

行政立法・条例をめぐる紛争と確認訴訟（ドイツ）

湊 二 郎

- 1 はじめに
- 2 法関係の存否の確認訴訟
- 3 規範の違法・無効を争点とする確認訴訟
- 4 規範発布・規範改正請求権と確認訴訟
- 5 おわりに

1 はじめに

平成16年の行政事件訴訟法改正により、同法4条は「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が当事者訴訟に含まれることを明記した。その立法趣旨に関して、内閣総理大臣答弁書（内閣衆質159第69号）は、「行政立法，行政計画，行政指導等のそれ自体としては抗告訴訟の対象とはならない行政の行為を契機として争いが生じた公法上の法律関係に関し確認の利益が認められる場合については，現行の行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）においても，当事者訴訟として確認の訴えが可能であるが，その活用を図るため，『公法上の法律関係に関する確認の訴え』を当事者訴訟の一類型として明記する」としている。学説においても，公法上の確認訴訟の活用が想定される領域として，行政立法（および条例）や行政計画が挙げられている¹。

そこで本稿は，行政立法・条例をめぐる紛争における公法上の確認訴訟の活

¹ 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂，2004年）89頁以下，福井秀夫＝村田齊志＝越智敏裕『新行政事件訴訟法——逐条解説とQ&A』（新日本法規，2004年）33頁，曾和俊文＝山田洋＝亘理格『現代行政法入門』（有斐閣，2007年）280頁以下参照。

用可能性を探るため、ドイツの法状況を検討する²。ドイツでは、法規命令と条例を包括する概念として「法律より下位の（untergesetzlich）規範」という語が用いられることがあるが³、この法律より下位の規範をめぐる紛争について、行政裁判所法43条に定める確認訴訟（法関係の存否の確認訴訟）がしばしば活用されている。本稿は、主として、そのような紛争において確認訴訟が適法とされるための条件は何かという問題（本案前の問題）を取扱う。以下ではまず、法関係の存否の確認訴訟の要件に関する一般的な議論状況を概観する。

2 法関係の存否の確認訴訟

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ときは、訴えによって、法関係（Rechtsverhältnis）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（確認訴訟）」と規定する。同条2項は、「原告が形成訴訟又は給付訴訟によって自己の権利を追求することができるとき又は追求することができたであろうときは、確認を求めることはできない。このことは、行政行為の無効の確認が求められる場合には、妥当しない」と規定する。この43条は、法関係の存否の確認訴訟と行政行為の無効確認訴訟について定めるものであるが、法律より下位の規範をめぐる紛争において活用されているのは前者である。そこで以下では、法関係の存否の確認訴訟の要件に関する重要論点を取扱う。すなわち、①確認の対象、②確認訴訟の補充性、③確認の利益、④出訴資格である⁴。

² 本稿に関連する先行研究としては、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）86頁以下、同「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巻10号（2004年）40頁以下、小山正善「確認訴訟に関する一考察——ドイツの議論を参考にして」村上武則＝高橋明男＝松本和彦編『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）492頁以下等がある。

³ Vgl. Wilfried Peters, Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bei untergesetzlichen Normen, NVwZ 1999, 506; Olaf Reidt, Der Rechtsanspruch auf Erlass von untergesetzlichen Normen - Exemplarische Darstellung anhand der Gebührenverordnung nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStPrivFinG), DVBl. 2000, 602.

（1）確認の対象

行政裁判所法43条1項にいう「法関係」の意義について、連邦行政裁判所1996年1月26日判決は、「確認可能な（feststellungsfähig）法関係とは、ある具体的な事情から、ある公法上の規範に基づいて、人（自然人または法人）の相互の関係または人と物の関係について生ずる、法的な関わり（Beziehung）であって、それを根拠に当事者の一方が特定のことをしなければならなかったり、することができたり、することが許されたり、しなくともよいものと解される」と述べる⁵。学説においても、ここでいう法関係は、公法上の規範（または行政行為、公法上の契約）に基づき、具体的な事情から生ずる、人と人との（または人との物との）関わりであるとされている⁶。

個々の権利や義務は、法関係の独立部分であり、確認の対象となるが⁷、それ自体としては権利や義務の性質をもたない、法関係の単なる要素ないし前提問題は確認の対象とはならない⁸。一般に、規範の効力の有無は、法関係の前提問題にすぎず、確認の対象にならないと考えられている⁹。もっとも、規範から生じうる権利義務の存否は、当然確認の対象となる。学説においては、法関係の前提問題に関する確認の申立てがあった場合、裁判所は可能な限りこれ

⁴ これらはいずれも本案前の問題ということができるが、学説においては、①および②は訴訟類型選択の適切性（Statthaftigkeit）に関するものとして、選択された訴訟類型に依じて必要とされる本案判決要件（③および④）とは区別されている。Vgl. Philip Kunig, Die Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Feststellungsklagen, JURA 1997, 326 (327); Thomas Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. (2006), Rn. 400-416.

⁵ BVerwG, Urteil vom 26. 1. 1996, BVerwGE 100, 262 (264); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 23. 1. 1992, BVerwGE 89, 327 (329).

⁶ Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. (2005), § 18 Rn. 15; Würtenberger (Anm. 4), Rn. 400.

⁷ Helge Sodan, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. (2006), § 43 Rn. 26; Jörg Philipp Terhechte, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Volker Warendorf (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG - VwGO Handkommentar (2006), § 43 VwGO Rn. 42.

⁸ Michael Happ, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. (2006), § 43 Rn. 15; Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. (2005), § 43 Rn. 13.

⁹ Würtenberger (Anm. 4), Rn. 406, 440; Happ, in: Eyermann/Fröhler (Anm. 8), § 43 Rn. 9, 16; Kopp/Schenke (Anm. 8), § 43 Rn. 14.

を法関係の存否の確認として読み替えるべきとの意見がある¹⁰。

判例は、具体的な紛争の存在を、行政裁判所法43条1項にいう法関係の要素として位置づけている。連邦行政裁判所1999年9月30日判決は、「連邦行政裁判所の判例によれば、法的な関わりは、ある特定の公法規範を既に見通すことのできる (übersehbar) 事情に適用することが争われているときに限り、行政裁判所法43条1項の意味における法関係に濃密化 (verdichten) してきた……。法的関わりが『具体的な』法関係に濃密化することを要求することは、抽象的な法問題に回答する負担を行政裁判所に負わせないという関心事から正当化される」と述べている¹¹。学説においては、抽象的な法問題が確認訴訟の対象とならないことについては一致が見られるが¹²、「争いがある」ことを法関係の要素とすることに対しては異論もある。少なからぬ論者が、争いがあるかどうかは、法関係すなわち確認の対象の問題ではなく、確認の利益の問題であると主張している¹³。

(2) 確認訴訟の補充性

行政裁判所法43条2項1文は、確認訴訟を、形成訴訟および給付訴訟に対して補充的なものとして位置づけている。連邦行政裁判所2000年7月12日判決によれば、この規定は「権利を追求するために、より事柄に近く (sachnäher) より有効な他の訴訟類型が利用可能な場合に、不必要な確認訴訟を回避することを意図している……。原告に認められる権利保護は、訴訟経済の理由から、ただひとつの手続、すなわち彼の願望に最も効果的な形で対応するそれに集中されるべきである¹⁴」。

¹⁰ Sodan, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7) § 43 Rn. 36; Kopp/Schenke (Anm. 8), § 43 Rn. 13.

¹¹ BVerwG, Urteil vom 30. 9. 1999, DVBl. 1999, 636 (636). 他方で、当事者間に意見の争いがあることを、法関係の濃密化とは別個の問題とする判決もある。Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. 1. 1992, BVerwGE 89, 327 (330).

¹² Christoph Brüning, Die Konvergenz der Zulässigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen verwaltungsgerichtlichen Klagearten, JuS 2004, 882 (883); Hufen (Anm. 6), § 18 Rn. 17; Würtenberger (Anm. 4), Rn. 402.

¹³ Sodan, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7), § 43 Rn. 55; Kopp/Schenke (Anm. 8), § 43 Rn. 17; Happ, in: Eyermann/Fröhler (Anm. 8), § 43 Rn. 21.

¹⁴ BVerwG, Urteil vom 12. 7. 2000, BVerwGE 111, 306 (308).

