The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	行政裁量の法構造的把握 : H. Kelsen による法学的方法の展開とその現代的意義
Author(s)	高田, 倫子
Citation	阪大法学. 2009, 58(6), p. 125-154
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55288
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

行政裁量の法構造的把握

——H. Kelsen による法学的方法の展開とその現代的意義——

高田倫子

はじめに
第一章　行政裁量論における法学的方法の貫徹
第二章　法段階説による裁量論の発展的展開
第三章　法理論的分析の性格とその意義
第四章　学説としての位置づけ——法の構造と機能をめぐる対立において——
おわりに

はじめに

（1）行政裁量論は、行政法学における特殊なドグマーティクとして展開されてきた。つまりそれは、法律による行政の原理に基づいてなされる通常の行政活動とは区別される例外、[1] あるいは法律による行政の原理の完全形態から取り残されたもの[2]として扱われてきたのである。またそのために、行政裁量論は、憲法学における立法裁量論や

司法裁量論とは比較不可能な、行政にのみ通用する独自のドグマーティクとして築き上げられてきたといえよう。

しかし、なぜ法治主義原理が妥当しているにもかかわらず行政裁量が認められるのか、あるいはなぜ行政に固有の裁量ドグマーティクが展開されなければならないのかということについては、これまで十分に説明がなされてこなかったように思われる。むしろ、行政裁量は、行政法学において所与のものとして議論がなされてきたのではないだろうか。行政裁量論の関心は、現在にいたるまで、行政裁量に対する裁判所の統制にある。(3) すなわち、行政裁量論は、行政と司法との間の権限配分を調整する役割を担ってきたのである。

確かに、裁判所が行政の活動のうちいかなる範囲を審査しうるかという問題が、有意義で重要な論点であることは言うまでもない。しかし、裁判所が少なくとも行政の適法性を審査しなければならないのであれば、裁判所の審査が及ぶか否かということの前に、まずは法との関係において行政裁量が認められるか否かが問題となるであろう。それゆえ、行政裁量とは何か、なぜ行政に裁量が認められるのかという行政裁量の存在と根拠を問うことの重要性は、今日においてなお失われていないと思われる。(4)

そのような行政裁量の原理的考察を試みようとする場合、次のような問いが生じる。すなわち、そもそも行政裁量が、およそ行政の活動として法学的に考察されるとすれば、それは法治主義原理の例外、あるいは不完全形態としてではなく、法治主義内在的に説明されなければならないのではないか。そうであるとすれば、行政裁量論もまた、特殊なドグマーティクとしてではなく、行政による法適用の一環として構成されなければならないのではなかろうか。

筆者は、かような問題意識に基づき、行政裁量を法治主義原理において考察することを最終的な目標としているが、本稿ではそのための準備作業として、まず行政裁量を法内在的に把握することを課題とする。つまり、近代の

憲法原理である法治主義原理から行政裁量論に対していかなる要請が導かれるかを検討する前段階として、行政裁量もまた行政の法的活動であると考える場合に、それがいかに把握されるべきかについて考察することとする。

（2）この課題の遂行にあたって本稿が依拠するのは、法学的方法を行政裁量論にも貫徹しようとした Kelsen および Merkl の見解である。この見解を参照する意義は、以下の二点にある。

第一に、法内在的に行政裁量を把握することを課題とする本稿の試みにとって、行政作用を専ら法的作用と捉え、行政裁量という現象を徹底して法的観点から考察しようとした Kelsen らの見解は、理論として参照に値するという点である。後に詳細にみるように、当時のオーストリアには自由裁量事項が行政裁判所の管轄から排除されるという実定法上の規定があり、自由裁量を行政の本質と考える見解が有力であった。[5] このような状況にもかかわらず、彼らは早くから行政裁量を行政による法適用の問題として扱うべきであることを主張し、行政裁量の構造を体系的に解明しようとした。[6] 彼らによってなされた考察は、普遍的な法理論として、現在の日本においてもなお参照可能であると思われる。

また、学説史的にみても、彼らの学説を取り上げることには意義があると思われる。すなわち、二〇世紀初頭に提唱された彼らの学説は、その方法的一貫性にもかかわらず、その後の学説に受容されることがなかった。純粋法学がワイマール民主制の無防備さ、外見上合法になされたナチスによる政権奪取に対する責任を一方的に負わされるとともに、その裁量論もまた長く忘れ去られていた。[7] かくして、戦後のドイツの行政裁量論において通説となったのは、Kelsen らによって当時批判された通説に、未だにその基本概念を負うものであった。[8] そうであるとすれば、彼らの学説を再び取り上げ、検討することは、現在のドイツの学説を批判的に考察するうえでも意味があるといえよう。近年のドイツの学説には、実際に、Kelsen らの見解を評価しようとする傾向がみられ、行政裁量論に

関しても、それを展開しようとする論者がある。[9] このようなドイツの学説の動向は、オーストリアおよびドイツの行政裁量論を受容してきた日本の学説にとってもまた、決して無視できるものではないと思われる。

（3）そこで、本稿ではまず、Kelsen による行政裁量の把握を、当時の通説と比較しながら概観し（第一章）、Kelsen の裁量論が、根本規範論と Merkl の法段階説とを経て、法の動態理論として練り上げられてゆく過程を考察する（第二章）。次に、Kelsen らの見解を発展させようとするドイツの近年の学説を参考にしつつ、彼らの考察の法理論としての意義を明確化する（第三章）。続いて、戦後のドイツ行政裁量論を法の構造と機能をめぐる対立として構成し、この学説の対立軸における Kelsen らの見解の位置づけを試みる（第四章）。そして最後に、日本の行政裁量論の展開をふまえて、本稿の考察がそれに与え得る若干の示唆について述べることとしたい（おわりに）。

第一章　行政裁量論における法学的方法の貫徹

一　二〇世紀初頭の行政裁量論の状況

（1）一八七五年に制定されたオーストリア行政裁判所設立に関する法律三条は、「行政庁が自由裁量に従って処置しうる事項については、またその限りにおいては、行政裁判所の管轄から排除される」と定めていた。[10] 一九世紀後半には法律による行政の原理が一般的に認められていたにもかかわらず、オーストリアのみならずドイツの多くのラントにおいてこの裁量不審理原則が実定法化されたのは、[11] 次のような権力分立思想が学説において広く承認されていたためである。すなわち、Held-Daab が述べるように、司法が法に羈束されるのに対して、公益ないし国家目的を追求する行政は、法によって制約されるものの本来的には自由であり、自由裁量は行政の本質と解されたのである。[12] 例えば、O. Mayer が、行政が司法の形をとること（Justizförmigkeit）に言及しつつも、行政行為の裁判

