

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年 6月 5日現在

機関番号：13901

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2010 ~ 2012

課題番号：22330010

研究課題名（和文）

創造と再生が可能な社会と国家の形成—社会保障・環境保全における契約法理を中心に

研究課題名（英文）

Regenerative Society and State by Contract: Potential for a Welfare Reform and Environmental Commons

研究代表者

紙野 健二 (KAMINO KENJI)

名古屋大学・法学研究科・教授

研究者番号：10126849

研究成果の概要（和文）：グローバルな規模で展開再編する市民社会は、少子化、大規模災害や自然環境の破壊が典型的であるように、自らの存続にとっての数多くの脅威に直面して、国家に解決すべき、しかし困難な多くの課題を突きつけている。このような国家と市民社会のそれぞれの運動に対抗するものとして、双方性を有する行為である契約が観念される。それは、国民生活に必要な役務の交換が国家から市場へと転化した結果一方的に提供される役務の「選択」の法制度に対して、またこのような法制度に対する多数の国民意思を正確に反映できなくなっている民主主義の機能不全に対して、ますます強く観念せざるをえない。このような意義を有する契約が、いかなる行政領域の法を反映して、どのような実体法手続法的な形態となって表現しているのかを論証するべき必要を明らかにしたことが、本研究の成果である。研究成果の一書による公表が、計画されている。

研究成果の概要（英文）：The civil society as *System der Bedürfnisse* which has continued to expand at a global scale since 1990s demands the past capitalistic state for a structural change and would threaten the very existence of civil society in near future; typical phenomena are declining birthrate, disaster and environmental disruption. Ironically, many people living in the crisis time can find the contract metaphor that is a notion representing bidirectionality or necessity of interactive behavior as to counter the movement of state and civil society. Those notions are increasingly adopted in many peoples mind and action as an alternative idea against malfunction of national democracy in the capitalistic state, and against legal system in which services was converted to the market from the state and are offered through consumer choice or unilateral exchange of public services. The result of this study shows that legal studies both of public law and private law should find a legal representation of new contract and prove its particular existence form in different administrative fields. It is planned to publish a book in which the result of our research would be shown.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	3,300,000	990,000	4,290,000
2011年度	3,500,000	1,050,000	4,550,000
2012年度	3,500,000	1,050,000	4,550,000
総計	10,300,000	3,090,000	13,390,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学

キーワード：行政法、公法、私法、契約、社会保障、環境保全、創造、再生

1. 研究開始当初の背景

いわゆる冷戦終結後の時代区分においては、それ以前の時代区分において構築されていた法制度の土台が変動したために、それ以前とは異なる法制度の整備とこれをめぐる学説や判例の展開が見られるようになった。冷戦期の時代区分においては、資本主義国家は、平等を喪失した市民社会に介入せざるをえなかったが、この国家介入は民主主義の形をとることを枠づけられていたので、そのなかには人権保障等の公的価値実現に資するものもあった。だからこそ、この時代区分において、行政法学等の国内公法学は国家あるいは法の解釈をその学問的営為としていたし、またこのことに理論的実践的な意味が見いだされていたのである。

しかしながら、冷戦終結後の時代区分においては、その内部における平等を喪失した市民社会が存続するどころか、これはいわゆる欲望の体系のそれとなり、富の偏在がますます顕著になると同時に、市民社会に介入せざるをえない必要に迫られなくなった資本主義国家もまた、国民生活に密接にかかわる役務の交換を、市民社会内部の交換過程に委ねるようになった。つまり、福祉等の国家的役務が、国家による立法を通じて、消費者保護法制の整備がこれに伴いながら、市場において交換されるようになったのである。

当然のことではあるが、国民生活に密接に関わる役務の全てが市場において交換可能な役務ではない。あるいは、国家の立法による選択肢の整備ということ自体が、これと民主主義の機能不全とがあいまって、選択の自由を人為的に制約することにほかならない。かくして、市場とは異なる様式における役務の交換が、社会内部において試みられるようになったのである。この試みは、いわゆる欲望の体系たる市民社会を否定するものとして登場してきているので、欲望の充足あるいは力の獲得を目指す行為に対抗するものとして展開しており、水平性や双方性の性質を有している。たとえば、福祉等の国民生活に必要な役務の双方向的な交換が社会において試みられている。自然環境保全の目的のためにも、同様の試みが存在する。これらの双方性を有する行為を法的に把握するのであれば、それは契約形式である。

