

大規模施設設置手続と市民

——シュツットガルト21を巡る議論——(2・完)

野 田 崇

目次

序章

第1章 シュツットガルト21 (以上65巻2号)

第2章 反応

第1節 正統性問題が生じているのか

第2節 和解手続への評価

第3節 参加手続の改善提案

1. 指摘された欠点

2. 早期の公衆参加

3. 公衆参加の集約

4. 手続の中立性の再建

5. 手続法の限界

6. 受容促進という参加手続の目的に対する懐疑

7. 公衆参加の運用改善

第3章 若干の検討

第1節 公衆参加の意義

第2節 中立性問題

第3節 行政手続法2013年改正

おわりに

第2章 反応

前章でみたように、シュツットガルト21に関しては各計画段階で公衆参加が実施され、またシュツットガルト中央駅にかかる計画確定決定に対

する取消訴訟は退けられている。にもかかわらず、適法に与えられた建設権に基づく行為に対して激しい反対運動が行われたことは、法定の多段階的計画システムも、その最終段階である計画確定手続も、事業に対する受容 [Akzeptanz] を十分に生みだせていなかったことを示唆している。法律の定める参加手続を経て行われた適法な行政決定が受容を生みだせなかったことを契機とした、公法学における議論は、しかし、既に法的に対応すべき問題の有無に関する認識のレベルで対立していた（第1節）。その結果、和解手続も、一方では透明性や対等な対話を作り出したことが評価されつつ、他方でその「非法治国性」やある種の権威主義が批判されることになる（第2節）。法定の公衆参加制度が事業に対する受容を生みだすことができなかった点に制度の欠陥を見出す立場からは、様々な改善提案がなされた（第3節）が、計画確定手続における公衆参加の現状に対する不満の中には、制度内在的限界といわざるを得ないものもある（第4節）。

第1節 正統性問題が生じているのか

公衆参加に行政決定の民主的正統化効果を認める立場からは、シュツットガルト21を巡る紛争は、法定の公衆参加制度が計画確定決定に十分な民主的正統性を付与し得なかったことを意味していると評される。この点からの批判は、主として次の二点にわたる。

第一に、民主政国家においては、行政決定は民主的にコントロールされている必要がある。⁽¹⁰⁹⁾ 伝統的には、間接民主政における行政の在り方として、決定に従事する官職者が、選挙を通じて直接に、または国民（住民）代表機関を通じて間接的に国民ないし住民に対して責任を負うこと（人的な民主的正統化）、および行政決定の内容が法律を通じて十分にコントロールされており、かつ、議会に対して責任を負う大臣の指揮監督の下で決定が行われること（内容的な民主的正統化）が求められてきた。しかし、前者

48(680) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

について言えば、シュツットガルト21において連邦法である連邦鉄道法18条に基づく計画確定決定を行う権限を有するのは連邦行政機関である連邦鉄道庁であるものの、聴聞を実施するのはラントの行政機関であるシュツットガルト行政区であり、計画確定手続に先行しその内容に大きな影響を与える国土整備手続を実施するのも、同じくシュツットガルト行政区である。つまり、法律を通じて権限を付与するレベルと、それを執行するレベルとが一部食い違っているのであり、連邦法律を執行するラントの行政機関は、人的な民主的正統化の点では連邦議会といささかの関係も持たない。したがって、この点での民主的正統化が十分ではないと見られているのである。⁽¹¹⁰⁾ また、内容的な民主的正統化については、とりわけインフラ計画などの空間利用計画においては、法律上の実体法的基準はわずかであり、権限ある行政庁に大幅な形成余地が与えられていることが通例である。⁽¹¹¹⁾ このことは、内容的な民主的正統化の不足を意味しているのであり、そのような場合には、法律が計画策定手続として定めている公衆参加手続に、独自の民主的正統化効果を認めるべきである。⁽¹¹²⁾ 以上のように述べて、シュツットガルト21に対する反対運動の存在は、現行法上の公衆参加手続にはなお、足りない部分があることを示唆しているとするのである。

第二に、実体基準の不十分さを認めつつも、それ以上に、行政決定に対する市民の参加要求の変質に注目する見解がある。それによると、とりわけ広範な形成余地を伴う大規模インフラ事業に関する決定が、法律の適用であるよりもより一層、地域的な意思形成過程を通じてなされる政治的な決定であるとの認識が広がるとともに、一般的な政治不信が行政決定にまで波及した、⁽¹¹³⁾ というのである。⁽¹¹⁴⁾ つまり、政党や議会への信頼感が低下した状況で、⁽¹¹⁵⁾ 間接民主政に基づく決定はもはや受け入れられ難くなっている。選挙の中間期における有権者の権利 [staatsbürgerliches Recht] や、一般的公益とも個人的利益とも異なる集团的利益 [gruppenbezogene Interesse]

が正面から主張されるようになると、法律、すなわち議会の意思のみでは行政決定を十分には正統化し得なくなる。つまり、選挙を通じて行政に与えられた民主的正統性は常に暫定的なものであり、市民はいつでも委任を撤回したうえで、行政決定への直接的参加を求めるようになるのである⁽¹¹⁶⁾。そうすると、計画確定手続への参加が利害関係人参加にとどまっていること（行政手続法73条4項1文、6項1文）が批判される。むしろ、参加手続を権利保護と潜在的紛争に関する情報収集手段にとどめるのではなく、行政と市民との対等な対話の場 [Mitsprache] とすべき、と主張される⁽¹¹⁷⁾。具体的には、建設法典3条1項に基づく早期公衆参加にならって、具体的な計画案が固まってしまう前の公衆参加制度の導入が求められる。また、直接民主政的解決、すなわち住民投票が要求されるようになる⁽¹¹⁸⁾。

それに対して、シュツットガルト21は行政決定の民主的正統性の問題ではない、とする諸見解がある。

第一に、第1章第1節でみたように、鉄道インフラ事業は需要計画に始まって個別の計画確定決定に至るまで、再三にわたる参加手続を経て実現に至る。それらの参加制度はいずれも、1960年代以降、行政手続の民主化、行政決定の正統性の強化、早期の公衆参加を通じた受容の改善を目指して拡充されてきたのであり、もはや参加制度が不十分であるとはいえない⁽¹¹⁹⁾。とりわけ今日では、国土整備のようにかつては公衆参加の対象になりうるとは考えられていなかった分野においても、公衆参加が実施されるようになっている。したがって、シュツットガルト21をきっかけとしてなされた、様々な制度改革提案は、過去の議論とその結果としての多くの制度改正の経緯を踏まえないものであり、「古いワインを新しい革袋へ入れて売ろうなもの」である⁽¹²⁰⁾。

第二に、そもそも受容の有無でもって行政決定の正統性を論じることに対する批判がある⁽¹²¹⁾。それによると、民主政とは、正統化の主体である国民

が、一定の形式化されたルート（選挙）を通じて、正統化の客体である国家権力の行使を正統化するという意味で、政治的支配の一型式であって、民主政という支配形式それ自体はあらゆる内容の決定を可能とするものである⁽¹²⁴⁾。したがって、民主政は決定の実体的な正しさ [Richtigkeit] ではなく手続に依存している。それゆえに、民主政は形式の厳格性と制度化を必要としているのであって、制度化されていない公衆との対話は自由な民主政の培地ではあっても、それ自体として民主的正統化をもたらすわけではない。そうすると、行政決定の受容も、望ましくはあるが正統化にとってレレバントな要素ではない。なぜなら、民主政は常に反対派の存在を前提としており、行政決定はそのような反対者との関係でも正統化されていなければならない以上、反対意見の存在それ自体は、行政決定の民主的正統性の存在を損なわないといわざるを得ないからである。しかも、シュツットガルト21のような大規模インフラ事業は、ラントを超えて連邦、欧州レベルにまで影響を及ぼすのであるから、利害関係人の同意ないし受容を重視することは、一部の者に全体にかかわる事柄に関する決定権を与えることと同義であり、却って非民主的⁽¹²⁶⁾⁽¹²⁷⁾である。

第三に、計画確定決定における実体的決定基準の不足、すなわちその意味での民主的な正統化の不足を手続によって埋め合わせる必要性⁽¹²⁸⁾を肯定しつつ、かかる観点からも見ても現行制度に欠けた点はないとする見解がある⁽¹²⁹⁾。それによれば、インフラ事業に関する各個別法律の実体的規律は、決定内容を行政庁の利益衡量に委ねている点で緩やかであり、内容的な民主的正統化は不足している。そのため立法者は、公衆に対して情報提供を受ける権利（行政手続法72条2項、73条2項ないし3a項）、聴聞権（同73条4項、5項）、討議権（同73条9項、74条2項）を付与し、それらを通じて、行政決定の民主的正統化を図っているのである。さらに、行政決定に対する司法審査も、法律の順守を確保するという意味で民主的意義が

⁽¹³⁰⁾あり、とりわけ団体訴訟は民主的な行政コントロールの手段であるとされ
⁽¹³¹⁾る。

以上のように、正式の手続を経て成立した行政決定が市民を納得させず、大規模な反対運動を生じさせたことから、一方では、民主的に正統化されているはずの行政決定に正統性危機が見出された。そもそも代表民主政は、社会内に存在する諸利益、諸価値が選挙を通じて議会へいわば変換されるというフィクションに立脚している。しかし、そのフィクションがもはや人々を納得させなくなると、自己の利益や関心が行政決定に正当に反映されていないと考える市民が強く反発し、単なる権利保護的ないし情報収集的な公衆参加を超えた参画を求めるようになるのである。⁽¹³²⁾もはや聴聞手続のみでは市民の参加要求を満たしえないとしても、古典的な意味での民主的正統性が無意味なものになるのではないとすると、代表民主政（法律の授権に基づく、権限主体による決定）と、直接民主政（個別の決定に対する公衆の直接的な影響力行使）との緊張関係を緩和することが求められる。

それに対して、伝統的な民主的正統化モデルによって生み出される政治的影響力の平等性を重視する立場からみると、公衆参加により必要な情報収集がなされた後は、諸利益から中立の立場にある行政庁の利益衡量を通じて決定が行われるべきであり、かつ、そのようにしてなされた決定は非制度的抵抗に対して安定しているべきであり、⁽¹³³⁾特定の利益を主張する者に特別の影響力が与えられるべきではない。⁽¹³⁴⁾むしろ問題は、市民の声を聴き対等なコミュニケーションを構築するセンスが行政に欠けていることであり、⁽¹³⁵⁾また、市民も、反対運動により生じた追加コストの最終的な負担者が誰であるかを想起すべきであるし、一度なされた決定を受け入れることも望ましい政治文化の一つであるということを受け入れるべきである、と評されることになる。⁽¹³⁶⁾

