

資 料

## ドイツにおける経済行政法の発展について

ロルフ・ストーバー\*

糊澤 能生 訳  
高村 学人

- I 法領域としての経済行政法の発展状態について
- II 憲法上の経済秩序の発展について
- III 経済活動に関する基本権保護の発展—「職業の自由」
- IV 一般経済行政法の発展について

### I 法領域としての経済行政法の発展状態について

経済行政法とは、経済事情を専らの対象とする憲法上および行政法上の具体的規定の総体である<sup>(1)</sup>。実務上疑いなく重要であり、事実上至るところで存在

\* Prof. Dr. jur. Rolf Stober (ハンブルク大学教授, ハンブルク大学経済法研究所所長)

ストーバー教授は、1996年9月26日(木)午後2時から、ヨーロッパセンター「民営化・規制緩和国際比較研究会」(代表・佐藤英善 早稲田大学法学部教授), 早稲田大学比較法研究所共催の講演会で「ドイツにおける経済行政法と環境法制の動向」と題する講演を行われた。もともとこの講演の記録をまとめて本誌上に掲載する予定であったが、同教授は、講演内容を体系的に展開した論文 *Zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrechts*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 6. Jahrgang, April 1996 の翻訳を希望された。本稿はこの論文を訳出したものである。

- (1) 詳しくは, *Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995 § 1III. を見よ。

しているこの法領域は、しかしながら依然として法律学において霧に覆われたままであり、研究、教育の双方において際だった固有の位置を占めるに至っていない。経済行政法は、そこに法発展が指摘されるような古典的、典型的な準拠領域ではないのである。

ともかく経済行政法は、国法および行政法のさらなる発展の原動力あるいはモデルとして承認されるに至っておらず、むしろ経済行政法は、警察法、建築法、社会法、地方自治法、環境法<sup>(2)</sup>あるいは消費者保護法といった用語法的<sup>(3)</sup>にも体系的にも教義的にも内容的にもより良く受け入れられ、規範的に明確に定められた<sup>(4)</sup>他の特別行政諸法の日陰におかれている。とりわけ経済行政法がどのような原則に基づいて組織されるべきかという点については定かではない。

経済行政法への冷淡な関心とその輪郭の不明確さには、とりわけ経済行政法に特徴的な条件であるその横断的な性格が関係している<sup>(5)</sup>。経済行政法は、経済的、行政的な課題や、エコロジー的な課題<sup>(6)</sup>、また社会的、技術的、財政的な課題を乗り越えねばならず、またそれは経済私法、経済公法、経済学や経済政策の交錯領域に位置している。同時に経済行政法は、数多くの法領域に作用しており、また逆に例えば道路交通法や休暇社会の中心に位置する休日法が経済行政法の形成や転換に影響を与えてもいる<sup>(7)</sup>。

経済学とは異なり、専ら国務に視野を限定している法曹養成では、法と経済との関連は重視されていない。法律家のカリキュラムにおいて国民経済の発展のために経済法が機能しうる根本的な重要性が認識されていない<sup>(8)</sup>のは、当然嘆かれるべきことである。経済法を専攻する学生を現在養成している大学が直面しているのは、このような欠缺なのである。市民と企業が考察の中心としていることを法律家が承認してこなかったことは、法律家の最も大きな過ちの一

(2) 例えば、Hill は、環境法を国法および行政法のさらなる発展の原動力あるいはモデルであるとしている。in: Jahrbuch des Technik- und Umweltrechts 1994, S. 91 ff.

(3) Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht I, 1990, § 2 II.

(4) Henke, DVBl. 1983, 982 ff.

(5) Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 22.

(6) この争点については、Stober, aaO. (Fn. 1), § 2 Abs. 2; ders., in: Stober (HG.), Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa, 1993, S. 175 ff.

(7) 詳しくは、Stober, aaO. (Fn. 1), § 2.

(8) Rütters, FAZ v. 11.3. 1995, Nr. 60, S. 13.

つと見なされる<sup>(9)</sup>。

## II 憲法上の経済秩序の発展について

### 1 西ドイツの開かれた経済秩序から全ドイツの開かれた経済秩序へ

経済秩序の発展について取り組む際には、ドイツ連邦共和国の創設以来いずれにせよ規範的には何も変化がないということが確認されねばならない。依然として基本法においてドイツの経済秩序は定められていない。全経済的な均衡への義務が定められているものの、これをある特定の経済秩序を定めたものとして解釈することはできない。判例や学説によって一致して支持されている見解によれば、経済秩序は広く開かれ、様々な形態を許すものとされる。この所見は、ドイツ再統一の時点においても当てはまるのである。たしかにドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国による「通貨・経済・社会保障連合の形成に関する条約」での「社会的市場経済」という公式が両当事者間に共通の経済秩序とされたのだが、その際基本法の改正が問題となったわけではない。この公式は、実行される経済秩序を単に表現したに過ぎないのである。このこととは別に、ある人々から一とりわけ Peter Häberle<sup>(10)</sup>によって一新たな全ドイツの憲法は経済体制についての言及を含むべきであると要請された。しかし共同憲法委員会は、この問題について取りあげず、何の提言もしていない<sup>(11)</sup>。基本法の経済秩序に関する法的な開放性は、経済領域における自己責任、共同責任、国家責任の境界が明確に示されていないことを意味している。憲法違反となるのは、完全な国家計画経済が完全な経済的自由主義のみなのである。とはいえ、結局のところ、基本法の経済法に関する開放性は、悲しむべき発展の欠かなのではない。むしろ、柔軟に運用される道具主義を取り込む機会なのである。このことは、「社会的市場経済」から「エコロジー的、社会的市場経済」への発展によって典型的に示される。

(9) *Harald Weber*, *Forschung und Lehre* 6/95, S. 309 ff.

(10) *JZ* 1990, 361, 363; ders., *ZRP* 1993, 383, 388.

(11) 詳しくは, *Stober*, aaO. (Fn. 1), § 513 m.w.N.

## 2 「社会的市場経済」から「エコロジー的、社会的市場経済」へ

Müller Armack<sup>(12)</sup>によって構想され、Ludwig Erhardによって実践的に経済行政に持ち込まれた<sup>(13)</sup>「社会的市場経済」は、環境問題を副次的に扱っていたにすぎない。それにもかかわらず、その柔軟性と発展への開放性によってこの経済様式においても環境に関する要素は、体系上相容れないものではなかった。むしろ「社会的市場経済」とは、社会的に正当な経済と豊かさの保持のために健全で汚れない環境の維持を不可欠の前提とする全体秩序なのである<sup>(14)</sup>。あるいは、環境問題の克服は「社会的市場経済」の能力の試金石である、とも表現される。法学的にはこの発展は、まず「持続可能な発展」という標語<sup>(15)</sup>によって与えられた国際的な義務にその表現を見出した。また環境保護は、長期の激しい議論の後に国家目標として基本法に定められた（基本法第20a条）。このようなことから将来の世代への責任をも含めた自然の生命基盤の保護は、経済行政法の形成と解釈にも影響を与える<sup>(16)</sup>。

「エコロジー的、社会的市場経済」は、経済主体の環境に対する自己責任、共同責任の原則に基づいている。なぜならば、環境保護のあらゆることがらについて国家機関に私的な企業の総和よりもより良く精通することを要求するのは不可能だということがエコロジーの分野ついても言えるからである。市場経済に適合した環境法の中核は、企業の経済計算の中に環境という生産要素を内在化するという点にある。その際、環境は稀少な財として概念化され、その利用には対価が課せられねばならない。このことによって、日常的な活動から発生するコストについての情報が与えられるのである。社会的なコストへの極端な影響をできるだけ少なくするために原因者負担原則が強調される<sup>(17)</sup>。この発展は、数多くの法律にその浸透を見出すことができる法の経済的分析の成果

(12) *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, 1948, S. 88; ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1966, S. 10.

