HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（3・完）：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(5), 172[33]-152[53]
Issue Date	2020-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76663
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_5_04_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（三・完）

――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
第一節：参加と正統化
第一款：正統化主体
第二款：正統化手段・要素
第二節：行政手続の正統化機能
第一款：従属的な正統化
第二款：固有の正統化
第三節：補論
第一款：受容による正統化
第二款：統制による正統化
おわりに

（以上、七〇巻三号）

第五章：「参加による正統化」の可能性

これまでの四つの章においては、ドイツ公法学における参加論および正統化論をめぐる学説の動向を一九七〇年代から二〇〇〇年代以降へと時代順に振り返った。ドイツ公法学における「参加（Partizipation）」をめぐる議論は、初期には憲法原理との関係をめぐる考察に焦点が当てられていたものの、それは次第に基本法上の民主政原理の解釈の問題を通じて、「正統化」との関係をめぐる考察へとシフトしていき、現在では参加論から正統化論に議論の主戦場がシフトしつつあるという傾向がみられた。ただ、現在においても「参加による正統化」を認めるかどうかという点については学説の揺れ動きがみられており、

（以上、本号）

特に参加の現実的な機能を正統化の観点から評価するか否かについて、意見が分かれているといえる。本章は、これまで本稿で検討してきた論者らの見解を踏まえた上で、解釈論としての「参加による正統化」の可能性について可能な限り整理し、検討を加えることを試みる。

そこでまずは検討に先立ち、民主的正統化論における「参加」の位置づけを簡単に確認した上で、参加に正統化作用を認める学説がどのような方向性を持つのかを確認する（第一節）。その上で具体的に学説を整理していくが、その際には行政手続の正統化機能について主要な見解を確認し、それを修正しようとする学説を確認する（第二節）。そして最後に、関連する個別的な論点として、「受容による正統化」および「統制による正統化」の可能性について取り上げる（第三節）。

第一節：参加と正統化

古典的な正統化モデルを基準として考えるとき、参加と民主的正統化の枠組みとの関係をみると、参加主体は正統化主体とはいえず、そして参加を正統化の手段ないし要素として評価することも原則として困難であるという二点が、「参加による正統化」の可能性を探る上でのハードルである。以下では、「参加による正統化」の可能性を探るためには、この「正統化主体」（第一款）か「正統化手段・要素」（第二款）のいずれかを拡大することが必要であるという認識の下、具体的な検討に入る前に、まずはこれらと参加の関係について簡潔に整理しておくこととしたい。

第一款：正統化主体

まず、正統化主体である基本法二〇条二項の「国民（Volk）」を、伝統的な理解に依拠し国籍保持者の総体としての「国民」と捉えるのであれば、「個人」、「市民」そして「利害関係者」のような、個別的状況において切り出された国民は、正統化の主体ではない。したがって、正統化主体が直接に民主的正統化を斡旋しうるのはただ選挙および（連邦領域再編成のための）投票を介してのみであり、参加手続によって直接に民主的正統化を認める余地は、原則として考えられない。ただし、基本法二〇条二項の「国民」概念の解釈にあたって、国籍保持者の総体として厳格に捉えるのではなく、第四章で確認したように、正統化主体を多元化するという方向性をとるのであれば、これまで正統化主体の狭さを理由に否定されてきた「参加による正

統化」の可能性は、再検討されることになる。

また、同様の方向性として、第二章で検討したように、参加に基本法二〇条二項の「国民」を出発点とする「民主的正統化」以外の憲法上の正統化の可能性を認める場合にも、正統化主体の限定性という問題は、克服されることになる。ただしこうした正統化は、基本法上の民主政原理の射程から外れる正統化であることから、民主的正統化と呼ぶことはできないと考えられる。また、こうした他の憲法上の根拠に基づく正統化を承認する場合であっても、しばしば民主的正統化の優位が強調されており、他の憲法上の正統化は民主的正統化の補完として位置づけられている点には注意すべきである(1)。

第二款：正統化手段・要素

もう一つ考えられる「参加による正統化」の可能性は、正統化手段や正統化要素を拡大し、そして「参加」をその一つの要素として正統化の枠組みに取り込むという方向性から導き出される。そして、その際に鍵となるのは、民主的正統化を論じるにあたって、どのような法解釈的な方法論を採用するかという点である。

