

現代ドイツにおける裁判のすう勢

——立法機関および行政の課題の裁判所への移転——

ペーター・アーレンス
中村英郎訳

- 一 はじめに
- 二 民法における裁判官の継続的法形成——人格権についての裁判
- 三 労働法および破産法における裁判官の継続的法形成——破産における社会計画
- 四 技術的大規模計画についての行政裁判所の裁判

一 はじめに

ドイツ連邦共和国が成立して以来、ドイツにおいては、裁判所の地位および裁判の意義が著しく強化された。このような展開についての大きな原因の一つは、昔はなかった、あるいは、ただその萌芽としてのみ存在した特別裁判所が設置されたとい

現代ドイツにおける裁判のすう勢（アーレンス・中村）

うことである。今日では、連邦共和国には五つの裁判管轄権、すなわち通常裁判管轄権（民事・刑事事件）、労働、社会、財政および行政裁判管轄権がある。^(1a) 財政裁判管轄権が二審制だという例外があるが、これらの各裁判管轄権の裁判所は、第一審と控訴審の裁判所、および全連邦領域に管轄権のある一つの上告裁判所をもっている。そのほか各州の憲法裁判所および連邦憲法裁判所がある。憲法裁判管轄権は、前述した五系統に分かれた裁判所の最上級裁判所というわけではなく、それは、はっきりと区別されなければならない。その任務は、憲法が国家権力により守られていることについての法治国家的監督、ならびに憲法を、変化する情勢に、引き続き形成される解釈により適

合させることである。^(1b)裁判官は客観的に独立しており、それは身分の独立により保障されている。裁判官は選任されるものではなく、終身官として任用されるものである。連邦共和国には、すべての裁判所を合わせると、合計約一万七千名の裁判官^(1c)がいる。

これらの裁判管轄権の構成は、今日、市民に対し、憲法においても保障している権利（基本法一九条四項）、すなわち民事法上の紛争についてばかりでなく、公権力により権利が侵害されたときも、裁判所に訴えることができるという権利を与えている。市民の国家機関との争いは、大体において行政裁判所で解決されている。それが税金に関するものであれば財政裁判所で扱われる。連邦共和国が成立する以前においては、憲法裁判所は存在しなかった。労働裁判管轄権ならびに行政裁判管轄権は、ただその萌芽としてのみ存在した。憲法裁判所は全く存在しなかった。ただ、通常裁判管轄権（民事・刑事事件）だけは、上告審としての帝室裁判所をもち、完全に構成されていた。一九四九年以降の裁判管轄権の拡大が、裁判の意義を甚だしく大きくしたということは明白である。

最近二〇年ないし三〇年の発展を考察する場合には、裁判管轄権のこの拡張をはっきりと念頭におかなければならない。このことが、多くの領域において、政治的機関、ことに議会およ

び行政官庁の任務の裁判所への移転をもたらしている。この移転の原因は様々であり、それは具体的な例によりはっきりと示される。

私は三つの事例グループを考察したいと思う。一つは民事法の領域の、一つは破産および労働法の領域の、そしてもう一つは行政法の領域の事例である。つまり、民事裁判所、労働裁判所および行政裁判所の裁判に関するものである。

この事例グループについて述べる前に、ドイツ法と英米法の間の根本的な違いを注意しておきたい。それは、私がこれから話すことを理解するのに重要である。ドイツ法は英米法とは対照的に成文法（法律）が中心になっている。私法および公法のほとんどすべての領域は、立法者によって包括的に規定されている。裁判官は法律の下位にあるので（基本法二〇条三項、九七条一項）、ドイツ法の下でも、裁判官に許されている法の継続的な形成は限定されている。彼には規定の欠缺を満たすこと、そして解釈、とくに不確定な法概念の解釈が許されている。この所与の事実はいずれにせよ、憲法裁判所の領域は別として、なぜ判例法が英米法におけるよりも本質的に重要でないかを説明している。裁判官が許された法の形成の限界を越えたかどうかという問題は、これとは反対に、当然のことながらしばしば生じている。

(1a) そのほか特別な事件についての裁判管轄権、例えば特許裁判管轄権、あるいはラインおよびモーゼル船舶航行裁判管轄権などがあるが、ここでは立ち入らない。

(1a) BVerfGE 6, 222.

(1c) Statistisches Jahrbuch 1985 für die Bundesrepublik Deutschland, hrsg. vom Statistischen Bundesamt, 1985, S. 333.

二 民法における裁判官の継続的法形成

——人格権についての裁判

民事法の分野において、最上級の民事裁判所である連邦裁判所は、何十年にもわたった民事法上の人格権保護に関する帝国裁判所の判例を破棄し、その際、法典の文言を無視した。立法者、すなわち議会には、法律により新しく規制することについて、能力のないことが明らかとなった。連邦憲法裁判所はこの連邦裁判所の裁判を是認した。

十九世紀の中葉に至るまで、ドイツには、かなり包括的な人格権保護が存在していた。⁽²⁾十九世紀の後半になってからは、別のルールが行われ、侮辱および名誉毀損に対する個人の保護は、刑法の役割とされた(刑一八五条以下)。非財産的利益の侵害に対する賠償は、以前にはある程度存在していたが、その可

能性はもはやなくなった。そればかりか、中傷および名誉毀損に際しての賠償は、財産上の損害に制限された。ただ身体傷害の場合にだけ非財産的損害についての科料が規定されていた。

以上の傾向は、民法典の下でも貫かれた。ここには一般的な人格権保護は導入されていない。法律は人格権の保護を、個別の法典に明文をもって列挙された人格的利益(民八三条一項、二条)に制限していた。その他の制限は、非財産的損害の補償が、原則としては認められず(民二五三条)、身体傷害と自由の侵害の場合にのみ予定されている(民八四七条)、ということから明らかであった。コーイング(Coing)⁽³⁾は、民法草案理由書⁽⁴⁾の極めて特徴のある箇所を指摘した。そこには、非財産法上の利益の侵害に対する補償請求を、一般的に承認することにより、裁判官に、ドイツ法の知らない紛争関係に対する裁判官の地位の自主性が与えられるであろう、という考えが示されている。それは、非財産的損害の金銭支払による補償にさいしてはその金額の確定は裁判官の裁量にかかっており、かつ、財産的損害の補償においては、その金額の計算が後からでも正確にできるのと異なり、上級裁判所では、ほとんど再審査できないということを意味している。ここに裁判官の使命についてのある特定の見解が明らかにされている。立法者は裁判官の権力が余り大きくならないようにし、かつ、それを立法機関により定

められた国家の法の、単なる適用に限定しなかったのである。

民法の右のような規制は、人格権保護につき著しい制限をもたらした。このことは、近代生活の発展とともに、新聞およびそれと結合した広告の形式がますます大きな意義をもつようになる、それだけになおさら影響を及ぼした。個人の人格権の侵害はそれに応じて増加している。それにもかかわらず帝国大審院は、常に変らぬ裁判において、一般的人格権を認めること、およびその侵害に基づく損害賠償を認めてやることを繰り返し拒否した。⁽⁵⁾帝国大審院は、民法が一般的人格権を認めず、例えば氏名権のような個別の人格権だけを認めるという法律の規定に固執した。

ドイツ連邦共和国の基本法が施行された後、一般的人格権保護についての論議が改めて生じた。その原因は、一面において、さらに増加したそれに対する必要性、とりわけ報道の強化された役割に当面しての必要性である。また、他面においては、ドイツにおいて、言わずもがなであるが、歴史的経験に基づき人格の保護の意味が変わったということである。かくして基本法は、帝国憲法またはワイマール憲法と異なり、詳細な基本的人権の目録を規定している(基本法一一九条)。第一条および第二条は、人間の尊厳および人格の自由な展開に関する権利を保護している。この規定は人格権保護、ことに報道機関の不

当な干渉に対する保護についての、全く新しい判例のための基礎となった。この問題を憲法の基本的価値、および実務上の必要性に応じ新しい方法で解決しようとした立法者の試みは、これに反し失敗した。⁽⁶⁾

かくして一九五四年、連邦裁判所は、憲法により認められており、かつ私人の正当な利益によって制限され得る一般的人格権を初めて認めた。しかしここでも、また次の判決でも、連邦憲法裁判所は損害賠償の問題では、なお帝国大審院の判例および法典の文言に従い、非財産的損害の補償を拒絶し、その代わりにな不作為の請求を認めた。その後、一九五七年に第四二回のドイツ法律家大会(Juristenkongress)は個人生活の保護について審議した。人々は、個人の生活は民法では充分保護されず、ただ一般条項による一般的人格権の承認によってのみ、充分な保護を与えることができるということ意見が一致した。ただ少数意見は、現行法を充分なものとし、⁽⁹⁾判例が、「厳しく執行される慰謝料の支払」により、「海賊に」、その行為をやめさせるべきだとする方向にあった、そのこれらの展開を信頼し、それに任せようとした。法律家大会の多数意見は「立法者は法律適用の基本原則を作成しなければならない」といい、伝統的な考え方を固く保持していた。法律家大会の決議は、そのゆえに、法律により規定を設けることを勧奨したのであり、政府はこれ

