

## 戦後の西ドイツ公法学

市原昌三郎

明治以來のわが國の法制が、その社會的歴史的諸事情の類似ということから、主としてドイツ法の繼受・影響の下に發展してきたものであることは、周知の事實であり、さらにこの事實と併行して、公法学自體についても、その論理性・形式性・體系性の故に、その導入が比較的容易であるため、ドイツ公法学の強い影響をうけてきたこともまた否定しえないところである。戦後、わが國においては、英米法の繼受が盛んに行われたのであるが、それにもかかわらず、ドイツ法制およびドイツ公法学のわが國に對する影響には、今日なお無視しえないものがあるように見える。

今次大戦後、少くともナチ政權下と比較するとき、實質的にも形式的にも、根本的ともいえる大變革をうけた西獨の國家體制の下で、その公法学がどのような道を進

みつつあるのかを眺めて見ることは、先に述べたような兩者の歴史的關連からいって、わが國の公法学にとっても少からぬ意味があるものと考ええる。

公法学は、それが實定法學として存在するかぎり、具體的な時と所における實定法制度と不可分の關係を有するものであることはあらためていうまでもない。この意味で、まずわれわれは西獨の實定憲法體制に一べつを與えておく必要がある。ボン基本法下の西獨の憲法體制は、これを一言にいえば、社會的法治國への志向と裁判國家制の確立、と要約できようか。社會的法治國の原理は、基本法第二〇條、第二八條という組織規定の中にある、組織原理としての性格をもつものであることはいうまでもないが、またこれが基本權解釋の指導原理となるものであることも一般に承認されているところである。

判例上も、明示的にはこの條項を援用はしないが、實質的には社會國家原理に基いて論議するものが少くないことはヴェルナーの指摘するところである。國民の權利自由を國家權力の侵害から保障する手段の有力な一つは、裁判による國家權力發動の統制である。ナチの經驗にこりたこの國では法治國原理の徹底化を圖り、裁判的統制の擴充強化を實行した。即ち、狹義の、換言すれば、本來の憲法裁判制度を設立すると共に、傳統的な司法裁判權(通常裁判權という)の他に、行政裁判權・財務裁判權・勞働裁判權・社會裁判權等を夫々別個の獨立な裁判所を設けて行使させ、これらを總稱して *Rechtsprechende Gewalt* とし、立法、行政に對する第三權としたのである。

ドイツ公法學會が、戦後再開されてから既に十年、この間、「ボン基本法第十九條第四項の概括條項の適用範圍」・「憲法裁判權の限界」・「收用と社會化」・「經濟への國家的干渉」・「社會的法治國の概念と本質」・「行政と行政裁判」・「特別權力關係」・「近代國家における議會と政府」・「行政手續」等といったテーマの下で論議がたたかわされてきていることは以上のような憲法體制の變化に

相應するものである。

あの有名なオットー・マイヤーの「憲法は變るが行政法は存続する」という言葉は、わが國の有力な學者(4)によつて、その正當性を否認されようとしている。たしかにこの命題は行政法學のもつ技術的、中立的な性格を示すものとしては正當であり、また當時マイヤーの學說のもち、果した役割についてみれば、全然否定もできなからう。しかしながら、ボン基本法下の西獨行政法についても妥當するかは大いに問題であらう。

すでに述べたような基本法の根本體制は、行政法學に對してどのように投影されるのだろうか。實定制度の面からみれば、第一には社會的法治國を實現するために、従來のように行政が單なる社會秩序の維持者としての消極的な立場にとどまることは許されず、積極的に社會正義實現をめざして給付行政の主體とならなければならぬ(5)。即ち給付行政の登場である。第二に、ボン基本法は、單に社會的であるだけでなく、それは同時に法治國であることを要求する。したがって法治國原理を確立すること、すなわちその本質的不可缺の要素としての行政裁判制度の確立である。

給付行政の問題に立入った考察をする準備も暇もない。唯ここでは、このような新しい型の行政の出現が、行政訴訟制度の面でも、いわゆる義務付け訴訟なる特別な訴訟形態を生み出したものであることだけを指摘しておくにとどめよう。

