

ドイツ裁量論の歴史的展開

—— ある理論史研究に即して ——

海老沢 俊 郎

はじめに

日本の行政法の体系書で行政裁量を取り扱うときに普通見られる現象として、裁量権の所在を論じる際に要件裁量と効果裁量の説明から始めることがあげられる。例えば、要件裁量とは、行政行為の根拠となる要件の充足について行政庁が最終的認定権をもつ場合があり、かかる行為が裁量行為である。これに対して効果裁量とは、行政行為をするかしないか、するとしてどの処分をするかの点、つまり行為の選択の段階に裁量の所在を求める考えである、と説明する。そして、要件裁量説の主張者の代表として佐々木惣一博士を、効果裁量説の主張者の代表として美濃部達吉博士を挙げる¹。そもそもこうした議論が現在の日本の裁量論においてどこまで通用力をもっているかは別として、この議論が日本の行政裁量論の出発点であることは疑いない。行政裁量の所在をどこに求めるかということは論理的に決まるのではないことは勿論であり、日本はドイツの裁量論に模範を求めたのである。

ところでドイツでは歴史的に見れば、それを直接に裁量論という名称で呼ぶかは別として、現在で言えば裁量論と呼ぶ領域での諸問題についての

1 塩野宏・行政法（行政法総論）126頁（有斐閣、第5版、2009年）

議論がかなりの程度まで発展してきたのである。連綿と続いた発展の途上にある議論の途中から日本に持ち込まれたのである。どのような学問的な議論でもそうであるが、その時までが続いてきた議論をある程度まで理解しておかないと、そこで使われている言葉や概念も含めて、その理解について何か重要なものが見落とされているのではないかと、とも思えるのである。あるいは、つぎのようにも言える。歴史的な文脈を顧慮するならば、これまで日本で紹介されている数多のものも含めて、ドイツの裁量論（そしてまた日本の裁量論も）はもう少し容易に理解されるのではないかと、とも思えるのである。

思いつくままに例を挙げると、例えば、裁量論は法と行政権の関係をどのように理解するかに係わるのであって、行政権の本質についての理解の議論とともに法治主義（立憲主義）の議論でもある。これについてはある程度過去に遡ってどのような議論がされてきたか、ということも理解しておかないと、既に過去の遺物とされ、立憲主義から見れば許容できない議論が摘み食いされて、到底まともなものと呼べない類いのものが新たな粧いの下で最新の理論と称して突然に出現するかもしれない。あるいはもう少し技術的な事項にかかわるが、裁量の範囲の問題は、立法権による行政権に対する授權の範囲であるが、事実の要件的评价のみならず、事実の認定それ自体についてまで、立法権者は行政権に授權することができるか、事実の認定はわが国の通説的理解によればまさに司法権に専属するものではないか、という指摘がある²。これは日本国憲法のもとでの司法権からこのように言えるのであって、ドイツの憲法である基本法の下でも同じである。このように、こうした議論は行政権と行政裁判権との関係をどのように構成するか、という観点にかかわるのであるが、これがいつの時代もこのように言えるか、というと、そうではない。行政権と行政裁判権の関係は歴史的に変化してきているのであり、この点を看過して裁量論を論じ

2 塩野・前掲（注1）131頁。

ても、意味はあるまい。しかし、これまで日本で裁量論が展開するとき、この観点は必ずしも明示的に論じられて来なかった。この点についての説明が明確でない限り、裁量論は相変わらず難解な問題に止まりつづける。少なくともこの点ドイツ法の展開を見る必要がある。

ドイツの裁量論の歴史的な発展を見ようとするとき、本稿は二つのモノグラフを主と使うことにする。一つは『侵害行政の裁量』³であり、もう一つは『自由裁量』⁴であり、いずれもドイツ語で書かれた書物である。後者は18世紀からの裁量論の歴史的な発展を概観している。18世紀においても存続していた神聖ローマ帝国以来、裁量論と名を冠した論文が連綿と書かれてきたのではない。これを直接に対象とするのではない多くは国家学ないし国法学などにおける議論から裁量論に係わる記述を取り出して、その発展を論ずるということになるのであるから、その記述は困難を伴うであろう。『自由裁量』の著者であるヘルト・ダーブ (Held-Daab) はつぎのように指摘する。すなわち、学問的・実務的な重要性にもかかわらず、裁量問題に関する議論における見通しのなさや体系的構造の欠如には驚くべきものがある。支配的議論は分散しており、そして一部分は付随的な意見表明にとどまるのであって、20世紀の初頭になってようやくこの議論の成果がモノグラフでまとめられ、体系化されたのである⁵、と。こうした指摘から判断すると、ドイツにおいてもこれに類する体系的な研究は多くはないはずである。したがって本稿で紹介する『自由裁量』は貴重であ

3 Hermann Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, 1973, Carl Winter Universitätsverlag 「カルテル法での裁判官による裁量統制とフランス行政法および欧州共同体法における権力濫用の意義について」という副題がつけられている。ハイデルベルク大学に教授資格論文として提出された。

4 Ulla Held-Daab, Das freie Ermessen, 1996, Duncker&Humblodt · Berlin このモノグラフの題名は「自由裁量」であり、「前憲法的起源から裁量論の実証主義的解消」という副題がつけられている。ベルリンフンボルト大学に学位請求論文として提出された。18世紀からのドイツとオーストリーの裁量論の展開を対象としており、最終的にはウィーン学派での裁量論までに及び本文 263 頁にわたるモノグラフである。

5 Held-Daab, 前掲 (註4), S. 113

り、少なくとも裁量論史の概要を知るためにも便利である。本稿は主としてこの研究の要約という形で示すことにする。

この女性研究者による裁量論の歴史研究は多くの示唆を与えてくれる。ここにおいては学説史上重要な学説など（例えば、O.ペール、O.マイヤー、ベルナツィク、テツナーなど）に係わる文献が検討されているが、本稿は著者の解釈したが、これを要約という形で記述することにとどめる。

1 裁量論の基本的枠組み

ドイツの裁量論をみると、それにはいくつかの基本的な枠組みをみることができると。ゾル (Soell) はつぎのように説明する⁶。すなわち、裁量論に関する最近 100 年の文献を手掛かりにして調べると、それは本質的には二つの根源に遡ることができる。一つは形式的法治国的な思考であって、ここでは法律適合性の原則が形式的な法律との結合の原則としてのみ理解されていることである。もう一つは、時代遅れの法理論的・方法論的な法実現に関する思考であって、これによると、法発見は法の非創造的な確認と適用以外の何ものでもなく、単なる概念的、演繹的、形式論理的の包摂であり、専ら認識的な思考である。ここでは法の「無欠缺」の理論から出発するか、それとも欠缺を承認した上で明かになる帰結を無視するかである。この二つの根源は、裁量論が依拠しているすべての支配的な公法学に多かれ少なかれ刻印され、歴史的・慣習的議論においてそれぞれ異なった重点配分を伴っている。

ゾルは以上のような説明の後で、合目的性の議論、行為の理論、一義性の議論、解釈の理論、そして最後に統制の理論をあげる。以下には、そのうち合目的性の理論および行為の理論について彼の説明を要約していくことにする。

6 Soell, 前掲 (註3) S.65ff.

1) 行政活動の合目的性の議論 行政裁量の特色の一つは、行政の本質についてのとらえ方にかかわる。すなわち、法適用を作用の本質とする司法と対比して行政裁量を理解するのである。行政裁量を法律上の観念の内容からの自由として見る試みにおいては、「合目的性」(Zweckmässigkeit)の議論は大きな役割を果たす、とする⁷。

ゾルによると、合目的性の問題を裁量に関連づける学説は、行政活動の適法性(Legalität)と合目的性(便宜)の峻別から出発する。因みに日本法においても行政不服審査法第1条第1項が処分の違法性とともに入不当をあげて、処分について「適法」、「違法」の区分とともに「当」、「不当」の区分をあげて、これがまったく別の概念であるとしているのもこれに倣う。法適合性の領域は国家が法秩序を創造するという理由で、厳格な内容的羈束性を特色としているのに対して、合目的性の領域にとっては、自由の思考が特色である、とされる。こうした羈束された正義と自由な合目的性の対比の背景を探るならば、それは本質的には裁判活動と行政的活動の実体的な区別に対応している。