判決と異なる特色として自由裁量を挙げていることが典型であろう。[13]

しかし、一八七五年の行政裁判所法制定後にオーストリアにおいて自由裁量を理由に訴訟が却下される例は稀であり、[14]学説においても、裁量不審理原則とその前提をなす権力分立思想に対しては疑念が表明されていた。例えば、Tezner は、裁量を行政に固有のものであるとする考え方を否定し、裁量不審理原則に反対した。[15] Tezner によれば、合目的性や必要性に関して行政だけが適切に判断することができるわけではなく、それによって行政裁判所の審理は排除されないという。また、裁判官にも裁量があるとの認識によって、法の羈束と裁量とのカテゴリー的区別もまた疑われ、両者の間に質的な差異は認められないとされた。[16] Tezner のみならず、法に羈束された行為と自由な行為という国家活動形式における二区分、および後者の形式の行政への割り当てに対する疑念は、二〇世紀前後のオーストリアおよびドイツの学説において広く共有されていた。[17]

（2）この認識は、通説のドグマーティクに変化をもたらした。Bernatzik の後を継いだ Laun は、裁量が行政の特質ではなく、行政活動それ自体が裁量の特質ではないこと、[18]および自由裁量と法的羈束との間に原理的対立はなく、段階的な移行形態しか存しないことを認めた。[19]その上で、Laun は、従来の自由裁量というカテゴリーを羈束裁量と狭義の自由裁量に区分する。すなわち、羈束裁量とは、何が法の目的であるかについて認定する法の発見であり、この場合には裁判官と行政庁との間に相違はないため、裁判所による審査が可能である。[20]それに対して狭義の自由裁量とは公益の考慮であり、行政庁は立法者と同じ立場に立つこととなるため、裁判所による審査は不可能であるとされた。[21]

Laun の見解では、従来の通説に比べて、自由裁量が認められる領域は狭められることとなる。また Laun は、狭義の自由裁量の行使に関しても制約を認めており、公益考慮の際の主観的・客観的な限界について審理する権限

を、行政裁判所は有するとした。[22] 結論的に言えば、Laun において、行政裁判所によって審理されない行政活動の領域はきわめて限定されることとなったのである。[23]

（3）しかしながら、Held-Daab によれば、このような通説の修正は、そのドグマーティクを根本的に反省するものではなく、従来の二元的な枠組みの中にとどまるものでしかなかった。

まず、法の羈束と裁量との間には依然として区別が設けられ、両者は最終的に対立するものであると考えられた。[24] つまり、羈束行為は、法律により直接的に、あるいはその目的を表示することによって確定される活動であるのに対し、裁量行為は、羈束裁量にせよ自由裁量にせよ、法に全く羈束されない行為であると考えられた。[25] 行政活動のこのような区分は、Laun の法の見方に起因している。すなわち、Laun によれば、法は、国家目的の達成手段であり、その目的にかなう限りでのみ行政を羈束するという。したがって、国家目的を追求する立法者は、自ら法を定立し、法の羈束によって目的を達成する一方で、自ら法を定立することなく、その目的の達成を行政の裁量行使に委ねることができる。つまり、Laun もまた従来の通説と同じく、法を行政活動の根拠ではなく、法以前に存在する行政を制約するものとしかみなさなかった。

Laun は裁量不審理原則の維持を主張したが、[26] このことも、Laun の法の見方から説明することができるであろう。つまり、Laun の考え方によれば、法の解釈によって具体的な規律を明らかにするまでもなく、法の目的に従って、ある行政の行為を裁量行為であると判断することができる。それゆえに、裁判所が本案審査に入る前に行政の行為に裁量を認め、不審理として却下する裁量不審理原則を維持することが可能となるのである。

また、自由裁量が認められる領域は限定されたものの、行政の公益考慮について裁判所は審査不可能であるとされ、行政作用と司法作用の間にはいまだに実質的な相違が認められた。[27] もっとも、Laun は、裁量瑕疵論を積極的

に展開し、行政活動に対する裁判所の審査を拡大しようとした。確かに、この点については、従来の通説と比較して自由主義的であると評価することができよう。しかし、法的瑕疵とは異なる裁量瑕疵の審査がいかなる法的根拠を有するのかは明確にされなかった。Held-Daab によれば、裁量瑕疵論の展開による裁判的統制の拡大は、行政裁量の実定法による制約の不十分さを裁判所による行政統制によって埋め合わせるという法政策的な観点からなされたにすぎないという。[28]

以上のように、通説は、法の覊束と裁量に関する根本的な認識の転換をそのドグマーティクにおいて徹底しないまま、権力分立の観点から行政と裁判所の間のバランスをとるために様々な修正を行ったのである。[29]

二　Kelsen による法内在的な行政裁量の把握

（1）法の覊束と裁量との間の区別、および行政作用と司法作用との間のカテゴリー的対立を完全な形で解消したのは、Kelsen であった。Kelsen は、一九一一年に刊行された教授資格論文『国法学の主要問題』初版においてすでに、通説に批判を加えつつ自らの行政裁量の見方を展開している。Held-Daab によれば、Kelsen の意図は、行政法学を専ら行政の法命題の学として、行政を専ら法的作用として基礎付けることにあった。[30] 行政裁量を論じた章のタイトルは、「執行権―行政の法概念」である。つまり、法律の執行という行政概念を確立するにあたって、行政裁量をどのように把握するかは、避けて通れない問題であった。

（2）当時の通説は、行政を、法律の制約の中での、国家目的実現のための国家機関の自由な活動と積極的に定義していた。[31] Kelsen はまず、この通説における重要な要素である「目的」という概念を批判する。Kelsen によれば、目的は、法学的な概念形成にとって重要ではない。なぜなら、法学的な見方にとって決定的であるのは、法命題と

国家活動とが関係しているか、つまり法への帰責（Zurechnung）だけだからである。行政の行為は、いかなる目的を持つものであれ、法命題に帰責され得なければならない。[32]

また、Kelsen は、「法の制約の中」での「自由な活動」という通説の定義の部分について、そのような国家の活動はあり得ないと言う。なぜなら、法は制約そのものであるから、この法の制約とは無関係な国家の活動を法的に把握することはできない。国家活動は常に法秩序との関係において捉えられなければならず、それゆえに、国家機関の「自由な」行為は存在し得ないのである。[33]

以上から、Kelsen は、行政裁量もまた、法学的な見方によればそれ自体本質的なものとして取り上げられないという。すなわち、行政裁量という「自由な」活動が法学的構成によって考察されるのは、法命題との連関においてでしかない。[34] それゆえ、Kelsen によれば、行政裁量は、行政による法の執行の際に必然的に生じる余地と定義される。[35]