第三章および第四章でみてきた古典的なモデルと多元的なモデルというのは、両者ともに、最終的な決定を下した主体という形式的な面から人的正統化を、そしてその決定に対する法律を通じた事前制御、上級庁の指示権を通じた事後統制、ならびにそれに伴う責任関係という実体的な面から事項的・内容的正統化を主たる正統化手段として認めている点では、概ね一致している。しかし、多元的なモデルは、必要な正統化水準を満たしているかどうかを判断するにあたって、これら以外の要素をも正統化の枠組みにおいて考慮するという点で違いがあった。方法論的にみると、古典的なモデルは、伝統的な法学的方法に依拠しながら、最終的に下された法的拘束力のある「決定」の性質に着目するものといえ、静態的あるいは局所的ともいいうる枠組みを特徴としている。こうした理解から、この古典的なモデルは、行政組織や行政手続などといった手続的要素については、原則として考慮の枠外に置かれている。それに対して、多元的なモデルの多くは、いわゆる制御学的なアプローチを解釈論に取り込みながら、「決定」のみならず、それが下されるまでの行政過程をも規範的な次元での評価の対象に含めようとする点に特徴がある(2)。結果として、その過程における制御要素や手続的要素などの機能的側面にも正統化の観点から価値を認める(3)という学際的な傾向を有している(4)。

こうした正統化手段・要素の拡大を通じて参加に正統化作用を認めるとすれば、必ずしも解釈上で正統化主体を拡大する必要性はなくなり、正統化主体を不用意に拡大することなく「参加による正統化」の可能性を認めることができるといえる。他方、正統化主体の拡大に慎重な態度をとるのであれば、参加が直接に正統化を斡旋するという理解は採用しがたいのであって、原則として参加は、補完的（ergänzend）もしくは補償的（kompensatorisch）に、間接的な正統化を斡旋するとの理解に帰結するだろう。

第二節：行政手続の正統化機能

さて以下では、ドイツにおいて近年みられている参加に正統化作用を認める学説を順次概観し、その特徴を確認する。議論を概観するにあたって、まずは、正統化論における行政手続の位置づけを出発点としたい。既に何度も確認した通り、ドイツにおいてはかねてより、現代の法律が実体的決定に対して十分に正統化を付与していないのではないか、換言すれば法律による正統化ないし事項的・内容的正統化が不十分であるとの問題が指摘されてきた。以下では、この不足を埋め合わせるにあたって、行政手続にいかなる意義を認めるかが問題となる。

行政手続論に目を向けると、伝統的な日独の行政法学においては、しばしば手続の「従属的機能（dienende Funktion）」という概念が用いられてきた。この従属的機能は、手続法が実体法に従属することを示し、しばしば結論において、その法的な意義を限定的に捉える理解をもたらしてきた[5]。他方、近年ドイツにおいては、主に行政手続の意義を強調する立場から、手続の従属的機能に対して、手続の「固有の価値（Eigenwert）」という概念が用いられることが増えている[6]。ここでは、こうした手続の意義をめぐる議論を民主的正統化の観点に引き付けながら、参加の正統化機能を考察することとしたい。

第一款：従属的な正統化

一　シュミットーアスマン

民主的正統化の観点からみたとき、参加あるいは行政手続と正統化との関係について、大きな議論の出発点を形成しているのが、シュミットーアスマンである。彼は、一九八〇年代から[7]現在に至るまで、「行政手続」や「行政の正統化」を取り扱う論文において、たびたび行政手続と民主的正統化の関係について言及し続けてきた。

彼は、行政手続と民主政の関係を論じるにあたって、次のような方向性を明らかにしている。

「利害関係者、受益者、あるいは公衆の全体によるさらなる関与、対話、そして共同決定が、行政手続に民主的にさらなる意味を付与したり、よもやそれらが民主政に係る憲法決定から要求されるというような、あまりにも単純化された方法で行政手続と民主政を直結しようとする（kurzschließen）のは、誤った理解であろう。もっとも、反対に、民主的な国家構造と行政手続との間のレールが完全に切り離され、そして後者が一方的に行政の情報収集機能や個人の権利保護機能へと切り詰められるとすれば、それは納得のゆくものではない」[8]。

以上のように彼は、行政手続と民主政を安易に結びつけることには慎重さを示しながら、しかしこれらを切り離して理解することもまた、説得力を欠くというのである。その上で、彼は、基本法上の民主政を実現するための道具として行政手続を理解し、それに民主的な見地からの価値を認め、説明しようと試みるわけである[9]。このような方向性から、参加と民主的正統化の関係は、以下のように説明される。

「実務上での受容の確保と並んで、参加の形式はこうした方法によって、法律の要件が包括的な利益規定の下で具体化されるよう整備された、開かれた決定プログラムを含んでいる限りにおいて、法律により斡旋された事項的・内容的な民主的正統化についても、法的に相当な改善に寄与しうる。しかしこれは、基本法二〇条二項に定められた民主的正統化の内在的な改善にとどまるのであって、行政の正統化の追加的な新たな方式ではない」[10]（強調は訳者による）。

こうした彼の理解の根底にあるのは、民主政における「ドグマーティッシュな層」または「規範的な層」と、「理念的な層」との区別である[11]。彼の理解によると、ここで参加は「理念的な層」に属するものとされ、民主政の理念からして望ましいとはいえるものの、しかし民主的正統化の解釈に直接に影響を及ぼしうるものではない。こうした見方は、正統化主体である「国民」を総体的な概念として狭く捉える理解にも通じており、個人が正統化主体となり、参加を通じて直接に民主的正統化を斡旋しうるとの理解から、明確に距離を取っていることが窺える。

