



グローバル化と法の変容 : グローバル化の下での主権国家の地位低下と法学の課題(6) グローバル化社会と行政法 : グローバル・ガバナンスへの日本の学説の対応

興津, 征雄

(Citation)

法律時報, 88(2):79-85

(Issue Date)

2016-02

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004081>

※ この論文ファイルは印刷不可です。





グローバル化の下での
主権国家の地位低下
と法学の課題

グローバル化社会と行政法

—— グローバル・ガバナンスへの日本の学説の対応

興津征雄

1 はじめに

本稿に先立って「グローバル化と法の変容」を論じた憲法学者は、この問題領域における「行政法学者らの水を得た魚のような活躍」¹⁾を指摘した。確かに、グローバル化に対する行政法学の関心は、にわかに高まっているように見える。しかし、同じ論者が同時に「彼ら〔行政法学者ら〕の既存の理論は主権国家や憲法を頂点とする■内法の段階構造という基礎条件抜きでも成立するのかが、まさに問題であろう」²⁾と喝破していたように、グローバル化社会は行政法にとって、決して約束された大地ではない。別稿で述べたように、「日本の行政法の理論体系は、依然として議会立法による授權と正統化の連鎖および独立した裁判所による司法審査を前提として組み立てられており、民主主義と権力分立を基盤とする国家の統治構造を抜きにして行政法の存立を語ることは、木に縁りて魚を求むがごとき所為かに思われる」³⁾からである。

とはいうものの、行政法と主権国家との関係をどう理解するかは、そしてグローバル化社会とどう向き合うかは、論者により様ではない。とりわけ主

権国家を超えたレベルで展開されるグローバル・ガバナンス⁴⁾を行政法の対象に含めるか、またそこにおいて主権国家の役割をどう考えるかについて、立場の差が如実に顕れる。本稿では、行政法と／のグローバル化について日本語で提唱ないし紹介されている見解のサーベイを通じて、グローバル化社会における行政法の可能性、そしてその主権国家との距離を測るための見取図を描くことにしたい。

取り上げる見解は三つある。第一に、斎藤誠の“行政法の国際化”に関する学説である⁵⁾。これは、グローバル化による国内行政法の変動に焦点を当て、「開かれた国家」性を強調しつつもなお主権国家の論理を堅持する見解であり、グローバル・ガバナンスそれ自体の法的規律は関心の外にある(2)。第二に、原田大樹がドイツの“国際的行政法(Internationales Verwaltungsrecht)”の検討を手がかりとして提唱している構想である⁶⁾。これは、国家間の連携によるグローバル・ガバナンス類似の構造をも行政法の対象として捉えるが、主権国家の役割をなお重視する見解である(3)。第三に、アメリカを中心とする“グローバル行政法”であり、筆者らが紹介している⁷⁾。これは、グローバル・ガバナンスの法的規律を、国内行政法の理論や概念を手がかり

1) 棟居快行「グローバル化社会と憲法」法時87巻11号(2015年)121-127頁、121頁註(1)。

2) 同上。

3) 興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ——国家なき行政法ははたして、またいかにして可能か」[2014年]浅野ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年)47-84頁、49頁。

4) 本稿では、この言葉を、「集権的な統治機構(government)の存在しない世界において、国境を越えた諸課題に対処するための国際機関・国家・企業・自治体・非政府組織(NGO)・個人等の諸主体の相互作用の過程ないし枠組み」(興津・前掲注3)52頁)を意味するものとして用いる。なお、後述の斎藤誠のように、グローバル・ガバナンスに(法的)概念としての意味を認めない立場もあるが、そのような論者も、事実としてこのような現象が生じていることは認めるようなので、本稿では、立場の違いを問わずこの言葉を用いることにする。

5) 斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』(有斐閣、2011年)339-374頁。同論文の書評として、原田大樹「国際的行政法の発展可能性——書評：斎藤誠「グローバル化と行政法」」[2012年]『公法制度設計の基礎理論』(弘文堂、2014年)95-113頁、横溝大「行政法と抵触法——グローバル化の中の行政法(2)」自研88巻1号(2013年)128-141頁。

