

IMES DISCUSSION PAPER SERIES

経済行政法の可能性と課題
—— ドイツにおける議論を素材として ——

さいとう まこと
斎藤 誠

Discussion Paper No. 2014-J-6

IMES

INSTITUTE FOR MONETARY AND ECONOMIC STUDIES

BANK OF JAPAN

日本銀行金融研究所

〒103-8660 東京都中央区日本橋本石町 2-1-1

日本銀行金融研究所が刊行している論文等はホームページからダウンロードできます。

<http://www.imes.boj.or.jp>

無断での転載・複製はご遠慮下さい。

備考：日本銀行金融研究所ディスカッション・ペーパー・シリーズは、金融研究所スタッフおよび外部研究者による研究成果をとりまとめたもので、学界、研究機関等、関連する方々から幅広くコメントを頂戴することを意図している。ただし、ディスカッション・ペーパーの内容や意見は、執筆者個人に属し、日本銀行あるいは金融研究所の公式見解を示すものではない。

経済行政法の可能性と課題
—— ドイツにおける議論を素材として ——

さいとう まこと
斎藤 誠*

要 旨

規制改革の進展にともない、経済活動に対する適切な行政規制をどのように構想すべきなのかが、法学諸分野に対して、あらためて問われている。本稿においては、行政法学というディシプリンからこの問題に取り組むための基礎研究として、経済行政法という理論枠組みの有用性と課題を、ドイツにおける議論の蓄積を参照して考察した。

まず、経済監督および経済行政法論の歴史を概観し、第1次大戦をひとつの画期とする産業化の進展が、それまでの私法学の概念装置では対応できない現象をもたらした。経済行政法という学問分野の生成を促したことを確認した。

次いで、現在の行政法理論に対して、経済行政法という各論（ないし参照領域）がどのような寄与をなしうるかについて、2つの視点から検討した。

第1に、行政法の任務連関性をめぐる議論を紹介・分析し、個別行政領域と一般的な行政法理論の間に、経済行政法という媒介項を置くことが、限定的ではあれ行政法理論をより生産的にすることを論じ、第2に、行政行為、行政契約、国際化への対応といった、行政法理論の個別構成要素の進化にわたる経済行政法の意味に関する議論に検討を加えた。

そして、具体的かつ実践的素材のひとつとして、資本市場法における、私人の行為義務と行政が定立するガイドラインの組み合わせ、という手法を取り上げ、行政法理論における位置づけを試みるとともに、新手法の評価軸を提示した。

附編として、ライナー・ヴァール「行政と行政法の任務従属性」を訳出した。

キーワード：行政法、経済行政法、行政任務、行政規制、行政法各論、資本市場法、ドイツ法

JEL classification: K23

* 東京大学大学院法学政治学研究科教授

本稿は、筆者が日本銀行金融研究所客員研究員の期間に行った研究をまとめたものである。本稿に示されている意見は、筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。また、ありべき誤りは、すべて筆者個人に属する。

目 次

1. はじめに	1
2. 経済行政法の史的展開.....	1
(1) 経済行政法成立前.....	1
イ. 変容する経済監督.....	2
ロ. 公共善から危険防除へ.....	2
(イ) 公共善実現を図る国家監督.....	2
(ロ) 経済自由主義と危険防除目的の監督.....	3
ハ. 社会市場経済における経済監督.....	5
(2) 経済行政法の成立と展開.....	5
イ. 経済監督という現象とその学問的把握.....	5
ロ. 経済行政法の成立と展開.....	6
3. 行政の任務（課題）と行政法のシステム.....	9
(1) 行政課題と行政法の関係についての従来の議論.....	9
(2) 行政任務と行政法を結ぶ理論枠組み.....	10
(3) 行政任務類型化と、その決定条件群の特徴.....	11
(4) 危険防除の執行任務と計画の形成任務.....	12
(5) 給付行政における差異と他分野の執行・形成との対比.....	15
(6) 類型化分析からの帰結.....	17
(7) ヴァールの分析からの経済行政法論への示唆.....	22
4. 経済行政法の一般行政法への還流.....	23
(1) 両者の相互作用.....	23
(2) 一般行政法にとっての経済行政法の意義.....	25
(3) 個別の影響関係.....	26
イ. 行政契約	26
ロ. 行政行為	27
ハ. その他の行為形式、行政法の法的仕組みへの影響.....	28
(4) より一般的なレベルでの影響.....	29
5. 行政手法の具体的分析—資本市場法における行為義務とガイドラインによる監視.....	31
(1) 経済行政分野における法的手法の開拓.....	31
(2) 従来の理論枠組み.....	32
(3) ドイツ証券取引法における事業者の行為義務.....	33
イ. 規定の概観	33
ロ. 規定に至る沿革	35
ハ. 行為義務の性質	36
ニ. ドイツ保険監督法における情報提供義務との対比.....	39
ホ. 規制目的としての公益.....	41

へ. 私法上の効果	42
(イ) ドイツ民法 134 条による無効の可能性.....	43
(ロ) 不法行為法における保護規範.....	44
ト. ドイツの規範性質論の比較における有用性.....	48
(4) 行政による監督・監視とその規範.....	49
イ. 直接制御としての監督・監視.....	49
ロ. 弊害 (Mißstand) 防除	50
ハ. 行為義務に関するガイドライン.....	50
ニ. 外部効果に関する議論.....	52
ホ. 一般行政法における意味と日本法への示唆.....	53
(イ) 法形式と機能の差異.....	53
(ロ) ガイドライン定立手続におけるパブリックコメント.....	54
(ハ) 日本法への示唆.....	54
6. むすび	55
附編 ライナー・ヴァール「行政と行政法の任務従属性」	57
A. 序論	57
B. 行政と行政法の任務連関性.....	59
I. 行政法の任務連関性の議論について.....	59
II. 任務連関性を意味付けるための理論枠組み.....	61
III. 行政任務群の類型化.....	64
1. 任務 (とその重点) の多様性.....	64
2. 任務の類型化.....	65
C. 行政任務の類型における、任務適合的な決定条件の組み合わせ	66
I. 危険防除 (Gefahrenabwehr)の例における執行行政.....	67
II. 計画 [行政] における形成機能.....	70
III. 金銭給付の例における執行行政.....	74
IV. 社会福祉サービスの例における形成機能.....	76
D. 結論	78
参考文献	86

1. はじめに

経済活動に対する行政規制は様々に存在する。規制緩和のスローガンのもとに縮減が図られてきたが、その場合でも、市場が機能するための規制や、自己規整を制御するための枠組み的な規制の必要性は否定しがたい。

経済行政を的確にコントロールする法的ルールが希求される由縁である。しかしながら、現在の日本の行政法（学）においては、そのような法的ルールを形成、適用、解釈するためのスキームは十分に用意されているとはいえない¹。

以下では、その欠を埋めるにあたり、経済行政法という場を現在において設定することの有用性を検証すべく、経済監督・経済行政法の沿革（下記2.）、行政目的・任務論と一般行政法理論の関係（下記3.）、経済行政法における制度・理論と一般行政法とのインタラクション（下記4. および5.）につき、主としてドイツの議論を参照して、若干の考察を加える。

2. 経済行政法の史的展開

（1）経済行政法成立前

国家による経済活動への関与、そこには、規制行政のような民間経済活動への「介入」もあれば、国営企業のような国家自身による経済活動もある。そし

¹ 行政法各論の縮減過程と今後の展望につき、斎藤誠「金融行政システムの法的考察」（日本銀行ディスカッションペーパーシリーズ2002-J-31、2002年）、野呂充「行政法の規範体系」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）41頁以下を参照。

経済行政法に関しても、昭和50年代までは、各論教科書において、ある程度の紙幅が割かれていたが（例えば、遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院、1977年）177頁以下（第7章「経済行政法」）、田中二郎『新版行政法下巻』（弘文堂、全訂第二版、1984年）84頁以下（第3章「規制法」（節に「経済秩序法」「経済統制法」を含む）、現在の教科書・体系書の様相は一変している。

そうした動向のなかにあって、佐藤英善『経済行政法』（成文堂、1990年）が、「経済行政法の基本原理」から説き起こし、行政組織論、過程論、手法論へと展開するモノグラフであり、「経済行政法の意義と体系」に関する俯瞰（36頁以下）をはじめ、現在においても示唆に富む。さらに、首藤重幸・岡田正則編『経済行政法の理論 [佐藤英善先生古稀記念論文集]』（日本評論社、2010年）が、佐藤前掲書の問題意識と体系を継承した論考18編を集成している。

他方で、独占禁止法を研究の中心とする経済法学の側から、他法分野、および各産業分野との関係に説き及ぶ論考が、日本経済法学会編『経済法の理論と展開（経済法講座第1巻）』（三省堂、2002年）におさめられているが、行政法学との関係については、論考の主題を構成していない。同書所収の根岸哲「経済法の歴史的展開」1頁以下が、経済統制法の登場を大きな契機とした日本の戦前の経済法研究から、独占禁止法を主たる対象とする戦後の経済法学への転換につき概説している。

て、A. 国家の関与、B. その法的規律、C. AおよびBの学問的把握のそれぞれの史的展開の上に、今日のドイツにおける経済行政法が存在している。ここでは、まず、体系すなわちシステム²としての経済行政法（学）登場前のA. およびB. につき、「経済監督（Wirtschaftsaufsicht）」という概念を軸として、簡潔にふり返る。

イ. 変容する経済監督

現在において、「経済監督」という語は、法律に一般的かつ明確な定義が置かれてはいないが、経済行政法の中心的な制度であり、概念である。

大括りにすれば、経済監督は、経済生活におけるアクターの活動を、経済生活に妥当する規範システムと調和させる司法および行政の活動であり、個々の活動の法適合性を、必要な場合に、命令と強制によって確保することがそのなかには含まれる。経済に関与する国家の活動、そしてそれを把握する概念としては、別に「経済指導（Wirtschaftslenkung）」があるが、こちらは、政治的に望ましい経済生活の状態をもたらす、保持するために、経済プロセスに作用する国家の措置を包括的に示し、経済監督は、そのなかのより個別的な制度・行為に対して用いられることが多い³。

経済監督のあり方については、規制緩和・規制改革の潮流のなかで、変容が生じている。一方では、政府による介入のデメリットや限界を根拠に、行政による直接介入に代えて、公私の協働や、私人の自己規律へのシフトという一大傾向とその学問的把握の動向が存在する⁴。しかし、他方では、電気通信や郵便事業など民営化された事業を対象としたユニバーサル・サービス確保のための新たな規制の登場もあり、単線的に経済監督の下降線を描くことはできない。

経済監督という仕組みはどのように登場し、展開したのかについて、以下概観する。

ロ. 公共善から危険防除へ

（イ）公共善実現を図る国家監督

経済監督の指標やその目的の変遷に着目して、経済監督史を考察したベリンガー（Berringer, Christian）は、後期中世における、都市や領邦国家による「ポ

² 本稿では以下、system（英）、System（独）に照応する言葉として「システム」を用いるのを原則とする。なお、斎藤・前掲注1）21頁注23を参照。

³ Berringer, C., *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, 2004, S.3f.

⁴ 斎藤・前掲注1）、Vgl., Grimm, D.,(u.a.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, in *Die Verwaltung*, 2001, Beiheft 4, Schuppert, G. F. (hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005.

リツァイ（警察）条令（*Polizeiordnung*）」の定立を経済監督の起点として位置づけている。それ以前（盛期中世）には、公権力の任務は、その実力からしても権利と平和の維持と保護に限定されていたのに対して、生活関係の複雑化に対応しつつ、ポリツァイ条令は、その対象に、経済生活も含め、ありとあらゆる物事を取り込んだ。価格統制、食料品の品質確保、奢侈禁止、度量衡の規律等々である⁵。

これは、いわゆる重商主義時代の到来の一表象である。そして、国家の経済監督の法は、16世紀以来、上級監督権（*ius supremae inspectionis*）と呼ばれた⁶。その発動要件・基準は、既存の法の侵害に限定されず、「公共善（*Gemeinwohl*）」の実現を含んでおり、後期帝国国法学において、この上級監督権は、第1に国家目的としての一般の福利に結びついていた。そして、公職にある者や、公的な諸施設に対する監督もまた、この上級監督権の対象であり、公的団体と私的団体に対する規制の根拠や手法の差違は明確ではなかった⁷。

監督の根拠法において、「公共善」がより詳細に定義・基準化されることはなく、監督基準の定立もまた、監督権行使の内容となった。このような積極的「公共善」を理由とする経済監督は、1559年に「公共利用の促進」を目的として掲げたプロイセン最古の鉱山規則が1860年代まで通用し、また、1794年プロイセン一般ラント法における会社設立要件としての「公共善」は、違法行為による「『公共善』への危険」を法人格剥奪の要件として掲げるドイツ現行民法典（*Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*）43条に受け継がれ、今日まで影響を及ぼしている⁸。

（ロ）経済自由主義と危険防除目的の監督

しかし、積極的かつ後見的な経済監督体制は、重商主義に対する経済自由主義による批判を受けて、消極的監督・監視へと変容していく。すなわち、経済自由主義においては、経済の秩序原理として諸勢力の自由競争が強調され、公法的規制・私法的規制いずれに対しても廃止が求められた。国内では営業の自由と契約の自由、対外的には通商の自由、それぞれの主張である。

そこでは、競争が機能するよう条件整備するのが国家の残された役割に位置づけられる。財・サービスに関する権利を認めるルールの設定、安定的な通貨・

⁵ 以下、経済監督史については、Berringer, a.a.O., S.9ff.に負うところが大きい。初期近代（近世）におけるポリツァイ条令の位置づけについて、例えば、ゲルハルト・エストライヒ（坂口修平ほか訳）『近代国家の覚醒』（創文社、1993年）所収の「IIIポリツァイと政治的叡智」127頁以下（千葉徳夫訳）、および千葉徳夫「解題III 近世における社会的規律化とポリツァイ」146頁以下、参照。

⁶ その概念の淵源は、なお明確ではない。Vgl., Bullinger, M., *Staatsaufsicht in der Wirtschaft*, in *VVDStRL22*, (1965), S.275f., Kahl, W., *Die Staatsaufsicht*, (2000), S.48ff.

⁷ Berringer, C., a.a.O., S.11f.

⁸ Berringer, C., a.a.O., S.12.

銀行制度の整備、そして、内的・外的安全に対する危険防除である。個人の幸福、一般の福利はもはや国家課題ではない⁹。

経済監督のあり方にも、このような考え方が作用し、消極的監督、経済監視へと重点が移動した。しかし他方で、経済自由主義の思潮は、監督範囲の拡大をも要求した。なぜなら、まず、国家自体の活動範囲が縮小することにより、私的領域に移行した活動を監視することが要請される。さらに経済自由主義が前提とする国家と社会の二分論から、国家による、社会に対する下命・強制による介入という構図が生ずるが、そうした拘束的な行為規制には、監督が不可欠になる。経済監督の内容に関しては、重商主義時代の経済監督が、基準の定立と適用を渾然一体として含むものであったのに対し、明確な基準の執行、および消極的監視へと縮減した¹⁰。

経済自由主義の浸透を営業法分野の例でみると、プロイセンにおいては、19世紀初頭、一連の国制改革の過程で、1810年営業税令が、営業の自由を導入し、1811年営業警察法により、それが拡張された。この時期に至っても、多くの営業業種が認可制のもとに置かれていたが、公共の安全・秩序の観点からのものであった。1845年営業令においては、「公共善」文言が復活したが、当該理由による営業停止には補償が定められていた点で、かつての監督要件とは異なる。

法律に定められた基準の適用による、消極的監視への行政監督の変容¹¹は、経済自由主義的思潮を背景に、経済監督以外の分野においても生じた。警察法分野において、(今日的な言葉でいえば)景観保護目的での警察命令権限の発動を否定した、1882年6月14日のプロイセン上級行政裁判所「クロイツベルク判決」がその典型である¹²。

同判決は、国家による福利増進自体に反対したものではない。公共の福祉に関して警察に権限があることを認めている。しかし、その実現の方法と種類については、立法者に設定の権限があるとして、当時の法律のもとで危険防除に行政の権限を限定して解釈したのである。

しかし、経済自由主義のプログラムは、ドイツにおいて完全に実現されることはなかった。例えば、営業法以外の法制では、積極規制の性格をもった基準が維持されたものもある。1861年の鉱山法においては鉱山の「持続可能性(Nachhaltbarkeit)」という鉱山保安官の任務が新たに導入され、「公共善」基準

⁹ Berringer, C., a.a.O., S.13f. もっとも、こうした任務変遷の単線的な把握には留意も必要である。後記(3.(3))および附編B. III. 1を参照。

¹⁰ Berringer, C., a.a.O., S.14.

¹¹ Vgl., Bullinger, M., a.a.O., S.279ff.

¹² ProVGE9,353. Vgl., Würtenberger, T., Heckmann, D., Riggert, R., Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4.Aufl., 1999, S.4f. Schenke, W.-R., Polizei- und Ordnungsrecht, 2.Aufl., 2003, S.2f. 田上穰治「ドイツ行政法」田中二郎他編『行政法講座第1巻』(有斐閣、第2版、1964年)135頁以下も参照。

復活の一例といえる¹³。

そして、19世紀後半には、保護関税政策への移行や、鉄道、通信などの国営化によって、経済自由主義の後退がもたらされたが、経済監督への影響はそれよりもむしろ、社会的な市場経済の進展によるものが大きかった。

ハ. 社会市場経済における経済監督

19世紀半ばには、自由主義を背景とした経済発展によって、産業労働者の劣悪な労働環境、カルテルの問題など、「社会問題」が発生した。国家の側では、社会国家化により、これに対応することになる。それは、一面では、重商主義的な福利国家への回帰でもあり、経済・社会・文化的観点を国家が引き受ける。しかし、他方で、決定において自由な人間という、自由主義的な人間像はここでは否定されない。自由なき福祉ではなく、福祉による自由を内包しつつ、社会政策諸立法や租税法改革が行われた¹⁴。

国レベルにおけるこうした対応にもまして、社会国家化における転軸点となったのは、19世紀末から20世紀初頭にかけて進展した、市町村における「都市社会主義」的な施策である。上下水道、電気、近距離交通などの公益事業の展開が、公的任務の遂行主体としての市町村という認識を新たにさせた¹⁵。

次節では、第1次世界大戦が社会国家化の進展に大きく影響し、同時に経済行政法という学問分野の成立にも与ったことを、公法学史の泰斗シュトライス (Stolleis, Michael) の論説に基づいて概観する。

(2) 経済行政法の成立と展開¹⁶

イ. 経済監督という現象とその学問的把握

上記2.(1)でみたように、経済監督に関する国家の権限としての上級監督権は近世にさかのぼる。そして、経済活動の法的コントロールという現象の存

¹³ Berringer, C., a.a.O., S.17.

¹⁴ Berringer, C., a.a.O., S.19f.

¹⁵ 都市社会主義的施策の実相につき、例えば、北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治』（成文堂、1990年）198頁以下を参照。

¹⁶ 本節については、Stolleis, M., *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg*, in Bauer, (u.a.), (hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft, und Recht*, 2002, S.1ff. (現在は、Stolleis, *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, Bd.2, 2011, S.993ff に所収) に負う。関連論考として、Vgl., Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3Bd. 1999, S.226ff. 日本における（経済行政法の一部門としての）金融行政法史については、斎藤・前掲注1) 参照。同論考以降の研究動向から、岡田正則「経済行政法理論の生成と展開」首藤重幸・岡田正則編『経済行政法の理論 [佐藤英善先生古稀記念論文集]』（日本評論社、2010年）3頁以下を掲げる。

在をもって、経済行政法の存在証明と称するならば、それは上級監督権の時代からさらに遡上する。それに対して、経済監督をどのように法学上に位置づけ、制御するか、という問題については、17世紀以降、19世紀後半に至るまで、国家学、国法学そして一般行政法学が扱ってきた¹⁷。

しかしながら、そこでは経済行政法という概念ないし学問「分野」の体系はなお形成されていなかった。法を言語コミュニケーションとして捉えた場合、その学問「分野」の成立も、コミュニケーションと相互作用のプロセスをたどる。学問分野の必要性が認識され、端緒が芽生え、論考や体系書の集積、学会の創設、専門雑誌の刊行等によって、安定化の時期を迎える。

経済行政法に、最も密接に関連する法分野としての行政法は、18世紀後半にポリツァイ法の分岐から発するが、本格的に展開するのは19世紀後半になってからであり、安定期に入るのは20世紀初頭である。

20世紀に入って、競争法、技術法、著作権法といった、新たな法分野の形成と、他法分野からの分岐もなされた。社会法、労働法の展開もまたしかりであり、それらの背景には、19世紀後半の市民社会から20世紀の産業社会への転換がある。そして、それまでの歴史上類をみない、原材料、技術、発明の戦争でもあった第1次世界大戦が、転軸点となった¹⁸。ドイツにおいては、敗戦後、償金支払いによるインフレを典型として、経済が運命的な問題となり、経済法もまた、その問題を制御すべき中心とみなされた。ドイツにおける憲法としてはじめて、ワイマール憲法（1919年）が「経済生活」という章を設けたこと（151～165条）が象徴的である¹⁹。

ロ. 経済行政法の成立と展開

社会構造の転換という外的環境との関係での、学問体系としての経済行政法成立の画期が第1次大戦後であるとして、他の法分野との関係と分岐はどのようなものだったのか。

経済行政法への言及の嚆矢は、ローレンツ・フォン・シュタイン（Lorenz von Stein）であり、1868年に、その浩瀚な『行政学』の7巻において、シュタインは経済行政法という特別領域で考察すべきことを提案した。私法学の分野においても、産業やそれを担うべく出現したカルテル等の団体を規整する分野（会社法、保険法、特許法など）を把握する試みが20世紀初頭には行われた。例えば、ハインリッヒ・レーマン（Heinrich Lehmann）による「産業法」（Industrierecht）の提唱である。

¹⁷ Bullinger, M., a.a.O. に詳しい。

¹⁸ Vgl., Stolleis, M., Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert, Die Zäsur von 1914 aus rechtshistorischer Perspektive, 1997. 現在は、Stolleis, Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, Bd. 1, 2011, S. 479ff に所収。

¹⁹ Stolleis, M., a.a.O. (Fn. 16), S. 2ff.

古典的な私法秩序を体系化したドイツ民法典は、産業化や、経済の力に関するルールを取り込んでいなかったことから、個別法や判例によって、それらは経済法として次第に姿を現した。例えば、事情変更の原則や、公益的な事業における契約締結・利用強制、消費者保護という問題である。目的や利益を重視する法学方法論の登場も、経済関係の顧慮と切り離しては考えられない。1880年代から1920年代にかけて、私法学に、経済に大きく規定された産業大衆社会の光が当たったことになる。そして、この時期の最後に生じた戦時経済という事象も、この進行において大きな触媒となった²⁰。1920年には、ヌスバウム（Nußbaum, Arthur）による『新しいドイツ産業法』が、1921年には、ハイマン（Heymann, Ernst）の『新しいドイツ経済法の基礎としての軍事的戦時経済の法形式』が登場している。

そして、戦時の経済介入法は、伝統的な公法・私法の二元論の意味を減じた。私法学の側では、国家による介入を「私法からの逃避」として捉えて、介入国家からの、自由主義的な私法と法治国への回帰が主張されたが（ヘーデマン（Hedemann, Justus Wilhelm）等）、公法学は、むしろ公法的な規制の増大を脅威とは捉えず、憲法との関係で理解し、従来の行政法諸分野と並ぶものとして「経済行政法」を位置づけるという方向へと展開した。

しかし、経済行政法の成立は私法学における経済法への取り組みと比べるとタイムラグがあった。その要因としては、実務との関わりの希薄さ、行政法総論への関心の持続、憲法に規定が導入されたこともあって、「経済憲法」の解釈問題の先行、等が挙げられる²¹。

そして、その後のインフレーションの進行のなかでの、経済自由主義の破綻により、権威的な決定による解決が指向され、経済行政法の展開の場が開かれた。エルンスト・ルドルフ・フーバー（Ernst Rudolf Huber）の教授資格論文『経済行政法 公労働・公企業法の諸制度』（1932年）²²は、この状況を、無力な自由主義国家と、団体・カルテルを通じて力をつけた多頭のヒドラとしての経済との決定闘争として描いた。同著は、経済に対する高権的な行政活動をはじめてひとつのシステムとして描こうとした。経済行政法の主体、公権と公義務、給付請求権、経済的自由権、国家による形成権、という把握であり、その第2部では、権利保護とインフォーマルな調整手続が取り扱われた。

フーバーによれば、国家は協働国家でなければならないが、国家権力の統一性も放棄されない。多元主義、政党や団体、そして議会制民主主義に対する他の選択肢として、経済に対して介入をなしうる国家が措定されたと、その理論を位置づけることができる。

法学分野の安定化が様々な要素の相互作用によりもたらされるとして、1920

²⁰ Stolleis, M., a.a.O., S.8.

²¹ Stolleis, M., a.a.O., S.9f.

²² Huber, E.R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, 1932.

年代から 30 年代にかけての、経済行政法にとっての諸条件には、プラスマイナスの両面があった。一方で、該期は国家における、介入国家への移行期、社会における、経済に支配された産業社会への移行期であり、私法学の側では、それに対応して、民法典の閉じた体系とその適用モデルの限界が認識され、会社法を中心に新たな理論が展開した（ヘーデマン、ニッパーダイ（Nipperdey, Hans Carl）等）²³。

他方で公法学は介入国家・戦時経済のインパクトに対して、当初は拒否的であった。オットー・マイヤー（Otto Mayer）の一般行政法のコンテキストにおいては、経済への介入は、いまだ通常の行政行為として説明しえた。しかし、この平時の主張、それは法治国への回帰と結びついていたが、いずれも、満足のものではなかった。行政現実の変化、とりわけ自治体における変化は看過しがたく、戦時経済の暫定的措置は永続的なものとなった。マイヤーの拒否にもかかわらず、公法上の契約が実務において行われ、分析された（ビューラー（Bühler, Ottmar）、アペルト（Apelt, Willibald））。1928 年になってはじめて、フライナー（Fleiner, Fritz）の教科書が「新たな法形式」の節を設けて変化に対応した。同時期にワルター・イエリネック（Walter Jellinek）も、その大部の教科書のなかに、行政現実を多く反映させた。

しかし本当の画期は、フーバーが、前記のモノグラフィー——彼はそこに古い教科書の伝統に従って「公勤務・公企業法の制度」という副題をつけた——によって画した。「保守革命」そして「反民主主義的思想」の層から登場したフーバーは、国家の、経済による覆滅のおそれに駆り立てられていた。国家の経済に関わる活動は、ある程度システム化し、フォルムを与える必要がある。国家は、フーバーの師であるカール・シュミット（Carl Schmidt）が描写したような、一部の、そしてエゴ本位の諸勢力によって蹂躪されたりヴァイアサンではなく、より強い国家でなければならない。このおそれが国家学を駆り立て、単にヨーロッパにおける自由主義の危機としてだけでなく、技術・科学が事実上法規としてふるまうことの問題が、挑戦として認識された。この思考の前進を、神話的な装いをもって、フォルストホッフ（Forsthoff, Ernst）の懐疑主義的な晩年の著作『産業社会の国家』²⁴にも見出すことができる。

結局、経済行政法は、大量製品、経済団体、カルテルなどの特徴からなるドイツの産業化時代において、その登場と展開が要請された。そこでは、19 世紀の私法学の装置では対応できない事象が生じ、第 1 次世界大戦がそれを加速した。

国家が経済社会の側に介入し、社会の側も政党や団体を通じて国家の意思形成過程に影響を与えるようになると、国家・社会の二元論に立脚した公法・私法論も融解・融合する。経済法・経済行政法のなかに、そのような「共同体」

²³ Stolleis, M., a.a.O., S. 8 f.

²⁴ Forsthoff, E., Der Staat der Industriegesellschaft, 1971. Vgl., Bullinger, M., Der Beitrag von Ernst Forsthoff zum Verwaltungs- und Verfassungsrecht, in, Grupp, K., Hufeld, U. (hrsg.) Recht - Kultur - Finanzen, 2005, S. 399ff.

