

# 現代法治国家における「法律」の制御機能について

菟原 明  
(法律学科教授)

## I はじめに

この小論は、若干年度は遡るが、1997年3月19日から20日の両日にわたって、ゲティンゲン大学 (Georg-August-Universität Göttingen) を象徴する伝統的な建築物であるアウラにて、„Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates" をテーマとして開催された、クリスティアン・シュタルク教授 (Professor Dr. Christian Starck) 生誕60年記念シンポジオンについて語ろうとするものである<sup>(1)</sup>。

現在、同教授は、1971年以降伝統あるゲティンゲン大学公法担当正教授の地位にあるとともに、また、ビュッケブルクにあるニーダーザクセン州国事裁判所裁判官をも勤める著名なドイツ公法学者の一人である<sup>(2)</sup>。同教授から60歳記念シンポジオンが計画されており、出席しないかのお手紙をいただいたのとほぼ時を同じくして、このシンポジオンの主催者である、シュタルク教授のもとでの最古参の教授資格取得者 (Habibitand) であった G・F・シュパート教授 (Professor Dr. Gunnar Folke Schuppert=ベルリン大学) から、同シンポジオンへの参加招待状をいただいた<sup>(3)</sup>。これを機に、3月17日ドイツへと出発した。

本シンポジオンには、ドイツを代表する錚々たる公法学者、たとえば、わが国でもその名がよく知られている P・バドゥーラ (ミュンヘン大学)、P・レルヘ (ミュンヘン大学)、J・イゼンゼー (ボン大学) 等を含め、80名におよぶ教授と実務家が参加した<sup>(4)</sup>。本シンポジオンでの報告および討論は、昨年の1998年夏に、一冊の書物として刊行されるにいたった<sup>(5)</sup>が、刊行後すぐに、シュタルク教授から同書が教授の署名入りで贈られてきた。以下では、本書を基礎に論を進めていくが、その際、本書を引用するに当たっては、本文に該当頁数を示すことにする。

### 註

- (1) Ch・シュタルク教授の研究業績一覧については、菟原明「現在ドイツ公法学研究資料-Ch・シュタルク教授研究業績一覧 (1992年11月18日現在)」(大東法学第3巻2号217頁以下) および菟原明「現在ドイツ公法学研究資料-Ch・シュタルク教授研究業績一覧(2)」[1993年以降

- 1997年8月31日現在 (= Stand 31.08.1997)] (大東法学第7巻1号301頁以下) 参照。なお、同教授の憲法構想については、目下大東法学に連載中の私の論稿を参照願いたい。
- (2) ゲティンゲンは、ニーダーザクセン州にあるドイツ有数の大学都市であり、同州の州都はハンノファー (Hannover) である。
  - (3) 本シンポジオンは、同教授のイニシアティブのもとで、Europäisches Zentrum für Staatswissenschaften und Staatspraxis (これは、Freie Universität Berlin, Humboldt Universität zu Berlin und Thechinische Universität Berlinの三大学で構成されている) により主宰された。
  - (4) 後に、本シンポジオンの報告等が書物として出版された (下掲註5 参照) が、参加者氏名については、参加者名簿一覧 (S.183f.) を参照願いたい。
  - (5) Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposion anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Nomos Verlag, 1998. なお、本シンポジオン参加時の参加者名簿には、私の肩書きにはDr.はついていなかったが、同書184頁で、私の肩書きにDr.が付け加えられているのは誤りである。

## II 報告内容について

### 1. シンポジオンの構成

第一日目は、G・F・シュパート教授による開会の辞があった後、マインツ大学のフリートヘルム・フーフエン教授 (Prof. Dr. Friedhelm Hufen) の報告 „Über Grundlagengesetze" とボン大学のフリッツ・オセンビュール教授 (Prof. Dr. Fritz Ossenbühl) の報告 „Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht" が行われた。報告終了後、休憩を挟んでシュパート教授司会のもとに両報告に対する活発な討論が交わされた。第二日目は、オスナブリュック大学のイエルク・イプゼン教授 (Prof. Dr. Jörg Ipsen) の報告 „Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter" とベルリン大学のG・F・シュパート教授の報告 „Zur Steuerungsfunktion des Gesetzes in Spiegel der Gesetzgebungslehre" が行われた。第一日目と同様に、休憩を挟んでゲティンゲン大学のフォルクマール・ゲッツ教授 (Prof. Dr. Volkmar Götz) 司会のもとに報告に対する討議が行われた (紙数の制約上、討論内容については省略する)。

