

本ファイルは、小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、2016.9)383-400頁に掲載させていただいた拙稿の、草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

行政法における法の解釈と適用に関する覚え書き

角松生史(神戸大学大学院法学研究科)

I 法の解釈と適用

磯村哲は、「19世紀を支配した概念法学的法律実証主義」における法適用過程＝判決獲得過程に関する理解を次のように説明する。

「裁判官は具体的な生活事態(*Lebenssachverhalt*)を一定の既存の制定法規の抽象的要件に論理的に包摂(*Subsumtion*)し、当該法規に規定された法律効果を具体的な事態に賦与する。いいかえれば、ここでは法の適用は、既存の抽象法規を大前提(*Obersatz*)とし、具体的な事態を小前提(*Untersatz*)として前者に包摂する三段論法的論理推論(*Syllogismus*)の構造をもつ。法適用に奉仕する使命を有する法解釈も、少なくともその論理構造上は、法適用のかような構造におうじて、具体的な事態から切り離された抽象法規のすでにそれに内在する意味を独立に確定する作業の機能をもつにすぎない」¹

いわゆる「法的三段論法」の古典的定式である。磯村が上記論文で詳述するように、上記定式に対する批判がさまざまな点についてなされてきた。

第一に、裁判官が行う法解釈作業が、抽象法規に既に内在する意味の探求に止まるものではなく、創造的・評価的要素を含んでいるのではないかという指摘である。民法・法社会学における戦後の法解釈論争²では、裁判官のこのような作業の意味とその正当性が激しく議論された。

第二に、法の適用過程としての「包摂」を実際に行うためには、抽象的法命題と具体的生活事態との「視線の往復」(*Hin- und Herwandern des Blickes*)³が必要である以上、そ

¹ 磯村哲「法解釈方法論の諸問題」磯村編『現代法学講義』(有斐閣、1978年)85-124頁(87頁)

² 論争史の整理として、瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座別巻1』(有斐閣、1990年)1-99頁、瀬川「民法解釈論の今日的位相」同編『私法学の再構築』(北海道大学図書刊行会、1999年)3-33頁

³ Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (3. Aufl.), C. Winter, 1963, S.15.

ここには必然的に評価的・類推的な「帰属」の要素があり、論理学における包摂推論とは異なるのではないかという指摘である⁴⁵。このような批判は、「法的三段論法」が現実の法の適用⁶過程を的確に表現していないのではないかという指摘、そして解釈と適用を区別する意義自体への疑問へとつながってくるだろう。

それでは法の「解釈」と「適用」の区別に本当に意味はないのだろうか。本稿はこの問いに関する不十分な考察を試みるものである。

II 解釈命題とは何か

1 解釈命題の「最小限度」——一つの判決を素材に

ここでは一つの判決を素材に、「法的議論において解釈命題を必ず提示すべき場面」の存在について検討してみたい。検討対象とするのは、最判 2014 年 7 月 18 日⁷(貸金業法事件)である。

本判決の事案では、株式会社 X の監査役 A が自動車運転過失致死罪により禁錮 1 年 4 月、執行猶予 3 年の判決を受けたため、大阪府知事は、A が貸金業法 6 条 1 項 9 号(以下、「本件規定」という)に定める X の「役員」に該当することを前提として、X による登録の更新申請(貸金業法 3 条)を拒否し⁸、また、X の登録を取り消した⁹。X はこれら処分に対して取消訴訟を提起した。

⁴そのような作業をなお「包摂」と呼ぶかどうかについて、Engisch と Larenz/Canaris は見解を異にする。後者における「包摂」は、「判断対象たるべき事態のメルクマールを上位概念において述べられたメルクマールと同一視すること」に限定される(Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*(3.Aufl.), Springer 1995, S.95-96; K. ラーレンツ(米山隆訳)『法学方法論(第 6 版)』青山社、1997 年(原書 1991 年)425-427 頁)のに対して、前者における「包摂」は、「判断されるべき対象であるところの具体的事例を、法律の要件が疑いなく意味しているところの事例と同一視すること」(Engisch・前出注(3), S.26)を含むからである。

⁵ 法的三段論法モデルが孕む論理的問題点の指摘として、高橋文彦『法的思考と論理』(成文堂、2013 年)63-82 頁。

⁶ 本稿は解釈と区別された狭義の「適用」に主に興味をもつが、ここでいう「法適用」は法解釈も含めた広義の法適用過程のことである。

⁷ 民集 68 卷 6 号 575 頁。同判決に対する評釈として、徳地淳・ジュリスト 1484 号(2015 年)103 頁、長秀之・NBL 1046 号(2015 年)69 頁がある。

⁸ 貸金業法 6 条 1 項 4 号(「禁錮以上の刑に処せられ、その刑の執行を終わり、又は刑の執行を受けることがなくなった日から 5 年を経過しない者」)および 9 号(「法人でその役員又は政令で定める使用人のうちに第 1 号から第 7 号までのいずれかに該当する者のあるもの」)が定める登録拒否事由に該当するというのが拒否理由である。

⁹ 貸金業法 24 条の 6 の 5 第 1 項は、「内閣総理大臣又は都道府県知事は、その登録を受けた貸金業者が次の各号のいずれかに該当する場合においては、その登録を取り消さなければならない」として、「第 6 条第 1 項第 1 号若しくは第 4 号から第 12 号までのいずれかに該当するに至ったとき、又は登録の時点において同項各号のいずれかに該当していたことが判明したとき」(第 1 号)を義務的取消事由としてあげる。A が「役員」であれば、6 条 1 項 9 号(参照、前出注(8))に該当するから、知事は登録を取り消さなければならない。

本判決におけるほぼ唯一の争点は、監査役Aが本件規定にいう「役員」に該当するかどうかである。本件規定における「役員」は、貸金業法第4条第1項第2号（「業務を執行する社員、取締役、執行役、代表者、管理人又はこれらに準ずる者(以下略)」）によって定義される¹⁰から、この定義規定への該当性が問題になるわけである¹¹。所管庁は、改正前の法における同様の規定に関する通達(1983年)の解釈を踏襲し、「監査役は『これらに準ずる者』に含まれ、従って本件規定に言う『役員』に含まれる」という解釈をとり(以下「解釈甲」という)、府知事はそれに準拠して処分を行った。第一審¹²もこの解釈を支持した。

