

いて、一応の証明が認められる事件ではありません。その法律が厳格な日本法の視点から検討され、事実が原告の有利に考慮されるときでさえも、原告は立証責任を負わされるものではありません。

私はこれ以上、何もありません。

裁判長： それは第715条ですか、それとも第751条ですか？

ヘイグッド代理人： 第715条です、裁判長。

裁判長： 明日の朝まで、この申立てについて何らの判断をするつもりはありません。今晚は少し時間があります。私はこれをもう少し見てみたいと思います。第715条に関する原告の翻訳は、むしろその法規の意味を無意味化するものであると私は考えています。第715条はすべての行動を網羅しようとするものではないことは明らかですが、これらの事例はすべての行為が網羅されるように思われます。換言すれば、絶対責任です。日本法が絶対責任を負っていたとするならば、被用者の雇用範囲を画するというよりも、むしろ絶対責任を規定しているように見えます。しかし、そうであるならば、私は明日の朝、決定を下すつもりです。

明日の午前9時まで休憩します。

(法廷は1964年7月8日午後4時39分に休廷した。)

続く

以下、「沖繩の民事陪審(4)」マテシス・ウニウェルサリス第20巻第2号(獨協大学国際教養学部)及び「沖繩の民事陪審(5・完)」同第21巻第1号に所収

《翻 訳》

ドイツ行政法における新たな課題と発展

マルティン・イブラー
山田 洋(訳)

コンスタンツ大学のマルティン・イブラー教授(Prof.Dr.Martin Ibler)は、2019年3月、科学研究費基盤研究C「気候変動に適応する土地利用計画の法システム」(代表・山田洋)の招聘により、初めて来日され、東京(専修大学)および福岡(西南学院大学)において講演されたほか、獨協大学や京都大学を訪問され、研究者との交流の機会を持たれた。本誌に掲載する二つの論稿は、本稿が東京における講演、次の「計画確定」が福岡における講演の翻訳であり、前者については山田が翻訳し、後者については山本紗知准教授(東京経済大学)に翻訳の労をお願いした上、山田が監修している。いずれも、当日は、一部を省略して講演されたが、脚注を含めた完全版の形で翻訳している。なお、イブラー教授は、1955年生まれ。ゲッティンゲン大学で学位および教授資格を取得された後、2001年からコンスタンツ大学教授。計画法や環境法の分野などを中心に活躍されている第一線の行政法研究者である。

- A. ドイツにおける行政法概念、対象、目的、特質、構造そして内容
- I. 概念と対象
 - II. 目的と特質
 - III. 構造と内容
 1. (行政訴訟法を含む)一般行政法
 2. 特別行政法

B. 現在の課題と発展の傾向

I. グローバルな課題

1. 国際テロリズム
2. 気候変動
3. 技術発展、インターネットとデジタル化

II. ヨーロッパ的な課題

1. ドイツ再統一
2. EUへのドイツの加盟と行政法のヨーロッパ化
3. ヨーロッパにおける難民危機のドイツ行政法への影響

III. 国内法的な(法政策的)課題

1. 民間化と国家の保障国家への変貌
2. 行政活動の透明性
3. いわゆるエネルギー転換と原子力エネルギーからの脱却
4. 大規模インフラのプロジェクトに関する行政決定と手続は新たに規律されるべきか?

C. 総括的評価

A. ドイツにおける行政法の概念、対象、目的、特質、構造そして内容

I. 概念と対象

ドイツにおいては、公行政に関する法を行政法と呼ぶ。それには、連邦、州および市町村における高権的行政活動の組織、任務、権限そして義務に関する法的規律、さらにはその行政手続、違法な行政活動への統制と賠償に関する法的規律が含まれる。そのほか、行政法の対象には、行政に対する個人の主観的公権とその権利の行政裁判所による保護も含まれる。

II. 目的と特質

ドイツにおいては、行政法は、とりわけ、行政の公法上の活動の法律適合性

を確保しなければならない。したがって、行政の高権的行為は法律に違反してはならず、この拘束を「法律の優位」¹⁾と呼ぶ。さらに、すべての不利益を課す行政の高権的活動は、法律の授權を要するが、この拘束を「法律の留保」²⁾と呼ぶ。いわゆる侵害行政においては、両原則が妥当するが、ここでは、国家は、命令や禁止によって市民に対峙し、あるいは、事実行為³⁾などの他の方法で市民に不利益を課すことになる。それに対して、市民の権利を侵害することなく、給付を提供するに過ぎないいわゆる給付行政においては、行政は、法律に違反することを避ければ足る。侵害の性格を欠く単なるサービス(例えば、警察による救助活動やパトロール)においては、行政は、原則として、明示的な法律の授權を要しない⁴⁾。

このような規律は、ドイツにおいては、行政裁判所が設立された19世紀終盤から、150年以上にわたって発展してきた。今日では、これらは、法治国家の特質として、憲法上の位置づけを得ている(基本法20条3項)。それらは、憲法や法律だけではなく、判例と法律学によっても、形成され、明確化されてきた。同じように、すでに述べた法律の優位と留保のほかに、ドイツ行政法における法治国家的なメルクマル、たとえば権利保護の保障、比例原則、信頼保護原則なども生まれた。これらの原則は、行政の法律適合性に資するのみならず、行政法の他の二つの目的、すなわち法的安定性と公権力に対する市民の権利保護にも資するものである。

行政の法律適合性、法的安定性そして市民の権利保護を有効かつ持続的に機能させるため、行政法の理論(さらに、その暗黙の内に承認されている基本的ルール、定説そして構造)⁵⁾や個別の法解釈の方法が常に発展してきた。従来

1) Vgl. z.B. *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1 ff.

