



Title	法政策学について
Author(s)	大橋, 洋一
Citation	新世代法政策学研究, 7, 1-24
Issue Date	2010-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43867
Type	other
File Information	HJNGLP007_001.pdf



法政策学について

大 橋 洋 一

はじめに

ご紹介にあずかりました大橋です。今日はこのような立派な研究会にお招きいただきまして、ありがとうございます。研究会の名称に「法政策学」とございますので、それに関連する部分について、今まで書いたこと、思っていることを中心に、報告いたします。いろいろな御意見をいただければと思います。

私の専門は行政法ですが、内容的には公共政策にかかわる科目ですので、政策学についても関心を持って研究しています。私の基本的な認識は、行政法には2つの性格があって、1つは法律の実定法の解釈学としての性格です⁽¹⁾。実定法規の解釈を巡って紛争が起きたときに裁判所に行って、最終的にはどういう形で解決をするのかを論ずる科目です。ですから、それは民法等の基本法律科目とまったく変わらない。例えば新司法試験などにおいても、そういうところが問われています。

他方で、北海道大学もそうだと思いますが、(特に、国立大学〔法人〕の)法学部では、行政法という教育科目を提供して、公共セクターに進む人材養成を歴史的に担ってきたわけです。卒業生は将来、行政を担うわけですが、他方で日本の場合ですと、法律とか条例の制定準備に当たります。つまり、立法の過程に深く関わってきた。このように、法形成機能にも関与するという点で、その点では、現実社会に生起する諸問題を前提にして、それを法制度につなげていく立法論をやる必要がある。行政法の中身をよく見ると、立法学の要素は既にいくつかあるわけです。ただし、それはそれぞれの先生方のパーソナリティーの反映であったり、個人芸であったり

という形で、必ずしも体系化はされてこなかった。けれども、そういう社会的な貢献もされてきたわけです。この点が、教育プログラムとして結実したのが、公共政策大学院でして、その中で実際に行政法にかかわる分野も重要な役割を果たしています。このように、行政法は2つの側面がある科目だということです。ですから2つの分野について発展させていくことがとても大事だという気がするのです。しかし、残念なことに、前者の解釈学としての行政法に比べると、後者は相当程度、立ち遅れている。そこで、そういうところを少しレベルアップすることに関心を持ってきたのです。今日これから話しますように、(法)政策学は行政法の枠の中にはとどまらない側面もありますため、科目としてはかなり学際的な性格を持たざるを得ない点に注意が必要です。

法政策学というタイトルを掲げましたが、実際にはまだ基本的なコンセンサスが取れた確固たる内容のものがあるわけではございません。今日は、私が勝手に日ごろ思っていることをいくつかお話しします^②。お配りしたレジュメは、ほとんど同じようなことが繰り返し語られるようなこととなります。稚拙な問題意識の提示に止まりますが、率直なご感想、ご意見いただければありがたいと考えています。

1. 法政策学の基本的特色

(1) 視点の置き方

法政策学という新しい科目を構想する場合に、視点をどこに置くのかが、とても大事な問題となります。従来の行政法のように、どちらかという統治をする側の人間を想定して、統治のためのスキル、技術として構築する政策学が考えられます。けれども、法政策という場合には、そういう上からの視線だけではなくて、政策担当者と市民の間に1つの法律関係が存在することから出発する立場も考えられます。そこでは、市民も一方当事者なわけですから、市民、とりわけ生活者の視点を尊重する見方が、とても大事になります。

この点を示す意味で、レジュメには一つの例を挙げてみました。今まで道路行政という場合、どこに高速道路を設置して、それに接続する基幹的な道路をどこに設定して、どれくらいの期間の計画で造っていくのか、そ

の場合の公物管理はどうだとか、そういう話が道路行政における基本的な視点の置き方だったのです。しかし、日常生活においては、日本の道路には自転車安心して走れるような空間がない、さらには、歩行者安心してフラットに歩けるような空間がないことに気が付く。そうだとすると、今までの道路整備というのは課題の一部を捉えたものにすぎず、非常に中途半端で偏ったものだということになります。生活者の視点に立った場合には、歩行者空間を確保するために、道路はどうあるべきかについて考え直すこととなり、おのずとそこで語られる制度の在り方も違ってきます。

例えば、私の行政法ゼミの学生が道路行政を扱うと言って、いろいろやっているうちに興味を持ったのは、街路樹についてです。「なぜ、同じような安っぽい木が、狭いところに、かわいそうにひしめき合っているのだろうか」という点に素朴な疑問を抱いて、生活空間をもっと豊かにできないだろうかと考え始めた。仔細に観察してみると、行政とは言えけれども、道路を掃除しているのも、管理も地元でやっている。これはどういうことなんだろうかということから調べていくと、今までの法制上で街路樹などはまったく瑣末なものとして扱われてきたことに気づく。細かな(下位の)技術基準のところで書かれていて、単価で割り切られることから、そこに入る植物の種類も限定されざるをえない。価格の高い樹木は入るはずもなく、しかも道路の妨げにならないように、建物に課される各種の斜線制限ではないですが、限られた空間の中で葉っぱを落とすようなものばかりを予定する。すると、どうしても豊かな地域性のある街並みをつくることには至らない。こうした状況下で、例えば街路樹をどうするかについて関心を持ち、1つの法技術として、そのための基本的な計画(歩行者空間計画)を導入すると道路行政は全然違うものになっていく。こうした視点の置き方がすごく大事なような気がします。法政策学において、1つポイントになってくる点です。

