The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	行政による規範定立の再定位（一）：法規命令と行政規則の法的拘束力の観点からみた再構築
Author(s)	宮村，教平
Citation	阪大法学. 2015, 64(6), p. 239-258
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71564
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

行政による規範定立の再定位（一）

――法規命令と行政規則の法的拘束力の観点からみた再構築――

宮　村　教　平

はじめに
第一章　法規命令と行政規則の相対化現象
　第一節　学説における法規命令恐怖症と判例における緩和傾向
　第二節　判例における行政規則論の展開
　小括
第二章　学説における行政規則論の活性化
　第一節　活性化にとっての基盤的業績
　第二節　学説における行政規則論の発展とその限界
　小括
おわりに

（以上、本号）

（阪大法学）64（6-239）1767〔2015.3〕

はじめに

（一）問題の所在

従来の議論の構造

現代において多様化する国家任務を達成するために、行政が制定する規範の重要性が増しているといわれて久しい。そうした中で、行政が制定する規範は、まず制定権限をもつ機関の違いに応じて区別される。具体的には、憲法上のものとして、政令（憲法七三条六号）が、法律上のものとして、内閣府令（内閣府設置法七条三項）、省令（国行法一二条一項）および外局規則（国行法一三条一項）ならびに訓令・通達（内閣府設置法七条六項、国行法一四条一・二項）という形式が存在する。

もっとも講学上、この実定法上の形式的区別とは異なる指標によって、行政が制定する規範は類別されてきた。それは、「法規〔Rechtssatz〕」という特定の内容の有無に基づく類別である。そこでは「法規」としての性質を有するものを法規命令とし、その性質を有しないものを行政規則とする類別がなされている。この「法規」概念は、日本国憲法では、四一条解釈において言及されるのが常である。すなわち、わが国の従来の通説は、同条の「立法」概念を、形式的な定義では同語反復となってしまうという理由から、論者により内容の定義に差異があるもの[1]の、特定の内容の法規範としての「法規」を意味するものと理解してきた（実質的意味の法律概念）[2]。もっとも、このような「実質的意味の法律」の制定は、議会のみに認められるものではなく、一定の要件の下で行政機関にも認められてきた。こうした議論の構造は、行政法学からすると、「法律の留保」原則の範囲に関わるものだと指摘されている[3]。いずれにせよ、法規命令は、「実質的意味の法律」概念に包摂されるものと説明され、そのことから

当然に、私人や裁判所に対する法的拘束力を有するものと理解された。これとは逆に、行政規則は、「法規」に関わる規律ではないとされたために、法的拘束力を有しないものとされていた。

こうした区別を前提として、法規命令をめぐる議論は、次の二点に焦点を当てて展開される。第一は、委任法律の憲法適合性と、第二は、命令の法律適合性と呼ばれるものである。[4] 第一の論点は、「唯一の立法機関」（四一条）あるいは「法律の留保」原則に基づき、命令の制定には法律による「委任」が必要であるとされたことに端を発する。ここではさらに、「委任」はただ存在すれば良いのではなく、権力分立制に反しないような態様でなされることが要請される。[5] そして第二の論点は、委任によって予め指示された内容に、法規命令の規定が適合しているかを問うものである。[6]

他方で行政規則は、行政機関の内部領域を規律する規範である。それゆえ、その領域を非法領域として構成するか内部法領域として構成するかはさて措き、[7] 国民を名宛人とする規範について適用される「法律による行政の原理」が、そのまま適用されることはない。すなわち、行政規則は行政法学にとって積極的な検討対象となり得なかったのである。[8] しかし、本来は内向きであったはずの行政規則が、その働きが増すにつれて、実質的に、外部に影響を及ぼしている現象も確認された（「行政規則の外部化現象」）。そこで、このような現象の法的構成をめぐる議論も論点として登場する。[9]

このような一連の議論を概観すると、次のような整理が可能となろう。従来の議論は、特定の内容を定めた法規範を意味する「法規」概念を通じて、「実質的意味の法律」概念を確立していた。そして、そうした「実質的意味の法律」概念に包摂されるという理由から、法律と法規命令は法的拘束力を備えるものと説明されていた。そこでは、「法規」概念と「実質的意味の法律」概念と法的拘束力という三つの内容的要素が、一体のものとして取り扱

われてきたといえよう。法規命令と行政規則は、ともに行政が制定する規範であるにもかかわらず、その性質の違いゆえに、前者には、法律による委任が必要とされ、後者には、それが必要ないと解されていたのである。

問題の所在と方法

こうした議論状況について、「法規命令」と「行政規則」の類別に際して「内容的な要素と形式的な要素が結合し合って」いるとする評価は適切であると思われる。[10] しかしながら、この議論状況に対して、「法規」概念・「実質的意味の法律」概念の有無による類別を動揺させうる主張が近年有力になされている。それらの見解は、立憲民主制を採用した日本国憲法下では、実質的意味の法律概念の必要性はなくなる、という。[11]