をとりあげ、一九五七年一〇月二九日の連邦議会における政府説明において法案が緊急に必要であると述べた。⁽¹²⁾

そこまで来る前に、連邦裁判所は、法典の変更をまたないで、その結果を先どりした。いわゆる「騎手事件」^(12a)において、製薬会社である被告は、精力を増強する調剤を宣伝するため広告をした。その広告には、原告、すなわちいわゆる騎手が、あたかも彼の馬をもって障害を乗り越えるかのように描かれていた。原告はこの広告をすることについて同意を与えていなかった。彼は一万五千マルクの損害賠償を請求した。連邦裁判所は、ここでは先の判例のように、基本法一条および二条により導かれる一般的な人格権の侵害を認めた。この裁判における新たな点は、それがはじめて、なお比較的にひかえめではあるが、一千マルクの額において、非財産的損害についての損害賠償を認めたということである。連邦裁判所は、原告は、宣伝の目的のために彼の写真を公表することには決して同意しなかったであろうということから、原告は、ここではどのような財産的損害も主張していないということを、正当にも前提としている。裁判所は、それよりも、被告が原告を茶化したということについての謝罪を問題とした。これはしかし、非財産的損害の補償の要求であった。連邦裁判所は民法二五三条を憲法違反と宣言しなかったという限りにおいて用心深く、損害賠償をそれより

も民法八四七条の類推解釈において、すなわちここでは邪魔されない意思活動の侵害があり、それは民法八四七条の意味における自由の侵害として認められるという理由をもってこれを承認した。人はこの理由について争うかもしれない。⁽¹³⁾しかし、ここでは論理的な事項が問題ではない。重要なのは、この判決によって初めて一般的な人格権の侵害における非財産的損害の補償が認められたということである。何十年にもわたった実務が、立法者の干与も、また法律の変更が行われるということもなく、崩れたのである。

判決がなされたのとはほぼ同じ時期に、連邦司法大臣によって設置された、人格権保護の新しい規定について提案すべき委員会⁽¹⁴⁾が、その作業を開始した。一九五八年九月に公表された専門担当官の草案はこの準備作業に基づくものである。この草案は大体において判例の成果を承継している。それは、しかし、非財産的損害の請求を制限し、そして全般的に裁判所の報道機関敵視の態度に反対するものであった。⁽¹⁵⁾かくして、人格権の侵害は、保護に値する利益、ことに公の利益が相当程度報告されているときは、存在しないとした。

この報道機関の利益において提案された補足にもかかわらず、草案は激しい抵抗に出あった。彼らは草案を報道の自由を制限する試みと理解した。⁽¹⁶⁾人は自由な報道が危険にさらされて

いるのを見、また、計画されている人格権保護のうちに「言論抑圧法」⁽¹⁷⁾ (Maulkörpersetz) を見た。法律学の学説は、これとは反対に、草案は法政策的に必要であり、正義になつていゝという立場をとつていた。報道機関の反対は、専門担当官草案に対し、政府提案のある程度の変更をもたらした。しかし、前者の基本計画は維持された。政府の理由書において連邦裁判所の展開した原則が現行法として承認された。そして、同時に、裁判所の裁判に含まれている基本的な考えを成文法に書き現し、かつそれを限定すべき立法者の義務が強調されている。⁽¹⁸⁾

残念ながら、立法者はこの義務を果たすような状態にはなかつた。報道機関の一致した反対は、法案が議会において議決されないようにしたのである。連邦裁判所は、しかし引き続いてその裁判を維持し、なお強化した。⁽²⁰⁾ いわゆる女性のテレビアナウンサー事件では、連邦裁判所は人格権と報道の自由を互に限界づけた。⁽²¹⁾ ある雑誌が自由ベルリン放送の女性テレビアナウンサーを批評し、彼女たちはレバリーバンの二流の低級な劇場にふさわしい。彼女たちは乳をしぼりつつ山羊のように見え、それを見た時、見た人には牛乳がすっぱくなる、と言つた。連邦裁判所は、確かに報道の自由を認めた。しかし、それに一方的に特権を認めることは拒否した。原告に対する中傷は正当とは認められない。そのほかの多くの事件においても結果におい

て同様な判決がなされている。その中の一つの事件だけを例としてあげれば、ジューブルクのいわゆる「つねり事件」⁽²²⁾ がある。ある雑誌が匿名の手紙に基づき、ボンの地方裁判所長が、他の裁判所を訪れた際、階段で彼の前を上つていた婦人の尻をつねつたと主張した。所長の訴えもまた認められた。

人格権保護の発展のためだけではなく、さらに最上級裁判所の法典化された法の変更およびその後の発展のための使命について特に重要なことは、連邦憲法裁判所が連邦裁判所の人格権についての判決を認めた⁽²³⁾ という情況である。非財産的損害の補償を命ぜられた者が、連邦裁判所は、立法者の権限を憲法違反の方法をもって不当にも用いたという理由をもって、憲法抗告を提起した。すなわち、非財産的損害の補償についての判決は、法律に反して展開されたものである。連邦憲法裁判所は、法典に明確な根拠がなくても、そのような損害賠償請求が認められ得るかという問題に限定して審査した。

基本法二〇条三項は、裁判は法典および法に拘束されるということを規定している。この反対解釈から、連邦憲法裁判所は、法は法典全体より多くのものを意味するということを推論した。裁判の任務はただ法典の語義に従つた適用だけではない。成文法に規定されていない価値観念を、評価する認識の行為により、判決にそれを具体化するということも裁判官の活動

に属する。このような創造的な法の発見は、しかし、合理的な論証に基づかなければならない。民法典のような編纂された法典と比べて、物の見方と社会的関係は甚だしく変わった。それに対して、もし裁判官が、法を述べるという任務を果たさなければならぬとしたら、法典の昔から変わらない条文によることはできない。連邦裁判所は、法を述べるという任務を、一般的な人格権の承認によって果たした。立法者の介入をまつということは、なされなかった。裁判所は、具体的事件における法の実現に必要な限度で成文法から離れたのであり、民法二五三条を憲法違反とは宣言せず、民法八四七条の類推に限定した。次にあげる労働法および破産法上の例は、連邦憲法裁判所が、裁判官の法の形成を、決していつでもそのように寛容に許していないということを示している。

人格権保護の発展と、その近代的要求への適合の問題において、いずれにしても判例は、ドイツ法の伝統では、まず第一に立法者の責任とされている任務を行った。学説においては、この問題は、司法の手においてよりよく取り上げられるので、このことは多分悲しむべきことではないという意見が主張された⁽²⁾。その原因、および、そもそも裁判が立法者のこの課題を引き受けなければならなかったというこの原因は、結局のところ、裁判官は報道の圧力に対し国会議員より影響をうけないと

いうことのうちに見いだされる。国会議員は再び選挙してもらいたいし、裁判官はドイツにおいては終身官として任命され、罷免されることはないのである。

- (2) 歴史的展開について *Coing JZ* 1958, 558. 参照。
- (3) *AeO* S. 559.
- (4) *Motive zu § 221 E 1 = § 253 BGB.*
- (5) *RGZ* 113, 413.
- (6) *ゾート* の展開について *Jörn Ipsen, Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 90 ff. und *Schwerdtner, Jus* 1978, 289 ff.
- (7) *BGHZ* 13, 334.
- (8) *BGHZ* 20, 345.
- (9) *Bußmann, Gutachten zum 42. DJT*, Bd. I, 1957 *passim*; *Larenz u. Nipperdey, Verhandlungen des 42. DJT*, Bd. II, S. D. 3 ff.
- (10) *Nipperdey aaO*, S. D. 19.
- (11) *Verhandlungen des 42. DJT*, Bd. II, S. D. 155.
- (12) *Verhandlungen des Dt. BTages*, 3. Wahlperiode, *Sten. Berichte* Bd. 39, S. 21.
- (13 a) *BGHZ* 26, 349.
- (13) *Z. B. Larenz NJW* 1958, 827.
- (14) *Zeitungsverlag und Zeitschriftenverlag (ZV u. ZV)* 1958, S. 98 ff.
- (15) *Erdstick NJW* 1958, 1720 f.
- (16) *Ipsen aaO. (Anm. 6)*, S. 97 ff.

