

機関番号：14101

研究種目：基盤研究（B）

研究期間：2008～2010

課題番号：20330006

研究課題名（和文） 発信型行政法の形成と日本の行政法の複眼的比較のための研究ネットワークの構築

研究課題名（英文） Theorizing Interactive Administrative Law Through Legal Assistance and Building Academic Network for Multifaceted Comparison between Japanese Administrative Law and Administrative Law of Other Developed and Developing Countries

研究代表者

樹神 成 (Shigeru Kodama)

三重大学・人文学部・教授

研究者番号：20186703

研究成果の概要（和文）：1、グローバル化と市場経済化という社会変動のなかで支援国と被支援国の法はそれぞれ変動している。法（制度）と文化（社会）の対立という「法二元主義」を宿命と考えるのではなく、法（制度）と文化（社会）の相互作用を理論化し、法（制度）と文化（社会）の関係の変化を比較することが重要である。2、行政法は、裁判所による行政のコントロール＝行政訴訟による権利の救済と市民参加・情報公開・行政手続等による行政のコントロール＝政府活動の適正化という二つのモデルで考えることができる。市場経済移行諸国への法整備支援およびそれを通じた比較行政法においてはこの二つのモデルの関係の検討を進展させる必要がある。

研究成果の概要（英文）：1. Law of donor countries and law of recipient countries both are subject to change and transformation by social change under globalization and marketization. We shouldn't consider that the legal dualism of the confrontation between law (institution) and culture (society) is permanent. We should pay attention to the changes relations between law (institution) and culture (society) and study the interaction between law (institution) and culture (society). 2. We can think of two models of administrative law. One is the model in which the essential point of administrative law consists in that activities of administrative agency must be reviewed and controlled by courts if they violate the citizen's right. Another is the model in which reasonable and fair public administration is aimed by citizen participation, information disclosure, and administrative procedure and so on. We should develop the theory on relation between two models when we decide the legal assistance project for administrative law and study comparative administrative law through legal assistance.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	5,800,000	1,740,000	7,540,000
2009年度	5,100,000	1,530,000	6,630,000
2010年度	5,400,000	1,620,000	7,020,000
年度			
年度			
総計	16,300,000	4,890,000	21,190,000

研究分野：行政学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：行政法、比較法、法整備支援

1. 研究開始当初の背景

日本は 1990 年代後半から体制移行諸国へ

の法整備支援を開始した。

法整備支援は実務の問題ではなく、法学研究の課題となった。名古屋大学法政国際教育協力研究センターは、法整備支援の理論と実践の研究に取り組み始めた。また、開発法学（Law & Development）は、法整備支援をその対象とする研究分野である（安田信行や松尾弘）。比較法においても、法整備支援が研究課題と考えられるようになった（シンポジウム「法整備支援」と比較法学の課題」（2000年）等）

これらの研究は、日本の法整備支援が、体制移行諸国への市場経済移行の支援というその目的から民事法中心であったことから、主に民商事法を素材とした。ただし、民商事法の実定法研究者が法整備支援に参加する場合でも、実定法研究との関係で法整備支援が研究対象となったわけではなかった。法整備支援のあり方を開発法学の立場から大きく論じる、また比較法上の基本問題（西政法対アジア法）について法整備支援を素材に論じるということに関心が寄せられていた。その意味では実定法の法整備支援（とくに立法支援）の前提となる基礎理論に関心が偏っていたといえる。

ウズベキスタンにおける行政手続法整備支援のプロジェクト（JICA[経済活動の発展のための民事法令および行政法令の改善プロジェクト]（2005年11月—2008年12月））は、「経済活動の発展」を目的とするものの、民商事法の法整備支援ではなく、行政法の法整備支援を対象とした。この行政法整備支援のプロジェクトに参加したのは、法律実務家ではなく、外国行政法にも精通した実定法としての行政法の研究者であり、そのなかには、現地で日常に用いられている言語（この場合はウズベク語ではなく、ロシア語）に精通している者もいた。このことが、本研究において、実定法の法整備支援を通して法整備支援の理論を考えるとともに、日本の実定法そのものの再定位を図るという試みの前提条件となった。

