

# 行政の民主的正統化に関する憲法的考察（一）

日野田 浩 行

## 目 次

はしがき

第一節 多元的行政の民主的正統化をめぐって

一 ドイツにおける独立行政組織論の概観

二 行政の民主的正統化論の展開

三 連邦憲法裁判所の判例における行政の民主的正統化論（以上本号）

第二節 行政・正統性・法

第三節 統一的・階層的行政の意義と限界

第四節 現代的行政組織の原理と行政改革論議

結 び

はしがり

法定立行為は、歴史的・具体的状況の中での当為に拘束されながらも、必然的に人間の意思・責任に基づく創造的・形成的なものである。しかし地方で、それは法規範としての客観性、普遍的な妥当性を要求される。ヘルマン・ヘラーは、一九二九年、学問的営為としての国法学の置かれている状況を次のように要約したが、これは現代においてもなお、我々の果たしていない課題を適切に描写しているように思われる。「具体的で、我々の生活を形成する規範性と、普遍的に妥当する客観性とのこのアンチノミーに、我々の国家学及び法学の最も深い問題性が包含されているのである。」<sup>(1)</sup>

客観的法の存在を直接的に確信できず、混沌のただ中に放り出される危険にさらされている現代人にとって、法と正義に基づく秩序、正当な秩序への欲求は、過去にもまして切実なものとなっているのかもしれない<sup>(2)</sup>。他方で、現代社会が複雑性を増し、政府による規制・舵取りが社会の広い領域に期待されるに従って、国民代表の定立する膨大な法律による規律にもかかわらず、専門技術性に裏づけられた行政の裁量領域は、ますます増大されざるをえない。さらに、その任務の複雑性に応じて、行政の組織形態は、伝統的な官僚制モデルから、ネットワークモデルに基づく多元的行政の様相を呈してくることになる。

国民主権及び民主制の原理は、国家権力の行使が国民の意思に基づいてなされることを要求する。そして現代の民主政は、これを法律の執行レベルにおいても貫徹しようとする。かつてケルゼンは、民主政の本質と価値とに関する法実践的な著作において、次のように述べた。「国家の意思形成過程の独自の構造、その段階的分節化、二つの連

続する作用「立法と執行」の性質の違いは、一方における民主化が、他方の同様の形成とは異なる効果をもつことを帰結する。一方、すなわち一般的規範の創設、いわゆる立法は、(相対的に)自由な意思形成であり、他方、いわゆる執行は、(相対的に)拘束された意思形成である。執行は、本質的に法律適合性の理念の下にあるのであり、こうした合法性の理念は、国家の意思形成のある段階においては、民主主義と衝突するのである。<sup>(3)</sup>(傍点部分は、原文ではゲシユペルト)

この合法性の理念を確保するための重要な制度が、行政の法律適合性についての裁判所による審査であるが、それと並んで古典的な立憲主義の制度として発展してきたのが、とりわけ大臣責任制をはじめとする責任政治の原理である。<sup>(4)</sup>しかし、現代行政に関する上述の状況に鑑み、近年では次のような指摘もなされるに至っている。「立憲的行政法にとって、行政の正統化は、その法拘束性に比肩しうる中心的な意義を持つものである。後者にとっては法の下での行政行動の確保が問題であるのに対し、前者は、行政行動において現実のものとなる意思決定の内的な正当化(die innere Rechtfertigung der in diesem Handeln wirksamen Willensentscheidungen)を曰指すものである。

基本権的な自由の理念(その確保は、とりわけ個人権的に規定された憲法解釈学によって実り豊かに追求されてきたのであるが)と並んで、共同的意思形成及び参加の確保という民主的な自由の理念が同様に重要なものとして立ち現れる。常に新たに規定されるべき基本権的自由と民主主義的自由との連携が、行政についての多層構造の正統化秩序の理論的な枠組みなのである。この枠組みの中で、行政法の全体システムは、伝統的な行為法的な志向性を超えて、組織法的なパースペクティヴを得ることになる。行政組織法は、行為形態法と同様に重要なものとして立ち現れ、行政手続は、両システム部分を結合しながら、権利保護的な機能と並んで、正統化の任務も負うことになる。<sup>(5)</sup>(傍点は引用者による)

本稿は、このような観点から、とりわけドイツにおける理論展開を参考に、行政の民主的正統化の問題につき、特に組織法的観点から考察しようとするものである。正統性のカテゴリーは、憲法学の分野においても、従来からいくつかの問題領域において重要な意義を認められてきた。例えば主権論との関連において、憲法制定権力の所在に関わる憲法の正統性の問題が論じられてきたが、しかし、ヘンニス教授の述べるように、「主権ではなく、道徳的に承認されうる政府の性質が、その支配の正統性を決定する」<sup>(6)</sup>のだとしたら、これを制度論の次元において、実定憲法制度に即して総合的に論じることが求められているといえよう。法律の憲法適合性についての司法審査の民主的正統性に関する議論<sup>(7)</sup>もそうした連関においてとらえることができるが、公権力の民主的正統化の議論は、いうまでもなく、司法審査の場面に限定されるわけではない。

特に、従来から憲法論的に議論のあつた独立行政組織の可能性が再び論じられてきている今日において、行政の積極的価値として挙げられ、場合によっては官僚制の独自の正当化根拠として用いられる「公正性・中立性」、「安定性・継続性」、「専門性・技術性」といった価値が、民主的正統化の要求とどのような関係に立つものかを分析することは、なお一つの重要な課題であるといえるだろう。<sup>(8)</sup>

(1) Heller, Bemerkungen zur Staats- und Rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in: derselbe, Gesammelte Schriften, 2. Aufl. Bd. 2 (1992), S.249ff. (251). Zuerst veröffentlicht in: AöR Bd.55 (1929), S.3 21ff.

(2) ヴェルテンベルガー教授によれば、国家権力の正統性の概念は、人間が国家の中で共に生きていくための諸条件と、密接な関わりを有するものである。すなわち、『世界に対して開かれた』、従って危険と混沌にさらされた存在としての人間は、法と正義を指向する優越的な支配権力に依存せざるをえない。この法的及び道徳的規範への人間行態の実存的な結びつきを

満たすのが正当と認められる国家秩序なのである。」Würtenberger, Legitimität, Legalität, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd.3, 1982, S.677f. しかし、歴史的現実による人間理性の相対化が生じている現代の思想状況の中で、すなわち「生の哲学による普遍的に妥当するすべての諸概念の歴史的・社会的解体過程」のただ中にいるわれわれ (Heller, a.a.O., S.254) にあって、この課題の遂行は、大きな困難を伴うものといわざるをえない。なお、国家権力の「帰結主義的正統化」論に関して、長谷部恭男「国家権力の正統性とその限界」『岩波講座現代の法Ⅰ・現代国家と法』(一九九七年)一三七頁以下参照。

(3) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929, S.70.

(4) 大石真『立憲民主制』(信山社、一九九六年)六三頁以下参照。

(5) Schmidt-Abmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: *ÄöR* 116 (1991), S.331f.

(6) Hennis, *Legitimität: Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, in: *Kielmansegg* (Hrsg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, PVS Sonderheft 7/1976, S.23. フリドクニニスは、一六三四年チャールズ一世が復活した船舶税に関して、清教徒革命時の独立教会派のリーダーであったセントジョン (Oliver St. John) の言葉を引用している。「陛下は確かに正義の発する噴水である。しかし、本王国をつるおす正義がこの噴水から生じるものであるとしても、それは、一定の公認された水路を通じて流れなければならぬのである。」この引用の後、ヘンニスは、イギリス王政において、一六八八年以降確約されたものは、「名前を持たず、他者を通じてのみ語り、危急の場合にも嘆願することができない国民の意思」、つまり国民主権に基づく法体制において、いっそう強く妥当するという。「正統な支配は、制限された支配と、ほぼ…同一のものである。」(ebenda)

(7) この問題に関しては松井茂記教授の司法審査論に関わる一連の業績がまず参照されなければなるまい。松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、一九九一年)、同「プロセス的司法審査理論 再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)六七頁以下等。松井理論に対する批判としては、その想定するプリユラリズムの政治過程論の難点を指摘する長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」松井茂記著『二重の基準論』を讀んで「法律時報六七卷四号(一九九五年)六二頁以下、及び同「憲法典というフェティッシュ」『国家学会雑誌一一卷一一・一二号(一九九八年)一六二頁以下、並びに松井教授の手続的司法審査論が、制度的な民主的正統性の欠陥を作用的正統性によって補おうとするもので

あるととらえ、その問題点を指摘する土井真一「司法審査の民主主義的正統性と『憲法』の観念——手続的司法審査理論の憲法的地平——」前掲佐藤幸治先生還暦記念一一五頁以下参照。

- (8) 参照、佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ・自由と秩序』（有斐閣、一九九八年）二九頁以下、及び稲葉馨「内閣・国家行政組織制度——日本国憲法五〇年の回顧と展望——」公法研究五九号（一九九七年）一六九頁。独立行政委員会の合憲性については、さしあたり佐藤功『行政組織法「新版増補」』（有斐閣、一九八五年）二六七頁以下、小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣、一九八二年）二七一頁以下、田中二郎『新版行政法中巻「全訂第二版」』（弘文堂、一九七六年）四九頁以下、及び鶴飼信成「人事院の地位・権限と憲法——一般に行政委員会制度と憲法の問題——」公法研究一号（一九四九年）二二頁以下参照。近年の研究としては、中央省庁等改革基本法においてその創設が予定されている独立行政法人制度を、イギリスやスウェーデンのエージェンシー制度との関連で検討する長谷部恭男「独立行政法人」ジュリスト一一三三三号（一九九八年）九九頁以下、権力分立原理との関連で、アメリカの独立機関の正当化論に検討を加える駒村圭吾「独立機関と権力分立、その総括——『関数としての権力分立』の観点から——」白鳳法学六号（一九九六年）一四七頁以下、齊藤誠「証券取引等監視委員会・管見」筑波法政一八号（一九九五年）三〇三頁、大久保規子「行政組織のゆらぎと再構築」一橋論叢一一〇巻一号（一九九三年）一九二頁以下参照。なお、行政改革会議最終報告における「新たな中央省庁の在り方」に関する「基本的な考え方」に示され、独立行政法人制度の創設や政策評価の前提となる「新たな画立案機能と実施機能の分離」についての批判的検討を行うものとして、浜川清「省庁の再編成」ジュリスト一一三三三号（一九九八年）九七〜八頁。

- (9) 特に、中央省庁改革基本法とその理念を示した行政改革会議最終報告に基づく改革論議の行方が注目される。この点については後に第四節において検討するが、さしあたり、ジュリスト一一三三三号（一九九八年）の特集「国家の役割と統治構造改革」における佐藤幸治教授と高橋和之教授の対談「統治構造の変革」、及び藤田宙靖教授と小早川光郎教授の対談「行政構造の変革」の他、第二次臨調以降、八〇—九〇年代行政改革を「効率性」を最優先したものととしてとらえ、官僚制をとりまく根本的な問題は、これら「二〇年にも及ぶ行政改革によってなら解決の方向が示されていない」とする浜川清「行政改革と官僚制」『岩波講座現代の法Ⅰ・現代国家と法』（一九九七年）二二七頁以下を参照。さらに、内閣による総合調整機能の強化と省庁の「大括り」論の前提として、明治憲法以来の各部各部中心の行政体制観を、『法の支配』の原理に基づき転換

