

給付行政法論序説

田村昭三郎

はじめに

- I 伝来の行政法理論の特色
- II フォルストホーフの理論
- III 給付行政の概念と種類
- IV 給付行政法の原理
- V 給付行政の法形式

結語

はじめに

人口の増加とその都市集中化並に産業経済の高度の発展の結果、近年、国家機能が著しく増大するに至った。現代国家は、最早、単なる社会秩序の維持者たるにとどまらず、国民生活を維持するために、給付主体として生活必需財貨や資金の供与を行い、更に積極的に景気政策や通貨政策を行わねばならなくなった。給付行政法論は、かかる現象を把握するために伝来の理論に修正を加え乍ら、ボン基本法に基づいて体系化が進められつつある西ドイツに於ける行政法理論である。

I 伝来の行政法理論の特色

オッター・マイヤーにはじまり、ワルター・イエリネックに至る伝来の行政法学は、⁽¹⁾その方法と概念を自由主義的法治国の理念からひきだしていたが、国権に従属する権利主体に対する国家の関係を規制すること、即ち命令・強制による公権力の行使を主眼とするものであった。そしてこの行政法の中心を首尾一貫して形成しているのが行政行為(Verwaltungsakt)であった。伝来の行政法学は、相互に関連する三つの原理から成立っている。第一に、行政活動の高権的な(hoheitlich)法形式の理論として理解された。高権による国民の自由と財産に対する侵害の防衛を目標とし、自由と財産の侵害には法律の根拠(国民代表の同意)を要求した。そして警察命令と租税の賦課徴収処分をその典型とする高権的な行政活動は行政行為という法形式で把握された。マイヤーは、公法関係の全領域に互

(1) 塩野宏『オッター・マイヤーの行政法学の構造』参照。

って国家と国民の間には対等関係は存在せず、一方的な支配服従関係だけが行われるにすぎないという思想から、国家と国民の間の公法上の契約を全面的に否定し、また行政行為を、原則として、一般権力関係に於てだけ適用するものとしたので、特別権力関係 (besonderes Gewaltverhältnis) に属するものとされた営造物利用関係は行政の家長権 (Hausrecht) によって基礎づけられ、非法律関係という構成をとり、法治国の特徴を有せず、法規と行政行為を欠くものとされた。⁽²⁾ しかし、マイヤーの公法関係=支配服従関係という思想の貫徹に対しては、最近疑念を抱くものが増え、特別権力関係も法律関係であり、従って行政と権力服従者の相互的な権利義務が成立しようということが原則的に認められるようになり、また行政機能の増大という現象に対処するために、営造物利用関係などに行政行為の概念 (行政行為論の修正の傾向) 或は公法上の契約 (öffentlichrechtlicher Vertrag) を導入することによって支配服従関係を緩和しようとする見解が生じ、更に、公法の欠缺を私法 (契約) によって補充しようとする見解が多数を占めるようになったのである。第二に、行政法は行政に固有の公法と定義された。従って行政府が私法の法形式を用いる限りでは、公行政の主体としての性格を失って私人と同一視され、私的自治 (Privatautonomie) を享受することができた。財産権の主体としての国家は、公権力の主体としての国家とは法人格を異にする別個の権利主体である国庫 (Fiskus) と観念された。私法の利用秩序による水道或は「資金交付」(Subvention) は、国有地の管理や事務用品の購入と全く同様に国庫的行政活動として示された。公法概念の確立、公法と私法の峻別、公法領域の拡張をめざしたマイヤーは、私法が次第に行政法から完全に退き、その結果「純粹に国庫的」事業や活動だけが残ることになろうと考えたが、この予測とは異なり、行政機能の増大に伴って 1920 年代には、フライナーが公行政の「私法への逃避」(Flucht ins Privatrecht) と名付けた現象が顕著となった。W・イエリネックは、高権的行政と国庫的行政の区別を基礎にしながらも、高権的権力も用いず国庫にも属さない行政の活動分野を「単純高権的行政」という概念によって明らかにしたが、私法形式による行政活動を国庫的行政として行政法の体系から排除したままである点で、行政機能の著しい増大に対処しうる理論ではなかった。第三に、行政府の経済的活動は行政の執行として理解されなかった。国家の経済取引への関与は、「営利経済的企業」によるものであれ、私法の利用秩序による供給事業 (Versorgungsbetrieb) によるものであれ、行政法の把握できない私経済的

(2) 柳瀬良幹『行政法の基礎理論』244頁。マイヤーの契約否定論は、判例にはあまり影響を与えなかった。

(3) 「営造物の利用関係の秩序は、意識的に法治国の特徴をもつていない。それは法規と行政行為を欠いている。それ故に、そこでは必然的に権利というものは現われないのである」(Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3 Aufl. II S. 284).