### 2. 開会の辞とシュタルク教授の業績

(a) シュパート教授は、開会の辞のなかで、生誕記念の祝賀形式には、祝賀記念論集を献呈するという形式も考えられるが、この場合には、往々にして記念論集を構成する諸論稿にテーマの一貫性がみられず、したがって、記念論集はある種の „Gemischtwarenladen" (よろず屋) 的な性質を帯びざるを得ない、ということから、この形式は採られなかった、と語った。これに代わる祝賀の方法として選択されたのが、人

(Person) ではなくて、問題 (Sache) を前面に打ち出す方式、学問的討議の場としてのシンポジオン方式であった。とすれば、つぎに問題となるのは、どのようなテーマをシンポジオンの課題として設定するか、である。ここに選択されたのが、シュタルク教授の「生涯の研究テーマ (Lebensthemen)」のうちの一つである、「法律概念 (Gesetzesbegriff)」に関する問題であった。そこで確定されたのが、上記のテーマ „Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates" (法治国家の中核的制御媒体としての法律) であった (S.7ff.)。

(b) 上記テーマ設定を決定づけた、シュタルク教授の「法律概念」をめぐる業績にはどのようなものがあるか、ここで年代順に簡単に振り返っておこう (Vgl. auch S.11f.)。なによりもまず最初に挙げられるべきは、ヴュルツブルク大学法学部に提出された教授資格請求論文 (Habilitationsschrift) „Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Nomos Verl., 1970" である。本書で、シュタルク教授は、法律の一般性よりも、措置法や計画がもてはやされていたときに、「法律の一般性」を強調していた。さらに、1981年にトリアーで開催された、ドイツ国法学者大会での討論発言のなかで彼が力説していたことは、「国法は、立法学に再び (wieder—強調は、シュタルク) 向かわなければならない」[Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 40, De Gryuter (1982), S.124]、ということであった。立法学は、過去「法思考と法学の原生岩石 (Urgestein)」であったし、現在もそうである [Göres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon. Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. II, (1986), Sp.998]、と述べられている。また、「法律の一般性」の問題について、1986年11月14、15の両日にわたってゲティンゲンで開催されたシンポジオンの成果が彼によって編集されている [Ch. Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes. 2. Symposion der Kommission] Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart am 14.u.15.11.1986 (Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1987) 〕<sup>(6)</sup>。さらに、1988年にチュービンゲンで開催されたドイツ国法学者大会での第二テーマ „Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht" (VVDStRL., De Gryuter, 1989) は、彼のイニシアティブによるといえよう。このような、彼の法律概念をめぐる諸業績に鑑みれば、60歳の誕生記念祝賀に、「法律概念」をめぐるテーマを掲げたことは十分に首肯され得るであろう。さらにいえば、この「法律概念」こそは、シュタルク教授の今ひとつの研究テーマである「基本権教義学」にもつらなるものである。

(c) なぜ、法律の「制御機能」がテーマなのか？ 本シンポジオン各報告で、また、それに対する討論で問われたのは、大要以下のような問題である。現在のドイツにおいて、

国家責務の増大と、それを具体化する法の諸形態の変容・機能変化による法律の制御機能の弱体化に対して、換言すれば制御機能の強化に向けて、どう国法学は対応し得るのか。科学・技術の発展や環境問題から生じる安全性確保の問題、換言すれば危険性の回避等を法律によっていかに制御し得るのか、とりわけこのような諸問題に対して、基本権教義学はどう回答し得るのか。さらには、討論においても問われていた、EUとの関連で国内法上法律の制御問題は、どう捉え得るのか。最後に、シュパート報告にも見られるように、公的行為者（Akteuren）と私的行為者等との多数の行為者の協働に基づく現代の協働国家において、とりわけそこで見られる公的セクターと私的セクターとの協働的プログラム設定は、将来、実効的な「責任配分による国家の負担軽減」を惹起し得るのか、そのとき行政法はどう位置づけられていくのか。まさしくこれらのアキュートな諸問題は、「法律概念」をどのように再構築していくか、を抜きには語れない。そうであれば、本シンポジオンのテーマの選択は、シュタルク教授の60歳誕生を祝うにふさわしいテーマの設定であったといえよう。

