



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（１）
Author(s)	秋山, 義昭; AKIYAMA, Yoshiaki
Citation	北大法学論集, 18(3), 163-203
Issue Date	1968-01-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16094
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(3)_p163-203.pdf



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
(一)

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

第五款 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（以上本号）

二、供儀（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

二、公証人事件

三、弁護士事件

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

第三章 結 章

第一節 問題の所在

第二節 結 論

はじめに

一、諸国の行政訴訟制度は、国によってそれぞれ特色ある制度を構成している。フランス、ドイツ等のいわゆる大陸型行政訴訟制度は、伝統的に行政争訟の裁断を司法裁判所の権限から除外し、制度的に、通常の行政系統から多少とも分離された地位を有し、司法裁判所に類似した訴訟手続と構成を有する行政裁判所を設けることによって、行政作用の法適合性の確保と、人民の公権力による権利侵害を救済しようとするものである。（行政國家・Verwaltungsstaat）。これに反し、いわゆる英米法系の諸国では、公

法と私法の対立を原理的に認めない「法の支配」の原理の下に、行政訴訟についても、その裁断を司法裁判所の権限とする制度をとってきたのである（司法国家・Justizstaat）。そして、この相違は、それぞれの理論的、技術的、あるいは政治的、沿革的理由に基づくものであって、そのいずれが行政の法的統制と国民の権利保護に適するかは、これを全体としてみれば、一長一短で抽象的には決して得られない問題である。周知の如く、明治憲法下に於ける我国の行政裁判制度は、このうち前者の制度にならったものであったが、現行憲法はこれを廃止し、英米型を採用するに至ったものである（憲法七六条・一項・二項）。

二、ドイツに行政裁判所が初めて設置された一八六三年（バーデン）以来、行政裁判所の地位は、組織的・機能的に著しい変化をみせてきた。殊に、第二次世界大戦の終結と同時に、アメリカ、フランス、イギリスの各占領地区で制定、施行された行政裁判所法は、その意味で、ひとつの画期的飛躍であった。なかでも、一般に行政訴訟事項に関して、いわゆる列記主義（Enumerationsprinzip）を採用し、行政裁判所の権限も狭く解されていた従来の伝統的な行政裁判制度を反省し、一般概括条項（General Klausel）を導入することによって、その権限は増大した。一九四九年に制

定されたボン基本法も、そのような行政裁判所の地位を、通常裁判所と並んで裁判権の一分肢を担当する独立の裁判所として規定するに至った（基本法二〇条二項、九二条二項、九六条一項）。すなわち、抗告訴訟たると当事者訴訟たるを問わず、一切の行政訴訟は、原則的に、統一的裁判権の一分肢たる行政裁判所の管轄するところとなったのである。

三、このように、行政裁判所の地位は、戦後一変した。戦前の行政裁判の官僚的性格から、行政の法的統制と同時に、人民の権利保護に積極的に関与しようとする司法救済的、自由主義的性格への脱皮の持つ意義は極めて大きい。それは、制度的にも、機能的にも、新しいドイツ型行政裁判制度への移行でもあった。しかし戦後数年を経過するなかで、この、各ラントでまちまちの行政裁判所法を、連邦に統一しようとする動き、そして運用上生じた欠陥を是正する意味で、規定をより充実させようとする動きが生じた。一九五〇年頃から現われたこの動きは、やがて、一九六〇年の統一的連邦行政裁判所法（Verwaltungsgerichtsordnung, v. 21. 1. 1960—VwGO—）の制定施行へと結実するに至り、今日の特色ある行政裁判制度を構成しているのである。

四、VwGO 四〇条一項の概括条項は、「憲法上の争いを除く全て

の公法上の争いは、他の裁判所の管轄が明文で定められていない限り、行政裁判所に出訴することができると規定し、原則として一切の公法上の争いを行政裁判所が管轄する立場を明らかにしている。そして今日、ドイツに於いては、この規定の下で、行政裁判所と民事裁判所の管轄分配の基準をめぐって、いくつかの大きな問題が提出されるに至っている。その第一は、「公法上の争い」という行政裁判所の権限を画する概念が何であるか、すなわち、公法と私法を区別する一般的な標準の問題である。第二は、第二次大戦後に於ける行政機能の拡大に伴ない、いわゆる生活配慮(Daseinsvorsorge)行政の領域に於ける事件をどの様にとり扱うべきかの問題、いいかえれば、行政裁判所と司法裁判所の権限分配の基準として、フランス行政裁判所の管轄分配基準たる公役務(servicepublic)の観念を導入すべきか否かの問題である。そして第三の問題は、公法上の争いであると学問的に認められながら、民事裁判所に判決権限が指定されている、いわゆる「指定による民事訴訟事件」(Zivilprozesssachen kraft Zuweisung)の評価の問題である。現在、多くの公法上の争いが、民事裁判所の管轄権に指定されている。しかし、その指定規定は、民事裁判所に劣らず完備した組織と手続を有する現在の行政裁判権の下で、どれ程の

妥当性があるだろうか。主として公法学者の間で、最近強くその合目的性が疑問視されている興味ある問題である。

五、この論文に於いては、その最後の問題に限定した。現在、一定の公法上の争いが、基本法をも含めて、法律によって他の裁判所、特に民事裁判所の管轄とされている例はかなり多い。そのことは、公法と私法の区別の標準をめぐって今だ定説をみることなく紛糾していることに基づくものであろうし、あるいは、裁判管轄分配の技術的、便宜的理由に基づくものでもあろう。しかし中には、指定された動機が、明らかに、以前の、行政と組織的に結びつき、裁判官の職務上、身分上の保障もなく、権限も出訴事項が列挙主義によって限定されていた時代の行政裁判権の理解の下にあって、それが今なお立法に存続しているものもある。しかもそのことは、民事裁判所の管轄としなければ、人民の権利救済がはかられなかった時代的、制度的背景、及び、そういった歴史的事情に支えられて、判例、学説の上に確立された「国庫説」(Fiskusheorie)との思想的結びつきを示すものである。そのため、最近の公法学者の間では、この極めて完備された行政裁判権と指定規定のアンバランスに着目し、指定規定自体の合目的性と、それから生ずる実際的问题に論議が集中されているのであ

る。

六、この問題に入るに先立ち、予備的知識として、ドイツ行政裁判所法それ自体の変遷の跡、特に、行政裁判所の管轄権及び制度的地位、機能がどう変化してきたのかを知っておく必要がある。第一章では、そのために序として、ドイツに行政裁判所が創設されて以来、今日の制度に至るまでの歴史的發展過程をたどることにあてた。第二章では、現在の多くの管轄権指定規定を、個別的立法毎に分類し、指定された背景、及び、民事裁判所の管轄権を根拠づけるところの理論的背景を考察することにする。最後に、第三章では、以上の様な縦と横の知識的蓄積の上に立って、あらためて、指定規定の合憲性、合目的性の観点から評価を加え管轄分配をめぐる問題点の注出と若干の試案を紹介する。

七、この研究を始めるに至った決定的動機となったのは、南博方先生の「行政裁判制度―ドイツに於ける成立と発展」(有斐閣・昭和三五年)を読んだことであり、先生の学問的、実証的精密な考察態度に感銘を受けたと同時に、このドイツ行政裁判所という非常にユニークな存在と、我国の行政訴訟制度との比較の点に興味を持った。南先生はこの書で、ドイツ行政裁判制度の形成及び発展の過程を歴史的背景に即して追跡しておられるが、最後に行

政裁判所の管轄権の範囲と限界をめぐる問題にも若干触れておられる。しかし、先生の問題提起は、VwGO 制定以前のものであったし、あくまで問題提起にとどまっていた。

私は、当時、予想あるいは希望の範囲を出なかったVwGOに於ける管轄規定が、この問題にどう答えたかを出発点として、更に詳細な研究をしてみたいというのが私の当初の願いであった。あるいは結果的に、現在のドイツ行政訴訟制度に於いて表面化してきている問題点を、単純に紹介するだけにとどまってしまうているかも知れない。この足りない論文が、今後の私の研究への足がかりともなれば幸いである。

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

一八六三年、バーデン(Baden)に行政裁判所が設置され、形式的意義の行政裁判権がドイツに初めて創設されて以来、ドイツ各ラントには、相次いで、行政裁判所が設置されていった。⁽¹⁾⁽²⁾ このラントの実定法上の相違から出発して、その後のドイツには、学説

の上に、二つの大きな理論的傾向が形成されていったことが指摘されている。⁽³⁾

主として、プロイセンの行政裁判に関する考え方は、その実定法秩序を前提として、O・マイヤー、O・ミューラー、フリードリヒセス、シェーン、ツオルン等によって代表されるものであり、行政裁判の権利保護の側面よりは、その行政監督的色彩、ないし自己抑制的性格によって特徴づけられるものである。その論理的帰結としては、行政裁判もまた、行政の作用に属するものであるから、行政事件の審理を担当する行政裁判所の設置を肯定し、列記主義 (Enumerationsprinzip) の採用は、それ故に是認され、行政庁の自由裁量に属する問題の審理も、行政裁判の本質に矛盾するものではないとするものである。⁽⁴⁾

一方、これに反して、南ドイツの諸ラントの行政裁判に関する考え方は、やはりその実定法秩序の基盤の上に立ち、ザルヴァイ、ギーゼ、イエールサレム、W・イエリネック、フォルストホフ等によって形成されたものである。それは、行政裁判の裁判機関の性格を強調し、その論理的帰結として次のことを提唱する。すなわち、行政裁判の本質は、公権の保護、個人の権利保護、及び客観的な行政法規の維持に仕えるものであるから、行政より完全に分

離された、独立の裁判所を設ける必要が生じ、しかも一般概括主義 (Generaliklausel) の採用が理想であるとし、行政庁の自由裁量問題は、行政裁判所の審理権より除外されるというものである。⁽⁵⁾

共に、行政裁判所の設置という点では共通点をもちながら、行政裁判の本質に関しては、相異なる二つの大きな理論的傾向があったことは事実であり、このうち、後の行政裁判制度の発展の上に大きく影響を与えたのは、主として、後者の、すなわち、南ドイツ諸ラントの実定法秩序を基盤として形成された理論的傾向であった。特に、第二次大戦後の行政裁判所の抜本的改革に際しては、この考え方が強く影響していることは否定できない。

通常裁判所の構成に関して、包括的な規定をしているのは、一八七七年の「裁判所構成法」(Gerichtsverfassungsgesetz, v. 27. 1. 1877)であって、法一三条は、全ての私法上の争いを、原則として、通常裁判所の管轄によらしめている。⁽⁶⁾そして、通常裁判所に於ける手続を定めるものは、民事訴訟法 (Zivilprozessordnung—ZPO) や刑事訴訟法 (Strafprozessordnung—StPO) である。これらの法は、たびたび改正されたとは云え、今なお効力を有しているものであり、それに較べて、行政裁判所法の方は、連邦に統一の行政裁判所が成立するまでに、約一〇〇年の年月を要してい

る。このことは、行政裁判所自体が「非常に変わりやすい運命に生まれついていた^(?)」ということもできようが、やはり、行政裁判そのものの持つ性格が、時の国家権力と政治的に結びつき、あらゆる意味で不備不完全なものであったことを示すものであろう。

基本法九六条一項は、行政裁判権(Verwaltungsgerichtsbarkeit)の領域に、連邦高等行政裁判所の設置を義務づけ、それが裁判権の一分肢を担当することを明確にし、VwGO 一条は「行政裁判権は、独立の、行政官庁から分離された裁判所によって行使される」と規定することによって、その制度的地位を明らかにした。従って、今日、行政事件(公法上の争い)に関しては、原則として、行政裁判所が、通常裁判所と全く対等の裁判所として裁判権を行使するのである。

行政事件に関する訴訟について、司法機関の外にあり、むしろ行政系統に属する特殊の機関を設けて為さしめる裁判所から、今度は、行政系統から少なくとも分離され、様々な裁判権の一部門を担当する裁判所での裁判への移行は、ドイツの政治的・歴史的事情を背景にして生じ、しかもその事実、管轄権の問題を考察するに際しても重要な意味を持つ。

以下、行政裁判所の権限を決定する訴訟条項の変転の跡を追

ながら、約一〇〇年あまりの行政裁判所の発展過程を考察してゆきたい。ここでは便宜的に、

1. 行政裁判所が初めて出現した、一九世紀中期から、ドイツ帝国の終りまで

2. ワイマル憲法下の一九一九年から、敗戦に至る一九四五年まで

3. 戦後、そして、基本法制定を経て、統一的連邦行政裁判所法(VwGO)制定に至るまで

4. VwGO 制定(一九六〇年)後、今日に至るまでの四時代に区分し、考察することができると思う。

(1) Gesetz v. 5. Oktober. 1863. (Forsthoﬀ ; Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Auf. S. 471, H. Wolff ; Verwaltungsrecht III. S. 356.)