（3）このような Kelsen による行政裁量の把握は、法に羈束された裁判所の活動と自由な行政裁量という通説の展開してきた二元論に対して、次のような一元的な見方を提示する。

まず、Kelsen の見解によれば、行政裁量は決して一つの行政の行為とはみなされ得ない。ある行為が行政の行為と認められる以上、必ず法命題との連関が存在しなければならないため、まったく法に羈束されない行政の行為は存在し得ないからである。行政裁量は、むしろ、行政の行為の中の一部の領域にすぎない。[36] つまり、法の羈束と裁量は原理的・質的に対立するものではなく、段階的・量的な差異でしかない。[37] あらゆる行政の行為は、一部において羈束され、一部において裁量の認められる行為として、およそ統一的に語られるのである。

このことから、Kelsen の見解においては、必然的に裁量不審理原則が否定されることが明らかになる。[38] つまり、

法の羈束と裁量とが一つの行政の行為の中に並存するという認識によって、法適用者には法をミクロに分析することが要求される。国家目的に従って裁量を認める通説とは異なり、Kelsen によれば、解釈によって法の羈束を見い出すことなしには、裁量の範囲を確定し得ない。[39] 裁量の問題は、法の適用の問題なのである。

また、裁量を法の執行の際に生じる具体化の余地と定義することによって、行政活動と司法活動との間の実質的差異も解消される。通説においては、公益を考慮し、国家目的を自由に追求できるのは行政だけであるとされ、そのような行政の活動は、裁判所によって審査不可能であるとされた。しかし、法の執行という観点からみれば、司法作用と行政作用との間に差異は認められない。両者は、適用されるべき法に同じように羈束されているのである。[40]

以上のように、Kelsen は、権力分立の観点からではなく、法内在的に行政裁量を把握した。その試みは、Gerber や Laband により確立された法学的方法を、行政裁量論にも徹底しようとするものであったといえよう。[41]

第二章　法段階説による裁量論の発展的展開

一　Kelsen の裁量論の意義と限界

（1）Kelsen は、行政の行為全体ではなく、その一部として裁量を把握することにより、あらゆる行政の行為に法の羈束を認めると同時に、行政作用と司法作用の構造的同一性によって、裁判所の審査から完全に自由な行政の行為を否定した。このように、法を具体的な羈束のレベルで、いわばミクロで捉え、裁判所による行政統制を徹底したことは、当時の通説との比較において評価することができよう。

もっとも、このことだけであれば、現在の日本の学説においてすでに承認されており、[42] ここで改めて Kelsen の見解を取り上げる必要はない。しかし、Kelsen の裁量把握の意義は、この点にとどまらないと思われる。それは、

法の覊束と裁量との間の新たな関係を示すものであり、より体系的に裁量を説明する可能性を秘めているのである。

（2）Kelsen は、裁量を、行政の行為の一部に認められるのみならず、あらゆる行政の行為に必然的に存するものであると考えた。このような法の覊束と裁量との捉え方は、覊束行為というカテゴリーを Kelsen が破棄したことに、最も顕著に現れる。

現在日本の学説において、法により全面的に覊束された行政の行為は覊束行為と呼ばれ、裁量行為から区別されている。行政裁量は、立法者が将来起こりうる事象をすべて予測し、規律することが不可能であり、また望ましくもないことから認められると説明される。(43)

それに対して、Kelsen は、行政裁量を行政の法執行の際に構造上必然的に生じるものと説明する。Kelsen 曰く「他者の意思のいかなる遂行（Ausführung）とも、多かれ少なかれ裁量自由は必然的に結びついている」(44)。したがって、行政の行為は法律の単なる機械的執行ではなく、法律はそれを規律し尽くすことはできない。「抽象的な国家意思の内容」たる法律と、「具体的行動」である行政との間には常に差異が生じる。(45) つまり、Kelsen は、それ自体法秩序として妥当している法律と、その法律に覊束されつつもそれに尽きることのない行政の行為との間に構造上の差異を認め、両者が異なる法の段階に位置づけられることを明らかにしたのである。

（3）ここに、法の動態的考察の萌芽をみることができるであろう。しかし、『国法学の主要問題』の段階において、それはまだ不十分であった。

上述のように、Kelsen は、法執行という概念に関して行政と司法との間に区別を認めず、司法の行為にも裁量が存することを明らかにした。しかし、裁量は、個別行為という意味での法執行の際にのみ認められ、抽象的な法の定立である立法の際の裁量については語られなかった。

Held-Daab によれば、このように個別的な執行行為にのみ限定的に裁量が認められたのは、『国法学の主要問題』初版において、法律のみが法秩序を構成すると考えられていたためであるという。[46] 行政についてはその行為が法命題に帰責され得るか否かが問われたのに対して、立法は国家作用ではなく超法的な国家意思の形成とみなされた。[47] 他方で、行政および司法の法律執行それ自体は、法秩序を構成するとは考えられなかった。その結果、立法者のみが法を定立し、行政および司法は専ら法律を執行するという法定立と法執行との機関ごとの区別が前提とされ、裁量論は後者に限定されることとなったのである。[48]

二　あらゆる法の具体化余地としての裁量

（1）Kelsen によって固定的に捉えられていた法定立と法執行の概念に転換をもたらしたのは、Merkl の法段階説であった。Merkl は、Kelsen の裁量論を継承しつつ、次のような考察を展開する。すなわち、Merkl によれば、法秩序は同等の地位にある規範の総体ではなく、諸々の法命題の階層的体系とみなされる。したがって、法律だけではなく憲法もまた法秩序を構成し、またそこには、これら抽象的規範のみならず個別行為である行政および司法の執行行為も含まれる。さらに、この法秩序における各々の法命題の段階は、演繹的関係にあるとされる。つまり、上位の法命題は下位の法命題に対して条件を規律し、下位の法命題はその条件に従って自ら法を定立することが可能になる。[49] 法秩序は、授権し、具体化する法命題の段階的順序から構成されているのである。

このように考えれば、法の定立と執行は、法秩序の段階に従って区別されるわけではなく、法適用者からの視点の区別に過ぎないということになる。つまり、法は、上に向かっては執行され、下に向かっては定立されるのである。法の定立と執行は、法秩序のいずれの段階においてもなされる。立法者のみが法を定立するのではなく、行政

も司法も法の定立であり、他方で立法もまた憲法の執行なのである。[50]

Kelsen は、Merkl の法段階説を受容するとともに、根本規範論を確立する。すなわち、Kelsen は、規範は規範からのみ生じるという法段階説のテーゼに従って、より抽象的な規範へと遡っていく先の最上位の段階に、根本規範が前提されると考えた。[51] こうして、根本規範を超越し、法秩序に先行する国家権力は否定されることとなった。国家と法秩序は、完全に同一のものとされたのである。

