

行政指導の法的根拠 (二)

松戸 浩

- 一 はじめに
- 二 我国学説判例上の展開 (以上、二九卷四号)
- 三 ドイツ学説判例上の展開 (以上、本号)
- 四 理論的検討
- 五 おわりに

三 ドイツ学説判例上の展開

行政指導に類似する行政活動が諸外国にもみられることは周知の通りであり、それは必ずしも我国の行政指導と同一の射程範囲を持つものでないが¹⁾「インフォーマルな行政活動」と称されている。本稿ではその内我国と同様の法治主義理解を持つドイツに於けるインフォーマルな行政活動を取り上げ、その法的根拠に関する議論を検討することにより、本稿のテーマを分析するに際しての手掛りを得ることに努めることとする。

ドイツに於けるインフォーマルな行政活動を巡る理論状況に就いては、既にこれ迄我国でも詳細な紹介が度々なされて²⁾いる。そこではインフォーマルな行政活動を、行政と私人との協力の下に行われるものと行政が一方的に行うものとに大別した上でその夫々に就いての検討が行われているが、本稿では、前款でみた我国の行政指導との比較の観

点から、後者の類型に属する警告・推奨 (Warnung · Empfehlung) を特に検討対象とする。以下ではこれら先行研究を踏まえつつ、先ず、警告・推奨を扱った連邦行政裁判決を取り上げ、本稿の見地から改めて検討することとする。

一 (1) 警告・推奨が問題となった連邦行政裁判決の嚆矢として知られているのは、連邦青年家庭保険大臣によって任ぜられた透明性委員会 (Transparenzkommission) による医薬品リストの公表に係るものであった。^④ 本判決は同リストの公表が製薬業者の企業活動の自由を侵害しうることを認めた上で、法律の授権との関係では次のように述べている。^⑤

「透明性リストの公表は基本法一二条一文によれば法律の授権根拠を必要とするが、それは存在していなかった。必要とされる根拠は医薬品市場の再編の基準値に関する一九七五年一〇月一五日の連邦政府決定にも、医薬品市場の規律に関する法律の可決を契機とした一九七六年七月一日の連邦議会決議にもみられない。同所で考慮に入れられた価格比較の概要を伴うライヒ保険法三六八条 p 一項も、ここで議論のなされている品質保障マークの授与や公表を伴う透明性リストの手續に對して何ら適当な法律の根拠を意味するものではない。従って原告は、被告が法律の根拠を欠く故に違法な自己の自由領域への侵害を行なわないことに対する請求権を有する。」^⑥

ここで挙げられている一九七五年の連邦政府決定と一九七六年の連邦議会決議は、透明性委員会の任命根拠となったものである。そして透明性委員会が医薬品リストを作成する権限は連邦大臣によって定立された職務規定 (Bundesanzeiger Nr. 135 v. 23. Juli 1977 告示) 一条一項に定められていたのであるが、本判決は以上のように述べて医薬品リストの公表は法律の根拠を欠き違法であると評価した。本判決は公表に基本権侵害の可能性があるととして法律の留保の対象とした点で注目され、また後述する諸判決と異なりかかる活動に就いて法律の根拠の存在を認めなかったのであるが、後者の点は、後述する諸判決に就いて本判決との整合性が問題とされる要因となっている。しかし、

本判決は基本権侵害の可能性がある公表に就いて法律の根拠を要求しているに留まり、そこで要求される法律が如何なる種類のものであるべきかに就いては明言を避けている。寧ろ先の叙述からは、通常行政行為に就いて要求されているものとは異なつた—緩和された—根拠を容認しているようにもみえる。即ち本判決は、透明性委員会の任命の際に医薬品リストの公表の権限を同委員会に容認することに就いて—要求されるべき法形式に就いては必ずしも明確ではないが—何らかの意思が議会等によつて示されていれば公表の根拠として充分であり、特に公表の為に用意されるべき授權根拠までを要求している訳ではないからである。後述するように後の警告・推奨に係る諸判決の中には基本法上の任務を以てその根拠とするものがみられるが、本判決にはその端緒が既に示されていたといえる。

(2)(a) 警告・推奨に対する法律の根拠に関する判断が関心を呼ぶこととなつたのは、寧ろ右判決の後に青少年宗教の危険性を指摘する警告に關してなされた連邦行政裁判決であつた。本判決はこの種の警告が当該青少年宗教の信仰の自由等の基本権を侵害することを肯定した上で、次のように述べている。

〔問題となつている基本権侵害に對する明文の根拠が被告には欠けている。当該侵害はしかし、連邦政府の憲法上の任務を与えられた地位及びその情報提供、公衆の啓発の権限によつて充分に正当化される。〕社会的展開を絶えず顧慮すること、誤つた展開やその他の出現した諸問題を出来るだけ迅速且つ詳細に把握すること、それらの阻止乃至除去の可能性を考慮すること、そして必要な措置を準備することは、国家統率の機關としての連邦政府の基本法に於て前提とされている任務に屬し、それは、これらに就いて立法者の議決を必要とするか否かと、關係ない(…)。連邦政府は公開でなされる議会に於て、照会に於て議会及び公衆に對し自己の判断乃至対応予定の釈明を行なうが、(これとは独立に、連邦政府は自己の認識と意図の説明の為に自らも直接に公衆に相對しうる。これに對する基礎は連邦政府の同様に黙示的な、しかし機能上限定された広報活動に對する権限である。)政府の政策並びにその措置、決定そして解決の提案を公的に説明解説することにより、民

主的共同体に於て必要な国家と市民との基本的コンセンサスを生き生きと維持するという（任務が政府に与えられるのは、就中一定の社会現象——）が公衆の中で活発に議論され疑念を以て注目されている場合である。何故なら、公衆は正にかか
る前提の下では直ちに連邦政府の認識や意図が知らされることを期待しうるからである。こうした公衆の情報提供への要求
を充たすことには、国家による推奨や警告の可能性も含まれるものである。何故なら、この種の連邦政府の表明も共同体に
対する自己の責任の直接的表明であり従ってその公衆への情報提供・啓発権限によって担われるものだからである。既存の
危険状態に対する国家の公的な警告は、示された危険に應對すること以上にそれ自体有効な手段である。公的な警告はそれ
と共に同時に警告された市民の保護や—更なる措置、特に法的制裁を不要とする点で—市民の自由領域の維持に仕えるので
ある。／連邦政府の公的警告に対する権限は憲法自体から生ずる為、同権限の更なる法律による規制は不必要である。以
上のことは、その活動が連邦政府により公共に對し危険であるとされる者の基本権の侵害を顧慮しても妥当する。何故なら、
かかる基本権侵害は連邦政府の公的警告と必然的且つ不可避免的に結びつきそれ故に連邦政府の憲法上の表明権に含まれてい
るからである。許容される基本権侵害の限界は同様に直接に憲法によって判断される。〔国家は個人々々に關する否定的表明
の際には、比例原則を守らなければならない。〕〔詳細な法律による規律は、ありうる侵害状況・効果の多様性の故に實際上
不可能であり従って憲法上命じられていない。原告は従って、原告の説明とは異なり、係争となつてゐる被告による表明に
より、自己の基本権への侵害に對する法律上の授權がないことでは侵害されていない。〕（傍点は松戸⁸⁾）

