



Title	行政による規範定立の再定位（二・完）：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, 65(1), p. 251-288
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75415
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（二・完）

——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 (以上、六四巻六号)

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)

第一章 学説における行政規則論の活性化

前章では、判例における、法規命令への授權規定に対する特定性要請 [Bestimmtheitsgebot] の緩和傾向と並んで、行政の判断余地を手がかりに、規範を具体化する行政規則〔Normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift〕の拘束力を論証する途と、さらには、その妥当性について欧洲司法裁判所による批判が確認された。

その一方で学説においては、一九六〇年代までは、行政の命令制定権限に対する不信感が広がっていたが、七〇年代以降の環境技術法の増加を端緒として、こうした不信感を払拭した見解が登場してきたとされる⁽⁵⁰⁾。それらの見解は、行政規則に対し、直接的な外部効果を、そして行政規則の裁判所に対する拘束力を与えようとするものである。こうした試みについて、「法律の留保」原則や基本法八〇条一項の規定は、回避、克服すべき対象として位置づけられよう⁽⁵¹⁾。そのため、それらの見解は、基本法における民主制原理の意義と、それに照らした議会と行政との関係の位置づけに定礎することで、その課題を達成しようとする。基本法における民主制原理の意義とその展開は、戦後公法学における一連の基盤的業績の成果である。そこで本章では、まず、基盤となる業績の構造を解明し（第一節）、それに定位した近時の見解の構造を明らかにし、そこで言及される裁判所に対する行政規則の法的拘束力について検討する（第二節）。

第一節 活性化にとつての基盤的業績

(二) 憲法構造の変化と民主主義の伸長——ディートリッヒ・イエッシュ——

(1) 基本法下における議会と行政の関係

「法律の留保」が妥当する内容や範囲について論じられてきた「侵害留保〔Eingriffsvorbehalt〕」説は立憲君主制における憲法構造の要素であり機能であるとし、基本法における明文規定の不存在、すなわち法の欠缺〔Lücken〕を埋めることを目的として、民主制原理に照らして、基本法下における「法律の留保」の意義を再定位した論者として、本稿ではディートリッヒ・イエッシュの議論から取り上げたい。⁵³⁾

国家と社会の対立に表される立憲君主制的憲法構造は、国家の内部領域（特別権力関係）と社会の内部領域（自由と財産）という、それぞれの固有領域を指定していた。⁵⁴⁾それゆえ、立憲君主制下では、議会の地位は、行政の本来的自由を、社会の利益代表として制限するという立場にあり、その一方で行政は、原則として自由な地位に置かれていた。それゆえ、行政に対する立法府の授権は、その必要が憲法から証明され得る場合にのみ認められることになり、それが証明されない限り、憲法上明文で規定されていない権限の推定は、君主と行政のために語るものであつたのである。

しかし、基本法は、このような立憲君主制ではなく、議院内閣制と呼ばれる憲法構造を採用した。この憲法構造の変化に伴い、行政と議会それぞれの地位と相互関係が変動する。具体的には、今日の国民主権国家においては、すべての国家権力は国民に由来し、国民が定めた憲法によつて、基本的な権限を割り当てられる。そこでは、国民による選挙を経た議会は最高の国家機関となり、行政は、議会の下位に置かれ、議会に従属する地位に置かれることとなる。⁵⁵⁾それゆえ、立憲君主制下でなされたような行政優位の権限推定はもはや存在せず、行政は、憲法によつ

て割り当てられた権限だけを担うのである。⁽⁵⁶⁾ したがつて、基本法では、唯一議会だけが、憲法典で予め指示されない新たな権限を、他の権力の担い手に指定する地位に就くものとされた。

論

(2) 基本法下における「法律の留保」

こうした議会と行政の関係から、法律の優位原則は、侵害行政だけでなく給付行政の領域においても妥当する。そこで重要なのが、議会の授権を要する範囲の画定、すなわち法律の留保の範囲をめぐる問題である。もっとも基本法を見てみると、命令に対する留保の問題は、対象領域を問わず、基本法八〇条一項で既に解決済みであるとされる。つまり、基本法八〇条一項は、規律対象に関する一切の限定もなく、命令制定に対して法律による授権を要請しているため、その問題が基本法下で議論となる余地はない。それゆえ、イエッシュの考察の中心は、「個別行為に対する留保の問題に限定される」。⁽⁵⁷⁾ この問題に対しても、イエッシュは、具体的な特定の憲法構造から解答を引き出す。⁽⁵⁸⁾ イエッシュは、⁽⁵⁹⁾ でも権限推定に関する議論を取り上げる。すなわち、一九世紀の立憲思想の目的は、もっぱら立憲君主制を探る国家から国民を保護することであったがゆえに、立憲君主制的憲法構造において、国家による給付や授益行為の権限は、君主・行政の下にある、という推定も当然になされていた。しかし基本法下では、その推定は採用することができない。なぜなら、基本法の憲法構造では、憲法 자체が行政に対して権限を十分に指定していない限り、そのすべての活動形式が、最高の国家機関たる議会の授権があつて初めて認められることとなるからである（真正の執行する権力 [echte vollziehende Gewalt] としての行政）⁽⁶⁰⁾。それゆえ、侵害行為、給付行為を問わず（もつとも、イエッシュは、授益・負担という性質に着目する）、すべての事項が法律の留保の範囲に服すこととなる。

イエッシュは、「侵害留保」説を立憲君主制的憲法構造に結びつけることと「侵害留保」という範囲画定の脈絡を断ち、基本法で採用された議院内閣制という憲法構造から、「全部留保」説の下で説明される議会の規律領域を導き出す。この意味でイエッシュは、基本法ドグマーティクの枠内で、民主主義の伸長と議会権限の拡張とを連関させる立場であるといえよう。これに対し、その連関を割断し、行政も独自に民主的に正統化された機関であると論証する見解が登場する。その論者は、エルンスト・ヴォルフ・ガング・ベッケンフェルデである。

(1) 民主的正統化論に支えられた権力編成 (Gewaltengliederung)

——エルンスト・ヴォルフ・ガング・ベッケンフェルデ——

ベッケンフェルデの法律の留保論は権力分立をめぐる議論と密接に関連する。その際の理論的支柱となっているのは民主的正統化論であるため、本稿でも詳細に取り扱う必要がある。

(1) 支柱となる民主的正統化論

彼の民主的正統化論は、「政治的支配力……は、正当化する由来（正統化）を必要とする。そして、この正統化は、国民自身のみから発することができるのであり、国民以外の機関からは不可能なものである」という理解から展開される。⁽⁶¹⁾ そして国民は、憲法制定権力となるだけでなく、「国民自身も政治的支配力を行使し、その力を実際に保持し、または保持すべき」だとされる（基本法二〇条二項）。⁽⁶²⁾ 「民主制は、その「政治的支配力の」行使が国民によつてなされ、それと同時に市民によつて構成され、正統化され、統制されるように組織される。……したがつて、国家形態と統治形態としての民主制は、国家権力をもつことと行使することについての組織原理を意味している」。⁽⁶³⁾ この組織原理によれば、「国家任務を担い、そして国家権限を行使するには、国民自身に帰つていくか、もしくは国民自身から出でてくる正統化を要する（いわゆる実効的民主的正統化）」。「い」のような条件の下で初めて、国

民とは異なる、国民から組織的に区分された機関による国家行為が、国民がこれらの機関を通じて国家権力を行使しているとみなされることが可能となる（基本法二〇条二項二文）⁽⁶⁴⁾。

ここで民主的正統化は、三つの形態で構成される。すなわち、第一に、作用的および制度的な民主的正統化、第二に、組織的・人的正統化、第三に、事項的・内容的正統化と呼ばれるものである。本稿でまず始めに着目すべきは、第一の作用的および制度的な民主的正統化である。これは、「憲法制定者自身が、立法権、執行権および裁判権をそれぞれ独自の作用と機関（組織的意味における権力）として構成しており、国民が、それを通じて自らより発する国家権力を行使すること」に関わるものである（基本法二〇条二項）。この点で、イエッシュのように、基本法の憲法構造を分析する中で民主制原理に重点を置くことによつて、包括的な議会留保や法律留保を導き出したり、あるいは広範な決定に対する執行権の排他的権限を拒絶したりすることが排除されている。⁽⁶⁵⁾

こうして主権者たる国民に由来する正統性を獲得した国家の作用と機関は、さらに第二と第三の形態の民主的正統化の形態を経ることで、民主的正統化が実効的・具体的に貫徹されることとなる。すなわち、第一の形態に位置づけられる組織的・人的正統化では、国家行為が委ねられた官職保持者に対する、国民まで遡る不斷の正統性の連鎖が重要となる。ここでは、国民による間接的・直接的任命を通じて人的・組織的な還元可能性の確保が求められる。他方で、第三の形態である事項的・内容的正統化では、法律への拘束と民主的責任という方法による、国家行為の内容の国民意思への還元が問われる。つまり、直接に民主的に正統化された機関として議会が法律を制定し、他の全ての国家機関が法律に拘束される一方で、選挙による議員の国民に対する責任や内閣の議会に対する責任といった、「国家機関に与えられている任務の遂行方法に対して認められた民主的責任」が確保されねばならない。

