The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	試験評価に対する裁判所による統制
Author(s)	青田, テル子
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 219-247
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55308
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

試験評価に対する裁判所による統制

青田　テル子

はじめに
一　わが国の試験決定に対する裁判所の審査
二　ドイツの行政裁判所と試験決定
三　ドイツの連邦憲法裁判所の試験に関する二つの決定
結びに代えて

はじめに

試験における成績評価というものは、果たして裁判所による統制の対象となりうるのであろうか。学校での進級や修了に関わる成績評価、あるいは国家試験等の職業に関連した（資格）試験においてなされた合否等を左右する評価に不服があったり瑕疵があったりした場合には、どのような救済の途が開かれているのであろうか。国家試験は通常、受験者の職業選択の自由という権利を制限するものであり、効果的な権利保護という見地からすれば、救済への途が開かれているかどうかという問題は重要である。(1) 手続的統制や情報公開といった観点から、実効的な権

利保護の途を模索することは、もちろん現実的かつ重要ではあろうが、もっとストレートに成績評価の内容に対する裁判所の統制というものを考えてみることもまた、様々な可能性を探る際に有用ではないかと考える。[2]

試験評価に関わる問題について考察するに際しては、試験（の成果）と職業が密接に関連しているドイツでの裁判例が参考になろう。ドイツにおいてもまた、国家試験やアビトゥーア、博士号取得、教授資格の取得など、試験決定が個々人に与える影響は重大なものである。試験（の手続や評価）に対して、個人がその結果を自らの運命であるとして甘受するのではなく、裁判所による統制に服せしめ、訂正させる必要性が増大することは不思議なことではない。[3] ドイツ試験法の展開を追うことで、試験決定及びそれに対する裁判所の統制の問題を考察する一助としたい。

（1）大橋真由美『行政判例百選Ⅱ（第五版）』１４９事件、野中俊彦「法曹資格試験の成績評価と司法審査の在り方」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（信山社、一九九九年）三〇〇頁以下参照。

（2）行政不服審査法第四条二号は「もっぱら人の学識技能に関する試験又は検定の結果についての処分」については不服申立ができないと規定している。また、行政手続法三条二号も同様の事項について適用除外としている。その是非はともかく、制度上わが国においては非常に閉ざされているとの感が否めない。室井力＝芝池義一＝浜川清『行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社、一九九八年）二九四頁以下において、行政不服審査法の適用除外について立法者の説明の説得力への疑念を提示し、少なくとも手続的瑕疵のある当該処分に対しては適用を認めることが合目的的であるとされる。また、行政手続法の適用除外については、運用上・立法上の課題として、審査基準設定と理由提示を挙げている（同書四七頁以下）。さらに、試験評価がもたらす結果についての日本の争訟制度における状況について、野中前掲註（1）一四四頁以下、大橋前掲註（1）の解説参照。

（3）ドイツの司法試験について、阿部泰隆『行政の法システム（下）（新版）』（有斐閣、一九九七年）五一五～五一六頁では、試験のもつ重みについて言及されている。さらに、石部雅亮「法曹養成制度のドイツ型」、高田篤「ドイツにおけ

る法曹教育の中核としての「法学」・法学部」いずれも『司法改革の視点　法社会学五十三号』（有斐閣、二〇〇〇年）所収なども参考になろう。

一　わが国の試験決定に対する裁判所の審査

(1)　試験決定と司法審査の問題

試験決定[4]に対する裁判所による審査の問題を考える際には、第一に、それが司法審査の対象となるか否かという問題と、第二に、処分性を有する行政の行為であるかどうか、という点が問題となってくる。前者はそもそも試験決定をめぐり、それにより不利益を被った者が裁判所による救済を受ける可能性があるかどうかについての最も基本的な問題であり、後者は、裁判所による審査が可能であるとして、問題となっている試験決定、たとえば不合格決定の取消や無効等確認を求めることが可能かさらには、不合格と判定された決定の変更を求めることが可能か[5]を論ずる際に問題となる[6]。本稿では、第一の問題を取り上げる。

(2)　従来の判例

はじめに、わが国においては従来試験決定について、どのような訴訟が提起され、そしてそれに対する司法審査がどのようになされてきたのか、ここでは最高裁判例のみではなく下級審判例も含めた判例をいくつか紹介しながら概観することといたしたい[7]。

①　判例の主流は、試験に関する問題を「法律上の争訟」該当性の問題として扱っているといえよう。

(a)　まず、抗告訴訟の例を挙げることとする。

博士学位請求論文を提出し、学位授与を申請したところ、学位授与をしない議決がなされたことに対し、その取消を求めて訴えた議決取消請求事件（東京地方裁判所昭和三十七年三月八日判決）によれば、[8]「博士の学位を授与するか否かの判定は、専ら学問的見地から審査判断されるところであり、法律の適用によって決せられる事項ではないから、かかる審査内容の当否についての判断を求める訴は、裁判所の審査権限に属しない事項を対象とする訴えとして不適法であることはいうまでもない」[9]のである。しかし、「博士の学位を授与するか否かは一定の手続を経て決定されるものであって、かかる手続は処分の公正を担保するために設けられているのであるから、もし違法な手続によって学位を授与しないことに決定された者は、手続の違背を理由として、当該行為の取消を訴求し得るものと解すべきである」とした。[10]

技術士法にもとづき技術士国家試験を受験した者が、同試験における自らの答案が正しいものであるにもかかわらず不合格とされたのは判定の誤りであるとして、不合格の合格への変更もしくは金五万円の支払いを請求した、技術士国家試験の不合格判定をめぐる事案（最高裁判所昭和四十一年二月八日判決）は、国家試験と司法審査に関する判例としてはよく知られているものであるといえよう。[11]

第一審の東京地裁判決は「合格不合格の判定は、その判定結果に影響を及ぼすような試験手続の瑕疵により受験者が不利益を被った場合のほかは、事柄の性質上試験を実施した機関の最終判断に委ねられるべきものであって、司法審査になじまない」、そして「不合格の判定を合格に変更を求めるという請求は、結局裁判所が訴訟手続で判定するに適しない事柄につき裁判所の判断を求めるもので、本来許されない訴である」[12]と判示した。二審（東京高等裁判所）もまた同様の理由で一審の判断を支持した。[13]

最高裁は、「国家試験における合格不合格の判定は、学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判

断を内容とする行為であるので、その試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、その判断の当否を審査し具体的に法令を適用してその争を解決調整できるものではないから、そのような紛争は、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらず、これを審判することは、司法権の固有の内容に属さない」旨判示した。本件では国家試験の手続に瑕疵がある場合にそれが司法救済の対象となり得るか否かには言及していない。[14]

