



書評 板垣勝彦著『保障行政の法理論』 弘文堂,
2013年

角松, 生史

(Citation)

季刊行政管理研究, 145:52-57

(Issue Date)

2014-03

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002736>



書評

板垣勝彦著 『保障行政の法理論』

弘文堂, 2013年

角松 生史

(神戸大学大学院法学研究科教授)

1. はじめに

福祉国家システムが困難を迎えた1980年代以降、程度と時期の差こそあれ、国家と市場の関係、あるいは広く公-私の関係はいずれの国においても問い直されることになった。1980年代以降の民営化の潮流、90年代後半以降の公私協働の潮流の中で、日本の行政法学はしばしばドイツの議論動向に(も)注目してきた。民営化(米丸恒治『私人による行政』(日本評論社、1999年)、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究66巻1号285頁)、松塚晋輔『民営化の責任論』(成文堂、2003年)、拙いものではあるが角松「『民間化』の法律学」国家学会雑誌102巻11/12号719頁(1989年)、公私協働(山本隆司「公私協働の法構造」『公法学の法と政策』(有斐閣、2000年)531頁、山本「日本における公私協働」『行政法の思考様式』(青林書院、2008年)171頁、岡村周一/人見剛編『世界の公私協働』(日本評論社、2012年))、そしてそれに伴う行政の任務遂行手法の変容を背景とした公共契約(岸本大樹「行政契約の法理論(1)-(5)」北大法学論集52巻4号-53巻1号(2001-2002年)岸本「公的任務の共同遂行(公私協働)と行政上の契約(1)-(4)」自治研究81巻3号-82巻4号(2005-2006年))、自主規制(原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣、2007年))などに関する先行研究の積み重ねがある。

その中で近年注目を集めているドイツの議論として「保障国家」(Gewährleistungsstaat)ないし「保障行政」(Gewährleistungsverwaltung)概念がある(山田洋「『保証国家』とは何か」岡村/人見編・前掲書141頁、高橋明男「保障国家における法律の役割」同書161頁、三宅雄彦「保障国家論と憲法学」(尚学社、2013年)

なお、論者によって「保証」「保障」双方の表記が見られるが、このことについて、山田・前掲142頁注2、高橋・前掲161頁注1、三宅・前掲4頁)

本書は、1981年生まれの著者が、これまでの先行研究を踏まえ、「保障行政」概念に取り組んだ全575頁の労作である。法学協会雑誌連載中(128巻1号-8号)から学界の注目を集めていたが、このたび弘文堂の行政法研究双書としてまとめられた。また著者は、本書の内容とも密接に関連する論文(「ドイツ公法学における『距離』概念について」自治研究89巻10号46頁、「保障国家における私法理論—契約・不法行為・団体への新たな視角」行政法研究4号77頁)に加え、既に多数の論文・判例評釈を公表し、きわめて旺盛な生産力を示している。著者にとって新たな跳躍台になり、学界への貢献も大きい本書の刊行を、まずは著者と共に心から慶びたい。

言うまでもなく本の読み方は人それぞれであるが、長大な本書の内容を理解するために、評者としては、まずは序章と終章第1節に目を通して著者の全体構想を理解した上で各章を読み進めることを勧めたい。また、著者も述べるように「責任配分」を扱う第3章はやや難解であり—評者も十分理解できたとは言えない—各論的考察を行う第4章と相互参照しながら読むのがよいだろう。第1章—第3章の末尾と第4章各節の末尾にはそれぞれ著者によるまとめが付され、全体像を見失うことなく読めるように配慮されている。以下では本書の内容を各章ごとに要約的に紹介し、最後にごく簡単な評者のコメントを付すことのみで責めを果たすこととしたい。

2. 本書の内容(1)

