九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

行政行為の将来 : 行為形式論は「インフォーマルな行政活動」の興隆から学習できるか？

ラデーア, カール=ハインツ
ハンブルグ大学法学部教授

ドイツ行政法理論研究会
ハンブルグ大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/2170

出版情報：法政研究. 66 (3), pp.287-313, 1999-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

行政行為の将来
―行為形式論は「インフォーマルな行政活動」の興隆から学習できるか？

カール＝ハインツ・ラデーア
ドイツ行政法理論研究会訳

一　行政法総論の批判と改革をめぐる議論の現状
二　行政行為の硬直性と「インフォーマルな行政活動」の柔軟性―誤解を招く二者択一？
三　不確実性という条件の下での法律への拘束―矛盾？
四　行政行為概念の計画的合理性による革新へ向けて
五　行政行為の拘束効の柔軟化へ向けて
六　展望

一　行政法総論の批判と改革をめぐる議論の現状

行政法ドグマーティクをめぐる議論に、ここ数年間、変動がおしよせてきている。[1] ファーバー[2]は、行政法総論の叙述を従来の行為形式論志向から解放するという試みにより、「かつての」ヴァルター・シュミットの入門的教科書[3]に比べれば、どちらかと言えば懐疑的ではあったにせよ、[4] ともかくもはるかに多くの反響を引き起こした。情報の入手・処理の諸問題により着目するシュミットの同書は、これもまた新志向であったが、今のところ再版されていないのである。ホフマン＝リームとシュミット＝アスマン[5]は、『行政法改革叢書』を創設し、今日までに二巻が出版され、続刊が予定されている。ここ数年大量に出版された新たなモノグラフィは、新たな「参照領域」(Referenzgebiete)（環境法、経済法、技術法）を探査し、それが行政法総論にとっての生産的な進展をもたらしうるものであるかどうか吟味することによって、[6] 行政法総論の周知の諸概念を発展させるものであった。[7]

「インフォーマルな行政活動」[8]は、何年もの間むしろ法社会学と行政学の研究者達の間で関心を惹いてきた後に、

行政法学の視野の中に強く入り込んできたのだが、そこで引き起こされたのは防衛反応のみではなかった。[9] それどころか、「インフォーマルな行政活動」が近年受容され、新たな法類型（「協力的法」）の承認が請求されるに至るまでの無防備さは、それと（おそらく必然的に？）結びついている逆説にまで考えを及ぼすならば、時に違和感すら引き起こすものである。かくて、シュルツェ＝フィリッツ[10]の場合は、「インフォーマル［＝非形式的］な…決定形式」（！）への言及すら見出されるのである。ここで次のような疑問が生じる。「インフォーマルな活動」は、むしろ伝統的固定的な行為形式論（特に行政行為論）にアンチテーゼ的に着目することからその活力を得ていたのであって、それが今や伝統的理論の横に並び、さらには追い越して新たな行為類型を捜し求めるに至っては、本末転倒なのではないか？［シュルツェ＝フィリッツの］所論は、その背後に行政行為の（やや硬直的）に理解された機能を想定しているが、のみならず、法律の機能も道具的制御（instrumentelle Steuerung）のみを専らとするものと想定されているのである。[11] それに対して、「手続における、そして手続による協力的な法獲得（Kooperative Rechtsgewinnung）」は、「実体法的正しさの条件」と認識されている。その一方で、リスクの評価・監視過程に私人をより強く組み入れることが「（行政）法の機能的等価物」とみなされるのであれば、[12] ここでは行政と行政法との関係についての根本問題が提起されていることになるのではないか？

「協力」の正当性付与力の淵源が「諸人格」（Personen）とのコミュニケーションに求められている（この場合、諸人格は権力に服する客体としてではなく、同等の権利を有するパートナー[13]として捉えられることになる）のか、それとも重点はむしろ「生活領域の…諸問題を事柄に即して（sachlich）調整すること」にあるのか[14]というのもまた不明確な点である。なるほどその際、両側面は完全に互いに独立したものではないが、［「協力」と］伝統的な行為形式との関係の規定という問題を考慮するだけでも、［両側面の］比重測定の重要性は明らかであろう。伝統的行為形式、特に行政行為は、「官憲的下命」として引き立て役を演じ[15]、それとの対照において、かの新概念［協力］の市民志向的・民主的性格が明瞭になるのである。しかし、協力の問題は、行政行為及び古典的「道具的」制御的法律

の「影」として現れるだけではなく、制定法の内部にもますます出現するようになっている。例えば決定の要件を部分的にしか定めない計画法[16]のように、目的のみを定め、その実現確保を法的に全くあるいは不十分にしか規定しない諸規範が問題となっているような場合がそうである。これら激動に鑑みれば、「インフォーマルな行政活動」が行政活動の体系（System）を変化させる梃子としても認識されたことは[17]不思議な事ではない。つけ加えて言えば、行為形式論の体系構築力への懐疑は十分に広まっているのだから。批判と危機とのこのような同時発生は、概念形成にとって必ずしも有益なわけではない。この点に関しては後述するところである。

行為形式論の動態化（Mobilisierung）のために近年考慮されているもう一つの中心的概念は、「法関係」概念[18]であるが、これを行政行為論と結び付けるとすればやや説明が必要であろう。行政契約法であれば、民事法理論との連接可能性へと立ち戻る事が比較的容易なのであるが[19]。（もっともここでは行政契約は考慮の外に置くこととしよう。それに関する法律規定の不十分さは、理論上の類型構築（Formbildungen）によってもこれまで全く埋め合わせられていないのだが。また、行政と私人との「関係の」柔軟化の必要性が繰り返し懇請されていることからすれば、行政契約は、行政の独自の法形式として、それに求められてもしかるべき役割を果たすには遠く及んでいない[20]。）行為形式論の革新にとっての「法関係」という構成の有用性についても、一部では激しい言葉によって、疑念が表明されているところである。ハンス・マイヤー[21]はそれを、「最も不明確なる概念の一つ」とすら表現した！この問題も後に再び取り上げるところである。ここでさしあたり示したのは、行政法総論の内部において、またそれを超えて、一つの変動が生じているということである。しかし、個別的には注目すべき部分ドグマーティクが展開されているものの、行為形式論の革新であれ、既存の行為類型の機能的等価物の形成であれ、行政手続法総論の形成であれ、それらを導くような大枠をその変動が一体作り出しうるものであるか、作りうるとすればどこまでかということはまだわからないのである。最後の「行政手続法総論という」法素材であるが、これは近年、インフォーマルな協力と行政の局所的（punktuell）決定機能との中間というその位置づけにより、新たに注目されている[22]。しかし、現行法では、行政手続法

にしても極めて結果志向的に形成されてしまっている。ではあるが、情報の産出及びその処理の重要性へと（その）力点を移動すれば、行為形式論にとっても有益である柔軟化が達成されないかという問題を設定する事ができるだろう。

