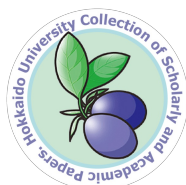




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	契約と行政立法—序説：規範内容形成局面における協働の限界
Author(s)	岸本, 太樹
Citation	北大法学論集, 65(3), 1-56
Issue Date	2014-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57033
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no3_Part1.pdf



契約と行政立法——序説

——規範内容形成局面における協働の限界——

岸
本
太
樹

目次

- 序章 問題提起
- (1) 公私協働の展開
- (2) 本稿の問題関心

(3) 用語の統一・整理

第一章 契約による立法

(1) 行政実務と立法動向

(2) Bプラン策定契約原則不許容論の展開

(3) 無効行為の転換―損害保証契約への解釈変更

第二章 議論局面のシフト―不真正規範制定契約論―

(1) Udo Di Fabio (一九九〇年)

(2) Joachim Scherer (一九九一年)

(3) Willy Spannowsky (一九九四年)

(4) 環境法典独立専門家委員会 (一九九八年)

(5) 中間総括

第三章 規範制定契約と民主的正当性の確保

(1) 立法権限の一部放棄・委譲・私人による立法権限の共同行使

(2) 基本法第八〇条第一項―法規命令制定権限名宛人範囲の限定―

(3) 契約による規範内容共同決定の禁止

終章

(1) 本稿の要約

(2) 今後の課題

序章 問題提起

(1) 公私協働の展開

国家と社会の二元的対立思考モデルを基盤に構築された古典的行政法学は、国家を「社会管理機能を担う中核的な主体」と位置づけたうえで、当該社会管理機能を担う国家の活動を、組織法・作用法の両面に渡って法的に統制することを主眼としてきた。そこでは、所謂「三段階構造モデル（法律→行政行為→強制執行）」が社会管理作用の典型的発現形態と理解され、国家は、社会管理機能をほぼ独占し、これを単独で行う責任主体と位置づけられた。^①

これに対し現代国家は、もはや社会管理機能のほぼ全てを独占し、これを単独で行う責任主体ではなくなりつつある。行政需要が質的にも量的にも恒常的に拡大するなか、少子高齢化社会及び経済の低成長時代にあつて厳しい財政状況に曝されている現代の国家は、公共的な事務事業の全てを、従来通り、その単独責任のもと自ら遂行することに限界があることを認めざるを得なくなっている。加えて、解決すべき社会問題の複雑化、解決に際して必要となる知見や技術の高度化が、それに拍車をかける。現代国家はもはや、社会との協働なくして、適時かつ適切に社会管理機能を営むことが困難となりつつある。^② 洋の東西を問わず、我が国を含めた先進諸国において、規制緩和・民間委託・民営化等を推進する動きが加速しているのも、そのためである。^③

(2) 本稿の問題関心

他方、国家と社会の協働は、なにも公共的な事務事業の「実施・遂行局面」に限られない。現代国家は、規制の法的根拠となるべき法律（及び法律の委任に基づいて制定される各種行政立法）の制定局面においてですら、社会との間で協働せざるを得なくなっている。命令等に関する意見公募手続⁽⁴⁾は、我が国においても既に制度化された「規範制定局面における協働」の典型例に位置づけられるが、この他にも、立法過程における聴聞手続や民間規格・国際規格の立法への取込みなど、一協働の程度や方法に細かな違いはあれ、規範制定局面における国家と社会の協働現象は様々な行政領域の中に浸透しつつある。本稿が考察の対象とする「交渉・合意・契約を通じた規範の共同形成（契約による立法）」もまた、それがいかなる理由（又は正当化根拠）を基盤に一体どの程度で法的に許容されるのかは兎も角、規範制定局面における公私協働の推進を目指した動きの中に位置づけられる⁽⁶⁾。

他方、これら規範制定局面における公私協働の諸現象は、伝統的な行政法理論との関係で検討・解明されるべき幾つかの課題を提示している。民間規格や国際基準の立法への取込みであれ、契約による立法であれ、いずれも、「民主的正当性を持った主体・組織による規範の定立」という法治国原理の前提に対して、修正を迫るものだからである⁽⁷⁾。

本稿は、右に述べた基本視角のもと、「契約による規範の共同形成」を立法上推進し、一定の条件下で契約に規範代替機能を認めようとするドイツの動向に焦点を当て、「契約による立法」が、その正当性根拠をどの点に見いだすのかを検討しようとするものである。以下では、「契約による立法」をめぐる展開されてきたドイツ行政法学説の議論動向を時系列的に考察し、これを適宜整理したうえで、右の問題に関する最近の議論状況を紹介・分析し、以て「規範形成局面における契約の機能的限界」につき一定の知見を得たいと考える。なお、規範の制定及び非制定に係わる行政契約は、ドイツ行政法学上、論者によつて、様々な用語・名称が用いられる状態にある。そこで、具体的な考察に先立ち、使用文言・用語の統一を図っておくことにしたい。

(3) 用語の統一・整理

規範の形成に係わる契約は、一般に規範関連契約 (normbezogener Vertrag) と呼ばれる。ベッカー (Florian Becker) の整理によると、規範関連契約は、(a) 契約それ自体が規範的效果を持ち、法規範と契約とが、謂わば「一心同体」となっている「規範契約 (Normenvertrag)」と、(b) 契約において将来特定の内容を持った規範を制定し又は制定しない旨が合意される「規範制定契約 (Normsetzungsvertrag)」に分類される。そして後者—規範制定契約は、それが特定の内容を持った規範の制定を合意する「真正規範制定契約 (echter Normsetzungsvertrag)」と、逆に特定の内容を持った規範を制定しない旨が合意される「不真正規範制定契約 (unechter Normsetzungsvertrag)」とに区別される。なお、不真正規範制定契約は、これにより規範の制定が回避され、又は契約が規範に代替する機能を果たすことから、論者によっては、規範回避型契約 (normvermeidender Vertrag) 又は規範代替型契約 (normersetzender Vertrag) と呼ばれることもある。⁽⁹⁾

第一章 契約による立法

(1) 行政実務と立法動向

真正・不真正を問わず、規範制定契約を通じた規範の共同形成（契約による立法）は、ドイツにおいて、過去には都市建設法領域で、また近年では環境法領域で展開されてきた。その際、前者—都市建設法領域にあっては、行政実務が

真正規範制定契約を通じて、後者—環境法領域にあっては、立法実務が不真正規範制定契約を通じて契約による立法を實踐し又は推進する主導的役割を果たしてきた。

すなわち、前者にあつては、条例 (Satzung) として制定される地区詳細計画 (Bebauungsplan: 以下、Bプランという。) の内容が、ゲマインデと民間法主体 (特に開発区域内の土地所有者や開発事業者等) との間で交渉され、所謂地区施設整備契約 (Erschließungsvertrag) や開発費用負担契約 (Folgekostenvertrag) 等において、特定の内容を持ったBプラン(条例)の制定が契約上合意される(真正規範制定契約⁽⁶⁾)。これに対し後者にあつては、法規命令 (Rechtsverordnung) の制定権限を持った行政権と民間法主体との間で交渉が行われ、民間法主体が一定の義務を負うことを条件に、当該義務を課すために予定されていた法規命令の制定放棄が契約上合意される (不真正規範制定契約)。例えば一九九八年に公表された『環境法典独立専門家委員会草案』は、その第三六条で「規範代替型契約」に関する規定を置き、同草案第一三条の意味における法規命令—施設及び施設の操業方法、汚水及び廃棄物の処理、特定物質の分類・製造・流通・利用・処理・加工・生産、遺伝子工学上の作業及び遺伝子組換え生物の流通等に関する要求事項を定める法規命令—の制定に代えて、連邦政府が経済団体や個別企業との間で公法上の契約を締結する可能性を認めている⁽¹⁰⁾。

他方、法規命令の制定に代替する契約を規律する明文規定は、右の環境法典独立専門家委員会草案以外にも存在する。その代表例がドイツ連邦自然保護法である⁽¹¹⁾。連邦自然保護法は、自然保護法上の目的を転換するための一手法として「保護区域指定 (Unterschützstellung)」を挙げ、特別保護区域の指定にあっては土地の利用及び変更の絶対的禁止を、通常の保護区域指定にあっては、土地の利用等に関して許可又は届出制を敷くとともに、土地所有者、占有者、利用者及び一般大衆に対して、特定の作為義務、受忍義務、不作为義務を課す仕組みを導入している(第二二条第二項)。そして同法は、右保護区域指定が「法的拘束力を持って行われなければならない」と規定し(第二三条)、これを基盤に各

ラントの法律は、景観行政庁に対し、保護区域指定を行うための法形式として法規命令を制定する権限を付与しているのである。⁽¹²⁾ここで本稿との関係で特に注目されるのが、連邦自然保護法の第三条第三項である。この規定は「自然保護及び景観保全の措置に際しては、当該目的を契約によっても適切な費用で達成することができるか否かについて、優先的に検証しなければならない。」と規定し、保護区域指定を含む自然保護及び景観保全措置が「契約によって代替されること」を認め、むしろそれを推奨しようとしているのである。これを受けて各ラントの自然保護法も、法規命令形式を通じて保護区域指定を行うことに代え、関係する土地の所有者等との間で協定を締結する可能性を管轄行政庁に対して認める規定を置いている。⁽¹³⁾「ドイツに於ける自然保護の伝統的手法は、古典的な秩序法という形式レパートリーの中に之を見て取ることができるが、他方、ここ数年来、次第に、契約による自然保護 (Vertragsnaturschutz) という行政法における契約思考が一般的に出現するまでに発展・展開してきた。」⁽¹⁴⁾とされる所以がここにある。

都市建設法領域におけるBプラン策定契約—真正規範制定契約であれ、環境法領域における法規命令代替型契約—不真正規範制定契約であれ、そこに共通するのは、(a)「契約の内容」⁽¹⁵⁾が(b)契約上制定又は非制定が合意される「法規範の内容」と「基本的に一致する」という点である。その意味で、真正・不真正を問わず、規範制定契約の成立は「契約による立法」であり、「契約による規範の共同形成」なのである。問題は、その法的正当化根拠の有無及びその具体的内容である。

(2) Bプラン策定契約原則不許容論の展開

ドイツの学説及び判例は、都市建設法領域において実務上頻繁に締結されるBプラン策定契約の法的許容性を議論す

るなかで「契約による立法」という現象についての法律論議を開始した。契約による立法現象に対する行政法学説の関心は、右実務動向によって呼び起こされたのであり、Bプラン策定契約の許容性をめぐる議論は、今なお、——真正・真正を問わず——規範制定契約の許容性をめぐる議論の出発点であり、基盤に位置づけられている。⁽¹⁶⁾

この点、既に我が国に於いても複数の先行研究が示す通り、ドイツの学説及び判例は、真正規範制定契約に分類されるBプラン策定契約に対して強い不信感を露わにし、その許容性を基本的に否定してきた。というのも、この種の契約は、地区詳細計画を策定するにあたってゲマインデがなすべき「関係諸利益の適正なる衡量」を毀損する危険性を持つからである。⁽¹⁷⁾ 例えばベッカーは次のように言う。

《衡量は、計画化行為の真の中核であって、衡量を行う上で重要な諸々の利害を事前に収集することなくして計画化という行為を目指すことはできない。計画化を行う官庁は、かかる衡量においてはじめて、計画化を通じて影響を受ける多種多様な公的利害及び私的利害を可能な限り慎重に調整することができる。衡量原則 [Abwägungsgebot] は、法治国的要求に適合した形で計画化を行うことを義務づけるものであり、またこれとともに、——法律による実定化に関係なく——、法治国原理の直接的な流出物 [Ausfluss] として理解されなければならない。瑕疵の効果に関する個別規定（建設法典第二一四条第三項、第二一五条第一項第二号）によると、その遵守は、建設管理計画の有効性要件である。》⁽¹⁸⁾

《ゲマインデが、地区詳細計画を制定・公布するより前の段階で、既に契約を通じて内容的に拘束されているならば、そこには、以下に述べる危険性が存在する。すなわち、こうした、逃れることのできない計画化の法的拘束という印象の下で、顕著な私的利害及び公的利害が初めからの確に表現されない、という危険性である。そこに何ら瑕疵

が存在しないとしても、それは、ゲマインデがその法的拘束の背後で、他のあらゆる利害を蔑ろにしている [hintanstellen] 旨が容易に想起されるのである。「特定の—訳者註」私人との間で合意されたイメージに従って計画を策定する契約上の義務が事前に引き受けられることによって、公的利害及び「他の—訳者註」私的利害は、見通し難い混沌状況 [Gemengelage] に陥ることになる。契約によって基礎づけられた私人の権利は、その他の私的権利及び公的権利に対して優先的な地位 [Vorrangstellung] を獲得する。契約上の規範制定義務の法的拘束性（又は、さらに単なる事実上の考慮尊重）は、自由な衡量を行う場合には主張できたであろう—または衡量の不均衡を回避するためには主張しなければならなかったであろう—他の公的利害・私的利害の考慮・尊重を断ち切ってしまうことになるのである。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾」

他方、Bプラン策定契約—真正規範制定契約は、衡量を行う上で踏むべき手続（計画策定手続又は規範制定手続）を回避し、これを形骸化させる危険性を持っている。

《地区詳細計画の公布又は変更に関する決定は、法律上、数多くの安全装置と利害関係者を包括した特定の法制定手続 [Rechtsetzungsverfahren] の中に取り込まれている。公衆と他の行政主体の早い時点での参加は、計画化にとって重要なあらゆる事実を可能な限り完全な形で取り上げることと保障し、同時に、計画化によって影響を受ける利害の包括的な衡量に寄与する。建設法典第二条第二項が規律する内容に関する実体的要請（建築管理計画は近隣のゲマインデ相互で調整されなければならない）と同法第四条が規律する形式的な調整手続 [Abstimmungsverfahren] は、ゲマインデが、この調整手続において、計画化によりその任務領域に影響を受ける行政庁及びその他の公的利害主体の態度決定を可能な限り早い段階で獲得しなければならない旨を適切に表現している。

