

日本型協働概念の歴史的展開と 行政法学の課題

大久保規子*

目次

I. 2つの協働概念	1. 求められる視点
II. 多元的協働概念の展開	2. 従来の議論状況
1. 協働施策の展開	V. 多元的協働をめぐる行政法上の論点
2. 実定法上の協働概念	1. NPOの組織法上の位置づけ
III. 多元的協働概念の特徴	2. 協議の組織手続
1. 参加と協働の異同	3. 契約
2. 多元的協働の基本的特徴	4. 司法アクセス
IV. 行政法学における協働の位置付け	VI. おわりに

I. 2つの協働概念

現代社会において、「公私協働」(PPP: Public Private Partnership)は、欧米諸国においても、アジアの国々においても共通に見られる現象であり、その法的分析は、行政法学における重要課題の1つとなっている。もっとも「協働」ということばは極めて多義的な概念であり、国内においても、国際社会においても¹⁾、共通認識が形成されているとは言い難い状況にある。「協

* 大阪大学大学院 法学研究科 教授

1) 例えば、稲葉一将「アメリカ公法学における『協働』の観念について」法律時報80巻9号96頁以下(2008)、榎原秀訓「イギリスにおける公私協働」法律時報80巻11号

働」概念は最廣義では「同じ目的のために協力すること」を意味するにすぎないが²⁾、現代の日本の行政實務では、相互に深く關連しつつも根本的に異なる2つの意味で用いられている³⁾。

第1は、行政、市民、NPO、事業者等、立場の異なる主体が、それぞれの価値や能力を理解・尊重すると同時に、相互に批判を受け入れ、共通の認識をつくり、對等なパートナーとして連携・協力して、さまざまな社會問題・公的課題に取り組むという意味であり、自治行政や環境行政の分野で用いられている用語法である⁴⁾。第2は、規制緩和や行政の効率化の観点から「公的任務(とくに公共サービス)の民間開放を行うこと」を指し、行政改革の文脈で語られることが多い⁵⁾。

81頁以下(2008), 金光洙(李孝慶訳)「韓国における公私協働關連法の現状と課題」法律時報81卷1号83頁以下(2009)金海龍(李孝慶訳)「韓国における公私協働論議」法律時報81卷2号93頁以下(2009), Jan Ziekow(磯村 篤範訳)「ドイツにおける公私協働論の構造及び戦略」法律時報81卷3号90頁以下(2009), 巨理格「フランス法における公私協働」法律時報81卷5号135頁以下(2009), 木村琢鷹「フランスにおける公私協働論の潮流」法律時報81卷9号95頁以下(2009), 梶哲教「公私協働の進展と国家觀の変化」法律時報81卷10号111頁以下(2009), 蔡秀卿「台湾における協働論」法律時報82卷1号98頁以下(2010) 参照。

- 2) このような使用例は、日本では既に戦前から見られ、「協同」や「共同」概念と意識的に区別されることなく用いられている。例えば、篠田七郎「協働組合の意義並に性質」經濟法律論叢(専修大学)2卷1号91頁以下(1931)参照。
- 3) 同様に、この2つの協働概念の区別に着目するものとして、例えば、岡田章宏「『公私協働』の政策動向」室井力編・住民参加のシステム改革38頁以下(2003), 山村恒年「新公共管理法と住民参加・協働論」山村恒年編・新公共管理システムと行政法96頁以下(2004), 紙野健二「協働論の方法, 論点及び課題」法律時報81卷4号101頁以下(2009)参照。
- 4) 例えば、総務省自治行政局地域振興課「住民等と行政との協働」に関する調査(最終報告)(2005)は、「住民等と行政が、相互の立場や特性を認識・尊重しながら、共通の目的を達成するために協力して活動すること」を協働と定義している。
- 5) 例えば、日本版PPP研究会・日本版PPP(Public Private Partnership:公共サービスの民間開放)の実現に向けて(中間とりまとめ)(2002)(<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0002742/1/020522hontai.pdf>)参照。

いずれの概念も公的任務をどのように実施するかという観点から立てられた概念であるが、第1の協働では、行政が、どのように異なる価値観・能力等を有する多様な主体と公的課題について協議し、多様な価値の實現を図るのが問われている。これに對し、第2の協働概念をめぐっては、ある公的任務を行政が行うのか、それとも民間が行うのかという問題に焦点が当てられている。そこで、ここでは第1の協働概念を多元的協働概念と呼び、第2の協働概念を分担的協働概念と呼ぶ。

矢作川方式、西淀川方式等の先驅的事例にみられるように、日本は第1の意味での協働先進國の側面を有しており、自主的取り組みが一定の功を奏した数少ない國の1つでもある。ところが、最近では、その有効性に對する疑問も呈されるようになり、「協働疲れ」ともいうべき状況が各地で生じている。私見によれば、現行制度が機能不全に陥っている法的要因の1つは、兩概念が明確に區別されずに用いられていることにある。多元的価値を反映し新しい公共を創るという第1の考え方と、自己責任を掲げて市場原理の貫徹をめざす第2の考え方とは對極に位置するものであるにもかかわらず、両者が混同されているために、共通認識の形成が阻害され、議論の混亂がもたらされている。

そこで、本稿では、日本型ともいうべき多元的協働概念に焦点を当てて、その概念の展開と法的課題を論じるとともに、その作業を通じて分担的協働概念との異同を明らかにすることを試みる。

Ⅱ. 多元的協働概念の展開

1. 協働施策の展開

多元的協働概念がいつ頃から用いられているのかは必ずしも定かではない。しかし、とくに環境分野では、協働と名付けるかどうかはともかくとして、國際的に見ても先驅的な協働事例が古くから存在した。例えば、愛知縣の矢作川流域では、既に1969年に、矢作川沿岸水質保全對策協議會が設置され、住民、利水団体、事業者、行政等が、さまざまな對立を次第に克服しながら「矢作川方式」と呼ばれる独自の協働的流域管理システムを作り上げてきた。また、西淀川大氣汚染公害訴訟では、長い間、大氣汚染に苦しめられてきた原告患者と加害者である被告企業との間に和解が成立し(1995年3月)、その解決金の一部により公害再生地域センター(あおぞら財団)が設立され(1996年)、地域の環境再生への取組みが進められてきた。財団の設立趣意書には、「公害地域の再生は、たんに自然環境面での再生・創造・保全にとどまらず、住民の健康の回復・増進、經濟優先型の開發によって損なわれたコミュニティ機能の回復・育成、行政・企業・住民の信賴・協働關係(パートナーシップ)の再構築などによって實現される」と記載されている。和解金の一部を地域の環境再生に充てる西淀川方式は、その後、川崎、水島、尼崎、名古屋南部等、各地の大型大氣汚染訴訟の現場にも浸透していった⁶⁾。