註

- (6) この「歴史と現在における法律の機能（Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart）をめぐるシンポジオンは、1996年4月26、27の両日にわたってゲティンゲンで開催された。それが、第8回目である[U. Diederichsen und R. Dreier (Hrsg.), Das mißglückte Gesetz, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1997]。シュタルク教授は、このシリーズの今一つ第7回のシンポジオン（1994年4月22、23日開催）の成果をも編集している。それは„Ch. Strack (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1995”である。同シンポジオンで彼は、「憲法と法律」[Verfassung und Gesetz, (S.29ff.)]という報告も行っている。これは、彼の憲法構想の重要な柱をなす「憲法の優位（Vorrang der Verfassung）」論にも関連する。

### 3. 個別報告

(a) 第一報告者F・フーフェンは、「基本法律について」と題する報告（S.11-26）のなかで、現代産業国家〔それは、同時にサーヴィス国家、社会国家また移動国家（Transferstaat）でもある〕において、危機にさらされている「法律」の制御機能および抽象化機能の強化へ向かう打開策として、フランスでいうところの組織法律（lois organiques）という形式<sup>(7)</sup>と類似の形式で存在するような、「基本立法（Grundlagengesetzgebung）」を推奨する報告を行った。その論旨を簡単に整理すると、以下のようであった。

一般法律の歴史的に定着している法哲学的機能〔自然法の反映、総意（volonté générale）という表現、誰に対しても妥当することによる平等な自由の確保、高権力の正当化と拘束、という近代憲法国家における法律の諸機能〕は、現代憲法国家においては、あま

りに高度の規律密度と過度の特殊化、短命性、熱に浮かされたような措置法への傾向、包括的な法律の企図を延期しようとする傾向、結果評価の欠如および行政手続法、行政裁判所法や社会法の基幹法律（Stammgesetze）といった既存の基本諸法律に対する侵害をも後込みしない構想力のない妥協をとる諸規律によって、要するに、政治的妥協とあからさまな顧客志向性の性格をもった立法者の行動主義（Unverhohlenen klientelorientierter gesetzgeberischer Aktionismus）によって、しだいにおぼつかないものとなっている。さらに問題なのは、一般法律の諸機能が、憲法判例や、部分的には、最高専門裁判所の判例によって配慮されることで、これらの判例が「一般法律の代替作者（Ersatzautoren）」となっている、という事実である。このような現実の立法実践による一般法律の危機的状況の打開策として、彼が着眼したのが、立法の負担軽減措置と立法の決定過程の改善措置を講じることとならんで、より根本的には「基本法律」という概念であった。

フーフェンによれば、この基本法律は、とりわけ以下のような特徴を有する。①その効力の点では、フランスの組織法律と同じく、憲法と単純法律との中間に位置づけられる。したがって、「単純法律」は、基本法律を具体化し得るが、基本法律に抵触してはならない。②その創設の点では、基本法律は、たとえば、基本法律との名称をあたえることで、議事規則のレベルで立法手続の変更を通じて、また、憲法自体に基本法律を規定することによって、創設され得る。③基本法律立法とその変更は、憲法改正の方法で、立法機関における特別多数決に結びつけられ得る。④その審議と準備は、政党の利害を乗り越える特別の立法委員会で、集中的にかつ静穏に行われなければならない。⑤その内容をみれば、法領域の一般的部分、特別行政法の基幹諸法律、憲法の特定の対象（政党法、選挙法、議員法）、重要な訴訟法典や手続法典、さらには、法典化するに熟した判例法（比例性原則、信頼保護等）を含む。最後に、⑥この基本法律によって達成されるのは、法律の制御機能と抽象化機能の強化であり、また、法律の分かりやすさの改善である。この基本法律を通じて、法律の中心となる対象や、法律の安定性、信頼性そして党派の利害を乗り越える距離の確保も可能となる。こうして彼は、大量の単純法律からぬきでた、厳格な形式的前提と手続的前提とに拘束された立法を、憲法体系中に据え付けようとしたのであった。

註

- (7) フランスでいう「組織法律」とは、中村紘一・新倉修・今関源成鑑訳／Termes juridiques 研究会訳『フランス用語辞典』（三省堂、1996年）186頁によれば、「憲法典の規定を明確化しまたは補充するために、国家が表決する法律。1958年憲法典は、組織法律によるべき場合を限定しており、採択と審査に関する特別な要件を課す（46条）ことによって、組織法律を憲法的法律と通常法律との中間にある新たな法律の類型として位置づけている」、と解説されている。

