

# 市民参加の「民主化機能」について

野田 崇

## はじめに

一 行政決定への市民参加ないし住民参加手続の機能としては、一般に、情報収集機能、権利保護機能および民主化機能が挙げられる。<sup>(1)</sup>これらの機能は、それぞれが独立的に併存しているのではなく、相互に重複しているものである。たとえば、幅広い市民参加手続を通じて、計画策定が予定されている地区の地域的特性や住民の社会的構成に関する正確な情報が収集されれば、それを踏まえて策定される計画の内容は、そのような参加手続を経ずに計画を策定する場合と比較してより適切なものになると予想することができる。そしてそのことは同時に、策定される計画が地域住民などの利害関係人の権利利益を不用意に損なうといった事態を避けることにもつながるだろう。このように、参加手続の三つの機能のうち、情報収集機能と権利保護機能のそれぞれの内容は明確であり、また相互の関係も把握しやすい。それに対して、民主化機能はどうか。

市民参加の「民主化機能」について

一

民主化機能という場合の「民主化」の意義は、必ずしも明らかではない。「民意の反映」という意味かとも思われるが、利害関係人の意思を行政決定に反映することが権利保護機能を果たすとは言えるとしても、それは民主主義の要請なのだろうか。利害関係人とどまらず、市民一般を手続に参加させ、市民の意向を幅広く行政決定に取り入れることを「行政の民主化」と呼ぶことも考えられるが、そもそも市民一般の意思は法律ないし条例の中に表現されており、行政活動をそのような法律・条例で拘束することこそが「行政活動の民主的コントロール」の核心であると考えられてきたのではなかったか。計画策定の際に広範な市民の参加を求めれば、それだけ多くの有益な情報を集められる可能性があり、それは計画内容の妥当性の向上に繋がるが、それは「計画の民主化」と呼べるのだろうか。また、決定の受容[Akzeptanz]を高めることも民主主義の要請であるとし、参加手続は行政決定の受容を高めるので民主化機能を果たすと言われることもあるが、決定の受容は民主主義の問題なのだろうか。

二 市民・住民の参加に民主化機能を認める学説は、民主化機能の意義ないしその内容をいくつかの点に見出しているが、おおざっぱに分けると、まず、行政権限の多くに広範な裁量が認められているなど、国会が制定する法律が必ずしも行政活動を拘束しているとは言い難いという認識に基づく見解がある。行政に広い裁量が認められている場合、法律によって授権されさらにその規制を受けていることのみでは行政活動を正当化するには十分でないとし、行政手続を行政決定への民意の反映の手段であるとする見解がそれである。<sup>2)</sup> また、特に、都市計画決定手続としての公聴会や意見書提出手続について、それは「公益のため、すなわち、よりよい行政決定を行うために住民参加を通じて行政の意思決定に住民の意思を反映させようとするもの」であり、「民主主義の見地か

ら要請されるもので、機能的には議会の立法手続を補充する」ものであるとされる。<sup>(3)</sup> この見解は、参加手続を、国会制定法律を通じた民意による行政の拘束を補うものと捉えているものと思われる。また、別の論者によれば、「立法過程への行政官僚の広範な参与」という現状を踏まえると、「行政活動に対し議会を通じて民主的コントロールを行う、という『法律による行政の原理』の拠って立つ基盤は、少なくとも相当程度現実には失われている」<sup>(4)</sup> ので、例えば不当表示の内容を決めるために公正取引委員会が開催する公聴会（景表法五条）は「広く情報を収集するという目的とともに、いわば一種の立法活動に際し要求される民主主義の要請にも類似したものを持っている」<sup>(5)</sup>。

次に、利害調整に着目する見解がある。公益と私益の二元的対立にとどまらず、利益状況がはなはだ複雑な現代行政においては、関係人の参加を求めてその手続の中で予めコンセンサスを得ることが重要であり、またそれは民主主義の要請にも対応しているというのである。<sup>(6)</sup> また、「住民参加は、多様な利害を対話を通じて調整するという民主主義の理念から要請される」とする見解もある。<sup>(7)</sup> そこで言われる「対話を通じて調整」には、それを通じて参加者のコンセンサスが得られるという趣旨まで含まれるとみることができよう。この見解は、少なくとも利益衡量を必要とする行政決定について、諸利益を担う各利害関係人の参加とそのコンセンサスに基づく利害調整を、民主主義の要請とみるものである。またこの見解は、諸利益の調整が行政により一方的に行われるのではなく、各利益主体が関与する形で行われるという側面と、その際に「対話」が行われるという側面とを含んでいる。

第三に、「住民参加は、単に、議会制民主主義を補充するという副次的な機能にとどまらず、住民代表たる議

会あるいはその執行機能を行う行政と、住民との同質性を回復するものとしての意義を有するものである。」<sup>(8)</sup>と  
の見解がある。これによれば、すでに住民が行政決定に参加するということそれ自体に、民主主義の観点から意  
味が認められることになる。この見解の背後には、自己に関わりのある決定への参加こそが民主主義の要請であ  
るといふ、「利害関係人民主義」の観念があるものと思われる。<sup>(9)</sup>なぜなら、個別の住民が決定過程へ参加する  
ことにより、決定する者とその決定に従う者の同質性が回復される、すなわち治者と被治者の自同性が回復され  
ると言うのであれば、そこでいう「被治者」とは、観念的な「住民全体」ないし「国民全体」<sup>(10)</sup>ではなく、具  
体的な個別の住民の謂いであり、その都度の個別的な参加こそが、有権者団による選挙と並ぶ、民主主義の内容  
である、ということになるからである。<sup>(11)</sup>

三 以上の簡単な概観からもわかるとおり、行政決定過程への市民・住民の参加に民主主義の観点から何らかの  
意義が認められるとしても、その内容が何であるかについては、次元を異にする幾つかの見解が存在している。  
無論、それらは相互に対立しているわけではなく、参加手続にはいずれの側面もあると考えるのが正当であろ  
う。また、権利保護機能と民主化機能も、相互排他的なわけではない。<sup>(12)</sup>しかし従来、行政手続としての参加の機  
能は、行政手続の憲法上の根拠に関する憲法一三条説や手続的法治国説にみられるように、その権利保護機能が  
中心的に論じられてきたように思われる。

それに対してドイツでは、本論で述べてゆくように、「行政の民主化」、「計画の民主化」を旗印として、計画  
策定への市民参加手続が整備されてきた経緯がある。そこで本稿では、ドイツの建設法典(BauGB)が定めてい  
る、建設管理計画策定の際の公衆参加手続を素材に、参加の「民主化機能」がどのような意味で語られてきたの

か、また「参加が有する民主化機能」に固有の内容、すなわち権利保護機能など他の機能と重複しない、「民主化機能」とのみ呼びうるような機能があるとしたらそれが何であるのかを検討する。

なお、行政手続はその目的とするところに従って「権利保護手続」と「参加手続」に区別されるが、本稿は、何らかの行政決定過程への市民ないし住民の参加に、権利保護機能や情報収集機能と並んで民主化機能があるとされていることについて、そこで言われる「民主化機能」の意味内容を探ろうと試みるものである。したがって、本稿では、「参加」ないし「参加手続」の語を、行政決定過程への利害関係人を含む市民の参加、住民の参加を広く含むものとして使用することとする。<sup>(14)</sup>

- (1) 芝池義一『行政法総論講義（第四版補訂版）』（二〇〇六年）二八〇頁以下、塩野宏『行政法Ⅰ（第四版）』（二〇〇五年）二四四頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論（第二版）』（二〇〇六年）四〇二頁以下。田村悦一『住民参加の法的課題』（二〇〇六年）五頁以下（初出一九八一年）は、民主化機能、人権保障機能と並んで、情報収集機能を含めた行政合理化機能を挙げている。特に、行政手続の民主主義的機能について、塩野宏「法治主義と行政法」自治研究八三巻一一号（二〇〇七年）三、一七頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ（第四版改定版）』（二〇〇五年）一三七頁以下、一四八頁以下。Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 12 Rn. 1 (Hermann Pinder); vgl. Hans J. Wolf/Otto Bachof/Rolf Stober/Wirfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., 2007, § 58 Rn. 8, 44 f. (Kluth). 特に、建設法典が定める建設管理計画策定手続への公衆参加の機能について、Ulrich Battis, Partizipation im Städtebaurecht, 1976, S. 60 f.; Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, BaugB, 10. Aufl., 2007, § 3 Rn. 3.
- (2) 芝池・前掲二八〇頁、塩野宏「国土開発」山本草二／奥平康弘／塩野宏／下山俊次『未来社会と法（一九七五）一一九、一三三六頁以下。
- (3) 芝池・前掲二七九頁。

市民参加の「民主化機能」について

五

- (4) 藤田・前掲一三三頁以下。
- (5) 藤田・前掲一四九頁。
- (6) 塩野・前掲行政法Ⅰ二四四頁。なお、行政による政策決定段階、政策執行段階での、参加を通じた利害調整が、必要となった歴史的経緯については、遠藤博也「権力と参加」芦部信喜他（編）『岩波講座基本法学 6 権力』（一九八三年）三一五、三二三頁以下を参照。
- (7) 宇賀・前掲。
- (8) 田村・前掲五頁。
- (9) Vgl. Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59, 63f.
- (10) Vgl. Ernst-Wolfgang Bockenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (以下、HbStR *Handbuch des Staatsrechts*), Bd. 3, 1987, § 24 Rn. 27.
- (11) 兼子仁は、「現代市民社会において本来、公益は私益の総和である」はずであり、私益の主張を調整を離れて公正な公益判断がありうるというのは国民参加的な考え方ではない」としている（兼子仁『行政法総論』（一九八三年）一一〇頁）。*Handbuch*では、公益とは観念的な「国民全体」の利益であるという公益観が否定されており、個々の市民・国民の個別的な参加こそが民主主義であるという民主主義観と親和性を持っている。参照、遠藤・前掲三三六頁。
- (12) 芝池義一「行政手続」ジュリスト一〇〇〇号（一九九二年）四四、四八頁注五、太田直史「まちづくりと住民参加」芝池義一他（編）『まちづくり・環境行政の法的課題』（二〇〇七年）一五四、一五七頁。
- (13) 芝池・前掲二七八頁、塩野・前掲行政法Ⅰ二四四頁。
- (14) したがって、本稿の検討の対象は、いわゆる Partizipation である。この語の意義については、後出注一三五及び対応する本文を参照。

## 第一章 建設法典三条が定める公衆参加制度（建設法典三条）

ドイツにおける計画による土地利用規制は、準備段階としてゲマインデの全域について、法的拘束力を持たない形で土地の用途の概要を描く土地利用計画 [Flächennutzungsplan]（以下Fプランとする）を定め、Fプランの定めをゲマインデの区域の一部について展開するものとして（建設法典八条二項一文）、土地の利用の方法等を法的拘束力をもって具体的に定める地区詳細計画 [Bebauungsplan]（以下Bプランとする）を条例として定める（建設法典一〇条一項）という二段階の制度になっており、この二つをあわせて建設管理計画 [Bauleitplan] と呼んでいる。ただし、参加制度はFプラン、Bプランに共通のものとして定められているので、以下の説明では必要ない限り特に区別しない。

公衆参加 [Öffentlichkeitsbeteiligung] を定めているのは、建設法典三条である。<sup>(16)</sup> ゲマインデは、建設管理計画を策定する場合、その旨の決議を行わなければならない（建設法典二条一項一文）。この決議がBプランの策定に関するものであった場合、ゲマインデは計画策定予定地について、現状変更を禁ずる事ができる（建設法典一四条一項）。この策定決議の前後のいずれかの段階で、第一段階の公衆参加として、策定されるべき計画の一般的な目標や当該地区が目指すべき都市像、さらに代替案に関して、ゲマインデは公衆と討論を行わなければならない（第一節）。この段階で収集された情報に基づいて、次の段階の公衆参加として、ゲマインデは建設管理計画の草案を作成し、理由書（建設法典二a条一文）等と併せて公告・縦覧に付し、公衆からの意見を募る（第二節）。建設管理計画の策定に当たって特に考慮が求められている利益（建設法典一条六項）のうち環境利益（同

市民参加の「民主化機能」について

七

項7号、1a条)については、計画策定から予想される環境影響を調査するための環境調査が実施され、調査結果とその評価が環境報告書にまとめられる(建設法典二条四項)。この環境報告書は、建設管理計画案に添付されるべき理由書の一部をなす(建設法典二a条三文)。

(15) 二段階の計画制度は一九〇〇年ザクセン一般建設法にまで遡るものである。Eberhard Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurecht, 1972, S. 32.

