

# 政策法務論—「政策的」法務論批判

鈴木庸夫

## はじめに

本稿は、2015年度春学期に明治学院大学法学部で行った「政策法務1」の講義案に加筆補正を加え、論文とするために、必要な注や論争点を加えたものである。実際、「政策法務」（今期は「立法法務」が中心であったが）を15回行うのは極めて異例のことで、公務員研修などでもせいぜいのところ2、3回というところである。それだけに政策法務における法と政策のあり方、立法の位置づけ、そのレーゾンデートルなど、根本的課題に取り組まざるを得なかった。受講生の大半が政治学科学学生ということも、判例理論などに頼ることなく講義の工夫を強制されたわけで、実質的になかなか負担の重い講義であった。しかし、それだけに良い意味での研究と教育の一体化した授業が行われた。法的思考と政治的思考の区別と協働に力点を置いた講義を行い、それなりのフレームを受講生に与えることができたと思っている。本稿は、多少異例であるが、講義案を生かしつつ、講義で触れることのできなかった学説や実務へのかなり厳しい批判的考察を注で述べたものである。なお立法の仕組みに関する箇所は、本来条例のモデルが望ましいのであるが、判りやすさのために、あえて国の法律を素材とした。

## 1 政策法務とは自治体の政策を積極的に実現する法務のことをいう<sup>(1)</sup>。

平成10年の分権一括法による地方分権改革までは、「政策」を決めるのは霞ヶ関各省庁で、自治

体たる地方公共団体は、ただの法律執行団体だった。中央政府たる霞ヶ関各省庁が、「政策」を決定し、法制度化する。出来上がった行政法規を「執行」するのが都道府県、市町村という位置づけだったわけである。つまり、地方自治体の仕事は、専ら「法律の執行」であって、例外的な場合を除いて、政策課題を条例によって解決しようという制度的基盤はなかったといつてよい。

こうした「集権的システム」を打破しようとするのが、「分権改革」であり、その手段が「政策法務」であった。分権改革によって、地方自治体も中央政府と対等な「地方政府」となり、地域の政策課題について自ら政策を形成し、独自条例を作れるという意識改革が一挙に広まった。国が作った法令の解釈についても、独自の法令解釈権が普及し、都道府県、市区町村が当事者となる訴訟でも、各省庁担当課への照会、都道府県の地方課への照会という悪弊も次第になくなった。「政策法務」という言葉は、「反集権主義」という政治的イデオロギーに支えられていたのである。

なぜ分権改革が必要であったかという点、各人に自己決定権があるように、地方自治体でも、住民自らの生活に関わる行政課題を自ら解決することが、真に住民の幸福につながると考えられたからだ。全国画一の制度は、とかく地域の基準としては適合しないことが相当あった。例えば、「まちづくり」の基本である都市計画権限は、分権改革までは、国の出先である都道府県知事の専権事項とされていた。道路をどのように走らせ、公園をどこに設置するか、という「まちづくり」の基本に関わる権限が当地の市区町村にはなかったのだ。その他、住民税をどうするかなども国の法律

が細かく定めていて、独自に決められない仕組みが現在も続いている。これが「集権的システム」であり、分権改革前は、「機関委任事務制度」と国の「補助金制度」がこれを支えていた。詳しいことは置いて、ひとつ例を示してみよう。

1996年当時、沖縄で「ゾウの檻」訴訟というのがあった。読谷村には楚辺通信所という米軍通信傍受施設があり、直径約200メートルの敷地に高さ30メートルのアンテナが覆うように張りめぐらされていたので、通称「ゾウの檻」と呼ばれていた。この敷地はもともと日本政府が地主から賃借していたのが、96年3月末日で期限が切れた。地主たちは即時返還を求めた。そこで日本政府は、駐留米軍用地特措法を改正して、「暫定使用」（賃借権が遡及的に適用されるとことをいう）が半永久的に続くようにした。

この過程で、米軍基地に反対してきた当時の太田知事が地主の同意に代わる「代理署名」を拒否したことから、「職務執行命令訴訟」が提起され、最高裁で争われた。職務執行命令訴訟というのは、国の命令（本件では「代理署名」手続きを行うこと）に従わない場合は、高等裁判所、最高裁判所の二審制の下で、その命令の適法違法を審査し、適法な場合は、判決に基づいて、国の大臣が代わって執行できる（代執行という）制度である。

この事件では、土地の強制収用や強制使用は元来国の権限であって、米軍用地特措法を遡及的に適用することも違憲違法ではないとされた。この代理署名事務は国の機関委任事務であって、大田知事はその命令に従わなかったのだから、大臣が代執行することも当然とされた。しかし、このような最高裁の態度には、強い批判もあった。

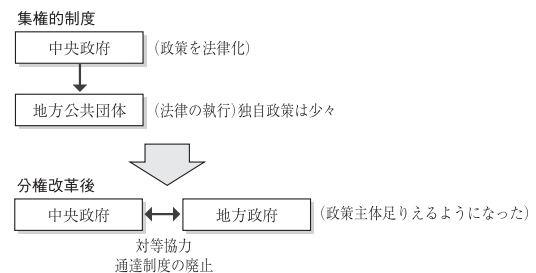
このように「機関委任事務制度」は、国の「政策」「国の立法」を地方自治体に命令する制度で、地方分権改革が行われるまで戦前戦後を通じて「集権的システム」を支えてきた中心的制度であった。

政策法務の立場は、できるだけ地域の課題は地域で解決するというスタンスをとる。かつては、国の命令をきかない知事や市町村長を罷免する制度もあったが、こうした中央集権的な制度は原則

的に廃止された。しかし、国と地方は、しばしば緊張状態になる。地方が中央政府の犠牲になるという構図は全国各地にある。現在でも沖縄県への基地辺野古移転が政治問題化しているが、じつは訴訟が起きているし、これからも起きるだろう。また各地では、福島第一原発事故に伴う放射性廃棄物の地域の受け入れをめぐる、住民から猛反対を受けている。国が強権発動してもうまくいかないだろう。他方、地域の自己決定権をいうのは簡単であるが、その実現のハードルは決して低くはない。

### (1) 政策法務

自治体の政策を実現するための法務



## 2 地方分権改革とは「機関委任事務制度の廃止」、「事務の再配分」及び国の関与法定主義を採用したことをいう<sup>(2)(3)</sup>。

地方分権改革は、現在も続いているが、そのうち代表的なものは、1996年の地方分権一括法（正式には「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」をいう）である。中央政府からの「上意下達」を支えていた「機関委任事務制度」が廃止され、国と自治体は「対等協力の関係」となった。ここでいう機関とは、団体の機関であり、国でいえば各省庁の「大臣」であり、都道府県では「知事」、市町村では「市町村長」が代表権を有する機関ということになる。

団体というのは、それ自体で活動することはできないから、自然人を「機関」に任命して、その活動を団体の活動とみなすという法技術が用いら

れてきた。戦前、天皇機関説が問題になったことがあったが、法律理論上は当たり前のことに軍国主義者が反対した。とにかく、国も法人格を有する団体であることは、明示的には憲法にも法律にも書いていないが当然である。でなければ、国有財産等は存在しないことになる。都道府県、市町村が法人格を有する団体であることは、地方自治法で規定されている。

「機関委任事務制度」というのは、大臣という国の機関がその権限を都道府県知事や市町村長に「委任」する制度である。その限りで、委任庁は被委任庁の「下級庁」になる。そうすると「大臣」—「都道府県知事」—「市町村長」は、機関委任事務に関する限り、上級庁—下級庁の関係となり、自治体は、「通達」「示達」という命令に服することとなる。こうなると住民に最も近い市町村でも、法律上の疑義があれば、都道府県の地方課に問い合わせたり、都道府県でも国の各省庁に問い合わせをすることが当然となり、行政法上の疑問を自らの意思で解決できない仕組みになっていた。これを「有権解釈」とか「行政実例」という。機関委任事務は、都道府県行政の6割、市町村行政の8割を超えていた。

こうした「機関委任事務制度」という集権的な仕組みを廃止したのが、第一次分権改革であった。そうすると、次の仕事は、機関委任事務とされてきた事務をどのように「再配分」するかということであった。その結果が、「法定受託事務」と「自治事務」という区分である。

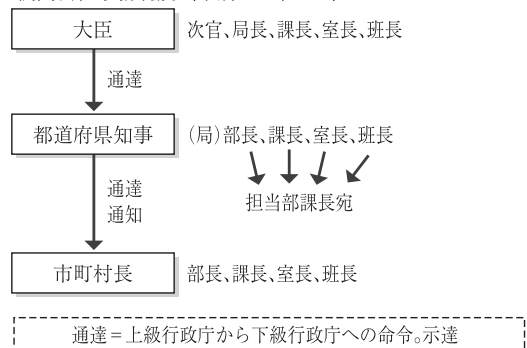
「法定受託事務」という用語はこのときに発明された用語で、受託には特別に委託という意味はない。当該事務の執行が「法定」されていることに意味がある。「法定受託事務」には、「第一号法定受託事務」と「第二号法定受託事務」がある。前者は、本来的には国の事務であるが、その執行上、都道府県知事やその他の都道府県機関、市町村長その他の機関に事務執行を法的に義務付けたものをいう。例えば、衆議院選挙や参議院選挙は国の事務だが、国民の選挙は市町村の会場で行われる。この選挙事務は都道府県の選挙管理委員会や市町村の選挙管理委員会によって行われるから

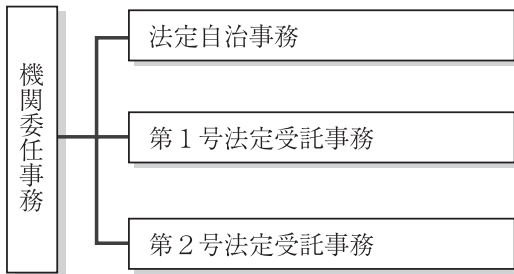
「第一号法定受託事務」であることはイメージしやすいだろう。5年ごとに行われる国勢調査も第一号法定受託事務であることも理解できる。

「第二号法定受託事務」とは、都道府県の事務であるが、市町村によって事務執行してもらう事務である。都道府県議会選挙などは容易にイメージできる。また奇妙に思えるが、都市計画法の14条1項の図書（総括図、計画図及び計画書）を公衆の縦覧に供する事務（同法87条の5）もこのカテゴリーに入る。この背景には、市町村には都市計画権限がなく、都市計画は長く都道府県の事務とされてきたからである。

「国の関与の法定主義」とは、機関委任事務制度の下で、様々な国の関与が陰に日向に行われていたことを反省する意味で、関与には法律上の根拠が必要であるということになったことを指す。分権改革前は、「論文通達」などといって法律関係雑誌に通達の立案者が細部にわたる運用方針などを解説し、それを読まないと通達の意味が判らないようなケースもあった。近時でも通知のかたちで、実質的な通達が復活しているケースも多い。通知、通達も広い意味では行政「立法」である。また分権改革後、通知に技術的助言であることの文言が添えられるようになったが、通知に沿った補助金や財政的な支援がセットされているので、都道府県、市町村もこれに従うことになる。このことは、日本の官僚たちがこうした「立法」と「予算」という具体的な政治権力の源泉を有していることを意味する。

機関委任事務制度（平成10年まで）





### 3 公共政策とは、政府の課題を解決するための解決策である。分権思想も公共政策決定権限の分権を狙いとしている。しかし、政策を立法化するには、法と政治の分離と協働とが不可欠<sup>(4)(5)(6)</sup>。

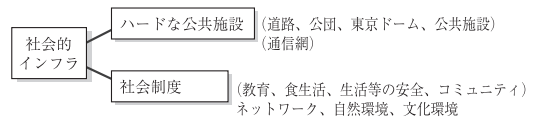
(1) 公共政策のうち、公共とはもともと当該社会の構成員みんなのことを意味し、政策は、こうした「みんなの問題」を解決するための案をいう。

「公共性」とは何か、ということについては様々な議論があるが、人間は社会的動物といわれるように、集団生活をしているので、さしあたり、この集団生活を行ううえで解決必要な課題を「公共性」のある課題とみてよい。

現代風にいえば、「社会的インフラ」への着目といってもよいだろう。社会的インフラにも道路や空港、港湾などのハードな面もあれば、公衆衛生、教育、医療、介護のようなソフトな制度もある。しかも、こうした社会的インフラのあり方は、民族、宗教、歴史、文化、政治、周辺諸国などによって様々な影響を受ける。しかし、多様な社会的インフラのあり方も、原理的に人類が社会的動物であることに基づいている。つまり人間には社会生活、集団で生活を行わなければ生きてゆけない生物学的限界があるのだ。この社会の単位をどのような範囲で行っていくかが、国のあり方や地方自治体のあり方と大きく関わっている。民族の単位で行く場合もあれば、宗教上の単位、歴史的に形成されてきた境界が単位になることもあることは周知のとおりだ。

一方、社会集団ばかりを強調すると、個人の自

由が保障されないことになる。日本社会はとくにその傾向が強く、よくいわれる「ムラ社会」のベクトルが強い。建前上は個人の尊重（憲法13条）が叫ばれるが、実態は会社や地域も集団主義に傾きやすい。公共政策を作る、形成する場合も、個人と集団のあり方を綿密に工夫することが大事だ。



(2) ここ200年から300年くらい（近代国家の成立以降）は、公共政策の担い手は、中央「政府」と考えられてきた。国では、内閣総理大臣を頂点とする各省庁が公共政策の大半を担っている。また自治体では市町村長以下の行政組織が国の施策を執行し、加えてその「隙間」にかかる公共政策を担っている。

分権改革は、公共政策の大半を国の各省庁が握り、それを法制度化し、自治体に執行させる「集権的システム」を「自治体中心」のものに転換するというのが狙いであった。しかし、現在も続いている分権改革には、財政改革が連結せず、国や県が「分権改革」「自己責任」を逆手にとって、市町村に公共的な事務を押し付けるといって、逆機能的なものになっていることに注意すべきだ。

アベノミクスの第三の矢である「地方創生」は、まずプレミアム商品券に始まり、最後は交付税の減額に終わる。自治体間競争が激しさを増し、勝ち組と負け組が出てくる。しかし、財政力の弱い自治体では、マンパワーも少ないから、「政策」形成能力が低い。また機関委任事務制度が身体に沁み込んで、体質化している職員も少なくない。こうした自治体の職員を「指示待ち」公務員という。政策を自ら考える分権的思考がプログラム化されていないので、国や県の指示が来るまで待とうとする。しかし、「地方創生」は、自治体の政策力競争でもある。今後、こうした職員の多い自治体では、予算や交付金、補助金で大きな格差が生じる。負け組は、また合併か、拠点都市への吸収が待っていることになる。



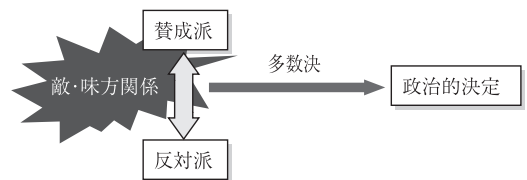
(3) 公共政策は、選挙の結果成立した内閣と各省庁、自治体の場合は首長以下の地方公務員や議員によって決められるとされてきた。多数決で政権が決まり、この政権と各省庁のコミットや自治体の首長のマニフェストなどによって公共政策が決められると理解されてきた。分権思想も、いかに日本を民主化するかというという課題意識があった。そのためには団体自治（防御権としての地方自治）と住民自治（自己決定権としての地方自治）が必要で、そうした立法・行政権の分権によって民主主義は実現するという楽観論があった。その結果、自治基本条例や住民投票条例がもてはやされた。しかし、こうした分権思想や政策法務の意義については、いますこし、法と政策に関する冷静な議論が必要である。

(4) 公共政策については、時の政権が独占するという「ドグマ」が支配的であり、そういう論者も多い。しかし、法律学の立場からいうと、このような捉え方には大いに疑問が残る。政党や政治家と呼ばれる議員（国会議員や地方議会議員）は、政策案の基本的方向性、指針、制度イメージのようなものをもつにすぎない。これをここでは「暫定的政策案」と呼ぶことにする。暫定的政策案は、まだ立法化されていない「カオス」のように未整理で、かつ合理性の検証も受けていないものである。だが、このようなものを「政策」として、政治的に、すなわち「敵と味方」で党派的に争う場面がしばしばある。このような「愚策」は、法と政策の分離と協働の棲み分けへの無理解から生じている。

公立小中学校にエアコンを設置するかどうかで2015年2月16日所沢市で住民投票が行われた。この住民投票を行ったことは妥当だろうか。エアコンの設置が騒音対策であり、健康問題であるならば、これは法律問題であって、多数決で決めるべき問題ではない。

わが国では、騒音防止法をはじめ、航空機騒音や近隣騒音についても数多くの裁判例がある。裁判では、法と正義と合理性に基づいて判断され、判決がなされる。訴訟手続に基づく適法違法の説得的な主張（弁論）とそれらを立証する事実（証

