

## 日本における行政手続の進化

——国家、市場および社会との関係——

市橋 克哉

はじめに

一九九〇年代以降、とくに二一世紀を迎えると、ソ連・東欧の「社会主義体制」の崩壊、市場経済への移行、経済のグローバル化および行政の私化といった地球規模で生じた変化は、日本にも大きな影響を及ぼしている。この変化をふまえると、日本の国家のあり方、行政のあり方は、どのように考え直すべきだろうか、そして、どのような制度変化を目指し、新しい制度を設計する必要があるだろうか、法律学はもちろん、あらゆる学術の分野で議論されている。行政手続の制度変化をめぐる議論も、こうした大きな議論のなかで行われている論点の一つである。ここでは、近時のグローバル化および私化を背景にして変化する国家、市場および社会との関係において、日本における行政手続に関する考え方の変化、そして、行政手続制度の変化の特徴について検討する。<sup>(1)</sup>

## 1 現状と問題点

まず、本題の検討に入る前に、その前提となる日本社会の変化をどのようにとらえるべきか、そして、このような変化を現状認識としてどのようにとりまとめるべきから、検討を始めた。この点で、本題である行政手続のあり方を考える際にも注目すべき見解を述べるものとして、日本学術会議「日本の展望―学術からの提言」（以下、「提言」という。）がある。「提言」は、現代における「私」と「公」、「個人」と「国家」との関係の変化について、簡潔かつ明確に次のように述べている。<sup>1)</sup>

第一に、二〇世紀は国家の世紀であったと総括する。個人は、その生存と権利の保障を国家に求め、国家に委ねてきた。国家の役割は増大した。「国家を中心とする考え方」（以下、「国家中心モデル」という。）が支配し、「私」に対する「公」は、国家と同一視された。「自由の原理」そして「平等の原理」に基づいて、国家は、市場と社会に介入する体制へと進化した。個人の生存の確保が国家の課題となり、「資本主義」国家は、国民の生存を排他的に保障する福祉国家として登場して、いわば「全能」の国家として個人に向き合った。

しかし、第二に、九〇年代以降、財政の悪化と経済システムの機能不全のため、福祉国家は破綻する。そこでは、個人の自由を保障する主要な仕組みとして、「市場の自由」と「自己責任」が強調される。「市場を中心とする考え方」（以下、「市場中心モデル」という。）が支配的となり、国民の生存を保障する二〇世紀「資本主義」国家の「全能性」は見直されることになる。

こうした国家に対する認識の変化は、個人と国家との関係に関する考え方、それに基づく諸制度についても、変化を要求した。かつての「国家中心モデル」では、個人と国家の関係は二項対立としてとらえられたが、「市

場中心モデル」にあつては、市場または社会という要素を包摂する形で、両者の関係を見直すことが求められたのである。そして、国家が排他的に担っていた「公」すなわち「公共性」についても、その見直しが議論されるようになる。

そして、「提言」は、この個人と国家との関係の見直し、そして、国家のみが担った「公共性」の見直しの方角として、第一に、国民国家の国境を越えるグローバルな「公共性」の成立と主権国家システムの改善を目指すことをあげる。そして、第二に、「提言」は、二〇世紀における「公共性」の国家独占、すなわち、「国家中心モデル」が限界に達したこと、また、前世紀末のソ連型社会主義国家の崩壊後の世界を席卷した「市場中心モデル」も、今世紀に入るとその限界がだれの目にも明らかとなったことを踏まえて、「国家中心モデル」でもなく、また「市場中心モデル」でもない第三の道として、新たに、市民社会が「公共性」を内在的に生成する方向を目指すことを求めている。

「提言」が提起するこれらの二つの課題のうち、後者の課題こそ、現在そして将来、日本の行政手続をめぐる議論に対して、大きなインパクトを与えるものとなっている。なぜなら、「提言」は、「公共性」が、国、地方公共団体といった公的なアクターに限られることなく、様々な社会的諸アクターの協議と調整のプロセスを経て生成するという「手続重視・プロセス志向の民主主義モデル」（以下、「プロセス志向民主主義モデル」という。）を制度設計することを、新たな課題として掲げているからである。さらに、「提言」は、「公共性」の実現には、市民社会と市民が関与すべきであり、これを支援する実定法のパラダイムの転換も必要であると述べるからである。

