

タイトル	行政法における正統性に関する一考察：国際行政法論の興隆を契機として
著者	大西，有二
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：129-158
発行日	2015-03-15

行政法における正統性に関する一考察

——国際行政法論の興隆を契機として——

大 西 有 二

1 はじめに

本稿は、いわゆる国際行政法論の興隆を契機として、日本とドイツでの議論を参照し、特に、行政法における「正統性」に焦点を合わせて考察を加えるものである。

さて、いうまでもなく、海運、通信分野、あるいは犯罪捜査のように、以前から、その適用・執行等をめぐって国内法と外国法との相互関係が問題となる分野は存在しており、必要に応じて、条約等の国際的ルールが制定され、問題の適切な処理が一般的に図られてきた。そして、第二次世界大戦後、多国籍企業が登場し、また、GATT（そして、WTO）が象徴するように、世界規模で経済活動の自由化が進展したほか、地球規模での環境問題の登場、とりわけ一九八〇年代末からの旧ソ連の崩壊・解体、ベルリンの壁崩壊とドイツの再統一の結果、それまで世界市場を分断してきた政治的障壁が取り除かれ、さらに、インターネットの普及などを受けて、世界の経済活動が急激にその規模を拡大しつつ、その密度も深化させてきた結果、この二〇年ほどの間に世界の経済状況は新しい次元に突入

したように思える。この流れの中に、日本はもとより、中国、韓国などの多くのアジア諸国も巻き込まれている。⁽²⁾ テロや、金融・インターネットなどで生じている問題を見ると、政治的問題もまた、世界規模で拡大・深化していることにいまさらながら気づかされる。こうした世界規模で進む政治的問題や経済活動の拡大・深化に伴って、これまで等閑視されてきたようにみえる行政法にかかわる諸問題に対しても本格的な学問的関心が世界中で向けられ始めている。⁽³⁾

その際、もつとも深刻に受け止められている問題は、たとえば次のように説明される。つまり、「有害廃棄物の越境移動を規制するために一九八九年に採択された「有害廃棄物の国境を超える移動及びその処分の規制に関するバーゼル条約」（バーゼル条約）を実施するために一九九二年に「特定有害廃棄物等の輸出入等の規制に関する法律」（バーゼル法）が制定されている」⁽⁴⁾。ところが、「たとえばバーゼル条約に関しては、条約上の規制対象の確定を、締約国会議が定める付属書に委ねている。バーゼル法の規制対象もまた条約付属書に委ねられており（同法2条）、付属書改正の受諾の判断に国会が関与しない現状をも踏まえると、法治主義との緊張関係が指摘できる」⁽⁵⁾。

このように、「法治主義」、これと密接な関係にある「民主主義」、「正統性」が問われている点に問題の深刻さがある。しかも、背景には、たとえば、「国際金融市場規制の分野では国際的に規制水準を平準化する必要性が高い。しかし、規制を執行するのはもっぱら各国の規制行政機関であって、国際的な規制執行組織は発達していない。このため、国際金融市場規制においては各国間の執行協力が不可欠となる」⁽⁶⁾という事情があるにもかかわらず、規制対象や規制水準を各国の立法上統一するのは、各国の政治的経済的事情から必ずしも容易ではない。そこで、各国の交渉実務担当官僚や民間専門家による現場における政策策定・実施基準策定が前面に登場することになる。⁽⁷⁾つまり、規制の対象・水準の確定はもとより規制の執行もまた、各国議会の手や目を離れて、現場の担当官や専門家にいわば「お任せ」し

ている現象が登場してきている、という問題である。

ところで、第二次世界大戦後、ヨーロッパでは、一九五一年のヨーロッパ石炭鉄鋼共同体（ECS）設立条約によりヨーロッパ統合が現実化した。また、一九五七年のローマ条約によってヨーロッパ経済共同体（EEC）とヨーロッパ原子力共同体（EURATOM）が成立し、さらに、一九六五年のブリュッセル条約によってECS、EEC、EURATOMは共通の理事会、委員会をもつことになり、合わせてヨーロッパ共同体（EC）と呼ばれることになった。また、一九九二年のいわゆるマーストリヒト条約により、EC等はヨーロッパ連合、つまり、EUへとその姿を変えて今日に至っている。⁽⁸⁾⁽⁹⁾ このEUにおいてこそ、各国行政法とEU（またはヨーロッパ）行政法との対立や相互作用という再帰的現象が集中的に登場しており、また今後も登場すると思われる。したがって、EUの法・行政法を参照することは、国際行政法の研究にとっても不可避であろう。⁽¹⁰⁾

注

- (1) 多国籍企業につき、たとえば、参照、曾野和明『多国籍企業問題入門——既存社会科学秩序への挑戦』（一九七八年）。
- (2) 「市場化」はともかく、「グローバル化」の定義は困難である。「市場化」と「グローバル化」の関係について、両者を区別して検討することが有益とし、国家が市場と向き合う際に直面する多くの問題は、グローバル化以前から存在する、とするのは、藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力——公法学の課題」新世代法政策学研究一八号（二〇一二年）二六七頁以下、二七一頁注10である。なお、ドイツ公法学史研究の第一人者であるシュトライス（M. Stollers）は、『グローバルバリエーション』という集合語はすでに、空疎な公式として通用している。けれども、言葉の核心領域は存在している。地球のほぼ全部が発見され、叙述され、情報、金融、商品の流れは今日、地球を一周しており、また、地球に皆一緒に住んでいて、たとえば、種多様性、森林、海、食料、そして天然資源をともし分かち合うのであり、大気に対してともに責任を負う、という人々の意識が成長している、という事実をグローバル化は示している。」(vgl. Stollers, Öffentliches Recht in Deutschland, 2014, S. 205.) と述べている。また、シュトライスは、「世界貿

- 易、電子的ネットワーク・コミュニケーション、金融取引、メディアが取り次ぐスポーツの大スペクタクル、その他多くのものが、国境を超えて生じている。そこで従われるルール作り (Regalwerk) は非国家的性質のものであるが《法》から成立している。それは、世界規模で活動する、伝統的なコントロールをすべて免れている団体によって制定されている。《裁判》は、たびたびみずから選別した仲裁人によって引き受けられている。というのは、極めて複雑で巨大な事案は、国家の裁判所によっては十分迅速には、また、「裁判官に」ふさわしい専門知識によっては、おそらく裁断され得ないからである。非国家的裁判の利用によって、総コストが低下する。ルール作りと紛争の裁断が、こうして、一七世紀と一九世紀の間に多くの抵抗を排して実現された国家の権力独占から奪い取られる。」(vgl. Stollis, a.o. (Fn. 2), S. 208) とも述べているが、これは「国際行政法」にとっても参照するに値する指摘である。
- (3) 日本における近時の代表的業績として、参照、斉藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』(二〇一一年)三三九頁以下。ドイツについては、vgl. J. P. Tenhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011. アメリカにおける「ニューヨーク大学を舞台にアメリカ・イタリアの研究者による共同研究から登場したといわれている「グローバル行政法 (G A I) 」のごとくは、see B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68-AUT Law & Contemp. Probs. 15 (2005). なお、この性質上、当然かもしれないが、日本では憲法学による対応が行政法学に先行しているように思う。
- (4) 参照、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」新世代法政策学研究一八号 (二〇一二年) 二四一頁以下、二四三頁。また、バーゼル条約につき、参照、鶴田順「日本におけるバーゼル条約の実施とその課題」新世代法政策学研究九号 (二〇一〇年) 一〇五頁以下。
- (5) 参照、原田・前掲注(4) 二四四頁。
- (6) 参照、原田・前掲注(4) 二四六頁。
- (7) 藤谷・前掲注(2) 二七九頁が、「グローバル化による国家の制御能力の制約」の程度は、規制の国際的調和(さらには、それを可能にする政治的・経済的構造)に依存する。」というのも本稿と同じ趣旨のように思う。また、国際政治・比較政治の視点からであるが、遠藤乾『統合の終焉 EUの実像と論理』(二〇一三年) 一四頁以下は、「知的所有権、環境・安全規制、原産地規制などの直接の執行は各国政府が担うとしても、そのルールの摺り合わせから監督まで各国に任せっきりでは済まされない領域が広がっている。」と述べる。
- (8) 参照、城山英明『国際行政論』(二〇一三年) 一二二頁以下。

