



Title	多層型システムにおける行政法学
Author(s)	ハンス, クリスティアン レール; 大橋, 洋一//訳
Citation	新世代法政策学研究, 6, 87-114
Issue Date	2010-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43747
Type	other
File Information	6_87-114.pdf



多層型システムにおける行政法学

ハンス・クリスティアン・レール (Hans Christian Röhl)

大橋 洋一 (訳)

I 多層型システムにおける行政法学の課題

1. 多層型システム

本日扱うテーマは、「多層型システムにおける行政法学」である。もとより、すべての多層型システムは自己の論理に導かれるのであって、とりわけ、固有の法的構成に従うものである。したがって、抽象的に言い表すことは簡単なものではなく、抽象的表明は、つねに具体的多層型システムに立ち返りながらなされなければならない。

a) 多層型システムの概念

多層型システムや、「マルチレベル・ガバナンス」といった概念は、主として規範制定が、さらには行政機能までが、多数の機関に託されているという状況を示すものである。ここでいう機関は、共通の屋根の下に機能分化されたものではなく、異なった範囲の領域を持ちながら、並列して活動している¹。この概念は当初は主としてヨーロッパ連合と関連して、政治学の視点から発展させられたものであり、この概念を用いることによって、二つの方向に衝撃がもたらされた。この概念が明らかにした第一の点は、独自の決定層が国家の手の届かないところにあり、国家法秩序から解釈するのでは足りないということである。第二に、より重要な点であるが、この概念が捨て去ったのは、考察対象の決定層を国家というカテゴリーの

¹ 多層型システムの概念に関して、詳細な証明を伴ったものとして、*Eckhard Pache, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), S. 106 ff.*

中で考え、説明すること、ただちに階層、最終決定権限、主権について問いを発することである²。

b) 国際法のとりこみ

多層型システムの問題は、当初はヨーロッパ連合の説明を念頭に置いて発展させられたものである。これを越えて、この概念は、次第に重要性を増しつつある国際法上の規範設定の層について、視野に収めるのに適してはいないだろうか？この点について、憲法理論からは、抑制的な議論が聞かれることがある。つまり、層と云うためには、特定の法状況が固有の確固とした正統化メカニズムを発展させなければならず、法秩序が権利を認めるとか、民主的手続を定めなければならないと³。

この報告では、こうした意見とは反対に、おかしなこだわりは捨てて、層といった概念を国際法との関連にも用いることとする。その理由は、本報告が行政法上の見通しを立てることに主眼があり、憲法理論上の見通しを主題としないからである。正統化問題は行政法にとって優先的な課題ではない。独自の実現確保メカニズムを利用できる（ヨーロッパ連合）独自の規範制定機関であるとか、そこまでしないまでも、その実現を任された、（国家行政）独自の規範設定機関が、行政法の関心事となる。

いうまでもなく、ヨーロッパ連合は、世界中で唯一であるほどの密接な結合を示した、極めて簡明な事例である。したがって、これを例にすれば、多層型構造がもたらす行政法上の問題を極めてよく学習することができる。しかし、国際行政法の規律密度が次第に高まっているために、同様の問題は生じているのである⁴。比較的考察が必要であるとすれば、国際法上の層を含めて考えることには理由があるといえよう。ヨーロッパ連合の外に目を向け、国際法上の規範定立の層を観察すると、おそらく、こうした比較の必要をいっそうはっきりと認識するであろう。つまり、ヨーロッパ連合は、加盟国に対して、しばしば国際法上の層を隠しているのである。というのも、ヨーロッパ連合は国際法上の義務の名宛人であることが多く、

この義務は加盟国にヨーロッパ連合法の形式で届けられるからである⁵。

2. 課題

多層型システムにおける行政法に関し、法学はどのような課題に直面しているのだろうか。極めて抽象的に言えば、次の2つの課題である。行政法学の中心的な課題は、行政活動が法治国の観点から異議なく、民主的に支持されていることを保障することに寄与することである⁶。加えて、行政法を法実現法と理解すること⁷、つまり、行政法の規定の成立に寄り添うこと、多数の法規範から生ずる法状況を分析すること、および、課題に忠実な実現と適用を可能にするといった課題である。こうした2つの課題が一緒になって初めて、行政法の法学的処理に関する全体像が示される。もっとも、2つの課題について、多層型システムの行政法の中で、適した基準枠・秩序枠が見いだされねばならず、システムを導く基礎となる考え方が発見されねばならない。第一に、行政法の憲法上の基礎に関する問いが提起され、第二に、隣接諸科学からの知見を統合するため、適切な理論的立脚点を問うことになる。そこで、次章では、基準枠に関し探求し、第三章では、個別の法的仕組みを例にとって具体化の問題を扱う。

II システムを導く基礎となる考え方

1. 諸外国における行政法学の方法論

多層型システムの問題に立ち入る前に、いくつかの国における行政法を、簡潔に、したがって不十分なものにならざるを得ないとしても、一瞥することをお許しいただきたい。行政法学の状況にとって、システムを指導する基礎的考え方の意義を明確にすることが、関心事である。

⁵ Röhl, Diskussionsanmerkung, VV 67 (2208), S. 449.

⁶ Biaggini, VVDStRL 67 (2008), S. 413; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2008, 1. Kap. Tz. 30.

⁷ Biaggini, VVDStRL 67 (2008), S. 413, Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 6), 1. Kap. Tz. 32.

² Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 211 f.

³ Möllers, Gewaltengliederung, S. 213.

⁴ これに関し、Biaggini, VVDStRL 67 (2008), S. 413 ff.

a) フランス

典型的な兆候を示すのが、フランスの状況であるように思われる⁸。つまり、フランスでは、行政法は大部分が判例の創造物である⁹。革命以来、フランスにおいて、身分制重視の傾向という疑いがあり、したがって信用ならないと眺められた通常裁判権と、行政裁判権は区別されたのである。こうした基礎に立って、コンセイユデタは、行政法を裁判官法システムとして創設し、民事法と切り離し、重要な点であるが、憲法とも切り離したのである¹⁰。法律の他に、行政活動の基準として、コンセイユデタは、一般的法原則を発展させた。具体的には、合法性原則、平等原則、特定の自由権である。法律との関係でこれらの諸原則が正確にはどのような地位を占めるのかは、一義的法秩序が欠けているため、明確ではない。

これは、法律学にとって、何を意味するのであろうか。ともかく、公法について主張されているのは、判例を体系的に把握し、評釈し、分析することに行政法学は集中するというものである¹¹。このように考えると、法律としての行政法がとりわけ行政学の影響力下に置かれてきたとしても、驚きに値しない。行政学は行政法に対して、経験的で経済的で社会理論的な構想を突きつけるものである。これらの構想が投げかける諸問題について、行政法は、簡単に答えを見つけることはできないと言われている¹²。

b) 英国

よく知られるように、英国法¹³の基礎には、固有の制定法である憲法が存在せず、従来、憲法裁判権も見られなかった。したがって、行政を統制する裁判所は、行政の活動や行政に関する法を統制することができるように、法律上の行政法原則を発展させてきた。これら諸原則の基礎は、フラ

ンスと同様、あまり明確ではない。Paul Kraig は、行政法の基礎に関する議論において、いかに政治学の理論と法理論上の立脚点が競合しているかを説明し、行政法の基本諸原則は法律解釈の諸原則から獲得できるのか、そうではなくて、むしろ裁判官法の純粋な創造物なのかという問いを發している¹⁴。

c) 日本

日本は、ここで解明されるべき点について、おそらく同様に、一つの例を提供するのかもしれない¹⁵。日本には、固有の憲法裁判権が存在しない。日本の最高裁判所は、通常の上訴制度において、最終審として活動する。ここでは、確かに、最高裁判所も、行政の個別措置のほか、行政権や立法権のなす規範定立行為をも対象に、その合憲性について（付随的に）審査する役割や権限を有している。もともと、（最高裁判所の）主要な審査基準は、関連の法律なのであって、憲法問題への集中が図られているわけではない。

さらに、典型的であるのは、法律学における専門分化である。つまり、日本では、聞くところによれば、憲法学と行政法学が制度的に分離され、別々の講座に配分されている。各講座は独自の教育任務をもち、その時々の研究計画もこの任務に向けられる。これでは、憲法を法律に浸透させることや、法律との経験をもって憲法学説を豊かにすることが、もしかすると困難であるのかもしれない。こうした分離に呼応して、日本では、ドイツで保護義務であるとか、基本権の客観的側面と言われるような、憲法の持つ包括的通用力が、ドイツほどは認められていない結果になっている。

d) ドイツ

主に示されるべきことは、他国の法秩序における帰結であり、こうした国々では、法システムにとって監視層（Beobachtungsebene）としての憲法

⁸ これに関し、例えば、Heun, VVDStRL 61 (2002), S. 80 (100 ff.).