6) 原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論——ドイツ「国際的行政法」論を手がかりとして」[2014年]浅野ほか編・前掲注3)17-46頁。

りとしつつも、国家法秩序とは切り離された形で構想するものであり、特定の主権国家の国内法に依拠しないのみならず、グローバル社会における主権国家の機能的等価物（グローバル立憲主義など）をも措置しない見解である（4）。

2 行政法の国際化

斎藤誠は、「グローバル化のもとでの行政活動の関係を、登場するアクターによって分類すれば、まずは日本－他国という水平関係と、日本－日本が加入している国際組織／多国間条約等による多边的国際制度、という垂直関係に分けられる」（348頁⁸⁾）とし、自己の理論を、水平関係と垂直関係とに分類して構成している。狭義には、行政法の国際化は垂直関係において現れると考えられているようだが、その前提として、水平関係についても概観しておく。

(1) 水平関係（公法抵触法論）

水平関係においては、「行政法における抵触法」すなわち公法抵触法論の可能性を論じ、外国行政行為の効力、外国法の適用、国内法の国際的適用、および国際的な執行活動について具体的な考察を展開する（348-361頁）。その考察はきわめて精緻かつ実証的であり、国際私法との対話のもとで公法抵触法論を本格的に開拓するものとして、注目に値する。

本稿の関心から興味深いのは、従来の国際私法においては、国家の関心の高さや国家主権が、公法（行政法）について抵触法を適用しないことの根拠として挙げられていたのに対し⁹⁾、斎藤が、国家主権や自国法の独立性を損なわない形で公法の抵触を論じていることである。例えば、外国行政行為の国内法における効力について、「立法というフィルター」（353頁）がある場合とない場合とを区別し、前者すなわち承認の根拠規定が国内法令に置かれている場合には、日本の実質法の解釈問題となるのに対し（352頁）、後者すなわち根拠規定が国内法にない場合には、「わが国の憲法諸規定との関係を考慮した上で」、裁判所による「実質審査の可否も視野に

入れる必要がある」（353-354頁）¹⁰⁾として、国内法との止揚を図っている。他にも、外国行政法の国内適用について憲法上の法治国原理・民主主義原理との関係が問われたり（355-356頁）、逆に自国法の国際的適用について憲法上の人権・法益の実効的保護の要請が積極的根拠として援用されたり（359頁）¹¹⁾、国際的な執行共助において個人情報保護・罪刑法定主義・行政手続法などへの注意が喚起されたり（361頁）する点からも、国内（公）法との整合性への配慮が見て取れる。

(2) 垂直関係（行政法の国際化）

垂直関係について、斎藤は、「①条約や協定による静態的な経路と、②そうした法源やインフォーマルな官庁間協力を組み込みながらも、より複雑かつ動態的な、組織・手続からなる「構造」（WTO、バーゼル合意、コーデックス委員会など）による経路」（363頁）とに分類し、「条約、協定、そして「構造」との関係で、国内行政法が変動することを、ここでは行政法の国際化として広く捉えておく」（362頁註7）とする。

これは、本稿にいうグローバル・ガバナンスの法的規律を包摂しうる枠組みであるようにも見える。しかし、斎藤の意図はそこにはない。斎藤は、論文の冒頭で「「グローバル・ガバナンス」とか「行政法のグローバル化」といった概念規定から出発するのは、いささか早計であろう」（339頁註(1)）と冷淡にあしらって議論を始めたうえ、稿を閉じるにあたって再び「「国家なき法」や「グローバル・ガバナンス」といった旗をまず掲げて進む」（374頁）ことの不毛さを駄目押ししているからである。

斎藤の議論は、以下のような筋道をたどる（364頁）。①従来は国際法と行政法とを隔てていた憲法が、「開かれた国家」性を許容しているために（日本国憲法前文・98条）、両者の日常的な接触を許容し、要請する。②しかし、条約を定立するのも、それを執行するのも、裁判所においてそれを解釈するのも、すべて国家であり、国家以外のアクター（国際機関、NGO、私的な基準定立機関など）が国家に取って代わることはない。③行政法学は、行政過程