(13) *Wohlstand für Alle*, 1957.

(14) *O. Schlecht*, *Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft*, 1990, S. 119 ff.

(15) リオデジャネイロの国連環境宣言の第4条、12条

(16) 詳しくは、*Stober*, aaO. (Fn. 1), § 11.

(17) この定式については、*Rosen/Windisch*, *Finanzwissenschaft I*, 1992, S. 11, S. 221 ff.

である。厳格責任や責任義務の規定は、さらに重い環境配慮を強いる。物質の有害性とその率がスライドさせられた税は、生産過程のコストを上げ、環境に関する設備投資へと導く<sup>(18)</sup>。

### 3 市場の失敗から国家の失敗の発見へ

「社会的市場経済」のあらゆる現象形態は、市場の失敗のみに焦点があわされ、国家の失敗はぼやかされている<sup>(19)</sup>。このような一面性は、自由主義として特徴づけられる法体制のもとでも国家が経済に対して指導的な役割を有し、私的な経済主体が国家に対して特定の要求をすることが許されるので、当然の如く批判される。問題の核となっているのは、私的な経済主体が効率的に業績をあげるためには、国家が経済のリズムに順応せねばならないということである<sup>(20)</sup>。経済学が稀少性についての学問であるなら、競争、生産、場所、消費のそれぞれの要素が依然としてあまり問題にされず議論もされないということが非難されねばならない<sup>(21)</sup>。機械の運用時間や労働時間や認可までの所要時間などといった個別的な改善が、全経済を考慮に入れねばならない包括的なテーマと取り違えられてはならない。閉店時間やビアガーデンの営業時間や休日保護ばかりが議論されているということが、包括的なテーマについてドイツの経済行政がほとんど考慮していないことを示している。

### 4 一国の経済秩序から欧州の経済秩序へ

以上に説明してきた憲法上の経済秩序や実際の経済形態の発展が不完全なものであったとしても、経済秩序の共通化をも不完全なものの中に加えることはできない。ドイツは欧州経済共同体の創設条約にのみ署名したのではなく、欧州の域内市場化、欧州経済圏および欧州連合の実現に支持を表明しているのである。これら諸目的の実現のために、ドイツは数多くの権限を欧州に委譲し、E C法の原則的な優位を承認した。専門家の分析によれば、経済法の領域のあらゆる規則の約80%がE C法によって策定され、ドイツの法律の約50%がE C

(18) 詳しくは、O. Schlecht, Grundlagen, aaO. (Fn. 14), S. 119 ff; m. w. N. Stober, aaO. (Fn. 1), § 41V3.

(19) 例えば、Luckenbach, Wist 1991, 255 ff.

(20) Stober, DÖV 1995, 125 ff; S. Tiemann, FS Helmrigh, 1994, S. 863 ff.

(21) Gary S. Becker, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl. 1993, S. 97 f.

法によって促されることにより生まれたものであるとされる<sup>(22)</sup>。それゆえドイツ経済行政法はその大部分が具体的な E C 法へと発展を遂げたのである。しかし経済行政法的なものを記した E C 条約のテキストは両義的である。一方では、商品、人、サービス、資本の自由な流通を謳っているのだが、他方では、管理された市場秩序が存在し、全経済的な均衡を目的とした包括的なコントロールが盛り込まれている。この曖昧さに鑑みて、E C 条約はいわゆるマーストリヒト条約において「自由な競争による開かれた市場経済の原則」(E C 条約第 3a 条, 102a 条, 105 条)と宣言したが、これは適切なことである。この中心的な条約の文言は将来の柔軟な経済行政法を保障するものでもある。

### III 経済活動に関する基本権保護の発展——「職業の自由」

経済秩序が開放性の高いものであればあるほど、経済行政法の輪郭化のためには経済的市民に法的地位を保障する経済に関する基本権が重要なものとなる。経済的基本権は、経済的な自己責任があるかどうか、その範囲はどれくらいか、またとりわけどの程度まで経済現象が経済行政法による基準や市場によって影響を被るかという点を明確にするのである。すなわち経済的基本権は、国家と産業の経済的な権力分立・分業関係における私人の責任を的確に表現しているのである。また同時に経済的基本権は、市場の濫用や失敗に対して、社会的、エコロジック的、全経済的、あるいはその他の制限を課することができるので、私人による展開の自由の境界ともなる。

以下の論述では、まだ発展途上にある「職業の自由」という側面に限定して見ていくことにしよう。「職業の自由」という権利は、経済活動にとって核となる基本権であり、自由なものとして構想される経済秩序の支柱でもある。この権利は、職業、職場、職業教育地を自由に選択し、生き方の土台を自ら決定することができる権利である。この権利によって選択した職業で具体的な雇用を得たり、継続したり、放棄したりする決心が保障される<sup>(23)</sup>。またこの基本権は、ある活動を職業であると自己認定したり、ある特殊なことを専門にしたり、新たに職業を考案したりすることも許すのだが<sup>(24)</sup>、Friedhelm Hufen は、自由に職業活動を展開できる可能性が労働市場の問題を実際に克服するために

(22) *Rabe*, NJW 1994, 1 ff; *Grziwotz*, ZG 1993, 115 f.

(23) BVerfGE 84, 132, 146.

(24) 例えば, *Höfling*, DÖV 1989, 110; *Gusy*, JA 1992, 257, 261.

まさに不可欠であるにもかかわらず、繰り返される基本権侵害が各人にそのような可能性を与えることはほとんど実際にはないのだと批判した<sup>(25)</sup>。この批判は適切なものである。というのは、職業を展開できる可能性が発揮されるためには、それに応じた雇用口、職業教育地を自由に選べるのが前提とされるからである。それゆえ「職業の自由」は、職業に就いたり、行ったりすることが日常的に不可能である場合には、中身の無いものとなる。自由に職業に就くことができないのは、とりわけ被用者とは何者であるのかということに関係している。生産要素である労働について処分する権能が経済的自由に重きをおく法秩序のもとでは職場について責任を有する企業家の手にあるので、労働への権利はもはや救済とはならないのである<sup>(26)</sup>。

以上の「職業の自由」の落とし穴は、雇用を創造したり確保したりする者を励ましたり、支援することを通じて国家がその保護義務、配慮義務や労働市場への責任を果たす場合にのみ回避される。雇用を創り出すのは、企業家、とりわけ中小企業の企業家である。連邦首相である Kohl は 1994 年 11 月 23 日の所信表明<sup>(27)</sup>で中小企業こそが「社会的市場経済」の原動力であると強調したのは全く正しいことである。また連邦大統領である Herzog は、自営業者の数はその自由を理由として憲政上において最も重要であり、経済発展の経過の中で彼らが増大するか減少するかというのはどうでもよいことではないと表明した<sup>(28)</sup>。中小企業は、全被用者の三分の二を雇い入れ、徒弟全体の五分の四を修行させているのである。欧州連合内の 99.9% の企業は、この分類に属するのである<sup>(29)</sup>。憲法で企業活動を保護しているからには、潜在的な企業家が独立事業の開始を決して躊躇することのないように国家は職業を可能とする枠組みや経済的な環境を整えねばならない。このことは、雇用機会法や税法や社会法や労働法による障害、また企業家に負わされる行政目的（説明義務、届出義務、納税義務など）によるコストが、企業家という職業選択をもはや魅力的で儲かるものではなく、自営業者をその事業業務に専心できなくするのであれば、それらの障害は取り除かれねばならない<sup>(30)</sup>ということの意味しうる。中

(25) *Hufen*, NJW 1994, 2913 ff.

