

一九五〇年代のドイツ公法学の創成期

ライナー・ヴァール
山田 秀 訳

目次

前書き

I 創成期の法の特徴

1. 中心としての基本法
2. 独裁以後の社会の創成期
3. 法主体性の人間像
4. 法の基本的主観化のもたらす帰結
5. 許可留保を伴う禁止を例とした基本法の変化
6. 裁判の重要な役割
7. 創成期とその後における憲法の様々な役割

II 法発展の第一局面における公法の構造的特徴

1. ドイツ法の基礎にある特徴の概要
2. 基本法の特徴を帯びた行政法
3. 憲法と特別行政法の間規範形態としての一一般行政法の特別の役割
4. 裁判に定位した行政法
5. 一九四五年以降の公法の一般的特徴としての法化

前書き

一九四九年から一九六〇年までのドイツ公法の発展について
二〇〇八年に私が語るのは何故か。

私のテーゼは次のとおりである。国家ないし憲法の初めには法が更に発展していく上での基本的決定がなされる。憲法の初めには考えられる数ある選択肢のうちから一つの道が選び出され、あるいは歩まれる。そしてこうした決定は、そしてこれが私のテーゼであるのだが、今日でもなお依然としてはたらいっている。現在を理解しようと欲する者ならば、最初にどんな決定が下されたのかを知らねばならないだろう。

I 創成期の法の特徴

1 中心としての基本法

一九四五年以降の法の再生にとつて基本法が効力をもつに至ったことは時代的にも精神的にも中心をなしている。古い憲法原理を回復し新しい憲法原理を定式化するに際しては、新しく生まれた諸邦の発展にみられる前史があつた。基準となりそしてまた広範に影響を及ぼすこととなつたのは、第一に基本法であつた。そして最初の四年間の発展が証明し確証しているところである。基本法は、周知のように、五〇年代には既に大きな影響力をもつていた。基本法によるこうした強力な影響力は、本稿では十分に論じることができないだろう。しかしながら、それらの影響力を鳥瞰してみるだけでも十分意味あることである。

新しい基本法及び急速に高まっていった強い解釈によるその展開は、疑いなく法発展において指導的な役割を果たした。最

初に着手されたことは、基本法に含まれた新しいことの特徴を描き出すことであつたが、そのとき差し当たり古典的な国家組織の憲法規則が中心に置かれた。後に学者たちは特に基本権、とりわけすべてに影響を与える基本法第一条（人間の尊厳）に取り組んだ。直ぐに論究することになる基本権の価値解釈、これは基本法全体にそしてとくにその第一章に新しい実質的基礎を与えることと約束するのであるが、この価値解釈と並んで、基本法第一条第三項に表現された基本権の新しい憲法上の内容に解釈の注目が注がれた。「行政の法律適合性（法律による行政）から法律の憲法適合性（憲法による法律）へ」という定式化によって、ヴァイマルの法状態をはるかに超える足跡を示していることを明らかにしようと試みられた。更に大きな跳躍にも比肩すべき発展、即ち、法律の次元における比例性の原則を先例のない仕方で開催し深めることは、類似の定式化で記述され理解される。比例性原則の大成果は、「法律の留保から比例的な法律の留保へ」という発展を意味する。憲法の改善に更に決定的に貢献したのは大掛かりな基本権議論であつた。これは基本権の役割を著しく高め、基本権の解釈は価値秩序の表現として（そして後には基本権の客観的次元として）認められた。そして何にもまして、憲法裁判及び憲法を濃縮化する「強化する」解釈という活動の凱旋行進は見紛うべくもなかつた。

2 独裁以後の社会の創成期

国法学や国法理論において「基本法における新しいもの」を撰取する試みを研究し観察することが出来るだけでなく、法実務においても、即ち立法において、そしてもちろん司法においても新しい時代の挑戦が認められ、しかも特別の理由からである。克服された独裁後の法規則の特徴は、それらがはつきりとして目につく創設期（あるいは新しい創設期）をもつということである。もちろん政治でも法生活でも現実的にゼロであるとか法政策上白紙とか存在することはない。記されて然るべきは、その代り、新しいものと、一方で時代の潮流との繋がり、他方で独裁期以前に試験済みのものから成る複雑な出発点と混合状態である。一九四五年以後に新しいドイツ法秩序に課題が立てられる訳だが、それは法治国家への回帰であり、従ってまた、一九四五年にそれまでの自由にして著しく干渉主義的であったナチス時代からの公法を廃止して置き換える義務課題でもあった。遂行されるべき課題は、ナチス政権の大戦前の法を廃止し、それを組み替えることであった。復興課題の否定的な次元は、力ずくの瓦礫処理作業と呼ぶものである。片づける必要があったのは、ナチス政権の弾圧法規であって、更にまた包括的な規則、広範な授權、曖昧で不明確な構成要件、ほとんど制限のない裁量授權、個々人の請求権の否認であった。

既に暗示されたことであるが、当然のことながら、一九四五年以後の既に述べた瓦礫処理作業は単に従前の現状に戻すこと

だけでなく、三〇年代初めの制定法とその解釈の状態への回帰をも目指した。そこにはなるほど、例えば行政法学においては、フリッツ・フライナーとヴァルター・イェリネックの著作に信頼に足り模範となるものが見られた。しかし遑行の連携はこれを更に遡り、ドイツ法思想の古い伝統にまで及ぶ。ナチス時代（及びヴァイマル教説の多くの傾向）に対抗する綱領への強い意志はしつかりした根に基づいていた。その理由は既に昔から始まっていた、ドイツ及び旧ヨーロッパの法化という伝統に結びつくことができたからである。ドイツにおける政治的發展は、全体としてみれば統治する側によって強く規定されるものであったが、法に補整的でもある特別の役割を与えた。ずつと後になつてからでないと市民になり得なかつた臣民は、未だとても決定的な政治力を獲得できないでいた頃は、少なくとも恣意的で予見できない当局からの介入に対する自由と財産の自分の領域を法治国家の法と法治国家ではたらく司法によって護ってもらおうと欲した。直ぐにより詳細に描かれることになる新しい主要課題、即ち法における個人の主体的地位及び法主体性の擁護は、啓蒙と理性法並びにドイツの法治国家強調に遡源するところの、ドイツ法思想の長期發展の足跡を再び取り上げてこれを強化することである。

独裁後の状況は客観的にみて確かに一つの転換期である。このことは主観的にはそれ以上のものである。転換期が過ぎてからみると、これをはつきりと転換期であったと言わなければな

らない。¹⁶⁾憲法の実質的基礎、人権、基本権に見られる諸価値が
 かくも際立たされ強調されたということは、もともと当たり前
 のことであり、何れにせよ不思議ではない。この状況下で明らか
 であったことが一九四五年ないし一九五九年以降徹底的かつ
 根本的に成し遂げられ、全体として本当に新しい公法の創設と
 して結実した。その射程と徹底性は今日から振り返ってみても
 驚嘆に値する。結果として公法は一九四九年以降特別の発展の
 ための推進力を得た。即ち、(古い伝統を取り入れながら)公
 法の根本的に新しい基礎付けが行われたのであった。

3 法主体性の人間像

再建は新しい憲法とその実質的基礎の特徴をもっていた。¹⁷⁾新
 しいこの基礎付けの主要思想を跡付けることは困難ではない。
 最初に、国家に対する個人のすつかり様変わりした基本関係を
 表し、かつ表そうと欲する基本法の新しい人間像があった。個々
 人が軽視され(国民)共同体に個々人が完全に編入された
 (「お前は無である。お前の国民がすべてである。») 暁のことである
 ため、新しい取り組みは法主体として個々人を原則的に承認する
 ところにしか成立し得なかった。周知のように、「基本法の人間像」
 に関する定式は一九五四年の投資助成判決Investitionshilfe-
 Urteil¹⁸⁾以来しばしば用いられた連邦憲法裁判所の慣用表現であ
 る。しかしどれほどこの決定が有名であろうとも、この定式が
 法的人間像における思想の唯一のあり方でないということ、否