契約という形式これ自体は何ら新しいものではない。しかし、以上に述べたような背景を有する契約が新規性を有することは、いうまでもないことである。なぜなら、それは、市場とは異なる社会性の「創造」と、社会の回復あるいは「再生」に向かう、一つの契機であると考えられるからである。また、このような社会における「創造」と「再生」が国家に作用すれば、国家も新たな展開を開始す

るであろうから、国家の法としての行政法あるいは公法のみならず私法等の諸法もまた、新たな運動を開始するであろう。

上記のような見通しのもと、本研究は、社会保障および環境保全に関する役務の交換が国家から市場へと転化したのちに登場することとなった、社会における「創造」と「再生」の法的表現形態の一つを「契約」と理解するところから、活動を開始していたものである。本研究は、このような新しい内容を伴う契約形式を、諸法学によって学際的に研究することを意図していたのである。

2. 研究の目的

「研究開始当初の背景」で述べられているような契約の新規性を分析すること、これが本研究の第1の目的であった。たとえば行政法および民法の法領域においては、かねて公害防止協定の存在が知られているが、かつてこの手法が用いられていたのは、地方自治体とくに市町村に十分な事務および権限が分配されていなかったからである。こんにち、里山などの自然環境保全の目的のために用いられている協定は、土地所有者と環境保全団体等との私人間協定を地方自治体が認定して、この活動に地方税の非課税措置を講ずるといような内容を有する。つまり、これは、地域社会における私人による環境保全活動を行政が支援するという特徴を有している。これが、権限なき地方行政をその特徴としていた、かつての協定の一種でないことは、明白である。

本研究の第2の目的は、以上に述べたような新たな内容を伴う契約形式が提起している法律問題を明らかにすることであった。たとえば、権限なき地方行政の一種としての公害防止協定に繰り返し言及すると、かつては法治主義との関係におけるその許容性が、公害防止協定の主たる法律問題であった。一般的には、公権力主体である行政が、法律に基づくことなく契約形式を用いて規制活動をなすことは、法治主義原則を掘り崩すことである。この問題は、こんにちでも、軽視されてよいことではない。しかし、たとえば、里山保全のための私人の取り組みを地方自治体が支援するような場合や無認可保育園の一部を地方自治体が認定または認証するような場合においては、法治主義原則の貫徹だけが論点では、必ずしもない。

むしろ、里山などの自然環境保全に取り組む多数の、ばらばらで相互関係性が希薄な主体間の法関係形成に向けた行政の取り組みこそが実践的実務的な課題となっている。それでは、こんにちの新たな内容を伴う契約形式の何が、公法学・私法学の見地からの論点であるのか、これが本研究の第2の目的であ

った。

そして第3に、新たな内容を伴う契約形式が提起している法律問題が諸法学の基礎理論に及ぼしうる影響を考察することが、本研究の最大のそして最終的な目的であった。国家と法をその考察対象とする公法学は、国家と国民との双方性の表現形態や契約の履行手段（実効性の確保）を論じなければならないであろう。社会保障であれ環境保全であれ、社会の「創造」や「再生」のために契約的手法が用いられているのであれば、公法学であれ私法学であれ、複雑な社会諸関係を権利義務関係に解消する契約の問題性の克服が、論じられなければならないであろう。役務交換の双方性は、役務の一方的な提供を所与として、役務の利用者がこれらのいくつかを選択し、ただ消費するという性質のことでは決してない。人の本源的自然的な欲求に基づく、生活に真に必要な役務が欠落している場合には、これを「創造」するためのメカニズムがなければ、役務交換が双方性を有することにはならない。このようなメカニズムを構築すべき必要に向けて、現存する諸制度や理論のうちの、何がそのための一契機となりうるのかを分析することが、本研究の目的であった。

