HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（1） ： 参加の正統化機能に関する一考察
Author(s)	谷, 遼大
Citation	北大法学論集, 70(2), 126[79]-82[123]
Issue Date	2019-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75076
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_2_05_Tani.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（一）

――参加の正統化機能に関する一考察――

谷　遼大

目　次

はじめに
第一章：公法学における参加論の登場――シュミット・グレーザー参加論の検討
　第一節：議論の背景

第一款：社会および隣接学問における参加
第二款：参加論における権利保護の視点
第二節：一九七二年ドイツ国法学者大会報告
第一款：報告の前提および概要
第二款：憲法原理に基づいた参加のモデル化
第三節：小括
第二章：正統化論と参加論の接続――メンツェルの議論を題材に
第一節：二つの正統化概念
第一款：正統化の主体と客体
第二款：経験的正統化
第三款：規範的正統化
第四款：基本法における正統化秩序
第二節：参加による正統化
第一款：参加の機能と形式
第二款：参加による合意の確保
第三款：共同決定による正統化
第三節：小括
第三章：古典的な民主的正統化モデル
第四章：多元的な民主的正統化の理論
第五章：「参加による正統化」の可能性
おわりに

（以上、本号）

はじめに

本稿は、ドイツにおける「参加（Partizipation）」の概念に焦点を当て、その学説史的検討を行うことを通じて、公法学の立場から参加を法的に根拠付けるための可能性を探ることを目標とするものである。

「参加」、殊に「住民参加」または「市民参加」というテーマは、主に政治学や社会学を主戦場として議論が展開されてきたものである。他方、公法学においては、それをどのように法的な問題として取り扱うかについて、方向性は必ずしも明らかになっていないように思われる。本稿はこの点に着目し、特に法解釈的な視点から、「参加」の公法学的な意義の探究を試みるものである。その際、本稿は、ドイツ公法学における「参加（Partizipation）」をめぐる議論を題材とする。そしてその理由は、我が国の行政法学が主として比較法研究の対象とし、その行政法の体系に多大な影響を与えてきたドイツ行政法学においても、「参加」をいかにして法的な問題として位置づけ、分析するかについて、活発な議論が展開されてきたという点に求められる。

以下ではまず、我が国の公法学における参加の議論について、その議論状況を簡潔に確認し、本稿の背景を明らかにする（一）。次いで、「参加（Partizipation）」概念をめぐって、ドイツ公法学との比較研究を行う上で、我が国の先行研究との関係を確認しながら本稿の目標を設定する（二）。そして最後に、本論に入る前に、本稿が主題とするドイツの「参加（Partizipation）」の概念について若干の説明を加えておくこととしたい（三）。

一　本稿の背景

まず、本稿と先行研究との関係、そして本稿の問題関心を明らかにすることとしたい。我が国の公法学における参加論を分析する上で避けては通れないのが、小高剛教授、そして田村悦一教授による業績であろう[1]。両教授の議論において特筆すべき点は、住民参加の機能を明らかにし、参加機会を拡大する必要性を根拠付けたことである。すなわち、両教授は、「手続形式保障機能」、「情報収集機能」、「説得的機能」、「権利利益保護機能」、「争点整理機能」、「行政の遂行促進機能[2]」、あるいは、「民主化機能」、「人権保障機能」、「行政運営の合理性を担保する機能[3]」などといった形で、住民参加のポジティブな側面を説明している。そして、これらの機能が住民参加の制度設計に際して、実務上で少なからず考慮されるべきことは、否定しがたい

事実である。

しかしながら、これらの機能を〝法的な〟視点から説明することができるかといえば、困難を伴うように思われる。上述の機能は、一見するといわば行政学的、社会学的、あるいは政治学的な議論の成果であるといえ[4]、それを法律論として展開する際には、各々の位置づけは必ずしも明確ではない。すなわち、「これらの機能の必要性は、どのような法原理・法原則から根拠付けられるのか」、あるいは、「参加機会の拡充は、行政決定にいかなる（法的な）影響を及ぼしうるのか」といった点が、必ずしも明らかにされていないのである。

上記の疑念は、これらの住民参加の機能を否定するものでもなければ、住民参加の必要性を否定するものでもない。しかしながら、〝公法学〟が参加論を取り扱う以上は、同時に、住民参加が〝法的に〟いかなる意義を有するのかという点に焦点を当て、さらに掘り下げた分析を進める必要性が認められるべきであろう。また、学界においても「参加」、「住民参加」、「市民参加」の必要性についてはおおよそのコンセンサスがあるとみえる以上[5]、その必要性を〝公法学の立場から〟根拠付け、説明することには、一定の意義を見出すことができるように思われる[6]。

我が国における参加論について、かつて小高教授は、以下のように述べている。

「住民参加には権利保護のモメントと民主制ないし民主主義のモメントがあり、この問題に対する行政法学的アプローチは前者に傾斜した行政手続法論として把握しようとし、政治学的アプローチは後者に傾斜した住民運動論として考察しようとする一般的な傾向があったのではないかと思われる[7]」。

そして、宮田三郎教授もまた、次のように述べている。

「住民参加は、〔…〕通常いわれる民意の反映すなわち民主的要請としての住民参加という理解と法治国的権利保護という視点からの住民参加という理解とでは、住民参加の理由づけとその構成を異にするという点に留意したい。権利保護機能としての早期の住民参加の分析こそ、行政法学における住民参加についての最も重要な課題の一つでなければならない[8]」。

上記の指摘が示す通り、伝統的な行政法学の立場からすると、参加の問題は権利保護の問題と結びつけられやすいという傾向があり、そしてまた、それが重要視されてきたのである。他方、これを民主主義や住民自治の観点から法律論として展開しようと試みる場合には、それをいかにして根拠付けるかが問題とされなければならない。

この点について、我が国において有益な議論を展開しているのが、人見剛教授である。人見教授は、意思形成過程への参加を「権利防御型参加」と「民主主義的参加」に区別する[9]。その上で、「権利防御型参加」としての参加権が成り立たない場合、すなわち一定の利害関係や基本権からは参加権を根拠付けることができない場合には、「民主主義的参加」として「国民主権（憲法一条）と結びついた民主主義の要請、あるいは憲法九二条の『地方自治の本旨』に含意された住民自治の原理」[10]から参加権を根拠付けることができないか、という議論を展開している[11]。

ただし、参加権を上記のように根拠付けるという方向性について異論がないとしても、参加の憲法上の根拠が完全に明らかにされているわけではない。さらにいえば、参加の拡大は、単に「憲法上望ましい」にすぎないのか、あるいは、「法解釈上の考慮事由となりうる」のか。そして、参加が「憲法上望ましい」のであれば、どのような根拠に基づいて、どの程度にまで拡大していくことが望ましいのか。また、参加が「法解釈上の考慮事由となりうる」のであれば、いかなる局面において、いかなる法原理に基づいて、法解釈にあたって考慮されるのか。上記の点を、より詳細に検討していく必要性が残される。また、例えば自治の領域に認められうるような、事実上の決定権に近い強力な参加権については、かえって憲法原理（主として民主政原理）に抵触する危険性をも孕むものであるから、憲法原理との関係で参加がいかなる位置づけにあり、そしていかなる場合に違憲であるとの疑念が生じるのかもまた、問われなければならない。この意味で、参加の限界を考察するためにも、参加の憲法上の根拠についてより深く掘り下げる、理論的な検討が必要である。

本稿は、以上のような問題意識から、ドイツ公法学における参加論の展開を題材として、これらの問題にアプローチするための手がかりを得ようとするものである。

二　本稿の課題

ドイツ法を題材とする本稿の先行研究に位置づけられるものとしては、村上武則教授[12]、宮田三郎教授[13]、篠原巌教授[14]、小山正善教授[15]らによる一九七〇年代から八〇年代にかけてのドイツ公法学における参加論の紹介・分析が存在する。そしてまた、一九九〇年代にはドイツの営造物における参加について理論的な紹介・分析を行った大久保規子教授[16]による研究、そして近年においては、「市民参加」を主に民主主義（「民主化」あるいは「民主的正統化」）の観点から理論的に検討した野田崇教授[17]による

研究など、優れた先行研究が存在する。さらにいえば、本稿の後半において主題とされる市民参加の正統化機能に関しては、ドイツの（民主的）正統化の理論枠組みを検討するものが多数存在しており[18]、これらも本稿との関係で重要な先行研究であるということができる[19]。

さて、以上のような点に認められる。すなわち、本稿が、一九七〇年代から現在に至るまでのドイツ公法学における参加論の理論的な変遷に焦点を当てた、学説史的検討だという点である。これまでの参加論に関する多くの先行研究は、とりわけドイツ公法学の一時代における議論に焦点を当てたものであった。本稿は、一九七〇年代から八〇年代にかけての参加論を検討していく中で、「参加の正統化機能」に――参加論の観点からも正統化論の観点からも――価値が見出されていったことに着目し、主としてこれに光を当てながら、参加に認められうる法的な意義の一端を明らかにすることを試みる。

「参加（Partizipation）」という概念については、ドイツでは公法学においても一九七〇年代に活発な議論が交わされていたものの、一九八〇年代半ばを過ぎた頃から議論が下火となるなど、浮き沈みが激しいテーマでもある[20]。しかしながら、現代において参加を議論する必要性は依然として失われておらず、近年のドイツにおいては社会現象を背景として、参加をめぐる議論が再び活発化している[21]。そこでは参加の機能、とりわけ「参加の正統化機能」が近年の民主的正統化論との関係で注目を集めており、これを無視して参加を語ることは難しい状況にある。そこで本稿は、参加論と正統化論がどのような議論を経て結びつくにいたったのか、そして、かつての参加をめぐる議論が現在の参加や正統化をめぐる議論にどのような理論的影響を及ぼしているのかを明らかにしながら、現代における「参加の正統化機能」の可能性を理論的に探究することとしたい。以上のような内容からして、本稿は、正統化論における個別的な研究としても位置づけられることになると思われる。

ただ、現在では、公法学において参加に関わる文献は無数に存在しており、その全て網羅的に検討することは当然不可能であり、また、本稿の関心に沿った適切な研究手法であるとも思われない。そこで本稿は、それぞれの章において、各時代における参加にとって解釈論的な観点から重要な意味を持つドイツの論稿をいくつかベースにしながら、それを土台として検討を加えていくという形式を取る。このような流れを繰り返すことによって、それぞれの論者の議論の新規性や問題点、限界など

を明らかにする。そして最終的には、参加に正統化機能を認めようとする学説がなぜ発展してきたのか、そして正統化機能を認める学説は参加のどのような特徴に法的意義を見出そうとしてきたのか、この点を明らかにすることとしたい。

三　「参加（Partizipation）」の概念

さて、本論に入る前に、本稿が主たる検討の対象とする参加（Partizipation）の概念について、簡単に説明しておく必要がある。この概念は、ドイツにおいて「発見的概念（heuristischer Begriff）」[22]、あるいは、現代でいうところの「鍵概念（Schlüsselbegriff）」などと呼ばれるものの一つであり[23]、社会学や政治学といった隣接学問との対話を可能にする概念であるとされている[24]。他方で、そうであるがゆえに、公法学がこの概念に対して明確な定義を与えることは困難であり、そして必ずしも適切ではないようにも思われる[25]。しかし、本稿の主たる対象である以上は、便宜上、一定程度の輪郭を示しておく必要がある。

「参加（Partizipation）」という概念は、一般には「聴聞（Anhörung）」のような権利保護を主軸とするものよりは、むしろ討議（Eröterung）などといった、行政決定の意思形成に影響力を及ぼすということに焦点のある、民主主義的な含意のある概念である[26]。このことは、「参加」という概念が、それを「民主化（Demokratisierung）」の概念などと結びつけて論じてきた社会学や政治学などの領域から輸入されてきたものであることと結びつく。

