

法治主義の現代的課題：行政法学の学際化に関する 一考察

大橋， 洋一
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/2016>

出版情報：法政研究. 61 (3/4下), pp. 459-500, 1995-03-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

法治主義の現代的課題

——行政法学の学際化に関する一考察——

大橋 洋一

はじめに

- 一 法治主義と法の支配の相対化
 - 二 法治主義の揺らぎとその対応策
 - 三 法治主義の進展と行政法総論改革
- おわりに

はじめに

本稿では、「法の存在形態及びその作用形態の多様化」といった視点を中心にしながら、わが国公法学において法治主義原則が抱える諸課題を提示することとしたい。記述の方法としては、法治国の母国であるドイツとの比較を中心とする。その理由は、一つには、一九八〇年代に入り法治国・ドイツにおいてもインフォーマルな行政活動が発見され、法治主義の揺らぎ、行政法改革が盛んに論じられているため、^①従来とは異なった日独比較が可能であり、二つには、このような検討を通じて日本法の新たな課題を発見することができるのではないかと考えたからである。以下では、行政が私人との間で展開する外部行為、とりわけ行政指導に考察の重点を置くこととしたい。

先ず初めに、ドイツで「インフォーマルな行政活動」が論じられる場合のインフォーマルの概念について簡単に説明することとしよう。この語は組織論・管理論の分野で有名なバーナードの用語法（フォーマル組織とインフォーマル組織）からの借用概念であり、^②その用いられ方は多様である。しかし、この語が行政活動との関連で用いられる場合には、次の三点にわたる問題意識が窺われる。つまり、(1)法的拘束力をもたないこと（非拘束性）、(2)行政と私人の間の交渉型の行為であること（交渉性・交換関係性）、(3)それにもかかわらず、一方型行為と同様の行政目的の達成が可能であること（目標達成可能性・代替可能性）の三点である。^③

実務家の中には、現行の実務を賞賛する意味で(2)の交渉性という点に注目して交渉型行政活動という語を用いる者も見られるところである。^④しかし、多くの論者がインフォーマルという語を用いる背景には、行政実務に見られる多様な行政活動と法治主義との緊張関係を論究しようという姿勢が存在するように推察される。本稿も同様の立場に立

つものである。なお、この活動の下に行政規則が含まれるかについては争いがある。

一 法治主義と法の支配の相対化

(一) 論争点たる相違の消滅

法治主義を主題にする場合、関心事となることの一つに（以前議論されたものではあるが）、英米流の法の支配と法治主義がどこで異なるのか、という点がある。かつては、「法の支配と比べて法治主義が劣った原理である」という批判が見られたところである。しかし、第二次世界大戦後の法治主義の実質化の結果として、両者の差異は著しく減少したように考えられる。⁵⁾とくに、従来論争点とされた両者の相違、例えば人権保障・違憲立法審査・市民参加・行政の事前手続（さらには環境アセスメント）が、法治国のもとでも実現され、他方、成文法主義の下に成立した法治国においてもおびただしい数の判例による法形成が進められたのである。

したがって、今後は、藤田宙靖教授が指摘されるように⁶⁾、より具体的なレベルにおける比較が必要となろう。私見によれば、例えば、行政による公共性の実現に対する社会の期待の大きさとか、社会システムの中で行政部門がしめる割合とか、法治国実現のためのコストをどこまで容認している法システムなのか、といった多様な観点から比較していくことが重要となる。

(二) 「法律の留保」はドイツ固有の理論か

法治主義が法の支配と対極的なものではないことを示す一つの例として、法治国原則の中心をなす法律の留保原則、なかでも現在のドイツの通説・判例である本質性理論 (die Wesentlichkeitstheorie) を以下、検討対象とすることとしよう。この理論は、一九七〇年代に連邦憲法裁判所が形成した判例理論であり、「法治国原則及び民主主義原則から、立法者は、本質的決定を自ら下し、行政に委ねてはならないよう義務づけられる」という内容のものである。筆者は、以前、同理論について考察の機会を持ち、最近の日本の行政法教科書でも同理論への言及が増えてきているところである。⁽⁸⁾ この理論の展開は日本及びドイツにおいて、ドイツ法固有の発展として説明されてきたところである。しかし、最近になって筆者は、同理論の形成にあたり「もう一つのルート」が存在したことを発見した。結論を先にいえば、理論形成にあたりアメリカ法が強く影響を及ぼしていたという事実である。以下、この点を説明することとしよう。

ドイツのボン基本法には、有名な条文の一つとして八〇条一項二文がある。これは委任立法の限界に関するもので、「与えられた権限の内容 (Inhalt)、目的 (Zweck) 及び、範囲 (Ausmaß) は法律に規律されねばならない」と定めている。この条文は法治国原則を体現したものと理解されてきた。つまり、授権要件の限界を設けることで、市民には予測可能性が保障され、行政活動には法の拘束が期待でき、司法にとっては違法審査の準則が提供されたのである。しかし、この条文の解釈が一九六〇年代に変化し、民主主義の視点、とりわけ議会の重要事項規律責務の強調がこの条文の下で語られるところとなった。かかる変化に一つの重要な貢献をはたした文献として、一九六一年に出版されたエームケ教授によるアメリカ法研究を挙げる⁽⁹⁾ことができよう。この書物の中には、本質性理論の原型とも

いべき考え方が明瞭に現れ、それを導くにあたり、古いものではマーシャル判事のいた時代のアメリカ最高裁の判例が参照されていたのである。⁽¹⁰⁾

エームケ教授がアメリカ法から学んだ主要な構想は次のものである。つまり、「立法者は公共にとって重要な決定を下さねばならず、他方、ほとんど重要性をもたない問題の規律を裁判所ないし行政に委ねることができる」という命題⁽¹¹⁾及び、「採用されるべき政策を最終的に選択する権限は立法権の核心であり、真髄である」という考え方⁽¹²⁾である。そして、こうした知見は同じフライブルク大学の同僚であり、ともにスメント・シュレーに属すヘッセ教授に影響を及ぼすこととなった。その後、ヘッセ教授は連邦憲法裁判所に入り、判例を指導し、一九七〇年代の本質性理論へとつながっていったのである。

ここでは、残された課題として、英米法とスメント・シュレーとの関係が興味を惹くところである。カール・シュミットによれば民主主義と法治主義は対立する概念として捉えられたのに対し、⁽¹³⁾ スメント・シュレーによれば両者の統合が説かれていた。⁽¹⁴⁾ そのため、後者に属す両教授は、法治国原則に民主主義原則を結合して解釈するという視点で比較的容易に英米法から摂取できたように推察される。

ともあれ、右に述べたような事情で、今日のドイツ型「法律の留保原則」と（一時期の）アメリカ法の「委任禁止原則（non-delegation doctrine）」の間には共通の視角を指摘することができるのである。⁽¹⁵⁾

（三）本質性理論から見た日本法の特徴

今日のドイツの法律の留保学説は、二つの要素から構成されているといつてよい。第一は、基本権に対する侵害を

議会の同意にかからしめるといふ法治国的要素（ここには後に述べるように事実活動による間接的基本権侵害の問題も含まれる）であり、第二は議会に基本的な指導機能を期待する民主主義的要素の二つである。従来の侵害留保説による侵害は右の法治国的要素にすべて含まれるため、本質性理論は侵害留保説の対象拡大と評価することも可能である。⁽¹⁶⁾

本質性理論に対しては、その基準である本質性という概念が不明確であるという批判が日独両国において見られたところである。しかし、基本権保護を中心において侵害留保の対象領域を拡大するわけであるから、右の法治国的要素の部分は基準としては比較的明確であるといえよう。したがって、法治国的要素（の対象範囲の拡大という点）についてはわが国の諸学説と共通するところが多い。しかし、その中でも両国で異なる点として、次の二点を挙げるこゝが出来よう。一つは、補助金の論じ方である。⁽¹⁷⁾つまり、日本の学説では補助金の受給権確保という観点が強く、換言すれば法治国的要素が重視されているように解される。これに対し、ドイツでは行政の自己拘束といった理論構成により、要綱等の内部規則に基づく給付措置についても市民の請求権を導く判例が定着しているため、権利保障という理由だけでは法律の根拠を要請することにはつながらないこととなる。むしろ、補助金が現代社会にあつて所得再配分機能を果たす点に着目して法律制定手続を要請する、つまり、先ほどの用語法でいえば、民主主義的要素が正面に出てくるのである。第二の違いは、ドイツでは（日本で近時支持を増しつつある）権力留保説が成立しないという点である。つまり、ドイツでは、「行政が法律及び法に拘束される」という基本命題（基本法二〇条三項）から出発するため、そこでは行政がどのような行為形式を採るか、は関心事とはならないこととなる。したがって、権力的行為形式である行政行為だけを留保に含めるといふ考えは見られないのである。⁽¹⁸⁾

基準の不明確性という同理論に対する批判を惹起しているのは、民主主義的要素の部分だと思われる。そのため、

この部分を切り離すことを示唆する見解がわが国にも見られるところである。⁽¹⁹⁾しかし、他面で、この構成要素はわが国の議会の指導力の低さを分析するうえで、興味深い点にも注意すべきである。⁽²⁰⁾この点を検証する目的で、本稿の準備過程でドイツにおける在外研究の機会を持ち、ドイツの研究者に日本の現状を説明して意見を聞くこととした。結果として、例えば、米の減反指導⁽²¹⁾や閣議決定に基づくアセスメント⁽²²⁾は議会留保の対象と考えられるようである。これに対し、ODA⁽²³⁾は外国人の人権が関わる点で、留保の射程には入らないという説明を受けた。また、社会問題としてとりあげられることの多い、通産省によるアメリカ向け乗用車輸出規制⁽²⁴⁾はドイツでは、（一九八〇年代にインフォーマルな行政活動が論議されたのを契機に論じられている）自主規制型申し合わせ（eine Selbstbeschränkungsabsprache）にあたり、近時法律の根拠の要否が活発に議論されているものである。

また、本質性理論は留保領域の対象拡大に加え、授權の際の規律密度の問題も同時に射程に入れているために、例えばわが国の教科書検定など授權規定が著しく不明確な事例の改善を図る上でも参考になるもの⁽²⁵⁾と考える。さらに、侵害留保の範囲を拡張して例えば給付の領域で法律の根拠を要請する場合には、裁判所の下す違憲判断は従来通りの一般的無効という判断だけでは足りず、違憲警告判断等、多様化・弾力化しなければならぬ点を示したことも、本質性理論の功績であるといえよう。⁽²⁶⁾

