

# 中国「平衡論」に関する研究

## — 情報公開法制への適用 —

韓 昌 善

### はじめに

行政機関における情報公開制度の下では、行政が保有している情報について、私人から開示請求があった場合、その情報は原則開示すべきであるが、開示請求者または第三者（「情報公開法」に基づく開示請求を受けて開示決定がなされた場合に、開示請求者以外の当該開示決定の情報と権利利益関係を有するもの）の権利利益の保護や公益の保護のために、例外として非開示とする場合がある。ただし、非開示の情報であっても公益上の理由による裁量的開示が認められる場合もある。たとえば、中国の場合、中華人民共和国政府情報公開条例（以下、便宜のため「中国情報公開法」に略する）14 条（不開示情報、権利者の同意による開示、公益による裁量的開示）、22 条（部分開示）、23 条（第三者に対する意見聴取手続）に規定されている。日本の場合も、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「日本情報公開法」と略する）にも、5 条（不開示情報）、6 条（部分開示）、7 条（裁量的開示）、13 条（第三者に対する意見聴取）に同様の規定が置かれている。簡単に説明すると、情報公開において、常に原則開示と例外不開示をめぐって公益と私益の利益衡量がなされている。

しかし、利益衡量の際、行政側に開示あるいは不開示をするか否かについて広範な裁量権が与えられている。したがって、優越的地位に置かれた行政側が下した開示または不開示処分によって、私人の権利利益が侵害されるおそれがある。

そこで、本稿では、以上のような問題を抱いながら、その問題の解決の手掛りとして、現代行政法学の視点から、中国において現代行政法学の考え方として提唱された平衡論をとりあげ、その理論の内容と意義を中心に検討することとしたい。検討の中で、ドイツのR・スメントの統合理論、日本の行政過程論、公私協働論との比較研究をする。したがって、ドイツ、日本の行政法の諸理論との比較検討をすることで、中国の情報公開法制の発展に参考となる一定の示唆を得ることを目指したい。

## 第一章 中国行政法の平衡理論

### 第一節 平衡論の形成

中国において行政法は何かという課題について、現代的行政法学の考え方として、中国の行政法学者である羅豪才教授およびその弟子たちは、1993年第1期の中国法学雑誌に掲載された有名な論文「現代行政法の理論基礎—行政主体と行政客体の権利義務の平衡」を發表し、平衡論を提唱した。彼らは、この論文で、平衡論の核心的な争点について次のように述べた。(1) 行政法の歴史的発展過程こそ行政主体と行政客体の権利義務関係が不平衡から平衡に至る過程であると述べたうえで、その各発展過程の特徴に則して行政法とは何かについて「管理法」、「控権法」、「平衡法」という位置づけをした。(2) 行政主体と行政客体の権利義務の平衡を実現させる手段として、①立法内容の更新、②手続的統制、③行政権力の制限、④行政訴訟の確立、などの手段が実務上存在していると述べている<sup>(1)</sup>。具体的に説明すると、上記の(1)について、後述で述べることにして、(2)について説明すると、①は、立法過程で両者の権利義務関係の平衡を目指すことで、ある法律を作る際、

---

(1) 羅豪才・袁曙宏・李文棟「現代行政法の理論基礎—行政機関と行政相手方の権利義務の平衡」(中国法学、1993年1期)52頁以下。

立法者が一方的に法律の内容を決めるのではなく、最終の立法案を決定する前に、公衆からの意見を求める仕組みとしていわゆるパブリックコメント制度の適用を通じて法律を制定すべきであること、②は、法の執行過程に公正を保つためには、従来私人の実体的権利の保障のみではなく、手続的権利の保障も必要であること、③は、行政目的を実現するために、行政指導、行政契約など行政行為以外の非権力的行為形式を取ること、④は、国民の権利利益の救済を確保する最終的手段として、行政訴訟を通じて行政紛争を解決することで、公民権を保障し、違法な行政活動の是正を図って、行政側に正しい行政権を行使させるよう監督すること、ではないかと思われた。

中国において行政法は何かという課題について、行政権と公民権の基本的関係から考察する試みがあって、学界では様々な異なる理解をしているが、羅豪才教授は、概念の分析方法としてマックス・ウェーバーの「理想型」<sup>(2)</sup>を運用して、行政法の理論基礎を(1)管理論(「管理法」)、(2)控権論(「控権法」)、(3)平衡論(「平衡法」)の三つのモデルに分けた<sup>(3)</sup>。ここで、比較的日本の議論をみると、日本の場合も、行政法は何かという行政法の対象と範囲について行政法の守備範囲に関する議論がなされてきた。まず、明治憲法下で美濃部達吉教授が提唱した「行政法とは行政に特有なものである」という議論である。さらに、彼は、行政法は行政に特別なる法であって、唯行政に関する公法のみであると述べ、行政に適用される私法は行政法の範囲外であると述べた<sup>(4)</sup>。日本国憲法の下では、行政法とは国内公法で