(b) 以上のように本判決は当該警告が青少年宗教の基本権を侵害するものであることを認めつつも、その場合要
求される法律の根拠に就いては、医薬品リストの事例と同様に明文の規定を欠くにも拘らず、連邦政府の基本法上認
められた国家統率の任務からこれを導出している。⁹⁾ この点に就いては学説からの批判があつた。これは主に、本判決
が右のように任務から侵害権限を導出していることに向けられてゐるが、¹⁰⁾ その他にも、広報活動で知らされるべきこ

とは政府の活動であつて私人の活動ではないという批判や、国家統率の概念は曖昧でありたとえ明確であるとしてもこれから侵害権限を導出することは出来ないという批判があり、また、本判決が憲法を授權根拠としこれとは別個の法律による授權を不要としていることに関して、法律で侵害要件を定めることには侵害行為の予測可能性や明確性を担保するという法治国的機能がある一方、文言の不明確な憲法ではかかる機能を果たすには不十分であるとする批判も存在する。⁽¹³⁾

これに加えて近年は、本判決に挙げられた議会の照会及びこれに対する連邦政府の回答に関わる国家統率と私人に対する警告とを区別し、前者としてなされる議会对する警告は法律の留保とは関わりなく個別の法律の根拠は不要であるものの、後者は効果の上からは行政官庁による命令・禁止に等しいものであり、それ故国家統率の権限から導出されるものではなく法律による侵害授權が要求されるべきであるという主張がなされている。⁽¹⁴⁾ この主張によれば、本判決は当該警告が私人に対しても影響のあることを認めたにも拘らず、これを専ら政府・議会間になされる活動に妥当する原理によつて処理しているという点で問題がある、ということになる。

他方で、これと同様に国家統率と私人に対する警告とを区別しつつも、本判決の射程を専ら前者に係るものと限定することにより、右とは異なつた判決の理解乃至評価を示す見解も存在する。即ちこの見解によれば、本判決によつて容認されたのは国家統率に係る情報提供活動のみであつて、憲法上の広報活動の任務から公表活動による基本権侵害の授權を導出することを一般的に容認するものではないとされる。⁽¹⁵⁾ この見解は本判決の結論自体は肯定するものの、侵害を伴う警告一般に就いて法律の授權を不要としている訳ではない。即ちこの論者にあつては、議会や公衆に対して政府報告の枠内で意見表明がなされる場合と具体的な製造物に対する警告がなされる場合との区別が重要視される。後者の場合には政府は命令活動を行なう執行機関として活動するものであり、それ故侵害に対し予定された権限

秩序の枠内で活動すべきとされる。従って政府の政策の表明や社会的に重要な領域での誘導措置ではない、例えば生産物に就いての環境保護上の推奨のような、一般処分と同様の執行効果を持つ情報提供活動に対しては、憲法上の規定による正当化は問題とならず、法律の授權が必要であるというのである。¹⁷⁾

(c) 本判決が明文の法律上の根拠を欠くにも拘らず基本権を侵害する警告を正当化する為に用いた判断枠組をみると、確かにその基本にあるのは基本法上政府に認められた国家統率の任務の援用であり、本件では具体的にはそれは、政府は議会に対するのと同様公衆に対しても情報提供をなす任務があるというものであり、このことは基本権侵害が随伴する場合でも変わりはない、ということであった。しかし、基本権侵害を伴う活動の正当化を憲法上の機関の任務に求めるのであれば、およそ行政機関が行政活動を行なう淵源は究極には憲法上の任務に求めうる以上、侵害行政一般に就いても同様のことが成り立ちうることになり、従って憲法上の規定に加えて別途法律の留保の原則が立てられている意味はなくなるのであり、前述のような批判がなされるのは当然のことといえる。

尤も本判決はナイーブに憲法上の任務を援用しているのではなく、幾つかの前提条件や追加的な理由づけを付している。それは、①公衆の中で疑念を持たれつつ注目される社会現象に係るものであって、政府のこれに対する認識等が示されることが公衆によって期待されている状況下の情報提供であること②警告によることで他の手段特に法的制裁を用いる場合に比し被警告者の自由の確保につながる事③侵害状況・効果の多様性の故に、詳細な法律による規律が実際上不可能であること、の三点である。特に②③は、警告を一般の侵害活動と区別し、これに就いて法律の根拠に係る法律の留保原則の要求を緩和し憲法上の任務を以て授權根拠たりうるとする為には不可欠の論拠であるといえる。しかし、これらの論拠が憲法上の任務による基本権侵害の正当化を支えるに十分であるかといえるかに就いては検討の余地がある。例えば②は、より相手方に対してソフトな手段であるとの理由で行政行為等の代替として警告

が行なわれる場合には、それは国家統率としての性格を持つものといえるかという問題があり、寧ろ憲法上の国家統率機関としての任務の援用による正当化と両立しないことも考えられる。⁽¹⁹⁾

(3) 先にみたように青少年宗教判決に対しては少なからぬ批判があつたが、その翌年の一九九〇年に出された連邦行政裁判決(グリコールワイン判決)では、連邦行政裁は青少年宗教判決での基本的方向を維持しつつ、これを補足する判断を下した。本件は連邦青年家庭保険大臣によつてなされたグリコール汚染ワインの公表を巡る事案であるが、その公表権限に就いては明文の根拠規定を欠いていた。この点に就いて本判決は青少年宗教判決を援用しつつ、「一般的な見解によれば」基本法上連邦政府には社会的諸問題に対処する為の必要な措置をとる任務があることが前提とされており、その為の立法者の議決は不要であるとする。そして共同体の重要な利益を脅かし国民の強い不安を生じるおそれがあるときには、政府がこの措置を取ることは国家の基本権保護義務から強制されると述べつつ、同判決と同様に、この措置には公衆への情報提供が含まれ、それが危険の防止乃至除去にとつて有益であり国家に対する信頼を生じさせるものであると述べた上で、次のように結論づけた。

「従つて、重要な共同体の利益に対する重大な危険の防御の為に公衆に包括的に当面の状況に就いて情報提供する権限を政府が憲法上持たなければならずまた持つてゐることは、深刻に疑われるものではない。／＼政府に委ねられた公衆への情報提供や警告による政治的な危機の克服の任務は、それが上述の任務の履行の為に必要な場合には、具体的な基本権の担い手を、存在する危険状況の源として示す権限も含まなければならぬ。これに対して基本権は何ら制約のない保護を与へるものでもなければ与へるべきものでもない。」⁽²⁰⁾