以下は、ここまで略述した諸発展を、それが（特に）行政行為概念の開放と柔軟化のためにそもそも、あるいはどの程度まで利用可能なものであるかという観点から探査しようという試みである。一見［最近の流れに］逆向的とも思われるこの問題設定であるが、例えば、最近ではショッホ[24]のような著者が法関係論と行為形式論との結合可能性を個別的には全くもっともらしく提示したこととまずは関連づける事もできよう。しかしそれは何よりも、シュミット＝アスマン[25]によってまさに近年の議論を考慮しつつ正当にも再び取り上げられた、「行政法総論の機能」の規定という問題設定と関連しているのである。彼の所論によれば、さまざまな個別ドグマーティクの多様性に鑑み[26]、また、包括的な法制度すらが断片化しつつある傾向に抗して、行政法総論[27]には、個別のさまざまな理論的構成とその方向付け機能とを調整し整合することに寄与すべき「摂取媒体」の役割が配分される。つまり行政法総論には、自己省察能力が期待される。それは一方では革新と柔軟性に焦点を合わせつつ、従来の［行為］諸形式とそれと結び付いた諸知見とを、一歩距離をおいた観察を可能とするような参照枠組（Referenzrahmen）として利用するような能力のことである。このような参照枠組は、個別分析と費用便益衡量を超えて、既存のドグマーティクが持っていた安定化及び構造化の能力を、競合的あるいは補足的ドグマーティクたらんとする新たな「候補者」へ転用する可能性を探る事を可能とするのである。ここで特に重要なのは、「可動的でありつつ相互に結合された連接強制・連接可能性のシステム」としての法―そのようなシステムの安定化こそが法の「固有の機能」となる―という観点である。このような自己限定の裏面は、複雑な政治的経済的社会的等々の機能の理解に限界線を設定することである。その限界線を遵守する事によってのみ法（特に行政法）は、効果的たりうる（gewinnen）のである。問題設定をこのように明確化（Spezifizierung）する事は、本稿のテーマの枠内で言えば、新たな状況と行政法に向けられるべき諸要請とを両立させることをより正確に狙う可能性と結びついている。さ

もなくば、新たな諸発展の複雑性が、多かれ少なかれ、構造化されぬまま行政法においても複製（abbilden）されてしまう危険が生じるのである。

以下ではまず、行政法総論の伝統的な行為形式論の立場から、インフォーマルな行政活動の事実的法的特殊性が観察され記述される。ついで吟味されるのは、インフォーマルな行政活動によって行政行為論との緊張関係が生じているのか、生じているとすればどの程度かという問題、そして逆に、行政行為論の側でも、新たな紛争ラインにおいて、インフォーマルな活動の実態から学習し、革新を果たしより大きい柔軟性を用意するための新たな明確化（Spezifizierungen）を獲得する事はできないかという問題である。その際の関心は、再びシュミット＝アスマンの議論と関連させて言えば、「中間形態」の探求に向けられる。[28] その中間形態とは、行政行為概念の機能に結び付きうるとともに、同時にその構造化ポテンシャルを変容させて、新たな問題にも連接可能性を有するようなものなのである。

二　行政行為の硬直性と「インフォーマルな行政活動」の柔軟性―誤解を招く二者択一？

近年、行政行為に関して批判的に取り組もうとする論文、あるいはそれに替る選択肢を「インフォーマルな行政活動」に求めようとする論文において、行政行為は「外部的効果」[29]の産出、実体的法状態を「（多くは）終局的な決定行為」[30]によって明らかにする」こととの関連において捉えられている。行政行為には、何よりも、国家と社会の関係の歴史的発展により自由主義的法治国秩序の下で必要となった「境界線設定機能」[31]を実践的に明確化（Spezifizierung）することが帰せられているのである。この理論的定式は、オットー・マイヤー[32]の有名な定義に遡ることができる。知られているように、行政手続法三五条の規定もこの概念規定と結びついている。この観点からすれば、外部領域と内部領域との関係が常に変位してきた限りにおいて、本質的な変化が生じた、とされるだけのことである。行政行為の構成に対するマルテンス[33]の批判は、どちらかといえば伝統的用語法（「高権的」）の継続［への批判］に執着していたと思われるが（確立された権利保護システムに鑑み

れば、私見によればあまり重要な批判ではない)、最近の議論は、行政行為をその正当化や産出手続ではなく、その「効果」[34]にのみ一方的に着目して位置づけることを標的にしている。行政(行為)手続法にしても、決定行為[35]ばかりを志向しているとして批判される。ブロームは既に以前から、行政行為概念をその効果にのみ定位させることを批判し、正当化へと志向を転換すべきことを主唱していた。[36]今日では、正当化と法具体化手続への関心は、むしろ「インフォーマルな行政活動」の方に向けられ、行政行為は自由主義的分離思考の遺物であって、形作られつつある国家と社会の融合状態にはもはやなじまないとみなされるのである。

実際のところ、プロセスによって決定の認知的・規範的基礎を形成・生成するという契機は、行政行為の概念規定ではあまり現れてきていない。行政行為概念は、何よりも「参照領域」としての警察法及びその他いくつかの行政法の伝統的諸領域において発展し明確化されてきたのであるが、それら諸領域では、行政は公的なものと私的なものを法によって境界設定するという安定的モデルを前提にすることができた。その参照枠組は主観的権利のドグマーティクによって細分化される。それは、この数十年の発展を観れば、全くもって未来へ向かって開かれた発展可能なものであることが示されていると言えよう。このシステムの支えとなっているのは経験知という認知的基盤であるが、例えば危険の帰責(Zurechnung von Gefahren)の問題にとってのその意義は、特にプロイセン上級行政裁判所の判例によって輪郭づけられている。警察あるいは行政一般が利用する「平均的経験則」[37]は、事例ごとに(時には専門家の援助を得つつ)発展しうるものであり、その継続性が根本的疑いにさらされることはないのである。職権調査主義も最終的にはそれ(「平均的経験則」)に基づいている。行政は私人からの情報を詳細に必要とするが、経験およびその中に貯えられている蓋然性の想定・評価は公共的知識の在庫として行政にとってアクセス可能なのである。この基礎の上で、行政行為もまた「最終的決定行為」として立ち現れることができる。ここでは個別(das Besondere)を一般(das Allgemeine)、即ち事実問題であれば経験、法的問題であれば法律にあてはめることだけが問題になっているからだ。これはただし、裁量を自由に—言い換えれば状況的(situativ)に、限定的にしか伝達可能ではなく実

務の中に暗黙化されている知識に従って―行使することが認められていない限りであるが。この観点からすれば、行政行為概念の個別「参照領域」において重要な変化が生じたと言える。この変化はしばしば記述されているところであるが、知識基盤の変化とより厳密に理論的に関連づけられることはなかった。近時、行政はより多くの知識を考慮せねばならず、また経験に依拠しうることが少なくなっているが、それだけではなく、複雑性と不確実性という前提条件（Bedingung）の下において、決定の基盤を以前よりもはるかにモデル化（modellieren）、つまり未来への投企と予測的構成の契機を統合しなければならないのである。このような諸条件は、部分的には、計算困難な相互依存によって特徴づけられている。その相互依存は、その戦略的行動ポテンシャル故に、私人の参加を強いるのである。このことは特に計画法、環境法、技術法の領域で妥当する。(38)

このために法律及び行政実務は、経験によってもはや確定され得ない限界を通常状態（Normalität）の「限界価値」で置き換えることに関る全く新たな諸形式を発展させているが、その理論的位置づけは事実的側面（「先取りされた専門家鑑定」）においても法的側面（「基準設定余地」）においても解明されたとはとうてい言えない。(39) それだけに困難になるのは、若干のみ例示するとすれば、高度に複雑な施設や新たな技術（遺伝子技術）のリスク評価や、環境法における事後的命令の比例性の［有無の］決定である。(40) ここでは、手続的契機が決定の結果に対して固有の意義を獲得する。それ（［手続的契機］）が考慮されるべき諸事象に関する選別機能を引き受けるから、そして細目的事実の全くの膨大さに鑑みれば引き受けざるをえないからであるが、それだけではない。それによって行政行為の完結的性格自体が問い直されることになるからである。特に環境法においてはますます、［行政行為の］局所的決定としての性質を体系上（systematisch）相対化する、かの事後的命令を発する可能性を認める法律が制定されているのである。(41)

