HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	イェシュにおける憲法構造論（１）－憲法と行政法の関連に関する一考察－
Author(s)	遠藤, 博也
Citation	北大法学論集, 18(3), 1-38
Issue Date	1968-01-08
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16088
Type	bulletin (article)
File Information	18(3)_p1-38.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

『イェシュにおける憲法構造論(一)』

—憲法と行政法の関連に関する一考察—

遠藤博也

一 序言
二 イェシュの憲法構造論
〔一〕 序説(人と業績)
〔二〕 法律の留保論 (以上本号)
〔三〕 裁量論
〔四〕 拘束論
三 批判と検討
〔一〕 若干の批判例
〔二〕 検討
四 結語

一　序　言

一　ドイツ行政法の父といわれるオットー・マイヤーが「憲法は変るが、行政法は存続する」という有名な言葉を残した[1]ことは周知のとおりである。この言葉がもつ意味については種々の論評があるが[2]、そこでは少なくとも、行政法体系が憲法構造の変遷にも拘らず、それからの決定的な影響を受けることなく存在しうること、いわば行政法の憲法からの自立性が認められているといってよいであろう。勿論、オットー・マイヤーの行政法といえども、彼のいわゆる警察国家から法治国家への変遷、即ち立憲国家の存在がその前提である[3]。しかし、立憲君主制の原理の上に立つ帝国憲法及び諸邦憲法からワイマール憲法への変革は、彼の行政法体系に何ら変更の必要を生ぜしめるものとしては受けとられなかったのであった。

ところで、第二次大戦後における西ドイツにおいては事情を異にする。人は、行政法をむしろ「具体化された憲法(konkretisiertes Verfassungsrecht)」として把えようとしている[4]。無論、これはただ単に考え方の変化としてのみ理解されるべきものではあるまい。一口に憲法構造の変革・変遷といっても、それはそれぞれに具体的内容をもったものであるから、これが行政法体系に及ぼす影響の程度・範囲を一概に論ずることはできない。或る時の憲法構造の変革は行政法体系に深刻な影響を及ぼすが、他の或る時の変革はさほどの影響を及ぼさないということも充分に考えられるであろう。それはともかくとして、現在の西ドイツにおける行政法理論が、従前と比較をすれば極めて高い程度において憲法に依存(verfassungsabhängig)[5]するものとされ、憲法秩序における価値体系なり価値判断に行政法理論の基礎が求められていることは事実として承認されるであろう。このような事情は現在のわが国においても同様に認められる。人が如何に屢々従来の行政法理論を批判するにあたって憲法構造や憲法原理の変革を援用しているかは

ここに一々その例証を挙げるまでもない程である。[6] われわれは今日、行政法体系や行政法上の基本的問題を論ずるにあたって、憲法構造論との対決ないしこれの検討を抜きにして議論をすることは不可能であるといっても決して過言ではない。

二　そもそも憲法は国法体系における最高法規範である。他の諸法と同様に行政法もこの憲法にその妥当性の根拠をあおぎ、その内容においても憲法上の基本原理の支配をうける。のみならず、特に行政法は、行政に関する法として、憲法構造における行政の位置づけの如何によって強い影響を受けることは見易い道理であろう。そういう意味で行政法が具体化された憲法であるとは当然だともいえる。しかしながら、問題は、行政法が憲法構造によってどの程度にまたどの範囲まで規定されるものであろうか、である。行政法を論ずるにあたって、その具体的当否はともかく、憲法構造や憲法原理を援用すること自体は当然のこととされているのであるが、われわれは憲法から行政法理論にとって有意味なことをどれだけ引き出すことができるのであろうか。「具体化された憲法」とは如何なる意味においてであるか。そこに問題はないか。この点についての問題提起が本稿の目的である。

この問題のためには、行政法は勿論憲法自体についてもそれが持ちうる意義・機能等を仔細に検討しなくてはならない。しかし、それは将来の問題として残し、ここでは、むしろ将来一般的にこのような問題を取扱う際の手懸りとなりうるような問題点を指摘するにとどめたい。このために、本稿では、まず、戦後の西ドイツにおいて憲法構造論を正面に押し立てて行政法理論の再検討を迫った一人の学者の所説を紹介し、ついで、これに対する有力な批判のうち代表的なものと考えられるものを示し、おわりに著者の見解を問題提起の形で述べることにする。

(1) Otto, Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3 Aufl. 1923, Bd. I Vorwort.

(2) 例えば、鵜飼・行政法の歴史的転回・二一六頁以下、塩野・オットー・マイヤー行政法学の構造二八九頁以下参照。

(3) Vgl. B. Dennevitz, Die System des Verwaltungsrecht, 1948, S. 127.

(4) F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. DVBl. 1959, S. 527ff.; H. Reuß, Die Wirksamseinheit von Verwaltungs-und Verfassungsrecht, DÖV 1959, S. 321ff.; Zeidler, Empfehlt es sich,die bestehenden Grundsätze über Auskunfte und Zusagen in der Verwaltung beizubehalten? Gutachten: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages. Bd. I/2, S. 7ff. (13,14); Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 1963, S. 93; H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Vewaltungsrechtslehre, 1965, S. 7; Imboden, Staatsbild und Verwaltungsrechtsprechung, 1963, S. 11.

(5) Bachof, a. a. O., S. 7; Imboden, ibid.

(6) 昭和四十二年度日本公法学会における行政法の主報告者である今村・室井両会員の論説においても憲法原理の変遷が強調されていた。

二　イェシュの憲法構造論

〔一〕序　説（人と業績）

一　ここでとりあげる一人の学者とは、一九六三年六月一五日交通事故のため三九才の若さでこの世を去った故ディートリッヒ・イェシュ（Dietrich Jesch）[1]のことである。彼は、一九二三年七月四日ザクセン州ケムニッツの州裁判所長を父として同州ゼブニッツで生れた。一九四二年から一九四六年にかけては従軍と捕虜の時を過ごし、その後も、実家の破壊と長年にわたる父親の不法監禁のため故郷を奪われ、苦難の時期を過ごしたといわれる。一九四八年エルランゲン大学での学生生活を始め、一九五一年第一次国家試験に合格、翌五二年からバハオフ（Otto Bachof）の助手となり、一九五五年にはバハオフに従ってテュービンゲンに移り、同年第二次国家試験に合格、ポーレ（Rudolf Pohle）の指導を受けて成ったその学位請求論文「行政行為による民事裁判官の拘束」（一九五六年公刊）は称賛を

もって学界に迎えられ、その後の諸論文特に一九五九年に完成し一九六一年公刊された教授資格論文「法律と行政」によって一般の承認を得るに到った。テュービンゲンでの一年の私講師を経て、一九六〇年の冬学期よりマールブルク大学における公法の正教授の地位を占めた。

二　この略歴が示すように彼の研究生活はわずか八年間であるにすぎない。しかしながら、彼はこの間に、多くの注目に値いする業績をものし[2]、かつ実りある業績がさらに期待されていた。現に彼は、国法学の教科書の執筆中だったと伝えられる。イェシュは、一九六二年九月同じく三九才で亡くなったフライブルク大学のツァイドラー（Karl Zeidler）[3]教授とともに、ドイツ公法学・国法学界の新世代を代表する学者と考えられていたのである。

ここでは、その業績のうち質量ともにイェシュの研究を代表すると考えられる三つの論文によって、彼の考えの後をたどって行くことにしよう。

なお、本稿ではやや詳しくイェシュの学説を紹介することにする。イェシュの学説の理解において誤解なきを期するためと後の検討に役立たせたいためである。特にイェシュの所説が単なる思いつきの域に止まるものではなくて相当周到な用意の上に出来上っていること、しかも、なおかつ、そこに問題があること、その原因は奈辺にあり、これに対処するにはさらに如何なる前提作業が必要であるか、これらを示すのが本稿の目的だからである。

(1) イェシュの人と業績については、Bachof, Nachruf ; Dietrich Jesch, AöR, 1963, S. 347ff. ; Hubert Görg, In memoriam Dietrich Jesch, DÖV 1963, S. 543f. など参照。

(2) *Monographien ;*

1. Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte. 1956（彼の学位請求文である。以下 Bindung で引用する。）
2. Gesetz und Verwaltung. 1961（教授資格論文である。以下 Gesetz で引用する。）

Aufsätze :

1. Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden. JZ 1954, S. 528–533.
2. Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Verwaltungsprozeß und reformatio in peius. DÖV 1955, S. 391–397.
3. Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe. DÖV 1956, S. 77–80.
4. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrecthlicher Sicht. AöR 1957, S. 163–249. (以下 Ermessen で引用する。)
5. Zulässigkeit gesetzesvetretender Verwaltungsverordnungen? (zu BVerfGE 8, 155). AöR 1959, S. 74–93. (以下 Verwaltungsverordnungen で引用する。)
6. Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden bei der Wahrnehmung „staatlicher" Aufgaben. DÖV 1960, S. 739–746. (本書は教授資格試験講演に補正を加えたもので、その内容は新境地を開いたものとして重要であるが、本稿では割愛する。)
7. Öffentliches Verkehrsinteresse und Berufsfreiheit. JZ 1961, S. 624–626.
8. Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? JZ 1963, S. 241–245.
9. Der Gemeingebrauch ; Korreferat. JuS 1963, S. 213–219.