この第二と第三の正統化形態は相互に補完可能なだけでなく、組織的正統化と人的正統化の間でも、事項的正統化

と内容的正統化の間でも相互に補完可能とされる⁽⁶⁶⁾。

このように構造化された民主的正統化論の眼目は、「国家の公的な活動について、それを潜在的のみならず実効的に、特定の個人またはグループの意思ではなく個々の国民の全体の意思へ、つまり全国民へと還元する可能性を有する構造的枠組みを存立させ、維持すること」にある⁽⁶⁷⁾。この構造的枠組みの中で、権力分立論も再構築される。

(2) 議会と行政の権力編成 (*Gewaltengliederung*) と法律の留保

ベッケンフェルデにとって、権力分立という用語それ自体も正しくはない。なぜなら、「一体である国家権力は、分割も、諸々の異なる権力に切断もされない。むしろ、その行使に従つて区分される」からである⁽⁶⁸⁾。すなわち、伝統的な権力分立論において目標とされたのは、様々な政治的・社会的勢力のもつ政治的な力の分割であった。しかし、二〇条二項一文において「あらゆる国家権力の行使に対して、民主的で、国民に由来する正統化、あるいは国民へと遡及する正統化を要請する」基本法では、「国民の機関として機能するところの、いわゆる『個別の機関』を通じて国家権力を行使するのは、国民だけである。権力編成は、作用編成として意図され、考えられているのであって、国家権力の行使を民主的に正統化する要請から領域ごとに離脱させるための権原を含まない」。すなわち、基本法における権力の編成は、国家権力をいくつかの「作用」に区分し、これを複数の機関に配分・編成することに弱められているのである⁽⁶⁹⁾。したがって、議会だけでなく政府・行政も民主的に正統化された機関である以上、立法作用は、どちらの機関にも配分される余地が生まれることとなる。

伝統的に両機関の権限配分規準となっていた法規概念を採用しないベッケンフェルデにとって、法規概念により流入していた内容的価値は、法律概念から失われる。こうした法律概念は、議会における国民代表による議論や手続の公開性に基づき、他の国家機関による規律や指示の全てに優位する拘束性を備えたものとして、法学的・憲法

理論的見地から位置づけられる。この意味において法律概念は、妥当性と手続に関する概念となり、「民主的な憲法構造の中心的な部品」とされる。⁽⁷⁰⁾ そこで次に、法律制定者が「為してもよい」とではなく「為さねばならないこと」を探究する法律の留保の議論からすると、法律により規定されねばならない内容の境界画定が問題となる。すなわち、基本法下の両機関における立法作用の配分規準が新たに問題となるのである。そうした基本法ドグマーティク上の配分規準として、ベッケンフェルデは、いわゆる「本質性理論」を用いる。

(3) 配分規準としての本質性理論

「本質性」という規準の狙いは、法定立そのものを包括することにはもはや無く、法定立における特定の段階を包括することにある。その段階とは、外部効果をもつた規範による規律としての性格を越えて、内容に関する法的性質によって際立つのであり、それゆえに法律より下位の法定立形式に対し境界を画定する。したがって、法律は、ヘルマン・ヘラーが既に要請していたように、（憲法に次ぐ）最高位の法定立であり、……諸々の法関係、生活領域および活動領域の本質的なものを包摂し、そして下位「の規範」に対して自ら境界を画定する⁽⁷¹⁾。すなわち、ここで一般論として想定されているのは、例えば国家機関の内外といった規律領域の性質への着目による、法律とそれより下位の法定立形式の境界画定ではなく、それぞれの規律内容における本質的事項と非本質的事項との段階的な違いに基づく境界画定なのである。そして、この境界画定は、議会の規律領域と行政の規律領域の境界も画定する。ベッケンフェルデにおいては、本質性理論が採用された帰結として、法律の留保と議会留保が一致することとなる⁽⁷²⁾。それゆえ、議会は、規律内容の性質を問わず、本質的な事項を、法律という形式で以て、自ら規律しなければならないのである。

これに応じて、「本質性」という規準に該当しない規律について、法律に従属し〔gesetzesabhängig〕、特定化し、

具体化する法定立は、行政の機能領域に属する」ため、この意味における法定立には法律制定者による特定化された授権や詳細な規律が不要となる。⁽⁷³⁾そして、この規律権限は、本質的事項を規律する法律を前提とし、それに準拠しているため、行政に始原的な〔original〕ものではない。⁽⁷⁴⁾その限りで、ベッケンフェルデは、行政規則の外部効果を認めるのである。

ベッケンフェルデの見解が後述の学説の基盤となりえたのは、行政も民主的に正統化された機関であることを論証したためである。ベッケンフェルデの民主的正統化論を基盤として、国家機関への権限配分という局面において、より流動的な配分を認める基本法解釈が切り拓かれた。実際、ベッケンフェルデは、本質性理論に照らすことで、本質的ではない領域における行政の規範制定権限を認めたのである。

もつとも、議会と行政それぞれの機能領域を憲法レベルで区分するという着想それ自体は、異なる論者にも見られたものである。⁽⁷⁵⁾そこでは、主として議会と行政の現実の働きを観察しつつ、それぞれ各行為形式の機能に焦点を当てることで、行政が制定した規範のもつ、裁判所に対する拘束力について論じる見解も存在する。その代表的なものが、フリツツ・オッセンビュールの見解である。

(三) 行政の機能領域における行政規則——フリツツ・オッセンビュール——

オッセンビュールの見解は、一九六八年の『行政規則と基本法』を筆頭に、一連の著作で展開されているために他の学説の発展に応じた変化もみられるが、議論の大枠を維持したままである。⁽⁷⁶⁾とはいっても、オッセンビュールの学説で採られた枠組みは、本稿においても取り扱う必要は大きい。なぜなら、議会と行政の関係をそれぞれの働きに照らして把握し、それに応じた行政規則の法的拘束力を包括的に論証しようとするという構造もまた、近時の学説の基盤となっているからである。本稿の問題関心から取り上げるべきオッセンビュールの見解は、法律の留保に関

する議論と行政規則の法的拘束力に関する議論であろう。⁽⁷⁷⁾

（1）議会と行政の関係——議会の機能領域と行政の機能領域—— 民主的に正統化された国家作用としての行政

まずオッセンビュールは、議会と行政の間には、確かに国民の選挙によって構成されたか否かという点で人的正統性の程度に差異が認められるものの、制度的には、共に民主的に正統化された機関だとする。このことから、議会による民主的正統性の独占は否定されるため、「民主的正統性」という論拠で以て議会の全部留保を基礎づける全ての試みは、はじめから間違いである」とされ、議会と行政は「協力的なパートナー」の関係にあるという。⁽⁷⁸⁾それを踏まえ、基本法における「法律の留保」の在り方が検討されることとなる。

基本法における「法律の留保」

そこで、オッセンビュールが注目するのは、基本法下での議院内閣制における、議会と行政の事実上の関係である。すなわち、議院内閣制では、議会と行政の過度な人的結合、とりわけ共通する指導者の存在によって強化された議会多数派と行政（官僚機構）の「政治的同質性〔Homogenität〕」が看取される。それゆえ、かつては重要な行政による権力の篡奪から議会権限を守ることは、議院内閣制においては問題とならない。むしろ基本法下では、議会が、『責任からの逃避』として、または選挙や権力の駆け引きにおける考慮から、自らの権限を行政に委譲することが問題となり、それを防止する必要がある。⁽⁷⁹⁾こうした問題意識から、オッセンビュールにとって、「法律の留保」論は、議会と行政それぞれの規律領域を画定する議論として位置づけられることとなる。

それでは、「政治的同質性」を備えた議会と行政の規律領域はどうに区分けされるのであろうか。曰く、「一體としての国家の規律権力は、国家作用に応じて、『議会の』規律権力と『行政の』規律権力に分配される」。⁽⁸⁰⁾「議

