



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	訟務制度にみる公共性と法治主義（２・完）
Author(s)	木佐, 茂男; KISA, Shigeo
Citation	北大法学論集, 42(1), 105-174
Issue Date	1991-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16813
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(1)_p105-174.pdf



訟務制度にみる公共性と法治主義（二・完）

木
佐
茂
男

目 次

- 一 本稿の課題
- 二 日本の訟務制度（以上、第四一卷 五・六号）
- 三 ドイツの公益代理人制度（以下、本号）
- 四 公益代理人制度・訟務制度の将来像
- 五 若干の検討と残された課題

三 ドイツの公益代理人制度

(一) 現行制度の概要

わが国でも人事訴訟手続法や非訟事件手続法などにより檢察官が公益の代表者として訴訟に関与することがあるし、戦前には既述のように行政裁判において公益弁護委員の制度があった。現在のドイツにおいて公益を代理（代表）する制度が扱われる場合には裁判以外の分野も含められることが多い。通例、つぎのようなものがあげられる。⁸⁵①連邦訟務検事長のように、行政事件の裁判において一般的な公益の代理者として機能し、その機能のみを有するもので、狹義の公益代理人といわれる。②広義の公益代理人と称され、①にあげた機能に加えて、行政訴訟において国の代理人としての地位をも有するものである。バイエルン州の制度がこれである。③ラインラント＝プファルツ州の市民オンブズマンのようにスカンジナビア諸国のオンブズマンをモデルにして行政全般を対象として公益に配慮するものがある。⁸⁶④一定部門の關係者に有効な保護を与え特別の公益を維持しようとするものがあり、ドイツ連邦議会の軍事オンブズマンが例としてあげられる。⑤一九六五年に制定された難民認定手続法による難民受任官の制度がある。同法五条は、法曹資格または高級公務員資格をもち連邦内務大臣により任命される連邦難民受任官が、連邦当局の決定を争って出訴し、また行政裁判所に係属する事件に関与できるとする。⁸⁷⑥非訟事件で檢察官が公益代理人として登場することがあるのはわが国と同様である。さらに、⑦ヘッセン州の憲法裁判所では固有の出訴権をもつ訟務検事（Landesanwalt）がおり、これも公益代理人とみなされている。

このようにオンブズマン的機能をもつ制度も含めて公益代理制度が観念されるから、公益代理人として理解される範囲は広い。そのため、さらに、自然保護団体や会計検査・会計監査制度などが公益代理制度に含めて扱われたり、後述のように、訟務検事(公益代理人)の活路が環境保護団体に対する原告適格付与と絡めて論じられることもある。ここでは、訴訟上の代理制度を中心として考察したい。

なお、すでに用いている訳語についてであるが、日本語の「訟務」にある程度対応するように、連邦にあつては Oberbundesanwalt を訟務検事長、これの置かれた官庁組織である Bundesanwaltschaft を訟務庁とし、バイエルン州やかつてのバーデン＝ヴュルテンベルク州の Oberlandesanwalt と Landesanwaltschaft をそれぞれ訟務検事長、訟務庁と訳した。しかし、後述の通り、連邦と州では訟務庁の役割・機能は異なり、訟務庁といつても日本の訟務のイメージとはかなり異質なものであるので注意が必要である。

(イ) 行政裁判所法の定め

行政裁判所法は「公益代理人 (Vertreter des öffentlichen Interesses)」という見出しの節に三か条の規定(二五～三七条)をおいている。連邦行政裁判所においては公益代理人は連邦訟務検事長 (Oberbundesanwalt) と称され、必置機関である(三五条)。行政裁判所(第一審行政裁判所のこと。以下同じ)および上級行政裁判所については、州政府の法規命令をもって「公益代理人」制度を採用できる。採用された場合には、一般的にまたは特定種類の事件のために州または州行政庁の代理権を委任できる(三六条一項一号)。つまり二重に任意設置機関である。

公益代理人はすべて裁判官資格をもたなければならない(三七条)。

同法には公益代理人の職務内容について特段の指示はないが、訴訟の当事者となることが規定されている。すなわち、

連邦訟務検事長および州の公益代理人は、自らの判断または自己の所属する政府の指示に基づいて一切の手続に関与でき、その場合、当事者としての訴訟行為をすることができる(六三条四号)。また、州の公益代理人は、自己の関与した事件の判決を上訴して争うことができる。⁽⁸⁶⁾原告と被告が一致して上訴の意思を持たない場合にも同様である。⁽⁸⁷⁾連邦訟務検事長は上告審の訴訟に限って当事者としての地位をもつが、上告自体も上告不許可も争うことはできない。⁽⁸⁸⁾

ところで、周知のように連邦行政裁判所における上告事件には一切の当事者に弁護士(大学の法学教師を含む)強制が課されている(六七条一項)。これは上告審における行政庁と国民の武器の対等を保障するものとして説明されている。⁽⁸⁹⁾実際には、連邦議会の、特に法務委員会における弁護士ロビーの活動の成果「連邦訟務検事長シェーファー[Schaefer], B-W州公益代理人フリークアウフ[Fliegau]」と云われる。しかし、経緯はともかく、この原則は連邦と州を問わず一切の行政庁にも適用される。後にみるように訟務庁を独自におくバイエルン州にあっても、上告事件に関する限り訟務検事を代理人とすることはできない。⁽⁹⁰⁾もともと公益代理人は当事者たる行政庁の代理人としての資格でなければ上告審での弁論を許される。連邦行政裁判所の大法廷判決は、⁽⁹¹⁾地方自治体関係の下級審判決に対して公益代理人が上告し、みづから弁論することを認めている。形式的表面的には、日本の制度には存在しない国の機関の一方的な上告権を許していることになる。

連邦訟務検事長は、合議体としての連邦政府の指示に服するが(三五条)、個々の所管大臣の指揮を受けない。州の公益代理人に対する指示権に関する規定は、行政裁判所法では存在しない。これらについては後に触れる。

(ロ) その他の法律の定め

公益代理人制度は行政裁判所法が定めるものである。行政系訴訟法に属する財政裁判所法と社会裁判所法にはこの種

の規定がない。しかし、類似の機能が法定されていないわけではない。社会裁判所法七五条一項では、戦争犠牲者援護事件において連邦の参加 (beiladen) を認める制度を置いており、財政裁判所法一二二条二項では連邦大蔵大臣と州の最高官庁に上告審における参加 (beitreten) を認めている。社会裁判権と財政裁判権では下級審における一般的な公益代理制度は存在しない。なお、さらに、連邦の公務員に対する懲戒裁判において公益代理人として機能する連邦懲戒検事の制度がある。⁹² 異なる法律に定められた公益代理人および公益代理類似機能をもつ者が特定事件において同時に出庭することは通常はないが、例外がないわけではない。⁹³ このため、原告から見て被告代理人と同一視できるような役割をもつ者が何人も連邦行政裁判所に登場することから、武器の対等原則を原告のために確保する観点に立つて批判が投げかけられることがある。⁹⁴

(二) 連邦の制度

(イ) 史的経過

公益代理人制度は、その起源を二千年前まで遡って探ることも可能なようであるが、近代的なものとしては、ドイツ第二帝制下のほとんどすべてのラント (邦) に設けられたところから始まる。まず、連邦レベルでの歴史を見ておくことにする。

全国レベルで最初なのは、一九四一年に設置されたライヒ行政裁判所の公益代理人としてのライヒ訟務検事長 (Oberschlichter) である。相当長期の議論の末の産物であるが、現に設けられた制度は、設立年代から明らかなように、ナチスの色彩の濃いものであり、かつ敗戦まで実施期間が短かったこともあって、大きな実績はない。その任務と

しては公益の代理のほか、行政裁判の統一性と法の継続的發展に配慮することが付加されていた。⁽⁸⁵⁾ 現行制度とは異なり、ライヒ訟務検事はライヒ内務大臣とライヒの最高行政官庁の指示に拘束された。

第二次大戦後には、一九五二年制定の連邦行政裁判所法により、連邦公益代理人が設けられた。名称は連邦訟務検事長に変わった。連邦大統領により任命され、後述のように純粋な公益代理人としての機能のみを有する。

連邦財政裁判所では連邦訟務検事長と同一の趣旨に基づいて既述のように参加制度が認められたが、公益代理人制度は採用されなかった。その理由は制度の維持費が高つくというにある。連邦社会裁判所における連邦の参加の制度は、裁判に際して裁判所を補助するという観点とはまったく別個の理由、すなわち連邦財政の事情を裁判に反映させるという配慮に基づくものであった。⁽⁸⁷⁾

(ロ) 連邦訟務検事の職務と権限

連邦訟務庁は訟務検事長を長とする独任制機関である。訟務検事長自身が公益代理人である。彼は、一九六七年に定められた「行政裁判所法三五条」⁽⁸⁸⁾についての「一般行政規則」⁽⁸⁹⁾によれば、「連邦行政裁判所において公益を維持し、もって法の実現に寄与すること」を任務とし、彼には「連邦共和国の代理権を委ねることはできない」(一条一項)。すなわち、連邦または連邦の行政機関の代理人ではなく、原告(代理人)と被告(代理人)のいる法廷で公益上の観点から弁論することが職務である。例外的に閣議決定に基づく連邦政府の指示権のみが認められる。⁽⁹⁰⁾ もつとも、これまで一度も連邦政府の指示権が発動されたことはない。⁽⁹¹⁾ 政府の指示権を大臣等に委任することは許されない。⁽⁹²⁾ 検事長が連邦最高官庁(連邦主務大臣)と見解を異にする場合には、協議を行い調整がはからねばならない。協議が整わない場合には、連邦最高官庁は連邦政府に対して決定を求めなければならない(六条二項)。

ところで、日本の訟務のように、公益代理人に対して連邦または連邦行政機関の代理権を与える構想はなかったのであろうか。実は、連邦行政裁判所法の政府草案はこのような構想の上に立つものであったが、退けられたのである。⁽¹⁰⁾ 同法の制定の際にも現行行政裁判所法の制定時にも、連邦段階においては、公益代理人機能と連邦の訴訟代理機能の同時的遂行は論理的に矛盾がないわけではなく、実際にも実施困難であり、個々の担当者にも過大な要求をするものと考えられた。それゆえ、意識的に、連邦訟務検事庁が連邦各省庁は代理することは許されないこととされたのである。⁽¹¹⁾

(ハ) 連邦訟務庁の実務

(a) 庁舎の様子 連邦訟務庁は連邦行政裁判所に付置されている。〈付置〉といっても、訟務庁が法的に裁判所の附属機関の扱いを受けているわけではない。行政裁判権と訟務庁がともに内務省の管轄下にあるバイエルン州、および行政裁判所と公益代理人が共に司法省の管轄下にある現在のバーデン＝ヴュルテンベルク州のいずれとも異なり、連邦にあつては、連邦行政裁判所は連邦司法省の、訟務庁は連邦内務省の所管である。ただ、実際には、〈付置〉というにふさわしく、比較的最近までベルリンの同裁判所庁舎内の一部に置かれていた。現在では街路を異にする別の建物の一部に移っている。ただし、中庭 (Hof) を通って行き来でき、連邦訟務庁の代表電話番号は連邦行政裁判所と共通である。⁽¹²⁾

連邦訟務庁において法曹資格をもつ訟務検事は一九九〇年現在で八名である。⁽¹³⁾ 同庁は一般行政庁に類似した官僚機構をもち、総計八名の裁判官資格者がいる。⁽¹⁴⁾ 上位にある者が常に年長者という関係はない。訟務検事以外の職員は総数一〇名程度できわめて少ない。⁽¹⁵⁾

連邦訟務検事長その他のポストは原則として公募される。現検事長シェーファー [Schaefer] は、三五年半の内務省勤務歴があり、前職は警察部門の長であった。連邦訟務検事のツィールケ [Zielke] は、行政裁判官の経験者である。さ

らに行政裁判権と通常裁判権の裁判官を経た人がある。ドイツ社会のどのような組織においても同様であるが、人事担当部門はきわめて弱体で、この訟務庁においても組織的な人事は存在しない。人事は何年に一度、いわば偶然的にしか行われないので、同訟務庁に勤務するきつかけは様々である⁽¹⁰⁾。

(b) 事務処理の状況 連邦の行政機関の訴訟事件は一般にそれぞれの関係省庁の官吏により代理される。訟務検事長を除く五人の訟務検事は、それとは別に、連邦行政裁判所の計八部の通常行政事件部に一人ずつ張り付く形で公益を代理する⁽¹¹⁾ [行政法専門弁護士ステューア [Stuer]]。

連邦行政裁判所において訟務庁が関与するのは全上告事件の約一〇%、二百件程度である⁽¹²⁾ [Zielke]。

(三) 州の制度

(イ) 史的展開

(a) ニつのタイプ 以下に見るように、ドイツの各州では訟務制度および公益代理人制度は極めて不統一である。おもしろいことに、この制度的差異が、行政裁判制度における州間の種々の違いと重なっており、統一的訟務制度が主として(旧西)ドイツの中でも保守的とされるバイエルン州とバーデン＝ヴュルテンベルク州(ただし一九八三年まで)に存在することから、州の政治構造なり社会的特質なりと無関係ではないという推測もありえよう⁽¹³⁾。さらに興味深いのは、環境保護に関して団体訴訟を採用している五州(一九八七年現在)⁽¹⁴⁾と公益代理人制度を有する五州は一つとして重ならないのである。

さて、ドイツ第二帝制下で発展した公益代理人制度のうち、今日に影響をもつものとしてプロイセン型と南ドイツ型

があげられる。

①プロイセン型 一八七五年制定のプロイセン法は一般的常設的な公益代理人制度を予定していなかった。事件毎に委員が被告行政庁の訴訟代理人として、または知事もしくは大臣の任命する公益代理人として、法廷に登場するという制度が置かれた。これは政府と議会の妥協の産物であった。¹¹³ 日本 の戦前の制度はこの型にあたる。

②南ドイツ型 この型として言及されるのはバイエルンとかつてのバーデン・ヴュルテンベルクである。¹¹⁴ バイエルン王国では、一八七九年に設置された始審にして最終審である行政裁判所に常設の公益代理人である上級検察官 (Oberstaatsanwalt) を置いた。前年に制定されていた法律では、行政裁判所に一名の検察官と必要数の官吏をおくとされていた。この官署は検察庁 (Staatsanwaltschaft) と称され、検察官の任命は総務省 (Gesamtministerium) の提案に基づいて国王により行われた。この制度は、フランスの訴訟制度に起源を持つている。¹¹⁵ 検察庁は、同裁判所におけるすべての事件について、意見を述べる権限を持った。ただし、その関与は裁量に任された。

当時のバイエルンの行政訴訟では、国またはその行政庁はそもそも訴訟当事者とはみなされていない。原告たる市民に対立する被告はおらず、争われる行政決定の客観的適法性の審理が行われたにとどまる。その背景には、国家権力は私人に対して勝訴をすることではなく、客観法の適用のみを求めてよいという考え方があった。被告行政庁がないから検察庁にも訴訟代理権はなかった。

公益代理人は、国家利益と同視される公益を行政裁判の上で主張するために設けられたのである。その意味で、事実上公益代理人は被告の機能を持ったと言わざるをえないであろう。訴訟の構造上この種の公益代理人の必要性は理解できるが、実質的には新設された行政裁判所の監視機関という側面も否定できない。¹¹⁶ バイエルン以外の地域でも、この制度は裁判による行政統制システムの創設に対してカウンター・バランスをとるという意味を持たざるを得なかった。¹¹⁷ 戦

後かなりたつてからも、公益代理人の存在理由を、自治体を含む公共団体の活動への不信や行政裁判所による活発な行政統制への批判的姿勢からも導くものがあつた。¹¹⁹ こうした発想は次第に変わつていくが、それについては後にとりあげる。

バイエルン以外では、南ドイツないし中部ドイツに属するバーデン＝ヴュルテンベルク、ヘッセンおよびザクセンでも公益代理人制度が設けられたが、その役割は第二次大戦の終了までそう大きなものではなかつた、実際にも、委員の任命はきわめて限られた範囲で行われたに過ぎないようである。¹²⁰

(b) 戦後の展開 戦後、バイエルン州では、一九四六年に制定されたバイエルン州の行政裁判権に関する法律において二審制が採用された。第一審裁判所と第二審裁判所のいずれにも一人の公益代理人を常設機関として置くこととされ、これに加えて、この公益代理人に規則より国(州)の訴訟代理権を与えた。組織は第一審段階においても檢察庁(Staatsanwaltschaft)と称された。

その他の西側占領地のすべての州でも公益代理人制度の採否を州政府の権限とする規定が置かれ、規模の大きな州ではかなり採用された。¹²¹ プロイセン型の公益弁護人制度は戦後いずれの地域でも維持されなかつたのである。維持されなかつた理由は判然としない。一九六〇年の行政裁判所法制定時までの状況を見ると、プロイセン型が持続しなかつたという限りにおいてバイエルンの制度がモデルになつたといえよう。なお、バイエルン州以外で公益代理人に州の訴訟上の代理権を委ねる制度を採用したのはバーデン＝ヴュルテンベルク州のみである。

ところで、典型例であるバイエルン州にあつても改変案がなかつたわけではなく、いく度か訟務庁の危機があつた。

戦前についても触れておけば、まず一九一八年七月には、政府から(当時唯一の)行政裁判所の訟務庁廃止案が議会に提出された。しかし、それは同年十一月の革命とこれに続く混乱の中で可決には至らなかつた。¹²² 第二次大戦後の四六

