HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	多元的システムにおける行政法学 ： 日本法の観点から
Author(s)	原田, 大樹
Citation	新世代法政策学研究, 6, 115-140
Issue Date	2010-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43743
Type	other
File Information	6_115-140.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

多元的システムにおける行政法学
－日本法の観点から

原　田　大　樹

はじめに

近代国民国家は、理論上は、権力的な権限と公的任務の処理を独占していた。それゆえ国家は行政法学の中心に位置していた。しかし多元的システムの発達によって、国家の地位を再考する必要が生じている。再検討の必要性は「制度設計論としての行政法学」（Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft）の見方についてもあてはまる。この立場は、行政法学の役割を行政過程における制度設計理論の構築に求めるものである。

制度設計論は、国家を制御主体と位置づける。しかし多元的システムにおいては、例えば国際機構や民間非営利組織といった、これら以外のさまざまな主体が登場する。ガバナンス論はこの現状をより直視している。ガバナンス論においては制度設計者だけではなく、制御作用をもたない多くの主体も考察対象に取り込まれ[1]、それらの相互結合の「構造」に焦点が当てられる。しかしこの立場は、法的な議論と結びつける際に多くの困難を生じさせる。またガバナンス論では国家はもはや特別な地位を占めず、他のアクターとの相互作用の中で国家が考察されるにとどまる。この発想は、国家に特別な地位を認めつつ、これに対して強度な法的規律を構想してきた公法学の考え方と対立する。

本稿では、多元的システムのインパクトを受けた行政法学の理論的な対

[1] R.A.W. RHODES, UNDERSTANDING GOVERNANCE 53 (1999); Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, MPIfG Working Paper 04/1 (2004).

応方法を、とりわけ多層化の文脈で、日本法の観点から検討することとしたい。出発点となるのは、多元的システムにおける国家の役割の検討である（Ⅰ）。ガバナンス論の立場を問題発見的に利用し、そこから得られる示唆を行政法学に取り込むことで、多元的システムに対応する行政法学に必要な要素を提示したい。具体的には、国家のもとにこれまで蓄積されてきた公法法理を国家以外の公的任務遂行主体にも段階的に適用すること（Ⅱ）と、多様な主体の間での動態的な調整過程を規律する原則を提示すること（Ⅲ）が対象となる。その上で最後に、多元的システムにおける行政法学のあり方を、制度設計論の発展可能性の観点から素描することとしたい（Ⅳ）。

Ⅰ．多元的システムにおける国家の役割

１．制度設計論の意義と課題

制度設計論としての行政法学は、日独行政法学の理論的発展の現時点での到達点を示している。かつては日本でもドイツでも行政法学では行政行為論が中核に位置づけられていた。今日ではしかし、行政行為だけではなく、それ以外のさまざまな行為形式（例えば行政契約、行政計画など）にも関心が向けられている。日本においては「行政手法論・行政手段論」[2]や「法システム論」[3]が提示され、政策目的とそのために用いられる法的しくみとの関係が議論されている。

制度設計論としての行政法学は、日本でもドイツでも共通の特性を持っているように思われる[4]。第１に、両者は行政実務の現実に関心を向けている。法的効果のみならず、例えば執行の欠缺やインフォーマルな行政活動・行政指導といった事実上の効果にも注目している。第２に、広く法以外の社会制御手段（組織・金銭・情報）にも目を向けている[5]。第３に、両者は法解釈論と立法論とを統合しようとしている。行政法学は、判例に注目するよりはむしろ、法システムの設計を支援すべきとされる。その際に最も重要だとみなされているのは、議会の法律である[6]。

自主規制論も行政の活動（行為）形式論と並ぶ立法者の選択肢を増やそうとする限りで、この立場になおとどまっている[7]。しかし、自主規制論が従来公法学の考察対象ではなかった領域を取り込むことで、国家や立法者の役割、あるいは公法学の任務・射程を再考せざるを得なくなっている[8]。自主規制の制度設計は国家の立法者のみならず各々の自主規制団体の課題でもあるため、従来のような唯一の制度設計者を想定しがたくなっているからである。

２．多元的システム――公共部門の複線化・多層化

近代公法学は国家と私人の二元的な対立構造を理念上想定し、国家は領域内における公権力と公的任務遂行とを独占するものと位置づけられた。しかし現実には、国家が独占しているはずの公的任務の遂行が、次の２つの方向で多元化してきている。第１は、民間セクターが公的任務の遂行を担う複線化である[9]。1970年代後半以降世界規模で進行した民営化・外部

[2] 高木光「行政手法論」同『技術基準と行政手続』（弘文堂・1995年）85-113頁［初出1986年］。

[3] 阿部泰隆「行政法学の課題と体系」同『政策法学の基本指針』（弘文堂・1996年）29-54頁［初出1981年］。

[4] Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3.Aufl. 2008, S.257及び興津征雄「書評・大橋洋一著『都市空間制御の法理論』」書斎の窓586号（2009年）71-75頁から示唆を受けた。

[5] Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S.226-285 (S.241 Fn.55). 「政策メディア」としての金銭に注目する見解として参照、藤谷武史「市場介入手段としての租税の制度的特質」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣・2007年）3-22(10)頁。

[6] Wolfgang Kahl, Parlamentarische Steuerung der internationalen Verwaltungsvorgänge, in: Hans-Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht ― zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S.71-106 (72).

[7] 原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）239頁。

[8] 藤谷武史「書評 原田大樹著『自主規制の公法学的研究』」季刊行政管理研究122号（2008年）66-72(71)頁は、公法学と設計主義の限界を指摘する。

[9] この文脈における日本の実定法の現状を分析したものとして参照、原田大樹「民営化と再規制」法律時報80巻10号（2008年）54-60頁。

委託はここに属する。またそれ以前から存在し、最近でもその事例が増加している自主規制もこの文脈に位置づけられる。第２は、公的任務の遂行が垂直的に分化する多層化である。経済のグローバル化の影響を受け、国際レベルにおける政策の決定や執行は、EU が存在しない日本でも、従来とは比べものにならないほど増えてきている。また地方自治や作用特定的自治（職域自治等）もこの問題群に属する。

ドイツにおける Mehrebenensystem の用語は、この問題のうち多層化、とくに EU の活動を主として念頭に置いて、もともと政治学で使用され始めた概念である[10]（ガバナンス論におけるマルチレベル・ガバナンス論に対応する）。しかし、国際レベルにおいては公的セクターと私的セクターの区分が明確ではなく（例：バーゼル委員会）、また私的セクターが大きな役割を担っている事例も見られる（例：国際会計基準）。複線化と多層化の問題は多くの局面で相互に密接に結びついている[11]ことから、本稿ではこの双方の要素を含むものとして「多元的システム」の語を用いることとしたい。

