The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷（三）：行政に対する司法の地位に関する一考察
Author(s)	高田，倫子
Citation	阪大法学. 2013, 62(6), p. 157-177
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60153
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷（三・完）

――行政に対する司法の地位に関する一考察――

高田倫子

はじめに
第一章　憲法における行政裁量の位置づけ――戦後の学説に見られる三類型
　第一節　司法作用の法認識への限定（以上第六二巻第二号）
　第二節　個人の権利保護としての司法
　第三節　行政―司法の機能適合的権力分立（以上第六二巻第五号）
第二章　行政―司法の権力分立に関する法的要請の探求――近時における新たな展開
　第一節　行政コントロールとしての司法
　第二節　法概念の形成における司法の独自性
おわりに（以上本号）

（阪大法学）62（6-157）1783〔2013. 3〕

第二章　行政―司法の権力分立に関する法的要請の探求――近時における新たな展開

オッセンビュールは、機能的―法的アプローチを支持しながらも、次のような留保を付していた。すなわち、機能的―法的アプローチへの同意は、その言明の高い抽象性のために容易に得られてしまう。しかし、このような抽象的レベルにおいて、具体的な日々の紛争事例を説得的かつ正当化可能な方法で決定し得る手段を獲得することはない。問題となっているのは具体的な権限配分であり、そのためには抽象的な思考アプローチではなく、事実に根ざしたトポスの形成が必要であると。(1)

しかしながら、行政と司法との間の権限配分を、具体的事実の考慮を通じてその都度確定しようとする機能的―法的アプローチの立場は、学界において必ずしも全面的に支持されているわけではない。特に近時の行政裁量論においては、行政と司法との間の権限配分を法的に確定すべきであるとの見解が見られる。換言すれば、それは、機能的―法的アプローチへの批判であると同時に、オッセンビュールとは異なるやり方での「機能適合性」の探求であると言えよう。

もっとも、このような立場をとる学説を一括りにすることはできない。これらの学説は、機能的―法的アプローチに対する批判という点では一致しているものの、行政裁量論の法的構成に関しては著しく異なっているからである。以下ではまず、行政裁量を「立法者」による行政への授権であるとする規範的授権説を紹介する（第一節）。続いて、それとは対照的に、基本法から「憲法」レベルで司法の独自性を導出し、それによって行政と司法との間の権限配分を確定しようとする見解を取り上げることとする（第二節）。

第一節　行政コントロールとしての司法

（1）　立法者による裁量授権

規範的授権説（normative Ermächtigungslehre）は、行政裁量を、立法者による行政への最終決定権限の授権と定義する。この説の要諦は、行政裁量の授権を行うのは「立法者」であることと、行政裁量が行政に対する積極的な「授権」であることの二点にある。同説の主唱者であるシュミット-アスマンによれば、行政と司法との間の「機能適合的な権限配分」は、裁判所による個人の権利保護と行政の自立性との間の曖昧な比較衡量によってではなく、「法律」によって決定されなければならないとされる。その一方で、行政裁量は、法的拘束の限界において生じる余地ではなく、行政への積極的な権限の「授権」であることが強調される。それゆえ、シュミット-アスマンは、規範的授権説を「法規範的アプローチと権力分立―国法学的アプローチ（rechtsnormativer und gewaltenteilend-staatsrechtlicher Ansatz）」という対立する立場を結びつけるものと位置づける。[2]

規範的授権説は、近時において急速に学界の支持を獲得しつつあるとされる。[3] しかし、ここにおいて対立する二つの立場が一体どのようにして結びつけられるのかということは、更なる検討を要するであろう。[4] 規範的授権説に対して頻繁に提起される疑問、すなわち立法者による行政への授権を法律から読み取ることは不可能ではないかとの問いかけは、まさにこの点に関わっていると思われる。[5] こういった疑問に対して、シュミット-アスマンは次のように答える。いつ法律の構成要件が行政への最終決定権限の授権を含むかという問題は、「解釈（Auslegung）の問題である。それは、まず法律の文言から取りかからねばならないが、さらに委任された行政官署の特別な地位、組織そして作業方法を体系的に分析・評価しなければならない」。[6] シュミット・アスマンによれば、法文における不確定法概念は、それだけで権限を分離することはできないが、発見的な意味を持っている。[7] こういった概念を端

緒として、行政機関の様々な要素が「開かれたトポスのカタログ（offener Topoikatalog）」の構成要素として、つまりそれらが単独ではなく体系的に考慮されることによって、立法者による授権が見出されるのである。[8]

