



Title	立法の拡張形式についての考察 : 「参照」を素材として
Author(s)	宮村, 教平
Citation	阪大法学. 2018, 67(6), p. 139-165
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87060
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

立法の拡張形式についての考察

——「参照」を素材として——

宮 村 教 平

はじめに

第一章 裁判例における「参照」〔Verweisung〕とその法的構成

第一節 連邦憲法裁判所における「参照」手法の取扱い方

第二節 異なる規範の内容的連結を実現する手法としての「参照」

第二章 動態的参照と裁判基準性

第一節 静態的参照と動態的参照の類別と学説における評価

第二節 連邦憲法裁判所決定における「参照」の裁判基準性

おわりに

はじめに

(一) 憲法学における「委任立法」論の視座

日本国憲法は、第四一条において国会を「国の唯一の立法機関」と位置づける。この文言からは、「国会中心立法の原則」と「国会単独立法の原則」という憲法原則が導き出されるのが一般的な説明である。⁽¹⁾しかし、こうした

憲法条文のあり方にかかわらず、国会が法律で直接に全ての国家規律を実現することは固より想定されていない。そこでは、「委任立法」と呼ばれる法現象が認められていたのである。この法現象は、原則的立法者である国会ではなく、それが定める法律上の委任に基づき、行政機関が命令を制定するというものである。そうした委任が何故認められるのか、あるいはむしろ、どのような委任の態様であれば、権力分立原理あるいはとりわけ「国会中心立法の原則」という憲法上の建前を脅かすことは無いのか、すなわち、委任の限界に焦点を当てて、従来の議論は進められてきた。⁽²⁾ こうした問いの立て方からも明らかなように、憲法学における「委任立法」という論点はある特定の視座に規定されている。それは、立法権と行政権、すなわち国会と行政機関間での権限配分という視座である。⁽³⁾ しかしながら、国家規律は立法権と行政権だけで完結するわけではない。

法理論的には、立法は抽象的な規範定立であり、執行は個別的な規範定立であるという単純な分類は否定されており、ある規範の定立は、それよりも上位の規範から見れば、法の適用・執行となるし、それよりも下位の規範定立から見れば、法の定立となる。このように法秩序を相対的に把握するならば、「憲法、法律、命令、行政行為および裁判官による判決ならびに実施行為。これは、現代国家による実定法の形成にとって共同体の意思形成の典型的な段階である」。⁽⁴⁾ こうした理念的な「共同体の意思形成の典型的な段階」構造においては、「法律」から「命令」を経て「裁判官による判決」という各段階の間のそれぞれにおける法の定立と法の適用・執行が想定されている。ところが、「現実には、こうした理念型から逸脱する」。⁽⁵⁾ すなわち、「裁判官の判決」に着目するならば、それがどのような「法の適用・執行」となっているか、という点については、具体的な憲法上の各規範形式の配置を見る必要がある。

(二)「委任立法」における裁判の審査基準性

そこで、「委任立法」という法現象を論じるにあたって裁判所も視野に入れた場合、従来の「委任立法」論とは異なる構図が現れる。日本国憲法第七六条三項は「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定するところ、その裁判官から構成される裁判所の法廷において、司法権という国家作用の発動に際し、「憲法及び法律」以外の規範が審査基準として機能すること、すなわち、それが裁判官の判断を拘束する効力を有することは、一義的に明らかではない。したがって、行政が制定した規範は、当然に、ここでの「憲法及び法律」以外の規範に含まれるために、行政が制定した規範が裁判において審査基準として機能すべきとされるのは何故かを論じる必要があるのである。

この問いへの解答に資するものとすれば、それは法規命令と行政規則の区別をめぐる行政法学における議論であろう。この法規命令と行政規則は、どちらも行政が制定した規範である点で共通しているにもかかわらず、その規範の備える法的効力に基づいて区別される。すなわち、前者はまさに「法規 [Rechtssatz]」を備えており、それゆえ全ての主体を拘束するという外部効果を有するものであるのに対し、後者はそういった効果を有しないものとされるのである。しかしながら、この区分論は、あくまで行政の行為形式のうち、それが備えている性質ないし機能に着目したものに過ぎず、前記の問いに完全に答えるものではない。これに対する一つの解答は、法律上の授權ないし法律上の委任規定の存在を根拠とすることである。⁽⁶⁾ すなわち、授權があれば、それに対応する規範は、全ての主体を拘束するという外部効果を有するために、その規範を法規命令として把握し、その一方で、そうした授權のない規範を行政規則として把握するというものである。

(三) 本稿の問題意識——行政により制定された規範における「授権」の機能——

ただし、この説明図式には未だ明らかになっていない点が残されている。というのも、そこで示された説明によれば、授権に基づいている限り、行政により制定された規範には、裁判官を拘束する効果が付与されることになるが、この定式が成り立つ論理については、二通りの説明が考えられ得るからである。すなわちそれは、第一に、裁判官は、授権規定を置く法律に拘束される結果、行政により制定された規範に間接的に拘束される、という論理、第二に、行政により制定された規範には潜在的に裁判官を拘束する効力が備わっているものの、それは、そのような規範の制定にかかる法律上の授権が存在し、それに従っている限りにおいて発動する、という論理である。この二つの論理の違いは、法律以外の規範によって特定の法秩序の内容を形成しようとする議会の意図そのものが、裁判所に対する拘束力を生み出すか否かの違いに依っているのである。

立法実務において、ある規範制定者が、一つの法律だけで全てを隈なく規律することは稀であろう。およそ全ての法律は、その法律それ自体とは異なる規範と組み合わせさせて運用され、それにより、個別具体的な領域における法秩序を形成するのが一般的となる。そうした中であって、「憲法及び法律」以外の規範が裁判官の判断を拘束する効力を有することそれ自体に焦点が当てられた検討は、未だ十分に深められていない。それゆえ、「授権」が根拠となるのはどのような意味においてなのか、という点が明らかにされる必要があると思われる。

以上の問題意識に応える知見を得るにあたり、本稿ではドイツ公法学の議論に助けを借りる。ここでは、具体的には後述のように、法律とは異なる規範との連結を志向する立法技術が論じられるにあたり、「参照」(Verweisung)という手法が注目される。なぜなら、この手法の法的意義が議論される中で、その規範が裁判官の判断を拘束するか否かについての裁判例や種々の学説が展開されていることからすれば、わが国の公法学において強