二 法治主義の揺らぎとその対応策

(一) 行政指導・行政スタイルの比較法研究の可能性

これまで述べてきたようにドイツ法は、法律の留保を拡大し一九七〇年代には市民参加や行政手続までをも整備し、さらに西欧諸国の中で最も拡張された裁判制度をもつに至った。ドイツ法が一つのモデルとして重視され、日本法を比較法的に位置づける際の物差しとされてきた所以である。つまり、フォーマルなドイツ法とインフォーマルな日本法を比較し、後者の後進性を指摘するという論法は、従来の議論のパターンであったとすら言える。しかし、一九八〇年代に入りドイツの法学者を驚かせる研究が社会学者や政治学者によって提示されることとなった。⁽²⁷⁾つまり、ドイツにおいてもインフォーマルな行政実務の発見を契機に、法治主義の揺らぎや行政法学の再構築が盛んに議論されるようになったのである。このような震動は今日まで続いているところである。

かかる活動が、ドイツ人にとっていかに衝撃的であったかは、昨年来日されたブローム教授（ドイツ・コンスタンツ大学）の論文に明確に現れている。以下、引用することとしよう。⁽²⁸⁾

「それ（日本人の論文（筆者注））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、日本では市民により従われ、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するとされた。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。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。」

筆者は以前この問題を論じたことがあるが、⁽²⁹⁾ドイツの行政法学が最近に至るまで行政実務の実態を考察対象から捨象してしまった原因の一つは、従来の限定的な分析視角、具体的には法学的方法論に原因があると考えている。⁽³⁰⁾

(二) 単純な文化論との訣別Ⅱ規定因子研究の必要性Ⅱ比較実証研究の推進

ドイツで法令の規定とは異なる多様な実務が明らかにされたことにより、例えばわが国の行政指導を比較法的な見地から考察する機会が初めて生まれることとなった。つまり、従来日本固有であることが強調されてきた行政指導についても、⁽³¹⁾単純な文化論に還元して説明するのではなく、経験的な手法に基づく実態調査により行政活動の規定因子を探り、それを比較法的な視点のもとで検証することが重要となった。したがって、比較実証研究の後に初めて日本の特色を語るべきであるといえよう。⁽³²⁾このような視点は公法学に限られるものでなく、今日の日本の法律学に広く見られるところである。

例えば、日本人の法意識に関し有名な川島テューゼ⁽³³⁾（これを要約すると、(1)法律の文言を非限定的に解釈するため法律改正が少ないこと、⁽³⁴⁾(2)法律を伝家の宝刀と捉えるため法律が現実生活を規制する程度が低いこと、⁽³⁵⁾(3)例えば契約の拘束力について規範意識が弱く円満解決条項・誠意協議条項が多用されること、⁽³⁶⁾(4)訴訟による解決をきらうことなど⁽³⁷⁾

を内容とする)は海外でもよく読まれ、こうしたものの考え方は、行政指導を日本固有と捉えてきた従来の行政法学の思考パターンと多くの共通点をもつように考えられる。しかし、近時の法社会学の中には、次に見るようにこうした川島テーゼを興味深い仮説群として取り扱おうとする研究方針が提起されている。⁽³⁸⁾つまり、これをアプリアリに前提とするのではなく、この命題自体を具体的・経験的資料に基づき検証しようと考えてるのである。そうした視角の下、欧米でも法律上の権利義務の争いとして扱うことを回避する傾向が見られること、法律の解釈・発動にある程度の柔軟性が伴うことが発見されてきたのである。こうした一連の研究動向は、筆者の問題関心と軌を一にするものである。

また、民法学の分野でも契約を嫌う日本人・契約当事者の協議を重視する日本法といった伝統的な理解に疑問を投げかける研究が登場してきている。例えば、具体的な契約類型に即して契約実務の差異を解明する実証研究⁽³⁹⁾や外国の契約研究を通じて日本的といわれた契約慣行が実はアメリカにも存在することを明らかにしたものがこれに該当する。⁽⁴⁰⁾ここにも、やはり同様の問題意識をみてとることができるといえよう。

さらに行政学でも、日本独自といわれた稟議制を疑問視する研究が現れ、⁽⁴¹⁾単純な行政過程と捉えられがちな許認可が実は複合的な過程であることを示した分析もこの関連で示唆に富むものといえよう。⁽⁴²⁾

この他にも、経済政策の分野において、日本型経済システムは一九三〇年代から敗戦に至る戦時期に意図的に作られたという注目すべき歴史研究が発表されている。具体的には、日本的労使関係、銀行系列、企業系列、行政指導などである。一例を挙げると、戦後の政府と業界団体の双方向関係、つまり行政指導のシステムは一九四〇年成立の鉄鋼統制会による指令経済システムの失敗の後、一九四二年の利潤動機の導入を契機に確立したという指摘がなされている。⁽⁴³⁾したがって、今後は行政指導のルーツを戦時統制経済行政の中に探り、戦後との連続性を検証することが法律

学にとっても重要と考える。

他方、日本法制史の研究者からは、「日本の法観念」は、無根拠に、超歴史的な日本人の特性などといったものから理解されるべきものではない」という批判も寄せられている。⁽⁴⁴⁾ これ以上の列挙は控えるが、これまで見てきたように、実証を欠いた単純な法文化論から訣別する傾向が様々な領域において窺えるのである。

ここでいう規定因子研究は法意識等の人格因子、知識・経験といった資源因子、代替的非公式紛争処理メカニズム等の環境因子、コストに関する制度因子等多方面にわたり可能である。⁽⁴⁵⁾ 例えば人的側面についていうと、公務員数の国際比較からは、日本の公務員数が少ないことの検討が必要となろう。⁽⁴⁶⁾ かりにこの指摘が正しく、それにもかかわらず日本の行政の所掌範囲が広いとすれば、執行がいかげんであるという現行実務の原因は一部解明できるように思われる。他方、それでもうまく運用している例があるとすれば、行政外のリソースを活用していることがないか、を探求する端緒になるといえよう。

規定因子研究を進めるうえで、とりわけ比較と実証という二つの視点からの研究が有用であると考える。この点を以下、説明することとしよう。

(三) 「比較」実証研究の実例

(氏名公表の比較研究)

行政指導の比較研究の中で、興味深いものに氏名公表の比較法研究がある。日本では伝統的なサンクションが必ずしも機能せず、それに代替する新しいものとして、氏名公表・違反事実の公表が登場してきている状況にある。⁽⁴⁷⁾ こう

した事実行為型の新しい手法については法律の根拠の要否をめぐる議論が存在したものの、⁽⁴⁸⁾その理論的論拠はなお深まっていない。この点で、警告をめぐる近時のドイツの学説・判例が参考になると考える。ここでは、とりわけ次の二点が重要である。

一つには、ドイツの留保学説においてもこうした問題は、これまで充分には意識されてこなかったという点である。別の言い方をすれば、日本法の議論の方が先行していたことである。

二つには、考え方としては、警告の権限を(a)政府の広報義務⁽⁴⁹⁾（一九八九年五月二三日連邦行政裁判所判決）、(b)国家の保護義務（一九九〇年一月一八日連邦行政裁判所判決⁽⁵⁰⁾）、(c)警察法上の一般授權など多様な観点から導く見解⁽⁵¹⁾がドイツ法で見られる点である。

こうした近時の判例の意義を正確に理解する前提として、ドイツの伝統的な警察法理から説明することとしよう。伝統的な見解によると、組織規範と根拠規範を分けた上で、命令・強制といった規制的な「法行為」には両者が要請されてきた。⁽⁵²⁾ある組織規範（eine Kompetenznorm）は、当該事項を遂行する上での危険排除の権限をも付随的に含む（eine Annexkompetenz）といわれる。しかし、この付随権限も組織規範（eine Aufgabennorm）に止まるので、命令や強制を伴う場合には、やはり根拠規範（eine Befugnisnorm）が必要となる（根拠規範は侵害の授權（Eingriffsermächtigung）ともいわれ、個別授權と一般授權の二つの形態があり得る）。

もつとも、ここで注意を要することは、右のような厳格な区分論も一定の緩和的解釈を伴っていたことである。すなわち、伝統的な見解によっても「監督官庁がその任務の履行に必要な措置を法律上の個別授權に基礎づけることが出来ない場合には、⁽⁵³⁾補完的に、一般授權（Generalermächtigung）の適用も可能」であると解されていたのである。⁽⁵⁴⁾このような一般授權の合憲性は次のように説明されてきた。

「一般授權は憲法上許容されたものである。危険の防止や障害の除去により公共の安全や秩序を保障するという国家の権限は、すべての正当な国家目的から生じる。とりわけ、法治国においては、右の目的のために必要な措置を執ることは行政官庁のミニマムな任務に属す。一般授權に含まれた不確定概念（危険、障害、公共の安全、公共の秩序）は判例・学説を通じて詳細化されるので、その適用領域がとりわけ公共の秩序の保持に関する大衆の見解（これは時と場所により異なるものである）に依拠するとしても、一般授權はその目的、内容、範囲に関し充分特定されている。」

右に紹介した伝統的理解は「法的行為」を念頭に置いたものであるため、その反対解釈として、「事実的」行政活動（faktisches Verwaltungshandeln）に関しては、法律の根拠が不要ということとなる。⁽⁵⁵⁾これに対し、最近になって、事実行為による場合であっても、根拠規範を要請する見解が登場してきたのである。しかし、ここでも、なお、根拠規範として警察法上の一般条項（この条項は慣習法上の効力を確認したに止まるものである）で足りるのかが論点として残されている。⁽⁵⁶⁾

伝統的な見解の見直しはとりわけ警告を契機に、進められた。警告が争われた事例では公表のための根拠規範が不足していたため（一九八五年四月一八日連邦行政裁判所判決）、⁽⁵⁷⁾例えば政府の広報義務が根拠としてあげられたりもした。しかし、広報義務は政府活動の公表を意味するのであって、私人の活動まで対象に含むものではないという批判を受けることとなった。そこで、（近時の見解のように）公表に法律の根拠を必要とした上で、しかし、（伝統的な見解でも肯定されていたように）危険回避が関連する限りで、警察法上の一般授權を根拠とする考え方が、有力に展開されてきたのである。⁽⁵⁸⁾このように警察法上の一般授權に依拠する見解によっても、危険回避を越えた行政活動、例えば環境保護のための公表には、別途根拠規範が必要となり、現にそうした動き（つまり法制定の動き）が見られる

ところである。ここには、情報手法が行政による操縦手段として重要性を獲得しつつある点が窺われるといえよう。⁽⁵⁹⁾

(行政指導の法定化の比較研究)

行政指導の比較法研究として、行政指導の法定化とその実効性に関する研究が今後は重要であると考えられる。この点で、わが国は行政指導の手続的法定化を試みた最初の国であるから、諸外国にとって有用な示唆を与えることができるといえよう。⁽⁶⁰⁾ 既に、ドイツ人の研究者からは本法につき、次のような評価が与えられている。⁽⁶¹⁾

「日本の行政手続法は非公式的行政活動を透明化し、実務で危険にさらされた法律の拘束を強化することに取り組んだものである。こうした任務にドイツの行政手続法は従来ほとんど着手してきていない。」