（2）法の具体化の一形態としての裁量

以上のような説明にはなお議論の余地があると思われるが、[9]差し当たり規範的授権説の所論に従うと、そこには次のような法的構成が浮かび上がる。すなわち、規範的授権説においては、立法者による行政裁量の授権を行政自身が「解釈する」段階が設けられ、それによって立法者に対する行政の自立性が確保されているのである。従来の学説によれば、多かれ少なかれ法的拘束が存在する限りで、行政は規範の命じる内容に直接従うものとされてきた。これに対して、規範的授権説は、このような行政による「個々の構成要件の適用」がなされる前の段階を創出し、そこで行政が自らの「拘束プログラムの構成」を行うことを可能にするのである。[10]

シュミット-アスマンは、「裁量は『選択の自由』を意味しない。…裁量の行使も法の具体化である」[11]と述べ、それを「行政が法律の目的によって指揮されて、正しさの諸基準を衡量すること」[12]と定義するが、これも上記の法的構成の帰結と考えられるであろう。つまり、衡量決定としての行政裁量は、解釈、事実認定、包摂という法的三段論法による単純な法適用の包摂モデルとともに、行政による法の具体化の方法を形成する。後者の包摂モデルは、法の安定性を確保するために「確かに依然として重要な役割を果たす」が、それだけでは十分ではないとされ、行政が計画、規範定立やリスク評価等を行う、より複雑な状況においては、衡量という形での活動が求められる。[13]つまり、規範的授権説において、行政裁量は、「余地」や「自由」といった概念によって、法の外側に位置づけられるのではなく、行政によって選択可能な法の具体化の一形態として積極的に評価され、法的構成の内側に取り入れられているのである。

（3）制御とコントロール

シュミット-アスマンが、このように従来と異なる法的構成をとる背景には、次のような構想が控えている。すなわち、彼は、行政法学を制御学（Steuerungswissenschaft）として構成すべきであるとして、「法学は、法解釈学により個別の法規定と法制度の形を整えることで満足はできない。法学はそれらの実効性の条件にも取り組まなければならない。法の個別の構成形式は、より大きな関連性の枠組みに収めて、法が社会を秩序づける任務を果たせるように相互に調和させなければならない」と主張する。[14] というのも、従来の行政法学は、権利保護を中心とした個別的事象に目を向けてきたが、今日問題となっているのは個々人を超える巨大なシステムであり、それを法的に制御するためには個別的事象に留まらない行政法の体系的把捉が必要となるからである。[15] 先に述べた行政の自立性もまた、このような観点から次のように理解される。すなわち、行政は、個別の法適用において社会の権利・利益を配分するが、このような権利に直接関わる前の段階において、法の実効性という観点から自らの拘束プログラムを決定する内部プロセスを有している。立法者による裁量の授権があるか否かという点もまた、こうしたプロセスの中で行政が自立的に判断すべきものなのである。

このような制御の観点から把握される行政に対して、裁判所は、個人の権利保護を通じて、自立的に活動する行政をコントロールするものとされる。ここには、次のような含意がある。すなわち、先にも述べたように、従来の行政法学は、「司法中心主義」によって個人の権利保護のみに焦点を当ててきたが、このような見方が行政法全体に広がることは望ましくない。というのも、裁判手続の中心には、「特定の行政決定に対して自らの個別利益を防御して権利保護を求める個々人」がいるが、「争われる決定は、より大きな連関の中の一つの要素に過ぎず、先行する決定に規定される部分もあり、並行する決定から切り離すのがむずかしいのであるが、こうした大きな連関が

裁判手続に現れるのは、せいぜい背景としてである」からである。つまり、行政と裁判所との間には「構造的な非対称」が存在するため、裁判所は原告の権利のみに集中して過度の審査を行ってはならないのである。[16] それゆえ、裁判所には、行政の行為態様に合わせて審査を行うことが求められ、行政のコントロールという位置づけが与えられる。具体的に言えば、行政が法的三段論法に従って通常の法適用を行う場合には、それに対する完全なコントロールがなされるが、行政への裁量授権が認められる場合には、縮減されたコントロール、つまり衡量という行政決定の形態に合わせた衡量コントロールが行われることになるのである。[17]

第二節　法概念の形成における司法の独自性

(1)　法適用の理論の再構成

こうした立法者による行政への最終決定権限の授権という形で行政―司法の権限配分を説明する規範的授権説に対しては、既述のように少なからず疑問が呈されているが、最も内在的な批判はポッシャーのそれであると思われる。ポッシャーもまた、規範的授権説と同様に、機能的―法的なアプローチによらず行政と司法の権限配分は法的になされるとの立場をとるが、その基準を「立法者」ではなく、「憲法」に求める点に彼の特徴がある。

