

国家活動の柔軟化について

M・クレプファー (手塚貴大 || 松戸浩 || 門田孝訳)

A. テーマの領域

1. 今日、ドイツは「ヨーロッパの病人」なのであるか？ 少なくとも、ネオリベラリズムの観点からすると、ドイツは、硬直化した政治システムの下にあり、動機、性能、そしてまた創造性にも欠けるとされている。国による急速な動き (Ruck) がなされなければならないと、ヘルツォーク大統領は要請し、ケーラー大統領は、演出された連邦議会解散の主たる根拠を、根本的な改革の必要性に求めた。^②柔軟性というものは、こうした、言われるところの国家硬直を克服できるであろうか？ しかし、そもそも柔軟性とは正確には何なのか、そして、十分な柔軟性はすでに存在してはいないのであるか？

2. 柔軟な国家活動の発現形態は、こうした活動そのものの名称と同じく多様である。行政法においては、例えば、単純行政活動、事実行為、間接的コントロール形態、インセンティヴ手法、およびごく一般的にインフォーマルな国家活動について語られる。^③こうした諸概念は、全く同じではないが、おそらく核心において重なりある行動領域および手段領域を示すものである。古典的手法である命令的で、一方のかつ拘束力のある国家活動 (行政行為、判決、法律) は、ますます、間接的コントロール形態により補完されてきており、いくつかの分野では、とって代わられてさ

えている⁽⁴⁾。そこでは、国家は、特に積極的または間接的な経済的インセンティブ（経済的手法）⁽⁵⁾、および警告と勧告（情報的手法）⁽⁶⁾により活動している。合意に基づく規制をなさうと国家が努めることにより、合意的手法を通じた、国家と経済界とのインフォーマルな総体的協定、規範執行の取決めのような規範回避（Normvermeidung）、妥協による法律⁽⁸⁾（例えば原子力撤廃法）、協議による行政行為が、そしてまた刑事手続における取決めも、生じてきた。こうした現象は、より小さな官僚機構、より小さな国家、市民によるいつその共同決定、そしてまさしく国家のいつその柔軟性を求める、広く支持された要請に、政治的に首尾よく組み込まれているようにみえる。このような活動形態の原則的な非形式性（Formfreiheit）に鑑みれば、脱形式化（Entformalisierung）を通じた柔軟化を語ることも可能である⁽¹⁰⁾。

3. 法の柔軟性ということは、カール・シュミットの述べた「世界で最良のものは命令である⁽¹¹⁾」という一節に対する、挑戦のようにも映る。そして実のところ、この命令との決別により、柔軟な手法のもとで、法治国家的防御構造の明確さが、危機にさらされているようにもみえる。柔軟な手法により、命令—基本権による命令の制限—裁判所による制限の審査といった審査過程（Prüfungsabfolge）はほとんど破棄されている。

4. 柔軟な国家活動というものは、その様々な必要条件を抜きにしては理解することができない。柔軟な国家活動には、例えば強制力のある形式に関する規定（Formvorschriften）が存在しないとといった、法的な前提条件のみならず、とりわけ、様々な種類の精神的、政治的、経済的および社会的条件が必要である⁽¹²⁾。法による枠づけ（Rahmenbedingung）は、柔軟性による利益の発展を強く制限し得るものだが、逆にまた、初めて柔軟性を可能ならしめるものでもある（例えば、事後的命令の規制）。精神的、政治的条件の中には、とりわけ、官僚機構の解体、権利の調整およびいつその市民参加を要求する、現実の政治状況が含まれる。可能な限り低コストで効率的な国家任務の遂行計画を求め、

あるいは、一般的に、世界の経済化を求める経済的な要請が、柔軟な手法、とりわけ経済的手法の適用を促進している。この手法によって、より高度の効率性を達成するために、個々のコストの構造に比較的迅速に反応することができるのである。経済の世界においては、こうした経済的手法は、完璧に適合しているようにみえる。

5. 国際法 (例えば後述6のヨーロッパ法) は、以前より、柔軟な手法と特に親和的であった。この点については、紙幅の関係から、ここで個別的考察はできない。ただ以下のことのみ指摘しておく。国際的協働において、とりわけ法的拘束の意思を欠いた協調と合意としてのソフト・ローは、それが国内法秩序において——少なくとも同じ名前で——問題にされるより前に、とりわけ国際法では早くから考慮されていた。そうした点では、柔軟な手法は、往々にして漠然としかつ繊細さを帯びたコンセンサスを伴う国際的協働というものの性格に、特に適合しているように思われる。これに加え、「軽快な」非公式の行動形態を用いることにより、迂遠で手間のかかる国際条約という手法——それは国内法化 (Transformation)⁽¹⁵⁾、したがってとりわけ「批准」立法を必要とする——を避けようとする意思も、少なからず働いているかもしれない。いずれにせよ、ソフト・ローおよび法的拘束力を欠くその他の行動形態⁽¹⁶⁾もつ政治的意義は、国際的協働において重要である⁽¹⁷⁾。

6. ヨーロッパ共同体法においてもまた、その国際法としての起源に従って、柔軟な手法がふんだんに見出せる。このことは、とりわけ共同体の権限強化の多様で慎重な試みについて、また、当然ながら、次々と出されるEC条約二四九条五項における数々の勧告および意見⁽¹⁸⁾ (ないし暫定的規則) についてあてはまる。こうした行動形式が法的に拘束力を有しない旨が、一次法において明文で定められているにもかかわらず、その後、共同体法は、個々に、勧告および意見に法的な重要性を与え始めている (例えば参照、EC条約九七条二項、一二六条一項)。

それは、非公式の手段が、法治国家の拘束の下で、長期的には公式のものとなり、真の法的効果をもたらす傾向に

ある、という一般的趨勢に合致していると言えよう。このことは、例えば、ヨーロッパ連合の枠内において、法的行為 (Rechtsakte) としての共通見解によっても示される。それは、EU 条約一五条に基づき、共通安全・外交政策の分野で、および同条約三四条一項 a に基づき、警察・刑事司法協力の分野で予定されている。もつとも、それらが法的拘束力を有するかについては、なお争いがあり、⁽¹⁹⁾そのため、少なくとも EU 条約三四条二項の a から c による措置に関しては、拘束力がある旨が定められた。

