



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 (一) : 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. 2012, 62(2), p. 291-314
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60155
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（一）

——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（以上本号）

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

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

(一) 問題の所在

本稿は、行政に対する司法審査を、憲法学的観点から考察するものである。その際、本稿は特に、行政裁量による司法審査の制約という問題を取り上げて、その憲法学上の位置づけを検討の対象としたい。このような試みは、次の問題意識に由来している。

行政裁量はこれまで、専ら行政法学において論じられてきた。そこで議論の中心となってきたのは、いかなる場合に、いかなる範囲において司法が行政活動をコントロールすべきかということであり、およそ行政裁量が存在するか否かという問題が、殊更に取り上げられることはなかったように思われる。しかしながら、行政裁量の承認による司法審査の制約は、憲法上決して自明のこととはいえないであろう。すなわち、日本国憲法七六条一項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」ことを、また同条二項後段は、「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」ことを定めている。さらに、憲法八一条によれば、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」とされ、ここでは当然に、行政処分の違法性判断一般について裁判所が権限を有するということが前提になっていると解される。従って、以上の規定にもかかわらず、行政裁量の承認により、司法判断に対する行政判断の優位を認めようとすれば、それが憲法学上に説明され得るかが解明されなければならないのである。

このような行政裁量の憲法学的考察の必要性は、我が国の行政訴訟における司法審査の状況に目を向けるときに、よりいっそう明らかになるであろう。すなわち、我が国においては伝統的に、行政裁量が比較的容易に認められる

傾向にあり、行政に対する司法審査の消極性が問題とされてきた。このような問題が生じた原因の一端は、従来の行政裁量論において、司法に対する行政の独自性が一方的に強調されてきたことにあるのではなからうか。つまり、後に詳論するように、司法審査が行政活動に対して独自の意味を有するものと考えられてこなかったために、行政裁量の承認によって司法審査の限界を容易に導き得るような法的構成が採られてきたのではないかと思われるのである。しかし、このような行政裁量論の構成が、憲法に照らして許されるかどうかは、検討を要するであろう。従って、これまでの行政裁量論における司法審査の位置づけを明らかにし、それが憲法学的観点から適切であるかを問い直すことは、理論的に必要であるばかりではなく、個々の事例における司法審査の具体的な在り様にとっても無関係ではないといえよう。

以下では、行政裁量の憲法学的考察という本稿の課題設定の意義をより明確にするために、これまでの学説の展開を展望しながら、それとの比較において本稿の課題を敷衍することとしたい。

(二) 従来の学説

憲法学説 行政事件における訴訟法上の問題点は、かねてより憲法学によって指摘がなされてきた。すなわち、戦前においては、明治憲法六一条「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」の規定を受けて、行政裁判法により司法裁判所と系列の異なる行政裁判所が設置されていた。こうした制度の背景として、行政裁判所の活動は行政権の一部に属するとの理解が存在していたことは、よく知られている。⁽¹⁾これに対し、日本国憲法下においては、行政裁判制度が廃止され、憲法七六条および八一一条に従って、行政事件は民・刑事事件とともに司法裁判所の管轄下に置かれることとなった。現行憲法において、行政事件が司法権に含まれることについて学界に異論は

なく、広い司法権の理解は、行政法学においても一応は受容されることとなった⁽²⁾。しかし、それにもかかわらず、行政法学の通説は、行政事件に関して民事事件と異なる特殊な論理を展開し、行政作用に対する司法審査の限界を容易に認めてきたのである⁽³⁾。このような行政法学の状況に対して、憲法学は、憲法上の司法権概念と行政法上のそれとの懸隔を指摘することによって、あるいは憲法三二条の「裁判を受ける権利」を根拠として、訴訟法の在り方を憲法レベルで論じる可能性を探ってきた。行政事件訴訟法が二〇〇四年に改正されたのを機に、議論は当面の収束をみたが、こうした憲法学的考察の存在と意義は、学界において広く認められるようになったといえよう⁽⁶⁾。

しかしながら、行政訴訟に対する爾来の憲法学的考察は、訴訟の入口と出口、すなわち訴訟要件および訴訟類型ないしは判決における救済の方法に集中し、実体判断の段階に関する議論に乏しかったように思われる。その理由は、次の点にあるのではなからうか。すなわち、第一に、これまでの憲法学説の主たる関心は、実体法としての憲法規定、特に基本的人権を保障することにあつた⁽⁷⁾。従つて、実体判断の段階においては憲法解釈論が展開されることになり、行政訴訟の憲法学的考察は、付随的違憲審査制の下で、憲法訴訟が行政訴訟として成立することを論証せざるを得ない範囲に留まつたのである。第二に、より根本的な理由として、実体行政法の解釈は行政法学に委ねられるべきであり、憲法学的観点からその是非を問うべきものではないとの考えを指摘できよう。つまり、原告適格や執行不停止等の、いわゆる訴訟手続は、裁判を受ける権利あるいは司法権によつて保障されるべき内容として憲法学的に論じることができるとして、そのような手続が実現するべき実体行政法は、手続法とは別個に存在する行政法学固有の問題とみなされたのである⁽⁸⁾。ここで、実体法と手続法の関係如何について深く立ち入る準備はない⁽⁹⁾。また、このような分析によつて、実体法解釈論の意義を否定しようとするわけではない。しかし、法の解釈が、予め存在する実体法の内容を確認するだけでなく、構成的要素をも含むとすれば、個々の法内容を超えて解

釈の方法を論じることが可能であり、そのような方法に関して憲法学的観点から考察を加えることもできるであろう。¹⁰ 以上を要するに、本稿において取り扱われる対象は、いわゆる憲法訴訟ではなく、通常の行政訴訟であり、また個々の実体行政法の解釈論ではなく、行政に対する司法審査の態様一般の憲法学的考察である。

