



Title	ラントに対する連邦の指示権：法律実施過程における中央 - 地方関係の憲法学的考察
Author(s)	笛木, 淳
Citation	阪大法学. 2018, 67(6), p. 251-275
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87063">https://doi.org/10.18910/87063</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# ラントに対する連邦の指示権

——法律実施過程における中央・地方関係の憲法学的考察——

笛 木 淳

はじめに

第一章 連邦委託行政における連邦・ラント関係の内部法的把握と外部法的把握

第一節 素材（カルカーII判決）

第二節 肯定説による内部法的把握

第三節 否定説による外部法的把握

第二章 指示権の範囲の限定

第一節 実質的委託行政と形式的委託行政の区別

第二節 事柄に応じた理由による指示権の限界付け

おわりに

はじめに

これまで、ドイツ連邦制については、連邦とラント<sup>(1)</sup>の立法権限の配分に関する研究はなされているものの、法律

執行の局面における連邦とラントの関係については充分に扱われてこなかったように思われる。しかしながら、連邦が制定した法律の執行が原則としてラントの権限である点にドイツ連邦制の一つの特徴がある以上<sup>(3)</sup>、連邦・ラント間の行政権限の配分について考察することは、ドイツ連邦制における中央（連邦）と地方（ラント）の関係を理解する上で不可欠である。もともと、既往の研究が少ないことから、ドイツ連邦制における中央・地方関係を憲法学において検討するためにはまず、具体的な事柄について検討して、議論状況を把握する必要がある。本稿は、いわゆる連邦委託行政において連邦が有する指示〔Weisung〕を巡る議論を検討することによって、そうした準備作業を行うものである。

(一) 本稿の検討対象について

連邦法律の執行は、ドイツ連邦共和国基本法（以下、単に「基本法」）によって、原則としてラントが「固有の事務として連邦法律を執行」<sup>(4)</sup>（八三条）するとされており、この類型の行政は一般にラント固有行政と呼ばれている。基本法八四条は、この行政類型における行政組織・行政手続の連邦による規律の可能性、及び連邦の介入を定めている。他方で、ラントが「連邦の委託を受けて」（基本法八五条一項）連邦法律の執行を行う場合があり、この行政類型は一般に連邦委託行政と呼ばれる。連邦委託行政もラント固有行政と同様、ラントが自身の官庁を用いて行うラント行政であり<sup>(5)</sup>、連邦が自らの官庁を用いて行ういわゆる連邦固有行政の範囲は限定的である（基本法八七条参照）。この連邦委託行政は、連邦によるラントへの干渉がラント固有行政よりも強く及ぶ行政類型である。すなわち、ラントが連邦法律を実施する上記二つの行政類型の内、連邦委託行政は、ラント固有行政に比べて官庁の設置、行政手続の規律についてラントの権限が限定されている。また、連邦の監督権が適法性のみならず目的性にまで及ぶなど（基本法八五条四項）、連邦の介入権限がラント固有行政よりも強められている。さらに、連邦

の指示権については、ラント固有行政では、連邦政府への指示権の付与に連邦参議院の同意を必要とするのに対して（基本法八四条五項一文）、連邦委託行政ではそもそも連邦に指示権が付与され、そうした同意法律は必要ない（基本法八五条三項）。連邦は、この指示を通じてラントに一定の行為を命じたり、あるいは禁止したりすることができる。

しかし、連邦によって命じられた内容が適法であるか違法であるかについて、連邦とラントとの間で意見が異なる事態が当然考えられる。そのような場合に、連邦の指示を遂行することをラントが拒否できるかが問題となり得る。実際、この点については連邦憲法裁判所で争われており、すでに判決が下されている。連邦憲法裁判所の第二法廷一九九〇年五月二二日判決<sup>6</sup>（カルカーⅡ判決）である。また、この紛争を契機として、連邦の指示権の限界について学説上も少なからず議論されている。連邦委託行政において、連邦の干渉がより強く及ぶにせよ、指示の内容上の違法性についてラントに争い得る余地が有るのか否かは、指示権の範囲・限界を巡る中心論点であり、法律執行の局面における連邦とラントとの間の権限配分について考えていく上でも重要な切り口となり得る。そこで、この点についてどのような議論がなされているか、その議論状況を概観し、代表的な見解とそれらの見解の対立点を明らかにすることによって、本稿の意図する準備作業に充てたいと考える。

## （二）構成

本稿ではまず、素材としてカルカーⅡ判決を紹介し、連邦憲法裁判所が、いわゆる内容上違法な指示権の拘束力（この定式が不正確であることについては、第一章第一節（二）で後述）について原則としてこれを肯定する見解を採用したことを見る。次に、判例と同じく拘束力を肯定する学説の見解（肯定説）、及びこれを否定する見解（否定説）の双方を比較する。そして両説の対立点が、ラントに優越する連邦の決定権が指示権をメルクマールと

して認められるか否かあることを示す（第一章）。その上で、そうした連邦の決定権の範囲を連邦委託行政の個別領域ごとに画定する見解を検討し、連邦委託行政における連邦・ラント関係において連邦の決定権の範囲を巡って対立があることを示し（第二章）、最後に今後の展望について述べることにしたい（おわりに）。