[10] Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S.211; Ralph Alexander Lorz, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, DVBl. 2006, S.1061-1069 (1061); Stefan Kadelbach, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), S. 7-44 (11). EU の問題に限定すれば、EUを連邦制類似の法的構造として把握する立場に否定的な論者がこの概念を用いる傾向にある。しかし本稿では、EU に対象を限定せず公共部門におけるさまざまな多層化を取り扱うことを意図しているため、この論争（詳細には Christoph Schönberger, Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), S. 81-120）には立ち入らないこととする。

[11] Kalypso Nicolaidis & Gregory Shaffer, ***Transnational Mutual Recognition Regimes***, 68-AUT LAW&CONTEMP. PROBS. 263, 273 (2005); Hans Christian Röhl, Internationale Standardsetzung, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.319-343 (332); Roberta S. Karmel & Claire R. Kelly, ***The Hardening of Soft Law in Securities Regulation***, 34 BROOK. J. INT'L L. 883, 926 (2009). 後述のクリーン開発メカニズムもこの具体例の１つである。さらに、公私協働の文脈からの言及として参照、山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨＝亘理格編・藤田宙靖博士退職記念『行政法の思考様式』（青林書院・2008年）171-232（194）頁。

３．多元的システムにおける国家の役割

このような公共部門の構造変化に正面から対応しようとしている理論枠組がガバナンス論である[12]。日本の法律学においても（とりわけ会社法や国際法の文脈で）広義のガバナンス論は既に取り入れられている。しかし、行政法学に関しては、ガバナンス論を政府周辺組織にも適用しようとする議論[13]や財政的観点を重視した議論[14]を除けば、まだごくわずかしか議論の対象にしていない。その理由はおそらく次の２点にある。第１は、「ガバナンス」の概念が多義的で不明確であることである。別の概念（例えば「公私協働」「誘導」「行政手続への市民参加」など）を必要に応じて使い分ければ十分なのである。第２に、ガバナンス論は公法と結びついている国家の存在をもはや前提としない議論だからである。

しかしガバナンス論は、国家という唯一の一元的な制度設計者だけが存在するのでは既にないと現状を認識する点においては正当であると思われる[15]。そこで、公法学にガバナンス論の観点やガバナンス論からの問題提起を取り入れることは豊かな実りをもたらすと考えられる[16]。具体的な議論として以下の２点が挙げられる。

[12] Hans-Heinrich Trute u.a., Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 37 (2004), S.451-473 (456).

[13] 中川丈久「米国法における政府組織の外延とその隣接領域」碓井光明他編・金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策（下）』（有斐閣・2000年）473-497（494-495）頁。

[14] 木村琢麿『ガバナンスの法理論』（勁草書房・2008年）。

[15] Renate Mayntz, Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41, 2008, S.43-60 (46); Claudio Franzius, Governance und Regelungsstrukturen, Verwaltung-sarchiv 97 (2006), S.186-219 (199); Sabine Frerichs, Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2008, S.42f.

[16] Hans-Heinrich Trute u.a., Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41, 2008, S.173-189 (187); Christoph Möllers, Die Governance-Konstellation, in: Gunnar Folke Schppert/Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41 (2008), S.238-256 (247). 私行政法との関係でガバナンス論に言及する山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究（北海道大学）２号（2009年）277-304（304）頁も参照。

第１に、公法学が国家だけをその対象とする考え方は見直されるべきである。公法学は国家だけでなく、それ以外の公的任務遂行主体をも取り込むべきである[17]。第２に、行政法学は（その多くは水平的な）規律構造をも分析すべきである[18]。行政法学が制御関係（制度設計主体とその対象との関係）だけに関心を向けるのはもはや十分ではない[19]。公共部門におけるアクター間の調整原理の検討もまた重要である。加えて行政法学は行政訴訟を「ガバナンス」技術としても考察すべきである[20]。伝統的な行政官庁理論に代表される階層関係では捉えられない多様な法関係における法的紛争を解決するためにも、訴訟制度の有効性や効率性が検討されるべきである。

他方、国家は今日でもなお特別な地位―公法の係留点としての国家―を

[17] 類似のアプローチを採用するものとして参照、Benedict Kingsbury et al., *The Emergence of Global Administrative Law*, 68-AUT L.&CONTEMP. PROBS. 15, 17 (2005); Walter Mattli & Tim Büthe, *Global Private Governance*, 68-AUT L.& CONTEMP. PROBS. 225, 262 (2005); Richard B. Stewart, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*, 37 N.Y.U.J. INT'L L. & POL. 695, 733 (2005); Lothar Michael, Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtsetzung, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S.431-456 (449f.); Daniel C. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale*, 115 YALE L.J. 1490, 1495 (2006). Kingsbury らが提唱した Global Administrative Law の議論の特色については、本特集の藤谷論文が詳しく検討している。ドイツ側から見た Global Administrative Law の議論の特色として、Karl-Heinz Ladeur, Die Internationalisierung des Verwaltungsechts, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 375-393 (377f.) は、国家の役割よりも民間主体のネットワークによる問題解決に注目する点を挙げている。

[18] Gunnar Folke Schuppert, Was ist und wozu Governance?, Die Verwaltung 40 (2007), S.463-511 (484); Margrit Seckelmann, Keine Alternative zur Staatlichkeit, Verwaltung-sarchiv 98 (2007), S.30-53 (37); Claudio Franzius (Anm.15), S.196.

[19] Wolfgang Denkhaus, Die neue Institutionenökonomik und das Governancekonzept, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik 44. AssÖR, 2004, S.34-60 (53).

[20] WTO 紛争解決制度の国際コントロールとしての側面につき参照、小寺彰『WTO 体制の法構造』（東京大学出版会・2000年）93頁。米谷三以「WTO 紛争処理手続の果たすべき役割」日本国際経済法学会年報８号（1999年）16-38（30）頁は WTO を「政策司法」と特色づけている。

保持している。国家だけが憲法制定行為に基づく始原的な民主政の過程を設定している。このことで、公的任務に関する決定やその最終的な執行が国家に対しては正統化されると同時に、国家は特別な制約（例えば基本権に対する拘束）にも服することになる。また国家の立法者にはなお、政策目的や公的利益の内容形成の権限が専属すべきである。国家は、立憲主義と民主政の思想が放棄されない限り、特別な地位を保ち続けるだろう。

このような立場を採用するとすれば、ガバナンス論に基づいて行政法学を全面的に改築する作業は不必要であり不適当である。ガバナンス論は構造の要素を重視するあまり、個別の行為者に権限と責任を配分する考え方やそれに基づく行為者の行動制御のあり方に感受性を失いやすい傾向にある[21]。ガバナンス論を問題発見的に利用するのは重要と考えられるものの、これまでの制度設計論で対応可能な部分についてまでガバナンス論で置き換える必要性はないと考えられる。

Ⅱ．公法理論の段階的適用

多層化した公共部門には国家以外の公的任務遂行主体が登場する。こうした主体が国家ではないという理由から公法上の諸原則の制約の下におかれないのは、市民にとって不利益である。

１．国際機構

伝統的には国内公法と国際公法は峻別されていた。国際機構と私人との間には常に国家が介在し、国際機構からの直接的な影響は遮断されていた。しかし、現在では、次の３点にわたる国際法の構造変化がこの前提を覆している[22]。

第１は、国際法上の義務履行に関する国家に対する拘束性の強化である。

[21] Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.1-61 (S.23 Rn.21).