(4) 塩野・前掲書、260頁以下。

活動であった。経済的活動をなす行政は、ここでは企業家であり国家ではないとされた。しかし、行政機能が増大し「私法への逃避」、即ち私法の組織形態への逃避及び高権の拘束力からの逃避という現象が顕著となり、国家及び地方公共団体の私法的企業が増加するに従い、重要な問題が生じてきた。即ちこれらの私法的企業は、組織的独立性によって公の予算法の束縛から解放され、議会による統制を免れることができたので、特殊な官僚政治を發展せしめることになった。かくて行政の「私的自治」は、国民の平等取扱いに反する恐れを生じ、基本権をも危うくするに至ったのである。

他方、行政機能の増大をもたらした社会現象の変化は、公法のみならず、私法の領域でも変化をもたらし、附従契約及至普通契約條款が日常的なものとなり、そこでは私的自治の原則も制約を受けるものとされるのである。

以上のような伝来の、いわば「規範主義的行政法学」⁽⁵⁾に対して批判を加え、「行政の現実的把握」という観点から給付行政法論を唱えて、その基礎を確立したのがフォルストホーフである。

II フォルストホーフの理論

「給付行政」(Leistungsverwaltung, Leistende Verwaltung) という言葉をはじめて用いたのはフォルストホーフである。彼の1938年の著書『給付主体としての行政』(Die Verwaltung als Leistungsträger)は、数十年間ドイツ行政法学が見失っていた行政現実の諸現象に再びまなざしを向けたという点で、画期的な意義を有する書物となった。⁽⁶⁾行政機能の増大という現象に直面して、伝来の「規範主義的行政法学」が解決し得なくなった問題に眼を向けて「生活配慮」という概念を導入することによって、公法私法という法形式の如何に拘らず、公行政に対する有効な規制原理を与えることに成功し、伝来の行政法体系に給付行政という新しいカテゴリーを加え、更にこの領域に於て、国家権力の一方的な支配服従関係を緩和させる契機を与えたことは高く評価されねばならない。しかし、この論文がナチス政権確立後のものであり、しかもナチス行政法学の立場から、自由主義的法治国の理念に基づく伝来の行政法学の克服を試みたものであるという点は、決して看過するべき問題ではない。フォルストホーフの意図とは異なり、生活配慮の概念は、ナチス行政法学に於ては発展を停止してしまっただが、⁽⁷⁾戦後西ドイツ行政法学界の要求に応じて、1959年の著書『給付行政の法律問題』(Rechtsfragen der leistenden Verwaltung)に於て、旧

(5) Badura, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, S. 626.

(6) Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 421.

(7) 塩野・前掲書, 336頁参照.

(8)
論文の一部が復刊された。

フォルストホーフは、現代行政は、国家と社会に於ける二元的態様に着目してみた場合には、秩序維持の行政と形成的行政 (Gestaltende Verwaltung) の二元的基本構造を有するとし、また行政の態様に従って、公行政を侵害行政 (Eingriffsverwaltung) と給付行政に二分する。(9) そして侵害行政は自由 (Freiheit) という思想によって、給付行政は参加 (Teilhabe) という思想によって規定されるというテーゼをたてる。(10) 国家は給付行政に於て、国民の参加請求権 (Teilhabeanprüche der Bürger) に直面することになる。しかし、フォルストホーフは参加に公法上の保護を与えることに生活配慮の概念の意味があるとするが、参加請求権の具体的な内容については何も触れていない。実際、この参加請求権を具体化することは非常に困難であり、それが給付行政のすべての領域に於て存在するかどうか及びどの範囲まで存在するかということは、まだ少ししか解明されていない。(11)

フォルストホーフは、給付行政の機能を総括すべき嚮導概念 (Leitbegriff) として生活配慮 (Daseinsvorsorge) という概念を作りだした。この概念は、自由主義的法治国に基づき、国家の強制と個人の自由という対句を中心として成立している従来の行政法学が、現代の大衆国家 (Massenstaat) に於ける行政機能の増大、就中、行政の社会形成的機能の増大という事実直面して、最早これを理論的に把握することができなくなったことに対処して導入されたものである。(12) そして、この現代国家に於ける行政機能の増大という現象を「社会学的方法」によって認識するということから出発して、生活配慮の社会学的概念を、給付行政への国民の参加という法概念を用いることによって、行政法上の生活配慮の概念にまで高めることに成功したのである。

「生活配慮」の概念の構成過程及び内容は『給付主体としての行政』に於て明らかにされた。(13) そこに於けるフォルストホーフの考察の出発点は、社会生活の現実の変化、即ち人口の増加とその都市集中化の結果生じた「人間が基本的な生活財から切断されるということ」(Trennung des Menschen von den Lebensgüter) である。(14) この切断は、個人の支配的生活

(8) 塩野・フォルストホーフ「給付行政の法律問題」(『国家学会雑誌』73巻11・12号 84頁以下参照。

(9) 侵害行政と給付行政とを対立概念とするフォルストホーフの二元的シェーマは、最近多くの学者から、侵害行政と対立するのは給付行政ではなくて、非侵害行政であるという批判を受けている。後述参照。

(10) Forsthoﬀ, Rechtsfragen, S. 9 ff., 42, 52.