6) これらの事例については、例えば、環境庁企画調整局編・環境パートナーシップの構築に向けて(大藏省印刷局・1996)、U I U矢作川方式検討会・矢作川で生まれた流域の管理(1990)、「特集 環境再生の地域計画」環境と公害28巻3号2頁以下(1999)参照。

このような状況の中、學會においても、すでに1970年代後半には、住民自治や参加論に関する文獻の中で協働の必要性が指摘されており⁷⁾、1980年代後半以降、主に行政學の分野で、協働を住民自治や参加の發展形態として捉える動きが活發化する⁸⁾。そして、1990年代に入ると、協働の推進は、行政においても重要な政策課題の1つとして位置づけられるようになる。

その背景には、第1に、市民・NPO活動に対する社會的認識の高まりがある。環境、福祉、消費者保護の分野にみられるように、市民、NPO等による非營利活動は決して新しい現象ではない。しかし、阪神・淡路大震災(1995年)を契機として、その重要性が一般市民や行政の間にも廣く浸透する。そして、公的任務は、行政だけではなく、多くのNPOによっても担われていることが認知されるようになった。そこで、行政においても市民・NPO活動との連携が模索されるようになるが、その際、まず行われたのは、NPO活動の基盤整備であった。「特定非營利活動促進法」の制定(1998年)を皮切りに、財政的支援(補助金、NPOへの委託事業等)、活動據点の整備等が行われ、各地でNPO活動支援条例・要綱が制定された。

第2に、行政の公正と透明性の確保をめざす一連の行政改革では、「行政手続法」(1993年)の制定にみられるように、まず、行政處分等の相手方の權利保障に重点が置かれ、その後、第三者の利益を考慮するしくみの充實へと次第にその射程が廣げられてきた。國民主權の理念にのっとり「情報公開法」が制定され(1999年)、パブリック・コメントも法制化された(2005年)。さらに、とく

7) 初期の文獻として、寄本勝美「『住民協働』による自治の發展を求めて」早稲田政治経済学雑誌244=245号425頁以下(1976)参照。

8) 例えば、荒木昭次郎・参加と協働(1990)参照。

に福祉，環境，まちづくり等の分野では，行政のみで公益判断を行い，公的任務を遂行することの限界が明らかとなり，環境影響評価法の制定(1997年)，河川法における参加制度の強化(1997年)等が行われ，先行的に手続的参加規定の充實や協働施策の強化が図られた。

第3に，地方分権の推進により，住民自治のあり方が改めて問われるようになった影響も大きい。1999年の地方分権改革において，住民自治の充實が各自治体の創意工夫に委ねられたことを受けて，自治基本条例や市民参加・協働条例が制定され，参加・協働の共通ルールや多様な参加手法の体系化にも力が注がれるようになる。この動きは，従来，同じ自治体内部でも担当部局ごとに格差のあった協働施策の取組みを底上げする効果をもたらすこととなった。

2. 実定法上の協働概念

協働という用語は，各地の自治基本条例や協働・参画条例に幅広く用いられており，分権時代の自治行政の中核概念となりつつある。参加・協働に関連した条例には，實にさまざまな名称のものがあるが，その多くは住民に身近な市町村レベルで制定されている。これらの条例を分類するのは容易ではないが，①自治基本条例，まちづくり基本条例等，自治体の基本原則を定めるもの(自治基本条例型)，②参加・協働の理念・原則を定めるもの(参加理念・原則型)，③ワークショップから，パブリック・コメント，審議会まで，多様な参加・協働手法の総合的な体系化を図るもの(参加総合型)，④パブリック・コメント，住民投票等，個々の参加・協働手法の具体的仕組みを定めるもの(参加個別型)，⑤市民・NPO活動

の支援・促進に関するもの(支援型), ⑥参加・協働に関する規定とNPO活動の支援・促進に関する規定を1つにまとめたもの(参加・支援総合型), ⑦主にコミュニティ組織について定めるもの(コミュニティ型), ⑧環境保全, まちづくり, 福祉等, 個別分野における参加・協働のしくみを定めるもの等に大別できる。これらは相互に排他的なものではなく, 複数の条例を同時に, または段階的に整備している自治体も少なくない。

第1に, 自治基本条例型には, 参加理念・原則型と同様に, 参加・協働の原則を定めるものが多い(「生野町まちづくり基本条例」等)。第2に, 参加理念・原則型のさきがけは, 「箕面市市民参加条例」(1997年)である⁹⁾。①会議の公開, ②附属機関の委員の市民公募, ③市民投票の3つを柱とする9箇條の短い条例であるが, 初期の市民参加条例としての意義は大きい。第3に, 参加総合型は比較的新しい類型であり, 「石狩市行政活動への市民参加の推進に関する条例」(2001年)に端を發する¹⁰⁾。石狩市条例は, 参加手續の通則, 個別の参加手續に加え, 参加手續以外の方法による参加の推進(對話の機會設定, 要望・苦情の扱い等)についても定めている。「旭川市市民参加推進条例」(2002年), 「西東京市市民参加条例」(2002年), 「和光市市民参加条例」(2003年), 「宮代町市民参加条例」(2004年)等, この類型の条例には意欲的な規定が多い。第4に, 参加個別型には, パブリック・コメント条例, 常設型の住民投票条例のほか, オンブズ条例(例えば「川崎市市民オンブズマン条例」)等がある。パブリック・コメントに関しては, 「横須賀市市民パブリック・コメント手續条例」(2001年)を皮切りに¹¹⁾, 個別条例化に踏み切るところが現れるようになった。また, 住