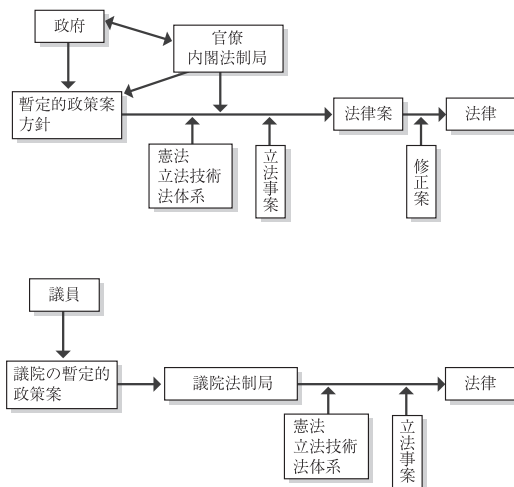
拠調べ）が保障され、義務付けられる。これが「法の世界」の作法だ。「暫定的政策案」、俗にいう「政策」ではこうした保障はない。したがって、それに賛成か、反対かという「敵・味方」の政治の論理になりやすい。市長も設置派住民もこのことについてあまりにナイーブだ。騒音対策なら「受忍限度」がどの程度か、生徒の健康にどのような悪影響があるのか、科学的合理的に検討すべきで、政治的決着をつけるべき課題ではない。わが国は、法治国家であり、「司法国家」である。憲法にはそのことが明記されている。



(5) 「立法権」が、国会や地方議会に独占されているというのは正しい。しかし、それには、「暫定的政策案」が、憲法上の制約、立法事実の条件をクリアして「法律案要綱」に至る法的検討が前提となる。そうした条件をクリアしない立法は、いずれ裁判所によって覆される。「暫定的政策案」を提示するのは、たしかに「政治部門」である。その意味では、立法の前提となる「政策」は、立法の必要条件ではある。しかし、このような「政策」は、法的検討を経ていないという点では、立法のための十分条件を満たしていない。つまり、立法は、政治部門がイニシアティブを採るという意味では、「政治的」であるが、他方で「法的検討」という側面では、明確に「政策」と異なる原理が働く。政治原理と法原理は、「分離」された上で、「協働」しなければならない。「司法権の独立」の意義がここにある。「法の支配」「法治主義」という法原理の世界と「敵と味方」「多数決原理」に基づく政治的原理は、分離と協働を繰り返す。そして、その境界は、時代とともに推移する。法曹や法学者、そして国民の法意識によって成立する「法共同体」は、推移しながら、社会心理的な存在として確かに存在するからだ。

専ら政治的に決めるべきこと、あるいは、直接民主制的に決めなければならないことは確かにある。しかし、法と政治は混同されてはならない。その境界が現在の時点で、どこにあるかが常に検証されねばならないのだ。立法権は、政権党に独占されている、という単純な「ドグマ」に惑わされるべきではない。

図) 公共政策と法



#### 4 公共政策の決定過程にもっと多くの関係者が参加・関与することが重要で、憲法上の法原理は多層的決定システムを採用しているとみるべきだ<sup>(7)(8)(9)(10)</sup>。

日本の政治行政体制については、様々な議論があるが、特徴的なことは、官僚が強い権力を持ち、他方で、専門的知識については強い民間団体に依存する傾向があることだ。

現代のような複雑な社会では、専門知識がなければ「社会的インフラ」は作れない。高速道路、新幹線、通信設備、防災施設などをイメージすればわかる。

国会議員をはじめ、いわゆる政治家はこうした専門的知識を有しないので、こうした知識を有する専門的公務員（とくに技術官僚）の指導を受けて、公共政策を決定する。もっとも霞ヶ関官僚は

「指導」するのではなく、「大臣」に「御進講」したうえ、決裁をもらうのだ。他方で、この決裁を受けた公共政策は実行されなければならないから、「施策」（プログラム）と事業（プロジェクト）とに具体化できるよう、官僚たちは政策の執行についても専門家として行動する。各省「大臣」は、こうして専門官僚に大きく依存することになる。公共政策が、公務員の世界で「事務・事業」と呼ばれているのは、この施策と事業に大きなウェイトが置かれるからだ。

注意が必要なのは、こうした公共政策の決定に関する専門知識が必ずしも水準の高いものではないことだ。技術系の官僚は大学院程度を卒業して、行政活動を勉強しながら昇進するが、他方で専門知識は日進月歩で進む。そしてやがて、これについていけなくなる。そこで多用するのが、審議会などの学者からの知識獲得の手法だ。専門知識が価値中立的な場合は、それで十分だが、公共政策に関わる専門知識が、じつは実にイデオロギー的であることが実際ののだ。原子力発電所の安全性や食の安全性、貨幣の発行数などを考えてみればわかる。

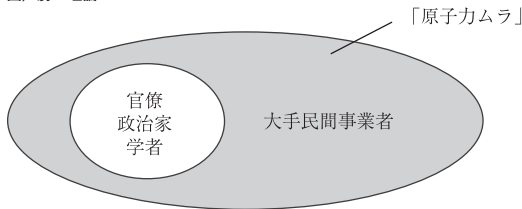
問題は、業界から専門知識を教えてもらわなければならないことだ。規制を受けるべき業界や企業から規制のための専門知識を教えてもらう。こうした現象を説明する理論を「虜の理論」というが、これが現実化したのが、福島第一原発事故だ。経済産業省の外局である資源エネルギー庁は、原子力規制の大半を東電との「協働」により実現していた。東電のほうが原子力安全・保安院を指図していたという意見もある。

このような「虜」の問題は各国に共通する問題であるが、日本ではこうした傾向がとくに強く、また業界は政治家にも強い働きかけをするから、「政・官・業」の鉄のトライアングルと呼ばれたりする。

社会・経済・政治が複雑化した現代にあって「専門知」をどのように政治行政システムに取り入れ、これをより良いものにするにはどうしたらいいであろうか。法学とくに行政法学では、こうした場合、決定過程に関係者を手続的に関与させる手

法を重視してきた。法的決定の場合は、多数決でもなく、政治的でもなく、それぞれの主張の根拠と立証が求められる。時間はかかるが、より公正な決定を獲得するには、問題を絞りながらも、そこに的確な主張の根拠とそのデータが示されなければならないとするのが、手続的デュープロセス（due process）の考え方だ。原発の再稼働が政治問題化しているが、国が決めることだけでなく、その決定過程に立地自治体の主張立証の機会を与え（分権的）、さら消費者や事業者にもそうした過程に関与させること、こうした法的思考法が極めて弱いのも日本の現実だ。

図) 虜の理論



わが国では、公共政策決定権限を国が独占することが当然であるという「ドグマ」が今なお強い。もっぱら国の事務とされる「法定受託事務」も「自治事務」との区別の基準は曖昧であるのに、一方的に国の事務と決めつけている法律が多すぎる。例えば、義務教育教科書の無料配布は、義務教育について国の責務を規定した憲法26条についての文科省解釈に基づいている。しかし、ここでいう国に自治体が入るという解釈もあり得るし、地域の教育の自己決定ということも考慮されてよい。多層的な公共政策の決定こそ、憲法の趣旨と考えののだが、こうした見解はなお少数意見だ。

また国の法律の「規律密度」が高く、自治体の独自政策の展開の余地が極めて小さい。憲法41条の国会の立法権独占という原理が、地方自治原理を超えて、通用しているからだ。行政法学においても、「自治権侵害」を裁判所によって争い得るという考え方と特別立法でもしなければ、これを争い得ないという考え方が対立する。これは憲法上の「地方自治」の理解の差に基づくものだが、こうした見解の差を克服するには、当該自治体が、そして住民がどのような性質の「不利益」を受け

ており、その救済のために「自治権侵害訴訟」を認めることが法治主義上、有効であることを論じるべきであろう。

## 5 法制度化とは、政策をルール化し、その政策執行を確実なものにすることである<sup>(11)</sup>。

(1) 政策を法制度化するのは、その政策の執行を確実にし、安定化させることにある。法的決定と政治的決定の違いは、前者は適法違法の判断であり、後者は賛成反対の判断である。カール・シュミットは、政治とは「敵と味方」という判断枠組みである、としているが、これも政治的見かたと法的見方の違いを判り易く説明したものである。

政治的決定というものは、不安定なものである。選挙によって、あるいは実力によって、あるいは権威によって、決定権者が決まると、いったんは当該決定がなされるが、決定権者が変わるとまた変更が行われる可能性が高い。変更されやすいということになると、その執行の任に当たる公務員なども、その執行を躊躇することになる。また自分は、その決定に反対だから、といって執行しなくなるかもしれない。このように、政治的決定だけというのは、変更可能性が高いものなので、社会生活も不安定になる。

(2) 我々の生活行動は予測可能性（予期）を前提としている。授業の時間割は、その時間通りに開講されることが確実でなければ、受講生はその日のスケジュールは立てられなくなる。電車やバスの時刻表も同じだ。今少し発展させると、ある会社銀行が融資をした場合、返済日に着実に返済をしてくれなければ、危なくて銀行は融資ができなくなる。融資ができなければ銀行は成り立たなくなる。単純化していえば、融資とは借金で、民法では消費貸借契約であるが、それが民法で規定され、返済がない場合は、裁判所に訴え、判決に基づく強制執行が行われることが予測できて、始めて銀行は安心して融資を行うことができる。

社会学者のニコラス・ルーマンは、法の機能の第一に「予期の固定化」ということを挙げている。

契約上の権利義務の履行されることが確実に「予期」でき、その予期に反した場合には、「予期」どおりに、義務履行が保障される。つまり、その予期は強行される。これを彼は「予期の固定化」と呼んだ。法的思考の第一はこうした「決定の安定化」「決定の確実さ」にある。政治的決定は、こうしてルール化されることによって、安定化し、その確実な執行も担保される。

こうしたルールの効果を、ルーマンは「複雑性の縮減」(reduction)という難しい用語で説明しているが、要するに、当該決定をルール化すれば、この決定の当否はしばらく置くことになり、決められたルールが国民や当事者の行動の前提になる。reductionという用語には、他の可能性を否定する、という意味がある。政治的にいえば、多数意見が、国会によって立法化されると、少数意見は切り捨てられることになる。

ルーマンによると、こうして切り捨てられた少数意見は、次の選挙によって、多数派になれば、法改正や新規立法によって実現される。こうして政治部門、すなわち政治システムによって立法権が行使され、行政権＝行政システムによってこれが執行される。それが遵守されない場合は、違法な行為と決定され、処罰されたり、サービスが拒否されたりする。違法な行為は裁判所の刑事手続を通じて処罰される。またサービスの拒否を受けた当事者が訴訟を提起して、この拒否決定を争うこととなる。その際の基準が法的ルールで、裁判所は、あくまで立法を基準に当該決定の適法違法を審査する。こうして、いったん成立した立法を保障ないし担保するのが裁判所である司法システムということになる。

社会システム論による法の機能は、以上のように、reductionによることになる。同じような機能を持っているのが「信頼」である。法と信頼は一見すると何ら関係のないものに見えるが、「予期の固定化」という社会機能の面からすると、組織や人に対する「信頼」というものも、じつは、他の可能性を否定して「予期を固定化」という点では同じ機能を果たす。大学が暴力団にも変わるなどということがあったら、怖くて誰も大学な

どに入ってこなくなる。多くの大学は「信頼」を前提に成立しているし、人に対する「信頼」もまた同様だ。いつストーカーになるかわからないのでは、その人と付き合うことはできない。

経済学でも同じような考え方がある。取引費用(transaction cost)という理論で、契約の相手方が信頼に足る相手かどうか、調査する費用(時間やタスク、資金)のことだ。法制度の機能はこうした取引費用の縮減に役立っている。例えば、不動産を買うときに、宅建業法上の資格を持っている者は「重要事項説明義務」があるが、こうした重要な情報を買う側に負わせると契約締結まで大変なコストがかかることになる。有資格者であれば、大体信頼が可能で、買う側にとっては、この信頼は不可欠である。国家資格を定めた行政法規はかなりの数があるが、これらは国が立法によって「信頼」を保障する制度ということになる。

法制度は、いろいろな面を持っているが、社会機能の点では、このreduction効果が、第一次的なものである。公共政策を法制度化することも、このような法の機能を前提にしなければならない。

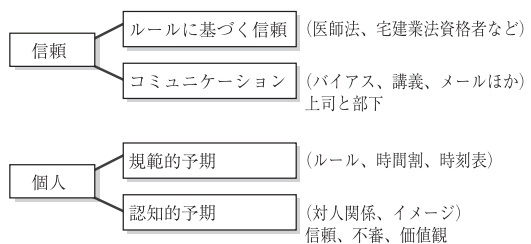
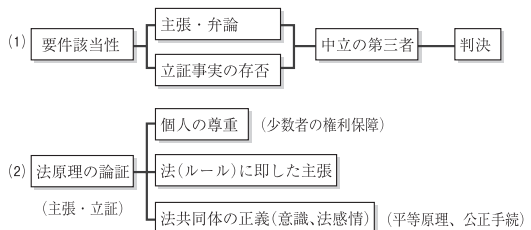


図) 法的アプローチ





## 6 立法化の技術とは、要件と効果に翻訳することである。しかし、立法化には憲法上の制約のほか、内容上も合理的であることが必要となる<sup>(12) (13) (14)</sup>。

(1) 公共政策を実現し、安定的かつ確実な執行を確保するには立法化は欠かせない。それでは、立法化するということは、どういうことなのだろうか。

それは、法的要件と効果の関係を翻訳することだ。例えば、自動車運転免許制度を考えてみよう。なぜ自動車免許の制度が必要かどうかは、危険運転や交通渋滞、交通事故を想定してみればわかる。この場合、「交通の安全」を確保するため、一定の運転技術水準に達していること、交通に関する一定の知識を有していることが、運転免許の「要件」となる。そのために実技試験と筆記試験をパスすることが必要になる。この必要な技術や知識が運転免許の法的「要件」となり、試験にパスをすると、運転免許証が交付され、わが国の道路上で適法な運転ができるという「効果」が発生する。

反面、この運転免許証をもたないで自動車運転をすることは、「違法」な運転であり、たとえ事故は起こさなくとも、道路交通法違反で処罰される。無免許運転罪という法的「効果」が発生し、死亡事故などを伴う場合は、交通刑務所に収監されることになる。また不法行為として損害賠償義務を負うことになる。

(2) このように、道路交通政策は、「運転免許制度」という法的な制度によって、「適法違法」の判断枠組みに転換される。しかし、この免許制度ですべての交通政策に決着がつくかというところではない。70歳以上の高齢者の運転は制限すべきか。75歳が適切なのか、80歳なのか。現在は法的要件として規定がないから、100歳上の人でも運転免許を更新していれば適法な運転ができるが、いつ認知症が出るかもわからない。

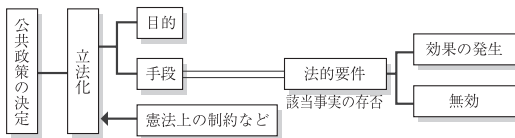
他方、ハンドルを握らなくとも、センサーで走ってくれる自動車が出てきている。そうすると、これまでの免許水準に達していない人でも運転を認めてもいいのではないかという議論が起こる。

こうして道路交通法が出来ても、すべての問題が解決されるのではなく、新たな交通政策をめぐる課題が次々に出る。運転者の高齢化や自動車の技術革新によって既存の法制度は大きく変わっていく。法制度は、いわば「政治の領域」につねに拓かれているのだ。

(3) 次に法的「要件」(legal requirement, Voraussetzung)のあり方について吟味しておこう。法的要件のあり方は、じつは日本国憲法の各規定や規定の趣旨に大きく制約されている。憲法は「禁じ手集」だという面白い表現もある。立法権といえども、この「禁じ手」をさすとその立法は裁判所によって「違憲無効」とされる。憲法は、「硬性憲法」であることがひとつの特色で、改正には重い手続要件が課されている。そのことと、司法権による「違憲審査制」によって、立法権や行政権の行使にタガがはめられていることになる。「交通の安全確保」のためといっても、65歳以上の高齢者に一律、免許を認めない法律は憲法違反であり無効であろう。憲法は我々の予想以上に、立法すなわち政治を制約している。これを立憲主義という。

立憲主義の内容にも人権尊重原則のほか様々なものがあるが、そのうち重要な原則として「法治主義」とか「法の支配」がある。この原則は、法律の内容が「合理的」であることを要請する。不合理な内容の法律は、多数決であっても認めないというのだ。国籍法違憲判決、民法上の非嫡出子法定相続分規定違憲判決などがあり、最近では夫婦別姓を認めないことが憲法違反かどうか争われている。政治家のなかには「最高裁の暴走」などと人もいるが、諸外国の制度や国民の法意識の転換（これらを含めて立法事実の合理性という）など、最高裁はかなりの叡智を駆使して違憲判断を行っており、政治問題化すべきではない。政治化するとは、「敵と味方」という枠組みで議論しようとするもので、問題が「合理性」判断に関わるのなら、科学的かつ合理的な根拠を示して主張すべきなのだ。