法整備支援においては、法整備支援は、支援国（ドナー）が被支援国（レシピエント）に自国の法を「押しつける」ことの問題が指摘されてきた。しかし、ウズベキスタンでは、支援国（ドナー）がそれぞれの法を「押しつけ」、対立しあうという構図はできなかつた。そのため、結果として、行政法整備支援において共有されるうる原則があるのではないかという可能性が浮かび上がった。ウズベキスタンへの行政法整備支援には、日本だけではなく、アメリカ（USAID）およびドイツ（GTZ）も関与した。

## 2. 研究の目的

本研究の目的は、もっとも大きく見れば、

日本の行政法の特徴を、現代社会における行政法をめぐる変化を踏まえて、あらためて明らかにしようとすることである。そのような変化のひとつとして、体制移行諸国への法整備支援を位置づける。この変化は、日本の行政法が、先進国の行政法を基準に日本の行政法の問題と課題を診断するという受信型から、体制移行諸国への行政法の発信とそれをめぐる問題と課題の検討という発信型に「進化」することを求めるものであるととらえた。

そのような「発信型行政法の形成」は、「複眼的比較」により、日本の行政法の再定位が可能とするものであると考えた。ウズベキスタンの行政手続法整備を例に、この発信をとおした比較を説明すると次のようになる。まず、支援国（ドナー）がどのような法を被支援国（レシピエント）に発信し、被支援国がそれをどう受け止めるか、そして被支援国の条件で発信したものがどのように「根付く」かということの研究を通じた、支援国と被支援国の法の比較が可能となる。次に、支援国＝先進国の間の法の比較について、次のような新しい視点を考えることができる。支援国（ドナー）の法整備支援の内容と方法が、支援国（ドナー）の法のちがいを反映して異なることから、法整備支援を素材とする支援国＝先進国のあいだの新しい比較が可能となる。このようにして、発信型行政法を通して、一方では、被支援国の法と、他方では、（法整備支援という新しい素材を踏まえて）支援国＝先進国の法と、日本法を比較することを「複眼的比較」と考えた。

さらに、そのような発信の内容と方法のちがいに着目するだけではなく、それらの共通性にも関心を向けること、つまり、ちがいを明らかにするための比較法ではなく、おなじものを明らかにするための比較法の構築も課題と考えた。

こうした新しい比較を「複眼的比較」と呼び、このような「複眼的比較」のなかで日本の行政法を再定位することが本研究の目的であったと整理できる。

## 3. 研究の方法

以上のような背景と目的から、「発信型行政法の形成」および「日本の行政法の複眼的比較」のためのネットワークの構築することにより、研究課題を検討していった。

本研究の大きな特徴は、日本の法整備支援において注目されることの少なかったドイツの法整備支援について、詳しい現地調査を行い、またドイツの法整備支援を受けた国（ハンガリー）についても現地調査を行ったことである。とくに、ドイツによる、東欧の市場経済化にともなう法整備支援、さらに欧州連合（EU）加盟に伴う法整備支援を検討

できたことは大きな成果であった。ミュンヘン（レーゲンスブルク）の東欧法研究所はこの点で一定の役割を果たしている。また、GTZ等が、ウズベキスタンだけではなく、ロシアやモンゴル等他の国で行っている法整備支援の理念が「法治国」（英語では法の支配）であることも確認できた。こうした現地調査に基づく成果を踏まえ、ベルリン日独センター・早稲田大学法学研究科グローバルCOEが主催でGTZの共催の国際シンポジウム「成熟市民社会創造に際する法および法整備支援の役割」（2009年3月12日（木）13日（金）、ベルリン日独センター）で日独の対話に参加した。