2) *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, a.a.O., Rn. 3 ff.

3) たとえば、警告などの情報的手法。vgl. *Martin Ibler*, Polizeirecht, Rn. 150, in: Jörg Ennuschat/Martin Ibler/Barbara Remmert (Hrsg.), Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2017.

4) Vgl. z.B. *Martin Ibler*, a.a.O., Rn. 144.

5) たとえば、行政決定における許容性(Zulässigkeit)と正当性(Begründetheit)と

の解釈方法(文言解釈、体系解釈、論理解釈、歴史解釈)と並んで、行政法の憲法適合的、ヨーロッパ法適合的、場合によっては国際法適合的な解釈、さらにはいわゆるヨーロッパ法の優先適用といった新たな方法が現れた⁶⁾。それ故、今日のドイツでは、行政法は憲法の具体化であるとともに⁷⁾、ヨーロッパ法の具体化とも見られる⁸⁾。このことは、とりわけ、行政裁量について、明らかである。かつての行政庁の「自由な」裁量は、もはや今日では存在しない。それに代わって、行政裁量は、裁量の多くの法的限界によって制約されている⁹⁾。こうした限界の遵守は、上級官庁だけでなく、独立した行政裁判所によっても統制されている。70年前から、瑕疵なき裁量行使を求める市民の多くの請求権(主観的公権)が認められてきた。この場合、市民は、行政裁判所への訴訟によって行政に裁量の限界の遵守を義務付けることができる。同様の法的制約の強化(あるいは法化)は、例えば、建築区域、道路、鉄道施設、空港、廃棄物埋立処分場さらに大規模なガス輸送や送電などのインフラ事業の計画など、計画や衡量を前提とする重要な行政決定においても見られる。それによって、今日では、行政裁量と同様に、行政庁の計画における衡量も裁判による統制が可能となった。この計画統制の最も重要な基準は、官庁に一定の衡量瑕疵を禁ずる衡量原則である。裁量と同様に、衡量についても、自己の私的利害に関する瑕疵なき衡量を求める市民の多様な請求権が認められている。

衡量という行政による思考あるいは判断の方法については、行政法学におい

の区別やその形式的適法性と実体的適法性との区別、あるいは、一般行政法と特別行政法との相違など。

6) Vgl. z.B. *Hartmut Maurer*, Der Anwendungsvorrang im Normensystem, in: Michael Sachs/Helmut Sieckmann (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag 2012, 101; *Andreas Funke*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733.

7) Grundlegend *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527.

8) *Ulrich Battis*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988.

9) Vgl. z. B. *Robert Alexy*, Ermessensfehler, JZ 1986, 701.

て50年前から判決や学説によって論じられ体系化されてきたが、たとえば、解釈、包摂または裁量ほどには、十分には研究されていない。とくに、いわゆる計画における衡量について、それが言える。たとえば、建築区域や道路の計画を行政庁が法律によって授権された場合、計画部局は、計画に関する「形成の自由」を有する。衡量瑕疵がない限り、行政庁は、計画に関する自己の意思を形成し実現する¹⁰⁾。したがって、「計画」は、事実の具体的な調査やプロジェクトに関係する利害の正しい重みづけと慎重な衡量のみによって構成されるわけではなく、計画に関する衡量に影響し、また影響すべき意思の要素を含むものであるが¹¹⁾、なお、それは十分に研究されていない。

Ⅲ. 構造と内容

しかし、大局的に見れば、ドイツ行政法は、十分に、体系化され、整理され、一貫性を有している。それは、一般行政法と多くの部分領域の特別行政法とに分けられる。いくつか挙げれば、危険排除法、自治法、公建築法、公経済法、環境行政法、計画法、データ保護法、公務員法、学校法および大学法などである。

1. (行政訴訟法を含む) 一般行政法

一般行政法は、特別行政法のすべての部分領域(対象)を通じた全般的あるいは典型的な規律、原則、概念、手段そして法的制度を包含している。これらの部分領域に一般行政法は資するものである。なぜなら、一般行政法は、分野横断的な仕組みや準則によって、行政庁による各専門分野(たとえば、危険排除、自然保護、自治体経営)の行政活動を容易にするからである。たとえば、それは、とくに多用される行政行為や(ドイツの行政実務では重要さで劣るが)行政契約、さらには法規命令や条例といった全ての領域で利用できる行為形式を用意している。こうした行為形式は、計画法や環境法といった特に複雑な特

10) Vgl. z.B. *Martin Ibler*, Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, 1988.

11) Z.B. BVerwG, U. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwGE 34, 301 (304).

別行政法の領域においても利用可能である。一般行政法の準則は、行政活動の結果を透明化し、いいかえれば、より予見可能で、審査可能で、統制可能なものにし、その専門領域の法的安定性を強めることになる。さらに、一般行政法は、行政訴訟において、(たとえば、取消訴訟や義務付け訴訟は行政行為を対象とし、規範審査訴訟は法規命令や条例を対象とするといったように) 分野横断的な行為形式と適合した法的救済や訴訟形式を市民に提供することにより、市民の権利保護を強化する。すべての行政分野に適用される国家賠償法も、一般行政法に属する。この分野横断的な規律により、行政により害された市民は、賠償を請求できるのである。行政庁は、どの分野においても、解釈の誤り、裁量の誤りまたは衡量の誤りというような似た誤りを起こすものであり、そのことから、国家賠償を分野横断的に規律することは有意義である。