本判決は青少年宗教判決と同様の結論を取りつつ、その理由づけに就いて幾つかの変更を加えている。しかし公表の法的根拠に関しては右のように青少年宗教判決での説明をほぼ踏襲し、政府に情報提供権限のあることを基本法上

の政府の任務から導出している。従って本判決に対しても、任務から権限を導出していることに対する批判がなされている。^{22, 23} また本判決が示唆するように、基本法上の政府の任務に情報提供が含まれるとされるのはあくまで解釈上の帰結であり、必ずしも明文で規定されている訳ではない。そしてこの帰結を導く論拠としては、青少年宗教判決と同様に、情報提供は危難の除去に対して有益乃至必要であるとの理由から政府による社会的諸問題への対処手段に含まれるとの説明がなされているのであるが、憲法上政府の任務に情報提供活動が含まれるとする為の一般的な説明としてはともかく、ここでは活動の授権根拠は何処にあるかの検討が行なわれているのであるから、かかる説明が適当であるかという問題は残る。任務の遂行にとって必要乃至有益な活動であれば憲法上拠所のある任務に含まれ憲法によって正当化されるという説明にあつては、授権規範と活動との関係が間接的なものに留まり、授権規範によって正当化される活動の範囲が極めて広範なものとなりうるからである。

なお本判決は医薬品リスト事件判決や青少年宗教判決と異なり、ワインリストの公表が基本権を侵害するものとは認めていない。即ち本判決は前に援用した箇所に続いて、基本法一二条一項は被告が原告によって詰められたワインや瓶詰者をリストに搭載して公表することから原告を保護するものではないとして、リストの公表は原告の同項によって保護された営業の自由領域を侵害するものではなくそれ故本件では基本権の侵害を欠き法律の留保は問題とはならないと述べている。²⁴ これは、基本権侵害の認定につき特に医薬品リスト事件判決との関係をどのように理解すべきかという問題を生じるものであるが、本稿のテーマとの関係では、本件では基本権の侵害を欠くことから法律の留保は問題とならないと判示していることが問題となりうる。しかしそうであるならば、前にみた我国の判例の場合と同様に公表の法的根拠につき詳細に論ずる必要はなくなるのであつて、本判決が先にみたようにこの点につき青少年宗教判決と同様の説明を繰り返していることとかかる判示との関係は不明確なものといえる。²⁵

(4) (a) 以上のように、青少年宗教判決に対してなされた任務による侵害行為の正当化に就いての批判は、グリコールワイン判決では必ずしも顧慮されていたとはいえなかつたが、その翌年の一九九一年に出された連邦行政裁決定（オシヨー決定）では、これに応えた判断がなされた。この決定は、I・オシヨーラジュネシによつて設立された瞑想団体に対してなされた、この瞑想運動を青少年宗教乃至青少年セクトとした連邦政府の公的意見表明を不服として同団体が提起した訴訟に係るものであつた。本決定はその冒頭で、同団体の異議は青少年宗教判決に対してなされた批判と関係しまた意見表明の法的根拠を疑うものであるがこの法的問題はこれ迄の判決決定で十分に説明されていると述べ、青少年宗教判決やグリコールワイン判決の判決理由を再掲した上で、次のように述べている。

〔連邦政府に広報活動の権限があることの・松戸註〕承認と共に、青少年宗教判決に対する反対のいう許されぬ仕方では連邦政府の任務からその権限が導出されるのではない。〔国家の任務と侵害権限との区別は古典的な法治国思想に由来し、特に警察秩序法の領域で認められている。この区別はここでは、警察秩序官庁に対して危険防止の任務を配分することからは、市民の法的負担を導く手段を投入することに対する官庁の権限はなお導出されないことを意味している（…）。その際には伝統的な侵害、従つて命令或いは禁止の性格を持つ法行為が念頭に置かれている。そのような法形式による自由の制限は、一定の任務の配分によつて容易に行なわれるものではない。〕かかる制限は、国家を統制しありうる負担を市民に予測可能なものとする為に、内容等につき詳細な法律による規律を必要とする。〔これに対し、一連邦政府による広報活動のような—その種類が事実上のものに過ぎず法的に履行しえるものではなく、またその遂行の際に国家は—必要とあらば強制手段によつて貫徹される—行為を拘束的に課し或いは禁じる仕方では個人の権利を侵害出来ない国家任務の場合には、事情は異なりうる。国家による警告の効果は専ら事実上のものである。関係者は自己の活動を続行する権利のみならず、反対の意見表明をなす権利も有する。警告の名宛人には、警告に反した活動をなすことが許されている。〕そのような場合には、授權根拠の

明確性に対する要求を伴う法治国原理は、国家によって遂行される任務から、これに対応した、その任務遂行と必然的典型的に結び付く個人の権利制限の許容性を導出することは矛盾しない。(このことは、一方では全ての国家任務に内在する実効的な任務遂行の要請から、他方では正にそのような「インフォーマルな」、それ故に一定の法的手段の意味で常に形作られる訳ではない国家活動から生じうる侵害状態、侵害効果の多様性から明らかとなる。つまり、規制されるべき諸事情が多様であればあるほど、法律による侵害授權の明確性に対する要求は小さくなる(…)。連邦政府の表明権も見通し不可能な多様性が想定できる諸事情と関係し、表明内容の固定や表明目的の詳細な規定は許されない。…法廷は既に、大学委員会による教員の行動に対する公的な不同意に関する一九七八年六月二日の判決(70 5575)に於て、不同意による人格権への侵害に対する明白な授權が不要であると、委員会の任務領域を不同意に対する十分な法的根拠と見做し、また第一法廷は一九九〇年二月二〇日の判決(BVerwGE 84, 375)に於て、憲法上保障された情報上の自己決定権への侵害があるにせよ、憲法擁護警察官庁の法律上の任務から個人情報調査蓄積権限を導出している。連邦憲法裁判所も繰り返し、基本法の権限規範から自由権の実体法上の制限を導出することは妨げられないと判断している(Vgl. z. B. BVerfGE 69, 1 [21ff.]¹⁸⁹)

(b) 本決定は以上のように、青少年宗教判決やグリコールワイン判決で示された憲法上の国家机关の任務からその権限を導出しようという結論を維持しつつ、この点に就いて両判決に対してなされた批判を十分に意識したものとなっている。即ち本決定は任務と侵害権限の授權との区別が古典的法治国思想に由来し且つ一般的に妥当なことを承認しつつも、この区別が念頭に置いているのは伝統的侵害活動であって、意見表明のような事実行為に就いては「事情は異なりうる」と述べているのであるが、そこで論拠として述べられていることを要約するならば、次の通りである。

