



Title	裁量の二重の顔 : 行政による自由な決定の余地の法理論的測定
Author(s)	イエシュテット, マティアス; 前裕, 大志
Citation	阪大法学. 2017, 66(6), p. 264-289
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79214
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

裁量の二重の顔

——行政による自由な決定の余地の法理論的測定——

*
マティアス・イエシユテット
前 裕 大 志／訳

一 純粹行政法学

純粹法学は通常、法理論家には法理論として、憲法学者には基盤的コンセプトとして、議論される。これに対して、行政法の視点から行政法のために純粹法学がテーマ化されることははるかに稀である。確かにこのことはハンス・ケルゼンの特徴と傾向にも適っている。しかしながら、他ならぬいわゆる行政による自由な決定の余地〔der administrative Entscheidungsfreiraum〕をめぐる（ドイツ語での）議論については、純粹法学が行政法にとって、そして行政法学においても、実りをもたらしようということ、およびその程度を示すことができる。この際にケルゼンの名と業績が後景に退き、アドルフ・ユリウス・メルクルのそれが前景に現れることは、不思議なことではなからう。

本稿におけるさしあたりの定義として以下では、行政による自由な決定の余地を、法適用にあたつて、自ら定立した、そしてその限りで他者によつて定立されたのではない基準に従つて活動するという、行政のもつ法的力 (Rechtsmacht) とする。以下では、その限りで、自己プログラム化された行政活動と他者プログラム化された行政活動について述べる⁽¹⁾。

二 裁量と判断余地という伝統的な二重のドグマティク

ドグマティクの現状を本稿の考察の出発点としよう。ドイツにおける従来のドグマティクによれば、行政による自由な決定の余地には裁量 (Erkennen) と判断余地 (Beurteilungsspielraum) (を伴う不確定法概念) という二つの主な現象形態がある。前者が授權規範の法効果の側面に現れるのに対して、後者は構成要件の側面に位置づけられ⁽²⁾る。筆者の感覚によれば、オーストリアでは、判断余地という概念が出てくることははるかに稀である⁽³⁾。そこでは大抵、単純に不確定法概念が語られる⁽⁴⁾ (とはいえ、この違いは本稿での考察にとつては措かれてよい視点のように思われる)。従つて、ドイツでもオーストリアでも行政による自由な決定の余地はそれぞれ二つのキーワードの下で、いわば二分法的に論じられるということを、初めに確認することができる。

ドイツにおいて依然として極めて支配的な行政法ドグマティクの特徴は、以下の四つのテーゼないし想定である。同様のことは——ここでも筆者の印象によるが——必要な変更を加えればオーストリアにおける支配的な見解についても当てはまる。

(1) 羈束行政と裁量行政とは行政活動の様式が質的に異なっている。後者は——いわく——「法律による羈束の緩和および弱化」によつて特徴づけられる⁽⁵⁾。オーストリアの文献には、同じ意味で「合法性原理 (Legalität

tätprinzip)の「弱化」についての記述がある。⁽⁶⁾

(2) 裁判所による統制は合法性の統制あるいはまた適法性の統制として把握されるところ、裁量付与の裏返しとして(行政)裁判所による統制密度が低下する。すなわち、基準が無いことと統制から免れていることは相互に対応している。⁽⁷⁾

(3) 判断余地はいわゆる不確定法概念から生じる。判断余地は、不確定法概念の——減多にない——下位事例である。⁽⁸⁾判断余地は、実定憲法上の権利保護を損なうことがないように、例外的にのみ正当化される。⁽⁹⁾

(4) 判断余地と裁量はカテゴリーカルに区別される。⁽¹⁰⁾

もつとも、裁量と判断余地についての支配的ドグマティクは、先入観なく批判的に分析されるだけでたちまち説明に窮することとなる。というのも、裁量と判断余地についての支配的ドグマティクを構成する想定のはほぼ全ては、いくつもの重大な反論に接するからである。書きなぐりではあるが、こうした反論を六つ素描してみよう。

(1) 「羈束行政」という概念は、法適用の枠内で「唯一の正しい解」⁽¹¹⁾が存在するという——上品に言えば——法理論上厳しく批判される觀念に依拠している。この点には後に立ち戻ることとする。

(2) 「緩和された法律による羈束」という概念——「合法性原理の弱化」という概念がこれに相応する——は、法律による羈束の「緩和」がその必要のある場合に法律自身によって定められているものだということから目を逸らさせる。要するに、肝心なことは、常に、法律によってもたらされた「法律による羈束の緩和」なのである。これが有意なカテゴリー形成を画すということを論証するのは容易ではなからう。同様に、基本権に関する法律の留保は、憲法による羈束の緩和として把握されうとするのが正しいと思われる。

(3) 基準が無いことと統制から免れていることの同一性というテーゼは——その限りで表裏一体理論 [Kehrsiten-Theorie] という言葉を用いることもできよう——司法の役割を (通常おそらく無意識に) モンテスキュー的な伝統の中で「いわば無である」と解している⁽¹²⁾。裁判権力は、行政が所与の基準を正しく用いたか否かを「事後に測る」に過ぎない。

(4) 裁量と判断余地とが、それぞれカテゴリカルに基礎づけられるがゆえに、峻別された二者択一のものであるというテーゼは次の点を看過している。すなわち、行政による自由な決定の余地が構成要件において与えられているのか (その場合には判断余地となる)、それとも法効果において与えられているのか (その場合には裁量となる) は、——入れ替えの利く——規律技術の問題に過ぎないことが珍しくないという点である。

(5) この対立には——本稿での更なる考察にとって重要でないため——以下では詳細に立ち入らないこととする⁽¹³⁾。判断余地を不確定法概念と結び付けておきながら裁量については不確定法概念を引き合いに出さないのは何故かという問いに対して、ドイツの支配的理解は回答を怠っている⁽¹⁴⁾。筆者の考えによれば、裁量と不確定法概念を対置するオーストリアの有力な見解がここで抱える説明上の問題は、より一層大きい。というのも、裁量を付与する規律は、不確定法概念を用いないわけにはいかないからである⁽¹⁵⁾。