とくに、ドイツ人からは同法五条の審査基準の公表や一二条の処分基準の公表が高く評価されている。⁽⁶²⁾

他方、ドイツ法の中にも行政指導法定化の実例があり、日本法の参考になる。例えば、廃棄物処理法一四条二項は、自主規制の申し合わせといった従来の行政実務を法定化し、注目を集めているものである。これは、業界団体に自主規制の申し合わせをさせ、一定期間内に成果があらなければ行政が法規命令を発令するといった規定であり、これなどは、今後立法論・行政実務分析の両面にわたり検討されるべきものといえよう。

こうした具体的な比較を通じて、日本型行政スタイルを確定する作業が今後は肝要となろう。

(四) 比較「実証」研究の実例

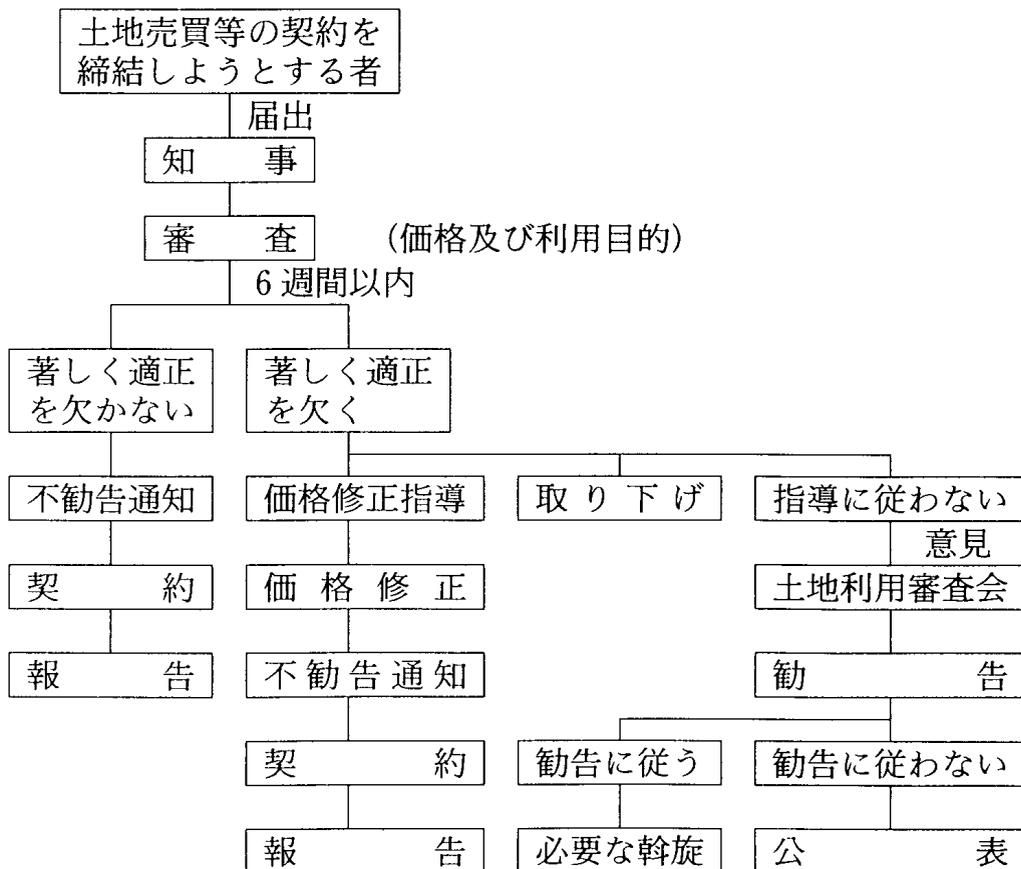
行政指導の研究に早い時期から着目していたという点で、わが国はたしかに先進国といえる。しかし、行政指導を具体の行政過程との関連で実証的に分析するという点では、それほど成果があがっていないようにも思われる。筆者

表1 国土利用計画法における届出の処理状況

区分		年			
		1990	1991	1992	1993
処理(A)		294,521	374,095	254,833	249,501
指導・勧告不要		193,544	265,168	182,926	182,238
指導	指導後是正	55,237	62,325	44,968	48,356
	勧告(C)	470	386	183	107
	取り下げ	45,370	46,216	26,756	18,800
小計(B)		100,977	108,927	71,907	67,263
指導率 (B/A) %		34.3	29.1	28.2	27.0
勧告率 (C/A) %		0.16	0.10	0.07	0.04

国土庁編『平成6年版 土地白書』(大蔵省印刷局・1994年) 317, 386頁より作成。

図1 国土利用計画法の届出審査事務のフローチャート



ヒアリングに基づき作成。

はこれまで行政過程研究をいくつか試みてきたが、本稿ではその中から、国土利用計画法を例に挙げることにしたい⁽⁶³⁾（図1参照）。この法律は勧告・公表といった行政指導を法定化した例として文献にしばしば引用されているが、以下では、その実態を分析しよう⁽⁶⁴⁾と考える。

結論を先にいうと、法二六条に法定化された行政指導である勧告・公表も実務上はきわめて規制的な手法と観念されている。例えば、表1に見られるように、届出の処理対象となる土地取引が一九九三年一年間で二四九、五〇一件であるのに対し、勧告は全国で年間一〇七件しか発令されない、それほど抑制的な運用がなされている。実に、勧告率は〇・〇四二パーセントに止まるのである⁽⁶⁵⁾。表に示したものは地価が鎮静化した近時のデータであるが、バブル経済の最盛期でも傾向は変わるところがない⁽⁶⁶⁾。実務上は、勧告以前の価格引き下げ指導の段階で価格の抑制が図られ、私人がこうした指導に従う原因は不勧告通知（二四三条三項）にある。つまり、勧告されなかったという書面の提示が大蔵省の通達により銀行融資の条件にされているため⁽⁶⁷⁾、融資を要する私人はかかる書面を得るために、都道府県の指導に従うことになるのである。ここには日本の行政過程を特色づけるいくつかの現象形態が見られるように思われる。見出し語をもつていえば、法律執行の過剰な謙抑性、通達支配の現実、経済的インセンティブの威力である。こうした実態に着目すると、行政指導が法定化された点で満足するのではなく、その現実の機能に目を向けることが今後の行政法学の発展には不可欠であるといえよう。

三 法治主義の進展と行政法総論改革

(一) 法治主義の感度 (die Sensibilität) を高めること

日独の法治主義を比較したときに異なる点として、最近のドイツ法で用いられる言葉を使えば「法治主義の感度 (die Sensibilität) を高める」という視点が挙げられる。⁽⁶⁸⁾ 別の言葉で言えば、伝統的に公法学を支配してきた「法と事実の峻別論」をドイツ法が見直し始めたということである。こうした動向は、具体的には、次の三点にわたる変化をもたらし、これは日本法との対比のうえでも興味深いものと考えられる。

第一には、事実描写の場を公法学の中にも設定することの重要性が認識され始めたことである。この点では行政学との連携が今後不可欠となろう。実務の実態把握は制度の創設・改廃へのフィード・バックを図る上で、重要なプロセスを形成するものである。

第二には、基本権保護の拡張、とりわけ事実活動による間接的基本権侵害の問題がある。ドイツ法は、事実活動の強度に着目してかかる侵害を認定し、その救済を図ってきている。ここでは事実活動がもたらす侵害の強度が要件とされ、⁽⁶⁹⁾ さらに最近では、先に述べた警告との関連で、業者や私人の活動を名指した行為、つまり「特定性」が認められる場合にも、事実活動について基本権侵害を認めるに至ったのである。⁽⁷⁰⁾ このように、現在では、要件として、強度ないし特定性のいずれか一つがあれば足りるとされている。このような展開を憲法学の観点から見れば、伝統的な侵害概念が克服されたといえよう（伝統的侵害概念は意図性・直接性・法行為・命令強制の要素という四点に特色をもつものである）。⁽⁷¹⁾ 今日では、基本権の保護領域に入るか否かをポイントにして、かかる侵害の判定、救済が図られている。⁽⁷²⁾ 連邦憲法裁判所も職業規制型の計画・資金交付による基本権侵害の可能性を肯定している。⁽⁷³⁾

第三には、行政訴訟の分野にあっても、間接的基本権侵害と同様の思考方法が見られることである。つまり、行政

訴訟の原告適格論にあつて支配的な地位を占めてきた保護規範説をとりわけ事実型行為との関連で弾力的に解釈するという視点が登場してきた。ここでは特に、建設法上の配慮原則 (Das Gebot der Rücksichtnahme) をとりあげることとしよう。⁽⁷⁴⁾ これは、当初、私人の利益を保護法益とはしていないと解されていた建設法規について、特定の事例で個々の侵害の強度に着目して私人の原告適格を導く理論である。これは今日では連邦行政裁判所の確立した解釈理論であり、⁽⁷⁵⁾ これを通じて、隣人訴訟における原告適格の拡大が図られたのである。この原則にはさまざまな批判が寄せられているが、私見では、先ほど述べた間接的基本権侵害と同様の思考方法がこの理論の中に認められるように思われる。

(二) 行政手法の拡張 (新しい行政手法の発見) と総論機能の再検討

アメリカにおいても新しい規制形態、つまり交渉、仲裁等の協調的な規制形態へのシフトが説かれていたのと同様に、⁽⁷⁶⁾ ドイツにおいても従来の規制型行政作用の機能不全を実証する研究が公表され、他方で、新しい行政手法、特に交渉型・同意取得重視型の行政手法の研究が深化されてきている。ここには先に述べた助言、警告、推奨、申し合わせ等のインフォーマルな行政活動のほかに、いわゆる経済的手法と呼ばれるもの (sog. ökonomische Instrumente) が含まれている。

経済的手法には、具体的に実用化されたものとして、許可により得た地位の一定割合を他者に移転可能とする補償モデル (Kompensationsmodell) や環境課徴金 (Umweltabgabenmodell) などが⁽⁷⁷⁾ ある。

このほかにも、協調型的手法として、建設法分野を中心に発展をみた行政契約が存在する。契約について筆者は以

前論文を書いたので繰り返しは避けるが、⁽⁷⁸⁾ここでは、二点ほど指摘したいと思う。一つは、行政契約は行政裁量の行使の一形態であるということと、二つには、これが実質的に、ドイツでは開発利益吸収制度としての機能を担っているということである。

周知のようにドイツでは一般的な開発利益吸収制度の創設は挫折したわけであるが、その理由の一つは、精巧かつ公正な制度を作ろうとすると難しくなりすぎるといふ点がある。こうした問題には、二つの対応が可能であるといえよう。一つには、若干の不公平を犠牲にしても、スイスのように税金で割り切る方法であり、これによれば、執行のコストは少なくて済む。二つには、契約による合意形成を中心に吸収を図るというものである。