もっとも、それは、特定の憲法条文から導き出される内容に、無批判に依拠するという方法ではない。彼はまず、支配的な法適用の理論を再検討することから出発する。すなわち、今日において、法適用の際に「唯一の正しい答え」が存在しないということはもはや周知のところであり、法の適用は通常、法的ルールが確実に適用される肯定的候補（positive Kandidaten）、確実に適用されない否定的候補（negative Kandidaten）、そしてそれが不明確な中立的候補（neutrale Kandidaten）によって説明される。[18] ポッシャーは、このような法適用の理論を、それ自体とし

ては正しいと認める。しかし、特にケルゼンのように、ここから直ちにドグマーティクに対する帰結を引き出すこと[19]、つまり、中立的候補に際してはもはや法的な基準が存在しないのであるから、このような場合に行政と裁判所のどちらの判断が優先されるかを法的に決定することはできないとする見解に対して疑問を呈する。この点に関してはむしろ、行政裁量の伝統的学説が、狭義の裁量と不確定法概念とを区別し、後者において完全な司法審査を要求してきたことは正しいと言う[20]。ポッシャーは、このような法適用の理論と伝統的な行政裁量学説の一見すると矛盾する二つの命題を、古典的な「誤った推論（non sequitur）」の問題であると分析する。つまり、それは、前提も帰結も正しいが、しかし前提から帰結は導かれ得ないという状況に陥っているのである[21]。

この問題を解決するべく、ポッシャーは法適用の理論に修正を施す。すなわち、「中立的候補に法的決定要素が不足しているために、法適用決定と結びついた法定立（Rechtsetzung）はもはや特殊法学的性格（spezifischer juristischer Charakter）を持たないと推論することは、より詳細に考察すると性急であると分かる」とされ、法定立においても法学的性格が探求されるのである[22]。詳細については後で触れるが、ポッシャーは、この性格を法概念の形成にあるとみなし、それを基本法上割り当てられた司法独自の作用であると主張する。それゆえ、不確定法概念に関しては、伝統的学説と同様に、裁判所の包括的審査が要求されることになるのである。

以上のように、ポッシャーの見解は、最終的な結論において伝統的学説の説くところと同じなのであるが、双方の論拠は全く異なっている。つまり、伝統的学説は、不確定法概念における完全な司法審査の根拠として基本法一九条四項を引き合いに出すが、結局のところ司法作用は法認識に限定され、司法の独自性を明らかにすることができなかった[23]。これに対して、ポッシャーは、法適用の理論の成果に依拠して、法適用が単なる法認識ではないということを認めながらも、法定立に法学的な性格を見出すことによってそれを修正し、このような性格と基本法全体

との関連づけから司法審査の意味と態様を確定しようとするのである。

もっとも、こうした行政裁量論の構成は、ポッシャーによって初めて主張されたわけではなく、一九五〇年代後半にイェシュによって既に提示されたものであった。[24] イェシュの見解は当時から注目されていたが、[25] 師であるバホフが確立した伝統的学説と結論において類似していたためか、その意義はあまり理解されてこなかったように思われる。しかし、ポッシャーが自身の論稿の中で好意的に取り上げているように、イェシュの見解は、今日においてもなお伝統的学説とは違った意味で重要性を有していると思われる。そこで以下では、ポッシャーとともにイェシュの見解も取り上げて、法定立の特殊法学的性格について論じることとしたい。

（2）　法定立における法学的性格

イェシュは、バホフと同様に、法的効果における狭義の裁量と不確定法概念における判断余地とを区別するが、その根拠となるのは、意思行為と認識行為との相違ではない。イェシュはむしろ、法概念の適用に際しても、法適用者に一定の範囲で自由が認められるということを承認しており、この点においてケルゼンを評価している。しかし、ケルゼンが、法概念の形成においては、狭義の裁量の場合と同じく、もはや法学的な条件は存在しないという結論を導くことに対しては、異論を唱える。というのも、イェシュは、ここに法学の解釈学としての方法論の存在を認めるからである。[26]

イェシュはまず、法概念の構造分析に依拠しつつ、概念の確実な内包である概念核（Begriffskern）と、そこに含まれるか否かが疑わしい概念暈（Begriffshof）とを区別する。概念核は、いわば法秩序の足場であり、その安定性を確保する。この構造によると、不確定法概念は、概念暈が並外れて大きく不明確であり、また概念核が非常に小さいものと考えられることになる。[27] この概念核は、ケルゼンが言うところの、法適用者によって補填されるべき