(6) 不確定法概念についての言説が推測するところによれば、確定法概念を用いることが原則であり、不確定法概念と確定法概念との間には単に段階的なものではないカテゴリカルな違いが存在する。こうした推測は大抵、——少なくともある程度の——負荷に堪えるだけの分析や省察によって支えられているわけではない⁽¹⁶⁾。

より精確に見れば、行政による自由な決定の余地という支配的なコンセプトの弱点は、とりわけ (法定立と) 法

適用のプロセスの複層的な理解が不十分であること——どのようにして法が獲得されるかについての理解——に起因するものである。

三 法秩序の動態的理解に照らした行政による自由な決定の余地

そしてこれに関しては、法獲得の解剖と構想についてのま、さ、しく、スペシャリスト、すなわち純粹法学の出番である。すなわち、純粹法学における法獲得の理論的枠組みは、他のいかなる法理論的アプローチよりも、今日の法獲得における複雑性、分業および動態を考慮している。純粹法学によれば、法秩序は分業化され段階づけられた法の具体化および個別化の連なりとして把握される。

法の個別化および具体化のプロセスは、簡潔には以下のように記述されうる。すなわち、数々の抽象的・一般的な法命題は、形式面および機能面、階層および正統性において異なる段階をなし、これらの段階を経て最終的には個別事例に関して、そして個別事例のなかで、具体的・個別的な法命題が生み出される。このような法獲得の連続において、法律によって画される一コマは確かに多様な観点において突出している。しかし、この一コマを全体とみなしてはならない。なぜならば、他の法（創設の）源と比べてみても、この一コマが要求できる法獲得理論上の地位は唯一無二のものでなく、あるいはまた特別なものですらないからである。そしてまた、この一コマは、異物という意味でこの法獲得の連続から切り離されてもならない。

法定立と法適用（法執行）は大抵の場合、二者択一のものとして実体的に理解されるが、法の具体化および個別化のプロセスにおいては、この二者択一は単なる観点の対立へと相対化される⁽¹⁷⁾。無数にある個々の段階での法創設によって法創設の連なりが構成され、かつ法創設は全ての段階において構造上同様になされる——新たな法は既存

の、この意味で古い法の羈束と枠のなかで獲得される——という状況に鑑みれば、原則としてあらゆる段階において法は定立されるとともに適用される。〔下位規範を〕制約する規範〔die bedingende Norm〕との関係では——イメージとしていえば段階構造のなかで「上に」向いては——法は適用される。これに対して、それ以降の全ての段階との関係では——要するに「下に」目を向ければ——法は創設される。ここにはメルクルのいう「法の二重の顔」が示されている。⁽¹⁸⁾ すなわち、ある面では法適用であるものが、他の面では法創設として表れる。従って、適用される法による他者プログラム化は常に、創設される法を視野に入れた自己プログラム化を伴う。ハンス・ユリウス・ヴォルフが「抽象的にせよ具体的にせよあらゆる法創設は全き自由と厳格な羈束という両極の間にあり、これらのいずれについてもその極点に達する可能性が実現されることはない」⁽¹⁹⁾と定式化するとき、彼はまさにこのことを述べているのである。

今一度繰り返すと、このことは法律にも、行政や裁判所による決定の場合と法獲得の構造上、同様にあてはまる。行政や裁判所による決定と法律とを分かつのは——憲法上の特別な（従って実定法上の具体的な）作用および制度上の枠ならびにこれと関連する論証実践上の期待の範囲を度外視すれば⁽²⁰⁾——特に、適用される法命題が法創設プロセスを定めるその密度と範囲である。それゆえ、あらゆる法適用は原則として常に、他者プログラム化と自己プログラム化から成っている。単に両者の具体的な配合比率が個々の場合で異なっているに過ぎない。⁽²¹⁾

ここから、行政に対する法律による羈束については、さしあたり以下のように要約することができる。すなわち、確かに法律は（憲法やEU法などに基づいて行政活動を規定する他のあらゆる基準と同様に）行政を指揮統制するが、法律が行政を隔々まで定めきることは決してない。同様に、法律の適用は、法律が既に決定したことの繰り返しに過ぎないのではない。法律の適用には、様々な点に関して、適用者による（法）生産的な、ここで用いられる

術語でいえば自己プログラム化の助力を要する——そして通常、これはいわゆる包摂の枠内にとどまらない。それゆえ、法律を適用するあらゆる行為は、行政に対する法律による羈束を確認するだけでなく、同時に行政独自の法行為——もつとも、その方法と範囲については個別に測られる——を必要とする。従って、依然として高く掲げられている「唯一の正しい（適法な）決定の原理」⁽²²⁾は当然ながらその根拠を奪われている。⁽²³⁾一方における行政に対する法律による羈束と、他方における行政の独自性は、互いに同じメダルの表裏のような関係にある（あるいはヤヌスの二つの顔と同様の関係にある）。それらは相反する方向を指し示すが、片方だけを手に入れることはできないのである。

四 純粹法学における意味での裁量

実際また、ケルゼンや特にメルクルが明らかにするように、純粹法学における裁量論の出発点はまさにここである。⁽²⁴⁾ケルゼンは、一九一一年の『国法学の主要問題』から一九六〇年の『純粹法学』第二版に至るまで、常に同じ趣旨のことを述べている。⁽²⁵⁾一九二五年の『一般国家学』における簡にして要を得た表現を選び出してみよう。そこにおいてケルゼンは次のように定式化している。

「あらゆる法適用、すなわち、一般的規範のあらゆる具体化、法創設の上位段階から下位段階へのあらゆる移行が、枠を充たしていくことに過ぎず、上位段階の規範によって定立された制限内における活動に過ぎないということは容易に示されうる。上位段階による下位段階の決定は決して完全なものではありえず、下位段階では常に、上位段階に未だ欠けている内容的契機が付け加えられなくてはならない。さもないと、法創設過程がさらに進むことは全く不可能であり、それ以降の段階は必要ないものであろう。このことは、抽象的概念と