7. 流行とはいえないまでも現代的な議論である、良き統治 (good governance)⁽²⁰⁾ をめぐる議論は、柔軟な手法に対して、重要な追加的意義を付与するものであった。かかる議論は、通常法的拘束力を有しないような、良き国家活動の原則を見据えるという点で、それ自体柔軟なコントロール手段と解することができる。このような、とりわけ行政権により用いられるコントロール手段は、当初より、拘束的活動手段を越えて、特に法的に拘束力のないコントロール手段、まさにインフォーマルな活動形態を、視野に入れるものであった。もつとも、こうした視野の広がりにおいては、法のもつ独自性が、決定的に相対化され、あるいは視界から失われてしまいさえする危険が存している。それは、「良き立法」という他の原則と共に、単なる行動原則へと容易に変じてしまう。法の柔軟化は、それゆえ、コントロール手段としての法の機能喪失の結果でもある。柔軟化は、ある面では、法の機能喪失にある程度対応したものであるが、他の面では、同時にそれを促進するものでもある。

8. 柔軟な国家活動にを論じるにあたり、以上のような良き統治の契機までも含めて考えると、法秩序の柔軟化の問題については、決して公法のみにとどまらない、広く、法領域を越える契機が問題になっていることが明らかになる。特に企業のコーポレート・ガバナンスの問題は、⁽²²⁾このことを示しており、また、見過ごすことのできないところの、企業および企業連合による、財界ないし企業に関する多様な行動・倫理規定についても同様である (後述 19 参照)⁽²³⁾。

結局のところ、柔軟化の契機はほとんど全ての法領域に存するのであり、とりわけ、民法、会社法、労働法などにみられるが、刑法などにもなお見出せる。したがって、法の柔軟化の問題は、たとえそれが法の境界を確定することが可能かを確認するためのものだとしても、法に内在するものであるように思われる。

法の柔軟化の契機が、以上のような包括的な意義を有するにもかかわらず、以下ではむしろ、国家の柔軟な活動が公法に対してもつ特別な意義についてのみ、扱うこととする。

B. 柔軟化のもつ可能性、リスクおよびその戦略

9. 国家活動の柔軟化の利点および意義は、次の五点にまとめることができる。第一に、柔軟化というものは、個別的状况の実態に対し、より強化された適合を可能にする(個別化可能性)。第二に、柔軟化は、とりわけ技術や科学の変革へ、事態を容易に適合することを可能にする(変革および最新化可能性)⁽²⁴⁾。第三に、柔軟な活動形態はまた、関係者に対して、より大きな判断の余地を与え得る(自由可能性)。それを通じて、第四に、柔軟化は、国家による判断の合意獲得能力(Konsensfähigkeit)を増大させる(受容ないし合意可能性)⁽²⁵⁾。そして最後に、柔軟化は、国家の用いる手段の経済的効率を高める(効率化可能性)。

10. 柔軟化のリスクもまた、最初から明白である。ここでは、四点ほど挙げる。柔軟化は、第一に、現に妥当している法の拘束力を弱め、それによって、第二に、国家活動の法的安定性および予測可能性を危うくする可能性がある⁽²⁷⁾。いずれにせよ、柔軟な国家活動は、過度に用いられすぎたなら、法の制御能力を本質的に損なう原因となり得る。第三に、典型的には、柔軟化は、それが法治国家的な国家規制の一般性を損なう場合には、それゆえに、平等を害する

危険を有する（例えば、法執行の取決め）。第四に、柔軟化は、極めて容易に、第三者の立場を弱め得る。例えば、許可官庁と施設稼動者が非公式に意思疎通をはかることにより、第三者が施設稼動の許可を付与する手続に全く参加しない場合などである。国家による気ままな柔軟化は、最悪の場合には、やはり恣意のうちに終わるのである。柔軟化の「対価」は、したがって、とりわけ、法的拘束性、安定性および連続性であるが、恣意によらぬ国家活動および手続的に正当な第三者参加でもある。

11. 柔軟な国家活動が、一方で可能性を有し、他方で少なからぬリスクを有することに鑑みるなら、これを、最初から一方的に肯定的または否定的に評価することはできない。むしろ現実的な評価は、通常、柔軟な国家活動の細分化された評価に行き着くであろう。なるほど細分化ということのうちには力はないが、おそらくそれが真実なのである。柔軟化による（国家および場合によっては第三者の）利益と、当事者の安定性ないし継続性の利益とを衡量することは、それが要請すらされていなくても、しばしば有意義である。

12. したがって、目指されるべきは、一方的な方策ではなく、柔軟化にあたっての最適化された方策、つまり柔軟化のリスクを極力押さえつつ、それが有する可能性を擁護することである。したがって、実際には、一方で安定性と継続性を強調する活動形態と、他方で柔軟性を強調する手法とを、混合した考え方（Mischkonzepte）が、少なからず有意義であろう。秩序法と柔軟な手法との組み合わせは、しばしば用いられる。この点がとりわけ明らかなのは、例えば、水利経済管理法と下水料金の併用であり、また、包装容器法である（同法六条一項二による容器回収義務は、集团的容器回収システムが機能するための、一般的前提である）。

13. さらに秩序法の柔軟な適用がある。例えば、法的拘束力が強調されるにもかかわらず、法規範の実効性は、一定の場合には、それを柔軟に適用し得るということによっても、事実上保持される。法を破ること（Gesetzesbruch）あ

るいは柔軟な適用が、ここでは事実上とり得る他の選択肢なのである。もつとも、法学的にいっそう説得力があるのは、法的拘束力を有する法の内部における柔軟性を、可能にすることである。この点に関して、法的拘束力を緩めることにより、一定の必要な程度まで柔軟性が保たれるような、様々な従来の手法が挙げられる。ここで言及すべきは、とりわけ、行政に対して、法的に規制された決定を与えつつも、法的効果の面から固有の責任の可能性を負わせることころの行政裁量であり、また事実上、法要件の段階ですでに規範解釈の広い余地を行政に与え、また一定の場合に、裁判所によつても完全には審査できないような判断の余地を行政に与えるところの、不確定法概念である。⁽³⁰⁾

C. 国家活動の規制緩和または民営化を通じた柔軟化

14. 規制緩和の戦略も、国家活動の法的限界（したがって柔軟性に係る限界）を除去することを通じて柔軟化を可能にするものとして把握される。まさにこうした戦略に効率性の上昇および官僚組織の規模縮小という希望が結びついている。ただし、考えなければならないのは、そうした規制緩和の戦略が法的安定性の喪失のような大きなデメリット、部分的には法秩序および人の法的地位の相対化にも行き着きうることである。⁽³¹⁾ もちろん法律の留保⁽³²⁾および法律の優位⁽³³⁾は行き過ぎた規制緩和の戦略に係る重要な憲法上の制約でありうる。これに対して、見たところでは、規制緩和は前述の挙げた憲法の枠内でおお可能でありうると思われる。

