

## ゲルグ・ハベルカテ「給付国家の

## 法問題」の紹介

村上武則

一 本書の内容に入る前に最初にハベルカテ自身の紹介と本書の意義を記しておきたい。まず本書は著者ハベルカテのケルン大学における教授資格論文を掲載したものである。ハベルカテは我が国では現在のところあまり知られていないかもしれないが、彼は本書を公にする前に、ケルン大学の恵まれた学問的環境の中で、法哲学に関する論文・著書として、*Offenes Argumentieren im Urteil*、*Über die Darstellung der richterlichen Wertung bei kontroversen Rechtsfragen*, ZRP 1973, S. 281 ff.; ders., *Gewichtsverluste im juristischen Denken*. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, 1977; ders., *Untaugliche Warnung vor dem Richterrecht*, ZRP 1978 などを発表している。また会計検査における権利保護を扱った『Der Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte

in der Rechnungsprüfung, AoR 107. Band, Heft 4, S. 539 ff. がある。さらに一九八三年度のドイツ国法学者大会のテーマである「予算法と予算のコントロールを通しての行政活動の誘導」などを検討したのももある (AoR 108. Band, Heft 4, S. 625 ff.)。

さて本書は「給付国家の法問題」と題されているが、「給付国家活動における比例性原則の命令と自由の保護 (Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln)」という副題がつけられている。この副題からも明らかのように、ハベルカテの狙いは現代的な給付的国家活動をも比例性原則を手懸かりにしてコントロールしようということにある。

しかしながら、給付的国家活動を法的にコントロールしようとする問題意識それ自身は、別に目新しいものではなく、ドイツにおいては給付行政の拡大に伴って、たとえば、古くはフオルストホッフが配分参加 (Teilhaber) という概念を媒介にして公法的要素を見出し、それを基にして公法的拘束を加えようとした (Forshoff, Die Verwaltung als Leistungsverwaltung, 1938) が、<sup>(1)</sup> 戦後に於いては、<sup>(2)</sup> 行政私法論ないし<sup>(3)</sup> 国庫の活動の基本権への服従理論<sup>(4)</sup> あるいは二段階論 (Zweistufenlehre) などが次々と唱えられ、給付行政あるいは融資による資金補助行政などを公法によってコントロールしようとしたのであった。このような動きは勿論わが国においても見られる (5) であり、たとえば田中二郎博士の「公法上の管理関係

料論<sup>(7)</sup>、そして最近では行政私法論や形式的行政行為論などが、いずれも給付的国家活動に対して公法的コントロールの手懸かりを擲もうとしたのであった。

以上に紹介した従来の試みは、たしかに一定程度は成果をあげたように思われるが、規制行政における公法上のコントロールと比べると、不十分であることは否定できないところである。そのうえ、特に西ドイツにおいては、連邦憲法裁判所(BVerfGE 8, 153ff. 166ff.)が給付供与的行政への法律の留保原則の拡大を否定したので、給付的国家活動は規制的国家活動ほどコントロールを必要としないという考え方が広く取られるようにすらなっていたのである。我が国においても、資金補助行政などの給付行政は、必ずしも法律の根拠を必要としないのではないかという理論が最近では再び有力になってきており、<sup>(9)</sup>それだけ給付行政の法的コントロールが弱くなってゆく傾向が見られるのである。

ところが、給付的国家活動、たとえば資金交付行政や公共施設の設定行政などの拡大に伴ない、かえって自由の侵害ないし制限の問題が強まり、自由の保護のための有効な法的コントロールの基準ないし手懸かりが切実に求められるようになっているのである。そのため、とりわけ自由権に敏感な西ドイツでは裁判所によるコントロールの法的基準が熱心に議論されているのである。このような状況の下で、ハベルカテが本書において大胆でかつ新しいコントロールの手懸かりを提起してきたので

ある。すなわち彼は、今までは特に規制的国家活動において適用されていた「目的と手段の比例原則」を、給付的国家活動にも妥当させ、その原則に法的拘束力を与え、そこに法的コントロールの手懸かりを得ようとするのである。

ところで、本書は「給付国家の法問題(傍点は筆者)」と題されており、単なる「給付行政の法問題」とはされていない。すなわち本書は、かつてのように、給付行政は行政行為で行われるか契約で行われるか、あるいは公法が適用されるのか私法が適用されるのか、というような、いわば行政に固有な問題を取り扱うのではなく、広く国家法全体の問題として、換言すれば、立法権、行政権および司法権にもまたがる問題として、給付的国家活動の問題を解決しようとするものである。

このように、ハベルカテのこの著作は給付的国家活動に関する憲法全体の解釈問題を原理論的に取り扱ったものといつてよく、その意味で本書は、単に行政法学の研究者に対してばかりでなく、憲法学の研究者にも参考になるものと思われる。

ちなみに本書の構成は、第一章、配分参加(Teilnahme)および目的と手段のコントロール、第二章、社会国家原則と配分参加、第三章、自由と配分参加、第四章、目的の積極性(Positive)と、第五章、国家の金銭給付への配分参加——特に目的と手段のコントロールによる資金補助分野の法的構成の可能性、第六章、国家的施設への配分参加——定員制度(numerus clausus)に対する判決と、収容力の汲み尽くし(Kapazitätserschöpfung)

の命令の特定性、第七章、給付的国家活動の領域における裁判官のコントロールの制限、となっている。

なお、本稿で示す頁の表示は、ハベルカテの書物の頁を表わすものである。また、本稿は要約的な形で叙述している所が多いことを了承しておいて頂きたい。

なお又、本書は全部で三三一頁にも及ぶ力作であるが、広島大学大学院法学研究科修士課程の佐藤英世君と、同じく修士課程の石森久広君が全訳し村上が監修した。そして連日連夜討論に討論を重ねて出来上がったのが本稿である。一応執筆分担は、本稿の第一章から第五章までは村上、第六章は佐藤、第七章は石森、そして第八章と第九章は村上、である。しかしもし誤りがあるとすれば、それはすべて村上の責任である。

(1) なお、この書物については、概略を既に紹介している。村上武則・佐藤英世・石森久広「西ドイツの公法学の最近の動向」比較法研究四六号（一九八四年）二六一頁以下参照。なお又、本書の書評として、Martin Schulte, JZ, 1984, S. 133f. が特に参考になる。

(2) フォルストホッフの理論については、とりわけ、塩野宏「紹介・フォルストホッフ『給付行政の法律問題』Ernst Forsthoft, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959」国家学会雑誌七三巻一・一・二号八四頁以下、高田敏「ドイツの給付行政論の問題性——福祉と治安序説——」法社会学年報二二号五八頁以下を参照して頂きたい。なお、Teilhaber については、とりわけ、戸波江二「西ドイツ基本権解釈の新傾向(1)(2)(3)(4)(5)」自治研究五四巻七号、八号、九号、一〇号、一一号および、栗城寿夫「西ドイツ公法理論

の変遷」公法研究三八号九七頁以下、村上武則「Teilhaber (配分参加) について」杉村敏正先生還暦記念・現代行政と法の支配（一九七八年）七三頁以下、などを参照して頂きたい。

(3) Vgl. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I § 23 II b.

(4) Vgl. Walter Mallmann und Karl Zedler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, beide in: VVDStRL 19(1961), S. 163ff., S. 208ff.

(5) Vgl. H. P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1965, S. 75, および村上武則「二段階論」行政行為一元論および形式的行政行為論「広大政経論叢二四巻三三三頁以下などを参照して頂きたい。

(6) 田中二郎「行政法総論（一九五七年）二二五頁以下参照。

(7) 成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究二八号（一九六六年）一五四頁以下参照。

(8) 形式的行政行為論の法構造については、とりわけ、室井力「形式的行政処分について」田中二郎先生古稀記念・公法の理論下 I（一九七七年）一七二七頁以下、村上・前掲などを参照して頂きたい。

(9) 原田尚彦「行政法要論（改訂増補版）（一九八一年）七二一七三頁、および同（全訂版）（一九八四年）七六一七七頁参照。

二 第一章「配分参加および目的と手段のコントロール」において、ハベルカテは、まず問題提起として、従来は規制的国家活動に対してのみ適用されていた比例性原則を、給付的国家活動にも妥当させることができなかつたかとの問いかけからである。そして、もし給付的国家活動をも比例原則によって裁判官がコントロールできるとなると、給付的国家活動によって制限され

料 自由を法的に保護できると考えるのである。

ところで、周知のようにフォルストホッフや連邦憲法裁判所は、給付行政という国家作用を言い表わすもの (Signum) として配分参加 (Teilhabe) という概念を用いたのであるが、フォルストホッフは、この配分参加と自由を対置させたのであった。そして、彼の場合、配分参加が自由に優位するということが前提にされていたという (五頁)。ところで、基本権を配分参加権的に解釈することでは有名なヘーベルレにおいても、配分参加こそ社会国家と民主主義にふさわしい自由の形式を表わすということであるが、同じく自由に対して配分参加が優位するということが前提にされているという。そして両者の場合、ヘーベルカテによれば、どのような自由の問題を配分参加が投げかけられるかということが問われていないと批判されるのである。このようなことはかつての連邦憲法裁判所も同じで、給付供与的行政は自由と財産の侵害の領域から全く遠く隔たるものと捉えられた時もあったのである (六頁)。

しかし、ヘーベルカテによれば、今日では、配分参加供与が自由危殆的作用を持つということが、より具体的に視野の中に入ってきたという。かくして、自由の保護のためにも裁判所によるコントロールが必要だというのである。

しかし、給付行政の裁判所によるコントロールに対しては他の論者から異論が唱えられる。たとえば、法治国家においては裁判所の法適合性のコントロールがふさわしいかもしれないが、

給付的、社会国家指向的な国家活動は、法適合性 (Rechtmäßigkeit) の問題ではなく、市民の生存の需要の合目的な (zweckmäßig) 充足の問題を投げかけるのであり、その法的コントロールは憲法問題にはならないのではないかと、配分参加供与は社会国家から出てくるものであるから、法治国家の原理としての法的コントロールはそれに親しまないのではないかというような異論がそれである。そこで、ヘーベルカテによれば、これらの異論に対しては、結局のところ、給付的国家活動は福祉目的によって特徴づけられるが、法治国時代の行政法学はそのような目的を規制的国家活動の分野から追放していたので、給付的国家活動の法構造の中で、福祉目的がどのように法的に捉えられるかということが解明されれば、それによって法的コントロールの手懸かりが得られると考えられるのである (三)。

そこでヘーベルカテが注目する手懸かりは、およそすべての国家作用に対して妥当してよい目的と手段の比例原則である。この原則は、しかしながらドイツにおいては伝統的にいって規制的国家活動に対してのみ適用されていた。そこで問題は、この原則を給付的国家活動にも適用できないかということである。そしてそれがもし可能ならば、給付的国家活動においてもみられる自由の制限に対して、目的と手段の比例原則が、法治国家原則の一つとして、法的な保護のためのコントロールの基準として機能することができるのである。

そこでヘーベルカテは、法治国家的な行政法学の発展の中でど

のように目的と手段の比例原則が成立していったかを概観する(二六頁以下)。ドイツでは一八世紀の末ないし一九世紀の初めの初期法治国家において、すでに目的と手段によるコントロール概念がみられるという。その典型的な例は有名なプロシア一般ラント法第二章一七節一〇条の目的呈示であり、またプロシア上級行政裁判所のクロイツベルク判決であり、かつプロシア警察命令であったという。かくしてドイツでは、全警察法において、あるいはもっと一般的に実体的行政法のレベルにおいて、目的と手段の比例原則によるコントロールのモデルが成立し、たとえば、警察の目的が行為の根拠になっているかどうか、命ぜられた措置がその目的の達成のためにふさわしい必要な手段となっていたかどうか、さらに目的と手段は無関係になつていないかということが審査されたのである。

さて、以上のような刻印を持つ目的と手段のコントロールを、イプセンは確信に満ちて「警察に対して判決が行なってきたものを、今日、少くとも同じように給付行政にも成立させることができる」というのであるが、問題なく給付行政にも適用できるであろうか。

そこでハベルカテは、目的と手段によるコントロール基準をすべての国家活動に適用することに反対する学説をまず分析する(一八頁以下)。すなわち、第一に、ドイツにおいては一九世紀の形式的法治国理論が包括的な比例原則コントロールに反対していた。当時は強力な自由な君主行政権が存在しており、あ

らゆる国家作用を裁判所が法的にコントロールするということに抵抗があつたのである。それゆえ、国家活動を包括的にその目的についてコントロールするということは、絶対主義主権思想の残滓が消え去つた時ようやく貫徹できるようになり、たとえばワイマル共和国になつて目的の意義が再び強調されるようになったし、またボン基本法ができて初めて、比例性原則が、法律を適用する国家機関ばかりでなく、立法者をも拘束するという認識が貫徹するようになったとされる。ところで、包括的比例原則コントロールに反対する論拠の第二として、目的は法的に重要なカテゴリーではないとする法実証主義の教義があつた。たとえば、オットー・マイヤーの方法もそれに基づいて、目的・手段の合理性を「警察国家の演繹方法」とよんでいた。<sup>(5)</sup>

以上のような前提作業に基づいてハベルカテは、給付国家における目的と手段によるコントロールの問題に入つてゆく。この場合、問題への接近方法として、まず認識上の事柄として、給付的国家活動の目的にはどのような特徴があるのか、および手段の選択はどのような意義をもっているのかということなどが明らかにされる。

まず目的について、その特定性ないし確定性の問題が議論される。すなわち、目的といつても政治的意図とは区別されなければならぬこと、また、見せかけの(Geistlich)目的と真の目的が区別されなければならないこと、さらに危険の除去目的

料と福祉目的は、どちらも抽象的概念であるが、前者はひとつの限定された特定の目的であるのに対して、福祉目的は実に多種多様で不明瞭であること、さらに、経済安定成長促進法一条を見ても分るように、給付目的も複数ありうるし、それらの目的が平等あるいは上下関係に立つこと、などが指摘される。

次に、手段の選択について、国家作用の目的がより明確に定式化されればされる程、手段の選択はより合理的に、すなわち評価的な選択の幅の少ない状態でなされるが、目的がよりグローバルに定められれば定められる程、より多くの手段を許容し価値判断が入る余地を認めることになる。そして後者の場合には、目的に対する手段の妥当性 (Zwecktauglichkeit)、必要性 (Erforderlichkeit) および適切性 (Angemessenheit) の判断が一層困難になるのである。

このように考えると、結局、ハベルカテの場合、目的と手段の比例原則コントロールに実効性を与えるためには、鍵として、目的が特定され明確化される必要があるのである。そこで問題は、いかなる国家机关が給付の目的を特定できるかということであるが、それは又、後の第四章 (本稿では第五章) で検討されることになっている。

さて次に、ハベルカテの主張する目的と手段の比例原則によるコントロール基準と、いわゆる合目的性コントロール (Zweckmäßigkeitsskontroll) との区別を明瞭にしておかなければならない。すなわち、従来は、たしかに行政法学は国家活動の法適

合性と合目的性の二つの区別に立脚し、裁判所のコントロールは法適合性の審査に制限されてきた。この二区分はしかし次第にドイツでも問題視されていた。たとえば、すでにワルター・イエリネックは、合目的性の概念にも二つあるとし、一つは、相対的な意味におけるもので、特定された、すなわち予め定められた目的に対する関係での合目的性の概念であり、他の一つは、純粹の、あるいは絶対的な意味におけるもので、法適合性に対立するものである。後者の場合が普通にいわれる合目的性のことで、この場合には、規範的に前もって定められていない目的をも含みうるものである。<sup>(8)</sup>そこで、ハベルカテの説く目的と手段の比例原則コントロールは、どちらかといえばワルター・イエリネックの前者の意味での合目的性の概念に近いものである。そしてこのような意味での目的と手段の比例原則は法適合性の範疇に入り得るものなのである。

