

インフォーマルな行政活動：法治国家の変遷について

ヴィンフリート, ブローム
コンスタンツ大学法学部教授

大橋洋一
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1994>

出版情報：法政研究. 60 (3/4), pp.87-110, 1994-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

インフォーマルな行政活動

—— 法治国家の変遷について ——

コンスタンツ大学法学部教授 ヴィンフリート・ブローム

序論

- 一 インフォーマルな行政活動の諸類型
- 二 一方的なインフォーマルな行政活動
- 三 合意型のインフォーマルな行政活動

講演

本稿は、一九九三年一〇月一日に九州大学法政学会・国際交流基金の支援の下に開催された講演会を基礎としてい
る。講演されたヴィンフリート・ブローム教授 (Prof. Dr. Winfried Brohm) は九州大学国際交流基金の招聘によ
り、同年九月二五日から一〇月一七日まで訪日され、同大学大学院法学研究科で比較都市建設法の講義 (六〇時間)

を担当されたほか、二つのテーマについて福岡及び東京で講演をされている（もう一つの講演である「社会的基本権と憲法における国家目標規定」は自治研究七〇巻五号に掲載の予定である）。

ブローム教授は一九三二年三月四日にカールスルーエに生まれ、五一年から五五年まで法律学を五八年から六〇年には経済学をハイデルベルク大学で学んでいる。この間、五八年には故フォルストホフ教授の指導の下に博士論文『建設計画法における権利保護 (Rechtsschutz im Bauplanungsrecht)』を公刊し、その後六七年にはフライブルク大学において『経済行政の構造 (Strukturen der Wirtschaftsverwaltung)』と題する論文で教授資格を取得されている。六九年にビーレフェルト大学教授に就任後、七三年以来コンスタンツ大学法学部教授の職にあり、公法学（国法学、行政法学、計画法学等）や行政学の講義を担当されている。その間、長年にわたりバーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所判事も兼任された。著書には、上記のほか、『州高権と連邦行政—連邦国家における計画の前提問題 (Landeshoheit und Bundesverwaltung)』（一九六八年）、『国土・都市計画法における発展 (Entwicklungen im Raum- und Stadtplanungsrecht)』（一九七九年）、『国の道路計画と市町村の建設管理計画 (Statische Straßenplanung und Gemeindliche Bauleitplanung)』（一九七九年）、『都市における交通緩和 (Verkehrsberruhigung in Städten)』（一九八五年）などがある。論文の中では、七二年に公表された国法学者大会の報告 (Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung) がわが国の行政過程論等に大きな影響を及ぼしているほか（この報告については、参照、塩野宏『公法と私法』（有斐閣・一九八九年）三二八頁以下）、「国家の専門的助言」(Sachverständige Beratung des States) (in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1987, S.207ff.)、行政改革の機能条件」(Funktionsbedingungen für Verwaltungsreformen) (一九八八年・Die Verwaltung 1988, S.1ff.)、「EC域内市場のドイツ法への影響」(Auswirkungen des EG-

Binnenmarktes auf das deutsche Recht)」(一九九〇年・Staatwissenschaften und Staatspraxis 1990, S.132ff.) など現代的な問題を多く扱っている。日本人の研究者との関係も深く、とくに村上英明助教授(佐賀大学)、山田洋教授(西南学院大学)、中川義朗教授(宮崎大学)や大橋など九州地区で教職につく者が在外研究にあたり同教授の指導を受けている。今回の招聘プログラムはこうした方々の御尽力によって実現されたものである。

本稿の主題である非公式的行政活動は現在のドイツ公法学界で活発に論じられているものであり(議論状況につき参照、大橋洋一『現代行政の行為形式論』(弘文堂・一九九三年)一〇三頁以下)、ブローム教授はこのテーマについても多くの論文を公表されている(Vgl. Gesetzesvollzug als Handelsobjekt, in: W. Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1985, S.103ff.; Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S.794ff.; Verwaltungshandlungen mit Hilfe von Konfliktmitlern?, DVBl. 1990, S.321ff.; Beschleunigung der Verwaltungsverfahren - Strafung oder konsensuales Verwaltungshandeln?, NVwZ 1991, S.1025ff.; Konfliktmittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung in Raumordnungsverfahren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Albmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S.221ff.; Rechtsgrundsätze für normsetzende Absprachen, 1992, S.1025ff.)。本稿はいずれの業績を日本の読者のために総括したものである。

序論

政治社会は絶えず変動する。これに呼応して、法もまたその解釈と実効性に関し変遷を続けている。かかる変化は多くの場合、継続性をもたずに、時としてゆっくりと気づかないうちに、時として衝撃的な形で、移行と変革を繰り返し展開される。法律学の課題はこのような変化を地震計のように早期に記録・分析すること、伝統的な形式及び類型の中で発展された法の基本的価値を新たな行為形式についてもその核心において維持すること、(結果として)法システムの適合化を図ることにある。私見では、インフォーマルな行政活動によって今日われわれは従来見られなかったほど大規模な変革の前に立たされているのである。