年から四九年にかけて検察庁は上記のように第一審行政裁判所にも付置され拡充の一途をたどる。その後、一九六七年から行政簡素化の観点に立つた廃止論が出され、政府審議機関は一部廃止を予定した。だが、強い反対にあい、存続が決まった。⁽¹²⁾ 当時の改革論は、第一審では処分行政庁が被告の代理を務め、第二審の上級行政裁判所でのみ検察庁に被告州の代理を任せるというものであった。⁽¹³⁾ 北ドイツであれば違和感を持たれる検察庁という名称は一九七五年に至って訟務庁 (Landesanwaltschaft) に変えられた。この名称変更は、バーデン＝ヴュルテンベルク州にならい、通常裁判権におかれる検察との違いを示すためのもので、職務内容に変更はなかった。⁽¹⁴⁾

(ロ) 公益代理人をおく州

一九九〇年現在、公益代理人制度を採用しているのは旧西ドイツのうちの五つの州 (Bay 州、B-W 州、N-W 州、R-P 州および S-H 州) である。⁽¹⁵⁾ 州の公益代理人の総数は、五八名 (一九八九年一月一日現在) である。⁽¹⁶⁾ 専任者はバイエルン州の四五名 (ただし、一九八八年の数字) とバーデン＝ヴュルテンベルク州の一名のみであるから、この総数は他の州の兼職者を含んでいると考えられる。ここで、後に詳述するバーデン＝ヴュルテンベルク州とバイエルン州を除いた三州の公益代理人制度の実情について触れておこう。

(a) ノルトライン＝ヴェストファーレン州 この州は、人口規模ではドイツ最大の州である。司法統計によればバイエルン州と並んで公益代理人の関与率が高い。一九七〇年頃に副知事、部長二名、その他の官吏二一名が兼職として公益代理人を務めている。一審の各行政裁判所では年に一五ないし二〇件の関与事件がある。⁽¹⁷⁾ 上級行政裁判所で市民の側に立つて省に不利益な弁論をすることもある。⁽¹⁸⁾ 制度上はすべての行政事件に関与できるが、関与の概括的な放棄も行われているようである。行政官により兼務として行われることもあって、今日でも公益代理人の存在自体は行政裁判官

にも行政法専門弁護士にもほとんど意識されていない⁽¹⁰⁾。通常は、被告行政庁の職員が代理人として出廷し、地方自治体関係訴訟でも公益代理人を見ることはないようである。

(b) シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州とラインラント＝プアルツ州 シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州では、内務省の憲法・立法・行政担当部長が公益代理人を務め、主として自治体やその他の公法人に係る訴訟に関与し、訴訟においては市民の側に立つことが稀ではなく、また官庁からの指示はまったくない⁽¹¹⁾。ラインラント＝プアルツ州では司法省の公法関係立法担当者が兼務として公益代理人の仕事をしている。ただし、事件全体を扱うのではなく、個々の法解釈上の争点についてのみ関与するようである⁽¹²⁾。関与する事件数も非常に少ない⁽¹³⁾。

(ハ) 公益代理人をおかない州

旧西ドイツで公益代理人制度を持たない州は全一一州のうち六州である。統一的一体的な訟務制度を有することが知られているのはバイエルン州のみである。すなわち、バイエルン州以外の一〇州では、各部署の法律家または一般職員が訴訟代理人となるのであり、そのうち六州ではさらに国(州)が当事者ではない公共団体関係行政事件に関与する公益代理人制度が存在しない。

もつとも、連邦司法省の統計資料によれば、ブレーメン市(州)とザールラント州を除く他のすべての州では公益代理人が上訴をしている⁽¹⁴⁾。そこで、一般の教科書類において五州のみが公益代理人制度をもつと記されていることの正否が問われるのであるが、行政訴訟の専門家の話によっても発言内容は一致するところがない。ただ、いずれにしても、特別の根拠規定に基づく正式の公益代理人は五州にとどまる⁽¹⁵⁾。

(四) バーデン＝ヴュルテンベルク州における訟務庁の廃止

(イ) 廃止前の訟務庁

この地域における公益代理人制度は、一八六三年のバーデン法にまで遡るが、訟務庁の制度そのものができたのは一九六〇年のことである。第一審および第二審の各行政裁判所に訟務庁(Landesanwaltschaft)が設けられており、国(州)のすべての官庁を代理していた。この間一九七二年に行政裁判権の管轄は内務省から司法省に移っている。こうしたこともあって、人事面でも予算面でも訟務庁が裁判所に遠慮する構造が生じていた。⁽¹⁴⁾

訟務庁は一九八三年七月一日付けをもって廃止された。以下においては、まず廃止前の制度と実務を見てから、廃止の経緯やその後の実情を紹介しておく。

同州の規則は訟務庁による州の代理機能を第一次的に規定していた。バイエルン州の規則が「行政裁判権の裁判所における公益代理人に関する規則」という名称であるのに対して、バーデン＝ヴュルテンベルク州のそれは「一般行政裁判権の裁判所における訟務庁に関する州政府の規則」というものであった。これにより州(行政庁)が当事者となる訴訟について訟務庁の代理権独占があった(旧規則二条)⁽¹⁵⁾。もともと、州の最高官庁、すなわち各省は訟務庁によらず自らの職員に訴訟代理をさせることができたし、主務官庁の職員に代理権を委任することもできた(同条)。制度的には、上級行政裁判所に付置された訟務庁には第一審行政裁判所付置訟務庁に対する指揮権があった。訟務庁は、原処分庁の職員を補助官として利用し、または彼らに訴訟の委任をすることも可能であるが、彼ら職員は実際には実情説明や専門的知識が必要な場合に限って出廷するのが通例である。ただし、特定の口頭弁論期日での弁論や現場検証での立会いを委任されることはあった。

【表2】バーデン=ヴュルテンベルク州訟務庁の代理件数と関与件数

年	第一審全行政裁判所 新受件数	訟務庁代理件数	訟務庁関与件数 (公益代理人として)
1965	3,918	1,485 (37.9%)	91 (23.2%)
1970	5,823	1,908 (32.8%)	104 (17.9%)
1980	28,251	4,639 (16.4%)	253 (9.0%)
年	第二審上級行政裁判所 新受件数	訟務庁代理件数	訟務庁関与件数 (公益代理人として)
1965	822	502 (61.1%)	25 (3.0%)
1970	1,200	562 (46.8%)	8 (0.7%)
1980	4,536	910 (20.1%)	6 (0.1%)

出所：Fliegauf, a. a. O. (Anm.144), S565. 同州の人口は約930万人(1983年)である。

旧規則には「公益代理人」という文言はなく、州が訴訟の当事者でない場合に訟務庁が公益の擁護のために関与できるという規定(同四条一項)が公益代理人としての職務の根拠である。公益代理人の機能と州行政庁の代理機能を同時に果たすことはおかしいと考えられたため、訟務検事は州の訴訟代理をしていない場合に限って公益代理人の職務を務めることができるとされた。そして、この職務については、連邦やバイエルン州の規定と同様に、州政府に限って指揮権を発動することが許された(同四条二項)。しかし実際に発動された例は皆無である。¹⁶⁾

一九八〇年には、訟務庁全体で二二名の官吏と一六名の職員がいた。¹⁵⁾ 廃止前の訟務庁の業務実施状況はつぎの【表2】の通りである。行政事件数の増加とともに代理・関与比率が著しく低下していることが窺われる。訟務検事一人当たりの処理事件は、一九八〇年前後においては、一審段階で一八〇件ないし二〇〇件、二審段階で一五〇件程度である。¹⁶⁾

(ロ) 訟務庁の廃止

訟務庁の廃止は行政改革の關係でいく度か論じられたようである。一九七六年前後にも議論があつたが、司法省は訟務庁の強化を擁護して廃止論に対しては消極的であつた。⁽¹⁵⁾ 同州では保守党であるキリスト教民主同盟(CDU)の単独政権が一九七二年から続いている。一九八三年の廃止当時に、専門家集団、なканずく訟務庁の最大の顧客である内務省は反対であつた。野党の社会民主党(SPD)も反対の態度をとつた[Friegauf]。しかし、政治的に見れば、管轄権が司法省に移つてから、同省は内務行政について固有の利益や関心を持つていないという事情があつた。廃止に至る過程で主導権を握つたのは、もとより政権党であるが、⁽¹⁶⁾ 関係者には、十分な議論のないままに廃止された[Nische]との感がある。⁽¹⁷⁾

(ハ) 廃止後の状況

(a) 孤独な公益代理人 訟務庁を廃止する州政府の規則により、規則の名称は「一般行政裁判権における訟務庁の廃止と公益代理人の任用に関する規則」⁽¹⁸⁾と変わり、わずかに一名の公益代理人が上級行政裁判所に置かれることになつた。

公益代理人は一審・二審の行政裁判所の全事件に関与する権限を有する。公益代理人は、連邦の公益代理人Ⅱ訟務検事長と異なり、実際上も一人で職務を行う。上級行政裁判所庁舎の一部に、続き間の執務室と秘書室があるだけで、女性秘書一名のみが補佐役である。同庁舎内にもその他の場所にも補助者はまったくいない。公益代理人の休暇などのために一名の司法省勤務の官吏(Ministerialrat)が兼務として代理人の指定を受けている。しかし彼の官吏法上の地位はそう高くない。このような体制では十分な仕事はできないため、唯一の公益代理人であるフリークアウフは専任の代

理者を置くように要求し、内務省は理解を示したが、司法省は反対の見解を出した。

裁判所庁舎内に公益代理人の執務室があることは、関係者にどのように認識されているであろうか。結論だけ示せば、裁判所長官その他の裁判官と極力距離を保とうとしており、非常に孤独な仕事ぶりということができる¹⁵⁾。

わずか一名の公益代理人は、実際に州内に四つある行政裁判所に自ら出かける。関与数は非常に少ない¹⁶⁾。唯一人の組織であり、加えて行政訴訟事件の情報を制度的に収集するシステムはないので、判決が出てから事件の存在を知ることも多い。裁判官によつては、関与の意思を問い合わせる者もいるが、裁判所の中立性への配慮から公益代理人への情報提供を避けようとする裁判官も少なくない。もとより被告行政庁から届出をするシステムはない。

(b) 訟務検事と訟務の仕事の行方 訟務庁廃止に伴い、訟務検事長は初代公益代理人となったあと一審行政裁判所の長官になった¹⁷⁾。二四名程度いた訟務検事の一部は行政裁判官になり、行政区(Regierungspräsidium)のような行政庁に移った人もいる。ただ一人だけ、検察官になったケースがある。訟務検事以外の職員は、裁判所職員または行政庁職員となった。免職となった人はいない。もともと、訟務検事は集団としては廃止に反対であったから、不利益はなかったかという微妙なところで、なお訟務検事としての仕事の方がよかったという人も少なくない[Filgeauf]そうである。訟務庁廃止後はいうまでもなく処分庁の法律家、場合によつては裁判所の実務を何も知らない職員たちが法廷に出てくる¹⁸⁾。同州司法省からの筆者宛回答によれば、「各官庁は自ら裁判手続を行わなければならなくなったが、特段の実務上の困難は生じていない¹⁹⁾」。訟務制度の再導入論がないところを見ると、現状の所管行政庁代理主義に大きな不都合はないように思われる。

(五) バイエレン州の訟務庁

(イ) 公益代理人と訟務の二重機能

(a) 付加的機能としての訟務制度 バイエレン州の訟務庁制度は政府の定める規則により設けられている。既述のように行政裁判所と同じく内務省の所管である^⑮。その任務は三つに分かれる。第一は、公益の代理であり(規則一、四条)、第二は、国(州)の代理である(同五条)。第三は、官吏の懲戒裁判のための調査官の仕事である(バイエルン州懲戒法五〇条)。もともと存在していた公益代理人の機能に加えて、第二次大戦後の改革により初めて被告としての国(国の行政庁)の代理人の地位が委ねられることになった歴史的経緯が条文の上でも表れている^⑯。しかし、担当者の現実の認識においては、まず、被告である州を統一的に代理する訟務制度という側面が前面に出ることがある^⑰。

訟務庁は行政裁判所の庁舎内におかれ、一部の裁判所下級職員は裁判所の事務に加えて訟務庁の事務を扱うが、訟務庁は組織としては完全に独立である[*Nische*]。規則においても、訟務庁が行政裁判権から独立して職権を行使するむね定めてある(規則一条一項)。

日本の訟務との相違点は、各訟務庁の名称の付け方と、これに伴う審級の区別にも見られる。州内には、上級行政裁判所に付置された一訟務庁と、各一番の行政裁判所に付置された六訟務庁がある。各訟務庁には上級とか地方というような形容詞はつけられておらず、上級行政裁判所付置訟務庁は管轄地が州全域であることを示すバイエルンという地名が付されているにとどまる^⑱。

(b) 指揮権および所管庁との意見調整 公益代理人としての機能については、行政府は政府が閣議で決定した指示をもつてのみ関与できる(規則四条一項)。ただし、ここでも実例は一度もない^⑲。州行政機関の代理を行う場合に所管官

庁の指揮権との関係が問題となるが、現在の実務は内務大臣の指揮が及ぶものとして処理されている。同州で行政裁判官経験をもち、全国でもっとも利用されているコンメンタールの執筆者である教授コップ [Kopp] は、州法により指揮権を制限し、訟務検事が指示を受けないものとして規定することが可能であると考える。⁽¹⁵⁾ このような立場から、彼は、公益代理人が、州の訴訟代理人として職務を行う場合にも、あくまで公益代理人の地位を持つのであり、⁽¹⁶⁾ 第一次的には公共性の実現をすべく義務づけられていること、したがって、原告に有利な証拠申請をしたり、訴訟要件を満たしており本案について理由があると考える場合には認容判決を請求することができるとし、また、これを義務づけられているとする。⁽¹⁵⁾ そこで、彼にあつては、訟務代理人としても義務づけられる公益的観点から回避・忌避制度の適用も肯定されている。⁽¹⁶⁾

訟務庁は被告国の代理権を独占しているので、処分庁が訴訟行為を継続するのを放置したり、処分庁に代理権を付与することはできないとされている。⁽¹⁵⁾ 訟務検事は関係行政庁と協議 (Benehmen) をする必要はあるが、その同意 (Einvernehmen) を得る必要はない。処分庁と一審段階の訟務庁の見解が異なる場合のための見解調整の方法が予定されている。⁽¹⁶⁾

(c) 公務員懲戒事件の調査と訴追 同州の公益代理人は公務員懲戒事件の裁判には関与できないが (規則四条二項、三項)、裁判前の調査手続を担当する。調査手続は、州と自治体に勤務するすべての官吏の懲戒対象事案について行われる。この懲戒制度は、日本と比べて二つの大きな特徴をもっている。第一は、日本では首長など特別職公務員に対する懲戒が自己規律に任されているのと異なり、公選職の官吏にも懲戒手続が適用されること、第二は、この手続が恣意に流れないように独立して職権を行使する訟務検事により調査が行われ、しかも重要な懲戒処分は裁判手続により被処分者と同一の階層に属する官吏が参審員の一名となつて行われることである。訟務検事の関与するのは調査手続に限られる。⁽¹⁷⁾ 懲戒権限庁が懲戒内容を裁判上請求する形になっているので、檢察が裁判で刑罰を請求するのと似ているわけである。⁽¹⁸⁾

(ロ) 訟務庁の人事

(a) 単純な機構 訟務庁所属法律家の官職名は基本的に三種類である。訟務検事長 (Generallandesanwalt : GLA) は政府により任命される。訟務検事の給与についても透明度が高い⁽¹⁶⁾。

同州の訟務検事および行政職員の配置状況について一九八六年一〇月現在の数字を資料によって見ておく⁽¹⁷⁾。四六名の高級職官吏(訟務検事はこれに含まれる)、一名の上級職官吏、三五名の職員 (Angestellten) が勤務し、バイエルン訟務庁 (第二審付置) に一四名、ミュンヘン訟務庁に一〇名、その他の五つの州内の訟務庁に二名ないし四名の訟務検事が配属されている。高級職官吏はすべて法曹資格をもっている。職員は事務作業や秘書業務にあたる。訟務庁専任の現業職の人 (Arbeiter) はいない。小さな訟務庁では、浄書作業や図書・調度品管理など一定の庶務については人手不足が大きく、同じ建物の中にある行政裁判所の暫定的援助によってしのがれている⁽¹⁸⁾。なお、バイエルン州を地域割りして、五名の懲戒事案調査官が配置されている⁽¹⁹⁾。職員層は大部分が秘書的または補助的業務にあたっていることは明らかである。日本の法務局や地方法務局において法曹資格をもたない職員が実質的に訟務の集団作業を担っているのとは異なり、バイエルン州では訟務検事自身がほぼ一切の法的検討作業をする体制となっている。

(b) 自治体首長や地方議員も訟務検事に 訟務検事のすべては、行政官経験者である⁽²⁰⁾。もとより法曹資格を得た上で官吏になっている。概括的にはつぎのような状況にある。二〜三年の行政経験を経て訟務局に採用される場合が多いが、より長期の経験をもつ者もあり、ごく例外的には行政裁判所からの移動組もいる。一九八六年現在三名の裁判官経験者がいる。「これらの人は、本人が応募して認められれば行政職の高官に就くこともあるかもしれないが、常識的には他の職場に異動することはないであろう。検察庁 (刑事) と訟務庁との人事交流は皆無である。行政経験の有無がその

