

平成 22 年 6 月 1 日現在

研究種目： 基盤研究 (C)

研究期間： 2007～2009

課題番号： 19530024

研究課題名 (和文) 公務観念を通じた行政法体系の再構成

研究課題名 (英文) Restructuring of Administrative Law through Public Service Concept

研究代表者

紙野 健二 (Kenji KAMINO)

名古屋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：10126849

研究成果の概要 (和文)：

この研究は、行政という主体の行う活動を行政法の対象とする思考方法に代えて、公共的な価値の国家や社会の中でのあり方の検討と、それが制度的に確保される手順や仕組みを公法私法の区別を越えた共通の考え方として導くためのものである。その手掛かりとして、近時外国の例や自治体等に関心を集めている (公私) 協働論を素材としてその枠組みを検討した。

研究成果の概要 (英文)：

This research intended to revise the way of thinking that the object of administrative law is limited to activities by administrative subject, to inquire the way of existence on public values in the state or society, and to establish the order and procedure which are institutionally secured. For this academic clue, framework of public private partnership theory has been studied, which are recently interested in foreign countries and local entities in Japan.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007 年度	800,000	240,000	1,040,000
2008 年度	900,000	270,000	1,170,000
2009 年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	2,400,000	720,000	3,120,000

研究分野：公法学

科研費の分科・細目：公法・公法学

キーワード：

公共性 行政法 協働 公私協働 協働主体 国家と社会 公法と私法 行政の市場化

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 行政法の研究は、広い意味での行政現象を対象とするから、紛争事例にとどまらず行

政の組織編成、活動領域の伸縮および法形式の変更をも視野に置いている。この場合、組織や活動の多様化によって、伝統的な公法私

法の二元的把握にあきたらず、行政の実現目的の公共の多様なあり方に対応して、これにかかわる主体や利益に即した再構成の可能性はかねてから日本のみならず諸外国においても意識されてきたところであった。さらに、研究開始の時点においては、国の組織改革や自治体の事務権限の配分のための諸改革が日本において一段落し、いわゆる「官から民へ」の構造改革政策の構図のもとで、「行政」活動がなされ、そこからのあらたな紛争の多発によって、その政策の得失が論じられ始めていた時期であったから、これらの変動と行政法学の基本概念との整合性の、あるいはその含意の変動についても検証が求められていた。

(2)そこでは、「官から民へ」の制度改革から生じてくるさまざまな、あらたな型の裁判例（例えば、福祉、まちづくり・建築、環境保全における紛争の多発）が生じていた。例えば、建築基準法の改正によりもとの行政（建築主事）に加えて、民間指定確認検査機関による建築確認が行われるようになり、確認業務の定型化と迅速化がすすんでいる。これにより行政の裁量的判断により建築が遅滞したり、法外的理由によって建築が不可能になることが少なくなったが、他方で建築に対する社会的制約はさらに軽視され、耐震偽装のように、申請に当たっての影響のきわめて大きな虚偽行為の発生によって、これを抑止しえない仕組みに加えて、確認事務を民間にさせた場合の賠償責任主体をどこに求めるかというきわめて困難な問題が生じた。さらに、確認事務のこのような外部化によって、建築規制の自治体の一元的な対応を困難にさせ、建築紛争に対する調整という形態での関与に後退させることによる問題解決の困難化事例が多数生じていた。

また福祉サービス供給主体の民間への移行による国賠訴訟の被告の選択やサービス水準の低下の問題が生じていた。例えば、独居老人や障害者に対する家事支援事業への利用券発行という形での福祉や、無認可保育所への支援が行われ、そこでの行政が関与する目的、負担費用、提供サービスの範囲と水準、さらには損害が発生した場合の賠償責任の所在をどこに求めるのかという問題も生じていた。

(3)これらは、官民の再編成のあり方やその限界についての技術的な問題である一方で、学界の一部では、同時にその具体的な制度設計の、さらには公私観念の再編の根幹にかかわるものとして認識されるに至っていた。

