

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—

とく もと ひろ たか
徳 本 広 孝

目次

序章	111
一 本稿の課題	111
二 「インフォーマル」の概念	111
三 研究の内容と叙述の順序	114
第1章 類型	114
一 日本の場合	114
二 ドイツの場合	115
三 整理	117
第2章 理論的枠組み	117
一 序	117
二 理論的枠組みとしての「行為形式」説	118
三 理論的枠組みとしての「法関係」説	119
四 ベイエルリンの提言	119
五 判例の見解	120
六 評価	123
第3章 根拠と限界	123
第1節 警告・推奨	124
一 序	124
二 医薬品リスト判決の見解	124
三 オッセンビュールの見解	124
四 レナーテ・フィリップの見解	125
五 判例の傾向	126
六 評価	127
第2節 規範代替型申し合わせ	128
一 序	128
二 合意と法律の留保	128
三 ブロームの見解	129
四 評価	130

第3節 規範執行型申し合わせ	130
一 序	130
二 手続原則	130
三 改善申し合わせ	130
四 黙認	131
五 評価	132
第4章 これまでの考察をふまえて	132
一 それぞれに対する対処	132
二 「法関係」説の応用	133
三 まとめ	133

序章

一 本稿の課題

本稿の課題は、近時、ドイツにおいて活発に議論されている「インフォーマルな行政活動 (Informelles/ Informales Verwaltungshandeln)」¹と呼ばれている諸活動に対して、如何なる法的統制を加えうるか、あるいは加えるべきかを探ることにある。

「インフォーマルな行政活動」が議論されるようになった背景には、1970年代の後半から進められてきた、レナーテ・マインツ²を中心とする社会学者の研究が、行政官庁の規範の執行実態の解明に焦点を当ててきたことがあるといえよう。その研究は、法律の予定する政治的作用プログラムとそのプログラムの実際の執行状況との齟齬を調査するという手法³によって進められた。当該研究の成果は、従来から指摘⁴されていた規範の執行不全 (Vollzugsdefizit)⁵の実態を裏付けるものとなった。執行不全とは、現代行政に対する市民の要請がさまざまな分野に拡大されていく中で、膨大な量に達した法律が十分に執行されないという状況、すなわち、立法者の予定する当為と存在の齟齬 (Soll-Ist-Abweichung) を表現する言葉として用いられる。そして、それらの研究は、法律が十分に執行されないことの背後にある現象として、インフォーマルな行政活動が存在することを明らかにした⁶。

一方、わが国に目を転じて見ると、インフォーマルな行政活動が存在することは、行政指導という現象を取り扱った論議のなかで、かなり以前から指摘されている⁷。行政法学者を中心として展開されてきた行政指導の論議の中心的な課題は、しばしば市民の権利をおびやかすといわれる行政指導の法的統制のため理論構築である。今日のドイツの学説が、それらの活動を如何にして法的統制に服させるかに腐心している状況は、わが国の行政指導の論議を想起させる。日本においては、その一つの試みが、行政手続法の制定として結実した⁸。このような事前手続の要請される背景には、

わが国における現在の判例理論のもとでは、行政指導を争う手立てが極めて限定されているという状況がある。すなわち、行政指導は、法的効果を有しないため行政行為とはみなされず、したがって、抗告訴訟の対象とはなりえない⁹。それに対し、国家賠償訴訟による救済の可能性が開かれている¹⁰。しかし、行政指導のたてまえは、あくまで相手方に対する要請にすぎない。したがって、行政指導に従った相手方の行為は、自発的な行為として受けとめられることから、国家賠償法上の責任要件たる「公権力性」や「因果関係」が、否定される可能性がある¹¹。このような状況にあっては、事前手続における行政指導の統制という試みは、おおいにその実効性が期待される。インフォーマルな行政活動に対して何らかの対応を行なったという意味では、わが国の行政指導の論議が、ドイツにおける行政指導類似の活動に関する議論より、一步進んでいるとも考えられる。しかし、ドイツにおけるインフォーマルな行政活動を扱う論議の中には、「新たな公式化は、新たなインフォーマルな裏道を探る戦略 (Strategien des Unterlaufens) を生み出すだけである」との指摘がある¹²。この視点に立つならば、公式化は、確かに市民の権利保護を確保するための有効な手段たりえるかもしれないが、その決定打とまではいえない。事前手続が想定する権利保護機能が、現実には裏をかかれるという事態が生じるならば、市民の権利保護は、最終的手段としての裁判による救済に頼るほかない。裁判による最終的な権利保護を想定している法治国家を基本理念として掲げる国々にとって、インフォーマルな行政活動の統制は、常に共通の課題なのである。共通の課題をかかえる国の一つであるドイツの議論状況をとりあげ、検討することは、わが国の行政指導の論議を深めるためにも有益な作業であると考えられる。

二 「インフォーマル」の概念

それでは、ドイツの「インフォーマルな行政活動」の議論は、如何なる射程をもって論じられているのであろうか。換言すれば、「インフォーマル」という概念の下で意味される内容は、如何なるも

のなのか。法解釈学的な理論構成を主要な任務としてきた行政法学者にとって、「インフォーマル」という概念は、あまり馴染がないために、「インフォーマル」という概念の意味ないし射程については、必ずしも一致が見られない状況にある。そこで、まず「インフォーマル」の意味を、ここで明確にすることが、上記のような私の問題意識の下で検討を進めていくためには不可欠である。

「インフォーマル」という概念を用いることによって、行政活動の問題性を指摘した行政社会学 (Soziologie der Verwaltung) 者として論及すべきは、エバハード・ポーネである。ポーネは、イミッション防護法領域における規範の執行状況のデータに基づいて、1981年に、『インフォーマルな法治国』という著書を公刊した¹³。本書で紹介された行政決定の実態は、行政法学者に対して大きなインパクトを与え、今日、活発に行われているインフォーマルな行政活動に関する議論の基礎を築いたといつてよいであろう。ポーネは、官庁の規範の執行の場面における「当為と存在の齟齬 (Soll-Ist-Abweichung)」の実態を紹介したその業績を基礎として、規範の執行の場面とは別の場面においても、類似の徴表を有するインフォーマルな行政活動の存在することを指摘することによって、「インフォーマルな行政活動」の体系化を試みるに至った¹⁴。

では、ポーネは、「インフォーマル」な行政活動を、いかなる徴表を有するものとしてとらえているのであろうか。

ポーネは、インフォーマルな行政活動を、「法的に規律された手続活動、あるいは法的効果を有する決定の代わりに行われるが、法秩序のなかに用意されている公法上あるいは私法上の行為形式においても達成しうると同様の効果を意図して引き起こすことを目的として行われる、行政府、下級機関、自治体の法的に規律されていないすべての行為」と規定する¹⁵。そしてこの定義からインフォーマルな行政活動の徴表として、つぎのことを導出する。第一に、法的に規律されておらず、法的効果意思が欠如しているけれども、法から自

由な領域にある活動であると誤解されてはならないこと。第二に、法的な手続および決定形式と選択関係にあり、所与の決定状況において、同様の効果を引き出しうるであろう公式な活動を代替、補充する関係のあること。第三に、活動当事者間において、不作為を含む行為を対象とした交換関係が存在することである。このような概念構築を行う必要性について、ポーネはつぎのようにいう。

「法的な行為形式とそれを代替する行為形式を区別するためには、伝統的な法律学の概念構築では不十分である。伝統的な概念構築によれば、法活動 (Rechtshandlung) と事実活動 (tatsächliche Handlung) すなわち事実行為 (Realakt) とに区別される。法活動は、法効果の発生に向けられる。

(公法の領域では、単純高権行政活動と呼ばれる) 事実行為は、事実上の効果を目的とするという以上のことは意味しえない。すなわち、ここでは明確に定義された行為形式が論じられているのではなく、単に、法効果をもたらす活動とは資格づけられない、あらゆる行政活動の諸現象を包括する残余範疇が論じられているにすぎない。つまり、単純高権活動は法的に規律されうるが、しかし、法的な規律なしですますことも可能である。したがって、法的に規律された行為形式に対する選択肢をなす行政活動の現象の探求および分析のためには、フォーマルな行政活動とインフォーマルな行政活動とを区別する必要がある。」¹⁶

ポーネは、「インフォーマル」という言葉に、上記のような問題意識を持たせることによって、公式な活動を非公式な活動によって代替する行政活動の類型を抽出したのである。ポーネは「インフォーマル」という言葉を、経験科学としての組織論 (Organisations wissenschaft) から借用したことを明示している。組織論において「インフォーマル」という言葉が用いられた所以は、1930年代に、バーナードが、それまではもっぱら規範的階層モデル (präskriptive Hierarchiemodelle) の構築に向けられていた組織論の注意を「規律されていない、交換関係に基づく組織構成員の協働の存在」に向けようと試みたことにさかのぼる¹⁷。ポー

ネは、このような「インフォーマル」という言葉のもつ基本思想を、現代行政の微表を表す言葉として転用することを通して、法治国理念との整合性という問題性を示すことを試みたのである。しかし、行政法学者は、このようなボーネの試みを、必ずしも受け入れていない。例えば、オッセンビュールは、インフォーマルな行政活動を、「伝統的に法的に公式化されている行政の行為形式に分類されない、すべての行政活動」として把握する¹⁸。オッセンビュールによれば、インフォーマルな行政活動は、協力的な活動の他に、一方的なインフォーマルな高権的活動 (informelles Hoheitshandeln) や行政の規範定律、つまり、講学上の行政規則の制定をも含む概念として把握される。しかし、ボーネは、このようなオッセンビュールの用語法に対して反論する。オッセンビュールが、公式な活動との「代替関係」を「インフォーマル」の微表として放棄している点について、ボーネは、「インフォーマルな行政活動の概念を輪郭のないものとしてしまい、どの程度、国家は、任務の遂行に際して、法的行為形式を、事実上の行為によって代替しうるのかという法治国的核心問題を視野の外においてしまう」と批判し、さらに、オッセンビュールが、公式な活動を取引の対象にすることを意味する「交換関係」を、「インフォーマル」の微表として放棄している点に対して、ボーネは、「現代においては、協力的にのみ解決しうる複雑な問題と法的安全のためには欠かせない国家権力の独占とは緊張関係に立ち、国家権力が交換対象となっているというインフォーマルな行政活動の問題発見の概念構築の価値を失ってしまう」と批判する¹⁹。

オッセンビュールのいう「インフォーマル」を用いる場合には、確かにそこに「交換関係」の問題性を意味させることは放棄せざるを得ないかも知れないが、公式な活動を、事実上代替する機能を有する活動をさす概念として理解する余地はあると思われる。その意味では、オッセンビュールのいう「インフォーマル」の概念においても、現代行政に対する、新たな問題提起たりうる概念と

して用いる意義は、なお保持されうるといえよう。

さらに状況を複雑にする要因は、ブリングのように「コオペラティブな行政活動 (kooperatives Verwaltungshandeln)」という概念を用いる論者がいることである。ブリングは、インフォーマル／フォーマルという概念で研究対象を確定することに対して異議を唱える。彼は、シュトゥットガルト行政区において広く行われている協定 (Agreement) の存在をとらえて、「法的には、インフォーマルな協定と、フォーマルな要求しえない (unbewehrt) 公法上の契約との区別はなしえない」と指摘する²⁰。すなわち、実務においては、協定が、公式な契約と非公式な申し合わせとの中間的な形態をとっているというのである。したがって、インフォーマル／フォーマルという概念の代わりに、協力的 (kooperativ)／一方的 (einseitig) という概念で分類を行う。すなわち、彼は、古典的な一方的高権行政と、関係者と交渉を行う協力的行政とに区別するのである。そして、ボーネのいうフォーマルな行政活動に含まれる公法上の契約を、インフォーマルな協力の延長線上にあるものとして把握する²¹。

このように、様々な観点から特徴づけを行う論者がいることは、本稿の研究対象の確定作業をいっそう困難にしている。しかし、本章の位置づけは、第1章において行う研究対象の確定作業および類型化のための準備作業である。したがって、どのような概念でもって、一連の新しい行政活動の流れを特徴づけるかは、第1章へ進むための前提である。思うに、上記の見解の内のいずれをもっても、「インフォーマル」ないし「コオペラティブ」な行政活動として語られている活動の態様は様々であり、その多様な諸現象については、異なる許容基準や限界が構築されなくてはならないことに変わりはない。当該諸活動の分析のためには、多様な視角からの検討を要すると考える²²。ただ、混乱を避けるためには、いかなる特徴づけをもつて、一連の活動を取り扱うかを特定することが望ましい。ドイツにおいて「インフォーマルな行政活動」として特徴づけられる諸活動を概観するこ

とは、本稿の担うべき重要な任務であり、できるだけ検討対象を広げたい。したがって、本稿において「インフォーマル」と言う場合、オッセンビュールの用語法に従う。

三 研究の内容と叙述の順序

本稿の目的は、ドイツにおけるインフォーマルな行政活動をめぐり展開されている根拠・限界についての議論を中心に検討を行うことによって、多極的な行政法関係において現代行政に課せられる多様な任務とインフォーマルな行政手法との緊張関係を明らかにするとともに、そのような緊張関係において生じる法的問題に対して行政法学のとるべき態度の帰趨を決するための一助を提供することにある。

まず第1章において、インフォーマルな行政活動として論じられている諸現象を表すために用いられている概念の整理を行うとともに、本稿で取り扱う対象の確定作業を行う。「インフォーマル」という概念を用いる場合に、オッセンビュールの用語法に従うにしても、私の能力的限界から、または、わが国の議論状況との比較の観点から、さらにその対象を絞らなくてはならない。また、ここでは、ポーネの分類方法に、基本的に従いつつ、それらの諸現象の類型化を行う。しかし、ポーネの分類では、法的限界を探求するための分析枠組みとして、必ずしも十分な機能をはたすとはいえないので、その分類方法に対して若干の修正を加える作業を行う。第2章においては、行為形式説と法関係説をとりあげ、両者がいかなる枠組みをもってしてインフォーマルな行政活動を統制しようとするのかを検討する。以上の作業をふまえて、第3章においては、第1章で分類した諸活動について、いかなる法的な統制手法、いかなる正当化根拠あるいは限界があるのかを具体的に検討する。最後に、第4章において、以上の諸検討をまとめることにしたい。

この作業は、公式な行政活動の一方で常に存在する非公式な行政活動の統制に腐心する行政法学にとって意義のある貢献をもたらすと考える。

第1章 類型

様々な場面で行なわれるインフォーマルな行政活動を法的に限界づける作業にとって、十分な分析枠組みを構築するためには、個別的に、細かくそれらの諸活動を類型化することが必要であろう。さらに、それらの諸類型を表す概念を明確化することが、この作業をみのもりあるものとするための前提であると思われる。本章では、インフォーマルな行政活動として語られている様々な活動を分類整理することを試みるとともに、第3章において行なう個別的検討の対象を確定する作業を行なう。

一 日本の場合

「インフォーマル」という言葉をもってしていかなる対象を取り扱うか、あるいは、インフォーマルな行政活動を含むもろもろの行政活動を「コオペラティブ」という視点から分類すべきか、という研究対象を確定するための議論は、わが国における行政指導をもってしていかなる内容の行為を指すかという行政指導の定義の困難性という問題を想起させる。日本においては、行政指導として語られる活動は、非常に多様である。「広報的行政指導」を行政指導の一類型として挙げる千葉勇夫教授は、特定の相手方の存在を、行政指導という概念の要素としないと思われる²³。しかし、特定の相手方の存在を、その要素として挙げる論者が少なくない²⁴。これとほぼ符号するかたちでインフォーマルな行政活動論の射程についても見解に相違があることは、すでにみたとおりである。わが国の行政指導の議論が、ドイツにおける行政指導類似の諸活動をめぐる議論よりかなり早くから展開されているにもかかわらず、いまだ定義に一致がみられないのは、ドイツにおける議論と奇しくも一致しているといえよう²⁵。

その多様な行政指導を法的に検討するために、機能的観点からその諸現象を分析、検討することが、行政指導研究の重要な作業の一つとされている。日本においては、相手方の行為を事実上規制する機能を有する「規制的行政指導」、相手方を保