してゆく必要性を説く佐藤幸治、前掲論文参照。これに対して日本国憲法下での学説のみならず、明治憲法下での立憲主義学説においても、「各部中心体制観」なるものは説かれていないとする高見勝利『「各部中心の行政（体制）観」の虚と実』法律時報七〇巻七号（一九九八年）七六頁以下参照。

「内閣機能の強化」論にせよ、「政策機能と実施機能の分離」論にせよ、「行政」ないし「行政権」概念が、性質の異なる作用を含むものであるとの理解を前提としているが、この問題については、手島孝・中川剛『憲法と行政権』（法律文化社、一九九二年）二二頁以下（手島執筆）、西尾勝「議院内閣制と官僚制」公法研究五七号（一九九五年）二六頁以下、坂本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望』（有斐閣、一九九八年）二〇三頁以下参照。さらにこの点に関連して、いわゆる「国民内閣制」論、特にその官僚統制論についての検討がなされる必要があるし（参照、高橋和之『国民内閣制』再論（下）ジュリスト一一三七号「一九九八年」九二頁以下、及び高見勝利「国民内閣制論についての覚え書き」ジュリスト一一四五号「一九九八年」四〇頁）、近時の政策的住民投票制導入の高まりとの関連で、代表制論も視野に入れた上での議論がなされなければならないであろう。行政法理論に関しては、行政の「内部法」に関する理論的考察（高橋明男「行政の『内部』と法」公法研究五七号「一九九五年」二二八頁以下参照）の他、行政共助（磯村篤範「行政機関相互間の協力関係と法的问题点の所在（一）」大阪教育大学紀要四一卷二号「一九九三年」七三頁以下）や協議に関する制度的検討がふまえられねばなるまい。

## 第一節 多元的行政の民主的正統化をめぐって

### 一 ドイツにおける独立行政組織論の概観

近年、ドイツにおいて議論の高まりを見せている行政の民主的正統化論は、特に、直接国家行政組織内において権限行使の独立性を付与された行政機関、あるいは公法人等の独立行政主体、といった独立行政組織の在り方との関連

で論じられることが多い。そこで、まずはこうした独立行政組織に関する議論が、ドイツの学説・判例において、どのような展開を見せているかをここで概観しておこう。

### 1. 多元的行政の展開

行政の組織モデルとしては、一般に、ウエーバーによって定式化されたような合理的な官僚制モデルが想定されようが、現代行政の全体的な組織構造のイメージとしては、ピラミッド状に階層化された統一的な行政機構という構図ではなく、むしろ「多元性または断片化」という表現が妥当する、ということが指摘されるに至っている。<sup>(1)</sup> すなわち、国及び自治体のそれぞれの水平面でも、あるいはそれらの垂直的關係からしても、様々な形での分散と分権の傾向が、それと相反する傾向、つまり集中と集権と共にみられ、法的及び事実上の独立行政組織が重要な任務を担っているという状況が見られるのである。一般的にいえば、複雑化した現代の社会環境に対応し、増大した行政的課題に因應するためには、行政の組織構造は高度に細分化されたものとならざるをえないということが、こうした状況を生ぜしめているといえよう。

しかし他方で、このことは、再び行政の機能的統一性を確保するために、多元化した行政機関ないし行政主体相互の連絡調整の必要性がますます重要になってきていることを示すものでもあると思われる。このことを反映して、わが国での最近の行政組織に関する研究においても、行政機関の垂直的關係よりも、むしろ水平的關係に対して注目がなされてきている状況にあるが、<sup>(2)</sup> 組織的統一という意味での行政の統一性ではなく、いわゆる機能的統一性の確保が、現代行政における一つの大きな課題であると思われる。<sup>(3)</sup>

ブリュデ教授は、こうした課題を解決するに当たっては、ヒエラルヒー原理というものは、一般に想定されている



程には、多元的行政の調整問題に役立たないと述べる<sup>(4)</sup>。つまり、経験的な観察によれば、上級者の意見を顧慮することが行政の決定における最も重要な動機とは必ずしもいえない。むしろ、法的には上級庁による権威的決定によって決定可能な紛争もまた、実務においては、通常、関係当事者相互の交渉過程に委ねられているという状況が指摘されているのである。こうした傾向は、近年、例えば行政学の領域において、「ヒエラルヒーからネットワークへ」という標語において分析されるようになってきているが<sup>(5)</sup>、他方で、行政の階統制は、単に目的合理的な観点から要請されるのではなく、そこには重要な国法上の意義づけが存在することも看過されるべきではあるまい<sup>(6)</sup>。

## 2. 行政組織の統一性・階層性の憲法的意義

この問題に関して、近年『民主主義国家におけるヒエラルヒッシュな行政』というタイトルの下、教授資格論文を公刊したホルスト・ドライヤー教授は、次のような検討を行っている。すなわち、行政組織のヒエラルヒー構造は、絶対主義の理念世界に端を發し<sup>(7)</sup>、そこで君主の意思を実現する *Maschine* として行政に与えられた性格づけは、一九世紀前半の国家有機体説における指導的官吏の独立性論、及び立憲君主制期における国制構造の変動にもかかわらず、基本的には大きな変容をみることなく存続したこと<sup>(8)</sup>、そして、行政組織のこうしたヒエラルヒー構造は、現代の議会制民主主義国家においても、法律によって拘束力を与えられ具現化した国民の意思の正確な実現のために不可欠の意義を有することを指摘している<sup>(9)</sup>。ヒエラルヒッシュな行政機構の理念の歴史的展開に関しては、とりわけ一八世紀の終わりから一九世紀初頭にかけての改革期の議論をふまえたうえで、より慎重に吟味する必要があると思われるが、行政内部におけるヒエラルヒー構造は、国民代表機関による政策決定への執行府の従属性、及びそれと表裏一体をなす議会コントロールの諸制度という近代立憲主義憲法の重要な憲法原理をその基礎としているということ、そし

てこれは具体的憲法規範としては、政府の指揮監督権及び対議会責任等の形で実現されるということが様々な論者により指摘されているのである。<sup>(13)</sup>

### 3. 独立行政体をめぐる公法学的考察

他方で、公法人をはじめとして、ヒエラルヒッシュな直接国家行政機構に組み込まれていない独立行政組織による行政任務の遂行は間接行政と呼ばれ、伝統的に理論化をみていたが、従来の研究は、必ずしもその憲法的考察に重点を置いてはこなかったといわれる。<sup>(14)</sup> そうしたなかで、特に当初は、この問題は、いわゆる「大臣の関与から自由な領域」(ministerialfreier Raum) の可否という形で議論されてきた。<sup>(15)</sup> この点については連邦憲法裁判所も、すでに一九五九年に、主務大臣の関与に服さない行政機関ないし行政主体の憲法的許容性について一定の判断を下している。<sup>(16)</sup> ここでは、共同決定事項につき独立の調停委員会の拘束力ある決定を規定していたブレーメン公勤務者代表法(Bremischer Personalvertretungsgesetz)の規定が問題となったが、連邦憲法裁判所は、そこで扱われる事項が、民主的法治国家憲法の命令たる政府の責任領域から分離されえない程度の「政治的重要性」(politische Tragweite)を有しているか否かという基準で、「大臣の関与から自由な領域」の許容性を判断しようとしている。その他、例えば、悪書指定について独立の決定権を法律上保障された連邦審査庁(Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften)に与えても、その任務は「政治的重要性」をもつものではないから、民主制原理違反ではないとの判断がなされているが、<sup>(17)</sup> こうした基準の有用性については、学説においては疑問が提示されており、むしろ、大臣の関与から自由な領域については、民主制原理と同等の、何らかの憲法上の正統化根拠が必要であるとの立場から、個別問題ごとにその正統化理由を探るというアプローチが有力に主張されている。<sup>(18)</sup>

いずれにせよ、戦後この用語を初めて用いて、この問題についての議論の端緒となったとされるレーニング氏の論文<sup>(19)</sup>においては、問題領域は直接国家行政に限定されているが、その後は間接行政をも含めて、より広い視野から、独立行政組織の許容性をめぐって議論がなされてきたといえるであろう<sup>(20)</sup>。一般に行政組織の分離独立化の機能としては、脱政治化 (Entpolitisierung)、国家からの一定の距離づけ (Distanzierung)、あるいは効率性といった観点の他に、国家と社会との協働 (Kooperationsfunktion) ということが挙げられているが、まさに国家組織への社会の侵入プロセスと同時に、行政への社会領域への流出プロセスは現代の行政組織の展開の一つの特徴を示しているものといわれるのである<sup>(22)</sup>。

さらに近年新たな問題領域として注目を集めているのが、いわゆる私法形態の行政をめぐる議論<sup>(23)</sup>であるが、この領域においても、私法的に組織化された行政主体に対する国家ないし自治体のコントロール及び影響力行使の範囲及び強度が、一つの議論の焦点となっているといえよう。

(1) Bryde, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), S.182.

(2) 参照、藤田宙靖『行政組織法』(良書普及会、一九九四年)八二頁以下、遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川一郎他編『現代行政法体系7・行政組織』一七一頁(有斐閣、一九八五年)、牧原出『協議』の研究(一)〜(五・完)「国家学会雑誌」一〇七卷一・二号一〇六頁以下、一〇八卷三・四号一頁以下、一〇八卷九・一〇号一四七頁以下、一〇九卷五・六号六九頁以下、一〇九卷七・八号一頁以下(一九九四〜九六年)。

(3) Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, S.580; Lerehe, Art.86, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 1989, Rn.39. [Anm.47]

- (4) Bryde, a.a.O., S.197f.
- (5) Vgl.Ladeur, Von der Verwaltungshierarchie zum Administrativen Netzwerk?, in: Die Verwaltung (1993), 137ff. 新川敏光「政策ネットワーク論の射程」季刊行政管理研究五九号（一九九二年）一二頁以下。木原佳奈子「政策ネットワーク分析の枠組み」アドミニストレーション二巻三号（一九九五年）一頁以下、原田久「政策・制度・管理―政策ネットワーク論の複眼的考察」季刊行政管理研究八一号（一九九八年）二三頁以下。
- (6) ハヴェルカテ教授は、行政の統一性をテーマとした一九八八年の国法学者大会において、行政の一体性のモデルと多元性のモデルという新・旧の行政モデルは、いずれも規範論的な観点からそれらのモデルを導くという努力を放棄している、と述べている。「それらは憲法から論じるのではなく、ほとんどアプリオリシミュに示されているのである。」Haverkate, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, in: VVDStRL 46 (1988), S.220ff.
- (7) Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991.
- (8) Dreier, a.a.O., S.19ff. なお、ヒェラルトシミュな行政秩序自体は、中世後期においても存在したが、近世においては、その規範性への方向転回が観察される（「ヒェラルトシミュ」 vgl. Willoweit, Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in der Territorien, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. I, 1983, S.289.
- (9) ウェーバーに由来するものと考えられる。Vgl. Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, in: ders., Gesammelte politische Schriften, 4. Aufl. 1980, S.322.（「Maschine の予測可能な仕事のタイプ」）; Ders., Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, S.469.（「技術的に合理的な Maschine のタイプ」に作用するものとしての「法機構」）
- (10) Dreier, a.a.O., S.37-99.
- (11) A.a.O., S.125ff.; 305ff.
- (12) 一八〇三年のドイツ帝国代表者会議決議以前の改革論議、とりわけ、プロイセンにおける一七四九年及び一七六三年の改革、及びアンスバッハ・バイロイトにおける一七九六年の改革、バイエルンにおける一七七七年の改革と一七九六年のモンジユラの覚書を含めて、行政組織改革の諸原則については、vgl. Knemeyer, Beginn der Reorganisation