行政決定の更なる時系列化（Temporalisierung）は、これも環境法・技術法においてよく見られるものであるが、事前許可と部分決定による決定対象の多段階化（Abschichtung）を通じてもたらされている。これらはまさに、「インフォーマルな行政活動」が特に普及している行政分野でもある。(42) 統一的許認可を一連の部分決定に分解してプロセス化することや事後的命令の維持可能性（貫徹可能

性！）は、強度の協力を前提とするのだが、そこでの利害状況の特定は必ずしも容易ではない。

この不確実性はまた、「インフォーマルな行政活動」の興隆にとっての前提条件の一部でもある。上述の、通常性（法律）と事実性（知識基盤）との一定の関係によって特徴づけられた行政行為パラダイムへの関連づけこそが、「インフォーマルな行政活動」のさまざまな能力（Leistungen）と限界への新たな視角を開きうるものであり、そして―再帰的（reflexiv）に―行為形式ドグマーティクの更なる発展との連接可能性を開きうるのである。インフォーマルな活動の優位性は、何よりも、不確実な知識に基づいた協定（Absprache）をも可能にすることにある。事後的命令が法的に果たして貫徹可能かどうか、そして、そのことがその後の決定可能性にどのような帰結をもたらすか、投資が制約されることになるため、行政は確実には知り得ないということもある。また、複合的な許認可手続における決定が、企業との協定と協力のもとの多段階化により迅速化される場合もあるが、この迅速化は情報の創出と構造化を促進すべき企業にとって重要な利害である。これらの例は、決定の状況が極めて多様なものでありうることを示している。前者の例では行政行為に協定が取って替る。後者では、多段階化が許認可付与の迅速化に役立っている。もちろんこれでは「インフォーマルな行政活動」の全ての状況を挙げるにはほど遠い。[43] しかし、部分決定（及び事前許可）という比較的新しい制度は、行政行為が現行実定法上も柔軟化ポテンシャルを提供するものであり、なかんずく部分知識による処理を可能にするものであることを示しているとは言える。部分決定[44]は、プロジェクトのそれぞれの部分に関する知識基盤による評価に基づいているだけでなく、申請施設に関する仮の積極的全体判断―後続する部分決定に対して拘束的効果を産み出すところの―にも基づいている。この拘束的効果は、排除効の危険があるため異議を早期に申し立てねばならないという第三者の協力義務によって支えられている。

上記二つの状況に関する考察からすれば、行政行為の機能を可能ならば再定式化し、「インフォーマルな行政活動」によって正当にも充足されている柔軟化の必要にぜひとも滞りなく対処し続けられるようにすることが考慮されることになろう。部分許可という制度は、行政行為がいずれにせよ一回的終局的決定のみに固定されうるものではないこ

とを示している。このような発想については、後でもう一度とりあげることにしよう。まずは逆の観点から、インフォーマルな活動の弱点と、行政行為の能力とを比較してみることにする。第一に、しばしば書面化すらされない「協定」の対象の不明確さが、柔軟化の裏面とみなされねばなるまい。それに対応して、拘束的効果は概念必然的に僅少なものであり、基本的に、お互いの将来の協力に頼らざるを得ないことに基づいているのである。インフォーマルな協定が守られなかった場合、行政にとっても正当化の問題を発生させ、後の許認可手続における協力的決定（当事者関係が入れかわり、事業者が能動的な側である場合、その事業者との）にとっての信頼の基礎を揺るがすことになる。これは企業には不都合である。その限りで、「インフォーマルな行政活動」は固有の実現可能性（Implementationsmöglichkeiten）を有している。しかしインフォーマルな取り決めの開かれた性格と強制的に実現不可能なことがとりわけ問題なのは、ケースバイケースの運用（Operieren）が、かつては経験の継続性と個別的決定によるその拡張で保証されていた学習（Lernen）を困難にするからである。まさに、決定の認知的側面と規範的側面を結合する必要性を強調し、そのため行政行為の柔軟化との連接可能性を探求しようとするのであれば、上記のことは、行政行為代替的なインフォーマルな取り決めが必然的に引き起こすに違いない重要な疑念となる。（行政行為担保的なインフォーマルな協力―それは例えば部分決定の構造化において必要となるものであるが―の場合はこれとは異なる。）

それと関連しているのが、インフォーマルな活動の統制可能性に関するもう一つの問題である。階層性原理[45]及び同原理が行政実務にとって有している構造化機能を過大評価しないにしても、決定のインフォーマル性はやはり正当性問題を発生させるにちがいない。関係者が確定されず、インフォーマルな活動の実体を総体として観察し記述することが困難であり、そのため長所と短所の評価がほとんどできないからである。[46] またそれは、行政側の人員が信頼形成と予期の拘束のためにその個人的威信（Prestige）のみをもっぱら用いることと結び付いて生じうるところの癒着（Verstrickung）効果の点からも問題である。これは全くもってアンビバレントな現象である。非人格的決定という伝統的モデルに反するのみならず、第三者が実質的に広範

に排除されてしまうことが問題である。活動のインフォーマル性は、行政に当事者の範囲を決定する自由も与えることになる。協力それ自体が正当性を生み出しうるというのは、協力手続が透明でなく、「協力的法」の法的諸要素がより詳細に具体化されない限りにおいて疑わしい。行政の学習可能性に特に向けられた本稿の視点からすれば、以下のことが重要である。「インフォーマルな行政活動」は、確かにきわめて柔軟で状況適合的でありうるが、個別事例指向が行き過ぎてしまうおそれがあり、行政行為という行為類型の選択と結びついている決定に必要な情報の貯蔵が、単にインフォーマルな、各事例毎に差異化された調整と協力という実践では、控えめに言っても、同じ程度にまでは期待できないかもしれないということである。また、このことから示されているのは、行政行為による決定と「インフォーマルな行政活動」とを比較するという本稿で選択された方法、そして行為形式論の発展を熟考することが有意義だということである。つまり、次のことが明確になる。それは、行政行為は決して確定的・法具体化的機能のみを有しているのではなく、認知に関する移転機能（Transferleistung）、即ち個別紛争事例の決定から得られた知識基盤を拡大し、新たな決定状況への連接可能性を準備すること、もまた無視されてはならないということである。この点で、「インフォーマルな行政活動」は、まさにその非形式的な性質（Formlosigkeit）のため、限定的な可能性しか提供しない。もっともこのことは、いずれにせよ学習が阻害されているような状況にも共通する特徴ではあるのだが。しかしながら、ともかくもこれは一つの問題ではある！行政行為概念は、複雑性という条件の下で、インフォーマルな活動の長所・短所との比較という刺激を受けて、上記の移転機能が新たな形でもたらすところの、変異（Variationen）への連接可能性を提供しているのではないか　という問いが後で再帰的（reflexiv）に投げかけられるのだが、上の問題についてはその時に詳しく触れることになるだろう。行政行為改革へのこのような考察に立ち入ることができるようになるためには、まずもって中間段階として、不確実性という条件の下で行政行為の法的拘束性の意義がどのように変化するかが問題とされるべきであろう。