ドイツの行政法整備支援を検討するなかで、ドイツの「東欧」諸国への行政法整備支援は、支援国（ドナー）と被支援国（レシピエント）との関係という二国間の問題としてはとらえきれないと考えられるようになった。なぜなら、ヨーロッパでは欧州評議会および欧州連合（EU）という地域的な国際組織が存在し、構成国の法はそれらに影響を受けるからである。欧州評議会は、1998年に“Administration and you”という行政法の「標準設定」を行う指針を出版している。これらは、「東欧」諸国の行政法整備を促進するためのものであるが、しかし、それだけではない。欧州評議会の欧州人権裁判所も加盟国の行政法に関係する判決を出しているが、そこで問題となっているのは「東欧」諸国の行政法だけではない。欧州連合法が加盟国法に影響を与えていることはよく知られている。つまり、ここでは、支援国（ドナー）であるドイツの行政法も、こうした国際組織の法の影響のもとにある。こうした点、とくに、欧州評議会による標準設定の実際や欧州人権裁判所の判決が加盟国におよぼす影響も現地で調査した。

さらに、本研究の特徴は、アメリカ行政法整備支援についての詳しい現地調査を行ったことである。アメリカは、規模は大きくないが行政法整備支援を行ってきた。この行政法整備支援に参加した、Malcolm Russel-Einhorn（ニューヨーク州立大学オルバニ校）、Howard Fenton（北オハイオ大学）、Jeffrey Lubbers（アメリカン大学）の各氏にアメリカ行政法整備支援の考え方と特徴を聞く現地調査を行った。また、アメリカが中国にたいして行政法整備支援を行ってきたことから、1990年代のアメリカの中国への行政法整備支援の中心であったフォード財団、また現在のアメリカの行政法整備支援の中心であるエール大学の中国法センター、あるいはアジア財団等への現地調査を行った。こうした調査のなかで、Malcolm Russel-Einhorn氏とHoward Fenton氏を中心とするUSAIDの行政法整備支援指針を

手し検討することができた。

アメリカの中国への行政法整備支援について調査するとともに、被支援国（レシピエント）である中国での調査を行った。具体的には、湖南省の行政手続条例について、日本語訳を行うとともに、現地に出かけて、アメリカの法整備支援の実態や中国側の取り組みを調査した。また、1990年代以降のアメリカの中国行政法整備支援を中国の行政法学者がどのように評価しているかについても調査した。

以上のように、支援国だけでなく、当該支援国が支援した被支援国での現地調査を行ったことが本研究の特徴である。ドイツの「東欧」諸国にたいする行政法整備支援、アメリカの中国に対する行政法整備支援を検討するとともに、それとの比較で、日本のウズベキスタンの行政法整備支援の理論化を図った。そして、支援国と被支援国の二国間関係で法整備支援をとらえるだけでなく、それを超えて国際組織が支援国の法に与える影響も視野に入れた。そのことによって、法整備支援を通じた比較行政法の問題を、グローバル化と市場経済化を背景とする現代社会に普遍的な法現象の認識のための課題ととらえることができた。

これらの現地調査の成果は、名古屋大学法政国際教育協力研究センター（CALE）「法整備支援戦略の研究」全体会議（2008年12月）および日本比較法学会ミニ・シンポジウム「法整備支援から見た新比較行政法学の展開」（2010年6月）で発表した。

#### 4. 研究成果

以上の現地調査を通して形成した研究者ネットワークをもとに、以下の内容の国際シンポジウムを2011年1月に行った（以下、「2011年シンポジウム」）。このシンポジウムの第一部は、アジア・アフリカ学術基盤形成事業（2009-2012）「法整備支援のためのインタラクティブな比較法研究拠点の強化」の費用で行い、第二部を本科学研究費で行った。このシンポジウムに本研究が到達しえた成果が表れている。

ここでは、次の三つの点について本研究の成果と課題をまとめる。第一は、本研究の特徴である「複眼的比較」の意義と内容について、第二は、市場経済移行諸国に行政法整備支援をする場合の行政法モデルの選択の問題、第三は、行政法モデル論の意義と評価の問題である。

「2011年シンポジウム」のコメントで広渡清吾氏は、この「複眼的比較」について三つにまとめている。ひとつは、法を所与の構造をもつ静態的なものとしてではなく、社会変動のなかで変化する動態的なものとしてとらえるという視点を提供するものであるこ