（2）法の定立と執行の区別が法適用者からの視点の相違として相対化され、授権のみを行う根本規範を除く国家作用のあらゆる段階で法の具体化が行われるとすれば、裁量の問題もまた個別的な執行行為に限られず、法秩序のあらゆる段階に生じることとなる。

このことによって、『国法学の主要問題』において取り上げられなかった立法裁量もまた、憲法の執行の際に生じるものとして、行政裁量や司法裁量と同様に論じることが可能になる。三つの国家作用の裁量余地は、質的に異なるものではなく、実定法によって認められる余地の範囲によってしか区別され得ない。つまり、法適用者の機関の地位、あるいは彼に認められた裁量余地の範囲からは独立して、裁量の構造は、いずれの段階においても同様に把握することができるのである。[52]

このように、行政裁量論において法学的方法を貫徹しようとした『国法学の主要問題』初版における Kelsen の試みは、根本規範論と法段階説を経て、国家作用全体に拡大されることとなった。

（3）他方で、ここに完成された国家と法秩序の同一性は、翻って Kelsen の裁量論を正当化することにもなる。すなわち、Kelsen による裁量の把握は、それ自体一貫していたにもかかわらず、その妥当領域が限定されていたために、Kelsen の言うところの「法学的構成」が、なぜ唯一の法学的な見方であると言いうるのかについての十

分な根拠とはなり得なかった。それは、法段階説と根本規範論により、あらゆる法的作用の基礎に据えられるべき法の動態が明らかにされてはじめて、正当化されたということができるであろう。

第三章　法理論的分析の性格とその意義

一　法理論（Rechtstheorie）の意味

（1）第二章までで概観したように、Kelsen と Merkl は法内在的に裁量を把握し、あらゆる法の具体化の際に生じる余地としてそれを説明した。彼らの考察は、確かに方法的一貫性という点で評価に値するであろう。しかし、このような裁量の把握によって、これまで行政裁量論において論じられてきた様々な問題が直ちに解決されるわけではない。むしろ、彼らの考察の射程は限定されており、またそうであるからこそ意義があるというべきであろう。ここではまず、Kelsen らの考察がどのような特徴をもち、いかなる考察のレベルに位置づけられるかを明確化することとする。

（2）Kelsen らの方法を評価し、それをさらに発展させようとする Jestaedt は、彼らの考察を法理論（Rechtstheorie）として説明する。すなわち、法理論とは、法の分析的構造理論であって、法の内在的観点から「法」という対象の「本質（Wesen）」と機能（Funktionieren）を理解することを、その特殊な課題とする。法理論は、法の構造および機能の特徴を明らかにする方法を有している。[53]

Kelsen らは、法の適用が羈束と裁量という二つの要素を持ち、かつそれらの要素が羈束の側から一方的に確定される関係にあるということを示すことによって、法の構造と機能の特徴を明らかにしたのである。

（3）このような法の構造や機能は、まず、実体的な法の内容とは区別される。例えば、法が行政をどの程度羈束

すべきであるかということは、行政裁量論において重要な論点を形成する。しかし、そのような問いに対して、法の構造や機能が答えを示すことはできない。Jestaedt によれば、それは、法律の留保原則の下に論じられるべき憲法上の問題であるとされる。[54] つまり、Kelsen らの考察によって示されるのは、そのような実体的要請ではなく、行政は多かれ少なかれ法に羈束されているという法の形式なのである。

また、Kelsen らの考察は、ある行政の行為が法によってどの程度羈束されているのかという個別の問いに対して、直接的に解答を与えるものではない。そのような問いに答えるためには、当然ながらその都度問題となる法を解釈しなければならない。Jestaedt によれば、法の構造や機能は、法秩序において例外なく妥当するという。すなわち、法適用者を羈束する法の種類や、羈束の程度は様々であるが、それにもかかわらず、すでに存在する法に羈束されつつ、その枠内において新たな法が獲得されるという構造は、法の法則としてあらゆる法適用に認められるのである。[55]

二　法理論的分析の意義

（1）このように、法の構造や機能は、実体的な法原則とは異なり、また個別の法解釈における問題の解決に直接的に役立つものではない。この意味で、Kelsen らの考察の射程は限定されている。しかし、次にみるように、それは、行政裁量論において従来提起されてきた様々な問題のレベルを整序することによって、法適用者に対し思考の枠組みを示すことができると思われる。

（2）Jestaedt によれば、すでに存在する法に羈束されつつ、その枠内において具体化が行われるという法の構造は、行政による法適用に際して三つの問題のレベルを提示する。すなわち、解釈のレベル（Interpretationsebene）、

具体化のレベル（Konkretisierungsebene）、そして統制のレベル（Kontrollebene）である。

まず、解釈のレベルにおいて、法適用者には、適用されるべき規範（他者プログラム化（Fremdprogrammierung））の方法と範囲の確定が求められる。そこで問題となるのは、法認識や方法論である。その後、法適用者は、創造される規範（自己プログラム化（Selbstprogrammierung））をいかなる範囲において、またいかなる方法で行うのか、ということを確定する。Kelsen が述べるように、この具体化のレベルにおいていかなる決定がなされようとも、もはや法的基準によってそれを判断することはできない。[56] この自己プログラム化に関しては、さらに、その統制もまた問題となる。すなわち、行政による具体化が最終的な決定権限を有するのか、それとも裁判所によって最終的に統制がなされるのかという問題である。[57] 具体化のレベルと統制のレベルは、ともに広義の権限の問題を提起するが、前者が立法者に対する行政の関係に関わるのに対して、後者は司法と行政との関係に焦点を当てる。[58]

（3）Jestaedt が、このように問題のレベルの区別を強調するのは、行政裁量論においてこれらがしばしば混同されてきたためである。

まず、Jestaedt は、法概念の不明確さ自体は、単なる認識の問題として解釈のレベルに位置づけられるという。というのも、適用されるべき法命題の内容は、それが錯綜したものでなければ、ただ一つの内容しか持ち得ないからである。[59] 確かに、あり得る解釈のうち、どれが正しい、つまりその権限を与えられた規範定立者によって定められた解釈であるかについては、著しく異なった見解が導かれ、不確実さがもたらされる。しかし、Jestaedt によれば、このような意見の相違や解明の困難さ自体が、解釈に関して選択の自由のようなものを開くことはないという。[60]

また、Jestaedt は、法概念の不明確さや、「事物の性質（Natur der Sache）」といったことを理由に、法の解釈をなさないまま、裁判的統制が免除されるとの結論を導くことに対しても注意を促す。確かに、不確定法概念の使用