7) 宮野洋一「「グローバル行政法」論の登場——その背景と意義」横田洋三＝宮野洋一編『グローバルガバナンスと国連の将来』（中央大学出版部、2008年）323-338頁、藤谷武史「多元的システムにおける行政法学——アメリカ法の観点から」新世代法政策学研究6号（2010年）141-160頁、特に146-158頁、興津・前掲注3）。

8) 斎藤・前掲注5）の頁数を指す。以下本節において同じ。

9) 参照、横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野ほか編・前掲注3）109-128頁、110頁。後掲注16）に対応する本文も参照。

10) この点は、横溝・前掲注5）135-136頁による批判を受けている。

11) 横溝・前掲注5）131頁は、「憲法上の考慮は、我が国抵触法学においてはこれまで、どちらかと言うと自国法の国際的適用の消極的根拠となると考えられて来た」とする。

におけるインフォーマルな手法や私的団体による行政権の行使の扱いをすでに理論化し、一定の方向性を示してきたため、グローバル化への対応もその延長線上で考えることができる¹²⁾。

こうして斎藤は、民主主義原理および法治国原理の双方から、「行政法の国際化」が対応すべき課題を指摘していくのであるが、そこで問われるのは自国法秩序から見た正統性や権利保護（すなわち国家単位の正統性や権利保護）であり（371頁など）、国際社会やグローバル社会における正統性や権利保護を構想するという発想は稀薄であるように見受けられる（ただし、条約に基づく二次立法の手続透明化や正統性に言及する箇所もある（366頁・367頁））。このように、斎藤は、議論の構造上自国法の独立性から出発することが自然な水平関係のみならず、国際社会一般の利害関心が前面に現れやすい垂直関係においても、主権国家の論理（ただしそれは「開かれた」主権国家ではあるが）に忠実であろうとする。これは、主権国家の社会統合機能・権利保護機能を重視し、国際法と国内法との間に「憲法という濾過層」（372頁）を置くことによって、グローバル化がもたらす不純物を国内法秩序に到達する前に取り除こうとする発想に立つものであると解され、国内公法の内側から守りを固める戦略だといえよう。

しかし、国内法は国際法上の義務違反を正当化する理由にはならず、とりわけ多边的制度や「構造」がかかわる垂直関係において、一国の憲法を盾に取ることがどこまでできるかは、問題となろう。国際レベルでなされた決定と自国の憲法原理とが整合しない事態が生じた場合に国家がどう行動すべきか、斎藤は明言していないが、仮に憲法原理を理由とするある種の拒否権や、垂直関係からの離脱を認めるならば、後述（3(2)）のとおり多边的制度や「構造」自体が維持できなくなってしまうのではないかという懸念もある（もっとも、主権国家の側で拒否権や離脱の可能性を保持しておくことが、グローバル・レベルでの正統性や権利保護の増強を要請する契機になるという側面はある¹³⁾）。このような懸念をグローバル・レベルと国内レベルの双方で真剣に受け止めるならば、グローバル・ガバナンスそのものを

（行政）法化するという戦略をその先の問題として考えてもよいのではないだろうか。

3 国際的行政法

原田大樹は、ドイツの国際的行政法をめぐる議論を追跡しつつ、ドイツで強調される「連携」の概念と、むしろドイツでは評価の低い「抵触法的解決」の二本立てで、グローバル化に対応しうる行政法的枠組みを構築しようとする。そして、それらのいずれについてもグローバル化が正統性問題をもたらすとし、それへの対処法を提案する。論述が凝縮されていて趣旨が読み取りにくい箇所もままあるが、あえて図式化すれば、次のような構図を描くものといえよう。

(1) 連携と抵触法

まず、連携（Verbund）の概念は、「多層的な公共管理・統治過程が結びつく構造」（27頁¹⁴⁾）と定義される。二国間および多国間の協力関係を表現する理念である。行政連携が進展することにより、政策形成の段階においては実体的な政策内容の調整と共通化が、その執行の段階においては各国行政機関相互間での執行権限の調整と執行構造の平準化が推し進められることになる（30-32頁）。この連携の概念を媒介にすれば、グローバル・ガバナンスを直接法的規律の対象とすることも可能となるように見える。ただし、ドイツの国際的行政法論は連携の単位としての主権国家がなお政策実現・執行の最終的な権限を留保するという前提を崩しておらず（32-33頁）、いくら連携が進展しても、超国家的なグローバル・ガバナンスの中に主権国家が埋没するという想定はなされていないものと思われる。

