HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ行政裁判所法に於ける一般概括主義と行政裁判所の管轄権(二)
Author(s)	秋山, 義昭
Citation	北大法学論集, 18(4), 167-203
Issue Date	1968-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27870
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	18(4)_P167-203.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

西ドイツ行政裁判所法に於ける一般概括主義と行政裁判所の管轄権 (二)

秋山義昭

はじめに
第一章　西ドイツ行政裁判所の発展と一般概括条項の史的概観（序にかえて）
第一節　序説
第二節　一九世紀中期からドイツ帝国の終り迄の行政裁判所法
第一款　フランクフルト憲法草案と行政裁判所の創設
第二款　列記主義と一般概括主義
第三節　一九一九年から一九四五年迄の行政裁判所
第一款　ワイマール憲法下の行政裁判所
第二款　一般概括主義の伝播
第三款　ライヒの行政裁判所
第四節　一九四五年から一九六〇年迄の行政裁判所
第一款　南ドイツ行政裁判所法—VGG—
第二款　イギリス地区軍政府命令一六五号—MRVO nr 165—
第三款　フランス占領地区行政裁判所法
第四款　連邦行政裁判所法
第五節　占領下の行政裁判所法の一般概括条項
第五節　新連邦行政裁判所法（Verwaltungsgerichtsordnung—VwGO—）
第一款　法の制定
第二款　法四〇条一項の概括条項
一　内容
二　特色
第三款　公法と私法

第二章　西ドイツ行政裁判所の管轄権の問題
第一節　序説
第二節　民事裁判所の公法上の管轄権
第一款　基本法の管轄指定
一　職務責任請求
二　公用収用に基づく損失補償請求
三　民事裁判所の補助的管轄権
第二款　法律による管轄指定
一　公法上の寄託に基づく財産法上の請求権
（以上前号）
二　供犠（Aufopferung）に基づく損失補償請求
三　警察法上の規定に基づく損失補償請求
四　ドイツ営業法に基づく損失補償請求
五　連邦伝染病予防法及び家畜伝染病予防法による損失補償請求
六　郵便・電信事件
七　司法行政行為
八　カルテル行政事件
九　戸籍事件
十　建築地事件
十一　公証人事件
十二　弁護士事件
十三　強制拘留決定
第三節　指定規定の類型
第四節　指定規定の合憲性の考察
第五節　指定規定の合目的性の考察
第一款　思想的背景とその批判
第二款　個別的考察
一　補償請求
二　補助管轄権
三　行政行為の取消
四　その他の公法上の争い
第三章　結章

二　供犠（Aufopferung）に基づく損失補償請求

VwGO 四〇条二項はまた、公共の福祉のためにする供犠[1]に基づく財産法上の請求権の主張に対しても民事訴訟を開いている。先に述べたように、公用収用は、憲法上損失補償を為すべき、財産権に対する公権的侵害を指す意味に用いられるに至ったのであるが、たとえ法律に云う収用にはあたらなくても、個人が不可避的に公益事業によって損失を蒙り、かつ、一般の利益に於いて犠牲を払わねばならない時には、公平な損失補償を受けるべきであるとするのが一般的な考え方であった。[2]すなわち、VwGO の供犠補償請求も、一七九四年のプロイセン一般国法（Allgemeines Rand Recht）の序章七四条、七五条[3]に初めて表現され、今日の憲

法下でも独自の存在意義が認められているところの、一般の利益に対する補償請求に関する規定である。(4)

判例は、このような供犠補償請求であっても、基本法十四条に定める公用収用による損失補償と性質を同じくするという理由で、民事裁判所の管轄権を肯定してきたのであった。(5) VwGO 四〇条二項の規定も、結局はこのような判例によって支えられてきた伝統的解釈を立法化し、指定による民事訴訟事件に変じたのに過ぎないが、(6) 指定の動機その他の事情は、多くは先に公用収用に基ずく損失補償請求のところで論じたことが、この場合にもそのままあてはまるであろう。

(1) 今村成和「国家補償法」一〇頁は「この言葉に的確な言葉をあてはめることは困難である」とされ、Aufopferung の語をそのまま使用しておられる。Aufopferung は、「犠牲補償」(沢井裕・「西ドイツに於ける国家補償序説— Aufopferungsanspruch 研究のために——」)「供犠」(南博方「行政裁判制度」)等の様に訳されているが、ここでは一応「供犠」の訳に従っておく。

(2) ワイマール憲法下に於いても両者の区別は通説・判例共に認めてきたようであり、ボン基本法の下に於いても、解釈上 Aufopferung の存立意義は認められているようである。(今村・前掲書・十四・十五頁)

(3) プロイセン一般国法 序章
七四条「国民の個々の権利・利益と、共同体の福祉増進のための権利・義務との間に現実の矛盾(衝突)を生じた時は、前者は後者にゆずらねばならない」
七五条「公共の福祉のためにする特別の権利・及び利益の供犠に於いては、関係人に対して場合の事情に相当する正当な補償が与えられねばならない。
(Janssen; Der Auspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, 1961. S. 22)

(4) 一般的には侵害が直接財産的価値ある権利に関するものでない場合 (BGH. Urt. v. 19. 2. 1953. BGHZ. 9. 83 ff)、あるいは、高権的侵害が関係者に〝間接的に〟(mittelbar) 損害を与える、すなわち、損害が侵害行為の副次的効果 (unbeabrichtigte Nebenwirkung) として生ずるような場合に於いて認められる。(H. Herrmann; Öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten von der Zivilgerichten. ZZP. 78 Bd. 1965. S.355).

(5) RGZ. 155. S. 156, RGZ. 162. S. 359, RGZ. 166. S. 239, RGZ. 170. S. 144,

(6) Ule; Verwaltungsgerichtsbarkeit. S. 94.

三 警察法上の規定に基づく損失補償請求

警察が、警察上の緊急事態 (Notstand) の際に、本来責任のな

い者に負担をかけることを要求した時は、この処置によって損害を蒙った関係者は損失補償を請求することができる。損害を与える行為を命令した官吏の勤務する団体が補償の義務を負い、補償請求に関しては通常裁判所で判決される。この規定は、合法的に為された警察許可（polizeiliche Erlaubnis）が、後に公共の利益の観点から撤回されたり、制限されたりする場合にも適用される。(1)

特別な規定がないために、権限を有する民事裁判所は、争いの額に応じて、区裁判所、あるいは、ラント裁判所である（裁判所構成法二三条、七一条）。

この警察法上の損失補償請求が、民事裁判所に指定されているのは、基本法一四条三項四段、VwGO 四〇条二項と同じ趣旨に基づくものであろう。何故なら、警察法上の損失補償規定があるなしにかかわらず、この様な損失は、まさに公共の利益のためにする供犠に基づく損失、あるいは公用収用に基づく損失とみなされ、それ故に民事裁判所の管轄権が肯定されるからである。(2)

この場合にも、警察処分の取消（Aufhebung）、変更（Abänderung）の目的をもって為される行政訴訟と、その損失の補償を求める民事訴訟とが分離することは想像に難くない。

（1）プロイセン警察行政法（Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 1931）七〇条～七三条、最近のラント法上の規定も、これに従っている。

（2）Stich; a. a. O. S. 397.

四　ドイツ営業法（Gewerbeordnung）に基づく損失補償請求

公共の利益に多大な損害と危険性を与えるということで、産業施設の使用が禁ぜられる場合は、一九〇〇年のドイツ営業法（Gewerbeordnung v. 26. 7. 1900）五一条一項により、所有者に対して、その明らかな損害に対し補償が為されなければならない。損失補償の争いについては出訴（Rechtsweg）が認められる（五一条二項）。

しかるに、ここでは〝訴訟〟とあるのみで、民事裁判所・行政裁判所の区別を明らかにしていないが、一般的には民事裁判所を指すものであると結論づけられている。その根拠とするところは、この損失補償は、明らかに公用収用の場合にあたるのであるから、民事裁判所の管轄権が基本法から直接導かれるということ(1)と、ドイツ営業法自体が、禁止処分（Untersagende Verfügung）に対しては“Rekurs”（訴願・今日の行政裁判手続）が認められ(2)、他方、損失補償に対しては“Rechtsweg”を開くと規定すること

によって、手続を二分しているとみなされるからである。(3)

(1)「ここに於いては自由に営業を実施する権利が、直接侵害されることになるのであり、単なる法的な利益の侵害にとどまるものではない。従って、この規定による侵害は通常は公用収用と云い得る。」(H. Herrmann ; a. a. O. S. 350).

また、「合法的に組織され、営まれている産業経営に於ける高権的処分である」(Stich ; a. a. O. S. 398).

(2) ドイツ営業法二〇条

「決定に対しては直近行政庁に対する "Rekur" が認められる。」

(3) Turegg-kraus ; Lehrbuch des Verwaltungsrechts. S. 288.

五　連邦伝染病予防法及び家蓄伝染病予防法による損失補償請求

一九六一年の「連邦伝染病予防法」(1)(Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragfarer Krankheiten bei Menschen v. 18. 7. 1961—BSeuchenG—)は、「この法に基づく損失補償請求に関する争いに対しては通常訴訟が認められる」(六一条)と規定し、一九〇九年の「家畜伝染病予防法」(Viehseuchengesetz v. 26. 6. 1909—ViehseuchenG—)による損失補償請求に関して残されていた民事裁判所と行政被判所の管轄権についての争いをその範囲で決定した。

管轄権に関する争いが立法的に解決される以前は、行政裁判所と民事裁判所で、管轄権をめぐって見解は対立していたのであるが、(2)結局、争点は、伝染病予防法の損失補償を惹起する行政庁の行為が、基本法に云う公用収用、ないし、供犠の用件を満足するかどうかにしぼられていた。代表的な判決は、連邦裁判所の一九五五年四月二一日の判決であるが、それは民事裁判所の管轄権を肯定して、次の様に云った。(3)

——法が、単に病気の疑いがあると云うことだけで、家畜の殺害命令を認め、更に、狂犬病の犬と関係したという単なる仮定に基づいてその犬の殺害を強制している以上、これはまさしく公用収用に他ならない。家畜は伝染病にかかっていないかも知れず、公共の危険性が別に現れてもいないのに、所有権を法的に、強制的に侵害するということが重要である。従って、その種の処方に対する損失補償の額に関する争いについては基本法十四条三項によって通常訴訟が認められる——

連邦補判所のこの見解は、連邦裁判所一九五六年二月二七日の判決(4)及び、一九六一年十月十六日の判決(5)にそのまま引き継がれ、この見解を踏襲して、BSeuchenG の立法者は、立法に際して訴訟条項の疑義に対する立法的解決を与えたのであった。

この伝染病予防法と同一の根拠に基づき、民事裁判所の管轄権

を肯定し得るものに、植物保護処分の際の損失補償請求がある。一九三七年の「栽培植物保護法」(Gesetz zum Schutz der Kulturpflanzen. v. 5. 3. 1937) 九条、及び、一九〇四年の「ぶどうのこぶ虫対策法」(Gesetz betreffend die Bekämpfung der Reblaus. v. 6. 7 1904) 六条・七条は、損失補償の規定を置きながら、両規定とも裁判所の管轄権については沈黙している。しかし、この規定についても、民事裁判所の管轄権が一致して肯定されているのは、全く先の伝染病予防法の場合と同じことがここでも云い得るからである。(6)

(1) 一九六一年の「連邦伝染病予防法」は、就業禁止による収入の損失、種痘の疾患、消毒、あるいは建物等のとりこわしによる損害等、かなり広く損失補償の規定を置いている（四九～六一条）。

この連邦伝染病予防法は一九〇〇年の「ライヒ伝染病予防法」(Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. 6. 1900—RseuchenG—) を改正したものであるが、前法に比して損失補償を認めている範囲がかなり広い。そして、RseuchenGは、一九〇九年のViehseuchenGと同じく、損失補償請求を置いてはいたが、裁判管轄に関する規定はなかった。

(2) 行政裁判所は一貫して伝染病予防法の補償を、公用収用補償と区別し、行政裁判所の管轄権を肯定してきた。

例えば

。コブレンツ (Koblenz) 高等行政裁判所一九五五年八月二五日判決 (DÖV. 1955, S. 667)

——一九〇九年のViehseuchenGの立法者は、その法において、一般的に規定された付加的義務を家畜の所有者に課し、これを一律に統一的に社会的に拘束する所有権の内容的制限 (inhaltliche Begrenzung) を定めた……。所有権は最初から危険な状態が広がり得るという公共の危険性に於いて制限を負っている社会的抵当 (soziale Hypothek) を負っているのであり、ViehseuchenGによる命令は、警察処分 (polizeiliche Maßnahme) であり、警察的観点に基づき所有者に対して命令される、物の破壊 (Verichtung) は公用収用ではない——

更に一九五八年十月十四日連邦行政裁判所判決 (BVerwGE. 7. S. 257) 一九六一年二月二八日連邦行政裁判所判決 (BVerwGE. 12. S. 87.) 一九六一年三月二一日ミュンスター (Münster) 高等行政裁判所判決 (BVerwGE. 12. S. 96) も、ほぼ同じ理由で、行政裁判所の管轄権を肯定している。

(3) BGHZE. 17. S. 137.