それに対して最高裁は、貸金業法の規定には、本件定義規定を含む監査役を明文で列記していないもの¹³と列記しているもの¹⁴があることに着目し、「同法中の各役員定義規定において監査役を明文で列記するかどうかはあえて区別して差異が設けられているものということができる」として、「本件規定に言う『役員』には監査役は含まれない」という解釈(以下「解釈乙」という)を採用した。明言されているわけではないが、解釈甲、解釈乙は、いずれも、「すべての監査役は『役員』に該当する」(甲)あるいは「およそ監査役は『役員』に該当しない」(乙)という全称命題を提示したものと考えられるだろう。

控訴審¹⁵は、この点についての解釈を明確な形で提示してはいないが、「監査役は原則として『役員』に含まれないが、当該監査役が『(当該会社)に対して取締役らと同程度に支配力を有している』場合であれば含まれる」(以下「解釈丙」という)と読む余地がある。

解釈甲～解釈丙のいずれが妥当かについて、本稿は関心を有しない。述べたいのは以下の点である。「本件事案に対する法的判断における焦点である、『監査役Aが本件規定にいう「役員」にあたるか』という問いに答えを出すにあたっては、本件規定の『役員』に関するいずれかの解釈(甲～丙、又はその他の解釈)を一般命題として示すことが不可欠なのではないか」。筆者の感覚が異端ではないとすれば、おそらくほとんどの法律家は上の点に同意するのではないだろうか¹⁶。

¹⁰貸金業法4条1項2号は、定義規定の射程から「第24条の6の4第2項及び次章から第3章の3まで」を除いているが、6条1項9号はこの除外規定には含まれない。

¹¹貸金業法4条1項2号は、本文に示した定義には「法人に対し、これらの者と同等以上の支配力を有するものと認められる者として内閣府令で定めるものを含む」とするが、この規定を受けて定められた貸金業法施行規則2条には監査役は含まれていない。

¹²大阪地判2011年12月22日判例地方自治372号102頁

¹³貸金業法24条の27第1項3号、31条8号、24条の6の4第2項

¹⁴貸金業法41条の13第1項4号、41条の39第1項4号

¹⁵大阪高判2012年9月14日判例地方自治388号84頁

¹⁶ちなみに神戸大学法科大学院における授業「対話型演習行政法I」(中川丈久と共同開講)において、本判例を素材とした問題を出題したところ(2015年度)、解釈丙(問題文においてヒントを与えていた)をそれ自体として提示しないまま、「Aが会社に対して支配力を有さない」という事実関係のみを指摘して結論を導こうとした答案が多かった。亀本洋「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」法哲学年報2013(2014年)13-31頁(18頁)にいう、④(小前提)を①(法規範=条文の解釈命題としての大前提)に「いきなり当てはめる」例だと言えよう。

ただし、解釈甲、解釈乙とは異なり、解釈丙は、全称命題ではない。この解釈をとっても、監査役 A が当該規定に言う「役員」に該当するかどうかは直ちには決まらず、A が「取締役らと同程度に支配力を有している」かどうかについて、具体的事情に即した判断を行う必要がある。即ち解釈丙は、上の問いに答えを出すための十分条件ではない。

また、解釈丙においては、「監査役であって、かつ取締役らと同程度に支配力を有している者であれば役員にあたる」という形で、より細分化された一般命題が示されている。しかし、事案によっては、「具体的事情に鑑みると当該監査役が『役員』に該当すると解することは妥当でないが、『役員』についての一般命題を定立することは未だ困難である」という場合も考えられる。しかし、その場合であっても、「解釈甲も解釈乙も妥当ではない」という一般性を有する否定命題を反論として示すことが求められるのではない¹⁷。

つまり本件は、「なんらかの解釈命題を示すこと」を必然とするような事案だったと総括することができよう。このように、法的判断の場において、いわば「一般命題としての法解釈の最小限度」が求められる場合があると考えられる。

2 トウルミン・モデルと「マイクロ正当化」

II 1 で本稿は、一つの最高裁判決を素材に、法的判断において「一般命題としての法解釈の最小限度」が問題になる場合があることを示した。それではそこで「一般命題としての法解釈」はどのような役割を担うのか。

この点に示唆を与えるのが、これまで法学分野でもたびたび紹介されてきた¹⁸いわゆるトウルミン・モデルである。Toulmin は、議論の一般的構造として「われわれが主張したいと考えるもの」＝「主張」(C=claim)、その「根拠となる事実」＝「データ」(D=data)、そしてこの両者を橋渡し(bridge)する「D という事実から C のような主張ないし結論を導き出す資格ありとされるような」命題＝「論拠」(W=warrants)を区別する¹⁹。

W は、当然の前提とされる場合など、暗黙にしか引き合いに出されない場合も多い²⁰。たとえば個人的知識に基づく「ハリーの髪が赤い」という D から「ハリーの髪は黒くない」

¹⁷行政庁が現に解釈甲を主張し、また、A が監査役に該当することが明らかである以上、「A は役員に該当しない」と主張するためには、一般命題レベルで解釈甲に反論することが不可欠である。同様に、「A は役員に該当する」と主張するためには、解釈乙（それが現にあるいは潜在的に主張されているとすれば）に対する反論が不可欠であろう。

¹⁸法学文献における Toulmin の議論の分析として、さしあたり平井宜雄『法律学基礎論の研究』(有斐閣、2010 年) 64-70 頁(初出 1989 年)、田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994 年)209-210 頁、374-375 頁、ウルフリット・ノイマン(亀本洋/山本顕治/服部高宏/平井亮輔訳)『法的議論の理論』(法律文化社、1997 年) 24-31 頁、亀本洋『法的思考』(有斐閣、2006 年)226-270 頁、高橋・前出注(5)、121-144 頁

¹⁹ Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument* (updated edition), Cambridge University Press, 2003(初版 1958 年), pp.90-91(戸田山和久/福澤一吉訳『議論の技法—トウルミンモデルの原点』(東京図書、2011 年) 143-145 頁。

²⁰ Toulmin・前出注(19), p.92(邦訳 147 頁)。

という C を導き出そうとするとき、通常は W の提示は不要だと思われる。しかし、議論の相手方が納得しないのであれば、「もし何か赤いなら、それは同時に黒ではない」という W が提示されることになるだろう²¹。

また批判者は、W が「そもそも受け入れ可能かどうかという、さらに一般的な問い」を提示することもできる。その場合、論拠の背後の「べつの保証」としての「裏づけ」(B=backing)が必要となる²²。たとえば「ハリーは英国国民である」という言明 (C) を支持するために、「彼がバミューダで生まれた」(D) を提示し、W として「バミューダに生まれた人は英国国民であるとみなされるだろう」という命題が示されたとする。この W がさらに批判された場合、「英国植民地に生まれた人の国籍を律する、議会法及びその他の法規定の制定の記録」²³が裏づけ (B) として示されることになるのである。

