

ガバナンスと正統化

—行政法学の立場から

山 本 隆 司

山本 このような報告に慣れておりませんで、パワーポイントなしという形でやらせていただきたいと思います。原稿をすでにお配りしているので、これに沿ってお話をします。

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」と、私がかたまたま最近読んだ本の中に書かれていました。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・概念の限界を超える分析を促す意味を有していると思われませんが、それ自体の概念、輪郭は必ずしも一義的ではありません。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、いわばカメレオンのような性格を持っていると言えます。

したがって、ガバナンスの概念は従来の議論・概念を突破する力を持つわけですが、同時にこの概念により、どのような既存の分析・概念をどのように位置付け直すかということ 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と言えるかと思 います。

社会科学の諸分野の専門家が結集して、多様な視点から討議を重ねた成果であるこの本は、こうしたガバナンス概念の落とし穴を冷静に意識しながらも、ガバナンス概念の意義を生かした刺激的な諸論考を収めていると全体として印象を持ちました。いわばガバナンス研究の模範を示すものと評価できるのではないか。

私は従来、ドイツ法を主な日本との比較の対象として行政法学を研究してきたということ で、もっぱらそのような視点からしか分析ができず、大変申し訳ないと思います。しかし、先ほどの2人の報告者の方がまた違う観点からいろいろ報告されているので、私はもっぱらそのような観点から、本書によるガバナンス研究の意義を確かめながら、若干の補論を試みたいと思います。

まず、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、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、若干お話をすることにします。まずガバナンス概

念の意義について3点ですが、第1に宇野先生の論文は、ガバナンスの語源からたどり、これが「船を操舵する、航行する」というギリシャ語、ラテン語からきていると言っておられます。ドイツ語には対応する言葉がないことも同時に言っていて、確かにドイツ語の文献を見ても、そのままガバナンスと書かれています。

今のドイツ語でこの「船を操舵する、航行する」ということを表現するのは、恐らく *steuern* という言葉であろう。この *steuern* という言葉については、*Steuerung* という概念がドイツで最近、社会学・行政学等で理論上用いられるようになり、これがガバナンスという理論につながっていて、行政法学にも影響を与えています。行政法学のほうは、このガバナンスとは逆にドイツにしかないような *Dogmatik* という言葉を使い、これは、実定法を解釈適用するために学説や判例が形成する概念や命題の体系という、いかにもドイツらしい概念です。

こういう *Dogmatik* が従来、法学の中核をなしてきたわけですが、制御とかガバナンスという概念が従来の *Dogmatik* に反省を促している。この制御の概念が使われる文脈は、制御できるということではなく、むしろ制御に限界があるという、そういう前提があり、それが同時に法学の *Dogmatik* の限界を意識させる働きを持っています。

第2点として、現在の議論においてガバナンス概念が、語源は同一のガバメントと対比して用いられるという点は、いま三浦先生からの報告にもあったとおりです。この意味でのガバナンスは、公的文書の中では *good governance* と表現されます。世界銀行がアフリカの状況について分析したレポートであるとか、EUの諸文書、これは平島先生の論文の中にいろいろ出てきますが、そういった文書の中で、この *good governance* という言葉がよく使われるようになっている。

この *good governance* 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諸関係にも適用が可能な法規範、あるいは広く社会規範を意味します。そして、国や地方公共団体を含む多様な組織・関係の全体によって法的に、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、特徴と意義があると言えます。

そのガバナンスとガバメントを、国や地方公共団体の組織と他の主体ないしは他の主体の関与とか、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わけですが、本書がこういった見方をとらない点は私も賛成するところです。むしろ、両者の共通性を基礎にした代替関係、あるいは協働の可能性を示すことにこそ、ガバナンス論の意味があるのだろうと解釈できます。