より具体的にみると、シュミット－アスマン（Eberhard Schmidt-Aßmann）は、「参加（Partizipation）とは、特別な方法で、一定の決定に関わる利害関係者の関与（Beteiligung）である[27]」といった説明をしている。この定義が含意するところによれば、法律等によって制度化されており、利害関係者の範囲が特定されている関与の形式が参加ということになるだろう。したがって、法的な制度化を伴わない住民運動などは一般にこの射程外にある。

また、ロッセン－シュタットフェルト（Helge Rossen-Stadtfeld）は、参加の概念を関与の概念と比較しつつ、以下のように説明している。すなわち、「参加（Partizipation）とは、強められた関与（verstärkte Beteiligung）である。それは、行政目標の展開、選択、詳細な規定化、そして必要であれば必要となる修正に影響を及ぼすための機会や、しかしまた、実現の道のりや手段、スピードを共同決定するための機会をも開く。〔参加と関与の概念の――訳者註〕境界は依然として不鮮明な

ものにとどまらざるをえないが、関与は、主張、承認、そしてコミュニケーションを目標とし、参加は、それを越えて、共同形成や（支配への）配分参加を目標とする」（強調は原文による）[28]。つまり、参加の概念は関与の概念よりも内容に影響を及ぼすという意味での強い含意を有しており、我が国でいうところの「民主主義的参加」に、概念的には非常に近いものであると理解して差し支えないだろう[29][30]。

非常に断片的な記述にとどまるが、以上をさしあたっての前提として進めていくこととしたい。

（1）小高剛『住民参加手続の法理』（有斐閣、一九七七年）、田村悦一『住民参加の法的課題』（有斐閣、二〇〇六年）。

（2）小高・前掲註（1）一七八頁以下。

（3）田村・前掲註（1）五頁以下。

（4）ドイツ公法学におけるこうした指摘として、*Andreas Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, S. 1:「あらゆる注釈においてみられるのは、『公衆参加の機能』に関する定型的で冗長な論述である。これは、法学的なコンテクストにおいては相当奇妙に感じられる。というのも、機能に関する問題は、法学的な問題というよりは、むしろ社会学的な問題だからである」。

（5）我が国の教科書においても、このような参加手続をどのように位置づけるか、そしてどのように説明するかについて、意見が一致しているとはいえない状況にある。その中で特に注目すべきは、大橋洋一教授が市民参加を行政法の一般原則として位置づけ、説明していることであろう（大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論〔第三版〕』〔有斐閣、二〇一六年〕五四頁。なお、第四版〔二〇一九年〕では関連する記述が一部削減されているものの、一般原則としての理解は維持されている）。ただ、日本においてこのような説明が妥当であるかどうかについて、更なる検討の余地があると思われる。この点、フランス法に目を向けると、フランスでは「環境に重大な影響を及ぼす事業活動が行われる場合」には、「参加原則（principe de participation）」により「事業計画の形成過程において公衆参加の措置をとらなければならない」とされており（久保茂樹「大規模公共事業と早期の公衆参加手続」青山法学論集〔青山学院大学〕五一巻一＝二号〔二〇〇九年〕八四頁以下）、参加原則が一般的な法原則として妥当している点は注目に値する。

（6）参加手続について、日本における議論を中心に整理・検討する近年の論稿として、参照、山田健吾「環境行政領域法における参加手続の適正化について」法政論集（名

古屋大学）二七七号（二〇一八年）一四五頁以下。また、小高教授は、「行政手続がはたす社会的、現実的機能に対する社会的評価の変化に即応して、参加手続が考察されなければならない」ことを指摘していた（小高剛「行政手続と参加」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第三巻行政手続・行政監察』〔有斐閣、一九八四年〕一〇二頁）。このような社会的・現実的機能、およびそれに対する社会的評価を、公法学はどのようなアプローチをもってすれば受け止めることができるのか、この点もまた、本稿の課題と関わる点であるといえる。

（7）小高剛「住民参加」成田頼明編『行政法の争点〔新版〕』（有斐閣、一九九〇年）一一五頁。もっとも、同論文・一一四頁が指摘するように、かつての我が国における住民参加論は、ドイツ行政法ではなく、アメリカ行政法の影響を大きく受けていたという点も留意されるべきであろう。

（8）宮田三郎『行政計画法』（ぎょうせい、一九八四年）二〇一頁（初出：一九八〇年）。

（9）人見剛「住民自治の現代的課題」同『分権改革と自治体法理』（敬文堂、二〇〇五年）一九三頁以下（初出：二〇〇〇年）。さらに、「権利防御型参加」は、「適正手続的参加」と「基本権的参加」に区別される（参照、同「都市住民の参加と自律」同書・二〇六頁以下〔初出：一九九三年〕）。我が国の学説における「権利防御型参加」と「民主主義的参加」の区別については、さらに、角松生史「決定・参加・協働－市民／住民参加の位置づけをめぐって」新世代法政策学研究（北海道大学）四号（二〇〇九年）六頁以下、山下竜一「市民参画」高橋信隆ほか編『環境保全の法と理論』（北海道大学出版会、二〇一四年）一八六頁以下も参照。

（10）人見剛「都市住民の参加と自律」同『分権改革と自治体法理』（敬文堂、二〇〇五年）二一三頁。

（11）この議論は地方自治の局面が想定されているものではあるが、十分に一般的な議論としての通用力を有していると思われる。この点も含め、山下・前掲註（9）一八六頁以下を参照。

（12）村上武則「Teilhabe（配分参加）について」同『給付行政の理論』（有信堂高文社、二〇〇二年）三〇二頁以下（初出：一九七八年）。

（13）宮田・前掲註（8）一九六頁以下。

（14）篠原巌「西ドイツにおける参加論の理論動向」長谷川正安編『現代国家と参加』（法律文化社、一九八四年）二五一頁以下。

（15）小山正善「行政法学における『参加』に関する一考察」山口経済学雑誌（山口大学）三四巻六号（一九八五年）六三三頁以下。

(16) 大久保規子「営造物と利益集団の多元的参加」一橋論叢（一橋大学）一〇八巻一号（一九九二年）一〇四頁以下。

(17) 野田崇「市民参加の『民主化』機能について」法と政治（関西学院大学）六〇巻三号（二〇〇九年）一頁以下、同「大規模施設設置手続と市民（一）（二・完）」法と政治（関西学院大学）六五巻二号（二〇一四年）一頁以下、六五巻三号（二〇一四年）四七頁以下。特に前者は、市民参加の「民主化」機能と呼ばれるものに、権利保護機能などと区別しうる固有の内容や意義があるのかが明らかではないとの問題意識から出発しており、本稿の問題関心との大きな共通性がある。

(18) ドイツの（民主的）正統化の議論を取り扱う論稿については枚挙に暇がないが、とりわけ、日野田浩行「行政の民主的正統化に関する憲法的考察（一）」久留米大学法学（久留米大学）三四巻（一九九九年）一頁以下、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」同『統治構造の憲法理論』（岩波書店、二〇一四年）三二〇頁以下（初出：二〇〇三年）、林知更「憲法原理としての民主政」同『現代憲法学の位相』（岩波書店、二〇一六年）二三一頁以下（初出：二〇一三年）、田代滉貴「ドイツ公法学における『民主的正統化論』の展開とその構造」行政法研究一四巻（二〇一六年）二五頁以下、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）を参照。さらに、大別的な分類にならざるを得ないが、特に機能的自治の正統化について、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開（上）』（信山社、二〇一二年）三一三頁以下、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統化（一）～（四・完）」法政論集（名古屋大学）二四二号（二〇一一年）二六一頁以下、二四七号（二〇一二年）四九頁以下、二五一号（二〇一三年）三四七頁以下、二五二号（二〇一三年）一五一頁以下、斎藤誠「自治・分権と現代行政法」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）二九三頁以下、山本隆司「機能的自治の法構造」総務省編『地方自治法施行七〇周年記念自治論文集』（ぎょうせい、二〇一八年）二一五頁以下を、特に民主的正統化の判例法理について、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）三一五頁以下、田代滉貴「判例理論としての民主的正統化論」法政研究（九州大学）八四巻二号（二〇一七年）一〇三頁以下を、関連する研究として、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌（東京大学）一〇二巻一一＝一二号（一九八九年）七五〇頁以下、島

村健「エコマークとエコ監査」国家学会雑誌（東京大学）一一二巻三＝四号（一九九九年）一八九頁以下、原田大樹「多元的システムにおける正統性概念」同『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、二〇一四年）四九頁以下（初出：二〇一二年）、北村幸也「ドイツ基本法と裁判と法律――あるいは裁判官の『自由』と『拘束』について（五）」法学論叢（京都大学）一八〇巻四号（二〇一七年）一七三頁以下、高橋雅人「大学の自治と民主主義原理」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開（下）』（信山社、二〇一七年）三八一頁以下、山本隆司「ガバナンスと正統化」社会科学研究（東京大学）六九巻二号（二〇一八年）五一頁以下、岸本太樹「立法のアウトソーシング」西埜章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』（信山社、二〇一九年）四三頁以下などを参照。

(19) また、当時の西ドイツにおける「配分請求権（Teilhaberecht）」や「手続的能動的地位（status activus processualis）」をめぐる議論、そして制度的な成功例として扱われた都市建設法上の参加制度をめぐる議論もまた、本稿の直接の検討対象からは外れるものの、参加論においては重要な位置を占める。前者については、とりわけ、山田洋「行政手続への参加権」一橋研究（一橋大学）六巻三号（一九八一年）一一二頁以下、冨塚祥夫「実体的基本権の手続法的機能（上）（下）」東京都立大学法学会雑誌（東京都立大学）二七巻一号（一九八六年）二一九頁以下、二八巻二号（一九八七年）一八一頁以下、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）二〇六頁以下などを、後者については、野田崇「市民参加の『民主化』機能について」法と政治（関西学院大学）六〇巻三号（二〇〇九年）二〇頁以下、高橋寿一『地域資源の管理と都市法制』（日本評論社、二〇一〇年）二二八頁以下などを参照。

(20) Vgl. *Helge Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §29 Rn. 65.

(21) とりわけ、理論と現実の乖離が問題視された、大規模事業における公衆参加手続を中心とする議論を紹介・検討するものとして、野田崇「大規模施設設置手続と市民（一）（二・完）」法と政治（関西学院大学）六五巻二号（二〇一四年）一頁以下、六五巻三号（二〇一四年）四七頁以下を参照。

(22) *Walter Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (180).

(23) Vgl. *Anna-Bettina Kaiser*, Die Kommunikation der

Verwaltung, 2009, S. 144 f. mit Fn. 48.

(24) Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §1 Rn. 40 ff.

(25) 我が国においては、かつて住民参加の定義が明らかでないとの問題意識から、柳瀬良幹博士によって定義の試みがなされたことがある（柳瀬良幹「『住民参加』の定義」自治研究五〇巻二号〔一九七四年〕五一頁以下）。また、ドイツにおいても概念的な定義の試みがないわけではなく、近年で有益なものとして、*Volker M. Haug*, "Partizipationsrecht" – ein Plädoyer für eine eigene juristische Kategorie, Die Verwaltung 47 (2014), S. 221 (227 ff.).