(16) 市民のための参加手続は、後に触れる連邦建設法一九七六年改正(注: BGBl. I S. 2221.)以降「市民参加 [Beitragung der Bürger]」と表記されてきたが、建設法典二〇〇四年改訂(Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuches an EU-Richtlinien (Europaanpassungsgesetz Bau—EAG Bau) vom 24. 6. 2004 (BGBl. I S. 1359.))時に、欧州法上の用語法と統一するために(BT-Drs. 15/2250, S. 31.)、「公衆参加」と改められた。従来の文言である「市民参加」と内容的な違いはないが、参加者が住民等に限定されないという趣旨をより明確に表現するためでもある。BT-Drs. 15/2250, S. 43. 現行規定は、Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung von 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 1. Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3316.) である。

## 第一節 早期公衆参加(建設法典三条一項)

### 一 公衆に対する情報提供

早期公衆参加は、公衆に対する情報提供から始まる。ゲマインデは公衆に対し、可能な限り早期に、策定されるべき計画の一般的目標及び目的、当該地区の新たな形成や開発の在り方について本質的に相異なる代替案、および計画策定に伴って予想される影響について、情報を公表[öffentlich zu unterrichten]しなければならない



(建設法典三条一項一文前段)。

早期公衆参加は、当該地区について策定されるべき建設管理計画について、ゲマインデと公衆が討論を行うものであるが、意味のある討論を行うためには、公衆に対する十分な情報の提供が必要である。そのため建設法典は、討論を行うために必要と思われる情報の公表をゲマインデに対して求めている。情報提供の対象は具体的に定められていないが、早期公衆参加が建設管理計画策定決議の後で実施される場合であれば、建設法典二a条に基づく建設管理計画の理由書と環境報告書の草案が情報提供と討論の対象になるとされる。<sup>(17)</sup>

早期公衆参加は、「早期に」実施することが求められているが、それ以上に具体的な定めは置かれていない。そもそもこの早期公衆参加は、後で述べるように、決議案と呼べる水準にまで計画内容が固まった時点で行われる正式の縦覧・意見提出手続のみでは、市民参加として十分ではないとの批判に答えて導入されたものである。したがって、早期公衆参加は計画案の内容が固まってしまいう前に市民に対して参加機会を提供するものである。<sup>(18)</sup> 建設管理計画を策定する際には、その旨の議決が行われるが、早期公衆参加の実施はこの議決と結び付けられてはいない。策定の議決以降では、市民の意見を計画内容に反映するためには遅きに失するということがありうるからである。<sup>(19)</sup> 他方で、早期公衆参加は、代替案や計画からの影響についての討論を通じて、その後に行なわれる計画策定の際の利益衡量に方向性を与えるために実施されるものであるから、その目的に沿った討論を実施できる程度に具体的な計画草案ないし計画策定の目標・目的が存在している必要がある。むしろ、討論の対象となり得るような計画策定の目標・目的が存在しているのであれば、情報提供と討論は当該建設管理計画の策定手続よりも「前に他の根拠に基づいて」(建設法典三条一項二文二号)実施されうる。例えば、建設法典一条六項二文

一〇号に挙げられている「都市開発構想 [Städtebauliches Entwicklungskonzept]」や、再開発 [Sanierung] に関連して建設法典一四〇条四号が定めている、非公式の枠組計画の策定手続において実施された公衆との討論は、その内容が建設管理計画策定のための利益衡量にとって有用であると判断されるのであれば、建設法典三条一項にいう早期公衆参加として扱われる。<sup>(20)</sup>

## 二 意見表明と討論の機会

公衆は、上述したような情報提供を受けた後、「意見表明と討論の機会 [Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung]」を与えられる（建設法典三条一項一文後段）。ここで意見を表明することができる「公衆」とは、「何人も [Jedermann]」ということである。つまり、意見を表明できるのは当該ゲマインデの住民<sup>(21)</sup>や、公民 [Bürger]<sup>(22)</sup>に限定されない。また、利害関係人にも限定されない。この点は、三条二項の定める縦覧・意見表明手続についても同様である。<sup>(23)</sup>

この発言と討論の機会の付与をどのような方法で行うか、どの程度の地理的範囲で実施するか、どの程度の期間の間実施するのかなど、早期公衆参加の具体的な実施方法は、ゲマインデの裁量に委ねられている。<sup>(24)</sup> なぜなら、個別事情に配慮した最も適切な参加が行われるべきだからである。<sup>(25)</sup> 通常は、たとえば市民集会<sup>(26)</sup>のような公開の場を複数回開催し、そこでゲマインデの担当職員が計画策定の意図や予想される影響、代替案などを説明し、参加者と討論する、といった方法がとられるようである。<sup>(27)</sup> 単に、ゲマインデが計画案を提示し、それに対して参加者が自己の見解を述べるというにとどまらず、ゲマインデの説明に基づいて討論を行うことが重視されている。<sup>(28)</sup>

(17) Batts/Löhr/Krautzberger, BauGB, §3 Rn. 7.

- (18) BT-Drs. 7/2496, S. 36.; Batis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 8.
- (19) Sebastian Heitzer/Ernst Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, 1977, S. 63.
- (20) Batis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 8.)
- (21) バーデン＝ビュルテンベルク州ゲマインデ法一〇条一項によれば、「住民とは、ゲマインデに居住している者である」。
- (22) バーデン＝ビュルテンベルク州ゲマインデ法一二条一項によれば、公民とは、基本法一一六条の意味のドイツ人であるか、又は欧州共同体の他の加盟国の国籍を保有する者であつて、満一八歳に到達しており、かつ当該ゲマインデに三ヶ月以上居住している者である。選挙権や名誉職就任権を有するのは、この意味の公民である。
- (23) Batis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 6.
- (24) Batis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 9.
- (25) BT-Drs. 7/2496, S. 36.
- (26) 例えば、バーデン＝ビュルテンベルク州ゲマインデ法二〇 a 条を参照。
- (27) Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 1997, § 15 Rn. 14.
- (28) Heitzer/Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, S. 63.

## 第二節 縦覧・意見提出手続（建設法典三条二項）

早期市民参加と行政庁参加の成果やゲマインデのその他の調査結果に基づいて、計画案と理由書が議決可能な程度に至ると、正式の公衆参加手続である縦覧・意見表明手続が行われる。一九七六年の改正により初めて連邦建設法に導入された早期公衆参加とは異なり、縦覧・意見表明手続は、連邦建設法制定当初から定められたもの

である。また、早期公衆参加とは異なり、この手続を構成する個々の手続装置は建設法典三条二項において詳細に規律されている。

### 一 縦覧の公示

縦覧・意見提出手続は、縦覧の公示によって始まる。ゲマインデは、縦覧開始の一週間前までに、縦覧が実施される旨を、地域の慣習に従った方法で「ortsüblich」公示しなければならぬ。公示されるべき事項は、法律上詳細に定められている。それによると、公示においては、縦覧の場所及び期間、縦覧において入手可能な環境関連情報の種類が示されなければならない（建設法典三条二項二文前段）。また同時に、縦覧期間中に意見を提出し得ること、縦覧期間終了後に提出された意見は、建設管理計画の議決において考慮されないことがあること（建設法典四 a 条六項）が教示されなければならない。加えて、Bプラン策定手続にあっては、行政裁判所法四七条に基づく規範統制申請は、それが縦覧において申請者により主張されていないか、又は主張することができずであったような異議「Einwendungen」を主張するものである場合、不適法である旨（行政裁判所法四七条二 a 項）が教示されなければならない。

縦覧手続において公衆から提出される意見は、計画により影響を受ける諸利害に関する情報の収集手段として重要なものであり、個別の利害に対する注目度や、その重要度の評価に大きな影響を与える<sup>(30)</sup>。そのため、公示は、策定されるべき計画の対象地区を広い範囲の公衆に認識させ、特に、利害関係を有すると考えられる者が提案や疑義の提出を求められると感じることができるよう、「刺激効果」[Anstoswirkung]を持つていなければならない<sup>(32)</sup>。

## 二 縦 覧

縦覧は一ヶ月間の間、何人も縦覧可能な形で行われなければならない[*öffentlich auszuliegen sein*]。縦覧の対象は、建設管理計画案及び理由書である。縦覧に付された文書の写しの交付を求める請求権は存在しない。また、ゲマインデには、縦覧に付された文書の内容について解説する義務はない。<sup>(33)</sup>

## 三 意見の提出

何人も、縦覧期間中にゲマインデに対して意見[*Stellungnahme*]を提出することができる。意見の提出は、文書によっても、口頭によっても行うことができる。<sup>(34)</sup>

縦覧期間中に提出されなかった意見は、ゲマインデがその意見の内容を知らず、又はそれを知るべきであったという事情が存在せず、かつ、その内容が建設管理計画の適法性にとって意義を有していない[*nicht von Bedeutung sein*]場合には、建設管理計画の決議[*Beschlussfassung*]において考慮しないままにしておくことができる(建設法典四a条六項一文)。この規定は、建設法典二〇〇四年改正において、公衆に対しその参加権を適時かつ有効に行使するよう促すために設けられたものである。<sup>(35)</sup>ゲマインデは、時機に遅れて提出された意見を排除することができる[*können*]が、衡量原則(建設法典一条七項)を通じて相対化されている。連邦行政裁判所一九七九年一月九日決定によれば、「一九七六年／一九七九年連邦建設法二a条六項による市民参加は、とりわけ、計画策定機関が利益(に対する影響)を見ることができるという課題を有している。利害関係人が、その利益への影響を市民参加において主張しなかった場合、その影響が衡量上有意であるのは、計画策定機関がその影響の事実を想起しなければならなかった場合のみである。<sup>(36)</sup>」つまり、ゲマインデは、縦覧・意見

提出手続において主張されなかった利益を当然に計画策定時の衡量に取り込まないことができるわけではない。主張の有無に関わらず、衡量上有意な利害をゲマインデは自ら調査・評価しなければならず（建設法典二条三項）<sup>37</sup>、そのような利害が時期に遅れて主張された場合にも、それを衡量から排除することはできない。また、意見の内容が策定されようとしている計画にとって非常に重要なものであるため、当該意見の内容を考慮しなければ衡量原則違反により当該計画が違法となるであろう、という場合にも、その意見を排除することはできない。<sup>38</sup>

また、Bプランに対する規範統制申請は、それが縦覧において申請者により主張されていないか、又は主張することができずであったような異議 [Einwendungen] のみを主張するものである場合には不適法とされる（行政裁判所法四七条二a項）<sup>39</sup>。二〇〇七年法の政府提案理由書は、この排除規定の趣旨を次のように説明している。「この規律〔行政裁判所法四七条二a項〕は、権利保護の一般的必要性要件を具体化するものであり、次のような事情、すなわち、既に策定手続の段階で、それぞれの利益を適時に衡量素材へ追加してゆくことを目的とした参加権能が存在している、という事情を考慮したものである。ザッハリッヒな異議が、必然性もなく、裁判の段階で初めて主張されるとしたら、〔参加権能の〕そのような目的、及び計画策定者と行政裁判所の原則的な任務配分に反することとなる。その点で、改正法案の建設法典三条二項、一三条三項及び新一三条三項三文と結びついた一三条二項一号による教示義務は、利害関係人がその責務 [Obiegenheit]、すなわち規範統制申請の適法性の観点からも、異議を早期に主張する責務について十分な情報を提供されることを保証するものである。かかる教示がなされなかった場合、二a項の効果は発生しない。<sup>40</sup>」

縦覧手続において意見を提出しなかった者に不利益を課している以上の諸規定は、政府提案理由書の記述から

も窺われるように、公衆参加手続の価値を高めることをも目的としたものである<sup>(41)</sup>。しかし、ゲマインデは計画の影響を受ける諸利益を自ら調査しなければならないのであり、その点で、公衆参加手続の価値向上という立法目的も相対化される。

#### 四 審査と通知

ゲマインデは、期限内に提出された意見を審査し、意見を提出した者にその結果を通知しなければならない(建設法典三二条二項四文)。意見に関する最終的な決定は、建設管理計画の議決をもって行われることになるので、通知もその後に行なわれれば足りる。理由の付記は望ましくはあるが、義務付けられてはいない<sup>(42)</sup>。意見を提出した者に与えられるのは、ゲマインデが自己の提出した意見をそもそも検討したのかどうか、またどのように検討したのかを知らされることに対する請求権のみである<sup>(43)</sup>。

(29) 建設法典四 a 条一項は、公衆参加及び行政庁参加に関する諸規定が、とりわけ関係諸利害の調査と評価に奉仕すべきものであることを定めている。

(30) Brohm, Öffentliches Baurecht, § 15 Rn. 17.

(31) 都市における建築規制の目的が、危険防除を超えて都市空間の整備にまで広がると、行政決定の際に考慮すべき利益の範囲が拡大した。危険防除目的の行政活動を通じて保護される利益とは異なり、良好な都市空間整備に関わる利益は、その担い手による主張がなければ認識できないし、その重要度を評価することもできない。そのため、建築規制の目的が危険防除以外へ拡大されるとともに、建築許可手続への第三者の参加が認められるようになったという。Schmidt-Altmann, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 22.

(32) Brohm, Öffentliches Baurecht, § 15 Rn. 17.; Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 14.

市民参加の「民主化機能」について

- (33) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 13.  
 (34) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 18.  
 (35) BT-Drs. 15/2250, S. 44.  
 (36) BVerwGE 59, 87, 103. この決定は行政裁判所法四七条に基づく規範統制手続の申立適格に関するものである。この点については、湊二郎「地区詳細計画の規範統制に関する一考察——自然人・法人の申立適格を中心に——」近畿大学法学五六巻三号（二〇〇八年）一四三、一五九頁以下を参照。  
 (37) 利益衡量に取り入れられるべき諸利害はゲマインデが秩序に適った方法で調査及び評価しなければならない。このことは、建設法典二〇〇四年改正で二条三項において明示されるに至ったが、規律内容自体は、従来から衡量原則のロノリリーとして認められてきたものである。BT-Drs.15/2250, S. 42.  
 (38) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 4a Rn. 15.  
 (39) この規定は、建設法典二〇〇七年改正 (Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21. Dezember 2006, BGBl I, S. 3316.) により導入された。なお参照、湊・前掲一九二頁。  
 (40) BT-Drs. 16/2496, S. 40 f.  
 (41) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 4a Rn. 15.  
 (42) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 19.  
 (43) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 3 Rn. 19.