(2) 社会認識の目を養う

あわせて、法政策学の目的を考えることも重要です。例えば大学で法政策学のような講座を置くとして、その狙いは、将来公務員になる人のための「パンのための学問」というだけではなくて、民間企業に勤める人にとっても、一市民としての社会認識の目を養うということに貢献できる科目

として構築できないかと、そんなことを考えています。

法政策という場合には、従来のような決定思考といえますか、どういう決断、決定を下すかを中核とした発想から離れることが大切です。法科大学院教育で言われてきたように、ここでも、点ではなくて、プロセスの中で考えることが重要です。決断・決定よりは、合意形成をどう図っていくのか、多数当事者間で展開される対話、配慮などが重要な用語になってくる気がしています。

(3) 法を使用するという視点：法律解釈学と制度設計学

冒頭に話したところですが、法律の解釈学と制度設計学という2つの性格があるとして、どちらにおいても、中心的なものの見方は、法を使うという視点です⁽³⁾。制度設計学においても、法を使うという発想は大切です。政策に関わる法を利用する主体としては、公務員だけではなくて、市民も同じように念頭に置かれるべきです。法を使うという視点は、最近、法科大学院ができて、法解釈の分野では、教える内容も、教えるメソッドも、進化してきたように思います。他方、公共政策については、どこまでそれが結実しているのかについては疑問です。法科大学院ほどのイノベーションは、公刊されたものを見ても、ほとんど感じられない状況です。

制度設計学を考えていく場合に、これが法解釈学と決して対立するものではないということ認識することが重要です。現行法の解釈でどこまでいけるのか、見定めがついた場合に初めて、そこから先は立法学・制度設計学の話だということの判断がつくわけです。そうすると両者の境界確定は、解釈学の正確な知見に委ねられている。この点で、両方は連続的な存在として把握可能でして、両者の協働が肝要です。

制度設計の分野は、対象課題に規定される場所が多く、最近でいえば、児童や老人の虐待をどうなくすかとか、住環境をいかに豊かなものとして維持していくか、安心して育児ができるような環境とはどういうところなのかなど、個別の課題を追っていくと、今までの法律科目が念頭に置かれてきた垣根はほとんど無用だという気がします⁽⁴⁾。

例えば行政法の手法を用いてグランドデザインをする場合であっても、当事者が合意をして契約手法が使われることは排除されませんから、民法をはじめとして、いろいろな科目が相乗りしてくるわけです。そういう点

からいきますと、行政法の悪い癖ですけれども、これまで、行政法の特質を語るというときに、絶えず民法を反対側に置いて、それとの対比の中で私どもはこうした特色がありますと語ってきた。差異を強調するやり方ではなくて、どのように組み合わせていくかにもっと着目することが、政策課題の克服には大切です。

(4) 執行学の重視

政策法学を語る場合には、執行レベルのことが視野に入っていないと、結果的には政策は動かないものになってしまうことがあります。執行をめぐる学は日本だけではなくて、海外でもなかなか発展していない。例えば、ドイツの大学で法学部の先生方と議論しても、執行のレベルに関しての認識は非常に希薄でして、執行面まで視野に入れて語っている人はごく少数のような気がします。

しかしながら、例えばドイツでも1980年代以降、環境保護分野を中心に、実際に制定されている法律が全然その通りに動いていないということ、例えばレナーテ・マインツというような社会学者をはじめとして批判が提起されてきた⁽⁵⁾。ですから、実際に、どうしたら適用される法律が制定できるのかについての関心は、法律学の外で、社会学などで高まった。そういう点からいきますと、社会学の知見を入れた科目として、法政策学を構想すべきです。もっと現場重視の思考で考えていかないと、政策に関わる法学は地に足が着かない。少なくとも実務家の方から見たら、使えない抽象論に終わってしまいます。

(5) 政策の執行レベルを視野に入れた制度設計学

社会学の視点を入れるということは大事だと考えて、私も、冒頭でご紹介いただいた博士論文を書く際に、テーマは通達でしたが、実際に「通達集」という形で出回っているものを収集して、担当者の話を聞くように努めました⁽⁶⁾。もっとも、実際にヒアリングに行ったり、現地で使われている通達をコピーさせてもらったりしながら、分析をしても、なかなか批判的な要素など出てくるものではありません。いったいこんなことをやっていて、どうなるんだろうと思いつつながら、通達を眺めていたことが大学院生時代にはありました。

そのような形で実務に若干近いところでいろいろ見ていくと、日本の行政スタイルといえますか、そういう特質が少し分かってくるわけです。私がお会いした実務家の方たちは、法律に従って行政をやっているという意識は全然なくて、目の前にある通達に基づいて、通達プラス行政指導で実務をこなしていました。訴訟に至るようなことは公務員として処理能力のない、実務能力のない証拠だという認識が強くあります。これは誰も口に出して言いませんが、そういう世界の中で動いているわけです。