次に、抵触法的解決は、二国間の行政協力関係において自国行政法と他国行政法の適用関係の調整の必要が生じた場合の、連携と並ぶもう一つの解決方法として提唱されている（34頁）。しかし、ドイツの国際的行政法論においては、公法の領域に抵触法の発想を適用することには、かつてのK・ノイマイヤーらの議論とは異なり、否定的な評価が強かつ

12) ただし、③に関連して、原田大樹「グローバル化と行政法」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）12-13頁は、民営化論とグローバル化のそれぞれにおける国家の位置づけには「大きな構造的相違が見られる」（13頁）と指摘する。

13) 藤谷武史「グローバル化と公法・私法の再編——グローバル化の下での法と統治の新たな関係」[2014年] 浅野ほか編・前掲注3）333-363頁、361頁（ただし同頁註72）。EUにおいては、加盟国の国内裁判所がEUにおける基本権保障の不十分さについて国内憲法の観点から警鐘を発したこと（ドイツ連邦憲法裁判所のSolange決定）が、EUレベルでの基本権保障の拡充（とりわけEU基本権憲章の採択）につながったという経緯がある。参照、伊藤洋一「EC法の国内法に対する優越(3)——EC法と憲法規範」法教266号（2002年）121-128頁、同「EU基本権憲章の背景と意義」法時74巻4号（2002年）21-28頁。

14) 原田・前掲注6）の頁数を指す。以下本節において同じ。

た¹⁵⁾。その理由はいくつか挙げられているが、端的に言えば、公法は国家政策との結びつきが強いため、抵触法の前提となる各国法の交換可能性や、私法に見られるような同質性が存在しないことに求められるようである(34頁)¹⁶⁾。しかし、国際人権規範のように、実現すべき価値や目標がもともと共通している分野においては交換可能性の基盤が存するし、前述の連携によって二国間・多国間の行政協力関係が進展し、各国の政策目標や執行構造が共通化・平準化することによっても交換可能性は高められる(35頁)。

連携と抵触法的解決のいずれの方法による場合であっても、グローバル化に伴う正統性問題が生じることになる。すなわち、グローバル化の進展により政策形成の場が主権国家の議会から超国家レベルへと移転すると、伝統的な民主政的正統性が確保できなくなってしまうので、これを補う正統化要素をどのように調達するかが問われる(28-29頁)¹⁷⁾。これに加えて、抵触法的解決を採った場合にも、国際民事ルールすなわち「一定の政策目的の実現のために国際法的な民事ルール(例：契約法・不法行為法)を設定し、そのエンフォースメントを各国の裁判所に担わせるもの」¹⁸⁾が活用される場合、正統性問題が発生する。なぜなら、当該民事ルールが国内法化されたものではない場合、国内立法者の判断を待たずに裁判官が民事法関係の中にグローバルな政策基準を反映させることが、民主政的正統性を有する立法者の権限との間に緊張関係を生じさせるからである(36頁)。

(2) 正統性問題

原田は、正統化の方法を、「自律的で個別的な意思形成の集積による方法(市場による正統化)と、制度的な集団的意思形成による方法(民主政的正統化)の二つ」(40頁)に分け、グローバル化のもとらす正統性問題への対処を試みる(「開かれた正統性」(42-44頁))。この二つの正統化方法の組み合わせ、およびとりわけ前者(市場による正統化)がも