開発利益の吸収が不備で社会的公正を生じているわが国においては、契約を中心とした制度化も柔軟性にとんだ一つの解決策であるといえよう。わが国にも、広島市西部丘陵都市建設プロジェクトにおける広島市と開発事業者の覚え書き（一九八六年三月）⁽⁷⁹⁾などの例が見られ、さらに、大阪湾臨海地域開発整備法一五条でも協定による開発負担金の制度が規定されるに至った。⁽⁸⁰⁾

今述べたような多様な形態の行政活動が発見されるにつれて、従来の方法論（法学的的方法）やこれまでの行政法総論のあり方が不十分ではないか、という批判が寄せられることとなった。最近のドイツの研究によると、法学的的方法（*juristische Methode*）は従前の国家学的方法（*statswissenschaftliche Methode*）への批判に主眼を置きすぎたために、それが開花した当時において既に現実の行政活動を的確に把握できるものではなかったとすらいわれている。⁽⁸¹⁾

さらに、経済指導、福祉措置、計画活動などにも活動範囲を広げた現代国家は、一九世紀の夜警国家論が前提とした国家像よりは一八世紀の絶対主義的福祉国家に、事務の側面のみを限り近似しており、この点からも法学的的方法論

への限定よりは、むしろ官房学や国家学がそうであったように広範・包括的なものであることが要請されよう。⁽⁸²⁾

最近では、こうした反省に立脚して、行政法総論の機能として、(1)行為形式へのあてはめから実体法的・手続法的・訴訟法的帰結を導く法実務機能、(2)条文解釈の補助となる解釈理論機能という従来型機能に加えて、(3)各領域間相互の比較や制度と現実との比較を通じてシステムの発展可能性・システム相互のコンフリクトを指摘する法政策機能、(4)国際ルールの国内法秩序への組み込みを図る法継受機能、(5)将来の大局的發展線を示す改革機能が要請されている。⁽⁸³⁾ これらの機能は一部重複するようにみえるが、諸機能のうちでも(3)の法政策機能が現在最も重視されている点は注意を要するように考える。行政政策論の重視という方向性は例えば、阿部泰隆教授が一九九二年に公表された『行政の法システム(上)(下)』に共通するものであり、同書に含まれる具体的な記述はドイツ法の(なお抽象的なレベルに止まる)改革論議を先行している側面も含むように考える。

(手法と行為形式)

体系見直しの一つの鍵となるのが、行政の行為形式と行政手法という用語法の整理であろう。両者の関係は以前にも公法学会で論じられたが、⁽⁸⁴⁾ なお用語法としては不明確な部分を多く残している。⁽⁸⁵⁾ 両者の特徴を簡単にまとめるならば、行為形式論は個々の行為形式と結びつけられた、根拠規定・行政手続・法効果・司法審査に対する要請を重視するもので、解釈論との関連を強くもつ。従来の行政法学はこうした行為形式という抽象的な部品を基礎として教えてきたものといえよう。これに対し、手法論は、実務の中から解決手法を見つけだす問題発見的機能を果たしたり、他国ないし他の分野の法システムとの比較制度的視点のもと、あるべき法的仕組みを示唆するもので、どちらかというところでは、行為形式論と異なり、新たな制度デザインをめざした応用編に該当する。教育課程との関連でいえば、基本的には、行為形式論は学部教育で、手法論は修士課程(とりわけ社会人大学院)で重点的に扱われているように推察さ

れる。しかし、手法論と行為形式論は決して排他的な性格のものではなく、手法論の成果は結果として行為形式論の中の事実行為論、行政スタイル論、行政手続論、行為形式間の選択関係論を豊かなものとし、結果として、実体法のレベルにおける行政指導ないし事実行為論の加重負担を解消へと導くものと期待される。

（三）立法学との連携（実験法律を中心として）

法令の執行過程研究が進めば、ある立法の下で行政がどのように対応するのか、が相当程度の精密度をもって予想可能となる。また、行政実務で定着している活動スタイル・行政手法を立法に盛り込めば、それだけ執行される確率の高い法律を制定することが期待できることとなる。このように、行政過程の分析は立法学と密接な関係をもつものと考えられる。日本の行政手続法が行政指導に関する条文を設けたことは、「インフォーマルのフォーマル化」という試みとして、国際的な見地から見ても代表的な試みといえよう。

他方、ドイツではクレップファー教授やシュミット・アスマン教授等の四名の教授が作成した環境法典総則草案（いわゆる教授草案 *Professoren-Entwurf*）は、助言（三六条）、紛争調停者（五四条四項）、申し合わせ（六四条）、警告（二〇七条）、エコマーク（二〇八条）、補償モデル（八九―九〇条）など本稿でインフォーマルな行政活動として紹介した各手法に法律の根拠を与え、その羈束を図ろうとしており、比較法的な関心を惹くものである。⁸⁶

このように近時のドイツの新しいタイプの法律を見て抱く感想は、一般性を特色とした伝統的な意味での法律とは異なったものが多数登場してきているという点である。こうした視点の下で興味深いものとして、実験法律（*experimentelle Gesetzgebung*）と呼ばれるものがある。⁸⁷これは、近時のドイツの政治学・行政学で注目を集めているも

ので、とくに、(a)期限が設定されていること、(b)評価措置（評価の義務づけ・評価委員会の設立・評価報告書の作成）を伴うことの二点から「実験」という形容を付されているものである。実験法律は、学校・教育改革、法曹教育、メディア政策、交通政策、建設制度、賃借人保護などの諸領域で適用をみている。

実験立法は、意図した改革に対する政治的抵抗を克服するための戦略的手段として投入されている。つまり、新たな規律も政策的理由から後に簡単に除去できるという留保を強調する戦略である。このように実験法律は、その過渡性・合理性を論じることにより、法律の副作用を懸念する反対者を説得する機能を持つわけで、こうした法律に対して原則反対を唱える者は、試行に基づく経験の獲得にすら反対する者であるといったレッテルを貼られ、孤立に追い込まれることとなる。この実験立法はインクリメンタリズムの考えに立脚するもので、こうしたタイプの法律により複合的行政過程の特質を尊重した学習が可能となる。「社会科学は人間社会を対象とする以上自然科学のような実験は許されず、それだからこそ、歴史・外国研究に努めなければならない」といった従来の前提は、今日では大きく変容しているように考える。換言すれば、伝統的な行政法学が基礎としてきた合理主義型思考モデル、その基底にある情報の完全性という前提を法学自身が疑い始めたのである。⁽⁸⁸⁾このように、時間及び区域を限定してプログラムの実効性を試験することが重視されているわけで、ここには現代公法における情報の価値増大が明瞭に示されているともいえよう。

他方、実験法律は、ドイツ型法治主義の弱点克服といった見地からも関心を惹くものである。伝統的な法治主義とアメリカ法の法の支配を比較した研究によると、アメリカ法では個別の裁決の集積による政策形成といった伝統が強く、充分その政策が成熟するまではなかなか一般的な規則を策定しつながらないのに対し（いわゆる common-law policymaking⁽⁸⁹⁾）、ドイツ法では規則に基づく個別決定こそが公正であるという考え方が強いために、充分な情報が

インプットされない状況下でも規則策定の義務づけに傾く点が指摘されてきた。そこから生ずる弊害をかつてフリッツ・シャルプフは「法治国の政治的コスト」と呼んで批判したのである。⁽⁹⁰⁾近年の市民参加手続の拡充や右に紹介した実験法律の登場などは、こうしたドイツ型法治主義の弱点を克服する試みとして位置づけられるように考える。

日本法に目を転じるならば、実験の要素は一層顕著な形で近時の市町村条例の中に認められると思われる。土地利用規制を初め多様な展開を見せているわが国の条例論も、一種の実験と捉えることが出来よう。とりわけ市町村といたった概観可能な範囲では、市民参加、参加による情報収集が期待できるため、フィードバックを通じた制度改善が容易である。こうした試みにおいては、情報の完全化をなるべく少ないコストで進めることが肝要であり、そのためにも、各自治体の実験成果、とりわけ失敗例の評価分析を共有できるようなデータベース機構の設立が急務といえよう。⁽⁹¹⁾

わが国の条例は憲法から付与されたものであり、さらに公選議会により制定される点で、法律の委任無くとも、財産規制、刑罰等を規定できると「学説上は」説明されてきた。⁽⁹²⁾この点では法律の留保に服すドイツの市町村条例よりも日本の条例の法的地位は高いといえよう。⁽⁹³⁾しかし、他面で、わが国では「法律の範囲内」（憲法九四条）という制約が無批判に受け入れられているという印象をもつところである。筆者はドイツの自治行政に関する論文を書いたが、そこでは市町村の自治保障を目的に自治制約型の法律を限定解釈する判例（合憲限定解釈）が発達している点を指摘した。⁽⁹⁴⁾この点では、わが国でも法律を自治保障の観点から吟味し、さらに政令（参照、地方自治法一四条）については一層厳しい基準で審査する必要があるといえよう。

(四) 任務の拡大と行政組織による対応

今後の課題として、拡大した行政任務の形態に即した組織のあり方を探求する問題がある。今後重視すべきものに、行政学でいう条件依存理論の重視が挙げられよう。⁽⁹⁵⁾ 右に述べたように、広域主体によるプログラム作成の独占という従来の前提から離れ、地域主体によるルール・計画の策定が重視されるようになる(地方分権の視点)、自治体組織の変革もひとつの課題となろう。この点では、プログラム策定のための組織形態や、所管の壁を越えた統合型組織形態を模索する意味でも、プロジェクト組織の活用が重要な課題となろう。⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾

さらに、社会法などの対人型のサービス行政が展開するにつれ、従来行政法学の課題から捨象されてきた行政内部事項の整備も一層重要になると考える。

ここでは、ソーシャル・ワーカーと受給者との間の力関係の対等化を図るために、受給者のもつ情報量の増大を促したり、苦情を代理してくれる援助者が必要となる。つまり、窓口サービスの改善、各種オンブズマンの創設、迅速な苦情処理システムの確立(代理者による苦情処理を含む)、統合型・総合型の情報提供サービス、情報型計画(例、社会計画)の策定促進が、法の実現を大きく左右する点に注目すべきだと考える。⁽⁹⁸⁾

とりわけ、従来内部的事項の規律手段とされてきた通達・要綱などについても、サービス準則として市民利用の活性化を図ることが望まれよう。⁽⁹⁹⁾ こうした試みを通じて、市民の法知識の欠如、通達等に起因する錯綜した法的仕組みのブラックボックス、助言してくれる人の不足、手続期間と費用等のコストの問題を改善することができ、結果として、この分野における法使用を増加させるものと思われる。