ドイツにおける19世紀の終わりから20世紀の初めにかけての一般行政法の発展を引き起こした原動力は、主として(1875年から1941年までベルリンに存在したプロイセン高等行政裁判所などの)判例と(ドイツ行政法の創設者とされ、1882年から1903年までストラスブール大学の教授を勤めたオットー・マイアーなどによる)法律学であった。20世紀後半すなわちドイツ連邦共和国になって初めて、立法者は、連邦の行政裁判所法(1960年)¹²⁾や連邦と州の行政手続法(1976年)¹³⁾によって、一般行政法の主要部分を法典化した。そのほか、慣習法あるいは判例法により認められた行政法の一般原則が存在する。この一般原則により、たとえば、市民は、違法な行政活動により自らに生じた結果を除去することを行政に請求できる(結果除去請求権)。

一般行政法は、150年以上にわたり発展し、吟味され、固められてきたため、この行政法の基本構造が新たな発展や課題に遭遇することは、比較的、稀である。例外的に一般行政法を変化させようとする現象は、多くは長期的なものである。また、一般行政法を新たな状況に適合させるべきか、あるいは、どのように適

12) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. 1. 1960, BGBl. I S. 17.

13) Z.B. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG) vom 25. 5. 1976, BGBl. I S. 1253.

合させるかについても、通常、長期間の議論がなされる。たとえば、市民の主観的公権の裁判的保護に関するドイツのシステムをヨーロッパ法の影響下で再構築すべきか(そうであれば、どのようなものにするか)に関しては、長期間にわたる議論がなされている¹⁴⁾。

ここでの焦点は、環境法における団体訴訟である。これは、2006年に(ヨーロッパ法の指令とオーフス条約¹⁵⁾の国内法化のために)環境権利救済法により導入され、その後、何度も拡大された。これにより、環境保護団体は、環境を害するおそれのある計画やプロジェクトについて、行政裁判所に出訴できる。この場合、裁判所は、原告の権利を守るためではなく、環境保護の改善という公益のために介入することになる。これにより、個人の権利を行政による侵害から保護するというドイツの行政裁判所の目的(基本法19条4項参照)は、環境法においては、特殊な(裁判官による)独立した国家監督へと変容する。ドイツは、EUの加盟国として、1986年に環境保護の国家権限の多くをEUに委譲したため、ドイツの立法者や行政は、このヨーロッパ法により指示された発展を受け入れざるを得ない。しかし、行政裁判所のリソースを環境保護に関する国家監督に用いるというドイツにとっては新たな途には、限界がある。ドイツの行政裁判所が市民の権利保護という中核目的を今後も有効に果たしようという限りにおいてのみ、それは許されるのである。

2. 特別行政法

特別行政法は、新たな発展や課題に対し一般行政法より迅速に反応しうる。環境保護、経済行政、建築区域、道路、空港の計画、データ保護といった個別的、具体的で見通しやすい対象については、行政の全分野に広がる一般行政法

14) Vgl. z.B. Ulrich Ramsauer, Wohin treibt das subjektive öffentliche Recht, in: Wolfgang Ewer/Ulrich Ramsauer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Koch 2014, S. 145 (158 ff.).

15) Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl. II 2006, S. 1252.

よりも、変革の必要性が早期に認識できる。行政、裁判所、立法、学界も、個別の領域においては、より早くかつ簡単に、「手近な」解決策を見出しうる。したがって、国家は、新たな課題について、多くは、まず特別行政法の関係分野で対応することになり、さしあたり、その領域で（のみ）、行政実務、裁判実務、または個別の法規範を改定する。環境法における裁判的保護を独立の裁判官による国家監督へと変容させる団体訴訟の段階的な導入も、なお、この段階に位置づけられる。特別行政法の革新により一般行政法さらには憲法の変更が必要になることは稀である。それは、生じうる課題の大きき次第ともいえる。

B. 現在の課題と発展の傾向

そのため、ここでは、ドイツ行政法の現在の課題について、第一に「グローバルな課題」、第二に「ヨーロッパ的な課題」、第三に「国内に原因する課題」に分ける。もっとも、それらは互いに独立ではなく、それらは多く相互に重なり、とくにグローバルそしてヨーロッパ的な課題は、国内に原因する課題にも影響している。同様のことは、これらの課題に対応する行政法の発展傾向についても、妥当する。

I. グローバルな課題

まず、行政法のグローバルな課題から始めたい。そこでは、ドイツ以外の他の国家や国家連合にも関わっている課題が考えられている。ここでは、第1節で国際テロリズム、第2節で気候変動を取り上げる。さらに、第3節は、行政法が対応すべきグローバルな課題に数えられるインターネットやデジタル化などの急速な技術発展に充てる。

1. 国際テロリズム

国際テロリズムは、遅くとも2001年9月11日のニューヨークにおける世界貿易センタービルとワシントンにおけるペンタゴンへの攻撃以来、注目を集めてきた。そこで問題となるのは、世界的に活動する犯罪集団による暴力行為の計

画と実行であり、その行動の目的、種類さらに規模は、ほとんど予測不能である。

国際テロリズムと戦うために、ドイツでは警察法とも呼ばれる危険排除法における警察の介入権限が強化されてきた。たとえば、今日では、警察官は、9.11以前より頻繁に人の身分を確認し、公の場でビデオ監視を行い、住居を捜索し、または、人の通信接続を調査している。警察の権限強化は、不可避免的にデータ保護も変化させるが、これは特別行政法の対象である。国際テロリズムとの戦いのために、ドイツでは、行政法や刑事法だけでなく、憲法も変更された。2006年から、憲法には、国際テロリズムと戦うための連邦法についての新たな立法権限の根拠規定が置かれている（基本法73条1項9a号）¹⁶⁾。