このような考察を行う場合に課題となるのは、行政裁量による司法審査の制約を憲法上いかに理解するかということであろう。ここで、行政裁量の憲法学的考察は、裁量論における実体法と訴訟法との交錯をどのように捉えるかに懸かっていると思われる。すなわち、かつて「行政庁の自由裁量に属する問題」は、法の適用の問題ではなく、特定の行政固有の領域に関して裁判所の管轄権を排除する、訴訟要件の問題と捉えられていた。¹¹ しかしその後、行政裁量の有無は、実体判断において見出されるべきものと解されるようになる。つまり、あらゆる問題に関して、行政と司法はともに法の適用を行うことが認められるようになったのである。¹² このような学説の発展は、法治国家原理の貫徹という点から適切であったと言い得るが、それと同時に行政裁量の憲法学的位置づけはいっそう困難になった。つまり、行政と司法がともに法の適用を行うという前提の下で、なお行政に裁量が承認されるとすれば、両者の相違をどこに求め得るかという問題が新たに浮上するのである。要するに、行政裁量の憲法学的考察においては、実体法の解釈という点では差し当たり同様のものと位置づけられる行政作用と司法作用に、憲法上何らかの差異が設けられているかということが問われなければならない。

確かに、行政裁量の憲法学的考察の可能性と必要性については、学説において夙に指摘がなされており、「裁量論が法治国原理、権力分立、権利保護といった憲法の基本原理にかかわる」という認識は、一定程度共有されてきたといえよう。¹³ しかし、これら憲法上の諸原理のなかで、行政裁量がどのように位置づけられるかということが十分に説明されてきたとは言い難く、上記のような問題提起に対して、これまでのところ満足のいく答えが提出さ

れてはいないように思われる。⁽¹⁴⁾

こうした憲法学的考察の不足は、行政裁量論に対して批判的視点を提供し得ないという点でよりいっそう問題となる。以下ではこのことを踏まえて、行政事件が司法権に含まれることを明示する日本国憲法下において、行政裁量学説がどのように展開してきたかを概観し、その問題性を別決することとしよう。

行政法学説 戦前の伝統的な行政裁量学説において、行政に対する司法審査の在り方は、行政行為の種類に従って決定されてきた。すなわち、行政行為はまず、法的拘束との関係において「**羈束行為**」と「**裁量行為**」に区分され、後者の「**裁量行為**」はさらに、司法審査が及ぶか否かに従って「**羈束裁量行為**」と「**自由裁量行為**」に分類される。この「**自由裁量行為**」と「**羈束裁量行為**」の区分の仕方に関して、学説において対立があったことは周知のところである。すなわち、佐々木博士は、行政活動一般の「**終局の標準**」である公益概念と、個々の行政活動に特有の「**直接の標準**」とを区別し、後者についてはそれが法によって定められている場合に自由裁量を否定した。⁽¹⁵⁾これに対して美濃部博士は、いわゆる美濃部三原則に従って、法律の要件について自由裁量を拒絶すると同時に、行政行為が人民の権利を侵害する場合に司法審査は排除されないとの立場をとった。⁽¹⁶⁾もっとも、両者は、司法による法的拘束の発見を承認するという点で共通しており、この意味で、「**羈束裁量行為**」というカテゴリーは、「**伝統的行政法学の内部において積み重ねられた、解釈論上の努力の一つの結晶**」⁽¹⁷⁾であったと評される。

これに対して、戦後の通説的見解を唱えた田中博士は、「**羈束裁量行為**」と「**自由裁量行為**」の区分を、「**もっぱら裁判所の審理の対象から除外される範囲を具体的に明確にしようという法技術的・実的要請に因應するため**」⁽¹⁸⁾であると理解した。田中博士は、「**羈束裁量行為**」を「**法が、近代法治国家の原則に照らし、事柄の性質からいって、……一般法則性を予定している場合**」であると、それに対して「**自由裁量行為**」を「**法が、行政の目的に照らし、**

行政庁の政治的裁量又は技術的裁量を許容する趣旨である場合」と定義する。しかし、両者の区別は、佐々木博士や美濃部博士と異なり一義的ではなく、結局のところ「法の趣旨目的の合理的解釈」によってなされることとなった。⁽¹⁹⁾ このような司法審査の範囲の機能的・合目的決定は、学説・判例において広く受け入れられ、「羈束裁量行為」と「自由裁量行為」という類型の相対化をもたらしたといわれる。⁽²⁰⁾ このような相対化の受容の背景には、次のような事情があった。⁽²¹⁾ 第一に、それは、現代における行政任務の拡大、またそれと同時に行政活動の専門技術性の増大に適合していた。つまり、伝統的学説によれば、公益概念の捉え方に争いはあったものの、それ以外の法概念の解釈については司法審査が完全に及ぶことで一致していた。しかし、複雑な現代行政においては様々な領域で裁量が必要であるとされ、法概念の解釈においてもその有無を柔軟に判断するやり方が望ましいと考えられたのである。第二に、裁量権の踰越・濫用審査の確立もまた、裁量概念の区分に相対化をもたらす要因となった。つまり、伝統的学説によれば、行政の自由裁量行為は完全に裁判所の審査の外側に置かれていたのに対して、行政事件訴訟法三〇条が定める裁量権の踰越・濫用の法理によって、あらゆる行政行為に一応は司法審査が及ぶということが確認されることとなったのである。