以上がハベルカテの書物の第一章の内容であるが、その紹介からも明らかのように、彼の理論においては給付活動の目的が規範的に確定されていなければならないということが重要なのである。そこで憲法上の問題として、そのような目的を、社会国家原則そのものが与えることができるのか、あるいは自由権にたいして積極的に配分参加の性格を与える新しい自由権観が同じく給付国家活動の目的を提供できるのかということが問われることになるが、これらの問題をハベルカテは次章以下で検討するのである。

- (1) Vgl. Häberle, VVDSiRL Bd. 30, 1972, S. 137 LS 23.
  - (2) BVerfGE 8, 155 ff., 166 ff.
  - (3) なお、西ドイツにおいては、今日、「社会国家は目的に盲目ではなく、社会国家の特徴は法の形式における目的追及にある」と言われている(ツェム)本稿との関係は興味深い。Vgl. Plezker, VVDSiRL Bd. 41, 1983, S. 196.
  - (4) H. P. Ipsen, VVDSiRL Bd. 25, 1967, S. 257 ff., 289.
  - (5) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Bd. 1, 1894, S. 284 Anm. 20.
  - (6) 同法によれば、「全経済的均衡」「物価の安定」「高水準の雇用状態の維持」「外部経済上の均衡」というような概念が掲げられる。
  - (7) なお、山村恒年「現代行政過程論の諸問題(四・内)自治研究五九卷一―号九五頁以下・六〇卷二号一―頁以下が、氏の行政過程論の立場から「目的拘束の法理」を展望している。ハベルカテの立場との相違が興味深し。
  - (8) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 34f.
- 三 第二章「社会国家原則と配分参加」において、ハベルカテは、ボン基本法の社会国家原則(第二〇条および二八条に規定がある)が、国家的な金銭給付や公共施設に対する配分参加保障のための目的呈示(Zweckangabe)になり得るのかどうかを検討する。
- しかし、この問題については、現在の西ドイツにおいては、なるほど、広く一致して、社会国家原則は「国家目標を決定したものの(Staatszielbestimmung)」と理解されている。しかし、

重要なことは、憲法が国家目標として社会国家を規定したとき、それは国家活動に対する十分に詳細な目的呈示を含むのか、そして、その目的呈示から、その実現のために妥当に必要な手段を推論することが出来るかどうかなのである。

このようにして社会国家原則をめぐる重大な解釈問題が起るのであるが、それは言うまでもなくその原則の不明確性(Unbestimmtheit)に起因している。そこで、ハベルカテは、社会国家原則の法的性格についての諸学説を分析する(四六頁以下)。

その際ハベルカテは、諸学説を大きく分けて、最小限モデル(die minimalistischen Modelle)と最大限モデル(die maximalistischen Modelle)およびその他に三分する。まず最小限モデルに属する理論として、(a)社会国家原則を規範的な内容のない純粹に政治的なプログラムと考える説、(b)フォルストホッフのように、社会国家原則を、国家目標を定めたものと理解するだけでなく、法的性格を有するものと理解するが、結局、社会国家原則よりも法治国家性に優位を与え、社会国家原則は憲法より下位の法的な具体化のために余地を与えるものと制限する説を挙げる。次に、最大限モデルに属する理論(これは、社会国家原則を直接に効力をもつ憲法規律と理解する)として、(a)たとえば、アーベントロートのように、社会主義を継承するものとして社会国家原則を捉えるイデオロギー的な理論、および、(b)今日の社会国家性の現実によって憲法上の概念を豊富にしようとする理論、さらに、(c)社会国家原則の中に「より多くの」ないし実

料 質的な平等に対する基本権が保障されているとする説、さらに、(d)社会国家原則の中に、国家の任務の憲法上の根拠を認め、国家の義務を定めるようなものと解する説、および、(e)以上のような内容上の具体化を試みる説と異なり、社会国家原則の中に、裁判官の具体化の権能を認める説などを、ハベルカテは挙げている。なお、第三の、すなわち社会国家原則の捉え方のその他の理論としては、社会国家概念の中に、憲法上のものと、政治的なものとに区別する理論などが挙げられている。

以上に述べた様々の理論をハベルカテは著書の中で分析・批判した後、結局彼によれば、社会国家原則は国家活動に対する目的の呈示にはならないし、それゆえその目的の実現のための手段を推論させることは出来ない」とされる。社会国家原則はただ立法者に対してその時々々の社会的な要請に適切な解決の授権を与えるのだとされる。あるいは又、その時々々の要請が将来のものである時は未だその内容がよく分らないので、社会国家原則は、「開かれた(offen)」「目的と特徴づけられるのである。このような根拠からも、社会国家原則は、ハベルカテの主張する目的と手段の比例原則コントロールで問題となるところの、特定された明確な目的を提供できないと結論されるのである。

(1) Abendroth, Das Grundgesetz, 1966, S. 62ff.

四 さて、第三章「自由と配分参加」においてハベルカテが扱うことは、伝統的な自由権の基本権は防禦権として捉えら

れ、したがって基本権は国家活動の目的を意味するものではなくて、国家活動の制限を表わしていたのに対して、最近の西ドイツでは自由権の基本権を新しく解釈しなおしてそれに配分参加権(Elitabericht)の性格を与える説が有力になってきているが、はたしてこのような考え方によって、自由権的な基本権が国家活動の目的を呈示することが出来るようになるのか、したがって、目的と手段の比例原則コントロールで重要な特定された目的になり得るのかどうかを検討することである。ハベルカテはかなりな頁数をこの章にさいているが、結局のところこの章でハベルカテが主張する点は次のような点にある。すなわち自由主義的な基本権の中に配分参加の要素を認める新しい基本権解釈は、歴史的な観点を入れていないのではないかと彼は述べる。すなわち、新しい基本権解釈は、古典的な自由主義的基本権は「社会問題」、すなわち自由の実現の問題あるいは「真実の(Real)自由の問題に対する解答を与えなかった」という欠陥(Mangel)を持っていたので、それを補うということであるが、その「真実の自由」の問題を本当に自由主義的な基本権は見えていなかったかという点、実はそうではなく、歴史的には「社会問題」をも考察していたと彼は主張する。そして彼は本章で、もし新しい基本権解釈を採って国家活動の目的を呈示できるとすると、たとえば三権分立論との関係で様々の解釈上の問題が発生するというのである。

そこで以下ハベルカテの論述をみてゆきたい。まずドイツに



おける自由権解釈については彼は次のように検討している。まず、自由の觀念については、歴史的にみて、国家に対する自由という自由主義的な立憲主義的な個人法的 (individualrechtlich) なものと、国家による自由という社会主義的全体主義的な配分参加的 (teilhaberechtlich) なものの二つの伝統があったという。そして新しい基本権解釈は、この後者の配分参加的自由 (Teilhaberechtlich) の伝統を看過するかあるいは都合のいいように使っているのではないかとハベルカテは批判するのである。ハベルカテによれば、自由主義的な立憲主義的自由は、国家的な強制から自由な、個人的な自己決定を意味するが、その個人の自由は、国家によっては積極的には制限されることは許されず且つ国家によつては自由の内容が定められないという意味で、国家からみて消極的 (negativ) でかつ形式的 (formal) なものである。他方、全体主義的社会主義的な自由は、国家によつて定式化され且つその内容も国家によつて決定される配分参加ということで、積極的 (positiv) かつ実質的な (materiell) ものであるという (六九頁以下)。この場合、自由主義的な自由を国家が制限する場合には国家の方がその正当性を示さなければならぬのに対し、配分参加的自由概念の場合には、逆に自由を求める個人の方が自らを正当化しなければならないという。それゆえ、新しい基本権解釈を望む人は、このような伝統を無視すべきではないとハベルカテは主張するのである。

そこで、ハベルカテは、次にこのような配分参加的自由概念

が十分にその根拠を正当づけることに成功しているかどうかを吟味するのであるが、その際には一応、自由主義的自由概念を消極的なものと捉え、それに対して配分参加的自由概念を積極的なものと捉えて分析している。もちろん、ボン基本法の条文自身は消極的概念をとるとも積極的概念をとるとも何も言明していないので、自由権の概念については結局のところ憲法の個別の規定の解釈で定めなければならないのである (七七頁参照)。

そこで積極的自由概念をとる第一の立場として、グラヴィッツ<sup>(2)</sup>のように、連邦憲法裁判所の判決によりかかつて、基本権の「制度的」な保障の見方、あるいは「基本権的な価値秩序」の中に、伝統的な自由権解釈の欠陥を補うための積極的自由概念の根拠を見出そうとする理論がある。しかしこれに対して、ハベルカテは、形式的・消極的自由概念も実は「真実の」・「実質的」・「積極的」な自由を志向していたのであって、ただその実現が自由権の担い手としての個人に任せられていたのであり、決して国家によつて設けられたものでないことをいつていたにすぎないと反論し、基本法上の価値秩序などは決して消極的自由概念と矛盾するものではないと述べるのである (八〇—八二頁)。

次に、積極的自由概念をとる第二の立場として連邦憲法裁判所の判決があげられている。この場合、まず大学判決 (Hochschulentscheidung, BVerfGE 35, 79 ff.) が積極的自由概念を採用したとされる場合があるが、ハベルカテによれば、この判決は

料 基本法五条三項において客観的価値秩序が保障されているとし、単なる防禦機能を超えて、積極的な「促進」の義務を語っているのであるが、その場合でも注意深くその判決は「空どう (Aushöhlung)」の防禦という点を指摘しているので、ハベルカテは、この判決が積極的自由概念を採用したとは必ずしもいえないとする。しかし、有名な第一次の定員制判決 (Numerus clausus-Entscheidung: BVerfGE 33, 303 ff.) が、配分参加法

な基本権解釈および積極的自由の理解の突破口 (Durchbruch) を開いたとされている。実際にこの判決は、学問の場を自由に選択する権利を定めた基本法一二条一項から、そして平等権を定めた基本法三条一項および社会国家原則をも根拠にして、大学教育への入学を求める権利を承認したのであった。しかし、ハベルカテによれば、平等原則の下での配分参加請求権は別に新しいものではないとされる。そして、ドイツにおいては、配分参加 (Teilhabe) にも元来的なもの (originär) と、派生的なもの (derivativ) とがあるのであり、もともとの元来的な配分参加はまさしく新しく創設を求める権利をいい、それに反して派生的な配分参加は、現在存在する收容能力への配分参加というような場合を意味する。そして連邦憲法裁判所の定員制判決はこの派生的な配分参加の域を越えていないのであるから、この判決も必ずしも伝統的な自由の観念とび越えているのではないとハベルカテは説いているのである (九〇頁以下)。

以上のようにハベルカテは、自由主義的な消極的自由概念は

今日も決して否定されていないと考えるのであるが、他方、ボン基本法は社会的法治国家を採用しているのであるから、明らかにそれは自由主義・市民法的法治国家と区別される。そこで、やはり「社会問題」を消極的自由概念では解答できないのではないかと批判する考え方が出てくることになる。しかし、これに対してもハベルカテは、消極的自由概念も自由の解決のために貢献してきているのであり、実際に自由主義的自由概念は憲法の平面であらゆる不平等を禁じており、それはまさに自由主義的な社会的法治国家にも合致しているというのである。

ところで、さらに消極的自由概念に対しては別の角度からの批判がある。すなわち、それは、消極的な形式的な自由概念は、そもそも官憲的な立憲君主制時代の、いわば形式的法治国家時代の概念ではないかという批判である。たしかに、ゲオルグ・イェリネックは一九世紀末に自由の概念を消極的地位 (status negativus) と言いつたのであった。しかし、これに対してもハベルカテは、形式的自由という場合の「形式」概念は、その実質的な内容が国家机关によって定められることを許さないという意味で形式的なのであって、低められた立憲国家の形姿としての形式的法治国家とは無関係のものであると述べている。むしろ消極的自由概念は立憲国家の理想像にも合致しているという。

ところで又、ハベルカテは、消極的自由概念をとるゆえに、国家からの自由の侵害あるいは制限という観念は当然のことと

なるが、これに対して、先に紹介した積極的自由概念を説くヘーベルレによれば、自由形成的な機能を果すのは法律をおして立法者がこれを行うのであるが（この点はヘーベルカテも同意している）、その際ヘーベルレは、立法者は自由を保護したり自由を充足（Erfüllung）するために活動するのであって、これを侵害（Eingriff）とか制限（Beschränkung）というように評価してはいけないというのである。<sup>(4)</sup>しかし、ある者への自由の充足は他の者への鋭い侵害となるという観念を一貫して主張するヘーベルカテにとって、ヘーベルレのそのような理論をうけ入れ難いことはいうまでもないところである（九五頁）。

次に又、ヘーベルカテのような消極的自由概念をとると、自由権は国家に対して向けられる（Staatsgerichtlichkeit）ということであるが、それでは非国家的な社会内部の権力による自由の危殆化の問題に対して眼を閉じることにならないかという批判がある。<sup>(5)</sup>しかし、これに対しても、ヘーベルカテは、すべて多数の中に専制的な意思があらわれるものであり、その専制的意思は国家の法律の下に存在するのであるから、自由権が国家に対して向けられるということは、とりもなおさず、社会内部の問題、すなわち多数者に対する少数者の保護をも考慮しているのであると反論するのである（二〇〇—二〇一頁）。

さらに又、ヘーベルカテの自由概念はあくまでも形式的・消極的というところで、この概念自体の中には、社会的・経済的な事実上の諸要件の創設というような要素は入ってはならないとさ

れている。もちろん彼の自由概念も実質的・有効的な自由を目標とするのであるが、そのような自由権の事実上の行使の条件の創設は立法者の社会形成に委ねられるのである。このように、ヘーベルカテの場合の消極的自由概念は憲法の中に所をしめるが、積極的自由の概念は憲法の中にはなく、法律規律の中にこそ正当な場を見出すというのである。

さいごに、ヘーベルカテの立場は、自由権の解釈における配分参加的な「補完」に反対するので、直接の配分参加的基本権すなわち「社会的基本権」に対しても、それがたとえば基本法一二条の自由権を社会権としての労働への権利が補完するという形で述べられる時には、今までに述べられたような裁判官の権限の問題を生むということで、社会権に対しても反対の立場を彼はとるのである。

- (一) これらの理論状況については、とりわけ、戸波・前掲に詳しく。
- (二) Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 208.
- (三) 批判者としては、たとえば、ヘーベルレがあげられている。
- (四) Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl., 1972, S. 222 ff.
- (五) Grabitz, a. a. O., 180 ff., 183 ff.

