

「立法裁量」と「行政裁量」の関係についての一考察 ——裁量論の総合的検討のための予備的考察——

山本真敬

- I 序—問題の所在と本稿の目的
- II 「行政裁量」と「立法裁量」
 - 1 *Ossenbühl* の権力分立論および法律の留保論
 - 2 *Ossenbühl* の「行政裁量」の性質・構造論の概略
 - 3 「立法裁量」と「行政裁量」—*Ermessen* と *Gestaltungsfreiheit* の対比を中心に
- III 結

I 序—問題の所在と本稿の目的

(1) 「立法裁量」⁽¹⁾ について憲法学が語る場合、従来は「最高裁の判例を分析し、違憲審査の場において使用されるべき立法裁量論を提示しようとする志向」が強かった一方で、「『立法裁量』の性格に関する理論的考察は、ほとんどなされていない」と指摘されている〔渡辺, 2003, 43〕。この指摘から10年経った今も、この状況はあまり変化していないように思われる。近時、*Robert Alexy* を軸として「立法裁量」を詳しく理論的に研究する論考がようやく登場したところである〔参照、長尾, 2008; 松原, 2009〕。本稿筆者の能力上の限界もあり、本稿は、そのような *Alexy* を軸とした「立法裁量」の分析を行うものではない。本稿は、「立法裁量」を他の「裁量」、とりわけ「行政裁量」と比較することによって、その性質・構造を検討しようとするものである。以下で見るとおり、このような検討は従来の公法学においてあ

まり行われてこなかったこともあり、「立法裁量」に関する「他の考察手法」[渡辺, 2003, 43] のひとつとして位置づけることも許されるように思われる。

(2) 数少ない先行研究を概観すると次のごとくである。

①既に1979年に、覚道豊治が「立法裁量と行政裁量」という論文を著している[覚道, 1979]。覚道は、「憲法が立法を規制する方法は、法律が行政を規制する方法と全く異り、憲法は、いかなる場合に、いかなる行為をな^[ママ]しうるか、またはなさねばならぬかというようなことについて、明確に定めているわけではなく、多くの場合抽象的な表現にとどまる」とし[覚道, 1979, 176]、結局、一般的には、「憲法も法律も一定の枠を定めるものであって、立法(法律制定)は憲法の枠によって、行政は憲法および法律あるいはその他の法令の枠によって羈束されており、その枠のうちに与えられている多くの可能性の中で、いずれを選択するかは、各機関の裁量ということである。既に戦前法段階説が指摘したように、上級段階の規範は下級段階の設定される行為を常に羈束するが、いっさいの方向においてこれを拘束することは不可能であり、多かれ少なかれ自由な裁量の余地が残されることは、このの本質といえよう」とする[覚道, 1979, 179]。

このように覚道においては、Kelsen 的段階説の立場から、「立法裁量」も「行政裁量」も、上位規範と下位規範との間の「枠」の問題へと議論が還元されてしまっている[Vgl. Kelsen, 1925, 242 ff.; 清宮, 1971, 405 f.]。確かに、このような比較もまた両者の「裁量」の構造的な共通点を解明しているという点においては有益なものである。しかし、この方法によっては、捨象されてしまった性質・構造の差異が存在し、その限りで限界があるように思われる⁽²⁾。

②他方、同じ1979年に原田尚彦もまた、いわゆる行政介入請求権や行政裁量の零収縮を述べ、その延長として「立法裁量の零収縮」を検討しようとする際に、「立法裁量」と「行政裁量」の関係を検討している[原田, 1979,

105ff.]。原田は、先の覚道論文を引いた上で、「かりに理論的には立法裁量と行政裁量とが同質的作用であるとみることができるとしても、現実論としてこれをみる場合には、両者の間には大きな差異のあることを認めねばならない」。なぜなら、法律や条令により付与される行政権限は、その目的および権限行使の要件・内容においても、「授權法により一定の狭い枠付けがなされているから、行政官の裁量的判断の余地は、具体的事情との関連で限界付けられ、緊迫した事態のもとではその選択肢は一つに収斂することになりやすい」。これに対し、「立法作用の場合には、国民生活の安全と福祉の実現を期して、要求される多種多様な施策の中から、もっとも緊要性の高い施策を選定し、その具体的制度化を図ることが企図されるから、立法作用にともなう裁量権には、その性質上、行政作用にともなう裁量権にくらべ質量ともに広範なものが必要とされる」。「立法作用とは、端的に言えば、政治的創造の過程なのであって、法の執行作用たる性質は行政作用にくらべ格段と希薄であるとみるべきだろう」という〔原田, 1979, 108 f.〕。

この原田の指摘は説得的であり、本稿の結論とも大きく重なるが、原田は、自覚的には「理論的」な検討を自らは行っておらず（この原田の説明には理論的なものも含まれるのではあるが）、それゆえやはり理論的な観点から「立法裁量」と「行政裁量」の異同について検討が必要であろう。

③また近時、小山剛がヨリ端的に「立法裁量」と「行政裁量」の差異について次のように述べている。すなわち、「一口に裁量といっても、**行政裁量**と**立法裁量**は、質的に異なると考えたほうがよい（ドイツでは、立法については『形成の余地』という別の言葉が用いられる）。行政（行政各部）は、法治国家原理のもと、法律を執行するのがその本来の作用であり、法律によって判断余地が認められた限りで裁量を語ることができる（内閣の裁量は、後述する立法裁量に近い）。法律が具体的にどの程度の判断余地を行政に与えているかは、法律解釈の問題であ〔る〕。……一方、**立法**という行為は、単なる憲法の執行を超えた、創造的な法定立作用である。立法府は、憲法の

枠内で自ら公益目的を設定し、価値判断をし、手段を選択することができる。立法府は、憲法上の絶対的禁止(検閲禁止など)に抵触しない限り、多かれ少なかれ自由な判断余地を持つことになる。「法律により付与される行政裁量とは異なり、立法裁量は、立法という作用の本来的属性として認められる……」[小山, 2011, 221 f. (太字強調原文ママ)]。

この指摘は、「立法裁量」と「行政裁量」の性格・構造の理論的差異を簡潔に示しており、重要かつ適切な指摘である(本稿の結論と重なる部分も多い)。しかし、この指摘は、一書物の性格ゆえ仕方の無い部分もあると思われるが—とりわけ「行政裁量」を一面的に理解しているように思われる。すなわち、「行政裁量」には、侵害行政を前提とする法律の執行の際に認められるもののみならず、内閣の裁量を別としても、法律の執行ではない形成作用を行政が行う際に認められるものもまた存在する。このことが上記の記述だけからすると見落とされているように思われるのである。

④他方行政法学に目を転ずると、「自由に形成する行政」の分野に関してとりわけ「行政裁量」と「計画裁量」の差異が盛んに議論され、「計画裁量」の特殊性と、「計画裁量」に対する統制の手法が広く議論された。⁽³⁾ここで注目すべきは、その議論において「立法裁量」と「自由に形成する行政」の類比可能性が、ドイツの議論の紹介という形で簡単に言及されていることである[高橋, 1985, 124; 宮田, 1984, 101 f.; 1994, 154]。そして、法律の執行を前提とした「裁量」とは異なる性質を持つ(いわば特殊な)「裁量」に「形成裁量」等の語をあてる論者もいた[例えば、塩野, 2009, 127, 137註2; なお参照、宮田, 1994, 329 f.]

しかし、「立法裁量」と「行政裁量」の性質・構造の異同如何の議論は進展せず、とりわけ、このような議論が憲法学の関心を引くことはほとんどなかったように思われる。従って、まずはそれら「裁量」の性質・構造の異同や、それらの類比可能性の有無、そしてひいては「行政裁量」統制の方法・手段を「立法裁量」のそれへと場合によっては転用することができるのか否

かという問題は、十分に検討されてこなかった。「立法裁量」の性格の検討に際しては、行政法学から憲法学が「学習する可能性」[MeBerschmidt, 2000, 257] を遮断してしまうことなく、それが存在し得ることを前提とし、さまざまな「裁量」の性質・構造比較を行う必要性はあるのではないかと思われる。仮にその考察の結果がどのようなものになるにせよ、それぞれの「裁量」の性質・構造が明らかになるという点において、そのような考察にも幾許かの意味はあると思われる。⁽⁴⁾

(3) この必要性は、単に理論的関心から惹起されるのではない。最近、一連の選挙無効訴訟において、「判断過程統制」と呼ばれる統制手法が最高裁判決の少数意見で明示的に採用されており、とりわけ参議院の選挙無効訴訟では、多数意見においてもその統制手法が採用されていると理解し得るものもあるように見受けられる。⁽⁵⁾しかし、この「判断過程統制」は、本来は「行政裁量」に対する統制手法であることは周知の通りであり、それを「立法裁量」の統制へと「転用」するにあたっては、本来はその転用可能性について検討が必要であろう。⁽⁶⁾そしてその検討の際には、当然それぞれの「裁量」の性質・構造の比較もまたなされるべきものであろう。これらの検討を踏まえることなく「転用」することは、場合によっては砂上の楼閣を築くことになりかねないと思われる。

そこで、統制手段の「転用」の是非については筆者の能力的限界から後日に期すこととすることとして、本稿は、その検討の前提となる「立法裁量」と「行政裁量」の性質・構造の差異を検討することを目的とする。

そして、このことを行うにあたって、本稿は *Fritz Ossenbühl* の所説を中心にその検討を行なうことにしたい。*Ossenbühl* の所説は、「立法裁量」、「行政裁量」、「計画策定裁量」、「命令制定裁量」等々について、それぞれの性質・構造について体系的・総合的な観点から検討し差異化を行なっているため、分析の素材とするには最適だと考えられるからである。なお、本稿では、検討の対象を主に *Ossenbühl* の所説に限定するため、ドイツ公法

学の「裁量」理論を体系的・網羅的に検討するものではないこと、および *Ossenbühl* の「計画裁量」論については従来から紹介がなされているので、その部分に関してはそれら先行研究と本稿の論述が重なる部分も多いことを予めお断りしておきたい。

また、検討にあたっては、Ermessen（以下、「E.」とする）という概念をさまざまな「裁量」の比較の基準とすることとしたい。日本語で通常「裁量」と訳される E. という概念は、以下で見るとおり、単に「自由な余地」と言うだけでは組み尽すことのできない特殊性を有している。その E. と、その他の「裁量」とを比較することが、様々な「裁量」の性質・構造の異同を明らかにすることに役立つであろう。

II 「行政裁量」と「立法裁量」

Ossenbühl の議論において、「立法裁量」と「行政裁量」はどのような意味を与えられているのだろうか。はじめに要点を述べてしまえば、一先ほどの小山剛の指摘にもあるように一法律の執行【Gesetzesvollzug】の際に問題となる「自由な余地」と、法定立・形成作用の際に問題となる「自由な余地」は質的に異なるというのが、*Ossenbühl* の所説を貫くライト・モチーフであるように思われる。

1 *Ossenbühl* の権力分立論および法律の留保論

まず、*Ossenbühl* の「行政裁量」論の各論を検討するための前提問題、つまり彼が「行政裁量」を憲法上どのように位置づけているのかということについて、彼の権力分立論の見地から確認をしておきたい。⁽⁷⁾彼の権力分立論を検討するのは、彼が「E. の理論と権力配分理論の結びつきが再びより強く強調されなければならない。行政の E. が、行政が固有の作用および固有の構想に基づいて活動でき、そして活動すべきところで、その正当な居場所を持つということが承認されなければならない」こと [*Ossenbühl*, 1968a, 626

;Vgl. 1968b, 312 f., usw.] を強調しているからである。

(1) *Ossenbühl* の権力分立論を一言でいえば、「機関適合的な組織構造【*funktionsgerechte Organstruktur*】」に基づく権力分立論である。すなわち、「その内部的構造、人員【*Besetzung*】、業務の手法【*Arbeitsweise*】、監視されるべき決定手続等々からして、その任務に対して正統であり、その任務をなす準備のできている【*gerüstet*】組織によって国家任務と決定が行われるべく、国家作用は配分されなければならない」[*Ossenbühl*, 2007b, 212 (Rn. 61);Vgl., 1980, 549;村西, 2011, 159 f.]。いま少し彼の前提を詳しく見てみよう。