この B は「可変性」ないし「場(分野)依存性(field-dependence)」を有している。たとえば「クジラは哺乳類であろう」「バミューダの人は英国国民であろう」「サウジアラビア人はムスリムであろう²⁴」という W については、それぞれ分類学の体系、法律的観点、統計的記録を B として持ち出せる²⁵。また、W-B の関係はさらに繰り返されることもあり、もはや批判がなされなくなった時点で停止する²⁶。このように、D から C を導出しようとする際、W が通常はそもそも必要とされないほど自明な場合もあるし、他方で繰り返し逆行して B が求められることもある。W や B の要否や求められる内容は、当該議論の場のあり方に依存しているのである。

トゥールミン・モデルの法的議論における応用については、平井宜雄「法律学基礎論覚書」²⁷の公表を受けて開催されたシンポジウムにおいて瀬川信久が示した【図 1】の整理が基本的に適切と思われる²⁸。

【図 1】

²¹ Toulmin, 前出注 (19) ,p.91 (邦訳 145 頁)。

²² Toulmin, 前出注 (19) ,pp.95-97 (邦訳 151-153 頁)

²³ Toulmin・前出注 (19) ,p.97 (邦訳 154 頁 (筆者の判断で訳を変更した))

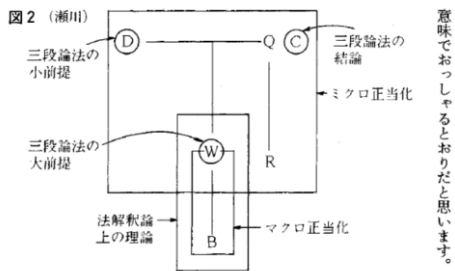
²⁴ 演繹的推論ではなく、「・・・であろう」という形の反駁を許す推論を扱うことができるのは、法的判断の分析にとってのトゥールミン・モデルの強みである。なお参照、安藤馨「最高ですか？」法学教室 426 号(2016 年)69-79 頁(72 頁)。ただし、Toulmin の議論に「様相」と「量化」の混同が見られるという指摘として、高橋・前出注 (5)、132 頁

²⁵ Toulmin・前出注 (19) ,p.96 (邦訳 153 頁)。「場依存的」の概念について、Toulmin・前出注 (19) ,p. 14 (邦訳 22 頁)。

²⁶ 参照、平井・前出注 (18)、67 頁、「論拠」ではなく「理由づけ」一般についてであるが、Toulmin, A Examination of the Place of Reason in Ethics, The University of Chicago Press 1986(初版 1950 年),p.146. n

²⁷ ジュリスト 916、918、919、921-923、926-928 号(1988-1989 年)。平井・前出注 (18) 41-173 頁所収。

²⁸ 「ミニ・シンポジウム：法解釈論と法学教育」ジュリスト 940 号(1989 年)14-60 頁 (43 頁)。参照、田中成明『現代法理学』(有斐閣、2011 年)548 頁、高橋文彦「発題 統一テーマ『民事裁判における「暗黙知」：「法的三段論法」再考』について」法哲学年報 2013(2014 年)1-11 頁 (4 頁)



は合う解論あるBのがう戻えまの法とで ; ; . . .

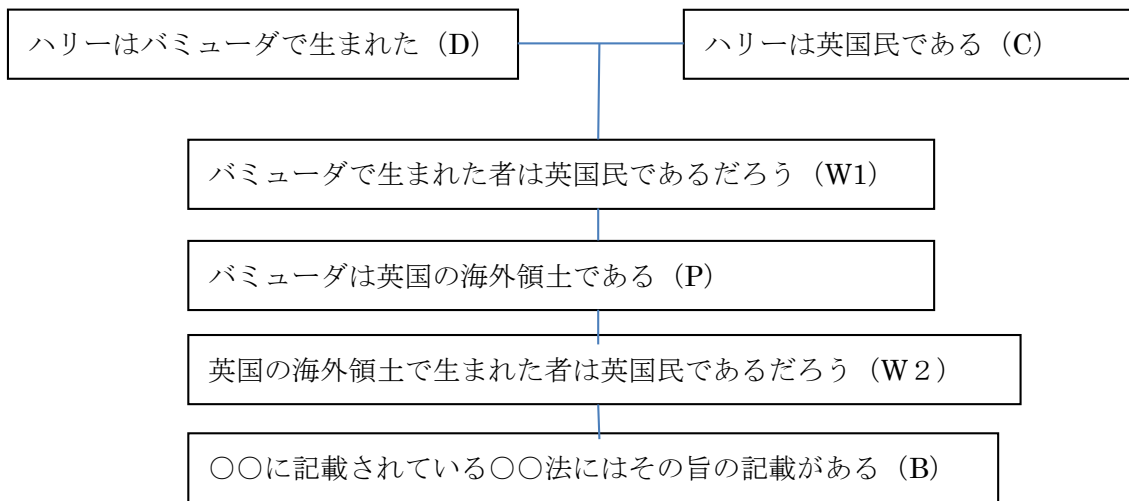
認定事実 (D) から事案の解決 (C) を導くための「橋渡し」を可能にするような一般命題のみが、Wとして機能しうる。いかなる命題であればWとして認められるかは、法律家共同体によって形作られる「場」のあり方に依存するだろう。

バミューダ生まれのハリーの例に立ち返ってみよう。ここで「ハリーはバミューダで生まれた」(=D)と「ハリーは英国国民である」(=C)という二つの言明を橋渡しすべき論拠として、「バミューダに生まれた人は英国国民であるだろう」(W1)が提示されたとする。この場合、橋渡しが成功することはほぼ自明であり、問題は、「果たしてW1は正当なのか」という点に移行し、その裏づけ(B)が持ち出されることになる。

それではそこで「英国の海外領土に生まれた人は英国国民であるだろう」(W2)という論拠が提示された場合はどうか。「バミューダは英国の海外領土である」という命題Pを前提知識として共有している議論の相手方との関係では、この命題は橋渡しとして機能した上で、問題はBに移行する。しかし、上記の命題Pを共有しない相手方に対しては、W2は、DとCの「橋渡し」として直ちには機能しない。W2とW1とを橋渡しするものとして、改めて命題Pが提示される。D,W→Cの論証形式に類似した関係が、P,W2→W1の間に成り立つことになる²⁹。W1が論拠として提示された場合、PとW2は、W1にとってのBと類似した機能を果たすことになるだろう。