具体的表象との間で必然的に内容的差異が存在せざるをえないのと同様である。こうした法の具体化における上位段階と下位段階の間の必然的差異が、いわゆる『自由裁量』⁽²⁶⁾なのである。」

そして、ケルゼンは、あたかも我々のほとんど抑えられない反論を既に耳にしていたかのように、よりシャープに付け加える。

「法行為を羈束されたものと自由なものに区別することは無意味である。なぜなら、全ての法行為はそのどちらでもあるからである。そうすると、およそこうした区分は、特定の行為を本質的に自由だと宣言することによって、その行為から法としての性質を取り去ろうという試みを意味するに過ぎない。」⁽²⁷⁾

ケルゼンがわずかな段落で間に合わせる一方で、メルクルは、これまでドイツ語で刊行された行政法総論の教科書のうちおそらく最も卓越した教科書のなかで、「行政裁量」になんと一八頁にわたるそのための節を割いている。⁽²⁸⁾以下では、我々の認識目的にとって中心的な一節をそのまま再掲する。

「裁量、全般について法学が理解しているのは、国家机关の法的無羈束性という現象であり、機関の活動のうち、全く規定を持たないか、その他の機関活動とは異なる形で客観法によって規定されており、従って当該機関の自己規定に委ねられているものである。」⁽²⁹⁾

メルクルはこれを要約して次のように定式化する。

「裁量とは、他者の意思による羈束的規定の欠缺、すなわち、自己の意思を語ることを許す法的能力を意味す

る。⁽³⁰⁾」

因みにこれは、本稿において他律的ないし他者プログラム化および自律的ないし自己プログラム化を用いて表現されるものと厳密に対応している。——メルクルはさらに考察を進めて、次の認識に至っている。

「どれほど詳細に限界が引かれようとも、機関の活動のなかには、法的に羈束された領域以外に、法的に自由な領域、すなわちまさしく裁量の領域も見出だされるのである。⁽³¹⁾」

これとともに更に、目標への方向が予め示されている。

「しかしながら、裁量問題に関して行政を他の国家作用と原則的に区別する試み、特に行政の裁量と裁判官の裁量との間に本質的区別を見出だそうとする試みは全て失敗に終わることを避けられない。⁽³²⁾」

「裁量は行政に固有のものでなく、他の国家活動領域においても見出だされうるとされるが、これについては、現在の司法法 (Justizrecht) において用いられている裁量の言い回しを手掛かりとした例のいわば経験的な証明をもとより必要としない……。この裁量の言い回しを用いた立証は、裁量が、多かれ少なかれ意識的ないし意図的に実定法によって置かれることを前提とするものではなく、段階状になされる法創設の仕組みを前提とするものであるという点を完全に看過している。法創設プロセスを通じて直接に繋ぎ合わされた特定の法規形式のもつ論理構造の間の相違は……相対的な抽象度の大小にある。⁽³³⁾」

メルクルは、これまで述べたことをケルゼンに依拠しつつ、極めて一般的かつ法理論的に以下のように要約する。

「相対的に抽象的な行為は、相対的に具体的な行為を創設する規律として働くが、後者を完全に規定しうるものではなく、具体化プロセスの一要素を務めうるにとどまり、他の要素、すなわち具体化行為の権限をもつ機関の裁量に余地を与えることを余儀なくされる。先に形成された客観法は、法創設プロセスまたは法適用プロセスに入り込み、法創設機関または法適用機関の他律的決定要素となる一方で、自由裁量は補完的な自律的決定要素である。従って、法の具体化行為は、その客観的・他律的決定要素のおかげで法的羈束による行為であり、その主観的・自律的決定要素のおかげで自由裁量による行為である。かくして両者は『自由裁量との関係では互いに、決して原理的には区別されえず、段階的にのみ区別されうるものであり、質的には区別されえず、量的にのみ区別されうるに過ぎない』（ケルゼン）⁽³⁴⁾のである。⁽³⁵⁾」

その作用法上の帰結は以下のとおりである。

「従って、裁量は、任意に意図される実定法上の制度ではなく、（そのようなものとして解されがちではあるが）、そしてまた法律技術、とくに法律言語のどうしようもない弱点でもなく、（法律言語は時に、表現手段の欠缺により裁量を開かせることを余儀なくされるものと誤解されているが）、抽象的規範の具体化という執行の本質において法理論上基礎づけられた必然的に存在するものであるところ、行政〔Verwaltung〕のための裁量の留保、あるいはまた他の作用領域での裁量に対する行政の〔administrativ〕裁量の優位⁽³⁶⁾もあり得ないのである。」

ケルゼンやメルクルの考えるところに沿えば、裁量は、自己プログラム化権限、すなわち法適用に際しての自由な基準設定として把握される。これは、当該法適用行為が立法、行政、司法のいずれの性質をもつかに関わらず、（程度は違えども）あらゆる法適用行為に際して見出される。

五 認知的不協和の代わりに……

ここまでは、法獲得の理解について今日の支配的な行政法学説に明らかに存在する欠点を暴露し、行政による自由な決定の余地という本稿の理解にとつてそうした欠点を避けるために、純粹法学論者を援用してきた。しかし、彼らの考察は我々をどこに導くのか？ どうか明確性が得られたようであるが、それはこれまで我々にとつて全く不明確でなかった点についてである。より厳密に言えば、この明確性はむしろ動揺を生じさせるものである。というのも、今や我々は認知的不協和というジレンマに直面しているからである。すなわち、今日の学説がいうところの裁量はわざわざ裏付けを必要とする例外、場合によってはそれどころか合法性原理に対して正当化を要する例外とみなされるが、ケルゼンやメルクルによれば、裁量はあらゆる法適用行為に内在する法構造上の原則なのである。そればかりか、彼らによれば、今日のドグマ―ティクを基礎づける羈束行政と裁量行政の区別は——ケルゼンの言葉を借りれば——「無意味」³⁷⁾である。それどころか、教科書や裁判所の認識において今日我々が接するような裁量に対しては、法理論的根拠から正当性が否認されなくてはならないのだろうか？