決定的理由となっている「[Nische]」。また、訟務検事の平均年齢は裁判官に比べて若い。訟務検事を経て行政裁判官になつていくケースもあるからである。

今、一九八三年から八五年にかけての三冊のバイエルン訟務庁年次報告書から、訟務検事の人事を見ておこう。日本のいわゆる判検交流との比較において興味深いものがある。いうまでもなく、定期人事異動なるものはない。三年間で合計四六件の人事異動が行われており、その中には在職死亡や退職もある。注目すべき全体的特徴は、圧倒的多数の訟務検事は国の出先機関としての位置づけがされている郡庁および県庁との間で相互に転入・転出していること、裁判所からの転入は一件もないこと、行政裁判官への転出も少ないこと、女性訟務検事人事が一件（二四％）をしめることである。自治体首長や職業的地方議員からの採用もある。これらは、一般職公務員の中に法曹有資格者が非常に多いこと、裁判官、検察官および公務員が休職をして国会（連邦・州）議員になれること、政治活動規制が緩やかであること、職業の変更が非常に頻繁に行われていることなどが特徴となっているドイツ社会の実態が訟務人事の中にも現われていることを示している。

（c）裁判官団体への加入 訟務検事が組合その他の団体に加入するのはいうまでもなく自由である。バイエルン州訟務庁長官ニチェもドイツ行政裁判官連盟のメンバーである。彼の話では、同州の訟務検事の三〇〜四〇％が同連盟に入っているのではないかとのことである。事実とすれば、行政裁判官の組織率よりはかなり低いということになるが、未加入者は行政官の組織に加入していると思われる。

（ハ）訟務庁の実務

先にあげた年次報告書には、職員の傷病休暇日数や訟務検事の研修・研究大会のテーマ、日程、参加者数なども記載

されている。⁽¹⁹⁾

年次報告書によると、人口約一一〇〇万人の同州で、一九八五年には、第一審段階の二万八千余件のうち、六五％の事件において被告国を代理し、一二％について公益代理人として活動している。⁽²⁰⁾ 第二審に関する同様の数字は、それぞれ六九・三％、八・二％である。検事長まで含めて四五名の訟務検事で第一審・第二審総計約三万件という数字は非常に大きい、実際に訟務が関与して口頭弁論が行われた回数は、第一審段階で四一七二回、第二審段階で一〇五七回であり、この総計五二二九件のうち州代理人としては三四五一件、公益代理人として一七七八件である。⁽²¹⁾ 州代理人としての職務以外のものが公益代理人として計算されている。訟務庁が行った控訴・抗告数についてみると、過去七年平均で三〇八・七件であり、上告数は同一期間について一一・六件であるが、近年その数は相当に減っている。これは州政府の指針に基づくもので、⁽²²⁾ 州が被告の場合であれ、公益代理人としての機能であれ、可能な限り上訴を減らそうとする努力の現れである[*Nische*]。このあたりもわが国の実務と異なるようにみえる。控訴、抗告、上告のうち訟務検事が行った比率は、それぞれ五・九％、一・九％、一二・三％である。これらの上訴のほぼすべて(九七・一％)が、所管行政庁の指示に基づいてなされている。訟務検事と当事者も参加して裁判所が行う現場検証は五年間の平均で一一一件である。日本では検証がほとんど行われないので、この数字は驚異的である。弁論前に訟務庁として現場確認に行くことも可能であるが、通常は時間がないので行うことはできない[*Nische*]。

公益代理人としての機能は、国以外の公法人に対する訴訟手続において、とりわけ自治体に対する場合に意味を持つことは既述の通りである。連邦鉄道、連邦郵便などを相手方とする訴訟も重要なケースである[「行政法専門弁護士 *Sattler*」]。個々の訟務検事は、行政裁判所の裁判部を単独で担当しチームプレイも存在しないから、訟務検事を召集する打合せは無意味である。⁽²³⁾ 公益代理人が訴訟に関与する基準は規則四条にあるが、事件に関与するかどうかの判断は各訟

説
務検事に任されており、かつ一切の指示はないので、実際の発動は相当にアト・ランダムであつて、自治体関係の重要事件であつても関与のないことが多い。

(六) 地方自治との関係

ドイツの公益代理人制度と統一的訟務制度を地方自治との関係で見るとき、もつとも問題となるのは、日本的用語でいう機関委任事務の管理執行に伴つて生じる行政訴訟について、自治体の機関が日本のように国の機関として扱われているかどうかである。ここ数十年の間に、各州の事務配分と事務の性質論は、従来日本に紹介されているのとはかなり異なつた姿を示すに至っている。また、これまでの叙述から示唆されるように国家事務と規定されているのも上級機関から自治体機関への具体的指揮は行われない傾向にある。郡庁の位置づけ、国家監督法制など種々の事柄を各州ごとに検討する必要があるので、本稿ではこれ以上に地方自治の問題に立ち入ることを避けたい。

(七) 小括

ドイツの現行制度はあまりにも雑多である。バイエルン州とバーデン＝ヴュルテンベルク州ですらこれらを南ドイツ型として一括することは許されない。また、公益代理人制度のバイエルン型と旧プロイセン型の差異も一九世紀後半に成立したドイツの行政裁判の二つの型の差異と必然的に重なるものかどうかは定かでない。公益代理人制度をもつ州には従来立法措置による団体訴訟はなかったが、この訴訟は社会民主党が単独または連立により政権をもつ州で採用され

たものであるため、公益代理人制度の不存在とは論理上は無関係のものである。

この章に述べたのは主として事実の側面である。各州の従来の実務に対する評価については後に扱う。なお、国家賠償事件についての州の訴訟体制の検討はできなかった。裁判管轄が異なるため実態調査は困難であった。

行政事件に関する各州の訴訟代理体制はいくつもの意味において日本と際だって異なっている。唯一日本のように統一的訟務制度をもつバイエルン州であっても訟務検事の大部分が日本的に言えば省庁や県庁・郡庁との間で往来しているのである。しかも訟務庁による組織としての対応はまったくない。加えて、訟務検事は自らほぼ一切の仕事を行い、多数の法曹資格をもたない者が補助するシステムはない。訟務検事の仕事は、一般行政機関における幹部（候補）公務員の仕事と変わらない。ドイツの行政機関の一般職員や高官はしばしば裁判官や裁判所長官になっていくが、普段から法的処理が行政現場で行われているから、行政官の職務スタイルは裁判官のそれと大差ないのである。かくして、本稿の冒頭で紹介したように、不服審査が裁判類似の手続で簡単に Rowe に行われ、あるいは村長が元行政裁判官であるという事態も不自然なものではないのである。郡役所や市役所で司法修習生が研修しているのもこうした背景の下においてである。それでは、公益代理人制度や訟務制度について、どのような議論があるのだろうか。

(83) Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 15ff., 51ff. 公益代理人制度に関する包括的な研究としては博士論文 (Schulz-Hardt, Der allgemeine Vertreter des öffentlichen Interesses in der deutschen Verwaltungsgeschichte, Dissertation, Kiel, 1968) があるが、参照できなかった。なお、同氏による要約的な論文 (本稿注 (197)) がある。

(84) 一九七四年の法律で採用されたものである。さしあたり、村上英明「西独ラインラント・プファルツ州の市民受任官制度」季刊行政管理研究三九号 (一九八七) 三七頁以下参照。

(85) 現行法は一九八二年制定のものである。Gesetz über das Asylverfahren v. 16. 7. 1982, BGBl. I S. 946. この制度は、

連邦内務大臣所管の行政決定を、同大臣の指揮監督下にある受任官が裁判上争えるというもので、論ずべき種々の問題がある。このことは、M. Baumann, Bundesbeauftragter, Verfahrensbeschleunigung und Waffengleichheit im Asylverfahren, DÖV 1988, S. 459ff.

(98) BVerwG Gr. Senat v. 14. 11. 1955 E. 2, 321ff. なお、州の公益代理人は、第一審での出訴権が与えられているかどうかについては議論がある。Vgl., Kopp, Die Vertretung der Interessen des Staates und des öffentlichen Interesses in anderen modernen Rechtssystemen, VerwArch. 1980, S. 377; derselbe, Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgesellschaft, BayVBl. 1980, S. 270; derselbe, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, Bd. I Teil B, 1982, S. 66.

(97) BVerwG v. 29. 8. 1963 E. 16, 265ff.

(98) Vgl., BVerwG v. 14. 11. 1955, E. 2, 321.

(99) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl., 1988, S. 513ff.; Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl., 1988, S. 335ff.; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., 1989, S. 760ff. ①を議論する弁護士強制が行政庁にも課せられる理由については、これは悪い。

(96) BVerwG v. 19. 12. 1961, E. 13, 245.

(95) BVerwG v. 4. 11. 1968, E. 31, 5.

(92) 連邦懲戒法 (Bundesdisziplinarordnung i. d. F. v. 20. 7. 1967, BGBl. III 2013-1) 三十七条以下に於て。そして、Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 53f.

(93) 負担調整制度に関する公益代理人や難民オムブズマンにあっては連邦行政裁判所において連邦訟務検事と並んで弁論をすべきものである。

(94) Baumann, a. a. O. (Anm. 85), S. 460.

(95) この新制度の発足に至るまでの「ハイムレン法」「プロイセン法」などの影響などについては、T. Maunz, Der Staatsanwalt am Verwaltungsgericht, ZGSStW 1942, S. 715-735 が詳しい。

(96) 参加制度の趣旨は公益代理人制度と同様、種々の観点を提供するというところにある。K. Kipke/H. W. Kruse, Abga-

- benordnung Finanzgerichtsordnung, 13. Aufl., 1988, FGO § 122 Nr. 17.
- (65) Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1987, S. 320 ; C. H. Ule, Gegenwart und Zukunft der Einrichtung des Vertreters des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in : F. Kopp (hrsg.), Die Vertretung des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Passavia Universitätsverlag, 1982, S. 130. なおこの論文は DVBl. 1981, S. 953ff. に所収。
- (86) Bundesanzeiger Nr. 10 v. 14. 1. 1967. 544 Kopp (hrsg.), Vertretung (Anm. 97). S. 25ff. 5 Beck 社のコメントに於ける Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl., 1984, S. 140ff. に掲載されている。
- (66) 政府の指示にのみ服する制度は、戦後アメリカ上領地区の行政裁判所法と同様のものと考え。 Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 125.
- (88) R. R. Frauenknecht, Aufgabe und Tätigkeit der Bundesanwaltschaft beim Bundesverfassungsgericht, in : Kopp (hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 18.
- (101) Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 40.
- (102) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 125.
- (103) Kurt Neis, Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1968, S. 230.
- (104) 日本の役所では見える形でユーモアは多くはないが、ドイツでは風刺画やその他の形のユーモア表現が少なくない。この訟務庁の中庭への出口には「上告審へ (Zur letzten Instanz)」という札の如きものが掛けてある。ドイツ語の裁判所 (Gericht) には調理された食物とか料理という意味がある。連邦行政裁判所内に共用の食堂があるため、「昼食 (食堂)」という意味を含めているわけである。訟務検事の一人が掛けたという。
- (105) ドイツの連邦段階の公益代理人は一九八九年一月一日現在で一五名である (DRiZ 1989, S. 354)。七名程度が連邦行政裁判所とは別のところに勤務していることになる。連邦懲戒検事などが含まれているはずであるが、その組織が小さいこともあって詳細は知られていない。例えば、バイエルン州訟務検事長ニチュ [Nische] ですら連邦懲戒判事の事務所がボンカヴィースバーデンかどこにあるのか知らない、という。
- (106) 訟務検事長の下に、連邦訟務検事 (Bundesanwalt) 一名、上級訟務検事 (Oberstaatsanwalt) 四名、一等事務官 (Regierungs-

direktor) 一名、二等事務官 (Oberregierungsrat) 一名である。一等事務官と二等事務官は事務補助者 (Mitarbeiter) と称されている。これら二等事務官以上の人が裁判官資格をもつ。この八名のうち四名が博士号をもち、上級訟務検事の一人は一等事務官の時代から教授資格をもつ。女性是一名である。

(107) 一九八〇年代前半の数字によれば、連邦訟務検事長、一名の連邦訟務検事、四名の上級訟務検事、二名の事務補助者、四名の官吏、六名の吏員、一名の賃金労働者がいた (Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 44)。現在でもほとんど変わらないことは公益代理人数の変化がないことから明らかであろう。

(108) 現在同庁のいわばナンバー2の立場にあるツィルケの場合、ベルリンの行政裁判所判事であったが、同裁判所が訟務庁の向かい側にあるという地理的偶然からまず数年間出向の身分で事務補助者として勤務し、その後、正式に身分を移している。あくまでも、この職場の魅力があつて自分の意志で選択した結果であるが、推薦を受けて公募に応じた形であるという。つまり、裁判所調査官の場合もそうであるが、空席が生ずると行政機関や裁判所の長に推薦依頼があり、希望者が掲示を見て応募するという手続がとられるのである。彼にとつての魅力とは、原則的意義のある重要事件にのみ関与できること、すなわち、証拠調べや事実問題にはほとんど立ち入らずに、上告審として法律上重要な事件にのみ関与することである。希望しない限り異動がないから、すでに二〇年以上も同庁に勤務する。

(109) Vgl. Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 44f.

(110) 連邦行政裁判所での訟務庁の関与比率は上告事件の三五%から四〇%くらいである [連邦訟務検事長 Schaefer]。これは具體的にはつぎのような意味である。すなわち、連邦行政裁判所には毎年平均して二千件ないし三千件の上告事件がある。法律上は、公益代理人はすべての事件の訟務資料を請求しなければならないが、現実には困難であり、抗告事件などを予め概括的に放棄している。そこで訴訟資料の提供を受けるのは、約三〇%にあたる六百件から八百件であり、そのうち実際に法廷で関与するのは三〇%程度である [Zielke]。難民認定事件にも関与しない [Schaefer]。

(111) この二州は上級行政裁判所における名誉職裁判官制度の不採用、比較的多数の行政裁判官が行政勤務経験を持つこと、公益代理人制度があること、上級行政裁判所の名称が他と違うこと (但しヘッセン州と併せて三州が異なる) において特色がある。

(112) ヘッセン州、ブレーメン市 (州)、ハンブルク市 (州)、ベルリン市 (州)、ザールラント州である。Städteutsche Zeitung

v. 10. 4. 1987.

- (113) 公益維持のために独立の検察庁 (Staatsanwaltschaft) を設けようとした政府提案に対して、下院は当事者としての関係行政庁が公益を裁判上主張し得るし、現に主張しているという理由で反対をし、妥協が成立した。A. M. Baring, Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß, VerwArch. 1959, S. 108f.
- (114) 両者の比較については G. Berner (バイエルン州訟務検事長), Zur Vertretung des öffentlichen Interesses und des beklagten Staates in Baden-Württemberg und Bayern, BayVBl. 1981, S. 129ff. など、バイエルンに限った現在の現在の制度の変遷については P. Stoeckle (バイエルン州訟務検事長), Die Landes-anwaltschaft Bayern - ein historischer Rückblick, BayVBl. 1979, S. 581ff. が詳しい。
- (115) Verwaltungsgerichtshof (VGH). 今日の州上級行政裁判所の前身。
- (116) Maunz, a. a. O. (Anm. 95), S. 715ff.
- (117) Johann Schmidt (バイエルン州上級行政裁判所長官), Der Vertreter des öffentlichen Interesses, insbesondere aus der Sicht der Verwaltungsgeschichte, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 157.
- (118) 行政裁判に関するバーデンの法律 (Ges. v. 14. Juni 1884, GVBl. S. 197) の政府草案に付された公式理由書は、上級国家官庁が裁判所による法律および命令の適正な適用を監督しなければならない、また、国家は種々の対応をなすために上級裁判所の判決について絶えず情報を得ていなければならない、と述べていた。J. Schmidt, a. a. O. (Anm. 117), S. 157.
- (119) C. Masson (バイエルン州訟務検事長), Verwaltungsgerichte ohne Staatsanwaltschaft?, BayVBl. 1969, S. 43.
- (120) Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 18.
- (121) 公益代理人の制度を取り入れたのは、バイエルン州のほか、B-W州、S-H州、Nds州、N-W州、R-P州、Saar州である。ただし、バーデン・ヴュルテンベルクのように州の名称や区域は現在と同一でない場合がある。ザールラントでは、現行法が施行された一九六〇年に廃止されている。
- (122) Stoeckle, a. a. O. (Anm. 114), S. 661.
- (123) 州当局にとっての弊害が予測されたほかに、訴訟遅延や事務作業量の増大が引き起こされるおそれ (E. Eyermann (バイ

ヘルン州上級行政裁判所長官), Nachwort, BayVBl. 1969, S. 45) を指摘された。

(124) Masson, a. a. O. (Anm. 119), S. 42.

(125) R. Naumann, Die Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 1960, S. 361.

(126) G. Berner, Funktion und Aufgaben der Landesanwaltschaft in Bayern, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 34.

(127) Redeker/von Oertzen, a. a. O. (Anm. 89), S. 94. なお Nds 州では現行法の下で一年間だけ設置されていたようである。Vgl. Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 67 Anm. 49; C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., C. H. Beck, 1987, S. 82.

(128) DRiZ 1989, S. 354 以下。

(129) Deutscher Richterbund (DRB), Handbuch der Justiz 1988, 1988, S. 297.