しかし彼の見解が示すところによると、「参加」が直接に民主的正統化を斡旋しないという理解を採りながらも、法律の要件に具体的な結論の開かれた決定プログラムが含まれており、行政がそのプログラムを私人と「内側から共同で加工し仕上げる」限りでは、事項的・内容的正統化の内在的な改善に寄与す

るという。[12] つまり参加は、法律を通じた正統化（事項的・内容的正統化）の不足を補うものとして、ただ間接的にのみ、民主的正統化に寄与するものと理解される。この立場は、行政手続の機能的な側面を事項的・内容的正統化と結び付け、その内部において考慮に入れることによって、古典的なモデルが採用してきた正統化主体を拡大することなく、その延長線上で参加と正統化の関係を説明しようとするものであるといえる。[13]

二　シュナイダー

こうした正統化観について理解する上では、近しい立場をとるシュナイダー（Jens-Peter Schneider）の説明も有益である。彼もまた、制御学的な視点を正統化の解釈と結び付けている論者の一人である。彼は、低下しつつある法律の制御効果を手続が補償するという観点から、行政手続の正統化機能を肯定する一方で、その正統化機能にもいわゆる「手続の従属性」が当てはまることを強調する。

「法学的な視点からすれば、行政手続は『行政法の実現手段』である。なぜなら、その抽象的な基準は規則的に自己執行されるわけではなく、個別の事案において行政による具体化を必要としているからである。行政の実体的な決定余地に左右される形で、手続は、実体的に厳格に決定された法の認識プロセスから、独自の公正性担保という要求と任務を備えた、結果形成的な法の具体化の手段へと変化する。分業的かつ動態的な現代社会の、むろんいうまでもなく全ての領域ではないものの、その重要な領域において、実定法の制御効果が弱まっていることが見て取れる以上、行政手続法は、いずれにせよ機能的な補償と正統化の機能（funktionale Kompensations- und Legitimationsfunktion）を獲得する。それはさらに、開かれた法律のプログラム化に伴って、行政裁判権の統制権限が損なわれることによって高められる。行政の民主的正統化は、換言すれば、手続において仕上げられなければならない。行政手続は、この観点でも従属的機能を有している。つまり、行政手続の実施それ自体が目的なのではなく、行政手続の実施が、実体的な行政任務の実現に寄与するのである」[14]（強調は原文による）。

シュナイダーの指摘は、こうした制御の視点から行政手続が斡旋しうる正統化作用を、行政手続がそれ自体として有する正統化作用ではなく、あくまでも法律によって行政に認められた決定余地に左右される従属的な正統化作用として把握する。[15] この意味で、彼もまた、行政手続や参加を通じて「国民（Volk）」から直接に民主的正統化が斡旋されるという理解からは距離を

取っており、議会制定法によっては必ずしも十分に果たされなかった正統化が、行政手続を通じて間接的に、そして実体に従属的に斡旋されるという見解に立つ。こうした彼の理解もまた、古典的なモデルの延長線上に立つものと位置付けられよう。

これらの見解は、行政手続や参加を、あくまでも結論の開かれた実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」ものにすぎないと理解した上で、その手続の果たす正統化作用を、実体的決定や実体法に従属的なものとして把握する。したがって、行政手続や参加が果たしうる正統化の余地や限界もまた、実体との関係から理解されることになる。以下では、このように認められる行政手続の正統化作用を便宜上、「従属的な正統化」と称することにしたい(16)。

また、参加の正統化機能を「従属的な正統化」として捉えるとき、行政が適切な決定を下すための情報を得ることを目的に行われる、いわゆる「情報調達的参加」は、こうした観点から民主政や正統化との関係を説明することができよう(17)。

第二款：固有の正統化

以上のように、行政手続の有する正統化機能を従属的なものとして捉える立場がある一方で、しかし近年では、行政手続の正統化機能を「従属的な正統化」として捉えるだけでは不十分であるという見解も唱えられている。以下ではこのような立場から主張される正統化を便宜上「固有の正統化」と呼ぶこととし、先に示されたシュミットーアスマンらの議論を前提としながら、この見解がいかなる論拠に基づくものかを明らかにしておきたい。

正統化論においては、行政手続の正統化作用を、実体的な決定プログラムを単に「内側から加工し仕上げる」ことによる「事項的・内容的正統化の改善」として理解する見解が一定の支持を集めてきた。他方、第四章にみたトゥルーテのほか、それに追随する論者らは、いくつかの根拠を持ち出しながら、参加や行政手続の正統化作用について、「従属的な正統化」としての理解では不十分であるという主張を展開している。そこでは、正統化を認めるにあたって、主に二つの視点が重要視されているように思われる。それは、第一に行政手続を通じた関与人の自己決定であり、第二に立法者による適切な手続枠組みの構造化である。