三　不確実性という条件の下での法律への拘束―矛盾？

行政行為の法的拘束性の構成と統制にとって従来特徴的であった（行政内部的にも、階層制と裁判的統制の保障についても等しく言えるのだが）演繹的思考というものは、決定の知識基盤としての経験の構造と密接な対応関係にある。それ［演繹的思考］が前提としているのは、複数の命題からなる規則基盤（Regelbasis）が既にその中に結論を全て秘めているということである。つまり、実体的規則から、当該体系の内部で承認された方法的規則の助けを借りて導かれるような諸命題を［既に全て］含んでいるという意味である。(47) もちろんこのことは、法がその適用によって、また新たな命題の導出によって変化をうけないということを意味するものではない。しかし、このような変化は、経験の継続的拡大と同様に、規則の安定性を揺るがすものではない非本質的変異（Variation）として扱われてきたのである。法の具体化の今日的変種（Variant）にとって、かかる演繹的思考がもはや方向を示すものではないことは確かである。これは何よりも、法と密接な相互関係にある知識基盤自体が少なくとも部分的には重要な変化をとげたことによるものである。それに伴い、一方では法の不確定性がより大きくなり、他方では法の具体化（Rechtskonkretisierung）が（法の解釈（Rechtsinterpretation）＝既にそこにあるとされる意味に賦活する（aktivieren）こと、とは異なり）、法概念が参照するところのその時々の実務領域の文脈により一層依存することになるのである。(48) このことは、具体的状況を（再）構成することによって初めて法を適用することができるということを意味する。その際、（法的）決定者（特に裁判所）は、（階層的な「規則からの導出」ではなく）むしろ試験済の事案解決例との水平的連結を目指さなければならない。しかし行政にとっては、このような事態は、規範的不確実性の新たな契機を必然的に伴うことになる。判断余地を限定的にのみ承認している実務を考慮するならば、それは行政裁判例への一層の依存を意味し、かかる状況は同時に、インフォーマルな活動への逃避を助長する。なぜなら例えば技術的施設の許認可のような複合的行政決定においては、金銭投資と多くの時間・人員の投入とが賭せられているからである。

仮に法的統制の一層の拡張に原則的には問題がないとし

ても、次のことは期待してもよいであろう。すなわち行政裁判所が法を不確実性という条件の下に組み入れる契機を受け入れ、それによりまた、暫定的措置の実務的合理性をより実験的活動に対応したものとして発展させる必要性も判断対象たる事項的領域に内在するものとして受け入れることである。なぜならそれ［事項的領域］は、もはや経験という基盤の上で無造作に評価されうるものではないからである。それは、裁判所が決定の「事理への指向により規定された通常性」において、例えば「計画の素材に由来する諸要素を…認識し」あるいは承認しなければならないということを意味する。狭義の計画においては、「事柄の性質上［計画衡量に］投入されねばならない諸利害が投入[49]（訳註1）」されたかどうかに関する審査は実際上一定程度、行政の計画構想が部分的にそれ自体選別目的に用いられうるような形で限定されることになる。考えられる全ての競合的利害を真剣に検討することなど不可能なのである。このような規整（Regelung）は、他の手続（連邦イミッシオン防護法）にも見られる異議排除という手続法上の仕組みや、建築詳細計画の無効事由となりうる瑕疵の限定（建築法典二一四条以下）などによって補完される。しかし、決定にとっての在来型知識基盤を想定することが困難になればなるほど、（狭義の計画の領域にとどまらず、）［一般に］複雑な決定手続において、情報産出の一定の選別性を法的コンテクストによって正当化されたものとみなすこともできないか、という問題が重要になる。まず次のことが問題となる。複雑な決定手続によって生み出される情報量が、操作可能性の限界―この限界はしばしば踏み越えられるものであるが―を超えた場合、実際なお決定の質の向上につながるのだろうか。もはや経験の継続性という一体性創出的パラダイムによって構造化されていない知識基盤が複雑かつ多様であることに鑑みれば、「職権調査」＝利用可能な情報を可能な限り完全に「収集」すること、という観念に訣別すべき時なのかもしれない。知識は、もはや経験モデルによって予め構造化されていないのだから、方法的かつ体系的に産出されねばならず、そのため決定に依存するようになる。ここでは、むしろ確定行為（Festlegung）の透明性によって合理性を高めることもできないか、熟考すべきであろう。その場合、行政には、この観点からの様々な手続法的拘束を課された上で、優先順位を設定するにあたってのより大きな自由が与えられることになるかもしれ

ない。[50] まさにこのことを可能にするのが「インフォーマルな行政活動」である。[この場合]事実状況は、少なくとも実際上、協力の上で限定的にのみ、つまり相互の予期の一致を事実上拘束するのに必要な限りにおいてのみ、確定され評価される。その他の点については全て開かれたままとなるのである。

以上の中間考察から明らかになることは、経験の統一性が浸食過程に既にさらされてしまった以上、職権調査と行政の法的拘束に関する伝統的な構想は、知識基盤を選別的に構成しそれを設計する必要性にもはや適わないということである。他方、内在的・法理論的視点からは次のことが示される。不確実性という条件の下での法適用についての理解を広げれば、法規範とそれが引照する事項的領域の実地規則（Praxisregeln）との「間‖規範的」連結の必然性に鑑みて、事実状況の評価におけるより一層の柔軟性を認めうるであろうということである。それについての手がかりを現行法上明文で与えているのは、環境適合性評価法におけるスコーピング手続である。調査対象の確定は同手続の助けによってなされうるし、それが望ましいとされているのである。[51] 同規定の実際的意義を予想することは難しいが、優先順位設定の上に立った実用的な調査方法書（Untersuchungsdesign）が発展し、事実状況の調査の完全性という擬制にそれが縛りつけられないとすれば、望ましいことであろう。

不確実性という条件の下での行政決定の知識基盤の複雑性を縮減するための手がかりならば、立法者が、体系的ではないにせよともかくもいくつかの法律において、私人と行政との責任分担という形態（Variant）で、試みていたところである。例えば薬事法のリスク評価[52]であるとか、化学物質法による化学物質の審査[53]では、決定が私人に（手続規則が設定された上で）委ねられ、行政の調査可能性・調査義務が限定されている。遺伝子技術法のリスク評価[54]についても、今日では部分的には類似のことが妥当する。複雑な事実状況の行政による評価を、例えば方法、仕様（Design）を確定することによって、あるいは他の手続規則によって、限定的にのみ規律するということは一般的にもありえないであろうか？リスク評価について私人が責任を負う領域にのみこれを限定しておくことは、到底適切とは思われない。いずれにせよ、事実状況調査の複雑性を縮減するための手がかりならば、環境法の事前配慮について、

連邦行政裁判所の判例が与えている。判例は「構想」に拘束されることにより、重点設定の可能性ともまた結びつくことになったのである。[55]