—公私協働の類型論と法的な制御

序章は著者の基本的問題関心を示す。「官から民へ」という動向=私化(Privatisierung)によって国家の存在理由が問い直される一方で、構造計算書偽造問題の事後処理が示すように国家は単純に撤退したわけではないことが確認される。その上で、「私化によって本当に国家が撤退したなら、公法(学)は、大部分においてその役割を終える。反対に、私化の進展によって国家の役割が変容したならば、変容した役割が、公法(学)の新たな対象となる。つまり、これは、公法と公法学の、生き残りを賭けた取り組みなのである」

とされた上で、日本公法学会第72回総会（2007年）の報告と議論を受けて著者が思ったことが披瀝され、比較法の対象としてドイツを選択した理由が述べられる。

第1章「公私協働による任務の引き受け」は、シュルツェーフィーリッツの論文（Helmut Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR Bd.1, § 12）を導きの糸とした上で、公的部門と私的部門が協働して任務を引き受ける際の諸方式を、高権的任務（第2節）、行政の市場参加（第3節）にわけて整理し、「規制行政・給付行政」「調達行政・公企業」など、既に我々にとってなじみ深い概念を確認した上で、本書における鍵概念である「規整された自己規整（regulierte Selbstregulierung）」および「遂行責任—捕捉責任—保障責任」の3分類がまず簡単に紹介される。前者は「国家の主な役割は、市場社会の自己規整を上手に活用し、それが公共善の観点から望ましい方向に向かうよう、規整ないし制御する」という考え方である（後者については後述。なお本書は、Regulierungを「規整」と訳し、Ordnungを「規制」と訳す）

ついで、協働による任務の引き受け（第4節）と私人による行政任務の遂行（第5節）に関する諸概念が整理される。私化を「静態的な公私協働へと向かう動態的な移行の過程」（103頁）ととらえる著者にとって、両者は連続的にとらえられる。協働は、「法律執行における私人との協働」の経過に即した（基準定立→決定の事前準備→行政決定→事後的なコントロール）分析と「行政組織内部における私人との協働」の分析とに分けて考察される。私人による行政任務の遂行については、まずは公企業の民営化を念頭において、組織の私化、機能的私化、財産の私化、任務の私化に分けて論じられ、これらは段階としてとらえられる。それと区別される概念として手続私化（＝最終的な決定権限を国家に残したまま、手続の遂行の一部を私人に委ねること）がある。著者はこの手続私化を主に機能的私化との関係において検討し、アッペルの議論（Ivo Appel, Privatverfahren, in: GVwR Bd.2, 2008, § 32）に依拠した分類論が紹介される。著者によれば、「手続私化」概念を用いる手法の意義は、私化の現象形態の多様性を正面より認めるため、私人による規格の定立などの特殊な局面も幅広く包摂することができるこ

とにある。

本章に登場するドイツ行政法上の諸概念は、既にわが国において紹介されたものが多く、本章の記述にはその意味での目新しさはないが、著者が「現代ドイツ行政法学の1つの到達点」と評する「行政法の基礎」（Grundlagen des Verwaltungsrechts）（些細なことだが、オットー・マイヤーの「ドイツ行政法」の存在やヨーロッパ化の傾向を思えば、書名訳に「ドイツ」を入れるのは訳しすぎではないか）所収の2論文に依拠しつつ、市場経済への働きかけという視点からこれらを体系的に再整理して著者なりに位置づけたことには提示したことには重要な意義がある。また、ドイツでの議論に即し、「行政組織内部における私人との協働」に市町村自治や労使の共同決定なども含めるのが特徴的な点であろう。