たらす危険性については、すでに別稿¹⁹⁾で批判的に検討したので、ここでは、後者(民主政的正統化)について若干のコメントを付す。

原田によれば、グローバル化において集団的意思形成による正統化が問題となるのは、次の二つのケースである。

まず、政策決定が国家によってなされる場合でも、その内容形成が実質的にグローバル・レベルに先取りされ、国家の立法者の決定権限が空洞化する場合である。この場合には、空洞化された部分を「補完的正統化要素」²⁰⁾により充填すること、またその場合でも政策内容の実現(執行)は国家が行うので、その部分を捉えて「グローバルな政策基準の定立を理念的には国家に係留する方法」(41頁)が採られる。ここにいう「理念的に国家に係留する方法」が具体的に何を意味するのか不明確であるが、おそらく、「国際的なレベルでの政策基準の形成過程・手続等に条件付けを行い、その条件を充足しなかった場合には当該政策基準の国内法上の効力を否認するという方法」²¹⁾すなわち国家の拒否権の留保が念頭に置かれているように思われる。

次に、「政策基準の定立とその実現とがともにグローバルなアクター(とりわけ民間主体)によって担われ、国家活動との接点を欠くような場合(例：ISOによる規格定立、スポーツ法)」(41-42頁)には、「国家の立法者を經由しない正統化の可能性が開かれている」(43頁)。ただし、国家との接続を欠く場合でも、国家が私的領域に無関心のまま放置しているわけではなく、介入しない(当該領域を国家任務としない)という積極的な決定を行ったうえで、それを私的領域に委ねていると構成される(原田は、国家が介入しないという決定をなしうる権限を「不介入オプション」と呼ぶ(43頁))。したがって、国家は、当該領域を「いつでも自己の任務領域に引き入れて制度化することができる」(43頁)ため、「グローバルな政策形成過程をも国家を舞台とする一元的な集団的意思形成の枠内に理念上とどめ」ることが可能となる(43-44頁)。

15) 原田は、かつての抵触法中心の議論を「国際行政法」、近時の議論を「国際的行政法」と訳し分けている(21頁)。

16) 前掲注9)およびそれに対応する本文も参照。

17) この問題は、つとに原田大樹「多元的システムにおける正統性概念」[2012年]原田・前掲注5)49-94頁で検討されていた。

18) 原田大樹「多元的システムにおける行政法学」[2010年]原田・前掲注5)8-48頁、23頁。

19) 興津征雄「書評 原田大樹著『公共制度設計の基礎理論』」季刊行政管理研究147号(2014年)54-60頁、57-58頁。同書評では、標記著書のほか、原田・前掲注6)の初出である同「グローバル化時代の公法・私法関係論——ドイツ『国際的行政法』論を手がかりとして」東社65巻2号(2014年)9-33頁を検討の対象とした。

20) 「補完的正統化要素」としては、グローバル・レベルにおける公開の「討議・参加」、政策の「成果・結果」、二国間または多国間の協力関係における相互の「信頼」が挙げられている(38頁)。

21) 原田・前掲注12)13頁。

語弊を恐れずにまとめれば、国家はグローバルな政策形成過程に介入するのもそこから離脱するのも自由自在であるから、国家意思(条約)に基づいて設立された国際機関が決定を行う場合も、国家意思とは無関係に設立された民間の主体が決定を行う場合も、等しく国家(国民)を淵源とする民主政的正統性に包摂される、というイメージを描くもののような(44頁註030)も参照)。しかし、国家がそのような(不)介入オプションを有しており、かつ、それを自由自在に行使しようという前提は、グローバルな政策実現過程を説明するのに適合的だろうか。

もちろん、前述(2(2))のとおり、国家がそうしたオプションや拒否権を保持しておくことが、グローバル・レベルでの正統性や権利保護の強化に向けたプレッシャーとなることもある。しかし、国家があまりに自分勝手に振る舞えば、グローバルな政策実現の枠組みそのものが成り立たなくなってしまうから²²⁾、オプション・拒否権行使の要件や限界、その統制の方法は相当慎重に設定する必要があるように思われる²³⁾(民間の主体がグローバルな任務を担う場合には、私的自治や結社の自由にも配慮する必要がある²⁴⁾)。現実問題としても、国際的な経済規制・市場規制からの離脱は、当該市場からの退場を意味し、しばしば禁止的なコストを伴うため、「国内立憲主義が政策実現を通じたコントロールを保持