15. 従来国家の組織および任務であるとされたものを民営化することも特別な規制緩和の戦略として解される。民営化を通じて公法への拘束がなくなり、そして公法による拘束と比べてしばしば一層目の粗いと解されるそうした私法による拘束へと変わる。⁽³⁴⁾ ただし、民営化の多くは、その際、それに伴う大規模な民営化立法が不可欠のものであると

いうことを示している。⁽³⁵⁾ このことはしばしばそれ自体の硬直化を伴いうるそうした過剰な規範制定に陥りやすい(例、ドイツ電気通信法)。結局、民営化の問題は、柔軟化を可能とするか否かというものとは異なる基準、特に、最適かつ効率的な事務執行または需要充足の要請をベースに判断されるべきである。そのことは柔軟性を必要とするかもしれないが、必ずしもそうであるというわけではない。

16. 以前は珍しかった事実上の規制緩和・非法化の戦略として今日最早稀ではないのは行政による法適用の拒否である。これは、一方では過剰な規範制定を、他方で行政のもとでのあまりに乏しい法適用に係るリソースを直視した官庁によるケースバイケースでの法遵守の(表向きの?) 必要性としてしばしばカムフラージュされている。⁽³⁶⁾ 法違反を通じて——そうした法治国家の観点からは受け入れがたい方法によって——柔軟性に対する法的な制約が事実上克服されている。しかしながら、それにより、法という統制システムが持続的に正当性を失うこととなる。無論法秩序はかかる状況にお手上げのまま手をこまねいているわけではない。総じて言えば、そうした法違反による柔軟化に対処することについて、従来は、既存の法治国家的な、特に裁判上の手段で事足りたのである。

17. これに対して、違法があった場合にそれについて特に法的効果を発生させないこと(または法的効果を軽微なものとする又は弱めること)⁽³⁷⁾——例えば計画の維持(Planhaltung)または違法な行政行為に係る確定力という発想を通じて——または瑕疵の包括的な治癒の可能性に係る法律上の指示を評価することはかなり難しい。そうしたことは大幅に法の拘束性を弱め、そしてそれ故事実上広義の法の希薄化の戦略に数え上げられる。それは法の柔軟性を高めるが、しかし大幅にその拘束性を弱める。

18. 国家による規制技術の、規制緩和を指向する中間形態(Zwischenform)を通じて、最終的に、法化の本質的メリット(例えば、統制の合理化および類型化)を、その典型的なデメリット(特に、柔軟性の欠如)を避けつつ、充足

することが試みられうる。その際、例えば、ソフトロー、政策的原則およびプログラム、行政規則といった、機能的に法規範に代わるようなものが念頭に置かれる。

19. 社会規範と国家統制とを結びつけることは特別な規制緩和の技術である。⁽⁴⁰⁾ ここで特に社会における法的には拘束力のない基準およびルール(例えば、ガイドライン、行動要綱、団体指令 (Verbandsrichtlinien)、企業の倫理的ルール (コーポレートガバナンス)、技術規範、協定等) が念頭に置かれる。それ自体としてみればそれらは常に法的には拘束力がなく、そして法的な統制ではありえない。それにも拘わらず、そうした社会におけるルールと国家法とを融合させることはなお可能である。そうした融合はインフォーマルな形で(例えば、法律上の概念に関する解釈基準として)、またはフォーマルな形で(例えば、社会的規制を法律が取り込むことを通じて。例、ドイツ株式法一六一条、ドイツ連邦データ保護法三八 a 条。勿論、法的効果に関する規律をしない)行われる。法律が社会的規制を純粹に靜態的に参照する際には、当該社会的規制は法律と同じように作用し、そして高度の柔軟性は失われる。⁽⁴¹⁾ それに対して、国家の法規範以外のものを動態的に参照することは違憲である。⁽⁴²⁾

20. 最後に、間接的かつ事実上の法のスリム化の戦略として考えられうるのは、私人の安全基準による(統制された)自主的統制を通じて、法律上の基準がほぼ同じ価値で、自主的管理のもとで確実に行われるという条件のもとでの法適用に対する国家統制の部分的減少である。⁽⁴³⁾ その例は、例えば、環境検査またはデータ保護検査 (Datenschutzaudit) である。⁽⁴⁴⁾

D. 国家活動の一層の柔軟化の契機

21. かなり大きな柔軟化の潜在的可能性は拘束力ある法規の内容を如何に構築するかにある。その際、まず、決定に係る内容の観点からの柔軟化 (23—31を参照) と時の観点からの柔軟化 (32—39を参照) とを識別する必要がある。

空間的柔軟化は様々な州法律またはゲマインデレレベルでの様々な規律を通じてドイツの法制定領域内で可能である。しかしながら、連邦法律も空間的に異なる基準を許容する。⁽⁴⁵⁾ 連邦制改革によって創設された州の乖離立法 (Abweichungsgesetzgebung)⁽⁴⁶⁾ は連邦国家における法律の規律に係る空間的柔軟化についての特に新しい手段である。

22. 一般的には国家活動の手段へのコンセンサスの要素の組み入れは一層の柔軟性を可能にする。考えられうるのは、国家活動についての、とりわけ

— 公法の一部を任意法として一層構築すること

— 公法上の契約を手段として一層利用すること

— 法的に拘束力のない合意および同意を一層用いること (例えば、目的合意、自主制限協定) である。

ただし、柔軟化の可能性と並んで、法的平等および法的安定性に対するリスクも配慮しなければならない。法的安定性の喪失は、例えば、最近流行の目的協定 (例えば、大学における)⁽⁴⁷⁾ のもとで明白である。

E. 国家活動の内容に関する柔軟性

内容に関する柔軟化について、とりわけ、国家の活動可能性（下記23—26を参照）または市民の選択可能性（下記27—31を参照）に着目することができる。

I. 国家についての柔軟性

23. 法適用を担う国家機関に対する内容に関する柔軟化の潜在的な可能性は目的を指向する法制定 (finale Rechtssetzung) という技術の積極的活用によって供される。それは目標実現のための手段を通じて、特に法律の具体化を行う行政が広範な意思決定の自由を行うときに複雑な解釈の余地のある目標・目的基準を伴うものである（例えば、計画法律のもとで）。

24. 条件を規定する伝統的な法制定のもとでは、特に、要件に係る不確定法概念が法適用を担う国家機関に対して規範解釈の際に事実上かなりの制約、活動および柔軟性の各余地を開く。⁽⁴⁸⁾ 裁判所の審査に服さない判断余地を認めることは顕著な形で国家機関の活動余地を広げる。法律の拘束を事実上十分に弱めることを通じてはじめて法適用を担う国家機関は自身が判断すべき個別ケースの特殊性を適正に斟酌することができる。⁽⁴⁹⁾