---

(2) 中村健吾「マックス・ウェーバーの社会化概念再考—グローバル化との関連で—」(経済学雑誌別冊第102巻1号、2001年)マックス・ウェーバーの「理想型」とは、「①無限の現実の中から社会科学者の価値関心に適合するような諸部分だけを取り出して、それ以外の部分は捨象し、②この一面的に抽出された諸部分を一定の理論にしたがって矛盾をはらまぬように結合整理することによって得られるモデルである。それは、その論理的性質から見れば、純粋な姿では現実のどこにも存在しないという意味においてユートピアないしは虚構である」(17頁)と述べている。

(3) 包万超『行政法と社会科学』(商務印書館、2011年)144頁。

あるという理論の批判的見解として、（１）公法は行政主体と私人の権利義務関係の形成行為について、そこに形成されるべき権利義務関係の内容自体を規定すると主張した行為規範論、（２）行政法の範囲を公法に限定せず、行政目的を達成するために用いる私法形式も行政法の対象として捉えた公法・行政私法論、（３）現代の行政と行政法の理論として、公法・私法二元論を否定して、行政法は行政に特有の法現象を指すもので、行政活動の民主的統制を目的とする法が行政法であると主張した行政特有法論などが提唱された<sup>(5)</sup>。なお、以上の学説以外にも、阿部泰隆教授の行政法政策論や、大橋洋一教授の制度設計論などが提唱された<sup>(6)</sup>。

さて、中国において、1970年代末、特に1980年代中期以降経済体制に関する改革と伝統社会の変革を推進した。その内容は、何千年も歴史がある封建社会から残してきた身分制、官本位、人治観念の見直しであった。一方、計画経済体制と権力が高度で集中した政治体制の改革も進められた。改革の基本的な問題として行政権力と公民権利およびこれと密接な関係である公共利益と個人利益をどう調整するかということである。

中国公法学界では、1980年、1990年代に行政法は、「行政権力を規律する法」なのか、「行政管理を強化し、保障する法」なのかという行政法の理論基礎について激しい議論を行った。しかし、どちらにせよ、中国の改革開放と現代社会発展の需要に合わない問題に直面した。そこで、平衡論シユールからみると、行政法モデルを選択することの困難は、中国独自の学術思想（平衡論）の発展の機会となった<sup>(7)</sup>。したがって、中国行政法の平衡論の内容を理解するために、管理論、控権論について説明する必要がある。

### 1.1 管理論

---

(4) 塩野宏「行政法の対象と範囲」(『行政法争点(新版)』、1990年) 5頁。

(5) 同上、6-7頁。

(6) 畠山武道「行政法の対象と範囲」(『行政法争点』、2004年) 6頁。

(7) 包万超・前掲注(3)、137-140頁。

中国の建国初期、計画経済体制の下で、強い行政権を有する国家建設を目標として行政管理を強調した。この時期、行政法は「管理法」で、その理論基礎は「管理論」である<sup>(8)</sup>。

平衡論シューレは、「行政法の平衡理論研究」という論文の中で、管理論の特徴について以下のように主張した。(1) 行政権力の優越性、(2) 個人権利保護への無関心、(3) 行政手続と司法審査による統制が弱い、(4) 行政法の理論体系の構成に一方的傾向性がみられると述べた。これに対して、姜明安教授は、行政法の目的、内容、基本原則、手段からソ連行政法を参考して、管理論の特徴について考察することにした。管理論下で、行政法の目的は、国家管理と社会公共利益の保障である。行政法の基本的な内容は、国家管理関係を調整し、国家管理に関する原則と制度の規定である。行政法の基本原則は、管理原則＝法の原則で、共産党の指導、社会主義の堅持し、民主集中制、社会主義計画経済などを管理原則とする。行政法の手段は、強制と命令である<sup>(9)</sup>。

## 1.2 控権論

資本主義制度の成立後、「法律による行政」あるいは「法の支配」という法治主義理念の下で、私人の自由に対する行政の恣意的活動を法律によって規律するとともに、行政が法律に違反した場合には裁判による救済で、行政法が発展してきた。平衡論シューレは、この意味での行政法の理論基礎を控権論とした<sup>(10)</sup>。

周知のとおり、行政法という法の領域は、フランスで通常の司法裁判所と別に設置されたコンセイユ・デタと呼ばれる行政裁判所の判例を実定化して、行政判例法の体系化をはかった行政法学の創設から「行政法の母国」と

