁判所は法律を違憲無効とする権限を有しておらず、基本法に違反する疑いのある法律については、連邦憲法裁判所の判断を求めなければならない（基本法100条1項）。

87) 地区詳細計画の規範統制の発展に関しては、拙稿「地区詳細計画の規範統制に関する一考察——自然人・法人の申立適格を中心に」近法56巻3号（2008年）143頁以下も参照。

88) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §47 Rn. 101; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §47 Rn. 103. ↗

行政裁判所法47条による規範統制は、既に発布された規範のみを対象としており、予防的な規範統制は認められないと解されている⁸⁹⁾。連邦行政裁判所1992年6月2日決定も、制定過程にある規範に対して一般的拘束力をもってその無効を宣言することは不可能であり、「行政裁判所法47条は、生成中の法の予防的な審査に奉仕するのではなく、規範の発布の後に続く統制に奉仕する」と判示している⁹⁰⁾。地区詳細計画の場合、①市町村が地区詳細計画を条例として議決し、②(必要があれば)上級行政庁の認可を受け、③公示を行うことにより、当該地区詳細計画は法的拘束力を有することになるが(建設法典10条参照)、③の公示がない場合には、規範統制の対象となる地区詳細計画は存在しないというのが判例である⁹¹⁾。行政裁判所法47条6項による仮命令についても、申立ての適法要件として、既に発布された規範を攻撃するものであることが必要と解されている⁹²⁾。

予防的な規範統制が認められないとしても、法規範の発布の予防を目的とする不作為訴訟または確認訴訟の可能性が残されている。前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決は、事後的な権利保護が原則であることを示したものであるが、他方において、地区詳細計画の策定手続の進行を阻止することを目的とする確認訴訟を適法としている。学説においても、法規範の発布の予防を目的とする不作為訴訟または確認訴訟の適法性が(例外的であるにせよ)肯定される場合があり得ることは承認されている⁹³⁾。

↘行政裁判所法47条による規範統制手続における仮命令に関しては、拙稿「規範統制手続における仮命令——地区詳細計画に対する仮の権利保護」立命344号(2012年)1頁以下も参照。

89) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §47 Rn. 18; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §47 Rn. 65; Kopp/Schenke (Fn. 25), §47 Rn. 15.

90) BVerwG, Beschl. v. 2. 6. 1992, NVwZ 1992, 1088 (1089).

91) BVerwG, Beschl. v. 15. 10. 2001, NVwZ-RR 2002, 256 (256).

92) Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §47 Rn. 88; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §47 Rn. 387; Schmidt, in: Eyermann (Fn. 18), §47 Rn. 108.

93) 法規範の発布の予防を目的とする訴訟に関しては、確認訴訟のみが適切な訴訟形式で

(2) リーディングケースとしての連邦行政裁判所1972年9月8日判決

前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決は、被告自治体が、当時農業利用がなされていたクラッペンキャンプと呼ばれる地域を住宅地にするため、土地利用計画 (Flächennutzungsplan)⁹⁴⁾ を変更し、地区詳細計画を策定する手続を進めたところ、隣接自治体である原告らが出訴したという事案に関するものである。被告自治体は1965年11月30日に土地利用計画の変更を議決したが、内務大臣が1968年4月10日にこの変更を負担付きで認可したため、被告自治体は同月26日に改めて議決を行った。これによって変更された土地利用計画では、当該地域について2つの住居専用地区および緑地が定められた。被告自治体は1965年11月30日に、当該地域で244戸の1～2階建住宅を建築するという内容の地区詳細計画を議決していたが、この地区詳細計画の策定手続はまだ終結していなかった。原告らは、被告自治体が1965年11月30日および1968年4月26日の議決に基づいて当該地域に係る計画策定を更に進める権限を有していないことの確認を求めた。

本判決は、確認の対象となる法関係に関しては、原告らが、被告自治体の計画策定は連邦建設法2条4項⁹⁵⁾に適合せず原告らに不利益を及ぼすと主張したことに着目して、同項に含まれる調整要請 (Abstimmungsgebot) は自治体相互間に権利と義務を基礎づけること、もしも被告自治体が調整要請を十分に履行しなかったとすれば原告らにはそれに対応した請求権が認められ、この請求権によって1つの法関係が存在していることになるこ

↘あると主張する説として、vgl. Sodan, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §42 Rn. 60. 反対説として、vgl. Ehlers (Fn. 7), S. 354; Detterbeck (Fn. 4), Rn. 1444.