## 第一章 連邦委託行政における連邦・ラント関係の内部法的把握と外部法的把握

### 第一節 素材（カルカーII判決）

#### （一） 事案

まず、事案を簡単に見ておきたい。エッセン高速増殖炉・原子力エネルギー有限会社（SBK）がカルカーにおいて高速増殖炉を設置するための許可申請を行い、ノルトライン・ヴェストファーレンの経済・中小企業・科学技術大臣（当時。以下、本件ラント大臣）によりすでに一七の部分許可<sup>(7)</sup>が発せられていた。ところが、一九八六年四月二六日にチェルノブイリで原子力発電所事故が生じたことを契機として、本件ラント大臣が本件原子力施設の安全性に関して疑義を持つに至る。そして、本件ラント大臣は、更なる部分許可を発するに先立ち、同事故以降の知見を踏まえた、重大な事故に対する設計についての現状調査や再評価、各種予防措置の評価などを行うために、それまで予定されていなかった新たな鑑定が必要であると判断した。これに対して、連邦環境・自然保護・原子炉安全大臣（以下、本件連邦大臣）は、安全性に関する基本的なコンセプトを見直す理由はなく、新たな鑑定を行えば手続を不当に引き延ばすことになり、原子力法七条二項（当時）に違反するとして、当該鑑定を中止するよう再三の要請を行った。本件ラント大臣は、鑑定を行わずに従前の安全性に関する基本コンセプトに基づいて部分許可を発することこそ、原子力法七条二項に違反するとの見解に立ち、これらの要請に応じなかったため、本件連邦大臣

が右中止要請を基本法八五条三項に基づく指示として行うに至った。これに対し、ノルトライン＝ヴェストファールのラント政府が、連邦の発した指示が原子力法に反する違法なラントの行政活動を指示するものであることを理由に、当該指示による同ラントの権利侵害の確認を求めて連邦憲法裁判所に出訴したのが本件である。同ラント政府の主張に対する連邦の主たる反論は、そもそもラントは発せられた指示の内容上の違法性を連邦との関係で争うことができない、というものであり、この点が主に争われた。他にも指示権の行使に関する要件・限界について重要な争点はあるが（指示の明確性の有無、連邦に友好的な態度の原則違反など）、本稿の目的に鑑み、指示の内容上の違法性を理由にラントが指示の拘束力を争うことができるか、に絞って判例を検討する。

なお、判決の検討に入る前に、ここで扱う争点、すなわち《指示の内容上の違法を理由にラントが指示の拘束力を争うことができるか》の意味について、予め若干の整理を行いたい。まず、指示の「内容」とは、当該指示が命じ又は禁止するところのラントの行為である。具体的に本件で発せられた指示の内容を大まかに示せば、本件ラント大臣が予定していた鑑定を中止し、建設予定の原子力施設の安全性について従前の判断に依拠して許可手続を引き続き遂行すること、である。そして、《指示の内容上の違法》とは、指示の命じる行為が違法であることを理由とした当該指示それ自体の違法である。このとき、指示の内容が違法であると判断しているのは指示を受けたラントである。連邦は適法であると判断したからこそ指示を発したのであり、裁判所はまだこの段階では判断していない。したがって、《指示の内容上の違法をラントが主張することができるか》という言い方は、《指示を受けたラントが、命じられた活動が違法である判断した場合に、そのことを理由に、指示の遂行義務を免れることができるか》という意味で用いられている。本稿では便宜上《指示の内容上の違法》という定式を用いることができるが、それは右の意味においてである。

## (一) 判例の構成

連邦憲法裁判所は、連邦委託行政において連邦に指示権が付与されていることを指摘した上で、連邦・ラント間の次のような権限配分を構成する。まず、法律の実施における権限を、第三者との関係において対外的に行為する遂行権限〔*Wahrnehmungskompetenz*〕と、それ以外の、事項判断および事項決定を行ういわゆる事項権限〔*Sachkompetenz*〕とに区別する。二つの権限のうち、ラントに排他的に帰属しているのは前者の遂行権限のみとされる。すなわち「対外的な、第三者との関係における活動及び責任は常にラント固有の事務であり続け……委託行政においても連邦に代執行権は予定されていない」。他方で、事項権限の方はラントに排他的に帰属するわけではない。「たしかに、事項権限も第一次的にはラントにある。しかし、連邦は、付与されている指示権を行使することで、自身の決定によって、この事項権限を引き込むことができる。こうした権限行使は例外的な場合に限定されず、さらなる法的正当化も不要である。かかる指示権の行使は——基本法八五条三項によって認識し得るように——通常的手段として考えられ、それゆえ、意見の相違がある場合には、連邦によって定義された共通善にかかる利益が貫徹される。したがって事項権限は、そもそも連邦による行使に留保された下でラントに帰属している<sup>(8)</sup>」。事項権限のこのような特徴から、「連邦が指示権限を正当な仕方で行使したのであれば、(ラントに)そのような(残存する)事項権限は存在しない(「傍点は引用者。以下、特に断りの無い限り同様)」。この場合にラントに残っている遂行権限は対抗的な法的地位を何ら基礎づけない。というのも、その遂行権限は違法な指示によっては打撃を受けないからである」。すなわち、「ラントが実施しなければならぬ指示の内容が憲法に違反するため、とりわけ基本権を侵害するため違法であったとしても、ラントの権限にかかる権利への侵害は存在しない<sup>(9)</sup>」ことになる。

## (三) 結論

したがって、「ラントが連邦の指示によって固有の権限を遂行する権利を侵害されるのは、……まさに指示権限の行使が憲法に違反する場合のみである。これに対して、ラントは、憲法に適合した仕方で行使されている指示権限を連邦が内容上違法に行使している、と主張することはできない」。したがって、「ラントは、内容が違法であると考える指示を実施しなければならない」ことになる<sup>10)</sup>。もともと、ラントが指示の内容上の違法性を主張することが例外的に認められる余地も、次のように極めて狭いものではあるが留保されている。

そうした例外が認められるのは、「所管連邦最上級官庁が、自身の負う保護義務をまったく顧みることなく、作為ないし不作為を命じるが、重大な法益の、一般的な危険ないし侵害がそれによって生じるために、かかる作為ないし不作為について、まったく責任を負うことができない」という、極限的な場合である。こうした限界は、連邦法律の実施において連邦とラントが、——既存の権限配分規定にかかわらず——国家の存立、国家の憲法秩序及び集団的な存在危機からの防御について、共同の責任を負っていることから生じる。この点において、連邦の委託を受けた連邦法律の実施における責任に応じて、所管連邦最上級官庁が発した指示に従う連邦の義務に、固有国家性に対するその権利に基づいてラントが要求しうる連邦の義務が対置される。その義務とは、連邦は、国家によって責任を負えるまったくの範囲外にあることをラントに要求しない、というものである。しかしながら、重大な憲法違反、生命と健康における公共の直接的危険、又はその他の責任を負いうる活動の限界の逸脱は、それらが明白であり、容易に跡付け可能でない限り、原告ラントによって実質的に証明されたことにはならない。<sup>11)</sup>