この対比には、行政の本質についての特有の思考が基礎となっている。すなわちこれによると、実質の意味での「司法」は裁判により法秩序を維持すること、つまり法規に対する厳格な拘束により法と正義を実現することである。これに対して、「行政」は合目的性、相当性(Angemessenheit)、必要性(Staatsnotwendigkeit)により国家任務を実施することであり、法秩序の外側に立つのではないが、法秩序を目的に對する手段とする。「裁判権と政府の権力は共に法律に服しているが、まったく異なった意味においてである。裁判所は法と法律を実現しなければならない。政府の権力はそれ(法と法律)の内部で統治をしなければならない」(O.ペール)という有名な言葉がある。裁判所にとっては法や法律はそれの権力での実質的・内部的・排他的な原則である。これに対して政府権力にとって

7 Soell, 前掲(註3) S.66.ff

は、その原則を何か別の利益（公共の福祉）の中に見いだす多かれ少なかれ自由な活動の外部的な枠を、法や法律が形成する、ということになる。

このような行政理解の根本は19世紀のドイツにおける憲法状況、つまり立憲君主制という憲法構造である。これは本質的には二つのメルクマールを特色としているのであって、ひとつは二元的な基本特質であり、もうひとつは君主制原則である。二元的特質はその法的表現をふたつの直接的、第一次的機関の理論の中に見いだすのである。すなわち、支配者と国民であって、後者は議会によって代表されるのであって、両者は異なった、互いにまったく独立した権力として、生来の敵対者とまでは言わないものの、緊張して対峙している。君主制原則によると、領邦君主（Landesherr）は憲法によって明文をもって奪い取られないすべての国家権力の権利を自らにおいて統合している、とされる。この権限の推定は特に行政の領域において影響をあたえた。君主には執行権力において活動の自由の領域が残されており、確かに制限は定められていたが、その他においては国家の（正しくは執行府の）内部空間とされた。

「枠理論」（Schrankentheorie）は、立憲君主制の憲法構造における執行府のこのような地位の法理論的根拠づけ以外の何ものでもない。この理論は、法と法律は行政にとっては単に限界と許可を意味するものであり、行政の行動の方向や目標を定めるものではないという前提から出発することによって、国家活動にとっての実体的・内容的効果ではなく、形式的・制限的効果をあたえた。ここで素描された19世紀の行政の地位を見るならば、何故当時の支配的な理論が行政の行為の適法性と合目的性を区別しななければならないと考えていたかが分かる。君主の家産としての行政の本質が「法律の執行」ではなく、国家の法秩序によって嵌め込まれた枠の内部における国家任務の遂行のためのものであるならば、その活動の本来の目標つまり合目的性は、追求される国家目標の選択という意味で、自由な、法や法律によって実体的に羈束されず、それ故法的に無関係な領域の中に組み込まれなければならない。自由や財産という公式に書き替えられた個人の領域への侵害を授權する限り、法律は単に枠ではなく、唯一の行為の

基礎であるという「法律の留保」が承認されるのは後のことである。

2) 行為の議論 行政の合目的性とまったく同様に、行政の行動に着目して、行政裁量の特色をここから明らかにしようとする議論が見られる⁸。この議論は裁量をめぐる論争において重要な役割を果たしてきたのであり、このことは行政裁量がしばしば「行為裁量」(Handlungsermessen、Verhaltungsermessen)とも呼ばれていることから明かである。この議論においては機能的考察が前景に置かれるのであって、それはひとつには正義の羈束された作用としての裁判と、行為ないし行動の作用としての行政の対比において現れる。これによって、行政のために創造的なものとのモメントが要求される。もうひとつは、司法と行政にとって法は異なった意味をもつということに現れる。すなわち、実体法は前者(司法)にとっては他者(fremd)の行動のための判断基準であるが、後者(行政)にとっては、自分の行動のための基準である、ということが強調されている。この見解によると、行為裁量と判断裁量(Urteilsermessen)は機能的に異なった意味をもつ。行政活動の本質でもある「自らの主導にしたがった行動」の領域を除外し、これによって立法や裁判による過度な制約から自分の自立性を保障することに、この行為裁量は係わるからである。換言すると、行政の特殊な作用から裁量領域における法秩序に対する構造的に異なった地位を行政について推論することができる、と信じているのである。

法と法律により内容的に拘束されていない執行府の行為や決定権能を正当化しようとする以上のような思考はつぎのような方向を示すことになる。ひとつの方向は、裁量権の授権の可能性を法規の構成要件においても、法律効果においても認め、それ故に、行政に自分の主導での行為を許す規範(行為規範)と、官庁の決定を実体的に規定する規範(実体決定の規範)を一般的に区別する。これに対して、これは支配的なものであるが、もう

8 Soell, 前掲(註3) S.80ff.

ひとつの方向は、法秩序によって定立された活動の要件について、法治国の理由から決定に際しての自由を否定する。そして、自分の主導による行為の観点を、複数の行動の中の選択可能性を認める規範の法律効果の領域に限定する。つまり、行為の裁量とは、この意味での行政裁量であり、特定の構成要件が存在する場合に、いかなる措置を行うか、行わないかという行為の自由を行政にあたえることである、ということになる。

以上は、ゾルがドイツにおける裁量論の根源として指摘したものであり、基本法の下においては当然に批判されることになる。法律は少なくとも侵害行政においては限界だけでなく、原因、委託であり、目標の規定や措置のための規定である。すなわち、法律適合性の原則を形式的な権限限定から内容的拘束に変革したのである。このことが今日の民主的法治国家において明白に通用することは、疑問の余地がないのである。したがって、少なくともこの領域においては、国家の行動と法を対立物として見ることは最早不可能である。

2 裁量概念の歴史的展開

以下にはヘルト・ダープの記述にしたがい、ドイツの裁量論の展開を見ていくことにする。

1) 18世紀公法学での裁量論 18世紀の公法学においては、等族制議会の関与権も存在しないし、裁判所の決定権限（管轄権）も構成されないが故に、領邦君主が自分の判断で措置（Maßnahme）を行うことができる場合に、領邦君主の裁量は語られていた。すなわち、裁量とは消極的に定められた唯一の規律・決定権能の残余領域であって、身分制議会の関与権や裁判所の管轄権を例外的な事情として描くことによって規定されるものである。等族の関与権能および裁判所の管轄権から領邦の君主の裁量権を区分することは、高権の権力の実体法的な拘束と間接的な関連性をもっていった。なぜなら、司法事件（Justizsache）の概念から導き出された裁判所の管轄権も、そして、場合によっては生じる等族の関与権も、領邦君主

の自由な処置から免れた既得の権利をもって根拠づけられていたからである⁹。

領邦主権の実体法上の拘束として既得権を語ることには問題があるようにみえる。なぜなら、例えば関税や貨幣鑄造権のような権利の一部分は支配権行使の権能を含んでおり、その限りではそれ自体管轄権を表示しているからである。しかしながら、既得権の範囲は広く、個人の財産 (persönliches Eigentum)、通商許可 (Handelserlaubnisse) などのような管轄権の指示を内容としない自由権や財産権も包含していたであり、その限りでは領邦君主の高権的権力の拘束は実体法上の拘束とみなされ、裁量は法的拘束の対立概念と理解されていた。ただ、実体法上の限界自体については、18世紀における法的拘束の理解は今日のそれといくつかの点で異なっている。第一に、法的限界は実定法上の限界である必要はなかったのである。神的なるもの (Göttliches) および自然法ないし理性法 (Vernunftrecht) は帝国議会の決議、授与 (Verleihung) および等族との契約と並立しており、これらのものは個別的な一つまたは複数の法源の中に根拠を有する既得の権利と並立している。警察国家の実務を規定する支配者によって制定された法は規範 (Kanon) とされなかった。それは領邦君主の裁量権の行使とみなされ、その限界とはみなされなかった。高権的な権力の実定的限界としては、客観的法規範ではなく、特に主観的な既得の権利が重要であった。このような制約を伴ってのみ裁量は18世紀においては高権的権力の法的拘束の対立物として記述された¹⁰。

