

博士論文（要約）

論 文 題 目      保障行政の法理論

氏 名              板垣 勝彦

## 一 保障国家理念の誕生

前世紀の終盤から、インフラストラクチャーの整備が一段落した現代型福祉国家において、その運営・管理を民間に委ねる“私化”の試みが開始された。背景には、行政負担の軽減、政府財政の健全化、投資の呼び込みなど、様々な思惑が絡み合っていた。近年では、疾病・環境リスクといった不確実性の制御や、製造物規格の標準化などのために、私人の先端的な知見を活用するという要請も加わっている。

私化とは、従来、国家が担ってきた任務の遂行を、市場原理の奔流へ放り込むことである。しかし、国家が市場原理に任せきりにすれば、「市場の失敗」は避けられない。「市場の失敗」の阻止が、国家の新しい役割となる。これが、保障国家の理念である。ここで国家（立法者・行政）は、市場を規整・制御する主体として現れる。

国家と社会の関係は、複雑な多極的關係となり、把握するのは容易でない。「責任配分」、「保障」、「規整された自己規整」の視点が、その理解を可能とする。

## 二 責任配分

責任配分とは、公的任務の担い手の間で、いかに権能・権限を分担するかということであり、保障行政は、国家と社会の責任配分の議論に他ならない。私化を通じて、行政による任務の遂行責任は後退したものの、システム全体がうまく働くかどうか、綿密な制度設計を行い（立法）、指示・監視を及ぼす（行政）など、全体責任は、なお公的部門に残される（保障責任）。私的部門が機能不全を起こしたならば、国家が再び代わりに乗り出さなければならない（補捉責任）。私人の国家への「組み込みの程度」如何によっては、任務の遂行による被害者に対して、国家が損害賠償を負担すべき場合もある。

つまり私化は、国家にも新たな責任を生じさせるものであり、国家の「スリム化」という言葉は的確でない。私化は、当面の費用削減には貢献しても、人的・物的な行政コストの削減という当初の目的を、長期的には必ずしも達成してくれないのである。

しかし、責任配分論の射程は、国家の担う新たな任務の明確化に留まらない。ルールはいう。「責任」は発見的・状況描写の機能に限定して使用しても、いつの間にか規範的意味が付加されてしまうおそれがあり、法学的概念として不適切である。そして、責任配分論には、公法学が前提とする「国家と社会の峻別」を、根底から崩すおそれがある、と。

ただし、「責任」概念に規範的な意味が付加されないよう警戒することで、当面の課題には対処可能である。トゥルーテは、法治国を「距離の国家」として理解することで、この問題に対処する。すなわち、任務の担い手と名宛人との間に適切な「距離」が確保されることで、国家と社会の融合を防ぎ、公平、中立、かつ適切な執行が保障される、というのである。私化においては、任務の担い手となる私人は行政の手先となり、任務の名宛人である私人の侵害主体にも変貌し得る。行政は、基本権保護義務（手続私化）や生存配慮（公企業の“民営化”）の要請から、任務の担い手に適切な指示・監督を及ぼすことで、名宛人の権利・利益を保護する必要がある。しかし、公私協働の場合は、任務の担い手と名宛人

が双方とも私人であるので、癒着の危険が生じやすい。立法者・行政は、法治国的コントロールを及ぼすことで、両者の近付きすぎる距離を“離す”必要がある。適度な距離を確保するためには、民主的正統化や手続の透明化が欠かせない。他方で、任務の担い手も私人である以上は、その行動を過決定して、彼らが本来有する自己決定を侵害してはならない。

「距離の国家」の理念を保障行政法のドグマティックに昇華させたのが、フォスクーレである。彼は6つの礎石として、(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」という<sup>オプション</sup>選択肢を提案する。

私化には、行政事務・財政規模の削減などの消極的な効果だけではなく、ホフマン・リームが説くように、民間の「現場知」の活用、公と私が相互に連帯して「信頼の文化」を醸成するといった効用もある。相互の信頼によって、システムの不確実性は縮減され、その潜在的能力は高まってゆく。

### 三 保障

保障行政には、(A) 私化と関係する市場構造化・規整行政と、(B) 計画行政が属する。本研究の対象は、(A) である。私化には、(1)これまで「公企業」が担ってきた生存配慮に必要な財・サービス供給事業の“民営化”（公企業の“民営化”）と、(2)権力的な任務の行使・手続の遂行を私人に委ねること（手続私化）がある。いずれの局面でも、国家には、私化の後に公共善を保障する責任が課せられる。