しかし、第3点ですが、このガバナンスの概念は、社会における各主体に帰属する能力や権力、権限、責任を正面からは問題にしないということがあります。本書の中では平島

先生の論文、あるいは最後の大沢先生、佐藤先生の論文などでも、この点は繰り返し指摘されているところであり、重要な点です。

こうした限界を私の専攻している公法学の問題関心に限定して表現すると、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、貫徹できる法的な資格が、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はありません。この点も本書で繰り返し指摘されているとおりで、藤谷先生の論文の中で「ガバナンス（論）における正統性問題」というテーマで、正面から取り組まれています。「良きガバナンス、good governanceは正統化をもたらすものではなく、正統化を必要とする」と冒頭に引用した文献の中で言われているところです。

先に述べた制御学を行政法学に摂取すべきということを説いているドイツの論者も、しばしばこのガバナンスという概念の導入には懐疑的ですが、それは結局、このガバナンスという概念がアクター、主体への権限・責任の帰属の問題をあいまいにする危険を持っていることを理由としています。

ただ、それではこのガバナンスの概念が、正統化という概念に対立するものかということ、恐らくそうではないだろう。正統化論をむしろ反省し、豊かにする契機になる点に着目するべきではないかと思われます。本書の考察もこういった点に及んでいるので、以下では若干その点について、つまりガバナンスの観念を正統化の議論に統合する可能性について考えてみたいと思います。

いわば前置きのなことですが、正統化という場合にまず想定されるのは民主政による正統化です。そして、その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、というのは、国またはせいぜい地方公共団体の組織だけにしかないような民主的正統化として概念化したのが、実は公法学でありました。このように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、ガバナンスと正統化との関係を明確に示すことに資するのではないかと思われるので、回り道になりますが、ドイツの民主的正統化概念について簡単に述べたい。

地方公共団体の話は抜きにして、国についてポイントを絞って申しますと、民主的正統化は利害関係ではなく、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、日本流に言うと、国会が内閣総理大臣を指名する、内閣総理大臣が国務大臣を指名する、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、人的な正統化と、法律あるいは政省令、通達などにより指揮命令を行う指揮命令の連鎖、とりわけ行政機関の職員に対する大臣の指揮命令権、内容的正統化により、民主的正統化が国家機関のあらゆる行為に伝達されるべきものとされるわけです。

これはベッケンフェルデという憲法学者が1990年前後に、1987年だったかと思いますが、明確に定式化したDogmatikであります。現にこういった理屈を使い、1995年に連邦憲法裁判所がドイツの職員代表制、これは公務員がその勤務所の意思決定に関与する制度ですが、その一部は違憲である。つまり、国民からいわば切り離された形で決定を行うことになるので違憲であるといった判決がありますが、そういった判決に採用されている考え方です。

この考え方を徹底すると、人的な正統化のルートが切断されるような、例えば土地区画整理組合のような機能的な自治団体であるとか、大臣による個別の指揮命令を受けない、いわゆる独立行政委員会の活動についても、これは民主政、民主的な正統化の概念に反するので憲法違反であるといったような議論も出てき得るわけです。実際、そういった議論がドイツでなされることがあります。

ただ、このように正統化の淵源として国民というものを一体として想定し、一元的な組織の形成により正統化の伝達を説く見解に対しては、ドイツでも、民主政の基礎は個人の尊厳であり、むしろ多元的な手続きにより正統化というものが考えられるのだという見解が近時、有力になっています。

連邦憲法裁判所も最近、水利組合に関して、あるいは映画の助成を行い、補助金を出す決定を行う国の機関の正統性、この機関は人的な正統化の連鎖が実は切り離されているところがあるわけですが、これが問題となった事案において、議会からの民主的正統化の伝達という考え方は維持しながらも、人間の自己決定、行政外の専門性の活性化・活用、事柄の性質に即した利益調整などの必要がある場合には、民主的な正統化、先ほどのようなルートを間引きすることを柔軟に認めるようになっていきます。確かに、こうした方向は私も正当ではないかと思うところです。

