

ドイツ行政法形成期の「公益」論（一）

——ロイトホルトリノイマン論争をめぐって——

目 次

はじめに

一 ロイトホルトの「公益」論

(一) 「公益」概念とその内容

1 「地域的共通生活利益」説

2 国家的承認の要否

(二) 公法・私法の区別に関する主体説

1 利益説の否定

2 権力主体説の主張

(三) 行政法と行政裁判の意義

1 行政法の意義

2 行政権原としての「公益」

3 行政の裁判的統制の必要性

(四) 小 括

(以上、本号)

二 ノイマンの「公益」論
 三 形成期「公益」論争の意義—結びにかえて

はじめに

(1) 国民個人の様々な権利利益と並んで、行政法上の重要な保護法益の一つとされてきた「公共の福祉」、¹⁾「社会公共の利益」、²⁾「国民全体の福祉」など、総じて「公益」といわれる概念に関して、わが国の行政法学では、その意味する内容や法的位置づけなどをことさらに問うことなしに、いわばその国民個人の権利利益に対する優越を当然視したうえで、基本的には行政権が広範な裁量判断のもとにその擁護・実現への責任を負うものと考えられる傾向が強かったように思われる。それは、私法・民法に対する公法・行政法の特殊性を原理的に論じる場面から、行政処分裁量権の濫用、取消訴訟の訴えの利益、行政処分の執行停止要件、事情判決の許容性などのような制度的論点にまで広く及んでいる。現に、行政活動を根拠づける議会立法（法律・条例）の目的規定や要件規定に多く「公益」などの文言が掲げられているほか、行政法学の体系的理解においても、現行の行政法制的解釈においても「公益」の語がしばしば援用され、重要な役割を演じてきたといえる。

その際、個別の実定行政制度上で用いられている公益概念の意味内容に関しては、それぞれの場面に応じて具体的な解釈問題となってきたわけであるが、こうした技術的・制度的公益概念の背景にあって、それら全体を基礎づける本質的・原理的公益概念を、それ自体として正面から法的分析の対象とし、その法的規律のあり方を追究するということは、わが国ではこれまであまり意識されてこなかったといえよう。⁽¹⁾

(2) これに対して、ドイツでは、国法学から分離して行政法学が学問的に形成されつつあった一九世紀後半の帝政

時代以来、第二次世界大戦後の現代に至るまで、行政法の保護法益としての公益に関する問題が継続して理論的関心の対象とされてきた。

もつとも、ドイツ行政法学においても公益問題が一般的に議論されるようになるのは比較的最近のことに属するとみられる⁽²⁾。戦前の行政法教科書では、公益問題は未だ総論的な位置づけを与えられておらず、各論的な行政分野、とりわけ収用法の領域で強制収用を根拠づける公益の存否に関連して言及されはしたが、その場合でも多くは概念の問題性の指摘や論拠ぬきの簡単な記述にとどまり、概して体系的に論述されるには至らなかった⁽³⁾。こうした状況下で、少数ではあるが、公益概念に詳細かつ方法的に論及する学説の流れが認められ、なかでもその萌芽として一八八〇年代にロイトホルト (C. E. Leuthold) とノイマン (Fr. J. Neumann) の間で交わされた公益論争が注目される⁽⁴⁾。ここでは、後に支配的な潮流となり、わが国にも大きな影響を与えた O・マイヤー行政法学が成立する直前に生じたこの論争が、行政法の理論形成にどのような寄与をしたのかが問われることとなる。本稿は、ドイツ行政法形成期の「公益」論として、このロイトホルトノイマン論争をとりあげ、その学説史的意義を追究しようとするものである。

(3) この時期に先立つ一八三〇年代に、ドイツ国法学の祖といわれるアルブレヒト (E. Albrecht) は、「われわれは今日、(少なくともこれが圧倒的に支配的な見解とみられるのであるが) 国家を次のようなものとして想起している。すなわち、個人の目的や、全員であれ多数人であれ、また個人とりわけ例えば支配者であれ、その利益のためにもつばらかつ直接に措定されている人間の結合としてではなく、公共団体 (Gemeinwesen) として、つまり個人に超越し、支配者や臣民の個人的利益のたんなる総和をなす目的ではなく、何よりも……より高次の一般的な全体利益 (Gesamtinteresse) をなす目的に奉仕する造営物 (Anstalt) としてである。」⁽⁵⁾と声明していた。アルブレヒトの国家(目的)観は、個人的利益に超越し、それとは異質でより高次の何らか普遍的な利益が存在するものと観念する公益