メルクルはこれと似たことを意図しているようである。筆者が確認しえた限りで裁量を行政裁判所による統制の縮小というテーマとしては一度も論じていないケルゼンとは異なり、メルクルは裁量と裁判所による統制からの解放とのつながりを非常にうまく取り扱っている。もともと、メルクルが『行政法総論』のなかでこれを取り扱うの

は、これまで大いに引用されてきた「行政裁量」の節ではない。⁽³⁹⁾「行政裁量」の節においては、裁量に伴う裁判所による統制からの解放や、それどころか裁判所による統制からの解放が裁量を構成しさえすることについては、一言も述べられていない。メルクルは、「行政の統制」に割かれた『行政法総論』最終章⁽⁴⁰⁾においてようやく、裁量に基づく決定に関する裁判所による統制というテーマを論じており、そこでは多目に数えれば二頁半が用いられているが、より厳密に解すればたったの四分の三頁しか割かれていない。メルクルが述べるところのエッセンスは、次の二つの引用個所に要約することができる。

すなわち第一に、「ある法律が『自由裁量行為』を行政裁判所による審査から除外し、この否定の定式でもって暗黙裡にいわゆる法適用行為を行政裁判所による審査に服せしめるとき、行政裁判所の統制に服する行政領域と、その統制から除外される行政領域との間に明確な限界は決して引かれていない。すなわち、自由裁量行為と法適用行為の対立は絶対的なものであると誤解されているが、この対立は、行政裁量についての学説が示したように、きわめて相対的なものである。あらゆる法適用行為は、いかに僅かであろうとも裁量行為なのであり、あらゆる裁量行為は、それがそもそも行政行為、執行行為、国家行為とされるときには、やはり法適用行為でもあるのである。上記のような法律上の定式は、裁量行為と法適用行為との間に確固とした一義的な限界を確認することができるかのように考える誤った理論に定位している。⁽⁴²⁾」

そして第二に、「立法が統制権限を法的統制へと限定しようとする場合、正しい理論に定位すれば、立法は、権限規定の照準を、（裁量行為と法適用行為を区別する）⁽⁴³⁾上述のやり方で行政行為の類型に合わせてはならない。⁽⁴⁴⁾」

これらでもってメルクルが本当に伝えようとしたのは、一見した通り、立法者による解決は——「誤った理論」

に立脚するがゆえに——無に帰するということなのか？あるいはまったく違ったこと、すなわち、ケルゼンとメルクルの述べるところは確かに（法）理論上は正しいかもしれないが、（法）実務にとつては役に立たないということなのか？立法者では上手いかなという解釈その一は（法実証主義的アプローチの観点からに限らず）とんでもないものであるし、純粹法学が誤っているという解釈その二はとても考えられない。全体としては、まさにベストかコレラかの選択のようである。

けれども、心気症に完全にとらわれてしまい、もはや二つの病の間で選択するほかなくなる前に、今一度、裁量の理解についてケルゼンとメルクルが述べるところに目を向けよう。すなわち、そこには、不条理に思われる上記の二者択一を回避する一助となりうる最初の手がある。というのも、彼らの説明に基づけば、法構造上必然的に存在する自己プログラム化権限と、法内容上意図された自己プログラム化権限とが区別されるためである。⁽⁴⁴⁾

——抽象的・一般的な——法律は自らを執行しないがゆえに、その限りで、適用については執行権力に委ねられるところ、前者の権限は、そのこと自体から、そして欠くところなく、行政——より一般的に言えば法適用権限を有する者——に与えられる。これは分業的な法創設プロセスの帰結であり、現れである。これに対して、意図された行政による自由な決定の余地が依拠するのは、分業と必然的に結びつく自由な余地を超えた自己プログラム化権限を行政に与えるという、立法者による法内容上の個別決定である。法構造上必然的に存在する自己プログラム化権限は法理論上の裁量概念に相当し、これに対して法内容上意図された自己プログラム化権限は実定法上の裁量概念に相当する、と定式化することもできよう。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾

これをもってジレンマがひとまず和らげられるとしても、両者——法理論上の裁量概念と実定法上の裁量概念——がどのようにして行政裁量という共通のコンセプトの中にそれぞれの居場所を見つけることができるのかは、

なおも非常に不明確なままである。

六 ……裁量の二重の顔

ここでは、第二の考察をすることでようやく助けが得られる。すなわち、本来取り組むべきは、法理論上の裁量概念と実定法上の裁量概念という行政裁量の両側面が指向する同一の現象を測ることなのだろうか？より精確に問うならば、両者の裁量概念——というのも組上に載せられるのは他ならぬ二つの裁量概念だからである——は、それらが同一の現象を概念化するものとしてではなく、互いに類似すれども二つのものである現象を表す概念として解されることによって、合理的に相互に関連づけられ、かつ調和させられうるのではないだろうか？これを説明するために以下では、ここまで法理論上のものとして性格づけられていた裁量概念に言及する限りで裁量₁、[Ernessen 1]について、そしてこれまで述べられてきた実定法上の裁量概念に取り組み限りで裁量₂、[Ernessen 2]について、論ずる⁽⁴⁷⁾。というのも、より詳しく見ると、裁量₁と裁量₂とは異なるものが主題となるからである。

裁量₁は、立法者（より精確に言えば上位の法）による不十分な規定をテーマとするものである。従って、法律による（もしくはその他上位の法による）将来に向けられたプログラム化からの解放がここでの主題である。逆に言えば、裁量₁の特徴は、法適用者による独自のプログラム化ないし自己プログラム化にとって有利に、他者プログラム化の縮減が他律的に——すなわち法律によって（もしくはその他当該法適用者を羈束する法によって）——定められている点にある。それゆえ、裁量₁を法適用者のもつ自己プログラム化権限として性格づけることは適当である。