(130) Meyer-Hentschel, Der Vertreter des öffentlichen Interesses (I), in : Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung - Bewährung und Reform (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 75), 1970, S. 110.

(131) 一九七〇年当時、同州のシュンスター上級行政裁判所に兼職の公益代理人として配置されていた三名のうちの一名は、自らの担当する一七の事務のうちの一つが公益代理人の職務であるとし、公益代理人がタクシー許可制度が争われた重要な訴訟で市民の側に立つて経済省に不利な弁論をした実例を紹介している (Zehn Jahre (Anm. 130), S. 136 におけるシンポジウム発言)。

(132) 同州の公益代理人に関する規則は、Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 98), S. 178 に掲載されている。

(133) Meyer-Hentschel, a. a. O. (Anm. 130), S. 110.

(134) 同州の上級行政裁判所で陪席判事をし、その後第一審の行政裁判所の裁判長になったハニッシュ [Hanisch] は、同州の裁判で公益代理人がでてくるのを見た記憶はなく、また、どの役所にどの程度の人数がいるのかも知らないという。彼は全国の行政裁判官連盟の議長でもある。同州の地方自治体の約半数の訴訟代理人を務める行政法専門弁護士ステューア [Stüer] は、「公益代理人はごくわずかの手続にしか関与していない。第一審行政裁判所のためには州の総合出先機関に一名ないし二

名がいるのではないかと思うが、詳しくはわからない。また、上級行政裁判所のための公益代理人がいるが、しかし同裁判所の所在地であるミュンスターではなく、ドゥッセルドルフ(州政府所在地)にいる」という。このように、非常に著名な行政裁判官や行政法専門弁護士にすら十分知られていないものである。

(135) Meyer-Hentschel, a. a. O. (Ann. 130), S. 111f.

(136) Meyer-Hentschel, a. a. O. (Ann. 130), S. 112.

(137) 一九八五年統計によれば、第一審での全事件に対する関与率は〇%、二審では〇・三%である。Statistisches Bundesamt Wiesbaden (SBW), Verwaltungsgerichte 1985, 1987, S. 29, 83.

(138) 三つの都市国家でも所管部局単位で訴訟の代理が行われていると推測されるが、法務職員によって統一的に訴訟代理される可能性が皆無ではない。未調査のためいずれとも断言しえない。なお、ベルリンでは後述のように司法局(省)に統一的代理制度はない。

(139) SBW, a. a. O. (Ann. 137), S. 82.

(140) 関係者による自国の法状況の認識はかなり不正確である。州上級行政裁判所の判事を兼職するキール大学教授シュミット#ヨルツィツヒ [Schmidt-Jortzig] の話では、彼の勤務する上級行政裁判所の所在地であるNDs州には公益代理人がおらず、時にSH州のそれが利用される。Bay州訟務検事長ニチュ [Nische] は、これを狂っている (Wahnsinn)、信じられないと言う。実際にも、SH州では、上級行政裁判所では同州の事件に関わってのみ活動している(同州の回答(一九八七年三月一九日付け。文書番号V140a/3003E-35)による)。また、ベルリン在住の教授でもある弁護士フィンケンブルクは、ベルリンには公益代理人はいないと述べており (Klaus Finkelburg, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, insbesondere aus der Sicht der Anwaltschaft, in: Kopp (Hrsg.), Vertretung (Ann. 96), S. 151) 同市司法大臣の回答によれば同市司法省の管轄内に公益代理人はいない(一九八七年四月二日付け。文書番号31331-93/87)による)。しかし、ニチュはベルリンには兼職の公益代理人がいるという。連邦行政裁判所長官ゼンドラー [Sandler] によれば、どの州にもこの制度はある。結局、各回答者の公益代理人の定義に左右されている。筆者がベルリンの連邦訟務庁の検事長であるシェーファーと面談した翌週には、全国の公益代理人の経験交流・打合せ会が予定されていたが、そこに出席するのも五州とこのことであつたから、組織として存在するのは五州というほかない。その他の六州でもごく例外的に公益を代表する機関(例、

難民受任官)が訴訟に関与するのであろう。

(14) 訟務庁は予算上は行政裁判所と一本化され、訟務庁の官吏・職員定員は司法省に配置されていた。物件費や雑費に関しては行政裁判所の需要が優先的に配慮されることもあって、訟務庁は行政裁判所のへ賄い付き下宿人(Kostgänger)へであるとも言われてきた。公益代理人として上訴をしても、敗訴すると行政裁判所予算から費用の一部を支出せざるをえないため、自制が働いて必ずしも法的観点のみから活動を十全に行うことは難しかった[Fliegauf]といわれる。

(12) 後注(157)参照。

(13) 一九六〇年から一九八三年の廃止まで適用された訟務庁制度に関する州政府規則は「Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 64f. に掲載されている。

(14) Vgl. H. Fliegauf, Funktion und Aufgaben der Landesanwaltschaft in Baden-Württemberg, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 50, 53.

(15) Fliegauf, a. a. O. (Anm. 144), S. 55.

(16) Fliegauf, a. a. O. (Anm. 144), S. 57.

(17) Fliegauf, a. a. O. (Anm. 144), S. 58.

(18) Vgl. Fliegauf, a. a. O. (Anm. 144), S. 58f.

(19) Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 171 に於ける Fliegauf 発言を参照。

(150) フリークアウフのインタヴュー発言によれば「廃止を必然とする客観的理由はなく、一つの政治的決断であった。例えば、行政庁の方が訟務庁より法律的に優れた主張ができるという事情はない。一般的に言って、訟務検事の方が行政庁勤務の法曹よりも優れている。廃止は費用便益分析の結果とされているが、自分としては節約になっているとは思わない。いずれにしても、行政庁の代理のために出張は必要であるし、削減されたポストも約三〇にしか過ぎない」。

(151) 現行規則は「Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 98), S. 150 に掲載されている。

(152) 筆者と個人的に面識のあるBW州上級裁判所長官エンデマン[Endemann]が同じ庁舎に在るが、いくつかの見聞からそのように感じた。実際にもフリークアウフ自身つぎのように述べている。「自分は、上級行政裁判所の庁舎にいて、特に心地がいいとは思っていない。ただ、それは個々の同僚との関係においてそうだということではない。特にトップの人(長官)と

の距離を離れたものとする努力を双方がしている。裁判官は公益代理人を政府から派遣された監督官、あるいは(裁判所)庁内の異物と見がちであり、長官周辺のある人物は自分が着任したとき、私に対して自分自身を政府に所属する監督機関と見ているかどうかと問いただした。その時、私は、関係規定を見てもう一度自分で答を出してくれと返事した。かつて私はカールスルーエとシュトゥットガルトで訟務検事長であったが、そこでは快適な環境があり、ほとんどいつも行政裁判所の長官と昼食をとっていた。この発言から時代と裁判所の環境の変化を感じとることができよう。

(153) 彼が第一審で関与する事件は、年間で一〇ないし一五件程度である。一九八九年は難民関係事件が多くてこれよりやや多い件数であった。彼は、一審の行政裁判所に行くよりも、しばしば、取り扱われた事件の上告審の弁論に立ち会うために連邦行政裁判所のあるベルリンに出かける。

(154) フリークアウフは一九八四末に後任となり一九九〇年現在在職中。彼は、文化・スポーツ省の官吏(Ministerrat)であった。

(155) 「上級行政裁判所でもしばしば高級職ではない上級職(Gehobener Dienst)の職員が来る。公務員としての養成教育の間に裁判所に来たことがなく、実際上も法廷実務の経験のない検査官職(Inspektorenaufbahn)の職員がマンハイム(同裁判所のこと)にも来る。自分が審理中に休憩を求めて被告側に対応の仕方を教えたり、裁判所の和解提案に応じるように勧めたりということもある」[Fliegeauf]。

(156) 同州司法省よりの回答(一九八七年四月七日付け。文書記号K/Schm)による。

(157) Verordnung über den Vertreter des öffentlichen Interesses vor den Gerichten der Verwaltunggerichtsbarkeit v. 4. 11. 1975, Bay. GVB1 1975, S. 352. 原文は'Ziegler-Trempe1, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 903; Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 44ff.; Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 98), S. 155ff. にも掲載されている。

(158) 同州を含めて一般に裁判所を管轄する省の問題について、木佐『人間の尊厳と司法権』(前掲注9)二八頁以下を参照。

(159) Berner, Funktion (Anm. 126), S. 33.

(160) Masson, a. a. O. (Anm. 119), S. 41ff.

(161) 二重の意味で日本の訟務とは異なっている。日本の場合、高等裁判所所在地におかれた組織を法務局、それ以外の地裁所

在地の組織を地方法務局といい、法務局は一番事件も二審事件も扱う。また法務局内部で一審事件と二審事件を分けて扱うようにはなっていない。これに対して、バイエルン州にあつては首都にあるバイエルン訟務庁は二審事件のみを、同じく首都にあるシュレンン訟務庁は一番事件のみを扱う。庁舎も現在では異なる。

(161) Berner, a. a. O. (Anm. 126), S. 36.

(162) Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 89), S. 94.

(163) 彼の意識は同州の実務家に共通する。Berner, Funktion (Anm. 126), S. 37 ; C. Petzke, Die Bedeutung der bayerischen Landesanwältschften, BayVBl. 1979, S. 657.

(164) Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 89), S. 95. ただし、反対説がある。

(165) 公益代理人が法に義務づけられた非当事者的制度であることを理由とする。Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung (Anm. 89), S. 95.

(166) Berner, Funktion (Anm. 126), S. 36.

(167) Vgl. Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 46.

(168) H. R. Claussen, Das förmliche Disziplinarverfahren, 1. Aufl., Carl Heymans Verlag, 1987, S. 190.

(169) 訟務検事長(二名でバイエルン訟務庁のみ)、上級訟務検事(計二七名)、訟務検事(計一一名)。そのほか出向勤務で訟務検事を務める官吏六名、総計四五名(一九八八年)。上級訟務検事のうちの一名は訟務検事長代理としてバイエルン訟務庁に、四名は四つの訟務庁の長として首席上級訟務検事とされている。首席上級訟務検事が配置されていない訟務庁が二つある。バイエルン訟務庁では全員が上級訟務検事である。DRB, a. a. O. (Anm. 129), S. 297.

(170) 公務員の給与にはおよそ秘密の部分がなく、上下を問わずどのような立場の公務員であれ、自分がどの給与(表)であるかを述べてくれる。訟務検事長自身はB 6、彼の代理者(副検事長)はB 3、訟務検事はA 13からA 16、首席上級訟務検事には給与表A 16が適用される。各給与額については、N. v. Nieding, Berufschancen für Juristen, 3. Aufl., C. H. Beck, 1986, S. 180ff. 給与表A 13からA 16の対象者のみ勤務年数による加給がある。なお、裁判官の給与について、木佐『人間の尊厳と司法権』(前掲注9)二一七頁以下参照。

(171) かつては一審付置の訟務庁には政府職員が兼務をしていたことがあるようである。Vgl. Mang/Maunz/Mayer/Ober-

mayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl., S. 335.

(173) Vgl. Berner, Funktion (Anm. 125), S. 34 ; Jahresbericht für 1985 (s. u. Anm. 176), S. 4.

(174) 一九八一年当時の数字は、Berner, Funktion (Anm. 126), S. 41 にある。

(175) ここでいう〈行政経験〉の中身については、さしあたり、木佐『人間の尊厳と司法権』（前掲注9）三七四頁以下参照。木佐「裁判官の専門性と独立性（二）」北大法学論集で詳論の予定である。

(176) Landesanstalt Bayern : Der Generalbundesanwalt, Jahresbericht für 1983, 1984, 1985. 各年度版も文書番号は同じで年度表示のみが異なる（八三年版は、Nr. 550 Gen 83）。八五年版は主報告書は二七頁であり、一四四頁からなる資料が付されている。主報告書は、過去三年ないし五年の統計を含んでいる。

(177) 在職死亡二件、退職二件、昇進人事（同一訟務庁内であるかどうか問わず）七件、行政庁出向からの復帰一件、終身身分の検察官への任命五件、県庁から訟務庁への異動八件、郡庁から訟務庁への異動六件、訟務庁から県庁へ四件（うち一件は同日付けで連邦行政裁判所調査官に）、訟務庁から郡庁への異動四件、行政裁判官への転出三件、官吏懲戒調査担当の命令と解除各一件、元訟務検事である大市長の任期後における再採用一件、州議会事務局官吏の訟務庁への異動一件、職業的市議会議員からの採用一件。

(178) なお、懲戒事件の調査官の職務を担当することから懲戒裁判に関する各種統計とコメントも付されている。資料編には、行政事件を五三の実体法の分野に分け、さらに一般行政法、裁判手続、訴訟費用に関して判決要旨が掲載されている。一般に資料に関しては、わが国の法務年鑑、統計年報、訟務月報や訟務時報などの方が充実している面がある。しかし、公開事項と非公開事項の選択基準が異なるのである。

(179) 訟務検事が公益代理人として関与した事件を被告行政体（例えば、自治体、大学など）について分類・整理した統計はない。そのようなことに関心はないからである [Nitsche]。

(180) Jahresbericht für 1985 (Anm. 176), S. 11.

(181) バイエルン訟務庁が上告した事件数は、一九七九年から八五年の七年間に、一五、二二、一九、一〇、五、二、八件となり、八二年頃より激減している (Jahresbericht für 1985 (Anm. 176), S. 19) ことがわかる。ちなみに、報告書によれば、市町村や市町村連合は、国（州）以上に多くの上訴、抗告をしている (S. 17)。

(182) 訟務検事長は、官吏法の上では、一切の職員を指揮し、すべての事務を自ら行うことができるが、実際には、各訟務庁の長との会議および上級職全職員との会議は年に一回もたれるにすぎない。

(183) C. Sailer, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, insbesondere aus der Sicht der Anwaltschaft, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 144 は、規範統制訴訟で五〇%、耕地整理事件では九五%の関与率であるし、個々の訟務検事で対応がきわめて異なるともいっている。

四 公益代理人制度・訟務制度の将来像

(一) 議論の枠組み

わが国においては、事実上、統一的訟務機構により国益、公益および所管庁の理解する公益が国務大臣の指揮下において一体として主張されるシステムになっている。法務省職員が自治事務に関する訴訟を自治体と共同で行う場合に、当該法務省職員に対する法務大臣の指揮監督権を限定した規定はない。

ドイツでは、既述の通り、行政裁判所法自体が州レベルにおいて公益代理人制度を統一的訟務制度と結合することを認めているから、この複合的な制度に対する評価や改革論も多岐にわたる。しかも、公益代理人制度を論じる者が具体的にどのような側面をとりあげているのか判然としない場合も少なくない。

公益代理人制度をめぐる議論は、既述のようにバイエルン州を別として、まず、行政訴訟においては歴史的にも原告

市民（および企業）と所管行政庁とがいわば当事者訴訟風に対決するという構図が通常であることから始まる。主要な争点は、①所管行政庁の公務員が自ら出廷することを原則としつつ、さらに公益代理人制度が必要であるかどうか、②国（州）の行政機関のために統一の訴訟代理制度（訟務制度）が有益または必要であるかどうか、③統一の訟務制度と公益代理人機能を結合するのがいいかどうか、④統一の訴訟代理制度を設けたとき主務官庁との関係、特に指揮監督関係はどのようなべきか、⑤国以外の公法人（またはその機関）が被告のときに、国の法的観点をどのような手段で訴訟に反映させるか、といった問題が論じられている。根底には、そもそも原告・被告の主張から相対的に独立した「公益」が存在するかどうか、例えば、市町村の利益でも国の利益でもない、しかも実体的な公益が存在するか、という問題がある。その他に派生的な論点も少なくない。加えて、後に述べるように、現在の改革論はこれらの争点を越えて主観的権利救済制度の限界を克服する可能性を探っている。

ときどきの発言者は、そのおかれた地位や地域との関係で、かなり異なったアプローチをしている。以下においては、どのような肩書の人々が何に注目し何を論じたのかを忠実にフォローしながら、今日までの議論を整理してみたい。なお、最初に、素材を提供する意味で一九六〇年代から一九八〇年代にかけてしばしばホットな課題となった三つの行政系訴訟法の統一化法、すなわち統一行政訴訟法の各種草案における扱いをみておこう。一九八〇年代末に至ってこの統一化作業は完全に挫折したが、公益代理人制度の扱いは焦点の一つであった。

（二）統一行政訴訟法の諸草案

公益代理人制度の将来像は、行政系訴訟法の統一化案の中で繰り返し論じられてきた。¹⁸¹ 現行行政裁判所法制定以後に

おける最初の統一法案は、シュパイヤー大学にいたウレを中心にして一九六七年から六九年にかけて作成されたいわゆるシュパイヤー草案である。

この草案は一般行政訴訟（したがって、社会裁判所と財政裁判所の訴訟を除く）の公益代理人制度を存置することとされていたが、それは、公益代理人の貢献の実証も、逆に、全く不要であることの实証もないことに基づく消極的な決断にすぎなかった。同案は財政訴訟や社会訴訟に新たに公益代理人制度を採用する必要性を全く認識せず、かえって、この制度は当事者間の武器の対等という手続原則を危うくするものであると解していた。⁽¹⁶⁾ この草案は、さらに、公益代理人の関与が原告国民にとって相手方が二組、事情によつては相手方が三組いるように見えることを指摘している。財政裁判所法六一条は、不服審査裁決庁が参加することを認めているので、場合によつては、相手方が四つになるという。そして財政裁判所法一二二条二項の規定も、最高財務官庁の利益は下級庁への指示によつて確保されるので、必要ではないとする⁽¹⁷⁾。社会裁判所法の規定も、財政的観点からのものであるから廃止されてよい、としていた⁽¹⁸⁾。