行政法（さらに刑事法）の法改正は、たとえば市民の通信の監視を容易にしている。とりわけ、通信サービス事業者は、保存している一定の利用者データを行政庁の要請により提供することを法律により義務付けられている（電気通信法113条参照）¹⁷⁾。それに対して、連邦憲法裁判所は、国家の調査から市民をより保護するために、「情報技術システムの機密性と完全性を求める基本権」を新たな（基本権的）権利として発展させている¹⁸⁾。これは、コンピュータやインターネットのようなコンピュータ・システム上の個人のデータの保護を強化することとなる。ドイツにおいては、他の基本権と同様、この基本権にも行政庁や行政裁判官が直接に拘束されることになり（基本法1条3項参照）、これにより新たな行政法が形成される。

たしかに、特別行政法において、危険排除法（警察法）は、とくに迅速に新たなテロリズムの危険に対応すべきであり、また、対応可能でもある。もっとも、この目的のために、この法領域の（基本的）構造が疑問視されることにもなる。伝統的には、ドイツにおいては、警察は、「公共安全や秩序への危険」が存在するときのみ、危機排除のための権利侵害ができるとされる。この要

16) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I S. 2034.

17) Telekommunikationsgesetz vom 22.6.2004, BGBl. I S. 1190.

18) BVerfGE 120, 247 ff.

件は、客観的法秩序や個人の権利または法的利益を害する事象の発生か、国家組織の機能の障害について、「十分な蓋然性をもって (hinreichend wahrscheinlich)」予測される場合にのみ、充足されるのである¹⁹⁾。「公共の安全と秩序への危険」が存在しない限り、150年も発展し立法化されてきたこの要件により、市民の自由は保護されるのである。しかし、こうした法治国家的前提は、イスラムのテロリズムを背景とした警察による危険排除のための侵害により、次第に放棄されつつある。それに代わって、法律学文献において、多くの論者により、危険排除のための警察の侵害を危険の「前段階」においても許容する立法が擁護されている。市民の自由の保護と引き換えに、リスクからの安全が重んじられている。法治国家から「予防国家」への転換の危機が差し迫っている²⁰⁾。近年、警察法は、ますます方向を転換している。連邦や州の立法者は、基本権侵害について、もはや「公共の安全への危険」を要件とせず、いわゆる「危険の疑い (Gefahrenverdacht)」で足るとする新たな警察権限を創出している。法律に細かく規定されている「判断 (Annahme)」を正当化する「事実」「一定の事実」あるいは「事実の手がかり」の存在が危険排除のための要件となるが、厳格なものとは言い難く²¹⁾、それは、十分な事実に基づかない推測と言える。新たな概念やカテゴリーも、警察に非常に早期の侵害を認め、危険の存在よりも制約を軽くするものとなる。それは安全性を高める(反面、市民の自由を減らすかもしれない)。バイエルン州警察権限法の「差し迫った危険 (drohenden Gefahr)」という新たな概念²²⁾は、特徴的である。

19) *Martin Ibler*, Polizeirecht, Rn. 83 ff., in: Jörg Ennuschat/Martin Ibler/Barbara Remmert (Hrsg.), *Öffentliches Recht in Baden-Württemberg*, 2. Aufl. 2017.

20) Vgl. z.B. *Erhard Denninger*, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), *Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung*, 2003, S. 9 ff.

21) Vgl. z.B. *Markus Ogorek*, *Gefahrenvorfeldbefugnisse*, JZ 2019, 63.

22) Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24. 7. 2017, GVBl. 2017, S. 388.

2. 気候変動

行政法にとっても、気候変動は、さらなるグローバルな課題である。ここでの問題は、人類が共同責任を負う進行しつつある地球の温暖化である。

地球温暖化との戦いに、ドイツは、国際法、ヨーロッパ法そして国内の憲法・行政法を通じて参画している。国際法的には、ドイツは、1992年には国連気候枠組み条約に、1997年には京都議定書に調印している。ヨーロッパ法においては、ドイツは、元来は経済共同体に過ぎなかったEUが1987年に環境保護の権限を得ることに協力した。それ以来、ドイツは、すべての加盟国と同様に、EUの環境法上の要請を国内法化する義務を負っている。それとは別に、ドイツは、1994年に環境保護を国家目標として憲法に明文化している。

国際法及びヨーロッパ法における気候変動予防の目標の国内法化は、多くは特別行政法において実現された。建築法典、連邦イムミンオン防止法、各州自治体法などの既存の法の改正がなされ、また、温室効果ガス排出権取引法などの新法が制定された。気候変動予防は、ドイツ行政法における「横断的対象」となっている。すでに「気候変動予防行政法」という新たな行政法の部分領域ということもできる²³⁾。

3. 技術発展、インターネットとデジタル化

何よりインターネットは21世紀の世界を変化させたが、おそらく、その変化は19世紀の産業革命によるヨーロッパの変化に匹敵するであろう。今日、すべての者がインターネットの利用による便益を受けているが、そのリスクにも適応しなければならない。ミクロ的には、個人データの第三者による利用さらには悪用のリスクが生じうる。マクロ的には、たとえば、いわゆるハッカーの攻撃などにより、電力供給、飲料水供給、航空交通、金融システムや国防といっ

23) Vgl. auch das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Baden-Württemberg vom 23. 7. 2013, GBl. BW, S. 229. 連邦気候変動防止法の制定に関する見解として、vgl. *Johannes Saurer*, *Perspektiven eines Bundes-Klimaschutzgesetzes*, NuR 2018, 581.