一　自己決定

参加を自己決定と結び付けることで正統化作用を認めようとする見解にあっても、「従属的な正統化」と同様に、法律による正統化の不足を補う必要があるとの認識が根底にある。それらの違いは、法律による正統化の不足を、どのような観点から補償するかという点にある。その大枠は、次のように説明される。

「これまで〔伝統的・古典的な民主政理解――訳者註〕とは違って、参加は、もはや従属的な民主的地位の意味で『事項的・内容的正統化を改善し』、『選挙の正統化を斡旋するための準備を行う』にとどまらず、むしろそれ自体として、必要となる社会への再拘束をもたらすべきである。なぜなら、議会制定法の正統化能力に、手続が単に従属的にのみ関与するために必要となる、ただ加工して仕上げる必要があるだけの実体的な決定プログラムというのは、しばしば存在していないからである。それゆえ、斡旋能力は、まさに不可避的に、関与人の自己決定から構造化されなければならない」[18]。

従属的な正統化は、あくまでも法律による正統化（事項的・内容的正統化）が起点にあり、その正統化を行政手続を通じて改善するという発想である。こうした構想においては、正統化主体である「国民」による選挙が出発点とされ、そこから生み出された正統化を伝達していくという理解が維持されている。しかしながら、固有の正統化は、実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」ものとして行政手続を理解するのでは不十分であるとして、行政手続をそれ自体として国家権力を社会に再拘束するための手段と位置づける。そして、議会制定法が規定した行政手続という新たな正統化のレールを通じて、利害関係者や公衆からも直接に正統化が斡旋されうるものと理解するのである。この意味で、行政手続には実体法に従属しない固有の意義が認められているといえる。ただし、機能的自治や合議制機関などにおける参加に限らず、一般的な行政手続における参加にもこうした正統化作用を認めようとするのであれば、解釈論としては、第四章で紹介したように「国民」概念を拡大し、正統化主体を多元化するという構想に接近せざるをえないだろう。

二　手続の構造化

また、固有の正統化をめぐっては、立法者による手続の構造化という観点からも、実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」という理解が通用しない領域について言及されており、注目に値する。この点がとりわけ問題となるのは、例

えば環境行政法、リスク行政法、そして規整行政法などの領域における、いわゆる「知識の創出」が必要となるケースである[19]。すなわち、これらの領域では、技術革新などに伴う不確実性の程度が高く、国家や専門家の持つ既存の情報や知識を集約するだけでは十分な行政決定を下しえない。そのため、行政決定のために不可欠な知識は、行政と私人が協働しながら、多元的な手続の中で創出されなければならない[20]。このようなケースでは、決定プロセスと実体的決定との間の制御の連関は極めて緩やかなものとならざるをえず、したがって行政手続が事項的・内容的正統化を改善するという理解は、もはや採用できないというのである。トゥルーテは、この点を次のように説明する。

「〔…〕行政法の一部の領域で、手続を、いわば実体的な決定プログラムを内側から加工し仕上げることとはもはや理解することができず、そして、名宛人や利害関係者が協力する手続の中で、決定の前提がいわば創出され、安定化させられなければならないほどに、実体的な決定プロセスと行政決定の間の制御の連関が緩められている場合には、実体的な決定プログラムを経て斡旋される正統化は間引かれ、そして手続は正統化を引き込むという負担を負う[21]」。

かくして、こうした知識の創出が問題となる場合においては、手続が実体的な決定プログラムを「内側から加工し仕上げる」という意味での従属的な意義は減少することになる。そして、こうした正統化の不足は、必要となる知識を創出しうる手続枠組みを立法者が平等や中立性に配慮しつつ事前に構造化することによって、埋め合わせられることになる[22][23]。

以上のように、行政手続に固有の正統化作用を認めようとする論者らは、手続には「従属的な正統化」という理解では捉えきれない次元があるとし、実体に必ずしも従属しない正統化の作用を強調していた。そして法律によって適切に構造化された多元的な行政手続を通じて、そこに関与する者から直接に正統化を調達することも認めるわけである[24]。

ここでは参加の正統化作用につき重要と思われる二説を紹介するにとどまったが、ここで確認した「従属的な正統化」と「固有の正統化」を認める立場の差異は、行政手続の理解、そして解釈論としては正統化主体である「国民」の解釈をめぐる問題にも通じているといえる。

第三節：補論

ここまで、行政手続や参加には、法律の目的プログラム化による法律の制御効果の低下を埋め合わせ、法律を具体化し決定を形成していくプロセスとしての機能があること、そして、それらの果たす正統化作用については、大きく分けて従属的な正統化と捉える立場と固有の正統化と捉える立場の二つがあることを確認した。

さて以下で検討するのは、それ以外の観点からも、参加に正統化の補完的な要素として価値を認めることができないかという問題である。ここでは具体的に、その正統化との関連性がしばしば指摘される「受容」、そして「統制」という二つの側面から、簡単に議論を整理しておきたい。