護し、あるいは助成といった機能を有する「助成的行政指導」、対立する利害を調整し、紛争を解決する機能を有する「調整的行政指導」、そして、一定の政策や計画の達成および促進のために、それらの政策や計画に沿って相手方の行動を誘導する機能をもつ「嚮導的行政指導」等に分類されるのが一般的である²⁶。しかし、それぞれの性格は、かなり重複する場合があります、その点で、分類には困難が伴う。例えば、公害防止目的をもって行なわれる施設の改善勧告は、規制的指導の典型といえるが、それは単に施設の改善を要請するだけにとどまらず、改善のための協議、資金や技術についての助言を伴い、それによって大きな成果を期待することができるのである。したがって、それらの分類は、いずれの機能が主たるものと考えられるかという観点からの一応の種別でしかない²⁷。様々な現象形態を法的に分析するためには、諸事例をできるだけ細かく類型化することが望ましいように思われる。

二 ドイツの場合

ドイツにおいても、やはり機能的観点からの分類が試みられている。インフォーマルな行政活動の研究の射程に争いがある以上、統一的な分類は非常に困難な状況にある。

本稿ではポーネの行った機能別分類に基本的に依拠する。しかし、ポーネの分類は、法的根拠、限界を検討するという本稿の問題意識にとって、必ずしも十分なものではない。したがって、ポーネの分類に、一定の修正を加えていくことにする²⁸。また、分類の過程において、本稿で扱う現象形態を限定するとともに、概念の整理を行う。

ポーネは、「規範代替型申し合わせ」、「規範執行型申し合わせ」、「混合型申し合わせ」に分類する²⁹。「規範代替型」とは、行政目的を達成するために、規範を制定することなく、他の方法によって目的を達成するという場合を表す概念である。

「規範執行型」とは、行政官庁が、既に存在する規範の執行を回避するため、ないしその規範を執行するための準備として、何らかの行動を起こすという場合を表す概念である。「混合型」とは、両

者の性質を兼ね備えた場合を表す概念である。「申し合わせ (Absprache)」という概念は、法的効果を有する契約に対しても用いられる場合があるが、本稿においては、「申し合わせ」を法的な効果を有しない事実的な合意を表す概念として用いる³⁰。以下では、このことを踏まえて、ポーネの分類を細かく再分類することを試みる。

「規範代替型申し合わせ」とは、法令の制定を行うかわりに、規制対象事業者と交渉を行い、当初法令によって達成しようとした行政目的を、当該事業者とのインフォーマルな合意によって達成しようとするものである³¹。

「混合型申し合わせ」とは、一定の要件の充足によって法規命令を発令することを義務づける法律が存在する場合に、その要件が満たされているにもかかわらず、申し合わせによって、当該命令の目的と同様の効果をもたらすことを目的として行なわれる申し合わせである。混合型申し合わせは、法律の執行を回避する機能を有すると同時に、命令の制定を回避する機能を合わせもつことから、設けられた類型である³²。しかし、この類型は、「法律の執行」と「法規命令の回避」のどちらの要素を重視するかによって、分類の仕方が左右される。本稿では、混合型申し合わせを、規範代替型申し合わせの一類型として取り扱う³³。また、法律の制定に代替して行なわれる規範代替型申し合わせと、法の執行たる法規命令に代替して行なわれる混合型申し合わせとは、その際に認められる行政の活動余地に差があると思われるので、根拠の要否あるいは限界を論じる場合には、両者を区別するのが適切であろう³⁴。

「規範執行型申し合わせ」は、行政が、法律によって活動を授權されている「許可」や「監督処分としての命令」を回避するため、ないしそれらの行政行為の発給へむけた準備のために行なわれる申し合わせを意味する³⁵。「規範執行型」の下位類型とされる「事前折衝」は、新たに施設を建設する際に、申請行為の前段階において、あらかじめ許可に必要な要件等について行われる情報交換である³⁶。一方、「規範執行型」の下位類型とされ

る「改善申し合わせ」は、行政行為の発給に代替して、事業者が自発的に施設の改善を行うことを申し合わせるものである³⁷。さらに、「改善申し合わせ」は、つぎの二類型に分類する。すなわち、許可の前段階で行われる「許可申し合わせ (Genehmigungsabsprache)」と、命令の前段階で行われる「命令申し合わせ (Anordnungsabsprache)」である³⁸。前者は、法が施設の変更等に許可を要求している場合に、行政官庁が許可になんらかの便宜をはかるかわりに、当該許可における「付款」をして許可対象施設以外の施設の改善を義務づけるという内容をもたせることを合意するものである³⁹。後者は、官庁が事後命令等の監督処分を発給を放棄するかわりに、事業者は施設の改善を達成するという合意を行う場合である⁴⁰。「許可申し合わせ」は、施設許可を目的とする点に重点を置けば、事前折衝にも分類されうる⁴¹。しかし、本稿では、許可申し合わせを改善申し合わせの一類型とする。

以上の類型は、ポーネ自身が行った経験的研究の成果が基になっている。しかし、ポーネの明らかにした行政活動と類似の活動が存在することは、他の研究によっても指摘されており、それぞれの研究者が、それらの活動の呼称を決めている状況にある⁴²。以下では、それらの例を紹介するとともに、ポーネの分類にかかる諸活動との異同を検討する。

まず、アレンジメント (Arrangement) と呼ばれる活動の存在を指摘しなければならない。ブリングによれば、「今日の行政実務において、アレンジメントとは、非拘束的なものと考えられている事前折衝と異なり、官庁と関係者との口頭による合意であり、当事者間においては拘束力のあるものとして考えられている。しかし、その不遵守の場合でも制裁が予定されていないものである」という⁴³。このブリングの説明によれば、当事者には拘束する意図があるため、法的な考察の上で、申し合わせとは異なる取扱を受けるとの印象をうける。しかし、当事者は、アレンジメントの不遵守の場合において、何ら制裁がないことをも認識してい

るのであり、申し合わせとアレンジメントは、契約ではなく、インフォーマルなものであるという点で異なる。したがって、法的限界を論じる際に、両者を区別する必要はないと思われる。

また、以上の諸類型に類似するものとして、先程ふれた協定 (Agreement) が挙げられる。ブリングによれば、協定とは、「書面形式で行われるアレンジメントである。そして、その対象は、手続的事項、部分的あるいは全体的規制に関する事柄である」とされる。したがって、性質的にはアレンジメントと同様であるとみてよいであろう⁴⁴。

つぎに、規範執行型申し合わせの特別な形態といわれる黙認について説明する⁴⁵。「黙認 (Duldung)」という行為類型を世に明らかにしたのは、ランデルツホフファーとビルケが、1981年に公にした『柔軟な行政活動形式としての黙認』という著書である⁴⁶。そこでは、官庁が、事業者や施設経営者の違法状態を黙認するに際して、当該経営者等との間にインフォーマルな接触をもつことが明らかにされている⁴⁷。この黙認と呼ばれる活動は、「単純な黙認 (schlichte Duldung)」ないし「受動的黙認 (passive Duldung)」⁴⁸と、「積極的黙認 (aktive Duldung)」という特徴づけのもとで語られることがある⁴⁹。「単純な黙認」ないし「受動的黙認」とは、官庁の単なる懈怠や人的機能不全等が理由となって行政官庁が事業者側に働きかけることなく、すちわちなんら接触をもたずに結果的に当該施設の違法状態を黙認する場合を意味する⁵⁰。したがって、単純な黙認ないし受動的黙認は行政官庁と事業者との協力という性質をもたないため、一方的高権的活動として位置づけうる⁵¹。一方、積極的黙認は官庁側が一定の行政行為を発給する事を避けて、無許可状態の存在や施設の改善の必要性を認識しつつ、積極的にその違法状態に対して介入しないという決定を含む場合をいう⁵²。例えば、更新が必要な許可の有効期限がきたことにより当該施設が違法状態のまま操業されているような場合に、官庁が、事業者に対して一時的に介入をしないことを告知するという場合と、施設が改善措置を必要としているような場合であっ

でも改善命令を発することなく官庁が事業者と接触をもって改善にあたるという場合が挙げられる。すなわち、積極的な黙認の場合には、施設経営者側とインフォーマルななんらかのコンタクトをとって介入を行わないとの合意が形成されたり、改善内容等に関する申し合わせが行なわれたりする。黙認という概念は、そこに多様な活動が含まれるため、「官庁が違法状態を黙認しているという状態を表す単なる集合概念である」との指摘がある⁵³。しかし、本稿において扱う黙認は、「官庁が違法状態を認識しつつ、事業者側となんらかのインフォーマルなコンタクトをとる場合」の黙認に限定する⁵⁴。

本稿においては、「事前折衝」、「改善申し合わせ」、および「黙認」を「規範執行型」の下位類型として位置づけ、それぞれの活動に固有な限界に留意して論じていく⁵⁵。

つぎに、インフォーマルな一方的高権的行政活動をインフォーマルな行政活動の論議の対象に含めることは、上記のような議論状況がある以上、わが国の行政指導との比較を行う上で有益であると思われる。したがって、本稿では、一般公衆に対して行われる「警告・推奨 (Warnung・Empfehlung)」と呼ばれるインフォーマルな一方的高権的行政活動を、議論の射程に含めて論じることにはしたい。なお、わが国の行政指導が、行政規則をその基準として行われているケースが多い点に鑑みても⁵⁶、行政規則を扱うことは説得力をもつ。しかし、ドイツにおいては、行政規則をして、インフォーマルな活動の基準として機能させている例は、インフォーマルな行政活動を扱う論稿にはみられなかった。したがって、行政規則の制定をインフォーマルな行政活動の一つとして論ずることに異論はないが、本稿では取り扱わない。

三 整理

上記で述べた内容を整理すると以下ようになる。

本稿では、この表に示されている諸活動について、それぞれの徴表に留意して検討を進める。

以上で概念の整理と研究対象の確定が行なわれ

	一方型	協力型	
規範代替型	警告・推奨 (行政規則)	規範代替型申し合わせ (法律を代替する場合, 法規命令を代替する場合)	
規範執行型	(受動的黙認)	新たな施設許可	事後的監督行為
		事前折衝	改善申し合わせ (許可申し合わせ, 命令申し合わせ) 黙認

た。以下ではこれらのことを踏まえて検討を進めていく。

第2章 理論的枠組み

一 序

法治国原理がきわめて強く意識されているドイツにおいて、インフォーマルな行政活動がどのように評価されているかは興味深い問題であろう。この問題についてのドイツの議論状況は、インフォーマルな行政活動の存在に対して積極的に肯定的な評価を与えるものから、極めて懐疑的な見解まで多様である。ベッカーは、「法治国の本来の意義は、権力の制限にあり、市民の固有のイニシアチブ、固有の決定を麻痺させるような法治国は、その本来の意味を失うものである」として、市民の同意にもとづくインフォーマルな行政活動を憲法適合的な活動とみなす⁵⁷。しかし、インフォーマルな行政活動に対する評価は、一般的には厳しいといつてよいと思われる。その理由は、インフォーマルな行政活動の属性とでもいふべき不透明性に起因する市民の権利・利益への悪影響が懸念されるからである⁵⁸。インフォーマルな行政活動が、なんらかの形で市民の権利・利益を害する恐れがあるならば、それにはなんらかの統制が加えられなくてはならない。

そこで注目すべきは、行政法全体を如何に秩序づけていくかをめぐって対置される行為形式説と法関係説が、インフォーマルな行政活動をも射程にいった議論を展開していることである。以下では、それぞれの理論枠組みが如何なる狙いを有し、如何にしてインフォーマルな行政活動を理論的に

把握し、ないしは統制しようとしているのかを検討する。

二 理論的枠組みとしての「行為形式」説

(Handlungsformenlehre)⁵⁹

行為形式説の意義ないし機能として説明されている事柄の中心は、以下の点にある。すなわち、多様で、見渡しえない無定形な行政の活動から、典型化された活動の断面を抽出することにより、とくに服すべき法的要請、および生じる法的効果をひきだすことである⁶⁰。例えば、行政官庁の何らかの行為が行政行為として資格づけられるならば、その行為がなされる前に、行政手続法上の聴聞が行なわれるべきこと等の様々な規定に服することが明確になる。このような機能は、倉庫機能(Speicherfunktion)と呼ばれる⁶¹。また、如何なる活動が如何なる法的要請に服するのかが明らかになることによって、行政庁は、その任務を実効的に、事柄に適した形で、法適合的に遂行することが可能となり、結果として、官庁の恣意を防ぐこととなる。これは、合理化機能と呼ばれる⁶²。この倉庫機能や合理化機能は、市民の権利・利益の保護にとって有益な効果をもたらすことが指摘されている⁶³。行為形式説は、現在のドイツ行政法学において、広く支持されているところとなっており、すでに伝統的な理論的枠組みとして行政法理論の核心を占めているといわれている⁶⁴。

しかし、そこで問題となるのは、インフォーマルな行政活動を行為形式説という枠組みの中で適切に位置づけることができるのかという点である。インフォーマルな行政活動は、伝統的な枠組みでとらえるならば、事実行ないしは単純高権行政活動として説明される⁶⁵。しかし、これまでの行政法学は、単純高権行政活動の理論的解明にはほとんどとりくんでこなかったために、それを「法的に把握しえず、定義が不可能で、統制しえないもの」⁶⁶と説明するにとどまっていた。したがって、行為形式説は、単純高権行政活動について、倉庫機能や合理化機能を、なんら充実させていないとの批判がある⁶⁷。単純高権行政活動は多様な類型に分類しうるのであり、それぞれが現象する場面

ごとに法的な要請をさぐる必要がある⁶⁸。行為形式としての単純高権行政活動なる把握は、インフォーマルな行政活動の理論的把握にとって意味をなさないとの批判は免れないであろう。

もっとも、一部の単純高権行政活動については、学説、判例の展開によって、倉庫機能が充実されつつある⁶⁹。その傾向を示す例として、ビルケル事件と呼ばれる警告に関する判例が挙げられる。

事案は、不衛生な環境で製造された麺製品について、州政府が行なった警告によって、当該麺製品製造会社ビルケルが多大な損害を被ったとして、州政府に対して職務責任を訴求したというものである。一審、二審ともに、警告という手段が比例原則に反するとして、請求を認容している⁷⁰。

そこでは、警告を発する前に、事情をできるだけ解明することが義務づけられることや、警告を発することが比例原則に反しないかどうかを考慮すべきこと⁷¹、さらに、関係人の聴聞を行うことによって、関係者に意見表明の機会を付与すべきこと⁷²等が判示されている。しかし、このビルケル事件で問題となった警告は、侵害への目的性のある単純高権行政活動であり、なかでも例外的な類型であるといつてよいであろう。警告以外の、侵害目的を有しない単純高権行政活動については、やはり、なんら倉庫機能の発展は期待できないと思われる。この点をとらえてパウリーは、判例、学説の展開だけでは、確かな倉庫機能を確保しえないと指摘する⁷³。すなわち、パウリーは、しばしば同義で用いられてきた行為形式という概念と法形式という概念を区別し、「法形式のみが、規範的な規律機能および規律効果を有する」との立場から、インフォーマルな行政活動を公式化することによって、法形式たりえないインフォーマルな行政活動についても倉庫機能を確保していこうというアプローチをとるのである⁷⁴。確かに、警告、規範代替型申し合わせ、事前折衝といった活動の大部分は、公式化、すなわち制定法に予定された活動とすることによって、その問題性を縮減しうるのである。しかし、インフォーマルな行政活動を公式化したとしても、さらなるインフォーマルな行

政活動が生じることはしばしば指摘されているところである。インフォーマルな行政活動は、法の予定する行政活動に対する選択肢をなす行政活動であるという点に、その問題発見的機能が見出されていることに留意するならば、インフォーマルな行政活動が形式によって構造化 (Strukturierung durch Form)⁷⁵され、将来的に制度化されたとしても、それは、インフォーマルな行政活動がもたらす問題を終局的に解決することにはならないといえよう。

三 理論的枠組みとしての「法関係」説 (Rechtsverhältnislehre)⁷⁶

つぎに法関係説が、インフォーマルな行政活動を如何に理論的に把握しようとしているのかを検討する。

法関係とは、「二あるいは多数の法主体間の、法規範によって形成された関係 (rechtsnormgestaltete Beziehung)」である⁷⁷。パウアーによれば、法関係説の狙いは、行政法における典型的な法関係を発見し、その発生要件、対象および内容に応じてドグマーティクを形成することをとおして、特別行政法の『かすがい (Klammer)』となる総論としての、法的な取扱の基準となる規律を引き出すことにありと説明される⁷⁸。