### 第三節 瑕疵の効果

一九六〇年に制定された連邦建設法<sup>14)</sup>には、Bプラン等の策定手続や形式ないしその内容に瑕疵があった場合の効果について何らの規定もなかった。そのため、Bプランをはじめ連邦建設法に基づいて制定される条例に手続



・形式規定違反があった場合には、それが些細なものであっても、将来にわたり、当該条例に従って発付される建設許可に対する取消訴訟において違法事由として主張することができた。しかし、いったん策定されたBプランに基づいて建設が行われ、又は計画内容を実現するための措置が行われた後の段階になって初めて、Bプラン策定時の手続上の些細な瑕疵が主張され、それを理由にBプランが無効であるとされると、手続のやり直しが必要になるなどゲマインデにとって大きな負担となるばかりではなく、Bプランの存続に対する市民の信頼が損なわれ、制定されたBプランに従った建設を行うことを希望する市民の利益を害することとなる。<sup>(45)</sup>そのため、一九七六年の連邦建設法改正時に、裁判所の審査権限を制限するために、手続・形式瑕疵の不考慮〔unbeachtlich-heit〕規定（連邦建設法一五五a条）<sup>(46)</sup>が初めて導入され、その後、改正を経ることに拡充されてゆき、今日では実体的瑕疵にまで及んでいる。<sup>(47)</sup>

建設法典二二四条一項は、計画の効力の有無の判断の際に考慮される「beachtlich」手続的ないし形式的瑕疵を列挙している。列挙されていない手続的ないし形式的瑕疵を、計画の違法事由として裁判において主張することはできない。<sup>(48)</sup>ただし、列挙されている瑕疵であっても、それがやはり考慮されない場合が定められている。例えば、建設法典二条三項は衡量にとつて有意である諸利害を調査・評価すべきことを定めており、ゲマインデがそれに違反して、計画の影響を受ける諸利害の重要な部分を適切に調査・評価しなければ、計画は無効である。ただし、計画を無効とするためには、ゲマインデが当該利害を認識していたか、または認識すべきであったのに認識していなかったと言える事情がなければならず、かつ、当該瑕疵が明白であり「offensichtlich」、当該瑕疵が手続の結果に影響を与えていた場合でなければならぬ（建設法典二二四条一項一号）。また、考慮される瑕疵の

うち一定のものは、それが一定の期間内にゲマインデに対して主張されない限り、やはり同様に計画の効力に影響を与えなくなる(二一五条)。建設法典二一四条一項一号の定める瑕疵(計画により影響を受ける諸利害の調査・評価の瑕疵)について言えば、計画の公示から一年以内に、ゲマインデに対し、瑕疵を根拠づける事実関係を描示した上で書面をもって主張した場合でなければ、考慮されない(建設法典二一五条一項一文)。計画の公示から一年以内であれば、裁判所は職権により、考慮される瑕疵を探知することができる。一年を経過すると、裁判所は、期限内にゲマインデに対して主張されていた瑕疵しか審査できなくなるのである。他方で、一年以内に主張された瑕疵であれば、何人によっても、またいかなる裁判においても違法事由として主張され得る。<sup>(49)</sup>

公衆参加規定への違反が計画の効力に影響を与えるのは、三条二項の定める手続、つまり縦覧・意見提出手続規定への違反があった場合のみである(建設法典二一四条一項二号前段)。それに対して、早期公衆参加手続の瑕疵は、一九七六年改正法による制度導入(連邦建設法二a条二項ないし五項)当時から現在に至るまで、計画の効力に影響を与えないものとされている。<sup>(50)(51)</sup> また、縦覧・意見提出手続に瑕疵があっても、それが考慮されない場合がさらに法定されている(建設法典二一四条一項二号後段)。すなわち、第一に、個々の利益主体が手続に参加しなかったが、その利益が重要でなかった「unreife」か、決定において現に考慮されていた場合、第二に、縦覧の公示においては入手可能な環境関連情報の種類が示されなければならないにもかかわらず行われなかった場合、第三に、縦覧の公示において行われなければならない建設法典三条二項二文後段の教示が行われなかった場合である。縦覧・意見提出手続の瑕疵が以上のいずれかに当たる場合、計画の効力の判断にあつてそれは考慮されない。また、手続上の瑕疵が考慮されるものに該当する場合であっても、前述の例と同様、一年

間の主張期間制限に服する（建設法典二二五条一項一文一号）。

裁判所の審査権限を制限することにより、計画の効力を維持しようとする諸規定は、計画の存続に対する利害関係人の信頼保護、当該計画に基づいて行われた諸措置の保護<sup>(52)</sup>を目的として、さらに、新たな計画を策定しなおす時間的損失と、計画の効力を維持した場合の時間的利益、したがって時間の要素を考慮して、法規範が違法である場合にはその法規範は無効である、との「無効のドグマ」<sup>(54)</sup>を制限するものである。<sup>(55)</sup>

以上のほか、手続はそれ自体が目的ではなく、正しい結論に至るための手段なのであり奉仕的機能のみを有している、と指摘されることがある。<sup>(56)</sup>縦覧・意見提出手続の瑕疵があれば計画が無効とされる可能性があるのに対して、早期市民参加手続の瑕疵は当初から、建設管理計画の法的効力に影響を及ぼさないものとされてきたことと、この指摘を考え合わせると、これら二つの参加手続の法的位置づけはそもそも異なっている、と考えることもできるのではないかと思われる（第四章第四節参照）。

(44) Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, BGBl. I S. 341.

(45) BT-Drs. 8/2885, S. 35. 当時、特に小規模のゲマインデでは手続規定が必ずしも順守されず、そのため多くの計画が裁判所に於ける審査に耐えることができなかったと言われている。Hans Schröder, Bundesbaugesetz, 3. Aufl., 1973, § 2 Rn. 5.

(46) BT-Drs. 7/2496, S. 62.

(47) Vgl. Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, Vorbemerkung § 214-216 Rn. 1, 4ff.

(48) Fritz Ossenbühl, Eine Fehllehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, S. 2805, 2810.

(49) Battis/Löhr/Krautzberger, BauGB, § 215 Rn. 7.

- (50) Vgl. BVerwG, Bes. v. 23. 10. 2003, NWZ-RR 2003, S. 172 f.
- (51) 一九七六年連邦建設法改正法政府案では、早期市民参加と縦覧手続は区別されており、いずれの手続の瑕疵も一定の要件を満たせば計画の効力に影響を与え得ることとされていた (BT-Drs. 7/2496, S. 24.)。その後の委員会審議において、早期市民参加の瑕疵は計画の効力に影響を与えないものとされた (BT-Drs. 7/4793, S. 131.)。
- (52) BT-Drs. 8/2451, S. 31.
- (53) Werner Hoppe, Das Abwägungsgebot in der Novellierung des Baugesetzbuches, DVBl. 1994, S. 1033, 1041.
- (54) Ossenbühl, NJW 1986, S. 2805.; Hartmut Maurer, Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, DÖV 1993, S. 184, 193.
- (55) Vgl. Ossenbühl, NJW 1986, S. 2805 ff. オッセンブühlは、建設管理計画の手続・形式瑕疵の不考慮を定める連邦建設法一五五 a 条及び一五五 b 条を、順守困難な手続規定に対する代償的措置として正当化されるものとしている (S. 2808.)。
- (56) Batts/Löhr/Krautzberger, BauGB, Vorbemerkung § 214-216 Rn. 12. BVerwG, Urt. v. 7. 9. 1979, DVBl. 1980, S. 230  
#は、計画策定過程の瑕疵とそれが計画の効力に与える影響との関係に関する当時の傾向について「少なくとも一定の時間の経過後には、Bプランを、不必要に、手続瑕疵なき成立の要件を理由として無効としない傾向」であると捉え、それに賛意を示している。また、扱われた事件に適用されるのが一九七六年改正以前の連邦建設法であり、治療規定がなお存在していなかったことを前提に、手続実施から長期が経過し、もはや立証困難になって後で、手続法の観点からBプランの効力が危うくされることを批判している。

## 第二章 市民参加制度の変遷

本章では、市民（公衆）参加制度の変遷を概観する。一九六〇年に制定された連邦建設法は、市民参加としては、縦覧・異議申出手続を定めるにとどまっていた。市民参加可能性を抜本的に拡大したのは、連邦建設法一九

七六年改正である。本章では、一九六〇年連邦建設法が一九七一年に改正されるまでの過程を中心に、市民参加の制度がどのように変化したのかを概観する。参加制度の変化の過程の検討は、参加手続が果たす機能を巡る言説の検討をも含むことになるが、この検討は本稿にとって重要であるので、重複を恐れずに次章でも、参加手続の機能に関する言説を検討することとする。

## 第一節 一九六〇年連邦建設法

一九六〇年に、戦後復興のために各ラントで制定されていた建設立法を統一する目的で制定された連邦建設法は、建設管理計画策定への市民参加手続として、計画案の縦覧と、それに対する異議・提案の提出を定めていた。このような形での市民参加は、既に一八七五年に制定されたプロイセン建築線法で定められ、戦後の各ラントの建設立法にも取り入れられていたものであり、それに倣ったものであった。<sup>(57)</sup>

一九六〇年法によると、ゲマインデは、建設管理計画を策定する際に、Fプランであればその決議案に説明書[Erläuterungsbericht]を添えて、Bプランであればその決議案に理由書[Begründung]を添えて、一ヶ月間の縦覧に付さなければならない(一九六〇年法二条六項一文)。縦覧開始日の少なくとも一週間前までに、縦覧の場所と縦覧の期間が地域的慣行に従った方法で公示されなければならない。またこの公示において、縦覧期間中に計画の議決案に対する異議[Bedenken]および提案[Anregungen]を提出することができる旨の教示を行わなければならない(一九六〇年法二条六項二文)。異議および提案は何人も提出することができる。<sup>(58)</sup>ゲマインデは縦覧期間中に提出された異議と提案を審査した上で、それらを提出した者に対して審査の結果を通知する(一九六

○年法二条六項四文)。また、上級行政庁による認可を受けるために計画を提出する際には、上級行政庁による計画に対する法的統制に資するために、<sup>(59)</sup>考慮されなかった異議と提案が、それに対するゲマインデの見解とともに添付されていなければならない(一九六〇年法二条六項五文)。このように、既に一九六〇年連邦建設法において、現行法と同様の縦覧手続が確立されていた。既に述べたように、このような縦覧・異議申出制度そのものは一九世紀にまで遡るものであるが、一九六〇年法はそれまで争いのあった拘束的土地利用計画(一九六〇年法ではBプラン)の法的性質を条例であるとした。通常の条例であれば、条例案を縦覧に付し、市民からの異議や提案を受け付けるという手続は踏まれないのであるから、条例制定手続としては特殊なものである、と意識されていた。<sup>(60)</sup>

では、この手続はどのような機能を果たすものと考えられていたのであろうか。政府提案理由書は、縦覧・異議申出手続の意図が「ゲマインデの建築秩序と地域像の形成に対する市民の関心呼び起し」[wecken]、何人をも、提案と異議の主張を通じてBプランの形成に参加させることである。」<sup>(61)</sup>としていた。

しかし、一九六〇年法の定める参加手続は、強く批判されていた。批判の中心は、市民参加の時期が遅すぎること、および、市民に対して提供される情報が僅少であるため、計画案を策定するゲマインデに圧倒的な情報優位があることであった。建設管理計画案の縦覧・異議申出手続が行われるのは、通例は、計画草案が作成され、行政庁その他の公益主体の参加手続(一九六〇年連邦建設法二条五項)が終了した後であった。したがって、市民が計画案を縦覧する段階では、すでに関係行政庁やその他の公益主体との調整を経て計画案は固まってしまう<sup>(62)</sup>っており、計画内容の大幅な修正は事実上不可能となっていたのである。また、市民に対して提供される情報は、

計画案とその理由書のみであった。市民は、計画案がどのような意図に基づいて作成されたのか、計画案の作成の段階でどのような代替案が検討されたのかなど、ゲマインデの作成した計画案に対して有効に反論し、また実現可能性のある対案を提出するための情報を提供されない。そのため、そもそもゲマインデによる計画案の作成に対して何らかの影響を与え得る可能性が低かったのである。<sup>(63)</sup>

上述したように、Bプランは条例として制定されるので、Bプラン策定手続は、少なくとも形式上は規範制定手続である。そのため、市民参加は計画を策定するゲマインデにとっての情報収集手段であるにとどまり、市民がゲマインデの対話の相手として、またゲマインデによる計画策定を統制する機関として位置づけられることはなかった。そのため、「民主主義的国家理解とは調和し得ない官憲国家的規範制定手続の伝統」が維持されたと評されていた。<sup>(64)</sup>

そこで、「計画策定プロセスの民主化」<sup>(65)</sup>が語られることとなった。

- (57) BT-Drs. 3/336, S. 65. プロイセン建築線法の定める参加制度については、vgl. Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurecht, S. 25 f. それによれば、計画案に対して異議 [Einwendung] を提出し得る者の範囲は限定されていない。
- (58) BT-Drs. 3/336 S. 65.
- (59) Hans Schröder, Bundesbaugesetz, 3. Aufl., 1973, § 2 Rn. 10.
- (60) BT-Drs. 3/336 S. 65.
- (61) BT-Drs. 3/336 S. 65.
- (62) Otto Schlichter/Rudolf Stich/Hans-Joachim Titel, Bundesbaugesetz, 3. A., 1979, § 2 Rn. 1.

(63) Rudolf Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, 1972, S. 355, 362 f.; Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurecht, S. 76.

(64) Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurecht, S. 78.

(65) Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurecht, S. 76.