第2章「私化に対する法的な制御」は、「プロセスとしての私化」という理解（参照、Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL Bd.54 (1995), S. 243）を前提にした上で、①私化という決定に到達する過程②私化決定それ自体③任務の委託④任務の委託後の4段階に分けて、各過程における法制御の可能性が考察される。「制御学としての行政法学」の視点がそこでは前提とされる。①についてはまず、しばしばそれと関連づけられてきた「国家的任務」概念が、国家が保障責任を放棄しない「中間段階の私化」に対しては制御の役に立たないことが確認される。また、「行政の統一性」は単一の組織体としての行政を意味しない以上、それは私化に対する制御力を有しない一方で、「補完性原理」は、「公企業の民営化」と関連づけることは可能だが、純粹に技術的な措置によって規定される「手続私化」については難しい。②については、まず憲法上の諸原理（社会国家原理・法治国原理・正統化責任・基本権保護義務・官吏法の機能的留保）が私化に対していかなる法的制御を行っているかが検討される。特に基本権保護義務が手続私化に対するもっとも有力な制約たり得ることが指摘される（162頁）。ついでヨーロッパ法について、自由な域内共同市場の要請とユニバーサルサービスの要請（基本的供給）の緊張関係があることが指摘され、また、手続の意義がドイツ国内法よりも重視されるヨーロッパ法では、手続私化に伴って「国家に対してそれに相応しい高いレベルの保障責任の具体化が要

求されること」(167頁)が指摘される。③については、一般的な行為(法律・法規命令・条例)を用いた任務の委託と、個別行為(公私協働契約)を用いた任務の委託が区別され、後者をめぐる連邦行政手続法の改正論が分析される。最後に④では、中間総括が試みられる。国家の保障責任が私化の「アリバイ」として機能する、すなわち「国家が保障責任を完全に果たすことができれば、私化を行っても公共善の確保に支障がない」という命題(184頁)が確認される一方で、保障責任の放棄が許されないことが主張される。「国家が治安維持や安全保障に関する保障責任を放棄することは、決して許されない。市民の生命と国家の存続を守ることこそが、国家に課せられた究極の任務だからである」(180頁)とされる。ここで改めて「保障責任」概念の精密化が著者の課題とされることになる。

3 本書の内容(2)―「責任配分」とその具体化

この課題に答えるのが、第3章「鍵概念としての『責任配分』(Verantwortungsteilung)」である。議論の端緒としての第1節は、戦後責任を念頭にドイツ語のSchuld, Haftung, Verantwortungの相違を指摘する村上淳一の論文(「罪咎・謝罪・責任」『システムと自己観察』東京大学出版会、(2000年)173頁)から出発して著者は、Verantwortung概念に特に着目する。分析の上で損害賠償責任を意味するHaftungとの区別は特に重要である。ついで著者は国家理念としての責任を論じたザラディンの所説(Peter Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip, 1984)なканずく[「官職」(Amt)としての責任]という見方を提示する。ついで第2節では、公私協働と責任配分に関するドイツ行政法の議論史、なканずく多くの論者に受け入れられることになったホフマン・リームの3分類説(Wolfgang Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S.355)が検討される。3分類説とは、遂行責任(Erfüllungsverantwortung, 国家が公的任務の遂行を独力で行う場合の責任)、保障責任(Gewährleistungsverantwortung, 私人が活動するための「枠組み」を準備して、その枠組みの中で社会ができるだけ公共善に適合した方法によって案件を処理できるように国家が取り計らう場合における

「法的に準備された構造の助けを借りて、社会問題の解決が適切に達成されるようにする」という意味における国家の責任)、捕捉責任(Auffangverantwortung, 第三者の自立的な活動が十分に目的へと導かれないときに、その限りで、成果に向けられた直接的な制御を可能にするという意味の責任)の3種の類型論(なお、三宅・前掲書20頁はErfüllungsverantwortungを「充足責任」、Auffangverantwortungを「受皿責任」と訳する)であり、「現在、これらの内容は、ほぼそのままの形で、多くの論者に受け入れられている」(216頁)とされる。そして保障責任の内容の具体化として、①協働の成果に対して国家が負う(最終)責任②私人が給付を提供する際に国家が負う責任③経済及びインフラストラクチャーの領域における国家の規整責任と協力責任④自律的利益調整を可能ならしめるための国家の枠組み構築責任をあげるトゥルーテの見解(Hans-Heinrich Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und Öffentliches Recht, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S.167)が紹介される。また私化の事後責任(民営化結果責任)についても言及される。そして「規整された自己規整」の考え方に沿って、公私協働における責任配分の構造について次のようにまとめられる。「公私協働により任務の引き受けがなされる場合、対象となる任務は、もともと国家がそれを重要と生きてきた公共善に関係する任務であって、だからこそ、これまで国家が自ら遂行してきたのである。そのため、ごく稀な例外を除いて、ほとんどの場合、任務の遂行を私人に委ねた後も、国家は、規整、監視、指示、監督、介入と言った保障責任を負い続ける。そして、私人による任務の遂行がうまくいかなかった場合、国家は捕捉責任に基づき事態を收拾しなければならない(225頁)。

