



|              |   |
|--------------|---|
| 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<br>(二)：行政に対する司法の地位に関する一考察                          |
| Author(s)    | 高田, 優子  |
| Citation     | 阪大法学. 2013, 62(5), p. 251-273   |
| Version Type | VoR   |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/60184">https://doi.org/10.18910/60184</a> |
| 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（二）

——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（以上本号）

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

## 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

### 第二節 個人の権利保護としての司法

第一節において検討したように、一九五〇年代に登場し、以後行政裁量論の通説とされてきた判断余地説は、行政法学に対する基本法制定の意義を真摯に受け止めようとするものであったが、それによつて従来の枠組みが変更されることはなかつた。すなわち、同説は、基本法一九条四項に依拠して、行政に対する包括的な司法審査の要請を引き出したが、この要請は結局のところ、行政は法および法律によって包括的に拘束されるという法治国家原理および法律による行政の原理に根拠を持つものとされた。つまり、ここで司法作用は、行政作用と異なり、あくまでも法の認識であるとされ、それを超える司法独自のメルクマールが示されることはないのである。

しかし、一九六〇年代になると、通説のこうした問題点に鋭い批判を加え、司法作用に法認識以上の意味を見出そうとする見解が現れる。この見解は、行政法を行政に義務を課す客觀法としてのみならず、個々の市民に個別の利益を保障する主觀法と捉えて、この主觀的権利の保護を司法審査の独自性と同定する。確かに、主觀的権利を全面的に展開する立場が、行政裁量論において通説に取つて代わることはなく、現在でも一部の学説によつて支持されているに留まる。また後述するように、それは理論的に見ても、行政に対する司法審査の意味を基礎づけるには不十分であったように思われる。しかし、基本法下における国家—市民関係の主觀化 (Subjektivierung) は、「まさに行政法体系におけるコペルニクス的転回」(オッセンビュール<sup>(1)</sup>) であり、行政法における「静かなる革命」(ブムケ<sup>(2)</sup>) であつた。それゆえ、主觀的権利という視点が行政裁量論にもたらす変化の考察は、行政法における基本法の受容という観点から見逃すことができないであろう。また、この立場は、司法審査を法認識に留まらない動態的

な法形成と理解する場合に考え得る理論構成の一つとしても、注目に値すると思われる。そこで本節では、国家—市民の法関係に基づいて行政裁量を把握する立場を概観した後（第一款）、そこから導かれる市民の主觀的権利の保護という司法作用の独自性について論じることとした（第二款）。なお、以下ではドイツの公権論を取り上げるが、その網羅的・体系的な研究は我が国において既に膨大な蓄積があり、筆者が付け加えるべきことは何もない。<sup>(3)</sup> 本稿では、基本法下における行政裁量論の展開という上記課題と関係する限りで、いくつかの著作が扱われる。

### 第一款 主觀的権利による行政裁量の排除

#### （二） 戦後ににおける公権論の興隆

戦後ドイツでは、各占領地区に行政裁判所法が制定されることになり、そこで初めて行政訴訟事項に関する概括主義が採用された。<sup>(4)</sup> このことは、「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」と定める基本法一九条四項によつて追認される。すなわち、同条項は「間隙なき個人の権利保護（lückenloser Individualrechtsschutz）」を要請し、そこには当然に概括条項の採用が含意されていふと解された。<sup>(5)</sup> その後、各ラントに分散していた行政裁判所法が統一されるとともに、諸規定をより充実させようとする動きが高まり、一九六〇年の統一連邦行政裁判所法制定へと結実する。同法四〇条一項においては、非憲法的性質のあらゆる公法上の争いが、原則として行政裁判所の管轄となることが明記された。

他方で、基本法一九条四項および行政裁判所法四二条二項は、訴訟の前提として「権利」を要求した。この行政訴訟において取り上げられるべき権利、すなわち「公権」とは何かということを巡つて、ドイツでは日本と同様に激しい論争が交わされた。<sup>(6)</sup> 基本法一九条四項は権利を自ら創設するのではなく前提とする、という定式は当時から

既に知られており、権利の存否は実体法の規律に依存するものと解されていたのだが、その一方で判例・学説は、かつて客觀法上の義務のみが存在するとされた箇所にも、主觀的権利を発見するようになっていく。かくして、「例外なく認められる権利保護」という選択とパトスは、前段階、つまり訴求可能性の前提にも影響を及ぼし、権利が極端に承認される結果となつた<sup>(7)</sup>。

もつとも、客觀法と主觀的権利との関係、特に行政裁量に対する主觀的権利の位置づけは、論者によつて様々であつた。以下ではまず、伝統的学説の枠組みを確認することとしたい。

## (一) 伝統的学説による主觀化の受容

戦後の公權論において中心的位置を占めたのは、保護規範説 (Schutznormtheorie) であつた。その主唱者はビューラーであり、彼が一九一四年に定式化した「公權の三要件」が指針とされた。これは、公權の発生に関して法命題に次のことを要求する。すなわち、法命題が、①強行的性質を備えていること、つまりその適用に際して行政の自由裁量が排除されていること、②一般の利益のためのみならず、特定の人あるいは特定の人的集団の利益となるように、つまり個人的利益の充足のために制定されていること、③これらの人利益のために、彼らが当該法命題を援用し、それによって行政官庁の特定行為を惹起しうるという効果を伴つて制定されていることである。<sup>(8)</sup>