(26) BVerfGE 85, 360, 373; *Brohm*, JZ 1994, 213, 216.

(27) Bulletin Nr. 108 v. 24. 11. 1994, S. 985, 988.

(28) *Herzog*, Staat und Recht im Wandel, 1993, S. 165.

(29) 欧州委員会報告, EuZW 1994, 642.

(30) *Kerber*, DZWir 1994, 386, 390; *Clemens/Kokali/Hauser*, Bürokratie - ein Kostenfaktor, Stuttgart 1995; FAZ v. 26. 8. 1995, Nr. 198, S. 12 また基本法

小企業についての研究所は、ドイツの雇用に関しての行政への依存度は、中小企業においては大企業の約二十倍であると算出している<sup>(31)</sup>。労働市場が完全雇用状態から遠ざかり、否定的な企業条件が国家の失敗に起因すれようになればなるほど、国家による保護義務は強化されるのである。

私がここで主張したいのは、「職業の自由」が企業家や雇用者にとって有利なように解釈されねばならないということである。このようなことはかつてなかったことである。この点に関連して、欧州において1660万もの企業が存在し<sup>(32)</sup>、ドイツにおける自営業者の率が1960年の12.9%から現在9%に低下し<sup>(33)</sup>、企業を興すことが平均して4つの雇用口を創出する<sup>(34)</sup>ということをまざまざと思い浮かべねばならない。よく言われる企業家不足という現象は、一面的な労働市場政策の結果である。その政策は、被用者の保護にばかり専心して、その活動の基盤であり、雇用口について責任を有する企業家をなおざりにしてきた。もう少し詳しく表現するなら、被用者と企業家との相違は以下のような特徴にあると言える。被用者に対しては、意図したことを為すことができないのである。被用者は国家による法律によって手厚く保護されている。これに対して、企業家に対しては、意図したことを為すことができるのである。すなわち、転換が待ち望まれている政策を声高らかに布告することが企業家の保護になるのである。法律学や経済政策は、以上に述べてきた展開について無責任ではない。このことはとりわけ大学の講座政策が裏付ける。労働法や社会法の教授のポストは数多く設けられる一方で、企業法や起業家法のポストは少ないのである。経済政策は、ようやく徐々に中小企業を支援するに値するものとみなし始めた<sup>(35)</sup>。

---

第14条との関連での最近の憲法裁判所については、NJW 1995, 2624, 2625 zur Mittelstandskomponente: Mittelstand als Garant von Produktivität und Arbeitsplätzen.

(31) Handelsblatt v. 27. 6. 1995, Nr. 121, S. 3.

(32) 欧州委員会報告, EuZW 1994, 642.

(33) P. Stihl, FAZ v. 29. 4. 1995, Nr. 100, S. 13.

(34) S. Brehmer, in: Wirtschaftsspiegel der IHK Münster 7/95, S. 1.

(35) Carl, EuZW 1995, 141.

## IV 一般経済行政法の発展について

### 1 集権的経済行政法から分権的・地域的経済行政法へ

a) 調和原則 (Harmonisierungsprinzip), 補完性原則 (Subsidiaritätsprinzip), 現地原則 (Ursprungslandprinzip)

国境なき域内市場は、少なくとも法が調和し、調整されている場合にのみ可能となる。とりわけ経済交流を容易にするための特別な法的、技術的な条件枠組みの共同策定がこれにあてはまる。それゆえ EC の建設と拡大は、必然的に経済法規と経済行政の集権化をもたらしたのである。欧州中央銀行の創設は、この道筋上の次なる里程碑でしかない。このような EC 法の発展と平行して、ドイツの経済行政法も以前よりも一層連邦に集中することとなった。急増した環境に関連する法規がこの集中化に一役買っている。理由は多岐に渡るので、ここで論ずることはできないが、とりあえず廃棄物管理法、連邦インミッション防止法、遺伝子工学法のみをそのような例として指摘しておこう。またそうこうしている間に注意すべき方向転換があったことも確認せねばならない。連邦とラントはそれぞれ自らの経済的な独立を強く主張し始めたのである。補完性原則が EC 条約 (第 3b 条 2 項) と基本法の欧州条項 23 条に最近盛り込まれたことが、その明瞭な兆候である。確かにこの原則の実践上の意義やこれが貫徹するかという点について疑問を投げかける人々がいるが<sup>(36)</sup>、これらの見解は、補完性原則が権限行使、権限分配の規則として機能し、憲法裁判所の判例で規範力があるとされているという事実<sup>(37)</sup>に反するものである。憲法のテキストによれば、目下のところ補完性原則は EC とその構成国との関係にのみ当てはめられるとされる。しかし、このことは、補完性という思想をより一般的に経済法、経済政策において展開させることを排除するものではない。補完性原則は「眠り姫」であるとはいえ、それを思慮深い規則、良き政策への掟であるとする指摘<sup>(38)</sup>は全く正しい。補完性原則は、将来の経済秩序、社会秩序の基礎的な土台にまでなりうる<sup>(39)</sup>ような展開自由な原則<sup>(40)</sup>である。なぜならば、広

(36) 文献としては、*Württemberg*, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1993, 621 ff; *Konzen*, EuZW 1995, 44 ff.

(37) BVerfGE 89, 155, 211; 詳しくは、*Stober*, aaO. (Fn. 1), § 12 II.

(38) *Allgemein Link*, VVDStRL 48 [1990], 7, 26.

く支持されたその原則への順守が、経済に即し、共同善を指向する任務遂行を保障するからである<sup>(41)</sup>。補完性原則は、競争と同時に共同の契機も可能とし、またとりわけ自己責任と国家からの自律に基礎をおいた基本法の人間像に相応しいのである。とはいえ、この中身については、解明する必要性がなお大いにあるのだが。例えば、欧州裁判所のフランス人裁判官である Jean-Pierre Puissechet は、「補完性とフランス法の関係は、北極点とサハラ砂漠のようなものだ」<sup>(42)</sup>とし、補完性という概念がフランスにおいてほとんど知られてないということを端的に我々に示した。

EC法の具体化は、欧州裁判所によって広く承認されたいわゆる現地原則、等価原則に基づいている。このことは、結果として、構成国の規則制定権限が強化されたことを意味する。あらゆる商品、サービス、許可等々は、それらが構成国内において適法に取引されていたり、承認されている場合にのみ、EC法に従うのである。

#### b) 地方およびラントの強化

さらにECが経済分野についての集権的な理解から次第に離れ、共同体内で地方の独立した役割が増すようになってきたことが付け加えられる。各地域、地方の議会の代表から構成される地方委員会の設立（EC条約第4条2項198a）をその例としてまず挙げることができる。Rainer Pitschasはこれを「歯抜け」のようなものと非難している<sup>(43)</sup>とはいえ、その機構を通じてラントは、はじめて直接にECの意思形成に関与することができるようになった<sup>(44)</sup>。次に様々な地方間での経済的な格差を是正することを目的とする数多くの地方基金を挙げることができる（EC条約第130a条以下）<sup>(45)</sup>。しかし、連邦主義と地

(39) Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft, Bundesanzeiger v. 27. 9. 1994, Nr. 183, S. 10357, 10359.

