

行政指導の比較法研究

大橋, 洋一
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1906>

出版情報 : 法政研究. 56 (3/4), pp.35-90, 1990-03-24. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

行政指導の比較法研究

大橋 洋一

はじめに

- 一 西ドイツにおける伝統的な理解（単純高権行政論）
 - 二 新たな議論の登場（インフォーマルな行政活動論）
 - 三 協力型行政指導の現象形態（申請行為を中心として）
 - 四 協力型行政指導の現象形態（職権行為を中心として）
 - 五 一方的行政指導の現象形態
 - 六 インフォーマルな行政活動の存在理由
 - 七 行政指導の日独比較研究
- (一) 現象形態論
- (二) 統制手法論
- おわりに

はじめに

論 説

ドイツ法を母法とし、戦後はアメリカ法の強い影響下にある我が国の行政法学では、他の法律科目と同様、外国法

研究、とくに理論面での考察が盛んな状況にある。こうした外国法研究は多くの成果をもたらした反面、わが国の実務の実態を顧慮しなかったために、充分に受け入れられなかったものも決して少なくなかった。このような経験から、最近では、新しい制度・法理の紹介ないしはそれに基づく提言を行う場合にも、その前提として、従来の実務の実態を明らかにしておくことが重要であるという反省が（次第にはあれ）出てきているように思われる。^①理論と実務の關係、制度と運用の關係に着目するという視点を押し進めるならば、外国法研究それ自体についても、これまで重点の置かれてきた理論研究のほかに、諸外国における制度なり法理の運用状況を実態に即して分析することが新たに要請されることとなろう。^②このように、自国と他国の双方について理論と実務の關係に留意し、相互を比較検討することは、実定法学における比較研究にとって、今後は一つの重要な研究分野を形成するものと考ええる。本稿も、こうした視点のもとに構想された基礎的な作業にほかならない。

右に述べた視点に立った場合に、研究の素材として興味深いものの一つに、行政指導が挙げられよう。わが国において、行政指導は一つの行政の行為形式（eine Handlungsform der Verwaltung）にとどまるものでなく、他の行為形式を補完・代替するなど、きわめて広範に用いられているものであり、この手法の過剰性がわが国の行政法制度・法運用の一つの特色を示すことは疑いのないところである。^③この点を重視して、日本は西欧型の法治国家ではなく行政指導国家であるとの指摘すら聞かれるところである。しかしながら、これもよく知られているように、従来の行政指導の研究においては、それが多用される原因として、しばしば日本人の国民性とか、日本社会の特色、ないしは儒教の伝統などが強調され、これが法律学の研究にも転用される傾向が否定できないところであった。その際、実証的な比較法研究を経ることなく、広く行政指導一般がわが国に特有な手法であると帰結されることも少なくなかったように考える。しかし、最近ではこのような単純な文化論に還元するのではなく、行政指導が用いられている原因をより客観的な見地から調査・研究することを要請した見解も現れてきている。^④換言すれば、わが国において行政指導の名で呼

ばれている手法が他の国においても用いられているのか、という問題を設定したうえで、仔細に外国法研究を進めることが要請されているのである。研究対象としては、例えば、アメリカにおいてインフォーマルな行政活動の名で呼ばれている手法、とりわけネゴシエーションなども考えられるし、さらに、本稿が主たる考察対象とする西ドイツ法においても今日では豊富な素材が提示されている状況にある。⁵⁾

筆者はこれまで行政手続、行政契約、行政規則について研究する機会をえたが、その際には、わが国の行政実務の実態分析にも重点を置くように努めてきた。⁶⁾ そうした過程の中で、わが国の行政運営において行政指導が極めて大きな地位を占めていることを、再認識せざるを得ない結果に至っている。そこで、右に述べた視点の下に、これまでの研究で明らかにしたわが国の行政スタイルと外国のそれとを比較検討することが次の新たな課題とならざるをえないように考える。したがって、この意味において本稿は筆者の従来の研究を補完するものにほかならない。

以下では、具体的な素材を挙げながら、行政指導に相当する手法が外国にも存在することを実証したうえで、両者の異同を論ずることとしたい。⁷⁾ その理由は、従来なお具体的な事例研究に基づいた外国法研究がこの分野では不十分であったからである。本稿では、文献に現れたところを中心に筆者が西ドイツで行った若干のインタビュの結果もふまえながら、検討をくわえることとしたい。⁸⁾

一 西ドイツにおける伝統的な理解（単純高権行政論）

インフォーマルな行政活動への問題関心が従来の西ドイツにおいてまったく欠けていたわけではない。例えば、ワルター・イエリネックの唱えた「単純高権行政（*schlichte Hoheitsverwaltung*）」のように、わが国でいう行政指導を内容

として含みうる概念も存在したところである。そこで、以下では、イエリネックの説いた右の概念の検討から始めることとしよう。彼は、官憲的行政 (die obrigkeitliche öffentliche Verwaltung) と対比して、権力を用いることなく市民の福祉向上を目的としてなされる行政活動の意味で、単純高権行政の語を使用している。これは、大要、次の三つのグループに分けることが可能である。第一は、行政が、市民との接触なしに、または接触を必要とせずになす活動である。⁹⁾ 具体的には、芸術計画にしたがった市建造物の建築、芝生の敷設、道路敷地の準備、道路の補強・維持・清掃、近代のごみ処理施設の建設、水力による光・動力等の生産、市営ガス工場の遠隔暖房施設への転換など、土木建築・技術領域における諸行為である。第二は、目標達成の容易性を理由に権力的行為に代えてなされる活動である。例えば、水道建設に際し市町村への強制に代えて集会・講演会の開催により市民(主に婦人)の同意を獲得すること、まむし撲滅のため土地所有者に警察上の義務を課すことに代えて報奨金を支給すること、などである。第三は、公権的行為を補完するための行政活動である。具体的には、交通事故の防止を目的とした道路警察命令に加えて生徒に交通の手引を作成・配布すること、禁止・刑罰の補完としてなされるアルコール中毒者等に対する保護・助成措置、職業紹介所・調停機関による平和維持、湯治場税の徴収を目的とした観光客の誘致施策(旅行案内所・市町村広報室の設置)などである。

右に挙げた諸活動は内容的に見て多様なものであり、とくに第一のものはそこで投入される法的手段になお分析が不足している点で、単純高権行政概念に対するマルマンの批判もあたっているように思われる。¹⁰⁾ しかし、第二、第三のものでは、権力的手段との代替的・補完的關係が叙述されており、当時新たに登場した行政活動の把握を試みた点で、右の概念はなお積極的な意義をもっているように思われる。¹¹⁾ 換言すれば、これは現在でも有用な視角であり、後の学説が批判するほど功績の少ない分析ではないように解される。

しかし、その後、右の概念の内容が具体的な形で深化されたことは少なく、次に紹介するように、こうした手法に

着目したフォルストホフやフリーバーはむしろ例外に属するように思われる。フォルストホフは、現代国家において個人が国家に対して継続的従属関係にたつ点に着目し、この関係の維持及びそのために用いられる手法が重要になるとを次のように指摘している。⁽¹²⁾

「個人が社会的に強力であればあるほど、訴えを提起せずに、交渉の方法を用いる可能性が広く開かれることになる。つまり、ギブアンドテイクの原則に従って、取り決めがなされるのである。行政も同様にそうした申し合わせ（das Arrangement）に関心を示すものである。というのも、行政が社会生活に介入する機会を多くもつようになる」と、一層、行政は社会構成員の協力に依拠しなければならぬからである。」

フリーバーも、具体例を挙げながら、彼のいう単純行政活動（schicht-verwaltende Tätigkeit）の重要性を説いている。⁽¹³⁾

「行政調査・統計調査の実施、行政報告、行政計画の策定、行政による提案の提示、教示・示唆・助言・警告・不同意の表明、便宜の約束、不利益による脅迫、さらには様々な行政との協議・折衝・会合の実施は、行政一般についてそうであるように、とくに経済行政において極めて重要である。」「こうした単純行政の性質をもつ経済行政は、法的には把握不能なものである。これは、そもそも概観・定義・統制がすべて不可能なものである。まさにそうした理由から、かかる行政は実務において卓越した地位を占めているのである。専門知識を備え、確固たる目標をもち、インシアチブを好む経済官僚機構は、法的権限を用いることなく、単純行政活動の方法で、強度の経済規制力を行使するのである。このようにして、純粋な市場経済の外見をとったシステムにおいても、極めて強度に、根拠の疑わしい経済指導が展開されているのである。」

単純高権行政の意義は、特定の法効果に着目した従来の行為形式から除外されてしまう活動の中で、権利救済・国家責任・公法原則の適用の点から、なお公法学の射程内に収めておくべきものを留保する機能を果たした点に認められる。⁽¹⁴⁾しかし、大きな注目を集めることもなく、したがってまたその内容が具体化されなかった点では、一九六〇年

代からこの問題に熱心に取り組んで来たわが国の公法学とは対照的でもあり、比較法的な興味をひくところである。

二 新たな議論の登場（インフォーマルな行政活動論）

ここでは、なぜ、近時の西ドイツにおいてインフォーマルな行政活動に関心が集められてきたのか、という点について簡単に述べることにしよう。その理由として、主に、次の三点を挙げることができる。¹⁶⁾

第一に、政治学者・社会学者により実施されたインプリメンテーション研究が法律学にも大きなインパクトを与えたという点である。とくに、六〇年代・七〇年代の行政制度の諸改革が失敗に終わったことを契機にこうした研究が（アメリカの影響を受けながら）進められ、法律の執行が不十分にしか行われていない現実、法規制の非能率性などが明らかにされた。具体的には、マインツ教授の主催した様々な共同研究や、¹⁶⁾一つの画期的な業績として一九八一年に公開されたポーネ氏の『インフォーマルな法治国 (Der informale Rechtsstaat)』という著作を挙げることができる。¹⁷⁾ わが国においても、アメリカのインプリメンテーション研究の成果が行政学の研究者により紹介・分析され、公法学の研究者にも大きな刺激を与えている現象が存在するが、同じことが西ドイツにおいては社会学者を媒介として生じているのである。¹⁸⁾

第二に、「法律の執行」の理解が変化してきた点である。¹⁹⁾ つまり、法律の執行がたんなる機械的な活動にとどまらず、一つの動態的な過程であり、そこに関与する当事者の行動・行政組織のあり方・行政手続の態様などが結果に大きな影響をあたえるとすれば、それだけ行政過程の実態分析に対する関心は強いものとなるのである。

第三に、行政法学の研究・教育方法の見直しという視点も関連しているように思われる。つまり、従来の研究・教

育が法規範の解釈に重点を置き、法の現実（行政の現実）の認識という点に関してはせいぜい判例の利用にとどまったことへの反省である。こうした方法の限界は、主として病的な事例（die pathologische Falle）、異常な事例（die Anormalitäten）とかかわることとなる点、一部の現象しか把握できない点、原告の存在・その権利侵害を前提とするため素材の提示が偶然性に左右される点などに認めることができよう。換言すれば、右の視点の下では行政過程を全体として捉えることができないのである。

以上述べた点を背景に公法学界に問題提起をした業績として、八一年の第四〇回国法学者大会におけるホフマン・リーム教授の総会報告を挙げることができよう。²⁰そこで教授は実務の実態に即して、わが国の行政指導と極めて類似した事前折衝の存在を指摘しており、その後もこの問題を論じた文献が次々と公表されている。最近では、実務家自身も実務の状況を語りだすなど、議論は一層その速度を早めつつある。²¹

ここで注意を要することは、インフォーマルな行政活動それ自体は西ドイツにおいても古くから存在していたという点である。換言すれば、公法学の見地からする分析が遅れていたために、その存在が注目されることがなかったにすぎないということである。²²この点を明らかにしたものとして、次の指摘が興味深いものである。²³

「競争制限禁止法の枠内において、こうした交渉（カルテル禁止規定の解釈をめぐる行政庁と企業との協議〔筆者注〕）は、法律の施行以来行われてきたところであり、（決して）近年に始まった現象ではない。」

従来、わが国の行政指導を念頭に置きながら、例えば西ドイツの事実行為論を見た場合に、そこで論じられている対象について違和感を抱くことが少なくなかった。これは、西ドイツの研究者の現状認識が不十分なために、同国の事実行為論の中に、行政指導に相当する素材がなお充分に含まれていなかった点に起因するものと思われる。しかしながら、これまで述べてきたような問題関心・研究方法の変化により、一九八〇年代後半に至り、ようやく両国の間で行政指導の比較法研究を開始する基盤が形成されたのである。最近では新たな議論の進展を受けて、先に概観した

単純行政活動の内容も深化される傾向にある。⁽²⁴⁾

三 協力型行政指導の現象形態（申請行為を中心として）

以下では、西ドイツで近時注目されている手法が具体的にどのようなものであるのか、そしてこれがわが国でいう行政指導と同じであるのか、という点を中心に考察を進めることとしたい。もとより、西ドイツにおいても確立した用語法・分類学があるわけでもなく、インフォーマルな行政活動の下に論じられる対象も論者によりさまざまである。以下では広く素材を求めるといふ見地から、西ドイツの分類法を参考にしながらも、筆者なりの区分を行うこととする。具体的には、行政と私人との協力の下に進められる活動のうち、申請型の行政活動に付随してよく見られる(1)事前折衝、(2)処分案及び付款の事前提示、(3)応答留保、(4)権限の融合(以上三)、職権行為に関連したものと(1)・(2)インフォーマルな申し合わせ(規範執行型・規範代替型)、(3)協定(以上四)、さらに行政機関の一方的な活動のうち、(1)行政機関による警告と推奨、(2)行政機関による基準定立(以上五)を対象とする。

(1) 事前折衝 (die Vorverhandlungen)