調される「授權」の意義の探究にとって有益な示唆が得られると思われるからである。その中でも特に検討の素材となるのは、次に挙げる二〇一一年に下された連邦憲法裁判所の決定である。

そこで本稿は以下の構成をとる。まず、「参照」という立法技術への連邦憲法裁判所の対応を上記の決定から確認する（第一章第一節）。その後、その他の規範相互の連結手法との比較で浮き彫りにされる「参照」の法的構成が明らかにされる（第一章第二節）。その上で、「参照」の中でも特に憲法上問題となる動態的参照と呼ばれるカテゴリーに着目して、学説での見解を分析した後（第二章第一節）、第一章にて確認された連邦憲法裁判所の判旨を分析する（第二章第二節）。

最後に、以上の検討から得られた知見をもとに、本稿で示された日本法での問題意識に対する示唆を得たい。

第一章 裁判例における「参照」[Verweisung]とその法的構成

第一節 連邦憲法裁判所における「参照」手法の取扱い方

二〇一一年の連邦憲法裁判所の決定は判決憲法異議に基づくものであるが、主要な事実は以下の通りである。⁽⁷⁾ 異議申立人は、ザクセン州において、依頼業者の要望に従って、道路設置工事の充填剤としての利用に供するために、依頼業者の持ち込んだ古コンクリートや古アスファルトを破碎し、提供する業務を行っていた企業であった。同企業は、貨物トラックとホイールローダー各一両、篩機および破碎機各一台を事業に用いる目的で購入したため、その購入費用について、「加工業」[verarbeitende Gewerbe]に属する企業だけに認められる、一九九九年投資手当法 [InvZulG] による助成を求めた。一九九九年投資手当法が公布された際、その前身たる法律であるベルリン支援法の時と同じく、連邦統計局によって発付された行政規則である「産業分類」[die Klassifikation der

「Wirtschaftszweige」を手がかりにして、より詳細な内容が確定されることが慣行となっており、実際に、財政裁判所も、確立した判例において当該行政規則を援用していた。異議申立人の事案では、統計局が、異議申立人の企業は加工業に分類されないと通知したために、財務局〔Finanzamt〕は、投資手当を認めなかった⁽⁸⁾。なぜなら、当該行政規則における「加工業」は、廢材〔Altmaterialien〕や殘留物〔Reststoffen〕を処理して二次原料〔Sekundärrohstoffen〕を製造するものと規定されていたが、本件企業における破碎作業により製造されているのは、そうした意味の二次原料ではなく、主として碎石、豆碎石、砂利、砂を含む最終生産品〔Enderzeugnis〕だと評価されたからである。

異議申立人は、ザクセン財政裁判所において、自己の企業は加工業に含まれるとする中間判決を獲得したが、その後、連邦財政裁判所は、ザクセン財政裁判所の判断を覆す決定を下した。これに対して、投資手当法が対応する任務領域とは本来的に異なる領域について連邦統計局の発付した行政規則を、当該事例における財政裁判所の審査基準とすることが、基本法一九条四項に抵触するかを争点として、憲法異議が提起されたのである。

関係する判旨として、連邦憲法裁判所は、裁判所に対する要請として以下のように述べる。すなわち、「法律の根拠もなく行政庁の最終決定権限を想定することによって、法律による行政の拘束と原則として包括的な行政の適法性統制との間に境界線を引くことは、行政にも裁判所にも委ねられ得ない。そうでない限り、行政も裁判所も、基本法が行政府と司法府の間で分担させた役割を『お手盛りで〔in eigener Sache〕』変更することが可能となってしまう。ある裁判所が、法律上の根拠なしには存在しない行政庁の何らかの最終決定権限を想定し、それを理由として行政庁の決定をその適法性に照らして完全に審査することを断念する場合には、裁判所の法律への拘束（基本法二〇条三項、九七条一項）との抵触が存在するのみならず、とりわけ基本法一九条四項に由来する実効的権利

保護の期待も損なうのである」⁽⁹⁾。それでは、具体的にどのような状態であれば、「法律上の根拠」は見出され、それゆえに、裁判所による審査は差し控えられてもよいのか。この点について、連邦憲法裁判所は、「特定の行政規則またはその他法律より下位の規律に対する法律上の参照〔Verweisung〕を通じて、不確定法概念〔本件では、「工業」〕が具体化されるとき、つまり、そうした規則や規律の具体的な引用が比較対照できる形で十分な法律上の根拠に基づいているとき、基本法一九条四項に従った実効的な裁判統制についての個人の請求権も法律による裁判所の拘束も損なわれない」と述べる⁽¹⁰⁾。その一方で、立法者には一定程度の内容形成の自由が認められるものの、「むろん、この場合、諸々の基本権ならびに法治国原理および民主制原理によって、そしてそこから導き出される、特定性や規範の明確性といった諸原則によって、立法者は拘束されている」⁽¹¹⁾。

こうした判断枠組みが提示されたうえで、それに基づいて以下の結論が導き出される。「確かに、立法者によって意図された拘束には、ある種の動態が内在している。なぜなら、統計上の分類は、一九九九年投資手当法の発布の前後を通じて、再三再四にわたって更新されたからである。これを見るに、立法者が、その都度のアクチュアルな水準への拘束に努めたことは明らかである。しかし、この分類に遡及することは、助成が論点となっているがゆえに、憲法にとって十分である。産業分類への拘束が連邦財政裁判所判決に則して本件で強調されたものの、こうした拘束においても企業を加工業に分類することが裁判所による統制から完全に隔離されることはない、ということとを付言する」⁽¹²⁾。

以上の判旨において集中的に議論されていたのは、「参照」を通じて特定の規範が（通常）裁判所の審査の基準となり得るというのは、どのような論理に拠るのか、という問いである。しかしながら、そもそも、この「参照」という手法それ自体について、管見の限り、わが国には未だ十分に紹介されていないため、本稿での検討に必要な

限りで、次節にてその法的構成および機能を明らかにする。

第二節 異なる規範の内容的連結を実現する手法としての「参照」

第一項 「委譲」、「授權」、「委任」、そして「参照」

(1) 「参照」の機能と定義

「現代における立法において頻繁に用いられる方法は、他の規範への参照〔*Verweisung*〕あるいは関連付けである」⁽¹⁴⁾。それは例えば、法律による、行政規則や法規命令、労働賃金協定への参照や、法規命令によるDIN規範への参照、連邦法律によるラント法律への参照、ラント法律による連邦法律や連邦行政規則への参照など、様々な組み合わせで存在するとされる⁽¹⁵⁾。