- (9) 訳語の問題であるが、EU (Europäische Union) を鷺江義勝編著『リスボン条約による欧州統合の新展開 EUの新基本条約』(二〇〇九年)は「欧州同盟」と呼ぶ。本稿では必要な場合、基本的にすべて「ヨーロッパ連合」と訳す。また、参照、遠藤・前掲注(7) ^註 (凡例一)。二〇〇七年調印のリスボン条約によって、EURATOM以外の組織は、合わせてEUと呼ばれているように思う。なお、遠藤・同書は、EEC、EC、EUの成立・内部事情等や、「ヨーロッパの父」ジャン・モネの生涯、冷戦時また東方拡大・通貨統合に際しては、(西)ヨーロッパの首脳たちが旧ソ連・アメリカとの関係でなにを考え、どのように行動したか、また、ユーロ危機の背景、ひいては「国民国家」「主権」「民主的正統性」をも含む幅広い論点について、実に興味深い分析・検討を加えており、国際行政法・ヨーロッパ行政法論の興隆を契機とする本稿にとっても貴重な情報と視点を提供してくれている。さらに、リスボン条約がドイツ・ボン基本法に適合しているかが争われた事案に関する二〇〇九年六月三〇日ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷判決 (BVerfGE 123, 267) について、参照、門田孝「欧州統合に対する憲法的統制ーリスボン条約判決」自治研究九一巻一号(二〇一五年)一四二頁以下。
- (10) EU研究の意義について、参照、大橋洋一「多国間ルールの形成と国内行政法の変容」『行政法学の構造的変革』(一九九六年)三一四頁以下、三一七頁。

2 問題の現状

ここでは、日本とドイツにおける議論を紹介する。まず、日本の状況を概観する。

(イ) 日本での議論——田中二郎、山本草二、斉藤誠

一 田中二郎

一九三五年、田中二郎「国際行政法」(internationales Verwaltungsrecht) ⁽¹⁾ は、一九三〇年代当時の見解を四つに

分類している。つまり、①各国の協力を基礎とする共同的事務処理に関する条約および条約に基づく連合・同盟の組織・関係ならびにその行政的活動に関する法、②①の国際組織の内、その機関が公権的権限を有する場合にのみ、その行政的活動に関する法、③各国の国内行政法の適用範囲の限界またはその国際的抵触を処理する法（首唱者はノイマイヤー等、とする。）、④人類の共同的社会としての国際団体を基礎として、その団体における行政関係を規律すべき法、である。田中によれば、この内①②③は、国家の対立的存在を概念構成の前提とし、あるいは国家を基礎とした議論であるが、④は国際団体の地盤の上に国際行政法を理解しようとする点で、正鵠を得ている、と評価する⁽²⁾。その上で、③と④は「必ずしもまったく別個の対象を考えているものではなく、実は共通の地盤の上に、一はその協力の側面を、他はその対立の側面を、もつばら、自己の国際行政法の対象となすべきことを主張しているにすぎないもので、むしろその総合的理解によつて、国際行政法の真の姿を把握しうるのではないかと考える。」⁽³⁾とす。さらに、「国際行政法は」「各国の国内法相互の抵触処理に関する法を指す」とし、「行政上の渉外的事項に関して各国法の間には矛盾抵触を生ずる」「場合にいかなる原則に従つて解決されるべきかの問題」「これノイマイヤー等のいわゆる国際行政法の問題に外ならない。」⁽⁴⁾としている。以上の前提に立つて田中は、国際的統一法がない等の場合、抵触処理に関して各国法が進んでいると思われる一定の傾向を暫定的に、①「国家自存 (staatliche Selbsterhaltung) の原則」と②「報償 (Äquivalenz) の原則」の二点にまとめてゐる⁽⁵⁾。

二 山本草二

一九八三年、山本草二「国際行政法」⁽⁷⁾は、「各種の国際行政共同体の手で行政事項を一元的に処理するための国際法規範」、つまり「国際法上の行政法」（つまり、国際行政法）が成立していない場合等には国家が主体の伝統的な「抵

触法規範としての国際行政法がいぜんとして有効に妥当する」とし、「国際行政法」は両者（「国際法上の行政法」と「抵触法規範としての国際行政法」）の総合的な理解を必要としている⁽⁹⁾、とする。田中の見解を継承していると言えようか。さらに山本は、EU（一九八三年当時はEC）などの今日の国際組織に目を転じる。国際組織は一般には、国家相互間の制度にほかならず、超国家性を欠いている。これに対して、EUは、加盟国を従属させる優越国家性（super-*etatique*）の性格をもつものではないが、超国家性（Organisations *supranationales*）をもつ組織と称せられる⁽¹⁰⁾。超国家性は、特定の主権的権能の放棄を義務づける一方で、国家の機能を共同体の機関に移譲することによる共通の権能の設定等、加盟国の私人に対する共同体法の（関係国の介入なしに行われる）直接適用・直接拘束性などの側面を有する。今日の国際組織等は、その基本条約（多数国間条約）で与えられた権能の行使を通じて、加盟国の国内行政法・行政作用に多様な影響を与える。ここで構成されたのが「国際法としての国際行政法」である。これは、規範の設定、その義務の履行確保、そして職務執行という三つの機能を通じて、各国の行政事務に介入しこれを規制する、という⁽¹¹⁾。超国家性をもつEUにおける、「抵触法規範としての国際行政法」とは区別される「国際法としての国際行政法」の存在を指摘するものと言えよう。

三 斉藤誠

二〇一一年、斉藤誠「グローバル化と行政法⁽¹²⁾」は、冒頭で「日本の行政法学は、現在極めて鎖国的に構成されている。」とするが、現状はあらゆる分野での行政（法）の国際化・ネットワーク化が進んでいるとし、たとえば、海上交通、国際電気通信といった領域だけでなく、米国一九一四年アンチダンピング法への対抗立法⁽¹³⁾、スパムメール対策、バーゼル合意II⁽¹⁴⁾、外国銀行の日本支店・代理店の免許要件に、当該外国における「実質的に同等な取扱い」という相

