

# ガバナンスと正統化

——『ガバナンスを問い直す』を導きの糸にして

山 本 隆 司

本稿は、東京大学社会科学研究所 大沢真理＝佐藤岩夫編『ガバナンスを問い直す [I] 越境する理論のゆくえ』『ガバナンスを問い直す [II] 市場・社会の変容と改革政治』（東京大学出版会、2016 年、以下の本文で、「本書」「I」「II」と略記し、頁数のみを示して引用する）の書評である。2016 年 11 月 8 日に東京大学で開催された同書の合評会において、筆者が配付の上で報告した原稿をもとにしているが、出版のために、原型を変えない範囲で加筆修正を施した。本稿は、他の評者との役割分担を考慮して、次の論文を取り上げている（以下の本文で、「[著者名] 論文」という形で引用する）。大沢真理「ガバナンスを問い直す——なにが問題か」（I・1 頁以下）、宇野重規「政治思想史におけるガバナンス」（I・21 頁以下）、平島健司「ガバナンス・アプローチと EU 研究」（I・67 頁以下）、佐々木弾「世代間問題とガバナンス」（I・193 頁以下）、藤谷武史「ガバナンス（論）における正統性問題」（I・217 頁以下）、高村学人「多極化する都市空間のガバナンス——境界を開く法の役割」（II・47 頁以下）、佐藤岩夫「『政治の司法化』とガバナンス」（II・229 頁以下）、大沢真理＝佐藤岩夫「本プロジェクトの意義と拓かれた課題」（II・261 頁以下）。

## I. ガバナンス概念の意義

### 1. 分析拡大のためのカメレオン？

「「ガバナンス」は……世界と諸学問のボーダレス化に対処するために、分析を拡大する概念である」。現代におけるガバナンスの概念は、社会科学の諸分野で既存の分析・概念の限界を越える分析を促す意義を有するが、それ自体の輪郭は必ずしも一義的ではない。つまり、どのような既存の分析・概念を超克の対象として想定するかという文脈により、

意味合いが変化する「カメレオン」の性格をもつ<sup>1)</sup>。したがって、ガバナンスの概念は、従来の議論・観念を突破する力をもつが、この概念によって、どのような既存の分析・概念をどのように位置づけ直すかを明らかにしないと、目先を変えるだけの空疎な議論に終わる危険もある<sup>2)</sup>。

社会科学の諸分野の専門家が結集し、多様な視点から討議を重ねた成果である本書は、こうしたガバナンス概念の陥穽を冷静に意識しつつ、ガバナンス概念の意義を活かした刺激的な諸論攷を収めている。ガバナンス研究の模範を示すものと評価できよう。筆者は、従来ドイツ法を主な比較の対象として行政法学を研究してきたので、専らそのような視点から、本書によるガバナンス研究の意義を確かめつつ、蛇足にはなるが若干の補論を試みたい。すなわち、ガバナンスという概念の意義について3点を確認した上で（Ⅰ）、本書が提示したガバナンスと正統化という問題に限定して、若干の考察を行うことにする（Ⅱ）。

## 2. 社会制御の限界を契機とした学際化

第Ⅰに、宇野論文は、ガバナンスの語源が「船を操舵する、航行する」というギリシア語の *kubernân*、ラテン語の *gubernare* にあるが、ドイツ語には対応する語が現れなかったことに言及する（Ⅰ・22頁、24頁註2）。現代ドイツ語で「船を操舵する、航行する」ことを表現するのは、*steuern* という語であろう。*Steuerung* 概念は最近、ドイツで理論上用いられるようになり、Governance 論に連なり、行政法学にも影響を与えている。こうした経緯を確認することは、Governance 論の意義の解明に資すると思われる。

ドイツの社会学・行政学においては、社会の計画化に対する楽観主義が消えた1970年代以降、特に政治により社会ないしアクターの行為を制御する可能性、方法、そのための環境条件を問う制御学（*Steuerungswissenschaft*）が説かれた<sup>3)</sup>。制御学と言っても単一の理論を意味するわけではなく、論者により分析の視点は異なる。そして1990年代以降のドイツで「行政法総論の改革」が唱えられた際に、平島論文で引用されているレナーテ・マインツ、フリッツ・シャルプフ、アルトゥール・ベンツら（例えばⅠ・73頁以下、77頁以下、80頁以下）の制御学を参照して、行政が決定を行い社会を制御する可能性とそ

---

1) *Franz Reimer*, Nachhaltigkeit und “Good Governance”, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, 2016, S. 43 ff. (58).

2) Vgl. *Hans-Heinrich Trute/ Wolfgang Denkhaus/ Doris Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, DV Bd. 37 (2004), S. 451 ff. (452).

3) 以下につき概観として *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, § 1 Rn. 18 ff.

のための手法の多様性、法による行政の制御の可能性とその機能的等価などを問う制御学の方法を摂取すべきことが説かれた<sup>4)</sup>。背景には、リスク管理を含む環境法や学問法という、行政、行政法、さらには法一般による制御の限界を強く意識させる法分野が、意義を増したことがある。もっとも、社会学・行政学の分野では、政治・行政システム内部における制御から現代社会の制御可能性へと関心が広がったこと、および、制御主体と制御客体との区別が曖昧になり、様々な形態による公的主体と私的主体との協働、加えて、様々な国家機関や私的主体が関与するヨーロッパ規模の公益活動、さらにはグローバルな公益活動がますます意義を増していることから、鍵概念が「制御」から「ガバナンス」へと移った（平島論文、I・72頁以下）<sup>5)</sup>。それに対応して、行政法学にも、公益を実現するための多様なアクター、基準、手法の連関や代替関係を意味する「規律構造（Regelungsstruktur; governance structure）」を重視するガバナンス論が現れている<sup>6)</sup>。代表的な論者は次のように述べる。

「ガバナンスへの移行は、次のような洞察から帰結する。すなわち、規律は、社会の多元性・動態性・複雑性に反応して、国の、および非国家的な様々なアクターにより、様々な平面で、規律領域ごとに異なる形式および手法により実施され、もはや中心的な制御主体に帰することができず、または必然的には帰することができない。そのことにより関心が、社会の事象を集合的に規律する次のような諸形式の総体へと移る。すなわち、一方に、制度化された社会の自己規律、中間には、国の、ハイブリッドな、そして私的な諸アクターが共働する様々な形態、他方に、国のアクターの高権的行為があり、併存している。この

4) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsreform—Ansätze am Beispiel des Umweltrechts—, in: ders./ Schmidt-Aßmann/ Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundlagen, 1993, S. 115 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2004, 1/33 ff. (翻訳として、エバーハルト・シュミット・アスマン（太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題——秩序づけ理念としての行政法総論』（2006年）18頁以下）

5) Renate Mayntz/ Fritz W. Scharpf, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: dies. (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 9 ff. また Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie ?, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Aufl., 2006, S. 11 ff. (16) は、理論史上の背景として、「制御理論は、概念の比較的狭い意味における「政治」との臍帯を切断することがなかった。この理論は、当初から同時に想定していたこと、つまり、正統化された政治の審級による社会の形成という観念から、切り離すことができない。公的な、または集団の事情の規律に関わるガバナンス理論は逆に、経済学を出自とすることを否定できない」と指摘する。

6) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 3), § 16 Rn. 20 ff.; Claudio Franzius, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006), S. 186 ff. (193 ff.). 「給付構造（Leistungsstruktur; industry structure）」と対で用いられる概念である（Mayntz/ Scharpf (Fn. 5), S. 16 ff.）。