するという見込みは、限定されたものである」²⁵⁾との批判も存するところである。

このように、グローバル・ガバナンスにおける正統性を国家に一元的に還元する試みには、なお課題が多い。そこで節を改めて、正統性を国家から切り離す構想を検討する。

4 グローバル行政法

グローバル行政法は、グローバル・ガバナンスそれ自体を行政法に由来する諸法理(とりわけアカウントビリティ、透明性、参加などの手続法理)をもって規律しようとする構想である。これまでに検討した二つの見解とは異なり、どこか特定の主権国家の国内(行政)法に依拠するわけではないが、かといって、グローバル立憲主義のようにグローバル社会の一元的な構成原理を指定するものでもない²⁶⁾。グローバル行政法の全体像については先行研究に譲り²⁷⁾、ここでは正統性問題に絞って、グローバル行政法に寄せられた批判とそれに対する応答を見る。

(1) 人民主権原理の不在

グローバル社会ないし国際社会の統治構造(グローバル・ガバナンス)を一元的・統一的に秩序づける構成原理、またはそのような構成原理があるべきだとする主張をグローバル立憲主義と呼ぶとする

22) 参照、中谷和弘「国際関係の変動、国際法の展開と国内法の対応」道垣内弘人編『岩波講座 現代法の動態 4 国際社会の変動と法』(岩波書店、2015年)3-24頁(国際法上の義務履行に関する国内法の対応を、日本の事例(必ずしも迅速・適切なものばかりではない)に即して分析し、国際法違反が国際社会の利益や国益を損ないかねないことを指摘する)。

23) 民主主義原理に基づく拒否権留保の実例として、村西良太「財政・金融のグローバル化と議会留保——ドイツ公法学から見た欧州債務危機の諸相」[2014年]浅野ほか編・前掲注3)149-187頁(グローバルな政策決定における強すぎる拒否権に懸念を示す(185頁))。

24) この点で興味深い素材を提供するのは、ドイツのスピードスケート選手クラウディア・ベヒシュタインをめぐるドイツ国内裁判所の判断である。同選手は、2009年にドーピング規制違反で国際スケート連盟より2年間の出場停止処分を受け、これをスポーツ仲裁裁判所(Court of Arbitration for Sport: ローザンヌに置かれた国際的な仲裁機関)で争って敗訴し、さらにスイス国内法に基づきスイス連邦裁判所に仲裁判断取消しの訴えを提起したが、これも棄却された。そこで、ドイツの国内裁判所に上訴したところ、ミュンヘン上級ラント裁判所は、ドイツ独禁法違反(優越的地位の濫用)ひいてはドイツ公序違反を理由に、国際スケート連盟とベヒシュタインとの仲裁合意を無効と判断した(OLG München, Urt. v. 15. Januar 2015, Az.: U 1110/14 Kart)。これに対して、スポーツ仲裁裁判所は、「国際仲裁の基本原則が脅かされかねない」とする声明を発表している(“Statement of the Court of Arbitration for Sport (CAS) on the decision made by the Oberlandesgericht München in the case between Claudia Pechstein and the International Skating Union (ISU)”, 27 March 2015, http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statement_ENGLISH.pdf (2015年12月14日閲覧))。スポーツ仲裁全般については、小川和茂「スポーツ仲裁」法時87巻4号(2015年)31-36頁参照。

25) Nico Krisch, “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, in Petra Dobner / Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press (2010), pp. 245-266, p. 248-249.

26) Krisch, *supra* note 25. But see Matthias Kumm, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State”, in Jeffrey L. Dunoff / Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World?: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press (2009), pp. 258-324, p. 312 (世界市民的立憲主義(cosmopolitan constitutionalism)がグローバル・ガバナンスやグローバル行政法を基礎づける概念枠組みになるとする); Ming-Sung Kuo, “Taming Governance with Legality?: Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-c Global Constitutionalism”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 44 (2011), pp. 55-102 (グローバル行政法がグローバル・ガバナンスを規範的に規律づける実質的意味の憲法(small-c constitution)になっているとする)。

27) 前掲注7)参照。

と²⁸⁾、グローバル行政法は、このような構成原理を指定せずにグローバル・ガバナンスに公法的規律を及ぼす試みである。このことは、グローバル・ガバナンスに正統性を付与する究極の主体たる人民(the people)が存在しないこと、すなわち人民主権原理が妥当しないことを意味する²⁹⁾。