---

(8) 姜明安『行政法と行政訴訟法 (第3版)』(北京大学出版社、2007年) 100頁。

(9) 同上、105 - 106頁。

(10) 羅豪才・袁曙宏・李文棟・前掲注(1)、52頁以下。

称され、実体的統制を通じて行政をコントロールするのが一般的認識である。これは大陸行政法の範疇である<sup>(11)</sup>。これに対して、英米行政法では、行政委員会の出現と発展によって行政法の存在を論じている。

英米行政法は、行政委員会（行政機関）の事実認定と法律要件の判断に基づく裁決または処分を司法裁判所の審査による救済の仕組みである。司法的行為または司法類似の作用である行政手続を司法審査の下に置く原理が、イギリスの自然的正義の原理であり、アメリカの適正手続条項である<sup>(12)</sup>。すなわち、英米行政法における行政の法的規律は、行政機関の司法的行為を、司法裁判所の審査で手続統制を通じて行政をコントロールすることである。

控権論の特徴として、瀋歸教授は、「平衡論——一種の行政法の認知模式」という論文の中で、次のように述べている。（１）行政法の趣旨と作用は、最大限個人の自由と権利の保護である。（２）行政法の基本的な内容は独立した司法権が行政行為について司法審査を行うことで、最大可能な限り行政権を規律することである。（３）行政機関の権限は厳格な制限を受けなければならないし、最大可能な限り自由裁量権を抑制することである。（４）行政活動は法治原理に従わなければならないと指摘した。姜明安教授は、以上の特徴に加えて、行政法的手段として、（１）司法審査（２）行政手続を挙げた<sup>(13)</sup>。

## 第二節 平衡論の基本内容

羅豪才教授は、平衡論の基本的な内容について次のように述べた。平衡論は、行政権力と公民権利の全体的平衡状態を実現することを目指している。法律関係の視点から説明すると、（１）行政に広範な裁量権を認めるととも

---

(11) 横山信二「行政裁判所／Tribunal administratifと行政委員会／Administrative Tribunal —行政活動の裁判統制と司法審査—」（広島法学第38巻1号、2014年）69頁。

(12) 同上、96頁。

(13) 姜明安・前掲注（8）、102—104頁。

に、私人監督権を付与することを通じて行政秩序の維持と私人の合法的権利利益の保護のために、両者の相互制約のメカニズム、(2) 福祉社会の目標を向けて、行政側に積極的行政を行うこと、公民側に積極的行政に参加することを要求する激励メカニズム、(3) 共通の行政目的の達成のために、私人に協力を認める公私協働のメカニズムなどの方法を運用して、行政主体と行政客体の積極的能動性を充分発揮させ、法律制度と社会価値の構造のバランスを維持し、保護することで社会全体の利益の最大化を促進させることである。また、彼は、平衡論の核心は、行政と私人間の平等な法律地位の下で対話、議論および弁論の過程であると述べた上で、現代行政法の平衡を実現するために以下の仕組みをとるべきであると主張した。権力と権利構造として、平衡論は、行政実体法的法律関係、手続法的法律関係、監督法的法律関係を構築すべきであると主張している。制度構造として、平衡論は、行政管理制度と行政監督制度の全体的協調を主張するとともに、多元的紛争解決制度と権利救済制度の構築を主張している。利益構造として、公益と私益は対立関係、対等関係ではないことから利益衡量を行うことを主張している。規範構造として、行政法全体の規範を(1) 国家強制力によって法律の施行を保障する法(硬法)、(2) 国家強制力を伴わない非強制性法(軟法)、(3) 両方の折衷法などに分類した。価値構造として、秩序と自由、公平と効率を配慮することで価値のバランスをとる。行政法の平衡論運用は、常に行政権力と公民権利の不平衡状態を念頭において、両者の構造調整、利益衡量を能動的に行って平衡状態に至るまでの過程であると述べた<sup>(14)</sup>。

### 第三節 平衡論の不平衡と平衡

平衡論による現代行政法学のモデル転換は、根本から不平衡を行政法の固有の属性とする伝統的行政法学の思想を根本的に是正した。平衡論シユール

---

(14) 羅豪才「中国行政法の平衡論」中国法学創新演壇報告、2009年。出所：  
<http://www.lawinnovation.com/html/cxjt/hg/ktysjsj/690.html>。

の主張によると、現代行政法学は合理的に行政法の不平衡状態を解釈し、その問題の解決に理論的対策を提供すべきであると述べている。そして、行政法の平衡は、行政法が対象としている行政主体とその客体の利益（権力と権利）の分配が構造的にバランスを取ることであると述べている。構造的バランスをとるという基本内容は主に以下のようなことから説明されている。

