

論 説

行政法学における法学的的方法批判について
法律学方法論の側から考える（2・完）

—— 制御学, 法規中心主義批判, 包摂・衡量二元論, 及び学際性に対する若干の疑問 ——

赤 間 聡

1. はじめに
2. 行政法学における法学的的方法と法律学方法論
3. 法律学方法論の歴史的展開
4. 法律学方法論の戦後の潮流（以上、第118号）
5. 行政法学における法学的的方法批判に対する検討
6. むすびにかえて（以上、本号）

5. 行政法学における法学的的方法批判に対する検討

行政法学における法学的方法をめぐる近時の議論においては、法適用や行政裁量に関する問題といった戦前から続く伝統的な問題が、依然—後述の通り、システム論からのアプローチ等のように、その扱われ方は戦前とは異なるが—、大きな取り扱いを受けているように見える。が、一方で、これに加えて、公私協働やリスク関連行政における行政課題に対して、法学的方法が適切に対応していないという問題、すなわち現代行政における法学的方法の問題点もしばしば議論されている。前者、伝統的な問題についていえば、行政裁量など若干の特殊性はあるものの、それは行政法学以外の民法学や刑法学においても問題となり得る法律学一般論の議論といえ、この点で、この面での法学的的方法批判は、本稿の3及び4で触れてきた広義あるいは狭義の法律学方法論の議論に直結するものである。一方で、後者、現代行政における法学的方法の問題は、法律学方

法論にももちろん関わりはするが、行政法学固有の色彩が強い論点であるといえる。こうした、新旧複数の問題群が現代の法学的方法をめぐる議論に入り込んでいる背景には、特に戦後の行政法学独自の事情が存するように思われる。以下、この経緯を簡潔にまとめてみたい。

まず、第一に、法適用、特に不確定法概念の問題や行政裁量の問題自体は、戦前から、行政法学の問題であると同時に、法律学一般の問題として、したがって、法律学方法論の問題として議論されてきた経緯がある¹。すなわち、それらの問題は、法概念とは何か、その正しい適用とはどのようなものか、といった枠組みで議論されてきたものである。そして、この点は戦後当初のドイツ行政法学においても引き継がれている。たとえば、法概念適用における「唯一の正しい答え」といった行政法学の考え方も伝統的な議論の延長線上にある²。しかしながら、特に1970年代以降、裁量の問題に、行政計画の問題が加わり、さらに、80年代後半以降、不確定法概念についても環境法やリスク関連行政での議論が追加されるなど、方法論構築の前提となる素材としての行政法自体が大きく拡張ないし変容をみたこと、これが新しい議論の契機となっていることは否定できない。第二に、こうした素材としての行政法領域の変容に加え、環境法領域などでの執行不全の現実は行政法学に対して、その学問性というよりは、その「有用性」(funktionsfähig)—立派な学説も欠けなき規範構造も執行されなければ意味がない—という点でプレッシャーをかけている点も無視できない³。そして、これに関連して、行政主体以外の民間が公益実現に関わる公私協働のような考えやその実際の立法例が出現したことも現代の議論につながっている。加えて第三に、教義学に対するエールリッヒからの批判(本稿3.2)、教義学一般は閉鎖的な概念体系を保持しているとの批判は、現在の行政法学に

¹ 例えば、Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart, 1983, 110以下参照。

² この点については、赤間聡「専門技術的裁量と科学技術的判断に関する行政の優先的判断権の論理—原発の安全性判断を題材に—」青山法学論集第53巻第2号(2011)71頁以下参照。

³ Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtsrechtswissenschaft in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhl (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd1, München, 2012, 1-61(9-11).

においては学際性要請という形で表れており、新しい行政法学のあり方が模索されている点も現代の議論に影響を与えている⁴。

こうした行政法学の側のいくつかの事情により、下でみていくように、(1) 法学的方法に対する批判は複数の異なる視点で行われている点、そして多くの場合、(2) 個々の批判は相互に関連している点、さらに(3) それら批判の正当化論拠は複数の法律学方法論の問題に関わっている点、これらの特徴が指摘できる。たとえば、原子力法のようなリスク関連行政法の領域においては、学際性要請が妥当するが、この議論の連関において、民間基準や行政規則の重要性が主張される。そうすると、この主張にとっては、法律学方法論における法源論、及び大前提に法規をおき、そこから決定を演繹するという法的三段論法、あるいは法教義学の閉鎖性は現代の行政法学にふさわしくない、ということになる。ここには具体的な問題から抽象的な問題までいくつもの論点が含まれている。そこで、以下本稿では、行政法学における個々の法学的的方法批判について、各々の概要を述べた上で、個々の主張、及び主張相互間の論理関係、主張の理論的正当化について、法律学方法論の議論を考慮しながら検討を加えていくことにする。

5.1 行政法学の対象選定について

5.1.1 概要

本稿2で示した通り、法学的方法の第一の特徴は行政法学の対象を法律関連行為に限定する思考様式である。これは権利義務という法関係を法律行為論から導き出す民法学の手法を行政法学が手本にしたものである。ちょうど、民法学において、物権や債権の発生とは関係のない行為は学問の関心の外におかれることと同様に、行政法学においても、国家と私人(Untertan)との間の法

⁴ Thomas Vesting, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft - »Verkehrsregeln« und »Verkehrsströme« in: Eberhard Schmid-Abmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 253-292は基本的にこの問題について論じるものである。ハンス・クリスティアン・レール(原田大樹 訳)「国際性と学際性による公法の方法論の開放—発現形式・契機・限界」自治研究 第91巻11号(2015)44~45頁も同様の指摘である。

関係を生じさせる権力行為だけが、行政法学の対象となる。すなわち、法学的方法の下では、行政法学は権利義務の主要発生原因である法律と行政行為が中心に構成されることになる⁵。こうしたいわば行政行為中心主義の問題点として、今日しばしば指摘されるのは、現代におけるインフォーマルな行政活動及び行政契約の重要性が見落とされている点である。

まず、インフォーマルな行政活動については、法規や行政行為の執行不全への対応として、現代の行政実務におけるその必要性は早くから指摘されてきたところである⁶。たとえば、環境法や科学技術が関わるリスク関連法の領域では、許可を要する施設の規模は大きく、それゆえ投資も大きくなる傾向にある。加えて、リスクに関する情報も事業者の方に充実している場合が多い。このような状況の下では、許可という一方的高権的な行政行為だけではうまくリスクの管理ができず、むしろ許可前の事前折衝などが有益であり得る。また、施設の改善命令などにしても、地元の職場の確保等の要請から、妥協や交渉などの帰結として非公式な申し合わせを優先し、行政行為を回避することが社会的に妥当な解決をもたらす場合もある。こうしたインフォーマルな行政活動は法的に規律されず、したがって、権利義務を発生させる法的効果を伴わない。しかし、行政実務において欠かすことができない重要な活動であることには変わりがないので、これらを法律学の対象から外す法学的方法は現代社会に適合的ではないと批判される⁷。