Rezensionen :

1. Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Bände 1–5. DÖV 1956, S. 674f. ; 1957, S. 920 ; 1958, S. 720 ; 1961, S. 317.
2. Carstens, Das Rechts des Europarats. DÖV 1957, S. 158.
3. Landmann–Rohmer–Eyermann–Fröhler : Gewerbeordnung, Kommentar, Bd. 2. Bad.–Württ. VerwBl. 1957, S. 48.
4. Festschrift für Friedrich Lent. DÖV 1957, S. 791f.
5. Bullinger, Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften. JZ 1961, S. 302f.
6. Drück, Die internationale Zusammenarbeit bei der friedlichen Verwendung der Atomenergie innerhalb Europas. DÖV 1961, S. 358.
7. Jaenke, Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht–die Bedeutung der Richtlinien. JZ 1961, S. 520.

8. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebede Gewalt. AöR 1960, S. 472.
9. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2 Aufl. DÖV 1961, S. 435–437.
10. Goessl, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes. DÖV 1961, S. 760f.
11. Pfennig, Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen. DÖV 1961, S. 917.
12. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltungswandel der Demokratie im 20. Jahrhundert. 2. Aufl 1960. DÖV 1962, S. 37f.
13. Ehmke, „Ermessen" und „unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht. AöR 1961, S. 491–496.
14. Bäumlin, Recht, Staat und Geschichte. DVBl. 1962, S. 458.
15. Zur Festschrift für Hans Huber (1961). Der Staat, Bd. 1 (1962), S. 107–116.
16. Weber–Scheuner–Dietz ; Ramm ; Ridder : Gutachten zur Verfassungsbeschwerde der IG Metall gegen das Urteil des BAG im Schleswig–Holsteinischen Metallarbeiterstreik. DÖV 1963, S. 116–118.

Berichte :

Staatsrechtslehrertagung 1960 in Köln (zu den Referaten von Schneider und Schaumann). JZ 1961, S. 33–35.

Mitarbeit :

1. Zusammen mit Otto Bachof : Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland. JöR 1957, S. 47–108.
2. Mitarbeit an der Kommentierung des Art. 19 Abs. 4 GG im Grundgesetzkommentar von Maunz–Dürig

Als Manuskript gedrucktes Gutachten :

Rechtsgutachten über den Entwurf einer Ordnung des ordentlichen Studiums an den Pädagogischen Hochschulen des Landes Baden–Württemberg und über den Begriff „simultan" in Artikel 19 der Verfassung des Landes Baden–Württemberg. 1962. たゞし 判例批評をあるが これについては vgl. Bchof, a. a. O. S. 350.

(3) Vgl. Hans Schneider, Nachruf : Karl Zeidler, AöR 1963, S. 96ff.

〔二〕 法律の留保論

一　イェシュの憲法構造論が最も明確な体系的な形で展開されているのは、その教授資格論文「法律と行政」[1]においてである。本書には「適法律性原理の変遷に関する研究（Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes）」という副題がつけられているが、ここで取扱われているのは、主として「法律の留保」に関する問題である。

適法律性原理は、すなわち法律による行政の原理（Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）のことであるが、これは周知のように法律の優越（Vorrang des Gesetzes）と法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）の二つの意味をもつ（Jesch, Gesetz, S. 29 ff.）。前者は、法律に違反する下級の法段階の行為の効力が奪われるべきであることを内容とし、後者は、法律よりも下級の法段階の行為が適法になされるためには法律の根拠を必要とするかどうかの問題に関する。この両者は、ともに法律による行政の原理を実現するものとして、相互に無関係のものではないし（Vgl. Gesetz, S. 156）、両者の区別が実際上に困難な場合もないではない（Gesetz, S. 190ff.）が、理論的には区別されるべきものである。このうち法律の優越は、立憲君主制の下であろうと、今日の民主制国家の下であろうと、その内容には差異がない（Gesetz, S. 120, 172）。そこで、実際上にも戦後の西ドイツにおいてやかましく議論されている「法律の留保」の範囲の問題が本書で論じられているのである。

（1）　本章の構成は、第一部基礎理論（九―一〇一頁）と第二部適法律性原理の変遷（一〇二―二三六頁）より成り、さらに第一部は第一章概念（九―三四頁）、第二章万法論についての付論（三五―七三頁）、第三章立憲君主制並びにドイツ連邦共和国の憲法構造（七四―一〇一頁）に分かれ、第二部は、第四章侵害留保の歴史と理論（一〇二―一七〇頁）、第五章現代における問題（一七一―二三六頁）に分かれる。

二 この法律の留保の問題の要点は、従来侵害行政の分野に限定されていた法律の留保（侵害留保〈Eingriffsvorbehaft〉を、今日実際上にも重要性をましてきている給付行政その他の分野に拡張すべきではないか、の点にある。すなわち、これらの分野もまた行政の自由にまかせず、法律の根拠なくしては行ないえないものとすべきではないのかという主張がなされ、これをめぐって議論が行なわれているわけである。このような主張は、様々の根拠を用いて行なわれている。時には、国家に対する国民の社会的・経済的地位の変遷や自由の観念の変化が、時には、憲法原理のあれこれが援用されている（dazu Gesetz S. 37, 199）。イェシュもまた結論においてはこの種の主張にくみする一人である。それでは、如何なる方法上の用意をもってこの問題にのぞもうとしているのであるか、これが第一に問題である。

結論を前以っていえば、彼は、適法律性原理が憲法構造に機能的に依存している（die funktionale Abhängigkeit von der Verfassungsstruktur）という方法的仮設（methodische Hypothese）から出発する（Gesetz S. 6, 66, 72; vgl. S. 170, 173f. 204, 211 u. s. w.）。これは大要次のような手順を経て提言されている。

(一) まず一般的な方法論として、彼は法理論的方法（juristisch-dogmatische Methode）によるべきであるとする（Gesetz S. 54f.）。彼によれば、法規範は法規範のみから導くことができる。しかし、それは法以外の観点の排除をいみしない（Gesetz S. 55ff.）。すなわち、法解釈の目的は法規の拘束的内容の確定であるが、これは法理論的方法によってのみ行なわれる。法概念には非法律的概念（metajuristische Begriffe）が結びついているが、これは部分的であり、かつ変容した上でのことである。ただその限りでは、全ての非法律的方法も問題となり、そのいみで法解釈は方法混淆主義（Methodensynkretismus）によることになる（Gesetz S. 61）。しかしながら、因果的・目的論的・機能的・精神史的・政治的・経済的方法などが単一で支配しているもの（Alleinherrschaft）ではない。

このようにして、適法律性原理の内容と範囲も法理論的ないし規範的に（dogmatisch-juristisch oder normativ）

のみ確定されるものとする(Gesetz S. 62)。したがって、社会経済的事情の変遷を理由として適法律性原理の拡張を導き出す主張は、法政策的要請に過ぎないものとして排斥される(Gesetz S. 37, 204)。彼も、規範の意味が他から切離されて孤立して存在しうるものではなく、これが社会的・政治的・経済的変革などによって影響を受けまた形成されることを否定するものではない。しかし彼は、正しい解釈によれば法的内容 (juristische Inhalt) はこのような結びつきを充分に反映しているものであるから、解釈にあたってこれに深く立入る必要はないものとしているのである(Gesetz S. 62)。

(二) つぎに彼は、法解釈に条文解釈 (Textauslegung) と欠缺充足 (Lückenausfüllung) の二つの場合を区別し、伝統的な適法律性原理は前者の法文解釈すなわち明文・不文の法規を解釈することによって得られるものとし、これに対して、現代の適法律性原理の内容は条文解釈ではなく欠缺充足によって得られる問題であるとしている(Gesetz S. 62f.)。ところで、彼によれば、この法の欠缺 (Rechtslücke) の充足の手段としては、まず第一に類推 (Analogie) があるが、これによっては新たな適法律性原理を展開させることはできない。そこで、全法秩序ないし部分法秩序から体系的、演繹的に法規を得る (die systematisch-deduktive Gewinnung eines Rechtssatzes aus Gesamtrechtsordnung bzw. aus Teilrechtsordnungen) 方法がとられる。これは特殊の法解釈体系に服する。すなわち法律学は他律的な理論体系 (heteronom-dogmatischen System) であり部分的にのみ公理化された開かれた体系 (teilaxiomatisierte oder offene Systeme) である。したがって、ここにはいつでも新しい前提 (Prämissen) が導入されうる。これが導入されるまで及び導入された後には一応完結した体系として取扱われるにすぎない。ゆえに、終局的に定義された、もしくは終局的に定義されうる前提（公理）は存在しない。したがって、個々の法規の解釈は、特にそのためにたてられた部分的に公理化された体系 (ad hoc teilaxiomatisierte System) によらなければならない。そこで、特定の法律問題のための体系的な連関を得る前提の選択と補充は〈topisches〉と呼ばれうる手続で行なわれる。すなわち推論

的思考過程の中に論証の〈topoi〉[1]が探し出される。これが得られ相互関係が定められると、その前提より結論を演繹的に引き出しうるところの部分的体系をわれわれはものにすることができるのである。かくて、この体系はまず第一次的には問題に拘束された論証的思考の産物である。しかし、この体系に照らして、得られた結論が法律的に正しい (juristisch exakt) かどうかを認識し、かつ、検証しうるのである(Gesetz 64f.)。