それどころかより重要なものですらないということは知られて
 いない。連邦憲法裁判所にとつて一九五四年判決において重要
 だったのは、共同体の福祉を通じて「自律的個人」を制限する
 ことであった。個々の企業の発展意思にはその社会被拘束性が
 対置され、その自由の制約が正当化された。¹⁹⁾しかし、こうした
 自由制約思想の前に論理的には、そして実際の発展についてみ
 ても何か別のもの、即ち個々人の原則的な自由と自律の承認が
 ある。これもまた、否、正にこれこそまた、新しい人間像の特
 徴の下に、即ち、国家に対する個人の基本的関係を——新しい
 ——概念にもたらした第一の理解の下に、起こった。その限り
 において「基本法の人間像」は、個人はもはや国家の対象では
 なく、もはや単に全体の分肢である(そして、これに殆ど完全
 に組み込まれ従属させられている)というのではないとの基礎
 言明を擁護した。そうではなくて、個人こそが政治思想及び設
 計の出発である。個人は徹底して基本的に主体である。個人は
 法領域すべてにおいて法主体である。²⁰⁾こうした基本思想は、数
 百年に亘る理性法及び啓蒙の古い伝統に立脚している。一九四
 九年以後の時代文脈においてこの言明の知らせは、あたかも今
 になってようやく発見されたかのように発火した。時代精神、
 ここでは文字通り時代精神であったのだが、これが抽象的な基
 本理念を日常言語の力強い形に仕上げた。即ち、「国家のため
 に個人が存在するのではなく、国家こそ個人のために存在する
 のだ」と。ヘレンヒームゼー草稿²¹⁾の書き出しの文句は、拘束的

にはならなかったにせよ、影響した。それは時代の核心を突いており、またその先導的性格が理解された。拘束的とはならなかった文書でこれほど影響を広範に及ぼしたものは滅多にない。定式の精神は基本法においても実効的となった。これが目に見える形では、基本権が基本法において文書の冒頭に置かれたところに現れている。²⁵⁾

主体の性質について簡単に思われる基本思想は、今や伝統的な公法のいわば全体を覆っている。主体として個人はあらゆる関係において法主体である。そうした者であるが故に個人は疑いのある場合には請求権を有しなければならぬ。何となれば、個人は行政の裁量ないし拘束を受けない決定の自由（あるいはその恣意）に左右されてはならないからである。法主体性の人間像、それはそのままではまだ基本権ではないが、この人間像は古い法に道を切り拓いた。この人間像は、後から読み返してみてもいつも感銘を受けるものだが、驚くほど簡明でその情熱が一途である。あるいはこんなことに別段驚く必要はないのかも知れない。この率直さとそこにある情熱とがこの思想に迫力と説得力を与えた。人間像、そして個人の主体的地位にこれを定式化し直し、これらから導かれる公法上の法秩序の基本的主体化が従来の公法を法教義学の上ですっかり改めて、今日まで機能している新しい基礎を与えた。この基礎は、法化への持続的原動力をいよいよ提供し、また包括的な権利保護思想を發展させた。²⁶⁾ こうした基礎が今日でもなお持続的に法化の推進力と

なっている。この連関で、公法が一九四九年以降経験したコペルニクス的な転換が語られることは正当なことである。²⁶⁾ コペルニクス的な転換が語られるのは、ちょうどコペルニクスが十六世紀に、太陽が地球の周りを回っているのではなく、地球が太陽の周りを回っているというテーゼを立てたときのように、基本的な変更が、いわば一八〇度なされるときである。

4 法の基本的主観化のもたらす帰結

人間像によって惹起された変革の波は、一九四九年以後の数十年間の公法全体を捉えた。一九四九年直後の数年にわたり一連の公法像において重心の推移が見られる。

例えば、基本法第一条から生活保護請求権の導出に際して。我々は今日ではこの決定を徹底させて生活保護権を語る。²⁷⁾

・そしてこの外、主観的公法（公権）の理論において強い。公権がやがて目に見える仕方では挟み撃ちをされるように双方から、即ち実質的の主体化の思想と隙間のない権利保護の保障とによって拡大されていった。これら両基本思想は一つのメダルの二面である。それらは個々人が主体、法主体であるという基本思想を保障する。事実上の権利を、そして自立の最高基準たるこれら諸権利を裁判に持ち込み貫徹することができる者のみが主体であり、法生活において且つ国家に対して根源的な単位である。

・この二つの基本決定は行政裁判の高濃度の制御を形成する

にあたって効果的でもあり惹起的でもあった。これは今日までドイツ法の特徴となっている。この教義の最も重要な基礎は、裁判に委ねられている不確定法概念の唯一正しい解釈についての学説である。この基礎は脆いものであると、私は言っておこう。但し、ここではその展開やそれに内在して影響する諸要因を跡付けることは問題ではない。

・行政法の主体化にとつて最大の勝利は、それまでの行政法の奥神殿の中に、即ち裁量理論の中にこの考えを埋め込んだことであると言えよう。これまで行政は様々な選択肢のあいだで選択の自由を有し、個人は、これは当時の解釈であり、何ら権利を有し得ないというのが自明であったのだが、まさにそこに裁量行使に当たつて遺漏なきよう要求する形式的権利をもつて従来の理解に対する突破口が開かれた。ドイツ公法は、行政の裁量活動の領域に対する拒絶を形成した。変遷はこの上なく明瞭で具体的である。これは警察の干渉に対する権利の承認によつてさらに増大された。こうした発展は、他の法秩序におけるまったく異なる理解を背景にして眺めてみる場合にだけ、その意義を正しく評価できる。行政の裁量や形成活動にかんするドイツの基本的理解は唯一の正しい学説として定式化されるのではなく、ドイツ公法の際立った特殊性であることが明らかになる。

5 許可留保を伴う禁止を例とした基本法の変化

(この箇所に関しては、次の文献該当箇所を参照されたい。

Wahl, Herausforderungen und Antwort, S.24ff.)

6 裁判の重要な役割

変遷期及び創成期の先導者は文献と並んで裁判であつた。そのさい行政裁判があらゆる審級で大きくかわつていたことを過小評価してはならない。行政裁判所こそが一九四九年以前の広範な法(いわゆる前憲法的法)について、例えば必要条項について無効判決を下すに適任機関であつた。連邦行政裁判所の判決の最初の数巻を分析してみると、裁判がどのようにして基本的変遷過程を経たかが見えてくる。裁判をして手短かに、明確に、根本的に論じさせるのは時代の意識 *Bewußtsein von einer Natur* である。以上が古典的に思われる諸判決の明確性と基本性を支える環境である。

周知で最も有名な一九五四年六月二十四日連邦行政裁判所判決 (BVerwGE I, 159) は、劇的な仕方 で 伝統的な援助法 *Fürsorgerecht* を、そしてその結果として (援助を保障するための) 行政の関連諸義務を解釈し直して、それら諸義務は個人に請求権を保障するとした。給付行政において請求権を創設する という 結果は継承されなかつた。しかし、基礎付けの方法は豊かな結果をもたらした。基準を提供したのは明白簡明な以下の文言に見られるものであつた。

「憲法には一般的原則及び指導理念がある (Statut BverfGE 2.380)。……」

「そうした指導理念は個人と国家の関係についての理解である。個人はなるほど公権力に服してはいるが、臣民ではなく市民である。それ故に、個人は原則として単に国家行為の対象であってはならない。個人はむしろ自立した倫理的に責任を負う人格として、従って、権利と義務の担い手として承認される。これは、生存可能性が問われるときであつても妥当する。」

「国家権力によつて保障されるべき不可侵の人間の尊厳は、『必要的生存要求』 „notwendiger Lebensbedarf“、即ちその生存そのものの保障が問題となる限り、彼を単に国家行為の対象と看做すことを禁じている。」

強い法化への動車輪としては例えば次の文がある。
「法治国家においては……国家に対する市民の關係は基本的に法の關係である。それ故、市民に対する公権力の行為もまた裁判による事後審査に服す。」

連邦行政裁判所は一九五四年に「臣民」をきつぱりと葬つた。臣民はやはりわざわざ葬り去られねばならなかった。古い語法がそれほど自明なものとして使われなくてはなかつたのである。

こうした言わば石に刻まれた諸命題を更に定式化したのは、——後に重要になつた——菜園法という法領域で起きた事例での連邦行政裁判所である。問題となつたのは、法律要件の諸前

提を提示したばあいの団体と企業の公益性の承認、即ち、広く影響を及ぼす模範的な状況であつた。

「現代の法治国家は、公権力に対して疑義がある場合、市民に法的請求権を認めているという点においてもまた、その本質を表し保障してゐる。」 (BverwGE I. 321, 326-1995)

裁判は、この中心部分を超えて広く注目に値する。

即ち、「もし当該行為にとつての法律要件に適合する諸前提がすべて満たされているのであるならば、行政に自由な裁量による行為が許されるとする法律規制であつたとしても、そこで立てられた意思を一義的に表現しなければならぬだろう。そうでなければ官庁はそのような場合拘束されている〔裁量の余地なし〕と推測される。」この部分は、そしてこれが新しくもあり将来にも影響するものだが、直ちに基本法によつて補足される、即ち、「KGO (一九一九年!)の菜園及び小区画賃貸法)の第五条第一項第一段を別様に解釈しようとするならば、即ち菜園制度助成のために公益的な企業に対し承認要求権を拒むならば、現時点で既に基本法第一条第三項により立法、行政、司法を拘束する基本法第三条の平等条項との関連で、克服することがおそらくできないであろう疑念が生ずることであろう。」