第2節 和解手続への評価

正式の行政手続の外部で、中立の第三者の主宰のもと当事者間の合意による紛争解決を目指すいわゆるメディエーション [Mediation]⁽¹³⁷⁾ は、既に実務上しばしば用いられている紛争解決の方法である⁽¹³⁸⁾。もっとも、メディエーションは、計画確定手続や許可手続の外部で行われるという意味でインフォーマルな制度外的手続であり、その結論が行政庁に対して法的拘束力を持つわけではない⁽¹³⁹⁾。無論、計画確定決定などのように包括的な利益衡量に基づく行政決定にあっては、メディエーションの結果が衡量過程に対して事実上の影響力を持つ可能性はある⁽¹⁴⁰⁾。しかし、利益衡量を通じて計画決定を行う権限を有する行政庁は、独自の計画決定が事実上不可能となるほどの影響にさらされてはならない⁽¹⁴¹⁾。

このような、インフォーマルな協議プロセスは、市民を行政と対等な対話の相手として、早期に計画作成プロセスへ取り入れるための適切な手段として評価されており⁽¹⁴²⁾、関係するすべての社会集団が参加する開放的な手続を通じて、行政決定に対する受容が促進され、結果的に事業実現までの時間が短縮されることが期待されている⁽¹⁴³⁾。もっとも、このような意味でのメディエーションが行政活動に関して許容され得ることは今日では認められているものの⁽¹⁴⁴⁾、主宰者である第三者の正統性や法治国原理との関係、さらには行政庁によってなされるべき行政決定との関係はなお明らかにされていない⁽¹⁴⁵⁾。しかし何れにせよ、メディエーションないしインフォーマルな協議の特徴は、良くも悪くも、正式の行政手続が開始される前に争点が明確化され、それに関して行政、事業主体と主要な利害関係者との間に事実上の合意がなされる点にある⁽¹⁴⁶⁾。それに対して、既に行政決定が行われた後で、インフォーマルな協議を通じて事業の内容や費用負担合意の内容が変更されると、大きな追加コストが発生するため、シュツットガルト21における和解手続はその点から批判されている⁽¹⁴⁷⁾。

もつとも、シュツットガルト21を巡る紛争が和解手続を通じて解決されたわけではない。仲介人であるガイスラー自身も、いまさら妥協は不可能であることを仲介人意見において述べている。むしろ和解手続がもたらしたのは、数時間にわたるライブ中継に退屈させないだけの透明性、専門家と反対側専門家の言説の脱魔術化であり、議会内外の主体が対等に [auf gleicher Augenhöhe] 対話したことが画期的であったとされたのである⁽¹⁴⁸⁾。

しかし、法律で定められた手続を経て成立し、訴訟を通じてその適法性が確かめられた行政決定が後になってインフォーマルな手続で覆されるのであれば、行政手続は無意味なものとなりかねず、民主的な統治がおよそ不可能になってしまう⁽¹⁴⁹⁾。その意味では、シュツットガルト21における和解手続は唯一の例外と理解されなければならないとされる⁽¹⁵⁰⁾。また、和解手続は既に計画確定決定が確定力 [Bestandskraft] を生じた後で実施されたが、そこでもっばら市民の地位が論じられ、DB が取得した権利は意識されていなかったという。市民の抵抗と、それに基づく政治的圧力によって、適法に付与された権利の放棄へと追い込まれるとしたら、法治国原理の観点からも問題であろう⁽¹⁵¹⁾。さらに、シュツットガルト21における和解手続が仲介人であるガイスラーの政治的・道徳的権威に大きく依拠していたことが指摘されている⁽¹⁵²⁾。和解手続が仲介人の権威を背景として進められたことについて、ある論者は、「民主的に正統化されていない仲介人が仲介人意見を通じていわば上級審として民主的に正統化された決定を揺るがすとしたら、それは、『党派の争い』を超越したカリスマ的指導者へのポピュリズム的憧れを掻き立てることになってしまう⁽¹⁵³⁾。」と痛烈に批判している。また、実際上の見地からは、事案に利害関係を持たない中立の立場をとりつつ、相対立する当事者間の議論を進行させることができるような人選は困難であることが指摘されている⁽¹⁵⁴⁾。

ここでも、前節で見られた対立の構図が現れている。すなわち、正式の

54(686) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

手続を経て行われた計画確定決定が制度外的な和解手続の対象となることについて、単にその非効率性を指摘する見解は、インフォーマルな協議の場での参加者間の合意が行政決定に対して大きな影響力を持つこと自体を批判するものではないと考えられる。それに対して、法律に基づき法律上権限を与えられた行政機関が行う行政決定の民主的正統性を重視する見解からみると、協議の場に参加する利害関係人ないし「関心を有する者」が全体を代表しているといえる根拠はないのであり、そのような場での合意形成に大きな影響力を与えるべきではないこととなる⁽¹⁵⁵⁾。

第3節 参加手続の改善提案

シュツットガルト21を巡る紛争に、参加手続の不十分さに由来する民主的正統化の不足を見出す立場からは、現行法上の公衆参加手続の改善が提案されることになる。

1. 指摘された欠点

現行法上の公衆参加が事業に対する受容を生みだせなかった原因として挙げられている現行制度の欠点は、主として、公衆参加のタイミングが遅いこと、多段階的計画プロセスの各段階での決定事項が市民にとって見通し難くなっていること、手続が長期化していること、公衆参加における議論の対象が限定されており、市民の意見を必ずしも十分に汲み取れていないことなどである。

既にみたように、鉄道事業の場合、事業の可否は法律形式の需要計画で決定されており、また経路も、通例は国土整備手続の段階でほぼ決まっている。そのため、計画確定段階での公衆参加手続では、事業の可否や路線の経路など事業の根幹部分⁽¹⁵⁶⁾はもはや対象にならない。したがって、討議期日では事業の要否（そもそも事業を実施すべきか否か）は議論の対象では

⁽¹⁵⁷⁾ないが、討議への参加者は自分の望む発言をするため、例えばフランクフルト空港新滑走路事業のための計画確定手続における討議期日では、表明された意見の9割以上が、計画確定決定にとっては法的意味のないものであったと報告されている。⁽¹⁵⁸⁾このような状況は公衆参加への参加者の不満を高めるものであるほか、実体法の規律密度の低さを補うという参加手続本来の目的にも適わないことになる。

次に、多段階的計画プロセスのそれぞれの段階での参加に関する法規定が様々な法律に散在しており、用語法が必ずしも一貫していないため、⁽¹⁵⁹⁾参加手続に習熟しているはずの環境保護団体にとってすら、段階ごとの参加可能性を知ることが難しくなっている。⁽¹⁶⁰⁾さらに、各段階で決定されるべき事柄の内容が市民に十分に周知されていないために、参加手続から対象の明確性が失われている。そのため、どの段階で何を主張しうかが明らかではなく、市民にとって参加の有意義性が疑わしくなり、そのことが事業に対する受容を損なっている。⁽¹⁶¹⁾

第三に、多段階的計画プロセスの初めの段階から個別事業の建設権発生まで極めて長期間かかることが、⁽¹⁶²⁾事業の受容に悪影響を与えていることが指摘されている。⁽¹⁶³⁾すなわち、多段階的計画プロセスにおいては事業の可否や経路、具体的な位置、環境保護措置の具体的内容などが順を追って決定されてゆくため、市民にとっては、いつどこで何が決定されたのかを認識することが容易ではないこと、また一つ一つの決定が時間の経過とともに集団的記憶から失われてゆくため、市民が決定に影響を及ぼす可能性がなかったと感じられるようになり、その結果、多くの市民にとって工事開始が驚くべき事態になってしまう、⁽¹⁶⁴⁾というのである。そのために手続の迅速化が要求され、実際に既に述べたように2007年法により討議期日の実施の任意化を中心とした迅速化のための立法措置がとられた。しかし、討議期日の実施の有無を判断するための基準が法律中に示されていないために、

56(688) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

討議期日の不実施が裁量権濫用と評価されることをおそれて、ほとんどの場合に討議期日は実施されているという⁽¹⁶⁵⁾。また、手続の長期化の主要な原因が討議期日を中心とする参加手続にあることが経験的に実証されているわけではない⁽¹⁶⁶⁾。むしろ後で述べるように、シュツットガルト21をきっかけとして、公衆参加の充実を通じて受容を確保することによる事業実現までの期間の短縮が目指されている。

最後に、公衆参加における議論の対象が限定されていることが指摘されている。計画確定手続は基本的には申請された事業の許容性を判断するための手続であるので、そこでの審査対象も法律が定める事業の許容性要件に限定される⁽¹⁶⁷⁾。そうすると必然的に、計画確定手続における公衆参加の対象もその範囲に限定される。シュツットガルト21への反対運動参加者の多くが問題視していた事業費の調達問題は、しかし、計画確定決定の考慮事項ではない⁽¹⁶⁸⁾。そのため、シュツットガルト21においては財政問題が反対運動にとっては大きな論点となっていたにもかかわらず、それは参加手続において論じるべき主題ではなかったのである⁽¹⁶⁹⁾。

さらに、公衆参加が環境アセスメントないし計画環境調査として実施される場合、そこで取り上げられるのは環境利益のみである。しかし、生態系や種の保護がEUの厳格な規制を受け強く保護されているのに対して、人間の利益にはそれほどはっきりした位置付けが与えられているわけではない⁽¹⁷⁰⁾ことが批判されている。この傾向は、出訴資格を与えられた環境保護団体⁽¹⁷¹⁾に対して、他の私人や団体とは区別された形で、計画確定手続（行政手続法73条4項、6項）や国土整備手続（NWラント計画法19条4項5号）への参加が認められていることでより強められる⁽¹⁷²⁾。しかし、例えば国土整備は生態系保護と並んで文化的、社会的、経済的諸利益にも配慮すべきものであり、それらが相俟って、環境面、経済面、社会面の持続性が達成されるべきものとされているのであるから（国土整備法2条2項）、公

衆参加の対象を環境利益に限定するべきではないとされる。⁽¹⁷³⁾

2. 早期の公衆参加

行政手続法によれば、事業主体は、事業内容とその動機、事業の影響を受ける土地と施設を認識することができる図面と説明書からなる計画を聴聞行政庁に提出して、聴聞手続の開始を申請する（行政手続法73条1項）。つまり、計画確定手続は事業の必要性や計画の概要が事業者内部で決定された後の段階で行われるものであり、もはや事業を行うか否か（Ob）はもちろんのこと、事業の概要（Wie）の根幹部分も変更困難であることが通例であろうと思われる。そうすると、公衆参加を通じて事業の可否の判断やその根幹部分に影響を与えることはほぼ不可能であり、せいぜい騒音防止措置の追加といった細部の問題に影響を与え得るのみとなってしまう。⁽¹⁷⁴⁾そのため、早期の公衆参加を行うべきことが主張される。