前節で取り上げたバホフは、基本的にビューラーの見解を踏襲する。もつとも、バホフは③の援用可能性について、つまり客觀法上の受益者が、いつ自らの利益を貫徹するための「法的力 (Rechtsmacht)」を有することとなるかについて、基本法との関係で次のように述べる。「基本法の憲法秩序の下では、客觀法上認められ、また意図された公權の利益付与は、主觀的権利となつた」。つまり、客觀法上保護された利益には、基本的に全て「法的力」が付与される。その根拠として、当初は基本法一九条四項が掲げられたが、後に「確かに基本法一九条四項だけか

らではないが、しかしそそらくは基本法の全体構想から、つまり人間の人格および人間の自由の優位、すなわちそれが国家利益に対し優越することへの支持表明、社会國家宣言、そして最後に国家の権力的表出の一貫した制約とコントロールという傾向、これらを伴った基本法の構想から、これまでには客觀法によってのみ保護された全ての個人的利益の権利保護が推論される」とされた。<sup>〔1〕</sup> バホフは、客觀法上意図された利益付与が主觀的権利を認めるか否か疑わしい場合には、主觀的権利の存在に対して「推定」が働くとして、例外的な場合にのみそれを否定すべきであるとする。<sup>〔12〕</sup>

以上のように、バホフは従来の伝統的学説と異なり、③の援用可能性において基本法一九条四項および基本法全体の趣旨を斟酌し、客觀法上保護された利益が原則として主觀的権利を導出することを認める。彼が基本法の受容に自覺的であり、行政法の主觀化に対しても高い評価を与えていたことは、彼自身が後に述べるところからも伺われる。<sup>〔13〕</sup> しかしながら、バホフの客觀法に対する主觀的権利の位置づけは、伝統的枠組みを越えるものではなかったと思われる。というのも、①の法命題の強行性について、バホフはビューラーに倣い、次のように述べているからである。すなわち、「法命題は、それが裁量を承認するとき、またそれを承認する限りにおいて、強行的性質を欠いている」。さらに、「裁量の承認のみならず、不確定法概念の使用によっても、行政の拘束が緩和されていることがある」とし、不確定法概念に判断余地が生じる場合には法命題の強行性を否定したのである。<sup>〔14〕</sup> つまり、主觀的権利の存在は、客觀法の枠内に限定され、客觀法において展開される行政裁量論にも従属することとなつたのである。

### （三）主觀的権利概念の再構成

一九六〇年代になると、こうした伝統的学説の見解は、根底から批判にさらされることになる。特に若い世代は、伝統的学説が立憲君主制時代の概念に引き続いだことを論難し、行政法学の新たな準拠点を求めた。こ

うした旧世代との対決が行われた「騒々しい六〇年代（The roaring sixties）」（シェーンベルガ<sup>(15)</sup>）の代表的論者の一人であり、主観的権利概念の再構成によっていの課題を果たそうとしたのが、ルッブである。ルッブはバホフの弟子に当たるが、両者の間には行政法学による基本法の受容の仕方に関する抜きがたい差異がある。

ルッブの議論の出発点は、伝統的な法律による行政の原理に対する批判である。すなわち、「ドイツにおいて固有の行政法学が発生した際に、高権的に行動する国家は、自らの法秩序の権力服従者および国家市民と法関係にあるものとは考えられ得なかつた」<sup>(16)</sup>。ルッブによれば、行政法律を自由な政府活動に対する客観的制約でしかないとするフリードリヒ・ユリウス・シュタールの制約ドクトリン（Schränkendoktrin）は、今日まで維持された。  
確かに、主観的権利の概念は発展したが、それは行政が「～してゆよ」（dürfen）という客観法の限界を越えたときに市民に与えられる裁判統制の権利でしかない。それゆえ、主観的権利は行政裁判所による取消訴訟においてのみ取り上げられ、訴訟法上の問題へと放逐されてしまう。これに対してルッブは、国家—市民の法関係を実体法的に構成することを試みる。そこで持ち出されるのが、ゲオルグ・イエリネクによる国家に対する個人の地位（Status）の理論である<sup>(17)</sup>。ルッブによれば、イエリネクの功績は、「法実証主義の白紙状態（tabula rasa）の荒野にあって、少なくとも法律による行政の原理から主観的要素を引き出し、かつては客観的にのみ理解されたこの原理が、個々の臣民に対して客観行政法の反射のみならず、法律によらない強制からの個人の保護領域および自由領域を創出することを認めた」点にある。<sup>(18)</sup>つまり、法律に尽きない法の源であるところの個人の地位を想定することによって初めて初めて、主観的権利は独自の意義を持ち、国家—市民の相互に権利・義務を構成する法関係が成立するのである。

このような基本理解から、ルッブは主観的権利と行政裁量との関係をアンチノミーと捉える。すなわち、伝統的

学説では狭義の裁量や判断余地によって客観法的拘束が緩和されると、それと同時に主観的権利が欠如すると考えられたのに対し、個人の地位を基礎に据えるルッブは、法から自由な行政の領域を認めない。ルッブ曰く、個人の自由から出発して法的に禁止されたこと以外全てが許容される民事法と異なり、「命令法 (Gebotrecht)」である行政において、行政は命令されたこと以外全て禁止されている。<sup>(20)</sup> それゆえ、行政裁量という形で法から自由な行政の領域を想定することは、立憲君主制時代の遺物として拒絶されるのである。もつとも、ルッブは行政による一義的な法適用が可能であるとする、いわゆる法実証主義に与するわけではない。むしろ法認識の創造性は承認され、法適用は「目的論的—トピック的に方向付けられた認識手続」とみなされる。<sup>(21)</sup> このような意味において、行政による裁量権の行使もまた法の適用に他ならないとされ、単なる法適用と裁量の二分法は否定されるのである。ルッブは、行政裁量を法治国家の「トロイの木馬」とみなし、行政裁量概念それ自体を排除しようとする。<sup>(22)</sup>