ように社会の事象を集合的に規律する諸形式が併存し、緊密に、または単に緩やかに結合したものが、規律構造を構成する。……もはや制御するアクターではなく、アクターが集団の事象を規律するために共働する枠となる規律構造が、分析の中心になる」。「規律構造のコンセプトは、行為の規準、アクター、装備および手法の相互間における、効果の連関、代替関係および補足関係をテーマにすることができる分析枠組である」。「ガバナンス研究の中核は、特定の制度的な構造の内部における——多かれ少なかれ自律的な——諸アクターの行為を相互調整する機構と効果である」<sup>7)</sup>。

ドイツでは、ガバナンスと逆にドイツ語に特有で他の言語に翻訳することが難しい Dogmatik という観念が<sup>8)</sup>、実定法を解釈適用するために学説・判例が形成する概念ないし命題の体系を意味し、実定法学、行政法学の中核を構成してきた。「制御」や「ガバナンス」の概念が、制御の限界、および従来のドグマティックの限界を意識させ、制度設計論や学際化に向けたドグマティックの開放を促すように作用する現象は、本書が示すように、他の学問分野とパラレルである。

### 3. ガバメントと「良きガバナンス」

第2に、現在の議論においてガバナンス概念は、語源は同一のガバメントと対比して用いられる。この意味のガバナンスは、公的文書の中では「良きガバナンス (good governance)」と表現される<sup>9)</sup>。

「良きガバナンス」の起源は、世界銀行が1989年に公にした「サハラ以南アフリカ——危機から持続的成長へ」と題する報告書に求められることが多い。報告書は同地域について次のように述べる。「過去において経済的パフォーマンスが弱かった根本の原因は、公的制度の失敗であった。私的部門のイニシアティブと市場機構は重要であるが、それは次のような良きガバナンスと手を携えなければならない。効率的な公共サービス、信頼できる司法システム、そして公衆に答責性をもつ行政」<sup>10)</sup>。世界銀行は設立協定において加盟

---

7) Trute/ Denkhaus/ Kühlers (Fn. 2), S. 458, 460; Hans-Heinrich Trute/ Doris Kühlers/ Arne Pilniok, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Schuppert/ Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 173 ff. (174).

8) Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 3), § 3 Rn. 37. もっとも、「特殊ドイツ的な道」とまで評することに対しては、Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013, S. 5 f.

9) 以下の文書およびその他の文書を網羅的に挙げる Hermann Hill, Good Governance——Konzepte und Kontexte——, in: Schuppert (Hrsg.) (Fn. 5), S. 220 ff. を参照。

10) World Bank, Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, 1989, p. xii.

国の政治問題への介入を禁じているため<sup>11)</sup>、民主政までは言及されていない。しかし、冷戦の終結を背景に、EUは開発援助の条件として人権保障のみならず民主政も挙げるようになり、2002年の国連開発資金会議によるモンテレー合意では、次のように謳われた<sup>12)</sup>。「良きガバナンスは持続的発展のために不可欠である。健全な経済政策、人々のニーズを反映する信頼できる民主的制度、改良されたインフラストラクチャーは、持続的な経済成長、貧困の根絶、雇用の創出のための基礎である。自由、平和と安全、自国の安定、発展の権利を含む人権の尊重、法の支配、ジェンダーの平等、市場を指向する政策、公正で民主的な社会に向けた全般にわたる関与も、不可欠であり相互に補強し合う」<sup>13)</sup>（以上の文脈につき、宇野論文、I・35頁以下）。

EUでは、こうした良きガバナンスの観念が、開発援助の分野にとどまらず、広く国際秩序やEUの内部組織の目標として掲げられるようになる（平島論文、I・67頁以下）。EU条約21条2項hは、EUの目標として、「強化された多角的共働と良きグローバル・ガバナンスに基づく世界秩序を推進すること」を挙げ、EU運営条約15条1項は、「良きガバナンスを促進し、市民社会の参加を確保するために、連合の機関、組織、官署およびエージェンシーは、活動を可能な限り公開して行うものとする」と定める。良きガバナンスの内容として、2001年のEC委員会による白書「ヨーロッパのガバナンス」は、5つの原理——開放性、参加、答責性、実効性および協調（coherence）——を挙げ、「各原理は、より民主的なガバナンスを確立するために重要である。これらの原理は加盟国における民主政と法の支配を下支えするが、全てのレベルのガバメント——グローバル、ヨーロッパ、国、地方、地域——に適用される」と述べる<sup>14)</sup>。

こうして見ると、「良きガバナンス」は、国や地方公共団体の組織のみならず、社会におけるあらゆる組織、さらには組織のみならず条約・契約等に基づく主体間の「関係」にも適用が可能な法規範、さらに広く社会規範を意味し、国や地方公共団体を含む多様な組織・関係の全体により法的に、さらに広く社会的に望ましい状態を形成することを目指す点に、特徴および意義があるといえる。理論上、ガバメントとガバナンスを、国（および地方公共団体）の組織と他の主体（の関与）、あるいはヒエラルヒーとネットワークとして対比することがあるが、本書がこうした見方を採らない点は（大沢論文、I・5頁以下）。

11) 国際復興開発銀行（International Bank for Reconstruction and Development）協定4条10項、国際開発基金（International Development Association）協定5条6項。

12) 経緯につき Philipp Dann, Entwicklungsverwaltungsrecht. Theorie und Dogmatik des Rechts der Entwicklungszusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Weltbank, der EU und der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 100 ff.

13) UN A/CONF. 198/11, Rn. 11.

14) EC COM (2001) 428 final, II.



大沢＝佐藤論文、II・267頁以下）、慧眼である。むしろ、ガバメントとガバナンスという両者の共通性を基礎にした代替<sup>15)</sup> または協働（いわゆる「ヒエラルヒーの影の下での交渉」<sup>16)</sup> など）の可能性を示すことに、ガバナンス論の意味があろう。

#### 4. ガバナンスと主体への帰属

しかし第3に、ガバナンスの観念は、社会における各主体に帰属する能力・権力・権限・責任を正面からは問題にしない。本書がこうしたガバナンスの観念の限界を繰り返し指摘する点は（平島論文、I・81頁、大沢＝佐藤論文、II・270頁）、重要である。こうした限界を公法学の問題関心に限定していえば、特定の主体の行為が他の主体に対し公益を実現するものであることを主張し、貫徹できる法的資格が、どのような場合に、どのような根拠で認められるかという、「正統化」の問題にガバナンスの観念は答えるものでない。この点も本書で繰り返し指摘されており、藤谷論文が「ガバナンス（論）における正統性問題」として正面から取り組んでいる。「『良きガバナンス』は正統化をもたらすのではなく、正統化を必要とする」<sup>17)</sup>。先に述べた制御学を行政法学に摂取すべき旨を説くドイツの論者が、しばしば「ガバナンス」概念の導入には慎重であるのも、ガバナンス概念がアクターへの権限・責任の帰属の問題を曖昧にする危険を理由とする<sup>18)</sup>。もっとも、一方でガバナンス論も、個人を含むアクター（のアイデンティティ）の意義は認めており（「主体を中心とする制度主義」）<sup>19)</sup>、他方で「制御」概念も、制御主体が正統化され得ることを当然