そこで、そういった民主的正統化の間引きという議論から、ガバナンス論と正統化論を結合することにより、何か考えられるのではないかということ、以下述べたいと思います。2点に分けて述べます。そして、これは本書がまさに指摘しているところでもあります。

まず第1点ですが、高村先生の論文の中では、ニューヨーク市とサンフランシスコ市のビジネス改善地区、BIDの制度と実態に関する興味深い比較分析が行われています。いわば、まちづくりをこういったビジネス改善地区が行うという制度です。

この論文の中では、市が契約を通じて強く関与しており、また地区内の不動産所有者だけで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、紛争がいろいろ起きている。それに対し、困窮地区で不動産を所有する社会福祉系のNPOの参加等も含め、住民参加が進んでおり、また会議の透明性が保障されているサンフランシスコ市のBIDは、幅広いステークホルダーのコミットメントを引き出すことに成功していること

が指摘されています。つまり、自らガバナンスの仕組みを備え、多様な利益の表出の機会を保障する BID、サンフランシスコ市の BID のほうが、市よりも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かと思えます。

ただし、この高村論文の中では同時に、サンフランシスコ市の BID であってもいろいろ問題がある。つまり、市と同様に負担の強制および事務のアウトソーシングが行われているために、やはり住民のコミットメント・関心の喚起に限界が生じていることのほか、BID による利益調整が成功するには、地域の同質性が必要であると見られることを指摘しています。

特定の目的を持ち、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 のような団体は、確かにきめ細かい利益調整をいろいろなし得るわけです。しかし、反面で、関係利益の多様性・異質性が非常に大きくなると、利益調整を行うことがこういった組織では難しくなるということであろうかと思えます。

この点は、ドイツの機能的自治が正当化される条件として、しばしば Homogenitätsgebot、構成員の利益に最小限の同質性があることと、Korrespondenzgebot、当該団体の決定の基本的な効果が及ぶ範囲があくまでその構成員に限られるといったことが挙げられることがあります。そういったテーゼを想起させるものです。

この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・手続きは、BID のような国以外の、あるいは地方公共団体以外の団体も備えることができる、あるいは備えることが求められるガバナンスの 1 つの要素と言えるのではないかと。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っても、特別な態様で実現されることがあるのではないかと。

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って構成され、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、目的を特定された BID のような団体よりも包括的に、多様で異質な諸利益を表出させる機会を保障した上で、適切な利益衡量や調整をする役割を果たすべきものとされるわけです。これが民主的な距離という概念で言われることです。

その意味で、最近ドイツでも言われるようになってきている正統化のルートはたくさんあるのだという多元的正統化論が、民主的正統化は一体性を所与とするのではなく、むしろ異質な個人を継続的に統合する過程であることを強調する点は正当ですが、民主的正統化とほかの正統化とを区別しないような方向にいつているのは、若干行き過ぎではないかと思われれます。

関係諸利益の表出機会と適切な衡量を保障する手続き・組織をつくる意味のガバナンス、

これを以下「利益ガバナンス」と、あまりいい言葉ではないのですが、短縮してこのように言います。そうすると、こういった要素は、国や地方公共団体に関しては従来、消極的には中立性や非党派性の要請として、あるいは積極的にはさまざまな諸利益を適切に衡量しなければいけないといった考え方として、民主政原理ではなく、むしろ法治国原理、法の支配のほうの1つの内容と位置付けられてきたところです。

これは藤谷論文の中で指摘があるのですが、この利益ガバナンスが法治国原理、法の支配等に基づくとすれば、これを、民主的正統化を補完する正統化の根拠の1つとしてくみ上げることも考えられるのではないかと。そういった形で、正統化論とガバナンス論とを結合することが考えられるのではないかと思います。

この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や手続きだけで実現できるわけでも、実現すべきものでもないことは、このBIDの例で分かるとおりです。さらに、議会を通じた民主的正統化が内在的な限界を持っていることが顕著になるテーマが、佐々木先生の論文の中で指摘されている民主的決定における将来世代の利益ないしは不利益の問題であろうかと思います。