- der Verwaltung in Deutschland, in: Deutsches Verwaltungsgeschichte, Bd. II, 1993, S.120ff. 各領邦国家における改革については、同教授による「公刊された教授資格論文を参照。vgl. Knemeyer, Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, 1970.
- (13) Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Raume in der Verwaltung, 1986; E. Klein, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raums, 1974.; Haverkate, a.a.O., S.221ff.
- (14) Emdé, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S.1.
- (15) Vgl. H. Loening, Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, in: DVBl. 1954, 174ff.; Fichtmüller, Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung, in: AöR. 91 (1966), S.291ff.; E. Klein, aaO.; Oebbecke, aaO.
- (16) BVerfGE 9, 268ff. 本件については、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』（信山社、一九九六年）三三〇以下参照。
- (17) BVerfGE 83, 130 [150].
- (18) この問題については、後に第三節において検討する。
- (19) Loening, a.a.O.
- (20) 憲法的許容性の問題としては、例えば、連邦人事院や連邦審査庁、あるいは基本法自身の中でその地位についての定めがあるドイツ連邦銀行の独立性が比較的多く論じられているが、これに対してより広いスペクトラムにおいて、国家と社会の様々な組織体の在り方について論じていることとする試みが、特に行政学においてなされている。代表的な業績として、例えばシュニッペルト教授の公刊教授資格論文（G. F. Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch selbstständige Verwaltungseinheiten, 1981）においては、公的組織か私的組織かという二分法に疑問を投げかけるかたちで、国家機構と純粋な私的組織との間に存在する様々な団体の公的・私的性格を、むしろ連続するスケールのうえでとらえようとの試みがなされている。
- (21) Dreier, a.a.O., S.270ff.
- (22) Krebs, a.a.O., S.571, 579; Lerche, a.a.O. Rn.40.

(23) 代表的な業績としては、とりわけエーラーズ教授の公刊教授資格論文を参照。Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984.

## 一 行政の民主的正統化論の展開

以上に概観した多元的行政の状況は、公法學上、様々な観点からこれを分析することが可能であるが、ドイツの憲法學は、特に基本法六五條に定められた主務大臣の指揮監督權、及び政府の對議會責任の原則といった観点から、その許容性につき検討を加えてきたといえるであろう。これに対して、近年では、これらの憲法規範の要求を包括・綜合する形で、行政の民主的正統性を憲法論的に考察する判例及び學說の展開が見られる。以下、まずは、従來法律學的考察から排斥されてきた國家權力の正統性の觀念が、どのような状況の中で再び考察の対象とされるようになってきたかにつき、簡単な整理を試みることにする。

### 1. 國家權力の正統性と合法性の觀念

ヴュルテンベルガー教授によれば、法と正義に基づく正当な國家權力の觀念は、人間存在のあり方自体、及び國家における人間の共同生活の諸条件と密接な關係がある。<sup>(1)</sup>したがって、例えば、すでにローマ法學における“potestas legitima”の概念のうちには、特別の神聖さ、國家以前の始源的法の觀念が表明されていたし、あるいは“legitimus”<sup>(2)</sup>という後の使用の下、モナルコマキは、正当な支配者を國家の基本法及び諸契約に拘束することにより、主權的支配者の全權に對抗しようとしたのである。<sup>(3)</sup>

しかし、こうした観念が、現代に至るまで、変容ないし断続を被ることなく生き続けてきたわけではない。国法学的には、とりわけ法実証主義の法律学的方法論によるその無効化が特に重要である。ハッソ・ホフマン教授は、カール・シュミットの法思想・法哲学を、正統性の概念を手がかりに、段階的にあとづけようとしたその著作<sup>(4)</sup>の中で、政治的なるものの抽象によって、国法学上の法律学的・規範的実証主義が、立憲君主制であれ、共和政であれ、その時々<sup>(5)</sup>の任意の国家体制を正当化しうる、政治的な適合可能性を獲得することになったことを指摘した後、しかし、そのことによって、国法学上の法実証主義が、ドイツにおいて独自の歴史的意思を有していたことが見過ごされてはならないと述べる。すなわち、それは、「本来は、全く特定の政治的意味、つまり、君主制原理と民主制原理、君主的正統性と民主的正統性との政治的に解決しがたい対立を、理論的に中立化するという意味を有していた」のである<sup>(6)</sup>。ところが、こうした本来の具体的・政治的意味についての意識は、国法学の形式化が進行するにつれて次第に麻痺していくことになる。そして、結局、一九一八年の十一月革命においては、こうした本来の歴史的・政治的前提がなくなつたことも意識されなくなつてしまつていた。「こうして、その本来の抛り所を失つた国法学的実証主義の展開の帰結として、例えばケルゼンにおけるような民主主義的・議会主義的立法国家の理論における合法性の観念も、革命が生じたにも関わらず、国民主権及び民主的正統性の理念への結びつきを得ることがなかつたのである。従つて、成功した革命の正しさにについても、例えば国民主権の正統性原理に基礎づけられることなく、正統性の問題は、そもそも法律的問題ではない、との理論<sup>(7)</sup>によつて処理されたのである。」

法律学のこうした形式化の結果として、国家の本質やその正統性の問題は、ドイツにおいては、他の学問、とりわけ理解社会学の対象となつたとされるが、これに対してヘンニス教授は、より根本的な問題意識から、そもそも、ドイツにおいて国家支配の正統性の問題は、今世紀に至るまで、真の意味では認識されていなかったのではないかと

の理解を示している。すなわち、「単に literarisch なものに止まらない、本当の（実在する）正統化の危機というものは、人の心の内での正統性の葛藤として、つまり合法的な支配者にさらに服従することができると可能性についての道徳的疑念として、表明されるものである<sup>(8)</sup>。」こうした正統性の危機は、イギリスやフランスでは、すでに一六・一七世紀において経験されていたが、ドイツが、こうした真の意味における正統性の危機というものを初めて経験したのは、一九三三年に至ってであったとされる。そして、だからこそ、こうした真の意味での正統性の危機を経験していないウェーバーの理解社会学は、正統性と非正統性の区別を提供する、実質的な批判的理論を構築しえなかつたとされるのである<sup>(9)</sup>。

こうした状況の中で、ワイマール期に、実質的な正統性問題に関わったのがシュミットであるといわれる<sup>(10)</sup>。例えば、法システムの完結性という法実証主義のドグマに対し、所与の法命題から具体的裁判判決の内容を導出することの原理的不可能性を説いたシュミットの初期の著作<sup>(11)</sup>について、ホフマン教授は、シュミットの意図を次のように示している。すなわち、ケルゼンによって、法の問題から排除された裁判官の裁量領域<sup>(12)</sup>につき、裁判官の実践的決定の正しさを規範的に問うこと、すなわち内容的に所与の法命題から導出不能な国家行為の法的行為としての妥当根拠<sup>(13)</sup>を問うこと自体がシュミットの問題意識であったというのである<sup>(13)</sup>。しかし他方で、シュミットがその公刊教授資格論文の中で、人間がイデーを無媒介に認識しえた時代と異なり、人間が間接的にしか、つまり国家による媒介を経てしか法を認識しえない「間接性の時代」において、「人間は、本質的手段となり、国家は最も重要なものとなるのである<sup>(14)</sup>」、人間は、そこでは国家によって媒介されるもの以外の法を知らない」と語るのを見ると、またその主権論において、国家及び法の本質が専ら例外状態における法秩序の破棄の可能性から考察され<sup>(15)</sup>、「法規範の妥当に対する、国家の実存の疑いもない優越性<sup>(16)</sup>」が語られるのを見ると、そこには少なくとも古典的な意味における正統性の観念を



認めることはできない<sup>(17)</sup>。

これに対して、ヘルマン・ヘラーは、憲法の正統性のために必要となる倫理的法原則に基づく正統化、及び正統性の権力創出的性格を強調する。「法かそれとも実力か、規範かそれとも意思か、客観性かそれとも主観性か、という二者択一から出発するすべての理論は、国家の現実の弁証法的構造を見誤るものであり、その出発点からしてすでに誤っているのである。法の権力形成的性格は、憲法を規範なき実力の『決断』として理解することを我々に禁ずる。事実上の権力状況は、権力保持者のそうした決断が、少なくとも、権力服従者のある部分、それも権力構造にとつて決定的な部分により、他の諸動機（慣習や利益の促進）と並んで、それが彼らに妥当すべき、範型的ないし拘束的な規範として立ち現れるが故に遵守されることよつてのみ、相対的に持続する権力状況、従つて何らかの広義あるいは狭義の意味における憲法となるのである。∴憲法の実効性と妥当、存在と当為は、確かに論理的に相互に区別されねばならないが、両者は、同じ憲法現実に結びついているのであり、そこでは常に、一方の言明によつて同時に他方のそれが定立されることになるのである。<sup>(18)</sup>」

ここでは、国家権力の正統性ないし正統化に関する社会学的考察と理念的及び法規範的考察の *Synthese* の可能性が示唆されているのであるが、この問題を、特に行政との関わりでどのようにとらえるかについては、後に本稿の第二節において考察することとする。

## 2. 基本法の民主制原理と行政の民主的正統化論

以上のワイマール期における議論以来、権力の正統性ないし正統化の問題は、主として社会学の領域において議論されてきたといつてよいであろうが、こうした状況は、一九六〇年代の後半から変化し、様々な学問分野によつて、

国家支配の正統性・正統化の問題が論じられるに至る。この点、例えば、機能的自治行政の民主的正統化の問題を検討したエムデ氏の公刊博士論文においては、次のように述べられている。「カール・シュミット以来、六〇年代の終わりまで、『正統性』は、『マックス・ウェバーの研究者によって縷々用いられてきた概念以外の何物でもな』かった……が、こうした状況はここ数十年の間に根本的に変化した。すなわち、この間に、国家支配の正当化のプロセスのみならず、その正当化の可能性の諸条件自体が探求されるようになってきたのである<sup>(19)</sup>。」特にルーマンの社会システム論<sup>(20)</sup>、及びハーバースの批判理論<sup>(21)</sup>における考察が検討されるべきであり、この点は後に第二節において考察するが、こうした状況の中で、公法学の領域においては、基本法二〇条が定める国民主権原理及び民主制原理との関係で、民主的正統化の理論が体系的に論じられることとなる。とりわけベッケンフェルデ教授の民主的正統化論<sup>(22)</sup>が重要であるが、近年においては、さらに先に示した多元的行政の状況を、こうした民主的正統化論の観点から論じようとする論考が相次いで現れるに至っているのである<sup>(23)</sup>。