このような手法には一般的に、次のような利点があるとされる⁽¹⁶⁾。まず、法律経済性である。これは、たとえば民法典等の成文法律の冒頭で掲げられることの多い定義規定等により、法律全体の分量を低減させ、概観可能性を高めることを指す。次に、体系構築・法的一体化は、他の法律上の規定と連結させることによる個々別々の法律の体系化により、法制度として一体化することに、この手法が貢献することを意味する。そして、立法者の負担軽減や他の規則への適合、法律の負担軽減、専門家集団の関与といった事項は、それぞれ類似の現象を指す。つまり、参照規範を制定する議會は、自らが規律事項をすべて法律で規定し尽くすのではなく、その一部については、専門的な事項について既に規律された規範を参照対象として示すことがある。この場合、規律に伴う負担を減らすと共に、既存の専門的ルールと法制度との内容的適合を果たし、国家規律の中に専門家集団の判断を組み込むことを可能とするために、「参照」が用いられる。最後に挙げられるのは、テキストに全て反映させることの不可能性である。

これは、例えば図面や意匠、図表など言語での表現が困難な対象を規律内容に組み込む場合に、「参照」が用いられる状況を指す。

以上のような働きをなす「参照」という手法は、単なる引用に留まる場合はまだしも、⁽¹⁷⁾それが特定の規範内容を具体的に構成するべくして用いられる場合には、とりわけ注目されてきた。そのような場合としてハンスヴェルナー・ミュラー以降の多くの論者が例示するのは、行政裁判所法五四条一項の規定である。⁽¹⁸⁾同条項は、「裁判所職員の除斥および忌避については、民事訴訟法四一条から四九条を準用する」と定めており、行政裁判における裁判官や書記官等の除斥・忌避について、民事裁判におけるそれを組み込んでいる。このように参照対象が参照規範の内容を構成する状態においては、「今日の法律が改正される頻度ゆえに、他の法律のいかなる版が、参照によって、その固有の妥当領域を越えて拡張されるのかについて知ることが、より重要となる」⁽¹⁹⁾。つまり、「参照」に伴って法領域を横断して発生する規律内容の連動性が問題視されているのである。

この「参照」の定義については、大筋においては一致している。例えば、ミュラーは、「参照」とは、それによって「それ自体としては他の領域に妥当するものとして制定された規範の妥当を、新たな法律に拡張するもの」だと定義する。⁽²⁰⁾その一方で、ハンス・ハインリヒ・カルペンは、「立法者が、全部または一部が不完全な規範を、他の規範あるいは他の規範の一部で補完する立法技術上の補助手法」と定義する。⁽²¹⁾また、アルフレッド・G・デブスは、「(構成的)指示とは、意味において不完全な規範を完全なものにするべく、当該規範を参照対象に関連づけることすべてである」とする。⁽²²⁾それぞれの定義の幅は、その注目点の違いに依拠している。すなわち、ミュラーの理解は、あくまで既存の規範の妥当領域が新規の規範による規律内容に取り込まれることに注目したものであったが、カルペンやデブスの理解は、どちらかといえば、既存の規範を取り込む側である参照規範に注目した定義づけとな

っているのである。いずれの見解も、「参照」とは、異なる規範を内容的に連結させる手法であり、それによって、参照対象となる規範の内容が参照規範に組み込まれ、それにより、参照規範による規律は十全のものになると理解している点で共通している。

(2) 異なる規範の内容的連結を実現する手法の法的構成の相違

もつとも、先述の行政裁判所法における民事訴訟法の「参照」のように、同じ「法律」ランクの規範が連結している場合よりも、「法律」と「法律よりも下位の規範」が連結して一つの法領域を構成している場合の方が、はるかに多いのではないかと思われる。実際に、先に挙げた連邦憲法裁判所の判例は、まさに法律が、法律よりも下位の規範である行政規則を「参照」した事例に位置づけられるのである。

ところで、「法律」と「法律よりも下位の規範」との内容的連結を明示するものとして従来から用いられてきた概念に、「委譲」[*Übertragung*]¹⁾「授権」[*Ermächtigung*]²⁾および「委任」[*Delegation*]³⁾がある。これらは異なる規範相互の内容的連結を実現するという法効果を有するものであり、その限りにおいて「参照」と変わるところが無い。しかしながら、概念が異なる以上、そこで念頭に置かれる法的構成もまた、それぞれで異なるはずである。この点で、まさに「委譲」、「授権」および「委任」についての概念整理をしたうえで、それらと「参照」との違いを強調し、「参照」手法⁽²³⁾について体系化を試みる者として、カルベンがいる。そこで、以下では、このカルベンによる整理にならって、それぞれの法的構成を確認する。

まず「委譲」とは、権力分立の観点から見て、立法府から他の立法作用を担う機関（行政や民間団体も含む）に所管事項を移動させる意思行為であるとされ、最も包括的な概念に位置づけられる。

次に「授権」とは、デフォルトとして割当てられた所管事項の秩序〔*Zuständigkeitsordnung*〕から離れて、あ

る機関が、自らに備わっている機能を、他の部署に対して、その部署の名の下で遂行する権限を与えることを意味する。⁽²⁴⁾つまり、「授権」は、その国家行為が、一般的・抽象的な法規範の定立か個別的・具体的な法適用行為かを問わず、およそあらゆる行為の権限を他の機関が行使することを予め同意する法行為を意味する。

最後に「委任」については、「授権」の派生形 [Unterform] であるとして、ハインリヒ・トリール由來の公法における「委任」概念の分析が前提とされる。トリールによれば、「委任」とは、まさに「権限を抛棄すると同時に押し付けること」だとされ、「ある法主体（国家ないしゲマインデ、あるいはその機関）が他の主体のことを考慮して、自己決定に基づいて、最終的に自己の権限を手放し、委ねる、[aufgeben]」、⁽²⁵⁾つまり権限を与えた側が当該権限を喪失するに至る場合のことが、真正の委任と呼ばれる。そのような権限の委譲の効果として、受任者の意思行為は、形式的にも実質的にも、委任者の意思行為が備え、委任者がその権限を行使したのと同様の法効果を持つこととなる。