と、もうひとつは、被支援国（歴史的にはより広く非西欧で近代化を実現した国）における制度と文化の対立を中心論じる「法二元主義」ではなく、その相互作用を通して生まれるもの（異種混合的法システム）に着目し、その意味を問おうとする視点、さらに、「相対」型（支援国 - 被支援国の二国間モデル）ではない、「法の移植」のモデルへの着目（欧州評議会、欧州連合、そしてグローバルな法空間における「法の移植」）。この広渡氏のまとめは、本研究の発展を的確に指摘するものである。

上述したように法整備支援が比較法の問題として論じられるとき、常に問題となったのは「西欧法対アジア法」問題であった。しかし、ここにとどまっている限り、法整備支援を通して新たな比較法を展望することはできない。そして、支援国であるドイツの行政法が、欧州評議会法および欧州連合法の形成、さらにはグローバル化のなかで「揺らいでいる」ととらえることがひとつの示唆となり、支援国の法も被支援国の法も変動のなかにあり、その変化のありようを比較することが重要である、本研究の参加者は考えるようになった。そして、そのことが、広渡氏の指摘する第二、第三の認識の前提ともなると考える。白藤は、ドイツ行政法の専門家として、ドイツにおける法の移植をめぐる議論と、行政法改革（「現代化」「立憲化」「ヨーロッパ化」）に着目している。ドイツ行政法を素材とした内在的な研究が期待できる。

第二の問題は、「複眼的比較」を以上のように見るとしても、さしあたり、どのような行政法が市場経済移行諸国に移植可能かを、どのような方法論にもとづいて考えたらいいかという問題がある。市橋は、この点を経済学の新制度学派の主張をもとに行政法整備支援の「メタ理論」を構想した。そこで重要なのは、「制度変化のメカニズム」を移植することの重要性である。この「制度変化のメカニズム」を生み出すための行政法整備支援として、市橋は、行政手続法の支援を重視し、「過渡期行政法」は「軽量行政法」（Administrative Law Light）でよいのではないかと主張した。この主張の背景には、市場経済移行諸国の社会主義法時代の行政法を経験してきたという「経路依存性」、そして、行政法整備支援の現実における（移植された）「法の機能不全」がある。

市橋が段階論として考えたことをモデル論として論じることもしできる。ひとつには、外部から行政をコントロールする「外部行政法」とともに、行政を自己コントロールあるいは内部からコントロールするという「内部行政法」を考えることができるのではないかという見方である。本多は、中国の行政法、とくに行政手続法的な思考の継受を、このよ

うな中国における「内部行政法」の形成と考える余地のあることを示唆している。樹神は、それを行政内部の組織的コントロールととらえつつ、行政裁判によって完成する権利救済型のヨーロッパ的な行政法と、市民参加や情報公開によって政府活動の適性も確保しようとするアメリカ型の行政法というモデルを考えることができるのではないかとの問題提起を行った。段階論であれば、モデル論であれ、今後検討すべき課題も多い。

こうした本研究の参加者の議論を意識して、小早川光郎氏は、「2001年シンポジウム」で次のようにコメントした。すなわち、権利救済型の行政法モデルと政府活動適正化型の行政法モデルを考えることは可能である。しかし、アメリカ型の政府活動適正型モデルは、アメリカにおいて行政法が法に服することを当然の前提としつつ、そのうえで、政府活動適正化のための行政法が構想されているのにたいして、アメリカ以外の国では、そのような前提の存在が疑問であり、そのために、行政を法に服させるためには、権利救済型のモデルが重要であることを強調した。つまり、行政訴訟を中心とした「外部行政法」こそ、行政を法に服させる、つまり行政法の目的である「法の支配」とその前提である「法への信頼」を確保する道であることを強調した。小早川氏には日本の行政法が、これまで「真正の法」であったかという問題意識がある。

小早川氏は、「複眼的比較」の可能性にも言及しており、市場経済移行諸国における行政法発展の多様性を否定しているのではない。それとともに、小早川氏の問題提起は、市場経済移行諸国において、「司法化」型と「政府活動適正化」型の行政法のどちらを支援すべきか、あるいは、市場経済移行諸国において起きている変化を「司法化」ととらえるか「政府活動適正化」ととらえるかという、根本問題にも関係している。それとともに、この点は、行政権と行政組織をどのようにコントロールするかという先進国自体の行政法の課題でもあろう。