法関係説は、従来の行政法学があまりにも行政行為概念を中心として、その理論的な解明に専念してきたことに対して、反省をせまる考え方として提唱されているといつてよいであろう。すなわち、行為形式説は、①契約や単純高権行政活動の法的説明をおろそかにしてきたという点⁷⁹、②市民を考慮する視点が不十分であるという点⁸⁰、③時間的な視野を十分にもたないという点⁸¹、④多極的な法関係を把握することが不十分な点⁸²について批判にさらされているのであり、このような状況を打開すべく主張されているのが法関係説なのである。ただ、かつて主張されていたように、伝統的な行為形式にとってかわって、法関係がまったく新しい行政法秩序を形づけるとの考え方⁸³には、厳しい批判があり⁸⁴、むしろ最近では、上記のような行為形式説の欠点を補充する役割を、

法関係説に見出すのが一般的である⁸⁵。パウアーは、とりわけ法関係の発生要件に、法関係説の補充的役割を見て取る⁸⁶。すなわち、法関係の発生が、行政行為や契約、事実行為といった伝統的な行為形式では把握しえない場合のあること、例えば、法律によって直接法関係が発生する場合のあること⁸⁷や、申請や公的施設の利用といった市民の一方的な行為によって生じること⁸⁸、あるいは、行政と市民との公法上の契約へむけた交渉が、請求権の根拠たりうる前契約的責任関係 (vorvertragliches Schuldverhältnis) を根拠づける場合のあること⁸⁹をも考察の範囲に含めうることに、法関係説の有用性をみてとれるというわけである。ただ、本稿の問題関心にたちもどると、インフォーマルな行政活動を契機として、法関係が発生する場合があるのかが問題となる。ヘーベルレが「接近理論 (Nähetheorie)」と名づける考え方によれば、行政法関係は、市民と行政との間の活性化され、高められた接近および利害接合をとおして発生すると説明される⁹⁰。仮に、この接近理論が、インフォーマルな行政活動を通して成立している官庁と市民との間の事実上の関係にも適用があるならば、その関係が活性化され、高められた接近にいたることによって、法関係に転化すると理解することが可能な場合もあるであろう。

四 ベイエルリンの提言

この接近理論を、具体的にインフォーマルな行政活動に応用しようと試みるのはベイエルリンである⁹¹。

許可手続の前に行なわれるインフォーマルな事前折衝において行政官庁と事業者との間で結ばれる合意が、しばしば事実上の拘束力を有するため、後の正式な手続において第三者の主張が行政の決定に反映されないという問題がある⁹²。また、施設の改善に関するインフォーマルな改善申し合わせが行なわれた場合に、仮に、その申し合わせの内容が施設の悪化をもたらすようなものであれば、当該施設の付近住民は、危険な状態におかれてしまいうにもかかわらず、申し合わせの内容についての情報を十分に得られないという問題が生じる⁹³。

このように、いわば第三者の疎外性という問題が生じることをうけて、バイエルリンは、つぎのような提言を行なっている。

すなわち、彼は、行政官庁と事業者との間で行なわれるインフォーマルな「事前折衝」や「改善申し合わせ」によって、官庁と事業者そして付近住民三者間に、活性化され、高められた接近があり、法関係が生じると説明することが可能なのではないかと主張するわけである⁹⁴。そして、その法関係から、行政官庁側にはインフォーマルな交渉の内容に関する情報を、付近住民に対して提供する義務が生じるという。すなわち、本来は、正式な手続の段階で生じる文書閲覧請求権を、インフォーマルな手続の段階で、法関係の発生を根拠に生じさせるという論理をとるわけである⁹⁵。この情報提供請求権の発生を通して、施設の付近住民がインフォーマルな行政活動の内容を知ることになれば、事前折衝の場合、付近住民は、後に行われる正式な手続において自己の主張を有効に手続に反映せしめる機会を得ることが可能となる。また、改善申し合わせにこの提言を適用すれば、第三者は施設が危険な状態なのか否かを知ることが可能となり、仮に、危険な状態であることがわかれば、施設に対する介入を官庁に対して義務づける訴訟を提起することができるというわけである。

ただ、この見解は、バイエルリン自身が認めているように、実験的提言としかいえず、一般的に受け入れられるか否かは未知数である。しかし、この提言を好意的に受け止める論者が少なくないことや⁹⁶、オッセンビュールといった有力な論者も、「インフォーマルな行政活動に関しては、法関係説が、法的理論構築のための枠組みとして適切である」⁹⁷と述べるに至っていることに鑑みるならば、必ずしも説得力を欠く見解とはいえないと思われる。

五 判例の見解

以下に挙げる判例は、租税法領域、およびイミッシオン防護法領域において、インフォーマルな行政活動が存在すること、すなわち、行政官庁と市

民とのなんらかの接触が存在することに言及しつつ、その存在を根拠として法的な判断を行っている例である。

①の判例は、裁判所の提案による裁判外の処理 (außergerichtliche Erledigung) として、財務官署 (Finanzamt, Finanzbehörde) と納税義務者 (Steuerpflichtige) との間で結ばれた「課税の基礎となる事実についての合意」の拘束力に関して判示したものである。②および③の判例は、課税処分に必要な事実の確定を目的として臨場検査 (Außenprüfung)⁹⁸が行なわれたが、その際に、財務官署と市民との間で課税の基礎とされる事実についての合意が結ばれた事例をとり扱ったものである。これらの合意は、「事実の合意 (tatsächliche Verständigung)」⁹⁹と特徴づけられている。これは、規範執行型申し合わせに分類することができるだろう。財政裁判所が、それらの合意に法的拘束力を認めていることから、インフォーマルな接触によって両当事者間に法関係が生じることを認めた例として、それらの判例を把握することが可能である。

以下では、これらの判例を紹介するとともに、若干の検討を試みる。

① 1984年11月11日・連邦財政裁判所判決¹⁰⁰

船舶運航会社を保有する原告に対する営業税の賦課処分に先立ち、営業検査が行われたところ、隠されていた現金出納簿が発見された。それによって、簿記には、すべての乗船券収入が記入されていなかったことが判明した。しかし、納税義務者たる原告が、本来、存在したはずの乗船券収入に関する資料を処分してしまっていたため、検査期間内の乗船券の数量調査を正確に行うことができなかった。そこで、2マルクの券に限定して数量調査が行われ、その結果をもとにして、すべての価格水準の乗船券販売全体の額を算出することとなった。

このような複雑な経過をたどって行われた租税決定に対して、納税義務者は、異議を申し立てたが功を奏せず、当該決定の取消しを財政裁判所に訴えた。一旦は、賦課されるべき営業税が、その

算定の基礎となる事実の適切な変更に基づき、一定額まで縮減される場合は、本案訴訟は解決したものとみなすことで合意するという財政裁判所の提案によって、裁判外で事件が処理された。その後、その合意に基づき、租税官庁は、当初の決定より減額する変更責任決定 (geänderter Haftungsbescheid) を言い渡した。しかし、納税義務者は、そこで決定された額が合意に添うものでないとして、当該決定を争ったのである。しかし、原審、上告審ともに、減額された決定を争うことには理由がないとして棄却されている (S. 354)。本件では、以上のような経緯で結ばれた事実の合意について、つぎのような判断を下した。

「課税は、しばしば、将来において初めて終結する事情に関連を有する。一方、価値は、おおよそでしか探求しえない。証明の困難性は、綿密な確定を許さないのである。事情探知の困難な場合には、当事者が一定の事情の想定および一定の事実の取扱について合意しうるならば、合意は課税の効率性そして一般的には法の安定に資することになる。そのような合意は確かに、適用すべき法に影響を及ぼすといえよう。しかし、法は、合意によって想定された事実 (Sachverhalt) に基づいて初めて適用されるのである (S. 358)。」

このように、本判決は、事実の合意の必要性および適法性を認めた判決として注目されたが¹⁰¹、拘束力の根拠については信義則の存在を示唆するにとどまり、法関係についても言及されていない。しかし、つぎにみていくように、財政裁判所は、この判決を引用して、その拘束力の要件、内容について、漸進的に原則を打ち立てていった。

② 1990年10月5日・連邦財政裁判所判決¹⁰²

代理業を営む原告は、1975年1月1日から同年3月31日にかけて、自己の営業収入および支出を、簿記に記入しなかった。そこで、1975年から1978年までの期間について営業検査が行なわれた。1980年12月17日に、被告たる財務官署の側からは、営業検査機関の部門責任者および検査官が参加し、最終協議が行われた。最終協議中に、原告と財務

官署は、1975年の全所得の見積については、調査された売上げの「15パーセントの額」とみなすということによって一致した。しかし、後に財務官署は、その合意を反故にし、1981年7月29日の変更決定において、当事者が最初に合意した額より高い額を所得として設定した。そこで原告は、この決定を争ったという事例である (S. 45)。

①の判例は、事実の合意が拘束力を有するための要件について未決定にしていたが、本判決はその要件について次のように述べた。

「いずれにせよ、実効的な、事情についての合意は、財務官署の側から租税確定の決定権限を有する職員が合意に参加することを前提とする。官庁の内部組織 (innerbehördlichen Organisation) によれば、これは、通常は査定権限を有する職員である。場合によっては、法的救済機関の長が考えられうる。そのような職員の参加は、臨場検査における、とりわけ最終協議における合意の成立の場合にも放棄しえない。確かに、検査官も、調査活動を行う限りで、財務官署のために活動する。しかし、検査官は、けっして決定権限を有しないのである (S. 46)。」

このように述べて、本判決は、事実の合意が許容され、拘束力を有するための要件を打ち立てた。しかし、法関係概念に具体的に言及するのは、つぎの判例である。

③ 1991年4月6日・連邦財政裁判所判決¹⁰³

営業検査の算定後に明らかにされた総収入の上昇分が、原告によってあまりに低く申告されていることが、原告に対する臨場検査によって判明した。原告の委任を受けた税理士と租税査定権限を有する財務官署の職員との参加のもとで、1982年5月18日に、最終協議が行われ、総収入の上昇率について合意がなされた。その合意に基づいて、財務官署が、法人税変更の決定を行なったのに対して、原告は、訴訟を提起したが、理由の無いものとして棄却された (S. 673)。本件では、上記の2つの判例に従うことを表明した上で、つぎのように述べる。

「この合意は、原告と租税官庁との間に現存す

る具体的な租税法関係にその根拠を有する。その法関係からは、租税通則法88条以下の職務上の事情探知のための制定法上認定された財務官署の義務と、それに対応する同法90条以下の原告の協力義務とが生じる。法関係の両当事者は、課税処分にとって重要な事情を探知するために、あらゆることを行う義務を課せられる。…

当事者は、この許容され、実効性を有する事実の合意に拘束される。それは、租税法において一般的法的根拠として無条件に承認されている信義則に合致する (entsprechen)。信義則は、租税法関係において、あらゆる他の正当な利益にも適切に気を配ること、そして、他者が自己の行態を信頼したため取り返しのつかない措置を行う恐れがあることから、自己の以前の行態に矛盾してはならないことを要求するのである (S. 674—675)。」

前述の①②の判決では、この合意の拘束力が、事実に関する和解契約によるものなのか¹⁰⁴、または確約の法理の援用なのか¹⁰⁵が、明らかにされていないが、③の判旨では、「信義則による拘束」、および「当事者相互の拘束」を明示するにいたり、契約でも、確約でも説明のつかないものであることが明らかにされたといえるだろう¹⁰⁶。すなわち、事実上の関係が、法的な関係へと転化したと説明しうるわけである。

つぎにみる④の判例は、イミッション防護法の適用を受ける施設側の違法状態を、監督官庁が黙認していた事例に関するものである。直接には、法関係についての言及はないが、官庁と事業者、そして付近住民という多極的な関係を考察する上で、法関係説的なアプローチが適した理論枠組みたりえることを示す事例である。

④ 1985年7月16日・ベルリン高等行政裁判所決定¹⁰⁷

某事業者が、これまで利用してきた操業用地の上に、鉛蓄電池施設を設置した。イミッション防護法20条2項によれば、同法の適用を受ける施設において、施設の増設を行なうに際しては、許可を必要とすることが規定されている。しかし、本件で問題となった施設は、施設の増設を行なった

にもかかわらず、必要とされる許可を得ずに操業を続けていた。申し立て人 (Antragsteller) は、当該操業用地の付近に居住しており、1985年2月20日に、区裁判所 (Amtsgericht) に対して蓄電池施設を停止するよう申請したが、拒否されたので訴訟を提起した。そこで申し立て人は、仮命令 (einstweilige Anordnung) の言渡し申請によって当該施設の一部をなす鉛溶解炉の一時的停止を求めたところ、行政裁判所はこれを許容したが、高等行政裁判所はこれを覆した (S. 756)。

イミッション防護法20条2項は、第三者保護的な規定として承認されており、しかも、同規定によれば、許可なしに操業されている施設に対しては施設の停止を命じることが、羈束裁量 (Soll-Ermessen) 処分として規定されている。したがって、同規定によれば、通常の場合、監督官庁は、処分を行なうことを義務づけられるのであるが、非典型的事例 (atypischer Fall) の場合には、例外的に羈束裁量から解放されるという原則も確立している¹⁰⁸。そこで本判決は、つぎのようにいう。

「当該事例と通常の事例とで、本質的に異なる点は、以下のことに見出しうる。すなわち、環境官庁は、ここで初めて、突然に許可なく操業されている、あるいは変更されている施設の把握 (Kenntnis) にとりくんだのではない。施設のもたらす環境への影響 (Wirkungsweise und Umweltverträglichkeit) は、通常、短時間で判断されうるものではなく、また、当該施設は、(改善命令といった) 侵害指向性を有する措置 (gezielte Maßnahmen) によって (安全性が) 保障されうるものでもない。むしろ、長年この土地に定着し、そしてあらゆる官庁となじみのここで問題となっている施設およびそのような施設の操業活動を通して環境に対して影響を与える事業者は、すでに長年にわたり権限を有する官庁の安定的に高められた監督および多様な影響力の行使に服しているのである (S. 757)。」

さらに、本決定は、官庁と事業者の間で問題となっている施設の改善について、専門家の鑑定等

を介した綿密な協議が行われていることを指摘しつつ、「その場合、ここで争われている一連の施設はもはや許可を必要としないことが前提とされている（S. 757）。」と述べるに至る。

すなわち、ベルリン高等裁判所は、これまで行われてきたインフォーマルな情報交換等の協力を通して行われていた官庁の監督活動を拠り所として、連邦イミシオン防護法20条2項1文の非典型的事例を根拠づけ、同法に予定されている羈束裁量処分からの回避を許容したのである。確かに、法関係についての言及はないが、パウアーは、その判旨の根底には信義則的な発想にもとづく監督官庁と事業者との間における法関係の発生によってもたらされた羈束裁量の回避があったとみる¹⁰⁹。そして、このような現象を説明するには、権利・義務を考慮する法関係説が、理論的枠組みとして優れているというのである¹¹⁰。

六 評価

以上のように、ドイツでは、インフォーマルな行政活動の存在を行政法の視野にいれ、それを理論的に把握していくという試みは、行為形式説ないし法形式説と法関係説という二つのアプローチから進められている。法関係説については、内容的に稀薄であるとの批判¹¹¹があり、その必要性については疑問がもたれているが、法関係説の内容については、判例、学説ともに充実されつつあることが示されたと思う。

パウアーに代表される法関係説を主張する論者の見解を分析すると、法関係説を支持する論者は、権利・義務の現状を適切に説明しうること、また、バイエルリンの提言にみられるように、インフォーマルな行政活動のもたらす問題を解決する解釈論を提供しうることといった二点に、法関係説のドグマーティクとしての優秀性を見出していると思われる。とりわけ、手続的な権利・義務の視点を道標とした解釈論を展開させる機能は、判例・学説の展開において示されているように思う。例えば、ビルケル事件で問題となった警告は、本来、事実行為であり、行政手続法上に規定されているような職権探知義務や事前の関係者の聴聞等

に関する規定の適用はないはずの行為である。しかし、警告の効果の重大性に鑑み、それらの義務の必要性が説かれていたところ¹¹²、それが裁判所の見解に影響を与えたと考えられるのである。このことは、警告の前に、権利・義務の関係が生じると説明することも可能であることを示している¹¹³。しかし、判例、学説の展開だけでは、市民の請求権を具体的に根拠づけ得ないというのであれば、警告の前に一定の手続を踏むことを予定した公式手続が用意されることになろう。このように、判例、学説の展開が、公式化の論議に先行するケースの存在に鑑みるならば、行政と市民との間に、いかなる法関係が生じるのか、生じるべきかを考察するというアプローチをとることが、行政の活動を制御し、秩序づけていくという目的にとって、有益であるといえるだろう。