## 第二款 司法による法形成の承認

上記のように、ルッブは国家—市民関係を国家に対する市民の「地位」によって説明し、一見すると法的拘束が完全でない場合においても、狭義の裁量ないし判断余地の承認によって主観的権利の存在は否定されるべきではないとして、両者の間に法関係の成立を認めた。かような立論において、司法作用はどのように捉えられるであろうか。ルッブの見解に従えば、国家—市民の法関係が成立している限り、司法の審査権限が制限されることはない。伝統的学説においては、行政の裁量権行使と司法による単なる法適用とが対置されたのに対し、行政と司法はともに法の適用を行うものとされる。<sup>(23)</sup> それゆえ、たゞ客観法上の拘束が十分でないような場合であっても、「行政の何らかの裁量領域あるいは判断余地領域の事後審査に関して、行政裁判官は権限を持たないということは、基本法一

九条四項からは少くとも引き出され得ない<sup>(24)</sup>。もつとも、ルッップは、裁判官の決定が行政のそれに対し常に優位すると説いているわけではない。裁判官は、「自らの判決も全知ではなく、自分もまたあらゆる人間の持つ不完全性に支配されている」という自覚を持ち、他者の見解を違法とするか否かを「配慮の問題 (Taktfrage)」として決定しなければならない<sup>(25)</sup>。こうした司法審査の範囲に関するルッップの記述には曖昧な部分も少なくないが、注目すべきは、主観的権利概念の再構成によつて司法作用に新たな意味がもたらされたという点である。つまり、司法はここで、あらかじめ存在する法の客観的・一義的な認識としてではなく、国家―市民の法関係の具体的形成と捉えられることがとなつたのである。

このように、主觀法を実体法として構成し、客觀法において展開されてきた行政裁量論に異を唱える見解は、現在でも一部において根強い支持を得ている。例えば、ドイツの一般的な行政法教科書の著者として知られるマウラーは、狭義の裁量の存在を承認しながらも、法律によつて判断余地を認めるることは、法律の留保の無い、包括的で間隙なき実効的権利保護を一義的に命じる基本法一九条四項と両立しないとする<sup>(26)</sup>。その根拠について、マウラーは次のように述べる。「基本法一九条四項は、主観的権利を基礎付けるのではなく、それを前提としており、その結果立法者による主観的権利の承認と結びついているということは、確かに正しい。法がなければ、権利保護もない！」しかしながら、立法者は主観的権利の保障に際して自由ではない。……単純―法律上の規律が欠けている場合には、基本権が直接引き合いに出され得る<sup>(27)</sup>。確かに、マウラーは行政の判断余地自体を否定するわけではなく、「裁判所の特性と司法の機能力」により司法審査の及ばない行政の領域を認める。しかし、立法者によって一般条項や一般的な構成要件メルクマールが用いられていても、直ちに裁判所の審査が欠如するわけではなく、行政裁判所は、民・刑事裁判所と同様に、「個別事例に判決を下すのみならず、——個別事例の判決を手がかりとして——

法を具体化し継続的に発展させることができるとされる。<sup>29)</sup>

イブラーもまた、このような立場をとる論者の一人とみなすことができよう。彼は、行政法における裁判所の権利保護を扱った教授資格申請論文において、基本法一九条四項と行政裁量との関係に言及している。曰く、立法者は行政に裁量を認めることができるが、それは立法者—行政の関係から確定されるべきであり、それと同時に行政の裁判的コントロールからの免除がなされるわけではない。なぜなら、「基本法一九条四項は、立法者—行政の観点に市民の視点を補足し、裁判所を通じてあらゆる侵害から権利を保護することを保障する」<sup>30)</sup>からである。イブラーもまた、基本法下において主觀的権利が基本権とより強固に結びついていることを根拠とし、単純法律の執行を越える行政裁判所の権限を基礎付ける。すなわち、「行政裁判所は、変化する国家介入から市民を保護するためには、主觀的公権を個別事例において精密化し、確定することを委ねられている」<sup>31)</sup>。

### 小括

主觀的権利概念の再構成によつて、基本法一九条四項は、所与の法の認識を越える個人の権利保護という独自のメルクマールを獲得することとなつた。このメルクマールに依拠して、司法による法形成を承認する見解は、行政裁量を主觀的権利の対立物と捉え、——その程度は論者により異なるが——後者によって排除されるべきものであるとした。もつとも、この帰結に対しても、次のような批判がある。

まず、仮にルツップの言うように行政裁量概念が不要であるとすれば、あるいはイブラーに従つてそれが立法者—行政間にのみ通用するものとして限定的に捉えると、行政裁量の文言を明示的に使用する行政手続法四〇条および行政裁判所法一一四条に合致しないことになる。また、行政裁量を前提としてきたこれまでの行政実務や判例とも、