⁹ これに関し、Matthias Ruffert, Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 165 (178 ff.).

¹⁰ Ruffert, Methodik (Fn.9), S. 179.

¹¹ Ruffert, Methodik (Fn.9), S. 180.

¹² Ruffert, Methodik (Fn. 9), S. 181.

¹³ 連合王国内部における差異は、ここでは省略する。

¹⁴ Paul Craig, The Administrative System and Administrative Law Principle in the UK, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 699 ff.

¹⁵ この点を詳細に論ずるものとして、Ryuji Yamamoto, Das japanische Verwaltungsrecht und sein Verhältnis zur Konstitutionalisierung, in: Trute u.a., Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 14), S. 899 (903 ff.).

は、同程度には存在していない。これらの国では、法律学の対象への他科目による干渉や、裁判上の討論を学問上の討論から解き放つことなどに、法律学は一層強固に直面していることに気づいたのである。

他方、ドイツの状況に関して言えば、憲法と法律の層が区別されることによって、独自になされる法の自己安定化が重要な役割を果たしている。つまり、この安定化のおかげで、法律、我々のテーマである行政法は、正義や正統化を引き合いに出して突きつけられることのある直接の要求から、守られるのである。憲法に定められた手続を引き合いに出したり、憲法規定の内容を法律に浸透させることによって、上記の突きつけられた要求は、多くの場合、退けることができる。逆に、憲法は、具体的な事実関係からの問い合わせに対して、立法者による紛争解決を示唆することで、答えることが可能になるのである。

2. 多層型システムにおける省察層としての憲法

憲法の持つ決定力がドイツ行政法の体系化に対して重要な推進力になっており、これはとりわけ、憲法の優位と憲法の抽象性に基づく。逆に、行政法の体系化は、法律に対して憲法が影響力を及ぼす手段として、有用なのである。

多層型システムにおいては、何が憲法の位置を占めることになるのだろうか。ヨーロッパ法を例にとることとしよう。優位という観点では、今や、ヨーロッパ法が、憲法と並ぶか、場合によっては憲法に代わるとされる。このことは、体系的な行政法の将来にとって、何を意味するのだろうか？

a) 憲法の等価物としてのヨーロッパ法？

考えられるのは、システム形成能力という点で、ヨーロッパ法を憲法の等価物と見なすことであろう。「そうだとすると、ヨーロッパ行政法のシステムは、国家行政法に妥当するのと似た形で、共通の憲法上の基礎に標準を合わせていると見ることができる」と言われている¹⁶。一部には、そのように一般原則に標準を合わせた行政法は、既に確認されている¹⁷。ド

¹⁶ Schmidt-Abmann, Ordnungsidee (Fn. 6), Kap. 7 Rn. 26.

¹⁷ Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, GVwR I, § 6 Rn. 104.

イツの国家法で憲法が果たしたように、ヨーロッパ法が国家法の監視の層へと発展されるためには、なお、上記のような方法で、いくつかの困難が克服されねばならない。憲法条約が挫折した後に、リスボン条約が明示的に憲法の概念を避けたという事実は、さほど重要な問題を惹起しない。法的な監視の層は、必ず憲法でなければならないというわけではないのである。

b) 適用の優位

ともかく、国家法律に対する（適用の）優位がヨーロッパ法に認められている。優位だけでシステム化能力を援助するのに十分であるかは¹⁸、ヨーロッパ法について、根本から考え直さねばならない¹⁹。ヨーロッパ法は、国家法に対して、優位を要求する抽象的な枠組み秩序として対置するのではなく、抽象的であったり具体的であったりする混合形式として向き合う。つまり、第一次法（欧州連合の条約法）と第二次法（条約から派生する規則、指令、決定など）からなる法規群なのである。法律の経験との対話を通じて充足されうるような抽象的諸原則ではなく²⁰、ヨーロッパ連合共同体法は、ますます具体の詳細規定を提供している。この詳細規定は、国家法のシステム化を促すものでなく、ことごとく排除するものである。

c) ヨーロッパ法における階層型規範構造

ヨーロッパ法の中に異なった規範の諸層、つまり階層構造を確認することを考える場合には、ここには、（国内法における）憲法と等価な（ヨーロッパ法）固有の監視の層が形作られている²¹。そう考えた上で、第一次

¹⁸ むしろ、こうした方向をおそらくは示すものとして、Wolfgang Hoffmann-Riem, Kohärenzvorsorge hinsichtlich verfassungsrechtlicher Maßstäbe für die Verwaltung in Europa, in: Trute u.a., Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 14), S. 749 (754 f.).

¹⁹ 適用の優位との違いに着目するものとして、Karl-Heinz Ladeur, Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: Trute u.a., Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.14), S. 795 (804).

²⁰ 憲法と行政法のこうした関係に関して、Schmidt-Abmann, Ordnungsidee (Fn. 6), Kap. 1 Tz. 20.

²¹ Schmidt-Abmann, Ordnungsidee (Fn. 6), Kap. 7 Tz. 27 f.; ders., Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, GVwR I, § 5 Rn. 10; 同旨のものとして、Hoffmann-Riem, Kohärenzvorsorge (Fn. 18), S. 752 ff.

法に焦点を絞ったとしても、具体的な法形成について基準となりうる抽象的諸原則を確認することは、簡単ではない²²。階層化の手がかりは、もしかすると、部を区分して構成している設立条約から読み取ることができたのかもしれない。この場合、場合によっては、同条約第二部の欧州連合基本権憲章と結びつけることにより、設立条約第一部の中に抽象的な監視の層が確認できたかもしれない。しかし、改正条約（リスボン条約）は、そうした段階付けを明らかに弱めた。かくして、改正条約により、ヨーロッパ連合法の内部における階層化はなくなった。つまり、ヨーロッパ連合条約1条3項が明示していることは、2つの条約は「法的に同等である」ということであり、基本権の憲章にも、特別な序列は与えられていない（新条約6条1項）。階層の点で同じものとされた第一次法の内部で、原則を形成するのは一層困難である。決定的な理由であることは、階層構造の創設と取り組み、それを固有の目的とすらしめていた法的ダイナミズム、とりわけ裁判官の（判例形成を通じた）ダイナミズムにブレーキをかけることが、条約改正の関心事だったことである。

つまり、憲法上の立脚点を表すことのできるヨーロッパの原則理論²³は、まだこれから発展されなければならない。このプロジェクトは、例えば（国家の）憲法学説にならって行うとしても、それに伴う困難は、明白である²⁴。要するに、そうした原則理論の形成は、それがあって初めて、法律監視の条件となるのであろう。

d) 国家法における法的監視の層

憲法が持つシステム形成的機能との等価物としてヨーロッパ法を捉えることにはいくつかの批判があるが、ヨーロッパ連合の加盟国に視線を戻

すこととしよう。主要な論拠として考えられるのは、国家憲法は独自性を持つと言うことや²⁵、逆に、ヨーロッパ連合の権限は、個別授權原則により結局は制約を受けるということである。そうだとすると、ヨーロッパ化された行政法総論は、狭義の「ヨーロッパ法」ではないのであろう²⁶。