五 さて、第四章「目的の積極性（Positivität）」において、ヘーベルカテは給付的国家活動の目的を呈示するものは何か、その目的を定立できるのはいかなる国家機関かというような問題を扱う。

さて最初に、憲法の中に目的が定立されているかということ  
が問題とされる。たとえば、「社会的正義の保障」といった観  
念は国家作用の目的呈示として十分であろうか。しかしハベル  
カテは、行為の目的としては、それが行為に対して特定の方法  
で影響を与えるようなものになっている時のみ妥当するとい  
うことで、願望を述べているにすぎない場合には具体的な  
行為の目的とはみなし難いとされている。同じく、社会国家原則  
も、そして基本権も、具体的な積極的な目的呈示を与えていな  
いとされるのである。

そこで、ハベルカテは「法における目的」の問題を一度原点  
に帰って歴史的な検討を加える(二七頁以下)。すなわち、一  
九世紀および二〇世紀初頭の法理においては、イェーリングに  
至るまでは、法規は目的をもたない、あるいは重要ではないと  
考えられていたという。しかし、そのような考え方は今日まで  
も影響を残しているという。その論拠は、たとえば、規範の目  
的が重要視されたら規範は「目的に対する手段」として考えら  
れてゆくおそれがあること、また規範目的を重要視すると法律  
の拘束が破壊されるのではないかとということ、さらに、法治国  
家においては「どのような場合に(wenn—dann)」という形式  
でなされる法効果の要件の確定で十分ではないかということ、  
などである。しかし、これらに対してハベルカテは、目的は決  
して規範の妥当力や拘束力を破壊するものではなく、解釈にと  
つて不可欠のものではないかと説くのである。むしろ目的につ

いての問題は、明白性の少なさにあると、ハベルカテは主張し  
ている(二二八頁以下)。

そこでハベルカテは、実際に法律の目的のタイプにはどのよ  
うなものがあるかを一瞥する。それによると、規範の背後にあ  
る目的と、直接の規範内容として定立されている目的の場合が  
あるという。前者の場合には目的は解釈で定められなければな  
らないこと、後者の場合には、たとえば基本法八〇条一項二号  
などにおいては目的は授權法律の中で特定され、法規命令の中  
では「どのような場合」というような規律が定められるべきこ  
となどの問題が検討されている。

さて次に、近時「法における目的」に関する議論として重要  
な理論が提起されている。すなわち、「首尾一貫命令(Konse-  
quenzgebod)」ないし「体系正当性(Systemgerechtigkeit)」の  
理論がそれである。<sup>(2)</sup>これらの理論は、法律の目的は立法者自身  
も拘束できるかという問題に対する一定の解答である。という  
のは、立法者は憲法の枠内で目的の選択について自由があるう  
と考えられるが、規範が自由権の制限を伴う限り、比例性原則  
の下に立つというのが大方の支持を得るところである。しかし  
「首尾一貫命令」理論は、それを超えても立法者を拘束できる  
場合があることを狙うのである。たとえば、この理論は、立法  
者の自己拘束の法理、先行の規範の根本性・規準性などの観点  
から、ある法律の規律を他の法律上の規律に対する矛盾のゆえ  
に形式的な対等性にもかかわらず無効とするというのである。<sup>(3)</sup>

このような議論は、給付的国家活動においては給付の根拠が広範に立法者の意のままにされているため、大きな意義を有するものなのである。

しかしハベルカテは、「首尾一貫命令」理論に対しては、憲法上の拘束を越えて立法者を立法者自身が定めた根本決定に拘束することは、理論的には不可能ではないにせよ、法の積極性 (Positivism) や民主的立法者の主権性を克服するだけの特別の理由づけを必要とするのではないかと述べているのである。結論としてハベルカテは、本来立法者は自由であること、しかし例外として信頼保護の原則には立法者も拘束されると述べているのである。まさにここに目的の積極性の思考が存しているのである。

さてそこでこの章の最後に、ハベルカテは、立法院以外に、執行府や司法院が独自に目的を定立することができるかという問題を検討している。

まず執行府については、特に基本法八〇条一項二号から、執行府の固有の目的定立権はないという。それゆえ法規命令の発布にさいしては、必ず授權法の中で予め目的が定式化されていなければならないという。すなわち法治国家においては、憲法や法律によって予め与えられる目的の外には、元来的な行政の目的はないとされるのである。

次に司法院すなわち裁判官が目的を定立できるかという問題について、まず一般的には裁判官は法を発見すること、すなわち法を適用することをその任務とするということが確認され

る。それゆえ個別的事件において法の創造や法の定立ということとはありえても、裁判官が目的を新たに定立することをそこから導き出すことはできないとされるのである。ところでまた裁判官法の分野では、憲法適合的解釈理論が提起され、たとえ従

来は憲法違反とされる規範でも、立法者の目的定立を侵すことなしに、裁判官が憲法適合的な目的をあてはめて解釈して、その規範を「救う」ことが許されるかということが問題とされている。しかしハベルカテによれば、そのような場合、裁判官が独自に定立した目的が重要とされるのではなく、規範の中で思考可能な、すなわち立法者自身によって標準的と意欲された (憲法適合的な) 目的が裁判官によってあてはめられるということが大事であるとされるのである。さらに同じく裁判官法の分野の問題として、いわゆる利益考量論の中で、衝突する憲法上の保護利益を比較考量する時に、裁判官の独自の目的定立が許されるかということが問題とされる。この問題に対してはハベルカテは、裁判官の利益考量は恣意的に行われてはならないのであり、規範の目的が規範の解釈に役立てられなければならないというのである。たとえば基本法五条二項 (表現の自由が一般的法律の規定によって制限されることを定めたもの) の「一般的法律」とは何かを定める場合にも、同法五条一項の法益を考慮せねばならず、「一般的法律」が無条件に、個別的検討なしで、基本権制約の道具とされてはならないと答えるのである。

以上、かなり長々とハベルカテの自由に対する観念、および

料 目的についての位置づけに関して、基礎的な一般的な理論を検討してきた。そこでハベルカテは、以下、具体的に給付の領域で、すなわち資金補助および公共施設の分野で、不明確な目的呈示がどのような問題を生み、それについてどのように解釈されているかを検討するのである。

(1) なお、この点 Otto Mayer, a. a. O., S. 284 Anm. 20.  
(2) これらの理論を説く者としてハベルカテによれば、たとえ H. Lertche, Rechtsprobleme der wirtschaftsfördernden Verwaltung, DöV 1961, S. 486 ff., 488; Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976 があげられている。

(3) これらの理論は、別の角度の問題として、現在西ドイツでは、過剰な立法の氾濫にどう対処するかという問題が提起されているが、大いに関係のある所であろう。立法の氾濫の問題等については、村上武則・佐藤英世「西ドイツの公法学の最近の動向」比較法研究四五号(一九八三年)二〇九頁以下で簡単にふれたことがある。  
(4) ハベルカテによれば、たとえば、ライプホルツやシュテレン(Stern)があげられている(一四〇頁)。

六 第五章「国家の金銭給付への配分参加(Teilhabe)——特に、目的と手段のコントロールによる資金補助(Subvention)分野の法的構成の可能性」についで

(1) 自由の問題としての資金補助  
ハベルカテは、国家の給付が、侵害と同様に、自由の問題であり、それは、特に資金補助交付の分野で示されるといふ。具体的問題に入る前に、まず資金補助概念について検討す

ば、彼は、資金補助を市場に見合う反対給付なしに与えられる私人への公権力の担い手による給付として捉え、ここでは、とりわけ、この分野において自由に対する典型的危険の要因が見い出される営利企業への資金補助を考察対象としていることに注意されねばならない。

資金補助は、公益に存する目的を追求する私人への供与である。一般の見解によれば、資金補助交付は、公目的を指向するところにその正当性がある。すなわち、私人に利益を与えることは、公目的の手段として正当化される。このことから、例えばイプセン(H. P. Ipsen)は、市場に見合う反対給付の代わりに、受益者は、反対給付として公益と結びつく行動が要求されるということを定式化した<sup>(3)</sup>。これに対してハベルカテは、利益供与と公目的の結び付きは、資金補助と結び付けられる行動要求にあるが、それは必然的なものではないと反論する。そこで、彼は、資金補助の概念から特定の行動という要素を取り払って、資金補助が、企業に対する「公的機関(öffentliche Hand)」の金銭給付または金銭価値のある給付であり、それは、反対給付なしではあるが、公目的の呈示を伴うものであると理解するのである。

さらに、公目的は、資金補助なしには別の結果に行きつくような社会過程への働きかけの中に存するとし、また資金補助に関して起りうる自由の観点は、私人への給付を通して社会過程を形成しかつそれに影響を与えようとする公的指向から生

じる。そして（企業への）資金補助は、市場経済、すなわち自由な社会過程への国家の干渉であり、自由が、特に社会の営みの国家からの自由を意味するならば、この社会の営みへの干渉は、自由の観点から正当化されねばならないと結論づける。

次に彼は、資金補助の機能に言及する。資金補助は、市場経済過程の修正であり、市場が機能せず、または市場の自己調整機能が政治的かつ社会的結果の点で好ましくないとと思われる限りで、避けられないものとみなされるのである。さらに彼は、市場への国家の干渉が回避できないものである限り、国家は、官憲的強制の手段より穏やかな資金補助交付の手段を用いることのほうがより良いとするのである（一四八頁）。

それでもなお、彼は、以下のような問題が残されると指摘している。すなわち資金補助による社会への「干渉」(Eingriffen)は、そもそも命ぜられていのかどうか、自由にとって重大な「負担」(Kosten)は、結果的にいかなる程度のものなのか、という問題である。彼は、この資金補助に関する問題を以下のように三つに分け考察している。

(1) 「穏やかな干渉」(angenehme Intervention)の問題

国家は、嚮導的に奉仕し、その目的実現のために国家は、その供与を条件と負担に結び付ける。すなわち国家は、市民を、提供される特典のために自由領域の制限を受忍することに導く<sup>(4)</sup>というのである。この点に関してハベルカテは、命令・禁止による高権的行政による手段と、条件・負担を伴う穏やかな

手段が、その効果において、何ら変らないものとみなしているように思われる。特に彼は、受益者グループ内に競争関係があるところでは、その市場状況は、個人々に資金補助の受け入れとともに提示された条件と負担を背負い込むことを強いる、ということを指摘している（一四八—一四九頁）。

(2) 第二の観点は、特に「社会国家原則と配分参加」(本稿では第三章)のところで触れられたことであるが、ある人への助成は、他の人の不利益であるという点である。このことは、特に経済企業の助成の際に妥当し、ある企業への資金補助は、その企業の競争者に対する優位を与えることになり、極端な場合には、競争者の存在の完全否定という重大な結果をもたらすことになるという（一四九—一五〇頁）。

(3) ここでハベルカテは、資金補助による自由危殆化の観点が、新自由主義経済理論(neoliberale Wirtschaftstheorie)に負っていることを告白している。すなわち、新自由主義経済理論によれば、市場経済の最終的かつ決定的変質(Entartung)は、市場参加者にとって望ましい国家の行動により、つまり累積された資金補助供与的、保護貿易的かつ独占促進的措置によって惹起されるか、または少なくとも助長されるのである。そして自由な経済のあらゆる自己廃止(Selbst-Abschaffung)の効果は、経済的自由の分野に止まらず、非経済的、人格的自由の分野にも及ぶとされるのである。このような観点から彼は、資金補助により投げかけられる自由の問題を洞察し、よって法治国

料的に十分な資金補助分野の形成を試みようとする。そこで次節において、自由の問題を示す資金補助を法的にコントロールするための手懸かりが、模索されるのである。

## (一) 法的コントロールの手懸かり

これまで述べたように、資金補助が、自由の問題を表わすので、効果的な法的コントロールが必要であることはすでに指摘された。ハベルカテによれば、これまで承認されてきた資金補助法的法命題の中には、三つの異なる立場があるという。すなわち、

(1) まず第一に、通説は、資金補助の必要な法的根拠を予算における手段の配置との結び付きで社会国家原則に見い出す。しかし負担が、資金補助と結び付けられている場合にのみ、特別な法律による授権の根拠を必要とするという。

これに対してハベルカテは、反論する。すなわち通説は、市民の法領域への国家の侵害に妥当するような「法律の留保」の放棄を意味するものである。受益者の範囲の正確な限定を必要としないのと同じように、資金補助について正確な法律による目標の呈示も必要としないが、これには問題があると批判する。

(2) 第二に、資金補助交付の法形式<sup>(6)</sup>と関係なく、資金補助を交付する国家機関は、基本権に拘束されているとする見解がある。特に裁判例は、基本法三条一項(法の下平等)と二条一項(人格の自由な発展)を持ち出す。連邦行政裁判所(BVerwGE

36, 101ff)<sup>(7)</sup>は、まず三条一項の恣意の禁止から、助成価値のメルクマールが確定されねばならず、助成価値のある人的範囲を限定するために客観的理由が挙げられなければならないということを引き出す。さらに二条一項から導かれる「利潤獲得競争の自由(Wettbewerbshheit)」は、それが受忍できない程度に制限される場合に、侵害されたとみなされるのである。

(3) 第三に、競争者訴訟(Konkurrenzenklage)<sup>(8)</sup>の可能性を重視する立場がある。裁判例は、原告が、その保護に値する利益が恣意的に無視されたということを主張する場合、他の人に供与された資金補助に対する取消訴訟を許されるものとみなしたのである。前述の裁判例の二条一項と三条一項との関連では、競争者の訴えは、原告の利潤獲得競争の自由が、受忍できない程度で制限されるか、または行なわれた差別についていかなる客観的根拠も明らかでない場合にのみ勝訴の見込みがあるとするのである。

しかしハベルカテによれば、これらの資金補助法の原則は、国家機関の行動可能性の極端な限界のみを強調しているということを示している。この法状態に対応して、裁判官は、資金補助を受け取ることのできなかつた申請者の不利益が、本質的に恣意的なかつ受忍できないものである場合にしかコントロールできないと批判する(一五六頁)。

さらに彼は、この法治国家上の欠缺(Defizit)は、法的コントロールからいかなる問題領域が除外されているかを明確にす



る場合に、明らかになるという。そこで彼は、以下のように指摘する。すなわち、第一に、公目的達成のための資金補助の妥当性 (Geignetheit)、第二に、資金補助と結び付けられる自由侵害の必要性 (Erfordernisheit)、第三に、公益、資金補助受領者の利益、そして競争者の利益などの間の衡量の適切性 (Angemessenheit)、第四に、資金補助は、そもそもこの妥当性、必要性、適切性を判断しうるために十分目論まれて計画されているかどうか、ということである (一五六頁)。

さらに競争者の権利救済が、以下のような事情によって妨げられるとする。すなわち、たとえ、資金補助交付が違法であったとしても、資金補助を受けた人の信頼保護の観点から、競争者の取消訴訟はその効果が過去に遡らないので、経済的結果において実のなままに終りうるとする。そこで行政は、競争者の取消訴訟に対して、競争者にも同様に支払うことによつて効果的に対処しうるといわれているのである。

(三) 資金補助法の発展——基本権上の手懸かり

ここでハベルカテは、すでに述べられた自由危殆化の問題を、具体的に資金補助受領者の側での自由危殆化の問題と、競争者の側での自由危殆化の問題に分け考察し、さらに第三者侵害と中立義務にも言及している。

(1) 資金補助受領者の基本権

まず資金補助受領者の自由危殆化を捉える手懸かりをフリアウフ (Friauf) が以下のような思考方法に求めたのである。す

なわち、国家は、その権力に服する者を利益誘導という刺激によつて、「自らの手先」とし、国家の強制的介入を免れるような立場を「任意に」放棄させることは禁じられているとする<sup>(9)</sup>。しかし、このように資金補助は直接侵害と何ら異ならない行動操作の道具であり資金補助が侵害の現代的同義語であると理解することに、ハベルカテは疑問を持つ。彼によれば、基本権は、市民の行動の自由空間を保護しているのであつて、資金補助の受領は、まさに自由空間を消費することである。したがつて国家の侵害と資金補助による穏やかな統制は、同じ基本権的尺度では測られ得ないとする (一五八—一五九頁)。