(11) Rübner, a. a. O., S. 138 f.

(12) Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9 Aufl. I. S. 340 ff.; Rechtsfragen, S. 11 ff.

(13) これについての解説は、塩野・フォルストホーフ「給付行政の法律問題」; Badura, a. a. O., S. 626 ff.

(14) Forsthoﬀ, Rechtsfragen, S. 25.

領域（家屋数・田畑など）を用いる自然的欲望充足が、集团的に管理される分配装置を用いる行政の欲望充足によって補填されるということによってますます増大する。フォルストホーフはマックス・ウェーバーの用語を用いて、個人の増大した社会的欠乏（soziale Bedürftigkeit）に基づく生活必需品の行政による充足のこの形式を「相互充当」（Appropriation）⁽¹⁵⁾と呼び、相互充当の必要性の満足のためになされる用意を「生活配慮」と呼ぶので⁽¹⁶⁾ある。フォルストホーフは生活配慮の本質的現象形態として、(1)賃金と価格の適正な関係の保障、(2)需要、生産、取引の嚮導、(3)現代の集団的生活様式を余儀なくされた人々にとって生活必需的なものとする諸給付の提供を挙げる。この生活配慮の三つの領域から、1938年の論文は第三のものだけを扱う⁽¹⁷⁾。そしてこの領域に加えらるべき具体例として、水道・ガス・電気の供給、あらゆる種類の交通機関の供給、郵便・電信・電話及び保健衛生上の保護、老傷病者・失業者の配慮等々を挙げ⁽¹⁸⁾、更に社会保険もこれに加えている⁽¹⁹⁾。しかし、生活配慮の概念が「相互充当の必要のためになされる用意」にとどまる限りでは、それは単なる社会学的概念でしかない。そこでフォルストホーフは「参加」という公法上の要素を用い、参加は私法の法形式をもつ場合にも生活配慮の給付関係に内在すると考え、この行政法の基本原理を私法によって形成された給付関係に拡張することのなかに生活配慮の概念の意味をみる。そして私法によって付与せられた給付に於ても公法上の要素が法的に把握できるのだから、給付行政に於て個人の国家に対する基本的関係の基礎になっている「参加」には公法の保護（行政裁判所に対する請求権等）が与えられるべきであるとするのである。彼は社会学的出発点に対して生活配慮の独立性を認め、生活配慮の概念を独立の法概念として把握し、これに給付行政上の参加という法概念を結びつけることによって、生活配慮の概念を行政法上の概念とする。かくして生活配慮の社会学的概念と並んで「行政法上の概念」が立てられ、この概念が1938年以後の諸論文や『行政法教科書』に於て、給付行政の機能を総括する「嚮導概念」或は「給付関係の内部の公的要素の規定のための実質的規準」と呼ばれる生活配慮の概念なのである。

生活配慮の概念の法的意味は「私法の形式に従って付与される給付を執行する場合に、生活配慮という言葉で表わされる公法的要素を確定すること」⁽²⁰⁾である。生活配慮の概念は、決して国家の給付行政を全体として（in toto）公法の領域にとり込むことではないし、私法の形式で提供される給付を公法的に解釈しなおすことでもない。私法の形式に従って付与される給付を執行する場合に公法的要素を確定するということは、例えば私法の形式に

(15) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921. S. 23 u. pass.

(16) Forsthoff, *Rechtsfragen*, S. 26.

(17) a. a. O., S. 27. (18) a. a. O., S. 27 f.

(19) a. a. O., S. 28. (20) a. a. O., 10.

よる国家の財政援助（債務保証・貸付など）の付与或は拒絶についての決定を行政行為としたり、また私法の形式の給付の執行を進行させると同時に、そこに公法的要素を含みしめる（公法の諸原理に拘束させる）⁽²¹⁾ということの意味するのである。

フォルストホーフの生活配慮の概念は必ずしも統一的ではない。彼は広い定義から出発し、生活配慮を一般に給付行政と同一視することを目指す⁽²²⁾が、その研究の対象を公衆及び公衆の一員としての個人のために決定される国家的給付に限定し、「公衆或は客観的メルクマールに従って決定された人的範囲に有用な給付を享受させるために行政の側からなされるすべてのこと、が生活配慮である⁽²³⁾」と規定する。そして国民の参加請求権はこの場合にだけ持ち出される。

フォルストホーフによれば、生活配慮の概念の範囲を、量的質的観点の下に限定することは不可能である。何故なら、生活配慮の具体的な内容は、一般的生活水準によって規定されるのではなく、恒常的でもなく、一般的生活事情によって規定され、時代によっても異なるものだからである。生活配慮の概念の範囲確定にとって決定的なことは、法の定める構成要件のメルクマールを充たす者は誰でも給付を受けられる、と仮定してさしつかえないような「その性質上公衆に提供される行政の給付」が問題であるかどうかということ⁽²⁶⁾だけである。生活配慮は、ただ折々の現状から解釈され得るにすぎない⁽²⁷⁾。