- ① 国家任務には広報活動のような、事実上のものであってその遂行の際には強制手段を担保として命令禁止する

方法では個人の権利を侵害できないものがある。

- ② 警告の効果は専ら事実上のものに過ぎず、関係者はこれに反した活動をも行ないうる。
- ③ 国家の任務には実効的にこれを遂行すべき要請が内在している。
- ④ 規制対象が多様である場合、法律による授權の明確性に対する要求は緩和されるところ、意見表明は見通しの不可能な多様な諸事情を対象とし、その詳細な規定は困難である。
- ⑤ 任務に基本権侵害の根拠を求めることは、既に多くの連邦行政裁・連邦憲法裁判決が行なつてきたところである。

この内②は、我国で行政指導と関連して論じられているものとは文脈を異にする点に注意を要する。即ち、我国では行政指導の名宛人が行政指導に従う法的義務はなくそれ故行政指導は私人の権利利益を侵害するものではないと語られているのであるが、本稿でこれ迄みてきたドイツの諸判決・決定で問題とされた「インフォーマルな行政活動」では、(グリコールワイン事件を除き)私人の権利利益を侵害することが認められている。しかしここでは、我国での行政指導と異なり公表形態の活動が問題となつていたのであり、インフォーマルな行政活動によつて直接に私人の権利利益が害されるのではなく、リストや特定団体の危険性の公表等の同活動を受けてなされる公衆の活動により私人が受ける影響に就いて権利利益への侵害が認められている。このような構図にあつては、一方で警告による私人の権利利益の侵害を認めつつ、他方で警告に反する関係者の活動が認められることにより警告を任意性のある事実行為と認めることも一関係者の活動と侵害結果との因果関係をどうみるかという問題は残るが²⁴可能である。これは、インフォーマルな行政活動を受けて作為乃至不作為を行なう者とそれにより影響を受ける者とが異なることによるものであるが、我国の行政指導の場合、一般的には両者が同一である為、行政指導の任意性が確保されていれば、これに

より権利利益の侵害が生ずるということにはない、ということになる。また、④は青少年宗教判決でもごく簡略に述べられていたものであるが、ドイツで問題とされたインフォーマルな行政活動の効果の事前予測が困難であるのは、右のように効果が関係者の行為に依存するものであることもその要因となっている。

従って本決定によれば、法治国思想による法律の授権の要求の見地からは、一般の侵害行為と警告との相違は、権利益への侵害の有無ではなく①の強制手段の有無と侵害効果の行政活動との直接的関連性の有無の二点に見出されているといえ、この両者を欠く警告に就いては右の論拠から憲法上の任務による正当化で十分であるとされていることになる。

(c) 以上のように本決定は先にみた諸判決と異なり、警告の場合に一般の侵害活動と異なり授権根拠に対する法国的要請が緩和され任務から侵害権限を導出することも容認されることの理由を詳細に述べているのであるが、その実質的な前提となっているのは③の、任務が存在することはそれが実効的に遂行されるべき要請を含んでいる、という考であろう。後述するように、国家机关はその所属する法主体の活動(の一部)を遂行する目的を以て設立されるのであるから、機関に任務が配分されることはそれが当該機関によって遂行されることを当然前提としている。しかし、任務規範が任務の配分を越えて、どのようにそれが遂行されるべきかに就いて迄語っているといえるかは検討の余地があり、²⁸⁾ 伝統的理論による法律の授権の要求は任務の遂行が侵害活動という態様で行なわれることに着眼していたといえることから、③を認めるとしてもそれは基本権侵害の認められる警告に就いて任務規範とは別に、法律の根拠を求めることを排除することの論拠とはならないと思われる。同様に④も本判決の実質的な前提となっているといえるが、規制の困難なことから授権要件を緩和することに対しては、当然批判のあるところである。²⁹⁾

(5) (a) 以上のようにオシヨー決定は従前の青少年宗教・グリコールワインの両判決に対してなされた批判を

受け理由づけを詳細に示したのであるが、オシヨーによる瞑想運動を巡るもう一つの判決も、同決定と同様に批判を考慮したものとみられるものである。この判決は同決定の翌年の一九九二年に出されたもので、宗教セクトに対して警告を行なうことを任務とする団体に対してなされた連邦政府の助成により基本法四条の定める基本権（信仰の自由）が侵害されたとして、同助成が違法であることの確認を求めた事案であった。従ってこれ迄検討してきた諸判決・決定と異なり警告自体を直接争ったものではなかったが、本判決は同助成により原告の基本権が侵害されたことを認めつつ、これに対する法律の授権が必要であるにも拘らず本件ではそのような授権は存在しなかったと判断した。その理由として述べられているのは次の論拠である。

① 前述のように青少年宗教事件で警告の根拠とされたのは国家統率機関としての連邦政府の任務であったが、本件では国家統率の機能は問題となっておらず、私人の助成は行政活動であり、この場合には憲法に直接由来する侵害授権は許されない。

② 確かに青少年宗教判決やオシヨー決定は任務配分規範を根拠として事実上の（インフォーマルな）基本権侵害をなすことを排斥していないが、これは当該規範の内容が任務の規律を越え、そこから十分な明確性を以て侵害授権を読み取りうる場合にのみ可能であるところ、本件助成の根拠となっている児童青年援助法の規定はこの意味での授権根拠としては不十分であり単なる任務規律規範に過ぎない。

③ 本件のように補助金関係にない第三者の基本権侵害が問題となっている場合には当該侵害は法治国的法律留保に服するところ、そこでの授権根拠は、予算の議会と政府との間の関係に限定される規律内容やその支出乃至義務を授権する性格と相容れるものではないので、本件助成の基礎となっている予算法は授権根拠としては不十分である。また予算は補助金に関する限りでは総額と並び通例助成目的のみを挙げ、補助金の要件を詳細に規定す

ることはしない。⁽³¹⁾

(b) 前述のように、青少年宗教判決が示した、基本法上認められた政府の国家統率の任務から侵害権限を導出する枠組に対しては、私人に対する警告は政府の国家統率活動ではなく通常の行政活動と同種のものでありそれ故法律の授權を要するという批判や、国家統率活動とされる警告の範囲を限定的に解する見解が存在していたのであるが、以上のように本判決は、①でこの枠組を維持しつつも、本件で問題となった警告団体への助成行為は行政活動でありこの枠組は妥当しないと述べ、右の批判乃至見解の示した論理構成を一部採用するような形で青少年宗教判決の射程を限定している。⁽³²⁾尤も、本件で問題となった警告団体への助成も、公衆に対する危険の防止という目的を達成する為の手段となされている点では——国家統率活動とされた——政府自身による警告と同様であるにも拘らず、本判決では前者を国家統率活動から除外しているのであるが、このように区別されることの理由づけははっきりしない。⁽³³⁾同様に、青少年宗教事件と本件との間で、任務配分規範の明確性に②で本判決がいう程の差異があるかも問題となろう。