さて、ここで法概念として行政の正統化を考察するに当たっては、シュミット<sup>(24)</sup>アスマン教授の次の指摘には留意しなければならない。すなわち、「法概念としての行政の正統化にとつては、行政による支配の正当化（Rechtfertigung）についての規範的な問題が重要なのであり、その受容についての社会学的な問題が重要なのではない。正統化問題についての法規範的な解答が要求されているのであって、これは国家論上の基本的想定の理念的 inner 実質に直接的に依拠することによってではなく、具体的な憲法秩序（我々の場合には基本法）の言明から引き出されるべきものである<sup>(24)</sup>」ということである。このような観点から、法規範概念としての「正統性」と「正統化」の概念を立てるとすれば、エムデ氏の次のような定義がさしあたり採用される。すなわち、まず法規範概念としての正統性とは、「下位の法命題と上位の法命題との合致、並びに現実と規範との、とりわけ国家支配と憲法秩序との合致を表すものであり、

従つて合法性 (Legalität) の概念と同意語」であるということである。こうして、正統性の概念が、「ある支配機構と、通用している支配秩序との合致を対象とするものであるのに対し、正統化は、正当な支配の確立過程を表す」概念であるとされる。いわば「前者があるプロセスの産物であるのに対して、後者はそのプロセス自体である。より具体的というならば、支配の合憲性の状況は、正統性の概念の下に包摂されるのに対して、正統化は、国家機関の意思形成過程が妥当する憲法の所与条件に拘束されることを通じての、支配の正当化証明の手續を対象としているのである」といわれるのである。<sup>(26)</sup>

法概念としての正統性、正統化の概念を以上のようにとらえる以上、民主制を基本原理とする立憲主義国家にとって、これらの概念は、特に、「民主的」正統性及び「民主的」正統化という形で考察されることになる。「こうした正統化手續の内容的構造は、常に、その時々により妥当している支配秩序の根本的諸原理から導かれるものである。もはや超越的、ないし何らかのそれ自体に拠つて立つ權威によつて、その正統性を媒介されるのではなく、被治者の同意によつて正統性を確立しなければならない民主的立憲国家（基本法二〇条一項及び特に二項一段）にとつては、このことは、次のような帰結をもたらす。すなわち、支配の正統化とは、人民の意思決定からのその導出以外の何物をも意味するものではない、ということである。<sup>(26)</sup>」

こうして基本法によつて要求された民主的正統化については、しかし、そこで根拠とされる「国民による意思決定」の意味や性格、あるいはその構造化が、とりわけ法の支配との関係で検討されなければなるまい。制度的には、代表民主制を中心とする議会制民主主義においては、民主的正統性の議会を中心とする伝達形式が重視され、後にみるように、特に戦後ドイツの理論においては、直接民主制的制度による民主的正統性の媒介に対する根強い不信が見られるが、他方で、自治的組織における団体構成員による独自の民主的正統化のルートを模索する試みもなされている。<sup>(27)</sup>

あるいは法治主義的手続保障が、機能として関係者によるコンセンサス形成に寄与していることを重視し、これを法規範的な民主的正統化論に組み入れようとすれば、それはコンセンサスという、社会学的要素を一定の限度で考慮に入れなければならないことを意味するであろう。<sup>(28)</sup>

### 3. 民主的正統化の諸形式

民主的正統性ないし民主的正統化の概念は、以上のような問題をはらむものであるが、ドイツ基本法の解釈論としては、それは、特に二〇条、中でもその二項において表明されているとされる。この基本法二〇条二項を中心に、公権力を行使する政府諸機関の行為については、次項において紹介する連邦憲法裁判所の判決が明らかにしているように、「国民の意思に還元されねばならず、国民に対して、責任を負われなければならない」とされ、こうした意味において、「連続した正統化の連鎖」(ein ununterbrochene Legitimationskette) が要求されることになるのである。

そして、国民によるこうした民主的正統化の伝達は、いくつかの異なった形式において行われ、これらの諸形式を区別することの重要性が、ドイツの判例・学説では強調されるようになってきていることが注意されなければならない。これら異なる正統化の伝達形式をどのように整理するかについては、論者により違いがあるが、ここでは、連邦憲法裁判所の判例、シュミット・アスマン及びベッケンフェルデの学説に従い、行政の民主的正統化について、さしあたり次の三つの形式を区別しておく。<sup>(29)</sup> すなわち、第一に、憲法が、行政の地位及びその作用を、権力分立構造の中で制度化している、つまり独立の国家作用としての行政権が主権者たる国民の意思によって正統化されている、という意味における制度的・作用的正統化 (institutionelle und funktionelle Legitimation)。第二に、国家権力を行使する行政機関ないし官職保持者が、国民の選挙によって、あるいは自身民主的正統化を受けた官職保持者によって任

命される、といった、官職保持者の選定・任命を通じて媒介される人的正統化 (personelle Legitimation)。そして、第三に、行政機関によってなされる行為が議会制定法、及び政府の議会責任や大臣の指揮監督権を通じて、国民の代表者のあらかじめ定めたところに、実体的・内容的に拘束されるという意味における実体的・内容的正統化 (sachlich-inhaltliche Legitimation) である。問題は、これらの正統化の諸形式における諸々のファクターの相互関係であるが、この点について、連邦憲法裁判所の判例は、八〇年代あたりまでは十分な認識を示していない。これに対して、特に九〇年代に入ってから、いくつかの判例を通じて、連邦憲法裁判所は、これら諸形式の相互関係について、詳細な議論を展開するようになってきている。そこで、次に項を改め、こうした連邦憲法裁判所における行政の民主的正統化論を、特に二つの判例を中心に見ておくことにする。

- (1) Württenberger, Legitimität, Legalität, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd.3, 1982, S.677f. 本稿はししが註(2)参照。
- (2) A.a.O., S.680.
- (3) A.a.O., S.685.
- (4) Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 1964.
- (5) Hofmann, a.a.O., S.30.
- (6) 「国家創設の法適合性は、国家権力の本質的メルクマールではない」との判断を示したライヒ裁判所一九二〇年七月八日判決参照。RGZ Bd.100, S.27.
- (7) Hofmann, a.a.O., S.30f.
- (8) Hennis, *Legitimität: Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, in: Kielmansegg (Hrsg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, PVS Sonderheft 7/1976, S.13.

説  
論

- (9) A.a.O., S.17.
- (10) Hofmann, a.a.O., insbesondere, S.32ff.; Hennis, a.a.O., S.18.
- (11) Gesetz und Urteil, 2. Aufl., 1969 (1. Aufl. 1912)
- (12) シュミットが、実定法の理論ではなく法実践の方法の解明を意図する自らの研究の意図との違いを示すものとして引用する (a.a.O., S.57 Anm.1) のは、『国法学の主要問題』における行政の自由裁量等に関する叙述 (Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923 [1. Aufl. 1911], S.508) であるが、その後のケルゼンの認識論的・形式的な法理論、とりわけその法動態論において、法秩序は、超越論的前提とされた根本規範、すなわち「歴史的に最初の国家憲法と、それに従って定立された規範が定める要件と方法によって、強制行為は定立されるべきである (憲法が命ずるように人は振舞うべきである)」との命題によって記述される根本規範 (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 203f.) を頂点として、憲法、一般的法規範から個別的執行行為へと至る段階構造をなすものとしてとらえられる。そして、その各々の段階は、より上位の規範の適用であり、また同時に下位の規範の創設であるとされる。このような観点からすれば、いわゆる国家の三作用と呼ばれるもののうち、憲法を直接適用して一般的法規範を創設する立法は、この一般的法規範を適用して個別的法規範を創設する司法・行政とはその段階を異にすることになる。他方このように考えれば、同じ個別的法規範創設の段階に立つ行政と司法との間には何等原理的な区別はなくなることになる。Kelsen, Justiz und Verwaltung, in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, Bd.2, S.1786. 「どのような法適用であれ、一般的規範の具体化、法生産の上位の段階から下位の段階への移行は、すべて一つの枠を満たすことでしかありえず、ただ高次の段階によって定められた枠内での活動でしかない。」(Kelsen, a.a.O., S.1800) ケルゼンにとって、裁判所の独立も、行政における自由裁量の存在も、法理論的には、司法を行政から区別する絶対的な指標とはなりえない。行政も「その大部分においては」、それ自体 Rechtsprechung であるからである。ケルゼンは「こうした従来の観念における司法と行政のかわりに、間接行政と直接行政の区別を提唱するのである (a.a.O., S.1806ff.)」。なお、行政に関するケルゼンの法政策的・法実践的な検討については、vgl., Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S.69ff.
- (13) Hofmann, a.a.O., S.33, 36. vgl. ferner, a.a.O., S.48ff.
- (14) Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1917, S.108f.

- (15) シュミットの例外状態論が、キェルケゴールの強い影響を受けていることに関しては、vgl. Waechter, Studien zum Gedanken der Einheit des Staates, 1994, 44ff. 同書においては、しかし、キェルケゴールの思想と、シュミットのそれとの決定的違いが明らかにされている。すなわち、キェルケゴールにあつては、「例外的実存は、倫理的なるものから派生し、再び倫理的なるものへと回帰する。これにより、Suspensionの優位においても、倫理的なるものの一般的な優位は、なお保持されている。倫理的なるものは、例外状況に対して、厳格な審判者であり続けるのである。……神による倫理的なるものへの再投入に対する信仰においてのみ可能なSuspensionは、従つて、人間が自らの力で倫理的なるものの妥当から免れようとすることによって得られるものではない。キェルケゴールにとって、いかなる人間も自ら欲して例外的実存を獲得することはできない。それは神に対する不遜な強要であろうから。キェルケゴールの意図によれば、従つて、例外状況は、決して意欲されたものとして規範の基礎付けのために招来されることはできず、個人の苦悩に結びつけられているものなのである。」Waechter, a.a.O., S.49f. これに対して、シュミットの例外状態における主権者の決断による国家の一体性の確保という構想においては、第一に、規範的なるものSuspensionは、個人の領域から、集団に向けられた行為へと移されている。第二に、それは意図されたプロセスとして、従つて意欲されたSuspensionとして導入されている。なお、Schmitt, Politische Theologie (第一章最終部)における、キェルケゴールの『反復』からの引用(参照、『キェルケゴール著作集5』(白水社一九六二年)三四五頁)に「すべし」vgl. Hofmann, a.a.O., S.66f.
- (16) Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel Zur Lehre van der Souveränität, 7. Aufl., 1996 (1. Aufl. 1922, 2. Aufl. 1934), S.18.
- (17) 和仁陽教授は「シュミットを正統性の見地から整理しつづける」Hofmann…に代表される法哲学的試みは、その構想からして成功の可能性に乏しいとする。和仁陽『教会・公法学・国家—初期カール・シュミットの公法学—』(東京大学出版会、一九九〇年)三〇頁註(39)。
- (18) Heller, Staatslehre, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd.3, 2. Aufl.1992, S.393.
- (19) Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S.27.
- (20) Vgl., Legitimation durch Verfahren, 1969; ders., Selbstlegitimation des Staates, in: Achterberg/Krawietz (Hrsg.), Legitimation des moderne States, ARSP Beiheft 15 (1981), s.65ff.