一九七八年に連邦司法大臣所管の三法律統一化調整委員会が提出した草案は、連邦訟務検事長の制度を、その機能が実証されたことを理由として、維持しようとする。しかし、下級審行政裁判所の公益代理人はその必然性がないとして廃止される。独立の公益代理人機能と政府機関の指揮を受ける代理機能との二重性を維持することは好ましくないことを理由とする。ただし、上告審に残すこととの整合性を示す論拠は示されていない⁽¹⁹⁾。

八〇年の司法省参事官の手になる行政訴訟法案は、第一審・第二審の行政裁判所に州の判断で設置できる公益代理人をおくという形で一貫性を保とうとし、この点は以後の政府案において維持される⁽²⁰⁾。

八二年の第九立法期と八五年の第一〇立法期に提出された政府提出の（統一）行政訴訟法案は、規定および提案理由とも同一のものである。この法案は、連邦訟務検事と州の公益代理人に関する現行法三五条および三六条におおむね対

応する規定を三〇条および三一条においている。ただし、適用されるのは一般行政裁判権に限られる。他の裁判権については、これの代償的措施として、五九条で所管の連邦大臣もしくは官庁の特別の参加権(Beteiligungsrecht)を定める(法案五九条)。

法案の提案理由はつぎのように説明している。^⑩連邦訟務庁については特段の変更はない。州の制度については、現状をおおむね維持することとした点では当初の調整委員会案からの大きな変更であるが、しかし、かなりの修正が加えられた。すなわち、州レベルの訟務庁は、これまで同様に任意設置機関である。だが、従来の三州に見られた兼務体制は、組織と職務の自立性および独立性を確保できないため、兼務制度を否定する意味で独自の(selbständig)機構に改められなければならない。公益代理人は州政府の指揮権にのみ服するものとされる。なお、公益代理人に州の訴訟代理を委ねることもできるが、この場合、公益代理人機能と行政庁の訴訟代理機能の二重性を避けるために、バーデン＝ヴュルテンベルク州の廃止前の制度^⑪にならって、訴訟代理権を委任されていない場合に限り、公益代理人として手続に参与できるものとされる。

この統一行政訴訟法案は、結局種々の反対論・不要論にあい、陽の目を見るには至らないこととなった。

(三) 現状の認識

(イ) 公益観と公益代理人の基本的役割の変遷

繰り返しになるが、議論の出発点は被告行政(庁)側の訴訟代理が所管行政庁の公務員自身により行われているという歴史的事実である。そのため古くから、当事者として現れる国家機関は必ずしも公益を主張するものではないというこ

とが認められている。例えば行政法と国際法の学者であるレーニンクは一〇〇年以上前に、公益を偏見なしに提出するために、特別の公益代理制度が必要である、と指摘している。公益代理人の機能が被告行政庁に委ねられると任務に矛盾が生じかねないという見方は現在の学生にとっても一つの常識である。しかし、本来、処分庁（所管行政庁）が当初から公益に配慮すべきであるという要請がある。ドイツの公益代理人のあり方に関する論争はすべてこれらの矛盾の認識と解決の仕方をめぐるものである。

西ドイツの政治や社会のあらゆる領域で一九六〇年代末から大きな転換が起きたことはすでに周知のことであろう。今日でも古い部類に属する見解がないわけではないが、公益代理人制度についても同様の変化があったようである。そこで、まず一九六〇年代末以前の状況を要約しておく。

一九五〇年代には、主として下級審を念頭においてつぎのような見解があった。

まず、公益代理人が被告国の代理人を務めることは武器の対等原則に反するのではないかという疑念が強かった。現行の行政裁判所法制定のために設けられた各州内務大臣作業グループは、被告側の代理人が制度化されると、訴訟において一方当事者が過度に優越的地位を得て、民事訴訟やそこでの原則である当事者主義に反するとしていた。やや外在的な制度批判もあった。

さらにつぎのような多様な見解が見られる。

大学教授ゲルバーは、所管庁が自ら訴訟代理をする場合に、その主張する公益解釈の偏頗性を前提として、国の官庁の代理機能とは分離され指揮権から原則として独立した純粹な公益代理人制度の強化を説いた。これに対して、ある行政裁判所判事は実績が芳しくないことから公益代理人制度を廃止し、そのかわりに行政裁判事件における専門性の要請から所管庁の法律家による代理を求める。類似の観点から、ある研究者は特定の公益代理人が複雑専門化した現代行政

を公益の観点から主張することは困難であると考えて統一的訟務制度への切り替えが好ましいとした。ある修習生は、実績からみて公益代理人は被告代理人がもう一人加わったようで評価できないとして廃止を主張する。⁽⁹⁾

この時期に、公益代理人は、国庫利益の代弁者または行政裁判権に対する統制者から法務機関に脱皮する。⁽¹⁰⁾ その途上にいくつかのエピソードを見ることが出来る。著名な学者イエリネットの一九五〇年ドイツ法曹大会における主報告や討論での参加者の発言は、公益代理人が所管官庁に敗訴の可能性のあるような訴訟の回避を勧めるところに意義を見出していた。⁽¹¹⁾ 連邦内務大臣も、一九五四年に、各州の内務大臣に対して「場合によっては原告市民に有利なように決定を変更するように努めることも公益の維持にあたる」ということを強調している。

その後大きな変化が生じた。一九六〇年代末には、連邦訟務庁検事長を務めたナイスが、「この制度は行政に位置づけられていたものから専門的に熟練した (qualifiziert) 法務機関になった」と言い、上級行政裁判所長官 (当時) マイヤー⁽¹²⁾ ヘンチェルは、一九七〇年に、公益代理人はもともと民主的な起源をほとんど持たず權威主義的伝統のもとにあったが、同年に先立つ何年間で変わった、と述べるに至った。現在では、行政裁判権と政府との間にある独自の制度となっている。⁽¹³⁾ つぎに見る連邦行政裁判所の一連の判決もこの変遷を媒介するものであった。

(ロ) 連邦行政裁判所の考え方

連邦行政裁判所大法廷は、現行行政裁判所法施行後間もない時期に、ある判決の傍論の中で、連邦訟務検事長 (訟務庁) は組織上行政から分離されたもので、裁判手続を支援する機関であると述べていた。⁽¹⁴⁾ その後、同裁判所第五部の判決は⁽¹⁵⁾ つぎのような解釈を示している。「連邦訟務庁は、行政のメガホンではなく、もっぱら、法が実現されるように共働しなければならない。そのために上級庁の指揮を受けてはならず、法律と法にのみ拘束される。すなわち行政部の理解

する公益のみを実現しようとするのであれば、上告審においては被告庁の他にもう一人の公益を代理する者が出現することになり、そうすると（特に、原告市民の目からみて——筆者注）〈武器の対等〉原則がくずれる。このように、公益代理人は行政のためではなく、裁判所のための制度であつて、その意味において、裁判所と行政の媒介者である。公益代理人は、前審で論じられていない法的観点を指摘することが主要な任務であつて、連邦や州の利益が擁護されるかどうかは重要なことではない^(四)。

もともと公益代理人は公益そのものを主張するための機関である。しかし、連邦行政裁判所は、所管行政庁もまた本来公益を代理するものであること、公益を代理する者が二重に存することは矛盾しかねないことを考慮して、連邦訟務検事長の役割を裁判所の補助的機能と見て、混乱を回避するようにしたのである。このことは、公益代理人の任務が変わることを意味し、改めて批判を受けることになるが、その点については後にとりあげよう。

（ハ）さまざまな見方

一九七〇年代以降の見解を連邦と州の各レベルの特殊性が見られる限りでとりあげ、さらにいくつかの論点を検討したい。既述のように、それらは相互に絡んでいるので、以下の整理は一つの試みにすぎない。

（a）連邦訟務庁をめぐって 上告審段階では、弁護士強制主義が連邦の官庁にも適用されることから、被告代理人自身が専門家であることはいうまでもない。そこで、下級審のように訴訟に無知な職員が代理人として法廷に来ることはない。ただ、代理人が特定省庁の関心のみを弁護することはありうる。この点で公益代理人の役割を肯定的に評価する余地はあろう。

これに加えて、わが国では生じえない連邦制から生ずる特殊性がある。連邦訟務検事のツィールケ[Zielke]によると、

上告審での訴訟の大部分は市民と州の間の紛争であるから、公益代理人は連邦法の解釈が争点となるときに立法事実や連邦政府並びに連邦関係機関の解釈、その他の情報を提供して、連邦制度がもたらしうる法解釈の齟齬を回避できるという意義がある。

いうまでもなく、連邦訟務庁関係者がその役割を評価するのは当然である。しかし、その理由は、一方当事者である被告行政庁の代理人としての役割から分離された独立的機構としての役割に求められる。²⁰ 連邦内務大臣(当時)バウムも、処分庁の当事者の利益に煩わされず、独立して職権を行使する制度であること、現に、連邦行政裁判所において公益代理人が関与した事件の約三分の一において原告市民の側に立つことを指摘して、関係行政庁の主張する利益が必ずしも公益ではないことを論じている。²¹ このパーセンテージの正否を確かめる術はない。それにもかかわらず、現実の公益代理人が所管庁の処分を維持する方向でのみ弁論しているのでないことをうかがうことができる。

その規模が小さいことにもよるのであろうか、当事者の善意や努力にもかかわらず、連邦訟務庁の評価はそう高くはないし、改善の余地のあることが指摘されている。連邦行政裁判所長官ゼンドラー[Senderler]は、訟務検事が正しく対応したときには、多数の事件をいわば即決に近い形で判断せざるをえない裁判官に対し、紛争の背景、したがって法律制定の趣旨、他の官庁との関わりなどを示して長所を発揮する、²² という。しかし、この条件付きの文章から示されるように、筆者に対しては、この上告審の段階では、この検事なしでも十分にやっていけるし、その援助はそう大きくはない、と述べた。事実、彼は、仮の権利保護に関する大著のある弁護士フインケルンブルクの指摘(後述)を引用する形で、公益代理人制度が手続の迅速化に奉仕するならば権利保護の改善に役立ち得ると言う。²³ こう述べることによってゼンドラーは、このような機能を果たさない限り、そう積極的な存在理由はない、という見解を間接的に示している。

連邦行政裁判所判事時代を回顧して、連邦特許裁判所長官(当時)パクシャー[Pakuscher]は、連邦の公益代理人は

しばしば同僚裁判官たちによって不必要なもの (überflüssig) として物笑いになっていたという。しかし、法律上も市民の利益を同時に考慮することを義務づけられており、多くの事件では原告市民の代理人たる弁護士よりも当該市民にとって優れた主張をすることもあった。したがって、行政裁判権において公益代理人は存在理由をもつのであって、彼自身はこの制度は今後とも維持されてよいと考えている。ただし、すべての行政事件において公益代理人が当事者となるのではなく、基本的に重要な事件に限った方がよい、という。

一〇年あまり連邦行政裁判所判事をつとめ現在連邦憲法裁判所判事であるキューリンク [Kühling] は、連邦訟務庁を不必要なものと考えている。「官庁はいずれにせよ弁護士に代理させており、さらに必要とあれば専門家を連れて来ればよい。私の見解はそう孤立したものではないと思う。バイエルンの訟務庁はかなり重要な機能をもっているが、これとて代替できないわけではない」という。

(b) バイエルン州の関係者 この州では、訟務検事は同時に公益代理人である。もっともオーソドックスな見解は、公益は法律による行政がもたらす利益と同じことであるとして二つの機能の同時的遂行が必ずしも矛盾しないと説明する。^{②③}しかし、多くの論者にあつてはこの二つの職務は一致しないことがあると考えられているから、訟務検事は時に精神分裂症状を招きかねない。実態はどうであろうか。^{②④}建て前通りの実務もないわけではないようである。バイエルン上級行政裁判所長官 (当時) シュミット [J. Schmidt] は、「訟務検事が被告の法解釈を主張しながら、それと並んで自己の公益代理人としての見解を主張するのを体験したのも稀ではないという。^{②⑤}だが、実務ではたいいてい国 (州) 側に有利な法解釈を主張することになりがちであり、言い換えると、国を被告とする訴訟では公益代理人はなきに等しい。州を相手方として環境保護関係の行政訴訟の原告代理をすることの多い弁護士ザイラー [Sailer] からみると、訴訟の相手がいもう一人いるということになる。^{②⑥}彼によれば、公益代理人はたいいてい地方自治体など州以外の公法人関係の訴訟におい

てのみ登場し、国が被告のときには訟務検事 (Landesanwalt) として現れる。⁽²⁸⁾ つまり理念と現実の差は大きい。⁽²⁹⁾ もつとも、彼も例外があることは認めている。⁽³⁰⁾ なお、あるバイエルン州の訟務検事によれば、州が被告でない場合で、原告市民の主張に理由があると考えるときは、公益代理人として関与することを控え、いわば高見の見物をするという。⁽³¹⁾

バイエルン州の元訟務検事長は、一〇〇年以上の実績を誇りながらも、他の州の例が示すように、こうした制度なくしても国の訴訟活動が行えることを認めている。⁽³²⁾ それにもかかわらず公益代理人制度を維持する理由は何か。彼は関係行政機関の職員が法廷に來なくていいことから、行政の節約に役立つという。⁽³³⁾ また、バイエルン公法の概説書は、公益代理人の機能のもつとも重要なものとして、誤った処分を働きかけたり、行政裁判所の負担軽減に貢献することをあげている。⁽³⁴⁾ これらにおいて意識されているのは、公益代理人制度というよりも統一的訟務制度の意義である。訟務検事長ニチエ [Nische] も、短時間の審理のために関係庁の職員が出張せざるを得ない不合理や弁護士に依頼する場合の高額報酬を回避できることを統一的訟務のメリットとしている。例えば、一日に二つの部で訴訟があるとき、一つの役所から二人を派遣する不経済が避けられるというわけである。

これに対して、公益代理人の特有の役割を地方自治体で生じうる違法行政の監視機能に求める裁判所長官や訟務検事長⁽³⁵⁾がいた。(西)ドイツ全州の中に位置づけたとき、この点に同州の国家秩序重視の体質を垣間みることができ。しかし、こうした理解は日本の現行法制と比較しても決して不自然なものではない。ただ、このような見解が生ずる背景には、同州の自治権が相当拡大されていることへの州レベルの制度的対応と見る余地もある。⁽³⁶⁾

(c) バーデン・ヴュルテンベルク州 既述のように、この州では機能分離制がとられていた。訟務庁時代を経験し、現在唯一の公益代理人であるフリークアウフによれば、訟務制度があつた時期における公益代理人の役割は実際にも国(州)以外の地方自治体などが被告である場合に限定されていた。彼があげる統一的訟務制度をとらない場合のデメリッ

トは、遠隔地から裁判所への出張に伴う時間や旅費、所管庁職員にありがちな全般的見通しの欠如、法廷実務の経験の欠如などである。^② 同州ではコストの問題を理由として制度が廃止されたが、関係者はコストの観点から制度の利点を強調しているのである。

(d) 公益代理人が原告市民を弁護することがあるか　すでに紹介したように、自らが被告庁を代理しながら、公益代理人としての資格から別の法解釈を披瀝したり (Bay 州)、兼務であれ (NW 州) 専任 (連邦) であれ公益代理人として行政庁とは別の法解釈を原告市民に有利に展開することもある。だが、一般的にはどう評価されるのか。公益代理人の現実的機能について、改めて別の証言もあげておこう。

ノルトライン＝ヴェストファーレン州の行政法専門弁護士レデカーは、公益代理人が被告行政庁の側に立たなかったケースは一度も経験したことがないという。^③ 同州の行政法専門弁護士ステューア [Stuer] の印象はこうである。「同州の公益代理人は事件に迅速に対応するが、たいていは訴訟の結果に貢献することはない。連邦行政裁判所でも訟務検事の出席する事件を経験しているが、決して原則的なことについて貢献をしているわけではない。このように積極的な評価をしないのであるが、制度として廃止した方がいいとは思っておらず、基本的に重要な事件ではもつと関与してよい。それは、専門官庁の主張を中立的な方に色抜きするところに意味がある。現状でも無意味ということはないが、おおむね休業状態にあるという感じがする」。

公益代理人には上訴の資格があり、本来の被告が敗訴して、それ以上争う気がないのに訟務検事が上訴することもあるといわれる。しかし、教授兼上級行政裁判所判事のシュミット＝ヨルツイツヒはシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州における逆の例をあげる。彼の知人である優秀な訟務検事は、例えば被告である自治体がもはや争う意思を持たないときに代わって上訴するようなことはない、と発言しているそうである。

各資料や発言を見る限り、公益代理人は被告庁寄りの見解を披露することが大多数であることがわかる。訟務関係者が本来の使命を発揮した例を強調するのに対して、弁護士層は強く批判的である。しかし、公益代理人の職務も担当者の個性により影響されるところが大きいことや、市民の側に立つのが常に正しい法解釈であるわけではないことにも留意する必要がある。ただ、訟務検事でない公務員が兼務により公益代理人を務めることにはかなり批判的な声が強⁽²⁰⁾いことは指摘できる。