この問題を解決するために平等選挙の原則を変更して、若年層の投票価値を加重するという提案があり、佐々木先生の論文の中でも指摘されているところです。ただ、他方において、議会で調整を要するテーマは、言うまでもなく現在の世代間の利益の衝突に限られないので、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は持っていないだろう。

さらに、従来の民主的正統化が持つ、先ほど申し上げたような包括性、民主的な距離を失わせ、特定の世代間の亀裂を固定化する恐れもあるので、なかなかこうした提案をそのまま取り入れるのは難しいのではないかと。法律家はだいたい保守的なので、法律家というより、むしろ公法学者がということかもしれませんが、そのように考えるわけです。

ただ、民主的正統化、ここに内在的な問題があるのは確かです。ですから、それを是正するための利益ガバナンスの組織・手続き、例えば国民投票、あるいは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持つ委員会等の機関をつくるとか、立法に際してのアセスメント手続きなどを検討することは当然、必要であろうと思います。

それからもう1つ、(3)にあるガバナンスの、「内在的」は間違いで、「外在的限界」ですが、藤谷先生の論文の中では、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みられています。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言えるかと思います。

ただ、この外在的限界については問題の様相がかなり複雑です。少し整理して言うとなれば、民主政国家の視点からいま物事を見ると、国が、他国、あるいは他国で活動する主

体やグローバルに活動する主体、多国籍企業など、あるいはNPO等でもそういったものがありますが、その行為の外部性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ない。環境問題がその典型かと思えます。あるいは、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。例えば他国の貿易障壁があり、経済活動が自由にできないといったようなことが増している状況があります。

国会が承認して条約を締結して、こうした外部性を規律することはもちろんできるわけです。しかし、この場合であっても、そして実態はおいて、法的な観点に限定しても、国会での討議ではなく、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ことは、最近の国会の状況を見ても分かるかと思えます。

したがって、国レベルの民主的正統化の水準をできるだけ上げることはもちろん必要ですが、それだけではどうしても不十分であり、それと国際レベルでの正統化を接続して考えることが不可避になろう。では、世界議会をつくればという話ですが、これは規範的には考えられますし、昔からそういった提案はあるわけですが、目下のところ、その実現の見込みはない。

関係国が全部、民主政をとっていて、そういった関係国が集まって条約をつくる。そうすれば、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ることになるのではないかと考えられるわけです。ただ、この場合には目的ないしは保護利益を特定して条約が締結されるので、先ほどのような議会による民主的な正統化とは異なることがあります。これが国際法秩序のいわゆる断片化と言われる現象で、これは効率性の上でいろいろ問題をはらんでいるわけですが、同時に民主的な正統化という観点からも、したがって深刻な問題をはらむものであります。

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けれども、民主的正統化と接続できるものを考える必要が生じるわけで、アカウントビリティを含む、いわゆる good governance の内容が討議民主政等という形で援用されることがあります。国の民主的正統化、議会による民主的正統化と、この good governance の内容をさらに具体化した討議民主政等とをくっつけて、それで国際レベルの正統化秩序をつくるという、そういう考え方です。

こういった考え方は正当ではあるのですが、そこで言われるガバナンスの内容とか、民主的正統化との関係がいまひとつ明確でないことは否定できないのではないかと。ガバナンスというだけでは、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含まれていないという、先ほどの根本的な問題があるから、そのようなことになるのではないかと思えます。

その点で、先ほど利益ガバナンスの観点を1つ抽出したわけですが、これが例えば参考になるのではないかと。つまり、関係する国際公益の内容に応じて、国際レベルの決定を正統化する手続きや組織を考える上で、重要な視点になるのではないかと。

国も国際的なレベルでは部分利益の主体にすぎない点は、藤谷論文の中ではっきりと言われていることです。そのような状態があり、かつ、衡量すべき利益が国ごとの利益だけではない場合もあるので、国の間で合意したから、それでいいともなかなか言えない。利益ガバナンスの観点から、国家間の合意が適切とは言えない場合があることに、その際には注意をする必要があろうと思います。