事前折衝とは、主として、許認可の権限をもつ行政機関と私人(申請者)との間で(申請に先だって)なされる、許認可の見通し・要件の存否等に関する話し合いをいう。⁽²⁵⁾ここでは、連邦イミグレーション法による工場等の建設・操業許可の申請処理手続を例に挙げることにする。⁽²⁶⁾ここで実施される事前折衝のメリットとして、この過程により、見込みのない申請が始めから断念され、後の申請処理手続が円滑に進み、また事後の紛争が回避されるなど、行政及び申請者の双方が費用と労力を節約できる点が挙げられる。一般に、企業は申請拒否処分により企業イメージが低下すること

を（とくに環境保護の分野では）懸念するために、事前のコンタクトを重視する傾向にある。⁽²⁷⁾ 事前折衝の実態を示したのが次の表である。

事前折衝の特徴

関与者	内容	申請への影響力
行政機関の長・部局長 企業の幹部 法律上関与の予定されていない行政機関 上級行政庁 市民	実質的な許可の見通し 鑑定の提示 許可の主要点に対する同意	イミッシオン保護法上の付款と事前折衝結果の一致 全付款と事前折衝結果の一致 七六・九 三〇・三
	九二・九 五〇・〇 七八・六	

E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, S. 51 より一部省略して掲載した。

右の表で行政側の関与者として部局長クラスの高官の名が挙げられている点からは、折衝結果が以後、行政機構内で大きな影響力をもつ点が推測されよう。折衝には、許可権者に加えて監督権をもつ営業監督局が関与している。

ここで特徴的であることは、市民の参加が極めて少ないという点である。こうした事前折衝における第三者の排除が議論の対象となっている点は、後に述べるとおりである。

事前折衝の内容は、提出書類や申請書類の記入方法の教示といった形式・手続面に限られず、許可にとって重要なすべての問題を含んでいる。したがって、折衝において既に行政庁の側が鑑定を求めるといふ現象さえ見られることとなる。厳格なスクリーニングのため、申請は許可の見通しのたったものに限られ、かかる見込みを欠く場合にはそもそも申請が断念されることが多い。ある調査によると、一イミッシオン行政庁あたり許可数が平均二五件であるのに対し、申請却下は〇・六件にすぎない。なお、通常、事前折衝の結果は文書化されているといわれ、筆者の行ったヒアリングでも、例えば、シュトゥットガルトの行政区でも、事前折衝の結果は文書として残す方針であるとのことである。これは、後に述べる協定 (das Agreement) や行政契約でも同様であり、文書化は行政実務の基本原則の一つになっているように思われた。この点はわが国の行政運営と比較した場合に注目し値する点であろう。²⁸⁾

事前折衝で許可の見通しについて話し合いがなされること、拒否処分が減少することは、他の法領域でも見られるところであり、ここでは一例として工業排水許可について行政官の語るところを紹介することとしよう。²⁹⁾

「事前折衝はきわめて頻繁になされています。それは私共のところか、あるいは、水利経済局 (das Wasserwirtschaftsamt) でなされます。事業者の委託を受けた設計事務所が直接に水利経済局に問い合わせ、個別にどのような計画を作成しなければならぬかを尋ねてくることもしばしばあります。こうした機会を捉えて、早い段階から技術上の細かい諸問題について相談します。」

「拒否処分はきわめてまれです。後の段階で事業計画が受け入れられなくなるのは一年にせいぜい五件か一〇件とといったものです。(申請後の) 早い段階で拒否が判明することも阻止しなければなりません。ですから、案件が一見して許可の見込みのない場合にはそれを説明して、私共は申請をしないように申請者を説得します。もちろん申請をす

るかは当人の自由です。しかし、拒否処分にも費用がかかるので、そうした費用を節約させる意味でも、もう一度よく考えるか、他の解決策を探すよう、何度も電話で申請者を説得します。そうすると、当人は新たな提案を持つてくるか、その件をあきらめてしまいます。」

次に、折衝の結果が許可処分にどのような影響を与えているかという点については、先の表に見られたように、その結果は、通常、行政行為の付款（die Nebenbestimmungen）という形で具体化されている。要した時間という点については、申請後の法定の手続よりも、申請前の折衝段階の方が一般に長くなっており、この点からも、折衝の過程で実質的な合意が形成されていることが窺えよう。

一般に、折衝の結果は事実上の効果をもつにすぎないと解されている。⁽³⁰⁾しかし、行政が折衝以外の事項を付款の内容とすると事業者の反対が予想されるために、行政の側も事前の同意を尊重する傾向にある。事前折衝の存在により法定の手続がたんなる事後の確認的手続（ein notarieller Beurkundungsakt）に低められるほか、事前許可（der Vorbescheid）の利用も低調なものとなる。⁽³¹⁾というのも、事前許可はさらに申請案の縦覧、異義申立てを要求するため、行政官からは「二度手間」（die Arbeitsverdoppelung）と受け止められ、市民からは有料であるとして敬遠されるからである。

同様にエネルギー経済法の領域にも事前折衝は存在する。⁽³²⁾

【届出前の事前折衝】

環境法分野の他にも、例えばカルテル法で事前折衝が見受けられ、とくにここでは届出前の交渉が見られる点で、わが国と同様であり興味深いものである。⁽³³⁾具体的にいえば、合併を希望する企業には実施前に連邦カルテル庁への届出が法律上要請され、カルテル庁は届出後四箇月以内に限り合併を禁止することができる。この場合に、行政は極めて難しい市場調査や様々な考慮をなさねばならないことから、届出前の早い段階から企業とのコンタクトを確保し、

インフォーマルな協議を通じて情報収集に努めるのである。他方、企業も早期の段階から行政の反応を見ることができ、行政に疑義を生じさせた場合にはその解消に取り組むことも可能となる。たとえ説得に失敗した場合でも、企業は届出を断念することにより、見込みのない合併準備にかかったであろう費用を節約できるのである。この申し合わせは契約の形式をとることもある。

【職権処分と事前折衝】

事前折衝の例として挙げられるものにはこれまで述べてきたように申請・届出処理に関するものが多いが、他方で、職権処分についても事前にインフォーマルな手法が用いられている点は注目に値するところである。つまり、建設法の分野では、違法建築物が存在する場合でも、行政庁が介入するか、するとしてどの範囲においてか、という行政裁量の行使を適切にする見地から、事前にこうした手法を用いて事案の経済上・技術上の状況把握に努めるのである。³⁴⁾なお、法治主義が貫徹しているように考えられている租税法の分野でも事前折衝は用いられている。³⁵⁾

(2) 処分案及び付款の事前提示

許可申請実務（とくに事前折衝の過程）で広く用いられている手法として、処分に先立って申請者に処分案を送付するというものがある。³⁶⁾（ここでは、その形式性に着目して事前折衝と別個に論ずることとしたい）。これにより、私人は処分案に対する態度を明確にするように要請される。つまり、賛成の場合には事後の訴訟放棄を行政は私人に対して要求し、反対の場合には、私人の意向を容れたうえで行政が案を練り直すのである。同様の機能を果たしている手法として、負担・条件といった（行政行為の）付款を行政が予め提示して、申請者の意向をたしかめるものがある。これらの手法は「一種の先行型の異義申立手続（eine Art vorweggenommenen Widerspruchsverfahrens）」と呼ばれている。両者の意見が一致しない場合に、行政は私人の不満の所在と将来の訴訟提起の可能性を予測でき、他方、私人も行政庁に対する不服申立がいれられる可能性のないことを察し、（直接に）行政訴訟の提起を検討するようになる。かくして、行政に

対する不服申立手続は省略されるのである。事前提示という手法が用いられないとすれば、行政に対する不服申立は現在よりも七五パーセントは増加するであろうといわれている。ある調査によると、事前提示は六五・一パーセントの事業者に対してなされているが、申請者以外に対する提示は例外に止まる。ここでも、第三者市民の排除の問題が存在する。

(3) 応答留保 (die Duldung)

事前折衝と同様に、申請行為に関連したものに、応答留保が存在する。これは、許可・計画策定の申請に対して決定を留保し、他方で申請者に対する指導を行うという手法である。ここでは、一例として、水法の事例を挙げることにしよう。⁽³⁷⁾ 化学工業の事業者は以前から排水を川に排出してきたが、一九五七年に水管理法 (das Wasserhaushaltsgesetz) が制定され、排水に許可が必要となった。事業者は許可の申請をしたが、行政庁の側は申請をペンディングの状態 (der Schwebezustand) としておき、事業者に対して積極的に働きかけたのである。具体的には、行政が事業者と共同で工場敷地を視察したり、排水処理について改善を求めたり、さらには、汚水処理施設の建設を約束させたのである。⁽³⁸⁾ ここで申請者が指導に応じている理由として、申請が実質的に許可要件を欠いている事情があるようである。⁽³⁹⁾ この限りで、応答留保は不許可処分の意図的な回避という特色をもつ。⁽⁴⁰⁾ こうした手法が用いられている理由として、行政がしばしば指摘するのは、当該事業所で多数の人が雇用されている場合に、拒否処分がこれらの人々の失業をもたらす点である。⁽⁴¹⁾ また、行政・事業者の双方とも、拒否処分という形で問題を顕在化させないことにより、第三者（ここでは市民のほかに当該行政庁の上級行政機関も含まれる）からの異議を免れることとなる。⁽⁴²⁾

右の申請型のもののほかに、職権処分を発動せずになされる指導も応答留保として説明されることがある。⁽⁴³⁾ 例えば、建設禁止の土地に建設された多数の週末用別荘に対して、行政が除去処分をせずに指導を行う場合である。⁽⁴⁴⁾ しかし、伝統的な見解によれば、申請処分に対する応答留保の場合には行政庁に申請に応答しない自由がないのに対し、職権

処分に対する場合には処分の有無・種類・時期について裁量が認められることから、両者は同列に論じられないように思われる。⁴⁵⁾したがって、本稿では、右の職権型のものは、後に述べる処分代替型の申し合わせとして分類した。

(4) 権限の融合

このほかに、申請処分に関連して、本来の目的とは異なって法律上の規制権限が用いられることがある。権限の融合自体は申請処理に限られるものでなく、次に扱う規範執行型の申し合わせにもみられるものである。ここでは申請に関連してみられる権限の融合について論ずることとしたい。例えば、斜陽化しつつある旧市街地で商店の跡地にバーやビールスタンドが進出しようとするのに対し、駐車場設置義務 (die Stellplatzpflicht) を用いて対抗するのがこの例である。⁴⁶⁾これに対し、都市計画行政に都合のよい事業者の進出 (とくに採算の合わないもの) について右の義務の免除を認めることがある。このように、ここでは駐車場設置義務が土地利用の変更指導に用いられているのである。

四 協力型行政指導の現象形態 (職権行為を中心として)

次に、行政庁の職権行為を機縁として行政と私人との協力がなされる事例、換言すれば職権行為の回避を交渉内容として行政・私人間で取り決めのなされる事例をみていくこととしたい。こうしたタイプの活動について、一般に、規範執行型と規範代替 (または規範回避) 型という区分が用いられている。⁴⁷⁾前者は正規の個別処分について、後者は正規の規範・命令定立行為についてなされる申し合わせを意味するものである。以下では、この区別にしたがって順次見ていくこととしよう。

(1) 規範執行型の申し合わせ (normvollziehende informale Absprache)

規範執行型の例として、新たな技術水準に応じることのできなくなった老朽（既存）施設の改善措置（die Sanierung bestehender Anlage）の場合を挙げることができる⁽⁴⁸⁾。こうした改善の手法として、法律上は、事後的な命令、禁止処分、休止処分、除去処分、許可の撤回、変更許可、行政契約などが規定されている。しかし、このような法定の規制的手法が用いられることは少なく、法定の手法に代えて実務上用いられているのが、以下で述べる規範執行型の申し合わせである。これは規範の執行段階に見られるものであり、プロジェクト関連型の申し合わせ（projektbezogene Absprache）とよばれているものと同じである⁽⁴⁹⁾。

右の申し合わせは、行政と事業者の同意を基礎としているにもかかわらず行政契約のような法的拘束力をもたない、つまり事実上のものにすぎないと説明される⁽⁵⁰⁾。こうした法的非拘束性が行政、事業者の双方から歓迎され、右の手法の広い利用をもたらしていると考えられる。つまり、一方では、事後の情勢の変化に応じて法定の規制権限を発動する途が行政に残され、他方、経済状況によっては、申し合わせを破棄する自由が事業者に留保されるのである。もともと、行政官の方は私人の申し合わせ違反には制裁が伴う、つまり私人に対しては拘束力が存在すると解しているようであり、先の事前折衝と右の申し合わせを区別する行政運営もみられる⁽⁵¹⁾。しかし、ここでいう制裁は法律上定められた規制権限の発令を意味するにすぎず（「制裁としての法律の執行〔der Gesetzesvollzug als Sanktion〕」⁽⁵²⁾）、申し合わせがもつ（私人に対する）規制力が大きいとしても、これを申し合わせ自体の法的拘束力と説明するのには無理があるといえよう。他方、申し合わせに基づき、私人が行政にその履行を要求することはできないと解されており、職務義務違反を理由とする損害賠償請求権が問題となるにすぎないといわれている⁽⁵³⁾（もつとも、損害の立証が実際には難しいようである⁽⁵⁴⁾）。

改善措置に関する申し合わせにおいて交換の対象となる行為は、当事者間のものにかぎられず、第三者の行為までが条件とされることがある。ある調査によると一〇一件のうち、当該老朽施設に関して交渉がなされた（五〇件）ほか

は、当該事業者のもつ複数の老朽施設を対象に交渉がなされたり（一六件）、その者の新旧施設間で（一七件）または第三者の施設との関連で（二件）、さらには他の行政任務と関連づけて（二六件）取引がなされることもある。⁵⁶このように、施設改善の反対給付にあたるものの範囲は、広くまで及びうる点に特色をもつ。かかる交換を可能にしているのは、行政と事業者との間に存在する継続的な関係である。つまり、一方で改善措置を怠ると、他方で新規施設の申請手続を長びかされる（die Verfahrensverschleppung）という報復措置を私人は覚悟しなければならないこととなる。