さらに、こうした強い拘束力を有する指示権の範囲は、事実の調査とその評価、法令の解釈から最終的な決定に至るまで、あらゆる事項に及ぶ。このことは、連邦委託行政の全ての類型について妥当し、もちろん基本法八七c条の原子力行政についても同様である。「委託行政を採用する理由からも、この行政類型〔委託行政〕を基礎づけ

る連邦法律の実体的内容からも、指示権限の行使に関する権限の付加的な限定は導出され得ない。<sup>12)</sup>

以上のように、判例ではまず、法律の実施について、第三者との関係で活動し責任を有する対外的な遂行権限と事項についての判断・決定を行う事項権限とを区別する。後者の事項権限は、第一次的にはラントに帰属しているが、指示権が適式に行使された場合には連邦に移転し、もはやラントにこの権限は残らない。事項権限には、指示の内容が違法か否かの解釈権限も含まれる。そのため、当該指示の内容は違法である、とラントが判断したとしても、当該指示はラントの事項権限を侵害することはない。したがってラントは、指示の内容上の違法を原則として争うことができない。さらに、憲法裁の判断が示すところによれば、こうした指示権の範囲は、連邦委託行政としてラントが行う行政活動全体、すなわち、連邦委託行政のほとんどあらゆる事項において認められ、委託行政が採用された理由や連邦法律の内容からは限界づけられない。<sup>13)</sup>

## 第二節 肯定説による内部法的把握

次に、連邦委託行政における連邦の指示に関する学説を検討する。まず、連邦・ラント関係を行政組織のような内部法関係として理解し、カルカーⅡ判決と同じく違法な指示の拘束力を認める肯定説を見ていく。この見解に立つ論者としてはフリッツ・オッセンビュールが挙げられる。彼によれば、「連邦委託行政の領域における連邦の官庁とラントの官庁との関係が真のヒエラルヒッシュな関係として理解されることは、適切である。それによれば、かかる二種の官庁は、たとえ一体となって単一の高権主体となっていないとしても、行政の単一の階層構造に併存している<sup>14)</sup>」とされる。このように彼は、基本法下における官吏法学説を参照し、連邦委託行政における連邦の指示を「官吏法上の指示と完全にパラレル」に理解することで、判例と同様の帰結を導いている。

まず、オッセンビュールは、フリードリヒ・E・シュナップの議論を参照しながら、官吏法学説において内部法と外部法が区別されていることを示す。すなわち、オッセンビュールの整理によれば、管理法上の「職務命令は『内部法』に基づいて、また命じられた活動は『外部法』に基づいて判断される」ため、ある職務命令が適法であるにもかかわらず、その職務命令が違法な行為を命じるものである、ということが十分に考えられる。たとえば、「官職支担者〔Amtswalter〕が、自らは違憲であると判断した法律を執行する場合である。彼は何らの権限も有しておらず、したがって、連邦憲法裁判所によって無効であると判断されない限り当該違憲の法律に服さなければならぬ。その結果として、当該官職支担者は、『外部的に』は違法な判断をしているにもかかわらず、『内部的に』は適法に活動している<sup>(15)</sup>」。

そして彼は、こうした職務命令についての帰結が、「まさに連邦委託行政の枠組みにおける連邦とラントの間の指示をめぐる関係性」にも妥当する、と主張する。すなわち、連邦の指示を巡る連邦・ラント間の関係は、官吏法上の職務命令を巡る行政組織内部の関係と同視され、あたかも上級官庁と下級官庁の間に成立するヒエラルヒーシユな関係のように捉えられている。ここでは、指示それ自体の違法性と指示の内容を成す行為の違法性は、内部法と外部法によってそれぞれ別個に評価される。したがって、「連邦が（法的誤謬に陥って）違法な行政行為を行うことをラントに指示した場合、その瑕疵とそれによって生じた行政行為の違法性によっても、指示は『汚染〔mitföhren〕』<sup>(16)</sup>されない」。彼の議論では、内部法と外部法の区別によって、指示それ自体の違法性と、指示が命じた活動の違法性との牽連性が明確に否定されている。

それではなぜ、内部法と外部法とが区別され、職務命令ないし指示それ自体の違法性と、それらが命じた活動の瑕疵の牽連性が否定されることになるのか。これについては、シュナップの次の指摘が示唆的である。この内部法

と外部法との相違は、「その背後に、実際は権限と作用の問題が隠れて」おり、「最終的な拘束力を持つ決定を行う権限が、この点でも決定的に重要である」<sup>(17)</sup>。すなわち、官庁や官職支担者らが階層構造を持つ関係に組み込まれ、そこにおいて外部法と区別された内部法が妥当するのは、職務命令をメルクマールとした最終的な決定権限が上位者ないし上級官庁に認められているからである、ということが出来る。オッセンビュールは右の箇所を引用し、シユナツプの指摘が連邦委託行政における指示権にも当てはまることを指摘する<sup>(18)</sup>。こうして、指示の内容上の違法をラントが争うことはできない、とする帰結の背後に、指示権をメルクマールとして最終的決定権が連邦に認められている、という権限配分の問題があることが明らかになる。

オッセンビュールの記述からは、その背後にある権限配分において、連邦の指示が官吏法上の職務命令と同じ構造を示していることが窺える。最終決定権が連邦に付与されていることによって、指示を巡る連邦とラントの関係がヒエラルヒー構造を持つ内部法関係として捉えられているのである。このことは、ラントも国家と観念され、連邦とは別個独立の国家性を備えた主体であることに鑑みれば、非常に興味深い。