他方、建設法典第三条第一項によると、地区詳細計画を策定するゲマインデの住民もまた同様に、計画化の一般的な目標及び目的、地域を新たに形成し又は展開するために考慮される本質的に区別された諸々の解決策、そして予想される計画化の影響効果に関して、早い段階で公に情報を提供されなければならない。住民には、これを基盤に発言と議論を行う機会が与えられなければならないのである（前倒しされた住民参加 [Vorgezogene Bürgerbeteiligung]）。こうした住民参加の形式は、主として、ゲマインデによる情報の獲得と、衡量に際して重要な利害の広範な編成に寄与する。住民が「計画の内容に―訳者註」影響力を行使する可能性が空振りに終わる [ins Leere laufen lassen] ことのないよう、計画の内容は、この段階で固められていてはならないのである。⁽²¹⁾》

こうして、ドイツの行政法学説は、一般に、法治国家原理の発現形態に位置づけられる衡量原則（及び衡量の質を担保・保証することを目指した手続参加規定）の中に、「契約形式の禁止（契約による法律関係形成の禁止）」を読み込み、真正規範制定契約に分類されるBプラン策定契約の原則不許容及び原則無効を結論づけるのである。⁽²²⁾判例も基本的に同じであって、所謂「板ガラス判決 (Flachglasentscheidung)」において連邦行政裁判所は、衡量原則違反を根拠にBプラン策定契約を原則不許容（無効）と判断しており、極めて例外的に、①契約による先取拘束に伴う衡量の不足が事物に即して正当であること、②計画法上の権限管轄秩序が遵守されていること、③契約によって先取りされた衡量決定が、結果として内容的に異議を唱えられるようなものでないこと、の以上三要件を満たす場合に限り、Bプラン策定契約が例外的に無効評価を免れる旨の見解を示している。⁽²⁴⁾

（3）無効行為の転換―損害保証契約への解釈変更

しかしながら、行政実務の現場においては、依然として、Bプラン策定過程においてゲマインデと民間法主体の双方が計画の内容に関して交渉を行い、そこで何らかの合意を行うことを完全には排除できない事情が存在する。というのも、民間法主体は土地価格の上昇可能性と投資適性を判断するために、計画の策定段階で、その具体的内容について見通しを持ちたいと考えるからである。他方ゲマインデは、計画の内容に対する民間法主体の評価・反応を無視できない。なぜならゲマインデは、計画の実施に伴う財政的負担―地区施設整備費用や開発費用の負担―を軽減するために地区施設整備契約や開発費用負担契約による負担の肩代わりを目論むが、それを成功に持ち込むためには、計画の内容を民間投資に適したものにする必要があるからである。すなわちゲマインデは、計画の実現可能性を探るためにも、関係する民間法主体との折衝を避けて通ることはできないのである。衡量原則違反を理由にBプラン策定契約が基本的に許容されない旨を唱えたベッカーも、次のように述べている。⁽²⁵⁾

《計画に関する諸々の決定の前には、事前合意及びインフォーマルな交渉が存在する。ここにおいて計画官庁は、特に大規模プロジェクトの場合、予定される計画化が之に興味関心を持つ民間投資家によって実際に実現されることを達成しようと努める。必要とされる衡量のプロセスの許容されない先取拘束であるとして、あらゆる形式の事前合意を非合法の領域に放逐することは、単に建築計画上の理由からして殆ど望ましくないだけでなく、非現実的である。と同時に、有意義かつ実現に方向付けられた計画化にとっては、全くもって有害であろう。之を通じて、計画化は、一方では現実離れしたものになろう。》

かくして行政法学説は、一方では衡量原則違反を根拠にBプラン策定契約の許容性を原則否定しつつも、他方では、

計画の内容を形成するにあたって民間法主体との間での交渉・合意を不可避とする実務の實際を考慮して、Bプラン策定契約の存在それ自体を全面的に否定するのではなく、そこに一定の解釈を施すことによって、契約に一定の法的意味を持たせようとする動きを示し始めるのである。その解釈は、以下に述べる二方向から行われている。

第一に、「地区施設整備契約や開発費用負担契約等において合意されたBプランの策定に関する契約条項は、契約上合意された内容でBプランを策定するゲマインデの法的義務を基礎づけず、したがって民間の法主体は、契約に沿ったBプランの策定を求める法的請求権（履行請求権）を持たない」という解釈である。すなわち、地区施設整備契約や開発費用負担契約は、仮にその中に特定の内容を持ったBプランの策定に関する契約条項が存在しようとも、そこに法的拘束力は認められず、ゲマインデを法的に義務づけない。この契約は、民間法主体に対してのみ法的拘束力を發揮するのであって、Bプランが実際に契約条項に沿う形で策定された暁には、民間法主体が地区施設整備費用又は開発費用の負担を引き受けることを内容とする「片務的義務契約」と見なされるわけである。

《開発費用負担契約もまた、実務上、「規範制定契約を―訳者註〕押さえ込む態度を示してきた判例を基盤に、もはや、明示的な規範制定の約束とは結びつけられていない。むしろ、開発費用の支払いは、片務的義務契約として、「意図・予定された計画が実現化される場合には」という留保が付された状態 [unter dem Vorbehalt der Realisierung der beabsichtigten Planung stehen.] にある。開発費用の支払いに関する民間投資家との約束の中に、計画を実現することに関する著しい圧力が生じることは確かである。しかし、こうした圧力は、法的な性質のものではなく、単なる事実上の性質のものであるに過ぎないのである。²⁶⁾》

第二は、「契約に沿う形でBプランが策定されなかったことにより民間法主体に損害が生じた場合、信頼毀損を理由とした損害賠償請求権を基礎づける」とし、契約に対して補充的な法拘束効果を認める解釈の実施である。すなわち、Bプラン策定契約を「損害保証契約 [Garantievereinbarung]」と見なし、そこに—またはその限りにおいてのみ—法的意味を持たせようとするわけである。

《判例は、以上述べた第一次的な拘束の例外事案と並び、ゲマインデの副次的な義務（とりわけ損害賠償義務）の発展・展開を通じて、間接的な拘束事例を認めてきた。〔中略〕連邦通常裁判所の観点によると、建築管理計画を実行し又は実行しない旨のゲマインデの契約上の義務は効力を持たない。しかしながら私的な契約相手方は、これに対する損害賠償請求権 [Schadensersatzanspruch] を持っている。（連邦行政手続法第六二条と結びついた）民法第一四〇条に基づいて、ゲマインデの規範制定の約束—これは無効と評価される—を、私法上又は公法上の建築計画損害保証契約 [Bauplanungsgarantievertrag] へと転換することによって、私的な契約相手方は、「契約上—訳者註」目指されていた計画化が実現されなかった場合でも損害を被ることをない状態に置かれ得ることになる。》⁽²⁷⁾

右叙述にも明確に示されているように、こうした解釈方法を採用し、Bプラン策定契約に一定の法的拘束力を認めてきたのは連邦通常裁判所の判例⁽²⁸⁾であった。問題は、かかる解釈によりBプラン策定契約を損害保証契約とみなし、そこに一定の法的拘束性を承認する判例の立場に対する行政法学説の評価であるが、管見の限り、この点に関する学説の評価は、必ずしも一致しているとは言えない。というのも、次章で取り上げるディ＝ファビオ (Udo Di Fabio)⁽²⁹⁾ のように判例理論に沿った理論展開を行う見解が存在する一方、ベッカーのように、Bプランの策定を内容とする契約が損害賠

償請求権の法的基礎となることを前提としつつも、むしろそこに「ゲマインデに対する事実上の拘束―協定に沿ったBプランを策定する事実上の圧力―」を見いだし、これを問題視したうえで、Bプラン策定契約を「損害保証契約」とみなすことを否定する論者もまた存在するからである。⁽³⁰⁾

『「民間投資家が契約上―訳者註」支払うべき金額が高ければ高いほど（また、既に支払われた金銭の返還請求がゲマインデを脅かす場合はなおのこと）、「契約に沿った形で計画化を行う―訳者註」圧力は非常に重みのある―法的な―補充的拘束であることが明らかとなるのであって、こうした背景のもとで行われる計画化には、いずれにせよ、衡量の欠落が存在する。このように、無効行為の転換を通じて継続せしめられる拘束が衡量プロセスに対して純然たる事実上の影響を及ぼしている現実に対しては、「間接的な拘束に過ぎず危惧する必要はない」との評価が極めて安易になされている。しかし、損害賠償請求権を通じた法的拘束という純然たる危険性は、既に衡量のプロセスに対して事前影響力を発揮している。「民間投資家の意向に沿う形で計画化をしなければ損害賠償請求権に曝される」ことをゲマインデが考慮しなければならぬとすれば、それは、衡量の結果結論に対して影響を及ぼしていることになる。以上のことから、当該「無効な―訳者註」契約の転換もまた不可能である旨の結論が導かれる。すなわち、こうした損害保証契約の締結は……不可能ということになる。』

第二章 議論局面のシフト―不真正規範制定契約論―

前章で述べた通り、ドイツの判例及び行政法学説は、規範制定契約の許容性をめぐる法律論議を行う際、都市建設法

領域で実務上頻繁に締結されるBプラン策定契約（真正規範制定契約）をその中核的な検討素材に位置づけたうえで、——当該Bプラン策定契約を損害保証契約と見なし、そこに一定の法的拘束性を認めるか否かについては対立しつつも——、「右契約は、規範を制定するゲマインデの法的義務を基礎づけない（契約は、民間法主体に対して、契約に沿ったBプランの策定を求める履行請求権を基礎づけない）」とする点では認識を共有している。

他方、ドイツの行政法学説は、一九九〇年代、新たな議論動向を示し始める。すなわち学説は、Bプラン策定契約の原則不許容論を基盤に、真正規範制定契約については、その許容性を一般に否定しつつ、議論軸を次第に不真正規範制定契約に移動させ、不真正規範制定契約については、逆にその許容性を一定の条件下で肯定するための理論を模索・構築する動きを示し始めるのである。その際、主たる検討素材とされたのが、不真正規範制定契約に分類される連邦自然保護法上の「自然保護契約（法規命令制定回避・代替型契約）」であった。

（１）Udo Di Fabio（一九九〇年）

一九九〇年、「法律に代替する契約？」と題する論文を公表したのがディ＝ファビオ（Udo Di Fabio）である。³¹彼の見解は、以下の二点にその特徴を見いだしうる。

第一に、彼は不真正規範制定契約の正当性の根拠を、立法裁量権の存在に見いだす。すなわち、計画裁量権であれ、立法裁量権であれ、法律が行政庁に対して自由な余地を認め、権限を行使するか否かにつき行政庁に決定裁量が存在するならば、行政庁は、規範を制定することもできれば、逆に規範を制定しないこともできる。したがって、私人との間で契約が締結されることによって規範を制定する必要がなくなる（法規命令と行政契約の規律が完全に一致する）のであ

れば、契約の成立を以て規範（法規命令）の制定を見送ったとしても何ら問題はなく、当該契約は、立法裁量権行使の一発現形態として許容される。他方、不真正規範制定契約は、真正規範制定契約とは異なり、形式上、法規命令の制定を合意するものではないため、規範を制定する際に踏まれるべき手続を毀損することもない。したがって、Bプラン策定契約に対して向けられた批判―即ち適正なる衡量を毀損し、また衡量の質を保証するために踏まれるべき計画化・規範制定の手続を回避・形骸化する旨の批判―は、不真正規範制定契約には当たらない、というのである。⁽³²⁾

《行政が協働及び契約活動の余地を持つているのは、通常、立法者が行政に対して自由な余地を委ねている場合である。裁量の余地であれ、計画の余地であれ、転換に際しての内容形成の委任であれ、法律において白地の規律が行われている領域がそれである。とりわけ、活動すべきか否かについて行政庁が権限を持ち、したがって行政庁が決定裁量を認められている場合、行政庁は、法律によつて許容された厳格な法的効果の範囲内で、緩められた法的効果を設定することもできるし、法律上行政庁に対して許容されている市民への授益を、制限的に提供することもできる。〔中略〕こうした選択の自由は、単純な法律執行の場合だけでなく、行政権の法制定活動についてもまた妥当する。一般的拘束力を持った規律を行うのか否かをめぐる選択が、立法者としての行政及び立法者としての議会の自由とされているなら、彼らは、これら二つの両極の間に存在する枠内で、無為の上で活動することもできれば、逆に一般拘束性の下で活動することもできる。法律回避型の申合せは、こうした立法上の形成の自由余地に、その正当性を見いだす。法律回避型の合意は、定められた規範制定手続を先取り決定し、又は許容されない形で影響力を行使することにはならない。そのため、真正規範制定契約（立法活動義務の引受け）とは違い、許容されるものと考えられるのである。》

他方、第二に、後に取り上げるシェーラー (Joachim Scherer) との比較において、デイ＝ファビオの見解を特に特徴づけるのが、「契約に基づき規範を制定しないことを求める私人側の履行請求権の否定」である。すなわち彼の理解によれば、契約は、行政行為と並ぶ個別行為に位置づけられ、法規命令を含む法規範よりも下位にある。法規命令が法律に違反してはならないのと同様、個別行為たる行政行為と行政契約は法規命令に違反してはならないのであって、下位にランクされる契約が、上位にランクされる法規命令の非制定を、法的拘束力をもって決定することなど「法律の優位」原則からして許されない。したがって、不真正規範制定契約は、行政庁に対して「法規命令を制定しない法的義務」を基礎づけない。また契約は、私人に対しては「法規命令を制定しないことを求める法的請求権（履行請求権）」を基礎づけることもない。契約はただ、行政庁が契約の存在にもかかわらず法規命令を制定した場合、私人に対して「損害賠償請求権」を基礎づけるに過ぎないのである。ここにBプラン策定契約を損害保証契約と見なす議論との共通性を見いだし得る。デイ＝ファビオは、契約によって—その有効期間中—立法権限が全面的に放棄される事態を懸念するのである。⁽³³⁾ 彼は次のように言う。⁽³⁴⁾