- (21) Habermas, Legitimationsprobleme in modernen Staat, in: Kielmansegg (Hrsg.), Legitimationsprobleme politischer Systeme, PVS Sonderheft 7/1976, S.43ff.
- (22) Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, S.887ff.; ders., Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, insbesondere S.73ff.
- (23) Emde, a.a.O.; Czybulka, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989; Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116 (1991), S.329ff.; Jestaed, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993; Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, 1994.
- (24) Schmidt-Abmann, aaO, S.331.
- (25) Emde, a.a.O., S.32ff.; Hennis, a.a.O., S.12.
- (26) Emde, a.a.O., S.33.
- (27) Emde, a.a.O.
- (28) Vgl. Czybulka, a.a.O.
- (29) ベッケンフェルデ教授は、当初、ノルトライン＝ヴェストファーレン州における裁判官選出委員会制度の立法案をめぐって、民主的正統化の形式とその強度は、国家権力行使の各々の領域において異なりうるが、その民主的正統化自体は決して放棄されえないものであることを強調した後、この民主的正統化を実現する方法として、組織的・人的方法 (organisatorischer Weg) と実体的・内容的方法 (sachlich-inhaltlicher Weg) の区別を示した (Ebenda, S.73ff.)。前者はもっぱら国民による直接的正統化と、国民代表を経由する間接的正統化に区別されるが、いずれにせよ、決定権限を行使する職務担当者への選任につき、国民からの断続することのない民主的正統化の連鎖が要求される。なお、合議制機関においては、すべての構成員が民主的正統化を受けている必要はないが、構成員相互の見解の相違が生じた場合には、正統化を受けた構成員が自らの見解を貫徹できることが組織的、人的正統化の最低限の要求とされる。さらに後者は、国民代表議会の立法権と他の国家機関の法律への拘束、及び民主的責任制とその裏づけとしての大臣の訓令権を内容とする



ものとされているが、注意すべきは、法律拘束性と民主的責任制、及び正統化の組織的・人的方法と実体的・内容的方法は、相互に補完的な関係として示されている点である (Ebenda, S.79)

これに対して、一九八七年に公刊された国法学ハンドブックでの民主制原理に関する論考 (Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, a.a.O.) では、憲法制定者自身が、立法権、執行権、及び司法権をそれぞれ固有の作用として定め、それら三作用に応じた国家機関を定めているという意味での作用的・制度的正統化の形式が示されているが、これは具体的権力行使の場面での人的及び内容的正統化の形式を代替するものではない、とされている (Ebenda, Rn.15)。こうしたベッケンフェルデ教授の民主的正統化論については、権力分立原理よりも民主制原理を優位におくものであり、そこには国家権力の一体性の強い要求が見られるとのヴェヒター教授によるコメントがある (Waechter, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen, a.a.O., S.64) が、こうした問題点を含めて、民主制の原理論的考察は、本稿第二節において行う。

さらに、シュミット<sup>1)</sup>アスマン教授も基本的にこうした三形式に即した議論を展開しているが、そこでは、ベッケンフェルデ教授に比して、執行権の独自性との関連で、制度的・作用的正統化に大きな意義が与えられていることが注目される (Schmidt-Abmann, a.a.O., S.363ff.)。すなわち、シュミット<sup>1)</sup>アスマン教授は、基本法の正統化秩序が、国民意思への拘束とともに、「諸機関及び国家作用担当者の自己責任性」に基づいており、後者は、それぞれに特殊な行為手段、手続方式、及び組織形態に現れているとの認識を示しながら、現代において必要とされる行政の多元的構造は制度的・作用的正統化の観点から考察される必要があるとしている。

### 三 連邦憲法裁判所の判例における行政の民主的正統化論

連邦憲法裁判所の判例において、行政の民主的正統化論を比較的整序された形で示しているものとしては、とりわけベッケンフェルデ裁判官が関与した一九九〇年一月三十一日の判決<sup>1)</sup>、及び一九九五年五月二四日の決定<sup>2)</sup>を挙げるこ

とができる。前者は、ドイツにおいて行政機構の中に組み込まれている地方自治行政の住民代表機関の選挙に関わるものであるが、ここではまず、同判決の理論展開の中で、同様の事案として縷々引用されている一九七八年の連邦憲法裁判所決定から見ることにする。

1. 連邦憲法裁判所（第二部）一九七八年二月一日決定<sup>3)</sup>

本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州における地方自治制度改革の中で、一九七四年一二月に改正された市町村法（*Gemeindeordnung*）の諸規定に対して、憲法異議の訴えが提起され、これに対して連邦憲法裁判所により違憲判断が下された事例である。同州では、この改正によって、郡独立市（*Kreisfreie Städte*）について、新たに市区制度が導入されることになり、各市区について、従来の市議会（*Rat*）の権限を一部譲り受ける形で、市区議会（*Bezirksvertretung*）が設置されることになった（改正市町村法一三条により、郡独立市については、三ないし一〇区の市区への分割が義務づけられている）が、ここでは、特にその議員の選出方法について定める改正市町村法一三条四項の規定が、基本法の要求する選挙の諸原則の観点から問題とされた。すなわち同規定によれば、市区議会の議席は、市議会の選挙で各政党が各々の市区において獲得した得票数に応じて、各政党があらかじめ提出した名簿の順位に従ってドント方式で配分されることになっていたが、この議席配分を受ける政党ないし選挙人グループは、市議会選挙において少なくとも一議席を獲得しており、当該市区における得票率が五%を越えたものに限られていた。これに対して連邦憲法裁判所は、以下のように述べて、こうした手続が基本法三条によって保障される平等選挙の原則、及び、同二八条一項によって市町村レヴェルにおいても妥当する二〇条一項及び二項の民主制原理、とりわけ直接選挙及び自由選挙の原則に違反し、無効であるとの判断を示した（以下、各決定・判決要旨における各要点の見出

しは、いずれも筆者によるものである。

### (1) 公権力を行使する市町村機関に要求される民主的正統性

基本法二〇条一項及び二項において規定された民主権の原理及び民主制原理は、二八条一項及び三八条一項によって、ラントや郡、市町村のレヴェルで具体化されている。ノルトライン＝ヴェストファーレン州は、基本法二八条一項一段の規定とともに、同州憲法二条<sup>(4)</sup>によって、こうした民主制原理を導入している。同州の立法者は、さらに市町村法二七条二項において普通選挙の諸原則によって選出されるべき市議会議員の選挙について定めることにより、基本法二八条二項二段の要求にも答えている。基本法二八条一項二段は、その他の住民代表機関や下部組織の形成手続について直接は語っていないが、すべての問題となる手続において、基本法が国家権力の民主的組織化を市町村についても規定していることが顧慮されなければならない。市町村の諸機関は、それが公権力を行使する限りで、「すべての権力の源となる、国民としての市民の総体にまで遡る正統化」を要求されるのである。そして、このことは、ここで問題となっているような市区といった下部組織、及びその住民代表機関にも、それが独立の公権力行使を委ねられている限りで、妥当する<sup>(5)</sup>。

### (2) 市区議会の決定権限

改正市町村法によって市区議会に対して与えられた権限は、主として生存配慮の領域におけるものであるが、市区議会は、市議会と異なり法定立権限は有さないものの、一定の意見表明権等の他、その議決を通じて一定の決定をなす権限も与えられている。従って市区議会は公権力を行使する機関であり、その決定については、十分な民主的正統

化が必要となる。このことは、市区議会が市議会によって定められる一般的施政方針及び財政資金の枠内でのみ活動をなすうること、及び市区議会の議決については、一定の場合に上級市長による停止的効力を有する異議申し立てが認められ、これについては最終的に市議会が決定を下すこと、といったことにも関わらず妥当する<sup>(6)</sup>。

(3) 市区議会の民主的正統化について

国民から国家的任務を委託された諸機関への連続した正統化の連鎖を要求するこうした民主的正統化の要求は、必ずしも直接的な選挙の形で生じる必要はない。すなわち、地方自治レベルについては、市議会等については、基本法により直接的な正統化が要求されているけれども、市区議会については間接的正統化で足りる。この点、市区議会の議員選出を、市議会の間接選挙によって行うか、それとも住民による直接選挙によるか、についてはラント議会の立法裁量に委ねられている。しかし、本件における市区議会議員の選出方法は、そのどちらでもない、いわば中間的な特殊な形態のもので、必要な民主的正統化を満たしていない。すなわち、立法者は、市区議会を市議会から一定の独立性を有するものとするため、市議会による間接選挙は断念し、郡独立市の行政に当たって、市区の住民の意見を反映させるため、一定の限度で市区議会の議員の選出に当たって、住民の直接的な影響力行使を認めようとした。他方で、市区議会と議会が同等に並びたつような形で、その独立性が認められることはできないが故に、本件のような制度が定められたが、これは選挙制度としては、基本法二八条一項及び三八条一項の定める諸原則に適合するものではない。

まず第一に、市区議会において議席配分を受けるためには、市議会選挙において少なくとも一議席を確保していないければならないという条件（いわゆる基本議席 Grundmandat の要求<sup>(7)</sup>）は、基本法三条によって保障された平等選

挙の原則に違反する。同原則は、投票の計算価値の平等 (der gleiche Zählwert) を要求するとともに、比例選挙においてはさらにはさらに結果価値の平等 (der gleiche Erfolgswert) をも要求する<sup>(8)</sup>。立法者は過度の小党分裂のもたらす政治的危険に対処するため、5%の阻止条項を定めることができ<sup>(9)</sup>、これは自治体の選挙にも妥当するが<sup>(10)</sup>、この5%を超える阻止条項は、原則として選挙権の平等に違反する。本件改正市町村法一三a条四項四段に定められた基本議席条項は、市議会での議席に、すなわち当該郡独立市全体の選挙区での選挙結果に関するものであるが、小政党が市議会の選挙区において直接委任を獲得することができるのはごく例外的な場合に限られること、従って市議会での議席を得るには、郡独立市全体において5%の得票を得なければならぬことを考えると、各市区においては、実質的に5%を上回る阻止的効果が生じうるといわなければならない<sup>(11)</sup>。

さらに、市区議会議員について欠員が生じた場合、名簿の順位によって補充が行われ、しかも各政党はこの名簿を何時においても補充できるとされている点は、直接選挙の原則に違反し、本件改正市町村法は、政党における民主的な候補者擁立を確保する規定を置いておらず、また市議会と市区議会につき同一の投票が用いられる点において、自由選挙の原則にも違反している<sup>(12)</sup>。

(1) BVerfGE 83, 60. 同じ日に、一定の居住要件等を満たした外国人に、地方議会の選挙権を付与するシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の市町村議会及び郡議会選挙法改正の合憲性に関する判決が下されている (BVerfGE 83, 37)。そのほか、後に述べるハンブルク市州の市区議会選挙に関する判決同様、基本法二〇条二項及び同二八条一項一段が連邦及びラントにおける国家権力の淵源として基本法一一六条一項に定められたドイツ国民を規定していること、基本法二八条一項二段が連邦共和国内のすべての地方自治体について、民主的正統化の統一的基礎の最低限を担保するものであることが述べられ、外国人の選挙権を認めた改正法律が違憲であるとされた。但し、本判決において、それ自体地方自治行政の主体であるという、

「民主主義国家の構造における地方自治体の特殊な地位」が語られ (a.a.O., S.53)、基本法二八条一項二段が、ラントのみならず市町村及び郡にも、正統化主体としての“Volk”を割り当てているとされる点には注意が必要である。

