

平成21年5月15日現在

研究種目：基盤研究（B）  
 研究期間：2006～2008  
 課題番号：18330005  
 研究課題名（和文） 福祉、安全、参加に立脚した新たな行政像構築の可能性に関する総合的比較法研究  
 研究課題名（英文） Multidisciplinary Study of Comparative Law on the Possibility of Construction of the New Concept of Public Administration based on the Welfare, Security and Participation  
 研究代表者 亘 理 格 (WATARI TADASU)  
 北海道大学・大学院公共政策学連携研究部・教授  
 研究者番号：30125695

## 研究成果の概要：

福祉国家の再構成は、国家と社会の関係につき「守護者としての国家」とは異なった国家像に立脚すべきであるとの知見が得られた。福祉と安全いずれについても、公私協働を通して民間主体の専門的ノウハウや知見を活用する一方、公役務利用者の権利保障を強化する必要があり、かかる要請を踏まえた国家像は、公私の関係を垂直的ではなく水平的なものに捉え直すと同時に、三面的法関係の各局面において、「透明性」と「争訟可能性」を最大限組み込んだものでなければならないとの知見が得られた。

## 交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006年度	4,100,000	1,230,000	5,330,000
2007年度	4,000,000	1,200,000	5,200,000
2008年度	3,300,000	990,000	4,290,000
年度			
年度			
総計	11,400,000	3,420,000	14,820,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：福祉、安全、参加、行政像、公私協働、リスク、公益

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 種々の行政分野における公私協働の進捗及び公的サービス給付や公共施設の設置管理における公的事務の民間化の進捗という、様々な方向から行政の役割・機能を縮減しようとする圧力の下で、行政が従来から担ってきた機能や役割が行政固有の領域ではなくなってきたこと、行政の存在価値が問い直されている。

(2) 現代社会は、原子力等の高度科学技術の

利用、BSE 汚染牛や遺伝子組換え食品等の食品の安全性、新種の感染症への対策、未知ないし未解明の化学物質の利用等、人類にとっての有用若しくは不可避であると同時に高度の危険性をも孕み、場合によっては将来の世代にまで深刻な影響を及ぼす恐れのある多様なリスクに対し、いかに適正に対処するかという課題に直面しており、このような未知又は未解明のリスクに対し人の生命健康の安全を確保するために行政はいかなる役

割を果たすべきかが問われている。

(3) 公的サービスの民間化は、行政と民間事業者との協定や民間事業者と公的サービス利用者との契約締結等の合意手法を不可避とし、また、適正な合意形成のための適切かつ充実した情報提供を不可欠とする。また、未知又は未解明の様々なリスクに対し適切に対処するには、リスク情報の共有化と市民参加、及びリスクが問題化する各領域で活動する民間諸団体との協定等を介した連携・協働を必要とする。

## 2. 研究の目的

(1) 福祉国家の後退・再編とともにリスク社会への対応という二重の課題の下で、行政が担うべき使命・役割を再定義し、また公的主体と私的主体及び行政と市民との適正な相互関係を再構築するためのベースとなり得る新たな行政像を構想する。

(2) 福祉・安全・参加に立脚した新たな行政像の下での行政手法論について、一方的行政手法と合意的行政手法との最適な組み合わせ及び市民参加と情報共有化を実現するための具体像を明らかにする。

## 3. 研究の方法

(1) 福祉グループと安全グループという2つのグループごとのチームを編成し、文献研究を中心にしながら適宜のヒアリングを組み合わせた研究方法を採用した。

(2) 福祉・安全・参加に立脚した新たな行政像を理念的・価値的側面と手法的側面の双方について明らかにするための比較法的な参照対象として、ドイツ法とフランス法を取り上げ、両国における同様の問題状況に関する理論状況の検討を行った。

## 4. 研究成果

(1) 社会福祉分野では、1990年代半ば以降の福祉法制の変容によって、サービス供給主体としての福祉行政の役割が縮小するとともに、福祉サービスの市場化・営利化および提供主体の多様化が急速に進んでおり、多様な民間事業者の参入が続いているとの知見が得られた。より仔細に見ると、以下の点が明らかとなった。

福祉法制の変容の嚆矢となった介護保険法が、営利・非営利の別を問わず多様な法人を指定事業者として参入させる制度を採用したため、居宅系サービスを中心に、福祉市場への参入規制が次第に撤廃されつつある。また、これと並行して推進されてきた行政民間化政策によって、構造改革特区や指定管理者の諸制度が整備されたことも、この分野に