もっとも判例は、行政裁判所法43条2項1文の適用を制限する立場をとっている。連邦行政裁判所1970年10月27日判決は、「民事訴訟では、ライヒスゲリヒトに由来し、連邦通常裁判所が受け継いできた判例において、給付訴訟を代替する確認訴訟の許容性は、通常は否定されるけれども、それが連邦（かつてはライヒ）、州またはその他の公法上の団体に対するもの——つまり、それらが憲法に基づき法および法律に固く拘束されていることに鑑み、その背後に執行の圧力がなくても、裁判所の判決の尊重を期待することが許される被告に対するもの——であるときは、原則として肯定される……。この状況の下では、行政裁判所法43条2項1文の限定解釈が要請される」と判示する¹⁵。これを先例として、連邦行政裁判所1972年9月8日判決は、「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が問題となるのは、それがなければ取消訴訟および義務付け訴訟に妥当する特別規律が潜脱されるような場面に限られる」と述べている¹⁶。それに対して学説は、この判例を強く批判している。その理由として、行政裁判所法43条2項1文の文面に反する、行政裁判所法が公法上の法主体に対する執行に関する規定を置いていることと整合しない、確認訴訟によって取消訴訟や義務付け訴訟に妥当する特別規定が潜脱されることはそもそもありえないといった点が挙げられている¹⁷。

取消訴訟や義務付け訴訟の提起が一応可能であるとしても、確認訴訟のほうがより実効的な権利保護を提供するときは、確認訴訟の提起は妨げられない。東洋絨毯および骨董品を取扱う会社が小売業の許可を申請したところ、これを拒否されたため、当該会社の経営者が小売業の許可を要しないことの確認を求めて出訴した事案につき、連邦行政裁判所1972年1月17日判決は、原告は許可を求めているわけではないので義務付け訴訟その他の給付訴訟は問題にならな

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 27. 10. 1970, BVerwGE 36, 179 (181); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 27. 3. 1992, BVerwGE 90, 113 (114).

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 8. 9. 1972, BVerwGE 40, 323 (327-328). ここでいう特別の規律としては、出訴期間や不服申立前置が挙げられるのが通例である。Vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 27. 10. 1970, BVerwGE 36, 179 (181-182).

¹⁷ Happ, in: Eyermann/Fröhler (Anm. 8), § 43 Rn. 42-43; Sodan, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7), § 43 Rn. 121; Württenberger (Anm. 4), Rn. 416; Brüning (Anm. 12), S. 884.

いこと、かりに拒否決定の取消判決があったとしても、原告がそれによって権利を侵害されていることが確定するにすぎず、絨毯および骨董品の小売業に許可が必要かどうかについては既判力が及ばないため、取消訴訟も役に立たないことを指摘して、確認訴訟を適法としている¹⁸。新興宗教運動の危険性を国民に警告すること等を目的とする組織にドイツ連邦共和国が制度的な資金援助を行っているため、当該組織による攻撃の対象となった瞑想団体「オショー運動 (Osho-Bewegung)」が、当該資金援助によって基本法4条 (信仰・世界観の自由) に基づく基本権を侵害されていると主張して確認訴訟を提起した事案につき、連邦行政裁判所1992年3月27日判決は、個々の援助承認決定の取消しを求めることを原告に期待することはできず、むしろ有効な権利保護のため、原告は資金援助慣行全体の裁判的審査を求めることが許される旨述べ、確認訴訟を適法としている¹⁹。

(3) 確認の利益

行政裁判所法43条1項によれば、法関係の存否の確認を求めることができるのは、「原告が即時の確認についての正当な利益を有するとき」に限られる。同法の政府草案理由書は、次のように説明している。「民事訴訟法 (ZPO) 256条とは異なっており、即時の確定を求める法的な利益ではなく、正当な利益を基準としているのは、法的な利益が存在するのか、それとも正当な (経済的) 利益が存在するにすぎないのかという問題の判断が、実務において著しく困難となっているからである。純粋に経済的な利益も確認訴訟を客観的に (sachlich) 正当化するのであって、このことは、実際上も民事訴訟法において『法的な』利益の概念が絶えず拡大する結果をもたらしてきた²⁰」。

連邦行政裁判所1990年7月30日決定は、「行政裁判所法43条1項で要求され

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 17. 1. 1972, BVerwGE 39, 247 (249).

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 27. 3. 1992, BVerwGE 90, 113 (115). その他の事例については、山本・前掲注 (2) 「外国法制調査」94頁以下参照。

²⁰ BT-Drucks. 3/55, S. 32. ちなみに民事訴訟法256条1項によれば、「原告が、法関係……が裁判官の判決によって即時に確認されることについて法的な利益を有するとき」に、法関係の存否の確認訴訟を提起することができる。

る、確認訴訟の原告が求める確認の『正当な利益』は、『法的な利益』と同義ではなく、そのような利益に加えて、すべての保護に値することを認めうる経済的または精神的性質の利益も含む」と述べる²¹。そして連邦行政裁判所1997年11月18日決定は、ここでいう正当な利益は「法的、経済的または精神的性質でありうる。決定的であるのは、裁判所の判決が申立人の法的地位を改善するのに適切であるということである」と述べている²²。

前掲連邦行政裁判所1972年1月17日判決は、原告が自己の企業をもって小売業を営むことを被告によって妨げられていること、当事者間の法状態が明らかにされない限り、原告はその主張する権利を行使することが許されないか、あるいは無許可営業の故に罰金を科される危険にさらされざるをえず、これは原告にとって受忍できないことを指摘し、原告は即時の確認についての正当な利益を有する旨判示している²³。前掲連邦行政裁判所1992年3月27日判決は、確認判決がなければ原告は被告国が資金援助を継続することを危惧せざるをえないとの理由から、原告は両者の間の法関係を明らかにすることについての正当な利益を有する旨判示している²⁴。学説においては、原告にとって重要な問題に関して原告と行政庁との間に意見の相違があるとき、原告が自己の行動や財産の処分を法状況に合わせて行わざるをえないとき、原告が刑事罰・過料等の差し迫った制裁を回避しようとするときには、ここでいう正当な利益が認められると整理されている²⁵。

（4）出訴資格

取消訴訟および義務付け訴訟について定める行政裁判所法42条は、その2項において、「原告が行政行為又はその拒否によって自己の権利を侵害されてい

²¹ BVerwG, Beschluß vom 30. 7. 1990, NVwZ 1991, 470 (471); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 29. 6. 1995, BVerwGE 99, 64 (65).

²² BVerwG, Beschluß vom 18. 11. 1997, NVwZ 1998, 403 (404); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 4. 3. 1976, BVerwGE 53, 134 (137).

²³ BVerwG, Urteil vom 17. 1. 1972, BVerwGE 39, 247 (249).

²⁴ BVerwG, Urteil vom 27. 3. 1992, BVerwGE 90, 113 (114). 確認の利益が認められた例については、山本・前掲注（2）「訴訟類型」47頁以下も参照。

²⁵ Hufen (Anm. 6), § 18 Rn. 23; vgl. auch Kunig (Anm. 4), S. 328.

ることを主張するときに限り、訴えは許容される」と規定する。これは、取消訴訟および義務付け訴訟の出訴資格を定めたものである。確認訴訟について定める同法43条には出訴資格に関する規定はないが、判例は、確認訴訟にも同法42条2項の規定が類推適用されるとの立場をとっている。連邦行政裁判所1995年6月29日判決によれば、同法43条1項という正当な利益は、すべての保護に値することを認めうる利益を指し、経済的利益や精神的利益であってもよいが、「そのことから、この意味において利害関係を有するすべての者が、自己の権利に対する影響がなくても、確認訴訟を提起しようという結論は導かれえない。むしろ、……行政訴訟にとって異質な民衆訴訟（Popularklage）を回避するため、出訴資格に関する行政裁判所法42条2項の規定が、行政裁判所法43条による確認訴訟に類推適用されるべきである。このことが意味するのは、行政裁判所法43条1項による法関係の存在または不存在の確認に向けられた訴訟も、原告が確認されるべき法関係に自ら関与しているときや、少なくとも原告固有の権利がその法関係に依存しているときなど、原告の権利の実現が問題になっているときに限り許容されるということである²⁶」。学説においては、行政裁判所法42条2項の類推適用については意見が分かれており、判例を支持するもの²⁷、第三者の法関係の確認が求められる場合等、特定の場面に限って類推適用を認めるもの²⁸、類推適用を一切認めないものがある²⁹。

(5) 小括

この段階で再確認しておくべき点として、次のものが挙げられる。①一般に、規範の効力の有無は、行政裁判所法43条1項という法関係の存否に該当せず、確認の対象にならないと考えられている。②判例は、具体的な紛争の存在を、行政裁判所法43条1項という法関係の要素としている。③行政裁判所法43条2

²⁶ BVerwG, Urteil vom 29. 6. 1995, BVerwGE 99, 64 (65-66); vgl. bereits BVerwG, Beschluß vom 30. 7. 1990, NVwZ 1991, 470 (471).

²⁷ Terhechte, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Anm. 7), § 43 VwGO Rn. 52; Brüning (Anm. 12), S. 884-885.

²⁸ Württenberger (Anm. 4), Rn. 425-428; Hufen (Anm. 6), § 18 Rn. 26-29.

²⁹ Sodan, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7), § 43 Rn. 72; Kopp/Schenke (Anm. 8), § 43 Rn. 22.