図) 法律の要件と効果



## 7 公共政策を立法化するには「立法事実」が必要であり、立法目的の合理性とその目的を実現するための手段の合理性が不可欠<sup>(15)</sup>。

(1) 公共政策を決めることと、それを立法化することは必ずしも一致しない。立法は、憲法上の制約のほか、当該公共政策の実現の必要性やその手段の合理性、立法を施行するため人、モノ、金（財政的基礎）などの制約も働く。わが国の法体系上の制約があるという議論もある。日本の立法にも長い歴史があり、立法実務者が守るべきルールがある（出来だけ立法技術上近似しているものはそれを使うことなど）。例えば、近時、夫婦別姓が議論されているが、これが肯定された場合、民法の改正で行くか、特別法で行くかは、技術的だが立法に際しては、ひとつもめあるのが実際だ。これらの立法及び立法技術上、不可欠とされているのが立法事実である。

(2) 立法事実とは、第一に、当該立法を必要とする社会的事実、または社会的事実が科学的にみて実在することをいう。立法は、個人に権利を与え、義務を課し、その違反に対しては、制裁を課すものであるから、そうした立法的解決が適切な社会的事実が必要なのだ。

ストーカー防止法などは、かつては存在しなかった。恋愛感情などは、「法なき空間」の話であった。法的空間に入るはずもなかった。ところが、恋愛感情の度が過ぎて殺人に至るようなケースが出てくると、こうしたケースは個人の内面として扱うばかりではなく、法的な制裁を科してでも止めなければならなくなる。こうしてストーカー防止法はできたが、その運用（適用のしかた）はむずかしい。法律上は、ストーカー行為をしてはな

らないと規定されたが、加害者も被害者も、それぞれの恋愛感情は極めて多様であるからだ。

(3) 立法事実の第二の要件は、立法目的の合理性及びそれを実現する手段に合理性があることだ。最高裁判例では、有名な薬事法違憲判決というのがある。これは薬局の距離制限規定が違憲とされたものだ。薬品業界からの圧力があって、当時の政権が薬事法を改正して、既存の薬局から一定の距離がなければ薬局の開設の許可はしないという法改正を行った。これはいわゆる参入規制だ。その制定理由は、距離制限を設けないと自由競争になってしまい、その結果安いが危険な薬が出回り、ひいては国民の健康を害する結果となるというものであった。最高裁は、国民の健康保持を目的とする立法目的には合理性があるが、そのために距離制限までする必要はなく、新規業者への不当な参入規制であるとして、この規定を違憲無効とした。つまり立法目的を実現する手段に合理性がないとしたのだ<sup>(16)</sup>。

ここにいう合理性判断は、平等原則違反や営業の自由、個人の尊重などの憲法上の具体的な法原則や人権を基礎として行われる（ベースライン論）。事実婚で父が認知をしていた子供に児童扶養手当を支給しないとしていた政令を無効とした判例や前出非嫡出子相続規定違憲判決などは特に有名だ<sup>(17) (18)</sup>。

(4) 何を以て、法的合理性がないとするかは、種々の議論があるが、立法事実の変化、変遷にも目を向けるべきだ。日本人の男性と外国人の女性との間に生まれた子を男性が認知をした場合、国籍法は、「準正」でなければ国籍を付与しないとしていた。最高裁大法廷はこの国籍法規定を違憲としたが、諸外国の規定や国民の法意識の変化など、立法事実の変化に立法が追いついていないことに合理性がないとした。その上で、この原告に対して国籍が存在することを確認する判決をした。最高裁が違憲判決をとしても、国会が法改正をしない場合はこの原告は救済されないからだ。この判決は相当に踏み込んだもので、「最高裁による立法」であったなどについて種々議論がある。政治的には、自民党がこれら一連の判決を「最高裁の暴走」として政治問題化しようとしている。

(5) こうした政治問題化は、政権＝立法権の独占というドグマがミスリードであることをかえって明らかにする。政権与党は、立法を独占しているようにみえるが、そのような見方は正当ではない。立法には、的確な立法事実が不可欠であるからだ。立法事実とは、その目的においても手段においても合理性が要求され、さらにその根底には、国民や法曹の法意識、規範意識があつて、立法を下支えしている。

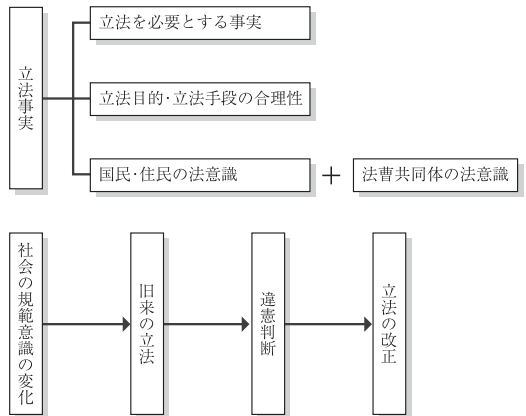
法律や条例を遵守する国民のほうに目を向けると、それらは決して強制されるから守っているわけではない。強制されるから守るのであれば、強盗がピストルを突き付けて行動を強要するのと変わりなくなる。立法には、確かに強制力があるが、それは法の一つの要素でしかない。多くの国民が消極的にせよ、国会や地方議会の立法を正統なものだと受け入れているからこそ、遵守されるのだ。もし、国民の大多数が当該立法を遵守しないときには、取り締まり機関も取り締まれなくなり、法律を強行することは不可能になる。

このようにみえてくると、立法事実の第三には、国民の法意識、規範意識や弁護士、検察官、裁判官などの法意識及び法学研究者の学説（法曹共同体の法意識）を挙げなければならない。

上に見た最高裁の違憲判決は、こうした規範意識の変化を反映したものだ。婚姻や家族、家庭生活のあり方は、たしかに変貌を遂げつつある。家族観の変化、離婚の急激な上昇、事実婚の増大、女性の結婚に対する意識の変化、女性の社会的進出、諸外国の法制度の変化などがこうした変化を後押ししている。したがって、立法は決して国会議員や地方議会議員の独占されているのではない。憲法解釈を含む法解釈も決して裁判所の独占されているわけでもない。究極のところは、国民の法意識、規範意識に支えられているのだ。

以上のような、「立法事実」の存在は、自治体が条例制定権を行使して、条例を立法化する場合も同様に必要となる。東京都建築安全条例、千葉県ヤード条例など、自治体独自の条例も多数あるが、その立法化の手順は、国会で立法する場合と、ほとんど違いはない。むしろ、条例の場合は、「法

令に違反しない」という制約はあるが、立法の基本構造、立法事実の必要性など基本的作法に変わりはない。そこで、以下では、「条例構想」以前の「スキル」を学ぶために、国の法律を参考に、立法の類型や構造の基本的パターンを学習することにする。



## 8 立法の類型には、権利付与型、義務賦課型、組織法型、手続法型がある<sup>(19) (20)</sup>。

立法類型論には、必ずしも一致した類型論があるわけではないが、一応の区分として、まず権利付与型、義務賦課型の区分がある。これらの類型には、決まって「法律事項」とか「立法事項」というものがある。権利を与え、義務を課する規定のことで、これが当該立法の中心をなすものである。組織法はこのような権利義務を実現する機関の設置に関わるものであり、手続法は、これらの権利や義務を実現するための手続について定めた立法である。立法をするには、まず、いかなる事項を「法律事項」「立法事項」とするかを考慮する必要がある。



- (1) 権利付与型の典型として情報公開法をみてみよう。

(開示請求権)

第三条 何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長（以下、中略）に対し、当該行政機関の保有する行政文書の開示を請求することができる<sup>(21)</sup>。

情報公開法は、行政機関の保有する公文書の開示請求権を保障する制度で、何人でも、国の行政機関の保有する公文書を閲覧し、複写（費用が必要な場合もある）を求めることができる。ここで請求権というのは、「～してもらう」ことを請求するという意味で、判りやすくいえば、「権利」ということになる。都道府県や市町村にも同様な「情報公開条例」が制定されているので、外国人でさえも、日本の中央政府、地方政府の保有する公文書の閲覧・複写を求める権利がある。この開示請求権に対して、行政機関の開示義務や個人情報などの開示を求めることのできない不開示事由や請求のための手続等がこの法律には規定されている。

- (2) 義務賦課型には許可制や特許制などの規制行政法のほか、所得税法、消費税法などの税法の一群がある。

ここでは、「食堂の営業許可」と「所得税法」を見てみよう。

○食品衛生法

〔営業施設の基準〕

第五十一条 都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業（以下、中略）であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。

〔営業許可〕

第五十二条 前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

食品衛生法は、公衆衛生の見地から、政令や条例などで、公衆衛生の見地から、規制基準を定め、

当該基準をパスしたものについてのみ食堂等の営業の許可を認めている。食堂に入ると、額が掛けてあって、保健所からの営業許可を得ている旨の掲示があり、許可期間も掲載されている。このような許可制は、自動車の運転免許については、道路交通法、薬局の開設には薬事法、病院の開設には医療法などで規定を置いている。人の資格（いわゆる国家資格）や施設の許可など、日本の法律の大部分はこうした規制行政法規が占める<sup>(22)</sup>。

- (3) 金銭の納付義務（使用料・税金など）

国民や法人に対して金銭の支払いを求めるものには、例えば下水道法の受益者負担金（使用料）などのように特に受益を受けている者に課する場合などもある。他方、こうした対価関係にない金銭給付を税という。所得税や消費税などは、対価関係のない金銭給付義務を法律で課したものである。

○下水道法

（使用料）（＝受益者負担金）

第二十条 公共下水道管理者は、条例で定めるところにより、公共下水道を使用する者から使用料を徴収することができる。（以下略）

○所得税法

（納税義務者）

第五条 居住者は、この法律により、所得税を納める義務がある。

（以下略）

（源泉徴収義務者）

第六条 （前略）（給与所得）に規定する給与等の支払をする者その他第四編第一章から第六章まで（源泉徴収）に規定する支払をする者は、この法律により、その支払に係る金額につき源泉徴収をする義務がある。

【所得税法】

年間所得がある者は、非課税の場合を除いて、所得税を納める義務がある。所得税法5条によれば、個人の場合は確定申告によって納税をする。サラリーマンの場合は、会社や法人が当該個人の所得税分を「天引き」して、本人に代わって国に納税をする。この場合は、源泉徴収をした会社や



法人が納税義務者になる。国税が決まると地方税の住民税などが自動的に決まる仕組みが採られている。

#### 【マイナンバー法】

＊源泉徴収制度には今後番号が対になってくる。

・27年10月 個人に「マイナンバー」、法人に「法人番号」の通知開始

・28年1月1日～

・中途退職者の源泉徴収票にマイナンバー記載開始

・雇用保険関連の届にマイナンバー記載開始  
＊失業保険

・29年1月1日 本格運用

・平成29年1月末までに提出する源泉徴収票でマイナンバー記載開始

・健康保険・厚生年金保険関連の届にマイナンバー記載開始

・平成29年2月～3月、平成28年分の確定申告でマイナンバー記載開始

マイナンバー法については、不思議とプライバシー問題が提起されていない。

しかし、この制度が、政府に情報権力を与えることへの不信はもっと表明されてよい。プライバシー保護の重点が、名誉や信頼から、みだりに個人のプロフィールを描いてはならない原則というところまで移っていることがあまり意識化されていないのではないか。誤ったプロフィールの蓄積も懸念されるし、特定個人情報も番号のみではなく、付随的情報も「情報連携」によって全国的に通用し、しかも7年間保持されることも、こうした懸念を一層増幅させる。

(2) 立法の第三類型は組織法型である。

国会法、内閣法、各府省の設置を決めている国家行政組織法及び各省庁設置法のほか、警察組織について定めている警察法や自衛隊法及び地方自治法などがある。また東日本大震災で活躍した消防隊について規定した消防法などがある。こうした組織法は、他面で行政活動権限を定めていることもあり、国民や事業者の権利を制限したり、義

務を課す規定が存在することもある。また司法作用を担う裁判所法によって最高裁や高裁、地裁などの設置が決められている。

ここでは、福島第一原発事故後に発足した原子力規制委員会法をみてみよう。

#### 原子力規制委員会設置法

(目的)

第一条 この法律は、平成二十三年三月十一日に発生した東北地方太平洋沖地震に伴う原子力発電所の事故を契機に明らかとなった原子力の研究、開発及び利用（以下「原子力利用」という。）に関する政策に係る縦割り行政の弊害を除去し、並びに一の行政組織が原子力利用の推進及び規制の両方の機能を担うことにより生ずる問題を解消するため、（中略）、その委員長及び委員が専門的知見に基づき中立公正な立場で独立して職権を行使する原子力規制委員会を設置し、もって国民の生命、健康及び財産の保護、環境の保全並びに我が国の安全保障に資することを目的とする。

(設置)

第二条 国家行政組織法（中略）第三条第二項の規定に基づいて、環境省の外局として、原子力規制委員会を設置する。

(任務)

第三条 原子力規制委員会は、国民の生命、健康及び財産の保護、環境の保全並びに我が国の安全保障に資するため、原子力利用における安全の確保を図ること（中略）を任務とする。

(職権の行使)

第五条 原子力規制委員会の委員長及び委員は、独立してその職権を行う。

(組織)

第六条 原子力規制委員会は、委員長及び委員四人をもって組織する。

2 委員長は、会務を総理し、原子力規制委員会を代表する。

3 委員長に事故があるとき又は委員長が欠けたときは、あらかじめその指名する委

員が、その職務を代理する。  
(委員長及び委員の任命)

第七条 委員長及び委員は、人格が高潔であって、原子力利用における安全の確保に関して専門的知識及び経験並びに高い識見を有する者のうちから、両議院の同意を得て、内閣総理大臣が任命する。

2 委員長の任免は、天皇が、これを認証する。

(以下略)

この設置法は、規制委員会の設置について規定したものであるが、長文の目的規定が存在することは異例のことで、しかも組織が独立して職権を行使する「独立行政委員会」という形態をとっている(通常、3条委員会といわれている)。この「職権の独立」ということは、内閣総理大臣の指揮命令を受けない機関という意味である。委員は、衆参両議院の同意人事で、しかも委員長は天皇の認証官であるから大臣相当の地位ということになる<sup>(23)</sup>。

### (3) 手続法(訴訟法を含む)

#### ○行政事件訴訟

第二条 この法律において「行政事件訴訟」

とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう。

#### ○行政手続法

(行政指導の一般原則)

第三十二条 行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、いやすくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない。

2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。

手続法には、訴訟法のほか、行政手続法のような行政決定の事前手続について定めたものがある。民事訴訟法、刑事訴訟法、行政事件訴訟法その他行政手続法などがある。自治体にとって最も

重要な地方自治法には、実体法(行政法学では作用法という。)組織法(首長や委員会などの執行機関に関するもの及び議会など)並びに手続法の規定がある。手続法に対するものを実体法というが、後者は、当事者の権利義務について定めたルールである。しかし、行政手続法のように手続法の中にも実体規定があることもある。

行政事件訴訟法は、行政法規に基づく決定を争う訴訟を法定した訴訟法である。許可申請したのに不許可であった場合や産廃事業者が地下水を汚染している場合に周辺住民が操業停止処分を求める「義務付け訴訟」などが規定されている。

行政手続法の眼目は、許可基準などの透明性や不利益処分の場合の事前聴聞弁明の機会の付与にあるが、行政指導については、相手方の任意に従うことを要件としているなど実体規定もある。

## 9 法律や条例の構造(骨組み)は、行政目的(目的規定)―行政手法(許認可等の要件規定)―実効性確保手段(罰則のほか許認可の取消し規定など)でとなっている<sup>(24)</sup>。

法律や条例は、まず各章から構成されており、総則、各則、雑則の章が設けられ、それに附則が付けられるのが一般的である。しかし、立法上、もっとも重要なものは、目的規定とその目的を実現するための行政手法及びそれを強制するための実効性確保手段となる。

ここでは、典型例のひとつとして墓地埋葬法を取り上げてみよう。

○墓地、埋葬等に関する法律〔昭和二十三年五月三十一日号外法律第四十八号〕

### 第一章 総則

〔法律の目的〕

第一条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。

ここでは、墓地や火葬場が国民の宗教的感情に

適合し、かつ公衆衛生ほか、まちづくりなどの公共の福祉に支障がないようにすることが目的とされている。勝手な墓地の設置や火葬場の設置は、公衆衛生上も問題があるから規制することとし、さらに変化する国民の宗教的感情への配慮、まちづくりなどへの配慮も目的とされているわけである。この法律ができたのは、日本の敗戦後まもなくの昭和23年であるから、空襲の跡などに無計画な墓地等が形成されていた当時の状況が出ている。

