

# 行政法学における「参加」に関する一考察

## ——西ドイツの議論を素材として——

小 山 正 善

- 一 はじめに
- 二 「参加」の法的基礎に関する論議
- 三 若干の問題と考察
- 四 むすびにかえて

### 一 はじめに

一 行政活動のなかで形成的な活動の比重が増すに伴って、行政手続や行政決定過程において何らかの利害関係人や住民等の意向を従来以上に広く反映さす必要のあることは、今日ほとんど疑う余地がない。したがって、わが国においても、「市民参加」や「住民参加」といった概念が唱えられ、議論されている<sup>1)</sup>。しかしその一方、それらが法的にどのようにして可能となるか

---

1) 「市民参加」については、差し当たり『講座・現代都市政策Ⅱ・市民参加』（岩波書店一九七三年）、篠原一『市民参加』（岩波書店一九七七年）、加藤一明編著『現代行政と市民参加』（学陽書房一九七八年）等参照。「住民参加」については、『住民参加手続の法理』（有斐閣一九七七年）をはじめとする小高剛教授の一連の著作、田村悦一「行政過程における住民参加」立命館法学一三三～一三六合併号四九五頁以下、同「参加利益の法的保障」同一四六号五四九頁以下、佐久間彊「住民参加論について」自治研究五二卷三号四一頁以下、柳瀬良幹「『住民参加』の定義」自治研究五〇卷二号五一頁以下等参照。

については充分明らかでなく<sup>2)</sup>、またそれらの概念に関わる法的考察が十全になされてきたというわけでも必ずしもない<sup>3)</sup>

本稿では、このようなことを考慮して、西ドイツの行政法学者を中心とした「参加」に関する議論の一斑を叙述・紹介し、併せて若干の検討を加えてみたい<sup>4)</sup>

二 西ドイツにおいては「参加」の観念は一応定着しつつあるようにみえる。しかしながら、その一義的な定義は存在せず、概念のレベルに関しても不明瞭なところがある。そこで一先ず、考察の範囲を西ドイツで一般的に諒解される「参加」の観念に関して明らかにすれば、つぎのようにいえる。

ある見解によれば<sup>5)</sup>、「参加」を定義するのに際し、個人、直接性、案件決定(Sachentscheidungen)を概念標識とみなし、これに基づいて、「案件決定への個人の直接的な Teilhabe」と定義し、加えてこのような概念規定が現に「支配的」とであるとされる。確かに、西ドイツで一般的にみられる「参加」の観念という点でこのような理解はあえて異とされるべきでもなからうが、ここではなおいくらか補足的に述べねばならない<sup>6)</sup>

まず一般的にいえば、「参加」は行政の領域において話題となる限りでは、《行政の諸決定への利害関係人や公衆の協働(Mitwirkung der Betrof-

2) もっとも、取消訴訟における訴えの利益の拡大化傾向との関わりで、参加利益の訴訟的保護の問題が議論されている。典型的なものとして、田村・前註論文、山田洋「行政手続への参加権の訴訟による保護」(上)・(下)西南学院法学論集一五卷四号九三頁以下、一六卷一号七七頁以下等。

3) 最近における有意義なものとして、原野翹「現代行政法学と『参加』論」現代国家と参加(法律文化社一九八四年)七五頁以下、小高剛「行政手続と参加」現代行政法体系3(有斐閣一九八四年)一〇一頁以下。

4) 西ドイツにおける議論については、宮田三郎「計画策定手続と住民参加」専修法学論集三一号一四三頁以下、同『行政計画法』現代行政法学全集4(ぎょうせい一九八四年)一九六頁以下、山田・註(2)論文、村上武則「Teilhabe(配分参加)について」杉村(敏)記念・現代行政と法の支配(有斐閣一九七八年)七三頁以下(とくに九一頁以下)参照。

5) W. Mantl, Die Partizipation in der Verwaltung, in: Hrsg. v. Ermacora-Winkler-Koja-Rill-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S. 485ff. (485f)

fenen od. der Öffentlichkeit)》として理解される。そのうえでそれは、行政への議会を介しての影響行使という間接民主政と区別する意味で、《直接的》な協働に限られる。またこの場合、《協働》にとって重要なことは、行政決定に対する「参加」の能動的な性格、行政に対する参加人の能動的な地位とされる。更に、《利害関係人や公衆》の協働に画しようとするのは、国・その他公共団体の機関の参加（いわゆる「組織参加」）やそれ自体としての公務員の参加をそこから排除するものである。むろん、そのように画しても、利害関係人や公衆の意義をめぐっては多くの議論が存する。しかしこれを措けば、どのみちそれらが個々人のみを指称するだけにとどまらず、《集団》(Gruppe)または《団体》(Verband)をも包摂するものとして想定される。かくして、以下では「参加」として《行政の諸決定への利害関係人や公衆あるいはそれらの集団ないし団体の直接的かつ能動的な協働》に関わる議論が、差し当たっての考察の対象となる。

三 いうまでもなく、このような「参加」はそのまま実定法上の概念でないとしても、部分的には今日の西ドイツの法律において採り入れられつつある<sup>6)</sup>。しかしながら、それらを法的に考察する際の手がかりは憲法のレベルで

---

6) 以下については、P. Dagtoglou, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, in: DVBl 1972, S. 712ff.; W. S. Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in: VVDStRL31 (1973), S. 179ff. (183ff.); A. Hartisch, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S. 80ff.; H. J. Menzel, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater? 1980, S. 73ff.; R. Hendler, Die bürgerschaftliche Mitwirkung an der städtebaulichen Planung, 1977, 5ff.; P. Dienel, Partizipation an Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung, in: Die Verwaltung Bd. 4 (1971), S. 151ff. (154ff.); R. Mayntz, Funktion der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung (25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer), 1972, S. 341ff. 等参照。なお、わが国で「参加」の概念に関して有益なものとして、井出嘉憲「行政と参加」行政学講座3 (東大出版会一九七六年) 三〇一頁以下 (三〇四頁以下) がある。

7) 法律の具体例については、W. S. Glaeser, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Lerche / Glaeser / Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35ff. (45f.)。

直接に規定されてはならず<sup>8)</sup>、「参加」の法律問題の究明という課題はそれゆえ主に学説や判例に委ねられてきたとあってよい。ただ、以下ではとりあえず学説に限定して考察することにとどめたい。

## 二 「参加」の法的基礎に関する論議

一 「参加」は憲法上の概念として直接に規定されていないとしても、このことが直ちにその明示かつ一般的な否認ということを導くのもないという意味では、「参加」がどのように要請されるかは考慮すべき問題となろう。したがって、西ドイツの行政法学説もこの点をめぐって大いに論じ、七〇年代のはじめに「参加」が法律問題としてとり上げられて以来今日に至るまで、統一的な見解を生むところとはなっていない。ただ、こうした問題は実際には既に早くから行政手続の法的根拠の問題として議論されてもきたとあってよい。あるいはより具体的には、「参加」を規定したと解される手続規範に対する違背の効果に関して議論された。

たとえば七二年の連邦行政裁判所判決は<sup>9)</sup>、温泉源地の所有者とその利用権者とが第三者への新たな温水採取許可の取消を求めた事案において、不利益

8) 周知のように、基本法に「参加」あるいはそれに類する概念は明示に規定されてはいない。他方ラントの憲法のなかでは、「国民は行政への協働 (Mitwirkung) を任ぜられる。協働はとくに行政庁の名誉職構成員がこれを行なう。」(ハンブルク憲法五六条)、大学は「自治権を有し、学生はこれに参加する (beteiligen) ことができる。」(ヘッセン州憲法六〇条一項、類似の規定をもつものにラインラント＝ファルツ憲法三九条一・二項、更に参照されるべきものにバーデン・ヴェルテンベルク州憲法一七条四項、ノルトライン＝ヴェストファーレン州憲法一〇条二項)、「経済活動および行政における労働者ならびに被傭者の共同決定権 (Mitbestimmungsrecht) は法律によって保障されることができる。」(ベルリン憲法一七条、類似のものにヘッセン州憲法三八条三項、ノルトライン＝ヴェストファーレン州憲法二六条)とといった規定に、詳細を別にして注目できるくらいである。

9) BverwGE41, 58(64f.)