項1文は、形成訴訟および給付訴訟に対する確認訴訟の補充性を明記しているが、判例は、取消訴訟および義務付け訴訟に関する特別規定（出訴期間、不服申立前置）が潜脱されるおそれがあるときに限り、この規定を適用する立場をとっている。^④判例は、経済的利益や精神的利益も、確認の利益として認められうるものとする一方で、出訴資格として、原告の権利の実現が問題になっていることを要求している。

以下では、これらの点を踏まえつつ、法律より下位の規範の違法ないし無効を争点とする確認訴訟がいかなる場合に適法とされるのかについて、連邦行政裁判所の諸判決を紹介し、検討を加える。

3 規範の違法・無効を争点とする確認訴訟

（1）行政裁判所法47条との関係——商工会議所事件

規範統制について定める行政裁判所法47条1項によれば、上級行政裁判所は、申立てに基づき、「建設法典の規定により発布された条例、及び建設法典246条2項に基づく法規命令」（1号）と「州法がこれを定める限りで、その他の州法律より下位の法規定」（2号）の効力について判断する。建設法典246条2項は、都市国家であるベルリン、ハンプルクおよびプレーメンに限り、本来条例で定めるべき事項をその他の法形式で定めることを認める規定である。従って、連邦の法規命令は、行政裁判所法47条による規範統制の対象から除外されているとすることができる³⁰。また、州法の定め如何によっては、州の法規命令であっても、同条による規範統制を求めることができないものが生じうる³¹。それゆえ、この種の規範の効力を争う場合には、他の方法を選択せざるをえない。

この点に関して重要な判示を行ったのが、【1】連邦行政裁判所1982年12月

³⁰ Jan Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7), § 47 Rn. 110; Würtenberger (Anm. 4), Rn. 446; Peters (Anm. 3), S. 506.

³¹ 行政裁判所法47条1項2号による授權を全く活用していない州として、ベルリン、ハンプルク、ノルトライン＝ヴェストファーレンがある。Vgl. Peter Unruh, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf (Anm. 7), § 47 VwGO Rn. 38; Würtenberger (Anm. 4), Rn. 443.

9日判決³²である。本件は、S商工会議所の会員であった原告が、同商工会議所を解散して新たにW商工会議所を設立することを内容とするノルトライン＝ヴェストファーレン州交通大臣の新組織令（NeugliederungsVO）の無効を主張して、自己が被告W商工会議所の会員でないことの確認を求めたものである。同州では、州の法規命令については行政裁判所法47条による規範統制が認められていなかったが、本判決は次のように判示して確認訴訟を適法とした。「確かに、規範統制の方法で州法規定を審査することを法律が許容していないところでは、規範の適法性を行政争訟手続の本来の対象とすることに帰着する訴訟上の請求は、それがいかなる形式をとろうとも許されないということは正しい……。しかし、本件はそうではない。下されるべき判決がある規範の審査を要求し、この具体的規範統制の領域にその本来の目的があるという事情だけで、訴えが許されないものとなることはない。行政裁判所による権利保護の体系からは、行政裁判所法47条以外では法定立行為の審査は排除されているべきであるといったことを導き出すことはできない。法的紛争の結末にとって重要である限り、法規範の効力、とりわけ当該規範とより上位の（höherrangig）法との両立可能性を審査することも、従前から裁判官の審査権に含まれている。そのことは、行政裁判所法47条の場合において抽象的規範統制が認められることによっても変わらない」。

本判決は、「原告と被告との間には行政裁判所法43条1項の意味において確認可能な法関係が存在する」ことを認めており、次のように判示している。「相互の権利および義務を伴う公法上の団体における会員資格の地位は、……確認訴訟の対象となりうる法関係を基礎づける。原告は、新組織令が無効であり、それゆえに被告会議所は設立されたとはいえず、その区域内に存する関係者の義務的会員資格も発生したとはいえないと主張することをもって、被告との地位関係を否定している。そのような会員資格関係の不存在をめぐる紛争は、行政裁判所法43条1項による訴訟を通じて裁判的に解決することが可能である」。

本判決は、確認訴訟の補充性について、次のように判示している。「公法上の団体における会員資格の存在または不存在の確認に向けられた訴えは、……

³² BVerwG, Urteil vom 9. 12. 1982, NJW 1983, 2208.

当該団体の個別行為の取消しが可能であることを考慮しても、行政裁判所法43条2項の補充性条項によって妨げられない。原告が被告の会員ではないことに向けられた確認訴訟は、例えば会費決定（Beitragsbescheid）の取消しに比べて、ずっと包括的なものである。後者においては、会員資格の問題は前提問題にしかない」。

本判決は、確認の利益について、「ある関係者がある特定の団体の会員であるか否かについて紛争が存在するときには、この要件が通常肯定されるべきである」と述べた上で、次のように判示する。「原告は、被告によっては自己の利益が十分に実現されないと考えており、この理由から被告会議所の会員ではないことを望んでいるということを詳細に述べてきた。従って原告は、自分が適法に設立された会議所の義務的会員になったのか否かを明らかにして欲しいと考えている。これは、求められた確認についての正当な利益を認めるのに十分である³³」。

（2）飛行経路事件

航空令（LuftVO）27a条2項1文によれば、連邦航空局は、航空機操縦者が遵守しなければならない「飛行手続（Flugverfahren）」（飛行経路、飛行高度、位置通報点を含む）を、法規命令で定める権限を有する。近時、この飛行手続を定めた法規命令を争う訴訟が複数提起されている。以下では、連邦行政裁判所の3つの判決を紹介する。

【2】連邦行政裁判所2000年6月28日判決³⁴は、ケルン／ボン空港の付近の土地を所有しそこに居住する原告が、連邦航空局が法規命令で定めた同空港からの離陸経路を争った事案に関するものである。原告は連邦航空局に当該離陸経路の変更を求めたところこれを拒否されたため、当該命令が違法であると主張して出訴した。原審上級行政裁判所は訴えを不適法としたが、連邦行政裁判所は確認訴訟を適法と認め事件を差戻している。本判決はまず、判決【1】を

³³ 控訴審裁判所は、原告勝訴の場合、原告が商工会議所に属さないこととなり、その地位が悪化するとともに、法律に違反する状態が生ずるとして、確認の利益を否定していたが、本判決はこの見解を斥け、事件を差戻している。

³⁴ BVerwG, Urteil vom 28. 6. 2000, BVerwGE 111, 276.

引用して、原告の権利保護の請求は行政裁判所法47条によって妨げられるものではない旨述べるとともに、「特に規範が執行行為による具体化を要しない場合には、基本法19条4項の権利保護保障³⁵に鑑み、そのような訴訟可能性は不可欠である」ことを指摘する。同時に、本件においては「ある法規範をある特定の、現に存する事情に適用することが争われており、規範の適法性は——紛争を決するものであるにせよ——前提問題として投げかけられるにすぎない」ことが認定されている。続いて本判決は、「原告の権利保護の請求は確認訴訟の形式において適切である (statthaft)」と判示する。本判決によれば、「無効であるが故に廃止不可能な、法的に存在しない規範の廃止に向けられた申立ては無意味」であることに加え、「行政裁判所法47条による規範統制でさえ確認手続として構成されている」ことから、給付訴訟は適切でない。また本件においては、取消訴訟および義務付け訴訟に妥当する出訴期間および不服申立前置が潜脱されるおそれはなく、確認訴訟の補充性は問題にならない旨判示されている。最後に本判決は、原告の出訴資格を肯定する。本判決によれば、離陸経路の確定にあたっては「空港周辺で発生する問題および利益衝突が克服されなければならない」という国家的な計画課題の実現が問題となる」ため、離陸経路の確定は、法治国的な計画の本質から導出される「法治国的な衡量要請 (Abwägungsgebot)」に服するのであり、この衡量要請が原告に「自己の法的に保護された利益を適切に衡量することを求める権利」を与える。本件においては、憲法によって保護された利益である健康および所有権が、ここでいう「法的に保護された利益」に該当するものとされている³⁶。

【3】連邦行政裁判所2003年11月26日判決³⁷においては、ドナウエシingen市の東にチューリヒ空港への初期進入点 (Anfangsanflugpunkt) を定めるとともに、空中待機手続 (Warteverfahren) を定めた法規命令が問題となった。

³⁵ 基本法19条4項1文は、「公権力によって自己の権利を侵害されるすべての者に、出訴の途 (Rechtsweg) が開かれている」と規定する。

³⁶ 他方で本判決は、連邦航空局の広範な形成余地 (Gestaltungsspielraum) を承認し、原告が勝訴できるのは、「行政庁が受忍限度を超える騒音被害からの保護を求める原告の利益を恣意的に考慮対象外とした」場合に限られると判示している。

³⁷ BVerwG, Urteil vom 26. 11. 2003, BVerwGE 119, 245.