つまり、実質的意味の法律概念が生み出されたドイツにおいて、特定の内容を伴うこの概念は、立憲君主制下において議会の協賛を要する君主の立法権（法律）と議会の協賛を要しない立法権（命令）の境界画定のために創出されたものであった。そして、そこでの法律とは、議会と君主の二元的立法構造において、その内容を広く解することにより、議会による規律領域を拡張することを目的とするものであったと指摘されている。[12] こうした理解は、確かに、当時のドイツと同じく議会と君主の二元的立法構造を採った大日本帝国憲法下では、輸入可能であったであろう。しかし、これに対して立憲民主制では、議会における一元的立法構造が採用されている結果、法律の法規創造力の独占が徹底されることとなる（国会単独立法の原則）。[13] それゆえ、日本国憲法では、実質的意味の法律概念が存続し得る前提を欠いているとされるのである。

こうした主張を踏まえるならば、以下のことが際立つように思われる。それは、法規命令と行政規則を類別する機能を有していた「法規」・「実質的意味の法律」概念と「法律による委任」との「結合」は、日本国憲法解釈による論理に従ったものではない、[14] ということである。そうであるならば、行政が制定した規範を裁判所が基準として

採用し、適用するための根拠、すなわち裁判所に対する法的拘束力の根拠が明らかにされねばならない。そしてこの問いは、権力分立原理に照らすと、いかなる機関が、いかなる条件の下で、立法作用の担い手となることを日本国憲法は規定しているのか、という問題として現れる。

本稿では、次の理由から、ドイツにおける議論に着目したい。[15] 第一の理由は、かつてドイツは、わが国公法学の確固たる準拠国であったこともあって、議論のための道具立てからして一定の共通性があり、とりわけ実質的意味の法律概念を無用とする見解が既に一般的だからである。現在のドイツ公法学では、法規命令や行政規則についての議論は、「法律の留保」原則との関連で、論じられている。

第二の理由は、法律や法規命令、行政規則といった各形式の位置づけをめぐる議論が近年活発となっていることにある。その要因には、確かにドイツ固有の問題もある。しかし、それを受けて学説で展開された議論は、論者によって当然に差異はあるものの、民主制原理に関する議論も踏まえた、いわゆる「作用＝権限法〔funktionell-rechtlich〕的な見方」からなされる権力分立理解を前提とする。[16] そしてそこから得られた議会と行政の権限配分に照らして、もっぱら行政規則をめぐる議論を中心として、法規命令と行政規則それぞれの規範形式の法的拘束力を論証している。これらの議論は、傾向として、法規命令と行政規則の相対化を志向することとなり、憲法規定の解釈問題へと発展する。こうした議論の型は、わが国がドイツと同種の議院内閣制を採用していることからしても、本稿の問題関心にとって参照する意義が大きいと思われる。

（二）本稿の目的および構成

以上の問題関心が、本稿の目的および構成を規定する。

本稿の目的は、行政によって制定された規範に法的拘束力が与えられる根拠を明らかにすることにある。

この課題を果たすべく、まずはドイツにおける法規命令と行政規則の相対化現象を把握する。そのために、法規命令をめぐる歴史的背景および憲法上の規定ならびにそれに対する判例の展開を概観した後、行政規則をめぐる判例の展開も概観する（第一章）。それに続いて、行政規則の法的拘束力を「法律の留保」原則との関連で検討する学説の展開を整理し、それぞれの構造を検討する（第二章）。以上の検討を踏まえ、本稿における課題に対する解決を試みたい（おわりに）。

第一章　法規命令と行政規則の相対化現象

第一節　学説における法規命令恐怖症と判例における緩和傾向

ドイツ連邦共和国基本法（以下、「基本法」という。）における法規命令に関する条項は、詳細に規定されている。基本法八〇条一項一文は、法規命令の第一次制定権者を、連邦政府、連邦大臣、およびラント政府に限定し、同条項二文は、授権法律において規定されなければならないものとして、授権の内容、目的および射程の三要素を挙げている。とりわけ、基本法八〇条一項二文に列挙された「内容、目的および射程」の要求は、一般的に、「特定性要請〔Bestimmtheitsgebot〕」と呼ばれている。このような憲法上の規定は、「ドイツ憲法史上初めてのもの」である。(17)

こうした新たな規定が創出された要因には、ヴァイマール憲法下での命令への授権の無限界性に対する反省があった。ヴァイマール憲法下では、それ以前の憲法構造であった君主・政府と議会の二元主義が排除されたにもかかわらず、命令への授権の態様に関する理論的な説明は、学説において限定的に存在するだけであり、十分に顧みられることはなかった。(18) 当時の学説が十分に議論を展開できなかった理由として、学説側では、二元主義の影響を