かつてドイツでは、行政裁判制度についてプロシヤ型と南獨型を對比せしめていた。プロシヤ型の行政裁判の目的は、何よりもまず第一に行政の適法性の維持であり、行政部内の機關による行政の統制が行われたのである。これに對して南獨型の場合は、國民個々人の權利の保護がその主たる任務であり、行政との密接な關係はもたない行政裁判所によって行政を統制し、國民の權利を保護するものである。<sup>(6)</sup>基本法下の行政裁判制度がここにいうプロシヤ型でありうる筈がない。戦後の西獨再建の第一の緊急課題は、法治國秩序の確立であり、それは西獨自身にとつてだけでなく占領軍にとつても至上要請であった。そこでその要請にこたえるための不可欠な要素として獨立な行政裁判所の設立が急がれ、すでに一九四五年夏には、アメリカ占領軍の示唆の下に、ワルター・イエリネックを長とする専門家委員會が行政裁判制

度の法制化にとりかかり、そのいわゆるハイデルベルク草案に基いて行政裁判法が制定され、一九四六年秋からアメリカ地區の三邦で施行されるはこびとなり、イギリス地區でもこの法律を基礎として、行政裁判權に關する軍命令第一六五號が制定され一九四八年九月から施行された。これと相前後して他の諸邦でも、これらを模範とする立法が行われた。さらに一九五二年九月には連邦行政裁判所法が制定されたが、それは各邦の立法の統一の規制をするものではなかった。

このような連邦および各邦の立法經過からうかがわれるように、各立法間に本質的な差異があるわけではないが、なお多くの點で不統一であることを免れなかったから、ここに連邦全體についての統一法を求める要求が存在したわけであり、さらに、各法施行後の實際的經驗にかんがみて、その缺陷を補い、問題點を立法的に解決するためにも、新しい統一法の制定が必要とされたわけである。統一法制定の機運が出て來てから十年餘の年月を経て、本法は本年四月一日やっと陽の目をみるに至ったわけである。

本法の成立によつて原則的に邦間の不統一性は排除さ

れ、統一的規制という立法目的は達成されたといえるが、他方、従來の疑問、争點に立法的解決を興えるという點では、尙重要な點が未解決のまま残されているという評價をうけざるを得ないだろう。このように未解決のままに残されている問題としては、とくに豫防的な確認訴訟または不行爲訴訟が許されるかどうか、訴訟係屬中に事實状態または法規が變更した場合、それはどのような意味をもつか、何が訴訟物であり、既判力のおよぶ範圍はどの程度か、さらに不確定概念について裁判所はどの程度まで審理できるのか、行政行爲とは何か、といったような點である。結局、これらの問題は、學説および判例による説明に委ねられたわけで、今後の學説の展開が期待される。

かくして成立した行政訴訟制度は、法治主義の確立という本來の要請に充分こたえうるものである。以下においては、かかる行政訴訟制度の下で、ドイツの學界がこの制度の本來の目的たる法治主義の原理をさらにいかにして強化していこうとしているか。また法治主義の徹底化の盾の半面として考えられる、司法の政治化、政治の司法化に對してどのように對處し、兩者の調整を計ろう

としているか、ということを一、二の問題を中心に眺めてみようと思う。ウレもしばしば指摘するように、法治主義の徹底にとつては、ただむやみに裁判的統制を擴大強化するのは正しい方法といえない。眞に有效な方法は、裁判所が他の機關の正當な權限に干渉・介入することによって生ずる抵抗——しかも正當な抵抗——をなくするため、適當な自制をすることである。このことによつて始めて法治主義の正しい發展が期待できるのである。このような意圖がどのようにして、どの程度まで理論的に實現されつつあるかを眺めるのが本稿の狙いである。

行政訴訟における概括條項の採用は、法治國思想の發展、法治行政の原則の確立にとつて不可缺のものであり、法治國家の理念、法治國家的秩序の本質は當然に概括條項を要求するものともいえよう。概括條項の導入は、行政法學に對して、いくつかの重要な問題を提起する。特別權力關係における權利保護の問題、そしてまた統治行爲の問題は、そのさいたるものである。以下特別權力關係における權利保護の問題から考えてみよう。長

い間、特別權力関係においては、法治主義の原理の適用が排除されるものと考えられてきた。法治主義の實質的裏付けとしての行政訴訟制度が確立され、概括條項が採用された現在でも、この状態には何等の變化も生じないものだろうか。この問題に答えるために、一九五六年秋のドイツ公法學會は、特別權力関係をテーマとしてとりあげ、ヘルバート・クリューガーとカール・ヘルマン・ウレが報告にあたった。クリューガーはこのテーマの實體法的側面に限定し、この問題の國法學的アスペクトを報告の中心とした。彼の立論は活潑な論議的となったものであるが、ここではふれない。ウレは手續法的側面をとりあげ、「特別權力関係における行政裁判所による權利保護の諸問題」というテーマで報告した。以下ウレの所論を中心に考察してみよう。<sup>(8)</sup>