グローバル行政法は、グローバル・ガバナンスのアカウントビリティを確保することでこの問題に答えようとする³⁰⁾。これに対する批判説は、次の二つの論点を摘示する³¹⁾。第一に、主権国家における人民を淵源とする正統性が、均質で一元的な単数形の人民(国民)の意思に基礎づけられるのに対し、グローバル行政法におけるアカウントビリティは個別の特殊な自らの利益を主張する利害関係者による利益調整を可能にするに過ぎない。第二に、人民主権と結びついた議会制民主主義が、議会における公開の討議を通じた公的言説による批判可能性を担保するのに対し、グローバル行政法にはそれが無い。

こうした批判には確かに聴くべきものがある。グローバル行政法において現に提案されまた実行されている制度が、主権国家の議会制民主主義に比肩するものでないことはいうまでもないし、アカウントビリティだけで正統性問題が解決できるわけでもない。しかし、このことを措くと、前述の批判には次のような応答が可能であろう。

(2) 利害当事者原理による基礎づけ

前述の批判の第一点は、人民主権を前提とする議会制民主主義における正統性調達過程(しかもドイツの民主的正統化論に影響されたそれ³²⁾)を、あまりに当然視している嫌いがある。なるほど、正統性の淵源として一元的な人民を観念できる主権国家の国内では、少数の利害関係者によって、全体のものであるべき公的決定過程が絡め取られることには、警戒的であるべきだろう。しかし、人民主権が妥当しないグローバル・ガバナンスにおいては、そもそも公的決定過程が帰属すべき“全体”が何であるのか、容易に確定しえない。このような条件下では、決定によって影響を受ける利害当事者を余すことなく決定過程に参与させる“利害当事者原理(Principle of Affected Interests)”³³⁾こそが重要であり、とりわけ強者の前にかき消されがちな弱者の声を決定に適正に反映させることのできる制度的担保が必要となる。

そもそも、グローバル行政法の標榜するアカウントビリティの観念は、もともとアメリカにおける行政国家化の進展により委任立法と行政裁量が増大し、議会制民主主義が行政活動を統制するという建前が維持できなくなった現実を前にして、適正に代表されにくい利益(環境利益や消費者利益などが想定されていた)をいかにして行政過程に反映させるかという関心に由来するものであった³⁴⁾。グローバル行政法が手続法理の活用を説く狙いの一つは、ここにある³⁵⁾。

28) 篠田英朗「国境を超える立憲主義の可能性」阪口正二郎編『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』(岩波書店、2007年)99-124頁、105頁の「国際社会の立憲主義」ないし「国境を超える立憲主義」を統治の観点から理解し直したものである。See also Krisch, *supra* note 25, p. 252 (立憲主義を「基礎づける(foundational)」なものとして理解する)。

29) ここでは、文化的・言語的・民族的に一体をなす世界人民が事実として存在しないことよりも、統治の正統性の淵源たる人民が(憲)法によって再帰的に統合されるプロセスが存在しないことに力点がある(参照、藤谷・前掲注13)338-339頁)。なお、「統治のグローバル化の問題の本質は、De-nationalizationではなくDe-democratizationである」(藤谷武史「統治における立法の位置——公法学の観点から」法哲学年報2014『立法の法哲学——立法学の再定位』(有斐閣、2015年)33-49頁、45頁)との指摘があるとおり、本文で論じる問題はグローバル・ガバナンスにおける民主主義(民主的正統性)の欠損として捉えられることが多い。しかし、後述のステークホルダー民主主義のように、人民を淵源としない民主主義も理論的には構想しうるので、本文では、英語圏の政治哲学において“人民による統治”を意味する人民主権(popular sovereignty)の観念を用いた。日本憲法学がフランス憲法学の影響下に論じているプーブル主権の概念にコミットする意図はない。

30) 興津・前掲注3)。念のために注記すれば、アカウントビリティの概念は、統治が人民の要求に応答的なものであるために充たされなければならない種々の指標の総称として用いられる場合と、統治者と被統治者または権限行使者と授権者の関係を問う概念として用いられる場合とがあり、グローバル行政法の文献でもその両方の用法が混在しているが、ここでは後者の意味である(Yukio Okitsu, “Accountability as a Key Concept for Global Administrative Law: A Good Governance Mantra or a Globalized Legal Principle?”, *Kobe University Law Review*, Vol. 49 (forthcoming))。