- (2) BVerfGE 93, 37.
- (3) BVerfGE 47, 253.
- (4) 「国民は、選挙、国民発案、及び国民票決によってその意思を表明する。」Vgl. Verfassungen der deutschen Bundesländer, Beck-Texte im dtv, 5. Aufl. (1995), S.469.
- (5) BVerfGE 47, 272.
- (6) A.a.O., S.274f.
- (7) 連邦議会選挙においては、ドイツ連邦選挙法六条六項一段において、有効投票の五%に満たない政党は、選挙区選挙において少なくとも三つの選挙区で当選者を出さなければ、比例配分での議席配分に与えることはできないという形で基本議席の要求がなされている。こうした連邦議会での基本議席条項の合憲性についての最近の判例として、vgl. BVerfGE 95, 408ff. (本判決については、山本悦一「五%阻止条項の例外としての基本議席条項の合憲性」自治研究七四巻十号（一九九八年）一一二頁以下参照。）なお、本判決と共に、超過議席についての最近の判決（BVerfGE 95, 335. 本判決については、永田秀樹「超過議席の合憲性」自治研究七四巻八号（一九九八年）一一七頁以下参照）における選挙法の領域での連邦憲法裁判所判例の新たな動向については、Pauly, Das Wahlrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 123 (1998), S.232ff.
- (8) これらの要求については参照、長尾一紘「平等選挙の性格と構造」公法研究四二二号（一九八〇年）八七頁以下。
- (9) 参照、ドイツ連邦選挙法六条六項一段前半。本規定のいわゆる五%条項が合憲であることは、BVerfGE 1, 208 [244ff.]以降の判例において確立している。Vgl. v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.3, 3. Aufl. 1991), Artitel 38, Rn. 133. BVerfGE 1, 208 (253) は、高田篤「7.5%阻止条項と平等選挙の原則」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、一九九六年）六〇頁以下参照。
- (10) リーディングケースとして、BVerfGE 6, 104 [111f.]。
- (11) BVerfGE 47, 277f.

2. 連邦憲法裁判所(第二部)一九九〇年一〇月三一日判決

本件においては、ハンブルク市州の、やはり市区議会の選挙について、新たに外国人の選挙権制度を導入した同市州の一九八九年の法律の規定が、基本法二〇条二項と結びついた形での同二八条一項一段に違反する、との判示がなされた。

ハンブルク市州においては、同市州憲法四条一項により州と自治体の活動は一体のものとして行われるが、同条二項は、法律により、独立して事務処理を行う、地域的な行政単位を創設することができる旨定めている。そしてこの憲法の規定に基づいて、同市州においては、一九四九年の市区行政法(Bezirksverwaltungsgesetz)により、七つの市区が設けられた。その機関としては、市区庁(Bezirksamt)の他、議決機関として市区議会(Bezirksversammlung)が置かれる。同議会の議員は、ハンブルク市州議会(Bürgerschaft)の選挙と同時に行われる選挙によって選ばれるが、この市区議会議員の選挙につき、一九八九年二月に成立した法律によって、連邦領域内で八年以上合法的に滞在している外国人に対して、選挙権が与えられることになった。

これに対して、連邦議会のCDU/CSU会派所属議員が、基本法九三条一項二号、並びに連邦憲法裁判所法一三条六号及び七六条一号の規定に基づき、抽象的規範統制を申し立て、連邦憲法裁判所は、以下のように述べて、ハンブルク市州における市区議会についての外国人選挙権制度の導入が、憲法の定める国民主権の原理に違反するとの判断を示した。

(1) 連邦・ラント・地方公共団体に妥当する国家権力行使の民主的正統化の要求

「基本法によって体制化されたドイツ連邦共和国の自由民主主義において、すべての国家権力は、国民（das Volk）に由来する。それは、国民により、選挙及び表決において、並びに立法、執行権、及び司法の個別諸機関を通じて行使される。——基本法二〇条一項及び二項：。国民がこれらの諸機関を通じて、国民に由来する国家権力を行使するために必要となる民主的正統化は、これらの諸機関に対して選挙を通じて伝達される。選挙の投票により、国家機関の一部たる国民としての人民は、その積極的地位（status activus）において活動することになるのである…。基本法二八条一項一段により、国民主権及びそこから帰結する国家権力の民主的組織化及び正統化の諸原則を定めた基本法二〇条二項の根本決定は、諸ラントにおける憲法適合的秩序をも拘束する…。ラント、郡、及び市町村においては、国民は、普通、直接、自由、及び秘密選挙により創設される代表機関を有さなくてはならない（基本法二八条一項二段）。この憲法諸規範の意味における国民とは、各々の選挙施行地域に定住するドイツ人の総体である（基本法一一六条一項）。…基本法二〇条二項の意味において、国家権力の行使を民主的に正統化する選挙には、従って、基本法の意味におけるドイツ人のみが参加しうる。」<sup>13)</sup>

(2) 民主的正統化の諸形式とその実効性のレヴェル

「基本法二〇条二項二段は、国民主権の原則を具体化するものである。それは、国民が国家権力の主体であり、同時に国民は、この国家権力を、選挙及び表決による他、立法、執行権、及び司法の個別諸機関により行使することを確定している。このことは、国民が、これら諸機関による国家権力の行使に対して、実効的な影響力を有することを前提としている。従って、これら諸機関の行為は、国民の意思に還元されねばならず、国民に対して、責任を負われな



なければならない。国民と国家支配との間のこうした帰責関係は、とりわけ議会の選挙、執行権の行為基準としての議会によって議決される法律、政府の施策に対する議会の影響力行使、及び政府の訓令に行政が原則として拘束されること、によって確立される。その際、民主的正統化の十分な内実が達成されているか否かの判断については、連邦憲法裁判所の判例（vgl. BVerfGE 49, 89 [125]<sup>(14)</sup>）、及び学説（vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip..., RdNr. 14）において区別される、制度的、作用的、実体・内容的、及び人的な正統化の諸形式が、それぞれ個別的ではなく、むしろそれらの全体的効果において意義を有することになる。憲法的な観点から見れば、決定的なのは、国家行為の民主的正統化の形式ではなく、その実効性であり、必要とされるのは、ある特定の正統化のレベルなのである。この必要な正統化のレベルは、国家権力の異なる現象形態一般において、特に執行権において、異なる形で形成されることになる。その際、執行権内部において、政治的意思形成に権限を有し、議会に対して責任を負う政府と、法律執行の義務を負う行政との機能配分もまた顧慮されなければならない。（傍点は引用者による<sup>(15)</sup>）

### (3) 民主的正統化の対象たる「国家権力の行使」…決定権限の行使

地方自治体の住民代表機関については、基本法により直接的な人的正統化が要求される（vgl. BVerfGE 47, 253 [275]…）が、その他の行政機関については、間接的な正統化、つまり「国民から、彼らによって選出された代表機関を通じて、国家的任務を委託された諸機関及び官職担当者（Amtswalter）へと通じる、連続した正統化の連鎖（eine ununterbrochene Legitimationsskette）によって確立される間接的な正統化の連鎖」で足りる。

そして、少なくとも決定としての性格を有する職務行為はすべて、民主的正統化が必要となる国家権力の行使となる（vgl. BVerfGE 47, 253 [273]）が、これは次のような場合に妥当する。

(a) 他の機関の権限との関係

まず第一に、他の行政機関の権限との関係で、①直接に外部効力を有するもののみならず、他の行政機関担当者による行為がさらに必要となるものも、それが法的に義務づけられている限りで、決定に含まれる。また、②様々な共同決定的権限も、決定としての性格を有するものであり、例えば提案権については、他の行政機関の決定がそれを前提としてなされなければならないことが法定されている場合、決定としての性格を有する。さらに、③上級監督庁の様々な関与権（*Ingerenzrechte*）が定められている場合にも、そうした関与を受ける機関の諸権限が、それだけで決定としての性格を失うことはない。例えば、上級庁の訓令に服する機関の権限が、それによって決定権限たる性格を失うことはなく、また上級監督庁の介入権、取消権、変更権が認められている場合にも同様である。

(b) 裁量行使との関係

次に、決定権限とは、一般に多かれ少なかれ、一定限度の自己の判断による形成余地を委ねるものであるが、ある職務担当者の任務・権限が法令により厳格に限定され、従って、下されるべき決定が内容的にあらかじめプログラム化されている状況では、個々の正統化要素の要求を減じることができる。ノルトライン・ヴェストファーレン州の市区議会についての決定（*BVerfGE* 47, 253 [274f.]）において、当法廷は、決定権限が厳密に画定された・重要な領域に限定され、さらに上級庁による広範な事件移送権や最終決定権に服する場合には、正統化の要求はより少ないものとなる、との判断を排除していない。

(c) 補助的・諮問的活動

最後に、共同決定的権限に及ばないもの、すなわち補助機関の活動、及び単なる諮問・助言的な活動は、民主的正統化が要求される行為から除外される<sup>(16)</sup>。

(4) 民主的正統化の主体

民主的正統化の主体は、国民 (Staatsvolk) であり、連邦行政の領域においてはドイツ連邦共和国の国民が、ラント行政に関しては、各ラントの国民が正統化主体である。そして、この国民によって直接選任された議会のみが、行政の機関担当者に対して、民主的正統性を伝達することができる。もっとも、基本法はその二八条一項二段において、行政の担い手たる市町村及び郡についても、それぞれ、民主的正統化を媒介する „Volk“ をわり当てており、これは、国家構造における地方公共団体の特殊な地位に基づくものである。しかし、このことから、民主制原理は、行政の領域において、地域的な関係で結ばれた・より小さな法律上の地域団体の構成員に対して、国民総体及び議会を経由せずに、正統化能力を承認することを、いかなる形でも許容するとは決していえない。「それは、一体としての国家権力からの分離独立を意味することになる。」

もっとも、他方で、住民をして、その代表者を介して国家権力行使に関与せしめるという要求は、地方公共団体のみに妥当するものではない。このことは、従来、地方自治体をその内部に有することのなかった市州について、とりわけ妥当する。ノルトライン・ヴェストファーレン州において、いわゆる地区改革によって生じた多くの市町村の独立性の喪失の代償として創設された市区議会が、各々の市区の住民により直接的に民主的な正統化を受けうる、ということを、当裁判所は憲法上問題のないものとみなしている (vgl. BVerfGE 47, 253 [272, 275])。そして、「この問題となっている市州の市区議会の創設、及びそれへの決定権限の付与についても、以上のことは原則としてあてはまる<sup>(17)</sup>」。

(5) 市区議会の決定権限と市州政府の関与権の意義

ハンブルク市州の市区行政法は、市区議会に重要な決定権限を委ねており、市州政府たる参事会の、市区議会の議決取消権、及び市区庁に対する事案移送権等の関与権も、市区議会の議決権限につき、決定としての性格を奪うに十分ではない。「市区議会は国家権力を行使するものであり、従って民主的正統化を必要とする。この民主的正統性は、外国人が選挙権者とされている市区議会の選挙によっては媒介されえない。国家の諸関与権も、この正統性の欠損を補うに十分ではない。」従って、「外国人を市区議会の選挙権者に含ませることは、基本法二八条一項一段によりラントをも拘束する、基本法二〇条二項の民主制原理を侵害するものである。」<sup>(18)</sup>

(13) A.a.O., S.71.

(14) いわゆるカルカー決定であるが、ここで引用されている箇所においては、議会が援用しうる人的正当性とは異なる、制度的・作用的な民主的正統性についてふれられているにとどまり、本判決、及び次に紹介する一九九五年判決のように民主的正統化の理論が詳細に展開されているわけではない。カルカー決定については、高田敏「高速増殖炉型原発の設置を許可する原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編、前掲書二九五頁参照。

(15) BVerfGE 83, 71f.