行政訴訟法上、訴訟事項について概括條項が導入されるから、行政裁判所による權利保護が特別權力關係についても及ぶのかどうか、またおよぶとすれば、それはどの程度迄かという問題が生じてきた。この問題の背後には、二つの關連した、しかしながら全く別の問題がかくされているのである。第一の問題は特別權力關係におけ

る行政裁判所による權利保護の範圍の問題とでもいえるうか。それは特別權力關係において行政訴訟はいかなる要件の下に許されるか、という手続法上の問題と一致する。第二の問題は行政裁判所による權利保護の範圍の問題ではなくして、その強度の問題についてである。すなわち、特別權力關係においては、どんな場合に行政訴訟が許されるのかという問題ではなくて、行政裁判所は特別權力關係においてなされた措置に對してどの程度まで審査しうるか、換言すれば O.G. の問題ではなくて行政裁判所による權利保護の Wie の問題である。これら二つの問題は學說、判例上必ずしも常に嚴密に區別されてきてはいないが、<sup>(9)</sup>兩者の綿密な區別は特に必要とされる。先ず第一の範圍の問題についてであるが實定法規を離れて考えれば、理論的には三種の解答が考えられる。

(a) 特別權力關係については全く行政裁判所による權利保護はないとするもの

(b) この點については特別權力關係の場合も一般權力關係の場合とくらべて何等の相異もない。したがって權力服従者がその措置によって自己の權利を侵害されたとき主張する場合には、そのような措置の全てに對して行政訴訟

訟が許される、とするもの

(c) 行政裁判所による権利保護はただ特定の措置に對してのみ認められる、とするもの

これら三つの立場は學説上はそれぞれに賛成者をもっているが、以下その中の何れが西獨の現行法に相應するものであるかを検討しよう。

(a) 説は今日殆んど主張されていない説であつて特に立入った検討を要しない。訴訟上争いえないということが特別權力關係(特に勤務關係、身分法的法律關係として官吏關係)の本質に合致するものだといふ考もあるが、それが誤っていることは多言を要しない。假にこの命題が正しいことがありうるとすれば、それはこの官吏關係が法的關係でない場合にかぎっていえることである。しかしながら官吏關係のみならず全ての特別權力關係が法的關係であることについては、特別權力關係理論において疑のないところである。

(b) 説の法的基礎となりうるのは、ただ基本法第一九條第四項だけである。最初はこの規定の訴訟保障は特別權力關係には妥當しないといふ見解が主張されたが、その中この理解が克服されたものとみなされうるようになつ

た。<sup>(12)</sup> しかしながらこの規定の文言からも發生史からも、

基本法第一九條第四項が特別權力關係における権利保護を無制限に保障したという結論をひき出せるかどうかは疑わしい。したがつてこの規定の意味はただ目的論的に決定するより方法がない。基本法が法治國家主義を基本原理としていうことが第一九條第四項の解釋に當つて規範的拘束力をもつものであることはクラインが正當に強調したところである。かくしてこの規定の目的論的解釋に當つては法治國思想を促進するようになさなければならぬとすれば、この解釋によつての決定的な問題は、法治國思想は特別權力關係における無制限な裁判所による権利保護によつた方がより促進されるのか、或はまた制限された裁判所による権利保護によつた方がより促進されるのかといふことである。この問題は、法治國家は行政に對して、それ故また特別權力關係においても裁判所による権利保護を要求するものであるといふことに、言及することで答えられる問題ではない。かかる結論は全く早計であつて、一般權力關係に對する特別權力關係の特質と個々の權力關係間の差異を無視するものである。

特別權力関係の特色は、個人が特別權力関係の成立と共に、通常、一つの Betrieb 業務（より廣い社會學的意味で）にくみ入れられていくという點にある。しかしながらこのくみ入れ方は、官吏の勤務関係の場合と營造物の利用関係の場合では異なる。前の場合には、權力服従者は、業務に奉仕するのであり、彼は業務に課せられた任務を遂行する人的手段となるのであり、後の場合には、これに反して業務が權力服従者に奉仕するのである。このように業務に對する地位は異つても、權力服従者として營造物利用者もまた營造物業務にくみ入れられる。營造物に課せられた任務を果すためには、業務上の規則は、業務の奉仕すべき者すなわち利用者にも嚴守してもらわなければならない。