このような流れを受けて、学説および判例の議論の重点は、行政に一定の自由を認めながらも、それを司法によってどこまでコントロールすべきかというに移行した。ここでは、最小限の司法審査である裁量権の踰越・濫用審査よりも踏み込んだ審査方法が模索され、今日では中間密度型の審査方法として判断過程審査が一般的に認められるようになっていた。⁽²²⁾ 司法審査の範囲は以前に比べて拡大され、確かにそのこと自体は好意的に受け止められるであろう。⁽²³⁾ しかしながら、一連の議論において、行政裁量によって司法審査が制約されることは、問題とされていないように思われる。つまり、そこでは、行政裁量の有無ではなく、その程度のみが問われているのである。

しかし、程度の差を問わず、およそ司法審査の制約は、憲法學上認められ得るかという問題は、未だ残されたままであるように思われる。特に、機能的・合目的の観点から容易に司法審査が制約される場合、このような疑問はいつそう強まることになるであろう。この点について、小早川教授は適切にも次のような問題提起をしている。すなわち、「裁判所に属すべき『司法権』の内容は憲法によって完結的に定められているのか、それとも法律によって新たな制限がもたらされる余地もあると解すべきか」との問いである。⁽²⁴⁾ 田中博士によれば、「法の趣旨目的の合理的解釈」によって行政裁量が承認されることになるため、そこにおいて憲法上の拘束は想定されておらず、それゆえに「裁量問題が無際限に拡大することに対する解釈論上の確実な歯止めは見出されえない」ことになるのである。⁽²⁵⁾

本稿は、こうした問題意識から、行政裁量の承認によって司法審査が制約されることそれ自体を憲法學上の問題として取り上げようとするものである。つまり、限定された司法審査を出発点としてその程度を論じるのではなく、こうした議論の前提として、行政に対する司法審査が憲法學上どのような意味を持つのか、またいかなる理由によってその制約が認められるかを問うのである。

(三) 検討の方法と順序

以上のように行政裁量の憲法學的考察を課題とするときに注目に値するのが、ドイツの議論である。というのも、ドイツにおいて行政裁量は、日本とは対照的に、憲法が定める司法審査の態様の問題として論じられてきたからである。すなわち、ドイツ基本法一九九四項一文は、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途 (Rechtsweg) が開かれている」と規定し⁽²⁶⁾、同条項の「裁判所への途」は、現実に保障された、実効的なものでなければならぬと解されている。この裁判所による権利保護の実効性の要請は、先行する行政手続の形

成のほか、裁判所の組織と手続、そして実体判断の際の態様にも及ぶ。この司法審査の態様、すなわち「統制密度」の問題に関して、学説および判例は、「法的小よび事実的観点における、国家措置の完全な事後審査」の原則を認めてきた。⁽²⁷⁾

こうしたドイツと日本の議論レベルの相違は、それとして興味深い。もつとも、基本法一九条四項の解釈論のみを取り出して考察対象とすることは、適切ではなからう。第一に、それは日本法との比較を困難にする。確かに、日本国憲法三二条に、基本法一九条四項との文言上の対応関係を見出すことは可能であろう。しかし、同様の文言の下で、なぜドイツでそのような解釈がなされるかを理解しなければ、日本国憲法にそれを援用する積極的意義には乏しいであろう。つまり、法の比較に際して、基本法一九条四項の解釈論は、その背景をなす基本法全体の文脈から切り離し得ないように思われる。⁽²⁸⁾ 第二に、それはドイツ法の認識の精確さという点でも問題であろう。戦後のドイツ行政法にとって基本法が大きな意味を持ち、行政裁量学説においても基本法一九条四項が重要な役割を果たしてきたことは疑いを容れない。もつとも、同条項から導かれる完全な司法審査の原則をいわば教条化し、行政裁量論を固定的に理解することは適切ではなからう。ここでも、第一点目と同様に、基本法一九条四項の基本法全体における位置づけが重要になる。それによって、基本法と行政裁量論との連関は、歴史性および多岐性において捉えられることになるであろう。行政に対する司法審査の意味は、基本法制定と同時に確定されたのではなく、行政裁量学説が展開される過程において不断に問い直されてきたのである。⁽²⁹⁾

それゆえ本稿は、ドイツにおける行政裁量論と憲法のダイナミックな展開を視野に入れて、まずは戦後の行政裁量学説に看取される行政裁量の憲法上の位置を考察し、法治国家原理・個人の権利保護・権力分立という三つの類型を提示する。そのうち、行政と司法との間の権力分立の問題として行政裁量を位置づけることが、現在では一

一般的に認められているものの(第一章)、行政と司法の権限配分の方法には一致が見られず、ここにおいて近時新たな学説が展開されていることが注目される(第二章)。こうした動向を踏まえつつ、行政に対する司法作用の独自性が確立されるか、されるとすれば、それは何に求め得るかということについて最後に検討し、日本の行政裁量論への若干の示唆を見出すこととしたい(おわりに)。

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二類型

第一節 司法作用の法認識への限定

ドイツの公法学者で、当時連邦行政裁判所の長官であったフリッツ・ヴェルナーは、「具体化された憲法としての行政法」と題する講演を一九五九年に行った⁽³⁰⁾。この演題に対してよく引用されるのが、一九二四年にオットー・マイヤーが著書の前書きに記した「憲法は消え去り、行政法は残り続ける」という言葉である⁽³¹⁾。ドイツ公法学は、両者の対比を以て、行政法の基本法への従属性を語ってきた。マイヤーが主に活躍した立憲君主制下において憲法と行政法との間に相関関係がなかったわけではないが、一九四九年に制定された基本法は、憲法の優位(Vorrang des Verfassungsrechts)を決定づけるものであり、その限りでそれ以前の憲法からはおよそ区別されるといわれる⁽³²⁾。基本法は、行政に対しても直接妥当することとなり、行政法学がこの妥当の重みをどのように受け止めるかが必然的に問題となった。