ただ、インフォーマルな行政活動には、極めて多様な類型がある。その多様な類型のもたらす多様な問題性に応じた対応が必要である。例えば、インフォーマルな行政活動のなかには、法律の留保に服すべき活動もあれば、法政策的な観点から制度を改善ないしは新たに設けることによって対処すべき活動もあるであろう¹¹⁴。さらには法関係の存在を見出していく作業をつうじて統制すべき活動があるか否かも検討する必要があると思われる。それぞれの類型について、個別具体的に検討する必要があるだろう。

第3章 根拠と限界

以下では、第1章において確定された対象について、個別的に検討を進めていく。一方的な類型の例としては、「警告・推奨」を取り上げる。協力的な例としては、「規範代替型申し合わせ」と「規範執行型申し合わせ」を取り上げる。それぞれが現象する場面や関係する法律に留意して、法的な限界の考察を進めていく。これらの活動が、如何なる理由によって正当化され、あるいは限界づけられるのか。これが、本章の問題意識である。

第1節 警告・推奨

一 序

今日、ドイツでは、環境行政や消費者保護行政あるいは青少年保護行政の一貫として、警告・推奨といった手法が盛んに用いられている¹¹⁵。これらの活動は、一般市民への情報提供を通して行政目的を達成しようとするために、伝統的な侵害概念によっては把握しえない点に、特殊な問題性をもつ¹¹⁶。すなわち、伝統的な侵害概念は、一定の名宛人向けの命令や禁止等の規範的規律に照準を合わせているが¹¹⁷、この警告および推奨のもたらす効果等の間接的、反映的な国家の基本権領域に対する侵害は、伝統的侵害概念の範疇の外におかれてしまうのである¹¹⁸。また、警告・推奨は、関係企業等に対して重大な影響を及ぼすことが知られているにもかかわらず、必ずしも制定法上の根拠なしに行なわれている。以下では、警告・推奨の侵害性をめぐる議論および警告・推奨と法律の留保原理との整合性をめぐる議論について検討する。

二 医薬品リスト判決¹¹⁹の見解

インフォーマルな情報提供に関するリーディングケースとして位置づけられる「医薬品リスト判決」は、伝統的な侵害概念に修正を加えると同時に、法律の留保原理との関係においても、一つの立場を表明する。

原告は、心臓病関係の医薬品製造会社である。医薬品法の可決を契機として、連邦政府および連邦議会は、品質や価格の透明性を高めることを目的とした医薬品リストの作成を任務とする透明性委員会(Transparenzkommission)を設立した。同委員会は、原告の製造する薬品についてもリストを作成することを意図し、原告に対しリストに載せるべき薬品の届け出を促した。しかし、原告は、リストの作成は違法であるとして公表を控えることを求める訴訟を提起したというものである¹²⁰。一審、控訴審ともに原告敗訴であったが、上告は認容された。本判決は、伝統的侵害概念をつぎのように修正している。

伝統的侵害概念の本質的な徴表は、直接性と目

的性であるといわれている¹²¹。本判決は、直接性については放棄することを言明する¹²²が、目的性の基準は採用している。判旨は、国家措置の単なる反映としての社会的条件の変更と、特定の企業の犠牲による公益の追及を目的とした枠条件(Rahmenbedingung)の変更とを区別して、後者の場合には「基本権との関連性(Grundrechtsspezifität)」が肯定されるという論理をとる。本判決は、「基本権との関連性」を、侵害の発生基準の一つとして用いていると思われるが、その意味は必ずしも明らかにされていないため、基準としての機能性に疑問がなげかけられている¹²³。本判決は、当該リストの公表を、経済的枠条件の変更を目的とした活動ととらえ、侵害発生を肯定する条件たる基本権との関連性の存在を認めた¹²⁴。

さらに、本判決は、このような事実的侵害について、競争者にとって「受忍しがたいほど、期待可能な程度を超えて(in unerträglichem Maß und unzumutbar)」いるという強度(Intensität)を基準として侵害発生を判断することをも明示する¹²⁵。

結論として、本判決は、当該リストのもつ事実上の医師に対する拘束性を指摘して、リストの公表が医薬品製造業者たる原告の企業活動の自由を侵害しうることを認めるとともに、制定法上の授權が必要であると結論づけた¹²⁶。しかし、本判決の採用した事実的侵害の発生基準としての強度や目的性は、下級審判決の結論と異なっていることに示されているように、その基準としての明確性に疑問が提起されている¹²⁷。警告・推奨に関する侵害発生基準の客観化が要請されているといえよう。そこで、警告・推奨に関する侵害基準の客観化を試みる論者の一人であるオッセンビュールの見解を、つぎに検討する。

三 オッセンビュールの見解

ある洗剤メーカーによって市場に供給された洗剤強化製品は不必要であり、地下水に負担をかけるとの理由で、消費者に対して、それらの製品を買わないようにとの発表を、連邦環境庁が公報において行った事件、また、連邦環境庁および連邦

健康庁がトイレ用脱臭剤の不使用を呼び掛けたために、当該製品の売上に多大の影響が生じた事件を取り上げて、オッセンビュールは議論を進める¹²⁸。

連邦環境庁の設立に関する法律 (Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes 以下 UBAGと略記する) 2条1項2号によれば、連邦環境庁は、環境問題に関する公衆の啓発を、その任務の一つとしている。ドイツ警察法の伝統的見解は、権限規範 (Zuständigkeitsnorm) ないし任務配分規範 (Aufgabenzuweisungsnorm) と、授權規範 (Befugnisnorm) とを区別する¹²⁹。前者は、官庁に対して特定の任務を付与し、法的な決定管轄権限を根拠づけ、後者は、官庁が市民の権利領域への侵害を可能とする条件を規定するとされる。そして、単なる任務配分規範は、法律の留保機能を果たさないというのが伝統的に主張されているところである。オッセンビュールによれば、UBAG 2条1項2号の規定は、任務配分規範であって、権利侵害を許すものではなく、適法な製品¹³⁰に関して消費者に不買を呼び掛けるような活動は啓発活動をこえる侵害にあたり、任務配分規範たる当該規定によっては正当化されないという¹³¹。そして、警告・推奨の限界を、つぎのような基準で画することを提言している¹³²。

一特定の製品の売上の妨害あるいは減少を目的として行われるとき (Finalität)

一関係企業の売上の明らかな減少に導くとき

一企業の基本権の保護領域に対する侵害となるとき

これらの基準に照らしてみると、最初にあげた洗剤強化剤に対する警告は、それが相当の売上の減少をもたらす場合は、基本権侵害を構成することになる。しかし、オッセンビュールの提示した基準によれば、売上の減少が生じない限りでのみ、UBAG 2条による啓発が許容されるので、啓発目的の不達成が、許容される啓発の条件となる¹³³。このパラドクスのなかでは、連邦環境庁は環境保護的視点から実効性のある製品の啓発を行うという法的な義務を負うと同時に、他方では、

企業の基本権を損なうということになる。啓発という措置の許容性は、手続的に事前に判断されなくてはならないというべきである¹³⁴、また、啓発という制定法上の任務に反することになる官庁の懈怠に基づく売上の維持を保障する基本権は存在しないというべきでべきであろう¹³⁵。諸論者は、この点を批判して、侵害の基準に関して、さまざまな学説を展開させているが¹³⁶、つぎに紹介するフィリップの見解は、比較的説得力のある基準を提起しているように思われる。

四 レナーテ・フィリップの見解

フィリップは憲法的なアプローチをとって、UBAG 2条による啓発は、企業の名誉に関わる問題であるという¹³⁷。この名誉は、競争法的なコミュニケーションプロセスの結果であり、コミュニケーションプロセスは、基本法2条1項の領域における企業の自己表現 (Selbstdarstellung) の権利をとおして基本権的に保障されるという¹³⁸。すなわち、一般的人格権の領域では、個人はいかなる形を取って、社会的な主張をなすかを自ら決定しようように、コミュニケーションプロセスの結果として、企業は、その収益と密接に関連する会社の名誉を根拠づけるために、いかなる態様で製品を市場に示すかをみずから決定しようというのである。その名誉は、単なる企業の収益として基本権的に保障されるのではなく、会社を特定しうる形で行われる、宣伝効果のある市場への参加機会として保護されるのであるとされる。この自己表現の権利が侵害されるのは、啓発が企業を特定しうる形で、その企業の製品に対して行われる場合である¹³⁹。

オッセンビュールの提言の問題性を指摘して、それを克服する学説が展開されているなかで、とりわけフィリップの説は、一部の論者から説得力あるものとして受け取られている¹⁴⁰。このフィリップの説に従えば、啓発が、一般的な製品の種類に限定される限りで、UBAG 2条は、任務配分規範として異議のないものということになる。すなわち、啓発活動の際に、企業名を挙げたり、それを特定しうる形で製品を取り扱う場合にのみ、

制定法上の授權が必要とされることになる。

五 判例の傾向

以下では、医薬品リスト判決以後の警告・推奨をめぐる判例の展開を概観するとともに検討を加える。連邦政府の行なう警告・推奨と授權規範の必要性に関しては、判例理論がほぼ確定していると思われる。

① 1989年5月23日・連邦行政裁判所判決—青少年宗教判決¹⁴¹

本件は、1970年代終わりに、連邦青年家庭保健省が、ある青少年宗教に対して、「その教義は精神的障害に至らしめるものである」との警告を再三発したところ、当該青少年宗教側が、それに対して、名誉、宗教の自由を侵害されたとして、その不作為、撤回を求める訴訟を提起した事件である。高等行政裁判所は、これを認容したが、連邦行政裁判所はそれを覆した¹⁴²。

連邦行政裁判所は、制定法上の根拠の要否について、「問題となっている基本権侵害のための明文の根拠が、被告には欠けている。けれども、その根拠は連邦に課されている憲法上の任務および連邦の情報提供、公衆の啓発の権限によって正当化される (S. 79).」と述べる。

判旨を検討すると、警告・推奨は、憲法上国家が負うべき任務たる広報活動 (Öffentlichkeitsarbeit) の一貫であると位置づけられており、警告・推奨といった活動は、広報活動と同様に憲法上の任務によって正当化されるという論理がとられている¹⁴³。さらに当判決は、やや消極的正当化理由として、侵害の態様および影響力の多様な警告を法的に規律することは不可能であることを挙げる¹⁴⁴。

すなわち、本判決は、憲法上の任務たる広報活動の一貫として警告を位置づけうることを積極的理由とし、法的な規律の不可能なことを消極的理由として、警告を正当化する。このような憲法上の任務から直接、侵害行政の授權を引き出す論理に対しては、法治国を警察国家へと逆戻りさせるものであるとの批判がある¹⁴⁵。

② 1990年10月18日・連邦行政裁判所判決—グリコールワイン判決¹⁴⁶

1985年に、連邦内で販売されたワインの多くは、グリコール化合物によって汚染されていることを、食品監督官庁が確認したのをうけて、連邦青年家庭保健省は、汚染されたワインのリストを公表した。リストには、消費者のために汚染ワインと並んで、汚染されていないワインについても、その醸造者及び品名が掲載されていた。そこで原告が、そのようなリストを作成する権限は被告にないことを確認する訴訟を提起したのが本件である¹⁴⁷。まず、上述の、企業名が認識される形での警告は、常に違法となるというフィリップ説に対して、つぎのように反駁する。

「けれども、この見解は、基本権保障の保護領域の確定の際には、憲法規定の全体の中にそれを組み込むことを見逃している。当部の従う連邦憲法裁判所の見解によれば、無条件に保障される基本権ですら、他の憲法規定との衝突から生じうる制限に服するのである。例えば、基本法5条3項1文において保障されている芸術の自由は、第三者の基本権によってのみその限界が見出されるのではない。むしろ、それは、あらゆる憲法規定と衝突しうるのである。……基本権保障が、第三者の基本権あるいは他の憲法規定と衝突するあらゆる場合において存在する緊張関係の解消は、逆方向の、同様に憲法によって保障される利益の比例的な調和を、最善化という目的によって見出すことを通してもたらされるのである。基本権と他の憲法によって保護される法益との衝突は、事例に則した考量によって解決されるべきである (S. 45).」

すなわち、憲法上保護される諸価値相互間の考量しだいで結論が左右されるのであるから、フィリップ説のように、問題は割り切れないというのである。

また、当判決は、「適切な啓発活動 (Aufklärungsarbeit) をとおして公衆へ情報を提供することは、そのような危険な状況を克服するために政府がとりうる最も重要な手段である (S. 47).」と明示し

たうえて、「連邦は、重要な社会的利益に対する深刻な危険を防御するために、公衆に対して包括的に、所与の状況を報告する権利を、憲法上有しなくてはならない (Ebenda.)」とのべて、青少年宗教判決のように警告を広報活動の一貫であるとの迂遠な論理をとらずに、憲法による正当化の傾向をより推進したといえよう。さらに本判決は、基本法2条2項から生じる保護義務 (Schutzpflicht) から、当該リストの公表が要請されるとまで述べている¹⁴⁸。この判例の評価については、やはり、警察国家へ逆行する傾向として批判する意見が多い¹⁴⁹。それにもかかわらず、つぎにみるオショー決定では、上記の諸判決の論理を、ほぼ固定する形となっている。

③ 1991年3月13日・連邦行政裁判所決定

—オショー決定¹⁵⁰

原告は、インデル・オショー・ラジュネシという宗教家によっておこされた瞑想運動を推進する団体である。青少年宗教ないし青少年セクトという特徴づけの下で、この運動について行った連邦政府の公的な意見表明に対して、当該団体が異議を述べたものである。一番においては、表明をさし控えることを求める訴訟が認容されたが、高等行政裁判所によって変更された (S. 1771)。

まず、本決定は、青少年宗教判決やグリコールワイン判決の傾向を承認する態度をとることを明らかにしたうえて、以下のように述べる。

「国家の任務と侵害授權との間の区別は、古典的法治国的思想に源をもち、とりわけ、警察秩序法の領域でいられている。この意味するところは、警察秩序官庁の任務から、市民の法的負担を導く手段を投入するための官庁の授權を引き出してはならないということである。その場合伝統的な侵害、すなわち、命令あるいは禁止といった性格をもった法行為が念頭におかれている。そのような法形式による自由の制限は、容易に一定の任務の配分によって行われてはならない。その任務を遂行するために投入される手段の選択にさいして国家を制御するために、そして、生じうる市民に対する負担を予想可能なものとするために、内容、

対象、目的、程度について、綿密な制定法上の規律を必要とする (S. 1771)。」

本決定では、このように、伝統的侵害については、任務と授權の区別を維持する態度をとるのであるが、警告のような事実行為に関しては異なる態度をとることを、つぎのように表明する。

「国家の警告は、もっぱら事実上のものである。警告の名宛人は、それに反する行動をとりうる。そのような場合には、授權根拠の明確性という要請をもつ法治国原理は、国家によって、その都度、法秩序に則して遂行される任務から、その任務遂行と必然的あるいは典型的に結びつく個人の権利制限の許容性をひきだすことと矛盾しない。以上のことは、一方では、国家任務に内在する実効的任務遂行という想定から、他方では、そのようなインフォーマルな、つまり、かならずしも一定の法的手段と言う意味で、公式なものとしていない国家活動から生じる場所の侵害状態、影響力の多様性から明らかとなる (S. 1771)。」

すなわち、警告のもたらす事実上の侵害は、立法者の予想しうるところではなく、「法秩序に則して行なわれる任務」によって正当化されるというわけである。しかし、ここでの警告は、侵害への指向性のある活動であり、結果的に生じた侵害ではない。はたして警告が、このような判断枠組みの通用する活動か否かは疑問が残るところであろう¹⁵¹。

ただ、本決定は、連邦政府が意見表明権を直接憲法からひきだしうると同様に、関係者も直接憲法から、警告がなされる前に聴聞を行なうことを求める権利をひきだしうると言明している点は評価しえよう¹⁵²。

六 評価

以上のように、憲法上の任務によって、警告を正当化する傾向は、判例理論として確立した感がある。しかし、基本権侵害のための法律の留保の意義は、正当化機能に語り尽くされるのではなく、いかなる場合に行動を起こしうるかを明確化すること、それと同時に、その行動を限定化することをも狙いとしているのであるから、基本法による