説  
乖離してしまってであろう。<sup>(33)</sup>

さらに、裁判所による個人の権利保護の要請を重視することは、行政に対する過剰な干渉になるのではないかとの懸念も生じる。マウラーは、「個人の権利が関わる領域は法秩序全体のうち一部に過ぎないため、「行政全体が、行政裁判所のコントロールの網によつて覆われることは決してない」と言う。<sup>(34)</sup>しかし、行政―市民の外部法関係が、それ以外の領域からはつきりと区別できるかは疑問であろう。特に今日の基本権論によれば、様々な国家行為が介入と認定されるようになり、また個別基本権との関連が否定されてもなお、一般条項である基本法二条一項が補完的基本権 (Auffanggrundrecht) として持ち出される。こうした発展に鑑みれば、行政の決定が基本権と一切関連しない領域を想定できると割り切ることはできないであろう。<sup>(35)</sup>

結局のところ、この見解においては、個人の権利保護という裁判所の独自性が、同じく基本法上独自の機関として構成されている行政との関係で如何に評価されるかという視点が欠けているように思われる。裁判所の独自性はそれ自身として承認しうるものであつても、その権限の排他性が直ちに帰結されるわけではないであろう。次節において紹介する見解は、まさにこの点を批判し、かつ補充するものであるといえよう。

### 第三節 行政―司法の機能適合的権力分立

個人の権利に関わる私的領域から公的領域を区別する、いわゆる公私二分論をめぐつて、戦後のドイツ公法学に対立が見られたのは周知のことである。<sup>(36)</sup>公私二分に否定的な見解によれば、行政作用は、個人の法的地位への介入というよりも、むしろそれを実現してゆく動態的過程と捉えられることになる。こうした行政に対する見方は、特に一九七〇年代の計画法の研究を契機として盛んになり、その後八〇年代には、原子力行政の問題を中心に技術

的・政策的な法分野でも展開され、一般的に認められるようになつた。<sup>〔37〕</sup>ここで問題となるのは、行政の独自性をいかに捉えるかという、まさに第二節でみた見解に不足していた点である。つまり、現実の行政決定が、社会における諸利益を考慮・衡量する複雑な過程において行われることを認識し、それを法的に把握することが試みられているのである。

この見解によれば、行政裁量は比較的肯定的に捉えられる。といふのも、それは行政がその独自性を發揮し、社会に生起する問題に迅速かつ柔軟に対処するために必要な領域とみなされるからである。こうした行政裁量の理解においては、伝統的学説と比べて、結果的に求められる司法審査の範囲は縮小されることとなるであろう。もつとも、この見解は、本来的には司法に対する行政の優位を主張するものではない。といふのも、行政だけではなく司法の果たす役割もまた尊重され、両者の分業によって法の具体化が行われることが要請されるからである。つまり、ここで行政裁量論は、行政と司法との間の適切な権限配分を達成するための理論であると見なされているのである。以下ではまず、司法に対する行政の独自性の評価がどのように展開してきたかを概観した後（第一款）、行政裁量論において行われる行政と司法の権限配分の在り方として、近年特に支持を集めている機能的—法的権力分立の考え方について述べることとしたい（第二款）。

### 第一款 行政裁量の積極的評価

#### （二）現実の行政行動への着眼

行政過程の動態的把握の出発点となるのは、法治国家原理や法律による行政の原理を、原則として法および法律による行政の完全な拘束と同一視してきた伝統的学説に対する批判である。例えばその代表的論者であるエームケ

は、一九六〇年に発表した行政裁量をテーマとする論稿において次のように述べる。「……原則として行政関係は——その形態の多岐性に際して、おそらくより正しくは行政諸関係と言われるのだが——、法規範によって余すところなく規定されてはいない。立法者はむしろ、法律の枠内で、政府の命令の下にある行政に対して、自らが構想した生活領域の規定を現実へと移行させ、その際に自らが見通すことのできない細部と状況を形成するよう、委託を行う<sup>(38)</sup>」。それゆえ、伝統的学説が通常の場合として想定する、行政の法律および法への完全な拘束は、考え得る様々な拘束の程度の終点に過ぎないとされる。

エームケによれば、民主主義過程においては、立憲君主制国家と異なり、いわゆる侵害行政から行政全体へと法律による行政の原理が妥当するようになつたため、「法律はもはや行政の限界 (Grenze) であるのみならず、委託 (Auftrag) や委任 (Vollmacht) でもある<sup>(39)</sup>」。それゆえ、法と行政の自由な行動とは、お互いに排除し合うものではない。このような前提からすると、伝統的学説が、規範の文言や概念に基づいて理論を形成してきたこともまた、批判されることになる。すなわち、「法的効果の側に『授権の文言』〔である (können) 等の狭義の裁量を認める文言（括弧内は筆者）〕を含む規範、ないし特定の不確定法概念あるいは不確定法概念のいくつかの種類へと、……裁量問題を縮減することは、行政に際して原則的に『法律の適用』……が問題となるという誤った教義の結果でしかない」。エームケによれば、行政裁量は、詳細にみれば様々な形態において、また様々な範囲において与えられているであろうが、基本的には「行政全体を特徴づける性質」なのである。<sup>(40)</sup>

## (一) 司法に対する行政の独自性

エームケはさらに、行政裁判所のコントロール範囲もまた、個々の文言や概念によって決まるわけではなく、一方では行政の任務から、他方では行政裁判所の任務から規定されると言ふ。行政裁判所の任務は、行政の法コント