《我々は、憲法上の考慮から「法規命令の制定放棄を内容とする契約は原則禁止される」という結論に行き着くことはない。しかしながら、こうした契約による法規命令の制定放棄が、果たして法規命令の制定権者に対して法的拘束力を発揮するのかは、別途判断されなければならない。こうした拘束的效果は否定されなければならない。というのも、それは規範と個別行為の間の序列関係に反することになるからである。法律の優位という基本原理は、法律と、下位のランクにある意思表示の間に齟齬がある全ての箇所で作作用する。したがって、法規命令が法律に反してはならないのと同様、個々の行政決定は、それが行政行為の形式においてであれ、或いは行政契約の形式においてであれ、法規命令に

違反してはならないのである。というのも、法規命令は、基本法第二〇条第三項の意味での《法律及び法》の一部分だからである。下位の地位にある法の表出は、上位にある法形式に対する毀損効果と拘束的效果を持たない。とはいえ、法規命令制定権者が法規命令の制定を契約上放棄した場合に、立法者たる行政庁を保護するために、当該契約をなにも無効とみなす必要はない。立法権を処分する契約という、抜け道には、単純に、拘束性が欠如しているのである。契約合意に対する違反〔法規命令の発動―訳者註〕は、ただ国家責任法上の請求権の領域において法的効果を持ちうるに過ぎない。契約当事者たる行政庁が契約上、法規命令形式による保護区域の指定を放棄する旨を約束していたにも関わらず、それを無視した場合には、直ちに、損害賠償請求権ないし補償請求権が市民に対して認められる。首尾一貫した活動を行う職務義務への違反に基づく国家賠償責任（民法典第八三九条・基本法第三四条）も、信頼毀損に基づく損害賠償請求（契約締結上の過失）も、通常はなかなか認められない過失の存在を前提としている。むしろ、連邦通常裁判所によって示唆されている方法が、行政契約関係における市民の保護の必要性に応える。それは、法的に効力を持たない行政の法規範制定義務は、損害賠償の確約〔Entschädigungszusage〕に、解釈、変更されうる、というものである。》（傍点筆者）

結局、ディールファビオは、行政庁が法規命令の潜在的名宛人との間で個別に義務の引受けを交渉し、契約―又は複数の契約網―の成立によって法規命令による保護区域指定が為されたと同等の法的効果が達成されるのであれば、当該契約は不真正規範制定契約として法規命令に代替する機能を果たしうる、と結論づけるのである。ただし、右契約は損害賠償の確約としてのみ法的拘束力を持つに過ぎず、法規命令を制定しない行政庁の義務及び法規命令を制定しないことを求める私人の履行請求権を基礎づけることはない。また、右契約が法的に許容されるのは、契約―又は複数の契約網―による規律が法規命令による規律と一致し、法規命令の制定を不要ならしむる場合に限られる。したがってディールファ

ビオの整理によると、契約が法規命令に代替する機能を発揮しうるのは、保護区域指定の対象となる土地の所有者・占有者・利用者の数が比較的少なく、契約成立の見通しが立ちやすい場合であつて、かつ、これら土地所有者等にのみ契約上義務を課すことによつて自然保護法上の目的が達成される場合に限られる。換言すれば、土地の所有者等の数が相対的に多いが故に契約成立の見通しが不透明である場合や、一般大衆に対して土地の立入制限等の義務を課さなければならぬ場合には、法規命令形式による保護区域の指定を行うか、或いは、土地所有者等との間では契約により、また一般大衆に対しては法規命令により義務を課す以外ないのである。⁽³⁵⁾

(2) Joachim Scherer (一九九一年)

他方、デイ＝ファビオが前記論文を公表した翌年(一九九一年)に、「環境法領域における国家・産業界間での規範代替型申合せの法的問題」と題する論文を公表したのがシェーラー(Joachim Scherer)である。⁽³⁶⁾彼もまた基本的にデイ＝ファビオと同一の見解を示して不真正規範制定契約の許容性を肯定している。両者の間に見いだしうる本質的相異点は、唯一、「私人側の履行請求権の有無をめぐる理解」にある。⁽³⁷⁾

先述の通り、デイ＝ファビオは、「契約に基づき規範を制定しないことを求める私人側の履行請求権」を否定する。彼の説明によると、行政契約は、行政行為と同様、法規命令を含む法規範よりも下位にランクされる行為形式であるため、法的拘束力を持つ契約によつて上位にランクされる法規命令の非制定が決定されることは、「法律の優位」原則からして許されない。ゆえに、不真正規範制定契約が「法規命令を制定しない行政庁の義務」及び「法規命令を制定しないことを求める私人の履行請求権」を基礎づけることはなく、行政庁は、不真正規範制定契約の存在に影響を受けるこ

となく、何時にても、法規命令を制定することができるのであって、この場合私人は、損害賠償の確約と解釈される不真正規範制定契約に基づいて「損害賠償請求権」を行使しうるに過ぎないのである。

シェーラーは、ディールファビオの右見解を批判する。シェーラーの理解によると、「損害賠償の確約」としてのみ不真正規範制定契約に法的拘束力を認め、他方、「規範を制定しないこと求める私人の履行請求権（規範を制定しない行政庁の義務）」の存在を否定するディールファビオの右見解は一貫性を欠くのであって、不真正規範制定契約が締結された以上、行政庁は規範を制定しない義務を負い、他方私人はその履行を求めて訴訟提起することができなければならないのである。彼によれば、このように理解したとしても、行政庁は法規命令制定権限を全面放棄することにはならない。なぜなら行政庁は、「契約締結後の事情変更または公共の福祉への重大な損害発生の防止を理由とした契約の適状及び行政庁の一方的解約権」を規律した連邦行政手続法第六〇条⁽³⁸⁾の直接又は間接適用により、不真正規範制定契約を適状・解約することができ、規範制定権限を再度取り戻す途を保持し続けているからである。シェーラーは次のように述べている。⁽⁴⁰⁾

《契約によって生み出された私人の請求権、即ち、特定の法規範を制定しないことを求める私人の請求権の貫徹は、学説上、極めて希にはあるが、多少大雑把な理由づけによって否定されている。つまり、行政行為又は契約という平面における単一の行政活動を通じて、規範制定権者の自由（規範を制定するか否かの自由―訳者註）を制限することはできないというのである。そして、同時に、不真正規範制定契約に基づく規範制定権者の義務には、「総じてある一つの意味」が存在し、債権者たる私人には、公的主体に対して積極的契約侵害に基づく〔損害賠償―訳者註〕請求権を行使する可能性が残されているという。このように、不真正規範制定契約を、公法上不完全な拘束力しか持たないものと

資格づけることは、明らかに一貫性を欠くように思われる。またそれは、連邦行政手続法に規定された契約的拘束からの様々な解消可能性とは調和しないようにも思われる。というのも、仮に、規範制定権者に対して、契約上規範を制定しない旨を約束しうることを認めるのであれば、これにより、規範制定権者の自由は、「単一の行政活動を通じてこれを制限することができる」旨が容認されるからである。規範制定権者は原則として、契約上有効に生み出された規範を、制定しない旨の義務に拘束され続けているのであり、債権者たる私人は、その履行を求めて訴訟提起しうる。規範制定権者の「規範を制定するか否かに関する」訳者註）決定の自由は、連邦行政手続法の第六〇条第一項により、十分かつ多種多様に保護されている。連邦行政手続法の第六〇条第一項によって開かれた解約可能性は、学説上時折懸念され、実際に憲法上も問題のある法制定権限の一般的放棄という状態が生じることを阻止するのである。》（傍点筆者）

(3) Willy Spannowsky (一九九四年)

他方、一九九〇年代のドイツ行政法学説のなかには、不真正規範制定契約の許容性を肯定し、そこに何らかの意味で法的拘束性を認めようとする右一連の見解に対して強い不信任感を表明するものも存在した。その代表的論者がスパンノヴスキー (Willy Spannowsky) である。彼は一九九四年に公開した教授資格論文『契約及び申合せを通じた行政活動の限界』の中で、右に見たデイィファビオやシェーラー等の見解を厳しく批判している。スパンノヴスキーの見解に見られる特徴は、以下の一点に集約される。

すなわちスパンノヴスキーは、「規範制定契約を真正と不真正とに分け、不真正規範制定契約が規範を制定する際になされるべき衡量（及び衡量手続）を毀損しないことを前提に、その許容性をBプラン策定契約（真正規範制定契約）

の原則不許容論から解き放ったディ・ファビオとシェーラーの理論構成」を厳しく批判したのである。スパンノヴスキーの理解によれば、「規範を制定しない旨の判断」または「計画を策定しない旨の判断」それ自体が「衡量の結果」なのであり、真正規範制定契約が衡量の毀損を理由に原則許容されないのであれば、不真正規範制定契約もまた、衡量の毀損を理由に原則許容されてはならないのである⁽⁴¹⁾。

《真正規範制定契約と不真正規範制定契約との区別は、正当化されるものではない。規範を制定しない旨の義務が、単に、規範制定の發議に関して契約による拘束を招くに過ぎないことを理由に、不真正規範制定契約を一般に適法だと考える別の見解は、否認されなければならない。なぜなら、規範を公布しない、あるいは計画化しない旨の決定は、契約拘束期間中、衡量を必要とする実体的決定を含むからである。》

(4) 環境法典独立専門家委員会（一九九八年）

こうしたなか、「規範代替型契約—不真正規範制定契約」に関する規定を環境法典の中に挿入し、法律の明文規定によって「契約による立法」を推進しようとしたのが、一九九八年に公表された『環境法典独立専門家委員会草案』である⁽⁴²⁾。同草案は、連邦自然保護法の「第三条三項（自然保護及び景観保全の措置に際しては、当該目的を契約によっても適切な費用で達成することができるか否かについて優先的に検証しなければならない。）」に対応する規定を置いており、第七条第二項は、「行政庁は、環境法上の規定に基づく措置を行うにあたっては、この法典の目的が、利害関係人との間で締結される協定を通じてもまた同じように達成されうるかを審査するものとする。」と規定している⁽⁴³⁾。他方、同草案は、

規範代替型契約に関する規定として「第三六条」を置き、そこにおいて、同草案が規律する一定の条件を満たす限りに
おいて、連邦政府が経済団体や個別企業との間で公法上の契約を締結し、以て草案第一三条が規律する法規命令の制定
を放棄することを許容している。草案第三六条は、次のように規定する。⁽⁴⁾

第三六条 規範代替型契約

(1) 連邦政府は、以下の各号の要件を満たす場合には、経済団体、その他の団体、又は個別の企業との公法契約を
通じてまた、第一三条の意味における条件について合意することができる。

1. 第一三条の意味における法規命令を発動するための条件が存在する場合。
2. 契約の内容が、この法典の条件に適合する場合。
3. 保護に値する第三者の利益又は公共の利益が毀損されない場合。
4. 契約の有効期間が、五年を超えない場合。

契約に代替された法規命令が連邦参議院の同意を必要とするものである場合、契約は連邦参議院の同意を必要
とする。第二文は、第一八条第一項、第二〇条及び第二二条の要件についても準用される。契約は、連邦官報
に掲載されなければならない。公法契約に関する連邦行政手続法の規定は、第五七条と第六〇条を除き、適用
されない。

(2) 第一項による契約の規定は、団体加盟者と、自ら契約を締結した企業に対して拘束力を持つ。拘束力は、契約
が終了するまでの間、その団体構成員としての地位に関係なく、団体加盟者に対して及ぶ。契約において規律
された義務の遵守は、第一三三条乃至第一五〇条による監視に服し、行政行為を通じて強制される。

(3) 環境又は人に対するリスクに配慮するための条件が、契約を通じて排他的に確定される限りで、許可決定ないし事後的な命令において、さらなる条件が付されてはならない。

(4) 対応する法規命令の規定が、第三者を保護するものである限りで、契約の規定は、第三者の保護に仕える。

(5) 第四条第三項を準用する。

右規定において注目すべきは、①「契約締結後の事情変更を理由とした契約の適状」及び「公共の福祉への重大な損害の発生防止を理由とした行政庁による契約の一方的解約権」を規律した連邦行政手続法第六〇条が規範代替型契約にも適用されることを規定した「第一項第五文」と、②契約によって代替・放棄される法規命令を「危険防御を目的とする法規命令」と「リスク事前配慮を目的とする法規命令」とに分けたうえで、後者―リスク事前配慮に仕える法規命令の制定が契約上放棄された場合に、「連邦政府が契約の有効期間中、後の許可決定や事後命令において更なる条件を付すこと」を禁じた「第三項」である。すなわち、環境法典独立専門家委員会は、―先に紹介したシェーラーと同じく―、第三六条に基づいて規範代替型契約が締結された場合、連邦政府は―原則として―契約に拘束され、その有効期間中、「契約を通じて放棄された法規命令を制定できない」ことを前提としているのである。独立専門家委員会の理解によると、連邦政府が契約の有効期間中に「法規命令を制定」し、または後の許可決定や事後命令において「さらなる条件を付す」ことができるのであれば、それは、①行政庁が連邦行政手続法第六〇条に従って契約を一方的に解約しうる場合か、②契約によって代替・放棄された法規命令が「危険防御」目的に仕えるものであって、当該危険防御の目的を達成するためには、―契約の存在にもかかわらず―後の許可決定や事後命令において「契約上合意された条件よりも厳しい条件を付すことが必要であること」が判明した場合に限られなければならないのである。事実、独立専門家委員会草案は、第三