国家措置の正当化は、授權規範を不必要とするものではないとの批判のあることに¹⁵³、裁判所は耳を傾けるべきであろう。さらに、国家の警告・推奨によってひきおこされる侵害は、事後的侵害であり、それが侵害たりうるかの判断の際に、明確な基準がないため、法律の留保に服するというには立法者の能力上疑問があるとの弁解¹⁵⁴に対しても、つぎのような反論が可能である。今日、ドイツで判例理論として確立している本質性理論によれば、行政活動については、議会自らが本質的な事項の決定を行ない、行政に委ねてはならないとされている¹⁵⁵。そして、同理論によれば、法律の留保は、市民の権利領域への侵害がある限りで制定法上の授權を必要とするという法治国的要素とともに、議会は、あらゆる政治的に重要な決定を自ら行なわなくてはならないという民主主義的要素をも含んでいるという¹⁵⁶。したがって、市民に予測可能性を保持させることの不可能なことから、法律の授權を必要としないことに対して、十分な説明がなされているとはいえない¹⁵⁷、との反論があるのである。上記のような諸批判について、裁判所は、説得力のある答えを用意できない以上、安易な憲法による正当化に踏み込むべきではない。

上記の諸判決に示されているように、基本権制限が、法律の留保から、不文の憲法内在的な制限へと移行する現象を、「法治国家思想の保護国家思想による解消の表明」として特徴づける論者がいる¹⁵⁸。このような警察国家への回帰を想起させる保護国家思想の隆盛は、インフォーマルな、しかし強く求められる行政活動の総体に対する承認を意味するものであってはならない¹⁵⁹。このような現象は、法律の留保の射程を新たに規定することを求めているといえよう。

第2節 規範代替型申し合わせ

一 序

規範代替的申し合わせと類似の行政活動については、すでに1950年代終わりに、経済行政の領域で行われていることが報告されている。いわゆる、自主制限合意 (Selbstbeschränkungsabkommen)

とよばれるその活動は、1958年の石炭石油カルテル事件をその議論の嚆矢とする¹⁶⁰。この事例は、連邦経済大臣が規制法律制定を関係業界に予告することにより、石油企業の供給自主制限を誘導したというものである。また、国自身が、申し合わせの当事者となる事例としては、1971年、連邦健康大臣が、場合によっては食品法上に禁止規定を制定すると威嚇の下で、タバコ産業が自主的にタバコのテレビ広告を抑制することを誘発したものが¹⁶¹。このような「自己制限」という特徴づけで語られる非公式行政活動は、現在も経済政策、あるいは環境保護政策の一環として、盛んに利用されている¹⁶²。

これらの活動の長所としては、法的な命令の制定作業を経ることなくして迅速に問題を解決する点¹⁶³や、企業が法的拘束力なしに自由に問題解決のイニシアチブをとりうる点¹⁶⁴が挙げられているが、その一方で、企業が申し合わせを尊重するか否かが不明であって、確実な問題解決をもたらしえないという点¹⁶⁵や、正式な規範制定には配慮される第三者の地位が申し合わせの場合には配慮されないといった点¹⁶⁶が短所として指摘されている。このような活動はいかに限界づけられるべきなのかを探ることが、ここでの問題関心である。

二 合意と法律の留保

申し合わせが合意という建前をとることから、どの程度、基本権は個人の自由な処分に服しうるか、換言すれば、どのような基本権の保護領域への国家の侵害が、関係者の合意によって許容されるのかという問題を考慮する必要が生じる¹⁶⁷。なぜならば、ドイツの判例、学説によれば、基本権は、個人の自由を防御する権利であるだけでなく、客観的な秩序の要素でもあるとされるため、基本権の客観的価値を引きさげる結果とならない程度の合意のみが許容されるという限界が、そこから導かれるからである¹⁶⁸。この問題は、「基本権を放棄する自由」と「基本権の客観的価値」との調整の問題である。両者の調和を志向する論者は、「基本権主体が、十分な自由意思から、当該主体に説

得力ある理由によって、部分的にその基本権を放棄するならば、正当性が認められる」という¹⁶⁹。しかし、規範代替型申し合わせは、制定されれば明らかに侵害となる高権的規制から手を引くという展望のもとで行われる。したがって、申し合わせの当事者たる企業は自由な自己決定を行なうとの見解について留保を付す見解¹⁷⁰のあることに照らしてみれば、この基準をクリアしうる申し合わせが存在しうるか否かは微妙であろう。自由意思による決定がみこまれないような状況では、法律の根拠のない規範代替型申し合わせは許されない、との見解がある所以である¹⁷¹。

もっとも、上記の条件をクリアしても、規範代替型申し合わせは、当事者および第三者に対して侵害となりうる。例えば、申し合わせが、当事者たる私人に対して精神的な圧力をもたらすために侵害となりうること¹⁷²、さらに、第三者に対して不利益な影響を及ぼしうること¹⁷³が指摘されている。しかし、法律の留保との関係では、法的拘束力のない事実上の合意には、法治国的に根拠づけられる法律の留保は及ぼない、と言われるのが一般的である¹⁷⁴。申し合わせの当事者たる個人は、法的効果なしに、その拘束を解除しうるものであり、侵害は生じないとの建前があるからである¹⁷⁵。また、申し合わせが間接的な操作手法であるため、事実に侵害をもたらすに過ぎないことを重視する論者や¹⁷⁶、本質性理論¹⁷⁷の観点から検討して、申し合わせのもたらす侵害は本質的な問題(wesentliche Materie)ではないという論者は¹⁷⁸、申し合わせに法律の留保を及ぼすことに反対する。憲法上の、あるいは国際法上の立法義務が存在する場合は別として¹⁷⁹、このように、規範代替型申し合わせには、制定法上に規律されなくてはならないという法的要請が働かないとの見解が支配的である。

三 ブロームの見解

1992年にブロームが公にした『規範代替型申し合わせの法原則』という論文¹⁸⁰は、上記のような支配的な見解に対して、本質性理論の観点から別の結論を導いている。

ブロームは、本質性理論が、侵害のメルクマールから法律の留保を解放し、議会留保の要素をも承認した点を重視して、つぎのようにいう。

「規範代替型申し合わせに関しては、法律の留保の民主主義的要素が機能する。すなわち、申し合わせの問題は、個々の行政機関が、いかなる経済、環境政策を採るかに関わる問題であり、議会が自ら決定しなければならない本質的な国家政策的問題である。」¹⁸¹

この見解によれば、法律を代替する申し合わせには、一般的に制定法上の根拠を必要とすることになる。ただ、ブロームによれば、法規命令を代替する申し合わせの場合には、上述のことは当てはまらないという。彼は、法規命令あるいはザツツング(Satzung)の形式での、命令的な措置を行うことを授權する法規範は、申し合わせの根拠としても十分であるというのである¹⁸²。その理由は、命令という侵害的な手段を議会が授權している以上、申し合わせが、仮に侵害をもたらしたとしても、法規命令を授權する規定が、一定程度、民主的正当化の役割を果たしうるとの考えにあると思われる¹⁸³。また、法規命令は、法律による、発令者に対する委任(Auftrag)にもとづくものであることから、法規命令を発令しないことが、その委任の趣旨に反するような場合には、その発令が義務づけられるという意味¹⁸⁴で、法律を代替する場合よりも議会の統制が及んでいるとの考慮もあると思われる。例えば、イミッション防護法44条2項2文の予定する制限地域命令が発令されれば、事業者はエミッションの公表義務を課されることとなるため、経済的不利益を被ることを嫌った業界が、自主的なイミッション緩和策を公表するとの申し合わせがなされたとする。しかし、必ずしもすべての商工会議所の構成員が当該申し合わせを遵守していないにもかかわらず、事業許可等が容易に与えられているという場合を想定してみる¹⁸⁵。ブロームは、このような状況における申し合わせは、法規命令の発令を授權する規定の趣旨に反するといわざるをえないため、発令する義務が導かれるという。そして、そのような発令義

務がない場合には、法規命令を発令するか否かの決定は、官庁の裁量に委ねられることになる¹⁸⁶。

四 評価

規範代替型申し合わせは、上述のように権利侵害をもたらしうる可能性を十分にはらんでいるといえようが、合意をたてまえとすることから訴訟になりにくいという性質をもつ。したがって、規範を代替する申し合わせに対して法律の留保がおよぶか否かについて、判例理論の進展を期待することは難しい状況にあるといえるであろう。そこで、規範代替型申し合わせのような、民主主義の理念を直接的に危険にさらす恐れのある活動の場合には、第三者の参加や公表等の手続をふむことが、適切な対処の一つとして挙げられよう¹⁸⁷。また、契約における行政と市民の給付が、本来相互に内在的に関連しなくてはならないとする連結禁止原則の適用を、申し合わせの場合にも考慮すべきことが提言されているが¹⁸⁸、それだけでは不十分であり、行政活動の透明性を確保し、かつ権利の安定をできるだけ図るには、一定の手続を備えた形での公式化を進めることが望ましいと思われる。規範代替型申し合わせを公式化したものとしては、すでに廃棄物処理法14条¹⁸⁹が存在するが、その有効性について注意深くみていく必要がある。

第3節 規範執行型申し合わせ

一 序

ここでは、「事前折衝」、「改善申し合わせ」、「黙認」のそれぞれについて論じられている正当化の根拠、限界の問題について検討する。

これらの活動に対する評価としては、法的な不確定性を解消することを可能とし、紛争を回避しうる点¹⁹⁰、事業者の投資の安定をもたらしうる点¹⁹¹に鑑みて、肯定的に評価する見解もあるが、その一方で、行政の活動を不透明にする点¹⁹²や事実上の拘束力を有するために正式な手続において第三者の意見が反映されなくなるといった点¹⁹³について、強い批判がある。これらの活動がいかに限界づけられるべきかを論じることが、ここで問題関心である。

二 手続原則

連邦行政手続法10条の規定する「手続の無形式性の原則」が、行政手続を形式から自由に遂行し、目的適合的に形成する裁量を行政に与えていることから、当然に、行政手続の前段階にも同様のことが妥当するとの見解によれば、インフォーマルな行政活動、とりわけ事前折衝は、当該原則によって正当化されよう¹⁹⁴。ただ、連邦行政手続法24条のいう職権探知原則が、それに一定の限界を画する。職権探知原則は、調査の範囲および証明手段の態様を自ら確定することを官庁に義務づける¹⁹⁵。もっとも、職権探知原則は、関係者やその他の私人からの情報調達を妨げるものではないとの解釈が一般的であり、その意味では、インフォーマルな行政活動が当該原則と矛盾するわけではない¹⁹⁶。しかし、行政の担いてが公益の実現を任務とする以上、インフォーマルな行政活動を通して得た情報を審査、補充することが、当該原則から要請されるというべきであろう¹⁹⁷。

このように、手続原則が、インフォーマルな行政活動を妨げないとしても、合意のもつ事実上の拘束力が行政の決定を規定するため、他の関係者から、正式な手続におけるその影響力を奪うことになる場合には、後に遂行される正式な手続も、交渉当事者の利益のみが反映した不公正な手続となる¹⁹⁸。したがって、インフォーマルな行政活動の限界を検討する必要性は、何ら縮減されない。

三 改善申し合わせ

「規範執行型申し合わせ」の一類型として挙げられる「改善申し合わせ」の限界をここで論じる。改善申し合わせのうち、命令の前段階で行なわれる命令申し合わせにしる、許可の前段階に行われる許可申し合わせにしる¹⁹⁹、「行政行為の発給義務」がある場合には、申し合わせを行うことができないとの見解に異論はない²⁰⁰。例えば、連邦イミッション防護法17条1項が予定する事後命令に関する裁量基準を設定した、大気汚染防止技術指針 (die technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) は、施設からの廃棄物が、一定の量を超える場合を危険防御領域として定める²⁰¹。危険

防御領域では、事後命令は、羈束決定(Soll-Entscheidung)として規定されているため処分の発給義務があり、申し合わせは、基本的に許されないこととなるわけである²⁰²。しかし、危険防御領域においても、必ずしも申し合わせが排除されるとはいえないとの見解もある²⁰³。というのは、事後命令によって排除されるべき危険が、申し合わせによって処理されるならば、事後命令を発令するための要件が存在しなくなるからである。しかし、申し合わせが迅速に遵守されればよいが、そうでない場合には危険な状態が存続することとなるため、安易にこのような見解に賛成すべきではないであろう。

一方、許可申し合わせの場合には、発給義務があっても、官庁は許可に際してはその付款の中に許可対象の施設とは別の施設の改善に着手するという負担を付加しうるため²⁰⁴、事業者が申請対象外施設の改善に着手するならば、官庁が申請対象施設の許可手続に便宜を図るという内容の申し合わせが行われる²⁰⁵。この場合には、付款の限界を設定した連邦行政手続法36条が、その限界を画することとなる。

四 黙認

第1章二で示したように、事後的改善処分の必要とされる場面で行われる命令回避的黙認や、許可の必要な施設が存在する場面で行われる許可回避的黙認が主な類型である。命令回避的黙認および許可回避的黙認の両者ともに、裁量的観点からの限界が問題となるという点では、上記の議論と同様である。しかし、申請後の許可回避的黙認の場合においては、許可規定との抵触の恐れがあるといえよう²⁰⁶。その意味では他のインフォーマルな行政活動以上に、行政の法適合性の原則との関係が問題となる。ただ、法律の留保との関係では問題がないといわれている²⁰⁷。というのは、警察処分においては一定の要件が整った場合でも行政便宜主義(Oppotunitätsprinzip)が妥当するので、官庁は施設の違法状態を黙認することができるからである²⁰⁸。したがって、結局、裁量論が黙認の限界を論じる際の主要論点となる。

ゲンチュケは、水管理法(Wasserhaushaltsgesetz)²⁰⁹領域で行なわれている黙認の許容基準を検討している。彼は、インフォーマルな行政活動を用いる前提条件として、①黙認が、制定法上の目的を満たすものであるか、少なくとも制定法上の目的の実現を志向するものであること²¹⁰、②比例原則に適合していること²¹¹、③信頼保護原則に適合していること²¹²、④実体的適法性のあること²¹³、⑤インフォーマルな活動が具体的に要請される状況の存在すること²¹⁴、⑥不可欠な最小限度に、その使用が制限されること²¹⁵、を挙げている。これらの基準のうち、インフォーマルな行政活動の属性に対処したものとして、とくに言及すべき基準は、⑤と⑥であろう。⑤の基準の意味は、例えば、制定法上の手段として操業停止命令等が可能な場合でも、その行使が大量の失業者を生じさせるため必ずしも適切な手段ではないというような場合には、インフォーマルな行政手法が要請されるということである。インフォーマルな活動には、常に、このように具体的な不可避の要請が存在しなくてはならず、その活動にはそれぞれの状況にもとづく特別な正当化理由を必要とするというわけである²¹⁶。つぎに、⑥の基準の意味は、例えば、許可の付与の見込がある状態で行われる黙認は、許可手続が迅速に行なわれている限りで、終局的な決定が可能となるまでは適法に維持されるということであり、また、改善措置に関して言えば、官庁や事業者が、適法な状態を迅速に創出するために、経済的、技術的に耐えうるあらゆる措置を行わなくてはならないということである²¹⁷。このように理解すれば、インフォーマルな行政活動は適法状態の創出に資することになるわけである。

また、ゲンチュケは、インフォーマルな行政活動を投入する際に、守るべき限界として、①行政は、制定法に予定されている負担的措置を行なう前に、まずインフォーマルな手法によって、その目的を達成しようとしてはならないこと²¹⁸、②介入義務がある場合は、黙認を行えないこと²¹⁹、③第三者の権利を犯してはならないこと²²⁰、④公平

な職務の執行 (unparteiische Amtsführung) に留意すること²²¹, ⑤連結禁止原則に反しないこと²²², を挙げる。①の基準の意義は, インフォーマルな行政活動は, 私的自治に適った活動であつて, 法律の留保の観点からは, 規律される要請は働かず, むしろ憲法適合的な活動であるとの見解²²³や, 比例原則に適った活動であるとの見解²²⁴に対する反駁にある。インフォーマルな行政活動が, 常によい結果をもたらし, かつ法的規律を伴う手法よりも侵害の程度が緩やかであるとは限らない²²⁵ことは, これまでの検討によって明らかであり, この基準は妥当なものであると考える。また, ②の基準については, 改善申し合わせの検討で既に述べた。さらに, ③, ④および⑤の基準は, 黙認に限らずインフォーマルな行政活動を論じる文献において, 一般的に説かれている。すなわち, ゲンチュケの議論は, 黙認のみを想定したのではなく, 規範執行型のインフォーマルな行政活動一般の許容基準ないし法的限界を検討するという目的にとって, 有益かつ総括的な作業を呈示しているといえよう。

五 評価

規範執行型のインフォーマルな行政活動に関する限り, けっして否定的にのみ捉えるべきではないと思われる。なぜならば, インフォーマルな行政活動は, 制定法上に予定されている行為形式によっては達成されない問題の解決に資するのであり, あらゆる視点を含んだ包括的な問題解決にも資する場合があるからである。しかし, もちろんインフォーマルな行政活動には危険も伴う。したがって, インフォーマルな行政手法を活用する官庁に対しては, ゲンチュケのこのような基準に十分配慮することが要請されるというべきであろう。