## 第二節 連邦建設法一九七六年改正

連邦建設法は、一九七六年に大幅に改正された。改正の主たる目的は、開発利益の吸収、計画内容の積極的実現、及び計画維持 [Planerhaltung] の導入であったが、「計画の民主化」ないし市民参加 [Partizipation] の拡大も、主要な関心事の一つであった。<sup>(66)</sup> 政府提案理由書は、改正目的を次のように説明している。<sup>(67)</sup>

「一九六〇年に制定された連邦建設法は、深化してゆく経済社会の変化が都市ゲマインデ及び地方ゲマインデ [städtische und ländliche Gemeinden] の建築構造 [bauliche Strukturen] に課している諸要求にもはや適合していない。それは適時の都市開発を許さず、ゲマインデがBプランの内容の実現に対して影響力を及ぼすことを可能にするための手段を十分には備えていない。建設管理計画の策定への市民参加に関する規定も、我々の今日的な民主主義理解にはもはや一致していない。殊に重大な欠陥であるとみられるのは、都市建設上の措置や公金の投入 [Leistungen der Allgemeinheit] を通じて惹起されたに過ぎない地価上昇分の吸収を連邦の立法者が完全に放棄したことである。(原文改行) 都市建設促進法は、これらの不足点をその適用範囲内において取り除き、又は少なくとも緩和した。一九七三年一月一八日の連邦総理大臣による政府声明に従い、本法律案により、とりわけ都市建設促進法の諸原則が一般都市建設法へ移入され、ゲマインデの土地



政策上の状況が改善されるものである。公行政主体による計画策定と投資を通じて生じた土地価格の上昇は、都市建設上の措置に要する資金を調達するために動員されるべきである。」

本稿との関係では、一九七六年改正がゲマインデによるBプランの積極的実現を目指していた点が重要である。一九七六年改正は、民間の建設活動の限界を定め、望ましい方向へ誘導してゆこうとする「誘導的計画[Aufgangsplanung]」の機能に加えて、より積極的実現を目指す機能（発展計画[Entwicklungsplanung]）をも、Bプランに与えようとしていた。誘導的計画は、民間の建設活動を方向づけるものではあるが、計画に沿った建設を行うか否か、またいつ行うかは土地所有者の任意に委ねられるため、Bプランにおいて想定されたような市街地像が形成される保証はなく、それが克服すべき課題であると感じられていたのである。<sup>(68)</sup>そのため、一九七六年法は、Bプランの指定に従った建築ないし植樹を命じる建築・植樹命令（一九七六年法三九b条）、土地ないし建築物をBプランの指定に従って使用すること、ないしそのような使用に供することを命じる使用命令（同三九c条）、撤去命令（同三九d条）、近代化命令（同三九e条）といった、土地所有者に対してBプランの内容に即した土地利用を強制する諸手段を導入したのであった。このことは、計画策定過程における市民の位置づけにどのように影響したのであるか。一九七六年法府提案理由書は次のように述べている。<sup>(69)</sup>

「都市建設の課題の変化は必然的に、市民の広範な動員[Impflichnahme]に繋がる。都市建設上の発展計画は、『誘導的計画』よりもより強度の影響を与える。計画的に進められる[planvoll]ゲマインデの発展、とりわけインフラストラクチャー整備は、ゲマインデの諸施設と環境に対する、ますます強まってゆく市民の要求を満たすのみならず、私人の活動の前提を作り出すものである。他方でインフラストラクチャー整備も、

市民参加の「民主化機能」について

それら私的活動に依存せざるを得ない。」

土地所有者は、計画を通じてその土地利用について規制を受けるといわずに消極的な立場に立っているだけではなく、計画が想定している市街地像を実現するための活動への積極的参加が期待されているのである。そうであれば、市民の地位を、一九六〇年連邦建設法がそうであったように、単なる情報提供者に留めておくことはできなくなるだろう。

一九七六年改正法の政府案は、一九六〇年連邦建設法が市民参加制度として定めていた縦覧・異議申出制度（一九六〇年法二条六項）の前段階に実施される参加として、都市建設促進法一条四項四文、四条及び九条の定める参加制度を修正した形で早期市民参加を導入した。まず早期市民参加が実施され、その成果を踏まえて作成された計画案が縦覧に付されるという、今日まで続く市民参加制度の枠組みがこの時に現れた。政府案によれば、ゲマインデは「可能な限り早期」に、市民に対して、意図されている計画の目標、目的及びその影響に関して情報提供を行い「*unterrichten*」、<sup>10</sup>「意見表明の機会」*[Gelegenheit zur Äußerung]*を与えなければならぬ。また、目標及び目的を異にする代替案を示すべきこととされている（政府案二条三a項）。この政府案は、議会審理の過程で、多少の修正を受けた。一九六〇年法二条は建設管理計画策定手続を規律する規定であり、一九七六年法政府案はそこに早期市民参加に関する規定を追加しようとしていたが、市民参加に関する規定を二a条として独立させ、そこで、早期市民参加と縦覧・異議申出手続を規律することとなった。早期市民参加に関して議会で争われたのは、代替案提示義務の範囲である。連邦参議院は、代替案が実際に作成された場合にのみ、その提示が義務付けられることを明示的に定めるべきであるとし、<sup>11</sup>この提案は取り入れられた。また、早期市民参加におい

てはまず情報提供〔Unterichtung〕が行われ、引き続き「意見表明の機会」が付与されることとされていたが、それが「説明〔Darlegung〕」と「意見表明と討論〔Erörterung〕の機会」へと修正された。<sup>(72)</sup> 政府案では情報提供と意見表明の機会の付与にとどまっていたが、議会における修正を通じて情報提供義務と聴聞権が質的に拡大され、ゲームインデはその計画構想を説明し、それについて市民と「討論」をすることが義務付けられたのである。<sup>(73)</sup>

一九七六年法二a条によれば、参加手続は次のように実施される。ゲームインデは、計画策定の一般的目標及び目的を、公衆に対して説明し〔öffentlich darlegen〕（一九七六年法二a条二項一文）、「意見表明と討論（聴聞）の機会」を与えなければならぬ（同二a条二項二文）。説明と聴聞は、適切な方法で、かつ可能な限り早期に実施されなければならない（同二a条二項三文前段）。この説明と聴聞は、ゲームインデの情報収集手段に尽きるものではない。ゲームインデは、公衆に対して、策定しようとしている建設管理計画の原案を示すだけでは足りず、新たな建設管理計画の策定ないし既存の建設管理計画の修正や補充の動機が何であるのか、どのような必要に答えようとするものであるのか、その必要にいかにして答えようとするものであるかを、公衆に対して明らかにしなければならぬ。<sup>(74)</sup> ここで言う「説明と聴聞」は、ゲームインデと市民との間の対話を惹起し、それによりゲームインデによる計画案作成作業に市民の考えを反映することを目的としているものである。<sup>(75)</sup>

縦覧・異議申出手続には、大きな変化はない。同一内容の異議申出が大量にあった場合の検討結果の通知方法について、特則が設けられた（同二a条六項五文）。

連邦建設法一九七六年改正で導入された早期市民参加制度は、「計画の民主化」を旗印に導入されたものであるが、そこで言われている「民主化」とは何を意味していたのか、実際には早期市民参加制度に何が期待されて

いたのかは、次章で検討を加えることとする。

また、既に前章第三節で述べたように、一九七六年改正は、「計画維持 [Planerhaltung] の考え方を初めて導入した (一五五 a 条)。

連邦建設法は、三年後の一九七九年に、計画策定の迅速化を目的として再度改正された。<sup>(76)</sup> 建設管理計画の効力の有無を判断する際に裁判所によって考慮されない [unbeachtlich] 瑕疵の範囲が拡大されたが、参加制度には変更はない。一九八六年には、連邦建設法と都市建設促進法を統合して、建設法典が制定された。<sup>(78)</sup> 市民参加規定が三条に置かれ、規定ぶりが若干修正されたほか、早期市民参加を省略し得る場合が拡大された。

- (66) Schlichter/Stich/Tittel, Bundesbaugesetz, 3. A., § 2 Rn. 1.
- (67) BT-Drs. 7/2496, S. 1.
- (68) BT-Drs. 7/2496, S. 28.
- (69) BT-Drs. 7/2496, S. 28.
- (70) BT-Drs. 7/2496, S. 67.
- (71) BT-Drs. 7/2496, S. 84; BT-Drs. 7/5059, S. 2.
- (72) BT-Drs. 7/5059, S. 2.
- (73) Vgl. Sebastian Heitzer/Ernst Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, 1977, S. 63. 「討論」に  
ごつては、第三章第三節の検討を加える。
- (74) Schlichter/Stich/Tittel, Bundesbaugesetz, 3. A., § 2a Rn. 4.
- (75) Schlichter/Stich/Tittel, Bundesbaugesetz, 3. A., § 2a Rn. 5.
- (76) Batts/Löhr/Krautzberger, BauGB, Einleitung Rn. 13.

(77) BGBI. I S. 949.

(78) BGBI. I S. 2253.

### 第三節 小 括

以上で概観した参加制度の変遷の要点をここでまとめておく。

まず早期市民参加が行われ、成案を得たのちに、正式の参加手続である縦覧・異議申出が行われるという二段階の参加制度の骨格は、早期市民参加制度が導入された一九七六年から今日に至るまで変化していない。また、一九七六年改正で初めて、計画維持の考え方が導入されたが、その後、手続上の瑕疵が計画の効力に影響を及ぼさないように、という考慮が一貫してなされている。参加手続については、縦覧・異議申出（意見提出）手続の瑕疵は計画の効力に影響を与えるが、早期市民参加の瑕疵は、この制度が導入された当初から、計画の効力には影響を与えないこととされている。このような法的取扱いの違いが何に由来するものであるのかが問題となる。この点は、本稿の最後で触れる。

なお、一九八六年に制定された建設法典は、一九九三年<sup>(79)</sup>、一九九八年<sup>(80)</sup>、二〇〇四年<sup>(81)</sup>及び二〇〇七年<sup>(82)</sup>に大幅な改正を見ている。一九九三年改正及び一九九八年改正は、ドイツ統一と欧州統合の進展を受けた、計画策定手続の迅速化と民間活力の導入を通じた投資の促進が主要な目的であった<sup>(83)</sup>。それに対して二〇〇四年改正はEU法への対応が主目的であり、計画策定の際の環境調査に関する規定が整備されたほか、縦覧・意見提出手続において時期が遅れて提出された意見が、議会での計画案の議決の際に考慮されないことが明記された。二〇〇七年改正は、

市民参加の「民主化機能」について

一一九

市街地中心部の再生の促進を目的にしているが、手続との関連では、Bプランに対する規範統制訴訟において、縦覧・意見表明手続で主張されなかった論点を計画の違法事由として持ち出すことが排除された。<sup>(84)</sup>

- (79) Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbaulandgesetz vom 22. 4. 1993, BGBl. I S. 466.
- (80) Bau- und Raumordnungsgesetz vom 18. 8. 1997, BGBl. I S. 2081.
- (81) Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien vom 24. 6. 2004, BGBl. I S. 2415.
- (82) 前掲注(16)参照。
- (83) 当時の法改正については拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力(一)」法学論叢一四五巻六号(一九九九年)二五、三一頁以下を参照。
- (84) 二〇〇七年改正の詳細については、vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte („BauGB 2007“), NVwZ 2007, 121.

### 第三章 参加制度の目的・機能

#### 第一節 一九七一年都市建設促進法を巡る議論

建設管理計画の策定の際の市民参加制度を大幅に拡充した一九七六年連邦建設法改正は、市民参加制度をはじめ多くの点で、一九七一年に制定された都市建設促進法を参照していた。<sup>(85)</sup> 本節では、都市建設促進法の定める参加制度を紹介し、それがどのような意図に基づいたものであったのかを検討する。

再開発〔Sanierung〕<sup>(86)</sup>および新開発〔Entwicklung〕<sup>(87)</sup>を促進するために一九七一年に制定された都市建設促進法は、<sup>(88)</sup>

その総則規定で「利害関係人は、「再開発および新開発の」措置の準備と実施に参加する機会を与えられるものとする」（都市建設促進法一条四項四文）とした上で、再開発の構想段階から事業実施段階に至るまでの各段階で、参加手続を設けていた。既に制定されていた連邦建設法と比較して充実した参加手続が設けられたのであるが、それは一方では、当時の連邦建設法に基づく建設管理計画策定への市民参加手続が貧弱なものであったことから生じていた問題の克服を課題の一つとしていたからであり、他方では、建設管理計画一般とは異なる再開発措置の特殊性が重視されたためであった。<sup>(89)</sup>

前章で述べたとおり、当時の連邦建設法は市民参加制度としては縦覧・異議申出のみを予定していたが、それが行われるのは既に計画案が固まった後であり、市民から異議の申し出があったとしても、もはや大幅な計画変更が事実上困難な段階であった。また、計画案の完成以前の段階に市民が参加することはできなかった。そのため、連邦建設法が設けた参加手続は、実際にはその役割をほとんど果たしていないと評されていた。そこで、計画策定の早期の段階、すなわち市民からの意見の提出が実際上の意義を持ち得る段階で市民参加を実施することが求められていた。都市建設促進法の参加規定は、それに応えるという意味があった。<sup>(90)</sup>

他方で、都市建設促進法は再開発の特殊性を考慮していた。都市建設促進法を審議した連邦議会第一四委員会の審議報告書<sup>(91)</sup>は次のように述べている。

「再開発は、もっぱら環境の建築的形成のための過程としてのみ理解されるべきではない。再開発は通例は、第一に、人間の生活環境、とりわけ所有関係及び居住関係、経済的存立および近隣関係への一個の侵害である。再開発にあつては、この社会的連関に特別の注目が与えられなければならない。利害関係ある市民は、

上述のような結果を伴うゲマインデの建設上の発展が、自身を飛び越えて職権により実施されることがない、と確信できるのでなければならない。再開発の目的設定と実施に関する利害関係市民の考えが、ゲマインデによる総合的考慮に流入すること、利害関係ある市民の個人的アンガージュマンへの準備が評価されること、経済分野と社会分野との間で予想される摩擦が回避され、又は緩和されることについて、配慮がなされなければならない。」