日本でかねてより成功を収めてきた行政実務である行政指導は、八〇年代の初めにドイツでも(日本人研究者による)いくつかの論文によって紹介された。ここでいう行政指導とは行政機関による指導、助言、助成、推薦、警告を通じて個人や社会を誘導するものである。それによれば、行政指導は法的には拘束力をもたない事実行為であるにもかかわらず、日本で市民により従われている。その実効性はとりわけ「日本人の心情」や日本の法文化によって説明されてきた。つまり、日本人は大勢に順応し目立たぬように努めるとされ、したがって日本ではモラルが法よりも優位し、法は補完的な機能を果たすにすぎないといわれた。また、日本人が行政指導を無視すれば、行政機関は将来その者に対し不親切ないしは非協力的な態度にでると述べられていた。¹⁾こうした説明をもとに、ドイツにおいても、日本の行政指導の中に「極東」の神秘と親切心を再認識する傾向にあった。しかし、そうこうするうちに、ドイツにおいても、数多くの例を挙げながら、ドイツの行政機関が(日本の行政指導と)同様の行政実務を用いる点を明らかにした研究が公表されるに至ったのである。こうした活動方法がドイツでインフォーマルな行政活動と呼ばれる手法で

ある。

この手法に関して、両国の間で数多くの共通点をあげることが可能である。しかし、このことから、国家競争の気分からられて、ドイツの行政が日本の行政と同様に親切に行動するとか、ドイツのインフォーマルな行政活動が日本の行政指導と同じであるという説を唱えるべきではない。というのも、結局のところ各国の法文化の違いに依じて、同じ活動形式や行為形式が異なる結果をうみ、そのため、法的にも異なる評価を受けねばならないことが考えられるからである。それゆえ、以下ではドイツのインフォーマルな行政活動について報告し、それについての私見を述べることにしたい。ドイツ法に関する本論文の分析にどの点で従うことができ、本稿の評価が何らかの形で日本の行政指導にも当てはまるものか否か(といった問題)は、日本の(読者の皆さんの)側で吟味される必要がある。

一 インフォーマルな行政活動の諸類型

— その共通点と相違点、個別事例に向けられたインフォーマルな行政活動への考察の限定 —

(一) インフォーマルな行政活動の主要類型

近年、インフォーマルな行政活動に関し、精力的に研究が進められた²⁾。このために、多くの事例とその現象形態が確認されている。それは大要次の三つのグループにまとめることが可能である。

(1) 最初のグループは、「規範代替的申し合わせ」、つまり法規範の制定に代替するものである。

既に一九七一年に、連邦厚生大臣はタバコ製造業者との交渉で、テレビ宣伝の制限を約束させることに成功したの

である。製造業者はそれに従ったが、その理由は、さまなければ、もっと厳しい禁止規定を食料品法の中にもりこむと大臣が業者に圧力をかけたからである。同様に、アスベストセメントの経済団体は一定期間内にセメントに含まれるアスベスト（これは健康有害物質である）の含有量を五〇パーセントまで削減することを約束し、これとひきかえに、所管の行政機関が当該団体に対して禁止命令の発令を当分の間見合わせた例もある。こうした自己規制協定の核心をなすのは、同様の状況下にある多数の個人・企業に影響を及ぼす協定、つまり、法律や命令に代替する申し合わせである。

(2) 行政は発電所の許可とか住居の建築許可の発令など、個別の事例においても、同様の行動をとる。(例えば) 指導に従わなければ申請された例外許可とか免除を行政が認めないこと、指導に応じなければ事業案に対して提起されるであろう隣人の反対を除去できないことを申請者に示唆することによって、行政は事業者や建築主の譲歩をとりつけるのである。発令されるべき行政行為の内容に関わり、行政決定の前段階で純粹に事実上のものとしてなされる法的拘束力をもたない申し合わせは、「決定指導型申し合わせ (entscheidungssteuernde Absprache)」と呼ぶことが可能である。

(3) (右に述べた) 申し合わせや取決めは、インフォーマルな行政活動の典型的な現象形態である。しかし、インフォーマルな行政活動はそれに限定されるものではない。というのも、インフォーマルな行政活動には行政機関の一方的な活動も含まれるからである。例えば、行政機関が特定の薬品・食品を使用しないよう警告したり、ある青少年セクトの危険性を示唆するのがその例である。こうした警告の対極に位置するのが推薦である。例えば、環境に優しいことを理由に特定製品の使用を薦めるのがこれに該当する。いま述べた宣言は多くの場合、関係者との事前の接触なしに出されるものである。もちろん、こうした警告や推薦に先立ってインフォーマルな行政活動がなされることも

ある。ともあれ、これらの宣言は、行政の一方的な活動形式を示す。行政行為や確約とは違い、こうした宣言は法的拘束力をもった規律を含まない。その限りで、右の宣言は純粹に事実上作用する「事実行為 (Realakte)」である。

(二) 共通点

以上の指摘を通じて、次のことが確認できよう。つまり、インフォーマルな行政活動の特徴は、法定形式と結びついた法効果を回避するために、意図的に法定の形式をとらないということである。申し合わせについては、契約のような拘束力は望まれていない。つまり、申し合わせは、法的にはなく、たんにモラルのうえで、いわば紳士協定として拘束力をもつにすぎない。同様のことは、警告、推薦やこれと類似の一方的宣言にも妥当する。これらは、事実行為であるにすぎない。行政機関は意図的に、行政行為に代えてこうした形式を選択しているのである。その理由は、行政行為と結びついた規律や法効果（例えば、手続規定、形式規定、取消・撤回に関する規定、取消訴訟等）を回避するためである。行政機関のインフォーマルな行政活動からかかる帰結に実際に至るとすると、こうした活動形態によつて、行政法のもつ法治国的保障措置が空洞化されることとなる。そこで、右の活動形式がそもそも許されるのか、法治国の観点からする要請をかける形式に及ぼすべきなのか、それはいかにして可能なのか、という諸問題が提起されるのである。