ここでいわれている「早期性」には、二つの意味がある。第一に、事業主体内部での事業計画案作成が完結する以前の段階、つまり事業者自身がお事業内容を容易に変更しうる段階での公衆参加の必要性が主張される。⁽¹⁷⁵⁾ここで模範とされたのは、建設法典3条1項の定める、建設管理計画策定の際の早期公衆参加（建設法典3条1項）であった。⁽¹⁷⁶⁾建設管理計画における早期公衆参加は、計画の一般的目標、本質的に相違する別案および計画から予想される影響についての説明と、聴聞（意見表明および討議）からなる。どの程度の熟度の計画案を対象とすべきであるかは法定されていないが、利益衡量に取り入れられるべき公益および私益の調査に役立ちえないほどに一般的抽象的な計画目的及び目標を示して早期公衆参加を実施することは許されない。しかし他方で、建設管理計画案が完成された後ではもはや早期参加とはいえない。⁽¹⁷⁷⁾そこで、草案作成段階で市民に情報を提供し、意見を聴くことが求められたのである。

このような制度を参照して、事業の要否 (ob) の判断への参加手続の導入が提案された。事業の要否の判断への参加こそが「真の」公衆参加であり、このような参加を通じて、市民は「異議を申し立てる利害関係人 [Be-roffene]」から「政治的参加権 [Teilhaberecht] の保持者」となる、というのである。⁽¹⁷⁸⁾ここで提案されているのは、事業主体による事業構想（事業の種類、規模、立地、事業費など）の内部的な取りまとめ段階で、事業主体がそれを公衆に対して説明し、意見聴取と対話を行い事業に対する賛否の論拠を記録にとどめておく仕組み（「需要に関する討議」 [Bedarfsrörterungsverfahren]）である。この仕組みは、行政庁による行政行為の発付ないし公法上の契約の締結を準備するためのもの⁽¹⁷⁹⁾ではなく、事業構想に関する事業主体の内部的意識形成のための参考資料を準備するに過ぎないので、行政手続法ではなく各個別法に定めを置くものとされている⁽¹⁸⁰⁾。また、内部的意識形成過程への介入であるから、この手続の実施を義務付けられうるのは公的主体のみである。さらに、この手続が当該事業の必要性の評価を対象としていることから、完成後のインフラ利用者にも意見提出権が認められることを法律上明示すべきであり、それを通じて、手続上の権能を付与された環境保護団体の影響力が不相当なまでに強すぎるという現行法上の参加手続の欠点も緩和され得る。⁽¹⁸¹⁾

シュツットガルト21を巡る紛争の原因の一つを公衆参加の不足に見出し、早期公衆参加制度の導入を目指すという方向は、行政側からも主張された。シュツットガルト21を巡っていわば紛争当事者の立場に立った BW 政府は、2011年3月に、連邦参議院に対して、大規模プロジェクトの迅速な実現を通じてドイツの立地競争力を確保することを目的として、計画確定手続への、中立の行政機関が主宰する早期公衆参加制度の導入を提案した。⁽¹⁸²⁾提案によれば、早期参加手続の導入を通じて住民に対して情報と意見提出の機会を提供し、それを通じてあり得る紛争を事前に知ることができ

れば、事業主体はより受け入れられやすい事業計画を作成することができ、計画確定手続をより信頼構築的かつ受容促進的にすることができる、とされる。⁽¹⁸³⁾そのため、計画確定手続の開始申請以前に、事業主体の申請に基づき、又は事業主体が行政主体ないし行政主体が出資する企業である場合には職権で、計画確定行政庁が早期討議手続 [Vorerörterungsverfahren] の開始について決定すること、中立機関を主宰者として指名すべきこと、関心を持つ全ての者に参加が認められるべきこと、主催者は討議の内容について報告書を作成し、計画確定行政庁はのちの計画確定手続においてそれを考慮すべきことを内容とする早期公衆参加制度の導入が提案された。⁽¹⁸⁴⁾

さらに、連邦内務省に設置された行政手続法審議会 [Beirat Verwaltungsverfahrensrecht] も、透明性と受容の確保を目的として早期公衆参加の導入を提案した。⁽¹⁸⁵⁾それによれば、事業主体には早期公衆参加を実施する責務 [Obliegenheit] が課され、行政庁には事業主体に対して早期公衆参加の実施を促すことが義務付けられる。また、早期公衆参加の内容としては、事業の目的及び実現手段に関する情報提供、文書閲覧、意見表明の機会および討議、手続結果の行政庁への通知が想定されている。⁽¹⁸⁶⁾

この意味での早期公衆参加の要求は、事業計画作成主体、すなわち計画確定の対象たる事業の主体の内部的意思形成過程への影響力行使を求めるものである。そのため、民主的統制に服しつつ公益を実現すべき公的主体と、基本権に基づいて行動する私的主体とが区別されるのである。

それに対して、第二に、多段階的計画プロセスの早い段階での参加という意味で早期性が語られることがある。それによれば、早期公衆参加の導入による受容の促進は、住民投票の導入を通じた事業許可の民主化、許可手続の迅速化と並んで、1980年代にも重点的に論じられた主題であり、計画環境調査（戦略的環境調査）の義務付けを通じて実現されたという。⁽¹⁸⁷⁾

実際、第1章第1節でみたように、鉄道建設については、需要計画から

計画確定に至るまですべての計画段階で公衆参加が実施されている。⁽¹⁸⁸⁾ そのうち、国土整備計画への公衆参加は、判例上も求められていたのである⁽¹⁸⁹⁾が、最終的には2001年のEU計画環境影響調査指令の国内法化措置として2004年に国土整備法改正により導入された。⁽¹⁹⁰⁾ このように、今日では、大規模インフラ事業については全国レベルでの構想段階から、即地的な事業許可段階に至るまで公衆参加が実施されているのであるから、早期の公衆参加制度は既に充実している、とされる。⁽¹⁹¹⁾ もっとも、国土整備計画や国土整備手続の段階では計画案がなお抽象的であるために、当該事業が個人の権利利益にどのような影響を与えるのかが明らかではないとの批判がある。そのような段階での公衆参加は一般的議論に終始し、市民の参加意欲もなお低い⁽¹⁹²⁾ため、受容の促進には役立たないとされるのである。これに対しては、国土整備計画中に「国土整備の目標」として位置づけられた大規模インフラ施設や、国土整備手続において検討の対象とされる計画案は、多くの場合に地区レベルないし敷地レベル [gebietsscharf oder parzellenscharf] で図示されており、個人の権利利益への影響は既に明確になっている、との反論がある。⁽¹⁹³⁾

これら二つの見方は、内部的意識形成過程に着目するか、多段階的計画プロセスという決定構造に着目するかの違いに由来するものであり、早期参加が要請される時点が結果的には重なり合うこともあるだろう。事業主体の内部的意識形成過程への影響力行使を早期公衆参加であると解する場合、新たな制度の導入を要求することになる。それに対して一連の計画プロセスの早い段階での参加という意味での早期の公衆参加であれば、すでに実現されているということになる。その場合、事業に対する受容の促進は制度運用の問題となろう。

3. 公衆参加の集約

事業に対する受容を損なっているような、現行法上の公衆参加制度の欠陥として、さらに、事業実現までの多段階的計画プロセスが、市民にとって行政決定過程を見通しの悪いものにしてしまい、公衆参加を巡るフラストレーションの原因となっていることも指摘されていた。⁽¹⁹⁴⁾そこで、公衆参加を多段階的計画プロセスの一部に集約することが提案される。長距離鉄道などの大規模インフラ事業の実業実現までのプロセスは、既に紹介したように、大きくは構想段階（需要計画、国土整備計画）、国土整備手続、個別事業の許可（計画確定決定など）の三段階に区分される。それらのうち、最後の個別事業許可段階では既に、事業の要否は無論のこと施設の位置ないし経路も事実上決定されているので、この段階に公衆参加を集約することは、問題の解決とはならないだろう。むしろ、事業により設置される施設の位置や規模のほか、施設から生じる騒音や振動等の公害への対策、施設隣接地への配慮などまで定める計画確定においては、討議への参加者を、事業用地の所有者や工事及び完成後の施設から直接の影響を受ける者に限定するという考え方、すなわち、この段階での参加を権利保護参加へ純化する⁽¹⁹⁵⁾という考え方⁽¹⁹⁶⁾もあり得ると思われる。

次に、事業構想段階はどうだろうか。この段階では事業ははまだ抽象度が高く、一般市民にとって事業と自己の権利利益との関連性を認識することは容易ではない。そのためこの段階では、公衆参加よりも、各種の団体⁽¹⁹⁷⁾に限った参加のほうが適切である。

それに対して、事業構想段階と個別事業許可段階の中間段階、すなわち国土整備手続の段階が、公衆参加を実施するタイミングとして適切であるとされる。ここでは、事業は個人への影響を認識しうる程度には具体化されており、他方でなお、個別事業許可段階におけるほどには事業内容が固まっていないため、市民が公衆参加手続への参加意欲を持つことを期待す

ことができ、また公衆参加の結果を計画案へ反映させる余地がなお存在するからである。⁽¹⁹⁸⁾

この提案は、各段階での計画案の熟度に応じて、参加手続への参加の範囲を限定しようとするものであり、抽象度が高いために専門性がなければ意味のある意見を述べるのが困難である事業構想段階での参加は専門性を有する各種団体に限定し、また、ほぼ内容が固まった事業計画を前提に、騒音や振動などの近隣迷惑に対する対策を検討する個別事業許可段階では、そのような迷惑を受ける範囲に参加者を限定することを通じて、それぞれの段階での議論の範囲を限定しようとするものである。それに対して、事業の影響を受ける諸利益を包括的に調査する国土整備手続は、いわば何でも言える場として、⁽¹⁹⁹⁾公衆参加の場として適切であるとされるのである。しかし、国土整備手続が適切であると主張される理由は、計画案の熟度や検討対象が広範であることに尽きるのではない。むしろ、個別のインフラ事業を推進する立場にない国土整備行政庁が実施する手続である点が重視されているのである。次に述べる。手続の中立性の問題である。

4. 手続の中立性の再建

法定の参加手続を適法に履践したにもかかわらず事業に対する受容が確保されないことの原因として、手続においてすべての利益が平等には扱われていないと疑われていること、すなわち、手続における中立性の外観の⁽²⁰⁰⁾欠如が指摘された。そのため、計画確定手続に行政外部のプロジェクトマネージャーを導入して、当事者や個々の異議提出者からの距離を有する者が討議期日を含めた手続を実施することにより、手続における中立性および客観性を創出することが提案された⁽²⁰¹⁾のである。また、本章第2節で紹介したメディエーションも、行政外部の中立的専門家に議論の進行を委ねることを通じて、中立性を確保しようとする試みであった。