この憲法的法律と通常法律との中間に位置づけられることによって、その法的拘束力を通常の法律よりも高位におく点で、わが国にいう「～基本法」（たとえば、環境基本法）とは性格を異にする。

(b) 第二報告者F・オッセンビュールは、その報告「現代国法における法律と命令」(S.27-S.44)<sup>(8)</sup>で、フーフェンが、法律の制御機能の強化を、立法の強化への方向に見出したのに対し、そのアンチ・テーゼとして法規命令(Rechtsverordnung)を再評価することを強調した。すなわち、彼は、まず伝統的な法律と命令との厳格な二元的構成に懐疑の目を向け、議会による法定立(Rechtssatzung)の独占化という理想観念は現実とはかけはなれており、重要な法典化の時代も過ぎ去ったと捉え〔個別的事例法、措置法および実験的法(Experimentiergesetz)の優位性〕、現代国家は、単純化された(vereinfacht)規範定立を必要としている、という。現在、いかなる国家といえども、単純化された立法なくしてはたちゆかないのであり、この単純化した法定立の新たな形式を省察することが要請されている。この点で、法規命令の許容性の枠を非常に狭く規定している基本法第80条第1項<sup>(9)</sup>の「命令恐怖症(Verordnungssphobie)」は、ヴァイマル時代とナチ時代の体験を背景にしてのみ理解され得るのであって、現代の国家実践にもはや適合してはいない、と。

ここに彼が見出した新たな形式とは、連邦憲法裁判所も最近是認するにいたった、環境法や新たな技術に対応する安全法に見られるような、「同意命令(Zustimmungsverordnung)」の形式や、法律制定審級と命令制定審級間での協働の多数の組み合わせの形式であり、その典型性は、個別的な探求を要する、ということであった。したがって、現代の国家実践においては、法体系的な観点のもとで、ただ単に修正された立法または命令立法がもはや肝要なのではなくて、法律と命令との間の第三の、新しい法定立の形式が肝要なのであるということであった。命令の内容形成への議会の影響力行使の可能性を、場合によっては補充的な変更法や廃止法の形態で議会の影響力行使の可能性をもしくは連邦議会の委員会のために協働留保権を承認することで、「法律と命令との間の法定立の中間形式」を構想することは、民主的正当性と立法の柔軟性とを、できるかぎり広く結集することを可能とする、ということであった。要は、命令は、現実の国家実践と行政実践とにおいて見られるように、法律と同価値の不可欠の媒体である、ということであった。

(c) シュタルク教授は、討論で提起された問題点をも含めて、両報告を以下のように総括した(S.76-S.78)。フーヘンの議会立法者の負担を軽減し、形式的立法を現実の重要な対象に限定しようとする関心事は、オッセンビュールによって提案された規範定立権限

の「下へ向けての (nach unten)」移動がうまくいけば、基本法律を必要とすることなく追求され得る。その結果、正式の (förmlich) 立法というフーフェンによって採られた途は、大幅に余分なものとなろうし、また、ある種の基本立法はすでに、大綱立法 (Rahmengesetzgebung) や原則立法 (Grundsatzgesetzgebung) の形態で、憲法に規定されている。もっとも、フーフェンのいう分かりやすい立法を、という点は擁護すべきである、と。

#### 註

(8) 本報告と同一の論稿が、Zeitschrift für Gesetzgebung 1997, S.305ff. に掲載されている。

(9) 第80条第1項：「法律によって、連邦政府、連邦大臣またはラント政府に対し、法規命令を発する権限を与えることができる。その場合には、与えられる権限の内容、目的および程度は、法律において規定されねばならない。(命令の) 法的根拠が、その命令の中に示さなければならぬ。権限がさらに委譲されることが法律に規定されているときは、その権限の委譲には、法規命令が必要である。」[訳文は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』(信山社、1994年) 241頁以下]。

**閑話休題：**第一日目の報告と討論が終了した後、シンポジオンの意味にふさわしく、ゲティンゲンの由緒あるホテルである、Hotel Gebhards にて、シュタルク教授の招待による夕食会が開かれた。そこで、シュタルク教授夫人ブリギッテさんにもお会いすることができた。また、翌日の本シンポジオン終了後、これまでも何度かお邪魔したことのあるシュタルク教授宅にて今度は昼食会がもたれたが、いずれの席にも家内共々招待された。そこでもまた、著名なドイツ公法学者を目の当たりにすることができた。