法規範の「枠（Rahmen）」に当たる。ケルゼンは、この枠を完結的に確定されたものと捉えていたが、イェシュは、このような所与の確固たる枠の想定は、ケルゼンが法構造論として展開した法と裁量との関係――つまり、あらゆる法の執行に裁量が伴うという関係――を、「解釈と包摂の領域に対しては説明することができない」と言う。[28]そこで、イェシュは、概念核を固定的なものではなく、動態的なものと捉える。つまり、概念暈への適用がなされ、その内容が確定されるにつれて、核領域は拡大すると考えるのである（「核の変遷（Kernwandel）」）[29]。核領域の拡大は、概念が確実に有する内容が、その他の法学を超える基準と結びつけられることによってなされる。このような結合は、ある程度は自由になされるが、しかし従来形成されてきた概念核の延長であるという点で、自ずと方法が限定される。イェシュはこれを、解釈的決断（interpretative Dezision）と呼ぶ。[30]

このように、一定程度の自由が認められながらも、特別な方法によってなされる法概念の形成は、完全な行為選択の自由である狭義の裁量とは区別される。というのも、法概念においては概念核と法の外側にある概念の結びつきによって「法化」がなされるのに対して、狭義の裁量においては、法律学的な概念構成はもはや問題とならず、法の外側にある基準や規範を直接適用することが許されるからである。[31]

ポッシャーも、イェシュと同様に、法適用を単なる法の認識ではなく法の定立であるとしながらも、それは「非常に固有の方法論的かつ論証的な条件、つまり固有の一貫性の要請（Konsistenzanforderungen）と固有の経路依存性（Pfadabhängigkeit）」の下で作動すると言う。それゆえ、「たとえ法学的方法が、考え得る様々な論証の間の決定をあらかじめしていなくても、法適用の枠内にある法定立は、それにもかかわらず、法学的方法の枠内で許されている論拠によって根拠づけられなければならない」のである。[32]

ここから、行政裁量論の構成に関して、従来の伝統的学説における狭義の裁量と不確定法概念との区別を擁護す

るべく、次のような帰結が導かれる。すなわち、「不確定法概念の具体化のためのドグマーティッシュな法定立は、行政法上の裁量行使とは全く異なる性質のものである。一方で、不確定法概念のドグマーティッシュな継続発展が、上述の特殊法学的な論証領域の特別の法則性に従属するのに対し、行政は裁量行使に際して、――裁量の限界の枠内ではあるが――目的適合性という、まさに法学的論証の領域に翻訳することの不可能な、無定見な基準をも志向することになる」[33]。それゆえ、狭義の裁量と不確定法概念における判断余地とを一体的に捉えることは、法規範の構造理解としては正しいとしても、行政裁量学説としては認められ得ないのである。

（3）憲法全体からの司法の独自性の導出

さらに、イェシュとポッシャーによれば、法学独自の方法による法概念の形成は、行政によってもなされ得るが、憲法全体の構造に鑑みると特に司法に委ねられているとされ、そこから不確定法概念における完全な司法審査の原則が導かれることになる。

イェシュは、その理由として、憲法全体の構造を挙げている。すなわち、それは、行政と行政裁判所との間の権力分立について、行政が不確定法概念の解釈において何らかの代替可能な選択肢を挙げた場合に、裁判所がそれを尊重するというような調整（Koordination）をしていない。むしろ、基本法一九条四項は、行政裁判所による行政のコントロールを規定しており、ここから裁判所の法的見解が行政のそれに優位するという従属（Subordination）の関係を読み取ることができるとする[34]。

ポッシャーは、法概念の継続形成が特に司法に割り当てられる理由を、裁判所の組織や手続と関連付けてより詳細に説明する。すなわち、「裁判所は、歴史的、人的および制度的にみて、特別な方法でドグマーティッシュな法の継続形成を体系的に行い、その特別な要求を保つことを専門とする機構である」。例えば、このことは、基本法

九五条三項一文における一貫性、すなわち「裁判の統一（Einheitlichkeit der Rechtsprechung）」を保障するという、連邦の最高裁判所の任務から明らかになる。というのも、こうした統一的な法の発展に関しては、他のどの権力も司法のようには形成されていないからである。[35] また、裁判所は、その独立によって、直接的な政治の介入から守られている。その他にも、裁判官は例外なく法学の専門教育を受けていること、裁判所の情報システムが特別な内容的資源を備えていること、審級によって時間的資源に関する法の体系化と統一性の能力が保障されることも、このような権限配分を証明する根拠として挙げられる。以上のことから、ポッシャーは、「司法は、法のドグマーティッシュな形成に関する最終決定権によって、裁量および判断の構成要件に関して行政に割り当てられている積極的な形成余地の限界をも画する。行政の最終決定権に関する最終決定権もまた、裁判所にある」と言う。[36] もっとも、このことは、行政の判断が裁判所のそれによって全て置き換えられてしまうということを意味しない。「裁判所の行政コントロールは、常に行政の行動基準の一部分を把握するに過ぎない」。[37] つまり、行政と司法は、活動領域として重なることはあっても、その作用という観点からみれば、本来的には全く異なる独自性を持つものとして構成されているのである。