(4) BGHZE. 20. S. 112.

(5) NJW. 1962. S. 252.

(6) 学説に於いても、見解は分かれていた。

例えば、W・ウェーバー (Werner Weber) は伝染病予防法の損失補償の性質を次の様に説明し、民事訴訟を肯定して

いた(NJW. 1956. S. 886)

「病気にかかった家畜を殺害せよという警察命令は、(警察法上みられる如く)、家畜の所有者に対して、警察上の状態責任(Zustandhaftung)を要求するものであって、所有権法上の分類では、所有権の拘束(Eigentumsbindung)である。基本法はこの意味での損失補償を規定しているわけではない。にも拘らず、家畜伝染病法が損失補償を規定しているのは次の様な理由による。すなわち、所有者に正当に届出義務を履行させ、所有者がもみ消してしまおうとする危険な傾向を妨ぐために、そして所有者の悲運に対する援助の意味も含めて、あるいはまた、実際に病気にかかっているのか、その疑いがあるに過ぎないのかどうか、ということが判明する余裕のないうちに、すばやく処理する必要があるということによる。

単に、疑いがあるということで、殺害命令が為されたならば、(実際には病気でなかったのだが……)、この警察命令は、第三者、すなわち警察上の状態責任によって、何ら義務を負っていない所有者に対して向けられたことになる。この場合には警察上の緊急事態(Notstand)によって是認されるのであって、まさに基本法十四条の公用収用による損失補償が問題になり、それ故に民事訴訟が肯定される。

家畜伝染病予防法は、その両者を区別せず、従ってその損失補償がどの程度迄憲法による損失補償なのか、どの程度迄憲法から独立した他の種類の損失補償なのかによって区別を設けていない点に特色を有する。そのことは家畜の伝染病を有効に克服するためには所有権の侵害もある程度やむを得ないという考えが前提に存在する。そして、家畜伝染病予防法の損失補償は今日、憲法によって民事訴訟が義務づけられている〝公用収用損失補償〟と、行政裁判所が、その管轄を申し出ることができる〝その他の種類の損失補償〟の両方から成り立っている。

しかし、具体的な事件に於いて家畜伝染病法の損失補償に関する判決を分類することは意味がないし、実際上も不可能である。従って〝公用収用損失補償〟の部分は基本法によって当然民事裁判所に管轄権が帰属すべきであり、この部分は全体の中で個別化することが不可能なるが故に、警察によって命令された家畜の殺害に対する損失補償に関する判決は民事裁判所の手に残されていなければならない」

他方、

ハーマンは「社会的拘束(Sozialbindung)からはそれ故に、所有権の剝奪(Entziehung)あるいは破棄(Vernichtung)を国家が行ない得る権限はでてこない」(Hamann ; Das Grundgesetz, Kommentar, S. 151)とし、

あるいは、シュテイヒは「伝染病予防法は疑いもなく公用収用・供犠の要件を規定したものである。所有権の社会的拘束に基づく議論は成り立たない。所有権が社会的義務を有するということは所有権を否認することではない。所有権は『その行使』

(Gebrauch) が社会的に制限されているが故に所有権者の側で制限される限りでのみ社会義務化するものであり、憲法上の社会義務は所有権の本質・内容に関係するものではない」(Stich ; a. a. O. S. 400) と主張する。

六　郵便・電信事件

一八七一年の「ドイツ・ライと郵便事業法」(Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs v. 28. 10. 1871—PostG—) 二五条三項が、「被徴収者(Exequierten)、すなわち、使用料請求に関して徴収される者には、出訴(Rechtsweg)が許される」と規定し、一八九九年の「電報事業法」(Das Telegraphenwege-Gesetz v. 18. 12. 1899—TelwegG—) 十三条が、現在の、特別な施設の移転や変更、あるいは不動産の侵害による損失補償に対して出訴を許しているが、いずれも、民事裁判所への出訴を意味すると理解されていた。(1)

一九二八年の「電信施設に関する法」(Gesetz über Fernmeldeanlagen v. 14. 1. 1928—FernmAnlG—) 九条一項二段、及び二四条で、更に明示的に、使用料の支払い義務に関する全ての争いを民事裁判所に指定している。しかしながら、この法に規定された、放送・電信施設の建設作業の権限賦与、電報運送、電信通話の認可、電信網への接続、使用料徴収 (Gebührenerhebung) の法律問題は、今迄に説明してきた職務責任の問題、あるいは、公用収用の問題とは全く性質を異にするところの、明白に行政法上の問題である。(2)

にも拘らず、明文で使用料上の争いが民事裁判所に指定されるに至った背景には、「そうしなければ、裁判所による権利保護は全て失なわれる。何故なら行政裁判所は、通常は列記主義によって管轄権が定められていたからである」という考慮が働いていた。(3) すなわち、行政裁判所の管轄からもれた事件を、なんとか裁判所の審査に服さしめんとする法技術的動機がそこに窺れるのである。(4)

しかしながら、今日の行政裁判制度の下で、郵便・電信事件が民事裁判所に指定されなければならない合理的な根拠は見出し難い。むしろ、使用料上の争いが問題になるのは、多くの場合、使用料不払の故に、電話接続が遮断される等の行政処分を争う場合であって、この点でも、この指定規定に対する批判の声が多く聞かれる。(5)

(1) Stich ; a. a. O. S. 403.

(2) 一九六一年一〇月二〇日・連邦行政裁判所判決 (DVBl. 1962. S. 377).

——一九三九年十一月二四日の「電話法」Fernsprechordnung

v. 24. 11. 1939) 一〇条一項によってする加入関係 (Teilnehmerverhältnis) の解除に関する争いに対しては行政訴訟が開かれる。何故ならば、当事者間の法律関係は公法に属する。すなわち、被告である連邦郵便 (Bundespost) は、公の電話網に関する電話事業を、〝公の、公法に基づく任務〟(amtliche, im öffentlichen Recht wurzelnde Aufgabe) として行っている。被告が電話法二〇条一項により加入関係の解除をする権限があるか否かに関する訴訟に対しては、電話事業の施行者としての郵便が個々の加入者の上位に位置しているか、あるいは対当な契約当事者として相対するのかということには関係なく、VwGO 四〇条一項によって行政訴訟が開かれる——。

その他、「すなわち、連邦郵便の使用料は、公共団体が公の施設の利用に対して徴収する水道・電気等の使用料と同じものであって公法上の使用料である」(Stich; a. a. O. S. 403). 「ここでは、指定された争いは疑いもなく公法的性質を有し、公法上の債権の徴収を問題にしている」(Herrmann; a. a. O. S. 350).

(3) 「電話加入者が使用料の不払いを理由に電話接続を高権的に遮断された場合に、市民がその電話接続遮断の行政処分を争おうとしても以前は、それを救済する道がなかった。従って法が使用料の争いを民事裁判所に指定したのは、それによって少なくとも最低限の権利保護が為されるとされたからである」 (R. Naumann; Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 13)

(4) 一九六一年十二月十八日・連邦裁判所判決 (DÖV. 1962. S. 269) は、指定の根拠を、もっぱら〝歴史的理由〟に求めて次の様に云う

—— TelwegG 二条三項の損失補償請求が公法的な性質のものかどうかに拘らず、法の発布された時代の用語例 (Sprachgebrauch) に従がえば、通常 (民事) 裁判所への出訴が考えられる。 TelwegG の理由書にも行政庁の決定に対しては〝通常訴訟〟が開かれることを規定しており、しかも、それは伝統 (Tradition) によるものではなく、特別な法の指定に基づくと云うべきである。この指定による管轄は従って VwGO 四〇条に触れるものではない——。

(5) Naumann; a. a. O. S. 13.

「行政裁判所の概括条項の導入以来、その様な法政策的考慮の余地は全くなくなった。」

七 司法行政行為

裁判所構成法施行法 (Das Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz—EGGVG—) 一三三条～三〇条によって、商法・民事訴訟法・非訟事件を含めた私法の領域の、いわゆる司法行政行為 (Justizverwaltungsakt)[1] についての裁判は、第一審、最終審

ともに、ラント高等裁判所の民事部（Zivilsenat）、例外的に、EGGVG 二九条によって、連邦裁判所の民事部が管轄権を有する。

司法行政行為と云っても、司法行政庁（Justizverwaltungsbehörde）や執行行政庁（Volzugsbehörde）によって発せられる処分である以上、司法行政行為の取消に対しても行政訴訟が開かれるとするのが原則である。EGGVG 二三条一項の規定は、その処分の合法性に関する判決を通常裁判所に委任すると規定することにより、その限りで例外的に行政裁判権の裁判管轄を制限するものである。(2)

司法行政行為の合法性が通常裁判所で判決されるべきであるという考え方には「司法行政行為は、行政行為と云っても、私法によって判断され、行政裁判所の審査に親しまない」(3)という意識があり、またVwGO草案の段階に於ける連邦議会の理由書には「司法行政庁の、特殊な司法的行政行為（justizmäßiger Verwaltungsakt）の審査は、通常裁判所にまかされるべきである。何故なら、これは審査にとって必要な、民法上、刑法上の知識（Kenntnis）や経験（Erfahrung）に基づかなければならないからである」と説明している。(4)すなわち、民法を含む私法の実体的規定に基づく行政庁の行為であるが故に民事裁判所の管轄権が肯定されると云うのである。そのことが、明文の規定によって表現される以前は、確かに、司法行政行為の概念に関する論議と共に、その管轄権をめぐる問題はひとつのテーマであったが、(5)最近はあまり論じられていない。

(1) 司法行政行為の概念は、「商法・民事訴訟法・非訟事件を含めた私法の領域の個々の規定に基づき、司法行政庁（Justizbehörde）によって為される命令（Anordnung）、指定（Verfügung）、その他の処分」更に、「自由刑（Freiheitsstrafen）、保安・改善措置（Maßnahme der Sicherung und Besserung）、少年犯の懲戒拘置（Jugendarrest）及び拘留（Untersuchungshaft）の執行に於ける執行行政庁の命令・指定及びその他の処分」と定義されているEGGVG 二三条一項）。