回避のために水管理法上の承認手続の実施を求めた原告主張について述べ、《承認手続に関する諸規定は手続法的内実である限りにおいて直ちに隣人を保護すべき性質のものではなく、実体的権利に関してのみ隣人の保護を図るものである。したがって、一般にそれら諸規定は承認手続を規制するのであり、まさに権限ある行政庁をして決定にとって重要な視点のいっさいを斟酌せしめるものである。》とした。

また、この判決によって引証される六七年の連邦行政裁判所判決も、<sup>10)</sup> 既設石油精製施設地の下に石炭採掘権を有する者が施設拡張計画の許可の取消を求めた事案にあって、迷惑施設の許可手続に係る旧営業規則一六条以下に言及し、《当規則一六条以下が一定の個人的な利益のために定められるべきことは、許可庁の手続を規律するこれら諸規定からは生じない。一七条二項による公告・公示催告 (Öffentliche Aufforderung) により許可庁は、施設の設置が「公衆」にどのように影響するのかということを認識するものである。それゆえ、事業に対して異議を申立てるとの公示催告は、決定にとって重要な実態を能う限り包括的に究明するための行政の手段である。また、そうであればこそ、異議申立権は何人にもみとめられているのである。》としていた。

ひるがえって、手続規範に対する違背の効果の問題に関わる連邦行政裁判所の基本的な立場<sup>11)</sup>というのは、手続瑕疵の存在から直ちに当該決定の無効・廃棄を導くのではなく、瑕疵が実体的見地から決定にとって重大な場合にはじめて決定の効力に影響するというものである。そしてそのような立場は、手続法は実体法のために仕えるべき機能を有するとの一般的な認識の下に、実体において適正・妥当な決定はかかる妥当性にとって意義をもたない

10) BverwGE28, 131(132f.)

11) これについては、H. J. Wolff / O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), S. 434f.; P. Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: Hrsg. v. H.-U. Erichsen / W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1983), S. 317ff. (369ff.); D. Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil I, 2. Aufl. (1981), S. 161 等参照。

手続瑕疵のゆえには廃棄されるを要しない、という実体法中心の伝統的な考え<sup>12)</sup>に由来している。いいかえれば、手続規範に対する違背は、ここでは、決定にそれが実体的に影響することによって異なる決定を招来しうる場合にあってのみ決定の無効・廃棄を伴うことができるというのであり、このような考えは行政手続法四六条の規定<sup>13)</sup>において実定化されてもいる。

さて、手続規範の意義、それへの違背の効果についてこのように理解する場合、とりわけ議論になるのが、行政決定について利害ある第三者の手続参加を定める規定に対し違背が存するときであろう。前述の裁判例<sup>14)</sup>はこのような局面に関わるものであって、それらによれば、「参加」をもって参加人の法的地位に資するというよりも、むしろ実体的に公正な決定を得るために広く情報を求め、能う限り包括的な不備のない実態究明に基づいて手続の合理化を図ろうとすることが明らかとなる<sup>15)</sup> したがって、ここにおいては

12) ドイツ行政法学においては伝統的に行政決定の実体的な正しさないし実体法による行政の拘束が重視されたことにつき、W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL30 (1972), S. 245ff. (254 Fn.(28)); H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 343; E. S. Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 54.

13) すなわち、「四四条により無効とされない行政行為は、実体上他の決定がなされ得なかった限り、手続、形式または地域的管轄に関する規定に違背してなされたことの理由によってのみ、その廃棄を請求することができない。」と規定する。もっとも、この規定については批判も多く、それが「手続権の相対化を結果し、そうしてどちらかといえば逆の効果をもつ」ゆえに、「法政策として失敗」であり、裁判所の統制が制限される限りでは憲法的に「疑わしい」といわれる (F. O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. (1983), S. 672)。

なお行政手続法四六条と同様の趣旨が行政裁判法四四条 a に規定されるが、これらに関する比較的最近の議論については、F. Ossenbühl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: NVwZ 1982, S. 465ff (469ff.); W. Blümel, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: Hrsg. v. Blümel, Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23ff. (59ff., 65ff.)

14) 本文でとりあげた以外の同旨の裁判例について、K. Redeker, Grundrechtliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, in: NJW 1980, S. 1593ff. (1594 Fn. (19)); Glaeser, a. a.O. (註・7), S. 35ff. (48 Fn. (31)) が触れる。

「情報補助としての参加」<sup>16)</sup>の観念を指摘することができるのである。

二 このように連邦行政裁判所で「情報補助としての参加」論が歩を進めつつあったなかで、七九年の連邦憲法裁判所決定<sup>17)</sup>がとりわけ注目を集め、たとえばレーデカー<sup>18)</sup> (Konrad Redeker) は、それが基本権から生じる手続法的地位も基本権として保護されることを説くとして、「画期的」と呼ぶ。事案は、要するに<sup>19)</sup> 原子力発電所施設の建設に係る一部の決定に公告と聴聞を欠くことが生命・身体を保障する基本法二条二項に反するか否かが、建設地周辺の住民によって争われたというもので、結果的に異議は容れられなかったものの、その適法性について述べるところが注目される。

これによれば、《二条二項の基本権は国の侵害に対する保護のみならず、国を義務づけてそこに掲げられる法益を保護・助長せしめ、他人の違法な侵害から守らしめる一方、これに応えて国は原子力利用に際し実体法的小よび手続法的許可規制を施すのである。そしてかかる規制は危険に瀑される第三者保護の手段であるとともに、それによって国は市民の基本権的地位と事業者のそれとの調整を図るものである。ところが、実体法的規制に十全を期し難いとするなら、許可は手続法的規制に係らしめざるを得ず、国の保護義務は手続法的に考慮されると同時に危険に瀑される市民の参加が規定されるのである。そこでこうした市民は許可決定を訴訟によって争いうるだけでなく、むしろ手続法は事業に対する異議が既に行政庁の手続において提起できるとすることにより、権利保護の先取り (Vorverlagerung) を可能にするのであ

15) わが国においても、温泉法二〇条所定の知事による温泉審議会の意見聴取は「知事の処分の内容を適正ならしめるためであり、利害関係人の利益の保護を直接の目的としたものでなく、「そのかしは取消の原因としてはともかく、本件許可処分を無効ならしめるものということとはできない。」とするものがある（最高裁昭和四六年一月二二日判決民集二五卷一号四五頁）。

16) Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 48.

