

【別紙2】

審査の結果の要旨

氏名 板垣勝彦

本論文は、1990年代からドイツの行政法学界で盛んに論じられている「保障行政」という現象と、「保障責任」をはじめとする、保障行政を規律する法理とを分析することを目的とする。「保障行政」とは、国家が行政作用の実施を私人に委ねる態様の行政活動をいう。保障行政において、国家は行政作用が適切に実施されるように当該私人を規律する責任を負うとされ、これを「保障責任」という。「保障行政」「保障責任」が注目されるようになった契機は、国家が従来自ら実施していた行政作用を私人に委ねる「私化」が進行したことにある。本論文は、こうした「保障行政」「保障責任」「私化」に関するドイツの議論を、網羅的・総合的に検討し、ドイツの議論が日本法に与える示唆を析出している。

以下、本論文の構成に沿って、本論文の要旨を述べる。

序章「問題意識」で、保障行政論につながるテーマに関して、これまでに日本とドイツの学会で行われてきた議論を概観した後、第1章「公私協働による任務の引き受け」では、保障行政という現象が、従来の行政作用・行政手続・行政組織からどのように派生し、どのような特徴をもつかという点が、分析される。

まず、種々の行政作用を観察すると、国家の情報処理能力の限界から、国家と私人との協働（「公私協働」）が不可欠になっていることが判明する。すなわち、国家の規制行政は、社会におけるリスクの管理を行うために、専門知と情報を有する私人との協働を必要としており、給付行政も、受給者の需要や関心をきめ細かく把握するために、私人との協働の要素を強めている。加えて、経済市場に対する行政作用が複雑化している。すなわち、国家が企業的経営により社会に財や役務を供給する事業である「公企業」、およびこうした事業を国家が民間事業者委ねる「公企業の特許」に代わり、国家が事業者間の競争を通じて一定水準の財や役務の供給がなされるように、市場の枠条件を設定し適度な範囲で事業者を規律する「規整行政」「規整された自己規整」、あるいはその基礎となるインフラストラクチャーの整備に係る計画行政が、重要性を増している（第1～3節）。

次に、行政手続の面からは、基準の定立、決定の準備、決定、監督という行政の各段階において、様々な態様の国家と私的主体との協働（「手続私化」）が観察される。その顕著な例は、私人が規格を策定し、それを国家が摂取する現象である。行政組織の面からは、多元的な利益代表を含む合議制行政機関（「共同管理行政」）、利害関係者が参加する自治組織、行政職員による共同決定制度など、行政組織がすでに私的主体との協働の要素を含んでいた。しかし近時はさらに、組織の私化（行政組織が会社形式などの私法形式をとること）、機能的私化（最終的な責任は行政組織に残しつつ私的主体に行政任務の実施を委ねる

こと)、財産の私化、そして任務の私化(実質的私化)が、進行している(第4・5節)。

こうした公私協働による保障行政という現象を、法的に規律するための観点および基礎を論じるのが、第2章「私化に対する法的な制御」である。ここでは、国家が自ら、または逆に私的主体が、実施しなければならない公共的な任務を法的に特定するアプローチ(「国家的任務」、「補完性原理」等)には、限界があるとされ、むしろ主として、私化ないし公私協働の具体的な態様について、法的な条件と限界を探るアプローチがとられる。すなわち、国家は、公企業の民営化に際しては、社会国家原理により、市民の生存に危険が及ばないように保障する責任を負い、また手続私化に際しては、主に基本権保護義務により、手続を実施する私人により他の市民の基本権が侵害されないように保障する責任を負う。こうして憲法上根拠づけられた保障責任が、私化の条件と限界を画する(第1~3節・第5節)。実際に私化を行い、保障責任を具体化するための法源が、法律・法規命令・条例等であるが、特に、私化のための契約(「公私協働契約」)に関するドイツでの立法論が、章末で紹介される(第4節)。