宅地建物取引主任者試験不利益処分取消等請求事件（大阪地方裁判所昭和四十八年七月二十六日判決）[15]は、本件試験問題中の二問につき被告が原告の正解を誤って不正解とした結果、原告に対して行われた不合格判定が違法であるからその取消を求めた、というものであるが、合格不合格の判定は「もっぱら学問的技術的見地より判断されるべきものであって、事柄の性質上試験を実施した機関の最終的判断に委ねられるべき」であり、合否判定の当否の争いは法律上の争訟に当たらないとして訴えは不適法とされた。

（b）以上は、試験決定についての取消・無効確認に関する事例であった。[16]以下においては、国家賠償請求に関する事例をみておきたい。

国家公務員採用試験と司法試験の受験者であった者が、それぞれの試験につき、合格基準に達した得点をしていたにもかかわらず、不合格と誤って判定されたとして、国家公務員又は法曹実務家になっていたならば得られたであろう収入を失したことと、精神的苦痛を被ったことに対する国家賠償請求をしたという事案がある（東京地方裁判所昭和六十年六月十七日判決）[17]。判決は、いずれの試験も、公務員としての職務遂行能力の有無や、法曹としての学識・応用能力の有無を判断内容とするものであり、「その性質上試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、裁判所がその判断の当否等を審査し、具体的に法令を適用して、その紛争を解決できるものとはいえない」とし、「本件で原告の主張した合格・不合格の判定の誤りについては裁判所の審判権が及ばない」とした。[18]

北海道大学入学試験の合否判定の誤りを主張してなされた国家賠償請求事件（東京地方裁判所平成二年六月二十七日判決）[19]は、大学の医学部を受験して不合格となった原告が、人為的操作を加えた違法な不合格処分がなされたとして、慰謝料、受験費用等の国家賠償を求めた事案である。判決は、試験の実施は「公正・妥当な運用が制度的に保障されている一方で、これらの試験の採点又は成績評定は、著しく専門的、技術的性質を有するものであること、これらの試験の成績その他前記資料を基礎としてなされる入学選抜における合格・不合格の判定は、それが志願者の能力・適正に対する判断にかかるものである以上、その性質上必ずしも一義的・客観的な判断基準に従って判断するのには適せず、公正・妥当な試験実施機関の最終的な判断に委ねるのが適当な事項である」とし、「試験の採点若しくは成績評定又は合格・不合格の判定の適否自体が司法審査の対象となるものとすれば、単に争訟当事者についてのみならずその他の志願者についても、試験の答案その他の関係資料を開示して、評定または判定の当否を審査しなければならないこととなることに鑑みると、これらの事項は、裁判所が具体的に法令を適用してその判断の当否を審査しこれに関する紛争を解決するのに親しまないものといわなければならない」とした。

これら二つの国家賠償請求においても、裁判所は、法律上の争訟論によって、試験に関する判定は裁判所の審査になじまないものとしている。

② このような判例の流れに対して、司法書士不認可処分取消等請求事件判決（甲府地方裁判所昭和四十七年七月十七日判決）は、「いわゆる司法書士選考試験において、筆記試験合格者を口述試験では基準点に達しないと判定し、不合格としたことに基づいてされた司法書士不認可決定が、裁量権の濫用に当たらない」とした事案である。[20]もっとも、不服の理由が選考試験の不合格にある場合は、やはり「本来認可権者たる試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、裁判所は原則として、その判定の当否を審理することができない」とした。しかしな

がら、本件原告の主張が「選考試験における判定自体の不当をいうのではなくて、選考試験とは筆記試験を指すとの見解にたって、筆記試験合格者たる原告に対する不認可が裁量権の濫用であり、また、手続に違法があるとの趣旨に解されるから、その限度においては、純然たる法律的判断事項であって、司法審査の対象となりうる」として審査をしている。[21]

また、司法試験判定取消・無効確認等請求事件（東京地方裁判所昭和四十九年九月二十六日判決）は、試験の合否判定を法律上の争訟にあたるとし、それに対する裁判所の審査を単に手続的側面にとどめず、実体面である裁量権の濫用といった面からも審査を及ぼすことができるとした。[22]

判決は、司法試験第二次試験における合否の判定も法律上の争訟にあたるとし、ただ「学識・応用能力の有無の判断は試験実施機関の最終判断に委ねられ、その判断の当否そのものは裁判所による審査に親しまない事項」であるとした。しかしながら、合否判定に際して原告が主張したような差別[23]が行われたとするならば、それは試験の目的とは直接関係のない事柄によって合否の判定が左右されたということになるため、そのような他事考慮がなされたかどうか、なされたとしてその他事考慮が許容されうるものであるかどうかの問題は、「試験実施機関の最終判断に委ねる必要のない、裁判所による審査に親しむ事項であると解するのが相当である」としたのである。[24]

このように、判例の主流と異なり、試験の実体的審査に踏み込もうとする例も見られるのである。

③　ここまで、試験の合否判定及びそれを前提とした処分に対するいくつかの例を参照してきた。試験における合否判定の手続的な瑕疵については、裁判所による審査が可能であると考えられているといってよかろう。合否判定の実体的内容に関しては、必ずしも審査可能とは考えられておらず、裁判所の審査の及ぶ事項でないとする例が多い。その場合、合否判定が学問的技術的な判断を要するものだから「法律上の争訟」には当たらないとされる例

が多い。そのような専門的判断が必要な事項であればなにゆえ司法審査から当然のごとく排除されるのかについての正当化は粗雑なものであるとの印象も受ける。しかし、中には裁量権のゆ越・濫用の有無の観点からの審査を示唆するものもある。効果的権利保護の観点からも、試験の合否判定そのものを一括して「法律上の争訟」に該当しないとして排除するのではなく、司法審査が及ぶとした上で、さらに、審査可能な事項（手続及び、実体面でも裁量の濫用逸脱に関する問題など）とどうしても審査しえない事項（純然たる学問的技術的判断など）とに分けることが必要と思われる。[25] さらに、正誤の問題が論難されている場合、専門家の助力を得てそれを審査することがまったくもって不可能であろうか。専門家の助力を得なければ判定できない事例はなにも試験評価の問題に限ったことではないはずである。以下では、これらの問題について示唆を与えてくれるであろう、ドイツの試験法についてみていくこととする。

(4) 試験もしくは試験決定という語について、まずはその範囲を確定し、さらに細かく区別をしながら論じるべきであるが、ここでは国家試験や公務員試験の合否決定や、資格の授与・不授与の決定、さらには公立学校の入学試験に関する決定などをとりあえず包括的にこのように表現しておく。

(5) 平成一六年の行政事件訴訟法の改正後、義務付け訴訟が可能となった。従来は、不合格判定を合格に変更せよとの請求は、そもそも制度上認められないと却下されてきたが、訴訟法上の問題はある意味クリアされたわけであり、根拠法規の規定次第では義務付け訴訟が可能となろう。この点につき、大橋前掲註(1)三〇九頁。

(6) 試験決定が処分性を有するか否かも検討されねばならない問題であるが、本稿ではそれを課題とはしない。本稿でとりあげた判例の中にはその点に言及したものもあり、註(9)、註(10)、註(14)、註(20)を併せて参照されたい。