(40) Zur Weiterentwicklung Positionspapier der deutschen Länder zur Regierungskonferenz 1996, EuZW 1995, 570 f.

(41) v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, Karl BräuerInstitut des Bundes der Steuerzahler, Heft 82, 1995, S. 79.

(42) Handelsblatt v. 14. 8. 1995, Nr. 155, S. 7.

(43) Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, 503, 507.

(44) 詳しくは, Stober, aaO. (Fn. 1), § 8 II 4 m. w. N.

(45) 詳しくは, Haneklaus, DVBl. 1991, 295 ff; Hölscheidt, SächsVBl. 1995, 176 ff.

方主義を同一視してもならないし、アナロジーで扱ってもならない。Pitschasは、地方は国家的な性質を帯びるまでにはいたらず、機能的で市場に関心を向けた連合として解されると指摘している<sup>(46)</sup>が、これは適切なものである。EC条約とは別に、改正された基本法の第23条は、欧州の事項に関する協力および手続参加についての条件枠組みを明確に確定することによって連邦に対するラントの地位をECとの関係で強化した。しかし特定の経済行政法に関わる事項をラント政府レベルに委任することができるかどうか、またそれはどの程度までなのか、という問題についてその際明らかにはされなかった。いずれにせよ分権化がEC法の遂行に対して効率化をもたらす限りでラントへの委任は認められるようだ。

またこの問題は、連邦主義や地方主義の採用を市場への融和として理解する場合にも、連邦と州の関係において強く顕在化する。経済行政法の文献では連邦国家原則が問題とされているが、これに対して経済学の文献ではこの原則が問題とされることは一般的にはなく、簡単に触れられるのみである<sup>(47)</sup>。このことは、企業の所在地による利点の最大限の活用、不利益の減少が問題となっている所在地の競争に関する議論を考慮するならば、驚くべきことである。この競争は、周知のようにラントと地方との間で起こっており、これはまた経済法システムの能力の競争でもある<sup>(48)</sup>。今日ラントの所轄事項の中心は、ECや連邦によって公布された経済行政法規の執行にある。しかしラントの当該大臣と役人はこの執行過程の所々で大きな形成裁量余地を有しているのである。とはいえ、補助金交付や立法に関しては、EC法や連邦法による基準によって大幅に制限されるのだから<sup>(49)</sup>。

#### c) とりわけ必要条項の改正について

基本法72条の制限的改正が以上に見てきた問題の対策となりうるかどうかは、不明確である。この改正によれば、連邦が立法権限を有するのは、連邦内

(46) Pitschas, Europäische Integration als Netzwerkkoordination komplexer Staatsaufgaben, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1994, 503, 506.

(47) 詳しくは, Stober, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Band 158, 1994, S. 1 ff.

(48) Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 17. Aufl. 1990, S. 469 ff.

(49) 詳しくは, Streinz, in: H. Schäffer (Hg.), Wirtschaftsrecht und Europäische Regionen, 1994, S. 178 ff.

において同等の生活関係を樹立したり、国益にかなうように法と経済の統一性を維持したりするために連邦法による規制が要求される場合のみとされている。この定式化は、連邦による権限の広範な行使と連邦憲法裁判所による審査可能性の不十分さを巡る連邦とラントとの長年にわたる論争の成果である。これに関連して共同憲法委員会は、いわゆる必要条項に関する旧規定はラント権限の衰弱をもたらす主要な要因の一つであると明示的に確定した<sup>(50)</sup>。今や説明義務が論理的に検証しうる形式で課せられることとなったので連邦権限の行使は厳格化された。実質的な規則は、裁判所による審査可能性を保障するために新たに挿入された基本法第93条2項2 a号によって補われた<sup>(51)</sup>。ドイツの経済界の中央団体は、ドイツの経済的地位を低下させるとして、法の分散と不安定さに懸念を示しているが<sup>(52)</sup>、この疑念は、経済学的な分析や利益衡量による入念な目的論的解釈に基づくものではない。

#### d) 経済界による自治と地方自治体による経済行政

ドイツにおいて経済行政法は、連邦やラントによるのみではなく、経済自治機構、工業会議所、商業会議所や手工業会議所によってそのかなりの部分が担われるというのが確固とした伝統である。その際には、公法上の団体の強制的一員であるかということが重要となる。強制的の所属が会議所の財政負担と結びつけられる場合に、ときおりその組織形式の適法性が問題となる<sup>(53)</sup>。しかし会議所自治の意義を考慮すれば、この疑念は取り除かれる<sup>(54)</sup>。連邦国内での経済界による自治は、連邦構成国の多様性と特殊性を認め、地域的な問題を経済に即して解決することを可能とするような地方の経済的自立を部分的に実現するものである。これは、分権的な任務の引き受けや、国家と行政と私的な経済主体との間での協同を可能とし、この限りにおいて国家からの自律と市場への融和性に基づく自由な経済体制に相応しい。自治は、経済的な基本権を保障、強化し<sup>(55)</sup>、国家の補完性という思想を経済領域において実現する。この

(50) BT-Drs. 12/6000, S. 33.

(51) R. Schmidt, in: HdBStR III, § 83, Rdn. 34.

(52) Stihl, HB v. 25. 8. 1994, Nr. 164, S. 5.

(53) Tettinger, DÖV 1995, 169 ff.

(54) 詳しくは, Stober, Die IHK als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft, 1992 und ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht, aaO., § 43.

(55) Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilunglenkung, 1994, S. 250 f.

ことからして、会議所に委譲される任務が増大しているというのは、驚くべきことではない。会議所は、環境監査の枠内では、登録係のような任務を果たし、循環経済・廃棄物処理法の改正にも組み込まれている<sup>(56)</sup>。また商業登記の業務の委譲についても議論されているが、EC法や他の条約による承認はまだない<sup>(57)</sup>。

地方自治団体もこの発展プロセスの中に位置づけないとするならば、最近の傾向に関する記述は不完全なものとなろう。経済行政は、地方自治体の業務でもある。というのは、経済現象は、その地位が企業と相互に競合する市やゲマインデのレベルでとりわけ生起するからである。「グローバルに考え、ローカルに行動しよう」という標語や「あらゆる事柄は、ローカルなものだ」という格言に基づけば、ゲマインデは数多くの手段によって地域的な経済行政に取り組みねばならないとされる。確かに地方自治体の責任とゲマインデの行為権限との間には矛盾が長期にわたって存在した。とりわけ地域的な経済振興に関する権利について論争があった。まず初期において判例はゲマインデが企業の誘致と拡大のために財政的な援助をする権利を承認していた<sup>(58)</sup>。この判例は、自治体が法律の枠内で独自の経済行政を行うことをも含んだ地方自治を、憲法的に保障するに相応しいものである。この限りでは、地方自治行政の基礎には、それが他のゲマインデに対して競争力を持たねばならないエネルギー供給体や廃棄物処理事業体である、という思想があることが考慮されねばならない。とはいえ、目を見張るような地方自治の強化にもかかわらず、以上のゲマインデの権利は欧州で確定したのではなく、連邦法の基準によってかなり左右されうるということを確認しておかねばならない。例えば、ゲマインデに廃棄物処理責任を部分的に免除し、廃棄物を排出する私企業に責任を課したいいわゆるデュアルシステムの導入を思い起こしてみよ。

## 2 独占から民営化へ

### a) EC法による推進

ここでは、さらに「独占事業から民営化へ」という言葉で表現される傾向について注意を向けることとしよう。民営化を論じるには様々な真因や側面があるのだが<sup>(59)</sup>、差し当たり以下では、EC法によって開かれた市場を創出した

(56) §§ 17, 18, 38 Krw/AbfG.