や、行政の独自性の強調によって、裁判所の統制は減少する傾向にあるが、Jestaedt は、それにもかかわらず両者の間に相関関係を認めることはできないという。つまり、関連する諸規範がまずは解釈の方法で問われることなしには、最終的な具体化権限の問題が提起されることはあり得ないのである。[61]

第四章　学説としての位置づけ――法の構造と機能をめぐる対立において――

一　戦後のドイツ行政裁量論の状況

（1）さて、ここで Kelsen らの見解を学説として捉える場合、それは、現在のドイツにおける行政裁量学説との比較においていかに位置付けられるであろうか。

学説史的に言えば、前述のように、Kelsen らの学説は、その後ドイツにおいて受容されなかった。[62] 戦後のドイツにおける行政裁量論の通説は、Kelsen らによって当時批判された学説の基本的な枠組みを引き継いできた。[63] すなわち、それは、「法適用」と裁量行使とを異なった行政作用として把握するのである。

もっとも、戦後において通説に変化が無かったわけではない。まず、戦前に「執行権の独裁」を許したことの反省から、裁判所による行政統制が強化された。[64] 基本法一九条四項によって、裁判所は、原則として、法的および事実的観点から完全に行政の決定を審査することができるとされたのである。[65]

また、一九五〇年代に登場し、その後現在まで行政裁量論における通説の地位を占めることとなった判断余地説[66]は、それ以前の通説が裁量を法的効果における選択の自由に限定するのに対して、構成要件面における不確定法概念についても行政に自由（判断余地（Beurteilungsspielraum））を認める。[67] もっとも、判断余地と裁量は質的に異なるものとして区別された。かくして、通説は、二重のドグマーティクにおいて展開されることとなる。

しかし、このような通説の修正はいずれも、「法適用」と裁量の二元論に変化をもたらすことはなく、この枠組み自体は維持された。[68]

（2）通説が一九世紀以来その連続性を維持し続けてきた一方で、通説に対する批判も絶えずなされてきた。[69] 通説を批判する有力説の主張は、通説による「法適用」と裁量行使の区別に向けられる。[70] その際、有力説の批判の焦点は、両者の区別そのものというよりも、むしろ通説の背後にある規範構造理解、さらには行政活動を法の構造や機能に依拠して理解しようとすること自体にあるといえるであろう。

有力説の論者である Ossenbühl によれば、通説は、法律の条件プログラムと目的プログラムの二分法による規範構造理解に依拠しているという。すなわち、通説が通常「法適用」として想定しているのは、所与の法律の構成要件に事実を包摂するという法的三段論法である。その際、その前提とされているのは Wenn-Dann シェーマによって構成される法律の条件プログラム構造である。[71] 他方で、行政に目的や、目的達成のためにいくらか考慮すべき判断基準が与えられるだけの目的プログラム構造を持つ法律があるとされる。そのような場合、包摂は部分的に可能であるにすぎず、行政は、比較衡量により決定を行うこととなる。特に計画法の領域について、判例や通説は、通常の「法適用」とは異なる特殊な計画法ドグマーティクを認めてきた。[72]

これに対して Ossenbühl は、行政活動を法律の機能と構造に基づいて把握することを誤りであるとする。通説は、確かに、法的三段論法が可能であるような条件プログラム構造を持つ法律が常に存在するわけではないことを認める。しかし、法律の条件プログラムと目的プログラムの二分法に依拠するとしても、そのような法律の構造によってでは問題の核心を捉えられない。考慮されなければならないのは、行政決定に対する内容的基準ではなく、行政決定過程の組織に焦点を置く法律があるということである。そのような法律の下では、行政実務においてはじ

めて経験と認識が蓄積され、決定基準が展開されることとなる。[73]

そこで、Ossenbühl は、「概念志向から決定志向への転換（Wende vom Begriffsdenken zum Entscheidungsdenken）[74]」を要請し、行政が実際に何を行うのかということに目を向けるべきであるとする。すなわち、行政活動は、常に包摂という法律の執行行為において現れるわけではなく、それは行政決定の一部にすぎない。行政は、「必ずしも事実関係を所与の概念と比較すること（だけ）ではなく、調査を行い、衡量に取り組み、決定選択肢を審査し、優先順位を決めるといった、より多くのことをなしている」。それゆえに、法律の構造や概念ではなく、行政決定全体に着目する必要があるとされるのである。[75]

（3）通説の規範構造への志向性は、行政裁量ドグマーティクにおいても見られる。すなわち、通説による二重のドグマーティクは、Wenn-Dann シェーマに基づき、法律の構成要件面における判断余地と法的効果面における裁量が区別しようとする。Ossenbühl は、これに対して、裁量を承認する際に重要であるのは、規範構造ではなく「行政決定の性質[76]」であるという。そこでは、代替不可能な決定、法的拘束力のある価値判断、予測決定、および形成的（計画）決定といった様々な行政決定の種類が挙げられる。

このように、Ossenbühl が規範構造ではなく行政決定の性質に着目しようとするのは、裁量の問題を、法解釈学や認識論の問題ではなく、個別事例における最終的な認識の正統性の問題であると考えているからである。つまり、最終的な拘束力をもつ決定権限が、行政と裁判官のどちらに割り当てられるかが重要であるとされる。[77]

二　Kelsen の裁量論の位置づけ

（1）以上のように、戦後の行政裁量論における通説と有力説との対立は、行政活動を法の構造や機能によって把

握するか否かをめぐる対立として理解することができる。このような対立軸のなかで、Kelsen や Merkl、およびその学説を継承しようとする Jestaedt の立場はいかに位置づけられるであろうか。

結論を先取りすると、彼らの学説はどちらにも与しない。有力説のように法の構造や機能ではなく、現実の行政過程に依拠すれば、行政活動と法との連関が失われかねない。しかし、他方で、通説が述べるところの法の構造や機能の認識はあまりにも図式的であり、Kelsen らの主張するそれとは異なる。以下では、通説や有力説との比較によって、彼らが示した動態的・二元的な法適用の構造をより明確にしていくこととする。

（2）通説は、規範を条件プログラムと目的プログラムに分類したが、それに対して Jestaedt は、法の構造からしてこのような二分法をとることはできないという。

まず、条件プログラム構造に基づく法の機械的執行という意味での「法適用」は、前述のように Kelsen も否定していた。[78] 法概念に対して事実は多くの特徴を含んでおり、その包摂の際には必ず行政による独自の決定余地が認められるのである。