受けている古典理論が継受されたため、ヴァイマール憲法体制における憲法構造の転換が十分に意識されなかったことが挙げられる。また当時の社会状況も、議会の命令への授権を理論的に枠づけることに対し、消極的に作用したとされる。[19] 当時の議会は、経済的な苦境、議会における政党の乱立と対立、経済国家・社会国家化に伴う行政任務の複雑化、および官僚機構の権力政治的な傾向といった理由から、中心的地位を失っていたのである。こうした中で、法律による授権は、法律の優位をも排除し、行政が法規命令でもって法律を破棄し、変更することをも許容する。そのうえ、憲法改正法律によって、憲法上の規定を無効とする権限を行政に与えることが可能となった。[20] こうした展開が「民族および国家の危難を除去するための法律（いわゆる「全権委任法」）」に結実したことは、[21] 周知の事実であろう。

しかし、こうした経験の反省から規定された基本法八〇条一項について、それが実際に運用される中で、文言通りの厳格さを伴った授権の特定性が要請され続けたわけではない。まず連邦憲法裁判所の初期の判決において、その特定性の要請は、ケース・バイ・ケースで決定するほかないと宣言され、さらに、授権の方向性や授権に基づく法規命令の内容が予見されない場合には、特定性の要請を満たしていない、という一般的な準則が示されるに留まった。[22] こうした言明は、この特定性の要請を緩和させる呼び水となる。[23] その結果、学説でも、基本法八〇条一項における授権の三要素は「……法律全体から探り出すことが可能であれば、それで十分である。いかなる問題が授権に基づいて規律され得るかを、解釈を通じて確認することができる場合でも、授権はその内容に関して十分に特定されている」とされた。[24] そして判例では、この緩和傾向に伴い、授権の十分な特定性を測るための様々な定式が提供された。[25] また、七〇年代の憲法改革予備調査委員会では、基本法八〇条一項二文から「内容」と「射程」の文言を削除し、特定性の三要素を「目的」のみに限定する提案もなされた。[26] さらに近年の判例では、実体法上だけで

なく手続法上の規準も、基本法八〇条一項の意味における授権の特定性を構成するものとして認められるに至る。[27] 現在の判例では、基本法八〇条一項二文の「内容、目的および射程」という文言は、授権根拠に対する憲法上の厳格な個別要件として認識されていないといえよう。

もっとも、このように授権規定の憲法適合性が柔軟に判断されてきたとしても、法律と法規命令の関係をめぐる学説の基本的な理解は、本来的法定立権限を有する議会が制定した法律による規律が原則であり、行政が制定した法規命令による規律は例外であるという点にある。そこでは、基本法八〇条一項は、その例外を有効とするための要件として機能しており、その他の命令形式に対して「阻止効〔Sperrwirkung〕」を発揮するものとして位置づけられる。[28] こうした理解は、これに与しない論者から「命令恐怖症」と論難されているものの、[29] 一般に維持されたままである。

むろん、行政による規範定立には、法規命令だけでなく、行政規則も存在する。基本法八〇条一項の特定性要請を緩和させる傾向と並行して、本来は行政の内部領域を規律するものであるはずの行政規則を活用する傾向も進展した。[30] その活用を受けて、判例においても、学説においても、行政規則の法的拘束力に関する議論が蓄積されている。そこで次節では、判例における行政規則論の展開を検討する。

第二節　判例における行政規則論の展開

国家法人説を前提とする行政の外部関係と内部関係を峻別することによって、行政内部を法問題ではなく権力問題として把握していたかつての理解とは異なり、基本法下の伝統的理解では、行政規則は内部法領域を規律するものであり、外部法領域を規律するものではないとされた。それゆえ、行政規則は、裁判所に対して事実上の意義を

有するに留まると解されていたのである。[31] しかしながら、一九五〇年代以降、行政規則に対して外部効果を認めようとする議論が登場する。その議論は例えば、行政規則を援用することで、行政による侵害を除去することや、給付請求のための論拠として用いることを目的として展開された。[32] そこでは、平等原則（基本法三条一項）や信頼保護原則を手がかりに、行政規則に対して間接的に外部効果を認める戦略が採られることとなる。[33] もっとも、この外部効果をめぐる議論は、「規範を具体化する行政規則〔Normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift〕」という形式の登場により、新たな局面に至ることとなる。

