

ボン基本法に於ける法律の留保

田村昭三郎

はじめに

「憲法は滅びる、行政法は存続する⁽¹⁾」というオットー・マイヤーのよく引用される言葉は、ワイマル憲法の下では確かに通用性を有しているかに思われたが、行政法の一般的憲法依存性を特徴とし、行政法が「具体化された憲法」と呼ばれるに至ったボン基本法の下では、一層限られた通用性しか有し得ない。今やドイツ行政法学に支配的地位を占めてきたマイヤー体系のみならず、ドイツ行政法の伝来の全体系が動揺⁽²⁾し、根本的な再検討を加えられつつある。就中、これ迄ドイツ行政法学の扇の要とされてきた「法律による行政」の原理 (Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung)⁽³⁾、特に「法律の留保」(Vorbehalt des Gesetzes) の理論は、給付行政の増大などの現代的問題とも関連して、甚しい学説の対立を招くに至っている。以下、これについて概観し、現代の動向を明らかにしてみたいと思う。

一 留保理論とその問題点

オ・マイヤーによれば「法律の支配」(Herrschaft des Gesetzes)⁽³⁾は、法律の法規創造力・法律の優勝性・法律の留保の三原則から成る⁽⁴⁾。法律の法規創造力は、法律の支配の直接的内容を明らかにするものであり、国会の制定する法律のみが原則として法規 (Rechtsatz) を定立する効力をもつことを意味する。そして法律の優勝性 (Vorrang des Gesetzes) が、行政権の意思表示、即ち命令及び処分が法律に抵触し得ないという原則を意味するのに対し、法律の留保は、特別の対象領域に於て行政権の独立の発動を許さないこと、即ち法律が必要であり、法律の根拠を欠く場合には行政権の行為が違法となるという原則を意味する。

オ・マイヤーの法律の留保を敷衍し、ボン基本法に於ける問題点を指摘してみよう。

第一に、行政権は司法権と異なり、必ずしも法律の根拠を要せず、「それ自体自由 (an sich frei) である。彼は自らの力で (aus eigener Kraft) 活動するのであり、法律に基づいて活動するのではない⁽⁵⁾」。そして、特定の領域に関してこの行政権の独立的行動を排除することが法律の留保なのである。第二に、留保は基本権及至自由及び財産条項によって詳細に限定される。そして「この留保は、諸憲法に於て種々の方法で述べられている。その古典的な形式は、所謂基本権又は自由権を掲げることであり、それによって国民は人身の自由及び財産権の不可侵を

他の諸権利が、法律による又は法律に基づくこれらの事項についても行われる侵害の明示又は黙示の留保でもって保障される」とある通り、留保事項とされたのは主として憲法に規定された「自由権的基本権」であった。尚、ボン基本法では、基本権は行政権のみならず、立法権をも拘束する(一条)。第三に、法律の留保の理論は、オ・マイヤーによるF・v・マルテイツの思想と二重の法律概念の理論との綜合の試みから生まれた。即ち彼は法律概念を立憲主義の憲法國家の特別の法制度として示し、「形式的」意義の法律・一般的抽象的法規・法律の留保という概念を綜合しようとした。三つの要素はすべて『法律』概念に於て止揚され、相互に関連づけられている。オ・マイヤーのこの理論は、アンシュッツの法規概念(自由と財産を侵害する一般的抽象的規範)など各種の法規概念を包摂され、『法律の留保とは、法規即ち実質的意義の法律を、形式的意義の法律である議會制定法の手で留保することである』という従来の留保理論の公式として、現在に至る迄通説的地歩を占めてきたのである。第四に、法律の留保は国民と國家の一般權力關係(一般統治關係)に於てだけ通用する。特別權力關係(sonderes Gewaltverhältnis) 例えば官吏の勤務關係や營造物利用關係などは法律の留保から除かれる。即ち特別權力關係は、直接法律に基づき、或は特別權力關係に入るべき者の同意又は受諾に基づいて成立するのであるが、その内部では行政権が自由な活動領域をもち、權力服従者は強い包括的服従義務を