9) 橋本卓「箕面市『まちづくり理念条例』と『市民参加条例』」地方自治職員研修35巻3号32頁以下(2002)参照。

10) 藤田正人「石狩市市民の声を活かす条例」地方自治職員研修35巻3号39頁以下(2002)参照。

11) 出石稔「横須賀市市民パブリック・コメント手續条例」地方自治職員研修35巻3号3

民投票條例には、個別の政策の存否を問うものか、市町村合併に関するものが多いが、常設型の住民投票條例としては、「高浜市住民投票條例」(2002年)、「富士見市市民投票條例」(2002年)等が制定されている。第5に、支援型の條例は¹²⁾、NPO法の制定を契機として、まず、都道府縣、政令市で制定された。これらの條例の最大の意義は、NPO活動とその支援施策を條例により自治体行政に明確に位置付けたことにあるといえる。また、その後の支援條例には、「かながわボランティア活動推進基金21條例」(2001年)、「池田市公益活動促進に関する條例」(2003年)、「石巻市市民公益活動団体との協働及び支援に関する條例」(2002年)のように、支援基金、NPOの登録制等、支援のより具体的な仕組みについて定める條例が増えている。第6に、参加・支援総合型の條例は、比較的最近の條例である。「狛江市の市民参加と市民協働の推進に関する基本條例」(2003年)、「鯖江市市民活動によるまちづくり推進條例」(2003年)等には、市民協働パイロット事業をはじめとする先驅的・實驗的施策も盛り込まれた。

これらの條例における協働の定義は一律ではないが、多元性、自律性・自主性、對等性等がその基本的な要素・原則とされている¹³⁾。例えば、協働とは「市民及び市が、それぞれの役割と責任に基づき、對等の立場で連携協力して市政を充實させ、又は發展させること」をいうとするもの(小金井市)、「市民、市民活動団体、事業者及び市が對等な立場で、お互いによきパートナーとして連携し、それぞれの役割と責任に基づき創造する魅力と活力ある地域社會」を「協働社會」として定義するもの(大垣市)、「市

6頁以下(2002)参照。

12) 支援型の條例については、例えば、松下啓一・自治体NPO政策(ぎょうせい・1998)参照。

13) 拙稿「NPOと行政の法關係」山本啓=雨宮孝子=新川達郎著・NPOと法・行政84頁以下(2002)、同「市民参加・協働條例の現状と課題」公共政策研究4号24頁以下(2004)参照。

民、市民活動団体、事業者及び市が、互いの相違を認識し、市民が望むまちづくりを目指して、多角的及び多元的に取り組むこと」を「市民協働」というとするもの(浜松市)などがある。これら条例の協働概念は、多元的協働概念を基礎としていることが明らかである。

これに對し、協働ということばを用いている法律は多くはない。その嚆矢となったのは、2003年に成立した「環境の保全のための意欲の増進及び環境教育の推進に関する法律」(環境保全活動・環境教育推進法)である。同法では、「二以上の國民、民間団体等がそれぞれ適切に役割を分担しつつ對等の立場において相互に協力して行う環境保全の意欲の増進その他の環境の保全に関する取組」を「協働取組」と呼んでいる(21條)。この定義では、行政との協働は想定されていないようにも見えるが、2008年に制定された生物多様性基本法21條では、生物多様性の保全等に關し、①國と多様な主体との「連携・協働」(1項)、②政策形成への民意の反映(2項)、③自發的な活動の促進(3項)が定められている。このように、法律においても多元的協働概念が基礎とされており、實定法上の協働概念は多元的協働概念を想定しているといえる。

Ⅲ. 多元的協働概念の特徴

1. 参加と協働の異同

上述のように、多元的協働概念は参加論の系譜に属する概念であるが、従来の参加概念と本質的にどこが違うのであろうか。参加についても、さまざまな定義が存在するが、例えば田村悦一教授は、1981年の段階において、住民参加とは「地方公共団体の行政運営の諸過程において、住民の発言権が確保される組織と構造」であると定義している¹⁴⁾。そこでは、裁判も含めて、住民参加概念を幅広く捉えているが、その対象は、あくまでも「行政の運営」に住民が意見を表明することに限定されている。各地の条例においても、①行政活動に市民意見を反映させること、②それが行政過程の企画立案から評価に至るあらゆる段階において実現されることが、参加概念の重要な要素とされている。

これに對し、多元的協働は、市民やNPOを主体的な公共の担い手として位置づけるという点に特徴があり、伝統的な公共性概念の轉換を促す理念的な性格の強い概念である。それ故、「公私」協働という用語法は「公とは國家である」という意味合いを含み、國家と社會の二元論を前提とするが故に適切ではないとされる。

もっとも、多元的協働概念において、伝統的な参加がその対象から除外されているわけではない。最近では、それぞれの公的任務の歸屬先を基準として、協働を3類型に區分する例が増えている。第1は、國または自治体の事務に多様な主体が参加する場合である。第2は、市民、NPO等の民間非營利活動を國・自治体が

14) 田村悦一・住民参加の法的課題2頁以下(2006)参照。

支援する場合である。第3は、国または自治体が、公的任務を他の主体との協働事務・事業として実施する場合である(狭義の協働)。

行政法学において、通常、第1の類型は、市民参加の問題として捉えられており、研究の蓄積も多い。また、第2の類型は、資金助成、事務委託、指定管理者制度の活用等、個別的な課題として論じられてきたが、包括的・体系的研究が成熟するには至っていない。第3の類型は極めて新しい現象であり、一部で協働契約の研究が始まっているものの、従来、行政法学における本格的な検討はほとんど行われていないといつてよい。

法治主義原理をはじめとする行政法の諸原理が、多元的協働という現象にどこまでどのように適用されるべきかを考えるうえで、分担的協働との違いに加え、この3類型を区別して論じることが有効である。例えば、建築協定、緑地協定等、認可制と承継効を特徴とする契約について、後の土地所有者も協定に拘束されることを理由に「民による権力行使」の一類型と位置づけ、憲法上の問題が生じる可能性を指摘する考え方が存在する¹⁵⁾。しかし、これらの協定は、むしろ地権者の自主的取組みを行政が自己の権限で側面から支援するものであり、第3の類型に位置づけられる。協定違反に対しても、例えば建築基準法に基づく是正命令等を発することはできず、最終的には民事訴訟により義務の履行を求めるほかないから、指定機関による建築確認等と同じ枠組みで論じることは適切ではない。