①*Ossenbühl* によれば、権力の3区分テーゼの絶対化を避ける必要があるという[*Ossenbühl*, 1968b, 203;Vgl. *Kägi*, 1961, 161 ff.]。目下、我々は国家の作用形式【*Funktionsformen*】が変化する過程の中にいるので、従来の権力3区分の線引きを見直すか新たな形式を生み出す必要がある[*Ossenbühl*, 1968b, 203 ff.]。その根拠について彼は、第1に、全ての作用の担い手に民主的正統性があること（それゆえ議会と執行府の双方は近似化する）、第2に、現代の産業構造と社会国家原理が全ての支配エネルギーの集約を要求すること（イニシアティブと形成機能を行うため）、第3に、従来の自由主義的国家像における国家指導の道具立ての切れ味が鈍ってきたことを挙げている[*Ossenbühl*, 1968b, 205]。

②このように考えるとき、執行府と立法府との間の限界付けがとりわけ問題となる。*Ossenbühl* は執行府と立法府には「強い浸透関係」があるとし、「時代に適合的な権力分立理解は、議会と執行府を『協働パートナー【*kooperierende Partner*】』とみることなのである」という[*Ossenbühl*, 1968b, 208]。そして彼は、立法府と執行府のこの協働関係が権力分立原理に抵触するかを検討し、この協働関係においては概念上必ずさまざまな作用・決定間の区別を前提とするので、権力分立原理に矛盾しないという[*Ossenbühl*, 1968b, 206 f.]。

例えば計画について *Ossenbühl* は、「指揮をなし、将来を指示する協働行為としての計画は、産業国家、社会国家がそれによって導かれ形成される道具である」とし、計画の作成と実現は、議会と執行府の協働作業であるという [*Ossenbühl*, 1968b, 205 f.]。彼は、⁽⁸⁾計画策定は法律の執行ではなく形成作用であると何度も強調しているところ(後述2(4))、この計画に関する彼の見方に、生活関係の形成が議会、形成された法規範の適用が執行府という二分論ではなく、計画という素材に応じて議会と執行府がそれぞれの仕方
で計画策定に関与すべきであるという彼の機能的権力分立論がよく現われている⁽⁹⁾と思われる。

③それでは、一とりわけ形成活動について—議会と執行府の権限配分の問題はどのように考えられるのか。*Ossenbühl* はこの問題を法律の留保の問題にパラフレーズする。すなわち、「議会による法律上の規律に留保されている決定の対象(法律の留保)と、執行府が、一特別の法律上の授權がない場合も含めて—自らの独自の権限に基づき行い得る規律—この規律が行政の生来的な作用領域に属するが故に一との間の限界付け」が問題となる、と。つまり、「立法者は何を決定しなければならず、行政は何を自ら決定し得るのかという問題」[*Ossenbühl*, 1980, 549] に、議会と執行府の権限配分の問題をパラフレーズするのである。

そこで、「行政の独自の権限」と法律の留保の限界について彼の見解を検討することが必要となる。このことは、以下で論じる「行政裁量」の憲法上の位置づけと大きく関連している。

(2) *Ossenbühl* によれば、行政【*Verwaltung*】は、基本法の下では⁽¹⁰⁾、「独自の、民主的に正統化された国家作用」であり、法律の執行【*Gesetzesvollzug*】に汲み尽されることはない [*Ossenbühl*, 1968b, 189]。彼は、基本法の下で行政を特徴付けるものは、その「補足的補完的作用【*subsidiäre Komplementär-Funktion*】」であるとし、この作用をヨリ良く表現することが出来るのは控除説しかないという [*Ossenbühl*, 1968b, 194]。⁽¹¹⁾

行政の作用がこのように補足的補完的作用であるということは、立法の優位を十分に強調するものである。しかし、行政は不可欠で独自の国家作用である。あらゆる行政は、時代を超え、それゆえ具体的な憲法から独立した以下の3つの性格によって特徴付けられるという。そして、その第1は行政の恒常性【Permanenz】である。立法や司法が一時的に停止され得るのに対し、行政が停止されることは国家の崩壊を意味する [Ossenbühl, 1968b, 195]。

その第2は行政の広汎性【Ubiquität】である。司法は、受動的にのみ活動しその対象は当事者に限られる。立法は、共同生活の一般指針のみを定め得るが、生活が変化した場合にはその変化は予知できず考慮もできない。しかし、行政は至る所で存在し、法律によって規範化されていない生活領域を含め、あらゆるものを包括している [Ossenbühl, 1968b, 195 f.]。

その第3は行政の現在性【Präsenz】である。行政は、国家の任務を毎日毎日執行し、国家の目的を恒常的に現実化する [Ossenbühl, 1968b, 196]。

先に述べたとおり、Ossenbühlによれば、行政は、法律の執行の局面でも個別事例における独自の衡量・選択の自由 (E.) を有する一方で、そもそも行政は法律の執行に汲み尽されることは無く、「自由に形成する行政【freie gestaltende Verwaltung】」の局面では、行政は法および法律の枠内において独自の形成作用を行い得る。しかし、あくまで議会在が優位しているという前提があるので、結局、この行政の独自性もまた議会法律に一定程度左右されることになる。そこで具体的な問題が法律の留保の問題として現われる。

(3) 法律の留保について Ossenbühl は、いわゆる「本質性理論」⁽¹²⁾ を經由することにより [Ossenbühl, 2007b, 208 ff. (Rn. 52 ff.)]、「立法者は何を決定しなければならず、行政は何を自ら決定し得るのかという問題」を、次のように定式化する。すなわち、『法律に依存し、明確化【spezifizierend】し具体化するような法定立は、本質性という基準からは漏れ出る規律であるので、執行府の作用領域に属する』 [Ossenbühl, 2007b, 213 (Rn. 62)]⁽¹³⁾。

①もっとも、「どれだけ立法者は意味ある仕方で規律しなければならないのか」という必要的法律事項の問題と「どれだけ立法者は規律することが許されているのか」という任意的法律事項—つまり法律の留保の限界—の区別が必要であると⁽¹⁴⁾ *Ossenbühl* は指摘する。そして、任意的法律事項の限界として「憲法上独自に保護された執行府の行為領域」の保護という視点が、必要的法律事項については「執行権力に対して可能な限り広い形成余地および行為余地が開かれるべきである」という視点が、個別の紛争事例においては重要となるという [*Ossenbühl*, 2007b, 214 (Rn. 63 f.)]。

②このような法律の留保の限界として執政の留保【Regierungsvorbehalt⁽¹⁵⁾】と行政の留保【Verwaltungsvorbehalt】が挙げられる（本稿の観点からは後者が重要である）。もっとも、これらは限界確定を明確にできるものではないので、一般的に語ることはできないという。従って「法律の留保に対する憲法上守られた執行府の地位は、領域的かつ断片的ののみ探り当てられ得る」ところ [*Ossenbühl*, 2007b, 215 (Rn. 68)]、自主行政【Selbstverwaltungsvorbehalt】の留保、執行府の執行権力【Vollzugsgewalt】、執行府の組織権力【Organisationsgewalt】、執行府の規範定立権力【Normsetzungsgewalt】、そして執行府の補完権力【Komplementärgewalt】を彼は取り上げる [*Ossenbühl*, 2007b, 216 (Rn. 69)]。自主行政は本稿の観点からは重要ではなく割愛する。その他のものについての彼の論述は、行政の独自性を議会という裏側からよく表しているように思われる。

③ *Ossenbühl* いわく、法律の執行は執行府の「核心領域【Kernbereich】」に属する。基本法が執行府に与える執行権限によって、執行府には、著しい解釈の余地、E.の余地、そして形成の余地が生ずる。法律上構想されたところのものを現実化する可能性が、執行府に少なからぬ権力の潜勢力【Machtpotential】を開く。しかしその潜勢力は、議会が自由に決定できる規律密度【Regelungsdichte】の程度に依存するので、執行府に与えられる形成空間は結局のところ「残余権限【Restkompetenz】」以上のものではない [*Os-*

senbühl, 2007b, 216 (Rn. 71). 傍点は本稿筆者]。このように、法律の執行に際して議会が執行府に与える規律の程度に、執行府の憲法上の独自の「自由な余地」の広狭が依存することになるのである。

そしてこの「残余権限」性は、その他の執行府の組織編制権力、規範定立権力、補完権力にも妥当する。組織編制権力への議会の介入権【Zugriffrecht】は、連邦政府の職務規定の自律権【Geschäftsordnungsautonomie】を除いて原理的に限界付けられていないので、やはり執行府の組織編制権力もまた形式的法律の規律からの引き算に基づいて残された「残余権限」でしかない [Ossenbühl, 2007b, 217 (Rn. 72)]。

また、前述の執行府の独自の規範定立権限もまた、介入から守られた執行府の憲法的地位を作り出すものではなく、議会の介入権から逃れることのできない「残余権限」でしかない [Ossenbühl, 2007b, 217 (Rn. 73)]。

行政を特徴付ける恒常性、普遍性、そして現在性という先に見たメルクマールから、行政には、立法者の規律任務を補完するという任務が帰属する [Ossenbühl, 1968b, 194; 2007b, 217 (Rn. 74)]。それゆえ、例えば、規範の真空状態【Normenvakuum】が存在するところでは、関係する行政領域の機能能力を確保するために、必要な規律や措置を行う授権をする「行政のNotkompetenz」が存在する (BVerfGE 33, 303)。法律が、意識的あるいは無意識的に欠缺を残しているところでは、行政は、法律を明確化する行政規則によって補完をなす。しかし、補完権力としての執行府は「緊急の場合の救助の支え【rettender Anker】」に過ぎず、それが不可欠かつ非常に重要であるとしても、それは「通常の権能」ではない [Ossenbühl, 2007b, 217 f. (Rn. 74 f.)]。

以上のように、「行政は、一憲法上の効力を持つ自主行政の留保を除いて一ここで関心が寄せられた領域（執行権力、組織編制権力、規範定立権力、補完的権力）においては、議会の介入権から逃れられない、つまり行政には絶対的な留保の実体が与えられることが無いという意味での『残余権限』を

有しているだけなのである」[Ossenbühl, 2007b, 218 (Rn. 76)]。

(4) このように、Ossenbühl においては、行政は議会の介入権・法律の規律密度に左右されるものの、憲法上独自の権能を有しており、行政の E もまたそのことから導かれているのである。さらに、議会と執行府は、同一の作用（形成作用の一部）について一定の枠内で協働するが、決定の対象となる素材に応じて—ここが彼の権力分立論らしいところであろう—さまざまな協働の仕方があるのである。

2 Ossenbühl の「行政裁量」の性質・構造論の概略

次に、Ossenbühl が「行政裁量」の性質・構造、とりわけ E の概念の内実をいかに理解しているのかを確認することにした。Ossenbühl の「行政裁量」性質・構造論の内部に、既に「立法裁量」の性質・構造と「行政裁量」のそれを比較するための素材が相当程度登場していることに気付くであろう。

Ossenbühl の「行政裁量」論の基本的構造は次のように要約することができる。⁽¹⁶⁾ 法律の執行の局面では、構成要件の不確定法律概念【unbestimmter Gesetzesbegriff】に関して裁量指令【Ermessensdirektiv】が問題となり、法効果に関して E が問題となる。他方、自由に形成する行政の局面では、形成の自由【Gestaltungsfreiheit】が問題となるのである。以下ではまず、法律の執行の局面、つまり不確定法律概念と E について彼の議論を確認することにした。日本において「裁量」と訳される E に、単に「自由な余地」など（「立法裁量」・「行政裁量」の先の定義〔註1〕を参照）と言うだけでは組み尽くされ得ない特殊性が存在していることが明らかとなるだろう。

(1) まず、規範の構成要件面に関して問題となる行政の「自由な余地」について見てみよう。Ossenbühl の議論においては、後述のとおり E は法効果にのみ関係する。他方で、規範の構成要件の不確定法律概念を、彼はど

う考えているのか。

1968年の段階において *Ossenbühl* は、不確定法律概念を技術的意味における構成要件メルクマールとして理解するのではなく、裁量指令として把握するべきであるとしていた。その際、その裁量指令は、「公共の福祉」や「公益」のような、その内容上全ての事柄を考慮可能であるがゆえに、法効果の側面で E. の行使を遮断するような概念に明確に限定されるという [*Ossenbühl*, 1968a, 626; 1970, 87, usw.; 高橋, 1990, 37]。なぜならば、行政が独自の基準定立をなすことが可能である場面、すなわち行政独自の考慮のための空間が存在し行政の固有の構想の空間が展開され得る場面において E. は存在するべきなのであるが、しかし、そのような概念が構成要件において用いられた場合には、構成要件の側面においてすでに全ての衡量が終わってしまい、法効果の決定には余地が残らなくなるからなのである [*Ossenbühl*, 1968a, 622]。それゆえ、そのような概念は「個別事例において正当化される法効果を探求」するための「道標【*Wegweiser*】」として、法効果における E. の行使に対する法律上の指令（行政に E. という自由を与える一方で、同時に E. の目標と指針を示すことにより法的拘束をも課す）であるとされる [*Vgl. Ossenbühl*, 1968b, 319 ff.; 宮田, 1994, 146]。