第一款：受容による正統化

行政法学においては、しばしば受容による正統化の可能性が問題とされることがある。市民参加などを中心とした行政と市民の間のコミュニケーション的な手法もまた、受容を調達するための手段として考えられるものといえる。しかし受容を正統化の観点から取り扱うにあたっては、そもそも受容を法学的問題として、ここでは憲法解釈上の問題として捉えてよいのかという点から議論がある。

まず前提として、公法学においては「正統化」は「正統性」を斡旋するためのプロセスとして理解されている[25]。そして、受容はそれ自体としてみると、手続ではない。したがって、正統化の観点から受容を説明するのであれば「正統性から受容が生じる」のであって、「受容から正統性が生じる」わけではない[26]。この意味で、行政決定の受容が正統化を斡旋するという理解は、行政決定の後に事後的に受容の有無の評価が行われる限り、困難であるといえる[27]。

一　主観的正統化

受容については、民主政においては、受容を通じて国家機関が主観的に正統化されている必要があるとの主張が存在する。そうした主張は、受容の調達の観点から行政手続の意義を強調し[28]、行政手続における市民の取り込みに正統化作用が認められることを説く[29]。

この点、確かに民主政は、国家国民が国家やその機関を受容していることを前提としており、主観的正統化が民主的正統化の基礎となるという理解も、考えられないわけではない[30]。しかしながら、こうした主張の問題点は、受容を通じた主観的正統化の必要性を裏付ける基本法上の根拠が存在しておらず、あく

までも実践的・政治的な主張にとどまるという点にある[31]。

また、仮に国家機関の主観的正統化が必要であることを前提としても、個々の状況におけるその時々の利害関係者による行政決定の受容（の不足）が、直ちに国家機関の主観的正統化（の不足）に結びつくわけではない。個々の状況における行政決定の受容の不足が恒常化していくことによって初めて、国家や国家機関の主観的正統化が問題とされる場合が生じうるものと理解される[32]。したがって、国家や国家機関の正統化の問題を出発点として受容と正統化を結び付けるのは、少なくとも法解釈上では困難であると考えられる。

二　間接的な正統化

直接的にではないものの、間接的に受容が正統化に寄与する可能性については、シュミット＝アスマンの指摘するところである。彼は先述の通り、民主政の規範的な層と理念的な層を区別した上で、「受容」もまた理念的な層に属するものと理解する。したがって、解釈論上では受容が直接的に民主的正統化に寄与することはなく、独自の法的根拠となることもできないという[33]。

しかし彼は、こうして受容を直接には正統化秩序に取り込みえないとする一方で、「特定された受容（の不足）」であれば、広範な考慮事項を含みうる公共善条項の中で要件の手がかりとなり、そして間接的には法的な正統化の要素にもなりうると指摘している。

ここでは結局のところ、何らの手がかりなく受容に一般的な正統化作用を認めることはできないが、議会制定法を媒介とする限りにおいて、間接的かつ限定的に法的な正統化の余地が生じうることが示されている。また、こうした説明においては、行政決定が事後的に受容されたかどうかという問題ではなく、決定を下す上で前提となる法律の要件の考慮要素として、事前的な観点における「受容」が問題とされている点にも注意が必要であろう。

したがって、法学的な解釈論として正統化を論じる以上、いずれにせよ「受容」が議会制定法の規定を媒介とすることなく直接に正統化に寄与しうるといった議論は、原則として成り立ちえないことになろう。

第二款：統制による正統化

最後に、「参加による正統化」の可能性について、行政に対する「統制（Kontrolle）」という視点からも言及しておきたい。

というのは、参加を含む行政手続の多くは、多かれ少なかれ行政活動の「公開（Öffentlichkeit）」に方向づけられており、そしてその公開を通じて、いわば監視者としての「公衆（Öffentlichkeit）」が、現実において幅広く行政統制の手段としても機能しているからである[34]。むろん、こうした行政活動の公開のような私的アクターを通じた事実上の行政統制手法は、古典的な民主的正統化モデルの想定している上級行政機関による「指示権」や「監督権」の行使などといった法的な行政統制手法とは質的に異なっており、それ自体として直接に行政活動を正統化する道具としての位置付けを与えることは難しい。こうした市民や公衆を通じた統制という発想は、EU法の構想[35]、あるいは正統化主体を多元的に捉える立場と親和的であるが、正統化主体を一元的に捉える立場にあっても、議会を通じた行政統制を補完するという観点から、一定程度の意義を認めることができるように思われる。すなわち、「公開」あるいは「公衆」は、透明性を確保することによって民主的に定立された法の実効性を高め、そして法律の適法かつ実効的な執行を安定化させるという点で統制機能を有しており、間接的には民主的な保障機能を果たす[36]。また、学説や連邦憲法裁判所も、正統化水準については形式的な面のみならず、その実効性が重要である旨を強調していた[37]。こうした事情からすると、「公開」は、事項的・内容的正統化を実効的に補償しうる要素として、限定的に考慮される余地があろう[38]。