(7) 古いところでは、たとえば、昭和二十三年（東京地方裁判所昭和二十三年十一月六日判決）の学位請求論文再審査等請求事件において、「学説の優劣を決定する結果を招来する事項は裁判所の審査権限の範囲外に属する」と判示されている（行政裁判月報八号、一三〇頁以下）。

(8) 行政事件裁判例集十三巻三号三六二頁以下。

(9) 前掲註(8)三六四頁。本件においては、研究科委員会の議決にもとづき原告に通知された学位を授与しない旨の決定については、「いわゆる公法上の一種の確認行為と解することができる」とした。本件は、手続上の瑕疵を理由として決定の取消を求めているものであり、訴え自体は必ずしも不適法とはいえないとした。

(10) 前掲註(8)三六四頁。また、控訴審判決（東京高等裁判所昭和三十七年六月十一日）もまた、「博士の学位不授与の決定が違法な手続に基づいてなされた場合には、その無効確認または取消を訴求しうるものと解すべきである」として手続的違法への審査の可能性を示している。本判決も、「授与不授与を確定する被控訴人の行為である本件決定は、いわゆる公法上の一種の確認行為というべく、右決定が違法な手続によってなされた等の場合には、これが無効確認もしくは取消を求めうべきものと解するを相当とする」としている。

(11) 大橋前掲註(1)『行政判例百選Ⅱ（第五版）』三〇九頁、高田敏『行政判例百選（第一版）』三三〇頁、椎名慎太郎『行政判例百選（第四版）』三九一頁、覚道豊治「技術士国家試験の合格不合格の判定に対する司法審査の許否」民商法雑誌五五巻三号、池田敏雄・法学協会雑誌八十四巻一号一七九頁、矢野邦雄・法曹時報十八巻五号七五五頁。

(12) 訟務月報第九巻十号一二一〇頁。

(13) 矢野前掲註(11)、上告審については民集二十巻二号一九六頁以下参照。

(14) 民集二十巻二号二〇一頁。試験における手続的瑕疵が司法審査の対象たりえるかについては、本件第一審判決、そして前出の学位不授与議決取消請求事件においても、その余地があることを示唆している。また、池田前傾註(11)一七五頁は、「行政不服審査法第四条一項ただし書きが、その十一号で「もっぱら人の学識技術に関する試験又は検定の結果についての処分」を掲げている所から推しても、おそらく、国家試験の合格不合格の判定は一種の行政行為と解することができ、その手続的瑕疵については、挙証の困難性はあるとしても、司法審査の対象となりうるものと考えるべきであろう」と指摘している。

(15) 訟務月報第二十巻四号八十一頁。

(16) 他に、入学志願者の選抜手続に瑕疵があり、それが入学不許可処分の当否に影響を及ぼす場合に司法審査の対象となるとした事例などもある（和歌山地方裁判所　昭和五十年二月三日判決）訟務月報二十六巻二号一四五頁以下。

(17) 判例時報一二〇八号九二頁以下。

(18) なお、「本件のような場合には、請求自体が裁判所法第三条にいう法律上の争訟に当たらないものとして訴えを却下すべきであるとする見解もあるが、本訴請求は、国家賠償法一条にもとづく損害賠償請求すなわち金銭の給付を求める請求であり、前記各試験実施機関による合否の判定の問題は、その前提問題にすぎず、合否の判定そのものを訴訟の目的とするものではないから、本訴請求が裁判所の審判の対象となり得ないものということはできないと解するので、本件においては請求棄却の判決をする」こととされた。判例時報一二〇八号九四頁。

(19) 判例時報一三五九号八三頁以下。

(20) 行政事件裁判例集二十三巻六・七号五二二頁以下。この判決は、(司法書士の)「認可あるいは不認可は、認可権者たる行政庁が公権力の発動として行う一方的行政行為と解されるし、しかも、特に不認可はこれによって申請者に対し法律上の不利益を与えるものであるから、それが抗告訴訟の対象たる行政庁の処分に当たることはいうまでもない」としている。

(21) 前掲註(20)五二四頁。「不認可が抗告訴訟の対象となる場合でも、その不服の理由が選考試験の不合格判定にあるときは、かかる合否の判定は、本来認可権者たる試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、裁判所は、原則として、その判定の当否を審理することができない」としている。

(22) 判例時報七六九号三十八頁以下。

(23) 判例時報七六九号四〇頁。この事件の原告は司法試験管理委員会が実施した司法試験二次試験の受験者である。原告は、被告司法試験管理委員会が、その合否判定に際し、受験者の年齢、性別、社会的身分、出身大学、出身地及び受験回数により差別をしたため、合否判定が違法・無効であると主張した。手続的瑕疵のみならず、合否の判定についての他事考慮の有無が裁判所の審査になじむ事項であるとしている点がこの判決の特徴である。

(24) さらに、医学部入学試験不合格判定が年齢を理由とするものであり、合否判定権の濫用であるとして入学許可を求めた事例において、その控訴審判決は、本来合否判定は裁判所の審査対象外としつつ、他事考慮については裁判所が審判しうると解するのが相当としている(東京高等裁判所平成一九年三月二九日判決)。判例時報一九七九号七〇頁以下。

(25) そもそも合否判定に処分性が認められるかの問題については本稿では立ち入っていない。その点につき、大橋前掲註

(1)三〇九頁、高田敏『行政判例百選（新版）』二一〇頁、池田前掲註(11)一七九頁、覚道前掲註(11)五〇三頁などを参照されたい。

二　ドイツの行政裁判所と試験決定

ドイツにおいては、試験決定に対する裁判所の統制の問題については、古くからかなりの判例の蓄積がある。試験法（Prüfungsrecht）という分野は、主として裁判実務によって発展してきた分野であり、従来連邦行政裁判所によって判断余地が認められるとされてきた分野の一つである。[26] しかしながら、この分野ほど、不確定法概念についての裁判所による統制の基準が曖昧であったり、散発的なものであるようなものはないとも評される。[27] この分野における行政裁判所の実務は、一九五〇年代後半から一九九〇年代はじめまでの長い間、固定的（ständig）であったといわれる。[28] 本稿においては、行政裁判所の実践をふまえた上で、このような固定的な状況に一石を投じたといわれる連邦憲法裁判所の決定をとりあげ、試験評価に対する裁判所の統制の可能性の有無、統制の範囲について検討する作業の一助としたい。個別の論点の詳細な検討については別稿を期すことになること、そして、時期的にも前述の連邦憲法裁判所の判決が出た当時までの状況を主として扱うため、近時のドイツの判例の状況までは本稿においては言及しないことを予めお断りしておく。

(1)　試験と行政訴訟

検討に先立って、試験評価に対する裁判所の審査について、どのような場合に出訴が可能なのか、また、どのようなものがその対象となるのかを、簡単にではあるが明らかにしておく必要があろう。