この実定法のパラダイム転換を語る「提言」の注目すべき観点は、「提言」が提起する「プロセス志向民主

義モデル」では、個人と国家との関係が二項対立構造から三項図式へと変化しているという現状認識である。第一に、個人と国家の中間領域に諸個人が横につながる「空間」が拡がり、国家が独占していた「公」に代わる、またはそれを補完する「新たな公共」を基礎づける公共圏または市民社会が形成されることが述べられている。そして、第二に、個人の生存を条件づける要素として、国家に加えて、「市場」および「共同体」（市民社会）の三項を「秩序のトリアード（三つ組）」として位置づけることが語られているのである。

国家と個人との二項対立構造ではなく、個人と国家、そして、両者の中間領域に新たに登場する「公共空間」を加えた三項図式の中で実定法の制度変化を考えると、「提言」が提起する観点は、行政と規制の相手方とで構成される伝統的な二面関係だけではなく、規制を通して生じる第三者の利益（例えば、私益に該当しないが、公益にも吸収できない生活環境上の利益）の保護・実現についても「共同利益」として行政法の射程に入れることで、新しい三面関係の「行政法モデル」を追究する近時の行政法学の問題意識と通底するものがある<sup>④</sup>。また、「提言」が個人の生存を条件づける要素として「秩序のトリアード（三つ組）」を新たに設定する点にも、注目したい。なぜなら、国家の秩序⇨行政法の伝統的な規制秩序にとどまらないで、「市場」および「共同体」（市民社会）の秩序⇨民事法の秩序についても組み込んで、民事法と協働する制度として行政法を拡大再構成する新しい「行政法モデル」の問題意識と、そこには通底するものがあるからである<sup>④</sup>。

「提言」が、このように近時の新しい「行政法モデル」と問題意識を共有していることを確認したうえで、ここでは、「提言」が、現状と問題点として述べる現代「資本主義」国家・行政のあり方、市場と社会との関係のあり方の変化、とくに、「国家中心モデル」から「市場中心モデル」、そして、社会の要素を重視する「プロセス志向民主主義モデル」への変化のなかで、行政手続に関する理論と制度がどのように変化・進化しているかにつ

いて検討を行うものである。

日本の行政手続法の変化・進化をみるという点で、ヨーロッパおよびアメリカの行政手続法の比較研究に従事するスペインの行政法学者Javier Barnesが、行政手続法について、「ロゼッタ・ストーン」(Rosetta stone)に似ていると語ったことは、示唆的である。Barnesは、行政手続法が、それぞれの国のある歴史的な時期における行政法の主要なあり方を明らかにする「考古学的な情報」を提供しており、その時代の行政法および社会の主要な原則および価値の解説に貢献すると述べている。時代ごとに変化する行政手続法は、Barnesが述べるように、その時代の国家・行政、市場および社会の配置のあり方を写すものとなっているのである。<sup>5)</sup>

## 2 「国家中心モデル」と行政手続

日本で、行政手続が議論され、一定の制度整備が行われたのは、また、「国家中心モデル」が機能していた時代、すなわち、一九七〇年代から九〇年代前半であった。角松生史教授が述べるところによれば、それは、「権利益防御型」の行政手続または公衆参加として議論された。<sup>6)</sup>たとえば、行政の決定に先立ち、行政処分の名あて人以外の住民や利害関係人が公聴会に参加して意見を述べたり（都市計画法一六条一項）、都市計画案の公告・縦覧を受け、意見書を提出したりする（同法一七条一項、二項）制度が、この典型例である。また、不利益処分の事前手続として行われる処分名あて人の意見陳述（聴聞および弁明）の手続（行政手続法三章が定める手続）も、この「権利益防御型」の行政手続の典型例とされていた。

この「権利利益防衛型」の行政手続は、一九九三年に制定された当初の行政手続法に盛り込まれることになるが、その特徴をあげるとすれば、以下の点を指摘できる。<sup>7)</sup>

第一に、これは、欧米の行政法が「伝統的行政手続法」と呼んでいるもので、行政処分 (individual decisions) に焦点が当てられている。すなわち、義務を課したり権利を制限したりする不利益処分 (行政手続法二条四号)、許認可を付与する利益処分 (行政手続法二条三号) を対象に選んで、その事前手続 (decision-making procedure) として、市民の権利利益を防御すること、権力の濫用や恣意的な行政活動を抑制することを目的とするものであった。日本の行政手続法の場合、「第二章 申請に対する処分」および「第三章 不利益処分」を規律する行政手続がこれにあたる。

