

令和 4 年 6 月 9 日現在

機関番号：24402

研究種目：若手研究

研究期間：2018～2021

課題番号：18K12637

研究課題名（和文）権力分立の変容に即した行政-司法関係の再定義：司法的法形成の現代的意義の追究

研究課題名（英文）Reconstruction of the Relationship between the Judiciary and the Administration in the Changing Concept of the Separation of Powers

研究代表者

高田 倫子 (Takata, Michiko)

大阪市立大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：80721042

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,500,000円

研究成果の概要（和文）：本研究の目的は、権力分立における行政と司法の対等な地位に立脚し、行政のみならず司法による法形成の特徴と意義を考慮した、行政に対する司法的統制の新たな理論を構築することにある。研究期間中、（1）ドイツ法における司法的法形成の基礎理論の解明に取組み、（2）この理論に基づき、行政訴訟における裁判所の実体認定を分析した。その結果、実体法よりも手続法を重視し、司法的法形成を憲法上正当化すると同時に、それを統制しようとするドイツ公法学の傾向が明らかとなった。

研究成果の学術的意義や社会的意義

日本では、伝統的に司法に対する行政の優位が説かれ、行政に対する司法的統制は比較的消極的であった。その原因の一つに、行政にのみ裁量を認め、司法を単に法に拘束された機関とする考え方がある。本研究の学術的意義は、司法的法形成の理論によって、この考え方を再検討し、両者の対等な地位を構築することにある。本研究は、これまでの行政事件の裁判例を批判的に検証し、裁判所の今後の審査のあり方を考察するための、手がかりを与えることができる。

研究成果の概要（英文）：The purpose of this study is to develop a new theory of judicial control of the administration, based on the equal status of the administration and the judiciary in the separate of power, and taking into account the characteristics and significance of law-making not only by the administration but also by the judiciary. During the research period, (1) the basic theory of judicial law-making in German law is clarified, and (2) based on this theory, the judicial fact-finding in administrative litigation is analyzed. As a result, the tendency of public law studies in Germany became clear, to focus on procedural law rather than substantive law and to constitutionally justify the judicial discretion and at the same time to control it.

研究分野：公法学

キーワード：権力分立 行政権の裁判的統制 司法的法形成 専門技術的裁量 事実認定

1. 研究開始当初の背景

近年、社会の分化・複層化に伴って、立法による事前の基準定立が困難になり、重要な決定が法執行のレベルに移行しつつある。これに対応すべく、国内外の権力分立論では、国家作用を動的・創造的に捉え、従来は法執行と位置付けられてきた行政・司法にも、法形成的性格を認める理論が提唱されている。その際、行政による法形成については、行政法学（特に行政裁量論）に議論の蓄積があるが、司法による法形成に関する考察は、公法学において極めて乏しかった。このことは、行政の裁判的統制において、司法に対する行政の優位が一方的に強調される事態を招いてきた。しかし、かような行政-司法の非対称な関係が、権力分立の観点から正当化されるかは疑わしい。このような背景から、本研究は、権力分立における行政と司法の対等な地位を前提とした、行政の裁判的統制に関する新たな理論を構築するという課題に取り組むこととした。

2. 研究の目的

上記の課題を遂行するにあたり、本研究は、ドイツにおける司法的法形成（**Richterliche Rechtsfortbildung**）の議論を取り上げ、これを手がかりとして研究を進めることとした。以下、その理由を略述し、研究の目的を明らかにする。

ドイツにおいても、伝統的な権力分立の考え方によれば、行政にのみ裁量が認められ、裁判所は、そのような自由な判断の余地を持たないとされてきた。その根拠は様々であるが、戦後における有力な説明は、裁判官は、憲法上その独立が保障されており、行政と異なり上級機関の命令を受けないため、議会において制定された民主的法律に特に厳格に拘束されねばならない、というものであった。つまり、司法の民主的正統化の必要性から、裁判所が法形成を行うことは否定された。

しかし、前述したように、近年において、立法が定立した基準を行政・司法が執行するという伝統的な権力分立のモデルは現実から乖離しており、また、国家権力の正統性を議会の民主的決定に一元的に求めるのではなく、司法の独自の正統性を主張する説が有力になりつつある。このような権力分立の考え方の変容にもなっており、ドイツ公法学においては、司法的法形成が広く承認されるようになってきている。この議論は、我が国の統治構造にも同様に当てはまり、そうであれば、行政-司法の非対称な関係を見直すための有益な手がかりとなりうる。