また本判決は③で、基本権侵害が問題となつていない場合には予算はその授權根拠としては不十分であると明言している。予算も議会によって議決されるものであり正当化の機能は有するものの、ここで「法治国的法律留保」の授權根拠として不十分であるとされるのは、その判示からすれば、法治国的保護機能の欠如によるものであるであろう。このように予算が授權根拠として不十分とされるのは、警告団体への助成が行政活動であるとの資格づけが前提とされており、国家統率活動の場合には、先に青少年宗教判決が政府の議会に対する説明責任のコロラリーとして政府の広報活動を任務規範から導出していることから、議会と政府間の規律内容を有する予算も任務規範と同様に授權根拠たりうるとされるものと思われる。前述のように任務規範を授權根拠として足りるとした連邦行政裁の判断に対しては学説上批判が多かつたのであるが、かかる判旨からすれば、法律の留保の有する法治国的保護機能と民主的正当化機能の

両者が問題となるのは一般の行政活動に対してであつて、一旦国家統率活動と位置づけられた活動に関しては後者のみを問題とする、というのが連邦行政裁の立場なのであろう。

(6) 以上のように右の判決で連邦行政裁は、任務規範も侵害の授權根拠たりうるとするそれ迄の判例の定式に枠をはめたのであるが、これは警告団体に対する助成が問題となつたものであつた。しかし、同様の判断は公表に係る判決でも後になされている。ラインラントープファルツ州経済部による商品テストの公表が営業の自由を侵害するとして提起された訴訟に於て連邦行政裁は、医薬品リスト判決を援用して当該公表が基本法一二条一項によつて保護された原告たる製造者の営業の自由を侵害すると認めつつ、当該公表の基礎とされたラインラントープファルツ州経済部法三条は州経済部の任務を定めるのみでありこれから侵害権限を導出することは正当化されないと判示した。そして憲法上の任務を侵害の授權根拠として認めた前出のオシヨー決定等との關係に就いては、同所で問題とされたのは法的に具体的に記述された任務と必然的乃至典型的に結び付きそれ故關係する市民に対しても予見可能な個人の權利制限であるところ、經濟部法三条ではかかる前提は充たされていないとして、本件はオシヨー決定等の射程外であるとした。本判決によれば、同条は基本権の侵害なくして行使される任務を規定したものとされる⁽³⁵⁾。

かかる本判決の論旨は、先の警告団体に対する助成に係る連邦行政裁判決を踏襲したものであり、本件で商品テスト公表の根拠とされた規定が任務規範に留まるものとされた論拠は先の(5)(a)の②と同様のものであつた。このように連邦行政裁の判決等に於ては、任務規範たる規定が侵害の授權根拠とされるのは当該侵害が同規定から読み取りうる場合であるとされたのであるが、これは、任務規範を侵害根拠とすることは法律の留保が果たしていた侵害の予見可能性を損なうことになるという青少年宗教判決等に対してなされた前記の批判を受けたものとみることができよう。

尤もこれらの判決は判例変更を行なったものではなく夫々の事案を青少年宗教判決等の射程外であるとして処理したものであり、連邦行政裁の従前の枠組は依然として維持されているといえる。また連邦憲法裁もその後、グリコールワイン事件の憲法異議に対し、国家統率の任務を基礎として連邦政府が情報提供活動をなしうることを認めている。²⁶⁾

(7) 以上のように連邦行政裁の警告に係る一連の判決・決定は、(グリコールワイン判決を除き) 警告が基本権を侵害することを認定した上で法律の授権の要否に関する判断を下している点で、前款にみた我国の行政指導に関する判例と同じく個別の法律の根拠を不要とする結論が取られている場合であっても、その前提を異にするものである。連邦行政裁が警告に対して個別の法律の根拠を不要としているその理由づけでは概ね、国家統率活動であるか一般の行政活動であるか、前者の場合には拘束的に私人の権利利益を侵害する国家任務であるか否か、の二つが判断基準とされているといえる。判決・決定によれば、国家統率活動であつて拘束的に私人の権利利益を侵害しない国家任務の遂行とされるものに就いては個別の法律による授権を要せず任務規範で十分である、ということになるが、その中で警告という活動形式を反映しているのは、私人の権利利益を非拘束的に侵害するという点であり—国家統率活動は警告に限らず他の活動形式でもありうる—、我国の行政指導と法律の根拠との関係に関する議論のように、専ら行政指導という活動形式の特性からその法的根拠の是非の問題が論じられている訳ではない。

二 以上警告・推奨を扱った連邦行政裁判決・決定の代表的なものを取り上げ、これに対する学説上の反応と合わせ検討してきた。そこでみたように判決・決定の理由づけに対する学説の反応は、一部にこれを射程範囲を限定した上で肯定する見解があるものの、一般的には好意的なものではなかった。学説上は、警告・推奨に侵害性が認められる以上は、法律の法形式を取る権限規範をその根拠として要求する見解が多数であるといえる。²⁷⁾ただこの場合他の侵害行政活動に於けると同様の法律の留保の原則を適用し、警告・推奨の侵害性に着眼して法律の授権を要求してい

るので、全てのインフォーマルな行政活動を一括して扱っている訳でない。そこでこの見解のコロラリーとして、警告・推奨を侵害性の有無によって区別し、侵害性を欠く警告・推奨に就いては任務規範の根拠で足りるとする見解が存在する。³⁹ この見解にあつては非侵害活動に就いては任務規範による授權で足りるが侵害活動に就いては権限規範による授權を要求する、という枠組が取られていることになるが、そこでは任務規範と権限規範の区別が基本的な前提とされている。

尤も、警告・推奨に対し法律の権限規範が要求される場合であつても、他の法律の留保の対象となつている行政活動に対するのと同様の個別の権限規範が要求されているとは限らない。例えばディファビオは、行政法関係の中には法律の全体構造から情報提供活動に対する侵害授權が導出されうることが考えうるものもあると述べている。³⁹ またフイリップは、任務規範は立法者の行政府に対する活動委任を含むものであり官庁はその履行の為に措置を取るべきものであるので、任務規範は任務の履行の為の手段として情報提供に対する権限を創設すると述べて、先の論者と同様にインフォーマルな行政活動の根拠として任務規範を挙げる一方で、生産者に対する命令禁止権限の官庁への授權は、その付随物として当該措置或いは生産物の流通に対する疑念といった当該措置の理由の公表権限も包含すると述べ、⁴¹ 侵害権限の情報提供活動に対する転用を容認しているが、⁴² このように警告等の権限規範を法律の留保に於ける一般的な理解に比べ柔軟に解する見解は我国でもみられたところである。⁴³