(三) 類型に応じた解決策の必要性

右に述べた問題はすべてのインフォーマルな行政活動に関連するが、それぞれの活動のタイプに即して解答することが肝要である。規範代替的申し合わせの場合には、立法権限、立法手続、法規範に対する権利救済の問題、つまり

主として立法の領域で生起する法問題が中心となる。これに対し、個別事例の規律の場合には、行政法の法治国的スタンダードが言及されることとなる。規範代替的申し合わせについては既に他の文献で個別の法原則を検討した³⁾。それゆえ、以下ではこの問題は除外し、個別事例を対象としたインフォーマルな指導に限定したいと考える。もつとも、地区詳細計画をめぐる申し合わせだけは取り扱うつもりである。その理由は、この計画はたしかに（市町村の）条例として発令されるものの、伝統的理論のいう一般的・抽象的規律たる法規範というよりはむしろ個別事例の集合体に近いからである。行政の個別事例の分野では、合意型の活動手法、つまり申し合わせの取決めが深刻な問題を提起している。したがって、ここに議論の重点を置くこととしたい（三）。以下では、（まず、）一方的なインフォーマルな行政活動に簡単にふれたいと考える（二）。この典型例をなすのが、国家行政機関による警告である。

二 一方的なインフォーマルな行政活動

——行政機関の警告を例として——

（一）基本権保護

すべてのインフォーマルな活動と同様、行政機関の警告もまた伝統的な行政法ドグマ・メイクの枠組みの中で適切には位置づけられてこなかった。行政の意思に即していうと、警告は法的拘束力をもたず、それゆえ法的には取るに足らないものである。しかし実際上は法的拘束力をもつ命令と同様の作用をもつ。製品の販売、例えば特定の薬品とか化学物質の添加された特定ワインの販売を禁止するかわりに、行政機関はそれを飲用した際の健康への危険を警告

するのである。通常この結果として、消費者はその製品の購入を控えることとなる。禁止処分は負担的行政行為であるから、法律の授權がある限りで行政機関が発令できるものであり、特定手続の遵守、とりわけ関係人への事前の聴聞、基本権を不必要に侵害しないことなどが要請されるべきものである。禁止処分に対しては、侵害を受けた市民は異議の申立て、取消訴訟で対抗することが可能であり、訴訟の提起は通常の場合、執行停止効果をもたらす。それゆえ、問われねばならないことは、こうした法治国的要請のすべてが拘束力を欠く右の宣言に対して本当に及ばないのか、である。

きわめて初期の段階から提唱された考え方によると、基本権保障は直接的な基本権侵害のみならず間接的な侵害、つまり行政活動の事実作用についても妥当する。それゆえ、今日では、特定の要件の下で、特定製品に対する不当な警告といった事実的侵害に対しては裁判所に訴えることが可能である。ただし、訴訟手続だけは異なる。つまり、取消訴訟に代えて、事実行為による侵害に対しては不作為訴訟が選択されねばならない。

(もつとも) こうした違いは市民の権利救済を奪い取るものではない。むしろ、今日まで未解決なのは、法治国の観点からするその他の要請がインフォーマルな行政活動に及ぼされるべきなのか、それはどの程度までか、という点である。

(二) 法律の留保の問題

現在の議論の中心にあるのは、法律の留保の問題である。⁴⁾ 特定薬品の効用を(行政が)公的に表明することに関し、連邦行政裁判所は次のように判示した。「最終的に」特定製品の購入に影響を及ぼすような評価や警告は、侵害的行政行為と同視されねばならない。それゆえ、かかる侵害を許した法律上の授權が存在する限りで、行政行為は発

令可能である。行政機関に薬品検査の任務をわりあてた権限規定 (eine Kompetenznorm) では不充分である。それゆえ、評価の内容が正しいか不適切かに言及することなく、法律の根拠がないことを理由に、裁判所は薬品の公的評価を違法と判示した。⁽⁵⁾

少し後になって、裁判所は特定の青少年セクトに対する連邦政府の警告について判決を下している。このセクトは公的な調査によると、きわめて有害な影響、とくに心理的なひずみを招くような影響をもたらすものである。この事件でも、連邦政府の主張の適切性が問われているのではなく、連邦政府が法律の授權なしにこうした宣言をすることが許されるのか、が議論されたのである。ここで、裁判所は、特定の危険を市民に対し警告する権限を政府から奪うことに躊躇したのである。しかし、この宣言にも法律上の授權が存在しないので、裁判所は政府の広報活動義務 (これは民主主義に起因するものである) によって行政機関の警告を正当化したのである。⁽⁶⁾ もつとも、広報活動の下に理解されるのは、政府の活動を市民に知らせることであって、特定の市民ないしグループの活動を政府の側で知らせることではない。裁判所の右の理由づけは正当にも、各方面から批判をあびた。⁽⁷⁾ 混入物の入ったワインの輸入・販売が争われた事件で連邦厚生省は再び法律の授權なく健康に危険なワインのリストを公表したが、この事件で裁判所は (前の事件で批判を受けたために) 別の論拠を持ち出したのである。裁判所の見解を単純化しようと、危険回避のための示唆は営業の自由の保護領域を侵害するものではない。その理由は、他者の健康への危険を回避すべき国家の保護義務 (die Schutzpflicht des States) によって営業の自由も制限されるからである。⁽⁸⁾ この議論が正しいとすると、危険回避のためになされる事実侵害は實際上法律の授權を要しないこととなろう。というのも、危険回避措置は基本権として保障された個人の法益の保護に常に役立つからである。