本件は、南シュヴァルツヴァルトの11自治体と付近住民2名が、当該命令による初期進入点および空中待機手続の確定が自己の権利を侵害することの確認を求めたものであり、連邦行政裁判所は訴えを適法としている。本判決は、判決【2】を引用して、飛行手続を定めた法規命令に対して航空騒音を受ける者が権利保護を求めるについては、確認訴訟が適切な訴訟類型であると判示するとともに、法治国的な衡量要請が原告に、少なくとも衡量が自己の法的に保護された利益に関わる限りで、訴えをもって争うことのできる権利を与えることを認め、その限りで原告の出訴資格を肯定している³⁸。

【4】連邦行政裁判所2004年6月24日判決³⁹においては、フランクフルト／マイン空港からの離陸経路を定めた法規命令が問題になった。本件は、当該離陸経路周辺の複数の自治体が、その区域内の住宅地が違法に航空騒音を受けると主張して出訴したものであり、連邦行政裁判所は、確認訴訟を適法としている。確認訴訟の補充性に関して、参加人は、当該飛行手続の効力の問題は個別の許可決定の取消訴訟において明らかにすることができると主張したが、本判決は、「確認訴訟は、特にそれによって多数の潜在的な取消訴訟が回避される場合には、より実効的であることが明らかになる」と述べ、確認訴訟が適切な訴訟類型であると判示している⁴⁰。

（3）容器包装令事件

連邦政府の制定した容器包装令は、販売容器の回収義務およびワンウェイ飲料容器についてのデポジット金徴収義務を定めているが、近時、これらの義務の存否を争う確認訴訟が複数提起されている。以下では、連邦行政裁判所の判決が出された2つの事例を紹介する。

1998年8月21日の容器包装令によれば、販売容器の販売者および製造者は、最終消費者が使用して空になった販売容器の回収および再生の義務を負う（6

³⁸ なお本判決は、連邦航空局は騒音からの保護を求める原告の利益を考慮したと認定し、原告の権利侵害を確認した原審判決を破棄した（原告敗訴が確定）。

³⁹ BVerwG, Urteil vom 24. 6. 2004, BVerwGE 121, 152.

⁴⁰ なお本判決は、問題の法規命令は違法でないと認定し、一部の原告につき権利侵害を確認した原審判決を破棄した（原告敗訴が確定）。

条1項・2項)。当該容器について回収および再生を代行するシステムに製造者または販売者が参加している場合には、この義務は免除される（6条3項1文・2文）。当該システムが設立されていることについては、州の行政庁が確認する（6条3項11文）。ワンウェイ飲料容器を用いた飲料の販売者は購入者からデポジット金を徴収する義務を負い、デポジット金は6条1項および2項による回収の際に払い戻されなければならない（8条1項）。当該容器について製造者または販売者が6条3項の回収システムに参加している場合には、この義務は免除される（9条1項）。連邦全域で1年間の飲料（ビール・ミネラルウォーター・炭酸清涼飲料・フルーツジュース・ワイン）のリターナブル容器使用率が72%を下回った場合には、その旨が告示された後の12ヶ月間について再調査が行われる（9条2項1文）。再調査の結果、リターナブル容器の使用率がなお72%を下回った場合には、告示の日の属する月から6ヶ月目の初日に、1991年時のリターナブル容器使用率を下回る飲料品目について、6条3項による確認が連邦全域で撤回されたものとみなされる（9条2項2文）。この場合、ワンウェイ容器を用いた当該飲料の販売者は、連邦全域で、容器回収義務およびデポジット金徴収義務を負うことになる。

連邦環境・自然保護・原子力安全省は、1999年1月28日に、1997年のリターナブル容器使用率が71.35%であったことを告示し、2000年4月4日には、1998年の同使用率が70.13%であったことを告示した。再調査の結果は2002年7月2日に告示されたが、1999年2月から2000年1月までの間のリターナブル容器使用率は68.29%で、ミネラルウォーターとビールが1991年の水準を下回った。また2000年5月から2001年4月までの間のリターナブル容器使用率は63.81%で、ミネラルウォーター・ビール・炭酸清涼飲料が1991年の水準を下回った。再調査結果の告示については、即時執行が宣言されており、ベルリン行政裁判所に訴えを提起できる旨の教示が付されていた。

再調査結果の告示に先立つ2002年3月に、ビール醸造所・鉱泉・容器製造者・小売業者からなる原告が、ノルトライン＝ヴェストファーレン州を被告として出訴し、2003年1月1日以降も容器包装令によるワンウェイ飲料容器についての回収義務およびデポジット金徴収義務を負わないことの確認を求めた。デュッセルドルフ行政裁判所は、原告の確認の申立てを認容したが、【5】連

邦行政裁判所2003年1月26日判決⁴¹は、確認訴訟の補充性を定める行政裁判所法43条2項を適用して、訴えを斥けた。本判決は、再調査結果の告示を「義務関係の効力発生のために構成的な（konstitutiv）、確認的行政行為」とみて、「再調査結果の告示の取消しを求めることが、容器包装令の回収およびデポジット金徴収義務の適法性および合憲性を明らかにするための、より事柄に近く、より実効的な途である」と述べている。その根拠としては、告示の取消訴訟において判決が確定すると「義務を発生させる告示行為の適法性および存続についての判断が連邦全域に作用し、つまり容器包装令の執行に携わる州行政庁をも拘束する」のに対して、「被告に対する確認判決があっても、その他の州においては告示によって連邦全域で発生した回収およびデポジット金徴収義務が存続することに変わりがない」という点が指摘されている。

その後2005年5月24日に容器包装令8条および9条は改正され、リターナブル容器使用率の調査に関する規定が削除されるとともに、エコロジー上の利点のないワンウェイ飲料容器を用いたビール・ミネラルウォーター・清涼飲料・アルコール含有混合飲料の販売者は、回収システムへの参加如何を問わず、容器回収義務およびデポジット金徴収義務を負うものとされた（同月28日より施行）。この改正に先立つ2002年5月に、清涼飲料・フルーツジュース・食卓飲料水を製造しドイツに輸出しているオーストリアの企業が、ハンブルク市を被告として、容器包装令によるワンウェイ飲料容器についての回収義務およびデポジット金徴収義務を負わないことの確認を求めて出訴していた。控訴審裁判所は訴えを不適法としたが、【6】連邦行政裁判所2007年8月23日判決⁴²は、2005年5月28日以降の確認請求に係る訴えを適法と認め、事件を差戻している。

本判決はまず、2005年の改正で再調査結果の告示の法的根拠が消滅したため、不可争となっていた告示の存続力（Bestandskraftwirkung）が確認訴訟によって潜脱されるおそれはなくなったとして、原告の確認請求は2005年5月28日以降行政裁判所法43条2項1文によって妨げられないとする。次に本判決

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 16. 1. 2003, BVerwGE 117, 322.

⁴² BVerwG, Urteil vom 23. 8. 2007, NVwZ 2007, 1311.

は、「ある法規範の無効確認を唯一の目的とする訴訟は、行政裁判所法43条を根拠にこれを認めることはできない。なぜならそのような訴訟は、法関係を対象とするものではない上に、行政裁判所法47条の潜脱を可能にするであろうから」と指摘しつつ、「行政裁判所法43条による訴訟の枠内においては、法規範の無効または適用不可能の故に他方当事者と法関係が成立していないことの確認を求めることができる。ここではそのような事件が問題となっている」と判示する。そして本判決は、2003年1月1日以前から原告はハンプルクに飲料を供給してきたこと、2005年の容器包装令改正で原告の法的地位はさらに本質的な影響を受けることから、「原告と被告との間の法関係は、ある特定の見通すことのできる事情に関わるので、十分に具体的」であることを認める。また、2004年初頭に原告が文書で容器包装令の規定の適用延期を求めたところ被告がこれを拒否する回答をしたこと、原告が新しい容器包装令に基づく義務を履行しなかったとすれば被告が規制権限を発動しなかったとはいえないことから、「この具体的な法関係が手続当事者の間で争われている」ことが認定されている。最後に本判決は、原告がハンプルクでさらなる経済活動を行うための法的安定性を求めていることから、確認の利益の存在を肯定している。

(4) 分析

連邦行政裁判所は、行政裁判所法47条による規範統制の対象とならない、連邦の法規命令や、一部の州における州法律より下位の規範であっても、確認訴訟その他の訴訟類型において、その適法性ないし効力の有無を審査することができることを繰り返し判示している（判決【1】、【2】、【6】）。しかし同時に、規範の適法性ないし効力の有無の確認のみを求める訴訟は、行政裁判所法43条1項という法関係の存否の確認訴訟に該当せず、行政裁判所法47条の潜脱であるから、認められないものとされている。もっとも判決【3】は、法規命令で定められた飛行手続が自己の権利を侵害することの確認を求める訴訟を適法としており、これは法規命令の違法ないし無効確認訴訟を認めたも同然ではないかとも思われる⁴³。しかし、権利は行政裁判所法43条1項という法関係に該当しうることに加えて、基本法19条4項が公権力により権利を侵害されるすべての者に出訴の途を保障しているのであるから、法規命令による権利侵害の確認

を求める訴訟を認めないというのも困難であろう⁴⁴。

判例は、行政裁判所法43条1項にいう法関係の要素として、「ある特定の公法規範を既に見通すことのできる事情に適用することが争われている」ことを要求している。判決【1】は、当事者間に会員資格関係の不存在をめぐる紛争が存在することから、この要件の充足を認めている。この判決は、そのような紛争が存在するときには通常確認の利益も認められると述べており、注目される。判決【6】は、原告の法的地位が容器包装令の改正により本質的な影響を受けること、原告と被告との間で容器包装令の解釈について相違があることから、この要件の充足を肯定している。判決【2】においては、具体的に述べられてはいないものの、原告が問題の離陸経路を通る航空機の騒音による影響を受けること、原告が連邦航空局に離陸経路の変更を求めたところこれを拒否されたことから、この要件の充足が認められたのではないと思われる。