他方、業界団体の機能分析も深化される必要がある。日本の行政が業界団体等をあたかも自分の組織であるかのよ

うに利用する点はこれまでもしばしば指摘されてきている。これは業界団体に当てた文書が通達という形式で発せられていた点に明瞭に現れているところである。⁽¹⁰⁰⁾ 経済学者によれば、業界団体は、政府からのトップダウンの情報と企業からのボトムアップの情報の間にあつて、双方向の情報流通を可能にし、両者の間の情報格差・情報の非対称性を克服し、新たな情報創造機能を果たすと指摘されている。⁽¹⁰¹⁾ 換言すれば、こうした業界団体の利用はミドルマネージメントの一種として、行政運営の潤滑油としての機能をもつものである。今後は、伝統的な公法学が前提としてきた国家と一個人の対立図式に加え、こうした中間団体の機能ないしは市民相互のレベルで展開している各種ネットワークの機能⁽¹⁰²⁾にも着目する研究が不可欠となろう。

この点で、今後は団体の機能に関する比較研究も重要である。例えば、団体の法制上の機能についてドイツでは(1)法律作成過程への参加機能⁽¹⁰³⁾、(2)団体訴訟（州レベル）の遂行機能⁽¹⁰⁴⁾、(3)行政手続参加（連邦レベル）機能⁽¹⁰⁵⁾が、法律上も認められている。とくに、行政手続への参加で注目すべきものとして、自然保護団体の手続参加を認めた諸規定が挙げられる（連邦自然保護法二九条、他にも連邦イミッシオン法三五条、廃棄物処理法一四条、薬品法一七条など多数⁽¹⁰⁶⁾）。わが国でも一九九三年に改正された地方自治法二六三条の三第二項（全国的な連合組織が地方自治に関する立法について内閣・国会に意見提出する権利を認めた規定である）のような例も見られる。しかし、全体としては、団体の役割に期待した法整備は不十分であり、このことが団体訴訟の発展にマイナスのインパクトを与えてきたところである。⁽¹⁰⁷⁾ 右に述べたドイツの立法動向を詳細に検証する中で、わが国の立法論上の課題も、自ずから明確になるもの⁽¹⁰⁸⁾と考える。

(五) 国際化への対応

法治主義は歴史的には国家主権を前提として形成されたため、最近のように国家主権が国際化の中で揺らぐようになると、法治主義の変容も要請されることとなる。しかし、こうした潮流の中で特に変革を求められているのは、中央集権に安住してきた国家だろうと考える。つまり、今まで力を誇っていた機構に対してより強大な主体が登場しその譲歩を説くわけであるから、その振動は大きなものとならざるを得ない。これに対し、分権型のモデルの国では、国際社会への適合は比較的容易だろうと思われる。というのも、地域の自治を重視し、そこで解決困難な問題を広域主体が引き受けるといった原則が下から上に展開している国では、国際社会への参加もいわば天井が一つ増えるだけのことと捉えられうるからである。このように広域主体と狭域主体との相互尊重を基軸に捉えると、国際化と分権化は接合的であるように考える。⁽¹⁰⁾ こうした視点の下で見直しが必要なのは、行政法学との関連では、縦割り行政の弊害であろう。⁽¹⁰⁾ この点では、伝統的な法律学が慣れ親しんだ垂直的調整手法に加え、従来考察の遅れてきた行政主体間のいわば水平的調整手法の進展が今後は期待されねばならない。⁽¹⁰⁾

最後に技術的な点として、複数国家間の交渉が長期化する現状では、国際ルールの策定過程で既に国内の行政機関相互の調整が図られる必要性を否定できない。ここでは、国内法制定過程と条約締結交渉との接合という問題が重要な論点になるように考える。

おわりに

以上、不十分ではあるが、ドイツで見られた法治主義再検討の議論と日本法とを比較してきた。ここで明らかとなったことは、法治主義という基本原則もその時代時代の社会の発展、そこで生成する行政現象、新たな行政手法との関連で本来の理念に適合するよう変遷を繰り返していかなければならないということである。現代の高度産業国家における行政課題には共通のものが多く、解決に向けた新たな制度・行政技術の開発はいずれの国においても実験段階にあるといつてよい。したがって、こうした国際的な競争及び協調の中で、日本の研究活動に対する期待も把握される必要がある。具体的にいえば、日本の行政過程を実証的に描き、そこから独創的な解決策を探求し、そこで得た知見を国際社会のネットワークに発信していくことが求められているといえよう。

ここ一〇年以上にわたり各方面から行政法学の混迷が説かれてきたところである。しかし、そこでの視点は通説の不存在を衝く点では共通していても、方法論の点、とくに「裁判官の目を通じた行政現象の把握」というスタンスそれ自身はほとんど変化がなかったように思われる。折々に説かれた改革の要請も多くは行政法学の一科目内に止まり、この点では「コップの中の嵐」であつたとさえいえる。しかし、今後は一歩進めて、隣接諸科学とのネットワーク、コミュニケーションを深めていくことが不可欠である⁽ⁱⁱⁱ⁾と考える。このような行政法学の学際化という視点の下で、伝統的な法治主義原則がどのような像を結ぶことになるのか、この点の検証は（筆者をも含めた）若手研究者に取り組みの期待された課題であることを指摘して、本稿を閉じることにしたい。

本稿は日本公法学会での報告（一九九四年一〇月九日・早稲田大学で開催）のために準備されたものである。報告時間の制約のため、当日は一部を報告するに止まった（報告原稿は一九九五年一〇月公刊の公法研究五七号に「インフォーマルな法治国」と題して掲載予定である）。本稿は、報告原稿の基礎資料も含め、その全文を掲載するものである。なお、本研究を進めるにあたり、情報収集・意見交換の機会を数多く得たが、これは東京大学社会科学研究所客員助教として援助していただいたことによる。ここに記してお礼申し上げる。

(1) 大橋洋一「公法文献研究——Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe-Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, Archiv des öffentlichen Rechts 1990, S. 400-447.」法政研究第六一巻第一号（一九九四年）一五一頁以下。

(2) E. Bohne, Verwaltungshandeln informal, in: Otto Kimmich (hrsg.), Handbuch des Umweltrechts, Bd. 2, 1988, Sp. 1057; C. Bernard, The Functions of the Executive, 1938. 本書の解説として、庭本佳和「協同と組織の理論」飯野春樹編『バーナード 経営者の役割』（有斐閣、一九七三年）七三頁以下。インフォーマルの概念がバーナードの用語法に由来する点は、徳本広孝「インフォーマルな行政活動の法的限界——ドイツの学説と判例を素材に」本郷法政紀要三号（一九九五年）一一二頁からの教示による。フォーマル組織・インフォーマル組織の問題については、参照、西尾勝『行政学』（有斐閣、一九九三年）三六頁以下。

(3) Vgl. Bohne (Fn. 2), Sp. 1055 ff.

(4) Vgl. Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, S. 277 ff.

(5) 参照、芦部信喜『憲法』（岩波書店、一九九三年）一四—一五頁。法の支配と法治主義が異なる法体系の中から成立したものである以上、相互に異なる点を持つことを否定することは出来ない。本文で述べた趣旨は、それにもかかわらず、基本的な特色につき両者の間で共通点を見いだせる状況に至ったということである。例えば、佐藤功教授は法の支配の構成要素として、憲法の最高法規性、基本的人権の尊重、裁判所の役割に対する尊重、適正手続の要請の四点を挙げられるが、これはすべて今日では法治主義の要請にも含まれるものである。参照、佐藤功『日本国憲法概説（全訂第四版）』（学陽書房、一九九三年）六六頁以下。

- (6) ドイツ人のアメリカ法研究を素材に、法の支配と法治主義を比較するという独創的な視点の下、両者の関係を分析した最高水準の研究として、参照、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法」樋口陽一他編『法と法過程』（創文社、一九八六年）五〇五頁以下。
- (7) 参照、大橋洋一「現代行政の行為形式論」（弘文堂、一九九三年）一頁以下。
- (8) 塩野宏『行政法Ⅰ（第二版）』（有斐閣、一九九四年）六五頁以下、小早川光郎『行政法講義 上Ⅰ』（弘文堂、一九九三年）一〇九頁以下、阿部泰隆『行政の法システム（下）』（有斐閣、一九九二年）七二四頁以下、原田尚彦『行政法要論全訂第三版』（学陽書房、一九九四年）七三頁、芝池義一『行政法総論講義』（有斐閣、一九九二年）五六頁註（1）、高田敏編著『行政法』（有斐閣、一九九三年）三三頁、藤田宙靖『第三版行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、一九九三年）八七頁註（3）、成田頼明他編『現代行政法』（有斐閣、一九九〇年）一〇頁。
- (9) H. Ehnke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 77 ff., S. 529 ff., S. 555 ff.
- (10) Supreme Court, Chief Justice Marschall Wayman v. Southard, 10 Wheat. 1; 6 L. Ed. 253 (1825) p.263. 「立法者自身によりもっぱら規律されねばならない重要な事項と、そのために一般規定が設けられる重要性をほとんどもたない事項及びかかる一般規定の下で詳細を埋めなければならない者に与えられる権限との間には、境界が正確に引かれなかった」。Ehnke, S. 529によると、「この判決で重要な点は、議会が自ら行使しなければならない権限と、議会が行使できる権限を区分したこと、及び、重要である問題とほとんど重要性をもたない問題との間に限界線が引かれるべきであるとした点である」。
- (11) これはエームケ教授の著書 (Fn. 10, S. 555 f.) でも、立法権限の委任に関するマーシャル判事の表現として重視されている。
- (12) John B. Cheadle, *The Delegation of Legislative Functions*, 27 Yale L.J. 892 (1918), p. 898.
- (13) 参照、阿部照哉・村上義弘訳「カール・シュミット 憲法論」（みすず書房、一九七四年）二三五―二三六頁。
- (14) 阿部照哉他編『コンラート・ヘッセ 西ドイツ憲法綱要』（日本評論社、一九八三年）一三七頁参照。
- (15) 現在のアメリカにおける立法権の委任状況につき、参照、松井茂記『アメリカ憲法入門（第二版）』（有斐閣、一九九二年）二七頁以下。
- (16) 参照、大橋・前掲書註（7）三五頁。
- (17) 参照、大橋洋一「行政学と行政法学の融合試論（序説）」季刊行政管理研究六六号（一九九四年）八頁。