会の』規律権力および『行政の』規律権力の問題は、憲法理解の問題である。したがつて、絶えず新しく課題として提起され、いわば常に監視を必要とする⁽⁸¹⁾。オッセンビュールは、一般的抽象的な標識によりそれぞれの領域を静態的に画定する従前の理解ではなく⁽⁸²⁾、時にはベックエンフェルデの民主的正統化論を参照しながら、規律領域の動態的区分を目的として、「拡張された法律の留保」説と呼ばれる理解を探る⁽⁸³⁾。これは、法律の留保の範囲と内容について、固よりそこに含まれていた「侵害」的な規律に加え、とりわけ民主制原理に依拠して⁽⁸⁴⁾、「非侵害」的な規律事項へのプラグマティックな拡張を指向するという意味での動態性を有するものである⁽⁸⁵⁾。このように動態的に区分された議会と行政それぞれの機能領域において、法律、法規命令、行政規則は如何なる関係にあるものとして把握されるのであるうか。

（2）議会の規律領域における法律と法規命令

法律と法規命令の関係を検討するにあたつて、基本法八〇条一項の位置づけを論じることは不可避であり、それはオッセンビュールも例外ではない。まず、オッセンビュールは、同条項の歴史的刻印の克服から始める。すなわち、同条項の制定の経緯からすれば「現行憲法が議会への法定立の集中を出発点としたことは正しい」が、「これは、民主制原理から必ずもたらされる帰結ではない」。「ヴァイマール憲法における経験という背景から理解される憲法上の決定……は、そのまま維持されねばならないわけではない」。⁽⁸⁶⁾そこでは、一九七〇年代以降に環境法や技術安全法が増加した結果⁽⁸⁷⁾、「基本法八〇条一項から、または民主制に基づく要請から引き出された議会による法定立の独占は、浮世離れしたものであり、非現実的である」とされるのである。⁽⁸⁸⁾

その上で、「基本法八〇条一項は、適正に配分し、内容的に特定化されたかたちでのみ、法定立権力を行政に移転することを許容する。この規定により、議会の『責任からの逃避』は阻止される。さらには、はじめから法律に

結び付けられていた法治国的保障（行政の恣意からの保護）は、維持されたままとなる⁽⁹⁰⁾。つまり、当該条項は、一般的な「阻止効」を持つものではなく、法律の留保に服する内容の規律を、議会が行政に授權する場合にのみ意義があるものとして、限定的に把握される。このことから、法規命令は、議会の機能領域における授権に基づく、派生的な〔abgeleitet〕命令制定権の形式として位置づけられるのである⁽⁹¹⁾。もつとも、行政の規律領域を認めるオッセンビュールは、派生的な命令である法規命令の他に、始原的な命令を制定する権限も認める。それに対応する形式が行政規則である。

（3）行政の規律領域における行政規則の拘束力

行政規則とは、「消極的には、伝統的意味における法規命令以外の、行政権による全ての一般的抽象的な規律」であり、「積極的には、行政権に独自に帰属している作用領域において行政権が定立する一般的抽象的な規律」である⁽⁹²⁾。すなわち行政規則を制定する行政の権限とは、「法律の留保」の対象となっていない規律内容に関する、法律の優位に服する限りの、独自の、作用内在的で、始原的なものである⁽⁹³⁾。

このように「法律の留保」の範囲外にある規律内容について始原的な行政の命令制定権限を認めることから、それに對応する行為形式である行政規則そのものの法的拘束力に関する議論が展開される。オッセンビュールにとつて、「法律および法規命令からなる古典的法源と行政規則との区別は、長く信じられてきたような、内部効と外部効の対置ではなく、むしろ拘束力の様式と強度にあり」り、そして、この拘束力は、行政規則の「内容と機能」の類型に応じて異なる⁽⁹⁴⁾。もつとも、裁判所に対する行政規則の拘束力を論じるということは、同時に、行政裁判所による統制の範囲を論じることを意味し、行政規則に対する行政裁判所による統制密度の問題として現れる⁽⁹⁵⁾。それゆえ、たとえ同じ類型の行政規則であつても、その拘束力の程度は、対象が行政か裁判所かによつて異なることとなる。

それでは、類型化により行為嚮導的行政規則に位置づけられる行政規則は、裁判所に対して、いかなる拘束力を備えているのであろうか。

まず、規範を解釈する行政規則の場合、裁判所は当然に、その行政規則に定められた法的見解や法解釈の結論を、原則として無視することができるとされる⁽⁹⁶⁾。すなわち、この場合は、裁判所に対する拘束力は存在しないことになる。次に、裁量を嚮導する行政規則の場合、これは、個別の事件における行政の裁量瑕疵の有無を審査する基準としては裁判所を拘束する一方で、この行政規則それ自体が行政に認められた裁量の逸脱濫用に当たるか否かを審査する限りで、裁判所による統制の対象となる。これに対し、規範を具体化する行政規則の場合、原則として裁判所に対する拘束力を有するが、特定の例外においてのみ、その拘束力を破ることが認められるという。その例外とは、第一に、規範を具体化する行政規則の内容が法律の範囲内にあるか否かを裁判所は審査することができるが、その結果、法律の範囲外であると判断された場合である。第二の例外は、規範を具体化する行政規則が知見の進歩によつて時代遅れのものとなつた場合であり、第三の例外は、典型的でない事実関係が存在する場合である⁽⁹⁷⁾。

ここで肝要なのは、これらの行政規則の間で、拘束力の区別がなされる根拠である。この点につき従来の見解は不明確であった。しかしその後、オッセンビュールは、規範を解釈する行政規則と規範を具体化する行政規則は必ずしも明確に区別され得ないことを認めた上で、その区別の基準となりうる不確定法概念について、次のように述べる。すなわち、「不確定法概念の解釈においても、またその具体化においても、行政は、裁判所の機能領域に入り込む」。行政規則の「こうした拘束力は、行政の機能領域から直接に導き出すことは不可能であるが、特別の法的根拠が必要である」。この説明からすれば、行政規則の裁判所に対する拘束力は、その制定権限の根拠とされた行政の機能領域ではなく、それを授権した法律を根拠として初めて、認められることにならう。

以上、行政規則に関するオッセンビュールの所説を概観したが、その基本的な道具立ては、「法律の留保」の妥当領域を画定することを目的とした、議会と行政の活動能力に応じたそれぞれの規律領域の区別にある。これを行政による規範定立という活動に照らせば、一方では、議会による拡張が可能となつていてる規律領域に属する事項は、行政への授権が基本法八〇条一項の特定性要請に適う限りで、法規命令によつて規律されうる。他方、行政の規律領域内では、行政規則の投入可能性が確保されていた。こうした枠組みが採られた目標は、その時々に直面する課題に対しても国家が適切に対処しうる余地を認めることにあるのである。⁽⁹⁹⁾ しかし、行政規則が裁判所に対する拘束力を備えるためには、特別な法的根拠が必要だと結論づけている点に留意する必要がある。

第二節 学説における行政規則論の発展とその限界

オッセンビュールは、基本法下では議会も行政も共に民主的に正統化された機関であるとしたうえで、議会と行政の領域を画定した。このアプローチの系譜のなかで、行政だけではなく政府をも視野に入れつつ、それぞれの機関構造に適合的な権限配分をより全面的に展開したモデルを提供する論者として、アルミニン・フォン・ボグダンディイ⁽¹⁰⁰⁾があげられる。

(二) 機能的考察に基づく行為形式論の展開——アルミニン・フォン・ボグダンディイ——

ボグダンディイは、立法作用とは、異なる機関による協働プロセスから構成され、それに応じた行為形式からなる多様かつ複雑なレジームであるといふ。こうした理解の下でまずもつて重要なのが、立法作用における役割分担、すなわち議会と政府に割り当てられる立法権限の配分である。その作業にあたり、次の三つの指導原理が設定される。

(1) 三つの指導原理

第一の指導原理は、「民主制原理」である。ボグダンディによれば、民主制概念は、「区別概念〔klassifikatorisch-er Begriff〕」と「比較概念〔komparativer Begriff〕」の二段階からなるものとして理解される。「区別概念」としての民主制は、選挙を通じて構成される国家機関による、一般には憲法に制限され、個別には人権に制限された統治を意味する。そこでは、民主的正統性の有無のみが問題とされるため、民主的か否かの区別しかない。この段階で民主的と判断されたときに登場するのが、「比較概念」としての民主制である。この民主制概念は、「注意深く形成された関与の形態によって、法定立の民主的意義を更に強化する」ことを意味し、「より民主的な」在り方を志向する」ともまた、民主制原理の要請であるところ⁽¹¹⁾。

第二は、「法治国原理」である。この原理の一般的な内容とは、国家機関が、個人の法的地位を構成する要件を認めることである。この原理の下では、個人に対する侵害は、適格な要件に該当している限りで許容され、そして個人には、その法的地位の保護を求める裁判上の手続きが準備されていなければならないという。⁽¹²⁾