### 第三節 否定説による外部法的把握

次に、判例・肯定説の構成と対照的に、違法な指示の拘束力を否定する見解（否定説）を、主としてヴァルター・パウリイの記述に依拠して見ていきたい。彼はまず、基本法二〇条二項を根拠に、連邦による内容上違法な指示を発する権限の客観的な禁止を導く。すなわち、基本法二〇条二項が規定する「行政の法律及び法への拘束は、連邦最上級官庁にも妥当する。指示の名宛人に違法な活動を求める場合、連邦最上級官庁は違法な活動を主導したことになるため、同官庁はかかる拘束にもはや適合しない。（したがって）連邦は違法な指示を禁じられている」

ことになる。<sup>(19)</sup>

そしてパウリイによれば、内容上違法な指示を発することは客観的に禁止されるだけでなく、違法な指示に対する異議申立てを裁判所に対して行う主観的権利がラントに認められる。その根拠は「国家の権能の行使及び国家の任務の遂行は、この基本法が別段の定めをせず、又は許していない限度において、ラントのなすべき事項である」と規定する基本法三〇条である。パウリイによれば、連邦の委託を受けて連邦法律を実施することも、同条が規定するところの「ラントのなすべき事項」である。したがって、連邦法律の実施においても、ラントの地位は同条によつて基礎付けられることになる。この基本法三〇条は、ラントに主観的な公権を付与するものである、と考えられてきた。例えば彼は、「連邦憲法裁判所は適切にも、連邦国家的な権限配分及び権力分立という『基本原則』を、『ラント高権』及び『構成国としての自由』という、正当化されなければ連邦が介入することのできない主観的権利として理解している」と指摘する。<sup>(20)</sup>

パウリイの議論において最も特徴的な点は、基本法三〇条がラントに付与する主観的権利について、個人の基本権と同様に「保護領域」を觀念し、その介入に正当化を要求することである。国家の任務の遂行や国家の権能の行使が、もはやラントのなすべき事項でなくなるような連邦の措置は全て、ラント高権に対する介入と理解される。基本法八五条三項に基く連邦の指示も、ラントに特定の任務遂行ないし権限行使を指図し、当該ラントの権限を奪いその判断の自由な余地を狭めることから、基本法三〇条の保護領域に対する介入であり、正当化されなければならぬ。<sup>(21)</sup>そして、「適法な指示のみが基本法三〇条への正当化された介入であり、したがって異議申立てできず、それゆえにまた拘束力を有する。したがって、違法な指示は原則として基本法三〇条への正当化されない指示として異議申立て可能である」。<sup>(22)</sup>こうして、ラントは適法な指示にのみ服することになり、違法な指示に対しては、裁

判所で争うことでその服従義務を免れ得ることになる。

もつとも、前述のオッセンビュールとシュナップの見解に鑑みれば、パウリイが、『行政の法律及び法拘束性を理由として連邦最上級官庁に違法な指示権を発する権限はない』と述べている点は、彼自身の見解の論拠として適切ではないように思われる。なぜなら、問題とされるべきは指示の内容をなす行為の違法を誰が判断するか、だからである。法治国原理に依拠するにしても、適法な国家活動の保障を、どの段階で誰に託すのか、ということはやはり問題とせざるを得ない。この点について、判例や内部法的把握を主張する見解が示したのは、連邦委託行政におけるラントとの関係では、連邦がそうした適法性を確定する権限を有している、というものであった。<sup>(23)</sup>したがって、ラントにとつても連邦との関係においては、その指示の内容は違法ではない、ということになる。こうした結論は決して特別なものではなく、前述のような行政組織における内部法・外部法の区別に見られるし、より一般的にいえば、違法の相対性の問題としてしばしばみられるところである。したがって、連邦・ラント以外の第三者（例えば処分の名宛人）との関係では、指示に従ったラントの活動も違法になり得る。<sup>(24)</sup>他方で、否定説が「内容上違法な指示」というとき、その違法性は第一にラントが判断したものであり、最終的には裁判所によって確定されるべきものである。『行政の法律及び法拘束性を理由として連邦最上級官庁に違法な指示権を発する権限はない』という言明は、指示の内容上の違法性についてラントに優位する連邦の決定権が認められない、という帰結を述べているに過ぎず、パウリイの主張を根拠付けるものではない。また、この言明は、オッセンビュールが明らかにした権限問題をわかりにくくしてしまうという意味で適切でないように思われる。

パウリイの主張のポイントはやはり、基本法三〇条に基づくラント高権に、個人の基本権やゲマインデの自治権と同様の構造を觀念し、同条の保護領域に対する介入に正当化を要求したことであろう。パウリイは、ラントに優

位する連邦の決定権限を否定し、連邦とラントの関係を国家と個人との関係に類似するものとして把握している。したがって、彼においては、判例やオッセンビュールの見解と異なり、連邦とラントの関係がいわば外部法関係として把握されていることがわかる。その最も重要な根拠となっているのが、基本法三〇条に基づくラントの地位である。

## 小括

それでは本章の最後に、判例・肯定説と否定説との対立点をまとめる。まず、連邦の発した違法な指示権の拘束力の有無という問いは、連邦に最終的決定権が認められるか、あるいは判例の言葉を使えば、指示権の行使により「事項権限」が連邦に排他的に帰属するか、という権限配分の問題であることが明らかとなった。したがって、両説の対立点もラントに優位する連邦の決定権の有無にある。判例はこの点、こうした決定権をほとんど全面的に連邦に認めるのに対して、否定説に立つパウリイは、基本法三〇条を根拠にこうした連邦の権利を一切否定しようと試みる見解であったといえる。

## 第二章 指示権の範囲の限定

### 第一節 実質的委託行政と形式的委託行政の区別

前章では、連邦委託行政における連邦の違法な指示の拘束力を巡って、判例・肯定説と否定説とが、真っ向から対立していることが示された。本章では、そのような対立からは距離を取り、連邦の最終的決定権それ自体は認めつつも、その範囲を限定しようと試みる見解に着目する。かかる見解に立つ者にハイチュがいる。彼は、一方で、