ロールに限定され、原則としては、行政によって決定された生活状況を再度決定するべく自らが行政の立場に立つのではなく、行政が拘束されている基準に従って行政の行動をコントロールするだけである。<sup>(41)</sup> それゆえ、行政裁判所は行政決定全体を常に審査することはできないが、それは決して審査の後退ではないとされる。エームケによれば、「行政裁判権の目標は、コントロールの最大（Maximum）ではなく、最適（Optimum）」であり、そこにおいて権利保護に対する市民の利益と、遂行能力のある行政に対する市民の利益との調和がもたらされるという。<sup>(42)</sup> もつとも、エームケの主たる関心が立法者と行政との関係にあつたためか、行政と行政裁判所との関係に関する記述はそれほど詳細ではない。

これに対し、その約一〇年後に公表された論稿において、レデカーは裁判所の統制密度（Kontrolldichte）の問題を中心に据えて、行政に対する行政裁判所のコントロールのあり方を詳述している。まずレデカーによれば、基本法一九条四項を根拠に不確定法概念に際してほぼ常に包括的な司法審査を要求する行政裁量論の通説は、「杓子定規（Rigorosität）」であり、「差異化（Differenzierung）」が必要であるとされる。<sup>(43)</sup> いうのも、そこでは裁判所の審査権と行政の形成任務との間の、すなわち法治国家と社会国家というアンチノミーの現象形態の衝突が起つていて、裁判所の審査権を一方的に強調してはならないからである。<sup>(44)</sup> レデカーもまた、裁判所の権利保護の最大ではなく最適を主張し、「権利保護が最適であるのは、市民の権利保護の利益を、遂行能力のある行政に対する市民の利益と一致させる場合だけである」と言う。<sup>(45)</sup>

ここでレデカーは、裁判官が単に法律を執行するだけではなく、法秩序を形成し得ることを認める。<sup>(46)</sup> しかし、裁判官の形成的任務は、法秩序の維持および形成に留まり、社会政策、景気変動、外交、通商、あるいは国土開発政策といった任務とは異なるものである。不確定法概念は、しばしばこういった制御、嚮導、計画による将来形成の

動態的任務と関係するのであるが、そのような任務は司法ではなく、立法と行政に委ねられる。<sup>(47)</sup>

こうした行政と行政裁判所との間の関係を基礎付けるために、レデカーはさらに、行政裁判所を民・刑事裁判所と比較する。彼によれば、民・刑事裁判所が無制約の法適用権限を持つのに対し、行政裁判所に対してはこのような制約が課されることについて、それは行政裁判所を不利に扱っているのではないという。なぜなら、民・刑事裁判所の場合には、その裁判に先行する「客観的な公共の利益の義務を負った公共体の決定」が存在しないからである。その限りで、行政裁判所の任務は、それとは性質の異なる法コントロール権限であるとされる。従つて、「行政裁判所は、その統制密度において、国家の形成作用と権利保護作用のジンテーゼの任務を志向しなければならない。そこには、行政と行政裁判所が同じ程度に属しており、その統合に、行政裁判所は貢献しなくてはならないのである」<sup>(48)</sup>。

### (三) 行政作用と司法作用の相対化

かような行政と行政裁判所との間の任務配分の考え方は、一九七〇年代において盛んになつた計画法の研究によつて、一層発展することとなつた。そこでは、判例の展開を通じて、諸利益の衡量という行政決定の型が承認されるとともに、衡量統制という限定された司法審査の方法が確立された。しかし、計画裁量 (Planungsermessens)<sup>(49)</sup> は通常の裁量から完全に区別され、計画概念は当初、法治国家にとつて異物でしかなかつた。しかし、状況は変化し、行政過程の動態性の意義が次第に認められるようになる。その先駆けとなつたのが、一九七八年のカルカー決定であった。同決定において、連邦憲法裁判所は、原子力法における不確定法概念が、公共体の保護のみならず、個々の市民の保護にとつても肯定的な機能を持つと判示したのである。<sup>(50)</sup> このような行政による柔軟かつ動態的な権利・利益の保護を積極的に評価して、ブリンクナーは次のように述べる。行政は、立法者と異なり、予期しない、あ

るいは変化する現状に素早く対応することができる。また行政は、行政裁判所と異なり、あらゆる可能な適用事例を視野に入れて、また財政的および人的リソースを計画的に投入して、法律の目標を実現することができ、またそ<sup>(51)</sup>うしなければならない。プリンガーは、不確定法概念において行政に自由な判断を認めても、狭義の裁量の場合と同様に、行政の判断が裁判所の最低限の審査に服するならば、憲法が要請する権利保護保障に違反しないという。他方で、そのような裁判所によるコントロールの減少は、行政の決定プロセスの安定性によって補われなければならない。それゆえ、行政手続の規定もまた、憲法上要請される実効的権利保護の不可欠な構成要素と理解されることになる。<sup>(52)</sup>

## 第二款 法の具体化における行政と司法の協働

このようない行政による動態的な権利保護を認める立場によれば、第二節の見解において司法の独立性と理解された個人の権利保護が、行政によつても担わることとなり、行政作用と司法作用とは相当程度において交換可能であるということになる。つまり、基本法一九条四項の包括的な司法審査の原則は、行政に対する司法の優位を根拠づけるのではなく、司法審査の範囲は常に行政の任務との連関において決まることになるのである。それゆえ、法律によつて規律されている部分については、基本法一〇条三項に基づいて完全な範囲で司法審査が行われるとしても、それを超える部分において、憲法は司法審査の態様について一義的には語つていないとということになる。