その後1974年に至って、*Ossenbühl* は「概念から決定へ」の標語のもとで、考え方を若干変化させているように見受けられる。彼いわく、不確定法律概念のもとでの包摂に際して、疑わしき事例においては「最終的認識への権利【*Recht zur Letzterkenntnis*】」が、行政あるいは裁判官のどちらに帰属するののかという核心的な問題が存在するという⁽¹⁷⁾ [*Ossenbühl*, 1974b, 310]。

この点に関して、伝統的な「法律適用ドクトリン【*Gesetzesanwendungs-*⁽¹⁸⁾*Doktrin*】」によれば、行政は、内容が予め完全に決定され合理的に事後審査可能な法律の執行として理解されるので、裁判官に行政の法律の執行に対する無制約の統制権限が帰属することになる。しかし、行政への判断の授権

の問題が、厳格な法律の執行と結び付けられた「法律適用ドクトリン」で対応できる時代は、もはや過ぎた [Ossenbühl, 1974b, 310]。

そのような状況のもとでは、概念それ自体に注目するのではなく、素材に応じて【je nach Materie】議論を組み立てるべきであるという。すなわち、一従来行われていたような価値概念、経験概念等の—「概念の区別論に依拠するのでなく判断余地が授けられる行政決定の類型論に依拠」して [高橋, 1993, 62]、当該判断授けの統制のあり方を考えるべきだ⁽¹⁹⁾というのである [Ossenbühl, 1974b, 311]。

Ossenbühl は、その例として、代替不可能な決定【Unvertretbare Entscheidungen】(例としては試験決定などが挙げられている。裁判官には当該決定が代替できない) や、拘束的価値付け【Verbindliche Wertungen】(例としては青少年に害のある図書⁽¹⁹⁾の指定等が挙げられている。法律上、専門知識のある行政組織が構成され、それら組織の構成員が独立している以上、裁判官が判断する権限を持たない)、予測的決定【Prognoseentscheidungen】(例としては、AWG12条1項等が挙げられている。未来に対する予測はその失敗も含めて行政が責任を担う)、そして形成的決定【Gestaltende Entscheidungen】を挙げている [Ossenbühl, 1974b, 311 ff.]。

このような Ossenbühl の思考は、構成要件における「自由な余地」についてののみならず、彼の「裁量」論全般にも妥当するものであり、彼においては、決定を行う機関の構成・手続等を含め対象に即して(統制の)議論が組み立てられている。そしてこの背後に彼の機能的権力分立論が控えているであろう [参照、高橋, 1993, 91 f.]。

ここでは、後に触れる形成作用の問題を考える上で、形成的決定における判断の授けについて簡単に触れておきたい。形成的決定は、本質的に、未来を形成する効果を伴う行政の計画決定である。このような決定において、法律は、計画策定任務およびその任務を処理するために必要な形成の自由を、裁判官ではなく行政に与えている。連邦建築法1条を例に挙げつつ、Os-

senbühl は、行政の計画決定においては不確定法律概念ではなく全体としての行政の決定が考慮されなければならないという。予測的決定に比べてかなり曖昧な概念を法律が用いており、それら概念は包摂に対して開かれた不確定法律概念としてではなく、上で述べた裁量指令としてのみ理解され得る（そしてそれゆえに統制は緩和される）とされている [Ossenbühl, 1974b, 313; 遠藤⁽²⁰⁾, 1976, 94 f.]。

(3) これに対し、規範の法効果の側面に関して問題となるのが、日本で通常「裁量」と訳される E. である。Ossenbühl いわく、E. とは法効果を決定する場面における法律に従属し法律に導かれた行政の選択の自由【gesetzakzessorische und gesetzgelenkte Wahlfreiheit der Verwaltung】である [Ossenbühl, 1968a, 619; 1968b, 314 ff.; 1970, 87, usw.]。また、彼によれば、E. は「法律の執行の特殊な様式」であり [Ossenbühl, 1968b, 314; 1970, 89]、「行政が規範的委譲に基づいて行う法効果の決定である」 [Ossenbühl, 1968b, 317; 1976a, 465]。それは、「具体的な個別事例を決定する場面で当該個別事例の具体的な個別状況を顧慮する自由を行政に与える」もの、つまり「個別事例の決定を行う際の一定の自由」なのである [Ossenbühl, 2007d, 282 (Rn. 41); Vgl. 2007e, 317 (Rn. 25)]。このように、E. というのは法律の執行という局面において存在するものなのである。⁽²¹⁾

Ossenbühl によれば、E. の前提条件として、規範の構成要件を満たしていることが必要であるという。すなわち、構成要件における「包摂【Subsumtion】」があらゆる E. の行使に先行する。……構成要件の存在しない規範であれば、それは執行することができない【unvollziehbar】 [Ossenbühl, 1968b, 318; 1976a, 465]。以上から、法律の執行が個別事例に関係し、構成要件を満たす事実の包摂を前提とするものであることが示唆されているが、それでは、E. の行使の前提をなす「法律の執行」とはどのような作用なのか。⁽²²⁾

(4) Ossenbühl において、法律の執行という概念の具体的内実は、あま

りに当然過ぎるためか明確に述べられることは無い。そこで、彼の「計画裁量」の性質・構造論からヒントを得ることにしたい。その議論においては、法律の執行が包摂思考に対応している一方、形成の自由が法の現実化【*Verwirklichung*】に対応しているという二分論が採られており、その思考には法治国的行政法と現代行政の特徴の対比という前提があるとされる。もっとも、以下の *Ossenbühl* の論述は比較的多くの論者が既に紹介していることもあり [遠藤, 1976, 91 ff.; 芝池, 1978, 195 ff.; 高橋, 1985, 123 ff.; 高橋, 1990, 238 ff.; 宮田, 1994, 141 ff.]、以下では「法律の執行」の内実を理解することに力点を置きたい(以下の傍点は全て本稿筆者による。訳語は先行研究を参照したものの適宜本稿筆者の観点から変更したのものもある) [なお参照、高木, 2012, 22脚注3]。

①まず、従来の法治国家的行政法における諸前提は計画策定にとっては有用性を失っていると *Ossenbühl* はいう。⁽²³⁾

彼によれば、従来の法治国家的行政法ドグマーティクのもとでの法律は、欠缺は創造的決定ではなく法的な推論によって推し量られる。それらの法律の規律は完結的、つまり思考において追行【*Nachvollzug*】されるべき前提条件(構成要件メルクマール)を用意し、個別事例においてその前提条件が存在すれば特定の法効果が呼び起こされる仕組みになっており、一定の目的の現実化を目指す形成的委託【*gestaltende Auftrag*】とは原理的に相容れない。現実化を前提とし、法律の実行とは原理的に異なる計画のごとき形成的行政の領域にまで従来のような法律像は原則として想定できない。また、自由主義的法治国家コンセプトにおける権利保護は、点描的かつ個人に向けられている【*punktuell-individualistisch ausgerichtet*】ところ、計画は通例は点描的決定でも個人に向けられた決定でもないので、このようなドグマーティク上の思考図式は、計画策定の領域には転用されない [*Ossenbühl*, 1974a, B 161 f.]。

計画は将来に向けられた動的な過程に向けられており、その過程は特定

の目標を目指し達成すべきものである。⁽²⁴⁾この過程は恒常的な監督と訂正を必要とするうえに、予め法律上具体的に定義され得ない。目標の訂正、目標の具体化、そしてとりわけ手段の確定は行政に委ねられ、それゆえに行政が責任を負う。この動的過程は、予め与えられた抽象的決定を包摂の方法において追行することによっては行われ得ず、独自に創造的、形成的で、しかし法的に指揮されたイニシアティブと決定によって現実化され得る。それゆえ、このような過程は包摂的思考からは基本的に遠ざけられている [Ossenbühl, 1974a, B 163]。

計画策定法律と形成法律は、包摂を行う法律の執行が行われることはなく、あえて不完全なまま立法される。そして、事柄に応じて画された余地【Raum】が行政の形成に委ねられ、その余地は形成任務に結びつけられる。そして、最も目的適合的にこの任務を実行するのが、行政の本分なのである。裁判所による統制はその限りで除去される [Ossenbühl, 1974a, B 164]。

②次に、行為形式および規範構造の観点に関する計画法の独自性について。

伝統的な行政法の形式類型は法律と行政行為を指向するものであり、それは規範定立【Normsetzung】と規範執行【Normvollzug】の二分論にその根拠を求めている [Vgl. Forsthoff, 1960, 176] ところ、その形式類型に適合的な法の方法論は、包摂という方法論である。しかし、計画と計画策定裁量【Planungsermessen】⁽²⁵⁾は、このような伝統的な形式類型と方法論に基づくものではない。というのも、計画策定は、原理的な決定を行う一般的決定【Generalentscheidung】を体系的・演繹的に追行しているわけではなく、法律上の目的および手段の指令の枠内において、独自に創造し、基準を定立し、そして基準を適用しつつ目的を現実化することなのであるから [Ossenbühl, 1974a, B 183 f.]。それゆえ計画策定裁量は、独自の【sui generis】カテゴリーとして、行政法の体系に組み込まれ位置づけられる必要がある。その際計画策定裁量は、行政の形成委託の観点から把握され、権力分立構造

の中に据えられなければならない。計画策定は、個々の社会領域の秩序付けと展開を目指す形成的行政【gestaltende Verwaltung】の任務なのだから [Ossenbühl, 1974a, B 184]。

そして、計画策定裁量を与える法律の規範構造について、次のようにいう。すなわち、行政が包摂可能な概念と構成要件から成り立たない。それは執行府の計画策定に対して、目標設定と衡量原則を通じて指針となる方向付けを与え、一定の状態を現実化することをまずは目標とするので、⁽²⁶⁾計画法は、条件的ではなく目的的にプログラムされている。つまりその法律は、「Wenn-Dann-Schema」ではなく、目標を目指し目的プログラムを据えるのである。それは法律の執行ではなく法律の現実化【Gesetzesverwirklichung】を引き受けるのである。この特性は、計画策定と計画策定裁量をこれまでの行政法総論のあらゆるカテゴリーから引き離す [Ossenbühl, 1974a, B 184 f.]⁽²⁷⁾。

③そして、行政の E. と計画策定裁量の異同について、次のように述べる。

計画策定裁量も行政の E. も、法的に根拠付けられ限界付けられ、そして指揮された行政の選択の自由を意味する。しかし、行政の E. は、計画策定裁量とは異なり点描的な規範執行【punktuellem Normvollzug】を指向している。行政の E. は通常は個別事例に関係し、それはとりわけ法効果の側面に規範の構造上限定され、今日においては法効果裁量として理解される。それに対して計画策定裁量は、個別事例に向けられているわけでも法効果の選択に限定されているわけでもない。計画策定は計画の対象となる措置の必要性や、利用可能な手段、当該措置の私的利益および公的利益への影響を把握し価値付けることが必要であり、そのためには形成の対象となる生活領域の性質に応じて、さまざまな領域の専門的知識と経験を前提を必要とする [Vgl. Ossenbühl, 1974a, B 185]。それゆえ、法の現実化の特殊な仕方としての計画策定に特徴的なのは、包摂を行う規範執行【subsumtionärer Normvollzug】とは異なって、利益および需要の衡量【Abwägung】ならびに将

来の発展の予測【Prognose】なのである [Ossenbühl, 1974a, B 185]。

④以上からすると、Ossenbühl のいう法律の執行とは、構成要件と法効果から構成される構造を持った一般的・抽象的規範について、個別的具体的事例においてその構成要件の充足を包摂という仕方で行い、構成要件面の包摂に基づいて法効果の発生を生じさせる作用をいうものと理解できるように思われる。このような「法律の執行」という前提が、E. の概念には付随しているのである。