94) 土地利用計画は、準備的な建設管理計画 (vorbereitender Bauleitplan) であり (建設法典1条2項)、市町村の全域について土地利用の種類を表示するものである (建設法典5条1項)。拘束的な建設管理計画である地区詳細計画は、土地利用計画から展開される (建設法典8条2項)。以上の点については、1960年制定当時の連邦建設法においても同様である。

95) 1960年制定時の連邦建設法2条4項は、「近隣の市町村の建設管理計画は、相互に調整 (abstimmen) されるべきである」と規定していた。現行の建設法典2条2項1文も、「近隣の市町村の建設管理計画は相互に調整されなければならない」と規定している。

とを指摘して、確認訴訟の対象となり得る法関係の存在が主張されているものとした⁹⁶⁾。この判示は、原告らが被告自治体に対して調整要請に基づく請求権を有するかどうか、あるいは被告自治体が原告らとの関係で調整要請に基づく義務を果たしているどうかという点のみが確認訴訟における審理の対象となるということを意味するものでもある。したがって、調整要請違反以外の違法事由は無視されることになる。

本判決は、即時の確認を求める正当な利益に関しては、原告らは将来の権利侵害の予防を目的としているところ、予防的権利保護を利用することに向けられた特別な権利保護の利益が認められる旨述べ、この要件の充足を肯定している。その理由としては、① 計画策定の状況および事実上計画が執行される危険があることからすれば、現時点で権利保護を利用することを許さないことは原告らにとって受容できないと考えられること、② 建設管理計画に対する事後的な権利保護としては行政裁判所法47条による規範統制しか考えられないが、当時の規範統制は上級行政裁判所が第1審かつ終審として裁断する制度であり、連邦行政裁判所に上告することが認められていない等、権利保護が他の権利保護形式と比較して劣っているので、原告らに規範統制を選択させる必要はないことが指摘されている⁹⁷⁾。本判決は特に言及していないが、当時の規範統制に関しては仮の権利保護の仕組みが整備されていないという問題もあった⁹⁸⁾。

本判決は、本案上の争点に関しては、当該地域における住宅開発の結果、学校、医療、消防、ごみ処理等に関して原告らが受忍できない負担を課されるおそれがあり、調整要請の違反がある可能性があることから、この点に関する審理を尽くさせるため、事件を差し戻している。上記のよう

96) BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (325–326).

97) BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (326–327). 現行の制度では、規範統制手続における上級行政裁判所の判決および決定に対して、連邦行政裁判所に上告することは可能である。Vgl. Wysk, in: Wysk (Fn. 5), §47 Rn. 82.

98) この点については、拙稿・前掲注(88) 4頁以下参照。

な意味で調整要請に違反する地区詳細計画が策定されるおそれがある場合には、原告らは不作為請求権を有するとみることもできる⁹⁹⁾。

(3) その後の裁判例

(a) 隣接自治体間の紛争

前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決と同様に、地区詳細計画の策定手続を進めている自治体を被告として隣接自治体が出訴した事案で、訴えの適法性を肯定したものとして、ミュンヘン上級行政裁判所1984年9月4日判決を挙げることができる。被告は、原告との区域境界線付近にある森林地域について、住居利用と商業利用を認めることを内容とする地区詳細計画を策定する手続を進めていた。原告は、自己の区域内にある既存の住居地区の環境が悪化することを懸念して、被告による計画策定手続の続行を阻止するため出訴した。本判決は、原告の訴えを（予防的）不作為訴訟として適法とした。

本判決は、予防的権利保護を利用するために必要な特別な権利保護の利益の存在を認めており、その理由として、① 連邦建設法33条が、地区詳細計画の策定開始の議決がなされた地域においては、将来の地区詳細計画の指定に対立しないと考えられる事業案を一定の要件の下で許容しており¹⁰⁰⁾、地区詳細計画が認可を受ける前の時点においても計画が執行される危険があるが、行政裁判所法47条による規範統制は地区詳細計画が既に発布された場合にのみ利用可能であること、② 当該地区詳細計画を実現するためには多数の建築許可が付与される必要があるが、すべての建築許可の取消しを求めることは原告にとって受容できないこと、③ 当該地区

99) 本判決を、連邦建設法2条4項から不作為請求権を導き出したものとして説明する判例として、BVerwG, Urt. v. 29. 7. 1977, BVerwGE 54, 211 (215).

