

資料

ゲルグ・ハベルカテ「會計検査における主観的公権の保護」の紹介

村上武則

一 はしがき

日本国憲法九〇条により直接その設置を要請された、憲法上の独立行政機関たる會計検査院⁽¹⁾は、その任務として国家の収入支出の決算を検査するが、同時にそのことを通して、国家の財政コントロールという非常に重要な任務の担い手としての活躍を期待されている。會計検査院の行う検査の確定及び内閣への検査報告は、内閣の自己コントロールの際の、また国会の審議の際の重要な資料となるなど、現実には有する意義はたしかに大きい⁽²⁾が、しかしながら、それらが何ら直接の法的効果を持つものではない⁽²⁾というようなことを理由に、我が国においては、これまでこの検査の確定及び報告の問題は、法律上の議論に登っ

てこなかったように思われる。

ところが、會計検査院の財政コントロールに占める重要性が認識されればされるほど、検査の対象となる機関や個人に対する検査確定及び報告の実質的な影響力は、我々の想像をはるかに超えるものとなるであろう⁽³⁾。

ところで、我が国の會計検査院制度に大きな影響を与えてきたのは、西ドイツの會計検査院であろう。しかし西ドイツの會計検査院は、すでに二五〇年以上の歴史を持ち、そこにおいては、會計検査院に関する研究も、我が国とは比較にならないほどの量と深遠さを誇る。また、例えば、一九八四年六月六日、ドイツ連邦議会が、連邦會計検査院を通しての議会への援助をできる限り考慮に入れたような、かつ組織法上事物適合的な措置を個々の検査の試みの際に容易にするような新しい會計検査院法の即座の制定に対して期待を表明しており、それを受けた形で、一九八五年二月のドイツ連邦議会において、社会民主党(SPD)が、會計検査院の弾力的、効率的な機能の達成、及び會計検査院を、より議会に接近させることを目指して、連邦會計検査院法の改正草案を提案していることからわかるように、現在、議会においても會計検査院についての関心は高まっているようである⁽³⁾。

そのような状況の下、西ドイツにおいて最近出された二つの判決(OVG Münster, Urteil vom 9.5.1978; VG Düsseldorf, Urteil vom 3.10.1980)を契機として、正に現在議論がまき起

料 っているのが、この会計検査院による検査確定や報告における
権利保護の問題である。そこで本稿は、数ある文献の中で、よ
く問題点を整理してゐる「Görg Haverkate, Der
Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte in der Rechnungsprü-
fung, AÖR 107. Band, Heft 4, 1982, S.539 ff.」を選び、比
較的詳しく紹介することにより、この問題の論点を明らかにし
ようとするものである。

なお、ハベルカテについては、拙著「ゲルグ・ハベルカテ
『給付国家の法問題』の紹介」(広島法学八巻二・三合併号七五頁
以下)で紹介したことがある。ハベルカテは、現在フランクフ
ルト大学教授である。なお、フランクフルト大学では、ツレッ
グが、資金補助行政のコントロールに関連して、会計検査院に
規範統制の訴えの資格を認めるべきことを説いている。⁽⁷⁾このよ
うに、西ドイツでは、一方で会計検査院の権限の強化につい
て、他方で同時に、同院の検査、報告における権利保護の問題
が議論されていることが極めて興味深いところである。

このようなことから、この紹介を通して、日本の会計検査院
のあり方についても、現行の活動をめぐる法的諸問題の検討だ
けでなく、将来の権限強化やそこにおける権利保護のあり方の
問題の検討についても、一つの参考になれば望外の幸せであ
る。

ちなみにハベルカテの論文の構成は、第一章、会計検査院の
手続と確定に対する権利保護について、第二章、国家内部作用

としての会計検査、第三章、検査手続における主観的公権——
聴聞の権利、第四章、会計検査院の報告による実体上の主観的
公権の侵害、第五章、訴訟手段の問題、となっている。

なおこの小論は、直接的には本学法学研究科修士課程石森久
広君の修士論文のテーマに関わるものであり、同君に負う所が
大きい。特に本稿第二章から第六章までは、同君の執筆による
ものである。しかし、内容については村上がすべての監修責任
を負うものである。

なお、本文中の頁数は、ハベルカテの当該論文が掲載されて
いるAÖRの頁数を指す。

なおまた、本稿は基本的にはハベルカテの論文の要旨を紹介
するものであるが、筆者達が独自に引用した文献も入っている
ことも、ここでお断わりしておきたい。

二 第一章「会計検査院の手続及び確定 (Festste- llung) に対する権利保護について」

西ドイツにおいては、会計検査における主観的公権の保護は
長い間解明されていない分野であり、憲法や行政法の権利保護
の理論及び実務においてもほとんど人目に触れることはなかつ
た。⁽⁸⁾しかし、実体的、手続的権利の侵害 (Verletzung) を理由
として、裁判所で争われて以来、その状況は変わった。そこで
の中心問題は次の二点であるという。すなわち、まず第一点
は、会計検査院の報告 (Bericht) が主観的公権を侵害するとい

うことはありうるのか、また、あるとするならどのような権利保護の可能性がここで開かれているのか、ということであり、第二点は、どのような保護が検査手続自体に存在するのか、また会計検査手続にたいして聴聞の権利 (Recht auf Gehör) が存在すべきか、ということである。

このような問題に関して、以下ハベルカテの研究は、会計検査の一つの部分領域、すなわち、連邦及びラントの予算の執行及び経済運営 (Haushalts- und Wirtschaftsführung) の検査に對象を絞って行われる (五三九頁)。

三 第二章「国家内部作用 (Staatsinternum)」としての会計検査」

(一) 会計検査の内部的性格と政治的意義

ハベルカテによれば、会計検査における主観的公権の問題が説明されるためには、会計検査院は処分 (Einscheidung) を行うのではなく、検査し、そしてその時々々の議会及び政府に報告する⁽¹¹⁾という、会計検査の基本的な特性に目が向けられなければならない⁽¹²⁾といわれる。そして、この検査し、報告するという会計検査院の活動は、単に国家机关内部の領域においてのみ行われるのであり、それゆえ、そこから会計検査院の手続は、市民の利益には典型的には関わらないのであり、その検査報告は、「外部への」法効果をもたないという結論が導かれるとする。

しかし、会計検査院の「内部的」性格は、即座には明らかに

ならないという。なぜなら、会計検査院の報告は、しばしば政府の決定、そして議会のコントロール活動に対して、著しい政治的意義をもち、それゆえ、その報告に事実上関わりをもつ個人に対する重要性をも意味するからであるという。そのうえ、連邦及びラントの予算の執行及び経済運営の審査は、結局常に、特定の職務担当者 (Amswarter) が責任を負わねばならないところの行為 (Handel) あるいは不作為 (Unterlassen) の審査であるから、予算法上の規定に対する客観的違反が確定されるときには、それと関連して、職務担当者に対して個人的な非違の非難が差し迫るのである。そして、さらに注意されなければならないのは、検査は、「外部に位置している」補助金の受領者のもとで (bei) あるいは、連邦あるいはラントが、私法上のまたは公法上の契約を結んだ、機関あるいは個人のもとで行われるということである。このような個人及び機関の、検査手続及び検査確定による以上のような関わりが、単に会計検査が国家内部作用として性格づけられなければならないことを理由に、初めから (a. limine) 除外されうるであろうか、また、会計検査院に処分権限が欠けているという理由は、上述の機関あるいは個人のところでの考えうる侵害を、単に「事実上」のもの、つまり、法的負担としてのものではないと評価するのに十分であろうかと、ハベルカテは疑問を呈するのである (五三九頁—五四〇頁)。