(d) 二日目の報告は、J・イプゼン教授の「基本権上保護される諸法益への法律の作用」<sup>(10)</sup>で始まった (S.85-S.104)。イプゼンは、本報告で、とりわけ基本権と基本権の基礎にある保護法益とを区別することで、基本権教義学の新たな基礎づけを企図した。彼は、基本権を、客観法であると同時に、主観法であり、しかも、それは、本質的に国家行為に対する市民の防禦権を意味する主観的公権である、と性格づける。そして、自然的自由についていえば、それは、前国家的性質の基本権の「実体 (Substrat)」として、憲法によって「与えられる (gewähren)」のではなくて、ただ単に「保障される (gewährleisten)」にすぎない。したがって、基本権の防禦機能は、基本権内容を、法上さまざまに基本権担い手に「許されていること (Dürfen)」の記述に縮減することを排除する。基本権の保障技術は、生命の法益または自然的な行為可能性に対する国家による作用に対抗させられることで、国家の作用を限界づける、という点に存する。それ故に、基本権は、自然な活動可能性に対する国家の作用に対抗させられ得るように働くのであり、この「許可(Dürfen)」

としての基本権は、国家の活動の限界を端的に表示するだけであり、特定の活動可能性の「承認 (Gewährung)」を表示するのではない。このような観点からすれば、基本権の伝統的な「保護領域論」は、ある特定の「空間 (Raum)」が保護される、すなわち、特定の活動可能性が、「与えられる＝承認される」ということを意味することからすれば、誤りに導くものというべきである [これを称して、彼は、空間－隠喩法 (Raum-Metaphorik) ないし空間－神秘主義 (Raum-Mystik) という]。イプゼンは、上述の基本権と基本権で保護された法益との区別にもとづき、伝統的な「侵害 (Eingriff) 概念」に代えて、この概念を、憲法規定上「侵してはならない＝不可侵である」との文言をもつ基本権の保護法益に対する作用に限定して用い、これに対して、「制約 (Schranken) 概念」は、その他の人間の活動可能性が限界づけられることに用いられるべきである、と新たに規定し直す。この侵害か制約か、という作用態様は、保護法益の特質とも一致するという。不可侵の保護法益に対する侵害は、個別的事例におけるの緊急状態類似の前提のもとで許されるが、一方、制約は、基本権で保護された活動をいつでも制限する。保護法益のこの限界づけに対応するのが、基本権領域における、とりわけ立法の形式における国家活動を正当化するレベルでは、「不可侵」と表示された基本権では「侵害留保」が、基本権が活動可能性を保護するかぎりでは、「制約留保」が対応する。したがって、基本権と基本権制約というこの構成は、法律を通じて明文で禁止されていないことはすべて法上許される、ということを経結する。とはいえ、基本権には、他者を侵害することを意図するような行為には、基本権保護を拒否する「妨害禁止の制約 (Nichtstörungsschranke)」が内在することはいうまでもない。

最後に、イプゼンは、シュタルクは、「基本権の脱主観化 (Entsubjektivierung)」を強く警戒していたが、自分の報告は、いうまでもなく、この警告に耳をかすようにとの例証である、と述べることで本報告を締めくくった。

註

(10) 本報告は、後にJZ 1997, S.473ff. に掲載されてもいる。

(e) 本シンポジオンの掉尾を飾る報告を、G・F・シュパート教授が、「法治国家の中核的制御媒体としての法律」というテーマで行った (S.105－S.155)。シンポジオン当日の報告テーマは、前記「立法学に照らしてみた法律の制御機能」であったが、本報告が書物化されたとき、このように表題が変更され、それとともに、本書では、文献からの引用が大量的に行われ、その紙数も他の報告者の約2倍に及んでいる。しかも、その報告の論