(5) 以上のような前提を持つ E. には、3つの本質メルクマールがあると Ossenbühl はいう。第1に、E. の行使は法律に従属する活動である。E. と法律による羈束という対置は、E. の本質には属さない [Ossenbühl, 1968b, 314]。

E. の行使と法律の適用は量的にのみ区別されるわけではなく、それらの間には質的な区別が存在する。その質的な区別が存在するのは、(理念型のレベルでいえば) 純粋な法適用の場合には行政の行為は完全な範囲で決定されているが、これに対して、E. の行使の場合には行政が独自の価値付けや基準設定を行うことができる、つまり行政の行為が部分的に決定されていない、という点である [Ossenbühl, 1968b, 314, Fn. 142]。

他方、執行府が「Ob」と「Wie」について自律的に決定する場面、つまり法律上の基準と指令が欠けている場面では、行政はE. を行使しない。そのような場面では、行政は自由に形成する【frei gestalten】のである。そのような、目的、目標、そして手段に基づいて自律的に決定される執行府の活動としては、主に執政【Regierung】と自主行政が挙げられる。しかし、執行府のその他の分野においてもまた、そのような自律的な執行府の活動は、正当なものとして承認される。そしてその活動は、「自由に形成する行政【freie gestaltende Verwaltung】」として、法律の執行から区別される [Ossenbühl, 1968b, 315, Fn. 142; 1970, 39, Fn. 51]。

次に、E. の第2の本質的メルクマールは、選択の自由、すなわち様々な

行為の仕方から選択を行うという行政の可能性である。行為の選択といっても、それは行政の主観的意向【Belieben】に委ねられることは決して無く、規範的拘束と一定の法律上の規準【Richtschnur】に服する〔Ossenbühl, 1968b, 316 f.〕。

第3に、E.は、判断裁量【Urteilsermessen】ではなく、行為裁量【Verhaltensermessen】として理解される。それゆえ、E.は規範の法効果の側面に局限される〔Ossenbühl, 1968b, 317〕。

(6) それでは、法律の執行と結び付けられたE.と対比されている「自由に形成する行政」の特徴はどのようなものであろうか。

今見たようにOssenbühlの議論において、E.の行使は、構成要件の包摂を前提とする法律の執行であり、法律に従属する活動である。これに対し行政が自由に形成するのは、法律上の基準と指令が欠けている場面においてである〔z. B., Ossenbühl, 1970, 39〕。

ところで、この自由に形成する行政は、確かに法律から自由であるかもしれないが、法的に自由なわけではない〔Ossenbühl, 1968b, 193〕。自由に形成する行政もまた、一定の法的制約に服する。その際自由に形成する行政は、立法者と同じく、例えば主な立憲的原理と、平等原則や、恣意禁止そして人間の尊厳のような根本的な憲法上の要請や禁止のみに服する。立法者には、これらの制約に服するにもかかわらず政治的な形成の自由の広い空間が残されている。そして、自由に形成する行政が立法府の形成の自由のアナロジーとしてみなされ得るということを彼は示唆している〔Ossenbühl, 1968b, 315, Fn. 147〕⁽²⁸⁾。このように、Ossenbühlにおいては、自由に形成する行政は立法者の形成の自由と性質的には同じものであると考えられているようである⁽²⁹⁾。

このようにE.と自由に形成する行政を区別することは、Ossenbühlの専売特許ではなく、古くは彼の師であるHans Petersによって行われ、とりわけChrististian-Friedrich Mengerが、E.と自由に形成する行政を質的に区

別したことはよく知られている [Vgl. *Menger*, 1954, 28 ff.; 参照、田村, 1975, 89 ff.; 高橋, 1985, 673; 1990, 50 f.]。その後、例えば *Ehmke* は、行政の全領域において行政の行為と形成が問題となると論じ [Vgl. *Ehmke*, 1961, 45; 参照、宮田, 1994, 116.]、*Winfried Brohm* もまた、侵害行政を前提とした執行的機能【vollziehende Funktion】と法律の適用との厳格な結びつきによるドグマティックの個人主義的・点描的性格が、行政の形成機能【Gestaltungsfunktion】を背後に退けてしまっていることを批判したこともよく知られている [Vgl. *Brohm*, 1972, 253 ff.; 参照、塩野, 1989, 342 ff.]。

また、*Ossenbühl* がしばしば引用・参照し、彼と考え方が非常に近いと思われる *Peter Badura* もまた、「E. とは、執行府の官庁が、法律上の根拠に基づき、一定の前提条件のもとで特定の基準に従って、多くの同じように適法な決定可能性の間から選択をなす能力をいう」としたうえで [Badura, 1972, 162]、E. が語られ得るのは、決定について執行府の選択可能性が法律またはその他の規範的根拠に基づいており、当該決定が行政と行政に服する者の間の法関係に直接的に関係する場合であるとしている。自由に選択する意思形成に由来するものの、公的行政および行政内部の規定の一般的任務から導かれるその他の行政の決定は、個人の法的地位に関するものではなく、E. の概念からは除外され「形成的裁量【gestaltende Ermessen】」または「自由⁽³⁰⁾に形成する行政」であるという [Badura, 1972, 172]。

このように、ドイツ公法学において形成というモメントが重視されつつあった時代において、これらの論者をしばしば引用している *Ossenbühl* もまた、形成作用は議会と執行府がそれぞれの仕方で協働するという「形成機能の非排他性」[*MeBerschmidt*, 2000, 260 ff.] を前提しつつ、形成の自由を語⁽³¹⁾っているのである。

3 「立法裁量」と「行政裁量」—Ermessen と Gestaltungsfreiheit の対比を中心に

以上のような *Ossenbühl* の「行政裁量」論を見るとき、E. という概念の特殊性は明らかである。そして行政には、E. と対比される自由に形成する行政もまた認められるべきことも、彼の「行政裁量」論においては大きな柱をなしている。

このような「行政裁量」論を前提に、以下では「立法裁量」の性質・構造の異同について *Ossenbühl* の見解を中心に検討し、彼の見解において不明確さが残る場合には他の論者の見解を補足的に検討することにした。彼は、「立法裁量」の性質・構造の検討を行う際にも、法定立作用・形成的作用には法律の執行を前提とする E. ではなく、形成の自由を一貫して対応させている。⁽³²⁾

(1) *Ossenbühl* は「立法裁量」と「行政裁量」の差異は明瞭であるという。すなわち、「(立法者による) 政治的形成【politische Gestaltung】と、個別事例において法律に指揮され法律に忠実に正義を現実化すること【gesetzesdirigierte und gesetzestreue Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfall】(行政による E. の行使) は比較できない」[*Ossenbühl*, 1981, 286]。

①立法者は命令制定者および個別事例を決定する行政と同じように行為の自由を有しているという点、にもかかわらずこの自由は思うが儘の方法において行使されることはできず法的な基準と拘束により制約されるという点に、「立法裁量」と行政の E. の「構造上の共通性」があるので、それらの間の差異は量的なものでしかない、という見解 [Vgl. *Ossenbühl*, 1981, 287] を *Ossenbühl* は批判する。彼は、それらの評価は「皮相」であり「実りが無く」、そのような比較の仕方は「本質的モメントをぼんやりさせてしまう」と批判する [Ossenbühl, 1981, 287]。

②その根拠として彼は [Badura, 1980, 321]⁽³³⁾ を引用しつつ、まず、次のように述べる。すなわち、「立法者の形成の自由【gesetzgeberische Gestal-

tungsfreiheit】は、行政の E. とは法的には比較不能である。立法者の形成の自由においては、政治的意思、そして国民主権において根拠付けられ、直接的に民主的に正統化された、議会の国民代表の決定権力が表現されているからである」[Ossenbühl, 1981, 287]。

ここでは、民主的正統性の直接性が問題となっている。この民主的正統性の議論については、彼の権力分立論に再び遡ることが有用であると思われる。彼によれば、基本法の秩序のもとでは、すべての国家権力が国民に由来している（基本法20条2項）。その限りにおいて、制度的【institutionell】および作用的【funktionell】には、執行府および司法府に対する立法府の民主的正統性の優位は存在せず、立法府、執行府、司法府に民主的正統性が等しく与えられているという⁽³⁴⁾。しかし、人的【personell】な正統性に関しては、間接的な正統性しか持たない執行府と司法府とは異なり、立法府は本源的に（直接的に）【primär (unmittelbar)】正統化されているというのである〔以上につき、Ossenbühl, 1968b, 197 ff.; 大橋, 1993, 38〕⁽³⁵⁾。

③次に、Ossenbühl は、立法者の形成の自由と行政の E. が比較不能であるとする第2の根拠について次のように言う。すなわち、「憲法は他方において、国民代表の政治的意思に対しては、指令と制約をまさに粗くて一括的な仕方でのみ【nur recht grob und pauschal Direktive und Schranke】与え得るのである。従って、国民代表の政治的意思決定としての法律もまた、狭い限界の中でのみ事後審査可能なのである。法律の背後にある国民意思は、第三の権力〔司法権〕に慎重さを要求する。—行政の E. の場合には、事態はこれと全く異なる。行政の E. は、法律によって指揮され制約される【dirigiert und beschränkt】のである。そして、行政の E. は個別事例【Einzelfall】にのみ関係するのである。それゆえ、裁判所による統制は、この行政の E. についてはより密なのである……」[Ossenbühl, 1981, 287]。

こちらの側面ではまず、憲法が立法者に与える規律と、憲法や法律が行政に与える規律の差異が問題となっている。そして、行政の E. が個別事例に

関係すると述べられていることの対比からすれば、立法者の形成は、個別事例には関係しない一般的抽象的規律であることも推測できる。しかしながら、立法者の形成の自由に「まさに粗くて一括的な仕方でのみ」与えられる指令と制約と、行政の E. が「法律によって指揮され制約される」(別の言い方だと「法律に従属する」) ということの差異は、上記言明では不明確である感が否めない。この点については、Ossenbühl が上記言明に際して引用・参照している文献を検討すること、および彼が他の論文において述べていることを検討することにより、彼の思考を跡付けることにしたい。

(2) Ossenbühl がここで引用するのは、[Badura, 1980, 321]、そして参照するのが、[FuB, 1959, 331]、[Scheuner, 1960, 610]、そして [Leisner, 1973, 275] である。

①このうち [Badura, 1980, 321] は註33で見たとおり、行政の E. に対する拘束と立法者の形成の自由に対する拘束の差異の解明に有益ではないので、参照されている文献を検討することにしよう。

まず、最初に引用されている Ernst-Werner FuB の論文の該当箇所を見ると次のごとくである。すなわち、確かに、憲法による法律の拘束と法律による行政(活動)の拘束は、一見するとより高次の法に拘束されているという点ゆえにパラレルに考えることができるかもしれない。しかし、「法適用機関が法律上の命令【Gesetzesbefehl】を遂行【ausführen】するには立法者は憲法を執行するわけではない。……立法府に対して憲法上の限界が置かれたとしても、そのことが国家におけるまさに法形成機関としての立法府の任務と作用を損なわせることにはならない。立法府に対して憲法から引き出される制約と法適用機関に与えられた法律上の指示の間には、量的な差異のみならず質的な差異もが存在する。この差異は、民主的な法治国家においては、立法府(のみ)が国民の多数の決定からする立法府の直接的な正統性を有しているということに起因している」[FuB, 1959, 331 (Sperrung im Original)]。

しかし、*FuB* のこのような主張においても、「法適用機関が法律上の命令を遂行する」ことと「立法者が憲法を執行するわけではない」ことの差異はいまひとつ不分明である。それゆえ更なる探索が必要である。

②次に *Ossenbühl* が参照するのは [*Scheuner*, 1960, 610] である。*Ulrich Scheuner* によれば、E. は「確実な法的枠組み【*fester rechtlicher Rahmen*】において組み立てられた遂行の自由【*Freiheit der Ausführung*】」のことをいうのであって、立法者に対して与えられるべきものは、「もっと多くのもの」であり、それは「まことの形成の自由【*wirkliche Gestaltungsfreiheit*】」なのである。それゆえ、行政法の基準を憲法裁判における審査へと転用することは、比例原則を含めおよそ慎重でなければならない。基本法は、特定の経済秩序を定めているわけでも詳細にあらかじめ指示された社会秩序を定めているわけでもない。基本法は、個別的にのみ限界付けるような基準率【*Richtssatz*】—所有権や、移転の自由、職業活動の自由の保護—を確立している。仮に憲法裁判権がこれらの手がかりから、憲法上あらかじめ秩序付けられたものとして完全に拘束的な経済システムを導き出そうとするとすれば、それは司法の任務の誤解であろう [*Scheuner* 1960, 610]⁽³⁶⁾。