ただ, 官庁に上記の配慮を要請することの他に, とりわけ第三者に対しては, 何らかの防御手段を与えることが必要である。第2章でみたように, インフォーマルな行政活動の第三者排除性に対処するために, 法関係説を応用する, バイエルリンの提言があつた。しかし, 第2章五④の判例にみられるように, ドイツのような第三者のための訴

訟制度が整備された国においても, インフォーマルな行政活動を裁判によって統制するという試みは, 必ずしも十分な成果を得るとは限らないことが示されている²²⁶。インフォーマルな行政活動の手段的な有用性を承認する立場をとるにしても, インフォーマルな行政活動に対する裁判による統制は, 最終的な権利保護の砦としての十分な機能を保持しなくてはならないというべきである。インフォーマルな行政活動から何らかの不利益を被る当事者, 第三者にとって, 実効性のある救済制度および法理論が要請されているといえるだろう。

第4章 これまでの考察をふまえて

一 それぞれに対する対処

本稿で検討したインフォーマルな行政活動は, 官庁の一方的な情報提供という形式をとる「警告・推奨」と, 官庁と市民との具体的な協力関係が存在する「規範代替型」および「規範執行型」の申し合わせである。規範執行型の下位類型には, 「事前折衝」, 「改善申し合わせ」, 「黙認」と呼ばれる活動があつた²²⁷。

それぞれの活動にはそれぞれの短所がある。行政官庁の相手方たる市民の権利侵害が問題となる場合, インフォーマルな行政活動の当事者以外の第三者が侵害される場合, あるいはインフォーマルな行政活動がもたらす, 行政の決定における第三者の排除性が問題となる場合等, それぞれの現象形態毎に問題の性質, 深刻さの程度は異なる。市民の権利・利益の保護という視点から, そのようなインフォーマルな行政活動をどのように統制していくかという問題は, いずれにしろ共通の課題であるが, 対処の仕方はそれぞれの類型毎に検討されるべきである。そして, 個別的な検討の結果えられた結論は, つぎのようなものであつた。

警告・推奨によって侵害をうけた者は, 裁判によって救済される場合もある²²⁸。しかし, 青少年宗教判決以降の判例は, 市民に対して侵害的な効果を及ぼす警告を, 制定法上の根拠がないにもかかわらず, 正当化している²²⁹。市民の権利に侵害的な効果を及ぼす警告の行政手段性を認める以上,

要件や目的を規定した法律を用意することや、関係者の聴聞等の事前手続を踏むことを予定した法律を整備することを考慮すべきであろう。

規範代替型申し合わせには法律を代替する場合と法規命令を代替する場合がある。ブロームによれば、法律を代替する場合の申し合わせは法律の留保に服し、法規命令を代替する場合の申し合わせは命令制定授權規範をもって正当化しようという²³⁰。しかし、規範代替型の申し合わせにおいては、通常法律の制定ないし法規命令の制定に際して踏まれるべき手続が踏まれないため、第三者の排除性は深刻である。したがって、法律の留保に服すべきか否かはともかく、行政活動の透明性を高めることによって市民の権利の安定を図るという視点および民主主義理念からの逸脱を防ぐという視点からは、一定の手続を踏むことを予定した法律を用意することが望ましいと思われる。

規範執行型の諸活動については、その使用が制定法上の規定の目的のよりよい遂行に役立ち、制定法上の既存の手段の投入によっては妥当な結果が得られないとみられる限りで、積極的に用いることを許容してよいと思われる²³¹。ただし、第三者の権利を害したり、裁量の瑕疵をもたらす活動は、厳に慎むべきである。例えば、官庁がインフォーマルな行政活動を行なう際には、連結禁止原則や公正な職務の執行等に配慮すべきである²³²。しかし、インフォーマルな行政活動の有用性を認めていく場合には、市民は、そのようなインフォーマルな行政活動が適切に用いられているかを知りえないという問題がある。このインフォーマルな行政活動のもたらす市民の排除性に如何に対処するかが問題となる。

二 「法関係」説の応用

このように規範執行型のインフォーマルな行政活動の有用性を認めることと、そのインフォーマルな行政活動のもたらす不利益を、どのように調整するかが問題となる。

第三者の排除性に基づく情報不足の解消のための提言を行なったのは、ベイエルリンである²³³。彼はインフォーマルな行政活動を契機として、一

種の行政手続法関係が発生する場合があると主張する。彼の提言によれば、この法関係からは、申し合わせの内容等についての、市民の官庁に対する情報提供請求権、官庁の側には市民に対する情報提供義務が生じるというものであった。このような提言が、解釈論としてにわかに採用されるところとなるかは疑問である。しかし、権利・義務を中心に据えた思考枠組みとしての法関係説が導いた、一つの試論として注目に値するように思われる。このように、法関係説は、解釈論を展開させる際の中心的な道標として、権利・義務を位置づける点に、好ましい特徴をみてとれるといえよう。

三 まとめ

インフォーマルな行政活動は多様であり、それぞれにみあった統制のあり方が、個別的に検討されるべきである。そのためには、インフォーマルな行政活動を、一定の形式に当てはめることによって、構造化することが必要である。この作業は、いずれ新たな公式制度を生み出すことにつながっていく場合もあるであろう。その一方で、公式化の裏側で常に生じうるインフォーマルな行政活動に対しては、必要に応じて解釈論による統制が要請されることとなろう。その際に法関係説が一定の役割を果たしうるのか否かは、今後の学説・判例の展開によって、明らかになっていくものと思われる。

以上のように、本稿は、必ずしもインフォーマルな行政活動の統制のあり方について、十分な解決策を提示しえたとは思わないが、一つの考え方は示しえたのではないかと思う。しかし、よりよい統制のありかたを模索する作業はこれで終わりをつげるものではなく、これからも現実の行政活動の実態がいかなるものかを知ることとおして、いかなる法理論が要請されているのかを探ることが、市民の権利の安定を期すためには必要であると考えられる。

注

1 ドイツにおけるインフォーマルな行政活動の論

議を紹介または検討するものとして、参照、高橋正徳「西ドイツにおける「インフォーマルな行政作用」の法的統制」岡山大学法学会雑誌38巻1号(1988年)147頁以下、塩野宏「行政法と行政スタイル」ジュリスト929号(1989年)118頁以下、藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』(勁草書房・1991年)167頁以下、村上淳一『ドイツ現代法の基層』(東京大学出版会・1990年)67頁以下、大橋洋一『現代行政の行為形式論』(弘文堂・1993年)103頁以下、同「行政手法からみた現代行政の変容」ジュリスト1030号(1993年)88頁以下。また、ヴィンフリート・プローム(大橋洋一訳)「インフォーマルな行政活動」法政研究第60巻第3-4号(1994年)535頁以下。Vgl. W. Brohm, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl 1994, S. 132ff. また、クレプファーは、インフォーマルな行政活動とわが国の行政指導とを比較している。Vgl. M. Kloepfer, Gyosei Schido und Das informelle Verwaltungshandeln im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990, S. 83ff. ただ、現在ドイツにおけるインフォーマルな行政活動の議論は、今日的な問題として語られているが、そこで論じられている現象は、必ずしも新しいものではなく、一般的に行政法体系の中に位置づけてこられなかったにすぎない。ホルストホフやイゼンゼーは、その存在を重視していた。Vgl. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1973, S. 74.; J. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1978, S. 188ff. また、規範の執行場面におけるインフォーマルな行政活動について、1992年のドイツ国法学者大会でも、『行政私人間の契約と申し合わせ』とのテーマの下で、ブルマイスターが研究報告を行なっている。Vgl. J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52. 1993, S. 190ff.

2 マイントツについての紹介は、レナーテ・マイントツ著、片岡寛光監修、縣公一郎訳、『行政の機能と構造—ドイツ行政社会学—』(成文堂・1986年)239頁参

照。Vgl. R. Maintz, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 3. Aufl., 1985. 本書は、公式な規範構造を前提としている行政活動が、しばしば、その規範から逸脱するという視点から、行政を社会的に分析している。本書では、行政の任務、行政組織、公務員制度、執行過程等を取り扱っている。

3 Vgl. R. Maintz, Die Implementation Politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, Die Verwaltung 71, 1977, S. 51ff. 吉野正三郎監訳、『M. レービンダー法社会学』(晃洋書房・1990年)218頁参照。実施(Implementation)とは、政治的作用プログラムの適用と実施であると理解されている。

4 規範の執行の場面における非公式な行政活動の存在に言及するルーマンも、経験的研究の欠如を指摘する。Vgl. N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969. この新版の翻訳としては、今井弘道『手続を通しての正当化』(風行社・1990年)85頁以下参照。日本においても、社会学者の関心は、法の執行課程に向けられつつある。参照、棚瀬孝雄「法化社会と裁判—国際化時代の日本の裁判」ジュリスト971号(1991年)68頁以下、六本佳平「規制過程と法文化—排水規制に関する日英の実態研究を手掛かりに」内藤謙他(編)『平野龍一先生古稀祝賀論文集(下)』(有斐閣・1991年)25頁以下、宮澤節夫「立法・法執行過程の法社会学」法律時報64巻10号(1962年)14頁以下。また、この流れに位置づけうる行政学者の業績としては、森田朗『許認可行政と官僚制』(岩波書店・1988年)、また行政法学者による業績としては、大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣・1989年)、北村喜宣「環境行政法と環境刑法の交錯—水質汚染防止法の執行における行政と警察(1)~(4)」自治研究67巻7号~8号(1991年)がある。

5 Vgl. E. Bohne, Der Informale Rechtsstaat, 1981, S. 20ff., 50ff.; C.-E. Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 78, 1984, S. 439.

6 Vgl. Bohne (Anm. 5), S. 22ff.

7 日本における行政指導研究については、参照、林修三「いわゆる行政指導について」行政と経営8号

- (1962年) 17頁, 塩野宏「行政指導」行政法講座 6 卷(有斐閣・1965年) 13頁以下『行政課程とその統制』(有斐閣・1988年) 181頁以下, 成田頼明「行政指導」雄川一郎=高柳一編『現代の行政』(岩波書店・1966年) 131頁以下, 遠藤博也「行政権限の競合と融合」北大法学論集19巻4号(1969年) 34頁以下, 高田敏「行政指導と「法律による行政」の原理」法学教室第2期5号(1974年) 84頁以下, 田中二郎『司法権の限界』(弘文堂・1976年) 260頁以下, 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房・1976年) 109頁以下, 財行政管理研究センター『行政指導に関する調査研究報告書』(1981年), 山内一夫『行政指導』(弘文堂・1977年), 芝池義一「行政法における要綱および協定」塩野宏ほか編『基本法学 四 契約』(岩波書店・1983年) 277頁以下, 山内一夫『行政指導の理論と実際』(ぎょうせい・1984年), 千葉勇夫『行政指導の研究』(法律文化社・1987年), 関哲夫『行政指導』現代行政法全集⑤(ぎょうせい・1991年)。
- 8 わが国の行政手続法はその26条から29条において行政指導について規定している。そこでは, 非権力性, 不当な取扱の禁止, 行政指導の方式等が規定されている。
- 9 行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分」の解釈について, 伝統的見解は, これを「国民の権利義務に法的効果を及ぼす行為」に限定する。しかし, 法律制度の上で, 行政指導に従わなかった場合に何らかの不利益措置が予定されている場合には, その取消し訴訟を認めるべきであるとの見解もある。参照, 千葉, 前掲書, 151頁以下, 山内, 前掲書, 104頁以下。
- 10 参照, 千葉, 前掲書, 118頁以下, 山内, 前掲書, 108頁以下。
- 11 参照, 千葉, 前掲書, 118頁, 原田尚彦『行政法要論』全訂第3版(学陽書房・1994年) 176頁。
- 12 Vgl. W. Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40, 1982, S. 226.
- 13 Vgl. Bohne (Anm. 5), 1981.
- 14 Vgl. E. Bohne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75, 1984, S. 343ff.
- 15 Vgl. Bohne (Anm. 5), 1981, S. 46f., S. 71f.; ders (Anm. 14), 1984, S. 344.
- 16 Vgl. ders, 1981, S. 44f.
- 17 Vgl. E. Bohne, Handwörterbuch des Umweltrechts II, 1988, Sp. 1056; C. Barnard, The Functions of the Executive, 1938. この翻訳として田杉競監訳『経営者の役割』(ダイヤモンド社・1956年) 参照。
- 18 Vgl. F. Ossenbühl, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: Jahrbuch des Umwelts- und Technikrechts (UTR) 1987, S. 29.
- 19 Vgl. Bohne (Anm. 17), 1988, Sp. 1056. オッセンビュールのいう「インフォーマル」の概念に対するボーネの反論は, さしあたり環境法辞典における記述でしかみられなかった。
- 20 Vgl. M. Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989 S. 276.
- 21 Vgl. ders, S. 287.
- 22 Vgl. Brohm (Anm. 1), S. 134.; H.-G. Henneke, Informelles Verwaltungshandeln im wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, NuR 1991, S. 271.
- 23 参照, 千葉, 前掲書, 5頁, 阿部泰隆『行政の法システム上』(有斐閣・1992年) 373頁, 395頁以下。阿部教授は, 行政指導の一類型として「情報提供型行政指導」および, それと密接な関係のあるものとして「情報提供・啓発手法」という行為類型を挙げる。
- 24 特定人に対するもののみ行政指導の概念に含めるものとして, 参照, 市原昌三郎『行政法講義』(法学書院・1988年) 158頁, 田中館照橘『セミナー行政法』(自治日報社・1970年) 196頁, 成田, 前掲論文, 132頁, 和田英夫『行政法講義』上(学陽書房・1982年) 144頁。関, 前掲書, 18頁。もっとも, 平成5年制定の我が国の行政手続法は, 2条6号において行政指導の定義を設けており, 用語の射程が明確化されている。

- 25 ただ、日本における行政指導の議論が、かなりの程度、実定法に規定されているものも検討の対象としている点で、ドイツにおける議論とは異なる。このことは「インフォーマル」という概念から必然的に生じる差異といえよう。
- 26 参照、田中二郎，前掲『司法権の限界』260頁以下，原田，前掲『行政法要論』171頁以下，南博方『行政法』(有斐閣・1981年) 100頁。
- 27 参照，千葉，前掲書，22頁。その他に，「規制的・調整的行政指導」と「受益的・助成的行政指導」にわける論者として，和田，前掲『行政法講義』上146頁参照。
- 28 上述のようにボーネはインフォーマルな一方的高権的行政活動の概念に反対する。しかし，本稿ではインフォーマルな一方的高権的行政活動をも対象として論じるゆえに，ボーネの分類では不十分である。また，法的限界をさぐるためにはボーネの分類をさらに細かく分ける必要があると思われる。
- 29 Vgl. Bohne (Anm. 14), 1984, S. 343f.
- 30 Vgl. P. Kunig, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBI 1992, S. 1194.
- 31 Vgl. Bohne (Anm. 14), 1984, S. 361f.
- 32 Vgl. ders, S. 368.
- 33 参照，大橋，前掲『現代行政の行為形式論』120頁。
- 34 Vgl. H-W. Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1987, S. 186.
- 35 Vgl. Bohne (Anm. 14), 1984, S. 347f.
- 36 Vgl. ders, S. 347.
- 37 Vgl. ders, S. 354.
- 38 Vgl. H. Jarass, Reichweite des Bestandschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Maßnahmen, DVBI 1986. S. 320.
- 39 Vgl. Bohne (Anm. 5) 1981, S. 173ff.
- 40 Vgl. ders, S. 178ff.
- 41 Vgl. W. Hoppe/M. Beckmann, Umweltrecht, 1989, S. 158.
- 42 用語の不統一を克服しつつ，諸活動を法的に検討し，類型化することが要請されているといえよう。

- 43 Vgl. Bulling (Anm. 20), S. 280.
- 44 Vgl. ders, S. 281. もっとも，協定の場合，州政府と発電所側との間で結ばれた窒素酸化物の排出量に関する協定や，やはり州政府と発電所との間で結ばれた技術的な改善措置に関する協定といったように，規範を代替するものもあれば，執行を代替するものもある。
- 45 Vgl. Bohne (Anm. 14), 1984, S. 358f.
- 46 Vgl. A. Randelzhofer/D. Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981.
- 47 Vgl. ders, S. 65.
- 48 Vgl. G. Wüterich, Zur Duldung im Umweltstrafrecht, UPR 1988, S. 250.; Bohne (Anm. 14), 1984, S. 356.
- 49 Vgl. D. Gentzcke, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 76.; J. Fluck, Die Duldung des unerlaubten Betriebs genehmigungsbedürftiger Anlagen, NuR 1990, S. 199.
- 50 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 76. 違法状態の認識を，黙認概念の要素とするかどうかは一致していない。
- 51 Vgl. Henneke (Anm. 22), S. 271.; A. Benz, Verhandlungen Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 84, 1990, S. 85. ベンツはこの論稿で，インフォーマルやコオペラティブといった概念の混乱状況を指摘して，整理を試みている。

	公式(formal)	非公式(informal)
手続 高権的	公式な聴聞	非公式な聴聞
結果	行政行為	黙認
手続 協力的	公式な参加	非公式な交渉
結果	契約	申し合わせ

この表によれば，「フォーマルな活動とインフォーマルな活動」および「高権的な活動と協力的な活動」という両側面から，行政活動体系を整理している。ベンツは，積極的黙認をも協力型とみなさない。彼

は、「違法状態の黙認は、侵害、規制を放棄するという一方的行政の決定を含む」と述べて、黙認は、高権的性格を有するという。すなわち、彼によれば高権的かつインフォーマルな聴聞の結果が、黙認となる。しかし、第3章で検討するように、黙認が違法ではなく、一つの行為類型たりうるための要件として、事業者と官庁との協力関係の存在を上げる場合、一方的な活動として黙認をとらえることは適切でない。

52 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 22., S. 76. 大橋教授は、ここで述べた申請行為に際して行われる積極的黙認を、わが国の用語法に従い、「応答留保」として特徴づけ、事後命令回避的な改善措置にかかわる黙認を、「規範執行型申し合わせ（改善申し合わせ）」に含めて論じておられる。

53 Vgl. Fluck (Anm. 49), S. 198.

54 黙認について、それが可罰可能性を否定するの可否かという刑法的な観点から検討する論稿も少なくない。Vgl. Randelzhofer/Wilke (Anm. 46), S. 13ff.; Gentzcke (Anm. 49), S. 125ff.