17) NJW 1980, S. 759ff (761f.)

18) Redeker, a. a. O. (註・14), S. 1594.

19) 本決定の詳細な紹介および分析については、山田洋「行政手続への参加権～西ドイツ連邦憲法裁決定をめぐって～」一橋研究六卷三号一一二頁以下参照。

る。》という。

もっとも、この決定に拠って手続瑕疵のすべてにわたって基本権の違背をみたり、第三者の手続参加自体が直ちに訴訟的にも保護されるということもできない。つまり、この決定においては「原告適格ある (klagebefugt) 第三者は手続違背を原則として主張することができ、その「参加」を定める規範はこのような意味での手続規定に該当するということが明確にされるのである<sup>20)</sup> したがってこれによって少なくとも、その他の点で無効とされない決定はそれ以外の異なる実体的決定が可能であり得なければ手続瑕疵のゆえをもって廃棄されないとの命題は「疑問」<sup>21)</sup> であって、それ自体としての手続瑕疵を権利保護を根拠に法的に争う余地が開かれる。いいかえるなら、それは権利保護の要請に基づいて手続参加を法的に訴求しうるとするもので、「権利保護の手段としての参加」<sup>22)</sup> が裁判例のうえでも観念されうるに至ったことがみとめられる。

一方、学説にあって、明確かつ排他的に「権利保護の手段としての参加」の観念を説くものにブリューメル<sup>23)</sup> (Willi Blümel) がある。一方で彼は「情報補助としての参加」の観念を退けながら、他方においては「参加」にいかなる民主的な要請もみとめずに、「参加」は法治国原理なかんずく権利保護の思想から要請されねばならぬという。つまり彼にとって、法律問題としての「参加」は計画に直接利害を有する者の効果的かつ時機を得た権利保護や法的聴聞の供与の問題であらねばならず、民主的協働や共同決定 (Mitbestimmung) が議論となるのでは決してない。なぜならば、それらはそもそも

20) NJW 1980, S. 762.

21) Goerlich, a. a. O. (註・12), S. 346.

22) Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 48. なお、手続参加の裁判的保護に関する西ドイツの判例・議論については、山田・註(2)論文がすぐれた分析を行なう。

23) Vgl. W. Blümel, "Demokratisierung der Planung" oder rechtsstaatliche Planung? in: Festschr. f. Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. (1974), S. 9ff. (16f., 23ff.); dens., a. a. O. (註・13), S. 25ff



議会や行政の権限と責任という憲法原則に一致しないのみならず、憲法の保障する権利を問題ある多数意思に基づいて解体せしめることになろうからである。

また、ブリューメルは法的利害関係 (Rechtsbetroffenheit) 以外の利害関係というものをほとんど全く重要視することがないので<sup>24)</sup> 第三者の手續参加を定める「公衆参加」 (Öffentlichkeitsbeteiligung) の機能を規定するに当たっても、法的利害関係人の保護が顧慮されるべきであるとして、民主政原理に根拠を置いた「市民参加」というよりも法的利害関係人、それゆえ原告適格ある第三者の効果的な権利保護や法的聴聞の供与であるべきことを強調することになる<sup>25)</sup> かくして、ブリューメルの議論は伝統的な権利保護の領域に整序されるものとして、ただその「先取り」 (Vervorlegung) という点に関して新たな意義も見い出されることになるのであろう。

三 以上のように、ブリューメルが法治国原理に依拠することによって「権利保護の手段としての参加」という排他的な観念を主張するのに対し、ここでは、まさに彼によって排される民主政原理との緊密な関係を念頭に置いて観念される「参加」が問題になる。しかしながら、このような議論が法的なものとしてもそのまま通用できるか否かについては議論の余地もあろうし<sup>26)</sup> ここに考慮される諸説の間に見解の一致があるというわけでもない。ともかく、ここでは以下のような主張が問題となる。

まず、ここでいう「参加」は、ピュットナー<sup>27)</sup> (Günter Püttner) やベッターマン<sup>28)</sup> (Karl August Bettermann) の述べるところによれば、民主政原

24) Vgl. Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 50.

25) Vgl. Blümel, Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren (Referat), in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium (1977), S. 223ff. (227ff.); dens., a. a. O. (註・13), S. 27f., 61ff.

26) 傾向として社会学の論議のなかでは民主政原理との関連が、法律学にあっては権利保護との関連が前面に出易いことについて、U. Battis, Partizipation im Städtebaurecht, 1976, S. 176. また、小高剛「行政手続法と住民参加」法律時報五二巻二号一六頁、同「住民参加」ジュリスト・行政法の争点 (一九八〇年) 一三一頁。

27) G. Püttner, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 31 (1973), S. 273ff.

28) K. A. Bettermann, Diskussionsbeitrag, in: a. a. O. (註・27), S. 275ff.

理によって要請されるべき「共同決定」(Mitbestimmung)であるという。すなわち、「参加」は共同決定すべきことが決定に対し個々の利害をもたない一般的な関係にある市民にみとめられるときに話題となるもので、またそれはかかる場合にのみ民主主義との関わりをもつことができるがゆえに、「参加」は個々の利害関係人の法的聴聞や行政手続に対する影響行使の問題から区別されねばならぬというのである。キスカー<sup>29)</sup>(Gunter Kisker)も「支配への Teilnahme」としての「参加」について同じように述べる。要するに、ここにおいて説かれるのは、法治国原理に由来する個々の法的利害関係人の権利保護や法的聴聞の供与ではなく、民主政原理に基づいた「共同決定」としての「市民参加」ということになる。

しかしながら、民主的共同決定としての「市民参加」は具体的には必ずしも明らかでない。この点イプセン<sup>30)</sup>(Hans-Peter Ipsen)は、個々の市民というよりも実際には集団(Gruppen)としての市民の「参加」が問題になるとみて、ダクトクロウ(Prodromos Dagtoglou)の所説<sup>31)</sup>に拠りながら、命令的委任を伴う代表を介し特殊利益(Sonderinteressen)を権力行使の場に通用せしめる集団の「参加」を挙げる。また、「集団的影響の配合による統禦」(Steuerung durch Dosierung von Gruppeneinfluß)を唱えるキスカーも<sup>32)</sup>、社会的利益集団の共同決定による一定の行政使機能の充足について具体化し、行政において参加集団の「自己の事務」(eigene Angelegenheit)が論議になっている際の、その共同決定を説く。更にベッターマン<sup>33)</sup>は端的に、「集団としての関係人が彼らの事務(Angelegenheit)のうちで生起するところについてみずから決定する」「自治思想」(Gedanke der Selbstverwaltung)から、かかる事務についての集団の共同決定を導くのである。そこでこれら

29) G. Kisker, Gruppenmitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung, in: DÖV 1972, S. 520ff.; ders., Diskussionsbeitrag, in: a. a. O. (註・27), S. 276f.

30) H. P. Ipsen, Diskussionsbeitrag, in: a. a. O. (註・27), S. 294ff. (295).

31) Dagtoglou, a. a. O. (註・6), S. 714f.

32) Kisker, a. a. O. (註・29), S. 524f.

33) Bettermann, in: a. a. O. (註・27), S. 276.