また、Jestaedt によれば、目的プログラムの特徴は、まさに行政の自己プログラム化の承認において見られるという。[79] つまり、目的プログラムとは、他者プログラム化と自己プログラム化の混合からなる法の構造のうち、後者のみを取り上げているに過ぎない。計画法は、自己プログラム化の領域が比較的大きいために他者プログラム化が意識されないだけであり、他の法領域と構造的に異なるものではない。[80] Jestaedt によれば、目的プログラムと呼ばれる規範を、条件プログラム構造を示す規範として定式化しなおすことができるという。つまり、条件的な規範構造と目的的な規範構造は、法の技術的連続体のなかの二つの末端に過ぎないのであり、両者は常に混合関係にあり、グラデーションを構成するのである。[81]

他方で、このような Kelsen や Jestaedt の立場は、包摂を行政決定の一要素に解消しようとする有力説の立場とも対立する。

Kelsen は、次のように述べていた。行政が法律に述べられているよりも多くのことを含んでいるという理由から、行政が単なる法律の遂行に尽きないと結論づけるのは、順序が逆である。そうではなくて、行政が法律を遂行するがゆえに、行政には裁量が認められると言わなくてはならない、と。[82] 法の羈束と裁量とは同列に存在するものではなく、裁量は羈束の側からしか定義され得ないのである。

Jestaedt もまた、この羈束と裁量との一方的関係について述べている。すなわち、行政法においてはしばしば、法は行政行動の唯一の基準ではないとされ、合理的な決定のためには、経済性、受容性、実効性といった法以外の様々な目的と基準が考慮されるべきであるとされる。しかし、適法性とそれを超える客観的な正しさ（合目的性）とは、適法性によって片側から（einseitig）確定されるべきである。すなわち、合目的性の問題が提起されるのは、判断されるべき行為が少なくとも適法である場合だけなのである。[83]

（3）また、Jestaedt は、有力説と同様に、通説による判断余地と裁量の二重のドグマーティクを批判し、行政に認められる自由領域を統一的に把握することができると主張する。しかし、それは、判断余地がもはや法認識の問題ではなく、権限の問題であるという理由によるのではない。Jestaedt は、通説が区別する判断余地と裁量とが、同一の法適用の構造を有するという。

Jestaedt は、判断余地について次のように述べる。すなわち、ある法概念がいかに不明確であろうとも、それが行政に対して何も定めていないということにはならない。[84] しばしば不確定法概念として挙げられる「公益」や「公共の福祉」といった概念もまた、一定の枠を持っている。それゆえ、法適用者は、これらの概念に事実が包摂され

るか否かを判断する際に、比較的大きな余地が認められるにもかかわらず、あらかじめ定められた要素に羈束されることとなる。

他方で、法的効果に認められる裁量についてもまた、同じことが妥当する。すなわち、裁量が認められる場合であっても、当該法律の要件を無視して自由な選択が認められるわけではない。Koch は比較的早くから、kann 規定によって認められる裁量授権は、「構成要件補充のための授権」と理解することができ、それゆえに、構成要件に関連する判断授権のパラフレーズにすぎないと述べていた。[85] Jestaedt もまた、これに同意している。[86]

つまり、通説によって主張されてきた判断余地と裁量との区別は、法概念と規範という単位の大小における差異に過ぎない。あらかじめ定められた条件に羈束されつつ具体化を行うという構造において、両者は統一的に把握することができるのである。

こうして、判断余地と裁量の区分が依拠していた Wenn-Dann シェーマという狭い規範構造理解は、破棄される。通説は、Wenn-Dann シェーマに固執し、不確定法概念は法律の構成要件面にしか存在しないと主張してきた。[87] しかし、法的効果面においても不確定法概念は存在する。[88] つまり、法の構造における区分は、通説が述べるような立法者によって定式化された規範の要件と効果という区分ではなく、法適用者を羈束する他者プログラム化と、法適用者自身による具体化である自己プログラム化の区分にのみ認められるのである。

おわりに

（1）行政裁量の法内在的な把握を課題とした本稿は、Kelsen の裁量論を契機とし、根本規範論と Merkl の法段階説を経て、国家活動のあらゆる段階において法の適用が同一の構造、すなわち、上位規範に羈束されつつ、その

枠内で具体化を行うという構造を有することを確認した。それは、Jestaedt が述べるところの法理論として、従来行政裁量論において論じられてきた様々な問題のレベルを整理し、法適用者に対する思考枠組みを明確化するという意義を有するものであった。また、Kelsen らの見解が、現在のドイツ行政裁量論における従来の学説とは異なる新たな位置を占めるということについても、簡単ながら示すことができたと思われる。

（2）本稿が参照したこのような法理論が、ドイツのみならず、日本の法秩序においても参照可能であることは言うまでもない。したがって、以下では、このような法理論が、日本の学説に対していかなる示唆を与え得るかについて若干の考察を行いたい。

まず、我が国においても、ドイツの伝統的な学説と同様に、「法適用」と裁量行使が区別されてきた。裁量行為に対して、法によって全面的に羈束された行政の行為という意味での羈束行為は、暗黙のうちに前提とされているように思われる。[89] しかし、法的にみれば、Kelsen らが示したように、あらゆる行政活動は、上位規範に羈束されつつ自己の見解に従って具体化を行うという法適用の構造を有する。したがって、「法適用」と裁量行使の二元論は解消され、行政活動は構造上一元的に把握されなければならないであろう。[90]

他方で、我が国の行政裁量論においては、「司法権の限界」を主張したかつての通説[91]が象徴的に示すように、行政と司法との間の権力分立の観点から行政裁量を捉えようとする傾向が強かった。近年においても、そのようなアプローチを発展させようとする有力な学説が存在する。すなわち、その学説によれば、行政裁量論においては機能化とともにプロセス化の方向性が追求されるべきであるとされる。行政は、諸利益を考慮・衡量する複雑な過程として捉えられ、そのような組織・手続に適切な機能が割り当てられるのである。[92]

このような機能的な「行政」のプロセスを主張する見解に対して、本稿が参照したのは、行政の「法」的プロセ

スであると言うことができる。確かに、機能に着目することによって行政の合理的決定が達成されるかもしれない。しかし、Jestaedt も述べるように、様々な基準は適法であってはじめて問題となる。機能的アプローチ[93]による、このような法の相対化が適切か否かということが、改めて問われなければならないであろう[94]。

（3）本稿の考察は、個々の学説の紹介を詳細に行うことができなかったことに加えて、考察の対象についても限定されている。行政裁量に対していかなる憲法上の要請が導かれるか、あるいは行政裁量の範囲確定や、裁判所によるその統制の具体的方法についても明らかにすることによってはじめて、行政裁量論の全体像を示すことができると思われる。現時点で触れることのできなかったこれらの問題点については、今後の課題とさせていただき、ここに本稿を閉じることとしたい。