フォルストホーフは、行政の経済的活動様式を「営利経済的国庫的活動」と「公行政の経済的企業による生活配慮」とに二分し、この後者だけが公行政に属するのであって、たとえ私法の形式で行われる場合でも、それは公行政であるとするのである。⁽²⁸⁾

以上のようなフォルストホーフの生活配慮及至給付行政の理論が、西ドイツで、基本法の下に於ける行政法理論として体系づけられつつあるわけであるが、ここでナチス行政法との関連で若干指摘しておかねばならない。1949年に制定された基本法は、ナチス時代の苦い経験にかんがみ、独裁的専制政治を阻止する手段として議会中心主義を徹底させ、更に自由権を特に重視して基本権に関する規定にすべて国家機関を拘束する効力を認めた。そこでフォルストホーフの基本権と参加の理論がこの点から検討されねばならない。第一

(21) Ebda.

(22) 「生活配慮に加えらるべきものは、国民に対する行政のすべての給付である」(Lehrbuch, I. S. 342.

(23) Rechtsfragen, S. 11 ff. (24) a. a. O., S. 12 f.

(25) 生活配慮の範囲について、フォルストホーフは、一方的給付関係、例えば救済の意味での国家的扶助一般、従来の意味での高権的諸行為（警察上の諸行為など）等、並びに組織内部に於ける一員としての法律上の地位を除外し、また給付関係の双面性と、個人の、給付関係の存立に対する依存性を指摘する（塩野・給付行政の法律問題、93頁参照）。

(26) Rechtsfragen, s. 11 ff. (27) a. a. O., S. 12 f.

(28) Lehrbuch, I S. 343.

に、「基本権は歴史に属する」という命題⁽²⁹⁾が、侵害行政は自由という思想によって規定されるという観点から語られる時は問題はないが、給付行政は基本権の侵害と結びつく可能性を有するものであるから特に慎重な配慮が必要である（例えば生業資金の貸付を受けた者がその職業を変えた場合の返済義務の問題など）。第二に、給付行政に於ける参加という思想は、独裁的専制政治に基づく強大な行政権を背景としたナチス体制のもとで生まれたものであるから、ナチスの要素が徹底的に排除されねばならないということである。フォルストホーフは1959年の論文では、「法律」(Gesetz) が生活配慮の給付に対する個人の請求権を認めて保障する場合には、生活配慮の概念はその意味を失わないとしても実際の意義を失うのは当然のことである⁽³⁰⁾、と述べている。参加 (Teilhabe) に於て最も重要な問題は「平等な参加」ということであるが、参加の人的範囲や具体的内容の誤謬は、法律によって訂正されねばならないのである。

なお、給付行政法論と基盤を同じくする「再配分」(Umverteilung) の理論については、フォルストホーフはその一端を示すだけで、纏った論文を書いていないので別の機会にゆずりたい⁽³¹⁾。

III 給付行政の概念と種類

(1) 給付行政の概念

給付行政とは、生活配慮 (Daseinsvorsorge)⁽³²⁾ に仕える行政活動をさす。給付行政法論は、現代国家に於ける行政機能の著しい増大という現象を把握するためにたてられたのであり、私法形式による行政活動をも取扱うものであるから、給付行政の概念はかなり広大な行政活動を包括している。ところで「給付」(Leistung) という概念は極めて不確かである。カウフマンは、公行政を一般的に「国家の給付の総括概念」と呼んでいる⁽³³⁾。またベッカーは、侵害行政も給付任務と言い得るほど広範囲に公衆のために給付を提供するということを指摘した⁽³⁴⁾。しかし、給付行政の概念決定に際して「行政の給付」という観点から出発することは無益である。殆んどすべての行政活動を包括するような非常に広大な給付行政の概念は、限界設定の価値を有しない⁽³⁵⁾。そのような概念は、行政活動の窮極目的を意識させ

(29) Rechtsfragen, Vorwort u. S. 22.

(30) a. a. O., 10 f.

(31) 高田敏・フォルストホーフの「再配分論」(ジュリスト394号) 90頁以下参照。

(32) 成田頼明「非権力行政の法律問題」(公法研究28号) 141頁。

(33) E. Kaufmann, WBStVVR, Bd. 3. S. 688.

(34) Becker, VVDStRL 14. S. 109 f.

(35) Forsthoft, Lehrbuch, I 9 Aufl., S. 342; Wolff, Verwaltungsrecht III S. 124; Badura, a. a. O., S. 629.