それに対して、インフラ整備のための多段階的手続が、基本的にはインフラ事業実現のための手続である点に着目し、そのような手続における中立性の再建を目指した提案がある。⁽²⁰²⁾それによれば、道路や鉄道、空港といった大規模事業においては、行政側は事業実現の方向へ強く方向づけられている。なぜなら、各事業の根拠法律は、基本的にはそれぞれのインフラ整備を目的としているからである。例えば、シュツットガルト21における計画確定決定の根拠法である一般鉄道法の目的の一つは、「鉄道における魅力的な交通サービスの提供を保障すること」(一般鉄道法1条1項1文)であるから、同法に基づく行政活動はすべて、その目的に奉仕すべきことになる。そのため、決定プロセスにおいては事業に対立する諸利益も考慮されるものの、基本的には当該事業の実現を目指して手続が進行してゆくことになる。国営インフラ事業であれば、計画確定行政庁と事業主体は同一行政主体内の機関であり、またDBのように組織上民営化された主体であっても、出資関係や人的関係のゆえに国と密接な関係があるため、一般市民の目からは、決定権限を有する行政庁と事業主体とがいわばパートナーとして共同で事業実現を目指しているように映るのである。そこで、手続における中立性を再建し、行政決定への信頼を得ることが目指される。そのための手段としては、上述したように外部の第三者を導入することも考えられるが、常に適切な人材を見出しうる保証はない。また、そもそも法治国原理は国家機関に対して、すべての利益を平等に扱い、特定の利益を有利ないし不利に扱うことのないよう求めているのであるから、計画確定行政庁にその趣旨を想起させれば足りるという考え方もありうる。⁽²⁰³⁾しかし、例えばシュツットガルト21における計画確定行政庁である連邦鉄道庁は、連邦交通省に置かれる独立行政庁であるが、⁽²⁰⁴⁾連邦交通省は需要計画の前提となる連邦交通路計画を策定した官庁であり、シュツットガルト21もその計画に位置づけられている。このようないきさつを踏まえると、連邦鉄

64(696) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

道庁の公正さが疑われたとしても不思議ではない。そこで、中立性を確保する場として国土整備手続が注目されるのである。国土整備計画は「統合的、広域的、分野横断的 [fachübergreifend]」（国土整備法1条1項1文）に策定される総合計画であり、国土整備を担当する行政庁（同時に国土整備手続を担当する行政庁でもある）は、各行政部門を担当する行政庁とは異なり、空間関連的諸利益を総合的に考慮すべき立場にある。そのため、公衆参加を国土整備手続に集約し、そこで包括的な議論を行うことで、計画プロセスの中立性・公正性に対する市民の信頼を再建することが提案されているのである。

この提案は、多段階的計画プロセスが全体として一定の事業実現を目指したものであり、その意味で一貫してバイアスがかかっているために、適法な決定であっても受容されないという事実認識のもと、プロセスの中間地点に、バイアスのかかっていない審級を扶むことで、結論の説得力を増そうというものである。その目的を達成するため、計画確定手続において「鑑定的意見」として扱われるにとどまるという国土整備手続の位置付けを強化し、例えば交通路の経路など事業の根幹にかかわる決定をこの段階で行うことが提案⁽²⁰⁵⁾されている。

5. 手続法の限界

現行法上の手続の改善策としては、主として以上のような提案がなされているが、シュツットガルト21を巡る紛争に正統性問題を見出すことに反対する立場からは、受容問題を手続法によって対処すべき問題と捉えることが批判される。シュツットガルト21を巡る紛争をきっかけとした手続改善論は、すべて、1960年代以降の参加手続充実論と同内容であると批判した論者は、そのような議論の背後に存在する、手続法に対する過大⁽²⁰⁶⁾評価を指摘している。それによれば、手続長期化の主要な原因は、手続の

煩雑さにあるのではなく、実体的審査や計画案作成作業、さらに科学技術上の新たな知見の取り入れに時間がかかる点にある。⁽²⁰⁷⁾さらに、仲介人意見においては代替案審査の充実が求められていたが、第1章第2節でみたように、シュツットガルト21は、数多くの代替案の中から徐々に絞り込まれていったものであって、手続法の不備の故に代替案が十分に検討されていなかったわけではない。そもそも代替案審査義務は衡量原則（一般鉄道法18条2文）から導かれるものである。判例によれば、計画目標をより少ない法益侵害で達成しうるといふような代替案が容易に考えられるにもかかわらず、計画確定行政庁がそれを退けた場合には、それは衡量原則違反となりうる。⁽²⁰⁸⁾したがって、計画確定行政庁は実体法上、代替案を検討することが求められているのであって、求められる検討の程度も実体法上定まるとすると、手続法によって代替案審査の在り方に影響を与える余地はもともと少ない、ということにならざるを得ないのである。⁽²⁰⁹⁾

6. 受容促進という参加手続の目的に対する懐疑

また、そもそも参加手続を通じて事業に対する受容が促進されるという想定自体を否定する見解もある。つまり、原子力発電所のように世界観的立場からの原理的反対者が存在する事業の場合、参加手続は単に参加者の信念の披瀝に終始するのであって、意見を述べる機会が与えられたからといってそのような反対者の立場が変化することはない。それに対して、そのような世界観的論争の対象とならない事業計画であっても、特定の住民に特に重い負担を生じさせることのない計画であればともかく、特定範囲の住民に負担を課すような事業について、当該住民がそれを進んで受け入れることは想定しがたいであろう。結局、そのような事業について付近住民等に期待し得ることは、正式の決定をそれとして尊重すること [respektieren] にとどまる。かかる観点からみると、受容問題とは

66(698) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

参加制度の問題ではなく、確定力を生じた計画上の決定の実施の段階で生じる問題である、というのである。このように、参加手続の仕組みを法律改正により改善すれば事業に対する市民の受容が改善されると想定しないのであれば、シュツットガルト⁽²¹⁰⁾21が提起しているのは参加制度の不十分さや制度改善の必要性なのではなく、運用問題であることになる。

さらに、行政決定に対する受容ないし合意に、行政決定の民主的正統性に関するレレバントな意義を与えることに対する批判がある。既に述べたように、行政決定はそれを受容しない者との関係でも正統化されていなければならない以上、それを受け入れない者がいるという事実それ自体は行政決定の民主的正統性の不足を意味しないと解さざるを得ない（本章第1節）。さらに、民主政は、相対立する政党が選挙を通じて定期的に政治的決定権力を争うことによる政治的变化の可能性に立脚しているのであって、いわば政治的闘争の制度化であると捉えると、合意の要求は民主政の拠って立つ基盤⁽²¹¹⁾に反するとされる⁽²¹²⁾。

7. 公衆参加の運用改善

しかし、シュツットガルト21への反対運動から参加手続の制度的改善の必要性を認める論者も、そのような必要を認めない論者も一致して認める点がいくつかある。

第一に、行政のコミュニケーション能力を改善する必要、ないし参加手続におけるコミュニケーション構造を改善する必要が指摘されている。まず、法律上は討議期日のように行政庁を含めた当事者と意義申出者が一堂に会して議論を行う場が用意されているにもかかわらず、行政庁による制度運用が適切でないために不満を生じさせているとの批判がある。この点に関しては、しばしば「他に方法がない [Alternativlosigkeit]」というレトリックで市民を説得しようとする行政側のパターンリズム的かつエリー

ト主義的な姿勢が批判されている。⁽²¹³⁾ また、「合意形成を目指した交渉文化」を行政庁が身に着ける必要性を指摘する見解もある。⁽²¹⁴⁾ これは市民を「対等なパートナー」として扱う必要性を指摘したものであるが、それ自体は姿勢の問題であって法律で強制しうるものではない。⁽²¹⁵⁾ また、同じく姿勢の問題であるが、参加手続の法的価値について市民に過大な期待を抱かせてはならないことも指摘されている。なぜなら、行政決定が利益衡量により行われる場合、個々の利益主張が決定に反映される可能性は高くないので、この点に過大な期待を抱いていると、失望することになるからである。⁽²¹⁶⁾ 第二に、より制度的な提案としては、公告縦覧といった法定手続以外の場での情報提供活動⁽²¹⁷⁾、許可要件に関連しない事項についても議論する場を設けること⁽²¹⁸⁾、手続運営に習熟した専門家を導入することによる手続運営のプロフェッショナル化⁽²¹⁹⁾などがある。さらに、大規模インフラ事業にあっては段階を追って計画案が具体化されてゆくため、市民にとって決定的な方針決定がどの段階で行われたのかが分かりにくく、その結果、反対運動が遅きに失するという問題がある。そのため、反対運動を行うべきタイミングを行政庁がいわば教示すべきことが提案されている。見かけ上の合意が事業開始直前になって崩壊するよりも、事業の修正が可能な段階で反対が「出尽す」ほうが真のコミュニケーションを促すことになり望ましいからである。⁽²²⁰⁾

第3章 若干の検討

ドイツでは、戦略的環境アセスメントや団体訴訟も含めて、既に、行政決定に対する公衆の側からの統制のための諸制度が整備されている。そのうえで、参加手続や訴訟が事業の実現の妨げになっており、ドイツの経済競争力を妨げているとの認識から、参加手続の省略を可能にし、また出訴の可能性や違法事由を狭めてきたという経緯がある。さらに、シュツット

ガルト21への反対運動を踏まえて、公衆参加をできる限り早期から始める方が周辺住民等の事業に対する受容度を高めることにつながり、ひいては全体のプロセスが短縮されるとの認識から、後述するように行政手続法2013年改正が行われた。それに対して、日本の課題は依然として参加手続の充実、および早い段階でのその実施、更に根本的には、一定の大規模事業の可否や立地・経路を定めるための公的手続の整備にあると思われる⁽²²¹⁾ので、以上の議論は日本の制度論には直接に取り入れ得るものではないと思われる。そこで本章では、より一般的意義を有すると思われる論点を二つ取り上げ、そのあとで行政手続法2013年改正について触れる。

第1節 公衆参加の意義

行政決定への公衆ないし利害関係人の参加には、一般に、行政庁にとっての情報収集機能、また特に利害関係人参加には権利保護の前倒しという法治国的機能が認められてきたが、一部の学説はさらに、行政決定を民主的に正統化する機能をも認めようとする。それによれば、とりわけ計画法のように行政決定を行うための実体的基準が法律を通じては十分に与えられていない分野では、行政庁が法律の具体化を通じて再度政策形成を行う必要がある。行政庁はそのために、包括的な情報収集を通じて関係する諸利益を整理・評価し、正統性を有する決定、すなわち社会的に是認され得る決定を行わなければならない⁽²²²⁾。つまり、計画策定のプロセスは法創造のプロセスであり、手続がそれを正統化すると捉えると、手続の機能は行政決定の適法性確保にとどまるものではなく、行政決定の民主的正統性を生み出すものでもあることになる、というのである。このように位置付ける実益として、手続的瑕疵の法効果への影響が挙げられる⁽²²³⁾。具体的には、手続的瑕疵の治癒や追完に関する規定の制限的解釈や訴訟における手続の追完⁽²²⁴⁾（行政手続法45条2項）の廃止が求められている⁽²²⁵⁾。しかし、公衆参加に民