法を見出した人々もいた。そして、私有財産や相続権を尊重する国家観と折り合いをつけることができた限りで、そのような経済行政法の思考の中心部分は、第2次大戦後のドイツにも引き継がれることができたといえる²⁵。

3. 行政の任務（課題）と行政法のシステム

前章では、ドイツにおける経済行政法（学）の展開を概観した。現在における経済行政法の意義と今後の可能性を検証するには、このような歴史の考察に加えて、現在の行政法（学）のシステムにおける、個別行政分野の考察の位置づけを確認する必要もある。一般行政法（行政法総論）と特別行政法（行政法各論）のあり方については、既に前稿において、トマス・グロース(Thomas Groß)の論考を手がかりに、システム形成論の観点から考察したところである²⁶。

そこで、本章では前稿の分析も踏まえた上で、個々の行政任務（課題）——行政活動——行政法（学）の関係という別の角度から、ライナー・ヴァール(Rainer Wahl)「行政と行政法の任務従属性（Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht）」(1993年)²⁷を紹介して検討を加え、経済行政法の存立基盤についてのより幅広い視座を得たい。

(1) 行政課題と行政法の関係についての従来の議論

行政法改革叢書の第1巻に寄せた「行政と行政法の任務従属性」において、ヴァールは、環境問題を典型とする現代的な行政課題が、行政法にさまざまな改革を迫っている事実がある、という認識を他の論者と共有している(A参照)。しかし、そのような行政課題と行政法のシステム改革の関係は、より分析的に考察しなければならないとして、以下の構成で議論を展開する。

まず、行政法学における任務連関性(Aufgabenbezug)の議論の蓄積を取りあげ(B. I参照)、ついで、任務連関性の分析にあたっての理論枠組みを、インプット・アウトプットモデルに設定し(B. II参照)、理論枠組みをより生産的に行政任務に適用すべく、行政の任務領域の(部分的な)類型化を行う(B. III参照)。

そして、任務連関性は行政のすべての活動に共通ではなく、さまざまな類型

²⁵ Stolleis, M., a.a.O., S.9ff. なお、日本における経済行政法論の歴史を、ドイツとの関連を含め考察した論考として、岡田・前掲注16)3頁以下も参照。

²⁶ 斎藤・前掲注1)1-29頁。

²⁷ 附編として57頁以下で原注を除き訳出した。以下、同論文の参照・引用は同訳の頁数で示す。なお、Wahl, R., Herausforderungen und Antworten, 2006, S.41ff. (邦訳・小山剛監訳『憲法の優位』(慶應義塾大学出版会、2012年)38頁以下においても、戦後公法史の文脈で、任務連関性論および計画法、環境法の展開が取り扱われている。

の行政領域で差異をもって分析する必要性があるという構想を基底にして、4つの任務領域を例に、この構想を具体化している（C参照）。結語（D参照）においては、この分析から得られる、一般行政法、特別行政法およびその中間レベルへの示唆とそれぞれの今後の方向性を示している。

行政の任務連関性の議論はドイツ行政法学において、まったく新奇なテーマというわけではなく、1972年の国法学者大会における著名な論争があり、また、行政任務ないし行政目的という基準により、行政法学を新たに方向づける、という理論は、それ以前にも提示されていた。しかし、任務（課題）の変遷によって行政法も直接に変遷するという議論に対して、ヴァールはきわめて懐疑的である。

「さまざまな行政任務の区別は明確ではなく、決定力を持たないので、種々の法的規律の出発点、そして、具体的な行政法規ないし行政制度の構成要素にはなりえない」。「変遷への着眼は、それがなければ見過ごされる任務連関性というテーマを認識させるものの、任務の意義に関する理論的な処理を欠くために、多くの場合、短絡的に、任務の変遷を法の変容必要性と結びつけて終わっている」²⁸。

そこで、さまざまな行政課題が行政法に特有な要求をもたらすのか、もたらすとすればどのようなものか、を生産的に考察するには、別途の「理論的な処理」が必要になる。

（2）行政任務と行政法を結ぶ理論枠組み

ヴァールがここで用いるのは、システム理論におけるインプット・アウトプットモデルである。環境問題をはじめとする諸課題は、国家ないし行政というシステムに対するインプットであり、行政は、プログラム（計画）、組織、人員、および財政を組み合わせることでそれを処理する。

行政活動の成果としてのアウトプットは、一連の、決定条件（*Entscheidungsprämisse*）[決定の前提条件]と呼ばれる要素に依存する。そこには、プログラム（法や行動プログラムのような、決定内容の規律）だけでなく、組織、人員、そして手続の構造が含まれる。

そこで強調されるのは、行政「法」は、決定条件の一部であり、行政のアウトプット全体を制御するものではないことである。「多くの問題領域では、法という条件なしに、他の決定条件によって成果がもたらされる。のみならず、法は他の条件との協働によって成果をもたらし得る…行政学では周知の公準である任務適正な組織そして、任務に適正な人員の投入 [についても] …この公準とその維持は、(行政)法によっては制御されない…。組織形態を特定の任務や法プログラムに結びつける基準を持ち、確定する (十分な) 法的規律は存在し

²⁸ 附編 60-61 頁参照。

ない。「正しい」組み合わせを見つけるのは、行政技術の問題である」²⁹。

そこで、行政法の任務連関性の問いも、「行政法は、決定条件群の任務適合的な組み合わせの形成に際して、課題の実際の構造によって、特別に要求されるものを持つものなのか」³⁰という問いに置き換えられ、ヴァールは、行政任務（課題）を類型化し、法が決定条件としてどのような役割をそこで果たしているかを考察することによって、この問いにアプローチしている。

（３）行政任務類型化と、その決定条件群の特徴

一般に、行政任務の類型化にあたっては、警察行政から計画・福祉行政へ、夜警国家から福祉国家へ、といった任務の変遷が前提とされることがある³¹。

しかし、ヴァールはまず、そのような単線的な変遷を歴史に求めることは適切ではないとする。

「任務の多様性という基本現象を考慮することなく、行政と行政法の任務連関について語ることはできない。まず、歴史の経過において、種々の行政任務が山積されていたこと、その帰結として任務領域は多元的であったことを確認することができる。通説的な仮定に反して、自由主義的な 19 世紀においてすら、少数の任務が重点領域をなすというのではなく、他を凌駕する 1 つの重点があるということもなかった」³²。

「実際には広範囲に及ぶ変動を、例えば、危険防除から社会国家的行政へというように『何々から何々へ』という図式で描写するのは誤りということになる。確かに、20 世紀における社会（国家）的任務の増大と、それが行政に与えた質的な意味は見逃せない。しかし、そこから、伝統的な危険防除任務の消滅ないし意味の減少を主張するとすれば、それは不当である。むしろ逆に、秩序法（Ordnungsrecht）や一般警察法は、廃棄物問題との関連で、今日でも再度登場しており、実際にも、いわゆる規制政策の範囲ないし意味の減少から出発する根拠はない」³³。

その上で、任務が多様であること、そして重点的な任務も複数併存することを承認して、具体的な任務領域における考察が重要であるとする。

「行政の側から見れば、個々の時代においてかわるがわる登場した事象からの挑戦は、それぞれ克服されたのではなく、行政の継続的課題へと変化してきた。したがって、行政の任務構造は、多層に沈積し、積み重なった、構造物で

²⁹ 附編 62 頁参照。

³⁰ 附編 63 頁参照。

³¹ 例えば、成田頼明『行政法序説』（有斐閣、1984 年）12 頁以下、対比して小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999 年）35 頁以下を参照。

³² 附編 64 頁参照。前記 2.（1）ロ.の記述も参照。

³³ 附編 65 頁参照。

ある。このような行政任務の集積に対して、システム思考で対処しようとしても、失敗に帰する。…さまざまな重点的任務なり行政目的なりは、行政法にとって影響を与える変数としてのみ捉えられるのではなく、行政の成果に影響を与えるファクターの全体にとっての変数として理解される」³⁴。

ヴァールが、実務的かつ経験的な観点から提示するのは、以下の 4 類型である。

- I 危険防除の例における執行任務 (Vollzugsfunktion)
- II 計画 [行政] における形成機能 (Gestaltungsfunktion)
- III (金銭) 給付行政の例における執行機能
- IV 福祉サービス (ソーシャルサービスの行政) における形成機能³⁵

この類型の特徴は、一方で、伝統的な手法と同様に行政活動の内容によって行政目的を分類しつつ (危険防除、計画、給付)、なおかつ、目的実現にあたっての行政の作用 (手法) の差異 (執行か形成か) とそれを組み合わせる点にある。そして、4つの類型それぞれにとっての決定条件群として、以下の条件を挙げ、類型ごとに、条件群とその関連の特徴を分析している³⁶。

- －出発点としての課題とその事実構造
- －法的な利用手段
- －プログラムの形式
- －任務実現の全過程における行政の作用 [機能]
- －組織の構造
- －必要な人的資源の類型的特徴

次に、古典的な行政法が対応した任務にかかわる第 I の類型と、それと対比する形で叙述される第 II～IV の類型それぞれのヴァールによる分析を簡潔に紹介する。

(4) 危険防除の執行任務と計画の形成任務

成立期の行政法は、後の行政法の範型になったという点で「古典的」といえるが、それが対応した課題が危険防除であり、課題の特徴は、その基層をなす思考も含め、以下のように捉えられている。

「基本的に個人は行為において自由であり、他者の利益や権利を脅かしたり

³⁴ 附編 65 頁参照。

³⁵ 附編 66 頁参照。

³⁶ 附編 2. (65 頁) 以下参照。

侵害したりしない限りで、自由に行動しうる。それに対応して、個人の自由と他者の自由との間に一般的な調和をもたらすことが中心的な国家任務になり、そこから危険防除と監視の特別な意味が生じる。…任務の実施にあたっては、個人の自由は必要な限度においてのみ制限されうるのであり、法のもとの国家の領域と個人の領域の厳格な分離がその基調理念である」³⁷。

法的な利用手段もまた、この任務の特性に対応した特徴を持つ。

「個人の自由を保障するために、行政の活動を限定する中心的な手段は、周知のように、法律の留保と行政の法規適合性の原則である。さらに、古典的行政法の関心は、その帰結として〔行政の〕侵害権限の〔法律による〕詳細化と明確化に向けられる。それゆえ、一般条項と広すぎる裁量規定に対する警戒と拒否もそれに固有である」³⁸。

任務実現に向けたプログラムとして、条件プログラムが用いられる。

「要件と法効果の結びつきという形式的構造（ある要件がみたされれば、この効果が生ずるという結びつきのこと。Wenn-Dann Verknüpfung）によって、要件において、侵害の前提は可能な限り、当を得たものとして規律され、なおかつ法効果も可能な限りの確になり、ありうる侵害も総体として限定される。この外的形式としての条件プログラムが、法律の明確性と一般性という法治国的な公準と相俟って、規律の規制形式の理念型を形成する」³⁹。

任務実現における行政の役割、組織と人的資源の特徴を含め、この類型における、決定条件群の特徴が、以下のようにまとめられている。

「〔行政法は〕1) 危険防御と安全という特有の課題を解決するために、他の手段とともに、機能に適合した手段として遂行される。法はそのために、2) 一方で、条件プログラムという典型的なプログラムの形式、3) 他方で、権力分立における行政の特有な理解、すなわち、法律により比較的厳密に拘束され、他者の決定を実施する行政、をそれぞれ用いる。4) この任務のために、特に誂えられた組織構造が、官僚制的——ヒエラルヒー的行政である。5) 人員の調達は、この執行行政の機能と一体視できる官吏職員に向けられる」⁴⁰。

このような危険防除という任務とその決定条件としての行政法の特徴は、古典的であるとはいっても、現在も、警察行政分野や環境行政分野で、変容を伴いつつも妥当している。

計画行政における課題の構造、法的利用手段、そしてプログラムの特徴は、危険防除と対置して、以下のように提示される。

³⁷ 附編 67 頁参照。

³⁸ 附編 67 頁参照。

³⁹ 附編 68 頁参照。

⁴⁰ 附編 69-70 頁参照。

「計画〔行政〕にとって本質的なことは、関係の複雑性を許容すること、さまざまな利益の相互依存と相互関係に直接に取り組んで、将来の関係に関して、調整された秩序を付与しようとすることである。計画〔行政〕の中心的問題は、関係が開かれていること、幅広いこと、そして複雑であることにある。計画〔行政〕は、伝統的な危険防御の場合——そこでは個々の危険は孤立しており、特定して対応可能である——のように、分業的、分析的、断片的な性格を持つものではない」⁴¹。

「巨大な複雑性に対峙することと、目的定立を必要とする将来関連性をもつことという計画〔行政〕の中心的要素は、計画〔行政〕に固有かつ典型的な道具、すなわちプログラム化という特殊な形式に現れる。計画〔行政〕の特性を形成し、同時に法的道具としての特性も形づくるのは、良く知られた目的プログラム（Zweck- und Zielprogramm）であり、それが、しばしば取り上げられる、計画〔行政〕の他と異なる性質でもある。目的プログラムは、まさに、計画〔行政〕の中心的な事物に即した要素、すなわち、目的の設定および目的と整序された手段との組み合わせを対象とするが、それは、固有の限定的な方法によってのみ対象に取り組むことができる。

目的プログラムは、内的な関連づけも含め、目標・目的について記述する。しかし、次の重要課題である、設定された目的のために、具体的な手段の組み合わせを選び指定するところまでは通常は進まない」⁴²。

その結果、行政における内容形成の余地が、計画分野においては大きくなり、なおかつ、法による実体的規律が少ない分、手続による規律が重要になる。

「行政の自由な行為・決定の余地が、古典的な条件プログラム（そこにも、裁量の余地は含まれるのではあるが）とは異なる次元にあり、また、より大きいことが計画の特性である。実体法的規制プログラムが弱くしか構造化されないゆえに、計画においては手続の観点により大きな意味を持つ。つまり、内容面での決定における規制の欠損の一部を、的確な計画手続によって埋め合わせなければならない。

計画行政において広範な形成余地があることは、必然的に計画行政の機能的理解と権力分立システムにおけるその位置に影響する。ここでは、行政は単純な執行する道具であるとは言えない。重要なことはすべて前もって法律において決定されているという〔古典的行政における〕大前提は、計画〔行政〕の任務実施にあたっては、内容的に極めて重要な部分が行政の活動の段階に先送りされているので、採用することが非常に困難である」⁴³。

組織と人員のあり方もまた、危険防除の執行行政とは対照的である。

⁴¹ 附編 70 頁参照。

⁴² 附編 71 頁参照。

⁴³ 附編 71 頁参照。

「執行行政の分野においては、唯一かつ十分な組織構成原理として、明確な任務分掌の原理に従った、専門的な部局と、[より小規模な] 権限のある「小箱」への組織の細分化という原理が支配していたが、計画行政において典型的な組織問題は、当初から、そのような通常の管轄権限を超えた決定余地と、決定に責任を持つ組織統一体を形成することにある。マクロ的組織、ミクロ的組織を通じて、すべてのレベルでの権限秩序において、まず、既存の分業的な細分化を計画〔行政〕の目的のために克服すべく、独自の計画〔行政〕のための組織体ないし手続規律によって、部局や課や係を横断する管轄権限や、少なくとも決定の余地を創出することが問題となる。…所轄権限横断的な統一体と手続の形成が、計画分野での事象からの要求に対して、組織的・手続的支えとなり、保障となる」⁴⁴。

「執行行政の伝統的な領域では、任務達成に関する外生的な要素が、行政自身による固有の形成余地よりも強く広範囲にわたってあらかじめ定められており、その執行を、官吏が受け入れる準備があることが前提とされている。しかし、それとは反対に、計画的、形成的行政の領域においては、独自にかつ創造的に、種々の観点を組み合わせて扱い、イノヴェーティブに新たな解法に前進するという要求が存在する。ここでも、事物に即した任務と人事政策の間の基本的連関が意味を持つ」⁴⁵。

（５）給付行政における差異と他分野の執行・形成との対比

給付行政に関しては、ヴァールはそれを総体として警察行政、古典行政法と対置するという、従来の二分論によらず、給付行政内での差異を踏まえて、給付行政に２つの類型を置いている。そして、それぞれの決定条件群の特徴を（危険防除・計画の場合ほど網羅的ではないが）示し、なおかつ、作用・手法の面で、同じ「執行」作用、「形成」作用として括られる場合も、他任務との差異に留意を促す。

まず、社会保障分野の金銭給付という任務は、法律で詳密に規律されているという点で、危険防除に類似する面もあるが、受給者における請求権の存在をはじめ、それを修正しなければならない面も存在する。

例えば、対応すべき課題の構造という分析の端緒について、以下のような差異がある。

「給付をなす社会行政（社会保障がその例である）の出発点における問題と任務の特性は、法律によって非常に強くプログラム化されている給付プロセスの大量の処理である。その限りで、先に見た執行行政の性質と一致するが、給付行政特有で、強調される修正も存在する。市民に給付への請求権を認める社

⁴⁴ 附編 73 頁参照。

⁴⁵ 附編 74 頁参照。

会国家においては、この給付は裁量や「恩恵」によるものではないので、(給付) 任務の法律による規格化の程度は高く、危険防除の領域(危険の状況の多くは予見不可能であるために、一般条項的な補充規定が必要不可欠となる)よりも、法律による規律は高く、より明確である。そしてまた、財務会計上の負担の予測可能性を確保するためにも、法律による規律はより詳しく明確でなければならない。」⁴⁶

法的手段としては、行政行為が他の分野同様に多用されるが、継続的給付がなされることから、時間の要素が重要となることが指摘される。しかし、この類型での決定条件群の包括的特徴として、行政組織のあり方など行政政策に負う部分が多いことが強調される。具体的にはマニュアルによる事案処理の標準化や、給付の多種多様性に対応した分業と組織細分化、それぞれがもたらす問題と、処方箋としての、市民に直接対応する権限横断的な受付部署の必要性である。

「総じて、給付を行う社会行政の領域における任務実施の重点は、行政の中での政策にあり、その目的は、官僚主義的な傾向を弱め、釣り合いをとるものを構築することにある。給付実施のあり方と任務に適した組織については、改革の考察において布置されるべきであり、そこでは、成果をあげる変化も期待できるが、行政法は、こうした繊細な問題をほとんど、あるいはまったく制御しない。」⁴⁷

社会福祉におけるもう1つの類型は、ケアワークのような、対人サービスとしての社会福祉サービスである。ここでは、任務の特性として、サービスの受給者、供給者それぞれの「個人」に任務の実現が負う面が多いことから、決定条件群としても、組織・人員の観点が前面に出る。それに対して任務の法による事前プログラム化や、法的手段という観点は、重要なものにはならず、行政側の形成余地が大きくなる。

「ソーシャルケアは法律でプログラム化することはほとんどできない。援助とケアは、一般的な委任と全体としての任務委託によってのみ割り当てられるのであって、要件という前提と法効果の形でプログラム化可能な形によってなされるわけではない。法的な形成と、とりわけプログラム化可能性は、非常に小さいので、一般的委任の枠組みの中で、形成のほとんどすべては、任務適合的に選ばれた、資格を持つ者に委ねられる」⁴⁸。

「任務の決定条件としての法的道具に、この分野ではあまり意味がないことは、社会福祉サービスにおける行為の多くが、法的には、[助言や勧告のような]単純な行政活動(das schlichte Verwaltungshandeln)の類型に入ることによって示される。活動形式におけるこの残余類型の呼称自体、関係する諸活動を積極的

⁴⁶ 附編 74 頁参照。

⁴⁷ 附編 76 頁参照。

⁴⁸ 附編 77 頁参照。

に内容付けることへの当惑を表している」⁴⁹。

組織については、任務に適合的なのは分権的な組織であるが、官僚制との矛盾・衝突という問題が残ること、人員については、その養成と現場専門家の登用の重要性それぞれが指摘される。

「ケア活動は、形式的・官僚主義的活動の影響をできるだけ免れるべきである。この、地域およびクライアントに密着した組織という公理は、他方で、作業の単位が公行政の一般組織、そして、基本的に官僚制的な構造にも結びつかなければならないという必要性に向き合う…関係者との直接の接触において、自らの形成任務を実現する方法と道を見つけないければならない現場のソーシャル・ワーカーが自立性拡大に努めることと、共同作業者の導入について指導する官庁の任務の間で、明らかな紛争が生じうる」⁵⁰。

「計画〔行政〕の場合よりもさらにより重要な特徴は、社会福祉サービス任務の場合、任務を良く制御する試みが、とりわけ決定条件としての人員に注がれざるを得ないことである。…人員養成の、中長期的作用のなかに、任務実施の良き制御が存在する。人員養成と継続教育は、最重要の制御手段であるが、一般的なものであって、個々のケア活動から離れた平面でなされる〔それは個々の事案を直接に制御するものではない〕。他方で、専門的なソーシャル・ワーカーの登用と、そのモチベーションは、事案に適合した任務実施のための重要な資源である」⁵¹。

（6）類型化分析からの帰結

以上の 4 類型の検討から、ヴァールは、行政および行政法の任務連関、および一般行政法・中間レベルの行政法、そして環境法の今後のシステム形成について、以下の結論を示している。

<行政任務とその改革における法の役割>⁵²

まず、類型毎に、決定条件群への依存のあり方は多様であり、なおかつそこで、法が果たす役割もさまざまである。そして、いずれにおいても、法は決定条件群の全体構造のなかに布置される。しかも、全体構造改革プランを統一的に制御するのは、（行政）法ではない。

「正しい実体法と手続法および組織モデル、そして正しい人員投入を 1 つの法のプログラムに統合し、あるいは統合しうる行政法上のプログラムは存在しない。その限りで、関連する全体的構成の制御問題は、法に向けられたものではなく、行政の全体とそれに責任をもつ議会、及び執政府における機関、そし

⁴⁹ 附編 77 頁参照。

⁵⁰ 附編 77-78 頁参照。

⁵¹ 附編 78 頁参照。

⁵² 附編 78-79 頁、D. 結論の 1～3 に対応。

て行政の長に向けられている」⁵³。

法の側では、組織法の役割を向上させることが、制御への寄与に繋がるが、それもまた、限定的なものである。

<特別行政法と一般行政法、それぞれの任務連関性>⁵⁴

ヴァールは、上記で行った類型化分析を、一般行政法と個別行政法規の「中間レベル」で行ったものと表現するが、各類型と結論部における環境法の位置づけからすると、それは「特別行政法」（行政法各論）のレベルと言い換えることができよう。ヴァールによれば、このレベルにおいて、行政任務の多様性と、行政法の任務連関性を的確に把握し、問題の発見と、その解法を見出し得る。

「この中間レベルで——つまり一般行政法の抽象レベルではなく——はじめて、任務連関性が、総じて実り豊かで問題発見的であるための、十分な具体性と説明力を持つということがある。さまざまな任務領域を差異化することの成果は、行政の統一性や、問題設定と解法の統一性といった性急な構想や観念を、解きほぐすことにある。この方法から見れば、単一の行政組織があるのではなく、政治システムにおいて行政の単一の位置があるのでもなく、ひとつの行政が政治の道具としてあるものでもない。すべてこれらの言明は、個別の任務領域で差異化しなければならない。そうすることによって、問題への回答と解決も実質のある形で定式化できる」⁵⁵。

特別行政法における次なる課題は、任務連関について得られた知見を、「事物に即した分野の特性」として体系的に位置づけることである。例えば技術法・環境法について、以下の指摘がなされる。

「判例が技術法および環境法において、基礎にある法律概念の相当な不特定性と、そこから帰結する（規範を具体化する）行政規則による大きな具体化の必要性を考慮して認めている特殊性は、技術法・環境法という任務領域において典型的な事物に即した問題…を背景として、より詳細に根拠づけ得る」⁵⁶。

それに対して、一般行政法の任務連関に関しては、中間レベルの考察から言い得ることとして、そこには中間レベルほどの強い任務連関はなく、新たな特別行政法からの刺激を取り込むにしても、一般行政法が行政法において果たすべき役割の違いが強調される。

「任務連関というテーマについての〔一般行政法の改革の〕問題解決力とそれを発揮するチャンスはどうしても限定される。そして、行政法の任務連関が、現代における種々の挑戦に適切に対応するための、法の能力と比較的強く関連しているならば、一般行政法の差し迫った現代の問題克服に対する固有の貢献

⁵³ 附編 79 頁参照。

⁵⁴ 附編 79-82 頁、D. 結論の 4・5 に対応。

⁵⁵ 附編 79 頁参照。

⁵⁶ 附編 80 頁参照。

は、参照領域、すなわち今日的な行政法発展の素材が自らなす貢献の背後に後退する…法分野の一般部分〔総論〕には、現実、そして現代と関連づけるという要求は最後に持ち込まれるべきであり、一般部分の意味は、他の領分に、つまり、システムの領分にある。その機能に関して言えば、一般行政法の場合、憲法と個別の行政法を法的に架橋することに中心的な任務がある。一般行政法は、手短、簡潔に定式化された憲法上の原則による規律を行政活動の全体に適用できるよう安定化させるものであって、憲法上の条件の実効性を、専門分化した行政部門へと伝える伝動ベルトの如きものである」⁵⁷。

そして、環境法分野における法典起草の試みから、行政任務実現に関わる改革において、一般行政法レベルでなされる改革には限界があり、中間レベルにおいて実り多いことが示唆される。

「〔環境法典の試みにおいて〕重要であり、注目すべきことは、目途とされる法創造的な発展が、その反映、システム化、および法典化の固有の次元を、一般行政法と特別行政法の間の中間レベルに見出したということである。既に広く実現のものとなった社会法典のプロジェクトが、法典技術的には同様に、関連する法制度の中間的一般化を伴いつつ、より大きな法領域の集約を試みている。これらと比較可能な同様のことは、労働法典のプロジェクトの枠組みでも見出し得る。

この法的一般化ないし具体化における中間レベルの設定は、法典化の平面でも、さらに理論的なシステム化との関連でも、ずっと以前から示されてきたが、今や、ここでの行政任務と任務重点の類型化（B. III. 2およびC. 参照）で提示した、抽象化ないし具体化に極めて接近している。ここには、分析とシステム化の平面で広範な一致があるのみならず、そこで示した行政の包括的な任務連関性と、より限定されているが存在する行政法の任務連関性が、中間的なレベルで実り豊かに扱え得る法理論的そして法政策的問題のより深い浸透と解決に寄与し得る」⁵⁸。

＜中間レベルの他の機能と環境法の位置＞⁵⁹

中間レベルで法的考察を行うことで得られる他の場面でのメリットとして、ヴァールは解釈理論としての行政行為論を挙げる。一般行政法における行政行為の類型論が、「生気を欠いた」描写概念にとどまっていることとそれは対置されている。

「〔一般行政法の〕抽象化の地平において、〔行政行為類型論の〕解釈理論的な輪郭は見失われ、その意味は問題を把握するための類型というよりは、描写するだけの類型へと意味を減じる。同様に、高度に一般化された行政手続法、とりわけ実定行政手続法において、複合的な認可という手続類型（すなわち、

⁵⁷ 附編 80-81 頁参照。

⁵⁸ 附編 81-82 頁参照。

⁵⁹ 附編 82-85 頁、D. 結論の 6・7 に対応。

大気汚染防止法、原子力法、遺伝子技術法の手続)の実質的な把握が行われな
いこともなんら驚くべきではない。…解釈理論的な集約化と体系化への寄与能
力は、まず第1に、個々の領域ないし個別行政法についての理論のなかに存在
する。一般化(への段階を踏むこと)への要請は、例えば、認可手続を一部は
包括的に提示する形で、経済行政法ないし環境法の枠組みのなかで表現され
る」⁶⁰。

「認可の効力というテーマ(確認効、許可効、適法化効、拘束効、構成要件
的効果)は、一方で、『興味深く』、理論的には実り多い。しかし、他方で、個
別行政法規(の領域)の地平にこの論点を置くと、それは個別的にすぎるし、
一般行政法のコンテクストに置くと、その特有性を見失った考察になってしま
う。具体的かつ誇張していえば、前者[個別法領域における考察]は、カエルの
[下からの]視点にとどまりすぎであり、後者は鳥の視点であり鳥瞰的にす
ぎる。いずれも、自由ではあるが輪郭をはっきり認識できる高い見晴台からの
観察に欠けている」⁶¹。

中間レベルをこのように位置づけることで、一般行政法についても、憲法上
の原則を行政法に伝導する機能だけでなく、その固有な機能もより明確になる。
具体的には、行為形式論と法関係論が、基底的なものとして示される。

「法が、独立的であり、かつ自律的な規制システムであるならば、その主要
な分野で、他の規制システムに対して自律的な作用のあり方を樹立するため
には、固有の『言語』、固有の語彙、そして、文法を持たねばならない。その意味
で、どの行政活動にも基底的であり、カテゴリーとして確定できるテーマと対
象として、とりわけ以下が[一般行政法の内容として]妥当する。

—行政法の存立を可能とし、法的重要性を扱い得る諸形式(行為形式論)

—この、法的に重要な行政の活動[行政の行為形式]の「表現手段」のため
に、当然ながらその有効性の前提(存立、根拠付け、有効・無効に関する規
律)を画定すること

—そして、これらの行為が、法的に有効であるならば、その特性として法的
拘束力があることを言わねばならない。この拘束的な措置の、存続効、安定
化作用に関する規律は、法的なルール化の基本要素であり、それなしでは、
単なる倫理的ルール化と何が違うかを知ることはできない。

—やはり基本的であり、かつ明確な定式化が必要なことは、法治国において、
法という軌道において行政と市民の関係が規律される、つまり、行政と市民
の関係が法関係であるということは、詳しく具体的にはどういうことか、で
ある」⁶²。

⁶⁰ 附編 82 頁参照。

⁶¹ 附編 82-83 頁参照。

⁶² 附編 83 頁参照。

一般行政法の抽象性が高いことは、行政法固有の「文法」「骨組み」を揃えるという機能から必然的なものであり、現実との連関性や問題解決への近接性は、中間レベルにより求められることになる。

最後に、冒頭で提示された環境政策改革の必要性が法になにをもたすか、という問いに対して、環境法を中間レベルで捉えて考察することの意義という観点から応答がなされる。

ヴァールは、環境政策という国家任務は、既に見た一般的危険防除任務とは異なる「配慮と予防」任務として自立化しているとして、その決定条件における独自の特性を示す。

「—環境法の特徴である新しい法原則としての配慮原則 (Vorsorgeprinzip)の理解において。

—法的な道具において。一方では、そこには協働原則 (Kooperationsprinzip) を具体化し、また『柔軟な』制御のコンセプトにあてはまるような手法が属する。他方で、法律より下位にある法規が質的にも量的にも、独自に使われる。そこでは、不確定法概念と技術的条項の内容を、[環境法の] 任務の特性に強く結びついたあり方で充足するために、環境法においては、いわゆる規範具体化規則が行政規則の特別なカテゴリーとして発展してきている。

—この分野で、とりわけ問題が大きくなっている専門鑑定、審議会等への行政の依存——それは、[行政の] 形式的な決定権限と専門知識への実際の従属の矛盾を生んでいるが——の問題を考慮することにおいて。

—柔軟な制御形式が用いられる (用いなければならない) 環境政策の分野での、名宛人が制御を受容すること (Akzeptanz) への依存や、増大する合意の要求において。

—一般的な行政構造の統一性のなかに、専門鑑定的組織 (技術的、自然科学的な助言官庁等) を組み込むという、環境行政における中心的な組織問題において。各州におけるさまざまな実験的なモデルは、この秩序付け問題を満足に解決することが困難であることを示している」⁶³。