## 2. 研究の目的

上記のような背景の下で、この研究課題は、これらの状況に対して問題解決の基礎理論を提供することを目的としてきた。すなわち、

主体の多様化多元化自体は、それによってどのような帰結を生むかは決して楽観的に見通すことはできず、一義的でもない。したがって公共的価値に関わる主体の変動それ自体が当該目的の実現にとっての阻害要因をも孕むものではないかとの疑問は決して的外れではない。しかし同時に、このような変動を、社会や国家における問題解決能力やそのための資源の不足を補う積極的機能を果たしうるものとして認識し、現実には生じる紛争の解決のための法理を創出し、そしてこのような「行政」現象を規律する法理を創出する課題を意識し、さらには全体を包摂する行政法の体系をどのように構想するかという課題を目的意識として進められてきた。

## 3. 研究の方法

この研究は、基本的に外国および日本の文献の参照、外国の研究者との意見交換（2008年9月、アメリカ・ペンシルベニア大学 Law School の Coglianesse 教授との）、日本公法学会等の国内学会・関西行政法研究会等の研究会への出席による学界状況の把握を基礎にして、自己の思考をすすめかつ検証するという、法律学研究における一般的な方法によって行っている。

これに加えて、2009年の12月終わりから2010年の1月始めにかけて、台湾の高雄大学の研究者や行政職員と、行政法が直接の研究対象とする規範の周辺に存在する社会状況への認識について意見交換をし、また台湾高雄市内の民間老人福祉施設を訪問して、ヒヤリングを行った。

台湾においては「福祉国家」の未確立（後退ではないし、企業福祉も未整備である）の一方で、急激で深刻な高齢化少子化問題に遭遇しており、国家が積極的な福祉を通じての社会編成に乗り出す以前の段階において、民間の創意工夫と国家の積極的支援が急務と考えられていること、にもかかわらずその費用や責任の負担や、制度整備が急務となっていることを実感した。そこでの諸論点は、一見日本のそれと類似してはいるが、異なる社会状況、異なる国家課題状況の下では、権利保障にとっての帰結については慎重な吟味を要するものとの印象をもった。日本との状況の相違に強く印象付けられた有益な機会であった。

## 4. 研究成果

(1)平成19年度においては、この研究の本来の目的である公務観念の再構成を基礎とした行政法学を再編成のための基礎作業として、従来の行政法学の体系論についての到達段階を確認し、そこから今日的課題を抽出しようとした。その一環として、「室井力先生の『領域論』と『公共性論—追悼に寄せて』

を法の科学 38 号 172-177 頁 (2007) を公表した。この論文は、第二次大戦後の行政法学の主流に対する鋭敏な問題提起によって学界の理論的支柱の一人であった故室井力への追悼文として書かれたものであるが、その外観にもかかわらず、そこでは私は、室井による「行政の公共性論」についてのその時点での中間評価と展望を以下のように試みた。室井の公共性論は、①権威的公共からの脱却を全うするとともに、②それに代わる公共の再構築を意図するものであったことが確認され、その必要性を強く意識させたのが大阪国際空港訴訟最高裁判決と、いわゆる 80 年代以来の臨調行革であった。今日では想起しにくいのが、伝統的公共の権威性に対する拒否反応と、中立的技術的な行政の改革と領域選択的な国家の伸縮政策との区別は一般には理解されにくく、当初は、室井の「行政の公共性論」でさえ権威的公共論と同一視されることさえあった。室井の公共論は、その法的基礎を憲法とりわけ生存権に求め、憲法にもとづく行政法の確立の基礎を、市民的公共の担い手としての行政の授権と統制の法理として構想し、このような行政法像が、大戦後の行政法学のひとつの高みを形成してきたという。しかし、私の今日の研究にとっての論点の第一は、室井の公共論が、なおも「行政の公共性論」を所与のものとし、そのことが特段の検討課題ではなかった点である。私の研究とのかかわりでは、このことは決して前提となるべきものではなく、むしろひとつの制約に他ならない。そのことは、何よりも室井の公共性論が行政法理論であり、対抗物として念頭に置かれた同時代の改革が、その後展開してくる構造改革とは異なって、なおも「行政」改革であったことに由来する。すなわち、国家・行政自体の物質的能力やこれらが対峙する社会の変動を視野に置き、それとの比較における行政の優位性を相対的にとらえることが必要であって、また、この後の改革が行政改革から国家・社会の構造改革へと展開する中では、「行政の公共性論」の射程をこえて、公共論の再編成を課題として意識することがなければ、国家と社会との間のいわば動態的な公共のあり方をとらえることができない。したがって、「行政の」という観念といたん取り払って、国家や社会の中に存在する公共的なものを把握すること、および公共性という属性にとどまらず公共一般を把握することから始めなければならない。室井のような、行政の公共性ではなく、公共は社会であれ国家であれ普遍的に存在し、それぞれが担い、相互に伸縮をする過程において保障されることを踏まえつつ、国家がそれを集約し法的に正当化する中で、公共と法とのかかわりが生じるのである。ある主体が公共を担うことを正当化する