特別權力関係の特色が、個人が従わなければならない規則をもった業務に個人をくみ入れることにあるとすれば、このことから、特別權力関係の成立、變更または終了自體の中にある法關係と、成文または不文の業務規則から生ずる法關係との間の差異がひき出される。前者を基本關係、後者を業務關係とよぶことができる。特別權力關係における裁判所による權利保護は、制限的に解さ

れている場合でも、基本關係を包含するということは今日一般に承認されている。官吏法についていえば、官吏關係の存立自體に關する全ての問題、例えば、官吏關係の成立または終了（任命・罷免・退職命令）もしくは變更（待命命令、轉任、降任、勤務遂行の禁止）に關する行爲が基本關係に屬する<sup>(13)</sup>。

法治國という考え方からすれば、裁判所による權利保護を業務關係にまで及ぼすことを要求するだろうか。そしてまた法治國としての發展はこのような擴張を促進するものだろうか。この問に對しては、官吏關係および全ての開放的營造物關係（offenes Anstaltsverhältnis）については否定し、防衛勤務關係および閉鎖的營造物關係（geschlossenes Anstaltsverhältnis）については肯定した<sup>(14)</sup>。

官吏關係についていえば、既に一九三三年以前の官吏法も、この基本關係と業務關係の區別を知っていたし、現行連邦官吏法第五六條第二項に認める抗議權（Rehonstrationsrecht）の存在は、特別權力關係の基本關係に關係しない、官吏の勤務活動に關する職務上の命令のような業務關係の行爲に對しては、行政裁判所への出訴が許

されないことを豫想しているものと考えられる。法治國家ということも考慮してもこの現行法秩序を變更しようとは思わない。

防衛勤務關係については事情は別である。全ての勤務關係の中で、もっとも強く人格の自由な發展を制限するのは防衛勤務關係であるし、他の場合に比して比較にならない程嚴格な要求を兵士個人にするし、又抗議權がないこと、就中軍隊における不服従は懲戒罰のみならず刑事罰にも處せられるということの中に示されているように、防衛勤務關係においては下級の者は上級者の命令に他の勤務關係の場合よりも嚴重に拘束され、又ことがらの本質上拘束されなければならないということからすれば、他の勤務關係の場合と異つた強い權利保護の與えられるべきは當然である。兵士はまず一度は命令に従わなければならない。それ故尙一層、命令の合法性に對して考へられる疑念を事後的に、獨立な裁判所による審査をうけることができ、その結果、その事件における法狀態ならびに將來の同様な事件に對する法狀態を明らかにすることできる、ということとは適當なことである。このような權利保護の可能性を認めることこそ、連邦防衛軍を國

家の法治國家的秩序にくみ入れることに役立つのであり、このことは單に法思想によつて要請されるだけでなく、西獨の法治國家的發展を促進するのにも適している。<sup>14)</sup>

營造物關係の場合には、開放的營造物關係と閉鎖的營造物關係を區別しなければならない。この區別は自由意思にもとづく權力關係と自由意思にもとづかない權力關係という區別と一致するものではない。というのは、法律上の強制によつて特別權力關係へ加入する場合にもその加入する權力關係は開放的營造物關係の場合もあるし閉鎖的營造物關係である場合もあるからである。自由意思にもとづくものともとづかないものという區別は、ここで答えられるべき業務關係における裁判所の權利保護いかんという問題に對しては、假令、權力服従者は強制的關係からは脱出できないという理由からして、強制的關係においては自由な關係における場合よりも權利保護は廣く徹底すべきだという結論はもっともであるとしても、決定的な影響をもつものではない。開放的營造物關係というのは、權力服従者がその外界 (Mittwelt und Umwelt) との關係を維持している場合であり、例えば、

學校營造物、病院營造物等を利用する場合の營造物利用關係である。これに對して、閉鎖的營造物關係においては、その權力服従者はその意思に反しても彼の從來の外界から隔離されている場合であり、病院の隔離病舎、特に行刑營造物における營造物關係がこの例である。

學校のような開放的營造物關係については、官吏關係の場合と同様に、場合をわけて、その基本關係に關する行為は、行政行為として行政裁判の對象となりうるが、基本關係に關係しない業務關係に關する行為は、對象とならないと考えるのが正しい。