25. その他にも、条件を指向する法制定 (konditionale Rechtssetzung) の枠内において、裁量の余地が場合によっては不確定法概念によって規定される限りにおいて、法的効果に係る規定は柔軟化の可能性を上昇させる。法律上統制されたものであっても、裁量は行政に対して自己責任での意思決定を行う可能性をもたらす。⁽⁵⁰⁾ 猶予・衡平規定

(Dispens- und Billigkeit) は特に法律の適用に際しての特に大きな柔軟化の余地 (Reserve) を持つている。このことは最適な法律の適用についてのみ重要でありうるわけではない。

26. 一見矛盾しているように見えるかもしれないが、柔軟性は、法の存続を確保することに資する余地がある。法規範の柔軟さ (Biegsamkeit) (歪曲可能性 (Beugsamkeit) ではない) はその存在が恒久的で実効的であることを保障しうる。開かれた形で規定された法 (offen formuliertes Recht) は、法律の改廃を必要とせず、外的諸状況の変化に特に柔軟に対応することができる。

II. 市民についての柔軟性

27. 柔軟性は法的効果の領域においてとりわけ市民にとつての行動選択肢を提供することを通じて、特に実効的であり、効率的な形態で以って、実現されうる。右のことが常に当てはまるのは、法規範または他の国家の活動形式がとりわけ市民の特定の活動に正負のインセンティブを与えるが、しかし最終的には与えられた国家が望ましいと考える行動をとりそしてその誘引に従うか否かを (法律の枠内において) 市民の自由に選択できるようにしているときである。柔軟性はここでは特に 2 つの同じく適法な行動選択肢のうちいずれを採るかを決定しうるそうした市民に係るものである。何故なら、国家は市民に対して特定の行動を (下命的に) 命令したりまたは禁止したりするのではなく、影響を与えることを通じて対処しようとしているからである。その限りにおいて合法性は最早市民に対する統制手段ではない。具体的な行動についての意思決定は事実的にも、法的にも市民が行う。⁽⁵⁾

28. それは市民のもとでの国家の意思決定に係るコンセンサス成立可能性を飛躍的に増加させ、そして市民に対して自身に最も有利な選択肢を選択させる可能性を与える。これは大きなメリットを、そして全体としてみれば、市民に

とつての自由の獲得あるいはコスト削減をもたらさうる。

ただし、それには少なからぬデメリットがある。例えば、国家による目的実現の不安定性あるいは不確実性である。⁽⁵²⁾ このことは例えば過剰禁止という手段を明確に適用することを困難にする。それに加えて、特別な権利保護の問題も出てくる。何故なら、“市民が任意に” 間接的な統制を行う国家によつて期待された行動を採り、そして市民は自己の意思決定に対して異議を述べることができないからである (“同意者に不法は生じない (volenti non fit iniuria)⁽⁵³⁾)”。

29. 従来最も重要とされてきた間接的行動統制の適用事例は既に言及したいわゆる経済的手段である。そのもとはポジティブな経済的インセンティブ (特に、補助金または租税特別措置を通じた優遇措置) を以つて市民の望ましい行動が促進され、または、ネガティブな経済的インセンティブ (特に、租税負担、損失補填義務) を以つて望ましくない行動が抑制される。こうした行動インセンティブが事実上いわば強制的でなく、すなわち、命令・禁止のように作用しない限りにおいて (つまるところ、“任意的強制” の枠を超えて)、かかる手段は市民に一層の意思決定の自由、すなわち一層の柔軟性を与えよう。それを通じてとりわけ効率的な、個々のコスト構造を斟酌した意思決定が可能となる。⁽⁵⁴⁾ もし、老朽化した施設について、例えば、大気汚染防止のための高価な設備の使いをするよりも、環境税を納付するほうがコストパフォーマンスが良いのであれば、環境にさらに負担をかけ、そしてそれについて環境税を納付することが、企業の意思決定については経済的に合理性を持つこととなる。

30. 市場参加者の自己決定による活動を通じて事務遂行の効率性を実現するという思考は、その他の経済的手段のベースにもなっている。例えば、利用アドバンテージ (Benutzungsvorteilen) (法律が要求する基準を上回って充足する際に規制法が定める基準を適用しないこと)⁽⁵⁵⁾ および補償による解決 (他の施設のもとで——一層の——基準が要求する義務的水準を上回る大気汚染削減が行われた場合に大気汚染基準の適用を別の施設で免除すること)⁽⁵⁶⁾ がそれであ

る。排出権取引も大気汚染の削減を最小限の費用で実現し、そして加えて、汚染権 (Verschmutzungsrechte) に係る真正の市場価格を実現する。⁽⁵⁷⁾

31. 市民にとって柔軟性というメリットを伴う間接的行動統制は今日かなり普及している国家による情報提供措置によっても可能であるが、そのドグマティック上の考察はまだ始まったばかりである。⁽⁵⁸⁾ その際考えなければならぬのは特に市民がその重要性を認識しうるが、しかし従う必要がない国家による推奨・警告である。それと類似する手段は、例えば、国家により与えられる品質保証 (Qualitätsiegel)、つまり、売上に重大な影響を及ぼす国家による製品情報である。こうした情報提供措置を一貫して説得的にドグマティック上克服することは国家の警告に関する連邦憲法裁判所の関連する判例があるにも拘わらず (またはそれ故に?) まだなされていない。⁽⁵⁹⁾

F. 国家活動の時に関する柔軟性

32. 長い伝統の上に、国家活動の時に関する柔軟性を確保する諸手段、即ち、特に将来に向かって路線ないし決定を変更する可能性が形成されている。かかる可能性はとりわけ、既になされた国家行為を変更ないし変更しうることに示されている。その際典型的には、時に関する柔軟性 (即ち、変更) に係る国家の利益には、関係者の (不変更に対する) 信頼保護・法的安定性の利益が対置している。様々な利益状況にあつてはしかし、一部の人々の信頼保護の利益も、他の人々の柔軟性の利益と調和しないことがありうる (例えば、イミション保護法での新参者の問題において)。⁽⁶⁰⁾

33. 法秩序は、国家活動の時に関する柔軟性の確保に、各権力の特性に応じて関わっている。法秩序は、立法におけ

る柔軟性の利益 (38—41参照) と司法における安定性の利益 (37参照) を強調している。執行においては、安定性の利益も柔軟性の利益も比較的独立して顧慮されている (34—36参照)。安定性の利益は、官僚制的構造を伴う行政においては、任期内で判断をなす立法と比べ、より手厚く扱われている。