(57) 詳しくは、Stober, DÖV 1993, 33 ff.

(58) VGH Kassel, DÖV 1989, 34; BVerfGE 84, 236.

り、行政の独占を打開することを目指しているという問題に限定して論を進めていきたい。財政的な圧迫や効果的な課題処理の必要性に伴って欧州によって行使された圧力は、その間に多様、広範な影響を及ぼした<sup>(60)</sup>。数多くの独占事業は、その構造を一新し、競争的性格を持つ私法上の組織形態へと転換するか、業務が民営化したことにより部分的あるいは完全にその存続が断念された。例えば、労働斡旋の独占は、私人による労働斡旋が許可されることによって緩和された<sup>(61)</sup>。連邦鉄道と連邦郵便局は株式会社へと転換された。そのような職務遂行は、これらの企業と同様に新たな参入者によっても担われるようになった（基本法第87a条2項）。家屋保険の独占は放棄され、またラジオ・テレビ放送は私人によっても担われるようになった。ルフトハンザのように社会的基盤となっている企業への国家の参与権も将来売却される予定である。さらに予算令の第7条は、採算性や節約度を基準にして決定される民営化義務を挿入した。この義務は、国務だけではなく、公共目的に仕える経済的活動をも対象としている。しかし、この規定はまだ財政基本法に盛り込まれていない。それゆえこの規定は、内閣独自の指示によって民営化と業務の私法的組織形態への転換を断行しようとする連邦政府のみを拘束するものである<sup>(62)</sup>。ただし民営化条項が基本法で定められていないとして非難されてもいる<sup>(63)</sup>。「公と私のパートナーシップ」の様々な形態が中間的解決として考えられうる<sup>(64)</sup>。一面では、この協同は私経済のノウハウへの照会と「スリムな行政」への要求の双方に應えるものであるが、他面においてある一線は維持されねばならず<sup>(65)</sup>、以前の行政による独占が私企業による独占に転化しないかどうかという点が注意されねばならない<sup>(66)</sup>。

(59) 例えば、*Ambrosius und Schuppert*, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994, 415 ff und 541 ff.

(60) *R. Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), 281 ff.

(61) 労働斡旋通達, v. 11. 3. 1994, BGBl. I, S. 563.

(62) Bulletin Nr. 108 v. 24. 11. 1994, S. 985, 987.

(63) *Oppermann*, FAZ v. 8. 6. 1995, Nr. 131, S. 13.

(64) 詳しくは, *Stober*, in: Tettinger (Hg.), Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung, 1994, 25 ff; Schoch, DBVl. 1994, 962 ff.

(65) 民営化の限界については, *Krölls*, GewArch. 1995, 129 ff.

(66) *Riesenkampff*, BB 1995, 833 ff; Biernat/Hendler u. a. (Hg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994.

以上のモデルでは、商業、工業、サービスを担う重要な企業に出資する州立銀行が私企業のように戦略的に振る舞い、経済コンツェルンや株式保有を行った場合のことがほとんど考慮されていない。西ドイツ州立銀行の事例がまさにこの悪い例を提供している。この銀行は、チャーター便会社のLTUの株式の33.97%、デパートグループのHortenの株式の25.45%、また旅行会社のThomas Cookと不動産会社のZadelhoffの過半数の株式を保有していたのだ。この問題に関して連邦憲法裁判所は、企業的な戦略は基本法の下では国家に相容れないものであるとする判決を出した<sup>(67)</sup>。租税国家には産業活動の権限がないので、公共の手による純粋な経済活動は、その活動が公共目的の追求という点から正当化される場合のみ許されるのである<sup>(68)</sup>。しかし公共目的がいかなるものかという点は不明確である。その理由は、基本法の第12条、14条、2条1項によれば生産とサービスは私経済の手に委ねられねばならないとされているからである<sup>(69)</sup>。それゆえそのような企業や参与は、厳格な学説によるならば、基本法への違反を理由として売却されねばならないのである<sup>(70)</sup>。

#### b) 統合に条件付けられた推進

以上に見てきた路線は、ドイツ分裂を経済的に克服する上でも重大な影響を与えた。計画経済から市場経済への移行は、差し当たって人民所有企業の民営化を必要とした。この任務を引き受けたのは、とくにそのために創られた信託公社であった<sup>(71)</sup>。民営化は、第一に国営企業を完全にあるいは部分的に売却することによって行われ、またある場合には買取り (buy-out) による経営方式が用いられた。その際、売却条件を良くするために、そのつど企業の建て直しが行われた<sup>(72)</sup>。収益性の面からその企業が問題にならない場合のみ、その解散が考慮された。確かに信託公社のやり方は時として批判的となった。とりわけ公社の市場経済の原則に対する違反が非難された (例えば、公告、競

(66) *Riesenkampff*, BB 1995, 833 ff; *Biernat/Hendler* u. a. (Hg), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994.

(67) BVerfGE 61, 82, 100.

(68) 同じく, *Koenig*, WM 1995, 317, 320.

(69) 同じく, *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 525.

(70) *Stober*, DÖV 1995, 125, 131; *Koenig*, WM 1995, 317 ff.

(71) 1990年6月17日の信託公社法, GBl. DDRI, S. 330; ドイツ統合条約第25条, *Hohmeister*, BB 1992, 285 ff; *Immenga*, NJW 1993, 2471 ff.

(72) *Stober*, Zum Sanierungsauftrag der Treuhandanstalt, 1993.

売をせずに特定の当事者と交渉に入ったり、民営化よりも建て直しを優先したり、投資約束を交わしたりすること等々)。しかしながら、経済体制の移行という例外的事態が対象であったことや民営化が結局のところすばらしい成果を上げたということをそれらの批判は見落としているのである<sup>(73)</sup>。

企業の民営化は、経済的に重要な数多くの措置やプログラムにとっての戦略の出発点であり、以下に列挙した措置やプログラムによっていわゆる「東の飛躍」ができるだけ早く実現されねばならなかった<sup>(74)</sup>。

- 経済的インフラストラクチャーの創造、改善<sup>(75)</sup>
- 効率的で法治国家的な行政の構築<sup>(76)</sup>
- 投資障害の除去（投資に有益な情報の開示）<sup>(77)</sup>
- 民間投資への助成（近代化、環境保護への投資等）
- 中小企業からなる社会の構築と起業家への助成
- 東ドイツ製品の販売見込みの改善
- 公共事業の優先規定

### 3 規制から規制緩和への長い道のり

#### a) 規制緩和をめぐる議論の発展

実際の経済法、経済政策においては民営化とは別に規制緩和というスローガンが極めて大きな役割を果たしている。またこの概念は、国家と市場の境界、すなわち経済事象に対する国家の責任と私的自治による責任との線引きにも関係してくる。それゆえ場合によって民営化は規制緩和の形態をとって現れる<sup>(78)</sup>。規制緩和は、規制を撤廃、軽減し、競争への反市場的な干渉を除去し、法を簡素で分かり易く効率的で円滑なものとすることを目指している<sup>(79)</sup>。その第一の名宛人と受益者は、市民である。その合い言葉は、「小さな国家、大きな自己責任」である。将来のドイツの地位の確保に関する内閣の報告、全経

(73) Jahresgutachten 1994/95 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drs. 13/26, S. 189 ff.