審議報告書はこのように、再開発の実施のあり方を述べた上で、このようなあり方を貫く思想が「再開発過程の民主化」であることを明らかにし、それが再開発の準備の段階から実現されていなければならないのだとしている。

再開発の準備過程の第一段階は、再開発地区の指定（三条一項）のための準備的調査である（四条）。再開発地区とは、再開発措置を通じて建設上の弊害を取り除く必要のある地区のことであるが、そのような地区に該当するか否かを判断するための基礎的情報を得るための準備的調査の調査対象事項は、再開発の必要性、予定地区の社会的諸事情、すなわち利害関係人の個人的生活環境および経済的・社会的分野に生じると予想される不利益の影響、都市建設上の諸事情および再開発のための計画策定と実施の可能性など、広範にわたる。その際、予定地区内の土地所有者、借家人やその他の利用権者の意向を調査し、それらの者の提案を受け取ることとされている（四条一項二文）。

また、準備的調査は、意図されている再開発の「直接の利害関係人」について生じると見込まれる個人的生活環境および経済的・社会的分野に生じると予想される不利益的影響にまで及ぶものとされている（四条二項一文）。



再開発事業が事業予定地区に居住している住民の生活深刻な影響を与えることを重視して、ゲマインデは、そのような影響を可能な限り回避ないし緩和するための方策を、当該利害関係人と討論することとされている（四項二項）。準備的調査は、再開発地区の指定のための判断材料の収集を目的としたものであるが、同時に、利害関係人にとっては行政の判断過程へ参加する機会ともなっている<sup>(92)</sup>。

準備的調査の後、それに基づいて再開発地区が条例により正式に指定される（五条一項一文）。条例は上級行政庁の認可を要するが、認可申請の際には、準備的調査の結果に関する報告書と、当該地区を再開発を必要とする<sup>(93)</sup>と判断するに至った理由に関する報告書が添付されなければならない（五条二項）。条例が認可されたら、当該条例と認可が地域に慣例の方法で公示されなければならない（五条三項）。

再開発地区が正式に指定され、事業が実施段階に移行しても、利害関係人との討論は継続される。討論においては利害関係人の職業、所得及び家族に関する事実関係、年齢、住宅の必要性、社会的位置並びに当該地域への拘束度と依存性が特に考慮されるものとされている（八条二項一文）。討論の結果は、「社会計画」として文書化される（八条二項二文）。「社会計画」は、継続的に補充されてゆかなければならない（都市建設促進法八条二項三文）。「社会計画」は、再開発事業の実施により、とりわけ大きな影響を受ける弱者のための激変緩和措置であり、個別の利害関係人の個人的事情にまで踏み込んで行くことまで求められる。また、事業実施中も死亡や出生、婚姻、離婚、失業といった個人的条件の変化は絶えず発生し、それに伴って必要とされる支援措置も変化してゆくので、利害関係人との討論は社会計画の基礎であるとされる<sup>(93)</sup>。このように、開発地区の指定前の段階から指定後、事業実施段階にまで討論を継続する目的は、高齢者や低所得者、若年者、外国人労働者のように、再開発に

よる周辺環境の激変や家賃の高騰により大きな影響を受ける者の利益を明確化することであるが、そのような討論を通じて市民の意見を聴き、その実現に努めることが「民主主義の強化と深化」であるとされている。<sup>(95)</sup>

正式に指定された再開発地区については、連邦建設法上のBプランが策定されなければならない(二〇条一項)。その中で定められるべき、再開発地区の新たな市街地像のあり方も討論の対象である。これが、再開発準備過程の次の段階である。都市建設促進法九条一項によれば、ゲマインデは再開発地区内の土地の土地所有者、借家人その他使用権者等と、可能な限り早期に、再開発地区の新たな市街地像と、再開発事業への参加可能性について討論するものとされている(一文)。また、再開発地区内に存する事業所へ通勤している者にも、意見表明の機会が与えられる(二文)<sup>(96)</sup>。

連邦建設法一九七六年改正は、都市建設促進法の以上の諸規定を参考にして、早期市民参加制度を導入したのであるが、都市建設促進法が再開発の全過程を通じて市民とゲマインデの間の討論を求めた理由は何であろうか。都市建設促進法が定める市民参加制度は、再開発事業の実施が意図されている地区内の土地所有者や借家人等を対象としていた。上述した連邦議会の委員会審議報告書によれば、そのような利害関係人の頭越しに再開発が決定されないこと、利害関係人の考えが再開発に関するゲマインデの構想へ取り入れられることが、「再開発過程の民主化」だ、ということであり、またそれが都市建設促進法の目的の一つとされていた。そして、同報告書によれば、この「再開発過程の民主化」の思想は、八条及び九条でさらに深化されているという。すなわち、利害関係人との絶えざる討論を通じて「社会計画」の作成と修正(八条)、再開発事業を通じて形成される新たな市街地の姿に関する利害関係人との討論(九条)は、「再開発過程の民主化」をさらに深めるものと位置付けられ

ているのである。また、準備的調査、社会計画の作成、再開発の具体的計画はいずれも、土地所有者以外に借家人などが参加することとされている。前述の審議報告書が述べている通り、再開発が当該地区の物的・人的諸関係を全面的に改変するものであることを考えると、土地所有者のみならず、現実にそこに居住し、またはそこで働いている者にまで調査対象を拡大することが望ましいのであるが、「準備的調査のこのような拡大は、利害関係人に対し次のような確信、すなわち、彼らの抱える問題が真剣に受け止められ、個人レベルでの解決が努力されている、との確信をもたらすべきものである。」<sup>(98)</sup>。ここでは立法者は、再開発の影響を特に強く被る者の、当該再開発に対する受容[Akzeptanz]を向上させることをも目的としているものと言えよう。

(85) BT-Drs. 7/2496, S. 1.

(86) 再開発とは、都市建設上の欠陥 [Mißstände] を取り除くために、とりわけ建築物を除去・新築し、又は現存する建築物の近代化改修を行うことを通じて、当該地区を大幅に改善し、又はその市街地像を改変することを言う(都市建設促進法一条二項)。

(87) 再開発とは、人口や産業の過密状態を緩和し、後進地域の振興を図るために行われるものであり、国土整備計画及びラント整備計画の目標に従って、新たな地区 [Ort] をつくり、既に存在する地区を住宅団地として開発し、又は現存する地区を拡大することを言う(同一条三項)。

(88) Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderungsgesetz) vom 27. Juli 1971, BGBl. I S. 1125.

(89) Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, S. 366.

(90) Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, S. 365 f.

市民参加の「民主化機能」について

三五

- (91) BT-Drs. VI/2204, S. 4f.
- (92) 成田頼明「西ドイツ都市建設促進法の概要と問題点——人間尊重の都市再開発」ジュリスト五〇八号（一九七二年）六七、七三頁。
- (93) Werner Gehrmann, Städtebauförderungsgesetz, 1971, S. 61.
- (94) Gehrmann, Städtebauförderungsgesetz, S. 11.
- (95) Gehrmann, Städtebauförderungsgesetz, S. 62.
- (96) 再開発地区の具体的な建設利用のあり方は、Bプランとして定められる。そのため、連邦建設法の一九七六年改正の際に、都市建設促進法上の参加手続も改正され、都市建設促進法四条一項二文に基づく準備的調査、及び九条一項に基づく討論は、連邦建設法二a条に基づく市民参加手続として実施され得ることとされた。
- (97) BT-Drs. 7/2496, S. 2.
- (98) BT-Drs. 6/2204, S. 5.

## 第二節 一九七六年連邦建設法改正を巡る議論

前章第二節で述べたように、連邦建設法の一九七六年改正は、「計画の民主化」をその主たる目的の一つとしていた。それが目的とされたのは、一九六〇年連邦建設法の定める参加手続には、既に述べたような欠点があり、「我々の今日的な民主主義理解にもはや一致していない」<sup>(99)</sup>からであったが、具体的には、市民参加手続の拡充を求める二つの事情が挙げられている。

第一に、計画に対する市民の受容の改善である。一九六〇年連邦建設法によれば、市民が建設管理計画の策定について最初に正式に知らされるのは、縦覧の公示の時点であったが、既にその時点では議決可能なほどに完成

された計画案が作成されていた。そのため、当該計画の内容に反対である市民の立場からは不意打ちであるように感じられ、しばしば計画の実現を阻止するための市民運動が組織された。またそのような市民運動は、ゲマインデ議会が議決したBプランの妨害を目的としていたのであるから、ゲマインデが市民運動に対して屈服した場合、民主的手続を経て選出され、Bプランを議決する権限を法律上与えられているゲマインデ議会の権威が否定されることになりかねないことが懸念されていた<sup>(100)</sup>。そのため、都市建設促進法上の参加制度に倣った早期市民参加を通じて、計画に対する市民の抵抗を緩和することが目指されたのである<sup>(101)</sup>。

第二に、ゲマインデの権限強化に対する「釣り合」[Gegengewicht]という観点がある。連邦建設法一九七六年改正は、Bプランの内容の積極的実現、Bプランに従ったインフラストラクチャー整備の推進を意図していた。しかし、Bプランに沿った建設を行うことで計画内容を実現すべき主体は、大抵の場合、ゲマインデではなく市民なのであるから、Bプランの内容の積極的実現のためには、市民を動員することが必要となる。また、積極的実現を目指す以上、計画に対する市民の支持・受容を確保する必要がある。そのため、ゲマインデの権限強化に合わせて、市民参加を強化することが必要と考えられたのである<sup>(102)</sup>。

最後に、連邦建設法上の参加制度と、都市建設促進法の定める参加制度の質的異同を検討しておく。既に述べたように、都市建設促進法は、一九六〇年連邦建設法の定める市民参加制度の欠陥にかんがみて、再開発過程の早期の段階から市民を参加させる仕組みを作り出した。一九七六年連邦建設法改正はその仕組みを再び一般法へ取り込んだことになる。しかし、連邦建設法の定める参加制度が参加資格を限定していないのに対して、都市建設促進法の定める参加制度は、再開発事業の予定されている地区に何らかの利害関係を有する者に参加資格を限

定している。なぜなら、都市建設促進法が再開発過程への市民参加を充実させたのは、再開発事業が既存の都市構造を変革し、従前からの住民の生活環境に深刻な影響を与えるものであることから、その影響をできる限り緩和するために、影響を受ける住民の意見を聴く必要があったからである。その意味では、都市建設促進法の定める参加手続は、あくまでも「権利保護手続」にとどまっていたとも言える。それに対して連邦建設法上の参加手続は、参加資格が限定されていない。したがって、都市建設促進法が定める参加制度と、一九七六年連邦建設法の定める参加制度とは性質が異なるのではないか、という疑問が生じる。しかし、都市建設促進法上の参加手続に参加しうる「利害関係人」の範囲は、極めて広く捉えられるべきものとされていた。いったん広く捉えたいうえで、準備的調査を通じて、「直接の利害関係人」(都市建設促進法四条二項一文)の範囲が次第に確定されてゆく、というイメージであったようである。<sup>(103)</sup>ここで意識されていたのは、再開発事業のあり方をめぐる手続への参加資格を、再開発が予定されている地区の土地所有者に限定せず、再開発事業の影響を受ける者を広く、手続へ参加させることであった。そしてそれが、「再開発の民主化」であると捉えられていたようである。<sup>(104)</sup>つまり、都市建設促進法は、市民を利害関係人とそれ以外の者とに区別し、前者のみに参加を認めるという、参加者の範囲を制限してゆく方向性を持っていたのではなく、むしろ「利害関係」という概念を用いて参加者の範囲を拡大しようとする試みでもあったのではないかと思われる。そのように考えることができるのであれば、連邦建設法の定める、参加資格を限定しない市民参加も、「利害関係性」を広く捉えた上での「利害関係人参加」である、と言いうことも不可能ではないだろう。なぜなら、建設管理計画は一定の都市空間の構造の維持、改変を目的にしているものであるから、その空間の内部にいる居住者やその空間に出入りする者に影響を与えるのはもちろんのこ

ととして、隣接する空間のあり方にも規定的な影響を与え得るからである。その意味で、都市建設計画の策定に関心を持ち、参加手続へ参加する者は、何らかの意味で「利害関係人」であるとも言えるだろう。<sup>(105)</sup>

(99) BT-Drs. 7/2496, S. 1.

(100) Schlichter/Stich/Tittel, Bundesbaugesetz, 3. A., § 2a Rn. 1.

(101) BT-Drs. 7/2496, S. 84.

(102) Heizer/Oestreicher, Baugesetzbuch und Städtebauförderungsgesetz, S. 20.

(103) Heizer/Oestreicher, Baugesetzbuch und Städtebauförderungsgesetz, S. 960.

(104) Gehrmann, Städtebauförderungsgesetz, S. 48は、「都市建設促進法四条が土地所有者が土地所有者以外の者をも調査対象としていることについて」「都市建設計画における更なる民主化とは、土地所有者の利益の考慮のみを意味しているのではない。むしろ、その周辺環境が建設上の措置を通じて変更されるすべての市民の問題である。」としている。

(105) 参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(二〇〇〇年)三八〇頁以下。なお、「利害関係性」の階梯について、参照、遠藤・前掲三三三頁以下、vgl. Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. A., 2004, S. 105f.