中間総括として次のことが確認できる。一方では認知的決定基盤の変化、他方ではインフォーマルな活動に手をつけること（Rückgriff）によって明るみに出された伝統的行為形式の硬直性に鑑みれば、行政行為による決定の法的拘束性は、事実状況の調査において優先順位を設定する余地を与えることによって柔軟化されるべきであろうということである。かつて技術固有の法則性を行政の「行動的専門知識」（handelende Sachverstand）の正当化のために考慮する発想があったが、これはその再定式化でもある。[56] かつてのこの議論自体はさほど説得力があるものではないが、その背後には、不確実性という条件の下で、決定に際しての「職権調査」の複雑性を事理の必然性上縮減するという正当な関心があった。経験がもはや方向性を定めるものとなりえず、さまざまなモデルが作りだされねばならないとき、事実状況の調査は理論的には無制限となる。それに対しては、法理論的視角からしても、複雑性に適った知識基盤の構成と発展の手続的合理性によって対応する方が、事例毎に不確定な基準によって決定し、それと同時にデータの墓場を建設するための金銭的・人的資源を必要とするよりもよいのではなかろうか。このテーゼの背後には、不確実性という条件の下での決定は、狭義の計画法の領域を超えて、さまざまな段階で計画的性質を帯びるという想定がある。[57] 次節ではこの考え方を略述し、ついで、中間的帰結が、行政行為概念に柔軟性を組み込むための構想へと再構成されることになる。

四　行政行為概念の計画的合理性による革新へ向けて

本稿のテーマによって設定された枠からすれば、計画の概念（より正確に言えば、計画の諸概念！）に詳細に立ち入ることは許されない。[58] 本節は以下のテーゼを展開するにとどめることとする。計画的合理性のもっとも重要なメルクマールは、水平的拘束効を産出するプログラムを利用して複数の決定を共時的あるいは時系列的に連結することにある。水平的拘束効とは、ごく一般的に決定裁量について法律が予め与えた基準にしたがって予め構造化されている

のみならず、むしろこれら諸決定の連接可能性並びに連接強制を生み出すものである。拘束効は、相互依存的な諸拘束のネットワークを作り出すところの「動態的な」決定から生じるものであり、そのようなネットワークを複数の拘束が共時的に連結して作り出す場合もあれば、拘束可能性並びに拘束強制を時間的に段階づけて作り出す場合もある。第一の形態の例は、例えば建設法並びに水法における配慮要請についての判例に見いだすことができる。水法上の許可に関する決定は、同時に、狭義の三面関係を超えた第三者についての拘束を生み出すのである。[59] しかし行政行為のドグマーティクにとってより興味深いのは第二の形態である。即ちそれは、多極的、動態的であり、時間について開かれた決定状況に対処するために、行政行為の決定機能をより複合的に理解するのに役立ちうるのである。

ここで再び、法律の根拠からの行政行為の効力の部分的独立性について、単に信頼保護や行政の独立性に依拠するのではなく、より精確に述べることができる。決定としての行政行為は、法状態について明確性を創出するのみならず、後続の決定へと拘束効を引き継ぐという点で動態的要素を獲得する。その拘束効はもはや法律のみからは導かれず、最初の決定によって創出された連接可能性と結びつけられるべきものである。その根拠は、決定が私人の新たな活動可能性を開き、その活動が再び後続の行政決定への連接強制を生み出すことに求められる。[60] これも行政行為によって初めて可能になる協力の一形式なのである。このような連結についての最も単純な例となるのは、撤回・取消決定である。この法制度において考慮されているのは、決定の前提が不完全であったり誤ったりしていたときでも、当初の行政行為が後続する私人の（また公行政の）決定への拘束効をも発生させるべきだということである。このことは、事後的命令についてはなお一層強くあてはまる。それは、環境法において、当初の決定と体系的に結びつけられていなければならないのである。行政行為の「外部効果」を広くとらえ、他の私人及び公行政の後続決定へ移転可能な拘束効を付け加えるとすれば、環境・技術法という新たな「参照領域」からの補給を受けた「再帰的」行政行為概念（Konzept）を得ることができる。そのような概念は不確実性と複雑性という条件の克服により適合しうるものであり、そして、「インフォーマルな行政活動」もまた達成しようとしていた行為可能性の柔軟化が、部分的には、

再び行政行為制度の機能（Leistung）と連結されうるのである。

行政行為は、規範的には、決定の拘束効を他の私人ないし公行政による決定へと引き継ぐことを可能にするものである。それにより行政行為は不確実性の克服を可能にし、新たな知識の生成による認知的学習可能性を（私人にとっても行政にとっても）保証する。それは、後続決定にとってもまた有益なものとすることができる。

この基礎の上で、法関係概念もまた、行為形式論、なかんずく行政行為理論と連結されうるだろう。法関係はむしろ決定の事実的付随効果[61]（当事者間についてでもありうるし、行政行為によって結びつけられた関係のネットワークに組み入れられている限りで第三者に対してでもありうる）を示すものである。このような連結を作り出し、法関係が、その基礎にある行為形式から独立した、予測不能な法的効果が際限なくあふれる泉であるかのような印象を［与えることを］回避するとすれば、同概念が人を困惑させることもないであろう[62]。結局のところ、同概念は、民事法においても公法においても特徴的な判断の一つの現象形態にすぎない。その判断とは、法の具体化というものは、どのような形であれ常にコンテクスト依存的になされるものであり、既存の、また、決定によって更に発展される関係のネットワークへと作用するものなのだということである。法関係は、決定には、局所的確定ではまさに尽くされないような効果があるということを示すものであり[63]、そして決定には「発展に開かれたシステム」としての性質があることを示すものである[64]。民事法の債権関係もまた「複合的統一体[65]」、「規範的に秩序付けられた行為の意味連関」、「相互作用システム」とみなされていることは特徴的である。

五　行政行為の拘束効の柔軟化へ向けて

中間考察としてまず確認しなければならないのは、「インフォーマルな行政活動」は少なくとも行為形式論の欠点とやや硬直的な法適用の概念にも帰せられうるということである。「再帰的」・比較的な［本稿の］アプローチは、インフォーマルな行政活動に明らかに伴って生じる柔軟性の利益に刺激を受けて（irritiert）、まずは伝統的行政行為観念の要件をより精確にすることを可能にした。事実的な

（決定に関する）知識と規範的な決定効との連結から、ドグマーティクの再定式化が生み出されたが、それは何よりも、決定によって経験と連結されることと、新たな知識と新たな可能性が第三者に対しても行政に対しても産出されること、その一方で、誤りのコストが限定的であることに照準を向けている。（撤回と取消は特別の要件が備わってのみ認められる。事後的命令についても類似している）。「インフォーマルな行政活動」との比較は、行政行為制度の短所を明るみに出しただけでなく、逆に、その隠された長所への視点をより鋭くし、また、行政行為の拘束効の柔軟化による事実的学習と法的決定効との体系的・再帰的な連結の更なる発展を志向する新たな省察への準備となるのである。この視点からすれば、行政決定には、来るべき他の行為への拘束効を体系的に移転する（übertragen）という動態的効果がある。その際、知識基盤がなによりも経験の価値低下によって相当程度変化してしまったこと、そしてそれにより他の決定への拘束効の移転が柔軟化・時系列化されねばならないということが考慮されている。拘束効が、部分許可、事後的命令などのような従来の連結形式を超えて、柔軟且つ協力的に不確実性という条件の下での行為が可能になるように体系的に調整され、それにより学習可能性が経験の欠如を埋め合わせうるようになることが、行政行為ドグマーティクの照準となるべきではなかろうか。諸決定を結びつけ、また各決定を下す度に、新たに「垂直的」に法律から導き出される必要のない、新たな活動との水平的連結可能性を開く行政行為の可能性は、発展可能性のあることからする行政行為の長所である。そのことのもちうる意味について、以下で例を用いて、その輪郭だけでも素描し具体化することとしよう。