しかしながら、右の議論は適切な視点を含んでいると考える。権限法において承認されていることは、特定の任務

の割り当てには、付随 (Annex) として、この任務遂行に対する危険や障害を取り除く任務も含まれるということである。このような付随権限 (derartige Annexkompetenzen) は警察法の性質をもつもので、危険防止のために発展させられた諸原則によって (その存否が) 決定される。警察法で当初から承認されてきたことは、警察任務を割り当てた「任務規範 (Aufgabennorm)」には、こうした任務を遂行する義務と権限 (die Pflicht und die Befugnis) も、「警察の措置 (特に事実行為) によって任務の遂行が可能である限りで」伴うということである。わずかに「命令と強制 (Befehl und Zwang)」の投入に関してだけ、主として南ドイツの諸州で、補足的な法律の授權、つまり特別の「権限規範 (Befugnisnorm)」が要求された。法律の留保に関するこうした見解は一九七七年一月二五日の内務大臣常設会議の「統一警察法草案」で一般に実現され、それ以上の拡大はなされなかった。⁽⁹⁾ したがって、もっぱら間接的に基本権を制限するにすぎない警察の事実行為は既に任務規範によって許容されているという一般に承認された原則が、意図的な間接的作用については妥当しないと考えることには疑問が生ずる。⁽¹⁰⁾ けれども、最近の傾向に従い、こうした場合にも特別の権限規範ないし授權規範 (eine besondere Befugnis- oder Ermächtigungsnorm) を要求するならば、最終的には、警察法の一般条項という慣習法上の効力に右の規範を見いだすこととなろう。というのも、危険防止や障害の除去により公共の安全や秩序を保障し、そのために必要な措置を講ずる国家の権限 (die Berechtigung) は、とりわけ法治国においては、行政機関の最低限の任務に属すからである。⁽¹¹⁾ このことは、警察法上の授權が欠けている場合の州警察法についてだけ妥当するものではなく、同様に連邦警察法にも当てはまる。特別法上の授權がなお一義的には与えられていなかった六〇年代において、従前の境界関税局、連邦国境警備、連邦鉄道警察やその他の連邦警察行政機関を例に連邦警察法 (と授權の要否) が論じられていたところである。⁽¹²⁾ したがって、結果として、連邦行政裁判所に同意して、危険防止と経済指導その他の目的との間には差異が存在するといえよう。

こうした相違は当該基本権の保護領域の制限から生ずるものではなく、つまり憲法レベルで認められるものではない。むしろ、右の差異は行政法のレベルで存在するものである。というのも、法律ないしは少なくとも慣習法として通用する警察法の一般条項により、危険防止のための一般的授權が少なくとも事実措置については前提とされるのに対し、その他の場合にはかかる授權が存在しないからである。

こうした解決は、基本権から導かれた国家の保護義務を越えて、個別基本権の保護領域や適用範囲に制限を課すものではない。そうした制限は本稿で問題としては特に疑問がある。というのも、限界の設定がここでは立法者によってではなく、行政庁やそれを統制する裁判所によってなされるにすぎないからである。右に主張した解決策については、自由の推定を原則とした一般的基本権理論を維持することとなる。この結果として、警察法上の措置は正当化を要し、ここでいう正当化は授權規範の存在やその個別の適用にのみならず、比例原則といった行政法の一般的法治国原則に関してもなされねばならない。他方で、右の解決策は、任務規範によって内容的に限定された領域内で危険防止に必要な権限を行政庁に与えるものである。こうした一般的な権限は、必要不可欠である。というのも、社会関係や見解が急速に変化し継続的な技術革新がみられることに鑑みると、すべての危険状況や妨害の種類を予め認識し、要件・効果について充分明確な要件の下に詳細な規定を設けておくことが不可能だからである。¹³このようにして、特別の任務遂行に対する法律上の権限規範 (eine Befugnisnorm) が欠けているという理由だけで内容的に適切な警告が撤回されねばならないことは避けられる。