（1）藤田宙靖『第四版　行政法Ⅰ（総論）改訂版』青林書院（二〇〇五年）九四―九五頁。

（2）塩野宏『行政法Ⅰ［第四版］行政法総論』有斐閣（二〇〇五年）一一二頁。

（3）いわゆる羈束裁量と自由裁量の区別の関心は専らこの点にあった。裁判所の審査が全く及ばない自由裁量概念が否定され、裁量権の逸脱・濫用審査が確立された今日においては、裁判所の統制が及ぶ範囲、すなわち統制密度の確定に重点が置かれている。以上の学説における傾向の認識は、亘理格「裁量権の逸脱と濫用」法学教室二三七号（二〇〇〇年）三二頁（同『公益と行政裁量――行政訴訟の日仏比較――』弘文堂（二〇〇二年）三四―三五頁にも所収）を参照。

（4）行政法学においても行政裁量を憲法学の観点から考察する必要性が説かれている。宮田三郎「行政裁量」公法研究五五号（一九九三年）一四一―一四七頁（同『行政裁量とその統制密度』信山社（一九九四年）三二二―三二四頁にも所収）を参照。

（5）田村悦一『自由裁量とその限界』有斐閣（一九六七年）四―五頁、六頁注（3）を参照。詳細は、本稿第一章一（1）において述べることとする。

（6）一九二〇年に制定されたオーストリア憲法一三〇条二項「……行政庁が自由裁量によって処理し、この自由裁量を

法の意味において行使する限りにおいては、違法は生じない」によって、実体法上の問題として自由裁量を捉えることが明文化された（田村・前掲注（5）四三頁を参照）。本条制定の詳細な経緯は明らかではないが、この憲法の制定に当たってKelsenが専門家として助言を行ったことは想起されてもよい。以上の解説は、高田敏「オーストリア連邦憲法解説」阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集　第三版』有信堂（二〇〇五年）一〇一頁。

（7）以上の学説史の流れは、*Ulla Held-Daab*, Das freie Ermessen, 1996, S. 250-258.

（8）*Held-Daab*（Anm. 7), S. 13.

（9）公法学の方法論に関してMerklを評価するものとして、*Horst Dreier*, in: Walter（Hrsg.), Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit, 1990, S. 73-76. また、前掲注（7）のHeld-Daab、後に紹介するJestaedtは、KelsenやMerklによって示された行政裁量論の方向性を追究する論者であると思われる。

（10）訳は、田村・前掲注（5）四三頁を参照した。

（11）田村・前掲注（5）六頁注（4）によれば、オーストリアに続いて、ヴュルテンベルク、バイエルン、バーデン、ザクセン、ハンブルクにおいても同様の規定が制定された。

（12）*Held-Daab*,（Anm. 7), S. 223-228.

（13）*Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895, 1. Aufl., Bd. I, S. 165.

（14）田村・前掲注（5）四三頁。同書一七頁によれば、オーストリアでは裁量不審理原則をめぐって、一八七五年に制定された行政裁判所法の草案段階から早くも賛否両論あった。

（15）*Friedrich Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888, S. 119.

（16）*Tezner*,（Anm. 15), S. 45, 121.

（17）田村・前掲注（5）一一―一三頁によれば、Bernatzikもこれらの点については認めていた。また、W. JellinekやFleinerは、自由裁量は法の適用とは異なるとしたが、裁判官にも行政庁と同様に裁量が存することを肯定していた。*Held-Daab*,（Anm. 7), S. 224-226も参照。

（18）*Rudolf v. Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, S. 25.

(19) *Laun*, (Anm. 18), S. 27.
(20) *Laun*, (Anm. 18), S. 47-61.
(21) *Laun*, (Anm. 18), S. 61-79.
(22) *Laun*, (Anm. 18), S. 175-218.
(23) 田村・前掲注（5）二二頁も同様の見方を示す。
(24) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 223-225.
(25) *Laun*, (Anm. 18), S. 47.
(26) *Laun*, (Anm. 18), S. 171.
(27) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 225-228.
(28) Held-Daab は、瑕疵論が二重に展開された理由を、通説が法的羈束（Rechtsbindung）を法律の羈束（Gesetzesbindung）と同一視したことに求める。*Held-Daab*, (Anm. 7), S. 114-116, 230-232.
(29) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 230-232.
(30) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 237.
(31) *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Aufl., 1911, S. 493. 以下引用の際は、Hauptprobleme とする。
(32) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 494.
(33) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 498-499.
(34) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 499.
(35) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 504.
(36) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 507-508, Fn. 1.
(37) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 507.
(38) Merkl は、「自由裁量行為」を裁判所によって審理不可能であるとする法律の定式化は、「裁量行為と法適用との間に、確固たる一義的限界を定めることができると思い違いをしている誤った理論に由来している」と批判する。*Adolf Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 387.

(39) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 508.
(40) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 506.
(41) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 237.
(42) 小早川光郎「裁量問題と法律問題――わが国の古典的学説に関する覚え書き――」『法学協会百周年記念論文集 第二巻』有斐閣（一九八三年）三三七―三三八頁。
(43) 例えば、芝池義一『行政法総論講義 第4版』有斐閣（二〇〇五年）六八頁、原田尚彦『行政法要論 全訂第六版』学陽書房（二〇〇六年）一四七頁。
(44) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 505.
(45) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 506.
(46) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 242.
(47) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 491.
(48) これをKelsenの「純粋法学」の構成に即して説明すれば、そこには「静態法理論（statische Theorie des Rechts）」と「動態法理論（dynamische Theorie des Rechts）」とがあるということである。

前者は、妥当している規範としての法を対象とする。すなわち、それは、法を、その創設過程を考慮せずに、完全なそのままで適用できるルールの体系とみなす。この観点からすれば、実定法は強制秩序であり、法規範によって創設された違法行為と制裁の関係が法の基本関係となる。そして、法学は、「一定の法秩序によって規定された強制行為が生ずべし（sollen）」と一般的に定式化される法命題によって、法規範を記述する。後者は、法が創設され適用される法過程（Rechtsprozess）を対象とする。すなわち、それが探究しようとするのは、「静態法理論」においては当然の前提とされていた法の妥当性の問題、すなわち、ある行為が何故法的行為なのかという問題である。Kelsenは、この問題に、有名な根本規範論によって答える（高田篤「ケルゼンのデモクラシー論――その意義と発展可能性――（一）」法学論叢一二五巻三号五二―五三頁参照）。

「動態法理論」は、『国法学の主要問題』初版の段階ではまだ形成されておらず、それは、後に、Merklや**Verdroß**の影響を受けて、「純粋法学」の不可欠の一部となった（*Kelsen*, Hauptprobleme, 2. Aufl., 1923, Vorrede zur zweiten

Auflage, S. XII-XVI. 邦訳は、森田寛二・長尾龍一訳『ケルゼン選集5　法学論』木鐸社（一九七七年）一七〇―一七七頁［長尾龍一訳］を参照）。そして、ケルゼンの裁量論も、初版においては、専ら「静態法理論」の一部として取り扱われていたのであるが、「純粋法学」の発展と共に、後述するように、「動態法理論」の一部としても展開することとなるのである。

(49) *Merkl*, (Anm. 38), S. 142, 171-172.