### 第三節 七論 [Erörterung]

都市建設促進法でも、一九七六年連邦建設法でも、ゲマインデと市民の間での「討論」が重視されていた。討論は、縦覧・異議申出手続のように、ゲマインデによる計画案の縦覧→異議申出→検討結果の通知という単線的な過程を辿る手続ではなく、その場でのやり取りを前提とするものであり、計画内容に対する市民の意向や疑問を把握し、それを計画内容へ反映させる手段として有効なものである。また、市民参加を単なる言いっぱなしに

終わらせず、実質的なものにするためにも重要である。<sup>(106)</sup>この「討論」は、まず都市建設促進法に導入され、その後、連邦建設法にも取り入れられたのであったが、何れの場合も法律制定過程の当初から「討論」の導入が予定されていたわけではなかった。本節では、それぞれの法案に「討論」が導入されるにいたる過程を、議会資料を手掛かりに追ってゆくこととする。

都市建設促進法の制定を目指した動きは、連邦建設法が制定された一九六〇年にまで遡るが、最終的に都市建設促進法制定につながったのは、一九七〇年に連邦議会に提出された二つの法案、すなわち、政府提出法案と、CDU/CSU提出法案であった。<sup>(108)</sup>この二つの法案は連邦議会の都市建設・住宅委員会（第一四委員会）に付託され、そこでの審議を経た報告書が連邦議会でも可決された。<sup>(109)</sup>その後、両院調停委員会 [Vermittlungsausschuss] での調整を通じて、連邦議会が可決した法案が若干の修正を受け、最終的に可決・成立した。<sup>(110)</sup>

政府提出法案は、再開発の準備段階を準備的調査（政府案四条）、再開発地区の正式指定（同五条）、再開発地区でのBプラン策定（同九条）に分節した上で、まず準備的調査において、関係土地所有者に対し可能な限り早期に意見表明の機会が与えられるものとしている（同四条一文）。準備的調査の目的は、再開発の必要性の有無や再開発地区の範囲を確定するための判断材料を得ることである。したがって、所有者からの情報提供が有用であることは当然であるが、所有者に特に参加権を付与する理由は、再開発の実施には所有者とゲマインデの密接な接触と協力の必要であることが経験上知られていたからであった。<sup>(111)</sup>そのようにして得られた情報をもとに、ゲマインデは、再開発地区を条例により正式に指定する（同五条一項）。この条例は、ラント法上管轄権を有する行政庁の認可を要する（同五条二項）。認可を得た後に、条例は地域に慣例の方法で公示されなければならず、



公示により再開発地区の指定が法的拘束力を持つようになる(同五条三項)。ゲマインデは、再開発地区の正式指定の後、可能な限り早期に、再開発地区について意図されている新たな形成[Neugestaltung]について討論するものとされている(同八条一文)。討論においては、とりわけ所有者に、再開発措置の実施に参加する意思と能力があるかどうかを確認されるものとされている(同八条二文)。

政府提出法案が再開発の準備段階について定めている参加制度は、準備的調査での関係土地所有者の意見表明と、再開発地区指定後に行われる所有者との討論であった。後者の主たる目的は再開発事業の実施への参加意欲と能力の確認であるとされており、再開発事業を迅速に実施へ移すための関係所有者の協力の確保が意識されている<sup>(12)</sup>。したがって、政府法案の定める参加手続は、第一には、再開発地区内にある土地の所有者の協力の確保、再開発事業の受容の確保を目的としていたと言える。

政府案に対抗する形で、当時の野党であるキリスト教民主同盟/社会同盟(CDU/CSU)も、独自の都市建設促進法案を連邦議会に提出した。CDU/CSU提出法案も政府案と同様に、再開発の準備<sup>(13)</sup>の過程を準備的調査、再開発地区の指定、Bプランの策定に分節し、それぞれに参加手続を予定している。まず準備的調査では、政府案と同様に再開発が予定されている地区内にある土地の所有者に意見表明の機会が与えられるが、さらに、土地所有者、借家人その他の利用権者に、再開発の必要性判断や再開発の準備・実施のために必要な情報をゲマインデに提供する義務を課している(CDU/CSU提出法案九条二項一文、三項)。再開発地区の指定は、政府提出法案と同じく条例で行われることとされている。政府案との大きな違いは、条例案が、連邦建設法の定める建設管理計画策定手続における計画案と同様に、縦覧・異議申出手続に付される点である。条例に上級行政庁

の認可を要する点、条例の効力発生には公示を要する点は、政府案と同様である。条例により再開発地区が正式に指定された後で、かつ当該地区についてのBプラン策定前に、ゲマインデは再開発地区内にある土地の所有者と、再開発地区の新たな市街地像について討論しなければならぬ(同二二条一項一文)。この討論の対象は、再開発地区内にある建築物のうち除去されるべきものと、歴史的、芸術的ないし都市建設上保存されるべきものがそれぞれどれであるか、再開発後の所有関係、資金調達の手段であるが(同二二条一項二文)、所有者に再開発を実施する意思の能力があるか否かを確認すべきものとされている(同二二条三項)。さらに、借家人[Mieter]等からの要求があった場合には、それらの者とも、それらの者に関わる諸問題について討論しなければならぬ(同二二条四項)。

CDU/CSU提出法案は、借家人等の、土地所有者以外の利害関係人を登場させている点で、参加の範囲を拡大しているが、それらの者との討論の対象事項は明確ではない。むしろ、準備的調査では所有者のみに意見提出権を認め、新たな市街地像のあり方に関する討論にも、所有者のみが参加し得るとされていることからみると、所有者の影響力確保を重視していたと思われる。提案理由において、「更新措置[Erneuerungsmaßnahme]及び新開発措置の実施は、決定的に、土地所有者及びその他の利害関係人の、更新及び新開発への協力の確保にかかっている」と述べられていること<sup>(14)</sup>からすると、土地所有者の事業参加意欲と利害関係人の受容の確保が、参加手続の目的ではなかったかと思われる。

以上の二つの法案を調整したのが、連邦議会第一四委員会案である。この法案は、その後の両院調停委員会での審議を経て若干の修正を見ているが、再開発準備過程での参加について定める四条、八条及び九条については

第一四委員会案がそのまま法律となっている。委員会案が定める再開発の準備過程の枠組みも、それ以前の各法案と同様であるが、再開発が地元住民の生活環境等に及ぼす消極的影響の回避・緩和を重視している点で、それまでの各法案とはニュアンスを異にしている。すなわち、準備的調査は、再開発の必要性と実施可能性の判断材料の収集を目的にすると同時に、「直接の利害関係人」に生じ得る消極的影響の内容やその回避・緩和手段にまで及ぶ。また、消極的影響の回避・緩和手段は、利害関係人との討論の対象である（委員会案四條二項二文）。この、消極的影響の回避・緩和という関心は、再開発措置の実施中も持続される。直接の利害関係人との、「職業、所得及び家族に関する諸事項、年齢、住宅の必要性、社会的位置並びに地域への拘束度」に関する討論は事業実施中も継続され、討論の結果は「社会計画」として文書化される（同八條二項）。再開発区域の指定後には、再開発によってどのような市街地が形成されるのかについて、討論が実施される。この点も、それ以前の各案と同様であるが、この討論には、その区域内にある土地の所有者のほか、借家人等の使用権者も参加できることとされている（同九條一項一文）。

本章第一節で詳述したように、委員会法案は「再開発過程の民主化の強化という思想の実現」を目指して、利害関係人の意向をゲマインデの判断に反映させること、利害関係人の参加意思を評価すること、消極的影響の回避・緩和に配慮した。そのために、参加者の範囲を拡大し（所有者のみならずその他の権利者、また「直接の利害関係人」まで）、それに伴い、討論の事項的対象も、再開発地区の新たな形成のあり方や事業への参加意欲、資金調達可能性などの、事業内部的な事柄だけではなく、事業の周辺への影響にまで及ぶこととされた。

以上の過程を経て制定された都市建設促進法を参考にして行われた連邦建設法一九七六年改正においても、参

加手続に関する部分はすんなりと決まったわけではなかった。政府提出法案は、既に述べたように、一九六〇年連邦建設法の定める参加手続が機能していないことへの反省から、参加手続をできる限り早期に開始することを重視していた。そのため、政府案が一九六〇年連邦建設法の定める縦覧・異議申出手続の前段階に付け加えた早期市民参加は、「可能な限り早期」に行われるとされたが、その内容は、「計画策定の目標、目的及び影響」について市民に情報提供し、「意見表明の機会」を与えるというものであった。情報提供の際には代替案の提示が求められており、その点では内容的にも一九六〇年連邦建設法の定める縦覧・異議申出手続よりも充実していると言えるが、（少なくとも法律の規定上は）いわゆる「一往復」のやり取りにとどまるものであった。早期市民参加の仕組みは、その後の連邦議会の国土整備・建設制度及び都市建設委員会審議で「質的に修正<sup>(16)</sup>」されることになる。すなわち、政府案においては市民に対してゲマインデの計画策定意図に関し「情報提供 [Unterrichtung]」がなされることとされていたのに対して、委員会案では、「公開の場で説明されなければならない [öffentlich darzulegen sein]」とされた。また、市民に対しては「発言と討論 [Äußerung und Erörterung] (聴聞) の機会」が与えられなければならない、とされた<sup>(17)</sup>。この修正は、早期市民参加の場で、ゲマインデの担当者が市民に対して計画策定の意図を説明し、それをめぐって討論を行うことを求めたものである。当初の政府案があくまでも「一往復」のやり取りを念頭に置いていたと考えられるのに対して、「説明と討論」を必須とする委員会案は、市民参加手続を質的に拡充したものであったといえよう<sup>(18)</sup>。

(16) 芝池・前掲三〇四頁、兼子仁『行政法学』（一九九七年）一二七頁以下。

(17) BT-Drs. 6/510.

- (108) BT-Drs. 6/434.
- (109) BT-Drs. 6/2204.
- (110) 都市建設促進法制定の経緯については、成田・前掲六九頁以下を参照。
- (111) BT-Drs. 6/510, S. 29.
- (112) BT-Drs. 6/510, S. 30.
- (113) CDU/CSU 提出法案では、「更新[Erneuerung]」の概念が用いられているが、政府案に言う「再開発[Sanie-  
rung]」概念と概ね一致するので、以下では「再開発」の語を用いる。
- (114) BT-Drs. 6/434, S. 33.
- (115) BT-Drs. 7/2496.
- (116) BT-Drs. 7/4793, S. 10.
- (117) BT-Drs. 7/4793, S. 63.
- (118) Heizer/Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, 1977, S. 62.

#### 第四章 参加と民主主義

前章までの検討を踏まえて、本章では、計画策定手続への「市民参加には民主化機能がある」という命題の意味するところを探ることとする。本章では、都市建設促進法制定時、及び連邦建設法一九七六年改正時に語られた「民主化」の実質がいかなるものであったのかを確認した上で（第一節）、行政の組織及び手続に対する、民主主義原理の規範的要請に関する二つの立場からみた場合に、市民参加手続がいかなる意味で「民主化機能」を持ちうることになるのかをそれぞれ検討する（第二、三節）。最後に、それらの検討を踏まえた上で、建設管理

計画策定への市民参加手続の「民主化機能」とのみ呼びうるようなものが果たして存在するのか、すなわち、行政手続の他の二つの機能である情報収集機能、権利保護機能と重複しない「民主化機能」があるとしたら、それは市民参加手続のいかなる点に認められるのかを検討する（第四節）。

### 第一節 早期市民参加導入の際の「計画の民主化」論

「計画の民主化」論は、都市建設促進法や連邦建設法一九七六年改正の際に、指導原理の一つとして主張されていた。一九六〇年連邦建設法が定める参加手続は、縦覧・異議申出手続のみであった。縦覧・異議申出手続は、策定されるべき建設管理計画の原案が完成してから行われるため、利害関係人をはじめとする市民が参加手続において意見や異議を提出しても、既にはば完成されている計画案に対してほとんど影響を与えることができなかった。一九七〇年代の「計画の民主化」論は、そのような状況を前提にした議論であった。

都市建設促進法は「再開発過程の民主化」を標榜して多段階的な参加手続を導入した。しかしその際の主な関心事は、再開発が地域住民の居住関係や生活環境、経済状況へ大きな影響を与えるがゆえに、「利害関係ある市民は、上述のような結果を伴うゲームインデの建設上の発展が、自身を飛び越えて職権により実施されることがない」と確信できるのでなければならぬ<sup>(19)</sup>、というものであった。都市建設促進法が定める参加手続は、利害関係人との討論を通じて再開発の社会的弱者に対する消極的インパクトを緩和・回避することを目的としたものであった。このような目的で行われる参加手続と、再開発によって新たに形成されるべき市街地像に関してゲームインデと所有者・居住者との間で行われる討論が、「民主主義の強化と深化」<sup>(20)</sup>とされていたのであった。つまると

ころ、「再開発過程の民主化」とは、再開発における社会政策的対応の拡充・深化を求めるものであり、そのために利害関係人参加の充実を図ったのであった。

連邦建設法一九七六年改正における「民主化」論はどうだろうか。上述した通り、計画が策定されるべき地区にある土地の所有者ですら、既に完成された計画案を突然に提示されかねなかった当時の参加手続のあり方は強い批判にさらされていたのであるが、そのような状況に対する改善要求が、「民主化」要求という形を取っていたものと思われる。一九七六年改正による参加手続の拡充の目的は、計画に対する市民の受容の改善、およびゲマインデの権限強化に対する「釣り合い」[Gegengewicht]の確保であった(第三章第二節参照)。「市民が行政決定を受容していること」の意味は後に検討するが、結論的には、適切な決定の前提となる情報収集と、権利保護の問題であると考えられる。また、ゲマインデの都市建設上の権限強化と釣り合いをとる形で市民参加を強化するという構想も、ゲマインデの権力とのバランスを取るという発想であれば、民主主義というよりも権力の抑制を通じた権利保護が主題ではないかと思われる。

以上のように、当時語られていた「民主化」は、利害関係人参加の拡充要求であった。その意味では、民主主義のための市民参加手続というよりも、法治国原理に立脚した制度として構想されていたと言えよう。<sup>(11)</sup>

では、市民参加手続の「民主化機能」を語る余地はないのであろうか。以下では、まず、連邦憲法裁判所なしベッケンフェルデの民主主義論の見地からは、市民参加手続が民主主義との関連でどのように評価され得るのかを検討する。

(11) BT-Drs. 6/2204, S. 4.