点は非常に多岐にわたっているが、要点は、規範制定者の観点から、行政行為の法的制御の現在する可能性を中心的な論点とするものであったといえよう。

彼はいう。立法概念は、公権力の憲法上の拘束と法制化の核心であり、法律は、民主的法治国家の鍵概念である。権力を分割する憲法秩序において、民主制と法治国家とを結合する鍵の役割が法律に帰属するのは、法律が、法治国家や個人の自由を保障するからだけではなくて、現代国家においてまたその憲法上、もっとも重要な社会形成の媒体だからである。このような鍵概念としての法律の制御機能は、一方で、行政行為に制約を画する限界づけの機能を果たすだけではなくて、また、行政にとって授權、制約、とりわけ委託を意味しもある。しかし、法律が、憲法上民主的法治国家の中核的制御媒体であるとしても、立法者がこの制御媒体を利用するかどうか、どの範囲でか、あるいは、この規律活動を、通常客観的に根拠づけられる別の規律行為者（例・規範定立を行う行政）に委ねるのかは、立法者の恣意に任されるわけでないことはいうまでもない。

ついで、実効的な法律の制御条件要因に目を転じれば、そこには二種類の法律の制御欠損が見られるという。それは、①構造的に条件づけられた規範設定の欠損、法律の決定プログラムにおけるいわばプログラム設定の瑕疵であり（立法者の不適切な事実の想定、諸矛盾など）、②執行を条件づける制御欠損であり、行政による法律執行に際しての瑕疵である。これが教えることは、とりわけ環境行政において見られる非公式（informal）な行政行為（わが国でいう行政指導に近い）への依存度の増大により、行政の法律適合性原則は、法教義学的な観点を重視するだけではなくて、事実上の執行条件をも重視しなければならない、ということである。ここにおいて、実効的な法の貫徹条件を探求する「行政の法律適用学（die Gesetzanwendungslehre der Verwaltung）」の必要性が示唆される。

以上をふまえて彼は、法による制御の問題領域内部では、①制御活動に関する制御主体と制御客体との区別を提起する。すなわち、市民の活動を制御するレベルである「制御審級としての行政（Verwaltung als Steuerungsinstanz）」と行政行為の制御を問題とする「決定システムとしての行政（Verwaltung als Entscheidungssystem）」とを区別することである。後者の行政行為の制御に関しては、さらに二つの局面が区別される。「決定システムとしての行政」と「法律執行としての行政」である。前者では、法治国家的であると同時に経済的で効率的な行政行為を可能にする、行政法の機能が問われる。ここでは、適切な決定手続き、活動形式、組織類型および適当な公勤務法が前もって存在しなければならない [=法の準備機能（Bereitsstellungsfunktion）]。後者では、三つの拘束メカニズムが区別される。すなわち、個別の構成要件の適用、拘束的プログラムの作成そして優先的な拘束決定（例・憲法適合的解釈）、である。それでは次に、②法律上の制御の強度

は、どのような段階づけられるか。それは、憲法上の拘束である基本権拘束、立法委託、国家目標規定から、法律の命令、法律の委託、法律上の行為授權および法律上の制約画定を経て、行政の法拘束と形成自由の均衡化、不確定の法概念、評価活動余地および裁量へといたる。

最後に彼は、法の定立、法の実施および具体化に際しての国家セクターと私的セクターとの協働のプログラム設定は、協働的な行政手続き（z. B. UVPG = Gesetz ü. d. Umweltverträglichkeitsprüfung）において、経済学上の業務取引費用理論（Transaktionskostentheorie）に照らしてみれば、「責任配分による国家の負担軽減」を実現するであろう、という。以上のシュパートの報告を、シュタルク教授は、「行政学的または社会学的アプローチにより、法律の意味の問題を探求し、とりわけその際に、法律の留保にも関心を起こさせ、法律の留保のうちに『制御義務づけ』を看取していた」（S. 117）、と簡潔に特徴づけた。

(f) シュタルク教授は、本シンポジオン開催に対する謝辞のなかで、一方で、基本権教義学へと結びつくと同時に、他方でまた、国家の行為形式論へも結びつく公法学上の中核的概念である「法律概念」につき、①国家の活動形式に対してそれがもつ重要性と、②法の平等、権力分立、法の展望可能性を確保する媒体としての法律の機能を強調した。そのような意味で、「法の原生岩石」というべき法律概念には、批判的な潜在能力が内在している、と。また、彼は、法律家が忘れてはならないこととして、「法が世界を創造したのではなくて、立法にとって、適切な法的形式により制御することが肝要である複雑な現実が先にある」、という警告をもあわせ行った。今でも、シュタルク教授が最後に発した、Danke, danke, danke のことばが耳に響く。

(1999年2月12日提出)