(50) *Merkl*, (Anm. 38), S. 173.

(51) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 196-209.

(52) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 250.

(53) *Matthias Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 55, 2000, S. 148-149.

(54) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/ Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, Rn. 22. 以下引用の際は、Maßstäbe des Verwaltungshandelns とする。

もっとも、「羈束行為」というカテゴリーが、行政による法の一義的執行を意味する概念ではなく、特定の行政活動を定める法律につき法治主義の観点から高い規律密度を要求するものであるとすれば、Kelsen らの主張と矛盾しないであろう。

(55) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 7.

(56) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 508.

もっとも、いかなる基準を他者プログラム化と認めるかは困難な問題である。また、Jestaedt によれば、法以外の基準が法化されることによって、従来合目的性とされてきた領域が次第に適法性の問題に移行しつつあるという。その最たる例として、憲法に基礎付けられた比例原則が挙げられる。それは、規範構造的に考察すれば、一般的な合目的性のうちの特殊事例に他ならない。*Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 4.

(57) Jestaedt によれば、この点と、基本法一九条四項が公権力の行為に対し裁判所による包括的な権利保護を定めていることとは矛盾しない。というのも、基本法一九条四項は適法性の統制に限定され、行政活動の合目的性を対象とはしないからである。すでに存在する権利を保護するという限りでは、完全な統制がなされるのである。*Jestaedt*, Maßstäbe

des Verwaltungshandelns, Rn. 38.

(58) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 21.

(59) なお、このことは、いわゆる「唯一の正しい決定原理」と混同されてはならない。自己プログラム化の領域を伴う限り、行動の選択肢は一つではない。これに関しては、*Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Fn. 71.

(60) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 21.

(61) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 25-26.

(62) はじめに（2）。

(63) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 13-14.

(64) 基本法一九条四項の制定の経緯については、*Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, Art. 19 Abs. 4, Rn. 1.

(65) BVerfGE 15, 275 (282); 35, 263 (274); 51, 268 (284); *Krüger/Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2000, Art. 19, Rn. 132; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 19 Abs. 4, Rn. 116.

(66) 判断余地説を提唱したのは Bachof である。*Otto Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ, 1955, S. 97-102. Bachof のほか、同様の学説を展開した Ule や Wolff らの見解もまた、より一般的に「判断余地説」の名称で呼ばれる。*Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, §7, Rn. 31-32.

(67) 以上の判断余地説の理解については、*Maurer*, (Anm. 66), §7, Rn. 32; *Dieter Lorenz*, Verwaltungsprozessrecht, 2000, §5, Rn. 20. 邦語文献では、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』弘文堂（一九九〇年）一三―一七頁を参照。

(68) *Held-Daab*, (Anm. 7), S. 13-14.

(69) 通説批判として、戦前では *Ulrich Scheuner*, Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verw. Arch. Bd. 33, 1928, S. 68-99 が挙げられる。Scheuner の裁量論の紹介としては、上原克之「ショイナーの自由裁量論――裁量学説史の一断面として――」東京都立大学法学会雑誌第三三巻第二号（一九九二年）九七頁―一

二七頁。戦後において著名であるのは、*Horst Ehmke*, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 1960. 同書の紹介としては、宮田三郎「紹介：エームケ『行政法における〝裁量〟と〝不確定法概念〟』」専修大学論集第二九号（一九六一年）三五頁―九一頁（同・前掲注（4）『行政裁量とその統制密度』一〇五―一一九頁にも所収）。

(70) *Scheuner*, (Anm. 69), S. 81-82; *Ehmke*, (Anm. 69), S. 40.

(71) *Fritz Ossenbühl*, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 60. 以下引用の際は、Gedanken とする。

(72) BVerwGE 34, 301 (309); 41, 67 (68); *Maurer*, (Anm. 66), §7, Rn. 63; *Lorenz*, (Anm. 67), §5, S. 64-65.

(73) *Ossenbühl*, Gedanken, S. 62.

(74) *Ossenbühl*, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl, 1974, S. 313; *ders*, Gedanken, S. 62.

(75) *Ossenbühl*, Gedanken, S. 62.

(76) *Ossenbühl*, Gedanken, S. 61-63.

(77) *Ossenbühl*, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, S. 310-311.

(78) 第二章Ⅰ（2）。

(79) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 16.

(80) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 18.

(81) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 16.

(82) *Kelsen*, Hauptprobleme, 1. Aufl., S. 505.

(83) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 2.

(84) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 21.

(85) *Hans-Joachim Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 126-148, 172-173. Koch の見解に依拠しつつ、日本の判例分析を行ったものとして、森田寛二「行政裁量論と解釈作法（上）

・（下）」判例時報一一八三号（一九八六年）一七二―一七八頁、一一八六号（同年）一七六―一八五頁。

(86) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 15.

(87) *Maurer*, (Anm. 66), §7, Vorb., Rn. 27.

(88) *Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, Rn. 20.

(89) 行政法の教科書において羈束行為について詳細に触れられることは少ない。例外的に羈束行為と裁量行為との相対化現象に言及するものとして、藤田・前掲注（1）一〇五―一〇六頁。

(90) もっとも、羈束行為というカテゴリーの放棄が、裁量領域の拡大を招く危険性を伴うことは否めない。規律内容をすべて明らかにするためには、解釈論の精緻化が必要となるであろう。Held-Daab もまた、Kelsen の裁量論における解釈方法論の重要性を述べている。*Held-Daab*, (Anm. 7), S. 245-246.

(91) 田中二郎『新版　行政法　上巻[全訂第二版]』弘文堂（一九七四年）一一六―一二〇頁。司法権の限界については、特に田中「司法権の限界――特に行政権との関係――」同『司法権の限界』弘文堂（一九七六年）一―四四頁（『杉村章三郎先生古稀記念　公法学研究（下）』有斐閣（一九七四年）七二七―七七〇頁にも所収）を参照。

(92) 山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報一九三三号（二〇〇六年）一二―一三頁。

(93) 本稿第三章Ⅰ（3）で示したように、Kelsen の理論は、伝統的な法の実体的理解を「非実体化・機能化」するものであったと言い得る（高田・前掲注（48）七五頁注（2）を参照）。しかし、そこでの「機能化」は、近年有力に主張されている機能的アプローチとは位相を異にするものである。

(94) 機能化に対し懸念を示す学説も多い。例えば、塩野・前掲注（2）一一九―一二〇頁。