こうした目的を達成するために、この墓埋法の中心的規定（法律事項・立法事項）として、火葬や埋葬には許可制とすること及び墓地等の経営をする場合にやはり許可を必要とするという規定を設けた。

〔墓地外の埋葬又は火葬場外の火葬の禁止〕

第四条 埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。→法律事項・立法事項

2 火葬は、火葬場以外の施設でこれを行つてはならない。→法律事項・立法事項

〔埋葬・火葬又は改葬の許可〕

第五条 埋葬、火葬又は改葬を行おうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、市町村長（特別区の区長を含む。以下同じ。）の許可を受けなければならない。

→法律事項・立法事項

〔墓地・納骨堂又は火葬場の経営等の許可〕

第十条 墓地、納骨堂又は火葬場を営もうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。→法律事項・立法事項

このような法制度の実効性を確保するため、つまり、この法律事項に強制力を持たせるために、墓埋法では、以下のような罰則を設けている。

#### 第四章 罰則

第二十条 左の各号の一に該当する者は、これを六箇月以下の懲役又は五千円〔二万円〕以下の罰金に処する。

一 第十条の規定に違反した者

二 （以下略）

第二十一条 左の各号の一に該当する者は、これを千円〔二万円〕以下の罰金又は拘留

若しくは科料に処する。

一 （前略）第五条第一項（略）の規定に違反した者

二 （略）

〔両罰規定〕

第二十二条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前二条の違反行為をしたときは、行為者を罰する外、その法人又は人に対しても各本条の罰金刑を科する。

\*【 】の2万円は罰金等臨時措置法による。

ここで気になるのが、罰金の安さである。確かに罰則が、2万円では、払ったほうが得策で、これでは脱法行為も出そうである。しかし、墓埋法には、もうひとつ強力な規定がある。

〔施設の整備改善その他の強制処分命令〕

第十九条 都道府県知事は、公衆衛生その他公共の福祉の見地から必要があると認めるときは、墓地、納骨堂若しくは火葬場の施設の整備改善、又はその全部若しくは一部の使用の制限若しくは禁止を命じ、又は第十条の規定による許可を取り消すことができる。

この規定によって使用禁止命令を出すこともできる。また墓地等の整備改善規定によって大規模な改修命令（場合によっては撤去命令）も出せる。そして、最終的には、それが不履行のときは、行政代執行法に基づく強制代執行もできることになっている。行政代執行法は、行政法上の一般法というべきもので、行政上の命令のうち代替的作為義務を課す命令については、共通して適用される法律だ。そのほか使用禁止命令ができれば、最近では、自治体のHP等で公表される。大規模な改修命令や使用禁止命令が出された墓地等には、誰も敢えて埋葬などを希望しないだろう（下の写真参照）。

なお、この法律では、都道府県知事が法律を執行することになっているが、地方自治法に基づく条例による事務処理の特例（地方自治法第252条の17の2による権限移譲）に基づき、現在では、



大半の市区町村長がこの事務を執行している。そして、この法律の趣旨に抵触しない範囲で、条例を制定し、地元の事情を考慮した許可要件を定めている。



【千葉県千葉市】千葉やすらぎの郷



## 10 法律や条例内容を構造的（骨組み）に分類すると本則と附則に大別され、「本則」には、目的規定、定義規定、各則（本則規定・法律事項）、禁止規定、訓示規定（努力義務規定、責務規定）、勧告命令規定、及び「雑則」（報告徴収規定、罰則規定）、「附則」には施行期日や経過措置規定が置かれる。

立法技術は明治以降の歴史を持っており、形式上、条項の配置の仕方に一応の定型がある。立法実務家（内閣法制局、衆参の議院法制局）はこれら立法のプロフェッショナルである。立法実務では、法律を例にとると、本則と附則に大別され、さらに本則では、最も重要な「法律事項」（立法

目的を達成する手段）を中心に、国民がその法律を理解し、「予測可能性」を持たせるための周辺の条項と配置について一定の工夫がなされている。これは法文化というべきもので、国や自治体の立法担当者に共有されている技術だ。

以下では、ストーカー防止法についてみてみよう。

ストーカー行為等の規制等に関する法律  
(平成12年5月24日号外法律第81号)

(目的)

第一条 この法律は、ストーカー行為を処罰する等ストーカー行為等について必要な規制を行うとともに、その相手方に対する援助の措置等を定めることにより、個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資することを目的とする。→目的規定

(定義)

第二条 この法律において「つきまとい等」とは、特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的で、当該特定の者又はその配偶者、直系若しくは同居の親族その他当該特定の者と社会生活において密接な関係を有する者に対し、次の各号のいずれかに掲げる行為をすることをいう。→定義規定

- 一 つきまとい、待ち伏せし、進路に立ちふさがり、住居、勤務先、学校その他その通常所在する場所（以下「住居等」という。）の付近において見張りをし、又は住居等に押し掛けること。
- 二 その行動を監視していると思わせるような事項を告げ、又はその知り得る状態に置くこと。
- 三 面会、交際その他の義務のないことを行うことを要求すること。
- 四 著しく粗野又は乱暴な言動をすること。
- 五 電話をかけて何も告げず、又は拒まれたにもかかわらず、連続して、電話をかけ、ファクシミリ装置を用いて送信し、



若しくは電子メールを送信すること。

六 汚物、動物の死体その他の著しく不快又は嫌悪の情を催させるような物を送付し、又はその知り得る状態に置くこと。

七 その名誉を害する事項を告げ、又はその知り得る状態に置くこと。

八 その性的羞恥心を害する事項を告げ若しくはその知り得る状態に置き、又はその性的羞恥心を害する文書、図画その他の物を送付し若しくはその知り得る状態に置くこと。

2 この法律において「ストーカー行為」とは、同一の者に対し、つきまとい等（前項第一号から第四号までに掲げる行為については、身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる場合に限る。）を反復してすることをいう。

（つきまとい等をして不安を覚えさせることの禁止）

第三条 何人も、つきまとい等をして、その相手方に身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせてはならない。  
→各側（本法の法律事項・禁止規定）  
（警告）

第四条 警視總監若しくは道府県警察本部長又は警察署長（以下「警察本部長等」という。）は、つきまとい等をされたとして当該つきまとい等に係る警告を求める旨の申出を受けた場合において、当該申出に係る前条の規定に違反する行為があり、かつ、当該行為をした者が更に反復して当該行為をするおそれがあると認めるときは、当該行為をした者に対し、国家公安委員会規則で定めるところにより、更に反復して当該行為をしてはならない旨を警告することができる。→（勧告よりも厳しい警告規定）  
（禁止命令等）

第五条 公安委員会は、警告を受けた者が当

該警告に従わずに当該警告に係る第三条の規定に違反する行為をした場合において、当該行為をした者が更に反復して当該行為をするおそれがあると認めるときは、当該警告に係る前条第一項の申出をした者の申出により、又は職権で、当該行為をした者に対し、国家公安委員会規則で定めるところにより、次に掲げる事項を命ずることができる。

一 更に反復して当該行為をしてはならないこと。

二 更に反復して当該行為が行われることを防止するために必要な事項  
命令規定（義務賦課規定）

2 公安委員会は、前項の規定による命令（以下「禁止命令等」という。）をしようとするときは、行政手続法（平成五年法律第八十八号）第十三条第一項の規定による意見陳述のための手続の区分にかかわらず、聴聞を行わなければならない。→聴聞規定（行政手続法の不利益処分）

（仮の命令）

第六条 警察本部長等は、第四条第一項の申出を受けた場合において、当該申出に係る第三条の規定に違反する行為（第二条第一項第一号に掲げる行為に係るものに限る。）があり、かつ、当該行為をした者が更に反復して当該行為をするおそれがあると認めるとともに、当該申出をした者の身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害されることを防止するために緊急の必要があると認めるときは、当該行為をした者に対し、行政手続法第十三条第一項の規定にかかわらず、聴聞又は弁明の機会の付与を行わないで、国家公安委員会規則で定めるところにより、更に反復して当該行為をしてはならない旨を命ずることができる。→緊急規定（手続の省略）

（警察本部長等の援助等）

第七条 警察本部長等は、ストーカー行為又

は第三条の規定に違反する行為（以下「ストーカー行為等」という。）の相手方から当該ストーカー行為等に係る被害を自ら防止するための援助を受けたい旨の申出があり、その申出を相当と認めるときは、当該相手方に対し、当該ストーカー行為等に係る被害を自ら防止するための措置の教示その他国家公安委員会規則で定める必要な援助を行うものとする。→責務義務規定

- 2 警察本部長等は、前項の援助を行うに当たっては、関係行政機関又は関係のある公私の団体と緊密な連携を図るよう努めなければならない。→努力義務規定

（国、地方公共団体、関係事業者等の支援等）

第八条 国及び地方公共団体は、ストーカー行為等の防止に関する啓発及び知識の普及、ストーカー行為等の相手方に対する婦人相談所その他適切な施設による支援並びにストーカー行為等の防止に関する活動等を行っている民間の自主的な組織活動の支援に努めなければならない。→努力義務規定

- 2 国及び地方公共団体は、前項の支援等を図るため、必要な体制の整備、民間の自主的な組織活動の支援に係る施策を実施するために必要な財政上の措置その他必要な措置を講ずるよう努めなければならない。

→努力義務規定

- 3 ストーカー行為等に係る役務の提供を行った関係事業者は、当該ストーカー行為等の相手方からの求めに応じて、当該ストーカー行為等が行われることを防止するための措置を講ずること等に努めるものとする。→努力義務規定

- 4 ストーカー行為等が行われている場合には、当該ストーカー行為等が行われている地域の住民は、当該ストーカー行為等の相手方に対する援助に努めるものとする。

→努力義務規定

（報告徴収等）

第九条 警察本部長等は、警告又は仮の命令

をするために必要があると認めるときは、その必要な限度において、第四条第一項の申出に係る第三条の規定に違反する行為をしたと認められる者その他の関係者に対し、報告若しくは資料の提出を求め、又は警察職員に当該行為をしたと認められる者その他の関係者に質問させることができる。

- 2 公安委員会は、禁止命令等をするために必要があると認めるときは、その必要な限度において、警告若しくは仮の命令を受けた者その他の関係者に対し、報告若しくは資料の提出を求め、又は警察職員に警告若しくは仮の命令を受けた者その他の関係者に質問させることができる。→雑則（報告徴収規定）

（禁止命令等を行う公安委員会等）

第十条 この法律における公安委員会は、禁止命令等並びに第五条第二項の聴聞及び意見の聴取に関しては、（中略）申出をした者の住所（中略）の所在地又は当該行為が行われた地を管轄する公安委員会とする。

→権限規定（公安委員会）

- 2 この法律における警察本部長等は、警告及び仮の命令に関しては、当該警告又は仮の命令に係る第四条第一項の申出をした者の住所若しくは居所若しくは当該申出に係る第三条の規定に違反する行為をした者の住所（日本国内に住所がないとき又は住所が知れないときは居所）の所在地又は当該行為が行われた地を管轄する警察本部長等とする。→権限規定（警視總監又は県警本部長）

- 3 （以下略）

（罰則）

第十三条 ストーカー行為をした者は、六月以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

- 2 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

第十四条 禁止命令等（第五条第一項第一号に係るものに限る。以下同じ。）に違反し

てストーカー行為をした者は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

- 2 前項に規定するもののほか、禁止命令等に違反してつきまとい等をするにより、ストーカー行為をした者も、同項と同様とする。

第十五条 前条に規定するもののほか、禁止命令等に違反した者は、五十万円以下の罰金に処する。→処罰規定

(適用上の注意)

第十六条 この法律の適用に当たっては、国民の権利を不当に侵害しないように留意し、その本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあってはならない。

(検討)

- 4 ストーカー行為等についての規制、その相手方に対する援助等に関する制度については、この法律の施行後五年を目途として、この法律の施行の状況を勘案して検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるべきものとする。→検討条項

この法律の眼目は、つきまとい等をして不安を覚えさせることの禁止することであり、相手方の身体の安全、名誉侵害、行動の自由の阻害への不安を払しょくし、住居の平穏を保つことにある(第3条)。これがこの法律の法律事項であり、そのための行政手法が「警告」「禁止命令」である。「警告」違反に対して罰則はないが、違反があれば罰則付きの「禁止命令」に連動することになっている。

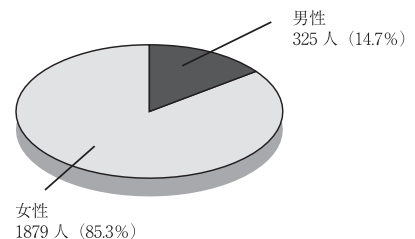
他方で、ストーカーとされた者の人権も保障されなくてはならないから、禁止命令を出すときには、行政手続法上の「聴聞」をすることになっている。この手続は重い手続で、相手方に十分な反論の機会を保障するものだ。許認可の取消しと同じ扱いである。しかし、こうした聴聞の手続きを経ている間にさらに深刻な事態になるかもしれない。そこで、この法律では、行政法規としては極めて異例な「仮の命令」という制度を設けた。民事訴訟にも仮処分という制度があって、本来の訴

訟手続を経て判決をもらってからでは遅いという場合は、仮処分で判決が出るまでの間、事業者の操業を停止したりすることがあるが、こうした「仮の救済」に倣って「仮の命令」という制度を設けたのである。

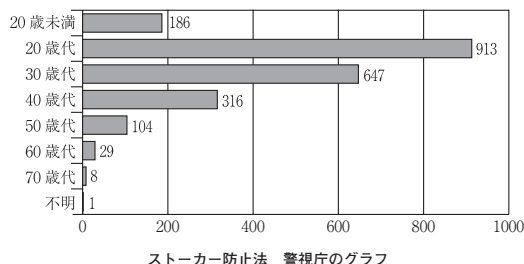
民事事件では仮処分によって大部分の被害がストップするが、ストーカー被害の場合はそうではなく「仮の命令」制度はあまり使われていない。警察や関係機関が法的事件として扱った件数(認知件数)は、年々増加傾向にあるが、

ストーカー事件は、脅迫罪や強要罪、暴行罪が成立しないそれ以前の行為を処罰するものなので、それだけに運用(法の適用)は難しいということだろう。他方、認知件数が多いということは、それだけ警察の「敷居」が低くなったことも解することができる。また女性も我慢をしなくなったという評価もある。しかし重要なことは、こうした事案をどう救済するかであり、この法律に「努力義務規定」がたくさんあるのは、警察だけでは解決困難な事案が多いということを物語っている。女性の権利を守る民間団体などの協力も不可欠で、民間の自主的な組織活動の支援規定(8条1項)や地域住民の支援(8条2項)などの規定がある。なお、刑事罰を加える場合は、被害者からの刑事告訴が必要であり、いわゆる「親告罪」となっている。

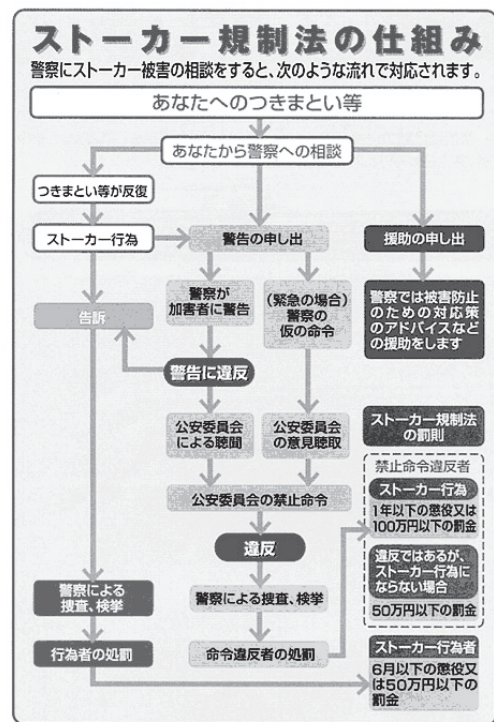
ストーカー防止法 警視庁のグラフ  
警視庁HP 3 ストーカー事案の分析 (20150908)  
[http://www.keishicho.tokyo.jp/seian/jokyo\\_1.htm](http://www.keishicho.tokyo.jp/seian/jokyo_1.htm)  
ストーカー相談者の性別(平成26年)



ストーカー相談者年代別



近年の性犯罪に対する重罰化の背景には、性犯罪に対する国民の意識の変化があるといわれている。つまり、このような変化は、単に性犯罪を「性的自己決定に対する罪」「性的自由に対する罪」とする考え方から、女性の尊厳に対する重大な侵害を伴う「性的暴行・脅迫罪」とする理解へと変化したことの現れであると理解すべきであるとされている。刑法上の保護法益、民事事件、行政事件における「不利益コンフリクト」に注目するような立場でも、こうした思想上の、あるいは社会思潮とも無関係ではないことを示すものであろう。