このように「委任」の真正性が定義されることにより、それ以外のものが「委任」概念で把握されるとき、それはまさに不真正な「委任」であるとの評価がなされる。本稿においてはその中でも、「権限を」保持しながらの委任 [konservierende Delegation] が重要である。⁽²⁶⁾これは、「委任者はある権限を委ねるが、その者は、任意にそれと同一の権限を自らも行使する権限を留保する」態様でなされる「委任」である。⁽²⁷⁾これは、「法規命令制定権を容認するにあたって格別の役割を果たしている」のであり、「法律制定者の権限の『委譲』とはかようなものであり、そして、それは、将来に向けて、そしていつでも存在し得る自己の権限を単独で行使することを暗黙のうちに留保する中で、立法者が企図したものだ」とされている。⁽²⁸⁾

こうしたトリールの「委任」概念区分は、公法における「委任」概念の明確化を志向するものである。「委

任」概念が不確かなまま用いられる状況が生じた原因について、公法学における法概念は「私法との類推が無意識になされた構成」に依拠しているからだと分析する見解もある。⁽³⁰⁾「授権」と「委任」は同義語として用いられることが多いものの、⁽³¹⁾真正の「委任」概念を考慮するならば、法規命令の制定権限を行政に与えることを「立法権の委任」と称するのは、そもそも不適当だということになろう。⁽³²⁾実際にドイツ基本法は八〇条において、法規命令への「授権」について規定しているのである。

(3) 「授権」と「参照」の境界

以上の「委譲」、「授権」、および「委任」の概念整理という基礎作業を経て、カルベンは「授権」と「参照」の違いを次のように説明する。「授権は、権限を委譲し、それにより所管事項の秩序を変更することであつて、参照は、既存の当該秩序に手を加えることはない。つまり、参照規範は、内容を自ら規律することを断念して、参照対象の文言を借用するに過ぎない。以上を要するに、授権は力の付与であり、参照は力の結び付けである」⁽³³⁾。このような理解を前提とすると、特定の法制度を設計するにあたり、本来であれば法律制定者自身が規律すべき事項領域を他の機関に任せる場合は「授権」となり、その一方で、固より他機関の事項領域に位置づけられている既存の規範を転用する場合には、「参照」となる。つまり、「授権」となるか「参照」となるかの分水嶺は、権限の所在に関するデフォルトの設定に拠ることとなる。

その際に問題となるのは、どの時点から見て、デフォルトと判定されるのかである。本稿でとり上げた先述の連邦憲法裁判所の決定を事例とすれば、「参照」と「授権」のより具体的な相違は以下のものとなる。

当該事例において参照対象となつたドイツの「産業分類」は、連邦憲法裁判所も確認したように、その制定手続や内容に鑑みても、法律や法規命令のような法的な性質を有していない。確かに、EUレベルでは、国際統計委員

会が設定した国際標準産業分類（ISIC）に準拠しつつもより詳細な分類を定めた、欧州共同体標準産業分類（NACE）が、規則（Regulation/Verordnung）によって策定ないし改正されている。そして、ドイツの「産業分類」は、国内で業態別に企業数を調査する目的で以前から用いられていた分類リストの後継として、国際レベルでの分類基準の統一化も考慮に入れて策定されたものであり、当該事例で取り扱われた二〇〇三年版の「産業分類」は、二〇〇二年に策定されたNACE（NACE Rev. 1.1）を踏まえたものである。しかしながら、当該「産業分類」は、NACEをそのまま転用するのではなく、あくまで国内の要請に即した分類を実施するべくして定められたものであった。³⁴つまり、二次法たる規則そのものの規範的性質とは関係なく、あくまでドイツにおける企業統計を秩序付ける働きを果たしていたに過ぎないものであって、行政規則に属する規範に位置づけられるのである。

このような「産業分類」を制定する権限が連邦統計局に与えられていると見るならば、それは「授権」として把握されることになる。その一方で、本件のように、それとは異なる法領域でも用いられる場合、それは「参照」となる。なぜなら、当該行政規則は、投資手当の受給対象の画定について本来的に関わり無いものであったことは言うまでもなく、それゆえ、本件における参照規範たる投資手当法が無くとも、有効に成立したままだからである。行政が制定した規範との関係においては、「授権」と「参照」はどちらも、その規範の内容が特定の法秩序の構成部分に組み込まれる点では一致している。しかし、その規範が、他の法律の実施に仕え、特定の法領域の秩序の構成部分となっているか、あるいはそうなることが企図されているか否かが、議会の行為を「参照」と評定するための指標となる。

この点で当該事例において注目し値するのは、投資手当の受給の判断に際して「産業分類」のような企業統計のための分類リストを拘束的に適用することが、議会の立法過程において常に念頭に置かれていたことが立法資料を

通じて連邦憲法裁判所によって特に強調されていることである。⁽³⁵⁾ 投資手当法上、条文上に示された「加工業」なる法概念は、それだけをみれば内容的には不確定であるし、それを具体化する規範が明示されている訳ではないものの、本来的には異なる法領域で妥当している「産業分類」という行政規則を「参照」という議会の意図が見出されたのである。

第二章 動態的参照と裁判基準性

第一節 靜態的参照と動態的参照の類別と学説における評価

ここまで「参照」という手法それ自体の法的構成を明らかにすることを試みてきたが、先に挙げた判例を分析するためには、そこで用いられている「参照」の態様にも注目する必要がある。というのも、学説において、この手法が論じられる際、靜態的参照と動態的参照の類別がなされ、それぞれ別様に論じられるのが通例だからである。⁽³⁶⁾

靜態的参照とは、参照規範が、ある特定の版 [Fassung] の参照対象に結びついていることを意味する。すなわち、この態様での参照の場合、参照規範は既に作成された規範と連結するため、その効果として、たとえ参照対象となっていた規範がそれ以降に改正されたとしても、参照規範の運用においては、参照規範が指定していた従前の版の内容が有効なものとして取り扱われることとなる。その一方で、動態的参照とは、参照規範が、その時々々の版の参照対象と結びついていることを意味する。これは、将来的に作成される規範との連結を目的としており、靜態的参照のように特定の版を指定することはない。それゆえ、原則として、参照対象の改正に自動的に連動して、参照規範の内容も変更されることとなる。