（一）環境技術法領域における規範を具体化する行政規則の創出とその定着

環境技術法領域は、その性質上、規律に際して技術的専門性が求められる法領域である。それゆえ、行政規則が多用されたこの法領域では、規範を具体化する行政規則の創出と、その定着が見られる。この行政規則は、連邦行政裁判所によって一九八五年一二月一九日に下された、いわゆるヴィール判決において創出された。[34] ヴィール判決もまた、わが国に対して数多くの紹介が既になされている。[35]「規範を具体化する行政規則」の創出に関する論理は、次の通りである。

原子炉設置許可要件である「科学技術水準に従った事前の配慮」（原子力法七条）を具体化するために定められた第一次放射線防護令二一条において、放射線被曝は可能な限り抑制されるべきとする原則が定められた。許可行政庁は、当該原則を具体化、適用するにあたって、連邦内務大臣によって定められた指針である「放射線被曝の一般的算定基礎」に暫定的に依拠していた。この指針は行政規則であったため、裁判所がこれを基準として用いることが可能であるかが一つの論点とされたのである。連邦行政裁判所は、以下のように述べることで、この「放射線被曝の一般的算定基礎」を、規範を具体化する行政規則という新たな種類の行政規則として認定した。

「この放射線被曝の一般的算定基礎は、放射線防護令四五条二文によっていずれ制定されるべき法規命令が発せられていない間に、以下のことを保証することとなっている。それは、許容線量値の遵守が、十分に維持された計算モデルとデータ式を基礎として、放射線防護令四五条一文の基準に従って審査されること、および、そうした審査により、その後の施設の稼働に際して、――周辺監視という措置ではいずれにせよ立証され得ないものであるが――個々人に対する当該許容線量値を超過しないことである。したがって、当該指針は、規範を具体化する機能を有しているのであって、単に規範を解釈する行政規則とは異なり、規範によって設定された範囲内で行政裁判所を拘束する[36]」。

確かにヴィール判決は、行政規則が裁判所を法的に拘束するという結論を提示したものの、その結論に至る論証が明らかでない。この点について、連邦行政裁判所の一九九八年一〇月二八日判決がより重要であろう[37]。なぜなら、この判決において、規範を具体化する行政規則の詳細な解釈上の根拠が初めて示されたからである。

本件では、「公共水域への汚水排出の最低限要求に関する一般大綱的行政規則〔Rahmen-AbwasserVwV〕」の法的拘束力が問われた。当該行政規則は、そもそも水管理法七a条一項三文（一九八六年九月二三日付）[38]における有害物質を定める「一般に承認された規律」を具体化する一般行政規則であったが、汚水課徴金法〔AbwAG〕における汚染物質測定基準としても用いられていた（同法四条四項一文）。それゆえ、汚水課徴金の賦課処分の取消しが争われた本件において問題とされたのである。規範を具体化する行政規則の一般的な要件および意義について、連邦行政裁判所は次のように述べた。

「原則として、行政規則は裁判所による統制の対象であるが、統制の基準ではない。裁判所は、行政を統制する場合、原則として、行政規則に拘束されることはない[39]」。「しかし環境技術法では、これらの原則の例外が存在する。

その例外において、規範を具体化する効果が、いくつかの行政規則に付与されるのであって、その効果とは、一定の前提の下で裁判所に対しても拘束的であり、規範と同じように解釈されねばならないという帰結を伴うものである。とりわけこの種の規範の具体化は、……連邦イミッシオン防止法四八条に従って制定される「大気汚染防止技術指針〔TA-Luft〕」や「騒音防止技術指針〔TA-Lärm〕」といった行政規則または原子力法における特定の行政規則について認められる。つまり、これらの行政規則は、行政に認められた判断余地の行使に役立つのである。こうした行政規則によって、その都度の行政行為における個別決定にかかる判断余地の行使は、行政行為の一体性を確保するために、抽象的一般的規律に前倒しされるのである[40]」。

連邦行政裁判所の確立した判例法理によれば、法律上の規定から行政の判断余地が認められる限りで、行政行為の一体性確保を目的として制定された行政規則は、規範を具体化する行政規則として、裁判所に対する拘束力を有するものとされた[41]。しかし、行政規則に外部効果を認める立場は、一九九一年五月三〇日の欧州司法裁判所判決によって動揺を経験していた[42]。

（二）ヨーロッパ法の国内法化に現れた限界

二酸化硫黄および浮遊塵についての大気状態の限界値および基準値に関する一九八〇年七月一五日付の欧州理事会におけるＥＧ指令80/779、ならびに大気中の鉛含有量の限界値に関する一九八二年一二月三日付の欧州理事会におけるＥＧ指令82/884は、第一に、限界値および基準値の差異に起因する競争条件の不平等の排除・防止を、第二に、人の健康および環境の状態の保護を目的として制定された。これらの指令は、その限界値や基準値の設定にあたって、一般的妥当性を伴う強行規定による国内法化を要請していた。これに対してドイツは、連邦イミッシオン防止法で規定されている行政規則である TA-Luft を、規範を具体化する行政規則として解釈することで、国