た広域的な「不可欠インフラ」が脅かされる²⁴⁾。それに対しては、技術的な対応措置だけでなく、インターネットを利用するとともにリスクを減らすという万人の利益を増進する法秩序が国際法、ヨーロッパ法そして国内法において必要とされる。それをする可能性と（保護）義務を国家は有しており、それは特に行政法を適合させることで実現されることになる。

行政法において、連邦と各州の立法者は、次第にこの課題に対応しつつある。もっとも、インターネットを行政法にとって有用なものにする法律は、まだ少なく、たとえば、行政庁は、その構想や計画をインターネットで公開すべきである²⁵⁾。遅くとも2022年には、行政庁はすべての行政サービスをインターネット経由で提供しなければならず²⁶⁾、すでに今日でも、行政行為は、「完全に自動化して」なすことができる（行政手続法35a条）²⁷⁾。

市民の自由の強化にも資する行政によるインターネット利用に関する法律に比べても、インターネットがもたらす先述のリスクや危険を防止するための法律は、さらに少ない。ここでは、ドイツの立法者は、銀行監督の法²⁸⁾あるいは電気通信法における国家監督など²⁹⁾、おもに特別行政法において、多くの複雑なルールを設けている。

II. ヨーロッパ的な課題

つぎに、ヨーロッパ的な課題を取り扱う。ここでは、ドイツがヨーロッパの

24) Vgl. dazu z.B. *Sönke E. Schulz/Jakob Tischer*, Das Internet als kritische Infrastruktur, ZG 2013, 339 (342 ff.).

25) Vgl. z.B. § 10a Absatz 2 Baugesetzbuch (in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. 11. 2017, BGBl. I S. 3634).

26) Vgl. z.B. Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen vom 14.08.2017, BGBl. I S. 3122, 3188.

27) 以下により、挿入された。Gesetz vom 18. 7. 2016, BGBl. I S. 1679, 1708.

28) § 25a Kreditwesengesetz (in der Fassung vom 25. 3. 2019, BGBl. I S. 357, 360).

29) Z.B. § § 109, 109a Telekommunikationsgesetz (in der Fassung vom 23. 6. 2017, BGBl. I S. 1885, 1891).

中心に位置することにより直面している課題が想定されている。二つの課題が重要であり、一つは、1990年以降のドイツの再統一であり、さらに、1956年には始まっていたヨーロッパのEUに向けた共同発展である。行政法においても、そのほかのヨーロッパ的な課題としては、ヨーロッパを変貌させつつある難民危機の克服がある。

1. ドイツ再統一

とりわけ行政法において、ここ30年のドイツの法秩序における最大の課題は、ドイツの再統一であった。社会主義のドイツ民主共和国の消滅により、新たな5州において、法治国家的な行政と行政裁判所が再建されなければならなかった。40年にわたる社会主義の後、現在の国家領域のほぼ三分の一を占めるドイツ東部は、経済、産業、インフラ、都市と環境いずれにおいても、壊滅的な状況にあった。再建のためには、営業及び産業地域と新たな住宅地がつくれ、環境汚染が除去されなければならなかった。同時に、事実上、すべての交通手段の修復が必要とされた。なによりも、新たなアウトバーン、鉄道線路そして空港が建設されなければならなかった。

「旧」連邦共和国の1990年当時の行政法は、この「マンモスな任務」を果たすには、適しているとは言い難かった。現代的で便利なインフラを有する高度な産業化した「西ドイツ」においては、1980年代の終わりには、市民の別の要求がより重要となっていた。西部各州ではインフラ政策はあまり必要とされず、むしろ、市民の権利保護や環境保護が強化され、新たなアウトバーン、鉄道路線や空港の計画や実現には、10年から20年を要しうるまでになっていた。新たな各州の再建には、それほどの時間をかけることはできない。そこで、再統一後に、新たな5州のための特別法が制定された。「交通手段計画促進法」³⁰⁾と「計画手続簡素化法」³¹⁾が行政法と行政訴訟法を補完することとなった。その助け

30) Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Bundesländern sowie im Land Berlin vom 16.12.1991, BGBl. I S. 2174.

31) Gesetz zur Vereinfachung der Planungsverfahren für Verkehrswege vom 17.12.1993, BGBl. I S. 2123.

により、新たな5州は、今日では、旧11州と同じように良好で競争可能な経済力とインフラに到達しているし、環境保護の状況も、同様である。行政法における促進規定の効果は大きく、その適用範囲は旧各州にも拡大されることとなった。もっとも、促進策は、インフラ大規模プロジェクトに対する市民の有効な権利保護を犠牲にしている。それに加えて、今日では、多くの人が大規模プロジェクトに対して以前より批判的な立場をとっている。たとえば、バーデン・ヴェルテンベルク州の首都における中央駅の再開発（シュトゥットガルト21）に対するいわゆる「怒れる市民（Wutbürger）」³²⁾のデモがこれを示している。したがって、ドイツ行政法の目下の課題は、こうした計画の透明性とそれへの権利保護の実効性を改善することである。解決のためには、何よりも、計画や構想をインターネットで公開することを行政庁に義務付ける法律の制定が期待される。「行政の透明化」のための他の措置については、後に述べる。

2. EUへのドイツの加盟と行政法のヨーロッパ化

ドイツ行政法における第二のヨーロッパ的な課題は、ヨーロッパの統一である。ドイツは、当初から、その最重要のアクターであった。ドイツの憲法である基本法も、EUの発展に協力すべき憲法上の要請を規定している（前文及び23条）。数十年の間、他のEU加盟国と同様、わが国も多くの高権を超国家的な組織に委譲してきた。この法的共同体は、経済共同体から同盟に強化され、今日では、行政法などの多くの分野で拘束力のある法を制定しうる。これらのEUの法は、（同義語として）「共同体法」、「同盟法」または「ヨーロッパ法」と呼ばれる。

今日では、ドイツにおいては、特別行政法の大部分と一般行政法の大きな部分がヨーロッパ法によって形成されている。とくに明確なのは環境法である。その環境権限に基づきEUが発する法規範は、国内の自然保護法だけでなく、たとえば、国内の建築法や計画法、経済法さらに行政訴訟法などを統制してい