興味深いのは、これは後でも述べますように、最近では通達というものに対して正式の場を与えて、それを批判的に評価することで、現実の行政過程を規範論の中にも盛り込む動きが見られます。このように、執行レベルの分析は、分析する人の意識の持ち方1つで、実態分析と規範論との連続化を図ることは可能です。

実際の行政過程、特に第一線に見られる現場の知識、経験の中で培われた知識、暗黙知といったものを洗い出して、日本の行政過程の特質を踏まえた上で、法治主義を語らないと、法政策学は理論としては空振りになります。たまたま裁判で出てきたところだけで語って終わりにする従来の方式では全く足りない。個人や法主体がどういう行動パターンを取るのかについて、知っておかないと政策論は構築できないし、新しい制度はうまく動かない。

失敗談ですが、何年か前に都市計画の審議会で、準都市計画区域の創設について議論しました。この仕組みは市町村が中心になって計画策定ができるものだったので、まさに地方分権に即応した、機動性の高い新しい計画手法だということで、期待をもって、法律改正という形で世の中に出したわけです。これは具体的に申しますと、高速道路のインターチェンジエリア付近など濫開発が進みそうなところをポイントで抑えようとするものです。市町村が自分で開発を抑えられる仕組みとして構想しました。しかし、その後数年が経ち、担当者の方に「あの制度はどうなりましたか」と聞くと、全国で準都市計画区域が策定されたのは数例止まりで、実際には全然使われない。要するに、日本の地方公共団体、とくに市町村は開発意欲が非常に強くて、街並みをまじめに抑制しようという主体が、まだ十分にいなかった。そういうところを前提に置かないと、実際に新しい仕組みを作っても、うまく動かない。ですから、誰が担うのか、その担い手の

意向というところまで見定めないと、実際には動かない。多数の主体が登場する場合などでは、実際にはその中の誰が実質的に決めているのかについての知見も必要になってきます。

(6) 実験思考の尊重

法政策学の重要な要素として「実験思考」を挙げたいと思います⁽⁷⁾。これは、完璧主義とか、潔癖主義からの決別という意味をもちます。法律学の世界では、しばしば、非常に鋭い議論だとか、論理的できれいな解釈論が重視されてきました。しかし、政策学の世界に踏み込むと、美しさが何なのか、自己満足ではないかという気がするわけです。そういう美しい理論思考とか、過度なモデル主義からは1度、離れた方がいい。美しさやモデルの純粋さを求めれば、現実複合的で混沌としているわけですから、結局、前提条件をかなり単純なものにして、モデルを単純にすることにしなければならない。しかし、そうしたモデルは、実際には使い道がない。これまでも、輸入品のモデルが盛んに紹介をされてきましたが、日本の土壌に根付いて使えているのか、かなり怪しい。むしろ、法制度では完成品は存在しないというところを前提にして、使える技法は、何でも利用する。非常に楽観論ですが、時間がたつ中で、法制度というのは、生物が進化していったのと同じような形で進化を遂げるという認識でやっていくことが大切です。

このように考えた契機ですが、例えばドイツの研究者と話をしても、決してドイツの行政法が完成品だなどとは誰も思っていないで、未完の代物にすぎないことを認めていた。その上で、前提条件を置かないで議論をしている。この点は大事なところで、歴史的なものだから、昔からあるからということで、それ自体に価値を見いだす骨董趣味は必要ない。

ただし、実験を行う場合の前提条件は重要です。実験が人間社会を対象としてなされる以上、失敗があったときのことは、真剣に考えておく必要がある。そうしますと、後戻りできる自由は絶えず担保しながら実験をすることが大事だという気がいたします。そういう撤退論を備えた実験志向の制度論が、政策の法律学には、とても重要です⁽⁸⁾。

(7) 公共空間の創出という意識

制度設計を進める際には、公共空間をつくるという認識を中核に置いておく必要があります。つまり、社会構成員の個別利益の総和をなるべく最大化しようということを考えて、やっていくのだけれども、結果として、ひずみとか、ゆがみが出たことに対しては、真摯に受け止める。ゆがみだとか、ひずみに対する感性を大切にすのほか、公正とか、被害者への配慮を正視する必要があります。この点では、政策にかかわる法律学は、マクロの性格を持つようであっても、やはりミクロの視点を維持する点が特色だという気がいたします。

レジュメにコスト意識と書いたのは、別にコストベネフィット分析といった話だけではなくて、政策として展開される事業の原資が税金から来ているということへの思いは絶えず持つべきであること、公金が使われることの意識です。しばしば、私人と同じ立場に立った行政だとか、私人と同じ立場で民法を適応しますとか、売買契約を結びますと説明される点は、多分に今言ったところを覆い隠している気がいたします。公金が利用される点で、私人と同じということはありません。

(中間総括：政策が法律学で重視されなかった理由)

政策学が、法律学の中で重視されてこなかった原因を振り返ってみることは、これまで述べたことをほかの面から見ることになりますが、大事だという気がいたします。

以下、思いつくままに、7点ほど理由を挙げてみます。

1つは、法律が制定されると、あたかも機械で自動執行したように、それが実現するという発想、法律の執行観が強すぎた点です。

2つには、中核になる規範について、国会が制定する法律ばかりに注目してきた点です。現在では変わりつつありますが、条例が軽視されてきたということです。また、それ以上に軽視されてきたものとして、行政が法律と個別処分との間で策定するプログラムがあります。これを行政基準と呼んでいますが、行政計画、政令、省令、通達というようなものです。これらは制度を形作るものであって、これに従って現実の執行活動が行われている。それにもかかわらず、これに対する関心は低かった。