互主義が設定されていること、などが指摘されている。¹⁶「国際行政法」については、田中二郎（一九三五年）らの業績を参照している。¹⁷特に、山本草二（一九八三年）については、ノイマイヤーの紹介論文（一九六九年）¹⁸などのほか、特に、上記「国際行政法」（一九八三年）が紹介され、山本において「抵触法規範としての国際行政法と、国際行政共同体の定立する国際法規範としての国際行政法の二元構造が今日なお妥当する」とされていることを確認している。そして、グローバル化と行政法の関係をアクターに注目して分類する。まず、日本と他国の関係である水平関係と、日本と日本が加入している国際組織等との関係である垂直関係が区別される。¹⁹水平関係の中では、対抗関係と協働関係が区別できるとする。世界規模における法の統合の現状においては、「水平—対抗関係のもとで処理される物事も多い。」とし、第一に、「水平—対抗関係における法的問題の考察枠組みとして、行政法における抵触法について、整序する必要がある。」とする。ところで、各国法のある程度同質性・互換性を前提にする私法と異なり、公法では「各国公法間には公法の規律内容とその適用に関する国家の強い利害関心から、公法の属地的適用、裏返せば「外国公法不適用の原則」が説かれてきた。」「公法の「域外」適用がどの範囲で認められるかということが主たる関心事であり、「私法上のアプローチとの間に断絶がある」ことを指摘する。²⁰以上を前提として、齊藤は、Ohta²¹を引用しつつ、「他国との間で同一事案についての規律の競合と紛争が想定される場面や、外国行政法の適用が問題となり得る場面を類型化し、それぞれにおいて、関連国内法が抵触法的性質を持つているか、そして、どのような抵触法的な解決が、国際法及び国内法秩序上許容されるか、を分析するアプローチが有用であろう。」とする。²²具体的には、抵触法的な解決が求められる問題群から、齊藤は①外国行政行為の国内法における効力、²³②外国行政法の適用、²⁴③国際的事案への自国法の適用、④国際的な執行活動、の四つを取り上げ、詳細な検討を加えている。以上の水平—対抗関係と並んで、第二に、多国間条約・国際機関や私的機関の定立するスタンダードといった「垂直・協調関係における行政法の国際化」

の現状を分析する。行政法が国際化する基本構造、つまり、グローバル化が国内行政法に作用する経路として、①条約・協定による静態的な経路と、②より複雑で動態的な、組織・手続からなる「構造」(WTO、バーゼル合意など)による経路があり、①②共通に、グローバル化を受容する国内法システムにおいて、法の制御能力や「国家の役割」がまず問われるものの、この二つの問題にはいずれも対処可能である、という。そして、国内法システムに生じる問題について、①条約・行政取極・その他の行為形式とその国内化措置、②国際行政法の執行とコントロール、③権利保護・紛争解決、という視点からさらに検討が加えられている。①では、「二次立法」、「行政取極と行政機関ネットワークによる基準形成」、「私的団体、公私協働による基準形成」が論じられる。いずれにおいても、手続の透明性、中立性、正統性という問題が指摘されている。特に、私的団体等による基準形成に関しては、「議会によるコントロール可能性や権利保護の問題」が生じ、「法律による実質的コントロールの確保や、基準定立組織の構成・手続に関する原則の開拓が課題となる」と指摘する。⁽²⁶⁾②では、条約やネットワークが定立した規準の執行装置が検討される。まず国際組織等が「自らの執行装置を持たない場合には、各国による義務の履行を確保するメカニズムが重要になる」⁽²⁷⁾が、このメカニズムとして各国の履行状況報告と不遵守の場合の勧告や助成などがある。これに対して、義務履行確保装置が存在する場合には、例えば、核不拡散条約における国際原子力機関 (IAEA) による査察などが行われる。当該査察は公権力の行使にあたるから、法律の根拠が必要になる。立法・基準定立の場合と同じく、具体的な手続保障が重要になる、とする。⁽²⁸⁾③では、国家間の交渉・合意による紛争解決とは異なる制度、例えば、WTOの紛争解決手続 (DSB: Dispute Settlement Body) が挙げられている。ここでは、WTOによる決定の正統性が問題として指摘される。⁽²⁹⁾「各主体の主観的権利の実現が」WTOによる「紛争解決手続にのみ委ねられることは、他の回路を持ったシステムと対比すると(連邦制における第二院や、EUにおけるEU議会の存在)問題になる。」⁽³⁰⁾という。

最後に、斉藤は、グローバル化に対する行政法理論の対応を論じる。ここでの議論は租税法、環境法などの個々の特別行政法における国際(化)法論になると同時に、水平関係において、「外国行政行為の承認や国際事案への国内行政法の適用」という公法抵触法の一般理論が有用であり、また、垂直―協働関係の場面での一般理論の開拓も必要である、とする。そして、「現時点では、日本において、一般行政法のレベルでの、実定法におけるグローバル化への対応は、顕在化してはいない。」とし、「EU法との応答を経て、近時は欧州人権条約や「行政訴訟制度の改定をもたらした」⁽²⁹⁾ オーフス協定の一般行政法(論)への影響が及んできたドイツと、有意な差違が生じつつある」ことを指摘する。今後進むべき方向として、「法源論・行為形式論において、多国間条約・インフォーマルな官庁ネットワークによる「構造」形成への対応、行政立法への条約による授権、行政取極、非拘束的な国際基準の問題」、「外国法の適用も含めた行政法の国際的適用の問題」、「文書の国際送達、職務共助、使用言語」が扱われるべきとし、また、「情報・コミュニケーションのネットワークによる制御という手法」が一般行政法において重要になる、という。さらに、一般行政法理論における「法治国原理と権利保護、そして民主的正統性と行政の実効性」はグローバル化のチェックポイントであり、NPO、官庁ネットワーク、地方自治体の位置付けも、国内における行政の多元化と交叉させながら考察すべき課題、としている。このように、斉藤は、「個別行政法分野におけるグローバル化への応答と対話しつつ、一般行政法における国際行政法理論を構築する作業」を支持して、考察を終えている。⁽³⁰⁾

四 まとめ

以上、三者の議論を通じて、基本的には、「抵触法規範としての国際行政法」と「国際行政共同体が定立する国際法規範としての国際行政法」という二元構造の一貫した存在を確認することができる。斉藤は、「水平―対抗関係」にお

ける抵触法的アプローチの有用性を述べ、また、「垂直―協調（協働）関係」においては、特にWTOのような「構造」の存在を指摘し、ルールの定立、執行、紛争処理のいずれにおいても、手続保障・透明性の確保、議会・法律の意義、民主的正統性等の問題の所在を指摘している。

(ロ) ドイツでの議論

議論は興隆を極めており、その概観は困難である⁽³¹⁾。したがって、以下での紹介はおよそ網羅的なものではない。さて、ひとまず「ヨーロッパ行政法」と「国際行政法」が区別されよう。

一 ヨーロッパ行政法

はじめに、「ヨーロッパ行政法」とは何か。「ヨーロッパ行政法はすでにEverlingによって定義されたように、核心において、「具体的状況における〔ヨーロッパ〕共同体法規定の執行 (Vollzug der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften)」を取り扱う⁽³²⁾」。また、シュミット・アスマンによれば、「各国行政法は、EU法にとって、規律モデルの不可欠の基礎であり、共同体がみずから直接に執行できる規範を創設しなかつたすべての事案において、〔EU法〕実施の最重要な手段である。このことが、各国行政法を概念上も、広義のヨーロッパ行政法システムの中に含めることを正当化する。これに対して、狭義のヨーロッパ行政法は、その法的性格のゆえにEU法を意味するヨーロッパ行政法秩序の諸相を指している。すなわち、固有行政法と共同体行政法である⁽³³⁾」。そして、マイヤー(F. C. Mayer)は、ヨーロッパ行政法に関するシュミット・アスマンの諸論考を引用しながら、「これらの加盟国行政法と並んで、EU固有行政法が、EUの諸組織が自己の行政活動をそれに基づいて執行する法として登場する。」「これが、共同体つまり今日