(2) 競争者の権利 (Rechte)

連邦行政裁判所は、競争者訴訟の判決で二つの基本権、すなわち二条一項 (利潤獲得競争の自由) と三条一項 (一般平等原則) を強調した<sup>(10)</sup>。しかし平等原則は、給付立法における恣意審査の枠内では余り評価されない。この判決からハベルカテは、資金補助分野の基本権的洞察の試みが、二条一項に結び付けられることは明らかであるとするのである。

この点に関しツレング (Türens) によれば、「資金補助によつて惹起されるあらゆる利潤獲得競争の侵害は……二条一項の自由な利潤獲得競争における基本権違反とみなされる<sup>(11)</sup>」とした。この考えに対しハベルカテは、競争者が法的意味で負担を課せられているのかどうか、または単に事実上関係づけられているのかどうかという問題を投げかける。彼によれば、基本権侵害

料は、国家活動が市民の法域に「関係している」ことを前提とする。国家活動の名宛人としての市民は、あらゆる場合に「法的に關係している」が、競争者は単に間接的にのみ他の人に向けられた資金補助交付によって關係づけられる。さらに一般的行動の自由、あらゆる人が関わっており、問題となる国家活動は、何らかの形でその人の行動に影響する。したがって事実上關係づけられる人の範圍は、一般的行動の自由の際には全く概観できないとされるのである（一六一—一六二頁）。

次にヘンケ (Henke) によれば、秩序づけられていない市場においては、例外的場合を除くと、利潤獲得競争關係は概観できないほど多様で分散しているという。それゆえ資金補助交付の時点では、誰がそれによって間接的に關係づけられるのか、そして關係づけられるとするならば、その不利益はいかなる程度のものかということなどが確認され得ない。さらにその不利益が、果して単に一つの資金補助交付によって惹起されたものなのか、複数の資金補助交付によって惹起されたものなのか、確定することができないとする<sup>(12)</sup>。そこで彼は、二条一項から導かれる利潤獲得競争の自由からの手懸かりを否定し、新たな手懸かりを提示するのである。すなわち、他の人への資金補助交付により損害を被った人は、公用取用に等しい侵害に妥当する諸原則に基づいて損失補償を得ることができる<sup>(13)</sup>。これに対しハベルカテは、ヘンケの手懸かりが、高権の権力に直接帰責される権利財産の侵害にのみ向けられたものであることを批

判する（一六三—一六四頁）。

ハベルカテは、競争者の負担が、法的意味での侵害でありうることは認める。しかしそもそも資金補助は、それが不平等に付与されればされる程一層効果的になり、平等に配分されればされる程、競争者は余り侵害されなくなる。したがって競争者保護の観点からのみ資金補助制度を理解しようとするれば、他の観点が、不当に無視される危険が大きいとするのである（二六五頁）。

### (3) 特に第三者侵害と中立義務

ここでは国家が、基本権上中立性が義務づけられている分野（例えば、芸術、学問の自由の分野）で、特定の人を助成する場合、それが第三者の侵害になるかどうかを考察される。

連邦行政裁判所は、租税上の優遇による文化政策は、原則的に基本法五条三項（芸術・学問の自由）に適合するとした。しかし、例えばフリアウフは、映画芸術の特定一派 (Richtung) の資金補助が、他の一派を市場から締め出し、その上映の機会を本質的に侵害する場合、基本法五条三項の侵害になるという。

ハベルカテによれば、第三者侵害の意図が証明されないところでは、第三者侵害の強度 (Intensität) のみがねらわれうる。これは、前述の連邦行政裁判所の競争者訴訟の判決と一致する。したがって競争者にとっての訴訟可能性は、その競争者が彼の利潤獲得競争の地位の重大な侵害を、証拠として出しうる場合にのみ開かれるのである。

(4) 給付請求権としての基本権

これまでの考察からすでに理解できるように、ハベルカテは、配分参加権的に指向される基本権教義学による資金補助のコントロールを否定する。彼によれば、配分参加請求権、または配分参加指向的憲法委託への基本権の解釈変更は、資金補助制度のより良いコントロールに貢献するのではなく、いずれにせよそれは、現在向っている傾向に、新たに基本権的活力を与えることによって、原則論なしでの資金補助の拡大傾向を強めるといふ(一六九頁)。

(四) 目的による資金補助の限定

以上、資金補助は、自由の問題を提起するが、それは侵害を指向する基本権によっては十分には解決され得ないことを見てきた。そこで他のコントロール基準が必要となり、目的による資金補助の限定が、考察されるのである。

(1) 資金補助の公目的による限定について

一般的見解によれば、資金補助は、概念上「公目的」に拘束されるといふ。連邦憲法裁判所(BVerfGE 4, 7 ff, 19)は、投資補助判決で、資金補助交付は、公益のために提供されなければならず、恣意的に他の人の保護に値する利益を無視することは許されないとした。さらにこの判決を受けて、連邦行政裁判所(BVerwGE 6, 134 ff)は、連邦憲法裁判所の判決を以下のよう理解した。すなわち、公益のためにいかなる措置を行うかは、立法者の裁量であると判断したものと理解したのである。

ハベルカテは、これらの判決を通じて公目的によって資金補助を限定しようとする考えは早々と退けられることになったといふ。

(2) 予算総則法(HG-G)一四条、連邦会計法(BHO)二三条との関係

ハベルカテによれば、これらの規定は、<sup>(15)</sup>資金補助が、公益のために提供されるものでなければならぬという命題を敷衍しているにすぎない。さらに予算は、<sup>(16)</sup>明確な法律の規定により組織的法域でのみ拘束され、したがって対外効果を持たないので、まして予算の成立を規律する規定には外部効果は帰せられないといふ。そこでこれらの規定は、基本法二〇条三項<sup>(17)</sup>に基づいて裁判官により適用されるような法規ではないとするのである。

(3) 行政の法律適合性による限定

ヴォルフ・ビッホフ(Wolff-Behof)は、消極的法律適合性(negative Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)の原則から、給付を贈与すること、すなわち公共の福祉のために反対給付、または相応する利得なしに私人に公的手段を与えることの禁止を演繹する<sup>(18)</sup>。

しかしハベルカテは、消極的法律適合性の原則は、行政が現行の法規を守らなければならないということの意味にすぎず、これらの法命題に、給付を贈与することの禁止もまた属するかどうかが疑問であるとするのである(一二二頁)。

(4) 補充性原則(Subsidiaritätsprinzip)による限定

料 国家は小社会的団体が履行しうるいかなる任務をも独占することは許されないとするこの原則は、ハベルカテによれば、憲法規定の背後にあるのであって、具体的内容を持つものではなく、したがっていかなる決定価値と認識価値 (Entscheidungs- und Erkenntniswert) も有さなく。ここからすでに、この原則が公目的による資金補助の限定を根拠づけるかどうか疑問であるという。

(5) 資金補助の理性法による限定

国家は何ものも贈与することは許されないということで、目的による資金補助の限定が必要であるという観点からフォーゲル (Voegel) は、全ての負担が正当性を必要とし、さらに資金補助は、原則的に市民の行動に向けられているので、客観的に根拠づけられ、それはまた公益にとって望ましいものでなければならぬという。このことは、行動を惹起するための配分が、妥当かつ必要でなければならぬことを意味する<sup>(19)</sup>というのである。

これに対してハベルカテは、フォーゲルのいう負担の正当化と支出の客観的根拠づけの要求が、明らかに表面的衡量にすぎないと批判し、事物の特質に応じて包括的に審査しうるあらゆる資金補助の正当性を要求することが重要であるという (二七三—二七四頁)。

(6) 比例原則による限定

ここでハベルカテは、一つの結論に到達する。これまでの資

金補助を限定する手懸かりが、不十分であるとした上で、彼は比例原則をその手懸かりとして持ち出す。その理由は、規制的国家活動の分野で妥当してきたこの比例原則は、自由保護の一般的な根本的手懸かりであるからであるという。彼によれば、比例原則命令は、自由保護分野への、目的と手段の思想の適用を意味する。個人の自由の制限は、目的と手段の考察に基づいて正当とされなければならない。自由の制限は、正当な公目的の達成のために妥当で、必要でかつ適切な手段でなければならぬ。この手懸かりは、自由危殆的権力としての国家の給付にも妥当しなければならないという (一七四—一七六頁)。

このような結論に到達した上で、次に、目的と手段によるコントロールの前提となる資金補助目的の明確化 (Präzisierung) の問題が扱われる。

(5) 資金補助目的の明確化について

(1) 効果目的 (Erfolgszwecke) と行動目的 (Verhaltenszwecke) 通常、資金補助目的の名の下に、二つの異なる目的、すなわち効果目的と行動目的が理解されるといふ。行動目的とは、資金補助によって求められる資金補助受領者の作為または不作為に向けられた目的であり、効果目的とは、資金補助受領者の行為または不作為から生じる結果に向けられた目的である。

フォーゲル<sup>(20)</sup>は、資金補助目的は特に行動目的によつて制限されると考えた。これに対してハベルカテは、求められる行動は公益に存する目的達成のための手段に過ぎない。効果目的の達

成にこそ公益が存する。したがって目的適格性の基準は、求められる行動ではなく、それによって目的とされる効果であるとするのである。このように彼は、特に効果目的を重要視しているが、しかし決して行動目的を無視するものではないことに注意されねばならない。

(2) 資金補助の政治的機能について

ここでは資金補助目的の明確化に資金補助の政治的機能が対立しているかということが問題とされる。

行動目的の呈示は、法律による資金補助の際にはその規律の中に、そして法律形式によらない資金補助の際には資金補助の指針 (Richlinien) の中に見い出される。それに対して効果目的の呈示は、予算案項目 (Haushaltsplanansatz) から法律上の資金補助の構成要件からも、明確には決して取り出され得ないという。そこで資金補助目的の中でも特に効果目的と政治的機能との対立が問題となる。

ハンスメイヤー (Hansmeyer) は、資金補助が、「争いに敏感な裕福な社会において、市場経済という敏感なモーターが短期に過熱するのを防ぐ潤滑油である」とし、さらにハンスメイヤー・エヴリングマン (Hansmeyer-Evringmann) は、「経済政策的かつ社会政策的妥協の惹起、または票獲得とシステム安定の達成に向けられている手段は、不明確に定式化されなければならぬ目標に必然的に仕える。正確な目標の具体化は……その手段から紛争解決の可能性の相当な部分を取り去るだろう」

とする。

これに対しハベルカテは、資金補助が政治的に刻印づけられている事実は疑うことはしない。しかし、その本来の経済的目標設定が、それにより重要ではないということにはならないとする。立法者は、選挙戦術的理由から資金補助を交付するかも知れないが、それでも常に立法者は、資金補助を必要とみなさせる経済的理由を決める。目的と手段のコントロールは、この理由に向けられ得るし、向けられなければならない。言いかければ資金補助の「政治的目論見」は、目的と手段のコントロールにとって決定的な効果目的ではないとする。結局彼は、資金補助の政治的性格にもかかわらず、効果目的を明らかにすべきであり、効果目的の特定は、あらゆる資金補助規律の解釈のために不可欠であるとするのである (一八一—一八三頁)。

(3) 目的適格性の判断と資金補助目的の操作性 (Operationalität)

ハベルカテによれば、資金補助の目的適格性、その必要性及びその適切性を判断するために、目的の呈示がいかに正確でなければならぬかは、目的適格性その他の判断の特質を扱うことなしには決められないとされるのである。

(a) 目的適格性審査の個々の歩み (Schritte)

目的の適格性を判断するには、「べき (Soll)」と「である (Ist)」が知られていることを前提とする。「Soll」とは、いかなる具体的目標の言明が、望まれる状態について存在するか、そ

料  
これは行動目的に関してか、効果目的に関してかという問題である。「[St]」は、経済的出発状況がどうかという問題である。この二つの問題を踏まえた上でさらに、「[Sol]」を実現するための手段としての資金補助は、どのように作用するか、資金補助なしの経過はどうか問題となる。資金補助の作用に関して、さらに資金補助は、名宛人 (Designate) に達したか(形式的事実)、それはまた実質的に名宛人に保持されているか(実質的事実)、いかなる方法で資金補助は、行動変化を誘導すべきか、資金補助受領者の望まれた行動は、望まれた最終効果を導くかという問題に分けられるとする。

ハベルカテによれば、本来の妥当性審査の先行問題は、形式的かつ実質的事実 (Undertan) の問題であるとされ、形式的かつ実質的事実が与えられる時に、資金補助が追求される行動目的と効果目的に影響を及ぼし得るかどうかが審査され得るとするのである。

(b) 資金補助の目的方向(経済安定成長法一二条)について  
資金補助の効力の審査は、その目的方向に応じて異ならなければならぬ。経済安定成長法 (SABG) 一二条の中で、目的に応じて資金補助が区別されている。すなわち維持資金補助(資金補助受領者の現状維持を目的とする)、適合資金補助(所与の経済関係への資金補助受領者の適応を目的とする)、発展資金補助または助成資金補助(国家プラン、すなわち政治的目標設定への組み入れを要求する)である。

ハベルカテによれば、これらの資金補助は必ずしも明確に区別されるものではなく、相互に関連し合うものである。それゆえ経済安定成長法一二条のカテゴリへの資金補助の整序づけは、資金補助のためにいかなる正確な目標提示も示さない。それは単に上位の観点を提供するにすぎず、その下での具体的目標提示がさらに必要である。しかし一二条に基づく抽象的種類の価値は、それによって典型的資金補助目標のケースグループが特徴づけられ、そして目標達成のコントロールの際の典型的難しさが示唆されることであるとされるのである。

(c) 補論：財政学的效果分析の例

ハベルカテは、効果のコントロール (Erfolgskontrolle) を可能にするために、いかに正確に資金補助目的が特定されなければならないか、ということを示すために、一九六六年から一九六七年のノルトライン・ヴェストファーレン州の経済構造改善のための資金補助の財政学的效果分析を例に挙げている。

彼によれば、その効果分析は二つの意義ある原則的観点を指摘していることとされるのである。すなわちまず第一に、行動目的との関連での目的適格性は、原則的に効果目的との関連での目的適格性と比較して、かなり容易に判断され、資金補助受領者によって求められる具体的行動は、最終効果の発生よりも容易に概観しうるといふことである。第二に、目的適格性のコントロールは、二つの異なる手懸かりをもって考えられうるといふことである。一つは、目的適格性のコントロールが、資金補助

または資金補助措置が無効果であることが判明したかどうか、もしくはそのことが先見的に明らかとなるのかどうかということを問題にしうる（消極的問題）ということであり、もう一つは、（期待すべき）積極的效果の程度を問題にしうる（積極的問題）ということである。この問題提起の仕方に応じて、資金補助目的的操作への要求は、異なるとされる。無効果に関する消極的問題が提起される場合、これらの要求は、より良き資金補助効果に関する積極的問題におけるより明らかに少ないとされる。ここで彼は、法的な、目的と手段のコントロールには、無効果に関する消極的問題のみが妥当しうるとするのである。この点については、詳しくは本書の第七章（本稿では第八章）で触れられる（一九〇—一九二頁）。