3. 研究の方法

上記の「研究の目的」を実現するためには、第1に、諸法学の研究者からなる研究体制を構築しなければならない。そのために、研究代表者が帰属する行政法学の研究コミュニティのほかからも、憲法学、税法学、民法学、社会保障法学という諸法を研究する者からなる研究組織を確立した。第2に、上記の第1の目的に対応するための「社会保障法研究グループ」および「環境法研究グループ」、第2の目的に対応するための「契約法研究グループ」、第3の目的に対応するための「基礎理論研究グループ」を構築した。それぞれの研究グループにおいて役割分担を行い、各自が研究活動を行い、そして各研究グループがそれぞれの成果を発表するための全体の研究会を、各年度において2回または3回、行った。

4. 研究成果

日本の公法学の学界動向との関係において本研究の成果を述べるとすれば、これを以下のように要約することができる。日本の公法学のいくつかにおいても、社会保障制度改革の一つの成果である介護保険制度を素材とした事業者と役務利用者との契約等、契約的手法のいくつかが考察対象とされている。このような到達点に至る研究成果は正当に評価されなければならないが、しかし、それらは、現象形態の分析の次元にとどまってい

るといえる。

それに対して、本研究は、こんにちが、近代、17世紀西欧がそうであったように、万人の万人に対する闘争の出現に対して社会契約思想が登場していたように、個人と個人や集団との契約、個人と国家との契約を再び問うものであった。個別の論点は多岐にわたるのであるが、ごく一般的に述べるとすれば、社会を構成する個人や集団が、その活動は欲望や力によって決まるが、だからこそ、理性的存在であろうとするのであれば、社会諸関係における双方性が追求されて、生活に必要な諸権利を共同的に行使する方法が確立されるしかない。このような意味での権利の共同的な行使が可能となるために、共同体としての国家が観念されるのであれば、どのような諸権利を契約によって、共同体に委譲すべきであるのかの問題がある。また、個人や集団から諸権利を委譲された程度でしか統治権を行使しえない共同体としての国家が、個人や集団とこの契約を履行するための諸制度を構想するという問題もある。

以上のような叙述はきわめて一般的な叙述にとどまるので、本研究は、以上のような今日的な意義を有する契約を、社会保障および環境保全という個別行政領域の法に即して明らかにしようとするものであった。たとえば、社会保障領域における契約の導入による双方性の発揮については、認識能力が相対的に低下した高齢者が契約を締結する場合のように、契約の双方性が発揮されるためには、提供主体が一方的に提供する役務を利用者が選択するという一方的消費は、否定されなければならない。契約あるいは双方性の発揮が可能となるメカニズムの構築、合意の意義が論じられなければならないことは、明らかである。役務の利用者が役務の内容や提供方法に対する不服を申し出て、これに対して役務提供主体が応答をしなければならない義務を負う制度を、役務利用契約のなかに仕組むなどといった試みがなされなければ、役務交換の双方性は実現されえないであろう。

またたとえば、自然環境保全のための協定の当事者の範囲あるいは協定締結過程における参加の意義が問われるべきことは、環境保全領域における抗告訴訟の原告適格の拡大などの最近の展開をふまえるのであれば、当然のことといえよう。複雑な社会諸関係を権利義務関係に解消する契約の問題性の克服が、同じく契約の法律問題といっても、この行政領域においてはとくに強く求められるのである。従来概念に即していえば、契約における第三者の意義が、あるいは契約締結過程における参加の概念の成否が、論じられてよい。

以上を概括的に述べるとすれば、社会および国家の存続すら脅かす欲望の体系の登場

によって役務交換過程における双方性が追求されざるをえず、そしてこのような双方性が発揮されるような社会が実現するまでの間は、種々の欲望や力を有する主体がその諸権利のいくつかを、共同的行使のために委譲しなければならない、という結論が得られる。契約による権利の委譲とその共同的行使に関するより具体的な論証は、後掲の研究成果の他に、研究代表者および研究分担者によって、今後、一書にまとまった形で公表される予定である。

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 13 件)

(1) 前田定孝 『協定』による行政-法規制の限界と個別合意 (上)』三重大学法経論叢 30 巻 1 号 31-45 頁、2012 年、査読無

(2) 稲葉一将 「行政による開かれた自己統制」紙野健二ほか編『行政法の原理と展開』(日本評論社、2012 年) 18-36 頁、査読無

(3) 大沢光 「家庭保育事業実施要綱に基づく認可外保育施設との行政契約」紙野健二ほか編『行政法の原理と展開』(日本評論社、2012 年) 340-359 頁、査読無