15) 米丸恒治「『民』による権力行使」小林武=見上崇洋=安本典夫編・『民』による行政64頁以下(2005)参照。

2. 多元的協働の基本的特徴

多元的協働の特徴としてしばしば挙げられるのは、多元性、對等性および自律性である。これらの要素は、それぞれ何を意味するのであろうか。

第1に、多元性とは、①協働主体の多様性、②協働手法の多様性、③協働過程の多段階性を意味する。すなわち、多元的協働は、多者協議・熟議を通じて、各主体がばらばらに活動するよりも適切な公共的任務の遂行をめざすものである¹⁶⁾。この趣旨をより明確にするために、最近では「協創」という造語が用いられることもある。

このように、多元的協働では、行政と處分の相手方との二面的な関係や、これに間接的な影響を受ける第三者を加えた三面関係のみならず、さらに多元的な関係が問題となりうる。そのため、協議の組織、手續、手法等、その有効性を担保するための仕組みの構築が重視される。この点で、それぞれの役割をそれぞれの主体が獨自に遂行し、これを最終的に行政が統制する分担的協働とは、問題の所在が異なっている。

また、多元的な価値を畫一的な手法で反映させることは困難であり、事案の性質に応じて多様な手法が必要とされる。従來の參加の主な手法が住民モニター、アンケート、意見提出、説明會・公聽會、審議會等であったのに對し、最近では、コールセンター、電子會議室、パブリック・コメント、市民會議、ワークショップ、協議會、住民投票、アダプトプログラム、協働事業、パートナーシップ協定、オンブズマン等の多様な手法が用いられている。こ

16) 同様の指摘として、例えば白石克孝「パートナーシップと住民參加」室井編・前掲書96頁以下参照。

これらの手法は、法制度化されたものと法制度化されていないものに分けることができ、協働の程度に応じ、情報交換、協議、共同決定等に分けることも可能である¹⁷⁾。

さらに、協働は、計画段階から、決定段階、実施段階および評価・是正段階に至るまで、多段階的に形成される継続的な関係である。それ故、協働の有効性・効率性の観点から、協働事項の性質を踏まえ、各段階に適した協働手法を選択することが重要となる。

第2に、対等性は、協働をめぐり最も争いのある要素である。対等性は、行政と市民・NPO等との関係が主体と客体の関係（陳情、下請等）ではないという考え方を象徴する表現として重視されることも少なくない。しかし、ある公的任務が行政事務として行われる限り、法律により権限を付与された行政廳が最終的な決定権や責任を有するのは当然である。それ故、ここでの対等性とは、市民・NPO等が行政同様に公的任務の遂行主体たり得ること、その際、行政とは異なる獨自性や価値観が尊重されるべきことを意味すると解するべきである。従って、協働が有効に機能するためには、各協働主体の獨自性を活かせるような仕組みの構築が要請される。

第3に、自律性は、①各協働主体の自律性、②自主性の尊重、③協議組織・手続の中立性・公正性を意味する。その際、各協働主体の自律性を確保するためには、行政による不当な關与・介入の排除や組織的基盤の強化が重要である。また、自主性の尊重に関しては、行政が協働を義務付けたり、逆に行政に協働を求めることができるかが問題となり得る。さらに、協議組織・手続の中立性・公正性は、特定の利害からの獨立性や協議・決定の透明性を確保できるような仕組みを要請する。

17) 自治体における協働手法の概観について、総務省自治行政局地域振興課・前掲書参照

Ⅳ. 行政法学における協働の位置付け

1. 求められる視点

上述のように、多元的協働概念は、行政のみが公共性を判断・實現する主体なのではなく、市民、NPO等も公共の担い手として位置づけられるべきであるという考え方を基礎としている。このような多元的協働の進展は、行政法學にどのような課題を突きつけているのであろうか。

従來の行政法學は、基本的に行政法關係を國家・私人間の個別的關係に分解して考察する傾向があった。換言すれば、行政活動の直接の相手方の權利利益の保護を図るとともに、それ以外の第三者の權利利益をどのように考慮するかという視点で論じられることが多かった。しかし、多元的協働においては、公共性の判断・實現プロセス全体の中で、多元的価値が適切に考慮・實現されたかが問題とされる。また、一連の協働過程では、行政指導、行政契約、行政處分等、多様な主体に對して多様な行爲形式が利用される。

従って、これまで第三者と位置づけられてきた者も、プロセス全体からみると、單なる第三者ではなく、協働の一主体として把握されることがありうる。このことは、あらゆる価値を等価に置くものではないが、従來必ずしも適切に考慮されてこなかった価値を公平に反映・實現する仕組みの構築を要請する。例えば、企業の經濟的利益は、所有權や經濟活動の自由等を保護するさまざまな法律の規定によって、もともとその保護が図られてきた。そのうえ、業界団体が組織化されているため、審議會等の既存の制度を利用することによっても、比較的容易にその意向を政策決定に反映させることのできる構造が存在していたといえる。

これに對し、不特定多數の人に關わりながらも組織化されにくい多様な権利利益（環境利益、消費者利益等）については、これまで公益として行政がその保護・實現を図ることが予定されており、個々の國民やNPOが行政の判断を裁判等で争う可能性は極めて限られていた。それ故、多元的協働の観点からは、多様な権利利益の主体が、さまざまな公的任務における公共性の判断に主体的・積極的な役割を果たすことのできるような仕組みを制度的に保障することが、とりわけ重視される。公共サービスの民間開放による分担的協働の推進は、そのプロセスの中に多元的価値を反映する仕組みが組み込まれない限り、既存の権利（所有権や経済活動の自由等）のさらなる強化を意味する可能性がある。このように多元的協働と分担的協働とは、相対立する關係に立ちうるから、2つの協働概念は明確に區別して論じる必要がある。

2. 従来の議論状況

それでは、従来の行政法学において、「協働」はどのように位置付けられてきたのであろうか。行政学においては、早くから協働という用語が用いられてきたのに對し、行政法学で意識的に協働の問題が論じられるようになったのは、比較的最近のことである。その際、日本の議論に大きな影響を与えたのは、ドイツの議論である。

まず、問題とされたのは、行政法の体系において、市民を國家のパートナーとして捉えることの是非であった。すなわち、ドイツの行政法学では、すでに1970年代から、行政行為中心の理論体系の見直しが課題とされ、市民参加の位置づけや公法上の契約をめぐる議論が活発化し、協働國家への移行の是非が問われるよう