100) 現行の建設法典33条1項も、地区詳細計画の策定開始が議決された地域においては、将来の地区詳細計画の指定に対立しないと考えられる事業案は、所定の要件を満たすことにより許容されるものと定めている。

詳細計画が発効した場合には、州法上森林の伐採について許可が不要になり、既成事実が発生するおそれがあることを挙げている。また本判決は、計画策定手続における原告の提案および懸念を被告が議決により退けた事実を指摘して、原告の懸念を考慮して計画が変更される可能性が消滅したと思われるため、不作為訴訟が時期尚早であるともいえない旨述べている¹⁰¹⁾。

もっとも本判決は、本案に関しては、原告の請求には理由がないものとしている。原告は、連邦建設法 2 条 4 項の調整要請の違反があるので不作為請求権を有すると主張したが、本判決は、原告の主張する不作為請求権が成立するためには、基本法 28 条 2 項により保障された自治行政権¹⁰²⁾の要素である計画策定高権 (Planungshoheit) への違法な侵害を要するところ、本件においては被告の計画策定により原告の区域で計画法上是認できない状態は発生しない旨述べ、そのような侵害を否定している¹⁰³⁾。

(b) 自治体以外の者が出訴したケース

上記のような隣接自治体間の紛争を除くと、法規範に対する予防的権利保護が認められることは難しいようである。連邦行政裁判所 1977 年 7 月 29 日判決は、被告市が当時景観保護の対象とされていた土地で建築利用および商業利用を認めることを内容とする地区詳細計画の策定手続を進めていたところ、当該景観保護地区をそのまま維持すべきことを主張する自然保護団体および市民 2 名が出訴し、被告市が当該地区詳細計画の手続を継続することを禁止すること等を求めた事案で、法制定措置に対する「(不作為) 請求権を実体法が与えるのは稀有な例外事例に限られ、それゆえに——予防的な確認訴訟に関しては——行政裁判所による確認が可能な法関

101) VGH München, Urt. v. 4. 9. 1984, NVwZ 1985, 837 (837).

102) 基本法 28 条 2 項 1 文は、「市町村には、地方共同体のすべての事務を法律の範囲内で自己の責任において規律する権利が保障されなければならない」と規定する。

103) 隣接自治体間の紛争において、地区詳細計画策定の続行禁止を求める仮命令の申立てを認容した裁判例として、vgl. VGH München, Beschl. v. 24. 11. 1975, BayVBl. 1976, 112 (113).

係が存在しているのも稀有な例外事例に限られる」と述べ¹⁰⁴⁾、原告らには不作為請求権は認められないものとした。これは、法規範に対する予防的権利保護を、不作為請求権の成立可能性という実体法のレベルで制限しようとするものである。連邦建設法1条4項2文は、建設管理計画にあっては公益および私益が適正に衡量されなければならないと規定していたが、本判決は、仮に同条から適正な衡量を求める権利が生ずるとすれば、同条から法制定措置の不作為を求める個人の請求権が導き出されることになる。この結論は上記の命題（実体法が法制定措置の不作為請求権を与えるのは例外である）に合致しないとして、そのような権利は結局存在しない旨述べている¹⁰⁵⁾。

この判決は、法制定措置の不作為請求権を承認することに対してかなりの警戒感をもっているようであるが、その後連邦行政裁判所1998年9月24日判決が、建設管理計画の策定に当たり公益および私益が適切に衡量されなければならないことを定める建設法典1条6項（当時。現行の建設法典1条7項）の衡量要請（Abwägungsgebot）が第三者保護効果を有することを承認するに至っていることに注意する必要がある¹⁰⁶⁾。衡量要請に第三者保護効果が認められるとすると、これに違反する地区詳細計画が策定されようとしている場合には、個人の不作為請求権が成立する可能性があるように思われる。また、地区詳細計画が適用される区域内の土地所有者については、所有権に対する違法な侵害が差し迫っている場合には不作為請求権を有するという構成も可能なのではないかと思われる¹⁰⁷⁾。

104) BVerwG, Urt. v. 29. 7. 1977, BVerwGE 54, 211 (215).

105) BVerwG, Urt. v. 29. 7. 1977, BVerwGE 54, 211 (217-218). 「規範制定者に対する市民の不作為請求権〔の存在〕は証明できない」と判示した裁判例として、vgl. VGH München, Gerichtsbescheid v. 30. 11. 1993, NVwZ-RR 1995, 114 (117).

106) BVerwG, Urt. v. 24. 9. 1998, BVerwGE 107, 215 (220). この判決については、拙稿・前掲注(87)177頁以下参照。

107) 地区詳細計画の適用区域内の土地所有者については、地区詳細計画の指定によりその土地所有権が侵害され得ることを理由として、規範統制の申立適格が認められることを示した判例として、vgl. BVerwG, Beschl. v. 13. 3. 1998, NVwZ 1998, 732 (733).