しかし、そうした企ては、広い範囲にわたり、国家憲法のヨーロッパ化と国際化を前提とする。かくして、ヨーロッパ化や国際化の問題は、その重点に関しては、関連規定（基本法23条、24条、さらに場合によっては、25条や58条も含めることができる）を手がかりに扱われるべきではなく、憲法全体の課題と理解されねばならない。（ヨーロッパの）憲法共同体の部分秩序として基本法を理解するところから、帰結されるべきであろう。このように再び憲法であることが証明された監視の層には、ヨーロッパ法と国際法を国家法に再統合する役割が与えられよう²⁷。このようにして、加盟国の法を（ヨーロッパ法が）優先する領域において簡単に排除してしまうのではなく、加盟国の法に対する基準を定式化することが可能となろう²⁸。これにより許されるのは、法律を省察する刺激に対する優越的な層として加盟国憲法を守ることであるが²⁹、そのためには憲法システムにおけるいくつかの改築が前提となる。

こうした考察の長所は、上述の制度問題が加盟国の層で解決できることであろう。つまり、国際法とヨーロッパ法の諸規定が憲法の性質を持つ限りで、これら規定が連邦裁判所の審査基準となるため、ドイツ法に国際法とヨーロッパ法の規定を統合することを省察する場として連邦憲法裁判所が位置づけられることによって、加盟国の層で解決可能なのである。同様に、憲法裁判権という手続的な手段は、こうした任務に合わせたもので

²² 第一次法が極めて縦割りの性格を持つ点を正当にも指摘するものとして、*Armin v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 13 ff (19).

²³ この点に関し、*v. Bogdandy*, Prinzipienlehre (Fn.22), S. 13 ff., 理論上の機能については、a.a.O., 20.

²⁴ *v. Bogdandy*, Prinzipienlehre (Fn. 22), S. 13 (25)は加盟国間で比較されるべき法秩序が多様であること、ヨーロッパ連合が独自の存在であること、法文が不均質であることを指摘する。

²⁵ 例えば、*Hoffmann-Riem*, Kohärenzvorsorge (Fn. 18).

²⁶ *Ladeur*, Die Bedeutung (Fn. 19), S. 808 bei Fn. 56.

²⁷ こうした視点に関しては、*Michael Gerhardt*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Parameter der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, in: Trute u.a., Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 14), S. 735 (747 f.).

²⁸ *Ladeur*, Die Bedeutung (Fn. 19), S. 804.

²⁹ こうした見通しを示すものとして、*Gerhardt*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle (Fn. 27) S. 748 vor Fn. 62.

なければならず、つまり、特に多くの点で抑制的な解釈と取り扱いが変更されねばならないだろう。学問の見地からは、おそらく、そうした方法は魅力を欠くものではないであろう。つまり、明らかにしておかなければならないのは、法の発展に対するドイツの法律学の大きな影響力は、法律学が常に裁判所で傾聴されていることにもあるということである。

この点で、失敗の可能性を、現在では、連邦憲法裁判所のリスボン決定が極めて明確に示したと思う³⁰。ここで、連邦憲法裁判所は、反対の道をとったのである。つまり、憲法規定と国家理論の奇妙な集合体から、欧州統合の乗り越えがたい限界を抽出し、つまり、憲法を（ヨーロッパの）憲法共同体の中に統合することをせずに、純粹に国家法として位置づけたのである。こうした方法の欠点は、明白である。つまり、ヨーロッパ法の素材を憲法を通じて自己の事務として奪い取ることをせずに、ヨーロッパ裁判所との裁判上の対話に統合することなく、憲法裁判所はなお統合の傍観者として眺めていることを可能としたのである³¹。

e) まとめ

以上のまとめとして、中間的考察の終わりに、驚くべき知見を示す。法律学が法律から切り離された独自の法的な考察のレベルを手中にしているとすれば、そのことは法律学が自己の立ち位置を定めるにあたって、些細なことではないように思われる。ドイツ公法学の長所は、常に憲法を通じて方法論上の入り口を確保してきたことであつた。この入り口によって、法システムにおける規範的テーゼという作品にドイツ公法学は注目できたのである。憲法ないし憲法に基礎づけられた行政原則は、経験的知見と理論的知見を正当に統合する場所として、公法における一般的な発展傾向を概念にまとめ、作り上げる機能を果たした³²。つまりこうした理由から、学問戦略上の見地からも、ヨーロッパの憲法や超国家的憲法といった構想を発展させることは行ってみる価値がある。公法学は、憲法上の議論を合

理的にする機能や法システムと法律学との仲介機能を信頼することで、公法学は有益に助言することができる。

3. 視点としての制御・ガバナンス

a) 制御学の立脚点

ドイツの公法学では、近時、（行政）法学を制御学として理解する提案が見られる³³。こうした立脚点は、法を望ましくないものを避け、望ましいものを実現するための手段、つまり事象の生起のプロセスに対する影響力行使の手段として理解する。こうした制御の立脚点は、2つの目標を持つ。1つは、とりわけシステム理論によって主張された考え方である、法の制御無能力と言った考え方に反対することである。2つには、単なる法の適用に集中した解釈学の役割から法律学を解放することを関心事としている。こうした目的のために、知見が隣接学から導かれ、とくに、事実上の行政過程が分析され、その結果が法律学の考察に持ち込まれることによって、法の現実関連性が高められるといわれている。こうした方向で刺激を与えながら、制御学の立脚点や、それに従う、いわゆる「新しい行政学」が、広範にわたって新しい領域を占拠している。とくに、しばしばあまりに裁判所志向が強すぎた伝統的な行政法の立脚点から解放されることに成功した。

もともと、2007年の国法学者大会の報告でも示されたことであるが、伝統的な理論上の要求と制御学の視点は、全く結びつきを持たずに併存しているわけではない。重要であることは、行政が法に拘束されることには当然の限界があり、法の適用は常に法によっても完全には決定されていない法の創造であるといった知見である³⁴。法によって開かれたこうした枠は伝統的視点が主張したよりもずっと広範なものであるが、こうした枠内で、制御学の視点が要求するような現実関連性を統合する余地を認める。もともと、こうした現実関連性は、きわめて要件の多いものである。学問とし

³⁰ BVerfG v. 30.6.2009, NJW 2009, 2267.

³¹ 批判的な見解として、例えば、Schönberger, German Law Journal 8 (2009), S. 1201 ff.

³² Christoph Möllers, Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 131 (164) zur „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“.

³³ この点を詳細に論じ、整理したものとして、Ivo Appel und Martin Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 226 ff. und 286 ff.

³⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 36 II.