第三の指導原理として挙げられるのは、「機能性原理」である。国家の高権的諸権力はその機能を果たさない場合、その正当性を失うとされる。すなわち、社会の下位システムに位置づけられる国家が、その権力行使にあたつて正当性を獲得するためには、他の下位システムに比べて著しい働きをなさねばならない。こうした中で、特に法定立の場面では、法規範は、社会における規律要請に応じて定められる必要がある。⁽¹³⁾ 高度に差異化・複雑化した社会では、支配の担い手がもつ正統性が広く確信されることこそが、その担い手の実効性のための条件であり、それに伴う機能的優位性のための条件でもある。もともと、この原理は、前二者の指導原理と抵触するようなテクノクラート支配を志向する訳ではなく、むしろ他の指導原理を必要とし、それを前提として初めて成立するとされる。⁽¹⁴⁾

(2) 指導原理に照らした議会と政府の機能——規範制定手続に着目して——

ボグダンディは、特定の行為形式の機能を、その行為形式を用いる機関の機能と連結させる立場から、議会と政府の機能に注目する。「行為形式の意義ある定義は、それを用いる機関の機能からのみ導き出すことができる」。つまり、議会の機能が、法律の機能となるのである（「継手 [Gelenk]」としての法律概念⁽¹⁵⁾）。両機関それぞれの機能は、前述の三つの指導原理に照らして導き出される。換言すれば、社会において国家全体がその機能を十全に發揮しうるよう、民主制原理と法治国原理に基づき、かつ各国家機関の構造に照らした、国家機関間での権限配分が志向される。こうした観点から、法定立の場面では、それぞれの規範制定手続が着目されることとなる。

ボグダンディは、まず議会手続の態様を観察することで、議会の機能の析出をおこなう。彼の分析によれば、議会手続では、政府与党と野党の間でなされる公開の討論だけでなく、非公開の場所でなされる個々の議員の活動も重要であるという。すなわち、個々の議員は、時には与野党の違いを越えて、政府の政策に賛同も批判もできる。それゆえ、政府は、野党との関係においてだけでなく、自らの政党に所属する議員との関係においても、政策に関する調整を必要とする。このように議院内閣制における議会の機能を見出すにあたり、議会手続の実態を個々の議員という単位から捉える点は、オッセンビュールのそれよりも、実際上の活動に着目したものといえる。

さらに、法治国原理の下では動態的権利保護の觀点が重視される。動態的権利保護の觀点からすると、議会は、利用できる行為形式が法律に限定されていることに加え、その制定手続において、個々の議員との利益調整という労力が不可避であるために、十分に機能しえない。これに対して政府は、任務を実現する手法を議会と比べて多く備えていることに加え、議会以上に迅速な手続を採用することができる、という。それゆえ、多種多様な手段を柔軟かつ迅速に用いることのできる政府は、議会よりも動態的な権利保護に適していると評価されている。

それに加えて、民主制の観点からは、法律制定手続は、議員以外の者が参加できないという排他性を有しているために、「区別概念」の意味において民主的であると評価されるに過ぎない。それに対して、法規命令および行政規則は、その制定手続において、その時々の社会における利益団体や関係団体を参加させることができるのであるため、より一層民主的な手続によって構成されうる（「比較概念」としての民主制）。それゆえ、法規命令および行政規則は、関係者の適切な関与の下で、複雑な利益状況の中でも事物に適した一般的な規律モデルを見出すことが可能であると評価されるのである。⁽¹⁰⁸⁾

法律の機能と法律より下位の規範の機能

これらの分析を踏まえ、ボグダンディイは、議会手続の特色に基づき、法律の主たる機能を、政治的共同体に関する決定の自己理解や論争の余地ある問題、ならびに一般的な統治原理の規定といった次元に限定する。なぜなら、このような「本質的」な事項をめぐる、政府反対派の議員による統制可能性とその対応のためになされる政府多数派の説明可能性にこそ、議会の機能が際立つからである。「本質性をめぐるドグマーティクは、政府多数派と反対派に對して、個人にとって極めて重要な領域に対する政治的な注意を向けさせる」⁽¹⁰⁹⁾。すなわち、こうした政治のレベルで本質的な事項こそ、個々の議員による利害調整がなされるために、議会の法律制定手続を経た決定に適していると評価されるのである。このように議会の機能に基づき法律の規律対象が狭く限定されることで、それに対置された、「法律に付属する行為形式」である法律より下位の規範の規律対象は大幅に拡大される。⁽¹¹⁰⁾すなわち、「法律に付属する行為形式」という上位概念に包摂される法規命令と行政規則には、法律の規律対象以外の事項を規律することことが要請されるのである。⁽¹¹¹⁾

(3) 法規命令と行政規則の区別——法的拘束力の観点から——

内部と外部からなる区分の捨象

ボグダンディの議論は、政府と議会の権限分配に焦点を合わせたものであり、とりわけ議会と政府・行政の規範制定手続に着目する。そして、政府・行政が制定した規範を「法律に付属する行為形式」という上位概念で包括していることからも、政府・行政と議会の権限分配のレベルでは、法規命令と行政規則との区別は、あまり重要視されていないことが明らかとなる。実際、この二つの形式は、制定に関する授権の有無という形式的な観点から区別されるものの、行政規則にも私人に対する拘束力がそもそも認められるという。⁽¹²⁾ すなわち、従来、行政規則と法規命令・法律の区別に用いられていた内部効果と外部効果の峻別は、単なる内部と外部の空間的メタファーに過ぎず、「すべての行政規則は、国家権威の執行と国家の強制力によるサンクションを伴う高権的行為なのであって……それがゆえに名宛人および第三者に対して妥当する法を意味する」。⁽¹³⁾ こうした説小からすると、法規命令と行政規則が備える裁判所に対する拘束力に違いは見出され得ないようにも思われる。

しかし、ボグダンディは、それぞれの形式の拘束力には明確な違いがあるという。なぜなら、「行政規則が備える義務付けの態様を法規命令と同じものとする場合、抜け道となる論拠 [Argument der Umgehung] がはびこる」からである。⁽¹⁴⁾ 基本法八〇条一項の特定性要請は、こうした場合に対する防衛線として理解されるべきであるとする。⁽¹⁵⁾

行政規則の拘束力と「よき理由」

では、行政規則はどのような拘束力を有しているのか。この点についてボグダンディは、行政規則は、法規命令よりも「柔軟な」⁽¹⁶⁾ 様態で私人の法領域を規律すると説明する。この「柔軟な」という形容詞に込められた意味は、

次の記述から明らかとなる。すなわち、「裁判所は、『よき理由 [gute Gründe]』が行政規則の（通常の）適用に對して不都合となる場合のみ、行政規則に規定されている高権的措置を、破棄することができる」⁽¹⁷⁾。これは、原則として、行政規則には法律や法規命令と同等の、一般的な拘束力が備わっているが、その例外として、例えば問題となつてゐる行政規則の規定を適用すれば、私人に対する不利益的取扱いになるなどの「よき理由」がある場合、裁判所は問題となつてゐる行政規則を適用しないことができるということを意味する。

ボグダンディイの所説は、国家、政治、そして社会の制御における政府の大きな優位性という経験上疑うことのできない所見を、規範によつて把握しようとする野心的な試みである⁽¹⁸⁾。法定立権限の分配について検討するにあたり、ボグダンディイは、規範によつて与えられた機関の機能だけでなく、実証的に觀察可能な事実上の機関の機能も積極的に投入した点に特色がある。例えば、公開の討議だけではなく、議会手続における原子論的に把握される議員像までも措定した上で議会の機能の論証を試みた点に、その特色が極めて現れているといえよう。

これらの観点から把握された議会と政府の機能に応じて配分された立法作用は、それぞれの機関が所管する行為形式である法律および法規命令・行政規則に對して、そのまま転写された。その結果、法定立に關して、従来の議論に比べて、一方では議会の権限が縮減され、他方では政府の権限が拡張される結論となつてゐる。

しかし、連邦憲法裁判所による本質性理論の構築に照らすと、こうしたボグダンディイ流の本質性理論の利用は不可能である。「連邦憲法裁判所の本質性理論に関する判例は、議会に關連してゐるという意義を有するに留まり、法律の留保を再構築してゐる。つまり、行政の始原的権限を引き出す逆の推論を本質性理論から引き出すことはできないのである」⁽¹⁹⁾。さらに行政規則の裁判所に対する法的拘束力に關する論証をみても、論理的一貫性に欠けると言わざるを得ない。すなわち、法規命令も行政規則も共に制定機関は同じであるにもかかわらず、一方では法規命

令には一般的な拘束力を認め、他方で、行政規則にも法的拘束力を認めつつも、「よき理由」に基づいて拘束力が否定される余地を認めうる立場に対しても、そうした峻別が成立するための理屈が問われるべきであろう。それがない以上、「よき理由」は包括的、あるいは事後的な説明概念にすぎず、何ら規準とはなり得ないのである。