そこで、本研究は、ドイツにおける司法的法形成の基礎理論を解明すると同時に、この理論を行政訴訟の具体的問題に適用することを目的とすることにした。

3. 研究の方法

（1）司法的法形成の基礎理論の解明 司法的法形成は、私法学にとっては目新しいテーマではない。すなわち、裁判官が法律の欠缺をどのように補充するかは、ドイツにおいてはすでに19世紀から議論がなされており、その内容は、我が国においてもよく知られている。しかし、そこにおいて、司法的法形成は、法学方法論の一つのテーマであると捉えられ、憲法学的観点からの考察はなされていなかった。

しかし、1970年代から、この問題は次第に権力分立及び民主制の問題であると考えられるようになる。このような議論の展開のきっかけとなったのは、1973年の連邦憲法裁判所の決定（ソラヤ決定）であった。同決定においては、「創造的法発見」に関する裁判官の任務と権限は、基本法の下において否定されていないと判示され、以後、連邦憲法裁判所は、裁判官が法形成の権限を有することを、原則として承認している。学説においては、司法的法形成に対して否定的な見解も有力であったが、近年では、これを承認する説が少なくない。

以上を踏まえて、本研究は、特に司法的法形成を承認する場合の、その憲法学的な基礎づけに関する理論を調査し、検討した。文献調査においては、特に次の2つのことが研究の推進に役立った。まず、本研究と時期を同じくして、同じテーマに関する邦語の研究業績が発表されたことである（北村幸也『裁判と法律のあいだ』（成文堂、2020年））。本書は、どちらかと言えば司法的法形成に否定的であるが、ドイツの判例・学説を広く取り上げ、精緻な分析を行っていることから、有益な参考資料となり得た。第2に、研究期間中にドイツ・ハンブルクに1年間留学する機会を得て、この分野の第一人者である、ブツェリウス・ロースクルのクリスティアン・ブムケ教授の下に滞在したことである。滞在中は、現在の議論水準に関して話を伺うと同時に、研究の方法についてアドバイスをいただいた。

（2）行政訴訟の具体的問題への理論の適用 研究期間の後半は、前半に得られた基礎理論を、行政-司法関係に関する具体的問題に当てはめることに充てた。その素材として、当初は、金融市場の規制、特に規制官庁による銀行監督とその裁判的統制のあり方を取り上げる予定であった。しかし、公法学において当該領域の文献は少なく、判例もまだ展開されていないようであ

た。

そこで、このテーマはより長期的な課題とし、司法的法形成に関わる別の問題として、裁判所の事実認定を取り上げることにした。すなわち、ドイツにおいて、行政訴訟における裁判所の事実認定は、従来、職権探知主義に従い、真実、すなわち訴訟外に存在するただ一つの事実を、客観的に認識する作用であるとされてきた。その結果、事実認定は、主体の価値判断をとともなう事実の法律上の要件への当てはめ（事実の要件の評価）とは異なり、裁量を認める余地はないと解されてきた。これに対して、学説においては、近年、事実認定をプロセス的・構成的に捉え、裁判官による創造的行為であるとする見解が主張されている。後者の考え方は、司法的法形成の基礎理論の一つを応用したものと位置付けられる。

4. 研究成果

(1) 司法的法形成の基礎理論の解明 ドイツにおいて、司法的法形成を基礎づける理論として現在有力であるのは、純粋法学、より正確に言えば法段階説である。学界におけるケルゼン受容と軌を一にして、この傾向は一層強まっている。もっとも、法段階説をどのように発展させるかは、論者によって立場が異なる。その違いは、司法的法形成の余地を一定程度認めるとして、それが完全な恣意に陥らないための限界をどこに求めるか、という問題に関わる。ケルゼンの研究者として知られるフライブルク大学のマティアス・イエシュテット教授は、上位規範の「枠 (Rahmen)」をそのような限界とみなし、法適用者はそれに拘束されるという。これに対して、前出のブムケ教授は、ケルゼンの理論から法解釈の枠を導出するのは困難であるとし、むしろ司法的法形成に固有の限界を見いだそうとする（双方の立場は、Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012 に所収された論文を参照）。研究代表者は、2020年2月にイエシュテット教授が主催するケルゼン研究のシンポジウムに参加し、この点について報告を行った。

上記2つの立場のうち、法の適用・解釈の場面で前者のいう枠を維持するのは困難であると考え、後者の立場に従って、さらに研究を進めた。ブムケ教授のアドバイスを受けて取組んだのは、ドイツにおける先例拘束性法理の研究であった。それは、裁判所が法形成を行う際の準則であり、立法・行政の法形成とは異なる、司法にそれに固有の限界であるといえる。先例に関しても、私法学における研究が先行するが、そこでは先例が法源に含まれるかが議論されるにとどまり、その効力に関する議論には発展しなかった。しかし、近年、公法学においてこれに取組むものが現れている（代表的なものとして、Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017）。研究代表者は、2021年9月の大阪公法研究会において、ドイツの議論を要約したものを発表した。さらに、フライブルク大学と所属大学との共同シンポジウムにおいて、このテーマに関する日独比較を行う予定であったが、新型コロナウイルス感染症拡大の影響でいまだ実現していない。