これに対して裁量₂の場合に主題となるものは幾分異なっている。ここでテーマとなるのは、法適用者（例えば

行政) に対する裁判所による統制の不完全さ、すなわち、裁判所による、事後的統制からの解放(通常は部分的に過ぎない)⁽⁴⁸⁾である。裁量2でもって示される構成においては通常、他者プログラム化を遵守させることによる統制が後退させられるのではなく、むしろ、行政の自己プログラム化部分を審査し、場合によっては判断代置する裁判所の権限が切り詰められる。一般的に定式化というと、法適用者(本稿では行政)による法認識と法創設の結果は、裁量2が及ぶ限り、裁判所による修正から免れる。これに応じて裁量2については、裁量を付与された者(本稿では要するに行政)の最終プログラム化権限と呼ぶことができる。⁽⁴⁹⁾しかし、これは次のことを意味する。すなわち、裁量2の場合には、法律による他者プログラム化を遵守させることとされる裁判所の統制が行政側によって後退させられたり、あるいはそれどころか排除されるようなことは、一次的には——オーストリアおよびドイツでの現行実定法を基礎とすれば、およそ原則として——問題の中心をなしていない。⁽⁵⁰⁾そうではなくて、最終プログラム化権限が意味しているのは、それ自体「統制」を本分とする裁判所が、行政による自己プログラム化の結果については、これを審査したり、場合によっては斥け、また判断代置してはならないということである。——もともと、裁量2の場合、刺激的でまさに挑戦的なものは、自己プログラム化と最終プログラム化が合一化し、その限りで行政が裁判所による審査に服さないという点にあるわけでは全くない。むしろその逆であり、行政に対して法律上裁量2が与えられていない場合(これはまさに静態的規律でもあり規範的規律でもある)、原則として(より精確に言えば、少なくとも)行政に与えられるのと同じ自己プログラム化権力が裁判所に与えられるという点に、裁量2における刺激的で挑戦的なものが存在するのである。⁽⁵¹⁾あるいはこれを換言すれば、行政に裁量2が与えられていない通常の事例において、裁判所は、行政による自己プログラム化の結果を引き継ぐのか若しくは判断代置するのかを法に基づいて選択することができるのである。⁽⁵³⁾

要するに、裁量1と裁量2でもって、自己プログラム化権限と最終プログラム化権限とが相対することになる。裁量1は法を具体化していく連なりの中で行政から見て「前方」、「従前」すなわち立法者を指し示し、裁量2は「後方」、「爾後」すなわち司法に視線を向けている⁽⁵⁴⁾。そして、裁量1は、それが具体的に存在するだけで、無条件に、従ってあらゆる法適用行為について等しく行政に与えられるのに対して、裁量2は手続上、具体的なケースにおける裁判所への訴えを条件とする。すなわち、裁量2が実効的に存立するかどうかは、行政活動に対する裁判上の権利保護が請求されるか否かに左右される。というのも、これが当てはまるときにのみ、裁判所のもつ最終プログラム化権限が発動され、こうしたケースにおいてこそ自己プログラム化権限と最終プログラム化権限とが区別されるからである。裁量2は裁量1を含むものである（私の知るところでは少なくとも実定法上は例外なくそのように予定されている）。しかし、その逆は妥当しない。すなわち、裁量1と裁量2とを同時に定める場合に比べて、自己プログラム化権限を付与しながら、これに合わせて行政に最終プログラム化権限を与えないのは普通のことである——すなわち、まさに「羈束行政」と——法理論的にみればミスリーディングであるが——呼ばれる行政活動がこれにあたる。従って、裁量1と裁量2は以下のように対置することができる。

裁量1	裁量2
・ 行政の自己プログラム化権限 ・ 事前の（他者）プログラム化からの解放 ・ 立法者との関係におけるもの ・ 行為規範としての見地にたつもの ・ 法構造上必然的なもの、または実定法により意図されたもの ・ 裁量2からは独立している	・ 行政の最終プログラム化権限 ・ 事後的な統制／修正からの解放 ・ 司法との関係におけるもの ・ 統制規範としての見地にたつもの ・ 実定法により意図されたもの ・ 裁量1を前提とする

したがって、裁量でもって論じられているのが錯雑とした構造ではなく二層からなる構造であるということ、すなわち行政による自由な決定の余地がここでは二重の意味および視座で現れる——自己プログラム化権限としての裁量と最終プログラム化権限としての裁量——ことが認識されるならば、さしあたり確認された認知的不協和は解消される。裁量のもつこの二重の顔を認識することで、立法、行政および司法による法適用をよりクリアかつ精確に把握し、測定し、関連づけることができ、従って、この認識は、今日の分業的法秩序における法獲得についての（より）含蓄のある理解に寄与する。

七 行政による自由な決定の余地に関する理論についての帰結

以上の考察からの帰結は、特に二つの方向で認識されうる。一方では、行政による自由な決定の余地に関する理論をとつての、いわば〔本稿の〕テーマに直接に關係する結論がそこにある。そしてもう一方では、裁判所による権利保護の理解にとつての、いわば〔本稿の〕テーマに間接に關係する帰結が確認されうる。

まず、行政による自由な決定の余地に関する理論にとつての帰結についていえば、少なくとも四つの帰結が表れ出る。

- (1) 行政の自己プログラム化権力としての裁量（裁量1）と行政の最終プログラム化権力としての裁量（裁量2）は明確に区別されうる。前者は立法者に対する、後者は裁判権に対する行政の關係を規定するものである。

- (2) 裁量2は常に裁量1を含む（または裁量1の存在を前提とする）。しかるに、その逆は妥当しない。裁量1と裁量2のいずれも、それが存在するためには、具体的に実定法による立証がなされなくてはならない——

自己プログラム化権限に関しては（その存立が）法構造上必然的なものであることからその範囲についてだけ立証されればよいが、最終プログラム化権限に関しては包括的に、すなわちその存立と範囲の双方について立証を要する。