(2) VwGO 一七九条に於いて、EGGVG 二三条～三〇条を挿入し、司法行政行為に関して特別な権利保護手続が作られている。（例えば、取消訴訟と同時に、義務づけ訴訟の可能性を認める、EGGVG 二三条二項、二七条）。連邦の立法者は、ここで、久しく望まれていた行政裁判権の法の統一をかなえたばかりではなく、通常裁判権に対しても行政訴訟手続の小型版（miniaturangabe）とも云うべき手続を授けた。（R. Stich ; Einheitlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Justiz-und Vollzugsbehörden. DÖV, 1960, S. 368.）

(3) 一九五七年十二月十九日・連邦行政裁判所判決(BVerwGE. 6. S. 88)

――司法大臣(Justizminister)の確認は、単に、民事訴訟法によって、すなわち、いかなる場合に、他の判決の承認が排除されるかを定める民事訴訟法三二八条によって判断されるが故に、当該決定は行政裁判所の審査に服さない。

(4) H. Ruschewеyh; Gedanken zum Rechtsweg in Justizverwaltungsgelegenheiten. DVBl. 1958. S. 687)

(5) ルシェワイは、司法権の作用を、判決・裁判所行政(裁判所長官の決定等)・その他の行政に三分し、いわゆる司法行政行為は、最後の「その他の行為」であるとする。更に、それを、生来的司法行政行為(geborene Justizverwaltungsakt)と称する判決主体の活動に対する外的条件を形成する全ての処置(例えば、裁判官や公務員の勤務監督・費用の取立等)と、選択的司法行政行為(gekorene Justizverwaltungsakt)と称する裁判所の法宣言的行為とは直接関係のない行為であって、他の行政庁によっても行なわれ得る行為(例えば、弁護士・公証人・訴訟代理人の許可等)に分類する。そして、MRVONr. 165二五条一項二段の例外規定により、行政裁判所の管轄が排除されるのは、右の生来的司法行政行為のみであって、他方はいぜんとして行政裁判所の管轄権が肯定されていると主張していた。(Ruschewеyh; a. a. O. S. 688)

八 カルテル行政事件

一九五七年の「競争制限禁止法」(Das Gesetz gegen Wettbewerbobeschränkungen v. 27. 7. 1957)によれば、カルテル行政庁(Kartellbehörde)の決定に対する異議申し立て、あるいは、連邦経済省(Bundeswirtschaftsministerium)の一定の処分に対する異議申し立てに関する行政事件(五一条・八〇条)に於いては、ラント高等裁判所のカルテル部(Kartelsenat)が判決し、連邦裁判所への上告が認められている(八七条~九一条)。

「競争制限禁止法」による行政事件は、疑いもなく、連邦・省・連邦カルテル庁(Bundeskartellamt)の処分や決定に対する不服の申し立てであり、行政処分を争うものであるから、まさに、公法上の争いに他ならない。(1)(2)

現在、この行政事件が、原則的には権限を有するはずの行政裁判所から、民事裁判所の権限に移されているのは何故であろうか。決定的な理由は定かではないが、推測し得る根拠としては、経済法上の争いにあっては、行政裁判所に比較して民事裁判所の方がより多くの経験を積んでいるということ、経済法上の特殊な争いに対応して、特別な部を設けなければならないという考慮があること、位である。しかし、経験の有無は、管轄分配の決定的

基準にはなり得ないし、また、法はラント高等裁判所・連邦裁判所に「カルテル部」を設置する規定を置いていると云っても、裁判官の特別な構成、あるいは専門の裁判官を任命することを全く規定していないのだから、立法者が経済上の争いの特殊性をことさら考慮したとも考えられない。

(1) Stich; a. a. O. S. 410.「連邦・省・連邦カルテル庁の処分は、疑いもなく〝真の行政官庁による真の行政行為〟に他ならない」
Hermann; a. a. O. S. 356 も「通常の行政庁による行政行為の取消が問題になっている」

(2) 競走制限禁止法も、カルテル事件の行政事件たることに従い、手続を定めている。例えば取消の形式と期間（六五条～七五条）、不行為訴訟（六二条・六五条）、手続関係者（六六条）、口頭弁論（六八条）、職権審理主義の適用と長官の教示義務（六九条）、抗告判決の内容（特に、取消・義務づけ判決・七〇条一項～三項）。

九　戸籍事件

一九五七年の「戸籍法」(Personenstandsgetz v. 8, 8. 1957)四五条によれば、戸籍吏 (Standesbeamte) が、この法、あるいは他の法規に規定された職務行為 (Amtshandlung) の着手を拒絶する時は、区裁判所 (Amtsgericht) がそれをさせることができる。(1) 区裁判所の判決に対しては、ラント裁判所へ、ラント裁判所の判決に対しては更にラント高等裁判所への抗告が認められる（四九条）。

戸籍法は、両親の結婚による私生児の認知確認（三一条）、戸籍簿の登録訂正命令（四七条）に対しては、後見裁判所 (Vormundschaftgericht) の直接的な管轄権を認めているが、戸籍吏に対して固有の権限が指定されている限り――例えば、婚姻前の公示の発布・解除・婚姻登録・その他戸籍に関して重要な事柄、及び父子関係・母子関係の確認証明――戸籍吏は、行政に属する職務行為を行なっていると云える。

戸籍法四五条は、公務員たる戸籍吏の義務である職務行為について規定し、それは確かに区裁判所によって、着手を促されはするが、(2) それ以外に司法行政との組織的関連を有するものではない。逆に、通常、戸籍吏には、市長 (Bürgermeister) が任ぜられる（五三条）が、その際重要なことは、その法律上の身分が、もっぱら自治組織法上に根拠を有する公務員であるということである。戸籍吏の義務である仕事は、市町村に対し、〝委任による履行〟(Erfüllung nach Anweisung) のために、従って、行政法上の意味に於ける〝委任事務〟(Auftragsangelegenheit) として

委せられた国家の事務である。

戸籍指定(Personenstandssachen)が、民事裁判所に指定されているのは、戸籍吏の行為が、後見裁判所の行為（従って、一般的には、非訟事件に於けるそれ）と密接に関連を有し、[3]戸籍吏は、その職務行為の実質的な内容に関しては、一層、民法・婚姻法等の私法規定にたよらなければならないという技術的考慮に基づくものである。

(1)「戸籍法四五条の目的は、戸籍吏の職務行為の着手を求める請求権を有する限り、関係者(Beteiligten)に、権利の保護を与えようとするものである」（一九六一年十二月二二日ラント高等裁判所〈Celle〉判決—DVBl. 1962. S. 643—）

(2)「戸籍吏の職務行為の拒絶に対し、その着手を〝させる〟(anhält)のは、行政裁判所が行政行為の拒絶を違法なものとみなし、それによって原告の権利が侵害されているものとみなす限り、しかも判決を下し得る迄に、取り調べが進んでいる場合に、その職務行為を行なうべきことを行政庁に〝義務づける〟(Verpflichtung)判決(VwGO 一一三条四項前段)をするのに等しい」(H. Müller ; DVBl. 1962. S. 644. OLG Celle Besch. v. 22. 12. 1961 に対する評釈)

(3) 戸籍吏が職務行為を正当に拒絶したかどうかを判断する裁判手続は非訟事件法(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)の手続に従う（戸籍法四八条）ので、職権審理主義が適用される（非訟事件法一二条）。

＋ 建築地事件

一九六〇年の「連邦建築法」(Bundesbaugesetz v. 23, 6. 1960)によれば、建築地事件(Baulandsachen)[1]を審理するために、第一審として、ラント裁判所に設けられた「建築地事件のための部」[2](Kammer für Baulandsachen)があたり、この裁判所の判決に対する控訴審として、ラント高等裁判所に設けられた「建築地事件のための部」(Senat für Baulandsachen)[3]、最高審として連邦裁判所[4]があたる旨定められている（一六〇条、一六九条、一七〇条）。

連邦建築法に定められた、この建築地事件のための部は、先の建築地調達法(Baulandbeschaffungsgesetz v. 3, 8. 1953)に於いてすでに採用されていた方法を踏襲したものであるが、前法に比して、その管轄権はかなり拡大されている。

このような裁判官の特別な構成と特別な手続を有する部を設ける試みは、今迄みてきたように、この種の争いに於いて往々生ずるところの、補償上の争いを民事裁判所に指定していることに基づく訴訟の複線性(Zweigleisigkeit der Rechtswegs)の問題を何とか解決せんとして採られた方法であって、徴収行為の適法性のほか、収用による損失補償額についての争いも、特に設置された

裁判所にあわせて審査させようとするものである。手続も民事訴訟法とはかなり異なる内容を有し、(5)一本立ての出訴可能な方法がとられる以上、その限りで複線性の問題も解決されるのは確かである。しかし、この試みは、初めて登場した建築地調達法の時代から、その合憲性に関しては強い疑いがもたれていた。(6)すなわち、基本法十四条の趣旨は、民事裁判所が、正規の構成に於いて補償の額を決定することにあり、他方、徴収行為自体の適法性については、概括主義によって行政裁判所が判決しなければならないのにかかわらず、建築地事件に於ける訴訟規律は、組織分裂へと導く特別裁判所設立の傾向を促進することになり、これは法政策的にみて極めて遺憾と考えられるからである。(7)そこで、連邦建築法の「建築地事件のための部」が、基本法に云う通常裁判所と云い得るかどうかが争われたが、一九五六年二月二三日の連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）は次の様に説示して、その方法の妥当なことを根拠づけたのであった。(8)

――建築地事件のための部に、公用収用損失補償の種類や額に関する裁判所の判決を指定することは基本法に反しない。すなわち、基本法十四条三項四段は、公用収用損失補償に関する争いを一般的な通常裁判所に指定するものであって、特別裁判所に指定するものではない。しかしこのことから、立法者が公用収用事件に於いて、裁判所の構成や手続に対する特別な規定を禁じようとしたのだということはでてこない。そこで扱われる事柄の特殊性の故に一般的な手続や管理規定から離反すること（Abweichung）は認められる。〝通常裁判所への出訴〟（Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten）の概念は、単に一般的な規定によって任ぜられ、手続を有する判決主体のみを云うのではなく、特別な素材に対して特に構成され、手続を有する判決主体を包含することも妨げない。勿論、基本法十四条三項四段の意味に於いて組織・手続の点で憲法に違反できないメルクマールは守らねばならないが、建築地調達法に於いてはこの通常裁判所の本質を害するものではない。法が判決主体を特別に構成する動機は、民事裁判所が今迄の様に、損失補償の額のみでなく統一的な手続で公用収用の行政行為の適法性についても判決すべきであるという点にある。従って行政裁判官の行政法の分野の特別な知識や経験を必要とするのである――。この合憲判決に支えられて、連邦建築法は、建築地調達法の規定を引き継ぎ、ないしは、更に充実させて、建築地事件部を規定するに至った。

連邦建築法一五七条一項の指定規定は、まさに、公用収用処分の取消と公用収用損失補償に関する争いとを、ともに民事裁判所

にまかせる点に、その特殊性があるのであるが、前示憲法裁判所の判決にも拘らず、なお問題の残るところである。(9)

(1)「建築地事件」が何であるかは、連邦建築法一五七条一項が規定する。それによれば、

a、区画整理手続(四五条以下)、境界整理手続(八〇条以下)、公用収用手続(八五条以下)に於いて生ずる行政行為を争う場合。

b、四年以上継続する変更禁止(一八条)、建築認可拒絶(一一条二項三項)、市町村による先買権の行使(二八条)、建築計画に於ける公共用地の決定(四〇条)、無建築地及び保護地の決定(四一条)、土地の立入りその他の作業の着手(一五一条二項)等に基づく損失補償請求に関する争い。

(2) 議長を含むラント裁判所の二人の裁判官と、行政裁判所の三人の裁判官によって構成される(一六〇条)。

(3) 議長を含むラント高等裁判所の二人の裁判官と、高等行政裁判所の三人の裁判官によって構成される(一六九条)。

(4) 連邦裁判所には、下級審にみられるような裁判官の特別な構成は存在しない。

(5) 特に、職権審理主義の適用(一六一条二項)、手続関係者(一六二条)、裁量決定の取消(一六三条)、判決内容(一六六条)、欠席判決の除外(一六七条)等であって、これらは争いの公法的性質・行政行為の取消ということから生ずる変更である。

(6) Mangoldt-Klein; Das Bonner Grundgesetz. S. 453.