15) Schmidt-Aßmann (Fn. 8), S. 148 f. — 「機能的に等価な制御可能性に鋭く目を向けさせる」。

16) Arthur Benz, Eigendynamik von Governance in der Verwaltung, in: Bogumil/ Jann/ Nullmeier (Hrsg.), Politik und Verwaltung, PVS Sonderheft 37/ 2006, S. 29 ff. (36 f.) が、「埋め込まれた調整メカニズム」の一例として挙げる。

17) Reimer (Fn. 1), S. 61. Schmidt-Aßmann (Fn. 8), S. 154 — 「『良きガバナンス』として考え出された事柄のすべてを正統化に数えようとする見解をとっても、法的に得るところは少ない」。

18) Schmidt-Aßmann (Fn. 8), S. 20; Voßkuhle (Fn. 3), Rn. 21, 70. なお Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat — Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft —, in: Schuppert (Hrsg.) (Fn. 5), S. 195 ff. (209 f.) は、「法学の特徴は——規範を前提にした——ある種の制御楽観主義であり、この楽観主義が……法が効果の達成、特に個人の地位の保護や公共善の実現を図るための手段として意図的に投入されるための駆動力となっている」として、「制御主体」と「制御客体」を語り、こうした制御概念を複雑化させたものとして、いわば制御概念の延長線上でガバナンス概念を捉えている。

19) Renate Mayntz/ Fritz W. Scharpf, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 5), S. 39 ff. さらに Mayntz/ Scharpf, (Fn. 5), S. 28 は、政治行政システムに属するアクターと社会の自己組織によるアクターの性質を明確に区別する。これに対し Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, 2009, S. 188 ff., S. 401 f. は、ガバナンス概念がアクターの意義およびその性質の区別、そしてヒエラルヒーの要素を後退させることを、意識的に強調する。このような尖鋭化は、論者が、法ないしガバナンスの妥当根拠および認識根拠を一つの主体に収斂させないことを、法ないしガバナンスの内容にそのまま投影させていることに起因するように思われる。いわ

の前提にして、正統化の問題を棚上げにする点では、同根の問題を抱えている<sup>20)</sup>。

しかし、一步踏み込んでいえば、ガバナンスの観念は、正統化についての議論と無関係ではなく、正統化論を反省し豊かにする契機になる<sup>21)</sup>。制御の概念は、行政の法形式・行為形式論に関して、「法学の観点と他の社会科学の観点とを結合させ、両者の観点が確かに同時には見えないが、それでも存在し、それゆえに常に一方の観点から他の観点へと移ることができる」ような「判じ絵 (Vexierbild)」となり得るが<sup>22)</sup>、ガバナンスの概念も、法学の正統化論に関して、同様の意味をもち得よう<sup>23)</sup>。本書の考察も、こうした正統化論の再考に及んでいる<sup>24)</sup>。藤谷論文をはじめとする諸論文を手掛かりにして、以下では、ガバナンスの観念を正統化の議論に結合する可能性を考える。

---

く、「ガバナンスというコンセプトに共通の消極的な特徴は、包括的に情報を有すると指定できる客観的な観察者の欠如、したがって、ヒエラルヒーにおいて十分記述できる主体の欠如である」。「一つの審級が中心となり、一般的な規律により行為の諸領域を予め制御するという観念からもはや出発できないとすれば、国と私的主体のそれぞれに責任を帰属させることが、なお説得力をもち成功するか、疑わしい。伝統的なフィクションによって法が作業することを習慣とする点を批判するにもかかわらず、国に留保責任・捕捉責任があると総括的に想定することは……法の文脈において新たなフィクションを助長するもののように思われる」(Franzius (Fn. 6), S. 188, S. 197)。

20) Mayntz (Fn. 5), S. 17 f. は、制御理論とガバナンス理論とに共通の弱点として、「問題解決バイアス」を挙げる。これは、「政治の現実において重要なのは、常に集団の問題を解決することであり——同時に、または一次的に——権力の獲得と権力の維持ではない」と仮定するバイアスを意味する。「そのように仮定することの危険は、制御理論においては、アクターの行為、制御アクターの動機づけから始まっている。これに対し、規律構造に集中するガバナンス理論は、存在する制度は集団の問題を解決する関心から成立したという、機能主義的な誤った結論へと、たやすく誘惑される」。一般的に Trute/Kühlers/Pilniok (Fn. 7), S. 187 は、「ガバナンスというアプローチにとって不可能であろうことが一つある。それは、法学のドグマティクを代替することである。それができない点は、制御に方向づけられたアプローチも同様である。したがって、そのことを理由にガバナンスというアプローチを批判する必要もない」と述べる。これに対し、楽観的に Hoffmann-Riem (Fn. 18), S. 198 は、「アクターの行為が問題の解決だけに縛られないことは……経験的に容易に証明できるのであろうし、したがって計算に入れなければならないが、そのことは、社会の特定の問題を法の助けにより克服するという、法規範にとって重要な任務を何ら変えるものではない」とする。そして、同論文は、「力の問題」にも言及するが (S. 213 ff.)、法的な正統化の問題までは論じていない。

21) インプット正統化とアウトプット正統化との対比にとどまるが Matthias Ruffert, Was ist Democratic Governance?, in: Botzem/ Hofmann/ Quack/ Schuppert/ Straßheim (Hrsg.), Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel, 2009, S. 55 ff. (67 f.)。

22) Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 ff. (127 f.)。

23) Trute/Kühlers/Pilniok (Fn. 7), S. 180 f.

24) 高橋雅人『多元的行政の憲法理論——ドイツにおける行政の民主的正当化論』(法律文化社, 2017年) 51頁以下・243頁以下も、ガバナンスと民主的正統(当)化とを関係づけて論じる。

## II. ガバナンスと正統化

### 1. 民主的正統化論

「正統化」としてまず想定されるのは、民主政による正統化である。そして、正統化の根拠となる「民主政」をガバナンスの概念と最も対照的な形で、つまり国またはせいぜい地方公共団体の組織に固有の「民主的正統化」として概念化したのが、ドイツの公法学であった。ガバナンスと鮮明に対照される正統化概念から出発することが、両者の関係を明確に示すことに資すると思われるので、回り道になるが、ドイツの民主的正統化概念につき略述する<sup>25)</sup>。

国についてポイントだけを言えば、民主的正統化は、利害関係でなく国籍を基準に画定されるすべての個人が平等な参政権を認められる選挙により構成された国会を淵源とする。そして、(日本で言えば)国会が内閣総理大臣を指名し、内閣総理大臣が国务大臣を任命し、各大臣が行政機関の公務員を任命する、といった任免の連鎖(人的正統化)と、法律、政省令、通達等による指揮命令の連鎖、特に行政機関の職員に対する大臣の指揮命令権、および逆に国会に対する内閣の責任(内容的正統化)により、国家機関の行為に伝達されるべきものとされる<sup>26)</sup>。これは、エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデという憲法学者が1990年前後に明確に定式化したDogmatik(前述I 2)であり<sup>27)</sup>、1995年に連邦憲法裁判所が職員代表制(ドイツの民間の労使共同決定制度と同様、公務員が勤務所の意思決定に関与する制度)の一部を違憲とした判決等で採る考え方である<sup>28)</sup>。こうした考え方を厳格に貫徹する論者は、人的正統化が切断される(日本で言えば)公共組合、ドイツで言う機能的自治団体の活動や、大臣による個別の指揮命令を受けず、その意味で内容的正統化が制限される(日本で言えば)独立行政委員会の活動について、合憲性を疑う<sup>29)</sup>。

---

25) 近時日本でも、多様な学説を包括的に分析する研究が増えている。門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化(三)(四・完)」名古屋大学法政論集251号347頁以下(366頁以下)・252号155頁以下(156頁以下)(2013年)、高橋・前掲註24)83頁以下、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14号(2016年)25頁以下、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開(上)』(信山社、2012年)313頁以下。

26) 邦語では、シュミット・アスマン(註4)89頁以下。

27) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1. Aufl., 1987, § 22.

28) BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995, E 93, 37.

29) Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993; Klaus Ferdinand Gärditz, in: R. Schmidt/ Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2016, § 4 Rn. 32ff.



しかし、このように正統化の淵源としての「国民」を一体として想定し、一元的な組織の形成による正統化の伝達を説く見解に対しては、ドイツでも、むしろ民主政の基礎を個人の尊厳として、多元的な手続および組織による正統化を説く異論が次第に有力になっている<sup>30)</sup>。連邦憲法裁判所も近時、機能的自治団体（水利組合）<sup>31)</sup>や、機関の構成員が関係団体等から選ばれる営造物（映画助成機関等）<sup>32)</sup>の正統性が問題となった事案で、議会からの民主的正統化の伝達という概念を維持しつつ、「人間の自己決定」「行政外の専門性の活性化」「事理に即した利益調整」等を挙げて、民主的正統化の間引きを柔軟に認めている。国家権力の正統化の淵源が君主から国民議会に移っても、一体としての国民（の代表）への国家権力の一元的な集中を観念し、マックス・ヴェーバーの想定したヒエラルヒー状の官僚機構が以前と同様に正統化されるとすれば<sup>33)</sup>、「憲法は変わっても行政法は存続する」<sup>34)</sup>旨を無反省に認めることにならないか？ 以下では民主的正統化論とガバナンス論との結合可能性について、本書を参照しつつ、2点に分けて（2・3）再考する。

## 2. 民主的正統化とガバナンス

### （1）関係諸利益の表出機会と適切な衡量とを保障する手続・組織による ガバナンス・正統化

第1に、高村論文は、ニューヨーク市およびサンフランシスコ市のビジネス改善地区（Business Improvement District: BID）の制度と実態に関する興味深い比較分析である<sup>35)</sup>。同論文は、市が契約を通じて運営組織（非営利法人）に対し強く監督を行い、市の

30) Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), (Fn. 3), § 6 Rn. 15 ff. m.w.N. 国際化を契機とする議論として Utz Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, 2004, S. 616 ff. また Jens Kersten, Schwarmdemokratie. Der digitale Wandel des liberalen Verfassungsstaats, 2017, S. 154 ff. は、ヨーロッパ化を契機として、「代表」「プレビシット」だけでなく「参加」および「結社」による民主政という「正統化の形式」を含む「編み束ねられた民主政のシステム」が形成されている旨を説く。

31) BVerfG, Beschl. v. 5.12.2002, E 107, 59.

32) BVerfG, Ur. v. 28.1.2014, E 135, 155; Beschl. v. 6.5.2014, E 136, 194——ワイン基金。

33) 批判的な見解として Thomas Groß, Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015, S. 94 ff.

34) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1923, Vorwort.

35) サンフランシスコ市の BID については、高村学人「サンフランシスコ市におけるビジネス改善地区の組織運営とその法的コントロール (I)(2・完)——観察調査法によるケース・スタディ——」立命館大学政策科学 24 巻 3 号 265 頁以下・4 号 181 頁以下 (2017 年) が、さらに詳細に制度と実態を分析している。BID については、近時盛んに論じられているが（例えば、内閣官房まち・ひと・しごと創生本部事務局＝内閣府地方創生推進事務局「日本版 BID を含むエリアマネジメントの推進方策検討会 (中間とりまとめ)」(2016 年 6 月 30 日)), 本稿では本格的な検討はしない。

職員が運営組織の理事会等に参加し、また、地区内の不動産所有者が理事の過半数を占めることと定められているニューヨーク市の BID では、紛争が惹起されているのに対し、運営組織の理事の 20 パーセントが不動産所有者でない地区内のテナントや住民とされ、住民参加（困窮地区で不動産を所有する社会福祉系 NPO の参加を含む）および会議の公開性を保障するサンフランシスコ市の BID は、多様なステークホルダーのコミットメントを引き出している旨を指摘する。つまり、運営組織自らがガバナンスの仕組みを備え、多様な利益に表出の機会を与える BID の方が、市よりきめ細かい諸利益の調整と諸利益の主体の動員に成功している、ということであろう。ただし、高村論文は同時に、サンフランシスコ市の BID でも市と同様に、負担の強制および事務のアウトソーシングのために、やはり住民のコミットメント・関心の喚起に限界があることのほか、BID による利益調整が成功するには、地域の「同質性」が必要と見られる旨を指摘する。つまり、特定の目的を定めて、その目的に係る利害関係者の全体が負担を負い形成される BID のような制度は、きめ細かい利益調整をなし得る反面、関係利益の多様性・異質性が大きくなると、利益調整を行うことが難しくなる、ということであろう。ドイツの機能的自治が正当化される条件として挙げられる、構成員の利益に最小限の同質性があること（同質性要請——Homogenitätsgebot）と、自治団体の決定の基本的な効果が及ぶ範囲が構成員に限られること（対応要請——Korrespondenzgebot）が<sup>36)</sup>、想起される。

サンフランシスコ市の BID のように、関係する多様な利益が表出される機会を保障し、それらを適切に衡量する組織・手続は、BID 制度や機能的自治団体等が備えることができ、備えることが求められるガバナンスの一つの要素といえよう。そしてこうしたガバナンスの要素は、国や地方公共団体の民主的正統化の制度により、特別な態様で実現される。つまり、民主的正統化は、利害関係でなく国籍や住所を基準に画定される諸個人が平等に参加する選挙により構成され、特定の利益に限定されない一般的な公益の増進を目的として、その意味で制約なく議論を行う議会を淵源とすることにより<sup>37)</sup>、目的を特定された団体より包括的に、多様で異質な諸利益を表出する機会を保障した上で適切に衡量・調整する役

36) *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im Transplantationswesen, 2001, S. 74, S. 76 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 4), 5/43 (シュミット・アスマン (註 4) 264 頁以下)。もっとも *Trute* (Fn. 30), Rn. 85 は、前者の同質性要請を不要とする。この点については註 39 も参照。また同書は、職能団体の機能的自治のように、後者の対応要請が充足されない場合も指摘する。

37) 民主的正統化において諸個人の平等な参加と議論の対象の一般性が重要であること、および両者の結びつきについては、*Christoph Möllers*, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, S. 50 ff. が指摘していたが、より明確には、国際社会における「民主政の欠缺」との関係で *Jürgen Bast*, Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung, in: H. Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009, S. 185 ff. (189)。

割を果たすべきものとされる（民主政的距離<sup>38)</sup>）。この意味で、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<sup>39)</sup>、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<sup>40)</sup>、行き過ぎであろう。

関係諸利益の表出機会と適切な衡量を保障する手続・組織というガバナンス（以下「利益ガバナンス」という）の要素は、国や地方公共団体に関しては従来、消極的には中立性・非党派性の要請として<sup>41)</sup>、積極的には都市計画法の分野における諸利益の「衡量要請」として<sup>42)</sup>、法治国原理の一つの内容と位置づけられてきた。利益ガバナンスが、このように法治国原理に基づくとすれば、民主的正統化を補完する正統化の根拠の一つと解することも、考えられるのではないか。