①行政権力と行政客体の権利の構成の外観から説明すると、構造的バランスを取ることとは、行政権とその客体の権利の形成は対峙である。行政権と行政客体の権利は異なる性質を有するものであるから、「権力」と「権利」の関係は私法における権利主体間の対等な関係とは異なる。また、行政権と行政客体の権利は量的にも同じではない。実体的行政法における行政権が行政客体の権利より優越することと、手続的行政法における行政権が行政客体の権利より劣位することの整合の過程で権力と権利の平衡を実現する。

②権力と権利の構成の実質から説明すると、平衡論に基づいて行政主体と行政客体の法律上の地位は全体として平等である。つまり、ある行政目的を実現するために、行政を遂行する一連の過程から説明するもので、当該行政上の法律関係で、どの段階で行政主体と行政客体の平等関係を反映させて、行政主体と行政客体の可能な限りの平等を目指すことである。したがって、行政と私人の意見交換などを通じて最的平衡状態を形成することで、結果的に両者の相互作用の過程で社会利益の最大化を実現する。

③権力と権利の構成と社会構造の関係から説明すると、行政法は行政権と公民権の合理的分配を社会需要によって決める。現代社会で民主政治と市場自由経済は行政主体と行政客体の相互間の協力を求めている。このような要求の下で、相互的に協力する行政法制度を作りだした。そして、平衡論は、上記のような要求の理論根拠である。つまり、伝統的行政法の考え方として、まず、管理論は行政主体が行政客体により優越な地位に置かれ、私人の活動を規律して行政活動の効率を維持することを主張した。これに対して、控権論は、私人の権利は至上で、国家に最小限度の行政を行うことを要求して、



行政活動の公正を求めることによって自分たちの権利と自由の保障を求めた。しかし、現代においては、いずれも時代の要求に答えられなくなった。そこで、平衡論は、行政法が膨大または些細行政権を規定する、あるいは、膨大または些細公民権を規定することを防いで、制度と行政法構造の平衡を実現することで、現代行政における広範多岐の問題の解決を図ろうとしている。

④権力と権利の構成の内部の諸要素から説明すると、行政主体の法律上の地位と行政客体の法律上の地位、行政活動の公平と効率、公益と私益間の構造的平衡を通じて、立法が予想している社会利益の最的状态に至る。

以上、平衡論シューレが主張している平衡は、行政権と公民権の構造的均衡であり、その実質的内容は公益と私益の最的分配である<sup>(15)</sup>。

また、平衡論が強調しているのは、行政機関の権力と行政客体の権利の全体的平衡であり、特定の行政法律関係に存在している不平衡関係を否定しないことである。たとえば、行政実体的法律関係で、行政機関は主導的地位に置かれ、一方的に行政客体の権利義務を決める。もちろん、憲法によって私人の自由権、財産権が保障されているので、行政権に厳格な行使が求められている。しかし、行政訴訟法律関係では、原告である行政客体が優越的地位に置かれ、被告の行政機関に挙証責任を負わせる（日本行政事件訴訟法の釈明処分の特則はこれに当たる）。この主張の理論基礎は、ドイツのオットー・マイヤー教授の行政行為の適法性の「自己確認説」に基づくものではないかと思われる。彼は、行政裁判は行政作用の一種であって行政訴訟は行政行為に対して補足的・従属的な位置におり、活動行政から未分離な行政裁判所による列記主義をも正当化するものだと述べた<sup>(16)</sup>。

なお、平衡論の下で、1996 年に出版された『行政法学』（羅豪才教授著）

(15) 羅豪才、宋功德「行政法の失衡と平衡」（中国法学、2001 年第 2 期）。

(16) 高橋滋・只野雅人『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』（国際書院、2012 年）80 - 81 頁。

の教科書では、行政法とは、行政関係と行政監督関係を規律する法の総称であると定義した。

## 第二章 統合理論、行政過程論、公私協働論との比較研究

本章では、すでに検討してきた中国行政法の平衡理論と、現代的行政法学の考え方として平衡理論と類似した考え方である日本の行政過程論、公私協働論、そして日本のその理論基礎となるドイツの統合理論などをとりあげ、平衡理論と比較研究を行う。

### 第一節 スメントの統合理論

スメントの統合理論は、まず、国家を「動的なもの」として提唱したところにある。彼は、国家を「絶えざる更新・再生産のプロセスの中にのみ存在する、精神的な現実」と考えた。国家を従来の静的な完全体であることを否定し、常に動的に更新する過程の中に存在すると述べている。そして、憲法は動的過程を統合する法であると提唱した<sup>(17)</sup>。