まず、ここで扱う「試験」とは、主としてラントとその他の高権の担い手（特に大学や学校）によってなされる

ものをいう。[29] 公立学校の成績評価や、公立の大学、ラントの試験局が行う試験の成績評価や公務員の昇進試験などは公法的性格を有する。行政裁判所法四〇条一項[30]により、これらの試験決定や進級決定の適法性の争いは、行政裁判所に出訴することができる。私立学校の生徒の場合でも、公的任務を遂行しそして一般的な教育の請求権を満たすために協力するラントによって認可された代用学校（Ersazschule）の決定は、行政裁判所によって取消される対象となる。[31]

(2) 裁判所による統制の対象

適性の評価や成績評価という領域において、行政裁判所は試験決定や進級決定の適法性を審査する。その場合にまず対象となるのは、教室内での課題・試験（Klassenarbeit）や、中間平均点（Vorzensuren）、或いはそれ以外の様々な措置による個別の評点（Note）ではなく、最終的な決定（abschliessende Entscheidung）である。しかしながら、たとえばその評点により自らの権利が侵害されたと原告が主張しうるような場合には、そういった個々の評点もまた、当然のことながら対象となりうるのである。[32] 試験に関しては、従来から手続的問題については、全面的に裁判所による統制が可能であるとされてきた。[33]

(3) 試験決定における判断余地

行政庁には、不確定概念の使用によって判断余地、すなわち、裁判所による審査が能わない、固有の、評価や決定の余地が与えられているというのが、判断余地の理論である。[34] 裁判所が審査できるのは、この領域の境界が考慮されているかどうかということであって、行政の評価や決定がこの領域の内部にある場合には、裁判所はその決定を尊重しなければならないとされる。[35] 原則的には、行政は裁判所により全面的に審査されうる、すなわち、判断余地をもたないと考えられる。[36] しかしながら、不確定法概念を伴う法律は、判例によれば、一定の領域においては行

政庁への判断授権を含むことが判例や通説的見解において繰り返し確認されてきた。それは、以下の領域においてのみである、すなわち、（1）試験決定（アビトゥーア、国家試験その他）、（2）試験類似の決定、特に学校の領域における決定、（3）公務員法上の判断、である。[37] 教育上・学問上の評価によって特徴づけられる試験決定において、判断余地が認められるとされてきたのは、試験決定が、裁判所が事後的に執行することが不可能な、たとえば、かなり長期にわたって学業の観察を要することや、場合によっては、試験の状況というものが繰り返すことができない一度きりのものであるという理由による。[38] 判断余地を有する主体は、試験行政庁、たとえば、ラントの試験局、国家試験の試験官、教師などである。試験の導入・実施については、法的基礎が必要とされる。[39]

試験成績についての査定・評価は、内容に関しては、法によって型にはめられた（schematisiert）基準を有してはいる。しかし、問題は査定・評価の内容に関わる基準という意味で法的な基準が直ちに判断に役立つわけではないのである。[40] 児童や受験者の成績が、gut であるのか、mangelhaft であるのかは、教育的学問的芸術的あるいは性格学的な（つまりは法的ではない）判断基準にもとづいて、この「高度に人格的な専門判断」に適任である教師や試験官がなすものである。[41]

試験の実施状況も事後的には作り出せないものである。その状況を誰よりも（裁判官よりも）熟知するのは試験官である。その状況はまさに一度きりのものであり、評価に際しては通常かなりの主観的な要素が入り込むものであることから、絶対的な客観性というものは望み得ないかもしれない。しかし、資格を有する試験官は、経験や専門知識を有している。それらは、たいていの場合職業的・学問的業績によって証明されており、資格づけられていることによって試験官の判断余地が正当化される。[42] ここから試験成績評価に対して最終拘束的に判断を下すという試験官の権限が出てくるのであると従来考えられてきたのである。

(4) 行政裁判所の判例の状況

試験法という分野は、ドイツにおいてはもっぱら判例を中心として発展してきたため、まずは従来の行政裁判所の判例に言及しておくこととする。

教育上・学問上の評価に対する裁判所による統制については、一九五九年四月二十九日の連邦行政裁判所の決定が基礎となっている。[43] これは、少女ギムナジウムの生徒の進級をめぐる事例[44]であったが、この決定において、裁判所は、試験評価について、何をどのように審査することが可能かという定式を述べたのである。すなわち、裁判官が教育上・学問上の評価を審査しうるのは、試験官が誤った事実を基礎にしてはいないかどうか、一般的に妥当している評価の諸原則を顧慮しているかどうか、妥当性を欠く衡量から導かれてはいないかどうか、という三つの観点からのみであるというのである。[45] その際に連邦行政裁判所は、試験評価というものは、個々の事例において孤立してなされるのではなく、他の受験者との比較の中でなされるものだという、「試験成績についての公理」ともいうべきことを述べた。[46] すなわち、試験評価とは、成績を比較するときに基礎となる経験的評価の結果なのである。平均が問題となるような場合、平均より上か下かを決める場合、まずは平均が求められなければならない。こういった比較することに関する知識というものは、裁判官よりも、試験官の方が遙かに勝っているものであり、それゆえ、裁判所ができるのは、上述の三つの視点からの統制であるとされたのである。[47] Koenig の指摘によれば、ここで注意しなければならないのは、本来この決まり文句は、比較しながら行われる評価に関わる問題であったにもかかわらず、行政裁判所の判例において、すぐに、試験決定に関わる不確定法概念の、さまざまな方法の決定の形式へと及ぼされたということである。[48] その後、試験成績評価についての裁判所による統制は、その結果が、裁判官から見て全く根拠がないと思われるような、すなわち、裁判官から見ても全然理由付けがなっていない、というこ

とが明らかにわかるような極端な事例における恣意の審査に限定されるようになっていったのである。[49]

Niehues によれば、行政裁判所は、そこにいけばひどい学校の成績あるいは試験の成績が改められるというような、「超試験委員会」ではない。行政裁判所が統制するのは、「公的な試験制度が、法治国家においてすべての公権力の領域において、法の枠内で、法の基礎の上に執行されるかどうか」だけなのである。この枠内で試験成績は、専門的学問的判断基準にもとづいて評価されるのであり、その判断基準は裁判所による審査を免れるものなのである。[50] 裁判所による統制密度が限定的であることの根拠は、試験官が専門的学問的、そして教育的な適性の評価、そして成績の評価という領域において、高度に人格的な専門判断をなす、ということである。[51]

こうして、行政裁判所の判例は、専門家の助力を得なければ答えられないような専門特殊な問題については、裁判所の統制を排除するような判断基準を発展させてきたのである。以上のような行政裁判所の固定的な判例の実践によれば、試験成績評価に対して行政裁判所が審査できるのは、次の諸点においてのみである。

（1）手続規定どおりに遂行されたかどうか

（2）試験官が事実誤認していないかどうか

（3）試験官が一般的に認められている評価の諸基準を顧慮したかどうか

（4）試験官が妥当ではない（sachfremd）衡量から導いたかどうか

（5）評価づけが学問的或いは教育的な視点から正当化されうるかどうか、そして恣意的でないかどうか[52]

また、試験評価の審査は、本来は行政裁判所の任務であるが、行政裁判所の判断に対して憲法異議が提起されるケースが少なくなかったことから、連邦憲法裁判所は試験法上の判断余地の問題についての自らの立場を明らかにする機会を有していたといえる。そして、連邦憲法裁判所は、判断余地の存在を認めてこなかったわけではないの

である。[53]

(26) Ibler, Rechtspflegen der Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 371ff.