理解と一体をなしており、こうした「国家公益」観が論争当時のドイツにおいてなお古典的かつ通説的な見方であったといえる。

(4) ここで、具体的な公益論争の内容に立ち入る前に、一八八〇年代以前のドイツにおける政治・社会状況についてごく簡単に触れておくこととしたい。

一八四八年のドイツ三月革命の挫折の後、プロイセンでは、立憲君主制のプロイセン憲法のもと五〇年代の政治的反動期を経て、六〇年代には、産業革命の進行とともに、自由主義の「新時代」を迎えた。こうした自由主義的気運の高まりの中で、プロイセンを中心とした国家統一の政策が進められ、七一年にドイツ帝国が建設された。しかし、長びく経済恐慌の中で、七〇年代末、宰相ビスマルクは、新たな体制維持のため保守勢力の結集に向けて自由貿易政策から保護関税政策へ転換し、ここにドイツの自由主義は大きく衰退することとなる。⁽⁶⁾ こうした時代的推移の中で、ドイツ諸ラントにおいては、六〇年代以降、自由主義的法治国思想を背景として近代的な行政裁判所制度の創設が行しつづであった。バーデン（六三年）を嚆矢として、七〇年代にはプロイセン、ヘッセン、ヴュルテンベルク、バイエルンで行政裁判所が設立されている。

(1) 行政法学の立場から行政上の「公益」概念の原理的問題に注目した数少ない論稿として、戦前期に渡辺宗太郎「公益の本質」公法雑誌一卷一号（一九三五年）があり、戦後では遠藤博也「行政過程における公共の福祉」ジュリスト一九七〇年四月一日号、晴山一穂「田中行政法学における『公共の福祉』概念」福島大学商学論集五五巻四号（一九八七年）、宮崎良夫「公益判断、その主体、法的統制をめぐる問題」室井力ほか編『現代国家の公共性分析』（日本評論社、一九九〇年）、同「行政法における公益」公法研究五四号（一九九二年）などが挙げられる。なお、安達「行政法における『公益保護』理論の再検討―戦前日本の学説をめぐって」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題（上）』（有斐閣、一九九〇年）参照。

- (2) 現代ドイツ行政法における「公益」学説の動向については、安達「西ドイツ行政法における『公益』論研究序説(上・下)」自治研究五九卷九号八九頁以下、同一二号一〇頁以下(一九八三年)を参照。
- (3) E. Krüger, Die Lehre vom „öffentlichen Interesse“ in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Dissertation, 1932, SS. 4, 7-9. なお、角松生史「土地収用手続における『公益』の観念——一八七四年プロイセン土地収用法を素材として」社会科学研究四八巻三号(一九九六年)一四七頁以下参照。
- (4) ロイトホルト・ノイマン論争の存在に関しては、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、一九六二年)二六四—二六五頁で簡潔に紹介されている。
- (5) E. Albrecht, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Göttingische gelehrte Anzeigen, 1837, Bd. 3, SS. 1491-1492. なお、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、一九九七年)三五七、三五九頁は、これを「自己目的としての国家」思想としている。
- (6) 木谷勤・望田幸男編著『ドイツ近代史』(ミネルヴァ書房、一九九二年)四三—六一頁、木谷勤『ドイツ第二帝制史研究』(青木書店、一九七七年)一八四—一八六頁参照。

一 ロイトホルトの「公益」論

ドイツ行政法学において、「公益」概念を初めて本格的にとり上げたのはC・E・ロイトホルト(C. E. Leuthold)であるとみられる。ロイトホルトは、「行政法における公益と公的訴訟」と題する一八八四年の論文⁽¹⁾で、私益に対する公益の優位ないし私法に対する公法の優越を認める在来の見解を批判しつつ、「公益」の意義について論じ、これを前提として私法に対する公法の領域(したがってまた行政裁判所の権限)を画定しようとしている。以下、その論述の順序とは必ずしも一致しないが、本稿の問題関心にそくして論旨を整理しながら、ロイトホルトの「公益」理解、またその行政法上の位置づけをめぐって論じられる公法と私法の区別、行政法の意義、行政の裁判的統制の必要性に

関する主張を見ていくことにしたい。

(一) 「公益」概念とその内容

1 「地域的共通生活利益」説

ロイトホルトは、「公益 (öffentliches Interesse)」概念の意味内容を明らかにするために、この語をまず「利益 (Interesse)」と「公的 (öffentlich)」に分けてそれぞれの意味を文理的に捉え直した後、「公益」について、最終的に次のような概念規定に到達した。すなわち公益とは、「地域的に結びついた共に生きる多数の人間 (eine Mehrzahl räumlich verbundener, beisammen lebender Menschen)」全体の「平均的利益 (Durchschnittsinteresse)」⁽²⁾にほかならない。本稿では、この理解を、後述するその実体内容にそくして「地域的共通生活利益」説と称することにした。この定義づけの根拠および内容について、ロイトホルトは右の概念要素にしたがって以下のように論じている。

(1) まず、およそ「利益」の主体は、そこで利益と法の一部門との関係についての追究が問題となっているかぎり、人間自身(ないしそれと同視される法人)⁽⁴⁾である。「公的」という語の原義は、「何人にとっても近づきうる (für Jedermann zugänglich)」、「何人にも関わる (Jedermann angehend)」⁽⁵⁾ということであるが、「何人もの利益」という場合の「何人」とは、実質的には、あらゆる人間の全体より狭く、「地域的に結びついた共に生きる多数の人間」であると考えられる。「まさに地域的絆 (das räumliche Band) がこの際に顕著な意義をもつということは、当該関係の性質にそくしている。何故なら、人間はその身体的性質上、地域範囲内にあり、かつ当該地域において活動することになるので、その利益は、それらがその身体的性質に基づいているかぎり、必然的に当該地域への関係によってもまた規定されるからである。」⁽⁵⁾