負う。そして、そこには法規も行政行為も存在しない。ボン基本法の下では、この特別權力關係理論に君主とその政府の「家産」の要素が残存しているとして反省再検討が加えられ、法律の留保が特別權力關係の内部にも通用するかどうかの問題が論議の対象となった。そこでは行政裁判に於ける概括条項の採用に伴う特別權力關係に於ける權利保護の問題並に特別權力關係と基本権との關係が論点とされ、学説は行政権の活動領域を狭く解する傾向にある。第五に、負担賦課的な行政行為は法律の留保に属するが、逆に行政権が国民に利益(Vorteil)を与える場合には法律の留保は問題とはならず、行政権は他に法律の規定がない限り、自由に国民に対し權利を賦与し義務を免ずることができる。近時、國家の經濟干渉が増加し國家的給付が著しく増大するに及んで行政機能にも変化を齎した。フォルストホーフはこれに対応して「給付行政」(Leistungsverwaltung) 即ち「生活手段の供給」(Daseinsvorsorge) という新しい概念を導入した。もっともこれによってマイヤー体系は殆んど毀損されていない。ボン基本法の下での法律の留保の理論では『給付行政』の問題に論議が集中し、侵害的行為であると「利益賦与的行為」であるとを問わず、およそ一切の行政活動はすべて法律の根拠が必要であると主張し、或は留保領域を給付行政にも拡張すべきであると主張する、所謂「全部留保説」(Totalvorbehalt) が登場し、従来の理論を「侵害留保説」(Eingriffsvorbehalt) と呼び対立するに至っている。

二 全部留保

全部留保論は、主として民主的憲法構造論並に社会的法治国条項(二〇条一項・二八条一項一段)を論拠として主張される。前者は、行政の法律に拘束されない自由な活動領域という觀念は、君主とその行政府が絶対主義の権能の一部を救いだしたところの立憲君主政から生じたものであるから、現代の議會民主政の國家に於ては採用できず、すべての行政活動は最高の國家機關としての選舉された議會によつて正当化されねばならぬ、と説明する。また後者は、今日の社會國家に於る國民にとつて生活必需的國家給付への依存は、一九世紀の國民に對する自由と財産の侵害と全く同様に彼等の自由の侵害を意味する。それ故に斯る國家的給付の拒否或は競争者への給付の是認は侵害に等しい負担を意味し、それには法律の根拠が必要である。更に平等及び正義の原理を實現し、且つその場合に種々の利益集團の複數利益を相互に調整することは立法者の責務であつて行政はそれをする立場にはない、と説明する。

何よりも先ず、全部留保の「法律適合性原理」についての優れた体系書であり、マイヤー体系に根本的な批判を加え、その解体を迫るイェッシュの著作が挙げられねばならぬ。イェッシュは「法律による行政の原理は憲法構造に機能的に依存していること、それ故に憲法構造の変更によつて法律による行政の原理そのものもまた変更されねばならぬ」という方法論的仮説をたて、立憲君主政とボン基本法の憲法構造の変更を明らかにし

ようとする⁽¹³⁾。法律による行政の原理は立憲君主政の下で成立したものである。その憲法構造は君主政原理に基礎を有しており、これから導き出される最も重要な作用は権限推定が君主とその行政府のために存在することである。次に立憲君主政憲法は確固とした二元論にたつてゐる。即ち君主と議會という二つの直接的第一次機關が相互に對立してゐた。君主は執行權の独占的な主人であつた。國民は議會の立法によつて自由と財産を擁護し得たが、議會の立法の外には君主の行政府の無制限な法が残つてゐた。斯る立憲君主政の憲法構造は、國民主權という一元的な民主政にたつボン基本法に於ては決定的に変更した。この変更は前述の方法論的仮説と一致して法律による行政の原理の内容的変更に導かざるを得ない。憲法構造の最も重要な変更は議會が最高の國家機關であるという点である。今や行政府は憲法上制限されてゐるのではなくて、その全權力を憲法によつてはじめて享受するのである。従つて行政は今日真正の執行權力になつてしまつたのであり、憲法自身が充分な権限を与えてゐない限りそのすべての行動形式は議會の授權に依存してゐる。即ちあらゆる行政機能について法律の全部留保が存在するのである。イェッシュは以上の見地から、國家の給付と授益並に特別權力關係の領域に於ても留保原理が原則として行われるということを主張する。しかしこのように全部留保を徹底させると、『法律』の授權を欠く行政処分はすべて違法とされることになり、現在行われてゐる膨大な國家的給付の大部分を違法とせねばならず、従つてこの難点を避けるために議會の

「授権」の留保を法律の留保と同一視し、正式の法律のなかに予算法を含め、更に慣習法による授権を過渡期の間一時的に正式の法律による授権の代りをさせるのである。イエツシュの全部留保理論は西ドイツで大きな反響を呼んだが、その理論的部分的は認は別として、全面的追隨者は見出し得ない。