ここでも、決定条件群を特徴づけるのは、対象分野の特性と構造であり、環境政策分野については、「(一般的な複雑性問題の高次なものとして) 問題が網の目のように相互に関連していること、リスクを産出する変化のスピード、結果の長期継続性と現存する知識の不確かさ」⁶⁴が掲げられる。

環境政策改革の必要性と環境法の間におかれ、それぞれより詳しい分析を必要とする4つの階梯を簡潔に示して、論考は閉じられる。

⁶³ 附編 84 頁参照。

⁶⁴ 附編 84 頁参照。

「一環境政策における物事に即した課題〔挑戦〕

一配慮と予防という国家・行政任務

一この行政任務が、行政成果の個々の決定条件に対してなす要求

一環境法への改革要求」⁶⁵。

（7）ヴァールの分析からの経済行政法論への示唆

個別行政領域において生起するさまざまな課題と、行政法理論を架橋する考察として、ヴァールの分析は経済行政法論に対しても、示唆を与えるものといえる。

まず、行政課題の解決にあたって枢要なのは、「決定条件」の組み合わせであり、行政法は、その全体構造の中での要素にとどまるという設定は、経済行政分野の考察においても、前提にすべきことであろう。

そして、行政法の任務連関という観点を実り多いものにするためには、個別法（とそれに即した考察）と一般行政法の間に、中間レベルのカテゴリーを置くことが重要ということも、経済行政法（ヴァール自身はここで、それを体系的に取り上げてはいないものの⁶⁶）において妥当する。

具体的論点としても、例えば、他の決定条件との関係で、従来法的考察が弱かった行政組織法について、とりわけ市民との関係での法（外部法）と組織法の結びつきや、任務適合的組織という視点からの考察が重要という点も、経済行政法分野での検証を求めるものである⁶⁷。もっとも、ヴァールは、そこでも、任務に適合した組織という公準につき、法的観点からの寄与につき限定を付し、禁欲的である点にも留意は必要である。

次章では、こうした観点にも配慮しつつ、より具体的に経済行政法と一般行政法の関係につき、考察を加える。

⁶⁵ 附編 84-85 頁参照。

⁶⁶ 結論部 6 において、認可という行為類型およびその手続論を解釈論的に意味あるものとする、中間レベルの分野として、環境法と並んで経済行政法の名が挙げられている。また、社会保障分野における金銭給付の執行行政の分析（3）は、請求権をかならずしも前提にしない経済行政分野での補助・助成措置の分析にあたって、その対称軸としても参考になる。

⁶⁷ 本稿筆者による、行政組織と機能の結びつき、およびその前提となる方法論の考察として、斎藤誠「公法における機能的考察の意義と限界」稲葉馨・亘理格編『行政法の思考様式』（青林書院、2008 年）37 頁以下を参照。

4. 経済行政法の一般行政法への還流

本章では、経済行政法分野における仕組みや発想が、一般行政法の理論にどのような影響を及ぼしうるかについて、シュミット・アスマン(Schmidt-Aßmann, Eberhard)の論考により概観する⁶⁸。

(1) 両者の相互作用

経済行政法におけるさまざまな制度や手法は、一方で、より一般的な概念や原則によって、その適切性を検証し、規制の見通しを良くする必要がある。個別規制法の錯綜した網の目のなかで、憲法レベルでの経済に関する基本的な決定(財産権の保障、経済的自由など)を見失わないようにすることも、その目的のひとつである。

より一般化していえば、個別規制法の取扱いに方向づけと安定性を与えるためのシステム化であるが、例えば、1990年のライナー・シュミット(Reiner Schmidt)の『経済公法・総論』⁶⁹の第4章における分析には、そうした思考の成果が現れている。経済行政法の種々の組織と手法が一般行政法の法形式により類型化され、法的概念へと結晶している。

他方で、逆の方向の作用、すなわち、経済行政法の制度や手法からの一般行政法への還流の考察も、今日において重要である。経済活動に対する国家の関与について、民営化や規制緩和が進行するなかで、国家と私人が、従来とは異なる形式で協働する等の事象も生じており、一般理論にとって重要な参照領域を経済行政法が形成する⁷⁰。

もっとも、方法論の観点からは、現在において、截然と区別しうる経済行政法と一般行政法が、そもそも存在するのか、という疑問も提起しうる⁷¹。一方で、それぞれの特別行政法(経済行政法、環境行政法、社会行政法等)にも総論(一般理論)と各則があり、一般行政法の側にも、認可制度や計画確定手続といった抽象レベルの制度・概念に、それぞれ各則が存在する。

⁶⁸ Schmidt-Aßmann, E., Der Beitrag des öffentlichen Wirtschaftsrechts zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, in, Bauer, (u.a.) (hrsg.), a.a.O., S.15ff. なお、シュミット・アスマンによる体系書、Schmidt-Aßmann, E., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2.Aufl., 2004, S.134ff., (邦訳・太田匡彦ほか訳『行政法理論の基礎と課題』(東京大学出版会、2006年)138頁以下)にも、経済行政法の意義に関する、より簡潔な記述があり、以下においても参照した。

⁶⁹ Schmidt, R., Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd.1, 1990.

⁷⁰ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.15f. 参照領域論に論究する行政法教科書として、大橋洋一『行政法I』(有斐閣、第2版、2013年)17頁以下、原田大樹『例解行政法』(東京大学出版会、2013年)XV頁以下を参照。

⁷¹ この点に関しては、斎藤・前掲注1)論文も参照。

両者はまったく連続的であり、経済行政法における実務的な秩序づけ機能の要請は、理論上は、中間抽象レベルに融解してしまうのか。しかし、行政法における総論・システム化の思考様式と、その秩序形成力は、今なお大きな意味をもって、各論と区別された一般行政法を維持・発展させる方向が支持される。歴史的には、この思考は私法学から継受されたものであるが、現在においては、一般概念とシステム連関で作業する方法論に、新たな固有の刺激をもたらしたのは憲法(ボン基本法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland))である⁷²。

憲法に基礎を置く、行政の基本権や法律への拘束、および行政の決定にあたっての民主的正当性の要求が均齊な一般行政法の形成を要求する。行政法各分野に対して、画一的な命令を憲法が下すわけではないが、それぞれに必要な差異化のもとでも、反照的な価値設定、そして総論と整合的な部分ドグマティクを要求する。

機能の面からみても、現代において、社会が複雑化し、部分的利益、部分的関与による決定がなされる危険が増大しているため、そうした体系による調整が重要である。一般理論と原理により、最低限、決定が正当化されるかどうかチェックすることが、法発展の漂流を制御するためにも要請される。

そして、システムの知見は、抽象からの演繹のみで得られるものではない。事例、事例の属する分野、その利益の構造と人的特徴が、システム形成に働く。判例法から発展した一般行政法においては特にそうである。例えば、行政行為の職権取消の制限法理については、現在はドイツ行政手続法に規定が置かれているが(48条)、立法者が基礎に置いたのは特に、負担調整法と官吏年金法の問題であり、金銭給付の場合の強い信頼保護の思考が取り入れられた。その後の、補助金をめぐる判例における信頼保護の後退も、EU法という新たな制約条件によるだけでなく、解釈を主導した個々の事例との相互作用による⁷³。

事例と具体的領域にコミットすることが、行政法システムの適切性を保証するのであり、学問的な観察の課題は、この交換関係において一方性を避け、特別行政法において意味を獲得した、新しい事例群、解決モデル、および法制度を、システム形成のなかに取り入れることである⁷⁴。

ここでまずシュミット-アスマンは、憲法原理を含む一般行政法によって行政各分野およびその実務に沿った特別行政法を制御する必要性を強調しているが、次いで一般行政法の内容形成における経済行政法の意義へと論を進めている。

⁷² Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.16.

⁷³ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.17. 職権取消論の現状につき、Bumke, C., Verwaltungsakte, in Hoffmann-Riem, (u.a)(hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.II, 2.Aufl., 2012, S.1218ff.

⁷⁴ Schmidt-Aßmann, a.a.O., S.16ff.

(2) 一般行政法にとっての経済行政法の意義

経済行政法の特徴は、何よりも、幅広いパースペクティブをもった領域であることに求められる。事例、法関係、利益構造、任務、装置がさまざまであり、同じ特別行政法としての環境法を凌駕している。すなわち、環境法は今日に至るも、その中心は規制を行う秩序法であり、その一般行政法上の意義も、もっぱら秩序法的な装置と思考に向けられている。

それに対して経済行政法は、成立の当初から、秩序、指導 (Lenkung)、助成を含んでいる⁷⁵。

バドゥーラ (Badura, Peter) は、この特徴を「行政目的の特性と任務に適合した装置の必要性が、法形式の柔軟な多様性をもたらした。それは、組織、決定手続、そして計画、影響行使、指導、命令、給付という活動形式においても妥当する」と表現した⁷⁶。

例えば、経済行政法においては、行政の点的な侵害 (介入) 行為は、計画と形成という活動の大きな文脈に重層的に位置づけられてきたし、現在、一般行政法において大きな課題となっている行政組織法の制御能力の問題も、経済行政法の分野では、早くから認知されていた。

そして、今日では、行政と私経済の間の多様な組み合わせと協働として経済行政法が存在する。経済行政法学の揺籃期におけるような、介入国家への関心と希求⁷⁷ではなく、ヨーロッパにおける国家介入制限と「規律化された自己規律」の多層的な結びつきが分析の対象になっている。国家の独占的な給付活動から保証責任への撤退は、行政する側とされる側の区別を曖昧にしている⁷⁸。民営化は、行政スタッフと行政活動の大きな減少をもたらしたが、行政法上の装備は減ってはいない。法的規律とその装置は部分的に変容したのである。行政と私人の協定、パートナーシップ (Partnerschaft)、そして、認証 (Zertifizierung) モデルの登場は、かつてフーバーが、経済行政法の考察において支えとした「行政国家」像⁷⁹を背後に押しやった。

公私の組み合わせ・協働の関係は、行政関係のなかに位置づけられうるものであり、それは、環境法や技術安全法における類似の現象の法的把握にも示唆を与える⁸⁰。

他の特別行政法領域としての環境法が、古典的な警察法 (秩序法) の延長線上に位置付けられる面を持つことは3. で見たが、ここでは、それと対比して

⁷⁵ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.18. 成立時の諸側面については、上記2. 参照。

⁷⁶ Badura, P., Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, E. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 1999, S.268f.

⁷⁷ 上記2. (2) 参照。

⁷⁸ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.18f.

⁷⁹ 上記2 (2) 参照。

⁸⁰ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.18.

経済行政法が、組織法の観点を含め、一般行政法により広汎に影響を及ぼし得る分野であることが示されている。シュミット・アスマンは次に、個々の行為形式ごとの例証を行う。

(3) 個別の影響関係

イ. 行政契約

経済行政法において用いられる行為形式のうち、一般行政法への展開可能性が大きいものとして、まず行政契約が挙げられる。行政契約の「一般」における受容という点では、ドイツ行政手続法 54 条⁸¹以下がその法的基盤を付与している。法治国原理との関係での格付けにおいて契約は行政行為に劣後しない。両者はともに利点とリスクをもち、行政法はそれを受入れ適正化しなければならない。同規定は、交換契約をモデルに、行政と私人が対等当事者関係にない従属的契約を対象に規律している⁸²。現代における行政法上の契約形成の多様性を受容するには容器として小さい。

それに対して、行政と私人が対等当事者関係にある協働的契約について、行政手続法の規定はほとんど何も新たな規律内容を形成していない。そして、ここにおいては経済行政法が寄与する度合いが大きい。例えば、従来公企業が担っていた経済活動を民営化・民間開放する場合に、行政契約が民営化責任法の鍵となる。それは行政と私経済の任務分担の新たな形式を法的に捕捉するものであり、分野に特有の行政協働法ドグマーティクが求められる。ここでは、行政の権力過剰行使の適正化ではなく、行政と企業の信頼可能な共同の任務遂行の保証が問題となる⁸³。

行政手続法を改訂してそのような種類の行政契約を取り入れるための準備作業として、シュッペルト (Schuppert, Gunnar Folke)、ツィーコー (Ziekow, Jan) 両者による鑑定意見が作成された⁸⁴。いずれも、行政契約に関する一般的規律の

⁸¹ 同法 54 条「公法の領域において法律関係は、法規定に反しない限り、契約（公法契約）によって基礎づけられ、変更されまたは終了されうる。ことに行政庁は、行政行為を発する代わりに、そうでなければ行政行為の相手方となるであろう者と、公法契約を締結することができる。」

⁸² 交換契約とは、駐車場設置の免除のような授益的行政行為を行政が行うのと引き換えに、私人の側が費用負担をなすといった債務を負担する契約である。同法 56 条 1 項「契約において、契約相手方が行政庁に対して反対給付の義務を負う 54 条 2 文の意味における公法契約は、その反対給付が契約中の特定の目的のために合意され行政庁のその公の任務の達成に資する場合には、締結されうる。反対給付は全状況からみて相応でかつ行政庁の契約上の給付と実質的な連関を持たねばならない。」

⁸³ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.20f.

⁸⁴ 両鑑定意見も含め、この間の議論については、既に岸本太樹「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（1）～（4）」自治研究 81 巻 2、6、12 号、82 巻 4 号（2005～2006 年）で紹介・分析されている。

導入を推奨している。例えば、排水法における民営化の結果としての協働関係についての知見が一般化可能なかたちで受容されている。従属的契約のモデルは主として建築法であったのに対して、協働的契約は、その必要性が経済行政法で事例が集積し、展開されることによって、明確化してきた⁸⁵。

法的規律のポイントは、信頼性がありかつ競争的な契約パートナーの選択、給付と反対給付の的確な確定、官庁の情報確保、コントロール、および指示権である。長期の給付関係を扱うので、契約の事情適合性の確保がとりわけ重要である。協働的契約は、法的には最小内容規制として定式化すべきであるが、そうした契約を、狭い範囲の公法的な行政の行為形式に集中してきた行政手続法に組み込むとすれば、両鑑定意見が提案しているように、行政契約のパレットを系統的にかつ包括的に展開することが推奨される。秩序法においてみられるような、行政行為か契約か、という契約の選択的利用に代えて、給付に関する協働法においては、契約は他の形式とあわせて用いられる。従属的契約がその選択性故に、「回避戦略」ではないかという負の評価を失わないとしても、協働的契約は法律の執行との関係では、通常は任務の分担において、ごく普通に利用可能な形成手段である⁸⁶。

ロ. 行政行為

行政行為の法においても、経済行政法の影響が認められる。都市計画などの空間管理法、環境法に由来する複雑な規制行為（計画確定、（特別）立地許可）と並んで、電気通信、郵便、エネルギー、鉄道の新しい規整法（Regulierungsrecht）が、行政行為においてもさらに新たな類型を登場させている⁸⁷。

例えば、民営化にともなう、市場開放に関する規律、料率規制、供給者の接続義務の規制などの、市場秩序に関する決定がある。それは、従来の経済監督の概念や仕組みを広く解したとしても、それに包摂できない。複数の規整目的の間で形成的な調整を行わなければならないからである。例えば、周波数割当と料率規制の関係のように、形成余地がある複数の手法を組み合わせなければならない。この形成的委託は行政の形成的な判断授権の承認のもとで進むが、この行政の活動に対しても、独自のコントロール定式を発展させなければならない。分野ごとの問題状況から一般論を引き出してきた行政訴訟法の領域も、

⁸⁵ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.20f.

⁸⁶ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.20ff.

⁸⁷ 市場における競争の前提条件を整備する活動と組織など、従来の規制—給付の二分論で把握できない新たな活動組織形式を、Regulierung（規整）として位置づける動向がドイツでは進んでいる。Vgl., Bullinger, M., *Regulierung von Wirtschaft und Medien*, 2008, S.121ff. 邦語文献として、山本隆司「行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論」森島昭夫・塩野宏編『変動する日本社会と法（加藤一郎先生追悼論文集）』（有斐閣、2011年）23頁以下を参照。

そこから刺激を得る⁸⁸。

ハ. その他の行為形式、行政法の法的仕組みへの影響

経済行政法の事例と実務から影響を受けない一般行政法のシステムティーク (Systematik) の領域は存在しない。影響のレベルはさまざまで、従来の仕組みの補完や保障のための個別的な観点や、現在不可欠な視野拡大への刺激、さらに、より深い転換への刺激も含む。

公的調達法という領域が、経済法としてのドイツ競争制限防止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 97 条以下 (Vergabe öffentlicher Aufträge) で、規範的な構造を獲得したことで、それは、誤った概念としての「国庫の扶助行為」と訣別し、行政における固有のシステム要素としての私法の価値を高めるきっかけになった⁸⁹。

狭い行政私法⁹⁰の範囲の外でも、私法的手段によって、巨大な財政フローが導入されているのであり、そこでも信頼できる法秩序と裁判コントロールが必要になる。それらは古い財政法的方法では提供できない。EU法による刺激を受けた実務の展開がここにどの程度の影響をもたらすかは興味深い問題である。

契約相手の選択ないし割当決定に、契約締結自体とは別に、それぞれ固有公法的な法形式を割り振る従来の二段階的な法的構成の問題も、新たに投げかけられる。公的調達・入札の手続は、計画確定や認可手続に劣らず、行政手続法の統合的な構成部分とみなさなければならない⁹¹。

経済法が一般行政法に提供しなければならないものの多くは、それぞれの狭い領域で既に把握され加工されているものとは、相当に異なっている。しかし法的な実行における現代的課題を示し、特別行政法他の分野との類似現象との比較を促し、新たな類型形成、そして新たな法制度の形成を促す。

例えば、銀行法 (Bankenrecht) という分野は、これまでは定義づけと把握が難しかった、法律に規定された商企業の行為義務 (Verhaltenspflicht) と行政の監視権限の並存という仕組みの解明にとって意味がある。連邦金融監督庁は、部分的には法律によって認められた実務慣行に基づいて、通達 (Verlautbarung)、指針 (Richtlinie)、告示 (Mitteilung) を出し、それによって通例において、行為義務がその組織的な措置も含めて果たされたかどうかを判断する。このような仕組みは、行政立法というカテゴリーのポジティブな拡張なのか、それとも危

⁸⁸ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.22.

⁸⁹ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.22f.

⁹⁰ 行政が直接に公共目的を達成するために交換契約などの行為形式を用いる場合に妥当する特別な私法的規律。

⁹¹ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.23.

険な拡張なのかを議論できる⁹²。

一般・特別行政法両者にとって重要な行政組織法における発展を感知する課題も経済行政法からの影響としてあげられる。私人への授権（*Beleihung*）⁹³は、古くからある法制度であるが、近時の立法にその豊富な例をみることができ、民営化に関する監督、手続そして責任の問題と授権との結びつきを示している。しかし、授権は機能的な民営化と呼ばれるすべての動向を受け入れる明確な輪郭をもっているとはいえない。機能的民営化の過程でさまざまに生起する行為の合理性を的確に把握するため、他の組織法形式を発展させる必要がある。任務の変遷を通じての組織の変遷という思考は、認証やコントロールというシステムにおいても追求しなければならない⁹⁴。

民営化や公私協働の進展に伴って、責任の分担にかかる行政契約の重要度が高まることなど、日本においても次第に認知されてきたこと⁹⁵が、ここでは各行政形式について先行的に示されている。

（４）より一般的なレベルでの影響

行政法のシステムティックがより強く経済行政法によって方向づけられるとすれば、それは、どのような特有の整序を経験することになるのか。この問いは、同時に経済行政法の本質要素に関する問いでもある。

まず、経済行政法による方向づけの強化は、一般行政法について必然的にその「経済化」をもたらすものではない。今日強い非難の対象となっている種々の「迅速化」措置は、当初は認可法において、次いで一般行政手続法において規定されたが、経済活動の誘致・活性化についての地の利の確保と投資の促進という利益のために規定された。他の領域においても、経済法により把握される実態は、より強く、効率化基準を法的考察に持ち込む傾向になり得る。

しかし、効率性は、決して法の反対語ではない。どの程度、効率性を顧慮しなければならないかは、個別法の構成要件ごとに定められる。そうした構造は何も経済法においてだけでなく、社会法や一般手続法においても見出すことが

⁹² Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.23.

⁹³ 私人・私組織が、公権力の行使を委ねられること。「特許」と訳されることも多いが、特許法上の特許や、公企業の特許と紛らわしいので、ここでは私人への授権とした。

⁹⁴ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.22ff. 組織と任務の連関については、前章（２）（３）および附編Bを参照。なお、Schmidt-Aßmann, a.a.O.(2004) S.138ff.（邦訳につき、太田ほか・前掲注68）141頁以下）が、電気通信法と機器安全法を素材に、新たな組織的手法につき分析している。

⁹⁵ 本稿筆者による整理として、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012年）496頁以下、ドイツでの理論展開も踏まえた包括的検討として、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）513頁以下を参照。

できる⁹⁶。

むしろ、経済行政法の基本的方向性は、憲法（ボン基本法）のいわゆる経済政策上の中立性やEU条約上の市場の自由との関係で、二律背反性と不安定性のなかに置かれているように見える。それは、ボン基本法の社会国家の要請（20条）や自然の生命基盤の保護要請（20a条）において、特定の規律の方向性を読みとることができる社会法や環境法と対比すると明らかである。経済法にまず関連する基本権である職業の自由（ボン基本法12条）や所有権・相続権の保障（同法14条）は高度に立法者の形成のもとに置かれている。それは、自由経済を可能にすることを前提にしても、経済主体の自由に対するさまざまなスタンスは、多様にすぎる規制の必要性を導く。

このような一義性の欠落は、経済法の知見を一般行政法に受け入れるにあたってはメリットになりうる。後者もまた特定の国家目的のためにのみ処方されておらず、すべての任務領域に対して、基本規律および横断的に投入可能な行為形式を備えるべきだからである⁹⁷。

そのような一義性の欠落にもかかわらず、経済法の特徴を示すとすれば、それは現在の国境を越えた「普遍主義的な傾向」である。国際化、ヨーロッパ化によるボーダレスな傾向は、国家の制御能力の喪失をも招くが、それは、伝統的な行政法にとっても憂慮をもたらす。行政法は、今までのところ、とりわけ国内行政に関する法であったからである。一般行政法での発想の転換には、経済行政法の先行した歩みを参照しなければならない。

制御能力喪失の第1は、個々の国家による介入可能性の喪失、より正確には、変革である。EU条約の市場自由により保障された経済交通を尊重すべく、独特の集権・分権ネットワークが登場し、国内行政の一部は無力化し、一部はより広い行動可能性を得た。例として、銀行・保険監督法における国境を越えた行政決定、医薬品認可の分権化が挙げられる。そのEU域内における効力は、EU法上の承認原則に基づく。その行政実務上の帰結、とりわけ、フォーラムショッピングの危険に対する予防と責任という問題を解決しなければならない。決定の国境を越える存続効に関する規律が要請される⁹⁸。

第2に、国家の制御能力そのものの喪失をみてとることができる。一国の行為が国境において基本的に消滅し、国家間の行政活動がその弱い正当化根拠ゆえに、国境を越えた活動の一部しか捕捉できないならば、コントロール措置は、重要な部分において非国家機関に委ねざるを得ない。例えば、製品安全法の大

⁹⁶ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.24f.

⁹⁷ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.25. 憲法上の人権、諸価値、及び立法裁量とのある程度共通の関係は、金融行政法についても指摘できる。斎藤前掲注1)、中央銀行制度と憲法の関係にかかるその後の研究動向から、片桐直人「憲法と通貨・中央銀行法制に関する一考察」法律論叢158巻3号(2005年)、同「戦後日本銀行法の展開と憲法」曾我部真裕他編『憲法改革の理念と展開(上)』(信山社、2012年)を掲げる。

⁹⁸ Schmidt-Aßmann, a.a.O.E., S.26.

部分がそうである。当該分野での認証機関は、国家機関でも国家に授権された機関でもない。そのような仕組みによってはじめて、EU全域で認証機関は活動しうる。しかしながら、この私人のコントロールシステムは、国家のコントロール責任と再結合させる必要がある。そのキーワードは、認証であり、経済監督分野における認証システムの競演とその一般行政手続法、組織法への取り込みは考察する価値のある課題となる。総じて、行政法の「脱領域化」は、システム形成に対するリスクというより挑戦であり、行政法研究と教育にとって経済行政法は今後とも重要な分野となる⁹⁹。

効率性という基準、そして国境を越える行政活動、それぞれに一般行政法でどのように対処すべきか、さまざまな議論があるが、ここでは、経済行政法がその広汎性もメリットにして、良き素材たることが提示されている。

5. 行政手法の具体的分析—資本市場法における行為義務とガイドラインによる監視

(1) 経済行政分野における法的手法の開拓

上記4. でみたように、経済行政法において用いられる手法が、他の分野における類似現象との比較を通じ、一般行政法における新たな行為形式、法制度の形成を促すべきであるとして、シュミット-アスマンは、(広義の)銀行法における企業の行為義務と行政のガイドライン (Richitlinie) による監視の並存手法をひとつの例として挙げている。

そこで用いられるガイドラインは、通説的なカテゴリーによれば、法的拘束力をもたない行政規則 (Verwaltungsvorschriften) であるが、(広義の)銀行法における位置づけや機能において、このタイプの規制は、従来の認識枠組みにおさまるのか、それとも一般行政法のレベルでも新たな類型として把握すべきものなのか——「行政立法という形式の重要な展開か、それとも危険な拡張か」¹⁰⁰——が問題になる。

以下では、経済行政分野における手法としての、資本市場法における行為義務とガイドラインによる監視の問題を、行為義務の法的性質論も含め、日本の議論の枠組みと比較しつつ取り扱う。

⁹⁹ Schmidt-Aßmann, E., a.a.O., S.26f. グローバル化と行政法学の関係についての、本稿筆者による論説として、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想 I』(有斐閣、2011年) 339頁以下、シュミット-アスマンの同論点に関する近業として、

Schmidt-Aßmann, E., Internationales Verwaltungsrecht, in: Der Staat, Beiheft 21, 2013, S.267ff.を参照。

¹⁰⁰ 上記4. (3) 参照。

(2) 従来 of 理論枠組み

日独共通の、一般行政法の理論枠組みでは、私人・私企業に国が法的義務を課すには法律の根拠が必要であり、法律における規律内容をさらに具体化するためには、法律の委任を受けた法規命令という形式を用いなければならない。法律の授權がない行政規則によって、法的義務の内容を形成することはできない¹⁰¹。

他方で、行政実務においては、私人・私企業の行動を規整すべく、行政は法律の授權なくして、さまざまな「ルール」を、行政規則として発している。

日本の行政法学における行政指導要綱論や行政手続の審査基準論は、一般行政法の枠組みを前提にして、行政規則の「事実上の」拘束をどう説明し、コントロールするかにつき、理論構成を行ってきた（行政の自己拘束、信義則等）。

ドイツにおいても同様の現象はみられるところであり、例外的に行政規則に法的拘束力を認めるための理論が模索されてきた（「先取りされた専門家鑑定」論、規範具体化規則論等¹⁰²）。

そして、資本市場法という、今日において私的自治・市場規律が強調される分野では、法律→法規命令→行政の許認可・命令という手法に代えて、私人の自己規律を中心とした規整スキームが好まれる¹⁰³。そこでも、行政は「完全撤退」するものではなく、「法規命令+許認可・命令」以外の規整手法をとる。私人の慣行を取り込みつつ、行政規則としてのガイドラインを定立し、私人の行為とガイドラインとの適合性を監視するという手法¹⁰⁴もそのひとつであるが、ガイドラインの性質と私人の行為義務の関係は、従来 of 枠組みにどのような認識変化をもたらすのか。

より広い文脈では、この問題は、近時のいわゆるソフト・ローに関する議論とも通底する¹⁰⁵。

¹⁰¹ 代表的な説明として、塩野宏『行政法 I』（有斐閣、第 5 版補訂版、2013 年）99 頁以下参照。

¹⁰² Vgl., Ruffert, M., Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in : Hoffmann-Riem (u.a.), GVwR I, 2Aufl., 2012, S.1200f. 邦語文献として、例えば、大橋洋一『行政規則の法理と実体』（有斐閣、1989 年）、高木光『技術基準と行政手続』（弘文堂、1995 年）第 2 章、乙部哲郎『行政の自己拘束の法理』（信山社、2001 年）、エバーハルト・シュミットーアスマン（内野美穂・角松生史（訳））「法規命令—法律及び行政規則との関係において」神戸法学雑誌 60 巻 3・4 号(2011 年)482 頁以下参照。

¹⁰³ 斎藤誠「行政組織と制裁のあり方」ジュリスト 1228 号（2002 年）109 頁以下、参照。

¹⁰⁴ 資本市場法、経済行政法以外でも、例えば科学技術の規整において、行政規則としてのガイドライン、また、私人の定立するガイドラインが用いられてきた。学問研究の自由の確保と実効的規制のバランス、判断・手続の透明性が問題となる。Vgl., Saito, M., Biotechnologie und Verfassung in Japan, in : Asada, K., Assmann, H.-D., u.a., hrsg., 2006.

¹⁰⁵ Vgl., Ruffert, M., a.a.O., S.1206f.