34. 特に行政法総論は行政決定の変更に関する問題を解決する際、官庁の柔軟性に対する利益と市民の継続性に対する利益との精緻な調整を行なってきた。これは特に、助成的行政行為の取消 (即ち、職権取消ないし撤回) に関する、周知の「基本的論争」に示されている (行政手続法四八、四九条)。これに加え、その他の多様な行政法上の諸手段が行政の将来の柔軟性の確保に仕えている。考えられるべきは特に、適切な柔軟性を可能とする行政行為の附款である。期限、(特に) 解除) 条件、撤回権・負担の留保 (行政手続法三六条)。しかしその他にも、行政手続法は柔軟化に意を払っている。確約 (行政手続法三八条三項⁶⁾) さらに公法上の契約 (行政手続法六〇条) さえもその存続中、事情変更の際には (絶対的には) 保護されない。

35. 他方で、信頼保護の「保護に値する」信頼への限定や基本法三条一項から導かれた自己拘束の思考の抑制された取扱は、行政の許容されない程の非柔軟性を導くものではなかった。総じて、行政法、少なくとも行政法総論の次元では、付与された権利の保護された状態 (Bestand) における全般的な法の硬直化は殆ど語られていない。以上のことはもちろん、政治的ないし官僚制的硬直化の危険を排除するものではない。

36. 行政法各論の個別領域に関しては、様々な傾向が確かめられる。例えば環境法では昔から、付与された権利の保護はどちらかといえば少なめに記述される一方で、建築法や特に公務員法は部分的には異なり、これを強調している。環境法に関してはさしあたり、柔軟化の利益が部分的に傾向上過度に強調されたものではなかったが (例えば、事後の命令を発する包括的権限——連邦イミッション法一七条——ないしイミッション保護法上の基本的義務の変容——連

邦イミション法五条——に際して)問われうる。もちろんその際、環境法は特に環境リスクや技術的發展状況の急速な変化を考慮しなければならないということが顧慮されるべきである。

37. 行政に関しては広く柔軟性が可能とされるのに対し、裁判の場合には、既判力、法的平和そして法的安定性に着目すると、既判力ある裁判所の判決が個々の手続において下されるや、時に關する柔軟性の利益に対し継続性の思考を明らかにより強く強調することになる。もちろんその際、絶対的に継続性が保護されることはない(特に再審手続が示すように)。

判例の發展においても、総じて柔軟性は司法において特別に高い位置価値を何ら享受していないようにみえる。少なくとも「繰り返される判例」の觀念は、必ずしも柔軟性を促進する訳ではない。

38. 立法は特に時に關する柔軟性の思考に開かれている。民主主義の原則にとり本質的な後法の前法に対する優位は、原則的に現行法には将来の存続に対する請求権は何ら存在しないという繰り返し連邦憲法裁判所や学説によって確認された原則と同様、そのままもない表われである。⁽⁶⁵⁾ 極めて多数の法律の改正は、立法者が柔軟化の機会を盛んに利用していることを示している。かかる柔軟化が全般的に法律に期限を付すること(サンセット立法)を通じてなおさらに促進されねばならないかは、少なくとも現在のところ、(なかならず限られた立法リソースの為に)極めて疑わしく思われる。⁽⁶⁷⁾

39. しかしそれにもかかわらず、立法の柔軟性の喪失の傾向は、今日既にますます明白に現れている。現代立法の近視眼さに対する批判や(例えば環境法において)立法モラトリウムを求める経済団体の度重なる要求は、考慮を促す。しかし立法における「安定性」は結局、特に一般政策的、経済的そして社会的諸制約(国の財政難も含めて)によって、例えば法律の改正の企てに当たり資金調達が困難であることによって発生する。立法ないし(議会や省庁におけ

る) 立法の準備の際に人的容量が限られていることや時間が不足していることは、同様に法律の改正に対して妨げとなりうる。議会制民主主義においては、既存の法が内容的に時代遅れのものとして妥当しているにもかかわらず、法律の改正に対して必要とされる多数(ないし連邦参議院の同意)が成立せずあるいは実現しえないように思われることによつて、結局は見せかけの法律の安定性が生じることも珍しくない。そのような悪しき安定性の典型的な例は多年の間、例えば原子力法であつた。

40. ヨーロッパ連合法ないし基本法上命じられている為に法律が是正されえない場合、上位法(特にヨーロッパ連合法や基本法)により柔軟化が困難とされることも重要である。この点では、ますます形成されつつある立法の立法決定への拘束も、立法府に対して柔軟化を困難とするように働いている。その際、立法に関する基本決定(システムの公正さ)による内部的拘束と、指導的法律(例えば基準法、予算原則法)への「執行的」立法の広まりつつある外部的拘束とは区別されるべきである。立法者に対する予算定立者の(少なくとも事実上の)拘束も特殊な問題の一を表わしている。

41. 最後に、合意に由来する立法においても、調整を条件とすることにより柔軟化が困難となることは極めて明白である。協働と法律との結合は将来の政治的プロセスを明白に硬直化しうるものである。これは、協働的連邦制での、連邦での協働の結果を事実上示す法律におけると同様に、特に国際条約に対する同意法律において認めうる。類似のことは、連立協定による柔軟性の困難化にも妥当する。⁽⁸⁾ 調整を条件とすることにより柔軟化が困難となることは、国家と大規模な諸団体との間の「合意」を基礎とする法律においても増大している。ここでは、民主主義原則の理由から不可欠の立法のダイナミズムが特に強調されるべきである。それ故に憲法上、以前の連邦政府ないし連邦議会によつて決定された所謂「最終的な」原子力の放棄は、場合によつてはあり得る政治的路線変更を排除することを許され

ない。これは、場合によってはあり得る原子力エネルギーの再採用が新たな後の路線変更を法的に排除しえないのと同様である。

G. 柔軟な国家活動と憲法

42. 柔軟化を可能とする・あるいは制限する際の憲法の役割は単純なものではなく、ましてや一律に判断できるものでもない。しかしはじめから確かであるのは、柔軟化と、これと平行して現われるインフォーマル化はそれ自体、憲法の拘束から国家が成功裡に自己解放をなすことを何ら許さないとということである。特に、国家構造の諸原則も基本法の(団体——、機関権限共に)権限秩序も侵害することは許されない。⁽⁴⁹⁾

43. その他の点では、安定性に関する憲法上の言明はどっちつかずである。平等原則はその平等の内容に関して内容的な柔軟性を制限しうるが、——個々の場合に特有の公正さを要求するものとして——これを招きもしうる。