規範執行型の申し合わせは、さらに次の三類型に区分されることが多い。⁵⁶第一は、和解型の申し合わせ（Vergleichsabsprache）である。これは、措置の実施それ自体については争いがなく、ただその方法、期間（延期など）につき協議を行うものである。これに対し、法律上ないし事実上の要件に関する当事者間の争いを前提としたものとして、個別型の申し合わせ（einfache Absprache）と交換型の申し合わせ（Austauschabsprache）の二つがある。前者は一つの措置に関するものであり、後者は複数当事者の諸行為を交換の対象としている。つまり、個別型では特定の施設について、現在の技術水準・改善措置の経済性など、不確定法概念の解釈・適用が相談されるのである。これに対して、交換型では（イ）ある施設を改善すればその事業者の他の老朽施設の改善を要求しない、（ロ）改善措置を条件に罰金を課さない、（ハ）改善をすれば新規施設の申請の引き延ばしをやめる、（ニ）改善措置とひきかえにイミッシンオン規制値を超えた施設の建設を許可する、（ホ）他の事業者の改善措置を理由にある者に新規許可を与える、（ヘ）改善措置に代えてイミッシンオンと関係のない措置を提供する、などが取り決められるのである。このように交換型では、老朽施設の改善と他の行政活動が事実上結合されている点に特色がある。改善措置と新規施設の許可が結合されていることから、前者に重点を置けば規範執行型の申し合わせであり、後者を中心とすれば先に述べた事前折衝と捉えられる。⁵⁷これは分類の視点の違いといえよう。ここで述べた申し合わせに対しては、複数施設を有した大規模事業者に有利で、小規模事業者との関係で不平等を生むという批判が存在する。⁵⁸

【他法領域における規範執行型の申し合わせ】

規範執行型の申し合わせは、これまで説明したイミッシオン法に限られず、水法の領域にも存在する。例えば、排水の監督措置として現在では、法定の事後的命令よりも申し合わせが実務上広く用いられている。この点につき自治体の職員が次のように述べている点が興味深い。⁽⁵⁹⁾

「命令のように法的な紛争の原因になるものより、事業者との申し合わせが多く用いられています。国の行政庁は主に法律家で組織されているためかとくに法定の手法を用いるようですが、これは事業者との恒常的な紛争をもたらすだけです。反対に、自治体のレベルでは始めから合意に基づく解決を求める傾向にあります。」

この他に自然景観保護の分野にも、復元措置の申し合わせ (Rekultivierungsabsprache) が存在する。⁽⁶⁰⁾ さらに、建設法の領域でも、建築抑制地域 (der Außenbereich) における違法建築物を当分の期間容認する旨の申し合わせがなされている。⁽⁶¹⁾ このように、右に述べた申し合わせは広範に用いられているものである。

(2) 規範代替型の申し合わせ (normvertretende informale Absprache)

規範執行型の申し合わせが法定の個別処分代替したり、法定されていない個別の行政措置に関するものであったのに対し、以下で扱う申し合わせは、(国との関係では) 法律・法規命令、(地方公共団体との関係では) 条例といった規範定立行為の回避を内容とする。⁽⁶²⁾ これは、環境保護の分野でしばしば見られるものである。例えば、事業者の団体が自由意思に基づき環境保護に努めることを約束し、他方、行政(ここには国のほか自治体も含む)も業者の姿勢に鑑み、当分の間規範の定立(正確にいえばその準備)を見合わせるのである。ここでも、申し合わせの非拘束性にこの手法の英知 (der Witz) があるといわれている。⁽⁶³⁾ つまり、事業者は経済状況の悪化とともに約束の破棄ができ、他方、行政も事後的に法規命令等を発令可能なのである。結局、申し合わせの破棄は、政治的・社会的な制裁に任されることとなる。先に述べた規範執行型の申し合わせが、主に行政と事業者との間でとりきめられるタテ型の申し合わせであるのに対

し、規範代替型は事業者間の自粛のとりきめ、つまりヨコ型の申し合わせを特色とする（さらに場合によっては、これに行政と事業者団体とのタテ型の申し合わせが加わることとなる⁽⁶⁴⁾）。

規範代替型の申し合わせは、決して規範制定の義務づけを内容としたものではなく、規範の制定を見合わせるにすぎない。この点では、法律・法規命令に代替する行政契約や法規・計画の義務づけを内容とする行政契約が許されないという議論は、ここでは直接には関係しないこととなる⁽⁶⁵⁾。いくつかの具体例を挙げることにしよう。

廃棄物法の分野では、飲料製造業者・容器製造業者・飲料販売業者と行政との間で、容器の再利用システム（Mehrwegbehaltersystem）の採用について申し合わせがなされた。しかし、経済性にあわないことを理由に業者は、使い捨て型のシステム（Einwegbehaltersystem）に切替えている⁽⁶⁶⁾。公害法の分野でも、製造業者と行政との間で発がん性のあるアスベストセメントの生産を五〇パーセントに減らす取り決めがなされた。製造業者は他の製品へ切替えることにより対処したが、販売業者は右の申し合わせにより大きな経済的損失を被ることとなった。これを契機に申し合わせの第三者に対する影響が論議されている⁽⁶⁷⁾。

大気保全法の分野では、インフォーマルな制限地域の申し合わせ（informale Belastungsgebietsabsprache）が見られる⁽⁶⁸⁾。連邦イミッション保護法四四条二項二文の制限地域命令が経済的なマイナスをもたらし、地域内の事業者にエミッションの公表義務を広範に課すことを考慮して、こうした点を回避するために用いられているのが右の申し合わせである。つまり、商工会議所が構成員によるエミッションの自発的な公表を申し出て、ラントの所管の省もこうした申し出に鑑みて、当分の間、右の命令を発しないことを約束するのである。この約束は強制執行条項を伴った行政契約によることもあれば、申し合わせの形式をとって強制執行条項を省略したり公表事項を限定する運用がなされることもある。ここでは、各事業者による自己申告書の提出など私人の一方的な義務づけだけが表面にでるが、よりマクロの見地から見れば、行政の命令（の不作為）が取引の対象とされているのである。

ここでは、この手法が広く用いられている点を示すために、近年における代表例を挙げることにしよう。⁶⁹⁾

- ① 使い捨て容器の制限による飲料市場におけるゴミ（容器）の制限（一九七七年）
- ② スプレーにおけるフロンガスの使用制限（一九七七年）
- ③ 洗濯洗剤・台所洗剤における特定物質の使用制限（一九八〇・八五・八六年）
- ④ 特定生産物におけるカドミウム含有量の減少（一九八二年）
- ⑤ 乗用車の燃料消費・騒音の減少
- ⑥ アスベスト生産物におけるアスベスト含有量の減少（一九八二年）
- ⑦ 新たなリン酸代替物の使用放棄（一九八三年）
- ⑧ ラッカーにおける溶剤含有量の減少（一九八五年）
- ⑨ 一九九〇年以降のスプレーにおけるフロンガスの使用放棄（一九八七年）
- ⑩ 冷却剤等としてのフロンガスの使用放棄（一九八八年）

規範代替型は、執行型以上に基本的な政策を左右するために、その内容が当事者だけで決められる点には批判も強い。とりわけ代替型では、国のレベルでは、所管でない他の大臣や議会も排除されることとなり、第三者排除の弊害が深刻なものも少なくない。⁷⁰⁾

(3) 協定 (das Agreement)

これまで述べたほかに、書面の形式をとった申し合わせを協定と呼ぶ運営が存在する。例えば、シュトゥットガルトの行政区では日本の行政運営をモデルにして、協定という手法を用いている。⁷¹⁾ これは必ずしも申請処理に付随したものでもなければ、規制権限・命令発令権限を背景にしたものでもない点で、これまで紹介した協力型行政活動とは性格を異にしている。これは主に次の二点に特色をもった手法といえよう。⁷²⁾ 一つは、協定の公表を前提に、世論によ

る協定遵守を狙った点である。筆者の聞いたところによると、一般に事前折衝 (Vorverhandlungen) や申し合わせ (das Arrangement) は公表されておらず、これは拘束力をもたない事前の事実行為にすぎない (換言すれば後に正規の行為が予定されている) 点を考慮にいれたものようである。また、行政契約も市民にとって関心の高いプロジェクトのほかに、必ずしも公表されないようである。したがって、ここでいう協定が公表と結びついている点はひとつの大きな特色をなしているものと思われる。しばしば協定は拘束力をもつと行政官により説かれるが、これは法定の権限に由来するという意味でなく、公表された協定が市民の関心をひき、その違反がしばしばセンセーションをもたらすことに拠る。換言すれば、行政が公表効果をうまく利用している事例といえる。二つには、包括的なプログラムを含み、体系化しているという意味で計画としての特色をもち、個々の処分・法規の代替・補完という枠組みを越えている点である。例えば、一九八四年一月二六日にバーデン・ヴュルテンベルク州政府と石炭火力発電所との間でチッソ酸化物のエミッションを緩和するために、共通の目標が協定の形式で提示されたが、これは正規の手段により実現されている。⁽⁷³⁾

五 一方的行政指導の現象形態

これまで主に協力型の行政活動を考察してきたが、これ以外に近時論議されているものに、行政が一方的に働きかけるものがある。⁽⁷⁴⁾ これは、大きく分けて、行政機関による警告・推奨と基準定立の二つを内容としている。以下では、順次みていくこととしよう。

(1) 行政機関による警告と推奨 (behördliche Warnungen und Empfehlungen)

これは、具体的には、環境保護にとって行政が必要と考える製品ないしその購入を推奨する行為 (Empfehlungen)

および環境に悪い影響をもたらす製品の購入自粛を促す行為（Warnungen）である。これは、法律に根拠をもたず、当該企業ないしその競業者に著しい損害をもたらすものである。アピール（Appellen）、ボイコットの呼び掛け（Boykottanrufen）と呼ばれる行為も同様のものである。⁽⁷⁵⁾

警告の例としては、一九八四年九月一二日に連邦環境庁が広報で、ある洗剤メーカーの洗濯強化製品の不買を消費者に呼び掛けたものがある。環境庁はこの製品は不要であるにもかかわらず水域を汚染するとして、その不買・洗剤量の節約が汚染軽減につながることを公表したのである。他方、連邦環境庁と連邦保健庁は共同声明でトイレ用脱臭剤の不買を呼び掛けた。理由は製品が抗菌力をもたない（つまり公衆衛生の見地から不要である）にもかかわらず、それが含むパラジクロールベンゼンにより長期利用を通じて水域・大気等が汚染される点にある。右の二つの事例とも新聞を通じて市民に知られることとなった。⁽⁷⁶⁾

ここでいう警告の法的特色として、それ自体適法な製品がかかわっていること、および、直接的な健康被害が問題となっていない点⁽⁷⁷⁾があげられよう。つまり、違法な営業行為や健康に有害な違法製品に対する警告が、古典的意味の警察法の見地から危険予防のために一定の要件の下で可能と解されるのは事情が異なるのである。例えば、チェルノブイリ原子力発電所事故により汚染された製品に対する警告は、健康被害の予防のためにだされたものであり、この限りで環境保護の警告とは性格を異にする。

次に、推奨行為としては、国がある商品に品質証明マークを与えることにより、その商品に市場で利益がもたらされる事例が挙げられよう。⁽⁷⁸⁾ 例えば、「環境に有益（umweltfreundlich）」という文字を伴った環境マーク（die Umweltzeichen）があり、これは、環境保護に役立つ製品・製造方法にあたえられるものである。環境大臣会議議長との協議を経て連邦内務大臣により二年の任期で任命された委員と、ラント代表者からなる環境マーク審査委員会とが、右のマークの授与条件の決定および個別の授与決定にあたっている。類似のものとして、薬の品質マーク（die

Qualitätskennzeichen)がある。これは薬の価格引下げを目的にしたもので、連邦青年家庭保健大臣が連邦経済大臣・連邦社会大臣と協議して任命した専門家からなる委員会により授与される。この委員会は健康保険、医師、製薬会社、薬局、消費者からなり、独立のもので、医薬品リスト (eine Transparenzliste) を作成する。このリストにはある適応症につき市場に出ている調剤の効果、副作用、価格、および品質マークが記載される。このリストの公表により、他の同種の調剤に比べて高い薬品および品質マークを伴わない薬品は医師により処方されないこととなるため、その薬品の製造者に損害をもたらすこととなる。

(2) 行政機関による基準定立

立法者が専門知識を欠くため、または法律では迅速な対応ができないことを理由に、法律が不確定法概念・概括条項を用いるにとどめ、行政機関が実質的な基準を設定することは現在では広く見受けられるところである。この現象はとりわけ科学技術法の領域で顕著である。法律・法規命令の下で見られるこうした基準の定立をインフォーマルな行政活動として論ずるものも今日では決して少なくない。⁸⁰⁾

ここでは連邦イミッシオン保護法 (das Bundesimmissionsschutzgesetz) のシステムを例に挙げることにしよう。同法の下で、故障に関する規定 (die Störfallverordnung) ・火災施設規定 (die Großfeuerungsanlagenverordnung) は法規命令により定められているが、それ以外 (とくに許容値の設定など) は大気汚染防止技術指針 (die technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) により実質的に規定されている。さらに興味深いことは、こうした行政規則でもなお充分に具体化しつつしているわけではなく、私人の作成した技術指針が参照されている点である。ドイツ技術者協会指針 (die Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure) がその代表例である。この他にもイミッシオン法と同様の (さらに複雑な) システムは原子力法にも認めることができる。

現在では、右の行政規則を法規命令に高めようという見解と、この種の行政規則に法的な拘束力を付与しようとい

う見解などが提唱されている⁸¹。後者の解釈論的な試みとしては、先取された専門家鑑定説や規範具体化行政規則説などがあるが、その内容にはなお不明確な点も多い⁸²。

六 インフォーマルな行政活動の存在理由

これまで具体的な現象形態を論ずる中で、こうした手法が用いられている理由もほぼ明らかにできたものと考えられる。ここでは、整理の意味も含めてその存在理由を考えてみることにしたい。