おける行政の供給主体としての役割縮小に拍車をかけている。その結果、社会福祉法上は第一種社会福祉事業として国・地方公共団体・社会福祉法人以外の参入が制限されている「特別養護老人ホーム」でさえ、公設民営型の運営が可能とされるなど、次第に、施設系サービスについても規制撤廃へと向かいつつあるという実態が明らかとなった。

多様な私人がサービス供給主体として参入することが認められ、かつ、契約化された現行福祉法制の下で、要援助者の権利保障を十全なものとするためには、個々の要援助者のニーズを発見・把握しサービスへと繋げる役割が、極めて重要となる。この点で介護情報の提供及び相談・助言等の支援業務の重要性が増大するが、いずれも要援助者のニーズに十分応えるものになっていない。行政は、客観的情報の一方的提供と、サービス利用に要した費用の一部助成という金銭給付を行う以外には、せいぜい、規制権限を発動する役割を担うにとどまることとなった。他方、2005年・2008年の介護保険法改正においては、市町村が実施主体となる「地域包括支援センター」の設置（ただし民間委託が可能）、都道府県知事による介護サービス情報の提供（ただし民間委託が可能）、および規制権限の強化のように、行政の役割に関する新たな動きが現れていることも明らかとなった。このような、1990年代半ば以降から続く一連の福祉法制の動向は、福祉分野における公私の役割分担が今なお試行錯誤の段階にあることを示しており、それゆえに、多様な私人の参入を認めた場合における行政の果たすべき役割や公私の連携・協力のあり方を方向づける新たな法理論の構築が必要とされることが明らかとなった。

さらに、社会福祉以外の公共サービス分野においても、PFI、「公の施設」に関する指定管理者制度、公共サービス実施委託契約における市場化テストの導入が行われており、民間事業者によるサービス提供の場合をも視野に入れた適正な給付行政像の再構築が喫緊の課題であることが明らかになった。その際の行政とは、従来型の福祉国家が前提としていた「社会の守護者としての国家」ではない新たな国家像に立脚したものでなければならないことも明らかとなったが、かかる新たな国家像は、「見通しの良さ」(visibilité) 即ち「透明性」(transparence) と「紛争性」(conflitualité) 即ち「争訟可能性」(contestabilité) を具えたものでなければならないことも明らかとなった。

(2) 社会福祉やその他の公共サービス給付行政における行政、民間事業者、利用者という三者間の相互関係を包摂した三面的な法律関係の把握が必要となることが明らかとな

った。その際に、行政と民間事業者との関係については、介護保険事業者や「公の施設」の指定管理者のように行政庁による指定等の行政処分が介在するタイプのものと、要保育児童の民間保育所への措置委託、PFI 事業、市場化テストによる民間委託の場合等のように、行政と民間事業者双方の権利義務が契約により確定するタイプのものがあることが明らかとなった。他方、行政と利用者との法関係についても、要保育児童の措置委託の場合のように、措置権者による措置開始決定を介して行政・利用者間にも一定の権利義務が成立するタイプのものと、介護保険サービスの場合のように、行政・利用者間には直接的な権利義務関係が介在せず、もっぱら利用者・民間事業者間の役務提供にかかる私法上の契約関係により処理されるタイプのものがあることが明らかとなった。以上のように、三面的法関係においては各法制度の趣旨に応じて多様な法関係が成立し得るわけであるが、多面で、かかる多種多様なタイプの法関係のいずれに関しても、公共サービス利用者の権利利益の実効的な保護救済を確保するための理論構成を図る必要があることが明らかとなった。

(3) 「安全」については、「危険」や「リスク」の客観的な認定基準や認定方法を確保することが最も難しい課題であることが明らかとなった。

わが国では、ほとんどの食品安全基準が省令・告示等の制定・改廃という形式で行われているため、こうした行政立法に対する司法統制を強化する必要がある、この面で日本法の現状は、欧米と比較して不十分であることが明らかとなった。他方、従来の食品安全システムは、意図的な有害物資の混入があり得ることを前提に組立てられていないが、「中国ギョウザ事件」でもみられるように、意図的な有害物質の混入も視野に入れた食品安全システムにおけるセキュリティー改革が必要となっていることが明らかとなった。さらに、食の安全性は、環境や農業とも密接に関わっていることから、環境・農業・食の関連性を意識した法制度改革が必要である。この点で、米国で 1996 年に制定された食品品質保護法が参考になるとの新たな知見が得られた。

(4) 「安全」との関係で問題となる「予防原則」については、リスクの程度に応じて段階化された措置の発動を要求する行為規範であり、比例原則の一環としても把握できることが明らかになった。