(三) 右のような考え方をとる結果、新たな適法律性原理を憲法上の特定の原理のあれこれ、例えば、法治国原理や権力分立原則から導き出すことが否定される。けだし、これらは固定的な内容をもつものではなくて、憲法秩序と全法秩序という体系的連関の中でのみその内容をもつものであるし、特定の憲法原理のあれこれがこの問題に適当なる基礎を提供するものであるかどうかは明らかではない。別の憲法原理からは相反する結論が導き出されるやも知れないからである。したがって、適法律性原理は全憲法体系の中に置いて把えられねばならないのである。

このようにして、イェシュは「適法律性原理は憲法構造の機能である (Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist eine Funktion der Verfassungsstruktur)」という方法的仮説を立てる(Gesetz S. 66)。さらに彼はこれを敷衍して次のように述べている。

適法律性原理の通用性、内容、範囲は特定の憲法秩序のその時々の構造に機能的に依存している。これによってみれば、適法律性原理の意味は憲法構造の変遷と運命を共にするはずである。したがって、立憲君主制の憲法構造における伝統的適法律性原理の機能的地位が明らかにされるべきである。ついで、今日の変遷したる憲法構造より適法律性原理の変更したる機能的地位と新たなる内容構成が導き出されるものとしている(Gezetzs S. 66f)。これはさらに彼の憲法構造の概念規定によっても補強されている。彼によれば、憲法とはひとまず国家の法的根本秩序 (rechtliche Grundordnung des Staates) として理解される(Gesetz S. 68)。つぎに構造の概念としては、(1)形式的構造概念としての関係の集合

(Relationsgefüge)、(2)実質的構造概念として存在的実体 (ontologische Realität) を含むもの、(3)内部構成としてのいみ (Gegliedertsein eines Ganzen) などがあるが(Gesetz S. 69ff.)、ここでは、(1)と(2)の丁度中間的ないみで用いられる(Gesetz S. 69)。すなわち、ここでの構造概念では関係の集合が前面に出る。しかし、関係は孤立して登場しうるものでなくただ単に構成部分間 (Zwischenglieder) として現われるものであるから、構造の下にはその間に一定の関係がある「要素」の構成 (Aufbau aus 〉Elementen〈) もまた含めて理解されなければならない。

単なる関係の集合を越えて構造概念は機能的連関を示す。これによって、個々の関係が孤立して考察されるべきではなく、関係間の相互依存関係 (Interdependenz) が認められることが表現されている。

このようにして、憲法構造によって法的な国家構造が考えられている。憲法構造は規範組織 (Normengefüge)、成文並びに不文の法規の組織である。重要なのはとりわけ、多くは憲法原則 (Verfassungsprinzipien) と表現される規範集合体である。憲法構造は機能的連関としてみられる。このことは解釈にとっては、個々の法規の孤立した考察を排除すべきであること、それと個々の要素の相互依存性を考慮しつつ全体連関より解釈が行なわれなければならないことを意味する(Gesetz S. 72)。

憲法構造において適法律性原理は決定的な地位を占める。機能的連関においては全体は部分に部分は全体に相互に影響を及ぼすから、憲法構造は適法律性原理の内容と機能的地位を規定する。適法性原理の方でもこの構造を特色づける。基本法秩序における適法律性原理の場合の如く、構造が全体として知られ、機能的連関の要素が探究された場合にのみ、構造分析は、部分の適当な機能的地位と内容をもたらすはずである(Gesetz S. 73)。

以上が、イェシュがこの問題についてとっている方法上の用意である。これが具体的に如何なる展開をみせるか、これが第二の問題である。以下彼の論述を追うことにしよう。

(1) トポイとは、ギリシア語の〈τόπος, τόποι〉に由来し、ラテン語の〈locus〉に相当する。即ち「場所」の意味である。周知のようにアリストテレスには「トピカ」と呼ばれる論理学の書があるが、この「トポス」の語は論理学上、修辞学上に用いられ(英語の topic 参照)、後年さらに心理学上でも用いられている。いわゆる「位相」心理学がこれである。訳しにくいのでそのままにしておく。

三 立憲君主制の憲法構造における法律の留保(侵害留保)

イェシュは、立憲君主制の憲法構造の基本的特色を、国家と社会の対立に基礎を置く二元論(Dualismus)にみている(Gesetz, S. 88 (123, 170 u. s. w.))。彼によれば、立憲君主制の憲法構造は君主原理(monarchischen Prinzip)にその基礎を置く(Gesetz, S. 76)。しかしながら、主権論争(Gesetz, S. 78ff.)においてみられるように、立憲君主制は思想史的には立憲主義の実現であり、君主主権に代えて国家主権が主張され(Gesetz, S. 80)、国家権力の所在と行使(Substanz und Ausübung)の区別が承認されるということは、実質的には国民主権の承認をいみする(Gesetz, S. 81f.)。君主は最早、機関主権(機関最高性?・Organ-souveränität)を有するにすぎない(Gesetz, S. 87)。しかし、君主はなお執行権の長として、その限りでは、なお絶対の支配者である。社会は絶対的国家を憲法の枠の中に押し込めたが、執行権力の中において君主はなお自由なる活動領域を有する。その外枠はあるが、それ以外は国家の(正確には執行府の)内部領域(Innenraum des Staates《richtig: der Exekutive》)である(Gesetz, S. 89f.)。のみならず、疑わしい場合に権限の推定は最高機関である君主のために語る(Gesetz, S. 88, 91.)。

このように、君主原理と立憲主義の妥協の産物としての立憲君主制においては、国家(執行府)の固有の内部領域と、社会によって支配される外部領域いいかえれば法によって保護されるべき社会の固有領域とが区別される(Gesetz, S. 80)。前者は非法(Nicht-Recht)の分野であり、後者が法(Recht)の支配する分野である。この二元的対立は、政府対議会、国家対社会、君主対国民などのあらゆる面において現われている(Gesetz, S. 90f.)。

三の一　侵害留保の成立と内容

㈠　一般的な侵害留保の先駆的なものとして刑事法と税法の分野にまず法律の留保が認められた。国家刑罰権の発動が個別的法律規定によらなければならないという原則は、当初は法的安定の要求によるものであり、したがって、多くは支配者が自己自身の法規に拘束されることであったが、これは官房司法の排除と刑事立法権・刑事司法権の分立によってその意味を失なった。罪刑法定主義の勝利は立法権と執行権の分離、立法への国民代表の参加によって完成される(Gesetz 102 f.)。法律の支配は執行権に対する立法者の支配である。かくて刑事裁判官の厳格な拘束と類推解釈の禁止は新たな根拠が支えられることになる(Gesetz S. 103-104)。このような民主的な法律概念は、等族議会における課税に対する同意にもその前身をもっている(Gesetz S. 104 ff.)。この両分野における留保が完成されて始めて、国家の負担的執行作用に対する一般的な適法律性原理が生ずることになった(Gesetz S. 106)。

一九世紀ドイツ立憲運動のモットーは「国家への参与による国家からの自由 (Freiheit vom Staat durch Teilhabe am Staat)」であった。一九世紀を特色づける君主主権と国民主権の妥協は、一面では君主原理により、他面では民主的法律概念によって特色づけられる。この法律概念は、「社会」に国家からの自由を保障する、すなわち、執行府の独自の権力に基づく侵害に対して保護されるべき個人の領域 (Individualbereich) を国家への参与によって、しかも立法がこの個人の領域に及ぶ場合にこの立法への同意権を認めるという形によって、保障しようとするものである(Gesetz S.108f.)。当時の憲法には種々のものがあるが、これは二つのグループに分類できる。一つは、一般的な侵害留保の規定をもつ憲法であり、他の一つは、一般的な留保の規定を欠き立法一般を議会の同意にかからしめる憲法である。前者は、一八一八年のバイエルン憲法七章二条、(「個人の自由と国民の財産に関する一般的な新たなる法律の制定・変更・公権的解釈・廃止は王国等族議会の審議と同意なくしてはなしえない」)の如く一般的に侵害留保

に関する規定が置かれている場合であって、また特別の（軍事、民法、刑罰法、一定の組織法等に関する）留保によって補われ、議会の同意を要する範囲は明確である。後者ではこの範囲は法律概念の解釈によることになる。これは、とりわけ一八五〇年のプロシア憲法典六二条をめぐって問題となったが、結局は法律の二重性の理論により、立法の分野は原則として、「自由と財産」の定式（〈Freiheit-und-Eigentum〈-Formel）によって定められ（実質的法律概念）、特別の留保（形式的法律概念）によって補われることになった。

このようにして、結局一般に、個人の権利領域を侵害する場合に形式的法律の授権が必要とされたのである(Gesetz S. 111 f.)。したがって、侵害留保の内容と範囲を画する「自由と財産」の意義が次の課題となる。

(二) 自由と財産

(1) 自由と財産の全ての侵害に対する法律の留保には三つの根がある。人間の権利（Menschenrecht）に関する自然法理論、権力分立の思想並びに国民主権の原理がこれである。この三つの要素の結合によって始めて伝統的な形での侵害留保が形成された。けだし、この留保は、自由と財産によって限界づけられた、国家権力に対して保護される個人の領域（individuelle Bereiche）を前提とし、他方、立法権と執行権の区別を要求し、第三に、この領域における立法に国民代表の参加を要求しうる民主的要素を必要とするからである。この三要素の結合は、ジョン・ロックにおいてみられる(Gesetz S. 117)。