裁判所は基本的に当時ひじょうに重要であつた一九四八年物価統制法につき明確な態度をとつた。裁判所は、異論の中心と

して「物価統制官庁に与えられた権限の無制約性」を挙げた。

「市民の自由への介入を行政官庁に授權する法律の規定の
 そうした無制約性は、多くの面で基本法に違背する。」¹⁰⁾

根本的にかつ断定的に定式化する者であつても、後になつて訂正したり具体化したりしなければならぬものである。注目すべきこととして、連邦行政裁判所、連邦憲法裁判所、文献の共通の学習過程が見出される。文献ではオットー・パッホフが頂点にあり、それこそ経済法では開いた広い概念が必要とされ、従つて広範な授權が有効である旨を説いている。しかしながら最初は無制約性に対する断固たる反対が見られた。やがてそれぞれ個々の領域の独自性が認められるようになり、ますます區別が認められるようになった。

連邦共和国法における「大きな」判決の歴史は未だ定まっていない。これは解釈の結果から教義学上の像と基本命題への解釈、形成及び集中の複雑な経過の詳細有益な姿を示すことが出来るであらうし、またとりわけ法典化された法秩序と理解されるドイツ法に対する法の継続形成と裁判官法の関与を示すことが出来るだろう。¹¹⁾

7 創成期とその後における憲法の様々な役割

創成期を一瞥するだけでも憲法の様々な作用について理解できる。独裁時代を経て新しい自由民主主義の秩序を樹立しようとする憲法がその創成期に、産声をあげた憲法国家の「日常」

に対して一段と大きな役割を果たすということは容易に理解される。創成の局面では連邦共和国法において重要な改革がなされただけではない。制定法全体に対して憲法の強い作用のための基礎が置かれただけではない。憲法それ自身がそれを超えて作用を果たした。憲法は特別の発展の道を基礎づける力を有する。それは独裁後の最初の数年間の政治動向の一部をなし、また一部はその推進者となった。現代史においてウルリヒ・ヘルベルトは五〇年代の民主主義化過程と自由主義化過程について語っている。このテーゼの自明の前提は、この十年間に互つては圧倒的な方向の指針が確認できるといふものである。正にこれこそが、大変革直後の数年にとつて基準となつたのであるが、しかしそれに続く数年間にはもはや可能ではなかつた。¹²⁾

基本法の下でのドイツ憲法の基礎議論、即ち一方で枠規定としての憲法的作用、そして「他方で」具体化されるべき基本秩序及び全法秩序の基礎としての憲法的作用に関する論争を想起して、更に創成の局面を見てみると、この論争が創成期に何ら役割を演じていなかったことが明らかになる。ひよつとしたらこの論争はじつは眞の論争などではなく、憲法の意義の様々な局面を指していただけかも知れない。創成期の当初、憲法が推進作用を有したこと、法秩序全体を革新していく上で駆動力となり基準と指針を定めたことについては何ら争いがなく、また誤認のされようもない。もちろん五〇年代においても、すべてが既に憲法に含まれておりもう字句をほぐして解釈するだけで

よいというようには作用して来なかった。それでも五〇年代終り以降に登場する日常と当時基礎づけられ、そして既に強化されてきた憲法国家に対して、「憲法の」方向内容、推進作用、模範作用は明らかであり、いよいよ高まっていた。なるほど一九六〇年以降は依然として、例えば、「シユビエゲル」裁判⁴⁶とか特別権力関係の解体、その他の論題など重要な情況がみられた。しかし法秩序はその間、制定法が憲法を充填し具体化し、あるいはその内容を仕上げるのだという観点からだけ理解され得なくなった。時が経過すればするほど、憲法は枠を定める役割を濃厚にしていった⁴⁷。多くの事柄が、憲法が新しい理念を具体的に示したものと法発展の基本的な道行を刻印したことを物語っている。独裁憲法後の最初数年間の動向にそれは顕著に表れている。こうした上からの、当初の魔法の勢いは、たゞ新憲法秩序の最も重要な諸制度の一つである議会がその重要性を失うべきではないとしても、長くは続かなかつた。そうした危険が現実的ではないとはいえ、創設期と距離を置いて新しい問題が発生してきた。これらの新しい問題連関及び挑戦は、なるほど憲法と関連はするのだが従来のようにもつぱら、それも最初から憲法によって規準を与えられ定められてしまうのとは異なつた解決を求めるものである。それらは憲法の枠内で解決されるべき挑戦である。

II 法発展の第一局面における公法の構造的特徴

1 ドイツ法の基礎にある特徴の概要

一九四九年以降の最初の十年間という創設期はその名を得るだけの資格を有するが、それは常に同時に憲法であり行政法でもある新しい公法の生産的で持続的作用を及ぼす基礎を提供したからである。その構造要素の概要を以下に述べよう。

(1) 新しいものの頂点に、憲法の優位とこれに由来するドイツ国内での制定法の憲法依存性が位置する。行政法においてそれは、具体化された憲法としての行政法という有名な定式に結実した⁴⁹。これは他の国々では例を見ない定式である。両者間の緊密な関係はじつさい憲法と行政を統合する公法へと帰着した⁵⁰。現行公法の教義学は好んで時代の区別を想起するものだが、一九二四年のオットー・マイヤーの名句（憲法は過ぎ去るが、行政法は存続する）とフリッツ・ヴェルナーの定式の対置による儀礼形式でそれは行われる。

(2) 怒濤のような成功のうちに進展した基本権（拡張）の歴史からここでは最高潮のみを指摘しておく。即ち、リユート判決において基本権の客観的次元が発見されて、ドイツ法は全体として持続的な憲法適合的基礎を獲得したのであった。この発展は憲法によるいわゆる単純法律の貫徹（単純法律の憲法化⁵¹）へと継続されたし今日でもなお継続されている。リユート判決で基礎づけられた基本権の客観的次元の理論が一九四九年以降

の最も重要な理論的刷新と看做され得る。この学説は、客観的価値秩序の価値と構想を高度に受容しやすく、またこれを必要としたあの時代の基本的精神潮流と完全に一致していた。リュート判決は基本法下において独自で特殊なドイツの基本権思想の産声を上げる文書である。基本権は次元が拡張された。基本権は同時に法秩序の最高度の内容規範となった。基本権は国家のみならず社会をも特徴づけるものである。

連邦共和国の創設期と関連して、それ故に我々は基本権精神から法秩序の(再)誕生を語る事ができる。それに止まらず、その意義ゆえに勢いよく拡張した基本権は、国際比較をしてみても例を見ない権限を伴ったドイツ憲法裁判所という大成果の実質的基礎となった。最後に、客観的次元は、それが政治生活の高度な法化に、憲法と単純法律の近親関係に、そして全法秩序と全権限における憲法の現前化に寄与しているが故に、ドイツ公法全体の基礎行為であったし現在でもそうである。基本権の客観的次元の教義化を見出すことは法発展の転機軸の役割と看做されなければならない。こうしてドイツ公法の独自の(発展の)道が基礎づけられた。

(3) (行政法の)立法者の基本権拘束は、必然的に基本権による特徴を帯びた行政法に達着した。こうした拘束があったが故に、行政法は憲法と緊密な関係に入り、そこに留まる。行政法は、成立にせよその後の通用にせよ解釈にせよ、憲法に依存している。(行政による)法律の適用のみならず成立も解釈も、

あくまでも法治国家原理と基本権とによって決定されている。法治国家は、一九三三年までは個々の事例における法律適用の際の行政の拘束を意味した。一九四九年以降は、基本権の拘束と法治国家は行政の法律をもまた、そしてもっぱらこれを狙っており、優位する憲法の要求を掲げて法律を規定しようとしている。

