

令和元年6月28日現在

機関番号：24402

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2016～2018

課題番号：16K16991

研究課題名(和文) 行政による法の適用の再構成 ドイツにおける動態的・創造的理論の検討

研究課題名(英文) Dynamic and Creative Theory of Norm Application by Administration: A Comparative Study between Japan and Germany

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) 1,000,000円

研究成果の概要(和文)：行政による法の適用は、伝統的に、行政の法律への拘束と同視され、静態的・硬直的に理解されてきた。しかし、近年では、社会の複雑化・断片化にともない、法律によって行政活動を規律することが困難になっている。これを受けて、国内外の公法学では、立法レベルのみならず、行政レベルにおける法創出を認めようとする動きが見られる。本研究は、ドイツ公法学における、法の適用の動態的・創造的理論について調査し、我が国への示唆について検討するものである。

研究成果の学術的意義や社会的意義

文献調査、研究者へのインタビュー調査、及び研究会・学会における意見交換を通じて、ドイツ公法学の状況を調査し、我が国への示唆について検討した。そこで得られた研究成果を、国内・国際学会において発表し、雑誌論文として公表することによって、国内外に発信すると同時に、フィードバックを得た。本研究により、近年我が国においても関心が高まっている行政法の解釈・適用の方法論に関する研究に対して、一定の寄与を行うことができた。

研究成果の概要(英文)：The norm application by administration has traditionally been regarded as a restriction of it to a law, and has been understood in a static and rigid way. But it becomes difficult to regulate administrative activities by law with social complexity and fragmentation in recent years. As a result, in the domestic and foreign public law, there is a movement to recognize the law making in the administrative level as well as in the legislative level. This research studies the dynamic and creative theory of the norm application in German public law, and considers its suggestion to our country.

研究分野：公法学

キーワード：法治国家原則 法の適用 行政裁量 ドイツ

### 1. 研究開始当初の背景

行政による法の適用は、従来、行政の法律への拘束と同視され、静態的・硬直的に理解されてきた。しかし、近年では、社会の複雑化・断片化にともない、法律によって行政活動を予め規律することが困難になっている。これを受けて、国内外の公法学においては、立法レベルのみならず、行政レベルにおける法創出を正面から認め、これを理論化しようとする動きが見られる。

行政を法から自立した権力として捉えようとする説は、古くから存在した。しかし、従前の説においては、行政の自立性が法治国原理及び法律による行政の原理といかに両立するかが、明確に示されないままであった。これに対して、近年の議論においては、従前の説のこのような問題点を踏まえて、行政による「法の適用」を動態的・創造的に再構成することが試みられており、学界において大きな関心が寄せられている。

### 2. 研究の目的

本研究は、ドイツ公法学における法の適用の動態的・創造的理論の展開を調査し、我が国の議論への示唆について検討するものである。

ドイツを調査対象国とする意義は、以下の点にある。すなわち、ドイツでは、第2次世界大戦後、法治国原理及び法律による行政の原理の貫徹が求められ、行政はもっぱら法律に従属すべきものと捉えられてきた。このような行政の理解は、学会において幅広い支持を獲得し、また、立法者が規律密度の高い法律を制定する限りにおいて、現実にも適合していた。しかし、ドイツでは、近年、規律密度の低い法律が増大している。とりわけ環境法及び経済法においては、対象が極めて複雑かつ動態的であるために、法律による規律が困難になっている。これらの行政分野において、行政の静態的・硬直的な観念を維持することは、もはや不可能である。また、重要な決定の一部が立法から行政レベルに移行しているにもかかわらず、行政を純然たる法の適用と定義すれば、行政の恣意的決定を見過すことにもなりかねない。これらの理由から、近年では、ドイツ公法学においても、行政による法の適用を動態的・創造的に把握しようとする理論が唱えられている。

これに対して、我が国の公法学においては、ドイツを模範として行政が静態的・硬直的に把握される一方で、法の適用を超える現実の行政活動に対しても、強い関心が持たれてきた。戦後の行政法学の通説が、行政を「形式的活動」と定義したように、行政活動が単なる法の適用にとどまらないことは、夙に指摘されてきた。その後も、行政過程論や、近年では行政の自己制御の議論を通じて、現実の行政活動を把握する試みがなされてきた。このような我が国の議論は、法律の規律密度の低下、それに伴う立法から行政への決定レベルの移行というアクチュアルな課題に対して、有益な示唆を与えうる。しかし、従前の議論においては、それが法治国原理とどのように両立するかが、必ずしも問われてこなかった。現実の行政活動がいかに複雑であり、また、それが政策目標の実現にとっていかに有効であるとしても、行政は法的拘束と無関係に活動することはできない。そうであれば、現実の行政活動の把握のみならず、行政による法の適用それ自体が、動態的・創造的に構成されなければならない。

