



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（2）：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(3)，356[1]-311[46]
Issue Date	2019-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75592
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_3_07_Tani.pdf



ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（二）

——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

（以上、七〇巻二号）

第三章…古典的な民主的正統化モデル

第一節…当時の状況

第二節…民主的正統化の定式

第一款…民主政理解

第二款…民主的正統化の四要素

第三節…個別領域

第一款…合議制機関

第二款…機能的自治

第四節…検討

第一款…正統化水準の上下

第二款…現実との乖離

第四章…多元的な民主的正統化の理論

第一節…民主的正統化に対するアプローチ

第二節…判例（二〇〇二年、二〇〇四年）

第一款…機能的自治と学説

第二款…リッペ水利組合決定（二〇〇二年）

第三款…公証人保険組合決定（二〇〇四年）

第三節…学説（トゥルーテ）

第一款…問題意識

第二款…民主政理解

第三款…正統化主体

第四款…正統化手段

第五款…個別領域

第六款…検討

第四節…小括

第五章…「参加による正統化」の可能性

おわりに

(以上、本号)

第三章…古典的な民主的正統化モデル

前二章においては、時期的には一九七〇年代から一九八〇年前後にかけての議論を検討対象とした。ここでは、初期の参加論が憲法原理に着目しながら、しかし参加と(民主的)正統化とを切り離して理解していたこと、そしてその後には参加と正統化の関係を問い直そうとする試みが一部で現れはじめたことが確認された。そうした流れを受けて、本章では、一九九〇年代に判例を通じて急速に足場を固め始めた、もはや古典的と称される民主的正統化のモデルの構造を明らかにし、その上で、このモデルが参加との関係でいかなる問題を投げかけていたのかを明らかにすることを主たる目的とする。

この古典的な民主的正統化のモデルは、シュミット・グレーザーやメンツェルが示していたところの(規範的な)正統化の

理解と軌を一にするものであり、内容的にみても特段の新しさがみられるわけではない。しかしながらこのモデルは、これまでの通説的見解をより明確な形で定式化することで、結果としてその批判ないし修正のための議論の出発点を形成したと評価しうるものである。前二章において繰り返し指摘してきたように、この伝統的な正統化理解を採用する場合には、原則として参加に正統化機能が認められることはない。では、このような正統化モデルは、どのような理論的な裏付けに支えられているのか。また、参加に正統化機能を認めるという試みにおいて、そのモデルのいかなる点が障害となりうるのか。本章では、この問題により詳細に取り組んでいくこととしたい。

第一節…当時の状況

参加と正統化の関係をめぐっては、伝統的な正統化モデルに従って参加に正統化機能が認められないとする見解と、伝統的な正統化モデルが現実と乖離していることを問題視し、実際上の意義に着目しながら参加に正統化機能を認めようとする見解とが対立していたこと、そして、前者の見解と比べると、後者の見解には法解釈上の困難が存在していたことは、前章までで確認した通りである。とりわけ、前者の見解の通説的な地位を確固たるものとしたのが、連邦憲法裁判所の一九九〇年代の判決である。すなわち、当時の連邦憲法裁判所の第二法廷は、ベッケンフェルデ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) の学説⁽¹⁾を引用しながら、伝統的な民主的正統化のモデルを明確に支持し、そしてそこから外れる現象を民主政原理に反し違憲であると判断するという厳格な適用を行ったのである。具体的には、外国籍保持者に対する地方選挙権の付与⁽²⁾、そして公務員に対する共同決定権の付与⁽³⁾が問題となった事案において違憲判断を行っており、これらの判決が民主的正統化の理解をめぐる論争を引き起こすことになったわけである。

これらの判決の背後にあるのはベッケンフェルデによる民主的正統化のモデルであるが、この点、本稿では、彼のモデルと連邦憲法裁判所の判決を詳細に比較することはせず、さしあた

りこれらの判決の理解と彼のモデルがほぼ同一視できるという前提の下で、議論を進めることとしたい。また、ベッケンフェルデや一九九〇年代に判例が採用してきたモデルについては、既に多くの先行研究が存在するところではある⁽⁴⁾。ただ、「参加による正統化」の可能性を探究していく上で、結果として参加の正統化機能の否定を導くことになる古典的なモデルが、参加に正統化を認めようとする立場とどのような点において対立しているのかを明らかにする必要がある。そしてこれを検討するにあたっては、古典的なモデルに言及せずに済ませることは不可能である。したがって本章では、先行研究との重複を承知の上で、これを本稿の関心と引き付けながら確認することとしたい。

第二節…民主的正統化の定式

第一款…民主政理解

古典的な民主的正統化モデルの根源にあるとされるのは、基本法の定める民主政が国家形式および統治形式としての民主政であるという理解である。ここでは、民主政原理は、法治国家、共和国、そして社会国家といった他の原理とは区別され、国民主権原理と結合し「拘束力のある」ドイツの根本思想の表明と

して位置づけられている。かくして、基本法二〇条二項は、民主権原理を実現する支配を組織化するための組織原理として理解されることになる。⁽⁵⁾

こうした理解を採ると、一九六〇年代以降に推進された「社会の民主化」といった事象については、それが民主的正統化を妨げない限りにおいては、基本法上の民主政原理からは禁止も要請もされることのない、民主的な立法者に開かれた領域ということになる。⁽⁶⁾

また、このモデルを支持する論者らが強調するのは、民主政と平等が相互に密接な関係にあるという点である。つまり、民主政は、政治的な権力獲得の平等な機会を保障するものと理解される。したがって、国家国民概念を構成する全ての者にとって共通かつ平等な方法によって成し遂げられる民主政・平等こそが正統化の出発点であるとされ、この民主的平等が、「国民」概念を厳格に解釈することを裏付けるのである。⁽⁸⁾

第二款…民主的正統化の四要素

古典的な民主的正統化のモデルの特徴は、これまで各論者によって多種多様に論じられてきた民主的正統化の要素を、非常に分かりやすい形で四つの要素により定式化し、そしてそれを

判例を中心とする具体例に沿って例証した点にある。この四要素とは、「正統化主体」、「正統化客体」、「正統化手段」、「正統化水準」であり、それぞれにある程度の明確な定義が与えられている。その際に解釈上の出発点として持ち出されるのは、基本法二〇条二項「あらゆる国家権力は、国民に由来する」という一文である。

一 正統化主体

民主的正統化の主体となるのは、基本法二〇条二項の意味での「国民 (Volk)」である。ここでいう国民とは、「国家構成員である人間の総体としての国民」として理解される。ここで国家構成員のためのメルクマールとされるのは国籍であり、国籍保持者の総体こそがドイツの「国家国民 (Staatsvolk)」という運命共同体として、正統化主体として認められることになる。⁽⁹⁾

他方、このモデルは、クライスやゲマインデなどの地方自治体の住民の総体についても、地方自治の民主的正統化という領域において、「部分国民 (Teilvolk)」として正統化主体となることを認めている。正統化主体としての「部分国民」は、国家国民から地域をメルクマールとして切り分けられた「国民の一

部」として位置づけられ、また、国家国民を特徴付ける「不特定の一般性」が維持されていることから認められる。ただし、「部分国民」は「国家国民」と完全に対等なものではなく、特定の地域において国家国民と類似の正統化構造を持つものとして、基本法二八条一項により部分的に正統化主体として認められるものにすぎない。⁽¹⁰⁾

したがって、このモデルにおいて正統化主体となりえるのは、国籍を有する者で構成される「国家国民 (Staatsvolk)」と、国籍を有する各クライス・ゲマインデの住民で構成される「部分国民 (Bürgervolk)」に限定されるのであって、その時々的事案における利害関係者や団体の構成員(団体国民 (Verbandsvolk))が正統化主体になることはない。⁽¹²⁾

二 正統化客体

また、基本法二〇条二項によると、民主的正統化を必要とするのは「あらゆる国家権力」であるから、客観的に国家的な活動の全範囲が妥当することになる。この点、正統化を必要とする客体は、「決定としての性格を持つ、国家的な機関ないし機能主体のあらゆる職務上の行為」⁽¹³⁾と定義付けられる。かかる理解からは、審議会における協議のような、決定の準備に寄与す

るにすぎない行為が正統化客体から除外される。⁽¹⁴⁾つまり、参加手続そのものの多くは直接には正統化を必要としないが、他方、共同決定のように決定の性格を持つ行為については正統化が要求されるのである。

三 正統化手段

以上のように定義された正統化客体は、「機能的・制度的正統化」、「人的正統化」(組織的・人的正統化)、「事項的・内容的正統化」という異なる三つの正統化手段を通じて正統化される必要がある。以下では、正統化手段の内容について、それぞれ確認する。

1 機能的・制度的正統化

機能的・制度的正統化 (funktionelle und institutionelle Legitimation) は、憲法制定者が立法権、執行権、そして裁判権という三つの権力を、それぞれ固有の機能・機関ごとに構成したことを根拠とする正統化手段である。これによれば、「それぞれの権力は、すでに憲法制定者としての国民を通じて、抽象的な民主的正統化を得ている」⁽¹⁵⁾ものと理解される。

しかし、機能的・制度的正統化は、国民から国家権力への具

体的・永続的な帰責の連関の確立に寄与するものではないため、単独で必要な正統化水準を満たすことはできず、他の正統化手段を代替することもできない。したがって、個々の職務担当者を国民へと恒常的に再拘束するために、具体的な民主的正統化として、このモデルでは人的正統化と事項的・内容的正統化という二つの正統化手段が重要視されることになる⁽¹⁷⁾。

2 人的正統化

人的正統化 (personelle Legitimation) あるいは組織的・人的正統化 (organisatorisch-personelle Legitimation) は、国家的な事項を委託される個々の職務担当者から正統化主体たる国民へと帰することのできる「途切れることのない正統化の連鎖」が保たれることによって生ずる民主的正統化である⁽¹⁸⁾。これは、国民や国民によって選出された機関を通じて職務担当者を任命することを要求する形式的な正統化手段である。これによると、法律によって職務担当者について一般的・抽象的に規定するだけでは、正統化は達せられないことになる⁽¹⁹⁾。

3 事項的・内容的正統化

形式的な正統化手段である人的正統化に対して、事項的・内

容的正統化 (sachlich-inhaltliche Legitimation) は実体的な正統化手段であり、「国家権力の行使を、その内容について国民から導き出すか、あるいは国民の意思から斡旋することによって、国民を通じて国家権力の行使を確保するために規定される」⁽²⁰⁾。つまり、この正統化によって、「国家的な行為の内容を国民の意思へと再拘束すること」が意図されるのである。その確立のためには二つの経路が認められており、両経路が相互に連関することによって事項的・内容的な正統化が生じるとされている⁽²¹⁾。

第一の経路は、行政の議会制定法への拘束である。それは、直接に正統化された国民の代表機関たる議会に立法権が保障され、そして国会によって議決された法律にあらゆる他の国家机关が拘束されることによるものである⁽²²⁾。

第二の経路は、選挙を通じて民主的責任である。これは、定期的に行われる選挙を通じて、国民の代表が国民によって承認されることを通じて斡旋されるものである。この民主的責任は、国民に対して議会が責任を負い、議会に対して政府が責任を負うという責任関係において存在するものである。ここでは、政府・大臣は自らの行為について責任を負うのみならず、所管下にある下位の官庁・機関に対して指揮権ないし監督権を行使す

ることにより、これらの責任をも引き受ける。⁽²⁴⁾

四 正統化水準

上記の正統化手段をもとに、基本法上で要求される正統化水準が判断される。先に見た通り、機能的・制度的正統化は、憲法レベルで抽象的な正統化を付与しているにすぎず、他の正統化手段とは代替関係にない。したがって、主に人的正統化と事項的・内容的正統化の関係から、十分な民主的正統化に達しているかが判断される。ベッケンフェルデは、この点について次のように説明する。「両形式は、国家活動の実効的な民主的正統化という同じ目標にかかわるものであるため、それらは正統化の要因として結びつきを持たずに相並んで存在するのではなく、むしろ相互に関連するのである。確かにそれらは決して完全に代替されうるものではないが、しかし、それらを通じて基本法二〇条二項によって要求される民主的正統化の実効性（正統化水準）が疑問視されない限りでは、一定の範囲内で代用することができる⁽²⁵⁾」。そして、連邦憲法裁判所も、「憲法上の見地からして重要なのは、国家的な行為の民主的正統化の形式ではなく、その実効性である⁽²⁶⁾」としている。したがって、正統化客体が必要な正統化水準を満たしているかどうかは、国家権力の