ジョン・ロックにおいては、自己同意（own consent）の思想が国家構成の中心をなし、この自己同意のフィクションの上に侵害留保の思想と内容が基礎を置いているのである。ロックによれば、生命・自由・財産（estates）をひっくるめて〈property〉と呼ぶ場合と、自由と財産（liberty and property）とを並置して用いる場合とがあるが、人は、その権利すなわち生命・自由・財産を守るためにのみ社会契約を結んで国家権力に服する。政府の任務は他なら

ぬこの財貨の維持(preservation of property)である(Gesetz S. 117 f.)。国家はかくて専ら市民とその権利により構成されるものである。したがって、「個人の領域(Individualsphäre)の」全ての侵害にはその同意が必要である。法律は、国民のその自己の権利に関する自己規定(Selbstbestimmung)である(Gesetz S. 119)。このようなロックの構成から法律の留保と優越も出てくる。けだし、この国民より成立せしめられた立法府の授権なくして、もしくは、これに反して執行府が活動することはできないはずだからである。しかしながら、執行府はその統治作用(Prerogative)においては法律の留保と優越の拘束を免れることができる。ロックによれば、統治作用とは、規則なくして公益を実現する権力に他ならない(Preogative is nothing but the power of doing public good without a rule)が、これは今日いうところの国家の給付作用を法律の留保からはずすことをも含んでいる。これを要するに、立法者の役割は専ら市民の生命・自由・財産の維持に限られ、それ以上に執行府を拘束することは不必要とされるからである。したがって、国家給付についての留保も暗黙裡に否定されるわけである(Gesetz S. 120)。

ロックによって与えられた民主的法律概念・権力分立原理並びに国民主権の思想の結合は、ついにはアメリカ諸州の憲法、フランスの一七八九年の人権宣言及びドイツ立憲君主制の諸憲法中にとり入れられるにいたった。しかしながら、ドイツにおいては、二元論(Dualismus)の特色をもつものであった(Gesetz S.121 ff.)。

(2)　自由と財産の定式は、ドイツ憲法史においては、一八〇八年五月一日のバイエルン憲法草案第七条(「国家は、全国民に人身並びに財産の安全……を保障する」)に始めて登場した。ドイツ諸憲法にこの定式をとり入れるについて、しかも国民代表の同意に拘束される立法の範囲を示すためにこの定式をとり入れるについて最も功績のあったのはフオン・シュタイン男爵であるが、ドイツ連邦憲法プロシア草案における同様の規定は彼に遡るし、また彼の影響下にナサウ公爵領憲法中にこの定式が規定されている。一八一四年九月一・二日の勅書(Patent)第二条に始めて、

立法権限との関連においてこの定式が登場し、以降殆んど全ての憲法において、人の自由と財産とが言及されることになった (Gesetz S. 123 f.)。ただ、実定諸憲法上では、この両概念は相結合したり分離した形で、時には憲法の基本権の部分に、時には議会の協賛権の規定のところ、すなわち侵害留保の規定のところに置かれており、規定の仕方は不統一である。しかしながら、この両側面は思想史的にもまた理論体系的にいっても共に一つのものを構成している。基本権も留保による立法の範囲の限定も両者は共に、かちとられた国家からの自由の法的現象である。人間の権利は個人の領域を形成し、留保はこの領域を社会の代表者のコントロールに服せしめる (Gesetz S. 125)。このようにして、G・イェリネクのいうところの消極的地位ないし自由なる地位 (Status negativus oder Status libertatis) は個々のばらばらな権利から成るものではなく、統一的な個人の領域 (eine einheitliche Individualsphäre) であるとされるのである。自由と財産という定式は、この統一的包括的地位を人的・物的の両側面から表現するものであるにすぎない。この包括的な自由の地位より出発すれば、さらに、基本権並びに侵害留保の両者もまたこれの二構成要素をなすにすぎないものである。まず留保によって、消極的地位を侵害する法規が社会のコントロール、すなわち議会の同意にかからしめられる。これによって立法府と執行府の区別、法律と命令の区別がなされる。つぎに他の構成要素すなわち、いわゆる基本権の客観的機能により、自由と財産に対する個々の侵害について法律の留保が必要とされ、これによって執行府と個人の間に限界が引かれる (Gesetz S. 126 f.)。

諸憲法における規定の仕方には様々のものがある (Gesetz S. 127-8) が、立法が君主と議会の共働に服せしめられている場合には、これによって暗黙に侵害留保が認められているのである。このいみで後期立憲期の国法学がこの関係で実質的法律概念を用い、立法の留保に関する規定を侵害留保の意味に解しているのは正しい。けだし、立憲君主制における法律の留保は、人権という自然法理論を民主的法律概念にからませて合理化したものであり、社会は、国家からの固

有領域の確保と国家のコントロールを立法への参与を通じて実現しようとするものだからである。全部留保のいみでの国家活動の全領域への干渉は国民主権を認めることに帰し、君主制原理に矛盾しよう(Gesetz S. 129)。

なお、「自由と財産」の概念も次第に広く理解されるにいたっている。当初は特に恣意的な逮捕などに対して身体的行動の自由を確保するものと考えられていた「人身の自由 (die Freiheit der Person)」も後には包括的な活動の自由 (umfassende Handlungsfreiheit) をいみするものと解釈されるにいたり、財産権の保障とともに「法律によって禁ぜられていないことをなしうる権利である」と包括的に理解されるにいたった。このようにして、基本権保障と民主的法律概念とが統一的に理解されることが可能になったわけである(Gesetz S. 129 ff.)。

(2) このようないみでの自由・財産の定式はワイマール憲法にもとりいれられている。その一一四条一項一号の人身の自由の保障は、全行動の自由を包括する自由権 (ein die gesamte Handlungsfreiheit umfassendes Freiheitsrecht) とみられた(Gesetz S. 133)。財産権概念も同様な解釈がなされ、かつ物権の限定が解かれ債権にも及ぶこととなり、結局、私的財産権の全て (jedes privates Vermögensrecht, d. h. der gesamte private Besitzstand) がこれに含まれるものとして解釈されることとなった(Gesetz S. 134)。

今日の基本法にも、ワイマール憲法同様に自由・財産への全侵害に対する一般的な留保を特に定めているわけではないが、法律の留保と結合した基本権から当然に生ずるものと考えられている。通説は、基本法二条一項を公権のいみでの・自由に対する一般的包括的権利 (generelles, umfassendes Recht auf Freiheit, i. s. eines subjektiv-öffentlichen Rechts) を意味し、かくてこれは、原則として人間の自由活動の全形式を包含するものとしている。さらに、この二条一項からは、侵害の適法律性を要求する権利 (ein subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit des Eingriffs) をも生ずるものとされている(Gesetz S. 135)。この二条一項の広い解釈に対応して、基本法一四条は、市民の財産的領域の包

括的保障をいみするものであると通説は解している。今日全ての財産的価値ある私権が基本権の保護を享ける。ただ、公権を財産的概念に入れることには議論があるが。結局、基本権によって限界づけられた広範な自由と財産の領域が法律の留保に服することが基本法秩序によって確定しているといえる(Gesetz S. 136 f.)。

三の二　侵害留保の内容

(一)　侵害留保と命令

(1)　絶対国家では法律と命令の形式上の区別はなかったが、立憲国家は立法の分野に区別を生ぜしめた。すなわち議会の参与によって行なわれる国家行為と執行府が単独でなしうべきそれとを区別する必要が生じたわけである。

法律と命令(Gesetz u. Verordnung)の用語上の区別は、ロベルト・フォン・モール以来ヴュルテンベルクの国法上たちまち一般化した。当時は、君主の命令を〈Gesetze〉、議会の参与なしに行なわれるそれを〈Verordnungen〉と称した(Gesetz S. 141)。この大ざっぱな区別は、後にラーバントにより、その実質的・形式的基準の助けによって精細なものとされた。すなわち、伝統的理論では法規(Rechtssatz)と実質的意味での法律が同一のものとされる一方、実質的意味の命令は法規たるの性質をもたないところから一般的に行政規則(Verwaltungsverordnung)と呼ばれ、これに対して形式的意味の命令は実質的法律であるところからラーバント以来法規命令(Rechtsverordnung)と呼ばれている(Gesetz S. 142)。

ところで、自由、財産の定式は、二重の方法で法律と命令の区別に役立つ。まず、実質的法律と実質的命令の区別は、それが自由と財産に関する(betreffen)執行府の一般的命令なりや否やによって区別される。自由と財産に関するものであれば実質的意味の法律(法規命令)であり、そうでなければ実質的命令(行政規則)である。つぎに、形式的区別は、形式的意味の命令(法規命令)で、市民の自由と財産を侵害する(eingreifen)ものは、法律形式によ

る授権に基づかなければならないという点に存する。この自由・財産の定式の二重の機能は暗黙裡ではあるが広く認められていたが、この両場合が同様に取扱われることがある。すなわち、実質的法律概念は、法の領域と非法の領域、市民の法的・個人的領域と国家の領域、国家からみての外部と内部、法的行為と法から自由な内部行為の区別のために用いられる。この法領域の区別から出発すれば、法分野に関する全ての命令を実質的意味の法律、したがって法規命令とすべきはずである。自由・財産を制限すると否とを問わず、給付の付与も、その実質的要件・形式的要件の確定を含めて、さらに、そもそも市民の法的地位の改善も同様に、個人の領域に関するものである(Gesetz S. 143)。ところが、法律の留保に服するのは、全ての命令ではなく、自由・財産を侵害するものに限られる。このような留保の解釈は、それによって自己の法領域を守るために市民が君主の絶対的権力を制限しようとしてきた、留保の遮蔽的機能(Abschirmungsaufgabe)に応ずるものである。国家実務並びに学説も侵害留保を認める点で一致していた(Gesetz S. 144)。