(三) その他の原則

右に挙げた決定やそれに関してなされた考慮が明確に示したことは、意図的になされた一方的なインフォーマルな

行政活動、つまり特定市民、その製品ないしその活動に関わる行政機関の警告について、法律の留保の問題は決して解決されていないということである。法治国原則の効力に関するその他の問題は、従来なお詳細には議論されてこなかった。例えば、警告を出す前に関係者に聴聞をなす義務について検討がなされていない。ドイツの行政実務では、日本の行政活動とは異なり、(この場合には) 聴聞は必要ないと考えられているように思われる。ここでは、伝統的な行政法理論(これによると、聴聞義務は当事者の権利を「侵害」する行政行為についてだけ認められる)に対する過度な固執がみられる。¹⁴⁾ それにもかかわらず、例えば、特定の人、人的グループ、特定製品に対する警告など意図的、一方型事実活動については、こうした手続規定を類推適用することが少なくとも望まれよう。(というのも、) 結局、この種の活動は、行政庁の活動や警告の一方性に鑑みると、伝統的行政法の中心カテゴリーである行政行為と非常に類似するからである。これに対し、一般的な示唆や一般的警告の場合には、インフォーマルな行政活動の「目的性 (die Finalität)」が存在せず、したがって、行政行為との共通性が欠けるのである。それゆえ、ここでは、類推適用が排除される。行政行為について存在するその他の規律や法原則についても同様のことが妥当する。このかぎりでは、一方的なインフォーマルな活動について適切な法治国的解決策を見いだすことはさほど困難ではない。より困難であるのは、インフォーマルな申し合わせとかインフォーマルな合意型行政活動の形式を法治国の諸原則により把握することである。以下では、この問題を詳細に取り扱うこととしよう。

三 合意型のインフォーマルな行政活動

(一) 現象形態とその背景

申し合わせは、行政機関と市民との間の交渉過程の産物であり、また多くの場合、相反する利害をもった複数市民と行政機関との間のそれである。申し合わせはしばしば正規の手続の前段階でとり決められ、正規の決定、許可、拘束型計画へと連なるものである。しばしば申し合わせが貢献するのは、型にはまった行政手続を当事者間の妥協によって終了させることである。多くの場合、交渉の結果ないしその一部は、正規の法的拘束力ある行為の中に取りこまれていく。

行政機関とか隣人が建築確認申請に対して異議を唱えることのないよう、申請者がその施設なり住居をどのように計画するのが最善かについて、建設行政機関は申請者に対し正規の申請前の段階で既に進んで助言するのである。利害関係者によるこうしたインフォーマルな事前説明には、建築案によっておそらくは影響を受けるであろう隣人も、しばしば招かれる。かくして、実際上は、正規の申請前に決定が下されていることが多い。その際に、しばしば、市民ないし私的団体の相対立する利害の間にあつて、行政機関は調停者として行動するにすぎないのである。

かかる交渉において関連市民や市民運動が行政機関の譲歩をかち取るように考えがちである。このことは、第三者の私的建築案の場合にも、国家施設計画の場合にも妥当しうる。例えば、一〇年以上にわたり、行政手続や裁判所において、コンスタントの第二ライン橋の許容性が争われた。その橋は即時執行の方法でようやく完成したが、係属する訴訟のために利用できなかつた。行政機関は関連市民や市民団体との交渉を通じて、ようやく私人らの訴訟の取り下げに成功した。そのために行政機関が約束したことは、防音壁の建設、時速制限・貨物自動車の通行制限命令に加

え、橋の案内表示板を設置しないこと、複雑な一方通行システムによって、地元民にしか実際には道がわからないほど橋への乗り入れを困難にすることである。

訴訟追行や市民運動の断念を取引材料に、交渉でなにかを得ようとするのは必ずしも関連市民ばかりではない。行政もそうこうするうちに一定の行政の願望を実現するために、(非公式の) 行政手法を用いることを学んだのである。交渉における取引材料として、法律で規定された負担的措施を不服従に対する制裁手段として用いること、ないしは相当な譲歩をなすよう公的行為への(市民の) 期待を利用することがある。

例えば、「駐車場設置義務」に関する法律規定を操作することによって、多くの都市が都市形成に影響力を行使している。建物の建設を希望する者や建物の中で店を開こうとする者は、現行の建設法によると、その者が自己の土地に十分な数及び面積の適切な駐車場をもつことを証明しなければならない¹⁶⁾。既に十分なビアホールのある地区でもう一件ホールの建設が意図される場合には、多くの都市で、行政がそれを望まないことをその者によく理解させたのである。その者が申請の許可に固執する場合には、行政はその者に「法律の充分なまでの厳格さ」を思い知らせるのである。つまり、あるビアホールの席五つにつき一台分の駐車場の証明を要求することとなる。これは建築の進んだ都市部ではもちろん達成不能(な要求)である。これとは反対に、都市計画の観点から行政機関にとって都合の良い土地利用を申請者が希望する場合には、駐車場の「適切な」数に関する規定を親切に解釈することとなる。

大規模な公的活動への期待を示す例は建設計画法の分野に見られる。ミュンヘンのような大都市の周辺地区では、都会市民による強度な土地需要により、農村市町村における土地価格は上昇し、地元民が農村から出ていかなければならないこととなる。というのも、この者たちは自分の家を建てる土地を購入できなくなるからである。このために市町村がとった策は、土地を事前に市町村に有利な価格で売り渡すことを条件に、地区詳細計画で建設用地として指定す

ることを土地所有者との交渉で約束したのである。(他方)市町村は、地区詳細計画を制定したのちに、有利な価格で再び地元民に譲渡するよう義務づけられている。¹⁶⁾最近では同様の方法で、ボーデン湖畔のいくつかの市町村が公立老人ホームの用地を有利に獲得するための交渉に乗り出したのである。