行使へと正統化主体たる国民が実効的な影響を及ぼすことができるかどうかという観点から、人的正統化と事項的・内容的正統化の相互作用を考慮して判断されることになる。⁽²⁷⁾ なお、この二つの要素のどちらかを完全に欠いている場合には、実効的な民主的正統化は原則として考えられないのであって、正統化水準を満たさないことになる。

第三節…個別領域

さて、最後に、具体的な個別領域を題材に、正統化水準を満たしているかの判断がどのように行われるのか確認する。ここで題材とするのは、共同決定が行われることとなる合議制機関（第一款）、そして利害関係者の参加を伴い、地方自治とは異なった自治の形である機能的自治（第二款）である。

第一款…合議制機関

合議制機関とは、具体的には三人以上の構成員を有し、法規範によって決定権限を与えられている委員会などを指すとされている。⁽²⁹⁾ 合議制機関が特徴とするのは、私人を構成員として取り込んでおり、独立して（共同）決定を行うことである。⁽³⁰⁾ 先に

確認した通り、「決定の性格を持つ、国家的な機関ないし機能主体のあらゆる職務上の行為」は正統化を必要とし、合議制機関がこれについて共同決定を行うのであれば、その決定は民主的に正統化されていなければならない。ここで特に問題となるのは、私人が合議制機関の構成員として決定に参加することから、共同決定を行う合議制機関の構成員が人的正統化を得ているか、そしてどれだけの構成員が正統化されている必要があるかという点である。

古典的なモデルによると、合議制機関の共同決定に対しては、まず、合議制機関における構成員の過半数が個々に民主的に正統化されていることが要求される。そしてまた、「民主的に正統化された構成員が意見対立の中でその見解を貫徹する機会を侵害されない範囲内で、個々に民主的に正統化されていない構成員は、機関の決定に協働することができる」。すなわち、決定が行われる際にも、民主的に正統化されている構成員のその過半数の賛成によってそれが行われる必要がある(いわゆる「二重の過半数の原則」⁽³¹⁾)。したがって、合議制機関においては民主的に正統化されている構成員を中心として決定を行わねばならないが、その決定権を侵害しない範囲でのみ、社会の利益代表者として参加する構成員に協働が許容される⁽³²⁾。

つまり、共同決定の問題についていえば、正統化水準を満たしているかどうかの判断の際には、人的正統化が極めて重要な判断材料となるわけである。

第二款…機能的自治

これまでも何度か登場した機能的自治の領域においては、その自治主体は通常、利害関係者たる団体構成員らによって構成され、その中から自治の任務を行う者が選ばれる。ここには、地方自治体のような、国家に類似した正統化の構造は認められない。したがって、機能的自治には「国民」へと帰することのできる正統化の連鎖が存在せず、人的正統化が恒常的に不足しているのである。

古典的なモデルによると、機能的自治の民主的正統化をめぐる問題は、団体内における意思形成を通じて斡旋される「自律的正統化」あるいは「補完的正統化」などといったものによって解決できるものではないとされる⁽³³⁾。民主的正統化は、先に見た三つの正統化手段を通じてのみ成し遂げられるものであるから、かかる理論における機能的自治は、十分な民主的正統化が果たされないものと理解される。そして、この機能的自治の民主的正統化の不足は、例えば基本法八七条二項⁽³⁴⁾のような他の憲

法上の根拠によって、あるいは学問との関係での大学のような、基本権の実現を可能とするための特別な必要性によって正当化されなければならないとされる⁽³⁵⁾。

したがって、そもそも機能的自治において十分な正統化水準を満たした民主的正統化がなされることはないのであって、人的正統化の不足は他の憲法上の根拠によって例外的に正当化されることになる。

第四節・検討

以上の通り、これまで伝統的で通説的な地位を占めてきた古典的なモデルの枠組みを確認してきた。しかしながら、このモデルには様々な問題点や不明確な点が指摘されてきた。その問題点の全てを確認することはできないが、本稿の関心と絡めて、いくつかの問題を取り上げて簡単に紹介・検討しておくこととしたい。

第一款・正統化水準の上下

このモデルで必ずしも明確になっていないのが、正統化水準である。ここでは、基本法の要求する一定の正統化水準を満た

しているか否かが、合憲・違憲の判断基準である。この点、正統化水準を満たしているかどうかは人的正統化と事後的・内容的正統化の相互作用から判断されるというものの、基本法上で要求される正統化水準（「民主的正統化の実効性」）が、そもそも何を根拠に設定されているのか、明らかにされていないのである。

この疑問をより明らかにするために、以下では、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州における公務員の共同決定が問題となつた一九九五年の連邦憲法裁判所決定³⁶⁾を確認し、それを題材として問題点を明らかにすることとしたい。

一九九〇年に制定されたシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の共同決定法は、公務員代表委員会 (Personalrat) に対して、公官庁 (Dienststelle) が行う被用者にかかわるあらゆる事項についての共同決定権限を認めており、公官庁と公務員代表委員会が共同決定に同意できなかった場合には、両者によって対等に構成された仲裁委員会が最終的に共同決定を行うこととされていた。本法律について、CDU/CSU の議員らが民主政原理および法治国家原理に違反し違憲であるとして出訴した事案である。結論として、本法律は民主政原理に違反し違憲であると判断された。

本決定で論点となったのは、公務員による決定への影響力行使がどの程度まで許容されるかという点、そして合議制機関として共同決定を行う仲裁委員会の組織構成が民主的正統化されているかどうかという点である。連邦憲法裁判所は、具体的判断にあたっては、事案との関係性に応じた三段階のモデルを定立し、結論として決定事項の重要性に応じて求められる正統化水準が異なることを示したのである。

まず、本決定においては、共同決定に対する理解の大枠が示される。すなわち、「共同決定は、一方では職務内の措置にのみ及ぶことが許されており、そして雇用関係に基礎を置く公官庁の被用者に特有の利益がそれを正当化する限りでのみ許容される（保護目的の限界）。他方で、民主政原理は国家権力の行使にあたつて、職務委託の実現にとって重要な決定の際に、必ず議会に責任を負う行政主体の最終決定権限が保障されるように要求する（責任の限界³⁷⁾」。

以上のように、職務への責任を伴った関わりの程度、そして被用者の利益の程度などを考慮しなければならず、共同決定を行う事項の性質に応じて、それぞれの場合に即して検討する必要性が指摘されるのである。そこで、連邦憲法裁判所は、決定事項の性質を三類型に区別し、それぞれについて公務員代表に

よる決定への参加の可能性や限界を、以下のように示したのである。

すなわち、まず決定事項は、(a) 被用者が市民に対する職務の遂行には関わらない、あるいは関わるとしてもわずであるが、雇用関係において重要な事項、(b) 被用者が市民に対する職務の遂行には関わらない、あるいは関わるとしてもわずであり、雇用関係の内部領域に関わる措置、(c) 市民に対する職務の遂行に重要な点で関わるが、被用者の利益に関わる措置という、三類型によって区別される³⁸⁾。

(a) の場合、「民主政原理は被用者の広範な協働を許容する」が、「これらの場合にも——緩和されてはいるが——民主的正統化が必要である³⁹⁾」。

(b) の場合、「ここでは仲裁委員会の最終決定の権限は、その構成員の過半数が制約なく人的に民主的に正統化されており、かつ、決定がこのようにして正統化された構成員の過半数以上によって下されるという前提の下でのみ、受け入れられることができる（いわゆる二重の過半数の原則⁴⁰⁾」。

(c) の場合、「このような措置が、議会および政府に責任を負わない独自の決定を行う機関に委ねられることは許されない⁴¹⁾」。つまり、この場合、民主政原理の要請を緩和させるこ

とは認められず、公務員による共同決定（本件では仲裁委員会による決定）は許容されない⁽⁴²⁾。

以上のように、本決定は、必要となる民主的正統化の水準が、市民との関係における決定事項の重要性に応じて上下しうる⁽⁴³⁾こと、そしてまた、他の何らかの要請との兼ね合いで緩和されうることの二点を、公務員の共同決定という具体的な事例に即して明らかにしたのである。後者についてみると、ここでは、共同決定が持つ「被用者の保護」という機能が民主的正統化の要請を緩和させるか、あるいは民主的正統化の不足を正当化すること、つまり、要求される正統化水準を実質的に引き下げることが示されているといえる。しかしながら、ここで問題とされるべきは、連邦憲法裁判所がこの「被用者の保護」という観点を基本法との関係でどこから持ち出したのか、全く明らかにされていないことである。人的正統化の不足が実質的に正当化されているわけであるから、ここでは結果として、民主的正統化の手段とは全く別な要素であり、かつ基本法との関係が明らかにされていない共同決定の「被用者の保護」という機能⁽⁴⁴⁾に、正統化に匹敵しうる意義が認められていると理解できる⁽⁴⁵⁾だろう。

このようにしてみると、この正統化水準の可変性を社会国家

原理や基本権のような基本法上の他の原理原則との調整であると理解するとしても、そうでないとしても、参加的な要素が正統化手段とは異なるルートで考慮されることにより、結果的に正統化に影響を及ぼす可能性というのは、古典的なモデルにも残されているといえる⁽⁴⁶⁾。もつとも、この意味で正統化（水準の緩和）ないし正当化に寄与することがあるとしても、それは民主政原理の解釈に基づいた「国民」を淵源とする正統化としての性質は持たないため、民主的正統化と呼ぶべきものではない。したがって、いずれにせよこの古典的なモデルは、民主的正統化を参加に認めるものではないと理解してよいだろう。

第二款…現実との乖離

さて次に、現実的な側面を取り上げることとしたい。すなわち、このモデルがいかなる点で現実と剥離しており、いかなる点が問題視されてきたのかを、その主たる正統化手段である人的正統化の観点（一）および事項的・内容的正統化の観点（二）から、理論的な問題も踏まえて簡単に指摘しておく。

一 「途切れることのない正統化の連鎖」

このモデルは、民主的正統化に関する判例のほとんどにおい

て人的正統化が問題となってきたことから分かるように、結果として「途切れることのない正統化の連鎖」を偏重する傾向がある。しかしながら、この正統化の連鎖という思考は、もっぱら形式的に正統化の連鎖の有無に焦点を当てるがゆえに、しばしば現実との乖離が指摘される原因となっている。この意味でとりわけ問題となるものとして、ここでは、正統化の連鎖の長さや更新性、そしてその構想の単純さに対する疑義について、簡単に言及しておくことにしたい。

この点については、エムシャー水利組合の民主的正統化が問題となった事案⁽⁴⁷⁾において、ミュンスター上級行政裁判所が判決の中で述べた指摘が的確であろう。すなわち、「その時々の職務担当者ないし機関構成員の国民への正統化のルールがより長くなり、そして正統化行為がよりいっそう過去に行われたものであるという場合には、途切れることのない正統化の連鎖という思考は、民主政の要請に鑑みると、その訴求力(Aussagekraft)を失っている⁽⁴⁸⁾。すなわち、現実には、連鎖が長くくなればその分だけ正統化主体からの距離は広がり、また、正統性の調達から時間が経てばその分だけ正統化主体からの距離は広がるわけである⁽⁴⁹⁾。その場合、このモデルが想定している連邦議会による責任の引き受けが現実には困難となるわけであるが、このモデ

ルは、このような視点をしばしば欠いているのである。

また、正統化の連鎖という思考様式は、確かに単純かつ明快であるというメリットはあるものの、現代の複雑化した行政構造の分析にあたつて、この枠組みで本当に十分であるのかという疑義は生じうると思われる。この点、二〇〇七年のハルツIVに関する連邦憲法裁判所判決の少数意見においても、以下のような指摘がなされている。すなわち、「現代の行政構造の民主的正統化の可能性は、『…』法廷の多数意見が持ち出す十分な正統化水準という複雑な構造には適していない、正統化の連鎖の観念にあつさりと手を出すことによって、消失しつつある⁽⁵²⁾」。

二 「法律の目的プログラム化」

第二の問題は、事項的・内容的正統化に関わるものである。事項的・内容的正統化は、国民によって直接に選出され民主的正統化を得ている議会が作成した法律が、国家権力を規律し制御することを前提としている正統化手段であるとされる。しかしながら、既に第二章においても言及していた通り、現代の法律が、行政に対して常に十分な規律密度を確保しているとはいえない状況にある。この傾向は、とりわけ計画行政において顕著であるといえる。すなわち、法律はその目的や目標を規定