法制定措置の不作为を求める個人の請求権が成立し得るとしても、予防的権利保護を利用することに向けられた特別な権利保護の必要性の問題が残っている。特別な権利保護の利益を否定した近時の裁判例として、ブレーメン上級行政裁判所2005年5月31日判決を挙げることができる。この事件の被告は、1968年の景観保護命令（州法上の法規命令）により景観保護地区に指定されているブロックラントと呼ばれる地域を、1993年に、鳥類保護指針（79/409/EEC）の意味における鳥類保護地区として EC 委員会に届け出た。ブロックラントは、1994年以降 EC 委員会の文書において鳥類保護地区として記載され、2003年には連邦官報においてヨーロッパ鳥類保護地区として公示された。植物相・動物相・生息地指針（92/43/EEC）は、鳥類保護指針の意味における鳥類保護地区として宣言された地域については、種の生息地の悪化等を回避するために加盟国は必要な措置をとる義務を負う旨規定していた。ブロックラント内の土地を所有し農業を行っている原告らは、2000年の時点で出訴し、被告がブロックラントについて上記のような義務を負わないことの確認等を求めた。本判決は、ブロックラントは既に鳥類保護指針の意味における鳥類保護地区であると述べ、原告らが将来の自然保護措置の予防を目的としているのであれば、予防的権利保護のための特別な権利保護の利益を欠くと判示した。本判決は、1968年の景観保護命令が植物相・動物相・生息地指針の要求する自然保護の水準を満たすものかどうかについては問題があるとし、景観保護命令の改正の必要性を示唆しつつ、将来において自然保護措置が規範の形式で発布された場合には、行政裁判所法47条による規範統制が利用可能であり、個別の負担的行政行為に対しては取消訴訟を提起することができると指摘している¹⁰⁸⁾。本判決が上告を許可しなかったため原告らは連邦行政裁判所に抗告したが、連邦行政裁判所2006年4月7日決定は、「景観保護命令が改正された場合においては原告らが抽象的又は付随的規範統制の方

108) OVG Bremen, Urt. v. 31. 5. 2005, NJOZ 2007, 215 (219).

法で権利保護を得ることができるという点に疑問はない」と述べ、本判決の上記判示を是認した¹⁰⁹⁾。本件では景観保護命令が将来改正される可能性があるとはいえ、その具体的な内容が明らかになっているわけではないので（この点で前掲連邦行政裁判所1972年9月8日判決や前掲ミュンヘン上級行政裁判所1984年9月4日判決の事案とは異なる）、その意味でも訴えの適法性を認めることが難しい事案であった¹¹⁰⁾。

4 検討——日本法との比較

(1) 一般的給付訴訟としての不作為訴訟

ドイツの行政裁判所法は、行政行為やその他の行政活動の不作為を求めるとの特別の訴訟形式を法定しておらず、一般的給付訴訟としての不作為訴訟が利用されている。行政行為等の不作為をを求める一般的給付訴訟が利用可能であるということは、行政行為等の不作為をを求める請求権が成立し得るということである。法定措置の不作為請求権に関しては、その成立可能性を限定的に解する判例が存在するものの、高権的行政活動に対する不作為請求権の成立可能性をそもそも否定する考え方は見当たらない。行政行為の不作為請求権の根拠や成立要件については、学説・判例において完全に一致があるとはいえないが、違法な行政行為によって自己（原告）の権利が侵害されることは必須の要素であり、行政行為の不作為訴訟の本案においてはこの点が審理されている。行政裁判所法は、取消訴訟の本案勝訴要件として「行政行為が違法であり、かつそれによって原告の権利が侵害されている」ことを要求しており（113条1項1文）、行政行為の

109) BVerwG, Beschl. v. 7. 4. 2006, NVwZ 2006, 822 (823).

110) 自然保護団体である申立人が、遠距離輸送トラック用駐車場についての地区詳細計画の策定を阻止するために仮命令の申立てをした事案で、事後的な権利保護では不十分であることを申立人が主張していないことを理由に申立てを退けた例として、vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 7. 7. 2008, NVwZ 2008, 1144 (1146).