この両者の区別は、参照規範側の文言、体系、歴史、目的に照らした解釈により導き出されるとというのが一般的

な理解である。⁽³⁷⁾ 例えば、静態的参照の場合は、「〇〇に妥当していた版における [in der am ... geltenden Fassung]」という文言が付されていたり、「当時の版における [in der derzeitigen Fassung]」という文言が典型であるという。他方、例えば「その時々々に妥当している版における [in der jeweils geltenden Fassung]」という文言が存在する場合、それは動態的参照と評定されるのである。

この静態・動態の二分論は、それぞれに対して異なる評価を与えることになる。まず静態的参照の場合、特に法的な問題は生じないというのが一般的な見解である。なぜなら、参照対象が固定されているため、予見可能性も損なわれないため法治国原理からの要請に適合しているのと同時に、参照規範を定める立法者も、その内容を吟味したうえで取り込んでいるため民主制原理からの要請にも適合しているとされるからである。対照的なのは、動態的参照の場合である。すなわち、動態的参照がなされる場合、参照対象の規範内容は未だ確定されておらず、参照対象となった規範の改廃に伴う変動可能性も含めて、参照規範はその内容を受容することとなる。その性質ゆえに動態的参照は警戒されることとなる。というのも、「法律が、法律より下位の法または行政規則を参照したり、連邦法と州法との間で参照したり、あるいは国家外部の規律を参照したりするならばなおのこと、その時々々に存在している規範に対する動態的な参照は、法定立権限の移転として問題となる」⁽³⁸⁾ からである。つまり、動態的参照は、参照対象の規律内容が開かれているため、それは実質的に「授権」と同じ機能を果たすことになる。そこで、その是非について学説においても議論されることとなるが、それは、およそ三つの見解に分かれて展開する。

第一の見解は、およそ法律による動態的参照は、隠れた授権となるために、原則として違憲だと述べる。しかしながら、その例外として、参照規範と参照対象の規範制定者が、各ラント議会や連邦議会など、機関が同一のものである場合のみ、合憲とする。⁽³⁹⁾ というのも、参照規範も参照対象もその制定機関が同一である場合であれば、そこ

には力の付与は成立せず、隠れた「授権」とはならない、と理解されるからである。この見解の背景には次にような事態に対する警戒心がある。それは、いわゆる行政国家現象が展開するなかで、議会が国家的規律を他の機関に委ねることについては、法規命令を想定した基本法八〇条が存在するものの、その名宛となる機関や授権の態様に關する要件の厳格さから、「参照」が法規命令の投入を迂回する手段として用いられるという事態である。⁽⁴⁰⁾このように動態的参照は原則として憲法上認められないとする見解がある一方で、⁽⁴¹⁾動態的参照の場合であっても条件付きで合憲とする見解が唱えられる。それは次の第二と第三の見解である。

第二の見解は、動態的・他律的な参照は、それが基本法八〇条ないしそれに類するラント憲法の規定に定められた要件を充たしている限りで合憲だとする。⁽⁴²⁾これは、基本法八〇条一項で規定されている「授権」と動態的参照を機能的に交換可能なものとして理解しているため、その形式的要件をそのまま転用することで、「参照」の態様を規律するという論証になっている。この第二の見解と結論は同じでありながらも、より慎重な概念構成を採るのは、第三の見解である。すなわち、動態的・他律的な参照は、授権とは異なるために基本法八〇条は準用できないものの、事柄の性質上、内容・目的・射程に則して制限されるという。⁽⁴³⁾今日では、「参照」手法の有用性を無視し過ぎる第一の見解ではなく、第二ないし第三の見解が有力となる。つまり「参照」手法のもつ「授権」との機能等価性を受容した上で、その「参照」の態様を枠付けることが志向されるのである。

こうした学説の展開に対して、「参照」手法は個々の裁判例においてどのように取り扱われてきたのか。デブスの分析によれば、通常裁判所においては、行政規則が参照対象とされることに否定的な傾向は存在しないという。⁽⁴⁴⁾そこで以下では、その説示に沿って、その例として挙げられる諸裁判例を確認したい。

デブスが例示しているのは、連邦行政裁判所における裁判例⁽⁴⁵⁾と連邦財政裁判所における裁判例⁽⁴⁶⁾である。前者の連

邦行政裁判所の裁判例は、いまだドイツにおいて徴兵制度が採用されていた一九六四年に下されたものである。当時の兵役義務法八 a 条は、兵役義務の適合度〔Tauglichkeitsgrad〕について規定していた。同条一文は、当該適合度を、「兵役能力あり」・「一時的な兵役能力あり」・「兵役能力なし」の三類型で把握していたが、それら個々の適合度を定めるにあつての指針の設定は、同条二文によれば、防衛大臣に委ねられていた。本件では、防衛大臣によつて定められた指針が適切か否かについて裁判官は審査可能だとの判決が下された。そこでは、当該指針への参照について、行政裁判所は何ら問題視しておらず、行政規則である同指針が制度の一部を為し得ることを当然の前提としている。

また、後者の連邦財政裁判所における裁判例では、電気税法九条三号が「電気は、製造業たる企業〔Unternehmen des produzierenden Gewerbe〕または農林業の企業によつて事業の目的のために用いられるとき、第二項二号の場合を除いて、一メガワットあたり一二・三〇ユーロの軽減税規定に服する。」と規定していたところ、その税の軽減対象として指定されている「製造業たる企業」について、それが具体的にどのような企業が想定されているのが争われた。すなわち、「製造業たる企業」は、同法における不確定法概念であり、その具体化については連邦統計局の発付した行政規則である、産業分類（一九九三年発行のもの）に準拠していた（同法二条三項）。そうした場合、本件事例では、連邦統計局の産業分類への参照規定の是非が問われたのである。裁判所は、この分類は立法者が想定した類型化であり、特に基本法二〇条三項に違反するものではないと説いた。

以上の裁判例において、いずれの裁判所も学説における静態的・動態的参照の類別には言及していないが、議会が「参照」によつて議会と異なる機関が定めた規範を意図的に取り込んだとしても、それは、「執行権および裁判は法律および法に拘束されている」と規定する基本法二〇条三項に違反する訳ではない、とする結論は一貫してい

