

Title	行政裁量論の日独比較：憲法学的考察の意義と可能性
Author(s)	高田, 倫子
Citation	大阪大学, 2013, 博士論文
Version Type	
URL	https://hdl.handle.net/11094/60065
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、 〈a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed"〉 大阪大学の博士論文について 〈/a〉 をご参照ください。

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

【4】

氏名	髙田倫子
博士の専攻分野の名称	博士(法学)
学位記番号	第25799号
学位授与年月日	平成25年3月25日
学位授与の要件	学位規則第4条第1項該当 法学研究科法学・政治学専攻
学位論文名	行政裁量論の日独比較—憲法学的考察の意義と可能性—
論文審査委員	(主査) 教授 高田 篤 (副査) 教授 野呂 充 教授 松本 和彦

論文内容の要旨

本論文は、行政裁量論の理論的構造を明らかにすることを目的としている。

従来の学説において、行政裁量は、行政の法からの自由であると同時に、司法審査の制約をも意味するとされてきた。しかしながら、二つの問題は、異なる理論のレベルに位置づけられるべきであると思われる。というのも、行政と司法が同様に法に拘束されているとすれば、そこから両者の権限配分を引き出すことはできず、別の根拠が探求されねばならないはずだからである。そこで、本論文は、問題のレベルを区分して、それぞれの問題に取り組むと同時に、従来の学説による一体的な行政裁量論の是非を論じることとした。

第1章においては、法と行政裁量との関係が扱われた。従来行政裁量論は、行政にのみ妥当する特殊な理論として形成されてきたところ、本論文はまず、ハンス・ケルゼンの裁量論を参照し、法と裁量との関係一般を考察した。ケルゼンは、法内在的な裁量の把握を行い、それを法の執行の際に必然的に生

じる余地と定義した。これによって行政の行為全体にわたる裁量とともに、法によって完全に拘束された羈束行為も否定された。また、裁量は行政のみならず司法にも認められることが明らかになった。

第2章では、行政と司法との関係を取り上げた。ケルゼンによれば、ここにはもはや法的基準は存しないとされていた。また、近年の有力な学説は、行政と司法との間の権限配分が予め決まっていなかったことをむしろ望ましいと捉え、機能的・法的アプローチによる柔軟な権限配分を要請した。しかし、近時においてはここに法的要請を探求する学説が見られる。特に注目されるのは、次のようなケルゼン理論の修正を試みる見解であった。すなわち、この見解は、法の概念形成が特殊法学的方法によってなされるとし、それを司法作用の独自性として位置づけた。

第3章は、以上の考察全体を踏まえて、本来は別々である二つの問題を一体として扱う行政裁量学説が批判的に検討された。ここでは特に、「規制裁量」という抽象的な概念を媒介として、立法者による行政への授權を認めるドイツにおける近年の行政裁量学説の傾向が、考察対象となった。これに対しては、法の外にある概念を持ち込むことの問題、および立法者による授權というフィクションによって行政と司法の権限配分がなされていることに言及された。以上より、一体的な行政裁量論は理論上適切ではなく、二つの問題を区別して論じるべきことが明らかになった。

論文審査の結果の要旨

【概要】

本論文は、行政裁量を、従来の学説を批判的に検討しつつ、理論的に捉え直すことを課題としている。

我が国の行政裁量論においては、戦前・戦後を通じて、2つの問い、つまり、「行政活動が法令によってどの程度拘束されているか」ということと、「行政活動に対して裁判所はどの程度審査を及ぼすべきか」ということが、十分に区別されないまま論じられてきた。しかし、このような行政裁量論の構成に対しては、次のような疑問が生じ得る。すなわち、宮沢俊義博士が指摘していたように、行政と裁判所がともに法律の執行を行うとすれば、法が裁量の余地を開いている場合に、行政のみならず、裁判所に対しても同様に裁量が認められるのではないか。仮に、裁判所の判断に対して行政のそれが優位するとすれば、法が裁量の余地を認めていることだけではなく、さらに別の根拠が必要ではないか。