主的機能を認めたとしても、瑕疵論の前提となる、とるべき手続に関する具体的準則が導かれるわけではない。⁽²²⁶⁾むしろ、公衆参加を情報収集・権利保護の前倒しと位置づける者も、独自の民主的正統化要素と認める者も、一致して認めているのは、公衆参加、とりわけ討議期日独自の機能として決定プロセスの透明性の向上であり、⁽²²⁷⁾その機能を発揮させるために手続におけるコミュニケーションを改善することが求められている。⁽²²⁸⁾そして、透明性を確保された参加手続における参加者間の対等な対話を促進することが、大規模プロジェクトに関する行政決定における間接民主政と直接民主政の緊張関係（第2章第1節）の緩和につながるとされ、そのためには参加手続の段階での決定内容の変更可能性 [Offenheit] が必要であるとされるのである。⁽²²⁹⁾しかし、とりわけ大規模インフラ事業においては、制度上、早い段階で事業の概要が事実上決定されており、内容の変更可能性を後の段階まで維持することは困難である。そこで、参加手続の有意性を確保するために、手続の中立性を再建する方策が検討されたのであった（第2章第3節4）。

第2節 中立性問題

計画確定行政庁には、関係する諸利益を衡量して、適正な利害調整を行うことが求められている。そのために、計画確定行政庁は一方で十分な専門知識を備えていることが必要であり、他方で、衝突しあう諸利益のいずれかに傾斜してはならない。その意味で、計画確定行政庁には「専門的廉直性 [fachbezogene Integrität]」⁽²³⁰⁾が求められる。しかし、計画確定行政庁が手続において何らかの強い影響力の下に置かれ、その結果、その計画上の形成自由を事実上であれ奪われるか、あるいは広範囲に制約される場合、そのような廉直性は期待できなくなる。連邦行政裁判所の判例によれば、「計画確定行政庁は何人との関係でも、のちの段階でなお適切な判

70(702) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

断を可能とし得るだけの距離と中立性 [Neutralität] を維持していなければならぬ⁽²³¹⁾。したがって、当然のことながら、計画確定行政庁は事業主体との関係でも、また他の行政庁との関係でも、その判断を拘束されてはならない。しかし、計画確定行政庁はいわば白紙の状態から利益衡量を行うのではなく、その判断には二方向からのバイアスがかかっている。

第一に、計画確定行政庁はさまざまな上位計画に拘束されている。長距離鉄道路線や連邦遠距離道路については、整備の必要性は連邦法律において決定されている（上位計画によるバイアス）。既に述べたとおり、需要計画に定められた路線については、その事業の必要性が通常は所与とされる。また、ラント計画ないし広域計画に国土整備の目標として、例えばインフラ施設の立地や鉄道の経路が定められていた場合、それは計画確定行政庁に対して拘束力を持つので（国土整備法4条1項1文）、計画確定行政庁は原則としてそこから逸脱した立地や経路を認めることができない⁽²³²⁾。また、鉄道や道路といった大規模インフラ施設を国土整備計画へ位置づける場合、その詳細度はしばしば敷地レベル [parzellenscharf] にまで至ると言われており⁽²³³⁾、後の計画確定段階での決定余地が強く狭められることになる。

このような意味でのバイアスは、多段階的計画プロセスという制度の構造から必然的に生じるものである。すなわち、ある大規模インフラ事業を特定の場所へ位置づけるに当たり考慮すべき事項は、国家的ないし超国家的な事項から、個別の敷地に関する事情に至るまで多岐にわたり、また多種多様な利益に関わっている。多段階的計画プロセスは、それら多種多様な利益を分節化し、複雑性を段階的に縮減してゆき、最終的に一つの事業案にまで絞り込んでゆくプロセスであるといえる。そうすると、以前の段階で決定された事項を後の段階で見直すことは、一旦は縮減された複雑性が再び増大するという意味で行政の効率性を損なう可能性があり、制度の

趣旨には反することになる。

第二に、計画確定手続が申請に基づく手続であることから、計画確定行政庁の中立性、すなわち、関連する諸利益のすべてと距離をとっているという意味での中立性には、内在的な限界がある（申請制度内在的バイアス）。計画確定手続は、完成された事業計画を提出して申請されるものである以上、事業それ自体の内容や立地、規模といった重要な決定は、計画確定手続の開始申請の段階で既に行われている⁽²³⁴⁾。連邦行政裁判所によれば、計画確定行政庁は自ら計画を作成するのではなく、事業主体が作成した計画を追試する [nachvollziehen] のみである。その意味で、計画確定庁は事業主体の申請に拘束されている。事業主体に、その提出した計画がそのままの形で確定されることに対する請求権が与えられないのは確かであるが、申請に基づく手続である以上、聴聞行政庁は手続を開始しなければならず、また計画確定行政庁が事業者の提出した計画に替えて独自の計画を確定することも許されない。つまり、計画確定手続にあって計画作成権限を与えられているのは計画確定行政庁ではなく事業主体である⁽²³⁶⁾。したがって、手続中で可能なのは重要度の低い修正のみである。修正を超える様な変更を行うのであれば、それは既に別の計画であるから、計画確定手続を再度行わなければならない⁽²³⁷⁾。そもそも計画確定手続は事業者の申請を待つて行われる手続である以上、ある場所の空間利用のあり方を白紙の状態から創出するものではなく、事業主体が意図する具体的な事業を具体的な場所に位置づけることを目的にしている⁽²³⁸⁾のであり、そこでは、事業推進利益と、それに対立する諸利益を対比することになる。つまり、この判断枠組みにおいて事業推進利益は他の諸利益と並列する一つの衡量対象なのではなく、事業内容の一部変更や環境保護措置の追加がありうるとしても、事業と対立するすべての利益と調整されるべき利益なのである。しかしこのことは、事業反対派にとって参加手続を茶番劇にしてしまうおそれがある⁽²³⁹⁾。だから

こそ、事業実現の方向へのバイアスが掛かっていないと考えられる国土整備行政庁の関与を強化することが提案されていたのであった。

しかし、以上のようなバイアスの存在は、許されないものではない。そもそも、上位計画による拘束は法律上予定されたものである。もちろん、それを通じて、事業推進利益が公益に位置づけられ、それに対して事業に対立する利益が「反公益的利益」と扱われ、行政庁による利益衡量に歪みが生じるおそれはある。⁽²⁴⁰⁾ 計画決定において関連する諸利益を適正に衡量することは法治国原理の要請であるから、⁽²⁴¹⁾ 一定の利益に優越的地位を与えるような法律の許容性が問題となり得る。もっとも、判例は、利益衡量に一定のバイアスがかかることを許容している。連邦行政裁判所の判例によれば、行政庁による「衡量が行われる時点は、非常にしばしば、自由よりも拘束が支配的である。」「計画上の衡量は、常に、様々な種類・強度の拘束を免れない。」「すでに、計画手続が一定の目的に向けて開始されたことと、その手続の経過とが、多かれ少なかれ手続の結果を先取りすることになる。」そのような意味で、「計画を策定するゲマインデは良くも悪くも偏向している。⁽²⁴²⁾」

計画確定手続の段階で事業の重要部分が既に決定済みであれば、それだけ、計画確定手続における参加手続は、行政と市民の間の対話促進という点からは意義を減じることになる。しかしそのことは、高速鉄道路線であれば連邦全域での合理的な鉄度網建設の優先度の決定から（需要計画）、またラントレベルでは国土整備計画中に定められた国土整備の目標から生じることであって、他の諸利益との抵触をできる限り回避しつつ大規模な事業を空間へ位置付けるためには、そのような段階的な事業の具体化は不可欠であろう。そうすると、上述した上位計画によるバイアスは、事物の性質に由来するものであって、およそ大規模なインフラの整備を行う以上、前提とせざるを得ないのではないかと思われる。

また、申請制度においては、制度の構造上、申請者の提出した計画案がいわば議論の土俵を設定することになる。その意味で制度内在的バイアスが生じるのであるが、これは、ある主体にある事業を発意する権能を与えていることから生じるバイアスであって、申請に対する決定という仕組みを取る以上は、やはり不可避であろう。2013年行政手続法改正で導入された早期公衆参加制度は、このようなバイアスを和らげる手段であるが、事業の発意から計画確定手続の前段階までには長いプロセスが横たわっており、計画確定手続に先行するという意味での早期公衆参加が実施されるまでには、やはり事業の根幹部分は決まってしまうものと思われる。では、事業の発意の段階、すなわち、事業の要否の判断への参加制度を考えるべきなのだろうか。しかし、一般的にいえば、仮にそのような制度を設けたとしても、さらに時間的にその手前に、インフォーマルな決定段階が発生するのではないかと思われる。結局のところ、事業の発意は、民間主体であれば基本権に基づく決定であり、公的主体にとっては行政過程ではなく政治過程⁽²⁴³⁾においてなされる政治的決定ではないかと思われるのである。

第3節 行政手続法2013年改正

既に述べたように（序章3）、2006年に制定されたインフラ計画迅速化法は個別のインフラ整備法律に迅速化のための改正を施していたが、2006年制定当時⁽²⁴⁴⁾から、連邦議会および連邦参議院は、ドイツにおける投資の促進と手続法の複雑化防止のために、手続迅速化を目指して導入された措置をできる限り一般法である行政手続法へまとめるよう連邦政府に求めていた。そのため、連邦内務省は2010年12月に、討議手続の実施の裁量化など2006年法による迅速化措置をそのまま行政手続法へ導入することを内容とした「計画確定手続の統一と迅速化のための法律」第一次草案を作成
74(706) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

した。ところが、2010年夏のシュツットガルト21を巡る紛争、さらには2011年3月に発生した東日本大震災に伴う福島第一原発爆発事故を経て、計画確定制度の改正における法政策的重点が、手続迅速化から公衆参加の強化へと移った。そのため、2012年1月に作成された第二次草案は、その法律名も「計画確定手続における公衆参加の改善と手続の統一のための法律」へと変更され、新たに早期公衆参加制度に関する規定が置かれた。⁽²⁴⁶⁾ この2012年第二次草案が議会へ提出され、⁽²⁴⁷⁾ 2013年5月に「計画確定手続における公衆参加の改善と手続の統一のための法律」が成立した。⁽²⁴⁸⁾

政府提案理由書によれば、この法律は2006年法により各インフラ整備法へ導入されていた、手続迅速化を目的とした例外規定のうち一般的制度になじむものを、行政手続法本体に取り入れることであった。⁽²⁴⁹⁾ しかし、むしろ2013年法の目玉となるのは、新たに行政手続法25条3項として導入された、早期公衆参加 [frühe Öffentlichkeitsbeteiligung] である。

計画案が作成される前の段階でインフォーマルな形で市民と意見交換を行うという意味での早期公衆参加は1976年に、都市計画の民主化として建設法典の前身である連邦建設法へ導入された。⁽²⁵⁰⁾ 上述したように（第2章第3節）、シュツットガルト21をきっかけとして計画確定手続に早期公衆参加制度を導入すべきことが主張されたのであるが、それらの主張は、建設法典3条1項に基づいて実施されている、都市建設計画における早期公衆参加をモデルとしていたのであった。