(7) Naumann; Die Trennung der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland. S. 274. Forsthaff; a. a. O. S. 309.

Heitzer (DVBl. 1951. S. 222) は「基本法一九条四項によれば、通常裁判所の管轄権は、単に"補助的"(subsidiär)なものに過ぎない。通常訴訟は、独立行政裁判所への出訴の可能性が存在する時は常に認められないのであるから、行政裁判権から公用収用の事件領域をとり出すことに対しては、基本法一〇一条一項二段(「例外裁判所は許されない、何人もその法律の定める裁判官の裁判を受ける権利を奪われてはならない」)違反が認められる――」とする。

判例としては、

一九五五年四月一九日ラント裁判所(Hamburg)判決(MDR. 1955. S. 498)

――建築地調達法以前は、公用収用の根拠と合法性については、行政争訟手続で、一方損失補償の額についての争いは、もっぱら民事裁判所の管轄権であった。今迄、行政裁判所の管轄権を民事裁判所の任務に指定するのは行政裁判所の排他的な管轄が存在しないところでのみ可能である。また他方、建築地事件のための部は、事実上、機能上、特別裁判所であって、基本法十四条三項の意味に於ける通常裁判所(裁判所構成法十二条がそれを定める)にあたらない――同旨・一九五五年四月二七日ラント高等裁判所(Bremen)判決。

(8) BVerfGE. Bd 4. S. 387=NJW. 1956. S. 625.

(9) 例えば、ナウマンはかように違憲の疑いのある規律を為さざるを得ない唯一の原因は基本法十四条三項四段そのものにあるとし、むしろ、この規定は廃止せすべきであると主張し(Naumann; O. S. 247)、あるいは、シュティヒは、十四条三項の〝裁判所〟の前の〝通常〟の語をとり去り、行政裁判所が公法上の損失補償請求の問題をともに判決すべきであると主張する(Stich; a. a. O. S. 417, Derselbe; Rechtsschutzprobleme bei Maßnahmen der Landes-und Regionalplanung〈Verfassung und Verwaltungsprobleme der Raumordnung und Landesplanung S. 142))

十一　公証人事件

一九六一年の「公証人法」(Bundesnotarordnung. v. 24. 2. 1961)に基づいて生ずる行政行為は、公証人法一一一条によって裁判所に取消を請求し得る。それに関しては、第一審にラント高等裁判所、第二審に連邦裁判所があたる。これらの裁判所に於いては、公証人に対する懲戒事件(Disziplinarsachen)について規定された裁判官の構成をもって審理される。すなわち、ラント高等裁判所では、裁判長、一人の陪席判事、一人の公証人たる陪席判事によって構成され(一〇一条、一〇二条)、連邦裁判所では、裁判長、二人の裁判官、二人の公証人たる陪席判事によって構成される(一〇六条)。

ここで公証人事件(Notarsachen)とは、公証人陪席判事の任命(七条)、公証人の任命(十二条・十三条)、任地の指定(一〇条)、弁護士あるいは他の公証人との関係(九条)、罷免(五〇条)を対象とするラント司法行政庁の行政行為を争うものであって、手続としては、出訴権(Antragsbefugnis)について、VwGO四二条二項[1]と同じ違法な権利侵害の要件を必要とすること、ラント司法行政庁の裁量決定の審査をVwGO一一四条[2]と同じ方法に制限すること、出訴期間(決定の通知後一ヵ月)と同時に、不行為の申し立て(Untätigkeitsantrags)の可能性をVwGO七五条[3]に従って決定することを規定している(一一一条一項・二項)。更に、公証人法一一一条四項二段は、連邦弁護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung v. 1. 8. 1959)を指定しており、連邦弁護士法四〇条四項は、非訟事件手続法の適用を認めているために、職権審理(Amtsprüfung)の原則が適用される(非訟事件手続法十三条)。

ラントの司法行政庁の決定を争う公証人事件が、ラント高等裁判所及び連邦裁判所で組織された公証人懲戒事件のための部に指定されているのは、先にみてきた司法行政行為、あるいは戸籍事件を争う場合と軌を一にするものであって、異論のあるところで

はあるが、[4] 技術的な理由に基づくものとして一応是認されているところである。[5]

(1) VwGO 四二条二項（取消・義務づけ訴訟）
「他の法律に規定がない限り、原告が行政行為、あるいはその拒絶・不行為によって権利を侵害されたと主張する時にのみ訴訟は許される」

(2) VwGO 一一四条行政裁量
「行政庁がその裁量に従って行為する権限がある限り、裁判所は裁量権の踰越や濫用がある場合には、行政行為の拒絶・不行使・あるいはその行政行為が法に違反しているかどうかについても審査する」

(3) VwGO 七五条（不行為訴訟）
「正当な理由なく、異議申し立て、あるいは行政行為の着手を求める申し立てに関して相当な期間内に、何の決定も為されないならば、六八条（取消・義務づけ訴訟の手続）とは別に、訴訟が認められる」

(4) H. Herrmann; a. a. O. S. 379.

(5) ラント裁判所や連邦裁判所に、陪席判事としての公証人を加えた特別な、公証人に対する懲戒裁判所が作られた時にも、それに行政決定の審査をもまかせることは正当視されていた(Stich; a. a. O. S. 422)

十二 弁護士事件

一九五九年の「連邦弁護士法」(Bundesrechtsanwaltsordnung. v. 1. 8. 1959) の施行に於いて、ラント司法行政庁により発せられる行政行為に対し、及び、弁護士資格の承認申請についての決定の前に、弁護士会(Rechtsanwaltskammer) が為さなければならない判定 (Gutachten) に対し、裁判所への出訴が認められる（弁護士法三七条)。管轄を有する裁判所は、ラント高等裁判所に設置された、弁護士のための「名誉裁判所」(Ehrengerichtshof) であって、それは裁判長として一人の弁護士、陪席判事として更に二人の弁護士と、二人のラント高等裁判所の裁判官によって構成される（一〇〇条・一〇一条・一〇四条)。名誉裁判所の決定に対しては、連邦裁判所に設置された「弁護士事件のための部」(Senat für rechtsanwaltssachen)[1] に上訴することができ、その部は、連邦裁判所長官、及び、連邦裁判所の三人の裁判官、陪席判事としての三人の弁護士から構成されている（一〇六条)。

弁護士法から生ずる公法上の争いは、法が自ら、第三章の表題（「認可事件に於ける裁判所の判決を求める申し立ての手続」三七条～四二条）で使用している、「認可事件」(Zulassungssachen) の概念によって説明されるところのものである。その他・弁護士

会も公法上の団体であるから、弁護士会の理事、議長の選出や、決定、あるいは、連邦弁護士会の議長や、総会の決定の無効(Nichtigkeit)のための手続もそれに加えられる。

連邦弁護士法が定める手続としては、争いの特別な性質が必要とする規定を置き、更に非訟事件手続法を指定する。(2)(3)

ここに於ける管轄指定も、上述の司法行政行為、公証人事件、戸籍事件のところで云い得ると同一の基盤、すなわち、法の実体規定が私法の一部を為すが故に、むしろ技術的な理由に基づいて規定されたものである。

(1)「弁護士に対する名誉裁判所は通常の民事裁判所とみなすことはできないが、連邦裁判所に設けられた「弁護士事件のための部」は、その特殊な裁判官の構成にも拘らず、連邦の特別裁判所ではない」。(一九六一年三月二〇日連邦裁判所判決—NJW. 1961. S. 1212)

(2) 例えば、申し立ての形式、申し立ての相手方、申し立ての内容、手続原則、判決内容、即時抗告の許容性、等（弁護士法・三七条～四二条）。

(3) ここで、連邦公証人法、連邦弁護士法を通じて云えることは、非訟事件手続法が、次第に〝民事裁判所に対する行政裁判所法の副次的機能(Nebenfunktion)をまかされるか、あるいは、すでにまかせられてしまっている〟ということである(Stich; a. a. O. S. 424)。

十三　強制拘留決定

強制金(Zwangsgeld)の徴収が試みられて成果がなかったか、または、徴収が成果をもたないであろうことが確定した時に、行政庁の申し立てにもとづいて、強制拘留(Zwangshaft)が、区裁判所(Amtsgericht)により決定される。その決定に対しては、ラント裁判所に即時抗告(sofortige Beschwerde)が認められる。(1)

この代償強制拘留(Ersatzzwangshaft)は、第一次的強制手段ではなくて、強制金が徴収され得ない場合に、その代償強制手段として用いられるべき第二次的強制手段である。このような強制拘留の制度は、プロイセンに於いては古くから認められたものであり、一八八三年の一般ラント行政法、および、一九三一年の警察行政法に於いても認められたが、これらの法律では、強制拘留の決定は行政庁自らにより行なわれるべきものであった。(2)

しかし、基本法一〇四条二項は、「自由剥奪の許容及びその継続については、裁判官のみが決定しなければならない」と規定し、それによって、裁判官によらない強制拘留決定はもはや認められないことになり、行政庁自らによる強制拘留決定を認めていた規定は効力を失った。

各ラントの行政執行法は、全てが強制拘留の決定を行なう裁判所を通常裁判所としているのではなく、中には行政裁判所が決定するものとしている法律[3]もあって軌を一にしない。けれども、今日、通常裁判所の管轄としている法が大部分であり、その理由は明らかでない（ミュラー＝ハイデルベルク＝クラオスは、ニーダーザクセンの公安秩序法が強制拘留の決定を為す裁判所を区裁判所としたことについて、ラントの行政裁判所は、各個のレギールンクスベチルクに一つだけかしかないから、もし行政裁判所にこれを委ねるとすれば、区裁判所に委ねるよりも、行政庁及び関係者にとって、一層近ずき難いものとなるであろうとのべる。これに対し、フオン・ローゼン・フオン・ヘーヴェルは、高権的行政の領域についての決定が問題であるから、行政裁判所に委ねないで、民事裁判所に委ねるのは、論理一貫しないと論ずる[4]）。

（1）ニーダーザクセン公安秩序法 (Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung v. 21. 3. 1951) 三八条

ノルドライン・ウェストファーレン警察行政法 (Das nordrhein-westfälische Polizeiverwaltungsgesetz v. 27. 11. 1953) 五六条二項

ラインラントープファルツ警察行政法 (Das rheinlandpfälzische Polizeiverwaltungsgesetz v. 26. 3. 1954) 六〇条・六一条

ラインラントープファルツ行政執行法 (Das rheinland pfälzische Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 8. 7. 1957) 六七条

（2）広岡隆「行政上の強制執行の研究」三九頁

（3）例えば

西ドイツ行政執行法 (Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 27. 4. 1953) 一六条