る。なぜそのような結論が正当化されるのか、という論証を辿るに当たってやはり有益な検討素材は、先に挙げた連邦憲法裁判所の決定である。

第二節 連邦憲法裁判所決定における「参照」の裁判基準性

本件では、投資手当法上の受給要件が「加工業」という不確定法概念であったために、通常裁判所たる財政裁判所は、独自に当該文言を解釈し得たはずである。⁽⁴⁷⁾にもかかわらず、連邦憲法裁判所は、議会による「参照」の契機を見出した。その上で注目されていたのは、参照規範たる法律における参照対象となる規範の特定可能性であった。⁽⁴⁸⁾この特定可能性について、連邦憲法裁判所は、問題となる基本権の性質に応じて程度が変動する余地を示しているものの、規範相互の内容的連結が参照軌範の側において明らかにされていることを要請している。このように、参照対象となった規範の「特定性」が求められているものの、なおも問題となり得るのは、参照対象の規範が特定されていることと、参照対象の規範内容が裁判所の審査基準になっていることの論理関係である。この論理関係を説明し得る仮説としては、二通り考えられる。第一に、参照対象たる規範にも、裁判官の判断を拘束する固有の性質が備わっており、参照規範における「特定性」を条件として、参照規範である法律の解釈・適用にもその参照対象の審査基準性を取り込まれる、というものである。第二に、参照規範において参照対象が特定されているために、参照規範たる法律が本来具備している裁判官の拘束力が、参照対象の規範内容にも伝播して付加される、というものである。そこで、「参照」の法的構成から、いずれの仮説が妥当となり得るのかを続けて検討する。

前述のカルペンの定式によれば「参照」手法それ自体は、あくまで「力の結びつき」であり、民間団体が自主的に規律した規範が参照対象となり得る可能性を含んでいた。それゆえ、参照対象たる規範に常に裁判所の審査基準

としての性質が備わっていることは前提とされ得ない。そして、行政規則が参照対象となっている場合でも、その行政規則は本来的には異なる法領域の法律における規律内容を具体化するべく制定されたものである以上、参照規範の法領域で機能することはそもそも想定されていない。したがって、第一の仮説は妥当し得ないことになる。

そうであるならば、第二の仮説のように、裁判所は、参照規範に特定性が見出される限りににおいて、その参照対象の規範内容を取り込んだ参照規範たる法律それ自体に拘束されている、との理解が妥当となるように思われる。⁽⁴⁹⁾しかしながら、そうした理解も先の連邦憲法裁判所の決定の説明に成功してはいない。というのも、同決定で連邦憲法裁判所は以下のような慎重な姿勢をとっているからである。それは、「産業分類」への拘束が連邦財政裁判所判決に則して本件で強調されたものの、こうした拘束においても企業を加工業に分類することが裁判所による統制から完全に隔離されることはない」旨の説示である。これは、ある企業を不確定法概念である「加工業」に分類するか否かの判断について、裁判所は「産業分類」に則ることなく独自に判断できる余地が留保されていることを意味する。この留保からは、たとえ参照規範の側に十分な特定性が備わっていたとしても、参照対象の規範が行政規則である限り、裁判所の判断に対する十全の拘束力を具備することはない、という裁判所の自己理解が推察される。

ここで示された連邦憲法裁判所の判旨からは、次のことが導き出され得る。すなわち、参照手法のもとで「力の結びつき」が企図される場合には、行政機関の定立した規範には裁判所の判断を拘束する「力」が想定されているわけではなく、裁判所には原則として自由に判断する余地が残されている。そして、参照規範における「特定性」は、参照対象の規律内容を議会が受容することを明証するに留まり、仮に裁判所がその規範内容に即した判断を下したとしても、基本法に違反しないことの弁明として機能するに過ぎないこととなる。つまり、行政機関は、基本法八〇条に明記された法規命令という形式を度外視すれば、裁判所の判断に対する十全の拘束力を備えた規範を定

立する権限を基本法上保持しておらず、それゆえ通常裁判所も法解釈機関である以上、議会が制定する法律の解釈について、裁判所は行政機関に対抗可能だということになる。それに加えて、この結論は「力の付与」を意味する「授権」と機能的に同等である動態的参照の場合にも妥当するものであることからすれば、翻って、法律上に現れている「授権」という議会の法行為もまた、裁判所の判断に対する十全の拘束力を備えた規範を定立する権限を与えている訳ではないとの結論も導き出され得るように思われる。すなわち「授権」という法行為においては、あくまで特定の内容を対象とする規範制定権限の付与が取扱われているのであって、こうした「授権」の理解が控えていたからこそ、議会がどのような内容について「授権」したのかについての「特定性」が問題となるとともに、その限りにおいて、ある規範が裁判所の判断に対する拘束力を備えるか否かは、「特定性」の問題とは別に論じられる必要がある⁽⁵⁰⁾。

おわりに

わが国における「委任立法」は、明治憲法下から継続して論じられており、そこでの「委任〔Delegation〕」という用語法は当時のドイツ公法学での概念が転用されているならば⁽⁵¹⁾、それはあくまで、トリイーベルのいう不真正の「委任」であって、「授権」概念で論じるのが適切であった。とすると、今なお「委任立法」という法現象の下で把握されている国会の法行為は、その法的構成としては「授権」だということになり、その場合、どのような「力」の付与がなされているかが問題となる。

そこで、行政によって制定された規範に裁判基準性が備わる論理について本稿の冒頭にて示された仮説を再度確認すると、それは、第一に、裁判官は、授権規定を置く法律に拘束される結果、行政により制定された規範に間接

的に拘束される、という論理、第二に、行政により制定された規範には潜在的に裁判官を拘束する効力が備わっているものの、それは、そのような規範の制定にかかる法律上の授權が存在し、それに従っている限りにおいて発動する、という論理であった。ここで、「国会中心立法」の原則を顧慮するならば、第一の論理は、裁判官の判断を拘束する規範を定立するという立法作用が国会に独占されていなければならない、という同原則の理解を前提とする。仮にこうした「国会中心立法」の原則の理解が妥当だとすると、そうした意味における立法作用を行政機関にも付与することになる第二の論理は成り立ち得ない。この場合、裁判官の判断を拘束する基準たりうるのは、まさに「憲法及び法律のみ」となる。その一方で、日本国憲法九八条は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定することで、「命令」という規範形式は、国の「法規」の体系にデフォルトとして組み込まれている。このことも併せて考慮するならば、裁判官の判断を拘束する「力」は「命令」には所与のものであり、法律によって「授權」されているのは、あくまで特定の事項についての軌範を定める「力」であるということになる。これはすなわち、第二の論理である。