行政手続法25条は、申請者に対する申請前指導および協議に関する規定である。その第3項として、早期公衆参加制度が導入された。それによると、行政庁は、「多数の第三者の利益に少なからざる影響を与えうる事業の計画 [die Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können]」の主体に対して、できる限り許可申請ないし計画確定手続の開始申請以前

に早期市民参加を実施するよう促す。ここで求められている早期市民参加とは、利害関係ある公衆に対して、事業主体が事業の目的、実現手段、予想される影響について説明し（行政手続法25条3項1文）、利害関係ある公衆がそれに対して意見を述べ、事業主体と討議する（行政手続法25条3項3文）というものである。早期市民参加の結果は、遅くとも正式の許可申請までに、利害関係ある公衆と行政庁に対して通知されなければならない（行政手続法25条3項4文）。

ここでは、行政手続法上の早期公衆参加制度を包括的に検討することはせず、いくつかの論点にだけ触れておく。まず、制度の対象となる事業 [Vorhaben] は、計画確定手続の対象となるものに限られない。インミッション法上の許可を要する施設のうち発電所など大規模なものは、この制度の対象となり得る⁽²⁵¹⁾。したがって、私人による事業も対象となる⁽²⁵²⁾。早期公衆参加に参加しうるのは、「利害関係ある公衆 [betroffene Öffentlichkeit]」、すなわちその利益に影響を受ける可能性のある者であり、自然人のみならず、その定款上の活動分野が当該事業の影響を受ける可能性があるような団体も含まれる⁽²⁵³⁾。利害関係性を求めることにより参加者の範囲を狭めたのは、「インターネットに接続したノートパソコンを持った利害関係なき批判者 [nicht betroffene Laptop-Einwender mit Internetanschluss]」を排除するためである⁽²⁵⁴⁾。行政庁は早期市民参加の実施を促すだけであり、それを実施するのは事業主体自身である。早期公衆参加の実施が義務付けられなかった理由は、第一に、早期公衆参加は計画確定手続の開始以前に実施されることが想定されているためである。大規模事業であれば計画確定手続の申請前に事前相談が行われることが通例であり、早期公衆参加の実施も事前指導において促されることになる。しかしこの段階ではなお、行政手続開始以前であるために、行政手続法上の義務を課すことはできないものと考えられた。第二に、この手続は、事業者による内部的な事業検討段階

76(708) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

に位置づけられるものであるが、この段階での公衆参加の実施が求められる理由は、計画確定手続開始申請ないし許可申請の段階では事業計画は事業者内部的には既に決定済みであり、もはや大幅な事業計画変更は困難だからである。そうすると、早期公衆参加の対象となる計画案は、公衆による意見表明が可能な程度の熟度に達していながら、同時になお変更可能でなければならない。しかし、このような段階が何時であるかは、事業者自身にしか判断できない。そのことから、義務規定を置くことはできないと考えられたのである。⁽²⁵⁵⁾

シュツットガルト21を巡る紛争をきっかけとして導入された早期公衆参加制度の目的は、やはり事業実現の迅速化である。⁽²⁵⁶⁾ 早期の参加を通じてありうる紛争を回避し、ないし低減させ、さらに事業に対する受容を向上させることが目指されているのである。⁽²⁵⁷⁾ すなわち、早期の住民参加を通じて、関連する諸利益に関する情報が収集され、それによって事業許可ないし計画確定決定の瑕疵が予防される。また、早期からの参加可能性が人々の不満を和らげ、それが受容につながれば、事業実現のために要する期間が全体として短縮されると考えられたのである。⁽²⁵⁸⁾ シュツットガルト21での激しい反対運動に直面して、経済界も早期参加制度の導入に積極的であったという。⁽²⁵⁹⁾

しかし、事業に対する受容を促進し、事業実現までの期間を短縮しようとするこの試みが奏功するかは、なお明らかではない。

第一に、既に繰り返し述べたように、既に鉄道建設のための多段階的手続の各段階に参加手続が用意されている。とりわけ、インフラ施設を、法的拘束力を有する「国土整備の目標」として広域空間に位置づける、国土整備計画の策定段階、また計画確定手続の前段階である国土整備手続の段階でも公衆参加が実施される。この段階での公衆参加を、計画確定手続という個別事業の審査段階よりも前の段階での適切な参加機会とする見方に

対しては、かかる広域計画の段階では個人の権利利益への影響が明確ではないために公衆の参加意欲がなお低く、参加機会としての意義は高いこととの批判がある⁽²⁶⁰⁾。しかし、既に述べたように、国土整備手続が環境親和性審査を兼ねているために公衆参加が義務的に実施される場合⁽²⁶¹⁾、当該事業が人間や動植物、土壌、水、大気、景観等に対して直接間接に及ぼす影響が調査、記述、および評価される（WB ラント計画法18条2項2文）のであり、特に大規模事業にあつてはそのような評価が十分に可能である程度にまで事業計画が具体されていることが通例であると言われている。また、特に大規模施設事業にあつては国土整備手続の段階でその立地が地区レベルないし敷地レベルで図示されることが多い⁽²⁶²⁾。そうであるとする、既に国土整備手続の段階で、事業の影響を受ける可能性のある者には事業に関して十分な情報が提供され、意見を述べる機会が与えられていることになる。

第二に、個別許可段階での参加を少々早めても、根本的に相違する複数の選択肢が市民に提示され、それについて議論するといった場が生じるとは考えにくいのではないか、と思われることである⁽²⁶³⁾。計画確定手続の対象となるような大規模なインフラ事業の多くについては、シュツットガルト21の場合のように多段階的計画プロセスを経て事業計画が具体化されてゆくことになる。この場合、既に上位計画に位置づけられた事業に対する需要の存在や経路など、計画の根幹部分は事実上動かしがたい。しかも、長距離鉄道、高速道路の需要は法律レベルで確定されている。つまり、計画確定手続は全体のプロセスの中では最終段階なので、その枠内で参加を前倒してもシュツットガルト21に対して表明されたような不満には対応しがたいものと思われる。また、上位計画に位置付けがないような、許可対象事業の場合はどうだろうか。このような場合の多くで事業主体は私人であると思われるが、許可申請前の内部検討段階を公衆参加へ開くこと

78(710) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

は困難ではないか。少なくとも、それを法的に義務付けるのは難しいものと思われる。現に2013年改正法も、行政庁が早期公衆参加の実施を促すとしているに過ぎない。

おわりに

参加手続の果たす機能としては、情報収集、早期の権利保護および受容の向上が挙げられてきたが、それに加えて、決定プロセスの透明性を向上させることが期待されている。さらに、市民に「まじめに取り合ってもらえた」という満足感を与えることも求められている。クレッチマンの発言に見られるように⁽²⁶⁴⁾、シュツットガルト21を巡る紛争の背後には、少なくとも反対運動に参加した市民からみて、権威主義的行政スタイルが存在していたことへの不満もあったと考えられる。しかしこれは、法的に解決できるような問題ではなかったともいえる。

行政決定への受容を高めるために、参加手続の充実と並んで、行政決定の中立性を確保すべきことが主張された。しかし、計画確定行政庁に求められる中立性は、すべての関係諸利益からの等距離という意味での中立性とは異なるのではないと思われる。むしろ、計画確定行政庁は、利益衡量における公正さや専門性が求められることは当然であるとしても、法律および上位計画に示された政治的目標にしたがって利益衡量を行うことが許されるし、また代表民主政における行政庁にはそれが求められるとも言えよう。⁽²⁶⁵⁾ 行政に求められる中立性については、行政活動の類型や行政手続の構造に応じて検討する必要があるものと考えられる。

次に、シュツットガルト21は、間接民主政という民主政の在り方を揺るがすような事態であったと言いうるであろうか。既に紹介した社会学的調査によれば、シュツットガルト21への反対運動参加者の参加理由は、第一に財政問題、第二に決定プロセスの民主性の不足、第三が「事業は銀

行とゼネコンの利益になるだけ」というものであったという。第三はともかく、前二者については、議会ないし内閣が重要事項を決定し、それ以外の部分の決定を行政機関に授権し、各行政機関は相手方市民ないし公衆の意見を踏まえつつ、法律に従い、かつ法律の範囲内で政府の方針に従って個別決定を行う、という図式に対する反発であろう。すなわち、シュツットガルト21に対する反対運動は、個々の行政手続における調査の不十分さや利益衡量における考慮の不尽をいうものではなく、その前提となる、民主的に決定された政治の方針に対するものであったと考えられる。そうであるとすると、この反対運動は代表民主政に対する反発であったと捉えることができる。

では、このような反発に対応して、事業の可否を住民投票や国民投票にゆだねるべきだろうか。住民投票ないし国民投票は、一見すると民主的な意思決定方式であるようにも見えるが、事業の広域的意義のゆえに、投票に参加すべき空間的範囲の画定困難性、直接に影響を受けない地域の住民にとって参加する動機に乏しい、という問題がある。とすると、利害関係人による決定に接近してしまう。しかしそれは、事業の全国的ないし広域的意義には反するだろう。

利害関係人の参加は、情報収集、早期の権利保護に役立ち、また、法律の適用がより適切になるという意味では民主政の観点からも価値がある。⁽²⁶⁶⁾しかし、それを超えて、利害関係人に共同決定権を与えるであるとか、利害関係人の同意がない限りその行政決定を非民主的であると評価するかどうかの問題である。この問題は、より抽象的にいえば、議会および内閣、大臣を通じて民主的に正統化されている行政庁が、有権者によって選出された議員から構成される議会による決定に基づいて行う個別の行政決定は、間接的にではあれ有権者の意思に基づいているというフィクションに耐えるか、それとも、直接の影響を受ける関係人が納得していないという現実

80(712) 法と政治 65巻3号 (2014年11月)

に法的意義を認め、つまりフィクションに頼ることを断念し、例えば一般に、利害関係人に対して、手続における意見書提出や討議への参加を超える法的地位を認めるのか、という問題になるだろう。⁽²⁶⁸⁾ 前者の道を選ぶのであれば、フィクションを耐えうるフィクション⁽²⁶⁹⁾にすることが求められよう。そのためには、まず、行政決定により影響を受ける者が自らの利益を主張し得る機会を充実させる必要がある。また、都市計画決定を含めて広い意味で市民に対して拘束力を有する行政決定のすべてを司法審査の対象とし、行政決定に民主的正統性を付与する媒体としての法律の実効性を担保すべきである。それに対して後者の根底には、前者とは異なる民主政観があるものと思われる。すなわち、抽象的な国民一般に依拠した古典的な民主的正統化論のみが、行政活動に対する民主政原理の要請なのではなく、利害関係を有する個別具体の市民が意思形成過程に参加し得ることこそが民主政原理の要請であると捉えるのである。⁽²⁷⁰⁾ その場合、法定の参加手続が履踐されたことは権利保護の問題であって、民主政の要請はそれとは別に存在する、と主張されることになる。⁽²⁷¹⁾ しかし、そのように考えるのであれば、全体に関わる決定に対して、一部の者が権利保護（補償や公害防止措置など）を超えて影響力を行使することをどのように正当化するのが問われるだろう。なぜなら、間接民主政においては、すべての有権者は平等に影響力を行使し得ることが要請されるからである。⁽²⁷²⁾ そしていずれの道が選ばれるにせよ、決定において何がどのように考慮されたのが明らかであること、すなわち、決定過程の透明性を確保することが決定の説得力を高めることに違いはない。