⁵ 周知の通り、このことをオットー・マイヤーはJustizförmigkeit der Verwaltungと表現している。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1924, 62.この点については、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣(1962)110～111頁も参照。

⁶ インフォーマルな行政活動については、以下の文献を特に参照した。徳本広孝「インフォーマルな行政活動の法的限界：ドイツにおける学説と判例を素材に」本郷法政紀要第3巻(1994)109～145頁、ヴィンフリート・ブローム(大橋洋一 訳)「インフォーマルな行政活動：法治国家の変遷について」法政研究第60巻3・4号(1994)87～110頁、カール＝ハインツ・ラデーア(ドイツ行政法理論研究会 訳)「行政行為の将来：行為形式論は「インフォーマルな行政活動」の興隆から学習できるか？」法政研究第66巻3号(1999)287～313頁。

⁷ 第一次的には、行政行為を中心とする伝統的行為形式論が批判されるが、さらに、その根底にある法学的方法、すなわち、行為の妥当性を上位から演繹する、還元主義的な(reduktionistisch)概念構成がその根本的な原因として批判される。Eberhard

次に、行政契約について。行政行為中心主義では、行政契約は無視ないし軽視されることにもなる。伝統的な立場では、危険防止などの公益が問題になる場合には、一方的に義務を発生させる行政行為が妥当し、契約は行政法体系において例外的なものとして位置づけられる⁸。しかし、現代では規制行政の分野においても、行政契約という行為形式は重要な役割をもつ。これは、建築協定や公害防止協定が示すところである。むしろ、新しい公私協働の考えの下では、公共の福祉を国家に独占させること、あるいは国家と市民を対立的に捉えることは現代の公益達成にとって意味がなく、実効的でもない⁹。そうすると、行政法学の対象として、行政行為を中心に据え、その上流には法規を、その下流には強制行為をにおいて理論構築する発想¹⁰もまた、現代にはマッチしないということになる。

5.1.2 検討

伝統的な行政法学が、法律の留保—議会留保—が限定的であった時代に、公権力一般を学問の対象とはせず、法律によって規律された権力の部分を抽出し、それを法学的に明確にしたこと、そこには、自由主義法治国家を擁護するという実践的な目的があった。これに対して、現代の行政権は間接的に民主的正当化を得ており、行政課題も多様化している。とすれば、公権力チェックとしての上のような法学的方法の役割は終了した、あるいは相対化されるとの主張は正しいようにみえる。しかし、行政法学における対象限定としての法学的方法の意義は自由主義法治国家の擁護という実践的な目的に限られない。むしろ、その意義は現実を法規範の観点からみること、そしてそこから対象を限定し、規範世界に取り込むという認識論・学問論の要請に応えた点に見出される

Schmidt-Abmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen, 2013, 16f.

⁸ Mayer 前掲注(5) 115f.

⁹ 公私協働と契約については多数の文献があるが、本稿が参照したものとして、板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂(2013)、高橋明男「保障国家における法律の役割」法律時報 第81巻11号(2009) 107~111頁、岸本太樹「公的任務の共同遂行(公私協働)と行政上の契約(1~4完)」自治研究 第81巻3号(2005) 91~109頁、第81巻6号(2005) 132~141頁、第81巻12号(2005) 111~131頁、第82巻4号(2006) 126~152頁。

¹⁰ こうした三段階構造モデルがマイヤーに由来する点については、藤田宙靖『第4版行政法I(総論)改訂版』青林書院(2005) 20~24頁参照。

べきである。この点は本稿3.3で挙げたケルゼンの解釈図式という見解からも基礎づけられよう¹¹。すなわち、法規には日常行為の解釈図式として、事実には法的な意味を付与する認識論的な役割がある。そして、その法規によって意味を付与された事実は妥当性の連鎖として、法の世界に入ってくる。こうした思考様式は、戦後の法律学方法論においても、たとえばケルゼンに批判的であったミュラーにおいても（本稿4.3）、事実領域と規範領域の区分として維持されている。

以上のように考えると、インフォーマルな行政活動も、正式な行政の行為形式ではないものの、法律学がこれを扱う場合には、「法関連行為」になることには変わりがない¹²。このことは、インフォーマルな確約が計画担保責任論などにおいて、法的に議論される点などを考えれば、明らかであろう。インフォーマルな行政活動であっても、それを権利義務の発生問題として取り扱う限りで—それが信頼保護違反であれ不法行為責任であれ—、その行為は個別法に明記がなくも、法原則等に基づき、「有効や無効」「合法や違法」という価値が付与される¹³。その限りで、インフォーマルな行政活動は、伝統的教義学の思考様式においても、行政法学の対象とされることに争いはないであろう。

そもそも、法学的方法の第一の特徴である行政法学の対象を法律関連行為に限定する思考は、第二の特徴である行政法学は規範命題の正当化・体系化を目指すという点と不可分に結びついている。これは伝統的には行政行為を中心におき、その上流に法規をおくという先のモデルに現れている。しかし、仮に、行政行為を中心におかなくとも、行政法学は規範命題の正当化・体系化を目指す以上、規範とは無関係な対象としてのインフォーマルな行政活動を扱うことはない、というのが法学的方法の現代的な帰結ではなからうか。

¹¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre : Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl., Leipzig u. Wien, 1934, 5-7.

¹² これに関連して、ケルゼンでは法律学の認識は対象を法と非法（Recht/Nichtrecht）とに区分するとしている。この基準からすれば、インフォーマルな行政活動は非法的な対象ではなく、結局、法体系内（Intrasystem）に取り込まれた後の法概念区分の問題に過ぎないといえる。Kelsen前掲注（11）111f参照。

¹³ Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, 2008, 260f.

もっとも、現代の行政法学においては、権利義務発生の有・無や違法・合法の二元論 (binärer Code) という思考法そのものを超える必要があるとする見解もある¹⁴。たとえば、様々な行政活動を公益達成のための手段 (Arsenal) として道具主義的に割り切り、その整理・体系化が行政法学であるとする考えもあり得よう¹⁵。また、行政を公益のマネジメントとして捉え、行政法学を公益のマネジメント学・経営学と考える立場からすると¹⁶、下命や禁止などの行政行為はその妥当性が重要ではなく、どれほど実際に「効果」があるのかが学問的に問題になろう。しかし、法規、行政行為、判決などの一般的あるいは個別的規範命題に、100%の実効性を求めることはそもそも不可能である。というのは、規範の妥当性 (gelten) と実効性 (gültig) は常に別の問題であるからである¹⁷。行政法学に限らず、刑法学や民法学においても、規範の実効性の問題は別途存在する。刑事政策学が刑法学とは別に存在するのはこのような理由からであろう。同様のことが基本的に行政法学においても妥当する。とすれば、思考法の転換は重要であるとしても、法益の具体的実現を、すなわち法規の実効性を中心に据える思考法がそもそも法律学であるのか、法律学であるとして、それは規範の妥当性を思考の中心に据えてきた伝統的な行政法教義学とどのような関係に立つのか、この点がまずは答えられなければならないであろう¹⁸。

次に、行政契約について。現代における行政契約の存在は、公益達成のため

¹⁴ Schmidt-ABmann 前掲注 (7) 14f 参照。ショミット・アスマンは、法学的方法は合法・違法の観点を評価基準とする法律行為関係的 (Rechtsaktbezogener) アプローチだと批判し、現代行政法学では行為主体や行為の目的を評価基準とする行為関連 (Verhaltensbezogener) アプローチが採用されるべきだとする旨の主張を展開している。しかし、ここで行為はどのようにして法の世界に入ってくるのか、という認識論からの説明はない。

¹⁵ ABmann 前掲注 (7) 18以下参照。行政法学を制御学とみる立場の歴史的経緯については、Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland in: Eberhard Schmid-ABmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 98-101参照。

¹⁶ Voßkuhle 前掲注 (3) 9参照。

¹⁷ Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg, 1994, 139-153.