第3章第3節では、学説、判例、立法実務において「責任」が問題にされる具体的な局面が検討される。まず学説上の「責任」については、公私協働における「責任」が問題になる各論的分野である環境責任、インフラストラクチャー責任、結果責任に関する議論が検討される。ついで判例では、どれもわが国で著名な連邦憲法裁判所の裁判例であるミュールハイム・ケールリッヒ決定(連邦憲法裁判所1979年12月20日

決定、BVerfGE 53,30。原子力発電の危殆化についての国家の「共同責任」と第三者の基本権侵害)、グリコールワイン決定(連邦憲法裁判所2002年6月26日決定、BVerfGE 105, 252。「情報の助けを借りて遂行される国家指導の全国家的責任」、オシヨー決定(連邦憲法裁判所2002年6月26日決定、BVerfGE 105, 279。「情報提供を通じた国家指導と比例原則逸脱」)における「責任」概念の用いられ方が検討される。最後に実定法上の「責任」として、基本法の規定、環境責任に関する基本法の国家目標規定と環境法の一般原則の規定、生産者責任に関する規定、社会法における自己責任の規定などが紹介される。

公私協働論に関する「責任配分」を論ずる論者は、それが発見的概念(著者はクレメント(Jan Henrik Klement, Verantwortung, 2006)に依拠し、この概念を「狭義の法概念」「象徴的法概念」と区別する)であることを強調する傾向があるのだが(第3節第5項)、著者はルールによる批判(Hans Christian Röhl, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?* DV Beiheft 2, 1999, S.33)に注目する(第4節)。「発見的」概念であるはずの「責任」が、上記の学説・判例ではいつの間にか規範的意味が付与されてしまっているというのである。著者はトゥルーテとフォスクーレの見解をこのルール論文に対する応答として位置づける。まずトゥルーテ(Hans-Heinrich Trute, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichen und privatem Sektor*, in: Gunner Folke Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlanken" Staat*, 1999, S.13)であるが、著者によればトゥルーテの責任配分概念は、「社会の部分システムを取り入れることで変容した国家観を把握するため」(278頁)のものである。そのために「規律構造」概念が導入され、法学の関心が、個別事例へ向けての教義(Dogma)から国家と市民の間を取り巻く関係についての教義へと移り変わるとされる。その上で著者は、「『法治国とは、距離の国家である』という一文こそ、トゥルーテの理論の簡約であるといっても過言ではない」(285頁)とした上で、協働がそれと緊張関係に立つため、距離の確保を要請することが議論の根幹だと指摘する(なお、この点については、著者の前掲論文「ドイツ公法学における『距離』概念について」も参照)。

ついで著者が「わが国に『責任』概念を導入し、保障行政の法理論を紹介する上で、最も参照すべき」(295頁)とするフォスクーレ(Andreas Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL Bd.62(2003), S.266)の保障行政法論である。国家と社会、それぞれの機能遂行能力と両者のサブシステムに備わる合理性を維持した上で、社会に内生する潜在的能力が、公益目的の追求のために活用されなければならないとされる。しかし他方で、国家が私人の知見を活用するようになれば、かつて国家自身の有していた「行動知」が失われないようにする必要がある。そのため、ソフトな手法を優先する文脈の制御(誘導・媒介)。手続化、公法と私法の補完関係が規整のコンセプトになる。その上で、(1)成果の確保(2)私的アクターの能力と選択(3)第三者の権利保護(4)嚮導とコントロール(5)評価と学習(6)国家による実効的な「取り戻し」の選択肢が保障行政法の礎石となるとされる(フォスクーレの議論については、三宅・前掲書62-63頁も参照)。第3章の最後に検討されるのは、再びホフマン・リームの所説である。彼は「活性化させる国家」(Aktivierender Staat)という政治スローガン、そして新制御モデル(Neues Steuerungsmodell, 英語のNew Public Managementに対応)の発想を前提として、行政文化の中に「責任」という考え方を定着させるべきことを主張する。インプット段階ではなくアウトプットの段階における成果測定での制御を重視するこのモデルでは、責任の引き受けがうまくいったかも成果によって測定されるが、そのためには「信頼の文化の構築」が重要になるというのである。法学的概念にはおよそなじみが薄いこのような言説に対して著者は、むしろそのことによって、教義学的に責任が用いられることを批判するルールの見解との両立が可能になるという見方を示す。