のEU行政法になる。これによって、ヨーロッパ法の力に基づいて、すべての加盟国の中で、あるいはすべての加盟国に対して、拘束力のあるEUの行政法ルールが示されている。⁽³⁴⁾ マイヤーは考察をまとめて、「相互に区別されるべき、少なくとも四つのヨーロッパ行政法の次元がある」として、①EU固有行政法、②純粋にヨーロッパの諸現象にかかわる、加盟国に適用されるEU行政法、③ヨーロッパ的に加工された(überformt)⁽³⁵⁾各国行政法、④ヨーロッパのトレンドと各国のトレンドとの相互作用から生じる諸現象(共同法)、を提示している。なお、ピチャースは、「ヨーロッパ行政法」が成立した。つまり、スーパー(超)国家から自律的法秩序が生まれ、それは個人の権利に至る(その)規律範囲と規律作用に基づいて、伝統的国際法から区別されるし、むしろ、連邦主義国家における連邦法と比較することができる。」と述べている。⁽³⁶⁾

二 国際行政法

つぎに「国際行政法」であるが、久しくドイツ語圏で支配的だった用語法によれば、「国際行政法(Internationales Verwaltungsrecht)は、外国に関わる(「国際的」)事案において、ある国の行政官庁と裁判所によって適用されるべき——自己の、あるいは、他者の——法はどれかに関する規定を含む、国家の諸々の法規範の総体である。⁽³⁷⁾」また、「国際的」という形容詞にもかかわらず、国際行政法の諸規定は各国の法(nationales Recht)であって、たとえば、国際法の構成要素ではない。その名称は、それゆえ、それが国際的事案に関係することにかかわる。ゆえに、国際組織と超国家共同体の行政法は国際行政法には属さない。⁽³⁸⁾」というものであった。⁽³⁹⁾

二〇〇五年、Osterは、国際私法に倣って造り出された国際行政法という概念の多義性を指摘する。Osterによると、まず第一に、ロレンツ・フォン・シュタインに遡る立場は、現在、国際行政組織法に研究の重点を移し、世界保健機

構などの機関による規範化を対象とする。つぎに第二に、国際行政法を国際組織の内部法によって特定する理解があり、現在では、固有行政法（シュミット・アスマン）や人事制度にかかわる官吏法が語られている。第三に、抵触法の伝統にある立場で、国際行政法の「境界付け法（Grenzrecht）」を収集、体系化する試みであり、ノイマイヤー（Neumeyer）に遡る。Ohler自身は、「国際行政法概念に代えて抵触公法（öffentliches Kollisionsrecht）」という概念を用いるけれども、Ohlerは、「まさしく、ヨーロッパ統合が、ここで抵触法として処理されるべき公法の生き生きとした継続的発展を伴った。はつきりした具体例として挙げられるべきは、今日、他の加盟国の官庁も、ドイツの官庁も外国でドイツ行政法を適用するように、国内でかの国の行政法を執行していることである。こうした展開は警察法、特に、銀行・保険監督法に当てはまる」⁽⁴⁾ことを指摘している。

三 まとめ

以上の概観からいえることは、まず、「ヨーロッパ行政法」と「国際行政法」はさしあたり異なる概念だ、ということである。少なくとも、分けて考えることができそうである。また、「ヨーロッパ行政法」が登場した背景にはEUの存在がある。もちろん、「国際行政法」が興隆してきた背景にもEUの存在や、Ohlerが指摘するように、ヨーロッパ統合が認められるけれども、問題の性質上、後者はEU・ヨーロッパ統合なしでも、つまり日本でも議論することができる。しかし、Ohlerが国際行政法概念を分析する中で、ヨーロッパ行政法に関するシュミット・アスマンの「固有行政法」を引用していたことに示されているように、両者が密接に関連・重複・錯綜していることもまた事実である。

さて、次には、「ヨーロッパ行政法」と「国際行政法」を特に区別することなく、議論の中に登場している諸問題の

中から、問題の重要性に鑑みて、「正統性」の問題を取り上げて検討を加え、「正統性」理解の多様性を示したい。

注

- (1) 末広敵太郎・田中耕太郎編『岩波法律学辞典(2)』(一九三五年) 七八七頁三段以下。
- (2) 参照、田中・前掲注(1) 七八八頁一段以下、七八九頁一段。
- (3) 参照、田中・前掲注(1) 七八九頁二段以下、三段。以上、引用に際し、一部漢字仮名遣いを改めた。
- (4) 参照、田中・前掲注(1) 七九〇頁一段。
- (5) 参照、田中・前掲注(1) 七九二頁二段。なお、ノイマイヤーによれば、「国際行政法とは、「対外行政に関する行政法」(対外目的のために行政上の強制により実現される国内法規)をいい、それはその成立の淵源からも構成要件からも国内法規範である、という。国内行政事務と峻別された国際社会に固有の行政事務は、これを執行するための国際行政機構の存在を欠く以上、実在しない。」。以上引用したノイマイヤーの文章については、参照、山本草二「国際行政法」『現代行政法大系第1巻』(一九八三年) 三二九頁以下、三三三頁。
- (6) 参照、田中・前掲注(1) 七九二頁三段以下。
- (7) 山本・前掲注(5) 三二九頁以下。
- (8) 山本・前掲注(5) 三三一頁は、国際行政共同体を「internationales Verwaltungsgemeinschaften」と表記している。
- (9) 山本・前掲注(5) 三三三頁。さらに、山本は、同三六三頁以下で「国際行政法は、今日でもなお、抵触法規範と国際法規範という二元構造をもって」いる、としたうえで、「それらの相互作用を実証的に検討すること」を「重要な課題である。」としている。
- (10) 参照、山本・前掲注(5) 三五四頁。
- (11) 参照、山本・前掲注(5) 三五四頁以下。山本・前掲注(5) 三五五頁以下は、「規範設定」「履行確保」「職務執行」という「三つの機能」を詳細に検討している。なお、山本・前掲注(5) 三三二頁は「三つの機能」を述べる文献として、注2において、H. Steiger, Zur Struktur der Kontroll- und Durchsetzungsverfahren gegenüber Mitgliedstaaten in Internationalen Organisationen, I. von Münch (Hrsg.), Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für H.-J. Schlochauer zum 75. Geburtstag, 1981, S. 649を引用している。