[22] Benedict Kingsbury, *The Administrative Law Frontier in Global Governance*, 99 Am. SOC'Y INT'L L. PROC. 143, 144 (2005).

例えばWTOは司法作用類似の紛争解決手続を持ち、是正が為されない場合には被害国による対抗措置も許容する。国家によるWTO上の義務履行の可能性は高く、それゆえWTOの判断が関係国の産業や消費者の利害に直接的に影響する局面が増えている[23]。

第２は、国際機構により定立された国際規範が国内法規範の内容となる場面の増加である。例えば銀行規制の国際的調和を担うバーゼル委員会が策定したバーゼルⅡでは国内実施の際の立法裁量が縮減しており、その分国際機構による政策形成の影響をより強く受ける傾向にある[24]。

第３は、国際機構と私人とが直接に法関係を形成する事例の増加である[25]。戦争犯罪等を取り扱う国際刑事裁判所[26]や、テロ組織と関係していると国連安保理が認定した私人に対する口座凍結措置[27]がその典型例である。

この結果として、行政法理論には次の２つの理論的対応が求められている。第１に、国内公法学と国際公法学との峻別は放棄されるべきである[28]。国際機構の政策決定や実行の影響が市民に直接及ぶようになってきている現状を前提とすれば、行政法を「国内」公法と自己規定することはもはや不適切である。第２に、国際機構に対しても、名宛人の権利に対する影響の程度や民主性の観点から見た決定の意義に注目しながら、国家に準じた公法法理の段階的適用を検討すべきである[29]。

[23] 内記香子『WTO法と国内規制措置』（日本評論社・2008年）７頁。

[24] Christoph Ohler, Internationale Regulierung im Bereich der Finanzmarktaufsicht, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.259-278 (269).

[25] Oliver Dörr, „Privatisierung" des Völkerrechts, JZ 2005, S.905-916 (905).

[26] 高山佳奈子「国際社会（EU・国連）における刑事法」ジュリスト1348号（2008年）181-189頁。

[27] 中村民雄「国連安保理決議を実施するEC規則の効力審査」ジュリスト1371号（2009年）48-59頁。

[28] 中川淳司『経済規制の国際的調和』（有斐閣・2008年）387頁，Matthias Ruffert, Perspektiven des Internationalen Verwa ltungsrechts, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.395-419 (414).

[29] 自主規制に代表される複線化の問題に関して参照、原田大樹・前掲註(7)270頁、同「行政法学から見た制度的契約論」北大法学論集（北海道大学）59巻１号（2008年）408-395(397-396)頁。やや文脈を異にする問題として、国際関係の法化の問題がある。国家間紛争の裁判作用による決着を重要な要素とする国際法治主義（Bernhard Zangl, Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit, 2006, S.11）や国際的な法の支配（RICHARD A. FALK, THE DECLINING WORLD ORDER 33 (2003)）の考え方は、この問題群に属する。

ここで提示した問題が最も先鋭な形で現れている具体例が、京都議定書に基づくクリーン開発メカニズム（Clean Development Mechanism: CDM）である。温室効果ガスの削減のために、同議定書はいわゆる経済的手法として、排出権取引制度・共同実施・CDMの３つを導入した[30]。CDMは先進国が途上国の温室効果ガスの削減を支援することで、その事業での認証排出削減量（Certified Emission Reduction: CER）を先進国の目標達成に充当するものである。この手続で重要な役割を果たすのが、国連に設置されたCDM理事会（Executive Board: EB）と国連が指定する民間組織の指定運営機関（Designated Operational Entities: DOE）である[31]。この手続の特色の第１は、認証排出削減量の計算方法やCDM事業の登録、さらには認証排出削減量の発行はCDM理事会が直接、すなわち各国の行政機関を通さずに行うことである。つまり、国際機構が私人との関係で直接的に法関係を形成するのである。特色の第２は、民間主体である指定運営機関に大きな役割が与えられていることである（自主規制の監査認証モデルに類似）。CDM事業登録の際には指定運営機関が有効性審査を行い、その推薦状に基づいて理事会が審査を行う。また指定運営機関は排出量のモニタリングを行った上で認証排出削減量の認証を行い、それに基づいて理事会がCERを発行することになる。

この２つの特色は、公法学との関係で重大な課題を提示している[32]。クリーン開発メカニズムは巨額の経済的利害が絡む国際制度である。CDM理事会による認証率は高いにもかかわらず[33]、手続の遅れや決定の不整合

[30] 加藤久和「京都議定書『クリーン開発メカニズム』の可能性と限界」法政論集（名古屋大学）184号（2000年）1-31(3)頁。

[31] 手続の概要につき参照、吉高まり「クリーン開発メカニズム（CDM）の現状と展望」資本市場247号(2006年) 4-13(7)頁。

[32] 高村ゆかり「地球温暖化の国際制度」自由と正義60巻２号（2009年）20-27(26)頁。

[33] Jacob D. Werksman, *Defending the "Legitimate Expectations" of Private Investors under the Climate Change Regime*, 39 GEO. J. INT'L L. 679, 681 (2008).

性を理由とする苦情が既に多く寄せられているという[34]。もしCDMの事業主体が理事会の決定に不満を持った場合に、事業主体は各国の裁判所で訴訟によって争うことは可能であろうか。逆にCDM理事会の構成員はこうした訴訟によってその個人責任が追及されうるのであろうか[35]。また、CERに関する指定運営機関の判断がCDM理事会と食い違った結果、指定運営機関が経済的損害を受けた場合に、指定運営機関が不服を申し立てるルートは規定されていない[36]。このような局面において生じる権利救済の不備を解決する理論的な糸口としても、公共部門法の４つの基本戦略（全面的国家行政化・部分的国家行政化・契約の活用・立法者の規律責務）が利用可能であると考えられる。

２．自治組織

地方自治の領域では、地方自治体は、その規律の効果が強くまた決定は公的利益にのみ基づかなければならないために、「全面的国家行政化」したものと位置づけられる。今日の行政主体としての自治体は歴史的には地縁団体から発展したという事実[37]にもこの見方は整合する。全面的国家行政化によって、地方自治体と市民との関係には公法法理が全面的に適用される。

これに対して、国家と地方自治体との間の関係をどう捉えるか、とりわけ地方自治体が自治に関する紛争を訴訟によって争うことができるかは、日本法では見解が分かれる。一方で、ドイツと同様に自治権侵害を根拠に

[34] 上野貴弘＝杉山大志「クリーン開発メカニズム（CDM）の現状と課題」経営の科学50巻７号（2005年）447-452（451）頁。

[35] Jacob D. Werksman, ***The "Legitimate Expectations" of Investors and the CDM***, 1/2008 CARBON & CLIMATE LAW REVIEW 95, 100-01 (2008); Jolene Lin, ***Making Markets Work***, 19 EUR. J. INT'L L. 409, 427 (2008).