【図2】

²⁹ Toulmin は、C および D を単称命題に限っているので、「類似した」としておく。



上述のように、D から C への橋渡しを可能にする W の要否・内容は議論の「場」に依存する。先の「ハリーの髪の色」の例のように、W を明示することが通常不要な場合もある。また、前提 P を共有しているか否かで、W1 を提示するか W2 を提示するかも変わる。同じ命題が、W として機能することも B として機能することもありうるのである³⁰。具体的な条文の解釈・適用をめぐる法的議論の場においては、「そうすると、条文があって、その条文を具体的な事案の解決に適応するような命題にしたものが W になるということなのでしょうか」³¹という田中成明の整理が的確と思われる³²。

わが国における「法解釈論争」は、主に「W を正当化するためにはいかなる B の利用が許されるのか」という問いをめぐるものだった。これに対して、「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」を区別した上で、後者における「マイクロ正当化」の重要性を説く平井の議論は「いかなる W であれば D→C の橋渡しの機能を持ちうるか」という新たな視角を提示したものと理解できる³³。

³⁰ 上記シンポジウムにおいて、星野英一は平井宜雄に対して「条文は B なのですか」という問いを發し、平井は明確に答えなかった（前出注（28）、42-43 頁）。本文に述べた点は、答えられない一つの理由だと考えられる。なお参照、高橋・前出注（5）131 頁注（19）。ただし Toulmin は、W は橋渡しをする仮言命題であるのに対して、B は事実に関する定言命題の形式で表現可能なものであり、このような機能の相違を命題が反映していれば、両者の混同の恐れはないとする。Toulmin・前出注（19）、pp. 97-98（邦訳 154 頁）

³¹ シンポジウム・前出注（28）、42 頁

³² 「裁判所が、特定の事件の裁判において、その結論についての不可欠の根拠、あるいは理由とされた法規則問題」（中村治朗「判例について」同『裁判の世界を生きて』（判例時報社、1989 年（初出 1976 年））313-355 頁（322 頁））という判例理解（「解釈命題説」〔土屋文昭「判例に関する覚書—民事判例の主論を中心として」東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 6（2011 年）218-233 頁（222-224 頁）〕〔木下昌彦に教示を受けた〕）は、本文の理解と近いように思われる。

³³ もっとも、「マイクロ正当化」の例として平井があげる「履行の着手」の例（平井・前出注

以上をまとめると、法の解釈とは、「事案の解決 (D→C) に必要とされる W を一般命題として提示する作業および、当該 W についてのありうべき批判に対応して、W→B を繰り返していく作業」と考えられるのではないか。そして、その作業をどこまで行うのかは、上述のように議論の「場」に規定されている。

Ⅲ 解釈と適用の区別

1 判断主体が異なる場合

それではそのような法の「解釈」と「適用」はどのように区別されるのか。I で述べたように、「法的三段論法」で前提とされていたこの区別に対して、「視線の往復」の指摘は疑問を差し挟むこととなった。しかし、その批判の多くは疑念を提示して区別の困難を指摘するに止まり、積極的な区別の揚棄論も、区別の意義を再構築する議論もあまり見られないように思われる。このように、両者の区別が正面から論じられることが少なかったのは、民法を主戦場とする法解釈論争において、同一の判断主体—通常は裁判所—が行う「正当化のプロセス」の記述の上で両者がどのように区別されるかという形で問題が捉えられてきたからではないか。

しかし、「解釈」と「適用」が異なる判断主体によって行われる場合、問題はより深刻になる。たとえば裁判員法 6 条によれば、「法令の解釈に係る判断」が構成裁判官のみの合議によるものとされる一方で、「事実の認定」「法令の適用」「刑の量定」は構成裁判官と裁判員の合議によるものとされている。いかなる判断が「解釈」であり、いかなる判断が「適用」であるかが問題になるのである³⁴³⁵。また、1996 年改正前の民事訴訟法における上告理由としての「法令の解釈」についても、類似する問題があった³⁶³⁷。

(18) 144 頁)などはむしろ、B としての判例理論から具体的事案に利用可能な W を導出する過程に焦点を当てているように思える。平井はそれを判例の命題からの「論理的帰結」と呼ぶのだが、その作業は、命題に「要件を加えたり、修正したりする」(同上)ものだとされている以上、古典論理学で言うところの「論理的推論」にはあてはまらないだろう。参照、高橋・前出注(5) 231-232 頁、瀬川信久=小粥太郎=加藤新太郎「民法解釈方法論と実務」加藤新太郎編『民事司法展望』(判例タイムズ社、2002 年) 179 頁(「弁護士がこのミクロ正当化でしていることは、新しいルールを作り出すことです」(瀬川発言))。さらに参照、瀬川・前出注(2) (「民法の解釈」、20 頁。

³⁴ この点を考察するものとして、稗田雅洋「裁判員裁判と刑法理論—裁判官の視点から」刑法雑誌 55 巻 2 号(2016 年)361-374 頁(363-365 頁)

³⁵ アメリカにおける「法律問題・事実問題」の区別の枠組みが、裁判官とその他の機関の役割分担の基準を示す役割を持っていたことと、この枠組みの多義性について、(中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量—1803 年～1950 年のアメリカ行政法について(2)」法学協会雑誌 107 巻 5 号(1990 年)818-877 頁(828-829 頁)、「法」と「事実」の間には存在論的・認識論的・分析的区別はなく、この問題は機能的にしか解きえないとするものとして、Ronald J. Allen / Michael S. Pardo, The Myth of the Law-Fact Distinction, 97 Nw. U.L. Rev. 1769, 1790(2003)

³⁶ 河野正憲「不確定概念(一般条項)の上告可能性」小室直人/小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(中)』(有斐閣、1980 年)308-342 頁、福永有利「不特定概念(不確定概念)の上告

2 行政裁量論との接点

塩野宏は、「行政行為をするに当たっての行政庁の判断過程のどこに裁量があるかを探究するのが裁量論の意義である」として、その「判断過程」を「A 事実認定 B 事実認定の構成要件への当てはめ(要件の認定) C 手続の選択 D 行為の選択 E 時の選択」に分解する³⁸。その際、法の解釈は「裁判所の専権に属する」³⁹こと、「紛争解決における事実の認定はわが国の通説的理解によればまさに司法権に専属する」⁴⁰ことが前提とされている。従って、少なくとも要件裁量については、裁量判断は B=狭義の適用の問題として整理される⁴¹。