(3) ドイツ証券取引法における事業者の行為義務

イ. 規定の概観

ドイツ証券取引法 (Wertpapierhandelsgesetz) は、その第 6 章において、証券業者¹⁰⁶の行為義務 (31 条以下)、およびその組織整備の義務 (33 条) につき定める¹⁰⁷。

第 31 条 一般行為規範 (Allgemeine Verhaltensregeln, General rules of conduct)

- (1) 証券業者は、次の各号に掲げる事項を義務付けられる。
 1. 証券業務及び証券付随業務を、必要な専門的知識、配慮、及び誠実さを以って、顧客の利益となるように提供すること
 2. 利益相反の回避に努めること、さらに、顧客利益が損なわれる危険を合理的裁量に基づいて回避するために、第 33 条第 1 項第 2 文第 3 号による組織上の予防措置が十分でないときに生じる利益相反の一般類型と根拠を顧客に明確に説明した上で取引を実行すること

(以下略)

第 31c 条 顧客情報の整備

- (1) 証券業者は、次の各号につき適切に事前措置を講じなければならない。
 1. 顧客の委託を遅滞なく、他の顧客の委託及び証券業者自身の取引利益との関係で誠実に実行し、又は第三者に取り次ぐこと
 2. 同様の顧客の委託をその到達順に実行し、又は第三者に実行のため取り次ぐこと、ただし、これに優先する市場の規律又はこれと異なる顧客の利益がある場合を除く
 3. 顧客の金銭及び顧客の金融商品の正確な記録を確実に残すこと

(以下略)

第 33 条 組織整備の義務 (Organisationspflichten)

- (1) ①証券業者は、信用制度法第 25a 条第 1 項と第 4 項による組織整備の義

¹⁰⁶ 証券業者とは、金融機関、金融サービス機関および信用制度法第 53 条第 1 項第 1 文に掲げる活動を行う企業であって、証券業務を単独で又は証券付随業務と共に営業目的をもって、又は商人的な方法で営業することを要する規模で行うものをいう (証券取引法 2 条 4 項)。

¹⁰⁷ 以下、訳は『外国証券関係法令集：ドイツ』(財団法人日本証券経済研究所、2009 年)による (一部を修正した)。山田剛志『金融自由化と顧客保護法制』(中央経済社、2008 年) 63 頁以下、連邦金融監督庁ウェブサイト上に掲載されている英訳条文もあわせ参照した。

務に違反してはならない。②さらに次の各号に掲げる事項を義務として履行しなければならない。

1. 適切な規定を置き、資金を確保し、手続を整備することで証券業者が自ら、及びその従業員が本法の定める義務を果たす体勢を確保すること。特に一時的でない実効性あるコンプライアンスの機能を、その責務を自律的に組織化しなければならない。
 2. 証券業務及び証券付随業務の継続性と安定性を確保するために必要な措置を講ずること
(中略)
 6. 本章の規定により講ずべきと定められる組織上の各種措置の相当性及び実効性を監視し、定期的に再評価するとともに、不完全性の除去に必要な措置を講ずること
- ③ 第2文第1号で定められた予防措置を講ずるについては、証券業者は、その取引の種類、範囲、複雑性、リスクの度合い並びに自らの提供する証券業務の種類及び多様性を考慮に入れなければならない。

(以下略)

そして、行為・組織義務には行政機関による監視が組み合わされている(35、36条)。

第35条 届出義務及び行為規範の監視 (Überwachung)

- (1) [証券業者、及び結合関係にある企業等に対する連邦金融監督庁の検査権]
- (2) [外国企業に対する資料・情報請求権]
- (3) 第1項及び第2項の措置に対する異議申立て及び取消訴訟に、停止的効力はない。
- (4) ①連邦金融監督庁は、2004年のEU指令及びその実行のための2006年EU指令¹⁰⁸を基準として、本章が定める要請が満たされているかどうか通常の場合に (für den Regelfall) 判断基準として用いるガイドライン (Richtlinien) を策定できる。②ドイツ連邦銀行及び主な関連経済団体にはこのガイドラインの発布前に意見聴取を行う。③このガイドラインは、電子官報において公表する。

¹⁰⁸ Directive 2004/39/EC and Commission Directive 2006/73/EC of 10 August 2006 implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards organizational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive (OJ EU No. L241 p.26).

第 36 条 届出義務及び行為規範に関する検査 (Prüfung)

- (1) [9 条、本章の義務及び 2006 年の EU 命令¹⁰⁹から生ずる義務の遵守についての、年 1 回の検査人による検査]
- (2) [選任された検査人の連邦金融監督庁への通告、同庁の他検査人の選任要求権]
- (3) [連邦金融監督庁による検査基準の定立、検査への参加]
- (4) [連邦金融監督庁による直接検査]
- (5) [検査の種類、範囲および時期に関する連邦財務省の省令制定権]

ロ. 規定に至る沿革

以下では、まず簡潔にこの規定に至るドイツ証券取引法および証券取引規制機関の沿革に触れておく¹¹⁰。証券取引法が登場したのは、1994 年であり、証券市場の一括的な改革法である第 2 次資本市場振興法 (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz) の一部をなしていた。それ以前の証券取引規制は、取引所法、寄託法、開示規制に関する個別法等により行われていたが、実効的な規制と国際競争力をもった市場整備を目的とした、第 2 次資本市場振興法により、取引所法、株式法、寄託法等が改正されるとともに、インサイダー取引規制等の不公正取引の規制、開示規制、そして、前記の行為義務規制を規定し、監視・監督の制度と機関を定める包括的な規制法としての証券取引法が制定された。

規制機関については、同改革に至るまでは、州の取引所監督局、取引所、連邦信用制度監督庁が断片的な規制を行っていたが、証券取引法により、一元的な監視・監督機関としての連邦証券取引監督庁 (Bundesaufsichtamt für das Wertpapierhandel) が、連邦財務大臣の所轄のもとに、独立の連邦上級官庁として設置された (1994 年証券取引法 3 条以下)。

連邦証券取引監督庁には、州の代表、連邦財務省、連邦法務省等の関係連邦官庁の代表、ドイツ連邦銀行の代表等から構成される証券委員会が諮問機関として設けられた¹¹¹。

¹⁰⁹ Commission Regulation (EC) No. 1287/2006.

¹¹⁰ 以下の証券規制の沿革については、「海外金融法の動向ードイツ」金融法研究 11 号～29 号 (1995～2013 年)、特に、11 号 (前田重行)、14 号～19 号 (神作裕之)、20・21 号 (山田剛志) に負うところが大きい。2011 年改正における、31 条所定の行為義務への情報書面制度の追加 (同条 31 条 3a 項) については、同 28 号 (松井秀征) 197 頁以下を参照。山田・前掲注 110) 62 頁以下も参照。Vgl., Bliesener, a.a.O., S.7ff. Assmann, H.-D., Schneider, U.H. (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2012, S.6ff [Assmann].

¹¹¹ 証券取引規制組織とその手法の日独比較につき、(データは古くなったが) 斎藤誠「証券取引等監視委員会の展望」ジュリスト 1082 号 (1996 年) 参照。

その後、銀行監督・証券監督のハーモナイゼーションに関するEU指令¹¹²の国内法化（1997）、第3次資本市場振興法（1998）、第4次資本市場振興法（2002）、投資家保護改善法（2004）により、証券取引法は逐次改正されたが、証券業者の行為義務・組織義務に行政機関の監視を組み合わせるというフレーム自体には変更はない。

規制機関については、2002年の「金融監督の統合に関する法律」により、連邦信用制度監督庁、連邦保険監督庁、連邦証券取引監督庁を統合した連邦金融監督庁（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: BaFin）が登場した。多種多様な金融機関・金融商品の展開に対応すべきメガレギュレーターとして、旧3官庁の任務に対応した部局とあわせ、金融市場、金融機関等に関する横断的問題、利用者保護、マネーロンダリング対策等のため3つの分野横断的な部局をもつことになった¹¹³。

ハ. 行為義務の性質¹¹⁴

（広義の）資本市場法は、市場における組織と行為について、さまざまな規範をおいているが、規範のなかには、公法上の規範としての性格、私法上の規範としての性格、それぞれが明確なものもある。

例えば、前者には、ドイツ信用制度法における自己資本率規制（同法10条以下）があげられ、後者には契約法上の諸規範（例えば、ドイツ商法383条以下の商業上の問屋としての義務）がある。

¹¹² 「証券分野における投資サービスに関するEU指令（Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field OJL141,11.6.1993,p.27）、「証券業者および金融機関の適正な自己資本に関するEU指令（Council Directive 93/6/EEC of 15 March 1993 on the capital adequacy of investments firms and credit institutions OJL141,11.6.1993,p.1）、および「金融機関の監督の強化を目的とするBCCI規制に基づき変更されたEU指令」（European Parliament and Council Directive 95/26/EC of 29 June 1995 amending Directives 77/780/EEC and 89/646/EEC in the field of credit institutions, Directives 73/239/EEC and 92/49/EEC in the field of non- life insurance, Directives 79/267/EEC and 92/96/EEC in the field of life assurance, Directive 93/22/EEC in the field of investment firms and Directive 85/611/EEC in the field of undertakings for collective investment in transferable securities (Ucits), with a view to reinforcing prudential supervision OJL168,18.7.1995,p.7）。

¹¹³ 同統合につき、神作・前掲110）（金融法研究19号）、および正井章作・菊田秀雄「ドイツにおける金融サービスに対する監督の統合」国際商事法務31巻8号（2003年）参照。その後の法改正につき、Vgl., Assmann, H.-D., Schneider, U.H., a.a.O.,S.12ff [Assmann],有価証券目論見書法の制定など関連法規の改正につき、山田・前掲注110）68頁以下を参照。

¹¹⁴ この論点については、既に、神作・前掲注110）等、ドイツにおける議論を紹介・分析する業績がある。ここでは、主として、（私法理論のみならず）従来の公法理論との接続にも配慮したBliesener, D., Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, 1998の分析枠組みと記述を紹介・検討しつつ、比較行政法の視点から若干の考察を加える。

ブリーゼナー (Bliesener, Dirk) によれば、証券取引法においても、証券業者に対して、刑事罰をその担保手段として科すインサイダー取引禁止やアド・ホックな開示義務が、公法上の規範であることは疑いない¹¹⁵。それに対して、同法 31 条以下の行為義務については、公法上の監督規制なのか、それとも、既に存在し、判例で発展してきた、証券取引における契約法上（ないしは契約締結前の段階）の行為義務を、ヨーロッパレベルで統一的な強行法規たる契約法として成文化したものなのかが問題となる¹¹⁶。

公法と私法の区分は、本質的には解釈・価値判断の問題であるが、ドグマティックな基本原則・基準は、固いものでないにせよ、解釈を方向づける。かつての、公権力の行使・侵害行政をメルクマールとした従属説（権力説）、そして、近時の修正された主体・権限説が置くメルクマール、さらにはローマ法以来の利益説、それぞれのメルクマールによって、同法 31 条以下の行為義務、およびその形成プロセスを分析する必要がある。

同法 31 条（1994 年証券取引法 31、32 条）の性質に関する通説的見解は、私法的な規律（*privatrechtliche Regelung*）としてそれを理解する。その主たる根拠は、規定が、従来判例によって発展してきた、信用機関の顧客に対する配慮、説明、助言義務に内容が近いことである。実際に、連邦議会金融委員会での規定審議においても、判例との一致が目指された。しかし、内容の近接性だけで、立法者が、諸判例を明文化しようとしたものということとはできない。そのような判例は、ドイツ商法 383 条以下、ドイツ民法 242、276、675 条に基礎を有しており、それを別途に明文化する必要性はないし、明文化によって既存の規定との関係が解釈上複雑になる。

他方で従属説によれば、証券取引法 31 条以下で課されている義務は、私人としての証券業者の顧客に対してのものであるから、私的主体間の水平的な法律関係であって、行政と私人の間の垂直的なものでなく、よって、私法規定ということになる¹¹⁷。

しかし、ブリーゼナーは、以下のように公法規範であることを主張する。1994 年証券取引法 5 章（現 6 章）と法全体の体系的な関係をみると、水平的規律内容に、連邦金融監督庁に対する証券業者の垂直的拘束という関係が重畳していることがわかる。連邦金融監督庁は、同法 35 条所定の監視・検査権限、特に同条 4 項所定の、31 条以下の規定に関する解釈権限とガイドラインによる具体化の権限、さらに同法 4 条による命令権限により行為義務の履行を確保できる。同法 31 条以下の義務は、証券業者の連邦金融監督庁に対する義務も含んでいる。

したがって、同法 31 条の行為義務は、金融仲介業者に対する制度的監視を補

¹¹⁵ 但し、証券の発行者に対しては、2002 年法改正で、相場に影響を与える事実の不開示および虚偽事実の公表による第三者の損害賠償請求権が明文化された（ドイツ証券取引法 37b、37c 条）。

¹¹⁶ Bliesener, D., a.a.O., S.102.

¹¹⁷ Bliesener, D., a.a.O., S.103ff.

完する、市場の監視によるマーケット・コンダクト・レギュレーションの法的基礎として位置づけられる。同条のモデルとしての、証券分野における投資サービスに関するEU指令¹¹⁸11条（私法上の効果は要求せず、監督法上の最低基準を定める）や、マーケット・コンダクト・レギュレーションの母国であるアメリカにおいても同様に、監督法上の位置づけがなされている¹¹⁹。

市場監視法制においては、いわゆる監視法関係が形成されるが、同法31条以下の行為義務は、連邦金融監督庁によって計測され、また公権力的行為ないし強制により実現される基準となる。連邦金融監督庁もまた規範の名宛人であり、公権力の担い手に授権ないし義務づけを行う規範かどうかを、公法規定・私法規定の区別の基準とする修正された主体説によっても、同法31条は、公法規定として位置づけられる¹²⁰。

国内における他分野の法制と比較すると、まず従来のブローカー・投資顧問に対する一般営業法の規律（ドイツ営業法34c条とドイツ仲介業者規則2～14条）と、監督関係における義務であることにつき共通の理解が可能である。そこでも顧客に対する説明義務が課されていた。義務の履行は、定期検査、臨時検査によりコントロールされ、違反行為には秩序罰としての罰金が科された¹²¹。

ドイツ保険監督法においても同様の仕組みがとられている。EUの第3次保険指令¹²²に基づく保険契約締結時の説明義務は、ドイツ保険契約法ではなく、公法規定としてドイツ保険監督法に規定されたのである。しかしなお、この義務が私法上の性格ももつかどうかについては明確でなく¹²³、学説上も争いがある。

¹¹⁸ Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field OJL141,11.6.1993,p.27.

¹¹⁹ Bliesener, D., a.a.O., S.108ff. Assmann, H.-D.,a.a.O.,S.1361f [Koller]も、2004年EU指令の性質や、ドイツ連邦政府が、2007年証券取引法改正の根拠とした連邦の立法権限規定（経済法にかかるボン基本法74条1項11号。民事法にかかる同1号ではなかった。）から、31条を（公法）監督法と位置づけ、民事法に対してはその照射効（後記ホ以下参照）が問題となるのみとする。それに対して、Hirte,H.,Möllers,T.M.J.(hrsg.),Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, S.1276f[Möllers].は、公法・私法を構造的に全く対立するものとする厳格な二元論は現行法と相容れないとして、31条を公法規定・私法規定の二重の性格を持つものとする。

¹²⁰ Bliesener, D., a.a.O., S.105f.f.

¹²¹ Bliesener, D., a.a.O., S.106ff.

¹²² Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive) OJL168,18.7.1995,p.7 および Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive) OJL360,9.12.1992, p.1

¹²³ Bliesener, D., a.a.O., S.108.

二. ドイツ保険監督法における情報提供義務との対比

そこで、証券取引法のスキームと比較するために、ごく簡単にドイツ保険監督法における情報提供義務について整理しておく。

EUの第3次保険指令が、保険契約者に対する情報開示手法を提示したことから、それを受けた1994年のドイツ保険監督法の改正により、同法には、普通契約約款の事前審査制に代えて、保険事業者に対する情報開示による規制が登場した(同法10a条)¹²⁴。

ドイツ保険監督法 10a 条

- (1) 保険会社は、自然人である保険契約者に対して、保険関係の規準となる事実および法についての消費者情報を、契約の締結前および契約の存続期間中、別表 D の規準に従い提供しなければならない。ドイツ保険契約法施行法 10 条 1 項に定める巨大危険 (Großrisiken) の場合には、準拠法の告知および管轄権を有する監督庁の告知をもって足りる。
- (2) 消費者情報は書面により提供されなければならない。これは明瞭な文で作成され、見通しやすいように構成され、理解しやすいように、ドイツ語または保険契約者の母国語で記載されなければならない。(以下略)

別表 D には、契約締結前に、全保険分野において保険会社から提供されなければならない情報として、保険者の名称・本拠地、普通契約約款、料率表等の 8 項目 (同第 1 項 1 号)、生命保険の場合には、さらに付加されなければならない情報として、剰余金の算出、解約返戻金額の告知等の 6 項目が挙げられている (同第 1 項 2 号)。契約の存続中については、保険者や契約締結時に提供された情報の変更等が、必要的情報提供事項になっている (同第 2 項)。

法体系の問題としては、この規制を契約関係の規律として私法のなかに位置づけるべきか、それとも公法としての規制業法に位置づけるべきかという問いが立てられた。

立法過程において、この問題はまず、ドイツ保険監督法 10a 条および別表 D の内容はドイツ保険契約法に規定すべきではないか、というかたちで顕在化した。結論としては、保険監督法上において規制されるとともに、情報提供義務と情報提供がなされなかった場合の保険者に対する保険契約者の異議申立てについての規定が、以下のようにドイツ保険契約法 5a 条に付加されて、私法契

¹²⁴ 同法改正については、木下孝治「ドイツ保険監督法上の情報提供義務 (1) ~ (7)」阪大法学 47 巻 2 号~50 巻 6 号 (1997~2001 年) が詳細な分析を加えている。以下、条文の訳は同 (2) 590 頁以下による。遠山聡「ドイツ保険監督法における保険者の情報提供義務」筑波法政 25 号 (1998 年) も参照。

約関係の規律である面にも一定の配慮がなされた。

保険契約法 5a 条

- (1) 保険者が保険契約者に対して申込みの提出を受ける際に保険約款を交付せず、または保険監督法 10a 条に基づく消費者情報を提供しない場合には、保険証券、保険約款その他保険契約の内容につき規準となる消費者情報を基礎とする契約は、保険契約者がこれらの書類の交付後 2 週間以内に書面により異議を唱えないときに締結されたものとみなす。(以下略)

そしてさらに、ドイツ保険監督法 10a 条違反行為にドイツ保険契約法 5a 条以外の、私法的なサンクションないし法効果があるのかどうかという解釈問題が生ずる。すなわち、ドイツ保険契約法 5a 条が定めた異議申立てによる契約不成立という法効果以外に、ドイツ保険監督法 10a 条違反を根拠に、保険者に対する損害賠償請求が認められるのか否かという問題であり、開示規制規定を行政規制としての公法規定とみるか、私法規定とみるかという、法体系上の位置づけの問題と連動して、学説も分かれたのである¹²⁵。

なお、2007 年保険契約法改正により、情報提供義務は同法 7 条に規定され、異議申立てに関する規定も、下記の 8 条に改正されている¹²⁶。

ドイツ保険契約法 7 条

- (1) 保険者は、保険契約者に対し、保険契約者が契約の意思表示をする前の適切な時期に、普通保険約款を含む契約条件ならびに第 2 項に基づく法規命令に定められた情報を文書方式で知らせなければならない。(以下略)

ドイツ保険契約法 8 条

- (1) 保険契約者は、2 週間以内にその契約の意思表示を撤回することができる。この撤回は、文書方式で保険者に対し意思表示されなければならないが、その理由を示す必要はない。撤回期間遵守のためには、撤回の意思表示の適時の発信をもって足りる。
- (2) 撤回期間は、次の各号に掲げる資料が、文書方式で保険契約者に到達したときから開始する：

¹²⁵ 木下・前掲注 124) 論文 (2) 592 頁以下に詳細な分析がある。Vgl., Bliesener, a.a.O., S.108 Fn.339.

¹²⁶ 訳は日本損害保険協会・生命保険協会『ドイツ保険契約法 (2008 年 1 月 1 日)』(新井修司・金岡京子共訳) 121 頁以下による。

- 一 保険証券、普通保険約款を含む契約条件、ならびに第7条第1項および第2項に基づくその他の情報。
 - 二 採用された通信手段の要件に応じて、保険契約者に対し、保険契約者の権利が明確に示され、かつ、撤回の意思表示がなされるべき相手方の氏名、そのあて先、ならびに期間の開始および第1項第2文の規定に関する指摘がなされている、撤回権および撤回の法律効果に関する明確な教示。
- 第5項の法規命令に基づく、連邦司法省によって公表されたひな型が使用されたときは、その教示は第1文第2号の要件を満たしているものとする。第1文の資料の到着に関する証明責任は、保険者が負う。(以下略)

ホ. 規制目的としての公益

第2次資本市場振興法(1994年)の立法者は、1993年証券分野投資サービスEU指令¹²⁷における、投資家保護と市場の機能性という2つの目的に同法上の行為義務を適合させようとした。そして立法過程では、同法の目的は客観的な市場機能性確保に向けられ、個別保護は反射利益にとどまるとの説明もなされた。したがって、このような規定は「利益説」(前述(ハ.)参照)によれば、一般利益に資するための法として、公法的性格をもつ。こうした見解によれば、連邦金融監督庁に対して、第三者が、業者の行為義務遵守を求めることはできない¹²⁸。

法文上も、1994年証券取引法4条2項は「連邦金融監督庁は、配分された権限の範囲内で、公益に関する限りで、本法に従って権限を行使する」と規定した¹²⁹。この「公益」条項は、他の経済行政法分野においても従来から用いられてきたものであり、例えば、ドイツ保険監督法においては、1984年改正で導入されている(81条1項は「監督当局は、本法その他の法律により配分された職務を公益に関する限りで遂行する」と規定)。「公益」条項の目的は端的に、権限の不行使ないし不適切な行使の場合に、第三者による行政に対する国家賠償請求権を排除することにあつた¹³⁰。

¹²⁷ 前掲注112参照。

¹²⁸ Bliesener, D., a.a.O., S.110ff.

¹²⁹ 2002年法改正で、同条項は削除され、権限行使に関しては、一般的な権限規定として「本法の規定に従って監督を行う」旨定める1項が残った。

¹³⁰ 銀行監督の瑕疵による国家賠償のEU法との関係につき、弥永真生「銀行監督上の失敗とEU(EC)法違反に基づく国家賠償責任」筑波ロー・ジャーナル2号(2007年)45頁以下、およびBöhme, Markus, Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht, 2009、危機への対応という観点からの銀行監督史の考察として、Pahlow, Louis, Bankenregulierung zur Stärkerung der Krisenprävention?, 2011, in: Der Staat 50Bd, S.621をそれぞれ参照。銀行監督につき、第三者保護を認めた旧来の判決については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)352頁以下参照。日本においても、例え

ブリーゼナーによれば、結論として証券取引法 31 条以下の行為義務の法的性質は、公益を保護する目的をもつ（すなわち、顧客が行政に対して具体的請求権をもたない）公法規定という位置づけになる。そして、この規範が、証券業者と顧客の法関係にどのように照射するのか（照射効、Ausstrahlung）、どのような理論構成によって私法関係に効果が拡張されるのかについては、さらなる考慮が必要である¹³¹。

へ. 私法上の効果

証券取引法 31 条以下の行為義務に関する制御は、監督法上の措置である下命、禁止等によってまずは行われる。私的自治に対する公益による制限の一種である。しかし、公法上の重大な義務違反について、私法上、それがなんら反映されないことになると、法秩序の統一性や規制の実効性という観点で問題がある。そして、個別の経済監督法において、義務違反と私法上の効果を結びつける固有の規定がない場合であっても、私法一般法において、個別の経済監督法における評価を私法上の効果に結びつけるドアを用意している。ドイツ民法でいえば、法律上の禁止に違反した法律行為が無効である旨を規定する 134 条や保護規範違反に基づく損害賠償請求を規定する 823 条である。これらの規定は、他法における価値の実現への論拠を私人に提供する¹³²。

これらの規定における要件——ドイツ民法 134 条における無効の要件、823 条における不法行為の保護要件——が、監督法上の行為規制との蝶番の役割を果たす。具体的には、顧客の側が、証券会社に対するドイツ民法 134、823 条の主張において、監督法上の行為規制違反に依拠できるのか、依拠できるとすればどの範囲においてか、が問題になる。

経済監督が指向する価値の実現は、立法者による直接の公法上の介入規定の創設によるだけでなく、判例による私法規定への価値の充填という作業によっても行われる。とりわけ、憲法上の基本的価値、基本権に適合したかたちで、私法規定を解釈するという方法が、ドイツでは、労働法、契約法などの分野で

ば金融商品取引法 51 条（旧証券取引法 56 条の 2 第 2 項）は、「公益又は投資者保護のため」の業務改善命令につき定める。公益と別に投資家保護が保護目的にあがっている場合であっても、従来の判例理論からすると、同権限の発動、不発動について、投資家の裁判上の保護（義務付け訴訟、国家賠償訴訟）を認めるには、保護目的のある程度の具体性が要求される。斎藤誠「業者の登録更新と国家賠償責任」神田秀樹・神作裕之編『金融商品取引法判例百選』（有斐閣、2013 年）180 頁参照。

¹³¹ Bliesener, D., a.a.O., S.113.派生的に、公法規定に民事法上の効果を認める場合に、原規定の意味を拡張・類推して解釈することができるかという問題も生ずるが、法秩序の統一性、解釈の安定性等から、一般には否定的に解されている。Vgl., Assmann, H.-D., Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.29f [Assmann].

¹³² Bliesener, D., a.a.O., S.140f.

既に広く行われている¹³³。

金融仲介業者や証券業者の顧客に対する義務についても、証券取引法 31 条の制定前から、判例は、契約条項や債務者の誠実履行義務を規定するドイツ民法 242 条のような一般条項の解釈を通じて、行為規範を定立してきた。そこで、証券取引法 31 条以下の行為義務とこれら判例による行為義務の関係も、前者の私法上の効力を考える際には考慮しなければならない¹³⁴。

(イ) ドイツ民法 134 条による無効の可能性

証券取引法 31 条以下の行為義務に違反する行為について、同法には明文の無効規定は存在しない。他方で、法律上の禁止に違反した法律行為を、禁止から他の異なった効果が生じない限り、無効とする旨を規定するドイツ民法 134 条は、私法においても、公法上の禁止規律が尊重されることを示す。しかし、判例および一部の学説は、この規定の意味を極めて限定的に解し、禁止規定が無効を目的として意図している場合に限っている。他方で、近時の学説においては、同条は無効を推定する解釈規定であり、禁止規定の目的と当事者の利益状況の価値づけによって、個々のみに推定が覆されるとするものも有力になっている¹³⁵。

いずれの立論でも、禁止規定の解釈は、法律行為の内容と締結状況の両者に向けられている。さらに判例は、禁止規定が、一方当事者に向けられたものか、両当事者に向けられたものかを区分する。禁止規定の意義・目的により無効が創出できない場合には、一方当事者に対する禁止は、法律行為を無効としない。

証券取引法 31 条は一方当事者に向けられた行為規範であり、しかも、何かを禁止するものではなく、要請する内容からなる。そして、目的論的には、同法 31 条は一般禁止規定とはいえない。立法者も監督による目的実現のみを考えていたし、契約そのものの規律でなく、特定の行為態様、自己組織に対する規範である。さらに、契約無効により第三者に生ずる法的不安定性の問題もある。以上により、ブリーゼナーは、従前のドイツ営業法 34c 条の議論と同様、証券取引法 31 条違反は、ドイツ民法 134 条による無効の対象にならないとする¹³⁶。

¹³³ 邦語文献として、例えば、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004 年）89 頁以下参照。

¹³⁴ Bliesener, a.a.O., S.141f. 従来の説明義務に関する議論、及びその証券取引法 31 条との関係につき、山田・前掲注 110) 48 頁以下、62 頁以下参照。

¹³⁵ Bliesener, a.a.O., S.143. アメリカにおける懲罰的損害賠償及び他の行政制裁手法につき、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009 年）、229 頁以下、257 頁以下を参照。

¹³⁶ カナリス (Canaris, Claus-Wilhelm) は、ドイツ民法 134 条の対象たる法律を、①法律行為の内容、②法律行為の締結状況、③法律行為の関係者の人的状況、④法律行為の効果の 4 つに類型し、それぞれに適した効果を発展させるべきだとする (Vgl., Canaris, C.-W., Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983)。しかし、ドイツ証券取引法 31、32 条はこの

(ロ) 不法行為法における保護規範

(概観)

英米においては、資本市場法分野で監督法上の義務の実効性確保を私人による損害賠償請求によって図ることは、極めて有力な手段である¹³⁷。日本の場合には、そうした私訴による公共目的の実現¹³⁸という手法は、経済法分野では独占禁止法（24条）や消費者契約法（12条）にごく一部みられるにとどまる。

ドイツにおいては、証券取引法 31 条違反の行為に対して、投資家がドイツ民法 823 条 2 項による不法行為賠償責任を追求することができるかどうかは議論の対象となる。「他人の保護を目的とする法律」（保護法）の侵害を要件とする同項が一般不法行為法と行為義務を連結するか否かは、具体的には証券取引法 31 条が保護法かどうか、保護法であるとして、生じた損害が保護範囲に入るかどうか、の問題になる。

ドイツ民法 823 条

- (1) 故意または過失によって他人の生命、身体、健康、自由または所有権その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害をその他人に賠償すべき義務を負う。
- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同一の義務を負う。法律の内容によれば過失が存しなくともこれに違反することが可能な場合においては、賠償義務は過失の存するときに限り生ずる¹³⁹。

まず、他の法律が法的な禁止・下命を、その内容としていることがドイツ民法 823 条 2 項の適用要件であるが、証券取引法 31 条は一般的なプログラム規定ではなく、命令の内容も特定のである。証券取引法 31 条をより具体化する連邦金融監督庁のガイドライン（同法 35 条所定）は、規範の性格からすると行政内部の解釈指針にすぎないとすれば、法的命令の内容を構成するものではなく、禁止・下命の根拠は証券取引法 31 条自体に求められる¹⁴⁰。

いずれによっても無効を帰結しない。Bliesener, D., a.a.O., S.143ff. Vgl., Assmann, H.-D., Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.1364ff [Koller].

¹³⁷ Bliesener, D., a.a.O., S.70ff, S.86ff.

¹³⁸ 田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年）55頁以下を参照。日本でも例外的に活用されているのは、地方自治法上の住民訴訟（242条の2以下）である。

¹³⁹ 訳は平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）341頁による。1項、2項の関係についても、同338頁以下を参照。

¹⁴⁰ Bliesener, D., a.a.O., S.148f.