[36] Ernestine E. Meijer, ***The International Institutions of the Clean Development Mechanism Brought Before National Courts***, 39 N.Y.U. J. INT'L L.&POL. 873, 882 (2007).

[37] Georg-Christoph von Unruh, Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter, in: Thomas Mann/Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd.1, Grundlagen und Kommunalverfassung, 3.Aufl. 2007, S.57-71 (S.64 Rn.14).

行政事件訴訟法を用いた訴訟ができると解する立場がある[38]。他方で、行政事件訴訟法は本来、行政活動に対して国民の権利を保護することを目的としていることから、この種の訴訟を認めない立場もある[39]。確かに日本国憲法ではドイツ基本法のように主観的なニュアンスを含む「自治権」を保障するという規定の仕方はなされていない[40]。また現在のドイツの学説を形成する上で大きな役割を果たしているように思われる、「上からの自治」（北ドイツ）と「下からの自治」（南ドイツ）の理論的な緊張関係[41]も日本にはそれほど存在しない[42]。日本の地方自治体はドイツよりも幅広い権能を有し、より統治機構に近い性質を有している[43]。しかし、地方自治

[38] 塩野宏『行政法Ⅲ［第３版］』（有斐閣・2006年）224頁。

[39] 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣・2005年）52頁。

[40] Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, S.1037-1046 (1041) は、この点を強調して主観法的な自治権の構成を主張する。

[41] Friedrich Schoch, Zur Situation der kommunalen Selbstverwalutung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Verwaltungs-archiv 81 (1990), S.18-54 (33ff.); Friedhelm Hufen, Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S.1177-1193. この点との関連で、新村とわ「自治権に関する一考察（２・完）」法学（東北大学）68巻４号（2004年）627-694（680）頁及び大西楠テア「ドイツにおける外国人の地方参政権」国家学会雑誌（東京大学）121巻5=6号（2008年）587-646（595）頁はgegliederte Demokratieの概念に注目する。

[42] 自治権の由来をめぐる「伝来説」と「固有権説」の周知の対立がほぼこれに相当するかも知れない。ただし、憲法が憲法制定当時に存在した自治制度を確定的に保障したと解するならばともかく、そうでないのならば、自治権の由来や地方自治体の法的性格の議論と、憲法が地方自治をどのように保障しているのかという議論とは、分けて検討するべきである。憲法制定者が「地方自治の本旨」という不確定な概念を用いている趣旨は、一方で、国と並ぶ統治機構の一環としての地方自治に対しての憲法レベルでの保障を与える（二層による統治システムを憲法上保障する）とともに、他方で地方自治の具体的内容に関しては、憲法制定後の状況変化に応じた法律による形成の余地を認めることにあると考えられる。伝来説と固有権説の対立は、そのような地方自治の憲法保障の動態的理解の観点から再構成される必要があるように思われ、この作業は今後の課題としたい。

[43] この点に正面から取り組んだ上で二元的統治システムの機能を検討した論攷と

体の統治機構としての性格だけでは、司法制度の利用は閉ざされないと考えられる。日本国憲法は国家からは独立した法人格として地方公共団体を創設し、「地方自治の本旨」（憲法92条）に基づいて立法者に地方自治制度を形成するよう求めている。尤も、日本国憲法の中には国との争訟制度に関する規定はない。しかし自治保障の制度的担保措置として何らかの争訟制度は既に憲法レベルで不可欠であろう。この点に関する憲法の沈黙は、原則として憲法が予定する一般的な司法作用の枠内での紛争解決を可能としつつ、立法者に対しては「地方自治の本旨」を具体化する特別な争訟制度の採用を許容していると読むべきであろう。そうすると、立法者が準備した特別な争訟制度である国地方係争処理制度（地方自治法250条の７以下）がカバーする部分を除けば、一般的な司法作用の枠内での紛争解決が可能と考えるべきである。自治と国民の権利との調整は個別紛争の解決の中で考慮されるべき事項であり[44]、これによって一般的に地方自治体の訴訟利用が否定されるべきではないだろう。

健康保険組合のような作用特定的自治（公共組合等）もまた、沿革的には民間ベースによる自主規制的な作用が「全面的国家行政化」されたものと位置づけることができる。作用特定的自治には憲法保障はなく、また正統性が地方自治と比べて弱くなるため、制度形成の際の立法裁量はより広くなる。他方で、国家と作用特定的自治との法的紛争はより主観的な構成に馴染むため、一般的な司法作用の枠内での紛争解決が原則として可能と考えるべきである。

Ⅲ．多元的法関係の動態的調整

多層化した公共部門における国家の特別な地位を認めるとすれば、公的任務を遂行する多様な主体の間での国家を中核とする調整ルールに注目することが不可欠になる。こうした動態的な調整過程は、規範定立段階と執行段階とに大きく分けられる。以下では、そうしたルールの主要な構成

して参照、原島良成「地方政府の自律（下）」自治研究82巻３号（2007年）116-129（122-124）頁。

[44] 同旨、塩野宏・前掲註(38)227頁註(2)。

要素を概観することとする（より詳細な検討は今後の課題としたい）。

１．規範定立段階

(1) 任務配分ルール

国家の立法者は原則として公的任務の全ての内容と割当を決定することができる。憲法制定者はしかし、特定の事項（例えば地方自治（日本国憲法92条）や戦力不保持（９条２項）[45]）をその任務から除外できる。

公的任務の分配方法には２つのタイプがある。第１は、明示されていない事務を含む全ての任務をカバーするものである（包括的管轄）。これは国家（総務省設置法４条99号）と普通地方公共団体（地方自治法２条２項）にあてはまる。第２は、はっきり示されている事務だけの遂行が認められるものである。特別地方公共団体や作用特定的自治・国際機構[46]はこのタイプに属する。包括的権限は新たな公的事務を創出する権限をも包含する。このことは同時に、それまで社会の側が自律的に行っていた事務を否定することを意味する。それゆえ、ある主体に包括的管轄を認めるためには、高い民主的正統性が必要になる。

国家の立法者がどのレベルにどの公的任務を配分するのが適切かという問題は、一般的に言えば、任務の性質と任務遂行手段に依存する。また、各レベルの民主的正統性が任務配分と密接に関係する。例えば国際機構の民主的正統性は国家に比べて劣るので、政治的な論争を生む課題に関しては国際機構での最終的決定をせず、国家の判断を待つ方法が取られることがある（例：WTO における対抗措置）[47]。

(2) 任務委任ルール

ある主体が決定した政策は、固有の執行手段により完結的に執行されるのが原則的な形態である。しかし実際には公共部門内部で任務が委任され

[45] 石川健治「ラオコオンとトロヤの木馬」論座145号（2007年）67-75(74)頁。

[46] EU につき、Eckhard Pache, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), S.106-151 (118).