- (12) 斉藤「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』（二〇一一年）三三九頁以下。なお、斉藤、同論文三七四頁（追記）によると、同論文は二〇〇八年五月に一度脱稿していた、と云う。
- (13) Act on Special Measures concerning the Obligation to Return Profit that is Received under the U.S. Anti-dumping Act of 1916, 2004.
- (14) Multilateral Memorandum of Understanding concerning the anti-spam of 2006 (MOU); Joint declaration concerning the anti-spam with Germany 2007.
- (15) Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework June 2004 (Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und der Eigenkapitalanforderungen - Überarbeitete Rahmenvereinbarung 10. Juni 2004. なお、バーゼル合意Ⅲが成立したこと。Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems December 2010 (Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme).
- (16) 参照、斉藤・前掲注(12)三四〇頁以下。
- (17) 参照、斉藤・前掲注(12)三四四頁以下。ほかに、杉村章三郎「国際行政法」田中二郎ほか編『行政法講座第1巻』（一九五六年）三一九頁―三三二頁が紹介されている。
- (18) 山本「国際行政法の存立基礎」国際法外交雑誌六七巻五号（一九六九年）一四頁―三四頁。
- (19) 参照、斉藤・前掲注(12)三四八頁注29では、日本と日本が加入／参加していない組織／制度との関係という斜めの関係がある、とも指摘している。
- (20) 参照、斉藤・前掲注(12)三四九頁。
- (21) Chr. Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 48 ff.
- (22) 参照、斉藤・前掲注(12)三五〇頁。
- (23) 特に、承認 (recognition) : 内記香子『WTO法と国内規制措置』（二〇〇八年）一八二頁。
- (24) 参照、斉藤・前掲注(12)三五二頁―三五六頁。
- (25) 以上、参照、斉藤・前掲注(12)三六二頁―三六八頁。
- (26) 参照、斉藤・前掲注(12)三六八頁―三七〇頁。

- 背景としたドイツ行政法の変容——法学研究（北海学園大学）五〇巻一号（二〇一四年）二五八頁以下、二四四頁。
- (37) Vgl. G. Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1979, S. 781f(789). 同書七八九頁本文「および脚注15に引用された文献情報による」Isay Neumeier「Schlochauer」の分野における先駆的学者も同様に定義していた」とのことである。
- (38) Vgl. Hoffmann, aao (Fn. 37), S. 791.
- (39) 以下に参考として参照。E. Schmidt-Albmann, Überlegungen zu Begriff und Funktionskreisen des Internationalen Verwaltungsrechts, in: S. Magiera/K.-P. Sommermann/J. Ziller (Hrsg.), Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive: Festschrift für H. Stedentopf zum 70. Geburtstag, 2008, S.101 ff. (103).
- (40) Vgl. Ohler, aao (Fn. 21), S. 2 f.
- (41) Vgl. Ohler, aao (Fn. 21), S. 5.

3 問題の検討

(イ) 二つの正統性理解——インプットとアウトプット——

国外からの法的影響の経路として、伝統的には条約等があり、これらを国内で実施する法律が国会によって制定される。ここでは正統性不足という問題は、原則生じないはずである。これに対して、条約・条約実施法律という経路外からの法的影響において、「正統性」が問題となり得る。

では、正統性が希薄（もしくは不在）であるという状況にどのように対応するのか、できるのか。ここで参照するに値すると思われるのが、EU⁽¹⁾と、NPM（ニュー・パブリック・マネジメント）をめぐる議論である⁽²⁾。

一 EUの正統性をめぐる議論

まず、EU自体の正統性をめぐる議論がある。はじめに、行政法学者のシュミット・アスマンの見解をみることにしよう。次のようにいう。

「共同体権力は、理事会とヨーロッパ議会 (Rat und das Europäische Parlament) によって異なる諸原理に基づき調達される二重の正統性に支えられている。理事会で糾合された執政府は各国議会システムへの附合によって正統化され、加盟国の正統性を次に渡してゆく。ヨーロッパ議会は共同体にまとめられる諸国の国民による直接選挙から生じる独自の正統性を有する (EG一八九条)。加盟国の独自の正統性が共同して共同体権力の民主的基盤を形成している。この点で一致がある。争われているのは、これに対して、正統性の二つの重みと両者の相互関係の今後の展開である⁽³⁾」。

右は一般的な次元での議論である。次に、EU執政府である「委員会」について以下のように述べる。

「委員会は、加盟国政府の側での議会の同意を必要とするメンバーの任命を通じて人的な正統性を有する。」「ヨーロッパ共同体行政の実質的合理性は、特に、理事会と議会によつて制定された法への拘束を通じて、また、ヨーロッパ共同体及びヨーロッパ共同体設立条約二七四条に基づく共同体財政を通じて生じる。これに対して、独立機関の実質的正統性はぐらついているように思える。このことは、その責務が技術的補助的機能である限り、受忍できる。独自に実施される活動の増大する政治的重みは、参加エレメントの中よりもむしろ、専門家による鑑定の確実性の中に求められるべき正統化の付加的な試みを要求している。」〔イタリック原文⁽⁴⁾〕。

委員会については、人的正統性のほか、法への拘束、財政による制御を根拠に、その正統性を認めているといえよう。しかし、「独立機関」については、正統性を強化する必要性を指摘している。独立機関の権能を「技術的補助的機

能」に限定するか、「鑑定の確実性」というその判断の専門的実質的合理性の確保、それを実証する能力が要求されよう。ところで、シュミット・アスマンによる「委員会」への正統性の根拠付け方は、日本における行政委員会の正当化の仕方と似ていないだろうか。人的側面と予算による制約が日本でも指摘されている。⁽⁵⁾

つぎに、EU政治の専門家である遠藤乾は、EUにおける問題の背景を次のように説明する。「正統性を確立し保持するメカニズムは、必ずしも十分に解明されていない。むしろ、それはなくなつたときにあとから気づく性質のものである。」⁽⁶⁾「正統性の危機が訪れ、大概そのときになつてはじめてその不在を問うことになる。」⁽⁶⁾ EUでは、「一九八七年の単一欧州議定書の発効と前後して、理事会で特定多数決による立法が可能となり、加盟国政府が単一市場関連分野の決定において拒否権を失つた」、「これは、自国政府を拘束するというナショナルな民主制の根幹を揺るがし、従来の民主的回路で制御できない決定領域が拡がることを意味していた。」⁽⁷⁾「ここで「不在」だったのは、EUという命令権力の発展が民主的な制御のもとにあるという感覚であつた。」⁽⁷⁾この民主的制御の「不在」感覚は、ナショナルな民主制のアナロジで考えれば、直接選挙を経た欧州議会（立法府）がその多数派をもつて欧州委員会・理事会（執行政府）を制御することで、矯正可能かとも考えられる。⁽⁷⁾しかし、「欧州議会における多数決にもつぱら依拠した民主的制御メカニズムはEUでは作動しにくい。」⁽⁷⁾遠藤が言うこの「メカニズム」は近代国民国家に通常の、執政府（行政権）に対する「民主的制御メカニズム」を指すものである。EUで「民主的制御メカニズム」が作動しにくい理由を、遠藤は、「欧州」議会の権限・機能、「ヨーロッパ大の政党・選挙法」、「選挙と投票率」、「アカウンタビリテイ」、「ナショナルな公共空間」という五つの視点から検討しているが、この検討内容の紹介は省略する。本稿にとつて重要なのは、遠藤がここで援用する、フリッツ・シャルフの「入力志向」「出力志向」の正統性という議論である。⁽⁹⁾遠藤は次のようにいう。