例えば基本法一四条や三三条五項に於いて周知のように憲法上〔所有権や職業官吏制度等の・訳者註〕存続の保護が強調されていることや法的安定性ないし信頼保護といった法治国的要請は確かに、継続性を保ちあるいは大事にする要請を一面では強調し、従って国家活動の時に関する柔軟性を妨げているようにみえる。

しかし他方で、憲法上の発生を確保する(entsprechensichernden)保障⁽⁵⁰⁾や時の点で柔軟性を可能とする内容も見過(しえない)。それ故、例えば基本法一四条における形成・制限留保、基本法三三条五項における制度的保障の限界、負担を課す遡及効の一定の形式での認容、事後法の原則が異議を唱えられずに妥当すること、前述した連邦憲法裁判所による現行法の将来の存続に対する請求権の拒絶、変化した外部事情に対する立法の適合義務等々は、憲法からも導

かれる時に関する柔軟性に対する憲法の非常に重要な備えである。それ故に、憲法的視点からも、総じて法律的に硬直した体系としてドイツを捉える視点は根拠がない。

44. もちろん、インフォーマル化を通じて一定の種類の柔軟化は、憲法上の諸障壁(例えば、法律の留保、法的安定性、公開、公正手続の要請)に突き当たると、それにも拘らず、国家活動のますます増大するインフォーマル化を顧慮した説得力のある、あるいは決定的な憲法の戦略はなおはっきりしていない。

憲法は一定のインフォーマル化に対し乗り越えることのできない障害を築くものなのか、それとも憲法はその言明をインフォーマル化に適合させるものなのか。その際、誇張した叙述は——かかる態様を取る全てのものは——、様々な点で憲法の規範的効力を危うくする。インフォーマルな国家活動に対し過度に多くの憲法上の障害が設けられるなら、国家機関がインフォーマルへの逃避を行なうことにより實際上裏をかくことが憲法を脅かすことになる。反対に、憲法がインフォーマル化の利益に対し過度に適応する場合には、憲法自身のインフォーマル化の危険も過小評価すべきではない。ここでは憲法は厳粛なものとして定式化されるものの、国家に対する強制力のない単なる活動規範として終わることになりうるだろう。従って将来インフォーマルな国家活動に憲法上対処する際には、憲法による柔軟なインフォーマルな活動の制限と正にかかる活動に対する憲法上の言明の適応との慎重且つきめ細かな結合を見出すことが問題となろう。

45. しかし、柔軟な活動に対する国家の決定的な動機はすべて、決して憲法の裏をかくことではない。寧ろ通例、一定の事情の為に、問題解決の際に最初に(9以下)述べた柔軟化の利益を利用することが上位の問題となっている。

H. 柔軟な国家活動の強制と「弱い国家」

46. もちろんその際、柔軟な解決に対する国家の決定がしばしば何らかの実質的ないし政治的な柔軟化の強制によるものでもあることも見落とすことはできない。それ故例えば予測の困難、急速に変化する（例えば、経済的）外部事情あるいは新たな学問的知見ないし技術的發展状況に対する適応の必要性は特に時の点で柔軟な国家活動を不可欠のものとしうる。この点で、法の柔軟性は国家と社会の現代化にとって不可欠の前提である。

47. (例えば気候の保護におけるような) 未解明の作用連鎖を伴う複雑な問題状況は、内容的に柔軟な統制にとつて特にふさわしい領域である。例えば二酸化硫黄により森林被害が引き起こされることが推測はされうるが立証されえないなら、禁止の時期ではなく、排出に対し否定的に働きかける時期である。

48. 国家が直接的な統制形式を実力的ないし能力的理由から実際には取れないか貫徹しえず、あるいは憲法上ないしヨーロッパ法上の理由から取ることが許されない為に、間接的な、柔軟性を可能とする統制の機会を利用することが珍しくないという事情には特別の注意が払われる。例えば飲料の容器を禁ずるのに十分な程政治的に強くない国家は、代わりにやむを得ず（容器デポジットや包装材料のような）間接的に柔軟な活動形式を取る。当該国家はそのようにして、自己の統制思考の一部でも実現することができる。国家は望まれない包装を完全には禁ずることはできないが、抑止することはできる。この点で間接的な統制形式は、事実上ないし法的に下命・禁止、即ち命令的な措置を取ることもできない「弱い国家」の活動形式としても捉えることができる。

49. 事実上の弱さはさらに、グローバル化の時代における国民国家の限定的な活動能力からも導きうる。ここでは柔

軟な活動形式は、グローバル化により引き起こされた国家の意義の弱体化に対し、一定の——領域的に限界づけられた——補正をなすことができ、国境を越えた公益の実現を可能としうる。これに加えて、例えば国際的なソフトウェア（前述の5を参照）のような柔軟な活動形式が、——グローバル化を通じてその意義が相対化してはいるものの消滅してはいないと思われる個々の国家が存続しているにもかかわらず——国境を越えた協調を容易にすること（例えば、国際的な規範制定組織による世界的な規準の制定）に特に適切であると思われる。

50. 総じて、ますます増大する命令的活動の放棄により特徴づけられた「弱い国家」は権力なき国家であるという訳ではない。間接的統制形式への回避は、国家がこの柔軟な手段によって、伝統的な憲法上の、とりわけ法治国的制約から事実上広範に逃れうる点において、国家に、最終結果においては少なくとも部分的に、権力の増大もたらしている。以上のことはとりわけ、国家活動の裁判コントロールに対して妥当する。古典的な法的救済は（例えば飲料容器についての）禁止に対し助けとなるのに対して、（例えば包装容器の廃止に関する飲料水産業の）強いられた自主規制に対しては、古典的な推移保護手段は殆ど助けとならない。

従ってその弱さから、国家は結局再び力を得る。国家が増大する命令の放棄により長期的にみてより弱くなるかより強くなるかは、これ迄なお判断を下されていない。柔軟な手段による柔軟な国家の柔らかな強制は過小評価されるべきではない。いずれにせよ、かかる手段の法的対処は法学の将来における重要な課題の一つである。

- (1) *Roman Herzog, Berliner Rede 1997-Aufbruch ins 21. Jahrhundert. Ansprache von Bundespräsident Roman Herzog im Hotel Adlon am 26. April 1997, 以下のサイトでアクセス可能: <http://www.bundespraesident.de / Reden-und-Interviews / Berliner-Reden-12086 / Berliner-Rede-1997.htm>*