¹⁸ Voßkuhle 前掲注 (3) 13においても、こうした点は留意事項とされている。

の私人の権利義務が一方的な行政行為によってのみ導き出されるという主張を否定するものである。これは公法私法二元論に立った上で、独自の公法上の権利義務を演繹する伝統的な立場への批判として正当なものである。しかし、行政契約の存在は公法私法二元論の批判にはなり得ても、法学的方法に対する批判になるのかは疑問である¹⁹。上記の通り、法律学の認識の対象は法関連行為であり、たとえば上記のケルゼンの理論でも、法のなかには当然に契約も含まれる。したがって、法体系を前提として権利義務を演繹するという意味での法学的方法においては、現代の行政契約の存在は法学的方法批判の論拠にはならない。

なお、公私協働が公益達成における民間の役割を強調する点も、法学的方法とは直接の関りが無い。たしかに、国家の運営を問題にする国家学のような立場からは、行政行為や法律行為というアプローチよりも、公益を達成する「主体」(Akteur)や「行為」—Handlungであって、Rechtsaktではない—に比重をおいたアプローチが有益であろう²⁰。しかし、当然のことながら、行政法学が公私協働を扱う場合には、これを「主体」や「行為」といった視点から捉える社会学や政治学からのようなアプローチは、通常、その意義を失う。ここでも、依然、行政法学においては、ある行為の有効や無効という視点を中心になるからである。たとえば、ごみ処分に関する公私協働を行政法学が問題にする場合には、既存の公私協働に関する法律上の規定が法的拘束力(verbindlich)をもつことを前提に、下位立法との規範衝突の問題あるいは行政行為の違法性の問題が議論の中心になろう²¹。このアプローチは法学的方法に他ならない。なお、公私協働には行政法の多元性の問題も存するが、この点はすぐ下で触れる。

¹⁹ 周知の通り、公法私法二元論はすでに、戦前から批判を受けてきた。いずれにせよ、公法私法の区分論は、統一的な法体系の内部問題にすぎず、法律学の対象を選定する法学的方法にとって重要な問題ではない。Kelsen前掲注(11)107-114参照。

²⁰ Voßkuhle前掲注(3)22f.

²¹ Röhl / Röhl前掲注(13)262においては、公私協働があたかも法の強制的契機(imperative)から離れた自主的な作用であるかのように考える点が批判されている。ごみ処分に関するドイツ連邦法における公私協働規定とゲマインデの税法との規範衝突の事例としてはBVerfGE 98, 106を参照。

5.2 行政法学における法適用について

法学的方法に対する批判のうち、理論的にも実践的にも極めて重要な論点として、行政法学における法適用の複雑性あるいは特殊性の問題がある。伝統的には、裁量や不確定法概念の問題がここに属するが、現代の議論においては、多様な点が争点として挙げられている。それらをあえて整理すると次の4点にまとめることができるだろう。1) そもそも、法適用の大前提に法律をおき、決定を正当化することの問題点、そしてこれに加え、行政行為及びそれに対する司法審査が共に同一の法律から出発し、二つの決定を比較するという思考の問題点、2) 法適用においては包摂以外に、衡量があるとする包摂・衡量二元論の問題、3) 事実・現実、法適用においては、どのような役割を担うのか、という法適用における現実の役割論の問題、4) 法的三段論法は学際性に反する閉ざされた判断システムであるとする法的判断の閉鎖性の問題、これらに一応分類できるだろう。この4点は必ずしも、別個に主張されるわけではないが、以下では各々について、概要を述べた上で、検討を加えていきたい。

5.3 法律による正当化及び法的三段論法の大前提について

5.3.1 概要

法律の留保原則は行政行為の権限根拠を法律に求める。そして、法律は同時に行政行為の合法・違法の判断、それゆえ裁判所による行政行為のコントロールの基準にもなっている。ここには法学的方法の二つの意味がある。一つは行政行為の効力、正当化を法律から垂直的、階層的(hierarchisch)に派生させる点で、もう一つは具体的事案処理において、大前提に法律をおき、法的三段論法によって行政決定や判決が導き出される—正当化される—という点である。これに対する批判として、まず、①多様な行政活動をすべて法律から垂直的、階層的に正当化する方法は適切ではなく、多元的な正当化源が求められるべきであるとする見解がある²²。

²² Wolfgang Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhl (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd1, München, 2012, 679-776(685-692); Eberhard Schmidt-Aßmann, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft - Perspektiven der Systembildung in: Eberhard Schmid-Aßmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 387-413(392).

また、②具体的な事案処理の基準として、行政と裁判所は共に同一の法律から出発するという点が法学的方法の法治行政への貢献であるが、これに対して、行政行為の基準とはなり得ても、司法審査の基準にはならない規範があるという点がしばしば指摘される。行政規則を含め、行政決定を行う際によるべき基準は、必ずしも、司法審査基準と重なるわけではない。したがって、法律が一律に行政決定とその司法審査の基準を提示しているとする法学的方法には問題があるとされる²³。また、行政と裁判所が共に同一の法律から出発するとすれば、行政決定は常に裁判所によって判断代置可能であるという誤った帰結に至るとの懸念も提起される²⁴。

さらに、③として、①と関連するが、法律が正しさ (was ist recht) をあらかじめ規定し、行政行為は何が個別に正しいかを決定するというマイヤーの伝統的モデルは、行政決定固有の正しさを評価していないとの批判がある。行政行為の正当性は合法性以外に、利益の最大化や賢明さなどに求められる。特に都市計画策定のようなケースでは合法性ではなく、様々な利害をいかに調整し最大化して決定を行うのが決定の価値を決める²⁵。とすれば、行政行為の評価基準をもっぱら合法性に求めること、すなわち行政行為の正当性をもっぱら法律から導き出そうとする法学的方法は、法適用の理論として誤りがあることになる²⁶。

²³ Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft in: Eberhard Schmid-Aßmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 9-72(20-25)。ここで、ホフマン＝リームは、法学的方法における法的三段論法は決定の正当化としては役に立つものの、決定の産出基準として、あるいは決定の産出を制御するものとしては不十分である、としている。なぜならば、法学的方法に基づく決定の正当化は、追試的な決定の記述 (Darstellung) であり、行政の現場で決定を産出すること (Herstellung) は、それとは別の次元で行われるとされるからである。同様の趣旨で、シヨミット・アスマンもまた、法学的方法は行政に対する司法コントロールの局面 (Kontrollsituationen) の方法論に限定されるとしている (Schmid-Aßmann 前掲注 (22) 412)。