六条に対する個別理由書のなかで、次のように述べている。

《この規定は、公法契約の特殊な形式を規律している。契約を締結する一方の当事者は連邦政府であり、他方の当事者は、経済団体、その他の団体、個別の企業である。契約の対象は、第一三条の意味における条件 (Anforderungen)、すなわち施設、生産方法、原材料、加工、製品に関する条件である。第三四条及び第三五条の場合とは異なり、第三六条にあつては、環境リスク (Umwelt Risiken) に対する配慮を行うための条件のみならず、環境危険 (Umweltgefahr) からの保護を行うための条件もまた、契約の対象となりうる。規範代替型契約は、直接執行可能であるため、それが遵守されない危険性はそれほど高くない。また、それゆえ、—目標設定方式や自主規制とは対照的に—、既に生じている危険 (Gefahr) に対処することに適しているように思われる。規範代替型契約の適用領域は、第一に、産業界の構造が、次のような性質を備えている場合に存在する。すなわち、僅かな関係者との交渉により、非常に広範な統制効果を達成することができる場合である。他方、規範代替型契約は、ある種の領域実験という方法において、実際の転換可能性を確かめるために、利害関係を持つ経済界のうち、交渉の用意のある者との間で契約上確立された厳しい環境条件を合意することにも寄与しうる。契約は、対応する内容を持った第一三条の法規命令に代替する。それは同時に次のことを意味する。すなわち連邦政府は、一度契約によつて規律を行う旨を決定した場合には、原則として当該決定に拘束される、ということである。したがって、対応する内容を持った法規命令の制定が問題となるのは、契約の有効期限が切れた場合か、連邦行政手続法第六〇条第一項の要件下で、適時に契約が解約された場合のみである。これが行われるためには、関係の本質的変化 (行為基礎の喪失)、又は、公共の福祉に対する重大な損害の発生防止・除去という要件の存在が必要である。この規定「連邦行政手続法第六〇条第一項—訳者註」を通じて、一方では、連邦政府の決定の自由が十分か

つ多種多様に保護され、他方でそれは、契約の存在に対する経済界の利益を考慮しているのである。⁽⁴⁵⁾》(傍点筆者)

《「草案第三六条の―訳者註」第三項は、許可決定及び事後命令において付される条件と規範代替型契約との関係を規律している。契約が既に、排他的な規定を持つ限り、「リスク事前―訳者註」配慮領域にあつては、許可決定や事後命令における「新たな―訳者註」条件「設定―訳者註」は排除されるべきである。「中略」こうした規定は、契約を締結した経済集団に対する信頼保護の観点からして必要であろう。それは、規範代替型契約の締結へのインセンティブを高めることになる。なぜなら、こうした規定は、契約の有効期間（最高五年間）が継続する間、契約において排他的に定められた配慮条件を超えた条件が付され得ないことを保障するからである。むしろ、第三項の反対解釈からは、以下の点⁽⁴⁶⁾が明らかにされている。すなわち、危険防御（Gefahrenabwehr）のための条件は、こうした制約を受けず、何時にても、―事後的命令によってもまた―これを付すことができる、ということである。》⁽⁴⁷⁾（傍点筆者）

（5） 中間総括

このように、一九九〇年代のドイツ行政法学説は、真正規範制定契約については、Bプラン策定契約の原則不許容論を基盤にその許容性を原則的に否定する方向でまとまりつつも、不真正規範制定契約については議論状況が錯綜し、①許容性を全面的に否定する見解（スパンノヴスキー）、②損害保証契約としてのみ法的拘束性を認める見解（デイーファビオ）、③許容性を全面的に肯定する見解（シェーラー並びに環境法典独立専門家委員会⁽⁴⁷⁾）に分かれて対立していた。一九八〇年代に「板ガラス判決」を基盤に展開された「Bプラン策定契約の原則不許容論」は、「契約による立法に関

する学術論議」において、常に「中核かつ基盤」に置かれながらも、実際は「限定的なインパクト」しか持たなかったのである。その理由及び背景を説明するベッカーの見解を見てみよう。⁽⁴⁸⁾

一九九〇年代のドイツ行政法学説は、いずれも、不真正規範制定契約の許容性を議論する際、Bプラン策定契約—真正規範制定契約との比較検討を行い、これら二つの契約類型が「衡量原則違反を招くか否か」を問題としてきた。しかしベッカーの理解によると、「衡量原則との関係でBプラン策定契約の許容性を原則的に否定する理論構成」を他の真正規範制定契約一般にまで及ぼし、以て真正規範制定契約の許容性を全般的に否定することには理論的飛躍がある。なぜなら、Bプラン策定契約においては、なるほど条例(Satzung)としてのBプランの策定が合意されるという意味で「真正規範制定契約」が登場する。しかしその実態は、契約による「計画裁量の事前拘束の是非」をめぐる問題である。他方、規範制定契約の許容性は、真正・不真正を問わず、計画裁量とは一応区別される「立法裁量権行使局面における契約形式の利用可能性」をめぐる議論である。したがって、計画裁量との関係で議論される衡量原則への違反を論拠としたBプラン策定契約の原則不許容論は、それがそのまま機械的に「真正規範制定契約一般」、さらには「不真正規範制定契約一般」に直結しなければならないわけではないのである。彼は次のように言う。⁽⁴⁹⁾

《我々が、こうした「法律より下位の規範制定に一般に存在する広範な形成余地」「立法裁量—訳者註」を思い浮かべるなら、……「契約による建築管理計画の「事前—訳者註」合意の禁止」を、「法律より下位の規範が制定される全ての事案」に転用することが、できるのかは、極めて疑わしい。」「中略」「法律より下位の規範制定における形成の自由」「立法裁量—訳者註」を、計画裁量の構造に依拠・準拠させることを推奨する見解も存在するところではある。しかしながら連邦行政裁判所は、「法規—訳者註」命令の制定と計画上の決定との違いを強調し、統制基準を同一視することを

退けている。両者を区別する決定的な基準は、「これら二つの規律が、具体化の程度 [Konkretisierungsgrad] に関して異なっている」ということである。計画法上の確定は、通常一般的・抽象的な効果を持つ「法律より下位の規範の制定」とは異なり、『具体的な状況に鑑みて』行われる。すなわち、それは、個別・具体的な関係を規律し、個々の事案の正当性を樹立するために、相対立する個々の利益を相互に衡量することを志向するものである。このことから明らかになるのは、――特に地区詳細計画「Bプラン」がそうであるように――、「計画化行為においては、往々にして、個々人の自由の行使に対する排他的な決定が行われるが、それゆえに、この段階で既に、あらゆる利益を入念・綿密に取り込むことが必要となる」ということである。存続効を持った計画の実施段階では遅すぎるからである。「他方――訳者註」一般的・抽象的な規範化の場合は、通常、こうした状況は起こりえない。なぜなら、一般的・抽象的な規範化の場合、規範の転換 [Normumsetzung] という、独自に評価される行為が必要となるからである。法律より下位の「一般的・抽象的な規範の制定」における「形成の可能性」は、計画化の場合「における形成の可能性――訳者註」よりも大きい。前者は、具体的かつ實際上の前提条件には結びつけられてはいないからである。》(傍点筆者)

こうしてベッカーは、立法裁量権行使局面における契約形式の利用可能性につき、真正・不真正を問わず、一から検討し直す必要性があることを主張するのである。次章では、二〇〇五年に公表された教授資格論文『規範制定における協働及び交渉の構造』を取り上げ、この問題に関するベッカーの見解を紹介・分析することにしよう。

第三章 規範制定契約と民主的正当性の確保

(1) 立法権限の一部放棄・委譲・私人による立法権限の共同行使

ベッカーの理解によると、——真正・不真正を問わず——、規範制定契約の法的許容性を議論する際に検討されるべき重要論点は、「法規命令制定権限及びそこに付随する立法裁量権の意味」である。すなわち彼は、「規範形成の自由（立法裁量）が、規範制定権限を任意に処分することを正当化する法律上の権限とみなされてよいのか」、或いは「規範形成の自由（立法裁量）」は、一方的に規範を制定・公布することに代え、規範を準備し又は規範に代替する規範関連契約の締結を許容するための手掛かりとして見なされてよいのか」を説明する必要がある、という。⁽⁵⁰⁾ その際、注目すべきは彼の基本スタンスである。ベッカーは、規範（特に法規命令）の制定権限を法律上委任された行政権が、特定範囲の私人との間で契約を締結し、——真正であれ不真正であれ——、当該契約形式を通じて規範内容を「共同形成」することについて、「そこに憲法上の限界はないのか」を問うのであって、明文の規定をもつて契約による立法を後押ししようとする近時立法動向を所与の前提とするのではなく、むしろこれを憲法原理との関係で批判的に検討しようとするのである。⁽⁵¹⁾

ベッカーの理解によると、ドイツの立法実務は、法律上行政権に対して法規命令の制定権限が委任され、そこに立法裁量権が与えられた場合、——法律の趣旨・目的から法規命令形式による規律が強制され、契約形式の利用が禁じられていると解される場合⁽⁵²⁾として——、行政権には、法規命令と契約という二つの行為形式を選択する自由（形式選択裁量）が認められる旨を当然の前提としている。彼によると、その代表例が環境法典独立専門家委員会草案である。⁽⁵³⁾ 事実、草案理由書は次のように述べている。⁽⁵⁴⁾

《規範を制定・公布し、又は依然として不作為のままであることが基本的に執行権の裁量に委ねられているのであれば、さらに、形式間の選択についても、執行権の裁量に委ねられていなければならない。》

行為形式の選択裁量は、環境法典独立専門家委員会草案が初めて提示した考え方ではない。行為形式の選択裁量を裁量権行使の一発現形態と位置づけ、これを承認してきたのは、むしろ行政法学説の側であった。ただし、従来の行政法学説が行為形式間の選択裁量を議論するにあたってイメージしていたのは、通常の行政裁量が存在する局面における「行政行為と契約」間の選択裁量、或いは、「公法上の法形式と私法上の法形式」間での選択裁量であった。例えばブアマイスター (Hans Joachim Bumester)⁽⁵⁵⁾ は、一九九二年に開催されたドイツ国法学者大会における基調講演の中で、次のように述べている。

《行政の活動の法形式は、——比喩的にいえば——、ある特定の活動に関して法秩序が用立てた衣服であって、具体的な活動を実施するにあたり、法が別の衣服を用立てている場合には、当該衣服は別の衣服と交換可能である。この場合、行為主体には、様々な法形式間での選択の自由が存在するのである。〔中略〕こうした、異なった法形式間での利用裁量を考慮する可能性に対し、法原則上、疑義が主張されてはならない。とりわけ、…憲法上の適法性の基準からは、選択裁量権行使に関する法律の留保は導き出され得ない。現在の行為形式学説もまたそう考えている。行政活動の法形式には、行政行為、公法契約、そして——一致した見解にしたがうと——私法上の権利形成手段、とりわけ売買契約、勤務契約、請負契約といった典型例が存在する。連邦行政手続法第五四条第二文において、行政行為に対する代替機能が公法契約に対して原則的に認められていることから明らかなように、これらの法形式間には、法律の留保なしでの利用選

択裁量が存在する。他方では、さらに、行政行為による活動と私法契約による活動にも、行政の選択裁量が存在する。例えば、土地収用回避契約はその事例である。行政庁は、土地収用の前提条件が存在する場合に、土地収用行為を發動することに代えて、売買契約を通じて、当該土地を購入することができるのである。』

これに対し、環境法典独立専門家委員会は、従来、行政裁量の行使局面において展開されてきた行政行為と契約の間での形式選択裁量をめぐる議論を、立法裁量の局面にまで広げ、法規範と契約の間にも、原則として、行為形式の選択裁量が認められると考えているのである。⁽³⁶⁾

ベッカーが問題とするのは、こうした行為形式の選択裁量を根拠に法規命令制定権限を持った行政権が特定範囲の私人との間で契約を締結し、—真正又は不真正規範制定契約を通じて—法規命令の内容を「法的拘束力をもって共同決定すること」の是非である。この問題を検討するにあたり、彼はまず初めに、契約等を通じた規範内容の共同決定が、「行政権による規範制定権限の一部放棄」、「私人に対する規範制定権限の一部委譲」及び「当該規範制定権限の私人による共同行使」を意味する、と考える。⁽³⁷⁾

《規範制定者たる国家は、規範制定行為に関連する契約的拘束を通じて、また共同による規範制定を通じて、規範制定者に認められた権限を部分的に私人に委ね、これにより規範制定者に認められた権限を低減しているのである。国家サイドは、以前は単独で決定することができたとしても、今や、—限界の中で—申し合わされた拘束の内容に方向づけられなければならない。元来、規範制定者たる国家に帰属したところの権限が「私的な契約相手方に—訳者註」一部委譲されるからといって、それは、基本権的自由の一要素となるわけではない。したがって、規範制定プロセスにおける

拘束的な共同決定権 [Mitspracherecht] の行使は、すべからく私人による権限の行使である。》

ベッカーは、かかる基本認識を基盤に、「行政権による立法権限の一部放棄」、「私人に対する立法権限の一部委譲」及び「私人による立法権限の共同行使」を意味する規範制定契約の締結が、「果たして憲法上正当化されるのか」を問うのである。

(2) 基本法第八〇条第一項—法規命令制定権限名宛人範囲の限定—

右の問題を考えるうえでベッカーが注目したのが、法規命令制定権限を法律上委任することのできる範囲を連邦政府、連邦大臣及びラント政府に限定した基本法第八〇条第一項である。⁽³⁸⁾ 彼は、基本法第八〇条第一項が法規命令制定権限を委任しうる主体を限定列記している意味・趣旨を探り、そこに「立法権限が行使される局面において民主的正当性の連鎖を維持しようとした基本法制定者の意思」を読み取る。ベッカーの理解によると、基本法第八〇条第一項に列記され、—したがって間接的とはいえ—民主的正当性の連鎖の中にある複数の法主体に対して「規範内容を共同決定する権限」を個別法上付与することについては、憲法上、基本的に疑義は存在しない。⁽³⁹⁾ しかしながら、直接的にも間接的にも民主的正当性を持たない民間法主体との間で締結される契約を通じて、法規命令の内容を「法的拘束力を以て共同決定する」となると話は別である。基本法は、法規命令制定権限を法律上委任しうる名宛人の範囲を限定し、民主的正当性を持たない民間法主体にまでこれを拡張することを認めていないからである。ベッカーの理解によれば、民主的正当性のない民間法主体との間での規範制定契約は、—真正規範制定契約であれ、不真正規範制定契約であれ—、仮にそれを認める