保護法に該当するか否かの判断については、当該規定の目的論的な解釈によるのが判例・学説の趨勢であり、証券取引法 31 条の目的は何か、そして、私訴を認めることが同条の保護目的に適合するかどうか、さらに、行為義務違反が、不法行為法の全体システムに照らしてサンクションを要求する重大性をもっていかどうかを検討しなければならない¹⁴¹。

(保護目的)

ドイツ民法 823 条 2 項にいう保護法の該当要件として、規定が付随目的ではあれ、個々人の利益をも保護していることが必要である。証券取引法 31 条の場合は、顧客に言及しているが、同法の基本目的と体系上の位置づけからは、連邦金融監督庁に対する証券業者の義務として規定されている。市場の機能性と内外投資家の信頼を確保するという同法の目的との関係においても、個々の顧客の主観的権利を直接基礎づけるものではなく、客観的な顧客保護を目的とする規定として位置づけられる。

なお、証券取引法 31 条が顧客保護を客観的な目的として規定していることは、連邦金融監督庁の権限規定（同法 4 条）が、公益に基づく権限行使を規定し、その帰結として、権限行使に関しての個々の顧客の利益が、反射的利益とされることと矛盾しない。同法 4 条 4、7 項は、連邦金融監督庁の不法行為法上の免責、および顧客が、同法上の諸義務の実現に対する、第一次的な権利（行政や事業者に対する行為請求権）をもたないことを意味するのであり、事業者の義務違反に対する損害賠償請求権を排除するものではない¹⁴²。

重要な内部情報に関する適時開示について定める証券取引法 15 条において、同条 6 項は、同条違反に対する損害賠償請求権を明文で排除していたが、同法 31 条においては、そのような規定が存在しないことも、同条を損害賠償請求における客観保護規定として解釈できることの証左となる¹⁴³。

(監督法上の義務の不法行為法による実現)

証券取引法 31 条に客観的な顧客保護目的を認めた上で、義務の履行に関する法システムの観点からも、ドイツ民法 823 条の適用を肯定するファクターとして、以下が挙げられる¹⁴⁴。

私人の訴訟による行為義務実現の効率性と対比すると、監督庁による行政監督の非効率性が指摘される。すなわち、監督人員が限られている上に、監督の端緒はしばしば偶然に帰し、報告義務・検査の対象も、限定的である。

¹⁴¹ Bliesener, D., a.a.O., S.150ff.

¹⁴² Bliesener, D., a.a.O., S.151.

¹⁴³ 適時情報開示にかかる証券発行者に対する損害賠償請求権が 2002 年改正で明文化された（現行証券取引法 37b、37c 条）。山田・前掲注 110）（金融法研究 21 号）158 頁以下、同・前掲注 110）65 頁以下参照。Vgl., Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.1788f [Sethe], Hirte, H./ Möllers, T.M.J. (hrsg.), a.a.O., S.1936f [Möllers/Leisch].

¹⁴⁴ Bliesener, D. a.a.O., S.152ff.

私訴は、事案の解明に関する連邦金融監督庁の負担を軽減する役割を果たす。あわせて、行為義務違反に対する公法上のサンクションとしては、行政命令と強制金があるだけで、刑事制裁規定を欠くので、この点でも、損害賠償請求による抑止効果が見込まれ、コンプライアンス体制の整備にも資する。

他の請求権との競合に関しても、顧客が潜在的に持ち得る、契約法・不法行為法上の他の請求権は、要件・効果が異なるので、ドイツ民法 823 条の請求を妨げるものではない。行政命令から行政裁判所へと至る行為義務違反確定のルートと、民事裁判所における違法認定のルートが並存することで、両裁判所の判断に齟齬が生ずる可能性は否めない。しかしそれは訴訟システムに内在する不可避な事柄であり、請求権自体を否定する根拠にはならない。むしろ、証券取引法 31 条の適用において、1993 年証券分野投資サービスEU指令に適合的な解釈が、国内各裁判所に求められることからすると、欧州司法裁判所への付託という手法のもとで、行政・民事両裁判所の解釈を収斂させなければならない¹⁴⁵。

そして、ドイツ信用制度法における銀行の行為義務に関する判例も、同法の監督上の諸規定がドイツ民法 823 条の保護法に該当することを肯定してきた¹⁴⁶。

(私法上の他の請求権との関係)

証券業者の契約違反や信義則上の義務違反を理由とする顧客の損害賠償請求と、証券取引法 31 条違反を理由とする不法行為法上の損害賠償請求は、より具体的にはどのような関係に立つのか。同法の発効前に、民事裁判所は、銀行の証券業務に関し、その情報提供・配慮義務を、契約法ないし契約準備段階の付随義務として肯定していた。その内容は、個別契約の解釈、信義誠実の原則、および習律等で画され、当該義務の具体化にあたっては、監督法、刑事法上の命令や、業界の自主規律、技術水準などを顧慮した。いずれも類型的・客観的な民事法規範外の職業にかかわるミニマム・スタンダードであり、証券取引法 31 条における行為義務も同様のものとして把握しうる¹⁴⁷。

もともと、証券取引法 31 条は、民事責任に関する特別法ではないので、それを裁判所はそのまま適用するものではなく、事案の特性に応じた裁判所の審理・評価において同条が位置づけられるにすぎない。そこで、一方で民事裁判所は、ドイツ民法 823 条の事案において、自律的に、従来判例の延長線上で判断して、証券取引法 31 条の行為基準を超えることも、それ以下にとどまることもできる。他方で、監督法上の規定を、私法上の規定の具体化であるとして、不法行為上の構成要件を確認するために、証券取引法 31 条を用いることもできる。

¹⁴⁵ Bliesener, a.a.O., S.155f. 欧州司法裁判所への付託につき、例えば、中西優美子「EU 法の有効性及び解釈と国内裁判所の先決裁定付託義務 (I(1))」自治研究 89 巻 9 号 (2013 年) 93 頁以下を参照。

¹⁴⁶ BGH,15.2.1979, BGHZ 74,144, BGH,12.7.1979, BGHZ 75,120.

¹⁴⁷ Bliesener, a.a.O., S157f. 銀行の助言・説明義務及び、証券取引法 31 条の保護法該当性の議論について、山田・前掲注 110) 48 頁以下、66 頁以下を参照。

なお、証券業者と連邦金融監督庁の争いにおいて、同条の最終解釈権限をもっているのは、行政裁判所の最上級審である連邦行政裁判所（Bundesverwaltungsgericht）であり、民事裁判所の最上級審である連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）は、同条を「適用」するものではなく、契約法ないし不法行為法の義務具体化にあたり「援用」するにすぎない。両裁判所の条文解釈が異なってもそれを統一する手続はとられない¹⁴⁸。

ある事案において、連邦金融監督庁・行政裁判所ルートと民事裁判所ルートの行為義務の解釈が競合することはありえるが、監督法上の行為基準と不法行為基準の目的における差異には留意しなければならない。前者は、予防的に、一般的抽象的な行為制御を指向するものであり、後者は、義務違反による損害補填という個別事案において、事後的に現実化する。この端緒からすると、監督法が法的安定性を創出し、民事裁判所は、従来は法創造的な機能を多く果たしてきたものの、個別の事案に適した解を発見すべきである。

その上で、ブリーゼナーは、両者の同調は保証されていないが、連邦金融監督庁が内外投資家の信頼確保のために、証券業者に広範な義務を課し、私法上の利益状況も考慮に入れていくとして、連邦金融監督庁のガイドラインと実務が均整のとれたものであれば、民事裁判所は個々の事案解決において、それに準拠することになるとする¹⁴⁹。

（適時開示義務違反に関する損害賠償との関係）

1994年証券取引法では、証券業者の重要な内部情報に関する適時開示義務（同法15条）違反に対する第三者の損害賠償請求が排除されていた（同法15条6項）。立法者は、15条については民法823条2項の保護法に該当しないと判断したことになる¹⁵⁰。

2002年法改正では、適時開示義務違反に関する特別な損害賠償請求権が明文化され（37b、c条、15条6項）、証券業者の「情報に関連する義務違反及び証券業若しくは証券付随業務に関連する誤った助言に基づいて顧客が証券業者に対して有する損害賠償請求権は、その請求権の成立時点から3年で時効消滅する」と規定する37a条が新設された¹⁵¹。1994年証券取引法15条6項のような損害賠

¹⁴⁸ Bliesener, D., a.a.O., S159f.

¹⁴⁹ Bliesener, D., a.a.O., S161ff. なお、保険法上の開示義務に関しては、2007年保険契約法改正第7条の政府法案理由書（日本損害保険協会・生命保険協会・前掲注126）127頁以下は、同条の開示義務違反につき、一般債務法による、契約締結前の義務違反を理由とする損害賠償請求（民法311条2項）が可能としている。

¹⁵⁰ Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.665f [Assmann]. Bliesener, D., a.a.O., S161. なお、ブリーゼナーは、立法過程における15条6項の立案と、31条以下の立案の前後関係から、後者の保護法該当性について、立法者が積極肯定する趣旨だったとまでは言えないとしている。

¹⁵¹ 前掲注148)を参照。なお、37a条は、2009年改正で削除され、37b、c条の賠償請求権の時効は、一般法たる民法典の時効規定によることになった。Vgl., Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O.S.16 [Assmann].

償請求の排除規定をもっていなかった 31 条違反行為については、ここで検討してきた損害賠償責任肯定説が、同法改正のもとでも妥当するのか、それとも、特別な損害賠償責任および時効規定がないことで、31 条は損害賠償の根拠にならないことが明確になったのか、解釈はなお分かれうる¹⁵²。

(判例の立場)

そして、現在の連邦通常裁判所の判例は、ブリーゼナーらの損害賠償責任肯定説をとらず、31 条が民事不法行為責任を基礎づけないとする。

近時の判例として、銀行の自己勘定取引（証券取引法 2 条 3 項 2 文）としての証券売買における説明義務が問題となった事案において、2013 年 9 月 17 日判決は、31 条以下の行為義務、組織義務について、純粹に公法上の義務であり、連邦金融監督庁の専ら公益的観点からの監督とその強制手段により履行が確保されるものであるので、当該規定は、民法 823 条 2 項の保護法にはあたらないとした¹⁵³。あわせて、2004 年 EU 指令および EU 指令の実効的な国内法への転換の要請いずれもが、同指令に基づく監督法違反につき民事法上の請求権設定を要求していない旨説示している¹⁵⁴。

ト. ドイツの規範性質論の比較における有用性

日本法における公法・私法の議論の現況からすると、ドイツの議論は、出発点において概念的にすぎるようにもみえる。しかし、以下のような点に、比較の有用性を見出すことができよう¹⁵⁵。

- (A) ある法条が、公法か私法か、という演繹的なアプローチが、現在の日本法の解釈において採用されることはまれである。しかし、個々の法条の法的効果がどのようなものが明文で規定されていない場合に、当該法規に違反する行為に対して、民事法上の効果（損害賠償、契約無効など）を結びつけようかどうかという問題は、日本においても存在する。ドイツ証券取引法 31 条の性質決定論と、損害賠償における同条の位置づけに関して登場したメルクマールは、経済行政法分野におけるこの問題に対して、示唆

¹⁵² 学説・判例の現況につき、Assmann, H.-D./ Schneider, U.H.(hrsg.),a.a.O.,S.1361ff [Koller], Hirte, H./ Möllers, T.M.J., a.a.O., S.1277ff,1383 [Möllers]を参照。コラーら多数説は、31 条の民事法への照射効として、同条の保護法該当性を肯定しているが、メラースは、責任法の全システムにおける保護法の位置づけという観点から、31 条は保護法に該当しないとす。山田・前掲注 110) 66 頁以下も参照。

¹⁵³ BGH, Urteil v.17.9.2013-XI ZR332/12,JZ 2014,S.252.同様に銀行の自己勘定取引での売買益の説明義務が問題となった先行判例として、BGH, Urteil v. 27.9.2011-XI ZR182/10. ZIP2011, 2237.

¹⁵⁴ 民事法上の請求を付与するかどうかは、構成国の立法裁量とする欧州司法裁判所の判決として、EuGH, Urteil v. 30.5.2013 C-604/11 NZG2013,786 を参照している。

¹⁵⁵ 例えば、塩野・前掲注 101) 25 頁以下、玉井克哉「統制法規違反の法律行為」『行政判例百選』(有斐閣、第 6 版、2012 年) 28 頁。

を含むものである。「公法規定」か「私法規定」か、という概念操作のみで決着をつけるのではなく、対象規定の目的、保護規範としての具体的特質、違反行為の重大性などが、要考慮要素となる¹⁵⁶。

- (B) 監督・監視法におけるルールと、民事契約法におけるルールの具体的解釈における差異が判例によって産出される可能性については、法を適用する管轄裁判所は、日本の場合には一元的である。しかし、行政訴訟と私人間の民事訴訟、および国家賠償訴訟という訴訟ルートの複線性があり、判断に齟齬が生じうることは共通である¹⁵⁷。さらに、監督・監視法における、一般的・事前制御と、私人間の損害賠償訴訟における事後的かつ個別的制御、さらに監督に対する行政訴訟によるレビューの組み合わせというメカニズムは、日本の経済行政法スキームを理解し、改善する視点を提供するものであろう。

(4) 行政による監督・監視とその規範

イ. 直接制御としての監督・監視

民事損害賠償という行為義務の確保手法はいずれにせよ間接的なものであり、ドイツ証券取引法は、直接制御手段として、連邦金融監督庁の権限規定において証券業務にかかる濫用行為の防止・除去のための命令権限につき定める(4条1、2項)とともに、31条以下の行為規範に関するガイドラインの定立権限を定める(35条4項)。上記5.(1)で触れたように、後者は、従来の行政の行為形式とその法的規律との関係において興味深い問題を提起する。

行政機関の個別具体的な権限としての命令権限は、危険防除を目的とした経済行政法上の伝統的な手法である。証券取引法4条1項の、「①連邦金融監督庁は、本法の規定に従って監督を行う。②連邦金融監督庁は、その職責を果たすに必要な限り…(中略)…証券業務・証券付随業務の正常な実行に悪影響を与える若しくは金融市場に著しい悪影響を与えかねない不都合な状況の改善に努めなければならない」という文言を、ドイツ信用制度法上の監督規定と対比すると、同法においては、「信用機関に対する監督」が規定されている(同法6条)のに対して、証券取引法では、「本法の規定に従った監督」と規定されており、ここからも、証券取引法の監督が市場参加者を広く対象とした市場監督(Marktaufsicht)であることが看取される¹⁵⁸。

証券取引法35、36条においては、報告徴収や検査という補助的手段についてのみ、秩序罰という義務履行確保手段(同法39条)を持った権限が置かれるに

¹⁵⁶ 日本における取締法規につき、証券取引法も含め類型化して考察を加える山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)239頁以下も参照。

¹⁵⁷ 関連して、斎藤誠「行政訴訟・民事訴訟の狭間と権利救済」磯野弥生他編『現代行政訴訟の到達点と展望(宮崎良夫先生古稀記念)』(日本評論社、2014年)25頁以下を参照。

¹⁵⁸ Bliesener, D., a.a.O., S116.

とどまる。同法 31 条の行為義務違反の場合の監督も含め、命令については一般権限規定としての同法 4 条が根拠となる。35 条、36 条はその内容からすると、4 条を排除する特別法ではなく、そもそも、同法 6 章の行為義務規定は、同法 4 条等が含まれる 2 章の権限規定とは別途、連邦議会の審議で追加されたものでもある¹⁵⁹。

ロ. 弊害 (Mißstand) 防除

経済監督法における弊害ないし弊害防除概念は、一般警察法における危険ないし危険防除という概念（上記 3. (4) を参照）に対応した、不確定法概念¹⁶⁰である。証券取引法 4 条においては、証券業務等に対する悪影響と、市場に対する著しい悪影響が条文上の要件になっているので、弊害要件を充足するには、過去・現在・将来における違法行為およびその可能性だけでは足りず、反復性や他の業者への波及といった観点から要件該当性が判断される。

上記 3. (4) でみたように、警察法上の危険防除の特徴のひとつは、行政の法律への厳格な拘束であり、弊害行為に該当するかどうかの判断についても、原則として、行政の判断余地（要件裁量）は認められず、行政裁判所の全面審査に服する¹⁶¹。

それに対して、弊害の防除要件を充足した上で、どのような命令（処分）を発動するかについては、一定の裁量権が認められ（効果裁量）、命令が必要か否か、命令と弊害が比例的か、という観点から司法審査がなされる。

ハ. 行為義務に関するガイドライン

行政監督手法として、命令とその違反行為に対するサンクションに加えて、証券取引法 35 条 4 項は、同法 31 条以下の行為義務・組織上の義務が充足されているかどうかについて通常の場合の（für den Regelfall）基準を示すための、ガイドライン定立権限を連邦金融監督庁に付与している。ガイドライン作成にあたっては、連邦金融監督庁は、ドイツ連邦銀行および経済関係組織の連合団体と協議することが必要とされている。

証券取引法 31 条に関しては、1997 年 5 月 26 日にガイドラインが公表された

¹⁵⁹ Bliesener, D., a.a.O., S.116f.

¹⁶⁰ 法令等で定められている行政行為の要件が抽象的なものとどまる場合の当該要件を指す概念。塩野・前掲注 101) 126 頁以下を参照。

¹⁶¹ Bliesener, a.a.O., S.118ff. なお、2008 年以降、4 条に基づく一般処分によって、株式の空売り規制がなされ、次いで 2010 年に同規制にかかる法改正がなされたことにつき、松井秀征「海外金融法の動向（ドイツ）」『金融法研究』27 号 134 頁以下を参照。同法における一般処分の位置づけについて、Assmann, H.-D./ Schneider, U.H.(hrsg.), a.a.O., S.26 [Assmann]を参照。

が¹⁶²、同ガイドラインは、同法 31 条 2 項 2 号所定の顧客に対する情報提供義務について、例えば以下のような規定を置いた。

ガイドライン 3. 2 説明内容

顧客には、必要な限りにおいて、遅くとも自己の注文が受理されるまでに、顧客情報を参照の上、自己の投資形態の特徴およびリスクについての情報提供、その他の重大な事情、例えば注文を制限する可能性、特に変動幅の小さな市場に限定する可能性、および注文の最小限度につき指摘がなされなければならない。これは、標準化された情報パンフレットでもって足りる¹⁶³（以下略）。

このガイドラインは、証券取引法上は、直接外部効果をもたない行政規則（*Verwaltungsvorschrift*）として制度設計されており、法律の授権を受けて外部効果をもつ省令等の法規命令（*Rechtsverordnung*）とは異なる¹⁶⁴。後者の例として、同法 34 条の規定する証券業者の記録義務に関して、同条 1 項所定の記録の詳細については、同条 4 項が連邦財務省による省令を定めることができる旨規定している。

一般行政法における行政規則の位置づけは、行政機関が下位の行政機関に対して出す、一般的・抽象的な命令・指示であり、行政内部における法解釈や運用につき、統一を図る機能を果たす。上位機関の内部監督権の一種としての指示権（*Weisungsrecht*）に基づく。

証券会社や顧客との関係（外部関係）においては、連邦金融監督庁はガイドライン違反の行為があった場合、証券取引法 31 条の義務違反があるものと推定し、手続を進める。しかし、同法 31 条違反があるかどうか、そして同法 4 条の命令の対象になるかどうかは、個別に法令により審査しなければならないし、行政裁判所もガイドラインによらず適法・違法を判断する。

ガイドライン違反から、法律違反を推定するのは行政機関限りのことであり、裁判においてガイドライン違反を法律違反の表見証明（一応の推定）に用いることはできない¹⁶⁵。連邦金融監督庁の側でも、ガイドラインは内部基準であるから、例外的な場合など、根拠があればガイドラインとは異なる判断をすること

¹⁶² Bundesanzeiger, vom 3. Juni 1997, S.6586. ガイドラインは、法律・法規命令ではないので、発効のための告示は必要でないが、ドイツ証券取引法 35 条 4 項がその公表を要求している。

¹⁶³ 訳は、角田美穂子「(民事法研究会) ドイツ証券取引法上の信用機関の行為義務に関するガイドライン (訳)」*亜細亜法学* 35 卷 1 号 (2000 年) 275 頁によった。

¹⁶⁴ Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.25f [Assmann].

¹⁶⁵ Vgl., Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (hrsg.), a.a.O., S.1756f [Koller].

になる¹⁶⁶。

二. 外部効果に関する議論

行政規則についても、何らかの外部効果が認められるか否かについて、一般行政法のレベルでも議論の蓄積はあり、特に、補助金交付に関する行政規則のように、法が交付につき行政の効果裁量を認めている場合に、その裁量権の行使につき定めるものについては、平等条項の適用や行政の自己拘束という根拠で、ある種の外部効果が認められてきた¹⁶⁷。

しかし、証券取引法 35 条ガイドラインは、法律が規定する要件の「通常の場合」を想定した解釈に関するものであり（いわゆる解釈基準）、31 条以下の要件に関する行政の裁量（判断余地）が認められない以上、ガイドラインに外部効果はない¹⁶⁸。しかし、現実の機能としては、ガイドラインの改訂なしに、連邦金融監督庁がガイドラインと異なる見解により監督を行うことは困難であるし¹⁶⁹、ガイドライン定立時に証券業者のみならず投資家も含む関係団体の意見を聴取していることから、その適用が連邦金融監督庁にとって容易であるという面もある¹⁷⁰。

その後、33 条の組織整備に関するガイドラインが公表され、31、32 条にかかるガイドラインも改訂されたが¹⁷¹、2007 年証券取引法改正に伴っていずれも廃止された¹⁷²。ガイドラインに規定されていた内容も含め、現在は行為義務・組

¹⁶⁶ Bliesener, D., a.a.O., S.126f.

¹⁶⁷ 前掲注 102) の文献を参照。

¹⁶⁸ Bliesener, D., a.a.O., S.128f. Hirte, H./Möllers, T.M.J. (Hrsg.), a.a.O., S.1727ff [Haussner] も、同ガイドラインは裁量基準ではなく、環境法分野にみられる「科学技術の水準」に関する基準とも異なるので、外部効果はないとする。日本においても、通説は解釈基準に外部効果はないとする。塩野・前掲注 102) 102 頁以下、塩野宏・高木光『条解行政手続法』（弘文堂、2000 年）140 頁以下を参照。

¹⁶⁹ Assmann, H.-D./ Schneider, U.H. (Hrsg.), a.a.O., S.1251f [Schneider]. は、証券取引法 21 条の届出義務にかかる 29 条所定のガイドラインに関し、公表という観点から、ガイドラインを公衆に対する行政の拘束の情報提供と捉えている。なお、課税庁が従来の取扱いを変更するにあたり、「通達を発するなどして変更後の取扱いを納税者に周知させ、これが定着するような必要な措置を講ずべき」場合があるとした最判平成 18 年 10 月 24 日民集 60 卷 8 号 3128 頁も参照。

¹⁷⁰ Bliesener, a.a.O., S.130.

¹⁷¹ [組織義務ガイドライン] die Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 33 Abs. 1 WpHG vom 25. Oktober 1999 ("Compliance-Richtlinie"), BAnz.1999, S.18453. [行為義務ガイドライン] die Richtlinie gemäß § 35 Abs. 6 WpHG zur Konkretisierung der §§ 31 ff. WpHG für das Kommissionsgeschäft, den Eigenhandel für andere und das Vermittlungsgeschäft der Wertpapierdienstleistungsunternehmen vom 23. August 2001 ("Wohlverhaltens-Richtlinie"), BAnz.2001, S.19217.

¹⁷² [廃止回報] "Aufhebung der Wohlverhaltensrichtlinie, der Complaincrichtlinie und der Mitarbeiterleitsätze" von 23.10.2007. 2007 年法改正は、2004 年 EU 金融商品市場指令

織義務の詳細に関しては、法 31 条 11 項の委任による法規命令たる省令と、純然たる通達である回報 (Rundschreiben) が扱っている¹⁷³。

もともと、証券取引法 35 条 4 項及び、同項により行為義務にかかるガイドラインを行政機関が定めるという、独自の法形式の存在自体は否定されていないので、以下、その一般行政法における意味につき若干の検討を加える。

ホ. 一般行政法における意味と日本法への示唆

(イ) 法形式と機能の差異

法律に規定のある「行為義務+ガイドライン」という規制手法を、裁判において適用されるルールかどうか、という一般行政法が準拠してきた評価軸からとらえると、ガイドラインは法の解釈に関する内部規則であって裁判規範ではない、という答えにとどまってしまう。確かに、形式面では、同じ法律のなかで、法規命令の道を選んだものと名称・公表方法につき明確に区別がなされている。

しかし、法律に規定のある「行為義務+ガイドライン」という規制手法を機能の面からみれば、基本的内容は法律で定めつつ、関係者のゆるやかな合意を得ながら規制を具体化することによって、実効的な規制を図るというスキームであるといえる。法規命令・行政規則二分論と裁判規範性の有無による類型化だけでは、かならずしもその意味を汲みとることはできない。これを一般行政法の側で、発展可能性をもったスキームとして受け止めるためには、法規命令の場合であれば、法律との適合性すなわち適法性論による評価が一義的であるの

(Richtlinie 2004/39/EG vom 21.4.) を国内法化した「金融商品市場指令転換法」

(Finanzmarkttrichtlinie-umsetzungsgesetz, FRUG) による。Vgl., Assmann/Schneider, U.H.(hrsg.), a.a.O., S.13, 25f [Assmann], 1756f [Koller]. 廃止回報は、ガイドライン廃止後も、組織義務ガイドラインの内容の一部は今後も妥当し、他も法 33 条の要求にかかる「ベスト・プラクティス」として参照し得るとしていた。

¹⁷³ [省令] Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDVerOV) vom 20.7.2007, BGBl I 2007, 1432 [同 2011 年改正] BGBl. I 2011, 538. [回報] Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (「法 31 条以下による証券業者のコンプライアンス機能及び他の組織および透明化義務についての最小限要求」、略称 MaComp) Geschäftszeichen WA 31-Wp 2002-2009/0010, 7. Juni 2010 | zuletzt geändert am 7. Januar 2014.

MaComp は、同文書の前注によれば 31 条以下の解釈運用に関する行政実務の集成であり (モジュールの集成、ハンドブック)、それらに一覧性を持たせている。行政機関側が 31 条以下の義務の必須遵守と考える事項、例外が認められるとする事項、推奨にとどめる事項を表現上も書き分けている。従来の 35 条ガイドラインの、内容/形式面での EU 指令適合性 (ガイドライン、指令ともにドイツ語では Richtlinie である。一般に早くから、指令の転換につき (法律、法規命令でない) 行政規則ないし行政実務慣行による転換が認められていなかったことにつき、例えば、大橋洋一『行政法学の構造的変革』(有斐閣、1996 年) 319 頁以下を参照) や、省令+MaComp の 35 条ガイドラインとの比較など、詳細な検討は他日を記したい。

に対し「法律に規定のあるガイドライン」の場合には、別途の評価軸も必要となろう。そうした評価軸のひとつとして、例えばガイドラインの定立手続の意義が挙げられる¹⁷⁴。

(ロ) ガイドライン定立手続におけるパブリックコメント

1997年のガイドライン定立過程では、数次の非公式ヒアリングの後、証券取引法35条4項(1994年法では35条6項)所定の経済関係組織の連合団体に意見表明の機会付与とヒアリングが実施されたが、連邦金融監督庁は同項の対象となる団体につき、限定的な解釈をとった。投資家・消費者側の団体としては、ノルトライン・ウェストファーレン消費者センター、ドイツ投資家保護団体、小規模投資家の保護協会および投資顧問・アナリスト協会がヒアリングの対象とされた¹⁷⁵。

アメリカにおける行政委員会のルール・メイキング手続や、日本で2004年に導入された意見公募手続(行政手続法38条以下)が、広く一般にコメントを求めるのに対して¹⁷⁶、証券取引法の場合には、連邦金融監督庁の解釈以前に、法律の要求する意見聴取の範囲が狭い¹⁷⁷。利害関係団体の参加・関与という伝統的な手法に則ったものとも考えられるが、市場のグローバル化や、企業と投資家・消費者における組織化の差異といった、規律対象の今日的性質からすると問題を含んだものともいえる。

(ハ) 日本法への示唆

日本法の場合、金融・証券行政において、本来は行政内部のルールを定めるはずの「通達」が、事業者や事業者団体を名宛人として出されていたことの問題に典型的なように、閉じた空間で形成されるインフォーマルな行政の手法は、1990年代以来むしろ克服すべき手法として捉えられてきた¹⁷⁸。

¹⁷⁴ 日本の意見公募手続(行政手続法38条以下)は、法規命令だけでなく、審査基準等の行政規則(の一部)も等しくその対象とし、「法規命令—行政規則の二分論を凌駕するもの」とも評される(野口貴公『行政立法手続の研究』(日本評論社、2008年)232頁)。もっとも、手続の対象となる審査基準には解釈基準も含まれるものの、裁判における解釈基準の位置づけは従前と同様とも考えられる。他方で、マクロの視点では、法規命令と、法律に規定のあるガイドラインで、なお適法性基準と手続基準の位置づけに差異がありえるのではないか。

¹⁷⁵ Bliesener, D., a.a.O., S.132.

¹⁷⁶ 野口・前掲注174)3頁以下、117頁以下、230頁以下参照。アメリカSECとの対比につき、Vgl., Bliesener, D., S.132.