(e) 統一的訟務制度の長所と短所 所管庁の職員が被告を代理するという実務にはどのような欠陥があり、統一的訟務の必要性はどの程度感じられているのであろうか。

まず、当事者主義的訴訟運営の欠陥を指摘する意見がある。仮の権利保護に関する優れた著作の執筆者、保守党C D Uのベルリンの幹部でもあり著名な弁護士として連邦行政裁判所でもしばしば法廷にたつフィンケルンブルク(Einkelburg)は、処分庁代理人は「法治国」的態度を十分にとらず訴訟遅延を引き起こしている⁽²¹⁾と見る。この種の批判は多く、当事者主義的行動を避けるという意味において、いわば紳士的な統一的訟務が期待されているのである。

統一的システムの方が武器対等を保障するというのも類似的な考え方である。一般に、公益代理人制度は「武器の対等」を侵害するという議論があることは既述の通りである。統一的訟務についてもそのような考えがありうる。しかし、逆に、バイエルン州上級行政裁判所長官(面会時)ロッツ[Lotz]は、処分庁は処分を維持するためにやみくもに自己の当事者の利益を主張することがあるから、かえって対等性を確保するために訟務検事(公益代理人)が役立つ⁽²²⁾という。なお、彼は、統一的訟務制度の合目的性を、人件費や旅費の節約に見るほか、行政裁判所の目からは、処分庁の面子に拘束されないで、自主的客観的に調査活動や準備作業ができることを評価する⁽²³⁾。

いずれにせよ、日本では、所管庁代理主義をとると所管庁が困るという事情が指摘されたものの、その弊害の中身に

ついで、またこの場合に国民や裁判所にどのような不都合が生じるのかについて、検討があったようにはみえないのであるが、ドイツでは統一的訴訟代理制度を採用する理由について日本とはおそらくかなり異なると思われる説明がされるのである。

なお、統一的訟務制度の弊害もありうる。訟務検事の原則主義的な思考に支配されて、個別の事件の具体的解決に即した柔軟な処理が難しくなる傾向も指摘される。^(四)

統一的訟務制度を廃止したら、代替策をどうするのか。バーデン＝ヴュルテンベルク州における今後の訴訟代理体制について、フリークアウフは法務部門がある行政機関では弁護士よりもその官吏に代理させることが好ましいと述べる。^(五)

統一的訟務制度を採用する場合の条件が論じられているので、それについては項を改めることにしよう。

(四) 公益代理人制度・訟務制度の将来像

(イ) 序

前項までにさまざまな認識が示された。それでは現行制度はどう進むべきとされているのか。提案の原型は一九六〇年代末までにおおむね出そろっている。しかし、バリエーションが豊かになるとともに、時代の変遷に伴った新しい観点が付加される。また、公益代理人(訟務検事)人事の手続に関する論点も加わるようになる。以下の検討にあたっても注意すべきは、賛否の意見分布は必ずしも論者の政治的見解の差異とは一致しないように見えることである。

(ロ) 批判的見解

比較的強い廃止論を主張するのは、行政訴訟の泰斗ウレである。ウレは、「いったい、公益はどこにあるのか」と問い、行政官庁は法律の適用をへ通じて、かつ、法律の適用にへ際して、公益を維持しなければならず、行政裁判所はこの官庁の行政作用を統制するにあたって、法律のへ中で、具体化された公益に拘束されているから、行政庁や行政裁判所以上公益認識ができるという事情がなければ公益代理のための独自の制度はいらないとする。官庁は下級庁に対して指揮権を行使すれば足りるのである。⁽²⁰⁾自治体監督が行われないことがあるから公益代理人の関与が必要であるという議論に対して、監督庁がその任務を果たすべきであるし、仮に一審判決に問題があれば控訴審で是正されればよいと指摘する。⁽²¹⁾彼は、刑事事件の検察官の地位とも比較できず、いかなる公益代理人支持論にも賛成できないとして、制度の廃止を強く求める。⁽²²⁾ただし、彼は州のレベルでの統一的訟務制度の存在については特段の異議を述べてはいないが、逆に連邦における統一的訟務制度の採用を唱えているわけでもない。彼は、仮に政府の法の見解を裁判所に伝える必要があるとしても、それはプロイセン流の制度、すなわち委員を特定事件について任命すれば足りるのであって、独自の官庁機構を設ける必要はないと考える。なお、彼によれば、廃止するにせよ、存置するにせよ、三つの行政系裁判権に共通の制度が設けられなければならない。⁽²³⁾

著名な弁護士で行政裁判所法のコンメンタールの執筆者であるレデカーも批判的である。彼は、かつてドイツ弁護士会の拡大行政法委員会の委員長として、連邦についても州についても公益代理人制度を不必要なものとしていた。⁽²⁴⁾彼によれば、公益代理人は行政庁に有利な形で武器の不对等をもたらす不必要な制度であり、将来的には、フランスの政府委員制度に由来するヨーロッパ裁判所の公益代理人 (Generalanwalt) のような形が好ましいという。⁽²⁵⁾なお、彼は統一的訟務制度については肯定的であるが、組織や権限をどうするかに関しては述べていない。

その他にも、強い批判者はいる。⁽³⁵⁾ いずれにあつても、統一的な訟務制度が必ずしも否定されていないのが特徴である。その場合に、組織の自立性をどうするかについては、制度の必要性が強く認識されなかったか、まったく言及されていない。また、ウレのようにプロイセン流の委員制度を持ち出す人もいるが、統一的訟務制度を置いた場合に、地方自治体関係訴訟における関与のあり方もされていない。おそらく、これを論点として気にとめていないからであらうか。

(ハ) 公益代理人肯定論

いうまでもなく肯定論は多い。それは裁判に可能な限り多様な観点が提出され、法的聴聞が行われうるということに意義が見いだされるからである。⁽³⁶⁾ この点は、国（連邦、州）の所管庁の視野の狭さと結びついているのであつて、それ故、統一的訟務制度支持論と重なつてくる。⁽³⁷⁾ 多様な観点の提示の必要が指摘されるときにはいうまでもなく地方自治体関係訴訟が念頭におかれている。⁽³⁸⁾

肯定論の論拠には、すでに散見されたように、しばしば原処分庁に対する説得機能、不要な訴訟の防止機能などもあげられる。⁽³⁹⁾

批判説を考慮した肯定説のバリエーションとして、公益代理人機能と被告庁代理機能の同時遂行が矛盾を来すという認識にたつて、統一行政訴訟法草案のように訴訟代理をする限りで公益代理人の機能を認めないという形で両機能を分離する考え方があつた。⁽⁴⁰⁾

(ニ) 新しい視角——環境保護の課題と制度の独立性確保

公益代理人制度にも統一的訟務制度にも理解をもちつつ、しかし、バイエルン州の二重機能の同時遂行には批判的な

見解がやはり少なくない。「理論上は疑いもなく矛盾がある」というわけである。ウレとの共著などもある教授ラウビンガーは、公益代理と国の訴訟代理の二つの機能の混在はきわめて問題であつて廃止されるべきとする。⁽²⁵⁾ マイヤー・ヘンチエル(上級行政裁判所長官)は立法論的には公益代理人に国の訴訟代理を授權し得るとする現行規定の削除を提案する。⁽²⁶⁾ こうした対応のほか、①バイエルン州の現状に改善すべき点があることを認めつつ、公益代理人制度を完全に廃止して所管庁代理主義に転換することはできないと考える者と、②公益代理人制度や統一的訟務制度を持たない地域にいて所管庁代理主義に不備を感じる者がいる。この両者は期せずして類似の改革方向を示す。その際、各論者は二つの改革要素に言及しているが、ここでは分けてとりあげよう。

この二つの要素はすでにドイツ国内自体の議論の中に由来するものではある。だが、一九七六年にローマで開催された訟務制度に関する国際会議や、コップにより一九八一年に開催された同様のシンポジウムにより、国際比較の中での位置づけられ強調されている。

(a) 主観訴訟の編み目からもれる環境保護の利益 第一は主観訴訟中心構造の限界とのかかわりである。「原告になる人がいなければ、いかに立派な裁判所であつても関係人の権利や公益を侵害する違法な行政決定を是正することはできない」⁽²⁷⁾ ことである。そこで民衆訴訟や団体訴訟の可能性が検討される。今、ここでこのテーマに立ち入ることはしない。本稿との関係で指摘しておくべきは、バイエルン州上級行政裁判所長官シュミットのように、民衆訴訟化や団体訴訟の法定に消極的な人が、代替策として環境保護領域については公益代理人に出訴権を与えるという議論を展開しているところである。連邦訟務検事長(当時)であるフラウエンクネヒトも、行政訴訟が行政対個人の関係を越えた問題を扱っているところに公益代理人の新しい使命を見いだそうとする。⁽²⁸⁾

すぐ後に見る弁護士ザイラーも主として自然保護法の領域での違法行政統制を念頭におきながらイギリス型の法務総

裁制度を採用するよう主張している。この構想を実現するには多くの難問が生ずるが、環境法という重要な領域で裁判所の審査を受けない部分が多く残っていることに比べれば、大したことなく、環境悪化が急速に進む時代に個人の権利保護制度としての行政救済や権力分立の議論にこだわってはならず、積極的な立法政策論が必要である、と。

コップも同様に、イギリスに類似の制度があることから、環境・自然・景観保護の分野においてアターニー・ジェラルに似た公益代理人の名目的出訴権を考慮してよいとする。ラウビンガーもこうした検討の必要性を指摘している。このように環境保護との関係で公益代理人制度の活用を考える見解は少なくない。

(b) 統一的訟務庁の独立性 弁護士ザイラーは既述のように、二重機能には批判的であるが、公益代理人制度自体の廃止は必要ないという。公益代理人としての職務は地方自治体など非国家机关の重要な事件行政訴訟にとどめるべきである。そして、訟務庁の中での所掌事務の明確化をはかる観点から公益代理人として活動する訟務検事を特定し、その長を議会の委員会により選出するのがよいとしている。

公益代理人制度も訟務制度もない地域西ベルリンで仕事をしてきた弁護士フィンケルンブルクは、法国的に拘束された被告行政庁の役割を果たす組織として公益代理人制度の活用を考えている。彼は統一的訟務制度との関係などをどうすべきかについては今後の検討課題であるとしているが、いずれにせよ紛争当事者である関係官庁の指揮を受けない独立的制度とすることが重要であるとする。

コップは、処分庁が裁判において主張する観点は体験上も常に客観的であるとは限らないことを理由として公益代理人を必要な制度であるとしつつ、国の統一的訴訟代理制度の必要性も肯定する。ただし、二つの異なる理念を統一させる不可欠の要件としてこの制度の一般行政組織から独立性を要求する。彼の議論の目新しさはこの要請を比較制度的に説明していることである。

彼は、各国の制度の比較研究に基づき公益代理人制度と統一的訟務制度が現代法治国家において不可欠であるとともに、それが独立的な制度として確立されるべきことを世界の傾向であるとする。そこでは、イタリア、スペイン、ポルトガルのように比較的厳しい集権的階層的システムをとる国々もあることを認めながら、現在明らかな傾向は、一元的に管理されているが独立的な訟務という方向であるという。現に、多くの国では訟務機構は直接に国家元首、合議機関としての政府または議会に位置づけられている。例えば、集権的とされるイタリアにあつても、訟務機構は首相直属であり、職権の行使は完全に独立で指揮を受けず、スペインにおいても独立に職権が行使されるという。

外国の制度に学び、公益代理人の独立性を確保する観点から、彼は、連邦の訟務庁の長の任命にあたつては、ドイツの連邦憲法裁判所またはその他の最高裁判所の裁判官選考手続に類似の手続を求める。彼がこのように独立性を強調するのは、この制度が、裁判所の負担軽減にあわせて市民に早期の権利救済を含んだ権利保護の改善をもたらすからである。

このように組織的制度的に十分な独立性が必要であるとしても、検察庁の場合のように、訟務庁内部における上司の指揮監督権、重大事件における政府の指揮権は留保される。問題はその内容である。フィッシャーは博士論文の中で、政府の指示は裁判所や関係市民がその事実を知ることができるように公開義務に服すべきとしている。こうした主張は、上司の指示が文書で手交されることが常態化している今日のドイツの検察実務からすると突飛なものとは思われない。

公益代理人は行政に有利な見解を述べるという市民の批判に対処するために、ドイツの刑事訴訟において検察官が被告人に有利な法のおよび事実観点を示す義務があるように、法改正または規則改正によつて、行政事件においても公益代理人に市民に有利な観点も指摘させるという方法も提案されている。

(五) 小括

一九六〇年に現行行政裁判所法が制定されて以来の議論の推移を見れば、公益代理人の制度はかなり守勢にあつたことが明らかである。統一的訟務制度に対する批判はあまりないが、これがバイエルン州にのみ実質的に存在するところからすれば、他の州の人が批判する必要を感じないのは当然であろう。他方で、統一的訟務の必要性を積極的に説く論調もそう強くない。統一行政訴訟法の当初の草案においていったん全廃が予定され、その後、復活案が生まれたとしても、それはおおむねバイエルン州の特殊事情を容認すること以上のものではなかった。しかし、最近では、国際的な比較研究を媒介にして、積極的に位置づけるためのメルクマールの探求が求められているといふことができる。それは、前述の通り、とりわけ環境問題など主観訴訟の原告がいらない場合への対処であり、今ひとつは統一的訟務制度の独立性の確保という条件である。

以上の議論を振り返ってみれば、ドイツでは青い鳥を求めるにも似て法体系の中に客観的に存在するはずの公益を求めようとする姿勢が厳然としてある。訴訟代理について、一方では、この鳥の発見は困難であるとし、あるいは所管行政庁が公益を主張しているはずであるとして統一的訟務の必要性を感じることなく行政庁訴訟代理主義を維持する州や論者があり、他方で、行政庁代理主義の弊害を統一的制度で緩和しつつ公益維持のために独立化・客観化しようとする努力が見られるのである。いずれにせよ、組織中心の発想のないドイツは、わが国の実務とは異なる道を歩んでいる。

(184) この統一化問題については、乙部哲郎「西ドイツ『行政訴訟法』草案の作成とその概要」神戸学院法学一四卷二号(一九八

三) 一頁以下があるが、本テーマには言及されていない。

- (51) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 131f. (derselbe, DVBl. 1981, S. 956f.).
 - (52) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 132. (derselbe, DVBl. 1981, S. 957).
 - (53) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 132f. (derselbe, DVBl. 1981, S. 957).
 - (54) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 133. (derselbe, DVBl. 1981, S. 958). は、自己矛盾であるという。
 - (55) 司法省担当官であったマイヤー＝ラーデウィヒは、二重機能の中に、一つの可能性を見ている。即ち、一方で国の代理の機能については相当強い独立性の確保であり、他方で代理をする側の専門性の強化である (Kopp (Hrsg.). Vertretung (Anm. 97), S. 188 以下を参照)。
 - (56) BT-Drucks. 9/1851 ; 10/3437.
 - (57) BT-Drucks. 9/1851, S. 84f. ; 10/3437, S. 84f.
 - (58) Fliegaut, a. a. O. (Anm. 144), S. 52 ; vgl. Berner, Vertretung (Anm. 114), S. 130 ; Meyer-Ladewig, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 173 (参照)。
 - (59) Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 819.
 - (60) A. v. Mutius (大学教授), Jura 1988, S. 477. これは法治主義の受容用解説文である。
 - (61) このグループは、明らかに行政機構の膨張をもたらす不必要なものであるという見解をもっていた。P. van Husen (当時ツェンスター上級行政裁判所長官), Die Vorbereiten für eine bundesrechtliche Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1951, S. 560 ; vgl. Berner, Funktion (Anm. 126), S. 40.
 - (62) 一九五八年当時には、ドイツ労働組合総同盟 (DGB) は、連邦の訟務庁が司法に悪影響を与え、訴訟を引き延ばす官庁にならなくて強い批判を加えていた。Vgl. Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 74.
 - (63) H. Gerber, Der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß, DÖV, 1958, S. 680ff. 公益代理人制度について詳細な研究をしたシュルツ＝ハルトも、同様に被告行政庁とは分離された独立の公益代理人制度を支持している。
- J. Schulz-Hardt, über die Notwendigkeit eines allgemeinen Vertreters des öffentlichen Interesses in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1972, S. 562.