になった。一連のドイツの議論は、法関係説やインフォーマルな行政活動等、さまざまな形で日本に紹介されてきたが、1990年代半ばになると、参加と協働という切り口を前面に出して、日本において協働概念を用いることの問題性を指摘する論文が現れる。例えば宮崎良夫教授は¹⁸⁾、①行政権をあくまで権力の担い手として捉え、これに対する権利保護のための理論体系づくりを行政法学の課題と考える立場と、②現代行政の多様性を事実として受け止め、行政権を社会における諸利害の対立を調整する管理者として位置づけ、市民を行政のパートナーとして捉えたうえで、行政を管理するための管理学として行政法学を考える立場とに、ドイツの議論状況を整理する。その上で、行政権の権力性を無視するような後者の見解には一種の危うさを感じるとし、協働を語るよりも、市民が自己の権利・利益を主張し、防御するための「参加」を認めることによって行政決定の妥当性を確保すべきであると主張する。

このような協働懐疑論に對し、公共善のために協働が望ましい場合があることを前提としたうえで、それが適切に機能するための法原理や統制枠組みを提示しようとする試みが現れる。その代表者が、ドイツの議論を手がかりにした山本隆司教授の一連の著作であろう¹⁹⁾。そこでは、狭義の公私協働は、分配決定に関する公私協働のうち「私人ないし私的組織が、自らの利益以外の利益

18) 宮崎良夫「行政法関係における参加・協働・防御」兼子仁=磯部力編・手続的行政法学の理論67頁以下(1995)参照。

19) 山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀記念祝賀・公法学の法と政策(下)531頁以下(2000)、同「民間の営利・非営利組織と行政の協働」行政法の争点第3版154頁以下(2004)、同「日本における公私協働」稲葉馨=巨理格編・行政法の思考様式171頁以下(2008)参照。なお、ドイツの公私協働概念の多義性について、岸本太樹「公的任務の共同遂行(公私協働)と行政上の契約(1)(2)」自研81卷3号91頁以下、81卷6号132頁以下(2005)参照。

に関する情報を(も)、國の單なる一情報源としての役割を超えて加工することを、國によって法律上または事實上任されている場合」をいうとされる。本稿にいう多元的協働に当たるものがその対象から除外されているわけではないが、「任される」という定義に見られるように、ここで主に考察の対象とされているのは、分担的協働の現象のようである。

しかし、①基本権防御、②基本権保護、③法治國原理・民主主義原理に照らして協働の限界や統制原理を検討すべきであるとし、協働を行う私人には、①中立性の確保、②すべての關係利益が同等に表現される機會の確保、③透明性の確保等の「私行政法」が適用されるとする議論は、多元的協働についても参考とすべき点が少なくない。また、關係諸利益の適切な考慮という観点から協働を統制する必要性を論じているという点では、多元的協働の考え方と相通ずる問題意識が認められる。

ドイツの議論は、多元的協働と分担的協働を明確に區別しているわけではなく、さまざまな立場が混在している。そのような中で、比較的多元的協働の問題に焦点を当てて論じてきたのは、環境、福祉、まちづくり²⁰⁾等、個別分野の研究である。とくに環境の分野では、「協働原則」が環境法・政策の基本原則の1つとして位置づけられてきたこともあって、環境団体の参加や団体訴訟も含めた多角的な議論が行われてきた²¹⁾。ドイツ環境法において

20) 例えば、豊島明子「ドイツ連邦社会扶助法における公と私の協働の法構造(1)(2)」三重法経論叢17巻1号1頁以下(1999)、2号37頁以下(2000)、野田崇「私人による都市計画?」法と政治(関西学院大)57巻3=4号1頁以下(2006)参照。また、とくに日本の協働型まちづくりについて、見上崇洋・地域空間をめぐる住民の利益と法(2006)参照。

21) 例えば、高橋正徳「ドイツにおける協働的環境保護」神長勲ほか・現代行政法の理論(室井力選登)148頁以下(1991)、拙稿「ドイツ環境法における協働原則—環境NGOの政策関与形式—」群馬大学社会情報学部研究論集3巻89頁以下(1997)、同

以上、従來の日本の行政法学は、どちらかといえば協働を分担的協働と捉え、あるいは兩者を明確に區別することなく、その適用法理について論じてきたといえる。

V. 多元的協働をめぐる行政法上の論点

1. NPOの組織法上の位置づけ

組織法の観点では、まず、新たな公共の担い手として台頭したNPOをどのように位置づけるかという問題がある。廣義のNPOは、非営利活動を行う民間組織の總称であり、その活動は、自主性、利他性または価値觀の一致を基礎とする。これに對し、行政活動は、税金を財源とし、ヒエラルヒー型の組織により時には権力的手法を用いて公目的の實現を図る。このように行政組織とNPOはその本質が異なる組織であり、國や自治体の外郭団体とも、理念的には明確に區別される。

従って、NPOセクターは、權力とヒエラルヒーを特徴とする國家セクターとも、競争と利潤の追求を特徴とする市場セクターとも異なる第3の獨立したセクターとして位置づけられるべきであり、伝統的な國家と社會の二元論を前提とした行政法理論も、見直されるべきである。このような第3セクター論は、歐米においてはすでに1970年代から主張されており、日本においても、かねてより紹介されてきた²⁴⁾。この考え方は、國家と社會の區別を

24) 田村・前掲書23頁以下参照。また、参加論を發展させ、行政と市民の対話過程に焦点を当てた行政法学の構築を目指すものとして、大橋洋一・行政法第2版－現代行政過程論(2004)参照。

2. 協議の組織・手続

多元的協働においては、多者協議・熟議が重要な役割を果たすため、どのような協議の場を設定し、その組織、手続等を定めるかがポイントとなる。具体的には、特定の利益に偏波することなく、多元的な利益が適切に反映されるように、協議の公正性を担保する必要がある²⁸⁾。その1つの方法として、行政とその他の主体とのインターメディアリーな組織として協議会方式を法制化する例が増えている。