小括

以上の考察において、機能的―法的アプローチに対抗するものとして、あるいは「機能的―法的」という概念の新たな理解として、近時主張されている二つの見解を紹介した。それらはともに、行政と司法との間の権限配分について、その都度の機能適合性を超える法的基準に依拠しようとするものであったが、両見解における行政裁量論の構成は相当に異なっていた。まず、前者の規範的授権説によれば、行政と司法との間の権限配分を決定するの

は立法者であるとされた。そこでは、社会全体の法的制御というマクロな視点を行政法へ取り込むことが意図されており、行政は、立法者とともに自立的に制御を行う主体とみなされる。これに対して、司法は、個別的事象にのみ関わるものとされ、この構造上の非対称から、制御の観点からなされる行政への裁量授権を尊重することが求められる。その結果ここで司法は、行政に対するコントロールと位置づけられることになった。これに対して、後者のイェシュとポッシャーの見解では、法適用の理論の修正が、すなわち従来は法学の領域とは考えられてこなかった法の定立に法学的な方法を見出すことが出発点となる。ここから、法概念の継続形成が特殊法学的性格を有すること、またそれが、憲法上特に司法に割り当てられた権限であることが明らかとなった。確かに、司法は、行政に対して常に優位するわけではなく、目的適合的な考慮が必要となる狭義の裁量に際しては、行政の判断が尊重される。しかし、法概念の形成に関しては、原則として司法に行政の判断を覆す力が与えられるのである。

これらの見解、特にポッシャーの見解に関しては、それが最近公表されたものであるため、学界の評価は未だ確定していない。しかし、これまでの考察から明らかになったことを総合すると、規範的授権説に対しては次のような問題を指摘できると思われる。まず、そこでは、司法作用が不当に狭められているのではないかという問題がある。規範的授権説においては、社会制御という大きな連関から行政裁量論が構成される結果、個別的事象のみに関わる司法は行政のコントロールと位置づけられたが、そのような位置づけは司法独自の作用とは認められないであろう。というのも、コントロールとは、コントロールされる対象との関係において果たしうる機能、つまりここでは行政との関係における司法の役割の表現であり、司法独自の作用ではないからである。(38) さらに、このような問題をいったん傍へ置くとしても、立法者が行政と司法との間の権限配分を自由に形成できるとするその主張は、憲法と整合しないのではないか。この点について、シュミット-アスマンは、基本法一九条四項の裁判所による実効的

権利保護の要請に基づき、「法適用の完全なコントロール」が「基本型」であり、「行政への最終決定の授権が認められる場合の縮減されたコントロール」は「例外」であると述べている。[39] しかし、規範的授権説によれば、行政に裁量を授権するのは立法者であるのだから、行政と司法との間の権限配分については立法者が自由に決めてよいということになり、ここに憲法上の要請を持ち出して原則―例外公式を当てはめることは矛盾するように思われる。イェシュとポッシャーが述べているように、司法の内容は憲法によって決定されていると考えるならば、立法者であろうと行政であろうと、その内容を変更することはできないはずである。[40] 基本法が、権力分立原理においてそれぞれの権力を独自のものとして構成しているのだとすれば、少なくとも基本法との整合性という観点からは、イェシュとポッシャーの説示が適切であると思われる。

おわりに

ドイツ法の要約

本稿は、行政に対して司法が憲法上いかなる地位を有するかということを、戦後ドイツ行政裁量論の展開に即して考察した。ドイツ基本法の制定は行政法学に多大な影響を及ぼし、行政裁量学説はこれを積極的に受容しようとしたが、詳細にみるとその受容の仕方は一様ではなかった。つまり、そこでは、様々な行政裁量学説が、行政と司法との間の権限配分に関して異なる理論を展開していたのである。

これによって、しばしば語られるドイツ行政裁量論の特徴、すなわち、ドイツは諸外国と比較して裁判所の統制密度が高く、その際に基本法一九条四項から導かれる包括的な司法審査の原則が重要な役割を果たしているという説明は表面的であり、行政裁量学説と憲法との間のダイナミックな関係を全体として捉えるものではないというこ