上の塩野の理解は、ドイツ法における古典的議論の影響を受けていると思われる。彼地では、1950年代後半以来、効果裁量と要件裁量の厳格な二分法を前提とするドグマティックが強い影響力を有してきた。「判断余地」(Beurteilungsspielraum)説を提唱した1955年のBachof論文は、要件が具わっている場合における行為の自由を法律が行政庁に認める「行為裁量」(Handlungsermessen)と、当該行為の要件に関する判断の余地を認める判断余地とを区別する。前者は「意思による決定」であるのに対して、後者は常に「認識行為」だというのである⁴²。Pacheは、Bachofの議論が意思形成と認識行為の区別を根拠として

可能性」同書343-357頁、小室直人『上訴・再審(民事訴訟法論集中)』(信山社、1999年)101-106頁

³⁷ 最判2004年1月15日民集58巻1号226頁は、国家賠償法1条について「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするは相当ではない」とするが、この判例の射程をめぐっても類似の問題が生じうる。

³⁸ 塩野宏『行政法I〔第6版〕』(有斐閣、2015年)138-139頁

³⁹ 塩野宏『行政法II〔第5版補訂版〕』(有斐閣、2013年)160頁

⁴⁰ 塩野・前出注(38)、144頁

⁴¹ 参照、角松「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き—裁量統制との関係を中心に」政策科学21巻4号(2014年)191-200頁(193-194頁)

⁴² Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Juristenzeitung 1955, S.97-102(98). 前年に発表された Reuss 論文 (Hermann Reuss, Das Ermessen — Versuch einer Begriffsklärung, DVBl 1953, S.649-655(649))も同様に、裁量は「様々な行為態様(Verhaltensweisen)の間の選択」であるのに対して、不確定法概念の適用は、「認識問題」だとし、Bachofはこれを支持している(Bachof, a.a.O., S.98.ただし、引用されているのは Reuss の別論文 [Gegenäußerung, DÖV 1954, S.557-559(559)]である)。Bachofの議論の紹介として、田村悦一『自由裁量とその限界』(有斐閣、1967年)102頁以下、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、1990年)9頁以下、宮田三郎『行政裁量とその統制密度(増補版)』(信山社、2012年)61頁。

いたことが、それがその後のドイツ行政法学・憲法学に長く影響を及ぼした理由だとする⁴³。

その上で、Bachofによれば、不確定概念の「解釈」(Auslegung) = 「概念の意味内容の探求」が、法律問題(Rechtsfrage)として全面的に裁判官による事後審査が可能であることに疑いの余地はない⁴⁴。また、「事態 (Sachverhalt) に関する判断の前提となる事実の確定」についても同様である⁴⁵。これに対して「不確定概念の具体的事態に対する適用」= 「不確定概念を含む法律概念への包摂」については、価値概念であっても経験概念であっても判断余地が認められる場合がある、というのが論者の立場である⁴⁶。このように Bachof は、要件判断に関する限り、裁量を包摂のレベルに限定したのである⁴⁷。

近年のドイツの学説では、「抽象的一般的法規範およびその中に含まれる不確定法概念の解釈(Interpretation)は、裁判権の始原的機能であって、真正の行政機能ではない」⁴⁸「抽象的一般的レベルに位置づけられる法解釈過程とその個別的具体的適用とは、なお理念的には区別される」⁴⁹などとして、このような解釈と狭義の適用 (= 包摂) の二分論および前者に関する全面的司法審査原則を維持する見解⁵⁰と、「事態と規範の文言の相互的關係が規範の解釈に決定的に影響する時点、すなわち規範の具体化の時点で既に判断授權が始まる」⁵¹などとして二分論を相対化する見解が見られるようである⁵²。

ただし、効果裁量については問題が残る。それはそもそも「法の適用」なのかそれとも

⁴³参照、Eckhard Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Mohr Siebeck, 2001, S.58.

⁴⁴ Bachof・前出注 (42), S.98

⁴⁵ Bachof・前出注 (42), S.99. Bachofによれば事実に関する司法審査は「自明のこと」であり、例えば建設用地調達法 5 条 I 文のように立法者が行政庁に、任意取得の努力に関する証明の「裁量」を認めることは、法治国原理、そして公権力の措置に対する包括的権利保護を定める基本法 19 条 4 文に違反するとする。

⁴⁶ Bachof・前出注 (42), S.99-100.

⁴⁷ 「包摂の留保」と呼ばれることもある考え方である。高橋・前出注 (42)、14 頁, Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, Gehlen 1969, S.125

⁴⁸ Hans-Jürgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee-Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI (C.F.Müller, 1989), Rn.63

⁴⁹ Pache・前出注 (42), S.44.

⁵⁰ Friedrich Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. III(2.Aufl.), Beck, 2013, Rn.296 も同様の見解をとる。

⁵¹ Heinrich Amadeus Wolff, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung(3.Aufl., Nomos, 2010), § 114 Rn.302.

⁵² Jan Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrechts(Nomos, 2009), S.29f.によれば、現時点では「判断余地」と「効果裁量」の区別に加えて、「目的的構造を有する法律プログラム」における「計画形成裁量」の 3 分論が支配的ドグマティックであるとしてそれを維持すべきか、それとも「統一説」(Pache・前出注 (43), S.108)をとるべきかが数十年間にわたり議論されているとされる(「計画裁量」概念についてさしあたり参照、芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村還暦『現代行政と法の支配』(有斐閣、1978年) 187-206 頁、高橋・前出注 (42)、41 頁以下、宮田・前出注 (42)、121 頁以下)。

「法から自由な領域」なのかが問われうるからである⁵³。このことともあいまって、現在の裁判実務において、判断過程に着目した裁量統制手法としてとられている「考慮事項」の位置づけが問題になる⁵⁴。根拠法の規定から裁量権行使にあたっての考慮義務事項、考慮禁止事項、考慮可能事項を導出する裁判所の作業は、解釈命題と言えるだろうか。この問いに対して確信をもって答えることはできないが、一般命題としてそれら考慮事項が抽出されている限り、法解釈命題であることを否定する理由はないように思われる⁵⁵。

3 Chevron 法理と「解釈裁量」

アメリカ合衆国連邦最高裁判所の Chevron 判決(1984 年)は、行政機関による制定法の「解釈」についての裁量を認めたものと理解されている。

同判決においては、連邦大気浄化法を実施するために制定された立法規則が問題とされた。同法は、大気基準を達成していない州に対して、新しいあるいは変更された「固定排出源」(stationary sources)を規制する許可プログラムを策定することを求めていたが、環境保護庁(EPA)が1981年に策定した立法規則は、この「固定排出源」について、個別排出施設ではなく事業所全体で排出量を算定することを認めた。連邦最高裁は、この規則を「同一の産業的系列の中に属する全ての排出施設があたかも単一の『バブル』の中に含まれているかのように扱うことを州に認める」ものと理解した上で、それが「『固定排出源』という制定法上の用語の合理的解釈に基づくとと言えるか」⁵⁶と問題を設定する。