(d) 総合効果としての資金補助の作用

ハベルカテによれば、国家の給付によって追求される形成目的は、個々人に負担と条件の下に供与される助成によって生じる総合効果である。そして公目的は、私人に有益な給付に基づく効果の総体と何ら異ならない。効果目的に関する目的適格性は、個々人への資金補助交付とそれによる行動の変化によって本来追求される経済的效果が総合的に発生する場合に与えられる。しかし総合効果の評価と判断は、非常に難しいとされるのである。

そこで彼は、資金補助交付者（議会）が、総合効果の評価と判断のために明確な基準を定めることが重要となるという。し

かし、そのような基準が、明確に提示されていない場合に、裁判官は、コントロール基準がないためにコントロールを諦めるか、それとも自ら目的達成のための基準を定めるかの二者択一の前に立たされる。目的達成の問題は、目的と手段のコントロールの要であり、目的達成について基準の展開を放棄することは、要するにコントロールを放棄することである。逆に裁判官が、自ら基準を展開する場合には、それはコントロール可能性の限度を越えることになる。したがって法的意味での可能な結論は、裁判官に効果目的に関する目的達成の基準が手もとに与えられていなければならない。このようにしてのみ、他のやり方では裁判官によっては概観され得ないような総合効果の問題が解かれるとするのである。

(4) 資金補助に関する必要性と適切性の判断

ハベルカテによれば、目的適格性の判断に妥当する目的提示についての特定性の要求は、資金補助の必要性と適切性の判断にも同じように妥当する。そしてこれらの判断は、自由保護の観点でなされなければならないとされるのである。

まず必要性の命令に基づいて、手段がいくつかある場合には、最も自由侵害とならない手段が、選ばなければならない。次に適切性の問題においては、挿入された手段と効果の適切な関係が重要である。そしてここで大切なことは、この必要性と適切性の原則は、公益の実現と自由の負担が相互に比較衡量されることを要求することであるとされる。

料 (5) 法律による資金補助目的の明確化

資金補助の目的達成がコントロールされるべき場合には、より正確な目的の呈示が必要であることはすでに述べた。ここでは、いかなる法形式でこの目的の呈示がなされなければならないか、ということが問題とされる。以下それについて述べる。

(a) 資金補助指針 (Subventionsrichtlinien) による資金補助目的の明確化

法的規律がなく、資金補助が、単に予算案の中で定められる場合には、行政規則である指針によってはじめて実質的規律の骨子、すなわち資金補助手続、資金補助構成要件、受領者の範囲、行動目的や効果目的としての資金補助目的などが定められる。しかしまた法律の形式で資金補助交付の要件が、定められている場合にも、しばしば目的方向の明確化を必要とし、それは資金補助指針によって行なわれるという。

ところが指針による資金補助目的の明確化に対しては、以下のような疑義があるのである。第一の疑義は、議会が、資金補助交付について決定しなければならぬのであり、資金補助は、少なくとも予算案の項目の形式で議会の意思表示を必要とする。それに反して資金補助指針は、議会からではなく、行政から発布されるものである。そして、目的の明確化がはじめて行政機関によって行なわれる場合、それらの目的は、議会によって供与される資金補助のコントロール基準としては締め出されることになることとされる。第二の疑義は、行政が資金補助目的

をその指針の中で定式化する場合には、議会の予めの目的の呈示が、欠けているかまたは不十分であるので、行政は理性的な資金補助目的を補充することを頼りにすることになる。しかしそれでは、行政は、手段の準備という単なる事実から手段の準備にとつて決定的である目的を推論することになり、それは問題があるというのである。

これらの疑義に対してヘンケは、行政規則すなわち指針の形式による資金補助規律を擁護し、その形式と内容について特別な要件を立てる。すなわち、「資金補助規律は、明確で、特定され、完全でありかつ考慮される受領者にとつて分り易いものでなければならぬ。それらは、資金補助の構成要件、資金補助目的、資金補助の受領者・種類・範囲を示し、必要な手続規定と資金補助の条件を含んでいなければならない……」、「資金補助規則は、資金補助供与の要件を充たす各人が、それを知らせてもらいうる限りで、公示されなければならない。その公示の中には、少なくとも資金補助の構成要件と目的の本質的メルクマール、ならびに申請の形式と期間、そして申請を受理する管轄庁が示されていなければならない」という。

これに対してハベルカテは、ヘンケが行政規則としての資金補助の指針について立てたザツハリツヒな要求には、それが内容的に法律に対する法治国家的要求と一致するという理由で、同意する。しかしどのような根拠でその規律が、議会ではなく、行政規則で作られてよしとするのかわからないという。ハ



ベルカテは、資金補助は、少なくとも予算案における項目を前提とし、法規として叙述されるものは、法規を必要とするのではないかというのである。またヘンケは、これとの関連で、法律には融通性が欠けているので、給付行政は独自の規律権限を欠かすことはできないというが、ハベルカテは、資金補助指針が、実際に法律や法規命令よりも本当に可動的に挿入されるということが、まず証明されねばならないという。さらにヘンケは、資金補助法的規範の定立が、行政の活動余地（裁量または判断余地）を認めることなしには生じないというが、それは、資金補助法のいかなる特殊性でもなく、侵害を通しての経済誘導にも同じように関わるものであり、したがって資金補助規律に關する形式の特殊性をも正当化しないと反論する（二〇〇—二〇一頁）。

(b) 立法者による資金補助目的の明確化  
さて、以上に述べたことによつて、議會のみが、必要な目的具体化を行なうということが正しいとすれば、あとはいかなる法形式の中でそれが行なわれなければならないか、ということだけが問題となる。そこで（形式的かつ實質的）法律による「通常の」規律とならんで、予算案と結び付けられる予算法律による規律が考えられる。

予算法律についての説明の出発点は、支出と義務の授權は予算総則法 (HGG) 一二条四項と連邦會計法 (BHO) 一七条一項により、「目的に応じて別々に見積られ、かつ必要な限りで、

説明されなければならない」という事実にある。さらに予算総則法二七条一項一文、連邦會計法四五条一項一文によれば、支出と義務の授權は、予算案の中で示された目的のためにのみ行なわれ、または請求することが許されるとする。それゆゑ、資金補助目的が予算案の中に含まれるとするなら、僅かな修正で十分に規範的規律が創設されうると考えられよう。ハベルカテは、予算案の中に現存する目的呈示は、目的と手段のコントロールのためには、十分正確には特定されていないとするし、また予算案の中の目的呈示は、組織的な法域においてのみ議會と執行府間を拘束するという。

結論として彼は、一般的法律の留保が、資金補助の比例原則によるコントロールにとって不可欠の条件であり、法律による規律のみが、資金補助交付者、すなわち議會が、拘束的に資金補助目的を定式化し、その目的に基づいて資金補助が審査されるということが可能にすると考へるのである（二〇一—二〇三頁）。

#### 丙 総括

これまで資金補助による自由危殆化の問題は、すでに多くの人によつて指摘されてきた。しかしその問題を説明するための手懸かりは、基本権に依拠するものであった。ハベルカテは、このような基本権上の手懸かりによつては、資金補助の示す自由危殆化の問題（彼は、給付的国家活動全体を念頭に置いている）は、十分には説明され得ないと考へた。そこで彼は、目的と手

料 段によるコントロール、すなわち比例原則によるコントロール

を新たな手懸かりとして掲げたのである。<sup>(26)</sup>

資

(1) 彼によれば、資金補助は、資金補助受領者そのものの自由には関わらない。それは、基本権が、「与えること」ではなく、「奪うこと」の行動様式に向けられているからである。しかし資金補助は、競争者の自由を侵害しうる。ところで、この間接的效果が、全て法的意味での侵害にあたる訳ではなく、侵害の強度とその証明しうる意図に基づいて、侵害の厳格な限界づけが企図されなければならない。基本権は、通常確認されう

る自由危殆化の一部の分野のみ、すなわち資金補助受領者と競争者の自由への危険のみをつかむものであり、したがって包括的にコントロールしうる比例原則の中で基礎づけられる、目的と手段のコントロールが、必要となるという。

(2) そこで次に、いかにしたらこの目的と手段によるコントロールが、可能になるかということが問題となる。ハベルカテは、資金補助に関する、目的と手段のコントロールは、資金補助目的（行動目的と効果目的）が、十分具体的に呈示されている場合に、法的に可能であるとす。そこで、特に本来求めらるる効果目的が、裁判官に対して予め呈示されなければならない。この資金補助目的の特定が、資金補助に関する、目的と手段のコントロールの中心問題であるとする。

さらに、効果目的の特定と同時に、目的達成のための基準が、定立されなければならない。この基準の呈示なくして、総

合的に目的を実現すべき個々の資金補助措置の目的適格性は、判断され得ない。また資金補助の必要性と適切性も、資金補助の目的が、十分具体的に示され、したがって多様な選択の可能性と、自由の負担と考えられるその都度の「負担 (Kosten)」の価値ある考察が行なわれてはじめて、審査され得る。

(3) 最後に、資金補助に関する、目的と手段のコントロールの中心問題である資金補助目的の特定の問題が、取り上げられる。すなわち、一体誰が、資金補助目的を特定すべきかという問題である。

ハベルカテによれば、行政による資金補助の指針や、予算法による目的呈示の形式では不十分であるとする。資金補助交付者である議会によって、したがって法律の形式で、資金補助目的が呈示されなければならない。そのような目的呈示がある場合に、裁判官による資金補助のコントロールが、比例原則により可能になるとするのである（二〇四—二〇五頁）。

このようにハベルカテは、給付分野（ここでは資金補助の分野）に包括的なコントロールの可能性を与えるために、まず立法者に目的を明確にすることを義務づける。すなわちそれは、給付目的（ここでは資金補助目的）の法律による明確化の留保という特殊な法律の留保を意味するのである。まさにそこに彼の一つの独自性があるのであり、この特殊な法律の留保を前提としてはじめて比例原則による給付分野（ここでは資金補助分野）の包括的コントロールが、可能となると考えるのである。

- (1) 給付的國家活動の分野でも、自由の問題が示れられてくる。見解は、多くの人に受け入れられてくる。最近のものは、vgl. Hans-Uwe Erichsen, Freiheit-Gleichheit-Teilhabe, DVBl, 1983, S. 289f.
- (2) 西ドイツにおいては、資金補助という場合、主に私人に対する供与を意味し、地方公共団体への資金補助とは切り離して論ぜられるようである。我が国については、塩野宏「資金交付行政の法律問題(1)——資金交付行政と法律の根拠——」國家学会雑誌七八卷三・四号一頁以下参照。村上武則「私人に対する補助金行政の法律問題(1)」廣大政経論叢三四卷四・五号八三頁以下参照。最近のものとして、確井光明「補助金」現代行政法大系一〇卷二二五頁以下参照。
- (3) Hans Peter Ipsen, VVDStRL Bd. 25, 1967, S. 279f.
- (4) Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Bd. 11, 1954, S. 41; Karl Heinrich Priau, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstat, DVBl, 1971, S. 674f.
- (5) 新自由主義理論は、中央管理的体制をきりく拒否する点にその特徴があるという。中村達也他著・経済政策の思想一七二頁以下参照。さらに出水宏一・戦後ドイツ経済史二五二頁以下参照。
- (6) 特に西ドイツにおける資金補助交付の法形式については、村上武則「二段階論、行政行為一元論および形式的行政行為論」廣大政経論叢三四卷三三三頁以下参照。
- (7) 取消訴訟における一般の自由権の拡張の問題との関連についての判決に言及しているものに、小早川光郎「行政訴訟の構造分析(一九八四年)一六六頁参照。
- (8) 資金補助に関する文献の中で競争者訴訟に言及してこの点の点多数あるが、特に競争者訴訟を扱った文献として、Manfred Zuleeg, Subventionskontrolle durch Konkurrentenklage, 1974; Heinz-Josef Fricke, Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-

- rechtlichen Subventionsvertrag, DöV, 1980, S. 673 ff.; Helmut Lecheler, Die Konkurrentenklage abgelehnt aus Angst vor den Folgen?, DöV, 1983, S. 953 ff.
- (9) Karl Heinrich Priau, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik der Subventionswesens, 1966, S. 729 ff.
  - (10) ヘルマンの原典には、脚注六五が欠けているが、筆者がそれの内容から推察してこの判決は、BVerwGE 30, 191 ff. を指していると思われる。
  - (11) Zuleeg, a. a. O., S. 73 ff., 80 f.
  - (12) Wilhelm Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979, S. 113f.
  - (13) Henke, a. a. O., S. 121 f.
  - (14) ヘルマンの「連邦行政裁判所の判決を明記して」なるものは、BVerwGE 23, 194 ff. を指していると思われる。
  - (15) 兩規定とも國家の出捐(Zuwendungen)に関する規定である。
  - (16) この規定は、予算総則法三条二項、連邦会計法三条二項による。
  - (17) 基本法二〇条三項は、以下のやうに規定している。「本法は、憲法秩序に、執行権および裁判は、法律および法に拘束される。」(宮沢俊義編「世界憲法集」)
  - (18) Wolf-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Auf., S. 180 f.
  - (19) Klaus Vogel, Begrenzung von Subventionen durch ihren Zweck, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 539 ff.
  - (20) Vogel, a. a. O., S. 547 f.
  - (21) Karl Heinrich Hansmeyer, Subventionen als wirtschaftspolitisches Instrument, 1969, S. 326.
  - (22) Hansmeyer-Ewingmann, Zur Beurteilung von Subventionen, 1975, S. 83.
  - (23) Henke, a. a. O., S. 69 f.

(24) Henke, a. a. O., S. 130.