このように日本国憲法の条文を概観しても、どちらの仮説が妥当であるかは判然としないが、ここで有益な示唆を与え得るのが、第二章にて検討された、「授權」と動態的「参照」の機能等価性である。すなわち、「参照」手法それ自体は、参照規範および参照対象のいずれも、その規範の制定主体の属性は問わないという意味において、中立的な性質を有していた。民間の業界団体の策定する規則も参照対象となり得る可能性を顧慮するとき、参照対象の規範それ自体にも所与のものとして裁判官の判断を拘束する力が備わっていることはおよそ前提とされ得ない。そうだとすると、「授權」と「参照」で共通して論じられていた「力」とは、特定の事項につき規範を定立する

「力」と解する他ない、ということになる。

従来の「委任立法」論は、「法律」が、「命令」に対して、ある事項の内容確定を委ねることを前提としていたため、「授權」という法行為がもたらす効果について明らかにすることなく議論が成立し得た。「命令」形式にも裁判官を拘束する力が備わっているものとするならば、日本国憲法八一条や九八条一項において、「命令」が国法秩序を構成する形式の一つとして列挙されていることに積極的な意義を見いだすというアプローチも検討される余地がある。あるいは、第七六条三項から、「命令」形式は、法律に拘束された裁判官の判断のいわば反射効として、裁判の基準となる、という構成も成立し得る。

「近代国家の下においては、委任立法は、国家に要請さるべき積極的任務の増大と共に、各国に不可欠な共通の法現象となつている」⁽⁵²⁾との診断が下された時代とは国家規律のあり方が質的に変容し、こんにちでは、民間基準の重要性が増大している⁽⁵³⁾。国家による規律手法として共同規制という方式も案出されているいま⁽⁵⁴⁾、本稿で展開された議論は、複層化する法秩序を憲法論として把握する契機にもなると思われる。

- (1) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）二〇四頁。
- (2) 清宮・前掲註（1）四三〇頁、宮沢俊義「立法の委任について」同『憲法の原理』（有斐閣、一九六七年）二二七頁以下、田中二郎「行政権による立法について」同『法律による行政の原理』（酒井書店、一九七五年）二四九頁以下。
- (3) 宮沢俊義「立法・行政両機関の間の権限分配の原理——法律と行政行為との関係——」同『憲法の原理』（有斐閣、一九六七年）一一三頁以下、さらに、大石真「立法と権限分配の原理（一）」法学四二巻四号（一九七九年）三八一頁以下を参照。周知の通り、この権限分配の境界線を引く役割を担っていたのが、いまなお標準的教科書でも登場する、二元的法律概念、とりわけ実質的意味の法律概念と呼ばれるものであった。

(4) *Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Bd. 5, 1929, S. 31.

- (5) Kelsen, (Anm. 4), S. 31.
- (6) 「行政制定規範が『行政立法』となる（『法規』性をもつ）のは、端的に、議会からの立法の授権に基づいて制定されているがゆえにである」と述べるものとして、平岡久「行政立法」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法体系2 行政過程』（有斐閣、一九八四年）六六頁、常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査（四・完）」自治研究九一卷二号（二〇一五年）二一〇頁。
- (7) BVerfGE 129, 1.
- (8) 投資手当法 第二条 企業投資
一項 投資が援助されるのは、固定資産のうち新たな損耗し得る動産たる経済財の調達ないし製造であるが、これは、その調達ないし製造から少なくとも五年間に（五年期間）、
 1. 助成領域における企業または工場の固定資産に含まれ、
 2. 助成領域に工場が存在し、
 3. 各年において一〇％以上の私的利用に供されておらず、
 4. 二項の要件を充足するものである。所得税法六条二項の低価値経済財、航空機、および普通乗用車については援助されない。援助される経済財の通常耐用年数が五年に達しない場合、その耐用年数は五年間として取り扱う。
二項 次の動産たる経済財は援助される。
 1. 五年の期間内に、加工業の企業または製造関連サービス業の企業において存在している経済財。製造関連サービス業は次の企業である。（1. 以下は省略）
- (9) BVerfGE 129, 1, 22.
- (10) BVerfGE 129, 1, 21.
- (11) BVerfGE 129, 1, 22 f.
- (12) BVerfGE 129, 1, 28.
- (13) 商法・会社法の領域では若干ながら言及されている。例えば、弥永真生「商事法における会計基準の受容（二）」筑波

ロー・ジャーナル五号(二〇〇九年)二〇三頁。また、民間団体が定めた基準の法規範への取り込みという文脈において言及するものとして、原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣、二〇〇七年)一五八頁、二八二頁。

- (14) *Fritz Ossenbühl*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1967, S. 401.

- (15) *Thomas Clemens*, Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften – insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit, AöR 1986, S. 64.

- (16) *Hans-Ulrich Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 11 ff.

- (17) 以下で「参照」に言及する場合は、参照規範の規律内容に参照対象の規範を組み込むことを意味する、いわゆる狭義の参照が念頭に置かれる。

- (18) *Hanswerner Müller*, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 1968, S. 169.

- (19) *Müller*, (Anm. 18), S. 172 f.

- (20) *Müller*, (Anm. 18), S. 169 ff.

- (21) *Karpen*, (Anm. 16), S. 29.

- (22) *Alfred G. Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 42.

- (23) *Karpen*, (Anm. 16), S. 106 ff.

- (24) *Karpen*, (Anm. 16), S. 107. *Martin Bullinger*, Die Untermächtigung zur Rechtssetzung, 1995, S. 5.

- (25) *Heinrich Triebel*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942, S. 51 ff. 「傍点は原文イタリック」なお、真正の委任は、あくまで権限の完全な移転を意味するのであり、「その委任の真正は、委任された権限の行使との関連において、委任受取者 [Delegatar] が委任者 [Deleganten] の統制権に服することでは損なわれない」。この統制権限としてトリールが例に挙げているのが、委任された権限の運用に関するゲームインデに対する国家監督や支分国に対する連邦国家の監督である。というのも、この統制権は、あくまで一般的な上位下位関係に基づくものであるからである (S. 53)。トリールの「監督」概念については、大西楠・テア『帝国監督』と公法学における利益法学——トリールによる連邦国家の動態的分析——(一)・(二)・(三)「法学協会雑誌」一一三巻三号(二〇一四年)五一三頁以下、一一三巻一号(二〇一五

年) 一頁以下、一三三卷三号(二〇一六年) 三二五頁以下。

(26) その他の分類は „funktionenzuteilende Delegation“ „faktive oder hypothetische Delegation“ である。

(27) *Triepel*, (Ann. 25), S. 53.