(二) 他の領域における国家内部作用概念への批判

会計検査を内部的国家活動として整理することで、私人の法的関わりを排除できるのであるかというハベルカテの疑問は、「特別権力関係 (besonderes Gewaltverhältnis)」及び行政規則 (Verwaltungsvorschrift) の二つのいわゆる行政内部領域における法治国家的な発展状況を見るとき、ますます深められていき、以下のように彼は、それぞれの領域における状況を指摘する。

(a) 「特別権力関係」について

従来は、行政法上の特別関係内部でのあらゆる行為は「行政内部作用」に数えられ、外部効果をもった規律が言い表わす行政行為は問題とはならなかった。しかし、ドイツ連邦共和国基本法の発効の後、行政法上の特別関係は、「基本関係 (Grundverhältnis)」と「経営関係 (Betriebsverhältnis)」に区別され、あるいは、公務員法におけるように、個人としての関わりと職務担当者としての関わりとに区別されることにより、「行政内部作用」の領域は、そのうち後者のみへと狭められた。このことによって、法治国家的発展は、包括的権利保護に有利な、「行政内部作用」の縮小へと至ったのである(五四一頁)。

(b) 行政規則の問題について

行政規則は、「行政内部」の基準 (Richtlinie)、つまり、外部効果を欠く、すなわち法的性格を欠く基準と定義づけされる。しかしながら、その事実上の機能によれば、例えば補助金法の領域におけるように、多くの領域で、国家と市民の「外部法関

係」を規律する行政規則もあるし、⁽¹⁴⁾その限りでそれらは、法理論の意味における法規範であるという。そして、その発展は、ますます強く、このような外部規範的性格から、法的結論、たとえば基本法八〇条一項二文への拘束を引き出すまでに至るというのである。

このような発展状況を背景にしてハベルカテは、効果が純粋に内部に留まらない内部的会計検査の際にもまた事態は先と同じなかどうか、それゆえ、実は誤って認められた (vermeintlich) 内部作用が問題となっているのではないかという疑問が理解されねばならないとする。

ハベルカテは、行政内部作用概念が一般的疑念に出くわす時には、具体的領域において、いかなる根拠から、その都度の国家活動の内部的性格が承認されるのか、いかなる理由が外部効果の承認に賛成あるいは反対して語られるのか、を探究することが大切であるという。そして、彼は、会計検査の領域においては、まず第一に、憲法上保護された会計検査の特色の分析が不可欠であり、問題は、「外部効果」の原則的承認が、会計検査の憲法上の指導理念と一致できるかどうかであるとし、次節においてそれらを検討するのである(五四一頁—五四二頁)。

(三) 国家内部作用としての会計検査——憲法上の核

基本法及びラントの憲法は、議会、政府及び会計検査院の間の法関係の地位を表わす。特に基本法一—四二条二項、それに相当するラント憲法の規定は、次の三つの観点において、会計検査

の制度的保障 (institutionelle Garantie) を含んでいる。すなわち、まず、会計検査院の存立自体の保障、次に、検査の対象の保障 (決算及び予算の執行と経済運営を検査する)、そして、審査基準の保障 (秩序適合性 (Ordnungsmäßigkeit) 及び経済性 (Wirtschaftlichkeit) である)。

一九六八/六九年の予算法の改革 (Haushaltsreformerform) により、会計検査のその制度的保障は拡大された。つまり「だれのための」検査であり報告であるのかが規定されるに至ったのである。

予算法改革の経過において、「会計検査院は、連邦政府のほかに『直接 (unmittelbar)』連邦議会及び連邦参議院に報告する」という基本法一一四条の新しい規定により、会計検査は、政府活動のみならず、とりわけ議会の予算コントロールの援助 (Unterstützung) に役立つことになる。これこそが、会計検査の憲法上の本来的意義であるという。

従って、会計検査院は、とりわけ議会によるコントロール、そしてまた、執行府の自己コントロールを可能にするために、その確定を行うのであり、議会及び政府の決定を排除したり、補ったり (ersetzen) してはならない。つまり、検査報告は、議会も政府も拘束してはならないのであり、このような理由から、検査報告は、法的効果をもたないものである、という。そして、憲法の意思によれば、時宜に適切 (zeitnah)、効果的に (effektiv) 予算の執行及び経済運営を検査するものである会計検査は、政

府と同様に議会をも援助しなければならないが、しかしながらその報告は、権限をもつ憲法機関の決定の自由のために、法的拘束あるいは外部への拘束すらも意味しないという。

ところで、会計検査は重大な政治的重要性を有し、検査報告は實際上重要な効果を有する。しかしながら、このことは、会計検査に外部効果を与えることの誘因であってはならない。会計検査は、それが憲法により指定された役割に厳格に制限されるからこそ、それゆえに、このような政治的重要性を有するのであるというのである。そして、もし、報告の外部効果が承認されるならば、まさにこのような、検査報告の中心的機能が制限されることになるであろうし、会計検査院の検査報告に外部効果を付与することは、会計検査院の本来的な使命、すなわち、議会による予算コントロールの際の、及び執行府の自己コントロールの際の援助であるという役割にとつての負担になるとハベルカテは結論づけるのである (五四二頁—五四五頁)。

四 第三章「検査手続における主観的公権

「聴聞の権利」

(一) 問題

聴聞の権利は、基本法一〇三条一項において裁判手続に対して明文をもって規範化されているが、それは、法治国家原則の本質的な結論であり、最終的に基本法一条一項の形成物 (Anspruch) であるといわれ、基本法一条一項は、個人は単に

料 国家権力の客体としてのみ見られてはならないという原則を含まむものであるとされる。法治国家は、国家権力に関わらせられる者に対して、彼の利益及び観点を主張させる可能性を要求するというのである。従ってハベルカテは、このような考察が、会計検査手続に対してもまた妥当しないかどうかという問題を設定するのである。

法的聴聞 (rechtliches Gehör) の請求権の主体については、連邦及びラントの行政内部での検査される機関は決して考慮に入らないという。なぜならそれらは主観的公権の地位を持っていないからである。しかしながら、会計検査院の確定によって関係づけられる職務担当者も、彼が職務担当者としてではなく個人として関係づけられている限りで、聴聞の請求主体でありうるだろうとされる。彼の行為あるいは不作為の秩序適合性及び経済性が検査の確定の中で言及される限りで、この原則に対する違反の確定が彼をして、個人的な誤りの行為であると評価されるにちがいないであろうからという。さらに、補助金受領者のような、そこで会計検査が行われる (連法予算法 (Bundeshaushaltsordnung) 九一条一項、三項)、連邦あるいはラントの行政の外部にある機関 (Stelle) や個人 (Personen) に聴聞の請求権が与えられるであろうとされる。その他、例えば連邦あるいはラントが締結する民事法上のあるいは公法上の契約の際の契約相手方として予算法上重要な経過 (Vorfall) と関連をもつ自然然人あるいは法人に対して、聴聞の請求権限が付与されうるで

あろうにという (五四五頁—五四六頁)。

(二) 予算法上の規律

連邦及びラントの予算法の中には、法的聴聞に関する明文による規律は全く見られないが、唯一、遠くからではあるが、それを思い起こさせるような規定があるという。すなわち、連邦予算法九六条一項一文によれば (ラントの場合も同様の法文である)、「連邦会計検査院は、検査結果を、意見表明 (Äußerung) の権限ある官庁に、会計検査院により決定される期限内に報告する (傍点筆者)」。しかし、同条による報告は、検査手続の最後に位置し、その報告は、行われた検査結果について、権限担当部 (Senat) の決定を前提とすることから、次のことが認められる。つまり、同法九六条においては、法的聴聞は規律されていない。ただし聴聞という制度は、正に請求権限を付与された者に、結果が確定する前に手続に影響を与えることを目的とするものだからであるという。