領邦君主の裁量決定の典型として、警察権力の行使が絶えず現れる。なぜなら、支配的な見解によると警察事件と領邦君主の裁量領域は、既得権が警察事件と司法事件または等族の参与を資格づけられない限りにおいて完全に一致していたからである。裁量は警察権力が前提とするものであり、それぞれの状況についての福祉の目的を拘束力をもって具体化し、目的実現

9 Held-Daab, 前掲 (註4) S.23-37

10 Held-Daab, 前掲 (註4) S.38

のための措置の適格性と必要性について決定する権能である。すなわち、裁量は目標設定と並んで手段の選択も含むのである。

領邦君主の裁量権が法的拘束の対比として見られるか、管轄権の規定から根拠づけられるか、警察高権から導き出されるか、ということにかかわりなく、18世紀の法律学においては無制限の決定の自由は存在していない、ということについては一致していた。警察権力の論文や収用権 (*ius eminens*) についての説明においては、裁量領域における領邦君主の措置についての指針が語られ、これは19世紀の裁量瑕疵論の展開のための出発点としての役割を与えたのである¹¹。後に裁量瑕疵論について包括的に論じることにするが、そこにおいて再びこの展開について触れることにする。

ヘルト・ダーブは以上要約したように、立憲主義成立前の18世紀における神聖ローマ帝国での領邦君の裁量についての概説を行うが、その理由は、以上見たような裁量概念とともにある裁量の意味標識であって、これにもとづいて後期立憲主義的国法学、行政法学が19世紀後半において築いたものを確認する必要があるからである。

2) 行政権と司法権についての本質論 神聖ローマ帝国の最終的な解体とともに、領邦君主の帝国法上の拘束も、帝国裁判所に服することも、そしてこれによって生じた争訟の途による事案の適法性の強制もなくなった。したがって、君主は自分の裁量余地を拡大することについて法的にもはや妨げられなかった。争訟の途の制限を根拠づけるために、まず、新たな、狭く把握された私権概念が用いられ、この概念は司法事件の定義において既得権の概念に取って代わり、公法と私法の区別の基礎となった。すなわち、支配の関係を従属法的に構成し、ここから生じた法律関係を公法という概念にまとめ、臣民の水平的な方向をもつ、同位の法の総称としての私

11 Held-Daab, 前掲 (註4) S.41-47

法から分離することによる公法と私法の区別に対して、争訟の途の形成についても効果を付与したのである¹²。主観的な意味での権利保護の能力をもった私法（私権）は、私人に帰属しうるすべての権利ではなく、限定された客観的な意味での民事法または私法に根拠をもっている。これに対して権力的な措置は、いかなる権利毀損が主張されているかにかかわらず、原則として裁判所の審査を免れた。服従関係を構成した領邦君主の主権は、彼と彼の臣下である行政を支配権行使の事案において領邦の裁判所の判決に服させることを禁止した。なぜなら、そうでなければ、これらの裁判所に主権が帰属してしまうことになるからである¹³。

また、貴族によって占められていた裁判所から革命執行府を独立させることを保障する革命期のフランス憲法や行政法における権力分立は、後期立憲主義のドイツにおいては、それぞれ自立した司法と行政のそれぞれの権限領域は互いに明確に区別されなければならない、というように議論された。すなわち、行政の事案は、唯一のあるいは主として公共の福祉の実現のための必要性および合目的性の基準にしたがって決定されなければならないのであるが、司法は（私的）法原則の保持に制限され、行政事件の管轄権はそれに帰属しない、とされた。権力分立の議論は転換点であって、司法と行政の対立的機能の主張を行った。司法は法目的であって、新たな私法概念の下で私法秩序の保持に縮減されるのに対して、行政は広範な国家目的の実現が割り当てられた。このような構成において、行政裁量はもはや領邦君主の移譲され得る残余の権限としてではなく、すべての行政決定の始原的な特性であり、領邦君主の主権の直接の結果として現れた。裁量はもはや法的に指示された権限規定の産出物ではなく、法と対比される、司法から自由な政治的決定を創り出すのである¹⁴。

12 Held-Daab, 前掲（註4）S.55

13 Held-Daab, 前掲（註4）S.56

14 Held-Daab, 前掲（註4）S.58-59

3) 法治主義と裁量権（行政権行使の枠としての法）立憲的な、市民の自由を保障する国家の総体としての自由主義的国法理論によって、法治国の概念はシュタールにより法律拘束の形式的要素に縮減され、政治的参与および行政上の権利保護の要素に縮減された。シュタイン、パール、F.F.マイヤー、グナイストについてみると、彼らにおいて共通しているのは、法治国の形式的概念規定である。この形式的概念規定が法的拘束および法的統制を中心に置くことによって、三月革命前において行われていた対象によって権限を区分することを克服しただけでなく、初期立憲主義的な憲法上の地位の援用に代替することも可能にした¹⁵。法的拘束を授權の文言への拘束に限定し、曖昧な構成要件要素の具体化を事実関係の評価として行政裁量に割り当てる試みは、行政裁判所法の法典編纂に影響をあたえただけでなく、後に行われる不確定法概念をめぐる争いの問題設定や解決方法を前もって描いている。

すなわち、形式化された法治国概念の下で国家権力の裁量と法的拘束は新たに規定された。実定的、客観的、実体法的規定は、いまだもって前法的に考えられた国家権力自体から流出する裁量権の枠（限界）とされた。裁量権については以前の消極的定義とは異なり、残余の領域はもはや管轄権の総体によりまたは主観的既得権との区画において定められるのではなく、専ら実定的客観的な法規によって限界づけられている。ある措置の合目的性と必要性は、基準であって、法的に許容されたものの枠内においてのみ意味をもち得る。したがって、裁量権は国家の行為を定め得る法規が存在しないか、または、一義的ではない法規もしくは確定的規律を行わない法規が介入する場合の何処にも認められる¹⁶。

法適用は確かに規範の解釈、事実関係の調査および包摂（当て嵌め）として記述されるが、法適用に際しての法的瑕疵としては解釈の瑕疵だけが現れる。瑕疵ある事実関係の認定にかかわる適用の瑕疵は、F.F.マイヤー

15 Held-Daab, 前掲（註4）S.88

16 Held-Daab, 前掲（註4）S.88-94.

にあっては法的瑕疵ではなく、裁量の瑕疵に分類される。グナイストはこれを法的領域と裁量領域の中間に位置するものとする。ベールは、裁判官に単に解釈の事後審査を留保することによって同様の結論に達する。

解釈の瑕疵だけが——必ずしもこれがすべての解釈の瑕疵ではないが——法適用の瑕疵として理解される。まず、解釈は文法的・目的論的解釈として具体化される。この時代すでに普遍的であった体系的、起源に関する解釈 (genetisch)・歴史的解釈は除外され、そして目的論的解釈は明示的または黙示的に行政に留保された。したがって解釈の瑕疵としては専ら文法的な解釈が考えられていた。包摂という概念の下で、事実認定とともに解釈の先取りを可能にする事実関係の評価が押しつけられていた。このような包摂モデルは、3つの段階で示されている法適用の方法論的な秩序づけを完全に放棄した。包摂は2つの定法 (lege artis) から具体化された前提の帰結ではもはやなく、事実関係の評価としてむしろ事件に関係した事実の前提の主観的な標本作製ようになる。したがって、それは法適用の結論に対する任意の影響を被る。これは同時代の解釈理論からも遅れていただけでなく、法適用に際して恣意を排除するという明確な目的とは相反する解釈モデルであった。そうしたモデルが採られる理由は、裁判官の法適用審査から免れるものが行政に対して唯一の決定権能としてあたえられる、という法政策的な目標にもとめられる。文法的解釈への限定がその機能において、独立を得ることになった司法の政治的な不可触性を領邦君主が確実なものにしようとした18世紀の解釈禁止に対応するのである¹⁷。

シュタインやベールが司法国家的伝統において法的統制を裁判官の統制と同一視し、慎重に制限的に定められた法的拘束によって把握されないすべてのものを行政に委ねたのに対して、グナイストとF.F.マイヤーは積極行政に行政統制を統合することを許す余地を利用する。彼らは文言の限