新たな憲法への対応は、一九五〇年代の行政裁量学説のなかに早くも見出すことができる。基本法一九条四項は、戦前における「執行権の独裁(Selbsterhchkeit)」に対する反省として定められ⁽³³⁾、当時の有力な学説は、その意義を尊重するべく、行政に対して司法審査が包括的に行われることを承認した。その結果、行政に認められる自由

な領域は限定されることとなったが、ここで注目すべきは、司法審査の問題が常に、立法者による行政の法的拘束とともに語られていたことである。つまり、包括的な司法審査の原則は、法治国家原理および行政の法律適合性原理の貫徹という文脈においてのみ捉えられ、それ以上の意義を有するものではなかったのである。以下では、当時の学説の分析によってこのことを論証し(第一款)、そこで前提とされている、行政に対する司法審査の意味を明らかにする(第二款)。

第一款 基本法下における法治国家原理の貫徹

(一) 一九五〇年代における行政裁量学説の状況

ドイツ行政裁量論において、裁量 (Ermessen) は、法的効果における行政の自由のみを指すものとされる。つまり、「*die erlauben (können)*」あるいは「*erlauben (dürfen)*」といった文言によって、法的効果の面で行政に認められる行為選択の自由が裁量と呼ばれ(以下、狭義の裁量と表記)、構成要件において生じる行政の自由は、裁量とは基本的に区別される。⁽³⁴⁾ このような学説の展開を決定づけたのは、構成要件における不確定法概念 (unbestimmter Rechtsbegriff) をめぐる一九五〇年代の論争であった。

歴史的にみると、裁量と不確定法概念の区別の端緒は、一九世紀後半に遡る。すなわち、当時のオーストリアおよびドイツ諸邦においては、ベルナチクの要件裁量説とテツナーの効果裁量説とが、「自由裁量の本質」をめぐって対立していた。⁽³⁵⁾ 行政の完全な自由を意味する裁量に対し、不確定法概念はあくまでも法概念であるため、全面的に司法審査に服するとするテツナーの見解は、次第に当時の実務にも影響を与えるようになり、裁判所は不確定法概念について審査を及ぼすようになる。⁽³⁶⁾ もっとも、ドイツにおいて、このような狭い行政裁量の理解が、その後徹

底されたわけではなかった。基本法定後においても、法概念の不明確さによって行政に何らかの自由が認められるか、またそれが認められるとすれば、狭義の裁量と同視され得るかということについて、見解の一致は見られなかったのである。

一九五〇年代において特にこの問題が争われたのは、戦後の行政裁判所法において概括条項が採用されたことに伴い、行政裁量が行政と裁判所との関係を決する重要な問題として浮上したためであった。さらに、この当時、裁量権の逸脱・濫用審査を定める行政裁判所法一四条の改正が検討されていた。すなわち、改正案においては、裁量の場合と同様に、不確定法概念に関しても司法審査が限定的にしかなされないことが明記されていたのである。⁽³⁷⁾ 学説・判例においては、このような考え方と軌を一にして、法的効果の側のみならず、不確定法概念においても行政への裁量授権を認める有力な見解が存在した。⁽³⁸⁾ その一方で、一切の法概念について行政の自由を否定し、裁判所による完全な審査が可能であるという立場もまた少なからず支持されており、不確定法概念をめぐる論争は未だ決着をみていない状況であった。このような対立の中で、両者を折衷するかのようない見解が、新たな説として登場する。この説は、不確定法概念において行政に自由が認められる場合を承認しつつも、そのような自由を法的効果における狭義の裁量とは異なる性質のものとして位置づけ、判断余地 (Beurteilungsspielraum) と名付けた。⁽⁴⁰⁾ この判断余地説と呼ばれる学説は、その後通説としての地位を獲得し、狭義の裁量と不確定法概念における判断余地というドイツにおける二重の行政裁量論の形成に先鞭をつけることとなった。⁽⁴¹⁾

(二) 包括的な司法審査の原則の受容

判断余地説は、不確定法概念において常に完全な司法審査が可能であるとする説とは異なり、そこにおいて行政に一定の自由が生じることを承認する。しかし、両説は、狭義の裁量と不確定法概念とを区別し、しかもその区別

の基礎に、基本法一九条四項に基づく包括的な司法審査原則を結びつけようとする点において、一致が見られる。以下ではこの点に着目しつつ、これらの見解の代表的な論者を取り上げて、そこにおいて包括的な司法審査の原則がどのように受容されているかを確認したい。

まず、全ての法概念につき完全な司法審査を要求する見解として、ロイスの説を挙げることができる。ロイスは、「法規範の『構成要件』は、純粹に認知的な形象 (ein rein kognitives Gebilde) であり、それは意思能力 (Willensvermögen) ではなく、認識能力 (Erkenntnisvermögen) にのみ語りかける」とし、法規範の法的効果の側だけに、行為を選択するための意思決定の余地が存在するという。⁽⁴²⁾つまり、構成要件と法的効果における所為は、「認識」と「意思」というメルクマールにより、本質的に異なるものとして把握されることになる。このような区別はあらゆる場合に妥当し、構成要件の本質的な構成要素であるところの概念が不明確である場合にも、問題となるのは認識だけであるとされる。ロイスは、認識に自由を認めることは、それ自体矛盾であるとさえ述べる。というのも、認識は、常に所与の認識対象と結びついているからである。以上のことから、ロイスは、不確定法概念を裁量授權とみなし、司法審査を限定しようとする見解を批判して、次のように述べる。「諸々の憲法上の理由から、いかなる単純法律も、法問題における執行権の認識的言明をもつばら決定的であると宣言する効力を持たない (権力分立および基本法一九条四項に対する違反)」と。⁽⁴³⁾つまり、法の認識に関して、執行権と司法権との間に差異は認められないということが、権力分立原理と基本法一九条四項を持ち出して確認されるのである。