(28) *Triepel*, (Ann. 25), S. 55.

(29) *Triepel*, (Ann. 25), S. 58.

(30) このように述べる法制史家のシビヤエル・シュトライスは、パウル・ラーバントが商法学を出自とする法学者であることに着目する。Vgl. *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 346. なお、この点にラーバント公法学における「委任」概念の利用については、同時代的にも批判がなされていたものと推測され、実際に「ラーバント自身もその大著において」「私法の意味における委任」は取り扱わない旨を明記するに至っている。S. *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. 2, 5. Aufl., 1911, S. 97 Fn2. このように法概念の明晰性を意識するならば、わが国の憲法学説は定着している「委任立法」や「委任命令」という用語法の見直しも求めらるることになるだろう。もっとも、日本国憲法は明示的に「委任」という文言を用いているため(七三条六号)、あくまで講学上の概念利用の是非という次元に留まる。

(31)むしろ、わが国の公法学に影響を与えたドイツ語圏の公法学者の多くは、「授権」と「委任」を同義語のように取り扱う。両概念の相違を強調するトリールペルが名指しているのは、ラーバントやゲオルグ・イエリネック、ゲルハルト・アンシュッツ、リヒャルト・トーマ、フリッツ・フライナー等である。Vgl. *Laband*, (Ann. 30), S. 97; *George Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 31, 380 ff.; *Gerhard Anschütz*, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, 1901, S. 17; *Richard Thoma*, *Gerhard Anschütz /ders. (Hrsg.) Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, 1932, S. 125, 150, 221 f.; *Fritz Fleiner*, *Institution des deutschen Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., 1928, S. 69ff.

(32) *Triepel*, (Ann. 25), S.58.

(33) *Karpen*, (Ann. 16), S. 109.

(34) Vgl. Statistisches Bundesamt, *Klassifikation der Wirtschaftszweige mit Erläuterungen*, Ausgabe 2003, Vorbemerkungen, S. 12.

- (35) BVerfGE 129, 1, 25 ff.
- (36) *Karpen*, (Anm. 16), S. 66 ff.; *Debus*, (Anm. 22), S. 59 ff. 434 Walter Jelinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 94 43 「変動可能性のある」参照と「変動可能性の無い」参照という二分法を論じる。
- (37) *Debus*, (Anm. 22), S. 63 ff.
- (38) *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 20, Rn. 123a.
- (39) *Karpen*, (Anm. 16), S. 122, 136.
- (40) *Karpen*, (Anm. 16), S. 114.
- (41) その他 43 Ossenbühl, (Anm. 14), S. 401; *Gottfried Arndt*, Die dynamische Rechtsnormverweisung in verfassungsrechtlicher Sicht - BVerfGE 47, 285, JuS 1979, S. 784 ff. 434 一九七八年三月一日の連邦憲法裁判所決定は、このカルペンとオッセンブールの見解を明示的に引用して、およそ静態的参照を法律上用いることは合憲であり、動態的参照の場合には違憲となるとの枠組みを採用した上で、非訟事件手続法 [KostO] 一四四条三項の規定（一九六九年八月二八日付のもの）が、公証人の手続費用を八割に軽減する旨を定めていたところ、同規定がその要件について各ラント法を参照していたことを静態的参照として解釈し、同規定を合憲とする結論に至った。Vgl. BVerfGE 47, 285, Fn. 60 ff.
- (42) *Michael Sachs*, Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht, Verw Arch 74, 1983, S. 41; *Wolff Rüdiger Schenke*, Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 745.
- (43) *Debus*, (Anm. 22), S. 167.
- (44) *Debus*, (Anm. 22), S. 161 f.
- (45) BVerwGE 18, 298.
- (46) BFHE 207, 88.
- (47) ドイツ行政裁量論は、「裁量 [Ermessen]」と「不確定法概念 [unbestimmter Rechtsbegriff]」の理論的区分を一九五〇年代から前提としており、およそ前者は裁判所の審査が排除されるのに対し、後者は裁判所の審査が及ぶものと理解されている。Vgl. *Horst Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960, 434 なお、ホルスト・エームケの行政裁量論については、三宅雄彦「エームケの行政裁量論」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と行政』

- (信山社、二〇一七年)三七頁以下、特に三八頁以下参照。この理論区分の議論状況については、さしあたり、Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, S. 155 ff. 参照。また、高田倫子「ドイツ行政裁量論における憲法構造理解とその変遷(一)」阪大法学六二巻二号(二〇一二年)三〇一頁以下、同「ドイツ行政裁量論における憲法構造理解とその変遷(三・完)」阪大法学六二巻六号(二〇一三年)一五九頁以下も参照。
- (48) BVerfGE 129, 1, 21.
- (49) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 75 f. もともと、従来の議論が積み重ねてきた「授権」と「参照」の法的構成の違いを踏まえるならば、この連邦憲法裁判の決定における「参照」を「規範的授権説」の枠内に位置づけることは適切ではないことになる。
- (50) この場合に注目しているのは、「法規命令」の制定要件等を定める基本法八〇条が「連邦の立法」という章に置かれていることである。すなわち、特定の内容・事項について「法規命令」の形式で規範制定することを議会が授権する場合、それは、「法規命令」が裁判所の判断を十全に拘束する効果を發揮することが想定されているということになる。
- (51) 例えば、美濃部達吉「命令」末弘厳太郎・田中耕太郎編『法律学辞典 第四巻』(岩波書店、一九三六年)二六一六頁は、「法律による委任に基づく命令 [Verordnungen auf einer gesetzlichen Delegation]」とドイツ語を付記したうえで解説している。
- (52) 水野豊志『委任立法の研究』(有斐閣、一九八七年)二頁〔初出一九五六年〕。
- (53) 高橋滋「行政上の規範」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』(有斐閣、二〇一一年)二六〇頁以下。
- (54) 例えば情報法の領域においては、生員直人「情報社会と共同規制」(勁草書房、二〇一一年)を参照。
- 〔付記〕本稿は、平成二九年六月二四日に同志社大学において開催された「関西憲法判例研究会六月定例会」における報告に基づくものである。報告に対し、貴重なご意見・ご批判を下された参加者の方々には厚くお礼申し上げる。また、本稿は、平成二九年一二月に大阪大学大学院法学研究科に提出した博士論文『行政によって定立された規範の憲法的把握』の一部分に加筆・修正を施したものである。