て「国民に奉仕することが国家の本質に反するものではない」ということを示すことができる⁽³⁶⁾だけにすぎない。

フォルストホーフの侵害行政と給付行政という二元的シエーマに対しては、二つの概念は異なる平面上にあるのであり、前者は公行政の手段をさし、後者は目的をさすのだから、そのシエーマは誤りであるという批判が最近多くの学者によって指摘されている⁽³⁷⁾。

目的という観点からみると、行政は秩序行政 (Ordnungsverwaltung) と保育行政 (fördernde Verwaltung) に区別される。秩序行政は警察の意味に於ける公共安全と秩序の維持を目的とする。それは自由主義にとっては最も重要な、経済生活の領域では殆んど唯一の国家の目的であった。行政はここでは、フォルストホーフの言葉を借りれば、秩序保証人 (Ordnungsgarant) として現われる。それに対して保育行政は、現状では「自然的な」(natürlich) 発展の継続の際に予期されるべき状態をできるだけ改善しようと試みる。そのための配慮は、経済領域に於て最早私的イニシアティブだけに委ねられない。保育行政は19世紀に於ても存在したけれども、最近では以前よりもずっと重要になっている⁽³⁸⁾。

行為形式と手段という観点からみると、行政は高権的行政と非高権的行政 (hoheitliche und nichthoheitliche Verwaltung) 或は侵害行政と非侵害行政 (Eingriffs- und Nichteingriffsverwaltung) に区別される。高権的行政は侵害の手段を用いるということによって定義されるから、高権的行政と侵害行政は相一致する。それに対して非高権的行政は、給付、契約の取極め及び一般経済取引への関与という諸手段を用いる。それ故に給付行政は非侵害行政の一部分にすぎない。それは、国民がその利益追及の際に用い得る手段を国民の自由⁽³⁹⁾に任せる⁽⁴⁰⁾。

結論的にいえば、給付行政は、侵害行政に対立する非侵害行政の一部に属するものであって、国民に供与 (Zuwendungen)⁽⁴¹⁾をなす公行政ということになる⁽⁴²⁾。しかし、行政現実の体系的把握は、行政活動の目的と形式の間には論理必然的な関係が存在しないので、その目的と形式が種々に組み合わせられているということによって非常に困難となっているのみ

(36) Rübner, a. a. O., S. 421.

(37) Mallmann, VVDStRL 19. S. 167; Badura, S. 629; Rübner, a. a. O., S. 133; Wolff, III § 137 Iib, S. 124 f. 但し、ヴォルフは、侵害行政と給付行政にかえて、行政の活動内容の観点から、秩序行政と給付行政という対比を用いるが、これに対しては、内容ではなくて、行政の目的という観点から区別すべきだとする批判がなされる (Badura, S. 629; Rübner, S. 132.). 保育行政は更に、給付行政等々に区別されることになる。

(38) 田上穰治『再全訂行政法総論』16頁以下参照。

(39) Rübner, a. a. O., S. 133; 田上・前掲書20頁; 田上・市原共著『行政法』上巻8頁以下; 山田幸男「給付行政法の理論」(『現代の行政』) 23頁以下参照。

(40) 田上・前掲書20頁以下参照。

(41) Rübner, a. a. O., S. 13. (42) a. a. O., S. 421 f.

ならず、また秩序行政と保育行政、高権の行政と非高権の行政という区別の限界さえも、時代の推移によって動揺するということによって困難をひき起す。その上更に、行政は「純粋に国庫的な」活動とどのように区切られるべきかの問題、即ち実質的意義の行政の限界は何処にあるのか、という一層困難な問題も生じている。吾々にとって重要なことは、きっぱりとした揺ぎない概念を確定することではなくて、現実を誤りなく把握することということである。

(2) 給付行政の種類

給付行政に属するものを要約すれば、大体に於て「公物・営造物・公企業に、社会保険・公的扶助・資金交付をプラスしたもの⁽⁴³⁾」と言い得ると思う。ヴォルフは、1966年に出版された『行政法』第三巻に於て、はじめて給付行政の総括的な分類を試みた。⁽⁴⁴⁾ その際彼は、給付行政の体系化はまだはじまったばかりなので、立法者の統一的な構想も欠けているし、学問的な素材の処理もまだ不十分であるとして、現状では全領域の組織的な分類は典型的な概念でしかなし得ないし、種々の基準を交錯的に用いる以外にないと言う。そして給付行政の任務、給付の根拠・種類・受領者、法律による拘束の程度及び法形式を基準として分類の大綱を示した。このなかの給付行政の任務からみた区別を概観してみると次のようになる。

1. 配慮行政 (Versorgeverwaltung)

α) 交通通信施設 (公の道路・広場・橋・運輸通信施設など)、β) 供給及び処理施設 (電気・ガス・水道・塵芥処理・屠畜場など)、γ) 教育文化施設 (学校・大学・劇場・博物館など)、δ) 健康管理施設 (病院・サナトリウム・浴場・養老院など)。

2. 社会行政 (Sozialverwaltung)

α) 社会保険 (疾病・傷害・失業・年金保険)、β) 社会扶養 (Sozialversorgung): 補償的扶養 (戦災者など) と一般的扶養 (病氣・廃疾など)、γ) 社会扶助 (Sozialhilfe): 狭義の社会扶助と公の青少年扶助。