のことからすれば、民主政原理に根拠する「参加」は、より具体的には、その「自己の事務」に関わる行政に際しての「集団」の「共同決定」として観念されるということができる。

以上、「参加」に関する二つの学説はもっぱら民主政原理に依拠して観念するものと、同じように排他的に法治国原理に基づいて観念するものとに分かれる。しかしその一方、こうして区別されうるこれらの所説も二つの基本的原理の対立的把握<sup>34)</sup> かかる把握に基づく「参加」の法的基礎づけに関する一面性<sup>35)</sup> という点では、かえって一致するとも思われる。とはいえ、それらによって説かれる「参加」は法的根拠のちがいを反映し、相互に区別されるべき様相をみせる。そこでそれらに関連しては章を代えて触れることとする。

また、法的根拠に関していえば、より多く見解は<sup>36)</sup> 「参加」を要請するに当たって民主政の原理にも法治国原理にも根拠するというもので、この限りにおいて既述の二つの見解から区別されることになる。こうした見解についてもつぎの章で触れることになる。

34) このような対立的把握の批判として、E. Denninger, Diskussionsbeitrag, in: a. a. O. (註・27), S. 268f.

35) Vgl. Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 48ff.

36) 細部の一致はともかくも、ここでは、Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 179ff.; F. Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit? in: Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag (1974), S. B5ff. (B122ff.); Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 89ff.; Battis, a. a. O. (註・26), S. 45ff., 60f., 62ff., 158ff. をあげうるが、簡単ながら更に参照すべきものとして、F. Kopp, Beteiligung, Rechts- und Rechtsschutzpositionen im Verwaltungsverfahren, in: Fg. aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 387ff. (390ff.); Badura, a. a. O. (註・11), S. 317f.; W. Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung. Zur Lage der zweiten Gewalt, in: VVDStRL 33 (1975), S. 182ff. (210f.); Hendler, a. a. O. (註・6) S. 5ff.; P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43ff. (121ff.) 等。

### 三 若干の問題と考察

一 前述したように、民主政原理を根拠に「参加」を観念・立論する見解にとって、集団の共同決定は一つの——実際ほとんど唯一といいうる——具体化とみられる一方、「権利保護の手段としての参加」を法治国原理に基づいて排他的に主張する見解は、民主的協働ないし共同決定の法的否認ということから、民主的要請としての「参加」の観念を退け、同時にまさにそのことをみずからの主張の排他性の根拠にすえる。また、そこでの共同決定の否認を個人的基本権の保護と代表民主政原理の維持から導くのであった。そしてこの限りにおいては、多数的とみられる見解も同じような否定的な考えを明らかにする<sup>37)</sup>。ここではこのような問題に関連し、まずはじめに共同決定としての「参加」、*「参加」による民主的正当化 (demokratische Legitimation)* をめぐっての議論をとりあげ (二)、それに若干の考察を加え (三)、つづいて「権利保護の手段としての参加」の観念をもっぱらとするブリューメルの見解について考察し (四)、そのあと多数的とみられる見解の代表的な一説に言及してみる (五)。

二 さて、キスカーが民主政原理に基づく「参加」について具体化し、社会的利益集団の共同決定を説くことには既に触れたが、いま少し詳細にみればつぎのようである<sup>38)</sup>。すなわち、行政の決定過程にあって個別利益 (Partikularinteresse) の導入を企図することは明らかに機能的 (funktional) であり、とりわけ参加集団の「自己の事務」 (eigene Angelegenheiten) が問題であるときにはそうである。しかしながら、公共事務 (öffentliche Angelegenheiten) というのは一般にその実施を委ねられ直接それに関係する者の「自己の事務」にすぎないのではなく、このゆえにそれには行政の責任や Gesamtverband のための権限・手段の行使が確保されねばならないのである。とはいえ、今日議論される共同決定の多くのケースにおいてはこのことのみが論

37) 差し当たって、Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 209ff., 232, 248f. 参照

38) Kisker, a. a. O. (註・29), S.523ff.

議されるだけでなく、それが参加集団の「自己の事務」に関わるのか「Gesamtverbandの事務」に関わるのかと問題が更に提起されるべきである。そうして前者の事務が問題であるならば、集団の共同決定の余地も全く否定されるべきでない。というのは、「自己の事務」についての集団の共同決定は全体の利益(Gesamtinteresse)の正当な解釈者としての議会および行政機関の地位を常に危うくするわけではなく、いっさいの国家機関に課せられるGesamtverbandのため権限・手段の行使という原則は、私人の「自己の事務」なる行政(öffentliche Verwaltung “eigener Angelegenheiten” der Privaten)が論議される場合にあってはその「放棄」も許されるからである。

キスカーによって主張されるこの種の議論については、一般に公行政の領域において参加集団の「自己の事務」を画すといったことが法的に可能か否かで成否も異にしようが、集団の共同決定という点では、ブローム(Winfried Brohm)もまた率直に述べる。

彼<sup>39)</sup>は基本法二八条一・二項、八七条二・三項を指摘して<sup>40)</sup>その効果が時間的にも空間的にも限定される行政課題に関わる決定権を、この課題に関して「一体的」(einheitlich)な、それゆえ「自己の事務」を処理するとみなされる集団としての関係人(=Verbandsvolk)に承認するという。それは、「議会の権限喪失」を部分的に補修するのに、効果において限定的な行政課題に関わるVerbandsvolkの共同決定権をもってするというもので、これによって彼は「参加」の民主的正当化機能や民主的正当化基盤(Legitimationsbasis)としてのVerbandsvolkの観念を首肯するのである。

ところで、従来「参加」の憲法的な論議のなかではその民主的正当性の媒介(=民主的正当化)という視点が、「参加」の要請または禁止の根拠の問

39) Brohm, a.a.O(註・12), S.267ff(insb. Fn.(68ff)); ders., Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 257ff. ブロームの所説については、E. Denninger, Demokratisierung — Möglichkeiten und Grenzen (Referat), in: Cappenberger Gespräche der F.-v.-Stein-Gesellschaft E. V. Bd. 11 (1976), S. 45ff. (51).

40) これによってブロームはGesamtvolkの領域的な再分(Gliederung)と同時に個別課題ごとのそれとが可能になるとみる。

題に関連して中心的な役割を演じてきたということが出来る<sup>41)</sup>。そこでこうした意味でいえば、上のように共同決定に肯定的な見解は「参加」による民主的正当化の問題についても多かれ少なかれ<sup>42)</sup>肯定的に應えることになる。一方、ここでの多数的な見解は、グレーザー (Walter Schmitt Glaeser) とともに、民主的共同決定を否認しつつ<sup>43)</sup>それ自体で正当化機能を営む *Verbandsvolk* の観念を「危険」と考え、結論的に「参加はそれゆえいかなる正当化機能も有しない」<sup>44)</sup>とする。つまりこれによれば、支配行使への民主的な「参加」は基本法の代表民主政の下では本質的に選挙の手續を通じてのみ

41) Vgl. Denninger, a. a. O. (註・39), S. 50f.