第二に、この行政手続法を適用して活動する行政機関 (行政手続法二条五号) は、法律に基づいて行政処分を行う「行政庁」を中心とするピラミッド型の階等構造をもつ行政組織が想定されている。その活動は、やはり主に行政処分を念頭に行っていることからわかるように、アメリカ行政法がいうところのいわゆる「命令的および監督的な規制」 (command and control regulation) である。

第三に、行政手続のあり方は、市民の権利利益を防御すること、および、権力の濫用や恣意的な行政活動を抑制することを目的にする。このことから、権利利益の正式の防御手段である裁判手続にできるだけ近い仕組みをとる点、すなわち、「裁判的モデル」に近い仕組みをとる点に特徴がある。たとえば、行政手続法は、行政処分の名あて人である市民および行政庁という両当事者による二面的な手続 (行政手続法第三章第三節 弁明の機会の付与) だけではなく、行政処分の名あて人で聴聞の通知を受けた当事者、行政庁の職員、および、行政庁が指名する職員等が務める聴聞主宰者という三者構成で行われるという点で、形式的には「対審的手続」 (行政手続

法第三章第二節（聴聞）に近い仕組みを設けている。また、裁判判決と同様に、実体的な法律を適用して行われる適法な行政処分（最小限の裁量統制）を最終的な決定と位置づけて、それに向けて連動していく行政の諸活動の順序だった配列として、行政手続の仕組みはつくられている。<sup>8)</sup>

第四に、行政手続を情報の交換、収集・保管および利用という「コミュニケーション・システム」としてとらえると、「裁判モデル」に近い仕組みをとる行政手続の場合、行政による情報収集および調査は、たとえば、聴聞の告知を受けた当事者、および、行政処分の名あて人ではない第三者である参加人が陳述した意見を盛り込んだ聴聞調書（行政手続法二四条一項、「行政を起点とする一往復」のコミュニケーション過程）を除くと、職権による実施を基本としており、行政庁と当事者および参加人とのコミュニケーションの回路は、厳格かつ限定的であり、かつ、正式の手続が中心となっている。また、行政庁を中心とする行政機関だけが、公益に基づく情報を持っていて提供できるという考え方が、当然の前提となっていることも特徴的である。

この結果、権利利益の正式の防御手段があたえられたとはいえず、行政手続における当事者の活動は、単に処分に従うか従わないかの可能性だけをもつ処分の対象者として、手続へ参加することにとどまっている。そして、行政庁としては、当事者を参加させる義務はあるものの、参加によって陳述される当事者の意見に拘束されるものではない。意見は聞くが、行政処分を行い、法を実施する主体は、あくまで「公」である行政である。さらに、行政手続法は、このように行政の外にいる市民との関係において、狭い範囲のコミュニケーション・システムしかもっていないことに加えて、行政の内部においても、行政機関間の情報の流れ、共有等に関する統一的で協働したコミュニケーション・システムにも関心をもち、行政手続への他の行政機関の参加は認められていなかったのである。

「国家中心モデル」は、上述した行政手続の諸特徴をみるとき、これに大きな影響を及ぼしていることがわかる。行政手続は、「公」である行政に対して、「私」である個人の権利利益の防御を目的としている点で、個人と国家の二項対立を前提とした制度である。そして、参加した当事者や参加人の意見（「私」）には拘束されないで、行政は決定を行い、実施する。この点で、「公」としての行政が、決定―実施を排他的に行う権限をもち、「公共性」を担保する責任は、もっぱら行政にあったのである。

ただ、日本においても、行政手続法は、制定当初、このように「国家中心主義」の枠内にある伝統的な行政手続法制度として位置づけることができるものではあったが、塩野宏教授が述べるように、欧米の諸外国で、すでに一九世紀半ばから順次整備されてきた行政法の「標準装備」の一つである行政手続法が、前世紀末の九〇年代の前半に誕生したという、日本にとつての歴史的で固有の意義も看過されてはならない。<sup>9)</sup>

日本では、この種の伝統的な行政手続法でさえ、その制定にいたるには長い時間を必要とし、ようやく九〇年代の行政改革の一環として実現したこと、しかし、これによって、明治以来の日本における行政と国民との間の関係に変革もたらされたことは、大きな成果であった。日本では、伝統的行政手続法は、個別行政活動の体質改善に奉仕し、日本を真の意味の近代国家へと体質改善をするための道具となったのであった。