また学説の中には、警告等の権限規範としては警察法上の一般条項で足りるとする見解も多くみられる。⁴⁴ (正確にはプロイセン流の)警察法理論⁴⁵に於ては警察法上の一般条項に権限規範としての性格が認められているが、その理由の一としては、立法者が将来起こりうる危険並びにこれに対処する為の措置を個別的に前もつて規定することの困難が指摘されており、⁴⁶ 先にみた警告を巡る状況と共通する点がある。また、ドイツではこれ迄みてきたように

警告・推奨が特に危険防御の為に用いられるケースが主に問題とされてきたことも、右の警察法上の発想を援用することの積極的要因となっているといえる。尤もこれはドイツ（正確にはプロイセン）固有の警察法に係る理論状況並びに警告・推奨の用いられる状況を前提とするものであって、その趣旨に照らせば本来、侵害性の認められる警告・推奨一般に妥当するものではなく、またこのような前提を欠く我国に於ける同様の行政指導を含むインフォーマルな行政活動に対して当然にかかる見解を適用できるものでもない。

三 ドイツのインフォーマルな行政活動は、以上みてきたように侵害性の認められるものが主に議論の対象となっており、この点が我国の行政指導と異なる点の一である（かかる相違をもたらす構造的要因に就いては—(4) (b)で示した）。従って行政指導の法的根拠を検討する本稿の関心からすれば、ドイツでの議論は抑々前提を異にするものであり、そのまま我国の議論の為に参照出来るものではないようにもみえる。

(1) 他方でドイツの判例は、一般の侵害行為と異なり、警告に就いては基本法上の任務を以てその根拠とすることを容認していた。⁽⁴⁸⁾ここで授権要件につき通例と異なる取扱いがなされたことを支えるものとして挙げられた論拠では、ドイツ固有の議論たる国家統率活動としての位置づけと並び、インフォーマルな行政活動という活動形態の持つ特殊性が斟酌されている。警告に侵害性が認められていることは、当該警告を法律の留保の対象とすることの要因となつているに留まり、その根拠に就いて法律の留保原則が念頭に置くものとは異なる取扱いがなされていることは、これとは別の問題である。後者に影響を与えているのは、警告という活動形式の持つ特殊性である。またこの判例の結論を批判する学説の中にも、官庁の情報提供活動の根拠として任務配分規範を挙げるものが存在していたが、これを支える要因となつているのも官庁の情報提供活動の持つ特殊性である。

(2) 前款でみたように、我国で問題とされている侵害性を欠く行政指導に就いては、一部の判例に於ては各省設

置法の任務規定乃至所掌事務規定がその正当化の根拠として援用されてきたところであり、また非権力的行政活動に就いてであるがこれらの規定を法律の留保にいう根拠規範として承認する見解も現われている⁴⁹。従つて日独に於ける判例・学説に於ては、任務配分規範を行政指導乃至インフォーマルな行政指導の根拠として挙げる見解がある点で共通しており、ドイツでの議論の中に、我国では必ずしも十分な検討がなされていない点に就いて示唆を与える箇所も存在するものと思われる。

尤も我国の場合には前款でみたように、組織規範を行政指導の法的根拠とすることに對しては懷疑的な意見が学説判例を問わず、少なからずみられるところである。そこで問題となるのは、組織規範を行政活動の法的根拠とすることが可能であるかどうか、その際いずれの結論を取るとしてもその論拠は如何なるものであるか、また抑々そこでいう「法的根拠」の意味するものは理論的には如何なるものであるのか、という点であろう。次款ではこの点を検討することとしたい。

- (1) 参照、ドイツにつき、高橋正徳「西ドイツにおける「インフォーマルな行政作用」の法的統制」岡山大学法学会雑誌三八巻一—五〇頁以下、徳本広孝「インフォーマルな行政活動の法的限界」本郷法政紀要三号一—一頁以下。アメリカにつき、中川文久「行政手続と行政指導」二九五頁以下。
- (2) 参照、高橋・前掲一四七頁以下、大橋「行政指導の比較法研究」(「現代行政の行為形式論」所収)一〇五頁以下、藤田「行政指導の法的位置付けに関する一試論」(「行政法の基礎理論上」所収)一八三頁以下、ヴァインフリート・プローム(大橋訳)「インフォーマルな行政活動」法政研究六〇巻三・四号八七頁以下、徳本・前掲一〇九頁以下、井坂正宏「インフォーマルな行政活動と行政責任」東北学院大学論集「法律学」四六号一—三頁以下、大橋「インフォーマルな法治国」公法研究五七号二〇—二頁以下。
- (3) 透明性委員会及び医薬品リストの詳細に就いては、H. Sodan, Kollegiale Funktionsträger als Verfassungsproblem, 1987, S. 217ff. を参照。
- (4) BVerfGE 71, 183. 尤も、公表が判決で取り上げられること自体は従前からあったのであり(例えば A.・ロスの挙げる [A. Roth,

Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991, S. 189 Anm. 5)、牛乳商の名前を挙げた牛乳検査結果の公表を巡る一九一三年のプロイセン上級行政裁判所判決)、本判決は今日に続く警告・推奨を巡る学説判例での議論の嚆矢となっているにすぎない。

(5) その詳細に就いては参照、大橋・前掲一三三頁以下、徳本・前掲一二四頁。

(6) BVerwGE 71, 183 (198f.).

(7) BVerwGE 82, 76.

(8) BVerwGE 82, 76 (79ff.).

(9) なお本件で問題となった信教の自由に関しては基本法四条がこれを法律留保なく保障しており従って法律の根拠があってもその侵害は認められないのではないかという論点もあるが、本判決は国家の基本権保護義務から、第三者の基本権を保護する為にはかかる種類の基本権を侵害するよりも許されることとする (BVerwGE 82, 76 [82f])。これに対する批判として M. Ibler, Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnung durch Bundesorgane, in: Festschrift für H. Maurer, S. 157f. また、基本権保護義務を侵害された者に対する批判として F. Ossenbühl, Umbelplflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 55; M. Heintzen, Staatliche Warnungen als Grundrechtssproblem, VerwArch 81, S. 553; R. Wahl / J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 557ff.; T. Leidinger, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandels, DÖV 1993, S. 930f.; C. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, S. 980, 985.

(10) 連邦憲法裁も、本件の原告が提起した憲法異議に於て、同様の判断を示している (BVerfG, NJW 1989, 3269 [3270])。

(11) ヴィンフリート・プローム・前掲九六頁註七、徳本・前掲一二六頁註一四五、W. Brohm, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl 1994, S. 135 Anm. 9 に挙げられた語文を引く M. Heintzen, a. a. O., S. 537; Derselbe, Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung? in: Becker-Schwarze / Köck u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991, S. 178; F. Schoch, Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl 1991, S. 673; T. Leidinger, a. a. O., S. 931; M. Schmidt-Preuss, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, S. 226 Anm. 254; J. Lege, Nochmals: Staatliche Warnungen, DVBl 1999, S. 574; C. Gusy, a. a. O., S. 980ff.; B. Jeandheur / W. Cremer, Der praktische Fall-öffentliches Recht: Warnungen vor Sekten, JuS 2000, S. 995.

