



Title	行政の行為余地の法理論的検討 : 歴史的観点から見た純粹法学の意義
Author(s)	高田, 倫子
Citation	阪大法学. 2017, 66(6), p. 299-308
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79216
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

行政の行為余地の法理論的検討

——歴史的観点から見た純粋法学の意義——

*
高 田 倫 子

はじめに

ドイツ国法学においては、かなり以前から、ハンス・ケルゼンによって展開された純粋法学への一層徹底した取り組みが看取され得る。⁽¹⁾二〇世紀初頭に確立され、一旦は忘れ去られていた純粋法学は、今日、公法の議論の様々な領域に再び姿を現している。⁽²⁾ここにおいて、受容は、ケルゼンから得られた認識を、法のアクチュアルな問題にただ単に適用することを意味しない。純粋法学は、省察のレヴェルを提供し、それは今日のドグマ・テイクにとつて今なおある種の挑戦である。⁽³⁾

マティアス・イエシユテット氏は、彼の論稿において、純粋法学がドイツ行政裁量論にとつてもどれ程有益であり得るかを具体的に明らかにした。本稿は、彼の法理論的認識を、更に法史的観点によって補足することとしたい。ここでは、なぜ純粋法学が今日において漸く、それが展開された後ほぼ一〇〇年経って、行政裁量の法的取組みにおいて再び想起されているのかという問題が探究されることになる。ケルゼンは、このテーマについても彼の著作

において詳細に取り扱ったが、それにもかかわらず、ドイツ法学へのその影響は相当に限定されていた。⁽⁴⁾ここ数十年の内に純粋法学への注目が高まった理由をより詳細に探究することは、今日の行政法学に対する純粋法学の位置を明らかにするのに資することとなる。

一 過去における純粋法学の拒絶

1 立憲君主制期の純粋法学

ケルゼンは、既に一九一一年の彼の教授資格申請論文『国法学の主要問題』において、行政裁量の問題に取組んでいた。行政裁量の概念は、二〇世紀初頭のドイツ語圏において徹底的に議論された。このことは、一九世紀半ば以降、オーストリア及びドイツの諸ラントにおいて行政裁判所が設立されたことと関係している。⁽⁵⁾当時の議論において問題となったのは、行政裁判所の統制に服さない自由裁量(freies Ermessen)をより厳密に定義し、裁判所によって完全に審査可能な羈束された行政の行為から限界付けることであつた。⁽⁶⁾その際に、当時支配的であつた学説は、行政と司法の間の作用の違いに焦点を当てた。すなわち、行政は、確かに一方において司法と同様に嚴格に法に羈束されているが、他方において「公共の福祉、衡平、合目的性に対する自己固有の考慮」に従って行動してよいとされ、かような対比において議論が進展したのである。⁽⁷⁾その背後には、次のような觀念が潜んでいた。すなわち、行政は、裁判所との作用の相違ゆえに、自身に法的制約が定立されない限りにおいて、裁判所と異なり「それ自体自由」であつた。⁽⁸⁾

ケルゼンは、この行政の觀念を、ある種の法以前に基礎付けられた国家権力であると批判し、次の二つのテーゼを打ち立てた。⁽⁹⁾第一に、行政の羈束行為と自由裁量との間に質的相違は無く、量的相違しか存在しない。行政は、

ある部分において法に厳格に羈束されているが、別の部分においては自己の行為のための一定の余地をも有する。第二に、法に羈束された司法と、原則として自由に行為する行政との間の区別も、短絡に過ぎる。イエシュテット氏が彼の論稿において正当にも指摘するように、裁量はむしろ、行政のみならず裁判所の判決においても役割を演じる。ここで、ケルゼンにとって重要であったのは、行政の行為を法的に定義することであった。それゆえ、彼は、完全に法から自由な行政裁量を拒絶した。⁽¹⁰⁾

この点で、ケルゼンは、二〇世紀初頭にあつて時代に先んじていたようである。当時、行政の自由な領域は、国家目標を貫徹するために重要な位置を占めていた。⁽¹¹⁾ それに応じて、彼の説は、今日においては法理論の上で明らかに優越しているにもかかわらず、当時の学問によって広範に黙殺された。要するに、純粹法学は、行政裁量の機能的考察によって「国家の脱神話化」⁽¹²⁾ をもたらすこととなり、国家行為を法化するよりも、むしろ国家の權威を實體として維持することが重要であつた立憲君主制の時代には、適合しなかつた。