(4) 主体化と包括的な権利保護保障による実質的な基礎付けは作用力を強化され、初めて完全に効力を付与された。基本法第一九条四項(「公権力によって権利侵害を受けた者には、訴訟の道が開かれている」)は、リヒャルト・トーマのことは借りると、「大胆な条項」と理解され、「法治国家」という丸天井に要石を組み入れる「画龍点睛を書き込む」ものである。かくして同時に訴訟に開かれた国家ないし権利保護国家の基礎が据えられた。このような国家は、更に大多数の著者らによって、超加熱に対する批判がないではなかったが、ドイツ法秩序の本質と理解された。権利保護の拡張と権利保護思考の優位の結果はドイツ公法が裁判志向性を強めることであった。行政裁判権は、あらゆる法領域において解釈が洗練される方向で高い「説得力」を発揮した。公法は、多くの裁判例を通して決定的に内容が豊かで濃いものとなる。公法はそれ自身分化を遂げ、個々の事例に即した裁判類型の志向性故に局所的な性格を採る。有名な格言に変更を加えて次のようにも言える。即ち、「仮に二つの法秩序が(実質的に)同じことを語ったとしても、若し

一つの法秩序が包括的な権利保護を有し他の法秩序がそうでないならば、両法秩序は基本的に相違するのだ」と。⁶⁷⁾

(5) 行政法における第三者の発見とその確固たる定着は、公法の次元の拡大を持続的にもたらした。この発展もまた、個人の主体的地位、基本権解釈そして権利保護保障の作用の思想を通してもたらされたのであった。この発展は行政法によって取り扱われ解決される問題状況を倍増させるほどにまで達した。六〇年代まで行政法規範が古典的に、即ちそれら規範が名宛人に権限を与えていると読まれていたのに対して、新しい解釈は益々多くの規範について行政に対する第三者の資格を与えた。第三者と隣人の公権が拡張された結果、古典的行政法時代に対して文言が変更される⁶⁸⁾ことが無いままであったとしても、益々多くの規範が行政にとつての権限付与規範としてのみならず第三者のための請求規範としてもまた理解された。「これは学術文献および司法による解釈と法創造の全く偉大な貢献であった。基本法下での公法の構造要素のこの——不完全な——リストは、憲法と行政法の諸原理がどれほど強くかつ体系的に相互に結びついているかということ⁶⁹⁾を、そしてそれら諸原理が一体的に統一的な公法を形成していることを描いている。それらは共通の基礎を有しており、その基礎は当時特別の状況下で成立し、出口の状況もまだ存在せず意識もされていない中、長期に互って遠慮容赦なく語られたものであった。

以下の諸節は、文献ではあまりそれほど歴史的にはない行政

法に取り組んでいるから、次に行政法の若干の顕著な構造要素を深めるとともに補充したい(2—4参照)。

2 基本法の特徴を帯びた行政法

基本法教義学によれば、行政法は公法のための第二の実験場を有した。⁷⁰⁾一九四九年以降の行政法は、それが法治国家の行政法であり同時に基本法の特徴をもった行政法であるが故に、新しい。法律は行政にとつてもはや「出来上がった」もので疑う余地ない行為の出発点ではなく、諸法律はつねに憲法適合性を検証されるべきであること、すべての個別事例での適用が憲法の基準と統制に服すのと同様である。要約するに、行政法は憲法思想と憲法制度を自身に含む。⁷¹⁾この憲法と行政法の緊密性、*Näheverhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht* はドイツ法の特異性であり、多くのヨーロッパの法秩序にこれほど高い形式のものは存在しない。この基本にある緊密性はドイツ法で数多くの適切な特徴づけを見出した。即ち、頂点には具体化された憲法としての行政法という人口に膾炙した(フリッツ・ヴェルナーの)成句がある。⁷²⁾他の定式は、行政法の(そして一般的にすべての単純法律の)憲法刻印性と憲法依存性⁷³⁾、あるいは最近では法秩序の憲法化をも語る。緊密性は関連学術界の構成にも現れた。ドイツ「国法学者」協会は言うまでもなく行政法学者の協会でもある。そしてドイツ「国法」学者には、彼が行政法に精通していることが求められる。⁷⁴⁾

結局五〇年代に第二発展段階の行政法が成立した。第一段階はより厳密で特殊な意味において法治国家の特徴を有する行政法で、ほとんどすべてのヨーロッパ諸国において同様の比較可能な形態で見られる。⁷⁵その主要関心は介入する行政を制約し手懐けることである。この法治国家の行政法は、要求水準の高いという意味で憲法国家（立憲国家）となつていくすべての国家の当然装備すべきものである。これは必然的な発展段階である。これに対して、そしてこのことは適切な理解と自己像の利益に適うよう強調されなければならないことであるが、基本権の特徴を有する（そして当然ながら法治国家の）ドイツ連邦共和国の行政法は大方ドイツ特有のものである。

基本権の特徴を（も）有する行政法はその成立を、またもや、射程の長い基本法第一条第三項の基本決定に負っている。それによると基本権は行政だけでなく、行政法を公布する立法者をも、そしてこれこそを拘束する。行政法がこの憲法的な拘束を引き受けることによつて、行政法自身が憲法の特徴を得て憲法を具体化する法となる。この緊密性は出発点においてのみ見られるものではなく、行政法上の諸法律が公布される場面でも見られる。要するに、法律それ自身、憲法との関係で、不断に導出、正当化、統制の關係に立っているのである。一九四九年以前では法律がすべての行政行為の要点で基準であつたが、五〇年代になると薬局法や手工業規定における行政許可命令 Zulassungsvorschriftが基本法第一二条に抵触し得ること、

あるいは先ず憲法に適合するよう解釈されねばならないことが学ばれた。⁷⁶変遷をその重要な原理の更なる展開に即して見ると、次のように描くことができるだろう。以前は行政の法律適合性だけが重要とされたが、現在では法律の憲法適合性も追加的に重要となつた。⁷⁷以前は法律の留保だけが重要とされ、今日では憲法適合的法律の留保が重要である、と。

基本権と法治国家原理は、これだけを述べるに止めるが、行政法律の次元に留まる限り時間的にも空間的にも実効的であり続けている。その解釈に当たっては憲法に定位した憲法適合的な解釈という方法論が重要視される。こうしたことの結果、行政法学者も行政裁判官も常に上方を、基本法を見上げることとなり、法の両段階の間で視線を常に往復させることとなった。公法全体に関わる比例性原則は、抽象的一般的法律だけでなく具体的適用行為をも統制する。

具体化された憲法としての行政法は様々な態様で現れる。真つ先に期待されるのは、立法時におけるその独自性であつて、法律が制定されるとき憲法適合的な「準則」と要求が詳細に列挙され尊重される。法律を基礎づける段になるとこの憲法の準則が立ち入つて論じられる。同様に効果を發揮しているのを実証するものが、文献による法律解釈において、更にことのほか強力に、判決による法律規定の解釈において憲法が常に登場していることである。はつきりとした憲法適合的な解釈の事例に関して——その数は十分に存在する——、憲法に定位した解釈と

名付けられる方法論的手続に憲法の特徴が日常的に確認される。憲法に定位した解釈は行政法規と憲法の可能な解釈間に対立が確認されたときに初めて生じるものではなく、最初から解釈にとつて憲法上の要求ないし憲法上の諸価値に定位して生じてくる一つの変化形が選択される。文献と裁判でしばしば見られる変形は、憲法に適合することが明らかな法律の規定が追加的言明によつて補強され確認されること、それが内容的に憲法によつても要求されていることである。ドイツ法にあつては、単なる法の言明が単純法によつて導出された結果が憲法にも合致するという確認を得てしばしば第二の次元で再度補強されるということが、自明なこととして定着している。以下で論ずる行政法の特別領域において制定法を憲法が貫徹することは常に回帰する基本方針であるだろう。

3 憲法と特別行政法の間規規範形態としての一般行政法の特別の役割

行政法全体を憲法が貫徹する過程において当然ながら特に一般行政法が特別の役割を演じた。それは確かに特別行政法という多数の法領域において憲法からの要請を交換し転換する場所である。全公法を仮に構築物に譬えて表現するなら、一般行政法は行政法全体の中心であり、同時に憲法と特殊行政法領域の中間である。一般行政法において上からの展開、下からの展開、憲法から個別法領域への展開、そして逆に個別法領域の客観的

必要から憲法への展開（例えば、手続の意義、危険との取り組み）が遂行される。

憲法の基本決定を多様な行政法規に転換するベルトとしての役割を一般行政法は一九四九年以降間もなく引き受けた。このことは一般行政法教科書の憲法にかかる詳細な箇所「の記述」から容易に看取される。それは行政裁判所の憲法上の諸制度との長期の対話の中で現実的なものとなって来た。憲法と特別行政法との中間の位置を占めて、一般行政法は、憲法次元で新たに編み出された解決策を特別行政法のすべての法領域に伝達するという仕方でも、同時に伝達機能を果たした。その例としては遡及問題の新しい測定が挙げられる。従来の学説によると、例えばその後もエルンスト・フォルストホフによつて主張されているが、違法な行政行為は、正にそれが法に違背するが故に、取り消されなければならないという一つの解決しか存在しなかった。その背景には、法治国家はもし違法を取り除かないならば自己崩壊するという一部強く持ち出された理由があつた。こうした議論の強みには、——同様に憲法に基礎を有する——信頼保護の原則で応ずるしかなかった。これはオットー・パッホフが一部は法治国家原理に、一部は基本権に基礎づけたのであつた。最後に新しい様々な解決が生まれたが、これらは「一般行政法の諸原則」として（そして後に行政手続の法律規範として）この革新を行政法全体に及ぼした。