立憲時代の国法学において特別の法律の授権が不要なものとしては次のようなものがあった。(a)緊急命令、(b)自由・財産を侵害しない命令(行政規則や執行命令、給付を与える法規命令など)、(c)特別権力関係におけるもの(d)その他内部関係における訓令等(Gesetz S. 147 f.)。

(2)　このようにして、立憲国家における執行府による命令の定立には、法律の授権なくして行なわれる場合と法律の授権に基づいて行なわれる場合とがある。

法律の授権なくして行なわれる場合、すなわち法律の留保の外においては、執行府は自立的命令権(selbständiges Verordnungsrecht)をもつ。この行政活動の分野では、憲法上・特別法上の授権が命令について有する場合にも、これは宣言的ないみがあるにすぎない。その限りで、命令権は「国家自体の性質より生ずる」(G. Jellinek)ものであり、この命令権は、立憲国家の一般的・実質的憲法に属する(Gesetz S. 149)。この命令権は絶対時代からの遺産である。こ

こでは法律は、執行府の有効な活動の原因 (Ursache) ではなく、外枠 (Schranke) であるにすぎない (Gesetz S. 150)。これに対して、法律の留保領域内部においては、法律の授権は形成的性質をもつ。これなくしての命令の定立は違法であり、命令は、法に従い・法の枠内で (secundum legem u. intra leges) のみ許される。この分野では法律は、外枠のみではなく、行政活動の原因である。自立的命令権は当然否定される (Gesetz S. 157)。

(3) ワイマール期の国法学も、立憲君主制の基礎の上に生れた概念を採用した。概念の定義と限界づけは大体そのままで変化はない。ただ、ワイマール憲法七七条からは、全ての法規命令について特別の法律の授権を必要とすると解すべきであったが、解釈は分かれ、通説はやはり侵害留保の意味に限定した (Gesetz S. 152 f., S. 153 N. 237, S. 144 N. 204)。なお、留保の分野における委任立法の範囲につき、無制限なる授権や包括的授権を違憲とする学説も存在したが、周知の通り実際には包括授権が行なわれた (Gesetz S. 153 f.)。

これらの点について、現在の基本法は一段の前進をみせている。まず基本法八〇条によって、包括的授権は否定せられ、授権によって定立されることのあるべき命令の可能な内容が授権法自体より予見可能なように、授権の内容・目的および程度が法律の中に規定されるべきことが要求されている。さらに、同八〇条一項は全ての法規命令に適用あるものとされている。したがって、国家給付の付与の要件・手続を定める規律も八〇条一項に拘束される。しかしながら、実務は、まず実際上の必要に応じて便宜的に法規命令と行政規則とを区別することによって、この規定の拘束を免れている。これは、特別の法律の授権を欠く場合に、国家目的のための財産的給付その他の授益の要件・形式・内容を行政規則によって規律することによって行なわれている。さらに注意すべきは、法規命令定立の授権を法律による包括的授権によって行なっていることである。しかも残念ながら、連邦憲法裁判所はこのような国家実務を承認しているのである (Gesetz S. 154 f. 最後の点については参照、Verwaltungsverordnungen, AöR 1959, S. 74 ff.)。

(二) 侵害留保と個別的行為

(1) 立憲君主制憲法においてとりあげられた留保に関する規定は、まず第一次的には、法律の授権に依存する命令権とこれから独立の命令権との区別にその主眼があり、個別的行為については、法律の優越からの間接的コントロールはあったが、個別的行為による自由・財産の侵害に対する留保はまだ存在していなかった(Gesetz, S. 156)。

個別的行為についての留保は、したがって憲法から直接導き出すには基本権のカタログによる他はないが、これによって保障される自由の領域は、個々の基本権との関連からこれを統一的に規定することはできないし、また条文から法律の留保を導き出すことは必ずしも直ちに出来得るようなものではない。さらに、個別的行為に対する侵害留保をも含んだ包括的な法律による行政の原理は、諸憲法の発布とともに直ちに一般に貫徹したわけではなかった。

このように、一般的に個別的侵害に対する留保の実現が遅かった理由は、既に存在する前憲法的授権並びに慣習法的授権のために、個別的行為に対する法律の根拠の原則的な必要がさほど痛切に感じられなかったからである。この点で立法の分野と事情を異にした(Gesetz, S. 157)。執行府の領域特に警察任務の分野では、絶対国家から立憲国家への変革によって急激な変化がなかったから、個別的行為に対する留保を拡大する動機が殆んどなかった。けだし、執行権の伝統的な権限の枠内での個別的行為による事実上新たな負担は、広く自明のことと受取られ、その法根拠の問題が生じなかったのである。さらに、とりわけ継続性 (Kontinuität) の思想がこの問題の発生を妨げたのであった。

(2) しかしながら、立憲思潮の要求はこのような状態を長くそのままにしておくことを許さない。個人の消極的地位 (status negativus) は、一般規範に対してのみならず、特別規範 (個別的侵害、行政行為) に対しても保護されなければならないはずであった。これのみが立憲国家の根本思想に適合した(Gesetz, S. 158)。

個別的行為についての留保の理由づけには種々のものがあげられる。まず、立法の分野での侵害留保を個別的行為

にも拡張する考えがある。しかし、これのみでは論拠が不充分である。そこで次に、基本権の客観的機能が持出される。この目的に適した自由と財産の解釈は、法律もしくは同様の授権を欠く個別的行為に対しても個人の領域を守るにいたった。この趣旨の一八三五年ヘッセン高等控訴院の判例もある(Gesetz S. 159 f.)。しかしながら、これらは散発的なものであるし、その他の学説上の主張も不明確なものであるにすぎなかった。個別的行為に対する留保が一般の承認を得るにいたったのは、ようやく一八七六年から一八七八年にかけてのことであった。一八七六年プロシア上級行政裁判所はその判決集の第一巻において既に負担的行為に関する行政の法律上の権限の問題を取扱ったが、そこでは別段の根拠づけはなく、元来授権規定とは考えられていなかった一般州法一〇条二項一七号を警察処分の法根拠として採用した(Gesetz S. 162 f.)。一八七八年になって、個別行為に対する法律の留保がラーバントとロイトホルトによって主張され、両者はこれを法治国の本質から導き出した。しかし、彼等もその後継者達も正当な理由づけと筋の通った論理によったものではなく、一つの概念の他の概念による定義づけ、さらには法治国思想と適法律性原理の同一視によるものであった。ところで、この法治国概念は、一九世紀においては当初は憲法理論上の要請として登場し、後には、立憲制の或る特色を表現するものとして、または法政策的目的を根拠づけるためのスローガンとしても用いられたものであり、法治国が如何なるものであり何がこれに属するかという観念像は、時間をかけて出来上ってきたものである。しかも、国家の侵害作用についての適法律性原理は、この像における要めを成すものであって、法治国から適法律性原理が導かれるものではなく、むしろ、この適法律性原理から法治国が導かれるものである。

しかし、それはともかく、プロシア上級行政裁判所の判例及びラーバント以来、個人の領域に対する全ての侵害について法律の根拠を要するとの考えが、たちまちの間に通説となった(Gesetz S. 163 ff.)。侵害行為に対する伝統的な留保の内容は次のように要約できる。(a)個人の領域すなわち広義の自由と財産に対する侵害のみが留保に服する。したがって

負担的行政行為についてのみ法律ないしこれに準ずる法の根拠を必要とし、授益とりわけ給付については授権を要しない。(b)留保は一般権力関係にのみ適用がある。法領域外にあり、国家の内部領域（Innenraum）に属すると考えられている特別権力関係には適用がない。(c)最も広い概括条項や包括授権で充分である。これが侵害留保の元来の意味、すなわち個人の領域に対する立法に参与することによって、君主の執行府に対して身を守るという趣旨に合致する。執行府の活動が法律の授権に依存するとして、その授権を与えるかどうか、また授権の程度の如何の決定は、国民代表の手に委せられるのである（Gesetz S. 167 ff.）。

三の三　立憲君主制憲法構造の要素ならびに機能としての侵害留保

(1)　侵害留保は、ドイツ立憲制において「国家」権力に対して個人の領域を確保する決定的な手段である。したがって、国家領域に属する特別権力関係には当然この保護は排除される。留保が、純粋の保護機能（Schutzfunktion）に限定されることから、法律の根拠を欠く給付や授益の付与は問題がないものと考えられた。このように、留保の考えは国家からの自由の思想にのみその基準が置かれている。侵害留保は、民主的法律概念すなわち自己支配の思想に基づく。したがって、個人の領域の侵害は当事者の同意によらなければならない。しかし、市民がその予防・統制機能を何如なる形式で行使するかはその自由に属するから、包括授権も可能である。