行政法学においても、上のような「動的考察方法」が適用されている。たとえば、W・ブロームの伝統的行政法に対する批判として、「行政法の体系的な理解は、行政の決定過程の最終点のみを把握し、行政のプロセス自体を捉えない。そこでは、行政行為も個々の私人に対する規律として孤立して捉えられ、行政が行われる全体的な過程の中で捉えられていない」という指摘がある<sup>(18)</sup>。

また、基本権（基本的人権）を「国家よりの個人の解放、国家の外に留保された私的領域の国に対しての保全」とする憲法体系における位置づけと基本権の性格は、国家と社会の二元論が崩壊した現代社会において、基本権は

---

(17) 藤田宙靖「法現象の動的考察の要請と現代公法学」（『行政法学の思考形式』所収論文、1978年）364 - 365頁。

(18) 同上、364頁脚注（10）。

「国家及び国家権力の制限ではなく、強化」でこそあるべきであると主張されている<sup>(19)</sup>。

さらに、彼は、国家現象を静態的・超越的な権力機構として捉えると、基本権は私的領域の防御手段と考えられるが、国家現象を対象とする憲法は「開かれた過程を通じて動態的に現実化・具体化されるべき法」と強調され<sup>(20)</sup>、個人が憲法上の役割を遂行することによって憲法の内容は「日々更新される国民投票」によって具体化されると述べた。これは、スメントの統合理論の「上からの規律」ではなく、「下からの創造」という重要な構成要素を成している<sup>(21)</sup>。

スメントの統合理論は、動態的考察方法を用いて、公共という領域は国家が静態的・超越的な権力に基づいて一方的に決めるものではなく、「下からの」民主的モメントの強調であり、公共はみんなと一緒に決めるものであると提唱した。すなわち、統合理論の考え方は、参加権を基本的権利として位置づけていることに注意すべきであろう。

## 第二節 日本における行政過程論

### 2.1 行政過程論

日本の行政法学界でも、スメントの「動態的考察方法」を取り入れた考え方として行政過程論が提唱された。すなわち、「行政は一連の過程である」とし、行政決定手続における公共性の決定に利害関係者の参加権を構成する行政過程論が提唱された。

行政法学においては、行政立法、行政行為、行政契約、行政計画、行政指導といった行政の行為形式が、行政法の対象となる。このような行為形式論も、今日では、行政目的を実現させるために、かつて行政行為論に偏ったものが、現実の行政において、行政行為とそれ以外の行為形式と組み合わせる

---

(19) 同上、366 - 367 頁。

(20) 同上、371 頁。

(21) 同上、377 - 378 頁。

ことに変容した<sup>(22)</sup>。しかし、従来の行為形式論のみで現代行政の全体像を把握できるわけではない。そこで、行政過程の各段階における行政活動を法的に統制しようとする、行政客体の実体的権利利益の保護、私人の行政過程への参加といった法的問題に直面することになる。このように、行政を一連の過程としてその全体を動的に考察する方法は、行政過程論と呼ばれている<sup>(23)</sup>。

## 2.2 行政過程と行政手続の関係

日本において、「判例法理は行政手続的アプローチというよりも、単に法律準拠主義を適用しているにすぎないともいえよう。そもそも法律準拠主義は、実体法的アプローチの形態であって、…実体法が理由付記の制約を課していない場合に、理由付記を求める理論的根拠がないのである。…しかし、今日、多くの学説は、理由付記を行政手続法理として理解するに至っている。とりわけ行政手続法が、すべての不利益処分の手続に原則として理由提示義務を定めたために、法律に明文の規定がない場合にも一般的に理由付記が要請されることになった」。つまり、伝統的行政法学の考え方は、実体法的権利救済であるが、現代行政法学においては、手続法的権利救済も重要視された<sup>(24)</sup>。

従来、大陸行政法の伝統的救済の仕組みは、違法な行政作用によって国民の権利利益が侵害された後に、裁判所による司法審査であった。いかえれ

---

(22) 原田尚彦教授の著書『行政法要論』においては、まず、第3版までは第4章として「行為形式」という章が設けられて行政法の考察対象について述べられてきたが、第4版からは、第4章が「行政過程」という記述に変わった。また、彼の最新の版（第7版）においては、第4章が「行政による法律の補充作用—行政立法と行政計画」という記述に変わったが、全体的構成は行政過程論に基づいている。なお、塩野宏教授の行政法の一般的教科書『行政法Ⅰ（第5版補訂版）行政法総論』においては、「行政過程論」と題する編が置かれ、行政法の考察対象について述べている。