(二) 授権に基づく規範制定裁量における類別——エバーハルト・シュミット・アスマン——

ボグダンデイは、オッセンピュールよりも積極的に、作用＝権限法的考察から導き出された機関それぞれの活動能力に対応させるかたちで、法律、法規命令、行政規則それぞれの機能を導き出した。しかしながら、それによつて行政の自立的な規範制定権限を導き出したとしても、行政規則それ自体が法的拘束力を備えることの論証に成功したとはいえない。こうした中で、法律による授権に焦点を当てるシュミット・アスマンの見解が登場する。

(1) 「行政の自立性」と規範制定裁量——法律と行政の関係性——

法律による拘束と行政の自立性

シュミット・アスマンの議論の基盤をなすのは、「行政の自立性」という観念である。シュミット・アスマンによれば、行政は、「憲法によつて承認された自立した制度」と理解される。⁽¹²⁰⁾しかし、議会と行政の関係ではなく、法律と行政の関係から議論を展開する。すなわち、「行政の自立性」とは、「行政の法律拘束性の反面である」とい⁽¹²¹⁾う。法律による規律は、それ自体静態的なものであるため、日々流転する生活上の事情を不完全にしか把握できない。それゆえ、法律の適用を任務とする行政は、法律学的方法論の意味における型通りの適用、すなわち包摂メカニズムとしてのみではなく、法律が残している形成余地においても作動する必要がある。つまり、「法律に完全に拘束された行政も、法律から全く自由な行政も、……現実には存在しない」とされ、法律を起点とした行政の把握が試みられるのである。この法律と行政の関係を別の言葉で言い換えたものが、シュミット・アスマンが提示する

「法律に指揮された行政」という観念であろう。これは、「行政は、自由に選択するのではなく、全般的に法的に指揮される権力として、法律と行為の委任に基礎を置く諸基準に方向づけられ、こうした諸基準を授権の枠内で自立的に衡量しなければならない」ことを意味する。⁽¹²⁾ この観念の下、行政による裁量の行使は、法の適用であり、法の具体化と捉えられる。その中でも、要件の構造に照らして、規範制定に着目したものが規範制定裁量である。シユミットーアスマンによれば、法規命令と行政規則は、規範制定裁量を行使する手法であると同時に、法律と個別事例の中間に存在している「広域統制の手法」なのである。⁽¹³⁾

規範制定裁量における法規命令と行政規則

規範制定裁量を行使する手法に位置づけられる法規命令と行政規則は、法秩序の単なるヒエラルキーの関係ではなく、「それぞれの役割を果たす関係」として把握される。⁽¹⁴⁾ そこでは、「法規命令はむしろ、機能の多様性によって際立っている」とシユミットーアスマンは評価する。⁽¹⁵⁾ その他の行政によって定立された規範に比べて、法規命令が備える特殊な機能は、「法規命令だけが法律と同様の包括的な拘束力を有し、その効力は裁判所を含めたすべての法適用機関に及ぶ」という点にある。そして、この特別な拘束力があるがゆえに、法規命令には「特別な法的予防措置」として、規律領域をあらかじめ構造化する法律の根拠が必要となる。基本法八〇条はそれを規定したものと理解されるのである。

法律に対する法規命令のこうした関係を、シユミットーアスマンは、「法律付属性〔Gesetzesakzessorität〕」と表現する。この表現を採用することによって、法規命令に関する従来の二つの理解の排除が意図される。それは「始原的な〔originär〕法定立」とする理解と「委任された〔delegiert〕法定立」とする理解である。前者の理解は、この「始原的」という語が法律による予めの構造化を必要としない」とを意味する限りで、否定される。なぜ

なら、命令権には、特別の妥当力があるがゆえに事項的に規定される法律の留保が必要だからである。また後者の理解は、「委任」のもの語義から採用されない。というのは、本来、委任とは委任者の権限を受任者に移し替えることを意味し、この意味に照らせば、議会が法定立を独占している観念に繋がる。しかしシュミットーアスマンにとって、議会の法定立独占は存在せず、すべての法定立は議会の授権を必ずしも要するわけではないからである。

(2) 法規命令と行政規則の区別——一般的拘束力と差異化された拘束力——

先にも述べたように、シュミットーアスマンにとって、法規命令は法命題であり、一般的拘束力を持つものとされる。その性質は、主としてマウラーの見解を挙げていることからすれば、法律や規則「Satzung」と同じく「実質的意味の法律」概念に由来するものと理解しているようである。もつとも、法規命令は、その法律付属性という特徴ゆえに、法律による予めの指示が必要とされている。そこで次に、その指示は、どの程度の密度でなされねばならないか、という問題が生じる。

この問題は、議会と行政という「規範定立の次元」とに異なる認識能力と形成能力が出来るかぎり適切に投入されうるよう、規律すべき事項領域を規範定立のそれぞれの次元に「分割する」という「一体的な問題」として構成される。すなわち、議会と行政の活動能力を基準として、法律による適切な規律密度が測定されるのである。そしてそこでは、「議会がなしえないことは何か」ということだけでなく、行政による法定立の段階で特に適切にならうるのは何かということをもとに決定しなければならない」という。⁽¹²⁾ その結果、基本法八〇条一項二文における三要件に結び付けられた実体法上の「拘束の量」を測る立場は放棄される。これらの実体法上のあらかじめ与えられた基準だけでなく、手続法上の基準までもが授権規定を構成する要素に含められることで、同条項同文の特定性要請は、「十分な」特定性を志向するものとして再定位される。その上で、その他の外的指標、すなわち法規命令の認

証・公布手続（基本法八二条）、連邦参議院の同意留保（八〇条二項）、法的根拠の明示（八〇条一項三文）からなる要件が満たされたものが、法規命令となる。⁽¹²⁾

他方でシュミットーアスマンは、行政規則について、これは行政内部に対する法命題を定立する規範であつて、その拘束力という観点からみても、行政規則の種類に応じた法的拘束力をもつ点に特色があるといふ。⁽¹³⁾つまり、組織計画的行政規則や勤務秩序的行政規則、そしていわゆる行為嚮導的行政規則の中でも、とりわけ規範を解釈する行政規則と規範を具体化する行政規則という両極の間には、拘束力の違いがあるとされる。すなわち、規範を解釈する行政規則が裁判所を拘束することはないが、それとは逆に、規範を具体化する行政規則には、大幅な拘束力が認められてもよい。後者は、「通常事例（のみ）」を拘束する。非典型事例または技術面での新たな発展に鑑みることで、この拘束力は考慮されない⁽¹⁴⁾こととなる。このような体系化を踏まえ、行政規則は、「差異化された拘束力を有する行為形式」と呼ばれる⁽¹⁵⁾。

しかし、そもそもなぜ行政規則は法的拘束力を備えるのであろうか。この点につき、シュミットーアスマンは次のように説明する。「行政規則の根拠を形成するのは、本性に由来する [naturwüchsig]『命令権』ではない。その根拠はむしろ法的に承認された権限を基盤とし、この権限は、一部は基本法そのもの……に見いだされ、一部は行政組織法、予算法、公勤務法に見いだされる」。そして、「この行政の権限がそれぞれの法分野において包括的に割り当てられている限りにおいて」、「特別の授権を行政規則は必要としない」。⁽¹⁶⁾ シュミットーアスマンの見解は、オッセンビュールやボグダンディイのような、基本法から直接に行政に固有の機能（規律）領域を認めようとする見解とは別異なるものである。行政規則の制定については、特別の授権が存在しない場合、それぞれの法分野を構築し

(3) 「規範授権理論」とその限界

「規範授権理論」とは、明示的根拠がなくとも、裁判所による文言解釈、およびその他の要素（行政機関の地位・組織・任務方法）から、法律によって決定された授権が見いだせるとする枠組みである。⁽¹³⁴⁾ すなわち、裁判所は、原則として、行政の法適用を完全に統制する権限を有するが、例外的に、その権限が制限される。その例外としての「裁判所による統制の制限は、規範により、つまり原則として立法者に承認されており、解釈によって確認できなければならない」⁽¹³⁵⁾。すなわち、規範授権理論の枠組みでは、作用＝権限法的考察は、法律による授権を認識する際の補充的解釈方法として位置づけられているのである。なお、法律に定位することを強調するのであれば、「規範〔Norm〕」ではなく、「法律授権理論」と称する方が適切となろう。

さて、規範授権理論の枠組みからすれば、法規命令と行政規則は、「行政の自立性」に支えられた規範制定裁量の行使として包括される。両者は、その効果からみれば、それぞれが備える拘束力の違いに収斂するものの、その要件からみれば、その拘束力の違いに応じた規律密度が、規範制定裁量を授権する規定に求められているのである。その一つの極が法規命令であり、この場合は、その規定が基本法八〇条一項の要請に適っていることが求められる。もう一つの極は、原則として裁判所を拘束することのない規範を解釈する行政規則であり、組織法等の包括的な授権で足りることとなる。このように、シユミットーアスマンの見解は、法律による授権を手がかりに、法的拘束力という観点から、法規命令と行政規則の段階化を試みたものである。「規範授権理論」という枠組みで説明したこにより、行政によるすべての規範制定行為にとつて、何らかの法律の根拠が必要とされた。