[47] Daniel C. Esty, ***supra*** note 17, at 1536.

ることが多い[48]。その理由は効率性と執行権限にある。すべての主体が固有の執行手段を保有するとすれば、公共部門全体のコストが上昇することになる。それは公課の増加という形で跳ね返ることになる。それと並んで、政策実施上の強制手段が国家にしかないことも大きな要素である。そのため国家の法律が任務委任についても定めていることが通常である。

任務委任のルールとして次の２つが挙げられる。第１は効率性と自律性のバランスである。このことは具体的には、受任者の裁量あるいは判断余地の幅に反映される。第２は委任に対する財政填補措置である（任務と費用の牽連性原則（Konnexitätsprinzip））。ドイツ法ではこの原則は州憲法レベル（例：バーデン・ビュルテンベルク州憲法71条３項）で明確に定められている[49]のに対し、日本法では憲法上明確な規定はなく、地方交付税制度とアドホックな予算措置による対応がなされているに過ぎない。

（3）政策調整ルール

もしそれぞれの主体の任務領域に重なり合いがなければ、それぞれの政策を調整するルールは必要ない。任務領域の重なり合いは、（行政官庁法理における）権限の委任[50]を利用すれば回避できるかもしれない。

任務に重なり合いがある場合には、２つの解決方法が考えられる。１つは抵触法的な解決方法である[51]。これは静態的な調整であって、ルールに従って適用すべき規範を決定することになる。もう１つは手続法的あるいは組織法的な政策調整ルールである[52]。例えば、集権的な決定機関を創設したり（例：国際会計基準[53]）、広域レベルで枠組的な原則だけを定めたり（例：EU における OMC[54]）、決定機関を多元的に設置すること（例：ドイツ社会保障法における契約間調整[55]）が考えられる。

[48] 独自の執行リソースをごくわずかにしかもたない EU においてこの傾向が顕著である。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Die Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S.1-23 (2ff.).

[49] Alfons Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9.Aufl. 2005, S.124, Rn.114; Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, Kommunalrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14.Aufl. 2008, S.9-125 (S.39 Rn.31).

[50] 塩野宏・前掲註(38)34頁。

[51] ドイツ環境法における具体的な議論として参照、Wolfgang Durner, Internationales Umweltverwaltungsrecht, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.121-164 (137ff.).

２．執行段階

（1）執行監督ルール

国際機構と国家の間での執行監督には２つの異なるタイプがある。第１は、条約違反手続である[56]。EU では固有の裁判所があり、条約違反手続によって条約違反かどうかと必要な措置が確定されるとともに、国家の側にも反論の機会が与えられる。日本も参加している WTO の紛争解決手続でも同様の構造的特色が認められる。第２は、私人による法執行である[57]。市民も国家内部の訴訟手続の中で、国際的な規範を援用することができる。

[52] 実体法と手続法とが密接に結びついている行政法の場合には、この類型が中心的な役割を果たすことになる。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat 45 (2006), S.315-338 (335f.); Markus Glaser, Internationales Sozialverwaltungsrecht, in: Christoph Mollers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.73-120 (113ff.).

[53] 原田大樹「国際自主規制と公法理論」法政研究（九州大学）75巻１号（2008年）1-28(4-9)頁。

[54] Dermot Hodson & Imelda Maher, *The Open Method as a New Mode of Governance*, 39 JOURNAL OF COMMON MARKET STUDIES 719, 740 (2001); David M. Trubek & Louise G. Trubek, *The Open Method of Co-ordination and the Debate over "Hard" and "Soft" Law*, *in* THE OPEN METHOD OF CO-ORDINATION IN ACTION 83, 91 (Jonathan Zeitlin & Philippe Pochet eds., 2005).

[55] 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）69巻４号（2003年）765-806(797)頁。

[56] Manfred Zuleeg, Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, S.2846-2851 (2850).

[57] EU 法の執行メカニズムの一つとしての市民の動員（Mobilisierung）につき参照、Martin Nettesheim, Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), S.333-392 (354).

国際機構が市民に対して直接的な申立制度を提供している場合もある[58]。これらは国際規範の適切な実行を促進する機能を有する。

国家と自治体との間の執行監督は、民主的なコントロールと法治主義の観点から正当化される[59]。ここには水平的な監督（法主体相互間の監督関係）と垂直的・階層的な監督（上下機関の監督関係）とが含まれる。我が国の地方自治における関与制度は基本的に前者のタイプに属する。

監督に関する原則を構想する上では、執行の実効性とそれぞれの主体の自律性とのバランスをとることが重要である。そのためにここでは主観的法的地位の保障（subjektive Rechtsstellungsgarantie）、つまり公的任務遂行主体間での訴訟を許容することが重要な役割を果たす。

（2）執行協力ルール

執行協力には次の３つのタイプがある。第１は、執行に関係する情報を監督当局間で交換したり[60]、行政上の執行に関する基準を策定したりすることである[61]。EU におけるコミトロジープロセスや、バーゼル委員会[62]、証券監督者国際機構（IOSCO）[63]などがその具体例である。第２は、国家の

[58] NAFTA の附属協定の北米環境協力協定（North American Agreement on Environmental Cooperation: NAAEC）14・15条が規定する、効果的な法執行がなされていない場合の市民・NGO による環境協力委員会に対する申立権がその例である。See, GARY CLYDE HUFBAUER & JEFFREY J. SCHOTT, NAFTA REVISITED 160-61 (2005).

[59] Martin Burgi, Kommunalrecht, 2.Aufl. 2008, S.94, Rn.27. またドイツではしばしば、自治監督に自治体の利益を守る機能があることが強調され、監督の枠内での助言活動が重視される。Vgl. Janbernd Oebbecke, Kommunalaufsicht, DÖV 2001, S.406-411 (408ff.).

[60] 国際行政協力における最も重要な要素は情報面での協力関係である。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 31 (1996), S.270-301 (290).

[61] Anne van Aaken, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.219-257 (235).

[62] Michael S. Barr & Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, 17 EUR. J. INT'L L. 15 (2006).