(2) H. Schäfer ; Endlich eine bundes einheitliche Verwaltungsgerichtsbarkeit I Jz. 1960 S. 73. がドイツ行政裁判所の歴史的形成過程に詳しい。

(3) 南博方「行政裁判制度—ドイツに於ける成立と発展」(昭和三十五年・有斐閣)

Forsthoﬀ ; a. a. O. S. 471 ff.

(4) O. Müller ; Die Begrif der Verwaltungspflege und

des Verwaltungsstreitverfahrens nach Preussischen Recht.

(5) W. Jellinek : Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. S. 197 ff.

(6) 裁判所構成法・十三条

「一切の民事事件及び刑事事件は行政官庁あるいは行政裁判所の権限が成立し、又はライヒの法律をもって特別の裁判所に属せしめ、もしくは許したるもの他、通常裁判所に属す。」

(7) H. Schäfer ; a. a. O. S. 73.

第二節 一九世紀中期から、ドイツ帝国の終り迄の行

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

一八四八年のフランクフルト憲法草案(Frankfurter Verfassungsentwurf) 一八二条は、「行政裁判 (Verwaltungsrechtspflege) は廃止する。全ての権利侵害は、裁判所が裁判する」と規定している。⁽²⁾ ここで云う行政裁判とは、一九世紀初頭から、中・南ドイツの各ラントに於いて設置され、「行政司法」(administrativ justiz, administrativ justitiae) の名の下に総括されていた行政裁判を指す。⁽³⁾ そして、この憲法草案で云う「裁判所」(Gericht) とは、明

らかに通常裁判所を指す。すなわち、この規定からうかがえることは、司法国家制を形成することにより、法治国家(Rechtsstaat)の実現が望まれたのである。⁽⁴⁾ この考えの最も代表的主張者は、オットー・ベール(Otto Bahr)であった。⁽⁵⁾ 彼は、行政官庁の違法行為についても、民事、刑事の裁判と同じく、司法裁判所に於いて審理すべきであると主張した。⁽⁶⁾ しかしながら、後のドイツ帝国のはほとんど全ラントで、法治国家の実現のために別の道がとられたのは、R・グナイス(Rudolf von Gneist)の功績に負うところが大きい。彼は、一八六〇年頃より、ベールの、通常裁判所による行政の法的コントロールの考え方を批判していた。⁽⁷⁾ すなわち彼は、行政庁に行政裁判所を設けることによって、法律による行政(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)の保障が得られることを唱え、結局、この行政国家主義者であるグナイスの理論が勝を制し、その後のドイツ全ラントに行政裁判所が設けられていたのである。⁽⁸⁾ この行政国家観の論拠となり、それを支えた要因のなかに、当時の公法の体系的形成、及び発展が厳然たる事実として存在していたことは否定できない。⁽⁹⁾

行政裁判所創設の口火は、バーデン Baden (Gesetz v. 5. 10. 1863) で切られ、その後、十数年の間に、ヘッセン Hessen (Ge-

setz v. 11. 1. 1875)、『プロイヤン Preußen (Gesetz v. 3. 7. 1875)、『ヴェルテンベルク Württemberg (Gesetz v. 16. 12. 1876)、『バイエルン Bayern (Gesetz v. 8. 8. 1878) へと波及し、『フンバルト Anhalt、ノラウンシタインク Braunschweig でも設立するに至つた。⁽¹⁾

(1) この規定の起草にあたっては、激しい意見の対立があったようである。「この規定は一八四八年一月一日フランクフルト・アム・マインのドイツ国民会議 (Nationalversammlung) 第九五会議第一説会に於いて多数をもって採択された。国民会議に於いては、この規定の採択をめぐる具体的な論争はなされなかったが、これを起草した憲法委員会に於いては、はげしい意見の対立のあったことが文献に伝えられている」(南・前掲 七〇頁)

(2) フランクフルト憲法は結局施行されるに至らなかった。山田晟「ドイツ近代憲法史」一八・一九頁。

(3) 行政司法 (administrativjustiz) とは、争ひの裁断・権利の保護を行政より独立かつ特別の裁判所を設けるのでなく、特別の構成と手続を有する行政官庁そのものが行なうといった制度を総括し、『ヴェルテンベルクのゲハイメラート (Geheimen Rat)、『ヘッセンの国参事院 (Staatsrat) 及び行政司法府 (Administrativjustizhof)、『バイエレンのゲハイメラート (Ge-

heimen Rat) 等がこれにあたる。Forsthoff; a. a. O. S. 26.

(4) しかし同時に、特別な行政裁判の形で効果的な行政の法的コントロールの実現を保障しようとする声がないでもなかった。例えば、『バイラー (Weiler) は云う「行政の領域では、公法に関するものであつて、それ故に民事裁判官には適さない事件がやはり生ずる。このような場合には、行政司法の名の下に裁判官が行なわなければならない」Weiler; Über die Grenzen der Verwaltung und Justiz. S. 23.

(5) Forsthoff; a. a. O. S. 470.

(6) Otto Bähr; Der Rechtsstaat. 1864. この書でベールは、行政の法的コントロールは、最高審に於いてのみ、通常裁判所による裁判が望ましいと主張している。

W. Jellinek; Verwaltungsrecht. S. 91 ff.

Survey; Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. S. 119 ff.

(7) グナイストの次の一連の著書による。

Englisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht. 1860.

Verwaltung, Justiz, und Rechtsweg. 1869.

Der Rechtsstaat. 1872.

(8) 具体的にグナイストは、「法律による行政の保障は行政を司法に従属させることによって求められるのではなく、権利保護の目的に沿って、行政自体の再組織の中に見出されるべきである。そのためには行政裁判所を作り、法律や行政に精

通した人を置いてその任に当たらせるべきである」と主張した。(H. Schäfer ; a. a. O. S. 73)

- (9) 通説である。しかし南先生は、この通説に反対し、ドイツ行政裁判所の歴史的形成に着眼すべきだと主張する。すなわち行政裁判の基礎理論は、ベールグナイスト論争の結果によるものではなく、それ以前の「行政司法」「官房司法」に萌芽があるという仮説に立って、歴史的に実証されておられる。

- (10) Forsthoff ; a. a. O. S. 471.
(11) H. Schäfer ; a. a. O. S. 73.

第二款 列記主義と一般概括主義⁽¹⁾

ところで、一九世紀中期以後、ドイツ各ラントに創設された行政裁判所は、その管轄権に関し、ほとんどが列記主義(Enumerationsprinzip, Aufzählungsprinzip)を採用していた。⁽²⁾それによって行政裁判所への出訴は、個別的に法律に列挙された場合にのみ許されていたのであるが、理論的には概括主義の採用が可能であったにも拘らず、列挙主義を一致して採用したことには、それなりの理由があった。すなわち、民事事件にあっては、訴訟は国家が人民の権利を保護する唯一の手段であるが、行政事件については、行政庁が処分を為すのであり、裁判所と同様、それ自身が公

の機関であって、公の権威を有し、処分の適法なることを担保すべき方法は、普通の行政の内部的秩序に於いて備っていると考えられたこと、行政処分によっては、行政裁判所の如き裁判のみを任務とする独立の機関の審理によって最後の決定を為さしむるには適さないものが少なくないこと、行政をどの程度まで裁判所のコントロール下に置き得るものか、ということに関して、最初から明確にしておく必要があったこと、等である。⁽³⁾

しかしながら、極めて稀に概括主義を採用するラントもみられた。ヴェルテンベルク、オーストリアでは、一八七六年以来、概括主義を採っていたことが認められる。⁽⁴⁾⁽⁵⁾ところが概括主義とは云々⁽⁶⁾、重要な例外規定(Vorbehaltbestimmung)が在ったのであり、⁽⁷⁾実質的には、列記主義と大差がない程、出訴事項は限られていた。

プロイセンに於いても、やはり列記主義に依っていたが、これを規律する一八七二年の『郡制』(Kreisordnung)、及び、一八八三年の『権限法』(Preuß. Zuständigkeitsgesetz v. 1.8.1883)の他、⁽⁸⁾実際上は概括条項にもひとしい程広く行政訴訟の提起を認める規定も存在した。一八八三年の『プロイセン一般ラント行政法』(Preuß. Landesverwaltungsgesetz v. 1883)一二七条によって、広

く警察処分に対して行政裁判所に出訴することが可能であった。⁽⁹⁾

一八六七年から一八七一年の北ドイツ憲法 (Verfassung des Norddeutschen Bundes v. 1. 7. 1867) の下では、固有の行政裁判権の設置に関する規定を置いてはいなかったが、ほぼ全ラントに独立した行政裁判所 (確かに、下級裁判所に於いては、それが行政部内にあつて本来の裁判権の独立の保障はなかったが……) が置かれた。

警察国家以来、そして、一九世紀の法の支配に服する法治国家となつてからも、財産権の主体としての国家と、権力主体としての国家に、国家を二元的に區別するいわゆる国庫理論 (Fiskus-theorie) がドイツ司法裁判所を支配したのは、まさに以上の様なドイツ行政裁判制度と不可分ではなかった。すなわち、ほとんどのラントが訴訟事項に関して列記主義を採用したため、列記された事項以外の領域に於いては、人民の財産的請求権は司法的救済以外には法的救済をもち得なかつたから、その私法的構成を要請する客観的条件が、当時のドイツには存在していたのであった。⁽¹⁰⁾ 後の行政裁判所と民事裁判所の管轄権分配の上に少なからず判例上の影響を及ぼした国庫理論は、まさにこのようなドイツの時代的制度的な基盤の上に残存する素地があつた。

(1) 行政訴訟に於いて如何なる事件に付き訴訟を許すべきかに

ついては、法律の定め方に概括主義と列記主義の二種の方法を思考することができる。概括主義とは、概括的の標準を定めて、その標準に適合する全ての場合に行政訴訟を起し得べきものとすることを謂い、列記主義とは、法律の列記している特殊の事件に付いてのみ行政訴訟を起し得るものとするものを謂う。列記主義にも更に二種の方法を分ち得る。(すなわち) 或る種類の事件に付いて、個々の法律に於ける特別の規定を待たず或る概括的の標準をもつて一般に行政訴訟を起し得るとするもの——「概括的列記主義」、特定の法律をもつてその法律及びその所屬法令に基づいて為される一切の行政庁の処分につき行政訴訟を起し得るとするもの——「概括的個別法主義」、個々の特別の法律に於いて特に規定した特定の事件についてのみ行政訴訟を起し得るとするもの——「個別的列記主義」。(美濃部達吉「行政裁判法」一八頁)。

(2) 例えばバイエルン行政裁判所法 (Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz v. 8. 8. 1878) 八条は

「この法律の意味に於ける行政法上の事件 (Verwaltungsrechtssachen, d. i. Verwaltungstreisachen) とは、指定された事件に於ける全ての権利の請求 (Rechtsanspruch)、義務 (Verbindlichkeit) を謂う」

と規定し、ヘッセン行政裁判法 (Hess. Verwaltungsrechtspflegegesetz v. 11. 1. 1875) 一七条・三八条も同様の規定で

ある。これらは注(1)の分類に云う「概括的列記主義」に該當するものである。

- (3) F. Fleiner ; Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht. 1928. S. 254 ff.

- (4) O. Bachof ; Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vorname einer Amtshandlung. 1951. S. 11.

F. Hufnagel ; Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone. S. 110.

F. Fleiner ; a. a. O. S. 255.

- (5) 他のはとんどのラントが列記主義を採用したにも拘らず、何故、ヴェルテンベルグが概括主義を採用したのか、その原因根拠は必らずしも明確ではない。一の興味ある問題であるが今後の課題とした。

- (6) O. Bachof ; a. a. O. S. 11.