かくして、「公益」と呼べる利益関係は地域的基礎にもとづく利益共同体において現われるものであり、それは、まずもって地域共同体 (Ortsgemeinschaft) を構成する近隣住民 (Ortsnachbarn) の段階から始まる。「国家、市町村 (Gemeinde) 等もまた公的制度 (öffentliche Institutionen) である。というのは、それらはその構成員の地域的共同体に基づくものであり、しかもまさにこれらの団体は、最も重要な公益の擁護と実現にあたるものとみられるからである。」⁽⁶⁾

(2) 次に、公益主体の右のような捉え方から、「多数人の共通利益 (gemeinsames Interesse) のすべてが公益なのではない。その地域的共同生活 (örtliches Zusammenleben) への顧慮を欠く多数の利害関係人に共通の利益は、むしろ公益の性格をもたない。」⁽⁷⁾ 例えば、破産債権者の共通利益、同業組合の共通の営業利益、全株主の共通利益、政党の代表する共通利益は、概念上、一定地域 (Raumgebiet) のあらゆる利害関係人を包括せず、または関与せしめるものでないという理由で、一つの共通利益ないし全体利益 (Gesamtinteresse) ではあるが、公益ではない。これに対して多数人の全体利益の一つでもある「公益」の内容は、地域的共同生活関係にもとづく共通の生活利益 (Lebensinteressen)⁽⁸⁾ として性格づけられることになる。

(3) さらに個人利益との関係からみると、「あらゆる公益は地域的に結びついた人々の多数の個人利益 (Eig. zelinteressen) から成る。当該団体に属する個々人の利益と完全に異なるいかなる公益 (ましてや全体利益) も存在しない。この観点は、個人およびその目標と全人間およびその目的追求との一致ならびにあらゆる利益の究極的調和 (die schließliche Harmonie aller Interessen)」、つまりは現世的実現を超越した崇高な人間精神の思想を論ずる数多くの考察の中に示されている。⁽⁹⁾

したがって、公益と個人の利益とは、それ自体決して対立するものでなく、公益ともつばら対立するのは、むしろ

当該地域の住民の共通利益と異なり、または直接にこれと対立する人もしくは人々の「特別利益 (Sonderinteresses)」である。「公益と全体の利益 (Interesse der Gesamtheit)」との一致を強調する契機がより多く存在すればするほど、国家目的は個人利益のたんなる総和では決してなく、より高次の一般的な全体利益であるというしばしば主張されている見解は、⁽¹⁰⁾ 正当とは看なされえない。あらゆる国家は、むしろ、その住民の全体または決定的な多数が共通利益として承認する目的にのみ奉仕すべく予定されうる。それ故、一般に最も重要な個人利益を保障することが、まさに最も高次の公益の対象であるとみられる。⁽¹¹⁾

もつとも、個人の利益の全体は他者の利益と原則的に一致するとしても、他方で、個人の個々の利益と他者の利益とが重要な面で相異なるということは、人々の生活関係の性質上ありうることである。それ故、一つの社会団体 (Gesellschaftsverband) のもとで多数人の利益と少数人の利益とが一致しないという可能性はたしかに存在する。かくして、「当該利益が一定地域に属する者全体の平均的利益 (Durchschnittsinteresse) であること」⁽¹²⁾ が、公益概念の要件となる。

そこで例えば、身分 (Geburtsstand)、職業、信仰等の共通性にもとづく一定の住民階層の利益 (階層利益 Klasse, senieresse) は、「当該住民階層の禍福が地域の住民全体 (ないし、少なくともその平均) にとって重要である場合にのみ、公益とみられる。当該住民階層が (数、財産その他の特性により) 全住民の相当または重要な部分を代表する、あるいは反対に、妨害的・加害的ないし負担的方法でその他の住民の幸福に干渉するといった場合が、このような場合でありうる。前者では、当該階層の福祉を増進することが全体の利益であり、⁽¹³⁾ 後者では、当該階層にかかわる公益は、当然に後者の固有の利益と全く対立する方向へ動く。」

- (24) また、個人利益については、当該利害関係人がその自然的代表者となるのに対して、「公益 (ないし一般に多数

人に共通のあらゆる利益)は、当該利益が排他的に体现する統一的な人間の人格が存在しないために、それ自体として人工的代表 (künstliche Vertretung) を必要とする。公益という概念の中にすでに、まさに公益がその平均的利益から成るところの個人利益を内在する一定の地域的範囲について公益がつねに考慮される、ということが含まれている。理論的には、あらゆる公益が固有の地域をもちえ、その住民にとって当該利益が一般的 (平均的) 利益である地域 (Erdräum) は、それぞれの場合で異なったものでありうる。⁽¹⁴⁾ 他方、一定地域に属する者のために、対外的には自らを境界づけ、対内的には確固たる組織と代表をもつ利益共同体の最も重要なものとして、市町村は住居地の共通性に基づいて、国家は言語の共通性に基づいて、その文化的任務の実現のための民族 (Volk) の組織として形成されてきた。「まさにこれらの利益共同体は、法の助けをもつてする利益保護の任務が概して与えられたところのものである。……それらと並んで、宗教利益共同体としての教会が、とりわけ一地域の総て、またはほとんど総ての住民がそれに属する場合に、最も重要な部分の一つを成してきた。⁽¹⁵⁾」