(2)　このようにして、侵害留保は、一九世紀立憲君主制の憲法構造の要素であり機能である。これは、市民層の代表機関たる議会の参与権限と行為権限による君主の執行府の絶対権力の制限に基づくものであつた。執行府の権力は、憲法によって授権されるものではなくして、憲法によって制限されるものであるにすぎない。かくて推定は、執行府の権限のために語る。これは、とりわけ「国家」の内部領域が広範に法から自由な・絶対的性格をもつことをいみする。立憲君主制の基本構造は国家と社会との対立によってよく示される。かつての絶対国家は君主制政府によって

代表され、社会は議会によって代表される。両者はともに他より干渉を受けない固有の領域を有する。国家の内部領域（その標語は特別権力関係）と社会の内部領域（その標語は自由と財産）がこれである。本書で用いる構造概念のいみにおいて、明らかに侵害留保は、憲法構造を本質的に規定する機能的性質の要素である。これは、この憲法構造を決定的に形成するものであると同時に、この構造の機能でもある。このようにして、伝統的な形での侵害留保は、一九世紀ドイツ立憲君主制の固有な特性（spezifische Ausprägung）の中に有意味に組み込まれたものであると同時に、自由と財産の侵害に留保が制限されることにおいて、この特性に支配されているのである（Gesetz S. 169 f.）。

四　憲法構造の変革と現代における適法律性原理の内容

(一)　憲法構造の変革は、イェシュの方法的仮設に従って適法律性原理の内容に変動を生ぜしめるはずである。立憲君主制の憲法構造から議会民主制への憲法構造の最も重要な変革を、彼は、執行府の地位及び議会の地位のそれぞれの変化ならびにこの両者の相互関係の変化にみている。いましばらく彼の論述を追うことにしよう。

彼によれば、この変化はまず執行府の地位の弱化に現われている。すなわち、執行府はかっての最高の地位（souveränen Rang）を失ない、言葉の厳格ないみでの執行権（vollziehende Gewalt）となった。これに固有の法から自由な領域はもはやなく、これに有利に語る権限の推定はなくなった。つぎに、これに相応して議会の地位が強化される。議会は、最高の国家機関（höchste Staatsorgan）となり、憲法の沈黙するばあいは、これのために権限の推定が働く。このようにして、議会と執行府との関係において、議会はもはや、執行府の自然の自由を制限するものではなくて、これが必要とする活動の権限を新たに付与するのである。統治段階での真に政治的決断に関してのみ執行府は憲法上の活動権限を有するものとして、議会のコントロールに服するにすぎない。しかし、法的規律が可能であり、立法者が行動しうるばあいには、このような法的規律が必要である。けだし、これなくては執行府は何らの権限をも

持たないからである。このような議会の優越の地位は、多極的な利益を調整するところとして議会が国家財貨の配分について指導的権限を有する点にもみられる。これは、予算と、いわゆる処分的法律（Maßnahmegesetz）に関する議会の権限に現われているものである（Gesetz S. 171 f.）。

㈡　この議会と執行府の関係の変化は、国家と社会の対立の消滅と密接に結びついている。今日の国家主権においては、全ての国家権力が国民より発する。したがって、議会のみが、新たな、すなわち憲法の中に既に与えられていない権限を他の権力担当者に指定する地位にある。議会は、もはや国家すなわち君主及びその執行府に対立して、社会の利益を代表するものではなくて、議会においてはむしろ国民の多極的な利益の代表者があい集うているのである。このような国家における社会の統合は、市民の参加請求権及び分配することは別にしても、分配されたものに対する要求をも宣言するのである。国家は配分国家（Verteilerstaat）となるのであり、ここでは、配分的正義（iustitia distributiva）を維持しつつ、一方に対しては租税処分により他方に対しては給付の付与により、社会的な調整を行なうのである。配分の問題は全ての現代国家において生ずる。しかし、この問題提起それ自体は適法律性原理の内容や範囲にとって決定的なものではない。適法律性原理の特定の形は、如何なる配分がなされているかではなく、誰が配分をしているかの問題によって左右されるのである。このようにして、一定の憲法構造の枠内において、配分の問題が、適法律性原理にとって、法律上の重要性と意味とを持っている（Gesetz S. 173 f.）。

㈢　立法権と執行権との関係から分るように、法律の優越は今日でも従来通り貫徹している。法律の留保は、その積極面では、侵害留保の及んだ範囲は従来通り法律の留保に服せしめる。ただし、概括条項や包括授権でよいかどうかについては、基本法上問題がある。さらに、その消極面では従来の留保は極めて疑問である。そこで、以下においては、まず、留保が侵害に限定されるべきやの問題が、第二に、いわゆる特別権力関係における留保の排除の問題が

検討される(Gesetz S. 174 f.)。

四の一　給付及び授益における法律の留保

㈠　現代行政の特色は、侵害行政と並んで従来みられなかった規模で生活保障を目的とする給付行政が登場したことである。これは、とりわけ第二次大戦後社会福祉・生活配慮給付が飛躍的に増大し、しかも、実際の必要と不充分な法律の規定のために法律の根拠がない場合にも行政規則によってこれらが付与されることがあり、法律の授権が問題となった。さらに、補助金等の財政援助において、従来の法律の留保が最も強く問題とされることとなった。国家給付とりわけ補助金は、この留保の問題との関連で、個別的授権に基づく場合、分野と目的と額のみを定めて相手方と要件とを行政庁に一任している包括的授権による場合、予算法により基金の管理が概括的に行政庁に委せられ、その分配基準も行政庁の定めるところに委せられている場合、おわりに予算計画にもなく、法律形式にもよらない単なる議会の決議による場合、さらには何らの法的授権を欠くものが区別される。ところで、第一の場合は問題がないにしても、法律の包括的授権、予算法に基づく基金管理及び単なる議決に基づく場合の区別は困難である。また、そもそも給付行政と侵害行政の概念も明確なものではなく、相互に交錯、混合する場合も存する。したがって、道具概念としては、負担と授益の区別が適当である(Gesetz S. 176 ff.)

㈡　授益的行政行為及び法形式の如何を問わず国家の給付に法律の留保を拡張する問題を取扱うには、まず、種々の概念的混乱を整理しておかなければならない(Gesetz S. 186 ff.)。

(1)　まず、行政が法に服するという適法性(Rechtmäßigkeit der Verwaltung)の原理からはこの問題について何らの解答を与えるものではない。この原理は、たしかに、法の優越は勿論、留保の問題にも或る程度の意味はある。すなわち執行府の全ての行為は法的な権限に基づくものでなければならないことを意味する。しかし、それは何らか

の法的な権限付与の必要を意味するにすぎず、概括条項の形式による包括授権でも充分なことになる。したがって、法律の留保の問題にとっては意味をもたない。この意味で、スイスのルースが、適法律性原理の法治国的理解と区別された民主的理解ということをいっているが、そこでの適法律性原理を、形式的意味での法律なのか実質的意味での法律を考えているのかが不明のままに残されているため、侵害行政以外の行政についての法律の留保の内容はなお不明確のままだといわなければならない。その他、法律の留保なりや優越なりや、包括的授権なりや個別的授権なりやが不明確なまま論じられている例が多い。特に判例は、法治国思想、権力分立原理、基本法二〇条三項などを根拠にしているが、法治国思想からは、直接には適法律性原理の通用性（Geltung）についていうことはできても、その内容については何もいうことができない。さらに、権力分立原理からも、具体的な国家権力分配の内容を引き出すことはできない。最後に、基本法二〇条三項も直接には法律の優越を内容とするものであって、行政作用の如何なる部分が個別的な法律の授権を必要とするかなどについては何もいっていないのである（Gesetz S. 186 ff.）。

(2)　つぎに、法律上規定された限界を越えて給付がなされた場合について、法律の優越なりや留保の問題なりやが充分整理されないまま混乱して議論されていることがある。これは特に、行政行為の職権取消に関する一九五六年のベルリン上級行政裁判所以降同傾向に立つ諸判例とこれに反対するフォルストホフ等の学説にみられる。判例は、違法の授益的行政行為の取消を法律の（侵害）留保の問題とし、取消（侵害）には法律の授権を必要としている。しかしながら、侵害留保は、実定法以前に先在する個人の領域があるという考えに基づき、これを侵害するには法律の根拠を必要とするものであって、国家によって与えられた法的地位の取消・制限を法律の授権の留保に服せしめるものではない。取消が事実上の不利益を生ぜしめるにせよ、それが利益侵害にとどまり権利侵害でない限りは、法律の留保の問題は生じてこない。しかし、他方、違法行為によって生じた信頼状態や利益状態を考慮することは、フォルス

トホフのいう如くに、適法律性原理と衝突するというものではない (Gesetz S. 190 ff.)。

(3) スイスにおいては次第に全部留保の主張がみられるが、これも明確なものとはいえない。まず、フライナーは、国民主権と平等原理を理由として全ての行政行為は法律の根拠が必要であるとしている。しかし、その法律概念の中に慣習法まで含むものなりやも不明であるし、授権の種類もまた不明である。つぎに、インボーデンは、一般抽象的性格の法規を内容とするものが法律であるということから出発し、法律による行政の原理は、第一に法による行政を要求し、第二に行政に関する全ての法原理が通常の立法形式により立法者によって制定されるべきことを要請するものとしている。しかしながら、このような歴史的根拠のない法規概念からは留保の範囲は出てこない。また彼は、本来適法律性原理が権力分立と相結合して包括的留保だったものが後に制限的なものになったというが、これは歴史的に誤まっている。このようにして、法律の留保の範囲の問題は、伝統概念の拡張解釈によってではなく、具体的な特定の憲法構造から解答が出さるべきである (Gesetz S. 196 ff.)。