- (17) Vgl. ZVuzV 1958, S. 10, 27; Ernst E. Hirsch, Maulkorb für die Presse, 1959, S. 10 ff.
- (18) B1-Drucks. III/1237, S. 8.
- (19) Ipsen aaO. (Anm. 6), S. 98 f.
- (20) BGHZ 30, 7; 35, 363; 36, 77; 50, 133; NJW 1971, 698.
- (21) BGHZ 39, 124.
- (22) DRiZ 1968, 203.
- (23) BVerfG NJW 1973, 1222.
- (24) Von Caemmerer, Festschrift von Hippel, 1967, S. 33.

三 労働法および破産法における裁判官の

継続的法形成——破産における社会計画

立法者の任務が、判例によってなされる第二のグループは、政治的に「熱い鉄」(扱いにくい物)である法律による規制を行なうことについての立法者の「物おじ」とある程度関係がある。この物おじは、とくに労働法の分野においてはっきりと現われており、そのゆえに、労働法は広い範囲でいづれにせよ裁判官法である⁽²⁵⁾。

ここでは破産法と労働法の境界領域にある事件を問題とする。出発点は一九七二年の企業体構成法 (Betriebsverfassungsgesetz) である。企業協議員は、労働者によって選挙され、企業体において一定の共同決定権をもつ労働者の代表である。企業体構成

法第一一条によれば、二〇名以上の労働者をもつ企業主は、協議員に、その計画している企業の閉鎖もしくはその他の企業の変更を、もしそれが結果において社員の著しい不利益になるかもしれないときは、適時にかつ全般にわたり教示し、かつそれと協議しなければならぬものとされている。この協議の目的は、計画されている企業体の変更についての利益の調整をもたらすことである。なかならず調整についての合意、もしくは企業体の変更により労働者に生じる不利益の緩和が目標とされる。いわゆる社会計画 (企業体構成法第一二条) である。実際にはこの計画は、労働者に金銭を支払うことにより、その不利益の調整がなされるという結果になっている。

破産は、当然のことながら、特にしばしば企業体の変更、および企業閉鎖、そしてその結果としての大量解雇をもたしている。労働者にとつての不利益の危険はここではそれに対応して特に大きい。この場合についての企業体構成法第一一条および一二条の適用の問題を、法律をもって規定することだが、まず考えられる。立法者は、しかしこれを行わなかった。その結果、破産の場合に社会計画を立てなければならぬか、またこのような計画により成立した請求を破産法上どのように取り扱うかという問題は、学説において甚しく争われている⁽²⁶⁾。連邦労働裁判所は、当初、成功したように思われたのだが、学

説上の争いに決着をつけることなしに、実務において法律を適用するため、それを判決によって明確にした。連邦憲法裁判所は、しかし、連邦労働裁判所の判決を憲法違反と宣言した。⁽²⁸⁾それをうけて、立法者は、争われている問題についての特別の手續を規定した。⁽²⁹⁾

連邦労働裁判所の原則的な裁判は、一九七八年に出された。

まず裁判しなければならなかったのは、破産の結果生じる企業体の変更のためにも、社会計画が立案されなければならないかという問題であった。連邦労働裁判所は、裁判において、破産の場合にも、企業体変更の場合における利益調整、社会計画、および損害調整に関する企業体構成法の規定を適用するとした。この規定の一般的な保護領域はその適用を破産の場合にも拡大したのである。第二の問題は社会計画から生じる債権の順位に関するものであった。一八七七年に制定されたドイツ破産法は、債権者の満足につき、これをいくつかのグループに分けて規定していた。最も有利な地位にあるのは所有権を主張できる者、いわゆる取戻権者（破四三条）である。第二のグループは、抵当権および質権者（別除権者、破四七・四八条）であり、彼らは、その担保権の対象から、他のすべての債権者に優先してその満足を要求できる。ドイツ破産法の実務において決定的に重要なのは、なかでも、いわゆる保全権、すなわち所有権留保および

現代ドイツにおける裁判のすう勢（アーレンス・中村）

保全所有権が、破産法四三・四七・四八条により有効に実行できるということである。平均してこのいわゆる保全債権者は、その要求の約六三・八〇パーセントを得ている。⁽³¹⁾その次のグループは、いわゆる財団債権者（破五七条以下）である。これは、まず第一に破産管財人との取引によって生じる債権をもつ債権者、および破産開始前六か月間の未払の賃金請求権をもつ労働者である。最後のグループは、本来の破産債権者（破六一条以下）である。このグループの中に、さらに六つの順位がある（破六一条一六号）。まず、労働者の最後の十二か月分の賃金請求権にはじまり、国庫の税金債権がそれに続き（二五号）、最後に通常の破産債権者がくる（六号）。その割合は平均して三二・五パーセントである。⁽³²⁾事件の約七五パーセントは引き当て財産が不足しており、すなわち全く見込みがないため、破産は全然開始されない⁽³³⁾ということを知っておかなければならない。

連邦労働裁判所は、さて社会計画債権の順位について裁判しなければならなかった。法律にはそれについて何の手がかりも見いだされず、学説においては、それについて甚しく異なった見解が主張されていた。⁽³⁴⁾学説は、社会計画上の債権を財団債務とするものから、どのような特権を与えることも拒否するもの、すなわち単純な破産債権として扱おうとするものまでであった。連邦労働裁判所は、労働法における新しい法の発展により、破産法

に規定の欠缺が生じたということを前提としている。この欠缺をふさぐことは労働裁判所の正當な任務である、連邦労働裁判所は、そこで、実は、一方において、特權的な満足、もしくは財団債務についてのいかなる現行法の規定も、社会計画上の請求に適用され得ないとした。しかし、他面において、この請求權を單純な破産債權として満足させるということも考えなかった。なぜならば、これはその社会的意義を正しく評価しないからである。このような解決は社会主義國家理念とも一致しないとされた。このような方法ではなく、すべての社会計画上の請求は、社会計画が破産開始前になされたかそれとも後に作られたかを問わず、他のすべての破産債權の前順位において満足されなければならない。このような内容に従い、連邦労働裁判所は、一つの新しい、法典には規定されていない順位「〇」を創り出した。この判決は學說から大変な批判をうけた。⁽³⁵⁾憲法上の疑念のほか、社会計画による請求が第一順位のものとして認められた結果、その他の破産債權者が不利になるという問題が出てきた。このことは、まさに、後の破産者から担保を得べく、経済的な力をもたない小さな債權者に当てはまる。ドイツ連邦共和國においては、しばしば建設業者が破産した場合の建設労働者がそれである。實際においては、社会計画はその他の債權者に、甚だしく不利益に作用している。成立した社会計画

の五二パーセントにおいては、退職金は労働者一人につき二千マルク以下である。個別の場合には、しかし、それは五万マルクにもなり得るのである。あるアンケート調査に際し、破産管財人の七二パーセントおよび破産裁判官の六五パーセントは、社会計画の金額を破産における正義に反するものと指摘している。⁽³⁷⁾

連邦労働裁判所は、さらに社会計画の作成に際し要求される他の破産債權者の利益の顧慮は、強制的ではないけれども、社会計画が破産財団の一部を後順位の破産債權者に残しておくということに及ばなければならないと判決した。利益衡量は、労働者の利害を優先しなければならない⁽³⁸⁾ということを示している。このような、破産の場合には社会計画請求のゆえに得るものはないという展望が、投資意欲に障害として影響するであろうということは明白である。いずれにせよ社会計画の規制、および、実は、破産以外の場合の社会計画の規制は、その効果を非難されたのである。⁽³⁹⁾

二人の破産管財人の憲法上の抗告に対して連邦憲法裁判所は、連邦労働裁判所の社会計画上の請求權の順位についての裁判の合憲性について裁判しなければならなかった。連邦憲法裁判所は、法律上の規定の欠缺は存在しなかったものと認めた。破産法六一条の順位は確定的かつ強制的規範であり、それは不定数の債權者を保護する。社会計画による請求を、裁判官法に

より他の破産債権よりも優遇することは、基本法二〇条三項の法治国家の原則(裁判の法律および法への拘束)と矛盾し、かつ憲法違反になるとした。⁽⁴⁰⁾連邦憲法裁判所は、その理由中において、裁判官による法の継続的な形成の許容性と不可欠性をはっきりと認めた。しかしその限界を、法および法律による拘束の原則により画した。ここではその限度を越えたものとみたのである。

それ以外の結論は、より高順位の法、すなわち他の憲法的な規定、なから直接取扱いについての指示を引き出すには、⁽⁴¹⁾余則は、それから直接取扱いについての指示を引き出すには、余りにも広く、そして不特定である。連邦労働裁判所の判決は、社会政策的考慮に基づいている。⁽⁴²⁾一般的な人格権についての裁判に対する不服申立てを、連邦憲法裁判所は明確に拒絶した。ここでは、裁判は一般的な法の確信により支持されたが、これは、連邦労働裁判所の社会計画についての裁判には通用しない。なぜなら、この裁判は学説において一部の賛成しか得られなかったからである。