[63] 平尾一成「証券監督者国際機構（IOSCO）『行為規範』および『取引原則』の日本法への適用」国際商取引学会年報６号（2004年）124-147頁。

規制行政機関と国際機構との間でのネットワークである[64]。ドイツ法・EU 法における著名な具体例として、テレコム領域等の狭義の規制法（Regulierungsrecht）を扱う連邦ネット庁（Die Bundesnetzagentur）がある[65]。ガバナンス構造や機能の点で類似するのは、日本法における地方行政委員会である[66]。第３は、執行協力のための組織を設置する方法である。ドイツ法の具体例として、事務組合、郡、市町村の中央組織がある。また EU レベルにおけるエージェンシー（Agentur）も国内行政と EU 行政の連携のために用いられている[67]。

執行協力における重要な原則は、いわゆる混合行政の禁止である。この原則は、執行協力をする組織の間での明確な責任分担を求めている[68]。また、執行協力によって縦割化が進行し、透明性や概観性が失われることのないように、執行協力に対する民主的コントロールの手法を開発する必要がある[69]。

[64] Matthias Ruffert, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2007, S.761-770 (769).

[65] Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, S.525-535; Hans-Heinrich Trute/Roland Broemel, Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006), S.706-736 (731); Hans Christian Röhl, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, DVBl. 2006, S.1070-1079 (1076); Claudio Franzius, Warum Governance?, Berliner Arbeitspapier zur Europäischen Integration 10 (2009), S.11.

[66] 西山邦一「教育委員会の組織・権限の現状と課題」日本教育法学会年報28号（1999年）86-95頁、大橋洋一『行政法Ⅰ　現代行政過程論』（有斐閣・2009年）235頁。

[67] 具体例として欧州基本権庁が挙げられる。その組織や任務上の特色につき参照、Ines Härtel, Die Europäische Grundrechteagentur, EuR 43 (2008), S.489-513.

[68] BVerfG, Urt. v. 20. 12. 2007, NVwZ 2008, S.183; Daniela Winkler, Die Umsetzung von >>Hartz IV<< als Herausforderung an das Organisationsrecht, Verwaltungs-archiv 99 (2008), S.509-537 (534).

[69] Christoph Möllers, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), S.351-389 (379).

(3) 司法調整ルール

現在の日本法は、階層的に形成され、国際的な司法システムとの関係性をほとんどもたない一元的司法システムである。しかし、多層化のインパクト（例：国際機構による司法類似制度・連邦制の導入）が及ぶことで、司法システムの多層化が生じる可能性が理論上はある。多層的な司法システムは、判例法の相互参照や相互補完によって、システム全体として機能が強化される可能性を持つ[70]。このことは権利救済の実効性を高めるのみならず、ガバナンス技術の一つとして各レベルの法執行の確保やレベル間での法的紛争の解決を図ることにも寄与する。

司法システムが多層化すると、その相互調整の法理を構築することが不可欠となる。すでに多層的な司法システムを有するドイツ法には、次の３つの調整方法が見られる。

第１は、任務分配に基づく整理である。例えば、EU 法違反が問題となる場合には欧州裁判所が管轄する方法である。第２は、任務配分とは関わりなく最寄りの裁判所を利用させ、その相互関係は階層的なルール（上級裁判所・下級裁判所）で調整する方法である（例：州の行政裁判所と連邦行政裁判所の関係）。この場合に上級審は下級審の判断を覆す権限を持つ。第３は、互譲による調整（「共生の作法」[71]）である。例えば、連邦憲法裁判所は欧州裁判所が基本権を十分に考慮しない場合について、欧州裁判所の基本権に関する判断権を留保している[72]。

[70] Franz Merli, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S.392-422 (405).

[71] 伊藤洋一「ヨーロッパ法における多元的法秩序間の調整問題について」新世代法政策学研究（北海道大学）４号（2009年）93-117（115）頁。

[72] Stefan Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S.361-391 (376); Hans-Jürgen Papier, Verhältinis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichtsbarkeiten, DVBl. 2009, S.473-481 (480).

Ⅳ．多元的システムと行政法学

１．公共部門の多層化の整序理念

(1) 指針的価値

多層化した公共部門における調整作用を整序するためには、いくつかの価値判断基準が必要となる。そこでも、自主規制の分析から導出された公法学の指針的価値[73]が利用可能なように思われる。ここには次の６つの価値が含まれる。法治主義からは「公平性」「公正性」、民主政原理からは「正統性」「透明性」、経済性原則からは「効率性」と「有効性」である。これらの価値は自主規制の文献でしばしば議論されている。

自主規制論が対象とした複線化の問題と本稿が主として検討してきた多層化の問題とでは共通の理論的課題が認められる。つまり、公法学は従来国家が担ってきた作用や任務の分散化に対していかにすれば適切な対応をとることができるか、という問題である。公法理論になお十分に服していない国際機構に関しては、自主規制における問題状況と類似している。それと並んで、国際機構が国家とどのようにして政策調整、とりわけ規範定立の調整をすべきかを検討する必要がある。自治組織の多くに関して公法学はすでに「国家に準じる存在」として扱ってきている。加えて、自治組織の自律性を保障するために、自主規制分析の理論的成果を応用しうる。

(2) 公共部門の多層化と正統性

公共部門の多層化、とりわけ前述の国際機構レベルでの政策調整作用との関係でしばしば議論されるのが正統性の問題である。一定の公的案件を決定し実行する者は、広くその社会集団構成員に対して、当該活動を行いうる理由や根拠を合理的に説明しなければならない[74]。この意味での正統性を民主的に調達する古典的な説明方法は、決定の過程における選任の連鎖に注目する方法であった。すなわち「みんなで選び、みんなで決めた」

[73] 原田大樹・前掲註(7)264頁。

[74] 原田大樹・前掲註(7)241頁。他者による支配の前提条件として正統性を位置づける説明として、Oliver Lepsius, Standardsetzung und Legitimation, in: Christoph Möllers u.a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S.345-374 (357f.) がある。

ことをもって民主的正統性が充足されるとの発想である。しかしこの方法では、国際機構レベルにおける決定の正統性を説明するのに十分でない。それが典型的に現れるのが政府間行政連携機構（Transnational Regulatory Networks: TRN）である。

政府間行政連携機構とは、各国の行政機関の代表者が集まり、相互に利害のある問題について、その権限の範囲内で相互協力を促進するためのインフォーマルな多国間組織のことを言う[75]。具体例として、バーゼル委員会、IOSCO、保険監督者国際機構（IAIS）、国際競争ネットワーク（ICN）などが挙げられる。これらは、分散的な決定構造を維持しつつ、行政課題に関する国際的な協力関係、特に情報交換と執行協力の枠組を形成するのに有効性を発揮している[76]。またこれらは、国家ではなく国家の行政機関が構成員となり、国際法上の法人格を持たないこと、コンセンサス方式での決定がなされること、重要な交渉や会議が秘密裡に行われること、合意文書により国際法上の義務は生じないこと、といった共通の特色を持っている[77]。それにもかかわらず、政府間行政連携機構により策定された国際的な行政基準は国内法化されたり、基準に従った行政協力が行われたりしている。類似の特色は、EU におけるコミトロジー手続にも見られる。