三 全部留保批判

全部留保に対する批判は、先ず権力分立論⁽¹⁾からなされる。イエツシュのいう憲法構造の変更からは全く同様に、その反対の掃蕩が導き出される。即ち行政は最早議会の影響の外で君主の「家産」として存在するのではなくて、議会の中から形成された議会の政府によって支配されるのである。今や行政もまた間接的に民主的に正当化されているのだから、行政の一定の自主独立性に対する民主的観点からの疑念は存在しない。更に、基本法は選挙された議会の無制限な支配権力を前提とする完全な(Total)民主政を認めているとは考えられない。基本法二〇条二項は「国民」は行政府の領域では直接「執行権」の機関によってその国権を行使するのであって、立法院を越えて間接的にのみ行使するのではない⁽²⁾。次に、議会の能力的限界という観点から、イエツシュの言うように議会がその種類を問わずすべての行政活動に形式的法律の根拠を提供せねばならぬとしたら、議会は不当な要求をされることにならうという批判が加えられる。レルヒュは議会の酷使に反対し、行政府の裁量の自由は国家行政にとってのみならず、何よりも先ず国民にとって不可欠

である。何故なら弾力性によってのみ個々の場合の正義が保障され、即ち事件の個性が感得され、それによって国家作用の最も経済的な(schonendst)形態⁽³⁾或は国家的配分の適当な形式を見出し得るからである、という。

伝来の留保理論を最も熱心に基礎づけようと試みたのは、独自の行政国家論を称えるペーターズである。彼は権力分立からの論拠に加えて、更に、行政を議会の単なる執行機関の地位に下げたことは、歴史的沿革に反するのみならず、職業官吏制度(Dienstbeamten)の存在の由来と是認(三三条四・五項)に反する。公益に関する豊富な個々の現象及び即座の必要性は立法者の可能性の外にあり、自由な行政の広い領域に属する。国家目的を毎日活動的に追及して行くのは行政の義務である。基本法下で今日行政の膨大な部分が法律の授権なしに行われているという事実は通説の是認を証明している。全部留保論者の意図は法律の肥大と一般条項への逃避に終るだろう、という。しかし「法治国家は市民を恣意的加害的侵害から保護するが、行政官庁の秩序づけ、形成し、給付する活動を立法者に従属させないだろう……」という見解には疑いがある。

四 留保理論の修正

最後に留保理論的部分的修正及び全部留保との折衷を目指す理論についてみてみよう。

プリンガー⁽⁴⁾は、伝来の留保理論的部分的修正、例えば法律の留保を一定の強度に負担を負わせる非侵害行為に慎重に拡張す

ることには反対しないが、全部留保には賛成できないという立場をとる。彼は、全部留保論者が社会的法治国家を論拠として説くように、生活必需品の給付の拒否或は競争者に対する給付の賦与が侵害に等しい負担を意味するということは確かに認められるが、そこから法律の留保の必然性を導き出すことは、不要な物と一緒に大切な物をも捨て去ることになるとして法律の留保の拡張に反対する。なぜなら、行政は斯る法律の留保の結果、複雑な議会の手続によって法律の授権がなされる迄給付を必要とする国民の生存的危機を傍観していなければならぬことになるからである。全部留保による非常に広大な法律の留保は、個人から行政による事実上の給付賦与の機会を奪うのみならず、同時に裁判所による保護の機会をも奪うことになるであろう。なぜなら、給付を賦与する立法或は給付をなす権能を授権する立法の不作為に対しては、如何なる法的保護も存在しないからである。そこで彼は、給付者としての行政の権力の制限は他の方法、就中、給付の是認或は拒否を「行政行為」として構成し、それを基本権の拘束の下におき、行政裁判所の統制に親しませることによって達成されるとして、少くとも法律による規定がなされる迄の暫定的な保障としてはそれで充分であるとする。

ティームは、イエッシュの憲法構造論の方法からする留保理論との折衷を試みる⁽²¹⁾。彼は従来の留保理論は立憲主義國家に於て成立したものであるという点から出発する。当時の権力分立のスキーマに於ては議會は最高機関ではなく、君主とその行政

府並にそれに従属する行政だけが國家の運命の方向を決定した。しかし、斯る憲法構造は今日全く変更した。ボン基本法は権力分立と同時に議會民主政をも採用した。政府は議會に責任を負い、議會の多数が正当と考えるように政策を導かねばならぬ。即ち議會は政治的嚮導機能を有するのである。國家慣行上、政府は重要な政治的処分をなす前に議會或は議會の委員会と恒常的接觸を保ち、他方、議會はその解決が政府の責務であるところの多数の問題に法律の形式をとらぬ決意を表明する。それは經濟政策的及び社會政策的なものにも当てはまる。また、憲法条文に於ても、五九条二項は政治的關係を規律する条約について議會の同意の必要を規定している。即ち議會は単なる立法者の役割りを脱し、政治的嚮導機関という地位を保持したのである。議會と政府のこの關係からみて、自由と財産の侵害だけに限られた従来の留保理論は最早固持され得ないのである。しかし議會の政治的嚮導機能はイエッシュの主張するような絶対的なものではない。基本法は議會に政治的領域についての支配を与えてはいるが、統治と行政の完全な従属性を与えているのではない。ティームは結論として、問題の解決は個別化されねばならぬとし、これ迄法律の留保から除かれていた広い領域は、最早無造作に立法者の規定から除かれることはなからうし、また政治的に重要でない一定の法律關係は、一般的規範化によるその形式に於ても、尚、行政府に保留された権利とみなされても宜しかろう、と主張するのである。