17 Held-Daab, 前掲 (註4) S.95.

界に縮減された法的統制の彼方に瑕疵ある裁量という議論（裁量瑕疵論）を展開した。それは、その起源を一部分は18世紀より由来する濫用論に、そして一部分はフランス行政法から借用した越権（*exès de pouvoir*）にもとめている。シュタインやベールが司法国家的伝統において法的統制を裁判官の統制と同一視し、慎重に制限的に定められた法的拘束によって把握されないすべてのものを行政に委ねたのに対して、F.F.マイヤーやグナイストは積極行政に行政統制を統合することを許す領域を利用する。彼らは文言の限界に縮減された法的統制の彼方に、瑕疵ある裁量権行使という概念を発展させた。その起源の一部分は18世紀より由来する濫用論に、そして一部分はフランス行政法から借用した越権に求められる。古い濫用論は、18世紀の公法学と同様に、法律に適合するが、法定目的でない利己的な目的を追求する場合に濫用的行為を認めるのである¹⁸。

4) 行政裁判権の発展 19世紀の60年代と70年代の行政裁判所法は自由主義的権利保護の要求と、行政の遮蔽された権力をもとめる保守的な主張との間の妥協を実現した。政治的観点から見ると、行政裁判所法の制定は当時の反対勢力の協力をもとめるための保守的な政府の反対給付であった¹⁹。しかし、ドイツのそれぞれの国における行政裁判所法の実施は、それがもはや内政上の宥和以上のものであることを示している。これの実施は農業や産業社会の発展を斟酌しているのである。行政の新たな組織や行政上の権利保護の保障は、わずか10年に満たない間に、すべてのドイツにおいて達成された。国家は産業化に直面して、市民社会を解放するだけでなく、規制的、助成的に介入せざるを得なかったからである。国家からの給付や保護にますます依存する個人の地位は、行政の側からの違法な干渉から保護されなければならなかった。新たな技術の発展、化学・電気産業の興隆、重工業や銀行の集中と結合、膨大な人口群の都市化とプロレタ

18 Held-Daab, 前掲（註4）S.96.

19 Held-Daab, 前掲（註4）S.100.

リアート化は、官庁の介入権能の拡大や分化だけでなく、関係する市民、企業、投資家のために、そして身分制の崩壊の後に何らの保護が提供されない社会的な依存者のために法的安定性を要求した。このような法的安定性は行政と行政統制の分化が実現されていなければ保障されないのである²⁰。

行政裁判所法における行政上の権利保護の規定は、60年代の法治国の端緒において用意されたものであり、活動行政から組織的に独立した行政裁判権の観念を引き継いだ。裁判所の審査権能の制限を伴ってグナイストが展開したモデルが、プロイセンやこれにしたがう北部や中部ドイツの立法の模範になった。南部ドイツの国々はライン連邦時代から受け継いだ行政司法の制度を採った。グナイストの願望とは異なり、法律問題と裁量問題の区別を管轄権の区分基準として長期にわたって主張することは理論的なものでなく、法政策的な理由をもっていたのである。行政の階層制への組織的・人的結合が緩やかになるほどに、行政裁判所による裁量統制は受忍できないものになる。単なる行政官庁として特別の構成と手続で決定を行うのではなく、真正の裁判所として行政から独立して、完全な裁判官の独立を享受する最上級の審級は原則として法律問題の審査に制限される²¹。

要約すると、つぎのように言える。すなわち、行政裁判所法は60年代につくりだされた法の統制と裁量の統制の区分を広範囲にわたって取り入れた。このために、少なくとも最上級の行政裁判所の管轄権は法律適合性または法律問題の統制に制限された。立法者は、通常の裁判に対しても見られるような懐疑を、上級行政裁判所や行政裁判所に対して示したように見える。重要なのは最上級の行政裁判所の組織的な独立化であって、これは行政に対する潜在的な対抗者であるとみなされた²²。

19世紀初頭の国家学や行政法学は、通常は国家的行為の法的拘束を法

20 Held-Daab, 前掲 (註4) S.101.

21 Held-Daab, 前掲 (註4) S.102.

22 Held-Daab, 前掲 (註4) S.103-113

律の拘束として考えていた。法的拘束についての説明は権力分立に関する説明と結びつき、近代の成果としての法治国家の実現の指摘をもって始まるのである。すなわち、法治国家を憲法的法律への執行府の服従として説明するのである。O. マイヤーはこのような議論を行政の法律適合性としてまとめ、後期立憲主義的行政法理論の出発点としたのである²³。初期立憲主義的立憲国家の総称から「良く秩序づけられた行政法」の国家の総称への法治国概念の移行は、後期立憲主義的公法学の一般財産になったのである。法的拘束と法律の拘束の同一視の後ろ盾になり、この同一視について根拠づけを媒介している憲法局面での法治国概念の溶暗 (Ausblenden) は、裁量論について国家権力の法律による拘束の問題への限定を結果として生じせしめた。

法は国家活動の単なる枠であって、その基礎ではないということを援用して、行政裁量をめぐる議論は、既存の法規範の規律内容を行政目的実現に際しての枠として捉える。すなわち、法律は「優位の機能」の中で見られたのである。法律の留保は裁量論から除外されたままである。法律の留保も国家活動の限界、つまり法律の授權の留保のもとでの一般的な侵害の禁止として理解され得る。法律の留保を溶暗し、法律を優位の機能に縮減することは、法を枠 (限界) として理解することから必然的に生じるものではない。法律の留保もまた憲法上の国家活動の限界、つまり法律の授權の留保の下での一般的な侵害の禁止として理解され得るからである。むしろ優位の問題への集中は、国法学や行政法学に対する立憲的国家論の影響を示しているのである。国民代表の参与の下で成立した法律は、君主制の執行府と同一視される、包括的な国家権力の基礎としてではなく、その限界として理解されるのである²⁴。

以上のような説明から、つぎのことが明らかになる。すなわち、法律の留保は 19 世紀の終わり頃まで形式的な法律の留保としてではなく、単な

23 Held-Daab, 前掲 (註 4) S.113-115

24 Held-Daab, 前掲 (註 4) S.118.

る法規の留保として発展したのであり、憲法からではなく、実証主義的側面から見て 法治国の概念から導き出された、ということである。このような構成は形式的法律を限界として理解することを疑問視しなかった。また、これは憲法的法律の参加的機能としてではなく、命令や慣習法においても見いだされる法規の、法的安定性を保障する保障機能を強調したのである。世紀の転換頃になって初めて国法学や行政法学における法規の留保はプロイセン一般州法典 (PrALR) § 10II17 から導き出すという暫定的な試みの後で、基本権の自由や財産の保障の解釈を通して形式的法律の留保にまで拡大し、憲法規範からの導出によって追完された。しかし、法律による侵害授權の必要論を支配的な裁量論に統合することには成功しなかった²⁵。

法律の優位の機能への限定は、伝統的な権力分立の議論が広く行われたということとその本質とする。古くからの司法と行政のライバル関係は行政と行政裁判所法の関係において消滅するのではなく、存続した。行政裁判権の導入により、これまで広範に司法から免れた行政は防衛的地位に追い込まれた。自由裁量についての行政裁判所の解釈は、これまで行政実務において定められてきた、法から自由な、目的を志向する決定の裁量余地がいかなる範囲において維持されるか、ということを決める²⁶。

司法と行政の本質の違いとともにする議論は、法律によって一義的に決定されていないすべての措置を行政裁量の中に算入する。裁量要素を認定する際には、大まかにそして詳しい理由づけなしに行われる。公益、必要性または衛生に対する危険のような具体化を要する「不確定概念」は選択的な法律効果の指示と同様に行政裁量の中に加算される。法的羈束性の程度は授權規範の文言のみによって判断される。法の解釈に際して好んで援用される起源に関する解釈・歴史的解釈は、実体行政法の解釈に際しては考慮の外に置かれる。規定の趣旨目的の解釈は、すべての目的概念と

25 Held-Daab, 前掲 (註4) S.118-121

26 Held-Daab, 前掲 (註4) S.121.

結びついた問題と同様に行政に留保された。適法性の統制を文言の解釈の統制に限定することにおいて、19世紀前半における権力分立の議論との同一性が見られる。しかし最も明確な違いは、主権の援用が裁判所の統制の妨げになるとして放棄されたことである。そこで、国家概念を君主の人格から引き離すことが考えられる。これは主権をもった組織体としての国家の理論をもって始まり、法人としての国家の理論で終わるのである。もはや君主ではなく、国家自体が主権の主体としてみなされる。それ故行政は、領邦君主により執行府の頂点として推論される主権を裁判所の統制に差し出すのではなく、主権的国家において裁判所と並んだ対等な機能の中のみずからを見いだす²⁷。