### 3 「市場中心モデル」と行政手続

日本において、「国家中心モデル」の枠内の制度である行政手続法が制定された九〇年代は、資本主義諸国に

おいては福祉国家（日本では、より正確には福祉国家へと向かう道）が破綻した時代でもあった。ソ連型社会主義国家の崩壊と相まって、資本主義諸国においても、それまでの「国家中心モデル」から「市場中心モデル」への転回が起こり、行政手続法の変化・進化も、この影響を大いに受けることとなる。

日本では、「国家中心モデル」の見直しは、長年の自民党一党支配と結びついて独特の発展を遂げていた「政・財（業）・官による鉄のトライアングル」を打ち破る改革として行われた。そのため、「国家中心モデル」の行政手続の類型である「権利利益防御型」は、閉ざされた「政・財（業）・官」の規制のネットワークに入っている「既得権者」の「既得権益」を防御したり、代表させたりするために、特定の国民・住民・利害関係人・団体を参加させるものであるという厳しい批判にさらされることとなる。

「市場中心モデル」では、開かれた自由な「市場」に参加し、交渉する「普遍的市民」が参加できる制度を設けることで、規制の保護のもとにいる「既得権者」を排除して、規制の撤廃・緩和と自由な市場をつくることが目指されたのである。この「市場中心モデル」における行政手続の典型例が、パブリック・コメントであった。開かれた自由な「市場」に参加する者が「普遍的市民」であるのと同様に、政策（計画）作成や規則制定の手続においても、「普遍的市民」、すなわち、特定の人々ではないすべての市民、地球上のどこにいても、外国に住む外国人であつても意見を述べ、参加できる制度として設けられている点に大きな特徴がある。<sup>10)</sup>

国のレベルでは、パブリック・コメントは、当初、閣議決定という行政規則で実施され（一九九三年）、その後、二〇〇五年に行政手続法が改正され、そのなかに、「命令等」の制定に際しての「意見公募手続」（行政手続法第六章）として入れられている。地方公共団体のレベルでも、条例や要綱でパブリック・コメントを設けているが、規則制定手続に限定した国とは異なり、より広く、計画、条例案等、広く政策作成に際して、パブリック・コメ

ントを行う例が多い。

ここでは、国による「命令等」の制定手続、とくに、行政手続法第六章が規律する「意見公募手続」がもつ特徴を述べることにする。<sup>11)</sup>

第一に、「命令等」の制定手続は、欧米の行政法が「規制」(regulations)と呼んでいるものの手続である。これは、行政処分(individual decisions)ではなく、「命令等」(administrative orders etc.)に焦点をあてている。すなわち、法律に基づく命令または規則、審査基準、処分基準および行政指導指針(行政手続法二条八号イからニ)を対象に選んで、その事前手続(rule-making procedure)として、当該規制の影響を受ける利害関係人である市民の権利益を防御することに加えて、規制行政機関と被規制者から構成される閉ざされた規制ネットワークのなかで定められるという点で、民主的正統性を欠く「命令等」の制定手続に、広くすべての市民を参加させることで、民主的正統性を促進することも目的にするものであった。

第二に、この「意見公募手続」を適用して活動する命令等制定機関(行政手続法三八条一項)は、行政処分を行う行政庁の場合と同様に、中央集権かつトップ・ダウンで規則制定等を行う階等構造をもつ行政組織が想定されており、その活動も、主に「規制」を念頭に行っていることからわかるように、これもまた、いわゆる「命令のおよび監督的な規制」にあたる。

第三に、「意見公募手続」のあり方は、利害関係人の権利益を防御することと並んで、民主的正統性を促進することを目的にすることから、裁判手続に近い仕組みとともに、立法院の決定手続(legislative decision-making procedure)、すなわち、「立法的モデル」をとる点にも特徴がある。たとえば、「命令等」の制定手続は、一方では、その前提となる法律との関係では、その法律を具体化する事後的コントロール・メカニズム(ex post

control mechanism)であるため、適法性に関する「委任の法理」が働くなど「裁判的手続」に近い（行政手続法三八条一項）。しかし、他方で、法律の範囲内ではあるが実体的な基準を新たに設定して、その法律を完全なものにする点では、事前的コントロール・メカニズム（ex ante control mechanism）であるため、「立法的手続」に近いのである。