これまでも非法定のインターメディアリーな協議会は数多く存在していたが、法律による制度化に先鞭をつけたのは、環境分野である。この種の法定協議会は、行政の付属機関（審議会）ではなく、また、多元的な構成を採るべく定められている例が少なくない。実際には行政が組織する協議会が多いとしても、行政担当者が、協議会の構成員として、NPO、事業者等と同じテーブルにつくという点が従来審議会との大きな違いである。しかし、その中でも多種多様な性格のものがあり、これらを一律に論じることは難しくなりつつある。

第1の類型は、民間の自主的活動の促進を図ることを目的とする協議会である。例えば、地球温暖化対策地域協議会(地球温暖化対策の推進に関する法律26条)は、協議会を公的に位置づけることにより、さまざまな主体の自主的取組みの連携・促進を図ることを意図している。そのために、行政主体のみならず、事業者、NPO等が広くこれを組織できるとされている。協議の対象は自

28) この点については、多元的参加に関するドイツの議論が参考になる。例えば、拙稿「営造物と利益集団の多元的参加」一橋論叢108巻1号104頁以下(1992)、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢152巻3号1頁以下(2002)参照。

とくに当該事業に許認可を必要とするような場合には、許認可廳や利害関係人の参加なしに協議會を組織し、計畫を策定・実施することは事実上困難であろう。

第4の類型は、公共サービスの提供に関する協議會である。例えば最近改正された道路運送法では、地域の合意がある場合に限り、NPOによるボランティア有償運送を可能とする制度が創設された(79條の4)。地域の合意がある場合とは、市町村長等が組織する運営協議會の協議が整っているときを意味し、運営協議會は、地方公共団体の長、住民・旅客、地方運輸局長のほか、既存の事業者団体やその運轉手の団体で構成することとされている。そのため、仮に既存の事業者団体等が協議に応じなければ、新規参入を阻むことが可能な制度であるといえる。

第5の類型は、地域自治を推進するための協議會である。その典型例は、2004年の自治法改正により設けられた「地域自治區」に設置される「地域協議會」制度である(自治法202條の4以下)。地域協議會の権限は、地域自治區の所掌事務や住民との連携強化等について意見を述べることである。また、構成員の選任は、多様な意見が適切に反映されるものとなるよう配慮しなければならないこと等が定められているほか、その組織・運営に関する事項は、條例の規定に委ねられている。

以上のように、協議會方式にはさまざまなものがあり、その事務の公共性および國民の権利利益に係わる程度に応じ、組織および協議手續の公正性・透明性を制度的に保障することが要請される。例えば、地球温暖化対策地域協議會のようなゆるやかな連携組織に関しては、組織や手續について柔軟性を認めても大きな問題はない。これに對し、審議會的機能を有する協議會については、たとえ行政機關として位置づけられていない場合であって

も、民主主義の原理に照らし、公平な参加機会の確保、情報の公開等、従来の審議会に準じて公正性と透明性を確保することが求められる。

公平な参加機会を保障するための具体的措置としてまず考えられるのは、法令に協議会の構成員を列挙し、その多元性を確保することである。組織構成が組織者の広い裁量に委ねられるとすれば、従来の審議会以上に、その公正性が疑問視される可能性がある。この点、現行法の中には、①構成員の構成に関し、多様な意見が適切に反映されるよう配慮する義務を定めたり(地域再生法12条4項)、②協議会を組織する旨を公表したうえ、一定の者に自己を構成員として加えるよう申し出ることができるものがある(都市鉄道等利便増進法13条6項・7項)。さらに、正当な理由のない限り、申出を拒むことができないと定める例もある(中心市街地活性化法15条5項)。そのほか、構成員以外の者の意見聴取をする手続を設けることも含め、事柄の性質に応じた工夫が求められる。

また、関係者の自主性の尊重と権利利益の保護という観点からは、協議会への参加義務を定めることができるかという問題が生じている。ボランティア有償運送の場合のように、協議が調うことが行政決定の要件にされている場合、そもそも既存の事業者団体等が協議に応じなければ、協議会方式は機能不全に陥る。他方、協議に応じる義務を課せば自主性の尊重という協働の基本理念に反することになるし、または事実上合意を強いるようなことがあれば、法治主義の観点から行政指導と同様の問題が生じる。双方の要請をどのように調和させるかは個別具体的に検討すべきであるが、公共サービスを担う事業者が全く協議に応じないという場合には、少なくともその理由の説明が求められることとなろう。現行法の中にも、①一定の者に協議会が参加を要請できる旨

を定めたり(中心市街地活性化法15条6項)、②正当な理由のない限り協議に応ずべき義務等を定める例がある(バリアフリー法26条4項、地域公共交通6条4項)。公共サービスの確保等の重要課題について、協議が調わなければ放置するということでは行政の責任放棄ともなりかねないから、協議が調わない場合の措置を定めたり、そもそも協議会方式になじむ事項か否かを再検討すべき場合もあろう。

通常、協議会の権限は、一定の公共的事項に関し協議することにとどまり、構成員に対しては、協議が調った事項について、自己拘束的な尊重義務が定められるにすぎない。これに對し、最近の自治基本条例や参加・協働条例の中には、地域コミュニティ型の協議会に一定の決定権や同意権を付与するものも現れている(例えば、伊賀市自治基本条例24条以下に定める住民自治協議会制度)。その際、行政廳の最終決定を条例により協議会の意思にかからしめ、法律の権限分配を変更することは、原則として許されない。しかし、①当該行政決定により影響を受ける者と協議会に参加している者の範囲が相当程度一致し、かつ、②協議会内部における意思形成の民主性が確保されているような場合に、法律の範囲内で協議会等による地域ルールの設定がどこまで許されるかは、極めて新しい検討課題である。

このような観点から注目されるのは、エコツーリズム推進法の仕組みである。同法では、市町村が事業者、NPOを含む多元的な協議会を組織し、協議会がエコツーリズム推進全体構想を作成することが認められている(5条)。そして、市町村の申請に基づき主務大臣が当該構想を認定した場合に限って、市町村長が立入制限等の利用規制を行うことが可能とされており(6条以下)、合意型のルール・メイキングの新たな段階を示すものといえる。

3. 契約

当事者の合意を基礎とする契約方式は、協働のための典型的な行爲形式であるといえる。協働のための主な契約には、①市民参加やパートナーシップの原則・ルールを設定するために用いられるもの(パートナーシップ協定)、②協働事業実施のために用いられるもの(協働事業契約)、③市民・事業者の自主的取組みを促進、支援するために用いられるもの等がある。