連邦憲法裁判所の判決の結果として、連邦労働裁判所は社会計画による退職金を単純な破産債権として破産法六一条一項六号の順位においた。⁽⁴³⁾この法状態は一般に不満なものと感じられた。なぜなら、それは社会計画上の請求権の社会的意義が充分考慮されていないからである。そこで、連邦労働裁判所は、

この新しい裁判について、その公式発表において次のようにいっている。すなわち「裁判官会議は、社会計画による退職金請求が単純な破産債権としては多くの場合において實際上無価値であるということを見損なっているわけではない。それは不満足なものであり、かつ企業体構成法により新たに創り出された社会計画の規定の社会的意義に相応しない。現行法は、しかし、退職金請求の優先権を認めない。これを変更することは、立法当局の専権に属している」。

このような状況になって、立法者は、法律により規則を定めるという必要性を余り長くは回避できなかった。一九八五年二月二〇日の「破産および護手続における社会計画に関する法律」(Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren)は段階をつけた規定を定めた。これは、破産手続中、もしくは破産開始の申立て前、最後の三か月内に申し立てられた社会計画による請求にのみ関するものである。この請求は破産法六一条一項一号による順位において、そこにあげられている未払の労働者賃金請求と同様に満足せしめられる(社会計画法四条)。そのほかの債権については一般の規定が行われる。すなわちこのような社会計画による退職金請求は破産法六一条一項六号による単純な破産債権として満足せしめられる、破産財団が、社会計画により不当な負担を受けることのないよう、法

律は社会計画の範囲につき絶対的および相対的限界を定めている。それは解雇された労働者の二か月半分の給料だけを含むことができ、そうでない場合、その計画は無効である（社会計画法二条）。そればかりか、社会計画上の債権の支払のためには、破産債権者の満足のためにある破産財団の資産の三分の一以上が当てられてはならない（社会計画法四条）。

この法律は、ドイツ破産法の改革についていくつかの提案をした倒産法改正委員会の考えと一致している。⁽⁴⁵⁾ もっとも、この委員会によって推薦された絶対的および相対的限界はもっと狭かった。⁽⁴⁶⁾ 計画されている倒産法改正の機先を制しないように、立法者は、社会計画法の施行期間を一九八八年二月三十一日まで限定した。

連邦憲法裁判所の判決は、つまりその結果において、社会計画上の請求の順位と範囲につき実務を拘束する規定をもたらしただけである。判決はしかし、そればかりでなく、最上級の連邦裁判所の法の継続的形成についての態度に影響を与えた。かくして、連邦裁判所は、破産法の領域の他の事件においては、法の継続的形成を拒絶した。⁽⁴⁷⁾ それは、破産管財人が財団不許可の確定後に締結した契約から生じる財団債権に関するものである。問題は、このいわゆる新財団債権は、破産法六〇条の枠内で、すなわちその他の財団債権とともに、もしくはそれに優先

して満足せしめらるべきかということであった。これは学説の多くにおいて、新しい財団債務を創ることなしには経済上理性的な清算は得られないであろうという理由をもって、支持された。そればかりでなく、新しい財団債務のための見返りとして、そのゆえにカットされなかっただけの反対給付が財団に入ってくる。連邦裁判所はしかしこの見解には同調しなかった。

裁判所は連邦憲法裁判所の社会計画についての裁判をはっきりと引用して、破産法六〇条を確定的な規定と評価した。すなわち規定の欠缺を否定し、かつ自から、法律上の規定を変更する権限をもたないと認めたのである。学説において、この判決は反対に出あった。⁽⁴⁸⁾ ここでは連邦裁判所の判決が破産法の観点から歓迎すべきものであるかどうかということが問題ではない。この判決は、連邦裁判所が破産法の限界問題の裁判においてではあるが、連邦憲法裁判所の社会計画についての裁判にどのようにに影響されたかを示しているので重要である。

それは、いかなる原則に従い、連邦憲法裁判所は、裁判官による法の継続的形成許可の限界を引くか、という問題を提起するのと似ている。判決が依拠する決定的な原則は、裁判の法および法律への法治国家的拘束である（基本法二〇条三項）。今日では、ドイツ法における法典法の存在を前にしても、裁判官の活動は成文法典の単なる適用につぎるものではないということ

について、意見の一致をみている。法典の解釈は、いずれもすでに法の創造である。このことは、とくに不確定な法概念、および一般条項の適用に際してそうである。それぞれの裁判官の解釈において「理論的と実務的、認識的および創造的、生産的および模写的、学問的および超学問的、客観的および主観的要素の解けない混合」⁽⁵⁰⁾がある。裁判所はしばしば二つの論理的には同様に可能な判断を選ばなければならない、そしてその判決はその場合（そしてただその場合だけでなく）きわだった意思の要素をもつ。このことは、例えば、論理的にはいつも同じように否定も肯定もされる、法の欠缺があるか否かの問題について妥当する。その回答は、そのようなわけで、ある評価に基づきなされるのである。⁽⁵¹⁾かくして、裁判官による継続的法の形成についての連邦憲法裁判所の判決も、ここには二・三の例をあげたにすぎないが、論理的な法則を顧慮することだけでは説明できないのである。どのような価値判断が、裁判官による法の継続的形成のための限界を選ぶのについて決定的であったかということは、それぞれ判決された事件についてのみ言えることである。一般的な法則は引き出せない。もし、人が一方において人格権に関する連邦裁判所の判決の評価と、他方において社会計画についての連邦労働裁判所のそれとを、連邦憲法裁判所を通して比較するならば、連邦憲法裁判所の判決は、二つの場合に

現代ドイツにおける裁判のすう勢（アーレンス・中村）

どうしてもそうだったというものではなく、かえって他の結果にもなり得たであろうということを確認しないわけにはいかない。人は、民法二五三条、八四七条の規定は明白かつ確定的であり、そして法律の欠缺は存在しないと論証することもできたはずである。立法者は法則をいずれにせよ確定的なものとしてみ、そして法の欠缺は、ただ見方の変転によってのみ理由づけられ得るのである。一般的な人格権および非財産的損害の補償についてのこの見方は、学説および審級裁判所の裁判において争いがなかったわけではない。それは、破産における社会計画の取扱いよりも、もっと異論の余地があった。破産法六一条は、当時の立法者の意思によれば疑いもなく確定的な規制を表現したものであったであろうが、それが、法に対する見方の変転により不完全なものとみなされ、また、それに伴ない法の欠缺の存在が肯定されなければならないかは、同様に争いのあるところであった。憲法、すなわち基本法の指示もまた強制的ではない。人格権侵害における非財産的損害の補償についての義務を、人格権の自由な保持についての権利から導き出すことは、破産における社会計画上の請求の第一順位を、社会主義国家理念から引き出すことよりもわかりやすいものではない。

他面において、裁判官による法の継続的形成について様々な評価が、その結果についてなされたということを、見過しては

ならない。連邦裁判所の人格権裁判は、全体として適切であることが実証された。それは個人の権利と報道の権利につき、それまで行われていた法の基盤の上では不可能であったその区画をもたらした。大変な圧力をうまく行使していた新聞も、立法者がより不利益と思われる法律による規制をしないようにするため、これを受け入れた。連邦労働裁判所の社会計画についての判決は、それに対して一方的であった。それは数多くのグループが関係している利益紛争において、ただ一つのグループ、すなわち労働者を、その他のすべての費用、なかんずく通常の破産債権者の費用で優遇した。立法者は、この場合、この判決を大きく限定した上承継した。なお考えなければならないことは、連邦労働裁判所は、多くの広い範囲で裁判官による法の継続的形成を強制されており、かつ、労働法には民法と違って編纂された法がないので、連邦裁判所よりそれに傾く傾向があるということである。

結論は、連邦憲法裁判所の裁判からは、裁判官による法の継続的形成の許容性について、明白な、そして簡単に適用できるような限界は導き出されない、ということである。この限界は、それぞれ個別の場合に、苦勞して決められなければならないのである。

継続的な法形成について裁判所の権限に限界を設けることに

は、立法についての立法者、すなわち議会の義務が対応する。

なぜなら、そうした場合にのみ、法秩序の欠缺がないことが保障されるであろうからである。連邦憲法裁判所は、しばしば次のように判決した。すなわち、基本的な標準となる範囲において、とくに基本権行使の領域において、それが国家の規制に親しむ限り、立法者は判決につき本質的なすべてを規定する義務を負い、これを行政および裁判に任せてはならないと⁽⁵²⁾。かくして連邦憲法裁判所は、ザールランドの放送法の多くの規定を無効と宣言した。なぜならそれらの規定は立法的規制の最低限を規定していなかったからである⁽⁵³⁾。このいわゆる議会留保は、もし人がそれを、存在する法律が不確定の一般条項を包含してはならず、また法律による規制が欠けるところでは立法者が適当な法律を制定する義務を負うというように解釈するならば、裁判官法の限界づけのための一つの方法であろう。この義務はとりわけ労働法の分野で効果を現わし、そして多くの法律により規制をもたらさなければならないであろう。