また、同法九六条による報告がなされる「権限ある官庁」、つまり報告の名宛人は、報告により、「負担をかけられる」おそれのある個々の職務担当者でもなく、また、会計検査院の確定によりあるいは関係づけられるかもしれない第三者でもなく、それは、審査される官庁、あるいはその上級官庁であるから、この点でも、同法九六条は法的聴聞の原則を全く念頭においていないという。

そのほか、検査対象機関の意見表明が、主観的な権利の行使

として誤解されてはならないとされる。ただし、ここでは意見表明に対する義務が存在するからである(五四六頁―五四七頁)。

以上のように予算法の中には法的聴聞の規律が欠けているが、しかしながら単に欠けているのみならず、反対に予算法の出发点には、明文で会計検査院の完全な自由を検査手続の形成において強調する限りで、聴聞の権利は存在しないということがあるという。すなわち、検査手続の自由性を規定している連邦予算法九四条によれば、会計検査院は自ら検査の日時と方法を決定するというのであるが、一般的な見解は、それは、会計検査院が原則的にすべてにわたり検査手続の種類と方法を規律するということであるとされる。その際、正式の「検査手続」は存在しないというのである。

従って、特定の検査の種類を選択は、いかなる場合にも合目的性(Zweckmäßigkeit)の問題であるという。つまり、それは、会計検査院が専ら、いかにすれば会計検査院の義務である予算の執行及び経済運営の経済性と秩序適合性の検査の任務を最も効果的に満たすことができるのかといった見地から決定するのである。

連邦予算法九一条一項、三項によれば、検査の形成におけるそのような自由性は、連邦あるいはラントの行政の外にある機関のもとで検査される場合にも妥当する。しかし、この場合にも検査の対象は、連邦ないしラントの財政運営的な活動のみであって、連邦あるいはラントの行政の外部に立つ機関自体では

ないから、外部に立つ個人や機関には、なにがしかの権利さえも認められないという。関係機関「を」でなく、その機関の「もとで(Bei)」実施される検査は、会計検査院に対して、連邦ないしはラントの財政運営上の活動の検査のために追加的な認識可能性を開くという目標に役立ち、この点において、その目的規定は汲み尽くされる⁽²⁰⁾というのである。

従って、このような法律上の体系においては、法的聴聞の請求権は存在しない。もし聴聞の権利が承認されれば、連邦予算法九四条に規定された検査手続の自由性は、本質的な制約を被るであろうというのである。聴聞の権利は次のことを意味するという。すなわち、権利者が、手続に影響を及ぼす可能性、自ら資料を提示する可能性、挙証責任の軽減(Entlastungsbeweis)を導く可能性、これまでおろそかにされた観点に注意を向けさせる可能性、そしてこの方法で彼の利益を守る可能性を保持しているということを意味することにならう。その場合には、しかし、会計検査院の手続形成における自由性は、もはや与えられないであろうというのである(五四七頁―五四九頁)。

(三) 行政手続法二八条、基本法一〇三条一項

以上のような予算法上の法的状況は、しかしながら、他の法律や憲法の規定によって修正されることがあろうという。まず法的聴聞の命令は、連邦行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz)二八条及びラントの行政手続法において規範化されているが、それらの規定によれば法的聴聞は、制限なしにはな

料、その時々行政手続の特性に適合させられてのみ与えらるるとされている。しかし、それにもかかわらず会計検査については、そのことは少しも問題とならないという。なぜなら、連邦行政手続法九条からしても、会計検査の際には、そもそも行政手続法の意味における行政手続が問題とならないからである。すなわち、この規定によれば、行政手続は、概念上外部に作用する官庁の行為に、そしてそれとともに、官庁の行為が第三者に向けられている領域に制限されているのであるが、ハベルカテによれば、この前提 (Voraussetzung) は、会計検査の際には満たされていないという。むしろ、会計検査は第三者に向けられているのではなく、国家機関内部の領域に制限され、それゆえ、国家内部的性格を有しているのである。

また、同じような状況で基本法一〇三条一項を引き出すことも破綻するという。法的聴聞の歴史的成立理由及び基本原則の意味内容によれば、その適用は明らかに、国家的措置が典型的に個人々の法的地位を侵害するという前提に拘束されているのである。この前提も、会計検査の際には、検査報告に外部効果が欠けているために、満たされない。また、連邦行政手続法が二八条に規範化した限りで、基本法一〇三条一項自体からは、最も広い解釈においても、法的聴聞はもはや推論されえないというのである (五四九頁—五五〇頁)。

四 入念な調査 (sorgfältige Ermittlung) の義務と聴聞の権利

会計検査院は厳格な客観的な検査に対する義務の下に立つ。それゆえ検査官は、事実上しばしば、関係人に対して意見表明の機会を与えるであろう。しかし、そこにおいても、法的聴聞の請求権は存在しないという。検査官は単に検査手続の形成における彼の自由性を利用するだけである。それゆえ、厳格な検査に対する客観的法的義務は、相手方の主観的権利の発展に対して全く手懸かりを含まないというのである (五五〇頁)。

(四) 検査手続における法的聴聞の承認はいかなる結果を有するのか

以上のような検討の結果、ハベルカテによれば、西ドイツにおける実定法の明白な結論として、会計検査においては、法的聴聞の請求権は存在しない。なぜなら検査手続は内部の手続であるからである。そもそも、法的聴聞の請求権は、検査手続が外部的な、すなわち外部効果に基礎をおかれた手続に解釈しなおされるときにのみ考えられる。しかし、もし、そのように解釈しなおされるとするならば、その限りで、検査報告は一種の賦課的行政行為 (belastender Verwaltungsakt) のように取扱われるようになり、また、検査手続は、関係公務員に対する、あるいは例えば国家的給付の受領者のような関係市民に対する「債務確認手続 (Schuldenselbstverfahren)」のようなものになってしまふであろうというのである。

また、検査報告を、「侵害性格」の可能性をもった「準規律 (quasi-Regelungen)」と見なし、それに応じて、法的聴聞を關

くならば、会計検査院は、その中立的なコントロール機能から引き出され、自ら当事者となつてしまい、それゆえ、会計検査院の本来的任務の疎遠化を通して、検査及び報告活動が本来まず第一に奉仕しなければならない、議会の負担へと至るといふ。

従つて、会計検査院の手續形成における包括的自由というところが非常に鋭く現われてくる。その包括的自由は、会計検査の効率性に、そして議会及び政府に対する時宜に適った報告の命令に奉仕するのである。それゆえ、正式の手續規定へのあらゆる拘束、特に聴聞へのそれは、検査を著しくこぢないものにするにちがいないという。いずれにせよ、それは、手續の時間的な遅滞へと導き、その遅滞は、予算法改革を通して特に強調された、議会及び政府に対する時宜に適った検査の命令と両立できないのである。そして、すべての正式な手續は、財政コントロールの効率 (Effizienz) を侵害するであろう、とハベルカテはいふのである。

つまり、検査手續の内部的性格が、憲法により規律された議会、政府及び会計検査院の間の關係の構成要素 (Bestandteil) であるならば、検査手續における法的聴聞の拒否は、前法治国家的の遺物 (Relikt) ではなく、行為する国家机关の活動の援助としての、憲法上の会計検査の形成 (Ausgestaltung) の結果であるといふのである。