- (7) 例えばヴェルテンベルク行政裁判所法 (Württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz v. 16. 12. 1876) 一三条

「ある人が公法に基づき為された決定 (Entscheidung) や処分 (Verfügung) が法に根拠がないとか、これにより彼の権利が侵害されたとか、彼の義務ではない拘束によって負担を負わせられていると主張する時は、行政裁判所は、ここに挙げる「例外 (Ausnahme)」を除き、行政庁の決定、処分に対する不服に関して裁判する。一行政庁が裁量 (Ermessen) によって処分する権限が法律に認められている限り、この不

服は認められない」と規定するが、この例外規定の占める割合、つまり行政庁には、裁量によって決定する権限が極めて多く与えられており、そのために出訴事項は限られていた。

(F. Fleiner ; a. a. O. S. 255)

- (8) F. Fleiner ; a. a. O. S. 256.

- (9) フロイセン一般ラント行政法一二七条

「(警察処分に対する)訴訟は次の様な場合に認められる

1 法の不適用 (Nichtanwendung)、あるいは誤った適用 (unrichtige Anwendung) による決定、特に権限内の命令であっても原告の権利を侵害している場合

2 警察行政庁に処分 (Verfügung) を発する権限を与える

前提がない場合

- (10) 「……かくの如く、ドイツならびに我國の如く、行政訴訟事項について列記主義を採用せる行政法体系は、いわば、行政救済の欠けた法律関係を私法化せんとする衝動を内包しているのである。すなわち国庫説とは、ドイツ司法裁判所がその衝動を充さんとして一九世紀を通じて利用した歴史的学説である」(山内一夫「国庫説の歴史的発展」国家学会雑誌第五五巻・四号・三六頁〜三八頁)

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

一九一九年のワイマール憲法 (Die Verfassung des deutschen

Reichs v. 11. 8. 1919) 一〇七条は、「行政庁の命令及び処分に対して個人を保護するために、ドイツ国及びラントは、法律の定めるところにより、行政裁判所を設置しなければならない」と規定した⁽¹⁾。その規定は、従来行政裁判所の設置を各ラントの自由な意思にまかせていたものを、ライヒ憲法によって強制するものである⁽²⁾。しかしながら、どの程度をもってこの規定が満足されるのか、ラントの行政裁判所の管轄権が最低どこまで及ぶべきかに関しては憲法は定めるところがない。従ってこの規定の下にあっては、行政事件の裁断に関して民事裁判所が権限を有したとしても理論的には憲法上の問題を生ずることなく、むしろ多くの公法上の争いが民事裁判所の管轄とされていた⁽³⁾。

各ラントでは、ワイマル憲法の成立によっても、行政裁判所の設置、組織に関して、従来と根本的な変化はみられなかった。各ラントの多くは、出訴事項について列記主義を採り、行政裁判所の権限は限定されていた。

これに続くナチの国家も、行政裁判の伝統的地位を変更するものではなかった。というより、ナチの権威主義的国家原理は、行政裁判所による行政のコントロールと真向から対立し衝突するものであったから、ここに種々の立法措置によって、行政裁判の徹

底的追放と警察国家への逆コース的傾向が強くも出された。

(1) G. Anschütz ; Die Verfassung des Deutschen Reichs. 1921. S. 179.

A. Arndt ; Die Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. 8. 1919. S. 184.

(2) 「行政裁判所の設置は、今迄は各ラントの自由な好み (freie Belieben) にあり、ライヒ法上の強制は存在しなかった。しかし、一〇七条の「しなければならぬ」 (müssen) という言葉が明らかにするように、今後はそうではなくなったのである。すなわち、行政裁判権の一定の最少限 (Minimum) がライヒの手によって規定され保障されたのである。」 (Anschütz ; a. a. O. S. 184)

(3) 結局、ライヒ裁判所構成法施行法 (Einführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz) 四条 (ラントの立法者は関係官庁に、他の種類の裁判権及び司法行政の業務を委譲することをさまたげない) の規定によって、ラントの立法者(ライヒの立法者もそうであるが) は通常裁判所に他の種類の裁判権を指定することも妨げないとするものである。しかし、民事裁判所の管轄とされたからと云っても、公法上の争いが民事上の争い (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten) になるものではないということとは認められていた。 (Fleiner a. a. O. S. 256)

(4) すなわち、一九三六年二月十六日の秘密国家警察に関する法律は多くの政治警察的処分を行政裁判所の権限の対象から排除し、一九三九年十一月六日の命令は、行政裁判所の権限の範囲を一層縮小するものであった。(南・前掲書)

第二款 一般概括主義の伝播

ワイマール憲法下でも、前時代の遺産がそのまま引き継がれたのであるが、この時代に入ってから行政裁判所を創設した若干のラントでは、出訴事項に関し概括主義を採り入れた。すなわち、リューベック(Lübeck)、チューリンゲン(Thüringen)、ハンブルグ(Hamburg)、ブレーメン(Bremen)の諸ラントは、この時代に新しく行政裁判所を設立し、かつ概括主義を採用した。⁽¹⁾行政に対する裁判的コントロール、法治主義の原則は、概括主義によってこそ、より充分にその実効性が保たれることを、前時代の数少ない概括主義採用のラントの経験から学んだのである。しかし、広範な例外規定が存し、結局、多くの争いが行政訴訟の対象から除外される点では、前時代と同様であった。

- (1) Landesverw. O. für Thüringen v. 10. Juni. 1926.
- (2) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. v. 2. Nov.

1921.

- (3) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. v. 6. Jan. 1924.

- (4) H. J. Wolf; Verwaltungsrechte. III. 1966. S. 356.

第三款 ライヒの行政裁判所

ワイマール憲法時代のライヒには、憲法に約束された行政裁判所は一九四五年迄成立するに至らなかった。⁽¹⁾結局、争いの最終審の判決は、当時存在した特別行政裁判所(Spezialverwaltungsgericht)ないし、特別行政庁(Sonderbehörde)に委せられ、それごとと足れりとされていた。⁽²⁾この特別行政裁判所と云われる行政事件の審決のみを扱う特別行政庁には、例えば、ライヒ保険局(Reichsversicherungamt)、⁽³⁾ライヒ特許局(Reichspatentamt)、⁽⁴⁾ライヒ財政局(Reichsfinanzhof)、仲裁裁判所(Schiedsgericht)、⁽⁵⁾私保険監督局(Aufsichtsanstalt für Privatversicherung)、居住に関する連邦局(Bundesamt für Heimatwesen)、⁽⁶⁾この時代に創設されたものとして、ライヒ経済裁判所(Reichswirtschaftsgericht)、⁽⁷⁾ライヒ供給裁判所(Reichsversorgungsgesicht)等がある。⁽⁸⁾

一九四一年四月三日の總統命令(Führererlaß v. 3. 4. 1941)によつて、これらの審決行政庁の一部は、フロイセンの高等行政裁

判所 (preuß. Obergericht) と一緒にあれ、ライヒ行政裁判所 (Reichsverwaltungsgericht) となったが、法治国思想に合致するものとして各方面から歓迎された。⁽⁹⁾ しかし、これはライヒに於ける全行政を監視する中央裁判所としての地位を持つものではなく、ライヒの特別行政裁判所が有していた個々の任務が委ねられたにとどまる。そして、ライヒ行政裁判所に於いては、政治的観点よりする裁判官の任命・罷免・転任によって、裁判官独立の原則は全くなかったと云ってよい。

ライヒ行政裁判所は、帝国の崩壊と共に消滅した。⁽¹⁰⁾

- (1) 設立のための種々の試み、努力は為されていたようである。三つの提案が議論の中で明らかにされていた。
1. 独立の行政裁判所を設置する。
2. ライヒ裁判所に行政事件部 (Verwaltungsrechtsprechungs-Senate) を併設する。
3. プロイセン高等行政裁判所にライヒ行政裁判権を委任する。⁽¹¹⁾ (F. Fleiner ; a. a. O. S. 246. f)
- (2) F. Fleiner ; a. a. O. S. 244. H. Schäfer ; a. a. O. S. 73.
- (3) 社会保険 (Sozialversicherung) から生ずる争いを扱う。
- (4) 特許局は当時の基準によるからこそ特別行政裁判所とみなされるのであって、今日のドイツ特許局 (Deutschespatent-

amt) は、基本法による裁判所とはみなされない。すなわち一般の行政庁である。

BVerwG. Urt. v. 13. 6. 1959. (= DöV. 1959. S. 786)

(5) 被備者保険 (Angestellten-versicherung) に関する争いを扱う。

(6) 貧民保護を行なう。

(7) Gesetz v. 30. 3. 1921.

(8) Gesetz v. 15. 7. 1922.

(9) Forsthoff ; a. a. O. S. 473.

(10) Forsthoff ; a. a. O. S. 473.

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—

一九四五年、それ迄ナチ国家の維持してきた狭い範囲の行政裁判権は解体した。一九四一年に創設されたライヒ行政裁判所を維持することは、占領軍の意図するところではなかった。一九四六年十月十六日の管理会議法三六号 (Kontrollratsgesetz Nr. 36. v. 16. Oktober 1946) によって、占領軍のイニシアティブのもとに行政裁判権の再建が行なわれることになった。

アメリカ占領地区では、この管理会議法の発布される以前に、すでにW・イエリネック (W. Jellinek) を議長とする法律家委員

料会 (Juristenausschuß) が構成され、一九四五年から一九四六年

初めにかけて、行政裁判所法の草案は準備されていた。⁽¹⁾

資 この、いわゆる「ハイドルベルグ草案」(Heidelberger Entwurf)⁽²⁾

は、一九四六年八月に南ドイツラント参議院によつて、二・三の
変更が加えられたが採択され、各ラント⁽³⁾とに多少の相違はある
が、法律として公布施行された。⁽³⁾ (Gesetz über die Verwaltungs-
gerichtsbarkeit—VGG—)。

(1) Forsthoff; a. a. O. S. 487.

(2) W・イエリネットがハイドルベルグ大学であつたためこの
名が付けられている。

(3) Baye. Gesetz v. 25. 9. 1946. Württ.-Bad. Gesetz v. 16.
10. 1946. Hess. Gesetz v. 31. 10. 1946. Brem. Gesetz v.
5. 8. 1947.

ヘッセン法はその後、一九四九年六月三〇日の法、一九五四
年五月六日の法により、バイエルン法は、一九四九年九月三
〇日の法により改正されている (Forsthoff; a. a. O. S. 488.
Eyermann-Fröhler; Verwaltungsgerichtsordnung, 1960. S.
59)

第二款 イギリス地区軍政府命令一六五号

—MRVO. Nr. 165—

イギリス占領地区に於いては、ここでも、ドイツの法律家によ
つて構成された法律家委員会が、ヘルフォードの法務部 (Legal
Division) に設けられ、行政裁判所法制定の準備にあつた。⁽¹⁾ ル
シェワイ (Ruscheweyh) を委員長とするこの委員会は、はじめ
は先の「ハイドルベルグ草案」に倣う予定であつたが、占領軍の
反対にあつて法制化が遅れた。⁽²⁾

結局、この委員会の草案が、一九四八年九月十五に発せられた
軍政府命令一六五号 (militärregierungs-Verordnung Nr. 165 —
MRVO Nr. 165) によつて若干の変更が加えられ施行されるこ
とになった。

(1) H. Schäfer; a. a. O. S. 74.

Eyermann-Fröhler; a. a. O. S. 59.

(2) この法律家委員会は、討議の中で、南ドイツ行政裁判所法
を変更し、三審制をとつて、イギリス地区の最高行政裁判所
を、この最高審にあたらせようとしたのであつたが結局、占
領軍の容れるところとならなかった。

第三款 フランス占領地区行政裁判所法

フランス占領地区に於いては、占領軍はドイツの立法者にその
規定をまかせたので統一的規定にはならなかった。

バーデンでは、一九四七年三月三〇日のラント命令によって、一八八四年六月十四日の行政裁判所法が復活せしめられ、ヴェルテンベルク・ホーエンツォレルンでは、一九四六年八月十九日の行政裁判に関する命令が、一八七六年十二月十六日のヴェルテンベルク行政裁判所法を、一九三三年一月三〇日に妥当していた状態のまま復活した。ラインラント・プファルツでは、一九四七年五月十八日の憲法二二四条に基づく一九五〇年四月十四日の法律が、行政裁判に関する包括的規律をもたらした。⁽¹⁾それは、アメリカ・イギリス地区の行政裁判所法に倣ったものであるが、そのラントに適合するようになり相違した規定も置かれた。ザールラントでは、行政裁判権は一九五一年七月十日の法に基づいて⁽²⁾いる。

- (1) 南博方・前掲書・一五八頁
H. Schäfer ; a. a. O. S. 74.
- (2) Fosthoff ; a. a. O. S. 489.