²⁴ Hoffmann-Riem 前掲注 (21) 725-730。

²⁵ Hoffmann-Riem 前掲注 (22) 46-48。

²⁶ こうした主張が拠り所とする基礎理論は、やはり前述の行政決定を記述することと産出することの差異に求められている。そして、そこから行政決定の正当化論として、伝統的な法源論ではなく、より広範な正当化基準を求める見解が導き出されている

5.3.2 検討

まず、①について。伝統的行政法学は、国家の統一性及び規範の階層構造を前提とする法学的的方法によって、合法性を中心に公権力を構成してきた²⁷。これに対して、現代の公私協働や保障行政のような場面、許認可の根拠が民間基準に求められるような場面や行政規則の存在を考えると、行政活動の根拠は垂直的で、単一の法体系からではなく、多元的な法に、あるいは多様な正当化源に求められるべきだと、とする見解には正当な主張が含まれているように思われる。しかし、ここでいう法の多元性で何が意味されているのかが、まずは、問われなければならない。

法の多元性は、近年、法多元主義 (legal pluralism) の名の下でしばしば、基礎法領域でも議論の対象にされてきた。ただし、ここでも法の多元性で何を意味するのかという点については、必ずしも明確な一致がないように思われる²⁸。たとえば、本稿3.2で触れたように、エールリッヒは国家による制定法ではなくとも、実際の社会で事実上通用しているルールもまた法の範疇に入れるので、この点で法多元主義を採用していたともいえる²⁹。また、私的自治や私法秩序という考えは部分社会に、独自の秩序形成を認めていることになるし、自治体立法にも独自性が認められているので、西洋型法システムを採用している国はそもそも法多元主義を採用していることにもなってしまう³⁰。しかし、一方で紛争解決の場面を考えた場合、すなわち法適用の場面を考えた場合、常に何が法であるのかという論証が求められるので、この場面では法のヒエラルキーの論理、すなわち法学的的方法から逃れることができるのかという問題がある³¹。こうした法多元主義とヒエラルキーの法論理との緊張関係を念頭におき

(Hoffmann-Riem前掲注(23)46-50)。

²⁷ Hoffmann-Riem前掲注(21)685f。

²⁸ 郭舜「法多元主義の問題提起をどう捉えるか」『法多元主義：グローバル化の中の法(法哲学年報2018)』(2019)59頁以下参照。

²⁹ Keebet von Benda-Beckmann & Bertram Turner, Legal pluralism, social theory, and the state, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, (2018), 255-274(258)。また、郭舜前掲注(28)59頁も参照。

³⁰ 原田大樹「行政法学からみた法多元主義」『法多元主義：グローバル化の中の法(法哲学年報2018)』(2019)11~12頁も同様の趣旨と思われる。

³¹ 同様の視点から法多元主義の問題を論じているものとして、近藤圭介「法多元主義に

つつ、行政法学者がいう法の多元性が法学的な方法批判の論拠になるのか否かを、公私協働の問題にしぼって検討したい—行政規則の問題は②で扱う。

法の多元性について、特に公私協働の場面において、行政法学者にしばしばその理論的な基礎を提供しているものとして、社会学のシステム論が挙げられる³²。この理論では法は社会の部分システムとして相対化され、それ以外のシステム例えば経済システム等と併置される。システム間は基本的に独立し、各々が異なる価値基準で動いている。結果、たとえば、経済システムに対して（国家が）法規制を行おうとしても、必ずしも意図した効果が得られない。むしろ経済システムの参加者に自主的な行動基準策定を委ねた方が機能的であることになる。実際に、EUにおける製品の安全性についての法制度³³などはこのシステム論の説明が比較的当てはまる例として挙げることができるかもしれない。そこでは法律—EU法を含む—はあるものの、安全規格そのものは法律や命令においてではなく、民間の団体がこれを策定し、その認証も行政ではなく、民間の指定機関に委ねられる。一方で行政は民間の団体のこうした活動の監視という後退した役割に甘んずることになる³⁴。

こうしたいわゆる「調整された自主的なコントロール」と呼ばれる規制態様³⁵は、法律-命令-行政行為という垂直的な公益達成モデルからは外れており、これは行政行為中心主義ばかりでなく、法規中心主義に対する批判の論拠となるように見える。さらにいえば、伝統的な法律の法規創造力という観念すら、あるいはそもそも法規概念すら部分システムだけでしか通用しない、グローバル社会では時代遅れの考え方ともいわれかねない。

しかし、このような議論で行政法の法源の「非統一性」や「多元性」が論証

における法的推論の問題—「関係性」を視野に収めた理論をめぐる試論』『法多元主義：グローバル化の中の法（法哲学年報2018）』（2019）83頁以下。ここではハートの承認のルール修正案が出されている。

³² Röhl / Röhl 前掲注 (13) 253f. また、ルーマン等の文献を含め Voßkuhle 前掲注 (3) 21f. も参照。

³³ 山本隆司「工業製品の安全性に関する非集権的な公益実現の法構造——ドイツ法・ヨーロッパ法の場合」ジュリスト1245 (2003) 65頁以下。

³⁴ 保障行政における監視については、板垣・前掲注 (9) 308～310頁参照。

³⁵ 高橋・前掲注 (9) 110頁、また原田大樹『自主規制の公法学的研究』有斐閣 (2007) も参照。

されたことになるのかは疑問である。「社会あるところに法あり」という素朴な法社会学的立場に立った上で、事業者団体を一つの社会とみなせば、団体を事実上通用する民間基準は「法」と呼べなくもないであろう。しかし、紛争の場面、たとえば消費者の救済の場面で、その民間基準が「妥当する法」として認められるか否かは別問題である。行政法学者においても、民間基準を「法」として認めるためには、法律や命令がそれに言及したり、その策定を授権することが必要であるという点については、争いがないのではないか。すなわち、民間基準は民間で事実上通用していたとしても、そのままでは「法」にはならない。存在から当為を導き出すような論理は慎まなければならないであろう³⁶。また、認証等の行為を民間が行う場合、当然に法律の留保の問題が関係し、処分性の問題が問われる³⁷、という点も争いがないであろう。こうした発想自体、法の多元性ではなく、法の単一的統一性を前提にしているように思われる。

そうすると、行政法学者が法の多元性で主張していることは、許可基準などの実体法—行政法では作用法という語が好まれるが、以下では法学一般の観点から実体法という—を国家が独占的に規定することは現実的ではなく、行政法として授権規定、手続規定、そして組織規定を充実して、民間に対して枠を設定しつつ、実体規定定立とその運用を一部民間に委託するという点、そして、救済ルートも行政訴訟に限定しない、という点をいっているにすぎないのではないであろうか。これは、法の多元性の問題ではなく、むしろ規制の「非集権化」³⁸の問題であるといえる。とすれば、こうした主張は公法私法二元論の批判にはなり得ても、法学的的方法における法のヒエラルキーの論理を批判したことにはならないのではないだろうか。そうでなければ、現代行政法においては、規範定立の授権システムまで否定されることになるし、規範衝突の問題も起き得ないことになってしまう。ちなみに、行政課題の民間への委託の限界や行政契約の限界が議論されるときにも、もちろん、法の多元性ではなく、統一性が