55 大橋教授はこれらの活動を「協力型行政指導の現象形態」として包括し、下位区分として、「申請行為付随型」と「職権行為付随型」に分類する。そして、「申請行為付随型」には、上述の「事前折衝」、「処分案および付款の事前提示」、「応答留保」のほかに、さらに「権限の融合」を一つの類型として、そこに含める。一方、「職権行為付随型」には、命令回避的な「規範執行型申し合わせ」、「規範代替型申し合わせ」、「協定」を含める。

56 例えば、地方自治体の建築指導要綱やゴルフ場指導要綱等が有名である。要綱行政について、参照、千葉、前掲『行政指導の研究』164頁以下、山内一夫『行政指導の理論と実際』85頁以下、関、前掲『行政指導』149頁以下、行政規則については、参照、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣・1989年）。社会保障行政においても指導要綱が行政指導基準として用いられている。

57 Vgl. J. Becker, Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV 1985, S. 1011.

58 Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 12), S. 211.; Henneke (Anm. 22), S. 269f.; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 31f.

59 行為形式説について筆者が参照したのは以下の文献である。Vgl. F. Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltungshandlns, JuS 1979, S. 681f.; E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, S. 533.; K. König, Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns, Verwaltungsrundschau 1990, S. 401ff.; K. Becker-Schwarze (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991.

60 Vgl. Schmidt-Aßmann (Anm. 59), 1989, S. 533.

61 Vgl. ebenda.; W. Pauly, Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: Becker-Schwarze (Anm. 59), 35f.

62 Vgl. Ossenbühl (Anm. 59), 1979, S. 681f.

63 Vgl. Schmidt-Aßmann (Anm. 59), 1989, S. 533f.

64 Vgl. Ossenbühl (Anm. 59), 1979, S. 682.; Schmidt-Aßmann (Anm. 59), 1989, S. 533.

65 Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 22ff. ワルター・イエリネクの単純高権行政活動については、参照、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣・1988年）147頁以下、大橋、前掲『現代行政の行為形式論』105頁以下。ローバースは、事実行為と同義で用いられている現状について異議を述べる。Vgl. G. Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, S. 272ff.

66 Vgl. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2, Aufl., 1953, S. 53.

67 Vgl. H. Bauer, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Die Verwaltung 86, 1992 S. 301ff.; ders, VerwArch 78, 1987, S. 258f.; Henneke (Anm. 22), S. 274.; M. Schulte, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt-und Gesundheitspflege, DVBl 1988, S.

- 513.
- 68 Vgl. Robbers (Anm. 65), S. 272ff. ローバースは、単純行政活動を、規制準備、規制回避といった機能的観点から類型化することを試みている。
- 69 Vgl. Pauly, (Anm. 61), S. 36.; U.D. Fabio, System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: Becker-Schwarze (Anm. 59), S. 63f.
- 70 OLG Stuttgart=NJW 1990, S. 2690f.; LG Satuttgart=NJW 1989, S. 2257f. 本判決は、この警告を警察法上の概括条項に根拠を見出しているため、ここでの警告は必ずしもインフォーマルな行政活動とはいえない。しかし、警告を授権する法律ではないため、根拠や手続の必要性、警告の内容についての限界等の問題は、依然として残り、インフォーマルな警告・推奨と問題の状況は異ならないというオッセンビュールの指摘がある。Vgl. F. Ossenbühl, Zur Sataatshaftung bei behördlichen Warnungen vor Lebensmitteln, ZHL 155 (1991), S. 329ff. (S. 331f.)
- 71 OLG Stuttgart=NJW 1990, S. 2690f., LG Stuttgart=NJW 1989, S. 2260f.
- 72 LG Stuttgart=NJW 1989, S. 2261.
- 73 Vgl. W. Pauly, Der Regelungsvorbehalt, DVBI 1991, S. 522.
- 74 Vgl. Pauly (Anm. 73), S. 525.; Schmidt-Aßmann (Anm. 58), 1982, S. 27. mit Fn. 41. シュミット・アスマンは「法形式を、法的に構築された行政の統制手法のみを指すものとして用い、行為形式という概念を、法律学以外の視点、特に手段的側面を強調する上位概念として用いるのがより正確であろう。例えば補助金の給付や計画は行為形式であるが、けっして固有の法形式ではない」という。
- 75 Vgl. Schmidt-Aßmann (Anm. 59), 1989, S. 541. シュミット・アスマンは、行為形式説を、常に将来的に発展する理論枠組みとして把握する。すなわち、インフォーマルな行政活動は、形式による構造化を介して新たな前形式を発展させる誘引 (Herauforderung) としてとらえられている。
- 76 ドイツの法関係論を検討するものとして、参照、山本隆司「行政上の主観法と法関係(一)(二)」法学協会雑誌110巻(1993年)10, 11号, 人見剛「ドイツ行政法学における法関係論の展開とその現状」東京都立大学法学会雑誌32巻(1991年)1号105頁以下, 村上武則「西ドイツにおける給付行政の法関係について」伊藤満先生喜寿記念『比較公法学の諸問題』(八千代出版・1990年)159頁以下。
- 77 Vgl. N. Achterbeg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 372.
- 78 Vgl. Bauer (Anm. 67), 1992, S. 317.
- 79 Vgl. ders, S. 312f.
- 80 Vgl. E. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl 1986, S. 914f.
- 81 Vgl. O. Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972, S. 231. 参照, 塩野宏「O・バッホフ, W・フローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティーク』」『公法と私法』(有斐閣・1989年)341頁以下。
- 82 Vgl. Ehlers (Anm. 80) S. 915.; Bauer (Anm. 67), 1992, S. 314.
- 83 Vgl. Bachof (Anm. 81), S. 193. S. 231.; Achterberg (Anm. 77), S. 382.; P. Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis-ein Problemskizze, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248ff.
- 84 Vgl. H. Meyer, VVDStRL 45, 1987, S. 272. ドイツにおける法関係説に対する批判的見解については、前掲人見論文123頁以下を参照。
- 85 Vgl. Bauer (Anm. 67), 1992, S. 315.; Schmidt-Aßmann (Anm. 59), 1989, S. 540.; Schulte (Anm. 67), S. 513.; Ehlers (Anm. 80), S. 915.
- 86 Vgl. Bauer (Anm. 67), 1992, S. 320f.
- 87 Vgl. ders, S. 320. 例えばAO38条の規定する租税債務関係。
- 88 Vgl. H. Hill, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, NJW 1986, S. 2608.
- 89 Vgl. H.P. Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1991, S. 263.
- 90 Vgl. Häberle (Anm. 83), S. 248ff., S. 270.; H

- U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 144.
- 91 Vgl. U. Beyerlin, Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens?, NJW 1987, S. 2713ff.
- 92 Vgl. Bohne (Anm. 5), S. 51f.
- 93 Vgl. H.D. Jarass, Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen, 1985, S. 196f.
- 94 Vgl. Beyerlin (Anm. 91), S. 2718.ただし、バイエルリンは、このような法関係が発生するためには、手続の開始に向けられた官庁の意思表示の存在が条件となることを示唆している。
- 95 Vgl. ders, S. 2719f.
- 96 評価する論者はいても、明確に反対する論者はいない状況にある。Vgl. Schulte (Anm. 67), S. 514.; P. Kunig/ S. Rublack, Aushandeln statt Entscheiden?, Jura 1990, S. 6.; Fluck (Anm. 49), S. 199f.; Henneke (Anm. 22), S. 275.; Bauer (Anm. 67), 1992 S. 321.
- 97 Vgl. F. Ossenbühl, DVBI 1989, S. 623.レンゲリングの著書(注34)の書評である。
- 98 Vgl. W. Jakob, Abgabenordnung, 1991, S. 49, S. 131ff.; K. Koch/J. Buchstab, Abgabenordnung, 1986, S. 886ff.日本語の文献としては、中川一郎『西ドイツ1977年AO草案の臨場検査に基づく拘束確言に関する規定』税法学300号(1975年)167頁以下、木村弘之亮「西ドイツにおける税務調査」日税研論集・VOL 9(財団法人日本税務研究センター・1989)147頁以下参照。臨場検査とは、通常は、すでに行なわれた租税確定(Steuerfestsetzung)の後に、納税義務者の利益あるいは不利益になる処分を、新たにやりなおすために行われる事実調査である。臨場検査は、財務官署の審査命令にもとづいて行われるもので、審査には、査定機関とは組織上異なる営業審査機関(Betriebsprüfungsstelle)の検査官がその任にあたる。臨場検査は、最終協議(Schlußbesprechung)をもって終結し、書面にその内容が記載され、それは、財務官署の査定機関によってなされる変更決定のための基礎とされる。しかし、臨場検査の結果は、法的な拘束力を有していないとされているため、両当事者間の合意はあくまでインフォーマルなものである。
- 99 Vgl. J. Martens, Vergleichsvertrag im Steuerrecht?, StuW 1986, S. 98.マルテンスは、「事実的な合意」「Tatsächliche Verständigung」という特徴づけよりは、「事実に関する合意」「Verständigung über Tatsächliche」というべきであると適切に指摘している。本稿では、「事実的な合意」とせず、「事実の合意」とするのは、このマルテンスの指摘を考慮したことによる。
- 100 Vgl. BFH. BStBlII, 1985, S. 354ff.
- 101 租税法領域において和解が可能かという問題もあるが、本判決は、租税請求権についての和解は許されないが、課税の基礎となる事実についての和解は可能であるとの立場をとるようである。Vgl. BFH, BStBlII, 1985, S. 357.なお、本判決の評釈は、Vgl. Martens (Anm. 99), S. 97ff.
- 102 Vgl. BFH, BStBlII, 1991, S. 45ff.
- 103 Vgl. BFH, BStBlII, 1991, S. 673ff.
- 104 Vgl. H. Maurer, Der Verwaltungsvertrag -Probleme und Möglichkeiten, DVBI. 1989, S. 802.マウラーは、契約に分類する。
- 105 Vgl. Jakob (Anm. 98), S. 29f.ヤコブは、このような合意に確約の法理を援用することを主張する。確約について、乙部哲郎『行政上の確約の法理』(日本評論社・1988年)参照。
- 106 Vgl. Bauer (Anm. 67), 1992, S. 323.
- 107 Vgl. NVwZ 1985 S. 756ff.
- 108 Vgl. Sellner, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., 1988, S. 284f.
- 109 Vgl. Bauer (Anm. 67), 1992, S. 323.
- 110 Vgl. ebenda.
- 111 Vgl. Meyer (Anm. 84), S. 272.
- 112 Vgl. F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 68f.; Schulte (Anm. 67), S. 514.
- 113 Vgl. Schulte (Anm. 67), S. 514.
- 114 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Ver-

- waltung 88, 1994, S. 137ff. シュミット・アスマンは、規範の執行不全の原因を、政策の欠如にあるとみて、行政法に政策的な発想を導入することの必要性を説く。ただし、政策は、判例・学説によるドグマティックの展開との調整が要請されるという。
- 115 警告・推奨について筆者が参照したのはつぎのものである。
- Vgl. Ossenbühl (Anm. 112), 1986.; ders (Anm. 18), 1987, S. 27ff.; K-P. Dolde, Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln, 1987.; H. Sodan, Gesundheitbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, S. 858ff.; G. Lübbecke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, S. 2705ff.; Schulte (Anm. 67), S. 512ff.; Pinger, Die Aufrufe des Umweltbundesamtes, JuS 1988, S. 53ff.; R. Philipp, Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1989.; G. Robbers, Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, S. 84ff.; M. Heinzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 81, 1990, S. 532ff.; R. Wahl/ J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 f.; R. Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBI 1990, S. 619ff.; ders, Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen wirtschaftspolitisches Ziel und verwaltungsrechtliche Aufgabe, WUR 1991, S. 71 ff.; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBI 1991, S. 667ff.; C. Gramm, Aufklärung durch staatliche Publikumsinformationen, Der Staat 30, 1991, S. 51ff.; F. Schürmann, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, 1992, S. 258ff.
- 116 Vgl. Ossenbühl (Anm. 112), 1986 S. 15ff.
- 117 Vgl. B. Pieroth/ B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 1986, Rn. 271.
- 118 Vgl. A. Bleckmann/ R. Eckhoff, Der mittelbare Grundrechtseingriff, DVBI 1988, S. 373ff.
- 119 Vgl. BVerwGE 71, 183ff.
- 120 Vgl. G. Schwerdtfeger, Verbrauchslenkung durch Information, in: Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 715ff.
- 121 Vgl. Pieroth/ Schlink (Anm. 117), Rn. 271.; Ossenbühl, (Anm. 112), 1986, S. 14f.
- 122 Vgl. BVerwGE 71, 191.
- 123 Vgl. Philipp (Anm. 115), S. 103.; Lübbecke-Wolff (Anm. 115), S. 2709. リュベ・ボルフは、職業を客観的に規制する傾向 (objektiv berufsregelnder Tendenz) をもつ活動を、基本権との関連性を有する活動として把握する。
- 124 BVerwGE 71, 193f.
- 125 Vgl. BVerwGE 71, 191f.; U. Ramusauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, S. 180ff.; ders, Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch 72, 1981, S. 89f., S. 99ff. 侵害の強度と直接性ないし間接性との相関によって侵害の帰責を判断する「規範の目的理論」を採用したものである。参照、高木光『事実行為と行政訴訟』317頁以下。
- 126 Vgl. BVerwGE 71, 198f.; Schwerdtfeger (Anm. 120), S. 719. ライヒ保険法 (Reichsversicherungsordnung) 368条eが、保険医に対して「経済性」の考慮を義務づけているため、安価でかつ実効的な薬品の使用のためには、リストの参照が欠かせないという事情がある。
- 127 Vgl. Philipp (Anm. 115) S. 135ff., Lübbecke-Wolff (Anm. 115), S. 2710.; Schulte (Anm. 67) S. 516.
- 128 Vgl. Ossenbühl, (Anm. 112), 1986, S. 1.
- 129 Vgl. F-Z. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 1991, Rn. 139ff.; ders, Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen, DÖV 1978, S. 11f.
- 130 Vgl. Ossenbühl, (Anm. 112), 1986, S. 2f. ここでとりあげた事例は、第2章二でとりあげたビル