## 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5件）

1. 樹神 成 「行政法整備支援の経験からみた比較法の課題」『法律時報』1028号、2010年、100-105頁、査読無

2. 市橋克哉 「行政法整備支援の「メタ理論」と比較行政法への示唆」『法律時報』1028号、2010年、106-111頁、査読無

3. Shigeru Kodama, Helping to Reform the Administrative Procedure: Japan's Legislative Assistance Programmes in Central Asia and the Need for a Strong Science of Comparative Administrative Law, *Jahrbuch fur Ostrecht*, 50, 2009, pp. 491 – 506. 査読無

4. 市橋克哉「ウズベキスタンにおける行政法改革」(『法政論集』(名古屋大学) 225号, 2008年、321 - 350頁、査読無

5. 白藤博行「行政法における国家、市場そして市民社会」(『学術の動向』18巻10号、2008年、71-73頁、査読無

[学会発表] 計 ( 3 ) 件

1. 市橋克哉・白藤博行・本多滝夫・徳田博人「法整備支援から見た新比較行政法学の展開」比較法学会(ミニ・シンポジウム)、2010年6月5日、愛媛大学(松山市)

2. 市橋克哉「市場経済移行国への行政法移転の意義と可能性」・樹神成「ウズベキスタンにおける行政法改革支援と比較行政法」国際シンポジウム「成熟市民社会創造に際する法および法整備支援の役割」2009年3月13日、ベルリン日独センター

3. 市橋克哉・樹神成・白藤博行・本多滝夫「行政法改革支援戦略と新しい行政法学」(「市場経済移行国における行政法改革およびその支援のための基礎理論」「行政法領域での法整備支援～日本の経験と展望～」「市場経済移行国に対する行政法改革支援～ドイツの経験～」「市場経済移行国に対する行政法改革支援～アメリカの経験～」)名古屋大学「法整備支援戦略」全体会議、2008年12月13日、名古屋大学

[図書](計6件)

1. 白藤博行「国際シンポジウム「フーゴ・プロイスと自治・現代の憲法状況」(2010年3月14日)のコメント」大野達司編『主権のゆくえ～フーゴ・プロイスと民主主義の現在』風光社、2011年、51 - 60頁

2. 市橋克哉「市場経済移行諸国における行政法の基礎理論」(『2008年度「法整備支援戦略の研究」全体会議報告書』名古屋大学大学院法学研究科・名古屋大学法政国際教育協力研究センター)、2010年、13- 22頁

3. 樹神成「行政法支援領域での法整備支援～日本の経験と展望」(『2008年度「法整備支援戦略の研究」全体会議報告書』名古屋大学大学院法学研究科・名古屋大学法政国際教育協力研究センター)、2010年、20 - 29頁

4. 白藤博行「市場経済移行国における行政法改革支援～ドイツの経験」(『2008年度「法整備支援戦略の研究」全体会議報告書』名古屋大学大学院法学研究科・名古屋大学法政国際教育協力研究センター)、2010年、30 - 35頁

5. 本多滝夫「市場経済移行国に対する行政法支援改革～アメリカの経験」(『2008年度「法整備支援戦略の研究」全体会議報告書』名古屋大学大学院法学研究科・名古屋大学法政国際教育協力研究センター)、2010年、36 - 41頁

樹神成「中央アジア編 統治機構」(稲正士他編『アジアの憲法入門』日本評論社)、2010年、257-280頁。

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

樹神成 (Shigeru Kodama )  
三重大学・人文学部・教授  
研究者番号：20186703

### (2) 研究分担者

市橋克哉 (Katsuya Ichihashi )  
名古屋大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：40159843  
白藤博行 (Hiroyuki Shirafuji )  
専修大学・法学部・教授  
研究者番号：90187542  
本多滝夫 (Takio Honda )  
龍谷大学・法科大学院・教授  
研究者番号：50209326  
徳田博人 (Hiroto Tokuda )  
琉球大学・大学院法務研究科・教授  
研究者番号：50242798