³⁶ Röhl / Röhl前掲注 (13) 256では、こうした法社会学的誤謬について指摘がなされている。

³⁷ 山本・前掲注 (33) 69~70頁参照。

³⁸ 山本・前掲注 (33) の論文名が示す通りである。また、Röhl / Röhl前掲注 (13) 255でも多元性ではなく、非集権化 (Dezentralisierung) の語が使われている。

前提にされていることはいうまでもないであろう³⁹。

次に②について。行政法は、一般に、行政にとっては、行為規範として、裁判所については、裁判規範として機能する。しかし、行政にとっての行為規範がすべて裁判規範になる訳ではないことは、訴訟要件論を考えれば、容易に理解されよう。また、組織規定や手続規定に反してなされた行政行為は直ちに実体的違法となり、取消しの対象になるというわけでもない点も行政法の行為規範としての特殊性を示していよう。都市計画策定のような場面での手続違法を直には実体的な違法とはしないとした立法例もある⁴⁰。

こうした点を考慮すると、伝統的な法学的方法が法適用モデルとして、手続法、組織法をあまり念頭におかず、さらに実体法の内、裁判規範のみに限定して理論構築してきたことには問題がある。しかしながら、「手続き違法」の語が示す通り、司法コントロールの対象にならなくとも、行政行為は法律を前提に、合法・違法との評価を受けるという法学的方法の基本的思考様式はここでも否定されているわけではない。とすれば、裁判所が法学的方法に依拠して行政行為をコントロールできない場合であっても、たとえば、学説が行為規範や手続規範を根拠に法学的方法によって行政行為の違法是正を主張することはできるし、むしろそのようにすべきである。

なお、行政規則が行為規範として認められながらも、法学的方法においては正当に評価されないという点は、上記の問題とは性質が異なる。そこには、二つの主張が含まれているように見受けられる。一つは、単に、法適用において、行政規則を介在させる行政の思考様式は、裁判所のそれとは異なるという主張で⁴¹、もう一つは、ある種の行政規則は裁判規範として認めるべきであるという主張である⁴²。最初の主張はその通りではあるが、こうした裁判所と行政の思考の差異は行政学や社会学の立場からは重要な関心事であっても、規範科学としての法律学の問題ではないように思われる。第二の主張は法的推論におい

³⁹ 原田・前掲注(30)11~12頁。

⁴⁰ ドイツ行手法75条(1a)など。

⁴¹ Hoffmann-Riem前掲注(22)688f.; Schmid-Aßman前掲注(22)394f.

⁴² 原田・前掲注(30)13~14頁。

て、行政規則に言及せよという主張になるので、ここには法源論、①で示した法の多元性の問題にも連関する重大な問題が存在する。

先に示した法のヒエラルキーの論理からは、行政規則は漏れる。しかし、裁量指針のような行政規則は、事実上、(外部)拘束力を有する場合があるので、これを法的推論においてなお無視することは妥当かが問われよう。この点の詳細は別稿に譲るが⁴³、行政規則の拘束力は規則そのものから生ずるとみる必要は必ずしもなく、規則の繰り返される運用自体に—平等行政からの要請—拘束力の根拠を求めることもできる。とすれば、法的推論において、あえて行政規則に言及する必要はなく、言及するとかえって、法的決定を形式的に正当化する上で—本稿4.6.1で触れたアレクシーの内的正当化—問題を発生させるおそれがある。もっとも、ドイツの科学技術関連法や環境法分野でみられる規範具体化行政規則という特殊な行政規則については、現に裁判規範として認められている点は無視できない。しかし、規範具体化行政規則については異論も多く、規範的拘束力が法規と異なる特殊性をもつなど⁴⁴、これを行政法理論構築の素材とすることには問題がある点は指摘したい。

③について。5.1.2で触れた合法・違法の二元論批判がここでも主張される。特に行政法学を制御学と考える立場からは、行政行為の価値は合法・違法以外の基準、合理性や賢明さといった基準においても判断されるべきだと主張される。たしかに、たとえば、都市計画法などの法分野では、法は行政に特定の処分ではなく、関係諸利益を最大化するように命ずる規定がある—この点は衡量に関わるのですぐ下の5.4で触れる。このような法規範は行政に「合法に行為せよ」という指令であると同時に、「合理的に行為せよ」との指令でもある。そして、合理性の判断は、衡量原則に基づく司法審査を受けるものの、それは制限審査(ドイツ行政裁判所法114条、我が国の行訴法30条)であることを考えれば、行政行為の社会的な価値は合法性によってのみは測られるものではな

⁴³ 赤間聡「環境基準としての規範具体化行政規則-判例及び「規範具体化」の意味を中心に」青山法学論集第46巻第3号(2004)92頁以下。

⁴⁴ この点については赤間・前掲注(43)80~75頁参照。

いことは明らかである。しかし、それでも行政法学は、法律学である以上、利益最大化のような合理性問題については、裁判所と同様に限定的にしか、それを学問の対象とはしないというのが、現代行政法における法学的方法の帰結であろう。なお、行政行為における合理性という価値の確保については、法的な観点からは、すなわちコントロールあるいは制御の点からは、実体法ではなく、組織法や手続法が重要な役割をもつといえる。が、法学的方法の意義は実体法に限定されないことは、すでに②で示した通りである。

5.4 法適用における包摂と衡量について

5.4.1 概要

伝統的には、行政法における法適用の問題は、不確定法概念及び（効果）裁量の問題に焦点が当てられてきた。ここでは、法概念と包摂に関する分析、あるいは包摂の権限論が議論されていた限りにおいて⁴⁵、法的三段論法、すなわち、大前提に小前提である事実を包摂して結論を導き出すという法学的方法の枠組みは維持されてきたといえる。ところが、特に1970年代以降、都市計画法の領域において行政決定は法概念の包摂ではなく、法関連利益の衡量の帰結であると考えられるようになった。その結果、法適用には包摂の他に衡量という別の思考様式が含まれることになり、行政法学における法適用を包摂に限定する法学的方法に批判が向けられるようになった⁴⁶。

こうした行政法の法適用における包摂と衡量の二元論を正当化する理論として、規範には条件プログラムと目的プログラムという異なる二つのタイプがあるとする規範構造論がある⁴⁷。条件プログラムとは、そこにおいて行政は所与である事実に対応して、ある一定の事案処理が命ぜられる規範のことをいう。つまり、これは要件効果規範を法的推論の大前提におく伝統的な法的三段論法

⁴⁵ こうしたドイツ行政法学における伝統的法適用論については、赤間・前掲注(2) 74～77頁参照。

⁴⁶ Christoph Möllers, Methoden in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhl (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd1, München, 2012, 121-175(142-145).