する一方で、その目的や目標をどのように実現するかについては規定せず、行政に広範な裁量を認めている。このような現象は「法律の目的プログラム化」⁽³⁵⁾と呼ばれており、現実問題として法律の規律密度の低下、ひいては議会の空洞化をも招きうるものであるから、その実務上の意義はさておき、事項的・内容的正統化の観点からすると必ずしも好意的に捉えることはできないと考えられる。

現実的な視点からすると、この法律の目的プログラム化の現象を埋め合わせる役割が、参加手続に求められている。すなわち、法律は行政に余地を残すと同時に、抽象的な法律の内容をより詳細に具体化していくために、参加手続などといった法律をより詳細に具体化していくための道具を——特に計画行政などにおいて——行政にしばしば付与している。法律そのものの抽象性ゆえにその規律密度が低いとしても、行政過程に配置された参加手続などを通じて、結果的に行政を間接に制御しながら、法律の内容は具体化されていくわけである。

このような一連の流れに着目して、参加にも正統化の観点から意義を認めようとする見解も確かに存在する。⁽⁵⁴⁾そのような見解の一つによれば、参加には独自の正統化という観点からの意義は認められないとしながらも、参加が事項的・内容的正統化

の改善に寄与することが指摘されている。⁽³⁶⁾しかしながら、こうした参加手続で得た内容をどのように反映するかという点は当然に行政に委ねられており、古典的なモデルが想定していた法律の機能を——法的な次元で——代替しているとはいえない。したがって、純粹な意味で古典的なモデルを採用する以上は、理論上、この観点からしても参加に民主的正統化の機能を認めることは困難であると解されることになるだろう。なお、民主的正統化の枠組みにおいて、こうした機能的な側面に着目した解釈を採用する可能性については、後の第五章において検討を加える予定である。

これまで確認してきた古典的な正統化モデルは、国民によって直接に正統化された議會を頂点としたトップダウンのヒエラルヒー構造を中心とする正統化モデルであり、基本的にはルールとして作用し、民主政原理の観点からの行政活動の限界を示すものであった。このようなモデルは、法的な安定性がある程度は確保できるものの、その裏返しとして、様々な行政手法が果たす現実的な意義や機能を法的な次元に反映することができないということができる。結果として、このモデルは結論において現実離れしているとの批判に晒され、⁽⁵⁷⁾「正統化主体」や「正統化手段」を拡大する必要性が認識されることとなり、学説に

おけるその克服の動きが現れたのであった。

- (1) *Ernst-Wolfgang Bockenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1. Aufl., 1987, §22.
- (2) BVerfGE 83, 37; 83, 60.
- (3) BVerfGE 93, 37.
- (4) 拙稿『ドイツ公法学における参加論の歴史的展開(1)』北大法学論集(北海道大学)七〇巻1号(二〇一九年)八八頁以下の註(81)の文献を参照。
- (5) *Ernst-Wolfgang Bockenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., 2004, §24 Rn. 8 ff.
- (6) *Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 8.
- (7) *Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 41 ff.
- (8) Vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273 (275).

- (9) *Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 26 f.; BVerfGE 83, 37 (51).

- (10) Vgl. *Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 31 ff.; BVerfGE 83, 37 (53 ff.) の意味で、地方自治の領域には「国家国民」による正統化や「部分国民」による正統化という二つの正統化のルートが存在している。そして、地方自治における独自の民主的正統化の限界は、地方の代表機関は真正の議会ではなく行政機関であること、また、法律の優位や法律の留保に服せねばならぬことの中にあると説明される。Vgl. *Horst Dreier*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 (Demokratie), Rn. 125.

- (11) *Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 10, 26 f.
- (12) BVerfGE 83, 37 (55): 「したがって、基本法二八条一項二文目は、機能的自治を含むゆるぎない自治に固有の『構成員による参加(mitgliedschaftlich-partizipatorisch)』要素を憲法によって補強するのではなく、民主的正統化の根拠の統一性を国家構造によって保障するものなのである。」*Bockenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 33; *Matthias Jestaedt*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Winfried Kluth* (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammerrechts*,

- 2003, S. 9 (12).
- (13) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 12; BVerfGE 83, 60 (73).
- (14) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 12 f.; BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (74 f.).
- (15) *Andreas Voßkuhle/ Anna-Bettina Kaiser*, Demokratische Legitimation, Jus 2009, S. 803 (804). 機能的・制度的正統化の内容は、連邦憲法裁判所による一九七八年のカルカー決定において示されていたものである。すなわち、「立法権、執行権、裁判権の諸機関は、その制度的および機能的な民主的正統化を、基本法二〇条二項において与えられた憲法制定者の決定から得ようとする」(BVerfGE 49, 89 [125])。当該判決の概要については、高田敏「高増殖型原発の設置の許可と原子力法の合憲性」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)二六九頁以下を参照。
- (16) Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Altmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §6 Rn. 8.
- (17) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 15.
- (18) BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.). Vgl. *Roman Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 210: 「国民を通じて、あるいは国民によって選ばれた機関を通じて職務担当者を個別に任命するところの原理」。
- (19) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 16.
- (20) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 21.
- (21) *Voßkuhle/ Kaiser*, aa.O. (Fn. 15), S. 804.
- (22) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 22.
- (23) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 21; BVerfGE 83, 60 (72).
- (24) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 21; *Voßkuhle/ Kaiser*, aa.O. (Fn. 15), S. 804; BVerfGE 83, 60 (72).
- (25) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 23.
- (26) BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67).
- (27) *Böckenförde*, aa.O. (Fn. 5), Rn. 23.
- (28) *Karl-Peter Sommermann*, in: Hermann von Mangoldt/ Christian Starck/ Friedrich Klein (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., 2018, Art. 20 Abs. 2 Rn. 170.
- (29) *Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 46.
- (30) Vgl. *Thomas Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Altmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2.

- Aufh. 2012, §13 Rn. 52 f.; *Trute*, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 69.
- (31) 「二重の過半数」という表現については、BVerfGE 93, 37 (72).
- (32) *Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 19 f. もろん、*ハッペ*という決定権とは法的レベルでの問題であり、合議制機関に関わる私人が協働を通じて決定に強い影響を及ぼすというレベルの問題ではない。
- (33) *Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 34.
- (34) 基本法八七条二項は、社会保険の保険者の運営に関する事項であり、社会保険主体の創設が基本法上で認められていることの根拠として用いられる条文である。
- (35) *Böckenförde*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 34. したがって、立法者が機能的自治を任意に形成し拡大すること否定されず。
- (36) BVerfGE 93, 37. 当該判決については、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主的正統化 (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) 三二五頁以下、森保憲「共同決定に要請される民主的正当性」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ(第二版)』(信山社、二〇〇六年) 三二三頁以下、板垣勝彦「保障行政の法理論」(弘文堂、二〇一三年) 三七八頁以下、田代混貴「判例理論としての民主的正統化論」法政研究
- (九州大学) 八四卷二号 (二〇一七年) 一〇八頁以下も参照。
- (37) BVerfGE 93, 37 (70).
- (38) Vgl. BVerfGE 93, 37 (71). 以下、本稿では便宜上これを「三段階モデル」と呼ぶ。
- (39) BVerfGE 93, 37 (71).
- (40) BVerfGE 93, 37 (72).
- (41) BVerfGE 93, 37 (72 f.).
- (42) ハッペは、推薦などの決定への拘束力を伴わない形でのみ、公務員が関与することが許される (*Florian Becker, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen*, in: Thomas Mann/ Günter Püttner [Hrsg.], *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 2, 3. Aufl., 2011, §50 Rn. 55)。
- (43) 正統化水準 (民主的正統化の実効性) の確定にあたって、連邦憲法裁判所は二〇一二年以降のいくつかの判決で、一九九五年共同決定判決 (BVerfGE 93, 37) を参照しながら、「決定が市民の基本権に及ぼしうる影響の大きさ」と「必要とされる正統化水準の高さ」が対応関係にあることを明文で判示している。すなわち、「問題となる決定の基本権との関わりあいが強ければ強いほど、正統化水準は高くなる必要がある」(BVerfGE 130, 76 [124]; 135, 155 [222]; 136, 194 [262]; 146, 164

[210]。ただし、田代・前掲註(36)一五五頁の註(120)は、二〇一一年のBVerGE 130, 76の当該判示内容に対して、「決定に対する影響力の平等という観点から労使共同決定の限界を明示した共同決定判決が、なぜ上述した正統化の水準の判断方法の根拠として挙げられるのかは、いま一つ明らかでない」としている。こうした指摘は、BVerGE 93, 37の三段階モデルを、あくまでも「民主政原理の観点に基づく労使共同決定の憲法上の限界」(同論文・一一四頁)を示すものと限定的に理解したことによるものと考えられるが、この労使共同決定の憲法上の限界は、必要となる民主的正統化の水準を共同決定の内容やその性質に即して具体化することによって導き出されたものであるから、その意味では疑問は生じないように思われる。

(44) また、決定権の部分的な委譲を意味する共同決定が、「被用者の保護」のために本来に必要とされるかという点も、問題とされうる。仮に決定権の委譲を伴わない参加によっても「被用者の保護」が実現できるというのであれば、正統化水準を引き下げてまで共同決定を正当化する理由は失われると考えられるからである。

(45) ここでは、どのような憲法上の要請が「被用者の保護」の観点を根拠付けるのか明言されていないが、候補として考えられるのは、社会国家原理や基本権である。この

点、渡辺賢教授は、「民主的正統性を縮減することを正當化するものとして、基本法二〇条一項の社会国家原理や基本権の存在が考慮されることとなるのか、という問題」に対して、「職員として雇われているという関係の中で措定される」利益が、社会国家原理、かつ、または、基本権の存在に基礎づけられるものとすれば、社会国家原理や基本権の存在が関与権の創設と全く無関係ということはいえないように思われる」と指摘する(渡辺賢『公務員労働基本権の再構築』〔北海道大学出版会、二〇〇六年〕二二六頁以下)。

(46) 古典的なモデルが「正統化水準」を通じて柔軟性を確保しているとの理解については、vgl. *Thomas Groß, Demokratische Legitimation und Verwaltungsorganisation*, JURA 2016, S. 1026 (1033)。

(47) OVG Münster, NWVB1. 1996, S. 254.

(48) OVG Münster, NWVB1. 1996, S. 254 (259)。

(49) 正統化の更新性という面では、特に裁判官の任用が問題となる。なぜなら、裁判官の任期は、一度任命されてしまえば議会や任命者の任期を大幅に上回り、一〇年近くにも渡る、あるいは終身であることも珍しくないからである。また、裁判官の独立などといった行政とは異なった特徴を持つ裁判権の民主的正統化という問題もまた、正統化論の理論的検討にあたっては非常に有益な素材で

ある。この点については本稿で検討することができず今後の課題とせざるを得ないが、さしあたり、裁判官の正統化の更新性という問題をも含めて、ドイツにおけるこれらの問題を紹介・検討するものとして、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)一七三頁以下を、さらに、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)六四頁以下も参照。

(50) 「連鎖が長くなるほど、連邦議会がその全責任を引き受けることは困難である。仮に「連邦議会から——訳者註」離れて活動するアクターが連鎖に基づいて民主的に正統化されるとしても、連邦議会は、それに直接に介入するわけではない。独立のエージェンシーや規整官庁の場合には、いかなる介入も行わないのである」。以上のような指摘が示す通り、インプットを志向する正統化の連鎖の構想の説得力を失わせるのは、短期的な政治や一面的な利益実現から距離を取るといふ、そもそもの目標設定からしてアウトプット志向な独立の行政庁が、現に多数存在しているということである。以上について、vgl. *Andreas Kley, Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsleistung, VVDStRL 77* (2018), S. 125 (149 ff.).

(51) BVerfGE 119, 331.

(52) BVerfGE 119, 331 (392 f.). なお、引用文中の文献の参照は省略した。

(53) 「目的プログラム (Zweckprogramme)」に対して、いわば伝統的な、要件効果規定を中心とする法律は「条件プログラム (Konditionalprogramme)」と呼ばれている。これらの相違を概観するのに有益なものとして、*Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Alsmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §4 Rn. 13 ff.