第四款 連邦行政裁判所法

基本法が効力を発すると、まず、九六条一項に規定された、連邦行政裁判所の創設に関する特別法を作るべきか、あるいは、連

邦が直接七四条一号の権能（裁判所の構成、裁判手続の競合的立法権限）を利用して、連邦行政裁判所を含めた全ての行政裁判所の構成や手続に関する包括的な規定を有する行政裁判所法を規定すべきかの点で意見が分かれたけれども、結局、前者の方法がとられることになった。⁽¹⁾

特別法としての連邦行政裁判所法 (Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht—BVerwGG) は、一九五二年九月二三日に成立し、ベルリンに設けられた連邦行政裁判所は、一九五三年の春からその業務を開始した。⁽²⁾

- (1) それは一方では、行政裁判所の設立はできるだけ早く必要であること、他方で、連邦行政裁判所以外の全ての行政裁判所をも含めた統一的行政裁判所法の制定の準備には、十分に時間をかける必要があったことに基ずく。(H. Schäfer ; a. a. O. S. 74.)
- (2) H. Schäfer ; a. a. O. S. 74.

第五款 占領下の行政裁判所法の一般概括条項

一九四六年以後の新たな行政裁判権は、それ以前の伝統的行政裁判権に根本的変革を加えたものである点で、まさに画期的なものである。その著しい特色は、第一に、行政裁判権を行政官庁

より組織上分離したこと。第二に行政裁判所及び行政裁判官の完全な独立を保障したこと。第三に、行政裁判所の権限について、概括条項を採用したことの三点に要約される。

従来、そのほとんどのラントが採用していた列記主義に代って一変して概括主義を採用したことによって、行政裁判権の機能、特に、人民の権利保護の機能が飛躍的に拡大されたことは云うまでもない。

アメリカ占領地区(南ドイツ)行政裁判所法(VGG)二三条一項は、「行政裁判所は、行政庁の処分・その他の行政行為の取消請求(取消事件 *Anfechtungssachen*)及びその他の公法上の訴訟(当事者訴訟 *Parteienstreitigkeiten*)について、特別行政裁判所、仲裁裁判所、又は民事裁判所が裁判権を有しない場合に限り裁判する。議会の選挙審査(*Parlamentarische Wahlprüfung*)及び、その他の憲法裁判権の範囲に属する争訟は行政裁判所の管轄に属さない」と定めていた。⁽¹⁾一方、イギリス占領地区軍政府命令(MRVO. Nr. 165)は、二三条一項で、「ラント行政裁判所は、行政行為の取消、及びその他の公法上の争訟(憲法争訟を除く)について裁判する」と規定していた。⁽²⁾⁽³⁾これらの概括条項に共通して云えることは、取消事件(*Anfechtungssachen*)と当事者訴訟

(*Parteienstreitigkeiten*)とを区別し、⁽⁴⁾行政裁判所への出訴は、公権力の行使に関する場合に限られず、全ての公法上の争いについて一般的に認められるべしという態度を示したことである。しかし、取消事件であるか、当事者訴訟であるかについては、行政行為(*Verwaltungsakt*)を争うものであるかどうかによって決められるものであったけれども、⁽⁵⁾VGG 八五条は、当事者訴訟として表わされた他の公法上の争いの概念を、対等当事者(*Gleichgeordneter Rechtsträger*)の争いに限っており、しかも、確認訴訟(*Feststellungsklage*)を当事者訴訟の方法によらしめている(VGG 二四条)から、行政訴訟が許されるのは一定の訴訟類型に拘束されている場合であるという観を呈していた。⁽⁶⁾

従って、この規定の下で、行政行為の存在・不存在の持つ意味は、行政訴訟の許容性(*Zulässigkeit*)にとって甚だ重要であった。⁽⁷⁾すなわち、行政訴訟が許されるのは、違法な行政行為の取消を求める取消訴訟と、他の公法上の争い(当事者訴訟)に限られていたのである。そして訴えの対象たる行政庁のいかなる行為が行政行為の觀念にあたるかを明確にする必要性は、まさに、行政訴訟の許容性を明らかにする上に必然の問題であった。公法上の争訟のうち、いわゆる取消訴訟は行政訴訟の本質的部分を為し、

最も古くから発達した訴訟形式であって、行政行為の概念も自ずと多くの理論的蓄積の上に形成されてきた。⁽⁹⁾

一般概括条項の全面的採用は、公権力による権利侵害から人民を保護することにより完全である点で、多くの学者から歓迎されたのであるが、反面、實際上の理由に基づいた反対の声がないでもなかった。すなわち、行政裁判所で権利保護をあまりにも広く認めるならば、行政裁判所は「負担過重」(Überlastung)となるものであって、概括主義は、行政の活動を妨げ、麻痺させてしまう危険性を包含するというものであった。⁽¹⁰⁾そして確かに、最初から全く見込みがない様な取消訴訟が起こされていた例も少なくなく、それによって行政裁判所が不必要に過重負担だったことも否定できないが、結局この批判論は、伝統的行政裁判権の理解に基づくものとして容れられるところとはならなかった。⁽¹¹⁾

(1) アメリカ占領地区では、ラント憲法に概括主義の原則がとられた。

バイエルン憲法九三条 — 行政裁判所は行政法上の争い (verwaltungsrechtliche Streitigkeiten) を裁判する —

(但し、行政法上の争いが何であるかは規定していない)

ヴェルテンベルク・バーデン憲法九〇条一項にある人に属する権利の侵害、あるいは彼の義務ではない拘束の負担の故に行

政庁の命令処分に対し行政裁判所に出訴することができる。 — ヘッセン憲法二条三項 — 行政裁判所は、公権力によって権利を侵害されたと信ずる者が出訴する場合に管轄権を有する — プレーメン憲法一四一条 — 行政庁の命令や処分あるいは義務に反した不作為 (Unterlassung) に対し、個人を保護するために通常、あるいは、行政裁判所への出訴が認められる — (O. Bachof ; a. a. O. S. 11 f)

(2) F. Hufnagel; Die Verwaltungsgerechtheit in der amerikanischen und britischen Zone. S. 108, 109.

(3) MRVO. Nr 165 二二条一項は VGG 二二条一項の規定に倣って規定されたものである。

(4) MRVO. Nr 165 二二条一項には、直接当事者訴訟を認める明文の規定はないが、確認訴訟を定めた五二条の規定より推して当然に当事者訴訟が認められていると解釈されていた。(南・前掲書・一九四頁)

(5) F. Hufnagel ; a. a. O. S. 292.

(6) C. H. Ule ; Verwaltungsprozessrecht. 3 Aufl. 1963. S. 21. 「従って、その点では規定の上から「他の公法上の争い」を制限せず、公法上の全ての争いに行政訴訟を認める MRVO. Nr. 165 二二条一項の方が裁判所により大きな「活動の自由」(Bewegungsfreiheit) を与えていたと云える」

しかしながら、それが憲法上の争いを除く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かどうかに関しては

一致していなかった。

シェンパー (Schäfer) は「MRVO, Nr. 165 にいう『その他の公法上の争い』とは行政行為の着手 (二四条)、『仲裁裁判権の領域に関する争い』、権利関係の存在、不存在の確認 (五二条) に関する争い、そして当事者訴訟を含む」と理解してゐる (DVBL. 1960, S. 837)。

ブロイティガン (Bräutigam) によれば「『他の公法上の争い』が当事者訴訟のみを含むものではないことは明日であるにしても、全ての公法上の争いを含むものとも云えない」としてゐる (DÖV. 1960, S. 364, 365)。

- (7) Rupp : Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung; Gelöste und ungelöste Probleme. (Archiv des öffentlichen Recht ; Bd. 85, S. 152)

G. Mörtel ; Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung (Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung 1962) S. 139. Ule ; a. a. O. S. 21.

- (8) VGG 三五条「取消訴訟は、何人も行政行為によって自己の権利を侵害されたと主張する場合に認められる」MRVO, Nr. 165, 二三条「行政行為の取消は、その行政行為が違法であるが故に原告の権利を侵害しているということを理由とする場合に限り認められる」。

- (9) 簡単に要約するならば

行政行為の定義だけは O・マイヤーに始まる。「行政行為とは、行政に属する官憲的宣言であつて、人民に彼にとって何が法であるかを具体的場合に規制するものである。」(塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」二三頁)、以来多くの学者によって定義が試みられてきたが、いずれも「官庁的 behördlich」(ヘルナチック)、「官憲的 obrigkeitlich」(O・マイヤー・ヘルンリット、メルクル、W・イエリネック)、「高権的 hoheitlich」(フォルストホフ)等の標識をもつて、行政行為の概念要素としてゐるようである。(南・前掲書・二〇二頁)。

尚、MRVO, Nr 165 は、その二五条で取消訴訟の対象たる行政行為を定義して「この命令の意味での行政行為とは公法の領域に於いて個々の場合を規律するために、行政庁の行なう全ての処分、決定またはその他の措置を云う」と規定した。

- (10) F. Werner : Zur kritik an der verwaltungsgerichtsbarkeit. DVBL. 1957. S. 221.

- (11) 例えば、裁判の審査対象外にある裁量権 (Ermessensentscheidung) の問題であつて裁量の踰越も濫用も存在しない行政行為に向けられたものが数多くあつた。H. Klingr : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung S. 128.

- (12) 「一般概括条項は公権力の処分に対する完全な法的保護を独立の裁判所で行なわせしめようとするものであり、又、法

治国家に不可欠の権利保障 (Rechtsgarantie) を与えるものである。そればかりでなく、行政自らに対しても、処分の合法性の審査を強制することによって恣意的な活動を阻止しようとするものである。概括条項のこのような役割に着眼する限り、それが行政を妨害したり麻痺させているということでは批判するのはあたらない。」 Kollmann : Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit DÖV. 1957. S. 221.

第五節 新連邦行政裁判所法 (Verwaltungsgerichtsordnung—VwGO—)

第一款 法の制定

各ラントで、占領軍のイニシアティブの下に制定、施行された行政裁判所法は、行政裁判所の名称、審級、訴訟手続が区々たる状態であったが、一九五〇年頃より、連邦に統一的な行政裁判所法の制定が望まれた。一九五二年の連邦行政裁判所の設置⁽¹⁾は、その意味で連邦の統一的規定の第一歩であった。裁判所を普通裁判所の一本建てとするか、それとも法域によって各別の裁判所を認めるかについては、基本法の制定にあたってもおおに議論のあったところであるが、九六条で後者の考えを採用し、さしあたって、行政の領域の連邦上級裁判所たる連邦行政裁判所を設置した

のである。

一九四九年二月の国会本委員会では「裁判手続に対する連邦の権限 (基本法七四条一号) は、行政裁判権の手続をも包含する」という確認の下に、連邦には、行政裁判の統一的手続法の方法がまかせられた。⁽²⁾

一九五三年二月六日の議会で、はじめて行政裁判所法の政府草案 (Regierungsentwurf) が扱われたが、そこでは立法するまでには至らなかった。⁽³⁾ 一九五七年十二月十七日の第六会期でまず審議が為されることになり、それを法委員会 (Rechtsausschuß) と内務委員会 (Ausschuß für Inneres) に委ねた。委員会に於ける詳細な審理の後、連邦議会は、一九五九年の二回の読会 (Lesung) で一通りの審議を終え、更に調停委員会 (Vermittlungsausschuß) の最終案に、一九五九年十二月、連邦参議院・連邦会議が同意して遂に一九六〇年一月二日、連邦の統一的行政裁判所法 (VwGO) は発布された。⁽⁴⁾

(1) Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23. 9. 1952.
(2) 「国会委員会 (Parlamentary Rat) は、法域によって裁判所を区別することを基本法で認めることはこれを避けようとした。しかるに労働組合は、はじめから普通裁判所から独立

した。連邦労働裁判所に統一された主務大臣の管轄の下にある労働裁判所を固執した。しかし理想としては、労働裁判所も普通裁判所に統一するにあることはこれを認めた。がしかし現状として、その独立を要求したのは裁判官に対する不信が大きな要素であったことはなむことができないであらう。連邦経済区域の上級裁判所の長官 (Präsidenten des Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet)、イギリスス占領地区の裁判所長官 (Präsidenten des Gerichtshofs für die britischen Zone)、及び、ラント高等裁判所長官 (Oberlandesgerichtspräsidenten) の一連の者の決議で、行政裁判所や労働裁判所を直ちに普通裁判所に併合して、その上に統一的の最高裁判所を設置すべしとする要求が提出されたにもかかわらず、労働組合は、労働裁判所の独立を基本法で認めることに成功した。そこで基本法九六条一項は裁判所を四本建てとし、その上を最高裁判所で統一する規定となったのである。」(山田輝次郎「行政行為を要求する訴訟」五八頁)。

(3) Loening ; DÖV. 1949. S. 324.