- (2) Horst Köhler, Fernsehansprache vom 21.07.2005, 以下のコメントが可能 : <http://www.bundespraesident.de / Anlage / original_625026 / Fernsehansprache-21_07_2005.pdf>.
- (3) Siehe dazu etwa *Schmid-Albmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, S. 348 ff.; *Schoch*, in: Isensee / Kirchhof, HSR II, § 37; *Herdegen und Morlok*, VVDStRL 62 (2003), S. 7 ff, 37 ff.
- (4) やむを得ずして「協働国家 (Kooperative Staat) は」一方向的規制を行なつて主権的国家の対立像 (Gegenbild) をもたらさず。Vgl. *Neumann*, VSSR 1992, S. 119 (129); *Becker*, Der Staat 44 (2005), S. 432 (435); Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, in : Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (22).
- (5) S. u. 29-30.
- (6) Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, § 10 Rn. 78 ff.
- (7) 合意に基づく行政活動については *Schmid-Albmann*, a.o., S. 351 ff. 連邦憲法裁判所は「結局、非公式な活動 (informales Handeln) と同じ上位概念を用いた。Vgl. BVerfGE 104, 249 (266).
- (8) S. dazu zuletzt *Reicherzer*, Authentische Gesetzgebung, 2005.
- (9) Vgl. dazu etwa *Schmid-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren, 1986, Rn. 72 ff.; *Schünemann*, in : FS Rieß, 2002, S. 525 ff. 司法権極力法で規律されつゝなかつた取決めを規格化しようとする試みとして「vgl. den Gesetzesentwurf des Landes Niedersachsen, BR-Drs. 235/06.
- (10) Vgl. nur *Schoch*, in : Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HdsSR II, 3. Aufl. 2005, § 37.
- (11) *Carl Schmitt*, Glossarium, S. 274. やむを得ずして「命令は」もまた「別の点にあり、それは次のように引用した箇所の全部からみてこれらと並びである : 「世界で最良のものは命令であり、法ではない。命令は直接的言辞であり、法は一般的、つまり間接的である。」
- (12) 同じく法治国家の古典的ローマロール手段もまた「一定の現実的条件の下にある。Vgl. *Ritter*, in : Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 (70 f.); *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 (390 f.).
- (13) *Stein / von Bültar*, Völkerrecht, 11. Aufl. 2005, Rn. 32; *Herdegen*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, S. 149 ff.; *Jensen*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 250; *Hilgenberg*, ZEUS 1998, S. 81 ff.
- (14) Vgl. etwa *Ermanora*, FS Geiger, 1989, S. 145 ff.; *Drobnig*, FS MPI Privatrecht, 2001, S. 745 ff.
- (15) それは「少なくとも、国際法と国内法の関係に関する厳格な一元論——それは国内法化という行為を不必要なものとする——が妥

当しないところで、存在する。

- (16) 例えば、紳士協定 s. dazu *Herdegen*, 3. Aufl. 2004, S. 118, あるいは「一九四八年二月一〇日の国連総会における世界人権宣言のような、国際機関の決議、国際法における「基準」(Standards) に関して vgl. *Vitzthum*, *Völkerrecht*, S. 83.
- (17) 模範例を示すのは、おそらく欧州安全保障・協働会議の行為である vgl. nur *Strein*, in: *Sachs*, GG, Art. 25 Rn. 22.
- (18) この点の詳細については、例えば参照 *Strein*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2005, Rn. 472 (一次法改正に際しての議定書宣言の法的拘束力に関して、適切な示唆をなす)。*Hailbronner / Joehum*, *Europarecht* 1, 2005, Rn. 559 ff.
- (19) Vgl. *Böse*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Art. 34 EUV, Rn. 5; *Brechmann*, in: *Callies / Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 34 EUV, Rn. 6.
- (20) Vgl. statt vieler *Schuppert* (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2005; *Magliera / Sommermann*, *Verwaltung und Governance*, 2002, sowie jüngst *Goerlich*, *DÖV* 2006, S. 313 ff.
- (21) EU委員会およびOECDにより作成された、「良政」政府ないし行政 (good governance / public governance) のための指針に関して、参照: <http://www.olev.de/g/good_gov.htm>
- (22) この点に関して、とりわけ、該当する政府委員会により作成されたドイツ・コーポレート・ガバナンス規定を参照。以下のサイトでアクセス可能: <<http://www.corporate-governance-code.de/>>
- (23) Vgl. dazu auch *Hefendehl*, *IZ* 2006, S. 119 ff.
- (24) この点において、この機能は、例えば裁量の余地、不確定法概念および判断の余地といった、行政の判断余地の形式の中で現れる従来の柔軟な行政活動の形態に類似している。Vgl. *Wolff / Bachof / Sieber*, *Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 11. Aufl. 1999, § 31 Rn. 1 ff.
- (25) *Becker*, *Der Staat* 44 (2005), S. 433 (440). 環境法のコンテキストでこの側面をめぐって vgl. etwa *Hucklenbruch*, *Umweltrelevante Selbstverpflichtungen-ein Instrument progressiven Umweltschutzes?*, 2000, S. 88 ff.
- (26) So für das Umweltrecht etwa *Ekardt*, *NuR* 2005, 215 (219).
- (27) Vgl. *Schoch*, in: *Isensee / Kirchhof* (Hrsg.), *HdBStR*, III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 8.
- (28) *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 175, 188, § 13 Rn. 287.
- (29) Vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, S. 205 ff.; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7 Rn. 12.