「この「入力」「出力」の区別は、共同体メンバーの影響力を重視する立場と、共同体全体の統治能力を重視する立場の区別に対応しており」、「ドルによる民主主義の二要素、「市民参加」と「システム効能」に合致する。そして留意すべきなのは、この双方の側面がともに正統性の民主的、理念として語られている点であろう。」（傍点原文）。「一方で市民による入力（参加）なくして民主的に正統とはいえないし、他方で入力プロセスから出てきた決定が共通の福祉の前進にまったく寄与しない場合もまた民主的に正統とはいいたいという主張が見とれ、「民主主義」はどちらにも還元できないということになる。」。入力志向・出力志向どちらか一つが欠けても民主主義は成り立たない、ということであろう。「EUにおける正統性を、この「入力」「出力」の二側面から再構成するとどうなるのであろうか。まず後者の「出力」の側面から考えてみると、EUは国民国家が単独で効果的になしえないことを補填し、そのことで統治能力を共同で引き上げる政治体だといえることができる。」⁽¹⁰⁾。

遠藤は以上のように述べて、「出力」における正統性をEUが増進しようという可能性を確認した⁽¹¹⁾あと、「グローバル化の進展とともに、国民国家の自己制御能力が失われてゆくなかで、長い間ナショナルな政治空間を自明のものとしてきた「民主主義」「正統性」という概念自体、政治理論におけるシリアスな再検討が求められている。」⁽¹²⁾として

先にみたシュミット・アスマンの評価と比較して相当悲観的な立場であるとの印象を受ける。行政法学者と国際政治学者の観点の違いであろうか。当然ではあるが、法律家は形式的な議論になりがちなのに対して、政治学者は実質的な議論を志向しているように思える。同じことは、次にみる経営学者シェドラーと国法学者マストロナルデイの論争についても言えそうである。

二 NPMにおける正統性論議

つぎに、NPMであるが、民間経営手法の公的セクターへの導入を志向するNPMは、国民を行政サービスの消費者である「顧客」として理解する。さて、スイスにおける行政改革モデルであるWov (Wirkungsorientierte Verwaltung) (成果志向行政) を理論的に指導する経営学者シェドラーと、国法学者マストロナルディの議論を簡単に紹介しよう。¹⁴⁾

シェドラーはいう。「NPMはけれども(功利主義(Utilitarismus)と対比される)義務論的要求(pflichtethische Forderungen)を国家活動の正統性に課す法的フィールドの中に立ち続けられなければならない。¹⁵⁾つまり、NPMは法治国家・合法性の要求に従う。しかし、「国民が行政活動をその民主的権利の行使を通じて十分に正統化するという議論は、全体的視点から、完全には説得力がない。というのは、顧客は国民よりもずっと多様であり得るからである。¹⁶⁾では、NPMは、「顧客」志向だけで正統な行政運営ができると主張するのだろうか。

「民主的な制御の意味での損失が、けれども、住民の一部だけが顧客(Kundinnen und Kunden)だと常に理解されることから生じる。託児所の顧客は両親、消防の場合は建物の所有者と賃借人、スポーツ施設ならスポーツする人等々。この理由から、民主的制御の放棄できない要素として、行政と顧客の間の関係の結果に關わる正統性が生じる。これにより、この領域においても、国民と顧客の役割分割が二つの異なる決定レベルで登場する。a) 国民(Bürgerinnen und Bürger)は、国家は特定の領域で積極的に活動しなければならないという原則と、その活動の程度と場合によつては作用を規定する。他方、b) 顧客はこの活動の具体的な方(konkrete Ausgestaltung)すなわち、製品に影響を与える。」。このように、「行政活動の政治的正統性は国民を経て生じ、他方、その経営的(betriebliche)正統性は顧客を通じて生じる。行政活動の満足のおく、結果のために、もちろん、二つのエレメントが必要である。つまり、

それは、効用の視点（顧客）、と正義の要求（国民）、とを結びつけられなければならない。結局、国民と顧客の間の協調（*Verstandigung*）は現代国家のひとつの成功ファクターを意味している。（イタリック原文、傍点引用者）¹⁷。

要するに、シェドラーの見解は、目的実現の道具（*Instrumente*）に関する「功利主義」と、目的発見手続（*Zielfindungsverfahren*）に関する「義務論」とがNPMにおいて統合されるべきである、というものである。¹⁸

以上のシェドラーの主張に対して、国法学者マストロナルディは次のように応じる。

「個人的あるいは集团的）効用が決定の正しさを決めるのではなく、それ（を決めるの）は、民主的に正統な方法で具体化された公益である。」「すべての法的に有意義な視点の影響の下で成立した決定が正しいのである。したがって、重要なのはInput-Optik（入力様相である。）」¹⁹のように、二つの正統性経路の結合がなされるかが、これによって解明されている。NPMは一方、民主的かつ法治国家的手続の中で生み出される国家政治的インプットを通じて、他方、政治的経済学の方法によって規定され得るアウトプットの効用を通じて。目標と原則の領域においては政治の優先が通用し、道具と手段の領域においては効用が優先する。」「インプットとアウトプットの「統合は細かな多数の困難を用意している。」「インプット・アウトプット制御の併存のみがあり得る。効果志向は、行政のルール合致に並んでのみ登場する。」「顧客満足度は、行政のひとつの不完全な正統化基準でしかあり得ない。」「結果だけでなく、その成立も正統でなければならぬ。」「効果を通じたむき出しの正統性は、手続きによる正統性の十分な代替物を提供しない。」²⁰。

マストロナルディが、シェドラーの主張を完全に否定しているかは難しい問題であるように思える。Input-Optikが重要だとしつつも、正統性論の中でのアウトプットの役割・機能を全否定しているわけではなさそうだからである。いずれにしても、マストロナルディにおいて、アウトプットは副次的な位置に留め置かれていることは間違いない。

い。

重要なことは、ダールやシャルフの議論にみられるように、政治学における民主主義論には、インプット志向だけでなく、アウトプット志向の側面があるという点である。わが国の公法学は民主主義論におけるアウトプットの側面を忘れてるように思われる。²⁴⁾

さて、シエドラーは、「目標と原則」と「道具と手段」とで、インプット、アウトプットを使い分けるといふ提案をしているが、これ以外に、政治学者シャルフ、経営学者シュエドラーのアイデアを法的に加工する術はないものだろうか。ところで、ピチャースは、次のように述べている。

「国家による支配、それとともに行政活動もまた、最終的に、憲法、制定法、そして法への〔国家・行政活動の〕拘束よつてのみ、正統であることが証明される。²⁵⁾。しかし、その拘束の程度・内容こそが問題なのであつて、ピチャース自身、行政は、「みずからの措置の正統性を、その独立したプログラム、組織そして手続責任の中で、共同、調整、コミュニケーション、そして合意（「四つの戦略」）を通じて次第にみずから創造しなければならない。²⁶⁾」、「立法者はプログラム責任を確定し、また、法律を具体化する組織と手続を規律しているに過ぎない。その際、いつそうしばしば、たとえば、保健制度における「合同連邦委員会」（Gemeinsamer Bundesausschuss）のようなハイブリッドな実施形式を用いている。」と述べている。このように、人的正統性、手続的公正性、また、シュミット・アスマンがいう「鑑定の確実性」という専門的実質的合理性の確保などの条件を充たすことで正統性の欠如・不足を代替・補充できるのではないか。特にシュミット・アスマンも指摘していた鑑定という「決定内容の専門的実質的合理性」はアウトプット型正統化論と内容的には相当程度重なっているようにも思える。²⁸⁾ さて、アウトプット志向型の正統化論のほかにも、正統性の補完などをめぐっては次のような議論がある。

(ロ) 「権利保護」による正統性の補完

権利保護を通じて正統性の補完が議論されている。しかし、実際には、二重課税、開発行政法、国際社会法など、多様な分野で権利保護の不備・欠陥のあることが指摘されている。⁽²⁹⁾