て行うのであれば、ここは、他の学問（私見では、明確なメタ理論が欠けているように思われる）³⁵からの知見を統合する場である。これは、第一に、その時々と名宛人と関係する。つまり、例えば、裁判所は法学内部の作業で負担過重になるおそれがあるので³⁶、そうした企ての正しい場所は学問と言うことになろう。もっとも、冷静に断言しなければならないことは、第一に、法的決定に不可欠な知識は（しばしば質問が細分化されていることもあって）他の科目によって利用できないということであり、一般的な叙述をする際には、むしろ、理論の供給過剰が認められる。

b) ガバナンスの視点

制御学の視点とある意味、競争関係にあるのが、ガバナンスの視点である。ガバナンスの視点は、国家による誘導に分析を集中することから離れることにある。つまり、「併存する、社会状況を対象とした団体的規律形式すべてを捉える。制度化された民間会社の自己規制から、国家と民間主体の間の様々な協働形式、さらには、国家機関の規制活動までである」³⁷。こうした視点は、国家作用の拡散と国際化という2つの点で、変化した国家の用いる形式を捉えている。国家はもはや法システムの中心にはおらず、（一部には）観察者や、提案者であるにすぎず、脇に位置する。もちろん、この視点は、特にヨーロッパ連合のように、ある中心的な誘導主体から出発することがもはやできないような対象について、その状況分析に有意義である。しかし、制御学の視点とは逆に、こうしたガバナンスの視点はこれまでのところ完全には仕上げられていない。このことは、複合的なプロジェクトに即して考えれば、驚くに足りないのかもしれない。ガバナンスの視点が観察の視点を緊急に必然的に変更すること以上のものをもたらすのか、ガバナンスの視点から実際に規範的表明に立ち返ることができる

³⁵ この点に関しては、*Hans-Heinrich Trute*, Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beih. 7 (2007), S. 115 (131 f.); *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 91 f.

³⁶ これに関し、*Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 81 III; positiver *Trute* (Fn. 35), S. 131 m. Fn. 88.

³⁷ この点は、*Appel* (Fn. 33), VVDStRL 67 (2008), S. 226 (245).

かどうかについて、ガバナンスの視点はなお立証を要する。

4. 多層型システムにおけるシステム形成の要求

法学にとって、多層型システムにおけるシステム形成は、はじめたばかりであるが、大きな課題である。最重要課題は、上位の法秩序が特定の法領域においてその時々特別な課題要求を生み出した場合に、国家法秩序において、体系の調整を図った法秩序を保持することである³⁸。ここでは、長期的には、国家法秩序は上位法への適合を回避するのではなく、国家法が上位法の構想や原則を受け入れなければならないだろう。もっとも、そうした多層型システムは一方通行車線ではない。しかし、国家法システムはこうした情勢に適合しなければならず、対話能力を確立しなければならない。固有の法秩序を明確で体系的な基礎に立ち返らせることは不可欠である³⁹。私見では、体系的基礎は、法的基礎、つまり憲法の基礎に立ち返らせることが望まれる。

III 具体化

以下では、規範の定立、行政、裁判の3つの機能を例にとって、多層型システムが行政法に提起する要求に立ち入ることとしよう。

1. 多層型システムにおける規範構造

多層型システムの最初の活動層であり、法学の最初の関心対象は、多層型システムにおける規範構造である。ここでは、いかに複雑な層が生じるかを、金融市場監督法を例に説明する。ここには、行政法の最も重要な動向が特に重なり合っている。つまり、1つには、国際化とヨーロッパ化であり、2つには、規制領域における国家の開放である。これがために、金融市場法は他の法領域には見られないほど、国際的規範により規律され、私人の規範設定や行政庁の規律権限（これも常に規制を受ける領域の知識

³⁸ *Wahl*, Herausforderungen (Fn. 35), S. 100.

³⁹ 参照、*Wahl*, Herausforderungen (Fn. 35), S. 101 f.; *Schmidt-Abmann*, Ordnungsidee (Fn.6), 1. Kap. Tz. 66.

に依拠する)が特に多く見られる。結果として、金融市場監視法では、多層型システムにおける規範階層の将来がよく観察できる。

a) 多層型システムにおける規範の階層

国際法、ヨーロッパ法、国家法といったすべての層で、階層的に区分された規範段階が確認できる。第一の規範段階は、高次の規定であり、例えば、GATS（サービスの貿易に関する一般協定）⁴⁰、ヨーロッパ連合の自由権⁴¹、基本権⁴²である。続いて、市民を拘束し、承認された基準設定であり、法律制定である。最後に、第三の規範段階は、行政庁の基準設定という規範である。こうした3つの規範段階は、層を越えて、密接に関連しており、多元型多層型システムであるとか、多元型規範段階システムが存在する。このシステムは、私人の設定した基準を受容することで、一層複雑になる。この多元型多層型システムや規範段階システムは、最もよく、ヨーロッパ連合のいわゆる Lamfallusy 手続に現れている。この狙いは明らかに、中心的な規範定立層の負担を軽減し、行政庁の層やその知見を効果的に法定立過程に取り込むために、補完的な法設定層や法設定手続を採用することである。このようにして、成果の多い法設定や有効な執行に照準を合わせた法設定手段が成立する。この手段は、他方で、法設定と実施とが絡み合うこと、つまり権力分立問題で悩まされることになる。この問題には、透明性と責任の確保を可能にする補完メカニズムで、対応しなければならない。

⁴⁰ GATSからは、銀行市場規制の分野について、最恵国待遇の原則（GATS 2条1項）のほか、法状況の透明性に配慮する義務（同3条）、市場アクセスに関する規律（同14条）、さらには内国民との平等取り扱い（同17条）が重要である。国家の銀行市場監督の維持は、最恵国待遇原則の免除（これは同2条2項で許容されている）により、可能である。

⁴¹ ヨーロッパ連合基本権のカタログから、銀行監督法に関しては、第一に、営業場所及び居住地の自由が関連する。営業地の自由の優位に関しては、EuGH Rs. C-452/04 Slg. 2006, I-9521 (Rn. 39 ff.) - Fidium Finanz. 批判的見解として、Christoph Fabian, Zulässigkeit grenzüberschreitender Bankenaufsicht nach dem Marktortprinzip, ZBB 2009, S. 117 ff.

⁴² これ以外の国際的規律に関しては、最も重要なものを挙げるとすれば、Rolf Sethe / Juliane Thieme, Internationales Bank- und Finanzdienstleistungsrecht, in: Christian Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 16 ff.

b) 多層型システムにおける規範設定

ここでは、多層型システムにおける規範設定のもつ3つの特色を明らかにしたい。この特色は、私見では、注目に値するものである。

—第一に、これは、国際的基準設定に関わる。この基準に関し、金融市場監視は国際的基準設定の先駆者である。

—規範設定の層は、図式的に相互に分離されているものではなく、層を越えて、結びついている。特に注目に値するのは、いわゆる Lamfallusy 手続において異なった規範定立の層が結合されている例である。

—最後に、ここでは、他の規制領域と同様に、執行を制御するために行政庁内部で作成される基準設定の特別形式がみられ、これも層を越えた効力を持つ⁴³。

(i) 国際的基準設定

金融サービス領域は、国際的基準設定の典型例であり、国際的に重要な国家行為の実体規定は、国際的基準設定に標準を合わせなければならない⁴⁴。中心的役割を果たしているのが、銀行監督に関するバーゼル委員会の勧告（パーセルII）である⁴⁵。この勧告との調和を、国際的な銀行監督は図るべきであり、その際には、監督行政庁、国家代表、特に監視される領域の関係者の間で、密接な同調を図るべきである⁴⁶。この勧告は、たんに行政庁の活動を調整することに役立つだけでなく、特に、ヨーロッパ連合や加盟国の層で将来なされる立法のモデルになる。かくして、この基準は、正規の立法手続を貫くことになる。この基準が高度に事実的な性格をもつことが、この基準に注目すべきほどの貫徹の可能性をもたらしている

⁴³ この点に関し、Anne Schädle, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007.

⁴⁴ Anne van Aaken, Democracy in Times of Transnational Administrative Law: The case of Financial Markets, in: Eberhard Hardal u.a. (Hrsg.), Perspectives and Limits of Democracy, 2008, S. 41 (43).

⁴⁵ 金融機関についての新しい自己資金勧告に関し、最終的なバーゼル外郭条約IIは、2004年6月に、加盟国の発券銀行頭取や監督庁長官によって同意され、国際的支払調整のための銀行特別会議で了承された。

⁴⁶ この点に関し、Presber, HB Bankrecht, § 30 Rn. 1 ff.