⁴⁷ 行政法学者がしばしば引用するルーマンの二つの決定プログラムである。文献も含め詳細は、赤間聡「効果裁量、計画裁量、及び裁量瑕疵に関する基礎的考察(1)―「判断の過程」と「判断の帰結」をめぐって―」高知論叢第111巻(2015) 88頁以下参照。

モデルに合致した規範である。したがって、この種の規範の適用においては包摂という思考作用が妥当することになる。一方で、目的プログラムとは、あらかじめ与えられた事実に対する自動的な事案処理が予定されておらず、「都市の健全な発展」のような目的の達成を行政に求める規範をいう。この場合、目的の達成は、対象地域全般をカバーする土地利用計画策定等によってなされるが、そこでは、当然のことながら、建物の種別や緑地の広さ、それらの位置等の決定について形成的な要素が強く、法律から唯一の正しい計画のようなものを演繹することができない。むしろ、計画では将来の予測を含む、複雑な利害調整作業が必要になる。したがって、目的プログラムを行政が適用する際の思考様式は、包摂ではなく、衡量が妥当するとされる。とすれば、包摂のみを念頭におく法学的方法は行政法における法適用モデルとしては欠陥があることになる。

5.4.2 検討

衡量という概念を利益の比較として広い意味で捉えたと、ヘックが主張した通り(本稿3.2)、ほとんどの法的判断はこれを含むものといえる。が、都市計画等における利益の衡量という思考様式は、従来の不確定法概念の適用や効果裁量における判断における思考とは基本的に異なるという点は概ね妥当であろう。ただし、ここで二つ点が注意されなければならない。第一に、現在、行政法学者が一般に主張している包摂概念は、概念法学の名の下で理解されていた戦前の古い包摂概念であり、特に戦後の法律学方法論の議論において展開されてきた包摂モデルが十分に考慮されていない点。第二に、それゆえ、衡量と包摂を単純化しすぎるきらいがあり、一つの法適用において衡量作用の前段階で、あるいは後段階で包摂が果たす重要な役割を軽視してしまっている点。この二点が注意されなければならない。

包摂を、単純に法概念に事実を当てはめること、あるいは文理解釈された法概念に事実を当てはめることとする立場は、かなり素朴な概念法学の見解であり、戦前ですら、このような素朴な見解を採用する者は少数派だったように思われる。とりわけ戦後では、事実と概念との間での視線の報復が強調され、包摂以前の段階において、まず適用される規範の発見過程が重要視されるように

なったことは、本稿4で示した通りである。ミュラーが条文テキストに規範性を認めなかったことはその表れといえよう。また、コッホの包摂論は包摂の限界を指摘することで、包摂作用と裁量の連続性を示した。これは包摂と衡量との連続性をも示唆するものである。つまり、現代の法律学方法論からみれば、概念法学流の法適用において批判されるべきは、包摂ではなく、適用される法、具体化された法の獲得過程が軽視されていた点である。

現代法理論においては、むしろ、包摂の重要性は強調されているようにすらみえる。本稿4.6.1で示したアレクシーの内的正当化の理論はその例で、一般的ルールから個別決定を導きだす内的正当化は包摂に他ならない。これはどのような法的決定においても順守すべき普遍的な形式として重視されている。そして、内的正当化という形での包摂作用はルールの適用においてばかりでなく、憲法価値が衝突するような原理間調整の場面でも必要とされる。4.6.2で示した通り、憲法価値のような抽象的な原理間の衡量であっても、それは終局的には個別の紛争解決に向かう以上、衡量からいきなり違憲判断が導き出されるのではなく、当該事例以外でも適用可能な一般的なルールを導き出す過程を経由して、個別判断がなされるからである。この点は憲法価値の衡量ばかりでなく、都市計画法上の関連利益の衡量についても同様に当てはまるといえよう⁴⁸。

都市計画法における衡量について検討すると、行政による終局的な個別決定はある特定の土地利用計画等であるといえる。これは衡量の産物、すなわち帰結として位置づけられよう⁴⁹。そこに至る過程においては、まず、規範と事実の双方に目が向けられ、衡量の第一段階である素材の収集が始まる。たとえば、住環境等の一般的法概念とこれに該当する素材が計画対象地区から拾い上げられる作業が第一段階に属する。この作業は衡量ではなく、包摂に他ならない⁵⁰。次に、拾い上げられた当該地区の緑地等の素材が一般的な法的利益としてどの程度重要度があるのかが評価されて、同様の思考で評価され

⁴⁸ Hans-Joachim Koch, *Methoden zum Recht*, Baden-Baden, 2010, 131以下参照。もっとも、憲法上の原理間調整の問題と行政法上の衡量の問題は異なるとする見解もある(Möllers前掲注(46)144)。

⁴⁹ この点の詳細な説明については、赤間・前掲注(47)91～95頁。

⁵⁰ この点の詳細については、板ガラス判決(BVerwGE 45, 309(322f.))を参照。

た他の法的利益と衡量にかけられる。この部分が固有の意味での衡量行為ということになる。この衡量行為とその帰結としての土地利用計画との論理的関係は、たしかに包摂行為とそれに基づく行政行為のように、論証として厳格に論理化することはできないかもしれない。しかし、目的プログラムとされる衡量原則規定—たとえば、ドイツ建設法典1条7項—は適切な衡量として比例性を要求しており、比例性の要請は過程としての衡量ばかりでなく、その帰結としての具体的土地利用計画の合理性審査でも妥当する。そして、後者の場面では、計画の部分関係、住居地区とその他の地区との関係などについて、直接、その合理性が審査される限りにおいて、包摂作用が必要とされる。この点の詳細は別稿に譲るが、帰結としての計画を審査する場面では、比例原則は当該土地利用計画にのみに通用する一回的・アドホックな衡量審査に資するものではなく、土地利用計画一般に妥当する最低限の「ルール」、たとえば、「住居地区は工場地区に囲まれてはならない」等のルールの定立に向かう。そして、このルールに照らして、当該土地利用計画の違法性—正確には衡量瑕疵—が最終的に判断される。この最後の部分は、当該土地利用計画を定立されたルールに包摂する作業に他ならない。このように衡量の過程全般を分析すれば、衡量と包摂は相互に補い合う関係であることが判明する。したがって、衡量と包摂を過度に強調し、法学的方法を批判することは適切ではない。

5.5 法適用における現実の役割について

5.5.1 概要

法規や行政行為の執行不全という現実問題への指摘は、行政行為の存在価値への懐疑に向かうだけでなく、法学的方法のより根本的な側面である法的推論への批判にも向かう。それは、法学的方法においては、「現実」は法的三段論法の単に小前提として、条文に包摂される事実としてしか考慮されない、との批判である。いくら合法的な行政行為であっても、それが現実において執行され、現実への効果(Wirkung)がなければ、公益の役には立たないので、法学的方