第4章「保障責任の具体化」は各論的な問題と保障行政法についてのこれまでの記述との結びつきを示すものである。まず公企業の民営化における保障責任として、ユニバーサルサービスの保障、具体的には事業義務の3原則とされる①継続性②平等性③適応性(Kay Waechter, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, 2008)が論じられる(第2節)。①継続性の観点からは公法人の倒産に関する議論(第

2項)及び労働者のストライキ権行使と継続的なサービス供給確保との衝突の問題(第3項)が論じられる。後者では特に「参加=自律的正統化」と「代表=民主的正統化」の緊張関係に焦点が当てられる。②平等性の観点からは、契約締結の強制・手頃な価格・空間のカヴァーによる一般的アクセス可能性の保障、また、基本的供給(Grundversorgung)との関係におえる市民の平等(第4項)が問題になる。最後に③適応性の観点からは、品質の確保と適応性の保障(第5項)が問題になる。また、捕捉責任の問題として、私化が失敗に終わった場合の“買戻権”が論じられる(第6項)。また、黄金株等を通じて公的部門の影響力確保により公益の確保する可能性が検討される(第7項)。

続いて手続私化における保障責任が問題になる(第3節)。この点についてはドイツでも研究の蓄積が少ない(431頁)とされるが、私人に実際に手続きを委託する局面で行う予防的な措置(有能な私的アクターの選択、一定の成果を確保するための予防措置、第三者の権利保護)に加えて、民間事業者に対する指示・監視による「第2次的な秩序づけ」ももんだ院ある。ただしここでは、国家が私人の知見を活用する程に自らの「行動知」が失われるという先に見たジレンマ著者は日本における建築確認構造計算書偽造事件を例に挙げる一がある。また、私的アクターの決定を受容する際にコントロールを及ぼさないと、「事前確定」の問題が生じることになる。さらに、手続私化に伴って生じる職務責任の問題についても、ドイツ法上の権限受任と行政補助の区別を前提とした考察に加えて、特別法や公私協働契約による解決も模索される。

終章「日本法への示唆」では、これまでの考察によるドイツ法の総括(第1節)を前提として、私化を通じて国家は撤退するのではなく、行政の役割が遂行責任から保障責任および捕捉責任へと変化するに過ぎないこと、公的部門には従来に匹敵する水準の専門知、現場知が要求されること、距離の視点からの制度設計の必要性などが論じられる。公企業の活動、市場経済に対する規整について、いくつかの立法と判例が考察され、手続私化に関わる局面における国家賠償法上の問題も述べられる。その上で、先にホフマン・リームに仮託して述べられた「『責任』の倫理的な含意」や「信頼の必要性」が強調されて本書は結ばれる。

4. 若干のコメント

以上が本書の内容の概略である。評者は「保障行政法」論の嚆矢とされるガルヴァスの議論をかつて考察したことがあるが(前掲「民間化の法律学」731頁以下。参照、本書43頁)、近年の動向については、通り一遍の知識しかない、本書の重厚な研究から基本的にただただ教えられるだけであった。そこであくまで外在的な視点からの若干のコメントを付するにとどめたい。