ここではむしろ、行政と司法の権限配分が一義的に決まつていないと、つまりその境界が柔軟に画定されるとが、好意的に評価される。一九八〇年代から、このような思想の表現として用いられてきたのが、「機能的—法的な (funktionell-rechtlich) 権力分立」である。その内容については、次の連邦憲法裁判所の判決における定義

が、最もよく知られている。すなわち、「国家決定は、可能な限り正しく、つまりそれは、当該国家決定に関して、その組織、構成、作用および手続の方法に鑑みて、最良の条件を有している機関によつてなされる」。<sup>54</sup>つまり、伝統的な権力分立論によれば、それぞれの機関は「核心領域」を有しているとされ、相互の厳格な分離が要請されてきたのに対し、<sup>55</sup>機能的—法的な権力分立は、そのような所与の権限配分を前提とせず、機関が備えている様々な条件に最も適合するような権限配分を要求するのである。機能的—法的な権力分立のアプローチは、元々議会と憲法裁判所、ないし議会と執行権との間の権限を界づける方法として知られていたが、行政と司法との間の権限の境界づけにも適用可能であるとされている。<sup>56</sup>

例えばオッセンビュールは、機能的—法的の権力分立の考え方に基づいて、行政裁量論を司法と行政との間の権限配分の観点から再構成しようとする。彼は、司法の機能的限界を生ぜしめる基準を、行政決定の具体的な性質に即して敷衍し、以下のものを挙げる。すなわち、より多くの専門知識の問題、法律によって予め与えられた行政の形成任務、結果責任の問題、行政手続の形成、そして機能適合的な機関構造の基準である。これらの基準は、すべて例外なしにそれぞれ単独に存在しているというわけではなく、一部では相互に重なりあり、交差している。それゆえ、これらの要素が総合的に考慮された結果、司法権の機能的限界が導かることとなる。<sup>57</sup>

## 小括

行政過程の動態的把握の試みは、最終的に、行政作用と司法作用との区別が相対的であり、それゆえ行政と行政裁判所との間の権限配分は、憲法上一義的に決まっているわけではないとの結論へと至った。ここで、両者の権限を配分するための新たな方法として採用された機能的—法的アプローチは、一九九〇年代になると行政裁量学説お

より判例の支持を得るようになつていった。<sup>(59)</sup> 確かに、伝統的学説による狭義の裁量と判断余地との区別は、今日でもなお維持されてはいる。しかし、その内実は、バホフが一九五〇年代に提唱した当時のものとは異なつており、ここで考察した機能的—法的アプローチの影響を受けているように思われる。<sup>(60)</sup> というのも、今日の判断余地説において、法概念の認識の限界を確定することはもはや重要ではなく、判例において判断余地が承認してきた事例グループが大きな役割を果たしており、そこでは、行政決定の様々な性質が、判断余地を承認する際の要因として挙げられているからである。<sup>(61)</sup>

このような機能的—法的アプローチへの支持の背景には、法を動態的形成のプロセスと捉える見方の定着を認めることができよう。まず、第一節でみた一九五〇年代の学説においては、司法作用が法認識に限定されていたのに對し、司法もまた法を具体化し得ることが受け入れられるようになった。その一つのきっかけとなつたのは、第二節でみた主観的権利概念の再構成であり、個人の権利保護を裁判所の排他的権限とみなす見解であった。これに対しても、本節で取り上げた行政過程の動態的考察を端緒とする有力な見解は、司法とともに、行政による法秩序形成の意義を積極的に評価した。かような動態的な法の見方は、第一節において述べた一〇世紀初頭の法の一般理論や、五〇・六〇年代にドイツで起こった法律学方法論をめぐる議論と軌を一にするものであつた。<sup>(62)</sup> こうした展開とともに、行政裁量論は、法の実体的基準が尽きた先にある、行政と司法の権力分立の問題として理解されるようになつたのである。

確かに、このような行政裁量論の展開は、否定されるべきではないであろう。また、行政と司法の協働によつて決定の正しさが全体として保障されるという機能的—法的アプローチの所論も、それ自身としては納得のいくものである。しかしながら、行政と司法がいかにして区分されるかという段になつて、それが結局のところ個別事例の

決定に委ねられる」とに対する見解では、批判が向けられている。つまり、機能的—法的アプローチによつて、決定を行う機関の組織や手続、決定の具体的状況をその都度考慮して行政と司法に権限配分がなされるとき、行政と司法はまさに機能、すなわち各考慮事項を変数とする関数でしかない。そこにおいて、どのような機能が生じるかは事実問題であり、予め法的に与えられたメルクマールはほとんど存在しないことになるのである。しかしながら、近時においては、機能的—法的アプローチに代わり、行政と司法との間の権限配分に関する法的な要請を探求しようとする新たな試みが見られる。以下第二章では、ノルマした学説の展開のうち、二つの対照的な見解を紹介する。したい。

- (1) F. Ossenbühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Jeserich u.a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, S. 1146.
- (2) C. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft, 2004, S. 95.
- (3) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（一）—（四完）」法学新報八四卷一＝三三号、四＝六号、七＝九号、八五卷一＝三号（一九七七—七八）、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（有斐閣、一九八二）、安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造（一）—（四完）」国家学会雑誌九七卷一＝一一号、九八卷五＝六号、一＝一〇号、九九卷七＝八号（一九八四—八六）、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社、一九九三）、山本隆司『行政上の主觀法と法関係』（有斐閣、一〇〇〇）、神橋一彦『行政訴訟と権利論』（信山社、一〇〇三）など。
- (4) 第一次世界大戦後のドイツにおける行政裁判制度の再建については、南博方『行政裁判制度—ドイツにおける成立と発展—』（有斐閣、一九六〇）一五四頁以下を参照。
- (5) H. Schulze Fielitz, Art. 19 Abs. 4, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Rn. 8 によれば、「間隙なる個人の権利保護という基本法一九条四項の選択は、その含意として、行政に対する権利保護形成の一九世紀から受け継がれてきた二者択一にひいても、共に次のよきな選択をしたのである。すなわち、（コントロール可能な問題提起の列举に代わる）概括条項と、あるいは「見したところでは（例えば、法律、行政の規範行為、恩赦決定、統治行為、政