¹⁷⁷ Hirte, H./Möllers, T.M.J.(hrsg.)a.a.O., S.1729 [Hausner]は、同条の「関連経済団体」には消費者保護団体及び労働組合は含まれないとする。

¹⁷⁸ インフォーマル行政の一般論および通達の自己拘束性、禁反言との関係など、租税通達

他方で、市場の自主規律の強調や、そこで妥当すべき「ソフト・ロー」の探求といった方向性も、実務と学説において強まっているが、対処が求められている事象は、当然ながら、事前規制か事後チェックか、自主ルールか法規制かといった、単純な割り切りで済む事柄ではない。さまざまな手法を組み合わせるとともに、それを適切に評価できる軸が求められるのであって、経済行政法の一部門における「私人の行為義務」と「法律に規定のあるガイドライン」という監督・監視手法も、そうした観点から参照に値する¹⁷⁹。

そして、3章でみたように、一般行政法と個別法の間「中間レベル」での行為形式論の構築が実り豊かなものになるとすれば（3.（6）参照）、その素材を示すものであり、なおかつ、「中間レベル」における任務連関性—私人の地位—行政組織の結びつきと、そこにおける法の役割を検証する素材でもある。行政法のより大きな文脈でみれば、このような手法と仕組みを含め、「規律化された自己規律」や「民事的規整と行政規制の調整と補完」が、経済行政法と一般行政法のインタラクションという動的過程において、大きな地歩を占めることも確かである¹⁸⁰。

6. むすび

以上、経済監督および経済行政法の成立過程、（経済行政もその1つであると

を中心に、従来取り上げられていた論点については、ここでは立ち入らない。東京地裁平成14年9月10日判決（証券取引法違反、商法違反被告事件）は、平成9年の「資産査定通達」について、内容、公表方法等を審査して、商法32条2項（現会社法431条参照）の「公正なる会計慣行」に該当し、同項を介して「法規範性を有する」と説示している。同判決は「公正なる会計慣行」自体の法規範性の論拠・手続も含め、新たな問題を提起したものと見える。同控訴審判決（平成17年6月21日判時1912号135頁）も、平成10年3月期決算期において、同通達に基本的に従うことが唯一の「公正なる会計慣行」として、結論を是認したが、最判平成20年7月18日刑集62巻7号2102頁〔金商百選75事件〕は、「過渡的状況のもとで、同通達等の示す方向性から逸脱」する査定も違法とはいえないとした。また、同じ被告に対して民事責任が問われた訴訟で、東京地裁平成17年5月19日判決（判時1900号3頁）は、同通達につき、同決算期において原告の「唯一の規範として拘束力を有することの周知徹底が図られていたとは到底できない」として請求を斥けている。国際会計基準との関係も含め、久保大作「商法上の会計規範の決定に関する一考察（1）」法協124巻12号（2007年）1頁以下、原田大樹「国際会計基準採用の法的課題」ジュリスト1380号（2009年）2頁以下を参照。

¹⁷⁹ 法律に規定のない、本邦の「金融検査マニュアル」の性質と機能につき、野村修也「金融行政の新しい手法」金融法研究20号（2004年）79頁以下、斎藤誠「公法的観点から見た銀行監督法制」同誌同号73頁以下を参照。

¹⁸⁰ Vgl., Grim, a.a.O., Franzius, C., Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, GVwR I, 2Afl., 2012, S.203ff. 銀行監督法における論点呈示として、斎藤・前掲注179) 74頁。自主規制を含む「行政介入のパターン」につき、佐藤・前掲注1) 461頁以下、保障行政という枠組みでの理論展開として、板垣・前掲注95) 49頁以下、511頁以下を参照。

して位置づけられる) 行政任務・目的論と行政法理論の関係、経済行政法的一般行政法への影響の理論化とその具体的検証について、主としてドイツにおける議論によりつつ論じた。日本における体系すなわちシステムとしての経済行政法論の定立には、なお考察すべきことは多いが、その基礎作業としてなにがしかの意味が認められれば幸いである^{181, 182}。

以 上

¹⁸¹ 本稿第一稿の作成は、2006年になされた。その後の法改正に関する情報も含め、文献のフォローアップに努めたが、欠も多い。その点も含めて文責はすべて筆者にある。

¹⁸² 最終校正の段階で、角田美穂子『適合性原則と私法理論の交錯』(商事法務、2014年)に接した。同書の第2部第4章は、本稿5.(3)で扱った、ドイツ証券取引法31条所定の行為義務の法的性質と同条違反行為の民事法上の効果につき、「機能上の民事ルール」という概念による最新の理論動向を含め(同208頁以下)、詳細に分析している。是非参照されたい。

(附編目次)

A. 序論	57
B. 行政と行政法の任務連関性.....	59
I. 行政法の任務連関性の議論について.....	59
II. 任務連関性を意味付けるための理論枠組み.....	61
III. 行政任務群の類型化.....	64
1. 任務(とその重点)の多様性.....	64
2. 任務の類型化.....	65
C. 行政任務の類型における、任務適合的な決定条件の組み合わせ.....	66
I. 危険防除(Gefahrenabwehr)の例における執行行政.....	67
II. 計画における形成機能.....	70
III. 金銭給付の例における執行行政.....	74
IV. 社会福祉サービスの例における形成機能.....	76
D. 結論	78

A. 序論

改革の必要性は、典型的には、さまざまに変化する要求、とりわけ新たな挑戦によって基礎付けられる。それゆえ、重大な問題の圧力に直面して、国内および国際を通じて環境政策における変革の要求が、いたるところで示され、(行政)法の領域でもそれが表明されていることは、なんら驚くべきことではない。従来の道具立てによっては、成果を約束できる将来への配慮は不可能に見えるので、環境問題による法の新たな方向付けが宣言され、それはまた一般行政法にも及んでいる。

より広い枠組みのもとで見れば、こうした考察のあり方は、国家任務(Staatsaufgabe)¹⁸⁴についての新たな議論と結びついている。そこでは、国家任

¹⁸³ 訳・斎藤誠。翻訳について、ヴァール教授から許諾を得た。文意に関する質問に応じてくださったこととあわせ、深甚の謝意を表す。

Wahl, Rainer, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in : Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Schuppert, W.F.(Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S.177.

I am deeply grateful to Prof.Dr.Wahl for his permission.

原文のイタリックは斜字体とし、()はそのまま()に、》《は「 」で受けた。語を訳者が補った部分は[]で示した。原注は省略している。

¹⁸⁴ 以下では、Aufgabe に、原則として任務の訳語を宛てるが、行政が「任務」として引き

務の大きな変容と、そこからもたらされる行政への注目すべき挑戦が、配慮国家ないし予防国家という標語のもとに確認される。ホフマン・リーム (Hoffmann-Riem, Wolfgang) は、原則を示す形で、(グローバルな) 環境問題の実際的な挑戦から導き出される法の改革要求を提示した。

ホフマン・リームは、環境危機をまさしく改革の必要性に対する触媒と位置付け、法の全体における包括的な改革プログラムの枠内において、行政法に対する具体的な要求を挙げている。彼による一般的な目的設定は、リスクへの配慮と危険防除に向けた国家の適時な行為を可能にすることにある。それゆえ、彼は、侵害的な行政活動の伝統的かつ法治主義的な限界を修正すること、および、法において、再審査と修正の留保を組み入れることを提示する。このような具体的提案によって、改革への努力の方向性を示すことで、彼は、緊要な課題の解決に向けた公法の貢献を強く促している。この改革構想の枠組みにおいて、法の貢献とその能力に対する期待の地平 (Erwartungshorizont) は、以下のように具体的に示されている。

「このような複雑な課題と関係のない行政法規はない。今日の行政法は、主として決定の成果に向けられており、決定や実施のプロセスに向けられていることは少ない。行政学において、行政活動にとって決定的に重要な制御要素とされる、人員、組織、そして行政の手段と手続は、その制御力が部分的には規範プログラムにおいて受容できるにもかかわらず、行政手続法においては、これらの投入についての規律がほとんどない」。

さらに、ホフマン・リームは、行政法の指向を、決定行動と実施における現実的条件の方により強く向けることを、世紀の課題として認識している。

このプログラムの構造において、ホフマン・リームは、具体的な法制度について、必要な変更の方向を示し、具体的提案を行っており、それらは概ね賛同に値する。しかし、そこで選択された出発点——積み重なる事実上の挑戦と、現在および将来の法の対置——にはより詳細な分析が必要である。とりわけ、新しい挑戦と新しい任務から、法の改定の必要性を導くことの正統性が考究されねばならない。確かに、(一般) 行政法も、そのような変容に影響されるように見えるが、任務の変容が、それに対応した法の改定の必要性をもたらすことは、それほど単純ないし一義的ではない。すべての課題とそこから出てくる要求が、そのまま法との関係を持っているものではないし、すべての制御要求が、法の効力範囲にあるものでもない。事実上の課題による挑戦から、法の改革要求へといたる思考の回路は、この良く知られ争いのない認識からすると、複数の媒介の段階を必要とする。

まず、関連の構造を的確に位置付ける必要がある。そのより詳細な考察 (下記 B. II. 参照) に先立って、ここでは、2つの重要な中間項について示してお

受けるか否かにかかわらず存在する現象としての Aufgabe を指す (面が強い) 場合は、「課題」と訳す。

く。事実上の現象としての問題の圧力と挑戦が、新たな国家任務・行政任務を導き出す（あるいは既存の任務に新たな意味付けがなされる）。そして、それぞれの任務から、任務実現のためのさまざまな道具と（制御）手段への視角が生まれるが、法はそのうちの選択肢の1つにすぎない。

事実上の課題による挑戦は、通常は、確かに、行政への新たな要求（と新たな行政課題）に至る。しかし、それを超えて行政法にも新たな要求がもたらされるのかどうかは、行政法と課題（任務）の連関性（Aufgabenbezug）[任務連関性]を持っているのかどうか、持っているとしてどの程度かに左右される。そこで、行政法の任務連関性というテーマの中心的な意義に鑑み、以下の順序でこのテーマを考察する。まず、B. においては、行政法学における任務連関性の議論の蓄積について取りあげ（I.）、次いで、独自の考察を展開するための準備作業として、任務連関性の分析にあたって、理論的な関連の構造について考察し（II.）、最後に、行政の任務領域の（部分的な）類型化を行う（III.）。

その後の行論においては、任務連関性は行政のすべての活動に共通ではなく、さまざまな種類の行政領域で差異をもって分析するというコンセプトを基底におく。C. において、この構想を4つの任務領域を例にとって具体的に分析する。D. では、この分析から得られたいくつかの帰結を示す。

B. 行政と行政法の任務連関性

I. 行政法の任務連関性の議論について

上記で指摘した行政法の任務連関性の問題は、決して新しいテーマではない。例えばそれは、1972年の国法学者大会のテーマと特徴的に関わっている。そこでは、「行政の現代的課題を前にした行政法のドグマティック」が、ブローム（Brohm, Winried）・バッホフ（Bachof, Otto）の両報告と討論において、詳細かつ論争的な議論の対象となった。それ以前にも、バドゥーラ（Badura, Peter）によって、変化する行政任務ないし行政目的という基準により行政法学を新たに方向付ける理論が追求されていた。バドゥーラは、行政目的への方向付けによって、行政法の思考が社会変化に対する開放性を持つことを期待し、「自由主義的法治国のシステム思考を、危険防除、賦課金の賦課、給付、指導といった行政手法の目的と…基礎において不可分に結びついた、社会的法治国の思考で、系統的に補充することによる」「行政の理論」の新展開を、研究プログラムとして支持した。任務変遷による行政法の変遷という直接の導出関係を、公準として仮定したものといえる。

同様に、国法学においても国家任務論の必要性が再三説かれてきた。任務論には、社会の根元的な発展に憲法理論を内容的に（再度）結びつけ、また「より国家によるべきか、より市場に委ねるべきか」という2つの公準の間で揺れ動く規制政策の議論における基準を提供することが期待されている。近時の国家学そして政治学のテーマにおいても、国家任務論の再生という人目を引く状

況が生じている。そこでは特に、一方では国家課題の変容と、他方では国家の行為様式と制御能力の変容と、それぞれの関係に焦点が当てられている。さらに、国家目的論も、それが19世紀において原理的な危機に陥って以来の再生の試みが登場している。ここで取りあげているテーマとの関係で興味深いのは、歴史的に見れば、国内の安全から、自由、社会的正義、そしてまた新たに環境国家へと国家目的が展開し、同時代の問題状況の核心として認識された——それは、それぞれが内在的に持つ命題立言でもある——ことである。

しかし他方で、行政法の任務連関性の生産的意義は、基本的に懐疑的、否定的に解されてきた。1972年にバツホフが、こうした批判を古典的なあり様で定式化した。すなわち、目的・任務により導かれた概念と分類は、行政法の内的法システムの問題発見的、解釈的、批判的機能に鑑みれば、無意味ではない。しかし、それは法概念ではないため、それに基づいて法システムを形成することはできない。逆に、彼にとって重要な「内的法システムに結び付けられ、システムを構成する概念」は、行政任務に特有なものではない。さらにバツホフは、特別行政法の法律素材群を任務によって位置付けることは、「重点的にのみ可能である」ことを強調する。任務に関連した概念に、精密な弁別性が欠如しているというこの基本的考えは、一般に通用している侵害行政(Eingriffsverwaltung)・給付行政の区別についても、以下のように的確に表現されている。仮に、「秩序行政(ordnende Verwaltung)」と「給付行政」を適切に区別したとしても、「そのように表現された任務領域、そしてそれが追求する目的、さらにはそれに投入される行為形式と手段は、さまざまに結合し、交差し、浸透するので、あいまいな輪郭を持った法的構造化すら、そのような観点からは不可能である」。

活動の任務連関性を具体的な事案における決定（そして裁判実務に資する判例法のシステム化）に直接利用することに対するバツホフの批判は、その限りで正鵠を得ている。さまざまな行政任務の区別は明確ではなく、決定力を持たないので、種々の法的規律の出発点、そして、具体的な行政法規ないし行政制度の構成要素にはなりえないという帰結が生ずるのは、何ら驚くべきことでない。任務論議について、解釈論的な問題に直接寄与するという期待を持つとすれば、失望に終わる。こうした期待の要素は、さまざまな行政目的ないし行政課題を基礎として行政法の制度を新たに構築し、あるいは、行政法の制度内に、相異なる行政課題への帰属における重要な差異を発見しようとするバドゥーラの試みにもなお存在している。

法の任務連関性に関する考察のほとんどが、任務「変遷」の確定によって触発されたものであるという観察から、われわれは分析をさらに進めることができる。しかし、この変遷を基礎にして、法における変遷を期待すると、黙示的に（現在の、そして未来の）法は、任務連関性を持つということから出発していることになる。

変遷への着眼は、それがなければ見過ごされる任務連関性というテーマを認

識させるものの、任務の意義に関する理論的な処理を欠くために、多くの場合、短絡的に、任務の変遷を法の変容必要性と結びつけて終わっている。任務変遷の状況は、正確には、多層にわたり媒介された連関として（また、ある任務連関性の重要性が高まるという認識で）位置付けるべきである。任務変遷は、行政法の適切性と能力だけに、あるいはそれに主として関わるものではなく、むしろ、より包括的に行政の総体と関わるものである。事象による新たな挑戦と変遷する任務に対しての、国家およびその実際の活動を担う行政の問題解決能力が問われる。法としての行政法もまたこの問題設定と挑戦に関わるが、それは、法が問題の解決に寄与する限りにおいてである。

任務というテーマ設定は、法を、行政任務の実現に資する他の道具とともに道具として位置づけることになる。任務連関性は問題関心を、法の内的視点から外的観点へと導く。そこでは手法の多くが協働して任務実現に向けられる。こうした背景から、任務連関性という定式は多義的であり、他の選択肢とともにより具体化されなければならないことがわかる。行政法にありうる内的な（＝解釈論的な）任務連関性の意味と並んで（あるいはその前に）、その行政法にとっての外的な意味を問わなければならない。

すなわち、どのような挑戦が行政の総体（法規制、組織、人員および物的、財政的手段の投入組合せとしての）に特定の任務を課すのか。そしてそこから、どのようにして、ある特定の任務領域における行政法の役割が詳細かつ特定のに定まるのか。この視点からは、問題設定は以下のようなになる。

さまざまな課題が行政法に特有な要求をもたらすのか、もたらすとすればどのようなか、そして、行政法に任務従属性を見出しうるのか。行政と行政の管理自体にとっての任務従属性は自明であるうえ、社会科学としての行政学において、それは前提となっている。しかし、行政学と並んで、行政法とりわけ一般行政法が、その制度装置において、同程度に同様の範囲をもって、異なる行政任務ごとに差異をもたなければならないのか、そして任務特有の規律を作成しなければならないのか、それは、補足的考察を必要とする第2の問いである。

以上を踏まえると、行政目的という標語のもとにバドゥーラが論じた行政の主要任務領域（Hauptaufgabengebiete）は、次のようにいえる。危険防御、賦課、計画（プログラム）と経済誘導、社会（保障）活動と学問の助成、これらの行政領域はすべて、その任務充足に関して、計画、組織、人員、および財政の組み合わせられた投入としての行政という、固有の要求を行うものである。

II. 任務連関性を意味付けるための理論枠組み

次なる課題は、先行業績との対話で得られた知見を、理論枠組みとして提示し、同時に、事象からの挑戦と行政法における個々の応答の間のより広い連関関係をシステム化し、見通しを良くすることである。システム理論におけるインプット・アウトプットモデルが、その枠組みとして考慮に値する。

より一般化すれば、国家を丸ごと、システムとして解釈することができる。それは、内的な（決定）構造によって問題を処理する、言い換えれば、システムに作用するインプットは、結果として、全体システムのアウトプットへと変化する。この考え方においては、事象からの挑戦ないし現在の差し迫った課題が、大きな、あるいは巨大な処理システムとしての国家へのインプットになり、他方で、この挑戦に対する反応としての国家の活動の結果が、アウトプットを構成する。

同時に、事象からの挑戦は国家における活動の結果を測り、評価する基準として働く。国家による実際のサービス、活動の成果が、挑戦に対して無力であることが明らかになれば、不満が生まれ、不十分な活動が批判される。そして、以下のことが生じる。現在の要求に対する国家の対応の成否が判断されるシステムの場所が、アウトプット、すなわち国家活動の全体的成果である。改革の観点からは、まず、行政システムのアウトプットに視線が向けられ、翻って、より良い（あるいは挑戦により良く反応する）成果をあげるべきならば、見直しの必要な制約の諸条件が問われる。

行政の全体的成果は、行政の営みすべてによる重要なアウトプットであるが、当然ながら、（行政）法によってのみ規定されるものではない。アウトプットは、一連の、決定条件（*Entscheidungsprämisse*）[決定の前提条件]と呼ばれるファクターに依存する。そこには、プログラム（法や行動プログラムのような決定内容の規律）だけでなく、組織、人員、そして手続の構造が含まれる。

重要な結論は、まずは単純に見えるインプット・アウトプットモデルと全体的成果から、その制約条件を求めるといった典型的な逆推論によって導き得る。多くの問題領域では、法という条件なしに、他の決定条件によって成果をもたらされる。のみならず、法は他の条件との協働によって成果をもたらし得る。

この決定条件の問題と関わる限りで、行政学では周知の公準である任務適正な組織そして、任務に適正な人員の投入を論点として取りあげる。

強調されるべきは、この公準とその維持は、（行政）法によっては制御されないことである。組織形態を特定の任務や法プログラムに結びつける基準を持ち、確定する（十分な）法的規律は存在しない。「正しい」組み合わせを見つけるのは、行政技術の問題である。行政法の視点からは、行政に関して、法によって制御されないものはなんであれ、概して行政「技術」ないし行政政策と呼ばれる。実際には、技術学なり実務そのものなりが問題になるというよりも、行政学が行政のさまざまな非・法的な次元ないし観点について述べている、すべての理論的・システムの知見を、どのように（法的に）変換（*Umsetzung*）できるのかが問題なのである。行政技術であれ、行政学に導かれた実務であれ、そこでの（行政）法の役割は限定されている。それは行政のアウトプットの一部を——それは重要な一部であることも周縁的な一部であることもあるが——制御するにすぎず、行政の全体的成果を制御するものではない。

行政のアウトプットが、行政法の内側にある決定条件に起因するものか、それとも行政法の外側の条件に起因するものであれば、それに対応して、行政課題の変遷に対して生ずる行政の適応もまた、行政法あるいは他の決定条件に関わりがある。ここで、新たに固有のテーマとして浮上するのは、法、とりわけ一般行政法がその文脈において、行政課題の変遷に反応する動因を持っていたか、そして現在も持っているかである。そして、行政の全体的成果にとって重要なのは、決定条件の「正しい」組み合わせ、任務に適した組み合わせを発見できるかどうかであることに鑑みると、行政法の任務連関性に関する問いも、より正確に定式化すると以下のように示すことができる——行政法が、課題に適した決定条件の組み合わせの形成に貢献できるかどうか議論の対象であり、行政法の側では、課題の事象としての構造に方向付けねばならないのか、そして、多くの領域で、任務に典型的な制度、任務特有の規律を形成しなければならないのかである。

事象による挑戦と行政法の改革要請の間の媒介・導出の階梯は、中間的な取りまとめとして、以下のように示すことができる。

1) 状況から、そして差し迫った問題からの挑戦は、大きな、あるいは最大の処理システムである国家に対するインプットを形成する。

2) 事象からの挑戦は、同時に国家の対応の成果を計測し、判断する基準としても機能する。

3) 国家という全体システムにおける問題処理の第1かつ根本的段階は、具体的挑戦に直面して、遂行されるべき国家任務は何かという問いを新たに立て、決定しなければならないことである。国家はまず、選択と決定のプロセスとして、国家任務の種類と範囲を新たに確定することによって、事象からの挑戦に対応する。

国家任務の最重要部分は、行政という下部システムにおける行政任務として現れる。それは、行政という活動システムへのインプットの重要な要素を構成する。

4) 行政のアウトプットは、一連の決定条件に依存する。法は1つの条件であるが、唯一の条件ではない。事象からの挑戦と新たな行政課題に対する行政の適切な対応は、さまざまな条件を組み合わせ、任務に見合った総体構成へとそれを構築するところにある。

5) 行政の任務連関性の問いは、この考察によって、以下のように深められる。

行政法は、決定条件群の任務適合的な組み合わせの形成に際して、課題の実際の構造によって、特別に要求されるものを持つものなのか。

Ⅲ. 行政任務群の類型化

以上の考察から導かれる研究プログラムは、なお若干の点において、より精緻化差異化する必要がある。

1. 任務（とその重点）の多様性

任務の多様性という基本現象を考慮することなく、行政と行政法の任務連関について語ることはできない。まず、歴史の経過において、種々の行政任務が山積されていたことと、その帰結である任務領域の多元性を確認することができる。通説的な仮定に反して、自由主義的な 19 世紀においてすら、少数の任務が重点領域をなすというのではなく、他を凌駕する 1 つの重点があるということもなかった。任務の観点から見ると、19 世紀には、ドイツ行政史に驚くべき継続性があることを、エルヴァイン（Ellwein）が詳細に示している。最終的には、同世紀に国家による直接経営から経済の制御へといった任務の積み替えは生じたが、任務の減少が生じたわけではない。（経済）自由主義の影響がもっとも強かったときですら、ドイツの諸国家は、「夜警国家」ないし最小限任務国家ではなかった。例えば、交通、教育といった重要なインフラ整備が、プロイセンにおいては 19 世紀前半に生じていることは、1878 年の大きな内政転換後にはじめて経済に影響を与え、それを指導する道具立てがなされたという考え方への明確な反証である。

しかし、行政法学の発展という内的視点からは、別の見方が生じうる。新たな学問としての行政法の誕生は、実際に自由主義的一法治国システム思考の精神に拠ったことが観察でき、危険防除（Gefahrenabwehr）という任務領域の優越と行政法のシステムにとっての任務の重点化を確認することができる。そこで、数十年來にわたり、行政の現実における任務の多様性と行政法における任務に対する認知の不一致が生じた。1930 年代、フォルストホッフ（Forsthoff）による法問題としての生存配慮（Daseinsvorsorge）の「発見」は、給付行政の重要性の発見であり、行政法学においては大きな革新であった。しかしながら、その対象となる事象自体が 50 年以上前に生じていたこと、すなわち、いわゆる都市社会主義の進展のなかで、1860～70 年代以降、自治体による公的扶助やごみ処理といった現代的任務が掌握されていたことを指摘したからといって、フォルストホッフの功績をおとしめることにはならない。

現在においてさまざまな行政任務があることからすると、支配的な任務・目的の変動と連続というシェーマも注意して扱わねばならない。そのような発展図式は、歴史の長い縦断面において、例えば、以下のように説明されてきた。

中世における法＝権利の維持任務、初期近代の絶対主義国家における公共の福利任務、そして 19 世紀の危険防除国家的、租税国家的任務、20 世紀の社家国家的任務、計画と指導、そして、自然的生活基盤〔環境〕の観点からの事前配

慮と予防という国家ないし行政任務である。この発展図式を一見してわかることは、任務の1つが他の1つにとってかわるとか、あるいはあの任務かこの任務かといった選択プロセスではなく、既に存在する任務への補足と追加のプロセスであるということである。したがって、そもそも考察の切り口として、実際には広範囲に及ぶ変動を、例えば、危険防除から社会国家的行政へというように「何々から何々へ」という図式で描写するのは誤りということになる。確かに、20世紀における社会（国家）的任務の増大と、それが行政に与えた質的な意味は見逃せない。しかし、そこから、伝統的な危険防除任務の消滅ないし意味の減少を主張するとすれば、それは不当である。むしろ逆に、秩序法（Ordnungsrecht）や一般警察法は、廃棄物問題との関連で、今日でも再度登場しており、実際にも、いわゆる規制政策の範囲ないし意味の減少から出発する根拠はない。

このような考察を背景にすると、バドゥーラによる自由主義的行政法と社会国家的行政法の対比も過度の一般化を行っていることになる。行政の諸発展と現実とは、そのように一括りにすることはできない。

むしろ、さらなる考察の基底におく事実としては、任務の多様性が妥当する。行政は、国家任務の集積すべて、古い任務、新しい任務、華々しいもの、日常的なもの、そしてまだ実施されていないものすべてに関わる。行政の側から見れば、個々の時代においてかわるがわる登場した事象からの挑戦は、それぞれ克服されたのではなく、行政の継続的課題へと変化してきた。したがって、行政の任務構造は、多層に沈積し、積み重なった構造物である。このような行政任務の集積に対して、システム思考で対処しようとしても、失敗に帰する。しかしなお、（以下に述べることのテーゼでもあるが）行政と行政法の任務関連性に意味があるとすれば、以下のような意味においてのみである。任務関連性をより詳細で具体的な任務領域に集中して考察しなければならない（下記C. で論ずる）、また、考察の最初から、そのような「行政にとっての」重点的な任務の多元性を考慮しなければならない。多元性の考慮について、ここで求められるコンセプトは、行政目的という標語のもとになされた研究と交錯する。しかし、それとは異なって、さまざまな重点的な任務なり行政目的なりは、行政法にとって影響を与える変数としてのみ捉えられるのではなく、行政の成果に影響を与えるファクターの全体にとっての変数として理解される。このように把握された任務の契機からは、プログラム、組織、手続それぞれの任務適合性という公準、さらに、行政が任務実施の全体プロセスの構造において有している機能の任務適合性という公準が生ずる。この契機について、以下でより明確にしなければならない。

2. 任務の類型化

（確定的なものではないが）以下のような任務の類型化を試みる。

- I 危険防除の例における執行任務 (Vollzugsfunktion)
- II 計画における形成機能 (Gestaltungsfunktion)
- III (金銭) 給付行政の例における執行機能
- IV 福祉サービス (ソーシャルサービスの行政) における形成機能

ここでの考察は、これらの類型を理論的に導出しようとするもの——それは制御理論 (Steuerungstheorie) の文脈において可能なようにも見えるが——ではない。むしろ、実務的な観点、すなわち、個々の重点的な任務領域ないし行政目的における典型的な問題に関する経験から選択される。

類型化は、個々の制御すべき課題の特性、そして、課題の領域に即した問題設定、すなわち、課題への対応の結果、いかに「良い」成果がもたらされなければならないのかに向けられている。まず、伝統的な手法により、行政活動の内容を性質決定し、行政目的を危険防除、計画、給付 (おそらくこれは、金銭給付とソーシャルサービスに細分される) に分類する。しかし、ここでの構想は、任務実現のために (行政の全体としての成果のために) 重要なファクターすべてに関わることからすると、類型化の作業はより包括的なものでなければならない。したがって、活動内容にだけ関わるのではなく、行政がさまざまな課題の充足に際してなす作用 [の違い] も包摂して表現しなければならない。

それはここでは、類型化における作用という追加的観点、すなわち執行作用と形成作用の差異を顧慮するという点に現れる。そのようにして、国家という全体システムのなかの課題実現プロセスで、行政が果たす固有の作用が考察の対象になる。そして、そこでは、一枚岩的に閉じた統一体としての行政があるのではなく、それぞれの任務への従属性のなかで、行政は執行的性格か、形成的機能のいずれかを有し、言い換えれば、外から定められる執行の道具であるか、より「政治的に」行為する形成主体として存在する。

この組み合わせによる類型化によって、まず、行政の複雑な任務領域 (重点的な任務) を、プログラム、組織、人員、手続を束ねた投入による固有の全体構成 (Gesamtconstellation) へと特徴付けることを試行する。おそらくこの工程はより細分化する必要があるが、選択された実際の工程によって、暫定的ではあるにせよ、[考察を] 実施し成果をあげることで、その任務に関する類型化の有益さについて決しなければならない。

C. 行政任務の類型における、任務適合的な決定条件の組み合わせ

以下では、特定かつ複雑な行政任務の実現には、任務に適合した決定条件の組み合わせが必要であるというテーゼを、歴史上の例、すなわち、危険防除の

法という古典的な〔成立時からある〕行政法の例によって例証する。

そこでは、行政法は、〔決定条件の〕複雑な全体構成のなかの一要素にすぎず、すべての要素の協業によってのみ、暗黙に前提とされた危険防除という特別な任務の実現が可能になることを示す。その際、古典的な行政法の像は、理念型として様式化されるが、若干の修正によって、今日的な危険防除の課題状況にも妥当する。次いで、他の 3 つの領域において、この基本テーゼを再度確認する。