(26) 我が国では遅くとも一九九三年の行政手続法制定以降、処分の直接の名宛人への聴聞などの二面関係については参加論の射程外とする見解が広まっているとの指摘があるが（参照：角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』〔有斐閣、二〇〇八年〕二九一頁）、この点はドイツにも当てはまるように思われる。

(27) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 106. 彼の理解については、野田・前掲註（19）五五頁の註（135）も参照。

(28) *Rossen-Stadtfeld*, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 65. ただし、国家的な決定権の委譲を意味する「共同決定」を参加の概念に含むかどうかは、論者によって異なる。この点、本稿は、法的拘束力の有無がもたらす差異に十分な注意を払った上で、共同決定についても検討の対象としている。これに関連して、「参加」と「決定」の区別に関する我が国における興味深い議論として、柳瀬・前掲註（25）を題材とした角松・前掲註（9）一二頁以下も参照。

(29) むろん両概念の区別は相対的であるから「権利保護的参加」が Partizipation に含まれる場合もあるが、ドイツでは権利保護を意図したものの場合、通常であれば Beteiligung を用いることが多い。

(30) Beteiligung と Partizipation という概念を我が国の用語法に引き付けて考える際には、我が国において「参加」という表現が非常に多義的かつ広範に用いられていることに鑑みると、Partizipation に「参画」の訳を、そして Beteiligung に「参加」の訳を充てることも一考に値するように思われる。ただ、管見の限り、我が国の先行研究はこれまで Partizipation に「参加」の訳を、Beteiligung に「参加」か「関与」かの訳を充てることが多かったと

思われる。そこで本稿では、さしあたり両概念を区別できればひとまずは足りるとの立場から、日本語訳についてはこれ以上立ち入らずに、原則としてPartizipationには参加の訳を充て、Beteiligungには関与の訳を充てることとした。また、塩野宏教授はその教科書において、ドイツでは行政手続が「法治国的手続関与」と「民主主義的参加」とに区別されて論じられていることを指摘しているが（塩野宏『行政法Ⅰ〔第六版〕』〔有斐閣、二〇一五年〕二九四頁の註一）、この前者はBeteiligungを、この後者はPartizipationを念頭に置いているものと思われる。

第一章：公法学における参加論の登場——シュミット・グレーザー参加論の検討

第一章で主たる検討の対象となるのは、ドイツ公法学において参加が論じ始められた一九七〇年代の議論の中でもとりわけ重要な位置を占める、一九七二年ドイツ国法学者大会におけるシュミット・グレーザー（Walter Schmitt Glaeser）の参加論である(1)。ここでは、現在ではもはや古典的ともいえる彼の議論を題材としながら、当時の公法学が参加論をどのようにして法的な議論の俎上に載せようとしてきたのか、そして彼の参加論にはどのような新規性があり、そしてどのような困難や限界を抱えていたのか、明らかにすることにしたい。

第一節：議論の背景

参加（Partizipation）という概念は、イギリスやアメリカにおけるparticipationやparticipatory democracyをめぐる議論、そしてドイツの政治学や社会学などにおける議論を受けて、ドイツ公法学説が受容したものである(2)。したがって、第一節では、まず公法学がその概念を受容するに至るまでの過程について（第一款）、そして参加という概念に向けられた、主に権利保護の視点を強調する立場からの批判について（第二款）、順を追って簡単に確認しておくこととする。

第一款：社会および隣接学問における参加

一九七〇年前後のドイツにおいては、「民主化（Demokratisierung）」を求める運動が活発に行われていた。この時代には、企業や社会などの領域における労働者の共同決定の要求、そし

て大学における学生による決定への参加権の要求など、行政領域のみにとどまらずに、民主化を実現するための手段として広く参加が注目を集めていた[3]。実際の政策においても、一九六九年に首相に就任したドイツ社会民主党（SPD）のブラント（Willy Brandt）は、国家の組織形態として民主政を採用するのみならず、多様な領域における更なる民主化が必要であることを主張して[4]、民主化政策を推し進めていたところであった[5]。

このような政治的背景の下で、公法学においても民主化や参加といった現象に対して、一定の関心が向けられることとなった[6]。社会学や政治学においては、民主化は、基本法の「形式的な民主政（Formaldemokratie）」に対抗する概念[7]、つまり「民主主義の赤字」との批判に晒されていた議会民主政を克服するための手段として論じられていたのである[8]。他方で、公法学においてこの問題をどのように論じるかという点では意見が一致しておらず、この問題を法的に検討する意義を疑う見解もみられていた。とりわけ、民主化や参加の概念に対して痛烈な批判を繰り広げた代表的な論者が、以下にみるブリューメル（Willi Blümel）である。

第二款：参加論における権利保護の視点

ブリューメルの主張は、当時進展しつつあった行政の計画化における参加を想定したものである。計画化に対しては、主に「民主化」の観点から、計画化の過程に参加を取り入れるべきであるとの主張が、社会学や政治学からなされていた。しかし、彼は公法学の立場から、これらの主張、そして民主化や参加という概念そのものを批判し、公法学においてこれらは論じられるべきではないとしたのである。

まず彼は、「民主化」や「参加」、そして参加とともにしばしば用いられる「利害関係者（Betroffenen）」という概念について、これらの概念がいかなるものなのかが明らかにされないままに、ドイツ公法学が英米の議論を受容しようとしている点を批判している[9]。実際に公法学ではこれらの概念が、明確な定義付けを欠いたまま、各論者の関心に応じて、単純な質問や聴聞から共同決定といった形態に至るまで、これまでの公法学の議論に引き付ける形で「参加の問題」として幅広く論じられていた[10]。そこで彼は、「民主化」が個々の計画の利害関係者の法的地位を向上させることもなければ、このような不明確な「利害関係者」による参加は、下された事項的な決定を政治化・イデオロギー化し、場合によっては「疑わしい多数意思」の下で個々の利害関係者を征服してしまい、最終的には憲法によって

保障されている利害関係者の権利の崩壊をも導くという、権利保護の観点からの痛烈な批判を展開したのである[11]。かくして、彼は憲法上の限界を無視した社会学者らによる参加論を批判した上で[12]、この議論の本来的な課題は、社会学者や政治学者では導きえない、手続および裁判を通じた計画化の利害関係者の権利保護にあることを強調したのであった[13]。したがって、彼は「参加」の憲法上の根拠を主に法治国家原理に求めたのであり、そして「参加」の法的な意義を、裁判に先行する「権利保護の先取り（vorgelagerter Rechtsschutz）」、すなわち実効的かつ適時的な権利保護の保障という視点に求めたのである[14]。

さらに、当時の法状況について付け加えておくと、当時の西ドイツはまさに連邦行政手続法の制定前後の時期であった[15]。そして行政手続法やその草案には、行政手続における「関与（Beteiligung）」とともに、法律上の基準を満たしたものに与えられる「関与人（Beteiligte）」の地位が明文で規定されていたのである[16]。したがって、ブリューメルは、参加や利害関係者といった不明確な概念をわざわざ用いることをしなくとも、公法学は参加をめぐる議論に十分に対応することができていると考えたのである。かくして彼は、「民主化」や「参加」という概念が、公法学にとってはとらえどころがなく、不必要なものであると結論付けたのであった[17]。

第二節：一九七二年ドイツ国法学者大会報告

右の通り、参加の概念は、当初から批判や疑義にも晒されていたのである。しかしながら、この時期に参加という概念が公法学に定着したこと、そして議論の一素材としての地位を確立したこともまた、事実であるといえる。参加論にとってこの時期に重要な役割を果たしたといえるのが、一九七二年のドイツ国法学者大会である。そこでは「行政決定への参加」というテーマが取り上げられており、そして以下にみるその報告の担当者の一人であるシュミット・グレーザーの参加論こそが、公法理論との関係で重要な位置を占めるといえる。ここではまず、彼の報告の全体像や前提を概観した上で（第一款）、彼の主張の中心となる憲法原理の基づく参加の分類論を確認する（第二款）。その上で、彼の参加論の有していた特徴や新規性、そして限界を検討することとしたい（第三款）。

第一款：報告の前提および概要

先に見たように、公法学に参加の概念を取り込むことに対する批判がある中で、シュミット・グレーザーは、「参加（Partizipation）」の概念を、「自治（Selbstverwaltung）」や「生存配慮（Daseinvorsorge）」などの概念と並ぶ、隣接学問領域との接続を可能とする「発見的概念」と位置づけ、これを公法学においても論ずる意義や必要性を説いたのであった[18]。そして彼は、参加には「官庁による参加」と「市民による参加」を想定しうるとした上で、その議論の射程を市民による参加に限定し、それを民主政原理・法治国家原理・社会国家原理という三つの憲法原理に基づいてモデル化しようと試みている。彼のこのようなモデル化は、一方ではそれぞれの原理から要請される参加（Minimalpartizipation）を導き出し、そして他方ではその参加の限界（Partizipationsverbot）をも示そうとする試みなのであった[19]。以下では、彼の報告内容をより詳細にみていくことになるが、その前に簡単に、彼の報告を読み込む上での留意点を確認しておくことにする。

彼は、ブリューメルからも批判されていたように、参加の概念に明確な定義を与えることなく報告を進めている。そしてまた、彼の報告が民主政原理からの分析に限られていないこととも関係するが、彼は参加の概念を非常に広い意味で理解している。すなわち、彼は、参加の中でとりわけ重要なものとして「協働（Mitwirkung）」と「共同決定（Mitentscheidung）」[20]を挙げているが、ここでいう協働の概念には、「聴聞（Anhörung）」までもが含まれていたのである。したがって、彼のいう「参加（Partizipation）」概念の射程は、他の論者が用いていたものよりも、そして現在の議論で一般に用いられているものよりも、相当に広く想定されていることに注意しなければならない[21]。

そして彼は、参加を承認するための根拠として、公共善（Gemeinwohl）理解の多元化を挙げている。すなわち、公共善の実現は、もはや国家の任務であるのみならず、市民および市民集団の任務としても理解される。そして、公共善とは何であるかという問題は、あらかじめ定められている、あるいはドグマとして立てられているようなものではなく、開かれたものであると理解される。ここでは、公共善を実現する権限の多元化に伴い、多元的な手続が必要となる。その多元的な手続こそがまさに参加手続（partizipatives Verfahren）なのであり、「公共善を発見するプロセス」として、参加に必要性が認められるのである[22]。

また、彼は参加を国家の意思形成プロセスへの直接的な配分参加であると位置づけている。それに対して、基本法五条、八

条、九条が規定しているいわゆる民主的基本権は国民の意思形成に関わる領域であり、それらの基本権として導かれる配分請求権は、間接的な配分参加であるとされる[23]。したがって、彼のいう参加は基本権を根拠としない参加として位置づけられるのであり[24]、参加によって基本権上の自由が代替されることもないというのである[25]。

第二款：憲法原理に基づいた参加のモデル化

一　民主政原理に基づく参加

1　参加と正統化

国家権力たる行政は私人に優越する権限を行使する主体であるから、その存在あるいは行為について、恒常的に正統化ないし正当化を必要としている[26]。そこで、国家が何らかの行為を行うにあたって、市民による参加に国家の行為を正統化する機能が認められないかという点がドイツにおいては広く関心を集めてきた。シュミット・グレーザーは、基本法において民主政原理との関係で参加を論ずるにあたり、まずは参加と正統化との関係について立場を明らかにしている。

行政の正統化を憲法との関係で論じる場合には、基本法二〇条二項一文目「あらゆる国家権力は、国民（Volk）に由来する」が出発点とされている。これによれば、正統化の源泉たる正統化主体は「国民」であり、「あらゆる国家権力」が正統化を必要とする正統化客体ということになる。彼によれば、行政の正統化は、この意味での「国民」によって行われる「制度化された直接選挙の手続を通じてのみ」実現されるというのである[27]。

ここでは、基本法二〇条二項一文目の意味での「国民（Volk）」の範囲をどのように画定するかという問題が浮上する。この点について彼は、「国民」として認められるのは、国民の全体を指す「全体国民（Gesamtvolk）」と、それぞれの地方自治体における住民の全体を指す「部分国民（Teilvolk）」であるとしている。一方で、自治権を有する行政体（いわゆる機能的自治主体）[28]などの団体の構成員の全体を、この基本法二〇条二項一文目の意味での「国民」として承認しようとする概念である「団体国民（Verbandsvolk）」については、認められないとしている[29]。これについて、「部分国民」は、基本法二八条一項[30]により平等な直接選挙を通じた議会の選出などが保障されていることから、正統化主体として基本法が予定しているものと理解される。それに対して「団体国民」についてみると、基本法八七条二項および三項は、事項に関する行政体、すなわち機能的自治主体の存在を許容してはいるものの、その構成員たる「団体

国民」が正統化主体となりえるかについて、基本法は何ら述べていないというのである。それゆえ、彼は、自治の存在とその基本法上の承認のみを根拠にして正統化主体としての「団体国民」を承認することはできないと結論づけたのである。[31]