3. 助成行政 (Förderungsverwaltung)

α) 資金交付 (Subventionierung)、例えば農業・鉱業・中小企業・私設劇場など、β) その他の助成、例えば私人の財産や資産形成のための処分、経済・学生・青少年助成など。

リュフナーは、給付行政のうち、扶助 (Fürsorge) や社会保険の領域では、かなり整備された法律の規定が存するが、公の手による比較的自由的な経済活動の部分、特に公企業・営造物及び資金交付の領域では、分類するのが困難な諸形式が発展してきたのに、特別法の整備も適用されるべき一般原則の解明も不十分であるとして、この領域を経済的給付行

(43) 山田・給付行政、27頁。

(44) Wolff, III § 137 III S. 127 ff. § 139~§ 155.

政 (wirtschaftliche Leistungsverwaltung) と総括して、次のような分類を試みる。⁽⁴⁵⁾

I 公の手による企業：

1. 供給企業 (Versorgungsunternehmen)
2. 供給義務のない給付行政の企業；
 - a) 貯蓄金庫 b) 公の銀行 c) 公の保険 d) 公の住宅経済
3. 経済嚮導 (Wirtschaftslenkung) の道具としての公企業；
 - a) 連邦銀行 b) 「純粹に国庫的な」企業
4. 公私混合形態の企業 (Gemischtwirtschaftliche Unternehmen).

II 公の手による資金交付：

1. 顕在的資金交付 (Offene Subventionen)；
 - a) 補助金 (Verlorene Zuschüsse) b) 貸付 (Darlehen) c) 条件付義務の承諾 (Eingehung bedingter Verpflichtungen)
2. 潜在的資金交付 (Verdeckte Subventionen) ……公の委任契約の場合及び公の手によって有償で私人に給付を与える場合。

以上のような給付行政の概念と種類をみることによって、吾々はドイツ行政法学界が、支配服従関係の貫徹をめざした古典的な理論から脱脚して、今や、国民の自由と平等の実現のために現実的に対処して行こうとする近代行政法学の確立に向って、着実な歩みを続けつつあるのを知ることができるのである。

IV 給付行政法の原理

給付行政法論は、前述のように、伝来の行政法理論のなし得なかった「私法の形式」による行政活動をも公法の原理に拘束することを可能にした。そこで給付行政は、法形式に⁽⁴⁶⁾関係なく、憲法の原則及び一般行政法の基本原理並に給付行政法に特有の原理に従うことになる。ヴォルフは、給付行政の原理として、社会的法治国の原理 (Sozialstaatsprinzip)、補完性の原理 (Subsidiaritätsprinzip)、法律による行政の原理 (Gesetzmäßigkeitsprinzip)、平等原則 (Gleichheitsprinzip)、適量超過禁止 (Übermaßverbot)、信頼保護の原則 (Prinzip des Vertrauensschutzes)、給付妨害 (Leistungsstörungen) という七つの原理を挙げ、⁽⁴⁷⁾

このなかでも社会的法治国の原理、これに内在する補完性の原理及び予算超過の禁止、⁽⁴⁸⁾並に平等取扱の法原則を給付行政の最も重要な拘束であるとしている。

個々の原理の適用に関する学説・判例についての考察は別の機会にゆずることにしたい。

(45) Rübner, a. a. O., 4 Kapitel, S. 125 ff.

(46) 一般行政法という用語は、最近のドイツに於て、特別行政法に対比して用いられるものである。給付行政に於ける特別権力関係の克服をめざして、「一般行政法関係」に対比した「特別行政法関係」を理論づけようとする者もある。

(47) Wolff, III § 138 (48) a. a. O., S. 140.

V 給付行政の法形式

給付行政の法形式は、法の二分に相応して、公法の法形式と私法の法形式に区別することができる。しかし、その区別によって体系的な明確性は得られないであろう。何故なら、連邦鉄道の例が示すように、或る施設の公法上の組織は必ずしも公法上の活動をするとは限らないので、全領域を統一的に公法に或は私法にあてがうことは不可能であるからである。それ故に、給付行政の組織形態 (Organisationsformen) と行為形式 (Handlungsformen) は、一定の相互関係があるにも拘らず、概念上鋭く区別されねばならない。

(1) 組織形態

公法上の組織形態には、権利能力のない施設、即ち政府や地方公共団体の自己経営 (Eigenbetrieb)⁽⁴⁹⁾及びそれと類似している連邦鉄道と連邦郵便、並に権利能力のある施設、即ち社団法人、営造物法人及び財団法人がある。私法上の組織形態は、株式会社や有限会社の形態をとるものであるが、これにはその持分全部を国家或は一の公共団体が有する *Eigenesellschaft* と、幾つかの公法人が分有する *gemischtöffentliches Unternehmen* 並びに公私混合企業 (*gemischtwirtschaftliches Unternehmen*) がある。