4 裁判に定位した行政法

改革は事前には殆ど予測できず事後には殆ど過大評価できない効果を生んだ。基本的な変更として基本法第一九条四項によって包括的な権利保護を保障したこと、行政裁判所規則第四〇条の一般条項によって置き換えたことがあった。行政法は、第一に行政に向けられた執行（と統治）に向けられた行政の法から個人ならびに裁判に向けられた法になった。

行政法はもはや第一に行政官僚と法案を準備する省庁官僚の関心事たる資料ではなくなり、今や行政裁判官と並んで重要な大きな法律家の職業がこれに加わった。急速に拡張していく行政手続の結果、いよいよ活発に活躍する司法集団たる弁護士もそうであった。こうした普及を享受したのは、訴訟が可能になったお蔭で行政に対して同等の権限役割を見える仕方 で取得した個人人であったし、現在でもそうである。比喩的にいえば、行政裁判所は行政法を、国家の上位層に位置する法から行政と個人との間で関与する法の足下に置いた。これは個人々の防禦権及び給付権によって特徴づけられ、役人にとっては義務及び行為の制約によって特徴づけられる。

ここはこうした基本的転換をすべての次元で論述する場ではない。既に述べたように、行政法と取り組む法律職の範囲が変化した。裁判官と弁護士が初めて多数加わった。同じことは文献や文献類にも言える。註釈書は現在では豊富に存在する。全文献は細分され予想もしない量的次元に膨れ上がった。行政法

学は全体の連関「像」の叙述を離れ、益々豊富になっていく裁判「資料」の註釈と消化に向かつて行つた。要するに、行政法は行政裁判学になった。

もはや示唆することができるだけだが、決定的な資料の変化、権利の価値の上昇、行政の多様な拘束がある。行政法に関する法学上の対話が熱心に行われた。しかしそこに更なる法化を促すひどく大きな一歩があった。詰り、立法部の大きな法律作成に、この法律を適用するに際して司法部による深化と洗練と分類とが追加された。こうして成立した一九四九年以降の行政法は、一九三三年以前の先駆者とはもう比べようもない。両者間には教義上の洗練と貫徹と学問化の点で量的跳躍があり、しかも同時に、持続的な行政裁判所との対話を通して行政実務へのより大きな志向性に媒介されている。行政者への法の参加は著しく高められた。行政裁判の一般条項と行政裁判所が行政法について基準を提供する共に活動し共に考える者に変貌したことは、その影響の点でどれほど強調しても強調しすぎることはない。その歴史は未だ描かれていない。

5 一九四五年以降の公法の一般の特徴としての法化

ドイツの発展の道の一貫した基本線と抽象的特徴として漸進的、法的、司法化とが挙げられる。第一にドイツで法規則に従って判断される社会政策的諸問題と諸紛争の範囲は、考えられなほど大きく、他のどの国よりも恐らく大きいであろう。第二

にドイツにおいて裁判官による裁判を受けることができる社会政策的諸問題の範囲は考えられないほど大きく、他のどの国よりも恐らく大きいであろう。両主要傾向は、即ち実質的な法化と司法化は、当初の原則性と徹底性からひじょうに強くドイツ公法に根を下ろしており、独自の力動性と自動性を獲得していた。とりわけ我々国法学者が大学で学生らにこうした理解を教授することを通して。これら諸特性が、こうした刻印を特別の発展の道と名付けることを正当化する。

発展の道の基本表象は、これに由来する道に依存する更なる概念と強く連関している。一九四九年以降の公法が基本表象に強く基づいているとするならば、それは急速に言わば第一批判の故に捨てられるなどということは殆どあり得ない。反対に、発展の道を刻んできたこの基本表象は変更に対する相当な抵抗となるであろうことが見込まれる。要するに、発展の道が成立したばかりではない。独自の道であり、もし欲するならば、ドイツの特別の道と言ってもよい。特別の道という名称は挑発的に過ぎるかも知れない。内容的にそれは自明性以上のことを意味しておらず、結局すべての発展の道のは特異なもの、それ故特別の道なのである。

註

この講演(二〇〇八年十月二十九日、熊本大学法学部・法曹養成研究科主催)は、拙著 *Rahner Wahl, Heraus-*

*forderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S.41ff.*を下敷きに準備・作成されたものである。

(1) 法学的な観点におけるそれ以前の時代については、*Michael Stolleis, Verwaltungswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 227, 231*の指摘を参照。先ず、

「古典的行政法への回帰と基本法に対する極度の慎重」という標語が物を言った。これはやがて、文献が行政裁判の新しい制度と益々増加する裁判に依拠した限りにおいて、変化した。裁判で基本法が急速に圧倒的な地位を占めたからであった。これにつき、本文6を参照されたい。

(2) もちろん憲法と行政法における諸発展が相俟って初めて、一九四五年ないし一九四九年以降の公法の全体像を生み出す。行政法の若干について、*Rahner Wahl, Herausforderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 41 ff.*

(3) *Hans-Peter Ipsen, Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit, in: Recht – Staat – Wirtschaft II, S.182 ff.; Werner Weber, Spannungen und Kräfte*

- im westdeutschen Verfassungssystem, 1951 und Nachweise Fn. 18.
- (4) *Theodor Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 1951; *Friedrich Giese*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 1949.
- (5) So auch *Stollers*, Verwaltungswissenschaft (Fn. 1), S. 236: 基本法が成立して国法は前方へ動いた。
- (6) これについて、基本権の客観的次元の成立史及び時代における法令を視野に入れた次を参照。 *Rainer Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, 2004, § 19, Rn. 14 ff.
- (7) ヴァイマルでは国家実務において立法の基本法(権)拘束は承認されなかった。もちろん生氣あふれる理論的な議論は見られたのだが、これについて最近の文献として *Horst Dreier*, Die Zwischenkriegszeit, in: Merten/Papier, Handbuch (Fn. 6), § 4 sowie *Christoph Gusy*, Die Grundrechte in der Weimarer Republik, ZNR (Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte) 15 (1993), S. 163 ff. しかしながら、この議論は全体としてみると、基本法第一条三項を基礎にした新しい学説が原理的となりえたような仕方では、それほど原理的ではなかった。とくにヴァイマルの議論は国家実務を規定することができなかった。包括的な憲法裁判所も欠けていたため、一九四九年ないし一九五一年以降の発展が獲得した重要な先導者も見られなかった。
- (8) これにつき、後出II(2)。
- (9) 基本法における新しいものについては *Rainer Wahl*, Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, Jus 2001, 1041, 1042 f.; ders., Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 44 ff.
- (10) 豊富な資料をスเปน、ポルトガル、ギリシャ、及び〔体制〕変換諸国家に関する分析が、それぞれの独裁制の後に提供するであろう。
- (11) *Thomas Heine/Arne Riddinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht, Der Konflikt um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005, S. 1 は、リュート裁判と薬局裁判とを「カールスルーエ裁判所の基本権裁判の第一局面」を終える。
- (12) 経済の操縦とどうの法にかんする短い論評は、 *Ernst*

- Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht* Bd. 1, 1953, S. 650。一九三三年と一九四五年の間、それまでの規則の關係は營業の自由から監督留保へと逆転した。「ドイツ帝國營業法第一條はなるほど形式的には排除されなかった。しかし、實質的には従来の意味を失う程度まで、經濟統制規範によつて空洞化された。通常事例は拘束された、即ち許可及び統制規定によつて制限された私的經濟活動原則であつた。」個別商取引、通信販売、給油所、遠距離貨物運送、旅客運送、金融機關、すなはち農林従事者にかんしては、認可制度が作られた。*Fritz Rittner, Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 1987, S. 5 Fn. 8, 3. Aufl. 2004は、一九三三年末なごし一九三四年初めには電球やシートボタンの生産のための設備禁止及び拡大禁止があつたことを指摘している。
- (13) 二つの次元を伴うこの課題は、先ず連合国によつて準備され推進され、次に、ドイツの部分権限の回復に依つてドイツの諸制度に引き受けられた。
- (14) 解体作業像とテキスト分析は実定法とその内容に関連する。考察の他の次元では学問の歴史は、一九四五年以降の學者による組織の行動に興味をいだく。これについて *Stollers, Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 1), S. 227 ff.
- (15) Vgl. Fn. 10.