行政手続に関するブレーメン法 (Das bremische Gesetz über des Verwaltungsverfahren v. 1. 4. 1960) 一〇条

ノルドライン・ウェストファーレン行政執行法 (Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Nordrhein-Westfahren. v. 23. 7. 1957) 六五条

（4）広岡隆・前掲書・一五二頁

第三節　指定規定の分類

第二節で、基本法、連邦法、ラント法によって、公法上の争いとされている事件が民事裁判所に指定されている例を、個別的立法ごとに考察してきた。勿論、指定規定は以上のものに尽きるわけではないが、以上の代表的な指定のいずれかと必らず関連を有

するものであり、これから分類しようとするいずれかの系列に属するものである。指定規定の体系的分類は、その展望を一層明らかならしめ、どの程度迄、民事裁判所の公法上の管轄権が許されるか、あるいは、どの程度、民事裁判所から、公法上の管轄権が除去されるべきかを、より明確にすることに役立つであろう。

1、まず、最も典型的にして、最も例の多い指定規定のグループは、国家権力の処分による権利の侵害と私人の利益の補償請求(Ausgleichanspruch)に関するものである。

更にこれは

a、金銭に於ける補償に向けられた請求、例えば、基本法十四条三項四段、及びそれと同一視され、あるいは類似しているとみなされ得る請求。例えば、供儀補償請求、警察法上の規定に基づく損失補償請求、ドイツ営業法上の損失補償請求、各種伝染病予防法ないし植物保護法に基づく損失補償請求、等。また、これらの場合に、公務員が、行為の際に、彼の義務である職務義務に違反した時に生ずる、基本法三四条三段に基づく職務責任請求。

b、物の返還に向けられた請求もまた、部分的には民事裁判所の管轄とされている。例えば、公法上の寄託に基づく請求。この請求は、場合によってはaの請求と競合し得る（例えば、寄託された物が返還されないのみでなく、寄託関係の範囲内で損害が与えられたような場合）。

2、民事裁判所の補助的管轄権。例えば、基本法十九条四項二段。

3、行政行為の取消が問題とされる場合。これは更に、次の様に分類することが可能である。

a、一般的な、内務行政に関する行政庁の行為、例えば、連邦建築法一五七条による行政行為の取消、カルテル行政庁の行政行為の取消、その他、亡命者及び難民に関する法に基づく行政行為の取消（法五九条三段六三条三項）。

b、司法行政庁による行政行為。例えば、裁判所構成法施行法二三条、連邦公証人法一一一条一項、連邦弁護士法一六三条二段及び二二三条三項。

c、公法上の団体(Körperschaft)の行政行為。例えば、連邦公証人法七条、七四条。連邦弁護士法四二条、等。

4、対等に置かれた高権の担い手(Hoheitsträger)間の争い。例えば、電報事業法十三条三項・四項、電信施設法二四条、等。

5、その他の公法上の争い。例えば、郵便法二五条三項、電信施設法九条は、強制執行に対する訴訟に類似した場合、すなわち、公法上の金銭債権の執行に対して提起される場合を規定す

る。その他、連邦弁護士法 九一条、一九一条は、弁護士会の選挙、決定の取消を民事裁判所に指定する。

第四節 指定規定の合憲性の考察

以上、第二章では、公法上の争いが民事裁判所に指定されている例を、具体的法に基づいて考察し、その後で類型的な分類を試みてきたのであるが、それでは、今日の憲法秩序の下に於いて、管轄指定規定は一体どれ程基本法の要請に一致し得るであろうか。すなわち、現在、独立した五つの裁判権の領域に連邦上級裁判所(oberes Bundesgericht)の設置を基本法は規定しているが、そこから各々の裁判権の管轄分配基準がいかに導き出され、そしてその標識をもってみる時、現在の数多き管轄指定規定が憲法上の限界に抵触するものではないかという考察が必要である。(1)

基本法九六条一項は、通常(ordentlich)、行政(Verwaltungs)、財政(Finanz)、労働(Arbeits)、社会(Sozial)の裁判権の領域に対し、上級連邦裁判所を設置することを規定している。この基本法の規定は、確かにそこで挙げられた裁判部門の存立が憲法上保障されなければならないことを引き出している。(2)これによって、裁判権の独立の部門としての行政裁判権の制度的保障(institutionelle Garantie)は、少なくとも連邦の領域に存在することは云うまでもない。(3)すなわち、基本法九六条にあげられた裁判権を完全に除去しようとすれば、基本法を変更する以外に方法はない。しかしながら、基本法九六条一項から、そこで存立を保障された行政裁判所に、全ての公法上の争いに関する判決の単独の権利(alleiniges Recht)がまかせられているのかどうかということに関しては、直接、何も引き出されない。そこで解釈論として様々な見解が対立しており、基本法の行政裁判権の保障は、連邦裁判所(Bundesgerichtshof)が、連邦行政裁判所に代って公法上の争いに関して判決することを一切排除するものであるとする説(4)もないではないが、学界の多数はその考え方には否定的である。もしその解釈が成り立つとすれば、連邦法、ラント法による全ての指定規定は、基本法自らが認めた公用収用・職務責任の場合を除き全て憲法違反だということになる。基本法は、九六条で管轄権の保障を意図したものではなく、それはむしろ法技術的に考慮されるべきことであって立法に委ねたとみる方が自然であろう。

多数説は、基本法九六条一項では、行政裁判権の存立のみが保障されているのであって、一定の争いに対する行政裁判所の判決の独占(Entscheidungsmonopol der Verwaltungsgerichte)は保障されていないのだとする。(5)規定の趣旨から云っても、規定の表現

からみても、九六条一項に、管轄権の保障を見出すことには困難がある。[6] 基本法の立法者が、活動の領域の種類に従って、裁判部門の〝機能的明確性〟(Funktionsreinheit) を実現しようとしたのなら、九六条一項はもっと別な表現がとられていたに異いない。[7]

従って、裁判部門の制度的保障から、一定の判決の独占の保障を推論することは不可能である。しかしながら、行政裁判権の憲法上の保障と、公法上の争いに於ける行政裁判所の裁判の実際上の権限の間には、内的関連 (innerer Zusammenhang) が存在する。[8] すなわち、法律による指定によって、行政裁判所から、かなりの管轄権が剥奪され、そのために、制度的に保障されたはずの行政裁判権が、事実上、〝空の殻〟(leere Hülle) と化してしまう場合は、行政裁判権の制度そのものの存立を危うくするものであって、憲法違反とみなし得る結果になることが考えられる。[9] 一九五六年二月二三日の前掲 (第二章第二款十) 連邦憲法裁判所の判決にも、その様な考え方が窺れる。すなわち、その場合には、建築地調達法四三条 (現在は連邦建築法一五七条一項) による建築地事件の民事裁判所への指定は、立法者の裁量のぎりぎりの限界がまだ越えられていないと説示したのであった。[10]

公法上の争いを民事訴訟に指定することによって、どこから行政裁判所がその実際的な存立根拠を失うのかということは、結局、行政裁判所から引きぬかれ、民事裁判所に指定された公法上の争いの総和 (Summe) が決定的となる。今迄に考察してきたように、現在相当な部分の公法上の争い、なかでも、行政行為の取消という疑うべくもない公法上の争いが、民事裁判所に指定されている事は事実である。しからば、現在の法状態は、憲法違反と云うべきかどうかは、やはり、実質的にも形式的にも、行政裁判権が〝空洞〟(Aushöhlung) 化する程に、管轄権の委譲が行なわれていると云えるかどうかに従って判断されるべきであり、この標識によっても、現在の管轄指定の程度では憲法違反と云うことはできないと思われる。

一部には、基本法一九条四項の規定から、公法上の争いに対する行政裁判所の独立的判決が導かれるとする説もある。すなわち、基本法一九条四項一段は、公権力によって権利を侵害された者には、出訴の途を開くものであるから、少なくとも全ての公法上の取消事件に対しては行政訴訟が認められなければならないと主張するものである。[11] しかし、この見解は、基本法十九条四項二段の方で容易に反論されるのであって、もしそのような主張が認められ、一段によって、全ての取消事件に対する行政裁判所の管轄権が強制的に確定されるなら、本来二段は不必要である。立法者は、単独の法による別の規定を可能なものとみなし、例外を全

く排除しようとしたのではないのであって、そのためにこそ、十九条四項二段によって、民事訴訟を補助的に認めているのである。[12]

(1) 公法上の争いに於ける民事裁判所の権限の合憲性 (Verfassungsmäßigkeit) は、合目的性 (Zweckmäßigkeit) の問題と明瞭に区別する必要がある。このことは、往々にして看過される点である。例えば、ツヴァイゲルト (Zuweigert) が一定の指定規定の合憲性の考察に対し、内的な理由による管轄権の移動 (Zuständigkeitverschiebung) が是認され得るか否かを意図しているとしている (Das neue Kartellgesetz. DVBl. 1958. S. 733 f) 時、それはまさしく合憲性と合目的性の区別があいまいにされていることを意味する。

(2) Bachof; DRZ. 1950. S. 169. Eyermann-Fröhler; a. a. O. S. 60. Lerche; Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. 1953. S. 29. Mangold-klein; Grundgesetz. Kommentar. Art 14. Anm. 16. Ule; Bundessondergerichte? DVBl. 1953. S. 398. Zweigert; Das neue Kartellgesetz. DVBl. 1958. S. 737.

(3) 基本法九六条一項がラントの領域にも独立した行政裁判権を保障しているか否かに関しては争いがある。

肯定説として、Hamann; a. a. O. S. 206. Jellinek; DRZ. 1948, S. 269. Lerche; a. a. O. S. 30,

否定説として、Bachof; Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZZP. Bd. 65. S. 12. Ule; a. a. O. DVBl. 1959. S. 741.

(4) Schiedermair; Der gesetzlich Richter im Verwaltungsprozeß, DÖV. 1960. S. 10.

(5) Ule; DVBl. 1959. S. 741. Klinger; a. a. O. S. 139.

(6) 一九六一年三月一〇日、連邦裁判所判決 (NJW. 1961. S. 1211)

一九五七年一一月一九日、連邦憲法裁判所判決 (JZ. 1958. S. 625)

(7) H. Herrmann; a. a. O. S. 359.

(8) H. Herrmann; a. a. O. S. 360.

(9) Eyermann-Fröhler; a. a. O. S. 60.

Blomayer; Gerichtsverfassung und Verfahren in Kartellstreitsachen. MDR. 1953. S. 129.

(10) しかしながら、連邦にも、制度的保障と実際上の判決権限の関係についての詳細な説明は為されなかった。

(11) Heitzer; Zum Entwurf einer Gesetzes über die vorläufige Bereitstellung von Bauland. DVBl. 1953. S. 273.

(12) 通説である。Hamann; Kommentar zum GG, Art. 19. Abs. 4. Anm. 17.