判断余地説の提唱者であるバホフは、ロイスと異なり、不確定法概念において行政に一定の自由が生じること承認する。しかし、彼もまた、意思決定 (Willensentscheidung) である狭義の裁量に対して、不確定法概念においては常に認識行為 (Erkenntnisakt) が問題になるところ。⁽⁴⁴⁾このような両者の性質上の相違ゆえに、認識行為の限

界において生じる行政の自由は、裁量ではなく、判断余地と名付けられるのである。⁽⁴⁵⁾ 判断余地は、狭義の裁量と異なり、限定的な場合にしか認められない。パホフによれば、あらゆる不確定法概念に判断余地が認められるわけではない。つまり、判断余地の存在は、法概念の不明確さのみによっては正当化され得ず、その承認のためには「特別かつ入念な理由づけ」が必要であるとされる。⁽⁴⁶⁾ ここでパホフは、基本法一九条四項によって要請される包括的な司法審査の原則を引き合いに出し、判断余地の承認が例外的な場合に限定されなければならないと説く。⁽⁴⁷⁾

(三) 法概念の構造と憲法原則との相克

ロイスとパホフにおける、包括的な司法審査原則の受容は、次のように要約されるであろう。すなわち、両者とともに、法概念に関しては認識行為のみが問題となることを前提としつつ、司法による法認識の完全性、あるいは少なくとも原則としてそれが完全な形で行われることを確認するものとして、基本法一九条四項を援用していた。

しかしながら、法概念の解釈において法の認識のみが問題になるといふ両者の前提は、一九世紀末の私法学において既に疑問視されていた。すなわち、法の適用とは、予め一義的に定められた結論の発見ではないということが、法実証主義や概念法学への対抗を通じて主張されるようになったのである。⁽⁴⁸⁾ 裁判官による法の厳格な論理的包摂の欺瞞性を暴こうとした自由法運動は、逆に法適用の方法論を提示し得ないという憾みがあったが、法適用の構造化それ自体は排斥せず、なおかつ裁判官による自由な法形成の余地をそこに取り込もうとする見解は、幅広い支持を得ることとなった。例えば利益法学の提唱者であるヘックは、あらゆる法概念が概念核 (Begriffskern) と概念量 (Begriffshof) から成っており、後者の領域においては裁判官による法適用に一定程度の自由が認められることを述べていた。⁽⁴⁹⁾ また、別の系譜においてはあるが、ケルゼンもまた、法規範が枠構造になっており、法適用者はこうした枠によって拘束されながらも、その中においては自由に法を創出し得ることを論証していた。⁽⁵⁰⁾ こうした見解

に従えば、法の拘束から完全に自由な裁量という観念が否定されるとともに、法概念の解釈においては当然に法認識の限界が存在するということになる。行政裁量論において、法的効果の側のみならず、不確定法概念においても行政に裁量を認めようとしたヴァルター・イェリネックをはじめとする有力な学説は、このような法概念の構造分析を背景として学説を展開していたのであった。⁽⁵¹⁾

確かに、バホフもまた、「自由」と「拘束」は原理的に対立するものではなく、両者の間には「程度」による段階づけしか存在しないことを出発点とし、不確定法概念において判断余地が存在する可能性を認めている。⁽⁵²⁾この点のみを見れば、法概念の解釈において認識の限界に到達する場合には常に判断余地が承認され、狭義の裁量と同様に、行政による自由な判断が許されるということにもなりそうである。しかし、バホフは、このような帰結を認めず、あくまでも狭義の裁量と判断余地とを異なる現象として位置づける。すなわち、判断余地による司法審査の制約を例外事例に限定し、基本法一九条四項の包括的な司法審査の原則を維持しようとするのである。一方において要求される、完全な司法審査という基本法における重要な憲法原則と、他方での、法認識の必然的限界という法の概念構造の相克にあつて、バホフが最終的に論拠を求めたのは法治国家原理であつた。つまり、基本法二〇条三項によつて、立法者が可能な限り行政を拘束することを要求されるがゆえに、司法審査もまた包括的に行われなければならず、その結果判断余地の承認は例外に限定されることになるのである。⁽⁵³⁾

このような基本法の受容の仕方は、ロイスにおいてより顕著に見られる。ロイスは、行き過ぎた司法審査が行政を麻痺させるといった批判が行政裁判所に寄せられていることに対し、次のような根拠を挙げて、不確定法概念において完全な司法審査を主張する自己の立場を擁護する。すなわち、過剰な司法審査に対する非難が裁判所に対して向けられるとき、裁判所は立法者の「身代わり」になつてに過ぎない。というのも、司法審査は、その対象

である法が存在する限りで、常に完全な範囲において行われることになるからである。つまり、ロイスにおいては、不確定法概念において執行権の法認識を司法権のそれに対して優先することが、権力分立および基本法一九条四項に対する違反であるとされていたにもかかわらず、結局のところ司法審査の範囲は、立法者が定める法律の規律の範囲に依存しているということになるのである。⁽⁵⁴⁾

第二款 司法による法の具体化の否定

以上から明らかであるように、戦後初期の行政裁量学説において、基本法一九条四項に基づく包括的な司法審査の原則は受容されていたものの、それは常に、法治国家原理から導かれる立法者による行政の法的拘束の要請とともに持ち出され、両者はいわば対になっていた。行政を拘束する法的規律が増大するにつれて、司法審査の範囲もまた拡大するということは、確かに論理的には整合しているであろう。しかしながら、ここで行政と司法との関係に目を向けるとき、このような憲法原則の受容の仕方は、これらの学説の意図とは逆に、むしろ司法に対する行政の独自性を強調することになっていくように思われる。というのも、そこにおいて、司法作用はあくまでも所与の法の認識に限定され、法的効果における行為選択や不確定法概念の認識において行政の自由な余地が生じるとき、それは常に同時に司法審査の排除をも帰結することになるからである。