(54) *Eberhard Schmidt-Alsmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AoR 116 (1991), S. 329 (373), *so auch* 特に関与の情報提供機能を念頭に置いたものとして、*Helge Rossen-Staffeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Alsmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl., 2012, §29 Rn. 8 ff. 曰く「フォートプログラムとしての法律がもはや斡旋するものな正統化は、行政決定の手続の中で得られなければならない」(Rn. 8)。

(55) Vgl. *Eberhard Schmidt-Alsmann, Das allgemeine*

Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 102 ff.

(56) *Schmidt-Abmann*, aaO. (Fn. 54), S. 373.

(57) Vgl. *Mathias Jestaedt*, Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation?, in: Hans Michael Heimg/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), *Postnationale Demokratie*, Postdemokratie, Neotatismus, 2013, S. 3 (12).

第四章…多元的な民主的正統化の理論

前章では、一九九〇年代以降から「参加による正統化」を承認しようとする構想とは対立する古典的な民主的正統化モデルが、その明確な定式化と判例を通じて足場を固めようとしていたこと、しかしながらその定式から外れる現象を違憲とする厳格な適用や、その現実との乖離の大きさをゆえに疑義も呈されていたことを確認した。この第四章は、主に理論的な面から、二〇〇〇年代から現代にいたるまで、この古典的なモデルと対で論じられることの多い多元的な民主的正統化のモデルについて検討する。それに対して、続く第五章では、第一章から第四章

までの議論を踏まえた上で、参加と正統化の関係性によりいっそう焦点を当てた検討が行われることになる。

本章が具体的に取り扱うのは、二〇〇〇年以降の連邦憲法裁判所の判例、そしてこの判例法理に通じるものがあり、多元的な民主的正統化の構想をある程度まとまった形で披露しているトゥルーテ (Hans-Heinrich Trute)⁽¹⁾ の見解である。彼の学説には、参加との関係で重要となる「正統化主体」および「正統化手段」の拡大という重要な論点が含まれており、民主的正統化を理論的な観点から検討するにあたっては、避けて通ることは難しいものである。こうした多元的と呼ばれるモデルが、どのような解釈を通じて古典的なモデルからの転換を図り、そしてその中で参加がいかなる位置づけを得てきたのかという点について、ここでは検討することとしたい。

第一節…民主的正統化に対するアプローチ

基本法二〇条二項の民主政原理をどのように解釈し、民主的正統化という概念をどのように取り扱うのかという問題については、法学的なアプローチ方法からして対立している点がある。この点について、以下で多元的な民主的正統化の構想を確認す

るのに先立って、簡単にはあるものの言及しておきたい。

主に第三章において取り扱ってきた民主的正統化の古典的な構想は、純粹に法学的な方法を用いて実定法の分析に集中するというものであり、伝統的な規範主義的アプローチを採用している。このアプローチによると、行政法ドグマティクは、閉じられたものとして理解されることになる。それに対して、本章で取り扱う多元的な構想は、いわゆる「新しい行政法学 (Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)」としての性格を有している。

つまり、この構想は、経営学や社会学などといった隣接諸学問の知見をも問題解決のために取り込むという学際的な側面を有しており、行政法学を「開かれたシステム」として理解しようとするものであるといえる。⁽²⁾このような立場は、伝統的な規範主義的アプローチの視野の狭さに対する批判を成している。⁽³⁾以下に見る多元的な民主的正統化の理論は、こうした新しい行政法学としての特徴を持つ学説に裏付けられたものと評価する余地があるものである。

以上の点を簡単に確認したところで、判例や学説を確認することとしたい。

第二節…判例 (二〇〇二年、二〇〇四年)

一九九〇年代に明示的に古典的な民主的正統化モデルを採用してきた連邦憲法裁判所の判例の転換点とされているのは、二〇〇二年のリッペ水利組合をめぐる決定である。これはいわゆる「機能的自治」と「共同決定」が問題となった事案であるが、判例に入る前に、まずはごく簡単に、機能的自治と民主的正統化の関係を学説から確認しておきたい。

第一款…機能的自治と学説

機能的自治という概念は、非常に広範な概念である。例えば、大学の自治は学問の自由という基本権と結びつく自治、社会保険における自治は基本法上の根拠 (基本法八七条二項) を有する自治であり、そして職能組合や職業組合による自治は法律上の根拠のみを有する自治であるということができるほか、土地組合や水利組合は財産を基準として自治団体が構成されているなど、多様な特徴を有する機能的自治の主体が存在している。⁽⁴⁾

いわゆる古典的なモデルによれば、このような機能的自治の領域においては主に人的正統化が不足することから、十分な正統化水準を満たすだけの民主的正統化を正統化手段を通じて調達することはできない。そしてその正統化水準からの正統化の不足は、他の憲法上の根拠や必要性により埋め合わせられるこ

ととされていた。

古典的なモデルに拠らない機能的自治の民主的正統化に対するアプローチ⁽⁵⁾としては、正統化主体としての「団体国民 (Verbandsvolk)」概念を承認するか、「部分国民 (Teilvolk)」概念を拡大することで実質的に「団体国民」をこの中に取り込むというものがある。これらは、自治の領域ではその団体内部における意思形成が正統化 (正当化) を斡旋すると理解するものであり、現在では「自律的正統化 (autonome Legitimation)」という名称で取り上げられている正統化の形態に通ずる点がある⁽⁷⁾。ただし、正統化主体に「団体国民」概念を導入することについては、基本法上の根拠が希薄であり危険な構想であるとして、かねてから慎重な見解が多くみられていた⁽⁸⁾。こういった形で自治団体に特有の自律的正統化という正統化が認められるとする論者にあっても、その意思形成は団体の構成員に由来せねばならないとされ、そのために「構成員による参加」を保障することが自治主体の内部構造上で必要であると指摘されてきたところであった⁽⁹⁾。

第二款…リッペ水利組合決定 (二〇〇二年)

学説の動向は概ね以上の通りであり、特に機能的自治につい

て古典的なモデルに対する批判の中で二〇〇二年に下されたのが、リッペ水利組合 (Lippeverband) およびエムシャー水利組合 (Enschergenossenschaft) の民主政原理適合性が問題とされた、リッペ水利組合決定である。本決定については、日本においても事案については既に極めて詳細な紹介がなされている⁽¹⁰⁾ため、ここでは事案については特に取り上げず、民主政原理の解釈論として理論的に重要な判示内容を取り上げることとおきたい。

一 決定内容

連邦憲法裁判所はこの問題を取り扱うにあたって、まず判例が採用してきた民主的正統化の定式を再度示しながら、これまでの判例はこれらが「直接の国家行政」および「地方自治」に当てはまることを判示したものだとしている。そして、「法廷はかつて、機能的自治の領域において、『国民 (Volk)』に属さない人間、例えば外国人の、選挙権の憲法上の許容性という問いが別に立てられるかどうかについては、開かれたままにしていた⁽¹²⁾」ことを指摘する。つまり、これまでは民主的正統化の定式が「直接の国家行政」と「地方自治」には当てはまると判断してきたものの、機能的自治についてはこれまで特に判断し

てこなかったことを強調している。その上で、以下のように述べている。

「基本法二〇条二項は、国家目標規定と憲法原理を含むものである。基本法二〇条二項は、その原理としての特徴からして、展開が開かれているのである。国民からはじまる『国家権力の出发点』は、国民にとつても国家機関にとつても、そのつどに具体的に経験可能で、実際に実効的でなければならぬ。〔国家行政ないし地方自治の領域において行われるという——訳者註〕関係が変化するのであれば、適応が必要となりうる。直接の国家行政や、その事後的・即物的な任務領域に限定されない地方自治でないのであれば、民主政原理は、特にあらゆる決定権限保持者の完全な人的民主的正統化の要求からは外れる、他の国家権力の組織および形式のために、開かれているのである。〔…〕代表制という形で起草された国民による支配の枠内では、基本法は、公的任務の遂行にあたつて、特別な利害関係者の参加の形式をも許容しているのである⁽¹³⁾。

「その限りにおいて、機能的自治は、民主政原理を補完し、補強するのである。それは、あらゆる者の自由な自己決定という上位の目標の実現に寄与する限りにおいて、この原理の具体

化として理解されるのである。民主政原理と自治は、基本法の下で互いに相反するものではない。職務主体にとつて国民へと再帰する正統化の連鎖という伝統的な具体化における民主政原理も、事項に近い利害関係者による、関係する決定への組織化された参加としての機能的自治のどちらも、自由な秩序において自ら自己決定を行う人間という、それらを結びつける理念(基本法一条一項)を実現するものである。したがって、基本法二〇条二項の民主政原理は、法律によつて——すなわち、国民から選挙され、それゆえ古典的に民主的に正統化された議会の立法者の行為によつて——公的任務の処理という限定された領域のために、自治の特別な組織形式を生み出すことを許容しているのである。それによつて、まずは利害関係者の実効的な協議権(Mitspracherecht)を創設することや、行政外部の専門知識を持ち込むことが許容される。そして、自治の形式における公的任務の遂行の委任を通じて、立法者は、事項に適した利害調整の負担を緩和するという目標を追求し、こうして立法者によつて議決された目的や目標がより実効的に達せられるように貢献するのである。公的任務を自己責任によつて遂行することを、私益の擁護と結び付けることが成功するのであれば、このことは議会制定法の実効性を向上させるのである。なぜな

ら、そのとき自治に関わる市民は、十分に理解された自己の利害関係の中で、公的任務を遂行するからである。つまり、公権力にただ受動的に服従するだけでなく、能動的にその行使に関わるのである」⁽¹⁴⁾。

「自治の組織体に委任されるべき任務の選択、これを処理する構造および決定プロセスの規定化は、広範な立法者の裁量下に置かれている」⁽¹⁵⁾。

「自治の組織体の創設およびより詳細な内容形成にあたっての立法者の形成の自由は、自治主体に、決定の性格を持つ拘束力のある行為を行う権限を与えることをも許容する。このことは、むろん限定された範囲において、第三者、すなわち非構成員に対する行為にも当てはまる。すでに公的任務の処理そのものではなく、しかし決定の性格を持つ拘束力のある行為を行う権限が、そのつどの自治団体が立法者に委任された任務の処理の際に把握される措置を基本法二〇条二項の基準によって評価することを必要とするのである。これは、機能的自治の領域において、このことが国民から個々の決定権限者への完全な人的正統化の連鎖の道において生じなければならないことを意味するわけではない。しかし、決定の性格を持つ拘束力のある行為が機能的自治主体の機関に許容されるのは、憲法上の視点

からすると、国民がこの行為への決定的な影響力を保つことによって自己決定権を有しているからであって、その範囲内においてのみ許容されるのである。このことは、機能的任務および活動権限が議会によって議決された法律において十分に事前に規定され、その遂行が人的・民主的に正統化された職務主体の監督に服することを要求するのである」⁽¹⁶⁾（以上、強調は訳者による）。

以上の通り、機能的自治との関係での民主政原理の解釈について言及した上で、リッペ水利組合およびエムシャー水利組合の組織構造や決定構造が、基本法二〇条二項に違反しないと判断している」⁽¹⁷⁾。

そしてまた、労働者の共同決定に関する規定についても、基本法に違反しないとす。すなわち、「確かに、自治体において働いている労働者は、リッペ水利組合法二条およびエムシャー水利組合法二条によれば、任務の履行にあたって直接に責任を負うわけではなく、そしてリッペ水利組合法七条およびエムシャー水利組合法六条に基づく義務「水利組合構成員に課される義務——訳者註」の名宛人というわけでもない。しかし、労働者はその雇用関係に基づいて、機能的自治の任務の履行に直接に協働するのである。したがって、少なくとも労働者の限定的な参加は、その利害関係の擁護およびその労働条件の共同

形成のために、正・当・化・さ・れ・る・の・で・あ・る・」。⁽¹⁸⁾「非・利・害・関・係・者・の・参・加・は、達・す・べ・く・努・力・さ・れ・る・公・的・任・務・の・遂・行・の・実・効・性・の・向・上・に・よ・つ・て、正・当・化・さ・れ・う・る・の・で・あ・る・」(強調は訳者による)。

以上のように示された判例法理は、一九九〇年代の判決からの判例変更ではないことを強調しながらも、明らかに方向性が変化しているとみられる点が多々ある。以降で確認する学説は連邦憲法裁判所のこのような判決を理論化していると思われることから、以下では、解釈上で重要な点について二点を指摘しておきたい。