(2) 行為形式

給付行政に於て本質的であるのは、組織形態よりも行為形式の問題である。行為形式の考察に際しては、これ迄は根元的な実体法の問題に対してではなくて、公法と私法への所属の問題に対して努力がなされてきた。これは公法と私法の境界領域で動揺している給付行政について特にあてはまる。そこで給付行政については、法全体の分離を必然的に伴う問題が特に顕著に現われる。ドイツでは、公法は定義上命令と服従に限定されていたので、古い時代には私法及至普通法 (*gemeines Recht*) が給付行政に於て優位を占めていた。オットー・マイヤーはそれに対抗して、侵害行政の領域を越えて公法にも活動の余地を略取しようとしたが、勿論公法概念のメルクマールとしての支配服従と関係を絶つことはできなかった。

公法による給付行政の最も重要な法形式とみなされるのは営造物 (公の施設) である。従来の理論は営造物利用関係を特別権力関係として構成したけれども、最近ではその解体論が優位を占め、営造物利用者は優勢な権力に服従するのではなくて、公告された営造物規則に示されている取引条件に従うのだという認識が高まってきた。そして、公営造物利用関係は、契約或は協力を必要とする行政行為 (*mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*) によって基礎づけられるところの大衆的な公法上の給付関係の特別な場合にすぎなく、公法上の契約と行政行為の区別は、契約は、たとえ附合契約の場合であっても、その関係

(49) 山田幸男「公企業法」35頁参照。

が内容についての当事者の一致によって決められる場合に採られるが、国民の義務が法規範からだけ生ずる場合には採られない。これと類似の給付関係は資金交付関係に於ても成立し得る、という見解が生じている。⁽⁵⁰⁾

ところで、給付行政の前進は、私法的な行政活動の領域をこの数十年来拡大したといえるであろう。勿論、公法は給付行政に於ても地歩を得てきており、就中、社会保険と公的扶助の領域では、特別法が公法的活動についての諸形式を生みだした。更に公法は建造物の供与の領域で拡張されたが、他方資金交付行政法では補助金 (*verlorene Zuschüsse*) が問題にならない限り、私法が広く行われている。それは公法の形式の推定的欠乏と関係がある。この障害は、私法の諸原則をかなり広く公法に転用することによって克服すべきであろう。公法上の契約は、⁽⁵¹⁾すべての法律関係を、必要な限り、公法的にも形成する可能性を示している。しかしこのことから性急に、私法は行政の形成手段としての役割を終えてしまった、或は少くともできる限り、公法の形式に取替えらるべきであるという結論をひきだすことはできない。何故なら、適用可能な公法の形式 (利用規則) が意のままになる場合にも、私法がしばしば優位を占めているのが実状だからである (選択の自由)。公法と私法の利用関係は相互に非常に接近してきているので、両者を完全に区別することはできないであろう。同様に、私法上の契約と公法上の契約も、完全に区別されるのではなくて、細い点でのみ、しかも、公法上の契約には、私法上の契約にはみられない優越 (*Überordnung*) という事実が内包しているということによって区別されるが、実際に納得のゆく説明は決して成功しないであろう。給付行政の多くの領域では、公法と私法の交換可能性が見られる。

公法を高権的な命令と侵害に限定することを放棄してしまつたら、公法と私法の理論上手続きわい分離を貫徹することはできない。就中、すべての国家活動を公法に従属させるという伝来の見解に対する極端な反対は、明らかに現行ドイツ法の基礎になっていない。⁽⁵²⁾要するに、公法と私法間の理論上明白な限界設定は見出されないであろう。

現在の西ドイツでは、国家は、たとえ私法の領域で活動するとしても、私人のような私的自治を主張することはできないという見解が支配的であり、また給付行政法論の影響の下に、国家が常に憲法と行政法の基本原理に拘束されることも一般に認められている。しかし、公法の原則の私法上の行政活動への転用は、公法と私法の構造の違いという原則的な難点並に裁量の誤用及び平等原則違反の下で給付から排除された国民がいかにして裁判所のコントロールを得ることができるかという技術的な難点と取組まねばならない。公法

(50) Rűfner, a. a. O., S. 345.

(51) 山田幸男『行政法の展開と市民法』263頁以下参照。

(52) Rűfner, a. a. O., S. 358.