(25) 資金補助と法律の留保の問題を扱ったものとして、塩野宏「資金交付行政の法律問題(2)——資金交付行政と法律の根拠——」国家学会雑誌七八巻五・六号三五頁以下、杉村敏正・全訂行政法講義・総論(上巻、四五頁参照。尚、杉村敏正教授や塩野宏教授は民主主義原則にもとづいて資金補助をコントロールしようとした。この点、西ドイツにおいてもイェンシュは、民主主義原則に立脚して全部留保論を提起したのであった(Josch, Gesetz und Verwaltung, 1961)。しかし西ドイツにおいては、比例性原則をはじめ、基本権に基づくなどして、自由主義ないし法治主義の視点によるコントロールの手懸かりが探究されていることがきわめて興味深いところである。

なおまた、日本の現状については、「国自治体いずれにおいても、補助金の給付については法律や条例で定めをおかず、要綱を定めている場合が少なくない。」といわれている(芝池義一「行政法における要綱および協定」基本法学4——契約(一九八三年)二七七頁)。

(26) 我が国においても給付の分野における比例原則の妥当可能性について指摘されているが、筆者の知る限りではこれほど詳細な研究は見あたらない。

七 第六章「国家的施設(Einrichtung)への配分参加——Numerus-clausus に対する判決と、収容力汲み尽くし(Kapazitätserschöpfung)の命令の特定性」について

(一) 連邦憲法裁判所の提唱(Ansatz)と収容力法(Kapazitätsrecht)の基礎

連邦憲法裁判所は、一九七二年からの Numerus-clausus 判決(大学入学定員制判決, BVerfGE 33, 303 ff)において、基本法

一二条一項(教育の場を自由に選択する権利)より、防禦権的な要素と並んで、配分参加権の権利をも導いた。すなわち、基本法一二条一項から、自分自身の選択した勉学に対する許可への、勉学志願者の権利(Anspruch)が生じるのである。

ハベルカテの分析によれば、この判決は、他の所では妥当しないほどの純粹さでもって、目的と手段の論法により形づくられている。すなわち、憲法的にあらかじめ与えられた目的は、収容力の汲み尽くしということであり、収容力法の規範化は、それが、この目的の達成に対して、妥当、必要かつ適切な手段を表わしているかどうかということに基づいて、探究されるのである。つまり、すべての勉学の許可の法は比例性原則により決定的に形づくられるというのである。

ところで、この判決は、基本法一二条一項から入学許可を求める権利を導くが、実は、この判決は、学問の場の新たな創設を求める権利を認めるのではなく、現存の収容力の配分参加に対する権利を認めているにすぎない。ところが、配分参加は、本来は新たな権利の実現を要求するものであるがゆえに、現存に向けられたこの配分参加は、「派生的な」配分参加であり、平等原則の要請の下にある。従って、連邦憲法裁判所のように基本権を配分参加権的に解釈しなおす必要はなかったともいえる。さらに、新たに配分参加権でもって構成した場合には、ある人に対する配分参加の承認が、目的とは裏腹に、他の人の「非配分参加」の理由づけとなってしまうという。

しかし、彼によれば、問題は全くそういうこととは関係ないというのである。すなわち、配分参加供与は、国家をして、積極的に市民の生存領域を形づくる、社会形成的な力を有しているものとして表わすが、このような国家の役割の中における立法機関や行政機関の機能を埋めあわせる力を、裁判所はただ制限されてしか持っていないはずである。しかるに、実際には裁判所は、そのようなコントロールを行なう国家活動と、純粹に政治的に形成を行なう国家活動との間の境を越えてしまつているところが問題であるというのである。

ところで連邦憲法裁判所は、現存の収容力の汲み尽くしを、憲法の命令 (Verfassungsbefehl) であると定義する。すると、収容力の概念は、まず、現存の収容力ということが、基本法二一条一項からの基本権の限界であるということ、そして、その収容力の規範化が、目的に対する手段となり、許可の制限は、それがどうしても必要という限界の中でのみ認められること、という二つの意味を表わすことになる。以下ハベルカテは、このような収容力の二つの意味がどのように作用するかについて検討する。

すなわち、一九七二年に、勉学場所の配分に関する諸ラント間の契約 (Staatsvertrag, 以下「国家契約」といふ) が結ばれたが、その「国家契約」自体は、どのようにして収容力の算定をするのかについての懸かりを含んでおらず、全くそれは、命令制定者 (Verordnungsgeber) に委任されている。果たして、

その「国家契約」および関連のラント法律によつて、「勉学場所の配分に対する統一した収容力算定と決定のための基本原则についての命令」(Kapazitätsverordnung, 以下「収容力命令」といふ) が發布されるが、これによれば、おおむね収容力は、大学の人的設備、すなわち講義提供 (Lehrangebot) と、学生の講義需要 (Lehrnachfrage) に基づき算出され、そして、そこから出てくる数値は、空間的物的状況により修正されることができるのである。「収容力命令」は、第一次から第五次まで出されているが、それらを見ると、たとえば講義提供の算定に關してみられるように、具体的な計算から、だんだんと抽象的な確定へと發展していつている。従つて、その算定の際には、そのような發展に伴つて、重大な評価の問題が現れるようになる。つまり、ハベルカテは、収容力の限界づけは専ら命令制定者に委ねられ、しかも、そのような命令も抽象的であるがために、評価の問題を多く出すというのである。

他方、連邦憲法裁判所は、収容力法の規範化を立法者の権限に属せしめる。その際に、事実関係 (Sachverhalt) が複雑で、發展の中でとらえられる場合には、立法者に、経験 (Erfahrung) の収集のために適当な期限が帰せられるが、適当な間隔においてその時々々の経験の状況が立法者によつて規律し続けられなければならないと指示する。それゆえに、収容力法的な規範化は、本質的に、「実験」(Experiment) として理解される。ここで連邦憲法裁判所は、実験から生じるものが、収容力汲み尽く

料しという目的に適合していることの必要性を、繰返し強調する。つまり、收容力法の規範化は、その時々を経験によって、常に現存する收容力の汲み尽くしという目的が達成されるべく、「実験」されなければならないといっているように思われる。

そのような状況の下、ハベルカテの分析によれば、「評価」も「実験」も、実際には、行政裁判所が取り行なっているという。つまり、彼は、收容力法は、多くの規範化が存在するにもかかわらず、常に、決定的に、裁判官法 (Richterschaft) によって刻印づけられたままなのであるということをも、この節で述べようとしているのである。このことは、まさに、この章全体を貫く、核心的な問題なのである (二二三頁)。

## (二) 現存の收容力の効果的な裁判的コントロールのための決定

連邦憲法裁判所は、客観的な、事後審査可能な收容力算定基準を要求し、それをもとにした行政裁判所によるコントロールの必要性を指摘したが、ハベルカテは、すでに初期の段階で、二つの困難性が露顕したとする。すなわち、第一は、行政裁判所の地域管轄権の問題であり、第二は、裁判手続において確定される、利用<sup>(5)</sup>されていない勉強場所は、誰のものになるべきかという問題である。

まず、第一の、地域管轄権の問題については、これは、收容力法が、どの行政裁判所に管轄権があるのかについての規定を全く含んでいないがゆえに起こる問題であるが、ハベルカテによ

れば、解答は二つ考えられるという。すなわち、まず第一は、中央の分配機関が存在する所を権限区域とする裁判所に管轄権があるというものであり、第二は、大学が存在する所を権限区域とする裁判所に管轄権があるというものである。

ハベルカテの見解によれば、收容力の訴訟に対する地域管轄権の規律は、それ自体、単純な法の問題である。しかしながら、バーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所により提供された、中央機関が存在する所を権限区域とする、ゲルゼンキルヘン行政裁判所に管轄権があるとする解決<sup>(6)</sup>には、收容力の徹底的利用の裁判的コントロールが非常に困難にされるといふ危険が存する。なぜなら、ゲルゼンキルヘン行政裁判所は、キール、レーゲンスブルク、ミュンヘン、ハンブルク等から遠く隔たっているからである。そこで連邦憲法裁判所は、単純な法的问题を「効果的な基本権の実現」が問題になっていることを理由に、憲法の地位に持ち上げるのである。しかし、ハベルカテによれば、連邦憲法裁判所は、地域的管轄権の問題の解決を、このように憲法上命じられたものとみなしながら、他方で、その問題については、「中央的」に定めようが、「非中央的」に定めようが、立法者によりどちらにも解決できるとするのでその点で矛盾しているという。ただし、彼は、その問題が憲法的性格を手に入れるという、連邦憲法裁判所の結論自体には賛成するのである。

いずれにせよハベルカテは、中央的な解決は、立法者によるものであれ、裁判所によるものであれ、権利保護を妨げる効果

があるから、賛成できないというのである(二一五頁)。

第二の帰属利益主体の問題は、裁判手続において確定される、利用されていない勉強場所は、訴えを提起した者に許されなければならないか、あるいは、中央機関(NVS)の待機リストのより上位の者に許されなければならないかという問題である。しかし、事実上の問題として、待機リストにおける最高のランクを持つていれば、そのリスト上の前進により、すぐに勉強場所を手に入れることができるために、時間及び費用のかかる訴訟を起こそうとはしないであろうし、より下位の人が訴訟を起こしても待機リストにおける最高のランクを持った志願者に許されるのなら、訴訟は何の利益にもならないであろうことが、ハベルカテにより推測される。連邦行政裁判所は、訴えを提起しなかつた志願者に利益を与えようとしたが、それに対して連邦憲法裁判所は、効果的な権利保護の憲法的な重要性を強調することによって、疑問を呈している。<sup>(8)</sup>

ハベルカテは、現存する収容力の徹底的利用の憲法上の目標は、全く効果的な行政裁判所のコントロールによってのみ達成されうるとし、もし基本権の領域において、そのような効果的な権利保護が、法の規律により危険にさらされるときには、それは常に憲法上の問題として重要視されなければならないと指摘するのである。

(三) 外見的にしか明確化されていない福祉目的——収容力概念の不特定性(Unbestimmtheit)

ハベルカテによれば、連邦憲法裁判所の判決は、公平な観察者に対して、「現存の収容力の汲み尽くし」は、収容力法上の規範化に、十分に特定の目標であるとの印象を与えるかもしれない。その場合、連邦憲法裁判所のいう「秩序に適した勉強の維持」は、目標追求を制限する「反対」の性質を有しているものと見られなければならない。しかし実際には、許可の要請(Zulassungsspruch)と教育の質(Ausbildungsqualität)というのは、目標と限界の關係に立つてではなく、この二つの要素を目標の定式化の中に組み込むことが必要である。すなわち、秩序に適した勉強への、できる限り多数の許可が重要となるというのである。このような根拠から、また彼は、収容力概念は、すでに本質的な、評価の問題を出していることを指摘する。より厳密に言えば、まず、いかなる教育の目標が達成されなければならないかという問題、そして、いかなる基準と教育の質が測られなければならないかといった問題の中に、評価の性質が入っており、しかも、この二つの問題の解答は、本質的に不明確であるというのである。

このように、収容力概念は、不特定性を有していることが認められなければならないが、ハベルカテは、その収容力概念の不特定性が、次の二つの欠陥的な状況の原因となるという。ひとつは、不明確な収容力概念が導く収容力法的な規範化は不十分であるということであり、もうひとつは、人は、収容力を手短かに収容力汲み尽くしの手段を通して定義しようとするが、

料 「収容力」が不明確なために、収容力汲み尽くしの利用の目標が、目標の達成を確保するための手段であるはずの規範のうしろに消えてしまっておそれがある。すなわち、手段が目的に対して独立してしまふことである。

さらに、ハベルカテは、収容力概念が不特定なために、現存の収容力は汲み尽くされなければならないという指導原理 (Leitged) からは、裁判官が、命令制定者により制定された算定方法および講義数 (Einsatzeinheiten) などを、その正当性において審査できるような基準は全く出てこないという。そのような基準が不可能だとすれば、仕方なく、基本法一二条一項に依拠せざるをえなくなるのであるが、ここで問題になる憲法自体の指示の力 (Wesenskraft) も、いかにして現実化されるかは、まだ解決されていないというのである (二一八頁)。

#### 四 規範的収容力と事実上の収容力

ここで大学の「教育の収容力」とは、何人の学生を教育すべきかではなく、何人の学生を大学が事実上教育することができるといふ経験的な概念であり、この経験的な問題に対する答えは、ハベルカテがこれまで検討してきたように、非常に評価依存的である。すなわち、経験的に審査可能な資料は、収容力の問題に対しては、解答として不十分なのであって、本来的に基準となる問題は、教育の目標と、そして、教育の質が測られるべきところの教育の水準についてのものであるという。従って、十分な活動目標の明確さが欠けているがために、必然的

に、手段選択の規範的評価の要素が強くなるというのである。ところで、連邦憲法裁判所は、収容力の配分は、事実の所与から独立した経験的なものではなく、著しく規範的に決定されるといい、収容力に関する規範的な性格を述べる。ハベルカテによっても「収容力命令」における収容力の算定モデルは、ひつくるめて規範的な収容力把握のモデルであり、事実上の関係は、部分的にのみ、修正として考慮されているという。それゆえにハベルカテは、次のような、規範的及び事実的収容力の間の緊張状態を明らかにするのである。

(1) まず、収容力算定の種類と方法を規定する法規範は、経験的に審査可能な資料を指示するのではなくて、たとえば、ひとりの学生に対する全教育期間中の講義の支出 (Betreuungsaufw.) § 12 II カリキュラム規範数値など、評価を設ける。しかし、この収容力の算定式は、入力パラメーターのほんのわずかの変化に対しても過敏に反応するなど不安定であり、収容力の規範的確定に対する疑念が出されるのである。

これに対してハベルカテは、純粹に事実上の収容力は確かめられないがゆえに、収容力の規範的確定への拘束については何ひとつ変えるものではなく、むしろ注意すべき点は、憲法上の目標の内容的な明確さが欠けているがために、評価的性質が現われ、従って、手段としての収容力の規範化が目標の達成に対する先見的に正しい手段として受け入れられなくなることにあつたというのである。どこが「経験的」に、どこが「規範的」に取り扱わ



れなければならぬかの問題が、解決されていないのである。

(2) その限りで、常に片寄った評価の可能性が存在することになる。そこで連邦憲法裁判所は、規範的評価の収容力の基準の必要とともに、許可の制限が経験の立場に応じた調査や審査に基づいているかどうかを行政裁判所のコントロールに服すると述べる。

実際に、「収容力命令」は、実験の思想および算定方法の絶え間ない修正により補われている。その時々有効な「収容力命令」は、規範的な定立として理解されなければならないのみならず、同時に最も新しい認識状況を提示することの要求の下存在する。しかし、連邦憲法裁判所が、一方で規範的確定を、他方で経験状況によるコントロールを、その矛盾に気づかないまま述べるとき、収容力法上の規定の規範的性格は、色があせてしまい、有効な規範も「経験」の採用の下、うまくかわされてしまうという危険が生じることをハベルカテは恐れるのである(二二三頁)。

(a) 「経験」により、まず、いくつかの行政裁判所は、講義グループの大きさ (Gruppengröße) に関連して、「収容力命令」の規範的な確定を修正することを、数々試みたのであるが、ハベルカテによれば、ここで、規範的な収容力算定が、ただ「最低の収容力の限界」の機能しか果たさず、行政裁判所が、その時々々に納得したものによって、有効な規範を排除することができるといふように、誤解されてはならないとする。ただし

ハベルカテも、この経験の手懸かりが、憲法上の目標定立に適合しようとする意図から出たものであることは認め、この憲法上の目標定立の中で、収容力法の規範化は、実際に、目標の達成に対する手段の性格のみを持つという。そして、そこで、収容力法の規範化は、その目的適格性 (Zwecktauglichkeit) において審査されなければならないとするのである。

そのような、目的と手段の思考において、憲法命令の方が、法律上の規範化より優位していることが認められるが、また同時に、この思考は、確定された手段の規範性を解消させてしまおうおそれがあることも認められなければならないという。そして、収容力算定基準の規範性の命令と、現存する収容力の可能な限り具体的な審査の必要との衝突において、たとえ、もし規範性の方に低い地位がおかれなくても、その場合にもなお、収容力算定の規範化が、その目標、すなわち収容力汲み尽くしに事実上役に立つかどうかの問題は、未解決のまま残る。従って必然的に、この問題の判断に際して「現実の」収容力の査定 (Einschätzung) が流れ込み、その限りで、収容力に関する規範的および経験的な理解の争いが、収容力算定規範の憲法的コントロールの中におかれることは避けられず(二二三頁)、その場合にもまた、規範性の解消というおそれが生じるというのである。

(b) 次に、講義需要の算定に関して、規範制定者は、カリキュラム概算数値の確定を通して汲み尽くしの利用を定義しようとしているかもしれないが、これに対して、行政裁判所は、「収

料「容力命令」は、確定された数値ができる限り広範に大学の事実

上の所与に一致するよう、憲法適合的に修正されなければならないとする。その場合に裁判所は、大学はできる限り多くの勉

学志願者に勉学を可能にするため最大の努力をしなければなら

ないということをもって、自らを正当化しようとするが、ハベルカテによれば、その意味するところは、容力命令の規定が

基本法一二条一項に違反しているという結果に至れば、裁判官

は、この規定の憲法違反性を確定するだけでなく、それを直ちに憲法に適合するよう自ら修正できるということまでをも含

んでいるというのである。これはまさしく、彼が批判し続けている裁判官の権限踰越を表わしている(二二四—二二五頁)。

(c) 第三次「容力命令」以来、抽象的なカリキュラム概算

数値(規範数値)の形において、講義需要が規範化されている

が、一連の行政裁判所は、より具体的な数値において裁判的コントロールが可能になるように、第二次「容力命令」における

と同じように、全概算数値(Gesamtwert)を部分概算数値(Teilwert)に切り離す。ハベルカテは、またここでも、

部分概算数値を形成することにより、そして具体的な講義計画や時間計画を関連させることによって、規範の定立の事実上の

背景を明らかにさせることが問題となることを指摘する。

そのような「逆切り離し(Rückauflösung)」は、抽象的なカリキュラム概算数値の規範性の中に、準規範性に有利になるように、命令制定者によっては全く規範化されていない講義や時