(27) C. Koenig, Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielraume im Prüfungsrecht, VerwArch. 83, 1992, S. 351ff.

(28) ここでいう固定的（ständig）というのは、当時（一九九一年）から見て三〇年以上前の一つの決定をベースにして、統制の基準に大きな変化がないままであったという意味である。とはいえ、ドイツにおいては手続的問題、評価内容の問題を問わず、様々な試験決定に対する判例がある。判例を概観すると、日本においては訴訟を提起するなど想像もつかぬような例もある。たとえば、司法試験の口述試験においてなされた一般教養的な質問が、法曹養成規則において要求・容認される範囲を超えていることから、試験を瑕疵あるものと原告が主張したMali事件（Vgl. BVerwGE 78, 55ff.）などはその好例ではなかろうか。具体的な事例については評価の瑕疵についてのさらなる個別検討の際に扱う予定であるので、詳細は別稿を期すこととしたい。また、ドイツの裁量論についての文献は数多あるが、特に本稿に関連する判断余地をめぐる論争を知る上で、田村悦一『自由裁量とその限界』（有斐閣、一九六七年）一〇二頁以下、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、一九九〇年）第二章特に十三頁以下、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、一九九四年）五十六頁以下をあげておく。さらに、恒川隆生「西ドイツにおける行政裁量拡大傾向とその法理論的展開」沖縄法学第十六号では、二十九頁以下において、判断余地説への関心と原則上の同意を表明した諸判例の紹介がある。そのうち、試験決定に関連する判例として三十頁～三十二頁を参照されたい。三十七頁以下においては、一般的意味における判断余地の存在を否定するに至った判決とその方向転換の結果の検討がなされている。なお、ここでの裁量論に関する参考文献は、本稿の対象としている決定の年代にあわせて一九九〇代前半までの文献に限定してあげていることをお断りしておく。

(29) Niehues, Schul- und Prüfungsrecht Band 2, Prüfungsrecht, 2. Aufl., 1983, Rn. 438, S. 322. この文献については、すでに一九九四年に第三版も出てはいるが、本稿においては特に一九九一年までの流れをみることに主眼をおいているため、あえて第二版に依拠している点ご了承いただきたい。

(30) 行政裁判所法第四十条第一項「行政訴訟は、争いが法律により他の裁判所に明示して割り当てられていない限り、憲

法上でない公法上のいっさいの争いに認められる。ラント法の分野における公法上の争いは、ラントの法律により他の裁判所へも割り当てることができる。」なお、条文の訳は南博方編『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、一九七二年）四一五頁の訳を参考にさせていただいた。

(31) Niehues, (Fn. 29), Rn. 466, S. 339ff., ラントによって認可されていない学校の場合は、通常裁判所によって取り消されることになる。

(32) Niehues, (Fn. 29), Rn. 468, S. 339ff.

(33) 救済の途を検討するという目的からすれば、異議申立てについても当然言及されるべきであるが、本稿においては裁判所による統制の問題に限定して扱うこととといたしたい。

(34) 判断余地の近時の状況について、たとえば日本におけるドイツ年記念日独行政法シンポジウムにおけるエッカルト・ヒーン「裁判による裁量決定の統制」判例時報一九三二号五頁以下、特に六頁。さらに、同シンポジウムにおけるトーマス・グロース「欧州的文脈におけるドイツの裁量論」判例時報一九三三号三頁以下、特に五頁。裁量論の日独比較も含め、判例時報一九三五号三頁以下も併せて参照されたい。なお、註(28)で、裁量論に関するものとして揚げた文献も参照。

(35) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Rn. 37ff., 一九九一年の連邦憲法裁判所決定前後の版を中心に本稿では記述をしているため、本稿ではあえて近時の版でなく、十一版に依拠している。

(36) Maurer, (Fn. 35), Rn. 37ff.

(37) これらの領域に共通しているのは、そこにおいてなされる決定が、特別な、一度きりの状況にもとづくものであること、あるいはその決定においては特別な理由から、裁判所によっては事後的に執行され得ない価値決定があるということである。この三つの領域以外に専門家や利益代表によって構成される委員会による評価を含む決定と、環境法と経済法の分野における予測決定や危険評価といった分野においても判断余地の存在が判例において認められることがある。前掲註(36)。

(38) Vgl. z. B, BVerwGE 56, S. 31ff.

(39) BVerwGE 8, S. 273ff. 連邦行政裁判所は、この決定において、基準は法秩序によって定められていると述べた。なお、この決定の簡単な紹介として、拙稿「試験評価に対する司法審査の意義」『奈良県立医科大学一般教育紀要ＨＵＭＡ

NITAS第二十四号』一一五頁以下。

(40) Niehues, (Fn. 29), Rn. 438, S. 322.

(41) Niehues がいうところの通説的理論によれば、試験官の評価は、侵しがたいものでありそして同時に擬制的に正しいもの（fiktiv richtig）であるとして尊重されるのである。このことは、試験の状況が一度きりのものであること、繰り返しがきかないものであるということにもとづいており、それゆえ、評価を下すにふさわしい立場にある試験官が下す評価は、いわゆる彼の判断余地の中でなされる、「高度に人格的な」ものであると考えられてきたのである。Vgl. Niehues, (Fn. 29), Rn. 438, S. 322ff.

(42) Niehues は、絶対的な客観性の代わりに、試験官に「信頼の前払い（Vertrauensvorschuss）」がなされるのだと表現している。Vgl. Niehues, (Fn. 29), Rn. 438, S. 322ff.

(43) 少女は、学級会議の決定により、少女ギムナジウムにおいて下級学年から上級学年に進級できなかった。英語とフランス語の点数が不可で、算数と自然科学科目のよい成績をもってしても補い得なかった。そこで、英語の成績が正しく評価されなかった、そして評価の際に試験に直接関係ない考慮がなされたとして、学級会議の決定の取消と、進級の義務づけを求める訴訟を提起したというものである。拙稿前傾註(39)一一五頁以下。

(44) Niehues, (Fn. 29), Rn. 438, S. 322ff.

(45) Niehues, (Fn. 29), Rn. 438, S. 322ff.

(46) Koenig, (Fn. 27), S. 351ff.