〔決定条件の〕全体構成の要素としては、いずれの領域においても以下があげられ、かつその関連が分析される。

- －出発点としての課題とその事実構造
- －法的な利用手段
- －プログラムの形式
- －任務実現の全過程における行政の作用〔機能〕
- －組織の構造
- －必要な人的資源の類型的特徴

I. 危険防除 (Gefahrenabwehr) の例における執行行政

古典的な行政法は、まずそれが応答すべき 1 つの特別な国家任務と同一視されてきた。その基底にあるリベラルな国家・社会観は、(内的・外的) 安全という国家の中心的任務の周辺に位置する。それによれば基本的に個人は自由であり、他者の利益や権利を脅かしたり侵害したりしない限りで、自由に行動しうる。それに対応して、個人の自由と他者の自由との間に一般的な調和をもたらすことが国家の中心的な任務になり、そこから危険防除と監視の特別な意味が生じる。

この任務の実施にあたっては、個人の自由は必要な限度においてのみ制限されうるのであり、法のもとでの国家の領域と個人の領域の厳格な分離がその基調理念である。

古典的な行政法の法的な利用手段も、この任務設定に一貫して方向付けられたことが看取される。個人の自由を保障するために、行政の活動を限定する中心的な手段は、周知のとおり、法律の留保と行政の法規適合性の原則である。さらに、古典的行政法の関心は、その帰結として〔行政の〕侵害権限の〔法律による〕詳細化と明確化に向けられる。それゆえ、一般条項と広すぎる裁量規定に対する警戒と拒否もそれに固有である。

特有の行政任務の実現に向けて、古典的行政法はまた、特有の内容的なプロ

プログラムと法律を形成する。さまざまな個人の間で、平等を基礎とした一般的・抽象的な調整を確立しなければならないので、古典行政法は、典型的な法形式として、いわゆる条件プログラム（*Konditionalprogramm*）を形成した。その要件と法効果の結びつきという形式的構造（ある要件が満たされれば、この効果が生ずるという結びつきのこと。Wenn-Dann Verknüpfung）によって、要件において、侵害の前提は可能な限り、当を得たものとして規律され、なおかつ法効果も可能な限りの確になり、ありうる侵害も総体として限定される。この外的形式としての条件プログラムが、法律の明確性と一般性という法治国的な公準と相俟って、規律の規制形式の理念型を形成するが、そこでは、必要不可欠な侵害権限は保障されるが、同時にその限定と特定化への利益も顧慮され、両者が最適に組み合わせられる。

古典的行政法においては、権力分立システムのなかでの特有な行政の機能観が基底にある。すなわち、行政の道具としての性格である。事前に議会が法律において確定した意思に対して、それを実施・実行する道具として行政が登場する。危険防除という行政任務と自由保障という憲法上の主要な関心事の文脈において、この道具的性格は特別の意味を持つ。つまり、議会において市民代表が、自由の縮減について決定する。議会によって承認された制限の分量について、執行過程で何も付加されないことが、自由を保障する中心的な関心事である。

それゆえ、行政は、最大限、法律において事前に決定されたことを単に執行するものへと方向付けられ、それに特化されなければならない。他者に規定された権力として、行政は法律の執行に忠実でなければならない。これは行政と市民との関係、そしてその機能的な理解にとっての重要な帰結である。原則的かつ厳密な「分業」において、議会は政治的に活動し、行政は理念的にはまったく非政治的に活動する。議会においては、政治的な対論、すなわち権利および自由の縮減を巡る闘争がなされる。意思形成と合意・正統性の基礎を創出する「権限」は議会にあり、行政はその負担を免れる。市民と直接に接触し、必要な措置に対する同意の取付けに向けて努力する任務は、行政には課されていない。つまり、服従は法律に対して負うものであり、行政はそれを実施するにすぎない。自らなした措置と自由の縮減について、同意、受容および承認の獲得の努力をする必要はなく、第一権力の決定に依拠することが可能である、すなわち、自らを厳密な道具と捉えられる限りにおいて、行政を非政治的なものと理解し得る。

法律の執行への特化、他者が決定した法律の実施への特化が、今度は行政に特有の組織をも条件付ける。この、あらかじめ設定された行政の任務と作用のあり方が、官僚制というモデルに組織の古典的形式を見出す。それは、専門的で効率的な行政への要請を最適化し、同時に、他者の決定を執行するという基本設定のなかにとどまる。そのため、官僚制モデルは、以下の諸要素とメルクマールを駆使する。すなわち、職業に適した形で教育形成された官吏という専門家の投入によって、分業化と専門化の原則が効率性に寄与する。行政のさま

さまざまな場面での統一性は、ヒエラルヒー的に構成される組織の基礎の上で、垂直的なコミュニケーションラインと明確な服従構造——これは、上から下への摩擦のない命令の伝達を可能にするのであるが——と相互に結びついている。

この明快に形成された指示・服従の構造は、決して自己目的的なものでもなく、官憲国家と内在的に結びつくものでもなく、むしろ基本的な問題、つまり、事前に決定されたことを巨大な装置において適用するという問題に対する組織上の回答なのである。

むしろ、上から下へ摩擦なく命令が及ぶという基調理念によって、憲法上の中心的な問題、つまり、法の適用につき、多くの官署と官吏による何千という事案での法適用について、平等性が保障されなければならないという問題が解決される。ここでは、さまざまな決定の前提——実体法と組織——を任務に適した組み合わせへと結びつける必要性が、模範的に示されている。法執行の平等という実体法的な原則は、状況との関係なしに、あるいは自ずと実現されるのではなく、組織上の「インフラ構造」が必要であり、それがまさに官僚制的——階層的行政組織である。それが、書面の様式性、計画適合性、文書主義、定式化された手続、服従義務および上司の指示権限といった、更なる要素と相俟って、議会が発した法律の理念が、さまざまな適用事例においてあまねく、平等に執行されることを可能にする。

この執行行政における人員として活動するにあたっては、特別の資質、能力、および任用を必要とする。前提となるのはまず、専門的な労働領域の任務を実施可能な専門権限と造詣である。それに加えて、内容的には、事前にかつ他者によって規定された活動を、上位官署の命令に従って実施しようとする基本的態勢である。官庁職員から見れば、執行行政への参入は自己選択の行為である、つまり、執行行政における実りある活動はそのような任用の形成を前提とする。行政による人員の調達とは、こうした特質の修養を期待できる官吏職員の発掘から出発しなければならないので、これは繰り返し、ある特定の専門教育課程を経た者の優遇をもたらした。

以下要約すると、侵害行政の法としての古典的行政法は、

1) 危険防御と安全という特有の課題を解決するために、他の手段とともに、機能に適合した手段として遂行される。

法はそのために、

2) 一方で、条件プログラムという典型的なプログラムの形式、

3) 他方で、権力分立における行政の特有な理解、すなわち、法律により比較的厳密に拘束され、他者の決定を実施する行政、

をそれぞれ用いる。

4) この任務のために特に詭えられた組織構造が、官僚制的——ヒエラルヒー

的行政である。

5) 人員の調達は、この執行行政の機能と一体視できる官吏職員に向けられる。

重要なことは、危険防御という特別な任務（そして、そこに表現される、原則として行為の自由がある個人と個別にのみ侵害を授権される国家の根本的關係）を起点とする他の要素すべても、まさにこの特有な任務の克服のための全体的構成の部分であることである。この全体構成の主要な要素は任務であり、また、任務の基底にある国家と社会（ないし個人）の關係における任務理解である。

この分析の根底にある問いは、他の任務においても、他の要素、そして他の全体構成が要請されるのか、言い換えれば、他の性質を持った国家任務において、ひとつやふたつの要素が変わるにとどまるのか、それとも全体構成も変わるのかということである。

誤解を避けるために、以下を付言しておきたい。危険防除とそれに仕える行政法を、「古典的」と称したからといって、その任務と法が歴史上の過去に属することを意味しない。一定の修正、とくに多くの要素についての特性の弱化も伴いつつ、この執行行政のモデルは、今日でも伝統的な危険防除の分野に妥当している。環境法がそこからの自立を強めていることは後述する（下記D. 7参照）。

II. 計画〔行政〕における形成機能

以下においては、計画〔行政〕の例における決定条件群の全体構成を、それを見通しよく鳥瞰するという観点から、理念型として危険防除との対極にあるものとして提示する。任務の特性はどの領域においても、制御を必要とする典型的な挑戦（課題）において示されるという出発点でのテーゼをもとに、まず計画〔行政〕に周知のメルクマールをおおまかに示す（完全なものではない）。計画〔行政〕は、規制政策——すなわち、人間の行為態様を命令、禁止、許可により具体的に規制すること——との關係では、時間と事象の双方の次元においてより広く端緒をもつ点で、既に計画が規制政策を凌駕している。計画〔行政〕にとって本質的なことは、關係の複雑性を許容すること、さまざまな利益の相互依存と相互關係に直接に取り組んで、将来の關係に関して、調整された秩序を付与しようとすることである。計画〔行政〕の中心的問題は、關係が開かれていること、幅広いこと、そして複雑であることにある。計画〔行政〕は、伝統的な危険防御の場合——そこでは個々の危険は孤立しており、特定して対応可能である——のように、分業的、分析的、断片的な性格を持つものではない。

計画〔行政〕においては、それに代わって統合的で、傾向としては総括的な制御が特徴的である。のみならず、将来との関連性ゆえに、目的の明確な定立

が要請される。計画〔行政〕において、そして計画〔行政〕によって、任務実現の固有の対象と法的規範化に向けての上位、下位、中間の目的を持った目的体系の形成がなされる。

傾向として果てもない巨大な複雑性に対峙することと、目的定立を必要とする将来関連性をもつことという計画〔行政〕の中心的要素は、計画〔行政〕に固有かつ典型的な道具、すなわちプログラム化という特殊な形式に現れる。計画〔行政〕の特性を形成し、同時に法的道具としての特性も形づくるのは、良く知られた目的プログラム（Zweck- und Zielprogramm）であり、それが、しばしば取り上げられる、計画〔行政〕の他と異なる性質でもある。目的プログラムは、まさに、計画〔行政〕の中心的な事物に即した要素、すなわち、目的の定立および目的と整序された手段との組み合わせを対象とするが、それは、固有の限定的な方法によってのみ対象に取り組むことができる。

目的プログラムは、内的な関連づけも含め、目標・目的について記述する。しかし、次の重要課題である、設定された目的のために、具体的な手段の組み合わせを選び指定するところまでは通常は進まない。それは、本質的に目標・目的プログラムであり、そこにとどまる。そこから先は——内容は盛り沢山であり、成果も豊かであるが——別途、行政への行為の委託がなされる。

形成行政の本質とその可能性は、任務を法的にプログラム化し、手段の選択、つまり、知的・専門的に適した手段の選択を行政に委託することにある。計画〔行政〕はその意味で、計画的な形成への授権である。公的領域における重要な計画〔行政〕、特に空間に関連した計画（die raumbezogene Planung）の特徴は、プログラムの開放性にある。制御の対象が複雑であることに加え、計画領域の（空間的な）特性は、個々に顧慮しなければならないので、先行するプログラム化の段階では、緻密な内容の規制プログラムを作ることは不可能だからである。行政の自由な行為・決定の余地が、古典的な条件プログラム（そこにも、裁量の余地は含まれるのではあるが）とは異なる次元にあり、また、より大きいことが計画〔行政〕の特性である。

実体法的規制プログラムが緩やかにしか構造化されないゆえに、計画〔行政〕においては手続の観点により大きな意味を持つ。つまり、内容面での決定における規制の欠損の一部を、的確な計画手続によって埋め合わせなければならない。

計画行政において広範な形成余地があることは、必然的に計画行政の機能的理解と権力分立システムにおけるその位置付けに影響する。ここでは、行政は単純な執行をする道具であるとは言えない。重要なことはすべて前もって法律において決定されているという〔古典的行政における〕大前提は、計画〔行政〕の任務実施にあたっては、内容的に極めて重要な部分が行政の活動の段階に先送りされているので、採用することが非常に困難である。

本質性理論およびそれと密接に結びついた法律によるプログラム化の密度と

法律による行政への権限授権の明確性それぞれの要求に関しては、しばしば言及される連邦憲法裁判所の定式が答えを提供する。すなわち、議会立法者による明確性と事前規律の要求は、「規律対象たる生活事実関係の特性」にも依存する。この言明は、任務領域の事物的な構造と特性の重要性を認めたこと——それは、ここでの考察においては中心的な意味を持つ——に他ならない。この考えは関連判例においては一般論にとどまっておき、より理論的に根拠づけられた定式としては現れていないが、それは、判例法の機能上の制約条件に因る。しかし、システムの・理論的考察にとっては、あれこれの作用領域の1つないし他の特性に個々に対処することでは十分ではなく、個々の作用領域の重要な特性を、任務複合の類型論の枠組みのなかで、その相互依存の関係においてシステムの的に把握することが、至極当然であり、実りも多い。

この意味において、計画〔行政〕という領域の特性は、計画〔行政〕を法的に規格化する可能性は、直ちに物事に即した限界に遭遇すること、それゆえ、目的プログラムが不可欠であること、そして、計画行政に残された大きな行為余地は、それ自体、憲法上の異論を申し立てられないことである。

しかし、計画行政の行為余地の重要性はそれに尽きない。つまり、行政の機能的理解と、その権力分立システムへの位置付けのそれぞれを追究することになお触れねばならない。法的プログラムが密でないところでは、可能な限り狭い範囲のなかに拘束された執行行政という理念像は出番がない。

行政は非政治的に行為し、内容的には既に法律で決定されたことを執行するにとどまるという立論は、計画行政において（貫徹し得ないだけでなく）、その端緒においても誤りである。すなわち、計画行政は、コンセンサスの獲得、利益の顧慮、および紛争解決というプロセスに自ら従事し、あるいはそれに介入するが、そこでは、執行行政の場合とは異なる次元での要求と義務に服する。

この意味で、計画行政は「政治的」行政であり、それは、執行行政とはまったく異なった、高められたあり方での政治的行政である。それゆえに、計画行政は、すべての決定が既に立法者により規律されているとして、市民との議論を回避することはできず、現場で、〔計画行政が〕企図していることの具体的状態や周囲の状況に向き合い、正しい解決に向け議論に立ち入らねばならず、自らの能動的活動によって、狙った決定に向けて、コンセンサスを獲得することを探らねばならず、なされるべき決定について、早期に受容（Akzeptanz）されることに努力しなければならない。要約すると、利益のさまざまな表出、利益の顧慮、紛争についての決定、そしてコンセンサス獲得、というプロセスに積極的に介入するという意味で、計画行政は「政治的」に活動しなければならない。

内的必然性をもって、計画プログラムが内容面では脆弱性を持つことと手続的規律の特別な意味が結びついている。計画〔行政〕の内容的なプログラムの核心が、すべての関係私益・公益の衡量にあるならば、手続は（そして場合によって組織も）、この中核的関心を実現すべく、制度・手続適合的な支えとして

働かねばならない。つまり、手続は、すべての利害がいかようにせよ決定の手続と衡量の過程に参入し得ることを目指し、それを保障しなければならない。衡量される素材の構成は十全でなければならないが、それは、手続が広く開かれており、すべての関係者に、手続に参加し、持っている情報を決定過程に置くことができる、公平で良き機会があるよう、具体的な努力が行われることによつてのみ実現する。

通例において、計画〔行政〕は、情報の加工であるのみならず、その本質的観点において紛争に関わる決定であり、矛盾する利益に関わる決定でもあるので、計画〔行政〕の手続は、事案と状況に関する単なる情報〔の収集と加工〕のためだけでなく、利害の表出にも対応する必要がある。そのための典型的な手段は、包括的で統合的なヒアリング手続であり、そこでは関係者ヒアリングが同時になされることによって、さまざまに対立する利害の提示と解決が目指されることとなる。

複雑さの克服に向けられた計画〔行政〕の中核任務の特性は、計画行政分野における行政構造および組織にも作用する。執行行政の分野においては、唯一かつ十分な組織構成原理として、明確な任務分掌の原理に従った、専門的な部局と、〔より小規模な〕権限のある「小箱」への組織の細分化という原理が支配していたが、計画行政において典型的な組織問題は、当初から、そのような通常の管轄権限を超えた決定余地と、決定に責任を持つ組織統一体を形成することにある。マクロ的組織、ミクロ的組織を通じて、すべてのレベルでの権限秩序において、まず、既存の分業的な細分化を計画〔行政〕の目的のために克服すべく、独自の計画〔行政〕のための組織体ないし手続規律によって、部局や課や係を横断する管轄権限や、少なくとも決定の余地を創出することが問題となる。

計画領域における、組織問題に対する典型的な解答は、横断的な組織統一体、横断的な部局、ないし調整官庁等の設立である。この事態において、再び任務（ここでは、当初は別々に実施されている活動の計画的統合、再統合）から組織的な「インフラ」へという、任務による導出の連関が明確となる。

すなわち、所轄権限横断的な統一体と手続の形成が、計画分野での事象からの要求に対する組織的・手続的支えとなり、保障となる。

ミクロの組織、すなわち官庁内の組織において、執行行政における通例の所管権限を超えた計画の端緒は、とりわけ、ヒエラルヒー的すなわち官僚的な組織形態を緩和し、限定的ではあれ他の選択肢を構築することに現れる。計画〔行政〕の統合を目指す事象に応じた任務から、さまざまな作業領域を集める組織形態、具体的には、チーム、プロジェクトグループ、作業グループの設置を考える一般的傾向が基礎づけられる。そこで、そのようなヒエラルヒー的でない組織を、なお必要ではあるヒエラルヒー組織という基本骨格のなかに導入し、組み合わせることには困難が存在する。しかし、そこでも、任務に適合し、任務に従属した組織という公準が基本的に有効であることはゆるがない。

計画任務に適合した人員の能力と雇用については、1970年代の計画を巡る議論では、創造的でイノヴェーティブなプランナーという理想像がしきりに援用され、伝統的な行政の官僚制の（ゆがんだ）像と——面白おかしく——対比された。この点に関して正しいのは、2つの領域における基本的なコンセプトが異なっていることである。

執行行政の伝統的な領域では、任務達成に関する外生的な要素が、行政自身による固有の形成余地よりも強く広範囲にわたってあらかじめ定められており、その執行を、官吏が受け入れる準備があることが前提とされている。しかし、それとは反対に、計画的、形成的行政の領域においては、独自かつ創造的に、種々の観点を組み合わせて扱い、イノヴェーティブに新たな解法に前進するという要求が存在する。ここでも、事物に即した任務と人事政策の間の基本的連関が意味を持つ。

要約すると、計画行政においては、執行行政とは異なった要素群の全体的構成が生じている。それは、固有の任務の定立に向けた事象の内容における挑戦と要求から生ずるものであり、任務に適合した行政の装置群の形成、とりわけ特有のプログラム化の形式と法律プログラム、それに対応した、行政の他の権力および市民に対する地位、そして任務適合的組織を含む全体的構成である。

Ⅲ. 金銭給付の例における執行行政

一方に警察法と伝統的行政をおき、他方に社会行政をおいて、それぞれを堅固なブロックとして対置するという単純な見解は、広く受け入れられているが、社会国家的な行政ないし給付行政は、それ自身のうちに大きな差異を持つ。社会国家的に動機づけられた行政任務を大きな社会保障システムにより果たすことと、社会扶助（下記Ⅳ.参照）の枠組みのなかで、個々人のケアをして任務を行うことには、大きな違いがある。

給付をなす社会行政（社会保障がその例である）の出発点における問題と任務の特性は、法律によって非常に強くプログラム化されている給付プロセスの大量の処理である。その限りで、先に見た執行行政の性質と一致するが、給付行政特有で、際立った修正点も存在する。市民に給付への請求権を認める社会国家においては、この給付は裁量や「恩恵」によるものではないので、（給付）任務の法律による規格化の程度は高く、危険防除の領域（危険の状況の多くは予見不可能であるために、一般条項的な補充規定が必要不可欠となる）よりも、法律による規律は高く、より明確である。そしてまた、財務会計上の負担の予測可能性を確保するためにも、法律による規律はより詳しく明確でなければならない。給付請求権の事前プログラム化、すなわち請求が認められるか否かの事前プログラム化に鑑みて、（社会保障の領域での）給付行政は、執行行政の像にかなり対応しているが、任務実現プロセスの他の場面においては、給付行政特有の問題が生ずる。社会保障の成果、すなわちこの領域における行政の成果

としては、請求権者が法的に認められた給付を実際にも得ているかどうかが一番重要である。この決定的な観点からは、給付実現のあり方・方法が留意点の中心に位置し、行政任務の良き実現に向けての主要な要求となる。すなわち、給付実現のあり方・方法が劣悪で任務適正になされていないならば、請求権者の多くが効率的に給付を得ていないという、社会国家的に疑義のある結果が生ずる。

ここから、行政の機能的理解への影響が生ずる。まずは、政治システムにおける給付行政の位置は、執行行政で説明したものと同様に描写できる。つまり、行政の道具的性格が顕著である。給付の可否については、重要な決定（およびそれにとどまらないこと）はすべて議会によりなされており、それを実行する行政には相対的に見てわずかな決定余地しかない。それに対応して、行政には給付実施の範囲あるいは限界についてのコンセンサス獲得や正当化の任は課せられない。つまり、それに必要な政治プロセスは、高度に議会および議会における対論に独占され、集中されている。しかし、給付を実施する行政は、市民と特別な関係を有しているので、[給付の] 実施行政がここに特有の特徴を帯びる。

既に述べたように、給付実現の手法・あり方が、社会保障行政における固有のテーマであるから、給付装置へのアクセスにつき、社会国家的行政の基本理念を実効的に実施し、それに矛盾してはならないという要求が行政に課される。それゆえ、ここでは、市民近接性（Bürger Nähe）というテーマが、具体的行政の中心問題となる。行政は、給付機関へのアクセスをオープンにして、「市民に親切で」なければならず、市民の方を向いて形成されなければならず、それは、給付実施とその具体手続においても同様である。それは特別な助言・教示義務を含むとともに、全体としてまた、威嚇的でなく、情報格差を個々人の負担になるような利用を回避する行政スタイルを含意する。この分野におけるアウトプットの上昇は、請求権付与の場面における改善によってだけでなく、より良い行政実務によって達成され得ることを、十分な根拠をもって語るができる。「内部的な行政政策」に、給付実現行政における任務の重点とその成果の重要な源泉がある。

ここでは、[金銭給付行政の] 法的道具に関する要素を1つだけ取りあげておきたい。給付行政においては、給付資格は、典型的には行政行為によって固定され、行政行為は、権利の状態を具体化し安定化させるという、その基幹的機能を、あらゆる観点で任務適正に満たす。しかし、しばしば継続的給付が扱われるので、給付関係とそこに含まれる時間の要素が、事実上の重要性、そして、その帰結としての固有の法的重要性を、とりわけ行政法関係という形象が支配的な意味を持つことにおいて獲得する。ここでは総じて、行政決定 [行政行為等] の切片的な性格が継続的關係の背後に退く（このことが、撤回・取消における特別な規律をもたらす）。

さらに、この任務領域に特有の問題は、給付を任務適正に実現するあり方と方法という公理が大量行政という現象との衝突をはらみつつ出会うことから生

ずる。この問題は、(財政行政においても同様であるが) 早くに実務に導入され定着した電子化によって克服し得る。しかし、それは行政が市民に親切であること (Bürgerfreundlichkeit) に重大な影響を与えると同時に、それ以上に法的問題をももたらす。すなわち、電子化の進展は、生活事情の把握について、強い標準化の傾向をもたらし、あるいは標準化を必然とするが、それは、とりわけ包括的にフォーミュラ [マニュアル] が使用されることによる。しかし、フォーミュラは、生活事情のあれこれを一定の種類のなかにひたすら押し込めようとする性質を持つ。ゆえに、フォーミュラは、それと密接であり、かつしばしば現実となる危険と結びついている。個々の事例において固有であり、おそらく決定的な特別事情が、フォーミュラの類型の間に落ちてしまい、固有の実際の関心事が見通せなくなる、という危険である。決定対象案件における事情の受入れにあたって、高度に標準化を行うことは、特別事情の不十分な取扱いへといたる傾向があり、既に問題処理の入り口において生活の問題をゆがめてしまう。異議申立てや裁判手続という法的救済の膨脹は、この問題に対する典型的な応答ではあるが解決策とは言えず、それは、再度もつばら、内部の行政政策上の措置において探求し得る。

給付を実施する社会行政において典型的な組織問題は、広く行われている事象に即した分業と、それに続いての個々の給付領域の高度に組織化された細かな区分化から生ずる。その帰結として、行政と個人の間の中心的な給付関係および給付実施のあり方と方法において、個人にとって以下のような大きな困難が生ずる。個人は、その生活状況から、社会的に関係のあるすべてに関心事を持つが、それへの応答においては、権限がある、あるいは権限があるとは限らない沢山の官署を指示される。

そこでの、市民に向き合う組織の決定的な問題は、一方で必要な分業と細分化は不可避であるが、他方で、市民は、彼にとって見通し難い組織の風景——それはしばしば雑多であるもの——に直接に向き合わねばならないことである。権限横断的な受付部署を設置することは可能な解決策の一例であり、それは、組織内部の差異化を直接に市民との外部関係に及ぼさず、ある程度は市民を保護する。

総じて、給付を行う社会行政の領域における任務実施の重点は、行政の中で政策にあり、その目的は、官僚主義的な傾向を弱め、釣り合いをとるものを構築することにある。給付実施のあり方と任務に適した組織については、改革の考察において布置されるべきであり、そこでは、成果をあげる変化も期待できるが、行政法はこうした繊細な問題をほとんど、あるいはまったく制御しない。

IV. 社会福祉サービスの例における形成機能

公的責任による社会福祉サービス、例えばソーシャル [ケア] ワークやグル

ープケアは、その任務設定において、行政が人の間の直接の相互関係に向かっており、その活動が公務に従事する者によるパーソナルなケア（*Betreuung*）にあることに特徴がある。ケアは、高度に個人に従属しており、すなわち、ケアをする者の能力と特性のみならず、ケアをされる者の個人的な問題状況にも関わる。この行政領域における問題の中心には、当初より起こりうる構造ゆえの矛盾、すなわち、ケアの個人性とそれを官僚的なものでもある組織の制度的枠組みのなかで実施することの矛盾にある。組織と「手続」の任務適合性が特に要求される。

パーソナルなケアは、個人に従属的である所が大きいだけでなく、個人の抱える問題は多種多様であるから、複雑な対象領域に関わる。その理由だけによらず、ソーシャルケアは法律でプログラム化することはほとんどできない。援助とケアは、一般的な委任と全体としての任務委託によってのみ割られるのであって、要件という前提と法効果の形でプログラム化可能な形によってなされるわけではない。法的な形成と、とりわけプログラム化可能性は、非常に小さいので、一般的な委任の枠組みのなかで、形成のほとんどすべては、任務適合的に選ばれた資格を持つ者に委ねられる。

任務の決定条件としての法的道具に、この分野ではあまり意味がないことは、社会福祉サービスにおける行為の多くが、法的には、[助言や勧告のような]単純な行政活動（*das schlichte Verwaltungshandeln*）の類型に区分されることによって示される。活動形式におけるこの残余類型の呼称自体、関係する諸活動を積極的に内容付けることへの当惑を表している。社会福祉サービスの場合には、この活動形式に対する法的制御が、概括的な判断ではあるものの重要ではないことがそれに付け加わる。援助、話し合い、勧告を、法的に（将来はもっと良く）類型化することはできるだろうが、内容的に限定することは不可能である。

行政の道具的性格は、この領域では大変希薄であり、人間による人間のための行政活動は、行為する職員、例えばソーシャル・ワーカーに、重要な活動余地を与えることを必要とする。その意味で、「社会福祉サービス」行政は、形成行政概念の通例の用語使用からは意味の変容を伴うにせよ、形成行政のグループに入る。そのことは、計画行政の領域と同様な、物事に即した要求における典型的な開放性と弱いプログラム化によって正当化できる。

組織の観点については、ここでも官僚制および官僚化の問題が前面に出る。任務に適合的なのは、可能な限り、分権的かつクライアントに近い組織であり、また、個々のケア活動にあたって官僚制でない行程である。ケア活動は、形式的・官僚主義的活動の影響をできるだけ免れるべきである。この、地域およびクライアントに密着した組織という公理は、他方で、作業の単位が公行政の一般組織、そして、基本的に官僚制的な構造にも結びつかなければならないという必要性に向き合うことになる。さらに、ヒエラルヒー的で官僚制的な行政スタイルが不可避な内部行政構造と、現場での援助とケアにおける要求の間に、典型的かつ基本的な矛盾も生ずる。関係者との直接の接触において、自らの形

成任務を実現する方法と道を見つけなければならない現場のソーシャル・ワーカーが自立性拡大に努めることと、共同作業者の導入について指導する官庁の任務の間で、明らかな紛争が生じうる。

計画〔行政〕の場合よりもさらに重要な特徴は、社会福祉サービス任務の場合、任務を良く制御する試みが、とりわけ決定条件としての人員に注がれざるを得ないことである。任用人員の養成は、彼らはそこで獲得された専門能力、見解、動機によって、ケア任務の具体的なプログラムを担うのであり、人員養成の、中長期的作用のなかに、任務実施の良き制御が存在する。人員養成と継続教育は、最重要の制御手段であるが、一般的なものであって、個々のケア活動から離れた平面でなされる〔それは個々の事案を直接に制御するものではない〕。他方で、専門的なソーシャル・ワーカーの登用と、そのモチベーションは、事案に適合した任務実施のための重要な資源である。