第一には、当事者の了解により、事後の執行上の問題を生じないという点である。つまり、時間・費用の双方を節約でき、後の法的紛争を回避できる点でかかる手法は合理性をもつものである⁸³。

第二には、当事者がインフォーマルに正規の基準を変更できる点である。これは、環境保護の分野に見られるように、法定基準以上の厳格な基準を設定するというプラスの方向にも進みうるが、他方、法定基準の切下げというマイナスの結果をもたらしうる。論者の中には、こうした切下げという利点を前提として初めてインフォーマルな活動は成立する（つまり、そうでなければ相手方の私人にとってインセンティブに欠けることになる）ものであり、その限りでこうした手法は脱法行為であるという批判もみられる⁸⁴。

第三には、決定状況の複合性である。経済・科学技術上の問題が錯綜している行政分野にあっては、問題解決の前提として高度の専門知識が要求される。しかし、この点で行政が自信をもてない場合には、事業者との相互依存関係の中で事案の処理が図られることとなる⁸⁵。プロジェクトの規模が大きくなれば右の意味の複合性も増大するために、一層インフォーマルな手法が用いられることとなる。例えば、建設法典（一九八六年）一七五条以下で規定された建設

命令 (das Baugesetz) 近代化命令 (das Modernisierungsgesetz) が従来わずかにしか利用されなかった理由も、法律の不確定性から生ずる事後の裁判所による取消の可能性を行政官が懸念していた点にある。⁸⁶⁾ 第四には、裁判所の介入を避けたいという点である。インフォーマルな活動の中で、しばしば訴訟放棄が取り決められるのも、この行政手法の意図を示しているといえよう。

第五は、早期の紛争解決の必要である。老朽施設の改善の事例のように雇用場所の喪失につながりうる場合には、利害関係者の範囲も事業者のほか、従業員、労働組合にまで拡大する。こうした紛争を早い段階で解決しようとするれば、その調整活動は申請前から開始されることがのぞましいこととなる。⁸⁷⁾

第六には、行政組織間の対立を緩和するという理由である。営業活動の拡大と環境保護との利害対立は、一般に事業者と市民の対立という形をとるが、同様の図式は行政組織間にも認めることができ。つまり、環境保護を推進する行政庁と経済活動を擁護する行政庁との間で激しい対立が生じ、この調整に非公式の手法が要請されるのである。計画法の分野では、行政主体間の調整が不可欠であり、そのための手法としてしばしばインフォーマルな手法が用いられている。⁸⁸⁾

第七には、法定の監督制裁措置のあたりに立証 (例えば過失の証明) が難しい場合にも、そのことを理由にインフォーマルな手法が重視されるのである。

第八には、法定の制裁措置のもつインパクトが市民に対して強すぎるという理由である。例えば、罰金の額がわずかであっても、それにより事業者が被る信用面での侵害、不利益は決して小さなものに止まらない。したがって、わずかな制裁を背景とした行政指導の可能性が生まれてくるのである。⁸⁹⁾

七 行政指導の日独比較研究

これまでの考察を基礎に、西ドイツのインフォーマルな行政活動とわが国の行政指導を比較することとしたい。その際には、現象形態、統制手法の二点に分けて論じることとする。

(一) 現象形態論

西ドイツにおける諸行為は、ほぼわが国においても存在するように考える。ここで、ほぼと述べたのは、西ドイツにおける近時の実証的な研究と比較した場合に、以前から議論が存在したとはいっても、わが国ではなお判例研究を越えた実態研究は不足しているからである。⁹⁰したがって、今後は、これまで述べた西ドイツの事例と比較する形でわが国の行政指導の実態分析を進めることも重要となるように考える。その際にアメリカ法の研究者や広く行政学・法社会学の研究者も加われれば、一層議論も実り多いものとなるろう。

いくつかの手法について具体的な比較を行うと、例えば事前折衝にあたる運用は、わが国でも河川法の許可（同法二三条から二七条）、道路法の許可（同法二四条、三二条、四七条の二）、大規模小売店舗法の届出（同法三条、五条）、生活保護の申請、特別養護老人ホームの設置認可、有料老人ホームの設置届出、各種在宅福祉施策の申請などに見られ、申請と届出との間に運用上の同一性が認められる。⁹¹また、付款の事前提示についても、営業許可などで申請者が予め詳細な付款のついた申請書を行政に提出することはわが国でもしばしば聞かれるところである。規制権限を背景とした行政指導の例はわが国においても枚挙にいとまがないほどである。一例を挙げると、社会福祉法人の監督手段として厚生大臣の解散命令（社会福祉事業法五四条二項）や役職者の解職勧告（同法五六条三項）が規定され、社会福祉施設に対する監督手段として改善命令（同法六六条）、事業経営の制限・停止命令、施設設置許可の取消（同法六七条）が法定

されているにもかかわらず、実際上はこれらの権限は用いられず、その前段階で行政指導が多用されている状況にある⁽⁹²⁾。また、契約・協定手法もわが国においてとくに地域整備の領域で多く見受けられるものである⁽⁹³⁾。たしかに、契約の実効性を担保するために契約の第三者効を定めたり（参照、建築基準法七五条、都市緑地保全法一八条）、行政に対する土地の買取請求権を契約締結者に認め（契約に反対の者の排除を容易にし）ている例、違約金の支払い、補助金・奨励金の返還を定めるものなど、規制的な手法も存在するが、これらは必ずしも実務上機能しているわけではなく、全体として契約の実効性担保はあいまいである。例えば、協議条項を設けた事例（参照、横浜市緑地保存特別対策事業実施要綱七条）、必要な措置の命令を規定しているものの担保規定の存在しない事例（参照、神奈川県みどりの協定実施要綱七条）などのように、実質的に行政指導により対処していると解されるものがきわめて多い。したがって、これらの手法は西ドイツという協定（Arrangements）や実効措置を欠く行政契約（die unbewehrten öffentlich-rechtlichen Verträge）に類似するといつてよいように思われる。西ドイツという応答留保はわが国で申請を留保しつつ、それを実効性担保手段として行われる行政指導に現象面で似ているものであるが、前者は行政、私人の双方が通謀して決定を留保している点で、差異が認められるものといえよう。西ドイツにみられる駐車場設置義務を用いた土地利用の変更指導も、わが国で個室付浴場事件において争われた行政実務と関連性をもつものであろう⁽⁹⁴⁾。さらに、抽象的な法規の下で行政規則が実際の行政運営を規律している点はわが国とまったく同様である。

右に述べたことを前提に第一に確認しておきたいことは、わが国と同様、インフォーマルな行政活動は従来典型的な法治国であると信じられてきた西ドイツにおいても「至るところ（überall）」で見られるということである⁽⁹⁵⁾。現在の西ドイツでは環境法に対する行政法研究者の関心が高く、それに関連してインフォーマルな行政活動の合理性と問題点が同時に指摘されることが多いために、こうした活動が環境法分野に特有なものであるといった印象を受けやすいところである。しかし、先にもみたように右の活動は広く見られるものであり、最近では、放送法領域における監督

措置にインフォーマルな行政活動が多用されていることを実証した研究が公法研究者によっても公表されている状況にある。⁽⁹⁶⁾

第二に、したがって、わが国の行政指導の存在それ自体をわが国の法文化、社会的特質から説明することは充分な理由をもたないということである。⁽⁹⁷⁾ もっとも、両国における量的な差異は別個に考察を要するところであろう。

第三に、しかし、わが国で行政指導と呼ばれている手法が西ドイツにおいてすべて存在するという逆の命題は成り立たない点には注意が必要である。というのも、わが国においては犯罪の構成要件をも充たすようなもの、脱法行為としか捉えられないものや、たんに法令知識の欠如に基づくにすぎないものがかかり見られ、これとの比較で言えば、西ドイツの事例はまだ何らかの正当化根拠なり、合理性を伴っているように思われるからである。この点では、わが国ではなお公務員の法令教育・行政機構の整備（具体的には充分な定員の配置など）に期待するところが大きいように思われる。⁽⁹⁸⁾ つまり、わが国の行政実務には前近代的な部分が存在し、他方、現代法現象が近代法の修正を課題としているために、わが国の実務がすべて現代法の要請に依拠しているかのような錯覚を抱く危険性が否定できないのである。行政指導の研究においても前近代的な要素と現代的な要素を区別することがこの意味で重要であろう。⁽⁹⁹⁾

第四に、わが国の実務によく見られるにもかかわらず、西ドイツで見られないものとして、受理、返戻、同意書の義務づけといった行為がある。わが国の実務では、申請の前に「図書預かり」とか「受理」という段階が挿入され、とくに後者はしばしば判決によってもその存在が尊重されることがある。⁽¹⁰⁰⁾ そして、私人が指導に従わなかったような場合に、事実上申請ができなかったり、申請書が申請者に返送されてくる事例もしばしば見られるところである。こうした実務が西ドイツに存在するか尋ねたところ、これは同国でも違法行為であるとの返事がもどってきた。つまり、各種のインフォーマルな活動も私人が応じている限りで存立しうるにすぎず、私人がそれを拒否して申請をしたときには、行政は決定を下すべきであり、拒否決定を裁判所で争う権利が私人に保障されねばならないとのことである。

さらに、同意書についても尋ねたところ、たしかに同国でも申請者に同意取得を要求する実務が存在しないわけではない。しかし、同意書を伴わない申請が提出されたら、行政はもはや申請の審査をせざるをえないのであって、その際には法律に根拠をもたない同意書の有無は考慮事項の中に入らないということであった。西ドイツの行政官の言葉を借りれば、ここに述べたわが国の実務は「考えられない (undenkbar)」ものようである。したがって、今後は、行政指導一般ではなく、受理、返戻、同意書といった個々の行為がわが国に特有なものである点を自覚しながら、その許容性を論じていくことが重要であると考えられる。換言すれば、比較法研究を参照しながら、例えば、受理という段階を設けることが解釈論のレベルで必要であるのかが再考されるべきであろう。

第五に、事前折衝や申し合わせ (Arrangements)、行政契約 (ここには担保措置のあるものとなないものの双方を含む) に見られたように、西ドイツでは取り決めの内容が文書化されている。ヒアリングの際にも、ドイツの行政官から「日本人は頭の中だけに取り決めに残しておいて、それで後に問題は生じないのか」と不思議そうに尋ねられたほどである。このように、わが国では行政指導の非公式性が語られる場合に文書が残らないことが前提とされているが、この点は比較法的に見た場合にはやはりわが国に特有な行政スタイルであって、わが国の運営はよりインフォーマルの度合いが高いといえよう。

第六に、西ドイツで行政契約の名の下に語られる手法は、その対象範囲が広いという点である。従来、同国では行政行為と行政契約の二つが主要な行為形式であり、それが厳格な法の拘束に服することが強調され、とくに連邦行政手続法が両者を明記したためにフォーマルなものであるといった印象が強いところであった。⁽¹⁰⁾しかし、同国の実務で行政契約、協定の名で呼ばれているものの中には担保手段のあいまいな緩やかなものも存在するのであって、そこにはわが国の行政指導との共通性を認めることができるのである。⁽¹⁰²⁾しかし、他面では、わが国で行政指導により非公式に済まされるものが西ドイツで正規の (つまり法的な担保措置を伴った) 行政契約で処理されている場合が存在する点に

も配慮することが肝要であろう。つまり、ここでは、強制執行・違約金等の担保措置が認められている。なお、注意を要する点は、行政契約の使用という点ひとつをとっても行政主体ごとにそのスタイルが異なり、画一性の高いわが国の行政実務と対照的であるということである。例えば、シュトゥットガルト行政区のように高権的行為（行政行為など）よりも行政契約を多用する行政主体も存在すれば、行政行為を重視する他の行政主体のような対応もあるのである。

第七に、行政契約と自治監督が西ドイツでは密接な関連をもっている点も注目し値するところである。西ドイツで用いられている、担保措置を伴わない行政契約は、しばしば行政主体間（例えばラント・行政区と市町村との間）で認められ、ここでは他方で自治監督に基づくコントロールが存在するために担保措置を契約上定める必要がないようである。したがって、行政契約と自治監督の関係に留意することも今後は重要な視角になり、こうした見地からわが国の行政実務を分析することも望まれよう。

第八に、行政指導と行政規則の双方がインフォーマルな行政活動の例として挙げられているにもかかわらず、両者の関係に対する考察が西ドイツでは不十分であるという点である。筆者は以前に、伝統的な行政規則論が行政規則の概念規定をしたにとどまり、それがもたらす法解釈上の諸問題、また現実の行政過程でそれが果たしている諸機能に関心を払ってこなかったことを検討したが、その際にわが国では行政規則が行政指導の準則として機能している点を明らかにした。⁽¹⁰³⁾しかし、西ドイツでは、この点はなお未説明であるように思われた。

第九に、わが国では行政指導という場合、行政主体間で見られる指示を含むこともあるが、西ドイツでいうインフォーマルな行政活動は現在のところ大部分は行政・私人間のものに限定されている。⁽¹⁰⁴⁾しかし、このことから、同国で行政主体間の指導が存在しないと帰結することはできないものと考ええる。右の点は、用語法の違いとして留意すべき事項の一つであろう。

第一〇に、ヒアリングを通じて明らかとなった点は、本稿で扱ったような協力型の行政活動は、補助金としばしば結合されているということである。わが国でもしばしば補助金をインセンティブとした行政指導がなされ、その際の準則が行政規則により規律されているという状況が存在するが、同様のメカニズムは西ドイツにおいても見られたところである。今後は、両国において、補助金、行政指導、行政規則の相互の関連を考察する必要があるであろう。