二 民主政原理

決定文は民主政原理を「開かれた原理」として位置づけ、さらには「そのつどに具体的に経験可能で、実際に実感できなければならない」とまで述べている。そして機能的自治の領域でどのような組織形式を採用するかは立法者に開かれているものだとし、かつての判例において決定的な役割を果たした人的正統化という正統化手段を、他の憲法原理を持ち出すことなしに、実質的に切り下げることを容認しているのである。そしてそれを裏付けたのは、民主政原理に基づく人的正統化の思考と機能

的自治のような「利害関係者による組織化された参加」のどちらも、自己決定という理念と結びつくとする、民主政原理の上位に自己決定を据えるという構成である。⁽²⁰⁾

また、連邦憲法裁判所は、これまでの判決においては「正統化 (legitimieren)」という表現を用いて判断を下していた。他方、本決定では、最初に従来の民主的正統化の定式を示しこしたものの、具体的な判断にあたっては「正統化」ではなく「正当化 (rechtfertigen)」という文言を用いている。「機能的自治は、民主政原理を補完し、補強する」という表現からしても、機能的自治は民主政原理の内容を直接的に実現するもの、すなわち民主的正統化を直接に斡旋するものとしては理解されないようにみえる。⁽²¹⁾

こうした決定文の内容を踏まえた上で、これを従来の判例の理解と親和的に捉えるのであれば、機能的自治の構造は「利害関係者による組織化された参加」や「議会制定法の実効性」といった要素によって、合議制機関における労働者の共同決定は「労働者の利害関係の擁護」および「労働条件の共同形成」を通じた「公的任務の遂行の実効性の向上」といった要素によって、民主的正統化の不足が正当化されているということになるだろう。ここでは、判断にあたって連邦憲法裁判所が「議会制

定法の実効性」や「公的任務の遂行の実効性」にまで言及している点に注意が必要である。すなわち、一九九五年の共同決定判決（BVerfGE 93, 37）のような「被用者保護」という要素であれば、基本権や社会国家原理などの基本法上の根拠との関連性を指摘することが一応は可能である。しかし、実効性という視点と憲法上の根拠を結び付けることは困難である。その意味で、BVerfGE 93, 37よりも、考慮事項の不明確性がさらに増しているように思われる。

この点については、主に古典的なモデルに近しい学説からの疑義が多数みられている。例えば、ゲルディッツ（Klaus Ferdinand Garditz）は、主に基本法上の民主政原理の理解という観点から、次のように批判する。曰く、「機能的自治の領域では、組織される社会的な特殊利益は、とりわけ、機能限定的に、まさに民主的な国家介入から保護されるべき自由権の主体として国家に接する。まず、社会的で国家から離れた自己規整の領域における任務の解放は、国民への再拘束のルールを広範に切断したり、あるいは、単なる国家監督に限定することを許容している。こうして、例えば大学の自治は、研究および教育の事項における基本権的自由（基本法五条三項一文目）の機能的な表明なのであり、そして、一般的に国家行政の任務が、遂行

されるところで果てるのである」。「括られた」職業の規整的な利益もまた、これが職業の主体に法律上の規定の枠内で自己の事項として帰責しうるよう保たれる限りで、自治に委ねられる。社会集団の『自由な自己決定』に有利となるよう国民の代表による国民の正統な支配を引き下げることを、民主政の強化ないし発現と呼ぶことは、機能的自治の本来的な意義をたかだか切り詰めて再現するにすぎないのであって、誤った理解を導くのである。特に、基本法二〇条二項は、まさに支配権力の中央集権化を通じて代表民主政のモデルを想定しており、それを通じて国家的な嚮導決定を特殊利益から引き離すものである。したがってなおのこと、民主的に決された国家団体からの任務の分離や、特殊・社会的な自己規整は、我々の民主政の支配原理ではないのである。この点で、民主政原理の中心的な関心は、国家決定に対して社会の特殊利益が支配的な影響を及ぼすのを阻止するという点にある²³⁾（強調は訳者による）。

イエシュテット（Matthias Justiedt）も、連邦憲法裁判所がこのような結論を導いたことは驚くことではないとしながら、決定文が民主的正統化の要請に何が「開かれているのか」を説明しておらず、実効性の向上という視点がなぜ用いられたのか、そしてそれが民主的正統化の定式にどのようにして適合しうる

のかが示されていないとしており、ドグマティックシユな論証を欠いたままに結論を根拠付けようとしていることを批判する。この点で彼は、連邦憲法裁判所がこれまで、具体的にどのようなにして正統化水準を規範的に規定すべきかについて、透明かつ持続的に説明することを怠っていたと指摘しており、本決定をこれまでの判決の弱点が出てしまったものだと評している。⁽²³⁾

また、イエシュテットと同じく古典的なモデルに近い立場を採るベッカー (Florian Becker) は、一九九五年の共同決定判決 (BVerfGE 93, 37) の理解に従えばこのような論証は行えないとして、本決定に対する批判を展開している。少々長くはなるものの、本決定とこれまでの古典的なモデルに沿ったとされる判決との違いをより明らかにするために、彼の主張を以下に引用しておく。

「〔…〕自治主体の構成員、そしてその労働者の両者ともに、基本法二〇条二項一文目において要求される民主的正統化のリリースでもなければ、民主的正統化の異なる (自律的な) リソースが存在するわけでもない。したがって、自治主体の創設は、他の憲法規定に基づく民主政原理の修正によってのみ正当化さ

れうる。このことを考慮すれば、〔機能的自治主体の創設を許容するための——訳者註〕最も説得力のある解決策は、基本法の枠組みがドイツの憲法史における深いルーツとともに多様な自治主体の存在を認識しており、さらに憲法の本文において明示的に言及されているように (例えば、基本法八七条二項一文目を見よ)、これらが破棄されるといった示唆もないことであるように思われる。したがって、その主体の創設は憲法そのものによって正当化されるのであって、一般的に——特定の条件下において——原理の『開放』あるいは『適応』によって正当化されるのではない⁽²⁴⁾」。

「しかし、裁判所がこのような思考プロセスに従うとすれば、民主的正統化の原則に反する形で、労働者の共同決定を審査する必要はない。そのために、『非常口』として『開放性』ないし『適応性』を使用することとなり、重大な困難を抱えたのであろう。自治主体が憲法上で承認されているということには、労働者の共同決定は含まれていない。なぜなら、共同決定は憲法の草案が作成された時点では、認識されていなかったからである。したがって、自治主体が労働者の共同決定の原理などと両立しうるとはいっても、他の憲法上の有効な理由によって正当化されなければならないのである」⁽²⁵⁾。

「一方では、基本法二〇条一項一文目に規定されている社会国家原理は、民主的正統化の原則と同じ規範的価値を有しているとはいえども、それはドグマ・ティッシユな意味では構造化されておらず、そのため議会の憲法上の義務を導き出すにあつての非常に優れた基礎となるわけではない。しかしこれは、公的セクターであっても、少なくとも共同決定の許容性の議論としては用いることができる。他方では、同じく（基本法一条一項や二条一項のような）労働者の構成員の基本的自由は、いかなる個人も、国家やその機関によって客体のように扱われること、すなわち、その利益や必要性を考慮せずに扱われることから保護するという程度では、方向性を指し示すかもしれない」。

「〔：〕なぜ裁判所が以前の決定で考案された行政セクターにおける決定の段階的なシステム（一九九五年のBVerfGE 93, 35）において判示された共同決定の三段階モデル——訳者註）から外れることを議会に認めたのかは、理解しがたい。リッペ水利組合およびエムシャー水利組合における労働者の代表者は、同僚の社会的利益を促進するにとどまらず、主体の意思決定にも参加するのである。この広範な参加は、労働者の基本的自由によつても、社会国家原理によつても正当化することはできない。それぞれの分野での共同決定は、労働者を、主体の決定の

執行者から、主体の決定の創造者へとシフトさせるのである。したがつて、リッペ水利組合およびエムシャー水利組合に創設された共同決定制度は、民主的正統化の要請に適合するものではない」。

以上のように、これまでの判決にみられた古典的なモデルをそのまま本事案に当てはめるのであれば、両水利組合の労働者の共同決定は労働条件の共同形成にとどまるのであればまだ正当化の余地はあるものの、主体の意思決定にまで参加しているという点では、もはや他原理との調整によつても正当化しえなはずである。ベッカーからすれば、本決定はこうした参加をも正当化するために民主政原理の開放性を持ち出しているということになり、従前の判例とは一線を画するものと理解すべきということになる。

三 実効性

また、決定文中にみられる実効性という視点については、ヨーロッパ司法裁判所が法解釈の際に用いてきた「実効性（*effectivité*）の原則」⁽²⁹⁾との類似性が指摘されており、古典的なモデルの立場を支持する論者からは、これを民主的正統化の解釈枠組

みに持ち込むことに對して批判が展開されている。例えばイエシュテットは、実効性という観点は機能や組織に對して無批判である点、労働者代表の参加がどのような方法で任務処理の実効性を強めるよう保障するのが明らかではない点、実効性は事前に規定することができないことから法律による統制が及ばなくなる点などを挙げ、「実効性の援用は、民主的正統化の体系の根底を今にも浸食しようとしている」と批判する。⁽³¹⁾ ベッカーもまた、在来の法学的な解釈方法を用いることなく結論を裏付けるために実効性の観点を持ち出しているとして、本決定に對して批判的な態度を取っている。

第三款・公証人保険組合決定 (二〇〇四年)

このリッペ水利組合決定の二年後にあたる二〇〇四年に下された連邦憲法裁判所第一法廷決定 (BVerfGE 111, 191) ⁽³²⁾ においても、機能的自治の民主的正統化が問題となっている。民主的正統化の定式を最初に示し、二〇〇二年のリッペ水利組合決定 (BVerfGE 107, 26) も引用しつつ一九九〇年の判例 (BVerfGE 83, 60) は、本決定ではもはや引用すらされていない。そしてそこでは、リッペ水利組合決定を引用しつつ、機能的自治に包括される人々の利益の擁護について必要な制度的措置を講ずる

ことが立法者に義務付けられることが指摘されている。⁽³⁴⁾ すなわち、「組織および手続は、營造物 (Anstalt) 内で行われる公的任務が、規約定立権 (Satzungsgewalt) に服する人々のために、その利害を考慮した上で適切に遂行されることを、保障しなければならぬ」。⁽³⁵⁾ 「機関の形成、その機関の任務や活動権限は、議会制定法におけるその基本構造の中で十分に規定されていなければならない。つまり、法律は、自律的な意思決定手続のための基準を通じて、組合員 (Berufungsangehörigen) による意思形成への適切な参加を保障しなければならないのである」。⁽³⁶⁾

以上のように、連邦憲法裁判所は、機能的自治の領域についてのみではあるが、立法者に対する広範な制度設計の余地を与える一方で、その団体内で自律的な意思形成が確保されるような制度的措置を要求するという形で、立法者に義務があることを明らかにした。むろん、リッペ水利組合決定や公証人保険組合決定は機能的自治の領域を題材としたものであり、それ以外の領域においても参加の制度化が正統化の観点から何らかの意義を有すると読むことは早計である。⁽³⁷⁾ しかしながら、こうした制度的措置という形で組織や手続といった要素が結果として正統化の枠組みに持ち込まれており、この点もまた、従前の古典的なモデルとの距離を感じさせるものであるといえる。⁽³⁸⁾

第三節…学説（トゥルーテ）

以上のように、古典的なモデルから方向転換しつつあった判例が生じつつあった中で、二〇〇六年にはトゥルーテによる民主的正統化論が公表されている⁽³⁹⁾。彼の理論に特徴的であるのは、この二〇〇〇年以降の連邦憲法裁判所の判決および決定に相当程度に親和的に、多元的な民主的正統化と称される民主的正統化の理論構築が試みられているところにある。

組織や手続に正統化を認める見解や、市民参加に正統化を認める見解は、トゥルーテの議論に限られるものではなく、各論的な議論において多くみられているところである。しかしながら、民主的正統化をその解釈との関係で理論化・体系化し展開している論稿は必ずしも多くはなく、本章ではさしあたり彼の議論や彼に近い立場に焦点を当て、民主的正統化のモデルと参加の関係について整理を行う。そして、より具体的に込み入った議論や、「参加による正統化」の可能性に関するさらなる検討は、第五章において行われることになる。