従つて、ハベルカテによれば、その際、会計検査の内部的性

格を理由として、法的聴聞の請求権は、「負担を負わせられる」職務担当者にも、連邦予算法九一条一項、二項による關係人にも⁽²³⁾、その他の個人にも存在しないということに賛成されるべきであり、法的聴聞は、会計検査院によつては与えられるべきではなく、法的結論を検査報告から引き出すことを欲するような国家机关によつてこそ与えられるべきなのである(五五〇頁—五五二頁)。

五 第四章「会計検査院の報告による実体上の主観的公権の侵害」

すでに述べられたように、会計検査院の確定及び評価は、規律 (Regelung) の内容をもたない。従つて、検査報告には、法律上の規律のあらゆるメルクマールが欠けているので、一般的な見解によれば、検査報告は、たとえばその報告によつて事実上關係づけられる人の法領域における「侵害」とはまた見なされえない。ハベルカテは、これを次のように定式化すればより正確となり、かつ、かなりな誤解が避けられようとする。すなわち、検査報告は、規律の内容をもたないので、規律の内容に基づいての主観的公権の侵害は表わさないとするのである。けだし、侵害は、規律を通して起ると考えられるのみならず、他の方法でも例えば主観的公権の直接的侵害 (unmittelbare Beeinträchtigung) を通しても起りうる⁽²⁴⁾と考えられるからであるといふ。

料 もちろん、そのような直接的侵害は、会計検査院の活動が純

粋な国家内部的領域を離れ、転輸 (Umsetzung) なしに、その他外部に向けられた国家の活動を通して主観的公権を侵害するところでのみ、承認されうるといふ。この局所的な (punktuelle) ただ例外として承認されるべき外部効果は、一般的な外部効果の承認から厳格に区別されなければならない。検査報告が「足をすべらし (ausgleiten)」、主観的公権を侵害する場合、

例えば人格権侵害や信用を害する言明などが存在するところでは、法は救済策 (Abhilfe) を提供しなければならぬ(26)といふのである。しかしながら、それは、以下のようなことまでには至らない。つまり、違法な報告提出の単なる抽象的な可能性から、会計検査の原則上国家内部的な性格を否認すること、会計検査を、市民に向けられた、常に潜在的に「負担をかけている」確定手続のように取扱うこと、コントロールの効率性を危機にさらすこと、そして、議会による予算コントロール及び行政自身の自己コントロールの手段としての会計検査の憲法上の秩序を疑うことまでには至らないといふのである。

そして、ハベルカテによれば、会計検査院の報告がそのような局所的な外部効果を獲得しうるのは、その報告が、会計検査院自身に責任が負わせられるべき方法で公開されることによつてのみであるとされている(27)。

ところで、報告が議会あるいは政府に手渡されることによつては、未だ外部効果は得られない(28)。検査報告の内容が、議会議

らあるいは政府から公衆 (Öffentlichkeit) に達する場合には、公開 (Veröffentlichung) は、会計検査院ではなく、これらの機関が代行 (vertreten) しなければならないのである。

そのことは、連邦予算法九七条 (年次報告 (Jahresbericht)) による、あるいは連邦予算法九九条 (特別重要事項 (Angelegenheiten besonderer Bedeutung)) における報告 (Bericht) による「通常の (normalen) 報告」とも、会計検査院が、その報告を明文で「秘密の (vertraulich)」と刻印づける場合において、ますますあてはまるものである。なるほど「政治的なるもの (Politischen)」の領域においては関係憲法機関の構成員により秘密が打ち破られるという危険が特に大きいかもしれないが、しかし、この秘密の悪用 (Missbrauch) が起こりうるからといって、秘密を総じて止揚することはできない。秘密を止揚してもよいであろうような場合とは、秘密が例えば議員あるいは政府構成員により破られているという理由でのみ、人が秘密報告を会計検査院に、「外部効果をもった報告」として帰属させたいと思う場合である。そうすると、会計検査院自身が公衆へと至っているであろうに。それゆえ、秘密検査報告の内容が、議会あるいは政府を通して外部に達する場合には、会計検査院の責任はここでも存在しないといふのである。

ハベルカテによれば、会計検査院に責任があるのは、会計検査院自身が公開を行った (veranlassen) 報告、あるいは、報告の名宛人、つまり議会あるいは政府を通して公開が通常となつ

ているような報告の外部効果に対してのみである。

また、主観的公権の侵害は、会計検査院の報告提出の場合に通例である匿名化(Anonymisierung)によっては排除されない。なぜなら、第一に、匿名化は完全には行われうるわけではないからであり、第二に、匿名化は完全なる保護を提供するわけではないからである。例えば、ラント賃貸住宅の賃貸料の値上げについての会計検査院の年次報告が、「高等裁判所長官は、ラント所有の建物の中で都合のよい住宅をラント賃貸住宅として賃借りした」と述べる時、匿名化の効果は、非常に明らかに、たとえば、「ラントの被用者が」とするか、「裁判官が」とするか等、選ばれた抽象化の程度に依存しているのである。

つまり、常に、あらゆる所で匿名化されうるわけではないという限りで、そして、匿名化が「はつきりわかる(durchsichtig)」ものとして判明する限りで、検査報告による主観的公権の侵害はありうるのである、と結論される(五五二頁—五五五頁)。

六 第五章「訴訟手段の問題(Rechtswegfragen)」

(一) 公法上の争い

民事訴訟手段が排除されていることは、より詳しく述べる必要はない。連邦ないしラントの予算の執行及び経済運営に関する会計検査院の検査は、専ら公法に従って行われる。従って、その際に会計検査院が第三者の権利を侵害する場合には、会計検査院は公法により義務づけられている義務に違反することに

なるという(五五六頁)。

(二) 争いの憲法上の性格?

行政訴訟は、争いが憲法上の性質でない時のみ与えられ

る。

憲法上の争訟の承認に対して、会計検査院の憲法機関(Verfassungsorgan)としての形式的な性格づけは問題ではない。行政裁判所法(Verwaltungsgerichtsordnung)四〇条一項の解釈として、なるほど、いわゆる形式的理論が主張されるときがある。それによれば、憲法上の争訟(verfassungsrechtliche Streitigkeiten)は憲法機関の間の機関争訟(Organstreitigkeiten)のみであるべきであるという。しかしながら、この見解は、行政裁判所の管轄(Zuständigkeit)に入らない憲法上の争訟が、憲法裁判所の争訟であるという、単なる同義反覆の結果になり、それでもって、同条に含まれている憲法上の争訟に関する制限の中に存する固有の規律内容を否認することになるだろうという。従って、全く支配的な見解は、正当にも、争いの法関係が憲法上の性質であるかどうか、または、それが決定的に憲法により形づけられているかどうかという実質的区別に従うというのである。連邦行政裁判所は、「憲法上の形成(Formung)」の下に、「憲法機関の、あるいは憲法生活にかかわる機関の互いの法関係」が重要であることが理解されなければならないとした。

憲法上の争訟概念のこのような解釈は、ハベルカテによれば、行政裁判所法四〇条一項に含まれている留保(Vorbehalt)