認知的観点からまず考えられるのは、スコーピング手続についての叙述と関連するが、複合的施設の場合、申請者との調整の上で、例えば変更困難な全体構想と施設の中で多かれ少なかれ簡単に変更できる部分とを区別し、事後的負担（その限界（Marge）を確定せねばならない）を留保した上での仮の許可の可能性[66]とその区別を結びつけることである。企業にとってはしばしば決定が速く下されることの方が個別施設の費用よりも重要である。近時、仮の行政行為はしばしば理論的考察の対象となっている。興味深いことに、それが広まっているのは、他でもなく、行政がいずれにせよ幅広い決定・形成余地を有している分野であ

る補助金法においてである。それを環境・技術法の領域へ転用する可能性が、法律が実験の余地を開くことによって、検証されるべきであろう。リスク評価は、施設の構想の規格化された分解可能な諸要素を確定し、蓋然性判断手続(probabilistisches Verfahren)による評価を可能にすることで簡素化されるべきである。それについては諸論稿で、ごく現実的な手がかりが示されている。[67] 決定促進・単純化は、企業にとって、将来に開かれた、数量化・規格化されたリスク評価という手法の発展に協力することへの良い刺激となる。最後に、数量化は、その常として単純化されたものになるが、まずもって企業にとって、そして行政にとっても比較による学習を可能とするであろう。この比較は、かつては利用可能な経験知の基盤があるため問題がなかったのであるが、今日では、施設の複雑性が増大したこと、しばしば申請者自身にしか全面的には利用可能でない評価基準が細分化したことに鑑みれば、比較の前提がまずモデル化により体系的に産出されねばならない。詳細にわたる厳密さが失われることは、時間の利益と、そして何よりもリスクに関する新たな知識が得られることで十分以上に補いがつくかもしれない。同時にそれによって、施設の自己監督への力点の移動が可能になるであろう。以上述べたことを超えて、このような過程は、比較可能性と他の決定への移転可能性を通じたよりよいコントロールという利益を提供するであろう。

最近ボーネ[68]は、一方では許認可決定を単純化し、他方でリスクに備えて強制保険を導入することを提案している。それも考慮に値する発想ではあるが、本稿で述べてきた立場は、不確実性という条件の下における学習の構造化と手続化の必要性をより一層展開し、そのために行政行為とその投入によって可能になる後続決定への拘束効の移転との機能可能性(Leistungsfähigkeit)を強化するものである。その際また考えられなければならないのは、暫定的な「枠組的行政行為」によって、新たな、特に環境負担を軽減するような生産過程の実験(Erprobung)を促進することである。枠組的行政行為は、試行の概要とその(自己)監督を確定するが、仮に生産過程が総体として動態的な、他の決定へ移転可能な効果を約束するものであれば、失敗の際のリスク(例えば確定された環境限界基準の不達成の場合)を、リスク上乗せの余地を開いて軽減するものである。アメリカ合衆国では、柔軟化のこの形態(Variant)が

「技術革新免除」（innovation waiver）[69]という形式で限定的に試みられている。エコ監査[70]を実施し、学習の用意を組織化したことを示した企業に対し、立証の軽減と推定によって手続を簡素化することも考えられよう。学習の用意があることは、（いずれにせよほとんど不可能な）複合的施設の許認可申請の包括的な審査よりも全くもって高く評価されるべきなのである。

六　展望

これ以上の詳細については、ここでは断念せざるを得ない。何よりも、ここでの問題は行政法の改革ではなく、行政行為制度の適応可能性こそが問われるべきであるからだ。ここまでの成果から、いずれにせよ次のことは蓋然性をもって語りうるのではないか。それは、何よりも「インフォーマルな行政活動」の興隆に鑑みれば、行為形式論に新たな柔軟性をもたらすような「中間形態」を探し求めることが有益であるということである。これまでのドグマーティクも、それに対する批判も、行政行為の「制御効果」をあまりに局所的な行態確定に限定してきた。ここで略述した構想では、決定の両方の側には組織が存在し（複雑な決定手続において、行政行為の相手方はほとんど常に組織である）、その行動の方向付けはもはや第一次的に経験を通じて明確化（spezifiziert）され確定されはしないことを考慮することを試みた。他方で組織は、限定的ではあるが、同時に可変的な学習可能性を有し、個人よりもはるかに高い程度において知識を創出し一連の決定における複雑な問題を分解し、計画的に構造化することができる。一般的に利用可能な経験とそれに含まれた新たな行動との連接可能性が欠如していることを、組織は、豊富な選択肢と柔軟性によって不確実性の克服を可能にするところのモデル形成によって埋め合わせることができる。[71]複雑な決定問題に対する行政行為の制御機能を明確化し、それを個人の行態に着目するのではなく多角的、なかんずく間＝組織的な関係のネットワークとそれに含まれた一連の決定の形成への戦略的可能性に着目するようにすれば、行政行為は全く新たな意義を獲得することができる。行動のネットワークの中における様々な拘束を構造化し移転する［行政行為の］可能性は、まさに不確実性という条件の下では、あまりに状況依存的にふるまい知識の貯蔵に本来的にあまり適

さない「インフォーマルな行政活動」と比べ、行政の内部においても外部においても学習をよりよく可能にするという機能（Leistung）を果たすのである。

ごく最近、「計画・許認可手続の簡素化と迅速化のための独立専門家委員会」（いわゆるシュリヒター委員会）の法政策的提言において柔軟化への手がかりが表明されている。そこではまさに、インフォーマルな柔軟化を再び正式の行政手続へと導き入れることが問題になっている。(72) 特に導入されるべきとされる迅速化の様々な形態についていくつかの例のみを挙げれば、延引的（gestreckt）許認可手続(訳註2)の可能性、一種の「枠組条件」（審査を本質的問題に限定し、その具体化を申請者の自己責任へと移転すること）の導入、事後的コントロールの意義の強化などである。これらの提案についてここで詳細に立ち入ることはできない。それらは歓迎すべきものではあるが、それがむしろ経済的な考察方法―例えば経済学者の参加（キール大学国際経済研究所副所長のK.W.Schatz教授）に表現されている―を強く志向していることは問題だと思われる。そのため、決定の複雑性の増大によって生じた行政法の変化に対する自己再帰的・自己批判的視線は遮られることになり、不適切な単純化および意図されざる副次効果の産出という危険がもたらされたのである。

本稿による素描で少なくとも蓋然的にあきらかにしようとしたことは、行政の行為形式についての省察は、まさに行政法総論の断片化の危険に鑑みて有意義であるということである。この法的素材は汲み尽くせない省察の可能性を含むものであり、それはポスト産業社会における法の内部の進化過程の自己観察にとって高い価値をもつものだということがここで示されている。行政行為の概念は、まさにインフォーマルな活動の観察から、新たな計画的合理性を獲得することができるのである。