る⁴⁷。たしかにヨーロッパ連合は、バーゼルにおける審議と密接に同調しながら、法制定手続の準備を行ってきた⁴⁸。しかし、実際には、バーゼル委員会が立法提案権の重要な部分を引き受けたのである。国家内部の権力配分や制度的平等における重点がヨーロッパ連合の層に移されることになるため、国際条約による防御がなされるべきである⁴⁹。

このほかにも、連邦銀行監視庁は、監視行政機関の協力に関する国際委員会（例えば、証券監督者国際機構、保険監督者国際機構、年金監督者国際機構）の構成員である。ここでも、共通の監視基準が取り決められるが、この基準の持つ貫徹力はこれまでのところ、なおわずかである。

（ii）実施のための法制定と Lamfallusy 手続

金融市場法における極めて技術性の高い基準の大多数は、ヨーロッパ共同体設立条約202条第3項目、211条第4項目の規定に基づき、委員会によって（通常は）実施のための法制定として発令される。こうした法制定の課題は、通常の規範設定手続で発令される「基礎的法行為」を具体化したり、こうした第二次法の中であまり重要ではない構成部分を補完ないし変更することである。関心事は、「基礎的法行為」を適用可能にし、細部にわたって時宜にかなったものとするように詳細を定めることである⁵⁰。

金融サービス領域において、いわゆる Lamfallusy 手続による実施法制定の手続は、特別の重要性を獲得する⁵¹。こうした手続の目的は、金融サー

ビス領域における法制定を迅速化し、改良することである⁵²。こうした改革プロセスの要点は、立法（規則・指令）の層（第1段階）を政治的基本決定に集中させ、詳細な規範設定から解放させることである。詳細な規範設定は、その大部分が、実施法制定に委ねられるものとされた（第2段階）⁵³。ここに加わるのが、（その実体からすると行政団体あるいは「（ヨーロッパの）行政連携」といったテーマに属するものであるが）、（各国による）法適用の統一性に配慮したメカニズムである（第3段階）。ここで有力であるのは、（各国）監督行政庁の調整のための委員会であり⁵⁴、各分野において組織されている。この層は、実施法制定の層と一緒にまとめることができる。最後の層（第4段階）を構成するのが、とくに（欧州）委員会の監視を通じて、加盟国における規定の実施を監視し、要求するものであり、市場参加者との協力でなされることもある。

実施法制定を制度的に改良する有力策は、監督行政庁の調整のための委員会により、制度化された専門知識を大規模に取り込むことである。この委員会は、代表者、通常は、個別領域で権限を持つ国家行政機関の幹部で構成される⁵⁵。この委員会は、実施のための法制定のための提言に際し、

⁵² 先駆者は、有価証券領域であり、例を挙げると、ヨーロッパ有価証券規制庁の委員会 (CESR) ないしヨーロッパ有価証券委員会 (ESC) の設置に関する決定は、die Beschlüsse 2001/527/EG und 2001/528/EG。RL 2005/1/EG (金融サービスにおける新たな委員会構造の創設に関する指針の変更についての決定である)により、「Lamfallusy手続」は、保険や銀行の領域でも適用され、委員会が次の諸決定によって設置された。ヨーロッパ銀行監督庁の委員会 (CEBS) は2004/5/EG、ヨーロッパ銀行委員会は2004/10/EG、ヨーロッパ保険制度監督庁の委員会 (CEIOPS) は2004/6/EG、ヨーロッパ保険制度委員会は2004/9/EG。行政庁委員会に関する決定は新たに定められた (CESR)。

⁵³ 例えば、Art. 1 a.E., Art. 6 Abs. 10, Art. 16 Abs. 5 RL 2003/6/EG (Marktmissbrauch); Art. 2 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2, Art. 13 Abs. 10, Art. 18 Abs. 3, Art. 19 Abs. 10, Art. 22 Abs. 3, Art. 27 Abs. 7 RL 2004/39/EG (Märkte für Finanzinstrumente)。

⁵⁴ ヨーロッパ有価証券規制庁の委員会、ヨーロッパ銀行監督庁の委員会、ヨーロッパ保険制度監視庁の委員会。

⁵⁵ Jew. Art. 3 der in Fn. 52 genannten Beschlüsse 2009/77/EG, 2009/78/EG und 2009/79/EG (Einsetzungsbeschlüsse)。

⁴⁷ Christoph Möllers, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (358); Franz-Christoph Zeitler, Internationale Entwicklungslinien der Bankenaufsicht, WM 2001, S. 1397 (1400)。

⁴⁸ Schulte-Mattler, in: Boos u.a., KWG, § 1 SolvV Rn. 17 ff.

⁴⁹ 民主主義の観点から国際的な基準設定の問題を論ずるものとして、例えば、v. Aaken, in: Internationales Verwaltungsrecht, S. 50 ff; und Möllers (Fn. 47)。

⁵⁰ 近時の文献では、第二次法と区別する意味で、“Tertiärrecht”が語られている。Christoph Möllers, Tertiäre exekutive Rechtsetzung im Gemeinschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold, Verwaltungsverbund, S. 293 ff.; Daniel Riedel, Die Durchführungsrechtsetzung nach Art. 211, 4. Sp. EG, EuR 41 (2006), S. 512 (515)。

⁵¹ この点に関し、Klaus Ulrich Schmolke, Der Lamfallusy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht – eine Zwischenbilanz, NZG 2005, S. 912 ff.

（欧州）委員会の求めに応じて、（欧州）委員会を援助する⁵⁶。こうした目的のために、（欧州）委員会はこれら各国行政機関から構成される委員会に基準草案の作成を委ねる。こうした作業の枠内で、その時々委員会は、市場参加者、消費者、エンドユーザーと協議しなければならない⁵⁷。審査の後に、（欧州）委員会は、自己の提言を作成するために上記調整委員会が作成した草案を利用する。この提言は、通常のコミトロジー手続に応じて、規律委員会⁵⁸によって承認される。このようにして監督行政庁のリソースを利用可能にし、監督を受ける領域からのフィードバックを可能にすることによって、実施法制定の層で、（欧州）委員会の作業能力はかなりの程度、高められる。こうした手続の導入や拡張に対して提起された疑義は、とりわけ、第二段階における（欧州）議会のわずかな関与権に向けられ、規律委員会に認められる大きな影響力に向けられる⁵⁹。それ故、こうした手続の改正が進められており、議会のために、最初の追加的な関与可能性が、いわゆる審査を伴う規律手続によって導入された⁶⁰。

c) (各国行政機関の調整のための) ヨーロッパ委員会による執行基準の発令

Lamfallusy 手続の枠内で設立された（各国行政機関の調整のための）委員会は、法定立への関与の他、行政庁の活動調整の枠内で、他の重要な機能を果たす。この委員会は、文書を作成する。この文書は様々な名前（指針、共通の勧告、ないし基準）を持つが⁶¹、行政庁の活動をあたかも規範

のように指導し、このようにして統一をもたらそうとする。この規定は一部でトランスナショナル行政規則と同じだといわれる⁶²。しかし、多くの理由から、こうした比較は慎重になすべきである。国家法で言う行政規則は典型的には、上位一下位関係における行政庁の間で下され、内部関係における上級機関の命令権に由来する拘束力を持つ。これに対して、（各国行政機関の調整のための）ヨーロッパ委員会の執行基準は、水平的に働く。執行基準は法的拘束力を持たず、このことは委員会の運営規程に明示されている⁶³。だからといって、執行基準の強度な貫徹力はほとんど変わることがなく、各国間の同意に基づく発令手続がその実現を確固たるものとしている。とりわけ、報告手続や審査手続の導入⁶⁴は、執行基準が事実上の強い拘束力をもつことに寄与している。つまり、国際法におけるコンプライアンス手続の場合と同様に、ピア・レビュー手続が導入され、この手続で、委員会の構成員は発令された基準を守るように義務づけられる⁶⁵。自己報告制度（self-assessment）の枠内で、参加した行政庁は定期的に統一した基準に従い、同意した基準の実現について釈明しなければならず、実現がされていない場合には、理由を述べなければならない。続いて、この目的のために設立された独自の合議体（review-panel）は実現を審査し、こうした審査の結果は委員会にも、ウェブサイトを通じて公衆にも明らかにされる。指針や委員会によって定立された基準からの離反が、このようにして、減少させられるのである⁶⁶。

⁵⁶ Jew. Art. 2 der Einsetzungsbeschlüsse.