本論文は、伝統的に一体のものとして構成されてきた2つの問題を区別して考察し、行政裁量論の再構成を試みようとするものである。

【方法】

本論文では、ドイツ法が参照され、なかでもハンス・ケルゼンの裁量論が中心に据えられている。先の宮沢博士の見解は、まさしくケルゼン理論に依拠するものであり、同様の立場から行政裁量を捉え直そうとする本論文においても、それは検討の出発点とされる。第1章では、ケルゼンに倣い、法との関係においておよそ裁量がどのように捉えられるかが法理論的に考察され、それに基づいて行政裁量論の検討が行われる。

確かに、こうした法一般を説明するケルゼンの理論によれば、第2の課題である行政作用と司法作用の理論的区分は不可能ということになる。しかし、近年のドイツでは、ケルゼン理論に従いつつも、別の位相において、つまり憲法理論として両者を区分しようとする学説が見られる。第2章ではこれ

が取り上げられ、実定憲法的観点から、行政活動に対する司法審査の意味と態様が考察される。

第3章では、第1章および第2章において得られた結論に基づき、行政裁量論の構成が具体的に検討される。すなわち、近年のドイツの行政裁量論において、一体的構成を試みる見解が有力に主張される一方で、それに対する批判も提起されている。そこで、行政裁量論の構成が、論争の焦点となっている具体的法領域に即して検討され、一体的構成の困難さが指摘され、それを通じて、同様の状況にある日本法への示唆を得ることが目指される。

【内容】

各章の内容は、以下の通りである。

1. ケルゼンは、19世紀後半の同時代の通説が、行政活動の目的という法外在的要素を根拠として行政に裁量を認めたこと、また裁量を行政の本質とみなし、それと単なる法の執行である司法とを対比したことを批判した。ケルゼンは、徹底した法学的方法を採り、裁量を法の執行の際に必然的に生じる余地と捉える。従って、行政裁量もまた、法の執行によって初めて生じるものであり、また行政だけではなく、裁判所の法の執行にも裁量が認められるということになる。こういった帰結は、今日では一般に承認されているが、ドイツの公法学者マティアス・イエシュテットは、ケルゼンの理論になおアクチュアリティーを見出す。それは、行政裁量論における問題の様々な位相が自覚的に区別されるという点である。イエシュテットは、ケルゼンに依拠して、法の認識の問題を、法の創出ないし機関の権限配分の問題から区別し、後者の、例えば司法審査の機能的限界といった根拠が前者の問題へと持ち込まれ、法の拘束が明らかにされないまま裁量が承認されてはならないと述べている。

2. 第2章では、第1章のケルゼン理論を前提としつつも、行政と裁判所の権限配分に関して、何らかの法的要請を導くことができるかが検討される。

戦後ドイツでは、基本法19条4項に基づいて、行政活動に対する裁判所の積極的な審査が要求されてきた。行政裁量論の通説も、この憲法上の要請を進んで受容し、「意思」行為が問題となる法的効果の側の裁量は別として、構成要件における法概念の「認識」に対しては、原則として完全な裁判所の審査を及ぼしてきた。しかし、司法審査は結局のところ法の拘束が存在する範囲に限定され、裁判所は法の認識を行うものとされた。こうした通説の立場は、法学方法論が発展し、裁判所の法創出が認められるにつれて次第に克服され、1990年代以降はむしろ、機能的アプローチが有力になる。このアプローチによれば、行政裁量論における問題は、法の認識の限界ではなく、行政と裁判所の機能適合的な権限配分にあるとされる。しかし、行政と裁判所がともに法を創出することができるとしても、両者の権限配分に関して、その都度の機能を超える、何らかの法的要請は存在しないのかという点が問題となる。