法は現実そのものを軽視しているとの主張になる⁵¹。

5.5.2 検討

法学的方法は現実を法的三段論法の小前提としてのみ扱うものであるとする批判は、三つの意味で妥当ではない。第一に、ミュラー（本稿4.3）が指摘する通り、現実法解釈の段階で視線の往復により、規範形成に取り込まれる。この意味で、現実法獲得の過程で重要な役割が与えられている⁵²。第二に、アレシーの議論理論において分析されている通り（本稿4.6.1）、目的論的解釈は法解釈において現実への影響を考慮する解釈技法である。この解釈においては、立法者が、あるいは法が意図する達成されるべき状態としての現実法、法解釈において目的とされ、規範の解釈は目的達成の手段として位置づけられる。また、効果裁量を行使する場面においても、現実法は考慮されることはいうまでもないことであろう。したがって、法学的方法、それゆえ法的三段論法が現実法を小前提としてのみ、条文に包摂されるためだけのものとして扱っているとの批判は誤りである。

第三に、いわゆる結果論法（Folgenargument）の使用上の問題がある。結果論法とは、これも本稿4.6.1で示した通り、理想的な現実法を措定し、それに至る手段の選択を正当化する実践的論理である。この論法は既存のルール適用よりも、現実法への効果にその正当化論拠を求める点で、まさに執行不全という問題に対処するのに適した論理といえる⁵³。しかし、この結果論法は、既存のルールを大前提にしない点で法的論証ではなく、一般的倫理的な論証—アレシーの一般的実践的討議—でしかない。したがって、仮に法学的方法を批判する者が安易に結果論法の使用を支持するとすれば、このような見解は法律による行

⁵¹ Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhl (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd1, München, 2012, 177-237; Voßkuhle前掲注(3) 28-32; Hoffmann-Riem前掲注(23) 38f.

⁵² これに対して、Voßkuhle前掲注(3) 26はミュラーの見解を引用しつつも、法学的方法の擁護者は現実法を法の具体化・発見の過程ではなく、事実認定の過程で考慮するものとしている。このような見解は戦後の法律学方法論の流れを見誤ったものであるように思われる。

⁵³ Franzius前掲注(51) 216-218.

政を崩す危険性があるといえる。なお、執行不全の根本原因を sein-sollen 二元論に求めることは、もちろん、妥当ではない。この二元論を批判する者は、ある規範命題が別の規範命題から導き出されること自体を否定することになり、方法論上の誤謬を犯すことになる。

5.6 法適用における学際性要請

5.6.1 概要

これまでみてきた法学的方法の特徴、すなわち対象を法律行為関連事象に限定し、法適用においては形式的な三段論法に固執する点は、法学的方法の閉鎖性 (Geschlossenheit) と評価される。これに対して、現代の行政法学は他学との連携が必要とする学際性 (Interdisziplinarität) の要請がしばしば主張される⁵⁴。下の行政法の参照領域の問題にも関わるが、法学的方法がその素材としてきた伝統的な警察法の領域においては、行政行為の目的が危険防止であったので、法律と経験則から決定は容易に導き出された。しかし、現代のエネルギー法や環境法分野においては科学技術のリスク評価が行政決定の主要な要件になることが多い⁵⁵。この場合、経験則ではなく、専門的な科学技術的知見が必要になる。したがって、伝統的な閉鎖的法判断に固執する法学的方法はこうした新しい法分野では役に立たないと主張される⁵⁶。また、現代の行政法における科学技術的知見の役割の増加とは別に、行政法学は隣接社会科学、とりわけ行政学、社会学、経済学との協働が必要である点も主張される。これら経験科学は、上でみた行政行為の現実への影響について、または執行不全の分析についての有益な知見を提供するからである。

5.6.2 検討

学際という語で何が意味されるのかという問題はあるが、学際性から法学

⁵⁴ Voßkuhle 前掲注 (3) 32-35; Schmid-Aßmann 前掲注 (22) 396-401.

⁵⁵ この点は行政法学における危険とリスクの概念相違にも関わる。典型的な文献としては、Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat : zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen, 1994, その他文献を含め詳細については、赤間聡「近代日本における危険防止 - 危険からリスクへの幕開け -」青山法学論集第52巻第2号 (2010) 147頁以下参照。

⁵⁶ Schmid-Aßmann 前掲注 (22) 397, またFabio前掲注 (55) 52-64も参照。

的方法が批判される場合、法的三段論法が法外的な (außerrechtlich) 知見を法適用に取り込むことができないという趣旨、及び教義学としての法律学そのものが他学との連携を困難にしているとの趣旨で主張されることが多いように見受けられる。こうした批判は、たしかに、広範で多様な法領域を抱える行政法という法分野について特にいえることかもしれないが、教義学としての法律学に対する批判として戦前から繰り返されてきた主張でもある。本稿3.2でみた通り、戦前の概念法学に対する法社会学からの批判も法律学の閉鎖的概念体系及び法的決定の演繹的概念操作に向けられていた。こうした法律学の閉鎖性に対する批判は戦後においてもしばしば繰り返されてきたところである⁵⁷。

まず、法的三段論法と法外的な知見との関係についてみる。法的三段論法が法律の文言、事実、経験的因果則に基づく包摂によってすべての決定を導き出しているとする見解は、すでに指摘した通り、あまりに素朴な概念法学の見解であっても、少なくとも、戦後の法律学方法論の考え方にはない。上でみた通り、目的論的解釈は手段の特定において、経験科学の知見を必要とする。ここには当然に、各種自然科学ばかりでなく、行政学、社会学、経済学などの知見も含まれる。また、環境法領域における不確定法概念の解釈において、将来の予測を必要とするケースも稀ではない。この場合、大前提である規範の具体化の段階で化学、医学、疫学等の法外的な知見を取り込むことになる⁵⁸。同様のことは、憲法規範の具体化の場合にも当てはまる⁵⁹。

次に、行政法学と他学、特に隣接経験科学との学問としての協働・連携について。すでに示した通り、行政法学を制御学とする立場からすると、行政行為は公益達成のための一つ的手段に過ぎず、学問の関心は目的達成のための行政行為の選択や命令等の行政立法の場面に向けられるので、手段の模索に際して

⁵⁷ この点については、赤間聡「法的決定における科学的知識使用に関する問題点」青山法学論集第39巻第3・4合併号1～29頁(特に4～10頁参照)。

⁵⁸ Hans-Joachim Koch / Helmut Rübmann, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München, 1982, 206-209.

⁵⁹ ミュラーはこの点を連邦憲法裁判所判決を示しながら、説明している。Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, auf neuestem Stand bearb. und erw. Aufl., Berlin, 2013, 255-257.