したがって、彼の理解によれば、そのつどの個別的な市民や利害関係者によって行われる参加は、基本法二〇条二項一文目の意味での「国民」とは切り離されているために、何らの正統化機能を果たさないのである。[32]

一方で、彼は、「このことは、参加が総じて民主的次元を有さないことを意味するわけではない」[33]とも述べており、参加は正統化以外の面において民主政原理との関連性を有することを明確に指摘する。かくして、彼は、参加と民主政原理の関係について、「行政の正統化」という視点から切り離した形で議論の展開を試みたのである。

2　民主政原理からの要請

彼は、民主政原理の観点から参加を論ずるにあたって、ドイツにおける自由主義的民主政を本質的に規定するものとして、「人間の尊厳」、「合意」、「公開」の三つの原理・原則を挙げている。そして、この内の人間の尊厳を念頭に、次のように述べている。「国家による行政手続の枠内において、まさに人間は、客体へと変容せしめられてはならないのである。このことは、具体的には利害関係者へ（少なくとも）聴聞をするという、国家行政の原則的な義務を意味する」[34]。こうして、人間の尊厳（基本法一条一項）と結びつけられた民主政原理から、最低限必要とされる参加として、行政手続における聴聞権が導き出されている。[35]その一方で、民主政原理の要請として、それ以上の強力な参加形態である共同決定、そして一般的な「民主化の要請」といったものは、導き出されることはないというのである。[36]

そして、彼は民主政原理と参加の関係性をさらに説明するのであるが、その要点は、以下のように整理できる。

確かに参加は民主的な原理である「人間の尊厳」、「合意」、「公開」の実効化に寄与しうるものであるが、そのための唯一の手段に位置づけられるわけではない。先に見た通り、国家権力の行使への民主的参加は制度化された直接選挙の手続を経て行われなければならず、この力点が本質的に移動させられることがあってはならない。したがって、民主政原理を根拠とする市民による参加には、市民と国家を相互に接近させるという意味で、単に補完的機能（ergänzende Funktion）[37]が認められるにすぎない。結局のところ、民主政原理に基づく参加が目標とするの

は、利害関係者の主観的地位の拡充や防御ではなく、公共善の向上なのである。[38]

3　限界

彼によれば、民主的参加について、基本的に決定への拘束力のない協働が問題となることはない。しかし、拘束力があり、そして公益の実現ではなく職員の利益の実現を目的として行われる共同決定は、民主政原理との間に重大な緊張関係を生ぜしめることになる。[39]

彼は、とりわけ公務員に対して共同決定権を付与することについて、注意を喚起している。例えば、行政が目標設定を行うにあたり公務員に共同決定権を認めるとすれば、それは市民としての利益（一般利益）ではなく職員としての利益（特殊利益）を目標とする参加なのであり、一般利益の実現を目標とする民主的正統化の要請に反するというのである。[40]

また、彼は、公務員に求められている任務は民主的に正統化された国家意思を執行することなのであって、国家意思を校正することではないとも指摘する。したがって、公務員の任用や昇任といった人事事項などの政治的に重要な事項を共同決定の対象にすることができないのは当然であるが、[41]たとえ政治的には重要でない事項であったとしても、公務員に対して共同決定権を付与することには慎重になるべきだというのである。[42]

二　法治国家原理に基づく参加

彼は、法治国家的な視点からは、行政裁判手続による権利保護に加えて、行政手続による権利保護の重要性を強調することになる。法治国家において要求される行政活動は、適法性や公正性が保障されていなければならない。このような行政活動や行政決定を担保するためには、市民や市民集団などの利害関係者[43]を考慮した「開かれた」決定手続が要求される。彼は、法治国家原理と参加の関係を、次のように規定している。すなわち、「国家の用意した行政手続への直接的な関与としての、法治国家的な機能を備えた参加は、法のデュー・プロセス、すなわち、法治国家的に整序された、適法で公正な行政手続の要素なのである」。[44]

1　法治国家原理からの要請

彼によれば、法治国家原理から導かれる最低限の参加は、法治国家的な行政が市民による参加なくしては実現しえない限りにおいて生ずるとされる。法治国家の要請として最も重要な原

理は「過剰禁止（Übermaßverbot）」[45]であり、公行政はその決定についての妥当性・必要性・比例性を明らかにするために、聴聞にとどまらない市民との対話を必要としているというのである。この点については、特に行政が決定を下すにあたって、市民が行政にとっての唯一の情報源となる場合に、その必要性は顕著となる。したがって、利害関係を有する市民や市民集団への単なる（受動的な）聴聞のみによっては包括的・根本的な事情が解明されえない場合には、聴聞を越えた強力な参加形態である討議（Erörterung）などが最低限の参加として要請されるというのである[46]。

かくして、法治国家の視点から、市民は国家にとっての必要不可欠な情報源としての位置づけを与えられることとなる。したがって、市民はその参加機会の中では自身の利益を追求しようとするにもかかわらず、そこで行政にもたらされる情報のために、その参加は法治国家の利益と結びつくことになる[47]。

2　限界

他方、法治国家的な観点から導き出される参加にも限界が存在する。第一に、これまでみてきた法治国的参加の位置づけとの関係から、「事前の聴聞が権利の実現を無に帰せしめるか、そうでなくとも重大な危険にさらすであろう場合には、例えば決定の交付前の聴聞の形式での関与は、まさに法治国家的な基礎から生じてはならない[48]」。第二に、基本権との関係でも限界が現れる。例えば、国家行政が第三者の私的領域やプライバシーに関する領域を侵害するような場合には、基本権によって国家行政による公開は制限されることとなり、市民によるその法治国的参加もまた、制約されることになる[49]。

また、法治国家原理は、公正な決定を下すために市民に聴聞という形態で協働を要請している。そのため、それに反するような、客観的な根拠をもってして不公平である（Befangenheit）と認められるような場合には、利害関係を有する市民によって共同決定が行われることもまた、禁止されなければならない。これもまた、法治国的参加の限界ということになる[50]。

三　社会国家原理に基づく参加

工業化が進み給付国家化が進んだ当時においては、民主政原理・法治国家原理と並んで社会国家原理にも関心が向けられることとなった。そして、社会国家に関する基本法の決定は、「社会秩序の形成についての国家の気構えや責任、すなわち国家の任務であり所管である[51]」とされていた。そうした中で、規制行

政に限らず、給付行政もまた、憲法や法律、そして裁判による統制に服することが必要とされたのである。シュミット・グレーザーによれば、社会国家原理にとって重要な憲法上の基準となるのは、基本法一条一項に規定される人間の尊厳、そして三条に規定される平等原則である[52]。

彼によれば、社会国家的参加の目標は、国家の給付機会が増大したために不可避に類型化や基準の一般化が進められていた、社会国家的な活動を個別化することにある。つまり、彼は、社会国家的参加に「集合的な給付分配を個別化する調整（individualisierendes Korrektiv kollektiver Leistungsausschüttung）」としての役割を求めたのであり、それを通じて「社会国家上のあらゆる出来事（Gesamtgeschehen）の主体としての人間」が作り出されるというのである[53]。彼はこうして、社会国家原理を持ち出すことによって、これまでにない新たな憲法上の根拠を参加にもたらそうとしたのである[54]。

1　社会国家原理からの要請

かかる理解から、彼は社会国家原理が要請する参加を、次のように位置づける。すなわち、社会国家的参加は、社会的正義の表明としての市民の正義にかなう給付が参加なしでは実現されえず、かつ、個人が社会国家上の生存配慮の客体となるであろう場合に、その程度に応じて導かれるものである[55]。

したがって、社会国家原理から要請される参加は、聴聞にはじまり、場合によっては最も強力な参加形態とされる共同決定にまで達する。これについては事案に応じて区別されることとなり、私的な領域への国家の介入や規律が強ければ強いほど、より強力な参加形態が導かれることになる[56]。

2　限界

社会国家的参加にもまた、限界が存在する。このような参加が、とりわけ社会的自治として、利益集団によって担われる――つまり、その組織から代表を選出した上で自治が行われる――場合、その自治主体には、市民の正義にかなう給付が行われることを保障するために、民主的な内部構造を有していることが求められるというのである。つまり、その組織のあらゆる構成員が、少なくとも間接的に、本質的に集団の意思形成に影響を及ぼすことができるような組織構造を有していなければならない。もしこれらが果たされていないのであれば、それは市民による参加ではなく、社会的正義を実現しえない「組織の幹部による参加」ということになるため、このような参加は許容さ

れないのである。[57]

3　社会国家的参加の評価

彼は、このような社会国家的参加というのは「真の利害関係者の参加」[58]であるとして、高い評価を与えている。なぜなら、このような参加には、市民の利益に密接に関わりのある――社会保険・職業・疾病保険・家族などといった――領域への参加、とりわけ社会的自治が想定されるため、民主的参加とは違って、市民の無関心という問題には直面しづらいというのである。そして社会国家的参加は、「一般性（Allgemeine）」の範囲内で個人に活動余地を与えるものであるという。つまり、個々の給付関係における個別的な福祉は、結果としてその一般性に吸収されることになるため、社会国家的参加が全体意思形成プロセスを歪曲するような事態を生み出すことはないと理解されるのである。[59]

かくして、彼は社会国家的参加を、「短所や危険なく民主的参加に期待された長所（自己決定および疎遠の緩和）を導く」、「市民による参加の最も重要な形態である」として、極めて好意的に評価したのであった。[60]

一九六〇年代以降に西ドイツに現れた民主化の波の中で、現実の政策においても民主化が進められることとなった。現実にはもっぱら民主的な意義が参加に求められていたものの、公法学においては、参加という現象を法的にどのように位置づけ、説明するかが問題となった。このような状況の下で、シュミット・グレーザーは、権利保護という従来の公法学に親和的な法治国家の観点に加えて、社会学や政治学において主張され、そしてそこでは半ばイデオロギーと化していた民主政の観点、さらには公法学に特有ともいえる社会国家の観点という三つの憲法上の視点に基づいて、参加のモデル化を試みたのであった。

彼による報告の意義は、基本法を保障・実現するものとして憲法原理から参加を構造化し[61]、それを通じて、参加の概念を公法学に導入し、定着させたという点に認められるべきであろう。むろん、彼も自覚しているように、参加をめぐる議論は新しいものではない。[62]むしろ、彼は、これまで公法学においてなされてきた議論を、参加という概念の下に再び結集し、整理したと理解するのが妥当であると思われる。しかし、かかる彼の整理によって、参加は憲法上の問題としても把握されることが明ら

かになり、実際上の意義にとどまらない、法的な意義が認められたのである。[63]

彼の以上のような議論は、参加が正統化機能を有しないことを前提としたものであった。彼のこのような参加論が抱えた限界は、以下の点に認められるだろう。すなわち、彼の分析は、憲法原理に基づいて、最低限必要な参加や参加の拡大の限界を整理するにとどまったのである。したがって、憲法上要請される参加と憲法上禁止される参加との枠内で、その制度設計は立法者に委ねられることになる。[64]そして、彼の議論から、具体的な憲法上の要請として一般に導き出された最低限必要な参加というのは、単に聴聞にすぎないのであった。[65]したがって、彼の見解は、利害関係を有する市民の聴聞権以外について「積極的な構造化の要請」はないとみなされ、[66]「参加に好意的な成果は乏しい」[67]とも評価されうるのである。

以上に見た通り、彼の議論は導入期の議論としては斬新であり、その貢献を無視することはできない。しかし、彼の議論が現在に残したものは決して多くはなく、彼の重要視した社会国家的参加（社会的自治）もまた、近年では社会国家原理からではなく民主政原理（民主的正統化）から根拠付けようとする議論がみられるようになるなど、結局のところ更なる展開にはつながらなかったのである。[68]その後、参加を公法学の俎上で積極的に取り上げようとした論者らの理論的な関心は、彼の構想においては認められることのなかった、参加の正統化機能に対して向けられている。次章以降においては、この参加の正統化機能に目を転じることとし、各論者らが、どのような問題意識から、どのような解釈論を駆使して参加に正統化機能を認めようとしてきたのか、検討していくこととしたい。

（1）*Walter Schmitt Glaeser*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179 ff.