ドイツ公法学の近年の議論は、このような我が国の議論を補完する意味で、大いに参考になる。なぜなら、ドイツでは、伝統的に法治国原理に基づき、行政に対して厳格な法の適用の方法が要求されてきたために、それを完全に放棄するのではなく、どのように再構成するかが議論されているからである。

### 3. 研究の方法

本研究の方法は、(1)文献調査、(2)研究者へのインタビュー調査、(3)研究会・学会を通じた意見交換に大別される。

(1) 文献調査 ドイツ公法学の法学方法論及び近年におけるその再構成の試みについて扱った文献を収集し、検討を行った。それを通じて、行政による法の適用を、法的三段論法に基づく伝統的な法学的方法ではなく、動態的・創造的な方法として新たに構成しようとする3つの説が明らかになった。すなわち、1. ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の法段階説を、法の適用の方法論に応用しようとする説、2. 行政法に実効性の観点を取り込み、それを法の適用の方法論に反映させようとする新行政法学の所説、そして3. 従来の法学方法論の枠組みを維持しながら、法の適用の動態性・創造性を改めて理論化しようとする説である(詳細は4. 研究成果を参照)。

(2) 研究者へのインタビュー調査 2018年10月から在外研究の機会を得ることができ、この問題に詳しいハンブルクのブツェリウス・ロースクール (Bucerius Law School) のクリスティアン・ブムケ教授 (Christian Bumke) の下に滞在することになった。教授とのディスカッションや、論文の草稿へのコメント等を通じて、学界の状況について理解を深めることができた。また、近年においては、～の諸説を相互に比較し、整理しようとする研究も盛んになっており、この問題をテーマとする博士論文を執筆した、ハイデルベルク大学 (Universität Heidelberg) のパトリック・ヒルベルト氏 (Patrick Hilbert) にもインタビューを行うことが

できた。

(3) 研究会・学会を通じた意見交換 個人的なインタビュー調査以外にも、研究会・学会への参加を通じて、当該問題に詳しい研究者と意見を交わすことができた。とりわけ渡独後は、ドイツ各地で開催されたシンポジウムに参加し、法学方法論について論文を執筆しているドイツの研究者から、直接話を聞く機会が得られた。

#### 4. 研究成果

(1) 法段階説の応用 ハンス・ケルゼンの法段階説は、近年における法秩序の多層化にともない、複数の法規範及びその相互関係を叙述する理論として、再び評価されている。この連関において、法段階説の観点から、行政の法創出を法的に位置付けようとする説が主張されており、学会の注目を集めている。すなわち、従来の公法学における法律中心主義及び純然たる法の適用としての行政の観念は、法理論に照らして適切ではなく、行政は、上位規範に拘束されながら自ら法定立を行う作用として、定義されるべきだとされる。この立場に立つフライブルク大学 (Universität Freiburg) のマティアス・イエシュテット教授 (Matthias Jestaedt) が 2015 年に来日し、その際に行った講演においてコメンテーターを務める機会を得た。当日の原稿を元に、今日の行政裁量論に対する純粋法学の意義について検討したものを、雑誌論文 として公表した。

また、法段階説の支持者は、法秩序の客観的叙述からさらに進んで、ドイツ公法学における実体法の優位、とりわけ実体法の解釈学であるドグマティックの発展を、法段階説によって批判しようとする。イエシュテット教授も、この立場から、法解釈における立法者意思説を主張する。いわく、ケルゼンの法段階説における法規範相互の授権 - 定立の連鎖は、法の適用に関して一定の方法を要求する。すなわち、法適用者は、上位規範の認識と自己の法定立とを、明確に区分しなければならない。それゆえ、法律の解釈は、授権者たる立法者の意思の認識に限定され、それを超えてはならないという。しかし、この主張に対しては、ケルゼンの法理論からこのような帰結を導くことができるか、また、それ自体が法の適用の方法論として適切であるかについて、疑問が呈されている。この論争に関しては、雑誌論文 において取り上げた。

(2) 新行政法学の展開 新行政法学は、行政法に実効性の観点を取り込み、それを社会制御の手段として捉え直そうとする。この思想は、1990 年代に提唱されて以来、学界において広く受け入れられてきた。主唱者であるエバーハルト・シュミット＝アスマン教授 (Eberhardt Schmidt-Abmann) は、行政法総論の改革に取り組み、法の適用の方法論に関しても新たな構成を提示する。すなわち、行政が、隣接諸科学の知見を取り込み、より実効的な社会制御を行うことができるように、法の適用を外部に向けて開放すべきであるとする。具体的には、裁量を単に法からの自由ではなく、衡量決定と見なすことにより、従来の法的三段論法に基づく厳格な決定方法に加えて、より柔軟な決定方法として位置付けようとする。