明文規定が個別法上存在しようとも、憲法上許されないのである。⁽⁶⁰⁾

《基本法第八〇条第一項において明らかにされている「委任立法権限の名宛人の排他性」は、「それ以外の関係者が、原理的に、委任立法権限の分け前にあずかつてはならないこと」を前提としている。憲法が、規範制定権限を委任することのできる法主体を指名する場合、それが意味するところは、「憲法上指名された当該法主体のみが規範制定権限を委任されうる」ということである。憲法による受任者の明示的かつ終局的な列記は、暗に、他のあらゆる法主体が規範制定者となることを排除している。というのも、規範制定権限の分配は、その限りで、憲法上規定されている法制定者の権限を狭め、縮減することになるであろうからである。仮に我々が、それ以外の関係者、とりわけ私人に対して、法律よりも下位の規範制定に影響力を行使する可能性を認めようとするならば、馴染みのない、また当該正当化の意味連関からは遠く離れた法制定者の入場を認めることになるのであって、これにより、当該規範制定の公共の福祉適合性を保障する正当化の意味連関—通常は受任者の人的民主的正当性—は、相対化されることになるであろう。

したがって、いずれにせよ、議会以外の規範制定権限の潜在的保有者に関する憲法上の制限は、基本的に、規範制定権者に関する当該範囲の拡張を阻止しているのである。「中略」基本法第八〇条第一項に列記された潜在的な一次受任者の範囲拡張—それは憲法に違反する—が存在するのは、規範制定権限が、基本法第八〇条第一項第一文に掲げられていない他の主体、—場合によると私的法主体—に対して全面的に委ねられる場合に限られない。それは、法律制定者が、規範の制定・公布に際し、法的に拘束力を持った形での影響力行使権を他の法主体に認める場合や、委任立法権限の保持者が、その規範制定権限又は規範制定権限に内在する消極的形成裁量に基づいて、私人に対して共同決定権を認める場合にもまた存在する。潜在的な規範制定者の限定が目的とすることは、委任立法行為の民主的正当性の確保である。

他方、それは、契約による規律を通じて妨げられる。「中略」委任立法権限は、基本法第八〇条第一項第一文乃至第四文が規定する委任の名宛人と関係づけられている。したがって、この規定において受任者として列記されていない第三者に対して拘束力を持った共同決定権を認めることは、一仮に明示的な法律上の指示に基づく場合であろうが、又は、単に規範制定権限に基づくに過ぎない場合であろうが、憲法に違反するのである。》(傍点筆者)

(3) 契約による規範内容共同決定の禁止

このようにベッカーは、真正・不真正を問わず、規範制定契約が、民主的正当性のない民間の法主体に対する「規範内容の共同決定権の付与(民間法主体による立法権限の一部行使の容認)」と見なされる限りにおいて、そこに憲法上の疑義を提起する。彼の理解によると、法規命令の制定権限は、基本法上、民主的正当性を持った法主体―即ち行政権に対してのみ、法律を通じて之を委任することができ、法規命令の制定権限は、民主的正当性の連鎖のなかにある行政権が単独で之を行使すべきものである。規範制定契約は―真正・不真正ともに―この原理を毀損し、民主的正当性を持たない民間の法主体に対して「規範内容の共同決定権」法規命令制定権限の共同行使権」を付与する。それは、「民主的正当性の確保という観点から法規命令制定権限の名宛人の範囲を限定列記した基本法の趣旨に反する」のである。右の見解に依拠する限り、環境法典独立専門家委員会草案がその第三六条で提案した法規命令代替型契約は、憲法上重大な疑義に直面し、憲法違反の疑いをかけられることになる⁽⁶⁾。

他方、これとの関係で興味深いのは、連邦自然保護法が規定する自然保護契約の許容性をめぐるベッカーの評価である。というのも彼は、真正・不真正を問わず規範制定契約の許容性について憲法上の疑義を繰り返し主張しながらも、

他方では、自然保護契約（法規命令回避・代替型契約）の許容性については、―ディールファビオやシェーラーと同様―、基本的に何ら異論を唱えないからである。⁽⁶²⁾ 一見すると矛盾する結論でありながら、しかし子細に検討すると、そこには理論的一貫性を見いだしうる。

既に述べた通り、ベッカーが真正・不真正を問わず規範制定契約に対して疑念を提起したのは、それが「民主的正当性を持たない民間法主体に対して《法規命令制定権限を共同行使》させ、以て、当該民間法主体に対して《規範内容を共同決定する権利を付与》することになる」と考えたからである。

これに対し、法規命令形式による保護区域指定に代えて締結される自然保護契約は、なるほど保護区域指定（法規命令）に代替し、契約の成立をもつて法規命令の制定が放棄されるという意味において、不真正規範制定契約ではある。しかしこの契約は、「法規命令の形式によって保護区域の指定が行われた場合に保護区域内の土地所有者等が課せられる法律上の義務の実施・引受け」を内容とする。すなわち、この契約は、「連邦自然保護法の第二二条が規律する法律上の義務の実施契約」なのであって、「民主的正当性のない民間法主体に対して、法規範の内容を共同決定する権利・権限を付与するものではない」のである。それゆえ、規範制定契約に対して憲法上の疑義を提起したベッカーによってもまた、法規命令形式による保護区域指定に代替する自然保護契約の許容性は否定されないのである。⁽⁶³⁾

《個々の命令や禁止の契約による引受け、または、保護区域指定に伴う保存措置や発展措置、原状回復措置といった保護策（参照、新連邦自然保護法第二二条第二項及び各ラントの対応規定）の実施は、…総じて「法規命令形式による―訳者註」保護区域指定に並立する契約に留保されてよい。この見解に対する疑義は、連邦自然保護法の改正法により、もはや無意味なものである。行政庁は、「法規命令形式によって―訳者註」保護区域指定を制定・公布することを義務

づけられない。ゆえに、契約による規律が第三者利害関係人「一般大衆等―訳者註」に対して、規範による規律の場合と同程度の規律能力を持ちえない事実が当てられる必要などない。行政庁が、そのような形で「第三者に対して法的義務を課すために―訳者註」一般拘束的な規律を必要だと考えるなら、行政庁は、意のままに、当該一般拘束的な規律「法規命令―訳者註」を制定公布することができる。一般拘束的な規律を必要だとは考えない事案である限りにおいて、行政庁は、契約による規律及び主観的に制約されたその作用力で満足してよいのである。」(傍点筆者)

終章

(1) 本稿の要約

以上、立法局面における公私協働現象のうち、特に契約による法規命令の内容の共同決定に焦点を当て、ドイツ行政法学説及び判例の議論動向を素材に、規範制定契約の法的限界について考察を行った。本研究から得られた知見は以下の通りである。すなわち、法規命令の制定を法律上委任された行政権は、民主的正当性を持たない民間法主体との間で締結される契約を通じて法規命令の内容を「法的拘束力」をもって共同形成することは許されない。真正規範制定契約であれ、不真正規範制定契約であれ、およそ規範制定契約は通常、民主的正当性がなく、したがって本来的には法規命令の制定権限を付与・行使することが認められない民間法主体に対して規範内容を共同決定する権利又は法的権限を付与するのであって、それは、仮にそれを明文で認める法律規定が存在しようとも憲法上正当化されないのである。したがって、法規命令の制定局面において専門知識の不備を補い、その実効性・受容可能性を高めるために関係する民間法

主体（法規命令の潜在的被規制者等）との間での協働が必要不可欠であるとしても、許容される協働の形式は「聴聞」までであり、それを超えて契約形式にまで踏み込むことには憲法上大きな疑義が提起されるのである。ここに我々は、契約が行政の行為形式として果たしうる機能の一つの大きな「限界」があることを認めざるを得ないのであって、契約は、同じく個別行為としての行政行為には——一定の条件下において——代替しえても、行政立法に代替する機能を承認することは、——前章に見た自然保護契約のような場合は別として——できない（少なくとも管見の限り、契約に行政立法への代替機能を認めることについては、ドイツの行政法学上、有力な疑義・批判が提起されている）のである。こうした見解を強力に主張したのがベッカーであって、彼は次のように結論づけるのである。⁽⁶⁵⁾

《以上の理由から、基本法第八〇条第一項一文に列記された第一次受任者（場合によると、可能性として存在する第二次受任者＝再受任者）は、委任を行った法律の枠内において、法規命令の内容と法規命令の制定・公布に関し、単独かつ法的に自由な状態で、之を決定することができなければならない。その限りで、「特に聴聞手続において認められている他の国家的法主体又は他の私的法主体による規範制定権者に対する一方的な影響力の行使」と、「基本法第八〇条第一項一文に掲げられた法主体以外の主体との間での許容されていない共同決定」との間には、重要な憲法上の限界線が伸びている。「法的に拘束力を持った選択肢の制限形式（同意留保 [Zustimmungsvorbehalt]、拒否権 [Verwehrecht]）」もまた、単独かつ自由に規律を行う可能性を第一次受任者から奪いとってしまうのであって、憲法上許容されない共同決定の中に含まれる。》（傍点部筆者）

(2) 今後の課題

他方、問題となるのは、法的拘束力を持たない申合せ (Absprache) の位置づけである。法規命令の内容を実効性あるものとするためには、潜在的な被規制者等、専門知識を持つ利害関係者との間で交渉する必要性がある。その一方で、民主的正当性を持たない民間法主体との間での契約を通じて法規命令の内容を共同決定することには、憲法上重大な疑義が生じる。そのため行政実務は、これら二つの相反する要請の狭間で「法的拘束力のない申合せ」を多用してきた。そこに共通するのは、法規命令の制定権限の存在を背景とした国家の強い影響力行使のもとで、(a) 産業界が特定の措置を任意に実施することを書面で約束し (自主規制)、(b) 行政庁は、当該自主規制を歓迎する旨の声明を発表し、併せて事案についての法的規律をさしあたって見送る旨が宣言される。ドイツの行政法学説は、これを「不真正規範制定の申合せ」「規範回避・代替型申合せ」等と呼び、本稿で検討した規範制定契約同様、その法的許容性をめぐって活発な議論を展開している。⁽⁶⁶⁾ その評価は様々であり、規範回避・代替型の申合せが——法的拘束力のないものとはいえ——実態として不真正規範制定契約とほぼ同じであり、事実上の拘束力も軽視できないこと等を理由に、不信感を顕わにする論者も存在する。⁽⁶⁷⁾

詳しい検討は別稿に譲るが、本稿で得られた知見——とりわけ前章で紹介したベッカーの見解——に依拠する限り、申合せの法的許容性を否定することはできないように思われる。というのも、申合せが事実上の拘束力しか持たず、その締結によっても行政庁が法規命令の制定放棄を法的に義務づけられないこと、したがって、法規命令の制定権限は、申合せの成立後も間接的民主的正当性を持った行政庁によって単独留保され、行政庁が——法的には——常に法規命令制定権限を単独行使しうる状態にあることからすれば、不真正規範制定契約に関して見られたディールファビオやベッカーらの懸

念は、申合せには当たらないからである。⁽⁶⁸⁾ 申合せの全面不許容論を唱える学説が少数説にとどまり、むしろ多くの論者が、申合せの許容性が肯定されることを前提に、それを統制する法理を手続・実体両面から議論しているのも、そのためであろうと思われる。⁽⁶⁹⁾

他方、本稿は、「契約による立法」現象のうち、法規範（特に法規命令）の制定・非制定が合意される「真正・不真正規範制定契約」に焦点を当て、その法的问题性を議論したが、「契約による立法」という場合の「契約」は、なにも法規命令制定権者たる行政権と民法主体間で締結される規範制定契約に限られない。序章でも触れた通り、規範制定に関連する契約（規範関連契約）には、もう一つの契約類型として「規範契約」が存在する。規範契約は、規範制定契約—すなわち、規範と契約が別個の存在として相互に独立し、契約によって規範の制定・非制定が合意される契約—とは違い、契約それ自体が法規範たる性格を持つ。換言すれば、契約の成立が同時に法規範の成立を意味するのであって、契約と法規範は「一心同体」の関係にあるわけである。

この規範契約を多用しているのが社会保障法領域である。既に我が国においても社会保障法学者を中心とした多数の先行研究が示すとおり、ドイツの社会法典（*Sozialgesetzbuch* : SGB）は、保険対象となる療養給付や治療薬等の具体的範囲、レセプト点数、診療報酬額等につき、その決定を「契約」に委ねている。⁽⁷⁰⁾ 契約の一方当事者は「保険者団体（機能的自治団体Ⅱ公法上の団体である疾病金庫等の団体）」であり、他方当事者は「給付提供者団体（医師団体や製薬企業が加盟する事業者団体等）」である。⁽⁷¹⁾ この契約において合意される内容は、単に契約の両当事者の権利義務関係にとどまらない。というのも、右契約は、必然的に、契約当事者以外の第三者（典型的には個々の被保険者等）の権利義務関係をも一般的・抽象的に規律し、したがって右契約の成立は、同時に、規範の成立をも意味しているからである（規範契約）。本稿では、検討・考察の対象を「規範制定契約」に限定し、規範制定契約と並び「契約による立法」の一領

域を占める右「規範契約」については、敢えてこれを考察の対象から除外している。しかしそれは、筆者が今後、行政法学的分析軸に依拠しながら（または行政契約論の視点から）「規範契約」に関する理論研究を行うにあたり、「規範制定契約」に関するドイツの議論を検討し、これを分析することが基礎・基盤になると考えたからに他ならない。規範契約に関する諸々の論点とりわけ規範契約という規範規律手法と規範制定局面における民主的正当性確保の要請との関係等—についての詳細な検討は、筆者に課せられた今後の課題としておきたい。⁽⁷²⁾

(1) 参照、遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院、一九七七年）三頁以下、藤田宙靖「行政と法」同『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、二〇〇五年）三頁以下、同『第四版行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院、二〇〇五年）七頁以下。

(2) 例えばブローム (Winfried Brohm) は、次のように言う。曰く、「複雑で、急速に変化し、また適応への絶え間ない圧力と個別の事案ごとの特殊性、さらに特異な専門的知見が多様に存在している現代産業社会の状況は、国家の統制について新たな問題をもたらししている。こうした現代産業社会の状況は、今日、国家と社会が相互に幾重にも網目状に結合した関係に立たざるを得ない事態を招いている。この事実は、一方面的な命令に向かい合っている協働的な形式に対して浮力を与えてくる。」と (Winfried Brohm, Rechtsgrundsätze für normsetzende Absprachen — Zur Substitution von Rechtsverordnungen, Satzungen und Gesetzen durch kooperatives Verwaltungshandeln —, DÖV. 1992, S.1025ff (S.1025)).