(47) Koenig, (Fn. 27), S. 352ff., さらに付け加えておくと、裁判官がなぜ教育上学問上の措置を審査しなくて良いのか、その理由に関して、たとえば、Gusy によれば、「裁判官の責務はまさに「Recht」sprechung という課題なのである。他の任務は裁判官には与えられていない。このことは特に、決定の～法的ではない～側面に妥当する。そのことから、その場合には、司法とは異なる教育的あるいは政治的な決定は、他の権力の責務なのである。その審査はもっぱら法的な点において裁判所の責務となっているのである。この見解は試験問題に対する連邦行政裁判所の伝統的な判例を一貫して刻印づけている。たとえば、試験官が正しい解答を誤っているものとして相応の評価をしたとする。するとこのことは伝統的には裁判所の審査には服さない。なぜなら、問題は「専門的な問題」だからである。「試験において答えが正しかったか

誤っていたかということについての判断は、専門的学問的な方法（Art）である。それに対して受験生が何を正しいとし、何を誤っているとしたかについての決定もまた、試験官の判断余地の中にある」。Gusy, Prüfungsentscheidungen vor Gericht, JURA 1991, Heft 12, S. 634.

(48) Koenig, (Fn. 27), S. 353ff.

(49) Niehues, (Fn. 29), Rn. 445.

(50) 試験官の評価余地につき、拙稿「試験官の評価特権と司法審査」『奈良県立医科大学一般教育紀要ＨＵＭＡＮＩＴＡＳ第二十五号』四十八頁、Niehues, (Fn. 29), Rn. 470.

さらに、Niehues, (Fn. 29), Rn. 471 によれば、学問的な問題についての試験官の誤った見解は、裁判所により審査可能な「誤った事実」には属さないのである。なぜなら、試験成績の評価は、試験官の独自の専門知識を基礎にしてまさに判断過程の中核をなすからである。試験官は試験法の判断余地の枠内で活動しており、その限りにおいて、裁判所の統制を受けないのである。そこには基本法十九条四項違反はないとされる。なぜなら、憲法による権利保護保障は、専門学問的な、そして教育的な領域における決定が、最終責任を持って裁判所によってなされることを要求してはいないから、である。

(51) Niehues, (Fn. 29), Rn. 399, S. 220ff.

(52) Niehues, (Fn. 29), Rn. 473. ff,（3 Aufl. では Rn. 399).

(53) 試験法と同じように、専門的評価の問題を含む領域は他にもあるが、たとえば、連邦憲法裁判所の決定においては、「裁判所による統制である事例のために行政裁判所が発展させてきたものと同じ原則が妥当する。それによれば、採用する側である行政庁に与えられている判断余地が十分である場合には、裁判所による審査はこの行政庁が正しくない事実から出たものかどうか、公務員法の枠を、その枠内においてはこの行政庁が誤認しなかったかどうか、に限定される。その他の点では、恣意の統制に限定される。その際に裁判所は、論難されている判断を自らの判断に代置することはできない」という。Seebass によれば、これはまさに、行政裁判所が試験法上の判断余地に限界づけをするために発展させてきた制限（Schranken）である。この点につき、Vgl. Seebass, Die Prüfung - ein rechtsschutzloser Freiraum des Prüfers ?, NVwZ, 1985, Heft 8, S. 1ff.

三　ドイツの連邦憲法裁判所の試験に関する二つの決定

連邦憲法裁判所の第一部は、一九九一年四月十七日の二つの決定によって、試験法における行政裁判所の統制密度（Kontrolldichte）について、一石を投じたといわれる。

(1)　法曹資格試験についての決定[54]

本件は、法曹資格試験の成績評価について争われた憲法異議（Verfassungsbeschwerde）の併合審である。憲法異議は適法とされたが、理由は認められなかった。異議申立人ら（本件憲法異議の異議申立人という意味である。以下、同じ）はいずれも、法曹資格試験における評点について、正当ではない悪い評価を得たとして、その評価の取消と新たな評価づけを求めて行政訴訟を提起した。異議申立人らは、連邦行政裁判所まで争ったが、いずれの行政裁判所においても請求は棄却された。[55] 行政裁判所は、試験行政庁の評価余地の限界の逸脱が見られないことや、成績評価は行政裁判所の統制権限事項ではないことなどを理由に、彼らの請求を棄却したのである。異議申立人達が主として論難したのは、ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法と記す）十二条一項、三条一項、そして基本法十九条四項によって保障される基本権への侵害であった。[56]

連邦憲法裁判所によれば、国家試験の場合には、機会均等の要請から、個々の受験生だけの問題としてはならず、そこから評価余地が出てこざるをえない。しかしながら、それは「試験に固有の評価（prüfungsspezifische Bewertungen）」に限定され、専門的問題すべてに及ぶわけではない。裁判所による統制が困難であるところは、専門家の助力をもって克服すべきであり、試験問題は原則として他の多くの行政訴訟手続の対象となる事項とも区別されるべきではないのである。連邦憲法裁判所は、原則として試験決定が裁判所による統制に服するものである

としつつも、試験法の評価余地の範囲の限界は、憲法的正当性に由来し、同時にそれは、基本法一九条四項によって要請されるとし、[57] 行政裁判所による統制の範囲を確定する。試験に特殊な評価は、しばしば専門的学問的な判断と不可分に結びついて、それゆえ試験行政庁の最終決定権限に委ねられなければならない。しかし、そのような評価の問題が一切統制を免れるというものでもない。評価の余地の範囲には限界があり、それを守っているかどうかについては、基本法一九条四項の観点から裁判所により事後審査されなければならないのである。行政裁判所が用いてきた基準は、専門家の助けを借りなければ答えられないようなことは除外する、というものであるが、これは、正しいものを誤っていると評価してはならない、という一般的に妥当する評価原則をなきものとしてしまうことになる。そして、その場合、恣意の禁止は、よほど極端な場合だけに限られることになり、換言すれば、素人にでも分かるような明白な場合だけになってしまう。このような「過度の抑制」は、職業に関連する試験の場合、基本法一九条四項には合致しない。試験の目的によってその範囲も比例的なものに限定される。[58]

そこで連邦憲法裁判所は、試験官に評価余地があるように受験者にも解答余地があってしかるべきなのであるといい、「学説として成り立ち得る、慎重な論議によって論理的に理由づけられた解答は、誤りであると評価されてはならない」、これが職業に関する試験について基本法一二条一項から帰結される一般的な評価原則であるとした。[59] 恣意の統制についても、専門家の手を借りなければならないものを除くとされてはならない、「専門家の手を借りなくては判断が実際上難しいということは、基本法一九条四項の保障を制限する理由にはなりえない」としたのである。[60]

(2) 医師国家試験についての決定[61]

本件は、医師国家試験の成績評価と、試験問題の形成について争われた憲法異議の併合審である。[62] 異議申立人た

ちは、試験不合格通知もしくは再受験がもはやできないことの通知の取消と、合格の義務づけを求めて行政裁判所に出訴した。しかしながら、行政裁判所は、受験者の解答が正しいか誤っているかの決定は、試験法上の判断余地に属すること、また、それと同様のことが選択多項式試験の問題作成についてもまた妥当するとして、それぞれの訴えを棄却した。いずれにおいても問題となったのは、試験問題作成の瑕疵と、行政裁判所の統制の不作為が、異議申立人たちの権利保護請求権を侵害するということである。連邦憲法裁判所は、憲法異議は認められるとするとともに、理由もまた認められると判示した[63]。