- (12) ヴィンフリート・フロム・前掲九六頁、W. Brohm, a. a. O., S. 135.
- (13) M. Heinzen, VerwArch 81, S. 551, 554.
- (14) A. a. O., S. 554f. またケシーも、法律の留保の機能は正当化に尽きるものではなく明確化・限界づけの機能もあるので、基本法による正当化のみでは権限規範は不必要とはされないと指摘している (C. Gusy, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 23. 5. 1989, JZ 1989, S. 1004; また別所でも、基本権の侵害に際しては通例基本法は法律による授権を予定しており、基本法による授権が認められるのは基本法自身が法律による侵害授権を実現し侵害授権法律に対する民主的法治国的要請を充足しているという例外的な場合に限られると述べている。Derselbe, NJW 2000, S. 984)。その他に憲法上の権限を侵害根拠とすること乃至侵害を伴う警告の根拠として憲法を挙げる点に対して否定的なものとして、M. Schulte, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umkehr- und Gesundheitspflege, DVBl 1988, S. 518f.; A. Roth, a. a. O., S. 237f.; H. Böttge, Der Grundrechtsschutz, VVDStRL 57, S. 48, 尤も学説の中に於て、憲法を根拠として政府が基本権侵害を伴う警告・推奨をなしていることを認める見解もある (F. Schürmann, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, 1992, S. 289f.)。
- (15) M. Ibler, a. a. O., S. 156f. 同様に、政治的意思表明の領域等に於ける意見表明に対しては法律の授権の要求は妥当せず、国家の意見表明を法律の留保の対象から除外する要因となっているのは国家の政治的意思形成の自由であるとする一方で、名宛人の一定の行態を意欲する意見表明は侵害の基準を充たした警告は右の自由から出たものとはいえないと述べるものとして、M. Heinzen, a. a. O., S. 547f.
- (16) F. Schürmann, a. a. O., S. 288f. なおこの論者によれば、政府が憲法上の任務を遂行するのは公衆に対する義務であつて権限ではなく、それ故基本権侵害に対する法律の授権は問題とならないとされる (a. a. O., S. 286)。
- (17) A. a. O., S. 294f.
- (18) なお、藤田「行政法 I」(第四版改訂版) 八四頁及び同註二に挙げられた今村成和博士の見解(「法律による行政」と「法の支配」)「行政法の争点」(新版) 一五頁)を参照。
- (19) Vgl. F. Schürmann, a. a. O., S. 300f.
- (20) また③の、インフォーマルな行政活動の持つ結果乃至効果の不明確性による事前規律の困難を理由とする法律の留保原則の妥当の是非を巡る問題に就いても議論のあるところである。参照 H. U. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, S. 94

- ff.; F. Schumann, a. a. O., S. 297ff.; F. Osseubühl, a. a. O., S. 39f.; C. Gusy, a. a. O., S. 1004f.; 徳本・前掲二一八頁。また、U. Ramsauer, Die faktische Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, S. 102f. 警告の法的効果が定量化出来なことはその法的性質の判断とは関係なくと指摘する。C. Gusy, M. Heintzen, Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung? in: Becker-Schwarze / Köck u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, S. 180. また、法律の根拠の必要性に関して問題となるのは国家措置のなされる前に立法者が判断する時点であって事実上現われる侵害効果でなく、予測によれば国家措置が基本権侵害を必然的に伴う場合に法律の根拠が要求されると主張し、事実上侵害効果が発生するかどうかは法律の根拠の要求に関して何ら影響を及ぼすものではない。従って連邦行政裁の判決とは異なり警告に対しても法律の授權は可能である——とする見解もある (A. Roth, a. a. O., S. 251f. 結論同)。M. Heintzen, VerwArch 81, S. 537)。これと同様に、基本権を侵害するかどうかは活動の効果ではなくその内容によって決せられることと、活動内容は官庁には自明なものでありそれ故法律による規律に親しむものであると述べるものとして、R. Philipp, Staatliche Verbraucherinformationen im Umbeh- und Gesundheitsrecht, 1989, S. 203.
- (21) BVerwGE 87, 37 (46ff.).
- (22) W. Brohm, a. a. O., S. 135 Anm. 10. 挙げられた諸文献の他、R. Gröschner, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18. 10. 1990, JZ 1991, S. 630.
- (23) また、本件で問題となっているリスト公表は法律の授權が要求される処分代替的な情報提供活動であって国家統率行為であるかは疑問であるという批判もある (F. Schumann, a. a. O., S. 300f.).
- (24) BVerwGE 87, 37 (48ff.). また本判決は、基本権の保障範囲は憲法上の他の法益との考量により判断されることも述べ (S. 45)、本件に於ける基本権侵害の認定を柔軟に行なう姿勢を示唆している。
- (25) なお、本判決は続いて、青少年宗教判決を援用しつつ、仮に本件公表が原告の基本権を侵害するとされる場合でも連邦政府の憲法上の任務乃至権限が授權規範となるので結論は変わらないと述べている (S. 51)。
- (26) BVerwG, NJW 1991, 1770 (1771).
- (27) なお連邦行政裁によれば、基本権侵害の認定に際し問題となるのは行政活動の目的であるところ、これは活動とその及ぼす結果との因果関係とは独立に捉えられるとされる (BVerwGE 90, 112 (120)). なお、活動目的の侵害性のメルクマールとすることに批判的なものとして、C. Gusy, NJW 2000, S. 982f.

- (28) Vgl. C. Gussy, a. O., S. 982, 984.
- (29) Vgl. a. a. O., S. 985. この問題に就いては註(20)に挙げられた諸文献を参照。
- (30) BVerwGE 90, 1120
- (31) BVerwGE 90, 112 (122ff.)
- (32) なお本判決後、州政府による瞑想団体に関する意見表明が問題となった事案に於て連邦行政裁は、政府の意見表明は特定の行政目的の貫徹の為の手段として持続的になされる程、また活動手段として行政の伝統的な侵害手段に明白に組み込まれる程、特別な法律の授權を要求されるという仮定は排除されないと述べている (BVerwG, NVwZ 1994, 162 [163])。
- (33) 同様に本判決が青少年宗教判決と異なる結論を出したことの問題を指摘するものと、P. Badura, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 27. 3. 1992, JZ 1993, S. 39.
- (34) なおこの点本件と同様に製造物の公表が問題となったにも拘らず製造業者の営業の自由への侵害を否定したグリコールワイン判決との関係が問題となるが(32)参照、本件判決は、グリコールワイン事件で問題となった基本権と他の憲法上保護された法益との衝突はその時々々の事案に即した考量によって解決されるところ本件ではこの種の憲法内在的な制限は問題となっていないと述べ、グリコールワイン判決の射程外であるとしている (BVerwG, NJW 1996, 3161 [3161])。
- (35) BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161f.)
- (36) BVerfGE 105, 252.
- (37) かねて挙げられた諸説(他) R. Philipp, a. a. O., S. 202ff.; R. Gröschner, Öffentlichkeitsauklärung als Behördenangelegenheit, DVBl 1990, S. 622f.; M. Heinzen, VerwArch 81, S. 537, 555 f.; Derselbe, Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung? in: Becker-Schwarze/Köck u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, S. 179. 尤もその厳格な貫徹に対しては異論がない訳ではない。参照: F. Schumann, a. a. O., S. 296f. 及び前述註(20)。