かくして、一つの統一的内容をもつ公益が存在するのではなく、「むしろ、個人利益と同様に、部分的には相互に矛盾する多種・多様な多数の公益が存在するのである。その多様性は種々の原因に基づきうるし、とりわけ範囲・内容に関して種々の方向に動きうる。国際法上の団体から最も近密な地域共同体に至るまで、大小の地域的共同体の公益が存在する。……下位の公共団体 (Gemeinwesen) は、たんにそのつどの固有の狭い利益の担い手ではなく、上位の公共団体とともに、その固有範囲について問題となるより一般的な利益をも担いかつ支え、かくして、地域的に制限された方法においてはであるが、事実上多くの場合、上位の包括的な公共団体より大きな利益のために活動する。他面、大小の団体の利益間の衝突は決して排除されない。⁽¹⁶⁾」

(5) なお、いわゆる国庫利益 (das fiskalische Interesse) は、「しばしば、社会に組織された者全体の直接的利益の

みを含むべき本来的な公益と対置されるのを常とする」が、公共「施設の設置・維持への利益はその保持に不可欠な資金の調達への利益を含んでいるので、国家国庫的、市町村国庫的等の利益をも同様に公益として取り扱うことが、より正当とみられる。公共団体に属する者が納税者としてすでに身近な利益をもつ、公共団体の私経済的歳入への利益もこれに含まれる。」⁽¹⁷⁾

2 国家的承認の要否

以上のような実体的概念内容をもつ「公益」の存否につき、何らかの国家的承認の手續を要するか否かに関して、ロイトホルトは、次のように述べてこれを否定する。

「当該利益が『国家によって承認 (anerkennen) され』ている場合にのみ、公益概念が担保されたものと看なすことは不当であろう。むしろ公益は、当該地域の『社会 (Gesellschaft)』がこれを保護している場合に、すでに存在する。新たに発生し、またはしだいに強く発展してきた公益を適時に適切な方法で受容 (annehmen) することは、当然に公権力の事項でなければならない。しかし、公権力がこれを懈怠する場合、または公権力が全く存在せず、かくして組織を欠く利益領域が問題となる場合ですら、当該利益の公益としての存在は否定されえない。」⁽¹⁸⁾

さて、こうして多数人の「地域的共通生活利益」として観念されるロイトホルトの「公益」理解が、その行政法学の理論構成にどのように反映し、その「公益」概念自体に行政法上いかなる位置づけが与えられるか、がまさにここで問題となる。ロイトホルトはこれを、主として公法と私法の区別、行政法と行政裁判の意義をめぐって論じており、以下、項を改めてみていくことにする。

(26)

(1) C. E. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, Hirths Annalen des Deutschen Reichs,

- 1884, S. 321ff. ロイトホルトは、この論文をもって公権論と行政裁判所制度（行政庁の訴訟強制）論の首唱者の一人として知られているが、本稿ではその詳細な紹介は省略する。参照、藤田宙靖「公権力の行使と私的権利主張」（有斐閣、一九七八年）七七―七八、一〇六一―一〇九、一三四頁など。
- (2) Leuthold, a. a. O., S. 329.
- (3) Leuthold, a. a. O., S. 333.
- (4) Leuthold, a. a. O., S. 323.
- (5) Leuthold, a. a. O., S. 330. (傍点は原文隔字、以下同じ。) なお、引用部分では、räumlich, Raum の語を「地域(的)」と訳しているが、同様の趣旨で他の箇所では territorial, örtlich, Raumgebiet, Gebiet, Ort 等の語も使われている。それぞれに対応する確な日本語訳を見出し難いことから、本稿では、これらについても強いて訳し分けることをせず、広い意味で「地域(的)」の語を当て、適宜原語を示すこととする。
- (6) Leuthold, a. a. O., S. 331.
- (7) Ebenda.
- (8) Leuthold, a. a. O., S. 330.
- (9) Leuthold, a. a. O., S. 332. ロイトホルトは「(1)で、法思想・哲学、イギリス史に関する文献として次のものを注記している。① Ferguson bei Raumer, Recht, Staat und Politik, 2. Aufl., S. 64, ② M. Carriere, Die sittliche Weltordnung, 1877, S. 219, ③ Lamezan, Menschliche Willensfreiheit und strafrechtliche Zurechnung, Nord und Süd XIII, S. 105, ④ F. Lasalle, Das System der erworbenen Rechte, 2. Band, 2. Aufl., 1880, S. 345, ⑤ H. Th. Buckle (A. Ruge), Geschichte der Civilisation in England, I. Band, 1. Abth., 6. Aufl., 1881, S. 17. (これは英語原典のドイツ語訳書である。) ただし、①と③については参照しえなかった。
- (10) ロイトホルトは「(1)の箇所の注で、アルブレヒトの名を挙げている。
- (11) Leuthold, a. a. O., S. 334.
- (12) Leuthold, a. a. O., S. 336.
- (13) Leuthold, a. a. O., S. 337.
- (14) Leuthold, a. a. O., SS. 337-338.