5) 裁量要件としての不確定概念から不確定法概念への展開 支配的な後期立憲主義的な裁量論は、時間的に一部分は重なり、体系的には互いに関連し合う議論の圏内において展開した。この展開を概観すると、つぎのようになる。

まず、不確定概念の具体化は原則として行政に委ねられているという伝統的な観点が問題視された。行政に友好的な南ドイツの判例および保守的な理論との議論において、規範正文における不確定概念を審査ができる「法概念」として構築することに次第に成功した。このような展開の後に裁量概念を、法律が指示した法律効果の選択に制限する議論が出現した。第二番目の議論として、異なった法律上の行為の可能性の中での選択の自由は比例原則により制限された。プロイセンの行政裁判所は一般州法典(Pr. ALR) § 10II17の解釈とともに、警察上の侵害の過剰を裁量権の濫用の徴証としたことにより、比例原則を法的瑕疵に高めた後で、理論において体系的に根拠づけ、それぞれの侵害の正当化の条件のために一般化した²⁸。

27 Held-Daab, 前掲(註4) S.122-125.

28 Held-Daab, 前掲(註4) S.139-140.

規範の正文における不確定法概念をめぐる議論は2つの問題に広がるが、それは必ずしもきちんと分離できるものではない。最初の問題は、構成要件と法律効果を一義的に「このような場合には、つぎのような効果が」(wenn -dann) という意味で結びつけている強行規定が法適用者に対して、規範正文の不正確な文言の故に決定の裁量領域を残しているのか、という問題である。第2番目の問題は、行政裁判所の管轄権の区分の文脈において存在するのであり、果たして行政かそれとも行政裁判所に、この決定の裁量領域の拘束力をもった充填が帰属するか、という問題に行き着く。そこで何名かの学者は、最終的な拘束力をもった構成要件の具体化の権能を、行政に対してみとめる。このために、彼らはまず法律の文言の限界において規定の欠缺を自分の判断で充填する行政の権能を指摘する。限界という公式からのこのような伝統的な議論は、不確定概念の使用においては行政官庁による黙示の規範具体化の法律による授權が存在している、という主張によって後に補充された。第2番目の根拠づけの試みは少なくともO.ベールにしたがい、概念解釈の先取りのための事実関係の評価について別の表現を使い、不確定概念の具体化に関する決定を行政に留保した。

反対意見の展開は主として南ドイツとオーストリーの裁判所の判例において行われたのであり、これは不確定概念を裁量要件として取り扱ったために、行政上の権利保護を著しく後退させた。更に、ベルナツィク (E. Bernatzik) が技術的裁量論を提供したのであり、ここでは事実関係の評価の自由としての裁量論が特に顕著である。テツナー (F. Tezner) はすべての概念の具体化の必要性から出発しており、いわゆる不確定概念に特別の地位を認めない。この概念の具体化はその他のすべての構成要件要素と同様に、正しい規範の解釈や適用の問題として理解された。この場合、行政裁判所には執行府の法適用の審査の折に、権威をもって不確定概念の解釈・適用に関して決定をする権能があたえられたのである²⁹。

29 Held-Daab, 前掲 (註4) S.140-141

以上の点をもう少し具体的に見ると、つぎのようなる。すなわち、特にバイエルン、ヴェルテンベルクおよびオーストリーの行政裁判所の判例においては世紀の転換までは、法律規定の不確定性から裁量余地を導き出すことは普通であった。バイエルンおよびオーストリーにおいて裁判所は、裁量の構成要件を大まかに認め、そしてそこから自分の管轄権の領域を厳格に定め、これによって政府の側からの不信を紛らわそうとした。政府は行政裁判所による『二重行政』(Doppelverwaltung)を警戒し、行政裁判権の実施をかなり困難にしていたのである。判例は裁量の構成要件としての不確定概念の取り扱いを欠缺の議論(Lückenargument)とともに正当化する。すなわち、法律の規定はこのような場合、不完全であり、行政の裁量権を排除するほどに厳密ではない。自由な行政活動の枠としての法律という観念は、立憲的法律の適用領域においても、行政活動に対する枠を設定するについて高度の要求をすることにより、柔軟な目的追求のための最適な場所(ニッチ)を提供するために使われる³⁰。

6) 法律による黙示的委託論 不確定概念の本来の中心点としての「国家理性」が裁量権の授権として提供されるという剥き出しの形式は、行政学から解放された行政法学の合理的・法律学的な理由づけの要求に対しては耐え得ない。この形式は立憲的立法者に対する正当化という点から見ても問題がある。このため裁量の構成要件の理論を、構成要件具体化についての行政に対する法律の黙示的な授権とすることによって正当化することが有望であるように見えた。不確定な構成要件要素の拘束力をもった具体化についての法律による委託に頼ることは、政治的に合目的な決定の伝統的な行政の留保が法治国的侵害留保の達成をもって行き着く正当化の圧力を斟酌している。たとえ留保がまず法規の留保としてのみ理解され、形式的法律の留保として未だに承認されていなくとも、この留保は法から自

30 Held-Daab, 前掲(註4) S.141-142.

由な執行府の裁量余地はもはや原則でなく例外であり、そして裁量は少なくとも市民との間の侵害関係において法的に根拠づけられなければならない、ということを示している。同時に、不確定な法概念を具体化の委託として見ることは、重要な意味をもっていた。自由な任務の遂行の単なる枠（限界）としての法規は、行政活動の絶え間なく密になる法規に次第に取って代わる。そこで例えば、ある活動に際して行政は法律によって制限されているかという問題は、当該規定が確定的なものか、それとも慣習法上のあるいは前憲法的な侵害の授權の補充的な適用のために領域を残しているか、という問題に代替する³¹。

7) 事実認定と事実の評価の裁量（技術的裁量論）

ベルナツィクの場合 ベルナツィクによると、不確定な構成要件の適用は単に具体化の裁量一つの場合にすぎず、この裁量は法規範のすべての適用に特有のものであり、規範の確定性の程度に応じて、大きくもなり、小さくもなる裁量領域をあたえるものとして現れる。すなわち、彼は法適用と裁量権の行使という伝統的な対比を明確に放棄した最初の人である。彼の適用概念は構成要件を具体化する裁量を排除するのではなく、包含する。彼は構成要件具体化の基準として、「公共の福祉が要求している、と汝が信ずるものを為せ」に書き替えられる良心的な職務遂行についての勤務法（公務員法）上の要求を挙げる。これを外部法規範と同一視することによってすべての、それほど厳密でない授權規範を実質的意味での法的に羈束された決定または裁判（Rechtsprechung）として説明し、構成要件具体化に際してのすべての裁量領域を専門技術的行為の羈束された、技術的または判断的（diskretionär）裁量であるとする。この場合、ラーバンとオマイヤーと異なり、立法者の意思とか解釈のルールによる結論の確定は含意されていない。これに代わって勤務法上の要求が登場する。

31 Held-Daab, 前掲（註4）S.146-147.

ベルナツィクは技術的または判断的な裁量を事実関係の認定や評価に分類するが、これを法適用の「論理的性質」をもって根拠づける。彼はこれを、例えば構成要件の包摂の方法論的な予めの確定の中にはなく、構成要件の認定と法律効果の指示の結合の中に見るのである。すなわち、ある事実関係の構成要件適合性の肯定により、既に法律効果の適用可能性が決定されたのであるから、法適用者の自由は単に事実の前提の中にあり、または、厳密に言えば、精神的な過程の中にあり、これのお陰で事実のモメントの認定から一定の、法律において挙げられた範疇が推断される、というのである。更に彼は、技術的裁量の範疇に入るものであって、通常は不確定概念と呼ばれている適切性 (Angemessenheit)、有用性 (Nützlichkeit) または危険 (Gefahr) の概念を構成要件要素の中に含んでいるものを説明する。すなわち、その存在ははかなり複雑な一連の「推論の連結」 (Schlußkette) の適用の下ではじめて肯定され獲得された結論の正しさまたは間違いは第三者によっては確認されない、という。

