



Title	マティアス・イエシュテット教授の講演に対するコメント
Author(s)	黄, 舒芄; 宮村, 教平
Citation	阪大法学. 2017, 66(6), p. 290-298
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79215
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

マティアス・イエシユテット教授の 講演に対するコメント

*
黄 舒 芃

宮 村 教 平／訳

はじめに

マティアス・イエシユテット教授の講演において的確に説明されていたように、ドイツ行政法では、裁量と判断余地という古典的な区分が、多くの批判に晒されながらも、これまで広範に受容されてきた。この意味においてだけでも、純粋法学は大いに注目するに値する。というのも、純粋法学とは、通説となっている二元的ドグマティックの問題を説明し、そして克服することを可能にするものだからである。ところが、このことが同時に意味するのは、純粋法学が、——行政法の領域において（も）——通説的見解とは根本から隔たっているということである。それゆえ、私が以下でおこなうコメントは、三つのポイントに絞られる。まず始めに、行政法の枠内で純粋法学に對して通常なされている誤解に、どのようなものがあるのかを示したい。次いで、純粋法学が行政裁量をどのような把握しているのかに言及したい。最後に、不確定法概念、裁量、そして判断余地の間の対置は従来からなされる

が、その対置を克服するにあたって、純粹法学はどのような貢献を果すことができるのかについて論証を試みる。

一 行政法の枠内における純粹法学に対する一般的な誤解

純粹法学は、広く知られたものであり、大いに議論されている。しかしながら、それはいくつかの誤解を幾度となく招いている。行政法において、そうした誤解は、とりわけ二つの主たる論証を通じて現れる。一方の論証で想定されているのは、純粹法学は、法律を枠として理解しており、まさにこの枠としての理解を用いることで、法秩序の段階構造という形式主義的な観念を起点とし、その限りで法律の無内容性を起点としている、ということである⁽¹⁾。そしてもう一方の論証で主張されるのは、そうした法律の無内容性を理由として、純粹法学によれば、行政決定は、法律によって羈束されていない法定立、または僅かにしか指図されていない法定立と評価され得ることが珍しくない、というものである⁽²⁾。ここで挙げられた両方の誤解が依拠しているのは、上位段階の規範と下位段階の規範の間には、内容に基づいた論理による導出関係が存在するという（現在まで通説的な）基本想定である。このような理解に従えば、法律は、行政の活動を適切に羈束するために、内容に関する法律上の規準をできるだけ限なく定立しなければならない⁽³⁾。つまり、内容の乏しい指示が法律に規定されるに留まる場合、その法律の拘束力は必然的に減殺されるのである⁽⁴⁾。だが、まさにこうした観念こそ、純粹法学が方法論レベルで全く異なるアプローチでもって克服しようとするものである。

二 純粹法学から観た行政裁量の本質と機能

従来からの理解から離れて、純粹法学は上位段階の規範と下位段階の規範の間に授權の關係を見いだすのであり、

その関係において、法律という枠は、行政による決定の授權の源であると同時に、義務づけの源としても機能するのである。この理解に従えば、行政裁量は、一方では法律の具体化を授權され、他方ではそれと同時に授權法律に羈束される意思行為として見なされる。⁽⁵⁾ イエシュテット氏は、このことを講演の中ではつきりと指摘していた。すなわち、純粹法学の見解からすれば、法律による授權と法律への羈束との間に、絶対的な相異は存在しない。というのも、行政の自由は、まさに法律の実現に貢献するのであり、そしてそれゆえに羈束され続けるからである。ハンス・ケルゼン自身が説いているように、「つまり裁量とは、完全に自由なもの、つまり、自由裁量に位置づけられる行為を定める規範が何一つとして存在しないものではない。というのも、そうでなければ、その行為を法行為として把握し、その行為を定める者を国家機関として把握することが不可能となるからである。そしてまた、裁量とは、限なく羈束されるものでもない。なぜなら、そうでなければ、裁量に位置づけられる行為がそもそも存在できなくなってしまうからである。『……』法行為を羈束されたものと自由なものに区分することは、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」⁽⁶⁾。この言明からだけでも、純粹法学が結局のところ論じているのは、やはり行政の包括的な legalization のだということが明らかに becoming しているが、但しその場合、純粹法学が意図する「 legalization 」を、法律によって内容的にあらかじめ決定された行政という要請と取り違えることもまた許されない。そうではなく、純粹法学の意味における行政の legalization という思考によって指摘されているのは、法律による行政裁量の容認とは、行政が法律から自立することでもなければ、裁判所の統制密度が引き下げられることでもない、ということである。⁽⁷⁾ 法律による（授權の）枠が基準となるものであることに変わりない。というのも、それは、行政裁量を目的の定まった任務に羈束するだけでなく、裁