(3) 規制緩和・民営化・民間委託に関する学術文献は枚挙に暇がないが、さしあたり、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、二〇一三年）、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察—ドイツ法を中心として」『法政研究第六六巻第一号（一九九九年）二八五頁、岡村周一・人見剛編『世界の公私協働』（日本評論社、二〇一二年）、小幡純子「官（公）と民の役割分担—行政法における最近の変化」『法律時報第八一巻第九号（二〇〇九年）四頁以下、同「公物法とPFIに関する法的考察」塩野宏先生古希記念『行政法の発展と変革 上巻』（有斐閣、二〇〇一年）七七三頁以下、角松生史『民間化』の法律学』国家学会雑誌第一〇二巻第一—一二号（一九八九年）七一九頁、同「行政事務事業の民営化」『行政法の争点【第三版】』（有斐閣、二〇〇四年）一五三頁、木村琢磨『ガバナンスの法理論』（勁草書房、二〇〇八年）、榎原秀訓編『行政サービス

提供主体の多様化と行政法—イギリスモデルの構造と展開』（日本評論社、二〇一二年）、原野翹・浜川清・晴山一穂編『民営化と公共性の確保』（法律文化社、二〇〇三年）、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社、二〇〇四年）、三橋良士明・榊原秀訓『行政民間化の公共性分析』（日本評論社、二〇〇六年）、山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古希記念『公法学の法と政策』（有斐閣、二〇〇〇年）五三二頁、同「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、二〇〇八年）一七一頁、米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、一九九九年）、同「第三者認証機関論」室井力先生古希記念『公共性の法構造』（勁草書房、二〇〇四年）九七頁等を参照。

(4) 行政立法手続における参加・協働のあり方につき、欧米諸外国の動向を踏まえつつ、我が国の課題を総合的に検討する近時の先行研究業績として、宇賀克也『アメリカ行政法「第二版」』（弘文堂、二〇〇〇年）一二頁以下、大橋洋一「行政立法手続の比較法研究」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂、一九九九年）三四頁以下、常岡孝好編『行政立法手続 諸外国の動向と日本法の課題』（信山社、一九九八年）所収の各論稿、常岡孝好「Reg-Negの実験とアメリカ行政手続法の基層（一）」（四）『自治研究』第六九巻第六号四〇頁以下、同第六九巻第一〇号五五頁以下、同第六九巻第一号六五頁以下、同第七〇巻第一号六二頁以下（一九九三年）、一九九四年、中川丈久「米國行政法におけるインフォーマルな行政手続論」同『行政手続と行政指導』（有斐閣、二〇〇〇年）三〇七頁以下（特に三三五頁以下）、比山節男「アメリカ合衆国規則制定協議法制定の経緯とその意義」大阪経済法科大学法学論集第三五巻（一九九五年）八三頁以下等を参照。なお、行政手続法が規律する意見公募手続に関する論者は枚挙に暇がないが、さしあたり、宇賀克也『行政手続法の解説「第五次改訂版」』（学陽書房、二〇〇五年）一七〇頁以下、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、二〇〇八年）二八九頁以下、常岡孝好「パブリック・コメントと参加権」（弘文堂、二〇〇六年）等を参照。

(5) 民間規格や国際規格の立法による取込み現象をめぐる行政法学上の議論を紹介・分析する先行研究業績として、齋藤誠「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 行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）三三九頁以下、高橋滋「行政上の規範—安全基準を中心とした一考察」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）二四五頁以下、戸部真澄「不確実性の法的制御」（信山社、二〇〇九年）一二六頁以下、ハンス・クリスティアン・レール（大橋洋一訳）「多層型システムにおける行政法学」新世代法政策学研究

第六号(二〇一〇年) 八七頁以下、原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」『新世代法政策学研究第六号(二〇一〇年) 一一五頁以下、同「本質性理論の終焉?—国際金融市場規制を素材として」『新世代法政策学研究第一号(二〇一一年) 二五九頁以下、同「政策実現過程のグローバル化と国民国家の将来」』公法研究第七四号八七頁以下、山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』(青林書院、二〇〇八年) 一七一頁以下(一九四頁以下)等を参照。

(6) 規範制定局面における契約形式の利用可能性につき、近年のEU及びドイツの議論動向を紹介した研究業績として、参照、柴田優人「環境保全手法としての規範代替型契約の意義及び課題—EU環境協定をめぐる議論を素材として—」法学研究(立教大学大学院) 第四四号(二〇一三年) 一頁以下。なお、環境法領域における協働原則の発現形態の一つに位置づけられる環境協定について、EU諸国における議論動向を、総合的かつ体系的に紹介・分析する先行研究として、村松弓彦『環境協定の研究』(成文堂、二〇〇七年)を参照。

(7) 原田大樹「本質性理論の終焉?—国際金融市場規制を素材として」『新世代法政策学研究第一号(二〇一一年) 二五九頁以下は、近年「国際機構レベルでの法規範形成」が急速に浸透しつつある現状を踏まえ、バーゼル銀行監督委員会が策定する「銀行に対する自己資本比率規制」や国際会計基準委員会が策定する「国際会計基準」等の国際規格の実態を詳細に紹介・分析し、民主的正当性確保の観点から、当該国際規格を国内立法に取り込む際の前提要件と議会の役割を考察する。また戸部・前掲書(註五) 一二六頁以下(特に一三四頁以下)は、ドイツの連邦イミッション防止法上の法規命令や行政規則が、かなりの頻度で、「ドイツ技術者協会(VDI)」や「ドイツ規格化協会(DIN)」等の「私的機関」が策定した「民間規格」を参照している事実を踏まえつつ、当該民間規格を立法上取り込むための条件整備に積極的に取り組んできたドイツの動向(民間規格化団体の組織及び規格策定手続の改革)を紹介・分析する。

(8) Vgl. Florian Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S.575.

(9) ドイツ建設法典の内容・基本構造、並びに、地区施設整備契約や開発費用負担契約等、都市建設領域において締結される行政契約については、大橋洋一「行政契約の比較法的考察—建設法領域を中心として」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂、一九九三年) 一六一頁以下、ヴィンフリート・ブROOM(大橋洋一訳)『都市計画法の比較研究』(『日独比較を中心として』)(日本評論社、一九九五年)、都市開発制度比較研究会編『諸外国の都市計画・都市開発』(ぎょうせい、一九九五年)、

原田純孝・広渡清吾・吉田克己・戒能通厚・渡辺俊一編『現代の都市法』（東京大学出版会、一九九三年）等を参照。

- (10) Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: UGB-KomE1998, S.121f. 同草案第三六条が規定する規範代替型契約（ドイツは、後掲第二章（4）を併せて参照）。

- (11) ドイツ連邦自然保護法の概略及び全体構成等については、近時の改正点を含め、参照、渡部富久子「ドイツの連邦自然保護法改正—二〇〇六年連邦制改革を受けて—」国立国会図書館調査及び立法考査局「外国の立法」第二四五号（二〇一〇年）五六頁以下。

- (12) Becker, aaO (Fn.8) S.636. は、保護区域指定を行うための法形式として法規命令の制定を景観行政庁に対して授權するラント法の代表例として、ノルトライン＝ヴェストファーレン州自然保護法第四二a条第一項、バイエルン州自然保護法第三七条第三項第一文、ニーダーザクセン州自然保護法第二四条第一項、ブランデンブルク州自然保護法第一九条第一項を挙げる。

- (13) Becker, aaO (Fn.8) S.636f. は、法規命令形式による保護区域指定に代えて、土地所有者等との間での契約の締結可能性を認めたラント法の代表例として、ノルトライン＝ヴェストファーレン州自然保護法第三a条第一項第一文、バイエルン州自然保護法第二a条第二項第一文、ブランデンブルク州自然保護法第二条、ヘッセン州自然保護法二b条第一項を挙げる。

- (14) Vgl. Becker, aaO (Fn.8) S.634.

- (15) なお、本稿第二章及び第三章においても紹介する通り、法規命令形式による保護区域指定に代替して自然保護契約を締結することが法的に許容されるのは、「契約の内容（土地所有者等が契約上負う義務の内容）が、法規命令形式に於いて保護区域指定が行われた場合に土地所有者等が負うことになる義務の内容と一致し、したがって契約の成立をもって法規命令が制定された場合と同様の法律効果が達成される（契約により法規命令の制定が不要となる）場合」に限られる。その意味では、（a）自然保護契約—不真正規範制定契約（法規命令代替型契約）の内容と、（b）契約の対象となった法規命令（契約によって代替され、契約によって制定放棄の対象となった法規命令）の内容は一致する（厳密に言えば一致しなければならぬ）。ただし、景観行政庁が金銭的な補償、援助等を行うことを条件に、契約相手方たる私人（土地所有者等）

が、契約上、「超過義務（法規命令形式によって保護指定を行う場合には課することができなかったであろう義務）」の履行を任意に引き受けることは、基本権の任意処分（又は基本権行使）と見なされるが故に、法的に許容されるのであって、その限りでは、（a）自然保護契約—不真正規範制定契約の内容と、（b）契約の対象となった法規命令の内容は、必ずしも一致せず、（c）（b）となることはあり得る。ベッカーは次のように言う。曰く「かかる考慮に依拠すると、契約相手方たる私人が、なるほど法規命令形式による保護区域指定において課すことのできる義務の範囲を超えるものではあるが、しかし、自然保護契約という方法により、補償金の支払いと引き替えに「当該超過—訳者註」義務を引き受けることは許容されるのであって、この点に関して何ら疑義は存在しない。」と（Becker, aaO (Fn8), S.649）。

- (16) Willy Spannowsky: Grenzen des Verwaltungshandels durch Verträge und Absprachen, S.148.; Gurli Elke, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S.263.; なお、ベッカーは「Bプラン策定契約が、規範制定契約一般にとつて「教義上の典型」であるとして、次のように言う。曰く「法律より下位の法規範「法規命令—訳者註」の制定を内容とする契約「der intergesetzliche Normsetzungsvertrag」は、建築計画法領域における建築計画の合意「Bauplanungsabrede」という形態の中に、その根本的な考察「素材—訳者註」を見いだしてきた。その際、—比較的最近の立法動向に関する印象においてもそうであるが—、学説及び判例は、それらが、法律より下位の法規範「法規命令—訳者註」の制定を内容とする契約について議論を行う際、以下に述べる共通理解に達している。すなわち、法律より下位の法規範「法規命令—訳者註」の制定に関わる契約は、《行政法各論という特殊領域において発展・展開せしめられてきた諸々の原則が一体どの程度で当該規範制定契約に一般的に役立てられなければならないのか、という点を背景に：批判的な分析を受けなければならない》という共通理解がそれである。」と（Becker, aaO (Fn8), S.576）。

- (17) 衡量原則については、遠藤博也「計画行政法」（学陽書房、一九七六年）八七頁以下、芝池義一「西ドイツ裁判例における計画裁量の統制原理」法学論叢第一〇五巻第五号二二頁、高橋信隆「計画裁量とその裁判的統制」立教大学大学院研究第一号二頁以下、山田洋「大規模施設設置手続の法構造」（信山社、一九九五年）三〇五頁以下等を参照。なお山田洋教授の右著書（九一頁）をはじめ、石井昇「行政計画の策定と信頼保護—ドイツBプラン契約の有効性—」一橋論叢第一一〇巻第一号一〇五頁以下、大橋洋一「行政契約の比較法的考察—建設法領域を中心として」同『現代行政の行為形式論』（有斐閣、一九九三年）一六一頁以下（一七四頁以下）、村松薫「都市建設法に於ける計画契約手法とその法的統制（一）」福

井大学教育学部紀要Ⅲ（社会科学）第四九卷一三三頁以下等は、Bプラン策定契約を衡量原則違反と考えるドイツの議論動向を紹介・分析する。

- (18) Becker, aaO (Fn.8), S.587.
- (19) Becker, aaO (Fn.8), S.587f.
- (20) スパンノヴスキーもまた、ベッカーと同様の見解に立ち、次のように述べている。曰く、「特定の計画化を実施する義務を内容とする計画代替型契約、逆に特定の種類や方法で計画化を実施しない義務を内容とする計画回避型の契約は、いずれも、規範制定契約と同様の原則に従って評価される。事案状況に則して調整されなければならないかつたはずの諸々の利害関係が衡量のプロセスに取り込まれていなかったとすれば、当該衡量の欠如は衡量の瑕疵を導く。〔中略〕計画策定庁が公正な審理の要請に違反している場合や、計画策定庁が〔契約を通じて―訳者註〕事前に拘束されており、それが事実上計画策定庁から計画高権を奪い取っているような場合には、当該先取的拘束に伴って生じうる衡量の不足は、計画策定決定の瑕疵ではなく、既に計画に代替した契約の瑕疵を導く。」と (Vgl. Spannowsky, aaO (Fn.16), S.152.)。
- (21) Becker, aaO (Fn.8), S.590f.
- (22) Becker, aaO (Fn.8), S.592; Spannowsky, ssO (Fn.16) S.50f.; Elke, aaO (Fn.16), S.370.
- (23) BVerwG, Urt. v. 5.7.1974 (BVerwGE45, S.310ff.).
- (24) BVerwGE45, S.321; なお、スパンノヴスキーの理解によると、「先行計画や上位計画との関係で、計画官庁に計画裁量及び衡量の余地が残されておらず、Bプラン策定契約において合意された内容で地区詳細計画を策定する以外に途がない場合」などといった希な事案においてのみ、Bプラン策定契約は、結果論として「衡量原則違反」とはみなされず、例外的に、その許容性を肯定される。曰く、「拘束力をもった規範制定契約は、以下の場合にもまた例外的に、衡量の要請と調和する。すなわち、計画官庁の衡量の余地が、先行計画や特殊計画、上位計画を通じて、いずれにせよ、ある特定の計画化のコンセプトにまで凝縮している場合である。それは例えば、ある道路が、国土整備計画 (Raumordnung) や州の国土整備計画 (Landesplanung) の目標として決定されており、かつ、当該道路に関する個々の建設基本計画 (Bauleitplanung) が都市計画に必要であることが肯定されなければならない場合に認められる。こうした場合においては、当該道路の計画化を義務づける隣人とゲマインデとの間での規範制定契約は、計画上の衡量要請には違反しないのである。」(Vgl. Spannowsky,

aa.O (Fn.16), S.151.)。

(25) Becker, aa.O (Fn.8), S.594.