その上で、いわゆる Chevron 法理の「2段階テスト」が提示される。

「その所管する制定法についての行政機関の解釈(construction)を裁判所が審査する場合、裁判所は二つの問題に直面する。まず、まさに争点となっている当該問題について議会が直接述べているかどうかという問題である。議会意図が明らかであれば、問題はそこで終了する。なぜなら、行政機関と同様に裁判所も、一義的に(unambiguously)表明された議会意図に効力を与えねばならないからである。し

⁵³ 小早川光郎「裁量問題と法律問題－わが国の古典的学説に関する覚え書き－」『法学協会百周年記念論文集第二巻』(有斐閣、1983年)331-360頁は、裁量権の踰越と濫用の区別を前提とした上で、後者に「模範からの逸脱」という問いが存在することを指摘する(342頁)

⁵⁴ 早い段階での考察として、芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢 116 巻 1-6 号(1985年)571-608頁。

⁵⁵ ただし、たとえば、原級留置処分・退学処分を「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠く」として違法としたエホバの証人判決(最判1996年3月8日民集50巻3号469頁)においては、「考慮すべき事項」と裁判所がみなした要素のうちで、「考慮すべき」理由が、事案それ自体と切り離されていない場合があるように思われる(この点は、神戸大学法科大学院「対話型演習行政法I」の共同開講(参照、前出注(16))における中川丈久との議論に負うところが大きい)。このような場合、法解釈命題として位置づけられるかどうか、議論の余地がある。参照、角松・前出注(41)195-196頁。

⁵⁶ 467 U.S. 837,839(1984)

かしながら、もし議会が当該問題について直接に取り上げていないと裁判所が判断すれば、裁判所は、当該制定法についての自らの解釈(construction)を単純に押しつけはしない。行政解釈(interpretation)が何ら存在しない場合にはそれが必要になるのだが。当該特定の争点につき法律が沈黙しているか曖昧である場合に裁判所が問題とすべきは、行政機関の答えが当該制定法の許容可能な解釈(permissible construction)に基づいているか否かという点である」⁵⁷

筆者の能力不足から、Chevron 法理をめぐる膨大な判例学説⁵⁸をフォローすることは一切できないが、同法理において、「解釈」と「政策選択」とが明確に区別されていないこと⁵⁹がまず本稿の関心を引く。同判決は、「我々は、自らにその施行を委ねられているところの制定法の仕組みに関する執行府の解釈(construction)には相応の重みが認められなければならないこと、そして行政解釈(administrative interpretation)への敬讓の原則を認めてきた」と述べた上で、法律が行政庁に認めた「対立する諸政策の合理的調整」を尊重すべきだとする判例⁶⁰を引用する。その上で、法律の規定と立法史を参照した上で、「これらの場合(当該特定プログラムの文脈—引用者注)におけるバブル概念の適用可能性について、議会が特定の意図を有しなかったという点について、我々も連邦控訴裁判所に同意し、ここで環境保護庁がバブル概念を用いたことは、行政庁が行った合理的な政策選択である」と結論づけるのである⁶¹⁶²。

⁵⁷ 467 U.S. 837,842-843

⁵⁸ 邦語文献としてさしあたり、紙野健二「アメリカにおける謙讓的司法審査理論の構造」大阪経済法科大学法学研究所紀要 15 号 79-111 頁(87-94 頁)(1992 年)、上野恵司「行政機関による制定法解釈—Chevron 判決の理論的根拠—」早稲田大学大学院法研論集 66 号(1993 年)1-25 頁、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬讓型司法審査(上)」上智法学論集 48 卷 1 号(2004 年) 218-192 頁(210-203 頁)、黒川哲志『環境行政の法理と手法』(成文堂、2004 年) 241-251 頁、今本啓介「アメリカ合衆国における行政機関による制定法解釈と司法審査(1)」—法規命令・行政規則二分論の再検討をめざして— 商学討究 59 卷 4 号(2009 年)99-129 頁(124-129 頁)。なお、海道俊明「行政機関による制定法解釈と Chevron 法理」(神戸大学大学院法学研究科助教論文、2015 年 1 月)(未公表)から文献の所在も含めて多くを教えられた。

⁵⁹ 海道・前出注(58)(著者の了解を得て引用)は Chevron 判決が「法(law)」と、「政策(policy)」を明確に区別していないと指摘する。

⁶⁰ United States v. Shimer, 367 U.S. 374, 382, 383.(1961)

⁶¹ 467 U.S. 837,845.

⁶² また、本文で原語を示したように、同判決では法律の「解釈」を示すものとして interpretation と construction がほぼ同義に使われる。Michael Herz, Chevron is Dead; Long Live Chevron 115 Colum. L. Rev. 1867(2015)は、両者を区別しないのが通常の用法であることを前提とした上で、「interpretation は意味論的な語義を確定することであり、construction は具体的な状況へのその語義の適用である」という区別を示す。その上で Chevron 法理の第 1 段階は interpretation、第 2 段階は construction として理解されるのではないかと、というのが論者の議論である(p.1871,1896)。またこの区別は、ambiguous(ある語に明確で理解可能な二つ以上の意味があり、どちらが作用しているのかについて読者

また、上述のように Chevron 判決自体は議会により授権された立法規則に関するものであったが、議会の授権を受けていない解釈規則⁶³等の非立法規則についても Chevron 法理を適用する判決⁶⁴が見られ、同法理の射程については議論が尽きない。

4 日本法との比較—委任命令の場合

議会により授権された立法規則についての Chevron 判決の議論を日本法にあてはめるならば、法律と委任命令の関係をめぐる議論になろう⁶⁵。周知のように、最高裁はその場合、委任命令が「委任の範囲」ないし「委任の趣旨」を逸脱したものかどうかを問題にする⁶⁶。もちろんその委任の範囲ないし趣旨がいかなるものであるかは根拠法の解釈問題だと考えられるが、制定された委任命令の内容は、意味の導出としての法令の「解釈」というよりは、むしろ、委任の範囲・趣旨を逸脱しないことを前提とした上での、行政機関による「政策選択」として理解される場合が多いのではないか^{67,68}。