（2）Vgl. *Anna-Bettina Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 138.

（3）Vgl. *Prodromos Dagtoglou*, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712 (712). この参加をめぐる要求は、指導者と被指導者、統治者と被治者の間の疎遠を問題視した、特にアメリカの社会学・社会心理学・政治学の議論に精神的な源泉を有していたことが指摘されている。また、ドイツにおけるこの時代の動きと参加の関係については、辻英史「歴史から見たドイツ市民社会と市民参加」大野達司編『社会と主権』（法政大学出版局、二〇一四年）一九三頁以下も参照。

（4）Vgl. *Willy Brandt*, Die Alternative, Die Neue Gesellschaft 16 (1969), S. 3 (3 f.). ブラントは、彼が首相に就任するまで政権を担っていたキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟（CDU/CSU）にとっての民主政は単なる国家の組織形態を指すものであったが、ドイツ社会民主党（SPD）にとっての民主政は民主化を推進する立場を取るものであると表明している。

（5）例えば、ブラント政権の下で行われた一九七六年の連邦建設法改正によって、参加手続が拡充されている。この時期の連邦建設法における参加規定の詳細については、野田崇「市民参加の『民主化機能』について」法と政治（関西学院大学）六〇巻三号（二〇〇九年）二〇頁以下、高橋寿一『地域資源の管理と都市法制』（日本評論社、二〇一〇年）二二八頁以下を参照。

（6）例えば、一九七〇年の国法学者大会においても、これらの問題が民主政原理との関係で取り上げられている（*Werner von Simson* und *Martin Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 [1971], S. 3 ff., 46 ff.）。ドイツ基本法と「民主化」の関係については、林知更「憲法原理としての民主政」同『現代憲法学の位相』（岩波書店、二〇一六年）二三一頁以下（初出：二〇一三年）も参照。また、公法学においては、「民主化」の問題が必ずしも民主政原理に関わる問題として理解されていたわけではないことにも注意が必要である。

（7）Vgl. *von Simson*, a.a.O. (Fn. 6), S. 9.

（8）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 180 f.; *Kaiser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 147.

（9）*Willi Blümel*, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung?, in: Roman Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, S. 9 (19 f.).

（10）Vgl. *Blümel*, a.a.O. (Fn. 9), S. 21.

（11）*Blümel*, a.a.O. (Fn. 9), S. 23.

（12）彼の批判は主に、例えば生年月日のような法的にはほとんど意味が認められない基準によって計画化の過程への参加者を選出することを提言した、社会学者のディーネル（Peter Dienel）に向けられている。

（13）*Blümel*, a.a.O. (Fn. 9), S. 25 f.

（14）*Blümel*, a.a.O. (Fn. 9), S. 23; *ders.*, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Willi Blümel (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23 (25 f.). このような視点がドイツにおいていまなお影響力を有していることについて、*Jens-Peter Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren in: Wolfgang Hoffmann-Riem／Eberhard Schmidt-

Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §28 Rn. 71. さらに、近年でこのような立場を取る代表的なものとして、*Klaus Ferdinand Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273 ff.

（15）連邦行政手続法草案は一九六三年に完成し、連邦行政手続法は一九七六年に成立している。西ドイツ連邦行政手続法の成立過程については、海老沢俊郎『行政手続法の研究』（成文堂、一九九二年）一一頁以下を参照。

（16）同規定については、海老沢・前掲註（15）一三五頁以下を参照。

（17）Vgl. *Willi Blümel*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 300 f.

（18）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 180; *ders.*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 307 f.

（19）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 236.

（20）共同決定権は、とりわけ、合議制機関に参加する専門家や利益代表者に認められるものである（*Schmitt Glaeser*, a.a.O. [Fn. 1], S. 185 f.）。

（21）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 183 f. 彼によれば、協働は聴聞や助言などを代表とする参加の形態を指す。したがって、彼の議論では協働は拘束力のない参加であり、共同決定は拘束力のある参加として位置づけることができる。一方で、情報提供や書類の閲覧といったことは、参加の準備に必要となるものにすぎず、彼のいう参加の射程からは外れることとなる。

（22）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 191 f.

（23）このような区別は、本報告の前年に行われたヘーベルレ（Peter Häberle）による国法学者大会報告「給付国家における基本権」が意識されている点に留意すべきである（*Peter Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 [1972], S. 43 ff.）。この報告の翻訳として、ペーター・ヘーベルレ「給付国家における基本権」井上典之編訳『基本権論』（信山社、一九九三年）一頁以下〔井上典之ほか訳〕も参照。

（24）村上武則「Teilhabe（配分参加）について」同『給付行政の理論』（有信堂高文社、二〇〇二年）三〇三頁（初出：一九七八年）も参照。

（25）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 192 f., 221 ff. さらに、シュミット・グレーザーのもとでディセルタツィオンを執筆した論者による、基本権と参加の区別に関するより簡明な説明として、vgl. *Andreas Hartisch*, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S.

96)「基本権は個人の任意性の中にあらねばならず、他方、参加は国家の用意する手続の一部であるとされなければならない。基本権――特に基本法五条一項、八条一項、九条一項のいわゆる民主的基本権――は、国民の意思形成プロセスへの配分参加を保証する。それに対して、参加は、国家の意思形成プロセスへと方向づけられる」。

(26) 山本隆司「現代における行政法学の体系」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』(日本評論社、二〇一六年) 四八頁、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論〔第三版〕』(有斐閣、二〇一六年) 七頁以下。

(27) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 210 ff. 当時はこのような立場が通説的地位を占めており、その時期の類似の見解として、*Kriele*, a.a.O. (Fn. 6), S. 63 f.; *Fritz Ossenbühl*, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, B 122 ff.

(28)「機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung)」とは、地方自治以外の領域で自治権を認められた法的に独立した行政を指す包括的な概念であり、大学や社会保障主体、職業組合などの自治が妥当する。以上につき、*Thomas Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §13 Rn. 69; *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1991, S. 30 ff. ただし、一九七〇年代にはまだ機能的自治という言葉は浸透していなかったようであり、シュミット・グレーザーは、地域ではなく事項をメルクマールとするこれらの主体を「機能的自治の主体」ではなく、「事項に関する行政体 (sachbezogene Verwaltungseinheiten)」と表現している。その例としては、弁護士会、工業会議所、土地利用組合、大学などが挙げられており (*Schmitt Glaeser*, a.a.O. [Fn. 1], S. 216 f.)、上記の機能的自治の定義とおおよそ一致している。また、ドイツにおける Verwaltungseinheit (行政体、行政単位) の概念については、薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 (一橋大学) 九巻三号 (二〇一〇年) 一九二頁以下を参照。

(29)「団体国民」の構想を支持するものとして、*Winfried Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 253 ff.; *Hartmut Maurer*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), S. 293 f. 他方で、このような「団体国民」の

構想に対しては、基本法上の根拠の希薄さから、批判的な見解も多くみられていた。この点について詳細な批判を展開するものとして、*Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 213 ff., 500 ff. また、機能的自治の構成員を正統化主体として認めようとする見解においては、必ずしも「団体国民」という表現が用いられるわけではなく、論者によっては地方自治と同様に「部分国民」という表現を用いている場合がある。

(30) 基本法二八条一項は、地方自治体にも民主政や法治国家、社会国家などの原理が当てはまり、国家と同様に選挙によって議会が構成されていなければならないことを規定するものである。

(31) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 216 ff.

(32) Vgl. *Walter Schmitt Glaeser*, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Peter Lerche/ Walter Schmitt Glaeser/ Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (48 f.).

(33) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 220.

(34) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 224.

(35) なお、一九七二年にシュミット・グレーザーによる報告が行われた時点では、連邦行政手続法（一九七六年）は成立していなかったものの、権利保護を目的とした「関与人の聴聞」については、既に判例法上で確立された原理として扱われていた。この点について、海老沢俊郎「行政手続の法典化－西ドイツ・オーストリア」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第三巻 行政手続・行政監察』（有斐閣、一九八四年）二三頁を参照。

(36) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 221 ff.

(37) なお、本稿においては、特に民主的正統化について「代替」や「補完」といった表現をしばしば用いることになるが、ドイツ語との関係では、Ersatz には代替の訳を充て、Ergänzung には補完の訳を充てている。

(38) Vgl. *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 226.

(39) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 232 f.

(40) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 232 f. したがって、共同決定は、民主的正統化に寄与することがないという意味では民主政原理から理論的に切断されているが、その決定が拘束力を持つために民主的正統化を毀損する要因になりうるという意味では当然に関連性がある。

(41) 政治的に重要な事項に関する共同決定権を公務員に付与することが民主政原理に反することについては、一九五九年に既に連邦憲法裁判所によって判示されていた（BVerfGE 9, 268）。当該判例については、倉田原志「州の公務員の共同決定権の限界」ドイツ憲法判例研究会編

『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）四三七頁以下を参照。

(42) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 233.

(43) ブリューメルは「利害関係者」概念の不明確性を批判していたが、シュミット・グレーザーは「利害関係」という概念の可変性は維持されるべきであって、それぞれの決定過程に応じて調整されるべきものと理解する（vgl. *Schmitt Glaeser*, a.a.O. [Fn. 1], S. 245）。

(44) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 240 ff. このようなデュー・プロセス的な構想を試みるものの具体例として、正式行政手続を規定する一九六三年の行政手続法草案が挙げられている。

(45) ドイツにおける「過剰禁止（Übermaßverbot）」等の比例原則に関わる概念については、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、二〇一〇年）一四頁以下を参照。

(46) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 246 ff.

(47) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 246 f. さらに、vgl. *Kaiser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 158.

(48) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 248.

(49) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 248.

(50) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 248 f.

(51) *Hans Peter Ipsen*, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952), S. 74 (74 f.).

(52) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 249 f.

(53) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 252 f.

(54) *Kaiser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 156. カイザー（Anna-Bettina Kaiser）は、シュミット・グレーザーが社会国家原理にも焦点を当てたことについて、次のように評価している。「社会国家原理を参加にとって生産的なものとしたことが、彼の意見の本来的な新しさである」。「一面では、参加の要求には批判の余地はなかった。なぜなら、参加は〔基本法上の社会国家原理との結びつきという――訳者註〕新たなラベルを貼られたことで、社会学によってイデオロギー化されていた民主政概念を根拠としなかったからである。しかし他面では、このようにして、国法学も無視し続けることのできなかった社会全体の議論へと接続する力が確保されたのである」。

(55) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 253.

(56) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 253 ff.

(57) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 255 ff.

(58) これに対して、民主的参加として行われる共同決定は、本質的には公共善を目標とすることから「本来的な意味での利害関係者の参加ではない」と説明されている（*Schmitt Glaeser*, a.a.O. [Fn. 1], S. 226 f.）。

(59) *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 257. 当時も社会的自

治の憲法上の位置づけについては議論がなされていたが、その際には民主政原理との緊張関係を問題視するなどの限界を探るというよりは、むしろ社会的自治を手厚く保障する方向で学説が展開されていたようである。当時の社会的自治をめぐる学説の状況については、倉田聡『医療保険の基本構造』（北海道大学図書刊行会、一九九七年）二五一頁以下を参照。

（60）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 1), S. 257, 265. この点については、ヘーベルレもシュミット・グレーザーのいう社会国家的参加を高く評価していた。彼によれば、公法学が社会学や政治学から「参加（Partizipation）」という議論領域を勝ち取ろうとすればするほど、よりいっそう社会国家的参加の重要性が増すとされている（*Peter Häberle*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 [1973], S. 298）。

（61）Vgl. *Maurer*, a.a.O. (Fn. 29), S. 292; *Häberle*, a.a.O. (Fn. 60), S. 298.