判例は、取消訴訟および義務付け訴訟についての特別規定（出訴期間、不服申立前置）が潜脱されるおそれがあるときに限り、確認訴訟の補充性が妥当するという立場をとっているが、単に取消訴訟の提起が可能であるというだけで確認訴訟が斥けられることはない。判決【1】は、会員資格の存否を前提問題とする会費決定の取消訴訟よりも、会員資格不存在確認訴訟のほうが包括的であるとする。判決【4】は、確認訴訟によって多数の潜在的な取消訴訟を回避できることを指摘する。他方で判決【5】は、取消訴訟の利用を指示しているが、それは取消訴訟の提起が可能であったという理由のみによるものではなく、再調査結果の告示の取消判決の効果が連邦全域に及ぶため、取消訴訟のほうが原告の権利保護にとって実効的との認識に基づくものである。全体として

⁴³ 判決【2】を、法規命令の無効確認訴訟を認めたものと評する説として、vgl. Berthold Clausen, *Aktuelles Verwaltungsprozessrecht*, JuS 2001, 998 (999); Hans Heinrich Rupp, *Fluglärm: Rechtsschutz gegen die Festlegung von An- und Abflugwegen von und zu Flughäfen durch das Luftfahrt-Bundesamt - Zugleich ein Beitrag zur verwaltungsgerichtlichen Klage gegen Rechtsverordnungen des Bundes*, NVwZ 2002, 286 (288).

⁴⁴ 他方で、航空機操縦者は、連邦航空局の法規命令で定められた飛行手続を遵守しなければならないのであるから（航空令27a条）、航空機操縦者と連邦との関係は確認可能な法関係といえる。付近住民としては、航空機操縦者がこの法規命令に従う義務のないことの確認訴訟を提起することも可能ではないか。

みると、連邦行政裁判所は確認訴訟の補充性をきわめて緩やかに解しているといえよう。

判例は、確認判決が原告の地位を法的、経済的または精神的な点で改善するのに適切である場合には、確認の利益を認める立場であると解される。判決【1】は、原告が、被告商工会議所によっては自己の利益が実現されないと主張し、被告商工会議所の会員となったのか否かを明らかにしたいと欲していることから、確認の利益を認めている。判決【6】は、原告がハンプルクでさらなる経済活動を行うために法的安定性を求めていることから、確認の利益を認めている。いずれの事案においても簡単に確認の利益が認められているが、具体的な紛争の有無が確認の対象の問題として処理されていることにもその要因であろう。他方で判決【2】は、確認の利益に言及していない。ここでは、確認の利益の判断が出訴資格の判断に吸収されているのではないと思われる。

判例は、確認訴訟の出訴資格として、原告の権利の実現が問題になっていることを要求している。判決【2】は、離陸経路の確定が「法治国的な衡量要請」に服するものとし、そこから原告の「自己の法的に保護された利益の適切な衡量を求める権利」を導き出している（判決【3】も同様）。この判示は、計画確定決定に関する連邦行政裁判所の判例に従ったものであり⁴⁵、かの地においては格別奇異なものではない。他方で判決【1】および【6】は出訴資格について言及していないが、確認されるべき法関係に原告が自ら関与しているときはその出訴資格が認められるというのが判例であるから、あえて問題にするまでもないということであろう。逆にいえば、判決【2】で原告の出訴資格が問題とされたのは、連邦航空局の法規命令で定められた飛行手続が、少なくとも第一次的には、航空機操縦者に対するものであるという点に起因するのではないと思われる。

⁴⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975, BVerwGE 48, 56 (63, 66); BVerwG, Urteil vom 7. 7. 1978, BVerwGE 56, 110 (122-123).

4 規範発布・規範改正請求権と確認訴訟

原告の権利保護のために、法律より下位の規範の発布または改正が必要となる場合がある。このような場合において、原告の「規範の発布を求める請求権」ないし「規範の改正を求める請求権」なるものに言及するとともに、確認訴訟の提起を認める裁判例があり注目される。以下では、3つの連邦行政裁判所の判決と、1つの連邦憲法裁判所の決定を紹介し、その特色を明らかにする（規範発布・規範改正請求権の理解に必要な限度で、本案の問題についても言及する）。

(1) 労働協約事件

連邦行政裁判所が、法律より下位の規範の発布を求める請求権の成立可能性を承認するとともに、そのような請求権に関する確認訴訟を適法とした初めての例として、【7】連邦行政裁判所1988年11月3日判決⁴⁶が注目される。本件は、原告労働組合が、労働協約法5条に基づき、バーデン＝ヴュルテンベルク州労働・健康・社会秩序省に対して、原告が使用者団体と締結した労働協約はそれが発効した時から一般的拘束力を有する旨の宣言を申請したところ、賃金に係る部分については当該申請の告示の日から一般的拘束力を有する旨の宣言がなされ、休暇手当および職業訓練生への報酬に係る部分については一般的拘束力宣言が拒否されたため、出訴した事案である。

本判決はまず、「連邦憲法裁判所の確立した判例……によれば、労働協約の一般的拘束力宣言は、組織化されていない使用者および労働者、いわゆるアウトサイダーをも労働協約の規定に服せしめることを目的とする、法定立行為である」と述べ、「一般的拘束力宣言の法的性格について述べたところから明らかになるように、原告は国家による法定立を求める請求権を主張している」とする。そこで、そのような請求権が成立しうるかが問題となるが、本判決は次のように判示する。「法規範は——類型的に——抽象的一般的な規律を含み、この規律内容をもって一般公共の利益のために発布される。しかしそのこと

⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 3. 11. 1988, BVerwGE 80, 355.

は、規範によって利益を受ける個々の市民がその発布を求める権利を有する可能性を排除しない。連邦憲法裁判所の判例⁴⁷によれば、関係する基本権から立法者へのある特定の行動課題が導かれうる場合には、基本権から市民の自己に利益となる正式の法律の発布を求める請求権が生じうる……。同様に、基本権が市民に法律より下位の法規範の発布を求める請求権を与えると考えることができる。単純な法律に基づいて、市民に法規命令、条例その他の法律より下位の法規範の発布を求めるまたは発布に関する請求権が認められることもありうる」。

行政裁判所法47条との関係について、控訴審裁判所は、同条は行政の法定立活動に対する行政裁判所による統制を既に発布された規範に限定する趣旨であるとみて、行政裁判所における「規範発布訴訟 (Normerlaßklage)」の可能性に疑義を呈していた。それに対して本判決は、「法律より下位の法規範の発布を求める請求権は、……基本法19条4項の権利保護保障の対象であり、そのことは、訴訟法がこの請求権のために適切な訴訟類型を用意しなければならないことを要求する」と述べ、控訴審裁判所の見解を斥けている。

本判決は、本件においては行政裁判所法43条1項による確認訴訟が適切かつ適法な訴訟類型であるとする。本判決は、原告は「その申請によって被告州との具体的な法関係を基礎づけたのであり、それは行政裁判所法43条1項により確認訴訟を通じて明らかにすることができる。原告のどのような権利がその申請から生じたか、この権利をバーデン＝ヴュルテンベルク州労働・健康・社会秩序省がその決定で侵害したかどうかという、当事者間で争われている問題は、そのようにして明らかにすることが可能かつ必要である。原告がその締結した労働協約の一般的拘束力宣言を申請することは疑問の余地なく許されるの

⁴⁷ 本判決の引用する連邦憲法裁判所1987年7月28日決定は、生命および身体の不可侵の権利を保障する基本法2条2項の「客観法的内容」から、「エイズによってもたらされる危険に対して生命および健康を保護するための国家の義務」が生ずることを認めている。Vgl. BVerfG, Beschluß vom 28. 7. 1987, NJW 1987, 2287 (2287). また連邦憲法裁判所1987年4月8日判決は、私立学校を設立する権利を保障する基本法7条4項は「同時に、立法者に、私立の代用学校 (Ersatzschulen) を保護し支援することを義務付けるものとして理解されなければならない」と判示している。Vgl. BVerfG, Urteil vom 8. 4. 1987, BVerwGE 75, 40 (65).