第五節　指定規定の合目的性の考察

一定の公法上の争いを民事裁判所の管轄権に指定することは、それが行政裁判権の機能的意味を全く失い去ってしまうものでない限り、基本法に抵触するものではなく、憲法上の問題にならないことが判明した以上、今度は、果たして指定規定に合理的な根拠があるのかどうか、あるいは、法政策的・訴訟技術的にみて、どこまでそれを是認し得るかの問題が残されている。現在の指定規定が全て全く合理的であるとする主張は少なくともみることはできず、何らかの不合理理性の故に、その改変を意図するものがほとんどである。しかし、改変とは云っても、法政策的考慮としては、a、現存する全ての裁判部門を統一的な裁判部門に包括すること。b、現在の裁判部門を一応原則として維持して、通常裁判所と行政裁判所の管轄分配を、公法上の争いと私法上の争いとは別の基準によらしめる。c、基本法九六条の裁判部門の構造を前掲としつつ、しかも、公法と私法の実体法上の区別による民事訴訟・行政訴訟の区別を維持し、ただ指定規定の合理的な配分に主眼を置く、の三つの方法がとりあえず考えられるであろう。

しかしながら、第一の方法によれば、それは憲法改正によってのみ可能であり、しかも管轄権の問題も最初から問題になり得ないのであるが、現在、全ての法律上の争いに対して統一的な裁判所が作られたとしても、裁判所内部で事件領域の特殊性を無視することはできないのである。事実、この方法が学界に於いても論じられなかったことはないのであるが、実効性に乏しく、近年はほとんど顧られていない。

第二の方法は、具体的には、裁判所構成法一三条、VwGO 四〇条一項一段の改正によって可能であるが、行政訴訟と民事訴訟の区別にあらたな基準に、公法・私法以外に一体何をもってくるかとなると困難で、今日これを主張する考え方もほとんど無い。

結局、管轄権の問題に関して、最も多く論じられ、最も強く主張されているのは、指定規定の合理性、合目的性の論及と批判であり、以下の考察もそれに従ったものである。

第一款　思想的背景とその批判

公法上の争いを民事裁判所に指定するに至った動機には、一定の歴史的な背景、ないしそれに基づいた理論的・思想的背景との関連で、よかれ悪しかれ、「指定すべきである」という考慮が働いていた。云いかえれば、指定の現象が歴史に登場した当時の合目的性が考慮されていたのであり、現在の指定規定も、その多くはその当時の思想的立脚点と無関係ではない。

行政裁判所が一般概括条項を採用した一九四六年以前は、公法上の争いを民事裁判所に指定することは何ら妨げなかった。というのは、当時、ほとんど全てのラントでは出訴事項に関し、列記主義を採用しており、行政法上の権利保護は、明示的に法律によって認められた場合にのみ与えられた。その様な特別な指定が存在しない限り、民事訴訟の管轄に指定するということは、裁判所による権利保護保障の唯一の可能性を意味していたのである。従って、かかる指定には、その限りで積極的な理由が在ったということができる。

一九四六年以後、行政裁判権は、疑いもなく裁判権を担当する機関として憲法上保障され（基本法二〇条二項、九二条）[1]、行政裁判所の概括条項は、全ての公法上の争いに対して出訴を認めるものであって、そこに質的な転換が為された。そこで、従来から為されていた民事裁判所への古い指定に対して、多くの学者から強く再審査の必要が提案されたけれども[2]、立法者は審査することなく、いわんや除去することもなかった。むしろ、民事裁判権のために、ますます多くの指定規定が立法されるに至った。憲法の立法者は、基本法一四条三項四段、三四条三段で、基本法九六条の行政裁判権の保障にもかかわらず、重要な公法上の争いを民事裁判所に指定したのであった。議会、及びその委員会の審議の過程からは、それらの指定を妥当ならしめる明白な理由は見出し難い。それよりも、憲法の立法者は、行政裁判所の概括条項の存在、基本法自体の行政裁判権の保障から生ずる新しい法状態に対して、十分な考慮を払うことなく、全く形式的にワイマール憲法当時維持されていた規定を受け入れたのであった。

基本法に於ける管轄指定規定は、多くの指定立法を可能にし、招来するに至った。すなわち、立法者は、公用収用損失補償、あるいは職務責任請求を規定すべき全ての場合に、異った訴訟規律をすることが妨げられるばかりでなく、供犠、あるいは公法上の寄託に基づく請求の様に、これと往々競合ないし何らかの形で関連を有する請求も、全く異って規定することができなくなったのである。この場合に行政訴訟が認められることにすれば、理論的には、互いに競合し得る請求が二つの別々な異なる訴訟に分離されるという結果になるであろう。従って、VwGO 四二条二項は、基本法上の指定規定の必然的な効果である[3]。基本法の指定規定は、法律による訴訟規律に更に強く影響し、基本法十四条三項四段の規定は（憲法の立法者は、確かに予測しなかったことではあろうが）、公用収用と損失補償を、一本の訴訟で判決することを可能にするために、一定の行政行為の取消までをも、民事裁判所で裁判し得ることにしてしまったのである。

以上の様な歴史的推移の中で、民事裁判所への指定は登場し、固有の領域を確保してきた。基本法制定による行政裁判権の根本的変革によって、多くの指定規定はその存立根拠を失ったかのようにみえたが、実際には、それにも拘わらず、更に種々の観点から、何らかの合目的性を見出し、包括的にこれらの指定規定を維持する考え方も存在する。

例えば、第一に挙げられるのは、通常裁判所の権利保護思想(Rechtsschutzgedanken)である。[4] これは主として、手続的な側面から、行政裁判所よりは、通常裁判所の方が、市民にとって、より効果的な権利保護が与えられるとする理論であって、ライヒ裁判所によってさかんに採用され、民事裁判所での判決を理論ずけてきたところの「国庫説」と重畳し、あるいは国庫説が放棄された一九二〇年代に,[5] これに代って現れたものである。しかし、この考え方が現在の行政裁判制度の本質に合致しないことは云うまでもない。まして、行政裁判所の手続が、そこで適用されている手続原則——特に、職権審理主義(Untersuchungsgrundsatz)——の故に、民事訴訟手続に較べて私人の権利保護機能の点で劣るとするのは、誤りであろう。[6] 刑罰手続や非訟事件手続に於いても職権審理主義は適用されるのであり、しかも、民事訴訟に指定された公法上の争いに対しては、多くの場合、非訴訟事件手続法十二条を準用して職権審理主義の適用を認めているのである。それによって何故私人の権利保護が害されるかは理解に苦しむ。

また、行政裁判権が更に広い範囲の法律上の争いを担当することによって、行政裁判所が負担過重となるとする主張も,[7] 民事裁判所の管轄権を根拠づける合理的な理由とはならない。[8] その様な負担は、他の方法、つまり裁判官の地位を高めたり、数を増やす等の方法によって、いくらでも均衡を計ることができる。

同様に、現在の民事裁判所への指定は、民事裁判権の〝不可侵の特権〟(sakrosanktes Privileg)であるから、それを変更することはできないとする考えも採用できない。[9] ドイツ憲法の不可侵の原則とみなされる憲法の規範があるかも知れないが、基本法十四条三項四段、三四条三段の訴訟規定に対しては、明らかにこのことはあてはまらない。

この三つの、公法上の争いを民事訴訟に指定することを妥当とする考え方は、それぞれ何の説得力をも有しない。本来、指定規定にどれ程の合目的性があるのかという問題は、指定された公法上の争いが多様なるが故をもって、一律には決し得られるものではない。要するに決定的なことは、いかに私人にとって、合目的的に、実体的権利の貫徹が可能とされるかにかかっているわけで、そのためには公法上の争いの類型的分類に従って考察するの

が適当であろう。

(1) 基本法二〇条二項、「全ての国家権力は、国民から発する。国家権力は国民により、選挙・投票及び立法・執行権・裁判の特別の機関によって行使される」

基本法九二条「裁判権は裁判官に委託される。裁判権は連邦憲法裁判所、連邦最高裁判所、この基本法に規定された連邦裁判所及びラント裁判所によって行使される」

(2) 概括条項採用以前のものとして、

Schelcher; Justiz und Verwaltung, Fishers Zeitschrift, 50 Band 1. 1919. S. 223.

採用以後のものとして、

Bachof; a. a. O. ZZP. Bd. 65. S. 35 ff.

Schlochauer; Fragen der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 79. S. 185 ff.

Ule; Das Bonner Grundgesetz und die Justiz DRiZ 1950. S. 227.

(3) Boerner; Gespaltene Rechtswege? DVBl. 1961. S. 846.

VwGO 草案三八条に関する法委員会 (Rechtsausshuß) の報告 (BT-Drucksache. Nr. 1094. v. 12. 5. 1957)

"法委員会もまた公用収用及び職務責任との密接な関連が認められる公法上の争いに対しては通常訴訟が認められる規定を必要なものとみなした"

(4) 一九四五年以後、この説を採るのはギーゼのみである。

Giese; Enteignung und Entschädigung früher und heute, S. 146.

(5) それ迄採用されてきた国庫説は一九二〇年代に入ってライヒ裁判所によって放棄されていった。

一九二〇年四月三〇日ライヒ裁判所判決 (RGZ. 99. S. 41) ——あたかも金銭又は一般に財産的価値が、それ自体無条件に私法的なものを示すと考えるその出発点がすでに誤りである——

同旨の判決はこの他にも数多い。例えば、一九二一年一〇月二〇日ライヒ裁判所判決 (RGZ. 103. S. 52)、一九二三年三月二三日ライヒ裁判所判決 (RGZ. 106. S. 406)、一九三〇年六月三〇日ライヒ裁判所判決 (RGZ. 129. S. 288)

(6) Meiß; Zum gegenwärtigen Stand der Kompetenzabgrenzung zwischen Zivil-und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JZ 1954. S. 113.

Forsthoff; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1961. S. 477.

(7) Ehrig; Die Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DRiZ. 59. S. 85.

(8) Niedermayer; Keine Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW. 1959. S. 1897 ff.

(9) Boehmer; Grundlegen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, 1950. S. 283.

Diester; Enteignung und Entschädigung nach altem und

neyem Recht, 1953. S. 283. 〝民事裁判所は損失補償請求に関する判決をする権限を歴史的に有している〟

第二款　個別的考察

一　補償請求

第二章第三節の、民事裁判所に指定された公法上の争いの分類に従って、まず公権力の行為に基づく損害の補償[1]に関する請求が一の分野を構成する。先にみてきたように、基本法の規定を頂点として、公用収用、ないし公用収用に類似した補償請求は、一切民事裁判所の管轄に指定されていた。ここでまず原則的に云えることは、例えば、物の返還を求める請求は、その物が交付されなければ、公法上の損失補償請求に変化し得るし、物が損壊された場合は、両方の請求は両立し、公用収用損失補償請求は、財産権と非財産権が同時に侵害されたような場合には、供犠補償請求と競合し得るし、あるいは、公用収用損失補償が主張され、その中で高権的侵害が行なわれたことが明らかになれば、場合によっては、職務責任請求が問題になり得る。このようにこれらの請求は互いに密接に関連しているので、別々の訴訟に分離するのは少なくとも好ましくないことが前提とされなければならない。民事訴訟であれ、行政訴訟であれ、ともかく統一した訴訟で、これらの国家権力による個人の権利侵害に基づく補償請求は裁判されることが望ましいであろう。

しかし、上述の補償請求間の内的な相互関連は、どの訴訟が適切であるかとは一応無関係である。そして、立法者が、一定の請求を、基本法十四条三項四段、三四条三段が民事裁判所に指定した請求と何らかの関連を有することをもって、同様に民事裁判所に指定したということは、この指定規定が合目的的であるかどうかとは関係がない。また、公法上の請求は、往々にして、契約・占有・所有等に基づく民法上の請求と関連が深いことが指摘されるが[2]、この場合はそうたびたびないのであって、公法上の損失補償請求は、国家権力の高権的行為に帰因し、侵害行政行為が問題になっているのである。国家や公法上の団体の国庫的活動から生ずるところの請求は、これと区別しなければならない。