(120) BT-Drs. 6/2204, S. 4.

(121) Vgl. Willi Blumel, „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?, in: Roman Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1972, S. 9, 16f., 19ff.

## 第二節 連邦憲法裁判所／ベッケンフェルデの民主主義論

ドイツの基本法二〇条二項は、すべての国家権力 [Staatsgewalt] は国民から発すると定めており、この規定は、行政決定を行うための組織および手続のあり方についての要請を含んでいる、と解されている。<sup>(122)</sup> 連邦憲法裁判所によれば、すべての国家権力が国民から発すると定めている基本法二〇条二項は、国民主権と、そこから導かれる国家権力の民主的正統化を要請している。<sup>(123)</sup> 国家権力の行使には、Bプランの制定行為も当然に含まれるので、<sup>(124)</sup> 個別のBプランの策定も民主的に正統化されていなければならないが、このような民主的正統化の理論からは、市民参加手続はどのように評価されるのだろうか。本節では、連邦憲法裁判所およびそこでの議論を主導したとされるベッケンフェルデの民主的正統化論の見地から、市民参加手続が「民主化」機能を持っていると言えるのかどうかを検討する。

基本法二〇条二項によれば、国家権力の行使は、国民の意思をその出発点としていなければならないが、国家権力を行使する組織は、国民による「効果的な影響力行使」を確保するように民主的に正統化されていなければならない。<sup>(126)</sup> その際、国民が同権的に影響力を行使し得るようにするために、<sup>(127)</sup> 国民代表議会が民主的正統化の中心的な構成要素となる。民主的正統化は、国家権力の行使を国民の意思に還元するための方式である。この民主的正統



化の方式の第一は、機能的・制度的正統化 [Funktionelle und Institutionelle demokratische Legitimation] である。これは、基本法自身が執行権という機能を創出していること、したがって、執行権の存在自体が憲法上の根拠を持つていることになるから、包括的な議会留保は排除される、ということの意味している。この意味での正統化は、具体的な行政決定を国民の意思に結び付けるといふ機能を持つてはいないので、執行権に含まれる個々の機関の設立や個別の行為の正統化には関わらない。<sup>(128)</sup>したがって、個々の行政決定の正統化については、次に説明する二つの正統化形式が重要である。第二の正統化形式は、組織的・人的正統化 [Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation] である。これは、行政決定に関わる個々の官職者 [Amtswalter] についで、「国民に発し、国民によって選出された代表者を通じて国家任務を委ねられた機関及び官職者に至る、途切れない正統化連鎖」<sup>(129)</sup>を要求するものであり、その際、「議会制統治システムにおいては、国民の代表機関としての議会は、あらゆる民主的正統化連鎖の中の不可欠な部分である」。第三に内容的正統化 [Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation] がある。これは、個別の行政決定が国民の意思に由来していると言えることを求めるものであり、議会が制定した法律への拘束と、議会に対する責任によって確保される。大臣よりも下位の行政機関は、大臣の指揮監督への服従を通じて、間接的に対議会責任を負うことになる。

以上のような民主主義理解の特徴の一つは、個々人の個別的利益主張が行政決定に直接的な影響を与えることを忌避している点である。ベッケンフェルデは、意思決定への利害関係人の参加が当該決定の民主的正統性を高めるという考え方を明確に否定している。<sup>(130)</sup>無論、民主主義が国民の自己統治・自己決定の形式であるということに認めるが、そのような自己決定には全ての国民が同権的に参加する権能を有していると言う。自己統治・自己

決定を行うのは、具体的な個別の利害関係人ではなく、一体的に把握された「国民」全体であり、そのような意味での国民が国家機関として意思決定を行う。とすると、その方法は基本的に選挙のみ、ということとなる。それに対して、個別的利益主張は、議会での討論を通じて、また行政手続の局面では民主的正統性を備えた行政機関がそれを受け止め、考慮に取り入れることを通じて、公益へと昇華する、ということになる。つまり、民主主義は行政決定を行う組織のあり方のみに関わるのであり、決定の内容には関わらない形式的組織原理であるとされるのである。<sup>(121)</sup>このような民主主義観に立つ限り、公衆参加手続は、決定の妥当性と受容を高めるという点で実務上有意義なものではあっても、民主的な機能は認められないことになる。また、利害関係人が決定過程に決定内容を左右し得る程度に強度に関与することは、反民主的ですからあることとなる。つまり、利害関係人が行政決定に何らかの形で参加し、そのため、相手にとって不利益となるような決定が相手方に受容されたとしても、そのためにその決定の民主的正統性が高まる訳ではないし、仮にその参加が「共同決定権」を与えるようなものであると、憲法の定める民主主義原理に反することにもなりかねない、というものである。

民主主義をこのように捉える限り、公衆参加手続に「民主主義的機能」を認めることはできない。また、決定の受容度の向上は、規範的意味を持たない、ということになる。

しかし憲法裁判が九〇年代に入って唱えた民主主義論は、議会・行政の現実にはそぐわないとの批判がある。民主主義の意味を根柢なく狭め過ぎである、との批判もある。<sup>(122)</sup>また、多くの行政法学説は、公衆参加手続を含めた行政手続に、民主主義の見地からの意味を認めてきている。

(122) Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: HdStR, Bd. 1, §24 Rn. 1, 連邦憲法裁判所およびベッケンフェ

ルデの民主主義論については、拙稿「私人による都市計画」法と政治五七卷三・四号（二〇〇六）一、一三頁以下および注六六に挙げられている文献を参照。

(123) BVerfG, Bes. v. 24. 5. 1995, BVerfGE 93, S. 37 [66].

(124) 基本法二〇条二項にいう「国家権力」とは、「決定としての性格を有する職務行為」であるとされている。BVerfG, Urt. v. 31. 10. 1990, BVerfGE 83, S. 60 [73].

(125) 毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢一五二巻二号（二〇〇三）一、七頁以下。

(126) Böckenförde, HStR, § 24 Rn. 14.

(127) Böckenförde, HStR, § 24 Rn. 14.

(128) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. A., 2004, (以下 Schmidt-Abmann, Ordnungsidee ヲトス)。Zweites Kapitel Rn. 95 (以下 2/95 シヤン)に表記ス。

(129) BVerfGE 83, S. 60 [73].

(130) Böckenförde, HStR, § 24 Rn. 27.

(131) Böckenförde, HStR, § 24 Rn. 83.

(132) Helmuth Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, Die Verw. 32 (1999), S. 241, 256 ff.; Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, S. 60 f.

### 第三節 シュミット・アスマンの民主主義的行政法論

そのような議論の一つとして、シュミット・アスマンは、上述の連邦憲法裁の民主主義論を前提にしつつ、行政の現実に即した民主主義論を立てようと試みている。<sup>(133)</sup>

市民参加の「民主化機能」について

シュミット・アスマンによれば、基本法が統治形態として民主主義を採用したことは、一方では権力の行使に對して民主的正統化を求めることを通じて、他方では、国家による決定の受容、参加 [Partizipation] および公共性 [Öffentlichkeit] に関する要請を通じて、行政法体系の構築に影響している。<sup>(134)</sup> そこでいう「参加」とは、「一定の決定を通じて特異的に [in einer spezifischen Weise] 影響を受ける者 [Betroffenen] の参加 [Beteiligung]」を意味している。また、公共性は多義的な概念であるが、シュミット・アスマンはこの概念に、「行政決定の合理化と質の向上のためのフォーラム」という意義を与えている。ただし、この「フォーラム」はアクターと媒体、世間 [Publikum] の変化しやすい関係性のことであって、ルールに基づく制度ではないとされており、「輿論」と捉えるべきであろう。<sup>(135)</sup> 本稿が問題にしているBプランへの参加手続は、利害関係人を含めて何人も参加しうる手続であるから、それが「参加」であるという意味で、民主主義の観点からの意義があることになる。また、何人も参加しうることから、「輿論」を反映するための制度であるとも言えるので、その点からも民主主義の観点からの意味があることになる。<sup>(137)</sup> ただし、シュミット・アスマンによれば、前者、すなわち民主的正統化要請と後者、すなわち決定の受容や公開性、参加に関する要請とが混同されてはならない。民主的正統化要請は憲法上の規範的要請であるが、後者は民主主義原理および法治国原理の理念に属する概念であり、民主的正統性を補うものではない。<sup>(138)</sup> シュミット・アスマンは、参加に民主主義の観点からの意義を認めつつも、決定への参加を通じて当該決定の民主的正統性が高まると考えているわけではない。その意味で、シュミット・アスマンは「利害関係人民民主主義」<sup>(139)</sup> の立場を取っているのではない。しかしシュミット・アスマンは、既に述べたように、民主主義の理念と規範を区別することにより、<sup>(140)</sup> 連邦憲法裁判所やベッケンフェルデによる民主主義の規範理論によれば民主

主義の観点からの意義が否定されることになる「受容」や「参加」といった概念に、民主主義の少なくとも理念の次元での意義を与えようとしているのである。<sup>(41)</sup>では、受容や参加はいかなる意味で「民主的」なのであるか。受容とは、行政決定が利害関係人により受け入れられている状態のことである。既に述べたように、決定が受け入れられていることそれ自体によって、当該決定が民主主義の観点から正統性を持つと言うことはできない。ある決定が受容されていることは、その決定が適法性を超える「正しさ」を備えていることの一要素ではあるが、決定が受容されていないからといって、適法な行政決定の拘束力が失われるわけではないし、受容されているからといって、違法な行政決定が法的に容認されるわけでもない。<sup>(42)</sup>むしろ受容の観点は、市民・住民の受容を改善するような手続設計のあり方を問うきっかけとして位置付けられている。<sup>(43)</sup>その意味で、受容を確保するという観点は、実践的・政治的なものではあっても、法的なものではない。<sup>(44)</sup>では、受容の観点は、いかなる意味で民主主義の観点からの意義を持ち得るのか。シュミット・アスマンによれば、受容の観点が本来の重要性を持つてくるのは、広範な裁量や衡量により行政決定が行われる場合である。受容の有無それ自体は、結論を決定づけるような要素にはならないが、公益条項の適用の際に、考慮事項の一つとなることはありうる。その意味で、法的な正統化ファクターの一つでありうる、というのである。<sup>(45)</sup><sup>(46)</sup>

次に、参加はどうだろうか。上述したように、参加それ自体が行政決定の民主的正統性をもたらすことはない。民主主義原理の規範的要請としての民主的正統化の主体は、総体としての国民であり、それは特定の集団に固有のメルクマールや利益によって規定されるのではなく、不確定的な全体 [unbestimmte Allgemeinheit] だからである。<sup>(47)</sup>したがって、利害関係人の参加が、よりよい民主主義の形として、議会を中心とする行政決定の民主的正

統化にとって代わることはない。<sup>(148)</sup>むしろここでも、既に述べた受容と同様に、参加の観点は問題発見的な、行政法理論の発展を促す役割を担うものとして位置付けられている。<sup>(149)</sup>しかしシュミット・アスマンは、とりわけ計画法分野のように行政に対し法律上広範な裁量が与えられている分野では、参加は、民主的正統化の形式の一つである内容的正統化を向上させ得るとする。民主的正統化の形式の一つである内容的正統化は、議会制定法律（＝国民の意思）によって行政活動が拘束されることにより、その行政活動の内容が国民の意思に基づいていることになる、というものである。しかし、特に計画法においては、行政に広範な決定余地が存在しており、具体の行政決定の内容が国民の意思に基づいているとは言にくい。そこで、参加を通じて行政と参加者が共同で決定内容を形成してゆくことにより、内容的な民主的正統性が改善される、というのである。<sup>(150)</sup>

以上によれば、受容、参加の観点は、第一には、問題発見的、発展方向指示的な役割を担うものであり、民主主義原理が行政決定を行う組織・手続に対して行っている規範的要請を満たすものではない。その意味で、独自の法的カテゴリーではないと言えよう。そのような受容及び参加の観点が民主主義原理との関係で意味を持つのは、民主主義原理の規範的要請、すなわち行政決定の民主的正統性を補完するという機能においてである。シュミット・アスマンによれば、受容も参加も、計画法のように行政庁に広範な裁量が与えられており、公益の内容を個別的に確定して行かなければならないような分野で、行政決定の内容的な民主的正統性を向上させる機能を有しており、その点で、民主化機能を持っているということになる。

(133) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 166 (1991), S. 329; ders., Ordnungsidee, 2/79ff.

(134) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/79. シュミット・アスマンの意図は、議会を媒介とする民主的正統性と並んで、

大学や社会保険主体といったいわゆる機能的自治団体における構成員自治にも、民主主義の見地からのある種の正統性が認められる、ということの論証であった。以下の論述は、シュミット・アスマンの論旨によれば、Bプラン策定手続への公衆参加がいかに評価されるかの検討である（Vgl. Schmidt-Abmann, *Ordnungsidee*, 2/90 ff.）。

(135) Schmidt-Abmann, *Ordnungsidee*, 2/106. それに對して Peter Badura, *Staatsrecht*, 3. Aufl., 2003, D. Rn. 14<sup>49</sup> Partizipationの語を、個々人の個人的な権利関係性 [Rechtsbetroffenheit]ではなく、広義の「利害関係人」の民主的な要求から行われる、政治的決定ないし行政決定への参加であると定義している。シュミット・アスマンは、利害関係性 [Betroffenheit]には、権利関係性から、「公衆の利害関係性」にまで至る階梯があると述べているので (Schmidt-Abmann, *Ordnungsidee*, 2/107 ff.)、こゝゆる Partizipationを、公衆参加と対比されるいわゆる「利害関係人参加」と理解してゐるのではないだろう。

(136) Schmidt-Abmann, *Ordnungsidee*, 2/116. 「公開性」には、行政文書へのアクセスという意義も与えられている。

(137) 本稿は法律上の制度としての市民参加手続を検討対象としているので、非制度的な「輿論」の問題は、重要ではないが、以後は扱わない。

(138) Schmidt-Abmann, *Ordnungsidee*, 2/102 ff.; Schmidt-Abmann, AöR 166 (1991), S. 349; Walter Schmitt Glaeser, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, VVDStRL 31 (1973), S. 179, 215 ff.