(ハ) ガバナンス

ピチャースは、「ガバナンス」という名前の制御志向・モデルは、特に、単純化された原因結果の関係を作り出す危険の中にある。特に社会科学的なインスピレーションを受けた制御志向と、経済的に基礎づけられた規制手段とを法学的に取り扱うことは、社会工学的な説明に尽きることを許されていない。」と述べている。⁽³⁰⁾

(ニ) アカウインタビリティ

「正当性の確保」の文脈において、「アカウインタビリティ」を語るものがある。たとえば、城山英明『国際行政論』(二〇一三年)二四二頁以下では、「代表性」「専門的中立性」「透明性」「民主化」が語られ、「国家」の重要性が指摘されてから、世界銀行等による「異議申し立て手続」(インスペクション・パネル〔査閲パネル〕)が検討されている。⁽³¹⁾ また、山本清『アカウインタビリティを考える―どうして「説明責任」になったのか』(二〇一三年)は、おもにマシヨール(Mashaw)、ロムゼックとドブニック(Ronzeec and Dubnick)の議論に依拠しつつ、ガバナンスがアカウインタビリティの前提になっているとしたうえで、国家、市場、社会ネットワークという三つのガバナンスと、官僚的、専門的、法的、政治的な四つのアカウインタビリティが区別されるとする。そして、成果志向と民主的統制の一環として

要求される手続とは対立・コンフリクト、もしくはトレードオフの関係にある、という。最後に、三つのガバナンス間で相互作用なり相互乗り入れが進展していることを付け加えている。⁽³⁶⁾ここではインプット型行政統制とアウトプット型行政統制との併存・併用自体、はなはだ困難であることが示されているといえよう。

注

- (1) 以下、EUをめぐる議論は、遠藤乾『統合の終焉 EUの実像と論理』(二〇一三年)二五〇頁以下による。
- (2) 本稿が依拠しているNPMに基づくドイツ型行政改革であるNSM(Neues Steuerungsmodell)とスイス型行政改革であるWov(Wirkungsorientierte Verwaltungsführung)の具体的内容については、参照、大西有二「NPMと法・行政法―成果志向―」による行政統制手法の豊富化?―『変容する世界と法・政治・文化』北海学園大学法学部四〇周年記念論文集上巻(二〇〇七年)二二三頁以下。
- (3) Vgl. E. Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltung-srechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2004, 7. Kap. Rn. 39 (S. 400).
- (4) Vgl. E. Schmidt-Abmann, aaO (Fn. 3), 7. Kap. Rn. 40 (S. 400 f.).
- (5) 参照、塩野宏『行政法Ⅲ』第四版(二〇一二年)七五頁以下、遠藤博也『行政法Ⅱ(各論)』(一九七七年)三〇頁、八六頁、一六五頁。
- (6) 参照、遠藤・前掲書注(1)二五一頁。
- (7) 参照、遠藤・前掲書注(1)二五二頁。
- (8) 参照、遠藤・前掲書注(1)二五二頁以下。
- (9) シャルフは、「学問的になおほとんど実りのない、競合する一元的モデルの間での論争をめぐる民主主義論を表に連れ出し、また、規範的であり複雑な民主主義モデルの輪郭を少なくとも端緒だけでもはつきりさせる」ことを目的に、一九七〇年に出版された書籍(F. W. Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, vorwort.)の中で、インプット志向(input-orientiert)とアウトプット志向(output-orientiert)を対比させている(aao, S. 21 ff.)。シャルフは、まず、「民主主義の二つの

視点」という表題の下で、「代表理論において、アウトプット志向は〔権力分立のような〕消極的な基準ではなく、積極的に、政治的決定の実質的合理性への諸要求として適用される」。『最高度の政治的合理性が期待できるように政治システムを装備することがこの問題となる。』(aao, S. 22)。ここに「インプット志向に関しては、『多元主義と多元主義批判』という表題の下で、多元主義を論じている (aao, S. 29 ff)。また R. A. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago 1967 を注で引用している。なお、ダールについて、たとえば、大嶽秀夫『政策過程』(一九九〇年) 一三三頁以下、参照。

(10) 参照、遠藤・前掲書注(一)二五六頁。

(11) 参照、遠藤・前掲書注(一)二五七頁。なお、遠藤・前掲書注(一)二六二頁では、「出力」の文脈でいえば、とりわけグローバル化の潮流との関連で、EUが、国民国家による自己制御不全を補うことにより、システム効能を向上させ、そのことによって正統性を帯びる明確な可能性」が語られている。

(12) 参照、遠藤・前掲書注(一)二六三頁。

(13) 遠藤は、「出力」面だけでなく、正統性の補完を検討しているのではない。「入力」の文脈において、遠藤・前掲書注(一)二五七頁〜二六〇頁は、「政策ネットワーク」(二五七頁)、「決定過程における「入力」を確保」(二五七頁)、「階層的な命令形態」(「官僚制」)と異なる水平的な合意調達メカニズムが、欧州委員会や理事会の担当局長、各国政府代表、利益団体・市民運動家、ときには欧州議会の関連小委員会代表などの多様なアクターの間形成されてきている。「これらの政策ネットワークが多様な意見を「入力」する機能を果たしているだけでなく、そのメンバーが専門分野ごとにお互いを監視・チェックする機能をも果たしている」、「このネットワークの正統化機能」(二五八頁)を指摘したあと、遠藤は、A・エリティエールの「決定はお互いを猜疑心をもって監視する多様なアクター間のコンセンサスによるため、政策形成のあらゆる段階で知識に富んだアクターの間相互制御が作用する。(中略)迅速な決定を妨げたのと同じ不信は、強力なアカウントビリティのメカニズムとして機能する。政体の多様な単位の間存在するこの手の水平的な制御は、しばしば市民が単独で、また代表者を通じて行使する制御よりも実質上、より効果的である。」(Adrienne Héritier, 'Policy-Making by Subterfuge: Interest Accommodation, Innovation and Substitute Democratic Legitimation in Europe', *Perspectives from Distinctive Policy Areas*, *Journal of European Public Policy*, 4/2, 1997, pp. 171-89, at. p. 180.) とその言葉を引用している。

なお、藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力——公法学の課題」新世代法政策学研究一八号(二〇一二年)二六七頁以下、二七〇頁注7は、「実効性」要求が『正統性』の保障への顧慮を欠く形で具現化しつつある現状」を指摘する論文本文への注釈