判所に対して統制基準を提供するものでもあるからである。⁽⁸⁾

三 不確定法概念、裁量、そして判断余地の対置を克服するための純粹法学の貢献

前述のことからは以下のことが導き出され得る。すなわち、——既にイエシュテット氏も説明したように——純粹法学の観点からすれば、不確定法概念と裁量の対置は、次の理由からだけでも疑問視するに足るものとなつてゐる。それは、裁量は自由を志向するのに対して不確定法概念は羈束を志向するという想定がその対置の基礎となつてゐるが、その想定を維持することが出来ない、という理由である。それに加えて、まさに粹としての理解に従うならば、不確定法概念と判断余地の間には、いかなる原則・例外関係も存在しない。これは、法律による秩序における常態である判断余地は裁判所の統制密度を引き下げてはならない、ということが固持されることによるものである。⁽⁹⁾ こうした見地からも明白なのは、純粹法学が、いわゆる「規範的授權説」[normative Ermächtigungssatz]⁽¹⁰⁾もこの数年来で展開された「規整裁量」[Regulierungsmessen]⁽¹¹⁾と「ドグマティク上の構成も、いづれも支持していないということである。つまり、「規範的授權説」は、内容に基づいた論理による、法の段階構造の古典的な理解を備えているため、不確定法概念、裁量、および判断余地の従来からの対置に対して根本的に疑問を投げかけることは決してない。⁽¹²⁾ 「規整裁量」は、古典的な二元的ドグマティクの克服を試みてゐるがゆえに、またそうであるにもかかわらず、軽率にも、法律の無内容を、それゆえに法律の無羈束性を起点としており、その限りで、裁判所の統制機能を後景に押しやつてゐるのである。⁽¹³⁾ これらのアプローチは共に、純粹法学の中心のテーゼと矛盾する。というのも、そのテーゼは、確かに法律でもって内容に関して限なく羈束することを断念してゐるものの、法律による授權の意義ないし目的という基準に照らしてなされる法律の羈束を断念するものでは決し

てないからである。

結論

以上の分析によって明示されるのは、純粹法学とは行政を隈なく法化する試みとして理解されるべきものだということである。まさにこの意味において、純粹法学は、法から自由な行政の領域も裁判所による統制から自由な行政の領域も基礎づけることなく、それとは逆に、行政に対する法律の羈束と裁判所の統制を前面に押し出すのであり、それは、純粹法学が、論理的・演繹的な関係として法の段階構造を理解することから離れて、授權の源であると同時に羈束の源として法律の枠を把握していることによってなされているのである。

* 台湾中央研究院・法律学研究所・教授

(1) 法理論的見地からの批判については、例えば K. Larenz, Rechts - und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 49 f. を参照。

(2) この表現は、法定立と法適用の間には質的な相違は存在せず、ただ量的な相違のみが存在するという純粹法学の有名なテーゼと多少とも関連している（これについては、H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Die Justiz VI, 1930/31, S. 576 ff., 586 を参照）。但し、このことは、あたかもケルゼンの視座からすれば、一方の法律制定者による法定立と、他方の行政庁による法適用との間における相異がもはや不要となるかのように誤解されてはならない。これと関連して S.-P. Hwang, Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie, Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie, Der Staat 46 (2007), S. 442 ff., 449 ff. を参照。ケルゼン自身もまた、法律制定の有する独自の創造的性格を強調する。これについては参照 H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 2 ff., 53; 「法律制定機関は、實際のヤング、言わばピュアな、法の自由

な創造者だとする自負のみを有しているのであって、理念からすれば憲法によって羈束された法適用機関であるにもかかわらず、それについての自負は有していない」。

(3) 依然として実質的・内容的な法律制定に立脚する古典的な観念については、たとえば D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, S. 94 ff.; H. H. Rupp, Grundlagen der heutigen Verwaltungslehre, 2. Aufl. 1991, S. 113 ff. を参照。

(4) まさにこうした認識の基盤に基づき、いわゆる「新行政法学」の主張者達は次のように考えているのである。すなわち、もはや法律は、行政決定を統制するための適切かつ効果的な手段と見なされ得ない。それゆえ、行政は、一方では厳格な法律の羈束から解放され、他方では新たな制御手法によって——つまり法の外にある規準を用いて——「合理化」されねばならぬ」と。こうした主張については、たとえば A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Abmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 を参照。過去数十年間の「改革論」がドイツ行政法に多大な影響を与えたことに疑う余地はなう。I. Appel/M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 67 (2008), S. 226 ff., 286 ff. を参照。