(4) Eyermann-Fröhler ; a. a. O. S. 61.

(5) 主として裁判所長官の構成、高等行政裁判所の部 (Senat) の構成、行政裁判官の行政実務の必要性、高等行政裁判所に於ける弁護士の義務、上訴の制限等に関するものであった。(Eyermann-Fröhler, a. a. O. S. 61)

(6) VwGO には、個々のラントで次の様な施行法及び詳細な

規定が定められている

Baden-Württemberg ; G. zur Ausführung der VwGO. v. 22. 3. 1960.

Bayern : Verordnung über Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der Verwaltungsbarkeit. v. 23. 3. 1960. G. zur Ausführung der VwGO. v. 23. 11. 1960.

Bremen ; G. zur Ausführung der VwGO. v. 15. 3. 1960.

Hamburg : G. zur Ausführung der VwGO. v. 29. 3. 1960.

Niedersachsen ; Niedersächsisches Ausführungsgesetz zur VwGO. v. 24. 3. 1961.

Nordhein-Westfalen ; G. zur Ausführung der VwGO. v. 26. 3. 1960.

Rheinland-Pfalz ; Ausführungsgesetz zur VwGO. v. 26. 7. 1960.

Saarland ; Saarländisches Ausführungsgesetz. zur VwGO. v. 5. 7. 1960.

Schleswig-Holstein ; Ausführungsgesetz zur VwGO v. 29. 3. 1960.

第二款 法四〇条一項の概括条項

1 内容

VGG 一二条一項、MRVO. Nr. 165 一二条一項の管轄規定に相当する規定は VwGO 四〇条一項であり、それは「行政訴訟 (Ver-

wahlungsrechtsweg⁽¹⁾は、連邦法によって他の裁判所に明示的に指定されていない限り、憲法上の争いを除く全ての公法上の争い (alle öffentlich-rechtliche Streitigkeiten) に於いて認められる」と規定する。⁽²⁾ この規定は、裁判所構成法 (GVG) 十三条と対立するものである。GVG 十三条が原則として全ての私法上の争いを通常訴訟によらしめる一方、VwGO 四〇条一項によって、憲法上の争いを除く全ての公法上の争いに於いて行政訴訟を認めるものである。⁽³⁾

行政訴訟の主たる内容が取消事件によって特徴づけられていた従来の規定と異なり、全ての公法上の争いに行政訴訟を認めるということは、行政行為の存在、不存在が行政行為の許容性を決定するのではなく、「公法上の争い」が本質的意味を有するに至ったことを意味する。⁽⁴⁾ 云いかえるなら、行政訴訟を、行政行為の取消との関連で把握してきた伝統的行政裁判の理解から、「公法」の觀念によって色どられた行政裁判への脱皮が行なわれたのである。近時、公法上の争いに関連して、公法と私法の区別の問題がやかましく論ぜられるに至ったのも、二元的な訴訟制度、特に通常裁判所と行政裁判所の管轄分配基準を私法と公法によらしめる制度の下では、必然的な成り行きであった。しかも、その必要性

は一段と増大したと云わねばならない。公法と私法の区別も、結局は、この二元的裁判制度を採用する複元的構造に照らして理解されなければならない問題である。

この概括条項の内容的理解を深めるもう一の側面は、他の裁判所への管轄指定である。法四〇条一項の規定は、勿論、基本法に保障されたものではない。すなわち、基本法には全ての公法上の争いが行政裁判所で判決されなければならない旨の規定は存しないのであるから、⁽⁵⁾ 連邦法によって公法上の争いを他の裁判所に指定したとしても、基本法上の問題となるものではない。しかしながら、連邦法による管轄指定規定が基本法に違反するものでないということとは、それが合目的であることにはつながらない。⁽⁶⁾ 法四〇条の概括条項は確かに広く包括的に行政訴訟を認めるものであるけれども、重要な例外の余地を残している。法四〇条をめぐって、公法と私法の区別の問題と同時に、この連邦法による管轄指定規定の妥当性が問われているのも、この概括条項の特徴を示すものであろう。

(1) VwGO 四〇条一項の「Verwaltungsrechtsweg」の言葉は通常 (allgemeinen) 行政裁判所への出訴を意味する。
(Wolf: a. a. O. S. 368)

料 (2) VwGO 四〇条に關する大戦中判決

Eyermann-Föhlér ; Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar ; 1960.

Klinger ; Kommentar Zur VwGO. 1960.

Ule ; Verwaltungsprozeßrecht. 1963.

Derselbe ; Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bd. 1. 1962.

Wolf ; Verwaltungsrecht. III. 1966.

Turegg-Kraus ; Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1962.

Koehler ; Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung. 1960.

Forshoff ; Verwaltungsrecht. I. 8 Aufl.

Redeker-v. Oertzen ; Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung. 1960.

Böttcher ; Rechtsweg und Verweisung innerhalb der Gerichtsbarkeiten nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung. RDA. 1960.

(3) Ule ; a. a. O. S. 85.

(4) 従つて訴訟の種類は、民事訴訟に一致して、給付訴訟 (Leistungsklage) 、確認訴訟 (Feststellungsklage) 形成訴訟 (Gestaltungsklage) に分類される⁽⁵⁾ (Klinger. a. a. O. S. 154)

(5) 「基本法には全ての公法上の問題に対する行政裁判所の「判決の独占」 (Entscheidungsmonopol der Verwaltungsgerichte) を保障する規定は全くなく」 (Turegg-Kraus ; Lehrbuch des Verwaltungsrecht. S. 322)

(6) H. Hermann ; öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten von den Zivilgerichten (Z.Z.P. Bd. 78. 1965. S. 387)

二 特色

VwGO 四〇条一項に集約された管轄規定は、概括主義という点では従来の各占領地区の行政裁判所法と差異はないが、内容的には種々の差異を指摘することができ⁽⁷⁾る。その管轄規定の内容的特色は、そのまま行政裁判権の地位の変化にも見合うものであ⁽⁸⁾る。

イ 以前の法は、行政訴訟の規定で、取消事件と他の公法上の争いを区別していたが VwGO 四〇条はこの区別を採用しなかつた。従つて、行政行為の概念は、それが今迄の法に有していた行政訴訟の許容性にとつての原則的な意味を失⁽⁸⁾つた。行政訴訟は、公権力による処分があらうがなからうが、また公権力が一般に直接争いに関与しているか否かを問わず、自由に認められる⁽⁴⁾。このように、行政訴訟の許容性と特定の訴訟類型 (Klagarten) との連結 (Junktim) が解かれたことによつて、行政行為の取消に向けられる場合のみでなく、一般的に公法上の争いについて包括的に、行政訴訟を聞くことになった。行政行為は、ここでは単に、訴訟類型を決定する上に意味を持つに過ぎない。

ロ 従来、紛らわしい状態で混在していた。一般概括条項の規定と、行政裁判所の事物管轄 (sachliche Zuständigkeit) の規定を分離し、訴訟の許容性 (Zulässigkeit) の問題と、事物管轄の問題 (VwGO 四五―五一條) の混同を避け、規定の明確を計った。従って、この点に関する限り、概括条項それ自体の内容的変更と云うより、従来の不明確性を解決した点でのみ評価することができ⁽⁶⁾る。

ハ VwGO の新しい規定は、いわゆる「伝統による民事訴訟事件」 (Zivilprozesssachen kraft Tradition) を放棄した。

ドイツには、伝統的に、一定の公法上の争いについて民事裁判所の管轄権を肯定する考え方があり、主としてそれはライヒ裁判所によって根拠づけられてきた⁽⁷⁾。VwGO の制定過程に於いても、この伝統的民事訴訟事件の扱いをめぐる議論はあったのである⁽⁸⁾が、結局、今日の行政裁判所の充実と、包括的な概括条項の採用によって、今後はもはやこの種の事件は認めるべきではないという考えが支配的であり、その考えが規定を決定した。

従来、判例が、この伝統的民事訴訟事件を支えてきた理論的根拠は、「国庫説」 (Fiskus-theorie) が主たるものであることは、前述 (第一章・第二節・第二款) したとおりであるが、それが列記

主義を採用していた、不備、不完全な裁判所体制に於ける歴史的時代的所産である以上、VwGO がここで放棄しようとしたのは、むしろ当然のことであつた。⁽¹⁰⁾

伝統的民事訴訟事件は廃止され、それに代って、今後は、民事裁判所の公法上の管轄権が認められるためには、法律による明文の規定を必要とすることになった。⁽¹¹⁾ (指定による民事訴訟事件 Zivilprozesssachen kraft Zuweisung)。

以上三点にわたって VwGO 四〇条の有する特徴を、旧規定と比較しながらみてきたのであるが、これらの特色から推して行政裁判権自体の持つ意味はどう変ってきたのだろうか。

まず、基本法の新体制の下で VwGO によって把握される行政裁判権の概念は、行政訴訟が認められる限り、行政法の領域とする法宣言的権力の行使 (基本法九二條) を意味し、同時に、国家の裁判組織の独立した部門として表わされる組織の意味を有する⁽¹²⁾。これを、行政裁判所の機能的側面に即してみるならば、行政処分取消を事後的に争う方式のみの狭い意味ではなく、公法上の争いとして把握される争いを全面的に裁断する広い意味でのそれに変わった。従って行政訴訟と云う場合、それはいわゆる「事後的行政事件」 (nachträgliche Verwaltungsstreitsachen) と

「始原的行政事件」(ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen)と
の両方を含む広い意味の行政訴訟を指す。そしてこのことは、従
来の、行政の客観的な合法性のコントロールのみを任務としてい
た行政裁判権から、今や、行政の違法な権利侵害から、個人を積極
的に保護、権済し、国家に対する市民の主観的権利、請求権を裁
判所で法的に保護してゆこうとする行政裁判権への移行に見合う
ものである。⁽¹⁴⁾

基本法上、行政裁判所は、(行政)裁判権を対象とする機能的
意味での裁判機関に他ならず(基本法九六条一項)、通常裁判所
と同一の価値を有する機関として、裁判(Rechtsprechung)を行
なうものである。

(1) 学説の中には、「表現の差異こそあれ、実質的には従来の
規定を何ら変更するものではない」として、差異を否定する
ものもある。

Schunck-De Clerk ; Klinger : Koehler ; Eyermann-Fröhler ;
クリンガーは、「表現上の差異はあっても内容を変更する
ものではない」としながらVwGOは、概括条項に「最も広
い『活動の余地』(Spielraum)を与えてはいる」とする。
(Klinger, a. a. O. S. 126)

(2) G. Mörtel ; Auswirkungen der Veränderten Generalklau-
sel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung.
(Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung) S. 137.

(3) Ule ; a. a. O. S. 21.

(4) Ule ; a. a. O. S. 21.

「例えば、原告が、国家機関の名誉毀損、あるいは営業妨
害となるような表示(Außerung)に対して、取消訴訟を提起
したような場合に、ともかく行政訴訟が許されることに關し
ては疑いがない。公法上の争いと云い得るからである。そして
ここでこの様な侮辱的な表示が行政行為の概念を満たすかど
うかという問題は、選択すべき訴訟形式にとって一定の役割
を果たすに過ぎない。取消訴訟の可能性の否定はそのまき、
行政訴訟の許容性の排除を意味するのではない。」

(5) H. Bräutigam ; Verwaltungsrechtsweg und Klagearten.
DÖV. 1960. S. 364.

(6) Mörtel ; a. a. O. S. 140.