資料の意味に適合するという。憲法機関の間の、及びそれに匹敵する (vergleichbar) 地位を占めるような国家機関の間の、法關係である。これは、違憲法律の憲法裁判所の排他的な破棄権限 (Verwerfungskompetenz) の際、合理性 (ratio) は同様であるという。つまり、議会による法律の重要性のために、違憲の法律の際の単独の破棄権限が憲法裁判所に属するように、憲法機関あるいは憲法機関類似の (verfassungsorganähnlich) 国家機関が憲法生活 (Verfassungsleben) の中に有する重要性のために、憲法裁判所は、またこれらの機関の間の機関上の (organschaftlich) 権利及び義務が訴訟の本来的な対象を構成する場合にも、単独の決定権限を有するというのである。行政裁判所法の立法者は、これらの機関の機関上の法關係が、違憲の法律とは異なり、通常市民の権利に関わらないだけになおさら、この種の争訟を行政裁判管轄から除外することができたとする。しかし、例外的には、市民に憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) が開かれている場合もあるという。それゆえに、ハベルカテは行政裁判所法四〇条一項の意味における憲法上の争訟とは、訴訟物 (Streifgegenstand) が、憲法機関あるいは憲法生活に関わる機関上の権利及び義務に互いに関わっている争訟であると定義づけるのである。

また、彼によれば議会、政府及び会計検査院の間の法關係は明らかに憲法により形づくられているという。また会計検査院

は、確かに創造的機能を憲法生活の中に有していないかもしれないけれども、その存在、コントロール活動及び報告活動等の憲法上の保障に基づけば、憲法機関類似の地位は否認されず、連邦行政裁判所の判決の意味における「憲法生活に関わる機関」であるというのである。そのような考え方によれば、争いが、議会、政府及び会計検査院の間の憲法上形成された法關係の中に入り込んでいくかどうかは、ハベルカテによれば訴訟物にかかっている。訴訟物は、訴訟要求 (Klagebegehren) により形づくられる。その際、大切なのは、原告の法律上の理由づけではなく、何を目的としているのか、であるというのである。従って、ここで原告に考えられるいくつかの可能性としては、特定の検査報告の全体の撤回 (Rücknahme) 要求⁴⁰⁾、また、検査報告の原告に関わる部分だけの撤回要求であろうとされる。

まず全体を撤回する要求は、とりわけ、会計検査院が特別重要事項 (連邦予算法九九条) において唯一の事項 (Angelegenheit) に関わる報告を、議会及び政府に行う場合に考慮に入ってくる。年次報告 (連邦予算法九七条) を行う場合には、反対に、報告の個々の原告に関わる部分を撤回する要求のみが考えられるであろうというのである。

次に、会計検査院が議会及び政府に行った検査報告全体の撤回が要求される場合には、これらの機関の間の憲法上規律された法關係が中心に関わっているであろうとされる。つまり、検査報告全体の撤回は、憲法的意思によれば、正に会計検査院

の検査報告の助けでもって行うべきである議会のコントロール活動に対して、まず、大変重要であるということは疑い得ず、そのことはまた、政府についてもあてはまり、さらに、憲法生活に関わる機関としての会計検査院の機関上の地位にもまた関わっているというのである。

ハベルカテによれば、ミュンスター高等行政裁判所の判決は、以上のような判断に対立してはいない。すなわち、同裁判所は、まず、ノルトライン・ヴェストファーレン州会計検査院に、憲法機関の性質を否認したが、ハベルカテにとってはこのような形式的な性質は問題ではない。また、同裁判所は検査報告は、拘束力をもった効果を広げ (erhalten) ないと確認したが、この考察によってもまた、上で確認された議会、政府及び会計検査院の法関係の憲法上の性格に触れない。同裁判所は後に、個々の検査報告 (Bericht) のみが問題となる場合には、憲法の解釈及び適用は法的な争いの対象にはならないと判定したが、このような同裁判所の見解には賛成されるべきであろうとするのである。

しかしながら、上記判決とは異なり、検査報告全体の撤回が争われる場合には、争いの中心は正に、憲法により形づくられた、議会、政府及び会計検査院の機関上の関係であるという。また訴訟が、会計検査院が検査報告を議会及び政府に全く送付すべきでないということを狙っている場合にもそれは同様であり、その種の事情 (Sachverhalt) の際には、訴訟物は明らかに

憲法的性質である⁽⁴²⁾というのである。

そのほかの場合においても、いつ争いが憲法上の性格であるか、またいつそうでないかという図式通りの (schematisch) 解決は、的はずれである⁽⁴³⁾という。すなわち、ハベルカテは、顧慮されるのは、ただ、議会、政府及び会計検査院の憲法上の法関係に対する要求の意義のみであるというのである。たしかにあらゆる撤回要求の際、また単に検査報告の個々の文章 (Paragraph) に向けられているだけの撤回要求の際ですら、何らかの形で、報告の名宛人と会計検査院との間の憲法上の関係が、形式的には包含されている。しかし、議会によるコントロールの基礎であり続けたであろう報告全体が撤回されなければならないのかどうか、あるいは、報告全体のつながりにおいて少しも重要でないような、個々の文章の撤回のみが要求されているのかどうか、が区別されなければならないという。つまり、以上により、ハベルカテは、訴訟要求が考慮される場合に、憲法上秩序づけられた法関係が関わられるかどうか、もし、関わられようとすればどの程度までそうなのか、ということの判定が必要であるというのである。

憲法上の争訟の存在は、また、議会、政府及び会計検査院のような憲法上の法関係に関係している者のいずれかが争っているのではなく、第三者が争っているからという理由で、否認されてはならないとされる。すなわち、第三者による訴訟は、憲法上の法関係から行政法上の法関係をつくるものでは決してな

料
いとのである。⁽⁴⁾連邦行政裁判所は、適切にも、このことを強調した。訴訟物が、憲法機関あるいは憲法生活に関わる機関の間の機関上の関係に関連する場合には、私人の訴えもまた、行政裁判所の前では許されないとするのである。そして、憲法上の争訟が問題になっている場合には、行政訴訟は与えられず、憲法訴訟⁽⁴⁵⁾が可能であるという。

それとは反対に、訴訟要求により、検査報告の名宛人である憲法機関と会計検査院の間の憲法上の関係が関わっていない場合には、行政訴訟が与えられる⁽⁴⁶⁾というのである(五五六頁—五六一頁)。

七

以上のように、ハベルカテは、西ドイツにおいて、会計検査院の会計検査における主観的公権の保護の問題を論じた。そこにおいて彼は、まず、ドイツ公法教義学に特有な解釈上の概念としての「外部」と「内部」の二区分論を批判的に検討し、伝統的な国家内部とりわけ行政内部の領域を大幅に狭めたり、伝統的な内部法にも外部効力を認めたりする現代西ドイツの支配的理論に賛意を表するが、結局は会計検査院の会計検査は国家内部的作用であることを認める。それゆえ、会計検査は、直接に外部に対して、すなわち国民に対して権利・義務に影響を与えるものではないということで、権利保護の一つの手段である聴聞を受ける権利を会計検査に対しては否定している。この点

については、なるほどすべての国家作用について適正手続は保障されなければならないであろうが、会計検査に対する聴聞権の否定は、ハベルカテに賛成せざるを得ないかもしれない。

しかし、ハベルカテは、例外的に局所的に会計検査が個人の主観的公権の侵害のあり得ることを認め、その限りで裁判所における法的救済を与えるべきであるというのである。この点については我が国においては全く目新しいものであり興味を惹くところであろう。もちろん、憲法裁判所をもつ西ドイツとそれを有さない日本とは同じような議論をすることができないであろうが、ハベルカテの結論の一つは、主観的公権を侵害された者が訴訟物として何を求めているかに応じて、憲法訴訟あるいは行政訴訟を認めようとするのであった。すなわち、彼によればたとえ会計検査院の国会あるいは内閣への特定の検査報告全体の撤回等を求めるのであるなら憲法訴訟で争うべきであり、他方、たとえば検査報告のうち自己に関わる部分のみの撤回を求めるような場合には行政訴訟で争うことができるということであった。この後者の結論の部分は我が国においても吟味してみる価値は十分に存在しているように思われる。