次に、ドイツにおいてはどうかといえば、通説はなお伝統的見解を維持している。これに対しては、判例上疑問が述べられることがあるし、若干の学説においても全部留保が主張されることがある。しかし、多くの場合、単に行政の法適合性 (Rechtmäßigkeit) ないし一般的な法規拘束性をいうにすぎないかが不明である。またルップ (H. H. Rupp) の如く、自由を要求する方向の変化、すなわち国家からの自由より個人の国家への依存性の増大から、給付行政に対する留保の拡大をいう者がある。しかしながら、これは社会的変化より生ずる法政策的要請をいうにすぎず、これより直ちに法規範の内容を導き出すことはできない (Vel. Gesetz S. 37, 55)。社会的変化も、一定の憲法構造の中において始めて法的意味を持ちうるものといわなければならない (Gesetz S. 201 ff.)。

(三) 留保を給付と授益に拡張する問題は、かくして、留保を憲法構造への機能的依存性において把えたばあいにの

み、満足にかつ体系的に解くことができる。

立憲君主制において、執行府に対する立法府の授権は、その必要が憲法上に証明されうる限りにおいて必要である。すなわち、憲法がこれを明示に規定した場合にのみ、執行府は絶対的な活動の自由を失なう。このような規定がなければ、権限推定は君主・執行府のために語る。ところで、一九世紀の立憲思想は国家に対する保護（Schutz vor dem Staat）のみを目的としていたから、国家の給付権限やこのような権限なり制限の手懸りとなるものを欠いていた。したがって、給付や授益が君主並びにその執行府の絶対的権力に委ねられたのはけだし当然といえる。しかしながら、この憲法構造は決定的に変わった。基本法の憲法秩序の下においては、執行府に対する権限推定は最早存在しない。執行府はかっての活動の自由を失なっている。これは最早、憲法上制限されるにすぎないものではなく、その権限を憲法より始めて受けるのである。これはさらに、基本法秩序の構造では、行政（Verwaltung）として真の執行権（echte vollziehende Gewalt）となっているのであり、憲法自体がこれに充分の権限を指定していない限りは、これの全ての行動形式は議会の授権によることになるのである。ところで、議会による付加的な権限付与を不要とする如き、問題となる全ての給付に対する憲法上充分なる授権は存在していない。もしも、黙示的な権限付与の考えとか内在的権限（implied powers）の構成によって憲法上の権限を認めるとすれば、それは結局は執行府に対する権限推定を認めることに帰する。これは立憲君主制の憲法構造には適合するものであったが、今日の憲法秩序には合致しない。同様の理由から、同様の行政の憲法上の包括的な権限の存続を慣習法によって基礎づける試みも排除されるべきである。

議会の授権の必要性はさらに、国家機関の中における最高の機関としての議会の地位からも生ずる。議会の指導的役割は、行政の給付についても妥当するのである（Gesetz S. 204 f.）。

四の二 特別権力関係における法律の留保

(一) 従来、法律の留保は市民対国家の一般権力関係にのみ妥当するものと考えられてきた。この理論の国法上の基礎は、ラーバント及びその後継者による法概念の構成に由来する。すなわち、そこでは特別権力関係は、国家の内部領域 (Innenraum) に属するものとして、法の領域をはずれるものとされ、この関係内部においては、法律の根拠を要しない行政規則で足り、同様、個別的行為も留保からは自由な、非法的行為 (Nicht-Rechtsakte) とされたのである。この理論の完結性は、O・マイヤーの行政行為の定義においてもみられる (Gesetz S. 206 f.)。

(二) この法から自由な特別権力関係の理念はここしばらく激しい批判を受け、一般権力関係と特別権力関係の区別は終りを告げようとしているかにみえる。しかしながら、特別権力関係における訓令 (Anordnungen) に対しては法律の授権欠缺の批判はなお今日に至るまで成功しているとはいえないのである。

これについての法根拠として次のようなものが挙げられている。

(a) 憲法上の包括的授権

(b) 法律上の包括的授権 (a)(b)いずれも、一、二の特別権力関係についてふれる規定があることからこの関係における授権あるものとする試みであるが、承認できない。

(c) 営造物利用に関しては、権限等の営造物目的による限界があるが、このことから授権を引き出すことはできない。

(d) 任意に入る特別権力関係については、同意は害しない (volenti von fit iniuria) の原理が根拠として援用される。しかし、これは個人領域の侵害について一般的同意としての法律の留保を認めるという考えと軌を一にする。

(e) 最後に、元来法とは無縁とされてきた制度を現行法秩序の中に組み入れるには、慣習法的根拠に依らざるをえ

ない。しかし、個々の特別権力関係についての慣習法上の授権を証明しえて始めてこれも充分とはいえるが、立憲君主制に由来する特別権力関係の法律から自由な規律やこの関係内部における法律から自由な権力行使のための包括的権限を認めることは、全ゆる種類の特別権力関係を包摂する包括的授権としては適当ではない。けだし、かくては見かけはともかく、実際には国家の「内部」に「法から自由な」領域を認めるに帰するからである(Gesetz S. 208 ff.)。

(三) いわゆる特別権力関係における留保原則の原則的適用は、憲法構造の変遷とこれに結びついた留保の範囲の変化より生ずる。

特別権力関係における留保の排除は、立憲君主制においては、この関係が国家の内部領域に属するものとされ、絶対主義的な法からの自由が与えられ、したがって、「社会」の干渉すなわち留保原則が排除されたのであった。しかしながら、今日の憲法構造の下では、法から自由な領域は存しないから、このような考えを容れる余地はない。執行府は其の意味での執行権となり、これに有利に働く権限推定は存しない。したがって、その権力は全ての分野において憲法ないし法律上の授権に基づかなければならないのである。このようにして、留保原則に関して、特別権力関係は一般権力関係と原則として同一の地位に立つことになる。

このことは特別権力関係が全く無意味のものというのではない。しかし、憲法上のカテゴリイとしての意味はなくなり、行政法上のカテゴリイに変わったというべきである。すなわち、特別権力関係においてみられる一般の場合以上の基本権行使の内在的制約や裁量の自由は、特別権力関係の憲法上の位置づけからではなく、個々の特別権力関係の特定の性質から導き出されなければならないこととなったのである(Gesetz S. 211 f.)。

四の三　包括的授権と特定的授権

(一) 立憲君主制の下においては、国家と社会の対立を前提とし、留保に服する国家行為は国民代表の同意すなわち

形式的法律の根拠にかからしめられた。したがって、授権の種類や範囲の限定はなく、概括条項の形での包括的授権(Globalermächtigung)でも充分だとされた。しかしながら、租税法の発展が示す如く、次第に包括的授権は特定的授権(spezifizierte Ermächtigung)にとって代られることになった。この特定的授権の主張は散発的にみられたが、この要請が全面的に認められるのは基本法の下にいたってのことである。基本法八〇条からは、命令制定者に対する授権の特定性並びに執行府による将来の立法の予測可能性という一般的原則が導かれる。これと結合して、個別的行為による侵害に関する授権は、侵害行為が法律上の授権に照らして予測可能(meßbar)であり、侵害の種類、範囲が関係者に予見可能である程に、構成要件上特定していなければならないという原理が発展することとなった(Gesetz S. 213)。

㈡　基本法八〇条一項二号によれば、法規命令制定の授権の「内容、目的ならびに程度」は「法律の中に」規定しなければならない。

連邦憲法裁判所は、当初一貫した判例において、法律制定者は重要な規定を自ら定め、それによって「制定されるべき命令の可能な内容が予見しうる」ようにしなければならない趣旨であると、右の規定を解釈してきた。すなわち授権の内容・目的・程度並びに将来の命令の予測可能性が授権規範自体から直接に充分明らかに生ずるものでなければならず、法律やその解釈から始めて生ずるものであってはならないとしたのである。この見解は、連邦行政裁判所第五部も主張するところであった。しかし、後に連邦憲法裁判所は解釈を変え、授権の内容・目的・程度が法律の条文の中に明示に規定される必要はなく、解釈によって得られるものであってもよいとした。すなわち、合憲的解釈によって確定可能であり限定可能である場合には、包括的授権も許されることが認められたのである。裁判所の見解に従えば、如何なる「プログラム」を実現すべきかの「手懸り」を用語が与えるので充分なことになる。これは予測可能性の放棄を意味する。いいかえれば、議会による審査と規律の代りに執行権の解釈、最終的には裁判所の解釈が登

場するわけである。ただ注意すべきは、この新しい判例は、経済統制法律に関するものであることである。立法の授権について連邦憲法裁判所が立てた内容上の要請もまた、規律の対象に応じて異なり、経済統制法律では包括的ともいうべき広い授権も合憲とされているが、侵害行政の分野では授権の確定性と限定性並びに将来の命令制定の予測可能性についてかなり厳格な要件が要求されている。さらに、給付行政の分野では、あまり厳格な基準は立てられていない(Gesetz S. 214 ff.)。