ここでは本稿の関心に引き付けながら、参加と関係する範囲において彼の議論を取り扱うこととしたい。すなわち、これまでの民主的正統化の解釈からの転換の背後にある問題意識（第

一款）、全体として構想を裏付ける民主政理解（第二款）、そして「正統化主体」の解釈（第三款）、ならびに古典的な民主的正統化モデルから拡充された「正統化手段」（第四款）について、順次取り上げる。そして具体的な適用例を、個別領域を題材に確認した上で（第五款）、彼の正統化論と参加との関係を検討することにする（第六款）。

第一款…問題意識

トゥルーテは、多元的な民主的正統化論を展開するにあたって、自らの問題意識として、次のように述べている。

「（国家）支配の正当化をめぐる問題は、政治思想史に関する議論からはじまり、国家理論的・憲法理論的な命題を経て、社会学的・法学的な観点にまで達する、異なった学術的な議論を含んでいる。（…）しかしこれらの議論の多元性は——訳者註——行政の正統化が国法上、そして行政法上の概念として、すなわち国家支配の正当化の規範的形式としても展開されなければならないことを、何ら改めるものではない」（強調は原文による）⁽⁴⁰⁾。

「その際には、規範的な正統化と支配の社会的な承認としての正統性は、区別されなければならない。むしろその関係は、相互に関連し合うように構想されなければならない。合法的な

支配〔規範的な正統化——記者註〕は、後者〔社会的な承認としての正統性——記者註〕が規範的な次元から独立していないのと同じように、被治者の社会的な承認がなければ、長きに渡る成功を収めることはできないのである。社会の自己組織の政治的形式としての民主政が承認への再帰なくしては成功を収めることができない以上、国民に対する支配の行使という制度が〔社会的な承認から——記者註〕独立してしまうことは、阻止されなければならない。〔…〕支配の秩序の規範的な正統化と社会的な承認は、必然的に相互に関連的なものである⁽⁴¹⁾（強調は原文による）。

トゥルーテはこのように、規範的正統化と経験的正統化の区別を前提としながらも、両者が完全に分断されてしまうことはあってはならないとするのである。以上のような理解は、参加を正統化秩序に取り込もうとした第二章におけるメンツェルの問題意識と大きな共通点を有しており、憲法解釈と社会の認識の乖離が大きくなることに對する懸念が、彼の理論の背後にあることを窺い知ることができる。

第二款…民主政理解

古典的なモデルは民主政を国家形式として捉えていた点に特

徴があり、それは時として実態に即さない「形式的な民主政」に過ぎないといった批判がなされていたところであった。

この克服を試みた彼の民主政理解によると、リッペ水利組合決定が示していたのと同じように、民主政原理は「開かれている」ものとして把握されることになる。すなわち、民主政原理は「最適化と具体化を必要とする原理」なのであって、その最適化と具体化が立法者に委ねられることで、組織や手続について立法者に形成余地が開かれるのである。この意味で、「民主政原理は、未来に開かれた動態的なもの」として理解されることになる⁽⁴²⁾。

こうした捉え方することによって、憲法適合性の判断の際に用いられる正統化水準もまた、これまで以上に実効的に判断されることになる。すなわち、正統化客体と正統化主体の間に「実効的な帰責の連関 (Zurechnungszusammenhang)」が確立される範囲内であれば立法者には広範に組織的・手続的な形成の自由が認められることとなり、古典的なモデルのような、形式的な正統化への過度な偏重は克服される。

また、このような理解によれば、基本法二〇条二項一文目は、国民主権に関する「自明の公言」として理解される。そして国民主権の出発点となるのは、平等と自由に由来する自己支配、

そして個人の自己決定の原理であるとされる。したがって彼は、民主政を統一体としての「国民」から一元的に構想するのはなく、個人の自由権から多元的に構想するのであり、民主政は、結局のところ基本法一条一項の「人間の尊厳の組織的な帰結」として理解されることになる。以上のような理解から、国民の代表は「所与の統一体 (vorgängige Einheit)」ではなく、継続的な過程において統合される「社会的な異質性 (soziale Heterogenität)」と結びつけられることになる。⁽⁴⁴⁾

第三款…正統化主体

以上のような民主政理解の下では、これまで統一体として理解されてきた「国民」概念は、細分化されて理解されることになる。トゥルーテはこの「国民」を、「能動的国民」、「婦責主体としての国民」、「支配の名宛人としての国民」の三つに区別できるとしている。それぞれは、以下のように説明される。「婦責主体としての国民は、民主政における支配権力の行使の責任を負う者である。能動的国民は、基本法二〇条二項二文目における選挙を経て、議会に正統化を斡旋する者である。名宛人としての国民は、固有の領域で行使される支配の名宛人である者の総体である」。これらの「国民」概念が継続的な過程におい

て統合されることにより、「社会的な異質性」として理解される、二〇条二項二文目の意味での「国民 (Volk)」を成す。⁽⁴⁵⁾

しかし、以上のように国民概念を多元的に理解する以上、民主政原理内において、国民概念をめぐって緊張関係が生じることとなる。この緊張状態について、彼は以下のように述べている。「能動的国民によって正統化された立法者には、この緊張状態を勘案し、それとともに異なる極を分野的・個別的に相互に接近させ、一般性と特殊性の恒常的な統合を斡旋するという任務が与えられる」。こうした理解によれば、能動的国民に婦責しない当事者による影響力行使の形態は、平等に反した働きかけの機会を開放するものとして理解されるのではなく、「代表なくして課税なし」というあらゆる民主政の政治的前提となる原則を、民主政原理の中に適合させるものとして理解される。⁽⁴⁶⁾

このようにして「国民」を多元的に理解することは、地方自治の民主的正統化についても理論的に整合的である。すなわち、古典的なモデルにおいて、地方自治は「国家国民」による正統化と「部分国民」による正統化という異なる正統化主体を持つ二つの経路を正在するため、この限りでは正統化主体が分散しており、不明確なところがあった。トゥルーテの理論は異なっ

た正統化のルールが存在することを前提とした上で、地方自治をそれらの複数のルールが絡み合う領域として捉えるのである。⁽⁴⁷⁾

第四款・正統化手段

さて、本稿の関心からして特に重要となるのが、以上のような理解を取ることによって正統化手段がどのように拡大され、その中で参加がどのように位置づけられるかということである。

彼の理論において、この正統化手段は「十分に実効的な帰責の連関の確立に寄与する」ものとして位置づけられる。⁽⁴⁸⁾ 古典的なモデルにおいては、主要な正統化手段として「人的正統化」および「事項的・内容的正統化」が挙げられ、この両者の相互作用において基本法が求める正統化水準を満たすことが要求されていた。これらの正統化手段は、彼によって「人的正統化」⁽⁴⁹⁾ および「事項的・内容的正統化」という形でおおよそ引き継がれているが、それらに加え、「組織的正統化」、「手続的正統化」、「自律的正統化」、「アウトプット正統化」を正統化手段として新たに定立している。

一 組織的正統化、手続的正統化

繰り返しになるが、彼の理論は、形式的であるのみならず、「実効的な帰責の連関」を確立する正統化構造の構築を目指している。そこでは行政組織や行政手続が正統化の要素として考慮されることになるが、彼によるとこの組織と手続はそれぞれ単独で評価されるべきではなく、正統化構造の相互作用において評価されなければならないとされる。⁽⁵⁰⁾ 二〇〇二年や二〇〇四年の連邦憲法裁判所の決定で言及されていた「制度的措置」という視点は、組織や手続による正統化として一般化され、以下のように説明されることになる。

行政組織法は、公共善へと拘束される公的アクターを形成するものである。そして、立法者が用意したプログラムが行政によつて実現されるかどうかは、プログラムを実行する際の構造である具体的な組織に左右されることとなる。したがって、組織は、公共善の目標を達成するための立法者にとっての本質的な形成手段としての重要性を有する。ここでは、組織的正統化は人的正統化と結びついて、実効的な帰責の連関の確立に寄与することになる。⁽⁵¹⁾

そして手続は、実質的な決定の前提を成すものである。手続の意義は、とりわけその過程において法律を具体化する機能に認められる。すなわち、複雑な行政手続において情報の産出を

促し、利益の明確化および均衡化を行い、そして受容を確保するという、行政による政策上の形成を通じて、法律は具体化されるのである。国家権力が手続などの「決定の前提の相互作用」を経て行使・構成されている以上、手続的正統化は事後的・内容的正統化と結びついて、実効的な帰責の連関の確立に寄与するものとして評価される⁽³²⁾。

二 自律的正統化

彼の議論に特徴的であるのが、この自律的正統化である。自律的正統化は、伝統的な理解を修正しようとする論者らが主張してきた自治に固有の正統化であり、機能的自治の領域において人的正統化の不足を正当化するという「受け皿としての機能 (Aufgangfunktion)」を果たしてきたものであった。古典的なモデルでは正統化主体が総体としての「国民」に限られたため、拘束力のある決定を人的に民主的正統化されていない私人が行う機能的自治という行政の形態が十分な正統化を得られなかったことは、先に確認した通りである⁽³³⁾。自律的正統化は、それらを理論的に補うために、利害関係者の参加を通じた議会を介さない正統化の形態として学説上で展開されていたものであった。彼はこの自律的正統化という正統化手段を、自治の領域に

限らずに、そして民主的・正統化を斡旋するための手段として、一般化しようとするのである。

彼によれば、自律的正統化は、当事者の範囲が立法者によって規定されることによつて斡旋される。例えばそれは、手続過程における利害関係者の関与という参加形式、そして一般公衆の参加といった形で、立法者によつて領域に応じて具体的に内容形成されることになる⁽³⁵⁾。

三 補完としてのアウトプット正統化

再度の繰り返しになるが、トゥルーツェは民主的正統化を理論化するに際して、永続的で実効的な帰責の連関が確立されることに重点を置いている。そこで彼は、インプット志向の「外形的な推論の連関」に基づく正統化手段に加えて、アウトプット正統化 (Output-legitimation) をも民主的正統化を補完する手段として理論上で適応させることを試みている。彼によれば、政治的な行為の実際の保証や受容、結果といったものは法秩序の正統性にとって重要な現実的制約ではあるものの、規範的な行政の正統化の構想にとっては直接的にはほとんど寄与しない⁽³⁶⁾。ここで彼は、直接にアウトカムを問題とするのではなく、「決定の規範的に望ましい質」に注目することで、基本法上の

民主政の枠内でアウトプットの要素を考慮しようと試みている。この点で、彼は、以下のように述べている。

「それゆえ、出発点となるのは、一定の質に到達するために、どのようにして決定の連関がつけられうるかという問題なのである。したがって、権力分立、少なくとも部分的には基本権、内容的な合理性もまた、実質的な目標と同様に、アウトプット正統化として分類できるように思われる。規範面に転じると、行政の正統化は、実際上の正統化への信頼(Legitimationsglauben)という基準——それは正統な秩序にとって非常に重要である——には依拠しえない。しかし決定の構造は、まさに国家権力の活動目標が達成されることによっても、正統化への信頼を維持し、促進するよう方向付けられることができ、また、そうでなければならないのである。したがって、アウトプット正統化は、同じく正統な公共善の目標を達成できるように、決定の連関を導くための根拠を幹旋するのである」⁽⁵⁷⁾。

以上のように述べ、彼はアウトプット正統化による民主的正統化の補完の可能性を認めるのである。そして、具体的にアウトプット正統化に寄与しうるものとしては、特に機能的自治・国家目標・国家構造原理の制度下における基本権の客観法的次元、組織の任務妥当性、機能に適した組織構造、法治国家的な

合理性、説得的ないし十分に根拠のある事実的根拠といったものが挙げられている⁽⁵⁸⁾。

第五款…個別領域

彼は、以上のように理論的な整理を行った上で、個別領域を題材にして、実際の理論の適用を試みている。彼の枠組みによれば、「永続的で実効的な帰責の連関」が確立される範囲内において、立法者には議会制定法を通して「制度的なアレンジ」を行う余地が生じる。本節においては、とりわけ古典的な理論との比較を可能とするため、そして本稿が関心とする参加との関係をより具体的に明らかにするために、(一)合議制機関および(二)機能的自治を取り上げ、多元的な理解がこれらをどのようにして評価しているのかを確認しておきたい。