- (15) Leuthold, a. a. O., S. 338.
- (16) Leuthold, a. a. O., SS. 335-336.
- (17) Leuthold, a. a. O., SS. 333-334.
- (18) Leuthold, a. a. O., S. 331.

(二) 公法・私法の区別に関する主体説

1 利益説の否定

公益と私益の対立を前提として、公法の本質を公益保護、私法の本質を私益保護とみる公法と私法の区別に関するいわゆる利益説は、その際、私益に対する公益の優位を認めるかぎり、「私法は公益に譲歩しなければならない」という命題を立てることによって、私法に対する公法の優越を語っていることになる。これに対してロイトホルトは、自身の「公益」理解に基づき、次の点を挙げて在来の利益説を厳しく否認する。

(1) まずロイトホルトにおける「公益」概念の理解によれば、前述のとおり、公益と個人利益とは決定的に対立するものでなく、究極的には一致すべきものであるから、公益と私益の絶対的区別と両者における公益の優位は否定されざるをえない。したがって、このかぎりでは、利益説はすでに根本的・原理的に妥当しえないものとなる。

(2) 具体的な法関係をめぐっては、次の諸点が指摘される。

①「私法規範もまた、まずもって法を客観的の面から見るとすれば、公益のために発せられる⁽¹⁹⁾。あらゆる法律は、私法関係を対象とするものであれ公法関係を対象とするものであれ、全体の福祉をめざすものであり、個々の具体的法関係の目的物が個人に属するか共同体の利害関係人に属するかは、法律の目的の一般性を何ら変更するものではない

い。個々の私権について見ても、例えば、ひとたび締結された売買契約が遵守されることは全体にとっての利益であり、「直接に法規範に基づくのでなく、その成立に私法的法律行為を必要とする私権できえ、公益によって支えられ、公益のために権利に高められる⁽²⁰⁾。」

かくして、「公益が相応の保護を受けるべき場合に、いかなる法が公法としてまた私法として構成されるべきか、したがって一定の事実要件の下で、公共団体に権利ないし法的義務が与えられるべきか、それとも個人に対する個人の法的権能が認められるべきかは、法源——慣習法または立法者——がつねに公益の観点から衡量しなければならぬ。私法への権利 (Berechtigung) の配分については、次の場合にとりわけ理由が存在するであろう。すなわち、個々の事案において、a) 主として一定個人の利益の法的保護が——もちろん公益のために——問題となり、同時にb) 侵害的事案 (Verletzungsfälle) ⁽²¹⁾ における権利の現実的追及をとりわけ確実にすべき絶対的 (zwingend) な公益が存在しない場合である。」例えば、契約の遵守や損害賠償の義務を被害者個人に対する私法上の義務となし、他者の財産を重大に侵害した者への公的刑罰や間接的損害行為 (火災、疫病等の危険) の回避の義務を国家権力に対する個人の公法上の義務となす法規範は、この観点のもとで理解される。窃盗、横領、詐欺、器物損壊等に対する加刑や共通の危険になりうる行為の防止への配慮は、個人には期待されえないのであり、当該法的義務の実行に一般福祉目的がかかる場合には、「法規範は、……相応する権能を共通権力 (Gemeingewalt)、すなわち公権の行使のために特に任せられた機関に付託しなければならぬ。ここに、私法と公法とりわけ刑法・行政法との区別の基調があるのである。」⁽²²⁾

②もつぱら私法規範による保護のみを受け、あるいはもつぱら公法規範による保護のみを受ける生活領域というものではなく、両者のカテゴリーの規範は、実際の生活領域において複合的に作用する。「この理由から、一定の生活領域の特別法 (Spezialrecht) を構成すべく予定された法律は、多くの場合、私法的要素と公法的要素とから混成さ

れているとみられる。同じ理由から、しばしば、公権力 (Obrigkeit) の許可を受けた一定の行為 (例えば住宅建築、競売) が私法上は許容されえず、また逆の場合もしかりといった現象が無限に存在する。⁽²³⁾

③ 「また、法の歴史的発展の過程において、一つの法領域の私法と公法の間の境界の移動が生じることともまれば、ない。何故なら、ある権利が個人に与えられるべきか公権力に与えられるべきかに関する立法者の考慮の結論は、様々な状況および観点のもとで、必然的に異なったものでなければならぬからである。⁽²⁴⁾