法適用の自由は事実の決定のための前提条件の認定においてのみ存在するというベルナツィクの主張は、Kann (することができる) また Soll (しなければならない) を含む法規定から問題があるだけでなく、取り分け、解釈の意味が完全に隠されてしまうということから見ても問題である。解釈は構成要件の厳格化に何ら寄与することができないということは、証明されるのでなく、前提とされている。これについての理由は、おそらくつぎの事情であろう。すなわち、裁量を解釈の裁量余地の中に分類することは、行政裁判所による審査可能性を容易に推測させる。これは、ベルナツィクがまさに排除しようとしたのである。このために、彼は事実認定および結論を導き出すことの審査可能性がないことのメルクマールを再定義して、これを法律で根拠づけられた専門的行政決定の留保に意味を転換するまでになった。

ベルナツィクはもともと技術的裁量の領域の特色をつぎのように考えていた。すなわち、事実のモメントに関する判断が一般の統制を免れており、第三者は得られた結論の正しさや間違いをもはや確認できない、というも

のである。したがって、官庁の決定の客観的な正しさの基準の欠如や、そこから生じる論駁の不可能が重要な基準として現れる。しかし、彼は多数の意見を、認定の正しさのための決定的な徴証として提示する。これによって例えば不衛生、水害の危険、火災の危機のような技術的問題の判断に際して、概括的に行政の裁量を前提にすることができた。何故ならここでは最終的帰結は技術的ルールであって、これについては専門家の小さな圏内に属する者が判定するのであって、全体の者がそうするのではないからである。その理由は、客観的審査という意味での統制可能性ではもはやなく、すべての者による審査可能性が問題だから、というものである。公益具体化に際しての裁量は、官庁がいかなる関係でも専門家であるということによって根拠づけられる。この確認は、法律が裁量概念を自由に用いることができるという指摘によって支えられている。そうであるとすると、これは通常、得られた結論の正しさを審査する可能性が第三者から奪われてしまうことを意味する。以上によって、ベルナツィクは専門的な決定の行政の留保の根拠づけをした。技術的裁量に根拠を置いた判定については、刑事・懲戒裁判所の判決を別にすれば、法的統制は存在しない、と言うのである。刑事・懲戒裁判所が除外される理由は、瑕疵ある行為の故意または重過失の確信が帰結されるほどの重大な矛盾の中で行為の意図とともに何らかのものが行われた、ということ全体の名前で判定することが法秩序により授權されているからである、という。彼はこれに相当する授權を行政裁判所に認めなかったのである。

ベルナツィクは、裁量権の行使は法適用の事実の側面にのみかかわるという前提から、60年代の行政に友好的な学説と同様に、裁量構成要件の適用に際しての場合によっては生じる瑕疵は行政裁判所によって法的瑕疵として制裁を受けることはない、という結論に達する。しかし、実定法がそれについて管轄権を定める限り法的統制ではなく、『二重行政』が存在する³²。

32 Held-Daab, 前掲 (註4) S.149-154.

○.マイヤーの場合 ○.マイヤーはその他の厳密に確定されていない構成要件要素の具体化について、○.ベールの範例にしたがって、解釈と事実関係の評価を対比させ、後者を前者とは反対に、行政の羈束裁量ではなく、自由裁量に組み込むことによって、同様の結論に達した。彼は、法適用の統制からまったく独立した法思想が事実の調査の基礎になっている、と主張する。

彼によると、事実の審査の独立化は二つの側面からの行政の自由裁量が前提となっている。一つの側面は、処分に際しては複数の法定の法律効果の選択が含まれているだけでなく、すべての法適用に際しては法律効果として指示された行為を生ぜしめるために適切であるかという事実の評価を内包している、ということである。自由裁量の第二の側面は、具体化する解釈の観点からではなく、事実の評価の観点から記述される構成要件適合性の認定以外の何ものでない、ということである。○.ベールと同様に、彼にとっても、このような技巧的概念は解釈の先取りを行い、その方法論的問題を回避することになる。事実関係の評価の自由裁量は規範の適用領域を帰納的に個々の事案の特性から定めることを可能にする。これによって法適用者は、法律の活きた声 (viva vox legis) によって設定された具体的な適用の結論を演繹的に唯一の考え得る解決方法として展開するという強制から免れるのである。しかし、ベールやベルナツィクとは異なり、○.マイヤーは裁量権行使として事実認定を分類することを、裁判所の統制を排除するために用いたのではない。彼が事実の審査の独立化のために依拠したプロイセンやバーデンの規定は、事実の評価はそれが裁量統制の一つの場合と呼ばれざるを得なくとも、裁判所によって審査され得るという主張の典拠になったのである。

事実認定の独立化や事実関係の評価の様式化は、○.マイヤーにあっては、規範適用の裁判所による統制の内容を制限する目的しかもっていなかった。事実関係の評価とされている構成要件の包摂の審査は、果たしてこのような要件にもとづいて処分が行われ、または場合によってはこのような要件が処分の誘因となったのかということ、あるいは、別の表現で言えば、

果たして一般的にこのような事実が行政の指示のための要件となったか、ということだけに及ぶ。しかしこの審査は、果たして指示された処置が構成要件に関して必要であり、そしてより一層すぐれたまたは合目的なものか、ということには関係がない。このような不明確な公式は、一つには、曖昧な構成要件要素の適用に際して判断余地 (Beurteilungsspielräume) を可能にするのであり、これを O.マイヤーは解釈論の枠内では根拠づけることができなかった。他方では、それは構成要件の統制を、個別事件に関連してより一層厳格にまたは大規模に形成することを許し、法律効果の選択の統制だけを原則として審査から除外している。したがって、O.マイヤーの構想は、19 世紀の終わり以来ますます曖昧となる構成要件要素を「不確定法概念」(unbestimmte Rechtsbegriffe) であるとして、これが裁判の対象となり得るとして宣言したのであり、その結果として、裁量を法律効果の選択に限定する判例・学説の展開に対して途を開いたのである³³。

8) 不確定法概念論の展開 不確定概念を裁量の構成要件に分類する試みとは異なり、「不確定法概念」は二つの異なった前提から出発した。最初の前提は、個人の法的地位を規定する規範の適用は決して行政の裁量の中には入らないと、とするものである。この基本的思考はバイエルンの行政裁判所の実務に対抗したものであり、グルート (O.Gluth) とテツナー (Tezner) により、すべての事実の解釈と適用は構成要件の確定性にかかわりなく、法律問題として取り扱わなければならない、という基本原則として一般化された。この一般化の基礎を第二の基本的思考が形成するのであり、これもグルートとテツナーによって発展させられた。すなわち両名は、いわゆる不確定法概念の具体化は一般の構成要件の具体化と同様に、解釈によってのみ行われなければならない、と主張するのである。

33 Held-Daab, 前掲 (註 4) S.154-156

不確定法概念論として最初に見るべきは、官庁が専ら公益を顧慮して決定しなければならず、行政の行為には主観的な権利が差し出されていない場合にのみ自由裁量は存在することが可能である、という司法国家的観念である。このような観念の基礎となっている主観的な権利領域の区分としての権利の理解と、裁量問題に際しての通常の争訟の途の排除は、主観的権利と裁量を互いに排除しあう対立物として把握し、国家権力の客観法的拘束を無視する、という結果になる。しかし、裁量概念自体、主観的な権利保障の欠如によってはじめて確定されるのであるから、裁量概念に立ち返ることなしに主観的権利付与の基準を見いだすことが必要である。そうでなければ、循環論法に陥ることになる³⁴。

不確定法概念論の更なる発展は、グルートとテツナーによってもたらされたのである。彼らにとっては、不確定法概念の解釈の可能性と必要性が重要な観点である。

グルートとテツナーは、すべての構成要件要素の正確な解釈が可能であり、法律よっても委託されている、という原則から出発する。テツナーは、裁量と客観法の拘束の対比にもとづいて首尾一貫した議論をしており、法律効果の書き替えも含めて、すべての法規範を行政の行為の構成要件および法的限定として理解する。したがって彼にとっては規範正文におけるすべての不確定概念の具体化は解釈問題であり、法律問題である。グルートとテツナーは不確定な構成要件要素は確定的なそれと同様に解釈という方法で具体化されるという確認を、行政の留保の認定については、解釈と同様に、事実関係の認定に際しては自由な余地は存在しないという説明をもって補充している。両者は法適用の一部であり、法的統制の方法で裁判所によって審査されなければならない、とするのである。事実関係の認定も法適用の一部であり、法的統制の方法で審査されなければならないという説明は、事実関係の評価に際しての行政裁量に反対する。そこで、行政裁判