(23) 遠藤博也『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011年）109—139頁。

(24) 大浜啓吉「理由の提示（2）—旅券発給拒否」（行政判例百選Ⅰ「第5版」）253頁。

ば、国民の権利利益の救済は裁判所による事後的、実体法的救済であった。この影響で、日本では、行政手続に関する議論が行政行為の瑕疵論の一部として検討されてきた。しかし、行政訴訟の提起と維持に要する費用と時間は国民に訴訟の提起を断念させることから、簡易迅速な救済を図るために、行政作用過程で事前的手続に対する審査が求められた<sup>(25)</sup>。

行政過程を総合的に把握するには、「行政主体に対する私人の地位という観点から、私人の参加を経て行われる行政権行使の手続、すなわち事前の行政手続の観念である。従来は、行政処分の規制について、行政作用がその目的との関係で法律に基づいているかどうかのみが重視され、処分がどのような手続で行われるべきかについては注意が払われなかった。現代の行政手続の視点は、国民の協同によって行政を行わんとするものである。すなわち、国民を行政権行使の単なる客体から高めて、行政への能動的参加者としようとするもので、これまでの行政法のあり方を根本的に改めようとする意義をもつものである」<sup>(26)</sup>。具体的に説明すると、行政運営の民主的統制を図るために事前の行政手続の存在意義としては、まず、国民の権利利益の保護面では、現代、行政活動の広汎多岐に伴い事後的裁判所の救済のみで不十分であるから、訴訟の負担やリスクなどを考慮すれば、行政庁の専ら専門的技術的領域では事前の行政手続の審査が求められている。次は、行政過程への国民の参加の面では、行政過程の情報公開を通じて、行政庁の恣意独断的判断が排され、処分決定過程に私人の参加を求めることによって、行政庁の裁量権行使の適正を確保する役割も果たしている。

なお、塩野宏教授は、行政過程において私人は行政主体との関係で諸種の地位に立つと述べ、その私人の地位を①防御的地位、②受益的地位、③第三者に対して一定の公権力の発動を求める地位、④行政決定への参加的地位に

---

(25) 杉村敏正「行政手続法の課題—アメリカにおける展開とわが国における展開—」(法学教室1期1号、1961年)85頁。

(26) 小高剛「行政手続の現代的意義」(法学教室2期4号、1974年)79頁。

分けた。そして、④の地位については、参加の概念に包摂できない市民の行政への係り合いを協働として位置づけしたと述べている。たとえば、環境行政や社会福祉行政の分野で、市民は行政に対して参加するにとどまらず、一定の役割分担を担っている<sup>(27)</sup>。

### 第三節 公私協働論

#### 3.1 公私協働の概念

日本においては、公私協働の概念について様々な定義がなされているが、山本隆司教授は、手続過程における公私協働概念を「公的組織が私的主体に次のいずれかの事項に関する役割と責任を委ねること。①諸利益の衡量または財やサービスの分配に関する決定をすること、あるいは決定を執行・実現すること。または、②こうした決定を公的組織が行うのを準備するために、あるいはこうした決定を公的組織が行うのを控える代わりとして、自己の利益以外の利益に関する情報を収集・形成・提示すること。」と定義した<sup>(28)</sup>。

中国の場合、公私協働とは公的部門と私的部門がお互いに情報・管理経験・技術などを共有して、一緒に問題を解決し、責任を分担することを指すと定義しているものもある<sup>(29)</sup>。

#### 3.2 「国家公共」と「社会公共」

ドイツにおいては、国がなすべき公的施設の整備や公的サービスの提供を「民間化」することについて、様々な議論がなされたが、本稿では、私人への行政任務の委譲について提唱された「任務説」と「法的地位説」に関心をもつところである。任務説は、「国家的任務」ないし「公共的任務」を私人に委託することで、法的地位説は、「高権的権限」を私人に委任し、行使さ