しかし日本において会計検査院の検査報告に対する権利保護の問題を議論すること自体、従来は筆者達の知る限り、ほとんどなされてこなかったように思われる。しかし、日本の場合でも検査報告によつて名誉毀損とか営業上の不利益等の主観的権利を侵される場合が可能性としてはあり得ると思われる。こ

の場合に、西ドイツにおいては、本文で述べたように、裁判例において、会計検査院の報告の提示 (Erstellung) を単純な行政活動 (schlichtes Verwaltungshandeln) ないし事実行為とみて、その流布 (Verbreitung) に対して、行政訴訟としての一般的給付訴訟をもって会計検査院を相手どって撤回を求めることが、許容されるようになってきたのであるが、我が国においても、行政事件訴訟法に基づいて、たとえば、無名抗告訴訟を活用して、検査報告の本人に関わる部分の撤回を求めたり、違法の確認を求めることは不可能なかどうか検討してみる意義はあるように思われる。あるいは、会計検査院の報告自身はあくまでも非権力的な作用であろうから、公法上の当事者訴訟によって会計検査院に対して本人に関わる部分の削除・訂正を求めることができないのかどうか、あるいはさらに、争いの対象は別に公法上のものと考える特段の必要はないとして、民事訴訟法によって同じように削除ないし訂正を求めることができぬものかどうか、等々、吟味してみる意義も大きいように思われる。

しかし以上のような問題を始めとして日本における問題点の検討、および西ドイツにおける会計検査における権利保護の問題の全貌は、石森久広君の修士論文の完成を待ちたいところである。本稿は、筆者達の会計検査院の研究の出発点として、ハベルカテの論文を紹介することにとどめた。この点を恥じつつ、今後一層研究を深めてゆきたいと願っている。

なお、会計検査における権利保護の問題を論じたからといって、

筆者達は日本の会計検査院の検査権限を縮小しようと願っているのでは決してない。むしろ逆に、拙著「紹介マンフレッド・ツレック『資金補助法の将来の発展にたいして』」(広島法學八巻四号一五六頁—一五八頁)で紹介しているように、国の資金補助のコントロールのために、会計検査院の権限の拡大については大いに注目しているし、広く検査権限の適正な充実強化のための改革を願うものである。それゆえ、本稿のような会計検査と権利保護の問題は、実際には、さらに検査権限が強化されるときに初めて起こる問題かもしれない。

(1) 我が国の会計検査制度及び会計検査院については、各種教科書、注釈書のほか、例えば、杉村章三郎・財政法(新版)(一九八二年)一三九頁以下、入江俊郎・憲法成立の経緯と憲法上の諸問題(一九七六年)五二頁以下、甲斐素直「会計検査院の地位と権限」地方財務三四四号五八頁以下参照。

(2) 例えば、行政不服審査法は、四条一項四号の規定により、「検査官會議で決すべきものとされている処分」に対しては、審査請求又は異議申立てをすることができない旨、規定しているが、それはおそらく、会計検査院法三二条その他で定められている弁償責任の有無の検定であらうとされる。参照、田中真次、加藤泰守・行政不服審査法解説(改訂版)(一九七七年)五八頁。

(3) 異なった性質のため、直ちには比較できないかもしれないが、最近義務履行確保手段として注目されている「公表」がもたらす事実上の影響として、「たとえば、従業員が募集してもなかなか来なくなるなどかあるいは従来商契約をしていた相手方と取引が停止になるような状態になるとか、實際上企業を経営していく場合に直接企業を圧迫するような材料が出てくる」(ジュリスト増刊「行政強制——行政権の実行使の法理と実態」(一九七七年)一〇六頁岡野発

言」ということがあげられる。また、この公表の行政処分性及び公表の取消訴訟その他の救済手段についての討論も参考にならう。

(7) 例えは、S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974; Grupp, Die Stellung der Rechnungshöfe in der Bundesrepublik Deutschland, 1972 (参考文献参照)。

(6) Vgl. Bundestag-Drucksache 10/1392, 10/2929.

(5) 前者の事件は、要約してしか公表されてこなかったため、事実関係について不明な点が多いが、検査報告の一部に、差別的な業務に損害を与える内容を記載された原告が、その部分に関して、会計検査院ないし責任ある担当部を相手として、単純な行政活動ないし事実行為としての検査報告の提示(Erstellung)及び流布(Verbreitung)の撤回(Rücknahme, Widerruf)を一般的給付訴訟として、その仮命令とともに求めたものである。Vgl. DÖV 1979, S. 682ff. 仮命令に対する決定は、vgl. OVG Münster, Beschluss v. 18. 7. 1975.

また後者の事件は、ラントの保証の供与との関連で、大蔵大臣の依頼で会計検査院により検査された企業(西ドイツラント銀行)が訴えたものであるが、ラントの保証に際しての原告の態度に異議が唱えられている検査報告が、会計検査院からラント大蔵大臣、ラント議会に「秘密」として送付されたが、その後直ちに公表に知られるに至り、それが原告に対する別な訴訟で使用されたというのである。そこで原告が、会計検査院を相手どり、一般的給付訴訟として、当該検査報告全体の撤回を、また補助的に、検査手続における法的聴聞の原告への不供与を理由として、検査確定が違法に成立したことの確認を求めたものである。Vgl. NJW 1981, S. 1396ff. なお、両判決とも、結局は原告の敗訴に終わっている。

(7) この点拙著「紹介マンフレッド・ツレック『資金補助法の将来の発展にたいして』」広島法学八巻四号一四九頁以下参照。

(8) はじめてこの問題を詳細に取扱ったの・ナイマンはこの領域は、我々の裁判国家の継子(Stiefkind)であると表現する。

Vgl. S. Tiemann, Rechtsschutzprobleme im Bereich öffentlicher Finanzkontrolle, DÖV 1976, S. 405. また、その理由で、ライオンズクラブは、会計検査院が絶えず異議なく活動していることその原因があるのではないかと、会計検査院にやる任務の遂行の際に生じる利益の対立がそれにより裁判所の判決に親しまないことになり得ることを(Krebs, Die rechtliche Stellung der Rechnungshöfe und der Vorbehalt des § 40 Abs. 1 VwGO zugunsten der verfassungsrechtlichen Streitigkeit, VerwArch. Bd. 71, 1980, S. 77.)。

(6) この二つの判決を契機として多数の文献が公にされている。なかから判例のほか、本紹介の特に参考としたのは、ライオンズクラブの訴状を行った Belemann, DÖV 1979, 684f.; Krebs, aO, S. 77 ff.; S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974, S. 245 ff.; dies., Rechtschutzprobleme im Bereich öffentlicher Finanzkontrolle, DÖV 1976, S. 405 ff.; Kopp, Rechtsschutz des Bürgers gegen den Inhalt und die Verbreitung von Prüfungsberichten eines Rechnungshofs, Jus 1981, 419 ff. 以下参照。

(9) 基本法の条文の邦訳については、山田晟「ドイツ連邦共和国基本法」世界憲法集〔第四版〕(一九八三年)一五三頁以下に從った。

(11) Vgl. Stern, Staatsrecht, Band II, 1980, § 34 III 4 b, S. 441f.