間の計画が紛れ込む限りにおいて、懸念のない取り扱いはない。実際には裁判所は、そのような「逆切り離し」を、規範化されている全概算数値を規範化されていない部分概算数値で測るためではなく、全概算数値を明らかにし、そして、それを判決内容の中で明確にして、それからもちろん、その際にとられた見解に基づいて判断するために、用いているのだと、ハベルカテはいうのである。

(d) さて次に、義務的講義時間数(Lehrpflichtstunden)の問題と関連して、「経験の数値(Erfahrungswert)」が引きあいに出されることがあるが、それは、行政裁判所が容力算定の際に、勤務法上の規律から生じる義務的講義時間数のかわりに、専ら勧告的性質を持つものとしての文部大臣の合意(Verabbarung)を根底においてよいかどうかという問題である。

この問題に対して、リューネブルク高等行政裁判所は、大臣の合意を「文部行政の立場から今までに獲得した経験の数値の広範なまとめ」と評し、その合意に、有効な勤務法上の規定よりも高い地位を与えた。<sup>(10)</sup>しかしながらハベルカテは、もしそうだとすると、規範でないものが、容力利用し尽くしという憲法上の命令との一致の力により、規範的な現存の勤務法上の規定以上の優勢を手に入れることになってしまおうと批判する。ところが、連邦憲法裁判所も、この行政裁判所の見解を、結果において確認したのである。<sup>(11)</sup>

(e) 次に、いかなる「容力命令」が適用されるべきである

かという問題についてであるが、その解答のかぎは、「規範化された最新の認識状況」としての有効な収容力法の特徴の中に存するという。

この問題に対する解答は二つ考えられる。すなわち、まず第一は、その時々々の最も新しい「収容力命令」が、「最新の認識状況」であるということでもって適用されるといふものであり、第二は、たとえ古い「収容力命令」でも、それが「許可に より好意的」であるとか、その適用は、現存の収容力のできる限り十分な汲み尽くしの原則から守られているということでもって、適用可能であるといふものである。

この問題に対してハベルカテは、先に述べた(a)及び(b)における基準が、(c)でも再び妥当するといふ。すなわち、右の第二のような解答をとれば、裁判所による、様々な算定モデルを伴った「曲芸(Jonglier)」へと、そしてその妥当範囲(Geltungsbereich)のあいまいさへと導かれるといふのである。

(f) さらに、許可を求める義務づけ訴訟(Verpflichtungsklage)に対する基準となる時点(Zeitpunkt)の問題がより難しく存在する。

一般には、口頭弁論終結時が基準になると認められているが、権利を求める人の不利になるような時は、それとは別な、出願のゼメスターを基準とすることができるといふ見解が存在する。これに対して連邦行政裁判所は、法的不安定性を回避するために、原告に有利であろうと不利であろうと、基準となる

時点を統一的にのみ決定することができるという考えを根底においているように思われる。<sup>(12)</sup>

ここで再び、具体的に事実上の修正の考慮によってのみ達成されるべき収容力の汲み尽くしの目的と、目的達成の普遍化的な基準への要求との争いが現れるのであるが、ハベルカテは、もし出願者に対する有利不利を区別して考えようとするれば、事態は、非常に不明瞭なものになるであろうといふのである。

さて、このように(a)から(f)に至る検討の後、ハベルカテによれば、以上あげられた問題領域においては、「収容力命令」の二義性が問題になっているといふ。すなわち、まず形式的側面からは、「収容力命令」は、原則的に明白性および一義性を必要とするような規範とみられ、また内容的側面からそれは、現存する収容力の汲み尽くしという憲法上あらかじめ与えられた目標への、実験的な接近の性格を持っているといふのである。<sup>(13)</sup>

従って、憲法上の目的と、単なる法における手段の権威的、普遍的な確定の必要性との間の争いの際には、前者を重視すれば定立された法の規範の性質が危険にさらされ、後者を重視すれば収容力汲み尽くしの憲法上の目的の地位が危険にさらされるということの考察から離れてしまつては、問題は解決されないといふのである。

ところで、連邦憲法裁判所は、第一次の Numerus-clausus 判決において、収容力算定の基本原則を決定することは、それ自体立法者の任務であることを基本的に認めたと、バーデンII

料 ヴェルテンベルク行政裁判所は、憲法の名において、基本権的に最高度に重要な法領域の形成から立法者を除外し、立法者のかわりに命令制定者を権限あるものと説明しようとした。つまり、「最も新しい認識状況」の確定としての収容力の規範化は、行政専門官の任務に留まるというのである(二二九頁)。

(四) 基本法一二条一項と五条三項からの基本権の競合

(三)で触れた収容力概念の一義性の欠如は、前節の四において述べられたように収容力算定の経験的および規範的要素の衝突の中に影響を及ぼすのであるが、実はその欠如は、さらに勉強志願者の選択した学問への基本権の、他の基本権に対する関係がどのようにして決定されなければならないかの問題の際にも姿を現わす。以下、この問題について、ハベルカテは検討する。

まず、彼によれば、連邦憲法裁判所は、勉強志願者が有する基本権に對立するものとしては、「秩序正しい勉強の保持」のみしかあげず、他の行政裁判所も、基本法五条三項(学問、教授の自由の問題性をあまり明らかにしていないという)。

そのような状況の中で、初めて五条三項の基本権がどの程度まで考慮の中に含まれなければならないかという問題に取り組んだのは、マインツ行政裁判所<sup>(14)</sup>であるという。同裁判所は、五条三項の教える側の基本権の中に、命令制定者に対する防禦的地位を見出し、また、講義の支出の確定に関して、大学の「判断の授権<sup>(15)</sup>」を結論として引き出す。つまり、何が「収容力」であるのかの言及された不確かさを基本法五条三項の保護

領域に関連づけることによって、そこから大学の判断の権能を帰結するのである。しかし、ハベルカテは、このような手懸かりを失敗であるともみならず、なぜなら、それは排他的に五条三項の領域において問題を位置づける結果、五条三項と一二条一項の競合関係を見落とすからであるという。

その後、ミュンスター高等行政裁判所は、基本法一二条一項からの勉強志願者の基本権が、五条三項からの大学の教員の基本権の負担で成し遂げられることの危険を指摘するが、その際、研究の停滞(Stagnation)や教育の自由の喪失などを教育の質の低下の例としてあげる。ところが、ハベルカテによれば行政裁判所は、一九七六・七七年の冬期ゼメスター以来ほとんど例外なく確定された最大数以上に勉強開始者を許可しているが、教育運営は必ずしも明白な損害を現わしていない。しかし、それは全く損害というものがないのではなくて、大学の機能が危険にさらされていることが表面に表われにくいからであるとハベルカテは考えているのであろう。従って彼は、このミュンスター高等行政裁判所の手懸かりについても不十分であるとみなすのである。

そして彼は、以上のような五条三項を指摘すること、すなわち、競合している基本権のうちごくわずかに測定できる危険だけの指摘では、収容力問題の「正しい」解決は全く提供されず、ただより鋭く収容力概念の内容的不特定性が明らかにされるだけであるという。すなわち、汲み尽くすのに有効な現存す

る収容力は、全く「秩序正しい勉強」の可能性を通してだけでは定義されないものであり、まさに、自由な研究、自由な教授の場としての大学の機能が注意されなければならず、従って「教育の収容力」は、五条三項の基本権的保障だけでは決定されえないと指摘するのである（二三三頁）。

丙 法律の留保

さて、「収容力汲み尽くしの利用」という目標が、かなりの不特定性を有していることは、既に何度か見てきた。それでは、いかにして、誰によって、その目標の明確化が生じうるのであろうか。

たとえば、一九七二年の「国家契約」によれば、許可される最大数は、「研究、教育、勉強における大学の秩序、つづられた遂行の保持のために、人的、空間的、物的、専門的所与の考慮の下、どうしても制限が必要なものであるより」低く確定されてはならない、というように目標の具体化が試みられるのである。そして、この一九七二年の「国家契約」による命令への授権（それ自身は授権の内容、目的および程度について詳しい規定を含んでいない）を連邦行政裁判所は、十分に特定されているものとみなすのであるが、ハベルカテは、それとは反対に、「人的、空間的、物的、専門的所与」の指示は、考えうるすべての影響の要因のみを提示したにすぎないし、また、「研究、教育、勉強における大学の任務」は、競合している憲法上の法益の単なる列挙にすぎず、問題の複雑性をかきただけである

という。そしてそのような理由から、「国家契約」から委任を受けた命令制定者を通して、必要な厳密性をもって、収容力確定の内容、目的、範囲を決定することができるということは、受け入れられないのである。

ところで連邦憲法裁判所は、客観的な実行可能な基準の確定は、立法者の責任領域にあるという原則をすでに述べたが、ハベルカテによれば、立法者はその責任を全く遂行しておらず、現実には、そのような基準の確定は、裁判官法により満たされているというのである。

ところが、また他方で、義務的講義時間数の規律は、基本法一二条一項および五条三項の基本権に特に重要な規定であるから、内部勤務上の指示でこれを定めることは憲法違反であり、法律による規律が必要であるとする諸行政裁判所の見解に対し、連邦憲法裁判所は、汲み尽くしの利用が実質的に保障されておれば必ずしも立法者自身が規律しなくても内部勤務上の指示によっても規律可能であると述べるのである。<sup>(18)</sup> すなわち、連邦憲法裁判所は、収容力法は欠缺の管理（Verwaltung）のための緊急法（Nothetz）であるということ、そして大臣の内部勤務上の指示による確定は大学に、より大きな処分の自由を保障するということをもって、法律の留保の放棄を根拠づけるのである。<sup>(19)</sup>

しかし、ハベルカテは、この法律の留保を放棄することの代償は大きいとし、次のような三つの結果を指摘する。すなわ

料ち、第一に、大学のためのより大きな処分の自由は必ずしも存在しないこと、第二に、法律による形式的基準のかわりに、政治国家的に不十分な、コントロール基準に関する不安定性が生じ、ザツハリツヒな適切性の審査になってしまふこと、第三に、本質的に重要な基本権の衝突の解決は、立法者の責任に属しているという基本原則の否定、である。

そして彼は、とりわけ、立法者の権威を通して、明確な論点を決定できるという機会が失われるという点に注意しなければならぬという。そして、その結果、判決のその都度の局所的な影響が留保されることになる。従って、法律の留保に代わって登場するのは、裁判官法の留保である。これは、法的不安定性や、見極められないほど連続して起こる訴訟の結果を伴って、明白な基準への道を全く開かないというのである。(二三七頁)。

(七) 裁判所による目的性的決定 (Zweckmäßigkeitsercheidung) — Numerus-clausus 官庁としての行政裁判所

ハベルカテは、医学部においては現存の勉学場所の相当な数は、実際の収容力を超えて、行政裁判所による最大数命令 (Höchstzahlenverordnung) の修正によって「見つけ出されていく」というが、そこで問題になるのは、行政裁判所が独自の目的性的考慮を、本来管轄権のある機関に代わって行なったかどうか、または現行の法適合性の諸要件を基本法一二条一項あるいは「国家契約」または「収容力命令」によって適用したのかどうかということである。

ハベルカテがこれまで見てきたところによれば、収容力汲み尽くしという憲法上の命令は、収容力概念の経験的かつ規範的な二重の性格のために、そして、勉学志願者、すでに勉学している者および大学教員間の基本権の衝突のために、非常に不特定なものである。現実には、現存の規範づけにもかかわらず、行政裁判所の判決が純粹な形成的機能に入り込んでいくといえるのである。そしてその形成的機能は、以上に述べられた実体法上の問題よりも手続問題において一層強く現れているという。以下、その手続の問題についてハベルカテは検討を加える。

まず、大学における(入学許可)申請の期限に関して<sup>(21)</sup> ミュンスター高等行政裁判所のように学期の中間を期限とするものもあれば、ラインラント・プファルツ州におけるように申請は最大数命令の公示の時までとされる場合もある。また、行政手続 (Verwaltungsverfahren) のための期限の設定を放棄する行政裁判所もあれば、大学への申請を全く必要なものとはみなさないリューネブルク高等行政裁判所のような立場もあり、様々に異なっている。

次に、仮の命令 (einstweilige Anordnungen) の発布の申請についての期限に関しては<sup>(22)</sup> たとえば、ノルトライン・ヴェストフアールン州においては学期の中間、ベルリン州は学期の始まり、そしてハンブルク州は講義の始まりまでに届けられた申請が考慮される。ただし、これらの時点は、その都度の行政裁判

所の自由裁量によって、事前の告知なしに確定されたものであるという。

さらに、訴えに関して<sup>(24)</sup>、訴えの期間を仮の命令の発布の申請の期間と同じように扱っている裁判所もあれば、訴訟手続と仮の命令手続について異なる期間を定めている裁判所もあり、これも一定していない。

そして、訴訟手続における最大数の裁判所による審査と、仮の命令の手続におけるそれとの間に関係についても、即決的に解決するために、最大数の命令を明らかな誤りについてのみ審査するバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所と、原則的にそのような立場をとらない他の行政裁判所との間に相違が見られるのである。

しかしながら、ハベルカテが一貫して主張しているように、行政裁判所の任務は、行政活動を事後審査することであって、自ら独自の決定を下すことではない。もし裁判官が、たとえば独自にそのような期間を定めるならば、裁判官はもはやコントロールするのではなく、自ら形成することになる。それはまさしく裁判官の権限を超越しているというのである(二四二頁)。

以上のように手続問題等において、立法者は沈黙し、命令制定者は八方手を尽くす。そしてその背後には、一方では医学部間、他方では大学の管理機関の間、そして第三には権限ある省庁との間の見解の相違がある。そういう状況の中で行政裁判所自らが、権限ある国家機関の機能不足を補充しなければならな

<sup>(26)</sup> という理由で、本来の裁判手続を、行政手続に変質させてしまったのである。まさに行政裁判所は、Numerus-clausus 官庁となってしまったというのである。

#### (八) 自由に好意的な代替策 (Alternative) の問題

ハベルカテによれば、Numerus-clausus 判決は、根本的に重要な配分参加の問題、すなわち、国家的公共施設への配分参加の問題を自由の問題として理解する試みであるという。その限りで自由の侵害が問題となりうるので、Numerus-clausus 問題のあらゆる解釈ないし解決の手懸かりを比例性原則の基準の下におかなければならないのであり、この原則が、すべての法的自由保護の核を形成するというのである。そこで、連邦憲法裁判所によって始められた中央の配分手続が、いったい必要であったかどうか、さらに、それが可能な解決の中で最も自由に好意的なものであったかが問題とされなければならないのである。