(三)　以上命令の授権についていわれたことが自由・財産の侵害につき全面的に妥当することが判例上認められている。

連邦行政裁判所は、負担的行政行為のための授権は「如何なる場合に、如何なる意味と目的とをもって授権が行使され、授権に基づく処分が如何なる内容を持ちうるかが充分の確実性をもって予見しうる」ように「限定され、かつ充分に特定されたものである」ことを要求している。連邦憲法裁判所も、侵害についての法律の授権には「侵害が予測可能であり、或る程度国民にとって予見可能であり予期しうるように、その内容・対象・目的・程度が充分確定し限定したものである」ことを要求している。この「予測可能性条項(Meßbarkeitsklausel)」は、執行府の行動のための基準を立法者が自ら定立すべきこと、しかも、行政活動と立法者の特定された意思との一致性を裁判所が審査するのを可能ならしめる基準を定立すべきことをいみする。「漠然たる概括条項」は、実効ある裁判統制を排除するが故に許されないのである(Gesetz S. 218 f.)。

この特定的授権の要求の根拠としては、基本法八〇条一項二号に関する連邦憲法裁判所の判例に従い、特に法治国家原理及び権力分立が援用されている。しかし、権力分立も法治国思想もそれのみで孤立して一義的に確定しうる内容をもつものではなく、憲法の全体構造によって形成されるものであって、こちらの方が立法府・執行府間の権力・権限分

配によって特色づけられるのである。したがって、連邦行政裁判所も、白紙委任の禁止を一連の憲法上の根本規範とりわけ基本権の本質的内容の保障、法治国家原理、権力分立原理およびさらに法律による行政の原理そのものを援用して基礎づけている。連邦行政裁判所によれば、法律による行政の原理は「法律が行政の行動の要件や内容を定めず、授権が限定的な具体化されたものでもなく、ただ行政の行動に対して形式的な法律の授権があるにすぎないということによっては不充分である。立法者が行政に、実際には基本権からの一般的免除を内容とするような一般的授権を与える場合には、法律による行政の原理は、その憲法政策的意味を失ない、国家の恣意から市民の自由と財産を守るというとの機能をそこなってしまう」連邦行政裁判所は特定的授権を要請する根拠をして基本法一九条四項に保障された公権力による権利侵害に対する包括的な裁判救済を援用している。これは特に、国家の全侵害権限の「予測可能性」にとって重要な意味がある。けだし、これが実効ある裁判救済にとっての前提要件だからである(Gesetz S. 220 f.)。

㈣ 以上述べるところより、現憲法上種々の問題が生ずる。

(1) まず、内容上・事項上無限定な包括的授権は、基本法上許されない(Gesetz S. 222)。

(2) つぎに、授権の限定性の程度については一般的な提言は不可能であり、行政の活動分野によって区別しなければならない(Gesetz S. 222)。

(3) まず、内部関係においては、その目的内容上事項的に限定された授権が必要である。しかし、細かな分配基準は議会が定める必要はない。さらに、授権の形式は議会による権限付与であれば良く、予算でも充分である。ただ単なる議決では足りない(Gesetz S. 223)。

(4) 外部関係のうち侵害行政の分野では、連邦共和国の憲法構造より予測可能性の要件(Meßbarkeitserfordernis)が生ずる。この関係で最も重要な憲法の規定は、基本法一九条四項である。けだし、この要件は裁判統制の保障の場

合に意味をもつからである。不確定法概念の確定性の如何なる程度が憲法上許されるものなりやの問題も裁判所による予測可能性によるのである。或る一定の場合には法概念の解釈について行政庁に判断の余地（Beurteilungsspielraum）が認められることがあるが、これは例外的場合にのみ認められるものである（darzu vgl. Ermessen AöR 1957, S. 167 ff.）。結局、行政の行動の基準は議会が与えるべきものであり、裁判所は、行政がこの基準を守っているかどうかを審査するのであって、基準を基にして予測をするが予測の基準を自ら与えるのではない（Gesetz S. 223 ff.）。

(5)　国家による給付及び授益の分野では、議会による授権の最低要件は、議会が給付及び授益にさいして果たすべき指導的・統制的役割（Leitungs-und Lenkungsaufgabe）より生ずる。この任務は、給付その他の授益の付与・配分がただ単に見かけだけ議会によって行なわれたというのではない程度に授権の目的・内容が実質的に確定し限定されている場合にのみ、果たすことができる。議会による授権は、実効ある授権と権限の拘束的な限定という観点から、法律の形式が必要で、単なる議決では足りない。なお、後述の場合を除き、予算法を含む（Vgl. Gesetz S. 105, 172, 185）。ただし、これも漠然とした無限定なものは許されない。

右の最低要件は、給付の分野の確定性に尽き、それ以上に出て先の侵害行政について述べたような、予測可能性の見地から内容的に特定・限定された給付基準を要するかどうかは、給付の対象たる分野によって異なる。けだし、最低要件は変遷した憲法構造すなわち議会と執行府の間の関係より生ずるが、予測可能性の要件は行政と市民の間の給付関係の構造によるからである（Gesetz S. 226 ff.）。

(b)　給付に対する請求権（Rechtsansprüche）は、伝統的理論では法律により又は法律に基づいてのみ認められる。したがって、この関係では予算法は排除される。この請求権ある場合には給付の要件を確定する特定的な授権が必要である。けだし、給付の拒否は負担的行為として行政裁判による審査に服するが、裁判官が審査に際して基準を必要

とすることは、侵害行政におけると同様だからである(Gesetz S. 228 f.)。

(7) 行政の給付権限が規範によって拘束されてはいるが、この規範の要件充足のばあいにも個人が請求権をもたない場合は、授権の限定について特別の要請はない。このいわゆる法の反射 (Rechtsreflex) の場合には、瑕疵なき裁量行使の請求権は個人には与えられない(Gesetz S. 229)。

(8) 裁量による給付の場合。裁量による侵害の場合は、行政庁は侵害の授権を行使するかどうかについては自由があるが、侵害の要件が与えられているかどうかを自ら定める自由を有しない。したがって、この場合には侵害の要件が限定されたものであり、これによってあり得る侵害行為が予測されうるものでなければならない。これに対して裁量による給付の場合は、これが付与されたときには裁判救済の必要はないし、拒否されたときも給付の付与その他の授益が裁量決定によることとされているため裁判統制の基準は必要でない。ただし、全ての裁量には限界があるから、これの違反あるときは瑕瑕なき裁量行使の請求権が生じうる。しかし、この請求権からは要件を確定した給付権限の必要性は出てこない。けだし、この裁量の限界は授権法自体とは無関係に存在するからである(Gesetz S. 229 ff.)。

(9) 最後に、裁量行使の統一をはかるために下級庁に対して出される行政規則における裁量基準も、私人がそれの遵守を裁判所において請求できるという意味の拘束性がある。この裁量基準の拘束性も変遷した憲法構造の結果である。国法上の法と非法の区別を前提とする法規命令と行政規則の従来の区別は最早存しない。ただし、裁量基準の機能は、法規の内容を規範的に補充することを目的とする法規命令とは異なり、行政部内における裁量行使の統一をはかることを目的とするものであるから、法規命令同様の要件に服さず、したがって、予測可能性の要件にも服さない(Gesetz S. 231 ff.)。

四の四 慣習法的授権の限定的妥当性

(一) 留保の範囲が給付、授益並びに特別権力関係の分野に及ぶことになると、行政実務の大部分が違法だといわなければならないことになる。これを緩和し国家実務を新しい憲法状況に適応させるためには、絶対君主制から立憲君主制への過渡期におけると同様、憲法上の継続性（Kontinuität）の原理による他はない。

(二) この意味で、或る範囲内で、形式的な法律の代りに慣習法による授権が認められる。しかし、慣習法的授権は、まず内容の点で、特定されかつ限定されたものでなければならず、包括的授権は認められない。つぎに時間の点では、原則として旧来よりあるもののみが認められ新規なものは認められず、さらに、この授権は過渡期を限って認められるものであって、この経過とともに効力を失なう（Gesetz S. 234 ff.）。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XVIII No. 3
SUMMARY OF ARTICLES

Theorie Dietrich Jeschs von Verfassungsstruktur

Hiroya ENDO

a. o. Professor an der
Universität Hokkaido

Otto Mayers bekannter Formulierung : "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" verliert unter Herrschaft des Grundgesetzes seine Bedeutung. Mann spricht vielmehr von Verwaltungsrecht als "konkretisiertes Verfassungsrecht." Diese Studie macht den Versuch zu untersuchen, welche Folgerungen aus Verfassungsrecht für dem Inhalt des Verwaltungsrechts gezogen werden können, und aufzuzeigen, welche Problematik dafür besteht.

Inhalt

I. Einleitung
〔I〕 Verfassungsunabhängiges Verwaltungsrecht und Verfassungsabhängiges Verwaltungsrecht bzw. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht
〔II〕 Problemstellung : Inwieweit der Inhalt des Verwaltungsrecht durch die Verfassungsrecht bestimmt ist ?
II. Theorie von Verfassungsstruktur nach Dietrich Jesch
〔I〕 Dietrich Jesch : Person und seine Werke

〔II〕 Vorbehaltsproblem

〔III〕 Ermessensproblem (Fortsetaung folgt)

〔IV〕 Bindungsproblem

III. Kritische Analyse

〔I〕 Einige Kritiken gegen die Thesen D. Jeschs

〔II〕 Analyse

IV. Schluß