- 政治行為、裁量決定、選挙法上の行為等に関する、君主制から受け継がれてきた種々の例外に代わる) 原則として全ての公権力の行為に対する審査可能性である』<sup>6</sup>。
- (6) もひじめ、山本・前掲注(3) | 七二|頁によれば、従来の公権論は業務とは切り離されており、基本法一九条四項にいう権利を「公権」概念から切り離す有力説も存在した<sup>7</sup>。
- (7) R. Wahl, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 74f.
- (8) O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21. なお、ヨコーラーの公権論については、山本・前掲注(3) | 四一|頁以下、神橋・前掲注(3) | ○九|頁以下を参照<sup>8</sup>。
- (9) O. Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 294ff.
- (10) Bachof, a. a. O. (Fn. 9), S. 299.
- (11) Bachof, a. a. O. (Fn. 9), S. 301.
- (12) Bachof, a. a. O. (Fn. 9), S. 303f.
- (13) O. Bachof, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht, in: ders., Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht, 1979, S. 3f.
- (14) Bachof, a. a. O. (Fn. 9), S. 295f.
- (15) C. Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), 2006, S. 77. ハルトベルガーによれば、元々は一九六五年にヘルムート・クヴァークリュがローマハ・ハコスマードに宛てた手紙の言葉である<sup>9</sup>。
- (16) H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1. Aufl., 1965, S. 104.
- (17) G. Jellinek, System der subjektiven Rechte, 1919, S. 86f.
- (18) Rupp, a. a. O. (Fn. 16), S. 124.

- (19) ただし、バホフをはじめとする伝統的学説の多くは、行政の完全なる自由裁量を認めているわけではない。つまり、行政の裁量権行使には法的限界が伴い、この限界が遵守されたかどうかについては主観的権利が存在するとしていた (*Bachof*, a. a. O. (Fn. 9), S. 205)。しかし、これに対しルッパは次のように述べる「仮に『裁量適合的』であるとはいって適切に謂へる『規範適合的』な、裁量の行使に関する法的義務が存在するならば、おそれゝの義務の内容は法的なやれであり、自称するやいへじよればまさに存在するはずの裁量余地という法的自由を排除するであろう」 (*Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 211)。つまり、ルッパによれば、「裁量適合的」な裁量権行使は、その名称自体矛盾であり、実際には法的義務に基づいて決定しなければならないことになる。
- (20) *Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 209.
- (21) *Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 194.
- (22) *Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 180. 「凡々はハイスの国法学者ハース・ツーベーの論稿 (*H. Huber*; Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in : *Festgabe für Giacometti*, 1953, S. 66) から引用である。
- (23) リベラル従来の行政裁量論の枠組みに対する批評には、チャーチ学派との共通性が認められる。ルッパ自身も法政階級説によれば言及している (*Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 105f. (Fn. 3), 148ff., 198f.) が、両者の法の觀念は全く異なる。すなわち、ルッパはチャーチ学派における法の「授權 (Ermächtigung)」よりも基づく法の「定立 (Rechtssetzung)」による考え方を探らなる。リベラル見解の相違によるとかねば、ルッパが、後に組合するハイスも「法は法律によってケルヤハの綱糸法律を高く誇張して云うだい」といひてゐる、*Schönberger*, a. a. O. (Fn. 15), S. 79 (Fn. 120).
- (24) *H. H. Rupp*, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, *NJW* 1969, S. 1276.
- (25) *Rupp*, a. a. O. (Fn. 16), S. 220f.
- (26) *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 7 Rn. 56.
- (27) *Maurer*, a. a. O. (Fn. 26), § 7 Rn. 34.
- (28) *Maurer*, a. a. O. (Fn. 26), § 7 Rn. 34.
- (29) *Maurer*, a. a. O. (Fn. 26), § 7 Rn. 58ff.
- (30) *M. Ihler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 178.