③さらに参照されている [*Leisner*, 1973, 275] においてもまた、同様のことが述べられている。すなわち、「行政の合法性という典型的なイメージ」からすれば、あらゆる権力の表出は特定の根拠を持たなければならないか、確実に規定された目標に向けられたものでなければならず、「全般的で、相当に具体的な枠【*allseitiger, einigermaßen konkreter Rahmen*】が必要」であるところ、「その典型的なイメージが妥当しうるのは、『規範を執行する』ところ、あるいは法規命令によって『遂行』されることに限られる」のである。「それに対して、法律は、憲法を遂行するものではなく、法律は、憲法にただ特定の点描的な制約のみを見出すのである」。憲法が法律に与える制約は、たいていは一般的な目標なのである [*Leisner*, 1973, 275]。

④これらの参照文献からすれば、「まさに粗くて一括的な仕方でのみ」制約されるということと「法律によって指揮され制約される」ということの差異は、かなり明瞭になったのではないかと思われる。後者は全般的かつかなり具体的であるのに対し、前者は個別のかつ抽象的・一般的なものなのである。

(3) さらに、*Ossenbühl* のそのほかの文献から、立法者の形成の自由と行政の E. の差異を分析することもまた有益であろう。

①まず、命令制定裁量【*Verordnungsermessen*】に関する *Ossenbühl* の議論を見てみよう。彼によれば、命令制定裁量は立法者の形成の自由とも行政の E. と異なる「第三の変種」であるとされる [*Ossenbühl*, 1981, 288]。まず、命令制定裁量は行政の E. とは比較できない。E. が法律の適用の構成要素をなすのに対して命令制定は法定立だからである [*Ossenbühl*, 2007c, 282 (Rn. 41)]。

しかし、命令制定裁量は立法者の形成の自由と構造上比較できる。立法者の形成の自由と命令制定裁量は、立法と命令制定が共に作用としては法定立である一方で、立法者の形成の自由と命令制定裁量は、前者が後者に比べて(予め与えられた)内容上の基準と指令が欠けている点および民主的正統性の程度がより高い点によって区別される [*Ossenbühl*, 2007c, 282 (Rn. 41)]。また、決定をなす部局【*In Instanz*】と手続も、命令制定と議会立法では異なる性質を持つという [*Ossenbühl*, 1981, 288⁽³⁷⁾]。

ここでも法定立という形成作用、民主的正統性、そして上位規範から与えられる基準と指令がポイントとなっている。命令制定と立法は法定立であるという点で共通する一方で、具体的な基準と指令は立法者の形成の自由においては欠けているという点で異なるのである。

②また、*Satzung* (条例／規約) の制定に関しても *Ossenbühl* は同じく「裁量」(*Satzungsermessen*) を語る。*Satzung* の制定もまた原理的に法律の執行からは区別される。自主行政に内在する形成の自由と独自の責任が、

Satzung の自律をも包括しているので、Satzung 制定者に対しては一定の独自の形成余地が帰属する。そしてその形成余地は、議会立法者の立法の E. に依拠するとき「Satzungsermessen」と呼ぶことができる [Ossenbühl, 2007e, 377 (Rn. 47)]。

この Satzungermessen もまた、構造および機能の観点から行政の E. と区別されなければならない。行政の E. が個別事例における立法者の決定の追行に過ぎないのに対して、Satzungermessen は、行政上の形成任務【Gestaltungsauftrag】を含んでいる。この形成任務が、複雑な利益網と多面的な事実関係を、法律上与えられた枠内で独自のイメージに基づいて創造的に秩序付け形成する権能を行政に対して与える。しかし、Satzungermessen は上位の法律規定によって制約され指揮されるので、Satzung 制定者に残された形成余地は、狭い場合もあれば広い場合もある [Ossenbühl, 2007e, 377 f. (Rn. 48)]。

この E. は、形成任務であることが重視される点において立法者の形成の自由に近いものの、上位規範（法律）の制約と指揮がある点においては立法者の形成の自由からは区別されることになる。また、民主的正統性の直接性がある場合には、正統性に関しては Satzungen 制定者は立法者と同じということになる。とすれば、形成作用であるにもかかわらず、上位規範の与える基準と指令の濃淡（のみ）により E. の広狭が変化する点が特徴的であるということになる。

③自由形成する行政を、立法者の形成の自由のアナロジーとして Ossenbühl は理解しているということは既に見た。それゆえその統制に関して、行政法において決定の対象・構造に応じた統制手法を提唱した彼は、憲法においても決定の対象・構造に応じた形で統制のあり方を考えているように思われる。

Ossenbühl によれば、非代替的決定や、拘束的価値付けを伴う行政決定が問題となる場合、裁判所は一例えば厳格な手続統制へと一後退する（上記 2

(1) 参照)。しかし、憲法においては審査基準が曖昧であり、判決に至るためにはその審査基準は価値の充填と衡量を必要とするにもかかわらず、そして立法者はその衡量と決定が原則的には優位すべき審級に憲法上位置づけられているにもかかわらず、上記のような決定においても憲法的統制は行政法のごとき手続統制にはならず実体的統制—法律の内容の統制—になっているという。彼は、全般的に手続統制へと転換することまでは必要であるとはしていないが、例えば立法者の予測的決定のような領域においては、手続統制へと転換する必要性を示唆している [Ossenbühl, 1998, 94 f.]。

ここから読み取ることができるのは、Ossenbühlが、「行政裁量」論と同じく、例えば予測的決定や形成的決定のように、決定の性質に応じた統制のあり方を探求しているということである [参照、岡田, 1992]。このことからしても、先にも触れたとおり、彼においては、民主的正統性と上位規範から受け得る制約の程度（なお、前掲註29参照）という観点を除けば、自由に形成する行政も立法者の形成の自由もやはり同質の作用と考えられているのだろう。

④Ossenbühlにおいて、自由に形成する行政の中でもとりわけ計画策定は、立法者の形成の自由と類比⁽³⁸⁾されている。既に見たとおり、法律上の形成任務に基づく行政の計画は、包摂を行う法律の執行ではなく、独自の責任に基づいて行われる予め与えられた目標の現実化であるので、裁判所による統制は、行政の行為の枠、方向、そして原理的な様式【Modalität】に対する審査（例えば、過剰禁止）にのみ限定される。そしてこのことは実際、立法者の形成の自由とのアナロジーにおいて内容形成されているさまざまな統制シェーマによって立証されている。つまりそれは、将来の展開と傾向の必要な予測【Prognose】と、（計画において）統合に至る利益、需要、そして必要性の衡量【Abwägung】である [Ossenbühl, 1974a, B 188]。

まず、予測に関して、立法者の予測余地についての連邦憲法裁判所の判例を援用することが試みられるという。つまり、或る法律の目的有用性の判断

は、実際に生じた展開に基づくのではなく、立法者の予測が事柄に適しており主張可能【vertretbar】であるかどうかということによってのみ限定的に判断され得るのである。そして、計画を行う行政は、行うべき予測に関して立法者と同じ状況において判定されるという指摘を、正当であると彼は指摘する。計画する行政は誤りの責任と結果を引き受けるので、予測に対する裁判官の統制は、経済を指導する立法者について行われるものと同じほどの慎重さで行われなければならないという [Ossenbühl, 1974a, B 188 f.; Vgl. Ossenbühl, 1976b, 496 ff.; 参照、阿部, 1978, 456 ff.; 高見, 1985; 岡田, 1992]。

他方、衡量についても、自由に形成する行政、とりわけ計画策定裁量と立法者の形成の自由がともに重要であるとされているが、両者の間には差異があるようである。すなわち、計画策定において衡量は、計画策定という形成作用を構造化し合理化するためのものとして位置づけられている。これに対し憲法における衡量は、立法者の形成の自由を統制する局面つまり法適用の局面において、法的三段論法に基づく包摂⁽³⁹⁾に取って代わる法発見のプロセスとして理解されている [Ossenbühl, 1996, 25 f.]。

(4) 以上のように、Ossenbühlにおいては、立法者の形成の自由と行政のE.の差異が強調されている。しかし、このことは特段彼のみが主張しているわけではなく、ドイツ公法学においておおむね同様の主張をする者も多い。それらの論者の議論を見ると、やはりE.という概念の特殊性が共通して前提されている。最後に、他の何名かの議論を見てみることで、そのことがより明らかになるであろう。⁽⁴⁰⁾

①まず、立法者の持つ自由はE.ではないという原則論を維持しつつ、なおも立法者のE.を部分的に語っているのが、Ernst Forsthoffである。周知の通り、彼によると立法裁量【gesetzgebendes Ermessen】という概念は、措置法律【Maßnahmegesetz】の場合にのみ語られ得るという [Forsthoff, 1976, 119; 参照、穴戸, 2005, 214 ff.]。というのも、「E.は、或る行為の目標がまず与えられており、そしてその目標がこの目標の達成に対する適

切な手段を選択することに依存しているところでのみ、語られ得る」ものであって、E. 概念は、原則的にはそのような特徴を備える行政行為に用いるのが適切であるからだという [Forsthoff, 1976, 119; 参照、三宅, 2005, 27]。Forsthoffによると、措置法律は、法律ではあるものの、目的に拘束され特定の具体的状況に繋がるという特徴をもつがゆえに、例外的に E. 概念を使用することが許容されるというのである [Forsthoff, 1976, 118]⁽⁴¹⁾。

他方 Forsthoff は、選挙権に関する規範【Wahlrechtsnormen】に関する連邦憲法裁判所の判例 (BVerfGE 3, 19; BVerfGE 3, 388) に、以下のようにコメントする。すなわち、政党の細分化に対する予防措置【Vorkehrung】—5%条項および、公認候補者名簿提出の際の署名定足数【Unterschriftenquorum】—は、特定の目的の達成に対する承認可能な手段であるので、措置法律が問題となっているわけではないが立法者の E. を可能にせしめる規範的状况が問題となっている、と語る [Forsthoff, 1976, 119]⁽⁴²⁾。これに対し、秩序を構成する【konstituieren】という法律の本務が問題となっている場合には、E. という概念を用るべきではないと彼は考えているのである [三宅, 2005, 26 f.]。

②Peter Lerche もまた、Forsthoff に良く似た考え方を有しているように思われる。彼は、E. を、「多数の行為の仕方、あるいは事実についての多数の評価付けの間から、固有の衡量に基づいて選択するという高権的権能を行使する際に、高権の担い手が持つ法的に限界付けられた能力」と一般的に定義し、E. の本質を、「固有の衡量に基づいて選択する」ことに求めた [Lerche, 1959, Sp.12]。そして、「個々の生活関係の法的『形成』は、価値を提示する立法者と比べると、価値を具体化する行政の主要任務である」としつつも、「立法者自身が、もともと行政法的な特色を示す個々の措置(参照、『措置法律』)を講じる場面」で立法者の E. を語ることが有益であるとしていた [Lerche, 1959, Sp.14]。

しかしその後の論文では、Lerche は、連邦憲法裁判所が「立法裁量」に

つき E. 概念を用いて無頓着に語ってきたことを批判し、次のように言う。すなわち、E. という概念は、「執行のイメージに組み込まれることなくしては考えられない」ものであり、「一貫し、常に反復し、そして不断に伴う指示【Weisung】および限界設定というイメージに、E. というものは結びついている」というのである [Lerche, 1965, 344]。

③Stern もまた、E. が執行という作用を前提にしているものと理解している。Stern は、「E. は、執行作用【Exekutivfunktion】だけの構成要素では決してなく、「他の作用との協働を確保するために国家作用が放棄した、行為権能と決定権能の法的な割当て【Zuordnung】の問題である」がゆえに、「立法府の E.、政府【gubernativ】の E.、行政の E. そして司法の E. が、正当にも語られる」という [Stern, 1964,⁽⁴³⁾ 11]。

しかし、彼もまた E. には次のような前提があると考えている。すなわち、「議会と内閣【Regierung】が法規範の執行をも行うような空間が問題となっている場合にのみ、立法府の E. と内閣の E. は、政治的な形成の自由の限界付けの点において語られるべきである」 [Stern, 1964, 11] とし、E. は「個別事例の正義を追及する」ものであるのに対し、法律は抽象的な正義を追及しようとするものであると述べる [Stern, 1964, 11]。このように、Stern においても、E. があくまで個別事例にかかわるものであるとされ、執行という前提が重要視されている。