が確信を持ってない場合)と vague (ある語の範囲が不明確で、それがあてはまる場合とあてはまらない場合がある)の区別とも結びついているとも論じられる(p.1898)。参照、Michael Herz, Deference Running Riot: Separating Interpretation and Lawmaking Under Chevron, 6 Admin. L.J. Am. U. 187,199(n.68) (1992)。Chevron の第 2 段階を明確に「政策問題」と理解した上で、“statutory construction”を「法律構築」と訳すものとして、正木宏長「委任命令の違法性審査—委任命令の内容に着目して」立命館法学 355 号(2014 年) 786-833 頁(818 頁、831 頁注(27))

⁶³ 常岡孝好「解釈規則(interpretative rule)について」塩野宏先生古稀『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣、2001 年)、511-552 頁

⁶⁴ United States v. Mead Corp., 533 U.S. 218 (2001)、参照、筑紫・前出注 (58)、197 頁

⁶⁵ Chevron 法理の 2 段階図式を借用して日本法における委任命令の違法審査を説明することを試みるものとして正木・前出注 (62)、818 頁

⁶⁶ 参照、塩野・前出注(38)、107-108 頁

⁶⁷ ただし、正木・前出注 (62)、818 頁のように Chevron 法理の第 2 段階が「政策問題の解決」だと割り切れれば、日本法における理解とさほど差がないことになろう。

⁶⁸ 最判 2012 年 2 月 28 日民集 66 卷 3 号 1240 頁 (老齢加算廃止) は、行政裁量論における判断過程統制論を委任立法と見られる生活保護基準改定に適用しているが (豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開」法律時報 85 卷 2 号(2013 年)29-34 頁 (32 頁)、村上裕章「生活保護老齢加算廃止訴訟」法政研究 80 卷 1 号 (2013 年) 205-218 頁(211 頁以下)、塩野・注 (38) 109 頁、前田雅子「保護基準の設定に関する裁量と判断過程審査」芝池義一先生古稀『行政法理論の探究』(有斐閣、2016 年)311-338 頁(316 頁))、これは委任の範囲内での政策選択という理解になじみやすい。これに対して、最判 1990 年 2 月 1 日民集 44 卷 2 号 369 頁 (銃刀法) の反対意見は、登録対象を日本刀に限る鑑定基準の設定について、「政策的判断に属するというべきであり、法は、このような判断を規則に委任していると解すべきではない」と批判する。しかし反対意見は、銃刀法の登録制度の趣旨についての「法の段階では、外国刀剣にも美術品として価値のあるものがあることを認めている」という理解、そして「登録の対象範囲というような登録制度の基本的事項については、本来、法で定めるべきもの」という理解を背景とするものであって、委任の趣旨・範囲の中に止まっている限り、行政機関による「政策選択」を排除する趣旨ではないと思われる (参照、正木・前出注 (62)、815 頁)。なお、本稿の立場からすれば、「専門技術的判断」(上記銃刀法判決の法廷意見は、鑑定基準をそのように理解する)、「政策的判断」それぞれの「適

5 日本法との比較—行政処分の場合

最判 2013 年 4 月 16 日民集 67 卷 4 号 1115 頁(大阪判決)⁶⁹は、公健法等における「水俣病」について、行政解釈である昭和 52 年判断条件の事案への適用を否定する。その前提にあるのは「公健法等にいう水俣病とは、魚介類に蓄積されたメチル水銀を経口摂取することにより起こる神経系疾患をいうものと解するのが相当であり、このような現に生じた発症の機序を内在する客観的事象としての水俣病と異なる内容の疾病を公健法等において水俣病と定めたと解すべき事情はうかがわれない」という、水俣病の意義についての法令「解釈」である。

このような法令解釈そのものの当否について、本稿は問題にしない。注目するのは本判決と同日に出された熊本判決⁷⁰およびその原審⁷¹(福岡高裁)に対する原島良成の批判⁷²である。論者は、Chevron 判決の法理を参照しつつ、「行政側による②の救済法解釈(引用者注：後記「解釈命題 B」)も救済法の文言や立法史と明確に対立するものではなく、その内容に一応の合理性が認められるとすれば、敢えて行政の解釈を排除して裁判所の解釈を通用させるべきではないように思われる。そうすることは、行政の専門的かつ大局的な観点からの法律実施の目論見を崩しかねず、法律に組み込まれた行政府と立法府の政治的責任分担構造を台無しにするおそれがある」と述べる⁷³。

この批判についてどのように考えるべきだろうか。ここで問題になるのは、最高裁(熊本判決)がとる「救済法等にいう水俣病とは、魚介類に蓄積されたメチル水銀を経口摂取することにより起こる神経系疾患をいうものと解するのが相当であり、このような現に生じた発症の機序を内在する客観的事象としての水俣病と異なる内容の疾病を救済法等において水俣病と定めたと解すべき事情はうかがわれない」という解釈(解釈命題 A)と、被告がとる「救済法等にいう水俣病は、一般的定説的な医学的知見からしてメチル水銀がなければそれにかかることはないものとして他の疾病と鑑別診断することができるような病像を有する疾病をいい、救済法等は、ある者が水俣病にかかっているか否かの判断を一般的定説的な知見に基づく医学的診断に委ねているのであって、このような一般的定説的な医学的

用」との関係が当然問題になるはずであるが、その点についての考察は他日を期したい)。⁶⁹同判決の評釈として、山下竜一・法学セミナー704号(2013年)111頁、島村健・法学教室396号(2013年)58頁、397号43頁、大塚直・Law&Technology62号(2014年)52頁、深澤龍一郎・法学教室402号(2014年)5頁、越智敏裕・平成25年度重要判例解説(2014年)38頁、畠山武道・環境法研究1号(2014年)137頁、林俊之・法曹時報67巻11号(2015年)379頁

⁷⁰判例時報2188号42頁。同判決の評釈として、原島良成・新・判例解説Watch14号(2014年)321頁

⁷¹福岡高判2012年2月27日訟務月報59巻2号209頁。評釈として大久保規子・法学セミナー691号(2012年)153頁、原島良成・新・判例解説Watch11号(2012年)301頁

⁷²原島・前出注(70)、原島・前出注(71)

⁷³原島・前出注(71)、304頁

知見に基づいて水俣病にかかっていると医学的に診断することの可否が専ら処分行政庁の審査の対象とな(る)」（解釈命題 B）との対立である。より単純化すれば、救済法が水俣湾周辺地域における「全てのメチル水銀由来の神経系疾患を対象とすべきことを命じている」のか（解釈命題 A'）、救済の迅速性等に鑑み「医学的知見に基づく統一的判断条件による判断が可能なものに限定することを認めている」（解釈命題 B'）のかの対比である。