続く第3章「鍵概念としての「責任配分(Verantwortungsteilung)」」では、保障責任をめぐる学説が、「責任」概念に焦点をあてて分析される。保障責任という概念は、国家が公的任務を実現するために私人との間で責任を分担する態様が多様ないし多段階的であることを前提に、こうした責任配分の態様の一類型を意味する概念である。責任配分の態様ないし段階としては、W. ホフマン-リームが、国家による任務の遂行責任と捕捉責任(私人による任務の遂行が不十分な場合に、国家が受け皿として自ら任務を遂行する責任)の中間に、保障責任を位置づける3類型を説き、この類型論が普及した(第2節)。

責任の概念は、人間の「自由」および私人の「力」の基礎にあるべき Amt という意味で P. ザラディンが用いていた(第1節)。近時の学説・判例・実定法上も、国家または私人の責任の概念は、公私協働に関わる意味で多用され、多義的に使われている(第3節)。こうした状況に対し H. Ch. レールは、「責任配分」の文脈で用いられる責任の概念を批判した。レールによれば、責任概念は、法的評価の根拠を明示せず規範的な結論を導き出すことに用いられる危険をはらむ。そして、私人の責任という場合、法律上または契約上の根拠なしに当該私人の自由が制限されるおそれがあり、ひいては、従来における国家の権能と私人の自由との区別から密かに視座が転換される(第4節)。こうした見解に対し H. - H. トゥルーテは、法学と社会学・行政学等を架橋する概念として、公共善を実現するための「規律構造」を考察する態度を明確にする。規律構造においては、公共善を実現するために、国家が私人を用いると単純に見るのではなく、諸アクターがそれぞれ諸種の責任を負うものとされる。具体的には、国家は、公共善を実現する私人が利害関係者から適度な「距離」を確保するなど、当該私人が一定の条件を備えるように求める「正統化責任」を負う、という理論構成がとられる(第5節)。両者の議論を経て、A. フォスクレーが、規制行政法・給付行政法と並ぶ法教義学として、「保障行政法」とその6つの

礎石（成果の確保、私的アクターの能力と選択、第三者の権利保護、嚮導とコントロール、評価と学習、国家による実効的な「取戻し」の選択肢）を築いた（第6節）。異種のアクターにより分権的に公共善を実現する場合、諸アクターがこのような共通の制度的構造を築くことにより、相互の「信頼」を醸成することが重要である旨を、トゥルーテに立場の近いホフマン・リームも、ルールも説く点が、注目される（第7節）。

以上の総論を受けて、第4章「保障責任の具体化」では、保障行政を規律する諸法理が、公企業の民営化の場合（第2節）と手続私化の場合（第3・4節）とに分けて、具体的に示される。前者に関しては、公企業の倒産能力、公企業におけるストライキ権および共同決定制度が前提として分析された後に、保障行政において、役務提供の平等性・継続性・品質の状況適合性（これらはフランスの公役務の法理を参照した定式である）を確保するための法制度・法理が挙げられている。私化が失敗に終わった場合の買戻権、および国家による黄金株の保有の限界も、分析される。後者の手続私化については、フォスクレーが定式化した6つの礎石を参考にして法制度・法理を概観した後、特に、私人の行為による職務責任（日本でいう国家賠償責任）に関するドイツの判例法理が明らかにされている。ここでは、権限受任者と行政補助者との区別、および「密接な関係」の基準により、公法人に職務責任を負わせるというドイツ法のシンプルな「割り切り」が支持されている。そして終章「日本法への示唆」で、特に第1章で論及された行政作用・行政組織、および国家賠償に関する法理を、ドイツ法を参照して拡充すべき旨を説き、稿を閉じている。