このような市民や国家にとっての経済的利益のほかに、手続の迅速化や作業の簡易化といった視点も合意型の活動を導くこととなる。この二〇年来、刑事訴訟は優遇措置への期待をもたせることによって促進する形で処理されたのである。例えば、「刑の執行停止と引換えの自白」ないしは「手続の停止と引換えの部分自白」といったモットーによる。これは公判前に秘密に取り決められるのである。おそらくすべての手続のうち二〇から三〇パーセントがそのようにして終結するといわれている。かくして、検察、弁護士及び裁判所が長く続く調査と証拠調べ(これは経済犯や麻薬事件ではしばしばきわめて困難を伴い成功がまれである)を省略できるのである。アメリカでは全ての刑事事件の約九割がこのようにして処理されている。¹⁷⁾

(二) 行政の広範な決定余地を伴う一方的決定を中心とした伝統的システム

この種の交渉による解決は、ドイツの法秩序には新しいものである。たしかに民事法ではかねてより当事者間の交渉訴訟や裁判所における和解が知られている。しかし、民事の紛争では、個別当事者の私的利益の調整が関心事である。これに対し、公法では、個別の当事者及びその利益相互の対立のみならず、全てのもの、つまり公共の福祉にかかわる事項が重要となる。それゆえ、この法領域は、伝統的に、「決定の一方性」によって特徴づけられてきた。二面的に取り決められる契約によって国家機関は紛争の解決を図るのではなく、特別の決定形式における一方的な定めによって、部分的には特定の法定手続において(つまり、例えば、法規範・拘束的計画の策定、許可・制裁の発令を

通じて) 解決するのである。国家機関が優越的な権力をもつことの代償として、法治国の市民は、例えば基本権のような固有の権利をもち、この権利を非常の場合には裁判所で主張することができるのである。

このように法的に規律された手続や決定形式と比べると、交渉手続はまさに代替的な(性格の)ものである。交渉手続には法定の手続規定も存在せず、とりわけ法律による内容確定も不足している。それに代わって、ここでは互換的な関係が現れ、この関係を通じて紛争解決の内容が模索されるのである。交渉ないし威嚇のポテンシャルとして、行政機関の側には、法律、法律の執行・非執行による脅迫があり、市民の側には、プレスキャンペーンによる政治的圧力手段、市民運動、法的に保障された個人権及び時間を要し行政活動を麻痺させる訴訟手続の利用といった脅しがある。

公共の福祉を志向した法律を個別当事者間において公式の取引材料とすることなどはたしかにだれも考えはしない。それゆえ、かかる交渉結果は、通常、正規の契約においても法的拘束力をもって確定されることはない。むしろ、非拘束的な申し合わせないし取決めにおいてインフォーマルに了解がなされるにすぎず、それに法定の手続が続き行政機関による一方的な決定がなされる。これらの(後続の)決定が法律の一義的な文言に反してならない点は疑いが無い。しかし、事前の交渉内容を正規の決定にもりこむだけの多くの決定の余地を行政はもっているのである。

法律はしばしば不確定であり、それゆえ解釈を要し、また法律は明示的に行政に裁量権を認めたり、(計画法では不可避であるが)異なった複数の目的の提示に止まる(この目標の下で行政機関は具体的な状況に応じて選択・考量しなければならぬ)。

右に述べた法律要件における決定の余地のほか、法律の執行や手続の形成にかかる行政の裁量に加わる。例えば、法律上の義務が執行されるべきか、それはいつか、またどのような手段を用いてか、について行政は羈束裁量に従い

決定する。さらにどの範囲にわたり事実関係が調べられねばならないのか、を決定することも行政の手中にある。最後に、事実関係の調査にどのような方法が用いられるべきかも行政が第一に決定する。これは調査結果の正確性、ひいては法効果にとって、例えば環境法では著しい重要性をもつものである。

つまり、多種多様な交渉結果を実現するための手掛かりは法律により拘束された行政の枠内でさえ、十分に存在する。

(三) 合意型のインフォーマルな行政活動の一般問題

交渉を通じた解決に国家決定機関も関心をもっている。というのは、合意型の解決は、国家機関を決定の圧力、決定責任、市民の批判、長期にわたる結果の不透明な訴訟手続から開放するからである。

他の関係者もまた交渉結果の引受に満足している。このことは、法律上課されていない膨大な支出を申合せにより申請者が負わなければならないような場合であっても、妥当するものである。その者は、その損得計算において、プロジェクト実現に際し時間を短縮できる点に着目し、結局、積極的な決算をしたのである。

こうした（事前の）コンセンサスを危うくするような対立利害が（事後の）公式手続に現れた場合には、行政機関をも含め（インフォーマルな事前手続に関与した）すべての当事者の統一戦線が形成される。この戦線に対し、交渉結果の修正を迫ることがたとえ可能であったとしても、せいぜい些細な修正が許されるにすぎない。

ここに、インフォーマルな行政活動の問題性が現れている。法律による手続規定が欠けているために、交渉過程に対するアクセスが全ての者に等しく保障されているわけではない。法律による（決定）内容の確定が不足しているために、権力ないし交換のポテンシャルの大きさに応じて、異なった貫徹可能性が当事者に認められる。規律が存在し