帝国憲法下の学説まで遡り委託行政の成立史を検討することで、連邦の優越的な決定権を委託行政の伝統的な理解によつて裏付ける。他方ではしかし、基本法制定過程の議論と委託行政の適用領域の特徴を考慮することで、そうした伝統的理解の全面的な受容を否定し、連邦委託行政における連邦の指示権の範囲を判例よりも限定する。以下では、その詳細を見ていきたい。

(一) 伝統的な委託行政理解

まず、ハイチユの整理に基づき、ヴァイマル憲法以前の学説を概観したい。彼によれば、帝国期およびヴァイマル期の憲法学・国法学においては、委託行政における構成国の地位を帝国・ライヒの下級機関として捉える見解が支配的であった。帝国憲法には、委託行政や帝国の指示権について定めた規定はなかったが、帝国法律のレベルでは、個別国家の官庁に直接指示をすることが帝国官庁に認められていた。この帝国の指示権は、行政組織内部における「職務命令」と同様に解されていた。例えばマックス・フォン・ザイデルは、この指示に関して明示的に「職務命令」という言葉を用いており、また、ゲオルグ・マイヤーも、法律によつて帝国の機関に指示権が付与された場合には、行政組織における一般原則が妥当し、帝国官庁と個別国家の官庁との間にヒエラルヒッシュな関係が存在することを示唆している。<sup>(26)</sup>

同様に、ヴァイマル憲法もライヒ委託行政を明文で規定せず、ライヒ法律がこれを定めていた。右に見た帝国期の理解は、ヴァイマル憲法においても通説の立場を維持した。その主たる適用領域は、ライヒ水路の管理である。ライヒ水路はそれまでラントの水路であったものがライヒに移管され(ヴァイマル憲法一七一条一項)、ライヒの行政となったものである(同九七条)。このライヒ委託行政について、ヴァイマル期の学説では次のように説明される。「ライヒはラント官庁に任務の遂行を委託するが、任務それ自体はライヒの事務であり、委託後も依然とし

て、ライヒの事務である。すなわち、委託を受けたラント官庁がライヒの機関として行政を遂行する結果、ラント官庁は、直接に従う所管ライヒ官庁の職務監督と指導権力に服し、そうして、あたかもライヒの下級官庁かのようになる。したがって、ラント官庁に対しては、いかなる制限もなしに上級ライヒ官庁によってあらゆる指示が発せられ、ラント官庁はこれに従わなければならない<sup>(27)</sup>。これについてはゲルハルト・アンシュッツも次のように述べる。ライヒ委託行政の領域においては、ラント官庁は任務を引き継いだライヒ法律によって「一般的なライヒ監督（一五条）と区別されるライヒ政府の統制力（職務命令）に服することになる」。ラント官庁は「——ラント機関としてのその地位とは別に——職務関係上、ライヒ自身の機関であるかのように扱われる」<sup>(28)</sup>。

このように、ヴァイマル期以前の学説を概観すると、連邦の指示権が行政組織における職務命令と同様のものとして考えられてきたことがわかる。また、判例やオッセンビュールの構成は、こうした伝統的理解をそのまま受容したものであることが窺われる。かかる伝統的な理解によれば、やはり、連邦が指示を発することのできる事項の範囲を画するのは、連邦委託行政において執行されるべき法律のみであるということになる。

（二）基本法における連邦委託行政の理解

しかしハイチュは、右の伝統的な委託行政観念を基本法八五条の解釈として全面的に受容することを否定する。彼は、基本法制定過程における議論を参照することで、連邦委託行政には、「連邦の任務を遂行するためにラントが登用されるという意味において実質的に理解される」<sup>(29)</sup>「実質的委託行政 [materielle Auftragsverwaltung] と、そうではなく、ラント固有行政よりもより広い介入権が連邦に認められているという意味で形式的に理解される形式的委託行政 [formelle Auftragsverwaltung]」<sup>(30)</sup>と二つの区分を見出す。そして、既に見た委託行政及び指示権の伝統的理解が妥当するのは、実質的委託行政のみであり、形式的委託行政については指示権の範囲が限定される。この

二つの委託行政の類型について、以下で見ている。

ハイチュはまず、基本法制定過程における委託行政の形成を巡る議論において、その適用領域の具体的な特徴が常に考慮されていたことに注目する。具体的には、基本法制定過程で委託行政の適用領域としてそもそも考えられていた、水路、連邦遠距離用道路、そして連邦の収入となるべき租税の三つである。彼は、これら三つの本来的な適用領域は、次のような意味で、実質的には「連邦の任務」をラントが実施するものであると主張する。すなわち、水路については、基本法下において水路は連邦の所有とされている（基本法八九条一項）。連邦の遠距離道路も、所有権は連邦に帰属している（基本法九〇条一項、同二項）。連邦の租税に係る行政についてはいえば、その収益の保持者は連邦である。すなわち、これらの適用領域においては、管理の対象となる物（道路・水路）や収益（税）が連邦に帰属している。また、水路はそもそも連邦固有行政が予定されており、一定の要件を満たした場合にラントに委託することができることになっている（同二項）。租税については、制定時の議論では当初、連邦固有行政とすることを予定していたが、占領国の要請により連邦委託行政の形式を採用することとなった。ハイチュはこうした点を踏まえて、これらの行政任務が実質的には連邦の任務であると評価しているのである。<sup>(31)</sup>

このような実質的に連邦の任務であるとされる委託行政においては、連邦に「秩序に適合した行政についての直接的な固有の利害」が認められるため、連邦の介入権が根拠付けられることになる。したがって、伝統的な委託行政観念が全面的に引き継がれるのは、基本法の成立過程に鑑みれば、そこでもそも念頭に置かれていた適用領域に代表される委託行政、すなわち、実質的には「連邦の任務」というべき実質的委託行政に限られる。