内法への転換義務の履行を主張していた。しかしながら欧州委員会は、こうした対応を条約上の義務を履行するものではないと判断し、これを理由として欧州司法裁判所に付託した。

欧州司法裁判所は、指令を履行するために必要な全ての措置を猶予期間内に行わなかったとして、当時の欧州経済共同体条約一六九条（現欧州連合運営条約二五八条）に基づき、ドイツの条約違反を認めた。この結論に至った理由として、欧州司法裁判所は、次の三点を挙げている。第一に、連邦イミッション防止法と結びついているTA-Luftでは、規律対象が同法四条規定の要許可工場に限定されるため、加盟国の国内一般を規律対象とはできないこと、第二に、行政規則であるTA-Luftでは強制的な拘束力を確保できないこと、第三に、行政規則では利害関係人が自己の権利を事前に把握できないことである。すなわち、当該指令は一般的拘束力のある国内法規範による転換を求めていたにもかかわらず、行政規則であるTA-Luftでは、その法的保障が貫徹されないと判断されたのであった。

規範を具体化する行政規則が国内判例上も認められていたドイツでは、この判決に対する反応が必然的に生じた。立法実務では、ヨーロッパ法上の義務を国内法へと転換する規定の改正により、国内実施のための法形式が、行政規則から法規命令に置き換えられた[43]。その一方でドイツ公法学では、この判決を、それまでのドイツ公法学が彫琢してきた成果を無視するものとして批判的に論じる見解が多い。例えば、フリッツ・オッセンビュールは、「一九九一年以降の欧州司法裁判所の判決は、規範を具体化する行政規則がドイツで発展してきたという現在の状況を、適切に反映しているかどうか疑わしい」と評価する[44]。当該判決後に打ち立てられた一般的な見解によれば、欧州共同体の指令を受けて、私人の行使可能な権利が付与されねばならない場合は少なくとも、十分な法律上の根拠に基づかない行政規則を利用することは不可能となったとされる[45]。

従来の判例は、法律の文言における不確定法概念を介して行政の判断余地を見いだすことで、裁判所による審査が縮減する行政規則の存在を認めてきた。その最たる例が規範を具体化する行政規則である。また、詳しくは次章にて検討するが、学説もその基盤となる理論を提供していた。[46] 規範を具体化する行政規則は、ヨーロッパ法の国内実施義務との関連で否定されたものの、国内問題の規律に際して、例えば社会保障法領域や官吏法領域でも依然として用いられている。[47] そして近年、連邦憲法裁判所が確認したところによれば、規範を具体化する行政規則を裁判所が審査の基準として用いることは、その行政規則が特定性や規範の明確性を備えた法律上の根拠に基づく場合、裁判所による完全な審査（基本法一九条四項）に違反しないと判断されるに至ったのである。[48]

小括

ドイツでは、かつての経験から、法律上の法規命令への授権規定に厳格な特定性が要請された。しかし、国家任務の拡大に伴って、その特定性要請は緩和されるとともに、裁判所に対する拘束力を行政規則に付与することを試みる立場が現れる。行政によって制定された規範に関する議論をとりまく状況の変化については、オッセンビュールの指摘がまさに当てはまる。オッセンビュールによれば、法律が、その形式と制定手続に基づき、国家から市民の権利と自由を保障するための「軸」としてのみ機能していた時代とは異なり、国家をとりまく現在の状況は、その内側と外側の両方向に対して変化したとされる。まず内側での変化として、科学技術の進歩や国境を越えた環境政策の必要性、さらには新技術により生じるリスクや波及効果の評価、判断への拡大という、現代国家において規律が求められる要因の変化が挙げられる。次に、外側での変化として挙げられるのが、ヨーロッパ規模の共同体が発展したことに伴う国内法律の根本的な変容である。そこでは、欧州連合の政治的影響力が増すにつれて、ドイツ

議会は、欧州連合の機関に対し立法権限を実質的に委譲してしまうだけでなく、ヨーロッパレベルでの決定を国内法律に転換し、あるいはお墨付を与えるだけの機関になると診断されている。[49] こうした整理に従うならば、内側での変化に対応した結果として、国内判例における、規範を具体化する行政規則という新たな形式の創出は位置づけられる。しかし、この新たな形式の行政規則は、外側での変化に対応したものではないと評価されたといえるであろう。欧州司法裁判所では、行政規則という形式が着目され、その形式が備える法的効果が判断の基準とされたのである。