- (18) 大橋洋一「法律の留保」法学教室一四五号（一九九二年）二八―二九頁。
- (19) 参照、藤田・前掲書註（8）八五頁以下。
- (20) 参照、成田・前掲書註（8）三七頁、阿部泰隆・自治研究第七〇巻第八号一三〇頁以下。
- (21) 阿部・前掲書註（8）三六九頁以下。これによると、行為規範の根柢なく農水省設置法の組織規範や閣議了解（一九七八年一月二〇日）「農産物の総合的な自給力の強化と米価需要均衡化対策について」で水田から畑への転作指導等が転作奨励金や転作物の買い上げ制度によって実施されている。
- (22) 一九八四年八月閣議決定の「環境影響評価の実施について」、個別法の分野では公有水面埋立法二条三項五号・施行規則三条八号、港湾法三条の二第一項の基本方針、総合保養地域整備法五条（基本方針の策定及び承認に際しての主務大臣に対する環境庁長官の協議）、電源開発については一九七七年七月通産省省議決定（発電所の立地に関する環境影響調査及び環境影響評価の強化について）参照。閣議要綱によると、高速道路、四車線一〇キロメートル以上の一般国道の新設、一〇〇ヘクタール以上の土地区画整理事業、五〇ヘクタール以上の埋立てと大きなプロジェクトが対象となっており、内容的には道路事業が多い。参照、環境庁企画調整局編『日本の環境アセスメント（平成三年度版）』（ぎょうせい、一九九一年）。なお、一九九四年八月一日から施行された環境基本法二〇条の定める環境影響評価の意義については参照、環境庁企画調整局企画調整課編著『環境基本法の解説』（ぎょうせい、一九九四年）二二―二頁以下。
- (23) わが国の政府開発援助は全体を規律する法律がなく縦割り行政である。阿部・前掲書註（8）三六三頁以下、三六四頁は援助計画の国会承認を説く。このほかに、わが国で援助の基本的指針と原則を定めた援助基本法の不備、援助理念の不在を批判するものとして、参照、鷺見一夫「政府開発援助（ODA）の法的諸問題」日本財政法学会『政府開発援助問題の検討』（学陽書房、一九九二年）四五（四八）頁以下。
- (24) 八一年度から三年間の期限付きで実施。その後延長され、自主規制枠は八三年度まで一六八万台、八四年度一八五万台、八五―九一年度二三〇万台、九二年度一六五万台。参照、日本経済新聞社編『ゼミナール 日本経済入門』（日本経済新聞社、一九九四年）二八五頁。
- (25) 参照、最判平成五年三月一六日民集第四七巻第五号三四八三（三四九五）頁。
- (26) わが国においても違憲審査制の趣旨を実現する上からも、違憲判断の多様化の必要性を説得的に説く文献として、参照、竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力——民事訴訟法学からの一試論」同他編『民事手続法学の革新 中巻』

- （有斐閣、一九九一年）六六九頁以下。
- (27) Vgl. E. Bohne, Der informale Rechtsrat, 1981.
- (28) ヴィンフリート・ブローム「インフォーマルな行政活動——法治国の変遷について」（大橋訳）法政研究第六〇巻第三—四号（一九九四年）九〇頁。
- (29) 参照、大橋・前掲書註（7）一〇三頁以下。
- (30) 参照、大橋洋一「行政手法からみた現代行政の変容」ジュリスト一〇三〇号（一九九三年）九〇頁。石川敏行「いわゆる「法学的方法」について」成田頼明他編『行政法の諸問題 上』（有斐閣、一九九〇年）八九頁以下が法学的方法を詳細に扱うが、そこでは同方法の意義として「行政法における考察の重点を行政の組織（権力相互の関係）から作用（行政と国民の関係）へとシフトさせる」点にあったという興味深い指摘が見られる。このような功績にも関わらず本文で述べた批判の重点は、同理論が行政作用法学として構築された場合の視野の狭さにほかならない。このほかに、同方法につき、参照、海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的』方法について」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第一巻』（有斐閣、一九八七年）三五五頁以下。
- (31) 参照、山内一夫『行政指導』（弘文堂、一九七七年）二頁、同『行政指導の理論と実際』（ぎょうせい、一九八四年）三七頁。なお、近時の重要な業績である、藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」兼子仁他編『行政法学の現状分析』（勁草書房、一九九一年）一六七頁以下（特に一八〇頁以下）は、行政指導コントロールの規準として馴染みやすい法原則として紛争回避文化のそれを挙げる。同論文が紛争回避文化の法原則を一つの仮説と位置づけている点は本稿同様、比較法研究を含めた実証を予定しているものと解され、わが国行政指導の比較法的特質の解明という今後の研究課題を提示するものといえよう。
- (32) 参照、大橋・前掲書註（7）一二八頁以下、大橋・前掲註（30）九二—九三頁。
- (33) 参照、六本佳平『法社会学』（有斐閣、一九八六年）二二〇—二二二頁。
- (34) 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、一九六七）四二頁。
- (35) 川島・前掲書註（34）四七—四八頁参照。
- (36) 川島・前掲書註（34）九三、一一三、一一五頁参照。
- (37) 川島・前掲書註（34）一二七、一四〇頁参照。

- (38) 参照、六本・前掲書・註(33)二二三頁。
- (39) 星野英一「日本における契約法の変遷」日仏法学会(編)『日本とフランスの契約観』(有斐閣、一九八二年)五七頁(六五頁)以下。日本の契約実務を分析し、中でも、強い個人と弱い個人間、個人と大企業間、大企業相互間の契約類型に即して実務の差を示す。
- (40) 内田貴『契約の再生』(弘文堂、一九九〇年)。
- (41) 西尾・前掲書註(2)二六四頁以下。
- (42) 森田朗『許認可行政と官僚制』(岩波書店、一九八五年)。
- (43) 米倉誠一郎「業界団体の機能」岡崎哲二他編『現代日本経済システムの源流』(日本経済新聞社、一九九四年)一九三—一九四頁および同書はしがき参照。
- (44) 参照、水林彪『日本の法意識』の歴史的基礎』日本法社会学会編『法意識の研究』法社会学三五号(有斐閣、一九八三年)三五頁。
- (45) 参照、六本・前掲書註(33)二六八頁以下。
- (46) 村松岐夫『日本の行政』(中公新書、一九九四年)二八頁以下。
- (47) 畠山武道「サンクションの現代的形態」『基本法学八——紛争』(岩波書店、一九八三年)三七〇頁は、サンクション多様化の背景として、現代行政の活動形態の多様化に行政強制システムが充分に対応していない点を指摘する。
- (48) 阿部泰隆「違反企業の公表」同他編『演習 行政法(上)』(青林書院新社、一九七九年)三六二頁以下、阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣、一九九二年)四五—頁以下。
- (49) BVerwGE 82, 76. 以下は、青少年セクトに関するものである。政府の広報義務により警告の正当化を図る。これに対する批判については Vgl. Gussy, S. 1005; Heintzen, S. 549.
- (事実関係) 青少年セクトの運動に関する連邦政府の表明に対して、原告は表明の不作為・撤回を求めた。原告の一審敗訴、二審勝訴の後、連邦行政裁判所は原告の訴えを退けた。
- (判決) (S. 80 f.) 「連邦政府はその知識や見解を説明するために、自ら公衆に向かうこともできる。その根拠は広報活動の権限であり、これは明文化されていないものの、機能上不可欠なものである。本裁判所は繰り返し、次のことを判示してきた。つまり、内閣活動の重要な目標は、内閣の施策・措置・決定及び解決提案を公衆に対し説明し、かくして民主的公共体に不可欠

な、国家と国民との間の基本的コンセンサスを獲得することである。社会における特定の活動（これには青少年宗教や青少年セクトと呼ばれるグループの作用も含まれる）が公衆の間で活発に議論され配慮される（べき）場合に、とくに、こうした任務が政府に課されている。というのは、公衆は、連邦政府の知識や見解がただちに知らされることを右のような状況の下では期待しているからである。公衆の情報ニーズを充足することには、国家の勧告・警告の可能性も含まれる。というのは、連邦政府のかかる表明は、公衆体に対する政府の責任を直接に示すものであり、それゆえ、公衆への情報提供やその啓蒙に関する権限によつて、共に担われるものである。既存の危険状況に対する国家の警告は、それ自体、かかる危険を予防する実効的手段でもある。かくして、警告はそれを受けた市民の保護に役立ち（それが後続措置、とりわけ法律上の制裁を不要にする限りで）、自由な空間の維持に役立つ。

警告に対する連邦政府の権限は、憲法自身から導かれるので、これ以外に、この権限を定めた法律規定は必要ない。このことは、連邦政府によりその活動が公衆への危険にあたることされた者の基本権侵害を考慮に入れても妥当する。」
 (50) BVerwGE 87, 37. これは、混入物の入ったワインのリスト公表が争われたものである。他者の健康危険を回避すべき国家の保護義務 (die Schutzpflicht des States) により、危険回避のためになされる事実侵害は法律の授權を要しないという立場を明確にした。本判決の構造は、内閣の一般権限の強調（これは青少年セクト判決と共通）と国家の保護義務の二つからなる。

（事実関係） 一九八五年にドイツで流通しているワインにグリコールが混入していることが判明した。青少年・家庭・健康連邦大臣はグリコールを含むワインのリストを作成した。消費者がこうしたワインを特定できるようリストには詰められた者の名前が記載され、原告の名前もここに記載されていた。原告は原告の名前やワインをリストに掲げる権限が被告には存在しなかったことの確認を求める訴えを提起した。原告は全審級で敗訴している。

（判決） この判決は二つの部分から構成される。つまり前半では内閣の一般的権限が述べられ（ただし、ここにも保護義務は含まれている）、後半ではより直裁に国家の保護義務が語られている。Brohm教授（前掲註（28）五四四頁）は後半部分を本判決の意義として重視する。

(1) 内閣の一般的権限について（四六一―四七頁）「原則として原告が争っている、基本法一二条一項の自由保障が、内政・外政の全体に対する責任ある指導という憲法上規定された内閣の権限と本件では衝突している。たしかに、内閣に委ねられないしは内閣に帰属する任務及び権限は、基本法上明示的にも個別的にも規定されていない。憲法が明らかに前提としたこと

は、内閣という概念の中に既に、かかる名称の機関に委ねられた任務領域が十分に示されているということである。一般的な見解によると、ともかく基本法の前提とした連邦政府のかかる権限には、社会の発展を常に観察し、誤った展開ないし出現した問題を出来るかぎり迅速かつ正確に予想し、その防止ないしは少なくとも除去の可能性を考え、そのために必要な措置を軌道に乗せることである。その際に、立法者による決議が必要か否かは関係ない。……国家全体に対する責任として内閣に特に要請されているのは、危機的な展開が現れ重要な公共財が危険にさらされ、国民の強度な不安が生じた時である。かかる場合には、とくに基本権保障の中に含まれた国家の義務、つまり基本権として保護された法益や自由を第三者が侵害することから市民を守る（国家の）義務により、内閣はかかる活動に義務づけられることがありうる。」

(2) 保護義務について（四九―五〇頁）「リストに掲げられたワインの健康上の疑義が同時に意味することは、公表によって被告は消費者の身体上の無傷性を守るために活動したということであり、かくして、基本法二条二項から（要請された）保護義務（Schutzpflicht）に応じたことである。ワインの製造・販売に従事するワイン業界の経済活動の可能性を維持することは、同じく憲法上一二条一項により保障された価値であった。」

なお、同裁判所は①本件では消費者保護や業界保護のためにも具体的な公表が必要であったこと（四七頁）、②公表の制約要素として比例原則やより緩やかな代替手段の探求が要請されること（五〇頁）も判示している。

(51) ブローム・前掲註（28）九六頁以下。

(52) Vgl. V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 1991, Rn. 143a.