3つには、担い手に関しては、最後に裁判に行ったときにはどうなるん

ですかという視点、裁判所とか裁判官の視点を中心でした。ですから、合法性はどうかという話がメインで、裁判ですから、必ず原告になる人がいる場合でしか成立しないというえ、訴訟要件といった利用制限があって、すべての問題が視野に入っていない構造が前提とされていた。

4つには、法政策学の主体が市民であると言っても、実際に制度設計をする場合には、その前提となる知識なり情報の提供が不十分であって、そういう前提を欠いていた。別の言い方をしますと、市民と行政との間の情報格差が、こういう分野の進展を妨げていた。

5つには、日本の法律学では、規制を行う作用の分野と、財政の仕組みが本当にきれいに分かれてしまっていて、その2つを一緒に語る場がなかった。実際に政策論をやる上では、財政的な枠の中で、手法の選択や優劣の判断をせざるを得ないわけです。

6つには、「恵まれた財政状況」です。最近は違ってきていますが、戦後長い期間にわたって、経済成長で財政が潤った時期がありました。一般的に財政状況がいいときには、法制度とか、行政改革の仕組みは、あまり進歩しないように思います。むしろ財政状況が厳しくなって、真剣に仕組みを見つめ直す中で、制度学は発展する。例えば、オーストリアで成立した、世界で初めての行政手続法は、まさにそういう環境の中で生まれてきたものです。

最後に、策定プロセスにおける参加の問題が、長らく法律学の課題としては軽視されてきた。市民の参加を前提として議論をする、双方向で制度を考えるということを重視してこなかったのです。

2. 制御という視点

(1) 執行過程を規律する現代型原則

これまで述べたような法政策学の基本的な特色をいくつかの視点に分けて、これからお話をさせていただきます。最初に「制御」という用語についてです⁽⁹⁾。行政法令では、従来、規制を中心にしてきたのに対し、最近では、規制に加えて、制御と呼ぶことのできるものが、だんだん増えてきました。私の基本的な認識は、現在の日本の現代社会で生起している問題とか、新しく制定された法律を理解する上で、どういう補助線なり、媒

介となる視点が必要なのかという発想です。一般的な視点としては、例えば一般原則ということで、これまでも、平等取扱い、権限の濫用禁止、信頼保護などが説かれてきたのですが、最近できた法律、その特色を説明する上では、これらはピントが合っていない気がいたします。むしろ最近の法律を読み解く上で重要なキーワードは、まったくのアトランダムですけれども、公私の協働を図るとか、透明性をいかに担保するか、政策実施主体がいかにして説明責任をどの段階で果たすのか、経済的考慮はどのように払われるべきか、立場の違った主体間における相互配慮はどういう形で制度設計をしたらいいのか、当事者、利害関係者と政策担当者が近づき過ぎることによって生じる不信感を払拭する意味で、距離保障をどの程度図るべきなのかなどです。今述べたものは、法技術としてはなお洗練されていないかもしれませんが、新しい法律では、条文として表れてきています。むしろこういうような考え方が重要になってきた基礎や背景を示すことによって、雑多に見える行政法規、現行法が1つの方向性を持つものとして認識できるのではないかと考えています。

(2) 執行担当者の意識・行動原理

次に、担当者の意識・行動原理ということですが、霞が関の審議会で議論をしているときに、そこで出てくる官僚が現場のことを案外知らないという気がします⁽¹⁰⁾。そういう点からすると、現場に疎い霞が関というか、政策立案の本丸で経験値が足りていない。他方、市町村職員の勉強会に行くと、そこは理論、理想のない現実の世界です。まとめますと、現場に疎い霞が関と、理論のない現場が共同して法律を制定準備し、執行をしている。これが現状ですから、そこから出てくるものは、それほど内容豊かなものにはなりません。

そうだとしますと、いろいろと変革の必要があるわけです。例えば公務員の世界では人事管理として、これまではゼネラリストが尊重されるという政策がありました。3年任期ぐらいで、あるときは都市計画、あるときは農村指導、あるときは保健衛生という形で、いろいろな世界を経験させる。そうした経験を積んだ幅広い人間がよい行政官になるということを前提に、人事ローテーションが存在しました。しかし、そういう中からはスペシャリストは育ってこない。このことは、例えば税金を扱う国税庁と自

治体税務組織の執行力を比べてみれば明らかです。ですから、人事管理方針や、その前提として描く公務員像を考え直すことが、地方公共団体でも大事になってきています。

レジュメに「担当者の意識」が重要であると書いた契機について、お話しします。例えば、民事不介入の原則などは、昔の話で、今は意味がないと考えていましたところ、実際に職員の方と会うと、民事不介入の思想が骨の髄まで染み入っていて、きれいに公法と私法が実務では分かれてしまっている⁽¹¹⁾。このことは、家庭の中でいろいろな虐待が起きて、行政が入っていかないという問題につながってきました。ですから、法制度と同時に、そういう意識の問題も改善が必要です。