行政裁判手続で公法上の損害賠償請求を扱う際に生ずる困難性を分析し、行政訴訟を否認する主張は、VwGO 公布以前は確かに充分根拠のあるものであった。[3]すなわち、行政訴訟で公法上の損害賠償請求の裁判をする場合には、自由な損害査定（freie Schadensschätzung）が排除され、しかも当事者訴訟手続が充分に整えられておらず、公法上の給付訴訟が規定されていないことは

致命的であった。給付訴訟に関する特別な規定の欠如は、給付を求める訴訟の代りに、給付を拒絶する行政行為の取消、及び、提起された給付を与えるべき行政庁の義務の確認(MRVO. Nr. 165 七五条二項、VGG 七九条二項)の方法でのみ可能であった。しかしこの場合にも、個々の解決すべき手続上の欠陥が問題なのであって、行政裁判手続の原則的短所が重要なのではない。VwGO は、その欠陥を除去し、給付訴訟(一一一条、四三条二項)、給付判決(一一三条三項)を明示的に規定したのである。行政裁判所による自由な損害査定に対する疑問も、VwGO 一七三条が、原則として民事訴訟法の全ての規定を必要に応じて適用し得ると規定することによって解決した。

公法上の損害賠償請求を民事訴訟に指定するより詳細な論拠として、この争いは、全体的に、あるいは部分的に、非常に〝司法に接近〟(Nähe zur Justiz)[4] しているということも指摘される。同時に、この争いは、行政裁判所よりも民事裁判所によりなじんだ実体法の領域に関するものであるとも云われる。しかしながら、一般的に全ての補償請求に対して、その種の〝司法接近〟が認められるわけではない。通常であれば、その請求は、行政の侵害行為に結びついているものであって、内容的に何ら〝司法法〟(Justizrecht) との同質性を認めることはできない。

それに対して、民事裁判所、あるいは刑事裁判所の一定の処分に基づく損害賠償が行なわれる場合(例えば、無罪の故に損害を蒙った勾留・拘禁)や、司法行政庁と個人間の公法上の権利関係から生ずる請求が導き出される場合(例えば、寄託法による寄託関係に基づく請求)は、若干事情が異なる。ここに於いては、通常、民法・刑法・訴訟法に基づく前提問題が重要な意味を持つのであり、例外的に実体的司法接近が認められると云ってもよい。このような〝司法に接近〟した例外的な請求は、民事訴訟に指定することは何ら妨げないように思われるし、合理性があるであろう。

従って、最後にあげた例外の場合を除き、公法上の補償請求に於ける民事裁判所の管轄権を維持することに対しては何の合理的な根拠をも見出すことはできない。それればかりではなく、現在の法状態を維持することには、次に述べるような訴訟技術上の実際的弊害が生ずるのであって、この点からも、積極的に指定規定の改変を是認する立場が支持されているのである。

全ての公法上の損失補償請求は、直接あるいは関接に、どんな方法であれ、高権的に個人の権利領域が侵害されていることを前提とする。侵害行為(例えば、公用収用処分)によって権利を侵害されたとする者は、高権的行為の合法性を裁判所で審査させる

ことで満足することもできるが、補償額が低すぎたり、行政庁が何の補償をもしないような場合には、補償の確定を裁判所に申し出ることもできる。前者の場合、通常であれば、行政裁判所が判決し（VwGO 四〇条一項）、後者の場合は、基本法やその他の多くの法規に基づいて、もっぱら民事裁判所が判決する。そして、こういった裁判所の管轄権の交差（Überschneidung）は、原告が、最初の侵害行為と補償の確定とを同時に争う時に、あるいは、まず第一に高権的処分の除去、それから補助的に、より高額の補償を請求する時に生じ、民事裁判所と行政裁判所は、関連し合っている争いの一部分をそれぞれ判決することになる。それは、訴訟の複線性（Zweigleisigkeit）、あるいは二重性（Doppelgleisigkeit der Gerichtswege）と呼ばれる現象である。確かに、両裁判所で同一の訴訟物は主張されないが、補償の争いに於いては、高権的行為が違法であったかどうかの問題は重要な先決問題となり得る。

また、損失補償を求める補償請求は、はじめの侵害行為が法律上有効な場合にはじめて主張することができると規定される場合がたびたびある。[5] この場合に、両訴訟は時間的に連続してのみ行なわれるのであって、民事裁判所は、損失補償の争いに於いて、侵害行為の合法性に関する行政裁判所の判決に拘束される。それ以外は、全て、民事裁判所は、公用収用が存在するかどうか、行政行為が違法であったかなかったかの問題を先決問題として自ら判決することを妨げない。しかも行政裁判所は、公法上の先決問題に対する民事裁判所の解釈に拘束されることなく、自由に異った解釈をすることもできるのである。[6] ここに、両裁判所が同一の事案に関して異る解釈をするという矛盾、すなわち、相違する判決の危険（Gefahr divergierender Entscheidungen）を生来せしめることになるであろう。

訴訟の二重性の問題は、必然的に損失補償の確定を遅らせることになり、原告、つまり被侵害者にとって甚だ不利な結果になるだけでなく、行政庁の側にとっても極めて不便なものである。というのは、行政手続は争いが継続している間停止し続けるからである。[7] 結局、以上みてきた如く、私人の権利保護にとって何の意味もない、そうでなくても何の利益ももたらさない訴訟の二重軌道性の問題は、公法上の損失補償を行政裁判所の管轄に移転することによってのみ解決される。[8]

第二節の建築地事件のところで詳説したように、連邦建築法一五七条は、建築法の領域に於いて、通常裁判所が損失補償の額に関する争いと同時に、公用収用行為の適法性の審査をあわせて行なうことによってこの問題を回避しようとしたのであった。確か

に、この方法によれば、訴訟の二重性の問題は避けられるであろうが、ここに再たび他の新たな不都合が現れるに至った。すなわち、民事裁判所は、今や全く不慣れな(fremd)素材に関して裁判しなければならないのである。連邦建築法はこの不都合を意識して、二人の行政裁判官を有する建築地事件のための部を特別に設置することによって、この悩みを解決しようとしたのであるが、(9)そこに於いてすらも、裁判権をかように小さく独立して分割してしまうことに対して疑問が提出されているのである。(10)公用収用および公用収用損失補償の争いに関してみてみるならば、第一審だけで、場合によっては異なる場所に存在する四つの裁判所、すなわち、行政裁判所、区裁判所(裁判所構成法一三条一号)、特別な法律上の規定に基づくラント裁判所、全てのラント裁判所にあるわけでない建築地事件の部が考えられ、このような裁判所の権限分割は、確かに不明瞭極まりないことは云うまでもない。

そのような訴訟の寸断は、裁判所の組織に対する市民の信頼を弱めることになることはあっても、強めることにはならない。本来、最も合目的と思われる行政裁判所のみによる侵害行為と損失補償額の審査の可能性は、遺憾ながら、現在の法制度には存在しないのである。(11)これを解決する道は、先に挙げた例外の場合を除いて、全ての公法上の損失補償請求に対して現存する基本法、および、法律に於ける多くの当該指定規定を変更する以外に方法はないのではあるまいかとする主張が圧倒的に多数を占めている。(12)

(1) ここで補償(Ausgleich)とは、損害を生ぜしめるに至った行政庁の行為が、適法であるか違法であるかによって区別することなく、国がその活動により直接又は間接に個人にこうむらせた損失を塡補することを云う。

(2) (2)この解釈は、職務責任請求の指定に関して、一九五三年二月二九日の連邦裁判所判決で主張された(BGHZ. 9. S. 65 ff)。その連邦裁判所の判決は、Weber の見解に基づいたものである(Blomayer; Abgrenzung von Zivil-und Verwaltungsgerichtsbarkeit, MDR, 1952. S. 25)

(3) Naumann; Rechtsweg, Gerichtswege und Konpetenzkonflikt, JZ. 1951. S. 207.

Ule; Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, DRiZ, 50. S. 227.

更に、一九五〇年六月三〇日 ラント高等裁判所 Hamburg 判決(MDR, 1950. S. 568)

(4) 一九五一年四月十二日連邦裁判所の判決に対するヴォルフの評釈(JZ, 1951. S. 637).

Arndt; Die ungeteilte Rechtsprechung, DRiZ, 1950. S. 230.

(5) 例えば、バイエルン破産法施行法(Bay. Ausführungsgesetz ZPOKO 一七条一項一段

「損失補償の確定は、権限ある行政庁の譲渡の義務に関して法律上有効な承認が発せられた時にはじめて行なわれなければならない」

そのような特別の規定がない場合は、公用収用処分の額定以前に損失補償を求めることができる。

(6) 民事裁判所には行政裁判の確定まで手続を延期する権限はあるが、義務はない（民事訴訟法一四七条）

(7) 所有権の移転は、通常は公用収用損失補償に関する決定の確定によって初めて始まる。

(8) Forsthoff; a. a. O. S. 309. 「行政裁判所をして、公用収用の合法性に関してだけでなく損失補償の額についても裁判せしめ、このようにして訴訟を一本化することが望ましいであろう」

(9) (9)連邦憲法裁判所は、建築地事件のための部を、その特別な構成にも拘らず、基本法十四条三項四段の意味に於ける〝通常裁判所〟とみなし、その合憲性を肯定したことは前述した。

(10) Dieter; Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht, 1953. S. 190.
Heitzer; a. a. O. S. 273 ff.

(11) フランスに於いては、行政の活動によって損害を蒙った私人が国に対してその損害の賠償を請求する訴訟は、国と私人との間の当事者訴訟として、安全審理訴訟の一種とされ、公法上の訴訟と考えられている。そして私人に惹起された損害の賠償を国に請求する訴訟は、一般の私人間の関係とは異なる国家と私人の関係を判断するものであるから行政裁判所の管轄とされ、それを規律する原理自体も一般の私人間を規律する民法典の理論とは別個の公法原理によることとされている（神谷昭「フランス行政法の研究」三四一頁）。

(12) このように、公法上の補償請求に於ける民事裁判所の管轄権を廃止すべきとする主張を採る者に、
Knoll; Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, S. 137.
Naumann; a. a. O. S. 207.
Dürig; Grundfragen des öffentlichen Entschädigungssystems. JZ, 1955. S. 522.
特に、公用収用損失補償に対するものとしては、
Forsthoff; a. a. O. S. 309. Lerche; a. a. O. S. 102.
Hamann; Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeiten? DVBl. 1955. S. 205.
また、特に、職務責任請求に対するものとして、
Bachof; a. a. O. S. 38. Hamann; a. a. O. S. 206.
Knoll; a. a. O. S. 137. Ule; a. a. O. S. 227.
Bettermann; Der Schuts der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band. S. 848.
供犠補償請求に関して、
Boerner; Gespaltene Rechtswege, DVBl. 1961. S. 846,

二　補助管轄権

基本法十九条四項二段の民事裁判所の補助的管轄権の規定が、今日ほとんどその実際的意味をもたないことは前述した（第二章第一款三、第三節二）。VwGO 四〇条一項によって原則として全ての公法上の争いに対して行政訴訟を認めるものである以上、今日〝他の〔機関の〕管轄が認められない〟場合は、ほとんど考えられないからである。

しかし、理論的には、行政裁判所の出訴条項も本質的には立法政策の問題であり、万が一の行政裁判権の廃止や制限に対しても、何かある訴訟の道を開いておくことも必要であろうし、(1)公権力による侵害行為は、必らず裁判所で争うことのできる保障を置いておくのも有意義なことである。(2)この規定が〝市民を安心させる〟(Beruhigung des Staatsbürgers)(3)機能を果たしていることを無視することはできない。