閉鎖的營造物關係については全く別であり、そのことは閉鎖的營造物關係の典型的なもの、すなわち行刑營造物の場合に特に明らかに示される。——もつとも連邦行政裁判法第一七九條により變更された裁判所構成法施行法第二三條や軍命令第一六五號第二五條第一項第二段のような規定がある場合にはここで議論することが問題であるが、考え方を示す一つの方法として行刑營造物關係をとりあげてみることは意味があろう。——閉鎖的營造物における業務關係は防衛勤務關係におけるそれよりももっと嚴格である。特に閉鎖的であるが故に絶えず公の

批判にさらされるという機會もなく、權力濫用の危険は非常に大きい。したがってとにかく權利保護という點では、營造物の閉鎖性を破って、營造物の外にあり、營造物業務に關係しない制度に權利保護を求めうる可能性を與えることが必要である。

結論的に總括すれば次のようである。基本法第一九條第四項によつて、特別權力關係の基本關係に關するすべての措置に對しては、直接的な行政裁判所による權利保護が存在する。業務關係における措置に對しては、直接的な行政裁判所による權利保護は唯防衛勤務關係および閉鎖的な營造物關係においてのみ存在し、官吏關係および開放的營造物關係においては、かかる權利保護は存在しない。

行政裁判所による權利保護の程度の問題として注意すべきことは、教育上の判斷、學問上の判斷についてである。このような判斷を基礎とする行政行為が裁判所の統制に服する場合には、裁判所はその判斷についての審査を許されず、單に純粹の法律問題——形式的・實質的——に限つて審査すべきだという考え方はもつともものように見える。このような裁判所の審査の制限を教育上また

は學問上の判断を自由裁量だとすることによって行おうとする試みがあった。この見解は特に判例上主張され、また一部、學説にはこれに賛成するものもある。しかしこの見解は支持できない。例えば生徒、學生、博士號志望者、ハピリタチオン志望者の業績の判定は、確かに教官、大學教官または學部の裁量に委ねられているものではない。この場合には、複數の可能な、そして法的に等價な決定の間の眞正の選擇の自由が問題となっているのではない。退職させられるべき官吏の健康状態についての管區醫 (Amtsarzt) の判定や訴訟における鑑定人の鑑定とは異って、クラスの教員會議又は試験委員會の生徒の業績、能力に關する判断はいわば代替性のない判断である。即ちそれは個々の教員によって全學年を通じて集められ、クラスの教員會議や試験委員會において討議や決議の對象となった印象や經驗に基くものである。個々の教員が學年を通じて得た生徒についての個人的知識はいかなる鑑定人にももつことはできないし、全教員が學年を通じて得た知識を調整することはなおさら不可能である。即ち自らの判断をもってクラス教員會議や試験委員會の判断に代えることのできる鑑定人なるものは存

在しない。この點において教育上の價值判断を裁判所が審査するということは全て失敗に終つてしまふ。

博士論文またはハピリタチオン論文を大學の學部や單科大學で學問的に判定する場合には事情は幾らか異なる。

この場合には志願者の以前の業績に對する個人的な知識は問題にならない。評價されるべきものはもっぱら提出された論文だけである。それにも拘らず、かかる業績が判断されるべき規準は、最終的には個々の學部構成員の、第一には報告者および共同報告者の、學問的個性に依存するものであるからして、この業績の判断は一つの非代替的な仕事である。博士號、ハピリタチオンを志望するものは申請をどこの學部にでも自由にするのではなく、その學問的規準が適當と思われる特定の學部へするのである。各學部はそれぞれに特有な學問の型というものをもっている。したがって一學部の判断を他の學部の判断によっておきかえるということは不可能である。

學校、大學、試験機關の教育的判断および學問的判断をも自己の審査下におくような行政裁判所による權利保護は、法治國家の發展にとって促進的なものではなく有害なものと考えられるであらう。というのはこの場合裁

判所は事柄の性質上、即ち教育上および學問上の判斷の本質上存在する限界をこえたばかりではなく、このようなその統制の擴張によって行政裁判所の概括主義に對する行政の抵抗、しかも正當な抵抗をよびおこすことにならざるからである。したがって國家の法治國家としての發展を促進しようとするものは、嚴格に自らに課せられた權利保護という任務に自制し、本質上裁判所の判斷から排除されている領域にふみこまないよう注意しなければならぬ。