これを踏まえて展開された学説では、とりわけ規範を具体化する行政規則を積極的に正当化する議論が活性化する。そこでは、本来は国家内部に向けられた規律を技術的に外部へと転換させるという従来の型の議論ではなく、行政により制定された規範の法的拘束力そのものに焦点を当てることで、その拘束力の有無と程度をめぐる議論が積み重ねられていくのである。この議論は、行政による規範制定という包括的な枠組みの中で、法規命令と行政規則の類別を相対化することを志向する。そこで次章では、行政規則論をめぐり活性化する学説の展開とその限界について考察する。

（1）　赤坂正浩「立法の概念」公法研究六七号（二〇〇五年）一四八頁以下参照。

（2）　一般的な拘束力をもつ法規範は法律という形式で制定されなければならないとした、オットー・マイヤーにおける「法規」理解はその効力に着目したものと言えよう。その後の一九世紀末の、ゲルハルト・アンシュッツによる「自由と財産」定式との連結、ヴァイマール期のリヒャルト・トーマによる通説化によって、「法規」概念に特定の内容が組み込まれた。アンシュッツによる「法規」概念の改変は、マイヤー自身からも、「法律の留保」と「法律の法規創造力」の混同だと批判されていた。Vgl. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1924, S. 70 N. II; *ders.*, Buchbesprechung, AöR17, 1902, S. 468. また、アンシュッツの「法規」理解について、美濃部達吉「立法権と命令権との

限界を論ず」同『憲法及憲法史研究〔復刻版〕』（有斐閣、一九八七年）所収一頁以下を参照〔以下、戦前の著書に関しては、漢字を新字体に、カタカナ表記をひらがなに変更〕。さらに、ドイツとわが国の「法規」概念の変遷をめぐる主要な議論を整理したものとして、毛利透「戦前憲法学における二重法律概念と法治行政」同『統治構造の憲法論』（岩波書店、二〇一四年）二五九頁参照。

（3）大橋洋一・毛利透「行政立法」宇賀ほか編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、二〇〇三年）三九頁以下〔毛利・大橋発言〕参照。なお、オットー・マイヤーの「法律の支配」理解によれば、一般的規範の定立である法規命令および行政規則の問題は、「法律の（独占的）法規創造力」原則の対象であって、「法律の留保」原則の対象ではない。なぜなら、後者の原則は、本来的には、行政による個別的行為に対する法律の根拠を論じるものだからである。もっとも、それぞれの原則に固有の意義に立ち戻り、「法律の法規創造力」原則の独自性を提示する見解もある。松戸浩「行政立法と法律の根拠」広島法学三二巻二号（二〇〇八年）七三頁以下。ただし、このように「法律の法規創造力」原則と「法律の留保」原則の交錯が生じた理由を検討するにあたっての準備は、稿者にはまだない。

（4）なお近時では、議会による行政統制という観点から、議会による事後的統制手法として命令制定手続に対する議会関与権を提唱する見解も有力に説かれるところである。参照、田中祥貴『委任立法と議会』（日本評論社、二〇一二年）。また、毛利透「ドイツにおける委任命令への議会による統制」同・前掲註(2)所収〔初出二〇一二年〕一五七頁以下は、ドイツにおける委任命令への議会留保権をめぐる議論を検討し、同意留保と廃止留保を合憲とする説を採る。

（5）清宮四郎『憲法〔第三版〕』（有斐閣、一九七九年）四三〇頁。近時ではさらに、この論点は、憲法構造の転換に伴う民主制の導入を重視する見解により、規律事項の内容・性質に応じた法律の規律密度の問題として、より具体的に論じる方向に発展している。高田篤「法律事項」小山ほか編『論点探求憲法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一三年）三一四頁以下参照。

（6）芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第五版〕』（岩波書店、二〇一一年）二八八頁。なお、近時の判例である医薬品ネット販売禁止規定違法判決（最二小判平成二五年一月一一日〔民集六七巻一号一頁〕）では、新たな判断枠組みが示されたと読むことも可能である。例えば、原田大樹・笹田栄司「〔対談〕行政法―憲法との共通点と相違点」法学教室三九六号（二〇一三年）一〇頁〔原田大樹発言〕参照。本判決における判断枠組みの変化について分析するものとして、高木

光「判批」民商法雑誌一四九巻三号（二〇一四年）二六九頁以下参照。

(7) 伝統的行政規則論の展開については、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣、一九八九年）三九頁以下参照。

(8) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第五版補訂版〕』（有斐閣、二〇一三年）九九頁。

(9) この論点も、数々の論考において詳細に、ドイツ行政法学の議論の紹介および比較検討がなされている。乙部一郎「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七一巻五号（一九七五年）八一〇頁以下、平岡久「行政規則の法的拘束性（一）（二・完）」法学雑誌二六巻三号（一九八〇年）三六三頁以下、二七巻一号（一九八〇年）一頁以下、大橋・前掲註(7)五一頁以下、宮田三郎「行政規則の拘束力について」朝日法学論集二七号（二〇〇二年）一頁以下、渡邊亙「行政規則・外部効果・裁量基準」白鷗法学一四巻二号（二〇〇七年）一頁以下。

(10) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）二九六頁。

(11) 松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇七年）一五八頁以下、毛利透「議院内閣制における国会と内閣への権限分配」同・前掲註(2)所収〔初出二〇一〇年〕二四七頁以下、芹沢ほか編『新基本法コンメンタール』（日本評論社、二〇一一年）三〇二頁［石川健治］参照。

(12) *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 271ff.