## 第二節 事柄に応じた理由による指示権の限界付け

(一) 他方で、「連邦の事務」とは言えず、単に「ラント固有行政という標準的な場合よりも連邦の介入権が広く及ぶ」という形式的な意味でのみとらえられる適用領域も存在する。そのような連邦委託行政は「形式的委託行政」と呼ばれる<sup>(32)</sup>。この形式的委託行政において連邦に指示権が認められるのは、それが連邦の事務だからではなく、当該事項領域それぞれの「事柄に応じた理由」により、指示権を連邦に付与することが必要とされるからである。ハイチュによれば、「そうした(委託)行政が選択された」理由は、形式的委託行政のそれぞれの適用領域において、基本法八四条ではなく八五条において連邦最上級官庁に帰属する特別な権限行使の憲法上の限界を形成し、「目的に拘束された指導権のみが、連邦最上級官庁に保障される」こととなる<sup>(33)</sup>。つまり、そうした目的と関連性を持たない事柄についてまで指示を発する権限は連邦には認められない。したがって、形式的委託行政においては、連邦の指示が委託行政を採用した目的の範囲を逸脱していることを理由に、ラントは指示の拘束力を争い得る、ということになる<sup>(34)</sup>。

(二) それでは、「事柄に応じた理由」によって、指示権の範囲がどのように限界づけられるのか。この点について、ハイチュは適用領域ごとに具体的に検討している<sup>(35)</sup>。本稿ではカルカーII判決を素材としているので、彼の原子力行政についての記述を見ていきたい。彼は基本法八七c条の制定過程の議論から、同条が委託行政を採用した理由をいくつか挙げる。その理由は、連邦固有行政が採用されなかった理由と、ラント固有行政が採用されなかった理由に区別されるが、前者は連邦に指示権を認める必要性とは関連しないので、連邦の指示権を限定する根拠として考慮されるのは、専ら後者である<sup>(36)</sup>。そこで後者、すなわちラント固有行政が採用されなかった理由として挙げられるのが、「核エネルギーの利用の『危険性』ないしは『そもそも見通すことのできない多数の危険』」である。

すなわち、こうした「原子力施設の危険性を回避する目的」こそ、広範かつ強力な指示権が連邦に認められる委託行政が採用された理由である。したがって、ハイチュによれば、この目的にかかる「指示の有用性は、原子力法の領域における指示権限の行使のさらなる限界を設ける」<sup>(37)</sup>。すなわち、原子力施設の安全性については、連邦とラントで見解の相違があり、連邦によって指示が発せられた場合であっても、指示の目的の有用性が否定されれば、その拘束力も否定されることになる。したがって、カルカーⅡ判決に即していえば、連邦が依拠したのは原子炉安全委員会（RSK）の所見であり、かかる所見に依拠した指示によって命じられた措置が、「原子力施設の危険性を回避することに資する」ことを基礎付けているのか、あるいは、それと「異なるラントの見解が、支持しうる科学上の認識に基づくものであり、RSKの所見を論駁しうるものであるか」が連邦憲法裁判所によって審査されることになる。<sup>(38)</sup>

そうすると、ハイチュによれば、カルカーⅡ判決の立場は、形式的委託行政である原子炉行政においても連邦の指示の範囲をほとんど無制約に認め、その「目的の有用性」を審査しない構成をとっている点で批判される。ハイチュの立論の特徴は、判例と同様、連邦に最終的決定権の権限配分の問題として構成しつつ、委託行政が採用された理由、すなわち連邦がラントによる法律の実施に介入する目的によって連邦の指示権の範囲を限定した点にある。形式的委託行政である限り、連邦の指示が扱う事項が連邦が関心を持つべき領域に含まれるかについて、その都度連邦憲法裁判所が判断することになる。<sup>(39)</sup>

## 小括

以上のハイチュの見解をまとめれば、彼は、連邦・ラント間の権限配分の問題を考える際に、問題となっている

事務が連邦とラントのいずれの（領分）に属するか、という思考をしているように思われる。それが連邦の領分（であり、かつ法律を実施するのがラント）であれば、両者の間にヒエラルヒッシュな関係が観念され、適法性判断権が連邦に帰属する。その結果、その法的見解をラントが争うことはできない。反対に、それが連邦の領分でないければ、連邦は指示権をそもそも行使できないことになる。判例やオッセンビュールの理解とハイチュの見解の対立は、そうした連邦とラントの間の線引きをどのように行うか、という点にあるといえる。そしてハイチュは、連邦がラント行政の適法性につき関心を持つべき範囲によって、その線引きを行ったのである。実質的委託行政においては、その対象たる財産（道路・水路）ないし租税収入が連邦に帰属することから、連邦がラントの法律実施について関心を持つべき事柄を限定することは極めて困難である。他方で、そうした事情がなく、連邦のもつべき関心の範囲が画定され得るのであれば、それに伴い連邦の指示権の範囲も限定される。

彼のこうした思考は、連邦－ラント関係を考える上で重要と思われる。確かに、連邦憲法裁判所の判断にも強い影響を与えている、帝国憲法期以来の伝統的な理解を無視することはできない。したがって、委託行政における連邦の指示権が、ラントに優位する連邦の決定権をともなっていることを否定することは容易ではないだろう。しかしながら、基本法における連邦委託行政の適用領域は、当初の想定を超えて拡大し、多様なものを含んでおり、金銭給付を伴う行政においてはさらに拡大する可能性をもちあはれている（基本法一〇四a条三項後段を参照）。そうだとすれば、伝統的理解を全面的に現行の連邦委託行政に適用することもまた、適切でないように思われる。これらの点に鑑みれば、連邦委託行政を採用した目的に指示権の範囲を限定するハイチュの見解は、連邦委託行政における連邦－ラント関係の事柄に即した考察を志向する点で、ドイツにおける連邦とラントの任務・権限の配分をきめ細かく理解する上で非常に有益な観点となり得る。