(3) 伝統的な理解における裁量と判断余地は、行政への最終決定の授権の亜種として、それぞれ構造上近いものであることが明らかとなる。両者はとりわけ、それぞれの居場所が授権規範の構成要件にあるのか、それとも授権規範の法効果にあるのかという相違を手掛かりとして区別される。しかし、こうした区別は、「裁量と判断余地とを」区別する何らかのドグマ・ティク上の枠組みを正当化するわけではない。⁽⁵⁵⁾ 従来好まれてきたカ、ゴリ、カルな二分法は放棄されるべきである。こうすることさらに——過小評価されるべきでないメリットとして（もつとも、これだけでは根拠づけとしては不十分であろうが）——裁量 [Ermes-

sen/discretionary power/pouvoir discrétionnaire] をめぐるEU法上の議論へのつながりが得られる。このEU法上の議論には、いずれにせよ、これらの細かく彫られた区別が存在しないのである。⁽⁵⁶⁾

(4) 自己プログラム化権力と最終プログラム化権力、裁量1と裁量2は、行政に限られた法現象ではない。この二重の意味での裁量は、あらゆる法適用段階で現れる。従って、例えば憲法を適用する立法者の段階でも現れる。行政による法創設に特殊性があるという憶測は、まさにこうした背景のもとで批判的に検討されなくてはならず、特に根拠づけを必要とする。⁽⁵⁷⁾

八 裁判所による行政統制という構想についての帰結

次に、裁判所による行政統制という構想にとっては、指針となる三つの認識を確認することができる。ここでは

それらを列挙することしかできず、それらが引き起こす厄介な結果について光をあてるには及ばない。

- (1) 裁判所による統制という概念は、裁判所が行政の活動を所与の——法律上の——基準に従って調整しているに過ぎないということ、すなわち、他者プログラム化適合性、つまり法律適合性という意味での適法性を審査しているに過ぎないということを示唆している(狭義の統制⁵⁸)。しかし既にみたように、行政に——通常そうであるように——裁量2すなわち最終具体化権限が与えられていない場合には、その限りで、統制をこのように狭く捉えることはあまりに物足りない。すなわちそうした場合、裁判所は、行政の自己プログラム化部分(裁量1)を審査し、ときには裁判所独自の自己プログラム化部分により判断代置しさえするのである。このような関係においては、広義の「統制」(すなわち真正の「対抗の役割 [contre-rolle]」)についてなおも語られうるであろう。

- (2) 裁量1、自己プログラム化権限について述べられたことは——ケルゼンとメルクルがまさにいみじくも強調したように——⁽⁵⁹⁾ 全ての作用に妥当し、従って司法そのものにも当てはまる。しかしその帰結として、裁判所による統制活動もまた——統制が広義と狭義のいずれで理解されようと——それ自体一〇〇%他者プログラム化された法適用活動ではありえず、(他の作用におけるのと) 同様に他者プログラム化部分と自己プログラム化部分から構成される。

- (3) 単なる適法性、すなわち他者プログラム化適合性の審査を超える広義の統制も同じく裁判所の任務であるとするれば、実定憲法上の権利保護⁽⁶⁰⁾がそこにまで及ぶのか否かが明らかにされなくてはならない⁽⁶¹⁾——これは実定法上の、極めて緊張をはらみ影響力を持つ問いであるが、法理論上の問いではない⁽⁶²⁾。

* ドイツ・フライブルク大学教授

(1) これについてより詳細は、Mathias Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Dirk Ehlers/Hermann Pinder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 11 Rn. 20 f., 27 ff. — 誤解を避けるために指摘しておかなくてはならないのは、以下で法適用を他者プログラム化と自己プログラム化から成るものとして記述する場合、これが簡略な表現であるという点である。すなわち、確かに法適用者は、当該法適用者に権限を与える法によって他律的に規定されておりしたがって他者プログラム化されている。もっとも、法適用者が法的に重要な自身の活動において他者プログラム化に十分に適合しているか否か（すなわち他者プログラム化を適切に把握し、他律的な制御指令を自身の活動において実現しているか否か）は、ここではないまだ語られている。法適用者の行態は、他律的な基準を外れるケースでさえも法的に存続している——これはいわゆる瑕疵予測 [Fehlerkalkül] の問題でもある。

(2) 全づき挙げる代わりに、Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 7 und 26.

(3) にもかかわらず存在する重厳な区分は、Heinz Peter Rill, Ernessensprüfung/Beurteilungsspielraum/Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in: Georg Ress (Gesamtredaktion), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1990, 115 ff.

(4) 例として Bernd Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 595 ff.; Arno Kahl/Karl Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2015, Überschrift vor Rn. 162 ff. (「行政の羈束——裁量と法律上の不確定概念」の項) sowie Rn. 170; Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger, Bundesverfassungsrecht, 11. Aufl. 2015, Rn. 575 ff. und 579.

(5) Fritz Ossenbühl, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 2; 同著のあとに、Maurer, Verwaltungsrecht (FN. 2), § 7 Rn. 6.

(6) Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1987, 123; Karl/Weber, Verwaltungsrecht (FN. 4), Rn. 162 (Überschrift).

(7) 例えば、Maurer, Verwaltungsrecht (FN. 2), § 7 Rn. 6は次のように述べる（強調は原文のまま）。「法律による羈束の緩和は行政裁判所による統制をも緩和する」というのも、なにしろ行政裁判所が審査するのは行政活動の適法性だけだからで