31) 必ずしもこの二つを明示的に分節するものではないが、例えば、藤谷・前掲注13)357-358頁(国家法秩序には利害関係人の単なる意見の反映を超える要素が含まれているとする)、原田・前掲注6)42頁(グローバル行政法は利害関係者間での合意を調達する利益民主主義的な方向を示すとする)。

32) 原田・前掲注17)77頁。

33) Robert A. Dahl, *After the Revolution? Authority in a Good Society*, Revised ed., New Haven: Yale University Press (1970, 1990), p. 49; Robert E. Goodin, “Who Counts?” [2007], in *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice after the Deliberative Turn*, Oxford: Oxford University Press (2008), pp. 127-154.

批判の第二点は、個別の決定過程を公開して透明性を確保することを超えて、そのような過程を下支えする公的な言説空間の存否を衝くものと考えられる。そうすると、これはそのままグローバル行政法的前提とする民主主義の形を問うものであろう。これに応答することは本稿の範囲を超えるが、人民主権原理に代えて利害当事者原理を基礎とし、政策領域ごとに利害当事者（ステークホルダー）を民主主義の担い手（デモス）としてノミネートするステークホルダー民主主義を一つの可能性として指摘しておきたい³⁶⁾。

5 おわりに

本稿は、日本の学説を比較検討する過程で、行政法もグローバル・ガバナンスを対象とすべきこと、またその際に主権国家の存在を理論構築の先験的な前提として自明視すべきでないことを主張した。これは決して、国家の役割がもはや不要になったとか、国家中心の行政法ではグローバル化に対応できないなどという認識に基づくものではない。一口にグローバル化といっても、生じている事象は様々であり、国家の内と外での両方の対応が求められている。例えば、公法抵触法論（2(1)、3(1)）は、国家の内側で対応すべき問題についての国内行政法からの応答として、本稿も重要な意義を認めるものである。しかしまた、国家が単独ではその問題解決能力を十分に発揮できないような状況が広がりつつあること、その反面でグローバル・ガバナンスの存在感が徐々に増していることは、否定できないように思われる。伝統的な行政法観からすれば、グローバル・ガバナンスが行政法の問題かと訝る向きもあろうが、グローバル・ガバナンスを国境を越えた社会管理機能³⁷⁾の一態様であると捉えれば、これを行政法の思考枠組みで規律することが決して荒唐無稽な発想ではないことが理解されるであろう。大切なのは、現象に対する多様なアプローチがありうることを認め、それらを理論的在庫として備蓄し、相互の

対話と批判を継続することである。それは、グローバル化社会における行政法学の務めであり、学問的に十分エキサイティングな作業であるというのが、本稿の立場である。

* 本稿は、JSPS科研費（課題番号：26380035、15H03304、15H01925）および公益信託山田学術研究奨励基金奨励金による研究成果である。

（おきつ・ゆきお 神戸大学准教授）

34) Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, Vol. 88 No. 8 (1975), pp. 1667-1813. See also Archon Fung, "The Principle of Affected Interests: An Interpretation and Defense", in Jack H. Nagel / Rogers M. Smith (eds.), *Representation: Elections and Beyond*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press (2013), pp. 236-268, p. 241（行政国家と利害当事者原理との関連）。

35) Richard B. Stewart, "Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness", *American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), pp. 211-270.

36) 参照、松尾隆佑「マルチレベリ・ガバナンスにおける民主的正統性と公私再定義——ステークホルダー・デモクラシーのグローバルな実現に向けて」東社65巻2号（2014年）185-206頁、高橋良輔「国境を越える代表は可能か？」山崎望＝山本圭編『ポスト代表制の政治学』（ナカニシヤ出版、2015年）57-90頁。

37) 遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院、1977年）8-9頁・80頁。遠藤は必ずしもグローバル・ガバナンスを念頭に置いていたわけではないが、彼の行政法理論は国家法の相対化を志向するものであった。