⁵⁷ Jew. Art. 5 der Einsetzungsbeschlüsse.

⁵⁸ 注52に挙げた決定で設置されたヨーロッパ有価証券委員会(2001/528/EG)、ヨーロッパ銀行委員会(2001/528/EG)、ヨーロッパ保険制度委員会(2004/9/EG)である。

⁵⁹ Schmolke, EuR 41 (2006), S. 432 (439 f.); weitere Kritik ders. (Fn. 51), NZG 2005, S. 912 (916 ff.).

⁶⁰ 議会のさらなる参加可能性に関し批判的に、検討に値する論拠を挙げて論ずるものとして、Christoph Demmke/Georg Haibach, Die Rolle der Komitologieausschüsse bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts und in der Rechtsprechung des EuGH, DÖV 1997, S. 710 (712); Möllers, EuR 27 (2002), S. 483 (511)。もともと、こうした参加は、VVE35条2項に定められた。

⁶¹ Art. 4 Abs. 3 GO CESR bzw. Art. 4 Abs. 3 GO CEBS; dazu Thomas M. J. Möllers,

Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht, ZEuP 2008, S. 480 ff.

⁶² Chr. Möllers (Fn. 47), ZaöRV 2005, S. 351 (353); Thomas M. J. Möllers (Fn. 61), ZEuP 2008, S. 480 (490).

⁶³ Jew. Art. 4 Abs. 3 GO CESR und CEBS, Art. 22 CEIOPS.

⁶⁴ それぞれ、ヨーロッパ有価証券規制庁の委員会、ヨーロッパ銀行監督庁の委員会、ヨーロッパ保険制度監督庁の委員会(注52参照)の設置に関する決定4条3項に基づく。ABl. EG 2009, Nr. L 25, 28. 基本事項は、合議体の議事録(CESR/07-070b)に定められ、他の委員会に調整しつつ受け入れられる。

⁶⁵ 保険監督者国際機構に関する同様の指摘として、Helmut Müller, Die Rolle der Versicherungsaufsicht im internationalen Versicherungsmarkt, 2002, S. 15.

⁶⁶ 近時、こうした委員会の重要な機能は、ヨーロッパ第二次法でも明確に定められ

d) 規範が錯綜している状況下における行政法学の役割

こうした規範構造に鑑みると、行政法学の任務は、以下の点に認められる。

一 層の数によっていわば増大した法定立のアーリーナは、透明性問題や責任問題を提起する。個別の法定立メカニズムが解明されねばならず、その意義について表明がなされねばならない。

一 ここでは、法治国や民主主義の審査を結合することができる。国際基準と国家基準の間の交差点、つまり、受容や参照条項は、そうした規範設定構造に向けられた憲法上の要求を通用させる可能性を開く。

一 多層型システムの規範設定において、行政庁の規範設定は、独自の意義を獲得する。行政庁が設定した基準は、国家内部ではしばしば法の画像には写ってこないが、多層型システムにおいては、独自の通用力を持って登場する。この基準は、場合によっては、固有の実現メカニズムをもたらす。というのは、関与させられた行政庁は、相互に意思の合致を図っているので、つまり、実現のための階層型の拘束力は不要だからである。こうした行政庁の自己プログラミングは、規範の設定と執行という権力分立の観点で尊重される区別が不明確にされるという危険に陥る。これに対しては、明確な授權規定と透明性の要請を通じて、対抗可能である。こうした国際的な規範定立過程を議会が監視することは、極めて適切であると思われる。

2. 多層型システムにおける行政決定

多層型システムにおける行政決定を描き出すという課題は、その時々を選択される法形成に依拠する。明らかに問題が少ないのは、ドイツの連邦国家に例を見るように、分離された行政空間を伴う構成においてである。ヨーロッパの行政連携においてみるように、連携行政が構築される場合には、対応すべき課題は増加する。そうした行政システムの主要な役割は、

ている。つまり、新たな Solvency II 70条によれば、国家の監督庁は、ヨーロッパ保険制度監督庁の委員会の作業に参加し、自らの作業において、ヨーロッパ保険制度監督庁の委員会が定めた基準に配慮しなければならない。明示的には拘束力を持たないと記された、こうした基準の作成委託を、70条3項は含む。

規範プログラムの一貫した、規定に忠実な実現ないし適用の保障である⁶⁷。

a) ドイツの連邦国家における分離された行政空間

ドイツの連邦国家法は、原則として連邦と州という切り離された行政空間から構成される。共同の権限行使はそれぞれの固有任務の責任を消し去ることになりかねないので、ドイツの連邦国家法は共同の権限行使を禁止する⁶⁸。自己責任に基づく事務遂行の原則⁶⁹、規制や介入といった権限の主体は、区分された責任領域を割り当てられ、原則として固有の人員、資金、組織をもってその領域を引き受けなければならない。そこから生ずる行政活動は、規制権限主体が行政活動を権威を持って形成することにより、形式面においてのみならず、実質的にも、規制権限主体に割り当てられうる。その時々々の権限は、異なった担い手に割り当てられたものであるから、自由に処分することはできず⁷⁰、これは立法者がそうした行政に制限を加えようとする場合にも、妥当する。ある層から他の層に指示をする権利や協調する権利を認めることは、基本法83条以下の権限規定から明確に離反することになるため、それが全く許されないわけではないとしても⁷¹、憲法上の特別の正当化を必要とする⁷²。この正当化は、ごく例外的な場合に認められるものである。

b) ヨーロッパの行政連携における行政の錯綜

ドイツの連邦国家法とは異なり、ヨーロッパ連合の法は、行政権限の原則的分離を定めていない。たしかに、その時々々の行政組織は厳格に帰属が決められているが、行政任務の遂行はしばしば協働に依存する⁷³。ヨーロ

⁶⁷ Biaggini, VVDStRL 67 (2008), S. 413 (424).

⁶⁸ Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 832.

⁶⁹ Grawert, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 188.

⁷⁰ BVerfGE 63, I (39); *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 84.

⁷¹ 例えば、BVerfGE 63, I (38 f.) in Abweichung von der früheren Rechtsprechung.

⁷² *Lerche*, in: in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rn. 109; *Bull*, in: Denninger u.a. (Hrsg.), GG-Alternativkommentar, 3. Aufl. 2001, Art. 83 Rn. 57 f.; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. III, Art. 83 Rn. 45.

⁷³ 明確に示すものとして、*Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, 2005, 467 f.