と私法の峻別を危うくすることなしに、私法的に活動する行政を拘束しようとする試みは、種々にはじめられている。⁽⁵³⁾ 第一に、私法の発展、即ち独占禁止法の適用によって解決しようとする方法。しかし資金交付による経済干渉、公の銀行の活動、公の委任契約は、独占私法の原則によっては把握できない。⁽⁵⁴⁾ 第二に、ライスナーのように「基本権の第三者効力」の助けを借りる方法。第三に、すべての行政活動を公法に転換する方法、オットー・マイヤーに対するのと同様な批判がなされる。第四に、「二段階説」、即ち行政活動は高権的決定を含む先行的行政行為とそれに続く私法上の契約との二つの段階に分けられる、とする方法、⁽⁵⁵⁾ などがそれぞれである。このうち二段階説が最も有力であり、連邦行政裁判所の若干の判例もこれに従い、⁽⁵⁶⁾ イプセン、⁽⁵⁷⁾ プリンガー⁽⁵⁸⁾ など多くの主張者があり、⁽⁵⁹⁾ フォルストホーフも資金交付に関してこれに従っており、⁽⁶⁰⁾ 公法と私法の峻別を放棄する必要がないという優れた長所を有しているが、⁽⁶¹⁾ 行政行為論が確立されておらず、また二段階性 (Zweistufigkeit) がどこに適用さるべきかということが一義的に確定されないという難点がある。

要するに、公法と私法の間には著しい対照が存在するのではなくて、広範囲に類似の構造が存在する。そして、民事訴訟と行政訴訟の分離は、流動的移行の承認が妨げられないならば、一義的な解決を強要しないであろう。先決の (präjudiziell) 公法に関係する通常裁判所の権能は、訴訟上の管轄の分離という意味での「公法と私法の分離」が、二つの法領域の実体法的な相互貫徹を妨げないし、今述べられた境界領域を決して妨げることはできない⁽⁶²⁾ ということを示している。

ドイツ法に於ては、公法と私法の重なり (Überlagerung) がしばしば見られる。私法は例えば命令禁止によって公法から影響されることがある。経済法ではこの種の法律像は以前から周知のことである。例えば行政当局の価格制定は私法上の契約に影響を及ぼす。この影響の判定を行政裁判所に留保しようとは誰も考えないであろう。土地売買も、土地取引法などによる許可や認可に種々に依存している。公物法では公法と私法が混在しているが、⁽⁶³⁾ 公物法は多くの領域に於て私的自治と公法の重なりが周知のことであることを示している。問題は、私法上の権能を越える斯る公法の重なりが一般的に考えられるかどうかと

(53) a. a. O., S. 366 ff.

(54) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960,

(55) Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 62 ff.

(56) 成田・『公法研究』28号, 159頁以下。

(57) 塩野・『国家学会雑誌』78巻3・4号, 28頁以下。

(58) 塩野・『国家学会雑誌』77巻1・2号, 69頁以下。

(59) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 10.

(60) Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962. S. 110, 230f.

(61) 塩野・プリンガー, 93頁以下。

(62) Rübner, a. a. O., S. 377 f. (63) a. a. O., S. 378 ff.

いうこと及びそれによって行政の私法上の活動が必要な統制にもたらされ得るかということである。⁽⁶⁴⁾

私的自治は、成程債権法に於ては強く前面にでるが、物権法に於ては前面にでることは少く、相続法に於ては遺留分法によって実質的に著しく制限され、家族法に於ては最早殆んど存在しない。労働法、独占私法のような私法の特別部門に於ては、上位の強行規範への拘束は私法の体系と矛盾するものではないということでは明らかである。あらゆる人に適用され、あらゆる目的に備える普通法（*gemeines Recht*）としての私法は、個々の形成に於ては最早私的自治に委ねられない多くの法律関係のための一般的根拠として仕えるのに充分なほど弾力的で順応性がある。それ故に、私法は原則として、個々の場合に公法の拘束力によって層をなして重ねられるのに適しているように思う（公法規定の私法規定による重なりも考えられる）。⁽⁶⁵⁾ 行政上の私法（公行政の手段としての私法）は、決して矛盾ではなくて、所謂純粹に國庫的な或は營利經濟的な活動のためだけでなく、一般的に公行政の手段として私法の使用を行政の自由に任せ、それ故に私法と公法の峻別の理論を一部は否定するところの、ドイツ法の正しい発展の継続である。要するに、常に公法と私法の分離から出発せねばならないが、それを過大視する理由はないのである。⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾

結 語

給付行政法論の展開は、ドイツ行政法学にとって正に画期的な意義を有するものである。それは伝来の規範主義的行政法学から現実主義的行政法学への変革であり、また権威主義から民主主義への移行を示すものであり、英米法或はフランス法への接近を示すものでもある。またそれは西ドイツの經濟的繁榮とともに育ってきた理論であるともいえよう。そして、今後の発展の成否は、主として議会政治の発展と基本的人権擁護（国民の人権感覚）の成否如何にかかっているように思われる。ボン基本法は議院内閣制を採用したが、ドイツに於て議会中心主義の議院内閣制が行われたのは、実にこれが最初であるというのが現実なのである。フォルストホーフの侵害行政は自由という思想によって、給付行政は参加という思想によって規定されるというテーゼが、議院内閣制の発展とともにドイツに真の民主化を齎すことを期待して行きたい。

(64) a. a. O., S. 380. (65) 成田・前掲書・152頁。

(66) Vgl. Reuß, a. a. O., S. 261 f.; Bullinger, a. a. O., S. 105 ff.

(67) Rűfner, a. n. O., S. 381.