## 11 立法目的を達成する手段のうち、経済的インセンティブを与えて、一定の行為を促進する手法を経済的誘導手法という<sup>(25)</sup>。

(1) 規制的手法は、一定の行為を禁止して、基準に達した者に免許や資格を与える制度であるが、これに対して、一定の者に経済的優遇措置を行って、立法目的を達成しようとする場合がある。これを経済的インセンティブ手法という。

○感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律

### 第九章 結核

(定期の健康診断)

第五十三条の二 労働安全衛生法（略）第二条第三号に規定する事業者（以下この章及び第十二章において「事業者」という。）、学校（専修学校及び各種学校を含み、修業年限が一年未満のものを除く。以下同じ。）の長又は矯正施設その他の施設で政令で定めるもの（以下この章及び第十二章において「施設」という。）の長は、それぞれ当該事業者の行う事業において業務に従事する者、当該学校の学生、生徒若しくは児童又は当該施設に収容されている者（小学校就学の始期に達しない者を除く。）であって政令で定めるものに対して、政令で定める定期において、期日又は期間を指定して、結核に係る定期の健康診断を行わなければならない。

(学校又は施設の設置者の支弁すべき費用)

第五十八条の三 学校又は施設（国、都道府県又は市町村の設置する学校又は施設を除く。）の設置者は、第五十三条の二第一項の規定により、学校又は施設の長が行う定期の健康診断に要する費用を支弁しなければならない。

(都道府県の負担)

第五十九条 都道府県は、第五十七条第一号から第四号までの費用に対して、政令で定めるところにより、その三分の二を負担す



る。

これらの条項は、結核対策として、事業者に従業員の定期健康診断、学校長や学長には生徒や学生に対する定期健康診断を義務付け、市町村立小中学校の場合には、都道府県が費用の3分の2を、残りの3分の1を市町村が負担すべきことを規定したものである。市町村によっては、財政力の弱い団体もあるので、結核予防のための健康診断体制を確立するための財政援助を規定したものだ。

こうした支援援助規定は、各種の許認可行政法にもみられ、規制と支援のミックスした制度が用いられている。女性の権利関係の立法や障がい者自立支援に関する立法などにも、関係団体への財政援助規定があるのが一般的だ。わが国の法律や条例は、公権力の行使を除けば、予想以上に関係団体の協力を当てにしていることが判る。

(2) 規制的手法と支援をミックスする手法に対して、純粋に、経済的インセンティブを法律事項とするものもある。もっとも、立法実務では、個人やして団体の財産形成には、憲法上の財産権規定や憲法の趣旨に反するという意見が強い。雲仙普賢岳震災のときに成立した「被災者生活支援法」に最も反対したのは現在の財務省だが、そのときの論理がこれだった。被災者支援の拡大が必要という議論に対して、霞ヶ関では、いつもこの議論がくすぶる。しかし、この議論はミスリードである。すでに昭和30年に、いわゆる天災融資法が成立している。これは、「利子補給」という形であるが、私人の財産形成が違憲ならば、わが国では昭和30年以来無効な法律を施行したことになる。

天災による被害農林漁業者等に対する資金の融通に関する暫定措置法

〔昭和三十年八月五日法律第百三十六号〕

(国庫補助)

第三条 政府は、都道府県に対し、予算の範囲内で、次の各号に掲げる経費の全部又は一部を補助する。

一 市町村が、組合又は金融機関との契約により、当該組合又は当該金融機関が貸し付けた経営資金につき利子補給を行うのに要する経費の一部を都道府県が補助する場

合における当該補助に要する経費

二 都道府県が、組合又は金融機関との契約により、当該組合又は当該金融機関が貸し付けた経営資金につき利子補給を行う場合における当該利子補給に要する経費

三 市町村が、組合又は金融機関との契約により、当該組合又は当該金融機関が経営資金を貸し付けたことによつて受けた損失をこれに対し補償するのに要する経費の百分の八十以内を都道府県が補助する場合における当該補助に要する経費

\*この法律では、被災した農林事業者、漁業従事者及び林業事業者に対して、金融機関等から借りた経営資金の「利子補給」を規定している。ただし、「予算の範囲」という条件が付いており、政治問題化するときもある。このほか中小企業関係の法律にも「利子補給」関係の法律は多い。



1600x1200-982.8kB-2004.09.10apple.jpg  
https://www.yokomichi.com/chiiki\_katsudou/2004.09.. (20150316)

(3) 国の補助金は、時の政権の政策実現の要ともいべきもので、各省庁の補助金の根拠は、国会の議決した予算と予算に基づく「補助要綱」などで規定されている。もっとも、この補助金の支出は、「補助金適正化法」（正式には「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」という）に基づく交付決定という手続を経て交付される。補助金の場合、全額、国が支出すケースは極めて稀で、全額の3分の1、都道府県が3分の1、市

町村が3分の1の場合が多い。しかし、市町村にとって3分の2がもらえる財政的効果は大きい。逆に言えば、公共事業などで、3分の1を負担できない場合は、補助金制度があっても、申請ができないことになる。都道府県、市町村の自己負担を自治体では「裏負担」という。

都道府県や市町村には、極稀に「補助金交付規則」をさだめている場合もあるが、共通的な条例として「補助金適正化条例」のようなものを制定している自治体は、ほとんどない。これは、国の法令のほうが整備されている。自治体も種々の補助金を支出しているので、条例整備を急ぐべきだろう。

(4) 以上のように、経済的インセンティブ手法は、中身は補助金行政が主たるもので、国家予算の動向、時の政権の意向が、法的にも政治的にも働きやすい仕組みになっている。「予算獲得」という政治家のマニフェストも、法度全体の中でも相当の意味をもっていることになる。経済的インセンティブに関する法原則は、いまだ確立したものがなく、せいぜいのところ、入札制度の適正化、不正競争の防止などの面から規制があるに止まる。

## 12 計画手法を使う立法類型には、「基本指針」「ゾーニング」「規制」「事業」を組み合わせたものがあり、その典型例は都市計画の領域だ<sup>(26)</sup>。

現代行政は「計画行政」といわれるほど、「行政の計画化」の手法が採られている。計画手法の第一類型は、「基本指針（方針）」「ゾーニング」「規制」「事業」の組み合わせによって、立法目的を達成しようとするものである。この立法類型は、「指針」と「ゾーニング」、区域内の「規制」及び指針に基づく「事業」に特徴がある。この手法は、「まちづくり」などの手法や景観保護などの手法として用いられる。計画手法の利点は、時間をかけて、計画的に目的を達成できる点にある。しかし、他方で、下位計画は、上位計画に従うことになるので、「上意下達」になり易いデメリットもあることを忘れてはならない。ここでは、都市計

画法を取り上げることにする。

(1)(ア) 第一類型のもっとも典型的な例は、「都市計画法」である。

### ○都市計画法

#### (目的)

第一条 この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。

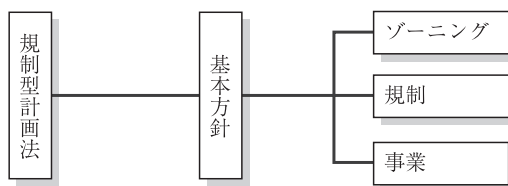
#### (都市計画の基本理念)

第二条 都市計画は、農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのためには適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきことを基本理念として定めるものとする。

#### (都市計画区域)

第五条 都道府県は、市又は人口、就業者数その他の事項が政令で定める要件に該当する町村の中心の市街地を含み、かつ、自然的及び社会的条件並びに人口、土地利用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び推移を勘案して、一体の都市として総合的に整備し、開発し、及び保全する必要がある区域を都市計画区域として指定するものとする。この場合において、必要があるときは、当該市町村の区域外にわたり、都市計画区域を指定することができる。

図) 計画法——規制型



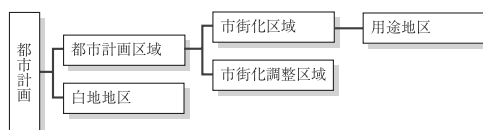
わが国都市計画法は、ヨーロッパの長い歴史をもつ「都市」を前提とすることではなく、もっぱら「乱開発」を防止するという観点から出発している。現行の都市計画法も昭和43年から施行されたものである。そこで、第1条は、「国土の均衡ある発展」と「公共の福祉」という漠然としたものとなっている。明らかなのは、「国土の均衡ある発展」とあるから、まず全国的視野から、つまりトップダウン的な計画法であることだ。第2条は、都市と農村、漁村が対立的に捉えられて、そのバランスをとることを目指すことが謳われている。

都市計画の出発点は、「都市計画区域」の設定である。これは、裏を返していえば、都市計画の定めない地域（これを「白地地域」という）があるということを意味している。都市計画法は、田畑などの農業分野との棲み分けがその骨組みとなっている。農業に関する地域については、「農振法」「農地法」などの規制する分野とされている。

#### (イ) 計画策定の内容

都市計画は、内容的に見ると、計画区域内の「整備」「開発」「保全」（通例、「整開保」と呼ばれる）の方針を決め（6条の2）、そこで周知の「市街化区域」と「市街化調整区域」という区域区分がなされる（7条）。「市街化調整区域」は原則的に「開発」を認めない区域であるので、居住用の住居を建てたり、工場等、商業ビルなども建設できない。

「市街化区域」は、さらに細分化されて、住居区域、商業区域、工業区域などが、定められている（8条、地域地区という。）これらの地域地区では、高度や建ぺい率、容積率などの規制がかかる。これらを用途地域規制という。



（都市計画区域の整備、開発及び保全の方針）

第六条の二 都市計画区域については、都市計画に、当該都市計画区域の整備、開発及

び保全の方針を定めるものとする。

2 都市計画区域の整備、開発及び保全の方針には、第一号に掲げる事項を定めるものとするとともに、第二号及び第三号に掲げる事項を定めるよう努めるものとする。

一 次条第一項に規定する区域区分の決定の有無及び当該区域区分を定めるときはその方針

二 都市計画の目標

三 第一号に掲げるもののほか、土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する主要な都市計画の決定の方針

（区域区分）

第七条 都市計画区域について無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化を図るため必要があるときは、都市計画に、市街化区域と市街化調整区域との区分（以下「区域区分」という。）を定めることができる。（以下、略）

（地域地区）

第八条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる地域、地区又は街区を定めることができる。

一 第一種低層住居専用地域、第二種低層住居専用地域、第一種中高層住居専用地域、第二種中高層住居専用地域、第一種住居地域、第二種住居地域、準住居地域、近隣商業地域、商業地域、準工業地域、工業地域又は工業専用地域（以下「用途地域」と総称する。）

#### (ウ) 都市計画の主体

都市計画の主体は、都道府県が第一次的権限を有しており（15条）、市街化区域、市街化調整区域の区域決定、及び主要な道路や公園などの都市施設についての都市計画決定は、都道府県知事が行うことになっている。市町村は、こうした決定の枠組みの範囲で、それをより具体化するための「基本方針」とこれに基づく都市計画決定の権限を有する。

（都市計画を定める者）

第十五条 次に掲げる都市計画は都道府県

が、その他の都市計画は市町村が定める。

一 都市計画区域の整備、開発及び保全の方針に関する都市計画

二 区域区分に関する都市計画

三 (略)

四 (略)

(都道府県の都市計画の決定)

第十八条 都道府県は、関係市町村の意見を聴き、かつ、都道府県都市計画審議会の議を経て、都市計画を決定するものとする。

(市町村の都市計画に関する基本的な方針)

第十八条の二 市町村は、議会の議決を経て定められた当該市町村の建設に関する基本構想並びに都市計画区域の整備、開発及び保全の方針に即し、当該市町村の都市計画に関する基本的な方針（以下この条において「基本方針」という。）を定めるものとする。

(市町村の都市計画の決定)

第十九条 市町村は、市町村都市計画審議会（当該市町村に市町村都市計画審議会が置かれていないときは、当該市町村の存する都道府県の都道府県都市計画審議会）の議を経て、都市計画を決定するものとする。

#### (エ) 都市計画事業

都市計画事業は、「都市計画施設の整備に関する事業」と「市街地開発事業」に大別される。都市計画施設整備事業の典型例は、道路整備事業、公園整備事業である。市街地開発事業とは、主に土地区画整理事業、市街地再開発事業を指している。道路整備事業には、道路法によって道路の基準、公園には都市公園法による公園基準が定められている。また土地区画整理事業については、土地区画整理法がその具体的な手法について規定している（仮換地処分、換地処分など）。市街地再開発事業とは、土地を区分所有権に「権利変換」して、駅前ロータリーを作ったりすることをいう。都市計画事業では、事業計画が認可されると、その事業に支障を来す土地では建築等の制限がかかる（同法62条）。

(都市施設)

第十一条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる施設を定めることができる。この場合において、特に必要があるときは、当該都市計画区域外においても、これらの施設を定めることができる。

一 道路、都市高速鉄道、駐車場、自動車ターミナルその他の交通施設

二 公園、緑地、広場、墓園その他の公共空地

三 水道、電気供給施設、ガス供給施設、下水道、汚物処理場、ごみ焼却場その他の供給施設又は処理施設

四 河川、運河その他の水路

五 学校、図書館、研究施設その他の教育文化施設

六 病院、保育所その他の医療施設又は社会福祉施設

七 市場、と畜場又は火葬場

八 一団地の住宅施設（一団地における五十戸以上の集団住宅及びこれらに附帯する通路その他の施設をいう。）

(以下略)

(市街地開発事業)

第十二条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる事業を定めることができる。

一 土地区画整理法（昭和二十九年法律第百十九号）による土地区画整理事業

二 (略)

三 (略)

四 都市再開発法による市街地再開発事業

(以下略)

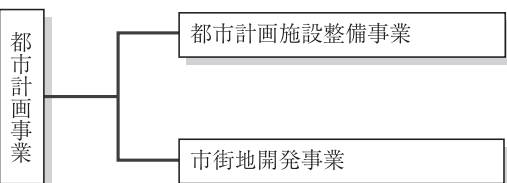
(建築等の制限)

第六十五条（事業計画）（中略）の告示があった後においては、当該事業地内において、都市計画事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物の建築その他工作物の建設を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくは堆積を行おうとする者は、都道府県知事



等の許可を受けなければならない。

## 2 (以下略)



### 13 計画行政法の第二類型は指針一事業型だ。この類型は、基本法という法形式をとり、住民や国民の意識改革や政策のベクトルを決める場合に採用される<sup>(27)</sup>。

#### (2) 指針一事業型計画行政法

計画行政法の第二類型は、立法目的を具体化した「基本指針」(行政計画の方針)に基づく「事業」を行うタイプの立法だ。男女雇用機会均等法は、現在でこそ、ハードな法制度であるが、当初の「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等女子労働者の福祉の増進に関する法律」では努力義務規定が中心の法律であった。しかし、厚生労働省や女性団体の努力もあって、こうした「過渡的ルール」もハードな法制度に変わっていく。計画法の機能として、関係当事者に法的盤を与え、その支援を公的なものにするほか、こうした運動によって、国民の法意識の改革をけん引する効果もある。ここでは、「男女共同参画社会基本法」を取り上げる。この法律の制定に促されて、全国の自治体では、これに呼応する条例を制定し、これらを基盤に女性団体が様々な活動をしている。基本法には、責務規定や努力義務規定が多い。しかし、こうした規定は、権利義務を発生させるものではないが、規定に沿った活動に「社会的正当性」を与え、社会道徳をも変化させる効力がある。法的に決して軽視されてよいものではない。

○男女共同参画社会基本法(平成11年6月23日号外法律第78号)

我が国においては、日本国憲法に個人の尊重と法の下での平等がうたわれ、男女平等の実現に向けた様々な取組が、国際社会における取組とも連動しつつ、着実に進められてきたが、なお一層の努力が必要とされている。

一方、少子高齢化の進展、国内経済活動の成熟化等我が国の社会経済情勢の急速な変化に対応していく上で、男女が、互いにその人権を尊重しつつ責任も分かち合い、性別にかかわらず、その個性と能力を十分に発揮することができる男女共同参画社会の実現は、緊要な課題となっている。

このような状況にかんがみ、男女共同参画社会の実現を二十一世紀の我が国社会を決定する最重要課題と位置付け、社会のあらゆる分野において、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の推進を図っていくことが重要である。

ここに、男女共同参画社会の形成についての基本理念を明らかにしてその方向を示し、将来に向かって国、地方公共団体及び国民の男女共同参画社会の形成に関する取組を総合的かつ計画的に推進するため、この法律を制定する。

#### 第一章 総則

##### (目的)

第一条 この法律は、男女の人権が尊重され、かつ、社会経済情勢の変化に対応できる豊かで活力ある社会を実現することの緊要性にかんがみ、男女共同参画社会の形成に関し、基本理念を定め、並びに国、地方公共団体及び国民の責務を明らかにするとともに、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の基本となる事項を定めることにより、男女共同参画社会の形成を総合的かつ計画的に推進することを目的とする。