一 合議制機関

古典的なモデルにおける合議制機関は、決定に参加する構成員について「二重の過半数の原則」が要請される人的正統化が極めて重視された領域であった。合議制機関の民主的正統化をめぐって、トゥルースはまず、議会制定法によってそれらの委員会の制度化をすることで、必要となる基礎正統化が調達され

るとしている。その際には、それらの委員会の任務は立法者によつて明確に規定されねばならず、それを行政に委ねることは許されない（「立法者の正統化責任」）。そして、合議制機関は通常は独立した決定権が認められているため、事項的・内容的正統化が不足することとなる。したがつて、このような委員会においては、人的正統化や手続的正統化が重要な役割を果たすというのである。⁽⁵⁹⁾

ただし、合議制機関の民主的正統化に際して、古典的なモデルにおいて重要視された国家による任命行為を通じた「正統化の連鎖」は、トゥルーテのモデルではもはや決定的な要素としては位置づけられない⁽⁶⁰⁾。また、合議制機関は、多元的委員会とも称される参加委員会（participative Gremien）、有識者で構成される専門委員会（professionelle Gremien）、協同委員会（korporative Gremien）という三類型に区別することができる⁽⁶¹⁾とされ、例えば利害関係者が取り込まれている参加委員会であれば、自律的正統化によつても正統化を調達することができるものと理解される⁽⁶²⁾。

また、立法者は、委員会の類型に応じた手続の形成、すなわち制度的措置を予定することが必要となる。参加委員会においては多元的な利益が決定に十分な影響を与えることが保障され

なければならず、彼はそのために、委員会における参加義務、定足数、少数派の意思表示などの設定が必要となる可能性に言及する⁽⁶³⁾。そして、特定の利益の代表者としてではなく、利益に寄与する社会の代表としての役割を期待して構成員を選出している場合には、特定の利益への独立性に加えて、期待される役割の遂行を保障するための規定が必要となるという⁽⁶⁴⁾。トゥルーテによれば、このような規定は、特に学術的な専門委員会において重要であるとされる。そこでは、制度上で討議的な論争が促進されること、議論の中で主張された立場が認められることなどを通じて、特定の利益に対する中立性を保つことが重要になる⁽⁶⁵⁾。以上のように、合議制機関においては、事項に適した手続形成が行われることが、手続的正統化の面から極めて重要な役割を果たすことになるというのである。

二 機能的自治

機能的自治の民主的正統化においては、議会によつて斡旋された正統化と自律的正統化の両者が相互作用することになる。議会による正統化は、まず法律によつて機能的自治の領域が規定され制度化されること、そしてその範囲内で自治が行われるよう職務担当者が監督し、影響力を行使する権利を有すること

を通じて斡旋される。彼によれば、目標の取り決め、あるいは報告義務などもそれに寄与する手段として含まれる余地がある。⁽⁶⁶⁾

他方で、彼によれば、自律的正統化は「任務」、「人的基礎」、そして「決定の作用」という三つの要素の連関に関わるものである。つまりここでは、「自身の事項における自己決定」が自律的正統化を導くのであり、そのためには構成員の範囲をその事項に即して適切に境界付けること、あらゆる利害関係者にその利益を貫徹するための公平な機会が与えられるよう配慮することが、制度化を行う立法者にとって重要になる。⁽⁶⁷⁾

また、自律的正統化においては、構成員と自治主体の間で実効的な帰責の連関が確立されることで正統化が導かれる。したがって団体の内部構造の問題として、構成員が自治主体へと継続的かつ実効的に影響を及ぼすことができるよう保障されなければならない。この意味では、団体の代表機関の意思に左右されることのない独立した組織体において行政が行われる際に、自律的正統化の限界が現れることになる。一方、その裏返しとして、例えば New Public Management (NPM) ⁽⁶⁸⁾ のような新たな手法を取り入れるとしても、それは構成員と行為主体の帰責の連関が維持されている限りでは、問題視されないものである。⁽⁶⁹⁾

第六款…検討

さて、以上のように彼の議論を確認したところで、彼の理論と参加との関係についても検討しておく必要がある。彼の議論においては、「参加による正統化」という独自のカテゴリーとして正統化が認められるわけではなく、主として、(一) 手続的正統化と(二) 自律的正統化という古典的なモデルにはみられなかった二つの正統化手段を介して、参加に正統化機能が認められることになる。以下ではこれらについて、順次検討することとしたい。

一 手続的正統化

彼の理論は、最終的に下される決定のみに着目するのではなく、決定の構造、すなわち決定に関連する一連の組織や手続の制度化といった点を総合的に考慮して正統化水準を満たしているかどうかを判断するものである。したがって、参加という一種の行政手続にもまた、正統化作用が認められてしかるべきである。ここでは、法律が規定する内容が抽象的なプログラムとなっており、名宛人や利害関係者が参加する手続においてその内容が形成されるという傾向が強まれば強まるほど、よりいっそう決定プログラムによる正統化(法律による正統化)は縮減

し、それを手続による正統化が負担するものとして理解される。⁽⁷⁰⁾つまりここでは、参加手続が有している法律目的の具体化という役割が正統化機能を導いているということになる。

二 自律的正統化

トゥルテのように「国民」を多元的に理解するのであれば、「正統化主体」が統一体としての「国民」に限定されることはなく、議会を介さない直接的な正統化手段の可能性が生じることになる。ここでいう自律的正統化は自らの事項に関する決定に参加することで斡旋されるものであり、個人の自己決定という出発点を有している。したがって、彼のいう「自律的正統化の諸形式」には、機能的自治のような利害関係者として規定された領域における自治から、合議制機関に取り込まれた利益代表者による決定への参加（共同決定）、手続過程における純粋な利害関係者の参加、そして一般公衆の参加に至るまでの、多種多様な利害関係者の関与の形式が幅広く包括されているのである。⁽⁷¹⁾

こうしてみると、参加の形式的な側面に注目して、手続的正統化と自律的正統化を区別することはできない。しかしながら、それぞれの正統化手段が意図するところは明確に異なってい

る。すなわち、手続的正統化は、法律内容を具体化し決定を形成する過程として参加に正統化作用を認めるものであり、自律的正統化は、法律によって規定された範囲内にある利害関係者による自己決定の過程として参加に正統化作用を認めるのである。当然ながら、彼の構想においては、どちらか一方ということではなく、両者の観点から参加には正統化機能がしばしば認められるということになるだろう。また、これに加えて、手続的正統化や自律的正統化のように主たる手段ということはできないが、アウトプット正統化の観点からも、結果として参加が好意的に評価される余地があるように思われる。

三 アウトプット正統化

また、彼は正統化を補完するための手段として、アウトプット正統化という概念を持ち込んでいた。既に確認した通り、彼の枠組みでは、手続的正統化と自律的正統化によって参加に正統化機能を認めているため、その上でさらに、参加によって生じるアウトプットに正統化の観点からの価値を認めうるかという点が問題となる。

彼の議論において、手続的正統化には、手続を通じて決定の内容形成を担うという側面があるからこそ、正統化として重要

な意義が認められる。ただ、参加は必ずしも決定の具体化（のみ）を目的として行われるわけではない。多かれ少なかれ、参加には受容を確保したり、決定の実効性を高めるという役割が期待されており、彼の議論の枠組みにおいては、この意味で参加にはアウトプット正統化として寄与する余地もあると理解すべきと思われる。ただし、彼が強調するように「決定手続の結果」や「その結果の市民による受容」それ自体は、民主的正統化の観点からすると重要ではない。むしろ、そうした受容を確保し、決定の実効性を確保しようとするための制度的措置を、立法者が「決定の構造」に取り込んでいたかどうかに光が当てられるといえる。そして、民主的正統化の判断にあたっては、こうしたアウトプット志向の正統化要素は、補完的にのみ考慮されるわけである。

第四節…小括

以上のように、二〇〇〇年代にみられた連邦憲法裁判所の判例法理とその後に現れたトゥルーテの見解を検討してきた。この判例法理は、自治の領域についてはあるが、かつての厳格な民主的正統化の枠組みを徐々に緩和している傾向がみられ

た。そしてトゥルーテの理論は基本的に連邦憲法裁判所の判例に総じて親和的であり、その枠組みの個別領域への適用においては判例を度々参照しながら、これを自らの理論に積極的に取り込み適合させようと試みていた。こうした彼の理論は、民主的正統化の枠組みの中に、もはや純粹に規範的な視点のみならず、実際のかつ経験的な視点を相当に取り込んでいるようにもみえる。⁽⁷²⁾

参加に民主的正統化を認めるのか、あるいは他の観点からの正統化（正当化）としての役割を認めるのかはどのような構成を取るかによるものの、なかなか解釈的な裏付けがなされてこなかった「参加による正統化」の可能性、あるいは「参加の民主主義的な意義」は、このように民主的正統化に議論領域を移して展開されたわけである。前章および本章では特に「参加による正統化」の理論的な障壁となる民主政原理の解釈、つまり民主的正統化の解釈を問題として取り扱ってきた。次章ではこれらの議論を踏まえた上で、より具体的に「参加による正統化」の可能性を探究し、そしてその議論の整理を行うことを通じて、本稿のまとめを行うこととしたい。

- (1) *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Abmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §6.
- (2) Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Abmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §1 Rn. 2 ff., 37 ff.
- (3) Vgl. *Stephan Kirsle*, Arbeitsteilige Herrschaftsausübung im Kontext der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), S. 161 (168 f.).
- (4) Vgl. *Trute*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 82.
- (5) こうした立場に対しては、例えば、基本法二〇条二項が「あらゆる国家権力が国民を通じて民主的正統化を必要とする」ことを明文で規定していることからして、機能的自治について例外的に人的民主的正統化の不足を認めるのには疑義があるとする形式的な面からの批判が考えられる。Vgl. *Peter Ullrich*, Demokratie und „Vilbesimmung“ in der funktionalen Selbstverwaltung, VerwArch 92 (2001), S. 531 (548).
- (9) *Winfried Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 253 ff. ブロームの見解については、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(下)』(信山社、二〇一二年)三二八頁以下の註(48)も参照。
- (7) こうした指摘として、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社、二〇一七年)一二五頁以下の註(351)を参照。
- (8) 特に註(1)の整理を「」で、vgl. *Sandra Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2009, S. 210 ff. それによると、団体国民を承認する論者らは、基本法二八条二項を手がかりとして地方自治に正統化主体としての「部分国民」が認められるのと同様、基本法八十七条や一三〇条などの規定を手がかりとして機能的自治にも正統化主体としての「部分国民」——すなわち「団体国民」——が認められるといい、これらの規定を民主政原理を形作るもの(Ausformung)として理解する。対して、これに批判的なケラーは、これらの規定が団体の構成員を部分国民として認めることについて何も明確には示していないこと、さらには、このことが暗示されたり前提とされているわけでもないことをそれぞれの条文を検討しつつ指摘する。例えば、基本法八七条についてみると、それは基本法の「Ⅷ 連邦法律の執行および連邦行政」を示すところに位置しており、条文の構造が

らして民主政原理を執行するものであると読み取ること
はできないとする。

- (6) *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea*, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 90 ff.

- (10) 一九九〇年代の判決から二〇〇二年の決定に至るまでの民主的正統化をめぐる学説の動向については、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」行政法研究一四号(二〇一六年)四六頁以下を参照。

- (11) 事案やその背景に関する詳細な説明として、特に、野田・前掲註(6)三三五頁以下、斎藤誠「自治・分権と現代行政法」岡田正則ほか編『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)三〇三頁以下を参照。

- (12) BVerfGE 107, 59 (88 f.).
(13) BVerfGE 107, 59 (91 f.).
(14) BVerfGE 107, 59 (92 f.).
(15) BVerfGE 107, 59 (93).
(16) BVerfGE 107, 59 (94).
(17) BVerfGE 107, 59 (94).
(18) BVerfGE 107, 59 (98 f.). 以下、一九九五年の共同決定判決(BVerfGE 93, 37)を参照している。また、水利

組合の労働者は、水利組合の構成員とは異なる。

- (19) BVerfGE 107, 59 (99).