第1に本書の叙述スタイルについてである。独日の先行研究を周到に踏まえた上で著者は議論を展開するのだが、序章の公法学会報告をめぐる記述に典型的に示されているように、先行業績の内容を丁寧で紹介し、それに触発されて著者が行った考察を対置する、というスタイルが随所にとられている。それは先行業績に対する著者の謙虚な姿勢を示すものであろうが、同時に著者とそれら業績との「距離感」がつかみにくい印象を受ける。複数の先行業績が紹介される際、それらの対立点を示した配置図が必ずしも摘き出されないことがあるのである。もちろん著者は決して無批判に先行業績を受容しているわけではないし(例えば224頁注80では評者に対する的確な批判がなされている)、レールの議論に対するトゥルーテヤフスクーレの応答の構図などはわかりやすい。ただ、ともすれば対立点がどこにあるのかがわかりにくくなり、その結果あたかもその記述が「唯一可能な必然的選択」であるかのような印象を受けることが時にある。論者達がいかなる法理論的な基礎の上に、あるいはいかなる政治的・政策的な決断の上に一方の選択肢を選び取ったのか(もっともホフマン・リームについてのように、その点が明確に意識された記述がなされている場合もある)、それが示されれば、我々自身が道を選びとるとき参考になるのではないだろうか。それが比較法がもちうる1つの重要な機能であろう。

もっともこの点は、著者自身が自分の国家観・社会観を率直かつ饒舌に一時にはやや無防備ではないと思えるほど一に語ることによってある程度まで補われている。例えば本書10頁の公務員労組の「既得権」に関する記述、180頁注3の憲法9条に関する記述、随所で引きあいに出される「崩壊国家」「失敗国家」(13頁、205頁)などがそうである。また、同じ著者の前掲「ドイツ公法学における『距離』概念について」(60頁注(6))では「距離」概念に関連して、「究極的に

は、自律的正統性は民主的正統性に道を譲らなければならない。……筆者も、自治に対して一定の地位を認め、尊重すべきことに異論はない。だが、国家主権には、どうしても意思統一が必要な局面がある。そのようなとき、全体の意思（一般意思）の結論に反対する『現に存在する多様な利害』の意思に、一般意思の下した結論を覆す権能を認めてしまえば、国家内の意思が分裂して、政治的に何も決められないという危うい事態に陥りかねない」といった記述も見られる。これが仮に単なる「時代精神」の即自的な反映ではなく意識的に選び取られたものであるとすれば、自らのイデオロギー性に無自覚であったりそれを隠蔽しがちな姿勢（評者も含めて）に比べて、むしろ対話可能性と批判可能性を開くものとして歓迎すべきものであるように思われた。

第2に、行政法学の役割についてである。発見的概念であることが強調される「責任」についてはもちろん、「保障行政」概念それ自体も、明確な要件と帰結を伴う法解釈学的概念でもなく、それをより抽象化・体系化した法教義学的な概念でもないと思われる（この点について三宅・前掲書の批判（62頁以下）参照）。むしろそれらを嚮導するイメージとしての役割に加え、国家論に関するグランド・セオリーとしての役割が「保障行政」には期待されているようである。そうであれば、例えばユニバーサルサービスについて、①継続性②平等性③適応性という「事業義務の3原則」を提唱することに加えて、「保障行政」というより大きな構想を観念することにどのような意義と役割が期待されているのか、がここでの問いである。

その問いに答えるためには、行政法学あるいは法学一般の役割に関するメタ理論が必要になってくるだろう。今日有力であり、著者が重視する「制御学としての行政法学」としての観点には評者も基本的に同感するが、その際有効に機能するのが、グランド・セオリーなのかそれとも中範囲の理論なのか、また、射程の広い概念がマジック・ワード化するおそれはないか（評者が提起した「認知的・試行的先導性」（参照、角松「自治立法による土地利用規制の再検討」原田純孝編『日本の都市法』（東京大学出版、2001年）321-350頁）にもそのようなおそれが認められる）などについて検証が必要であろう。

（かどまつ・なるふみ）