最後に、これまでの議論をまとめた上で残された課題を示したい。連邦法律の実施における連邦・ラント関係を考察する準備作業として、連邦委託行政における連邦の指示権の拘束力についての議論を概観・検討した。そこでは、第一に、国家性を備えた独立した主体であるはずのラントを、連邦との関係でヒエラルヒシユな構造に組み込みこむ最終決定権が、指示権をメルクマールとして連邦に認められるかが対立点であることを見た。これを対立軸として、一方の極には、伝統的な委託行政の観念を引き継ぎ、そうした決定権を相当広範に認める判例の構成が、もう一方の極には、基本法三〇条に基づくラントの地位を根拠として、そのような連邦の優越的な判断権限を全面的に否定する見解があることが確認された。注目すべきことに、元々連邦の事務であつてラントはその執行におけるいわば手足に過ぎないと考えられてきた連邦委託行政の分野についてさえ、判例・通説においてその構成が維持されているものの、ラントの固有権に基づく独立した地位を志向する議論が有力に唱えられているのである。連邦委託行政をめぐる連邦・ラント関係においては、伝統的な観念に基づく連邦の優位と、基本法下におけるラント固有の地位という二つのベクトルが、最終的決定権の有無という次元で交錯し、その均衡を巡って議論が展開しているといえる。

第二に、それらの対立するベクトルを持つ二つの見解の中間に位置付けられるものとして、委託行政の領域ごとに連邦の指示権の範囲を画定すべきことを主張する見解を検討し、かかる見解が、連邦の優越的な決定権限の範囲の画定・線引きを巡って判例及び伝統的な理解と対立することを示した。この見解は、ラントに対する連邦の決定権自体は肯定するが、その範囲を連邦の利害関心の観点から画定することを試みる点で、決定権をほとんど無制約

に認める判例及び伝統的な理解と異なる。ここでは、連邦の優越的な決定権の範囲画定の問題を軸として、連邦とラントのヒエラルルヒツシユな関係を固定的に捉えようとする立場と、連邦（及びラント）の持つべき利害関心に応じて連邦・ラント関係を捉えようとする思考という異なるベクトルを持つ見解が併存し、この点において議論が展開されていることが明らかになった。

以上のように、連邦委託行政における連邦の指示権の拘束力を巡る議論は、連邦の最終的決定権限の有無、及び決定権限の範囲画定という次元の異なる二つの対立点のそれぞれにおいて、異なるベクトルを持つ諸見解が交錯していることが明らかになった。これらの見解のうち、ラント（地方）への介入権限の範囲を画定するために、連邦（中央）の持つべき利害関心という観点を導入してそれぞれの領分を確定しようとする権限分配・範囲画定的な思考は、連邦・ラント関係をより緻密に考察するものとして注目すべきものといえよう。また、こうした権限分配的な思考は、国と地方公共団体の適切な役割分担が志向されるわが国の地方自治制度（地方自治法一条の二参照）においても、それぞれのなすべき「役割」とは何かを考える上で参照に値しよう。中央・地方間の任務配分の連邦制の特徴との比較を通じて、日本の地方自治制度の特徴を浮き上がらせる試みはしかし、今後の課題である。

ところで、本稿は、連邦委託行政における連邦の指示権を切り口として連邦・ラント関係の権限配分のあり方を検討してきたが、この指示権の連邦制全体における機能、という点についての考察には至っていない。例えば、連邦が指示を発するのは、インフォーマルな調整過程によっても解消できない政治的対立が生じたときである、ともいわれている<sup>(40)</sup>。連邦の指示権は、職務命令のように頻繁に発せられるものではない。むしろ、ラントが連邦法律を実施する際には、通常、行政の統一性を確保するために、連邦と各ラントがインフォーマルな調整を行う場が用意されている。ラントの法律執行について、連邦と諸ラントの間で意見調整がなされることによって、法律執行を巡

る意見の対立が事前に回避されている。こうした意見調整を経たにもかかわらず、何らかの理由で政治的対立が連邦とラントの間で深刻化することがある。基本法八五条三項の指示は、連邦とラントとの間でこうした深刻な政治的対立が生じた場合の措置であるとも考えられる<sup>41)</sup>。このような事情も含めた上で、ドイツの連邦制を規定するより大きな観点から、指示権がどのように評価されるかの考察には到達できていない。本稿では、その準備作業として、指示権を巡って基本法がどのように連邦・ラント間で権限配分をしているのか、その最も基本的な部分を扱ったものである。こうした点を踏まえた上でさらなる考察は、ドイツの連邦制の独自性を明らかにし、連邦制が日本の中央・地方関係論の特徴を明らかにするネガとして、十分に比較対照の役割を果たすために必要であるように思われる。今後の課題としたい。

〔付記〕本稿は、平成二八年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

- (1) 連邦国家の構成国は通常、邦ないし州と呼ばれることが多いが、「ラントの多様さやドイツ史特有の歴史的含意に配慮して、現在では、これらを邦や州とは訳さず、ラントと表示することが多い」（石川健治『ドイツ解説』高橋和之編『世界憲法集（第二版）』（岩波書店、二〇一二年）一六二頁）。本稿も「ラント」と表示する。
- (2) 差し当たり参照、服部高宏「連邦法律に対する州の離反立法——ドイツ連邦制改革による大綱的立法の廃止とその帰結——」（一）『法学論叢第一七八巻第四号（二〇一六年）一—一九頁。
- (3) Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, Heidelberg 1999, Rn. 235. 日本語訳はコンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、二〇〇六年）一五〇頁。Vgl. Stefan Oeter, *Integration Und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, 1998, S. 406 f.
- (4) 基本法の日本語訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第七版）』（信山社、二〇一六年）、および、高橋・前掲