(3) 制御と誘導

制御や誘導に関しては、そのデメリットも認識しておく必要があります。経済的なインセンティブ、ディスインセンティブを与えるなど、経済的に誘因を与えるもの以外にも、組織のつくり方を工夫したり、手続を改善したり、また人事面での試行を通じて、行政活動の質を変えていこうというものも考えられます。こういう作用は、間接的に現場に効いてくる場所がありますので、規制の場合の規律能力と比べると、やはりその機能は落ちることはあります。また、実現までの間でタイムラグが生まれることもあります。ですから、問題状況に応じて、どれだけの貫徹力を必要とするのかによって、手法が選択される必要があります。

(4) 行政準則を起点とした交渉・協議

現代の政策法学で重視すべき行政スタイルは、冒頭でも申しましたが、行政が策定する準則を起点として、行政と市民の間で交渉や協議が展開されるというものです(基準準拠型行政スタイル)⁽¹²⁾。具体的に申しますと、行政手続法という法律の中には、申請のときの審査の基準とか、不利益処分を行う場合の処分の基準とか、行政指導をする場合の行政指導の指針などを、事前に作成、公表して、それに従って行政活動を行っていくというスタイルが打ち出されています。また、地方公共団体が作る要綱も、個々の担当者が勝手に作るというよりは、幹部の決裁を得た上で公表して、それをもとに施策が展開されている。このように、行政活動の基準の作成、

公表が中核にあつて、それを市民の人が共有していくことが大切になります。基準の中には、具体的な政策が盛り込まれています。

ただし、問題はここから先です。行政基準にしても、地方公共団体が作る総合計画にしても、大事なのは自分で作って、自分の頭でその基準を工夫してみるということです。つまり、基準作成を通じた学習機会の創出が、現場の能力を高めていく。それと同時に、対話の機会を増やしていくわけです。しかし、現実を見ますと、総合計画などについては、実際にはコンサルタントに丸投げして、外注してしまう。きれいなものは出来上がってきますが、コンピューターグラフィックが駆使されたとしても、結局、行政内部で意見交換されることも、市民との対話もなく、政策的な工夫を施すこともなく、1つの形式文書が作られるだけに終わる。最近、公表された論文を読みましても、国から出されている通達をそのまま丸写ししたものを市民に対して、基準だとして示している地方公共団体が少なくない⁽¹³⁾。このように、引き写し型の基準を使うと、先ほど述べた、基準作成を中核とした交渉はすべて抜け落ちてしまうわけです。学習機会も生まれなければ、施策の統合の契機も見られません。市民に対して説明責任を果たす意味での施策の概観性保障は実現できない。一種の思考停止が行政実務には見られます。

行政基準に関して最近面白いと思っているのは、通達をはじめとする行政基準を活用した裁判例が目につくようになってきたことです。これはどう評価したらいいのか、興味深い理論問題です。私が学部で勉強したころには、通達は公務員が作るものだから、政策担当者が作った基準を中立的な裁断をすべき裁判の場に持ち出してきて議論すること自体が見識だという、民主的正当性に基づいた批判もあったように思います。裁判における通達の利用について、どう説明するのかという問題です。最近のように行政事件訴訟法が改正されて、訴訟要件のハードルが緩和され、本案に入ってくる事例が増えてきますと、行政裁量の問題に裁判所がどのように踏み込めるのかが中心課題になります。裁判官が行政実務を認識しようとするときに、少なくとも公務員が自分で作って公表して、これでやりますと宣言したルールがあれば、それを取り上げて、当該事例の処理が基準と同じになってないのはどういうことでしょうか、説明をしてくださいという形で切り込んでいくやり方は自然なものです。伝統的に語られてきた

形式論を貫いて、結果として現実に目をつぶるよりも、行政基準を見て、現実はどういうものなのかもしれないというところから入って議論をしていく方が、審査としては深くなるのではないかという点に関心を持っております。

3. 社会実験の重視

(1) 社会実験と法制度

社会実験について、少しお話をします⁽¹⁴⁾。人間社会を対象とする法律学では、実験というのはあつてはいけないと習いました。それが自然科学と法律学との大きな違いだという教えを受けて、研究生活を始めたのです。けれども、見方を変えますと、先人の採用してきた研究方法も、例えば比較法などは、他の地域で実施された結果を自国に活用しようという意味では、地球レベルでの実験です。もともと、自国民に対しては、実験はしないという作法は守っているのです。また、法制史は、現代の日本人には実験はしないが、昔は参考になることや間違ったことが行われたかも知れないと、歴史上の時点を変えることによって、実験的な成果を求めた。こうした理由から、法律学を志す人は、語学をやつて比較法を深めなさい、史学をやつて法制史を勉強しなさいと言われた。