（62）*Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 18), S. 280.

（63）ただしブローム（Winfried Brohm）は、大会における質疑の中で、憲法原理を基準に参加を分類することによって、民主政原理や法治国家原理はまだしも、社会国家原理から法的な意味を獲得することができるのかという点で疑問を呈していた（*Winfried Brohm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 [1973], S. 296）。現実に、シュミット・グレーザーの分類論は大会直後こそ一定の支持を集めていたものの、それ以上に議論が進んだかといえば疑わしい。以上のブロームの指摘については、村上・前掲註（24）三〇三頁以下も参照。

（64）Vgl. *Schmitt Glaeser*, a.a.O. (Fn. 32), S. 45.

（65）ただし、シュミット・グレーザーは事前の聴聞を民主政原理から根拠付けていたが、現在では、事前の聴聞のような関与は主に法治国家原理から、あるいは基本権から要請されるものであって、民主政原理から要請されるものではないと理解されている。そして現在公法学で主に民主政原理と関連付けられる傾向があるのは、受益者参加、団体参加、そして公衆参加などである。この点について、vgl. *Dirk Ehlers*, in: Dirk Ehlers/ Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S. 25; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, §109 Rn. 37.

（66）*Blümel*, a.a.O. (Fn. 14), S. 26.

（67）*Kaiser*, a.a.O. (Fn. 2), S. 158.

（68）近年のドイツの議論を題材に、社会保障行政への参加（社会的自治）を民主政原理の観点から検討するものと

して、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統化（一）～（四・完）」法政論集（名古屋大学）二四二号（二〇一一年）二六一頁以下、二四七号（二〇一二年）四九頁以下、二五一号（二〇一三年）三四七頁以下、二五二号（二〇一三年）一五五頁以下。

第二章：正統化論と参加論の接続――メンツェルの議論を題材に

この第二章が検討の対象とするのは、参加と正統化の緊張関係および補完関係である。より具体的には、一九八〇年に公刊されたメンツェル（Hans-Joachim Menzel）のディセルタツィオン[1]が、本章の検討対象となる。前章において概ね指摘された通り、古典的、伝統的、あるいは通説的な正統化観を採用すると、参加には行政活動を正統化する機能は認められないとされてきた。しかしながら、ここで検討するメンツェルの著作は、一方ではこのような通説的見解を相当に踏襲しながら、しかしながら他方では参加にも正統化機能が認められるように修正を試みるという、参加の観点からみても正統化の観点からみても興味深い議論を展開しているものである。

ここで注目するべきは、彼がどのような問題意識から参加に正統化機能を認める必要があると判断したのか、そして、どのような解釈論をもってして参加の正統化機能を根拠付けようとしたのかという点である。

ただし、先に断っておかなければならないのは、彼の主要な関心が、民主的参加として位置づけられた共同決定に向けられていたということである。したがって、本章が主に検討の対象とするのは参加と正統化の基本法上の関係性ではあるものの、部分的には共同決定と正統化の関係に限定されざるを得ない。

第一節：二つの正統化概念

まず彼は、「正統性（Legitimität）」と「正統化（Legitimation）」の概念の区別を示す。曰く、「正統性」は命令を自由意思で守らせる支配（Herrschaft）の性質であり、「正統化」は、被治者（Herrschaftsunterworfen）が正統性を支配に与える過程である[2]。したがって、正統化とは正統性を斡旋するプロセスなのであり、そのプロセスをどのように理解するかが、まさにここでの論点となる。

正統化をめぐる議論においては、主に二つの視点からの分析

がなされてきた。一方では、国家支配に着目して、高権的決定が被治者に自由意思に基づいて受け入れられるための条件、すなわち「支配を説得力をもって正当化すること」が追求される。ここで問題となるのは、被治者の全体あるいは大半が国家支配を承認しているか、そしてその承認が自由意思に基づくものかという、「量的に測定可能な大きさ」である。他方では、被治者に着目して、被治者が具体的に支配を拘束・統制すること、すなわち「民主的な国民主権を通じた正統化の実現」へと関心が向けられる。ここで問題とされるのは、そのつどの被治者の評価に左右されることない、例えば憲法から読み取られる「支配の正統性の基準」である(3)。

メンツェルは、このような二つの正統化概念について、前者を主に社会学において議論されてきた「経験的正統化（empirische Legitimation）(4)」として、後者を主に法学において議論されてきた「規範的正統化（normative Legitimation）(5)」として区別する。そして、基本法の正統化秩序についていえば、基本法を出発点とする規範的正統化が妥当することは、いわば自明の理である。しかし、規範的正統化のみを採用する場合に問題視されてきたのが、規範的な正統性と実際上の民意との間に齟齬が生じることである。したがって、彼は、そのような問題を意識しつつ、基本法の正統化秩序に、規範的正統化のみならず経験的正統化をも補完的に取り込むことができないか、模索したのである。

そこで以下では、彼が想定する正統化の主体と客体をまず確認する（第一款）。その上で、彼のいう経験的正統化と規範的正統化の理解を、それぞれ順に明らかにする（第二款、第三款）。そして最後に、基本法の解釈上の問題としてみたときに、この二つの正統化概念はどのような関係にあるとされるのか、より詳細にみていくこととする（第四款）。

第一款：正統化の主体と客体

彼が正統化の主体として一般に用いる概念は「被治者」である。この概念は「市民」、「住民」、「社会」、「利害関係者」などといったように、範囲を限定して用いられる(6)。この点について補足すると、彼の正統化論には、規範的正統化のみならず経験的正統化の要素も含まれているために、基本法二〇条二項一文目の意味での「国民」には限定されていないようである。

一方、正統化の客体とされるべき概念は、「国家支配」であるとされる。それは、具体的には、議会、政府、行政、そして司法という機能の主体としての「国家権力」を指している。し

かし、これらを行使する国家機関そのものが、抽象的に評価されるわけではない。これらは、その支配を行使する形式や結果に応じて評価されることになる。したがって、個々の措置や国家的な決定、規範、あるいは法定立行為などが正統化客体として適切であるとされる。(7)

第二款：経験的正統化

彼は、経験的正統化の概念を定義付けるにあたり、当時の代表的な社会学者であるオッフェ（Claus Offe）、ルーマン（Niklas Luhmann）、ハーバーマス（Jürgen Habermas）ら三人の正統化の議論を検討している。(8) その上で、彼は主にハーバーマスの見解に拠ることとし、ハーバーマスのいう「広く行き渡った同意の風潮（generalisierte Zustimmungsbereitschaft）」(9)という表現を経験的正統化の理解として採用している。そして、さらに、「広く行き渡った同意の風潮」を端的に示すほぼ同義の表現として、「合意（Konsens）」を用いている。(10) したがって、メンツェルの理論において経験的正統化は、被治者の「同意の風潮」あるいは「合意」を確保することによって果たされると理解されることになる。かくして、参加と経験的正統化の関係もまた、最終的には参加が合意をもたらすか否かという観点から検討されることとなる。(11)

第三款：規範的正統化

他方、規範的正統化の概念を分析するにあたっては、基本法の条文が出発点となる。基本法一条から一九条までに渡る基本権カタログと、基本法二〇条の定める国家目標規定は、そのときどきの経験的な民意に左右されることのない、欠くことのできない規範的正統性の前提条件であると位置づけられる。そして基本法七九条三項によれば、基本法一条の人間の尊厳の不可侵性と、基本法二〇条の民主政原理、社会国家原理、法治国家原理は不滅の規定として憲法改正から守られており、これらの原理が主要な規範的正統化の根拠として「憲法の核心」と理解される。(12)

そして、具体的には、基本法二〇条二項の解釈が問題となる。基本法二〇条二項によれば、あらゆる国家権力は国民に由来し、それは選挙および投票(13)により、国民を通じて行使されなければならない。彼はクリーレ（Martin Kriele）の見解に拠りつつ、(14)定期的に繰り返される議会選挙を「民主的正統性の基礎」(15)として位置づける。(16) したがって、まずは議会選挙によって立法権が直接的に正統化される。そして、そこで得られた正統性は、「事

項的・内容的正統化のレール（sachlich-inhaltlicher Legitimationsstrang）」および「人的・制度的正統化のレール（personell-institutioneller Legitimationsstrang）」[17]を経て、立法権から行政などの他の国家権力へと、間接的に転送されるとするのである[18]。

一　事項的・内容的正統化

基本法二〇条三項によれば、執行権力は事項的に「法律および法」へと拘束される。彼によれば、これを正統性の転送という観点からみるとき、「法」ではなく、議会によって正統化を斡旋された「法律」に行政が拘束されることによって、立法権からの行政への正統性の転送が認められることになる[19]。

一方で、現実的な観点からみれば、法律は、設定された目標を達成するための手段を行政に委ねるという、目的プログラムとなりつつある。このような場合には行政の法律への拘束は弱められることとなるが、これについては基本法八〇条[20]との関係から、さしあたり以下の点が指摘されるにとどまる。すなわち、「具体化されるべき法規命令に関する行政の立法権限は、法律において明文で、内容・目的・範囲に応じて限定されなければならない[21]」。

二　人的・制度的正統化

他方で、正統性を有する議会から、実際に執行を行う公務員までの責任関係に着目した正統性の転送経路も存在する。連邦議会は連邦首相を選出し、場合によっては不信任投票により首相を解任する権限を持つことにより、その選出について責任を負う。そして、その連邦首相は自らの立場で連邦大臣を推薦し、その責任を負う。連邦大臣の所管領域における責任を経て、個々の所管へと正統性が転送されるのである。そこでは、基本法三三条[22]のいう特別な勤務関係・忠誠関係を通じて、下位の公務員がそのつどに上司の指示に服することによって、行政のトップ（Verwaltungsspitze）から最下層にある公務員にまで、議会から連なる責任関係が維持されるのである[23]。

第四款：基本法における正統化秩序

以上のように、経験的正統化と規範的正統化という二つの正統化概念の理解を明確にした上で、彼は、経験的正統化――そのつどの住民の「同意の風潮」あるいは「合意」――を、基本法の正統化秩序に適合させることを試みたのである。

一　経験的正統化の必要性

国法学においては、当然のことといってもよいかもしれないが、ここでいう規範的正統化に基づく見解が支持を集めてきた。一方で彼は、規範的正統性や合法性と経験的正統化との間に生じる乖離が、政治秩序に危機をもたらしうるものであることを指摘する。すなわち、規範的正統性や合法性が維持されていたとしても、経験的正統化との乖離が大きくなれば、最終的には市民による革命的な不合意を阻止することができないというのである。彼は、このような憲法現実（Verfassungswirklichkeit）における潜在的な発展を考慮しない解釈に異を唱え、代表民主政を必ずしも絶対視しない解釈を追求する必要性を説いたのである。(24)

二　経験的正統化の憲法上の出発点

以上のような問題意識から、彼は経験的正統化を基本法に解釈上で取り込むことを試みたわけである。彼によれば、次のような憲法上の要素が、経験的正統化を取り込む出発点になるというのである。すなわち、基本権カタログ、民主政、社会国家、自治、憲法異議、法的審問、公開義務の七つである。(25)

以上のうち、とりわけ重要であるとされるのは、基本権カタログと民主政である。彼は、基本権については当時注目を集めていた民主的基本権（基本法五条、八条、九条）をめぐる新解釈、すなわち基本権として認められる配分請求権の議論を挙げている。そして、民主政については、次のように述べている。すなわち、「〔基本法二〇条一項を――訳者註〕議会選挙および再編成の投票の中では完全に汲み尽されることのない、国家と社会に妥当する原理、すなわち一般原理の創設として理解するのであれば、そのつどの住民の同意の風潮というのは、憲法上の意義をも得るのである」。(26)(27)

以上のような憲法上の出発点を手がかりとして、彼は経験的正統化を基本法上に取り込むことを正当化したのであった。もっとも、注意しなければならないのは、それはあくまでも、規範的正統化と経験的正統化の間に齟齬がある場合に、経験的正統化が規範的正統化を――代替（Ersatz）ではなく――補完（Ergänzung）するものとして理解されることである。(28)