不作為訴訟と取消訴訟は、違法な行政行為による権利侵害の防除を求める訴訟として整理することもできる¹¹¹⁾。

日本においては、行政処分やその他の行政活動の不作為を求める請求権が成立し得るという考え方が一般的に受け入れられているとはいえない。しかしながら、理論的な観点からは、行政処分等により少なくとも自己の権利を違法に侵害される者には、その防除を求める権能が認められなければならないのではないか。ただし、行政処分等の不作為請求権が成立し得るとしても、ドイツ法のように一般的給付訴訟の形式で争うことを必ず認めなければならないというわけではなく、特別の訴訟形式を法定してその訴訟を用いるべきものとすることは許されるだろう。

行政事件訴訟法に定める差止訴訟は、条文の文言上、本案において処分による権利侵害の有無を審査するという構造にはなっていないが¹¹²⁾、原告適格に関しては、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者」のみが出訴し得るものとし、第三者が原告となる場合には、当該処分について定めた規定が個別的利益を保護する趣旨を有するか否かを問う運用がなされている（例えば、広島地判平成 21・10・1 判時 2060 号 3 頁）。その点では、ドイツにおける行政行為の不作為訴訟の出訴資格の判断と同様である。日本

111) 取消訴訟の基礎には行政行為の除去請求権があるという理解を示すものとして、vgl. Peter Baumeister, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 9; Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsprobleme des Konkurrentenrechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht, NVwZ 1993, 721 (722); Friedrich Schoch, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch 1988, 1 (38). 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）116頁も参照。

112) 差止訴訟の訴訟物を原告の実体法上の差止請求権とみる説として、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）248頁。抗告訴訟および当事者訴訟の全体を実体法上の請求権を実現するものとして捉える「実体権構成」に好意的な立場をとる説として、高木光「義務付け訴訟・差止訴訟」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）65頁。

の裁判実務のとする考え方には、行政行為による権利（保護規範により基礎づけられるものを含む）の侵害に対して防除請求権が成立するというドイツ法的な発想に近い部分があるとみることにもできる。

(2) 事後的権利保護との関係

ドイツでは、行政裁判所法が事後的な権利保護を原則としているという理解に基づいて、予防的な権利保護を利用することが許されるのは例外であると考えられている。同法は、行政行為の取消訴訟および執行停止制度、建設法典の規定により発布された条例等の規範統制および仮命令の仕組みを法定しているものの、これらの予防を求める訴訟や仮の権利保護の制度を明文で規定しているわけではないので、上記のような理解が生ずることもあり得るところである。もっとも連邦行政裁判所の判例によれば、事後的な権利保護を選択させることが利害関係者にとって受容できない場合には、予防的権利保護を利用することに向けられた特別な権利保護の利益（権利保護の必要性）が認められる。そのような場合の例としては、① 行政行為がなされるとそれを取り消すことができない場合、② 執行停止の申立てをしても既成事実や回復困難な損害の発生を防止することができない場合、③ 同種の行政行為が多数または反復的になされる場合等がある¹¹³⁾。

行政事件訴訟法は、差止訴訟および仮の差止めの制度を法定するに至っており、その点でドイツ法とは異なる状況が生じている。また、行政事件訴訟法37条の4第1項は、補充性の要件を本文ではなくただし書で規定しているため、差止訴訟が他の救済手段に対して補充的なものであることを強調する必要はないようにも思われる。もっとも同項本文は「重大な損害」要件を法定しており、この要件を文字通りに理解すると、かなりの程

113) 阿部・前掲注(2)378頁は、ドイツの判例は「権利救済の要請を考慮して緩和された補充説を採っている」と評している。

度の損害が生ずるおそれが必要とされることになる。ドイツ法では行政行為の不作为訴訟の適法要件として損害の重大性が必須の要素とされているわけではなく、立法論としては、「重大な損害」要件の必要性については再検討の余地があるのではないかと思われる¹¹⁴⁾。

「重大な損害」要件の解釈に関して、最判平成 24・2・9 民集66卷 2 号 183頁は、「行政庁が処分をする前に裁判所が事前にその適法性を判断して差止めを命ずるのは、国民の権利利益の実効的な救済及び司法と行政の権能の適切な均衡の双方の観点から、そのような判断と措置を事前に行わなければならないだけの救済の必要性がある場合であることを要する」との立場から、「重大な損害」要件の充足が認められるためには、「処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのであれば救済を受けることが困難なものであることを要する」と述べている。ここで示された「重大な損害」要件の判断基準には、ドイツ法における特別な権利保護の必要性の判断と共通する部分がある。ドイツの学説の中には、権力分立原理が予防的権利保護に対立し得ること、他方で実効的な権利保護をも考慮すべきことを指摘する説があり¹¹⁵⁾、そのような説との類似性もみられる。