(139) Bryde, *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe*, S. 63 ff. ブリュエデによれば、民主主義とはすべての者による自由な自己決定を意味しているが、共同体の事項を決定する際には、必然的に多数派支配に帰着する。問題は、多数決による決定が行われるべき「集団」の画定である。ブリユエデは、当該決定への「利害関係性」こそが、「集団」の画定基準であり、抽象的な国民概念ではないとするのである。ただし、連邦、ラント、ゲマインデも、生成したアイデンティティーを背景とした、適切な決定集団であるとしている。

(140) Schmidt-Abmann, AöR 166, S. 376.

(141) Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, S. 179, 227.

市民参加の「民主化機能」について

- (142) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/105.  
(143) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/104.  
(144) Schmidt-Abmann, AöR 166, S. 371.  
(145) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/105.  
(146) 私人が法令の定めるところよりも多くの義務を負う旨を約束した場合、換言すれば、行政が、私人の「受容」を根拠として、法令の定めを上回る義務を私人に課した場合、それは許容されるか。法律上徴収可能な負担金の額を上回る負担を私人に負わせる旨の契約は、無効である (BVerwG-Urt. v. 23. 8. 1991, BVerwGE 89, 7, Schmidt-Abmann/Walter Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1992, S. 51ff.)。このことは、「法律による行政の原理」や、「行政が原則として強行法規であること」(芝池・前掲一六頁)からも説明できる。しかし、法律による行政活動の拘束を通じて行政活動の法的安定性と行政活動の民主的コントロールを確保するという「法律による行政の原理」を、「行政(の担い手)の恣意をコントロールすることにより、私人の自由を保護する」という狙いを持っている」(藤田・前掲五一頁)ものと理解すると、当事者が同意している(無論、任意性の存在が前提である)にもかかわらず法律の規定と異なる内容の合意が許容されないことをうまく説明できないのではないか。むしろ、立法者が公益として決定した事項を、個別交渉と合意を通じて個々のに破ることは、民主政の観点から許さないと説明する方がより適切ではないかとも思われる。Vgl. Badura, Staatsrecht, D Rn. 11.
- (147) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/81.  
(148) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/106.  
(149) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/106.  
(150) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, 2/111; vgl. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, S. 179, 203f.



#### 第四節 公衆参加手続と民主主義

本節では、以上の検討を踏まえて、公衆参加手続が持ち得る「民主化機能」の内容を検討する。公衆参加機能の民主化機能として挙げられたのは、行政決定の「受容」の向上、参加を通じた「内容的な民主的正統性」の向上、ゲマインデの権限に対する「釣り合い」、行政と市民の討論の促進である。これらを順次検討してゆく。

公衆参加を通じて計画に対する「受容」が向上することをもって、参加手続の民主化機能の内容と見ることができだろうか。確かに、行政決定が利害関係人を含む市民に受容されていることの望ましさや、行政決定という形で示された当該政策が利害関係人に受容されていることの現実的必要性は疑われないだろう。また、市民が決定過程に参加することが、決定の受容度の向上に資するものであることも疑いえない。問題は、それを「民主主義」と結び付けて理解するかどうかである。

連邦憲法裁判所／ベッケンフェルデが説くように、民主主義を、国家権力を行使する組織の在り方に対する要請であると解し、他方で受容の確保や権力のコントロールの実質化の観点からは、政策的に好ましくはあるが民主主義の規範的要請ではないと解すると、受容の問題は民主主義とは関わらないことになる。<sup>151</sup>「受容」それ自体は事実上の現象であるにとどまり、法的な意味はない、ということになる。<sup>152</sup>それに対してシュミット・アスマンは、民主主義の理念と規範的要請とを区別した上で、民主主義の理念という層で「受容」の観念を受け止めようとしている。<sup>153</sup>しかし民主主義の理念としての「受容」は、あるべき組織・手続を形成するための方向性を示すものであり、それ自体に規範論的な意義が認められているわけではない。シュミット・アスマンによれば、「受容」が民主主義の規範論のレベルで有する意義は、特に計画法におけるように行政に広範な裁量が認められている場合

に、具体的な行政決定のための公益判断の際に考慮事項となることを通じて、当該決定の正統化ファクターの一つになる、ということであった。換言すると、利害関係人が決定を受容しているという事実は、裁量権が適切に行使されたことを示唆するものであり、裁量決定の内容の適切性の向上は、当該決定の内容面での民主的正統性の向上を意味する、ということであろう。内容的正統化とは、権力の行使を法律に従わせることを通じて、権力の行使を、法律の中に間接的に現れている国民の意思へ結び付けるといふ形で権力の正統化形式であるが、参加手続を通じて個別事例における裁量権の行使がより適正なものになれば、それだけ、本来の国民意思に接近する、ということと思われる。<sup>(153)</sup>しかしながら、参加手続を通じて裁量権の行使を適正化し、裁量決定をより説得力ある（受容される）ものにするという関心事は、同時に、法治国原理の関心事でもであろう。すなわち、参加手続を通じた裁量行使の適正化は、法律の適用がより適切なものとなるという意味で、行政活動の法律適合性を高めることにつながるのである。つまり、行政決定の内容的な民主的正統性の向上と法治国原理は、ここでは重なっている。これを参加手続の機能としてみると、参加を通じて内容的な民主的正統性の向上とは、適切な行政決定を行うための前提を作り出す情報収集機能、及び利害関係人の諸利害が適正に考慮されるという権利保護機能と大幅に重なるのではないかと思われるのである。<sup>(154)</sup>また、参加手続を通じて行政決定の適法性が確保されるという視点は、参加手続の瑕疵が必ずしもBプランの無効を帰結しないことの説明でもあり得る。参加手続の瑕疵が必ずしも計画を無効としないのは、策定手続をやり直すコストやいったん成立した計画の存続に対する利害関係人の信頼の保護を考慮してのことである（第一章第三節参照）。しかし、参加手続が結局は裁量行使の適正の確保を目的としているのであれば、策定されたBプランの内容が適切なものである場合には、参加手続そのものの瑕

疵は問題にならない、との説明も考えられるのである。<sup>(15)</sup>

次に、計画を策定し、それを実現するためにゲマインデに与えられた諸権限に対する「釣り合い」としての市民参加という観点はどうか。連邦建設法一九七六年改正による早期市民参加制度の導入の際に、参加制度の機能としてこれが挙げられていた。この「釣り合い」という発想は、市民参加を通じてゲマインデに与えられた権力を抑制する、というものである。しかし、権力の抑制は、第一には権利保護の観点からの関心事ではなかったか。また、早期市民参加が導入された際の議会での議論によれば、ゲマインデの権限を強化して計画内容の積極的実現を目指すということは、市民をそのために動員するということなので、市民を計画策定プロセスに早期から参加させることが必要である、とされていた。この点からは、受容の向上、という問題でもある。

ここまでの検討によれば、参加手続の民主化機能の内容として考えられるもののうち、内容的な民主的正統性の向上、受容の向上、ゲマインデの権力に対する「釣り合い」は、それらに民主化機能があると言えるとしても、少なくとも同時に法治国原理の要請に応えるものでもあった。もちろん、法治国原理の要請に応えているからと言って、それが民主主義の観点から何らの意義も持たないというわけではない。しかし、参加手続に「民主化機能」としか呼べない部分があるとするならば、それは何なのかを探ることを課題としている本稿の立場からは、参加を通じた内容的正統性の向上や受容の向上などを「参加手続の民主化機能」として挙げることはできない。そこで注目されるのが、行政と市民との間の「討論」である。都市建設促進法制定の際には、再開発を行おうとするゲマインデと利害関係人との間で行われる「討論」の対象事項が、法案の議会での審議の段階で拡大された。また連邦建設法一九七六年改正にあつては、新たに導入される早期市民参加において市民に「意見表明の機

「会」を与えらるゝとしていた政府提出法案が、議会での審議を経て「討論の機会」へと修正された。伝統的な市民参加の方法である縦覧・意見（異議）申出手続にあつては、ゲマインデが縦覧に付した計画案に対して意見が提出され、ゲマインデがそれに対して採否の回答を行うという、いわゆる「一往復半」のやり取りに終わる。それに対して、連邦建設法一九七六年改正で導入された早期市民参加における「討論」においては、それが「討論」であるからには、参加手続が行われる会場での、ゲマインデの担当者と参加者である住民・市民との討論、さらには住民・市民相互の討論・意見交換も行われることとなる。<sup>156</sup> このような参加形態は、縦覧手続と質的に異なるのではないかと思われる。そして、行政手続が「議会の立法手続の補完」<sup>157</sup> として民主化機能を持つと言われることの意味は、この点にあるのではないか。すなわち、行政決定の民主的正統性を巡る議論が、行政決定を直接的には議会の意思（法律）へ拘束し、大臣の対議会責任を通じて個別の行政決定を議会へと結び付け、また連邦議会において選出された連邦総理大臣により指名された大臣の人事権を通じて官職者 [Antswalter] の人的な民主的正統性を確保しようとしているのは、議会における公開の場での討論を通じて、実現されるべき公益の内容が確定されてゆく<sup>159</sup> という、議会での討論への信頼があつたからではないか。<sup>160</sup> 社会における利害関係が複雑多様化し、そのすべてが必ずしも十分に議会で代表されなくなれば、それだけ、議会での討論が、問題の複雑さと比べて十分なものではなくなる。行政手続としての討論は、それを補うものとして位置付けることが可能であろう。このような、市民と行政との討論の機会の創出が、ドイツにおける一九七〇年代の「計画の民主化論」の成果であつたとするならば、計画策定への市民参加の「民主主義的な機能」の固有の部分、早期市民参加においてゲマインデの担当者として市民とが討論を行う点にあつたのではないか。またこのことは、参加手続の瑕疵の効果規定から

も窺われるように思われる（参照、第二章第三節）。縦覧・意見提出手続の瑕疵がBプランを無効とし得るのに對して、早期公衆参加の瑕疵はBプランの効力に影響を与えない。縦覧・意見提出手続は法治国原理の要請であり、<sup>(151)</sup>それ自体に権利保護的機能があるので、その瑕疵が裁判所によりBプランの無効事由として扱われる。それに対して早期市民参加は、Bプランの民主性を高めるための手続装置であるため、Bプランの無効というサンクションでもってその適正さを維持すべきものとは考えられなかったのではないか。

市民・住民参加手続の「民主化機能」は、決定の受容を向上させる、決定内容の適正さを向上させる、行政権力を抑制するといった多様な内容を含んでいるが、それらはすべて、権利保護的機能を有しているという意味で、法治国原理からも要請されるものであった。それに対して、民主化機能に固有の部分は、「討論」に見出され得るのではないだろうか。

(151) Vgl. Claus Dieter Classen, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, 2009, S. 29.

(152) シュミット・アスマンの民主主義論が、連邦憲法裁判所／ベッケンフェルデの理論的出発点を共有しつつ、行政活動にとつての現実的必要性を民主主義論に取り入れようとする試みであることについて、vgl. Bryde, *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe*, S. 68.

(153) Vgl. Schmitt/Graeser, *VVDStRL* 31, S. 203f.

(154) Classen, *Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat*, S. 37 ff.は、法治国原理と民主制が、いずれも、行政決定に広範な裁量が認められている場合に必要となる適切な手続を要求しており、その点で相互に補完的な関係にあるとしている。

(155) 拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力（二）・完」法学論叢一四七巻五号四七、五三頁以下を参照。

- (156) 角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力／小早川光郎／芝池義一（編）『行政法の新構想Ⅱ』（二〇〇八）二八九、三〇五頁以下を参照。
- (157) 芝池・前掲二七九頁。
- (158) 議会の構成員は選挙により選出されており、人的な意味での民主的正統性は高度であるが、そこで行われるべき立法活動に対する内容的準則は憲法のみであり、必ずしも密度の高い拘束がなされているわけではない。その代わりに、議会においては、多段階的な討論が予定されている。Classen, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat, S. 41.
- (159) Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I § 29 Rn. 16.
- (160) 藤田・前掲八五頁。
- (161) Vgl. Stich, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, S. 359.

\*本稿は、二〇〇九年二月二〇日に北海道大学で開催された、北海道大学大学院法学研究科グローバルCOEプログラムの『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』に設置されている環境法政策研究会での報告をもとにしたものである。研究会においてご教示いただいた諸先生方にお礼を申し上げます。

# Zur Demokratisierungsfunktion der Öffentlichkeitsbeteiligung

Takashi NODA

市民参加の「民主化機能」について

Einleitung

1. Öffentlichkeitsbeteiligung der § 3 BauGB.
2. Entstehungsgeschichte der Öffentlichkeitsbeteiligung der § 3 BauGB— von BBauG 1960 zu BBauG 1976.
3. Zweck und Funktionen der Partizipation.
4. Demokratisierungsfunktion der Partizipation—zur Bedeutung der “Erörterung”.

六三