ないために、交渉の方法は固有のダイナミズムに従い変化し、これが行政活動の境界づけをほとんど不可能とする。

まず、市町村は建設用地の指定を反対給付として入手可能な価格で地元民に土地を供給し、他方、市町村は個々の市民に老人ホーム建設費用を負担させた。また、行政は地区詳細計画の策定と引換えに、環境法の定める要請をはるかに上回る特定の環境措置を取り決めた。さらに、行政は旅館やビヤホールの需要に関する自己の考えやその建物の外観に関する自己の構想を貫徹したが、それはその時々、部局長の政治的コミットメントに応じたものである。

今日では、インフォーマルな行政活動の危険と限界を問うことを止めて、その正当化のために新たな国家像が主張されている。つまり、権威的な国家から民主的・協力的国家への移行であり、この(新たな)国家は国家措置への関連市民の同意を獲得するよう努めるものと説明される。

こうした見解はたしかに賞賛に値するが、(注意を要する点は)交渉による解決を通じて関係者間で合意が得られたとしても、それは全国民の利害との一致をなお意味するものではないということである。民主主義原則は国民全体に関連するものである。この限りで、手続を合意により締め括ることは必ずしも客観的・内容的な成功を意味しない。

交渉において最良の結果を引き出すために、法や法の執行が行政や市民によってますます脅しや交換のための手段として投入されると、法律は手段と化し、その安定と法的価値を失うこととなる。

社会での出来事に措置法で介入する社会国家では、法的手段化はむしろある程度まで不可避なのかもしれない。しかし、社会国家においても、法律が果たす機能は、(個々の役人ではなく)全国民の代表である議会がさまざまな政治領域のどこに重点が置かれるべきか、を決定することにある。つまり、例えば、市町村の老人ホーム建設にかかる莫大な費用を市民に課すべきなのかを決定することがこれにあたる。

法律や法律の執行が交渉の対象となれば法律の前の平等は危険にさらされることとなる。交渉過程で脅しや交換を最大限に利用できる者は、自己の利益を最もよく貫徹することができる。交渉に招かれざる者は、その願いが無視されることをおそれねばならない。それゆえ、この種の紛争解決は法及び社会の進化論に終わる危険をもたらす。

(四) 規範目的、法益、一般的法原則から限界を確定するための立脚点

右に述べた疑義に照らすと、交渉結果が法規範と明白に矛盾しない点を捉えて、交渉による解決を許容することはできない。むしろ、補足して要請されねばならないことは、交渉において追求された目的が法律上当該行政に任されているのかという点、さらには、取り決められた解決が右の目標にとって適合的か、とりわけ、公益、当事者の期待、可能な負担、第三者の正当な利益に照らして適合的かという点である。

例えば、駐車場の規定は都市における交通問題を解決するために制定されたのであって、特定都市部分の個別の土地利用を指導するためではない。

他にも、地区詳細計画策定に伴う計画裁量は、個別の状況において建設法典に挙げられた諸目的を最適に実現するために行政機関に認められたものであり、地価政策、一般的社会政策上の願望を追求するためのものではない。

これに加えて、場合によっては、かかる措置は個人権や一般的法原則に抵触する。生存配慮施設、例えば老人ホームを個々の土地所有者の費用で建てる場合がこれにあたる。ここで、平等原則（基本法三条一項）と公共財措置の一般原則が反対する。同意しなければ自己の土地が建築地区に指定されないという状況の下で多かれ少なかれ自主的に当事者が同意したとしても、そのことによっては右の原則は除去されえない。公共の利用施設の費用は一般市民によって担われるべきものだからである。つまり、一般的都市建設原則ないしその他の法原則に準拠すべき高権措置に

より利益を受けた者に、右の費用が転嫁されてはならない。

同様に、法律上の義務を実現するための決定が執行という方法で行政の裁量に委ねられているのは、法律が最良に実施されるような解決策を行政が選択できるようにするためであつて、他の利益との取引のためではない。こうした規範目的に照らして、例えば、違法建築物の除去が場合によっては延期されることがありうる。しかし、行政は最終的に除去命令の実施を放棄することはできない。私見では、違法建築物の長期にわたる黙示的受忍だけに着目して除去命令の禁止を説く判決は、正当化できないものである。¹⁸⁾

事実関係の調査の範囲及び強度は危険の程度や法益の価値序列による。その時々状況下でこうした要請に適切に応えるために、この問題に関し、行政機関は法律で認められた決定の余地をもつ。この裁量は危険因子を測る方法の選択にも及ぶ。しかし、状況は急速に可変的である。したがって、行政は自己の用いるべき計測手法について予め決めをなすことはできない。むしろ、行政は将来にわたってその決定の自由を保持しなければならぬのである。

その他に、危険の性質、危険にさらされた法益の性質を判定するにあたり、第三利害関係者の正当な利益が考慮されねばならない。そこから同様に、かかる申し合わせの許容性に関する制限が生じうる。

(五) 法治国を進展させる任務

インフォーマルな行政活動が今日では既に一層広範囲に展開されているために、こうした新しい種類の行政実務はもはや不適切であると簡単には宣言できない。しかし、この見解には社会の必然的な状況から賛成することはできない。高度に多元化した工業社会を特徴づけるものは、すべての事例が個別形態をとる傾向があるということである。それゆえ、一般的・抽象的規律は、ますます、個別現象への適合を余儀なくされる。同時にしかし、相互依存及び利