第四に、行政手続を「コミュニケーション・システム」としてとらえると、「命令等」制定手続の場合、行政による情報収集および調査は、「意見公募手続」を通してのみ行われるとは限らず、職権によるものも認められている。しかし、「意見公募手続」が、「行政を起点とする一往復半」のコミュニケーション過程とよばれている点については、<sup>(4)</sup>「行政を起点とする一往復」のコミュニケーション過程でしかなかった伝統的な行政手続のあり方を一歩前進させるものとみることができる。すなわち、行政が「命令等」の「案」を作成して公示し、誰でもそれに意見を述べることができる（行政手続法三九条一項）。これらの意見を十分に考慮して（同四二条）、行政は規則を制定し、その際に、提出意見を考慮した結果を述べる（同四三条一項四号）制度になっている。しかし、命令等制定機関が「案」を取りまとめた後という「遅い手続段階」からしか参加が認められていないこと、「一往復半」のコミュニケーションでは、効果的な討議の過程とはいえないこと、「普遍的市民」はもちろん、利害関係人の場合であっても、行政手続における当事者としての活動は、単に「規制」に従うか従わないかの可能性だけをもつ被規制者として、手続へ参加することにとどまっており、行政庁としては、参加させる義務はあるものの、参加によって陳述される当事者の意見に拘束されるものではないこと等、コミュニケーションは、なおも限定的で、利害関係人を含む「普遍的市民」の影響力は乏しいものになっている。

しかし、ここで注目すべきことは、「考慮した結果を述べる」という段階で、「意見公募手続」は、「伝統的行政

政法」が想定したような行政が、当然、「公」として「公共性」を担保しているという前提を壊している点である。そこには、「国家中心モデル」からの離脱をみるのできる点である。行政は、「意見公募手続」の最後の段階において、自ら制定した「命令等」に「公共性」があることについて、広く市民に説明する責任を負うことになった。そして、ここで、説明責任を果たせない場合、「命令等」の制定の「公共性」は否定されて、「命令等」は撤廃・緩和され、行政は撤退して市場に任せることが狙われている。この点では、「意見公募手続」における「普遍的市民」の参加は、「命令等」がもつ「公共性」の存否に関する意見公募でしかない。「公共性」があるとして「命令等」が制定されれば、後は「公」である行政任せ、あるいは、「公共性」がないとして「命令等」が撤廃されれば（「市場中心モデル」からは、これが期待されている）、後は「私」である「市場」任せという点で、「公」と「私」、国家と市場の二項対立は否定されていない。「意見公募手続」における「普遍的市民」の参加は、参加者がすべての市民に拡大したことを除くと、そこに新しい変化はなく、行政手続の質の進化という視点からみると、その意義は大きくない。

#### 4 「プロセス志向民主主義モデル」と行政手続

二一世紀に入り、日本の行政手続をめぐる議論に対して、大きなインパクトを与えているのは、公共性の実現には、市民社会と市民が関与すべきであり、これを支援する実定法のパラダイム転換が必要であると説く「プロセス志向民主主義モデル」である。

「公」である行政が「公共性」を有することを前提にした「国家中心モデル」でもなく、あるいは、「公」である行政が有するとされる「公共性」を疑い、否定し、「私」である「市場」にゆだねる「市場中心モデル」でもなく、この「プロセス志向民主主義モデル」における「公共性」は、行政と様々な社会的アクターの協議と調整のプロセスを経て生成し、進化する。そこでは、個人と国家との関係が、二項対立構造から三項図式へと変化し、個人と国家の中間領域の「空間」である市民社会が拡がる。そこでは、「市場中心モデル」のように、国家が独占していた「公共性」を否定するのではなく、それに代わる、またはそれを補完する「新たな公共性」の生成・進化を促す公衆参加の制度が考えられているのである。

それは、議論と熟議の「空間」、コミュニケーションの「空間」として市民社会を位置づけ、そこに行政手続の新しい豊かな制度をつくる取組みである。ここでは、角松生史教授が述べるように、第一に、参加を「公共性」の生成の過程において、どの段階で入れるか、とくに、政策の「原案」について、行政ではなく市民がつくる手続を入れるか。第二に、市民がつくる政策の原案の成熟度をどの程度のものにするか。第三に、この原案の成熟度を高めて、政策決定に至る過程におけるコミュニケーションの手順、回数、密度をどのように設けるかという三つが、制度設計の中心課題となっている。<sup>(14)</sup>