(74) Jahresgutachten 1994/95 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drs. 13/26, S. 188 ff.

(75) 詳しくは, *Stober*, aaO. (Fn. 1), § 25.

(76) BVerfGE 84, 133, 151.

(77) BVerfGE 84, 90, 125 ff.; E 85, 130, 133.

(78) *Hedrich*, Die Privatisierung der Sparkassen, 1993, S. 22.

(79) この議論については, *Stober*, DÖV 1995, 125 ff m. w. N.

済的發展に関する専門家会議の年次報告、成長と競争力と雇用をテーマとしたEC委員会の白書、規制緩和委員会の報告、ならびに数多くの規制緩和法によれば<sup>(80)</sup>、以下のような施策が実施されうるとされる。

- 物流での料金規制の撤廃
- 職人的手工業への参入・開業の緩和
- 専門家職への参入の緩和<sup>(81)</sup>
- 外国との競争能力を得るために企業、工場の操業時間を延長することを認める労働時間規制法の成立<sup>(82)</sup>
- 官庁が法律の規則に反することを認める実験条項 (Experimentierklauseln) の導入<sup>(83)</sup>
- 手続簡素化のための立法<sup>(84)</sup>

しかし以上のように政治目的とされた規制緩和プログラムは、部分的にしか実行に移されていない。とはいえ、電力産業での市場開放を思い起こせばわかるように、現存する規制緩和の可能性はなお計り知れないのである<sup>(85)</sup>。また規制緩和の利点、不利点を入念に考慮せねばならないということとは別に、法を整理しようという政治力や意思が欠けているように思える。その暗澹たる悪い例であり、経済法、経済政策で長年論争となったのが、閉店時間自由化の問題である。ガソリンスタンドの営業時間と取扱商品に関する規定では以下のような方向性が明確となった。すなわち、立法者は、法律が役人の黙認や行政裁判所の解釈的に誤った同意<sup>(86)</sup>によって恒久的にすり抜けられるよりも、事実的に行われている法定時間外の営業を議会によって法的に認める決定をなすことを明らかに好むということである。これまで実験条項の創設については最低限のコンセンサスもなかった<sup>(87)</sup>。また欧州環境監査命令を国内法に置換える

(80) 詳しくは, *Stober*, aaO (Fn. 1), § 2 VIII 2b; *Ronellenfitsch*, *Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht*, 1995; ders., *VerwArch.* 86 [1995], 307 ff.

(81) 詳しくは, *Stober*, in: FS Friauf 1996.

(82) § 13 ArbZRG.

(83) § 2 Abs. 7 PBefG.

(84) 例えば, *Fluck*, DB 1993, 2011.

(85) Jahresgutachten 1994/95 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Drs. 13/26, S. 186.

(86) BVerwG, JZ 1994, 300 ff mit Anm. *Stober*.

(87) *Dichtl* u. a., *Der Deregulierungsbedarf bei für die Wirtschaft relevanten Rechtsnormen*, Beilage 12 zu Heft 35/1995 des Betriebs-Beraters.

法律、いわゆる環境監査と所在地登録に関する法律の草案は、議会在立法技術センスと法律の体系性にその都度基づいていたことを裏付ける。確かに1994年11月11日の連立合意や同年11月23日の内閣所信表明から考察するならば、監査法は規制緩和と官僚制の除去に寄与するとされる。しかしこのような目的設定は法律に何の基礎もないのである。なぜなら実際には環境企業監査に従事する者への認可と監督のために立法者は30項以上にわたる規定を必要としたからである。また同時に、環境監査人は営業法第36条の意味で専門家として資格化すれば十分であったのにもかかわらず、あらたに専門家資格が設けられたのである<sup>(88)</sup>。環境監査と所在地登録の結果としてこれまでの官庁による監督が軽減され、企業の負担が減少してはじめて、規制緩和が達成されたと言えるのだが<sup>(89)</sup>、そのような結果は現状では単なる理想とみなされ、後世の検証に委ねられた<sup>(90)</sup>。このような例はたくさん挙げることができ、このことは規制緩和の発展がまだ途についたばかりであることを示している。

#### b) 経済行政法と営業法の法典化について

とりわけ経済行政法の法典化と体系化が重要である。環境法では一般環境法、特別環境法の草案が提出され<sup>(91)</sup>、また社会法典が近年編纂された一方、営業法典の総則の原則をめぐっては争いが以前から存在した<sup>(92)</sup>。営業秩序を営業法の基本原則として再び本来の場所に挿入しようとしたり、営業法をある鑄型から創ろうとする試みは、接客業や手工業がすでに特別法に服しているために、もはや頓挫している。確かに営業秩序は、現代的な要求に徐々に適合するようになったが、そこで問題とされているのは症状の治療にすぎないのである。環境法との調和をも要求するような徹底した改革はなお欠けている。営業秩序がいわゆる移民病に襲われ<sup>(93)</sup>、特殊化傾向が続き、環境法がより一層経

(88) 詳しくは, *Stober*, Sachverständigenanhörung am 23. 5. 1995 vor dem Ausschluß für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit des Bundestages; *Bohnen*, BB 1995, 1757.

(89) 同じく, *Bullinger*, JZ 1994, 1129, 1132.

(90) Protokoll über die Beratung des Entwurfs in der 33. Sitzung des Bundestages v. 26. 4. 1995, S. 2642 ff.

(91) Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches Bericht 7/90 des Umweltbundesamtes, 1991; Entwurf eines Besonderen Teils eines Umweltgesetzbuches Bericht 4/94 des Umweltbundesamtes, 1994.

(92) この展開について詳しくは, *Stober*, aaO (Fn. 1), § 45 I 2.

済法から遠ざかるようになればなるほど、営業秩序と環境法との調和は不可能になる。残念ながら、法解釈的、立法技術的な明晰さへの当然の関心は、もっぱら法政策的なイニシアティブによって、政治過程ではその貫徹力を失うということが確認される<sup>(94)</sup>。このような診断の下では、営業規定の目的を確定するために立法者がより良い解釈や法的安定性の改善に強く転じた場合<sup>(95)</sup>に、希望の光が見えてくる。換言するならば、経済行政法の総体は、カオス的な像を未だ有しており、そのことがその存立基盤を揺るがすよりもむしろ独立した活動の開始を鼓舞していると言えるだろう。

#### 4 国家による経済監督から私人による自己監督へ

##### a) 経済行政の任務をめぐる議論

このように混沌とした地点から経済行政法が果たさねばならない任務を思索せねばならないのである。その任務は、EC法や憲法による基準から生じ、経済循環を制御せねばならない各種の経済法規にその表現を見出している。ただし経済行政の任務を終局的に画定したり固定することは不可能である。その任務は、絶えず流動する経済、社会、環境、技術などへの様々な規制の必要から生じる変化に左右される。それゆえ学説でもその任務の範囲枠についての一致はないのである。ある者は、経済指導と経済監督との分類<sup>(96)</sup>、あるいは経済監督のみによって包括的制御と経済振興<sup>(97)</sup>を分け、またある者は、経済振興を経済指導の一つとみなしたり<sup>(98)</sup>、経済政策と経済監督のみによって区分している<sup>(99)</sup>。しかし立法実務では一つの法律において多くの任務が同時に追求されるのはよくあることなので、厳密な分類は最初から失敗しているのである。

現在の学問の認識水準によれば、上述の経済行政法の特殊な任務だけに満足してはならないとされる。旧来の見解では、経済的インフラストラクチャーや

(93) 最近の例では、労働時間規制法によって営業法第105条 a から j までが削除された。BGBl. I, 1994, 1170 ff.