この結論は、しかし、連邦憲法裁判所からは引き出されなかった。学説においてそれは拒絶された⁽⁵⁴⁾。連邦憲法裁判所の議会留保についての裁判は、国家に対する個人の法律関係が問題となっている事件についてなされている。もし市民の国家に対する関係ではなく、他の社会的グループ相互の関係が規制される

という場合に、以上と同じことが通用しなければならないかは問題である。立法者がこの関係を規制できるといふことは疑のないところである。しかし、もし立法者はそれを規制しなければならないと要求するならば、それは過大な要求といえよう。なかでも、もし議会が、労働法において立法義務を果たすことができないと想像するならば、それは議会の過大要求であろう。⁽²⁵⁾結局、立法についての議会の義務についての信頼性ある限界は、裁判官の継続的法形成についてのそれと同様、ほとんどそれを画するものは見えないであろう。

(25) 裁判官が、たとえ特定の法源に基づいて、Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, S. 74 m. w. N.

(26) 企業体構成法——企業体の運用について、BetrVG: Richardi, Sozialplan und Konkurs, 1975, passim; ders., DB 1976, Beil. 6; ders., Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 1982, Bd. 2, § 112, IX, X; Heinze, DB 1974, 1814; ders., NJW 1980, 145; vgl. auch Beuthien, Sozialplan und Unternehmensverschuldung 1980, passim; dagegen z. B. Berges, Festschrift f. Weber, 1975, S. 57 f.; H. J. Müller, KTS 1974, 69 f.; Henckel, KTS 1979, 170 ff.

(27) BAGE 31, 176 = KTS 1979, 150 m. Anm. Henckel (170 ff.) vgl. auch schon die früheren Entscheidungen, BAGE 26, 257 sowie den Vorlagebeschluß BAG KTS 1978, 37.

(28) Henckel, aao, 172; Sieg, SAE 1979, 118 ff.; Beuthien,

現代ドイツにおける裁判の趨勢 (フーレンス・中村)

Zip 1984, 261; Heinze, NJW 1980, 145.

(29) BVerfGE 65, 182 = NJW 1984, 475.

(30) 破産手続の和議手続に関する法律に關する法律 (Gesetz über den Sozialplan im Konkurs- und Vergleichsverfahren vom 20. Februar 1985) BGBl I 1985, 369.

(31) Gesner/Rhode/Strate/Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 44f.

(32) Statistisches Jahrbuch 1985 (vgl. o. N. 1c), S. 136.

(33) Statistisches Jahrbuch 1985 (vgl. o. N. 1c), S. 134.

(34) Heinze, DB 1974, 1814 (1818); Schils, KTS 1976, 267 (269 ff.); von Stehnt, DB 1975, Beil. 9, S. 4 ff.; Hanau, ZfA 1974, 89 (117 f.); Kraushaar AuR 1978, 33 (42); Böttcher, BB 1975, 980; Beuthien, RDA 1976, 157; Zeuner, JZ 1976, 1 ff.; Henckel Anm. zu BAG EzA § 113 BetrVG Nr. 1 = AP § 113 BetrVG Nr. 1; Weinauer ZfA 1977, 111 (141 ff.)

(35) 上記について、社(8) 登記の法律家等、各々、その被^レBeuthien, ZIP 1980; 83; Kraushaar, AuR 1978, 33.

(36) Vgl. Crub, ZIP 1983, 873 ff.

(37) Gesner/Plett, Der Sozialplan im Konkurs, 1982, S. 129.

(38) BAG ZIP 1980, 202.

(39) Maier FAZ vom 11. 4. 1983,

(40) BVerfG NJW 1984, 475.

(41) Vgl. Beuthien, Sozialplan und Unternehmensverschuldung, 1980, S. 48; dazu BVerfG aao, 476.

(42) Bauer/Hirsch, NJW 1984, 468, 469の訴訟手続に對する。

- (43) BAG NJW 1984, 2486.
- (44) BGBl I 1985, 369.
- (45) Dazu Henckel, ZfP 97 (1984), 369.
- (46) Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, hrg. v. Bundesministerium der Justiz, 1985, S. 350 ff.
- (47) BGH JZ 1984, 623; dazu Gerhardt, JZ 1984, 601.
- (48) Böhle-Stamachräder/Kilger, KO, 14. Aufl. 1983, § 60 Anm. 4; Weber/Irschlinger/Wirth, KTS 1979, 131 (137 ff.); Hies/Kropshofer, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl. 1985, § 60 Anm. 8.
- (49) Gerhardt aO (N. 47), sowie Eckert, ZIP 1984, 615 ff.; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. 1986, § 60 Rz. 2 cf.
- (50) Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 211.
- (51) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 17, 31 ff.
- (52) BVerfGE 49, 89 (126). Vgl. auch BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (78); 57, 295 (320); 58, 287 (268).
- (53) BVerfGE 57, 295 (321 ff.).
- (54) Vgl. Ipsen, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl 1984, 1102 ff. (1105 f.).
- (55) Ipsen aO (Anm. 54) S. 1106.

四 技術的大規模計画についての

行政裁判所の裁判

これまでは、裁判所による立法の任務の引き受け、換言すれ

ば裁判官による継続的な法形成を問題とした。第三のグループでは、裁判所が、元來行政の責任である任務を行うということを問題として扱う。すなわち裁判権と行政の限界が問題である。

現在、ドイツ連邦共和国では、例えば、空港とか原子力発電所のような技術的に大規模な計画が、多かれ少なかれ直接関係のある者の訴訟によって、しばしば一〇年も遅れるという状況にある。行政官庁の面前における許可手続が、裁判所の前で繰り返され、五〇人以上の鑑定人に鑑定させ、技術的な、最も難しい問題を裁判することを当然なものとして要求されている。その際、原告らは鑑定人よりも厳しい要求を出し、そして鑑定人の意見を無視するという事態が生じた。そのため、行政官庁の裁量は裁判所の裁判におき換えられるという傾向がある。そればかりではなく、訴訟が長期にわたることにより、最初の計画が役に立たなくなっている。かくして「発電所の許可は裁判所の認可を必要とする」という定理が、法律の規定によってではなく、経験則によって成立せしめられた。

ここで裁判所というのは行政裁判所である。すでに述べたように、ドイツ連邦共和国には、いわゆる通常裁判所とならんで特別の行政裁判所がある。それは独立の裁判官によって構成され、多くの点において民事および刑事の裁判所と同じである。それは、現在の形においては、第二次世界大戦終了以来存在す

る。それ以前、行政裁判管轄権は、それでもなお、その萌芽として、既に存在していた。その際、行政裁判権の目的は、プロイセンと南ドイツでは異なっていた。⁽⁵⁶⁾ プロイセンでは、それを行政が客観的に適法であることの保障にあるとみたのであり、南ドイツにおいては一人一人の市民の権利の保護にあるとした。一九四五年以降、学説は、新しく創られる行政裁判所はどのような課題をもつべきかをめぐって論争した。そして南ドイツの見解が実行された。すなわち、行政裁判所の目的は、個人に、行政に対する権利の実行を可能ならしめることにありとみたのである。これは、間接的には行政の適法性に奉仕する。しかし、その主たる目的が、決定的に行政裁判所法を構成した。⁽⁵⁷⁾ そこで認められる訴えは、常に個人の権利の侵害を前提としている。かくして取消しおよび義務づけの訴えは、もし原告が行政行為により、もしくはその拒絶もしくは不作為により彼の権利が侵害された時にだけこれを起こすことができる（行政裁判所法四三条）。原告はこれらが存在するとき、行政行為の取消し、もしくは行政行為をなすことを求めることができるのであり（この訴えと併行して、なお一般の給付の訴えおよび確認の訴えがある——行政裁判所法四三・一二三条）、これに反して、もし原告が行政行為により、もしくはその拒絶あるいは不作為によりその権利を侵害されず、かえって第三者だけがその権利を侵されると

現代ドイツにおける裁判のすう勢（アーレンス・中村）

いうとき、訴えは不適法である。⁽⁵⁸⁾ また、原告が非法律上の利益を侵害されたということも、訴えのためには不十分である。

以上の基本原則の適用に際しては、しばしば困難が生じる。その一つは、権利と単なる利益はどのように区別されるのか⁽⁶⁰⁾ という問題であり、また、他は、行政行為はいくつ存在するかという問題である。この二つの問題は、技術的に大規模な計画においても重要な意味をもっている。