- ケル事件とは異なり、適法な製品に関する警告・推奨である。
- 131 Vgl. Ossenbühl, (Anm. 112), 1986 S. 38ff.
- 132 Vgl. Ossenbühl, (Anm. 112), 1986 S. 50.
- 133 Vgl. Gröschner (Anm. 115), 1991, S. 75.; Philipp (Anm. 115), S. 78.; Lübbecke-Wolff (Anm. 115), S. 2711.
- 134 Vgl. J. Oebbecke, DVBI 1988, S. 66. オッセンビューールの著書(注112)の書評である。
- 135 Vgl. Gröschner (Anm. 115), 1990, S. 627.
- 136 Vgl. Lübbecke-Wolff (Anm. 115), S. 2711. 例えば、中立的、客観的、専門的見地から行なわれる警告・推奨は、競争秩序を乱さないで適法であるとの見解がある。
- 137 Vgl. Philipp (Anm. 115), S. 147ff.
- 138 Vgl. ders., S. 160f.
- 139 Vgl. ders., S. 232f., S. 240.
- 140 Vgl. Gröschner (Anm. 115), 1991, S. 75.; Gramm (Anm. 115), S. 77.
- 141 Vgl. BVerwGE 82, 76ff.
- 142 原告は、憲法異議を提起した。しかし、連邦憲法裁判所は、連邦行政裁判所に追随している。Vgl. NJW 1989, S. 3269ff.
- 143 Vgl. BVerwGE 82, 80.; Gröschner (Anm. 115), 1990, S. 620. グレシュナーが整理しているように、広報活動とは、政府の政策、その措置、事業、および将来的に解決すべき問題を説明することであり、その目的は、政府の政策およびその措置、決定、解決の提言を公的に説明し、それによって民主主義的共同体において必要な国家と市民との間の基本的合意を維持することにある。すなわち、広報活動は、政治的に活動する者の意思形成に寄与する活動であり、警告・推奨は、私的に活動する個人についての見解の表明なのである。このように、広報活動と警告・推奨は、基本的に異なる性格を有するものとして区別する立場が、学説の一般的傾向である。このような概念整理にもかかわらず、判決をみるに、広報活動の意義は、警告・推奨をも含む概念として広くとらえられている。
- 144 Vgl. BVerwGE 82, 81.
- 145 Vgl. Wahl/Masing (Anm. 115), S. 555.; K.-U. Meyn, Warnung der Bundesregierung vor Jugendsekten-BVerwG, NJW 1989 S. 2272, und BVerfG, NJW 1989, 3269, JuS 1990, S. 630ff.; C. Gusy, Anmerkung zum Jugendsektenurteil des BVerwG vom 23. 5. 1989, JZ 1989, S. 1003ff. ギジーは、憲法上の任務にもとづく連邦の基本権侵害を許容することによって、基本法30条の規定する州と連邦の管轄配分を回避することが可能となることを指摘するとともに、そのために払われるドグマーティクの犠牲の大きさも指摘する。以下で挙げる判決も、連邦の管轄を根拠づけるために、憲法上の任務による正当化という論理を採用したものとされる。
- 146 Vgl. BVerwGE 87, 36ff.
- 147 Vgl. BVerwGE 87, 38.
- 148 Vgl. BVerwGE 87, 49f.
- 149 Vgl. Schoch (Anm. 115), S. 672.; M. Schulte, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18. 12. 1990, WUR 1991, S. 232.; R. Gröschner, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18. 12. 1990, JZ 1991, S. 630.
- 150 Vgl. BVerwG, NJW 1991, S. 1770ff.
- 151 Vgl. D. Discher, Mittelbarer Eingriff, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungskompetenz: Die Jugendsekten=Entscheidungen=BVerwGE 82, 76; BVerwG, NJW 1991, 1770; 1992, 2496; BVerfG, NJW 1989, 3269, JuS 1993, S. 463ff. (S. 469).
- 152 Vgl. BVerwGE NJW 1991, S. 1771f.
- 153 Vgl. Gusy (Anm. 145), S. 1004.
- 154 Vgl. Schürmann (Anm. 115), S. 299. シュールマンは、目的性のない事実に侵害を任務規範によって正当化することに賛成する。医薬品リスト判決において、リストの公表には通常法上の根拠を必要とすると判示されたのも、保険医は事実上リストを参照する必要があるため、立法者にとって、侵害的な効果の発生を予測することが十分可能であるとの裁判所の判断が背景にあったと考えられる。Vgl. Heintzen (Anm. 115), S. 544.
- 155 Vgl. F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt

- des Gesetzes, in: HStR III, J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), 1988, § 62., Rn. 33.本質性理論の研究については, 大橋, 前掲『現代行政の行為形式論』1頁以下参照。
- 156 議会留保については, 大橋, 前掲書, 28頁以下参照。
- 157 Vgl. Gramm (Anm. 115), S. 80.; Discher (Anm. 151), S. 467.
- 158 Vgl. H.A. Hesse, Der Schutz-Staat geht um?, JZ 1991, S. 744ff.国家に, 法治国原理の支配のもとで課せられる, 市民の保護, 内的外的危険の防御, 福祉制度の確保, 社会的活動のための枠としての法規範の展開等は, それらが保護措置であると宣言されるゆえに尊重される場合, 国家活動に固有の十分な正当化根拠があるものとされる限りで, 現代国家は, 保護国家であるという。
- 159 Vgl. Robbers (Anm. 115), S. 87f.
- 160 いままでに挙げた文献のほかに, 規範代替型申し合わせについて筆者が参照したのは, つぎの文献である。
- Vgl. J. Kaiser, Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1971, S. 585ff.; F. von Zezschwitz, Wirtschaftsrechtliche Lenkungs-techniken, JA 1978, S. 497ff.; J. Oebbecke, Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwehrenden Vereinbarungen, DVBl 1986, S. 793ff.; C. Baudenbacher, Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzesersetzender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft, JZ 1988, S. 689ff.; D. Murswiek, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, S. 985ff.; J. Scherer, Rechtsprobleme normersetzender Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts, DÖV 1991, S. 1ff.; W. Brohm, Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen, DÖV 1992, S. 1025ff.
- 161 Vgl. Kaiser (Anm. 160), S. 585f., Zezschwitz (Anm. 160), S. 498f.両事件に関する日本語の文献として, 沢田克己「経済行政指導と競争秩序」, 民商法雑誌第92巻3号(1985年)38頁以下参照。
- 162 Vgl. Baudenbacher (Anm. 160), S. 689ff.; M. Kloepfer, Umweltrecht, 1989, S. 208f.
- 163 Vgl. Brohm (Anm. 160), S. 1026.; Baudenbacher (Anm. 160), S. 692.; Murswiek (Anm. 160), S. 988.
- 164 Vgl. Murswiek (Anm. 160), S. 988.; Brohm (Anm. 160), S. 1026.
- 165 Vgl. Bohne (Anm. 15), 1984, S. 366.; Hopp/Beckmann (Anm. 41), § 9, Rn. 32.; Baudenbacher (Anm. 160), S. 693.; Murswiek (Anm. 160) S. 988.ムースビークは, 申し合わせの事前に, 官庁と企業との間に共通の利害関係があるか, あるいは利害対立がないか, 競争関係を混乱させないか等の枠条件の審査をすべきことを提言している。
- 166 Vgl. Brohm (Anm. 160), S. 1027.
- 167 Vgl. Oebbecke (Anm. 160), S. 799.
- 168 Vgl. Pieroth/ Schlink (Anm. 117), Rn. 158ff.
- 169 Vgl. ders, Rn. 163.; G. Robbers, Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, S. 926.基本権放棄については, 参照, 保木本一郎『遺伝子操作と法 知りすぎる知の統制』(日本評論社・1994年)152頁以下。
- 170 Vgl. Murswiek (Anm. 160), S. 985., S. 988.ムースビークは, 「拷問の手段を呈示することは, 拷問の第一段階である」と指摘する。
- 171 Vgl. Oebbecke (Anm. 160), S. 799.
- 172 Vgl. Zezschwitz (Anm. 160), S. 502.
- 173 Vgl. Oebbecke (Anm. 160), S. 797.例えば, 一定の製品を減少させるという内容を有する申し合わせによって, その製品の部品を製造している業者の営業の自由が侵害される場合等がある。
- 174 Vgl. Oebbecke (Anm. 160), S. 798.
- 175 Vgl. ders., S. 798.
- 176 Vgl. M. Kloepfer, Zu den neuen Umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, S. 743.; Baudenbacher (Anm. 160), S. 696f.; Brohm (Anm. 160), S. 1032.申し合わせのもたらす侵害は, 事実的な侵害であり, その発生は, 医薬

- 品リスト判決に従えば、「強度」や「目的性」いった基準によって判断されることになる。
- 177 本質性理論については、第3章第1節六参照。
- 178 Vgl. Baudenbacher (Anm. 160), S. 696.
- 179 Vgl. Henneke (Anm. 22), S. 272.; Oebbecke (Anm. 160), S. 796f.
- 180 Vgl. Brohm (Anm. 160) S. 1025ff.
- 181 Vgl. ders., S. 1033.ブROOMによれば、現状は、ほとんどの場合が違憲であるという。
- 182 Vgl. ders, S. 1033.
- 183 Vgl. ders, S. 1034.
- 184 Vgl. F. Ossenbühl, Rechtsverordnung, in: HStRIII, J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), 1988, § 64., Rn. 43.
- 185 Vgl. Bohne (Anm. 14), S. 370f.; Borhm (Anm. 160), S. 1033f.
- 186 Vgl. Rengeling (Anm. 34), S. 190.; Ossenbühl, (Anm. 184), Rn. 45.; Brohm (Anm. 160), S. 1033.裁判所は、法規命令が授権の範囲内か否か、憲法上の制限、例えば比例原則のような基本原則を尊重しているか否かを審査することができるにとどまり、特定の内容をもった法規命令の発令を命じることは、権力分立の観点から許されないとわれている。
- 187 Vgl. Brohm (Anm. 160), S. 1030f.
- 188 Vgl. Brohm (Anm. 160), S. 1034.; Oebbecke (Anm. 160), S. 799.連結禁止原則は、連邦行政手続法56条1項2文において明確化されている。参照、大橋、前掲『現代行政の行為形式論』136頁以下および170頁以下。
- 189 Vgl. C. Azpodien, Instrumente privater Normzweckerfüllung im Rahmen von § 14 Abs. 2 Abfallgesetz, DVBI 1990, S. 559ff.; J. Jekewitz, Zielfestlegungen § 14 Abs. 2 Abfallgesetz -ein Regelungsinstrument mit fraglichem Rechtscharakter, DÖV 1990, S. 51ff.本規定の内容は、まず、連邦政府が、関係団体の聴聞を行い、その結果を参考にして、一定期間内における廃棄物量の削減率を確定し、この目的設定が経済団体によって達成されない場合に初めて、法規命令による一方的規制が行われるというものである。
- 190 Vgl. Eberle (Anm. 5), S. 441.; Bulling (Anm. 20), S. 279.; Bauer (Anm. 67), 1987, S. 250.
- 191 Vgl. K. Bussfeld, Informales Verwaltungshandeln-Chancen und Gefahren, in: Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, H. Hill (Hrsg.), 1990, S. 39ff. (S. 45).
- 192 Vgl. Hoffmann-Riem (Anm. 12), S. 213f.; Kunig/ Rublack (Anm. 96), S. 8.
- 193 Vgl. Bohne (Anm. 5), S. 51f.官庁はしばしば事前折衝にかなりのコストをかけるため、容易にその結果を反故にできないからである。しかし、同報告によれば、そのような事前折衝に第三者が参加する場合は、全体の10パーセント程度しかないという。
- 194 Vgl. Bohne (Anm. 5), S. 132., 134f.
- 195 Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, § 19IV1.
- 196 Vgl. Eberle (Anm. 5), S. 451ff.
- 197 Vgl. G. Dauber, Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns: in, Becker-Schwarze (Anm. 59), S. 67ff. (S. 85f.).
- 198 Vgl. Kunig/ Rublack (Anm. 96), S. 5f.この問題については、第2章でみたように、法関係説を応用することによって解決することを提言するバイエルリンやパウアーといった論者がいる一方で、立法論によって対処しようとするパウリー等の論者がいる。
- 199 この分類については第1章で概念の整理をした際にすでに述べた。Vgl. Jarass (Anm. 38), 319f.
- 200 Vgl. Jarass (Anm. 93), S. 197f.
- 201 Vgl. Jarass (Anm. 93), S. 193.; ders (Anm. 38), S. 318f.
- 202 Vgl. Sellner (Anm. 108), S. 284f.羈束決定の意味については、第2章の五の判例④を参照。
- 203 Vgl. Rengeling (Anm. 34) S. 198.
- 204 Vgl. Jarass (Anm. 38), S. 320.もともと、ここでは許可に付款を予定しているイミッション防護法上の許可申し合わせを取り扱っているため、個

- 別事例の検討にとどまる。
- 205 Vgl. Bohne (Anm. 5), S. 178ff.; Jarass (Anm. 38), S. 320. ヤラスのいう「許可申し合わせ」は、ポーネのいう交換申し合わせの一類型である。大橋, 前掲『現代行政の行為形式論』117頁以下参照。
- 206 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 83ff.
- 207 Vgl. ders., S. 84.
- 208 Vgl. ders., S. 72f., S. 84f.; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 1991., Rn. 267. 行政便宜主義とは, 「警察および秩序行政は, 危険防御の任務を義務に則した裁量に従って遂行する」ことを意味する。行政便宜主義の妥当の下では, 行政官庁は, 「公益」を理由として介入を見合わせるができるが, 根拠のない不作為は危険防御という任務を恣意的に歪めることになり許されず, その場合は瑕疵ある裁量の行使となる。
- 209 水管理法の概要については, 参照, 前掲『各国の環境法』(1982年) 阿部泰隆執筆281頁以下。
- 210 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 105ff.; G. Lübke = Wolff, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits-, NuR 1989, S. 301. リュベ・ボルフは, 企業経済の考慮に基づく黙認を許容することに反対する。
- 211 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 111f. 例えば, 必要な許可がないために発せられる操業禁止処分が, 生産の停止, 労働市場の毀損, 下請け等の関係者の存在を否定するに等しい結果をもたらす場合や, 官庁が長期にわたって一定の状態を黙認し, なおかつ現在に至って介入しようとする場合には, 比例原則違反となる。
- 212 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 115f.; Randelzhofer/ Wilke (Anm. 46), S. 79.; G. Hermes/ J. Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988, S. 40. 信頼保護原則が例外的に官庁の介入を阻む限りで, 違法状態を黙認することが法的に要請されることになる。ゲンチュケによれば, この法的に要請される黙認は, 本来の黙認概念からはずれるものである。また, ドイツ行政法における信義則の展開について, 参照, 保木本一郎「ドイツ行政法における信義則—失権を中心として—」田中二郎先生古稀記念『公法の理論』上(有斐閣・1976年) 255頁以下。
- 213 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 116f. 例えば, 黙認が瑕疵ある裁量に基づくものでなくかつ適法であるといえるためには, 現に行なわれている水利用が水法上明らかに疑いのないものであり, 許可が付与されうる状態であることを要することになる。
- 214 Vgl. ders., S. 117.
- 215 Vgl. ders., S. 118.; Randelzhofer/ Wilke (Anm. 46), S. 93.
- 216 このような見解が一般的といえるかもしれない。Vgl. Bulling (Anm. 20), S. 289.; W. Brohm, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 798.
- 217 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 118.
- 218 Vgl. ders., S. 119.
- 219 Vgl. ders., S. 119f.
- 220 Vgl. ders., S. 120.
- 221 Vgl. ders., S. 121.; Bohne (Anm. 14), S. 351. ドイツにおいて「公平な職務の執行」という場合, それは, 官庁のために活動する者として不適格な者を除斥することの要請, すなわち連邦行政手続法20条, 21条で規定されている内容を指す。
- 222 Vgl. Gentzcke (Anm. 49), S. 121f. 連結禁止原則の適用の必要性は, 規範代替型申し合わせについても説かれていた。参照, 第3章第2節四。
- 223 Vgl. Becker (Anm. 57), S. 1011. 第2章一参照。
- 224 Vgl. Ossenbühl, (Anm. 18), 1987, S. 33.
- 225 Vgl. Rengeling (Anm. 34), S. 200.
- 226 阿部教授は, 義務づけ訴訟制度を含めた救済制度の不備を, わが国で行政指導がはびこる一つの原因として指摘していた。参照, 阿部泰隆「義務づけ訴訟論」田中二郎先生古稀記念『公法の理論』下(有斐閣・1977年) 2103頁以下。
- 227 第1章二参照。
- 228 第3章第1節二参照。

229 第3章第1節五参照。

230 第3章第2節三参照。

231 第3章第3節四参照。

232 第3章第3節四参照。

233 第2章四参照。