三　基本法と合意

以上のように経験的正統化が基本法上で補完的な意義を持つとして、次に、経験的正統化をもたらす合意が基本法上でどのように形成されなければならないかが問題となる。この問題に

手がかりを与えるのは、人間の尊厳の不可侵性を定める基本法一条である。彼はこの条文を、ナチズムの支配下において人間が処分や操作の客体へと貶められたことに基本法制定者が応えるものだとし、国家が権力を通じて被治者の意識に干渉することを禁止するものと理解する。そして基本権および民主政の理解から、より具体的には、政治的意思形成が「国民から国家機関に向けて」行われなければならず、国家機関が「国民の意見および意思形成プロセスへと働きかけること」は禁じられるということを読み取るのである[29]。

かかる理解からすれば、合意は自律的にもたらされなければならないということになる。したがって、他律的にもたらされた合意に規範的正統化の毀損を補完する機能を認めることは、基本法上許容されないのである[30]。

第二節：参加による正統化

これまでの議論では、基本法の秩序においては規範的正統化が優位にあること、しかしながら規範的正統性と経験的正統性との間に大きな齟齬がある場合には、経験的正統化が規範的正統化の毀損を補完しうることが示された。以下では、参加の機能と結びつけながら、より具体的に参加と正統化との関係が検討されることになる。

大前提として、彼の正統化理解からすれば、参加は規範的正統化には何ら寄与するところがない。したがって、参加は経験的正統化のための手段として、規範的正統化の毀損を補完するものとして検討されることとなる。

第一款：参加の機能と形式

彼は、法学および社会学におけるこれまでの議論を踏まえつつ、参加の有する機能、目的の主要なものとして、「情報調達」、「民主化」、そして「合意の確保」という三点を挙げている。それぞれは、以下のように説明される。

「情報調達」は、市民の関与を通じて、市民の願望、異議、そして利益を明らかにすることで、国家が「正しい」決定を下すことに寄与するものである。専門性の質や国家権力の効率性といったものもまた、私人の関与によって高められる[31]。

「民主化」は、利害関係を有する私人の関与を通じて、私人を一方的な「被治性（Herrschaftsunterworfenheit）」から解放するものである。自己決定や自治の原理はこのような参加によって果たされ、この限りでは、参加は権力分立や国民を通じ

た支配の統制の形式として理解されうる。[32]

そして、以上の二つの機能を経て、最終的に「合意の確保」という機能が導かれることになる。利害関係者が高権的決定に関与することによって、その決定の実現可能性は高められ、拘束力も保障されることになる。したがって、その限りで、参加は、「公共体の統合」、すなわち「政治システムの信任」を促進する機能を果たすというのである。[33]

また、彼は、参加の形式を、法的拘束力のない参加形式と法的拘束力のある参加形式という基準によって区別する。そして、聴聞権、協議権、申請権、情報請求権、討議権、提案権などといった法的拘束力のない参加形式には、「情報調達」の機能が主に認められるとしている。これはアウトプット志向の（outputorientiert）参加形式であるとされ、参加が決定を拘束することがないため、民意のインプットという面ではなく、決定の正しさの向上というアウトプットの面が強調されることになる。他方で、共同決定という法的拘束力のある参加形式には、「民主化」の機能が認められるとする。これはインプット志向の（inputorientiert）参加形式であるとされ、参加が決定を拘束することによって、民意のインプットという面が強調されるのである。[34]

第二款：参加による合意の確保

以上の通り、彼の参加論においては、決定に対する拘束力の有無に着目することによって、参加には「情報調達」と「民主化」という機能が割り振られている。これらの機能はともに「合意の確保」という第三の機能をも導きうるが、この「合意の確保」が果たされるかどうかという問題は、決定への拘束力の有無という観点のみから判断できることではない。[35]そしてまた、彼が以降の議論の中心に据えたのは、「民主化」機能を有する共同決定（民主的参加）であった。[36]したがって、以下では引き続き参加と正統化の関係を理論的に検討していくことになるが、主として想定されるのは、共同決定と正統化との関係である。

これまでの彼の議論からすると、共同決定は拘束力を有するがゆえに、規範的正統化、殊に人的・制度的正統化の連鎖を破るという点で、憲法上の問題を生じさせるものである。[37]そして、このような規範的正統化理解を用いる以上、共同決定は憲法上で容認されないということになる。そこで彼は、共同決定によって生じた正統化の連鎖の毀損を、共同決定による合意の確保、すなわち経験的正統化によって補完し、正当化しようと試みたのである。しかしながら、基本法の正統化秩序によれば規範的

正統化が優位に位置づけられなければならないのであるから、経験的正統化が規範的正統化を補完するとしても、それはあくまでも例外的なものとして理解されなければならない[38]。また、先に確認した通り、基本法の正統化秩序において経験的正統化をもたらす合意は、「自律的な」合意でなければならないとされていた。したがって、共同決定が行われる場面において、いかなる条件の下で基本法に適合的な経験的正統化がもたらされるかについては、さらなる考察が必要となる。

第三款：共同決定による正統化

以上のような理解を踏まえた上で、彼は、共同決定に経験的正統化を認めるために、団体から選出された利益代表者を通じて行われる共同決定との関係で、以下の四点を指摘している。すなわち、第一に、執行権の領域における共同決定であること、第二に、利益代表者を出す団体において民主的な内部構造が保障されていること、第三に、団体において代表者と構成員の間に命令委任の関係があること、第四に、利益代表者を出す参加団体を平等に選出することである。以下では、それぞれを詳細にみていくこととしたい。

一　三つの国家権力による区分

第一に、三つの国家権力、すなわち立法権、裁判権、そして執行権と共同決定の関係が検討される。

まず、国民にとっての代表機関、統合機関である立法権の領域における共同決定権の付与は、明確に否定される。なぜなら、選挙と同一視できるような「縮尺通りの（maßstabsgerecht）」参加が実現されることは、まず考えられないからである。もし仮に立法権の領域において私人による共同決定がなされるとすれば、特殊利益への傾斜などによって、あまりにも簡単に不平等な状況をもたらしてしまうことになる。したがって、これを基本法上で許容することはできないのである[39]。

一方で、裁判権においては、基本法の規範的正統化のモデルに反することのない形で、民主的参加が既に行われていることが指摘される。すなわち、それは労働裁判権や特別行政裁判権などであり、そこでは名誉職裁判官を通じた私人の参加が行われることによって、人的・制度的正統化の連鎖の長さを原因とする、規範的正統化と民意の乖離を埋め合わせているというのである[40][41]。

最後に、執行権においては、基本法三三条四項との関係が述べられる。すなわち、国家的な活動は原則として指示に服する

公務員によって担われなければならないが、同条の文言によれば、国家から私人への高権的権力の転送は例外として許容される余地があると理解できる。彼は、行政が議会とは異なり中心的な統合機関ではないこと、そして行政が個々の立法の目的および指示を「正しく」、合目的的に、迅速に、そして市民の立場で遂行するよう義務付けられていることを挙げ、この執行権の領域では同条の想定する例外として、私人に高権的権力を委託することが認められるとするのである。したがって、人的・制度的正統化の連鎖が長くなり、規範的正統化と住民の意思との乖離が大きくなるような場合には、執行権の領域において、私人に対する共同決定権の付与が許容される、換言すれば、共同決定による経験的正統化が認められるとするのである。(42)

二　団体の民主的な内部構造

第二の条件は、利益代表者を出す団体において、民主的な内部構造が保障されなければならないというものであった。

まず、共同決定が行われる際には、個々の市民の個別的な利益は、団体の中でフィルターにかけられた上で、最終的な「団体の意見」として集約・形成されることとなる。そしてその「団体の意見」に基づいて、利益代表者のみが実際に共同決定権を行使することとなる。(43)

メンツェルによれば、基本法上の規範的正統化の毀損を補完するためには、決定主体（ここでは利益代表者）が正統化主体（ここでは団体構成員）へと拘束されることが必要とされる。なぜなら、基本法上で価値を認められるべき参加は民主的参加なのであって、団体の幹部や一部の意見にのみ依拠した「寡頭制的な」参加や、あるいは「階級制的な」参加ではないからである。したがって、共同決定に参加する利益代表者は、その参加機会において団体構成員の多数意思を再現しなければならず、そのためには当該団体において民主的な内部構造が取られていることが前提になるというのである。(44)

三　団体構成員への命令委任

第三に述べられるのは、代表者の意思と団体の意思の間の命令委任の関係である。

彼によれば、共同決定権を行使する利益代表者は、構成員から自由な代表者でもなければ、国会議員のような公衆の代表者でもない。先に見た通り、利益代表者は団体の意思に拘束され、団体に固有の利益の実現を目指すのである。したがって、利益代表者は、団体に固有の利益のみを決定プロセスに持ち込む者

として理解されなければならない。[45]

かかる理解によれば、国会議員は全国民の利益を実現するために「自由委任（freies Mandat）」の関係を必要としているが、それに対して利益代表者は、団体の利益を実現するために、代表者が団体構成員の意思に拘束されるという「命令委任（imperatives Mandat）」の関係を必要とするのである。[46][47]

四　参加団体の平等な選出

彼が最後に持ち出したのは、参加団体（Partizipaten）の平等な選出である。

先に見た通り、参加を行う団体には、団体内部における民主主義および命令委任関係の保持が基本法から要求される。これらは、団体に求められる条件である。それに対して、国家もまた、基本法上の要求を果たすことが求められる。共同決定権の付与は、本来は国家が行使すべき国家権力の一部を私人に付与するものと理解される。したがって、国家はその付与対象の選出にあたっても、自身がその権力を行使する際と同程度に平等性に注意を払わなければならず、参加団体を公正に選出することが必要とされるのである。[48]

また、参加団体の選出にあたっては、上記の観点からすると、次の三点が考慮に値するという。一点目は、共同決定によって受ける影響の大きさ、すなわち事項との近さ（Sachnähe）である。二点目は、団体の構成員数である。そして三点目は、団体の政治的な重要性である。むろん、これらの基準は実際上では常に変動するものであるから、随時点検されなければならない。[49]

メンツェルは、以上のような四つの条件を満たす限りで、共同決定によって「合意」が調達されるとし、したがって経験的正統化によって規範的正統化の毀損の補完が果たされるという憲法解釈を提示したのであった。

第三節：小括

これまで見てきたメンツェルの見解は、規範的正統性と現実の民意の乖離がもたらしうる憲法秩序の動揺を問題視した上で、当時に有力に主張されていた規範的正統化の限界を、経験的正統化という形で補完することで克服しようとする理論を追求するものであった。そして、彼にとってそれは社会学や現実社会の問題を憲法解釈と接続することでもあり、より具体的には「合意の確保」を手がかりに参加の正統化機能を認め、解釈

上で好意的に評価しようとするものなのであった。

そしてまた、彼の議論は、現代的な課題にも通じうる多くの論点を含んでいた。それは、参加の法的意義の追求、議会制を絶対視した伝統的な規範的正統化(民主的正統化)理解の克服、共同決定権の憲法上の基礎付けなど、非常に多岐に渡っている。以下では最後に、彼の議論において注目すべき点を指摘し、本章を締め括ることとしたい。

彼の議論の第一の特徴として挙げられるのは、いうまでもなく、基本法との関係で正統化理論の再構成を図っている点であろう。当時の有力な見解である規範的正統化という理解は、彼の理論においても維持されている。しかし彼は現実とのギャップを埋めるためであれば部分的にその毀損を認め、それを経験的正統化という形で補完しようとしたのである。確かに彼の経験的正統化の憲法上の基礎付けには難もあり、解釈論としての説得力という面では脆弱性も指摘できるだろう。しかしながら、法学的な正統化と社会学的な正統化が混同され、あるいは一緒くたに議論されていた時代の中で、この区別を徹底しながら、あくまでもこれを法解釈論として基本法上に取り込もうと地道に議論を展開した彼の見解は、十分に注目に値しよう。