訴えの資格、すなわち権利侵害において、通常の行政行為、例えば原告にむけられた個々の命令、例えば彼の家が崩壊寸前であるので取り壊すという命令と、大規模な計画、例えば空港あるいは原子力発電所の許可との間の違いは明白である。このような大規模な計画の許可は一人一人の市民に向けられているものではない。ただ、このような施設から生じる影響、つまり通常の運転における放射線ならびに故障の場合の生命、健康、財産の侵害も、また、第三者の権利を侵害し、権利侵害による訴えの適格を根拠づけることができる。ここに難かしい限界づけの問題が生じる。すなわち、原告の住所が問題なのか、それともその職務を行う場所が問題なのか。どの距離まで及ぶか、一〇キロメートルか、二〇か、五〇かそれとも一〇〇キロメートルまで及ぶのか。直接の隣人は、たぶん彼の生命と健康（基本法二条一項）、および財産（基本法一四条）につきその基本権を侵

害される可能性があるのであり、また、そのゆえに訴えの適格をもつ⁽⁶²⁾というだけでははつきり決まっている。距離が長くなればなるほど、原告の義務、すなわち個々の場合に、何によって彼がその権利を侵害され得るかを説明する義務について、ますます高い要求がなされる。かくして連邦行政裁判所は、原子力発電所から二五キロメートルのところに住んでいる原告の訴えを、彼が、なぜ自分の権利が侵害されるのかを説明しなかったという理由で却下した⁽⁶³⁾。これとは反対に、疑わしいのは、原子力発電所から二〇〇キロメートル離れたところで生活している原告を、彼がその権利侵害を明白に不可能ではない、と主張したことを理由とし、訴えの適格ありとした下級裁判所の判決である⁽⁶⁴⁾。このような訴えは、もはや許されない民衆訴訟の訴えと変わらない。訴えの資格の問題は、通常の運転の場合、運転が故障したとき、そして予想される大事故の場合につき、それぞれ異なった距離を想定する試みによっても解決されない。この被害についてのいくつかのグループは、そのようなグループに分けることが、僅かな認識価値ではないことを見せつけた。また、ドイツ法によれば、訴えの資格の問題は、例えば、市民の主体性に訴えの資格を認めることにより、団体訴訟の訴えを承認することで解決できない、ということも一般に知られている⁽⁶⁵⁾。この問題の解決のため、解決が必要であるということが、

もち出され、その理由として環境保護の現行法規は官庁により充分には適用されなかったということがあげられた。そのほか、市民が本案判決に際しての国家の意思形成により強く干与することが望ましい、終局的には、団体訴訟によりしばしば多数の個人により主張された異議のとりまとめがなされ得ると主張された。これらの論証が全部もしくは部分的に当たっているかどうかは、ここではわからない。大多数の意見は、団体には帰属しない権利の侵害を要求する法典の文言（行政裁判所法四二条二項、二三条一項）を拠り所としている。このことから次のように言うことができるであろう。すなわち訴えの資格について生じる困難さは妨げとはならず、それによって被害をうけた市民は、充分に、もしくはそれ以上、大規模計画の建設に対して身を守り、そして裁判所による審査を要求できると。

もう一つの困難、それは当初、被害をうけた市民について生じたものであるが、それはその間取り除かれた。大きな施設は、行政行為として直ちに不服申立のできる、官庁のただ一つの判断に基づいて建設されるものではない。大規模施設に際しては、ドイツでは、その当初に基本判断があり、建設は、しかしその後、部分建設許可に基づいてなされる。操業開始は、その後、運転許可によってなされる。大気汚染放射は、もち論、操業開始によりはじめて生じ得る。迷惑をうけた人にこの時点で運

転許可に対する訴えを起こすよう指示するとすれば、訴えは遅すぎるであろう。空港もしくは原子力発電所の建設により完成した事実が創り出され、それは、訴えの成功の見込みを著しく減少させるであろう。裁判所、なかんずく連邦行政裁判所は、そのゆえに、原子力法上の許可手続につき、部分的建設許可はすでに第三者の権利を侵害し、そのため取消しの訴えをもって不服を申し立てることができると判決した⁽⁶⁶⁾。いずれの部分的建設許可も、運転についての差し当たりの肯定的総合判断をその内容とする。そのゆえに、施設の運転から生じる危険を顧慮しなければならぬ。そればかりでなく、部分的建設許可は施設の所在地を確定する。これとの関係において差し当たりの権利保護も非常に重要である。行政裁判所法八〇条によれば、取消しの訴えは実は延期の効果をもっている。しかし官庁は不服を申し立てられた行政行為の即時の執行を命じることができるのであり、この命令は裁判所によって審査され得る。この延期の争いの枠内で、本案の争いが多分に先取りして考慮されるという危険があるが、この問題については、ここでは立ち入らないであろう⁽⁶⁷⁾。

これらの場合において問題とされ、またこれまで議論してきたのは正にその法律上の先行問題であったところのその主たる問題は、許可の必要条件の再審査、つまり、結局のところ裁判所による安全性の問題の裁判である。人はその限りで検査の濃密

と呼んでいる⁽⁶⁸⁾。関係法令は当該施設の危険から生命、健康および財産のできるだけの保護を規定している（例えば、原子力法一条二号、連邦インシジョン保護法一条、産業法二四一条一項）。それらはしかし必要な保護処分のための基準として一般条目的、不確定の法概念を用いている。それは、例えば、「科学と技術の水準」（原子力法七一条一項三号、産業法二四一条一項三号―四項と関連して）、州の建築規定における「建築技術の一般に認められた法則」、「技術の水準」（連邦インシジョン保護法三六条、五一条二号）、「安全保障の水準」（災害時令〈StörfallVO〉三條四項）、というような技術的な標準を参照させている。他の個所では（化学製品法七・一三・一七条）「科学的知識の水準」、「保障された科学的知識」そして「科学的知識のその時その時の水準」というような概念が見いだされる。立法者がこのような不確定な概念を法典上使用したということにより、立法者は、重要な安全保障の問題の規制を自分であることを明確に放棄した。立法者はこれを当該官庁に任せただけである。この判断は、その後、訴訟により争われ、それにより裁判所がこの審査を引きうけることになる。

この審査については二つの可能性がある。立法者の技術的水準への指示は、「開かれた立法」の一種として理解されるので、裁判所はその欠缺を独自の価値判断で充足するという任務をもつ。すなわち安全保障の標準の法を独自に発展させること、ち

なみに行政官庁によるその発展を審査するという任務（いわゆる代理機能）をもつ。他の可能性は、裁判所が法律外の基準を参照することである。裁判所はただその基準を突きとめなければならず、また、自己の価値評価を加えず標準として当該事実関係に適用しなければならない（いわゆる継受機能）。この見解においては、裁判所は必要とされる安全保障水準についての科学と技術に存在する見解に拘束され、そしてこれをただ調査しなければならない。しかし、内容的にそれを規定し、またさらに発展させることはできない。この裁判所のより限定された機能に導かれ、それによって、裁判所の往々にして主観的な考え方の客観化が達せられる。もし裁判所が独自の安全保障基準を開発しなければならぬとしたら、それは過分の要求というべきであろう。

なおそのほかの試みもなされた。すなわち裁判所の審査の可能性を許可手続に限ろうという試みである。人は、官庁に判断の余地が認められており、裁判所はそれに立ち入れないような事件と対比することを試みた。これはドイツにおいては、例えば試験の判定の場合がそれである。ここでは試験官に判断の余地が認められている。このような判断においては、ただその成立および乱用と専断のなかったことだけが審査され得る。ここで裁判所が差し控える原因は、正に、判断は主観の要素を含む

ということの中にある。——主観は他のそれと代えられ得る。しかし、決して廃止することはできない。⁽⁶⁹⁾大規模計画の許可とこの状況とは比較すべきではない。青少年を危くする文書についての連邦審査機関の判断にも、同様にして判断の余地が認められている。それは、当該個所における判断は、専門のかつ独立の審議機関によってなされるということにより根拠づけられている。⁽⁷⁰⁾それと比較できるような状態は、しかし大規模計画の許可手続には存在しない。そこには、実は、専門家であり、かつ指示には拘束されない技術的監視協会および原子力安全保障委員会が干与している。しかし、それは、ただ勧告的機能をもち、そして自らは拘束的な判断をしないということが重要とみなされている。⁽⁷¹⁾