確かに、組織法や予算法をも判断の基礎とする」とで、行政規則を制定する権限が法律によって授権されているという枠組みそれ自体、そして、行政規則とは集合概念であるがゆえに、その規律内容や機能に応じた差異が当然に存在する以上、その叙述として「差異化された」と形容されていることは、論理的に筋が通っているものといえよう。

しかし、それを行政と裁判所の関係において捉えた場合、行政規則に法的拘束力が備わっているとする論証は十分ではないようと思われる。すなわち、規範授權理論は、法律制定者による授権を推測することで、行政と裁判所の間における最終決定権限の所在を明らかにするものである。明示的な法律上の授権が存在する場合、裁判所は、その授権に従って、自らの審査を限定することとなる。この場合の行政規則は、換言すれば、規範を具体化する行政規則として位置づけられる。そうであるならば、法律による明示的な授権、例えば作用法的授権が存在しない場合に、何故、個々の行政規則それ自体が裁判所に対する法的拘束力を備えるのか、という点については未だ不明確である。法律上の明示的な授権が存在しない場合は、個別事例における法律の解釈を通じて授権を見出す余地があることを意味する。シユミットーアスマンが述べる行政規則の裁判所に対する「拘束力」とは、少なくとも行政規則そのものが備えるものではなく、裁判所の自己拘束の結果として、あたかも法的な「拘束力」が行政規則に浮かび上がる現象に過ぎないのではないかと思われる。

また、シユミットーアスマンは、そもそも前提として、法定立は議会の独占事項ではないという。これに対し⁽¹³⁾て決定的であるのは、シュテンダール南回り決定の存在である。同決定は、以下のように判示する。「基本法の自由主義的民主的制度において、立法府としての議会には、規範定立という憲法上の任務が割り当てられている（BVerfGE 34, 52, 59; 49, 89, 124ff; 68, 1, 87参照）。政府および行政は、執行権について義務を負っている（BVer-

説
fGE 30, 1, 28参照)。行政の任務に属するのは、基本法二〇条一項一文における“執行権 [Vollziehende Gewalt]”⁽¹³⁾ という表現から既に明らかなように、個別事例における法律の執行である (BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67[～]参照)。⁽¹⁴⁾
当該説示は、そこに引用されている諸判決から推察するに⁽¹⁵⁾、制度的および作用的民主的正統化の形態に関わってい
る。すなわち、憲法制定者の決定によれば、行政に固有の法規範制定権限は存在せず、法規範制定権限は、一次的
には議会が備えているのである。

この判断に対し、シュミットーアスマンは、「法律の留保論と本質性理論のきめ細やかな定めと調和していな
い」と批判した上で、「政策形成の権限があり、議会に対して責任を負うべき政府」には、独自の活動領域を承認
することがむしろ考えられる、という。⁽¹⁶⁾しかし、政治的形成の権限を付与され、そして議会との関係を通じて人
的・組織的に正統化されていることは、必ずしも、政府の独自の活動領域に「規範定立という憲法上の任務」が含
まれることを意味しない。ここで問題となつてているのは、あくまで、裁判所に対する拘束力を有する規範を定立す
るという意味における規範制定権限の配分である。その権限を配分する中で、その担い手となる機関として基本法
が想定しているのは、議会だけではない。法律による授権が存在し（事項的・内容的正統化）、かつ連邦政府、連
邦大臣、およびラント政府が名宛人とされている限りで（人的・組織的正統化）、そこに列举されている機関が法
規命令という形式によって担うこともまた、基本法は想定しているのである（基本法八〇条）。

小括

近時の見解の議論構造——行政による規範制定権限の正統化根拠——

近時のドイツ公法学では、行政による規範定立として法規命令と行政規則を捉え、それぞれの形式を相対化させ

る議論が活発になされた。そのための要石は、基本法における憲法構造の変遷であり、それを受けて学説においても、とりわけイエッシュ以降、民主制原理を憲法原理として組み込んだ、議会と行政の権限分配論が語られたことにある。

権限配分の局面において、イエッシュは、憲法上明示的に割り当てられていない権限の所在について、基本法の憲法構造に着目し、民主的正統化が最も強力に働いている機関である議会に推定を及ぼす。他方で、ベックンフェルデの用語法における制度的および作用的正統性の段階において民主制原理を強調し、その上で、それぞれの機関が備える手続構造に着目することで、権限の配分を行う見解が登場する。例えばベックンフェルデは、三形態の民主的正統性からなる民主的正統化の構造的枠組みを提示する一方で、行政も議会と同じく民主的に正統化された機関であるとし、規律内容における本質的事項か非本質的事項であるかを規準に、議会と行政の権限を配分する。オッセンビュールは、同じく民主的に正統化された行政を前提として、それぞれの憲法上所与の機能領域を措定することと、法定立作用の権限分配の段階で、機関の特性に応じて議会の規律領域と行政の規律領域を内容的に区分し、それを三つの法形式、すなわち法律、法規命令、行政規則に対応させて論じるものである。それゆえ行政規則の制定は、憲法上の始原的または自律的な行政の命令権限に基づくものとして説明されたのである。ボグダンディの見解は、構造としてオッセンビュールの議論に則るもの、法治国原理からの要請を権利保護に集中し、民主制原理からの要請もより柔軟に把握したうえで、国家全体の機能性を高めるという目的に照らして機関の実際上の特性に重点を置くことで、議会による規律に適した本質的事項をより具体的に特定する方向へと発展させたものであった。そこでの民主制原理の働きに焦点を合わせると、「より民主的」な手続を採用しない議会には非本質的事項の規律は適さないと結論づけることによつて、政府・行政の規律事項の拡大が試みられた。これらの見解は、行政の自

律的な規範制定権限が、基本法に照らして民主的に正統化されることに、まずは焦点を当てている。

その一方で、シユミットーアスマンの学説は、憲法レベルでの議会と行政の権限分配論を背景に据えつつも、法律の解釈から発見される法律による授権に定位することで、その授権に基づいた規範制定裁量の行使として法規命令と行政規則を捉え、そして、その授権規定の規律密度に従って、両形式を区別する。そこでは、法律による授権が決定的となる。

行政により制定された規範の法的拘束力をめぐる論証とその限界

しかしながら、ベックンフェルデ、オッセンビュール、ボグダンディのように憲法上の行政固有の機能領域を論拠とする場合、規律内容の性質に応じた議会と行政の権限分配について論じることが可能であつたとしても、行政規則の裁判所に対する拘束力に関する論証は、そこから導き出されることはない。行政規則には柔軟な拘束力があるとの主張は、法律上の不確定法概念から行政の判断余地を導き出すことで裁判所の統制密度を低下させるという意味における規範論的アプローチによるものであつて、民主制原理に定位した権限分配論によるものではないのである。

他方、規範授権理論は、規範論的アプローチとは異なり、法律の解釈によつて確認される民主的立法者たる議会による授権の存在に重きを置き、立法者による行政と裁判所の権限配分として、すなわち両機関間での最終決定権限の所在として、問題を構造化する。しかし、規範授権理論に則つたとしても、行政規則それ自体が法的拘束力を備えること、さらにはその拘束力が差異化されることについて、論証は不十分なままである。むしろ、法律による授権を重視するあまり、却つて、授権の存在と規範の法的拘束力の連関を際立たせているようと思われる。すなわち、同理論の枠組みによれば、民主的立法者の授権が見いだせる場合、裁判所による原則として完全な審査

（基本法一九条四項）が制限されることとなる。このことからすると、行政規則それ自身ではなく、その授権こそが、裁判所に対する法的拘束力の根拠として位置づけられることとなる。そしてこの授権の位置づけは、法規命令と行政規則を規範制定裁量の行使として包括的に捉えているが故に、法規命令が法的拘束力を有している根拠にも繋がる。もつとも、シユミットーアスマンによれば、法規命令は、「実質的意味の法律」に含まれるために、裁判所に対する一般的拘束力を有する手法と理解されているようである。しかし、「実質的意味の法律」概念の放棄という立場を貫徹するならば、法規命令の法的拘束力の根拠は、基本法八〇条一項に定められた形式的要件を満たした法律による授権の存在に求められることとなるであろう。すなわち、「実質的意味の法律」概念に包摂されるが故に、法規命令は、裁判所に対する拘束力を備えるのではない。行政により制定された規範の法的拘束力の有無は、議会の議決を経た法律による授権の有無に対応するのである。