最近の行政法でも、参照領域理論と呼んでいるものは、実験の要素を含みます⁽¹⁵⁾。行政法には、いろいろな分野があるわけで、教育法もあれば、社会福祉、都市計画、出入国管理など、多岐にわたります。面白いのは、各領域の法制度は均等に発展しないため、領域相互を比べると、領域間で法的仕組みの発展度合いが違っていることに気づくわけです。例えば、都市計画の分野では計画の作成手続について入念な参加手続が発達し、そうした内容の法改正が積み重なってくる。そうであれば、その計画手法を社会福祉の分野に転用することはあり得るわけです。ですから、そういう形で領域間を見比べた場合、先行する分野では領域限定の実験が行われていると見ることができます。何年か前に研究会で、社会実験という語を口にしたときに、法制局の人から批判を受けました。しかし最近では、社会実験と名の付いた施策は、行政実務で行われ、大臣が「社会実験を通して実現します」ということを記者会見で述べるなど、報道もされています。例

えば、国土交通省では、社会実験について、かなり蓄積を持っていて、これまで予算措置を前提に進めてきました。興味深いのは、国土交通省で社会実験について講演をしたことがあるのですが、社会実験を行っている官僚の方たちは、そのことについての認識とか、全然お持ちになっていない。ただ目の課題との関係だけで行ってきたにすぎず、制度として純化していく機運はありません。こうした状況は、何とかならないのかなという気がしています。

社会実験の具体例としては、池袋の駅前でオープンカフェを実施したり、歩行者天国を設けたり、車線を変えたりということをやって、交通量の流れを見るとか、コンパクトシティに向けた施策の展開はどうあるべきかを実際に実験している。ですから、非常に残念ですが、法学の方がずっと遅れていて、実務の方がもうずっと先に行ってしまうている。こうした第一線の動きを拾えないのは、研究者の認識が足りていないだけのような気がします。

(2) 行政の社会学

今後は、現実に行われている実験の成果をどう活用していくのかということが重要です。実験を行う場合に大事なものは、先ほどから申していますように、行政の社会学を同時に構築することです。こうした科目は誰が担っているのか。行政学は、最近まで官僚制は語ってきましたが、実際の行政実務に対しては正面から取り組んでいない。確かに業績は出ていますけれど、それは学としてやっているというよりも、研究者の個人的資質に基づいているようです。

法社会学も、農村には行ったけれども、役所にはそれほど行っていません。こうした状況は、少しずつ変わりつつあるかもしれませんが。その理由は、こうした研究は実際には難しいところがあって、成果を出せるかリスクが相当大きい。大学院生が就職を控えて論文を書く場合、慎重になってリスクを負えないところがあることも分かります。

しかし、こういう実態分析を通じて制度の見通しをつけないと、結局、政策学は成立しない。つまり、実施プロセスの重要性を認識して、その結果を見て制度にフィードバックするという循環構造が作れないと、政策学は抽象モデルに終始してしまう。前提として、社会学が必要です。実際

にはつくったけれど動いていない「ざる法」は数多くあって、行政法規の中でも、本当に動いている条文と、死んでいて誰も使っていない条文が混在する。法改正がなされないまま、整理されずに、おもちゃ箱の中のように混ざっている、そんな状態が現行法です。これに対し、これからは、法の制御能力を考えていくことが大切です。

(3) フィードバックの視点

現状から法文へとフィードバックする仕組みをいかにして現行法に埋め込むかが課題です。もちろん、重要な公共政策型裁判があれば現実は変わります。しかし、それには多額なお金と、時間と、原告の存在とその努力が必要になる。また、うまく裁判に乗るケースが出てこない、実際にはなかなか結実しない。これに対して、空気や水のように、日常的に存在してコストが掛からずに、自動的に制度の改善を目指す仕組みが必要です。

1つには、例えば審議会とか審査会ですが、頼まれて議論してくださいというだけだと、今述べたところには役に立たない。審議会とか審査会が、例えば苦情処理を通じて経験する「問題発見の契機」を重視することが考えられる。火のないところに煙が立たないのと同じように、紛争が生ずる政策分野は、何らかの社会的病気を制度上抱えていることが多い。そういうところに対して、仕組みの改善を建議する機能が重要性を持ちます。他方、最近強調されている、政策評価の仕組みを充実させていくことも同様の課題です。ただし、政策評価については、同時に、評価疲れも考えないといけない段階に来ています。そのバランスをどう考えるのかが、大事になってくるのです。

(4) 事実調査の重要性

政策を実現する上では、事実をきちんと踏まえていること、立法事実にあたるような政策の基礎にかかる事実関係を把握できる仕組みがないといけない。そういう点からすると、行政活動の前提として、調査手続の整備は、これからの重要課題です。

最近の行政事件訴訟法改正で、行政処分が争われる訴訟類型について、裁判所で、一件書類を提出するよう求める仕組みができました(23条の2: 釈明処分の特則)。それ以外の行政活動については、そこまでの手続は整

備されていません。市民からみたら、行政活動の種類によって、事実の基礎が違うというのも説明のつかない話です。調査段階を整備していくことが、行政裁量の統制を考える上でも、非常に有効だと思います。