とが分かるであろう。本稿の考察からはむしろ、ドイツ法において、行政作用に対する司法作用の独自性の確立は容易ではなかったということが明らかになった。まず、伝統的学説は、基本法一九条四項の意義を重視したにもかかわらず、司法作用は行政作用と異なり、法の認識にとどまるものとされた。これに対して、近年の有力説は、司法による法形成を認めたが、それと行政の法形成との相違については確定し得なかった。そこではむしろ、機能的―法的なアプローチが、つまり各機関の果たす機能をその都度考慮して、行政と司法との間の権限配分を柔軟に決定することが望ましいと考えられたのである。それゆえ、個人の権利保護を司法独自の作用と考える見解と、機能的―法的アプローチを批判し、行政と司法との間の権限配分を法的に確定しようとする近時の学説の展開を除けば、ドイツでは裁判所の高い統制密度が達成されてきたにもかかわらず、司法作用の独自性は積極的に論じられてこなかったのである。

以下では、本稿の考察において取り上げた行政に対する司法の考え得る独自性をそれぞれ簡潔に要約し、検討することとしたい。

第一に、個人の主観的権利の保護は、たとえそれが司法の重要な機能であるとしても、行政に対する司法の独自性とはなり得ないことが明らかになった。つまり、主観的な法秩序観に基づいて、行政に対する司法の優位を導こうとした見解は、行政もまた主観的権利の形成に貢献し得るという反論を前にして、それが司法作用を特徴づけるメルクマールであることを論証し得なかったのである。イェシュは適切にも、個人の権利保護は司法作用の第一次的なメルクマールではないということを指摘していた。[41] というのも、確かに裁判所は、個人の訴訟提起によって初めて機能するが、そのような実際の訴訟提起とは別に司法作用は常に観念し得るのであり、それこそが司法のメルクマールとされなければならないからである。

第二に、立法者による行政への最終決定権限の授権によって行政裁量を承認しようとする規範的授権説は、機能的―法的アプローチと異なり、行政と司法との間の法的な権限配分を要請した。規範的授権説に対しては、立法者による授権を法律から読みとることができるのかという疑問が提起されていたが、これを措くとしてもなお、行政と司法との関係が一方的に確定されてしまうという問題がある。つまり、この説によれば、社会の法的制御という大きな連関のうちにある行政に対し、個別的事象にのみ関わる司法は、行政に対するコントロールという従属的地位に置かれることになる。しかし、このような位置づけは、司法の独自性とは認め得ないであろう。この点に関して、規範的授権説は、行政に裁量を与えるのは立法者であるということを重視しているように思われる。しかし、たとえ立法者であろうと、行政と司法との間の権限配分を自由に決定できるとすることは、基本法と適合しないのではないか。なぜなら、基本法自身が司法を独自の作用として構成しているのだとすれば、そのような決定は、立法者や行政によって拘束されないはずだからである。

最後に、イェシュとポッシャーの見解は、基本法の権力分立構造の中で行政に対する司法の地位を的確に捉えているという点で、評価し得ると思われる。それは、法的効果の側の狭義の裁量と不確定法概念における判断余地との区別を要求するという点で、伝統的学説と類似しているが、他方でそこでは、伝統的学説に欠けていた司法作用の独自性が明確化され、司法審査のより説得的な論拠が示された。また、この見解は、法適用の理論と行政裁量学説との間に生じていた齟齬を解消するという意味でも、興味深いと思われる。つまり、ケルゼンの見解を始めとして、今日における支配的な法適用の理論によれば、あらゆる法の適用は法の定立と結びついているが、そこにはもはや法学上の基準は存在しないとされる。これに対して、イェシュとポッシャーは、法の定立にも特殊法学的な性格を承認し、法概念の継続的な形成にそのような性格を見出したのである。近時ドイツにおいては、ケルゼンの理

論を再評価しようとする傾向が見られ、本稿で紹介した立場もこうした潮流の中に位置づけられよう。もっとも、ケルゼン理論を権力分立論において発展的に展開しようとする見解は他にも見られるところであり、[42] イェシュとポッシャーの見解は、他の見解と比較しつつさらに検討される必要があろう。

日本法への示唆

最後に、以上のドイツ法の考察から、日本法に対していかなる示唆が得られるかを検討しておきたい。

まず、日本国憲法下において、行政と司法との間の権限配分がいかに決定されるべきかという問題について検討する。この点について、伝統的通説である田中博士の見解は、「法の趣旨目的の合理的解釈」により行政への裁量付与を認めるというものであった。[43] しかし、そこでは、「法を適用することそのことが行政の目的ではなく、法の適用を通して、ある結果を実現することがその目的であり、行政はその目的に即して、総合的・統一的・継続的に行われるべきものであって、個別的・具体的な法律上の争訟に法律を適用し、もって紛争の解決にあたることを使命とする裁判所にとっては、一般に親しみがたい機能である」という叙述からも明らかであるように、司法に対する行政の優越を認める傾向がかなり強かった。[44] これに対して、その後の学説においては、伝統的通説の立場を出発点としつつも、行政だけではなく司法の機能も積極的に評価し、両者の間の適切な権限配分を達成しようとする機能的―法的アプローチが有力になっているように思われる。[45] しかし、いずれにしても、次のような疑問を免れることはできないであろう。すなわち、司法権の内容は憲法によって定められているのではないか、そうであるとすれば、たとえ法律によろうとも、際限なく行政に裁量を与えることはできないのではないかという疑問である。[46] この点に関して、本稿で取り上げたイェシュとポッシャーの見解は、非常に有益な示唆を与えるように思われる。す