以上やや忠實に理論的ニュアンスの問題はさておき現在の西獨における通説ともいふべきウレの所論を紹介して來た。<sup>(16)</sup> 結論的にいえることは、西獨學界の大勢が、特別權力關係について個別的に詳細な検討を加えつつ、各權力關係の特質をさらに解明し、一方で裁判所による權利保護を擴大し、法治國の要請に最大限に答へようと努めると共に、他方でその限界を明確にすることによって法治國原理の實質的な發展を促進しようと腐心していることを看取できるということである。

裁判権の限界という問題が意味をもちうるのは、裁判

権に優れた地位を承認している國においてである。裁判権の地位が低く、その権限の弱いところではこの問題は殆んど意識されないのも當然である。いわゆる統治行為といったような問題についてもこのことは妥當する。フランス、アメリカにおいて特にこの問題が論ぜられてきた所以もそこにある。ボン基本法の下に徹底した裁判権の優位の體制を確立した西獨においてこの問題がさかんに論議されるに至ったこともまたこの間の事情を示すものといえよう。<sup>(17)</sup> しかしながらこの國においては、フランス、アメリカにおいてこの理論が主として判例を通じて發展してきたのに對して、主として學問の對象として取上げられ、判例法上この問題が論議されたことが殆んどないのは、裁判権強化の歴史の淺ささによるものである。うが興味あることである。さて西獨の學者がこの理論を取扱ったものを見ると一つの注意すべき點がある。本来統治行為なるものは、裁判所による通常の審査の要件を完全に具備するのにもかわらず、それが統治行為なるが故に、その審査権の範圍から除かれるところの行為なのである。この點を明確に意識してしかもなお西獨法制上このような意味での統治行為が存在するとはフ

オルストホッフとシュナイダーだけのよう<sup>(18)</sup>に思える。ことに行政訴訟との關係でこの本來の意味での統治行爲を認める學者は極めて少い。例えばウレはその新著の中<sup>(19)</sup>では次のように述べている。

憲法上の権限規範の執行においてなされた措置とか國際法規によって規制された國家間の交通に關する措置は、行政行爲ではなくして、統治行爲でありそれ故行政裁判所においてこれを争うことができない。しかしながら一つの行政行爲が統治機關 (Regierungsstelle) 例え<sup>(20)</sup>ば連邦の場合、連邦大統領、連邦政府または連邦大臣、邦の場合、邦政府また邦大臣によって行われたということによって裁判所の統制をうけない統治行爲になるのではない。またある行政行爲が政治的意味をもつからといって、その行爲が裁判権のおよばない行爲になるという結論をひきだすことは、なおさらできない。蓋しすべて行政行爲は政治的意味をもつ可能性をもつからである (例<sup>(21)</sup>えば警察官廳による政治的集合の禁止または解散)。行政行爲をなすことが行政官廳の、いかなる法的拘束にも服しない、政治的な裁量に任せられているところの行政行爲の中にのみ統治行爲を認めることができよう。しかしなが

らこのような行政行爲は連邦共和國には存在しえない。何故ならすべての行政行爲は、執行権が法律および法に拘束される<sup>(22)</sup>ことによつて、法的に拘束されているからである。それをなすことが行政官廳の政治的裁量に委ねられている行政行爲もまた基本法第一條第三項によつて基本権規定特に第三條第一項の平等原則に拘束される。

このように述べて彼は本來の意味での統治行爲なるものの存在を否認している。西獨は憲法裁判所をもっている。その意味で他國にくらべて行政訴訟の段階で統治行爲論を生み出す可能性は少いのかも知れない。更に基本法第一九條第四項の存在も否認論に有力な手がかりを與えていることも否定できない。しかしながらこのような否認論の根底には、ナチ體制下の經驗にこりて、折角き<sup>(23)</sup>ずきあげて來た法治國家體制を蟻の一穴からも守ろうという意識があるのではあるまいか。しかしながら、これら否認論者の中にあつてさえ、他の問題については裁判権の限界を強く打ち出すものも、絶無ではない。勿論問題の性質が同視できないものであつて、安易な類推は嚴につつしまなければならぬだろう。さらに市民社會

的な權利自由の守護者としての役割を十二分に果してきた裁判権ではあるが、その些かの變容もなくして、新しい社會的法治國の中でそれに期待されている任務をよく果しうるものなのか、更に立入った検討を必要としよう。この意味でこの問題の將來の展開は誠に興味深いものがある。