しかし、ハベルカテの研究によると、この問題は、これまでの裁判手続において全く提起されなかったという。連邦憲法裁判所は、現存の勉学の収容力を汲み尽くすという国家の義務を頂点に据え、諸ラント統一的な収容力の調査の原則に基づく中央の配分手続を、妥当な手段として理解したが、その前提にあったものは、国家の配分手続をかりれば、勉学場所不足は除去されるだろうという考慮であったという。裁判所は性急にも、官僚主義的配分手続が有効性を持つものであると、疑いなく肯

料  
定し、この中央的な配分手続が自由保護の目的にまさしく資するものであると考えたので、可能な代替策の、特に、考へうる、自由に好意的な代替策の問題が全く提起されなかつたというのである（二四四頁）。従つて、最も自由に好意的な代替策は何かということが、もう一度探究されなければならないというのである。

#### (六) 總 括

以上、この章で述べてきたことを、ハベルカテは次のようにまとめる。

収容力法の中心的な問題は、憲法上の目標呈示である「現存する収容力の汲み尽くし」の不特定性である。収容力法は、このあらかじめ与えられた目的の実現に対する手段であるべきであるが、この「現存する収容力の汲み尽くし」という目的は、それを実現するための手段に対して、全く基準とならないのである。ところで、この目的の達成に対する効果的な法的コントロールが必要なのは確かであるが、しかしながら、中央官僚主義的配分手続に対して、代替策が存在しないかどうかについては、全く考えられなかつた。従つて、収容力汲み尽くしという目的呈示が不明瞭性を有するがゆゑに、目的達成の判断に対する拘束的な基準の定立が求められたのである。

ところで、衝突する法益間の憲法上の調整の際、基準となる評価を取り行なうのは、立法者の事柄であろう。しかしながら、ラントの立法者は、「國家契約」において、収容力法上の

算定過程の進展を客観的な指示なしに、行政専門官の合意に委ねた。また、講義需要、講義提供といった講義の数は、依然として、この合意に広く委ねられたままである。このような立法者の権威の放棄は、次のような結論を導いた。すなわち、裁判官が、局所的に法規定 (Rechtswortung) を憲法上の目的呈示を参照して変更するというのである。

そうすると、命令制定者による最大数の定立は、一種の「収容力算定に対する提案 (Vorschlag)」にしかすぎないようになる。従つて、事物の性質上、裁判官が、Numerus-clausus 官庁になる。そして、憲法上の収容力汲み尽くしの目的は、裁判官の社会形成の正当づけになる<sup>(28)</sup>というのである。

以上、ハベルカテは、この章を通じて、国家的公共施設への配分参加の分野、その中でも特に Numerus-clausus の領域において、裁判官が、自主的に目的を設定し、社会形成を行なっていることの危険を暴こうとしているのである。そして、次章において、いかにして裁判官の社会形成的作用を制限するかについて、鋭く分析がなされるのである。

(1) 阿部照哉「ドイツにおける『大学改革』と学問の自由」法学論叢九四卷二号五—七頁、寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権——Numerus-clausus 判決」法学雑誌二三卷一—四—五頁以下、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)自治研究五四卷七号八—六頁以下が本判決の意義を述べる。なお、配分参加については、村上武則「Fährliche 配分参加について」杉村敏正先生還暦記念・現代行政と法の支配(一九七八年)七三頁以下参照。



- (2) 主要な内容は、(1)配分のための中央官庁設立、(2)最大数の決定のための基準、(3)法規命令への授權、である(二一〇頁)。
- (3) 寺田友子「西ドイツの大学入学定員数確定と裁判所」法学雜誌三〇卷三・四号三三三—三三三頁参照。
- (4) BVerfGE 43, 291 ff., 321.
- (5) 上の決定に關し、寺田・前掲論文三三四頁以下参照。
- (6) Bw VGH, NJW 1974, 1211 f.
- (7) BVerwGE 42, 296 ff., 304 ff.
- (8) BVerfGE 39, 258 ff., 272.
- (9) BVerfGE 33, 303 ff., 340.
- (10) OVG Lüneburg, B. v. 17. 03. 1978, X OVG B 455/77, S. 14 des amtlichen Umdrucks.
- (11) BVerfGE 54, 173 ff.
- (12) BVerwGE 56, 31 ff., 36, 50 f.
- (13) 形式的正当性、實質的正當性のコンプレックス、寺田・前掲論文三四〇頁以下参照。
- (14) VG Mainz, U. v. 02. 03. 1978, 7 K 276/77, S. 7 des amtlichen Umdrucks.
- (15) 大学の自治に關し、阿部・前掲論文八頁以下、塩野宏「西ドイツ大学改革の一事例」シヨリスト四一一号—三三三頁以下参照。
- (16) OVG Münster, B. v. 24. 04. 1978, XIII B 3058/78, S. 5. des amtlichen Umdrucks.
- (17) BVerwGE 56, 31 ff., 40 f.
- (18) BVerfGE 54, 173 ff., 196.
- (19) BVerfG, a. a. O., 194.
- (20) 寺田・前掲論文三三四頁以下は、原告適格、被告適格、出訴期間等の訴訟要件につき言及される。
- (21) 寺田・前掲論文三三六頁参照。
- (22) OVG Münster, B. v. 24. 3. 1977, XIII B 199/77.

- (23) 寺田・前掲論文三三五頁参照。
- (24) 寺田・前掲論文三三七頁参照。
- (25) Bw VGH, U. v. 28. 8. 1975, IX 450/75.
- (26) 裁判所による積極的な欠缺補充につき、寺田・前掲論文三三四頁以下参照。なお寺田氏は、ハニルカテとは逆に、日本においては積極的な司法統制が有効性をもちとされているように思われる(寺田・前掲論文三五〇—三五二頁)。
- (27) BVerfGE 33, 303 ff., 356 f.
- (28) Vgl. Sendler, Teilhaberechte in der Rechtsprechung des BVerwG, DöV 1978, S. 581 ff., 586.

八 きて、第七章「給付的國家活動の領域における裁判官のコントロールの制限」においてもハニルカテは実に興味深い理論(そしてそれが彼の結論にもなるのだが)を展開している。すなわち、法適合性基準としての目的と手段のコントロール基準をとる場合、その前提は目的が十分に確定され特定されているということであつた。しかし問題は、あいまいで不特定の目的とかがそれが定立されていない時に、特に前章で述べられたように、裁判官が自ら目的を定立して、社会・政治形成的作用を行なうという事態が発生するということになる(二四七頁)。

(一) 裁判官の社会形成の危険と判断余地論  
 そこで上記のような裁判官の社会形成という危険を除去する方法として、すなわち裁判官のコントロール権を制約するため、行政庁の判断余地論(Lehre vom Beurteilungsspielraum)が

料 説かれてくるようになってきている。

ところで、ハベルカテによれば判断余地論は三つの前提に基づいているという。すなわち、第一に、行政に法から自由な空間を認めるものでは決してないこと、第二に、裁判官のコントロール権能の踰越の危険に対しては、最早、法律の拘束とか、学説の規律、あるいは「法目的」と他の目的との区別などによつてはどうにも対処できないということ、第三に、裁判官のコントロール権能はあらゆる法問題に及ぶということではなく、より狭く特定されなければならないこと、という三つの前提に。

しかしハベルカテは、問題として、判断余地論は、本来の問題としての規範の目的の特定性と、目的を正確に決定する困難性を扱っていないことを指摘している。そこで、このことがどのような結論に至るかを彼は以下で説明するのである（二五二頁）。

#### (1) 判断余地の諸基準

まず判断余地を根拠づける観点を大別すると、(a)評価および決断 (Wertung und Decision) 基準、(b)予測および計画 (Prognose und Planung) 基準、(c)動態的概念 (Dynamische Begriffe) 基準、(d)多層的な自由の問題 (Mehrdimensionale Freiheitsprobleme) 基準、(e)「裁量領域」の特効薬としての目的と手段の選択 (Zweck-Mittel-Wahl als Spezifikum des Ermessensbereichs) 基準、(f)権力分立論基準、などの六つの観点が挙げられている。

このうち、(a)基準 (評価および決断) においては、さらに、(i) 学校、試験および公務員に関する法における「最高度に人格的な」評価を根拠に、行政庁に判断余地を認める説、(ii) オツセンビュール<sup>(2)</sup>のように、解釈の際の評価にはなく、包摂 (Subsumtion) の際の評価に判断余地を認めようとする説、(iii) 非合理的な評価を意味する決断的要素に判断余地を認める根拠を求める説、(iv) 裁判官は新たに目的を定立できないという基準で判断余地を根拠づける観点、などの基準が検討されている。これらの(a)基準について、結論的にはハベルカテは、「評価」とか「決断」という概念は行政の判断余地を正当化するのに役立つ得ないとしている。表意的評価 (ideographische Wertung) が問題とならない限り、法適用の分野におけるあらゆる評価が裁判官のコントロールに服するとハベルカテは考えるのである。

また、(b)基準 (予測と計画) においても、ハベルカテは、たとえば予め与えられた目的の内部での予測 (Prognose) は評価の場合と同じく判断余地を正当化するものではないというようなことを理由に (二六九頁)、(b)基準の一般的妥当性を疑うのである。

さて紙数の関係でこれ以上判断余地論を論ずることはできないが、結論的には、ハベルカテによれば、判断余地を根拠づける諸基準がいずれもあいまいであるために、裁判官のコントロールを狭めるための理論が、実際には、裁判官のコントロールを、自由な、変わりやすい、計算できないものにさせ、つまり

は、裁判官の社会形成的な作用を拡大する役割を果すのではないかとされるのである。

(二) 立法者の裁量

さて、本来は立法者の任務である社会形成の領域へ裁判官が介入する危険を、通説は「立法者の裁量」あるいは「立法者の判断余地」という表現で除去しようとする(二八六頁)。

これに対してハベルカテは、なるほど立法者は目的選択の自由ならびに手段選択の自由を有するが、比例性原則の下では、選ばれた目的を達成するのに不適切な手段を選ぶ自由はないのであるから、このような場合に立法者の判断余地を認めるわけにはいかないとしている(二八九頁)。

(三) 給付目的の明確化に対する立法者の義務

さてここにおいて、ハベルカテの最大の論点に到達する。すなわち彼によれば、立法者が給付を供与しようとする時は、彼によって追及される目的を呈示しなければならぬとされる。けだし、比例性原則に基づく目的と手段のコントロールは、給付的国家活動の法治国家的な完全形成の根本原則であるが、この原則は、立法者に対して、目的を明瞭に呈示することを義務づけ、そこから手段の妥当性、必要性および適切性が判断できるようになるからであると彼は説くのである。ここにおいて彼は、特別の法律の留保論、すなわち、給付目的の法律による積極化の留保論を唱える。もしこの原則に違反すると憲法違反になるとされることはいうまでもないところである(二九二頁)。

なお、このような留保論によると、法規範の氾濫現象が危惧されるかもしれない。しかし、これに対してもハベルカテは、法律のみによる給付目的の設定こそ法的コントロールを可能にし、法的不安定性を排除するのであり、逆に立法者の目標方向が不明確になればなる程、法律より下位の規範が増大することになるといっているのである(二九二頁)。

四 最良的な(Optimierend)コントロールかそれとも消極的

コントロールか

ところでハベルカテによれば、裁判官による給付的国家活動のコントロールの社会形成への変化(Umschlagen)は、前述の行為目的の法律による具体化だけでは実はまだ排除されない。

裁判官が比例原則命令に基づいて目的と手段のコントロールを行なう場合に、裁判官は予め与えられた目的に基づいてコントロールを行うべきであって、自己の目的定立に基づいてはならないという方法的観点が考慮されなければならないという。

しかし、さらにコントロールにも二つの異なるあり方が存在するという。一つは、最良的なコントロールとよばれるもので、これは裁判官が比例性原則コントロールの枠内で、求められる目的の最良化(Optimierung)のために、とられた手段が妥当であったか必要であったか適切であったかを審査するやり方である。今一つは、消極的コントロールとよばれるもので、これは裁判官がただ消極的にのみ、とられた手段が目的を達成しないかどうか、妥当ではなかったか必要ではなかったか適切でなか

料 ったかどうかを審査しなければならないやり方である。

しかしハベルカテによれば前者の最良的なコントロールは<sup>(3)</sup> 給付的国家活動の領域において、結局は政治的秩序の根本的形成問題が裁判の対象になってしまう危険があるという。そしてこの最良的なコントロールは三権分立のシステムを崩し、また、法適合性と目的適合性の一致を主張することになろうという<sup>(4)</sup> (二九四頁)。そして最良的なコントロールは積極的自由概念および積極的社会国家概念が一致するとされている。

それに対してハベルカテによれば、消極的コントロールは、消極的自由概念、消極的社会国家概念に基づき、かつ法適合性と目的適合性とに別立に立脚しているという。そして、給付法の現行規律の下では目的明確性の原則が殆んど実現されていないゆえに、その実現は司法に対して、給付的国家活動を比例原則命令およびそこに含まれる目的と手段のコントロールに基づいて法的に構成する可能性を与えるかもしれないという。その場合、消極的コントロールの原則によれば、社会形成的な給付および配分参加法の包括的な比例性原則によるコントロールは裁判官を社会形成的な役割においやったり、そして「判決による社会形成」へ至るといふようなおそれはないとされるのである (二九八頁)。

(一) 判断余地論については、たとえば、田村悦一・自由裁量とその限界(一九七七年)一〇二頁以下、宮崎良夫・行政訴訟の法理論(一九八四年)三七頁以下、三一八頁以下参照。

(2) Ossensühl, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DöV 1972, S. 401 ff.

(3) なお、ハベルカテによれば、最良化の構想は、憲法の解釈は「規範の最良の実現の命令」の下に立つとするヘッセに関連があるところ(二九三頁)。Vgl. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 15; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts, 12 Aufl., S. 29. なお山村恒年氏が「意思決定は、目的ないし行為規範実現の手段である以上、その目的の達成を合理的に最大にすることが必要である」とされているのが非常に興味深い(山村恒年「現代行政過程論の諸問題」自治研究五九卷一—号九六頁)。

(4) 積極的自由概念をとる者には、ヘーベルレやルツプがあげられている(二九四頁注一六八)。

九 以上のようにハベルカテは、目的と手段の比例原則に基づいて、給付的国家活動をコントロールしようとする。その際ハベルカテに特徴的なことは、彼が消極的自由概念、消極的社会国家概念をとっていること、および、給付的国家活動の目的は立法者によって法律で明確にされ特定されなければならないというようなことにある。

このようなハベルカテの主張は、特に「給付目的の法律の留保」論などにおけるように今後その根拠について一層吟味する必要があるであろう。しかし、この書物が給付的国家活動の法律問題の解明のために果たす役割は実に巨大であることは疑いなくように思われる。

振り返ってみると、筆者達のうち村上が大学院生の当時(昭和

四二年頃)は、西ドイツでは、たとえばイェツシュ (Jesch, Case  
iz und Verwaltung, 1961) が民主主義原則に基づいて資金補助  
行政などの給付行政に法律の根拠が必要であるとして、全部留  
保論を提起して、非常に注目されていた。そして今、筆者達の  
うち大学院生である佐藤および石森の眼前に、比例原則という  
法治主義原則に基づく理論で給付的国家活動をコントロールし  
ようとするハベルカテの理論が登場してきている。多くの人が

このハベルカテの理論の構造と限界を見究め、そのことによつ  
て給付的国家活動の法的統制の法理がより一層発展せられてゆ  
くことを願うものである。

なおさいごに、本稿において多くの誤訳、あるいは誤解ない  
し恣意的な要約がみられると思われるが、厳しく御教示頂けれ  
ば幸いである。