また、基本法一一四条によれば、「連邦会計検査院は、連邦政府のほか、直接に連邦議会および連邦参議院に毎年報告しなければならない(傍点筆者)」とされる。ところが我が日本国憲法九〇条には、「国の収入支出の決算は、すべて毎年会計検査院がこれを検査

し、内閣は、次の年度に、その検査報告とともに、これを国会に提出しなければならない」と規定されており、西ドイツとの差異に注目される。

(12) この点、甲斐素直氏は、「会計検査院の補助機関性の結果、検査対象機関としてその会計に対する判断を示されても私人が直接権利を侵害されることは有りえないが、会計検査院の有する高度の信頼性からその影響は大きい」と述べられる(甲斐素直・前掲論文七一頁)。

(21) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 377f., 293.

(14) 行政規則の外部効果については、西ドイツにおいて活発な議論が展開されており、ハベルカテも彼の論説の脚注⑩において、多数の文献を引用する。また、我が国においては、平岡教授の行政規則に関する詳細な研究が注目される。特に、平岡久「行政規則の法的拘束性」(一)・(二)・(三)「法学雑誌」二六卷三・四号六七頁以下、二七卷一号一頁以下参照。また、法律の留保学説における本質性理論との関わりで行政規則を論じるものに、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論(Wesentlichkeitslehre)を中心として——」「国家学術雑誌」九八卷三・四号八六頁以下、がある。

(15) 秩序適合性と経済性の検査基準については、Stem, aaO, § 34 III 3 c, S. 482 ff. に指摘されている。ちなみに、我が国の場合、会計検査院の検査報告の冒頭、検査の観点として、経済性、効率性及び有効性という語が使われているという。それぞれの内容と併せて参照、甲斐素直「包括的検査の考え方——3E検査へのアプローチ——」「会計検査院月報」一九八五年四月号一頁以下。

(16) ハベルカテによれば、予算法改革における基本法一一四条二項の新しい規定につき、興味深いのは、それについての法務委員会の報告(BT-Drucksache V 3605, S. 13)であるという。それによれば、当初、政府提案には意図されていなかった同規定を通して、

「会計検査院は、議会に、より近く引き寄せられるべきであり、「予算法の有用な遂行のためには、連邦議会が、会計検査院の援助なくしては獲得することのできない多くの資料を認識することが必要である」とされているという。また、それまでの理解においては、「会計検査院は、その援助の地位を、連邦政府のみならず、とりわけ、議会にかさなければならぬ(傍点ハベルカテ)」ということが表示されていないといわれているというのである。また、ハベルカテによれば、シェーファーは、この点につき、次のように述べる。すなわち、連邦会計検査院を通しての財政コントロールは、国会の予算権、つまり、執行府が予算法律及び予算案の範囲を逸脱していかないかどうかをコントロールする権限における、また、執行府の責任解除を与えたり、拒否したりする権限における予算権に対して特別密接な関係に立つことは明らかであり、有用な援助の力、及び執行府の行為を審査する権限が欠けていれば、事物に適合して遂行できないであろう、このような議会の任務に、基本法一一四条二項の意味における会計検査は、連邦会計検査院を通して特別な方法で方向づけられていると主張する。Vgl. Schäfer, Der BRH im Verfassungsgelände der Bundesrepublik, DVBl 1971, S. 542 ff., 543.

(17) イプセンは、「会計検査院を議会の「補助機関(Hilfsorgan)」であると思ふが、ハベルカテはそれを「不適切な確認によって見なしたものである」と評する。Vgl. Ipsen, 40, DJZ, Bd. II, S. c 23. また、我が国において、手島教授が財政議会主義の補強、実働化の点で、会計検査院の議会機関化を提唱される(しかも、現憲法下でも実質的議会機関性強化は可能という)のは、特に興味深い。参照、手島孝・行政国家の法理(一九七六年)四一頁以下。

(18) 検査及び報告提出の現今への密着性の必要性については、Stem, aaO, § 34 III 3 b S. 431 に詳し。

(19) 法治国家原則についての基本法一一〇三条一項の、同一条一項に

に対する關係については、vgl. Dürig, in: Mannuz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Rdnr. 4.

(20) 検査報告が個々の個人に関連する場合にもまた、検査報告は外部効果を持たないというべきを適切にもティーマンが述べるところ。Vgl. S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, S. 247f.

(21) シェーフナーも結論においては同様であるが、異なる傾向をもつ部分もあるという。すなわち、会計検査院が検査手続において、そのような第三者にもし聴聞をしない場合には、会計検査院は、入念な事実調査に対する職務義務に違反することになりうるという。また、報告が、もし公開される場合には、その中に言及されている第三者は、進行する検査手続の間に「これを防禦する」機会を持たなければならぬというべき。Vgl. Schäfer, Festschrift für W. Geiger, 1974, S. 623ff., 629, 640f.

(22) それゆえに、執行的権限、例えば、懲戒手続及び償還手続の開始のための権限を会計検査院に与えるという提案にもまた、疑いがないわけではないという。Vgl. Stern, aO, § 34 IV 4b, S. 442.

(23) テュッセルドルフ行政裁判所も結論を同じくする。但し、ヘルカテによれば、同裁判所は、その結論を、予算法上、行政手続法上の規定のみから導いているのであり、それらの規定の下に存在する憲法上の根本決定には立ち入っていないという。Vgl. Düsseldorf, aO, S. 1398.

(24) 全く誤解のおそれがないわけではないものとして、例えば、S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, S. 245; dies, DÖV 1975, S. 405ff., 409があげられる。彼女によれば、「個々人の直接の関わりは、会計検査院の検査確定を通しては得られない。なぜなら、これにおいては、個々人の権利領域に関わる、あるいは、直接の法効果を根拠づける法拘束的な確定は行われなからである。」という。しかしながら、ハ

ヘルカテによれば、これは通常の場合にのみあてはまるのであり、個々人の法領域の局所的な侵害は、そのことでもって排除されない、というのである。この点ベールマンは「通常」という言葉を加えて、ティーマンのこの部分を引用してゐる。Vgl. Belemann, DÖV 1979, 685.

(25) シェーフナーは、基本法一九条四項（何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴の途があたえられる——挿入筆者）によれば、第三者が、会計検査院の検査活動を通して、彼の権利を侵害されている場合には、裁判所による権利保護が保障されているであろうとする（Schäfer, Festschrift Geiger, S. 623ff., 629）。

(26) コップは異なる。すなわち、第三者についての会計検査院の言明が許されるのは、会計検査院が、その真実度を十分信頼できるほどに確定した場合のみであり、それは関係人が態度表明をする機会を得ている場合だけであるという。これに対してヘルカテは、次のようにコップを批判する。すなわち、このようにしてコップは確定の實質的正当性の問題を法的聴聞の請求権と混合させるが、これは全く不適切であるという。当然、私人に言及する際には、その私人の利益を侵害しないこと、及び真実でない確定を行わないことの命令が国家に対して妥当するけれども、そうだからといって、考えるすべての第三者の言及の際に、そこから法的聴聞の命令が生じるには程遠いというのである。また、ヘルカテによれば、重要なことは、コップにより提案されている解決方法は、思考の手懸かりにおいて、こゝで主張されている見解、つまり、当該行政活動の際、典型的な関係人が欠けている場合には、法的聴聞は存在しないが、国家が私人の権利を侵害する場合には、国家に対する防衛請求権が存在するという見解に一致することであるという。Vgl. Kopp, JAs 1981, 426.