- (198) 「公益代理人が国の訴訟代理を務めていないところでは、公益代理人は夥の存在にすぎず、また公益代理人がいなくても行政裁判所が困るという事態はほとんどない。そして、行政法の複雑性はしばしば非常に専門的な法知識を必要とするから、特定の法分野に通じた部局長 (Dezernent) により代理させるのが好都合である。」E. E. Noack (当時行政裁判所判事), Allgemeine und besondere Vertreter öffentlicher Interessen im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, S. 453.
- (199) Baring, a. a. O. (Anm. 113), S. 164. 著者は若い人であり、その後の経歴は不明である。彼の構想は日本の制度に似て、^{へんぐ}なるが、自治体関係訴訟に対する国の関与については言及がない。
- (200) A. Petersen (司法修習生), Über die Notwendigkeit eines Vertreters des öffentlichen Interesses im Verwaltungsstreitverfahren, DÖV 1959, S. 539. 上の論文では、国の訟務制度として特化するものは是非については触れられていない。
- (201) Vgl., Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 25.
- (202) W. Jellinek, in: Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages: Verwaltungsrechtliche Abteilung (Teil D), 1951, Seite D 8, 86.
- (203) Frauenknecht, a. a. O. (Anm. 100), S. 18 より引用。
- (204) Neis, a. a. O. (Anm. 103), S. 230.
- (205) Meyer-Hentschel, a. a. O. (Anm. 130), S. 118.
- (206) 約五年間訟務検事を務め、後にBay州上級行政裁判所長官にもなったJ・シュミットは、この公益代理人を「第二権力と第三権力の間のちやうつがら」と表現している (J. Schmidt, a. a. O. (Anm. 117), S. 158)。
- (207) BVerwG v. 18. 3. 1961, E 12, 119 [124].
- (208) BVerwG v. 15. 4. 1964 E 18, 205.
- (209) こうした基本的な観点を示した後、公益代理人職を兼任しているN-W州の官吏が、弁護士強制主義をとる上告審において弁護士代理なしに自らが公益代理人として弁論活動ができるかどうか争われた本件についての判断が示されている。それによれば、Bay州やB-W州とは異なり、同州の公益代理人は兼務であり、所管大臣の指揮を受け、もっぱら行政の利益のために活動しているのであって、裁判のためではない。行政庁の利益を弁護しようとする行政庁のメガホンは行政裁判所法六十七条にいう弁護士代理を必要とする当事者である。

- (210) Neis(元連邦訟務検事庁), a. a. O. (Anm. 103), S. 229ff. 同様に連邦訟務検事長であるフラウエンクネヒト(当時)も、一般行政組織から切り離され、法律と法に拘束された独立の職権行使であることを歴代の訟務検事長は経験してきたといふ。Frauenknecht, a. a. O. (Anm. 100), S. 16ff.
- (211) G. R. Baum, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Gesetzvollzug und Individualrechtsschutz, DÖV 1980, S. 429.
- (212) H. Sender, Guter Rechtsschutz und Verfahrensbeschleunigung, DVBl. 1982, S. 815.
- (213) Sender, a. a. O. (Anm. 212), S. 816.
- (214) O. Groß(当時現職のバイエルン訟務検事長), Die Staatsanwaltschaft bei den bayerischen Verwaltungsgerichten, BayVBl. 1959, S. 108.
- (215) わが国でも訟務の子細は知られていないように、バイエルン州の著名な法学部教授たちにあっても、公益代理人制度の具體的実務はあまり正確には認識されていないという印象をもった。
- (216) J. Schmidt, a. a. O. (Anm. 117), S. 158f.
- (217) Sailer, a. a. O. (Anm. 183), S. 145.
- (218) 発註¹ Sailer, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 173f.
- (219) 発註² Sailer, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 190.
- (220) ちなみに、例えば、規範統制訴訟における自治体の建設計画が市民によって争われる場合、しばしば公益代理人は市民の側にも立つ[Sailer]。もっとも、自治体監督の機能がうかがわれる。
- (221) Vgl. Sailer, a. a. O. (Anm. 183), S. 145.
- (222) Berner, Funktion (Anm. 126), S. 42.
- (223) Berner, Funktion (Anm. 126), S. 44.
- (224) Mang (usw.), a. a. O. (Anm. 172), S. 334f. もっとも、国の訴訟代理をする場合と自治体など公法人関係訴訟に關与する場合とが区別されてゐない。執筆者が交替した新版にはこの記述はない。
- (225) J. Schmidt, a. a. O. (Anm. 117), S. 160.

- (226) 発言。Berner, in : Kopp (hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 181.
- (227) わが国の場合、自治体レベルで行われる事務のうち圧倒的多数が機関委任事務とされ直接かつ当然に国の訟務の対象になるのと異なり、特に Bay 州のように自治体の段階で執行される事務は大都市にあっては自治体の事務 (kommunale Aufgabe) として行われているから、このような関与の必要性は高い。わが国では、自治事務であっても自治体の依頼によって実際には訟務が関与するので、総合的に見れば自治行政に対する訟務の関与の度合いはわが国の方が厳しいかもしれない。
- (228) 発言。Fliegau, in : Kopp (hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 187.
- (229) Redeker, Der Vertreter des öffentlichen Interesses (II), in : Zehn Jahre (Anm. 130), S. 128. ただし、彼は一元的な訴訟代理を行う訟務制度については賛成をしている (S. 132f.)。
- (230) 古くから、兼職による公益代理人は実務上も大きな役にはたっていないという指摘があった。Naumann, a. a. O. (Anm. 125), S. 361f.
- (231) 「基本法により保障された権利保護は間延びしてのみ付与される。もし、長すぎる行政訴訟の当事者である被告官庁が、訴訟の中で自己の役割と義務を正しく理解しておれば、また、その官庁が訴訟の中でも法治国的に拘束されていることを知っておれば、わが国の行政訴訟の不完全さによるもろもろの結果が緩和されよう。だが、こうした意識はしばしば存在しない」 (Finkelburg, a. a. O. (Anm. 140), S. 152f.)。一つの行政事件の終結まで四年ないし五年かかることもある現状は「もはや実効的ではなし」 (S. 152)。多数の州では所管庁の公務員が代理人として行政訴訟を担当するとき、都合のいい文書が選択され、訴訟中に理由の追完が行われ、勝訴のみを目的とした行動をとりがちである。こうした民事訴訟の当事者主義的な対応は行政訴訟にはなじまない。役所側のこのような応訴は、行政訴訟では違法である。行政は、基本法二〇条により、法律と法にのみ拘束されているのであり、これは訴えが提起されたらそこで終わるのではなく、争訟の間中続いているのである。市民は裁判で自己の権利を主張できるが、行政庁にはそのような権利というものはない。行政庁は、行政訴訟の当事者としても基本法二〇条により法治国的にふるまうことを義務づけられており、市民とは質的に異なった役割を果たさなければならないのである (S. 151ff.)。
- (232) 訟務制度がなければ、法学的訓練を受けていない官吏が被告を代理したとき、やみくもに勝訴をめざした行動をすることがある (J. Schmidt, a. a. O. (Anm. 117), S. 160)。専門的訟務制度は訴訟を視野狭窄から解放することができるのである

(S.161)。

- (233) K. W. Lotz (執筆当時連邦行政裁判所判事) のち Bay 州上級行政裁判所長官, Schlußwort, DÖV 1978, S. 915.
- (234) Lotz, Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgeschichte, DÖV 1978, S. 749.
- (235) Vgl. Petzke, a. a. O. (Anm. 164), S. 658.
- (236) 州が被告となる事件のうちで、被告が弁護士により代理される比率は最近増えている。しかし、弁護士に依頼すると費用が高くなること、弁護士にも公法に通じた人はそう多くはなく、結局官庁から提供される情報に依存するし、行政職員が書面の下書きをすることになる。そこで法務部 (Rechtsreferat) をもつ行政庁は、その職員がみずから代理することが好ましいと評価されるのである。なお、彼自身は内務省に対して一定の事件では弁護士による代理は好ましくないという意見を表明したことがある。
- (237) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 138 (derselbe, DVBl. 1981, S. 959f.) : derselbe (発註) ; in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 185f.
- (238) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 138 (derselbe, DVl. 1981, S. 960) : derselbe (発註) ; in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 186.
- (239) Ule, Gegenwart (Anm. 97), S. 138 (derselbe, DVl. 1981, S. 960) : derselbe (発註) ; in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 177.
- (240) 発註。Ule, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 184ff.
- (241) Vgl. Fischer, a.a.O. (Anm. 7), S. 73, 101 Anm. 4.
- (242) 四名の Generalanwalt が置かれたこと (Petzke, a. a. O. (Anm. 164), S. 660)° これについては筆者の検討が及んでおらず、紹介するに及びない。
- (243) Redeker, Vertreter (Anm. 229), S. 132ff.
- (244) Schmidt-Jortzig, Nochmals : Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgeschichte, DÖV 1978, S. 914.
- (245) Frauenknecht, a. a. O. (Anm. 100), S. 18 ; Finkelburg, a. a. O. (Anm. 140), S. 186. オーストリアの元司法大臣は、

公益代理人制度の長所ないし可能性とされるものをあげ、そのうちの五点（裁判所監視の機能、裁判所の負担軽減、裁判官の職権行使に対する統制、裁判の統一性の維持、特別の申立権の付与の可能性）については根拠不十分とし、ただ一点（一般的観点の提示）について長所があり得るとする（Hans R. Klecatsky の Kopp (Insg.), Vertretung (Ann. 97), S. 175 における発言）。

(246) Vgl. Lotz, Vertreter (Ann. 234), S. 747ff.

(247) L. Schmidt, a. a. O. (Ann. 117), S. 159f.

(248) 発言。J. Schmidt, in : Kopp (Insg.), Vertretung (Ann. 97), S. 185 ; Harter (ベトナム州訟務検事長), S. 188. へれに対し「へは」の機能は公益代理の機能とは関係なく、批判的である（Ule, S. 189）。

(249) 前掲注192参照。

(250) 発言。Galabert, in : Kopp (Insg.), Vertretung (Ann. 97), S. 180.

(251) H. W. Laubinger, Vom "Speyerer Entwurf" zum Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung, in : D. Merten (Hrsg.), Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsgesetze zu einer Verwaltungsprozessordnung (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 75), 1978, S. 68.

(252) Meyer-Hentschel, a. a. O. (Ann. 130), S. 123ff.

(253) Vgl. Kopp, Vertretung (Ann. 86), S. 209ff.

(254) への記録がロミンの編集した前掲注55文獻である。

(255) Kopp, Rechtsschutz (Ann. 86), S. 270.

(256) J. Schmidt, a. a. O. (Ann. 117), S. 164ff. ただし、公益代理人の機能拡大の具体的構想は示されていない。

(257) Frauenknecht, a. a. O. (Ann. 100), S. 20, 30.

(258) Sailer, a. a. O. (Ann. 183), S. 147ff.

(259) Vgl. Kopp, Vertretung (Ann. 86), S. 349f.

(260) Kopp, Rechtsschutz (Ann. 86), S. 263ff., 271 ; derselbe, Thesen zur Diskussion, in : Kopp (Insg.), Vertretung (Ann. 97), S. 169f. への定む題を文獻を収める。Kopp, Gutachten (Ann. 86), S. 66.

- (261) Laubinger, a. a. O. (Anm. 251), S. 69.
- (262) Fliegaut, a. a. O. (Anm. 144), S. 60 ; Petzke, a. a. O. (Anm. 164), S. 659. 刑事事件のように、告訴を待つて公益代理人に訴権を与える考え方があり、それは早くから指摘されていた (W. Niese, über den Streitgegenstand der Aufichtungs- und Vornamneklagen im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, S. 356)°。そして、技術的にこれに類した制度は個別的不同な程度、実定法に存在 (Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 128f.)°。
- (263) Sailer, a. a. O. (Anm. 183), S. 146ff.
- (264) Finkelburg, a. a. O. (Anm. 140), S. 154ff.
- (265) Kopp, Thesen (Anm. 260), S. 169 ; derselbe, Gutachten (Anm. 86), S. 64ff. その意味でオンスマンとの原則的類似性を語っている°。
- (266) Kopp, Vertretung (Anm. 86), S. 209-240, 345-383 [insb. S. 376ff.]。この論文は主要な一八か国とECの訟務制度を検証、その他の国々についても言及している°。
- (267) Kopp, Vertretung (Anm. 86), S. 221.
- (268) Kopp, Vertretung (Anm. 86), S. 224f.
- (269) Kopp, Vertretung (Anm. 86), S. 67 ; derselbe, Der Vertreter des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsgesamtheit, DVBl. 1982, S. 288.
- (270) Kopp, Gutachten (Anm. 86), S. 66 ; derselbe (総論), in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 176. この点に迅速な救済の可能性を探ろうとする見解はほかにもある°。フランスの政府委員制度に通じた連邦行政裁判事フィッシャー(前掲注7)のフィッシャーとは別人は、ドイツの連邦訟務庁が訴訟の洪水現象に対処するための諸施策を果たす可能性があることを語っている°。Alfred Fischer, Vergleich des deutschen und französischen Verwaltungsprozessrechts hinsichtlich der Stellung des Vertreters des öffentlichen Interesses, in : Kopp (Hrsg.), Vertretung (Anm. 97), S. 79f.
- (271) 彼も、職権行使の独立性や武器の対等を確保するために、大統領、政府、議会などに直属するシステムを推奨し、訟務の長についても民主性、専門的権威、独立性を高めるために議会選任制などの特別の手續がとられるべきことを求める (Fischer, a. a. O. (Anm. 7), S. 135ff.)°。彼はさらに既述の二重機能の弊害を緩和して、公益代理人の中立性・独立性を確

保するために、訟務検事に行政庁代理の辞退（回避）権を認めることを検討対象とする（S. 140f.）。

(272) Fischer, a. a. O. (Ann. 7), S. 135.

(273) 木佐『人間の尊厳と司法権』（前掲注9）二五四頁参照。

(274) Vgl. Fischer, a. a. O. (Ann. 7), S. 93f.

五 若干の検討と残された課題

(一) 序

ドイツでは訟務の最高の地位にある公務員法曹が、日常的に、「国民に由来する国家権力に対する信頼」、「実効的な市民の権利保護」、「憲法上の任務」などを口にする。

他方の日本では、行政法知識が普及していないという一般事情の下で、被告行政機関は一体的に活動し、原告側は必ずしも行政法に通じた弁護士に依頼ができない。裁判所はおおむね当事者主義に徹し高見の見物を決め込む。

もともと戦前から両国の行政訴訟はその規模や訴訟手続の内容において大きく違っていた。今日では相違はさらに広がっている。行政庁が被告なのに国が総力戦に出てくる日本と、国が被告であるにもかかわらず主として所管行政庁の官吏や職員が単独で訴訟を実施するドイツと、どこでどう違ってきたのであろうか。前章までの紹介を踏まえて、公共性および法治主義（法の支配）の理念にしたがうべき行政訟務代理制度について若干の整理と検討を試みたい。

(二) 両国の相違点

(a) 歴史的変遷の違い 両国の戦後史をみると、国の訴訟代理制度の変遷は裁判制度自体のそれとほとんど軌を一にする。それは人事や組織体制のみならず訟務や裁判において実現される価値にみられる。日本の戦後における「法務総裁の理念」からの乖離も組織・人事と価値の両面に現れたようにみえる。それは政権交替またはその可能性の有無と密接に絡まるものである。わが国で一九六〇年代末から七〇年代初頭に法治主義の危機が訟務関係者により語られたとき、それは、現行法秩序の不十分性を意識するものではなく、現行秩序の遵守を求めるものであった。この頃、(西)ドイツでは、連邦行政裁判所長官ツァイドラー⁽²⁶⁾が行政裁判官大会で、法秩序の背後にいる沈黙せる大衆のことを配慮した行政裁判の必要性を訴えていた。そこで沈黙せる大衆とは、具体的には、ロビー活動ができないような、生涯不治の難病や精神障害をもつ乳児、子供、老人、迅速にして良質な救急活動を受け得ない事故被害者などである⁽²⁷⁾。彼は、行政裁判が持ちうる国家権力への参加機能や人間的な配慮の重要性を裁判官に説いた。この例に見られるように、公益代理人の実現する「公益」は、環境、生活・生存の機会などや沈黙せる大衆の声と解される傾向が強い。わが国では個人の権利救済と国民全体の利益が対比される⁽²⁸⁾が、国民全体の利益の具体的内容はそう明らかではない。

(b) 組織的対応の有無 「法務総裁の理念」からの離脱は日本における組織強化の歴史と軌を一にする。一般の訟務職員人事であれ、訟務検事と裁判官との交流であれ、組織的なものがあり、結果としての訟務事務体制は水も漏らさぬシステムになっている。

組織中心主義にも個人中心主義にも長短がある。ドイツのように個人作業中心であると、個人の力量に左右されたり、思わぬミスも多々生じることと思われる。しかし、訟務が全体として大きなヒエラルヒーとして機能すると、常に多数

派あるいは上部の見解が支配し、珠玉の少数意見が陽の目をみず、また反対説をも提示して訴訟の客観化を進める手かりを失わせる可能性がある。

なお、直接主義、口頭主義および集中主義など訴訟法の基本原則が行われていない法廷実務も日本で組織主義が跋扈する一因になっていることに注意を要しよう。

(c) 秘密性 既述のように日本では、行政機関の保有する情報はもとより、訟務の組織、職員の配置状況、訟務検事の人数および運営方針など種々のことが秘密になっている。法律が定めた事項に限って秘密保持が義務づけられるとされ、原則公開の実務が行われて透明度が高いドイツと対照的である。⁽¹⁰⁾

なお、制度設計の上で論理的には無関係であるが、ドイツの連邦行政裁判所においては被告行政庁も弁護士または大学教師に代理されなければならないという規定があることから、結果として行政庁の情報が官僚以外の人に開示されること、および官僚主義的秘密主義では勝訴できないということも注目に値する。

(d) 立法政策の透明性 わが国では裁判所や訟務のあり方について関係者が公開の場で広く討議を重ねて改革を進めるということは容易に期待できないようである。本稿で紹介したように、ドイツでは専門家が肩書や年齢を越え、賛否入り乱れて、感情的なまでの厳しい議論を公開の場で行っている。⁽¹¹⁾ 基礎的データすら十分に入手することが不可能な日本からみれば、うらやましいの一語に尽きる。