(26) Becker, aa.O (Fn.8), S.597.

(27) Becker, aa.O (Fn.8), S.596.

(28) Bプラン策定契約を損害保証契約と見なし、その限りにおいてその法的拘束力を承認した代表的な判決として BGH, Urt. v. 8. Juni 1978 (BGHZ71, S.386 (392ff.)) がある。連邦通常裁判所の同判例理論については、大橋・前掲(註17) 論文一七六頁以下を併せて参照。

(29) Udo Di Fabio, Vertrag statt Gesetz? — Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur und Landschaftsschutz —, DVBl. 1990, S.338ff (S.344); なお、ディ＝ファビオの見解については、本稿第二章(一)におおづ、改めて詳しく紹介・分析する。

(30) Becker, aa.O (Fn.8), S.597f.; の点については、大橋・前掲(註17) 一七六頁を併せて参照。

(31) Di Fabio, aa.O (Fn.29), S.338ff.

(32) Di Fabio, aa.O (Fn.29), S.342f.

(33) 「不真正規範制定契約を通じて、法規命令の制定権限が——契約期間中——全面的に放棄されること」を懸念する見解は、ディ＝ファビオのほか、エルケ(Gurliet Elke)によってもまた主張されている。とはいえ、両者の見解は、以下の点で大きく異なる。すなわち、本文でも既に述べた通り、ディ＝ファビオは、不真正規範制定契約を「損害賠償の確約」と見なし、その限りで契約に法的拘束性を認めつつも、他方では、契約が「法規命令を制定しない行政側の法的義務」及び「法規命令の非制定を求める私人側の履行請求権」を基礎づけることは「ない」と結論づける。彼は、こうした解釈を施すことによって、「法規命令制定権限が不真正規範制定契約を通じて全面的に放棄される事態は回避・阻止される」考えたのである。したがって、——本文でも後に指摘するように——、ディ＝ファビオの理解によれば、不真正規範制定契約の規律内容が法規命令の規律内容と完全に一致することはあつてよい(むしろ、契約の規律内容が法規命令の規律内容と一致するからこそ、又は、両者が一致する限りにおいてのみ、契約の成立をもって法規命令を制定する必要がなくなる)のである。これに対しエルケは、規律強度及び規律効果の点で法規命令に匹敵し、それを先取りするような規範代替型契約——不真正規範制定契約は「法規

命令制定権限の全面放棄」につながるため許容されないという。すなわちエルケの理解によると、不真正規範制定契約は、それが「法規命令制定授權の範囲」を「完全に行使し尽くすことがない場合」契約が法規命令の規律対象の一部を規律するに過ぎない」場合に限り許容されるのであって、ディ＝ファビオとは異なり、不真正規範制定契約の規律内容が法規命令の規律対象と完全に一致することは、むしろ「あつてはならぬ」のである。Elke, aaO (Fn16), S.266. に見られる以下の叙述「法規命令制定権限の授權範囲を行使し尽くさない、そうした契約については、契約による規律・形成を行う余地が認められる。」「規範代替型契約「不真正規範制定契約—訳者註」を部分的に考慮しうるのは、行政がその立法裁量の範囲内で、正式なる保護区域指定「法規命令形式による保護区域指定—訳者註」を完全に思いどまり、かつ、これに関連する契約の合意が、将来に於ける規範の制定を完全には排除しない場合に限られる。」—は、こうしたエルケの立場を明確に示している。

(34) Di Fabio, aaO (Fn20), S.344

(35) ディ＝ファビオは、次のように言いつ。曰く「自然保護と自然景観保護の目標が任意的な合意を通じて達成される限りで、法的拘束力をもった公法契約は、さもなくば発動されたであろう法規命令に、一部又は全部にわたって代替しうる。なるほど、それは以下の場合には不可能である。すなわち、保護措置の規律の中核が、不特定多数の、或いは多数の名宛人に向けられている場合である。なぜなら、第三者の負担となる契約は締結され得ないからであり、全く実現不可能な、或いはほとんど実現不可能な、連邦行政手続法第五八条が規律する同意要件が生じるからである。これに対し、保護区域の指定が、一乃至若干名の土地所有者に向けられているに過ぎない場合には、規律技術的にみて、行政契約という行為手法に対する妨げは存在しない。さらに、保護のコンセプトを、一般的拘束力をもった法規命令と、個々の利害関係人との間での一乃至複数の行政契約に分配することも考えられる。したがって例えば、一般大衆に関連する立入禁止は、これを警察命令の意味での法規命令で行い、他方、利用制限や保護措置については、これを土地の所有者との間で契約により確立することは可能である。最後に、基本的事項について法規命令を発動し、これに対して細目と転換方法について、詳細な形成を行政契約に委ねることも可能である。」と(Di Fabio, aaO (Fn20), S.340f.)。なお、ベッカー(Becker, aaO (Fn8), S.640f.)もまた、右に引用したディ＝ファビオと同じ見解を示している。

(36) Joachim Scherer, Rechtsprobleme normsetzender Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des

Umweltrechts, DÖV, 1991, S.14f.

- (37) それ以外の論点については、ディールファビオとシェーラーの間に、立場・見解の本質的な相違点を見いだすことはできない。すなわちシェーラーもまた、ディールファビオ同様、衡量原則違反及び衡量手続違反を理由としたBプラン策定契約の原則不許容論を基盤に、真正規範制定契約一般については、その許容性を原則的に否定しつつ、他方、規範代替型契約—不真正規範制定契約については、それが真正規範制定契約とは異なり、規範を制定する際に為すべき衡量を毀損することになれば、規範制定手続に違反することもないことを根拠に、その許容性を肯定する立場に立っているのである (Vgl. Scherer, aaO (Fn.36), S.4f.)。

- (38) 連邦行政手続法第六〇条については、参照、石井昇『行政契約の理論と手続—補助金契約を素材にして—』(弘文堂、一九八七年)二四八頁以下、拙稿「行政契約の法理論(二)」北大法学論集第五二巻第六号六七頁以下。

- (39) 「連邦行政手続法の第四部が規律する公法契約規定(第五四条以下第六二条)の規範制定契約への適用可能性」については、学説上、肯定説と否定説の対立が見られる。否定説の代表がクネーベル (Jürgen Knebel) である (Jürgen Knebel, Selbstverpflichtungen und normsetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S.173ff.)。彼は、連邦行政手続法の第九条が「本法において行政手続とは、行政行為の要件の審査、準備及び発給、または公法契約の締結を目的とした外部に対して効力を持つ行政庁の活動をいう。これには行政行為の発給または公法契約の締結が含まれる。」と規定することから、「同法は、個々具体的な事案を規律する執行行為と一般抽象的な規律(規範行為)とを区別している。」とし、「同法は、前者—即ち、執行行為としての行政行為と行政行為代替型の公法契約についてのみ適用を見る。」と考える。クネーベルの理解によると、規範制定契約を締結する行政庁の活動は「規範制定活動」である。他方、行政庁の規範制定行為は、連邦行政手続法の規律対象ではない。故に、「連邦行政手続法が、—第四部公法契約規定を含め—、規範制定契約に直接適用されることはない」と結論づけるのである。とはいえ、クネーベルは、連邦行政手続法が規律する公法契約規定が、規範代替型環境協定—不真正規範制定契約に対して「類推適用」されることは認めている (S.176)。したがってシェーラー (Scherer, aaO (Fn.36), S.4) が指摘するように、連邦行政手続法の適用可能性をめぐる学説の論争は、実務上、それほど大きな意味を持っていない。なお、環境法典独立専門家委員会草案第三六条第一項は、公法契約の締結につき書面形式を要求する連邦行政手続法第五七条と、契約締結後の事情変更または公共の福祉への重大な損害の発生を理由とした公

法契約の適状及び行政庁による一方的解約権を規律する同法第六〇条についてののみ、同草案第三六条が規律する規範代替型環境協定への適用を認める明文規定（草案）を置いている。環境法典独立専門家委員会草案第三六条については、第二章（４）を併せて参照。

- (40) Vgl. Scherer, a.a.O. (Fn.36), S.6.
- (41) Vgl. Spannowsky, a.a.O. (Fn.16), S.149f.
- (42) 環境法典独立専門家委員会草案第三六条が規律する規範代替型契約については、参照、M.Kloepfer（神橋一彦訳）「環境法典草案（独立専門家委員会草案 UGB-KomE）における自己規律について」栗城壽夫他編『人間・科学技術・環境』（信山社、一九九九年）一八九頁以下。
- (43) UGB-KomE, a.a.O. (Fn.10), S.111f.
- (44) UGB-KomE, a.a.O. (Fn.10), S.121f.
- (45) UGB-KomE, a.a.O. (Fn.10), S.510.
- (46) UGB-KomE, a.a.O. (Fn.10), S.511f.
- (47) ただし、環境法典の独立専門家委員会は、「契約締結手続」に関しては、シェーラーとは根本的に異なった見解を示している。先述の通りシェーラーは、「ディールファビオ同様」、不真正規範制定契約が「規範制定手続を毀損することはない」と考える。彼らの理解によれば、不真正規範制定契約は「規範の制定を回避する」ものであるため、「規範を制定する際の手続」を踏む必要は「ない」のである。これに対し独立専門家委員会は、「《契約締結手続》と《法規命令の制定手続》との《完全一致》」を要求する。即ち、委員会草案の第三六条第一項「第二文」「同第三文」によると、契約によって代替される法規命令が、制定・公布に先立って「連邦参議院の同意」「環境委員会の聴聞」「連邦議會の同意」「大衆参加」を必要とするなら、これに代替する契約もまた、その締結に先立って「連邦参議院の同意」「環境委員会の聴聞」「連邦議會の同意」「大衆参加」を必要とするのである。委員会は、こうした規定草案を提案した理由を次のように述べる。曰く、「第三六条第一項―訳者註」第二文及び同第三文は、連邦参議院、連邦議會の関与権、並びに、環境委員会と公衆の聴聞権が、対応する内容を持った法規命令に代えて締結された契約によって空洞化されることがないことを保障するものである。したがって、規範代替型契約は、手続法上、対応する内容を持った法規命令と同じ要件を満たさなければならないのである。」と（Vgl.

UGB-Komf. aaO (Fn10, S511)。⁴⁸⁾ なお、クネーベルもまた、右に見た委員会草案と同様、「規範代替型契約は法規命令制定手続と同じ手続を踏まなければならない」との立場に立脚しつつ、この事実を根拠として、「規範代替型契約には、公法上の契約に關して一般に指摘される諸々の利点―迅速性、柔軟性、行政労力の低減等の利点―は、存在しない」との見解を示しつつ、(Knebel, aaO (Fn39, S221f))。

(48) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S673S.679.

(49) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S678f.

(50) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S679.

(51) ベッカーは言う。「憲法上の評価にあたっては、以下に述べる二つの観点が区別されなければならない。第一段階においては、規範制定権限の行使に關する法律制定上の関与の度合いが重要である。すなわち、《委任若しくは授權を行った議會が、法律上の明文規定を以て、同意権の留保 [Zustimmungsvorbehalt] や契約締結権限 [Vertragsschlussbefugnis]、又は協定による規範制定 [Normsetzung durch Vereinbarung] を規律しており、これにより、名宛人に対して―明示的に―法律より下位にランクされる規範の制定にあたって共同すること [Zusammenarbeit] を強要 (又は授權) しているのか》、それとも、《立法者は、第三者が規範の制定に拘束力をもつて参加することがあり得るということ、そしてそれによって、〔規範制定―訳者註〕権限が、全部又は一部、処分可能であることを、少なくとも默示的に知らせているのか?》である。これらの二つのケースのうちの一方が存在するなら、第二段階において、当該「規範制定権限を―訳者註〕〔処分可能なものにする〕と [Verfügbarmachung] についての憲法上の限界が探求されなければならない。立法者は、規範契約―すなわち、国家規範を、国家と社会の間で締結される協定を通じて生み出す方法―を導入するにあたって、又は、規範を準備するための申合せ [normvorbereitende Absprache] を許容するにあたって、一体どの程度で自由なのであろうか?」と (Becker, aaO (Fn8), S679f)。

(52) 法規命令の制定権限を授權する法律規定の趣旨・目的からして、唯一、「法規命令」形式においてのみ法律関係を規律することが許され、逆に契約形式による規律 (契約による法規命令への代替) が法律上禁止されていると考えられる場合が存在する。こうした「法規命令形式の利用強制 (契約形式の禁止) が、具体的にどのような局面に存在するのか」を個別に検討したのが、レンゲリング (Hans Werner Rengeling) とクネーベルである。彼らの共通理解によると、法規命令

制定授權を行う各種法律のうち、例えば「原子力法」は、放射性物質の取扱いや原子力施設の設置・操業等に際して必要となる「許認可」等の「審査基準」につき、「法規命令」形式による規律を委任しているが、「保護法益の高さ」、「潜在的危険性の高さ」、「強い国家監督の必要性」等に鑑みると、これら審査基準は、必ず「一般拘束性」をもって規律される必要がある、したがって、原子力法においては、その全領域において「黙示的な契約形式の禁止」が前提とされなければならないという。また、これと同様の理由から、「遺伝子工学法」領域等に於いても、法規命令形式の利用強制＝契約形式の禁止が見いだされるという。この点については、Vgl. Knebel, aaO (Fn.39), S.180ff.; Hans-Werner Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S.189.