で、この宣言を求める請求権またはその申請について法的瑕疵のない（rechtsfehlerfrei）決定を求める請求権が原告に認められる可能性をたやすく否定することはできない」と判示する。確認訴訟の補充性について、本判決は、本件申請に係る労働協約の全面的な一般的拘束力宣言を求める給付訴訟は、当該協約の有効期間が既に経過してしまっているため、そもそも提起することができないことを指摘する。確認の利益について、本判決は、原告は「確立した慣行として新たな労働協約を締結した後に一般拘束力宣言の申請を行っており、そのような申請が将来的に改めて、再び一部に限ってであるにせよ、拒否されることを予想せざるをえないので、行政裁判所法43条1項により必要とされる、自己の権利侵害の確認を求めるについての正当な利益も有する」と判示している。

なお本判決は、本案の問題について、労働協約法は「個人の受益についての利益を、この者が法的瑕疵のない決定を必要としなければならないほどに、法的に保護しうる」との立場から、「労働協約法5条により、労働協約の当事者には、申請権だけでなく、それを補完する実体的な法的地位が認められる」と判示する。しかし本判決は、「労働協約の当事者に認められる実体的権利は、一般的拘束力宣言の発布を求める厳密な請求権と同義ではない」として、結局、原告の権利はバーデン＝ヴュルテンベルク州労働・健康・社会秩序省の決定によって侵害されなかったものとしている。

（2）減収補償事件

【8】連邦行政裁判所1989年9月7日判決⁴⁸は、名誉職として活動する郡議会議員その他の郡民に対する補償について定めたフライウンク＝グラーフェナウ郡条例が問題となった事案に関するものである。本件条例の授權規定であるバイエルン州郡法（BayLKrO）14a条2項は、名誉職として活動する郡民のうち、従業員および労働者は証明された減収について補償を受けるものとし（1号）、自営業者は失った時間について減収補償を受けうるものと定めていた（2号）。本件条例には、賃金労働者および給与所得者に対する補償に関する規

⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 7. 9. 1989, NVwZ 1990, 162.

定はあったものの、自営業者に対する補償を認める規定はなかった。郡議会議員であり、自然美容（Naturkosmetik）の店を1人で経営している原告は、自分が減収補償を受けられるように本件条例を改正することを求めたところ、改正案が郡議会でも否決されたため、郡を被告として出訴した。控訴審裁判所は原告の訴えを斥けたが、連邦行政裁判所は、本件条例は「平等原則を顧慮した規律によって補完されるべきである」と判示するとともに、原告が減収補償の支払を請求した部分について事件を差戻している。

本判決はまず、「原告はその確認の申立てをもって、被告の補償条例においてバイエルン州郡法14a条2項2号による減収補償が定められていないことにより、自己の権利が侵害されているということ主張している」と認定し、この申立ては適法でありかつ理由があるとする。次に本判決は、判決【7】を引用して、「基本法は、より上位の法と両立しえない……規範制定者の法定立行為に対する権利保護を保障するだけでなく、それは、より上位の法と両立しえない規範制定者の不作為に対する権利保護をも含む」ことを指摘する。また本判決は、学説および裁判例において規範制定者の不作為に対する訴訟につき行政裁判所法47条を類推適用しようとする見解があることを認めながらも、行政裁判所法は「規範制定者の不作為に関する訴訟可能性を否定する論拠も、類推適用によって解消されるべき欠缺も示していない」と述べている。

本判決は、「当事者間には行政裁判所法43条1項の意味において確認可能な法関係が存在する」ことを認め、次のように述べる。「原告の郡議会議員としての地位は被告に対して、バイエルン州郡法14a条2項によって規律される具体的な法関係を基礎づける。この法関係から、補償条例を發布することによって、郡議会議員の職務を遂行するために必要な会議、協議その他の行事への参加についての補償を定める被告の義務が生ずる。原告は、ここから減収補償を被告に請求しうる根拠となる規律を求める請求権が自己に生ずるか否かを、即時に確認することについての正当な利益を有する」。

本判決は、確認訴訟の補充性について、原告の確認請求は、同時に提起されている減収補償支払訴訟によっても、規範の発布を求める給付訴訟の提起が可能であることによっても排除されないとする。まず本判決は、「支払訴訟は、訴訟法上も実体法上も、確認されるべき義務付けが履行されて補償条例が原告

の利益となる形で改正されることの上に成り立つものであるから、求められている確認を代替することはできない」とする。また本判決は、規範の発布を求める給付訴訟との関係について、「原告の権利保護の請求は、それが訴訟上、訴えをもって求めることのできる条例制定者の『給付』という形をとっていなくても、有効に効力を発揮する。それに加えて、確認請求の形式のほうが、裁判所は法定立機関の決定の自由に対しては市民の権利保護にとって不可欠な範囲でのみ作用すべきであるという、権力分立原則に根拠を有する考え方に適合する」と判示している。

なお本判決は、本案の問題について、「法律の前での平等を保障する基本法3条1項に基づく原告の基本権は、被告に対して、その補償条例を、原告がバイエルン州郡法14a条2項2号によって定められた枠内において減収補償を受けるように形成することを命ずる」と判示するとともに、原告に対する減収補償の額に関しては規範制定者に裁量を認めている。

（3）事務所費補償事件

【9】連邦行政裁判所2002年7月4日判決⁴⁹は、連邦俸給法の授權に基づいて制定されたバイエルン州執行官補償令が問題になった事案に関するものである。バイエルン州の複数の区裁判所（Amtsgericht）の執行官に任命されている原告は、当該命令で定められた事務所費補償の増額を各区裁判所長に申立てたところ、当該申立ての送付を受けた上級地方裁判所長官によってこれを拒否されたため、州を被告として出訴した。控訴審裁判所は訴えを斥けたが、連邦行政裁判所は上告を認容して事件を差戻している。

本判決は、原告は実質的にはバイエルン州執行官補償令の規定の改正を求めているとした上で、判決【7】および【8】を引用して、次のように判示する。「確かに、原告がその改正を求めている法律より下位の法規規範は、抽象的な規律として、一般公共の利益のために発布される。しかしそのことは、規範によって利益を受ける個々の市民がその発布またはその改正を求める請求権を有しうることを排除しない。そのような請求権は、より上位の法から生じう

⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 4. 7. 2002, NVwZ 2002, 1505.

る。命令の発布または改正を求める請求権が存在する場合、それは裁判的に貫徹されうる。基本法19条4項は、より上位の法に違反する法定立行為に対する権利保護だけでなく、より上位の法と両立しえない規範制定者の不作為に対する権利保護をも保障している……。行政裁判所法47条はそのような訴訟の許容性を排除しない」。

本判決は、原告の提起した確認訴訟は適切な訴訟類型であるとし、次のように述べる。「確認訴訟を通じて明らかにすることのできる具体的な法関係（行政裁判所法43条1項）が原告と被告州との間に存在している。原告が当該命令で定められた事務所費補償の一般的な増額を求めることができるか、バイエルン州司法省が当該命令を変化した事情に対応させなかったことによって原告の権利を侵害したかという、当事者間で争われている問題は、明らかにすることが可能かつ必要である」。

確認訴訟の補充性について、本判決はまず、原告は行政行為の発給を求めているわけではないので義務付け訴訟は排除されとする。次に本判決は、「原告が確認請求にかえて、原告に利益となる補償令の改正という形での規範発布を求める一般的な給付訴訟を提起することができるのではないか」という問題があるものの、「いずれにしても、一般的な給付訴訟の提起が可能であることは、確認請求を排除しない」とする。その理由として本判決は、確認訴訟の補充性は「国家に対する訴訟にあっては、取消訴訟および義務付け訴訟についての期間および前置手続に関する特別の規律が潜脱されるとき——本件はそうではない——に限り妥当する」ことを指摘するとともに、判決【8】を引用して、「訴訟上の請求を確認訴訟によって追求することは、給付訴訟よりも、権力分立原理を顧慮するものである。なぜなら、法定立機関の決定の自由に対する裁判所の作用が、市民の権利保護のために不可欠な範囲に限定されるからである……。確認されうる権利侵害がどのようにして除去されるべきかの決定は、規範制定者に委ねられている」と述べている。最後に本判決は、上級地方裁判所長官の決定の取消訴訟との関係について、「決定が裁判所によって取消されるだけでは、原告がその権利保護の目的に近づくことはないであろう。原告は求められた確認によってのみこれを達成する」と述べている。

（４）調整支払金事件

近時、連邦憲法裁判所が、憲法異議（Verfassungsbeschwerde）に対する決定の中で、規範発布・規範改正請求権に言及するとともに、確認訴訟の利用を指示した例があり注目される⁵⁰。本件においては、連邦食糧・農業・営林省が制定した栽培植物調整支払金令（Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung）の規定が問題になった。本件命令による調整支払金は、本件命令別表に掲げられた生産地域毎の穀物平均収穫高に応じて給付すべきものとされていた。本件命令別表は、全16州のうち13の州については州全体を1つの生産地域としていたが、ブランデンブルク州およびラインラント＝プファルツ州については州を2つの生産地域に区分し、ニーダーザクセン州については州を10の生産地域に区分していた。ニーダーザクセン州の各生産地域における1haあたりの穀物平均収穫高は、最高の地域で7.19t、最低の地域で4.18tであった。

ニーダーザクセン州の生産地域7（1haあたりの穀物平均収穫高4.7t）で農業を営営する2名の異議申出人（Beschwerdeführer）は、1993年から1996年までの期間、ないしは1993年から1997年までの期間について、調整支払金の給付を申請したところ、生産地域7における穀物平均収穫高に応じた調整支払金の給付承認決定を受けた。それに対して異議申出人は、主的に生産地域6における穀物平均収穫高（1haあたり5.6t）に応じた調整支払金を、予備的に州全体の穀物平均収穫高（1haあたり5.33t）に応じた調整支払金を求めて、オルデンブルク行政裁判所に義務付け訴訟を提起した。

オルデンブルク行政裁判所は、本件命令が、ごく一部の州を異なる数の地域に区分し、その他の州については地域区分をしないという点で、基本法3条1項（平等原則）に違反していることを認めたが、平等原則違反をどのように除去するかは規範制定者の裁量に委ねられるとの立場から、裁判所としては、生産地域6における穀物平均収穫高を基準とすることも、州全体の穀物平均収穫高を基準とすることもできない旨述べ、結論的に異議申出人は給付請求権を有しないものとした。異議申出人は、上級行政裁判所に控訴許可を求めところ、許可されなかったため、憲法異議を提起した。

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 17. 1. 2006, BVerfGE 115, 81.