(94) *Schulze-Fielitz*, NVwZ 1993, 1157, 1163.

(95) 最近の例では、営業法第14条 1 項, 33条 f 1 項

(96) *Jarass*, aaO., § 7 ff.

(97) *Püttner*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, S. 123 ff.

(98) *Rinck/Schwark*, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 1989, § 24 ff; *Weimar/Schmi-kowski*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1993, S. 167 ff.

(99) *Schmidt*, aaO (Fn. 2), § 7 I 1.

情報の経済的意義をあまり考慮していない<sup>(100)</sup>。このような一般的任務は、世界規模で展開するサービス・情報産業においては、その経済活動が効率的に展開するための基盤となるのである。特定の財や現在および将来への備えを供給・給付する蓄積は、自由な市場経済のシステムに自ずと存在しているものとして想定される<sup>(101)</sup>。紙幅からそのことに伴う問題についてこの論文で掘り下げることができないが、ここでは、教育というキーワードにのみ限定して検討してみよう。教育は、労働という生産要素の鍵となる要素であるだけでなく、企業や国民経済の将来の競争能力にとっての大前提でもあるのだ。しかしながら教育による効果は、教育システムがこれまでよりも創造性、研究意欲、リスクへの準備や企業精神を呼び起こし、促進する場合にのみ経済学的に計量される<sup>(102)</sup>。寄生的に要求し、余暇を指向する「完全保険的なメンタリティー」から、強い個人的な遂行意思と大きな自己責任へと転換することが必要である<sup>(103)</sup>。以下では、特に近年嵐のように発展、転換した経済監督という任務に焦点を合わせてみていこう。

#### b) 危険予防から危険・リスクの事前配慮へ

経済監督は古典的な任務の一つである。それは、経済的自由主義の伝統や工業化の初期段階に位置付けられる。すなわち経済監督は、営業の自由の矯正策として現れたのである<sup>(104)</sup>。現代の工業経済、サービス経済においては、経済監督はその正統性を自由な競争による開かれた市場経済から調達する。というのは、経済秩序がより開かれ、自由なものになればなるほど、危険や損害を回避するために経済現象を監督することがより必要となるからである。この目的設定には、同じく経済法にその源を有している経済に関する環境監督も含まれている。環境監督は、自然生命の基盤の保護によって経済監督の将来の方向性を示している。

経済監督は、経済行政法の規定が守られ、経済行政官庁の措置が順守される

(100) Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984.

(101) Rosen/Windisch, Finanzwissenschaftlichen Infrastruktur, 1995.

(102) 詳しくは, W. Schlafke, Handelsblatt v. 25. 7. 1995, Nr. 141, S. 5.

(103) 同じく, J. Strube, Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Deutschland, in: Bitburger Gespräche 1993, S. 1, 14 f.

(104) Schmidt, aaO. (Fn. 2), § 7 II 1; Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 27 ff.

ことを目的としている。経済監督は、経営者を注視し、経営監督、生産監督、設備監督をその対象とする。個々の法律は、原因者負担原則に基づきながら、監督要請を様々な管理基準と監督の必要性の程度に照らして確定する。とはいえ、これらの明確化と限定によっても経済監督の任務は決して十分にその輪郭が描かれないのだということを忘れてはならない。経済監督や国家による監督は部分的にしか話題にされないで、その概念についてさえも未だ不明確なのである。個々の保護領域は独自の法領域となるまで発展している。例えば、消費者保護法が当てはまるだろう<sup>(105)</sup>。もちろん消費者保護法は依然として経済私法の領域にあることに変わりはないのだが。

経済活動から生ずる危険の予防が、経済監督の出発点であり、その主たる関心事である。しかしながら、様々な新種の複雑な方式、物質、設備によって作動する高度に技術化された工業経済においては、単なる危険予防では法益の効果的な保護を十分に果たすことができない。とりわけリスクがともなう技術<sup>(106)</sup>については、危険の発生をあらかじめ防止するという意味での準備対策がさらにまた必要となる。予防に関する国家の役割および技術のリスクへの国家責任がここでは必要とされる<sup>(107)</sup>。それゆえ存在するかあるいは存在すると推定される危険への最大限の事前配慮が、古典的な危険予防と結合し、今日の技術立法の中心的な論点となっている。連邦インミシオン防止法、遺伝子工学法、化学物質取扱法、医薬品取扱法がその典型例である。環境配慮という形で危険事前配慮は、事後配慮や事前配慮も含んだ製造者責任、製造物責任として現れる。危険配慮は、回避し（Vermeidung）、最小化し（Verminderung）、利用する（Verwertung）といういわゆる V 戦略によって達成される。

c) 国家による独占的な危険予防から競争を通じた法益保護へ

経済監督の手段は多様にある。その際、侵害の強度はその都度の予防対象によって変化する。義務違反に対するサンクションをも含む開始監督、実行監督、終了監督が標準的手段である<sup>(108)</sup>。

(105) 最初のこのようなアプローチとして、*Borchert*, Verbraucherschutzrecht, 1994.

(106) 詳しくは、*Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 53 f.

(107) 詳しくは、*Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Technik, 1985, S. 81 ff.

(108) 詳しくは、*Stober*, aaO. (Fn. 1), § 29 III.

経済行政法による義務や命令や禁止は、法益保護にとって適切で効率的で許容された手段であるのだが、「命令と調整制御」の措置は、企業の自己責任によって設定される市場経済に働きかける手段によって補われうるのだという見解が最近では有力となっている。危険予防と危険事前配慮を国家が独占するという路線に沿いながら協同原則を実現しようとする解決策は過去において失敗している。しかしながら、安全や健康や環境という法益が市場や競争や品質という視点から考慮されるようになったという点で、安全哲学やリスク考慮において転換があったということをご指摘することができる<sup>(109)</sup>。このパラダイム転換は、様々な形で国家と企業との共同を可能とし、国家による監督任務の経営レベルでの後退を許すものである。

#### d) 私人の参与から証書発行へ

私人による経済監督の任務の遂行は、第三者による参与・委任、任務の民営化や行政権限委任によってなされる。例えば、監督が必要な施設の検査や技術的な労働手段の最終検査は専門家によって行われる<sup>(110)</sup>。測定任務や食料の監督任務や補助金任務は、受任者が自らの責任によって遂行する<sup>(111)</sup>。

このようなモデルとは別に、品質を保証するのに仕える証書制度が最近設けられた。この証書は特定の危険な製造物については義務的であり、独立した検査官によって認証が行われる。検査官は、その資格として定められた任務に関する権限を有し、検査を実施し、証明書を授与する（いわゆる CE マーク）。環境保護に対する企業の責任を強調する自発性による環境企業監査についても事情は同じである。環境企業監査は、中立な環境監査人が環境について言明し、特定の事業所が特定の環境要求にこたえるということを目的としている。この競争と配慮に基づいた制度は、継続的に企業による環境保護を改善し、企業戦略を外部に対して透明なものとする<sup>(112)</sup>。このようにして、Pitschas が表現しているように、特別環境責任共同体、行政と経済界による二重の環境責任が生ずるのである<sup>(113)</sup>。

(109) 例えば, *H. Hill*, Umweltrecht als Motor, aaO, S. 91, 112; *Koenig*, NVwZ 1994, 937, 940; *M. Schulte*, DVBl. 1995, 130 ff.