- (19) それにこらへて、ドイツはそれ程強くなる文化のロマンタムとより強いカトリック自然法思想のごとく *Stollers, Verwaltungsrechtswissenschaft* (Fn. 1), S. 237 ff. だけを挙げよう。そのほか *Peter Badura, Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 6), § 20 Rn. 3: Überwindung des staatsrechtlichen Positivismus durch die materielle „Um bildung“ des Verfassungsgesetzes und die Neubegründung der staatslegitimierenden und gesellschafts-gestaltenden Funktion der Grundrechte.
- (21) 基本法における新主義のごとくは次の文献を参照。*Wahl, Verfassungsstaatlichkeit* (Fn. 9), S. 1041; und *ders./Frank Rottmann, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar*, in: *Werner Conze/M. Rainer Lepsius* (Hrsg.), *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, 1983, S. 339-386.
- (21) BVerfGE 4, 7, 11. 啓発的な事態は以下の如くである。様々な部門間での經濟發展の不均衡を回避するため、炭鉱、鉄鋼産業、エネルギー經濟の緊急投資のために

業経済は大金を調達しなければならなかった。原告らは、法律がこれらの企業の自発性を制約しているとの理由で、基本法第二条一項の侵害であると主張した。

(19) 法における人間像についての一般的な議論については、*Peter Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaats, 1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 2001; *Ernst-Wolfgang Bockenförde*, Vom Wandel des Menschenbilds im Recht, 2001を参照された。

(20) 個人の社会関連性を強調する連邦憲法裁判所の人間像裁判のこの変形については、*Ulrich Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996; Nachweise der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und anderer (Höchst) Gerichte, S. 17 f.

(21) 他のそれ以前の原則的変形は文献ではあまり解明やれはなな。これにのみ *Tanja Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts dargestellt anhand der Entwicklung der Ermessensansprüche innerhalb der ersten zwei Nachkriegsjahrzehnte, 2006; s. auch *Becker* (Fn. 20), S. 34 unter dem Oberbegriff des „Selbststand der Person“; *Bockenförde* (Fn. 19), S. 24 ff.

(22) ヘレンヒームゼーでの憲法会議は一九四八年八月一日から二三日にかけて、諸邦首相の要請で、バイエルン州ヘレンヒームゼーにて開催された。

それは専門知識を有する役人からなる委員会で、その課題は「憲法草案を作成すること、憲法草案は国会評議会(Parlamentarischer Rat)に資料として役立ち得る」とだった。会議の仕事は基本法の——非公式的な——基礎を提供することであった。

ヘレンヒームゼー会議。「第一条一項 国家は人間のためにあるのであって、人間が国家のためにあるのではない。第二項 人間的人格の尊厳は不可侵である。公権力はすべての決定形式において、人間の尊厳を尊重し守るよう義務づけられている。」会議の記録をみると、「冒頭の条文は贅肉を切り落とした形で取り扱われている。」*Klaus-Berthold von Demning/Rudolf Werner Füssel/Werner Maiz*, in: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JÖR N.F. Bd. 1, S. 45もまた、次の如く語るのみである。

「ヘレンヒームゼー会議は、基本権目録の頂上に、国家は人間に奉仕しなければならない(第一条一項)、人間の尊厳は到るところで守られなければならない(第二条二項)という思想を掲げた。」諸論議のうちこの部分は国会評議会によって本質的に受容された。国家は人間

に奉仕すべきであるというヘレンヒムゼーの基本権目録の指導的思想は、ズユスターヘン議員(CDU)によって第二本会議で主張されたが、第三本会議でホイイス議員(FDP)が冒頭に消極的宣言をおくことに対抗し、「我々は国家の内的尊厳を傷つけてはならない」という文言で開始しつはならぬ」と主張した。全体として Rolf Ulrich Kunze, Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da“. Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes, Der Staat 40 (2001), S. 383, 393 ff.更に成立史については Klaus Stern/Michael Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 61 II 3c, S. 190-192.

(23) von Doemming/Füßlein/Matz (Fn. 22), S. 47. 「基本権目録が基本法の第一部を成すことを基礎づけたのは、主要委員会委員長であるシュミット議員(SPD)であって、(一九四九年五月六日第九会議)本会議第二読会的一般報告において次の如く語った。基本法自身が基本権にかかる一章で開始されている。この基本権はヴァイマル憲法とは違つて、全体の冒頭に置かれたが、それは個人が必要とする諸権利が、彼がもし尊敬と自尊心を抱いて生きることができれば、憲法現実を規定し

なければならぬことを明確に表現するためであった。結局のところ国家とは、人間がそれぞれの自由に基づいて共同生活を送る上で必要とする秩序を樹立するために存在する。この課題のみから、国家の権力行使の正統性は結局生まれるのである。」

(24) オッセンビュール Fritz Ossenhühl, 40 Jahre Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1993, S. 753, 756 は、一九四九年以降に遂行された主体化を行政法体系における「コペルニクスの転換」と看做す。欧州化を理由とした「コペルニクスの変遷」については既にフォン・タンウィッツ Thomas von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 1が論じている。次も参照された。Wahl, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts (Fn. 9), S. 423. 「法規則の妥当と解釈との導出がもはや自国の法からだけで、詰り内部視線からだけで行われるのではなく、それに加えて他の法秩序が基準を提供するようになる」と、こうした発展をコペルニクスの転回と呼ぶことに十分な理由がある。」

(25) 行政法の主体化の体系に及ぼす意義については、以下を参照されたい。Ossenhühl (Fn. 24) : ders., Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. 5, 1987, 1146. 公法の個人権的な定位とその基本的実質的意義を

強調するものとして Eberhard Schmidt-Altmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-

idee, 2. Aufl. 2004, S. 15 ff. auch 13 f.; Udo Di

Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat:

Zum Wandel der Dogmatik im Öffentlichen

Recht, insb. im Arzneimittelrecht, 1994, S. 16 ff.

(26) Wahl, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts (Fn.

9), S. 423. ロベリニクスの転換 (Fn. 24) という「栄

誉形式」をもって「同じで述べたように、「新しい基礎付

け全体を「あるいはまた、「法秩序の主体化」「基本権の拡

張」さらにはまた比例性原則の発見と増大とを指すことが

できる。

(27) 個人が市民としての役割におよぶまた単なる客体であ

ってはならないからである。BVerwGE 1, 159; これ

につき、本文16を参照。

(28) その承認の前提は、古いビューラー説に対して、特定

個人のための規範の保護性格の要求に相当程度還元され

た。

(29) 裁量は行政法のいたるところ主要原則であるが、これ

が周辺に追い遣られた。裁量についてはいわば息苦しい

状況になった。ルンプ Hans Heinrich Rupp,

Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW

1969, S. 1273 ff., 1278 (am Ende) 註、憲法14条

で要求された徹底した行政の法律被拘束性と隙間の無い

裁判統制を前提とする。この場合、裁量理論全体が法治

国家に違背する十九世紀の遺物とされる (Otto Bachof,

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den

Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL

30 (1972), S. 175; dazu den Disput zwischen

Bachof und Rupp, ebd. S. 339 und 195 mit Fn. 8)。

影響力を発揮したのは、法治国家の行政裁量を「トロイ

の木馬」とするフーバーの公式だった。Hans Huber,

Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats,

in: FS Giacometti, 1953, S. 59, 66; リンガー Martin

Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen

Verwaltung, JZ 1984, S. 1001, 1003は通説における

裁量を「法治国家における他人の身体」と特徴づけた。

(30) BVerwGE 11, 95; dazu Schmidt (Fn. 21).

(31) 裁判報告の大家バツホフは「文献の種類を開発したが、

同じした様式は後継者を見出さなかった。Bachof,

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrens-

recht in der Rechtsprechung des Bundes-

verwaltungsgerichts, 1963, S. 8 f. (ergänzter

Abdruck der Rechtsprechungsberichte

aus der JZ 1957, S. 1962/63).