この E. が執行という作用を前提にしているということは、Stern の著名な体系書においても見てとることができる。そこでは E. 概念は、行政ないし執政作用との関係でしか用いられていない⁽⁴⁴⁾。その理由を端的に言えば、「立法は、単なる憲法執行【Verfassungsvollzug】ではない」からである。「憲法と立法の間関係は、立法と行政の間関係がもつばら法律の執行を意味するわけでもないのにもかかわらず、立法と行政の間関係とは異なる」。立法は、憲法適合的な秩序（基本法20条3項）の枠内、とりわけ基本権（基本法1条3項）の枠内にとどまらなければならず、いかなる法令もこ

の原理に抵触することは許されない。しかし、それに基づきさえすれば法律の内容がいわば憲法から導き出され得るのだといったような内実を憲法に帰せしめてしまうとすれば、それは憲法を誤って理解することになってしまうであろう。立法者は独自の政治的な形成の自由【Gestaltungsfreiheit】を有している。立法者は真正なる政治的機関なのであって、その機関は、自らの行為に対して完全な責任を負っているのである。しかし、憲法は、これらの行為のイニシアティブをとり、指揮し、そして限定し得る【initieren, dirigieren und limitieren】のである [Stern, 1984, 84 f.]。

④以上を見ると、E. は、法律の執行という作用を前提にしているということが一般的な認識でもあるように思われる。このことは、Günter Dürig の次の説明がそれを集中的に表しているように思われる。すなわち、Dürig もまた「立法裁量」について E. という語を用いて説明しているが [Dürig, 1958, 54 (Rn. 105)]、その際 Dürig は、「規範定立権力【normsetzende Gewalt】の E. が、行政法的（規範執行的【normvollziehende】）な E. 理論において思考されるとすれば、それは誤っている」と指摘しているのである [Dürig, 1958, 54 (Rn. 107) Fn. 1, (Sperrung im Original)]。何度も述べてきたように E. は、執行という作用に結び付けられているのである。

そして、教授資格論文において「立法裁量」と「行政裁量」の異同について詳しく検討した Klaus MeBerschmidt も、「立法裁量」と「行政裁量」の差異について次のように要約している。すなわち、「(少なくとも、いわゆる羈束行政の領域における) [行政の E.] の派生的点描的【derivativ-punktuell】性格と、「立法裁量」の始源的【originär】性格」の差異こそが理解されなければならないであろう。「立法裁量」は、「立法者に対して、行政の E. のように、規範的に特別に与えられなければならないのではなく、立法者に本来的に属している」。「立法裁量」は、「議会立法の本質から直接的に帰結され、それゆえ始源的な政治的決定全権【originäre politische Entscheidungsvollmacht】」なのである。この形成の委任【Gestaltungsman-

det】が無限定のものではなく、憲法によって限界付けられ部分的には指導されるという事実があるとしても、……行政による法律の執行というモデルとは比較可能な『憲法執行【Verfassungsvollzug】』へと、立法を限定するものではないのである」[MeBerschmidt, 2000, 274]。

⑤今見てきたように、Ossenbühlに限らずとも、E.は法律の執行という作用に結び付けられているのであるが、この結びつきの背後には一定の行政像が存在する。すなわち、自由主義的法治国家における侵害行政というイメージである。そのイメージが法律の執行、そしてE.の背景には想定されているのである[Vgl. Ehmke, 1960; Brohm, 1972]。この点についてBaduraいわく、E.の理論は、規範定立と規範執行の二分論に基づいており、それは古典的な行政行為の理論と結びついている[Badura, 1972, 166]。

Baduraによれば、自由主義的法治国家において特徴的なのは、「抽象的一般的ルールとしての法律が、自由主義的法治国家の行政に対して個別事例における授権を行うのであるが、その授権は、要請、禁止、許可、そして権利と義務の具体化という形姿をとり、具体的で個人に向けられた『行政命令【Verwaltungsbefehl】』によって行われる。行政による法律の執行は、法律上予定された構成要件が存在する場合に、確認的あるいは形成的に法効果を宣告する」⁽⁴⁵⁾のである[Badura, 1972, 168]。

このように、立法者が秩序を一般的抽象的に形成し、行政は立法者が設けた（厳格な）枠の中においてその秩序を個別事例に適用するという行政像は、まさに純粋な執行行政という伝統的な観方であり、そしてこの行政観が最も妥当するのが侵害行政なのである[MeBerschmidt, 2000, 260]。

このような行政観は、歴史的に見れば、「与えられた手段のもとで障害の除去について適切であるところのものを選択しなければならないポリツァイ当局」[Forsthoff, 1971, 138]という前提から出発している。このような行政観においては、行政は、法律による行政の原理（ここでは侵害留保原理）に基づき、単に法律の執行をするだけであって、その際問題となるのが行政

のE.なのだという発想が採られている。そして、そこでいうE.は、そもそも立法者によって選択された目的に拘束され、それとともに行政の選択肢が限定された形でのみ提示されていると、考えられているのである〔MeBerschmidt, 2000, 276〕。

しかし、そのような行政観は、現代ではもちろん全般的に妥当するわけではない。現代の行政は、いわゆる侵害留保原理に基づいて「自由と財産」に関する事項についてのみ法律の執行をしているだけではなく、給付行政や計画策定のような形成作用を幅広く営んでいることは周知の通りである。形成作用は立法者にのみ帰属しているわけではないのである〔MeBerschmidt, 2000, 260〕。

このように考える場合には、権力分立をいかに理解するのかという大きな問題が待ち構えている。つまり、(執政を除いた)行政を今述べてきたような厳格な意味で「法律の執行」と把握する場合には、とりわけ計画などの形成作用は誰の権限なのかが問題となるのである。⁽⁴⁶⁾この点、Ossenbühlにおいては、議会と執行府との間の権限の機能的な配分、行政の独自性と補完性という権力分立レベルの論点が、本稿において見てきたように常に意識されているのである(1参照)⁽⁴⁷⁾。

(5) 今までの議論を要すれば、Ossenbühlにおいてはまず、行政は間接的な民主的正統性しか持たない。そして、行政は、独自の選択の自由としてのE.を憲法上有しているものの、E.は、法律の執行の局面で問題となり、法律に従属し法律に導かれ、個別事例に関係する限定的な選択の自由である。これに対して、立法者は本源的に民主的に正統化されている。憲法は、「まさに粗くて一括的な仕方でのみ」立法者に対して指令と制約を与える。そして立法者の活動は原則として法定立・形成作用である。そして、これらに冒頭で見たような決定なり手続なりの性質に着目する機能法的考察方法や機能的権力分立論が、Ossenbühlの議論においては有機的に連関しているものと考えられる。分岐点は、主として、法律の執行なのか法定立なのか、民

主的正統性の直接性はあるか、形成の自由ないし E. を制約する上位ルールの密度はどうか、という点にあるのである。

III 結

以上を踏まえると、「立法裁量」は、法定立・形成作用において問題となるものであり、直接的な民主的正統性をその背景に有しており、そして憲法が立法者に与える制約は粗くて一括的なものでしかない。これに対して、「行政裁量」の中でも典型的には侵害行政における「裁量」は、法律の執行作用において問題となるものであり、間接的な民主的正統性しかその背景に持たず、法律が行政に与える制約は相当に具体的で全般的なものである。しかし、「行政裁量」においても、形成作用を有するものについてはその性格上裁判所による統制は緩和されることになるが、法律が行政に与える制約は議会の介入権に左右され、従って統制の強度もまたそれに左右されることになるのである。

本稿は、「裁量」という言葉の使用を控えるべきということを主張したいわけではない。そうではなく、「裁量」を考える場合には、まさに今述べたことを一当たり前のことではあるが一意識することが重要であると考えるのである。これらの要素が、「裁量」の性質・構造、そして「裁量」の統制の強度・手法を左右する要素であるということになろう。

以上のような検討を踏まえると、残された課題としては、まず、冒頭で述べたような統制手法の「転用」の可能性について冷静に検討することが挙げられるであろう。

ところで、ドイツ連邦憲法裁判所は、その判例理論が「人権保障を志向する点でアメリカのそれに優るとも劣らない」[穴戸, 2005, 3]とも指摘されているとおり、「立法裁量」（立法者の形成の自由）を積極的に統制していることはよく知られている。しかし、本稿の検討からすれば、「立法裁量」（立法者の形成の自由）に対しては、E. に対する統制に比して原理的には緩や

かな統制が妥当するということが前提されることになるはずである。

それでは、そのような前提があるにもかかわらず、なぜ、いかにして「立法裁量」(立法者の形成の自由)の統制をドイツ連邦憲法裁判所が積極的に行い得るのか。この問題を多角的に検討することがさらなる課題である。

【参考文献一覧】

(邦語)

- ・阿部, 1978: 阿部照哉「憲法訴訟における事実認定と予測のコントロール」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』(有斐閣、1978) 448頁以下。
- ・遠藤, 1976: 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、1976)。
- ・大橋, 1993: 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂、1993) 1頁以下。
- ・———2009: 大橋洋一『行政法1』(有斐閣、2009)。
- ・岡田, 1992: 岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法学政治学論究14号(1992) 67頁以下。
- ・覚道, 1979: 覚道豊治「立法裁量と行政裁量」公法研究41号(1979) 171頁以下。
- ・小林, 1981: 小林直樹『憲法講義(下)(新版)』(東京大学出版会、1981)。
- ・小山, 2011: 小山剛『「憲法上の権利」の作法(新版)』(尚学社、2011)。
- ・櫻井=橋本, 2010: 櫻井敬子=橋本博之『行政法(第2版)』(弘文堂、2010)。
- ・塩野, 1989: 塩野宏「紹介 O・バッフ、W・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティック』」同『公法と司法』(有斐閣、1989)、328頁以下。
- ・———2011: 『行政法(第5版)』(有斐閣、2011)。
- ・穴戸, 2005: 穴戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005)。
- ・芝池, 1978: 芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』(有斐閣、1978) 187頁以下。
- ・柴田, 2010: 柴田憲司「憲法上の比例原則について(一)」法学新報116巻9・10号(2010) 183頁以下。
- ・高木, 2012: 高木光「法律の執行」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来へ向け』(有斐閣、2012) 21頁以下。
- ・高橋, 1985: 高橋滋「行政の政策的判断と裁判」一橋論叢93巻5号(1985) 117頁以下。

- ・高橋, 1990: 高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、1990)。
- ・高橋, 1994: 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』(有斐閣、1994)。
- ・——2006: 『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006)。
- ・高橋=山元, 2004: 高橋和之=山元一「行政権と司法権」井上典之=小山剛=山元一編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004) 181頁以下。
- ・高見, 1985: 高見勝利「立法院の予測に対する裁判の統制について」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1985) 36頁以下。
- ・玉井, 1993: 玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、1993) 383頁以下。
- ・——2000: 「国家作用としての立法」法教239号(2000) 72頁以下。
- ・田村, 1975: 田村悦一「行政の自由とその統制」同『行政訴訟における国民の権利保護』(有斐閣、1975) 59頁以下。
- ・戸波, 1993: 戸波江二「違憲審査権と立法裁量論」憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』(敬文堂、1993) 137頁以下。
- ・長尾, 2008: 長尾一紘「立法裁量の法理」比較法雑誌41巻4号(2008) 41頁以下〔後に、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』(中央大学出版会、2012) 115頁以下に所収〕。
- ・原田, 1979: 原田尚彦「国家賠償責任と行政介入請求権」同『行政責任と国民の権利』(弘文堂、1979) 75頁以下。
- ・樋口, 1998: 樋口陽一『憲法 I』(青林書院、1998)。
- ・松原, 2009: 松原光宏「立法裁量のセオリー・プラクシス」法学新報116巻7・8号(2009) 1頁以下。
- ・美濃部, 1948: 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1948)。
- ・三宅, 2005: 三宅雄彦「法律・措置法律・ノモス」社会科学論集(埼玉大学) 116号(2005) 23頁以下。
- ・宮沢, 1978: 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978)。
- ・宮田, 1984: 宮田三郎『行政計画法』(ぎょうせい、1984)。
- ・——1994: 『行政裁量とその統制密度』(信山社、1994)。
- ・村西, 2011: 村西良太『執政機関としての議会』(有斐閣、2011)。
- ・山本, 2011: 山本真敬「藤田裁判官の『判断過程統制』論の検討」早稲田大学大学院法研論集138号(2011) 201頁以下。
- ・渡辺, 2003: 渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義」樋口