(4) 山田健吾 「環境影響評価手続の瑕疵と確認訴訟」紙野健二ほか編『行政法の原理と展開』(日本評論社、2012 年) 292-311 頁、査読無

(5) 豊島明子 「福祉における公私関係の考察-情報提供・援助・苦情解決を素材に」紙野健二ほか編『行政法の原理と展開』(日本評論社、2012 年) 314-339 頁、査読無

(6) 岡本裕樹 「行政契約に関する私法的観点からの覚書」小野秀誠ほか編『民事法の現代的課題』(商事法務、2012 年) 1087-1119 頁、査読無

(7) 林秀弥 「消費者取引と優越的地位の濫用規制-行動経済学と競争法」NBL 981 号 105-117 頁、2012 年、査読無

(8) 紙野健二 「市場のグローバル化と国家の変動」公法研究 74 巻 22-42 頁、2012 年、査読無

(9) 豊島明子 「日本の行政法と社会国家」公法學研究(韓国比較公法学会) 12 巻 3 号 89-119 頁、2011 年、査読無

(10) 高橋祐介 「納税資金に関する一考察」水野武夫古稀記念論文集『行政と国民の権利』(法律文化社、2011 年) 805-822 頁、査読無

(11) 大沢光 「児童福祉法 24 条 1 項ただし書にいう『その他適切な保護』の実施にかかる家庭保育室の指定制度に対する裁判統制の可能性をめぐる」賃金と社会保障 1534 号 53-62 頁、2011 年、査読無

(12) 紙野健二 「日本における行政の統制」

自治研究 87 巻 4 号 76-94 頁、2011 年、査読無

(13) 稲葉一将 「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報 82 巻 8 号 8 頁-13 頁 (2010 年)、査読無

[学会発表] (計 2 件)

(1) 紙野健二 「市場のグローバル化と国家の変動」日本公法学会、名城大学、2011 年 10 月 8 日

(2) 紙野健二 「日本における行政の統制」東アジア行政法学会第 9 回学術総会、学術総合センター一橋記念講堂、2010 年 12 月 5 日

6. 研究組織

(1) 研究代表者

紙野 健二 (KAMINO KENJI)
名古屋大学・法学研究科・教授
研究者番号： 10126849

(2) 研究分担者

市橋 克哉 (ICHIHASHI KATSUYA)
名古屋大学・法学研究科・教授
研究者番号： 40159843
下山 健二 (SHIMOYAMA KENJI)
名古屋大学・法学研究科・教授
研究者番号： 00261719
高田 清恵 (TAKATA KIYOE)
琉球大学・法文学部・教授
研究者番号： 30305180
高橋 祐介 (TAKAHASHI YUSUKE)
名古屋大学・法学研究科・教授
研究者番号： 50304291
豊島 明子 (TOYOSHIMA AKIKO)
南山大学・法務研究科・教授
研究者番号： 10293680
大沢 光 (OSAWA HIKARU)
青山学院大学・法学部・教授
研究者番号： 00303579
山田 健吾 (YAMADA KENGO)
広島修道大学・法務研究科・教授
研究者番号： 10314907
前田 定孝 (MAEDA SADATAKA)
三重大学・人文学部・准教授
研究者番号： 10447857
大河内 美紀 (OHKOCHI MINORI)
名古屋大学・法政国際教育協力研究センター・准教授
研究者番号： 20345838
林 秀弥 (HAYASHI SHUYA)
名古屋大学・法学研究科・准教授
研究者番号： 30364037
藤枝 律子 (FUJIEDA RITSUKO)
三重短期大学・法経科・講師

研究者番号： 30611123

稲葉 一将 (INABA KAZUMASA)

名古屋大学・法学研究科・教授

研究者番号： 50334991

岡本 裕樹 (OKAMOTO HIROKI)

名古屋大学・法学研究科・准教授

研究者番号： 90372523

(3) 連携研究者

宮澤 俊昭 (MIYAZAWA TOSHIAKI)

横浜国立大学・国際社会科学研究科・准教授

研究者番号： 30368279