なわち、それは、目的的に行動する行政に対して、「単なる法律の適用」と定義されてきた司法に、その独自性、すなわち法概念の形成における特殊法学的な性格を与えるものであったからである。確かに、ドイツと日本では、裁判制度に異なる点があり、安易な比較はできないが、ポッシャーの言う裁判の一貫性という性格は、憲法七六条に従って、最高裁判所を頂点とし、その独立が強く保障されている日本の裁判所に対しても十分に認め得るのではなかろうか。

また、イェシュとポッシャーは、こうした司法の独自性に従って、法的効果における狭義の裁量と、不確定法概念における判断余地とを区分し、後者においては原則として司法の法形成が行政のそれに対して優位するという行政裁量論の構成を提示した。現在の日本の学説において、不確定法概念と狭義の裁量との区別は、それ程なじみがないように思われるかもしれない。しかし、例えば小早川教授は、「一定の論点について法が基準を与えていないという場合における行政庁の裁量（広義）」と「案件についての判断が立法上の要件効果規定の適用により完結するはずではあるが、当該規定中に不確定概念が用いられて、その適用にあたって何らかの微妙な要件判断が必要になるという場合」とを区別し、後者の「要件効果規定」の解釈適用はもともと法律問題であり、このことは「不確定概念が使用されていても原則としては変わらないものと考えられる」としている。[47] イェシュとポッシャーが展開した理論は、このような行政裁量論の立場を後押しするであろう。つまり、それは、「裁量問題」と「法律問題」という狭義の裁量と不確定法概念との区分のメルクマールに対して、憲法レベルからより説得力のある根拠を提供することができると思われる。

本来ならば、ここでより具体的な問題を取り上げて、不確定法概念における司法の法形成がどのようになされるかを展開すべきであると思うが、ここでは理論的提示にとどめて、残された課題については他日を期すこととした

い。

〔付記〕　本稿は、平成二四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）　*F. Ossenbühl*, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in : FS für K. Redeker, 1993, S. 66.

（2）　*E. Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4, in : Maunz/ Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, Rn. 180.

（3）　規範的授権説に対する学界の評価については、*H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §7 Rn. 34 ; *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum : Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren — Versuch einer Modernisierung, 2001, S. 73f.

（4）　*M. W. Nell*, Beurteilungsspielraum zugunsten Privater, 2010, S. 156 は、規範的授権説の本質をなす基本的見方が明らかにされないまま、同説に対して賛同がなされていると指摘する。

（5）　Vgl. *C. Koenig*, Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht, VerwArch 1992, S. 367, 370 ; *Maurer*, a. a. O. (Fn. 3), §7 Rn. 34.

（6）　*Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 187.

（7）　*Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 184.

（8）　*Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 187.

（9）　本章第二節で取り上げるポッシャーは、規範的授権説において授権は装飾としての機能しか持たず、裁量の根拠と限界は、最終的に機能の考察から生じるとの批判を投げかけている。Vgl. *R. Poscher*, Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung — zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in : FS für R. Wahl, 2011, S. 550 (Fn. 82).

（10）　*E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, Kap. 2 Rn. 15ff.　なお本文中の訳は、同書の邦訳であるエバーハルト・シュミット-アスマン『行政法理論の基礎と課題――秩序づけ理念としての行

政法総論』（東京大学出版会、二〇〇六）〔太田＝大橋＝山本訳〕に従った。

（11） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 49.

（12） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 50.

（13） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 1 Rn. 48ff., Kap. 2 Rn. 16, Kap. 4 Rn. 54ff.

（14） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 1 Rn. 33. 一九九〇年代以降、シュミット-アスマンをはじめとする多数の論者が、法に実効性の観点を取り込むための行政法改革を提唱し、有力な議論の流れを形成した。その代表的作品として、vgl. Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts — Grundfragen, 1993.

（15） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 1 Rn. 28, 38.

（16） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 73.

（17） *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 61ff. 従来は計画法において展開されてきた衡量コントロールを、行政裁量の際の一般的な審査モデルとして確立しようとする見解として、*M. Gerhardt*, § 114 Rn. 4ff., in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/ Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 1997.

（18） *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 529.

（19） *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 351.

（20） *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 529ff.

（21） *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 532.

（22） *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 533.