(7) 判例はこれぞ Zivilprozesssachen kraft Überlieferung, -
kraft Herkommen, - kraft Tradition, usuelle Zivilprozess-
sachen, Quasizivilprozesssachen, 等の呼び名を用いて表現して
きた。

(8) Ule Bachof の如き公法学者は、ほとんど一致してこの観
念の存続に反対し、民法学者、民事訴訟法学者の間にもこれ
に同調する者は多かった。(F. Klein ; Untersuchungen zur

sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich : 1954, S. 37)

(9) フォルスホフの説明に従えば

「専制主義的な警察国家の時代に、法が明示的に認めていない場合に、行政から個人を効果的に保護するために、国家と国民の間の関係で、財産権の主体としての国家と、権力主体としての国家とを区別し、前者を国庫 (Fiskus) と観念することにより、人民はこの国庫に対して補償を求めることができるとするものである」(Forschhoff : a. a. O. S. 99)

(10) ツヴァイゲルトは云う

「もし、連邦の行政裁判所法がもう六年ばかり早く制定され、それによって、行政裁判権が少なくとも司法裁判所と同じ確固たる基礎の上に置かれていたならば、行政裁判所にとって固有の管轄領域の損失は、十中、八・九迄まぬがれていたであろう。」(Zweigert : Über einige Streitfragen der neuen Verwaltungsgerichtsordnung : DVBl. 1960, S. 226)

(11) 指定は、連邦法と同じくラント法の領域では、ラント法によっても行なうことができる (VwGO 四〇条一項二段)。VwGO の発効以前のラント法が、行政裁判所以外の裁判所に指定している時は——それを維持しようとする限り——新しい法の定立が必要である。つまり、ラントの立法者は、VwGO の発布後も、他の裁判所に指定することが適当かど

うかを再審査すべきである。(Eyermann-Fröhler : a. a. O. S. 144~145)

(12) Klinger ; a. a. O. S. 68.

(13) Mörtel ; a. a. O. S. 137.

(14) R. Naumann ; Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1953, S. 19.

第三款 公法と私法

法四〇条一項が「憲法上の争いを除く「全ての公法上の争い」と規定するとき、ここで問題になるのは公法上の争いの概念である。「公法上の争い」は、「公法」に基づく法律関係についての争いと云い得るから、この問題は結局、公法とは何かの問題に行き当たらざるを得ない。そして、公法とは、特に、公法と私法の区別の標準をどこに求めたらよいかの問題は、古今東西を通じて多くの学者によって論じられてきたのであるが、いずれも一面の真理をとらえるのみで、今だ、明晰、決定的な標準を確立し得ていない状況である。⁽¹⁾⁽²⁾

唯注意すべきは、公法と私法とが、実定法秩序の中で、裁判所の管轄分配基準として採用されていることに関連して、この問題も、法の分類学的見地、あるいは法哲学的見地からする「理論

的」又は「本質的」区別と云うより、管轄決定の観点からする技術的、制度的区別に基づかなければならないことである。⁽³⁾云いかえれば、行政裁判所、司法裁判所の複元的裁判構造をとる制度の下で公法と私法を論ずる場合、それは裁判制度のありかたいかに大きく影響されるのである。

公法上の争いに対する概念として、裁判所構成法(GVG) 十三条には「民事事件」(bürgerliche Rechtsstreitigkeiten)の語があり、これによって一応、民事事件(私法事件)⁽⁴⁾は通常裁判所、行政事件(公法事件)は行政裁判所という管轄分配基準が確立されている。⁽⁵⁾従って、公法と私法の問題を考えるに際し、このGVGの民事事件(私法事件)が何を意味するかを探ることがひとつの足がかりになるであろう。しかしながら、この民事事件の概念をめぐって判示した裁判例も、あるいは諸ラントのこの原則を定めた立法例も、かなり多に拘らず、過去の立法、判例から私法事件、すなわち公法と私法の区別を引き出すことは困難である。⁽⁶⁾故ならば、立法及び判決は、裁判所構成法十三条の「民事事件」の觀念が、実質の意味に於ける「私法事件」(Privatrechtssache, Zivilsache)を指すものであること、私法上の争いとは、私法法規を適用すべき争いであること迄は説示しながら、では私法とは如

何なる法であるかに関してはほとんど語るところが無いのみならず、たまたまこれに触れたものがある場合でも、その趣旨に多くの不一致と不明瞭があるからである。⁽⁷⁾そしてこのことは、公法と私法の区別が単純な相違に基づくものでなく、複雑な原因、殊にドイツ固有の制度及び思想にフランスの制度及び思想の影響が加ったことの結果を示すものであろう。⁽⁸⁾

過去の判例・立法例に、公法と私法の明確な基準を求め得ないとすれば、今日の複元的訴訟制度を採る裁判構造の下での合理的、技術的解釈がなされなければならないことになる。その際に、私法事件は通常裁判所に、公法事件は行政裁判所に管轄権を分配した制度的秩序に最もよく合致し、その思潮の要求に最もよく応えるものであらねばならないことは当然である。特に、過去の伝統的行政裁判制度が徹底的に解体され、斬新的手続と構造を持つて登場した裁判制度の下に於いてはなおさらのことである。

その意味に於いて、近年ドイツ学会に於いて注目され、判決にも影響を及ぼしているH・J・ヴォルフ(H. J. Wolf)の見解は多くの支持をおおぎつつある有力な試みと云ってよいであろう。⁽⁹⁾ヴォルフは、公法と私法の区別を、法的規制の基礎たる社会生活関係でなく、もっぱら実定法規の性質に求め、区別の決定的基準

は、法規の帰属主体の異質性 (Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte) にあるとした。そして一般的潜在的に全ての人に権利を与え義務を課する法規が私法であり、国家、及び、公権力の他の担い者 (Träger hoheitlicher Gewalt) あるいはその機関にのみ、すなわち行政主体にのみ権利を与え義務を課する法規が公法であるとする。従って、公法は全ての主体に妥当する一般法たる私法の特別法であるから、疑わしい場合には、常に私法的性質の法関係であると主張するものである。⁽¹⁾

このヴォルフの見解は、従来、民法学・民事訴訟法学の分野で支配的だった「権力説」⁽²⁾に対して異論を唱えるものである。確かに、権力説に云う「支配・服従関係」によって、完全に公法のメルクマールが与えられるものではない。「同権者」(Gleichberechtigte) 間の公法上の権利義務関係が存在し得よう⁽³⁾、公法上の契約によって根拠づけられる権利義務関係もある⁽⁴⁾。このように、公法上の争いは、一口に云って、公法法規から生ずるところの権利義務関係と云い得るが、その公法とは、財産的請求に関するものであるかどうかということには関係なく、ヴォルフによって与えられた上述のメルクマールが一応の標準を示すものと云ってもよいであろう。そして、この標準によって、公法上の争いを見る時

には、当事者の権利義務が公法法規から生ずるものであればそれは公法上の争いであるから、広い範囲に理解される。

勿論、公法と私法の区別は、ヴォルフによって完全に与えられたものではない。これからの多くの学問的蓄積と判例の推移の中で絶えず求め続けなければならない行政法学の課題であろう。

(1) 一々詳細に列挙することはしないが、代表的な主なる学説を要約すれば、

国家又は社会の利益を保護する法は、公法であり、私人の利益を保護する法は私法であるとする「利益説」(Interessentheorie)、人類の政治的生活に関する法を公法とし、民事的な生活に関する法を私法とする「生活説」、私法は対等の立場に立つ私人相互間の関係を規律する法であるのに対し、公法は種々の統一主体の相互関係、若しくは統治主体の組織、作用並びに、統治主体と被統治主体の間の関係を規律する法であるとする「主体説」(Subjektstheorie)、法を権力法と財産法に区別し、前者を公法、後者を私法とする「客体説」(Objektstheorie)、法の規定している法律関係の性質が支配、服従の関係であるか、平等の対立者間の関係であるかという点に公法、私法の区別の標準を求めんとする「権力説」(Machttheorie) があり、フランスでは利益説、ドイツでは権力説が支配的であると云われている。

(2) 公法概念の不明確性を、法律の概念規定によって解決することは、VwGO 発布の際には故意に為されなかった。VwGO 草案三八条(現・四〇条)の理由書にもある如く、それはむしろ、判例や学問に委せた方が妥当であるとの配慮からであった。(Klin. ger. u. a. O. S. 130)

(3) 「制度的」又は「技術的」な区別とは、「特定の実定法秩序に於いて何らかの技術的な必要に基づいて」なされている区別のことであり、「理論的」又は「本質的」な観念とは、「一般に法秩序を構成する諸々の法規をその論理的性質に基づいて」区別した場合の観念を云うものである。(宮沢俊義「公法と私法の区別に関する論議について」国家学会雑誌四九の九)

(4) 裁判所構成法十三条の「民事事件」(bürgerliche Rechtsstreitigkeiten)の意味するところが、いわゆる実質的な意味での「私法上の争い」(Privatrechtsache)を指すものであることは、争いがあったにせよ一応肯定されるところである。すなわち「ドイツ裁判所構成法十三条の指示する司法裁判所と行政機関との間の権限の分界が、同法制定当時の諸邦に於て略々一致して実質的に私法事件と公法事件との区別に相当するものとせられており、従って同条民事事件の観念が予定したところのものは、この実質的な私法事件であったことは上述に依って知られる通りであるが……」(柳瀬良幹「行政

法に於ける公法と私法」一一三頁以下)。

(5) BGH. v. 20. 6. 1961. (VerwRspr. 13. S. 905)

(6) 柳瀬良幹・前掲書は、各ランットの司法裁判所と行政裁判所の権限分配に関する立法例、判決例を詳細に掲げ、結局、それらを通じて云えることは「裁判所構成法に云う民事事件が実質的に性質上私法的なる事件を意味し」「私法事件とは論理的に私法法規を適用せらるべき事件の意味である」ことは窺えても「而して、その場合に云う私法とは如何なる法であるか」については「立法及び判例は遂に明答を与えることがない」と述べている。

(7) 柳瀬・前掲書一四九頁

(8) 柳瀬・前掲書一四九頁

(9) Siebert; Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsweg. DÖV. 1959. S. 733.

(10) H. J. Wolff; Der Unterschied zwischen öffentlichem und Privatem Recht (Archiv des öffentlichen Recht 76. S. 205 ff) Derselbe; Verwaltungsrecht I. 1961. S. 81.

(11) Baumbach-Lauterbach; Zivilprozeßordnung. 1963. S. 1645. Soergel; Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar S. 13.

(12) 「例えば一時的救済の義務ある社会福祉団体 (Fürsorgeverband) の最終的に義務ある社会福祉団体に対する損害賠償請求に関する社会福祉団体の法律関係」

(Klinger : a. a. O. S. 131)

(13) Apelt : Der Verwaltungsrechtliche Vertrag. (ArchivR 84.

S. 249)

F. Hauelsen : Verwaltung und Bürger : DVBL. 1961. S. 835.

Stern : Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages. (VerwArch. 49. S. 106.)

第二章 西ドイツ行政裁判所の管轄権の問題

第一節 序 説

第一章で、ドイツに初めて行政裁判所が創設されて以来、一九六〇年の現行制度の完成に至るまでの行政裁判所の歴史的推移をみてきた。基本法に於ける行政裁判権、連邦行政裁判所の地位を定める規定、VwGO 制定による組織的、手続的規定の充実は、行政裁判所の地位、及びその機能的意義を飛躍的に発展せしめるものであっただろう。法四〇条の管轄規定は、広く公法上の争いに行政訴訟を開くものであり、通常裁判所と並んで人民の権利、義務に関する争訟を裁断する裁判機関としての役割を担うことになった。⁽¹⁾戦前の行政裁判所と戦後のそれとの決定的相違は、それ

が行政機関であるか、裁判機関であるかということである。従って行政裁判所の管轄権は、行政組織に組み込まれた行政機関としての行政裁判所と、司法機関としての通常裁判所との権限分配から司法機関内部の権根分配の問題へ移行せざるを得ない。

基本法九六条一項は、普通、行政、財政、労働および社会の各法域について、高等連邦裁判所を設けることを規定していることから、行政の領域で行政裁判権の制度的保障が与えられていることは疑いない。そしてこのことは、基本法が行政裁判所に一切の公法上の争いを判決すべき独占的判決⁽²⁾ (Entscheidungsmonopol) の権限を保障するものでないことも疑いない。⁽³⁾

従って、VwGO 四〇条一項が、公法上の争いを明文の規定で他の裁判所に指定し得る可能性を置いたとしても、前記の基本法の立場を考慮する限り、基本法違反となるはずはない。しかしながら、連邦法が無制限に公法上の争いを他の裁判所に指定したとしたら一体どうなるであろうか。⁽⁴⁾ 実に、公法上の争いとされている争いが、連邦法によって他の裁判所、とりわけ通常裁判所に指定されている例は極めて多い。また、その指定規定の合理性が問われる場合も少なくない。「合憲的である」(Verfassungsmäßigkeit) ということは、直接、「合目的である」(Zweckmäßigkeit)