(27) 行政内部の命令の公開を通しての外部効果につき、Bachof,

- Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift Lafort, 1952, S. 285 ff., 312 ff. を引用せよ。
- (28) これと異なる「シムステルン」は「連邦議会及び連邦参議院の報告を通して」その報告は公開の効果を得る」ところ。Vgl. Stem, a.o. § 34 III 4a, S. 441.
- (29) ミュンスター高等行政裁判所判決が基礎におく事案である。
- (30) しかしながら「ティーマン」は、会計検査院の検査官ないし決定をどう担当部の民事法上の責任を考慮に入れること。Vgl. S. Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle, S. 248; dies., DÖV 1975, S. 441. ヴーレンツはこれに反対す。Vgl. Belemann, DÖV 1979, S. 684.
- (31) 連邦憲法裁判所は、「憲法機関」を「その成立、存在及び憲法適合的活動が、正に、元來的に國家を構成することの統一を守るための機関」であると定義す。Vgl. JÖR N.F., Bd 6, 1957, S. 194 (198).
- (32) ミュンスター高等行政裁判所判決は、それとは異なった傾向にあるところ。ヴェーレンツは、それを批判的に評釈する。
- (33) Vgl. Krebs, VerwArch. Bd. 71, 1980, S. 77 ff., 79.
- (34) BVerwGE 24, 272/279; 36, 218/227 f.
- (35) BVerwGE 36, 227 f.
- (36) ティーマンは、「会計検査院は、行政官庁として活動するのではなく、憲法機関類似的の地位において、特別の憲法上の任務を遂行する」ところ。Vgl. DÖV 1975, S. 411.
- (37) Vgl. VG Düsseldorf, NJW 1981, S. 1397.
- (38) Eyermann-Fröhler, VwGO, 8. Aufl. 1980, § 82 Rdnr. 3
- (39) この一般の見解に反して「ユップ」は、私法上及び公法上の争いの境界分けの際に、主張される請求権が重要であることによりどうるを求めるといふ。ハベルカテは、その際ユップは、行政裁判所法四〇条一項の特性を誤解していると批判し、原告の請求権の基礎が

- 形式的に憲法上の、あるいは行政法上の性質であるかどうか問題であるのではなく、専ら、立法者が判断を憲法裁判所に留保した法関係の中に訴えが入りこむかどうか問題なのであるという。
- (40) チュッセルドルフ行政裁判所判決で問題になっている訴えの申立てである。ここでは、非技術の意味における撤回が問題ではない——検査報告は、連邦行政手続法四八条の意味における行政行為ではない——ので、単純な給付訴訟が問題であるという。
- (41) ミュンスター高等行政裁判所判決で問題になっている訴えの申立てである。
- (42) ハベルカテによれば、その他、会計検査院の執行的、司法的、立法的特性に対する理論的な争いの問題がどのように答えられるかということとは、会計検査院、議会及び政府の法関係の憲法上の性格にとって重要ではない。たとえ会計検査が「行政活動」と見なされても、そこから、会計検査院との法的争いが常に行政法上の性質であるということとは導かれえないのである。むしろ、重要なのは、憲法が、議会、政府及び会計検査院の間の法関係をどのように形成したか、または、憲法が、会計検査院に固有の権利を割りあてているかどうかであるというのである。また、会計検査院の本来の憲法機関としての性格づけに反対する学者でも、憲法の刻印における会計検査院の非常に高い位置づけを否認する者はおらず、さらに「議会に対する」報告義務の直接性の規律を通して、憲法における会計検査の地位の価値がなお明確にされているという。
- (43) ユップとハベルカテが引用するところ、BVerwGE 36, 218/227 である。すなわち、そこには、「なぜなら、行政訴訟の許容性は、争いが、行政裁判所法四〇条一項の意味における非憲法的種類の公法上の法関係であるかどうかにかかっているからである。この下で理解されなければならないことは、ともかく一般的には有効に区別させられないということである。決定的な基準と見なされるのは、争いの法関係が決定的に憲法により形づくられているかどうかとい

う問題である。」とあり、なお「これに続いて、「これは、このことは、なお明確化を必要とする。憲法には、行政裁判所法四〇条一項の適用の範囲において、憲法機関の、あるいは憲法生活に関わる機関の互いの法関係のみが整序されるべきであり、たとえ憲法機関が関わっているとしても市民と国家の間のそれは憲法に整序されるべきではなく」というくだりがある。

(74) BVerwGE 24, 272/278f. ハベルカテは、この判決を、クレムク (VerArch. Bd 71, 1980, S. 79) は見過ごし、BVerwGE 36, 227f. から、会計検査院に対する私人の訴訟は決して憲法上の争訟ではありえないということを導いていると批判する。ハベルカテによれば、「憲法上の争訟」の排除条項の本来的意義は、憲法により形成された憲法機関（及び憲法生活に関わる機関）の間の法関係を、行政裁判所を通しての判断から取り去り、憲法裁判所のコントロールの独占下に置くということの中に存在する。従って憲法上の争訟には、まず第一に、憲法機関の、憲法により刻印づけられている法関係についてのあらゆる争訟、第二に、しかしながら、憲法により刻印づけられている、被告と他の憲法機関との間の法関係に影響を及ぼす目標を持って提起する第三者——例えば、憲法機関に対する私人——のあらゆる争訟が含まれるという。そして、クレムクが彼の論拠としたエリクゼンの、憲法上の争訟は、憲法機関の間の争訟であるという見解 (Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 22), をハベルカテは、「憲法上の争訟は、憲法により形成された、憲法機関の間の法関係に関わる紛争であるが、憲法上の法関係に関わる機関は、すべて法的争いの当事者として同一である必要は必ずしもない」と精確化するべきであるという。

(45) バイエルン州憲法により、バイエルン州の住民は、官庁により憲法上の権利を侵害された場合に、バイエルン州憲法裁判所に憲法訴訟を提起できるが、会計検査院がその官庁にあたることされた事例

がある。Vgl. BayVerfGH, Entsch. vom 22. 5. 1968, DÖV 1968, S. 656. また憲法訴訟制度については、例えば、阿部照哉「憲法訴訟制度の一考察」法学論叢一〇六巻三頁以下、清水望・西ドイツの政治機構（一九六九年）四九九頁以下、川添利幸「西ドイツにおける憲法訴訟 Verfassungsschwerde 制度の本質」公法研究二四号一五六頁以下参照。

(46) ベーレマンも、行政訴訟手段を開くことを通して、財政コントロールの検査確定に対する権利保護の可能性を探究しようとする。Vgl. Belemann, DÖV 1979, S. 684.

(47) ハベルカテの本文五四一頁—五四二頁参照
(48) なお、この点、厚生省援護局身上調査票訂正等請求事件（東京地判昭五九・一〇・三〇判時一一三七号二九頁、判夕五三三八号七八頁）参照。なおこの判例批評として、竹中勲、ジュリスト昭和五九年度重要判例解説一一頁—一二頁を参考にした。

なお、無名抗告訴訟について、例えば塩野宏「無名抗告訴訟」新・実務民事訴訟講座9（一九八三年）一一三頁以下、阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」公法の課題（一九八五年）一頁以下参照、また最新のものとして、横川川予防的無名抗告訴訟事件の石川教授による批評が参考になる。参照、石川敏行「判例評論三一五号二五頁以下。なお、日本における「給付訴訟」の議論については、とりわけ福家俊朗「行政訴訟における「給付訴訟」(一)(二)(三)(四)定」民商法雑誌六六巻三三三頁以下、同五号六六頁以下、同六号四四頁以下、同六七巻一五五六頁以下が参考になる。