(53) Vgl. Becker, aaO (Fn.8), S.681f.

(54) UGB-Komf. aaO (Fn.10), S.505f.

(55) Hans Joachim Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL52, S.207f.

(56) 真正・不真正を問わず規範制定契約の許容性をほぼ全面的に否定する論者は別として、少なくとも不真正規範制定契約（法規命令代替型契約）につき、—細かな見解の違いはあれ—、その許容性を一定の条件下で許容する論者は、ディ＝ファント (Vgl. Di Fabio, aaO (Fn.29) S.342f.) であれ、レンゲリング (Vgl. Rengeling, aaO (Fn.52), S.190.) であれ、クネーベル (Vgl. Knebel, aaO (Fn.39), S.159) であれ、エルケ (Vgl. Elke, aaO (Fn.16), S.264f.) であれ、いずれも、法規命令制定権限に付随する立法裁量権の中に、「法規命令形式と契約形式間での行為形式選択裁量」が含まれることを前提としている。

(57) Vgl. Becker, aaO (Fn.8), S.682.

(58) Vgl. Becker, aaO (Fn.8), S.687ff.

(59) ベッカーは、次のように言う。「まず初めに問題となるのは、立法者が、（例えば協定又は同意留保を通じて）複数の規範制定権者が協働して法の制定を行うことを指示しており、両関係者が等しく憲法上、規範制定権限の排他的な受任権限「Delegatare」を持ち得るような場合である。基本法第八〇条第一項の領域においては、《基本法第八〇条第一項に掲げられた名宛人のうちの二つによって共同行使せらるる》というやり方において法規命令「の制定権限—訳者註」を授權することにつき、これを阻害する要因は何ら存在しない。」と (Becker, aaO (Fn.8), S.688f.)。

(60) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S.689f.

(61) なお、環境法典独立専門家委員会草案は、草案第三七条が規定する要件を満たす場合において、草案第三六が規律する法規命令代替型契約の法的拘束力の及ぶ範囲を、契約当事者以外の第三者にまで及ぼすこと（これを一般拘束宣言という）を認めている。独立専門家委員会は、「法規命令代替型契約の締結に応じた事業者団体（及びその加盟企業等）が契約上の義務を負う一方、契約を締結しない団体（及びその加盟企業等）が謂わばアウトサイダーとして、契約上の義務はもろろん、法規命令―それは他者が締結した契約により制定が放棄されている―によってもまた義務を課されない状態（フリーライド）となることを阻止する」ために、「労働協約に関する一般拘束宣言」を規定した労働協約法第五条を参考に、このような規定の創設を提案したのである。問題は、その評価である。クレプファー（Michael Kloepper）のいうに、この規定を「法的新境地（rechtliches Neuland）に足を踏み入れるもの」と評する論者（Vgl. Michael Kloepper/Wolfgang Durner, Der Umweltgesetzbuch-Entwurf der Sachverständigenkommission, DVBl. 1997, S.1081ff (S.1086).）が存在する一方、エルケのように、「労働協約が、一般拘束宣言により、その効力範囲を協定締結当事者以外にも及ぼしうるのは、基本法の第九条がそれを認めているからである」とし、「こうした憲法上の正当化根拠もなく、草案第三六条が規律する法規命令代替型契約に対して一般拘束宣言制度を導入することは不可能である」とする見解もまた存在するところである（Vgl. Elke, aaO (Fn. 16), S.317f.）。

(62) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S.634ff.

(63) Vgl. Becker, aaO (Fn8), S.633f. なお、ツィーコー及びツィーゲル（Ziekow/Siegel, Entwicklung und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: VerwArch. 94 (2003), S.593f., VerwArch. 95 (2004), S.133f.）もまた、法規命令形式による保護区域指定に代替する「自然保護契約（法規命令代替型契約）」が、規範内容の共同形成に関わるものではなく、むしろ、連邦自然保護法の適用・実施に関わる行政契約であることを認めて次のように言う。「連邦自然保護法の新版は、連邦自然保護法の領域に於いて制定される法規命令を実施するための措置を講ずるにあたり、その目的が契約的合意を通じてでもまた達成されうるか否かを審査するよう、ラントに求めている。また連邦土壤保護法新版の第三三条第二項および同第三項に従って行われる保護区域指定の場合、「法規命令によった場合と―記者註」同等の保護が契約的合意を通じて保障される場合には、「法規命令による―記者註」保護区域宣言は行わないことができる（連邦土壤保護法第三三条第四項）。

これら二つの規定は、契約による自然保護という目的の追求可能性を強調し、またこれにより、契約による自然保護という考え方に広範な余地を開くことを意図している。「中略」このように個別法は、公法上の契約の締結に関してあらかじめ規範上の整序を行っているが、全体として見れば、それが目的とするところは、何よりもまず、契約の内容となり得る事項を法規定において指摘し、当該法規定を手掛かりとしながら、契約という行為形式を選択する裁量が与えられている旨を、法の適用にあたる行政庁に対して指摘することにある。こうすることによって、契約形式を利用するための準備が促進されることを意図しているのである。」(傍点筆者)(Vgl. VerwArch. 94 (2003), S.602f.)。

- (64) ドイツ連邦行政手続法第四部「公法契約規定(第五四条以下第六二条)」は、まさしく、行政行為代替型契約に関する実体統制規定を規律するものである。右規定の内容及び成立過程等については、参照、拙稿「行政契約の法理論(一)」(五・完)「北大法学論集第五二巻第四号七三頁以下、同第五二巻第五号一六九頁以下、同第五二巻第六号五三三頁以下、同第五三巻第一号八七頁以下、同第五三巻第二号六三三頁以下。

- (65) Vgl. Becker a.a.O. (Fn.8), 600. なお、EUにおいては近年、欧州委員会を中心に、EUの指令を国内法化する手段として環境協定を活用することが志向されており、実際、二〇〇〇年の中古車両指令では初めて「指令の一部を環境協定により代替しうる」とが明文の規定をもって認められ、併せて、環境協定に関する内容上及び形式的要求が盛り込まれたようである(参照、柴田・前掲(註6)二三頁以下)。柴田氏の説明(同論文二四頁)によると、「指令の国内法化に関連する右環境協定は、法令による公式の国内法化と結びつけられており、指令を国内法化するために制定される公式の国内法令は、(a)協定を締結し、それを遵守する当事者に対しては適用されず、(b)協定を締結しない者に対しては適用される関係にある」とのことである(指令を国内法化する法規範と協定の併存)。筆者(岸本)にとつての関心は、「EUの指令を国内法化するために制定され、協定を締結しない事業者等に適用されることになる法規範の内容が、具体的にどのようなプロセスを経て決定されてゆくのか」にある。実態が必ずしも明らかではないため、最終的な評価は留保せざるを得ないが、仮に「協定に併存する国内法令の規定内容が、《協定を締結し、以て当該国内法令の適用を免れることになる民間法主体との間での交渉・合意・契約》を通じて共同決定されている」とすれば、それは「民主的正当性のない一部の民間法主体に対して、契約上、法的拘束力をもって規範内容を共同決定する権限を付与した」ことになり、少なくとも本稿で紹介したベッカーの理論構成に依拠する限り、憲法上の疑義が提起される可能性も否定できないようにも思われる。

欧州司法裁判所は指令の国内法化に関連する右環境協定手法に対して否定的な立場をとっているようであるが、その理由の分析をはじめ、右環境協定に対する行政法・環境法学説の評価及び議論動向に注目したい。

(66) 法的拘束力のない申合せ (Absprache) に *gegenüber*, Vgl. Brohm, aaO (Fn2), S.1025ff; Eberhard Bohne, *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes*, *Verwaltungs Archiv* 75, S.343ff; Spanowsky, aaO (Fn16), S.449ff.

(67) Spanowsky, aaO (Fn16), S.155f.

(68) 事実ベッカーは、法的拘束力を持たない「申合せ」にあつては、行政庁が、少なくとも法的には、常に単独で法規命令制定権限を行使しうる状態にあることを理由に、その許容性を全面否定する見解には立つてゐない (Vgl. Becker, aaO (Fn8), S.690)。

(69) ブローム (Brohm, aaO (Fn2), S.1031) は、法的拘束力を持たない申合せのうち、特に不真正規範制定型の申合せ (法規命令代替型申合せ) に焦点を当て、実務上実践された複数の事例 (例えば、アスベスト産業の団体が健康を損なうアスベストのセメント製品における含有量を一定期間内に五〇%にまで削減する旨を約束した後、暫定的に、連邦イミッシェン防止法第三十五条第一項、化学物質規制法第一七条第一文第一号に基づく法規命令の制定が放棄された事例等) を紹介しつつ、当該自主規制・申合せの意義と統制法理を検討・分析している。彼の理解・説明によると、自主規制・申合せには、「幾つかの利点」—即ち、①法的命令という複雑な形式の付与を回避し、場合によると長期化しかねない紛争を迅速に一掃することに寄与する、②国家と産業界との間での包括的かつ相互的な情報交換を促進し、問題状況の正確な把握と認識の共有に役立つ、③企業のノウハウを獲得することに寄与する、④国家は、変化した状況に迅速かつ柔軟に対応することが可能となり、他方、産業界は、国家によってあらかじめ設定された方法にとらわれずに、革新的で市場に適した形での新たな問題解決策を展開するチャンスを与えられる—が存在する一方、逆に「欠点又は疑念」として、①法治国的・民主的保障を本質的に構築している行為形式や手続が、国家と経済界の協働により、空洞化され、または回避される危険性、及び②決定を行った行政庁の明確な責任が弱められ、関係人、特に申合せに関与していない第三者利害関係人の権利保護が不十分なものになる危険性が存在する。ブルームは、かかる認識を基盤に、「組織法」「実体法」「手続法」の各局面に渡つて、以下に述べる申合せの統制法理を提示している。即ち、彼の理解によると、法的拘束力のない申合せは、①その内容を規範(法

規命令)によって一方的に規律しえたであろう機関のみが締結しうる(組織法的統制)。他方、②申合せは、過剰規制禁止原則及び比例原則に違反してはならず、したがって、申合せの内容、目的、規模は、申合せによって制定を見送られる法規命令の授權範囲を超えてはならない(実体法的統制)。さらに、③非拘束的な申合せを事実上解約し、その上で、より強い拘束力を持ち、かつ法国的により強く保護されている法規命令や条例といった形式での一方的命令を発動する可能性が常に担保されていなければならない(立法権限放棄の禁止)のである。残る問題は、申合せに対する手続統制であるが、ブローームは、例えば環境保護団体や連邦参議院など、法規命令の制定手続に関与しうる法主体の手続参加が、申合せの締結によって回避・形骸化される危険性を認めつつも、申合せに対して法規命令の制定手続を準用することには反対している。インフォーマルな申合せによって意図されている手続の複雑さの回避と、これに伴う手続の迅速化という効果が、これにより大幅に損なわれるからである。ただしブローームは、申合せが手続的統制から完全に自由であると考えているわけではない。彼は、「インフォーマルな申合せは、行政に対し、試行錯誤しながら[im Wege des trial and error]、状況を暫定的に改善する可能性を模索するチャンスを与える。環境保護団体は、こうした規範的規律の前域において申合せの成果を批判的に監視監督し、申合せの成果が不十分で、高権的介入が必要となった限りで、拘束力をもった規律の制定に参加することのなかに、その機能見出す。その限りで環境保護団体の参加権は、いわば時間的に延期されるのである。」⁽⁷⁰⁾という、申合せの「実験的性格」を強調しつつ、そのための前提として、申合せの「公開義務」を主張するのである。右に紹介したブローームの見解を含め、自主規制・申合せに関するドイツ行政法学説の議論動向の紹介及び分析については、改めて別稿にて行いたい。

- (70) ドイツの医療保険制度(とりわけその中核をなす)疾病保険制度については、その制度史を踏まえつつ、現行の法システムを体系的かつ詳細に紹介した先行研究行政として、倉田聡『医療保険の基本構造—ドイツ疾病保険制度史研究』(北海道大学図書刊行会、一九九七年)の他、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正当化(一)」「(二)」名古屋大学法政論集第二四二号二六一頁以下、同第二四七号四九頁以下、同第二五一号三四七頁以下、並びに原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究(九州大学)第六九巻第四号(二〇〇三年)一〇九頁以下(特に一三四以下)等を参照。
- (71) ドイツの社会法典が規律する「規範契約」の全貌については、Becker, a.a.O.(Fn8), S.598-633を参照。
- (72) ベッカーは、ドイツの社会保障制度において長い伝統を持ち、戦後も社会法典の中に取り込まれ、規律された規範契約

についても、本稿が考察の対象とした規範制定契約同様、民主的正当性確保の観点から、多角的かつ批判的な分析を行っている (Becker, aa.O (Fn.8), S.692S.723)。規範契約に関してベッカーが展開した議論の紹介及び分析については、他日、別稿で改めて論じたい。