である。」

- (8) Maurer, Verwaltungsrecht (FN. 2), § 7 Rn. 26 ff., bes. 31 ff. じやうたへ、鋭意は本記の見解の意義的なものである。
- (9) 註釋者 Maurer, Verwaltungsrecht (FN. 2), § 7 Rn. 34, 是々應べず Peter Michael Huber, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4 Rn. 512-514, bes. 514の場合にちやうど緩やかなのである。
- (10) 立ち入った基礎づけを与える最近のもののうち、Ralf Poscher, Geteilte Missverständnisse, Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: FS Rainer Wahl, 2011, 527 (537 ff.).
- (11) 下記のうち、Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen [原書] Taking Rights Seriously, 1977], 1990, 143 ff., bes. 152 ff. 同、殊に鋭い分析のうち、Claudia Bittrner, Recht als interpretative Praxis, 1988, 193 ff., 215 ff.
- (12) Montesquieu, De l'esprit des lois (1748), 1834, Bd. 1, 11. Buch, 6. Kap. (300).
- (13) 立ち入ったもののうち、Jestaedt, Maßstäbe (FN. 1), § 11 Rn. 14 ff. m. w. N.
- (14) 参照、Jestaedt, Maßstäbe (FN. 1), § 11 Rn. 20.
- (15) またそれのうち、逆は——特にケルゼンとメルケルの認識を先取りすれば (下記のうち、註記四) ——、不確定法概念が用いられるものは必然的に (法理論的意味における) 裁量の仕方で、それが想定されているもの、ということである。
- (16) 下記のうち、Friedrich Schöck, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Jura 2004, 612 (613).
- (17) ちやうど註釋者、同、またものうち、Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, 307-320 m. w. N.
- (18) 基本文書のうち、Adolf Julius Merkel, Das doppelte Rechtsanlitiz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes (1918), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. I/1, 1993, 227 ff.
- (19) Hans Julius Wolff, in: ders./Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 31 vor Ia (186——原文に於て強調は省略)。「既び」ders., Verwaltungsrecht I, 1. Aufl. 1956, § 31 vor Ia (114) にちやうど同く言葉が用いられるのである。
- (20) Poscher, Missverständnisse (FN. 10), 534を用いた。次のように語られるのである。「メンマートニックによる法の継続

形成という形で法定立「すなわち法が不確定な場合における法適用」は……方法論および論証における全く独自の要件である自身の首尾一貫性の要請と自身の径路依存性の下で」行われる。「法ドグマティク」による法生産と「法政策による」法生産——前者は司法と行政各部〔Administrative〕の仕事であり、後者は立法の仕事である——を類型学的に配置することのもつホイリスティックな価値、すなわち最初におおまかに方向を指し示すという価値を否定することはおそらくできないであろう。とはいえ、この二分法は緻密な画定には不向きである。そのことは、行政〔Verwaltung〕を法生産の両形式のいずれか一方に余すことなく分類することができない点に特に示される。加えて、この対置は、実定法に基礎をもつ区別を説明するのが関の山であり、その存在証明の代わりをなすことはない。最後に、もしも、法創設（法生産）の各段階の法構造上の同種性を否定するか、少なくとも例外とみる理解の基礎としてこの二分法がとられるならば、この二分法は過度に広い射程で用いられているといえよう。これはポッシャー自身の説明にも示されている。ポッシャーが「あらゆる法適用者は原則として、法が不確定である事例においてはドグマティクによる法定立をするように要求され」ている（Poscher, a. a. O., 536）ようにして——ように共有される視点で——語るとき、同じことは大抵、基本権を制約する法律を議決しようとする場合の立法者についてもあてはまる。同じでも、（憲法の適用として記述されうる）法創設関係のなかに、法（基本権）の不確定性という状況が存在しているのである。

- (21) 以下で述べたことと実質的に同様のものとして例えば、Adolf Julius Merk1, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 142 ff., bes. 142 u. 143; Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht (FN, 6), 118 f.; Ulrike Lemke, Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009, 171 ff. u. bes. 302 ff. m. w. N.
- (22) Ossenbühl, Maßstäbe (FN, 5), § 10 Rn. 27 m. w. N. 以下に相応するものとして例えば、Schoch, Rechtsbegriff (FN, 16), 614.
- (23) 以下に述べた慎重に考慮されたものとして例えば、Wolfgang Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Eberhard Schmidt-Altmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 63 f. m. w. N.
- (24) 以下に述べたモノグラフについて、Thomas Eisner, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, 2011, 85 ff.

bes. 113 ff. sowie 118 ff.

- (25) 以下あたり参照。 Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) Hans Kelsen Werke, Bd. 2, 21 (653-659); ders., Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960, 238, 250, 257, 286, 299.

- (26) Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, 243. 以下この方向を示すものとして参照。 ders., Hauptprobleme (FN. 25), 655 f. 「国家机关の各行為は、それが国家行為、すなわち国家に帰報されるべきものである限り、何らかの形で、それがいかに内容の乏しい白地の法命題によるのであっても規定されていなくてはならない。というのも、なにせさもなくば国家への帰報がおよそ不可能だからである。さらに、行政府による各国家行為はある程度、それがいかに僅かであろうとも自由裁量に委ねられざるをえない。また、抽象的法規範と具体的な機関活動の間には一定の違いが必然的に存在する。これらのことからして、自由裁量との関係では、あらゆる国家行為は互いに、決して、原理的には区別されえず、段階的にのみ区別されるのであり、質的には区別されえず、量的にのみ区別されるに過ぎない。」（強調は原文）

- (27) Kelsen, Staatslehre (FN. 26), 244.
- (28) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 140-157.
- (29) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 140——強調は原文。
- (30) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 152——強調は原文。
- (31) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 141.
- (32) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 142——原文における強調は省略。
- (33) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 142——強調は原文。
- (34) Kelsen, Hauptprobleme (FN. 25), 656（メルクルは原文における強調を引き継ぐことなくケルゼンを引用している）。
- (35) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 142——強調は原文。
- (36) Merkl Verwaltungsrecht (FN. 21), 144——強調は原文。
- (37) Kelsen, Staatslehre (FN. 26), 244.
- (38) 以下は少なくとも関連モノグラフィー、すなわち『国法学の主要問題』（一九一一年）、『一般国家学』（一九二五年）、