##### (定義)

第二条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一 男女共同参画社会の形成 男女が、社

会の対等な構成員として、自らの意思によって社会のあらゆる分野における活動に参画する機会が確保され、もって男女が均等に政治的、経済的、社会的及び文化的利益を享受することができ、かつ、共に責任を担うべき社会を形成することをいう。

二 積極的改善措置 前号に規定する機会に係る男女間の格差を改善するため必要な範囲内において、男女のいずれか一方に対し、当該機会を積極的に提供することをいう。

(男女の人権の尊重)

第三条 男女共同参画社会の形成は、男女の個人としての尊厳が重んぜられること、男女が性別による差別的取扱いを受けないこと、男女が個人として能力を発揮する機会が確保されることその他の男女の人権が尊重されることを旨として、行われなければならない。

(社会における制度又は慣行についての配慮)

第四条 男女共同参画社会の形成に当たっては、社会における制度又は慣行が、性別による固定的な役割分担等を反映して、男女の社会における活動の選択に対して中立でない影響を及ぼすことにより、男女共同参画社会の形成を阻害する要因となるおそれがあることにかんがみ、社会における制度又は慣行が男女の社会における活動の選択に対して及ぼす影響をできる限り中立なものとするように配慮されなければならない。

(政策等の立案及び決定への共同参画)

第五条 男女共同参画社会の形成は、男女が、社会の対等な構成員として、国若しくは地方公共団体における政策又は民間の団体における方針の立案及び決定に共同して参画する機会が確保されることを旨として、行われなければならない。

(家庭生活における活動と他の活動の両立)

第六条 男女共同参画社会の形成は、家族を構成する男女が、相互の協力と社会の支援

の下に、子の養育、家族の介護その他の家庭生活における活動について家族の一員としての役割を円滑に果たし、かつ、当該活動以外の活動を行うことができるようにすることを旨として、行われなければならない。

(国際的協調)

第七条 男女共同参画社会の形成の促進が国際社会における取組と密接な関係を有していることにかんがみ、男女共同参画社会の形成は、国際的協調の下に行われなければならない。

(国の責務)

第八条 国は、第三条から前条までに定める男女共同参画社会の形成についての基本理念(以下「基本理念」という。)にのっとり、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策(積極的改善措置を含む。以下同じ。)を総合的に策定し、及び実施する責務を有する。

(地方公共団体の責務)

第九条 地方公共団体は、基本理念にのっとり、男女共同参画社会の形成の促進に関し、国の施策に準じた施策及びその他のその地方公共団体の区域の特性に応じた施策を策定し、及び実施する責務を有する。

(国民の責務)

第十条 国民は、職域、学校、地域、家庭その他の社会のあらゆる分野において、基本理念にのっとり、男女共同参画社会の形成に寄与するように努めなければならない。

(法制上の措置等)

第十一条 (略)

(年次報告等)

第十二条 政府は、毎年、国会に、男女共同参画社会の形成の状況及び政府が講じた男女共同参画社会の形成の促進に関する施策についての報告を提出しなければならない。

2 政府は、毎年、前項の報告に係る男女共同参画社会の形成の状況を考慮して講じようとする男女共同参画社会の形成の促進に

関する施策を明らかにした文書を作成し、これを国会に提出しなければならない。

## 第二章 男女共同参画社会の形成の促進に関する基本的施策

(男女共同参画基本計画)

第十三条 政府は、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図るため、男女共同参画社会の形成の促進に関する基本的な計画（以下「男女共同参画基本計画」という。）を定めなければならない。

2 男女共同参画基本計画は、次に掲げる事項について定めるものとする。

一 総合的かつ長期的に講ずべき男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の大綱

二 前号に掲げるもののほか、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策を総合的かつ計画的に推進するために必要な事項

3 内閣総理大臣は、男女共同参画会議の意見を聴いて、男女共同参画基本計画の案を作成し、閣議の決定を求めなければならない。

4 内閣総理大臣は、前項の規定による閣議の決定があったときは、遅滞なく、男女共同参画基本計画を公表しなければならない。

5 前二項の規定は、男女共同参画基本計画の変更について準用する。

(都道府県男女共同参画計画等)

第十四条 都道府県は、男女共同参画基本計画を勘案して、当該都道府県の区域における男女共同参画社会の形成の促進に関する施策についての基本的な計画（以下「都道府県男女共同参画計画」という。）を定めなければならない。

2 (以下略)

3 市町村は、男女共同参画基本計画及び都道府県男女共同参画計画を勘案して、当該市町村の区域における男女共同参画社会の形成の促進に関する施策についての基本的な計画（以下「市町村男女共同参画計画」という。）を定めるように努めなければな

らない。

(苦情の処理等)

第十七条 国は、政府が実施する男女共同参画社会の形成の促進に関する施策又は男女共同参画社会の形成に影響を及ぼすと認められる施策についての苦情の処理のために必要な措置及び性別による差別的取扱いその他の男女共同参画社会の形成を阻害する要因によって人権が侵害された場合における被害者の救済を図るために必要な措置を講じなければならない。

## 第三章 男女共同参画会議

(設置)

第二十一条 内閣府に、男女共同参画会議（以下「会議」という。）を置く。

(所掌事務)

第二十二条 会議は、次に掲げる事務をつかさどる。

一 男女共同参画基本計画に関し、第十三条第三項に規定する事項を処理すること。

二 前号に掲げるもののほか、内閣総理大臣又は関係各大臣の諮問に応じ、男女共同参画社会の形成の促進に関する基本的な方針、基本的な政策及び重要事項を調査審議すること。

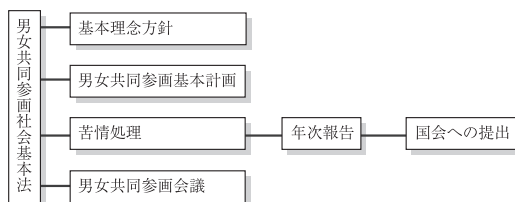
三 (以下、略)

(組織)

第二十三条 会議は、議長及び議員二十四人以上をもって組織する。

(以下略)

図) 指針——事業型



## 14 むすびにかえて

本稿は、「政策法務1」の講義に注を加えるという異例の体裁をとった。その理由はいくつかある。第一は、このあとに「政策法務2」の講義が進行中であることである。この講義では、「解釈法務」及び「訴訟法務」が予定されており、前提として「政策法務1」をいますこし、詳細なものにしておきたかったことである。第二は、タイトルにもあるように、本稿は「政策学的」「行政学的」政策法務論を厳しく批判し、結果として政権＝立法権独占の考え方を叩いておきたかったことである。政治と法治主義、立憲主義の関係については、現時点でもホットな 이슈 となっているが、「政策論」を論ずべき行政学者や政治学者は驚くほどナイーブで、発言は少ない。立憲主義の主張が、公権力を担う政府や自治体で間歇的に出てくるようでは、わが国の法治主義も危機的状况にあるというべきで、地方分権などでは火が消えかかっている。もっとも自治体の仕事がすべて法務に還元されるというのも、言い過ぎで、政策内容に資する資源を政治学や行政学も持っていないわけではない。しかし、こうした政策として「法務化」されなければ、つまり住民や当事者の「平等な配慮と権利の考慮」がなければ、政治的に反対され、あるいはたんに無関心を呼び込むにすぎないことになる。とにかく、政府活動は、国であれ、自治体であれ、ルールに基づくものがその大半である。何も中央政府と積極的に戦えというのではないが、前半の講義を通じて感じたのは、自治体職員の「微温的」な政策法務論、立法法務論であった。それは現在の日本の危機でもある。「政策法務2」では、より一層、この方向で磨きをかけたいと思っている。

### 注

- (1) 政策法務という用語は、松下圭一氏の造語である。当初、一種怪訝な概念として受け止められたが、筆者は、自治体職員の積極性を引き出し、法務能力の向上という観点から望ましいものと受け

止めた。この用語は、地方分権というベクトルを持っており、政治学者松下氏の理論には、政治学における政策論の欠少に警鐘を鳴らす意図があった。当時、都道府県、市町村は、独自の政策主体とはみなされていなかったから、この点は、自治体職員にとっては大きな福音であった。また多くの行政学者もこれに賛同した。松下氏には私的にも、ちば法務研にも来て頂き、その警咳に接することができ、そのことは私自身を鼓舞するものであった。今は亡き松下氏がなければ「政策法務」論もその実践もなかったであろう。しかし、松下氏の自治体至上主義や「官僚法学批判」は政治学的意味での中央集権主義批判とほぼ同義で、それをロック流の信託論で切り返すことがあっても、法学説とはなりえなかった。少なくとも裁判所を動かすことはできなかった。したがって、憲法学者が松下理論に冷ややかであったのは、それが法律論として成立するようなものではなかったからである。周知のとおり、国や国家は法律的には国家法人説としか把握しようがないし、行政主体として国と国民との法律関係を抜きにして行政裁判はあり得ない。国家法人説を官僚法学の成果として反対し、そこに国民、住民の信託を対置させて批判をするのは信託財産をアナロジーした信託国家論なしにはありえない。しかしわが国では、こうした国家観念を明示するような法的枠組みは存在しなかったし、英米法的信託論もほとんど展開されなかった。何よりも、信託理論対国家法人説のような法理論上の対決が不可欠であったが、これもなされることはなかった。政治的には信託者と受託者の義務は見えやすいが、公法上の法的権利義務について、信託者が信託財産についての権利義務者のようにふるまえるかどうかについて、ついに明らかにされることはなかった。法理論がこうして松下理論に距離をおくのも当然であったのである。筆者を含めて、松下理論に共鳴しつつも、国家法人説に止まったのはこうした経緯がある。たしかに国家法人説には、市民革命を政治的に中和するような機能が、歴史的には、なかったわけではない。しかし、道具的であるかどうかはともかく、権利義務の主体を指定しないことは、法的ルールを否定するに等しい。松下理論は、そうした法的ルールの体系自体を曖昧にしたまま、



革新自治体論を基盤にした「自治体中心主義」を信託論に仮託して主張したものであった。しかし、それは、あらたな政治構想であって、それ以上のものではなかった。こうした独自の政治構想を法学、法理論から扱うのは極めて難しい（最近の憲法学の論稿で、もっとも注目すべきは、石川健治「未完の第8章」自治実務セミナー2015 8月号2頁以下である。そこではアメリカ流のホームルールチャーターを基盤とした分権自治の「革命の挫折」「封印された革命」が見事に描かれている。比較法の中で論じられているので、必ずしも松下理論と通底するものではないが、こうした議論と松下理論が連結していたら、松下理論はもっと法学的なものになっていたであろう。もっとも今後封印が解けて地下水脈が流れ出さないとはいえない。）

他方、理論面では、政策法務については、なお混乱が続いており、それは松下理論そのものにも由来している。松下理論は政治理論であり、特に政治学者へのメッセージとして、「政策論」の検討不足を突いたことは、前述のとおりであるが、そのことは日本公共政策学会の地域フォーラムなどに色濃い影響を与えるものであった。しかしこの理論は、前述のように「政体革命」のようなものであって、憲法ははじめとする既存の法律を次々に否定するような理論であり、法学としてはとても受け入れることはできなかった。また明治以降の公法理論はそれほど簡単に壊れるものでもなければ、壊すべきものでもないにもかかわらず攻撃の対象とされた。美濃部達吉博士の提唱する自由主義、官僚らの「条文主義」批判、行政法規の無謬性を主張する霞ヶ関批判、自由と合理性を求めた「条理主義的」解釈などについての美濃部理論の先進性について、松下理論が言及することはなかった。

こうした経緯からか、政策法務論者の議論では、これは特に行政学者の場合に顕著になるが、司法とのかかわり、とくに訴訟法に対する関心、分析が極めて手薄で、場合によっては無理解も生じることになる。論文や著書、研究などでも行政訴訟の「訴訟物」などはほとんど眼中にない場合が少なくない。ということは、政策法務論も分権論も、司法における自治体権限のあり方に極めて無頓着

であったことを示すものである。例えば、「要件事実」論の観点から自治立法を論ずる視点はほとんどない。もっとも要件事実論側でも公法関係における研究が手薄で、わずかな研究しかないが、それにしても、政策法務理論では訴訟法的観点がいかにあまりにも疎かで、抗告訴訟の性質や裁量統制手法など問題についてほとんど触れることはない。（『伊藤慈夫『要件事実の基礎』新版 有斐閣2015年6月52頁以下は、要件事実論がいかに法律論、つまり立法論や解釈論について重要かということを示すものである。）

しかし、法務を標榜する以上、処分取消訴訟による不利益の回復やその間の損害賠償を考慮しない立法や執行法務などはあり得ない。条例は、行為規範であると同時に裁判規範でもなければならぬからである。そうだとすると、例えば情報公開条例における開示義務に裁量を認めるか否か、認めるとすればどの範囲か、などの議論をするとすると、こうした場面でも立証責任につながる要件事実論が不可避免的に登場せざるを得なくなる。また行政訴訟における立証責任について、原告住民と行政機関との間の情報収集能力の差や法的対話、アカウンタビリティなどが語られることがあるが（磯崎初仁『自治体政策法務講義』第一法規平成24年 273頁以下など）、こうした議論も要件事実論立場を踏まえなければならないはずであり、そうでなければ、こうした言説は当の裁判官には全く不可解だろうし、具体的行動もとりようがない。それに行政手続法の理由提示義務から訴訟上の立証責任の転換を導くことも論理の飛躍があり、是認の方向でもう数段の論理が必要である。厳格すぎると言われるかもしれないが、個々の行政法規や条例の緻密な解析に裏打ちされた立法や解釈がなされるべきで、そうした緻密さを欠いた政策法務はどこかで破たんをする。政策法務も当然にこの司法国家の原理を踏まえたものでなければならないからである。政策をいかに洗練しても、訴訟に堪える政策法務となるかは別問題である。

詳しいことは別の機会に論ずるつもりであるが、訴訟法務を条例評価と見る考え方が一部に定着している。政策評価の流れや実務的な感性にフィットしやすいからだろうが、訴訟は、不利益の回復

を目指すものであって、自治体は、ずさんな措置の場合を除き、それなりの公益を背負って行政活動をしているのだから、堂々と戦えばいいのである。裁判所に間違った立法や解釈を糺してもらうような卑屈な態度はとるべきではない。条例評価というのは裁判所に成績をつけてもらっているようであるが、このような態度は法治主義とも無関係である。後述のルーマンは、法システムを語り得るものは、法的言語でしかない、といっているが、社会システムが開かれたものであることは望ましいといっても、政策や政治は、法システムにとってはやはり「異物」なのであり、法的に「馴化」して法的言語に転化させなければ、法理論の俎上に載ることはできない。

- (2) 平成10年前の自治体の事務は、①固有事務②団体委任事務③行政事務④機関委任事務であった。このうち①②③が自治事務であり、④は国の事務である。②は国が自治体の団体に委任した事務であるが、固有事務との区別は難しかった。③は権力的事務であり公安条例などがその典型とされていた。以上の区分は、戦前の市制・町村制を概ね引き継いでいた。重要なことは、分権改革まで、自治体の枢要な事務は、ほとんど国の事務とされていたことである。憲法で保障されていた地方自治の実態は、「3割自治」に止まっていた。分権改革に際して、地方分権推進法によって、「国と地方の役割分担の原則」が取り上げられ、この原則は地方自治法1条の2第1項、2項及び2条11項、12項に盛り込まれた。役割分担原則は基本的に事務配分における自治体優先の原則をうたっている(塩野宏『行政法Ⅲ』(第三版)有斐閣二〇〇六年155頁)。この役割分担原則については、基本法的な配慮義務程度の効力しか有しない、という説が当時からの理解である。しかし、当該立法が当該自治体を合理的理由なしに差別的に扱っている場合や法律の執行(執行通知などの内容)がある自治体を差別的に適用している場合は、役割分担の原則も規範力を強め、裁判規範となる場合も想定すべきである。ロナルド・ドワオーキンらの「原理」「規範」の規範枠組みなども参考にすべきであろう。

わが国では、基本法等の責務規定や努力義務規定の規範力はほとんどゼロに近いという発想が主

流である。しかし、こうした理解は、自立的法命題に傾斜し過ぎた解釈に基づくものであって、本則以外の責務規定や努力義務規定を非自立的法命題としてしか捉えないものである。場合によってはこれらの規定が自立的法命題に転化すると捉え、濃淡はあれ、規範力を引き出すことが有用である場合もある。役割分担の原則が、国の広い立法裁量を認めるものであっても、役割分担原則を破壊するような立法は許されるべきではないし、この規定を無意味化するような規定は、「地方自治の本旨」に反するというべきである。「地方自治の本旨」のコロラリーの一つとして「役割分担の原則」が規定されていることを忘れるべきではない。ちなみに法律と条例の関係が問題となる場合は、憲法41条と地方自治法14条は、法形式上はともかく、原理規範の衝突と考えるべきであろう。ただし、具体的な衡量に際しては、事案における不利益葛藤、例えば、産廃処理施設という営業活動と住民の生活環境との調整が課題となる。