（1）メンツェルの議論の他にも、*Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673 (681 f) は、裁判官の独立によって民主的正統化が不足する裁判官の正統化の領域を題材に「緩やかな正統化要素」として利害関係者の参加を取り上げる。彼らによると、国家支配の行使への配分参加という観点から、「参加による正統化（partizipative Legitimation）」のモデルにおいては、利害関係者が、国民と並ぶ固有の正統化主体として理解されなければならない」という。そして、こうした「参加による正統化」のモデルは、基本法二〇条二項一文目による民主的正統化のモデルと競合しうる一方、基本法自らが他の正統化主体を承認する限りでは、この競合は民主政の構想とは矛盾しないとされる。こうした立場から、憲法上の「自治の保障」や「民主的基本権」などが利害関係者の「参加による正統化」を裏付けるとするが、他方でこれらの正統化モデルの間で正統化主体の競合が生じる場合には民主的正統化の優位が保たれる必要があるといい、「参

加による正統化」の補完的な位置づけが明確化されている。

（2）関連する重要な議論として、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）五三頁以下は、近時の（ドイツ）行政法学の傾向として「法行為に着目する思考方法」から「行動に着目する思考方法」への転換を指摘する。この点については *ders.*, *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 14 f. 制御学やガバナンス論と正統化の関係については、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）五一頁以下、二四三頁以下、藤谷武史「ガバナンス（論）における正統性問題」東京大学社会科学研究所ほか編『ガバナンスを問い直す［Ⅰ］越境する理論のゆくえ』（東京大学出版会、二〇一六年）二一七頁、山本隆司「ガバナンスと正統化」社会科学研究（東京大学）六九巻一号（二〇一八年）五一頁以下を参照。

（3）Vgl. *Jens-Peter Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 (135); 「正統化の問題は、核心においては制御の問題である。この認識は、古典的な意味での途切れることのない帰責の連関の形式においては民主的正統化を斡旋しない制御のリソースをも、正統化のリソースとして把握することを許容する」。

（4）最適化原理としての民主政原理の理解から、民主政原理は衡量のために開放される。こうした正統化観とそれを裏付ける民主政理解の概観として、*Stephanie Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 2013, § 48 Rn. 9 f. 制御学としての行政法学の視点から、補完的正統化要素の組み合わせによる多元的正統化を提唱するものとして、例えば、*Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5 (66 f.); *ders.*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 10 Rn. 13. 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）七七頁以下（初出：二〇一一年）が提示する「開かれた正統性概念」も参照。

（5）Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 64 f. シュミット＝アスマンはこの点で、手続の従属的機能という「トポスに課されているのは問題発見的（heuristisch）な任務であって、ドグマーティッシュな任務ではない」と述べる（*ders.*, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Peter Lerche/ Walter Schmitt Glaeser/ Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 [33]）。

（6）ただし、この両者が必ずしも対立関係にあると理解するのは適切ではなく、現在ではむしろ両者は相関関係にあるとの主張が有力な立場のようである。両者の関係については、例えば、*Elke Gurlit*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (234 f.); *Michael Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (286 f.).

（7）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 70 Rn. 23 ff.

（8）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 109 Rn. 33.

（9）*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 34 f.

（10）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (373).

（11）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap. 2 Rn. 102, 106 と *ders.*, a.a.O. (Fn. 10), S. 376 は「規範的な層」と「理念的な層」、*ders.*, a.a.O. (Fn. 8), Rn. 36 は「ドグマーティッシュな層」と「理念的な層」という表現を対置して用いている。

（12）*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 111. 訳出にあたっては、太田匡彦ほか訳『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、二〇〇六年）一〇七頁以下〔太田匡彦訳〕も参照。

（13）ただし、こうした理解が法治国原理の内容とも重複しうる点について、参照、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）五八頁。

(14) *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. 1.

(15) さらに *Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 538 (565 f.):「[…] 利害関係者や公衆の関与の意義は、せいぜい事項的・内容的な民主的正統化を強化する意味の中に、見て取ることができる。しかしそれには、正統化の観点においてそれ自体として固有の価値 (legitimatorischer Eigenwert) があるわけではない」。

(16) *Christian Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 187 mit Fn. 492 は、シュミット-アスマンやシュナイダーらの立場について、行政手続によって斡旋される正統化の意義を強調してはいるものの、依然として従属性というシェーマに囚われ続けていることを疑問視する。

(17) この意味で、正統化論において民主政と情報提供を結び付けるものとして、*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. 10:「まず、情報提供的な関与が単に道具的・従属的に思われうる場合であっても、しかしそれは最終的には、協働をもたらす行政執行の重要な媒介として、つまり結局のところ民主政原理そのものの重要な媒介として認識されなければならない。同様に、これまで通り厳格かつ道具的に、実効的・効率的に法律を実現するという目標を設定された手続関与もまた、その点で独自の民主的な意義を得る。こうして推定される間接的な民主的正当化の潜在的可能性は、むろん、議会制定法上の意思表示をなおも出発点とした、直接の事項的・内容的正統化に帰属し、劣後し続ける。行政手続における情報提供の向上という目的に従属的な関与もまた、直接的な民主的正統化を可能とし、補強するのであるから、実現される民主政の要素としてみなされるべきである。もっとも、それは、情報提供的な手続関与の民主的な関連性を生み出し、そして、限定しさえするのである」(強調は原文による)。

(18) *Quabeck*, a.a.O. (Fn. 16), S. 187.