なおロスは、法律の留保の原理が執行府による侵害から個人の基本権を保護することを目的とする以上、その侵害が如何なる形式で行なわれるかは問題とならず、行政の活動形式が拡大する現代に於ては侵害を命令・禁止の形態に限定することは適当ではないと述べている (A. Roth, a. a. O., S. 253ff.)。しかし、活動形式に拘らず侵害を認定するとしても、後述するように、警告等の授權要件に就いて他の行政活動と異なる扱いを容認する見解が存在するように、警告等を巡る法律の留保の議論に於て活動形式の相違が等閑視

されうるという点には必ずしもならない。

(38) T. Leininger, a. a. O., S. 931 及び同頁註八一に挙げられた諸文献； V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., 2001, S. 73 ; F. L. Krenmeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., 2002, S. 51.

(39) U. Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, Jus 1997, S. 5 Amn. 56.

(40) R. Philipp, a. a. O., S. 71. のように任務規範が活動委任を含意するものとみる論者は他にもみられる。G. Lübke-Wolff, Rechtsprobleme der behördlichen Umweltspernung, NJW 1987, S. 2707 ; A. Roth, a. a. O., S. 258 及び同頁註一三三に挙げられた諸文献。

なおフィリップは情報提供活動を任務遂行の目的でなされるものと任務遂行を知らせる広報活動とに区別した上で、前者に就いて本文にみたような任務規範による授權を述べている（尤もこの区別は既に G. Lübke-Wolff, a. a. O. ; M. Schulte, a. a. O., S. 515 に於てもみられるものである）。後者に就いては、民主的法治国に於ては市民のコンセンサス形成や政治的意思形成に対する責任ある関与の観点から立法・司法と同様に行政も自己の活動を公衆に示さなければならないという公開性の原則から、責務の配分には責務の履行につき公衆に情報提供する指図も含まれるとして、情報提供活動の権限は（他の）権限の付随物として認められるとする（a. a. O., S. 692）。その具体例の一例が本文中に次に述べられる措置理由の公表である。

(41) A. a. O., S. 210ff. 但し、かかる付随物としての情報提供権限は特定生産者の生産物を挙げるといった生産者に対する権利侵害に對する授權としては不十分でありその旨の授權が必要であるとも述べており、この所説は、本文中で前述した、警告・推奨を侵害性の有無により区別しその夫々に對し異なった授權根拠を認める所説のコロラリーであるともいえる。

(42) また、行政行為の行使が可能であるにも拘らずよりマイルドな手段が適切な場合に用いられる警告に就いては当該行政行為と同一の法的根拠に基づいて行なわれうると述べるものと「M. Heinzen, Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung? in : Becker-Schwarze / Köck u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, S. 181f. (但し) 警告は正規の高権的活動に比し不明確な規律内容であるにも拘らず警告の相手方に対しては同等の効果をもちまた正式の決定を避ける為に実務に於て好まれているといった理由から、法治国的観点により行政行為と警告との選択権は制限され警告は行政行為の行使が困難な場合にのみなしうるともされ [a. a. O., S. 182f.] 一定の制限が付されている」と同旨「M. Kloepfer, Umkehrrecht, 1989, S. 165.

(43) 参照：本稿（一）、本誌一九卷四号四頁以下。

(44) M. Heinzen, VerwArch 81, S. 555f. ; G. Lübke-Wolff, a. a. O., S. 2712 ; V. Götz, a. a. O., S. 74. の論拠としては様々なものがあるが、例

えばロスは、警察法の一般条項が危険防御の為にあるところ、警告はその目的達成の上で従来一般条項が念頭に置いてきた行政行為に勝る場合もありまた侵害強度もより弱いことから容易に用いうることから、官庁は行政行為に代えて警告の手段も取りうる、と述べる (A. Roth, a. O., S. 260)。同様にフィリップも、情報提供活動が危険防御の為の手段として用いられる場合を念頭に置いて警察法の一般条項を授權根拠として承認している (R. Philipp, a. O., S. 213ff)。またグシーは、警察法の一般条項を根拠に広報活動による侵害を認めたバーデンビュッテンブルク行政裁判決 (VGH BW DÖV 1989, 169) の結論を支持しつつ、これにより侵害留保の要請が充たされると共に官庁の (広報活動に対する) 許容性が基礎づけられると述べている (C. Gusy, JZ 1989, S. 1005)。

なお一般条項による授權は法治国原則の観点から問題となりうるところ、危険防御に就いては抑々官庁の最低限の責務でありまた不明権概念はこれ迄の学説判例によつて明確にされているとしつこれを肯定するものとして、H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl., 1978, S. 47f. #47 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 37f.

(45) なお「(4) (a) で挙げた BVerwG, NJW 1991, 1770 (1771) では、警察秩序法に於ける任務と侵害権限との區別 (従つて侵害に對しては個別授權が要求される) は警告には妥当しないと述べられているが、この警察秩序法の理解は次款でも触れるようにバイエルン由来のものであり、本文で挙げた見解の依拠する、一般的授權を許容する (プロイセン流の) 警察法の理解とは異なるものである。」

(46) Drews/Wacke/Vogel/Martens, a. O., S. 130.

(47) なお連邦行政裁判決を (プロイセン流の・松戸註) 警察法上の原則に依拠したものであるとして批判する見解があるが (M. Heintzen, a. O., S. 178)、同判決は任務規範を以つて行政活動の授權規範とする点では (プロイセン流の) 警察法と共通するものの、その論拠は (プロイセン流の) 警察法に依拠したものではない。警察法に於ける授權規範の理解に就いては次款で検討する。

(48) なおここでは、法律の他に憲法 (基本法) も法律の留保にいう根拠規範たりうるかという問題があり現に学説上も争われているところであるが、これは任務規定乃至所掌事務規定が根拠規範たりうるかという問題とは別の次元の問題である。

(49) かかる見解の詳細に就いては、松戸「組織法と作用法」(芝池・小早川・宇賀編「行政法の争点」(第三版)所収)一七頁を参照。