42) 「参加」の民主的機能に関連し、文献において民主的共同決定の問題と「参加」による行政決定の民主的正当化のそれとが別個のものとして論じられることについて、Battis, a. a. O. (註・26), S. 198. 参照(但し、そのように区別しないものとして、たとえば、Menzel, a. a. O. (註・6), S. 82ff.)。

43) 但し、グレーザーによれば、《社会国原理に由来し、市民が国の扶助という集合的給付の単なる客体に低下せしめられる現実にあって、その個別性を維持・回復するものとして集合的な給付配分の個別化的矯正 (individualisierendes Korrektiv kollektiver Leistungsausschüttung) を目ざす社会国的参加においては、たとえば職業組合 (Berufsverbände)、社会保険主体、水利および土地利用組合における自治 (Selbstverwaltung) にみられるように、社会国原理に整序されるべき社会的自治 (soziale —) を根拠に共同決定にまで及びうる。つまり、社会的自治の枠内において社会国的参加は団体の内部構造の問題を意味し、民主的参加と異なって、真の当事者参加 (Betroffenenpartizipation) として憲法的には共同決定にまで及ぶことができる》、という (Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 252ff., 同じように、Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 102ff., 107)。

このような議論は、民主政原理のうえに「参加」を観念し「自己の事務」に関する集団の共同決定を唱える見解を想起せしめるが、グレーザーはそれを社会国原理に帰すべき「社会的自治」に依拠することによって説くのである。しかしながら、「国の生存配慮という重要な行政領域への組織利益の包摂 (Einbeziehung)」を指示するものとしての「社会的自治」(C. F. Schuppert, *Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung?* in: *Fg. zum 70. Geburtstag v. G. C. v. Unruh*, 1983, S. 183ff. (192)) にとって、そのような自治領域の設定が基本権保障的のみ働いたり、グレーザーのいうような「行政の側で社会国的にみて公正に個別化する行政成果 (— erfolg) を保障するだけ」のものでもなく、民主主義の視角を欠かし得ない (Denninger, a. a. O. (註・39), S. 48(auch S. 55)) とするなら、二つの見解は大差のないものとなってしまいうように思われる。

44) Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 220.

実現されるのであり、また「自己の事務」処理の意味における集団の共同決定が問題であるとしても、基本法は領域的繋がり (territorialer Bezug) をもった全体としての国民（・住民）のみに民主的正当化基盤をみるがゆえに（二〇条二項，二八条一項），国民（・住民）に演繹され得ない独立の正当化基盤としての Verbandsvolk の観念は否定されざるを得ないというのである<sup>46)</sup>

「参加」の民主的正当化機能をこうしてすべて否定する議論は、既にその正当化概念が示すように、純粹規範的な演繹のみを通じて国家組織およびそれらのいっさいの権力的発現に法的統一性を確保し、合法性 (Legalität) に対しては正当性 (Legitimität) もとりなそうというもので、その一般性においてそれをも否定する法的議論はおよそ存し得ないであろう<sup>47)</sup> とはいえしかしながら、既述のキスカーやブロームのように、参加集団の「自己の事務」という観念とともにその例外を限定的にみとめようとする議論の外にも、つぎのような批判的な見解が更に生じ、比較的最近において主張される<sup>48)</sup> 点でもそれらが注目されるのである。

まず、ヘントラー (Reinhard Hendler) は、「参加」の民主的正当化の問題にとっては正当化の精確な概念が不可欠であるとする認識の下に、その概念規定のために決定の承認または受容の事実のみをめざすにとどまり、その際

45) Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 214ff.; ders., a. a. O. (註・7), S. 35ff. (48f.)

46) 全く同様に, Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 92ff. 更に同じように, Ossenbühl, a. a. O. (註・36), S. B 5ff. (B 124); Schmidt, a. a. O. (註・36), S. 182ff. (211f.); N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, 1982, S. 85; E. S. ABmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 46f. なお, 一般に行政手続にいかなる正当化機能も求めないものとして, N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983 (suhrkamp taschenbuch wissenschaft), S. 203ff.

47) 前註の文献の外, ここでは更に, Menzel, a. a. O. (註・6), S. 88; Denninger, a. a. O. (註・39), S. 52; Battis, a. a. o. (註・26), S. 194 も参照。

48) もっとも, ブロームも既に, 「民主的正当化の多様な形式および多様な可能性は相互に別々に存するのではなく, 互いに補完することもできる。」としていた (Brohm, a. a. O. (註・12), S. 270 Fn. (69))。

の諸個人の内的態度 (innere Einstellungen) を全く顧慮しないというのは問題だとする。そしてここから改めて決定の具体的・内容的考察の重要性を説き、憲法的に許された仕方ではなされる「参加」の事実上の正当性は基本法の前でも主張できるという。なぜならば、基本法の是認する規範的な正当性は一般的な代表民主政原理のみが規定できうるだけでなく、「憲法適合的」(verfassungskonform) であって「国民選挙を越えて事実上 (de facto) 正当化作用を営むもの」にも否定されるべきではないからである<sup>49)</sup>

かくて、ヘントラーは概念の拡張によって、当事者参加 (Betroffenenpartizipation) に関し、国民選挙という演繹的・純粹規範的正当化モデルの補完・洗練<sup>50)</sup>を強調しようとするが、同様のことが『私人の参加による国家支配の正当化』のなかでメンツェル (Hans-Joachim Menzel) によっても主張される。彼によれば<sup>51)</sup> 今日その社会的重要性とともに行政決定の実現性 (Durchsetzbarkeit) はますます経験的・事実的な正当化にも依存するようになる一方、行政の国民一般との関わりやその代表機能はそもそも議会におけるよりも本質的に乏しいとすれば、一定の・概観できうる利益や団体 (Verbänden) に関し、「規範的正当性を代表されない私人の民主的な参加の形式によって補完するということが憲法的に可能」になる、という。しかしながら、こうして規範的・擬制的正当化モデルも部分的に打破されるとすれば、そのことが個々の正当化主体による決定主体の拘束ということの完全な放棄へと至ってはならず、それゆえに「民主的」な参加に限ってのみ「『国民支配』の形式が例外として逐一的に (punktuell) 変遷せしめられうる」、というのである。

結局、デニングガー (Erhard Denninger) は一般的・議会代表的 (parlamentarisch-repräsentativ) 正当性と個別的・参加同一的 (partizipatorisch-identisch) 正当性との対置が「実りない」との立場から、「合法的支配」なる純粹規範

49) Hendler, a. a. O. (註・6), S. 30ff. (insb. 32ff.)

50) Hendler, a. a. O. (註・6), S. 35.

51) Menzel, a. a. O. (註・6), S. 87f.



的正当化形式をとって代えるというのではなく、それ以外の一般的に認められる正当化事由をもって補完し強化せしめることが肝要であるとし、形式的な規範的・合法的正当性の、状況適合的な目的合理性による補完が目下の行政活動の構造上から要請されているとみるのである<sup>52)</sup>。そうして教育人事行政の例でいくらか具体的に示したあと<sup>53)</sup>、「実質的協同 (Zusammenwirken), ひょっとして共同取組 (Zusammenraufen) による決定の最適化も国の最終責任の維持において期待されるならば、カリキュラムの作成および改訂のように本来的教育領域にあっても省の権限か個々の学校のそれかの厳格なあれかこれか (Entweder-Oder) が問題なのではなく、規範の余地を具体化する際の共同的段階過程が問題となる」と述べ、規範的な権限・責任体系に抵触することなく学校の「教育上の自己責任」が国の教育機能の正当性を強化せしめる<sup>54)</sup> というのである<sup>55)</sup>。

三 以上、民主政原理に基づいて観念される「参加」に関連し、その具体化としての民主的共同決定および「参加」による行政決定の民主的正当化という問題に関わる議論について略述したが、ここではそのような議論を通じて明らかとなるいくつかの点に言及し確認することが必要であろうと思われる。すなわち第一は、改めていうまでもないが、共同決定といい「参加」の正当化機能といえども、それらは相対的に少数の学説によってきわめて限定的ないし例外的にのみ説かれることがある、ということである。いいかえれば、どのみち規範的には一般的・原則的に主張されうるのではない<sup>56)</sup> したがって、多数的な見解はここから問題を消極的に解し、またその限りでは「参加」の民主的機能に対して懐疑的である。とはいえ、ここではこうした

52) Denninger, a. a. O. (註・39), S. 52f., 59

53) Vgl. Denninger, a. a. O. (註・39), S. 60ff.