(e) 学説と実務 ドイツでは、大学教授が原告および行政庁の代理をすることが少なくない。特に、重要な行政訴訟や憲法訴訟においては両者とも大学教授により代理されることが多い。大学教授がとりわけ上級行政裁判所の段階で稀ならず裁判官を兼職している。かくして、直接主義と口頭主義による弁論が行われ、重要な事件では被告行政庁も学問水準を離れない弁論活動が必要となることから、ひいては最高水準の法律論が法廷で直接戦わされることになる。加

えて裁判官のみならず、官僚法曹である公益代理人が市民に親切的な訴訟を説くのも驚きである。⁽²⁰⁾

(f) 地方自治への関与　しばしば述べたように、地方自治との関係は十分に検討できなかった。事務論と自治体監督論について整理した後、稿を改めたい。ただ、日本の制度と実務が地方自治の保護に厚いものになっているとは容易に断言できないように思われる。

(三) 訟務制度がなくてすむ国の法治主義から学ぶもの

ドイツの大多数の州では統一的訟務制度がない。各行政機関に法律家があり、中規模の地方自治体ともなれば司法修習生の修習先となる。行政法は司法試験の必修科目の一部である。法曹資格をもつ官吏はいうまでもなく、事務系公務員は公務員学校で二年間程度行政法などを学んで初めて公務員となる。争訟を「裁判沙汰」や「不服審査沙汰」とみるのではなく、これらを市民の権利として扱う基盤がある。これに対して、日本の場合、十分な行政法知識が行政職員、裁判所、被告代理人、原告のいずれにも欠けることもあつて、かえつて過度に法的な議論が展開され、現実の紛争から離れた当事者の予想しない争点が出てくる可能性が強い。組織の総力戦が行われる日本では、現状を前提とする限り、公益代理人の発想は不必要であろう。しかし、総力戦がいいのかどうかは問題である。

戦後、日本の訟務当局が所管行政機関の法務事務に対して多大の指導をした功績は認められなければならないであろう。とりわけ「負けるべくは負ける」実践が行われたことも少なくないであろう(訟務局・法務局幹部発言同旨)。戦前との断絶面における訟務の役割評価は正しくしなければならぬが、今や改めて法治主義を実質化する観点から各行政庁の法務体制を見直してもよいのではなからうか。

(a) 職員の法的素養　わが国ではしばしば不服審査が申し立てられ、あるいは訴訟になってから行政側で法律的検討が行われる。国家賠償訴訟は別として、行政訴訟で争われる行政処分は本来法的検討を経た後で行われるべきである。⁽⁸⁾このためには、一般職員の法的教育の充実が不可欠の課題になる。ここで、公務員養成論・研修論には立ち入らないが、重要な手がかかりについてのみ触れておこう。

① バイエルン州の訟務検事が行政機関との間で往来していることは行政が法に従って行われることにとつてきわめて示唆的である。行政機関に法曹有資格者を置くのがすべての先進国に共通かどうかはわからないが、行政職員の中に当該行政庁の処分を法的に説明できる者を置くのは当然ではなからうか。日本の法曹養成制度には根本的なところで問題があるように思える。⁽⁹⁾

② 現在の訟務の大きな部分を支えているのは法曹有資格者ではない職員集団である。公務員就任前に法学教育を専門に受けていない人も少なくない。このような職員が研修や自己研鑽を経たあと指定代理人としての職務を果たしているところを見ると、その他の省庁や非訟務部局でも学校教育や研修次第で法的検討や行政訴訟における代理は可能であろう。かくして初めて法治主義の基盤が確立すると考えられる。

(b) 決裁権をもつものが直接出廷する必要性　訴訟の基本原則が短期間の集中審理、直接主義、口頭主義にあり、いずれはこれらが実現されるべきであるとすれば、実際に決裁権をもつ者が出廷すべきことにならう。ドイツでは一回の口頭弁論で事件を終結することが困難な状況を訴訟遅延の原因とみている。そこで、ある行政裁判所の裁判長は、「訴訟を終結させる権限を持ち、事案と法律に通じた官吏に代理させるように法律で義務づけるべきであらう」⁽¹⁰⁾というが、この発想は日本の法治主義にとつても有益である。

(四) 公益代理人制度に学ぶもの

先にみたドイツの議論を参考にすれば、現在の日本の集権的非独立モデルに対置されるモデルとしては、①行政庁(省庁、その出先機関などの法務部門)に訴訟代理をさせ、場合によっては公益代理人制度や公益弁護士委員制度を別個におくシステム、または、②統一的訟務制度をつくったうえで、これに広範囲に独立性を付与するシステムが考えられるであろう。

①の制度に至るためには、公務員養成・研修制度の根本的な見直しが必要となろう。ただ、このような展望を持たないと、真の行政法治国家は生まれないであろうと思われる。

他方で、②型の統一的な訟務制度を維持する場合には、訟務組織全体とその中における個々の訟務担当者の相対的な独立性が不可欠となろう。現在のわが国でも、訟務は相対的に独立しているという見方はあろうが、現在のバイエルン州の実務と比較すればそのような評価は早計と思われる。先に紹介した多くのドイツの論者が将来的なあり方として、公益を維持し権利保護に不可欠のものとしての訟務の独立化を主張していることに留意すべきと思われる。⁽⁸⁶⁾こうした個人の主体性を重視する実務はドイツの公務運営一般に見られるものであるところからすると、いうまでもなく公務員一般の意識改革の必要性和切り離すことはできないであろう。

(五) 残された課題

今日のわが国の行政訴訟を見たとき事件数はきわめて少なく、そのうちでも国民が勝訴することはほとんどない。確

かに、違法な行政は正式の争訟以外の種々の形で実質的に紛争が回避されているし（例、税務における修正申告、行政処分^{（28）}の撤回・変更）、訟務の関与によつて敗訴の明らかな訴訟が和解などにもちこまれることも少なからずあろう。だが、新聞報道などでみる構造的な違法行政は決して少なくない。しかし、実際に裁判や不服審査にあたる良心的な公務員ですら、現在の支配的な考え方や発想によつて判断する限り、へおかしな訴訟^{（29）}やへおかしな不服申立^{（30）}が多く、争訟を提起する人自身にへおかしな^{（31）}人が少なくないという。訟務担当者も精いっぱいの誠意をもって仕事をしているのはインタヴューでも窺える。訟務当局が勝訴率の高さを誇れるのは、ある意味で今日の日本の法治主義が行き着いた非法治国家的果実であらう。要するに、行政活動に問題があつても今日の全システムからすると争訟に持ち込みようがなく、持ち込んで勝てない制度と理論構造になつてゐるのである。したがつて法治主義の確立のためには法治主義を支えるシステム全体の根本的な見直しが必要となつてくる^{（32）}。

（a）実定法律ではなく「法」に基づく訟務　この課題の一環として訟務のあり方を展望すれば、わが国の訟務当局は統一的な組織として法務省に置かれているが故に、法治主義の実質的な確立に奉仕すべき役割を担うべきである。それは、国や国の機関を相手方とする訴訟において勝つことが終局目的ではないことをいつそう自覚し、法に従つて行政を行うことの模範を全行政機関に示すことであらう。わが国の訟務はあまりに実定「法律」中心主義である^{（33）}。日本のように実定法が社会に追いつかない国にあつては、法律論はいつそう憲法と「法」に基づくものでなければならぬ。

（b）訟務制度に関する比較法的研究の必要性　行政機関のあるべき法務活動像が比較法的に研究されるべきと思われる。英米法と大陸法を単純に対比させる仕方は今日では不十分であらう。アターニー・ジェネラルの原点に立ち返つて研究する必要がある。なお、本稿で検討のできなかつた国家賠償・補償・行政関係民事訴訟と行政訴訟との訴訟代理の違いの有無も論じられねばならない。

(c) 統一的訟務の新しい機能? ドイツでも主観訴訟の構造に立つた行政裁判の限界を意識して団体訴訟の採用や

公益代理人に出訴権を付与するなどの試みや提言がある。アメリカでは一九七〇年の大気清浄法改正の際に初めて導入された市民訴訟が、その後の公衆衛生や環境保護関係の制定法の中で採用され続けている。これは、公害発生企業などの違反者に対する差止訴訟や不適正な行政活動に対し法的義務の履行を求める訴訟を提起する資格を市民に付与するもので、一九八〇年代の初頭から、活発に利用されているようである。この訴訟は、市民に直接的に公益の裁判的実現機能を立法的に付与するものであり、ドイツにおいて団体訴訟の立法化や公益代理人の機能の拡大という形で論じられている問題に対して、別の解決形態を与えたものといえよう。この種の問題もある日突然外交交渉のテーマになりかねない。わが国でも違法行政一般の司法的統制の議論が大胆に展開されてよからう。

(d) 公益と国益 わが国の訟務は公益と国益を一体視している。このことの妥当性は改めて検討されるべきであろう。

オーストリアの元司法大臣であり大学教授であるクレカツキーは、パッサウ大学におけるシンポジウムの席上で、同国の憲法裁判所 (Verfassungsgerichtshof) 判事が公募なしに秘密裡に選ばれ、判例が長い間厳しい批判にさらされている国情を述べつつ、公益を主張する国家機関は組織上独立でなければならないとし、政治的国家機関の指揮に服するようないふことがあれば、裁判過程に非当事者的に参加する地位が国の訴訟代理人に転嫁してしまうという。もしそうであれば、現在の政党国家において、公益追及機関が支配者の大集団の末端集団となり、こうした事態に対して訴訟の相手方である個人は「武器の対等を求める人権」を要求してよいとし、オーストリアでは、まさにこうした観点に立つた改革が必要であるという²⁹⁾。わが国の訟務にとっても示唆するところが大きいように思われる。

(275) ツァイドラーは、一九七〇年から七五年まで連邦行政裁判所長官を務め、その後一九八七年まで連邦憲法裁判所長官であった。

(276) W. Zeidler, Die Verwaltungsrechtsprechung in den Spannungsfeldern unserer Gesellschaft, DBVl. 1971, S. 566f.

(277) 例えば、法務省訟務局『訟務の概況』(前掲注16) 一頁。

(278) 行政情報自体に対する公益代理人の姿勢について、連邦訟務検事長シェーファーは、行政機関が行政文書を裁判所に提出することを公益代理人が拒むことがあるかという筆者の質問に対して以下のように答える。「そのような権限は公益代理人にはない。法律で守秘権限が定められている限りで、所管庁が決定する。最高責任者である大臣が文書の提出を拒否することはごく稀なケースにおいてはあがあるが、それは法律に定められている場合である。原則としてすべての文書を裁判所に提出しなければならず、すべての当事者はすべてを知らなければならない」。

(279) 日本では肩書のバランスが考慮され同一組織に属する者が公開の場で異なる意見を戦わせる場面を想定したがたいが、ドイツでは専門的発言をしておれば、比較的低い地位の官僚などもシンポジウムに招待され発言している。仮に参加者が限定されたシンポジウムでも記録が公開されている。

(280) 日本においては裁判の入り口での訴訟要件の具備が被告との間でしばしば問題となり却下判決も多いことを述べると、B.W.州の唯一の公益代理人フリークアウフは、裁判所の指示義務の重要性を指摘したのち、「あなたの国では、ほとんどローマ法が支配しているのですね。……わが国は、法治国家であるばかりでなく、救済国家 (Rechtsmittelstaat) です」という。彼の行政訴訟実務に関する概説書 (Harald Fliegaut, Prozeßführung im Verwaltungsrechtsstreit, 1987, Kohlhammer 207S.) は、およそ日本では想像することも不可能なほど市民の立場にたつて書かれている。行政機関や裁判所のなすべきことを具体的に説き、仮の権利保護の手続き、弁護士費用や訴訟費用扶助などにも言及してある。保守単独政権の同州であるが、司法省事務次官の推薦文が付されている。行政訴訟法の著名なテキスト (Ulle, Verwaltungsgroßprozeßrecht (Anm. 127), 439S.) に比べてはるかにリアルに行政訴訟の実務を学ぶことができる。行政裁判官や行政実務家によって書かれたこの種のテキストには市民のための公僕意識に基づくものが多い (z. B., E. Bosch (行政裁判所裁判長/J. Schmidt(上級行政裁判所判事・大学非常勤講師), Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 1979, Kohlhammer, 270S.; R. Pietzner (連邦行政裁判所裁判官)/M. Ronellenfisch(教授), Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 6.

Aufll., Werner-Vlg., 1987, 479S.)。日本で訴訟費用、裁判期間、行政不服審査と裁判の手続き、救済率に即してこの種の本書書いても、国民に対して救済の申立てをあきらめさせる助言・指導の意味をもつにすぎないのではなからうか。

(281) 日本と異なつて、行政法は公法の一部として司法試験の必修科目である。ドイツの法曹は日本で行政法が司法試験の必修科目でないというと非常に驚く。

(282) 「足でかせいだ証拠、玉石混淆の中からみつけ出した、珠玉の証拠をいかに証拠構成して、国の主張の正当性を裁判所にわかつてもらうかは、ある意味では、ものを創作する芸術的な側面をもっている」(訟務局第一課長説明、訟務月報一七巻四号(一九七一)七〇一頁。この説明は、許されるとしても、せいぜい国家賠償事件に限られてよいのではなからうか。

(283) 「法の中核機構としての司法制度もまた、時の流れに対応し、その間に不当に大きなギャップの生じないように努力し続けて行かねばならぬもの」であり、「日本の司法制度の担い手の弱体と絡み合っている」(三ヶ月章「司法制度の現状とその改革」、『岩波講座・現代法』(一九六五)四一頁)。したがって、「法の主体的陣容の充実」(同四二頁)が必要である。「日本の司法制度を担う人間の意識が旧態依然たるものであり、その陣容も現在のごとき弱体を克服しえぬ限り、日本の司法制度は、増大する課題の前に、これまでもまして国民の期待を裏切り、日本特有の歪みを拡大再生産して行くだけであろう。こうしたぎりぎりの切点に立っているのが、正に、「現代」の日本の司法制度だというべきである」(同四三頁)。四半世紀前のこの発言は、直接に行政訴訟の運営に向けられたものではない。しかし、このことは、司法制度の周辺領域に属する行政庁の指定代理人制度のあり方についても妥当しよう。

(284) P. Stelkens, a. a. O. (Anm. 14), S. 84.

(285) 公益代理人の独立性の重要性にかかわつて、フリークアウフは、政府の拘束的支持を受けない限り自由かつ独立して仕事をしている一例をあげた。「昨日の体験がある。社会省は社会扶助(生活保護)の基準を法規範ではないとの見解を示したが、自分は、そのような見解を述べて恥をかくことはしたくないので、市民に直接関係する規範であるとの前提で議論を進めた」という。

(286) 現在のドイツの学校教育においては、徹底して個人としての意見をもつように指導される。とりわけ多くの州の大学教育や司法修習では、〈私〉を主語にした公文書を書く訓練を受ける「ドイツで開業する日本人弁護士・関盛人」。一般に、南ドイツ以外の州では大臣、知事、郡長など擬人化された官庁名で行政決定が行われていたことに由来して、〈私〉を主語にした

公文書を書くのが一般的である。これに対して、南ドイツでは省、県庁、郡庁が決定するという仕方をとっていたこともあつて、〈私〉を主語にする公文書を一般化する努力が最近ではあるが、目下のところは妥協形態として〈私たちは〉を主語とする公文書が広く用いられている (H. Linhart (上級行政裁判所裁判官), Schreiben, Bescheide und Vorschriften in der Verwaltung, 3. Aufl., Kommunalverchriften-Verlag J. Jehle, 1989, § 6-4)。訟務検事の仕事も匿名の官僚機構の中においてではなく目に見える個人の仕事として行われるが、これはドイツの公務一般の職務スタイルの一例にすぎないともいえる。

- (287) ドイツのここ二〇年あまりの実務改革から見ると、見直しは、大量の法律家養成、公務員養成・研修制度、行政機関における権限配分・決裁制度、文書管理システムの改善、公務員懲戒制度などから始まらなければならないであろうと思われる。
- (288) 〈法律論〉というものの中身が違ふように思われる。「各地の難事件におきましては、相手方は被害のじん大性を裁判所に訴える、そして情緒あるいは感覚さういうものに訴えて事件を自分のペースで進めていこう、こういう法廷戦術が見られるわけでございますが、私どもは、それを何とかして法律論のルールに乗せようという方針を堅持しているのでございます」(法務局訟務部長会同における官房参事官所管事項説明・訟務月報二二巻八号(一九七五)一七五六頁)というが、正義の觀念に立った法の理論も本来いうところの〈法律論〉に入るのであろう。〈難事件〉になつたのちに、〈処理〉して得た知見をフィードバックして、事件を早期に裁判所に持ち込ませて解決するシステムを開発・整備することが訟務当局、ひいては法務省の使命ではなからうか。

- (289) 常岡孝好「アメリカ合衆国環境諸法の市民訴訟 (Citizen Suit) 制度」明治学院法学研究三九号(一九八八)一頁以下。
- (290) 宮崎良夫「行政訴訟における団体の原告適格」『行政訴訟の法理論』(三省堂、一九八四)八八頁は、ドイツの環境保護行政の領域において団体訴訟が公益代理人制度やオンブズマン制度などと絡めて論じられていることを指摘している。
- (291) Hans R. Klecatsky, a. a. O. (Ann. 245), S. 101ff, 106.

(本研究は、一九九〇年度に河中自治振興財団により海外調査援助を受けた研究の一部であり、文献・資料収集や国内調査などについては同年度の文部省科学研究費による。)