④ 私法と公法との形式的対置から両領域に実体的に接点がないとするは誤りであり、むしろ両領域の間には多くの内容的関連が存在する。まず第一に、公法にも私法にも妥当する若干の基礎的法規として、法規範 (法源) 自体に関する諸原則および法関係一般の成立と終了に関する諸原則がある。「次いで、私法的内容の権利と公法的内容の権利が並存し、したがって私権の主張によっても公法の基礎にもとづく措置の利用によっても、同一またはほとんど同一の効果が達成されるような生活関係には事欠かない。⁽²⁵⁾」さらに、民法においてしばしば見出される個人の処分自由の制限が、私法規範一般と同様の意味において公益に支えられている一方で、「公法の領域でも、公権力の権能の開始が個人の側の発議に依拠せしめられているとみられ、かくしていわば公権力の処分自由が個人の利益のために制限されている様々な法関係が存在する。⁽²⁶⁾

2 権力主体説の主張

以上の諸論拠にもとづく利益説批判の結果として、ロイトホルトは、公法と私法の区別の基準に関し主体説を主張する。ロイトホルトによれば、「公法の本質はまさに、もっぱらそれによって公益が保護されるということにはなく、むしろそれが公法関係、すなわち公権力の権利と義務を規律するということにある。⁽²⁷⁾」つまり、私法が個人間の法関係に関する法原則の総体であるのに対して、公法は公権力の権利と義務に関する法原則の総体であって、両者は

その領域に現われる法主体 (Rechtssubjekte) の点で区別されるというのである。⁽²⁸⁾

公法関係と私法関係の区別についても、一方が公益に他方が私益に資するというのではなく、前者では、公共団体 (das öffentliche (Gemein =) Wesen) が権利者または義務者として関与することが不可欠であるが、後者にあつてはこの要件は妥当せずその法関係は個人間に存する、ということによる。⁽²⁹⁾ もっとも、公共団体も私法上の法関係に立つ場合があり、実定法上、内容的に私人間にも存在しうるような性質のものであれば私法関係と看なされるべきであるが、特別な理由とりわけ国家目的等の実現のために実定法が公共団体に優越的地位—国庫特権—を認めている場合の存在も排除はされない。⁽³⁰⁾ この点では、公権力行使の実体をとみなさない公法関係の余地を残しているように思われるが、公法の本質を公権力 (主体) の権利・義務の規律とみていることから、実質的には権力主体説に立っているということができる。

- (19) Leuthold, a. a. O., S. 347.
- (20) Leuthold, a. a. O., S. 348.
- (21) Ebenda.
- (22) Leuthold, a. a. O., S. 349.
- (23) Leuthold, a. a. O., S. 356.
- (24) Leuthold, a. a. O., SS. 356-357.
- (25) Leuthold, a. a. O., S. 358.
- (26) Leuthold, a. a. O., S. 359.
- (27) Leuthold, a. a. O., SS. 353-354.
- (28) Leuthold, a. a. O., S. 355.

(29) Leuthold, a. a. O., S. 346.

(30) Leuthold, a. a. O., S. 361.

(三) 行政法と行政裁判の意義

1 行政法の意義

公共団体自身の権利、およびそれに補完的ないし制限的に対置し、それをいずれにせよ概念的に前提とする個人の権利を「公権」と、それら公権に関わる法規の総体を「公法」と捉えたうえで、ロイトホルトは、公共団体のもつ公権の総体を「公権力」と呼んでいる。そして、公権力を構成する公権のうち、法規範を定立する立法権力（重要な個人的公権を含めて、それを規律するのが憲法）、権利の存立に関する争訟を決定する裁判権力（個人的公権を含めて、それを規律するのが訴訟法）を除いた執行・統治権力が、狭義の本来の意味の公権力であり、その法原則（Rechtsgrundsätze）が広義の行政法だという。さらに、権利侵害（義務違反）への公的加罰に関する法原則である刑事法に対して、狭義の本来の意味における行政法とは、権利侵害が実体的に除去・是正（ausgleichen）されうる権能（最狭義の公権力）に関する法原則を指すとする。⁽³¹⁾

つまり、本来の意味の行政法に属する公権力の権能は、その侵害の実体的な是正が行われうることによって特徴づけられるのであって、それが公益のためにあるということは何らそれに固有のものでは決してない。「行政法は、まさにそこに、その侵害が実体的に是正されうる公権力のあらゆる権利とそれに関わる個人の公権が包括されているかぎりで、統一的な法学的基点を疑いなくもつ」というのである。⁽³²⁾ なお、その範囲には、最狭義の行政法としての公共団体に課せられた任務の遂行を直接意図する法規範（内務行政の法、警察法）のほか、任務遂行の手段の調達に関する

る規範（財政法、軍事法）も含まれる。

2 行政権原としての「公益」

それでは、行政法において「公益」概念はどのように位置づけられるのであろうか。ロイトホルトはまず、行政官庁の公権力もまた法規範に依拠しなければならぬ一つの法的権力であり、公権力と被命令者との関係を法関係以外のもので解するいかなる理由も存しないという。つまり、「公権力が、行政法の領域においても何人かに作為または不作為を要求しうるのは、それについて法すなわち立法権力により授權されるとみられる場合のみである⁽³³⁾。その際、法規範が公法上の権利・義務の発生・範囲や規律すべき法関係を直接的に規定している場合のほか、現行法により、相応する公権力の権能のための権原 (Rechtsstiel) として「公益」が援用されている場合が多くあり、そこでは「公益」が行政官庁の権能や行政法的性質をもつ義務の根拠となる。