(1) パートナーシップ協定

パートナーシップ協定は、協働の目的、範囲、進め方等の協働ルールについて定める契約である。あらかじめ明確なルールや共通認識が形成されていない場合には、何度話し合いを重ねても結論を得ることができず、参加者が徒勞感を味わう例もないわけではない。協働を自己目的化することなく、公的任務のより良い実施につなげていくためには、参加のルールを明確にする必要がある。協働の基本的ルールは法定することが望ましい場合もあるが、1回限りのアドホックな協働、先驅的・試行的な協働、多様な主体のゆるやかな連携づくりのように、とくに柔軟性が求められる協働を行う場合には、協定方式が適している。参加ルールを協定方式で策定した先驅的事例としては、「みたか市民プラン21作成に関するパートナーシップ協定」がある²⁹⁾。また、最近の事案で注目されるのは、神戸市民による地域活動の推進に関する条例に基づくパートナーシップ協定である。このパートナーシップ協定

29) 詳細については、三鷹市の次のホームページ参照。<http://www.city.mitaka.tokyo.jp/a014/p001/d00100009101.html>

は、地域の個々の課題の具体的な解決策を考える前提として、多様な関係主体の「ゆるやかな連携」を進めることを目的として設けられたものである(9條)。その意味で、協働の理念と地域課題に關する共通の認識を深めるための基本協定として位置づけられる³⁰⁾。

(2) 提案型の協働事業契約

最近、新たな協働手法として注目を集めているのが、提案型の協働事業である³¹⁾。これは、公的課題の解決のためのさまざまな提案を広く公募し、公開のプレゼンテーションと第三者機關の審査等を経て採否を決定することにより、市民・NPO等のイニシアティブを活かしつつ、事業の公共性と公正性の確保しようとする契約方式である。具体的な工夫としては、①まず基本協定を締結し、行政の予算支出を伴う事項についてのみ別途有償契約を締結する、②事業の採否決定後に、仕様書を双方協議のもとで作成するなどのほか、③事業後には、行政による評価のみならず、提案団体による相互評価も行われている。このように、協働事業契約は、通常の委託契約とも、助成金の付与とも異なる狭義の協働のための制度として構想されている。

しかし、現行法上は、たとえ協働事業といえども、行政の予算支出を伴う有償契約を締結する以上は、會計法、地方自治法等の

30) 神戸市市民参画推進局「神戸市市民参画推進局が取り組んだ地域力強化のための仕組みづくり(上)(下)」都市政策125号68頁以下・126号64頁以下(2006)参照。
また、協定によるパートナーシップ・ルールの形成について、磯野弥生「地域ルールの確立のための覚え書き」兼子仁先生古稀記念論文集刊行会編・分権時代と自治体法学307頁以下(2007)参照。

31) 例えば、碓井光明「協働と契約」自治体学研究95号32頁以下(2007)参照。

4. 司法アクセス

さまざまな協議を積み重ねても、あらゆる紛争を防止・回避することは困難である。そこで、多元的な協議をめぐる紛争解決の手法が問題となる。その際、まず検討すべきは、原告適格の問題である。従来理論は、處分の相手方とそれ以外の第三者とを區別し、保護規範説に立って、處分の根據法規が原告の利益を個別具体的に保護していることを要件としてきた。しかし、多元的協働において考慮すべき利益については、とくに環境利益や消費者利益等、不特定多数の人に關わる利益が焦点となっているのであるから、従来理論を当てはめることには限界がある。

また、歐米各國のみならず、多くのアジア諸國においても、環境や消費者分野等において公益訴訟が活用され、NGOや市民に廣く原告適格が認められている。すなわち、違法な行政を未然に防止し、法治主義を貫徹するために、司法への参加も協働の一環として位置付けられている。とくに環境分野ではオーフス條約が採擇され、環境權を實効的に保障するため、NPOを含めすべての市民に、①環境情報へのアクセス權、②環境に關する政策決定への参加權、③司法へのアクセス權という3つの權利（オーフス3原則）を一体的に保障する必要があるという考え方が國際的なグローバル・スタンダードとなりつつある³⁴⁾。また、例えばEUの環境責任指令では、關係市民や一定の要件を充たすNPOに、違法な行爲を是正するための規制權限の發動請求權と訴權を認める制度が導入され、市民・NPOが違法行爲の是正にコミットメントできる仕組みの整備が進んでいる³⁵⁾。

34) 拙稿「環境公益訴訟と行政訴訟の原告適格－EU各國における展開－」阪大法学58巻3=4号(2008年)103頁以下参照。

これに對し、日本では、訴訟を協働の一手法として捉える發想が乏しく、消費者団体訴訟を除き、公益訴訟の導入には至っていない。確かに、日本においても、國民の權利利益の實効的救済と司法による行政のチェック機能を強化するため、原告適格の擴大は懸案課題とされてきた。2004年には、行政事件訴訟法の改正により原告適格の實質的擴大が図られ、判例にも変化が認められる。すなわち、行訴法改正直後に出された小田急訴訟最高裁判決(最判平成17年12月7日民集59卷10号2645頁)は、従來の判例を変更し、騒音、振動等による健康または生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者にも、公共事業の事業認可に係る原告適格を肯定した。また、下級審においても、輦の浦景觀訴訟地裁判決(廣島地判平成21年10月1日判例自治323号17頁)のように、景觀利益に基づき周辺住民の原告適格を肯定するとともに、公有水面埋立免許の差止め請求を認容した畫期的判決が現れている。もっとも、場外車券發賣施設設置許可に關する最近の最高裁判決(最判平成21年10月15日判時2065号24頁)は、交通、風紀等、廣い意味で生活環境の悪化を被るおそれのある周辺住民の原告適格を消極的に解しており、健康・生命、財産以外の多様な環境利益・生活利益に關して原告適格が實質的にどこまで擴大されるかは予斷を許さない状況にある。また、2008年の行政手續法改正案の中に規制權限の發動に關する國民の申出制度が盛り込まれていたが、國會の解散に伴い廢案となっている。このように、行政の適法性確保における市民・NPOの役割(司法への参加を通じた評価・是正段階での協働)をどのように位置づけるかという問題は未解決であり、國際動向を踏まえた制度改革が必要な状況となっている。