陽一=上村貞美=戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力 栗城壽夫先生古稀記念(上)』(信山社、2003) 1頁以下。

(欧語) ※*Ossenbühl*の著作は、*Fritz Ossenbühl, Freiheit, Verantwortung, Kompetenz*, 1994. に再録されているものも多いが、本稿は初出に依拠している。

- *Badura*, 1972: *Peter Badura*, Das Planungsermessen und die rechtliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *Verfassung und Verfassungsrechtssprechung, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des BayVGH*, 1972, S. 157 ff.
- ——1980: Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: *Peter Oberndorfer und Herbert Schambeck (Hg.)*, *Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft*, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, 1980, S. 321 ff.
- *Böckenförde*, 1981: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl., 1981.
- *Brohm*, 1972: *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 1972, S. 245 ff.
- *Dürig*, 1958: *Günter Dürig*, Art. 1 III, in: *Maunz=Dürig, GG Kommentar*, 1958.
- *Ehmke*, 1960: *Horst Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960.
- *Forsthoff*, 1960: *Ernst Forsthoff*, Diskussionsbeitrag *VVDStRL* 1960, S. 176 ff.
- ——1971: Die Rechtsprechung, in: *ders.*, *Das Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl., 1971, S. 126 ff.
- ——1976: Über Maßnahmegesetze, in: *ders.*, *Rechtstaat im Wandel*, 2. Aufl., 1976, S. 105 ff.
- *Fuß*, 1959: *Ernst-Werner Fuß*, Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG, *JZ* 1959, S. 329 ff.
- *Hofer-Zeni*, 1981: *Herbett Hofer-Zeni*, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle, 1981.
- *Hoppe*, 1974: *Werner Hoppe*, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, *DVB1* 1974, S. 641 ff.
- *Kägi*, 1961: *Werner Kägi*, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden

Gewaltenteilung, in: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Festschrift für Hans Huber, 1961, S. 151 ff.

- *Kelsen*, 1925: *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925. 清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、1971）。
- *Meßerschmidt*, 2000: *Klaus Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000.
- *Leisner*, 1973: *Walter Leisner*, Das Gesetzvertrauen des Bürgers, in: Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, 1973, S. 273 ff.
- *Lerche*, 1959: *Peter Lerche*, Ermessen, in: *Görres-Gesellschaft (Hg.)*, Staatslexikon, Bd. 3, 6. Aufl., 1959, Sp. 12 ff.
- ———1965: Das Bundesverfassungsgericht und Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), S. 341 ff.
- *Menger*, 1954: *Christistian-Friedrich Menger*, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, 1954.
- *Ossenbühl*, 1968a: *Fritz Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV, 1968, S. 618 ff.
- ———1968b: *Fritz Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968.
- ———1970: Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV, 1970, S. 84 ff.
- ———1974a: Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag (DJT), 1974.
- ———1974b: Vom unbestimmten Gesetzsbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DÖV 1974, S. 309 ff.
- ———1976a: Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV, 1976, S. 463 ff.
- ———1976b: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, S. 458 ff.
- ———1981: Richterliches Prüfungsrecht und Rechtsverordnungen, in: *Jörg*

Paul Müller (Hg.), Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 283 ff.

- ———1993: *Fritz Ossenbühl*, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Bernd Bender, Rüdiger Breuer, Fritz Ossenbühl und Horst Sendler (Hg.)*, Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, 1993, S. 55 ff.
- ———1996: Abwägung im Verfassungsrecht, in: *Wilfried Erbguth, Janbernd Oebbecke, Hans-Werner Rengeling, und Martin Schulte (Hg.)*, Abwägung im Recht, 1996, S.25 ff.
- ———1998: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: *Peter Badura und Rupert Scholz (Hg.)*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1998, S. 75 ff.
- ———2007a: Gesetz und Recht, in: *Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2007, S. 135 ff.
- ———2007b: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: *Isensee und Kirchhof (Hg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2007, S. 183ff.
- ———2007c: Rechtsverordnung, in: *Isensee und Kirchhof (Hg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2007, S. 261 ff.
- ———2007d: Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: *Isensee und Kirchhof (Hg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2007, S. 305 ff.
- ———2007e: Satzung, in: *Isensee und Kirchhof (Hg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 2007, S. 353 ff.
- *Scheuner*, 1952: *Ulrich Scheuner*, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für zum 70. Geburtstag, 1952, S.253 ff.
- ———1960: Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, S. 601 ff.
- ———1969: Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, S: 585 ff.
- *Stern*, 1964: *Klaus Stern*, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung,

1964.

- ——1984, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., 1984.

- (1) 本稿が、「立法裁量」、「行政裁量」と鍵括弧付きで語るのは、両者の性質・構造比較が従来においては不十分であり、本稿で検討するように少なくとも補足が必要であると思われるからである。本稿が鍵括弧付きで「立法裁量」、「行政裁量」というとき、「立法裁量とは、『いかなる内容の法律を制定するかについて立法府が有する判断の自由をいう』」[戸波, 1993, 139]、「行政裁量とは、法律が、行政機関に独自の判断余地を与え、一定の活動の自由を認めている場合のことをいう」[櫻井＝橋本, 2010, 105]という一般的な定義を想定している。
- (2) このことは、*Kelsen* 流の法段階説を採用している高橋和之にも妥当するであろう [参照、高橋, 1994, 346 ff.; 2006, 126ff.; 参照、高橋＝山元, 2004, 185 ff.]。
- (3) 広く議論が行なわれたが、ここではさしあたり、「遠藤, 1976, 第2章第4節」、[芝池, 1978]、[宮田, 1984, 第四章]、[高橋, 1985]、[高橋, 1990, 第二章および第六章]、[宮田, 1994, 第VI～VIII章] を挙げるにとどめたい。
- (4) なお、ドイツ公法学でもこのような状況が生じているようである。*Horst Ehmke* は、執政【Regierung】から立法と行政が分離していくという歴史的展開を叙述する中で、「立法、執政そして行政の『Ermessen』の総合的關係は、再び省みられてはいない」と述べている [Ehmke, 1960, 9]。
- (5) 選挙無効訴訟の最高裁判決における、この「判断過程統制」論については [山本, 2011] を参照。しかし、最大判2012年10月17日（判時2166号3頁）については、この判決の多数意見が果たしてこのような意味での「判断過程統制」を採用しているのかという点を慎重に検討する必要があると思われる。
- (6) 周知のことであるが、憲法学において最近特に議論が多い比例原則もまた、その故郷は行政法である。
- (7) *Ossenbühl* の（機能的）権力分立論については、一般的には [Ossenbühl, 1980 ; 1993 ; 2007b] を参照。邦語文献としては、[村西, 2011, 159 ff.] がある。また、憲法裁判権の側面から「機能法的考察」を広く検討するものとして [穴戸, 2005, 236 ff.] を参照。
- (8) このことは、後に1974年においても繰り返されている。彼は計画策定が「複合的権力」であるとし、次のように述べている。「第1に、中心的な政治的計画策定

は、政府と議会が協働で行い、それら双方の組織が協働作業において実行すべき任務である。第2は、計画に関する原則的決定(目標の順序、現実化する期間、財政計画と任務計画の同調、いわゆるグロースオプション)は、国家生活を方向付ける規定として議会の協議と(共同)決定を必要とする。第3に、議会は、計画策定プロセスにおいて、政府の先取り決定あるいは対応する要素の定立によって決定されることがないように、様々な利益と目標の衝突を衡量し得るべく時宜適合的に介入しなければならない。第4に、計画策定プロセスにおいて自らの任務を充分になし得るために、議会は、時宜適合的かつ十分に情報を提供されなければならない。第5に、政府に帰属する計画イニシアティブと計画策定活動は、手付かずのままにとどまり、議会の侵害によって妨害あるいは遮断されることは許されない」[Ossenbühl, 1974a, B 79 f.]。

- (9) ここでは議会と執行府の関係について論じられているが、司法府との関係においても、彼が後に「概念から決定へ」の標語のもとで、決定されるべき対象の性質に応じた裁判統制手法を提唱していることからしても、同じことが妥当するものと思われる [Vgl. Ossenbühl, 1974b; 1993]。
- (10) Ossenbühl は、行政とは何か、立法とは何かを抽象的概念的に議論することをせず、現在妥当している憲法秩序の下で行政の作用領域を確定することが重要であるとしている [Ossenbühl, 1968b, 189]。
- (11) ここでいう「法律の執行」の具体的な意味内容については、下記2(4)参照。
- (12) 本質性理論については、[大橋, 1993; 村西, 2011, 169 ff.] を参照。なお、Ossenbühl は、本質性理論が基準としては無意味であるとしつつも、「具体的な基準や方向付けによって強化される」場合には有用であるとしている [Ossenbühl, 1980, 550; 大橋, 1993, 36]。
- (13) Ossenbühl がここで引用するのは [Böckenförde, 1981, 394] である。そして次のように脚注で述べる。「法律に依存しているのは、執行府の命令権の内容と範囲に過ぎず、その法的基礎ではない。このような補完的な法定立は、法律の授權なしに存在する。それゆえ、執行府の命令権は『始源的【originär】』に、すなわち憲法上の作用領域に内在しているのであって、立法者によって導き出されるものではない」 [Ossenbühl, 2007b, 213 (Rn. 62), Fn. 171]
- (14) 必要的法律事項と任意的法律事項の区別は、さしあたり [村西, 2011, 191 ff.] を参照。
- (15) Ossenbühl によればこれに関して連邦憲法裁判所は、内閣の国内の意思形成

(BVerfGE 67, 100) と内閣の外交政策上の権限 (BVerfGE 68, 1) を挙げたが、これに付け加えられるのは、内閣の対人高権【Personalhoheit】とイニシアティブの領域であるという [Ossenbühl, 2007b, 214 f. (Rn. 66 f.)]

- (16) なお、Ossenbühlを含め、当時の連邦行政裁判所の判例に批判的な論者においては、「過剰統制」を行う連邦行政裁判所への批判という実践的な意図があったことが指摘されている [参照、高橋, 1985, 670; 1993, 1, 37, 241; Vgl. Hofer-Zeni, 1981, 44 f.]。
- (17) この Ossenbühl の論文については、[遠藤, 1976, 93 ff.] が詳しい。
- (18) ここで Ossenbühl は、[Ehmke, 1960, 45 ff.] を引用している。それゆえ、ここでの「法律適用」は、本文でも述べたように、Ehmke と同じく行政の行為が裁判所によって完全に審査される行為という意味である (参照、後掲註21)。
- (19) もっとも、1968年と1974年において、Ossenbühl の立場が根本的に変わってしまったというわけではないと思われる。というのも、1968年の段階においても、行政の法律適合性は、規律対象の性格によって、その強度がさまざまに変わることが必要とされているからである [Ossenbühl, 1968b, 222]。
- (20) 行政の決定の性質に基づいて考察する方法をとることは、構成要件面における個々の法律概念の解釈と適用だけでなく、およそ行政の決定全般に妥当すると Ossenbühl は後に述べている [Ossenbühl, 1993, 62 f.; 参照、宮田, 1994, 202 ff.]。1974年の計画策定裁量を巡る議論では、形成的行政か法律の執行かというレベルにおいて行政の決定の性質は顧慮されていたものの、確かに、論述の重点は規範構造論 (Wenn-Dann シェーマか目的プログラムか) に重点が置かれていたとも読み取れる。しかし、この1993年の段階に至ると、規範構造論よりもむしろ行政の決定の性質論に、議論の重点が移動してきているようにも感じられる。さらに、「コントロール問題の解決のための合理的基準はなく、[法律の機能と構造、決定の性質、規範的授權理論、機能法的手掛かり、トポイという一本稿筆者] あらゆる手掛かりが司法抑制にたどり着くから、統一的な方向を形成することはできない」 [Ossenbühl, 1993, 68; 宮田, 1994, 206] と彼が述べるとき、規範構造だけから司法の統制のあり方が導き出されているわけではない。その限りで、以下で見る計画裁量の特異性に関して彼の規範構造論へ従来投げ掛けられてきた批判 [芝池, 1978, 200 ff.; 高橋, 1990, 238 ff.; 宮田, 1994, 196 f.] も、相対化される可能性がある。
- (21) 法律の執行と法律の適用を相互互換的に用いることができるのかという点は、一つの論点である。Ossenbühl は、後に見るとおり (後記 (5))、E. の行使と法