こうした行政権原としての「公益」に関して、従来多くの判例は、公益のために認められる行政官庁の権能の根拠を法規に還元することなく、暗黙の前提としてきたが、そのような場合でも、官庁は何人に対しても行政法規に基づいて、その考えによれば公益のために存する事柄を要求する権能を法的にもっているという前提がつねにある。また、公権力の権能がある一定の方向をめざす公益のために与えられているときには、当該公益のみを権原として利用することができ、逆に、法規範⁽³⁴⁾によって与えられた権能の範囲内での官庁の自由な活動が、一定の公益を保護する義務によって制限されることもある。

客観法したがって立法者の任務は公益の保護にあるが、衝突する利害の多様性はしばしば立法活動の著しい困難をもたらす。その際、立法者が第一に念頭に置かなければならないのは、対立する利益が全体の平均的利益（公益）なのか特別利益なのかを確定することであり、両者とも公益である場合には、その重要性和対立の深刻性の程度にした

がって調整すべきことになる。また、様々な法規範が様々な時期、様々な領域で、その時々立法者によって定立されているために、法律相互の間で通常の (regelmäßig) 公益と特別の公益との衝突が生じることがあり、新たな法律が古い法律や古い法状態に基づく法的権能を廃棄する場合には、衰退する世代の利益と興隆する世代の利益の対立も生じる。そこで、一つの法領域において客観的に妥当する法規の総体が統一された姿をなすためには、解釈を通じてこれらの矛盾が除去されなければならないことになる。⁽³⁵⁾

さらに、事実状況の可変性や多様な利害状況のもとでは、公益を完全に列挙し尽くすことは事実上不可能であるという点で、「公益が行政法律における権原として受け継がれていくのではなく、そのためにより具体的な方法で、現行の平均的状況にしたがって個人に課すべき公的作為義務および不作為義務が確定されること……は、疑いなく明白に、旧来の規範化に特有な共通利益に資しまたは公益のためにあるものへの簡単な指示や一般原理のたんなる定立に代わって、特別な法規を設定することに努める現代の行政法律の少なくとも部分的には意識的目標である。」⁽³⁶⁾

かくして「公益」を権原とする法関係の精密化、つまり各々の公益の根拠の詳細な衡量と必要な法的権能の厳密な構成がまずもって求められ、それによって公権力行使を法的に制限することが、現代の行政法の課題だということになる。対立する公益間の利益衡量は第一次的には立法者の任務であり、定められた規範の枠内での利益衡量が個々の事案における官庁の個別事情審査に委任されるのであって、それは決して自由裁量を意味するものではない。

3 行政の裁判的統制の必要性

(1) 行政は法規範にしたがって行われるべきものではないという理解が一般的であったかぎり、行政事項における裁判という観念自体そもそも存在余地がなかった。しかしロイトホルトは、行政法がそれとして認識され、承認された後も、行政事項における裁判の導入は不合理で、非論理的な、少なくとも非政治的な主張と扱われてきたと指摘

し、行政事項における裁判の観念はなお發展途上の段階にあると述べる⁽³⁷⁾。そして、たしかに当時の法では、行政官庁にその権限の範囲内で自力救済の権利が認められ、行政官庁は、その義務適合的な確信の基準にしたがって、権力服従者に現行行政法上義務づけられていると自ら看なす行為、給付、不作為を直接に要求し、必要な場合には強制しうるものとされた。旧来の理論は、次のとおり、ここに完全に通常の状態を見出すこととなる。

① シュタールによれば、「個人が成員として属する人倫国 (ein sittliches Reich) としての国家の性質上、もっぱら国家自身がその固有の支配権をもつことができ、それゆえ政府はその諸機能の法律適合的利用に関する判断権をもちうる。つまり政府は、その行動のためにまずもって第三権としての裁判所の決定を必要とすることはできず、それ以上に政府自身が裁判所の権力、その判決、命令および執行に服することはできない。国家権力の行為に関して、その行動の事前であれ事後であれ、臣民が権利侵害を主張している場合に裁判所の決定が至るところでなされるという状態を想起すると、それゆえ国家は真に国家すなわち個人を超越した人倫国であることをやめ、自らたんなる私的事者となり、その行為は高度の権威の性格を失うであろう⁽³⁸⁾。」かくして公行政が裁判所による法的統制に服することは、行政が司法の下位に立つことになり、全面的に不適當であるとされる。

② また、行政は、いずれにせよ公益によって導かれるのであるから、行政をそれ以上に統制することは完全に必要と看なされる。公行政官吏は、彼らによって代表される事項の結論に多くの場合個人的に、関与しているわけではなく、私人ほどその権力範囲を法規範に反して超えやすくはないからである⁽³⁹⁾。