資料
ということには結びつかないのである。⁽⁶⁾

歴史的法発展の舞台で、一定の公法上の争いが、判例上あるいは立法上、民事裁判所に指定された動機には、複雑且つ多くの要因があったであろうが、その最も直接的な原因は、裁判官独立の保障もなく、出訴事項が限られ手続も不備、不完全であった行政裁判所の時代に、公権力による権利侵害から個人の権利を救済するためにとられた、法技術的、法政策的考慮に基づくものである。

この必要は、警察国家以来の国庫説の形成にも影響した。云いかえれば、行政訴訟事項について列記主義を採用する行政法体系は、いわば行政救済の欠けた法律関係を私法化せんとする衝動を内包しているのであって、国庫説とは、ドイツ司法裁判所がその衝動を充さんとして十九世紀を通じて利用した歴史的学説なのである。

現在の行政裁判制度の下で、このような法政策的、技術的配慮が不用なのは云うまでもなく、国庫理論も否定せられたのである。わが、現行指定規定の中に、明らかにこの考え方に基⁽⁶⁾づいていると思われるものが少なからずある。このような法政策的動機が失なれた現在、なおも連邦法による指定が存続されなければならないのは如何なる理由に基⁽⁷⁾づくのであろうか。果たしてそれがどこま

で合理的、合目的なのだろうか。

以上の問題意識に立って論を進めてゆくためには、具体的に一体如何なる法によって、如何なる争いが他の裁判所（ここでは民事裁判所に限る）に指定されているかを知らねばならない。多くの指定規定はそれ自体、一定の思想的背景ないし技術的必要性の下に類型化することが可能であろう。そうすることによって、民事裁判所の管轄とすべきでない一群の指定が判然とされる。その作業の過程で指摘された数々の問題点、特に指定規定の非合理性の追求とその評価の段階はその後第三章に残された課題である。

(1) 西ドイツ基本法の行政裁判所が司法機関か行政機関かに関して争いが無いわけではない。しかし、基本法二〇条二項・九六条一項の規定からして、明らかに司法機関であり、西ドイツ学会の大多数の意見でもある。（山田準次郎・前掲書・五七頁以下）。

(2) H. Hermann : Öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten von den Zivilgerichten (ZZP Bd. 78, 1965, S. 346)

(3) 学説・判例の採用する立場である。（後述第三章）

(4) 制度的に保障された行政裁判権から実際に立法によってかなりの権限が取り去られ、行政裁判所が「空の袋」(leere Hülle) の状態になってしまうのでは、その様な立法は憲法

違反となるのであろう (H. Hermann : a. a. O. S. 359.

Blomeyer : Gerichtsverfassung und Verfahren in Kartellstreitsachen MDR 1953. S. 130.)

(5) H. Hermann : a. a. O. S. 357.

(6) 「VwGO 自体も、今迄は伝統的民事訴訟事件として扱われてきた事件を、再び民事裁判所の管轄権にもどしている(四〇条二項)」。この概念は VwGO の発効以来、過去のものとなったはずであるが、四〇条二項によって今度は「指定による民事訴訟事件」に変えられた」(R. Stuch : Die öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten der Zivilgerichte. Staatsbürger und Staatsgewalt. S. 387)

(7) 一九五二年十二月の連邦政府草案三八条(現・四〇条)の理由書にも次の如く述べられている。

「従って、将来、民事裁判所がその管轄権を単に伝統的な通常裁判所の「占有状態」(Besitzstand)から引き出すことは許されない。民事裁判所が公法上の争いをも判決する権限があると承認する必要性は……行政裁判所が、まだ十分に完成していなかった限りは、やはり存在していた。今後は行政裁判権は真の裁判権に発展し、民事裁判権と同価値を有するものであるから、伝統による民事裁判所の管轄権に対する実際上の必要性は失なわれたのである……」

(Klein : a. a. O. S. 66)

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⁽¹⁾

一 職務責任請求

基本法三四条は

—ある人が自己に委託された公務の執行上、第三者に対して、負担する職務上の義務に違反した時は、原則としてこの者を使用する国又は公共団体が責任を負う。故意又は重過失がある時は、求償をさまたげない。損害賠償請求、及び求償請求権については通常裁判所に出訴する権利が排除されてはならない—と規定する。⁽²⁾

基本法自体が職務責任請求 (Amtshaftungsanspruch) を通常裁判所に指定したことについては、歴史的な理由と実際上の理由とがあった。⁽³⁾

歴史的な事情と云うのは、ワイマール憲法一三一条が、職務義務違反に基づく損害賠償請求は民事裁判所の管轄に属するものと規定し、基本法の制定にあたって再びこの法状態が維持されたのである。⁽⁴⁾ 元来、ワイマール憲法は、その制定にあたって、当時行政裁判所の権限が、主たるラントに於いては列記主義によって規

律されていたことから出発しなければならなかった。職務責任請求が公法上の争いであることは、当時から一般に承認されていたところではあったが、ワイマール憲法は、職務責任請求が行政裁判所の管轄権から除外されていることに加えて、行政裁判所自体の権利保護機関としての不備、不完全性を考慮せざるを得なかったのである。

実際上の理由と云うのは、ライヒの立法者がドイツ民法 (bürgerliches Gesetzbuch—BGB—) の制定に際して、公務員の不法行為責任 (uneinnehmliche Handlung) を、一般不法行為の特別法として八三九条に定めた⁽⁶⁾。そして、八三九条に基づき、公務員が職務執行につき第三者に対して義務づけられた職務に違反した時は、この第三者に対して損害賠償義務を負うが、公務員が公務の執行 (すなわち広義の公権力の行使) につき第三者に損害を加えた場合は、公務員の賠償責任を国又は公共団体に転嫁することによって、被害者にその確実な支払いを保障することが必要であった。従って国又は公共団体の責任が生ずるためには、公務員の行為が民法八三九条に該当するものでなければならず、云いかえれば、公務員の職務行為につき加えた損害が、民法八三九条の要件を満たすとき公務員に代って国家の責任が生ずることになるのであ

る。この点で民法上の不法行為責任との不可分性が配慮されていた⁽⁸⁾。

この指定規定によって、結果的には次のようなことが生ずる。すなわち、職務責任訴訟では、民事裁判所は原則として金銭給付のみを判決し得るのであって、違法な行政行為のその他の効果の解決は行政裁判所の領域に残されている。しかしながら、損害賠償請求の衣をまとうことによって、実際には民事裁判所が高権行為の適法性ないし合目的性を審査することが否定し難いということである⁽¹⁰⁾。職務義務違反の存否に関しては、行為者たる官吏の行なう行為が、公法規範に合致するか否かの審査をなさざるを得ないのであって、かようにして民事裁判所は、間接的にせよ、違法または合法的公法行為を審査する裁判官となるのである⁽¹¹⁾。

(1) 基本法自体が一定の公法上の争いを民事裁判所に指定しているが、このことは別に「憲法違反の憲法規定」たり得ない。憲法上の規定相互に於ては常に原則—例外の関係があるのみであって規範序列 (Normenhierarchie) はない。H. Herrmann; a. a. O. S. 358.

(2) 管轄権を有する通常裁判所は、裁判所構成法七一条二項三号「裁判の事物管轄 (sachliche Zuständigkeit) は訴訟物の価格を問わずラント裁判所にある」により、ラント裁判所が有

410°

- (3) Stich ; Die öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten der Zivilgerichte. S. 390.
 - (4) 職務責任請求の指定は、草案にも規定されており、制定過程に於いてもこれに関する議論はなかったようである。
H. Hermann ; a. a. O. S. 364.
 - (5) Friesenhahn ; Deutsche Verwaltung (DV) 1949. S. 483.
Wolff ; J. Z. 1951. S. 636.
BGHE. v. 19. 2. 1953. (BGHZ. 9. S. 65)
 - (6) Stich ; a. a. O. S. 390~391.
K. A. Bettermann ; Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Die Grundrechte. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner. 2.) S. 830.
 - (7) ドイツ民法八三九条
「公務員が故意又は過失により第三者に対して義務づけられた職務に違反した時は、これによって生じた損害を、この第三者に賠償しなければならない。公務員が過失の責を負うに過ぎない時には被害者が他の方法により求償を得ることができない場合のみこの公務員に請求することができる。」
 - (8) 歴史的、実際的事情によるものと云っても結局は一九世紀後半より、ライヒ裁判所の判決に於いてひんばんに現れた「国庫説」の強い影響を受けて規定されたことは否定できない。
- Gerhard Leibholz und Hermann v. Mangoldt ; Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd I 1951. S. 326
Teodor Maunz ; Deutsches Staatsrecht (Juristische kurz-Lehrbücher) S. 263.
Bettermann ; a. a. O. S. 848.
- (9) RGZ. 162. S. 192.
 - (10) 「行政裁判所は、行政行為の違法性の問題を職権審理主義 (Untersuchungsgrundsatz) によって支配された手続によって確定するのであるが行政裁判所の予先判決 (Vorentscheidung) がない場合は、官吏が違法に行為したかどうかの問題もまた証拠提示主義 (Beibringungsgrundsatz) によって答えられねばならぬ」(Stich ; a. a. O. S. 391)
 - (11) この憲法上の規定をどの様に評価するかについては、批判の声が強。
- 「完全に価値ある行政裁判権が形成された以上、もはやそれを実際上是認する根拠を見出し難い」(Bettermann ; a. a. O. S. 848)
- しかしながら、他方、ナウマンの様に「公用収用損失補償請求と異なり、職務責任請求訴訟に於いては、私益と公益の衡量は別に問題となるものでないからその限りでは認することができるとする見解も有る。(R. Naumann: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. S. 23, 24.)

二 公用収用に基づく損失補償請求

基本法一四三条三項は

—— 公用収用 (Enteignung) は公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は補償の方法及び程度を規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみこれを行なうことができる。補償は公益及び関係者の利益を正当に衡量してこれを定めなければならない。補償の額については争いある時は通常裁判所に訴える途が開かれる——

(1) と規定する。

この規定は、ワイマール憲法一五三条二項の規定⁽²⁾をあらためて確認するものである。より厳密に云えば、基本法の制定者は、行政裁判所の概括条項の存在、あるいは、基本法自身の行政裁判権の独立の保障から明らかとなる新しい法状態に対して、充分な考慮を払うことなく、全く形式的にワイマール憲法に於いて維持されてきた規定を受け入れたのである。⁽³⁾

理論的には、公用収用の許容性の問題に関しては、通常であれば行政裁判所が裁判し、その補償の額に関しては民事裁判所が判決するという訴訟の実際に於いて現れる「訴訟の複線性」(Zweigliedrigkeit des Rechtsweg) の問題(まさにこれがこの指定規定

に対する批判の一でもある)は、どう考えられているのであろうか。

この点に関し、判例は「額については」(wegen der Höhe)の箇所を、通常裁判所は請求の根拠については裁判すべきではなく額に関してのみ判断すべきであるという見解をとらず、必要があれば、民事裁判所が損失補償の根拠となった処分の合法性自体をも審査し得ると広く解している。⁽⁴⁾ 学界に於いてはしかしながら、この判例の態度に批判的であり、⁽⁵⁾ 民事裁判所が補償の額についての争いを裁判すること自体についてすら疑問視する動きが強くなり、基本法改正を主張する声もある。⁽⁶⁾

(1) 職務責任訴訟の指定が草案に最初からあったのと異り、公用収用損失補償請求の指定は草案にはなかった。原則的問題に対する委員会の第三二会議ではじめて、マンガルト(Dr. Mangoldt)は「損失補償に関する争いは法律の定めるところにより裁判所が判決する」の表現を入れることを提案したが委員会は、二〇条C(現・十九条四項)によって与えられている裁判所の保護の規定で十分であると決定した。一九四九年一月一九日の第二説会本委員会第四四会期で、委員のゼーボーム(Dr. Seeborn)は、損失補償の額に対しては通常訴訟が排除されてはならないと規定すべきであると要求した。

同年五月五日の第四読会では、それに基づいた自由民主党の提案が十二対七で採択され、翌日の総会で承認されたものである。(H. Hermann : a. a. O. S. 364)

(2) ワイマル憲法一五三条二項

——補償の額についての争いは、国の法律により別段の定めが為されない限り、通常裁判所への出訴が認められる……(以下略)——。

(3) H. Herman : a. a. O. S. 365.