おわりに

日本の議論に与える示唆

前章で検討されたドイツ公法学における学説をめぐっては、その他様々な立場からも議論が展開されようが、本稿で採り上げられた素材から、わが国の議論に対して示唆を与えるものが導き出されるとすれば、それは、法律による授権を決め手として、行政が制定した規範には裁判所に対する法的拘束力が認められる、ということである。では、こうしたドイツの議論構造に照らせば、わが国では日本国憲法の規定をどのように解釈すべきか。

日本国憲法において、行政により定立された規範に対する授権規定は、憲法七三条六号のみである。この規定は、内閣が制定する「政令」を対象とするに留まり、具体的な授権の要件を明示するものでもない。しかし、基本法八

○条一項に比肩し得る条項として、「唯一の立法機関」を定めた憲法四一条がある。

国会は「唯一の立法機関」（憲法四一条）とされていることから、行政の始原的法定立権限が成立する余地はない。しかし、このことは、法秩序を構成する法規範のすべてを「法律」の形式で定めなければならないということを意味しない。行政による規範定立に相応する形式は、日本国憲法上では、「政令」と「命令」である。政令はその制定権限が内閣に特定されているものの、憲法八一条において、「命令」は「法律」と「規則又は処分」の間に位置づけられることからすれば、「命令」は、「政令」を含む行政機関一般による規範制定形式を意味するものと解するのが妥当であろう。

そして、裁判官は法律に拘束される以上（憲法七六条三項）、法律における授権規定にも裁判所は拘束される。その結果、その授権に基づき定立された規範に、原則として裁判所は従わねばならなくなる。他方、法律による授権のない規範に対しても、裁判所は従う必要はない。すなわち、行政が制定した規範が裁判所に対して有する拘束力とは、その規範それ自体が固より備えているものではないこととなる。

以上の理解を、実質的法律概念に紐づけられた「法規命令」と「行政規則」の二分論の用語法に仮に当てはめるならば、実定法上の「命令」の形式のうち、講学上は、法律による授権に基づき制定されたものが、「法規命令」とされ、他方で、そうした授権なく制定された規範が「行政規則」と再定位されることになる。

残された課題

「一国の法秩序は、種々の法規範から形成され、それらの法規範は、おのおの分離・独立しないで、相互に相連して一つの統一的な構造をなしている」⁽⁴⁴⁾。法規範を定立する一連の国家活動（立法作用）の中で、規範の制定者や制定手続といった形式面での違いに応じて区別されたものが、通例、「立法の諸形式」⁽⁴⁵⁾や「国法の諸形式」⁽⁴⁶⁾とい

つた個別の章において論じられていたのである。従来は、国法秩序のそれぞれの次元に位置づけられた法形式について、個別的・静態的な把握がなされていた。

しかし、公法をとりまく状況を視野に入ると、法律による授権は様々な現象においても問題となりうる。例えば「民間化」論との関連では、授権の名宛人であつた機関が民間化したことがわが国の判例でも問題となつてゐる現状もある。⁽¹⁴³⁾

もともと、こうした応用的発展的な議論をする前提として、憲法の位層、法律の位層で法規命令に投入可能な機能の選定が必要である。⁽¹⁴⁴⁾ 本稿で明らかとなつた、法律による授権に基づく裁判所に対する法的拘束力は、その機能の一つにすぎない。わが国においては、講学上の概念であるからこそ、憲法解釈上、法規命令や行政規則の要件のみならず、それぞれの形式が備える機能を定め、その利用可能な範囲を明らかにする必要がある。それに、これまで議論されてきた授権規定の規律密度の問題も依然として残されている。この問題については、基本権関連性といった要素を摘出して、それに照らして、密度の程度を測る」とは可能であるが、具体的に把握するためには、事例の集積を待つほかない。これらの点についての検討は他日を期す」とにしたい。

(50) *Fritz Ossenbühl, Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht*, in: Gunnar Folk Schuppert (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, 1998, S. 32.

(51) 基本法トの議論では一般的に、法規命令は「法律の留保」原則との関係で検討される。例えばマウラーの標準的教科書を紐解いても、「法律による行政」の原理の箇所には、「法律の法規創造力」原則は記述されてゐない。Vgl. Maurer, a. a. O. (Ann. 33), S. 123ff. の理由については、未だ推測の域をでないが、基本法トでは、憲法構造の転換に伴つて形式的法律概念・元主義が採られたために、議会による法規創造力の独占を唱える必要がなくなつたことが影響してくるようと思われる。Vgl. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 2, 1980, S. 568; *Fritz Ossenbühl*, in: Josef

- 説
論
- (52) 基本法に「憲法」・„Eingriff“ の翻訳やそれ自体による語義からして注意する必要がある。しかし本稿では、一般的に使われている「憲法」の訳を採る。参照：高田敏『法治国家観の展開』（有斐閣、110—111年）116頁。
- (53) Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, S. 64, 169ff.
- (54) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 170.
- (55) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 173.
- (56) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 204ff.
- (57) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 175.
- (58) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 196ff.
- (59) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 205.
- (60) Jesch, a. a. O. (Ann.53), S. 186f.
- (61) Ernst Wolfgang Böckenförde, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, 3. Aufl., 2004, §24 Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 430.
- (62) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 433f.
- (63) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 434. [同内容の講演の邦訳をレポート E.-W. ベッケンフォルデ（高田篤訳）「国家形態 オーバー統治形態への民主制原理」初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、一九九九年）1111[頁]
- (64) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 436. [邦訳111 四頁]
- (65) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 437f. [邦訳111 六頁]
- (66) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 438ff. [邦訳111 六頁以降]
- (67) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 443.
- (68) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 12), S.13. Fn. 1.
- (69) Böckenförde, a. a. O. (Ann. 61), S. 487f.

(70) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 377ff.

(71) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 399f. ゲッケンフュルデが同書S. 400, Fn. 72において引用しているのは、「国民立法府によって定められた最高の法命體 [oberste Rechtssätze]」として法律を位置づけた、ドイツ国法学大會におけるブルマハ・クラー報告である。Vgl. Hermann Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStL 4, 1928, S. 134. 「法律」は、國民代表からなる議会によって成立するためには、高度の民主的な正統性を確保してくると理解する点において、ゲッケンフュルデはクラーの法律概念を受容していくものと評せよべ。なお、同報告の結語において、クラーは、「高められた妥當力 [erhöhte Geltungskraft]」を法律が有するところの觀念について、ケルゼンの法段階説と同一視されることを拒否してゐる (S. 20ff.)。すれば、クラーからすれば、「高められた妥當力」は、法律の實質的絶對的上位性に由来するのであつて、ケルゼンの法段階説における相對的上位性に基づくものではないとする趣旨なのであるべ。むろん、クラーの立場からして、法律と法律以下の形式が段階構造の関係にある点までも否定するものではないと思われる。

(72) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 393ff.

(73) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 394.

(74) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 397. ゲッケンフュルデは、「理論的には」、本質的ではない問題について、始原的な外部効果をもつ規範を制定する権限を行政に与えうる余地があると言ふべ (S. 397, Fn. 66)。この方向で議論を展開したのが、Hans-Detlef Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999; Christian Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000.

(75) *Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 394, Fn. 60.

(76) オッセハムバールの行政規則論については、平岡久「ボン基本法下における行政規則に関する学説 (I)」阪大法学 | ○ 1-1号 (一九七七年) 一六九頁以下、赤間聰「科学技術法領域における法律の留保」青山法学論集五一卷一一・四合併号 (11) | ○ 一〇年) 二九一頁以下。

(77) オッセハムバールは法源論についても業績があり、その議論との関連性も検討されるべきである。Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Ann. 49), S. 31ff. しかし、本稿では、各形式の裁判所に対する拘束力についての議論に焦点を当ててゐたため、オッセハムバールの法源論やそのものの検討には立ち入らない。

(82) *Fritz Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 207f. もひいむ、回書においてオッセンブルールは、憲法構造の転換に基いて議会と行政の関係が変化したことをハシハシの主張にのこし、見解の相違はないとしている(S. 200)。

(83) *Fritz Ossenbühl*, in: HStR V, 3. Aufl., 2007, §101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, S. 205.

(80) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 167.

(81) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 180, 227.

(82) 基本法の憲法構造において民主制原理に重点を置くとして全部留保説を提唱したイエッセン (Jesch, a. a. O. (Ann. 53))に対しても、連邦憲法裁判所判決を引用しつゝ、行政権の民主的正統性でもって反論し、その一方で、法治国原理に基づき全部留保説を展開したルッブに対しても (Heinrich Ruth, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965)、今日の「自由」とは、国家による介入の不存在だけではなく、国家による給付への関与も意味するとして反論すべし。Vgl. *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 210ff.; ferner *ders.*, a. a. O. (Ann. 79), S. 194f.