(2) 行政訴訟の具体的問題への理論の適用 行政訴訟における裁判所の事実認定は、長い間、訴訟外の実事を客観的に認識する作用であると考えられてきた。この考え方は、行政裁判所法 86 条の職権探知主義及び同法 108 条 1 項 1 文の裁判官の自由心証主義に支えられていた。すなわち、後者に関しては、事実に関する主張が真実であるという心証が必要であるとされ、前者は、そのために、裁判所は、学問の知見の水準の限界に至るまで、可能な限り広範に事案を解明することを要求するものとされた。この考え方は、近時においても、例えば連邦憲法裁判所 2018 年 10 月 23 日決定に見られる。自然科学の専門的知見が争われた本件において、同裁判所は、裁判所による事実認定の限界を、専門的知見の不足によって生じる「事実上の限界」とし、それは、判断余地（＝要件裁量）と異なり、専門的知見の発展とともに解消されうると述べた。

しかし、近年、学説において、このような考え方に異論が唱えられている。この傾向は、主に2つの潮流をもつ。1つは、裁判所の事実認定は、外界の一部を切り取るものでしかないという訴訟の選択性を論拠とする。すなわち、伝統的な考え方によれば、弁論主義をとる民事訴訟において明らかにされるのは「形式的真実」でしかないが、職権探知主義をとる行政訴訟においては、「実体的真実」が追求されるとされてきた。これに対して、いずれの訴訟であるかを問わず、裁判所は、訴訟物を対象とするがゆえに、そこで明らかにされる「真実」は「形式的」でしかありえないという (Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2002)。いま1つは、そもそも手続の外側に真実が存在するという考え方を、「ナイーブ」であるとする。それによれば、事実は、手続によって創造されるものであり、むしろ、その組織・手続にこそ注目すべきであるとされる。この考え方は、行政手続に関して主張されてきたが、近年では、それを行政訴訟にも応用しようとする論者が見られる (Gärditz, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im Öffentlichen Recht, 2011, S. 1570f.)

以上について紹介したものを、2022年11月の関西行政法研究会において発表した。その後、発表に対するコメントを受けて内容を修正した論文を、所属大学の紀要「法学雑誌」に発表した。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計4件（うち査読付論文 0件／うち国際共著 0件／うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 高田倫子	4. 巻 -
2. 論文標題 「権力分立を思い出してみようー統治」	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 『ケースで学ぶ法学ナビ』	6. 最初と最後の頁 32-38
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 Michiko TAKATA	4. 巻 49
2. 論文標題 Neuere Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen. Kritische Ueberlegungen zum "fachlich-technischen Ermessen"	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 Zeitschrift fuer Japanisches Recht	6. 最初と最後の頁 -
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 高田倫子	4. 巻 -
2. 論文標題 内閣と行政各部	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 『憲法学の現在地 - 判例・学説から探究する現代的論点』	6. 最初と最後の頁 362-373
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 高田倫子	4. 巻 68巻3号
2. 論文標題 行政訴訟における事実認定の審査とその限界（1）	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学雑誌	6. 最初と最後の頁 324-347
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計5件（うち招待講演 0件 / うち国際学会 2件）

1. 発表者名 高田倫子
2. 発表標題 事実認定における裁判的コントロールの限界－「専門技術的裁量」の精緻化への試論－
3. 学会等名 大阪公法研究会
4. 発表年 2020年

1. 発表者名 Michiko TAKATA
2. 発表標題 Neuere Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen. Kritische Ueberlegungen zum "fachlich-technischen Ermessen"
3. 学会等名 Summer School Universitaet Augsburg "Einfuehrung in das japanische Recht" (国際学会)
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 Michiko TAKATA
2. 発表標題 Zur "Rahmentheorie" Kelsens. Bedeutung der Reinen Rechtslehre fuer heutige Diskussionen um die richterliche Rechtserzeugung
3. 学会等名 Kelsen-Atelier fuer Nachwuchswissenschaftler (国際学会)
4. 発表年 2020年

1. 発表者名 高田倫子
2. 発表標題 行政訴訟における事実認定の審査とその限界 ドイツにおける判例・学説の展開
3. 学会等名 関西行政法研究会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 高田倫子
2. 発表標題 ドイツにおける先例拘束性原理の発展
3. 学会等名 大阪公法研究会
4. 発表年 2021年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関