審査権限を制限するその他の方法として、認可の権能をいわゆる計画判断と考えることが行われた。計画判断については、それは、ただ裁判官の制限された審査にのみ服するということが認められている。⁽⁷²⁾計画判断としての権能については、個別の事件についての判断、すなわち伝統的な法の論理によりなされる判断は存在しないとされている。そればかりでなく、認識過程として一般に行われている当嵌めは役立たない。なぜなら既に完結した要件事実が判断されるのではなく、判断の対象は目標に向けられるからである。計画は認識の過程では決してな

く、かえって創造的形成の過程である。この問題を判断するのにとつて決定的なのは、しかし、大規模計画につき、基準となる認可規定は計画規範としてではなく、古典的な認可法として構成されていることである。人は、正當にも原子力発電所の認可と居酒屋の認可との間に、法律技術上どのような差別もなされないことを良くないと思うであらう。そして法律規範の構造上の仕組みが良くできていないと思うであらう。⁽⁷³⁾原子力発電所認可は計画裁定のように取扱えないという結論は、同様に避けられない。⁽⁷⁴⁾

同様にして、行政裁判所は認可についての手続の審査に限定される、という勧告は成功しなかった。ただ、連邦憲法裁判所のある判決の少数意見において、手続法の公正な適用が重大な利益をもたらすということが述べられた。それは、原子力法上の裁決を受けるのに、欠くことのできない住民の準備のための前提要件である。そして、そればかりでなく、行政裁判権に、その審査の重点を、技術的かつ自然科学上の争われている問題についての難かしい判断から、挙動および手続の審査におき換えることを可能とする。これは、裁判所がよりよく対応できる課題であり、またそれを綿密に行うことは、市民に充分な権利保護を保障することになる。⁽⁷⁵⁾このような考えが少数意見にとどまり、熱心に討論されなかったのは残念なことである。もつと

も、手続的には瑕疵なく成立した認可も、内容的には誤りであるということもあり得ることは認めなければならない。

つい最近まで、すなわちいわゆるウィール訴訟についての連邦行政裁判所の最後の判決に至るまで、技術的に大規模な施設の認可条件は、無制限に裁判官により審査されるというのが支配的見解であった。それによつて裁判所は最終的な判断権をもつとされている。⁽⁷⁶⁾もつとも、裁判所の認可行為についての審査が事実上の困難にぶつかり、そして裁判官が通常でない認識問題と対決しなければならないと認められる限りにおいて制限がなされた。裁判官の認識も限定されたものであるという見地から、裁判所は鑑定人の評価を自己のそれによつて代えないこと、すなわち擁護できる結果を通用させること、そして、裁判所があつてしましくも上級認可官庁の役を買つて出ないことが、おそらく、裁判所にとつて当を得たことであらうということが、学問において結論として出された。⁽⁷⁷⁾連邦憲法裁判所は、それにつき、個別の事件において、裁判所の審査義務の自然の限界は達せられていると判決した。この考慮がどのように働いていたかを示そう。

はじめに、ある原子力発電所の建設認可の審査に際しての、裁判所による安全保障規制の設定についての典型的な例をあげよう。一九七七年フライブルクの行政裁判所は、一九七五年一

月二二日になされたウィール・アム・カイザーシュトゥールの原子力発電所建設第一次部分許可に対する不服申立てについて裁判しなければならなかった。⁽⁷⁸⁾原告らはこの計画された発電所から七キロメートルまでの地域に住んでいた。彼らは、この計画は気候、環境そして人間の健康に有害に働らくと訴えをもつて主張した。行政裁判所は、権利侵害は明白に不可能ではないであろうということから、その主張を認めた。原子力法によれば、その認可は、当該施設により生じ得る被害に対し、科学と技術の水準により必要とされる配慮がなされた場合にのみ与えられる(原子力法七条二項三号)であり、権利侵害はこの原子力法から生じる。裁判所の見解によれば、官庁によって許可された計画は、右の要求に対し不充分であった。なぜならその計画は発電所の加圧水原子炉について鉄筋コンクリート製破裂保護装置を予定していなかったからである。裁判所は、原子炉圧力容器の破壊による事故は非常に非現実的であろうと譲歩した。しかし、このような事故の荒廃した結果を見るならば、非常に少ない危険についても、可能な限り広範な保護が必要である。経済的な考慮はこの場合重要であつてはならない。裁判所は、原子力法の二つの目的、すなわち原子力エネルギーの危険から生命・財産を保護すること、および原子力の平和的利用のうち、前者を優先させなければならないと判断した。

判決に至るまでに、裁判所は五三人の鑑定人の意見を聴取した。そのほか五〇通の、部分的には非常に広範囲にわたる鑑定書、なかならず、安全保障技術、放射能生態学、水学、気象学および地震学の領域からのそれが裁判所に提出された。

私はここで、ドイツの手続法における鑑定証拠の法則について説明をしておかなければならない。ドイツにおいては鑑定人は証人ではない。これは裁判所により任命され、その補助者としての地位をもつ。⁽⁷⁹⁾鑑定人はその鑑定を通常文書で提出し、かつ口頭弁論において説明する。当事者は鑑定人を裁判官におけるのと同様な原因で忌避できる(民訴法四〇六条)。裁判所と鑑定人の関係についての主たる問題は、ドイツにおいては、すべての手続法につき行われている裁判官の自由な証拠評価の原則(民訴法二八六条)から明らかである。これは、裁判官は鑑定をその他の証拠方法と同様、自由に評価しなければならない、ということの意味する。裁判官は彼の論理的かつ科学的根拠に基づいてそれを審査しなければならない。⁽⁸⁰⁾この審査の方法と結果は、判決の理由中において上告裁判所において再審査できるよう記載しなければならない。もし裁判所が鑑定に従いたくないなら、彼の固有の専門知識が鑑定人の見解とは異なる判決を形成するため充分であるということを、はっきりと述べなければならない。⁽⁸¹⁾この上告裁判所によって課される理由強制の明白な

結果は、最近の調査によると事件の九五パーセントの判決が、求めた鑑定と全く、もしくは大部分において一致するというところである。⁽⁸²⁾ 實際上、複雑な技術的・科学的事実関係が問題であるところでは、裁判所が鑑定人の意見に拘束されるという事態が生じている。なぜなら、裁判所は、鑑定から離れたことにつき上告審の審理にたえられるような理由づけのため、少なくとも同じ程度の専門知識を証明しなければならないからである。⁽⁸³⁾ この鑑定に従うという事実上の強制は判例にも見られ、かつ承認されている。⁽⁸⁴⁾

技術的に大きな計画についての訴訟においては、この鑑定人証拠の基本的な問題は特に強く作用している。ウィール訴訟における鑑定人と鑑定の数が思い出される。鑑定、技術的および科学的データーならびに矛盾した専門家の意見の洪水を前にして、裁判所にとっては、証拠評価について最低の要求だけを満足させること、すなわち個々の鑑定人の信頼性、および一つひとつの意見の科学的承認の度合を確かめるということも難しいであろう。本来の裁判、すなわち世間からそう思われている原子炉のための鉄筋コンクリート製破裂保護装置の必要性を、裁判所は、しかし、鑑定人が原子炉压力容器の破壊の際の災害の大きさを説明したとき、その限りにおいて鑑定人の陳述で支えることができる。破裂保護のための裁判を、裁判所は、その上

で自らなしたのである。ここでは、この裁判は、なお証拠評価と関係があるのか、それともそうではなく、むしろ裁判所にふさわしくない政治的判断なのかということが問題である。

この問題は、ウィール訴訟についてのフライブルクの行政裁判所の判決より僅か九日後に下された、別の原子力発電所訴訟⁽⁸⁵⁾についてのヴェルツブルクの行政裁判所の判決によりはっきりとした。ここでは裁判所は破裂保護の必要性を明白に否定した。裁判所はその際鑑定人の鑑定によっている。この裁判所にとっても、出発点は、必要な安全保障の配慮がなされたかどうかは、裁判所によって充分再調査すべき法律問題だということの承認であった。破裂保護の問題は、それ自身この法律問題に属する。裁判所は、しかし、その能力をはっきりと認めかつ評価している鑑定人の鑑定を聴取した。この鑑定人は、裁判所が判決したように、なるほどと思わせるような方法で、ドイツにおいて存在する質の検査の前では、原子炉压力容器の破裂は、人間の測定では非現実的なものであり、その故に、付加的な破裂保護は必要ではないであろうと陳述した。この訴訟において、裁判所は、この鑑定人の鑑定によった、鑑定人の鑑定の評価についてのドイツの裁判所の一般的な実務によれば、これは予期されたことである。この判決について、人は、フライブルクの行政裁判所の裁判とは反対に、裁判所は、自分の判断を官