上記のような「重大な損害」要件の解釈は、立案担当官の解説に示されていたものと同様のものであり¹¹⁶⁾、学説や従前の裁判例においても、取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることにより救済されるような損

114) 平成16年1月6日付の「行政訴訟制度の見直しのための考え方」では、「重大な損害」要件等を不要とする意見（福井秀夫委員、水野武夫委員）も記載されていた。それに対して、平成24年11月に公表された「平成16年改正行訴法の施行状況の検証を踏まえた検討の結果」では、現時点において直ちに行訴法の見直しを実施する必要があると判断することはできないとされている。

115) Vgl. Schmidt (Fn. 62), Rn. 1052-1055; Württenberger (Fn. 8), Rn. 484.

116) 小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務，2004年）188頁以下参照。

害は「重大な損害」とはいえないという立場をとるものが少なくない¹¹⁷⁾。もっとも行政事件訴訟法37条の4の文言を重視すると、取消訴訟（および執行停止）を選択すべきかどうかは、仮にこれを考慮するとしても補充性の要件に関する問題として位置付けるほうが自然ではないかと思われる¹¹⁸⁾。また「重大な損害」要件に関しては、執行停止の要件の要素である「重大な損害」と同様の判断方法をとるべきであるという解釈も可能である¹¹⁹⁾。最高裁や立案担当官のとり立場は、行政事件訴訟法37条の4第1項ただし書で考慮し得るにすぎない事項を本文で考慮しているような感がある。

他方で、いずれにせよ、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難な場合に限り差止訴訟による救済の必要性が肯定されるという立場に立つ場合には、ドイツ法における特別な権利保護の必要性の判断を参照することが有益である。ドイツでは行政行為がなされるとそれを取り消すことができない場合（上記①）には特別な権利保護の必要性が肯定されると考えられているところ、日本でも例えば即座に完了する性質の処分については差止訴訟による救済の必要性を肯定するべきではないかと思われる¹²⁰⁾。処分の効力がごく短期間で消滅するた

117) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂、2004年）78頁以下、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（ぎょうせい、2007年）110頁、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009年）663頁以下〔山崎栄一郎〕。従前の裁判例については、拙稿「差止訴訟と取消訴訟・執行停止の関係——救済ルート選択の問題を中心に」立命342号（2012年）117頁以下参照。

118) 前掲最判平成24・2・9は、補充性の要件の充足性を判断するに当たっても取消訴訟および執行停止を考慮している。この点を批判するものとして、行政訴訟実務研究会編『自治体法務サポート 行政訴訟の実務』（第一法規、加除式）1018頁〔山本隆司〕。

119) 斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂、2007年）287頁、石崎誠也「判批」『行政判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2012年）441頁参照。

120) 小早川光郎＝高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規、2004年）80頁〔山本隆司〕は、強制剪髪のように人格権が侵害される場合には「重大な損害」要件が充足されるが、放置船舶の移動のように財産権の軽微な侵害の場合には「重大な損害」要件の充足は難しいとする。

めに事後的救済が有効に機能しない場合（ドイツの実例では、「ランタン祭り」の際に与えられる例外許可）も同様に解すべきであろう。執行停止の申立てをしても既成事実や回復困難な損害の発生を防止することができない場合（上記②）については、日本でも「重大な損害」要件の充足を肯定することが可能である（例えば、前掲広島地判平成 21・10・1 の事案）。同種の行政行為が多数または反復的になされる場合（上記③）との関係では、前掲最判平成 24・2・9 が、「懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険」を考慮して「重大な損害」要件の充足を肯定したことが注目される。この結論は支持されるが、さらに進んで、原告にとって不利益となる処分が反復的にされる危険があれば、「重大な損害」要件の充足を認めても良いのではないか¹²¹⁾。

(3) 確認訴訟との関係

ドイツの行政裁判所法43条2項1文は、確認訴訟が形成訴訟・給付訴訟との関係で補充的であることを明記しているが、連邦行政裁判所はこの規定を重視していない。その結果、行政行為等の予防を目的とする者は、不作為訴訟を提起しても予防的な確認訴訟を提起しても良いという運用がなされている。不作為訴訟と確認訴訟は、訴えの対象の点では異なるものの、その他の訴訟要件は同じであり、仮の権利保護も共通（仮命令）である。いずれにしても、予防的な権利保護を利用するためには、特別な権利保護の必要性が要求される。