34 Held-Daab, 前掲 (註4) S.157-158

所の法的統制は原則として法律問題での上告 (revisio in iure) に制限されると主張するベルナツィクに反対する。

テツナーは主観的権利へ迂回することなく、不確定概念を解釈問題とする。彼は、すべての法的な枠 (制限) が使い果たされたときにはじめて、行政の裁量というものを語るができる、とする。彼によると、このような条件を確認することが規範解釈の任務と、調査された事実関係への包摂の任務であって、この場合に、構成要件の確定性は問題とならないのである³⁵。

テツナーはグルートより一層根源的に、不確定概念解釈の必要の根拠づけと同様に、不確定概念の解釈能力の根拠づけに取りかかっている。グルートは不確定概念に際しては少なくともその具体化のための「手掛かり」が発見され得るということだけを指摘している。しかし、テツナーは結論においてグルートに賛成するが、自分の議論を概念上の厳密化の限界についての基本的な考慮に依拠させている。つまり、厳密に書かれていない解釈の指標がいまだに手掛かりをあたえているという事実ではなく、すべての概念は多かれ少なかれ曖昧であるという認識が、すべての不確定概念による裁量権付与の要請を退けたのである。すべての限界線すれすれの場合を疑いがないように把握することについての言語の不可能性が、外見上確定した概念も適用の不安定をもたらす、というのである。

テツナーは、概念の不確定性は具体的な、境界領域における事実関係に直面してはじめて認識し得るのであり、一つおよび同じ概念は個々の事案における適用に際して文脈に応じて確定または不確定として現れるということの例として、Straße と Weg (注：いずれも道ないし道路などを表す言葉である) または Hütte と Haus (注：いずれも家屋ないし建物を表す言葉である) の区別を挙げる。厳密でないすべての概念が行政の裁量権を形成しているとするのであれば、数字による表示や厳密科学の専門語彙以

35 Held-Daab, 前掲 (註4) S.159-161.

外のすべてのものが裁量権付与ということになってしまう。彼は、概念の適用領域の不安定さからその意味の確定性を推論することができないとするノイマン (F. Neumann) に反対している。すなわち、一定の範囲において存在し、一定の条件や前提にしたがっているように見えるものの総括概念が動揺していようとも、そこから条件や前提自体が我々の理解を超えているほどに動揺していることには決してならない。したがって、解釈の任務は、概念適用の条件としての抽象的な指標における概念の意味を個々の事実関係の組み込みに関する疑義が解消されるほどに具体化することにある、というのである³⁶。

ノイマンとテツナーは、解釈の任務として不確定概念を理解することを立法者の意思から正当化する。立法者が多かれ少なかれ曖昧な概念を侵害授權に際して用い、そのような構成要件要素に、時として広くおよぶ法律効果を結びつけるならば、立法者はこうした概念を用いるに際して何も考えず、すべてを行政に委ねようとしている、ということは想定できない。すべての構成要件要素と同様に、いわゆる不確定概念においても、権威ある立法者の意思が宿っているのであって、法律の権威が放棄されてはならないとするならば、それは解釈という手段で見出すことができ、またそうしなければならない。行政裁量を推定するという伝統は、解釈による確定が可能であるという推定に代替した。通常は裁量の構成要件とされる公益、必要性および合目的性という概念でさえ一義的に確定できるのであり、それ故その適用は法的統制の枠内で審査され得る。したがって、解釈に先行する事実関係についての評価の行政留保によって解釈的概念の具体化が旨く行かないことを回避するために、テツナーとグルートは事実の認定を事実関係の評価の型にはめ込むことに反対する。そして事実の認定も法適用の要素として法的統制に服することを強調する。

さて、以上のような不確定法概念の理論の弱点は、それが不確定概念の

36 Held-Daab, 前掲 (註4) S.162-163.

具体化の問題を、解釈の限界が明かである場合に深化させなかった点にある。概念の具体化が必ずしも一義的な解決に行き着かないことが分かって、法的統制可能性の到達範囲の結論は得られず、行政裁判所の審査の権能を可能な限り広く定めるという自由主義に動機付けられた努力の中に放置される。不確定概念の具体化がどの程度まで解釈によって行われうるかの問いは、結局は権限ないし管轄権公準への飛躍 (Sprung auf ein Kompetenzpostulat) の問題になってしまう。例えばテツナーによると、裁判官はその職務により規範の内容を「権威をもった作用」をもって規定することが委ねられている。解釈の任務の法的性質または解釈の任務の一義的解決可能性が決定するのではなく、裁判の作用から導き出された裁判所の決定の留保が決定するのである³⁷。

法概念としての不確定概念の果てにあるのは権限の要請への撤退である。これは反対論でも同様である。反対論と同様に、ここでも法的拘束や法適用の分析を犠牲にして、権力分立や国家作用の記述からの拘束力をもった具体化の権能が導き出されており、これが前景に置かれる。その目標方向だけが対立している。すなわち一方が、不確定な構成要件を行政の合目的性判断のための場所を守る楯として主張するかまたは事実関係の評価の具体化を行政に委ねるために法適用や法解釈を切り詰めて説明するのに対して、他方は、法的統制の枠内で拘束力をもった概念の具体化について裁判官の権能を正当化するために、解釈の制限された能力を無視しなければならない、と考えている。

この不確定法概念論は、概念の具体化を正当にも解釈問題として定義することによって合目的な決定の行政留保の黙示の承認論に反駁をしている。すなわち、解釈が構成要件充足のための基準を調査したときにはじめて事実関係の調査が意味をもち得るのである。これを明らかにしたために、事実関係の専門的な評価に頼ることが外見的合法主義 (Scheinlegalis-

37 Held-Daab, 前掲 (註4) S.166.

mus)であることを暴露する³⁸。

1920年代の行政法理論や実務においては、不確定法概念論は単に結論においてであって、その理由づけでは主張されていなかった。確かにますます多くの不確定概念は法概念とされ、その適用は裁量問題としてではなく、裁判所によって審査され得る法律問題として取り扱われることになった。しかしながら、これらの概念の解釈の必要や能力とともにする議論は大した役割しか果たさなかった。その理由は、解釈の機能上の能力に頼ることは19世紀の80年代以来いつも問題にされてきた、ということに求められる。行政法学が不確定概念の適用を解釈問題として考えていたときに、伝統的な、一義的に決定されるとする裁判官の法適用と、自由な行政の裁量を区別することは既に民法学者の側からは却けられていたのである。

一義的に前もって定められた結論の単なる発見として法適用を観念することは、民法法的方法論においては、19世紀の初頭の単純な法実証主義からの訣別以来崩壊した。解釈論上の議論においてそれ以来いつも表明されてきた法適用の論理的性質に対する疑問は、新たな民法上の一般条項の刷り込みの下で、そして、その他の理論においても公然と議論された。裁判官の創造的な活動の正当化は、法適用に際しての裁判官の自由な形成的な裁量領域を根拠づけ、または後に自由法運動に連動して、実証的な方法論に対する反動において法とは異なる (contra legem) 法形成および権能を要求する研究の出発点となった。解釈方法論的に単なる法発見の零にまで縮減された裁量領域として裁判官の裁量権を理解することはもはや不可能になった。このような観念の崩壊により、行政裁判所の統制の正当化もまた問題とされた。行政裁判権は行政のための管轄権の区分をめぐる相変わらずの論争において、自らの裁判を政治的に疑義がないようにするために、法適用を一義的に羈束された活動として主張することが求められた。行政裁判官の決定の裁量領域を公然と承認するならば、例えば警察法

38 Held-Daab, 前掲 (註4) S.167.

や営業法において違法で、正当化できない『二重行政』(Doppelverwaltung)として裁判を評価することに対抗して行政司法を正当化することは困難であった。同様のことは、不確定概念の適用に際しての解釈の判断余地の承認においても見られた。この判断余地の厳密な区分を根拠づけることはきわめて困難であったので、重要な領域における公然たる承認は、苦勞して獲得され、法治国的な成果として考えられた行政裁判所の統制を無効にするおそれがあった。20世紀初頭の支配的行政法学はこのような結果をいかなる犠牲を払っても避けようとした。解釈問題を厳密に議論しないで、完全に決定された概念適用と、完全に自由なそれとの二者択一に固執した³⁹。