- 『純粋法学』の初版（一九三四年）および第二版（一九六〇年）、『法と国家の一般理論』（一九四五年）ならびに『規範の一般理論』（一九七九年）にひろく用いられる。また、Eiserer, Ermessen (FN. 24), 159 f.における叙述も参照。
- (39) Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 140-157 (§ 10).
- (40) Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 363-391 (Sechster Abschnitt „Die Verwaltungskontrolle“, § 24 „Die Wege der Verwaltungskontrolle“, 363-369” すゝさう § 25 „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit“, 369-391).
- (41) すなわち Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 385 (第一段落) 388 (第一段落) または 387 (第三段落) 388 (第一段落)。
- (42) Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 387——原文における強調は省略。
- (43) Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 388.
- (44) より詳細に, Jestaedt, Maßstäbe (FN. 1), § 11 Rn. 31 ff. bes. 32.
- (45) ハッビヒ 例ベヒ Adanovich/Funk, Verwaltungsrecht (FN. 6), 119, 120, 実質的にはまた Rill, Ermessensprüfung (FN. 3), 122 ff. bes. 123.
- (46) 当然ながらこうした定式化は、法構造上必然的に存在する自己プログラム化権限と法内容上意図された自己プログラム化権限の区別それ自体が法理論の観点から定式化されたものであるという限りで、不精確である。法理論上の裁量概念と実定法上の裁量概念との対置は、これも実際のところ、後者のみを規範、テキストにおいて主題化する実定法から生じるものである。
- (47) もっとも、これには留保が要する。というのも、一方における必然的に生じる自己プログラム化権限と意図された自己プログラム化権限の区別と、他方における自己プログラム化権限と最終プログラム化権限の分離とは、決して完全に等しいものではないからである。両者をつなぐ要素は次の点である。すなわち、現行法上これらの概念対それぞれの後者（すなわち意図された自己プログラム化と最終プログラム化）には、分業と必然的に結びつく自由余地を超えた解放を——立法者による規定からの解放（意図された自己プログラム化権限）にせよ、さらにそれどころか裁判所による統制からの解放（最終プログラム化権限）にせよ——立法者が特別に決定することが必要となるという点である。
- (48) この意味で、例えばまた Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungs-

rech. 2. Aufl. 2014, Rn. 778.

(49) ここで述べられている最終プログラム化は、各作用の内部にかかる概念ではなく、作用間の関係にかかる概念である。すなわち、関係点として（立法、執政、行政、司法という）諸作用を把握する概念であって、行政や司法などの個別機能を把握するものではない。作用内部にまでかかる意味での最終プログラム化権限を手にするのは、——審級序列の内外を問わず——統制にもはや服することのない決定を下す機関だけである。

(50) しかしながら、控訴審と上告審の関係ではこれがあてはまる。前者が事実審かつ法律審として欠くところがないのに対して、後者は事実問題について（これは同時に法適用の問題でもあるのに！）認知する権限を持っていないのである。

(51) 裁判所が包括的な認知権限を持つていても、その権限は、名宛人に対して行政行為を発する権限と履き違えられてはならない。行政に最終プログラム化権限がない場合——通例「羈束行政」といわれる場合——であっても、現行法上、行政裁判権は原則として限定されており、自身の見解によれば違法である行政行為を破棄するか、場合によっては裁判所の法的見解を顧慮して新たに回答を示すよう行政庁を義務づけることができるに止まる。

(52) この際にはつきりさせておかなくてはならないのは、ここでの選択がもちろん無羈束なものではないことである。裁判所が用いることのできる論拠は、「方法論上許された範囲で展開する」ものとして、あるいは「ドグマティックシユな」ものとして証されうる特定の論拠だけであり、このことから司法にかかる中心的な羈束効果が帰結されるといえよう。もともと、だからといって、裁判所による選択の際に完全な他律的プログラム化が存在するわけではないこと、そしてこの選択が自律的プログラム化の表れであるということには変わりがない。

(53) これについては、Kahl/Weber, Verwaltungsrecht (FN. 4) Rn. 121も参照。「法律上の不確定概念が専ら他律的な羈束効果をもっているというフィクションについては、歴史的な理由から説明することができる。この際に組上に載せられたのは、個人の権利をよりよく保護するために行政裁判所による統制を拡大しようとする理論の目的構成であった。」（強調は原文とは異なる）

(54) Hoffmann-Kiem, Eigenständigkeit (FN. 23, §10)は、「立法者に対する行政の自立性」と「統制審級とりわけ裁判所に対する行政の自立性」にこゝつ、一方は Rn. 56 ff. におこつ、他方は Rn. 70 ff. におこつ、特に Hans-Joachim Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, Rn. 49 ff., § 4 Ⅱ ders., Die normtheo-

- retische Basis der Abwägung, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, 235 ff. 以下及び「なるが」明瞭に區別する。この点参照: Eisner, Ermessen (FN. 24), 175 ff. bes. 177 f.
- (55) 言うまでもなく、このことは、ドクメンタイク上の内部分化において各類型固有の特殊性が顧慮されえないとか、場合に依つてはそれと別にか顧慮されるべきではないならならぬことを意味する。
- (56) 「これに依つて」 Jürgen Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, 314 ff.; Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 183 ff., 327 ff., je m. w. N.
- (57) 「これに依つて」指摘を Huber, in: Jesaedi, Maßstäbe (FN. 1), § 11 Rn. 18 sowie 19 f.
- (58) 代表的なものとして Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG (FN. 9), Art. 19 Abs. 4 Rn. 513 以下を挙げる。すなわち「かくして、裁判所による統制はとりわけ『厳密に法律に従たる統制』(Hans-Jürgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2001, § 154 Rn. 61) である。この統制は、実体法による行政の拘束の範囲を超えなければならない。」
- (59) 例えは、前者に依つて Kelsen, Hauptprobleme (FN. 25), 654-656 及び後者に依つて Merkl, Verwaltungsrecht (FN. 21), 142 を参照せよ。
- (60) ドイツ法の場合、公法上の行為形式をとる国家活動に関する限りで、基本法一九条四項一文が次のように述べている。すなわち、「何人も、公権力によつて自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。」
- (61) 権利保護を拡張的に理解すれば、場合によつては適法性概念についても、法理論上のそれと実定法上のそれとが區別される。〔仮にそのように區別をするならば〕法理論的には、他者プログラム化に適合しているだけで、行政活動は適法となる。〔他方〕実定法的には〔適法といえるための〕やむを得ざる要件として、行政活動が自己プログラム化の観点においても、裁判所のもつ法適用の觀念に即してあることが付け加わるであろう。
- (62) 「これに依つて」指摘を Huber, in: Jesaedi, Maßstäbe (FN. 1), § 11 Rn. 38 m. w. N.