【10】連邦憲法裁判所2006年1月17日決定は、「異議申出人は、憲法異議を提起する前に、ドイツ連邦共和国に対する確認訴訟を行政裁判所に提起することを怠った」と述べ、本件憲法異議は「憲法異議の補充性の原則」に抵触し不適法であると判示した。本決定は、本件命令が基本法3条1項に違反することを認めながらも義務付け訴訟を斥けたオルデンプルク行政裁判所判決を支持した上で、「この法状況は、基本法19条4項による実効的な権利保護の要請に反しない。なぜなら異議申出人は、別の方法で、より有効な権利保護を受けることができたであろうから」と述べている。

本決定はまず、判決【2】を引用して、「異議申出人は、栽培植物調整支払金令によって自己の権利すなわち基本法3条1項に基づく自己の基本権を侵害されていることを確認する目的をもって、行政裁判所で行政裁判所法43条1項による確認訴訟を直接ドイツ連邦共和国に対して提起することができたであろう」と述べる⁵¹。さらに本決定は、判決【9】を引用して、「これを基礎として、規範制定者に対する行政裁判手続において、原告の平等取扱いを求める権利が法規命令の発布または改正を命ずることの確認を求めることもできる」と述べている。

本決定は、このような確認訴訟の提起を指示することに対して「確認訴訟の補充性（行政裁判所法43条2項）の観点は妨げとならない」と判示する。まず本決定は、連邦行政裁判所の判例を引用して、「本件においては義務付け訴訟だけでは勝訴することができず、それゆえに取消訴訟および義務付け訴訟に相当する期間および前置手続に関する規定が潜脱されるおそれはない」とする。さらに本決定は、判決【9】を引用して、異議申出人の提起した義務付け訴訟と比較して「法規範の発布または改正を求める請求権の確認に向けられた訴訟は、当事者たる規範制定者を既判力の範囲内に取り込みつつ、その決定の自由には市民の権利保護に不可欠な範囲を超えて作用しないという利点を有する」と述べる。最後に本決定は、「確認判決は給付判決と比較して執行可能性を欠くという事情は重要でない。なぜなら、第1に、本件の状況においては前記の

⁵¹ ただし連邦行政裁判所によれば、判決【2】は、規範制定者に対する確認訴訟を認めたものではなく、規範適用者に対する確認訴訟に関するものである。Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. 8. 2007, NVwZ 2007, 1311 (1313).

権力分立の理由から給付判決を下すことができないからである。第2に、被告たる官公庁は執行の圧力がなくとも判決に従うことが一般的に期待されるからである」と指摘している。

（5）分析

法律より下位の規範の発布を求める訴訟の許容性に関して、従来全く疑義がなかったわけではないが⁵²、判決【7】は、「規範の発布を求める請求権」の成立可能性を承認することによって、この問題を克服した。本判決はまず、連邦憲法裁判所の展開した基本権保護義務論を援用して、基本権から規範発布請求権が生じうるものとする⁵³。他方で本判決は、法律からもそのよう請求権が生じうるものとしており、結論において、労働協約法5条から、厳密な意味での規範発布請求権ではないものの、「法的瑕疵のない決定を求める請求権」を導出している。この判示は、同条が原告の利益を保護していることを前提とするものであり、公益だけでなく個人的利益をも保護する公法規範は公権を基礎づけるとする保護規範理論に従ったものとみられる⁵⁴。

判決【8】、【9】、決定【10】は、規範の発布を求める請求権だけでなく、規範の改正を求める請求権に言及している。判決【8】は、結論において、基本法3条1項（平等原則）に基づく基本権から、原告が減収補償を受けられるように条例を改正することを求める請求権を導き出している。決定【10】も、同項に基づく基本権から、規範発布・規範改正請求権が生じうるものとしている。平等原則違反を解消するために規範の改正が必要となる場合があること自体は容易に理解しうるところであるが、それに対応した個人の請求権が認められることは注目される。

⁵² かつては連邦行政裁判所も、「内容的に規範の性格を有する実体的規律の発布を、出訴の途において強制することはできない」と判示していた。Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. 1. 1962, BVerwGE 13, 328 (329).

⁵³ 基本権保護義務が、法定立を求める請求権の根拠となりうることを詳細に論じたものとして、vgl. Helge Sodan, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, 601 (602-607).

⁵⁴ 保護規範理論については、vgl. Würtenberger (Anm. 4), Rn. 276; Hufen (Anm. 6), § 14 Rn. 95-97; Sodan (Anm. 53), S. 602.

行政裁判所法47条との関係について、連邦行政裁判所は、規範発布・規範改正請求権を追求する訴訟が、基本法19条4項による保障を受けるものであり、行政裁判所法47条によって妨げられるものではないことを繰り返し判示している（判決【7】，【8】，【9】）。他方で、規範統制に関する連邦行政裁判所の決定には、「ある法規命令におけるある規律の不作为の場合に、その不作为の違法の確認のみを目的とする規範統制……は、許容される」と判示したものがある⁵⁵。これに従えば、規範が全く制定されていない場合は別として、既存の規範の改正を求めるについては、当該規範の違法確認という形ではあるが、規範統制を利用する選択肢もありうることになる⁵⁶。もっとも連邦の法規命令等、そもそも規範統制の対象とならないものについては、この方法で違法確認を求めることはできない。

判決【7】，【8】，【9】は、原告と被告との間の関係が、確認訴訟によって明らかにすることのできる「具体的な法関係」であることを認定している。判決【7】は、原告の申請に着目し、判決【8】は、原告が郡議会議員の地位にあることに着目している。また、判決【7】および【9】においては、原告の権利ないし権利侵害をめぐる争いが当事者間に存在することも認められている。判決【8】の事案においても、原告が条例の改正を求めたのに対し、郡議会が改正案を否決したのであるから、争いの存在は容易に認められよう。

規範発布・規範改正請求権を追求するについては、確認訴訟よりも、給付訴訟のほうが直截的なのではないかという問題がある。しかし、確認訴訟の補充性が妥当するのは、取消訴訟および義務付け訴訟についての出訴期間および不服申立前置が潜脱されるおそれのあるときに限られるというのが連邦行政裁判所の判例であるから、これに従えば、たとえ規範の発布を求める給付訴訟が可能であるとしても、確認訴訟の提起は妨げられないということになる。他方で判決【8】および【9】は、確認訴訟のほうが、規範制定者の裁量が尊重される点で、より権力分立原理に適合するという点も指摘している。確かに、原告

⁵⁵ BVerwG, Beschluß vom 18. 9. 1981, BVerwGE 64, 77 (81); vgl. auch OVG Berlin, Urteil vom 22. 4. 1983, NVwZ 1983, 416 (418).

⁵⁶ Vgl. Sodan (Anm. 53), S. 608; Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Anm. 7), § 47 Rn. 70; BayVGH, Urteil vom 23. 1. 2002, BayVBl. 2003, 433 (434).

の権利保護のために規範の発布または改正が必要となる場合においても、その規範の内容をどのように形成するかについては、通常規範制定者の裁量を認めざるをえないであろう⁵⁷。それに対して学説の中には、給付訴訟であっても、義務付け訴訟についていわゆる指令判決（Bescheidungsurteil）を認める行政裁判所法113条5項⁵⁸を類推適用すれば、規範制定者の裁量は十分に尊重されると主張する説もある⁵⁹。この類推適用が許されるとすると、給付訴訟と確認訴訟との差異は、判決の執行可能性の有無のみということになろう。

なお判決【8】においては、減収補償の支払を求める訴訟との関係が、判決【9】においては、上級地方裁判所長官の決定の取消訴訟との関係が問題となっているが、いずれも確認訴訟の提起を妨げるものではないとされている。決定【10】の事案においては、オルデンブルク行政裁判所が、州を被告とする義務付け訴訟の中で、栽培植物調整支払金令の違憲を認定していたものの、この判断が命令制定者である連邦を拘束しないという事情があった。本決定は、行政裁判所法43条2項の適用を限定する連邦行政裁判所の判例を承認しており、その点でも注目される。

確認の利益について、判決【7】の事案においては、原告の申請に係る労働協約の有効期間が既に経過していたという特殊事情があったが、本判決は、新たな労働協約を締結した後に一般的拘束力宣言の申請を行うのが原告の慣行であることから、本件申請拒否が原告の権利を侵害するか否かを明らかにする必要があるものとしている。他方で判決【8】は、確認の利益の存在を肯定しているものの、その理由を特に述べていない。これは、具体的な紛争の存在およ

⁵⁷ 事案によっては、規範制定者の裁量が認められない場合もありうる。Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. 10. 1996, BVerwGE 102, 113 (118).