32) 怒りと反感そして自らには恣意的と感じられる国家決定に抗議する強固な意思によってデモに参加する多くは高齢で裕福で保守的な人々の集団をいう。

る。ヨーロッパ法の要請により、ドイツにおいては、もはや環境適合性評価なしにインフラのプロジェクトを計画し実施することはできない。こうしたプロジェクトに対しては、以前は自己の権利に影響を受けた市民のみが行政裁判所に提訴できた。今日では、（自然保護協会のような）環境保護団体も、自己の権利と関係なく、出訴できる³³⁾。EUがこうした環境権利救済法の制定をドイツに義務付けたのである。

わが国は、他のどの国よりも高密度で良好な道路網を有しているが、ドイツは、ヨーロッパの共同発展のために、なお多くの交通施設を必要としている。ドイツは、ヨーロッパの中心に位置しているために、今日（再び）、東西ヨーロッパ間の通過交通の国となった。40年間、鉄のカーテンが東西間の交通を妨げてきたが、東側の崩壊とEUのいわゆる東方拡大（2004年と2007年）、さらに2013年の28番目の加盟国としてのクロアチアの加盟により、ドイツにおいては、東西間の新たなアウトバーン、鉄道路線と運河の建設が必要となった。そのため、ドイツ行政法は、将来に向けて、行政の活動手法とりわけ計画手法、同時に市民の権利保護をより効率的にしなければならなくなっている³⁴⁾。

3. ヨーロッパにおける難民危機のドイツ行政法への影響

2014年から2017年までに、とくにシリア、アフガニスタン、ナイジェリア、イラク、南スーダン、コンゴから、370万人がヨーロッパに流入した。この間、ドイツでは、約150万人が難民申請をしている。この大量さは、今日まで、ドイツの難民官庁や行政裁判所だけでなく、難民を仮に受け入れている都市や市町村にとっても、大きな課題となっている。とくに緊急の宿泊施設は足りず、新たな建設は、複雑な建築計画法のために迅速にはできない。連邦の立法者は、建築法典をしばしば改正し、難民宿泊施設の計画については、既存の建築計画

33) Vgl. § 4 Absatz 1 Umweltrechtsbehelfsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. 8. 2017, BGBl. I S. 3290.

34) それについての自身の見解として、Vgl. „Die Planfeststellung – Zukunfts- oder Auslaufmodell für die Planung von Höchstspannungs-Stromleitungen in Deutschland?“

法を期限付きで適用除外としている³⁵⁾。

Ⅲ. 国内法的な(法政策的)課題

つぎは、行政法の「国内法的な課題」である。ここでは、主として「自家製」、すなわち、ドイツ国家自身の領域と責任で生じた問題が想定される。それらは、自力で克服できるし、しなければならない。そこでは、とりわけ、一定の法政策的な展開が問題となる。第一に、いわゆる民間化と保障国家への国家の変遷であり、第二に、行政活動の透明化の推進、第三に、原子力エネルギーからの脱却、第四に、2009年にドイツにおいて環境法典の制定が放棄されたのち、環境に負荷を与える大規模インフラ施設の計画をいかにして改善するか、という問題である。

1. 民間化と国家の保障国家への変貌

20年ほど前から、公的任務の民間化がドイツ行政法を変化させてきた³⁶⁾。それは、多くの場合に私人がその発意と資金により公的任務を行政官庁よりうまく遂行できるという考えに基づいている。その結果、国家は、従来のドイツでは高権により遂行されてきた多くの任務の一部または全部を手放し、その遂行を私企業に委ねてきた。こうした状況は、例えば、廃棄物処理、地方交通経営、墓地、エネルギー供給、郵便、通信や鉄道などに見られる。刑務所についてすら考えられ³⁷⁾、(監視の補助、作業、洗濯、食堂などの)一部で実現された³⁸⁾。

(憲法上の理由から)その責任から完全に逃れることはできないとしても、一定の公的任務について国家が自ら(自分の手で)遂行することを放棄するこ

35) Vgl. § 246 Baugesetzbuch in der Fassung vom 3. 11. 2017, BGBl. I S. 3634 und z.B. *Michael Brenner*, Die Flüchtlingskrise und das Bauplanungsrecht, Jura 2018, 43.

36) Vgl. z.B. *Udo Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585 ff.

37) *Heinz Joachim Bonk*, Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 2000, 435; *Meik Lange*, Privatisierungspotentiale im Strafvollzug, DÖV 2001, 898.

38) *Holger Mühlenkamp*, (Teil-)Privatisierung von Justizvollzugsanstalten - Ökonomische Überlegungen und empirischer Befund -, DÖV 2008, 525.

とも、許されるべきである。それに代わって、国家は、委ねられた元の国家的任務を私企業が適切に遂行するように配慮し、「保障する (gewährleisten)」ことが求められる。こうした考え方によれば、この場合、公的任務に関する責任は、国家と市民に分担される。私企業は、「実施責任」を、国家は、「保障責任」のみを負うのである。残された国家行政は、「保障国家」における「保障行政」であるべきことになる。これによって、国家行政の重点が移動し、国家による制御の喪失が起きることになる。生存配慮のための国家的な給付行政は、民間化の後には、私企業の監督に代わることになり、これは侵害行政である危険排除の一種となる。