もっとも、新行政法学の提唱する新たな方法論に対しては、批判も少なくない。とりわけ、実際の法の適用においてどのように他の学問分野の知見を取り込み、適法性を超える決定の「正しさ」を確保するのが不明確であること、また、それが法治国原理の要請を相対化させる恐れがあることに対しては、多くの論者から疑問が呈されている。これらの問題は、近年、特に規整行政 (Regulierungsverwaltung) と呼ばれる、ネットワーク経済市場の規整のあり方をめぐって議論されている。そこで、以前に発表した論文においては、ネットワーク経済市場の一つである電気通信市場の規整を素材として、同説の具体的な帰結とその当否について検討した。雑誌論文 及び学会発表 の一部においては、その後の議論の展開を視野に入れながら、この点について更なる考察を行った。

(3) 伝統的な方法論の再構成 ドイツにおいて伝統的に法の適用とは、法的三段論法、すなわち事実認定、法の解釈、包摂から成る一連のプロセスとして理解されてきた。それは、民事法学において発展してきたが、行政による法の適用の方法としても、広く受容されてきた。しかし、近年では、公法学におけるその妥当性が疑われている。すなわち、主に法律のみを扱う民事法と異なり、公法の多層的な秩序の下においては、法律以外の様々な規範を視野に入れねばならない。しかし、民事法を模範とする従来の方法論は、このような状況に対応しえないとされている。学界においては多くの論者によってこの問題が共有され、既述のように、新たなコンセプトも示されているが、従来の方法論を完全に代替するには至っていない。

これに対して、近年、従来の方法論の枠組みを維持しながら、法の適用を静態的・硬直的に捉えるのではなく、法秩序の多層性と法規範相互の内容の矛盾から、その動態性・創造性を基礎付けようとする説が唱えられている。(1)説及び(2)説との関係をごく簡単に述べれば、(1)説との違いは、法段階説をあくまでも法秩序の客観的叙述の理論と捉え、法の適用に関しては別の視点から理論を定立しようとする点にある。また、(2)説は、法の適用の外部への開放、つまり他の学問分野の知見の摂取を図ろうとするのに対して、この説は、法秩序の内部における体系形成に注目し、それを理論化しようとする。(1)説及び(2)説の問題点を克服しながら、今日における法学方法論の課題にも対処しうる点で、注目に値すると思われる。

(4) 日本法への示唆 我が国の公法学は、ドイツと比較すると、法と事実との限界付けが曖昧であり、現実への柔軟な対応が可能である一方で、方法論に対する繊細さを欠きがちであったといえよう。ドイツ滞在中に学会報告の機会を得られたため、日独の行政裁量論の比較を通じて、とりわけ日本特有の行政裁量のカテゴリーとしての専門・技術的裁量を題材として、この点に関する試論的な報告を行った(学会発表)。本報告は、修正の後、雑誌論文として公表される予定である。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 3 件)

Michiko TAKATA, Die grundrechtliche Kontrolle der Verwaltung und Grundrechtsschutz in Japan, Ristumeikan Law Review, Vol. 35, 査読無, 2017, 1327-1336

高田倫子「ドイツにおける法段階説の受容と展開 『裁判官による法形成』を巡る議論の一断面」中京法学 51 巻 4 号、査読無、2017 年、109-142

高田倫子「行政の行為余地の法理論的検討 歴史的観点から見た純粋法学の意義」阪大法 学 66 巻 6 号、査読無、2017 年、1783-1803

〔学会発表〕(計 2 件)

Michiko TAKATA, Neuere Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen, Einführung in das Japanische Recht auf der Summer School Universität Augsburg, Augsburg, 2019

Michiko TAKATA, Die grundrechtliche Kontrolle der Verwaltung und Grundrechtsschutz in Japan, Juristentreffen der Deutschland-Alumni des ostasiatischen Fachnetzwerkes, Ritsumeikan University, Kyoto, 2017

〔図書〕(計 0 件)

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年：  
国内外の別：

取得状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年：  
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

## 6. 研究組織

(1) 研究分担者

研究分担者氏名：

ローマ字氏名：

所属研究機関名：

部局名：

職名：

研究者番号（8桁）：

(2)研究協力者

研究協力者氏名：

ローマ字氏名：

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。