## （2）民主的正統化による利益ガバナンスの内在的限界——将来世代の利益

利益ガバナンスとそれによる正統化は、国や地方公共団体の議会を通じた民主的正統化の組織・手続のみで、実現できるわけでも実現すべきものでもなく、BIDのように国や地方公共団体のヒエラルヒッシュな組織構造に入らない団体・機関のガバナンス、および／または、こうした団体・機関と民主的正統化の手続・組織との全体のガバナンスにより、実現される。

議会を通じた民主的正統化が、利益ガバナンスの点でいわば内在的な限界をもつことが顕著になるテーマが、佐々木論文の指摘する民主的決定による将来世代の（不）利益（「法の世代間外部（不）経済」）である。この問題を解決するために平等選挙の原則を変更して若年者の投票価値を加重することは、佐々木論文で意識されているように（I・213～214頁）、議会で調整を要するテーマが現在の世代間の利益の衝突に限られないため、少なくとも他の諸利益の衡量に係る決定を正統化する効果をもたず、さらに、従来の民主的正統化がもつ「民主的距離」を失わせ、特定の世代間の亀裂を固定化するおそれがあるため、容易には首肯できない。しかし、民主的正統化の構造的欠陥を是正する利益ガバナンスの組織・手続、例えば、国民投票、将来世代の不利益を理由に国会の議決に対し再議を求める権能までもつ機関の設置、立法に際しての将来世代の利益のアセスメント手続等を、

38) Schmidt-Aßmann (Fn. 4), 2/3 (シュミットーアスマン (註4) 44頁)。もっとも、この観念に疑問を呈する見解として、毛利透『統治構造の憲法論』（岩波書店、2014年）281頁以下。

39) Trute (Fn. 30), Rn. 19 m.w.N.

40) Trute (Fn. 30), Rn. 25 f., 48, 54 f. m.w.N.

41) Heribert Schmitz, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs (Hrsg.), VwVfG Komm., 9. Aufl., 2018, § 20 Rn. 1.

42) BVerwG, Urt. v. 20.10.1972, E 41, 67 (68) 以後の連邦行政裁判所の確立した判例。W・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究《日独比較を中心として》』（日本評論社、1995年）132頁以下。

検討することは急務であろう<sup>43)</sup>。

### (3) 民主的正統化による利益ガバナンスの外在的限界——「グローバル・ガバナンス」

さらに藤谷論文は、民主的正統化が実効的に働かない「グローバル・ガバナンス」の「状況」に取り組む。これは、国際社会の現実および国家管轄権による国際法秩序に由来するという意味で外在的な、民主的正統化の限界といえる。この外在的限界については、民主的正統化論とガバナンス論との関係は複雑になる。

民主政国家の視点から見ると、国が他国、他国で活動する主体やグローバルに活動する主体の行為の「外部性」<sup>44)</sup>を規律できないために、自国および自国民の利益を実効的に保護できず（環境問題が典型）、または、グローバルに活動する自国民の利益を実効的に実現できない状況（他国の貿易障壁が典型）が増している（「制御のディレンマ」<sup>45)</sup>）。国会が承認して条約を締結し、こうした「外部性」を規律することはできるが、この場合であっても、そして実態は措いて法的観点に限定しても、国会での討議でなく他国との交渉により内容が形成される条約について、国会が有するのは、究極的には拒否権にとどまる。したがって、国レベルの民主的正統化の水準をできる限り上げることだけでなく<sup>46)</sup>、それと国際レベルの正統化とを接続して考えることが不可避である<sup>47)</sup>。世界（連邦）議会による民主的正統化は、民主政が構成員としての諸個人の一体性を条件にしないという前述（1）の見解に立てば<sup>48)</sup>、規範的には考えられるが<sup>49)</sup>、目下のところ実現の見込みはない。関

43) Wolfgang Kahl, Einleitung, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 1), S. 1 ff. (20 ff.). 長谷部恭男『憲法の円環』（岩波書店、2013年）121頁以下・127頁以下が、この問題に触れている。

44) Matthias Kumm, Kosmopolitischer Staat und konstitutionelle Autorität: Eine integrative Konzeption Öffentlichen Rechts, Der Staat Beiheft Bd. 21 (2013), S. 245 ff. (251 ff.).

45) Kahl, Rechts- und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 11, 3. Aufl., 2013, § 253 Rn. 5.

46) Kahl, Parlamentarische Steuerung der internationalen Verwaltungsvorgänge, in: Trute/ Groß/ Röhl/ Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 71 ff. 日米独の本格的・包括的な比較研究として、山田哲史『グローバル化と憲法——超国家的法秩序との緊張と調整』（弘文堂、2017年）第1部。

47) 小寺彰『パラダイム国際法——国際法の基本構成』（有斐閣、2004年）75頁・77頁以下。

48) Robert Dahl, Can international organizations be democratic? A skeptic's view, in: Shapiro/ Hacker-Cordón (ed.), Democracy's Edges, 1999, pp. 19 et seq. は、政治的意思決定の単位が大きくなり、調整すべき利益の多様性・異質性が増すと、市民が政治的問題に関する情報・関心をもつこと、および自らの利益を乗り越える市民の徳をもち、自らの不利益になる決定も受容することが困難になるとして、国際組織の「民主化」に悲観的な見通しを示す。そして、国民国家を超える単位における「政治文化」および「共通のアイデンティティ」の形成について (pp. 31 et seq.), 可能性を完全に排除してはいないが、悲観的な観測をしている。Möllers (Fn. 37), S. 55 ff. も、民主的正統化の淵源となる主体を、理論上「国民」に限定しないものの、民主政において「正統化の主体に属する構成員の構造に一定程度の恒常性をもたせること、および、政治との関係で



係国がすべて民主政をとり、関係国の国民である個人が条約締結等に間接的に参加していたと言える仮定しても、目的ないし保護利益を特定して行われる条約の締結や履行は、国際レベルで民主的に正統化されているとはいえない。その意味で、国際法秩序のいわゆる「断片化」<sup>50)</sup>は、効率性の問題のみならず<sup>51)</sup>、民主的正統化の観点からも深刻な問題を惹起する<sup>52)</sup>。

そこで、国際レベルの正統化として、民主的正統化と異なるが、民主的正統化と接続できるものを考える必要が生じる。ここでしばしば、アカウントビリティを含む良きガバナンスの内容が、討議民主政等として援用される（「二重の民主政」）<sup>53)</sup>。方向としては正当であるが、そこで想定されるガバナンスの内容が特定され、民主的正統化との関係が明確にされているとは、必ずしも言えないように思われる。それは前述 I 4 のように、どのような主体の行為が他者に対し公益を実現するものであると主張する法的資格を認められるかという論理が、ガバナンスの概念自体には含まれていないからである。

その点で、上記 (1) で特定し抽出した利益ガバナンスの観点は、関係する国際公益<sup>54)</sup>の内容に応じて、国際レベルの決定を正統化する手続や組織を考える上で、重要な視点となろう<sup>55)</sup>。国際レベルでは、国も「部分利益」の主体に過ぎず、かつ、衡量すべき利益が国単位で観念される利益（だけ）ではない場合があるから（例えば、国連海洋法条約 136 条等の common heritage of mankind）、国家間の合意という手続が利益ガバナンスの観点から適切とはいえない場合があることに注意を要する（藤谷論文、I・238 頁）。他

---

共通の歴史的経験の蓄積があること」を要求するが、Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, Rn. 151 ff. は、世界議会を漸進的に発展させる展望を示している。

49) Groß, Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung?, RW 2011, S. 125 ff. (146 ff. m.w.N.).

50) Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi), Fragmentation of International Law, Apr. 13, 2004, U.N. Doc A/ CN.4/ L.682.

51) つとに Walther Schücking, Der Staatenverband der Haager Konferenzen, 1912, S. 243, S. 311 — 「時間・金銭・力の無益な浪費」。

52) 註 37 の文献を参照。

53) Anne Peters, Dual Democracy, in: Klabbers/ Peters/ Ulfstein, The Constitutionalization of International Law, 2009, p. 263 et seqq. さらに Armin von Bogdandy/ Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 200 ff. — 「二重の民主的正統化」。EU 議会の存在という相違があるが、大まかにいえば、EU 条約 10 条と 11 条との関係に対応する。Matthias Ruffert, in: Callies/ Ruffert (Hrsg.), EUV/ AEUV, 5. Aufl., 2016, Rn. 1 ff. は、同条約 11 条を、「ガバナンスのコンセプト」および「参加的・「結社」的・「討議」的「民主政」の考え方と結びつけて註釈する。

54) 山本草二「国際行政法の存立基盤」(1969 年) 同『国際行政法の存立基盤』(有斐閣, 2016 年) 3 頁以下 (33 頁以下) — 「国際的公共事務」。

55) 興津征雄「国際機関の民主的正統性」公法研究 79 号 (2017 年) 148 頁以下 (155 頁) は「結局、国際社会における「民意」の制度化とは、人々の有する多様な利益や意見を表出し伝達するためのチャンネルを、民主主義的なものもそうでないものも含めて多層的・多元的に仕組んでいくこと」と述べる。



に、民主的正統化と接続し得るガバナンスの要素の抽出という点では、公益に関係する知識を形成するためのガバナンスの位置づけ（藤谷論文がI・226頁で引照する epistemic community の問題）も重要な論点である<sup>56)</sup>。本書も、知識のガバナンスという視点からの論考があれば、さらに魅力を増したのではないかと思う。

近時ドイツの連邦憲法裁判所は、EU とカナダとの間の包括的自由貿易協定の暫定的な適用等について、ドイツ政府がEU 閣僚理事会で署名しないことの仮命令が申し立てられた事案で、2016年10月13日の判決において、協定の定め「民主的正統化」の点で疑念があるとした（仮救済の必要性は認めなかった）。民主的正統化の点で問題視されたのは、EU の代表とカナダの代表から混成委員会を組織し、この委員会に、条約の議定書や附属書の改正等を決定する権限を認める協定の定めである。連邦憲法裁判所は、ドイツが影響を及ぼすことが保障されていない混成委員会の決定が、EU 加盟国の権限に関わる場合には、ドイツの同意を経ることとしなければ、ドイツ基本法上の民主的正統化の要請が満たされない旨を示唆する<sup>57)</sup>。こうした判決を契機に今後、民主的正統化と国際化との関係につき、議論を深化させる必要がある。

### 3. 司法の正統化とガバナンス

#### (1) 司法の正統化

さらに本書が、「グローバル・ガバナンス」とともに、ガバナンス論と正統化論とを接続するもう一つのルートとして、政治の司法化と司法による正統化の問題を取り上げていることは、重要な着眼である。佐藤論文は、世界各国で進んでいる違憲審査制の導入および活性化（「政治の司法化」）を指摘し、その背景を整理する。特に、強力な野党の存在や連邦制など、権力の分散が「政治の司法化」を促進するとの指摘は興味深い。佐藤論文はさらに、イギリスにおいて、ヨーロッパ人権条約・ヨーロッパ人権裁判所による立法者の拘束を一つの契機にして進んだ、司法の独立性を強化する司法制度改革を取り上げて、訴訟＝司法過程が参加民主主義・熟議民主主義を担う役割を強調し、その一層の強化を提唱

---

56) Trute, Governance des Wissens, in: Weingart/ Wagner (Hrsg.), Wissenschaftliche Politikberatung im Praxistest, 2015, S. 115 ff.

57) BVerfG, Urt. v. 13.10.2016, E 143, 65. Wolfgang Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, 286 ff. も民主政の観点等から強く疑問を呈する。これに対し Bernd Grzeszick, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie. CETA als Präzedenzfall für die demokratischen Anforderungen an völkerrechtliche Verträge, NVwZ 2016, 1753 ff. (1756 f.) は、当該条約の解釈として、一般的抽象的な法を定める内容をもつ混成委員会の決定がEU 加盟国の同意なしに同国を拘束するとはいえないとする。

するビーヴァーの見解に注目する。そして、日本においても内閣法制局のプレザンスの後退などを背景に<sup>58)</sup>「政治の司法化」の兆しがあることを観察し、裁判官の独立性を強化し多様性を確保することの必要性を説く。また、前述のように世界（連邦）議会のないグローバルなレベルを念頭に置いて、藤谷論文は、裁判所による「事後的な権利救済の回路の保障をも（事前の民主的秩序形成に加えて）正統化要請を満たすための要素」とし、さらに「司法的に争いうる可能性そのもの」を「（国家の統治も含む）秩序＝ガバナンスの正統性を争点化するための回路」と主張する（特にⅠ・240頁）。いずれの見解も司法が、民主的正統化の稀薄性ゆえに立法・行政の統制を抑制すべきと考えるのではなく、むしろ議会の・議会による民主的正統化と並ぶ正統性をもつことを説く点が、注目される。

## （2）アメリカ合衆国とドイツにおける司法の民主的正統化

これまで、民主的正統化と司法との関係について、アメリカ合衆国とドイツはそれぞれ特徴を見せてきた。アメリカ合衆国で、「司法審査」と民主政との関係が盛んに論じられてきたことは周知の通りである（「反多数者主義の困難」<sup>59)</sup>）。米国の制度上の特徴としては、他国に比し、裁判官の選任手続が政治的色彩を強く帯びており、その意味で、司法を人的に民主的正統化（前述Ⅰ）する回路が強化されていることが挙げられる。歴史をたどると、建国時の州では知事または議会による任命制がとられたが、ジャクソニアン・デモクラシーを契機にして政党的選挙制（所属政党の記載を伴う）、後に非政党的選挙制が増え、さらに、成績主義制（多くの場合に非法律家を含む指名委員会が、資質を評価して選定した候補者から、知事が裁判官を任命し、その後、一定期間ごとに有権者が信任投票を行う）が、アメリカ法曹協会等により提案されて1940年にミズーリ州で採用され（ミズーリ案）、他州に広がった<sup>60)</sup>。このように、裁判官の選任方法は州により、また各州でも審級により、そして時代により異なり、全く一様ではない。しかし、こうした裁判官の選任制度を

58) 内閣法制局による法案審査と最高裁の違憲判断の少なさとの関係については、さらにエビデンスを検証する必要性が指摘されている。毛利透「内閣法制局と最高裁判所——一憲法研究者からのコメント」法律時報88巻12号（2016年）93頁以下（96頁）、中川丈久「行政法学からみた「内閣法制局と最高裁判所」」同誌97頁以下（103頁以下）。

59) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962, pp. 16 et sqq. 同書は、多数者にとっての現下の必要に直接応じる傾向をもつ政治部門に対し、社会に一般的・永続的に必要な価値を実現し教育的効果をもつ点から、司法を正当化する方向性を示す（pp. 23 et sqq.）。

60) 詳しくは、田中英夫『英米の司法 裁判所・法律家』（東京大学出版会、1973年）359頁以下、浅香吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、1999年）140頁以下・205頁以下、木南敦「アメリカの代表民主政と裁判官選挙」紀平英作編『アメリカ民主主義の過去と現在——歴史からの問い』（ミネルヴァ書房、2008年）99頁以下、原口佳誠「アメリカにおける州裁判官公選制の課題——政治部門からの独立性と民主的基盤（Ⅰ）（Ⅱ・完）」早稲田大学大学院法研論集129号209頁以下・130号269頁以下（2009年）。

全体として見ると、権力を組織するための民主的正統化または参加の回路を量的に増やし、換言すれば、各権力をそれぞれの民主的正統化および参加の回路により組織し、こうした権力相互間の抑制と均衡を図るという、アメリカ合衆国の権力分立の特徴がよく現れている。こうした裁判官公選制は、任命権者からの裁判官の独立性の確保も意図して導入されたものの、裁判官の政治的独立性・専門性の観点からは、課題が残る（「多数者主義の困難」<sup>61)</sup>）<sup>62)</sup>。近時、ミネソタ州の裁判官選挙制の下で、裁判官候補者が争われている法的または政治的問題に関して自己の見解を表明することを禁止する州裁判官行動規範の条項を、連邦最高裁判所が違憲と判断した 2002 年のホワイト判決を契機に、議論が生じている<sup>63)</sup>。

これに対しドイツでは、裁判官について国民による選挙も信任投票も行われない。むしろ相当数の州で、裁判官全体が提案または選出した裁判官代表の委員が一定数含まれる裁判官選考委員会が、裁判官の任命に関与する制度がとられている<sup>64)</sup>。このような同輩による欠員補充（Kooptation）の要素の程度は、州により様々であるが、こうした要素により、裁判官の民主的正統化が揺らぐのではないかと<sup>65)</sup>。これが、前述 1 のベッケンフェルデが民主的正統化について最初に本格的に論じたテーマであった。ベッケンフェルデはこ

61) Steven P. Croley, The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law, 62 U. Chi. L. Rev. (1995), pp. 689 et seq. の詳細な批判を参照。

62) アメリカの連邦最高裁判所裁判官を選任する過程で、上院において行われる公聴手続を念頭に置いた議論であるが、全体にドイツの連邦憲法裁判所の制度を批判的に分析する Christoph Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/ Lepsius/ Möllers/ Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 281 ff. (360 f.)（イェシュテット＝レプシウス＝メラース＝シェンベルガー（鈴木秀美＝高田篤＝棟居快行＝松本和彦監訳）『越境する司法——ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2014 年）305 頁以下）は、アメリカ連邦最高裁判所裁判官の選任手続に比してドイツの連邦憲法裁判所裁判官の選任手続が透明性を欠くとの批判に対しては、「潜在的に政治的な効果をもつ決定を裁判手続の形式で行うという裁判所の任務には、現在の選任方法が完全に見合っている」と明確に述べている。アメリカ合衆国を参照し、日本の最高裁判所裁判官の選任手続を透明化することを主張する見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』（成文堂、2012 年）162 頁以下・205 頁も、「選任手続の政治的争点化が進み、候補者の価値観をめぐる政治論争が発生するようになると、裁判の客観性や政治的・価値的中立性といった司法の伝統的な正統性の源泉から、司法が正統性を調達していくことが困難になる場合がありうる」と課題を指摘する。

63) その後の判例も含めた分析として、岩倉秀樹「アメリカの裁判官公選制と選挙運動の自由」広島法学 27 巻 2 号（2003 年）285 頁以下、原口佳誠「アメリカにおける裁判官公選制とデュー・プロセス」早稲田大学比較法学 45 巻 3 号（2012 年）29 頁以下、同「裁判官選挙候補者の言論の自由と個人的寄付勧誘の禁止」同 49 巻 3 号（2016 年）262 頁以下。

64) Fabian Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 396 ff.

65) Fabian Wittreck, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL Bd. 74 (2015), S. 115 ff. (145 f. m.w.N.) は、政党と関係を持つ裁判官団体に所属する裁判官代表を含む裁判官選考委員会の「政治化」を指摘する。同報告を参照し、笹田栄司「司法過程と民主主義——司法組織のあり方を中心に」公法研究 79 号（2017 年）50 頁以下（61 頁）は、「個々の裁判官の独立に関する最

ここで、民主的正統化の道筋の相互間に、ある程度の相補性を認める立場をとった。つまり、独立性をもち指揮命令を受けない裁判官について、裁判が法律に厳格に拘束されることにより内容的な民主的正統化を確保し、さらに人的な民主的正統化を厳格に要求すべきとした<sup>66)</sup>。しかし、人的な民主的正統化の要素は、むしろ前述のように州によっては弱められていることを否定できない。そのためドイツでは、司法が法律を適用する作用であることから、内容的に民主的正統化されていることを強調する傾向があった<sup>67)</sup>。しかし、法の解釈適用といっても判断の余地が大きいことはいうまでもなく、内容的な民主的正統化が司法について十分になされると簡単にはいえない<sup>68)</sup>。

### (3) 権力分節と個別的な正統化

そこで近時ドイツでは、正統化の基礎を国民等ではなく個人とした上で（1 参照）、分立する三権と個人とを、民主的正統化に限らない複線的な正統化の概念により結び付ける見解が提示されている。この見解は、個人を起点とする正統化の回路を、質的に分化させて構想することにより、国の組織・手続を機能に応じて分節させる帰結<sup>69)</sup>を導く。つまり、議会が平等選挙という集合的な個人の自己決定により民主的に正統化されることと同等に、裁判所は個々人の自己決定権を保護することにより個別的に正統化される（individuelle Legitimation）というテーゼである<sup>70)</sup>。藤谷論文も、原田大樹教授が説かれている「開かれた正統性」概念を介し、この見解を相当程度、参考にしている（I・

---

も大きな危険は、他の（監督を行う）裁判官から生まれる」ことに注意を促す。

66) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl. Dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, 1974, S. 71 ff.