行政法にもたらす結果は、極めて大きい。たとえば、公的任務の委託の法(委任法)など、行政法の多くの分野は、再構築されなければならない。しかし、例えば、(1998年の)通信回線の(実質的)民間化のように、民間化によって行政独占が放棄される場合などは、行政法の当該分野全体が新たに形成されなければならない。一定の公的任務について、行政官庁に代わって国家の監督下の私人が活動する場合、多くの問題が新たに規律されなければならない。どのような公的任務が私人に委ねられるか。いかなる私人が活動すべきか。いかなる法律に基づくか。いかなる要件を課すか。どのような条件を付けるか。いかなる権限を与えるか。いかなる種類の、いかなる方法で、いかなる法形式で活動するか。社会的利害は考慮されるべきか。私人が公的任務を遂行するとき、保障国家は私人をいかに監督するか。私企業間の自由競争は認められるか。無制限な競争は促進されるべきか。保障行政は機会の平等の確保に留まるべきか。競争事業者の権利保護はいかに構築されるべきか。公的任務を遂行する私企業に対する市民の権利保護はいかにあるべきか。国家による「保障行政」に対する権利保護は存在するか。それは、いかなるものか。

近年、こうした問題の解決のため、民間化の結果として、「行政法的な民間化結果法(Privatisierungsfolgenrecht)」が形成された³⁹⁾。この(経済)行政

39) Vgl. z.B. *Martin Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht - Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601.

法の分野は、規整行政法 (Regulierungsverwaltungsrecht) と呼ばれる⁴⁰⁾。ここで規整とは、任務民間化後の行政による制御の特別な形式を意味している。規整行政法は、元は国家によってなされていた公的任務について、まずは私企業間の競争を作り出し、そのうえで競争を維持し制約する。そのため、規整行政法は、民間化結果法に特徴的なすべての行為形式 (たとえば、ライセンス) と組織形態 (たとえば、規整行政庁) を包含する。多くの論者は、すでに、規整行政について、侵害行政、給付行政、計画行政と並ぶ新たな行政類型であるとみている。

2. 行政活動の透明性

もう一つのドイツ行政法の国内的な課題は、行政活動の透明性に関わるものである⁴¹⁾。ここでは、環境行政における環境国際法や環境ヨーロッパ法というモデルはあったものの⁴²⁾、とりわけ2006年の連邦の情報自由法⁴³⁾などの国内法が国家行政の文化の一般的な変化をもたらした。行政過程の秘密性を特徴としてきた行政は、透明な行政に再構成された。今日では、申請者といった特定の行政手続に関与する者のみが行政文書を閲覧できるだけではなく、連邦と(16州中) 11州の新たな情報自由法は、行政庁が保有するすべての情報を請求する権利をすべての者に認めている。この請求は、たとえば個人情報保護の観点から、例外的にのみ拒否されうる。さらに、ある新法は、より広範な情報について、たとえばインターネット上の登載によって、公開することを行政庁に義務

40) Dazu z.B. *Johannes Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung* 36 (2003), 1.

41) Vgl. z.B. *Marius Herr/Christoph Müller/Bettina Engewald/Jan Ziekow*, Transparenzgesetzgebung in Deutschland in der Bewährung - Erfahrungen einer Gesetzesevaluation-, *DÖV* 2018, 165 ff.

42) とりわけ、国際法上のオース条約とそれに依拠した市民参加と環境団体訴訟に関するEUによる指令。

43) Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5. 9. 2005, *BGBI. I S. 2722*.

付けている (オープン・ガバメント原則)⁴⁴⁾。

法律の要請である行政の透明性は、障害なくドイツ行政法に取り入れられたわけではない。それは、とくに同様に法律に規定された個人情報保護や法的に秘密を条件とされている公的任務の委託に関する競争などと、緊張関係にある。もし、委託の手続において、行政庁が応募者の提案をすべての者に自由にアクセスさせなければならないとすれば、委託法の目的である競争の保護と国家支出の節約は、害される。もっとも、こうした緊張関係は、行政法理論や行政裁判所により、解決されることとなる。

3. いわゆるエネルギー転換と原子力エネルギーからの脱却

ドイツ行政法の第三の国内的課題についていえば、そのきっかけは、2011年3月11日の福島における原発事故である⁴⁵⁾。日本の事故を原因として、ドイツ政府は、ドイツの原子力エネルギーからの脱却を表明した。2010年秋に既存の原子力発電所の運用期間が(一部は2036年まで) 延長されていたため、この表明は、唐突なものであった。ドイツにおける2012年の発電量の中で核エネルギーが占める割合は、16.1%であった。それを環境適合的に補完するためには、ドイツにおいては、より多くの電力を風力から得なければならない。十分な日照がないため、ドイツにおいては、大規模な太陽エネルギー利用は考えられない。そのため、北海やバルト海上に巨大な風力発電施設が短期間に計画され、建設された。電力は、そこから内陸部に送られなければならない。そこに問題がある。多くの大都市や電力を利用する産業の大部分は、南ドイツにある。3600kmにおよぶ380kvの高圧で長距離の送電施設が必要とされている。

こうした送電網の迅速な建設の必要性は、技術者にとっての課題であるばかりではなく、計画行政、行政法そして国家組織法の課題でもある。新たな送電線は、多くの州を通過しなければならない。連邦国家においては、そのために、

44) Siehe außerdem § 12a des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz) vom 25. 7. 2013 (*BGBI. I S. 2749*), zuletzt geändert am 5.7.2017 (*BGBI. I S. 2206*).

45) Dazu z.B. *Claudio Franzius*, Das Recht der Energiewende, *JuS* 2018, 28.

従来のドイツでは存在しなかったような連邦の特別な計画権限が必要となる。そのため、2011年6月には、連邦の送電網建設促進法が制定された。そこには、部分的に、行政組織も行政裁判所も経験したことがないような新たな計画手法が含まれている。送電網が私人により設置され、国家の統制が保障行政に限定されることにより、環境保護や市民の権利保護が弱められることになる。

4. 大規模インフラのプロジェクトに関する行政決定と手続は新たに規律されるべきか?