(19) *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. 47, 98.

（20）「知識の創出」については、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明ほか編『環境と生命』（東京大学出版会、二〇〇五年）一二頁以下、松本和彦「環境法における情報取扱いと知識の創出」松本和彦編『日独公法学の挑戦』（日本評論社、二〇一四年）二六三頁以下も参照。また、「情報」と「知識」の区別については、松本・同論文・二七〇頁以下を参照。

（21）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 97 f.

（22）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 98 ff.

（23）こうしてトゥルーテは、手続はそれ自体として固有の正統化の斡旋能力を有しており、手続の正統化能力を一貫して（durchgängig）「実体的な決定プログラムを内側から加工し仕上げることによる事項的・内容的正統化の改善」と評価することはできないとする（*Trute*, a.a.O. [Fn. 19], Rn. 48）。この点、*Burkard Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 214 mit Fn. 57 は、次のように指摘する。「『手続的正統化』は、行政上の知識の創出が関連する知識のプロフィール（Profil）に適応することによって、最終的には個々の決定の内容的結果の改善にも資する。そうである以上、手続を手段とする実体的な決定結果の『内在的な改善』もまた、重要なのである」。つまり、知識の創出が問題となる場面であっても、手続には事項的・内容的正統化の改善としての一面もまた認められるべきことが強調されている。

（24）*Trute*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 48; *Quabeck*, a.a.O. (Fn. 16), S. 48 ff.

（25）例えば、*Voßkuhle/ Sydow*, a.a.O. (Fn. 1), S. 674.

（26）*Peter M. Huber*, Demokratie in Europa, in: Hartmut Bauer/ Peter M. Huber/ Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (511 mit Fn. 109).

（27）Vgl. *Claus Dieter Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, 2009, S. 28 f.

（28）*Hermann Pünder*, in: Dirk Ehlers/ Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, § 13 Rn. 17.

（29）Vgl. *Barbara Bredemeier*, Kommunikative Verfahrensverhandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007, S. 252 f.

（30）Vgl. *Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 252 ff.

（31）Vgl. *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 10), S. 369 ff.; *Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 253.

（32）*Bredemeier*, a.a.O. (Fn. 29), S. 254.

（33）*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-

Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 5 Rn. 58.

(34) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 6 Rn. 167.

(35) ヨーロッパ法について、*Wolfgang Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317 (377):「共同形成者および共同統制者としての公衆」「正統化要素としての能動的公衆（公開）」。

(36) *Wolfgang Kahl*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/ Sabino Cassese/ Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, 2014, § 74 Rn. 109.

(37) BVerfGE 83, 60 (72), 93, 37 (67).

(38) Vgl. *Wolfgang Kahl*, Begriff, Funktion und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl., 2013, § 47 Rn. 65 f. 実際にこうした公開または公衆を通じた行政統制の制度として挙げられるのは、複雑な行政手続における公衆参加（連邦行政手続法七三条ほか）、文書閲覧請求権（連邦行政手続法二九条）、情報請求権（連邦情報自由法一条ほか）などである（*Kahl*, a.a.O. [Fn. 36], Rn. 110）。*Voßkuhle/ Sydow*, a.a.O. (Fn. 1), S. 680, 682 も、裁判の民主的正統化について、「公開」あるいは「公衆」を通じた統制を正統化要素として挙げる。公開または公衆を通じた統制の限界については、*Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 116, Kap. 6 Rn. 168.

おわりに

本稿は、「参加（Partizipation）」の法的な意義を明らかにすることを出発点に、「参加の正統化機能」を一つの手がかりとしながら、一九七〇年代以降から現在に至るまでのドイツ公法学における議論を紹介・検討するものであった。最後に、本稿の内容を簡単にまとめた上で、今後の課題について示しておきたい。

一　本稿のまとめ

正統化の観点からの参加の意義を検討するにあたっては、ドイツ公法学に「参加」という概念が持ち込まれた当初から、基本法二〇条における「国民」概念をどのように解釈するのかと

いう「正統化主体」の範囲の問題が大きなハードルとして存在してきた（第一章、第三章）。そしてこのハードルをいかにクリアするかという点が、参加と正統化の関係性を説明する上での大きな論点であり続けてきた。この点についていえば、本稿は、基本法二〇条の民主的正統化の解釈枠組みを回避し、他の正統化主体を承認する立場（第二章）、基本法二〇条の「国民」概念を多元的に解釈し、個人をも正統化主体として承認する立場（第四章）など、様々な工夫によってこの正統化主体の問題の克服が試みられてきたことを確認した。