54) Denninger, a. a. O. (註・39), S. 63.

55) なお, Batts, a. a. O. (註・26), S. 194ff. も「参加はいかなる正当化機能も有しない」とするのは「問題である」と考え、このことを地方自治の領域に限り述べている。

56) 註(46) およびとくに註(47)の文献参照。

ことの確認のみが重要であるのでなくして、以下のことがなお考慮されるべきである。

すなわち第二に、「参加」の民主的正当化機能の問題に関していえば、「参加」の概念と同時に正当化概念それ自体が議論される。そしてその場合、問題に否定的な純粹規範的正当化概念のみが常に妥当すべきか、差し当たり事実性 (Faktizität) のレベルで確認できうる「参加」の正当化機能を規範性 (Normativität) のレベルにおいても個々の的に捕捉するということが許容されるのか否かが議論される。しかしこの議論は、「参加」の民主的機能にあっては規範性と事実性との交錯領域が問題になるということを暗示する一方<sup>57)</sup>「参加」の具体的内容、とりわけ民主的決定としての「参加」についての考察を要請するであろう。というのは、多数的見解によれば、いずれこの場合にこそ正当化基盤としての「Verbandsvolk」の観念が「危険」でありうるからである。

そこで第三に、民主的決定の問題についていえば、上におけると同じように、共同決定ないし決定の概念がより問題である。そしてこの点では、決定権というよりも決定の際の「共同的段階過程」を指示するデニングアの叙述が示唆的であったが、つぎのような見解もここではなお有意義となろう。すなわち、シュミット (Walter Schmidt) は国家および国家権力の統一性の維持に規範的正当化体系の排他性の根拠をみとめる一方、かかる要請は「最終的 (definitiv) な決定と決定準備 (Entscheidungsvorbereitung) との区別において維持される」ことから、「決定準備」こそが「参加」にとって重要であ

---

57) 関連していえば、「参加」の民主的機能として、たとえば人間の尊重、合意及び公開なる民主主義原則の実効化とか、加えて紛争の解明、決定過程の透視化といったことも挙げられるが、いずれにしても、それらが規範的にいかなることを要請しうるかは一義的に明らかではないであろう。(参照, Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 221ff.; Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 95ff.) したがって、このような意味では、「参加の構成という課題は、本質的に立法者 (einfacher Gesetzgeber) の手中に存する」(Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 236) ということになろう。同じように、たとえば、小高・註(26)一五頁、塩野宏「行政法第一部・4<完>」(東大出版会教材部一九八二年)七三頁。

るといい<sup>58)</sup> またバッチス (Ulrich Battis) も参加人が決定権をもつのではなく、その準備 (Vorbereitung) のみに参加せしめられると説き、決定が「情報処理過程」と定義されるとき、情報提供による利益主体の情報処理過程への「参加」、それに基づく利益の遂行の意味における「共同決定」が視野に入るといっているのである<sup>59)</sup> <sup>60)</sup> かくて、ここでは決定権、「最終的」・「法拘束的」決定と区別されるべき「決定準備」、「情報処理過程」の意味における決定ということが明らかになるのであって、少なくとも権限・責任の規範的体系のうえに構成される法形式としての決定のみでは「参加」の意義を正当に捉えることにはならないのである<sup>61)</sup> こうしたことはまた、伝統的に法から自由な行政内部領域へと押しやられた行政の意思形成過程の法的構成を要請するにちがいない<sup>62)</sup>

第四に、しかしながら、最終的決定とその準備行為との区別、同じような意味での共同決定と聴聞・協議 (Beratung) との峻別が常に適切というわけでもない。というのは、「すべての協働 (Mitwirkung) は確かに最終的になされる決定を mitbestimmen する<sup>63)</sup>」からであり、また強力な利益集団の場合のように、制度化された聴聞は実際には共同決定権の認容に帰すことがで

58) Schmidt, a. a. O. (註・36), S. 214f., 200ff., 210f.

59) Battis, a. a. O. (註・26), S. 54 und Fn. (41).

60) こうした議論に関連し、「参加」の問題にとっての行政決定の意義を早くに明らかにしたものとして、Dagtoglou, a. a. O. (註・6), S.713f. が注目される。

61) もっとも、「情報処理過程としての決定」という定義は「余りに一面的である。その定義は決定過程の合理性を絶対的とし、したがって権力の問題 (Machtproblem) を軽視する。」したがって、人は「二つの契機を斟酌し」なければならず、行政決定過程の「確定点」を刻むことは、この「箇所」に正当化、統制および責任の諸問題を結びつけるために不可欠である。」(Brohm, a. a. O. (註・12) S. 286f.)

62) Vgl. Schmidt, a. a. O. (註・36), S. 201; Brohm, a. a. O. (註・12), S. 289. 小高剛「住民参加の法制度的展開」自治体行政の法と制度 (学陽書房一九八〇年) 一四七頁、更には、Goerlich, a. a. O. (註・12), S. 350.

63) Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 83. なお、ハルティッシュは Mitbestimmung と Mitentscheidung とを区別し、後者を準備行為 (Vorbereitungshandlung) だけでなく決定自身 (Entscheidungsbeschluss) への Teilhabe と解するので、それは実質的に決定とその準備の区別を行なうシュミットやバッチスの議論と同じことになる。

き<sup>64)</sup>、あるいは最終的決定と決定準備としての協議との相互作用ということ  
を考慮に入れるなら、協議は事実上共同決定に成長しうるのである<sup>65)66)</sup>。そ  
れゆえ、「明確な責任を得ようとする法律家は決定過程における最終行為、  
すなわち『決定』のみを顧慮する傾向にある。その際彼は、この決定がしば  
しばみずから内容的に形成されると同時に既に下された長い過程の終点に  
すぎぬということ、余りに容易に見逃す<sup>67)</sup>」ことに注意すべきであろう。

四 つぎに、「権利保護の手段としての参加」を觀念するブリューメルの  
見解が問題である。この見解は、既にみたように、「参加」の下に法的利害  
関係人の効果的な権利保護や法的聴聞の供与を理解し、一方で「情報補助と  
しての参加」論を排し、他方においては「参加」と民主政原理との関連を  
いっさい否定するというもので、法的議論としては相対的に明確である。し  
かしながら、「参加」の民主的機能を共同決定へと狭めて否定することには、  
既述のような法形式としての決定の過大視という問題があるのみならず、共  
同決定という最大の要求のために内容的に不当に切詰められる民主政の把握  
についても議論がありうる<sup>68)</sup>。それはともかく、ここでは、「権利保護の手段  
としての参加」という觀念の排他的な主張に関し、以下のことが指摘できよ  
う。

第一に、「権利保護の手段としての参加」の觀念は確かに権利保護の「先  
取り」の点で有益であろうが、反面、そのような権利が存するところでの  
「参加」の必然性は「余分」とも考えられる。というのは、かかる権利はど  
のみち法的に保護されるということが「参加」の欠如を埋め合わせることも  
なるからである。そこでこうした意味においては、このような権利の欠ける

64) Kisker, a. a. O. (註・29), S. 520.