既に述べたように、西獨の行政裁判所は、通常裁判権（民事・刑事の裁判権）を有する裁判所とも系列を一應別にするが、兩者は共に *Rechtsprenende Gewalt* の一分肢であつて、行政権に對して獨立な國家機關である。したがつて、行政裁判所は行政権の行使に對して法的統制を加えるといつたところで、それは決して行政機關に對する關係において上級監督廳のような地位に立つものではない。<sup>19</sup> それ故行政機關の責任において處理すべく行政廳の自由裁量に委ねられた行爲については、本來それは合目的性の問題は生じて、裁量權の限界をこえたり、裁量權を濫用したりしないかぎり、合法性の問題とならないから行政裁判所の審理權は及ばないことになる。

オーストリアにおいて、行政訴訟について概括條項が

採用されて以來、ベルナチックとテツナの論争に始まり、今日尙盛んに論ぜられている問題は行政上の不確定概念の問題である。ウレによれば、行政法規の要件に存する不確定概念は法概念であつて、裁量への授權ではない。といつてまた不確定概念は、なお支配的である學說、判例の考えるように、全ての適用の場合に、常に唯一つの特定の結果に到達しようとするような意味で、一義的なものとはいえない。もしそうだとすれば、法的にき束された行政と裁量の間には絶對的な區別があることになるだろう。しかしながら規範的概念としての不確定法概念は、本質上、それを適用すべき官廳の評價を必要とする。適性・信用等々といった概念は補充的な價值判斷なくしては適用できない。この概念の解釋はすべての法概念の解釋と同様に法律問題であり、その概念の下に包攝されるべき事實狀態の確定は事實問題であるが、しかしこの事實狀態の不確定概念への包攝は論理的になされるのではなくて、この事實狀態に關する一個の價值判斷によつてのみ可能となる。<sup>20</sup>

例えば、營業許可は、申請人が信用できない場合には拒否できるとすれば、先ずこの法律規定の意味での「信

用できない」ということは何を意味するかという法律問題に答えねばならない。次に、申請人の不信用について問題となるような事情(例えば従來の行狀、前科)が存在するかを確定しなければならぬ。最後に、この事實狀態を、不信用という概念の下に包攝しなければならぬ。この包攝は、申請人の不信用ということとを顧慮して個々の事情を評價することなくしては不可能である。かかる評價は必ずしも必然的に一つの一義的な結果になるとは限らない。申請人がまだそれだけでは信用できるのか、あるいはもうそれだけですでに信用できないのか、争われるような境目にある場合がある。このような境目にある場合には、ここで可能な決定の全ては代替性をもった、したがって適法なものと考えられなければならない。この説(代替可能説)は、すべて不確定概念は、評價餘地(Beurteilungsspielraum)をもつ(ハッホフ)という説、また固定した概念的な中核(Begriffskern)の外に、かなり廣い概念の中庭(Begriffsschloß)がある(イェッシュ)という説と結果的には一致する。この場合、評價餘地と概念の中庭では行政官廳の別々の決定が法的に可能となるわけである。この説は、連邦行政裁判所の判決をも含めた

個々の判決でも既に承認されているし、新しい文獻の中にも賛成するものがでてきた。

この新説は、法的にき束された行政と裁量は嚴格に分けられるべきではないということを示す。不確定法概念の一定の事實狀態への適用は、眞正の包攝過程であり、そのことによって裁量決定と區別されるにせよ、法的なき束性と裁量決定の場合の自由との間の理論的對立は、その中間に位すべき不確定法概念によって緩和された。

このような不確定概念の理論によって行政裁判の限界が劃されることはいうまでもない。したがって法治主義という面から見れば、その一步後退と見られないこともないが、義務付け訴訟という訴訟型態をも認めている西獨の行政裁判所制度の下での理論であることを考えれば、あなたがち否定的に評價すべき傾向とも思えない。

以上繁簡よろしきをえず、更に最初の意圖がどの程度まで實現されたか、誠に悲觀的たらざるを得ないが、西獨の行政法學上最近特に問題となっている點の一、二をひろいあげることによって、かの學界の一つの傾向を示さんとしたものである。充分な準備の餘裕もなく、この

ような困難なテーマに取組んだことの無暴を悔むのみである。特別権力関係について特にスペースをささすぎた感もないわけではないが、その後半は、自由裁量論とも一應の関係をもつし、さらに他の問題ほどには今迄ふれられていなかったこともあって、やや不均衡に詳しくなりすぎてしまったわけである。