(13) 清宮・前掲註(5)四三〇頁。なお、最新の研究成果によれば、清宮憲法学を出自とする「国会単独立法の原則」の源泉は、アルフ・ロスの『法源の理論』（*Alf Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929）に見出されるようである。この点については、『東京大学法学部研究・教育年報22』（東京大学法学部、二〇一三年）七三頁［石川健治］参照。

(14) 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）五七九頁参照。また芦部信喜『演習憲法〔新版〕』（有斐閣、一九八八年）二六三頁も参照。

(15) 戦後初期の包括的な研究として、水野豊志『委任立法の研究』（有斐閣、一九六〇年）参照。近年の比較法業績として、アメリカについて、釼持麻衣「アメリカにおける立法権委任法理の変遷と新たな展開（一）（二・完）」自治研究九〇巻七号九四頁以下、九〇巻八号（二〇一四年）一一〇頁以下、フランスについて、村田尚紀『委任立法の研究』（日本評論社、一九九〇年）、ドイツについて、渡邊亙「委任命令の限界に関する比較法的考察」白鷗大学法科大学院紀要六号（二〇一二年）四一頁以下など参照。

(16) 「作用＝権限法（funktionell-rechtlich）的な見方」からなされる権力分立理解とは、国家権力の抑制だけでなく、むしろその構成を主たる目的とする。すなわち権力分立原理は、一体としての国家権力を形成・維持するために、個々の国家作用を、それを担いうる国家機関の構造に照らして、それぞれの権限として適切に配分する（諸権力の構成）という積極的な制度原理として理解されるのである。ドイツの標準的体系書でもこの理解が採用されている例として、*Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 210ff.［邦訳として、コンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、二〇〇六年）四八四頁以下］参照。またこの権力分立理解の紹介として、栗城壽夫「ドイツの権力分立」比較法研究五二号（一九九〇年）三四頁以下も参照。

(17) *Wilhelm Mößle*, Inhalt, Zweck und Ausmaß, 1990, S. 9.

(18) 例えばヤコビは、白紙委任は、「憲法が立法作用を立法府に指定していることからの逸脱を意味する」ため、それが必要な場合は、憲法改正法律によって規定することを要請していた。しかし、白紙委任を認定するためのより具体的な判断基準は提示されることはなかった。Vgl. *Erwin Jacobi*, Die Rechtsverordnungen, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, S. 239f.

(19) ヴァイマール憲法に至るまで支配的であった憲法理論では、「憲法改正法律を制定すべき内容をもつ命令に対する憲法改正法律の留保」および「憲法上、法律の留保が強制されている場合における形式的意味のライヒ法律の留保」という二つの留保を除き、立法の授権は無制限と解されていた。Vgl. *Carl Schmitt*, Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), ZaöRV 6, 1936, S. 260. 邦語での紹介論文として、大西芳雄「カール・シュミット『立法授権の問題の最近の発展に関する比較概観』」公法雑誌二巻一〇号（一九三六年）七七頁以下参照。

(20) *Jacobi*, a. a. O. (Anm. 18), S. 240f.

(21) RGBl I, S. 141.

(22) BVerfGE 1, 14, 60.

(23) Vgl. BVerfGE 33, 358, 364f.; 36, 224, 228; 42, 19, 200; 55, 207, 225f. 58, 257, 277f. 62, 203, 209f.; 80, 1, 20f.

(24) *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl, 1984, S. 818f.［邦訳として、クラウ

ス・シュテルン（赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤編訳）『ドイツ憲法Ⅰ　総論・統治編』（信山社、二〇〇九年）二一〇頁。〕

(25)　一連の定式として、「予見可能性定式〔Vorhersehbarkeitsformel〕」、「自己決定定式〔Selbstentscheidungsformel〕」及び「プログラム定式〔Programmformel〕」が挙げられる。Vgl. *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl., 2010, § 17, Rn. 139. これらの定式を紹介したものとして、平岡久「法規命令制定への法律による授権の明確性―西ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心として（一）（二）（三・完）」法学雑誌二八巻三・四号（一九八二年）四一一頁以下、二九巻三号（一九八三年）三四六頁以下、三五巻一号（一九八八年）二〇三頁以下参照。

(26)　Vgl. Schlußbericht, BT-Drucks. 7/5924, S. 89ff.