- (3) 地方自治法1条の2第2項は、国は、国際社会に関わる事務、全国統一事務、地方自治の準則及び全国規模又は全国的視点に立つて行う事務で本来国が果たすべき役割を担い、住民に身近な行政の制度の策定及び実施当たっては地方公共団体の自主性、自立性を発揮できるようにしなければならない、と規定している。こうした観点から法定受託事務、国の場合は、第一号法定受託事務が定められる。重要なことは、第一号法定受託事務は、国の事務ではなく、自治体の事務であることである。沖縄の名護市辺野古の基地移設に関わる公有水面埋立法に関する事務については、海などの公有水面の管理は本来国の事務であるような言説があるが、公有水面埋立法に係る事務は紛れもなく沖縄県の事務であって、国の事務ではない。それにしても近時の地方創生関連法やマイナンバー法などをみると、ほとんど「役割分担の原則」が忘却されているのではないかという危惧を抱かざるをえない。

- (4) 有名なカール・シュミットの「友／敵」論は、敵が道徳的に悪だとか、たんに経済的に対立していることではない。しかもこの「友／敵」関係は、私的な敵対関係ではなく、「公的な関係」「公共レベル」の友と敵の関係である。実存的に異質なグ

ループが対立するに至ったとき、「友／敵」が登場してくる。シュミットは、「政治的なもの」の概念説明の中で、このような「政治」のありかたを提示している。仲正昌樹『カール・シュミット入門講義』作品社 2013年 314頁以下。

- (5) 政策法務は、従前、政策を作るのは国で、自治体はこの政策を立法化した法律の執行を行う下部機関であるというテーゼに対する批判として提唱された。この批判は正当であるし、時宜にかなったものであったから、いろいろな議論があったものの、地方分権改革を推進する大きなエネルギーを生んだ。何よりも自治体も「政策主体」であることが改めて確認され、「地方政府論」を基礎づけるものとなった。しかし、本文でも述べたように、こうした「政策論」は、例えば、より良い「政策」を策定するにはどのような理論が必要かとか、自治体職員の政策形成能力をどのように向上させるかといった、安易な政策論に陥る傾向をもたらしただけの嫌いがある。政策法務論の一部に、政策法務は「すぐれた条例」をめざし、法律論としての「適法性」を「すぐれた条例」の1要素に貶めることを意識的に行う議論がある（磯崎・前掲書94頁）。こうした議論は、条例における法命題規定を含めて法律学としての行政法学や政策法学に全く議論の重点を置かないものである。政策評価の基準はその歴史も新しく、条例という長い歴史の成果や憲法判断、法理学や法治主義の歴史的意義、訴訟に対応など、行政学の「政策論」をはるかに超えた議論の蓄積があるが、このような議論は、つまり政策評価のような尺度で図ることは、公法学の歴史を無視するものである。はっきりいえば、「政策論」は「法律上の議論」を乗り越えることも操作することもできないはずである。「適法な条例」という用語には、国法に違反しないという態度を採る卑屈な法学者や自治体の条例立案者の像が見え隠れする。しかしこうした議論は、「適法性の意味」を極めて限定するものであって、立憲主義の議論や適法性の中身としての手続的正義や住民らの「凝集的利益」などをまったく無視しているといわねばならない。くわえて、こうした議論は、規制影響分析と政策評価を結び付け、「条例評価」なる土俵を設置している。私は、こうした作業や議論を全否定するものではないが、概括

的にいえば、ほとんど裁判所を説得するものではないし、まして政策評価などは裁判所にまったく影響を与えることはできない。法廷でそのような主張がされた場合は、すぐに裁判官より釈明が求められるであろう。「すぐれた条例」というものもいろいろの次元で語られてよいが、せいぜいのところ法制執務的に「すぐれた条例」や関係者受けが良い条例だけであろう。この点について今少し敷衍しておこう。

政策法務における「政策学のアプローチ」では、①「必要性」②「有効性」③「効率性」④「公平性」⑤「協働性」⑥「適法性」が「条例評価」の基準として挙げられている（磯崎・前掲書96頁）。適法性の位置が極めて低いのが特徴的である。このうち、①②は立法事実論で、④は平等原則、⑥は当然のことであるから、これらの基準だけを見ると、立法裁量の統制基準であるとみることができる。立法裁量論は合憲性や適法性の判断基準で、適法違法の判断に関わるものであって、政策評価とは全く無関係である。「協働性」は必ずしも条例の属性ではない。③の効率性は、外部コスト、内部コストなどが衡量されるが、厳密に行われることは難しく、条例を評価する基準としても、まだ未確立の基準である。性質的にも財政規律とも関わり、国を含めた財政の立法に対するコミットメントの研究は始まったばかりである（藤谷武史「財政システムと立法」西原博史編『立法学のフォロンティア2』ナカニシヤ出版 2014年 83頁以下）。このように見てくると、現段階では、効率性は、従たる基準で、条例立案段階で、立法事実論に係る有効性判断と重なるだろう。なお、地方自治法の最小費用の原則があるのに、この点に触れていないことには疑義がある。

注意すべきは、政策と政治の結びつきを意図的に排除しつつ、望ましい公共政策をどのように策定すべきかなどの議論が展開されたことである。しかし、公共政策は決して価値中立的ではない。かえって政治的偏頗に引きずり込まれるものであるし、そうした価値の対立のなかで政治的に決めるべきものでもある。だからこそ、政策法務論には、つねに法治主義や立憲主義からの批判が絶えなかったのである。従って、自治体ではまだ心配するような事態には至っていないなどという楽観

論は危険なのである。本文で述べた事態や洗髪用具を義務付けた各県の理美容法施行条例のほか、暴力団排除条例、古典的なものとしては公安条例など、まさに政治的な条例が相当程度制定されてきた事実を見逃すことはできない。その意味では、政策と法務の安易な結合はむしろ危険といったほうが良い。こうしたイデオロギーの意味を有する条例について、「政策的には望ましくない条例」と称し、評価するのは結構だが、これらの条例が問われているのは、「平等な尊重と配慮」という法原理によって検討されるべき事柄であり、「政策的に扱われていけない」手段であるからである。「政策的に良い立法」だからといって法的正当化されるべきではない事項なのである。

本文で挙げた公共政策と政治、政治部門から提起される「暫定的政策案」論は、このような危機感を通奏低音にしている。理論的にいえばカール・シュミット及びロナルド・ドゥオーキンの考え方を基礎にしたものだ。ドゥオーキンによれば、「政策」は社会経済状況に応じた到達目標というべきものであり、私の言葉でいえば「多数決によってきめるべきもの」である。これに対し、ドゥオーキンの述べる法的原理は、「個人には社会全体の利益を犠牲にしても多数派に対抗する資格がある（各種人権など）」ということである。むろんドゥオーキンの思想に対して、批判がないわけではない。重要なのは、「政策」と法＝「権利」がぶつかるような事態である。このようなハードケースについて、彼は「解釈共同体」「法的共同体」「法曹共同体」を基礎に解釈判断をすべきであるとしていることである。インテグリティとしての法というべき議論は、法的共同体の下では、法曹や法務公務員の共同体から支えられなければならない。少なくとも支持を受けなければならないだろう。個人の「平等な尊重と配慮」を旨とした考え方は、以上のような危機を回避し、新たな政策法務理論の地平を開拓するためにも重要な視点であろう。私が夢想しているのは、自治体の職員、法務担当者の認知に支えられた共同体意識であり、そうした法意識に支えられた自治体型法ルール共同体でもある解釈共同体である。残念ながら行政学や公共政策学では、より良い政策の形成の観点から人権への配慮などをしようとしているが、裁

判まで射程に置くものではないし、ドゥオーキンの「権利」とも異なる。「政策的」政策法務論は以上のような国際的にもあまりに独自の理論であり、次元の異なるものとなってしまったように思われる（参照 中山竜一『二十世紀の法思想』岩波書店77頁以下）。なお政策を公共政策と捉えつつ行政法学、行政法解釈理論との接続を精力的に行ったものとして大橋洋一編著『政策実施』ミネルヴァ書房 2010年 11頁以下。掲載の諸論文は、行政法学論文として位置付けることができる。

- (6) 「ゾウの檻事件」最大判を読むと、この事件の裁判官達は、すべて米軍基地の沖縄集中を理解し、そのことは判決という作品の「連作」として継受されている。結論はともかく、こうした連作の継受について最高裁の作法として定着していることは、後述の非嫡出子相続分違憲判決などにも明らかである。この判決でも半数近い裁判官が、沖縄県への基地集中を認めつつ、他方で、結論は動かなかった。辺野古の事件が最高裁に継続した場合、担当裁判官は、「連作」の影響中で、厳しい選択を迫られることになる。他面で、基地に関する日米地位協定の改定や何故辺野古でなければならないかについての根本的説明責任が十分になされないことがもっとも大きな課題となる。外交・防衛問題といっても、EUなど議論に見られるように、生活環境破壊をもたらすものであるから、法的側面として議論する問題も少なくないはずである。

- (7) 本文との関係で、「条例による上書き権」が議論されたことがある。法令についてPCの文章のように上書きが可能か、可能とした場合は、どのような法整備が必要かというのが議論の核心である。この点については、①地方自治法に上書き権の根拠規定をおけば可能とするものと、②個別行政法に上書き規定がなければ無理とする意見が対立する。①説は、地方自治法に個別法を超える規範力を認めるのに対し、②説は、地方自治法が現在のままとどまる限り、個別行政法は地方自治法という一般法の特別法ということになり、特別法優先の原則から個別法に規定がないと無理であるとする。この2説の対立は、一般法、特別法の関係が自動的に決まり、かつ動かせないとの前提に立っている。しかし、何が一般法か、特別法かは、



それほど自明なことではないし、対象条項に規定されている法的利益、不利益の性質、国法に優先権があるという証明の必要があるほか、「役割分担の原則」なども今少し緻密に考慮する必要がある。地方自治法が、個別行政法よりも上位規範であることは、自治法全条文についてはいえないが、今少し細かく考察する必要がある。そうであれば、①説の余地もあるというべきである。前述のように、自治法1条の2以下の役割分担規定の趣旨を「基本法的性格」を有する規定とする学説も有力に主張されているが、こうした規定こそ、ドゥオーキンらの主張する「原理規範」なのであって、原理規範にあっては、対立する原理規範との間で、合理的衡量が行われることになっている。「基本法規定」説は、直接的権利義務に関わらない指針的規定としてしか位置づけけない。しかし、直接的に「役割分担原則」規定からその違反を導くことは困難としても、「考慮原則」と位置づけ、十分な衡量義務や手続きの公正を求めることは可能というべきであろう。

- (8) 福島第一原発事故の原因のひとつとして、原子炉安全許可の安全許可基準について、原子力事業者が学界や新知見の「バックチェック」を怠り、「バックフィット」を取り込む体制が手続き的にも、組織的にも不十分であったことが指摘されている。行政法学的観点からの指摘として、友岡史仁「原子力政策と行政手続」(鈴木庸夫編『大震災と行政活動』日本評論社2015年3月)235頁以下。
- (9) パブリックインボルブメントのように都市計画道路や自治体の道路政策の決定に際して住民参加も次第に拡大しつつある。法律上、参加の規定のないものでも、事実上の説明会や意見徴収手続が行われる機会も増えてきた。各種団体の意見が求められる場合もある。(こうした点に関しては、金井恵里可「道路事業における住民参加の法政策論」占部・北村・交告『解釈法学と政策法学』勁草書房 2005年 213頁以下参照。)住民参加でしばしば問題になるのは、計画の承認を前提にする場合、強力な反対運動があること、住民間の対立があることである。すでに述べたように、こうした参加が「政治」=敵味方の関係にある場合は、政治的決断が不可欠となる。重要なことは、当該住民のいかなる利害、不利益、計画が実施された

場合の損害の性質、態様、程度を精密に検討することである。検討の結果、例えば身体障害者の歩行を困難にし、生活に重大な影響を与えるような場合は、長谷部恭男教授のいう「切り札」としての人権が登場するかもしれない(長谷部恭男『憲法の理性』東京大学出版会2006年102頁以下)。

- (10) 自治体の出訴資格、例えば経産大臣の場外車券売場の許可に対する当該自治体の訴訟資格については、客観訴訟論や機関訴訟論などもあって、国側がよく提出する論点である。しかし、議論の整理のためには、司法権の範囲を含む論点につき、比較法と歴史的考察を前提に、これを肯定する塩野宏教授の説がもっとも説得的である。塩野教授によれば、ドイツ、フランス、アメリカなどは、一般的に自治体の出訴資格を否定することではなく、自治権侵害として通常どおり審査されるとする。また戦前からの議論でも積極的に否定する論拠は展開されず、行政裁判所でも、限定的ながら、肯定する事例がみられるとする(塩野宏「地方公共団体の出訴資格」『行政法概念の諸相』2011年6月、261頁以下)。函館大間原発訴訟でも被告国側から函館市の出訴資格が争点として出されている。無用な論点というべきであろう。
- (11) 社会システム論者ニコラス・ルーマンについては、わが国では社会学者の研究が隆盛であるが、法分野では、福井教授の研究が難しい理論を創造的に解釈しており、裨益するところが大きい(福井康太『法理論のルーマン』(勁草書房 2004)。ルーマンによれば、全体社会における法システムの役割、機能は、法的決定が時間問題を解決するところにある。時間問題とは、我々の行動は予期に基づいているところ、そして予期は一定の時期の約束事であるが、それが貫徹出来ない場合に生じる。例えば電車の時刻表は、予期通りに来なければ、我々は電車についての予定を立てることができず、したがって一日のスケジュールを立てることができなくなる。法的決定は、過去・現在・未来を通じて、違背が生じても貫かれなければならない、という形で全体社会の安定に資することになる。契約は契約時の約束事として固定され、契約は守られるべしという法システムは、事態が変わっても、原則的に維持される。「予期は貫徹される」ことによって社会全体は安定化する。正確

にいうと、契約や行政上の決定によって当事者は、予期を予期する。互いの予期によって、交通ルールが遵守され、運転者や歩行者も交通ルールの生み出す信頼によって巨大な交通システムを利用することができる。これらを彼は「規範的予期」と呼び、「認知的予期」と対比している。ルーマンは、秘書の採用に際して、一定の事務処理能力、事務に伴う技術的能力、語学力等は規範的に予期できるが、美人でチャームングであることは、認知的に予期できるだけであるという。認知的予期は、予期する側で、認知枠組みを変える必要があるのである。ルーマンによると、法システムは、適法／違法のコードを固定しつつ、その作動についてプログラムを定めることになっている。このプログラムは固定されるが、いつまでも固定されることなく、法システムの環境変化に応じて、改正法、新規立法として、環境の変化に対応することになる。法的システムの処理は、要件を満たす事実の存否について、環境の影響から独立に、閉鎖的な判断される。しかし、法のコードである適法／違法の二分コードは、維持されるが、プログラムの変更によって、環境開かれたものとなる。ルーマンのこうした法理論は、「政策」が何故、法律や条例の形式採らざるを得ないか、そしてこうした二項コードが社会に安定をもたらすかを明らかにしてくれる。

ルーマン法理論のキイ概念は、本文で述べた reduction であるが、たしかに社会が安定的に運営されるのは、この reduction の効果は大きい。もっとも、ルーマンの法理論は、法の社会的機能を語るものではあるが、法解釈方法として提唱されたものではないし、実際、解釈法として有効なものではない。法解釈としては、法律学者を含めて、上の「閉じた体系」の中の狭い範囲での若干の論理操作を認める程度で、ドウオーキンなどの政治社会を構想し、ハードケースなど解き明かすような態度はない。せいぜいのところ法実証主義なスタンスに止まり、法解釈にとって裨益するところは大きくない。われわれとしては、reduction の確定が、何を意味し（捨てられた他の可能性の意味）、当該事案につき、法文や法の一般原則に込められた連関構造等を明らかにすることによって、解釈論を展開することが求められている。