(5) 「安全」に関わる中心的課題との一つとなる治安問題に関する比較法的参照事例と

して、移民社会であるフランスにおける地域の安全確保のための対策として、国家警察、地方公共団体、非営利団体等の協働の取り組みである「地域安全契約」(contrats locaux de sécurité) が、参考になる。

治安改善の処方箋を警察組織以外にも求め、犯罪に強い社会の構築のために自治体やコミュニティの関与を求めていく対策の中心となっているのが、「地域安全契約」である。その背景には、大都市郊外部の移民街を中心とした地域における治安悪化の深刻化という事情がある。フランスの警察・司法機関は様々な歴史的経緯から、こうした状況に対して必ずしも十分に対応できなかったことから、犯罪者が処罰されないことへの無力感が広がり、司法への不信感が体感治安の悪化感情を深刻化させてしまった。こうしたことから、「地域安全契約」に、市町村レベルで、警察力投入を含む各機関の有機的結合を導くツールとなることが期待された。その結果地域安全契約は、地域レベルにおける関係機関の協働を促進し、治安対策におけるセクショナリズムの低減をもたらす等ある程度の成果を挙げたことが明らかとなった。

しかし、地域安全契約の三分の二は十分に機能していないとされており、特に治安問題が極めて深刻な地域では契約条項は機能しなかったため、2006 年 12 月 4 日通達によって、地域安全契約をより実効的なものとするための改革が提案され、市町村安全・犯罪予防協議会を十分に機能させること、地域安全契約の推進機能の組織化、地域安全診断と活動の評価の向上などが目指された（「新世代の地域安全契約」と呼ばれる）。

そこで、トゥールーズ市の地域安全契約をサンプルに選び (Contrat Local de Securite de Toulouse Actualisation 2006 より) 新世代の地域安全契約について検討した結果、内容としては、(ア) 行政内部の目標に過ぎないもの、(イ) 行政 (警察含む) と私的法主体の連携、(ウ) 行政 (警察含む) 機関間の連携に分類できる。総合的治安対策としての側面は十分に現れているが、住民や市民の参加という側面はあまりみられない。ただし、民間の資金拠出団体や非営利団体が関係しているようであり、地域安全契約におけるこれらのアクターの位置づけは今後の課題であることが明らかとなった。

(6) 「参加」については、必要な情報へのアクセスを保障することが前提となること、また、具体的な実施計画や個別措置段階での参加では不十分であり、基本政策策定段階での早期の参加制度を整備する必要があることが明らかになった。その場合、参加の場の設定が何を目的としたものであるかを明確化する必要があることが明らかとなった。

(7)一例として、フランスで実施されている「公共討論」については、国土全体の環境や地域環境にとって重大な影響を及ぼす可能性のある事業計画や政策の決定過程の最も早期の時点において、市民参加の場の確保それ自体を目的に行われる市民参加手続であり、個々の事業計画や政策決定の是非について委員会自身の選択を提示する性質のものではないことが明らかになった。

(8)以上のような福祉・安全・参加をめぐる社会実態と法制度の変容に対して、行政法理論はいかに対処すべきかが問われており、そのような行政法学の将来像を構想するために、「行政法の理論モデル」が参考になる。

「行政法の理論モデル」を提示しようする際には、①三面関係における第三者利益ないし公益の保護・実現、②私人との協働をつうじた行政、および③行政目的実現の実効性という3つの考察軸を設定することとした。

まず、第1の軸である第三者利益ないし公益の保護・実現については、公益決定のメカニズムにおいて、個々人の権利利益として捉えがたい第三者利益ないし公益がどのような形態での「参加」をつうじて表出され、衡量、調整されるべきかという課題がある。これについては、主観的構成と客観的構成という対照的な理論モデルが考えられる。前者には、一方で、行政過程における私人の地位に即して公権論を深化させる理論的な方向性と、他方で、諸利益を衡量・調整する法規範の構造に着目し、不特定多数者の利益が集合化される態様の考察から個々人の保護利益を析出する方向性が存在する。後者としては、第三者利益を、個別主体の意思に基づかないそもそも不可分なものとして捉え、これを組み込んで利害調整を行う行政法固有の存在構造に即した体系化を目指す方向性が考えられることが明らかとなった。

次に、第2の軸である私人との協働をつうじた行政は、「福祉」が典型的であるサービスの提供事務事業のほか、行政決定過程における協働も含め、公共事務遂行過程として捉えることができる。その結果、公益ないし公共事務を中核として、協働の担い手となる私的主体とその内部秩序や意思決定の仕組み、およびこれと第三者との法関係も視野に入れることで、行政の観念、行政法の射程が従来よりも拡大する理論モデルを構想し得ることが明らかとなった。