(32) つれたこと、今註 (行政法理解への関連性) Christoph

Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, 初期連邦共和国の基本法依存の行政法(成立に)のことは Michael Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969), 2006.
 (35) BVerwGE 1, 159, 160. 裁判は正しい方法論的手続を模範的に登場させる。

裁判所は、先ず一九四五年以前の著述と裁判において殆ど異口同音に社会福祉が否定されてきていたと報告する。「この否定は明白な規定に結びつくものではなく、従来からの社会倫理的意識に基づく。」(強調はヴァールによる)。「古いプロイセン法は要するに無言のまま、当時貧者保護と呼ばれた福祉が必要な者に保障されたのはいとせいで公序の理由からであって、彼自身のためではないという原則を前提としていた。…そして彼は役所の義務とすべき主体ではなく、役所の行為の単なる客體、義務の対象に過ぎなかった。これが貧者庁の国家に対する義務であった。」そこに決定的な一歩が始まった。「この原則は、経済及び社会の諸関係や社会倫理的な評価が変遷しようとも、後には吟味「の必要」なしに維持された。…遅くとも基本法施行後は従来の見解はもはや維持できない。」

(34) 注目されることは、これが本来どくでも適用され得たという一般的な基礎付けであるということである。

(35) BVerwGE 1, 159, 161.

(36) 臣民概念を強調して保持するのは、クリューガー *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 818 ff. (Überschrift: Staatsgewalt und Untertanengehorsam¹⁾), § 38, S. 940 ff.; Der Untertan und sein Gehorsam²⁾ である。クリューガーは個人を三つの属性において見る。即ち、市民、公衆の一員、臣民としてである。最後の概念によって、国家と権力の下への服従が表現される。

(37) BVerfGE 52, 1 - Kleingartenentscheidung.

(38) BVerwGE 2, 349 - öffentlich bestellte

Vermessungsgenieure; 3, 121 - Rechtsanspruch auf Mietherabsetzung. 最初の裁判 (BVerwGE 2, 351) において、はつきりと切れ目の意識が示される。「すべての条件を充足しても志望者に許可の何らの要求権が保障されない職業秩序は、当時の国家体制の表象に合致していたのかも知れない。しかしそれは今日の法治国家の原則に反するものであり、従って、許可を請求するなどの職業志望者も拒絶される限りにおいて、何ら効力を要求できない (基本法第二二三条)。」この考えは判決の指導原理二にも見られる。

- (39) 前憲法的法律が問題となったため、連邦行政裁判所が管轄権を有した。
- (40) BVerwGE 4, 24, 30 f. (当該箇所の文字通りの引用。) 決定は偉大な判決であり、裁判の先駆である。
- (41) BVerwGE 7, 54, 63; BVerfGE 8, 274, 277 以下判決 S 註釈に *Werner Weber*, DÖV 1957, S. 33 ff. 及び *Carl Hermann Ule*, DVBl. 1957, S. 177 f. 全体にこのことは *Bachof* (Fn. 31), S. 104 f.
- (42) 最初を飾ることはメンヘン編集物 *Jörg Menzel* (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung, 2000* 以下、連邦憲法裁判所の 100 の裁判例が取り上げられ註釈が施されている。
- (43) これはヘルベルトのテーゼであり研究論題である。
Ulrich Herbert (Hrsg.), *Wandlungsprozesse in Westdeutschland: Belastung, Integration, Liberalisierung 1945-1980, 2002*; s. auch *Gabriele Metzler*, *Stabilisierung, Normalisierung, Modernisierung: Die Bundesrepublik in den 1950er Jahren*, in: *Henne/Riedlinger* (Fn. 11), S. 25 ff.
- (44) 連邦共和国の場合においても、方向の明確性に関してみると、五〇年代はその後の十数年間とは区別される。社会のそれぞれの部分体系が自己の駆動力に応じて、従ってはや足並みを揃えることがなく発展している。
- (45) *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20* (1980), S. 485 ff.; *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999*, § 2 III. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, S. 2089, 2097, 2091 枠秩序としての憲法理解については *ders.*, *Grundrechte als Grundsatznormen*, *Der Staat 29* (1990), S. 1, 23 f., 30 f. 以下に批判的意見解に *Peter Badura*, *Grundrechte als Ordnung* (Fn. 16), § 20 Rn. 9 f.
- (46) BVerfGE 20, 162.
- (47) それでも連邦共和国が発展していく中で憲法理解について基礎論争が起ったことの原因は、様々な見解がたちまちカール・シュミット学派とルードルフ・スメント学派間の学派論争と結びついたことに恐らくあったであろう。一再ならず憲法作用に対する態度決定がどちらの陣営に帰属するかを証明することに役立った。この対立は公法の人脈を手掛かりとした学問史において特に強く際立っている。これにこのように、特に *Michael Stolleis*, *Die Staatsrechtslehre der 50er Jahre*, in: *Henne/Riedlinger* (Fn. 11), S. 295, 297 f. 学派論争の詳細に *Friedrich Günther*, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre*

- zwischen Deision und Integration, 1949-1970, 2004; ders., Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Deision und Integration in den fünfziger Jahren in: Henne/Riedlinger (Fn. 11), S. 301 ff., dort S. 303 ff. ナドノミナキホトノコト S. 307 ff.
- (48) ナドノコトヲ照シ Rainer Wahl, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europaisierung des Öffentlichen Rechts. Der Staat 38 (1999), S. 496 f. S. 496 f.; ders., Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts (Fn. 9), S. 414 ff.
- (49) Fritz Werner, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, DVBl. 1959, S. 527 (= ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 212 ff.; siehe auch Stolléis, Verwaltungswissenschaft (Fn. 1), S. 227.
- (50) バッホフ Bachof, Verfassungsrecht (Fn. 31), S. 7 は、憲法の章への導入部で、両裁判について次の如く語っている。「マインツ行政法は今日ほゞ『憲法依存的』である。たゞそれは一度もならず。これは主として憲法に対する行政の強化された対象的拘束、直接拘束力をもつと宣言された基本法の現美化（基本法第一條三項、プログラム理論の拒絶）ととりわけ司法審査権の広範な構築と関係して
- 590」 (Ebenso S. 122)
- (51) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. I, Vorwort, S. VI.
- (52) ナドノコトヲ照シ 基礎的文献として Konrad Hesse, Bedeutung der Grundrechte, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Auflage 1985, S. 79-106 (stärker historisch geprägt), 2. Aufl. 1994, § 5 S. 127 ff.; Walter Schmidt, Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: Simon (Fn. 1), S. 188 ff.; Thomas Henne, „Von 0 auf „Lüh“ in 6 ¼ Jahren“: 基本命題の決定の特徴的要因について in: ders./Riedlinger (Fn. 11), S. 197; Stolléis, ebd. S. 298; 一九四九年から一九七二年までの連邦の国法学は法治国家及び基本権の段階的変換という論題に支配されていた。「分裂から欧州統合へ」による基本権の発展については Eckart Klein, Von der Spaltung zur Einigung Europas, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch (Fn. 6), § 5 Rn. 4 ff. (文献裏付けあり。)
- (53) BVerfGE 7, 198; 判決の歴史的環境と作用については Henne/Riedlinger (Fn. 11).
- (54) 単純法の憲法化は次の点に焦点を当てようとする。即

- ち、単純法は任意に変更され得るものではなく、一定の部分で憲法の具体化として実証されること、それ故に——普及した考えであるように——変更され得ないということ。これら(64) *Rainer Wahl*, *Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allweltsbegriff*, in: FS Brohm, 2002, S. 191 ff.
- (55) これと次の項目に(65) *Wahl*, *Die objektive Dimension* (Fn. 6), § 19 Rn. 1.
- (56) 同様に、*Horst Dreier*, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, S. 11 (リポート判決は「自己を意識した基本的なものである」)。
- (57) Vgl. *Dieter Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 408 f.
- (58) *Wahl*, *Die objektive Dimension* (Fn. 6), § 19, Rn. 1.
- (59) 質的な意味の跳躍によって基本権による立法者の拘束は次元的な広がりを獲得した。
- (60) この種の転轍機の役割は当該制度を法及び法生活に独自の仕方 で植付け根付けさせることの基礎付けとなる。その結果、しっかりとした実効性のある一般的基本理解が形成され、研究者たちはそれを修得し、法律職にとっても学問にとつてと同様特徴的となる。ドイツの法律家は基本権の客観的次元という軌道に沿って思考する。
- (61) 適用の平等、正しい裁量行使、個々の手段の比例性。
- (62) これを新たに明確にするための諸考察は、法律によつて拘束された(形成行政というよりは)特に侵害行政に関係する。
- (63) *Richard Thoma*, *Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, *Recht – Staat – Wirtschaft* III, 1951, S. 9; (基本法第二条三項と連関させて第一条一項における実質的主要基本権に依拠して)形式的主要基本権として第一九条四項を理解するものとして *Friedrich Klein*, *Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes*, *VVDStRL* 8 (1950), S. 67, 88.
- (64) これについては既に次の文献がある。 *Rainer Wahl*, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, *VVDStRL* 41 (1983), S. 151, 156 und LS 2.
- (65) 行政裁判所の成果は全面的なものであった。それは行政法における最大の変化をもたらした。規範の実際の効果にとつて、規則が裁判所の適用と解釈に服するものかどうかは、大きな違いを意味する。単に紙の上だけで存在していた法は、突然強固な貫徹力を獲得した。このことは第三ないし隣接諸規則にも当てはまる。六〇年代に既に建築物隣人訴訟が承認され始め、第三者保護が施設

の許可、計画確認、環境にかかる許可に広げられた後で、制定法の重要な部分が初めて「瑕疵」とその法的作用を獲得した。告訴可能性は、当該命令及び法律要件（指標）が真に硬い法であったことを示していた。

(66) *Schmidt-Abmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht (Fn. 25), S. 222.