(53) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., 1973, S. 44. 細かい問題であるが、ドイツ法では一般に警察権限は州の権限に属すが、連邦が警察権限をもつ限りでは、同様に一般授権は肯定される。Vgl. S. 44. 「公共の安全・秩序のための危険防止に関する一般授権は、連邦の警察官庁のためにもすべての州においても存在する」。同旨、ブローム・前掲註（28）五四五頁。G. Wacke, Polizeirecht als Bundesrecht, in: H. Kütz (Hrsg.), R. Neumann, Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, S. 173 は連邦国境警備に関し、「連法国境整備法が充分でないとするれば、少なくとも承認されなければならないことは、州警察法が慣習法として連邦法に引き入れられたことである」。反対、Gusy, JZ 1989, S. 1005 は連邦については特別の法律を要請する。

(54) Wolff (Fn. 53), S. 45

(55) Vgl. Götz (Fn. 52), Rn. 143a.

(56) Wolff (Fn. 53), § 125 1a, 1c.

(25) BVerwGE 71, 183. これは、薬品の公的評価に関するものである。連邦行政裁判所は、意図的に (zielgerichtet) 特定製品の購入に影響を及ぼすような評価・警告を侵害的行政行為と同視して、法律の根拠を要請した。

(事実関係) 原告は製薬業者であり、製薬品の一覽表を違法と考へ、その差し止めを請求した。一審及び二審で原告敗訴の後、連邦行政裁判所は原告の請求を認容している。ここでいう一覽表は、青少年・家庭・健康連邦大臣の任命による公表委員会が作成した市販薬品の品質表示を含む公表である。具体的には、構成、作用・副作用、価格、適用量などを連邦官報に公表するものである。この一覽表により、同等の品質をもつが他よりも高い薬は販売できなくなったり（こうした価格引き下げ効果に一覽表作成の目的がある）、またプラスの品質表示をもたない薬は医師により処方されなくなる。結果として、公表は業者の売り上げ減少をもたらすわけである。原告の主張は、自由な職業行使という基本権を侵害する活動（公表）には、基本法一二条一項により法律の根拠を要するという点にある。連邦行政委裁判所はこの主張を容れ、公表の違法を帰結した。

(判決) 一、一覽表公表の法的性格

裁判所は公表行為が単純行政活動 (eine schlicht-verwaltende Tätigkeit) であるとして (一八七頁)、事実行為として位置づけた。

二、事実活動による間接的基本権侵害の可能性肯定

裁判所は「個々の基本権の保護機能に鑑みると、むしろ、その性質や範囲に依じて、基本権主体への事実上の侵害もまた、基本権侵害を意味する」(一九一頁)と述べ、従来の基準である「著しく期待可能な程度を越えた (in unmeträglichem Maß und unzumutbar)」侵害の強度を指摘する。

三、公表活動と法律の留保 (一九三—一九四頁)

「特定の事業者の負担で公益のために望ましくない結果を除去すべく、国家が一定の基礎条件を意図的に (zielgerichtet) 変更する措置の場合には、上述のこと (＝事業者は経済状況の変更に伴う不利益を一般に甘受すべきであるから、国家の措置によってかかる状況が生じたとしても基本権侵害は認められないこと (筆者注)) は妥当しない。

本件の措置は異なった法的性質をもつ。国家の単なる反射と理解される社会状況の変更の場合とは反対に、本件では「基本権に固有な」措置 (grundrechtsspezifische Maßnahme) が問われている。基本法一二条一項の枠の中に入るのは、事業者の側での不利益的效果発生を明らかに狙った措置、つまり、かかる効果を付随現象としてもたらすに止まらない措置である。営業条件の変更が国家の側で意図的に (final) かつ基本権に固有になされた場合に限り、例外的に事業者の活動の自由という基

本権は、かかる変更にも及びうるのである。」

なお、一九九〇年一〇月一八日連邦行政裁判所判決 (BVerw GE 87, 37, 42) も、本判決の特色として zielgerichtet の語を挙げている。

(58) プローム・前掲註 (28) 九七頁。

(59) Vgl. Kloepfer, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des States, JZ 1991, S. 739.

(60) 参照、宇賀克也『行政手続法の解説』(学陽書房、一九九四年)一一六頁以下。行政指導の手續による規律の問題に関して、参照、紙野健二「行政指導と行政手続」(公法研究第五六号(一九九四年)二二五頁以下)。なお、今後の重要課題として、自治体レベルにおける行政手続整備(とりわけ条例制定問題)に関しては、宇賀克也「行政手続法と地方公共団体の対応(一)——(三・完)」(自治研究第七〇巻第九号五六頁、第一〇号三〇頁、第二一号二四頁以下(一九九四年)、阿部泰隆「行政手続条例の枠組み」(都市問題第八五巻第一〇号(一九九四年)二七頁以下)が詳しい。

(61) Vgl. Martin Bullinger, Wirtschaftliche Zwecke und rechtliche Neuerungen des bevorstehenden japanischen Verwaltungsverfahrensgesetzes, VerwArch 1993, S. 68.

(62) Vgl. Bullinger (Fn. 61), S. 70.

(63) 参照、大橋洋一「国土法における行政指導」『土地問題叢書三一号』(有斐閣、一九九五年)所収予定。近時公表された、行政過程の精力的な実態分析として、参照、北村喜宣「行政的対応の限界と司法的執行(一)——(四・完)」(自治研究第六九巻第七号五三頁、第八号六七頁、第九号四四頁、第十号六九頁以下(一九九三年))。

(64) 国土利用計画法二四一条一項にいう勧告は行政指導にあたることを肯定し、行政不服審査法五七一条一項の教示が不要であることを帰結した判決も存在する。参照、山口地判昭和五六年一〇月一日訟務月報第二八巻第一号一四頁以下。

(65) 国土庁編『平成六年度土地白書』(大蔵省印刷局・一九九四年)三二七頁。

(66) 参照、国土庁編『平成三年度土地白書』(大蔵省印刷局・一九九一年)一三二頁。

(67) 「土地関連融資の厳正化について」(昭和六二年一〇月一九日付け蔵銀二七四一号)。

(68) Vgl. E. Schmidt-Abmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 20.

(69) 以上につき、参照、大橋・前掲書註(7)一三二頁以下。

- (70) BVerwGE 71, 183.
- (71) Vgl. B. Pieroth, B. Schlink, Staatsrecht 2.6. Aufl., 1990, S. 64.
- (72) Vgl. Bleckmann, Eckhoff, Der »mittelbare« Grundrechtseingriff, DVBl. 1988, S. 373.
- (73) Vgl. BVerfG, Beschluss v. 12. 6. 1990, DVBl. 1990, S. 989. 事案は、バイエルン州の病院計画への受け入れを拒否された個人病院が同州病院財政法一七条五項に対して提起した憲法異議である。裁判所は合憲を判示したが、投資費用に対する補助金拒否について次のように説いている。「基本法一二条一項が守ろうとする特別な自由空間は高権的活動の効力が職業の自由を侵害するのに適している場合にも侵害されうる。こうした侵害はとくに、職業規制的傾向をもつ国家計画や資金交付において可能である」。
- (74) これに関しては、磯崎誠也「西ドイツ建築法における隣人保護の配慮原則(1)(2)」法政理論第一九卷第一号五四頁以下、第二〇卷第二号一二二頁以下、同「隣人保護的配慮原則に関する西ドイツ連邦行政裁判所判例の展開」法政理論第二二卷第四号五九頁以下、中川義朗「取消訴訟における「第三者」の原告適格の基準としての基本権適用論序説」大隈義和編『公法学の開拓線』(法律文化社、一九九三年)一三三八(二五四)頁以下、同『ドイツ公権理論の展開と課題』(法律文化社、一九九三年)二九四頁以下、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(1)―(4)」北大法学第四一巻第一号一頁、第二号七一頁、第三号六三頁、第四号六一頁参照。
- (75) わが国においても、取消訴訟の原告適格を弾力的に解した新潟空港事件(最判平成元年二月一七日民集第四三巻第二号五六頁)やもんじゅ訴訟(最判平成四年九月二二日民集第四六巻第六号五七一頁)と否定的に解した伊場遺跡保存訴訟(最判平成元年六月二〇日判例時報一三三四号二〇一頁)との違いについて、①「論理のアクロバット」という批判的評価が下されている点(参照、藤田・前掲書註(8)三九六頁)、②判断基準として被侵害利益の重大性に着目されていると解されている点(参照、塩野・前掲書註(8)一〇五頁、古城誠執筆・塩野宏・小早川光郎編『行政判例百選II(第三版)』(有斐閣、一九九三年)三八五頁)では、ドイツの配慮原則と共通点を指摘することが可能である。配慮理論を含め、ドイツの建設法に関しては、参照、ヴィンフリート・ブローム、大橋洋一『都市計画法の比較研究(仮題)』(日本評論社、一九九五年九月刊行予定)。
- (76) Martin Shapiro, Administrative Discretion: The next stage, 92 Yale L.J. 1487, 1983, 3. B.
- (77) Vgl. Kloepfer (Fn. 59), S. 741 ff.
- (78) 大橋・前掲書註(7)一六一頁以下参照。

- (79) 河中自治振興財団「地域整備における契約的手法に関する研究」(一九九〇年)一九頁。
- (80) 本法に関し、阿部泰隆「大阪湾臨海地域開発整備法(上)」ジュリスト一〇一八号一〇二頁から一〇三頁以下参照。
- (81) Vgl. Eberhard Schmidt-Abmann, Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung, 1994, S. 144.
- (82) 行政学との連携について参照、森田朗「行政学的思考と行政法学的思考」日本行政学会編『行政学と行政法学的対話』(ぎょうせい、一九九四年)、大橋・前掲註(17)。
- (83) Vgl. Schmidt-Abmann (Fn. 81), S. 139 ff.
- (84) 参照、小高剛「現代行政の手法」公法研究第四九号(一九八七年)一一九頁以下、高木光「実効性担保」同号一八六頁以下。
- (85) 参照、阿部泰隆・自治研究第七〇巻第八号一三九頁。
- (86) この法案の基本的特色を描くものとして、参照、藤田宙靖「ドイツ環境法典草案について」自治研究第六八巻第一〇号三頁以下。同法案の日本語訳は、藤田宙靖・K・F・レンツの共訳で自治研究第六八巻第一〇号一一六頁以下、第一一号一〇五頁以下に掲載されている。Vgl. Kloepfer / Rehlinger / Schmidt-Abmann / König, Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
- (87) 実験法律については、参照、大橋・前掲註(17)一三頁以下。
- (88) 合理主義型モデルについては、谷聖美「政策決定論の今後の課題(一)」岡山大学法学会雑誌第三〇巻第四号三七七(三八六)頁以下参照。
- (89) Colin S. Diver, policymakingparadigmas in administrative law, 95 Harvard L. Rev. 393-434 (1981), p. 404.
- (90) Vgl. F.Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970. 本書に関し、参照、須貝修一「法治国の政治的コスト」法学論叢第九三巻第四号(一九七三年)。
- (91) 今日、市町村のレベルまで条例を調べることが困難である状況につき、参照、「条例を調べるには」ジュリスト増刊『新条例百選』(一九九二年)二四八頁以下。
- (92) 佐藤功・前掲註(5)五四五頁以下は条例による人権制約・罰則の制定を肯定する。伊藤正己『憲法(新版)』(弘文堂、一九九三年)六七二頁以下は条例による人権制約・罰則の制定を肯定するが、課税権は否定する。佐藤幸治『憲法(新版)』(青林書院新社、一九九〇年)二五九頁以下は罰則制定・課税権まで認める。金子宏『租税法(第四版)』(弘文堂、一九九二年)九〇