法適用に際しての羈束性と自由の境界を概念具体化の確定性の境界としてではなく、不確定概念の範疇と裁量概念の範疇の境界として定めようとしたW.イェリネク(Walter Jellinek)は不確定な概念を言語学的意味での曖昧な概念として理解し、その上でこれを基礎にしてその概念を分析して、適用の裁量余地を限界づけようとした⁴⁰。

帝国の終わり頃の行政法学においては、殆どすべての不確定概念が一義的に確定し得るものとして承認される限りで不確定法概念論が行われた。裁量概念の領域は裁量決定の伝統的な同義語である、公益、合目的性、公正性(Billigkeit)の具体化に制限された。確定し得る法概念と自由に充填し得る裁量概念の二分法により、学説は解釈問題としての概念の具体化のための不愉快な考察を更に進めることを回避した。法概念として宣言された構成要件要素については、一義的に確定された解釈の結論という教義の脆弱さにもかかわらず、法適用の一義的確定性の要請に固執した。学説は、この概念の適用範囲を経験的に認定される事実または経験則にもとづいて一義的に確定できる、という確信を支持した。更に学説はこれとともに、補充的議論として、法概念と裁量概念の二分法を根拠づけるために、

39 Held-Daab, 前掲(註4) S.169-171.

40 Held-Daab, 前掲(註4) S.172-181.

価値概念または自由な目的具体化として裁量の内容を記述することを通して、裁量権付与として理解されることが可能な概念の制限列举を展開した。これによると、公益の具体化はいまだもって圧倒的に裁量決定として考えられている。これに対して、必要性や合目的性の概念は、それが法定目的に関係する場合には法概念とされる。規範の関連性から配分指針または平均基準が導き出されるときは、相当性 (Angemessenheit) または公正性の概念は確定され得るものと見なされた。

以上のような議論の結果、わずかな概念が裁量権の付与として承認され、構成要件適用についての可能な限り広範な行政裁判所の統制を正当化することになる。授權規範が不正確に定められていても、自由権や財産権の侵害を裁判所の統制の下に置くという努力が法政策的に見て取れる。法規または法律の留保は侵害の要件が十分に具体化している場合にのみ個人に対して有益であるという認識から、曖昧な概念であってもこれが確定できるという主張をもって、裁判所が構成要件の文言における立法上の不明確さを修正することを学説は求めた。プロイセンの上級行政裁判所は、取り分けその特権化した地位のために、この要求を最初から斟酌していた。南ドイツの行政裁判所やオーストリーの行政裁判権は行政裁量をますます制限する規定を通してその権限領域を拡大したのである。また、行政法学も経験的事実をもって解釈論を補充することによって、不確定概念の裁判所による精査を法的統制として正当化する、一義的に決定された法適用の要請を支えた。

以上のような裁量概念から法概念への交替は段階的な認識の歩みの結果であるが、伝統的な学説に対する徹底的な、公然たる反対にまでには至らなかった。実は理論的な展開が消尽するところには、選択的に指示された法律効果の選択に裁量概念を限定することが行われた。

9) 効果裁量説への展開 選択的に指示された法律効果の選択に行政裁量を制限する傾向は、19世紀の80年代にいまだに執行府に認めていた裁量余地のかなりの部分を制限することを意味していた。しかし、行政の自

治的権力領域を縮減するという法政策的努力の実現は、不確定法概念論の受容においてのみ見られたのではない。構成要件の具体化に際しての行政の裁量余地の制限と平行して、法律効果選択の自由もまた制限されるのである。このための基礎を特に、執行府の侵害のための法的限界としての比例原則の承認が提供した。

裁量権の行使を必要性または合目的性にしがった決定と同一視することは、伝統的に維持されてきた考えである。これは、実定法上の羈束性の対立物としての新たな、正式の裁量の定義によって排除されたのではなく、行政裁量の内容に関する記述として存続してきたのである。つまり、適法性と必要性または合目的性の伝統的な対置は裁量論の構成要素でありつづけた。裁量論は、法適用と裁量権の行使の違いを特色として挙げていただけでなく、同時に行政裁判所の審査の権能の限界を記述していたのである。裁判所が行政行為や命令の法的統制に制限されている限り、行政が行う措置の必要性や合目的性についての裁判所の審査は排除される、とされた。この見解は、いかにして法律問題や裁量問題が不確定概念をめぐる争いにおいて互いに区別されるか、ということにかかわりなく維持されてきた。事実認定や事実の評価が不確定概念を顧慮して自由な行政裁量の対象であるとする学者は、執行行為の必要性や合目的性の判断はいずれにしても裁量問題の一部であり、それ故行政裁判所の統制を免れるという確信において、不確定法概念論の大抵の信奉者と一致する。

法律上の侵害授權を用いる措置において、審査され得るものとして承認された構成要件要素の適用だけが通常は統制される。これに対して、事実の充填とともにあたえられた侵害の作用が果たして用いられるべきかの決定は統制されない。例えば、プロイセンの上級行政裁判所ですらその設立の当初の頃には、警察上の措置に際しては原則として危険の存在だけを審査し、適切 (geeignet) で、必要な (nötig) 防禦措置の規定を行政の裁量に委ねた。同様に、ヴェルテンベルクの行政裁判所は警察上の侵害手段の確定は「事物の本性」により (der Natur der Sache nach) 裁量問題である、とした。バイエルンの行政裁判所も、伝染病予防法 (Seuchengesetz)

の例において構成要件の統制に制限されていた。審査されたのは、具体的な場合に汚染水による病気の伝染の危険が存在するか、ということだけであった。その構成要件が充足されたときは、給水施設や下水道施設の設置についてのゲマインデに対する監督官庁の義務づけは適法である、とされた。何故なら指示の必要性や合目的性の判断は監督官庁の裁量権に属する、とされていたからである。

しかしながら、このような支配的な見解に対抗して、侵害の適正とか必要という意味での必要性の審査を要求する声が次第に強くなった。この要求の実施の最初の出発点を、既に18世紀の濫用論が担い、19世紀の60年代において再生した恣意禁止原則とともにある「裁量瑕疵論」(die Ermessensfehlerlehre)が提供した。プロイセンの上級行政裁判所は警察法における裁量権踰越論についての判例をこれに結びつけ、恣意を、識別できる警察上の動機をもたない行為と同一視した。この際に、プロイセンの一般州法典(PrALR) § 10II17に立ち返ることが行われ、これによって警察目的の制限的具体化が可能になった。この規定は、その他に適法性の要件としての必要性の実定法的根拠づけのための架橋を提供した。最初は恣意またはシカーネ(嫌がらせ)の徴表と見なされた侵害の不適切性(Ungeeignetheit)や過剰(Übermaß)は最終的には独立した法的瑕疵として確立された⁴¹。

結 語

以上、裁量論を見るときに日本では必ずしも十分に自覚的に論じられて来なかった論点を、ドイツの学説史の研究を要約するという形で論じた。法と行政の関係について、まず法は行政権の行使に対する枠として認識されていた。法律が果たすべき役割を「法律の優位」に限定することでもあるが、法的観点からの行政権の統制は法律の文言の解釈ないしは文法的解

41 Held-Daab, 前掲(註4) S.186-189.

釈からするものに限定された。これが行われていた時代においても既に時代遅れであり、今日の目からみると甚だ奇異であるが、行政権と行政裁判権の関係からそのような限定が行われていたのである。この伝統はその後長く続く。そして、法律の文言に着目したために裁量権の所在もこの観点から判定することが行われた。今日の用語でいえば、「要件裁量説」が先行する、ということができよう。そして、こうした限定がその後法的瑕疵とは区別されたいわゆる「裁量瑕疵」の議論の展開の理由にもなる。本稿で使用したヘルト・ダープの学説の歴史研究では裁量瑕疵論の展開についても詳しく論じられており、日本での裁量瑕疵論、そしてまた裁量論全体の議論のあり方を考える上でも重要な論点に触れられているが、本稿では割愛した。