る時に、公共が属性という範疇を獲得する。行政の公共性とは、そのような展開の一段階における対抗概念、すなわち他者ではなく行政がそれを担うことの正当化のためのものに他ならない。

私は、室井力の業績の検討を通じて、今日の段階においては、行政法学が一般に所与の前提とする対象としての行政現象における主体的契機を、いったん相対化し、その公務性すなわち活動内容の公共的性質に着目し、実施主体、仕組、形態をさしあたり問わず妥当する法理の構築が目指されるべきではないかと考えるに至った。

(2)平成 20 年度には「協働の観念と定義の公法学的検討」名古屋大学法政論集 225 号 1-27 頁を公表した。この論文は、欧米でいわれ、また日本の行政実務でも喧伝されとりわけ公と私の partnership 論を素材として、とりあえずその観念と定義の中に存在する法学的検討課題を示したものである。欧米での協働論は、社会学や政治学において非国家的部門による多様な公共を担う形態に着目したもので、社会の中の伝統的団体に基盤を有するものの再評価やその持続的運動が視野に置かれている。これに対して、日本のこれまでの協働論は、多分に国の政策補完に重点が置かれている。

すなわち、日本の国と自治体を通じた協働論は、行政の規制緩和や民間化と、したがって経費や人員削減策と、したがっていわゆる NPM 論との親和性をいかにするという特徴を有している(典型的なものとして平成 17 年 3 月総務省自治行政局地域振興課「住民等と行政との協働」に関する調査(最終報告))。そこでは、住民を主権者としてよりも協働の相手方とみなして、政治的法的責任の所在やそのための具体的方法、主権者性をめぐる制度保障の現状と改革課題のあり方への適切な視点をもちえていない。したがって、民間的手法の導入や評価制度の充実等、それ以前の「改革手法」をも内容とした、協働活用論にとどまり、パートナーといたん、相手方に固有の自主性や自由性を前提にした法関係の再構築や、他方において地方や都心の自治をめぐる問題状況を念頭に置くことのない、現実味を欠くものとなっている。地方制度調査会第 27 次「今後の地方自治制度のあり方に関する答申」も、国と自治体の「補完性の原理」のための住民自治とスリム化のための協働をのべているのも、同様の構図において協働を位置づけるものである。いずれも国のための、行政のための協働活用論であって、他方で協働の主体がどのように形成可能か、存続可能かを視野に入れることのできない協働論である。この点、自治体における協働論は、大別すると上記のような国の協働論

を引き写し思考の形跡がうかがえないものと、自治体の規模や周辺の状態に応じた課題を付け加えたものを見ることができる。公立病院の危機や介護保険制度のように、国政上の明らかな制度設計上の誤りの一方で、都市部や農村部においては職の喪失や人口減によって自治体社会は存続不能に陥り、自治体の関与がさらに希薄化する中で、わずかな協働によって公共の最低限が維持されている、あるいはそれさえも不可能な現実を見ることができるのである。