⁵⁸ 行政裁判所法113条5項は、「行政行為の拒否又は不作為が違法であり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おいて、事件が判決に熟しているときは、裁判所は、求められた職務活動を行うことを行政庁に義務付ける判決をする。そうでないときは、裁判所は、裁判所の法解釈を尊重して原告に応答することを義務付ける判決をする」と規定する。後者の判決がいわゆる指令判決である。

⁵⁹ Vgl. Hajo Duken, Normerlaßklage und fortgesetzte Normerlaßklage, NVwZ 1993, 546 (547); Fabienne J. Köller/Heiko A. Haller, Prozessuale Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Rechtsetzung - BVerwG, NVwZ 2002, 1505, JuS 2004, 189 (190).

び原告の権利侵害の可能性が既に肯定されていることに起因すると思われる。連邦行政裁判所の伝統的な判例に従えば、前者は確認の対象の問題であり、後者は出訴資格の問題であるが、事案によっては、それぞれを厳密に区別する必要がない場合もあろう。

出訴資格について、判決【8】は、原告が権利侵害を主張していることを認定している。判決【7】、【9】、決定【10】においては、原告の権利侵害の有無は、出訴資格の問題というよりも、確認の対象のひとつとして位置づけられているようである。

5 おわりに

日本の民事訴訟法学説においては、確認の訴えの利益（確認の利益）は、①確認対象選択の適否、②確認訴訟によることの適否、③即時確定の現実的利益の有無の各観点からその有無を判断するのが妥当とされており⁶⁰、行政法学説においても、このような考え方に従うものが少なくない⁶¹。この点、ドイツの連邦行政裁判所は、確認訴訟の適切性ないし適法性を判断するにあたり、確認の対象、確認訴訟の補充性、確認の利益（即時の確認についての正当な利益）、そして出訴資格を問題としている。

確認の対象に関しては、行政立法や条例の違法ないし無効の確認を求めることができるかという問題がある。ドイツにおいては、規範の適法性や効力の有無は確認訴訟の対象となる法関係の存否に該当せず、またそのような確認訴訟は行政裁判所法47条に定める規範統制の潜脱であると考えられている。しかし日本の行政事件訴訟法は、広く「公法上の法律関係に関する」確認訴訟を予定

⁶⁰ 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2006年）139頁以下。新堂幸司『新民事訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2005年）249頁も参照。

⁶¹ 曾和＝山田＝亘理・前掲注（1）282頁、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」民商130巻6号（2004年）1頁以下、室井力＝芝池義一＝浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社、2006年）78頁以下〔浜川清執筆〕参照。

しており、規範の効力を争う特別の手續も法定していない。従って日本においては、公法上の確認訴訟として行政立法や条例の違法ないし無効確認訴訟を認めることも可能ではないかと思われる⁶²。

確認訴訟によることの適否に関しては、確認訴訟の補充性が問題となる。ドイツの行政裁判所法は、形成訴訟および給付訴訟に対する確認訴訟の補充性を明記している。しかし連邦行政裁判所は、取消訴訟および義務付け訴訟に関する特別規定（出訴期間、不服申立前置）が潜脱されるおそれがあるときに限りこの規定を適用する立場をとり、単に取消訴訟や義務付け訴訟の提起が可能であるという理由のみで確認訴訟が斥けられることもない。その結果實際上、確認訴訟の補充性が「原則」ではなく「例外」になっているともいえ、このような判例に対しては批判もみられる。しかし日本においては、確認訴訟の補充性が法律上明記されているわけではないため、これを緩やかに解するドイツの判例はむしろ参考になるのではないかと思われる。

即時確定の現実的利益に関しては、日本の民事訴訟法学説によれば、原告の法的地位に危険や不安定が現存し、これを解消するために確認判決を得ることが必要かつ適切であることを要するものとされる⁶³。ドイツの連邦行政裁判所は、確認判決が原告の地位を法的、経済的あるいは精神的な点で改善するのに適切である場合には、確認の利益（即時の確認についての正当な利益）が認められるものとしている。他方で連邦行政裁判所は、「公法規範を既に見通すことのできる事情に適用することが争われている」か否かを確認の対象の問題として取扱っているが、日本ではこれは即時確定の現実的利益の有無を判断する際に検討すべき事項ということになろう。

ドイツにおいては、取消訴訟および義務付け訴訟の出訴資格に関する規定を確認訴訟にも類推適用するのが判例である。日本においては、処分無効確認訴訟について原告適格の有無が争点となることがあるが（例えば、最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁）、公法上の確認訴訟について原告適格の有無をど

⁶² 他方で、行政立法や条例の違法ないし無効確認訴訟は抗告訴訟に該当するのではないかという問題がある。芝池義一「抗告訴訟の可能性」自研80巻6号（2004年）9頁以下参照。

⁶³ 中野＝松浦＝鈴木編・前掲注（60）143頁。新堂・前掲注（60）256頁も参照。

のように判断すべきかという問題がありうる。この点、民事訴訟法学説においては、確認の利益があるときは当事者適格もあるのが原則であるが⁶⁴、他人間の権利関係の確認の訴えのように、訴訟物たる権利関係の主体でない当事者がその権利関係の確認を求める場合には、訴えの利益とは区別された当事者適格の問題があるものとされている⁶⁵。

ドイツの連邦行政裁判所は、商工会議所を解散新設する法規命令が争われた事案につき、旧会議所の会員であった原告が新会議所の会員でないことの確認を求めた訴えを適法とした。このような発想に従うと、日本において公立学校統廃合条例が争われるケース（例えば、最判平成14年4月25日判自229号52頁）についても、確認訴訟が適切な訴えとして考えられよう（既存の学校の生徒であることの確認の訴え、新設される学校の生徒でないことの確認の訴え等）⁶⁶。またドイツの連邦行政裁判所は近時、容器包装令に基づく飲料容器回収義務およびデポジット金徴収義務が争われた事案につき、当該義務の不存在確認訴訟を適法とした。これに従えば、日本において条例に基づく義務（債務）が争われるケース（例えば、東京都銀行税条例事件。東京地判平成14年3月26日判時1787号42頁、東京高判平成15年1月30日判時1814号44頁）についても、当該義務（債務）の不存在確認訴訟が適切ということになるのではないかと⁶⁷。

ドイツの連邦行政裁判所は、法規命令、条例その他の法律より下位の規範の発布または改正を求める請求権の成立可能性を承認しており、そのような請求権に関する確認訴訟が適法とされた例もある。この規範発布・規範改正請求権は、ドイツ特有の議論である「基本権保護義務論」や「保護規範理論」を背景にしているため、日本においてこれらの請求権を承認することは直ちには困難

⁶⁴ 中野＝松浦＝鈴木編・前掲注（60）148頁以下。新堂・前掲注（60）250頁も参照。

⁶⁵ 伊藤眞『民事訴訟法〔第3版再訂版〕』（有斐閣、2006年）155頁。

⁶⁶ 中川・前掲注（61）33頁は、児童保護者が子を既存の小学校に通学させる権利を引き続き有することの確認の訴えが考えられるとする。他方で近時、市立保育所廃止条例制定行為の処分性を認め、その取消訴訟を適法とした裁判例がある。大阪地判平成17年1月18日判自282号74頁、大阪高判平成18年4月20日判自282号55頁参照。

⁶⁷ またドイツの連邦行政裁判所は、飛行経路を定めた法規命令が争われた事案につき、確認訴訟を適法としたが、この判示は、日本における行政計画（例えば、都市施設に係る都市計画）の違法ないし無効確認訴訟を考えるにあたり、参考になるのではないかと。

である。しかし、規範発布・規範改正請求権そのものではなく、これらの請求権の原因または結果たる法律関係の確認という形をとれば、訴えの提起も可能ではないかと思われる⁶⁸。例えば、委任命令の根拠となる法律に照らして本来原告に認められるべき法的地位を当該命令が認めていない場合には、適切な訴えとして、当該命令が根拠法律に違反することの確認の訴えや、原告が当該法的地位を有することの確認の訴えが考えられよう⁶⁹。

⁶⁸ 周知の通り、在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）は、在外国民である上告人らが「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認」の訴えを認めている。

⁶⁹ 中川・前掲注（61）29頁参照。この点、山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点——最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁」法教308号（2006年）30頁は、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、……『原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であること』という消極の確認の方が、むしろ原則形態とも考えられる。こうした消極の確認は、権力分立原理によく適合する」とする。