律の適用に質的な差異があるとも述べる一方で [Ossenbühl, 1968b, 314, Fn. 142; 1970, 89, Fn. 51]、後には、「E.の行使は法律の適用の構成要素である」と述べている [Ossenbühl, 2007d, 282 (Rn. 41)]、後者だけを見ると、Ossenbühlは法律の執行と法律の適用を相互互換的に用いているかのようにも見える。しかし、この後者においても、この「E.の行使は法律の適用の構成要素である」という文の次の文が、「これに対して、命令制定は法定立である」と述べていることからすると [Ossenbühl, 2007d, 282 (Rn. 41)]、この場面では、法定立と法適用の対比として法律の適用という言葉が用いられていると考えられる。これに対して、後記(5)におけるE.の行使と法律の適用の質的区別は、法定立と法適用という次元での対比ではなく、後者の内部での対比の問題であり、完全に羈束された行為を法律の適用とし、それに対して独自の評価付けや基準設定の余地が残されているものをE.の行使としている。このことからすると、このふたつの場面で言われる「法律の適用」は次元・意味が異なっている。そのように理解すれば、法律の適用という概念をOssenbühlが相互互換的に使っていないと理解することができるように思われる。なお、本稿の目的から離れることになるので、法律の執行と法律の適用の異同を一般的に検討することは、他日を期すことにしたい。

(22) 関連して、日本国憲法73条1号の「法律の執行」の理解もまた曖昧な部分が多いように思われる。法律によって義務付けられた行為を単に行うのみならず、法律の目的を達成するために必要な措置をとることまでを含むという理解が多くなされている [例えば、宮沢, 1978, 494; 小林, 1981, 266 f.; 樋口, 1998, 331]。これらにおいては、「法律によって義務付けられた行為」と「法律の目的を達成するために必要な措置」の二段階の作用(二重執行概念(?))が予定されていると理解できるものの、それぞれが具体的に何を意味しているのかは明確ではない。もっとも、高橋和之は、「執行」という作用について、彼の言うところの「分離型」(伝統的な権力3区分)は「一般的・抽象的法規範の個別・具体的事例への適用・実施」を意味するのに対し、「下降型」においては「上位規範から下位規範へと向かう法の実現過程における上位規範の執行という意味」に理解しなければならないと明確に指摘している [高橋, 1994, 342]。なお、美濃部達吉は、法律の執行を「行政行為の基準としての法律を实在の場合に適用し、内閣の権限に属する限度に於いて法律の規定に忠実に具体的な行政行為を為すこと」としている [美濃部, 1948, 201]。

(23) これが、侵害行政という像であることについては、下記3(4)を参照。Ossenbühlは、従来の自由主義的行政法のメルクマールを、静態的な法律概念、包摂

思考、そして決定を下される個別事例に求めている [Ossenbühl, 1974a, B 161; 宮田, 1994, 156註57]。

- (24) Ossenbühl がこのように動態性を強調するからといって、ただちに、Ossenbühl がいわゆる Smend 学派の「動態的考察方法」を採用しているということにはならないとの指摘がなされている [高橋, 1993, 216]。Ossenbühl は、国家と社会の二分論を前提としている [Vgl. Ossenbühl, 1968b, 143 Fn. 187; 1974, 149]。
- (25) ここで Ossenbühl は、Ermessen という概念を用いているが、別の箇所では彼が「『計画策定裁量』と呼ばれる行政の形成の自由」と述べていることから [Ossenbühl, 1974b, 313]、学界の一般的な用語法に従ったものと考えられる。
- (26) Ossenbühl は、ここで [Badura, 1972, 167] を参照している。Badura の見解については後記 3 (4) 参照。
- (27) Werner Hoppe が、計画法の構造から、通常の行政の E. とは構造が異なることを理由として計画裁量【Planungsermessen】という術語を避けるべきであると、計画上の形成の自由【planerische Gestaltungsfreiheit】という術語を用いたことは [Hoppe, 1974, 644]、よく知られている [芝池; 1978, 197; 高橋, 1990, 45; 宮田, 1994, 146]。
- (28) Ossenbühl がここで参照しているのが、Klaus Stern の次の言説である。Stern は、Franz Mayer が、便宜主義【Opporunitätprinzip】と Ermessen 的自由を論理的に等しいものでないとしていることに賛同し、次のように言う。「私が、E. というカテゴリーを、はじめから法的に羈束された様式として羈束行政の領域に定住させることを採用するとき、便宜主義は、これに対して自由に形成する行政の領域に定住することになろう。そしてその場合、自由に形成する行政の領域に対しては、消極的にのみ統制を行う法的制約が妥当するのである。従って、このように、行政にとって決定的な区別を行うとすると、この区別の鏡像は立法府に存することになる。つまりそこでは、E. と政治的な形成の自由が区別されなければならないのである」 [Stern, 1964, 23 Fn. 64]。
- (29) なお、Ossenbühl が計画裁量に対する裁判的統制は明白性の留保（明白な誤りが存在しているか否かに限定される）としていたことについて、「計画裁量」論について Ossenbühl と非常に良く似た主張をしている Badura は、次のように主張する。議会立法の基づく正統性の憲法上の基礎および条件からして、議会の政治的形成的自由と、法律に依拠した執行府の選択可能性とを、一行政の行為に関係する一 E. という同じカテゴリーに組み込んでしまってはならず [Badura, 1972, 162]、

執行府の法定立は議会立法ではない以上、憲法裁判所が議会立法を統制するときには妥当するものが、直ちに行政裁判所が行政を統制する場面で妥当するわけではないという [Badura, 1972, 163]。「行政府と立法府との混同が許されないとする立場から、計画裁量に対する裁判的統制が厳格なものでなければならないと主張している」ようである [高橋, 1993, 50]。もっとも、Ossenbühl においては、形成的作用という点においては行政府と立法府の区別をしていないものの、民主的正統性という観点においては立法府と行政府の間には差異があることを主張しており、また計画上の形成の自由についても、彼は「計画策定裁量も行政の E も、法的に根拠付けられ限界付けられ、そして指揮された行政の選択の自由を意味する」[Ossenbühl, 1974a, B 185] としており、上位規範から受ける制約が立法者の形成の自由ほど粗くて一括的なものではないと考えている（それゆえ統制もその限りで立法者の形成の自由より厳格になる）と受け取ることもできる。

- (30) ちなみに Badura は、「計画裁量」は、自由に形成する行政の一部であるとしつつも「E. の特殊な形式」であるという [Badura, 1972, 172]。
- (31) なお、[宮田, 1994, v, 3 f.] は、「裁量」を法律の適用の際の行政の一定の余地と（厳格に）定義し、法律の外部において行政が活動する場合の「自由に形成される行政」と「裁量」を区別する。そして、「自由に形成される行政」は「行政法学というよりは行政学ないし行政政策の対象となる」とする。しかし、後者も法には服しているのであり法的統制の対象となると理解すべきであろう。
- (32) なお既に述べたとおり、Ossenbühl においては、決定対象の性質によって統制の強度もまた変化するとされている。形成的作用のうち予測的決定について、「予測の内容に従って統制の範囲を整除する」ことを彼は主張する [岡田, 1992, 80]。彼は立法者の形成の自由の統制に対しては、領域によっては内容の統制から手続の統制への転換を主張しているが [Ossenbühl, 1998, 94 f.]、おそらく防禦権については手続統制への移行を意図していないものと思われる。既に見てきたとおり、Ossenbühl においては、決定なり統制の対象に応じて「自由な余地」の範囲や統制の範囲が変わることになる。ちなみに、彼がここで引用している [Badura, 1980] はもっぱら経済政策についての裁判官の審査権の議論である。
- (33) [Badura, 1980] は、「裁判官の審査権と経済政策」について広い観点から論じるもので、個人の経済的自由権の侵害に当たらない場合には、議会の政策的・形成的決定に対する裁判所の統制密度は低下すべきであるという主張がなされている。引用されている頁には、Ossenbühl とほぼ同じ内容が主張されている。すなわち、社

国会家を永続的に現実化するという特徴を持つ民主制的憲法国家の構成要素は、議会立法者の政治的形成の自由【politische Gestaltungsfreiheit】である。「国民主権において根拠付けられ、そして憲法上、政治過程を決定する、この議会の国民代表の決定全権【Entscheidungsvollmacht】はまた、不可避免的に、……経済体制【Wirtschaftsverfassung】の起点」なのである、と [Badura, 1980, 321]。

- (34) *Ossenbühl* の主張を制度的・作用的正統性においては立法府、執行府、司法府が等しい民主的正統性を持っているという主張と理解できることについては、[村西, 2011, 149註141] が既に示唆している。本稿も見解を同じくする。
- (35) もっとも *Ossenbühl* はまた、人的正統性に関する立法府のこのような直接的な民主的正統性も、政党の存在によって相当程度に条件付けられているのではないかという [*Ossenbühl*, 1968b, 199]。
- (36) *Scheuner* は、別の論文でも、行政の E. が法律の sachlich な任務と基準に拘束されるのに対し、立法者の政治的な決定の自由は、部分的な限界付けが問題となるのであって、横断的な内容上の拘束が問題となっているのではないと述べている [*Scheuner*, 1952, 281 f.]。
- (37) この点にも、*Ossenbühl* の機能的権力分立論の発露を見ることができるようと思われる。
- (38) 先に *Satzungsermessen* のところでも触れたが、立法府の形成の自由と行政の E. は民主的正統性のレベルにおいて差異があるということであった。しかし、地方公共団体の直接選挙で選ばれた首長が行う計画策定を考えると、両者の間の差異はヨリ希薄になる [Vgl. *MeBerschmidt*, 2000, 288 ff.]。
- (39) 立法者の形成の自由と計画策定裁量が類比できる場合には、例えばドイツで展開された計画裁量に対する統制手法（比較衡量要請【*Abwägungsgebot*】）を立法者の形成の自由の統制に転用できるのかという問題が生ずることになる。しかし、目下のところこれらの問題に答える用意がないので、他日を期したい。
- (40) 以下の行論は、[*MeBerschmidt*, 2000, 234 ff.] に大きく依拠している。
- (41) このような措置法律と行政作用との関連の背景につき [参照、玉井, 1993, 392 ff.; 2000, 75]。また、このような思考の前提にある法律の一般性についての批判は今挙げた玉井の両論文を参照。*Forsthoff* においては「立法（法律制定作用）というものは『目的』を達成するための『手段』（意思的作用）のではなく、『理性』を備えた立法者による『認識』の作用であり、行政活動こそが目的思考的な意思の作用である」[柴田, 2010, 267註169]。彼にとっては、E. は「価値の現実化の枠内

における選択行為」でしかないのである [Forsthoff, 1976, 118]。

- (42) Forsthoff はこのように選挙権規範を例に挙げているが、本稿で述べてきた E. の特殊性についての思考を日本国憲法の47条の解釈論に用いることができるか否かは、別途検討を必要とする。
- (43) 実際、「E. という問いの総合的な関係と総合的な起源のみを、徹頭徹尾複雑な現象として指摘すること」がそのモノグラフィーの目的であるとしているものの、このモノグラフィーにおいては、行政の E. に議論を集中するとしている [Stern, 1964, 12]。
- (44) 彼の Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland の各巻の目次から検索するという方法に拠った。例えば、「Ermessen」が見出されるのは、§ 41 「行政」や § 74 「執行権の拘束」といった部分である。
- (45) そして Badura は、行政の形成任務を強調する [Scheuner, 1969] と [Brohm, 1972] を引き合いに出しつつ、しかし、「規範定立と規範執行の分離論」に根拠付けられ、法律概念と行政行為の理論からなる行政法総論の法治国家的法形式は、自由主義的法治国家から社会的法治国家への進展に伴ってその効力を失っているので、新たな概念と形式が展開されなければならないとする [Vgl. Badura, 1972, 167 ff.]。
- (46) このことが、先に見たように(前掲註22参照)、憲法73条1号の法律の執行について「法律の目的を達成するために必要な措置をとることまでを含む」といった解説がなされる一因であるとも考えられる。
- (47) 宮田三郎は、このような「憲法視点の不足」について問題を投げ掛けていた [宮田, 1994, 324]。

[付記] 校正中に、法律時報85巻2号(2013)の特集「行政裁量統制論の展望」の諸論考、そして高田倫子「ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷(二)」阪大法学62巻5号(2013)1443頁以下に接した。