〈付記〉本稿は、Karl-Heinz Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsakts-Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des »informalen Verwaltungshandeln« lernen?-, Verwaltungsarchiv 1995, S.511f.の翻訳である。カール＝ハインツ・ラデーア氏は現在ハンブルグ大学法学部及びヨーロッパ大学共同研究所（フィレンツェ）法学研究科の両大学の教授である。単著の著書として、Post-moderne Rechtstheorie, 2. Auflage, 1995; Das Umwelt-

recht der Wissengesellschaft, 1995; "Abwägung" – ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts, 1984; Rechtssubjekt und Rechtsstruktur,1978 があり、ドイツ法学におけるポストモダン的潮流を代表する論者の一人として著名である。本翻訳のベースになったのは、一九九六年度九州大学大学院法学研究科大橋＝角松ゼミナールにおける本論文の輪読である。同ゼミナールの成果に基づき、角松が本文について素案を作り、研究会による集団的検討を経て、各分担者が注を含めた完全原稿を作成した。本翻訳実現の機縁となったのは、一九九七年九月にラデーア教授が九州大学法学部で行った講演（主催：日独法学会及び九州大学法学部国際交流基金。山本隆司訳「環境行政における秩序法の限界と新しい経済的及び計画的手法の投入の可能性」法政研究六四巻四号一九五頁）であり、その際本論文の翻訳を願い出たところ、快諾を頂いたものである。ラデーア教授及びゼミナールを共催された大橋洋一教授の厚意にこの場を借りて謝意を表したい。本研究会参加者は以下の通り。角松生史（九州大学大学院法学研究科助教授）、勢一智子（西南学院大学法学部講師）、相澤直子（九州大学大学院法学研究科博士後期課程）、西村枝美（同上）、中村英樹（九州大学大学院法学研究科博士後期課程、日本学術振興会特別研究員）、大脇成昭（同上）。なお、文中で（　）を付したものは原註であり、［　］を付したものは、訳者が理解の便宜上付加したものである。また、原文における明らかな誤記・引用ミスと思われるものは、特に指摘することなく訂正している場合がある。

（1）　Vgl. etwa Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, DV 1994, 137ff.; ders., Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1988, 533ff.; Friedrich Schoch, Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, DV 1992, 21ff.; Helmut Schulze-Fielitz, Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozeß der Ungleichzeitigkeit, DV 1994, 277ff.; Hartmut Bauer, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, DV 1992, 301ff.

（2）　Vgl. Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1992.

（3）　Vgl. Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, München 1982.

(4) 同書の批評については，たとえば，あとの文献を参照。Hans-Joachim Koch, NVwZ 1989, 42; Meinhard Schröder, DVBl. 1988, 915; Manfred Zuleeg, DÖV 1988, 654.

(5) Vgl. W.Hoffmann-Riem/E.Schmdt-Aßmann/G.F. Schuppert(Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts —Grundfragen, Baden-Baden 1993; W.Hoffmann-Riem/E.Schmdt-Aßmann(Hrsg.), Flexibilität und Innovationsoffenheit des Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1994.

(6) Vgl. Peter M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Öffentlichen Verwaltung, Tübingen 1991; Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Köln 1992; Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994; Hans-Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994.

(7) Vgl. nur Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren—Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Erfolgsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990; ders., Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert(Hrsg.)(Fußn.5), S.222ff.

(8) 先駆的なものとして，Vgl. Eberhard Bohne, Der informale Rechtsstaat, Berlin 1981.

(9) Vgl. Helmut Schulze-Fielitz, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl. 1994, 657ff.; ders., Der Leviathan auf dem Weg zum nützlichen Haustier?, in: R.Voigt(Hrsg.), Abschied vom Staat—Rückkehr zum Staat?, Baden-Baden 1993, S.95, 105ff.; Nicolai Dose, Kooperatives Recht, DV 1994, 91ff.; Horst Dreier, Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1993, 647, 651; ders, Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts, in: R.Walter(Hrsg.), J.Merkl—Werk und Wirksamkeit, Wien 1990, S.55ff.; Manfred Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, 277ff.; Ernst-Hasso Ritter, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: D. Grimm(Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben—Sinkende

Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 69ff.; Winfried Brohm, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl. 1994, 133ff.; Philip Kunig, Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: W.Hoffmann-Riem/E.Schmdt-Aßmann(Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandeln, Band 1, Baden-Baden 1990, S.43ff.; Gunnar Falke Schuppert, Recht als Steuerungsinstrument: Grenzen und Alternativen rechtlicher Steuerung, in: Th.Ellwein/J.J. Hesse(Hrsg.), Staatswissenschaften—vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 73ff.; vergl. kritisch Hans-Detlef Horn, Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus, DV 1993, 545ff.実載化現象は決してドイツのみに限られたものではない。イングランドについては、Mark Freedland, Government by Contract and Public Law, Public Law 1994, 86ff.フランスについては、Nicole Belloubet-Frier/Gérard Timsit, L'administration en chantier, Revue Française de Droit Public et de la Science Politique 1994, 299ff.;アメリカ合衆国については、Hugh T.Miller, Post-Progressive Public Administration, Public Administrative Review 1994, 378ff.

(10) Vgl. Schulze-Fielitz (Fußn.9), DVBl. 1994, 657ff., 658.

(11) Schulze-Fielitz (Fußn.9), DVBl. 1994, 657ff., 659.

(12) Schulze-Fielitz (Fußn.1), DV 1994, 277ff., 297f.

(13) Vgl. kritisch Joachim Martens, Der Bürger als Verwaltungsuntertan, KritV 1986, 104f.

(14) Klaus Lange, Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung, VerwArch. 1991, 1, 6; Schulze-Fielitz (Fußn.9), DVBl. 1994, 657ff., 659.

(15) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Auflage, München/Leipzig 1924, S.92ff.ところで、行政行為の周知の定義を参照のこと。Vgl. auch Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927, S.175; vgl. dazu Dreier (Fußn.9), Merkl's Verwaltungsrechtslehre..., S.55ff.フランスでこれに対応するものとして、André de Laubadère,Treité de Droit Administratif, 8. Auflage, Paris 1980, Rdnr. 376.

(16) Rainer Wahl, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Band 1, Berlin 1978, S.35ff.

(17) Lange (Fußn.14), 15.

(18) Schulze-Fielitz (Fußn.9), DVBl. 1994, 657ff., 660.

(19) Schmidt-Preuß (Fußn.6), S.20ff., allg.N.Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986.

(20) Vgl. dazu Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, S.6ff.公法上の「法関係」については、Hartmut Bauer, Die Bundestreue, zugleich ein Beitrag

zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, Tübingen 1992.

(21) Vgl. dazu allg. Hartmut Bauer, Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: W. Hoffmann-Riem/E.Schmdt-Aßmann (Hrsg.)(Fußn.5), S. 245ff.

(22) Hans Meyer, VVDStRL 45 (1987), 272.

(23) Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Baden-Baden 1991.

(24) Vgl. Friedrich Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.)(Fußn.5), S.199ff.

(25) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), DV 1994, 137ff.; vgl. auch schon früher ders., Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System. Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982; vgl. auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsreform: Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.)(Fußn. ver 5), S.115ff.; ders., Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht, AÖR 119 (1994), 590ff.

(26) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), DV 1994, 137ff.

(27) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), DV 1994, 137ff.

(28) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), S.137ff.

(29) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), S.137ff.

(30) Schulze-Fielitz (Fußn.9), DVBl. 1994, 657ff., 662.

(31) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), DVBl. 1988, 533ff., 535.

(32) Vgl. Mayer (Fußn.15).

(33) Vgl. Martens (Fußn.13).

(34) Vgl. Schmidt-Aßmann (Fußn.1), DVBl. 1988, 533, 535.

(35) Vgl. allgemein Bauer (Fußn.1); Schoch (Fußn.1).

(36) Vgl. Winfried Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245, 286.

(37) Vgl. v. Müller, Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit im Polizeirecht, PrVBl.51 (1930), 92ff.

(38) Karl-Heinz Ladeur, Risikowissen und Risikoentscheidung, KritV 1991, 261ff.

(39) Vgl.[illegible] BVerwG, Urteil vom 17.2. 1978, BVerwGE 55, 250; Urteil vom 19.12.1978, BVerwGE 72, 300; [illegible] Udo Di Fabio, Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung — Plädoyer für eine Neubildung der normenkontrollierenden Verwaltungsvorschriften im System der Rechtsquellen, DVBl. 1992, 1338ff.; Rainer Wahl, Risikobewer-

tung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte, NVwZ 1991, 409f.