ッパ行政の主要な担い手である加盟国の行政は、情報連携、活動連携、監視連携に取り入れられている⁷⁴。こうした連携は、加盟国の活動や（ヨーロッパ）連合の活動を密接に組み合わせて初めて、ヨーロッパ多層型行政という固有の現象形態を出現させることができる。それゆえ、こうした協働作業の限界は、もはや、自己が責任を持つ任務の遂行要請から定めることはできず、責任の明確性原則をもたらしうる法治国原則及び民主主義原則から定めうるに過ぎない。

c) 任務に忠実で、一貫した規範の適用の確保

行政は、予め定められたプログラムの単なる執行につきるものではなく、行政の執行は、「重要な実現過程であり、法適用の異なった結果を生み出す、とりわけ力強い源泉である」⁷⁵。多層型の行政では、こうした結果は、その時々の高次の層の利益と調整されなければならない。こうした規律化任務の核心は、高次の層の法を効果的ないし効率的に履行することではなく、むしろ、任務に忠実（つまり、連邦への忠誠やヨーロッパ連合への忠誠）で一貫した規範適用の確保である。

ドイツの連邦国家においてもすでに、連邦法律の執行のために、分散して分けられた行政は、それぞれの固有の命令権や固有の人的正統化、固有の行政幹部を有しながら、行動している。この分散された行政は、連邦法の立法者によって監督されるのではなく、州議会によって監督されている。驚くべきことは、ドイツの連邦法における執行の統一は、ほとんどテーマにすらならないことである。その理由は、行政の統一性は数多くの法的・政治的・文化的共通性⁷⁶によって保障されているからである。これを憲法で表明したのが、基本法28条1項の同質性の要請であり、第二には、憲法83条以下で連邦に関与権が認められていることにより保障されている。

⁷⁴ Schmidt-Abmann, in: ders./Schöndorf-Haubold, Verwaltungsverbund, S. 1 (22).

⁷⁵ Wahl/D. Groß, DVBl. 1998, S. 2 (3); 一般的なものとして、参照、Udo Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (266); Hatje, Die Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 111-114; 個々の執行モデルに立ち入るものとして、Sydow, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, S. 117 ff.

⁷⁶ 行政構造の重要な構成要素としての人員に関して、例えば、Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung, S. 111 dort Fn. 4.

こうした共通性を、ヨーロッパ共同体については、語ることができない。中心層の一般的な関与をヨーロッパ法は定めておらず、ヨーロッパ連合条約6条、7条の同質性条項は、極めて広い枠に過ぎず、連合空間における行政は法的・政治的・文化的背景を共通にするとはいえない。ヨーロッパ連合は広範に加盟国の行政庁によるヨーロッパ法の執行に依拠しているため⁷⁷、行政連携を導入して統一を図ろうと反応する。そうした連携の必要性は、加盟国の行政活動が「境界を越えること」によって高まる。ヨーロッパの行政は行政機関のネットワークへと一体化している。このネットワークは、ネットワークが構築されていなければ統一的な組織を設立して処理しなければならないであろう任務や機能を引き受けている。

d) 行政連携における責任と信頼

こうした結合に対して、行政法は、民主主義的正統化や権利救済を描くためには、独自の構想をまず発展させなければならない。ここでは、責任と信頼のカテゴリーが中心をなすように見える。

— ヨーロッパの行政連携における行政の正統性は、必然的に多元的であり、ヨーロッパの正統化の束と加盟国の正統化の束は、相互に結びついている⁷⁸。こうした理由から、十分な責任の明確性が、行政の正統化の枠内で、重要な役割を果たす⁷⁹。つまり、議会や市民は正統化の重要な出発点として、行政のアウトプットに関してどこまで正統化が図られているのかを信頼に足る形で評価できるので、その時々々の活動分担は、関与させられた個別の行政に帰属されるようにしなければならない。

— しかし、責任原則の能力は、純粋の連邦型行政構造の場合には、限界を有する。おそらく、このことが示すのは、責任の考え方は、あまりにも主体間関係で形成され、そのため、今提起されているような構造的な要求には適していないということである。信頼の考え方を尊重した形で、国家行政の構造変革を伴うヨーロッパ化によって、責任の考え方は置き換えられ

⁷⁷ Priebe, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 71 f.

⁷⁸ Trute, GVwRI § 6 Rn. 102 f.

⁷⁹ Schmidt-Abmann, Ordnungsidee (Fn. 6), Kap. 7 Tz. 38, 43.

るべきである⁸⁰。分散型決定構造においては、行政の正統化という構想の基礎を形成するためには、信頼原則が、階層原則よりも適したものである。アメリカ合衆国憲法4条1節には、既に信頼原則が規定されている⁸¹。ヨーロッパ共同体法でも、加盟国の行政機関との相互信頼は、共同体規模の行政構造について組織編成や活動の重要な要件である⁸²。これに関し、明確な構造が形成されねばならない⁸³。つまり、ヨーロッパ裁判所の解釈によればヨーロッパ共同体条約10条が要求しているように、ヨーロッパ共同体法上の義務を履行するために加盟国が担当者として活動する場合に、ヨーロッパ共同体の分散した決定システムにおいて、加盟国を共同体の利益へと導く明確な構造が形成されなければならない。そのようにして初めて、ヨーロッパ共同体とその加盟国は、決定権限の譲渡に際して、投入された行政機関がヨーロッパ法の公益的執行を保障するという前提から出発することができるのである。これに関しては、代替案として単純な正統化構造を持った集権化が要請されることになることも含め、深く考えなければならない⁸⁴。加盟国の名目上の手続権限や組織権限への侵害と結びついていることから、一見したところ、集権化モデルはあまり魅力がないとしても、集権化モデルが本当に優先に値するのかは、それによって事象や市民や決定への近接性が失われることをよく衡量して初めて、答えられるべき

⁸⁰ 信頼の考え方については、David, *Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2003, S. 275.

⁸¹ 「すべての国において、完全な信頼と信用が、他国の公的行為、公文書、司法手続に対して与えられる。」関連して、Seidel, in: Magiera, *Entwicklungsperspektiven*, S. 169 (182); Beyer, *Rechtsnormanerkennung*, S. 26.

⁸² Seidel, in: Magiera, *Entwicklungsperspektiven*, S. 169 (181); Bleckmann, *JZ* 1985, S. 1071 (1074 r. Sp.); Happe, *Grenzüberschreitende Wirkung*, S. 111; Troberg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, *EU-/EG-Vertrag*, Art. 57 Rn. 6; Majone, *Mutual Trust*; Beyer, *Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt*, S. 26, 53; Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1299, 1590, 1613, 1620; v. Bogdandy/Arndt, *EWS* 2000, S. 1 (1 f.).

⁸³ この点に関し、Weatherill, in: Micklitz/Roethe/Weatherill, *Federalism and Responsibility*, S. 153 (193 ff.).

⁸⁴ 検討を加えるものとして、例えば、Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee* (Fn. 6), Kap. 7 Rn. 43 a.E.

であろう。

3. 多層型システムにおける権利救済

それぞれの多層型システムが固有の法的構造を持つように、権利救済の状況も、それぞれが特徴的である。しかし、ドイツとヨーロッパの状況を比較することで、一般的な問題が明らかとなる。

a) ドイツの連邦国家における統一的な権利救済制度

ドイツの連邦国家においては、アメリカ合衆国やヨーロッパ連合とは異なり、権利救済に関しては、根本において統一的であり、層に応じて異なることのない権利救済システムが存在する。ドイツでは、基本法で特別に規定された個別の連邦裁判所の他は、裁判所はとりわけ諸州の裁判所である（92条2文）。アメリカやヨーロッパ共同体の訴訟法に比肩するような分離は、ドイツの権利救済システムには無縁である。諸州の裁判所は、連邦行政庁の措置を審査することができ、無効を宣言できる。例えば、テレコミュニケーションの規制に権限を持つ連邦ネット庁のような連邦行政庁の行政行為に対する訴訟は、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の裁判所が裁判権を欠くからといった理由で、許されないことにはならない。裁判権という点では、州の裁判所は州裁判所としても、連邦裁判所としても、活動する。多層型の法といった観点から見ると、一見して、このように分離が欠けていることは、驚くべきものである。こうした非分離型が容認されていることは、連邦裁判所に至る審級が認められていることから説明できるほか、法律レベルの他、法律よりも下位のレベルにおいても、裁判所のための、連邦で統一的な組織法や手続法が存在することからも説明できる。特に、連邦統一的な法曹教育からも説明可能である。「(裁判所に関しては) 諸州の施設が問題になるということを知らない者は、そのような考えにほとんど思い至ることはないであろう」⁸⁵。

b) ヨーロッパ共同体の事件における分離システム

ヨーロッパ共同体の事件において私人の権利救済は、国家内部の権利救済に比べ、多くの点で、特色を持つ⁸⁶。ヨーロッパ共同体法の権利救済に

⁸⁵ K. F. Röhl, *JZ* 2002, 838 (846).