(67) あるいは別な定式を与えると、権利保護における（目立った）区別以上に二つの法秩序を区別するものは何もない。たとい二つの法秩序が実質的規則で似通っていたとしても、裁判の射程と強度の点での相違は過小評価できない相違を創出する。

(68) 行政の形成役割領域に対する恐怖という重要な論題については、II 4を参照されたい。

(69) 変遷は憲法におけると同様際立っている。それは従来の行政法の状態からも明らかになる。その場合、オットー・マイヤーによる学問的行政法の印象的な形成という形式における従来の行政法の状態はヴァイマル行政法における注目すべき更なる発展（フライナー、イエリネック）同様争うべくもなく高い。これは国際比較においてもそうである。

(70) 行政法の法律はもはやその背後を問えない行政の法的基礎といったものではない。行政の法律は今では憲法に依存している。

(71) これについては最近のものとしてシェーンベルガー

Schönberger (Fn. 32) 及びシュニットマス

Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungs-

recht (Fn. 25), S. 10 f., Rn. 18. ff.; *ders.*, Das All-

gemeine Verwaltungsrecht vor den Herausforde-

rungen neuerer europäischer Verfassungsstruk-

turen, FS Winkler, 1997, 999基本法下における最も

重要な特徴としての行政法による憲法の具体化という思

想。

(72) 具体化された憲法としての行政法は、具体化された憲法としてのそれぞれの単純法の一般的原则の特殊例であり目立った適用例である。この一貫した特徴は、外国の憲法学者が驚嘆して、例えば社会法の諸問題がドイツで憲法問題であることに気付くといった結果をもたらしている。

(73) *Gunnar Folke Schubert/Christian Bumke*, Die

Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000;

これに「*更新の Wahl*, Konstitutionalisierung (Fn.

54), S. 192.

(74) フランスや英国の理解との相違について次を参照。

Mathias Ruffert, Die Methodik der

Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen

Ländern der Europäischen Union, in: Eberhard

Schmidt-Abmann/Wolfgang Hoffmann-Riem

(Hrsg.), Methoden der

Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 165 ff.

(75) これは驚くに値しない。現代の通商経済及び市場経済は法的な「枠」を必要とする。介入及び規制は不可欠であり、だが同時に同じ社会が法的安定性と予見可能性を必要とする。法治国家の行政法は国家の行為権限を正当化するとともに制約する。

(76) この意味において基本権と特に比例性原理は行政法の中に効果的に「食い込ん」だ。

(77) 他の変遷を描いたものとして Günter Dürig, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Rn. 106 従来の「行政の法律適合性」という原理は「行政の直接的憲法適合性」になった。

(78) Stern, Staatsrecht (Fn. 22), Bd. I, 1977, § 4 III 8 d Abgrenzung verfassungskonform – verfassungsorientiert.

(79) 許可請求権が存在するすべての許可における標準例。ここでは通常、その都度関連する基本法は要件の前提が維持される場合には請求が存在することを命ずるのであるから、これはそれ以外の仕方であってはならないという命題が続く。この追加は、例えば建築許可の請求に際して裁量の規定を提案するであろう者がそもそも存在し

なるといっても当りはあらず。

(80) 本文は次の文献に従う。Rainer Wahl, Die

Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und

Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-

Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Gunnar Folke

Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen

Verwaltungsrechts, 1993, S. 177. 「秩序理念」として

の「一般行政法」の独自の構想を練り上げ、それを更に展

開していくのはシュルツマンとアステンである。

Eberhard Schmidt-Abmann, Das allgemeine

Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (zunächst als

Vortrag vor der Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe

unter dem Titel: Das allgemeine Verwaltungsrecht

als Ordnungsidee und System, 1982, dann als: Das

allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee.

Grundlagen und Aufgaben der

verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1.

Aufl. 1998, 2. Aufl. 2004, siehe vorbereitetes Fn. 25).

(81) もちろんこれらすべてが一九四五年以降に始まった訳ではない。一八六三年以来始まった現代行政裁判はこの変遷過程を既に辿っている。その限りではそれぞれの国の最高行政裁判所は、最も明白なのはプロイセンの上級行政裁判所であるが、その枠内でそして裁判権の及ぶ領

域について、正確にこの役割を既に一九三三年まで演じたのである。

- (82) これにつき詳細は次の文献を参照されたい。 *Wahl*, Die objektive Dimension (Fn. 6), § 19 Rn. 27 unter der Überschrift: Die objektiv-rechtliche Dimension als Fundament des deutschen Öffentlichen Rechts; *ders.*, Die Zweite Phase des Öffentlichen Rechts (Fn. 11), S. 496 ff.

略歴

ライナー・ヴァール、一九四二年生まれ。ハイデルベルク大学とボン大学で法律学を学ぶ。一九六九年ハイデルベルク大学で博士号取得。一九七六年ビートルフェルト大学で教授資格取得。一九七七年及び七八年ボン大学で教授した後、一九七八年以降フライブルク大学で、国家法・行政法・行政学・近代憲法史講座を引き受ける。その間公法研究所所長を務める。一九八三年から八四年にかけて学部長、一九八五年から八七年にかけては副学長を歴任する。一九九六年のドイツ及び国際環境法研究センターの設立に代表として携わる。二〇〇六年夏学期を終えてから退官。フライブルク大学名誉教授。

- I 単・共著として
 Stellvertretung im Verfassungsrecht, Berlin 1971
 (Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd.170).

Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, 2 Bände, Berlin 1978 (Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 341).

- Nationale Kernenergiepolitik und Gemeinschaftsrecht, Düsseldorf 1995 (gemeinsam mit G.Hermes).
 Prävention und Vorsorge. Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten (Hrsg.), Studien zum Umweltstaat, Berlin 1995.
 Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt 2003.
 Herausforderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006.
 Entstehung und Entwicklung des Umweltrechts im Kontext der gesellschaftlich-politischen Kräfte, in: Umweltrecht und Umweltwissenschaft, Festschrift für Eckard Reh binder (Hrsg.zusammen mit M. Führ, P. von Wilimowsky), Berlin 2007, S. 127-143.
 Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation (Hrsg.), Berlin 2008.
 II 注釈書として
 Gentechnikgesetz (GenTG), in: R. Landmann/G. Rohmer, Umweltrecht II, München 1994.
 Kommentierung zu § 42 Abs. 2 VwGO, in: F. Schoch/E.

Schmitt-Albmann/R. Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 1996 (gemeinsam mit P. Schütz).

不^レ論。

田 法律雑誌社' 1100^レ公布^レ法律' 111^レ憲法^レ論^レ。 憲法論
 6^レ6^レ2^レ1^レへ^レ論^レ6^レ6^レ2^レ1^レへ^レ論^レ。

Der preußische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne Deutsche

Verfassungsgeschichte (1815 - 918), Köln1972, S. 208 - 231.

Notwendigkeit und Grenzen langfristiger Aufgabenplanung, Der Staat Bd. 11 (1972), S. 459- 482;

Der Regelungsgehalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren, DÖV 1975,S. 373 - 380.

(三卷)

Die Fachplanung in der Phase ihrer Europäisierung, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Umbach (Hrsg.), Planung – Steuerung – Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlperger zum 70. Geburtstag,2006, S. 427-447.

Die Rolle von Verbänden auf der internationalen Ebene, in: Verbände, Organisationen und Recht, Japanisch-deutsches Symposium Osaka 2005, S. 345-364.

(erschienen auch in: Dieter Leibold, Japanisches Recht, Verbände und Organisationen im japanischen und deutschen Recht, 2006, S. 297-317).

Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in der Gesellschaft und in der Rechtspolitik, in: Giovanni Maio (Hrsg.), Der Status des extrakorporalen Embryos, Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs, 2007, S. 551 – 593.