(二) 統制手法論

インフォーマルな行政活動は能率的な反面、これまで述べてきたように様々な欠点をともなうものである。その弊害として西ドイツで論じられているものは、主に次の四点である。⁽¹⁰⁵⁾すなわち、第一に早期に行政機関が拘束されるために市民にアンフェアな印象を与え、第二にそこでは充分な事実解明が軽視され（とくに第三者が関与していない分だけその危険性も高まる）、第三に法定基準の切り下げがなされ、第四に第三者の権利が侵害されうることである。こうした点からも、統制手法も積極的に考慮されねばならないといえる。しかしながら、インフォーマルな行政活動に関する議論が西ドイツにおいて比較的に新しいものであるために、現在までのところその統制手法についても従来から存在した道具を一通り並べたにすぎないといった印象が強い。換言すれば、この問題に対する確定的な解答はなお存在せず、同国の研究者も現在提示されている手法で満足しているものとも解されない⁽¹⁰⁶⁾のである。この点ではなお今後の議論の展開に期待するところが大きい⁽¹⁰⁶⁾が、以下では現在説かれている行政指導の統制手法について概観することとしたい。具体的には、①法律の留保、②損害賠償請求権・結果除去請求権、③結合禁止の原則、④市民の立場に立った行政という視点、⑤行政手続法の類推、⑥法治主義に関する一般原則、⑦法律関係論、及び、⑧行政領域の特色といった諸点である。

【①法律の留保】

この問題に関して、行政指導に広く法律の根拠を要求する見解は、西ドイツにおいても存在しない。主に議論され

ているのは、行政機関による警告行為と法律の根拠の問題である。つまり、消費者に対するある製品の（行政機関による）不買勧告は、第三者（製品の製造業者）との関係で法律の根拠を必要とするのかという問いである。より一般的に言えば、第三者に対する基本権侵害と法律の留保の関係が問われている（ここで興味深いのは行政指導が消費者を名宛人としてなされている点である。というのも、わが国であれば多くの場合、業者ないしは業界団体に対する行政指導が中心になるように解されるからである）。右の問いに関しては、製品名の公表と損害発生との間に消費者の自主的な判断（つまり製品の購入行為）が介在している点および事実行為と基本権侵害との関係が重要な論点となる。しかし、次に挙げる一九八五年四月一八日の連邦行政裁判所判決では、消費者の行為も因果関係を否定するものとは認められておらず、事実行為による基本権侵害の可能性も肯定されている。

本件は、先に**五**の(1)で紹介した医薬品リストの公表に対して、これを違法と考える製薬業者が提起した予防的不作為訴訟（die vorbeugende Unterlassungsklage）である（第一審、第二審で原告は敗訴している）。この点に関し、連邦行政裁判所は次のように不作為の訴えを認容している。⁽¹⁰⁷⁾つまり、右のリストの公表は原告の事業活動の自由を侵害するので基本法一二条一項二文により法律の根拠を必要とするが、本件ではかかる根拠を欠いていると判示したのである。

「医薬品リスト（eine Transparenzliste）の公表が医師の決定の補助手段となるものとされ、官憲的な規律を表すものではないということから、基本権侵害が否定されるものではない。この点では、控訴裁判所の見解には与することができない。医薬品リストの公表は間接的な効力をもつにすぎないとか、たとえ製薬会社に経済上の損失が生ずるとしても、それは第三者、つまり医師やその競業者の自律的な行為に基づく、といった理由で基本権侵害の承認に反対することはできない。というのも、基本権は、官憲的に規律された措置に対してだけ保護機能を営むものでもなければ、個人に課された負担が国家措置の直接的結果であることを一般に要求するものでもない。むしろ個々の基本権の保護機能に鑑みると、その性質・程度に応じて、基本権主体の事実上の侵害も基本権侵害たりうるのである。」

判決は職業の自由への（間接的）事実的侵害の判断基準として、競争の自由（基本法二条一項）の事実的侵害を認め、連邦行政裁判所の先例を参照している。すなわち、国がある事業者への一方的な資金交付により競争状況を歪め、交付を受けなかった競業者の経済的地位を受忍しがたいほど、期待可能な程度を越えて（in unerträglichem Maße und unzumutbar）侵害した場合である。⁽¹⁰⁸⁾

基本権侵害の判断にあたり、具体的には、連邦行政裁判所は、健康保険、私的疾病保険、扶助法で医師が経済性の要請に服す（つまり安価な薬の使用を要求される）ために、価格比較リストの利用と参照に義務づけられる点を重視したように解される。⁽¹⁰⁹⁾ この判決は判断基準として、「特定の事業者の負担により公益に望ましい結果をもたらすべく、国家が意図的に〔zielgerichtet〕ある基本条件を変更する措置」や「事業者の側に生ずる不利益な効果を明確に意図し、こうした効果が付随効果にとどまらない措置」が基本権侵害にあたるとしている。⁽¹¹⁰⁾

学説においても、例えば、オッセンビュール教授は警告や推奨行為が基本権侵害に該当する基準として次の三点を挙げていっている。つまり、第一に、特定製品の売れ行きを妨げ、ないしは減少させることを意図したこと（目的性〔Finalität〕）、第二に、当該事業者に明確な売上の減少をもたらすこと、第三に、事業者の基本権の保護領域を侵害することの三つである。右に挙げた諸基準はわが国でも不利益公表の問題を考察する際に参考となろう。⁽¹¹¹⁾ なお、比例原則を根拠に、先ず製品名の公表を検討し、しかる後に業者の氏名公表に進むべきであるという主張なども傾聴に値しよう。⁽¹¹²⁾

【②損害賠償請求権・結果除去請求権】

右に見たように行政機関による警告・公表行為が基本権侵害や違法行為に該当する場合には、通常、金銭による損害賠償を私人は請求することが可能である。しかし、他面において損害賠償訴訟の審理にあたる民事裁判所は高権的行為（権力的行為）を取り消す権限を持たないために、原状回復（die Naturalrestitution）、つまり警告・公表行為の取り消しを命ずることができず、ここに一つの限界が存在するといわれる。そこで、民事法で認められているような除去

請求権（民法典一〇〇四条）に相当するものを公法の領域でも肯定することが要請され、このために発展してきたのが結果除去請求権（der Folgenbeseitigungsanspruch）である。⁽¹¹³⁾これは基本法一四条（財産権の保障）、同法の定める法治主義原則から導き出されるものであって、判決の書き方を示した行政裁判所法一一三条一項二文はその根拠たりえないと解されている。この請求権により、私人は例えばある大臣発言のような違法な事実行為（Realakte）についてもその取り消しを求めることが可能となる。

ここでは一例として一九八〇年一月一七日の連邦行政裁判所判決を挙げることにしよう。ここでは、転覆した発動機船の船長に責任があるとした連邦上級海事審判所の決定について、同裁判所は右決定に対する取消訴訟を認めなかったものの（処分性を否定）、次に見るように、右決定の除去に対する一般的給付訴訟を適法であると判示し、この訴訟を審理するよう行政裁判所に差し戻したのである。⁽¹¹⁴⁾

「連邦上級海事審判所の決定で下された責任の確定は原告の個人的および職業上の名誉を侵害しその職業活動の継続を妨げる性質のものである。高権行政の領域において名誉侵害的な職務上の発言除去に関する公法上の請求権は、今日では判例上原則的に承認されている。」

違法な行政活動の継続的結果の除去に向けられた請求権は、基本法に基礎を置くものであり、違法な行政機関の措置が行政行為ではなく単純行政活動（schlichtes Verwaltungshandeln）に基づく場合にも認められる。このことは、本件でも、鑑定の性質をもった連邦上級海事審判所の責任確定についても妥当する。⁽¹¹⁵⁾

右に見た西ドイツの結果除去請求権に機能的に相当するものとして、わが国ではどのような手法が考えられるだろうか。例えば違法な公表行為の場合でいうと、国家賠償の方法で謝罪広告を求めることが考えられよう（参照、国家賠償法四条、民法七二三条）。現在の確立した最高裁判所の判例によると、名誉・感情・信用等の侵害については、その取消訴訟は認められず、国家賠償の方法によるべきであることとなる。⁽¹¹⁶⁾このようにわが国では損害賠償の優先が認め

られる。これに対して、西ドイツの場合には、民法典二五四条の寄与過失 (das Mitverschulden) の規定を根拠に、右の場合でいうと結果除去を内容とする給付訴訟を提起して争わないと、損害賠償請求権は否定されることになる。⁽¹¹⁷⁾これは結果除去請求権に限られたことではなく同国における行政訴訟 (これに限定されるわけではなく、広く他の第一次的権利救済手段を含む) と損害賠償訴訟との関係で広く認められるところである。⁽¹¹⁸⁾わが国との対比でいえば、そこには行政訴訟の優先が存在する。もとより、このような解釈は市民による行政訴訟の利用度が高く、それが機能的に働いている同国で取りうるものであり、かかる前提を現在のところ欠いているわが国にそのまま適用するのには無理であろう。右の点は比較法的に興味深いもののように思われる。

【③ 結合禁止の原則】

西ドイツにおいては、いわゆる費用負担契約 (der sogenannte Folgekostenvertrag) の許容性の議論を中心に判例上、いわゆる結合禁止の原則 (das sogenannte Koppelungsverbot) が形成され、現在では連邦行政手続法で右契約および右原則の双方とも容認されるに至っている。⁽¹¹⁹⁾これは、わが国において開発負担金を定めた宅地開発要綱をめぐる議論と共通するところの多いものである。この要綱がわが国においてしばしば行政指導の指針と判示されることから明らかに、右の問題は行政指導と密接な関連をもつものである。⁽¹²⁰⁾ここで扱う原則も行政指導、とくに権限の融合の事例にとって有用なものであると考える。行政手続法を欠くわが国では解釈論の可能性を重視せざるをえないことから、本稿では行政手続法制定以前のものである一九七三年六月六日の連邦行政裁判所判決をとりあげることとしたい。

事案は、事業者 (被告) が開発費用負担の支払いを定めた (市町村との) 契約の無効を理由に支払いを拒否したため、市町村 (原告) が支払いを求めて訴訟を提起したものである。行政裁判所は契約を無効であるとして訴えを棄却したが、原告の飛躍上告に対し連邦行政裁判所は事案を行政裁判所へ差し戻した。結合禁止原則については、次のように述べている。⁽¹²¹⁾

「この原則は二つの異なった面をもつ。一つには、本来相互に内在的に関連（im inneren Zusammenhang）しないものは行政上の契約を通じて（もまた）結合させられてはならないということである。」⁽¹²²⁾二つには、高権的決定は通常の場合において（補足的な）経済上の反対給付にかからしめられてはならないという原則も、しばしば結合禁止を示したものと理解されている。」

裁判所は右の原則が例外を許さないものではない点を判示した後、費用負担契約が高権行為を売るものであるという批判に対して、次のように、同契約はむしろ協力的な手法である点を強調している。⁽¹²³⁾

「費用負担契約では何か売られるのではなく、地区詳細計画の発令（ないしは建築許可手続への協力）がもたらし、またはもたらすであろう費用の緩和が図られているのである。つまり、民法典三二〇条以下の売買契約についてみられる狭義の給付の交換ではなく、「売る」という言葉で示唆された民事法との比較で言えば、同法六七〇条の（委任者に対する）費用償還にも似た緩和措置が話題になっているのである。」

なお、右の原則の他に、判決は費用負担契約に関する制約として次の三点をあげており、これは行政指導についてもあてはまるもののように考える。一つは、権力濫用の禁止である。つまり、「費用負担やこれに似た契約で考えられるように、一方当事者の優越を濫用して成立した契約は拘束力をもたない」⁽¹²⁴⁾。二つは、因果関係の要請（das Erfordernis der Ursächlichkeit）である。すなわち、「ある特定の建築案によりもたらされた費用だけ、ないしはせいぜいそうしたものを、費用負担契約はその内容としてもよいということである」⁽¹²⁵⁾。三つには、過剰性の禁止（das Verbot des Übermaßes）である。つまり「第一に、ある特定の建築案を契機に取り決められた費用負担の引き受けが、全過程を経済的に考察した場合に、建築案の価値と適切な関係にたつものであり（in angemessenem Verhältnis）、第二に、契約による費用の引き受けは、契約上支払いを義務づけられた者についてであれ、後に譲渡の際に費用を転嫁される者についてであれ、その者にとって期待可能性を越えた負担（eine unzumutbare Belastung）であってはならない」⁽¹²⁶⁾。

【④市民の立場に立った行政という視点】

最近では、しばしば市民の立場に立った行政 (die Bürgernaheverwaltung) という視点が強調されている。これは、多様な内容を含みうるものであるが、以下では申請処理に関し説かれたところをみることにしよう。というのも、先にみたように、行政指導は申請処理に付随してしばしば見られるからである。連邦通常裁判所は①適切な期間内に申請を処理する職務義務、②市民に完全・正確で誤解を生ずることのない情報を提供する職務義務を肯定している。したがって、公務員がこれらの義務に反した場合には、市民は基本法三四条、民法八三九条に基づき職務責任、つまり損害賠償を請求できるのである。⁽¹²⁷⁾ 具体例をみることにしよう。

一九五九年三月二三日の判決は、基本法一一六条二項に基づき再帰化の申請をした原告が、被告・国は政治的理由で申請処理を遅らせたとして損害賠償を請求したものである。⁽¹²⁸⁾ 原告の一審勝訴、二審敗訴の後に連邦通常裁判所は原告の上告を認容している。⁽¹²⁹⁾

「法治国において、あらゆる行政機関は必要な早さで申請を処理し、審査終了後ただちに通知する職務義務を負う。」

五九年一月二九日の判決は、原告がオーストリー免許をドイツ免許に書き換えるよう申請したところ、許可権限をもつ行政機関が監督官庁である行政区の指示を仰ぎ、行政区が長い間指示を与えなかったという事案である。⁽¹³⁰⁾ 原告はラントを相手に損害賠償訴訟を提起し、すべての審級で勝訴している。

「行政区の公務員が当時 (原告が早く指示するよう要求した時〔筆者注〕) および訴訟の過程で、受けた申請について一定の適切な期間内に何らかの形式で応答しなければならぬような職務義務は存在しないという見解を主張していた点に、公務員の義務の完全な誤解が認められる。⁽¹³¹⁾」