(5) ケルゼンが論証しているように、「一般的法規範は、常に、枠であるに過ぎない。その枠の範囲内で個別的法規範の創設が可能となるのである。しかしながらこの枠は、広い場合も狭い場合もある。これが最も広くなるのは、実定されている一般的法規範が、何一つとして内容をあらかじめ定めることなく、個別的法規範の創設にかかる授權だけを規定している場合である」(H. Kelsen, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. (1960), Nachdruck 2000, S. 250)。同様に曰く、「その上、法律制定者によって定立された一般的法規範は、その規範を適用しなければならぬ機関の手続だけでなく、その規範の内容も常に定めている。それゆえにやはり、実定法秩序とは、少なくとも法律から観れば、単なる創設関係に留まるものではない。もっとも、そうした〔単なる創設関係という〕性格を有する法秩序は考えられ得る。つまり、プラトンにおける理想国家の法秩序は、あらかじめ定められた一般的な規範に羈束されることもなく、個別の事案について自らの裁量で裁決することを裁判官に授權しているのである」(H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 208)。両方の言明がまず第一に明らかにするのは、その枠が、——それが狭い場合も広い場合も——いずれ

にせよ、裁判官による法適用に対する羈束図式を形作っている、ということである。その上さらに、これらの言明は、次のことを指摘する。すなわち、(最も広い) 枠が授權規範のみを規定するものである場合、法適用者を法の枠に羈束することは、授權によって初めて、そしてまさにそれによって、現実のものとなりうる。換言すれば、最も広い枠がある場合、授權それ自身が羈束の源として見なされねばならないのである。この点につき詳細は、S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 41 ff.

- (9) H. Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates (1923/24), in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schanbeck [Hrsg.], Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, 1968, S. 1625 ff., 1645 f.

- (7) この文は、ケルゼンの民主主義理論において、格別に明示されている。参照：H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 2. Aufl., 1963, S. 75. 「合法性の理念は、民主主義への制約を伴わずを得ることは不能、それゆえに民主主義を実現するためには維持されねばならない。このことが認識される場合、民主主義のために、執行の法律適合性を保障するあらゆる統制制度が求められねばならない。[……] この点とりわけ留意されるのは、行政裁判権である。その管轄は、行政行為が、民主的で、それゆえに政党政治的な影響と接点をもつ機関によって定められるのに応じて、拡大され、強化されねばならない」(強調は原文)。

- (8) この文は、S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 102 ff., 120 ff. 参照。

- (9) この文は、S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 109 ff. 参照。

- (10) 規範的授權説は近時広範に支持されたが、この説はごく多くない。R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrollrechte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409 ff., 411; E. Schmidt-Abmann/T. Groß, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrollrechte nach der Privatrechts-Entschei-

dung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617 ff., 620 ff.; H. Hill, Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1987, S. 885 ff., 886; U. Ramsauer, Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle. Bemerkungen zu Methodik und Technik verwaltungsgerichtlicher Entscheidungsfindung, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 699 ff., 706 ff.; M. Jestedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, S. 355-358を参照。規範的授権説に従えば、実質的・内容的の不確定概念は、その概念の意味についての不確定だけに依拠するのではなく、適用可能な解釈方法で以て認識され得る行政に対する最終決定権の授権に依拠することによって初めて、行政庁の判断余地を支持する。ところが、この関連づけにおいて、こうした規範的授権説もまた、実質的・内容的な法律による羈束とこの古典的前提を基盤としていふことが判明している。

- (11) 概念の「予定」 J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. DJT, 2006, D 9 ff., 152 ff., 156; M. Ludwigs, Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290 ff., 291 ff.; K. F. Gärditz, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005 ff.; F. Schorkopf, Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Zielvorstellungen guter Ordnung im neueren Verwaltungsrecht, JZ 2008, S. 20 ff., 24; C. Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409ff., 410ff.; J. Wieland, Regulierungsermessen im Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV 2011, S. 705 ff., 706 ff.; A. Proeiss, Das Regulierungsermessen - eine Ausprägung des behördlichen Letztentscheidungsrechts?, AöR 136 (2011), S. 402 ff., 411 ff. 連邦行政裁判所によれば (vgl. BVerwG 130, 39 (49), 131, 41 (62))、規整裁量は、規整庁の「特別な専門的正統化」に支えられている。規整庁の規整裁量にかかる権限が考慮されるところでは、構成要件と法効果の二元論のみならず、判断余地と裁量の二元論までも、主として規整行政の最終決定権限のために、放棄される。

- (12) 予定に「予定」 S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 93 f., 146 ff.を参照。

- (13) ハンズ・J・S. 註譯『S.-P. Hwang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen. Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht, 2013, S. 174 ff.』後掲。