以下、本論文の評価に移る。本論文の意義は、次の3点にまとめられる。

第1は、行政法学上、近時最も関心が寄せられているテーマの一つである保障行政について、ドイツの学説を包括的に分析し、行政法の全体に与えるインパクトを明らかにしている点である。保障行政に対応する現象は各国に見られ、日本でも、実態分析、およびイギリスやフランス等との比較法研究が進んでいる。その中でドイツ法の特徴は、国家の権限と私人の自由との峻別論から出発しながら、保障行政を根拠づけ、かつ規律する道筋を理論的に示そうとする点にあり、日本でも部分的には議論が紹介・分析されていた。しかし、本論文は、保障行政に関わるドイツの膨大な文献を渉猟し、ドイツの保障行政論の全貌を明らかにする初めての労作といってよい。こうした作業により、本論文は、日本においても、行政作用法・手続法・組織法・賠償法という行政法の全体を、保障行政論の観点から拡充する必要があることを丹念に示しており、行政法理論を深化させる意義を有する。

第2に、とりわけ第3章におけるドイツの学説の分析に、高い学術的意義が認められる。責任の概念を軸にして諸学説を分析する着想は、的確であり、こうした分析軸により、保障行政をめぐるドイツの諸学説の特徴と相互関係が明らかにされ、また、保障行政論が行政法学方法論と公法学の基本問題とに関わることが、鮮やかに示されている。ここに、本論文の新規性と独創性が認められる。

第 3 に、叙述が平明で、複雑な議論や制度も咀嚼して説明しており、その結果として、保障行政の各分野における具体的な問題にアプローチするための糸口が多数提示されている。本論文は、行政法学の基礎理論と、具体的な法解釈論または立法論とを媒介するという意味で、ミドル・レンジの法教義学を提示するものと評価され、今後の板垣氏自身の研究が広がっていくことも期待させるものである。

もっとも、本論文にも問題点がないではない。

第 1 に、保障行政の多様性に対する注意が、やや欠けている。本論文でも、公企業の民営化と手続私化とを分けて論じる箇所があるが、両者はどのような関係に立つか、両者は保障行政として一括できるのか、という点について、より明確な説明が欲しかった。また、保障行政において期待される私人の役割の多様性（経済合理的行動、知識・情報の創出・提供、利害関係の表出等）がより強く意識されていれば、論述の厚みが増したと思われる。さらに、保障行政に関して見解が分岐している、または分岐し得る論点について、分析の深化が望まれた。例えば、公企業の組織形態のあり方、EU 法・国内法に基づき私的主体が行う認証行為の瑕疵による賠償責任等である。もっとも、以上の点は、本論文が保障行政論の全体像の提示を優先した結果として、やむを得ないところである。

第 2 に、本論文の説く保障行政論が法学に隣接する諸分野とどのような関係に立つかが、今一つ明らかでない。保障行政論は、一定水準の役務を社会に提供すべきとする政策決定を所与とした議論か、それとも、この点の政策決定のあり方も射程に入れているのか。また、経済学における規制改革の議論、特にネットワーク産業の規制に関する議論は、保障行政論からどのように評価されるか。こうした問題に関する説明の不足に加えて、第 3 章では、法学と社会学・行政学等との架橋を目指すトゥルーテの説の真骨頂を捉えきれていない憾みがある。さらに、隣接諸分野のことを問わないとしても、本論文では、保障行政の主な動因である EU 法の説明が、部分的にはなされているものの、なお不足している。もっとも、以上の点を本格的に説くには、さらに別の（複数の）論文を要することが予想され、板垣氏自身も今後の課題とするところではないかと思われる。

第 3 に、ドイツ語の訳に難が散見される。例えば、Nähe と Distanz をいずれも「距離」と訳し、国家と私人の距離が近い・遠いという語を多義的に用いることにより（特に第 3 章第 5 節）、論述の精度が落ちている。しかし、論文全体の論旨を損なうには至っていない。

以上の評価を総合し、本論文は、その筆者の自立した研究者としての高度な研究能力を示すことはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。