頁は自主財政主義を肯定する。最高裁は財産権の規制について、その内容と行使を分け（最判昭和三八年六月二六日刑集第一七卷第五号五二二頁以下）、罰則については委任を要する立場のようである（最判昭和三七年五月三〇日刑集第一六卷第五号五七七頁以下）。課税権につき、大牟田市電気税訴訟第一審（福岡地判昭和五五年六月五日判例時報九六六号三頁（一一頁以下））は「憲法は特定の地方公共団体に具体的税目についての課税権を認めたものではない」として、「電気ガス税という具体的税目についての課税権は、地方税法五条二項によって初めて原告大牟田市に認められるものであ」と判示した。これに対し、仙台高判秋田支判昭和五七年七月二三日行集第三三卷第七号一六一六頁（一六四八頁以下）は租税条例主義を説き、憲法八四条にいう「法律」には条例が含まれることを前提に、地方税の賦課徴収の直接の根拠として条例を位置づける。

(93) 大橋・前掲書註(7)三五二頁以下。

(94) 大橋・前掲書註(7)二九二頁以下、大橋洋一「Selbstverwaltung (ドイツの自治行政)」法学教室一六五号（一九九四年）一八一―一九頁。

(95) 参照、大橋・前掲註(17)一一頁。

(96) R. Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht; in: Schmidt-Abmann (Fn. 68), S. 177 (192) Ⅱは、行政任務と組織の対応関係を詳細に叙述し、例えば、執行行政と官僚制との関連や計画行政とチーム組織の関連性を説く。ヴァール教授によると、プロジェクトグループは階層制組織には存在しない補完機能、とくに分業的に組織された部局間の統合機能に特色をもつ。Vgl. R. Wahl, Probleme der Ministerialorganisation, Der Staat 1974, S. 383 (396)。

(97) プロジェクト組織には、その主催者が参加した職員への指示権限をもたず単に勧告的・情報提供的な機能をもつ「勧告型プロジェクトマネージャー (Einfluß-Projektmanager)」と指示権限をともなう主催者が存在し、プロジェクトの期間中部門的に特化した組織の創設を意味する「マトリックスプロジェクトマネージャー (Matrix-Projektmanager)」の二つが存在する。

Vgl. B. Becker, Organisation der Planung, (Hrsg.) A. v. Mutius, Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Bd. 1, 1984, S. 1125 ff., 1132. マトリックス組織については、参照、正田亘『産業・組織心理学』（恒星社厚生閣、一九九二年）一二四頁。

(98) 例えば、東京都中野区では福祉サービス苦情調整委員制度が発足しているが、これは①存宅サービス等が要綱に基づき行政の裁量性が高いため不服を表明しにくいこと、②既存の苦情処理制度（具体的には、行政訴訟・行政不服申立、監査委員、民生委員・児童委員、行政相談委員、人権擁護委員、行政監察、区の苦情処理など）が公平性・中立性・客観性・民主性の点から限界があることに着目して創設されたものである。参照、福祉オンブズマン検討委員会「中野区における福祉オンブズマンの

あり方について報告」(一九九〇年三月)二一一〇頁。この制度の分析として、参照、佐藤英世「地方公共団体におけるオンブズマン制度」奈良法学会雑誌第五卷第四号(一九九三年)一頁以下、木田弘編著『行政管理のシステム』(勁草書房、一九九三年)二五九頁以下、安藤高行『情報公開・地方オンブズマンの研究』(法律文化社、一九九四年)二七〇頁以下、『データ・ブック 日本の行政 一九九四』(行政管理研究センター、一九九四年)一二八頁。なお、福祉行政と行政手続に関する近時の詳細な比較法研究として、参照、石田道彦「アメリカ社会福祉サービスにおける手続保障」(九大法学公刊予定)。

(99) 大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣、一九八九年)三五九、三六一頁以下。

(100) 大橋・前掲書註(99)三七〇頁。

(101) 米倉・前掲註(43)一八八頁註(一)。

(102) ネットワーク組織に関しては、参照、J・リップナック、J・スタンプス(正村公宏監修)『ネットワークキング——ヨコ型情報社会への潮流』(プレジデント社、一九八四年)二七二頁以下、寺本義也「ネットワーク組織による技術革新」組織科学第一九巻第一号三一頁以下、市川寧「ネットワーク時代の知的行動術」(日本生産性本部、一九八九年)八〇頁以下、渡辺雄二『近未来ネットワーク社会』(時事通信社、一九八八年)九八頁以下。

(103) Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil (GGOG2GMBI 1976, S. 555.) の二五条は自治体上部団体への情報提供を規定するが、二四条は専門家集団・団体への通知、資料提供の可能性、意見表明の機会の付与をも規定する。

二四条(関係専門家集団ないし団体の通知)一項・法律の準備に際し、関与する専門家集団ないし団体の代表は通知を受け、資料の提供を要請でき、意見表明の機会をもつ。日時、範囲、選択は、特段の規定の無い限り、裁量に委ねられる。草案が秘密に扱われる場合には、その旨記載されねばならない。二項・特別な政治的重要性をもつ法律草案については、専門家集団ないし団体の代表に接触する前に、連邦首相の決定が求められねばならない。なお、注意を要することは、内閣の決定を困難にするようなやり方で専門家集団ないし団体との接触が図られないことである。三項・その活動範囲が連邦全土を越えない専門家集団や団体は一般には、召集されない。

二五条(自治体上部団体の通知)一項・市町村やその団体の利害に影響を及ぼす法律の草案は、連邦レベルに存在する自治体上部団体にできるだけ早期に送達されるものとされる。二四条二項が準用される。草案が秘密に扱われるべき場合には、その旨記載されねばならない。二項・省が自治体上部団体に法案を送付する前に、自治体上部団体への通知に関し、その基本的な点

について、関係最高連邦行政庁の一つの反対意見が予期される場合には異議を唱えるか、確認されねばならない。

(104) プレーメン州自然保護法四三a条以下、ヘッセン州自然保護法三六条、ベルリン自然保護法三九a条、ザールラント州自然保護法三三b条、ハンブルク自然保護法四一条などでは、保護された団体に固有の訴権が認められている。Vgl. Bosch, Schmidt, Praktische Einführung in das verwaltungsrechtliche Verfahren, 4. Aufl., 1988, S. 114.; Walter Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 1992, S. 107 f.

(105) これは実質的には団体訴訟をも認めることとなる。Vgl. BVerwGE 87, 62, 72. 連邦行政裁判所は行政参加機能の保障から次のように出訴権までをも導いている。

「既に述べたように、承認された団体について、連邦自然保護法二九条一項四文により、手続参加の完全な権利が創設された。その違反自体が当該行政決定の取消をもたらすという形で権利を創設することに、基本法一九条四項や行政裁判所法四二条二項によっても立法者は禁じられていない。基本法一九条四項は訴訟基本権としてそれを下回ってはならない最低基準を保障したものである。これを越えて、固有の実体権の侵害が主張されない場合であっても行政措置に対する権利救済を保障することに、立法者は禁じられていない。行政裁判所法四二条二項は他の法律の規定がない限りという留保を伴ってこのことを表明したものである。これを別としても、連邦自然保護法二九条一項四文で創設された手続的参加権の背後には、実体的な地位が存在する。これを保護し貫徹するために参加権は役立つものであり、かかる地位が参加権の中に規範的に表現されたのである。同条の定める手続や決定の中に公益が一層強く持ち込まれるように、承認団体の参加に関する規定によって、自然保護・景観保護の公益を立法者は限定した範囲内で「主観化」したのである。」

ここには小早川教授のいう参加手続保障機構としての裁判所の役割が認められる。参照、小早川光郎「集团的訴訟」同「行政訴訟の構造分析」（東京大学出版会、一九八五年）二四三頁以下。

(106) 自然保護法に規定された団体の行政手続参加については、Vgl. E. Gassner, Zur Mitwirkung von Naturschutzverbänden in Verwaltungsverfahren, Natur + Recht 1991, S. 211 ff. これによると、連邦自然保護法二九条の規定する団体参加は、申請者・処分の名宛人・行政契約の当事者等といった行政手続関与者（行政手続法一三条）を越えたものである。団体の関与は、命令制定、拘束的プログラム、禁止・命令の免除、計画確定について認められ、参加の認められる団体の承認は各州で、その要件を広く解釈するようである。承認団体は二二二頁以下に掲載されている。

(107) 文化財指定解除処分につき東京高判昭和五八年五月三〇日行集第三四卷第五号九四六頁、主婦連ジュース訴訟として最判

昭和五三年三月一四日民集三二卷二号二一一頁参照。

(108) 大橋洋一「国際ルールの形成と国内公法の変容」公法研究第五五号(一九九三年)五八頁以下。

(109) 参照、成田頼明「国際化と行政法の課題」同他編『公法学の諸問題下』(有斐閣、一九九〇年)九四頁以下、大橋・前掲註(17)一五頁以下。

(110) 水平型調整手法に関し、参照、牧原出「『協議』の研究(一)」国家学会雑誌第一〇七卷第一・二号一〇六頁以下、大橋洋一「公物法の日独比較研究(序論)(四・完)」自治研究第七一卷第二号(一九九五年)「おわりに」。

(111) その一環として、経済学の知見の導入が不可欠であるが、とりわけコスト(費用)の分析を政策評価の枠組みの中で進展していく必要がある。近時の精力的な研究として、参照、増井良啓「簡素」は税制改革の目標か」国家学会雑誌第一〇七巻第五・六号(一九九四年)一三〇頁以下。行政過程における政策評価重視という傾向は、例えば、会計検査院の機能変化に関する議論に見ることができる。例えば、アメリカでも、会計検査院の機能が、伝統的な合法性・合規性の監査から、政府プログラムの経済性・効率性・有効性にまで対象を広げている点が注目に値する(いわゆる「拡大された監査(Expanded Scope Audit)」。これは、他の行政領域でも探究されるべき課題といえよう。参照、上野俊一、宮川公男「結果志向のマネジメントと会計検査院」会計検査研究八号(一九九三年)三〇頁以下。