八五年一月一七日の判決は、原告が公務員の説明から従来の高さには川岸が復旧されるとの信頼の下に新たな作物を

植えたが、かかる復旧はなされず、その後の洪水により被害を被ったために、損害賠償を請求したものである。⁽¹³²⁾ 此の争点は、公務員の説明が行政が復旧を計画しているとの印象を原告に与えるものであったか、ということである。一審・二審で原告は敗訴したが、上告審は右の争点についてさらに審査するように述べて破棄差し戻しを命じた。

「公務員の提供する情報は、その者が認識可能な状況に依じて、完全 (vollständig)、正確 (richtig)、かつ誤解を生じないもの (unmissverständlich) でなければならないことは認められている。その際、公務員が情報提供権限を有しているか否かは重要でない。」

「情報を完全・正確に提供する職務義務は、その者の申請に基づきまたはその者のために情報が提供される者すべてに対して存在する」⁽¹³³⁾。

右に挙げた諸原則は申請に付随した行政指導に対しても一つの枠を設定するものであろう。このうち、適切な期間内に申請を処理する義務は、わが国でも不作為の違法確認訴訟（行政事件訴訟法三条五項）の前提に存在するものである。

【⑤行政手続法の類推】

インフォーマルな行政活動に対しては、西ドイツでは行政手続法典の類推を説く見解がある。具体的には、聴聞規定、書類閲覧規定、結合禁止原則の類推のほか、例えば事前折衝について、十分な事実の解明がしばしばなされないことから、これは法定の職権探知主義を軽視するものではないか、といった指摘も見られるところである。⁽¹³⁴⁾ このように、行政手続規定が行政指導の判断基準として議論されている点は、同法を欠くわが国と対照的なところであり、わが国で同法の制定が行政指導の統制の視点から要請されるのも理由のないことではない。とくに、行政運営はしばしば不可分なものであるから、ある領域で手続法的拘束が課され行政運営の質が高められることは、他のインフォーマルといわれる領域の行政活動にも影響を及ぼすものと思われる。

しかし、行政手続規定の類推により非公式の活動を正規のものとしていこうという見解に対しては、他方で様々な疑問が提起されている。一つには、そうした要請はインフォーマルな活動を事実上禁止することになるという主張である。⁽¹³⁵⁾ ホフマン・リーム教授はこの点を次のように論じている。⁽¹³⁶⁾

「新たな公式化はそれを回避する新たな非公式の戦略をもたらす。このことは、とくに経済的、政治的、技術的、社会的な急速な変化、激しい利害対立のある領域であてはまる。法的様式性の遵守に必要な費用がかかればかかるほど、この費用を当事者が不要と考えれば考えるほど、様式性が現実のないしは予期された柔軟性の要請に反するほど、それだけインフォーマルな回避行為は蓋然性の高いものとなる。」

こうした議論はわが国においてもしばしば見られてきたものである。この他にも、西ドイツでは、SoII 規定の解釈について、これはたんに裁量を容認する趣旨ではなく、原則実施をいつているのであるから、その例外には理由付記が要求されるという解釈論も提示されており、興味深いものである。⁽¹³⁷⁾

【⑥ 法治主義に関する一般原則】

行政指導に対する制約として、一般的な法原則、例えば、比例原則や信頼保護の原則がしばしば挙げられる。⁽¹³⁸⁾ 比例原則が先に述べた過剰性禁止原則の意味において述べられている限りでは、わが国においても同様の議論は既に存在したところである。これに対し西ドイツにおいて興味深いのは、とりわけ行政実務家によって、規制度の強いフォーマルな手法に代えてよりソフトなインフォーマルな手法を用いる現行の実務が比例原則により正当化されていることである。⁽¹³⁹⁾ つまり、同原則は行政指導の規制機能と正当化機能の両者をあわせもつということである。正当化の論法を進めていくと、積極的に行政指導を利用すべしとの提言にも至りうるように思われる。しかし、今日行政指導が比較法的に議論されている背景には多極的な法関係・利害関係の対立した複数当事者が存在するわけであり、この点ではたんに交渉相手に対する規制緩和を理由にインフォーマルな手法の優越を説くことはなおできないであろう。⁽¹⁴⁰⁾

次に、信頼保護原則であるが、行政指導の相手方との関係で同原則を根拠にした損害賠償はわが国でもよく論じられている点である。これに対し、例えば事前折衝の相手方が右原則に基づき許可を請求できるのか、という問題がある。ここでは、連邦行政裁判所により、費用負担契約の当事者である私人は、行政機関のなす反対給付を請求することができないとされていた点を参考にすることもできよう。⁽¹⁴¹⁾ また、近時説かかれているように、事前折衝に参加していない利害関係第三者との公正の見地から、行政機関は正規の許可処理手続において折衝結果から必要な場合には離れる用意をもつべきである、換言すれば後に訂正の余地のない事前折衝は違法であるという視点からすると、右の事案でも私人の請求権は消極的に解されよう。⁽¹⁴²⁾

このほかに、立法論であるが、独立の第三者機関による紛争解決を説く見解も提起されているが、かかる提言はわが国においても抽象的には以前から説かれているものである。⁽¹⁴³⁾

【⑦法律関係論】

インフォーマルな行政活動を論じた文献の中には、その統制手法として法律関係論を示唆するものが見られる。⁽¹⁴⁴⁾ 同理論がその意義として挙げている点は、行政行為を中心とした従来の行政法学説により除外されていた法現象を広く射程に収めることができること、全体的な考察が可能となりとくに現代行政に特有な多極的な法関係を分析することができることなどである。こうしたメリットは、かつてサヴィニーが説いたように、法関係という概念規定の中で既に要請されていたところである。⁽¹⁴⁵⁾

「これら〔ある判断の論理的形式〕は法関係の中に認められる。法関係により、それぞれの権利は抽象化により分離された一つの特別な側面だけを現す。このために、個々の権利に関する判断でさえ法関係の全体的考察（das Gesamtanschauung）を前提として初めて真実で説得的なものとなりうる。しかし、法関係は有機的な性質をもち、この性質は、一部には相互に関連し規定しあっている法関係の諸構成要素の連関の中に、一部は発生・消滅という方法

で右の連関の中に認められる絶えざる発展の中に表れている。」

フライナー・ゲルスター教授も、全体的考察の必要性を次のように説明している。⁽¹⁴⁶⁾

「行政と受給者の対応関係に立った権利・義務は、それが法関係として全体的連関の中で捉えられ、異なった利害状況が審査される場合に限り、判断可能である。その際には、場合によっては多数当事者を伴う多面的法関係、期間、特色、適合可能性、及び、他の類似の諸関係と当該法関係との関係が配慮されなければならない。」

右に述べたところは、わが国でいう行政過程論の主張とその観点において共通するところが多いように思われる。しかし、法律関係論は、具体的な形でその必要性を提示しうるだけの内容を現段階ではもちあわせておらず、この点がおお広い支持を得るに至っていない理由であるように考える。換言すれば、行政行為論中心の伝統的学説に対する批判以上のものとは解されないのである。したがって、わが国の行政過程論と同様に、今後どれだけの具体的な内容を盛り込めるのかによってその成否が決まるものといえよう。全体的考察という視点は実態的分析という方法論とも関連性をもちうるものと考ええる。そこで、例えば法律関係論が法過程の実証的研究をその主張の一部とするのであれば、インフォーマルな行政活動の研究にも寄与しうるものであろう。

【⑧行政領域の特色】

統制手法というよりも、むしろその排除という性格をもつ議論であるが、行政領域の特色からインフォーマルな手法が消極的に解されることがある。ここでは、建設法領域に関して述べたシュミット・アスマン教授とクレプス教授の見解を紹介することとしたい。⁽¹⁴⁷⁾これによると都市建設は複合的な利益構造をもつために高度の規範による規律を必要とし、ここでは、強度に規範化された領域にふさわしい手法が要請されることとなる。法律上行政契約の様式性を明確化することを要求したうえで、右の見解は次のように述べている。⁽¹⁴⁸⁾

「選択可能な行為形式は、その様式において、あまりに大きな差異をとまなってはならない。さもないと、結果と

して、しばしば嫌疑をかけられているように、非公式なものへの逃避がなされることとなる。行政行為と行政契約は都市建設において多くの場合に選択可能な行為形式である。こうした行政の選択の自由が有意義で法治国の観点からして許容しうるものであるためには、契約法は当事者の合意に基づく行動が法形式上の枠を設定しうるような一つの様式性をもたねばならない。したがって、都市建設法では、法的に規律された契約とインフォーマルな行政活動との間には選択関係は存在しない。」

右の見解は、建設法に限られず、広く実体法の解釈により非公式な手法が許されない場合が存在する点を示唆するもののように解される。

おわりに

以下では、これまでの考察の整理の意味で、残された課題として次の三点を取り上げることとする。それは、現代行政法学の体系におけるインフォーマルな行政活動の位置づけ、かかる活動の統制の可能性、および今後の研究課題の三点である。

【現代行政法学における行政指導の位置づけ】

インフォーマルな行政活動の実像、その性格が明確にされるにつれて、これを現代行政法学の体系においてどのようなものとして理解するのかという問題がひとつの重要な関心事になってくるように思われる。この点に関し、現在の西ドイツにおける一般的な教科書は行政行為形式のひとつとして事実行為の章の下で取り扱うもの¹⁴⁹のようであり、かかる対応はわが国と基本的には同じであるように解される。しかしながら、本稿でも既に見てきたように、右の行

政活動は他の行政の諸行為形式と広く代替・補完関係にあるほか、行政法の一般理論、行政法研究の方法論の再検討をも要請するものである点には、注意が必要であろう。換言すれば、ひとつの行為形式の問題に止まらない射程距離をもつということである。例えば、右の活動は行政裁量の問題、しかもこれは個別処分に関してだけでなく規範制定行為までも含んだ行政裁量の一形態として、登場してきているものである。さらに、右の活動は実務において行政行為の付款と密接な関係にある点も明確にされたといつてよい。この限りでは、行政指導、行政裁量、付款論の相互の連関も重要な研究課題となろう。また、インフォーマルな行政活動は行政契約、行政規則、資金交付行政、地方自治論などの一分野を形成するものであることも判明した。さらに、私人の救済という視点では、右の行政活動が広く行政上の不服申立ての機能を代替していることも明らかとなった。このほかにも、一般理論のレベルでは、この問題の背景に現代国家に特有な多極的な利益状況が存在していること、こうした状況にあっては法律（とくに現在多く見られる規律密度の高くない法律）の執行は伝統的な公法学の前提としてきたモデルとは大きく異なること、つまり法律の執行を取引の対象としながら（この限りでは法律の執行はなされずに）、利害調整を図るといふモデルが認められ、このための手法としてインフォーマルな行政活動が用いられていることが、明確化されたように思われる⁽¹⁵⁾。このように考えると、右の活動がもたらす個別の問題は行為形式論で扱われるとしても、それとは別個に、法律の執行とは何を意味するのか、現代社会における法治主義の機能変化はどこに認められ何に起因するのか、といった形で行政の一般理論の中で論じられたり、個々の行為形式を総括した行政スタイルの問題として取り扱われる必要があるように思われた⁽¹⁵⁾。

【統制方法について】

行政指導については、日独両国において類似した統制方法が複数論じられている。しかし、決め手になりうる方法は未だ発見ないし開発されていない状況にある。しかし、見方を変えれば、右の活動はそのような一挙的解決を狙っ

た思考方法とはそもそもなじまない性格のもののようにも考えられる。つまり、行政指導は先に述べたように錯綜した利害状況のなかで用いられ、かかる活動を規定する変数は複数にわたるのであって、この限りでは複合的な構造をもつものといえる。例えば、それは行政不服審査制度と補完関係にあり、かかる制度が市民にとって利用可能性の低いものであるほど行政指導は多用されることとなる。同様の関係は情報開示制度との間にも、さらにはわが国の場合には行政相談という制度との間にも認められよう。また、付款の限界論が展開されれば、同様に法定事項以外のものを処分の内容に盛り込むといった機能をもつ行政指導にも右の議論は影響を及ぼしうるものである。⁽¹⁵²⁾したがって、今後は、行政の実態分析・理論分析を重ねて、行政指導を規定する変数の所在を探究するとともに、そうした複数の要因との関連の中で統制の可能性が模索されていかなければならないように考える。

【今後の研究課題について】

西ドイツの公法研究者の間にも、最近では行政実務の解明に対する関心が高まりつつあるように見受けられる。例えば、一九八九年一〇月四日にハノーファーで開催された行政学懇話会（Gesprächskreis Verwaltungslehre・座長ブローム教授）では、社会学者のマインツ教授を招いて、科学技術基準作成における決定過程をテーマに議論を行っている（社会学者が報告するのは初めての試みであるとのことである）。筆者も参加することが出来たが、この会は比較的若い公法、行政学の研究者二〇名くらいで構成され、興味深かったことは、インフォーマルな行政活動と立法学との関連に関心が向けられていた点である。したがって、法律の規範構造とそのもとで展開される右の活動との関連も、今後の議論の対象となってくるものと思われる。また、コンスタンツ大学では *Tatsachenforschung* と、⁽¹⁵³⁾法社会学的なプロジェクトが公法研究者の参加のもとに進められており、そこでの重点も実務の実態分析にある。同様に、ハンブルク大学でもホフマン・リーム教授が中心になって進めた共同研究があり、そこでは放送法制を対象とした実態研究が展開されている。⁽¹⁵⁴⁾このように、西ドイツの一部では急速に政治学者、社会学者、法律学者による共同研究が進められ、

こうした試みは今後、大きな成果をもたらすものと思われる。この背景には、やはり法律学者の目からみた実態把握の重要性も認識されており、従来の研究の不足を埋めていこうという問題意識が認められる。たしかにわが国は早い時期から行政指導の問題と取り組んできたわけであるが、なお総合的・実証的な行政過程の分析は不足していると思われ、この点では西ドイツと同様の課題をかかえているように解される。これまで述べた問題は、比較法的な視野のもとで議論を深めていくことが可能なものであると確信する。本稿はそうした研究の準備的な作業にほかならず、今後は筆者も右の議論の中で学びながら、さらに行政指導の研究の進展を図っていきたいと考える。