隣接諸科学との連携が重要になる。これが行政法学の学際性の意義となるであろう。しかしながら、これも5.1.2の規範の妥当性と有効性の区分の際に述べたことだが、規範の妥当性を前提とする伝統的教義学と、規範の有効性を問題にする学問とを一つの行政法学という学問体系の中で、どのように共存させるのか、という学問論の問題が残される⁶⁰。一方の教義学、すなわち学説は「法的議論」という独自の論理活動、言語行為として位置づけられよう⁶¹。それは、既存の法律から出発する点や、議論の型についても一定の制約がある点で特殊な論理活動・言語行為である。よって、このような教義学としての法律学が隣接諸科学と連携する場合には、上の制約の下で行われる必要がある。他方で、立法論・政策論であれば、法的議論としての制約はまったくなく、自由に他学との連携が可能になるが、逆に、これはあらゆる経験的議論、実践的議論を許容してしまうことで、限りなく倫理的議論、政治的な議論に接近する⁶²。このような、法的議論から逸脱した自由な言語行為が仮に学問であるとしても、それは法律学の名に値するかは疑問が残る。

5.7 法学的方法、行政法総論及び参照領域の関係

5.7.1 概要

本稿2で述べた通り、法学的方法の第三の特徴は、既存の実体行政法の規定及びその行政・法実務を、行政行為や法治行政等の包括的概念及び原理の下におき、体系化を行う思考様式である。したがって、法学的方法には、所与である法素材を帰納して、行政法総論を構築する役割がある。マイヤーはこの方法により、警察法を素材にして、法規中心主義や法律行為中心主義の色彩が強い行政法総論を構築した。これに対して、伝統的な行政法総論特に行為形式論は時代遅れであるとする批判が、特に90年代以降、参照領域論において展開され

⁶⁰ この点について、法学的方法に批判的な論者は、学際連携の方法論構築の必要性を唱えるものの、明確な解答を示してはいないようにみえる。Voßkuhle前掲注(3)34。また、Hoffmann-Riem前掲注(23)58-60も参照。

⁶¹ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1991, 261-272.

⁶² そしてこのような自由な議論は、社会的な決定を行う上で、欠陥があるとするのがアレクシーの議論である。Alexy前掲注(61)255-257参照。

てきた⁶³。参照領域論によれば、総論は現代的な行政法である都市計画法や環境法、あるいは情報法を素材として構築されるべきであり、そうすることにより、インフォーマルな行政活動や行政規則、あるいは公私協働などが総論において適切に反映される、とされる。

5.7.2 検討

伝統的な行政法総論が、警察法を主とした規制行政をベースに構築されてきたことは、マイヤーの教科書からみても、明らかであろう。各論での警察下命や警察許可には総論での行政行為や法関係論が忠実に反映されている。とすれば、参照領域としての各論の素材が変われば、総論もこれまで通りには維持できないということは明白である。また、戦後の行手法の制定及びその展開は、総論に直接に変更を促すものでもある。とはいえ、参照領域の変更あるいは拡大の必要性は、法学的方法の変更の必要性を必ずしも意味するものではない。というのは、行政法総論における法学的方法の採用は、参照領域に依存しているわけではないからである。むしろ、法学的方法の本質は、パンデクテン法学をモデルとして、行政法学を構築する点、権利義務という法関係や、法秩序の観点から権力を捉える点、すなわち、合法・違法という視点に立った規範的世界観を構築する点にあることはすでに述べた。現代行政法の参照領域として、環境法や情報法をおいたからといって、合法・違法の問題がなくなるわけではないであろう。すなわち、新しい参照領域がこれまでの規範的世界観をパラダイム転換させるということはないであろう。なお、参照領域論から帰結する個々の論点である公私協働、行政規則、衡量と包摂などについてはすでに触れた通りで、これらは法学的方法を批判する論拠にはならない。

6. むすびにかえて

法学的方法は、まず私法の領域においては、妥当な個別決定を導き出すため

⁶³ 周知のとおり、代表的な文献として Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1. Aufl., Baden-Baden, 1993.

の合理的な概念体系を構築する方法であり、それは同時にあらゆる実践的な決定を上位命題から演繹し、正当化する方法でもある。このいわゆるパンデクテン法学の思考様式は、行政法学でも採用されることとなった。ただし、行政法学においては、それまでの国家学から分離する必要から、そこに行政法学の対象選定の役割が加わり、かつ法律行為論をお手本にしつつも、公法学固有の概念体系—特に公法私法二元論の—が目指されたといえる。こうした法学的方法一般については、法律学方法論の側ですでに戦前より概念法学と批判され、その閉鎖的特性や論理的操作の偏重等が批判されてきた。だが、その一方で、この方法は規範科学としての法律学固有の思考様式として尊重され、擁護されてきた面もある—それが方法二元論に基づくものであれ、戦後の言語哲学やコミュニケーション理論に基づくものであれ。特に、戦後の法律学方法論においては、法学的方法を批判するというよりは、その思考様式をより精緻化する議論が有力であったように見受けられる。すなわち、それは本稿4で示してきた通り、法発見の重要度が認識されることで、法的三段論法における中間命題挿入の必要性が意識されたり、原理間衡量の理論が追加されるなど、命題論理がより精緻化される方向でなされてきたといえる。

こうした法律学方法論の流れとは別に、行政法学においては、法学的方法に対する評価は積極的なものもあるものの、全般的に、特に90年代以降はかなり手厳しいものであったように見える。その理由は、そもそも、行政行為を判決になぞらえ法形式主義を貫こうとしたマイヤーですら、行政判断の固有性は認めていた点、すなわち行政法学においては当初から全面的に法学的方法が採用されたわけではない点が挙げられる。ただ、それよりも、本稿5で示してきた通り、法学的方法が批判される背景には、行政法という法分野が時代の変化にさらされやすい点が大いように思われる。特に戦後、都市計画、環境、リスク関連行政、公私協働など次から次へと新しい法領域及び行政実務が素材として追加され、伝統的な概念体系、特に行政の行為形式論が常に脅かされてきた。そして、こうした新しい素材は行為形式論を超えて、伝統的な思考様式—法的三段論法や包摂を含め—全般に対する見直しへと及んでいったとみることができる。

しかし、すでに指摘してきた通り、素材の追加や変更は、行政行為の分類や行為形式に変更・追加を要求するものであるかもしれないが、法学的方法の根本的な思考様式、合法・違法二元論などの思考様式に変更を促すものであるのか否かは、慎重に検討されるべきである。というのは、こうした法学的方法の基本的部分には学問論・認識論の側面があり、これを批判するには行政法学の領域を超える基礎法あるいは哲学の領域に関わる相当の根深い議論が必要になるからである。また、法的三段論法や包摂を批判するときにも、厳格な法論理が要求されることは、戦後の法律学方法論の展開を考慮すれば明らかであろう。

総括すれば、行政法学における法学的方法を正当に評価するためには、新しい行政法素材が法学的方法に基づいて構成された伝統的カテゴリーや概念で説明可能性かどうかを検討することももちろん重要ではあるが、さらに、それを超えて、それらの素材が法学的方法の基本的思考様式まで変更を促すものであるのか否か、仮に促すものであるとして、代替となる思考様式は基礎法での議論、特に言語哲学・分析哲学を考慮した法律学方法論の議論を十分配慮したものであるのか否かを検討する必要がある⁶⁴。そうした作業を経て、現代行政法学における法学的方法の可能性と限界を模索することこそが行政法学者に求められている、と筆者は考える。

⁶⁴ Röhl / Röhl前掲注書(13)やMüller/Christensen前掲注書(59)が方法論を語る者に求める基本的な姿勢である。