2 自由な民主制国家における純粹法学

ケルゼンは、その後、彼の弟子であるアドルフ・ユリウス・メルクルから着想を得て、法秩序の段階構造論を展開した。⁽¹³⁾ 彼の著書『国法学の主要問題』の初版において、ケルゼンは未だ、法定立は立法者によつてのみ行われ、行政及び司法の任務は専ら法適用に、つまり法律の執行に限定されるという考えに固執していた。⁽¹⁴⁾ これに対して、段階構造論は、イエシュテット氏が彼の論稿で具体的に明らかにしたように、法秩序の動態的考察によつて法定立と法適用の硬直的な分離を解消し、法の統一的な見方のための道を拓いた。⁽¹⁵⁾ それによれば、法秩序のあらゆる段階において、つまり立法のみならず行政又は司法による法適用においても、法は定立され得る。それゆえ、一九二五

年のケルゼンの『一般国家学』において、行政裁量は、動態的な法創出プロセスにおける必然的な具体化の余地とも表現された。⁽¹⁶⁾

しかしながら、ケルゼンの説は、君主制の思想から解放され始めたヴァイマル共和国においても、以前より大きな注目を集めることはなかった。⁽¹⁷⁾ 完全に法から自由な行政の行為としての自由裁量は、まさしく法の方法論的な取組みが不足していた所為もあって、未だに確固として築かれていた。⁽¹⁸⁾ その上、ケルゼンの説によれば、自由裁量のみならず、その逆、つまり完全に羈束された行政の行為も、あり得ないものだった。⁽¹⁹⁾ このことは、ケルゼンの理論が、羈束された行政の領域において一層重要になっていた裁判所の統制密度を、減少させるかもしれないという誤解を招いた。⁽²⁰⁾ しかしながら、この場合にケルゼンが彼の説によって目指したのは、裁判所による審査可能性の問題ではなく、専ら行政の作用が法理論上どのように把握され得るかという問題であった。行政の行為が具体的にどの範囲において裁判所によって審査され得るかという問題は、続く第二のステップにおいて初めて提起される。

行政の法的羈束と、裁判所による完全な審査可能性との伝統的結合は、第二次世界大戦後も支配的見解であった。自由裁量の領域においては、法律の規範のうち法的効果の側における裁量 (Ermessen) と、構成要件の側における判断余地 (Beurteilungsspielraum) を伴う不確定法概念とが、区分され始めた。⁽²¹⁾ しかしながら、支配的見解によれば、不確定法概念であっても原則として完全な範囲において裁判所の審査に服することから、真に自由な、つまり裁判所の統制を免れた判断余地は例外であると見なされた。⁽²²⁾ このことは、基本法一九条四項一文の法的保護の保障に実定憲法上の拠り所を見出し、支配的見解によれば、この規定によって、法的及び事実的観点における裁判所の包括的審査が要請される。⁽²³⁾ かような議論状況において、ケルゼンの説に居場所が無かったことは容易に想像がつく。議論は主として、行政の行為の裁判所による審査可能性の問題に集中したのに対し、彼の説によれば、法の

あらゆる段階において、つまり行政による法適用においても法が定立され、また行政は、あらゆる法適用行為において、つまり裁量又は不確定法概念が明文で指示される場合だけでなく、多かれ少なかれ固有の行為余地を持ち得るとされるからである。

二 現在における純粹法学の意義の増大

1 支配的学説の変化

純粹法学に対する当初の抵抗は、ここ数十年の内に著しく減少した。それは、前述の支配的見解のドグマティクが、一定の変化に対処するのが困難になったことに起因する。すなわち、一方において、判断余地に関して展開されてきた原則―例外原理は、いくつかの領域において適用の困難に突き当たっている。⁽²⁴⁾ それが当てはまるのは、とりわけ環境法あるいは経済法である。そこでは、⁽²⁵⁾ できる規定 (Kann-Vorschrift) 又は不確定法概念の形で行為余地を認めるのではなく、一般的な目標規定によって一定の方向に指導され、目的的にプログラム化された規律装置がしばしば看取される。⁽²⁶⁾ かような場合に、行政がほとんど法律の羈束に服さないことは明白である。⁽²⁶⁾ 他方において、法のヨーロッパ化の進展を背景として、ドイツの国境を越えた比較法の眼差しは一層重要になりつつある。ここでは、ドイツの学説において唱えられている裁量と判断余地の二分された裁量ドグマティクは、欧州連合の他のいずれの国においても見出すことのできないモデルであることが明らかになっている。⁽²⁷⁾

これらは全て、伝統的な裁量論が、以前に増してその前提について批判的な問いを投げかけられ、法理論による検討の俎上に載せられることに、決定的に寄与する。⁽²⁸⁾ ここに、ケルゼンの純粹法学に（再び）取組む余地が生まれ、それを基礎として、これまで支配的であった硬直的な裁量ドグマティクを、より機能的なアプローチによって置