近時のドイツの学説には、機能的アプローチに全面的に依拠しない学説が見られる。具体的には、「立法者」による行政への裁量授権を説く規範的授権説と、「憲法」から両者の権限配分を導出する見解である。前者の、シュミッター・アスマンらにより主張されている規範的授権説は、行政と裁判所の権限配分を立法者に委ね、裁判所による個別事例ごとの決定を回避しようとする。しかし、立法者であれば行政と裁判所の権限配分を自由に決められるのか、つまりそこに憲法上の要請は存在しないのかという疑問が残り得る。これに対して、イエシュとボッシャーによる後者の見解は、憲法レベルで司法審査の基礎付けを行う。このような方法は、一見すると伝統的通説と同様にも思われる。しかし、彼らはケルゼンに依拠して、裁判所が法の創出を行うことを正面から認めようであるが、法概念の形成に特殊法学的な方法を見出し、それを特に裁判所に委ねられた権限であるとする。規範的授権説もまた、基本法19条4項を引き合いに出し、原則として完全な裁判所の審査を要求するが、申請者は、それと「立法者による授権」が両立するかは疑わしく、少なくとも基本法との整合性において、イエシュとボッシャーの見解が適切である、との結論を導く。

3. 規範的授権説に対しては、そもそも規範による行政への最終決定権限の授権が可能であるかが問われ得る。第3章では、このような規範的授権説の一体的構成の是非が、電気通信法という具体的法分野を通じて検証される。近時、規範的授権説を支持する一部の学説は、電気通信分野における市場規制の特徴を「規制 (Regulierung)」概念により表現し、「規制裁量」という形で経済学的知見を法に取り込むことを試みている。電気通信分野は、その複雑性と動態性のゆえに、法的規律が困難であることで知られている。しかし、学説においては、「規制裁量」に対して厳しい批判が寄せられている。まず、法文には存在しない抽象的概念が行政裁量論に取り入れられ、それによって行政に包括的な裁量が認められる危険性が指摘されている。さらに、規範的授権説における「授権」は飾り

に過ぎず、そこでは結局行政と裁判所の権限配分がなされているに過ぎないというボッシャーらによる根本的な批判がある。申請者は、これらの批判を妥当であるとみなし、行政裁量論の一体的構成は困難であるとの結論を導く。

【意義】

本論文は、日本の公法学において、従来、専ら行政法学研究者によって検討されてきた行政裁量を、憲法学の立場から問い直し、それについて、憲法学・行政法学を包括する公法学からの検討の可能性を提起した。

本論文には、大きな理論的貢献がある。すなわち、本研究は、行政裁量の検討を、法理論的分析と憲法理論的分析の厳密な区分の下に遂行し、行政裁量論に含まれる二つの問いとその位相を明確化した。また、本研究を通じて、行政裁量を憲法による省察を通じて検討する新たな方法が見出された。つまり、法律の規律密度の観点から、あるいは基本権との連関において行政裁量を考察する研究は、日本の行政法学者によっても既になされていた。そこに、行政に対する、憲法に基礎づけられた司法の独自の地位、という観点を付け加えた点に、本論文の新規性、独自性が認められよう。

これを通じて得られた研究成果は、日本の学説に対して、少なからぬ具体的影響も与え得よう。

すなわち、申請者の研究は、法との関係における行政裁量と、司法審査との関係におけるそれとを連動させる構成を採ってきた、日本の伝統的行政法学説、例えば、「法の趣旨目的の合理的解釈」により行政に「政治的裁量又は技術的裁量」を認める田中二郎博士の見解に対して、強い批判力を持ち得よう。ケルゼンおよびイエシュテットに従って、法の認識の問題を機関の権限配分の問題から区別し、まずは法の拘束を具体的に認識することが必要である、との指摘がなされ得るのである。

そして、近年の日本においても、機能適合的権力分立の考え方に従って、行政と裁判所の機能をその都度評価し、両者の協働を目指す見解が多く見られる。このような近年の有力学説に対して、申請者の研究結果からは、日本国憲法が行政に対する司法の位置づけを決定しているとすれば、それに反する司法審査の態様は許されず、機能的アプローチを全面的に展開することは不可能である、との批判がなされ得よう。

さらに、本論文は、ドイツ公法学研究としても、大きな価値を有する。すなわち、これによって、ドイツにおける行政裁量論の理論史的展開に対して、初めての確かな概観が与えられた。これ以外にも、電気通信分野等における市場規制をめぐるドイツにおいて新たに展開されている「規制裁量」論は、日本においても関心を持たれているが、未だに十分な紹介がなされていない。申請者は、このテーマを、DAAD奨学生としての留学の機会を生かし、現時点で収集可能な限りの資料に基づき検討し、ドイツ公法学における論争状況を明らかにしているのである。