(110) GSG 第14条, 連邦インミシオン防止法第29a条, GSG 第4条1項a Nr. 3.

(111) BHO 第44条3項, SachsLHO 第44条3項

(112) 例えば, *Koenig*, NVwZ 1994, 937, 940 f.

(113) *Pitschas*, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis, aaO. (Fn. 46), S. 526.

## e) 自己監督と自主規制

以上のことは別に、企業の自己責任は自己監督や自主規制という措置によってますます求められるようになっていく。この自己監督は、企業は、その施設、設備、工場、販売所が問題とされないような状態にあり、生産物が特定の品質要求に適しているということに長期的な競争利益、市場利益を原則的に有しているのだという考察に基づいている。それゆえ、今日より多くの発注者が品質証明を要求するようになっていくために、多くの企業は以上の利益を考慮せねばならなくなっている。企業が従業員の質や客観的な質についてみずから配慮する限りでは、国家の関心はせいぜい無作為抽出による監督にとどまることになる。したがって自己監督は、国家による監督の代償物であり、実践される補充性原理の適用例の一つである。企業による自己監督という手段は、この間に数多くの法律にその表現を見出した<sup>(114)</sup>。

企業や業界がある態度をとることを約束する自主規制協定は、自己監督の特別な形式である。この紳士協定は、とりわけ法律による威嚇的な措置を回避するのに仕える。この最近の例として、遅くとも西暦2000年までに3リットル車〔100km/3リットル・燃費〕を市場に出すとした多くの自動車メーカーによる協定が挙げられる<sup>(115)</sup>。

## 5 経済行政行為から多様な経済行政手法へ

## a) 行政行為から分化した許可手続へ

私法にとって契約が典型的な行為形式であるのに対して、経済行政法の実務では依然として量的にも質的にも行政行為が中心をしめる。行政行為とは、国家が優位であることの表現であるが、かといって契約を排除するわけではない<sup>(116)</sup>。確かに、片務的行為から協調的行為へ、フォーマルからインフォーマルへ、終局的行為から暫定的行為へ<sup>(117)</sup>、公法的行為から私法的行為へというゆっくりとした転換を観察することができる。時間や資本や情報という生産要素により重要性が付与され、経済の要求がより考慮されるようになったということがこの転換に表現されている。また同時に行政行為という制度も、国家に

(114) GefahrstoffVO 第18条, DruckbehälterVO 第31条, 連邦インミッション防止法第29 a 条, StörfallVO6条1項, SächsAGLMBG8条

(115) FAZ v. 12. 8. 1995, Nr. 186, S. 11.

(116) 行政手続法第54条 ff

(117) 詳しくは, *Wolff/Bachof/Stober*, 10. Aufl. 1994, § 43 I 3.

よる行政行為が欧州内部で通用し、欧州委員会も行政行為をなすので、その意義は増大している。

b) 経済行政の役割 統治からサービスへ

経済活動を行おうとする市民が様々な官庁による数多くの許可や認可を幾度も必要とすることは依然として問題となっている。このような併科主義に対して集中主義は、行政法の認可手続の基本原則としてなお浸透していない<sup>(118)</sup>。経済行政のサービスの機能を考慮すれば、経済に即した認可手続としてスコープ手続<sup>(119)</sup>や窓口一本化が要請されるのは当然のことである。不十分な手続の集中と諸認可の整合性とは別に、認可手続の極度に厳格な形式主義と所要時間についても経済界から一般的に批判されている<sup>(120)</sup>。この点については、企業が迅速で単純で計算可能で柔軟な行政手続を頼りにしているということが想起されねばならない。所在地要素、競争要素、時間要素、コスト要素といった標語がここで用いられる<sup>(121)</sup>。長い手続所要時間によって価値がおとしめられうる革新サイクルと基本権の変化を今後考慮せねばならない。競争での成功の秘訣が市場への機敏さにあり、市場が待ってくれない場合には、行政は経済のリズムに適合し、需要に関心を向け、協調的な態度で迅速に振る舞わねばならない<sup>(122)</sup>。同時に迅速さが法的安定性や第三者の利益や決定の質を害するものであってはならないということも考慮されねばならない。特定の経済事情に一般的に認可が必要かどうかということが優先して論理的に吟味されねばならない。

転換やEC法による調和化をなお部分的に期待している以上の考察とは別に、経済行政の経済市民に対する配慮義務が強化されねばならないということ

(118) 詳しくは、*Stober*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungsrechts, § 59 III 3.

(119) UVPG 第5条, *Nisipeanu*, NVwZ 1993, 319 ff.

(120) 詳しくは, *Sternberg*, NVwZ 1995, 209 ff; *Fluck*, VerwArch. 86 [1995], 466 ff.

(121) 日本の視点から分析したものとして, *Bullinger*, VerwArch. 84 [1993], 64 ff.

(122) *Bullinger*, JZ 1991, 53 ff; ders., JZ 1994, 1129 ff; Bundesministerium für Wirtschaft (Hg.), Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, Bericht der Unabhängigen Expertenkommission, 1994; *Stober*, DÖV 1995, 125 ff.

を考慮せねばならない。少なくとも起業家や中小企業には、社会法で定められているような説明や協議や情報への権利やその他手続への権利が与えられねばならない。

#### c) 行政行為から契約へ

協調的でコンセンサスに基づく行政手法の表現である経済行政法上の契約は、行政行為への興味深い代替案である。保護目的が同程度に達成される場合には、契約よりも優先する約款がさらに存在することがある<sup>(123)</sup>。そうこうするうちに契約は経済行政法の数多くの領域で用いられるようになった。補助金契約、弁済契約、受任契約、補償契約、工場・処理場跡地契約、行政権限委任契約、カルテル契約や広告利用契約がとりわけそのような例として挙げられる<sup>(124)</sup>。それにもかかわらず、契約には、ここで詳しく触れられない数多くの疑問が投げかけられている<sup>(125)</sup>。

#### d) 統治的行政手法から簡素な行政手法へ

行政行為と行政契約は簡素な行政手法によって補われる。この簡素な行政手法という概念は、インフォーマルな行政手法という語と同義で用いられる。さらにこの概念には情報を与えるという行政手法も含まれている。このよく知られた行為様式は、従来のカテゴリーに分類することのできない措置の集積である。この法概念をより上手く構成することは、経済行政法にとっての大いなる課題でもある<sup>(126)</sup>。簡素な行政手法は時流に適った課題解決が可能であるので、技術、経済、環境セクターでの経済活動の多様性と急激な発展を考慮することができる。また同時にこの手法は、生産要素や競争要素である情報についての行政責任と事前配慮原則を具体化する。幾つかの例がこの実用的意義を裏付けている。情報提供や助言や警告や製品認証<sup>(127)</sup>や自己規制協定や報告がこ

(123) SächsNatSchG 第39条 1項, EATUGB 第6条

(124) *Stober*, aaO. (Fn. 1), § 36.

(125) *H. Bauer*, in: Hoffmann-Reim/Schmidt-Aßmann (Hg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 245 ff; *Sendler*, DVBl, 1992, 1113, 1120.

(126) *M. Schulte*, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, 1995.

(127) *Ossenbühl*, *Umweltpflege durch hoheitliche Produktkennzeichnung*, 1995.

の簡素な行政に属する<sup>(128)</sup>。それらに伴う法治国家的問題はなお十分に解明されていない。

---

(128) 例えば, EATUGB 第107条