こういった司法と行政の異なった位置づけは、一九世紀後半における伝統的な学説に由来するものであった。すなわち、当時のオーストリアおよびドイツ諸邦では、行政の自由裁量行為は法の問題ではないという理由から、それを裁判所の管轄から排除する裁量不審理原則が、実定法上確立されていた。⁽⁵⁵⁾そこでは、オットー・マイヤーにおいて典型的に見られるように、裁判所の判決は、その内容が法律によって厳格に規定されているとみなされたのに

対し、行政は、行政行為により、自らが正しいとみなすところを法律を超えて述べることができると考えられたのである。⁽⁵⁶⁾確かに、その後の学説の展開において、裁量は法の解釈の過程において見出されるということが認められるようになり、行政の自由裁量行為によって司法審査が端的に除外されることはなくなった。しかしながら、法的拘束の限界とともに司法審査もまた途絶するとすれば、基本法下においても依然として裁量不審理原則が残り続けていることになる。

小括

一九五〇年代の行政裁量学説において、基本法一九条四項は包括的な司法審査を基礎付けるために十分であるとはみなされず、最終的には法治国家原理に基づく立法者による行政の法拘束が論拠として持ち出されることとなった。そこにおいて、司法作用は所与の法の認識に限定され、法的拘束の限界を超える行政活動については審査不能であると考えられていたのである。つまり、基本法一九条四項は、基本法二〇条三項が定める裁判の「法律および法への拘束」を超える意味ではなかった。

このような立場は、一九世紀後半に確立された裁量不審理原則の思想の延長上にあり、その限りで基本法下においてもなお、司法に対する行政の優位が存続していたことになる。とはいえ、当時の行政裁量学説によって、このようなことが意図されていたわけではないであろう。むしろ、その原因は次の点にあったと思われる。すなわち、法的拘束の欠如とともに司法審査の限界が到来するという立場を彼らが放棄しなかったのは、法認識を超える司法作用のメルクマールを見出すことができなかったからではなからうか。行政と司法が同様に法に拘束されている場合に、行政に対する司法審査が完全な範囲で行われることについて、争いの余地はない。しかし、それを超えて法

的拘束が存在しない場合に、司法判断が行政のそれに優位するとすれば、単なる法の認識ではない司法の独自性を提示しなければならないのである。

- (1) 明治憲法下における行政裁判制度の典型的理解として、美濃部達吉『憲法撮要(全)』(改訂第五版) (有斐閣、一九三三) 五七八頁以下を参照。行政裁判制度の立案者もまた、行政裁判所の活動は行政権に属するとの思想を有していたことにつき、宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学——行政権の独立保障論」の系譜」同『行政争訟と行政法学(増補版)』(弘文堂、二〇〇四) 三頁以下。
- (2) もっとも、美濃部博士は日本国憲法下においてもなお司法権を民・刑事裁判権に限定して理解すべきであると主張していた。美濃部達吉(宮沢俊義補訂)『日本国憲法原論』(有斐閣、一九五二) 三九五頁以下。こうした博士の学説は、その後学界の支持を得られなかった。しかし、「行政裁判権や、さらには憲法裁判権などは、それ自体として独自の重要性をもつ国家作用であり、これらの作用を具体的にどの機関に分配するかは、制度設計上の大問題である」として、美濃部博士の立論を現在の司法権論を問い直すための手掛かりとして評価する見解もある。参照、石川健治「公法訴訟第五回 文法と翻訳——「救済法」と「行政裁判権」の位置づけをめぐる」法学教室三七三号(二〇一一) 一〇〇頁以下。
- (3) 戦後行政法学の通説を担った田中博士の司法権の限界論については、田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限——司法権の限界について——」同『行政争訟の法理』(有斐閣、一九五四) 一三一頁以下を参照。このような伝統的通説を批判するとともに、行政事件訴訟法改正の必要性を説いたのは、塩野宏「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」同『法治主義の諸相』(有斐閣、二〇〇二) 三三三頁以下。
- (4) 藤田宙靖『司法』の概念と行政訴訟」同『行政法の基礎理論 上巻』(有斐閣、二〇〇五) 二一八頁以下(初出は一九七八)、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究四一号(一九七九) 九七頁以下。議論の要約として、角松生史「行政法との関係——行政訴訟制度をめぐる」法学セミナー一六二号(二〇〇五) 三三三頁以下、南野森「司法権の概念」安西ほか「憲法学の現代的論点(第二版)」(有斐閣、二〇〇九) 一七三頁以下も参照。
- (5) 棟居快行「基本権訴訟」の可否」同『人権論の新構成改版』(信山社、二〇〇八) 二八五頁以下(初出は一九八五)、笹田栄司「基本権の実効的保護——ボン基本法一九条四項の解釈論を手がかりとして——」同『実効的基本権保障論』