さらに、第3の軸である行政目的実現の実効性に照らしたモデルは、行政法をいわば行政目的を実現するための事業の管理、ガバナンスのあり方を目指すものとして捉えるものである。これは、給付行政のみならず、規制行政とこれをコントロールする法を、「安

全」の確保という視点から、事業とその管理のあり方として捉える見方である。このモデルは、諸種の行政活動について、その法効果に着目する行為形式論とは異なり、それらが目的実現のために果たす機能に着目して類型化を図る。また、法規範のみならず、費用便益分析等をつうじて目的に照らした合理性・効率性を行政の行為準則として設定し、その担保の仕組みとして司法的統制とは別の自己コントロールの仕組みを構築することを目指すものであることが明らかとなった。

(9)また、とりわけ現代のリスク社会における行政のあり方を示す典型的領域である環境法の分野では、環境保護と国家像との関係が問題となる。この点で比較法的な参照対象として参考になるのは、ドイツ環境法における「環境国家論」である。

1980年代末から複数の論者によってなされているドイツ環境国家論を研究した結果、①環境国家のイメージはなお固定的なものではなく、エコファシズム・エコ社会主義・エコロジーエリートそして自由主義的公共団体のエコロジー的リニューアルといった複数のシナリオが考えられていることが明らかになった。しかし、論者の多くが、環境保護を自由主義や法治主義と調和した環境国家が望ましいと考えていることも明らかになった。②また、環境保護は国家・社会を含む共同体が解決すべき公的任務であるが、すべてが国家の任務とならず、具体的には、ドイツ特殊の国家義務論を通じて、現在および将来の人間の生命・身体・財産への重大な危険が発生する中核領域では、国家がそれを防除する義務が発生するが、中核領域以外のいわゆるリスク状態を観察し監督する義務を誰が負うかは立法裁量にゆだねられていると考えられていることが明らかになった。③さらに、②で述べたような考え方は、より具体的には、環境保護を国家目標としたドイツ基本法改正論議(1990年)とは必ずしも密接な関連性はないが、いわゆる環境法典教授草案(1990年)、特に協働原則に関する規定に反映していることが明らかになった。

(10)さらに、福祉・安全・参加という三つのファクターが不可分に結びついて問題化する典型的な行政分野として、情報サービス法がある。とりわけ電気通信法分野においては、民間によるサービス提供の場合でも最低限のユニバーサル・サービスの保障のための法制度が必要であること(わが国の電気通信法制上は、導入済みだが法的には検討は不十分であった)、電子化された民々・官民の手続や電子社会の実現の上で、電子文書の安全性・信頼性の確保のための電子署名・日時証

明の実現基盤が必要なことなどについて、わが国の現行法制の問題点を明らかにし、長期的に電子文書の保存利用対応基盤が必要なこと（その具体的施策も含む）について、課題と法制的対応の必要性が明らかとなった。

#### 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 20 件）

- ① 亙理格、参入規制緩和と生命・健康そして生存権—タクシー事業を題材に、法学教室、査読無、335号、2008、38-46頁
- ② 亙理格、国土形成計画における「新たな公」の役割と限界、日本不動産学会誌、査読無、22巻1号、2008、61-67頁
- ③ 亙理格、パブリック・サービスと営業の自由—郵政民営化を題材に、法学教室、査読無、333号、2008、33-40頁
- ④ 米丸恒治、消費者保護と行政法システムの課題、現代消費者法、査読無、1号、2008、79-86頁
- ⑤ 徳田博人、食品安全システム強化に向けて—視点と課題、法律時報、査読無、80巻13号、2008、1-3頁
- ⑥ 豊島明子、福祉の契約化と福祉行政の役割—高齢者福祉と障害者福祉に着目して、名古屋大学法政論集、査読無、225号、2008、185-212頁
- ⑦ 米丸恒治、行政の民営化・民間委託と行政救済法、法律時報、査読無、79巻9号、2007、25-41頁
- ⑧ 亙理格、国籍・国境・戦後補償と行政救済法—グローバル化の足元を考える、法律時報、査読無、79巻9号、2007、49-57頁
- ⑨ 亙理格、都市景観保護の課題、環境法政策学会誌、査読無、10号、2007、11-16頁
- ⑩ 豊島明子、社会福祉行政の役割に関する一考察—高齢者福祉行政を対象に、アカデミア（人文・社会科学編）、査読無、85号、2007、233-255頁
- ⑪ 徳田博人、市場化テスト法の批判的検討、法の科学、査読無、38号、2007、103-110頁
- ⑫ 横山寿一、医療と市場化、総合臨床、査読無、56巻12号、2007、3249-3252頁
- ⑬ 横山寿一、コムスン問題と介護保険制度の改革、月刊国民医療、査読無、241号、2007、21-27頁
- ⑭ 横山寿一、「市場化」路線は社会保障をどう変えたか、経済、査読無、143号、2007、74-82頁
- ⑮ 徳田博人、民間化と市場化テスト法、真