日本の場合、処分を予防するための仕組みとして差止訴訟および仮の差止め制度が法定されているため、処分の予防を目的とする者は原則としてこの制度を利用すべきであるという解釈も成り立ち得る（前掲最判平成 24・2・9 はこのような立場をとっているように見える）。他方で処分以

121) 小早川＝高橋編・前掲注(120)83頁〔山本〕は、行政機関が一定の基準ないし方針に基づいて複数の処分を継続的に行っている事案では、差止訴訟を認めるべきとする。

外の行政活動の予防を求める場合には、当事者訴訟としての確認訴訟を活用することも1つの方策といえる。処分以外の行政活動に関しては、取消訴訟やドイツ法の規範統制に相当する事後的な救済の仕組みが用意されているわけではないため、事後的な救済が原則であることを強調する必要はないようにも思われる¹²²⁾。

(4) 仮の権利保護

ドイツ法では、本案訴訟が取消訴訟以外の訴訟となる場合の仮の権利保護については、仮命令の制度が用いられる。仮命令の実体的要件は、本案訴訟において主張すべき権利ないし法関係（命令請求権）および裁判所による仮の決定が必要とされる事情（命令原因）を申立人が疎明することである。予防的な権利保護を求める仮命令の申立てをする場合には、申立ての適法要件として、特別な権利保護の必要性が要求される。特別な権利保護の必要性と命令原因は別個の要件であるが、裁判例においては、特別な権利保護の必要性を基礎づける事情を命令原因の審理においても考慮するものがある。行政行為がなされた後では実効的な権利保護を得られないような場合には、本案の不作为訴訟（または予防的確認訴訟）が終結する前に行政行為がなされることを阻止する必要があるから、命令原因も肯定されることが多いだろう¹²³⁾。行政行為がなされるまでに十分時間があり、本案手続の終結を待つことが期待できる場合もあり得るが（例えば、行政

122) 最高裁は、当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益を肯定するに当たり、事後の回復の困難性を指摘する傾向があるが（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁、前掲最判平成24・2・9）、事後の回復困難の程度が高いことを必須の要素とするべきではない。この点に関しては、石田秀博「民事訴訟法研究者からみた公法紛争における確認訴訟」法時85巻10号（2013年）39頁も参照。

123) 公務員の任命行為がなされるとそれを取り消すことができないので、命令原因が認められると主張する説として、vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow (Fn. 17), §123 Rn. 81. 山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために(下)——ドイツ法の視点から」自研81巻5号（2005年）106頁は、ドイツでは差止訴訟が認められる多くの場合に仮の差止めも認められるとする。

庁が行政行為をすることを予告しているものの、これを先延ばしにしている場合等)、そのようなケースは例外ではないかと思われる。

日本における仮の差止めについても同様の論点がある。前掲最判平成 24・2・9 によると、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのであれば救済を受けることが困難な性質の損害が生ずるおそれがある場合に「重大な損害」要件が充足されることになるが、このような場合には仮の差止めの必要性も高いはずである。立案担当官の解説では、仮の義務付けや仮の差止めの要件の要素である「償うことのできない損害」は「重大な損害」よりも損害の回復の困難の程度が比較的著しい場合をいうものとされているが¹²⁴⁾、少なくとも仮の差止めに関しては、差止訴訟を適法に提起できる場合には「償うことのできない損害」要件も充足されることを基本とし¹²⁵⁾、処分がなされる前に本案判決が出されることが期待できるような事情があるときに限りこの要件の充足が否定されると解するべきではないか。

(5) 法規範に対する予防的権利保護

ドイツの裁判例は、近隣の自治体間における建設管理計画が相互に調整されなければならないことを要求する調整要請（連邦建設法 2 条 4 項。現行の建設法典 2 条 2 項）が自治体間に権利と義務を基礎づけることを承認しており、調整要請に違反する疑いのある地区詳細計画が策定されようとしている場合に近隣の自治体が不作為訴訟（または予防的確認訴訟）を提起することができるものとしている。地区詳細計画は条例の形式で議決さ

124) 小林・前掲注(116)290頁。

125) 「重大な損害」要件が充足されることから「償うことのできない損害」要件の充足を認めた裁判例として、大阪地決平成 19・2・20LEX/DB28132115、大阪地決平成 19・3・28 判タ 1278号80頁。山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論(上)」自研85巻12号（2009年）38頁は、差止訴訟が適法とされれば「償うことのできない損害」も肯定しなければならない場合があることを認める。