- (20) 基本法一条一項の人間の尊厳と民主政原理を結び付ける連邦憲法裁判所の思考様式は、それ自体としては何ら新しいものではなく(vgl. BVerfGE 5, 85 [204]; 44, 125 [42])、そして現在においても維持されている。例えば近年では、二〇一六年のOMTプログラム判決(BVerfGE 142, 123)において、連邦憲法裁判所は次のように判示している。すなわち、「基本法によって起草された国家秩序にとつては、選挙および投票を通じて行われる多数決原理に基づく国民の自己決定が根本的である。基本法は、自由である権利を持つ人間の固有の価値と尊厳を出発点とするものであり、自由かつ平等な中で行われる選挙および投票を通じて、それらに関わる公権力を人的・事項的に規定するという市民の権利において、人権上での民主政原理の核心を保障する。この民主政原理の核心は、人間の尊厳に依拠するものである」(BVerfGE 142, 123 [189])。
- (21) 他方、自治に固有のいわゆる「自律的正統化」についても、本決定がこれを認めたことまで読み取ることにはできないことなれつゝ(vgl. *Thomas Hofer*, *Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie*, 2016, S. 100)。

- (22) *Klaus Ferdinand Grawitz*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Recht der Wasser- und Entsorgungverbände, AbfallR 2004, S. 235 (237).
- (23) *Matthias Jestaedt*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Winfried Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts, 2003, S. 9 (23).
- (24) Florian Becker, *The Principle of Democracy: Watered Down by the Federal Constitutional Court*, 4 German Law Journal 759 (2003), 766-767. なお、基本法八七条二項は、社会保険の主体が存在する点を前提とした条文である。
- (25) Becker, *supra* note 24, at 767.
- (26) Becker, *supra* note 24, at 768. ハナハ彼が社会国家原理を持ち出すにあたっては、第一章で検討したメンツント・グレーザーの論稿を参照しよう。
- (27) Becker, *supra* note 24, at 768-769.
- (28) 自律的正統化に関する学説においても、第三者に影響を及ぼす行為にまづ自治を認めることについては慎重な見解がある。Vgl. *Gabriele Britz*, Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 93 (2002), S. 418 (431): 「自律的正統化の思考は、結局のところ、自らの団体の構成員に対する国家権力の行使を正当化するのであって、反対に、第三者に対する権威的な決定を正当化するわけではなく」（強調は訳者による）。
- (29) 実効性の原則とは、「EU法の実現を実際に不可能なものにしたり、あるいは過度に困難なものにしてはならないという原則」（中西優美子『EU法』（二〇一二年、新世社）二二六頁）であり、機能的な解釈アプローチであることがよくわかる。Vgl. *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 167: 「司法裁判所の判例において支配的な解釈方法は、専門的あるいは機能的な解釈方法である」。
- (30) *Florian Becker*, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: Thomas Mann/ Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, 3. Aufl., 2011, §50 Rn. 58.
- (31) *Jestaedt*, aaO. (Fn. 23), S. 21. なお、イエシユテットは本決定について、裁判官の間で決定の結論については意見が一致したものの、それをいかに根拠付けるかという面では一致できなかったのだろうと推測している。曰く、「なぜ法廷が（…）拡散的な正当化の構成を選択したのか正確には理解できないが、しかしそれは、憲法マダメーティッシュに議論の余地のない機能的自治の創

設、すなわち、今まさに争訟の対象となっている水利経済組合が属する『基本法の発効の際に存在し、歴史的に発展した機能的自治の組織形態』を憲法制定者が承認していることにさえて通じている」(S. 19 f.)。「その根拠付けは、法廷が内部で意見の相違があったにもかかわらず、全ての原稿を考慮した上での共通の決定を見出そうとしたためかもしれない。この事例においては、結果における合意のために、根拠付けの安定性という代償を払ったのであろう」(S. 23)。斎藤・前掲註(11)三二〇頁も参照。

(32) *Becker*, aa.O. (Fn. 30, Rn. 58.

(33) 本決定では、公証人保険組合 (Notarkassen) における機能的自治の民主的正統化が問題となり、民主政原理に適合してゐるとの判断が下されてゐる。

(34) *Eberhard Schmidt-Abmann/ Stephanie Dagon*, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen, *ZaöRV* 67 (2007), S. 395 (430).

(35) *BVerfGE* 111, 191 (217).

(36) *BVerfGE* 111, 191 (217).

(37) 連邦憲法裁判所は本決定 (二〇〇四年) の後、二〇一四年の公法上の営造物 (*Anstalt des öffentlichen Rechts*) に関する二つの判決の中で、機能的自治以外の領域においても、事項に適した実効的な任務遂行という利益に寄

与する限りにおいては、必要な制度的措置を行い議会による実効的な統制が行われることを前提に、人的正統化の要請の緩和が認められることを確認している (*BVerfGE* 135, 155 [223]; 136, 196 [263]; *Thomas Groß*, *Demokratische Legitimation und Verwaltungsorganisation*, *JURA* 2016, S. 1026 [1033])。前者の判決を分析するものとして、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) 一三三頁以下。

(38) 二〇〇二年と二〇〇四年の決定に対しては、二〇〇一年の決定から判例変更が始まてゐるとの評価がある (*Schmidt-Abmann/ Dagon*, aa.O. [Fn. 34], S. 429)。

(39) *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Abmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1. Aufl., 2006, 86, 534。本稿では二〇一二年の第二版に拠る。

(40) *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 1.

(41) *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 2.

(42) *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 2, 16.

(43) *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 56 f.

(44) *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 19.

(45) Vgl. *Trute*, aa.O. (Fn. 1), Rn. 19, 21 ff.

- (46) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 22.* いわゆる古典的なモデルにおいては利害関係者による特殊利益に関する働きかけの機会が形式的な民主的平等に反するものとして理解されたのに対して、トゥルターテのモデルにおいては、利害関係者の範囲を構成し国家権力の行使への働きかけの機会を開放することは立法者の事項であるとされ、これが立法者によって行われることで「法律の一般的平等」を根拠とする基礎正統化 (Basislegitimation) が斡旋されるといえる (Rn. 25)。
- (47) *Vgl. Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 23 f., 79.* 結果として、国家行政の民主的正統化と地方自治の民主的正統化は対等に位置づけられる。
- (48) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 42.*
- (49) ただし、古典的なモデルよりも正統化への寄与という面での意義は縮減されていると見える。この点については、註 (60) も参照。
- (50) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 42.*
- (51) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 43 ff., 57.* さらに、類似の立場からのより詳細な説明として、*vgl. Groß, aa.O. (Fn. 37), S. 1026 f.* 「行政活動は決して法律の機械的な適用の中でのみ存在しているわけではなく」「しばしば裁量、評価、あるいは予測の余地が存在している」。したがって、「法律によって個々の決定が完全に決まるといえることは考えられないのであるから、誰がその執行を管轄するのかという点も、やはり重要である。行政組織は決定プロセスの構造化に寄与し、それとともに責任の構造化に寄与する。公行政の構造の内容形成もまた、国家活動の正統化の重要な要素の一つなのである」。
- (52) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 42, 47 f., 57.*
- (53) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 54.*
- (54) 自律的正統化が民主的正統化とどのような関係に立つかは、論者によって異なる。例えば、シュミット・アスマンは、自律的正統化を、基本法第二〇条二項を出発点とはしない民主的正統化とは異なる正統化として位置づける一方で、民主的正統化と自律的正統化が相互作用することによって十分な正統化水準を満たすよう要求してゐる (*Schmidt-Asmann, aa.O. [Fn. 9], Kap. 2 Rn. 90 ff.*)。
- (55) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 25, 54 ff., 98.*
- (56) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 53.*
- (57) *Trytke, aa.O. (Fn. 1), Rn. 53.* なお、「アウトプット」と「アウトカム」については、経営学的視点に基づき、「インパクト」を交えて以下のように説明される。「アウトプット」は、生産そのものと関わる措置の直後の具体的な帰結であると理解される。他方で「インパクト」は、目標集団の行動に対する短期的な作用を表している（ミクロな結果）。そしてまた「アウトカム」は、措置の社

会的、経済的、あるいはそれ以外の環境への長期的な作用を意味するのである(「マクロな結果」)(*Vorbemerk.*, aaO. [Fn. 2], Rn. 32. 強調は原文による)。この定義によれば、「決定」それ自体はアウトプットであり、それに対する「結果の受容」といった社会の評価はアウトカムである。

(58) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 53.

(59) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 69 ff. 日本では例えば、独立行政委員会の民主的正統化の問題が想起される。

(60) Vgl. *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 45 f. 彼は「任命の連鎖」について、仮に「連鎖」が職務担当者の公共善指向をも保障するものである必要となるのであろうが、それは事実ではないとする。したがって、国家に割り当てられた合議制機関の任命権の行使自体は人的正統化に寄与する要素であるものの、もはや民主的正統化の決定的な要素とは捉えられない。そして、職務担当者の公共善指向を保障するという観点から、むしろ決定の前提に位置づけられる制度形成(組織的正統化と手続的正統化)に重要な意義が与えられている。

(61) *Thomas Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 61 ff.; *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 70.

(62) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 73. 自律的正統化を斡旋しうる参加委員会の例としては、学校における両親への共同

決定権の付与が挙げられている。

(63) トゥルルテはこの点について、有害図書の規制を行う連邦審査局(合議制機関)の組織構成等が問題となった連邦憲法裁判所決定(BVerfGE 83, 130)を参照している。当該判例については、芹澤齋『有害図書』規制と芸術表現の自由「ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ(第二版)』(信山社、二〇〇六年)一九一頁以下を参照。

(64) トゥルルテはこの点について、第六次放送判決において示された、放送協会の内部組織である公共放送の「監督委員会(Kontrollgremien)」の構成に関する理解(BVerfGE 83, 238 [334 ff.])を参照している。判決では、委員会の構成員の出身母体が利益集団であるにもかかわらず、公衆の代表として一般利益に寄与する役割を期待して委員が選出されていること、そのような委員会の構成員の選出については立法者に広範な形成余地があること等が述べられている。当該判例については、鈴木秀美「フルトライン・ヴェストファーレン州放送制度の合憲性」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例Ⅱ(第二版)』(信山社、二〇〇六年)一三九頁以下を参照。

(65) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 74.

(66) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 84.

(67) *Trytke*, aaO. (Fn. 1), Rn. 85.

(68) 日本でいうところの大学の国立大学法人化などが当て

はまる。ドイツの大学におけるNPMについて考察する論稿として、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）三七一頁以下。

(69) *Trute, aa.O. (Fn. 1), Rn. 87 f.*

(70) *Trute, aa.O. (Fn. 1), Rn. 97.*

(71) *Trute, aa.O. (Fn. 1), Rn. 55.*

(72) ただし、二〇〇二年以降の連邦憲法裁判所の判例が機能的自治などの領域については（民主的）正統化という表現を避けていること、そしてトゥルルテが機能的自治などの領域についても民主的正統化の枠組みで捉えようとしていることを考慮するのであれば、二つの立場は結論や考慮事項においては近いといえども、どこまでを民主的正統化の枠内で捉えるかという点で相違がある。この点について、山本隆司教授は、トゥルルテのように機能的自治における自律的正統化を民主的正統化と同一視しようとする見解に対して、警鐘を鳴らしている。すなわち、「参加の主体の範囲・属性に関する差異（正統化の淵源が国民または住民か、利害関係者全体か）が、単に広狭や程度の違いにとどまらず、参加の対象の性質に関する差異（公益に関する包括的・総合的な決定か、限定された公益に関する決定か）にも連関し、さらに法治国原理との関係に係る差異に結びつく点は、看過できない。

ない。すなわち、民主的正統化は、特定の利益に偏らず公正中立的に公益を実現するという意味の法治国原理（「特殊利益に対する距離」の要請）によく適合するのに対し、自律的正統化は、多様な利益の考慮と情報・知識の幅広い摂取という意味の（開放化された）法治国原理を実現するために活用される。したがって、民主的正統化と自律的正統化は、共通の基礎をもつことを認めつつ、明確に区別すべきであろう。『正統化の方法の多元化』を標榜し、自律的正統化による機能的自治も含め、「観点の多元性」等のための『参加的正統化』を、民主的正統化を『補足』するとする見解も、そのような方向で展開するべきであろう」（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）二二六頁以下）。「近時の多元的正統化論が、民主的正統化は一体性を所与とするのではなく、異質な個人を継続的に統合する過程である旨を強調することは、正当であるが、民主的正統化と機能的自治団体の自律的正統化との質的な区別を否定する口吻を示すことは、行き過ぎであろう」（同「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）六一頁）。山本教授の構想については、さらに、同「行政の主体」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、二〇一一年）九三頁以下も参照。