(1) 参照、座談会「行政法における学説と実務」ジュリスト七五六号（一九八二年）一三頁以下、原田尚彦「行政法における学説と実務」同七八頁以下。

(2) 例えば、西ドイツにおける裁判官・学者とのヒアリングを通じて司法実務の実態を分析した近時の労作として、木佐茂男「開かれた親切的裁判所と行動する裁判官（一）から（二〇完）」がある（判例時報一二六四号から一二九三号（一九八八～八九年）にかけて連載）。

(3) 行政指導に関する文献としては、参照、塩野宏「行政指導」同『行政過程とその統制』（一九八八年・有斐閣）一八一頁以下（初出田中二郎ほか編『行政法講座第六卷』（一九六五年・有斐閣）一三頁以下）、成田頼明「行政指導」雄川一郎・高柳信一編『現代の行政（現代法四）』（一九六六年・岩波書店）一三二頁以下、遠藤博也「行政権限の競合と融合」北大法学論集一九卷四号三四頁以下（一九六九年）、林修三「行政指導の盛行とその問題点」自治研究五〇巻二号九頁以下（一九七四年）、高田敏「行政指導と「法律による行政」の原理」法学教室第二期五・八四頁以下（一九七四年）、田中二郎「行政指導と法の支配」同『司法権の限界』（一九七六年・弘文堂）二六〇頁以下（初出鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題』下巻（一九七五年・有斐閣）一四一七頁以下）、遠藤博也『計画行政法』（一九七六年・学陽書房）一〇九頁以下、山内一夫『行政指導』（一九七七年・弘文堂）、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』（一九八一年、なおこの第一編の理論分析の部分は季刊行政管理研究一五号（一九八一年）三六頁以下、一八号（一九八二年）三八頁以下、二〇号（一九八二年）三七頁以下に掲載されている）、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』（一九八三年・岩波書店）二七七頁以下、山内一夫『行政指導の理論と実際』（一九

- 八四年・ぎょうせい)、千葉勇夫『行政指導の研究』(一九八七年・法律文化社)。
- (4) 塩野宏「行政における権力性」同『公法と私法』(一九八九年・有斐閣)二二七頁注(47)(初出青部信喜ほか編『基本法學 六 権力』(一九八三年・岩波書店)二一七頁)同『行政法第一部講義案(下)』(一九八九年・有斐閣)一五二頁。
- (5) インフォーマルな行政活動に関して、筆者が参照したのは次のものを挙げる。Vgl. G. Rauschenbach, Die ersten zwei Jahre Entscheidungspraxis zur Kartellnovelle, NJW 1975, S. 1993; H. D. Jarass, Formen staatlicher Einwirkungen auf die Energiewirtschaft, Der Staat 17 (1978), S. 515; C. H. Ule und H.-W. Laubinger, Empfehlen sich unter Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht?, Gutachten B für den 52. Deutschen Juristentag, 1978; G. Winter, Bevölkerungsrisiko und subjektives Recht im Atomrecht, NJW 1979, S. 399ff.; E. Böhne, Der informale Rechtsstaat, 1981; J. Gotthold und R. Vieth, Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Verhandlungen mit Privaten im Bereich der Wettbewerbspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982, S. 282ff.; W. Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40, 1982, S. 187ff.; D. H. Scheuing, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40, 1982, S. 153ff.; E. Böhne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75, 1984, S. 343ff.; H. Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 134ff.; C.-E. Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 17, 1984, S. 439ff.; W. Brohm, Gesetzesvollzug als Handelsobjekt, in: W. Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1985, S. 103ff.; W. Beyer, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtigen Privater als Instrumente des Umweltschutzes (Diss. Köln), 1986; A. Eidenmüller, Das Gesetz über das Kreditwesen und die Postbank, DÖV 1986, S. 413f.; H. D. Jarass, Reichweite des Bestandsschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Maßnahmen, DVBl. 1986, S. 321; J. Oebbecke, Die staatliche Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen, DVBl. 1986, S. 793ff.; F. Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986; H. Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch 78, 1987, S. 241ff.; U. Beyerlin, Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens?, NJW 1987, S. 2713ff.; G. Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, S. 272ff.; F. Ossenbühl, Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: Jahrbuch des Umwelts- und Technikrechts 1987, S. 27ff.;

W. Brohm, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 794ff.; M. Schulte, Informelles Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl. 1988, S. 512ff.; H. Vogel, Wirtschaftslenkung durch "Informales Verwaltungshandeln" (Diss. Hohenheim), 1988; P. Arnold, Der Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart, VerwArch 1989, S. 125ff.; M. Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, S. 277ff.; W. Hoffmann-Riem, Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, 1989; W. Hoppe und M. Beckmann, Umweltrecht, 1989, S. 156ff.; M. Kloepper, Umweltrecht, 1989; G. Püttner, Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme, DÖV 1989, S. 13 (140f.). 教科書と言及やるのよるべし。Vgl. H. P. Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986, S. 101f.; H.-U. Erichsen, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., S. 369ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1988, S. 339ff. アメリカの文献よるべし。M. K. Young, *Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan*, 84 COLUM. L. REV. 923 (1984.) の翻訳として、納谷廣美訳・和田英夫編『訴訟制度と司法救済』(一九八九年・勁草書房)がある。

(6) 大橋「住民参加と行政手続」季刊行政管理研究三四号(一九八六年)、同「地域整備における契約・協定手法についての法理の試論」、『地域整備における契約的手法に関する研究「中間報告書」』(一九八八年・河中自治振興財団)、同『行政規則の法理と実態』(一九八九年・有斐閣)。

(7) インフォーマルの意味について、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三八巻一号一五〇頁以下(一九八八年)。

(8) なお、本稿を作成する過程で、一九八九年一月まで Stuttgart の行政区長官(Regierungspräsident)であった Bulling 氏に話を伺うことができた。筆者が滞在する Baden-Württemberg 州は四つの行政区に分かれており、州都 Stuttgart のある行政区の最高責任者が同氏である。本文でもふれるように、同行政区は協力型行政活動に熱心なところでもあり、また、Bulling 氏は注(5)に挙げた文献の中で実務の状況を詳細に検討されるなど、ヒアリングの相手として最も好ましい方の一人と考える。同氏とのコンタクトをとるにあたり Prof. Dittmann (Universität Hohenheim) に大変お世話になった。本稿は両氏の御厚意に負うところが大きく、ここにお礼申し上げる。

(9) Vgl. W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1931, S. 22. イェリネックの所説については、高木光『事実行為と行政訴

- 訟』（一九八八年・有斐閣）一四七頁以下が詳しい。
- (10) Vgl. W. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, 1961, S. 170.
- (11) 塩野教授が既に「イェリネットの単純高権行政は一部」勧告・行政指導に相当するものとを指摘している。参照、塩野・前掲注(8)・一八四頁注(9)。
- (12) E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, S. 74.
- (13) E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1953, S. 53.
- (14) Vgl. F. Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltung, Jus 1979, S. 681 (685); Erichsen, a. a. O. (Anm. 5), S. 313.
- (15) 本文の記述は次のものを負っている。Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1985, S. 105; ders., a. a. O. (Anm. 5), 1988, S. 794.
- (16) Vgl. R. Maynz, Die Entwicklung des analytischen Paradigmas der Implementationsforschung, in: Maynz [Hrsg.], Implementation politischer Programme, 1980, S. 1ff.
- (17) この書物はケルン大学法学部に博士論文として一九八一年に提出されたものであり、同書は法社会学叢書の一冊として公刊されている。これは「アンケート」・ヒアリングに基づく実証性の高いインプリメンテーション研究（法律の執行過程分析）となっている。なお、同氏は一九七一年から翌年にかけてアメリカのウイスコンシン大学に留学し、Master of Arts in Political Science を取得している。
- (18) 近時の代表的な業績として、森田朗『許認可行政と官僚制』（一九八八年・岩波書店）があり、筆者の前掲注(6)の書物も示唆を受けている。近時のアメリカ法社会学の動向を伝えるものとして、参照、宮澤節生・北村喜宣・門田孝「紹介キース・ホーキンス||ジョン・M・トマス『規制執行』」神戸法学雑誌三八巻一号二〇七頁以下（一九八八年）。
- (19) 例えば、参照、大橋訳「シュミット・アスマン 計画と収用(下)」自治研究六四巻七号五六頁（一九八八年）。
- (20) Vgl. W. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 5), 1982, S. 187ff. 同教授は一九六五年に Berkeley で修士号を取得しているほか、七九年には Stanford Law School、八二年には Harvard Law School、八五年には Tulane Law School に留学するなど、アメリカの議論から多くを学んでいる。
- (21) 注(5)に挙げた Bulging, Arnold の文献がこれに該当する。
- (22) Vgl. Bauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 243 Fn. 9; Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 340. 一九六二年から六五年にかけて、イタリアのエネルギーコンツェルンが計画した長距離パイプラインに対する水法上の許可手続を例に協力型の手法が既に存在していた点を指摘するものとして、Vgl. Bulging, a. a. O. (Anm. 5), S. 278f. なお興味深いことは、ブリンガー教授が

既にインフォーマルな申し合わせの可能性を肯定していった点である。Vgl. M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 251.

- (23) Gotthold und Vieth, a. a. O. (Anm. 5), S. 288.
- (24) Vgl. Robbers, a. a. O. (Anm. 5), S. 272ff.
- (25) 本文の事前折衝の説明は、次の文献に負う。Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 50-58. なお事前折衝と付款の事前提示の概要については、大橋・前掲注(6)(一九八九年)三七九頁に訳出してある。
- (26) イミッシオン法の事前折衝は、以前は全くの法定外手続として存在したものであり、本文で挙げた調査も当時のものである。しかし、一九七七年の命令で相談指導の規定が置かれている (Vgl. Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionschutzgesetzes §2)。これは環境法分野の特色・実務の実状を考慮したもの (つまり連邦行政手続法二五条の助言・相談義務よりも程度の高いもの) と考えられ、換言すれば、インフォーマルな行為をフォーマルなものに高めた興味深い規定である。命令の二条二項は次のように定める。「事業の主体が許可行政庁に計画している案件について報告した際には、許可行政庁は遅滞なく事業主体の申請の提出に関し助言をなすものとする」。しかし、この規定が想定している事前相談も第三者の関与を事実上排除してしまうほどのものではなく、この点では本文で述べた実務上の事前折衝はなお法定外の活動としての性質をもつものと言えよう。Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 164, 422.
- (27) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 279.
- (28) 様式は必ずしも定まっていなくても、当事者双方の確認した調書(ein Protokoll)が作成されるようである。Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 206.
- (29) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 90f.
- (30) Vgl. Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 158; Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 206, 209; Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 279.
- (31) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 57; Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 212.
- (32) Vgl. Winter, a. a. O. (Anm. 5), S. 399ff. これによると、原子力発電所の建設の場合には、「行政庁と企業との間で事前に詳細な話し合いがなされるために、新たな発電所建設の申請・許可は、(処分というよりも)むしろ行政契約における交渉と似たものとなっている」。許可行政庁と事業者との結合はその後に展開される行政手続においても見受けられ、例えば公聴会では事業者は沈黙し行政庁が市民に計画を説明するなど、事業者と市民との対審型の行政手続も行政庁による

- 市民の聴聞として運用されてくるようである。
- (33) 本文のカルテル法の説明につき、Vgl. Rauschenbach, a. a. O. (Anm. 5), S. 1997. なお折衝過程への確約の法理の適用に
関しては、合併禁止の申し合わせがしばしば法定の合併禁止期間経過後になされる点を重視して、カルテル庁が禁止権
限をもたない以上、かかる申し合わせには法的拘束力を認められないのではないか、という主張も存在する。Vgl.
Scheuing, a. a. O. (Anm. 5), S. 171f.
- (34) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 280.
- (35) Vgl. Josef Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1978, S. 188f. じれにせよ、例えば企業査察手続 (Betriebsprüfung)
において、査察者 (行政) と納税義務者 (企業) との最終協議 (Schlussbesprechung) がその典型であるといわれてい
る。これは双方の妥協を通じ問題の解決を図るものであり、法的拘束力をもたないといわれる。つまり、行政も後に税額
決定の際に課税の基礎を協議と異なって判断できるし、私人も協議からの離脱は自由である。
- (36) 本文の説明は次のものに負う。Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 59f.
- (37) Vgl. D. Wilke, VVDStRL 40 (Ausssprache), 1982, S. 302.
- (38) 申請を留保した状態の下で行政は禁止処分を行えるのか、という問題が提起されてくる。Vgl. Wilke, a. a. O. (Anm.
37), S. 302.
- (39) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 356.
- (40) 「とりわけ重要なことは、従来の経済活動が不許可ないしは禁止されるといふ恐れの下で、つまり歓楽の中で常に迫って
くる危険 (das Damoklesschwert) の下で、私的経済主体が全ての場合に行政との協力に応じなければならないというこ
とである」。Bauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 248.
- (41) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 356.
- (42) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 358.
- (43) Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 194; Bauer, a. a. O. (Anm. 5), S. 248.
- (44) Vgl. Wilke, a. a. O. (Anm. 37), S. 303.
- (45) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 357.
- (46) Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1985, S. 109.
- (47) その他の分類として、受益的措施にかかると許可の申し合わせ (Genehmigungsabsprache) と規制的な命令の回避を内容

- とした命令の申し合わせ (Anordnungsabsprache) の区分は次のとおり。 Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 5), 1986, S. 320.
- (48) 改善措置を例とした本文の記述は次のものを負う。 Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 69ff.
- (49) Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 207.
- (50) Vgl. ders., S. 206.
- (51) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 280.
- (52) Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1988, S. 796.
- (53) Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 212. 反対 'Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 342.
- (54) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 280.
- (55) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 73ff.
- (56) 本文の区分は次のものによる。 Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 75, 135.
- (57) Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 158 は事前折衝と捉える。
- (58) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 82.
- (59) Vgl. ders., S. 92.
- (60) Vgl. ders., S. 93. これは次のような事情を背景としている。一定地域に水源保護の指定がされると掘削が禁止されるために、指定は岩石・砂利掘削業者の抵抗をもたらす。他方、不法掘削者があとをたたないために、景観が乱されるという状況が生じている。そこで、行政は掘削を望む業者と申し合わせをし、法律上認められていない掘削を一定期間認めるかわりに、既に掘削された場所の復元を要求したのである。これにより、事業者は鉱石という利益を受け、行政は復元に要したであろう費用を節約できることとなる。
- (61) Vgl. ders., S. 94f. これは違法建築物が極めて多数の場合、除去に要する行政の支出を抑えたい場合、および、建築主が政治的・経済的に有力である場合に用いられる。こうした合意は公法上の契約によっても可能であるが、(イ)行政が建築主との関係で裁量を狭くされるのを好まない、換言すれば、隣人などの異議があれば正規の処分をとる余地を残しておきたいこと、(ロ)他の建築主から契約を援用されることを避けたいことから、申し合わせという手法が用いられている。
- (62) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 361ff.; Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 208. 本文の記述は Bohne 論文に多くを負う。
- (63) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 361.