(3)平成21年度においては、問題把握の視角は法的色彩を強める一方で、同時に国家・社会のレベルに原理化するに至った。この年度では以下の研究論文を執筆・公表した。

①前記(2)の発表論文の素材に対して、公法学的な方法論を加味して問題提起を試みた「協働論の方法、論点及び課題」法律時報81巻5号101-104頁(2009年)を発表した。この論文は、京都大学大学院法学研究科の岡村周一教授を代表者とする科学研究費助成にかかる基盤(B)「PPP(公私協働)の制度化に伴う法的问题点の解明と紛争解決の在り方の検討」(課題番号19330008)の分担協力者として行ったものであり、そちらの研究内容として位置づけられているので、研究内容の叙述はそちらに委ねる。本研究とのかかわりでは、協働の観念を、privatizationやout sourcingと区別されたものとしてとらえたうえで、より法学的観点を濃厚にし、協働観念における、具体的な権利保障に即した領域的考察の必要性和、その場合における実施者の活動の自由と受益者の享受する権利の双方にかかわる点を指摘した点のみふれておく。

②次にこの研究のしめくくりとして、本研究の基本的視角をさらに明確にし、より原理内在的に展開させた「協働主体の基礎理論」(紙野健二他編『行政法の再構築(仮題)』所収、法律文化社近刊)を執筆し、近々出版される運びとなっている。

(ア)この論文は、協働観念を一般に流布しているような公私の主体の変動、それも行政の相手方の模索に終始したり、官から民への一方性において理解するのではなく、国家と社会の双方からの公共的機能の維持発展を求める対応として位置づけ、その機能発揮のための法的規律の有効化や権利保障の維持拡大のために、主体の多様化多元化をどのように秩序づけかつ活用するかという観点を明確化している。協働的現象は伝統的にも国家と社会の中間的なものとして存在し、今日においても残存し制度化もされている。新しい協働が注目されるのは、当該機能が維持存続、さらに発展が期待されるのに担い手としての国家が撤退し、その代替補完者が求めら

れたり、あるいは市場創出効果が期待されるからである。

(イ)このような官民の分担に関わる現実の諸改革立法においては、全体のシステムのマクロ的な円滑化に配慮されているわけではなく、組織法制における民間形態や、作用根拠法における委託や契約法制が個別的に採用されるにとどまり、制度改革目的の理論的深化が後回しにされて、単なる行政の撤退や市場化に取れんされがちである。官民の分担に関わる公務の維持発展のための基本原則が示されることがない下で発生する、例えばまちづくりや福祉等の紛争においては、司法による個別的な判断がなされ、個々の実定法の解釈論において、制度改革の趣旨や公務維持のための法理に過剰な期待がかけられ、これがどのように形成されるかに関心が集まっている。

(ウ)このような現状に対して、主体がどのような形態をとろうと公共的機能の必要が消滅するわけではないので、本来これを継続的に維持発展する法システムが求められる。行政であることを理由にした、公権力性を理由にした固有の法システムが必要なのではなく、公共的機能の実効化のために、公法私法にわたる混合的法システムの妥当法理の構築が必要と考えられる。

ひるがえっていえば、主体論は、法的規律の対象を確定するための出発点ではなく、公共的機能が、より低廉かつ効率的で、公正で合理的で、かつ信頼と継続性をもって行われるための制度的保障手段として位置づけられる。このような前提に立って、行政法体系の再構築の課題を提起することが可能と思われる。

## 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3件)

紙野健二 「協働論の方法、論点及び課題」法律時報81巻5号101-104頁(2009年)査読無

紙野健二 「協働の観念と定義の公法学的検討」名古屋大学法政論集225号1-27頁(2008年)査読無

紙野健二 「室井力先生の『領域論』と『公共性論—追悼に寄せて』法の科学38号172-177頁(2007年)査読無

[図書](計1件)

紙野健二 「協働主体の基礎理論」(紙野健二他編『行政法の再構築(仮題)』所収、頁

数未定、法律文化社、近刊)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

紙野 健二 (Kenji KAMINO)

名古屋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号: 10126849