この三つの課題に挑戦する試みとして、角松生史教授は、地方公共団体のレベルで市民参加条例のなかに導入され始めた市民政策提案手続を紹介している。<sup>(15)</sup>そこでは、第一の課題について、政策原案を行政ではなく市民がつくり提案する手続を設けている。そして、第二の課題については、実施可能な政策原案をつくって提案することとは困難なため、原案の成熟度を問題にしないものが多い。さらに、成熟度の低い原案から実際の政策決定へと議論を進める手続を考える第三の課題には、「公共性」の生成という意味で、興味深いものがある。提案者に公

開のプレゼンテーションの機会を与えて議論する、第三者機関でしっかりと熟議するといった密度の濃いコミュニケーションの「空間」が設けられている。こうした「空間」を通して、政策が真摯な検討に値すると判断されたり、市民と協働してさらに具体化するにふさわしいと判断されたりすると、市民だけではなく、行政や専門家も関与して、実際の政策の決定へと向かうのである。

こうした議論と熟議の「空間」、コミュニケーションの「空間」として市民社会を位置づけ、そこに行政手続の新しい制度をつくる取組みの例は、地方公共団体のレベルにおいては、このところ各地にみられるようになってきている。例えば、「景観政策の進化」の柱の一つとして、市民とともに創造する景観づくりに関する仕組みの整備を掲げ、二〇一一年四月から景観整備条例の改正・施行を行った京都市がある。市民が自主的に景観づくりに取り組む地域組織として、市長が、地域景観づくり協議会を認定するところから市民と行政とのコミュニケーションの空間がつくられる。そして、景観づくりのプロセスのなかで、地域景観づくり協議会と行政や専門家との協働がおこなわれ、市民が自ら景観のルールを明確化して自主運営する方向を目指す際には、市街地景観協定の締結へと進む。さらに、景観のルールを法的な規制へと制度化する方向を目指す際には、地区計画の制定へと進む道が用意されている。<sup>16)</sup>

こうした行政手続は、「国家中心モデル」や「市場中心モデル」のそれが、「行政を起点とする一往復または一往復半」のコミュニケーション過程であるのに対して、「市民を起点とする双方向・反復」のコミュニケーション過程になっており、議論と熟議の「空間」が登場している。そして、この「空間」に参加する市民は、すべての市民に「普遍的市民」でもなければ、広範な住民、利害関係人でもなく、限定された市民（例えば、まちづくり地区の住民）である。そこには、「新たな公共性」の生成を促すものへと進化した行政手続の制度変化、「新し

い行政手続」の登場をみることができるのである。

このような「プロセス志向民主主義モデル」として位置づけられる「新しい行政手続」のなかに、萌芽的にあらわれている特徴としては、いかに掲げるものをあげることができる。<sup>(17)</sup>

第一に、「国家中心モデル」として位置づけられる伝統的行政手続も、「市場中心モデル」として位置づけられる「命令等」制定手続も、二一世紀の大きく変化する行政にはあわなくなっており、今日、時代遅れのものとなつて現実の行政に適応できなくなっているという面がある。行政指導とともに、伝統的行政手続と「命令等」制定手続を構成要素として盛り込む日本の行政手続法も、またその例外ではない。前述の市民政策提案手続を盛り込んだ市民参加条例や京都のまちづくりの行政手続の例にみられるように、行政手続法ではない「新しいガバナンス・モデル」を採用する個別の法令（地方公共団体のそれを含む）のなかに、「新しい行政手続」の萌芽をみだすことができる。

第二に、「新しい行政手続」は、これまでの行政手続が、行政処分や「命令等」の規制といった行政過程の特定の段階に焦点をあてて規律の対象としていたのとは異なり、行政過程（政策決定―立法―法適用―法執行）について、これを段階的に扱わないで、動的な相互作用の過程として位置づけ、それを総体として規律の対象としている。この点で、Barnesの次の指摘は示唆的である。

行政法は、規制権限が主権国家の排他的な特権である国家中心システムから、多元的で、かつ、ネットワーク的な決定作成へと動いている。行政法は、階層的なモデルから水平的で、かつ、協働的なモデルへと動いている。行政法は、行政機関が詳細な制定法の制約のなかで解答をみつけないとかなければならない規則制定および個別の法適用という伝統的

な二段階システムから、規制機関が、進行する現実に対応して最善の可能な決定を作成するために、積極的、かつ、継続的に活動するより複雑な過程へと動いている。行政手続の新世代は、こうした動きを踏まえて、かつて通り抜けることができなかった境を超えて相互作用の通路をつくる。<sup>(15)</sup>