職業選択の基本権（十二条一項）は、試験手続の遂行においても重んじられる。試験の条件は、その試験の方法と程度に関してふさわしい、必要な、あるいは要求可能なものでなければならない。基本権保護は手続の形成によってもなされる。利害関係人たる市民が自らの立場を効果的に主張しうることは、基本権の手続保障の核心である[64]。また、市民の有する裁判所による効果的な統制を請求する権利から、取消を請求された行政の行為を法的にそして事実的観点から全面的に審査しなければならないという裁判所の義務が出てくるのである。もっとも、このことは、試験法においては無制限に妥当するものではない。試験行政庁に試験に特殊な評価についての決定の余地が認められるのであれば、裁判所の統制はその限りにおいて限定されるのである。なぜなら、その場合の統制は、評価づけの基準のひずみと機会平等原則違反になりうるからである[65]。試験に特殊な評価というのは、それは、限定的にのみ裁判所による統制に服するのであるが、択一式の試験手続においてもまたなされねばならない。択一式の試験の場合、試験に特殊な評価は時間的には先になされており、個々の事例には関連しない。裁判所による統制は、試験に特殊な評価の現れを定式化された試験問題と解答の選択肢の中に見いだすのである。ここから、どのような知識が医学生によって専門教育の（そして試験を受ける）各段階において必要とされるのか、そして、学問の隙間

と瑕疵はどのような重要性をもつのかがわかる。効果的権利保護保障のために、試験法上の評価余地は狭く限定される。医師免許に関する規則は、課題は信頼できる試験結果を可能にしなければならないということを規定している。その課題が理解しうるものであり、異論を唱えられないものであり、そして明確である場合にだけ、択一式試験の課題は、法的基準を満たすのである。さらに課題は、受験者が課題において四つの解答の選択肢の中から一つの正しい解答を選ぶことが期待できる、という試験の型（択一式）に対応するものでなければならない。このメルクマールを満たさない課題は、重大な手続規定を侵害し、そしてそれ故に法的瑕疵がある。そのような瑕疵を――場合によっては専門家の助力を得て――明らかにすることは、行政裁判所の仕事であり、行政裁判所はその際に試験行政庁の見解に拘束されないのである。試験法における専門的・学問的な正しさの決定は、行政裁判所には一般的には遮断されている。しかしながら、このことは基本法十九条四項の権利保護保障とは一致しない。[66] 多くの専門学問的な課題については、むろんのこと争いがあり、疑わしい事例においては、それ故、試験官に決定余地が認められる。しかしながら、それによって同時に試験官は受験者の職業選択と職業の機会について決定する。受験者にもまた依然として適切な解答余地がなければならないのである。このことは基本法十二条一項一文から生じる。よい理由付けでもって主張された、争いのある専門的な問題における見解は、受験生の見解が試験官のそれとは違うものであるという理由だけで、職業上の不利益につながることになってはならない、というものである。[67] 主張可能性の統制は、必要とあれば専門家の助力を得て可能なのである。[68]

(3) 試験決定において基礎となる基本権

試験制度、両決定で問題とされた試験のような、とりわけ職業に関連した試験の場合は、実体的基本権としては基本法十二条一項、基本法三条一項が、手続的基本権としては基本法十九条四項が関連する。[69]

職業の自由という基本権（基本法十二条）は、基本権の担い手が自らに適した活動に職業として従事し、それによって生活の糧の基盤とする自由を保障している。試験は、主観的な職業許容の要件であり、それは重要な社会の利益の保護という目的のためにのみ、法律によりあるい法律にもとづいて正当化されねばならないものである。[70] 試験は規範的基礎を必要とするし、試験が要求している内容を形成し、それに従ってなされた試験成績の評価をしなければならないときの基準は、試験目的、職業の行使に必要とされる資質の要請に関連して過剰措置の禁止に相応しなければならない。試験官の決定は、基本法十二条一項の職業選択の自由への介入として、法律にもとづいてのみ、そして過剰禁止を遵守して許容される。

機会平等の原則（基本法三条一項）は、試験法上の判断余地の正当化として重要なものである。機会平等の原則は、受験者に同じ機会を与えるためにできるだけ同じ条件をすべての比較される受験者のために生ぜしめることを命じている。不平等な取り扱いは、試験の目的を頓挫させ、結果を誤らせることになる。[71]

基本法十九条四項は、公権力により自らの権利が侵害されたと主張する者に、出訴の途を保障している。この権利保護保障は、裁判所へのアクセスのみならず、さらに、効果的な権利保護保障をも包括している。[72] 効果的権利保護保障の要請からは、原則として行政の措置を法的・事実的観点から全面的に審査するという裁判所の義務が帰結される。

従来の連邦行政裁判所は、自らの統制密度をもって、基本法十九条四項に合致するとしてきたが、連邦憲法裁判所の決定によれば、少なくとも職業に関連する試験の場合には、連邦行政裁判所の統制密度は、基本法十九条四項には合致しない。連邦憲法裁判所の決定によれば、試験評価は、専門的学問的評価の問題と、試験に特殊な評価とからなり、前者は裁判所による統制に服し、後者は服さない。もはや、専門知識の欠如は裁判所による統制密度低

減の理由とはならないのである。このことは、筆記試験の評価に関する場合だけではなく、択一式試験においても認められる。

試験の成績評価についての「試験に固有の問題」に関しては、連邦憲法裁判所も、試験官の評価余地を認めている。それは、憲法的には、基本法三条一項により正当化される。[73] すなわち、平等原則は、比較対象となる受験者には、なるべく比較可能な試験の諸条件と評価づけの判断基準が妥当することを要請している。もしも、個々の受験者が、比較の枠組みから独立した評価づけを得るならば、この原則に違反すると考えられる。試験官には試験に固有の評価に関して依然として決定の余地が残されており、裁判所による統制は、その場合には機会平等の原則の侵害を避けるために低減されるべきというわけである。もっとも、一切が、裁判所による統制から免れるわけではなく、評価余地の限界を遵守したかどうかは、基本法十九条四項の観点から、裁判所により事後的に審査されるのである。[74]

これら二つの決定によって試験官の評価余地は、従来よりも狭く境界づけられた。しかしながら、結局のところ、連邦憲法裁判所は、裁判所による統制が奪われた行政の判断余地を許容する立場から離れたわけではない。[75]

(54) BVerfG, Beschl. v. 17. 4. 1991. BVerfGE 84, Nr. 5, S. 34ff.