- (30) Vgl. *Schmid-Aßmann*, a.o., S. 192 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht § 7 Rn. 26 ff.
- (31) じれに關しては、異なるイデオロギアを有する者との間に、例へば *Reim*, NJW 2005, S.1553ff.; *Lang*, MedR 2005, S.269ff.; *Römermann*, DB 2005, S. 931ff.; *Brunner*, ZSCHR 2004, S. 307ff. のを参照せよ。
- (32) じれに關しては、最終的かつ *Hoffmann-Riem*, AöR130 (2005), S. 5ff.; 田中 じれに關しては *Kloepfer*, JZ 1984, S. 685ff.
- (33) 詳細については *Stern*, Staatsrecht, I, S. 803ff. を参照。
- (34) 参照: *Hoffmann-Riem*, DVBl 1996, S. 225ff.; *Schmid-Freyß*, VVDStRL (56) 1997, S. 160ff.; *Scholz*, NJW 1997, S. 14.
- (35) じれに關しては、最終的かつ *Säcker*, AöR 130(2005), S. 180ff.
- (36) 環境法については、Vgl. *Lorenz*, UPR 1991, S. 253ff.
- (37) 例へば、種々な行政行為の遂行実質的確定に關しては、Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens / Bonk / Sachs* (Hrsg.), VwVG, 6. Aufl. 2001, §43 Rn. 2a; *ders.*, K&R 2001, S. 13(18f.); *BVerfGE* 60, 253 (290).
- (38) じれに關しては、*各々*を Vgl. *Hoppe / Henke*, DVBl. 1997, S. 1407ff.; *Hoppe*, DVBl. 1996, S. 12ff.; *ders.*, in: *Erbguth* (Hrsg.), *Abwägung um Recht*, 1996, S.133ff.; *Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern, 1988 に於ては、*Wiggers*, Planhaltung im Recht der Raumordnung, S. 7ff.
- (39) *各々*を Vgl. *Mutius*, NJW 1982, S. 2150ff.; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, S. 465ff.
- (40) じれに關しては、最終的かつ *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 21f, 59f. に於ては、*各々*を Vgl. *Wiggers*, Planhaltung im Recht der Raumordnung, S. 7ff.
- (41) じれに關しては、*例へば* Vgl. *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, 1991, Rn. 156; *Schneider*, Gesetzgebung, 1982, Rn.400.
- (42) *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 3 Rn. 82, 85.
- (43) じれに關しては、*Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 20 Rn. 303ff. を参照。
- (44) じれに關しては、*例へば* Vgl. *Falke*, ZUR 1995, S. 4ff.; *Schaar*, DUD 2003, S. 421ff.; *Bizer*, DUD 2006, S. 5ff.
- (45) 例へば、*例へば*、統一ドメインの新旧諸法に於ては、*各々*を Vgl. § 73 BBesG.
- (46) 新 Art. 75Abs. 3GG.
- (47) じれに關しては、Vgl. *Baiz / Kersten*, DVBl 2003, S. 349ff.

- (48) しかしながら、なお考えなければならぬのは、純粹に法的な考え方によると、法概念を不確定に規定することは、唯一「正しい」解答を規律することと変わりはなく、せいぜい「正しい」内容のみを明らかにすることとを難しくするだけであることである。Vgl. *Sachs*, in: *Stekfers/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVG*, 6. Aufl. 2001, § 40 Rn. 147.
- (49) かつこのことを背景に数年前に Mecklenburg-Vorpommern 州司法官は § 114aVwGO の新条文を導入する提案を行った。それによると、(1) 不確定法概念の適用に際して、衡慮、予測または価値判断が必要である場合には、行政庁に判断余地があるものとす。 (2) 裁判所は、行政庁に判断余地があるか否か、並びに、行政庁が判断余地をゆ越したか否か、または行政庁によって授権の目的に対応しない方法で判断余地が利用されたか否か、を審査する。Ewert, *NVwZ* 1994, S. 140 に掲載されている。理由輔も含めて参照可能なものとして、*Rudolf von Bennigsen-Stiftung* (Hrsg.), *Beurteilungsspielraum der Behörden und richterliche Kontrollrechte*, 1994, S. 49ff.
- (50) Vgl. *Schmid-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, S. 205ff.; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7 Rn. 12.
- (51) 環境法における間接的行動規制については、Vgl. *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 166ff.
- (52) *Lübbe-Wolff*, *NVwZ* 2001, S. 481 (483).
- (53) *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 166ff.; *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem / Schmid-Aßmann / Schuppert* (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 1993, S. 115 (143); *Rehinder*, in *Kloepfer* (Hrsg.), *Umweltstaat als Zukunft*, 1994, S. 70 (79ff.).
- (54) Vgl. *Wicke*, *Umweltökonomie*, 4. Aufl. 1993, S. 150ff.; *Melerschnidt*, *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, 1986, S. 58.
- (55) については、*Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 190ff.
- (56) Vgl. *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 190ff.; *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 299ff.
- (57) *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 284ff.
- (58) それにも拘わらず、排出権取引の枠内における取引コストが通常相対的に高めに評価されることをも斟酌しなくてはならぬ。Vgl. *Lübbe-Wolff*, *NVwZ* 2001, S. 481 (487f.).
- (59) Vgl. *Kloepfer*, *Informationsrecht*, § 10 Rn. 78ff.; *Schoch / Kloepfer*, *IFG-Prof.F*, 2002.
- (60) *BVerfGE* 105, 252; 105, 279; 参照: *NVwZ* 2003, S. 1ff.; *Huber*, *JZ* 2003, 290ff.; *Kahl*, *Der Staat* 43(2004), 167ff.; *Hoffmann-Riem*, *Der Staat* 43 (2004), 203ff.
- (61) それ故に *Schoch*, in: *Isensee / Kirchhof* (Hrsg.), *HdBStR* III, 3. Aufl. 2005, § 37Rn. 169. 同様に、

- (62) Vgl., Rehbinder / Schmalholz, UPR 2002, S. 1 (4).
- (63) Vgl., dazu Kloepfer / Lenski, NVwZ 2006, S. 501ff.
- (64) 最近のドイツの Pöhl, ZBR 2005, S. 329ff.; Preis / Temming, ZTR 2003, S. 262ff. を参照。
- (65) BVerfGE 68, 193 (222); 38, 61 (83); 28, 66 (88); 27, 375 (386); 14, 76 (104); Schulze-Fielitz, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (108); Rhinow, Rechtssetzung und Methodik, 1979, S. 274ff.
- (66) Brandner, Gesetzesänderung, 2004, S. 2ff.
- (67) 従って実務も「柔軟化に・訳者註」対応した条項からはますます離れている。最も最近の例は連邦情報自由法である。同法では、草案で予定されていた法律に期限を付することが、内務委員会の提案では削除された。Vgl., Rossi, IFG, 2006, § 15 Rn. 3.
- (68) その際もちろん、正に連立合意がその内容次第で柔軟性を促進しうることは見逃しえない(例えば、同所で取り決められた法律改正)。
- (69) インフォーマルな国家活動における権限秩序の顧慮については、BVerfGE 104, 249 (266)も参照。
- (70) Vgl., umfassend Kloepfer, Grundrechte als Entstehensicherung und Bestandsschutz, 1970, passim.

〔追記〕 本稿は、ドイツ・フンボルト大学シヒャエル・クレプファー (Michael Kloepfer) 教授が、二〇〇七年四月七日に広島大学法学部で行なった“Über die Flexibilisierung staatliche Handelns”と題する講演を邦訳したものである。講演の労を取って下さった教授に感謝の意を表す。

また講演に当たっては、藤田宙靖最高裁判事、戸波江二早稲田大学教授、河中自治振興財団の御協力と御支援に預かった。記して厚くお礼申し上げます。

邦訳は次のように分担すると共に、訳語等の統一を行った。

A・B―門田 孝 C・D・E―手塚 貴大 F・G・H―松戸 浩