- 織、査読無、5号、2007、20-28頁
- ⑯ 亙理格、土地利用規制論と景観法、ジュリスト、査読無、1314号、2006、21-28頁
- ⑰ 亙理格、行訴法改正と裁判実務、ジュリスト、査読無、1310号、2006、2-9頁
- ⑱ 米丸恒治、ドイツ消費者情報公開法・消費者情報公表制度改正、季刊情報公開・個人情報保護、査読無、23号、2006、25-32頁
- ⑲ 前田雅子、行政不服審査制度改革に関する論点の検討、ジュリスト、査読無、1324号、2006、2-13頁
- ⑳ 豊島明子、社会福祉行政とNPM—変容する社会福祉行政と行政法学の課題、法律時報、査読無、78巻9号、2006、33-39頁

〔学会発表〕（計 5 件）

- ① 米丸恒治、行政法システムの課題、日本消費者法学会、2008年11月30日、早稲田大学
- ② 豊島明子、住民参加制度の展開と法的課題、日本地方自治学会、2008年11月9日、同志社大学
- ③ 亙理格、行政訴訟の理論、日本公法学会、2008年10月11日、学習院大学
- ④ Tadasu WATARI, Les problématiques du partenariat public-privé au Japon dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général、第7回日仏法学者共同研究集会、2007年9月18日、パリ第2大学（フランス）
- ⑤ 徳田博人、行政における契約化・市場化の動き、民主主義科学者協会法律部会、2006年11月26日、新潟大学

〔図書〕（計 11 件）

- ① 亙理格、有斐閣、行政法の新構想Ⅲ（磯部力・小早川光郎・芝池義一編）、2008、1-27
- ② 大貫裕之、有斐閣、行政法の新構想Ⅲ（磯部力・小早川光郎・芝池義一編）、2008、131-159
- ③ 米丸恒治、有斐閣、行政法の新構想Ⅲ（磯部力・小早川光郎・芝池義一編）、2008、305-322
- ④ Tadasu WATARI, Dalloz, L'intérêt général au Japon et en France, 2008, 61-72
- ⑤ 大貫裕之、青林書院、藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式（稲葉馨・亙理格編）、2008、377-419頁
- ⑥ 亙理格、青林書院、藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式（稲葉馨・亙理格編）、2008、619-655頁
- ⑦ 前田雅子、日本評論社、まちづくり・環

- 境行政の法的課題 (芝池義一・見上崇洋・曾和俊文編著)、2007年、99-122頁
- ⑧ 山下龍一、日本評論社、まちづくり・環境行政の法的課題 (芝池義一・見上崇洋・曾和俊文編著)、2007年、290-304頁
- ⑨ 山下龍一、法律文化社、新・環境法入門 (吉村良一・水野武夫・藤原猛爾編)、2007年、58-69頁・93-105頁
- ⑩ 前田雅子、有斐閣、社会保障法 [第3版] (加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子著)、2007年、237-365頁
- ⑪ 亙理格、有斐閣、現代行政法入門 (曾和俊文・山田洋・亙理格著)、2007年、1-56頁・113-173頁

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

亙理 格 (WATARI TADASU)

北海道大学・大学院公共政策学連携研究部・教授

研究者番号：30125695

### (2) 研究分担者

大貫 裕之 (ONUKI HIROYUKI)

中央大学・大学院法務研究科・教授

研究者番号：10169021

米丸 恒治 (YONEMARU TSUNEHARU)

神戸大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号 00202408

山下 龍一 (YAMASHITA RYUICHI)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：60239994

前田 雅子 (MAEDA MASAKO)

関西学院大学・法学部・教授

研究者番号：90248196

徳田 博人 (TOKUDA HIROTO)

琉球大学・大学院法務研究科・教授

研究者番号：50242798

豊島 明子 (TOYOSHIMA AKIKO)

南山大学・総合政策学部・准教授

研究者番号：10293680

横山 寿一 (YOKOYAMA TOSHIKAZU)

金沢大学・人間社会研究域・教授

研究者番号：10200916

### (3) 連携研究者 なし