65) W. Brohm, Sachverständige und Politik, in: Festschr. f. E. Forsthoff zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. (1974), S. 37ff. (45).

66) それゆえ、一貫していえば、「協議は、責任を負わねばならぬことなくして協議者 (Berater) が決定できるという危険を内包する」(Ossenbühl, a. a. O. (註・36), S. B 137, auch B 139), というべきかもしれない。

67) Brohm, a. a. O. (註・65), S. 45.

68) Vgl. Battis, a. a. O. (註・26), S. 198.

ところにあつてこそ「参加」を要請する根拠が「必然」となるのであろう<sup>69)</sup> 加えて、権利保護の「先取り」は「参加」の保障を含む手続段階の規範化を前提とすべきであつて、またそのような手続形成は実体的規律の欠如が避け難いところでこそ決定的に重要となるのである<sup>70)</sup>

第二に、法的利害関係人とその他の経済的・社会的または事実上の利害関係人との厳密な区分はしばしば困難を生ずる。むしろ、「決定の多様な局面に従つて参加も局面ごとに考察・判断されるべきであるので、その結果利害関係人の範囲は変わ」り、「このことが具体における画定の困難を導く」のであつて、「同一の具体的な手続において参加人たる資質 (Beteiligtenqualität) は決定過程の流れのなかで変化する<sup>71)</sup>」ことになる<sup>72)</sup> つまり、法形式としての決定のみならず決定準備・決定過程も法的考察に含ましめんとする場合、種々の利害に関する画定の試みは更に困難となるにちがいない<sup>73)</sup>

第三に、「参加」の目標規定に際し公益と私益の峻別に依拠することの問題性が指摘されうる<sup>74)</sup> これによれば、不十分な実体的権利の確定を補完し先行的な権利保護を確保すべき参加は私的利益に役立つ一方、手続の合理化・効率化を念頭に置く参加にとっては公益が決定的であるとするのは、「実際には余り意味をもたない。とくに内容的に開かれた (裁量, 計画等の) 行政手続はしばしば公益と私益との結合または補充にこそ立脚し」、そ

69) O.Kimminich, Funktion und Ausgestaltung der Öffentlichkeitsbeteiligung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren (Referat), in: Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium. (1977), S. 263ff. (266). Vgl. auch K. Redeker, Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung, in: Fg. aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 511ff. (523).

70) Vgl. Goerlich, a. a. O. (註・12), S. 354.

71) Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 56.

72) むろん、法的利害関係人とその他の利害関係人との区別の相対性ということも挙げがおかねばならぬであろう。差し当たり参照, Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 53ff.

73) Vgl. ABmann, a. a. O. (註・46), S. 48.

74) 以下については, R. Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34 (1976), S. 145ff. (206f.). 全く同じように, Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 59ff. も主張する。

れゆえ、「ここにあつて私益と公益とを区別しようとする事は、かかる手続権利の目的を見誤ま」るものである。したがつて少なくとも「権利保護の手段としての参加」の排他的な強調の問題性がここにおいても明らかとなるう。

結局、法治国の要請に基づいて「参加」の機能を権利保護の「先取り」という目的にのみ予め厳格に狭めるとするのは、侵害と個人権の保護なる古典的思考に不可避的な限界を随伴し、かえつて形成行政における「参加」の意義を射損なうことになる<sup>75)</sup> また、既述のように、決定準備過程にとっての「参加」の意義を全く否定するというのでなければ、参加人の概念も相対的に広く集団化せしめられ、そのとき権利保護の体系も古典的な個人権保護の定式と異なつて構想されねばならぬであらう<sup>76)</sup>

五 ところで、「参加」の法的根拠に関する既述の多数的な見解はグレーザー (Walter Schmitt Glaeser) によりははじめて主張されたものである。彼はいち早く「参加」の体系的な整序を試みたなかで、基本法の三つの基本原理に拠りながら「民主的」、「法治国的」および「社会国的参加」の諸類型を得る一方、それらの内容的検討やとくにそれらの依拠する基本原理からの限界について言及し<sup>77)</sup> これが「参加」の憲法原理的考察という点で比較的多くの論者によつて了承されることとなつた<sup>78)</sup>

このようなグレーザーの見解は、一つに「参加」の法的根拠に関する既述のような一面的な見方を排し、民主政や法治国の諸原理、更には社会国原理によつても要請されると捉えるということ、二つにそもそも「参加」を国家行政の機能的な一部と捉えることから<sup>79)</sup> 行政活動の改善または維持のための手段としての「参加」ということを明らかにした<sup>80)</sup>

75) Vgl. Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 52. auch Brohm, a. a. O. (註・12), S. 271ff.

76) Vgl. ABmann, a. a. O. (註・46), S. 48f.

77) Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 209ff., 240., 249ff..

78) 差し当たり参照, Ossenbühl, a. a. O. (註・36), S. B 122f.; Hartisch, a. a. O. (註・6), S. 89ff.; Battis, a. a. O. (註・26), S. 45ff., 61, 62ff., 158ff..

79) Vgl. Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 197ff., 223.

また、最近の再論においてグレーザーはとりわけブリューメルの見解を、そこでは「決定状況の共同克服」の視角が欠けると批判し<sup>81)</sup>、権利保護の拡張は確かに必要であるが、「しかしこのことが唯一の、……最重要の観点でなく<sup>82)</sup>、「まさに公益のためにも必要とされる決定の実体的な正しさの保証」が「参加」の目標であるとし<sup>83)</sup>、つぎのようにいう<sup>84)</sup> 《実体的に正しい決定という目標は手続的 (prozessual) には公共福祉の発見 (Gemeinwohlfindung) に他ならない。すべての国の手続が、したがって行政手続も公共福祉の具体化であるとすれば、市民参加は公共福祉の具体化への協働 (Mitwirkung) を意味し、その承認は公共福祉の実現がもはや国の事柄であるだけでなく市民の公的課題でもあるとの認識の帰結と考えられる。それゆえ、公共福祉の決定は国が下すとしても、その発見過程というのは国家機関と同様に参加市民の権限でもある。》と。

さて、以上のような所説について簡単にのみコメントすれば、まず第一に「参加」の観念の包括性ということを挙げることができる<sup>85)</sup>。しかしながら、このことが法的考察の対象としての「参加」の画定において明確な観念を欠くことをも意味するように思われる<sup>86)</sup>。第二に、考察の規範的枠組について

80) このことについて、Battis, a. a. O. (註・26), S. 60f. 因みに、グレーザーは、「民主的参加」においては「個人的な Impulse を Allgemeines のなかに持ち込むことによる公共福祉の増進」が問題となり、「ここにおいて個人は……国民として、いわば国家制度の一部として行為する。」(Glaeser, a. a. O. (註・6), S. 227. 236) とし、また「法治国的参加」に関連しても、「利害関係人の個人的保護のみ」でなく、「むしろ適法かつ公正な行政活動の保障ということが全く一般的に問題になる。」(S. 245) としている。

81) Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 49f.

82) Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 53.

83) Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 58f.

84) Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 61f.

85) かってグレーザーが試みた「参加」の類型化はほとんど放棄されたとみてよい。

86) グレーザーにとって、「参加は国の手続への私人 (Zivilpersonen) の形成的な協働 (Mitwirkung)」であって、ここでは共同決定の排除ということが述べられるにとどまる。Glaeser, a. a. O. (註・7) S. 47. なお、包括的な「参加」概念の批判として、Ossenbühl, a. a. O. (註・10), S. B 119f.; Blümel, a. a. O. (註・23), S. 9ff. (21).

も同じようにいうことができる。もっとも、この点についてグレーザーは、憲法との関連はそれによる「参加」の要請か禁止かという問題にとっては不可欠としても、それ以上の説明がこれに期待できるとはいえないのであって、ここには「それ自体からとりかえるすなわち単なる法 (einfaches Recht) のレベルで——理解されねばならぬ」領域がある<sup>87)</sup>という。とすれば、法律レベルに即しての具体的な検討が不可欠となり、それゆえここでは早急な評価も控えられねばならぬであろうが、ともかく考察に際しての規範的な指針に関する相対的な不明瞭は否定できない。第三に、「公益のためにも必要とされる決定の実体的な正しさの保証」のための「参加」については、「情報補助としての参加」の観念との異同にも関わって論ずべき議論の余地が生じる。つまり、「権利保護の手段としての参加」という観念に対する消極性は再び「情報補助としての参加」の観念の蘇生を招来しないか否か、「公共福祉の共同的具体化」という理念<sup>88)</sup>の強調は実質的には「裁判的権利保護の縮減傾向に当面して……個人の権利の削減へと帰する事実上の展開の免責策 (Entlastungsmanöver)」とならないか否かが、「参加」観念の包括性との関連において、なお慎重に吟味されねばならぬであろう。

#### 四 むすびにかえて

「参加」の定義の問題は、「単に言葉の定義にとどまらず、論者のこの問題に対する関心点、さらには現代行政の機能およびその評価といった基本的な行政法学的認識に深くかかわっている<sup>90)</sup>」したがって、「参加」に関する

87) Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 53.

88) Glaeser, a. a. O. (註・7), S. 62.

89) Goerlich, a. a. O. (註・12), S. 349. Vgl. auch Blümel, a. a. O. (註・23), S. 23, 33f.; dens., a. a. O. (註・13), S. 23ff. (28).

90) 小高・註(3)一〇三頁。



議論を展望するという試みは必ずしも容易なことでもなからう。とはいえ、この十数年間、西ドイツ行政法学における「参加」論議は民主政原理か法治国原理（権利保護思想）かを根拠とする「参加」に関わってなされてきたといつてよい。それは、政治・社会学等の領域で先行的に開始された議論を法的に整序する際に、まず基本法のなかに手かかりを求めようとする点で一致しようとしたからであろう。

ところで、民主政原理か法治国原理かのいずれかを一面的に根拠とする「参加」の観念はそれぞれが既にみたような問題を有し、今日既に克服されつつある。しかし、それと同時に、より新しい見解においては、この種の議論に対しての消極的な見方のうえに異なる視角からの包括的な「参加」の観念が説かれる。もっとも、これについてはここではにわかに評価するまでに至らなかった。

ひるがえって、「参加」における民主政の要請と法治国のそれとについては、「個人権保護とか保護規範の実施という限界を越えるや否や、……民主的な Teilhabe」が問題となるとされたり<sup>91)</sup> 厳密な意味での行政手続の問題に对照させて、この法治国的行政手続の目標はその利益が法的に保護される利害関係人の手続参加であるのに対し、「参加」はかかる問題領域を越え、直接に法的に保護される利害関係人を越える関係人を手続形成や決定に関わらしめることを目指すとされ<sup>92)</sup> あるいはまた、「公行政に関わる参加理念にとって一般的に特徴的な点は、それがこれまで以上に広く行政の高権主体に委ねられた課題の克服への能動的な可能性を与えようとする」ことにあるとされる<sup>93)</sup> ことがある。そこで、これらにおいては、包括的な「参加」の観念は法治国原理に根拠を置いた厳密な意味での行政手続の問題と——より狭い意味での、あるいは民主政原理に依拠する——「参加」とに区分されること

91) Schmidt, a. a. O.(註・36), S. 183ff. (210)

92) Badura, a. a. O.(註・11), S. 334f.

93) Hendler, a. a. O.(註・6), S. 7.

になる<sup>94)</sup>

むろん、既にみたように<sup>95)</sup> こうした区分というのが相対的または流動的であることは否定できない。それは、一方において二つの間の境界が流動的であるというだけでなく、他方においては法治国的行政手続のなかに民主的契機をみ、——民主的な——「参加」のなかにも法治国的契機をみるということ<sup>96)</sup>でもあろう。このことは「参加」の根拠に関する一面的な見解の批判的考察からも明らかになるであろう。

このように、類型的な法治国的行政手続を一方に置きながら——より狭い——「参加」を観念することは、そこからの法治国的契機の払拭を意味するものではなく、またかえってそれを維持すべきとするのには、なお積極的な理由も存する。それは、差し当たり、民主政原理のみに根拠を求める「参加」の観念に対するブリューメル<sup>97)</sup>の懸念のなかにみられた。いずれにしても、重要なことは、類型的な法治国的行政手続を補完し進展せしめる方向で「参加」を構想するということであらう<sup>97)</sup>

更にいえば、この際、「参加」は法形式としての行政決定や行政手続のみ

94) 似たようなことが決定のレベルに結びつけて述べられることがある。たとえば、より高次の段階の計画には基本権に対する直接の効果がないとすれば、「参加」は当事者参加(Betroffenenbeteiligung)として問題となるのではないという意味において、法治国的考慮よりも民主的な考慮が決定的となる、という場合である(H. Soell, Bürgerbeteiligung bei der Landschaftsplanung, in: Hrsg. v. Blümel, Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planung, 1982, S. 223f f. (224))。

95) 更に、I. v. Münch, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Hrsg v. Erichsen / Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1983), S. 1ff. (36)

96) 同じようなことを制度として主観訴訟・客観訴訟における主観性・客観性の問題について述べるものに、雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」法協百年論集1巻(有斐閣一九八三年)六三三頁以下(六三五頁以下)。

97) 小高教授は、「参加手続」を不利益処分を指向する事前行政手続の法理の延長線上に位置づけ、両者の関係を行政の近代化から現代化に対応しての事前行政手続の変容と述べられ、「参加手続」における権利保護のモメントと民主制のモメントとの調和ということを強調される(小高・註(3)一〇五頁以下)。同じように、塩野宏「行政法第一部3」(東大出版会一九八二年)四二頁以下。

に関連づけられるにとどまらず、とりわけ内部問題の側面を有する行政組織や権限秩序の問題も考慮されねばならぬであろう。民主政原理に基礎づけられる「参加」の観念についての考察がこうしたことを明らかにすると思われる<sup>98)</sup>

---

98) 更に参照, Aßmann, a. a. O.(註・46),S. 44.