67) 端的な議論として、Axel Tschemtscher, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 74 ff., S. 113 ff. が、従来の民主的正統化に関する「組織に着目する形式的モデル」に対して提示する「民主的正統化のコントロール・モデル」がある。後者のモデルは、人的正統化は内容的正統化の要素が希薄な場合に限り必要であるとして、人的正統化に「ボーナス」としての意義しか認めず、内容的正統化についても、国民投票の方が議会による決定より正統化の効果が強いとし、また利害関係者による自治行政においても「民主的」正統化を観念するなど、参加の要素を重視する（特に S. 129 ff.）。

68) Klaus Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529 ff. (531) は加えて、私的自治に基づく契約も裁判の基準になること、および裁判官の自由心証による事実認定が裁判において重要性をもつことを挙げる。また Wittreck (Fn. 64), S. 120 f. は註 67 の見解に対し、法律が司法を正統化する効果を一方的に信頼し、人的な民主的正統化の意義を極小化する点で、「非常に楽観的」と批判する。論者自身は、裁判官が負う各種の法的責任等を通じて、法律による司法の拘束を実効化すべきことを説く（S. 132 ff.）。

69) 権力分立論の文脈では、すでに説かれてきたことである。斎藤誠「公法における機能的考察の意義と境界——「機関適性」に関する断章」『藤田宙靖博士東北大学退職記念 行政法の思考様式』（青林書院、2008 年）37 頁以下（51 頁以下）。

70) Möllers (Fn. 37), S. 28 ff. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, 2016, S. 33 f. も、この見解に依拠する。



234 頁以下)<sup>71)</sup>。私もこのテーゼの方向は基本的に正当であると考え、しかし、二つの正統化の対比が若干形式的で、「行動に着目する思考方法」をあまり反映させずに「法行為に着目する思考方法」に依拠するためか<sup>72)</sup>（司法作用は、「個別化、回顧性、内容が法的に予め決定されていること」を、立法作用は、「一般化、将来指向、内容が予め決定されておらず開かれていること」を特徴とするとし、行政作用は「段階的な具体化による媒介」であるとする<sup>73)</sup> <sup>74)</sup>）、ドイツで個人の尊厳を基礎に民主的正統化を構想する論者も、「個別的な正統化」の観念を必ずしも採っていない<sup>75)</sup>。

そこで私なりに「個別的な正統化」をパラフレーズすれば、裁判官は、個人（または個人が自由に組織した団体）の権利を保護するために、政府も含む社会の諸勢力からの独立を保障され、自らの良心と法規範のみを基準にして判断を行い、職権ではなく権利者ないし権利侵害を行う主体の提訴により活動するという組織・手続の形態をとることにより、正統化される、ということであろう。基本権・人権保障と個別事案における法形成という要素を「実体上の法治国的正統化」、裁判官の独立と申立てに基づく活動等の要素を「手続上の法治国的正統化」とする見解<sup>76)</sup>も、ほぼ同旨と解される。裁判官が内閣等により選任され、議会等の定める法に拘束されるという意味で、民主的（人的・内容的）に正統化されるのも、社会勢力による影響を排除して裁判官の独立を維持し、権利保護を実現することを目的とし、その目的を実現するために必要な範囲に限られる。端的に言えば、裁判官・裁判所の民主的正統化は、個別的な正統化のための手段と位置づけられる<sup>77)</sup>。

71) ただし、個別的な正統化から「競争による正統化」（原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014 年）79 頁）、「市場による正統化」（藤谷論文、I・234 頁）を観念する点は、元になったドイツの学説と異なる。

72) この二つの思考方法は *Bumke* (Fn. 22), S. 75 ff., S. 105 ff. が定式化した。山本隆司「現代における行政法学の体系」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、2016 年）31 頁以下（53 頁以下）。

73) 特に *Möllers* (Fn. 37), S. 94 ff.

74) *Matthias Cornils*, Gewaltenteilung, in: *Depenheuer/ Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 20 Rn. 41 ff. は、メラースの見解に対し、「決まった型にはめる効果をもち、カテゴリーカルに作用を区別するテーゼに達しているが、個々の法創出主体（議会、行政庁、裁判所）および法創出手続のもつ機能のポテンシャル（そしてまた正統化の力）を切り詰めてしまっていないかという疑問を生む犠牲を払わなければならなかった」、「三権のより複雑な機能性を、個別的な正統化と集团的・民主的正統化という二項構造にあまりにも強く当てはめている」と批判する。特に、司法の正統化を「制度化された独立性、法律家の専門性、割り当てられた法創出の役割、および当然ながら民主的な法律に拘束されること」と関係づけていないこと、「個別的な正統化」と民主的正統化という軸により司法と行政の区別ができないこと等を指摘している。同旨の批判として *Bernd Grzeszick*, *Die Teilung der staatlichen Gewalt*, 2013, S. 66 ff.

75) *Schmidt-Amann* (Fn. 4), 4/4（シュミットーアスマン（註 4）183 頁以下）は、権力分立に関する叙述の中で引用するが、*Trute* (Fn. 30) は、明確には参照していない。

76) *Rennert* (Fn. 68), S. 532 ff. 「手続上の法治国的正統化」には、諸種の討議および透明性の要素も含められている。

77) *Grzeszick*, in: *Maunz/ Dürig*, GG Komm., Art. 20 II Rn. 244 f. (Stand: 2010) は、憲法上保障された司法



#### (4) 司法によるガバナンスの実現

このような個別的な正統化の内容は、特段目新しいものではない。しかし、このように議会を通じた民主的正統化に依存しない司法の個別的な正統化を明確に位置づけることは、国際法秩序の中で裁判所の役割を広く認めるための基礎になる（この点は、本書のテーマではないため、詳論しない）<sup>78)</sup>。加えて、以下で述べるように、司法がガバナンスを実現する役割を認めることにより、司法の性質を損なわない範囲で司法の役割を広く理解するための道筋が明らかになる<sup>79)</sup>。

司法が権利の内容を判断するには、他の権利・利益との間で適正な衡量を行わなければならないのが通常であり、そのために、訴訟手続における武器対等を保障する必要がある。つまり、個別的に正統化された司法の組織・手続は必然的に、前述 2 (1) の利益ガバナンスを実現する役割も果たす。知識ガバナンス、参加等、個別的な正統化と接続し得る他のガバナンスの要素（2 (3) 参照）も考慮に入れて一般的に言えば、司法が、個別的に正統化される司法の手続・組織の性質を損なわない限りで、こうした司法の性質を生かして、ガバナンスを実現する役割、換言すれば、佐藤論文でいわれる参加民主主義・熟議民主主義を実現する役割を果たすことが肯定できよう。藤谷論文は特に、行政機関や私的組織が民主的正統化と接続し得るガバナンスの手続・組織（藤谷論文の表現では「正統性」）を備えているか（備えていたか）という争点について、司法が判断する場面に焦点を当てている。普通選挙権が実現された当初から、選挙の手続では多様な諸利益が政治に十分反映されないことが意識され、独立行政委員会や憲法裁判所などにより実現される「非党派性（Unparteilichkeit）」や「反映性（Reflexivität）」という「正統性」が重要になった、との指摘は<sup>80)</sup>、ガバナンスを実現する司法の役割の重要性を考える上で示唆的である。

---

の地位、特に裁判官の独立により、「補償を要する正統化の不足」が生じるのではなく、「正統化の水準」の引下げが許容または要請される、と明確に述べる。

78) 問題の一端にすぎないが、山本隆司「外国または国際組織による公権力の行使に対する裁判所による権利保護——近時のドイツ連邦憲法裁判所判決・決定をめぐって」『滝井繁男先生追悼論集 行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、2017 年）355 頁以下で論じた。

79) こうした役割を果たすための司法の組織・手続のガバナンスについては、詳論しないが、日本の最高裁に即して、見平典「最高裁判所と民主主義——最高裁判所裁判官人事を中心に」公法研究 79 号（2017 年）209 頁以下、Andreas Voßkuhle/ Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, 673 ff. (680 ff.) は、「裁判官の民主的正統化の付加的な支え」として、組織・手続のガバナンスの諸要素（公開・口頭原理、理由付けの必要、専門化・職業裁判官の質、名誉職裁判官の参加、利害関係者の参加）を挙げる。

80) Pierre Rosanvallon, Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe (Original 2008, aus dem Französischen von Thomas Laugstien, 2010).