問題になり得るのは、むしろ、補助的管轄権に通常訴訟を開いていることであって、この点についての批判はみられる。確かに、通常裁判所のみが完全な権利保護を与え得べしとする権利保護思想は、過去のドグマとして排斥されているし、クライン(Klein)、およびレルヒェ(Lerche)も「時代遅れの司法国家的概念」(überholte Justizstaatlichen Vollstellung)(4)に基づいていると批判する。(5)

(1) Bachof; a. a. O. S. 13.
(2) Stich; a. a. O. S. 406.
(3) Lerche; a. a. O. S. 91.
Klein; Tragweite der Generalklausel des Art. 19. Abs. 4 des Bonner Grundgesetz in VdVDStRL. Bd 8. S. 118.
(4) Klein; a. a. O. S. 119. Lerche; a. a. O. S. 95.
(5) ヘルマン(Herrmann)は、「基本法一九条四項二段の規定は、将来、『公権力による権利侵害に於いては、他の管轄が認められない限り〝事柄に応じた〟(sachentsprechende)訴訟が保障される』と表現するのが適切である。」と主張する(Herrmann; a. a. O. S. 377)。

三　行政行為の取消

公法上の補償請求の際に論じられた民事裁判所の管轄権の妥当性に関する根拠は、行政行為の取消という典型的な行政法上の争いに関してもかなりの程度妥当する。民事裁判所の権限は、わずかな場合に合目的性の根拠を見出すことができるのみである。

連邦建築法に於いて、公用収用処分が通常裁判所で審査されることに関する論議については前述した（第五節第二款一）。

競走制限法六二条にみられる管轄指定規定については、カルテル行政庁の処分が疑いもなく行政処分であり、私法上の争いと何の関係もなく、当然、行政裁判所が管轄権を有するべきであるとする主張が一般的である。(1) 今日、カルテル行政庁の行政処分の取消を民事裁判所の権限としなければならない合理的な根拠を提示する見解は、何一つ見出すことができず、学界の厳しい批判の的となっているのである。

一定の司法行政庁の行為の取消に関する民事裁判所の管轄権は、それに対して、これを是認する主張が一般的である。(2) その合理性は家族法、あるいは、刑の執行の領域で発せられる司法行政庁の決定は、実体的に司法法の分野に関するものであり、行政事件を審理すべき行政裁判官には、一般的に「不慣れな」(nicht geläufig) 法領域に関するものと云えることである。

(1) Hamann; a. a. O. S. 206.
Kratzer; Zum Rechtsschutz im Kartellrecht, warum nicht Verwaltungsrechtsweg? DVBl. 1955. S. 502.
Zweigert; Das neue Kartellgesetz. DVBl. 1958. S. 737.

(2) Tietgen; Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte. NJW; 1956. S. 1129.

四　その他の公法上の争い

民事裁判所に指定されたその他の公法上の争いのほとんどは、今日時代遅れのものとして批判されている。

一定の権利の存在や種類に関する確認が民事裁判所に指定されている二つの場合（ドイツ営業法　九条一項、電信施設法　三条三項）は明らかに合目的的と云うことはできない。民事裁判所にとっては不馴れな領域の公法上の権利に関する確認が問題になるのであり、この民事裁判所の管轄権を除去すべしとされている。(1)

行政強制手続に於ける執行に対して民事裁判所が認められる二つの場合（郵便法二五条、電信施設法九条三項）にも、同様に指定規定の変更が提案されている。ここでは行政庁の執行によって侵害された債務者に関するものであって、民事裁判所の判決には適さないとするものである。(2)

(1) Aubert; Fernmelderecht; 1962. S. 112.
(2) Aubert; a. a. O. S. 2.

第三章　結　章

第一章第二章を通して、戦後西ドイツに於ける行政裁判権の性格と、行政・民事両裁判所間の管轄権の問題、特に民事裁判所に

於ける公法上の争いの審理、そしてそれを、めぐる学説上の争いを考察してきた。第三章では、一応全体のまとめの意味で、私見を交えつつ西ドイツ行政裁判のユニークな性格と更に普遍して行政裁判の在り方そのものについて、述べてみたいと思う。

第二次世界大戦後（一九六〇年以降それは特に顕著なのであるが）、西ドイツ行政裁判制度は、従来のそれに比して著しい変転をとげた。それは一言にして云えば、行政裁判所の行政に対する活動が、他の手段をもってなす一般的行政の続行乃至一種の行政の自己統制から、行政から分離独立する裁判所による行政の法的統制への脱皮であった。組織的に行政裁判所の体系は、下級・上級・連邦の三審制がとられ、裁判官の地位・身分も保障されて、行政裁判は制度的に行政権から分離した。また、行政訴訟は、「公権力」による権利侵害についてのみではなく、憲法上のものを除き、その他あらゆる公法上の争いについて認められることになった。そして、取消訴訟と当事者訴訟という訴訟類型の大別を用いず、判決の種類として、形成・確認・給付の判決を認めつつ、訴訟の種類として、取消・義務づけ訴訟（及びその亜種としての不行為訴訟）、確認訴訟を認め、市民の権利保護の一層の完璧を期している。このような新しい行政訴訟制度の規制は、行政裁判権を民事裁判権と対等の地位に置こうとする努力の現れであって、基本法自体も、行政裁判所を他の裁判所と全く同様に、裁判官の独立・司法的形式による手続、及び連邦の上級裁判所への審級順序を保障しているのである。

このようにみてくると、西ドイツの行政裁判権は、今日疑うべくもなく司法権の一分肢である。より正確に云うならば、それは、戦後になって、著しく司法裁判化したと云い得る。行政裁判権が存続している理由は、法律上の争いの多様性、行政事件の複雑専門性というような特殊技術的配慮、法政策的配慮から、行政裁判所が専門に公法上の争いを審理せざるを得ない必要にあることである。この点で、戦前のドイツ行政裁判所や、明治憲法下の我国の行政裁判所とは本質的にその性格を異にする。従って国民としては、自己の権利が侵害された場合に、裁判所による審査と救済は保障されており、唯二つの独立した裁判所の何れが管轄権をもつかが問題として残されている。

以上の様な西ドイツ行政裁判の司法裁判的性格の下では、管轄権の問題は、司法権内部の機関相互間に於ける権限分配の意味しかない。そしてそれが、人民権利救済の上から最も効果的かつ合理的な配分手法を思考すればよいのである。行政裁判権の理論的な根拠が、権力分立の原理によって支持され、行政上の争訟は、これを司法権によって審理せしめることは司法権の行政権に対す

る干渉であると考え、これを行政権自らの手に留保せしめる前提に立つものであれば、管轄権の問題も、行政裁判・司法裁判の二元的構成の上に立って考えてゆかなければならないだろう。

司法権に属する対等な行政裁判所と民事裁判所の策轄権の分配は、行政事件の特殊性にひとつの基準を見出し得る。今日に於いては、行政が複雑多岐となり、専門化・技術化するに伴い、行政に関する争訟を処理するには複雑かつ高度な技術的知識を必要とするが、通常の民事裁判所は、その点に必らずしも充分ではないことは否定できないこと、また国家と人民との行政上の関係は、私人相互の関係（民事関係）とは実質的に異った地盤の上に立ち、特殊な法規制をうけることがあること等によって、行政上の争訟の審判には、専門の裁判機関に担当せしめることの方がより合理的であるとされることに基づくものである。そしてこのことは、ドイツに固有の事情なのではなくして、アメリカの行政委員会による行政争訟制の発達にみられる如く、またシュワルツが、司法裁判所は適切に行政をコントロールするに適さないから、そのため英米に於いては行政裁判所設立の案がでているといっている（Schwarts; French administrative law and the common-law world, S. 20）如く、各国に共通の普遍性をもつものである。

かくして、西ドイツは立法上・公法上の争いをもって行政裁判所の管轄権のメルクマールとし、このような争いの技術性・専門性の要請に答えようとした。先にみてきたように、公法上の争いが何であるかについては議論があって定かではないが、少なくとも典型的に公法上の争いとされている取消事件が、現在民事裁判所の管轄権に指定されている場合のあることは第二章の明らかにするところであった。この指定規定が、今日の行政裁判別制度の実情にそぐわないものであることは明瞭である。まず、民事裁判所による裁判が判例の統一のために望ましいという異議は理由がない。また、補償に関する争いが、民法上の請求の基礎と密接かつ有機的に関連しているとの理由に対しては、賠償を受けるべき人民の側の請求を明らかにするために、しばしば二つの訴訟を必要とするという、喜こばしからぬ状態を如何するかという異議が同じような重要性をもって対立する。西ドイツの行政争訟に於いて、面目を一新して登場した行政裁判権と、伝統的な行政国家的行政裁判権の理解のずれ、そして、公法上の基礎に基づく財産法上の請求は民法上の争訟であるとする古いライヒ裁判所のテーゼに支えられた過度の民事裁判所に対する信奉と行政裁判所軽視の傾向が、このような形をとって露呈してきていると私は考えるのである。

最後に、わが国の行政訴訟制度との関連について述べ、一般的

に行政訴訟制度のあり方に触れてみたい。

周知の如く、戦前のわが国の行政争訟は、行政権内部に行政裁判所を設け、これに行政上の争訟を扱わしめる典型的な行政国家であったが、行政訴訟事項について刑記主義を採用し、行政裁判所は全国に一箇所であり、かつ一審にして終審であったこと、訴訟手続が完備していなかったこと、等により、行政統制・行政救済の制度としては極めて不充分なものであった。この制度自体は、従前のドイツの制度に範をとっていたのであり、その意味では、戦前のドイツのそれに比することができるであろう。然るに現行憲法は、行政裁判所を廃止し、行政事件も民事・刑事の事件と同様、通常の司法裁判所の裁判権に服することとなり、その意味では「司法国家」制度が新しく採用されたわけであるが、その訴訟手続については、民事訴訟との差異、特質を認め、最初は民事訴訟法の特別法として行政事件訴訟特例法を制定したが、その後特例という語を外し、行政事件訴訟法の制定をみて今日に至っているのである。行政事件の裁断についても司法裁判所がこれにあたる以上、ドイツのような管轄権の問題は生じ得ない。しかしながら、現在のドイツ行政裁判制度と我国の行政訴訟制度を較べてみると、ドイツに於いて、行政事件が行政裁判所という特殊な行政機関によって審理裁決されていても、実質的に裁判の要素が純粋な形でとり入れられれば、その差異は全く形式的なものに過ぎないのではないかと思われる。確かに現実の実定制度は、すべて基本的には、国家体制のあり方によって左右され、またその国々のそれぞれの歴史的社会的条件によって制約されるものであるから、それら諸条件を無視して、抽象的に対比しても客観的に正確な評価は下し得ないかも知れないが、「司法国家」制の長所をもち、他面、裁判機能の分化により、それぞれの分野に必要とされる専門的技術的知識を有する裁判所裁判官に期待する「行政国家」制の長所をあわせ持つ独特な制度は、我国の制度にとっても示唆するところ大であろう。特に、わが国は司法国家制をとったとは云っても、行政の裁判的統制の最も主要な訴訟形態として、抗告訴訟制度を踏襲維持した。そして、多くの学説は、憲法の変化の意義をほとんど無視し、現行抗告訴訟制度を単純無反省に行政国家の論理で理論構成する傾向にある。日本にドイツ流の行政裁判所を新たに設けることが妥当であるかどうかは問題があるが、現代に於ける行政の任務の広汎、複雑多岐性に注目し、技術的観点から抗告訴訟制度の本質を理解する立場を確立することができるならば、わが国の行政訴訟制度も、より有効に現代行政に対する司法的統制の手段・人民の権利救済手段の上に寄与するのではないかと考えるのである。