4. 立法の役割

(1) 法律による大綱政策提示

法律の在り方についてお話します。法律は政策学にとっても非常に重要なものですが、法律のスタイルが少し変わってきているのではないかと思います。最近、基本法とか、基本条例といったものが増加傾向にあります⁽¹⁶⁾。これをどう考えるのかということです。基本法の多くが議員立法として出されることを捉えて、議員のおもちゃだと言う人もいます。そこまでシニカルに見ないで、もう少し原因を探ってみる必要があります。例えば、今までは法律を必要とする理由として、規制活動の根拠として法律がなければいけないと考えてきた。法律事項といった考え方です。このように、法律には法律事項が必要であるという暗黙の前提があった。しかし、最近では、そうした利用法は法律という道具の使い方として見た場合、あくまでも一面であって、法律には他にも潜在能力があることに気づき始めた。つまり、これからの日本の行政なり、公共セクターは、こういうところを、このような形で重点的に政策展開していきますという、重点政策の全貌を市民に示すための道具として法律を使うという発想です。多元的意見を反映しようという、法律制定手続の持つ特色からすれば、そうした機能の発揮は可能です。

たしかに、これまでは、政策を表明する審議会と、政策を実現する規制根拠としての法律という組み合わせで政策が実現されてきた。しかし、これは、あり得る組み合わせの1つでしかない。従来型の発想が強いためか、例えば、行政法規の目的規定を変更することには、腰が極めて重い。何十年も法律の目的は変わらずに施策展開しているところが多く見られ、イノベーションの機運が立法論のレベルで感じられないのです。

一例を挙げますと、最近、国土交通省は今後の人口減少社会を見据えて、コンパクトシティということの中核に置いて、国土形成をはじめ政策を展開している⁽¹⁷⁾。しかし、コンパクトシティの概念は都市計画法の中に

は、文言としては一向に出てこない。これを目的規定に入れてもらえませんかと提案しても受け入れられない。しかし、こうしたことは比較法的に見て、あり得ないことではなくて、「持続可能な」という形で目的を書いている国も存在する。わが国では、法律の使い方が固定的で狭いと思います。

(2) 定期的見直し

次に、法律についての考え方ですが、普遍的な意思を示した、完成品としての法律というイメージが理論面では強すぎる。最近の法律は、最近のリンゴやトマトと同じで、もちが悪い。賞味期間がすごく短いのです。法制局の方に実験法律なんて言うと怒られますが、しかし私の目から見ると、実験としてしか法律をつくってないような規定が増加している。見直し規定とか、時限法とか、自動失効条項、サンセット条項、特例法、特区を盛り込んだ法律など、どれも自信を持って法律をつくってない。極めて暫定的な法律が多い。ですから、こういう法律の暫定性も視野に入れた上で、だからこそ法律規定の見直しの機会を持つことの重要性に注目していくことが重要です。近時、行政手続法が行政立法手続の中で、社会経済情勢に適合させる義務を規定していますけれど（38条2項）、これなどは、見直しを重視する考え方が明確に出た一例だと思います。それと、今は止まっていますが、都市計画法改正論議の中では、計画の定期的見直しという条項が議論が上がっています。これも、思考方法としてはまったく同じ仕組みです。

(3) 条例の活用

地方公共団体レベルで制定される条例も、実験的な要素を含みます。失敗しても、当該地方公共団体だけで止まる点で、リスク分散型の制度設計手法と見ることも可能です。

法律の進化の過程としては、ある先進的条例が成功を収めて、法律に結実していくような進化のプロセスのほか、ある地方公共団体が、条例でうまくやったのを見て、他がまねをして伝播していく、横並び型の進化も考えられます。先進的な条例をつくる地方公共団体は、首長の指導性が高く、条例と首長のリーダーシップは密接に絡んでいる。このように見てくると、首長の地位も、これからの政策学では重視すべき研究対象です。

5. 市民参加の問題

(1) 情報の公開

次に市民参加ですが、市民の参加を重視する上では情報公開が大事です。ただし、情報公開が進んでいるわりには、周辺組織、例えば第三セクターの情報公開は、十分ではない。例えば、福岡市などは100近い株式会社が周りにあって、そこで扱っている仕事は、行政からの委託の仕事や、中には自治体の職員が向出しているところもあって、トップには市長が座っているところや、100%市の出資だったりする。けれども、形は株式会社です。そうすると、情報公開のときだけ、私どもは株式会社であって、行政ではありませんという形で、情報公開から免れようとする。とてもおかしな話です。そこで、福岡市の条例では、株式会社の代表と、福岡市の市長とで協定を結んでもらって、その協定に基づいて会社の情報を市のところに持ってくる⁽¹⁸⁾。市の手元に来れば、情報公開条例が働きますから、それで情報公開を図るという不思議な仕組みをつくりました。

このような形で、外郭に位置する私法上の団体まで視野に入れないと、周辺組織の情報公開問題は解けないことがあります。ですから、法人改革というのは、民法で活発な議論がありますけれども、政策法学にとっても、すごく大事な問題です。

このほか、情報公開は進んだのに対して、他方で、情報提供は十分ではないという問題があります。それを感じたのは、危険情報とか、安全情報、ハザードマップ等の情報提供についてです。国や地方公共団体の側は、こうしたマップをいろいろ作ってしまして、危険地域を地方公共団体は把握している。しかし、それが十分に市民には周知されてない状況があります。そうした事実の公表がなされると地価が下がるという地権者の反対を恐れて出さないところもあって、本当に大事な情報が出ていない。これは、首長のリスク管理に関する判断に委ねられているところが大きく、こういう情報の提供も、まだ遅れている分野だと思います。