ただし近年の正統化論においては、不用意に正統化主体を拡大することを避けつつ、機能的な観点を持ち込み「正統化における考慮要素」を広げることによって間接的・限定的に参加に正統化機能を認めようとする立場がみられており、注目に値する（第五章）。こうした立場においては、より現実的な問題として法律や議会が有効に機能しうるかという点がこれまで以上に意識されており、往々にして事項的・内容的正統化との結びつきが指摘されている。そして、法律による制御や議会による統制を補償・補完するという観点から、事項的・内容的正統化を補償・補完するものとして、参加や行政手続には民主的な価値が認められるとの議論が展開されていた。

なお、補償対象という観点からみると、参加と民主的正統化の関係性をめぐる議論においては、初期には合議制機関における共同決定や機能的自治などといった領域で、主に人的正統化が不足する局面を想定し、それを利害関係者の参加によって埋め合わせようとする理論展開がなされてきた。他方、参加に議会制定法の補完・補償を認めようとする立場は、主に法律の規律密度の低さに起因して事項的・内容的正統化が不足する局面を想定しており、それを行政手続によって埋め合わせようとするものである。こうしてみると、正統化論においては、当初は利害関係の強い参加に焦点が当てられていたものの、理論の多元化に伴って、徐々に一般的な行政手続にも光が当てられるようになったとみることもできよう。

最後に、参加の機能についても言及しておきたい。本稿は、参加の有する多様な機能は、社会学的・政治学的な分析の帰結にあたり、法的な視点から説明するのは難しいのではないかという立場から出発している(1)。しかしながら、行政法学の方法論が変化し、正統化論における考慮事項が拡大しつつある現在のドイツの学説の状況を鑑みると、参加の正統化作用の性質を論じるにあたっては、参加の機能面に着目した整理を行うことも、有益であると思われる。しかしながら、一般に認められている

参加の機能と正統化論において価値が認められるべき参加の機能は、一致するとは限らない。この点については、公法学における民主的正統化の手段との関係から、より詳細に検討されていく必要があろう。

二　今後の課題

これまで、参加の正統化機能をめぐる学説を概観し、現在における多くの学説が参加の正統化作用を、少なくとも間接的には認めていることが明らかとなった。ただ、参加の法的な意義を追求しようとする本稿の立場からすれば、結局のところ参加の正統化作用がどのような法効果をもたらしうるのかという点については、今後検討すべき課題であると思われる。さらにいえば、参加の民主的正統化機能を承認することによって、具体的な行政法上の論点に影響が及びうるかどうかという点が問題となるだろう。例えば、参加規定と原告適格の関係、あるいは参加手続における手続瑕疵の取り扱いに影響が及びうるのかといった論点が考えられる。この点、近年日本においてもしばしば紹介されている、個人の「監視者的地位」からも公権を基礎付けようとする学説[2]は、制御学的なアプローチを採用しながら[3]、多元的な民主的正統化の構想と親和的な議論を展開している。また、参加の民主的正統化機能を承認することによって、行政手続の瑕疵論に対して影響が及ぶとする学説も存在している[4]。この点、特に多元的な構想は、他の行政法上の論点の再検討をも促す可能性がある。したがって、どのような民主的正統化の枠組みを採用すべきかについては、民主的正統化や参加の正統化機能をめぐる学説にのみ着目するのではなく、関連領域を視野に入れた慎重な検討が不可欠であるように思われる。この点については、今後研究を進めていく上での検討課題としたい。

（1）拙稿「ドイツ公法学における参加論の歴史的展開（一）」北大法学論集（北海道大学）七〇巻二号（二〇一九年）八一頁以下。

（2）*Johannes Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 7; *Mathias Hong*, Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ 2012, S. 380. 日本における紹介、検討、あるいはこれらの議論を前提とするものとして、山本隆司「集団的消費

者利益とその実現主体・実現手法」千葉恵美子ほか編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、二〇一四年）二二五頁の註（27）、同「団体訴訟に関するコメント」論究ジュリスト一二号（二〇一五年）一五八頁以下、米田雅宏「現代法における請求権」公法研究七八号（二〇一六年）一三一頁以下、篠原永明「『憲法上の権利』の導出に関する試論」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』（成文堂、二〇一八年）五四一頁以下、西上治「『法律上の利益』と公権論（二・完）」民商法雑誌一五五巻二号（二〇一九年）二一三頁以下も参照。

（3）Vgl. *Masing*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 3 ff., 12 ff.

（4）議論の存在を紹介するものとして、参照、野田崇「大規模施設設置手続と市民（二・完）」法と政治（関西学院大学）六五巻三号（二〇一四年）六九頁以下。