(55) BVerfGE 84, 34. 本決定の詳しい紹介については野中前掲註(1)参照。それによれば、本件の大きな論点は、行政手続の問題（ここでは司法試験局における行政手続）、行政裁判所による統制の範囲（さらには評価が問題となる場合の行政の判断余地）に大別できる。さらに、これらの論点に関連して基本権の問題が個別に精査されるべきであるが、本稿においては筆者にそこまでの余裕がないため、以下において概括的に言及するにとどまっている。

(56) BVerfGE 84, S. 34.

(57) BVerfGE 84, S. 49.

(58) BVerfGE 84, S. 50.
(59) BVerfGE, 84, S. 55.
(60) BVerfGE 84, S. 55.
(61) BVerfG, Beschl. v. 17. 4. 1991. BVerfGE 84, Nr. 6, S. 59ff.
(62) BVerfGE 84, S. 60.
(63) BVerfGE 84, S. 59.
(64) 本稿では細かい点まで踏みこんで説明していないが、専門的な試験の問題を択一式で適切に作成するのは難しい。瑕疵ある問題を事後的にどう扱うのか、その手続の形成は受験者にとっては重大な問題である。
(65) BVerfGE 84, S. 77.
(66) BVerfGE 84, S. 78.
(67) BVerfGE 84, S. 79.
(68) BVerfGE 84, S. 79.
(69) BVerfGE 84, S. 34.
(70) たとえば、Rozeck, Neubestimmung der Juristitiabilität von Prüfungsentscheidungen, NVwZ, S. 343ff.
(71) Rozeck, Fn. (70) S. 344f.
(72) 当時（一九九〇年代初頭）の基本法十九条四項の議論の到達状況の簡潔なまとめとして、たとえば、Redeker, Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, 1992, NVwZ Heft 4, S. 307ff. 詳しくは Vgl. Maunz-Düring, GG, Art. 19 IV, Rn. 180ff.
(73) Gusy によれば、この決定は、試験法について原理的に新しいものはほとんどないとされる。もっとも、試験法における裁判所による統制の限界をもはや「事物の性質」ではなく、三つの明らかな境界付け可能な理由から帰結させた点は評価されるようである。① 学問的な認識の限界　裁判所は専門家の助力を得て、試験官の誤った決定のみを訂正しうる。それに対し「代替可能な」ものは、専門家証拠の一般的な問題であり、そして、試験法に特殊なものではない。② 不確定法概念についての解釈の限界　方法論と行政と司法の権限秩序の一般的な問題であり、試験法に特殊な問題ではない。

③ 平等条項　これは試験法においても、裁判所と行政庁を拘束する。C. Gusy, Prüfungsentscheidungen vor Gericht, JURA 1991, Heft 12, S. 638.

Rozek によれば、試験成績の評価づけの際の判断余地にとって必要な憲法上の正当性を説得力をもって際だたせたことは、連邦憲法裁判所の功績であるし、Ibler の表現を借りれば、数十年もの古い議論の代わりに新しい根拠づけで正当化した、ということになる。両決定に対してはまさに賛否両論が出されたが、それらの検討は別稿を期す。

(74) BVerfGE 84, S. 34, S. 59.

(75) Seebass の指摘によれば、「試験に特殊な評価と専門学問的な判断はしばしば不可分に結びつくとされるものの、いつ不可分な結びつきがはじまるかについて、連邦憲法裁判所は述べていない。この点については、将来より明確にされねばならない。もっとも、そのような不可分の結びつきが非常にしばしば存在することや、試験に特殊な価値が専門的判断から切り離されるようなケースはむしろ例外である、ということは不思議ではない」。Seebass, (Fn. 53) S. 5ff.

結びに代えて

連邦憲法裁判所は、効果的権利保護から、試験評価について、従来行政裁判所が踏みこまなった領域にまで裁判所による統制を及ぼそうとした。その一方で、試験官の評価余地（判断余地）について、否定するわけではなく、基本法上の理由づけを行った。専門家の助力を得て審査可能なものは審査すべきであるとしたのである。試験法においては長らく試験官の評価余地（評価特権・判断余地）に配慮がなされていたため、連邦憲法裁判所の両決定は、インパクトを与えたと当時評されたが、結局さほどの変化はもたらさなかったともいわれる。たとえば、Niehues は、試験官は、今後裁判所による統制に際して、不利にならない評価の方法をとるようになるであろうし、受験生の立場を考えるのであれば、事後的な救済の問題よりも事前の手続のさらなる整備、立法的解決の方が有益であろう、と示唆した。(76)

冒頭でのわが国の判例の概観からは、試験決定に対する司法審査は「法律上の争訟」の壁に阻まれがちであるということが看取できる。日本の判例は、試験評価の問題を含む事例については、「法律上の争訟」該当性の問題としてとらえるのが主流である。それに対してドイツでは原則として出訴の途が開かれている。わが国においても、試験をめぐる問題を広く、司法審査から閉め出すのではなく、審査対象とすべき事項が何であるのか、そして審査対象とはなり得ない事項とはどのようなものであるか、この点を今少しきめ細やかに検討し振り分けて考える必要があると思われる。もっとも、ドイツの基本法一九条四項にストレートに該当するような条項は日本国憲法にはない。しかしわが国においては、憲法三二条で「裁判を受ける権利」が保障されている。ただ、「権利利益の侵害を訴権の成立要件とする文言は含まれていない。それゆえ裁判を受ける権利と権利侵害要件を結びつけるには理論的基礎付けが必要」なのである。(77)

また、近時では判定内容のチェック機能をはたすものとして、情報公開が有用な手段として用いられるようになってきている(78)し、本稿では言及していないが異議申立て手続等の整備(79)といった観点からの検討も必要であろう。(80)

本稿で扱った連邦憲法裁判所の決定を受けてその後の行政裁判所の判例実務がどのようになっていったか、また、本稿では概観しかなされなかった従来の行政裁判所の判例の精査など、課題が残されたままになっているが、これはひとえに筆者の責めに帰すところである。それらについては今後の課題といたしたい。

(76) Niehues, (Fn. 29), Rn. 399, S. 220f., 批判的な見解についての検討は別稿を期す。

(77) 片山智彦「法治主義と行政裁判を受ける権利」『高田敏先生古希記念論集　法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社、二〇〇六年)、の四五五頁。

(78) この点につき、大橋前掲註(1)三〇九頁。

(79) 学問的・専門的な判断についての問題は、ややもすれば、ことの性質上異議申立手続の充実がなされれば、裁判所に

よる統制密度が低減されてもかまわないという考え方に傾きやすいと思われるが、やはり権利保護保障という観点からは、裁判所による統制もまた十全でなければならないであろう。高田敏「法治主義と行政訴訟・憲法訴訟」『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、一九九九年）三八九頁以下「包括的権利救済原則」及び「救済領域十全の原則」、参照。

(80) ドイツの十九条四項についての丹念な検討として、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）。高田前掲註(79)三八九頁以下、片山前掲註(77)四五五頁以下からは多くの示唆を得たが、そこからの発展的な検討を行うことが本稿ではできなかった。今後の課題といたしたい。