政府間行政連携機構に派遣されているのは各国の行政機関の職員であり、国民からの直接の選任関係にはない。しかし政府間行政連携機構の非政治性[78]が逆に国際的な行政連携を促進し、グローバル化によって生じる問題に効果的な対応を行っていることも事実である。そこで、「決定の質」に注目する正統性の議論が提示されている[79]。すなわち、各国の専門の行政官がコンセンサスの形成を目指して真摯に討議を重ね、より適切な問題解決策が生まれるところに、正統性の根拠を求める議論である[80]。もちろん、従来の民主的正統性の議論がこうしたアウトプットに注目する正統性によって完全に代替されることは適切ではない[81]。しかし、決定が持つ法的な意味に応じて、それに対して必要とされる正統性の調達方法が複数存在し、それらが相補関係にあるとする見方[82]は、多層化構造における正統性を検討する上で重要な視角を提示しているように思われる。

２．権力分立としての多層化構造

国家は地域的問題を解決するには大きすぎ、地球規模の問題に対処するには小さすぎるとしばしば言われる。しかし、国際機構の決定は概観性に乏しく、自治組織の決定には距離保障がない。それゆえ、国家が公的任務の決定と執行システムの中核に位置づけられていることには、なお今でも十分な理由があるように思われる。

こうした条件の下で公的任務の決定権限をどのように垂直的に分配すべきであろうか。ここではよく知られた統合（Integration）と補完性（Subsidiarität）を両極とする尺度が存在する[83]。こうした対立構造は例えば

---

[75] Pierre-Hugues Verdier, *Transnational Regulatory Networks and their Limits*, 34 YALE J. INT'L L. 113, 118 (2009).

[76] ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER 52-58 (2004).

[77] David Zaring, *International Law by Other Means*, 33 TEX. INT'L L.J. 281, 301 (1998); Kal Raustiala, *The Architecture of International Cooperation*, 43 VA. J. INT'L L. 1, 5 (2002).

[78] DAVID ANDREW SINGER, REGULATING CAPITAL 119 (2007).

[79] Jost Delbrück, *Exercising Public Authority Beyond the State*, 10 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 29, 41 (2003); Daniel C. Esty, *supra* note 17, at 1517; Thomas Groß, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), S.152-180 (175); Patty Zandstra, *The OMC and the Quest for Democratic Legitimization*, *in* GOVERNANCE AND THE DEMOCRATIC DEFICIT 249, 256 (Victor Bekkers et al. eds., 2007).

[80] Christian Joerges & Jürgen Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process*, 3 EUR. L.J. 273, 294 (1997) は、国民国家における民主政の限界との関係で超国家制度の正統性を論じている（deliberative supranationalism）。

[81] Susan Emmenegger, *The Basle Committee on Banking Supervision*, *in* THE REGULATION OF INTERNATIONAL FINANCIAL MARKETS 224, 236 (Rainer Grote & Thilo Marauhn eds., 2006). また、Wolfgang Kahl (Anm.6), S.98 は、銀行・金融サービス規制領域における行政機関相互の国際協力に対して、制度的法律の留保の考え方を適用すべきとする。

[82] Thomas Groß, Zum Entstehen neuer institutioneller Arrangements in: Dieter Gosewinkel/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, WZB-Jahrbuch 2007, 2008, S.141-163 (157).

[83] Stefan Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S.1.; Birgit Schmidt am Busch, Die Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, 2007, S.3.

自治法では明確である。その第１の例は調達法である。日本でもドイツでも、国際的な公共調達法（WTO やEU）との関係での入札者の地域要件の是非はしばしば議論される[84]。第２の例は、世界遺産に指定されていたドレスデンでの橋の建設をめぐる事件である[85]。地域の直接民主政と国際条約との相剋を公法学は理論的に解決しなければならない[86]。ここでは唯一の解決策を模索するよりはむしろ、規律領域の特性に応じて細かく考えていくべきであろう。一般的に言えば、経済的・技術的事項に関係する場合には統一性を優先すべきである。また文化的で地域的な事務に関しては、補完性の立場が選択されるべきである。

このような区分は単に事務配分の現状を整理したのみならず、理論的な根拠も有している。どのレベルで公的任務を決定すべきなのかという問題は、当該レベルの決定能力と密接な関係を持っている。この見方は機能的権力分立論に由来している[87]。つまり、公共部門の多層化は垂直的権力分立の問題でもあるのである。日本の公法学はこれまで、一部の例外[88]を除いて垂直的権力分立論に十分な関心を払ってこなかった。公共部門の多層化の分析は権力分立論に新たな視野を提供することが期待される。

公共部門の多層化構造を権力分立システムと捉えることで、さまざまなレベル相互間のコントロールという新たな視点を獲得することができる。ここでも、権力分立システム内部での「決定の質」の確保メカニズムが問

[84] 須網隆夫「WTO と地方自治体」ジュリスト1254号（2003年）72-79頁。

[85] Heike Krieger, Die Herrschaft der Fremden, AöR 133 (2008), S.315-345 (338ff.).

[86] BVerfG, Beschl. v. 29. 5. 2007, NVwZ 2007, S.1176.

[87] Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, S.211f., Rn.488ff.; Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 5.Aufl. 2007, S.359, Rn.4.

[88] 垂直的権力分立論を地方自治に適用する論攷として参照、斎藤誠「憲法と地方自治」法学教室243号（2000年）76-80（78）頁。また、太田匡彦「住所・住民・地方公共団体」地方自治727号（2008年）2-22（11）頁は、国と地方公共団体という構成原理を異にする２つの統治団体の視角から外国人の地方参政権問題を検討する。さらに、山本隆司「私人の法的地位と一般法原則（4）」法学教室349号（2009年）63-73（67）頁は、多層的秩序の観点から外国人の公務就任権に関する最高裁判決（最判2005（平成17）年１月26日民集59巻１号128頁）を批判的に考察している。

題となるのである。公的任務遂行主体相互間のコントロールと並び、それによって必要となるコミュニケーションも、決定の質を高めうるだろう[89]。こうした見方は、公的任務遂行主体間の訴訟をガバナンス技術の一つと捉える見方とも整合する。

３．多元的システムにおける制度設計論

（1）多元的システムにおける法律の役割

多元的システムは規範体系にも大きな影響を与えている。自主規制の枠組での民間の規範制定は、規範体系の中でより重要な役割を担ってきている。同時に多層的な関係における国際的な規範もまた重要である。この結果、国家の法律はさまざまな法規範の一つに過ぎなくなってきているようにも見える。

しかし、次の２つの理由から、国家の法律の社会に対する制御能力は今後もなお失われないと考えられる。第１に、複線化（民間による規範策定）の関係では、多くの自主規制の事例が国家の影響の下におかれていることを見落とすべきではない[90]。理念的には国家との距離の確保が最も要請されるはずの報道・放送の自主規制でさえ、現実には国家の規制圧力なしには作動しない[91]。第２に、多層化（特に国際的規範）の観点からは、国家は依然として最終的な執行手段を独占し、全ての任務を包括的・一貫的に遂行できる立場にあると言える[92]。国際機構は多くの場合、固有の執行手

[89] Arthur Benz, Governance in Mehrebenensystemen, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2.Aufl. 2006, S.95-120 (110f.) は、分散的な政策決定構造が競争関係による政策革新を生む可能性を論じている。

[90] Claudio Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 39 (2006), S.335-371 (339); Jörn Axel Kämmerer, Privatisierung und Staatsaufgaben, DVBl. 2008, S.1005-1016 (1014).