最後に、ドイツ行政法において、大規模インフラのプロジェクトに関する手続と行政決定について、新たに規律すべきか否かにつき、再論したい⁴⁶⁾。このような新たな規律は、環境法典草案へのいわゆる「統合的施設許可」の導入によって、試みられていた。この構想は、単一の行政庁が単一の手続と許可によってプロジェクトに関係するすべての利害について決定し、その建築と操業を認めるというものである。この方法により、環境保護が特別に考慮される一方で、大規模プロジェクトの計画と建設が促進されるべきこととなる。このような統合的施設許可を環境法典草案に規律しようという試みは、草案全体とともに、今のところ頓挫している。

おそらく、こうした統合的許可を環境法典の構想と結びつけることは、政治的に誤っている。環境保護に関する主たる管轄権限がもはやドイツではなくEUに帰属していることからしても、国内の単一の環境法典によって環境法を包括的に法典化しようとするのは、誤りである。環境立法に関しては、もはやドイツは極めて限られた影響力しか有しない。ドイツの環境法典は、EUの不断の適応圧力のために、大掛かりな環境法の法典化を実現するという目的を果たすことはできなかったはずである。

たしかに、環境保護と計画の迅速性を改善するために、大規模プロジェクトの新たな規律が有効でありうるということ自体は、環境法典の頓挫により、変

46) Vgl. dazu auch z.B. *Wolfgang Durner*, Die integrierte Vorhabengenehmigung - Bilanz und Perspektiven, DVBl. 2019, 145.

わるわけではない。しかし、こうした許可のモデルは、すでに、一般行政法においては行政手続法、特別行政法においては(たとえば、道路、空港、エネルギー輸送施設、埋立処分場といった)大規模施設の設置に関する計画法規に存在している。特別な形式の行政手続によりなされる「計画確定決定」という特殊な行政行為がそれである。「集中効」を特徴とするこの行政行為については、単一の「計画確定行政庁」のみが決定権限を有する。プロジェクトにより任務に影響を受ける他の行政庁は、これについて決定権限を持たず、全権を有する計画確定行政庁に意見を述べるのみである。しかし、ここ30年ほど、立法者は、大規模施設の計画を極めて複雑なものにし、とくに、計画策定を各種の中間部分に段階化しているが、その相互関係は、学説上も実務上も、なお不明確である。こうした課題は、計画確定の統合的許可への再発展によって、克服されるものである⁴⁷⁾。

C. 総括的評価

最後に、ここまで、ドイツの行政法が国内的、ヨーロッパのさらにはグローバルな課題への対応に貢献すべきことを詳述してきた。人の安全、環境の保護、現代的な産業その他のインフラの整備、さらには情報、権利保護とデータ保護などは、行政法のさらなる発展の必要性がとくに顕著な領域である。拡大するヨーロッパ法と国際法の影響の下、ドイツは、行政法という手段にも依拠しながら、これらの課題にさまざまに対応している。国家の危険排除は強化される一方、その他の任務は広範な民間化が認められ、国家は、私人が公的任務を適切に実施することを保障することに限られることになる。行政活動の透明化の進展と新たな情報法は、環境保護と国家的インフラ計画の受容性を強める。すべての目的は、市民のデータ保護と権利保護をなおざりにすることなく、実現

47) さらに詳しい自らの講演として、„Die Planfeststellung - Zukunfts- oder Auslaufmodell für die Planung von Höchstspannungs-Stromleitungen in Deutschland?“.

されなければならない。そもそも、ドイツ行政法は、法治国家的基礎の上に立っている。さらに、それは、何十年もの間、発展し守られてきた体系と理論を有している。行政法は、立法、行政、裁判そして学説の力により、これらの課題に対応できるものと、評価される。

Zitierte Literatur:

- Robert Alexy*, Ermessensfehler, JZ 1986, 701
Ulrich Battis, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988
Heinz Joachim Bonk, Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 2000, 435
Martin Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht - Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601
Udo Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585
Michael Brenner, Die Flüchtlingskrise und das Bauplanungsrecht, Jura 2018, 43
Erhard Denninger, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung, 2003, S. 9
Wolfgang Durner, Die integrierte Vorhabengenehmigung - Bilanz und Perspektiven, DVBl. 2019, 145
Claudio Franzius, Das Recht der Energiewende, JuS 2018, 28
Andreas Funke, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733
Marius Herr/Christoph Müller/Bettina Engewald/Jan Ziekow, Transparenzgesetzgebung in Deutschland in der Bewährung - Erfahrungen einer Gesetzesevaluation-, DÖV 2018, 165
Martin Ibler, Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsrecht, 1988
Martin Ibler, Polizeirecht, in: Jörg Ennuschat/Martin Ibler/Barbara Remmert

- (Hrsg.), Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2017
Meik Lange, Privatisierungspotentiale im Strafvollzug, DÖV 2001, 898
Johannes Masing, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 36 (2003), 1
Hartmut Maurer, Der Anwendungsvorrang im Normensystem, in: Michael Sachs/Helmut Sieckmann (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag 2012, 101
Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017
Holger Mühlkamp, (Teil-)Privatisierung von Justizvollzugsanstalten - Ökonomische Überlegungen und empirischer Befund - , DÖV 2008, 525
Markus Ogorek, Gefahrenvorfeldbefugnisse, JZ 2019, 63
Ulrich Ramsauer, Wohin treibt das subjektive öffentliche Recht, in: Wolfgang Ewer/Ulrich Ramsauer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Koch 2014, S. 145
Johannes Saurer, Perspektiven eines Bundes-Klimaschutzgesetzes, NuR 2018, 581
Sönke E. Schulz/Jakob Tischer, Das Internet als kritische Infrastruktur, ZG 2013, 339
Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527