- (12) 筆者の観点から興味深いのは、まず法（制度）がいかんして正当化（正統化）されるかである。この点については協約説とヘックの利益法学を土台にしたコンフリクト裁断説が注目されてよい。前者は、法的要件を作成する立法機関の立法過程をみると、各議員は法案の審議に際して十分な理解や知識を有していないかもしれないが、専門家（立案関係者）の付託したルール案を自己の意思とする決断的意思行為は存在するというものである。この説は、政治と法との関係をよく見ているといわねばならない。ルーマンのいう reduction がここでも行われているからである。他方、後者の説は、青井教授の推奨する説で、国家を構成する市民社会においては、国家の法命令は、平和的生活秩序の維持と財貨の分配にあるが、当の市民社会においては不断の不利益葛藤が存在し、そうした利益コンフリクトを裁断するよう法命題が作成されるとするものである。青井秀夫『法理学概説』2007年 有斐閣 75頁以下。また法的命令の根拠は、ein seiendes Sollenを基盤としている。青井・前掲107頁
- (13) 個別法規定の中でも重要なのが、本則規定であって、この規定は要件が満たされると法的効果を生じさせるもので、自立的法命題と呼ばれる。この規定は命令の形式をとっているので法命題であり、許認可制度などでは、禁止規定が別に規定される。ただし、禁止規定が規定されずに、罰則等から、許認可規定の背後に禁止規定が読み取れる場合もある。
- (14) 法的効果の発生は一般的には権利義務の発生といえる。しかし、行政刑罰の場合は、権利の発生は無いので義務のみ存在する。なお、青井教授は、人権等の保障とこれを保障すべき公権力機関はこれを保障せよとの命令＝義務を比べ、後者のほうが第一次的であるとする。主観法と客観法との関係も含めてきわめて示唆的な提唱を行っている。青井・前掲196頁
- (15) 最近、立法事実論に懐疑的な議論もある。アメリカ行政法学の泰斗デイヴィスが提唱した立法事実論は、わが国の憲法訴訟だけでなく、政策法務論においても、立法法務をリードする理論となっていることは周知のとおりだ。ところで、この立法事実論にも最近になってある種の陰りが見えてき

た。というより立法事実論の理論的分析が進展して、どうも楽観できない様相がでてきた。第一は、政策法務においては、適切な立法事実が唯一存在することが前提されてきた。しかし、近時の議論では、議会の立法事実と裁判所の立法事実は異なり、憲法学の通説では、議会の立法事実の把握に優先度を認めている。立法事実の確定は議会の立法過程で確定されるものであるからである。政策法務では、この点の問題意識が低く、裁判所の優先度が当然高いとされてきた。しかし、本当にそうなのか。国の立法と同様、議会の立法過程で立法事実が確定されるといえないのか。つまり、自治立法権の権能にいかなるものまで読み込むことが可能であり、妥当なのか。この課題はなおオープンな問題であり続けている（高見勝利「より良き立法へのプロジェクト」『立法学の新フロンティア3』ナカニシヤ出版 2014年 21頁以下 参照）。

第二は、もっと深刻なものであって、立法事実よりは、議会の「将来予測」のほうが重要であるとする議論である。この意見は、「立法者の事実確定」として立法事実論を否定しないが、それだけでなく「立法者の将来予測」が重要であるとする。そして、立法者の将来予測それ自体ではなく、立法者がその判断過程において「予測」の品質を確保すべく最善を尽くしたかがどうか、問うべきであるとする。ここでは、重点が立法事実ではなく、立法的判断過程の合理性確保というプロセスに移っているのである。この「将来予測論」は、立法事実論の欠陥を突くものを持っている。著名な薬事法違憲判決（最大判昭50・4・30）では、薬局の距離制限がなければ不良薬品供給の危険があるとの立法事実は「観念上の想定」にすぎない、とされたが、国側がこの「観念上の想定」を立証できたら、距離制限規定は合憲であったということになったであろう。つまり、この判決は国側の立証不十分をいうにすぎず、立法事実論のような大議論を持ち出す必要はなかったかもしれない。

第三に、立法事実論よりも立法裁量論のほうが重要であり、その裁量統制こそ重要であるとする指摘である。最高裁でも定数は正訴訟などで使われた立法裁量統制の手法は、行政裁量における判断過程の合理性審査の枠組みが使われたことは周

知のとおりだ。裁量統制における判断過程の合理性は、二段階で行われる。「要考慮要素」の抽出及被抽出要素の重みづけと「衡量」である（宍戸常寿「立法の『質』と議会の将来予測」『立法学の新フロンティア2』ナカニシヤ出版 2014年 60頁以下 参照）。

このように見てくると、政策法務において立法事実論だけに頼るのはどうやら危ないのではないかという気がしてくる。たしかに立法事実論は大きな役割を果たしてきた。しかし、そこには自治体が独自政策を条例化するという政策法務論者の政治的意図も見えないわけではない。むしろこの政治的意図も悪いわけではない。だが政策法務論では、あまりに立法事実論に負担をかけすぎてきた。立法事実の収集分析も重要であるが、前述の「将来予測」などの視点を導入すれば、立法過程もより豊かになるし、透明性の高い条例ができるようになる。その意味では立法事実論から一度距離をおいてみる。あるいはその要素をカテゴライズしてみるのも面白そうだ。加えて、立法手続条例などの構想も必要性が高い。条例といえども、国民、住民に規範的に命令をくわえ、義務を強制するものである以上、そこに公共性がなければならぬことはいうまでもない。（本稿執筆に際しては、井上達夫ほか編『立法学の新フロンティア』1, 2, 3巻ナカニシヤ出版2014年を参照した。）

- (16) 昭和50年04月30日／最高裁判所大法廷（薬局距離制限違憲判決）
- (17) 平成14年1月31日／最高裁判所第一小法廷（児童手当施行令無効判決）
- (18) 平成25年09月04日／最高裁判所大法廷（民法非嫡出子相続分規定違憲判決）

平成20年6月4日／最高裁判所大法廷（国籍法違憲判決）

- (19) 近年、従前の家をメガソーラー装置などを設置し、地目替えの結果、下水道負担金の徴収をするケースが増加している。そしてこれに対する不服も増えている。しかし、農地は農業政策の観点から「徴収猶予」という住民には判りにくい制度を採ってきただけで、もともと下水道区域としてその雨水や汚水処理をしてきたものであり、徴収猶予から外れれば、支払義務は元に戻って発生する。メガソーラーの場合の猶予は、別途補助金等により考

慮されるべき課題である。ただこうしたケースにおいて、行政側の説明責任が極めて不十分であり、国税通則法改正による白色申告の理由提示義務などに比しても、行政はもっと理由提示義務もしくは説明義務を果たすべきである。

- (20) 行政法学では、作用規範、規制規範、組織規範という規範の種類を区別しているが、その底辺では「法律による行政原理」の要素である「法律の留保」とりわけ「侵害留保説」がこの区別論を支えている。つまり、侵害的＝規制の行政を行う場合は、作用規範としての行政法規が不可欠であるとし、他方、当該行政担い手としての各省庁の設置に関する法律は、設置法として別途と定められるべしとする見解である。また規制規範というのは、この規制行政を手続的に統制する規範で、これも作用とは別途制定されるべしとする。前掲の原子力規制委員会設置法では、任務規定や権限規定有しているが、実際の作用法は電気事業法のほうにある。そうすると、ここでも作用法と組織法とは別れていることになる。したがってわが国の法制では、概ね上記の区分に沿っているといえる。しかし、この規制法の任務や権限規定も厳格に言えば組織法にはとどまらない作用法の効力も有している（職権の独立など）。その他環境省設置法や警察法などにも作用法的規定を有する規範があり、組織法にも作用法的根拠足り得るものがあり得るのではないかということで学説上も争いがある。私自身は、大震災を扱ってきた経緯もあって、通説の3規範区分論を必ずしも支持できない。
- (21) 「権利」という用語は、いろいろの文脈で使われるが、法的には請求権であって、相手方に～をしてもらうこと（作為請求権）を指している。売買契約の場合の売主の代金支払請求権がその典型である。表現の自由の侵害の場合は、国や自治体に対する原状回復請求権、今後、そうした行為をしてはならないという点では不作為請求権である。したがって、人権一般の侵害などは法的に存在せず、人権の種別に応じた具体的な請求権を考慮しておく必要がある。情報公開法は、開示請求権（作為請求権）に応じた行政機関の開示義務（作為義務）を規定しているが、これは同一のことを規定していることになる。このようにみると開示請求権の規定はなくともいいではないかという疑問

が沸くが、この規定は行政手続法の「申請に対する処分」とリンクしているので、「法令上の申請」にもあたることを明示するという意義も有しているのでこの観点も注意すべきである。

- (22) 権力行政というと警察行政をイメージしやすいが、歴史的には、公行政は公衆衛生から発展したものである。なかでもなじみの深い食品行政は都道府県の保健所長に知事の権限が委任されている。保健所の所長は医師であることが多く、その他獣医師、栄養士、薬剤師などが中心的職員である。食堂の営業許可もこうした専門的職員の公衆衛生に関する専門的行政立法、専門的裁量によって運営されている。食品衛生については、ほとんど国が枠組み基準等かなりの規律密度を以て決めているが、「ふぐ調理条例」のように各都道府県でバラツキのあるものもある。「ふぐ」については条例ではなく「指導要綱」で規制を定めている県も少なくない。
- (23) 組織的には環境省の外局に、原子力規制委員会を設置（いわゆる「3条委員会」）（委員長及び委員4名は、国会同意を得て、総理が任命）し、原子力規制委員会の事務局として、原子力規制庁を設置、原子力安全規制、核セキュリティ、核不拡散の保障措置、放射線モニタリング、放射性同位元素等の規制を一元化したほか、（独）原子力安全基盤機構（JNES）を所管（必要となる法制上の措置を速やかに講じて、JNESを原子力規制庁に統合）、（独）日本原子力研究開発機構（JAEA）及び（独）放射線医学総合研究所の業務の一部を共管している。
- (24) 「国民の宗教的感情への適合」「その他公共の福祉」という用語は、一般的概念であって、その概念内容を法文からのみ確定することは難しい。記述的概念とされている要件規範の場合でさえ、概念の周縁部分を確定することは、かなりの困難を伴うが、一般条項の場合は、もっと困難となる。しかし他方で、概念内容が不確定あるからこそ、個別の事態にも対応できるメリットもないわけではない（近時の例で、東京地裁 平成22年4月16日がある）。ここでは墓理法10条1項のほとんど白紙委任規定を裁量性の根拠にして行手法の審査基準としてこれらの規定を位置づけるような判断がなされているもある（経営許可拒否処分を適法とし



たものに、東京地方裁判所平成26年4月30日。)。概念的には、裁量条項はその「授権」が中心的機能であるのに対し、一般条項ではその「客観的解釈」が問題となる。理論的にはこのような区別が可能である。しかし非自立的命題である一般条項が裁量授権規定に入り込む場合もあれば、裁量基準としての審査基準に取り込まれる場合もあり、意識的に両者を区別している場合もあれば、そうでない場合もある。裁判例も区々であり、全体として未整理状態にある。墓地経営の許可について付近の医療機関や住民が争った最近の事例では、「その他公共の福祉」が念頭におかれていたが、この条項に付近住民の生活環境との調和を読み込み、ストレートに経営許可についての原告適格を議論したり、許可処分の適否を争うことは問題が残ろう。

かつて「異教徒の埋葬」を拒否した宗派寺院の例などもあったせいか、最近の墓地経営の許可は、公益法人ないし公益関連法人に限定し、さらに厳格な自治体は、自治体直営の墓地しかみとめないところまでである。従来寺院での埋葬というわが国の宗教文化の対応に限界がきており、その法的対応として、墓埋法1条の一般条項が使われていることは、制定当初では考慮できなかったのではなかったかと思われる。ただ周辺環境との調和などの問題は、住民との話し合いなどの手続的整備の中で解決されるべき課題であり、以上のような一般条項によって解決を図ることは、当該一般条項としては負担過重な課題ではなかろうか。

- (25) インセンテプ手法については、市場の失敗、外部不経済、パレート最適、フリーライダー、地域社会、ガバナンス、NPOなど公共経済学の概念が種々、使われたり、提唱されたりしている。しかし、これらを政策法務の領域に組み入れるには、自治体法務を含むわが国の公法体系上の用語ないし概念に翻訳する困難がある。また誰がどのように財源を負担するのか、あるいはタスクを負担するのか、してはならないのか、法律上の緻密な概念構成とその結果生まれる、利益不利益の調整をどうするかといった作業も必要である。経済学などのモデル概念の直輸入は百害あって一利なしである。さらにいえば、わが国ではたとえば運賃規制のように市場形成そのものになっている行政も

あって、そうした制度に現れている「市場」が、例えば市場の失敗などとどのように通底しているかなどの分析が不可欠である。共通用語なしの経済学や、政策学では、法律上の議論はできないし、まして訴訟においておやということになる。以上のような論調には、①できるだけ市場介入は避けるべきこと、②地域社会に委ねるべき問題には深入りしないこと、③関係者へのインセンテプを重視すること、④官僚組織へのインセンテプを組み込むこと、地域ガバナンスの仕組みを明らかにすること、などが条例制定の原則とされている（磯崎・前掲書・137頁）。わが国では、市場介入は、国法レベルの「規制緩和」に議論と実践が継続しており、条例による規制介入の余地はさほど大きくない。しかし、例えば理美容師施行条例のように、洗髪機器の設置を県ごとに行うことなど、立法事実上も問題のある条例がある。こういう事例なら①の提言も是認できる。ただこの問題は、市場原理の問題ともいえるが、憲法上の営業の自由ともいえ、そうした翻訳があったほうが法的議論に馴染む。交通政策などは市町村でも無関心であるが、少子高齢化社会などへの対応として市場に介入すべき分野や、条例要綱を機能させるべきところはもっと多いのではないと思われる。加えて潜在的な法律問題も多いはずである。②の地域社会への介入は避けるべきというのは、市町村の現場から発想したものとは思えない。ほとんど下請け機関化している町内会、自治会を自立させようということが困難であるほか、資金的に独立させることも極めて困難である。自治会役員のほとんどはボランティアであるが、これを有償とする場合のコストは考慮したのであろうか。自治会、町内会の役割は、パトロールから徘徊高齢者の探索に至るまで、ますます広範なものになっている。最近ではむしろ市町村当局との連携をどうしていくか、それぞれの守備範囲をどうするかを、個別に交渉し、判断することになっている。私的な領域と公的領域との境界がますます曖昧になっているときに、②の提案は非生産的である。③④については、時間コストの問題を突き詰めるべきで、やたら時間ばかりかかって、何も決まらないとか、成果が出ないことになる。法的には③は適正手続の問題を含むが、合理的意味での効率性への配慮

も必要である。④の政策評価、人事評価はやはりタスクの割には、効果の実現は望めないことが実証されつつある。⑤は①と同様である。組織を民主化するなどの余裕は、地域コミュニティにはない。

- (26) わが国の都市計画法制は、国土利用計画法の全国計画（同法6条1項）及び広域地方計画（同法9条1項）の制限を受け、都道府県の「整開保」が定められ、それをさらに具体化しよう市町村が基本指針を定めるというように、国?都道府県?市町村というトップダウン的なベクトルで決められているといつてよい。こうした計画の策定に当たっては、上位計画との「計画適合性」が求められており、それに反することは、違法な計画となる。むしろ、こうした決定には、「都市計画審議会」の関与が規定されているが、市町村の権限が限られていること、議会の関与がほとんどないことが特徴的である。

農村や漁村 vs 都市という発想もすでに時代遅れなのに、まだ維持され続けている。欧米に比べると、「まちづくり」の権限が、そもそも市区町村にはないということが、最大の問題点だ。これでは、住民が自分の住む町にまちに愛着をもって住めるはずはない。また、都市計画事業も、道路や公園といったハードな事業だけで、まちの文化への配慮なども極めて手薄だ。自治体は、こうした法律の「隙間」に、辛うじて条例をつくるが、今度は既得権者たる地権者がなかなかいうことを

きかない。さらにいえば、都市計画事業は、極めて権力的に強行されるので、訴訟が頻発する。租税事件を除く行政訴訟のうち、かなりの部分が都市計画や開発事業に関わるものだ。

- (27) わが国では多数の基本法があり、このことは日本法制の上でも、つまり諸外国に比べても、なお研究の余地がある。議員立法が比較的盛んであることや国会政治とも関係があろう。一つの考え方に、例えば環境基本法に見られるように、環境的価値に関する国民の法意識が十分に熟していないことから、いわばソフトなルールとして基本原理を示しておくという機能がある（基本法についての最も学術的研究として、塩野宏「基本法について」『行政法概念の諸相』2011年有斐閣23頁以下。上記で取り上げた男女共同参画法は、実際、内閣府に「会議」を有し、相応のスタッフも存在して計画法を実施している基本法であり、具体の権利義務を生み出すことも、また罰則を伴うものでないことから、担当行政組織がどのように活動するかが当該基本法の死命を制することになる。もっとも、本法のような基本法は、ストーカー防止法やDV・配偶者暴力禁止法などとカップリングすべく予定されており、こうした実施法ないし関連法規の一連の法的価値が一体的に解釈されるようになっており、この法律にみられる努力義務規定、責務規定も考慮事項を超えて理解されるようになってい