料
き換えることが可能となる。

資
2 今日の議論における純粋法学の位置

ケルゼンの諸理論は、今日の法学の議論において注目を浴びているが、だからといってそれらが、最近の学問の潮流によってあらゆる点で継承されているわけではない。

ここでは、例として、その間に学説においてかなりの支持を得ている規範的授權説 (Normative Ermächtigungsläre)⁽²⁹⁾ を挙げておこう。確かに、規範的授權説は、純粋法学と同様に、裁量の行使をある種の法の具体化と見なす⁽³⁰⁾。他方において、規範的授權説は、その際に、裁量余地を承認することによって減少する裁判所の統制に重点を置く。つまり、それは行政と司法の間の関係に焦点を合わせる⁽³¹⁾。これに対して、法律の適用の段階においても法が定立されるとする純粋法学において、授權は、立法者がその法定立権限を行政に委譲する範囲のみを画定する⁽³²⁾。つまり、ここで問題となるのは、行政と司法の間の関係ではなく、立法と行政の間の関係である。裁判所による統制の範囲は、この連関において差し当たり何ら役割を演じない。

要するに、規範的授權説は、純粋法学と異なり、行政裁量の二つのレヴェルの間を、すなわち一方における立法者との関係において基準から自由な領域 (イエシユテット氏の言う自己決定権限又は裁量 1 (Ermessen 1)) と、他方における行政裁判所との関係において統制から自由な領域 (最終決定権限又は裁量 2 (Ermessen 2)) との間を、区別しない⁽³³⁾。

おわりに

純粋法学は、羈束行政と裁量行政の原則的区別に固執するこれまでの支配的学説のみならず、行政法学における最近の潮流への取組みに対しても、批判的視点を提供し得る。イエシュテット氏が彼の論稿において具体的に述べるように、純粋法学の意義は次の点にある。すなわち、純粋法学は、裁量の問題が、根本において最終決定権限の問題、従って行政と裁判所間の権力分立の問題であるのみならず、むしろそれが法適用の全ての段階において一貫して生じることを、法理論的に明らかにするのである。

この認識は、ドイツの裁量論のみならず、日本の裁量論にとっても全くもって決定的に重要である。⁽³⁴⁾日本の裁量論では、権力分立が公然と又は密かに極めて重要な役割を果たし、それに対して法適用の観点はむしろなおざりにされているからである。それこそが、ケルゼンの裁量論が日本においても大いに注目を集めている理由である。

* 中京大学法学部准教授

(1) ケルゼンの理論の影響史と受容について参照：O. Leysius, Hans Kelsen und die Pladabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Jesaiedt (Hrsg.) Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 248ff.

(2) 例として参照：U. Lembe, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009; S.-P. Huang, Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen, Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und Telekommunikationsrecht, 2013.

(3) なお、このことは、純粋法学のみならずケルゼンの民主制論にも当てはまる。ケルゼンの研究の概観として、例えば、H. Dreier, Hans Kelsen (1881-1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolte (Hrsg.), Deutschen

Juristen jüdischer Herkunft. 1983. S. 704ff. (邦訳として、ホルスト・ドライアー〔土田伸也訳〕「ハンス・ケルゼン——『世紀の法学者』」ハインリッヒスほか〔森勇監訳〕『ユダヤ出自のドイツ法律家』（中央大学出版部、二〇一二年）一〇五三頁以下）。

- (4) 参照' U. Held-Daab. Das freie Ermessen. Von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistische Auflösung der Ermessenslehre. 1996. S. 250ff.
- (5) 下記の①の詳細は、W. Rühner. Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich/Pohl/von Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. III. 1984. S. 913ff.
- (6) Rühner, aa.O. (Fn. 5), S. 921f. 以下は、ヘロイセン及びそれに追隨する諸ラントにおいては、裁量問題も行政裁判所の管轄から排除されない傾向にあった。
- (7) O. Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924. S. 99.
- (8) Mayer, aa.O. (Fn. 7), S. 69. 更に、Held-Daab, aa.O. (Fn. 4), S. 223ff. も参照。
- (9) H. Kelsen. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Aufl. 1911. S. 505ff.
- (10) Kelsen, aa.O. (Fn. 9), S. 506f. ケルゼンは、「国家机关のいずれの行為も、それが国家の行為である、つまり国家に帰報される」となる限りで、たとえどんなに内容の乏しい白紙の法命題によってであれ、何らかの方法で規定されていない必要はない」とことから、いずれの国家机关の行為も「法秩序との関係」を持たねばならないことを要求する。
- (11) 当時支配的であった学説として参照' R. v. Laun. Das freie Ermessen und seine Grenzen. 1910. S. 55f. ラウンは、確かに一方において、自由な行政と羈束された司法との間のカテゴリーカルな区別を、「羈束裁量 (gebundenes Ermessen)」によって多少は緩和した。それは、彼の見解によれば、「行為する機関が、ただ法律の意思を實行しなければならぬ」ことによって特徴付けられるからである。他方において、彼は行政に、それも行政にのみ「自由裁量」を認めた。なぜなら、行政はかような場合に、「義務に適合した自己固有の見解」及び義務に適合した自己固有の意欲に従って、何が自らの行為の最も近い直接の目的であるべきかを、自分自身で定めると」を授權されているからである (ders., aa.O. (Fn. 11), S. 62)。
- (12) Held-Daab, aa.O. (Fn. 4), S. 253.
- (13) 下に同じ参照' A. J. Merkel. Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927. S. 142, 171ff.