(1) ホン基本法とワイマール憲法とを對比してみると、形式的には多くの類似点があることは否定できない。しかしながら當時にあっては極めて進歩的であったワイマール憲法の條項は内在的また外在的諸事情により、すでにその發足の時代にあっても實質的には多くの點で骨抜きにされてきたのである。

(2) 社會的法治國に關する文獻は最近相當に多い。従來の文獻については、田口「社會的法治國家についての考察」(法學研究三〇卷七號)田上「社會的法治國の原理」(自治研究三〇卷六〇)號橋「本行政法の解釋と運用」(公法研究二十一號)参照。

Hans Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR Bd. 81, 1956, s. 1 ff.; Walter Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957; Andreas Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungrecht, 1958.

(c) F. Werner: Sozialstaatliche Tendenzen in der

Rechtsprechung, Archiv des öf. Rechts 81. Band S. 84 ff.

(4) 辻「社會科學入門」四四頁、鶴飼「行政法講座」三九頁、「行政法の歴史的展開」はしがき。

(5) Forsthoft の Lehrbuch 7. Aufl. 1958 の致々以下に見られる。特に第一章。又田中「行政法總論」一八五頁以下、和田「ドイツ行政法の性格と諸問題」法律論叢三二卷四號、五號。

(6) Ule: Verwaltungsprozessrecht S. 2 f. Menger: System S. 17 ff.

尚、舊アメリカ地區行政裁判法第八十條およびラインランド・プファルツ行政裁判法第六六條は「重大な公益上の理由があるとき」は原告の不利益に行政行為を變更できる旨 (reformatio in peius) を規定しており、プロシヤ型の存続の一證とみられなうこともなかった。しかし乍ら新法ではこの規定を外してゐるからしてもはや許されなう。行政訴訟上の不利益變更は行政裁判所による權利保護の意義目的に反するし、又現在行政と行政裁判權が相互に獨立し上下の關係にならう兩者の關係にも矛盾する。(Ule: Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 252)

(7) Ule: a. a. O., S. 17.

(8) VVDStRL Heft 15, 1957 S. 131 ff. Ule: Verwaltungsprozessrecht 1960 S. 11 ff S. 99 ff. Ule: Verwaltungsgerichtsbarkeit 1960 S. 134 f.

(9) VVDStRL Heft 15, 1957 S. 142 Anm. 37

- (10) *ibid.*, S. 143 Anm. 40.  
 (11) *ibid.*, S. 148 Anm. 60.  
 (12) *ibid.*, S. 148 Anm. 61.  
 (13) *ibid.*, S. 163 ff. 各特別權關係について具體的な例示がある。  
 (14) 新防衛勤務成立以後の事情は少し異なる。その点については  
*Uie: Verwaltungsgerichtsbarkeit* S. 134 f.  
 (15) 新法による變化は *Uie: Verwaltungsgerichtsbarkeit* S. 135 f.  
 (16) 雄川「行政争訟法」八二頁(註)六  
 (17) わが國におつてもこの問題を論じたものは多い。西獨の文獻等については雄川「統治行爲論」國家學會雜誌六八卷三・四號九・一〇號七〇卷一・二號、金子「統治行爲の研究」國家學會雜誌七一卷八號、一一號、七二卷二號九號が詳細である。  
 尙市原「司法的審査の限界」一橋論叢三一卷五號。  
 (18) *Uie: Verwaltungsgerichtsbarkeit* S. 137  
*Verwaltungsprozessrecht* S. 102  
 (19) *Uie: Verwaltungsprozessrecht* S. 8

現行法は、裁量問題を全ての範圍にわたつて審査することを可能ならしめていたアメリカ地區行政裁判法三八條第二項第二段を繼受していない。

- (20) 園部「行政法上の不確定法概念」法學論叢六二卷二號

山田「西ドイツにおける不確定概念と自由裁量およびその判例」法律論叢三一卷三號

同「不確定概念と自由裁量に關するロイスの理論とその批」判法律論叢三一卷六號

- (21) 文獻については *Uie: Verwaltungsgerichtsbarkeit* S. 319 尙、中井の Jesch: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, Archiv öff. R. Bd. 82 S. 163 ff. による。  
 (22) この部分は *Uie: Verwaltungsprozessrecht* S. 5 ff. による。

(附記)

本稿の性格上、文獻の引用は最少限にとどめた。

(一橋大學助教授)