- (64) Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 207f. なお Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 159 は行政が関与しない、つまりヨコ型である点にこの手法の特色があるとしているが必ずしも正確ではない。わが国にも、行政実務上、協定の分類法として、公害防止協定のよう行政が一方当事者として市民との間で協定を結ぶもの(タテ型)と、緑化協定のよう、先ず市民相互間で合意を形成し、後に行政がこの取り決めに認可を与えるもの(ヨコ型)がある点は興味深い。この点につき、大橋・前掲注(6)(一九八八年)一九頁以下参照。
- (65) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 362; Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 159. なお、連邦通常裁判所の一九七九年一月二二日判決(地区詳細計画[*ein Bebauungsplan*])につき Vgl. BGHZ 76, 16 (22) 連邦行政裁判所の七七年三月一日判決(地区詳細計画)につき Vgl. DVBl. 1977, 529 (530) 同裁判所の八一年五月二九日判決(建設管理計画[*ein Bauleitplan*])につき Vgl. DÖV 1981, 878 (879).
- (66) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 366.
- (67) Vgl. ders., S. 367.
- (68) Vgl. ders., S. 368ff.
- (69) Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 208. その他タニコ製造業者によるタニコのテレビ広告自粛申し合わせについて、Vgl. Oebbecke, a. a. O. (Anm. 5), S. 793.
- (70) Vgl. Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1984, S. 363ff.
- (71) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 281f. シーデン・ヴェルテンベルク州に行政改革の委員会が設けられ(委員長はブリント氏である)日本にも視察を訪ねてくる。その時の経験を基に、シュトゥットガルト行政区で協力型行政活動のシステムが進められた。Vgl. Neue Führungsstruktur Baden-Württemberg, Bericht der Kommission Neue Führungsstruktur Baden-Württemberg (Vors. Bulling), Bände I-III, 1985.
- (72) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 281f.
- (73) Vgl. ders., S. 281.
- (74) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 29.
- (75) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1986, S. 7.
- (76) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1986, S. 1ff.
- (77) Vgl. ders., S. 3ff.

- (87) Vgl. ders., S. 5ff.
- (86) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 29.
- (85) Vgl. ders., S. 40ff.; Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 340; Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 795f. 本文の記述は「Ossenbühl 教授の文献に負うところが大きい」。
- (84) 本文に挙げた行政規則を法規命令に改めることは、発令機関が同じで、他の機関の参加があるわけでない点、既に行政規則が公表されている点で、実益がなくと説くものとして「Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 45.
- (83) Vgl. BVerwGE 55, 250 (256); BVerwGE 72, 300 (320). 「A」の基準はたんなる規範解釈行政規則と異なり、行政裁判所にとって、規範により設定された限界の中で拘束力をもつ」。先取された専門家鑑定説について、参照、高木光「通達における法と専門技術性の交錯（一）（二）（三）」自治研究六一巻三・四・五号（一九八五年）、大橋・前掲注（6）（一九八九年）一三七頁以下。規範具体化規則説の射程距離の不明確性を批判するものとして「Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 46. 近時の文献として「Vgl. W. Erbguth, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1989, S. 473ff.
- (82) Vgl. Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 157; Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 209; Erichsen, a. a. O. (Anm. 5), S. 370.
- (81) Vgl. Püttner, a. a. O. (Anm. 5), S. 140. 規範代替型の申し合わせが環境保護のマイナスをもたらす点を挙げるものとして「Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 209.
- (80) Vgl. Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 157. 「A」が「困難な決定状況を理由として挙げる」。
- (79) Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1985, S. 108; ders., a. a. O. (Anm. 5), 1988, S. 796.
- (78) Vgl. Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 157. 特に技術的解決策に関する対応の必要から、異議申立段階で初めて争点が明確化するAとは申請者の側も困るという事情がある。Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 201.
- (77) Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1985, S. 111. 教授は「法律の執行が交渉手段として用いられるのは、行政私人間のみならず、行政主体間でも認められるという」。
- (76) Vgl. Jarass, a. a. O. (Anm. 5), 1986, S. 321.
- (75) 貴重な業績として「国のレベルでは、行政管理研究センター・前掲注（3）、地方のレベルでは、神奈川県自治総合研究センター『行政手続と住民参加に関する研究』（一九八六年）がある」。

- (91) 参照、大橋・前掲注(6)(一九八六年)四五〜八頁、同・前掲注(6)(一九八九年)二六三頁以下、三〇〇頁以下、三一六頁以下、三四一頁以下。
- (92) 参照、大橋・前掲注(6)(一九八九年)二四一頁以下。
- (93) 参照、大橋・前掲注(6)(一九八八年)二二頁以下。
- (94) 参照、最判昭和五三年五月二六日民集三二卷三号六八九頁。
- (95) 「インフォーマルな行政活動は環境法に特有なものか」という筆者の質問に対して、ハンブルク大のエベルレ教授(前掲注(5)の文献の筆者)は、本文で述べたように答えている。Vgl. Eberle, a. a. O. (Anm. 5), S. 440.
- (96) この文献はエベルレ教授より御教示いただいたが、脱稿までに入手できなかった。今後の課題とした。W. Hoffmann-Riem, Möglichkeiten und Effektivität der Rundfunkaufsicht, in: P. M. Hellstern, W. Hoffmann-Riem, J. Reese, M.-P. Ziehen, Rundfunkaufsicht, Band 3, 1989, S. 209ff.
- (97) 六本佳平「学界展望(法社会学)」国家学会雑誌九八卷三・四号二九五頁(一九八五年)は次のように指摘する。「西欧法格に適用されない場合に、それを直ちにその国の特殊の法文化の表れとしてすまますことはますます困難となってくるであり、わが国の場合についても、個々の場合に即して、その特定の規定因子および利害・功罪について改めて分析することが要請されるのである」。
- (98) 公務員教育、人員の不足により違反状態の黙示的甘受がもたらされているものを区別して論ずべき点を示唆するものとす。Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1988, S. 796.
- (99) 参照、塩野・前掲注(4)(講義案)一五二頁。
- (100) 参照、大橋・前掲注(6)(一九八六年)四七頁。
- (101) これに対し、スイス法はわが国と同様、行政行為中心の法制である。Vgl. T. Fleiner-Gerster, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45, 1987, S. 157.
- (102) インフォーマルな協定とフォーマルな、担保措置を伴わない公法上の契約について、法的差異は存在しないと説くものとして、Vgl. Bulding, a. a. O. (Anm. 5), S. 287.
- (103) 参照、大橋・前掲注(6)(一九八九年)とくに三七八頁以下。
- (104) ドイツの自治監督において勧告が重要な意義を有している点について、参照、塩野・前掲注(6)・一八四頁注(9)。

- (105) Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 211; Bohne, a. a. O. (Anm. 5), 1981, S. 148ff.
- (106) Vgl. Uje und Laubinger, a. a. O. (Anm. 5), S. 75. 筆者の質問に対して、チャービンゲン大学の Putner 教授が「インフォーマルな行政活動の問題は新しいもので、まだ私たちにもわからない点が多いものです」と答えられたのが率直な見解のように思われる。
- (107) BVerwGE 71, 183 (198f.).
- (108) BVerwGE 71, 183 (191).
- (109) Vgl. BVerwGE 71, 183 (190f., 195). ここで参照されているのは、BVerwGE 30, 191 (197ff.) である。これによれば、本文に挙げた要件の下で、第三者は競業者に対する取消訴訟を提起可能である。一般に連邦行政裁判所は補助金には予算で足り、法律の根拠を必要としないという立場をとっているが (Vgl. BVerwGE 6, 282 [287f.], BVerwGE 58, 45 [48])、これが例外を許さない原則でないことは、右に述べたことから明らかとなろう。
- (110) BVerwGE 71, 183 (193f.).
- (111) Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 34f.
- (112) Ders., S. 39.
- (113) 同請求権について、Vgl. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 192ff. 高木・前掲注(9)・三六頁以下が詳細である。
- (114) Vgl. BVerwGE 59, 319 (327).
- (115) BVerwGE 59, 319 (325f.).
- (116) 例えば、最判昭和五五年一月二五日民集三四卷六号七八一頁(運転免許停止処分取消訴訟)。
- (117) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), S. 205f.
- (118) わが国でも、第一次的権利救済手段の行使として説明されている。参照、宇賀克也「各国の国家補償法の歴史的展開と動向——ドイツ」西村宏一ほか編『国家補償法大系1』(一九八七年・日本評論社)六二頁。
- (119) Vgl. §54 Satz 2 VwVfG; §56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG (反対給付は全体の状況に応じて適切 [angemessen] であり、行政機関の契約上の反対給付と客観的関連 [in sachlichen Zusammenhang] がなければならぬ)。
- (120) 参照、東京地八王子支判昭和五〇年二月八日判時八〇三号一八(二二)頁、東京地八王子支判昭和五八年二月九日判時一〇七八号九五(九九)頁、東京高判昭和六〇年八月三〇日判時一一六六号四一(四三・四七)頁。なお、行政機関内部

のたんなる訓令と捉えるものとして、大阪地堺支判昭和六二年二月二五日判タ六三三号一八三（一八九）頁。

- (121) BVerwGE 42, 331 (338f.).
- (122) Vgl. BVerwGE 42, 331 (339).
- (123) BVerwGE 42, 331 (340).
- (124) BVerwGE 42, 331 (342).
- (125) BVerwGE 42, 331 (343).
- (126) BVerwGE 42, 331 (345).
- (127) Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 538.
- (128) Vgl. BGHZ 30, 19.
- (129) BGHZ 30, 19 (26).
- (130) Vgl. BGHZ 15, 305.
- (131) BGHZ 15, 305 (308).
- (132) NVwZ 1986, 76.
- (133) NVwZ 1986, 76 (76f.).
- (134) Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 205f. 職権探知主義 (§24 VwVfG) の軽視を欠点として挙げるものと「ト」 Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 211.
- (135) Vgl. Uje und Laubinger, a. a. O. (Anm. 5), S. 76; Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 343; Hoppe und Beckmann, a. a. O. (Anm. 5), S. 158. 事前折衝の排除は複合的決定の下での要請に合致しないと説くものとして Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 227.
- (136) Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 5), S. 226f.
- (137) Vgl. Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 234. これは連邦イミグレーション法一七条一項一文、二項二文を例に挙げる。
- (138) Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 5), 1987, S. 37.
- (139) Vgl. Bulling, a. a. O. (Anm. 5), S. 289.
- (140) シュミット・アスマン教授は次のように説いている。「二極型関係においてなお行政の寛容と捉えられる緩和・免除も、多極型関係をなす利益の緊張状態に照らして考えると、その真の基礎、つまり一面的ないしは偏った態度であることが、

- 瞬時に明らかとなる」。E. Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 30f.
- (141) Vgl. BVerwGE 42, 331 (342). これによれば、私人は自分のなすべき給付を拒否するか、既に支払った金銭の返還を求めるところとなる。
- (142) 「事前折衝は第三者の権利を留保する」ことを要請し (Beyer, a. a. O. (Anm. 5), S. 225f.)、後た訂正のきかなら事前折衝は取消の対象となるとする (ders., S. 228)° Vgl. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 5), S. 212; Eberle, a. a. O. (Anm. 5), S. 454f.
- (143) この問題に関するキングラフナーとツビ、Vgl. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 5).
- (144) 行政の行為形式論の中にインフォーマルな行政活動を位置づけ、自己と法律関係論の立場から批判するものとして、Vgl. Schulte, a. a. O. (Anm. 5), S. 513.
- (145) F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 7f.
- (146) T. Fleiner-Gerster, a. a. O. (Anm. 101), S. 154.
- (147) Vgl. E. Schmidt-Abmann und W. Krebs, Rechtsfragen städtischer Verträge (Rechtsgutachten), 1987, S. 276-9.
- (148) Schmidt-Abmann und Krebs, S. 279.
- (149) Vgl. Erichsen, a. a. O. (Anm. 5), S. 369ff.; Maurer, a. a. O. (Anm. 5), S. 339ff.; Bull, a. a. O. (Anm. 5), S. 101f.、本教授の教科書は法治主義の項目で論じているが、取扱いはきわめて簡単なものにとどまる。
- (150) こうした視点を提示するものとして、Brohm, a. a. O. (Anm. 5) に挙げた同教授の二つの文献がある。
- (151) 例えば、塩野・前掲注(4) (講義案)・二二三三頁以下には「行政スタイル」という項目があるが、本文と同様の趣旨に基づくものではないかと推測される。
- (152) 付款のかかる機能を指摘するものとして、参照、塩野宏「付款に関する一考察」同『行政過程とその統制』(一九八九年・有斐閣)一七八〜一七九頁(初出田中二郎先生追悼『公法の課題』(一九八五年・有斐閣)二九九〜三〇〇頁)。
- (153) Vgl. Brohm, a. a. O. (Anm. 5), 1985, S. 103ff.
- (154) Vgl. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Anm. 96), S. 209ff.