(83) *Fritz Ossenbühl*, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 547. もひいむ、オッセンブルールは、本質性理論を結節点として法律の留保と議会留保を一体化して把握するベッケンフェルデの見解とは結論において距離を取る。なぜなら、ベッケンフェルデの枠組みでは、議会と行政の規律領域は本質的事項であるか否かという点で区別されるため、「法律の留保」は、「本質的な」侵害に限定され、「非本質的な」侵害は、法律の留保の射程外となってしまうからである。すなわち、この枠組みでは、「法律の留保」として概念装置がそもそも目的としていた「侵害」行為への議会関与という機能が後退しそまへるべ。Vgl. *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 79), S. 207.

(84) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 210ff.

(85) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 79), S. 199f. もひいむ、オッセンブルールは、連邦行政裁判所と連邦憲法裁判所の判決における「法律の留保」のルネッサンスが、民主制原理からもたらされたのだと位置づけている。

(86) ベントの拡張にあたっての規準は、後年、「機能に適した機関構造」というキーワードの下で説明される。すなわち、「その内部構造や人員、活動方法、遵守されるべき決定プロセス等に鑑み、当該活動を担うにあたって正統性をもち、準備のある機関によつて、諸々の国家任務および決定がなされるように、国家の諸機能は分配されねばならぬ」。Vgl. *Ossen-*

bühl, a. a. O. (Ann. 79), S. 212; *Otto Künster*, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AÖR 75, 1949, S. 397ff.; *Thomas von Danwitz*, Der Grundsatz funktiongerechter Organstruktur, Der Staat 35, 1996, S. 329ff.

(85) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 50), S.42.

(88) Vgl. *Fritz Ossenbühl*, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, 2000.

(89) *Fritz Ossenbühl*, in: HSfR V, 3. Aufl., 2007, §103 Rechtsverordnung, S. 268.

(90) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 89), S. 268.

(91) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 89), S. 270f.

(92) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 166ff., S. 181.

(93) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 89), S. 271f. ders., a. a. O. (Ann. 43), S. 335. オッセンブールは、「法律従属性 [Gesetzesabhängigkeit]」とは、行政の命令制定権限の内容と範囲に關わるものであつて、その法的根拠に關わるものではな。ムーレー、憲法上の機能領域に内在してゐるが「始原的 [original]」と表現される。Vgl. *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 79),

S. 213 Fn. 172. 「ねじれ」、マックスハーメルは、法廷方が「始原的」であるといふ「法律従属性」であるいふや、法的根拠の有無に応じて使つてゐる (*Böckenförde*, a. a. O. (Ann. 12), S. 397)。この点で、両者の用語法が異なる点に注意が必要であら。

(94) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 502.

(95) *Ossenbühl*, a. a. O (Ann. 43) S. 326.

(96) *Ossenbühl*, a. a. O (Ann. 43), S. 338.

(97) *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 43), S. 341f. なお、行政機関に対する拘束力が問題となる場合、裁判所に対する拘束力とは異なる条件が導き出されね。つまり、行政機関は科学技術の進歩に合わせて行政規則を改正することができるため、典型的ではない事実関係が認められたときに限り、規範を具体化する行政規則を遵守しない」とが許容されるのである。

(98) ハの内容に関する記述は、第一二版では存在せず、第三版から加筆された。Vgl. *Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 43), S. 344f. ハの説明からは、オッセンビュールの見解は、判断余地説のような規範論アプローチから離れ、不確定法概念から立法者による法律上の授権を見出すアプローチへと移行したものと推察される。

- 説
論
- (99) 例えば、*Ossenbühl*, a. a. O. (Ann. 78), S. 244ff. にせ、「給付行政が原則として許容されるいふ」を導き出るために「拡張された法律領域説」と「行政の機能領域説」が持ち出されている。
(100) *Armin von Bogdandy*, Gubernative Rechtssetzung, 2000.

- (101) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 28ff.
- (102) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 34.
- (103) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 35ff.
- (104) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 38.
- (105) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 201.
- (106) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 199.
- (107) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 201ff.
- (108) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 212.
- (109) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 201ff.
- (110) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 312ff.
- (111) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 209.
- (112) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 245.
- (113) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 456.
- (114) リハビリテーションの所論は、前記の一九九一年五月二〇日欧州司法裁判所判決を明確に意識したものである。Vgl. von *Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 468f.
べたゆる所論である。
- (115) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 468f.
- (116) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 245.
- (117) *von Bogdandy*, a. a. O. (Ann. 100), S. 487.
- (118) *Ulrich Karpen*, Buchbesprechung, DVBl 2001, S. 1337.

行政による規範定立の再定位（二・完）

- (121) *Nierhaus*, a. a. O. (Ann. 28), Rn. 87; siehe auch *Hartmut Maurer*, Der Verwaltungsvorbehalt, VVdStRL 43, 1985, S. 162. いわゆる「先づくことより後づくこと」の見解によれば、¹¹⁰ は、
- (122) *Eberhard Schmidt-Abmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 98. 「規範の」¹¹¹ エバーハルト・ハーマン・アーバン（太田匡彦・大橋洋一・山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念と—』の「行政法総論」（東京大学出版会 1100K年）九八頁以下】
- (123) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 120), S. 199f. [規範1101頁]
- (124) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 120), S. 207. [規範110八頁以下]
- (125) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 120), S. 209. [規範1110頁以下] すなはち、ハーマン・アスマンによれば、「裁量」とは、従来の誤解のよれば、すなはち構成要件レベルの裁量（不確定法概念・判断余地）と法効果レベルの裁量を包括する概念である。
- (126) *Eberhard Schmidt-Abmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S.60f.
- (127) *Eberhard Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 124), S.61.
- (128) *Eberhard Schmidt-Abmann*, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: ders., Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung: Aufsätze 1975-2005, 2006, S. 141,150. 「規範の」¹¹² ハーマン・ハーマン・アーバン（吉野美穂・角松忠訳）「規範の」¹¹³ 法律および行政規範との関係によると、神戸法学雑誌六〇卷11・四九（11011年）四六九頁】；*Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 124), S.74.
- (129) *Hartmut Maurer*, Das verordnungsvertretende Gesetz, in: Josef Isensee/Helmut Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eingentum, F. S. für Walter Leisner, 1999, S. 584.
- (130) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 126), S. 153f. [規範四六六一四頁] やつて本質性理論と議会留保、法律留保の問題を連闊させた理解から立場に立つて、ハーマン・アーバンによれば、ハーマン・アーバンの理解に接近する。
- (131) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 126), S. 154. [規範四六七頁]
- (132) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 120), S. 328f. [規範1111七頁]
- (133) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 124), S.75f. *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 125), S. 329f. [規範1111七頁以下]

- (132) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 126), S. 155. [解説曰「〔憲法上に於ける〕Schmidt-Abmann, a. a. O. (Ann. 124), S. 75f.
- (133) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 126), S. 154f. [解説曰「〔憲法上に於ける〕Schmidt-Abmann, a. a. O. (Ann. 124), S. 75f.」]
- (134) *Eberhard Schmidt-Abmann*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Peter Badura/Udo Di Fabio/Matthias Herdegen/Roman Herzog/Hans H. Klein/Stefan Korioth/Peter Lerche/Hans-Jürgen Papier/Albert Rodelzhofer/ders. /Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*. Art. 19 Abs. 4, Rn. 185ff.
- (135) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 120), S. 217f. [解説曰「〔憲法上に於ける〕Schmidt-Abmann, a. a. O. (Ann. 120), S. 217f.」]
- (136) BVerfGE 95, 1. 14f.
- (137) BVerfGE 95, 1. 14f.
- (138) 例えば、BVerfGE 34, 52せ、規範定立といふ憲法上の任務にかかる憲法制定者の決定は、それを議会に割当つてゐる」というたゞ言及された事例であり、BVerfGE 49, 89は、行政に対する立法の包括的優位を否定するために、執行権が制度および作用的民主的正統性を有してゐる」とが言及された。民主的正統化のその他の形態も含めた連邦憲法裁判所判決の分析について、太田匡彦「マイノリティ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開」藤田ほか編『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）二五一頁以下参照。
- (139) *Schmidt-Abmann*, a. a. O. (Ann. 125), S. 148f. [邦語曰「〔憲法上に於ける〕Schmidt-Abmann, a. a. O. (Ann. 125), S. 148f.」]
- (140) 清宮・前掲註(13)二八一頁。
- (141) 清宮・前掲註(5)二八一頁。
- (142) 小嶋和司「憲法概観〔第三版〕」（有斐閣、一九八六年）八七頁以下。
- (143) 例えば、最一小判平成二〇〇九年二月二七日（裁判集刑三〇一号二八一頁）参照。
- (144) 環境法を参照領域に設定し、この作業を行へるものとして、*Johannes Saurer*, *Die Funktion der Rechtsverordnung*, 2005.