害の錯綜はますます増大し、複合的なものとなっていく。それゆえ、法の適用に際しては、個別事例における多様な利害の解明が不可欠である。インフォーマルな行政活動は長く続く正規の行政・司法手続を経ることなく、その時々状況に適合的な手続で右の要請に応えることを可能とする。したがって、この種の申し合わせや取り決めを原則的に拒否したり阻止することは、関心事ではありえない。同様に、現代の情報技術の助けを借りた指示や警告といった一方的なインフォーマルな行政活動を初めから除外することもできない。むしろ試みられるべきは、こうした実務をその多様な現象形態において分析し、相応の法治国的要請の下に置くことである。社会と同様に、法治国も変遷せざるをえず、変化した状況の下で法治国に内在する価値を保障できる新たな形式を見つけねばならない。今日でもなお、完璧な解決は形成されていない状況にある。しかし、インフォーマルな行政活動の存在理由とその問題点が明確にされれば、こうした基礎に基づき相応の解決を探索するために、既に多くのものが獲得できたと考える。本稿で挙げた立脚点はこれに関する初めての試みである。これは、さらに見直し、細分化し、補完することが必要である。このようにしてのみ、インフォーマルな行政活動を法治国の理念に従って導き統制することのできる有意義なシステムが、漸進的に形成可能なのである。

(1) 代表的なものとして、Fujita, Gyoseishido, Rechtsprobleme eines Hauptmittels der gegenwärtigen Verwaltung in Japan, Die Verwaltung 15 (1982), 226ff.; Shiono, Administrative Guidance, in: Tokyo Round Table Organizing Committee (Hrsg.), Public Administration in Japan, 1982, 221ff.

(2) 数多くの文献から代表的なものとして、Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981; ders., Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, Verw. Arch. Bd. 75 (1984), 343ff.; Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 187ff.; Eberle, Arrangement im Verwaltungsverfahren, Die Verw. 17 (1984), 439ff.;

- Brohm, Gesetzesvollzug als Handelsobjekt, in : W. Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1985 ; ders., Verwaltungshandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern ?, DVBl. 1990, 321ff. ; ders., Beschleunigung der Verwaltungsverfahren - Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln ?, NVwZ 1991, 1025ff. ; Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch. Bd.78 (1987), 241ff. ; Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988 ; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, 494ff. ; Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 2 Bde., 1990 ; Kunig/Rublack, Aushandeln statt Entscheidungen ?, Jura 1990, 1ff.
- (c) Brohm, Rechtsgrundsätze für normeretzende Absprachen, 1992, 1025ff.
- (4) この問題については A. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1992, S.78ff. などの例を挙げてみる。
- (5) BVerwGE 71,183 (公衆バス)。
- (6) BVerwGE 82,76.
- (7) Gusy, Anmerkung, JZ 1989, 1003ff. (1005) ; Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgaben, DVBl. 1990, 619 (628f.) ; Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, VerwArch 81 (1990), 532ff. (549ff.) .
- (8) BVerwGE 87, 37.
- (9) この問題に関する詳細な文献については Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 1993, Rn.11.
- (10) 疑問を提示するのはこのように、例えば Götzt, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1993, Rn. 143a.
- (11) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 1966, §125 Ia, 1c. 今回の議論をよびながら詳細な法律が存在しなかったドイツ連邦共和国の初期の時代にとりわけこの問題は議論されたものでもある。したがって、右の文献もその後にはより控えめに変化している。 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, 1978.
- (12) この点では、州の消滅された権限 (Kompetenz) の枠内では、命令発令に対する一般条項の授権が承認されている。参照 Wacke, Polizeirecht als Bundesrecht, in : Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, 1963, S.161ff., 特別 S.170, 173m. Anm. 22, 178f., 179 ; Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 1961, S.139, 140. 以下一般行政法論では、参

- 照 H. J. Wolff (Fn.11).
- (13) H. J. Wolff (Fn.11), §125 Ic 3.これは今日でも同様に妥当する。同書の一版新しい版を参照 Wolff/Bachof, 1978.
- (14) こうした手続原則でさえ、数多くの例外規定、治癒規定のために、さほど真剣には受けとめられていない。参照 §§ 28 II, III ; 45 I Nr.3, II ; 46 Vwvfg.
- (15) 例えば、参照 §39 Landesbauordnung Baden-Württemberg.
- (16) 「先住民モデル (das Einheimischen-Modell)」には、様々な法律構成が存在する。市町村が土地を取得し、有利な価格で先住民に譲渡するものが「中間取得モデル (das Zwischenerberbsmodell)」である。これに対し、「契約モデル (das Vertragsmodell)」とか「ヴァイエルハイマーモデル (das Weilheimer Modell)」によれば、特定期間内に特定の土地を土地所有者は先住民に譲渡することを義務づけられ、さもなければ市町村が予め決めた額で土地を取得可能である。最後のものについて、参照 VGH München, NVwZ 1990, 979 ; BVerwG, NJW 1993, 2695.
- (17) 注に挙げた文献のほか、特に参照 Schünemann, Absprachen im Strafverfahren ?, in : Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, 1990, Bd. 1 (Gutachten), B 27ff.
- (18) この問題に関して、本文で述べた意味で論じるものとして、参照 Hermes/Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988.他方、参照 Randelzhofer/Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandeln, 1981.

(大橋 洋一訳)