注

- (109) 行政決定の民主的正統化については、さしあたり、野田崇「市民参加の『民主化機能』について」法と政治60巻（2009年）3号505、552頁以下を参照。

- (110) Thomas Groß, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, DÖV 2011, S. 510, 511.
- (111) Groß, DÖV 2011, S. 511.
- (112) Claudio Franzius, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, S. 225, 231. Hans-Heinrich Trute, §6 Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I 2. Aufl., Rn. 48 は、実体的決定基準の解釈の精緻化を手続の機能として挙げることにについて、そもそも実体的基準がほとんど存在しない場合があることを指摘する。むしろ手続には、一般的公益と、利害関係人の特殊利益とを媒介する機能があり、その点に手続の民主化機能が認められるとする。
- (113) Martin Burgi/Wolfgang Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012 (以下 Burgi/Durner, Modernisierungという。), S. 155. 利益衡量を通じた社会形成は、それが諸利益の優先度の決定を伴うがゆえに、法の執行であるだけでなく、政治的決定でもある、Klaus Ferdinand Gärditz, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 9 ff.
- (114) Arndt Schmehl, „Mitsprache 21“ als Lehre aus „Stuttgart 21“? Zu den rechtsstaatlichen Folgen veränderter Legitimitätsbedingungen, in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag, 2012 (以下 FS Bull という。), S. 347, 351.
- (115) Vgl. Franz-Ludwig Knemeyer, Wenn Bürger begehren: Bilanz und Ausblick nach 16 Jahren Bürgerbeteiligung, BayVBl. 2011. S. 681, 684.
- (116) Schmehl, FS Bull, S. 353.
- (117) Franzius, GewArch 2012. S. 229.
- (118) 第1章第1節1で述べたように、シュツットガルト21に対して批判的であった緑の党の州議会議員選挙における選挙公約の一つが、シュツットガルト21の是非をめぐる州民投票の実施であった。
- (119) Durner, Möglichkeit der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, ZUR 2011, S. 354, 356 ff.
- (120) Winfried Erbguth, Infrastrukturgroßprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, DÖV 2012, S. 821, 822.
- (121) Vgl. Burgi/Durner, Modernisierung, S. 150 ff.
- (122) Durner, ZUR 2011, S. 356.

- (123) Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, S. 273, 274 f.
- (124) Vgl. Christoph Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2. Aufl., 2009, S. 22.
- (125) Udo Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Die Verw. 2006, S. 191, 203 は、生活世界での価値観の共通性や生活文化レベルでの結合と融合が、民主政治にとって不可欠の前提であるとしている。
- (126) Knemeyer, BayVBl. 1022, S. 681, 683 は、シュツットガルト中央駅新築に関する計画確定決定がなされた後で、それを含めた事業全体が和解手続の対象とされたことを問題視し、「確かに、ここでは市民の意思が問題となっているが、法治国や民主政は脇に追いやられたように見える。法治国原理に基づき、15年間に及ぶ手続を経て DB には「建設権」が発生している。この権利は、庶民が得た建設許可と同じように扱われるべきである。…カール・シュミット流の、法は力に服するという思考が再び意義を獲得してはならない。しかしシュツットガルト21についてはそのような危機的印象を受ける。」としている。
- (127) Gärditz, GewArch 2011, S. 273, 275.
- (128) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 33.
- (129) Fabian Wittreck, Demokratische Legitimation von Großvorhaben, ZG 2011, S. 209, 220.
- (130) Gärditz, Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrag, DÖV 2010, S: 453, 456. Gärditz, GewArch 2011, S. 275 は、公衆参加により行政活動の違法性を指摘しうる批判的監視者が増えると、民主的に制定された法律の実効性を高めることになるので、民主政の観点からの剰余価値 [Mehrwert] が生じるとする。
- (131) Groß, DÖV 2011, S. 512.
- (132) Vgl. Jan Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, D23 f.
- (133) 現役の州行政官の手になる Klaus Schönenbroicher, Irritation um „Stuttgart 21“ – Aktuelle Anmerkungen zu Verfahren und Bürgerbeteiligung bei raumbedeutsamen Großvorhaben, VBIBW 2010, S. 466, 468 は、法律によって整序された行政手続がもたらす透明性と影響力の平等性を重視し、国家は「街頭からの圧力」によって一定の行為を強いられるべきではないとしている。

- (134) Gärditz, GewArch 2011, S. 279.
- (135) Reinhard Wulfhorst, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, S. 581, 586.
- (136) Knemeyer, BayVBl. 2011, S. 685.
- (137) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 173 f.
- (138) Steinberg, Fachplanung, § 6 Rn. 3.
- (139) メディエーション法 (Mediationsgesetz vom 21.7.2012, BGBl. I S. 1577) により, 主宰者の役割や欠格事由, 守秘義務, 当事者間の武器対等などが定められるに至ったが, 本来の行政手続との関係ではインフォーマルな協議過程であるにとどまる。
- (140) Wulfhorst, DÖV 2011, S. 584.
- (141) BVerwG, Urt. vom. 3.3.2011, UPR 2011, S. 390 Rn.24. Alexander Schink, Öffentlichkeitsbeteiligung – Beschleunigung – Akzeptanz, DVBl. 2011, S. 1377, 1382.
- (142) Wulfhorst, DÖV 2011, S. 584; Groß, DÖV 2011, S. 512.
- (143) Ivo Appel, § 32 Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2008, Rn.107
- (144) Groß, DÖV 2011, S. 512.
- (145) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 174 f. Vgl. § 16 Mediation in Verwaltungsverfahren, Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010 (Hermann Pünder).
- (146) Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990, S. 13, 24.
- (147) Groß, DÖV 2011, S. 513.
- (148) Sarcinelli, Das Parlament 01-02/3.1.2011, S. 6.
- (149) Gärditz, GewArch 2011, S. 279.
- (150) Eckart Hien, Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung, DVBl. 2014, S. 495, 496.
- (151) Knemeyer, BayVBl. 2011, S. 683.
- (152) Arne Spieker/Frank Brettschneider, Alternative Streitbeilegung? Die „Schlichtung“ zu „Stuttgart 21“ aus der Sicht der TeilnehmerInnen, in: Brettschneider, Stuttgart 21, S. 220, 222.
- (153) Gärditz, GewArch 2011, S. 279.
- (154) Erbguth, DÖV, 2012, S. 825.

- (155) Hien, DVBl. 2014, S. 497.
- (156) Erbguth, DÖV 2012, S. 823; Franzius, GewArch 2012, S. 227.
- (157) Franzius, GewArch 2012, S. 227.
- (158) Günter Gaentzsch, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren – Instrument zur Sachaufklärung oder Einladung zur Verfahrensverzögerung?, in: Klaus-Peter Dolde/Klaus Hansmann/Stefan Paetow/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, Festschrift für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, 2010 (以下 FS Sellner という。), S. 219, 233.
- (159) 例えば、環境親和性審査においては「公衆」を参加させねばならない（環境親和性審査法 9 条 1 項 1 文）が、意見表明の機会を与えられるのは「利害関係ある公衆」である（同法 9 条 1 項 2 文）。さらに、計画確定手続において計画案に対する異議を提出しうるのは「事業により影響を受け得るすべての者」（行政手続法 73 条 4 項 1 文）であるが、討議に参加しうるのは「利害関係人」および「異議を提出した者」である（同法 73 条 6 項 1 文）。Vgl. Burgi/Durner, Modernisierung, S. 160 ff.
- (160) Franzius, GewArch 2012, S. 228.
- (161) Wulfhorst, DÖV 2011, S. 582; Erbguth, DÖV 2012, S. 822 f.
- (162) Hien, DVBl. 2014, S. 496.
- (163) Gärditz, GewArch 2011, S. 276.
- (164) Schmehl, FS Bull, 2012, S. 347, 358.
- (165) Christoph Riese/Nina Dieckmann, Der Erörterungstermin – Bestandsaufnahme und Reformvorschlag, DVBl. 2010, S. 1343.
- (166) インミッション法、水法および建設規制法上の許可については、参加手続が手続長期化の原因であることは否定されている, Pascal Cancik, Beschleunigung oder Re-Arkanisierung?, – Die Einschränkung der Erörterung im Planfeststellungsverfahren –, DÖV 2007, S. 107, 113.
- (167) Bernhard Stüer/Dirk Buchsteiner, Stuttgart 21: Eine Lehre für die Planfeststellung?, UPR 2011, S. 335, 336.
- (168) BVerwG Urt. vom 16. 3. 2006, BVerwGE 125, S. 116, Rn. 200.
- (169) Groß, DÖV 2011, S. 512.
- (170) Stüer/Buchsteiner, UPR 2011, S. 335, 336.
- (171) 注(78)とそれに対応する本文を参照。
- (172) Erbguth, DÖV 2012, S. 823.
- (173) Erbguth, Europarechtliche Vorgaben für eine maritime Raumordnung, NuR 2012, S. 85, 90.

- (174) Schink, Verstärkung der Öffentlichkeitsbeteiligung und neue UVP-Anforderungen, DVBl. 2013, S. 1347, 1355.
- (175) Schink, DVBl. 2011, S. 1382; Stürer, UPR 2011, S. 340; Franzius, GewArch 2012, S. 225, 228; Stürer/Buchsteiner, UPR 2011, S. 335, 340; Schmehl, FS Bull, S. 361. Vgl. Wulfhorst, DÖV 2011, S. 581, 583 f.; Gärditz, GewArch 2011, S. 273, 276.
- (176) Fehling, VVDStRL 70 (2011), S. 277, 309 f.
- (177) Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, BauBG, 12. Aufl., 2014, § 3 Rn. 7 f.
- (178) Burgi, Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekt, NVwZ 2012, S. 277, 278.
- (179) 行政手続法に言う「行政手続」とは、「行政行為の要件の調査, 準備および発付, または公法上の契約の締結を目指した行政庁の対外的活動」である (同法 9 条)。
- (180) Burgi, NVwZ 2012, S. 279.
- (181) Burgi, NVwZ 2012, S. 279.
- (182) BR-Drs. 135/11, S. 1.
- (183) BR-Drs. 135/11, S. 1.
- (184) BR-Drs. 135/11, S. 2 f.
- (185) NVwZ 2011, S. 859.
- (186) この提案の大部分は, 後述する行政手続法2013年改正に反映された。法改正の内容と, 計画確定手続の段階での早期公衆参加という構想への批判については, 次章第三節で紹介する。
- (187) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 151 f.
- (188) 参加しうる「公衆」の範囲には微妙な違いがある, Burgi/Durner, Modernisierung, S. 160 f.
- (189) 第 1 章第 1 節 2 を参照。
- (190) Spannowsky, § 10 Rn. 3.
- (191) Durner, ZUR 2011, S. 358.
- (192) Schink, DVBl. 2011, S. 1384.
- (193) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 178.
- (194) Erbguth, DÖV 2012, S. 821 f.
- (195) Mann, VVDStRL 72, S. 582 ff.
- (196) Vgl. Gaentzsch, FS Sellner, S. 220 f. それに対して, Riese/Dieckmann, DVBl. 2010, S. 1348 は, 討議手続が情報収集手段としても合意形成の場と