注(1) 一六八―二七九頁の石川健治訳の二つを参照した。

- (5) BVerfGE 81, 310 (331); Fritz Ossenbühl, Die Bundesauftragsverwaltung-gelöste und ungelöste Probleme, in: FS für Peter Badura, 2004, S. 975 (979).
- (6) BVerfGE 81, 310.
- (7) ドイツ原子力施設の設置許可手続の特徴については、山下竜一「西ドイツ原発訴訟許可の多段階的構造(一)」、(二・一完)「法学論叢」二五巻二号(一九八九年五月)九九―一二七頁、二二六巻一号(一九八九年一〇月)五八―八三頁を参照。
- (8) BVerfGE 81, 310 (332).
- (9) BVerfGE 81, 310 (332 f.).
- (10) BVerfGE 81, 310 (332 f.).
- (11) BVerfGE 81, 310 (334 f.).
- (12) BVerfGE 81, 310 (336).
- (13) *„Handbuch“* 手続上の制限が連邦に友好的な原則から導かれていぬ。BVerfGE 81, 310 (337 f.).
- (14) Fritz Ossenbühl, Weisungen des Bundes in der Bundesauftragsverwaltung, Der Staat Band 28: (1989), S. 36.
- (15) Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 14), S. 36.
- (16) Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 14), S. 46.
- (17) Friedlich E. Schnapp, Amtsrecht und Beamtenrecht, 1977, S. 180.
- (18) Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 14), S. 46.
- (19) Walter Pauly, Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung, 1989, S. 222 f.
- (20) Walter Pauly, Weisungsabwehr in der Bundesauftragsverwaltung, DÖV 1989, S. 886.
- (21) Pauly, a. a. O. (Anm. 19), S. 223 f.; ders., a. a. O. (Anm. 20), S. 886 f.
- (22) Pauly, a. a. O. (Anm. 20), S. 888.
- (23) Christian Heisch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 275 f.
- (24) Heisch, a. a. O. (Anm. 23), S. 276; Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 12), S. 45; Rudolf Steinberg, Bundesaufsicht, Länderhoheit und

Atomgesetz, 1990, S. 71.

(25) Max v. Seydel, Bayerische Staatsrecht 2. Band, 1885, S. 571.

(26) Gerog Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Theil I, 1883, S. 24 f. もっとも、マイヤーの該当箇所はこのことを明示的に述べているわけではない。曰く、「上位の帝国行政機関は下位の帝国行政機関に対してのみ直接的な監督権限を行しなければならぬ。個別国家の国家官庁および地方官庁は、帝国法律上別段の定めが明記されていない限り、直接的には帝国行政機関には服さない」。この特別な定めは、帝国官庁に指示権を付与する帝国法律が含まれると考えられる。

(27) Friedrich-Wilhelm Heilmann, Die Reichsauftragsverwaltung, 1934, S. 10. 7) の Heilmann の記述は、Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 255 f. の引用に依拠した。

(28) Gerhard Anschutz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage, Berlin, 1933 (Nachdruck 1965), Art. 14 Nr. 4.

(29) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 272.

(30) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 328.

(31) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 272 ff.

(32) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 328.

(33) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 328.

(34) 指示という統制手段の実効性という観点からこれを否定するのは、Norbert Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 253 以下。

(35) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 281 ff.

(36) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 298 ff.

(37) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 311 f.

(38) Heitsch, a. a. O. (Anm. 23), S. 313. もっとも、「指示の目的有用性」についてなぜ連邦とラントの見解で優劣がつかないのかについてのハイチュの理由付けははつきりしない。彼は、原子力に関する科学的知見が論者によって様々であるために、ラントの許可官庁は適切な専門家から詳細な助言を得なければならぬだけであって、その諮問機関は、原子炉安全委員会 (RSK) に限られているわけではないこと、したがって、ラントの許可官庁が「原子力法上の許可手続において、官庁は

専門的な基準に基づき〔RSKやそれ以外の専門家の〕いずれの見解が優先されるべきか判断しなければならない〕(S. 313) )ことを理由に、指示の目的有用性を巡る連邦とラント間で意見の相違があった場合にも、いずれの見解にも優劣はないとするのみである。

(39) ここで、ハイチュの構成と判例の構成について付言しておきたい。ハイチュの構成においても、連邦がRSKの見解に依拠したようなカルカーII判決の事案においては、連邦の指示の目的有用性が一応肯定され、ラントはRSKの所見が科学的見地に照らして不当であることを論証しなければならぬことになる。さらに、対象の専門性が極めて高いことに鑑みれば、ラントはこの場合に連邦の依拠した見解が全くの不合理であることが明白であることを示す必要がある。こうしてみるとハイチュの示した構成は、判例が示したような原則－例外構成と極めて接近する。この点について彼は、判例が示した例外において、原子力行政の特殊性が考慮されていることを指摘している (Heisch, a. a. O. (Anm. 23), S. 311, Fn. 256)。したがって、ハイチュの構成は、一見認められる余地がほとんどないような判例の例外を広げようとする理論的試みであるということも考えられる。もともとこの点については仮説の域を出ない。

(40) 本稿で扱った判例の事案も、原子力エネルギーを巡る極めて政治的な対立が背後にあり、それは、本判決の直前、一九八六年に起きたチェルノブイリ原発事故が契機となつている。原子力をめぐるエネルギー政策について意見対立はそれまでもあつたと思われるが、それは憲法裁判所に司法的解決が求められるに至るほど深刻ではなかつた。原発事故という予期せぬ事象が生じたことで、政治的対立が党派間で激化し、それが連邦－ラント間争訟というフォーラムに持ち込まれた、と見なされたのである。Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 14), S. 31 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 5), S. 975 f.

(41) Vgl. Oeter, a. a. O. (Anm. 3), S. 441 ff.

(42) 他にも、連邦委託行政における連邦の事項権限と費用負担の関係についての問題もある。連邦委託行政における費用負担の問題のうち、とりわけ金銭給付を伴う法律執行 (一〇四 a 条三項後段) について検討したものと、Christine Elmers, Die Praxis der Bundesauftragsverwaltung, Berlin 2015 がある。