第三に、かつての行政手続が、行政処分であれ規制であれ、手続を行う行政機関として、階等構造をもつ行政組織を想定していたのに対して、「新しい行政手続」は、その手続を行う者として、民間セクターおよび超国家的なグローバルセクターとともに、ネットワーク化して協働する行政を考えている。その規律の対象となる手続も、行政処分だけではない。法律および「命令等」を起点としてみると、それを適用するという点で事後コントロール手続となる「命令的および監督的な規制」でもない。「新しい行政手続」は、規則制定はもちろん、さらに、その前提となる政策や計画の決定に関する事前コントロール手続に規律の中心を移動させている。それは、行政処分手続のように適法性の確保と権利利益の防御が目指される点で、「裁判的モデル」に近いものでもなければ、規則制定手続のように、既存の制定法を完全なものにする「立法的手続」に近いものでもない。それは、行政過程それ自身を通して生成・展開する政策、計画、規則、基準、討議、監視等について、「最良の解決」を目指して規律する事前の先を見越した手続 (*ex ante and proactive procedure*) であるという点で、まさに「行政的モデル」に属する手続として位置づけられている。

第四に、行政手続を「コミュニケーション・システム」としてとらえると、かつての行政手続が、「行政を起点とする一往復または一往復半」というあまり効果のない、しかも、「遅い段階」のコミュニケーション過程であるのに対して、「新しい行政手続」は、「あらゆる段階」における「市民を起点とする双方向・反復」のコミュニ

ニケーション過程になっており、議論と熟議の集中的な「空間」が登場していることが分かる。

## おわりに

おわりに、「プロセス志向民主主義モデル」へと進化することによって、「新しい行政手続」をなう市民を育てることも重要であることを指摘したい。なぜなら、「公共性」をつくる新しい手続に参加することを通して、市民は、自らの選好に関心をもちその実現に努める存在、すなわち、個人としては「私益」の担い手であることから、「公共性」の担い手へと成長するからである。個人として、「私」とその仲間である「私たち」にしか関心のない市民は、「私」と「私たち」を超えた「彼ら・彼女ら」（外国人、経済困窮者等）に対する共感と責任、すなわち、「市民的徳性」(civic virtue)をもつ「公共性」の担い手へと育つのである。「市民的徳性」をもつ市民がアクターとなって、「公共性」をつくる「空間」は機能する。この点で、今日、「市民的徳性」をもつ市民を育成することも、「公共性」をつくる「空間」である「新しい行政手続」の制度の整備が促す重要な課題となっている。<sup>(9)</sup>

## 注

- (1) 本稿は、二〇一一年四月二八日・二九日に北京で開催された「行政手続立法に関する国際シンポジウム」（中国法学会およびアジア財団（アメリカ）主催）において発表した報告をまとめたものである。日本からは、わたしのほか、本多滝夫龍谷大学法科大

学院教授が「日本における行政手続法の遵守を確保する仕組みとその現状」と題して報告を行っている。

- (2) <http://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-21-tsoukai.pdf>を参照。

これは、日本学術会議が人文・社会科学、生命科学および理学・工学の全ての諸科学を包摂する「学術」がその総合力をどのよう発揮すべきであり、することができるとかについて、学術面から提言したものであるが、法律学、とくに、行政法の観点からみても、二一世紀の変化する日本社会の現状認識として有用である。

- (3) 例えば、巨理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法六五号一八九頁以下（二〇〇三）参照。また、三面関係における第三者利益の保護・実現に焦点をあてる新しい「行政法モデル」に属する議論の諸相を検討するものとして、前田雅子「行政法のモデル論」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』二三頁以下（有斐閣、二〇一一）参照。

- (4) 例えば、私化により行政法の枠を超え進展する私的アクターの公役務作用に、行政法の法理や制度技術を汎用的に用いることを目指す新しい「行政法モデル」として、磯部力教授が提唱する「メタ行政法」がある。磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 上巻』六四頁以下（有斐閣、二〇〇一）参照。また、近時の「行政法拡大モデル」に属する議論の諸相を検討するものとして、前田・前掲注(3)論文二七頁以下参照。

- (5) Javier Barnes, *Towards a Third Generation of Administrative Procedure, in Comparative Administrative Law* 339 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2011).