- の中で、「EU統合の文脈では、政策実現過程がヨーロッパレベルに移行することにより生じる民主的正統性の欠損を、統合によって公益→政策目的がより実効的に実現されるという機能主義的・帰結主義的正統化によって補完しようとする議論も見られるが、「実効性」と「正統性」の関係については今後さらに詰めた検討を要する。慎重な留保を付した上でこの紹介」として、林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論——EUと憲法理論」中村民雄ほか編『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』（二〇一二年）一七七頁以下、二〇四頁を引用している。そこで林は「統治のインプットではなくアウトプットの側面に焦点を当てた帰結主義的な正統化論である。とはいえ、公益の実現が直ちに手続的なレベルでの民主的正統化を不要にすると考えるのも、十分な根拠を欠いており、このためEUの民主制をめぐる問題は、なお完全に解消されないままに残る。」と述べている。
- (14) Vgl. P. Mastrorandi/K. Schedler, *New Public Management in Staat und Recht - Ein Diskurs*, 2. Aufl., 2004, 以下の引用文中に登場する「製品 (Produkte)」などの意義については、参照：大西・前掲注 (2) 二二三頁以下。
- (15) Vgl. K. Schedler, *Die Systemanforderungen des NPM an Staat und Recht*, in: Mastrorandi/ders., aO (Fn. 14), S. 13.
- (16) Vgl. Schedler, aO (Fn. 14), S. 35.
- (17) Vgl. Schedler, aO (Fn. 14), S. 37.
- (18) Vgl. Schedler, aO (Fn. 14), S. 12 (Abbildung 2).
- (19) Vgl. P. Mastrorandi, *New Public Management im Kontext unserer Staatsordnung*, in: ders./Schedler, aO (Fn. 14), S. 57.
- (20) Vgl. Mastrorandi, aO (Fn. 19), S. 75.
- (21) Vgl. Mastrorandi, aO (Fn. 19), S. 93.
- (22) Vgl. Mastrorandi, aO (Fn. 19), S. 95.
- (23) なお、「政策決定に関するプロセス」研究であったダールの研究が「政策のインパクトの予想に全く貢献しな」かったことは、ダールの研究は「手続的」民主主義に関する痛烈な批判の根拠を提示している」ことになる」とされる。参照：大嶽・前掲書注(9) 二九頁以下。これは、おそろしく「手続」(に示された民意)は結果の正統性(民意が結果を支持すること)を全く保証しない、ということであろう。
- (24) たとえば、毛利透「行政権開放の諸形態とその法理」法哲学年報二〇一〇(二〇一一年)六一頁以下、六五頁は、法律執行段階で白紙の状態が残っている場合に、その具体化に際して改めて外部の声を聞こうとすることは、民主主義の観点からも許されるし、望ましいなどと述べるが、ここにはアウトプット志向への配慮は認められないように思う。これに対し、毛利も引用する、H. H. Trute,

Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, S. 307 ff. (308 f.)は「法学の議論は規範的正統性と支配の社会的承認としての正統性を区別するとして、同時に、被支配者の承認がない法的支配は長続きせず、この承認が規範と無関係であることはほとんど無いこと、民主主義は学習の過程として開かれた動態的な原理であり、現実の諸条件の下でも実際の規範的フィクションではないと言えるほどに帰納的であって、規範的正統性と支配の社会的承認とは必然的に相互に関連していることを指摘している。したがって、規範をインプット、承認をアウトプットと理解することはそれほど不当とは見えないうちに思われる。Vgl., auch E. Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2004, 2. Kap. Rn. 96 (S. 98)『シムニット・アスマン著／太田匡彦ほか訳『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』(二〇〇六年)九九頁梓番号96(基本法の正統化秩序がその原則に基づいていること、すなわち、国民意思への「拘束」と作用主体の公共善具体化「能力」に触れている)』。

- (25) 参照『ヒチャース／大西有二訳「晚期近代国家の行政法——現在のヨーロッパにおける経済的、生態的、そして社会的発展状況を背景としたドイツ行政法の変容——」法学研究(北海学園大学) 五〇巻一号(二〇一四年)二五八頁以下、二五七頁。
- (26) 参照『ヒチャース／大西訳・前掲注(25)二四五頁。
- (27) 参照『ヒチャース／大西訳・前掲注(25)二五四頁。
- (28) たとえば、シャルフ・前掲注(9)もまた、「アウトプット志向は」「政治的決定の実質的合理性への諸要求」である」としている。Vgl., auch Trute(aaO., Fn. 24), S. 341 ff., S. 342 mit Fn. 251.
- (29) Vgl., M. Ruffert, Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts, in: Chr. Möllers/A. Voßkuhle/Chr. Walter (Hrsg.), Internationalas Verwaltungsrecht, 2007, 395 ff. (409 f. mit Fn. 82, 83 und 84).
- (30) 参照『ヒチャース／大西訳・前掲注(25)二四五頁。
- (31) なお、アカウンタビリティーの意義について、英語文献として、M. W. Dowdle(ed.), Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences, 2006²⁶⁾。
- (32) 参照『山本清『アカウンタビリティーを考える——どうして「説明責任」になったのか』(二〇一三年)二三六頁。
- (33) 参照『山本・前掲注(32)六五頁以下、一三六頁、一三七頁。
- (34) 参照『山本・前掲注(32)六五頁以下、一三六頁。

- (35) 参照、山本・前掲注(32) 九三頁以下、一三八頁、一七七頁、一九〇頁。
- (36) 参照、山本・前掲注(32) 一七七頁、二二五頁。
- (37) 参照、山本・前掲注(32) 一七五頁、一七九頁以下。
- (38) 参照、山本・前掲注(32) 二二五頁。

4 むすび

国際行政法を検討するとき、その行き着く先は「国民国家」「主権」「民主的正統性」といった公法学の基礎理論であった。民主主義や正統性といった概念自体の再検討が求められているとも言える。¹⁾「行政活動が国境を超えて展開する現象そのものは確かに一九世紀から存在して」いたものの、「現在進行している事態は、国民国家の存立そのものを脅かしつつあるところに大きな特色がある」²⁾とは、あながち大げさな話ではなさそうである。

思えば、部隊や兵士同士が戦場で相まみえたナポレオンの時代から時は流れて、やがて国家を挙げての総力戦となり、全土が焦土と化した第一次・第二次世界大戦を経て、対テロ戦争に象徴される国家不在の戦いが登場する時代にわれわれは生きている。

注

- (1) 参照、遠藤乾『統合の終焉 EUの実像と論理』(二〇一三年) 二六三頁。
- (2) 参照、原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」『新世代法政策学研究一八号』(二〇一二年) 二四一頁以下、二四一頁。

Dieser Beitrag wird herzlich Ihnen, Prof. Dr. R. Pitschas an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer gewidmet. Der ist ein unvollkommenes Zeichen meines Dankes. Ich bedanke mich bei Ihnen sehr dafür, dass Sie seit Sommer 1996 mir viel Beratungen und Hilfen gegeben haben. Würden Sie, Prof. Pitschas mir nicht geholfen haben, könnte ich meine Forschung über das Verwaltungsrecht in Deutschland nicht fortgesetzt haben, auch wenn sie im Schnecken tempo wäre.

これまでのご学恩ご厚情を想い感謝し、謹んで本稿をドイツ行政大学院大学シュバイヤーのライナー・ピチャース先生に献呈いたします。先生がいらつしやらなければ、文字通り牛の歩みにも似た遅々としたものではあれ、一九九六年に始まる筆者の実態調査をまじえたドイツ行政・行政法研究を継続することはできなかったらうと思います。

なお、本稿は、二〇一五年一月九日に開催された「グローバル化の中にある行政法」を統一テーマとする、ピチャース教授退官記念シンポジウムで、「進行中の」ヨーロッパ国家結合体とヨーロッパ行政法」というメイン報告に対し、筆者がした短い報告のための準備作業として書かれた。シンポジウムは、R・シヨルツ（公法学）、K・ケーニツヒ（政治学）、シュミット・アスマン（行政法学）、ペーター・M・フーパー（公法学。連邦憲法裁判所裁判官）といった蒼々たるメンバーが寄り集い、和やかに、しかし、緊張感に満ちた雰囲気の中で催された。