[91] 原田大樹・前掲註（7）131頁。

[92] 佐藤隆文編著『バーゼルⅡと銀行監督』（東洋経済新報社・2007年）45頁は、バーゼル委員会による自己資本規制に関する日本の経験と教訓として、「国際合意そのものが実効性を持っているのではなく、それを国内適用し有効活用しようとする各国当局の意志と実行力が重要であること」、「自己資本比率規制は単独で機能するのではなく、会計ルールや資産査定・償却引当基準など周辺インフラストラクチャー

段を持たないので、執行事務は国家に割り当てられることになる[93]。

こうしたことを背景として、法律にはどのような新しい役割が認められるだろうか。国家法が民間の規範策定や国際的な規範策定と連携している場合を念頭に置くと、次の２つの局面に分けて考えることができる。第１に、国家は、民間あるいは国際的な規範策定組織に対して一定の実体的あるいは手続的な条件を要求できるし、またそうすべきである。民間のあるいは国際的な規範を適用することは、立法者が対応する規律を見送り、その任務を民間または国際的な規範策定組織に委譲することを意味する。これは法律の留保あるいは議会留保の問題と関わる[94]。立法者は、一方では民間あるいは国際的な規範策定組織が遵守すべき条件（例えば適正手続）を定め、他方ではこうした組織が条件を遵守しなかった場合に国家がその任務を自ら実施するセーフガードを準備しておくべきである。第２に、立法者は、どのようにこうした民間規範・国際的規範を国家法に取り込むかを決定しなければならない[95]。このような法的効力の調整は、さまざまな公的任務遂行主体間の静態的な調整の一種である。具体的な法技術として、権限の授権・判断余地・参照・不確定法概念や一般条項による受容・適用優先の5つがある。この２つの課題を具体的に検討するフィールドとして、国際会計基準を挙げることができる[96]。これらの規律に法律が成功すれば、社会に対する制御能力は従来以上に高まるだろう[97]。

に支えられて初めて、高い実効性を発揮するものであること」等を挙げている。

93 Ludwig Gramlich, Eine neue internationale „Finanzarchitektur" oder: Der IMF in der Krise?, AVR 38 (2000), S.399-454 (454); Christoph Ohler, Die Zukunft des Wirtschaftsverwaltungsrechts unter den Bedingungen globaler Märkte, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik 44. AssÖR, 2004, S.309-338 (338).

94 Michael Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.685-695 (694).

95 Gregor Bachmann, Private Ordnung, 2006, S.373.

96 具体的な検討として、原田大樹「国際会計基準採用の法的課題」ジュリスト1380号（2009年）2-7頁。

97 Matthias Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.1085-1173 (S.1097 Rn.19).

(2) 行政過程論から公共制度設計論へ

多元的システムは行政法学に対してその視野の拡大とともに、新たな理論的フォーメーションの確立も要請している。国家の立法者が設計し、国家の行政機関が活動を展開する行政過程空間を法的に整序する行政過程論を、多元的システム全般に考察対象を広げた公共制度設計論へと発展させる必要があるように思われる。より具体的には次の３点の変革が必要となろう。

第１に、公共制度設計論においては、複数の制度設計者の存在を考察の前提としなければならない。従来の国家・地方自治体だけではなく、国際機構や私的主体による公共制度設計の法技術や手続・組織についても、行政法学は関心を向ける必要がある。その際には、国際機構や私的主体が公法法理に配慮した制度設計を行うよう支援するとともに、これらの組織体に特徴的な制度設計技術の蓄積も図るべきである。

第２に、公共制度設計論においても、国家の立法者の特別な役割への考察がなされなければならない。既に述べたように、多元的システムのもとでも国家の立法者には、多元的な法秩序を最終的に制御する権限が認められるべきである。そこで、国際機構や私的主体の公的決定を制御するための法技術の確立を急ぐべきである。

第３に、公共制度設計論においては、法技術の整序の単位として、従来の行為形式（活動形式）のみならず、規律構造をも用いるべきである。公共部門内部の様々なアクターの制度配置を意味する規律構造に着目することで、公共部門の政策決定の質を向上させる法的手段を検討したり、アクター相互の政策調整や法的効力調整に必要な法技術をより効果的に集積させたりすることができると考えられる。

おわりに

主として民営化とグローバル化に起因する公共部門におけるアクターの複線化・多層化によって、行政法学のあり方を再考する必要が生じている。本稿では多層化の問題を中心に、ガバナンス論の視点を問題発見的に取り入れて、新たな理論の方向性を示す作業を行った。とはいえ、当面国家は存続する、換言すれば国家は今後も重要な役割を果たし続けることを

行政法学は前提とすべきである。国家は公法の係留点としての立場をなお維持すると考えられる。このことは行政法学に対し、以下の２つの具体的課題を提示している。

第１に、国家は公的任務遂行の参照モデルとしても機能する（モデル提示機能）。多元的システムにおいては、国際機構も民間主体もこれまでより重要な役割を果たすこととなり、市民に対してより大きな影響を与えるようになる。それゆえ行政法学は、国家のもとに蓄積されてきた公法理論、例えば法治主義・基本権・適正手続保障・効果的な権利救済などを、国際機構や民間の公的任務遂行主体に対しても段階的に適用する新たな理論枠組を発達させるべきである。第２に、国家は多元的システムの中心にとどまっている。公的任務の遂行の際に同時にさまざまなレベルでのさまざまな主体が活動するのを国家が調整することが必要となる（調整機能）。

これらの作業はまだ緒に就いたばかりである。各論的課題の分析を進めつつ、そこから共通の要素を抽出して理論的な枠組を具体的に構築することが、今後の課題となる。

［附記］本稿は2008（平成20）年度日本学術振興会海外特別研究員（研究課題名：国際機構・国家・自治組織間における政策・法規範効力調整ルールに関する公法学的研究）の研究成果の一部でもある。また、日本法の文献収集につき、村西良太准教授（九州大学）の協力を得た。