第二に、彼の用いた二つの正統化の概念は出発点が異なるという点である。一方では、基本法二〇条二項を出発点として、総体的な概念としての「国民(Volk)」を通じた選挙を中心とする規範的正統化、すなわち民主的正統化が基本法から要請される。他方で、その毀損を補完するために持ち出されるのは、民主政原理に限られない多様な原理・原則を出発点とした、経験的正統化であった。これらは出発点とする原理が異なるがゆえに、正統化主体も「国民」に限られていない。結果的として、これまで参加を正統化論と接続する上で壁となっていた「国民」概念の解釈問題を乗り越えることに成功している。この点、基本法二〇条二項に拠らない正統化を持ち出すという意味では、現在の議論にも示唆する点があるだろう。

第三に、経験的正統化の判断基準である。彼は「合意」を経験的正統化と同一視していた。しかし、これまで共同決定を具体的な素材として確認してきたように、メンツェルは結果として「合意」が存在するかどうかを基準とすること、すなわち「結果による正統化」を主張しているわけではない。彼は、その決定(共同決定)に至るまでの組織および手続の構造に着目して、基本法秩序に適合した「合意」が確保されるかどうかを判断するよう試みているのである。この点は、近年における組織的・手続的な要素に価値を認めようとする民主的正統化の枠組みと

も類似性があり[50]、注目に値する。

第四に、共同決定を題材としている点である。共同決定は基本法の制定以前からみられた参加形態であり[51]、いわば公然と許容されてきたものであった。しかし学界における議論の進展とともに民主政原理との緊張関係が指摘されるようになり、共同決定を理論上でどのように正当化するかが問題として生じていた。現実問題としても、ドイツでは共同決定と民主政原理の緊張関係が問題となった事案が、多数存在している[52]。したがって、彼はこの問題に正面から取り組んだという見方をすることもできる。ただし、既に見た通り、彼の理論では共同決定は規範的正統化を毀損するものであり、そしてその共同決定が経験的正統化をもたらし連鎖の毀損を正当化するという論理構造となっている。したがって、理論的には非常に興味深い解釈論を展開したわけだが、実際的な見地からすると、単に共同決定を容認するための理論を提示したにすぎないともいえるだろう。

さて、本章では以上の通り、参加に正統化を認めることに理論的に取り組んだメンツェルの見解を検討した。彼のように規範論と現実との乖離を問題意識として、参加に正統化機能を認めようとする主張は必ずしも少なくはなかったものの、これを解釈論としてどのように根拠付け、説明するかという点で、一筋縄ではいかなかったのである。その後、既に複数の先行研究も示す通り、一九九〇年代には連邦憲法裁判所が現在ではもはや古典的とも称される民主的正統化論を採用することとなり、参加に正統化機能を認めようとする見解に、結果的には冷や水を浴びせることになった。次章以降においては、現在なお活発に議論が行われているこの民主的正統化論を題材に、とりわけ参加との関係に焦点を当てながら、これを理論的に検討していくこととしたい。

（1）*Hans-Joachim Menzel*, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980. 当時の状況を踏まえた上で、彼の議論を概観するものとして、篠原巌「西ドイツにおける参加論の理論動向」長谷川正安編『現代国家と参加』（法律文化社、一九八四年）二五六頁以下。

（2）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 17 f.

（3）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 18 ff. なお、本稿では全体を通して、Legitimation には正統化、Rechtfertigung には正当化の訳を充てている。

（4）ただし、社会学が憲法を出発点とする規範的正統化を全く考慮していなかったわけではなく、彼が取り上げた

オッフェやハーバーマスもまた、規範的な端緒と経験的な端緒を併用しつつ正統化論を展開している。

（5）メンツェルの規範的正統化の概念は、現在の公学者らが用いている「民主的正統化」の概念に対応するものであるといえる。

（6）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 22.

（7）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 22 f.

（8）この時期における社会学者ら、特にハーバーマスの議論を検討するものとして、日比野勤「憲法における正当性とコンセンサス」国家学会雑誌（東京大学）一〇五巻一一＝一二号（一九九二年）一頁以下。

（9）*Jürgen Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973, S. 64. 細谷貞雄訳『晩期資本主義における正統化の諸問題』（岩波書店、一九七九年）、山田正行ほか訳『後期資本主義における正統化の問題』（岩波書店、二〇一八年）も参照。なお、前者はこれを「広くゆきわたった同調の風潮」（六八頁）、後者はこれを「あまねく行き渡った同意しようとする風潮」（八二頁）、そしてさらに篠原教授はこれを「一般化された同意の準備」（篠原・前掲註（1）二五七頁）と訳しており、訳出にあたってはこれらを参考とした。

（10）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 28 ff., 95 f.

（11）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 96.

（12）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 54.

（13）ただし、基本法上での「投票」としては連邦領域の再編成のための国民投票が意図されるのみであり、実質的には議会選挙に限られることとなる。

（14）なお、後にベッケンフェルデ（Ernst-Wolfgang Böckenförde）や連邦憲法裁判所によって民主的正統化が定式化されるまでは、クリーレやヘルツォーク（Roman Herzog）の正統化論が支配的な見解に位置していたとされる。

（15）*Martin Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (72).

（16）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 55 f. さらに vgl. *Kriele*, a.a.O. (Fn. 15), S. 63 ff.

（17）これについては、近年でも「人的正統化」「人的・組織的正統化」「人的・形式的正統化」など様々な呼称が用いられており、論者によって細部の違いはあるものの、内容的には概ね同一視して問題ないと思われる。

（18）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 54 ff.

（19）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 59.

（20）基本法八〇条一項一文目および二文目は、「法律によって、連邦政府、連邦大臣、あるいはラント政府に対して、法規命令を発する権限を与えることができる。その際には、与えられる権限の内容・目的・範囲が、法律におい

て規定されなければならない」と規定する。

(21) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 59 f.

(22) 基本法三三条四項は、「高権的権限の行使は、恒常的任務として、通常は公法上の勤務関係・忠誠関係にある公務員に委託されなければならない」と規定する。

(23) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 60 f.

(24) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 62 ff.

(25) なお篠原教授は、当時の学説の状況なども踏まえた上で、メンツェルの挙げるこれらの要素全てをまとめて紹介しており、参考までに以下に引用しておく（篠原・前掲註（1）二五八頁以下）。

「①基本権カタログ（正統化主体とその政治活動を保障する、人間の尊厳の不可侵の規定、意見の自由、プレスの自由、団結の自由等自由権の新解釈、→基本権行使と民主制国家形態との結合）、②民主主義の要請（一般的な、国家と社会に妥当する原理の構成として理解され、国家形態としての民主主義＝国民支配はインプットに向けられたものと解釈される）、③社会国家の要請（社会正義の実現を目標とするこの要請は、一方で国家意思形成の社会的諸観念への逆拘束によって、他方で個々の援助を必要とする者のアクチュアルな必要に基づいて充足されねばならない）、④自治原則（市町村構成員、市町村集会による直接的自己統治を、代表制度に対する代替として保障していること、市町村と市町村組合の自治権の保障は、参加そのものと似た意味をもち、自治の原則は、国家的意思決定への経験的市民意思の制度的組みこみの端初と解釈されうる）、⑤憲法訴願（一種の抑制的な抵抗権であり、市民に、あらゆる高権的措置を基本権において規範化された正統化基準に従って、独立した審級をして審査せしめる可能性を与える）、⑥法律上の審問を請求する権利（支配に服する者が国家権力に対して、広範に直接に代表されずに接近する道を開く）、⑦公開の義務（高権的行動の、常なる、最大限広範囲の公開と透明性は、国家的意思決定形成過程に個々人が有意味に参加しうるための本質的前提）」。

(26) 基本法二〇条一項は、「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と規定する。

(27) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 66.

(28) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 64, 71.

(29) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 71 f. このような理解は、連邦憲法裁判所の思考に基づいている。Vgl. BVerfGE 20, 56 (99). 加藤一彦「政党の選挙運動費用補助の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）三九〇頁も参照。

(30) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 72.

(31) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 75.

(32) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 76.
(33) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 76.
(34) Vgl. *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 77 ff.
(35) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 95 ff. ただし、情報調達的参加は、既に存在する合意や不合意を表明するための機会としての側面がまず想起され、合意形成への寄与は限定的な場合に限られることになる。
(36) なお、シュミット・グレーザーは民主政原理に基づく参加を民主的参加であるとしていたが、メンツェルは民主化機能を持つ、すなわち決定に拘束力のある参加を民主的参加であるとしている。
(37) ドイツにおけるこのような利益集団の参加と民主政原理の緊張関係について考察するものとして、大久保規子「営造物と利益集団の多元的参加」一橋論叢（一橋大学）一〇八巻一号（一九九二年）一〇四頁以下。
(38) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 83.
(39) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 86.
(40) 例えば、ドイツの労働裁判においては、職業裁判官とともに名誉職裁判官が判決にかかわる。この名誉職裁判官は労働者組合および使用者団体の提案に拘束される形で、ラントないし連邦の労働大臣等の任命行為を経て選出される。また、名誉職裁判官は職業裁判官と同等の地位を保障され、評決権を有する。そして、職業裁判官一名、名誉職裁判官二名の計三名による合議で決定が行われる。メンツェルはこれらを特に問題視していないようであるが、労働組合および使用者団体の提案に拘束されて任命行為を行っているため、そしてまた、名誉職裁判官のみならず職業裁判官にも当てはまることではあるが、「裁判官の独立」が保障されているため、彼のいう人的・制度的正統化や事項的・内容的正統化の面で問題があるようにも思われる。ドイツの労働裁判における名誉職裁判官については、シュタイン・ペーター（金井幸子訳）「ドイツにおける労働裁判所の機能と名誉裁判官の役割」法政論集（名古屋大学）二二一巻（二〇〇八年）一七頁以下を参照。
(41) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 86.
(42) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 87.
(43) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 87 f.
(44) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 88 f.
(45) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 90.
(46) *Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 90 f.
(47) 現実には、このような参加規定においてはしばしば、自由委任を想起させる、共同決定を行う委員会の構成員の「指示からの自由（Weisungsfreiheit）」が定められている。かつてダクトグロウ（Prodromos Dagtoglou）は、このような規定の存在を、利益代表者は全体利益ではな

く特殊利益を代表する立場にあること、そして自由委任は利益代表者が団体構成員の支持を受けていなければ有効に機能しえないことを理由に、法論理的にも行政政策的にも誤っていると立法論の観点から批判していた（*Prodromos Dagtoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, S. 51 f.; *ders.*, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712 [715]）。他方でメンツェルは、このような規定は「行政ヒエラルヒー側からの職務上の指示からの自由」を示すものとして限定的に理解されなければならないとしており、これを解釈論の問題として処理しようと試みている（*Menzel*, a.a.O. [Fn. 1], S. 91）。また、ドイツにおける「指示からの自由」と民主政原理の緊張関係を検討するものとして、島村健「エコマークとエコ監査」国家学会雑誌（東京大学）一一二巻三＝四号（一九九九年）一八九頁以下を参照。

（48）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 92 f.

（49）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 93 f.

（50）Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §6 Rn. 43 f., 47 f., 53.

（51）*Menzel*, a.a.O. (Fn. 1), S. 82. 基本法が制定された一九四九年の時点において、既に共同決定という参加形式は広まっていた。メンツェルは、一九四九年の時点で共同決定が広まっていたということを理由に、憲法上の明文の授権根拠はないものの、共同決定が存在すること自体は認められていると理解したわけである。

（52）BVerfGE 9, 268; 93, 37; 107, 59. 必ずしも共同決定に限られないが、民主政原理の観点からの限界をめぐる当時のドイツの学説について、大久保・前掲註（37）一一六頁以下も参照。

【筆者付記】

筆者は、平成三〇年一月に北海道大学法学研究科に修士論文を提出し、修士号を授与された。本稿は、この修士論文に若干の加筆、修正を加えたものである。