(4) 連邦行政裁判所一九五三年十二月八日判決

(BVerwGE. I. S. 44)

「民事裁判所の管轄権は、損失補償請求の根拠(Grund)に関する争いをも包含するものである。すなわち請求の額に関する争いからその根拠の問題を切り離すことができない。従って、基本法一四条三項に基づく通常裁判所の専属的管轄権は、公用収用行政庁が損失補償を全く認めなかったために、処分が取消されるという場合にも認められる——。その他」
れと同旨の判決は多々(RGZ. 111. S. 224, 116. S. 268, 127. S. 280, 129. S. 394, 133. S. 124, BGHZ. 4. S. 10, 6. S. 270, 12. S. 52, 15. S. 268)

(5) 例えは

Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrecht. 6 Aufl. S. 309.
「補償の額についての争いは通常裁判所が管轄権をもち、法律の根拠に基づく公用収用の適法性については行政裁判所で

処理される。したがってこの複線性は時間的損失であり、被害者の訴迫についても収用権の執行についても、非常に手痛い負担となる。」

Naumann : a. a. O. S. 27.

「民事訴訟の口頭弁論主義(Verhandlungsmaxime)は、損失補償請求にとっては適切な訴訟原理ではない。私益に対して公益を衡量するには、むしろ行政訴訟を支配する職権審理主義の方が適切な訴訟原理である。」

(6) ナウマンは、全ての問題の根原は、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すべきであると主張する(Naumann : a. a. O. S. 15)

三、民事裁判所の補助的管轄権

基本法一九条四項は

——ある人が公権力によってその権利を侵害された時は、出訴の途が開かれる。他の「機関の」管轄が認められない限り、通常裁判所への出訴が認められる——

と規定する。

従って、民事裁判所は第一次的にのみ、すなわち、ラント法又は連邦法、基本法によって行政裁判所の権限に委ねられていない限りに於いて、一定の公法上の争いを裁判する権限を有する(通

資 この規定は、ライヒ裁判所による国庫理解に基づいた判例が一九二〇年代から放棄されたが、その後、一部はこれと重複して、

公権力の侵害に対しては他に別段の規定が無い限り、原則として普通訴訟が与えられねばならないとする理論、いわゆる補助管轄 (Hilfszuständigkeit) の理論が現れ、この思想を基礎にするものと云われている⁽¹⁾。しかも、一四条三項は、ヘッセン憲法二条三項の規定に源流を見出すことができるが、本来の規定には、基本法十九条四項一段に相当する文言はなかったのである。基本法の制定過程ではほとんど議論の為されないうまま、編集委員会 (Redaktionsausschuß) の提案に従って加えられたものであった⁽⁴⁾。

行政裁判所が列記主義を採用しており、あるいは、行政裁判権が権利保護機関として通常裁判権と同価値を有するものに確立していなかった時代的背景の下では、かくの如き規定も、行政権による権利侵害から個人を裁判的に救済する意味に於いて、それなりの存在意義を有していたであらう。

しかしながら、VwGO は原則として一切の公法上の争いに行政訴訟を認めるものであり、従って少なくとも理論的には、特別

な規定の存する場合を除いて、「他の〔機関の〕管轄が認められない…」という場合はあり得ない⁽⁵⁾。この限りに於いて、十九条四項の補助管轄の規定は、今日ほとんど意味を持たないのである⁽⁶⁾。

(1) 南博方・前掲書・二二二頁

(2) ヘッセン憲法二条三項——公権力によって権利を侵害されたと信する者には訴訟が開かれる——

(3) O. Bachof: a. a. O. S. 13.

(4) O. Bachof: a. a. O. S. 13.

(5) F. Hufnagl: Die Verwaltungsgewaltbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone. S. 115.

(6) Eyermann-Fröhler: a. a. O. S. 144.

しかしながら、全く意味がないと云うわけではなく、例えば、パフオッフは

「基本法には、ワイマール憲法一〇七条 (ライヒとラントに行政裁判所の設置を義務づける規定) に相当する規定がないので実際上は考えられなくとも、理論的には考えられ得る行政裁判権の廃止や制限に対してもまた、公権力の侵害に対し何かある訴訟の道をあけておくことが必要なのである」 (O. Bachof: a. a. O. S. 13) と説明し、

シュタイヒは「今日、この憲法上の規定に対して与えられるところの意義は、市民に対する鎮静的感覚 (beruhigend Gefühl) にある。すなわち市民は公権力が加えた侵害行為を

「常に」独立した裁判所で争うことができ、公権力と対等の立場でそれに対抗することができるという保障を有するのである」(Stich : a. a. O. S. 406)

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

VWGO が四〇条二項で自ら行っている公法上の争いの民事裁判所への指定の一は、公法上の寄託 (öffentlich rechtliche Ver⁽¹⁾wahrung) に基づく財産法上の請求権である。それに関しては特別な規定が存しないので、裁判所構成法二三条により、争いの額に応じて区裁判所 (Amtsgericht) あるいはラント裁判所が判決する。

VWGO 自体が、公法上の寄託に基づく請求を民事裁判所に指定したのは、まさに従来裁判所が伝統的民事訴訟事件として扱ってきた立場をそのまま踏襲したものである。

裁判所構成法の制定された一八八七年当時には、現在云うところの公法上の寄託関係は公法的に評価された権利関係でなく、直接私法上の原則によって私法的評価が為されていた。⁽³⁾しかし、その後の公法理論の発展は、裁判所の判決にも影響を与え、なかでも、ライヒ裁判所一九二七年一月一五日の判決は、この様な寄託

関係の公法的性質を承認した。⁽⁴⁾この判決以来、この公法的解釈は争われていないのである。⁽⁵⁾

然るに、私人に属する物の行政庁による寄託関係が、公法関係に属することになったということは、必然的に民事裁判所の管轄を否定することにはならなかった。判例の多くは、公法的性質が認められたとしても伝統的民事裁判所の管轄権が否定されるものではなく、以後も存続し得ると解していた。⁽⁶⁾

学界では、この公法上の寄託が民事裁判所の管轄に属すべきや行政裁判所の管轄に属すべきやに関して意見が分かれていた。

民事裁判所の管轄を肯定する主張は、「公法上の寄託関係に基づく国家に対する請求に関し民事訴訟が許されるとするのは、慣習法 (Gewohnheitsrecht) に基づくものであって、伝統的民事訴訟でなく、それ自体指定による民事訴訟事件である。何故なら、慣習法は、ライヒ法、連邦法、ラント法と同一の効力を有するものであるからである。」とするもの、⁽⁷⁾あるいは「公法上の寄託に基づく損害賠償請求権は、職務責任請求と同じく、別に、公益と私益の調整 (Ausgleich) に関するものではないから公法的色彩を持たないとするもの、⁽⁸⁾等である。

これに対して、多数の公法学者からの行政訴訟肯定論は、慣習法による指定は指定でないとし、伝統的民事訴訟の観念を否定す

料
るものであった。⁽⁹⁾

資
VwGO によって公法上の寄託に基づく請求が、明示の指定によって民事裁判所の管轄とされた今日でも、この指定規定を問題視する学者は少なくない。⁽¹⁰⁾

(1) 公法上の寄託の法制度は、民法六八七条から七〇〇条に規定された私法上の寄託から発展したものであり、例えば警察法上の規定によって、行政庁が保護したり、あるいは行政執行手続で差し押え(Pfändung)たりして第三者の所有権を得るといった場合に行なわれる。

寄託関係が存する限り、行政庁はそのものに對し「それ相當の保管」(angemessene Unterbringung)「相當な管理」(gehörige Obhut)を為さなければならず、寄託関係が消滅すれば行政庁は保管していた物を返還する義務を負う。

——違法建築物が行政庁によって差押えられたような場合には公法上の寄託と認められなく(Celle ラント 高等裁判所一九五九年二月十四日 NJW. 1960. S. 310)

——一定の紙幣を預るのではなくそれ相當の金額を記入し後に払い渡すという場合は公法上の寄託関係とは云えない(連邦裁判所一九六一年三月九日・BGHZ. 34. S. 349)

(2) 寄託関係からは一連の請求権「すなわち返還(Rückgabe, Herausgabe)」「損害賠償(Schadenersatz)」「浪費補償(Auf-

wendungsersatz)を生ずるが、VwGO における全てを「財産法上の請求権」(Vermögensrechtlicher Anspruch)の概念の下に理解していることを(Stich. a. a. O. S. 392)

(3) Klein : Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich rechtlichen Bereich. 1953. S. 7.
(4) RGZ. 115. S. 421.

——ライヒ裁判所は最近の比較的新しい判決で、国家利益の遂行に於いてする行政庁の寄託による私人の物の取得は、公法によって評価されるべき権利関係であって、それにより、公益に反しない限り、国家やその機関には、寄託で取得した物の管理義務及びもとの状態で返還する義務を生ずるという原則を発展させてきた。この原則を適用する限り、関稅權(Zollhoheit)の施行に於いてする関稅物(Zollgut)の占有取得によって国家には同一の種類の義務を生ずる。そして公益に反しない限り、それに対しては、私法上の寄託契約に従って、公法上の法原則が適用されるべきである——。

(5) Klein. a. a. O. S. 72.

(6) 連邦裁判所一九五一年四月十二日判決(BGHZ. 1. S. 369)
——すなわち「伝統による民事訴訟事件」という時には、むしろ「慣習法上の指定」(gewohnheitsrechtliche Zuweisung)ということが重要である。今迄は「伝統的民事訴訟事件」として語られていた代りに「法律上の指定」(gesetzliche Zuweisung)と並んで今や慣習法上の指定が存在するので

ある……概括条項が採用されたとは云っても通常裁判所の
今迄の管轄権が制限されることにはならないし、公法上の寄
託関係に基づく損害賠償請求に対する通常訴訟が排除される
わけでもない——。

連邦裁判所一九五一年九月二七日判決 (BGHZ. 3. S. 162~
173)

——裁判所構成法施行当時の法解釈によれば、民法上の争いと
考えられていた争いは、その後に發展せしめられた学問上
の概念と関係なく通常裁判所に属すべきである——。

(第一の判決は裁判所構成法施行後、裁判所によって絶えず
利用されてきた「慣習法に基づく」と解するところに特色が
あったが、当時の実定法解釈に於いても、この様な慣習法上
の指定が許されるかどうかは疑問であって学説ではむしろ否
定的であつた。 DVBl. 1959. S. 601. JZ. 1951. S. 634.)

(7) Rosenberg, ZfP. 64 (1951) S. 385~386.

その他 F. Schack, Bätlicher 等 同前

(8) Naumann : a. a. O. S. 29.

(9) Klein : a. a. O. S. 75. Wolff, JZ. 1951. S. 636—637.

その他 Bachof, W. Jellinek, Ule 等 同前

(10) Stich : a. a. O. S. 424.

**Die Generalklausel der Verwaltungsgerichtsordnung
und die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in
Bundesrepublik Deutschland (1)**

Yoshiaki AKIYAMA

Assistent,
Juristische Fakultät,
Hokkaido-Universität.

I. Seit dem Jahre 1863, wo das Verwaltungsgericht erst in Deutschland (Baden) errichtet wurde, hat es sich systematisch und funktionell entwickelt. Während mit dem organisatorischen Wiederaufbau der Verwaltungsgerichte schon im Jahre 1945 begonnen wurde, kam es in den meisten Ländern erst in den folgenden Jahren zu einer umfassenden gesetzlichen Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Bestehende Verwaltungsgerichtsordnung von 21. 1. 1960 (VwGO) ist die erste bundeseinheitliche Ordnung von Gerichtsverfassung, Verfahren, Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens, Kosten und Vollstreckung. Im ersten Kapitel handelt es sich um die Entwicklung des Verwaltungsgerichts, der Rechtswegsbestimmung, besonderes der Generalklausel.

II. Der Verwaltungsrechtsweg ist grundsätzlich in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet (§ 40 Abs. I S.1 VwGO). Doch kann durch "ausdrückliche" Zuweisung des Bundesgesetzgebers auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ein andere Rechtsweg eröffnet werden. Im zweiten Kapitel sollen die Normen des Bundesrechts, die Kompetenzen der Zivilgerichte in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten begründen, zusammengestellt werden.

Im Anschluß hieran ist die Verfassungsmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit dieser Zuweisungsnormen zu untersuchen.