しても機能していないという現状認識を前提に、計画確定手続における討議への参加者を環境保護団体に限定し、討議の専門性と実質性 [Sachlichkeit] を確保すべきことを提案している。

- (197) Erbguth, DÖV 2012, S. 823 f.
- (198) Erbguth, DÖV 2012, S. 824.
- (199) Gaentzsch, FS Sellner, S. 220 によれば、計画確定手続における討議は、しばしば個別事業を離れて政策一般論に及んでいたという。Vgl. Schink, DVBl. 2011, S. 1378.
- (200) 行政の中立性は、第一には、市民からみて不公正が疑われないという意味での外観の問題である。Albert von Mutius, Voraussetzungen und Rechtsfolgen bei Mitwirkung an Entscheidungen im Bereich der kommunalen Bauleitplanung, VerwArch 65 (1974), S. 429, 435.
- (201) Schink, DVBl. 2011, S. 1380.
- (202) Erbguth, DÖV 2012, S. 825.
- (203) Vgl. Groß, DÖV 2011, S. 512.
- (204) § 2 Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz -BEVVG) vom 27. 12. 1993, BGBl. I S. 2378, 2394.
- (205) Erbguth, DÖV 2012, S. 826.
- (206) Durner, ZUR 2011, S. 362.
- (207) Durner, ZUR 2011, S. 362.
- (208) BVerwG, Urt. vom 22. 3. 1985, BVerwGE 71, S. 166, Rn. 23.
- (209) Durner, ZUR 2011, S. 358.
- (210) Hien, DVBl. 2014, S. 496.
- (211) Paul Kirchhof, Großvorhaben in einer empörten Gesellschaft, in: Paul Kirchhof/Stefan Paetow/Michael Uechtritz (Hrsg.), Umwelt und Planung, 2014, S. 3.
- (212) Steffen Augsburg, Gesellschaftlicher Wandel und Demokratie: Die Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie unter Bedingungen komplexer Gesellschaften, in: Hans Michael Heinig/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 27, 39 f.; Gärditz, GewArch, 2011, S. 276.
- (213) Gärditz, GewArch 2011, S. 277.
- (214) Durner, ZUR 2011, S. 359.
- (215) Stüer/Buchsteiner, UPR 2011, S. 341; Wulfhorst, DÖV 2011, S. 587.

- (216) Hien, DVBl. 2014, S. 497. Vgl. Steinberg, Fachplanung, 2 Rn. 108.
- (217) Durner, ZUR. 2011, S. 359.
- (218) Schink, DVBl. 2011, S. 1379.
- (219) Schink, DVBl. 2011, S. 1379 は、財政難による人員削減と、権限の地方分権化の結果、行政庁から専門能力が失われつつあることを指摘している。
- (220) Schmehl, FS Bull, S. 360.
- (221) 藤田宙靖「改正土地取用法をめぐる若干の考察」(2002年)『行政法の基礎理論下巻』(2005年) 344-366頁, 354, 357頁。平成23年法律27号による環境影響評価法改正により導入された計画段階配慮書手続は、公衆参加の早期性の点では進歩であるが、個別事業段階での参加の前倒しにとどまるものと思われ、なお事業構想段階での参加可能性の創出が望まれる。
- (222) Trute, GVwR I 2. Aufl., 2012, § 6 Rn. 47 f.
- (223) Groß, DÖV 2011, S. 511; Franzius, GewArch 2012, S. 231.
- (224) Andreas Fisahn, Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind – Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, S. 136, 137.
- (225) Fehling, VVDStRL 70, S. 277, 326.
- (226) Annette Guckelberger, Bürokratieabbau durch Abschaffung des Erörterungstermin?, DÖV 2006, S. 97, 102.
- (227) Gärditz, Europäisches Planungsrecht, S. 66 f.; Schmehl, FS Bull, S. 363; Knemeyer, BayVBl. 2011, S. 685; Ziekow, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, D 35. Gaentsch, FS Sellner, S. 234 は、討議期日においては、行政庁、事業者、利害関係人らが当該事業の問題点を口頭で議論し、その場にいる多くの異議申出人と報道が公開性「Öffentlichkeit」を作り出すことで、何がどのように考慮されたのか、そのプロセスについての透明性が生ずるとし、その点に討議期日の民主化機能があるとしている。
- (228) Manfred F. Fischer, Von Babyron bis Stuttgart 21, Bayerische Akademie der Schönen Künste, Jahrbuch 26 (2012), 21, 24 は、バベルの塔の故事を挙げつつ、十分なコミュニケーションを通じて事業に対する信頼とその正しさを認識を十分に高めなければ、大規模事業は失敗に終わるだけでなく、最悪の場合には傲慢の象徴と化してしまう、とする。
- (229) Knemeyer, BayVBl. 2011, S. 685; Schmehl, FS Bull, S. 360; Wulfhorst, DÖV 2011, S. 587; Ziekow, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, D 80 f.

- (230) BVerwG, Urt. vom 5. 12. 1986, BVerwGE 75, S. 214, Rn. 81.
- (231) BVerwGE 75, S. 214, Rn. 81.
- (232) ただし、国土整備行政庁とゲマインデとの関係が垂直的な計画ヒエラルヒーであるために、後者は国土整備の目標に厳格に拘束されているのに対して、国土整備行政庁と計画確定行政庁の関係は複数の行政庁間の分業であるため、国土整備の目標の拘束力は相対化される。国土整備の目標としての経路指定などの根拠となった国土整備上の考慮に対して、各行政分野に固有の考慮が優先され、その結果国土整備上の定めと異なる計画確定決定がなされることがあり得る。Steinberg, Fachplanung, 7 Rn. 52
- (233) Durner, ZUR 2011, S. 358. Vgl. Steinberg, Fachplanung, 7 Rn. 51.
- (234) Schink, DVBl. 2011, S. 239.
- (235) BVerwG, Urt. vom 24. 11. 1994, BVerwGE 97, S. 143.
- (236) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 164.
- (237) Steinberg, Fachplanung, 2 Rn. 4, 20.
- (238) Vgl. Schink, DVBl. 2011, S. 239.
- (239) 山田・前掲63～65頁。
- (240) Vgl. Schmehl, FS Bull, S. 359.
- (241) Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, §1 Rn. 87.
- (242) 「板ガラス判決」。BVerwG, Urt. vom 5. 7. 1974, BVerwGE 45, S. 309, Rn. 47.
- (243) Vgl. Di Fabio, Die Struktur von Planungsnormen, in: Erbguth/Janbernd Oebbecke/Hans-Werner Rengeling/Martin Schulte (Hrsg.), Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, 2000, S. 75, 79.
- (244) BT-Drs. 16/3158, S. 28 f.
- (245) BR-Drs. 764/06 (Beschluss), S. 1.
- (246) 以上の経緯につき, Stüer, Das Planvereinheitlichungsgesetz, DVBl. 2013, S. 700, 701.
- (247) BR-Drs. 171/12; BT-Drs. 17/9666.
- (248) Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PlVereinHG) vom 31. 5. 2013, BGBl, I S. 1388.
- (249) BT-Drs. 17/9666, S. 1.
- (250) 参照, 野田崇・法と政治60巻3号505頁以下。
- (251) BT-Drs. 17/9666, S. 17.
- (252) Stüer, DVBl. 2013, S. 702.

- (253) BT-Drs. 17/9666, S. 17.
- (254) Stürer, DVBl. 2013, S. 702.
- (255) BT-Drs. 17/9666, S. 17.
- (256) BT-Drs. 17/9666, S. 14.
- (257) BT-Drs. 17/9666, S. 1, 13.
- (258) BT-Drs. 17/9666, S. 15. 公衆参加を通じた受容促進が、全体として事業実現を迅速化する、という理解は一般的であると言える。例えば、Winfried Brohm, Beschleunigung der Verwaltungsverfahren-Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?, NVwZ 1991, S. 1025, 1027.
- (259) BT-Drs. 17/9666, S. 13.
- (260) Fehling, VVDStRL 70, S. 309.
- (261) 本稿（一）注(64)を参照。
- (262) Burgi/Durner, Modernisierung, S. 178.
- (263) Franzius, GewArch 2012, S. 228.
- (264) 注(95)に対応する本文参照。
- (265) Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 125 ff.
- (266) 行政に権限を与える法律は、当該行政活動に対する国民の同意である。参照、高柳信一「公法，行政行為，抗告訴訟」（1969年）『行政法理論の再構成』（1985年）71-151頁，81頁以下。
- (267) Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, S. 30.
- (268) Vgl. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329, 348 f.
- (269) 林知更「憲法学が民主政を論じる意味—毛利透『民主政の規範理論』（勁草書房，二〇〇二年）をめぐって」比較法史学会（編）『戦争装置としての国家』（2004年）262，266頁。
- (270) 遠藤博也のいう「集団主義的モデル」と「個人主義的モデル」に対応する。参照，同「参加と権力」（1983年）『行政法学の方法と対象』（2011年）71-151頁，81頁以下。
- (271) Andreas Zielcke, Demokratie oder Zukunft?, Bayerische Akademie der Schönen Künste, Jahrbuch 26 (2012), 52. 56 ff.
- (272) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR 3. Aufl., Bd II § 24 Rn. 27.

Das große Infrastrukturprojekt und
die protestierende Bürger
—Rechtsstaat, Demokratie und „Stuttgart 21“—

論

Takashi NODA

説

Einleitung

§ 1 Das Bahnprojekt „Stuttgart 21“

§ 2 Die Reaktionen und Kritik (fortgesetzt von dem letzten Heft)

1. Gibt es die Legitimationskrise?
2. Wie schätzt man die Schlichtung?
3. Die Vorschläge zur Verbesserung des Beteiligungsverfahrens
 - 1.) Die angebliche Defizite des gegenwärtigen Verfahrensrechts
 - 2.) Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung
 - 3.) Die Konzentration der Öffentlichkeitsbeteiligung
 - 4.) Der Wiederaufbau der Neutralität des Verfahrens
 - 5.) Die Überschätzung des Verfahrensrechts
 - 6.) Die Skepsis gegenüber der Akzeptanzförderung als das Ziel der Öffentlichkeitsbeteiligung
 - 7.) Die Verbesserung der Beteiligungspraxis

§ 3 Überlegungen

1. Die Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung
2. Das für die Planfeststellungsbehörde maßgebliche Gebot der Neutralität
3. VwVfG 2013

Schlussbemerkung