---

(27) 塩野宏『行政法Ⅰ（第五版補訂版）行政法総論』（有斐閣、2013年）361－366頁。

(28) 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、2009年）277－278頁。

(29) 陳軍「変化と回応：公私合作の行政法研究」（蘇州大学博士論文、2010年）15頁。

せることである<sup>(30)</sup>。前者は、国家と社会の二元論にたって、「国家的任務」と「公共的任務」の区別をそれぞれ国家と社会に帰属させ、可能な限り国家的任務を制限しようとする試みであった<sup>(31)</sup>。中国の場合にも、類似した学説として行政法が対象とする行政について説明する際、広義説と狭義説に分けて説明している。すなわち、広義の行政は公共行政で、公共権力をもつ組織・個人が、公共利益の実現を目的として一定の範囲内で公共事務に関して管理を行う行為を指す。これに対して、狭義の行政は国家行政で、国家行政機関と授権された組織が実施する公共管理を指すと述べている<sup>(32)</sup>。後者については、現代、ドイツにおいては、「高権的機能」を原則として官吏が行使しなければならないと定めている（基本法 33 条 4 項）。日本でも、いわゆる「公権力の行使」を私人に委ねることができない。一般論としては、侵害行政、政策的裁量の行使は、私人に委ねることが基本的に禁じられている<sup>(33)</sup>。つまり、公私協働論が適用される領域は給付行政に限られなければならないと思われる。給付行政（たとえば、環境保護）領域における公私協働について、北村喜宣教授は、「環境法の発展の歴史は、事後的・個別的・当事者主義的性格を有する民事的対応から、事前的・一般的・公共政策的性格を有する行政法的対応への展開の歴史といえる。手法論の観点からは、私法的手法に対する公法的手法の優位を指摘することができる。しかし、実定法が制定され、そこに行政法的手法が規定されたとしても、それは万能薬ではなく、問題のすべてを解決するわけではない。事前的・一般的・公共政策的という行政法的対応の特徴は、その長所ではあるが、限界もまた有している。その限界を克服するには、私法的対応が必要な場合がある。また、そうした一時

---

(30) 角松生史「民間化の法律学—西ドイツ *Privatisierung* 論を素材として—」国家学会雑誌 102 卷 11・12 号、730 頁。

(31) 同上、733 - 734 頁。

(32) 林鴻潮『行政法入門』（中国法制出版社、2012 年）1 頁。

(33) 山本隆司・前掲注 (28)、299 - 300 頁。

的対応としてのみならず、行政法的対応を効果的にするための『伴走者』として、私法的対応が重要な意味を持つこともある」と述べている。そして、その私法的手法として（１）環境保全協定（行為の制限、情報公開、損害賠償、違約金）（２）同意制（事業展開に対する利益関係者の同意）を挙げている<sup>(34)</sup>。

中国の場合にも、公権力の行使を私人に委ねることが原則として禁止されると考えられているが、実務上は、「治安の請負」によって、私的部門が侵害行政領域である警察権行使をなされている。もちろん、警察部門が依然として、最終的決定権、監督権を有し、責任を負うわけである<sup>(35)</sup>。

以上のことを踏まえ、すでにふれてきたスメントの統合理論と結合して考えてみると、私人が立ち入る公共性（社会公共）の範囲は、「上からの規律」ではなく、「下からの創造」である。すなわち、社会公共の管理機能は、国家のみ行われることではなく、「下からの」民主的モメントの強調で、行政への私人の積極的参加を通じて、能動的更新過程で、公的組織と私的主体が共同に公共のために働くべきであると思われる。もちろん、ここで侵害行政の領域（国家公共）には私人が立ち入ることができない点に注意を払わなければならない。

### 第三章 平衡論の情報公開法制への適用

情報公開は、国民（私人）の知る権利を保障することによって、私人の適切な行政参加と、行政監視を保障する制度である。情報公開制度が適切に運用されれば、行政の透明化が進み、私人の参加によって行政運営が民主化され、密室行政から開かれた行政へと行政スタイルの転換である。

---

(34) 北村喜宣「産業廃棄物規制における公法的手法と私法的手法」北大法学論集、59（6）200 - 218 頁。

(35) 陳軍・前掲注（29）、59 - 61 頁。



本章では、すでに述べてきた統合理論、行政過程論、公私協働論、平衡論の共通点として焦点を行政過程への国民の参加に搾って、情報公開法制における平衡論の適用について考察してみたい。

まず、行政手続と国民の参加について考察してみる。情報公開の中核部分は、私人の開示請求の申請に基づいて情報の開示に関する実体的要件であって、その決定過程の手続は、行政手続法の定めによる。行政の決定過程の手続について、塩野宏教授は、行政手続は私人との関係で行政行為をするに際してとるべき事前手続（聴聞、文書閲覧、理由付記、情報公開）で行政手続の整備ための機能であると述べている。この観点に対して、大浜啓吉教授は、行政過程の手続的審査に関して、適正手続の法理の下では、一連の行政手続は単なる機能ではなく、憲法に基礎をもつ被処分者の権利として保護されるべきだと主張した<sup>(36)</sup>。

中国の場合、未だに日本のように行政手続という法典の制定がなされてないが、そのかわりに申請による処分の行政手続は行政許可法の定めによる。姜明安教授は、行政手続の適用について形式民主より民主の形式をとるべきであると提唱した<sup>(37)</sup>。したがって、大浜啓吉教授と姜明安教授の見解に立って平衡論の下で国民の参加について考えてみると、行政決定過程の私人の地位（国民の参加）を権利まで高めて保障することで、行政主体と行政客体の利益衡量が行われ、全体的平衡に至ると思われる。