- (31) *Ibler*, a. a. O. (Fn. 30), S. 170.
- (32) *Ibler*, a. a. O. (Fn. 30), S. 178.
- (33) *ノルマを明示的に規制する場合* W.-R. Schenke, Art. 19 Abs. 4, in: Bonner Kommentar Grundgesetz, 2009, Rn. 496f, 507ff.
- (34) *Maurer*, a. a. O. (Fn. 26), §7 Rn. 61.
- (35) E. Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte. Verfassungsgerechtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl 1997, S. 282. 基本法11条1項の人格の自由な発展の権利については、シローマ＝ハコハク『現代ドイツ基本権』(法律文化社、1100)【永田＝松本＝倉田訳】1111頁以下を参照。
- (36) 栗城壽夫「西ドイツ法理論の変遷」公法研究三八卷(一九七六)七六頁以下、藤田由靖「法現象の動態的考察の要請と現代行政法学——R・スマートについての覚え書き——」同『行政法学の思考形式』[増補版] (木鐸社、1100)111七六頁以下、同「E・W・グッケンフェルデの国家と社会の二元的対立論——現代西ドイツ公法学研究ノート——」同『行政法の基礎理論上巻』(有斐閣、1100五)八〇頁以下を参照。
- (37) ドイツの計画裁量については、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、一九九〇)三四頁以下を、科学技術と裁量に関しては、同六三頁以下を参照。こうした行政の見方は、日本においても行政過程論として知られてゐるところである。代表的なものとして、遠藤博也「行政過程論の意義」同『行政過程論・計画行政法』行政法研究II〔遠藤博也著作集2〕(信山社、1101)110九頁以下、塙野宏「行政過程統説」同『行政過程とその統制』(有斐閣、一九八九)三頁以下を参照。
- (38) H. Ehmk, „Erlassen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960, S. 40. 同書の解説としては、宮田三郎「紹介：ヘルムケ『行政法における“裁量”と“不確定法概念”』」同『行政裁量とその統制密度』[増補版] (信山社、1101)110五頁以下がある。
- (39) *Ehmke*, a. a. O. (Fn. 38), S. 41.
- (40) *Ehmke*, a. a. O. (Fn. 38), S. 40.
- (41) *Ehmke*, a. a. O. (Fn. 38), S. 45f.

- (42) *Ehrke*, a. a. O. (Fn. 38), S. 47.
- (43) *K. Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungssgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 758, 760.
- (44) *Redeker*, a. a. O. (Fn. 43), S. 758.
- (45) *Redeker*, a. a. O. (Fn. 43), S. 758.
- (46) *Redeker*, a. a. O. (Fn. 43), S. 760. Siehe auch *dex*, Bild und Selbstverständnis des Juristen heute, 1970, S. 9ff.
- (47) *Redeker*, a. a. O. (Fn. 43), S. 760.
- (48) *Redeker*, a. a. O. (Fn. 43), S. 762.
- (49) *M. Bullinger*, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung—Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1005.
- (50) BVerfGE 49, 89 (137). 両決定にひいてば、高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性——カルカー決定——」<sup>54)</sup> と、憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(第1版) (信山社、1990年) 116頁以下を参照。
- (51) *Bullinger*, a. a. O. (Fn. 49), S. 1006.
- (52) *Bullinger*, a. a. O. (Fn. 49), S. 1006.
- (53) 「イイシにおける権力分立の機能的アプローチは、既に我が国でも紹介されてゐる。栗城壽夫「ドイツの権力分立——権力分立の機能的解釈——」比較法研究五[号] (一九九〇)三四頁以下、木戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、1990年) 一一六頁以下、村西良太『執政機関についての議論——権力分立論の日独比較研究』(有斐閣、1991) 116頁以下を参照。
- (54) BVerfGE 68, 1 (86). Vgl. auch BVerfGE 95, 1 (15).
- (55) 伝統的な権力分立の考え方を「原則—例外—核心領域モデル」として紹介する著者たるR. Poscher, § 8 Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, Fn. 32.
- (56) Vgl. G. F. Schuppert, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, S. 1197ff; F. Ossenbühl, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungssgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS für K. Redeker, 1993, S. 64ff; E. Pache,

## Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 76ff.

- (57) 権力分立論一般に関するオッセバウルの所説についても、vgl. F. Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 545ff. 并語による紹介ムード、村西、前掲注(53) | 五九頁以下を参照。

(58) Ossenbühl, a. a. O. (Fn. 56), S. 66.

(59) 例えば連邦憲法裁判所は、法曹資格試験における行政の判断余地が問題となつた一九九一年の判決において、「ゆひふむ、不确定法概念が、ルニに規律された素材の高度な複雑性と特別な動態性のゆえにあおりにも漠然としており、また行政決定の追試において当該不确定法概念を具体化する」とが、あまりにも困難であることがあり、その結果、裁判所のロハーロールは司法の機能的限界 (Funktionsgrenzen der Rechtsprechung) としてかかる」述べてゐる。Vgl. BVerfGE 84, 34 (50)。同判決にて云ふべく、野中俊彦「法曹資格試験の成績評価と司法審査の在り方」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II [第一版]』(信山社、二〇〇六) 三一七頁以下を参照。

(60) ノイモーナ見方は、Pache, a. a. O. (Fn. 56), S. 76.

(61) Mauer, a. a. O. (Fn. 26), § 7 Rn. 54ff. によれば、判断余地が認められる事例グループは、次のように区分される。第一に、アシューア、国家試験等の試験に関する決定、学校領域における試験類似の決定、および官吏法上の評価の決定がある。これ等においては、専門―學問的知識が必要となる他、特に試験については、試験の際の状況が繰り返し不可能であり、他の受験者の結果と比較ができるなどといったことが考慮される。第二に、命令から自由な専門家なし利益代表者によりて占められた委員会による評価的性質を持った決定、第三に、決定が行政政策や経済政策等の領域における所与の目標や要因と結びつかず、それによって規定されてゐる場合もまた、裁判所の審査は不可能であるとする。

(62) 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. 528.

(63) ルック語や法學的ルルメノイタヒコヘた新しい理論においては、従来の図式的な法的三段論法に代わる法適用のモデルが模索された。Poscher, a. a. O. (Fn. 62), S. 528 (Fn. 6, 7)。先に取り上げたエーベルケもまだ、憲法解釋方法論における有力な論者であった。H. Ehmk, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VWfDSHL 20, 1963, S. 53ff.