最高裁も述べているように、解釈命題 B'は、「全て」を命ずる解釈命題 A'を否定することを前提としてしか成り立たないものであり、従ってこれら両命題は互いに相容れない⁷⁴。しかしここで Chevron 法理をあてはめて裁判所の敬讓を命ずるということは、「互いに相容れない二つの解釈命題について、行政がその一方を採用しているとき、一方の解釈が明らかに正しい場合を除いては裁判所は敬讓すべきだ」ということを意味する。

確かに、迅速な救済を目的とする法の趣旨から裁判所が解釈命題 B を採用すべきだという立論は十分可能—筆者自身は否定的であるが—である。しかし、法の定める水俣病は必ず「全てのメチル水銀由来疾患」でなければならないのか、それとも法はそれを限定することを許容するのかという問題について、裁判所が判断を示すべきではなく行政解釈に敬讓すべきだという結論はなかなか受け入れがたい。これはまさに、裁判所が責任を持って判断を下しうる問いではないかと筆者には思われる⁷⁵⁷⁶。

立法者が迅速な救済を優先して、公健法・救済法による行政的救済対象を限定したいのであれば、法律上の「水俣病」について解釈命題 B を示すような規定を置くことができるのは言うまでもない。また、一応解釈命題 A を前提として立法した上で、委任規定を設けて行政がそのような限定をなすことを認めることもできるだろう。そのような明確な規定や委任がない以上、どちらの解釈をとるべきかは裁判所の責任で決することができる—「決すべき」とまで言えるかはひとまずおいて—一問いであって、行政解釈への敬讓で問題を処

74 「前記アのような客観的事象としての水俣病及びそのり患の有無という客観的事実よりも殊更に狭義に限定して解すべき的確な法的根拠は見当た(ら)ない（下線は引用者）」（最判 2013 年 4 月 16 日判例時報 2188 号(前出注(70))46 頁）。上述の銃刀法最判反対意見（前出注(68)）も「全ての刀剣を登録の対象とする」という法解釈命題を定立したものととも理解できよう。これら最判においては法律が「全ての水俣病」「全ての刀剣」を対象としているかという問いが当然に生じることになる。それに対して Chevron 判決の事案では、少なくとも法制定当時の「議会意図」においては「バブルの適用可否」をめぐる問い自体が存在せず、委任命令がバブル政策を採用して初めてこの問いが生じたものとする余地がある。いわば「命令から法律への視点」が必要になるのである（この点は内野美穂「法規命令制定権限と司法審査の日独比較研究—伝来型権限モデルから振分型権限モデルへ」（神戸大学大学院法学研究科博士課程後期課程演習単位修得論文、2016 年、未公表）から教示を受けた。趣旨はやや異なるかと思われるが参照、宮村教平「医薬品ネット販売の権利確認等請求事件」阪大法学 63 巻 5 号(2014 年)1640 頁)。

75 これに対して原島・前出注(70)、324 頁注(4)は、「裁判所による第 1 段階の法令解釈は、誤った法令解釈をいわばネガティブ・リストとして浮かび上がらせ、それに抵触しない複数の法令解釈が行政による選択を待っている」という想定を提示する。

76 前記最判 1990 年 2 月 1 日(銃刀法)（前出注(68)）も、法律の解釈自体が事案の結論をほぼ左右した事例と位置づけることができよう。

理すべきだとは言えないと思われる。

結局、事案を解決するのに必要な一般命題を裁判所が見出した場合、それは「適用」ではなく「解釈」の問題であり、裁判所の判断代置が可能だと筆者は考える。その場合、裁判所の過度の介入に対する縛りが必要となるが、それは、「解釈」とされる前提としての一般命題性を要求することに加えて、当該解釈が条文その他の法源から法的思考⁷⁷に従って適切なプロセスにより導かれていること一即ち、当該解釈自体の実質的・方法的妥当性一に求めるしかないのではないか。

IV むすびに代えて

本稿の不十分な考察を振り返ってみよう。法の解釈は、トゥールミン・モデルに基づけば、単称命題（の集積）である事実関係（D）から、当該事案に関する結論命題（C）を導くために「最小限度」必要な論拠（W）を、「橋渡し」のための一般命題として提示する作業である。また、その論拠（W）の裏づけ（B）を探求する作業も含まれる。そしてどこまでの解釈が「最小限度」として必要とされるかは、議論の場に依存する⁷⁸。

それでは裁判所がなしうる解釈作業に「最大限度」はあるだろうか。Chevron 法理の「解釈裁量」論が提起しているのはこの問いだと思われるが、法令解釈を裁判所の専権とするこれまでの日本法の枠組みを捨てて⁷⁹、この議論を直ちに採用すべき必要はないように筆者には思われる。裁判所の権力分立上の立場や行政の専門性の考慮も含めた上での自制はもちろんありうるが、それ以外には、上記の一般命題としてのWを法源からどのように導いたかという論証の過程（「正当化のプロセス」）についての「法解釈としての説得力」、そしてそれが法律家共同体および公衆一般の批判に曝されることが縛りになるというだけでよいのではないか。

[追記] 本稿執筆にあたり、大変多くの方々からの有益な教示を頂いた。神戸大学公法研究会における本稿草稿報告の際に頂いた助言に加え、研究会メンバー以外の方々（なお本文では、この謝辞を含めて一切の敬称を省略する）との私的会話における教示に感謝申しあげる。安藤馨、飯田浩隆、大内伸哉、嶋矢貴之、田中洋、根本尚徳、八田卓也、山本顕治、山本弘、米倉暢大。

⁷⁷ もちろん何がここにいう「法的思考」たりうるかは、法解釈論争において激しく争われてきた点である。

⁷⁸ どのような場合にどのような一般命題が必要とされるかを理論的に明確にしていくことが求められるだろうが、他日の課題としたい。

⁷⁹ 「解釈の裁量」を明示的に認めた判決として、保険医療機関の指定拒否に関する鹿児島地判 1999 年 6 月 14 日訟務月報 47 巻 7 号 1824 頁がある（興津征雄に教示を受けた）。また、大阪高判 2007 年 9 月 13 日賃社 1479 号 63 頁は、「行政の法令解釈に裁量の余地があることを十分考慮しても」と述べる。両判決につき参照、黒川哲志「行政機関による法解釈とその裁量統制」阿部泰隆先生古稀『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012 年）673-689 頁（680 頁）。