(27)　BVerfGE 127, 293, 319f.

(28)　Vgl. *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 2. Aufl., 2006, Art. 80, Rn. 19; *Michael Nierhaus*, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 11, Art. 80 Abs. 1, Rn. 85f.

(29)　*Fritz Ossenbühl*, Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht, ZG 1997, S. 309.

(30)　もっとも、この傾向が見られる反面で、本質性理論の発展によって行政規則の規律領域を後退させる判決、例えば学校教育関連の諸決定（Vgl. BVerfGE 41, 251; BVerfGE 47, 46）や、いわゆる特別権力関係における決定（Vgl. BVerfGE 33, 1）も下された。判例における本質的事項の認定については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題―本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として―」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）所収九頁以下参照。

(31)　*Hans J. Wolff/Otto Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9Aufl., 1974, S. 119.

(32)　大橋・前掲註(7)五一頁以下。

(33)　*Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, S.644ff.

(34)　BVerwGE 72, 300. なお、本決定に先立つ一九七八年、フェルデ事件の連邦行政裁判所判決（BVerwGE 55, 250）は、行政規則を「予めなされた専門家鑑定」として取扱うことで、審査にあたっての証拠として TA-Luft を採用した。「予めなされた専門家鑑定」の理論について参照、高木光『技術水準と行政手続』（弘文堂、一九九五年）三八頁以下。同理論と対比するならば、「規範を具体化する行政規則」は、本来は法執行（適用）機関である行政が行政規則の制定に伴う政

策的価値判断という、「法」的な判断に属する権限を担っている現状を、正面から認めた試みと言えよう。この点についても、同書七九頁以下参照。

(35) 高木・前掲註(34)七三頁以下参照。また、「規範を具体化する行政規則」をめぐる理論について、藤原静雄「ドイツ行政規則論のためのノート――行政基準関係争訟の一側面」南ほか編『行政紛争処理の法理と課題』（法学書院、一九九三年）二三九頁以下参照。

(36) BVerfGE 72, 300, 320.

(37) BVerwGE 107, 338.

(38) なお、一九九六年一一月一二日付の水管理法の改正によって、「技術水準」の具体化は、連邦参議院の同意留保が付されたまま、それ以前の形式であった一般行政規則から、法規命令に置き換えられた。

(39) BVerwGE 107, 338, 340.

(40) BVerwGE 107, 338, 340f.

(41) *Thomas Sauerland*, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, S. 234.

(42) EuGH v. 30. 5. 1991, Rs. C-361/88-Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2626ff.; EuGH v. 30. 5. 1991, Rs. C-59/89-Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2626ff.

(43) *Fritz Ossenbühl*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5 [im Folgenden: HStR V], 3. Aufl., 2007, § 104 Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, S. 350. その例として、連邦イミッシオン防止法四八 a条、水管理法六 a条、廃棄物処理循環促進法五七条がある。

(44) *Ossenbühl*, a. a. O. (Anm. 43), S. 350. また、*Thomas von Danwitz*, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht, VerwArch 84, 1993, S. 73ff. は、諸々の上級行政裁判所が彫琢した TA-Luft の法的拘束力を内容的な検討もなく黙殺したとして、「方法上の図々しさ」を批判する（S. 85）。他方で、例えば *Hans Heinrich Rupp*, Anmerkung, JZ 21, 1991, S. 1034ff. は、内部法の外部法への転換という不毛な議論を終了させるものとして、好意的に評価する。

(45) *Sauerland*, a. a. O. (Anm. 41), S. 498ff.

(46) 行政裁量の説明枠組みについて展開された判断余地説については、*Otto Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97ff.; ferner *ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 34, 1976, S. 276-280 を参照。

(47) *Johannes Saurer*, Verwaltungsvorschriften und Gesetzesvorbehalt, DÖV 2005, S. 587.

(48) これは、投資助成法（InvZulG）の助成対象となる企業の業種分類の基準として、連邦統計局が定めた行政規則である「産業部門の分類」が用いられていたことが論点の一つとなった、二〇一一年五月三〇日連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 129, 1）である。当該決定では、特定の行政規則が、不確定法概念を具体化するものとして法律によって参照〔Verweisung〕されている場合、その行政規則の援用は、「十分な法律上の根拠」を有すると判断された。Vgl. *Michael Sachs*, Grundrechte: Effektiver Rechtsschutz, JuS 2012, S. 189ff.

(49) その上でオッセンビュールは、これらの規律においては、法律よりも柔軟性をもった法規命令や行政規則が適しているとする。*Fritz Ossenbühl*, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, F. S. für Paul Kirchhof, Band I, 2013, § 28 Rechtsquellen, S. 322f.