れるものであり、これが発布された場合には上級行政裁判所による規範統制を利用することが可能であるが、それにもかかわらず予防的な権利保護が認められる理由として、地区詳細計画の策定開始が議決された地域においては、将来の地区詳細計画の指定に対立しないと考えられる事業案が一定の要件の下で許容されるため（連邦建設法33条。現行の建設法典33条1項）、計画が事実上執行される危険があることが指摘されている¹²⁶⁾。

他方で、個人が法規範の発布の予防を目的とする訴訟を提起する場合には状況がやや異なっており、連邦行政裁判所の判例の中には、法制定措置の不作為を求める個人の請求権は通常の場合認められない旨述べたものがある。もっとも現在の判例は、建設管理計画の策定に当たっては公益と私益が適正に衡量されなければならないことを要求する衡量要請（現行の建設法典1条7項）から適正な衡量を求める権利を導き出しているので、衡量要請に違反する疑いのある地区詳細計画が策定されようとしている場合には、個人の不作為請求権が成立する可能性があるのではないかと思われる。また、建設法以外の領域では、法律より下位の法規範の発布や改正を求める個人の請求権の成立可能性が認められていることにも留意する必要があるだろう¹²⁷⁾。

日本においては、法令制定行為の不作為を求める個人の請求権を肯定することは現時点では困難であると思われるが、他方で条例制定行為の処分性を肯定して、これを抗告訴訟のルートに乗せるという手法が存在している。既に保育所廃止条例の制定の仮の差止めの申立てを認容した裁判例もある（神戸地決平成19・2・27 賃社1442号57頁）。特定の施設の廃止のみを内容とする条例の制定行為については、その処分性を肯定することは比

126) 計画が事実上執行される危険があることを、隣接自治体間の紛争において予防的権利保護が認められる主たる理由の1つとみる説として、vgl. Lapp (Fn. 66), S. 38.

127) 規範発布（改正）請求権に関する判例の展開については、拙稿・前掲注(44)89頁以下参照。法制定を求める訴訟が可能であるとすれば、その不作為や計画中の規範の違法の確認を求める訴訟も認められなければならないと主張する説として、vgl. Dreier (Fn. 40), S. 427.

較的容易であり、また当該施設が廃止された後で利用者等がこれを争うことは困難であるから、差止訴訟および仮の差止めによる救済を認めることが合理的であるといえよう。

それに対して処分性を認めがたい（通常の）法令制定行為との関係では、当事者訴訟としての確認訴訟を活用することが考えられる。東京地判平成 22・3・30 民集67巻 1号45頁および東京高判平成 24・4・26 民集67巻 1号221頁は、医薬品のネット販売を制限することを内容とする省令の規定が違法・無効であると主張する原告（控訴人）らの提起した地位確認訴訟を当事者訴訟として適法とした（最判平成 25・1・11 民集67巻 1号 1 頁も、地位確認訴訟が適法であることを前提として本案の判断をしている）。この事件のように、法令制定行為によって事業者が現に行っている事業活動を妨げられるようなケースでは、予防的な救済の可能性が検討されても良いのではないか。ただし、法令制定行為を争う当事者訴訟においては、仮の救済の可否が問題になることがある。東京高決平成 24・7・25 判時 2182号49頁は、省令制定行為は抗告訴訟の対象ではないものの、行政事件訴訟法44条にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たるとして、仮処分の申立てをすることができない旨判示した。本案訴訟を適法に提起できるにもかかわらず仮の救済の申立てをすることができないというのは大いに問題であり、根本的には立法による解決が必要である¹²⁸⁾。

お わ り に

ドイツの行政裁判所法は行政行為やその他の行政活動の不作为を求めるための特別の訴訟形式を法定しておらず、予防的な権利保護は例外的にの

128) 前掲東京高決平成 24・7・25 に対する批判および立法論的提案につき、阿部泰隆＝斎藤浩編『行政訴訟第 2 次改革の論点』（信山社、2013年）23頁以下〔阿部泰隆報告〕参照。

み認められると考えられているが、事後的な権利保護を選択させることが関係者にとって受容できない場合には、予防的な権利保護を利用することが許されている。法規範の発布の予防を目的とする訴訟はドイツにおいても容易に認められるものではないが、行政行為の不作為訴訟の適法性が認められた例は少なくない。行政事件訴訟法は、ドイツ法とは異なって、処分の差止めを求めるための制度を法定するに至っており、処分に対する事前の救済を例外的なものと解する必要はない。少なくとも、ドイツにおいて予防的な権利保護を利用することが認められるようなケースについては、日本でも事前救済の必要性があるものと解されなければならないだろう。