#### (1) 公企業の“民営化”

かつて生存配慮に必要な財・サービスは、公企業を通じて供給された。そのような経済構造の中に、市場の論理を導入する試みが、公企業の“民営化”である。いまや公企業は、株式会社の設立（組織の私化）や政府持株の民間売却（財産の私化）を通じて、“民営化”された。経営権は民間の投資家に委ねられ、行政の及ぼすコントロールは、外部からの業法規制に限られるようになった。

しかし、生存配慮の観点から、これまで公企業が担ってきた財・サービスの供給については、立法・行政の手で、その継続性、平等性、技術革新等への適応性が保障されなければならない。こうした財・サービスの供給を担う企業体の経営が破綻すれば、国家は、公的資金による財政支援や、株式の買取り（国有化）を通じて、供給の存続を保障する必要がある。公的任務の遂行を担う事業体の意思決定には民主的正統化が要請され、債権者集団（倒産の局面）や職員代表（共同決定）など特殊利害の意思に左右されてはならない局面も存在する。

むろん、あらかじめ法律で危機時の対処を想定しておくことも肝要である。ただし、国家保有株式の議決権の価値を“嵩上げ”する試み（黄金株）や、公法上の貯蓄銀行に対する債務保証（営造物負担・保証主体责任）は、民業を圧迫したり、域内の非関税障壁を撤

廃する国際的な経済連携協定（WTO、EU 条約）と抵触する危険がある。

## (2) 手続私化

手続私化の局面では、伝統的に、権限受任（特許）、行政補助、私人の任用によって、任務の委託が行われてきた（機能的私化）。近年では、手続に費やす行政コストの削減や、不確実性の制御に関する行政の「専門知」「現場知」「行動知」不足を補完する目的で、私人の助けを借りる仕組みが拡がりを見せている。

しかし、①任務の受託者（担い手）を選定する際には、法治国原理や基本権保護義務の視点から、立法者は、透明性、中立性、民主的正統性の確保に意を払った制度設計をしなければならないし、行政には、担い手となる私人の能力や適格性の審査が求められる。②委託が済んだ後も、行政は、任務が滞りなく遂行されているか、担い手への指示・監督を怠ってはならない。そして、③担い手による任務遂行が不可能となった場合、行政には、再び自身の手で任務を遂行することが求められる（捕捉責任）。

保障国家の理念は、必ずしも国家のスリム化に向けられてはいない。そうではなく、公私の叡知を結集させ、新しい問題の解決を図ること（公共善の最適な実現——よりよい行政）こそ、保障国家の目指すところなのである。

## 四 規整された自己規整

行政活動の主眼は、市場の制御を通じた公共善の確保に向けられる。規整緩和と自由化により、私人の自己規整の余地は拡大した。しかし行政には、市場構造の枠条件を設定して、私的な経済主体がその枠からはみ出さないようにする責務が、依然として残されている（直接規制、義務履行確保）。その調和を図るための手法が、「規整された自己規整」である。

これは、国家が社会内の部分システムの自律性（私的自治）を尊重しつつ、市場経済を公共善にとって望ましい方向へと規整・制御するための仕組みである。したがって統制経済ではなく、部分システムの自律性を最大限に尊重する手法が採られる（文脈の制御）。部分システム内部の実体的意思決定への介入は謙抑的でなければならないので、手続法の役割が増す（手続化）。

行政は、市場構造の枠条件の内部で活動する私的主体に対し、市場内部の競業者として活動する（公企業）。市場から行政資源を調達する顧客（物品の購入、公共事業の発注）として、市場を制御することもある。近年では、補助金や課徴金を通じて、私的主体を市場の外から誘導したり、行政指導、情報公開、私的主体への自発的な情報提供によって、私的主体の活動を媒介したりする手法が注目を集めている。これらを通じて、国家は、私的主体による自己規整の活動を、公共善の観点から望ましい方向へと規整・制御する。

市場を規整・制御することで、「市場の失敗」を防ぐことこそ、現代行政に課せられた最も重要な役割といえる。行政は、「規整された自己規整」の仕組みを通じて、任務を担う私人を規整・制御してゆく。

## 五 本研究の意義

本研究は、公私協働における公（国家・行政）と私（社会・私人）の責任配分の分析を通じて、わが国の公法学に、ドイツ公法学で提唱された「保障行政」の視点を導入するものである。わが国にとっては、立法・行政が市場の枠条件を設定するというドイツ法の思考の方が、英米法系よりも、政治、経済、社会的な共通点が多く、参照すべきと考える。保障行政の法理論は、行政による市場の規整・制御という視点から、「規整された自己規整」、「保障」、「責任配分」という概念を通じて、総論としてのドグマティックの構築を図る。保障行政の法理論を構築することで、私法の法律学は体系性を獲得し、公法学は、「市場の失敗」を防ぐという現代国家の最も重要な役割について新たな認識を得る。その意義は、計り知れない。