35) 拙稿「ドイツの環境損害法と団体訴訟」阪大法学58卷1号1頁以下(2008)参照。

VI. おわりに

以上、本稿では、多元的協働概念に焦点を当てて、その意義・特徴や行政法上の位置づけについて検討し、多元的協働と分担的協働を区別する必要性について論じた。多元的協働は、立場の異なる多様な主体による協議・熟議を特徴とする点で、行政と事業者相互の二面的協働や事業者団体の自主規制とも異なる性質を有している。

もっとも、多元的協働と分担的協働の間には、提案制度や協議會制度の活用等、その手法・制度に類似性も認められる。例えば、都市再生特別措置法に基づく都市計画の提案制度(37条以下)は、土地所有者やディベロッパーの権利をさらに強化する側面を有する分担的協働であり、多元的協働の機会が奪われる可能性を意味する。これに對し、一見類似したNPOの提案制度(景観法11条以下等)は、所有權等を基礎としないため、多者協議によって多様な利益を調整し、合意を積み上げることによってしか実際には提案内容を練り上げることができないという意味で、本質的に異なるものである³⁶⁾。形式的な決定權は行政に留保されているとしても、その内容が實質的に特定の事業者に委ねられ、行政による公益判断が、特定の事業者、利益集団による判断に取って代わること(いわゆる行政權の切賣り)のないようにするため、特定の公的任務を担う民間事業者等の意思形成プロセスに、多元的な意見を適切に反映させるための仕組み(時宜に合った公平な参加の保障、透明性

36) 都市再生関連法の問題点については、例えば、拙稿「都市再生をめぐる法制度改革の特徴と課題」遠藤浩先生傘寿記念・現代民法学の理論と課題685頁以下(2002)、安本典夫「市街地再開発事業『民営化』の法的検討」立命286号317頁以下(2002)、角松生史「『公私協働』の位相と行政法理論への示唆」公法研究65号200頁以下(2003)参照。

의確保等)을國家の手で確保することが不可欠である。そして、仮にこの種の分担的協働について私行政法の法理が適用される場合には、多元的協働との違いは小さくなり、兩者の區別は相對的なものとなる。このように、2つの協働概念とこれらに關連する制度は、相互に複雑に絡み合いながら、ある種の共通性と矛盾を抱えたまま急速に發展し、伝統的な行政手法に大きな変容をもたらしつつある。

今後は、まず、多元的協働の目的・機能を個別具体的に分析し、類型や段階ごとに具体的な法的仕組みと適用法理を明らかにすることが必要である。その作業を通じて共通の協働法理が形成されるか否かは、なお將來に委ねられた課題であるといえよう。

主題語：公私協働, 公的任務, 多元的協働概念, 分担的協働概念

[국문요약]

일본형 협동 개념의 역사적 전개와 행정법학의 과제

大久保規子(Ookubo Noriko)*

일본 행정실무에서 공사협동 개념은 서로 깊이 관련하면서도 근본적으로 다른 2가지의 의미로 쓰이고 있다. 첫 번째는 행정, 시민, NPO, 사업자 등 입장이 다른 주체가 각각의 가치와 능력을 이해·존중하는 것과 동시에 공통 인식을 만들어 대등한 파트너로서 제휴·협력하여 여러 사회문제·공적 과제에 임한다는 의미를 가진다. 두 번째는 규제완화나 행정의 효율화의 관점에서 행해지는 공적 임무(특히 공공서비스)의 민간개방을 의미한다. 이들 2가지의 개념과 제도는 상호 복잡하게 얽히면서 어떤 종류의 공통성과 모순을 안은 채로 급속히 발전해 전통적인 행정 수법으로 큰 변용을 가져오고 있다.

어느 개념도 공적 임무를 어떻게 실시하는가 하는 관점에서 세울 수 있었던 개념이지만 첫 번째 협동에서는 행정, 다른 가치관·능력 등을 가지는 다양한 주체와 공적 임무를 어떻게 실시해 다양한 가치의 실현을 도모하는지를 묻고 있다. 이에 대해 두 번째 협동은 어떤 공적 임무를 행정이 실시하는지 아니면 민간이 실시하는지에 관한 문제에 초점을 맞춰 그 기준, 한계, 행정법리 적용의 시비 등을 논하고 있다. 여기에서는 첫 번째 협동 개념을 다원적 협동 개념이라고 부르며, 두 번째 협동 개념을 분담적 협동 개념이라고 부른다.

협동이라고 하는 용어는 각지의 자치기본조례와 협동·참가조례에 폭넓게 이용되며, 분권시대의 자치행정의 핵심개념이 되고 있다. 조례에

* 오사카대학 대학원 법학연구과 교수

있어서 협동의 정의는 일률적이지는 않지만 다원성, 자율성·자주성, 대등성 등이 그 기본적인 요소·원칙이 된다.

행정학에서는 일찍부터 협동이라고 하는 용어가 쓰여 온 것에 반해, 행정법학에서 의식적으로 협동 문제가 논의 된 것은 비교적 최근의 일이다. 협동은 다원적 협동과 분담적 협동으로 크게 분류되지만 다원적 협동과 분담적 협동에도 각각 다양한 형태가 존재한다. 그러므로 행정법상 협동을 어떻게 평가할지에 관한 정설은 없다. 그러나 협동 법리를 분명히 하기 위해서는 다원적 협동과 분담적 협동을 명확하게 구별해 논할 필요가 있다.

협동을 둘러싼 행정법상의 과제는 조직법, 작용법, 구제법 등 다방면에 걸친다. 또 협동의 수법이나 분야도 다양하고 이러한 과제를 종합적으로 검토하는 것은 용이하지 않지만 적어도 다원적 협동 개념과 분담적 협동 개념을 구별해 논하는 것은 유익하다고 볼 수 있다. 공사 협동의 연구는 다원적 협동의 목적·기능을 개별 구체적으로 분석해, 유형이나 단계 마다 구체적인 법적 구조와 적용 법리를 분명히 할 단계에 들어갔다고 말할 수 있다. 그 작업을 통해서 공통의 협동 법리가 형성되는지 아닌지는 앞으로의 과제라고 할 수 있다.

주제어 : 공사협동, 공적 임무, 공공서비스, 다원적 협동개념, 분담적 협동개념