(2) しかしこうした旧理論にかかわらず、行政裁判所制度の創設により、公権の行使における行政官庁の活動は多少なかれ裁判判決に服せしめられ、行政の法的統制が実際上もたらされた。行政事項に関する対審的審理は、わずか数年の行政裁判所の活動にもかかわらず、実体的な行政法規範の形成に本質的に寄与することとなったのであ

る。

ロイトホルトはいう。「『個々の自然人のたぐい、団体のたぐい、法的に保護された利益、主観的権利が行政官庁によって主張される公益上の要求にあい (Berührt werden)』、これと衝突するところでは、その官庁自らではなく、行政裁判所が決定を下すべきである。』『公益の保護のためになされる個人の権利領域への警察権力の侵害は』、法的統制に服する。こうした理解には、一つの不明瞭性がかくれている。公権力は、それについて公法によって授権されている場合にのみ、個人の作為または不作為を要求しうる。この場合、公権力は個人の権利圏を侵害しない。公権力が授権されていないところで要求するときに、とりわけて公権力が他者の権利圏を侵害するか否かを確定することはまずもって重要ではない。なぜなら、公権力が法的根拠なしに何人かに作為または不作為を要求すれば、そこにおいては十分に第三者の法的義務が存在しないことが明らかだからである。」そして、ロイトホルトの理解によれば、行政官庁の公権力が法規範に依拠しなければならぬ法的権力であり、公権力による個人の作為・不作為の要求が、公法によって授権されている場合にのみ認められるのである以上、まさにそうした公行政の要求を支える公法規範、すなわち公法的権原の存否こそが重要な決め手となる。⁽⁴⁰⁾ こうして、公権に根拠づけられた行政のあらゆる作為・不作為を法的に統制することが、行政裁判の原則的な目標とされるのである。⁽⁴¹⁾

(31) Leuthold, a. a. O., SS. 378-382.

(32) Leuthold, a. a. O., SS. 386-387.

(33) Leuthold, a. a. O., S. 391. 『ドイツの憲法』 P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl., 1911, S. 193.

(36) Leuthold, a. a. O., SS. 407-408.

- (35) Leuthold, a. a. O., SS. 368-374.
 (36) Leuthold, a. a. O., SS. 408-409.
 (37) Leuthold, a. a. O., S. 420.
 (38) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. II, Abt. 2, 3. Aufl., 1856, S. 607. シュタールのこの有名な言葉はわが国でもしばしば引用されている。藤田・前掲書八六頁、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社、一九九三年）三四頁など参照。
 (39) Leuthold, a. a. O., SS. 427-428.
 (40) Leuthold, a. a. O., S. 426.
 (41) ロイトホルトをはじめとする、ドイツにおける近代的行政裁判所制度の「裁判」的性格の主張については、藤田・前掲書一四四頁以下参照。

(四) 小 括

以上、ロイトホルトの「公益」論の概略を、その概念理解と行政法上の位置づけに着目して論じてきた。改めてその主な特徴を摘示するならば、次のように整理することができよう。

第一に、ロイトホルトの「公益」論は、公法と私法の区別に関して、私益に対する公益の優越を基調とする利益説的公法優位観（公益的公法論）への批判として提起されたものであり、自らはこれに公権力の法的規律を本質とする（権力）主体説的「公法」観を対置することとなっている。

第二に、「公益」の概念内容に関しては、たんなる多数人の共通利益（全体利益）ないし特別利益とは区別される地域的絆をもった人間生活利益、つまり「地域的共通生活利益」であると理解し、それは個人利益の総和にほかならないとして、公益と個人利益との究極的な調和・一致を語っている。また、そのように理解される公益は、担い手が

近隣住民の地域共同体から固有の地域をもつ市町村、国家、国際法上の団体にまで及んで多層的かつ多様に存在し、通常の公益と特別の公益など各種の公益が相互に対立することもありうる。ここでは、公益と私益との絶対的な区別が否定されるとともに、「公益」が、国家的承認の有無という手続的要因と関わることなく、相対的な内容定義が可能な社会的・実体的概念として捉えられている。

第三に、「公益」概念は、行政法上において、公権力の権能や公法的義務の発生とその範囲・限界を導く権原として位置づけられる。すなわち、個人には期待されない法的義務の確実な実行や、権利侵害（義務違反）の実体的是正を図る公権力の権能について、その授權および制約に関する法規範的根拠をなしているのが行政法上の「公益」とされる。そこで、公権力を法的に規律するためには、こうした行政権原としての公益の内容を確定し、公益間の対立を調整するとともに、必要な法的権能を厳密に構成することが重要となるが、それは第一次的には立法者の任務であり、また解釈においても意識されていなければならない。公権力行使における権原存否の審理を通じて公権力を統制することが、最終的に行政裁判に委ねられることになる。

かくして、ロイトホルトの「公益」論は、公益と私益との概念的対立を否定し、公益を地域的に共通の基盤をもつ人間生活利益、究極的には市民個々人の利益と調和・一致するような個人利益の総和と捉えている。ドイツ行政法の学問的形成・確立の途上においてこうした市民的・自由主義的「公益」観が表明されていたことは、きわめて注目値するといえることができる。