(16) A.a.O., S.72ff.

(17) A.a.O., S.74ff.

(18) A.a.O., S.76ff.

### 3. 連邦憲法裁判所(第二部) 一九九五年五月二四日決定

先に「大臣の関与から自由な領域」の許容性との関連で、ブレーメン公勤務者代表法の合憲性に関する連邦憲法裁判所の判決を挙げたが、連邦憲法裁判所は、一九九五年に至り、同様に公勤務者代表委員会の共同決定権に関する事案について、ハンブルク市州市区議会の選挙に関する一九九〇年判決で示された民主的正統化論を前提として、それをさらに精緻化させる形での検討を加えている。

本件においては、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の一九九〇年公勤務者職員協議会共同決定法の諸規定が違憲・無効であるとの確認を求めて、二八二人の連邦議会議員が、連邦憲法裁判所に抽象的規範統制を申し立てた。この州法は、公勤務関係において、職員協議会(Personalrat)の実効的な影響力行使を確保するため、広範な同意権・提案権の他、同協議会の包括的な共同決定権を認め、さらに同委員会と行政官署の長との間で意見が一致しない場合に決定を下す、仲裁委員会(Einigungsstelle)の制度について定めていたが、これに対して、連邦憲法裁判所は、職員協議会に包括的な共同決定権を与え、政府から独立して決定権を行使する仲裁委員会の制度を定めた同法の諸規定は、基本法二〇条二項と結びついた形での同二八条一項一段に違反する等の判断を示した。

#### (1) 人的正統化及び実体的・内容的正統化の要求

連邦憲法裁判所は、まず、先の一九九〇年判決の判旨をほぼそのまま引用し、民主的正統化の要求において重要なものはその実効性であり、ある特定の正統性のレベルであることを再確認した後、国家権力の行使が民主的に正統化されるためには、①官職保持者(Amtsträger)の任命が、人的正統化を媒介として、国民の意思に還元されること、

及び②当該官職保持者の行為が十分な実体的・内容的な正統化を受けることが要求されることを強調している。そして、先のブレイメン公勤務者代表法に関する判決を引用しながら（vgl. BVerfGE 9, 268 [281f.]）、このような要求が実現されるための制度的仕組みが、政府の対議会責任との関係で次のように説かれる。すなわち、「こうした要求は、当該官職保持者が、議会責任の外に置かれた官署の意思決定に拘束されることなく、政府の委託において、そして政府の訓令に従って（im Auftrag und nach Weisung der Regierung）行動しうること、従って、政府が、国民及び議会に対して、実質的な責任を負いうる状況に置かれることを前提としている。」

さらに、連邦憲法裁判所は、特に完全な人的正統化がなされうる場合について、次のような詳細な説示を行う。すなわち、ある官職保持者が完全な人的正統性を有するのは、①国民による選挙、②議会による選任、そして③自身人的な正統化を受け、議会に対する責任の下で行為をなす官職保持者による（ないしその同意による）任命、といった方法によって、その者が憲法適合的にその官職を得た場合である。そして、ある官職保持者の任命のための合議制機関が法律上定められ、その構成員の全員が自身民主的正統化を受けているわけではない場合には、そうした合議制機関によって任命される者が完全な人的民主的正統性を得るためには、次の二点が要求される。すなわち第一に、①決定を担う多数派が、民主的正統化を受けた構成員の多数から成ることが必要である。第二に、②その民主的正統化を受けた構成員が、当該官職保持者の任命へのその協働に関するその行動について、議会に責任を負うこと、が前提とされる<sup>(19)</sup>。

## (2) 公勤務関係における内部的措置の特殊性と公勤務者代表の関与権の許容性

次に、民主的正統化の対象につき、民主的正統化が要求されるのは、決定としての性格を有するすべての職務行為

であるとの原則 (BVerfGE 83, 60 [73]) が再度確認された後、本件で問題となる公勤務関係における内部的措置の特殊性につき次のような指摘がなされる。

すなわち、政府及び行政の内部的領域においてなされる諸決定も、国民との関係においては国家権力の行使としての性格を有するが、公勤務の内部領域においてなされる諸措置は、他方で、各々の公的職務に従事する者との関係においては、その勤務者及び労働者としての特殊な利害関心に関わるものであるとの側面も有する。立法者は、民主制原理を実現するに当たって、こうした公勤務関係における内部的措置の特殊性を考慮に入れることができる。民主制原理は、なお以下において述べる一定の限界内において、公勤務者が、自らの労働条件の形成にあたって、自己の利益を確保するために、一定の範囲において共同決定的な、あるいはその他の形態で関与することを許容している。基本権<sup>(20)</sup>及び基本法二〇条一項の社会国家原理の要求によつて、公勤務法の領域においても、一定の範囲で、職員協議会の関与権を創設するよう立法者が義務づけられているか否かについては未決定のままにしておくが、少なくとも基本法は、そうした職員代表の参加の余地を認めている。そうした関与権は、それが、次の原則に関わらないかぎりでは、基本法の民主制原理と両立しうる。すなわち、「国家権力に服するすべての者が、国家権力行使に平等の影響力を有するものでなければならず、従つて、特定の国家権力行使によつて個別的に関わりあうことになる人々に、特別の共同決定権限が付与されてはならない、という原則」<sup>(21)</sup>である。

(3) 公勤務関係上の内部的措置の三類型と、各々について要求される民主的正統化のレベル

連邦憲法裁判所は、以上のように述べた後、公勤務者のこうした関与を立法者が定めるに当たっては、十分な民主的正統化の要求から、一定の限界があるとして、その限界について以下のような説示がなされる。「どのような形態、

どのような場合に職員代表の共同決定やその他の形式における関与が許容されるかは、公勤務者の労働状況やその勤務関係、及びその公的職責の遂行にとって、関与が義務づけられた措置がいかなる価値及び意義を認められるか、によって決定される。すなわち、こうした共同決定は、一方では、公勤務上の内部的措置にのみ、しかも、公勤務者の勤務関係に関わる特殊な利害関心が正当化する限りでのみ及びうる（保護目的からする限界）。他方で、民主制原理は、国家権力の行使につき、少なくとも、委託された公的職責の遂行にとって有意義な諸決定に際しては、議会に責任を負う行政担当者の最終的決定の確保を要求する（責任性からする限界）。

こうした枠組みの中で、下されるべき決定が、①類型的にみて、委託された公的職責の責任ある遂行にどの程度関わるものか、そしてそれが他方で、②公職務従事者の利害にどの程度の影響を与えるかに応じて、公勤務者代表の関与については、いくつかの異なる類型を区別することができる、とされ、以下次の三つの類型について、要求される民主的正統化のレベルが異なる、とされる。

(a) 主として公勤務者の勤務関係に関するものであり、国民に対する公的職務の責任ある遂行には原則として関わらない、あるいは関わったとしても重要なものではない事項<sup>22</sup>の規律に際しては、民主制原理は、職務従事者の広範な協働権を許容する。立法者は、こうした措置が、公勤務者代表の共同決定に拘束され、行政官署と公勤務者代表が同意に至らなかつた場合に、これを訓令に拘束されない仲裁委員会の決定に委ねることを規律しうる。

しかし、こうした場合においても、緩和されたものであるとはいえず、一定の民主的正統化は必要である。これは職務代表の法領域においては、通常次のような形で確保される。すなわち、①職員協議会と仲裁委員会は、その活動において、法律及び法に拘束されること、②独立の仲裁委員会の少なくとも過半数の構成員が、なんらかの形で人的な民主的正統性を有していなければならぬこと、そして③個別・具体的場合において、公共の福祉に影響を及ぼすが



故に政府権力の本質的な部分を構成するような決定は、議会に責任を負う官職保持者に留保されていなければならない<sup>(23)</sup>。これは、事案移送請求権ないし同様の形式において規定されうる。さらに、公勤務者代表の拒否権が、特定の事由に拘束されている場合、当該決定の民主的正統化はそれだけ強化されることになる<sup>(24)</sup>。

(b) 公勤務関係の内部領域に関わるものであるが、通常、委託された公的職責の遂行にも少なからず関わる措置<sup>(25)</sup>については、より高度の民主的正統化が要求されるが、これは異なる方法で達成されうる。この場合、少なくとも拘束的な最終決定権が、常に国民及び議会に対して責任を負う官職保持者に留保されていなければならない。従って、仲裁委員会の決定的権限は、ここでは、ただ次のような要件の下でのみ許容されうる。すなわち、構成員の過半数が無制限に人的な正統化を受けておらなければならない、しかも決定は、当該無制限の民主的正統化を受けた過半数の構成員によってなされなければならない（いわゆる二重の過半数<sup>(26)</sup>）。もつとも、これは対議会責任を負う官職保持者の下にある官署の最終決定権によって補償されうる。その場合、最終決定権の行使は、当該共同決定事案が公共の福祉に対する影響により政府責任の本質的部分を構成する場合に限定されてはならない。

(c) 組織的問題に関する措置、人事的事項に関する措置、及び主として公務の処理に関するが、不可避免的に公務に従事する者の利害にも関わるような社会的事項についての措置は、常に、委託された職責の遂行にとって大きな意義を有するので、そうした措置についての政府の対議会責任は、実質的な制約を受けてはならない。そうした場合に職員代表及び仲裁委員会が関与せしめられる場合は、せいぜいのところ、いわゆる制限された共同決定の形式においてなされうるのみである<sup>(27)</sup>。すなわち、仲裁委員会の決定は、権限ある官庁に対する勧告的性格を有するにとどまる<sup>(28)</sup>。

(4) 職員協議会の包括的共同決定権の違憲性及び仲裁委員会による決定の民主的正統性について

以上のような判断基準に基づき、連邦憲法裁判所は、本件シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の公勤務者職員協議会共同決定法につき、次のような結論を下している。すなわち、本法において職員協議会の包括的権能は一定の場合に制約されているが、しかし、そうした制約にも関わらず、通常、行政の任務遂行に少なからぬ意義を有する事項が、広い範囲で共同決定に服することとされており、この点で同法は違憲である。また仲裁委員会による決定は、上述の基準に即しての人的な民主的正統化を欠き、この民主的正統性の欠損は、同法に定められた最高官署の取消権によっても、十分に補償されることはできない<sup>(29)</sup>。

(19) BVerfGE 93, 67f.

(20) ドイツ基本法において、労働基本権の根拠規定は、九条三項による団結権の保障である。同条は、公勤務者、すなわち労働者、雇員、官吏にも適用されるとされ、連邦官吏法 (Bundesbeamtenengesetz) 九一条も、明文で官吏の団結権を認めている。参照、塩野宏「西ドイツ公務員法制の現代的諸問題」同『行政組織法の諸問題』（有斐閣、一九九一年）所収二二頁。

(21) A.a.O., S.68f.