ほかに、民主的正統化と接続し得るガバナンスの要素という点では、公益に関係する知識を形成するためのガバナンス、知識ガバナンスとでもいうべきものも重要な観点ではないかと思われます。「おまえがそれを研究しろ」と言われると「できません」としか言いようがないのですが、自分のことを棚に上げて申し上げれば、そういった観定の論考があれば、さらにおもしろかったのではないかという感想を持つところです。

もう1つの話として、ガバナンス論と正統化論とを接続するもう1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も本書の重要な着眼点であろう。これを言っているのが佐藤論文で、世界各国で進んでいる違憲審査制の導入・活性化がこの中では指摘されています。

その次の行に「司法の政治化」と書いていますが、これは逆です。「政治の司法化」です。有力な野党や連邦制などが政治の司法化を促進するといった指摘は興味深いところです。

時間がありませんので、その次に書かれていることは少し飛ばして、もう1つ、藤谷論文の中においても非常に興味深いことが書かれています。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」である。さらに「司法的に争い得る可能性そのもの」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」であるという主張をされています。

これは非常に難しく、私は完全に理解している自信が全くないのですが、いずれにしても、これらの見解が、司法が民主的正統化の稀薄性を理由にして、立法や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、あるいは議会による民主的正統化と並ぶ正統性を根拠付けられていると説く点が非常に注目されることです。

この点については、その次のページに移りますが、最初のところにあるように、最近ドイツにおいて、三権分立と個人とを複線的な正統化の概念によって結び付ける見解が提示されていて、これが先ほどの藤谷先生の論文の1つの種になっていると思われます。そうでなかったら、後で指摘していただければと思います。

これは、議会が平等選挙という集合的な個人の自己決定によって民主的に正統化されて

いることと同等に、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というテーゼです。これが一般的にとられているかという点、どうも必ずしもそうでないところがあるので、これがドイツで普及している考え方だとまでは言えないのですが、基本的な方向はそのとおりかと思います。

この個別的な正統化の中身ですが、真ん中の(2)に飛びますが、この内容自体は特に新しいものではないと思われまふ。普通にと申しますか、有力な見方として、今までも示されてきたところではないか。この中身自体はそうだと思うのですが、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付けることは、恐らく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ります。加えて、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限り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だろう。

つまり、司法は、もともと権利の内容を判断するには、他の権利や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す。したがって、個別的に正統化された司法の組織や手続きは、必然的に先ほどの利益ガバナンスを実現する役割も果たしています。さらに知識ガバナンス、あるいは参加など、個別的な正統化と接続し得る他のガバナンスの要素も考慮に入れ、一般的に言えば個別的に正統化される司法の手続きや組織の性質を損なわない限りで、司法がこういった性質を生かし、ガバナンス、あるいは佐藤先生の論文で言われる参加民主主義・討議民主主義を実現する役割を果たすことが肯定できるのではないかと。

藤谷先生の論文の中では特に、行政機関や私的な組織が正統化と接続し得るようなガバナンスの手続きや組織を備えているかどうか、あるいは備えていたかどうかという争点について判断することにより、社会における良きガバナンスを実現するという役割が司法にあるのではないかということをおっしゃられると思います。このような点は非常に重要な指摘ではないかと思ひます。

というわけで、私はもっぱら一方的に勉強させていただいたというコメントしかできませんが、ガバナンスという問題だけでなく、正統化ということを考える上でも、本書は非常に示唆的であり、刺激的ないろいろなヒントを含んでいるものではないかと思ひました。どうもご清聴ありがとうございました。

【追記】山本先生には、その後、当日の報告原稿をさらに発展させ、詳細な参考文献リストも付された独立の書評論文もおまとめいただきました。同論文は本号に別に掲載していますので、あわせてご参照ください。