（23） 本稿第一章第一節「司法作用の法認識への限定」（阪大法学六二巻二号四九六頁以下）を参照。

（24） イェシュについては、遠藤博也「イェシュにおける憲法構造論（一）——憲法と行政法の関連に関する一考察——」同『国家論の研究——イェシュ、ホッブズ、ロック』（信山社、二〇一一）三頁以下を参照。イェシュの行政裁量論は、行政—司法の地位秩序を基本法制定による憲法の構造転換に即して説明しようとしたものであり、立法—行政の関係を論じた法律の留保論とともに、彼の憲法構造論の双璧をなすものと位置づけられよう。

(25) 市原昌三郎「社会科学の現況と反省：戦後の西ドイツ公法学」一橋論叢四四巻四号（一九六〇）四八七頁以下、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、一九九〇）一五頁以下を参照。

(26) *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 57 (Fn. 95).

(27) *D. Jesch*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 1957, S. 176f.

(28) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 27), S. 172 (Fn. 36).

(29) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 27), S. 183.

(30) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 27), S. 184f.

(31) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 27), S. 208f.

(32) *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 534. ポッシャーはここで、法学的に許されない根拠付けの例として、「日常政治的あるいは経済学的根拠」を挙げている。彼によれば、法適用の枠内での決定は、「規則の意味および目的、その由来、体系的連関、あるいは法規定の歴史によって、根拠づけられなければならない」。なぜなら、法学の「ドグマーティッシュな法の継続形成（dogmatische Rechtsfortbildung）は、政治的あるいは経済学的な文脈から下される決定とは全く異なる、過去および将来の決定に関する一貫性の要請の下にある」からである。

(33) *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 538.

(34) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 27), S. 236f.

(35) *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 536 ; *ders*, § 8 Funktionenordnung des Grundgesetzes, in : Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., Rn. 61.

(36) *Poscher*, Funktionenordnung des Grundgesetzes (Fn. 35), Rn. 51ff, 61.

(37) *Poscher*, a. a. O. (Fn. 36), Rn. 62.

(38) コントロール自体は作用ではなく、あらゆる決定の構造要素にすぎないとして規範的授権説を批判する学説もある。Vgl. *M. Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 59f. コントロール概念については、vgl. *W. Krebs*, Kotrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 40f. クレップスの紹介として、柴田尭史「『公法』におけ

るコントロール概念（二）」阪大法学六〇巻一号（二〇一〇）一四四頁以下も参照。

(39) *Schmidt-Aßmann*, a. a. O. (Fn. 10), Kap. 4 Rn. 61ff.

(40) *Poscher*, a. a. O. (Fn. 9), S. 549ff.

(41) *Jesch*, a. a. O. (Fn. 26), S. 98 (Fn. 118). イェシュと対照的に、個人の権利保護を行政訴訟の第一次的な意味とするのは、*K.-A. Bettermann*, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in : ders./Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbband, 1959, S. 783 (Fn. 13).

(42) 例えば、*C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 82ff, insb. S. 84 (Fn. 98).

(43) 田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第二版〕』（弘文堂、一九七四）一一八頁。

(44) 田中二郎「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）二一頁。

(45) 原田尚彦「行政裁量論雑感」兼子＝宮崎編『高柳信一先生古稀記念論集　行政法学の現状分析』（勁草書房、一九九一）一九三頁以下は、「行政作用と司法作用の機能分担」について言及している。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）一二頁はより明示的に、「司法の限界だけを強調するのではなく、行政手続および裁判手続の対象の性質および稼働能力を綿密に分析し、それらの全体を総計算しなければならない」とする。

(46) 本稿の「はじめに」で既に触れた、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――」『法学協会雑誌百周年記念論文集　第二巻』（有斐閣、一九八三）三五六頁のほか、村上裕章「憲法と行政訴訟――両者の関係についての一試論――」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、二〇〇七）二〇頁もまた、「司法審査を法律によって排除することが許されるのか、そこには憲法上何らかの制約がないのか、法律にそのような趣旨を読み込むのは擬制に他ならないのではないか」との問題を提起する。塩野宏『行政法Ⅰ〔第五版〕』（有斐閣、二〇〇九）一一九頁以下は、機能的アプローチを一定程度評価していると思われるが、他方でそれが三権分立との関係でどのように正当化され得るかは、かなり困難な問題であると指摘する。これに対して山本・前掲注(45)一二頁は、「機能分節という意味の権力分立原理も、憲法に基づく法原理として、より積極的に法律解釈論に組み込むことが許されると思われる」と応答している。

(47) 小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（弘文堂、二〇〇五）二〇〇頁。同『行政法講義下Ⅰ』（弘文堂、二〇〇二）二六頁以下も併せて参照。