次に、行政救済として不服申立と国民の参加について考察してみる。不服申立てと訴訟の関係について、情報公開法制の「母国」であるアメリカでは、不服申立て前置主義をとるか否かを明確に規定したわけではない。しかし、肯定説によると、情報開示請求者が行政機関の情報公開開示行為について不服の場合、行政訴訟を提起するためには、行政上の不服申立て前置をとるの

---

(36) 大浜啓吉・前掲注(24)、253頁。

(37) 姜明安『法治の求索と呐喊（評論集）』（中国人民大学出版社、2012年）310頁。

が一般的仕組みである<sup>(38)</sup>。日本の場合、情報公開法は不服申立て前置主義を採用していない。しかし、裁判所の負担を軽減するという観点からは、行政過程で問題の解決を図ることが望ましい。行政事件訴訟法は自由選択主義を採用しており（8条本文）、情報公開法では、行政不服審査法に基づく不服申立があった場合、原則として、第三者の性質をもつ情報公開・個人情報保護審査会に諮問しなければならないと規定している（18条）<sup>(39)</sup>。中国の場合にも、日本と同じて開示決定等は処分性をもつので、行政庁の処分によって権利利益が侵害された者は、行政訴訟法 37 条 1 項に基づいて、不服申立ての結果について納得がいかない場合には訴訟を提起することができる。中国行政訴訟法は、不服申立てと訴訟の関係について、原則として自由選択主義を採用している（37 条 1 項）。ただし、中国行政訴訟法は個々の法律により不服申立前置主義が義務づけられている場合もあるが（37 条 2 項）、情報公開法は不服申立前置主義を採用していない（33 条 2 項）。また、日本のように第三者的性質もっている情報公開・個人情報保護審査会は設置されていない。

## おわりに

以上、各国の優れた現代行政法学の考え方を考察してきたが、情報公開法制における平衡論の適用について意義深いことである。

確かに、各論説が主張している内容と手段には少々違いがあるが、共通点として国民の参加に注目すべきである。たとえば、行政過程論と平衡論が抱えている問題の前提は行政主体に対して行政客体が一方的劣位の地位に置かれていることで、最初から行政権と公民権の関係は平等な関係ではなかった。これに対して、公私協働論は、現代の行政目的を達成するために、その前提

---

(38) 宇賀克也『情報公開法—アメリカの制度と運用』（日本評論社、2004年）110頁。

(39) 宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説（第6版）』（有斐閣、2014年）159—160頁。

として公的組織と私的主体が平等な関係の下で、協力で行政事業を進むことである。しかし、どちらにせよ、国民の参加によって問題の解決を図ろうとしている点は素晴らしいところである。

現在、行政法学の理論上、行政法の位置付けはまだ行政を規律する法で控権法の主張が通説で一般的地位を占めしている。実務上も、伝統的行政法の考え方に即して紛争の解決を図っている。たとえば、日本の場合、適正手続の保障として有名な最高裁判例成田新法事件（最大判 1992・7・1 判決、民集 46 卷 5 号 437 頁）の判決によると、「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、一般に、行政手続は、…行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の手続に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である」と判断して、新法（東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法）に事前手続を定めていなくても憲法 31 条が保障している法定手続の規定に違反してないと判断した。

また、中国の場合、情報公開の実務では、開示申請請求である企業情報をめぐって、情報公開法に基づいて開示するか否かについて、第三者（企業）の意見聴取手続、当該情報が開示の例外であるかどうかの事前調査や判断などを経ずに商業情報である理由で不開示とすることも見られる。

そこで、本稿では、すでに考察してきたように、比較法的に情報公開における各主体間の利益衡量の問題について、情報公開法制において国民の参加の視点から中国平衡論の適用について述べてきた。

結論としてまとめると、中国の情報公開法制における平衡論の適用として、情報開示（不開示）決定過程への私人の参加を充分保障することと、第三者性をもつ独立した情報審査会の設置を提案することにした。

なお、2008年から施行された中国情報公開法（政府情報公開条例）は、行政訴訟法、行政許可法の制定後の第三回の重要な行政改革で、中国の法整備と民主化の象徴である。しかし、現在、情報公開法制の発展はあまりに進んでない停滞状態であるのではないかと思われる。その原因は、およそ国の関心は司法改革の一環として行政訴訟法改正や近年食品安全領域で問題の多発で食品安全法の整備に傾いている。そこで、中国において情報公開制度の問題解決として、国レベルの情報公開法の早期制定もここで提言したい。