- (14) ケルゼン自身、『国法学の主要問題』第二版の序文において、初版の不十分さを指摘する。参照：Kelsen, aa.O. (Fn. 9), 2. Aufl., 1923.
- (15) 法秩序の動態的考察については、Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 229ff. (邦訳およびケルゼン〔清宮四郎訳〕『一般国家学』(岩波書店、一九七一年)：ders., Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934, S. 62ff. (邦訳およびケルゼン〔横田喜三郎訳〕『純粹法学』(岩波書店、一九三五年))。
- (16) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 242ff.
- (17) Held-Daab, aa.O. (Fn. 4), S. 256.
- (18) Held-Daab, aa.O. (Fn. 4), S. 256 以下および、ヴァイマル期の方法及び方針論争は、必ずしもかといえば国法学に限定されよう。
- (19) Kelsen, aa.O. (Fn. 9), S. 505f.
- (20) 参照：Held-Daab, aa.O. (Fn. 4), S. 168ff., 256.
- (21) 多数の文献において、O. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1965, S. 97ff. のを参照。
- (22) マルティン・クレーメルは批判的であるが、M. Jeschke, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, Rn. 10ff.
- (23) H. Schulze-Fielitz, Art. 19 IV, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Rn. 116. Vgl. auch BVerfGE 15, 275 (282); 35, 263 (274); 51, 268 (284).
- (24) 参照：F. Ossenbühl, Gedanken zur Kontrollrechte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: FS für K. Reider zum 70. Geburtstag, 1993, S. 60.
- (25) その一例が、電気通信法 (Telekommunikationsgesetz, TKG) である。同法二条一項一文において、アクセス義務は、まず以下のように規定される。「連邦ネットワークは、……の規定の基準に従って、他の事業者にアクセスを保障するよう義務付けることができる (können) …」。しかし、その後、同規定の第三文は以下のように続ける。「諸々のアクセス義務が正当化されるか、またこのようなアクセス義務が正当化されるか、そしてこれらの義務が第二条の規整の諸目標と適切な

関係にあるか否かの審査において、連邦ネット庁は、特に次のことを考慮しなければならない。」（以下複数の基準のリストが挙げられる）。

- (26) 学説及び判例は、電気通信法のアクセス規整において、連邦ネット庁に決定余地を認めざるを得ないことについて一致している。しかし、この決定余地の範囲は争われている。学説の一部は、連邦ネット庁に包括的な規整裁量（Regulierungs-ermessen）を付与しなければならない、かような裁量は、連邦ネット庁の形成的任務に於いて正当化されるという見解を主張する（参照：J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006; M. Eifert, Die gerichtliche Kontrollrechte der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, ZHR 174, 2010, S. 449ff.）。

- (27) 参照：E. Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, Kap. 2 Tz. 9（邦訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン〔太田匡彦・大橋洋一・山本隆司訳〕『行政法理論の基礎と課題——秩序づけ理念としての行政法総論』（東京大学出版会、二〇〇六年）；W. Hoffmann-Riem, § 10 Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, Rn. 66.

- (28) 後述を参照。

- (29) 規範的授權説については、Schmidt-Abmann, Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, Rn. 185f. 及び H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 7 Rn. 34 を参照。

- (30) Schmidt-Abmann, aa.O. (Fn. 27), Kap. 4 Tz. 49.

- (31) Schmidt-Abmann, aa.O. (Fn. 29), Rn. 180ff.

- (32) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 197（邦訳として、ケルゼン〔長尾龍一訳〕『純粹法学〔第二版〕』（岩波書店、二〇一四年））。

- (33) 既に早くから、イエニウテッチ氏の論稿におけるは具体化の観点（＝裁量１）と統制の観点（＝裁量２）の区別が見られる（参照：Jestadt, aa.O. (Fn. 22), Rn. 20ff.）。

- (34) R. Yamamoto, Die japanische Ermessenlehre im Wandel, DÖV 2006, S. 849f. は、日本の伝統的学説の背後に、「司法の政治化を警戒する」権力及び作用の厳格な分離の観念」が潜んでいることを指摘する。