庁の判断にかえたということはできない。なぜなら、裁判所は認可官庁と同じ結論に到達したからである。もっとも訴訟による建設の遅延はここでも生じている。

フライブルクの行政裁判所の判決は、やはり永続きはしなかった。それは第二審において取消された⁽⁸⁶⁾。控訴裁判所は、行政裁判所によって必要と認められた破裂に対する安全保護は必要ではないとした。原子力発電所のため予定されている原子炉圧力容器は、その故障に対しての準備がなされなくてもよいほどの基礎的安全保障をもっている。また、どのような保護のための予防装置も、それ自身が故障するかもしれないから絶対的な安全保障というものはいずれにせよ存在しないと認めたのである。原告の申告に対して連邦行政裁判所は一九八五年十二月一九日の判決をもって、すなわち許可が与えられてから一〇年以上もたつてから、不服の申し立てられた部分的許可の適法性について終局的に裁判した。

破壊保護の問題については（判決はその他多くの問題を論じているが、ここでは扱わない）、連邦行政裁判所は、基準となる規定（原子力法七条二項三号）は、災害に対する準備を要求しているということから出発して判決している。その限りで、必要な判断は科学と技術の水準で決められなければならない、危険の調査とその評価の責任は行政部が負う、行政部はその際科学に依拠

しなければならない、認可官庁はこの意味においてその任務を負っているとする。

裁判所は、さらに一九八〇年三月一七日のシュレスヴィヒ行政裁判所の判決⁽⁸⁷⁾を引合に出した。この判決は、原子力発電所の建設に対する不服申立訴訟において、原子力法（七条二項三号）に規定されている不確定の法律概念の裁判所による審査は、権力分立国家における行政部と司法部の任務の分担にあわせなければならないという判断をはじめて示し、次のように判示している。原子力法は、放射能保護および原子炉安全保障の領域における最新の知識を顧慮して、行政部に対し、科学と技術の現代の水準により必要とされる予防処置を定めるといふ任務を割り当てた。行政裁判所には、後に行われる法律審査において、行政部のこの査定を、自分の判断と危険の評価により補充するという義務はない。裁判所の手続は決して第二の認可手続ではない。

連邦行政裁判所はこの見解に従い、次のように判断した。すなわち、シュレスヴィヒ行政裁判所の見解は憲法上の状態にも適合している。連邦憲法裁判所は原子力法七条⁽⁸⁸⁾における立法部と行政部の活動領域の限界づけを正当と認めた。この限界づけは認可官庁の裁決に対する法律上の審査の範囲に無影響ではありえない。行政部は立法部に対してだけでなく、行政裁判所に

対する関係においても、できる限り危険を防止すること、および危険について万一の備えをするという原則を実現するため、はるかによい手段を行使できる可能性をもっている。それゆえ、行政裁判所は、認可官庁により申し分なく行われた評価を、ただその適法性だけを審査しなければならず、裁判所は自分の評価をそれに代えてはならないのである⁽⁸⁹⁾。

この立場から連邦行政裁判所は、問題を、認可官庁は、その他なされた予めの配慮に対して、破裂の危険が、それを計算に入れたかったほど少いものと評価してもよかったかどうかという点にしぼり、かつそれを肯定した。連邦行政裁判所は、認可官庁が不服の申し立てられた裁決において、なぜ、原子炉圧力容器が予告もなしに破裂するかもしれないというおそれがないかを、詳細に説明したことを、破裂保護について充分なものとして認めた。認可官庁は、つまり規則に従い判断し、そして必要な安全保障、および予めの配慮の概念を、その管轄内において申し分なくはつきりさせ、かつそれを適用した。フライブルク行政裁判所は、つまり認可官庁の評価を自己のそれによっておきかえることはできなかったはずである。

連邦行政裁判所のこの判決は、将来において、原子力発電所の建設に際しての官庁の認可裁決に対する行政裁判所の再検査権限の制限を意味する。官庁は安全保障の必要性の確定につい

て、よりよい能力をもっており、そして裁判所は、自分の判断を官庁の裁決にかえてはならないという基本的な考え方は、賛成に値する。これによって裁判所と行政部との権限につき、権力分立の原則についても考慮した、実態に即した限界づけがなされたのである。この制限が実務においてどのように作用するか、評価するのは難かしい。大規模な施設の建設をうけ入れなければならない当該住民の対応は、これによって確かに影響されないのであろう。また問題は、将来においても存在するであろう。問題がより速かに解決され得るかはまったく疑わしい。認可官庁が認可を与えるに際し、法に従って手続をしたかどうかという問題についても、集中的に争われるであろう。大規模計画の実施につき生じる遅延は、個人に裁判上の異議の可能性を与える限り、避けられないものである。そのことから生じる実効性についての損失は、個人の権利保護の拡張のための対価である。起こされるかも知れない訴訟への考慮は、そればかりでなく、官庁がその仕事をするに際しての綿密さを強化する。権利保護の優先が、そのゆえに、あらゆる疑念にもかかわらず確保されなければならないのである。

(89) Ule, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 1983, S. 3 ff.

(57) Ule aaO (N. 56) S. 192 f.

- (88) Ule aao (N.56) S. 193.
- (88) Ule aao (N.56) S. 194.
- (88) Ule aao (N.56) S. 194 ff.
- (88) Ule aao (N.56) S. 161 ff.
- (88) Vgl. Rengeling, JZ 1977, 542 (545).
- (88) BVerwG DVBl 1981, 405. Zustimmung Ipsen, AöR, 107 (1982), 259 (289 f.).
- (88) OVG Lüneburg, ET 1974, 516.
- (88) Rengeling aao (N.64) 545 f.; Ipsen aao (N.64) 288; Hofmann, UPR 1984, 73 (76); Uhle aao (N.56) S. 196; vgl. auch Barts, DVBl 1978, 577 (582f.).
- (88) BVerwG DVBl 1972, 679; neuerdings im Urteil vom 19. 12. 1985, 7C65, 82. Vgl. auch das Bundesverfassungsgericht in DVBl 1981, 374 (Vorprüfungsausschuß)
- (88) Vgl. dazu Ipsen aao (N.64), 294 ff.
- (88) Dazu Arens, Stellung und Bedeutung des technischen Sachverständigen im Prozeß, in: Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßiger Ordnung, 1983, 299 (307 ff.).
- (88) Ipsen aao (N.64), S. 291.
- (88) BVerwGE 39, 197; dazu Bachof, JZ 1972, 208.
- (88) Ossenbühl, DVBl 1978, 1 (5).
- (88) BVerwGE 24, 301; 45, 309, Ossenbühl, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, S. 183 ff.; Schröder, DÖV 1975, 308.
- (88) Ossenbühl, DVBl 1978, 1 (7).
- (88) Ossenbühl aao (N.71), 8.
- (88) BVerfGE 53, 30 (82). Zustimmung Sellner, Baurecht 1980, S. 401 ff. Dazu auch Ipsen aao (N.64), 292.
- (88) BVerwG NJW 1978, 1450; Ipsen aao (N.64), 292.
- (88) Ossenbühl, DVBl 1978, 2 ff.; Ipsen aao (N.64), 292.
- (88) NJW 1977, 1645.
- (88) Dazu Arens, Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1984, S. 206 ff.
- (88) BGH, BB 1976, 481; BVerwGE 17, 342 (343).
- (88) BGH NJW 1981, 2578; OVG Münster, NJW 1977, 1503.
- (88) Pieper, In: Pieper/Breunung/Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozeß, 1982, S. 63, aufgrund der empirischen Untersuchung von Breunung, S. 261 f.
- (88) Pieper aao (N.82) S. 25 f.
- (88) BGH NJW 1961, 2061; BVerwGE 56, 110 (126 ff.); anders in BVerwGE 17, 342 (343).
- (88) NJW 1977, 1649.
- (88) Urteil des VGH Mannheim vom 30. 3. 1982. Das Urteil ist nicht komplett veröffentlicht worden: es umfaßt im Original nicht weniger als 548 Seiten.
- (88) NJW 1980, 1296.
- (88) BVerfGE 49, 89 (127).
- (88) BVerfGE 61, 82 (114).

〔訳者あとがき〕

フライブルク大学（西ドイツ）、ドイツおよび外国民事訴訟法研究所長、ペーター・アーレンス教授（Prof. Dr. Peter Arens）は、早稲田大学外国人研究者招へいプログラムにより、昭和六一年一〇月一日来日され、同年十二月一日まで滞在された。早稲田においては、「民事訴訟法の比較法的研究」をテーマとする共同研究に参加されたが、本稿は、その研究の一環として、教授が同年一〇月一八日、早稲田大学比較法研究所において行なった講演の翻訳である。原題名は Aktuelle Tendenzen in der deutschen Rechtsprechung : die Verlagerung von Aufgaben der politischen Instanzen und der Verwaltung auf die Gerichte である。講演の当日は、時間の関係で、三および四の部分はその要約のみを話されたが、ここにはその全部の訳を掲載した。