(40) Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensicherheitsrecht, UPR 1993, 121ff.

(41) Vgl. dazu allgemein David Collingridge, The social Control of Technology, Milton Keynes 1981.

(42) Vgl. dazu im einzelnen Dose (Fußn.9).

(43) Vgl. Dose (Fußn.9).

(44) Vgl. dazu nur Werner Hoppe/Martin Beckmann, Umweltrecht, München 1989, § 13 Rdnr. 123; § 25 Rdnrn. 78ff.; § 29 Rdnrn. 53ff.

(45) Vgl. dazu allgemein Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat-Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen 1991.

(46) そのため、「インフォーマルな行政活動」を法的に拘束する試みは、すべに限界に突きあたる。Vgl. dazu Dreier (Fußn.9), Staatswissenschaften und Staatspraxis 1993, 647ff.; Brohm (Fußn.9), 133ff.

(47) Vgl. Michel van de Kerchove/François Ost, Legal System between Order and Disorder, Oxford 1994, S.38.

(48) Vgl. Giuseppe Zaccaria, Complessità della regione giuridica, Region Pratica 1993, 82ff.

(49) Vgl. nur BverwG, Urteil vom 5.7.1974, BVerwGE 45, 309; Ernst Hoppe, Das Abwägungsgebot in der Novellierung des Baugesetzbuchs, DVBl. 1994, 1033ff.

(50) 環境法のみに関するものであるが、Vgl., Karl-Heinz Ladeur, Zur Prozeduralisierung des Vorsorgebegriffs durch Risikovergleich und Prioritätensetzung, Jahrbuch des Umwelt-und Technikrechts 1994, S.297ff.

(51) Vgl. Karl-Heinz Ladeur, Umweltverträglichkeitsprüfung und Ermittlung von Umweltbeeinträchtigungen unter Ungewißheitsbedingungen, ZfU 1994, 1ff. Vgl. auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Von der Antragsbindung zum konsentuierten Optionenermessen, DVBl. 1994, 605ff.

(52) Vgl. Udo Di Fabio, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand — Am Beispiel des arzneimittelrechtlichen Zulassungs-und Überwachungsverfahrens, VerwArch. 1990, 193ff.; vgl. John S. Applegate, The Perils of Unreasonable Risk: Information, Regulatory Policy and Toxic Substances Control, Columbia Law Journal 1991, 261ff.

(53) Vgl. Gerd Winter, Regelungsmasstäbe im Gefahrstoffrecht, DVBl. 1994, 913ff.

(54) Vgl. jetzt Rainer Wahl/Hansjörg Melchinger, Das Gentechnikrecht nach der Novellierung, JZ 1994, 973ff.

(55) Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.2.1984, BVerwGE 69, 37, 45.

(56) Vgl. Peter Lerche, Kernkraft und rechtlicher Wandel, Bielefeld 1981.

(57) Vgl. Bauer (Fußn.1), S.301ff.; Karl-Heinz Ladeur, Rechtsdogmatische Grundlagen des Nachbarschutzes im Wasserrecht, UPR 1992, 81ff.

(58) Vgl. nur Hoppe (Fußn.49).

(59) Vgl. dazu Bauer (Fußn.1), S.301ff.

(60) Vgl. dazu allg. Edward F. McClennen, Rationality, Constitutions, and the Ethics of Rules, Constitutional Political Economy 1993, 173ff.

(61) Vgl. dazu Bauer (Fußn.1), S.301ff.

(62) Vgl. dazu Max-Jürgen Seibert, Die Bindungswirkungen von Verwaltungsakten, Baden-Baden 1989; 行政行為の拘束効については vgl. auch Bulling (Fußn.9), S.277ff.

(63) 「限定された合理性」のもとでの行動 (Operieren) 形式としての行政行為の概念については Vgl. Christoph Engel, Legal Responses to bounded Rationality in German Administration, Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften/JITE 1994, 145ff. Vgl. dazu auch David Gauthier, Impegno e scelta—Saggio sulla rationalità dei progetti, Ragion Pratica 1993, 162ff.; Edward McClennen, Rationality and Dynamic Choice—Foundational Explanations, Cambridge/Mass. 1990.

(64) Vgl. Schoch (Fußn.24), S.208; sowie allgemeinen Bauer (Fußn.1), S.301ff.

(65) Vgl. Schoch (Fußn.24), S.208, 214.

(66) Vgl. Ferdinand J. Kopp, Der vorläufige Verwaltungsakt — ein neues Instrument der Verwaltung, Zeitschrift für Sozialhilfe 1992, 225ff.; Udo Di Fabio, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt — Gefahrerforschung als Anwendungsfall voläufiger Regelungen, DVBl. 1991, 629ff.; sowie allgemein Jörg Lücke, Vorläufige Staatsakte, Tübingen 1991.

(67) Vgl. Ladeur (Fußn.40).

(68) Vgl. Eberhard Bohne, Versicherungsmodelle zur Investitionsbeschleunigung und zum Abbau von Vollzugsdefiziten im Anlagensicherheitsrecht, DVBl. 1994, 195ff.

(69) Vgl. nur Richard B. Stewart, Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework, California Law Review 1981, 1259ff., insbs.1307f.

(70) Vgl. dazu Karl-Heinz Ladeur, Coping with Uncertainty: Ecological Risks and the Proceduralization of Environmental Law, in : G.Teubner/L.Farmer/D.Murphy (Hrsg.), Environmental Law and Ecological Responsibility : Concept and Practice of Ecological Self-

Organisation, Chichester 1994, S.299ff.

(71) また、まさにこの情報基盤の選別可能性のためにより一層、行政活動の評価（Evaluation）が、行政学的にのみならず、行政法的にも不可欠になるのである。参照、行政学上のものとしてとりわけ、Eric Monnier/Vincent Spenlehauer, L'évaluation dans le triangle de la décision, Politiques et Management Public 1992, 61ff.;行政法上のものとしてとりわけ、Dirk Ehlers, Die Kontrolle von Subventionen, DVBl. 1993, 861ff.

(72) Vgl.nur Otto Schlichter, Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, DVBl. 1995, 173ff.; Martin Bullinger, Investitionsförderung durch nachfragegerechte und kooperative Beschleunigung um Genehmigungsverfahren, JZ 1994, 1129ff.

（訳註1）　原註(49)の該当箇所のうち、前二者すなわち「事理への指向により規定された通常性」及び「計画の素材に由来する諸要素を…認識し」の部分はHoppeからの引用であり、最後の「事柄の性質上［計画衡量に］投入されねばならない諸利害が投入」のみが、連邦憲法裁判所判決からの引用となっている。

（訳註2）　Schlichter (Fußn.72), S.174-175「委員会の見解によれば、許認可行政庁に、起業案の具体化と法律の要件の具備の証明を段階的に（強調引用者）要求する可能性、場合によっては許認可の後の時点にまで延引する（hinausschieben）ことが認められなければならない。また、このような「延引的」許認可手続は、次のような場合にも認められる。重要な法律上の要請のみについて審査し、一種の「枠組的許可」のみによってその遵守を確認する。そして関係規定と技術水準（Stand der Technik）への個別的整合については、投資者が（前述の環境監査のような種類の）継続的［自己］点検義務を引き受ける限りにおいて、その自己責任に委ねるというものである。」