D. 結論

以上の分析において、行政法および（あるいは）行政の任務連関性を判断する素材を提示し、一部は既に、どのような決定条件が、ある任務領域とその改革論における行政成果のより良い改善のために投入されなければならないかという問いへの答えも示した。ここではまだ、この分析を体系的に位置付けることはできないので、以下では、分析から得られた若干の帰結を示す。

1 危険防除、社会給付サービス、計画〔行政〕といったさまざまな行政任務を見れば、それぞれの行政領域における行政の総体としての帰結が、どのように異なったあり方で、個々の決定条件に依存しているかは明らかである。とりわけ、行政の成果にとっての法の比重は、社会給付サービスと危険防除の例が示すように総じて区々である。どのような決定条件に、改革にとって戦略的に重要な端緒が置かれるかという問いへの判断は、個々の任務領域において相異なる。金銭給付を行う社会行政分野という例での端緒は、例えば「市民に向けた組織」と手続のあり方ではないか。

2 改革の試みにおいて（行政）法をいつも投入し得るものでなく、またなぜそうなのかが、分析の全体を通じて、多角的に明確になったと言えよう。

この驚くべきことでもなく新規でもない帰結よりも重要であるのは、法は、それが行政活動の成果にとって大きな意味を占めている場合であれ、小さな意味しか持たない場合であれ、常に決定条件（ないし制御手段）の全体的構成の部分であることである。したがって、改革プランは常に全体的構成の文脈において議論し、導入し、実施されなければならない。そして、その場合、おそらくは、複数の前提を調整し調和的に変えることや、全体の構成を新たに定式化することが、もっとも成果をもたらすだろう。したがって、正しく設定された改革プランは複雑な性格をもっているので、変革の総体効果のレベルを最善のものにするには、統一的な制御を必要とする。しかし、この必須となる統一的

な制御の手段は、通常は法ではない。(行政)法は、行政のアウトプットの改善に、貢献、それもしばしば重要な貢献をなしうるものであるが、行政のアウトプットにおける全成果そのもの、そしてそれに必要なプログラム、組織、手続、そして人員の調和的な投入を制御するものではない。

例えば、任務に適合した組織という公理の、行政の全成果における意味は過大評価することはできない。しかしそれは、行政政策、組織政策における要求に関わる問題である。正しい実体法と手続法および組織モデル、そして正しい人員投入を1つの法のプログラムに統合し、あるいは統合しうる行政法上のプログラムは存在しない。その限りで、関連する全体的構成の制御問題は、法に向けられたものではなく、行政の全体とそれに責任をもつ議会、及び執政府における機関そして行政の長に向けられている。

3 この考察のバックグラウンドからは、組織法の意味についての若干の帰結が生ずる。行政法理論の構造において、組織法の役割を上昇させ、あるいは行政と市民の間の外的関係と行政内部の(法)関係をより良く結びつけることには大きな意味があり、そこでは、行政法理論の欠損の幾ばくかは除去しうる。しかしなお想定するに、任務に適合した組織という主要問題の内容は、組織法によっては十分には解決されない。

4 行政だけでなく、行政法も任務連関を持っている。ここでの分析は、この任務連関性を、一般行政法〔行政法総論〕のレベルでなく、また個別行政法規に即してでもなく、個別法よりも広く捉えた任務領域と典型的に把握した行政任務という中間レベルにおいて試みた。

この方法の基礎にあるのは、一方では、行政任務の多様性とその内容における重要な差異を、的確に表現する方法は他にないという立論である。他方で、この中間レベルで——つまり一般行政法の抽象レベルではなく——はじめて、任務連関性が、総じて実り豊かで問題発見的であるための、十分な具体性と言明力を持つということがある。さまざまな任務領域を差異化することの成果は、行政の統一性や、問題設定と解法の統一性といった性急な構想や観念を、解きほぐすことにある。この方法から見れば、単一の行政組織があるのではなく、政治システムにおいて行政の単一の位置があるのでもなく、ひとつの行政が政治の道具としてあるものでもない。すべてこれらの言明は、個別の任務領域で差異化しなければならない。そうすることによって、問題への回答と解決も実質のある形で定式化できる。

行政の一体性という公理も、あいかわらず大きな魅力、しかし、大抵は誤りを導く魅力を持っているにせよ、もちろん公法理論において、行政の差異化という見方が決して無縁なわけではない。問題はただ、国法学と行政法学が、この見方を適切かつ系統的に加工処理してきたかということである。既に示したように、憲法判例においては、事物に即した分野の特性という慣用的な文言が、分野における議会立法による十分なプログラム設定の要求〔の水準〕ないし、〔議会立法による〕授権の特定性の問題において、過小評価できない役割

を果たしている。ほとんど注目されなかったものの、ここにおいて、事物に即した分野の特性ないし事物の構造に関して、公法理論を根拠付ける手がかりが見出せないか議論があった。

ここでの分析から得られた帰結として、さしあたり控え目な、かつ、いくつかの点にしぼった〔任務連関に関わる〕端緒を拡張し、システム的に一貫させなければならない。制御問題、規制問題において分析された任務領域との関係でも、そうしてはじめて首尾一貫して、以下のことを根拠づけることができる。例えば、なぜ、計画〔行政〕において、議会留保が十分になされたにもかかわらず、〔法律による〕内容的な構造付けが弱いのか、なぜ、そこでは行政が既に述べた意味で「政治的」に活動し、それゆえ、手続規律と手続保障が重要であるのか。同様に、判例が技術法および環境法において、基礎にある法律概念の相当な不特定性と、そこから帰結する（規範を具体化する）行政規則による大きな具体化の必要性を考慮して認めている特殊性は、技術法・環境法という任務領域において典型的な事物に即した問題（この点は、下記7でも触れる）を背景として、より詳細に根拠づけ得る。

5 それとならんで、一般行政法もまた、（強い）任務連関性をもっているかどうかは、ここでは詳細には考察できなかった。それでも、すべての任務領域を包摂する一般行政法の平面で、特定の任務（ないし新しい、または新しく理解された任務）について、十分に具体的な答えを見出しうるのか、という当然の疑問には触れざるを得ない。

一般行政法の特徴である抽象化作用の意味は、いずれにせよ、はっきりした現実との連関ないし任務連関が目指すところとは違う方向に向かう。にもかかわらず、一般行政法が、特別行政法のいくつかの特別な領域——シュミット・アスマンは、それを的確に参照領域（Referenzgebiete）と名づけた——の一般化の経験から生じているとすれば、一般行政法には、この生成の痕跡が、まったく消滅することなく、残っていることは確かである。おそらく、それ以上に、一般行政法においては、ヴィーアッカー（Wieacker, Franz）が、まさに私法の一般部分（総則）の抽象的理論において発見した産業化社会における社会モデルに比すべきものが存在する。そしておそらく、現在の特別行政法の他の重要な素材に照らして、すなわち、参照領域の変化と豊穡化によって、一般行政法の法形象の、特別行政法の多様な規制問題に対する包括的な説明力を向上させるべき時が到来している。そうすることによって一般行政法は、現代的な様相を身につけることができるだろう。その主目的は、なお概念の語義において、一般的で抽象的な形象を発展させるところにとどまるにすぎない。強い任務連関性は一般行政法には生じず、そしてまた、上記の意味で改革された場合においても生じないであろう。

この考察は、そのような改革論に対立するものではないが、ここで議論した任務連関性というテーマについての〔一般行政法の改革の〕問題解決力とそれを発揮するチャンスはどうしても限定される。そして、行政法の任務連関が、

現代における種々の挑戦に適切に対応するための、法の能力と比較的強く関連しているならば、一般行政法の差し迫った現代の問題克服に対する固有の貢献は、参照領域、すなわち今日的な行政法発展の素材が自らなす貢献の背後に後退するものであろうともいわれる。法分野の一般部分〔総論〕には、現実、そして現代と関連づけるという要求は最後に持ち込まれるべきであり、一般部分の意味は、他の領分に、つまり、システム的な領分にある。その機能に関して言えば、一般行政法の場合、憲法と個別の行政法を法的に架橋することに中心的な任務がある。一般行政法は、手短、簡潔に定式化された憲法上の原則による規律を行政活動の全体に適用できるよう安定化させるものであって、憲法上の条件の実効性を、専門分化した行政部門へと伝える伝動ベルトの如きものである。具体化された憲法としての行政法という命題は、第 1 に、そして、もっとも効果的なあり方で、一般行政法に妥当する。

その意味で、一般行政法の法形象の一般性は、特別行政法からの個々の素材の抽象化から供給されるだけでなく、その内容においても、本質的に憲法レベルからの憲法上の原則群の具体化によっても決定される。

憲法と個別行政法およびその解釈理論の間であって、一般行政法は、絶えず変容と、そしてまた、より大きな改革推進力を必要とする。その固有の能力は、例えば、憲法における新たな発展を一般行政法の法形象と制度へと転換し、一般行政法という媒体を通じて全行政法に拡張する点で力を発揮する。翻って、参照領域という構想の実現化を通じて、全行政法にとっての一般行政法の包括的な説明力は向上し、一般行政法に存在する拡張への潜在力を通じて、特別行政法のある部分におけるイノベーションが、他の部分にも「提供」され豊かになる。このように、シュミット-アスマンの構想は、一般行政法の現代化、そして、この間に積み上がった〔行政法が〕対応すべきニーズの充足にとって有望なプログラムであることがわかる。

〔一般行政法の改革〕によって達成しうる変革効果の限界は、この構想に対して、以下のような問いによって画定できる。例えばそれが、ホフマン-リームの提唱する法のエコロジー的な新たな方向付けや、あるいはより慎重に、環境法に対して環境政策の問題状況から生じている挑戦の克服に、いかに寄与するのか。この問いについても再度、一般行政法が、重要なあるいは決定的な貢献をなし得るかについて疑問が語られる。そのような任務を、構想を持ったあり方でもっとも適切に位置付けうる(改革の)試みを探すならば、環境法典(UGB)起草の試みに目が行くだろう。ここでは、環境法典について、以下のことは問わない。すなわち、既に公表された総則部分の内容的な基調理念——それは、「これまでの〔環境法〕規範の現状の慎重な現代化と調和化という構想」による——が、そのイノベーションのレベルと変革の要求において、上述した観点から十分なものと看做せるかどうかということである。

むしろ、ここで重要であり、注目すべきことは、目途とされる法創造的な発展が、その反映、システム化、および法典化の固有の次元を、一般行政法と特

別行政法の間の中間レベルに見出したということである。既に広く実現のものとなった社会法典のプロジェクトが、法典技術的には同様に、関連する法制度の中間的一般化を伴いつつ、より大きな法領域の集約を試みている。これらと比較可能な同様のことは、労働法典のプロジェクトの枠組みでも見出し得る。

この法的一般化ないし具体化における中間レベルの設定は、法典化の平面でも、さらに理論的なシステム化との関連でも、ずっと以前から示されてきたが、今や、ここでの行政任務と任務重点の類型化（上記B. III. 2およびC. 参照）で提示した、抽象化ないし具体化に極めて接近している。ここには、分析とシステム化の平面で広範な一致があるのみならず、そこで示した行政の包括的な任務連関性と、より限定されているが存在する行政法の任務連関性が、中間的なレベルで実り豊かに扱ひ得る法理論的そして法政策的問題のより深い浸透と解決に寄与し得ることも、疑い得ない。中間レベルへの抽象化ないし具体化は、とりわけ、任務の重点領域の多元性をもっとも適切に描写し得ることで適任である。

6 抽象化と一般化の中間レベルという基調理念は、他との関連においても実りが多い。一般行政法の高度の抽象性に典型的なのは、とりわけ行政行為論である。そこでは、生気のないタイトルのもとで、行政行為の類型が扱われるにしても、例えば、認可、例外的な承認、免除、補助金給付決定の——まさに解釈理論的でもある——意味をほとんど知ることはできない。行政行為の下位区分として、さまざまな類型化は存在する。例えば、命令・形成・確定行政行為、あるいは羈束的・裁量的行政行為、授益的・侵害的行政行為のように。しかし、予防的・抑止的許可およびその中間的形態や、例外承認や免除の基本的意義は、一般行政法では実質的には扱われぬ。〔一般行政法の〕抽象化の地平において、〔行政行為類型論の〕解釈理論的な輪郭は見失われ、その意味は問題を把握するための類型というよりは、描写するだけの類型へと意味を減じる。同様に、高度に一般化された行政手続法、とりわけ実定行政手続法において、複合的な認可という手続類型（すなわち、大気汚染防止法、原子力法、遺伝子技術法の手続）の実質的な把握が行われぬこともなんら驚くべきではない。計画確定手続は固有の手続類型として、予期せぬあり方で、実定行政手続法に規定されたけれども、認可手続のための——〔計画確定手続の場合と〕同様に典型的な——見識とシステム化は、一般行政法において欠けている。解釈理論的な集約化と体系化への寄与能力は、まず第1に、個々の領域ないし個別行政法についての理論のなかに存在する。一般化（への段階を踏むこと）への要請は、例えば、認可手続を一部は包括的に提示する形で、経済行政法ないし環境法の枠組みのなかで表現される。

このような〔抑止的許可、免除、認可手続等の〕制度と手続類型のシステム的な取扱いをどこで行うのが適切かという関連した問いについては、〔環境法や経済行政法が例である〕一般化の中間レベルという基本的立場において、第1かつ発展可能な解を見出す。明らかに、認可の効力というテーマ（確認効、許可効、適法化効、拘束効、構成要件的效果）は、一方で、「興味深く」、理論的

には実り多い。しかし、他方で、個別行政法規（の領域）の地平にこの論点を置くと、それは個別的にすぎるし、一般行政法のコンテクストに置くと、その特有性を見失った考察になってしまう。具体的かつ誇張していえば、前者〔個別法領域における考察〕は、カエルの〔下からの〕視点にとどまりすぎであり、後者は鳥の視点であり鳥瞰的にすぎる。いずれも、自由ではあるが輪郭をはっきり認識できる高い見晴台からの観察に欠けている。この中間レベルへの最初の接近の試みとして、社会法典と環境法典という次元での法典化の企画と学問的システム化をあげることができる。

中間的なレベルでのシステム化と抽象化という基本的立場を採ることによって、一般行政法の機能もまた、もう一段より詳しく規定することができる。それは、既に言及した、憲法上の原則を行政法に転換する媒体の機能と並んで、特に、行政法のための類型的な法の骨組みをトータルに準備することである。法が、独立的であり、かつ自律的な規制システムであるならば、その主要な分野で、他の規制システムに対して自律的な作用のあり方を樹立するためには、固有の「言語」、固有の語彙、そして、文法を持たねばならない。その意味で、どの行政活動にも基底的であり、カテゴリーとして確定できるテーマと対象として、とりわけ以下が〔一般行政法の内容として〕妥当する。

—行政法の存立を可能とし、法的重要性を扱い得る諸形式（行為形式論）

—この、法的に重要な行政の活動〔行政の行為形式〕の「表現手段」のために、当然ながらその有効性の前提（存立、根拠付け、有効・無効に関する規律）を画定すること

—そして、これらの行為が、法的に有効であるならば、その特性として法的拘束力があることを言わねばならない。この拘束的な措置の、存続効、安定化作用に関する規律は、法的なルール化の基本要素であり、それなしでは、単なる倫理的ルール化と何が違うかを知ることはできない。

—やはり基本的であり、かつ明確な定式化が必要なことは、法治国において、法という軌道において行政と市民の関係が規律される、つまり、行政と市民の関係が法関係であるということは、詳しく具体的にはどういうことか、である。

〔行政法にとって必要な骨組みを揃えるという〕この機能において、一般行政法は時代を通じて妥当し、規定的であり、代替品がないが、この機能にとっては、現実との連関および具体的問題解決への近接性は、重要な要求基準ではない。この機能ゆえに、一般行政法の抽象性は高い水準に留まらざるを得ない。このことは、生ける行政法総体にとっての、一般行政法の規律の包括的な説明力が高次のレベルにあり、さらに向上させなければならないことを包含するものでもある。

7 考察の最後に、再度、環境政策における改革の必要性とそこから出てくる法にとっての帰結という最初に示した問題構成に戻ると、以上の考察から、環

境法は、単に一般行政法の発展にとっての参照領域としてのありうる（道具的な）機能としてではなく、一般化ないし具体化の中間レベルとしての固有な意義において考察されねばならない。

ここでは、実際的な観点で行った主要な任務領域の、部分的な類型化をさらに展開させるには、現代の状況と問題構成からは、危険防除の領域を分節して差異化しなければならない。配慮と予防という国家任務は、この間に、一般的な危険防除という、その出自分野から解放され、質的にも他の任務として自立した。上記BやCで示して適用したコンセプトによれば、この環境分野の独自性は、法においてのみでなく、他のすべての決定条件について分析され基礎づけられなければならない。例えばその独自性は以下に現れる。

- 環境法の特徴である新しい法原則としての配慮原則（Vorsorgeprinzip）の理解において。
- 法的な道具において。一方では、そこには協働原則（Kooperationsprinzip）を具体化し、また「柔軟な」制御のコンセプトにあてはまるような手法が属する。他方で、法律より下位にある法規が質的にも量的にも、独自に使われる。そこでは、不確定法概念と技術的条項の内容を、[環境法の] 任務の特性に強く結びついたあり方で充足するために、環境法においては、いわゆる規範具体化規則が行政規則の特別なカテゴリーとして発展してきている。
- この分野で、とりわけ問題が大きくなっている専門鑑定、審議会等への行政の依存——それは、[行政の] 形式的な決定権限と専門知識への実際の従属の矛盾を生んでいるが——の問題を考慮することにおいて。
- 柔軟な制御形式が用いられる（用いなければならない）環境政策の分野での、名宛人が制御を受容すること（Akzeptanz）への依存や、増大する合意の要求において。
- 一般的な行政構造の統一性のなかに、専門鑑定的組織（技術的、自然科学的な助言官庁等）を組み込むという、環境行政における中心的な組織問題において。各州におけるさまざまな実験的なモデルは、この秩序付け問題を満足に解決することが困難であることを示している。

これらの、配慮と予防という[環境行政] 任務領域に典型的な問題群は——この考察における主要テーゼの適用と確認をすることにもなるが——対象分野の特性と事物に即した構造に起因する。その点について、ここでは次のことだけを指摘しておく。例えば（一般的な複雑性問題の高次なものとして）問題が網の目のように相互に関連していること、リスクが産出する変化のスピード、結果の長期継続性と現存する知識の不確かさである。

このような（そしてその他のものも含む）具体分野の特徴から、改革の端緒と[環境]法の改革を結ぶ導出の階梯として、4つの段階を要約的に掲げることができる。

- －環境政策における物事に即した課題 [挑戦]
- －配慮と予防という国家・行政任務
- －この行政任務が、行政成果の個々の決定条件に対してなす要求
- －環境法への改革要求

以 上

参考文献

- 板垣勝彦、『保障行政の法理論』、弘文堂、2013年
- 遠藤博也、『行政法Ⅱ（各論）』、青林書院、1977年
- エバーハルト・シュミットーアスマン、（太田匡彦・大橋洋一・山本隆司訳）、『行政法理論の基礎と課題』、東京大学出版会、2006年
- 、（内野美穂・角松生史（訳））「法規命令—法律及び行政規則との関係において」、『神戸法学雑誌』、60巻3・4号、2011年、482～456頁
- 大橋洋一、『行政規則の法理と実体』、有斐閣、1989年
- 、『行政法学の構造的変革』、有斐閣、1996年
- 、『行政法Ⅰ』、有斐閣、第2版、2013年
- 岡田正則、「経済行政法理論の生成と展開」、首藤重幸・岡田正則編、『経済行政法の理論 [佐藤英善先生古稀記念論文集]』、日本評論社、2010年
- 乙部哲郎、『行政の自己拘束の法理』、信山社、2001年
- 片桐直人、「憲法と通貨・中央銀行法制に関する一考察（1）」、『法学論叢』、158巻3号、2005年、94～116頁
- 、「戦後日本銀行法の展開と憲法」、曾我部真裕・赤坂 幸一編『憲法改革の理念と展開（上）』、信山社、2012年
- 神作裕之、「海外金融法の動向——ドイツ」、『金融法研究』、14号134～143頁（1998年）、15号136～145頁（1999年）、16号127～135頁（2000年）、17号150～158頁（2001年）、18号122～132頁（2002年）、19号117～124頁（2003年）
- 岸本太樹、「公的任務の共同遂行（公私協働）と行政上の契約（1）～（4）」、『自治研究』81巻2号91～109頁（2005年）、81巻6号132～141頁（2005年）、81巻12号111～131頁（2005年）、82巻4号126～152頁（2006年）
- 北住炯一、『近代ドイツ官僚国家と自治』、成文堂、1990年
- 木下孝治、「ドイツ保険監督法上の保険者の情報提供義務及び契約締結（1）～（7）」、『阪大法学』47巻2号211～232頁（1997年）、47巻3号415～443頁（1997年）、47巻6号103～131頁（1998年）、48巻1号137～168頁（1998年）、50巻1号1～65頁（2000年）、50巻2号239～299頁（2000年）、50巻6号899～922頁（2001年）
- 久保大作、「商法上の会計規範の決定に関する一考察（1）」、『法学協会雑誌』、124巻12号、2007年、1～103頁
- ゲルハルト・エストライヒ（坂口修平・千葉徳夫・山内進編訳）、『近代国家の覚醒——新ストア主義・身分制・ポリツァイ』、創文社、1993年
- 小早川光郎、『行政法 上』、弘文堂、1999年
- 小山 剛、『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』、尚学社、2004年
- 監訳、『憲法の優位』、慶應義塾大学出版会、2012年
- 斎藤 誠、「証券取引等監視委員会の展望」、『ジュリスト』1082号、1996年、149～155頁
- 、「行政組織と制裁のあり方」、『ジュリスト』1228号、2002年、109～115頁
- 、「金融行政システムの法的考察」、日本銀行金融研究所ディスカッションペーパー

- パーシリーズ 2002-J-31、2002 年
- 、「公法的観点から見た銀行監督法制」、『金融法研究』、20 号、2004 年、63～78 頁
- 、「公法における機能的考察の意義と限界」、稲葉 馨・亘理 格編、『行政法の思考様式』、青林書院、2008 年
- 、「グローバル化と行政法」、磯部 力・小早川光郎・芝池義一編、『行政法の新構想 I』、有斐閣、2011 年
- 、『現代地方自治の法的基層』、有斐閣、2012 年
- 、「業者の登録更新と国家賠償責任」、神田秀樹・神作裕之編、『金融商品取引法判例百選』、有斐閣、2013 年
- 、「行政訴訟・民事訴訟の狭間と権利救済」、磯野弥生・甲斐素直・角松生史・古城 誠・徳本広孝・人見 剛編、『現代行政訴訟の到達点と展望（宮崎良夫先生古稀記念）』、日本評論社、2014 年
- 佐伯仁志、『制裁論』、有斐閣、2009 年
- 佐藤英善、『経済行政法』、成文堂、1990 年
- 塩野 宏、『公法と私法』、有斐閣、1991 年
- 、『行政法 I 行政法総論』、有斐閣、第 5 版補訂版、2013 年
- 首藤重幸・岡田正則編、『経済行政法の理論 [佐藤英善先生古稀記念論文集]』、日本評論社、2010 年
- 高木 光、『技術基準と行政手続』、弘文堂、1995 年
- 田中英夫・竹内昭夫、『法の実現における私人の役割』、東京大学出版会、1987 年
- 田中二郎、『新版行政法下巻』、弘文堂、全訂第 2 版、1984 年
- 田上穰治、「ドイツ行政法」、田中二郎・原竜之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第 1 巻 行政法序論』、有斐閣、第 2 版、1964 年
- 玉井克哉、「統制法規違反の法律行為」、『行政判例百選』、有斐閣、第 6 版、2012 年
- 角田美穂子、「(民事法研究会) ドイツ証券取引法上の信用機関の行為義務に関するガイドライン (訳)」、『亜細亜法学』、35 巻 1 号、2000 年、271～284 頁
- 、『適合性原則と私法理論の交錯』、商事法務、2014 年
- 遠山 聡、「ドイツ保険監督法における保険者の情報提供義務」、『筑波法政』、25 号、1998 年、249～274 頁
- 中西優美子、「EU 法の有効性及び解釈と国内裁判所の先決裁定付託義務 (I(1))」、『自治研究』、89 巻 9 号、2013 年、93～103 頁
- 成田頼明、『行政法序説』、有斐閣、1984 年
- 日本証券経済研究所、『外国証券関係法令集：ドイツ』、2009 年
- 日本損害保険協会・生命保険協会 (新井修司・金岡京子共訳)、『ドイツ保険契約法 (2008 年 1 月 1 日)』
- 根岸 哲、「経済法の歴史的展開」、日本経済法学会編、『経済法の理論と展開 (経済法講座第 1 巻)』、三省堂、2002 年
- 野口貴公美、『行政立法手続の研究』、日本評論社、2008 年
- 野村修也、「金融行政の新しい手法」、『金融法研究』、20 号、2004 年、79～88 頁
- 野呂 充、「行政法の規範体系」、磯部力ほか編『行政法の新構想 I』、有斐閣、2011 年

- 原田大樹、『例解行政法』、東京大学出版会、2013年
- 、『国際会計基準採用の法的課題』、『ジュリスト』、1380号、2009年、2～7頁
- 平井宜雄、『損害賠償法の理論』、東京大学出版会、1971年
- 正井章作・菊田秀雄、「ドイツにおける金融サービスに対する監督の統合——ドイツ連邦金融監督庁の発足と権限の拡大」、『国際商事法務』31巻8号、2003年、1086～1093頁
- 前田重行、「海外金融法の動向——ドイツ」、『金融法研究』、11号116～124頁(1995年)、12号117～129頁(1996年)、13号122～132頁(1997年)
- 松井秀征、「海外金融法の動向——ドイツ」、『金融法研究』、27号134～139頁(2011年)、28号195～201頁(2012年) 195～201頁
- 弥永真生、「銀行監督上の失敗とEU(EC)法違反に基づく国家賠償責任」、『筑波ロー・ジャーナル』、2号、2007年、45～68頁
- 山田剛志、「海外金融法の動向——ドイツ」、『金融法研究』20号126～133頁(2004年)、21号157～161頁(2005年)
- 、『金融自由化と顧客保護法制』、中央経済社、2008年
- 山本敬三、『公序良俗論の再構成』、有斐閣、2000年
- 山本隆司、『行政上の主観法と法関係』、有斐閣、2000年
- 、『行政法システムにおける市場経済システムの位置づけに関する緒論』、森島昭夫・塩野宏編、『変動する日本社会と法(加藤一郎先生追悼論文集)』、有斐閣、2011年
- Assmann, Heinz-Dieter, Schneider, Uwe.H. (hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 6. Aufl.* (2012)
- Badura, Peter, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaates* (1966)
- , *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. (1999)
- Berringer, Christian, *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht* (2004)
- Bliesener, Dirk, *Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel* (1998)
- Böhme, Markus, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht* (2009)
- Bullinger, Martin, *Staatsaufsicht in der Wirtschaft*, in: VVDStRL22, (1965)
- , *Der Beitrag von Ernst Forsthoff zum Verwaltungs- und Verfassungsrecht*, in: Grupp, K., Hufeld, U (hrsg.), *Recht - Kultur - Finanzen* (2005)
- , *Regulierung von Wirtschaft und Medien* (2008)
- Bumke, Christian, *Verwaltungsakte*, in: Hoffmann-Riem, (u.a) (hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl.* (2012)
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft* (1983)
- Franzius, C., *Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, in: Hoffmann-Riem, (u.a) (hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl.* (2012)
- Forsthoff, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971)
- Grimm, Dieter, *Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats*, in: Wilfried Berg, (hrsg.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Verwaltung, Beiheft 4* (2001)

- Hirte, Heribert, Möllers, Thomas M. J. (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, (2007)
- Huber, Ernst Rudolf, *Wirtschaftsverwaltungsrecht Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts* (1932)
- Kahl, Wolfgang, *Die Stataufsicht: Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden* (2000)
- Otto Bachof, Winfried Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*: in: VVDStRL, Bd.30 (1972)
- Möllers, Christoph, *Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, VerwArch, Bd.93 (2002)
- Pahlow, Louis, *Bankenregulierung zur Stärkerung der Krisenprävention?*, in: Der Staat 50Bd (2011)
- Ruffert, Matthias, *Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts*, in: Hoffmann-Riem, (u.a.) (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. (2012)
- Saito, Makoto, *Biotechnologie und Verfassung in Japan*, in: Heinz-Dieter Aßmann, Kazushige Asada, Zentaro Kitagawa, Junichi Murakami, Nettesheim Martin (Hrsg.), *Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien: Deutsch-Japanisches Symposium in Tübingen vom 12. bis 18. Juli 2004* (2006)
- Schenke, Wolf.-Rüdiger., *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., (2003)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Der Beitrag des öffentlichen Wirtschaftsrechts zur verwaltungsrechtlichen Systembildung*, in: Haltmut Bauer, Czybulka Detlef, Kahl Wolfgang, Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht: Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, Mohr Siebeck, Tübingen (2002)
- , *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* 2. Aufl. (2004)
- , *Internationales Verwaltungsrecht*, in: Der Staat, Beiheft 21 (2013)
- Schmidt, Reiner, *Öffentliches Wirtschaftsrecht: allgemeiner Teil*, Bd. 1 (1990)
- Schuppert, Gunnar, Folke (Hrsg.) *Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand* (2005)
- Stolleis, Michael, *Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert: Die Zäsur von 1914 aus rechtshistorischer Perspektive*. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 22. Januar. 1997 (1997) (現在は、Stolleis, *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, Bd. 1 (2011)に所収)
- , *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3Bd. (1999)
- , *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg*, in: Haltmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl, Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht : Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, Mohr Siebeck, Tübingen (2002) (現在は、Stolleis, *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, Bd. 2 (2011)に所収)
- Wahl, Rainer, *Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen* (1993)
- , *Herausforderungen und Antworten* (2006)
- Württemberg, Thomas, Dirk Heckmann, Rainer Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 4. Aufl (1999)