⁸⁶ 以下で考察されるのは私人の権利救済の問題だけであり、ヨーロッパ連合の機関

においては、訴訟の対象に応じて、ヨーロッパ裁判所ないしは、ヨーロッパ裁判所としての国家裁判所により、権利救済が保障される。審査権限や拒否権限は、裁判所が属すそれぞれの層で、厳格に区別されている⁸⁷。そうした分離原則は、結局のところ、多層型システムでは、むしろ期待されている。というのも、層を越えた審査を伴う、統一型の権利救済システムは、他の層への高度の信頼を前提とするからである。

一 ユーロッパ共同体の機関の措置を対象とした訴訟は、共同体条約230条以下によれば、ヨーロッパ裁判所の管轄である。240条から明らかになるように、こうした権限は、専属的である。というのも、共同体が当事者である紛争事項について、加盟国裁判所の権限は、ヨーロッパ裁判所の権限が共同体条約に基づき存在しない場合に限り、開かれるからである。それゆえ、共同体の機関の措置に対する訴訟について、ドイツの裁判権は認められていない⁸⁸。そうした訴えは、ドイツの裁判所では、許容されないのである。

一 ある共同体機関の措置が国家裁判所での訴訟にとり、前提問題になっている場合にも、上記の排他的権限が認められる。加盟国の裁判所が国家（法）の執行の基礎になっている共同体機関の法行為を無効であると考えた場合には、先決裁定手続の方式で、同裁判所はヨーロッパ裁判所の判断を仰がなければならない。加盟国の裁判所は、共同体機関の活動について自ら無効を確認することはできない⁸⁹。同様の関係は、ヨーロッパ裁判所が加盟国の活動の適法性を審査する場合にも求められ、ヨーロッパ裁判所は当該活動について、同裁判所における訴訟の枠内で前提問題としてであっても、判決を下すことができないのである⁹⁰。したがって、加盟国裁判所からヨーロッパ裁判所への審級なども存在しない。加盟国裁判所とヨーロッパ裁判所が結びつけられるのは、共同体条約234条による先決裁定手

や加盟国といった制度としての原告が用いる特別な訴訟手段は考察の外に置く。

⁸⁷ この点に関し、*Nehl*, *Europäisches Verwaltungsverfahren*, S. 413 ff.

⁸⁸ *Ehlers*, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1999, S. 19 f.

⁸⁹ EuGH v. 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 (Rn. 15 ff.) - Foto-Frost.

⁹⁰ EuGH v. 13.12.1992, Rs. C-97/91, Slg. 1992, I-6313 (Rn. 9 ff.) - Borelli; detailliert *Hofmann*, *Rechtsschutz und Haftung im europäischen Verwaltungsverbund*, 2004, S. 253 ff.

続を通じて見られるに過ぎない。審査権限と拒否権限はヨーロッパ共同体条約の権利救済システムでは、裁判所の属する異なった層ごとに、厳格に区分されている（分離原則）。

c) 分離された裁判権における権利救済問題

こうした分離原則が前提としているのは、行政の個別の要素について、法治国の要素や、行政活動に対する責任などが要求されうることである。

ヨーロッパにおける行政の組み合わせやネットワーク化のために、その時々々の行政のアウトプットを個々の行為として帰属させることが、少なくとも困難になる。個別事例に係る共同作業の場合には、こうした帰属は比較的容易でありうる一方で、継続的になされる共同作業の場合には、明らかにそうした帰属判定は一層困難となる。特に、ヨーロッパの連携行政の事例では、活動の帰属づけが問題となる。最後に、責任という考え方は、加盟国行政により国境を越えて行政権限が行使される場合に、限界にぶつかる。

まず、個々の行政の分担が十分に透明にされていない点で、権利救済の道筋は明確であるべしといった要請に関して、権利救済の不足が生じている⁹¹。首尾一貫した権利救済システムの必要性が、さらに加わる⁹²。取消責任、存続効（公定力）、排除規定といった一元的システムの訴訟法であれば許容される制度は、集積がなされ、結合された行政活動に対する権利救済では、効果的な権利救済を妨げるおそれがある⁹³。権利救済システムだけを組み合わせるのでは、十分ではない。まさに、結合された権利救済手段の間に破損箇所が生じて、権利救済の穴が生まれることを阻止しなければならない。

d) 国際法における権利救済問題

簡潔に述べたいことは、多層型システムにおける権利救済問題の新たな

⁹¹ 詳細に論ずるものとして、*Hofmann*, *Rechtsschutz und Haftung* (Fn. 90), S. 241-299; zum Transparenzerfordernis ferner *Schmidt-Abmann*, *GVwR I*, § 5 Rn. 54; *Winter*, *EuR* 40 (2005), 255 (271 f.).

⁹² *Schmidt-Abmann*, a.a.O.

⁹³ *Hofmann*, *Rechtsschutz und Haftung* (Fn. 90), S.266 ff.; für Inspektionen *David*, *Inspektionen* (Fn. 80), 2003, S. 338, 350 ff.

典型例、つまり、安全保障理事会の制裁である。国連の枠内での安全保障理事会の決議は、個人に対する経済制裁を含む。これに対する権利救済は、存在しない。たしかに、ヨーロッパ共同体は国連の構成員ではないが、共同体の加盟国は国連構成員である。構成員は、国連憲章48条により、安全保障理事会の決議を実現するよう義務づけられている。法技術的には、このことは、共同外交・安全保障政策の枠内で（GASP、ヨーロッパ連合条約11条以下）、共同体条約301条によりヨーロッパ共同体が実施する措置を通じて行われる。共同体の措置として、そうした制裁は共同体の基本権に関し審査されうるが、このことは同時に安全保障理事会の活動の審査を意味する。そのため、こうした審査は、単純に国連憲章48条と調和させることはできないであろう。ここで、ヨーロッパ裁判所（第1審）は、国際法上の層の優位から出発し、存在する紛争を国際法のユス・コーゲンス（強行規範）で解決を図ったのである⁹⁴。これに対し、ヨーロッパ裁判所は、国際法の層では有効な個人の権利保障は存在しないという事実に鑑み、ヨーロッパ基本権を基準に、ヨーロッパ裁判所による審査を許容した⁹⁵。

e) ヨーロッパ法の原動力としての権利

多層型状況で典型的な問題は、上位法の実現のための権利救済メカニズムの利用である⁹⁶。こうした事例は、ヨーロッパ共同体法では特に顕著であるが、連邦国家のシステムでも、こうした現象は知られている⁹⁷。国際法では、同様の途が開かれている⁹⁸。そこで重要な要素は、裁判所が上位の層の裁判所であることであり、通常は、連邦国家レベルの他、ヨーロッパ連合のレベルである。

⁹⁴ EuG Slg. 2005, II-3533 und 3649 – Yusuf und Kadi.

⁹⁵ EuGH v. 3.9.2008, Rs. C-402/05 u.a., Slg. 2008, I-6351 – Kadi.

⁹⁶ この点に関し、*Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; *ders.*, GVwR I, § 7 Rn. 91 ff.; *Matthias Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der EG, 1996, S. 292 ff.; *Claus Dieter Classen*, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht?, VerwArch 88 (1997), 645; *Martin Nettesheim*, Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), S. 333 ff.

⁹⁷ この点に関し、*Biagini*, VVDStRL 67 (2008), S. 413 ff.

⁹⁸ これまで拒否してきたものとして、EuGH Slg. 2005, I-1465 (Rn. 53 f.) – Léon van Parys.