結語

以上、ボン基本法に於ける法律の留保を概観してみると、それが甚だしい混乱の様相を呈していることが明らかに。先ず、従来の留保理論が通説的地位を占めていたと言われるが、基本権が行政権のみならず立法権をも拘束するに至った今日、それは立憲君主政及びワイマル憲法の下での理論とは本質的基盤を異にするものである。また全部留保論も法治主義の徹底に急なあまり、現状を把握し得ず、立法権による自由権の侵害の問題には充分に答えていないように思われる。従って基本権の保障の徹底並に権力分立と議院内閣制併用というボン基本法の特徴を生かして再構成を試みようとする留保理論の修正が目されねばならぬと思う。修正は裁判所と議会の二つの方向からなされつつある。その一は、自由権の保障に加えて社会権の保障乃至給付行政に於ける権利保護が考慮されていること。そしてそれを行政裁判所の権利保護の問題にしようとする傾向であり、その二は、国民の意思をできるだけ議会に反映せしめることによって、即ち議会の政治的嚮導機能を認め、立法権と行政権との協力関係と緊張関係によって、給付行政、特別権力関係などの問題を流動的に解決して行こうとする傾向である。

付記

この小論の作成に際しては、田上穰治先生をはじめ、市原昌三郎先生、杉原泰雄先生から多くの御教示を賜った。こ

の機会に厚く御礼申し上げます。

- (1) Otto Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1. 3. Aufl., 1923, Vorwort.
 - (2) Bachof, "Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht". Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 3 ff.
 - (3) 法治主義とも言われ、「法律による行政」の原理、又は行政の法律適合性 (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) を意味する。
 - (4) Otto Mayer, a. a. O., S. 65, 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』参照。
 - (5) Otto Mayer, a. a. O., S. 69, ff.
 - (6) a. a. O., S. 70.
 - (7) 「法規とは、一般的なメルクマールによって示された構成要件が充足されるすべての人に対して、何が法であるかを規定するものである」。(Otto Mayer, a. a. O., S. 66)。
- ラーバント以来の後期立憲主義の二重の法律概念の理論は、法規概念と実質的意義の法律概念を同一視するが、更に法規の定義に関して(1)権利主体の意思活動の限界設定(2)自由と財産の侵害(3)一般的抽象的法規則、という三つの見解に分かれる。(Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 226 ff.)。尚、法規概念の詳細については、田上穰治『法律による行政』・「実質的意義の法律」(『憲法の諸問題』清宮四郎博士退職記念)参照。

- (8) 室井力「特別権力関係理論の再検討」、『法経学会雑誌』一〇巻一号及び四号。
- (9) Bachof, a. a. O., S. 4 ff.
- (10) 塩野宏「資金交付行政の法律問題」、『国家学会雑誌』七八巻五・六号。四八頁以下参照。
- (11) Ballinger Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 93 ff.
- (12) Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961.
- (13) イェンシユは、法律による行政の原理が立憲君主政のそれと殆んど変りなくワイマール時代に転用された理由として、法律家達の保守的思想・權威ある国法解釈者が同じ人達であったこと及び立憲君主に類似したライヒ大統領の強力な地位を挙げる。(a. a. O., S. 7, 172 Fußnote 1)。
- (14) 基本法は明らかに権力分立を基本原理として採用している。即ち根本規定として二〇条二段、その他一条三項、一九条一項一段、二〇条三項、第七、九章の標題、八〇条一項、九二条及び九七条 (Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 20 Rdnr. 75)。
- (15) Ballinger, a. a. O., S. 93.
- (16) Lerche, Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen, NJW 1961, S. 1758 ff.
- (17) 手島孝「行政国家と憲法」、『法政研究』三二巻二一六合併号。
- (18) H. Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? Festschrift für Hans-Huber 1961, S. 220.
- (19) Ballinger, a. a. O., S. 95 ff.
- (20) 成田頼明「非権力行政の法律問題」、『公法研究』二八号一五九頁以下。
- (21) Thieme, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, S. 81 ff.
- (22) Thieme, Buchbesprechung, DöV 1962, S. 77 ff.; Lerche, a. a. O., S. 1760.

(一橋大学大学院学生)