- (6) 改正行政事件訴訟法については、小早川編『ジュリスト増刊 改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣、二〇〇五)を参照。
- (7) 憲法三二条を実体的基本権に訴権性を付与する規定と解する棟居・前掲注(5)に對するこのような問題提起は、村上裕章「憲法と行政訴訟——両者の關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)六頁(初出は一九九五)。
- (8) 松井・前掲注(5)一九六頁以下は、憲法三二条の「裁判を受ける権利」の保障が、基本的人権侵害の場合に限られず、すべての権利や利益の侵害についても及ぶと述べ、その保障内容である裁判所へのアクセス、手続的デュー・プロセス、実効的救済を、司法権概念との結びつきにおいて捉える。しかし、そこでの裁判「手続」に、実体判断における司法審査の態様は含まれていないものと思われる。
- (9) 取消訴訟における原告の地位に関して、アクチオ的思考と実体法的思考の対比を論じた、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、一九八三)五一頁以下を参照。また、笹田・前掲注(5)二三五頁以下は、ドイツにおける実体的基本権と手続的基本権としての基本法一九条四項との關係に関して、学説の展開を詳細に論じる。
- (10) 行政法総論において実体法と訴訟法が交錯しているとし、両者の表裏一体性に言及するのは、石川ほか座談会「公法訴訟第一回 連載開始にあたって」法学教室三三八号(二〇一一)八五頁以下(神橋発言)。本稿もまた、行政法総論における行政裁量論をこのように位置づけた上で、それを司法審査の在り方の問題として論じるものである。
- (11) 田中・前掲注(3)一三七頁以下は、「司法権の本質からいつて、行政権の自由裁量に屬する問題、即ち、何が政治上妥當なりやの政治的裁量に屬する問題とか、何が公益に適當するかの技術的裁量に屬する問題の如きは法の適用の問題と異り、政治經濟その他の諸條件に照らして判断することを要するのであるから、それは行政権の判断をもつて最終的な判断とするのが法の趣旨とするところであつて、これに對しては裁判所に出訴しえないと解する外な」と述べていた。
- (12) 田中二郎「司法権の限界——特に行政権との關係——」同『司法権の限界』(弘文堂、一九七六)四二頁。

- (13) 宮田三郎「行政裁量」同『行政裁量とその統制密度(増補版)』(信山社、二〇二二)一頁以下(初出は一九八四)。
同「行政裁量——総括と展望」同書三二二頁以下(初出は一九九三)も同様に、「憲法視点の不足」を慨嘆する。
- (14) 基本的人権の保障を根拠とする行政裁量の統制について言及するのは、山下義昭「行政裁量の司法統制——最高裁判例の論理的憲法論的、比較法的検討——」福岡大学大学院論集二〇卷一号(一九八八)一一〇頁以下。近時においては宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一号(二〇〇九)一〇〇頁以下が、人権が裁量の「中」に位置づけられ、他の諸利益とともに衡量されることに満足せず、立法をも拘束する人権が裁量を「外」から制約し、裁量授權規範それ自体が法令違憲となる可能性を指摘していることが注目される。人権論は本稿の射程を超えるものであり、それについての検討はなしえない。もつとも、個人の権利と行政裁量との関係については本稿第一章第二節において若干ながら考察を行った。結論としては、司法審査の根拠として権利保護は十分ではなく、別のアプローチをとるべきであると考ええる。
- (15) 佐々木惣一「行政機関の自由裁量」法と経済一卷一号(一九三四)二二頁以下。
- (16) 美濃部達吉『行政裁判法』(千倉書房、一九二九)一四六頁以下。
- (17) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論) 改訂版』(青林書院、二〇〇五)九七頁。
- (18) 田中二郎『新版行政法上巻 全訂第二版』(弘文堂、一九七四年)一一七頁。
- (19) 田中・前掲注(18)一一八頁。
- (20) 宮田・前掲注(13)「裁量統制」三三頁以下は、昭和三〇年代以降の判例は、「自由裁量・羁束裁量の区別を相対化し……行政裁量をいたるところに拡散させました。その結果、裁量権の行使について不都合な事態が生じたときは、対症療法的に、必要に応じ必要なだけの統制を加える、という方向を明確に示しました」と述べる。同旨のものとして、田村悦一「裁量権の逸脱と濫用」『行政法の争点「新版」』(有斐閣、一九九〇)七五頁以下、藤田・前掲注(17)一〇三頁以下も参照。
- (21) 自由裁量と羁束裁量の相対化の要因については、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部「小早川」芝池編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』(有斐閣、二〇〇八)一〇三頁以下を参照。
- (22) 亘理格「行政裁量の法的統制」『行政法の争点 第三版』(有斐閣、二〇〇四)一一六頁。
- (23) 二〇〇四年の行政事件訴訟法改正に先だって、同法三〇条についても検討がなされていた。すなわち、同条が定める

裁量権の濫越・濫用審査が、学説・判例において確立された中間密度審査と齟齬をきたしており、むしろ司法審査の範囲を限定する方向に働くことが懸念されたのである。参照：「司法制度改革推進本部『行政訴訟検討会における主な検討事項』ジュリスト二二五〇号(二〇〇三)二五三頁以下。最終的に廃止・改正はなされなかったが、その後も同条に対しては根強い批判がある。例えば、阿部泰隆「裁量に関する司法審査」自由と正義五七卷三号(二〇〇六)二八頁以下。

(24) 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)三三五頁。

(25) 小早川・前掲注(24)三五六頁。藤田・前掲注(17)一〇五頁以下も、裁量の問題を機能的・合目的に考える場合、自由裁量と羁束裁量のみならず、自由裁量と羁束行為との間の相対化をも招く可能性があると指摘する。

(26) 基本法の邦訳は、初宿・高田編『ドイツ憲法集(第六版)』(信山社、二〇一〇)を参照した。

(27) Vgl. H. Schulze-Fielitz, Art. 19 Abs. 4, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Rn. 116. 基本法一九条四項の保障が裁判所の審査密度にも及ぶことを紹介する文献として、宇都宮純一「裁判所による行政統制・覚え書き——行政の統制密度と『法治国家原理』愛媛法学会雑誌二八卷三・四号(二〇〇二)二六頁以下、四二頁以下、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)——ジュリスト二二三八号(二〇〇三)八六頁以下。