- (6) 角松生史「決定・参加・協働―市民／住民参加の位置づけをめぐる―」新世代政策学研究四号（二〇〇九年）七頁参照。

- (7) See Barnes, *supra* note 2, at 346-49. Barnes は、これらの特徴をもつ伝統的行政手続について、個別的決定の手続と位置づけるとともに、これを「第一世代の行政手続」と呼んでいる。

- (8) 日本の行政手続法の聴聞規定は、「対審的手続」に近い仕組みをとるといっても、決して、それは、アメリカのような対峙型の「決

- 定環境」を創り出すような「手続鑄型」ではない。中川丈久『行政手続と行政指導』一八九頁以下（有斐閣、二〇〇〇）参照。
- (9) 塩野宏教授は、様々な機会において、行政手続法と情報公開法を行政法の「標準装備」と呼んで、これらの法律の整備によって、国民の行政に対する自己主張を的確に行うための道具が整備され、官主導の日本の行政スタイルに変革がもたらされたこと、そして、日本が「近代国家」へと進化したことを指摘している。たとえば、塩野宏「民主主義国家の標準装備の整備」Citizens Forum for Renewal, No. 125, 一五頁以下参照 (<http://www.nmijp.or.jp/gyoukaku/news/news125.pdf>)。
- (10) 福井秀夫『司法政策の法と経済学』（日本評論社、二〇〇六年）一五四頁。福井秀夫教授は、「自治体の単位が細分化されており、住宅土地市場の同一需要圏が都道府県を超えて大きくブロック単位にまで広がっている現在、依然として細分化された、市町村という基礎自治体単位で、当該自治体の選挙民の政治的利益に大きく影響を受けやすい地方議会や首長が、住宅土地市場の重大な権限行使を担っていくことの問題点は決して小さくない。」とのべ、行政の「空間」である市町村の枠内にある地域住民の利害ではなく、市町村の枠を超えた市場という広大な「空間」を移動する「潜在的住民」＝「普遍的市民」の利害を吸い上げるシステムをつくることを求めている。
- (11) See Barnes, *supra* note 2, at 346-49. Barnes は、これらの特徴をもつ「命令等」の制定手続について、「規制」の手続と位置づけるとともに、これを「第二世代の行政手続」と呼んでいる。
- (12) 角松前掲注(6)論文一五頁参照。
- (13) 角松生史教授は、行手法の意見公募手続は、市民にとって、当該政策へ向けての意思決定という意味での「事務処理への関与」としての意義は極小であり、むしろそれに対する「批評」としての意義が大きいと述べ、「行政を起点とした一往復半のコミュニケーション」としてのパブリック・コメントの意義と限界を踏まえれば、説明責任に重点を置く行手法の制度設計にも十分な理由があると、その制度設計に理解を示す。角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行

政作用・行政手続・行政情報法』三〇七頁以下（有斐閣、二〇〇八）参照。

(14) 角松前掲注(6)論文一九頁以下参照。

(15) 同右二一頁参照。

(16) 京都市都市計画局パンフレット『景観政策の進化』（二〇一一年四月）。多くの歴史的な街並み景観をもつ京都市には、姉小路界限地区、西陣大黒町等、まず、住民がまちづくりのルールを自主的につくり、行政や専門家が住民と協働して、これらのルールを建築協定や町づくり協定へと制度化していく先進的な新しい行政手続事例が多い。例えば、京都市中京区姉小路界限を考える会の活動について、<http://www.aneyakouji.jp>を参照。住民が主体となり、行政や専門家がこれと協働するタイプの京都市におけるまちづくりに関する行政手続事例については、名古屋大学大学院研究生安田理恵氏（京都市在住）から資料提供を受けた。また、京都市の景観条例の整備については、安本典夫『都市法概説』（法律文化社、二〇〇八年）一四七頁以下参照。

(17) See Barnes, *supra* note 2, at 346-49. Barnesは、これらの特徴をもつ新しい行政手続について、「新しいガバナンス・モデルに基づく公共政策」の手続と位置づけるとともに、これを「第三世代の行政手続」と呼んでいる。

(18) See *id.*, at 339.

(19) 大森秀臣教授は、公私の結合をめざす現代の「公民的共和主義」には、「審議参加型」と「徳性陶冶型」の二つがあることを明らかにするとともに、市民の陶冶を通してではなく審議プロセスを通して「法の公共的正統性」がもたらされると考えることによつて、「審議参加型」の共和主義に基づく公私の結合を展望している（大森秀臣『共和主義の法理論公私分離から審議的デモクラシーへ』（勁草書房、二〇〇六年）五二頁以下参照）。