(22) 例として、連邦公勤務者代表法七五条二項に定められたいわゆる社会的事項、及び同条三項に定められた勤務関係上の内部的措置（但し、一〇号、一四号及び一七号を除く）が挙げられている。職員代表の関与権については、参照、塩野・前掲書二二八頁以下

(23) 連邦公勤務者代表法一〇四条三段参照。

(24) 同七七条二項、七九条一項三段参照。

(25) 連邦公勤務者代表法七五条三項一四号及び一七号、並びに同七八条一項一号に掲げられた措置がそうしたものの例として挙げられている。

- (26) Vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, a.a.O., S.899, Fn.25.
- (27) 参照、連邦公勤務者代表法六九条四項三段及び四段。
- (28) 以上、BVerfGE 93, 70ff.
- (29) 以上、A.a.O., S.75ff.

#### 4. 判例が投げかけた検討課題

以上、九〇年代の二つの連邦憲法裁判所判決を中心に、行政の民主的正統化に関する近時の判例の理解を見たが、これらの判例が投げかけている問題のうち、以下の論述との関連で、ここで若干の問題点を整理しておくことにしたい。

##### (1) 民主的正統化の主体

まず、民主的正統化の主体に関しては、これらの判例は、いずれも国籍保持者という意味での国民を前提としている。が、この点に関しては、次の二点が注意されなければならない。第一に、一九九二年一月二日の憲法改正法<sup>(30)</sup>律によって、ドイツ基本法二八条一項に第三段が挿入され、これによって、市町村及び郡レヴェルで、欧州連合市民という枠内での外国人の参政権が導入された。これは、マーストリヒト条約によって、EC条約八b条に欧州連合市民の自国以外の居住国における地方参政権を認める第一項が追加されたことによる<sup>(31)</sup>が、こうした改正は、基本法の定める国民民主権原理・民主制原理に関して、民主的正統化の主体を国民に限るものと理解する判例の基本的立場を根本

的に変更するものではないと理解されている。<sup>(32)</sup> この点は、ハンブルク市州の市区議会選挙に関する一九九〇年判決と同じ日に下されたシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の市町村議会及び郡議会選挙法改正の合憲性に関する判決<sup>(33)</sup>からも見て取れる。すなわち、同判決においては、同法における外国人への地方選挙権の導入が違憲であるとの判断が下されたが、このことから、当時すでに議論されていた欧州連合市民の地方参政権の導入が、基本法七九条三項によって許容されない憲法改正に該当するとの結論が導かれるものではない旨、傍論においてではあるが示されている<sup>(34)</sup>のである。

第二に、一九九〇年判決において、すでに見たように、「国家構造における地方公共団体の特殊な地位」に基づき、地方自治体の住民に、各自治体の行政に関してはそれぞれ民主的正統化を独自に媒介しうる主体としての地位が与えられていることをどのように評価するか、という問題がある。シュミット<sup>(35)</sup>・アスマン教授は、この点に関して次のように述べる。「一九九〇年一月二二日の憲法裁判所判決の最も重要な成果の一つは、次のことである。すなわち、今や、地方自治体の正統化の源もまた、憲法上、民主的正統化の基礎条件の一体性の中に組み入れられた、ということである。従って、郡及び市町村も、執行権へのその帰属にも関わらず、代替不能な民主的自同性を有する。『基本法二〇条二項及び二八条一項一段において国レベルにつき定められた民主制原理は、ゲマインデ及びクライスにとつてのその具体的形成を、基本法二八条一項二段によって受けることになる。』<sup>(36)</sup> 伝統的な正統化論によって時折過度に強調されてきた、正統化観念の議会集中化傾向は、連邦憲法裁判所の近時の認識によって修正を迫られることになった。すなわち、地方自治という重要かつ大きな行政領域については、これ以降、これまでより明確に、議会によって媒介された正統性と独自の行政的正當性が対峙する、二重の正統化<sup>(37)</sup>が出発点とされなければならない、ということである。」（傍点は、原文ではイタリック）

他方で、すでに見たように、連邦憲法裁判所は、このことから「地域的な関係で結ばれた・より小さな法律上の地域団体の構成員に対して、国民総体及び議会を経由せず<sup>(37)</sup>に、正統化能力を承認することを、いかなる形でも許容するとは決していけない」点を強調していることにも注意が必要である。この点は、地域的な自治体とは異なる、いわゆる機能的自治行政の許容性をめぐる議論ともかわることになる<sup>(38)</sup>。人的正統性との関連では、一九九五年判決の事案で問題となった、国家と社会との協働に基づく、いわゆる共同統治行政 (Kondominalverwaltung) の許容性<sup>(39)</sup>も論じられなければならないであろう。

さらに、特定の行政の決定によって、その権利ないし法的利益に影響を受ける関係者の法治主義的手続保障は、一方で、機能的には、当該決定の受容を高める効果を生じるが、このことは、民主的正統化を高める、あるいはその欠損を補うことができるのか否かということについても検討がなされなければならない。あるいは、より広く民主主義的な観点から、なんらかの住民参加制度が定められている場合についても、同様の検討課題が生じるが、この問題は、先に述べた制度の実効性やコンセンサス形成の可能性を、民主的正統化論に組み込むことの可否、及びその程度・範囲に関わる問題である。

## (2) 民主的正統化の対象

さらに、民主的正統化の対象に関しては、次のような問題を挙げることができる。第一に、連邦憲法裁判所の判例は一貫して、民主的正統化を要求されるのは、「決定としての性格を有するもの」であるとの理解を示している。ここからは、諮問的・助言的活動が除外されることになるのであるが、それが実務において有する実質的意義、とりわけ我が国における諮問機関の「かくれみの」論を考慮に入れるならば、その組織・活動形式等に、民主制原理がどの

ような要求を立てるのかを、全く等閑視することはできないであろう。<sup>(40)</sup>

第二に、先に述べた主体の問題とも関わるが、国とは異なる独立の法人格を有する組織について、憲法の民主制原理は、どのような要求を立てるのかという問題がある。いわゆる独立行政主体の問題であるが、この点は、現代国家において国が果たすべき役割を考察しながら、国の行政機構のスリム化を目指すわが国の現在の行政改革論議との関連で、検討されなければならない。

第三に、国家間組織への国家権力の移譲に際して、そうした国家間組織ないし超国家組織の決定に対して、民主的正統性をどのように調達するのか、という問題がある。ドイツの場合、いうまでもなく欧州連合・欧州共同体との関係が問題となるが、<sup>(41)</sup>この問題に関しては、通貨統合をはじめとして、いわゆるマーストリヒト判決<sup>(42)</sup>の内容の検討が必要になるであろう。

### (3) 民主的正統化の諸形式とその補完関係

連邦憲法裁は、学説において展開された民主的正統化の三つの形式を区別し、それぞれの形式における様々なファクターを考慮に入れたうえで、それら一つ一つの要求よりもむしろ、それらの全体としての機能が問題であり、それらの全体的効果が、民主的正統化の一定の実効性のレベルを確保することが要求される、と述べる。ここで、国民による影響力行使の実効性、あるいは要求される民主的正統化のレベルということが語られる場合、その実効性の程度、あるいは正統化のレベルを、各行政作用領域あるいは行為形式に応じて、類型化していくという作業が必要になってくるが、これは容易な作業ではありえない。この点、例えば、一九九〇判決において、決定権限とは、一般に多かれ少なかれ、一定限度の自己の判断による形成余地を委ねるものであるとの前提の下、ある職務担当者の任務・

権限が法令により厳格に限定され、従って、下されるべき決定が内容的にあらかじめプログラム化されている状況では、個々の正統化要素の要求を減じることができる、との示唆がなされているが、結局は、一九九五年判決で行われているように、個別事案に依じて、必要な実効性の程度、あるいはレヴェルを確定していく、という判例・学説の作業の積み重ねが必要とならざるをえない。

第二に、正統化の諸形式が全体として効果を生じることが要求されていることとの関連で、各々の正統化形式の相互関係、及びそれぞれの諸形式内での諸ファクターの関係において、一つの正統化形式なしファクターの欠損を、他のそれが補うことができるか否かということについて、より詳細な検討がなされなければならないであろう。<sup>(44)</sup> 実体的・内容的正統性に関していえば、例えば、一九九〇年判決においては、上級監督庁の様々な関与権が定められている場合にも、そうした関与を受ける機関の諸権限が、それだけで決定としての性格を失うことはないと言われるが、こうした行政機関相互の関係や、先に指摘した法令による規律密度の違いをも考慮に入れて、それぞれの場面における実効的民主的正統化の方式について、検討がなされなければならない。

さらには、先に述べた関係当事者の手続保障、及び民主的参加の制度によるコンセンサス形成が、議会を経由しない、独立の民主的正統化のチャネルを提供しうるのか否か、という問題は、民主的正統化の形式に関する議論にも当然関わってくる。特に住民参加制度による正統化の可否は、つきつめて考えれば、直接民主制の評価とも大きく関わってくる問題である。直接民主制的制度と代表民主制的制度の並立がなんらかの衝突を生じる場合、民主的正統化の観点から、どのような調整が可能なのか。この点、我が国において近年高まりを見せている政策的住民投票制度との関係においても、行政の民主的正統化論にとっての一つの大きな課題である。

- (30) ドイツ基本法二八条一項三段：「…郡および市町村における選挙に際しては、欧州共同体を構成するある国家の国籍を有している者も、欧州共同体の法の基準に従って、選挙権および被選挙権を有する。…」(高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』(信山社、一九九四年)参照)
- (31) 欧州共同体の設立に関する条約八b条一項：「構成国に居住する連合の市民であつて居住国の国民でないすべての者は、その者が居住する構成国の地方選挙において当該国の国民と同一の条件の下に選挙権及び被選挙権を有する。…」(田畑茂二郎・高林秀雄編集代表『ベーシック条約集』「東信堂、一九九七年」による)
- (32) Vgl. Scholz, Artikel 28, in: Maunz/Dürig/Scholz/Herzog, Grundgesetz Kommentar, 1996, Rn. 41c; 41d.; H. Dreier, Art. 28, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Rn. 72.
- (33) 本項註(一)参照。
- (34) BVerfGE 83, 37 (59).七九条二項との関連性の点については、*cf.* vgl. Scholz, a.a.O., Rn. 41d.
- (35) BVerfGE 83, 37 (55)
- (36) Schmidt-Asmann, a.a.O., S. 356f.
- (37) BVerfGE 83, 75.
- (38) Vgl. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, a.a.O.; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsbegriff, a.a.O., S. 908f.
- (39) Vgl. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, a.a.O.
- (40) 参照、手島孝「審議会か新議会か」同『ネオ行政国家論』(木鐸社、一九九一年)一三四頁以下。この点で、伝統的な法理論からすれば、国家の内部組織の問題にとどまっていた諮問機関が、いまや議会の機能を一部補完する役割をも果たしていることに鑑み、「民主的な透明性の利益においても、法治国家的な明確性及び予測可能性といった理由からしても、諮問機関の創設、その任務及び構成の公表が要請されているように思われる」と述べるブローーム教授の指摘は興味深い。Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts des BDR, Bd. II, 1987, S. 240.
- (41) Vgl. Schmidt-Abmann, a.a.O., S. 340f.



- (42) BVerfGE 89, 155. 本判決については、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編、前掲書三二五頁以下
- (43) BVerfGE 83, 74.
- (44) この点、例えばシュミット・アスマン教授は、実体的・内容的正統化と人的正統化といった異なる形式間での補償について、同一形式内での諸ファクターの補償との比較で、より問題の多いものとの指摘をしている。Schmidt-Asmann, a.a.O., S. 368.

(未完)