(28) 片山・前掲注(5)八八頁もまた、「裁判を受ける権利の意義と内容の画定には、裁判を受ける権利の保障の構造とその憲法上の位置、すなわちその他の基本権、憲法原理および統治機構との関係の明確化が不可欠である」と述べる。

(29) このような見方は、最近のドイツの学説にも見られる。Vgl. C. Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Stollies (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Alles Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969), 2006, S. 53f. *von U. C. Möllers*, §3 Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Volkhülte, Grundrissen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, Rn. 13. によれば、ドイツにおいて行政法の高い憲法化の程度は必ずしも肯定的に受け止められておらず、むしろ今日において憲法は、行政法を学問的に記述する体系化の役割を担うものとみなされており、それは立法者や行政に残される余地を制約するのみならず、拡大することもあるという。

(30) 講演の内容は、F. Werner, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, DVBl, 1959, S. 527ff. に公表され

ている。

- (31) *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1924, Vorwort.
- (32) Vgl. *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 414f.; *Schönberger*, a. a. O. (Fn. 29), S. 59.
- (33) *E. Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. II, 2003, Rn. 1.
- (34) 以下では混乱を避けるために、法的効果に認められる裁量を特に「狭義の裁量」と記述する。ものとも、後述するよ
うに、このような用語法がドイツにおいて厳格に守られてきたわけではなく、行政に認められる自由な領域に対して一般
的に裁量の語が用いられることもある。
- (35) ベルナチクとテツナーの論争については、渡邊憲太郎「自由裁量論の推移」法学論叢四六巻六号（一九四二）八四四
頁以下、田村悦一『自由裁量とその限界』（有斐閣、一九七六）六一頁以下を参照。
- (36) *F. Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der
Verwaltungsgerichte, 1888, S. 29ff. auch Vgl. *U. Held-Daab*, Das freie Ermessen: Von den vorkonstitutionellen Wurzeln
zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre, 1996, S. 160ff.; *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und
Beurteilungsspielraum: Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im
verwaltungsgerichtlichen Verfahren—Versuch einer Modernisierung, 2001, S. 53.
- (37) *Pache*, a. a. O. (Fn. 36), S. 55f. 最終的に、行政裁判所法一一四条は改正されなかった。
- (38) *W. Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 132; *D. Hass*, Unbestimmter
Rechtsbegriff oder Ermessen?, MDR, 1953, S. 651ff.; *R. Klein*, Ermessen und Sprachgebrauch, JZ 1956, S. 589f. 連邦行政裁
判所もまた、一九五四年に「裁量 (Ermessen)」という語を明示的に用いて、不確定法概念において行政に自由を認める
判決を下してゐる。Vgl. BVerwGE 1, 92 (95ff.).
- (39) *H. Reuss*, Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl, 1953, S. 651. 州の最上級裁判所の判例の多くも、このような立場を
採っていた。
- (40) 判断余地説の嚆矢は、*O. Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungs-

recht, JZ 1955, S. 97ff. の「*Ullrich*」同時期に同様の見解が示されており、それらを包括して判断余地説と呼ばれることもある。Vgl. C. H. Ullrich, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309ff.; ders., Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch 1985, S. 1ff. ウェーレンは「代替可能性 (Vertretbarkeit)」という概念を用いて、不確定法概念の解釈において認められる行政の自由を説明した。

(41) 当時の学説の状況については、園部逸夫「行政法上の不確定法概念——西ドイツにおける論議について——」法学論叢二巻二号（一九五〇）一頁以下、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、一九九〇）九頁以下が詳しい。

(42) Reuss, Anmerkung zur Rechtsprechung, DÖV, 1954, S. 55.

(43) Reuss, a. a. O. (Fn. 42), S. 56.

(44) Bachhof, a. a. O. (Fn. 40), S. 97ff.

(45) Bachhof, a. a. O. (Fn. 40), S. 98f.

(46) Bachhof, a. a. O. (Fn. 40), S. 100.

(47) Bachhof, a. a. O. (Fn. 40), S. 98f.

(48) Held-Duab, a. a. O. (Fn. 36), S. 168f.

(49) P. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP Bd. 112, 1914, S. 46, 173. 邦訳としては、ヘック（津田利治訳）『利益法学』（慶應義塾大学出版会、一九八五）一一二頁以下、一二五〇頁以下を参照。

(50) H. Kelsen, Reine Rechtslehre 1. Aufl., 1934, S. 91. 行政裁量については、ders., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1. Aufl., 1911, S. 504 において既に取り上げられている。なお、ケルゼンの裁量論を扱ったものとして、拙稿「行政裁量の法的構造の把握——H. Kelsen による法学的方法の展開とその現代的意義——」阪大法学五八巻六号（二〇〇九）一一四—一一頁以下も参照されたい。

(51) もっとも、制定法のみならず様々な法源を承認するイエリネックは、「伝来的法規効を有する事実」(Jellinek, a. a. O. (Fn. 38), S. 13ff.) や「現実による法創造」(S. 26) を主張し、法適用者による主観的法創造に関しては否定的な立場をとっていた。人見剛『近代法治国家の行政法学——ヴァルター・イエリネック行政法学の研究』（成文堂、一九九三）六六頁以下を参照。こうした法解釈をめぐる見解の相違については、第二章第二節において詳しく検討したい。

説

(22) *Bachof*, a. a. O. (Fn. 40), S. 98.

(23) *Bachof*, a. a. O. (Fn. 40), S. 100.

(24) *Reuss*, a. a. O. (Fn. 42), S. 56f.

(25) 田村・前掲注(23)四頁以下、六頁注(3)を参照。

(26) *O. Meyer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 1. Aufl., 1895/96, S. 165. マーヤーは自由裁量こそが行政の本質であると述べている。

論