(2) 市民からの提案制度

最近では、参加を越えて、市民が原案を作って行政に提案をするという制度が発達してきています⁽¹⁹⁾。こういうものを広く使っていくことがとて

も大事です。提案制度の発展は、合意要件を考える上でも重要な素材です。最初、こういう仕組みは誰も反対する人がいないからいいということから出発する。つまり、全員合意で開始するのですが、かりに1人でも反対者が現れると、反対者がキャスティングボートを握ることになって、公共空間のつくり方としてみたらおかしいということに気づく。そこで、やがては要件が3分の2で足りるとか、7割、8割になっていく。こういう変遷から、合意要件をめぐる一般理論を構築できないかということを考えています。

6. 組織法の潜在能力

(1) 組織法の意義・機能について

次に、行政組織の編成を話題とします。組織の話は一般受けしないものです。しかし、組織の構成を変えるということは、政策課題への対応という点では、すごく大事なものです。専門性の高い組織を設けることは職員の専門性を要求することにつながり、例えば、先ほど言ったような形で、執行率などに跳ね返ってくる場合があります。つまり、行政作用に具体的に影響をもたらすわけです。組織の在り方を変えることは、一定の期間にわたって、今後、その分野については、予算も人も張り付けて、常時その仕事は行いますと宣言するわけですから、中長期の行政計画を作ったのと機能的にはまったく同じものです。計画と組織というのは、機能的には相当程度、代替性があるということです。したがって、組織の在り方については、政策学としても関心を持っていくということが大事です。

現在では、赤字で苦しんでいる地方公共団体が一般的です。さらに、過去10年間の市町村合併で1,700余りにまで肥大化した市と、それに乗らないで小さいまま残った町村が存在する。こうした基礎自治体を前提として、執行の問題を考えなければいけない。さらに行政の周りには、数多く外郭団体があって、それが私法上の形式で運営されているところをどうやって動かしていくのかという問題があります。加えて、道州制の導入が、今後の大きな検討課題となります⁽²⁰⁾。

(2) 協議の場の制度設計

広域的な課題については、協議という手法の分析を深めることが政策法学にとって、すごく重要です。現行の法律では、協議について予想以上に規定が置かれていないと思います。例えば、国と都道府県が話し合うような場がないわけです。最近いわれている、直轄事業負担金問題などは、こういう不足から生じた、国と地方公共団体との間の話し合いをめぐる問題でもあります。

また都道府県と市町村とか、市町村と隣接市町村との間の協議の場が極めて少ない。このため、政策調整ができていないことがあります。その協議をどう行うのか、そういう協議の場の中に、誰が参加すべきかを議論すべきです。先ほど述べた、歩行者空間をつくるという政策の協議では、道路部局も入ってきますし、警察も入ってくる。公共交通の事業者も入ってくる。このように、行政だけに限らない人を包括するような、協議機関をつくらないといけないわけです。その協議の場をどういうルールの下につくるかが、とても大事になってきます。組織法の中では、地味な存在ですが、協議会の規定の設計方法がポイントになります。

7. 計画の統制

(1) 執行過程と訴訟の関係

計画についても、様々な課題があります。1つには、行政計画についても裁判で法律との適合性を争う場が必要です。最近、都市計画の訴訟制度をどう構築するかを主題とした研究会があって、参加したりしました⁽²¹⁾。いろいろと考える点が多いのですが、計画はすごく複合的な利害を調整して、それを前提として、未来を描いていくという性格をもつことから、裁判所による裁断型の処理にはなじまない側面が残ります⁽²²⁾。利害調整に適した市民参加型（行政）手続を構築した上で、裁判所が計画についての欠点を見つけたら、違法を宣言して行政手続へと差し戻し、行政に造り替えさせるといった協働型の仕組みが機能的です。このように、行政過程と司法過程の間の対話、キャッチボールをスムーズにする仕組み作りが、計画訴訟制度を構想する上での中心課題です。

(2) 総合計画

今までは、計画を作って、その計画を作ったことによって予算が付くというので、拡大主義の下での計画行政が進展しました。しかし、今後は、そうではなくて、予算がない中で、どれをやめて、どれを取り上げるのか、そういう政策の序列化といった、非常にもめる作業をやらざるを得ない⁽²³⁾。そういう整理に役立てようと、総合計画の策定を行う、先進的な地方公共団体が登場しています。そういう地方公共団体では、首長の選挙の争点に具体的な政策問題が出されて、首長は選挙でそうした課題を盛り込んだマニフェストをもって戦い、当選後は、マニフェストと連動した総合計画が策定、実施されることが起きています。両者の関係、発展経緯に関心を持っています。

ここには、財政面での問題と行政活動を結び付けて考えることの必要性が現れています。例えば、補助金と租税免除は、ほとんど同様の機能をもって使われていますが、法的な扱いとしては相当程度、違ってくるのです。この2つをどう使い分けていくのか、税制を使うやり方と、保険を使うやり方をどう考えていくかという問題、さらには、総合計画の策定と予算の作成をどうリンクさせていくのかという問題等、課題はたくさん残されています。

8. 法の執行と実効性確保

(1) 民事裁判の使い勝手

このほか、執行をどれだけ柔軟に行っていくかという執行問題、実効性の確保が法政策学では重要です⁽²⁴⁾。しばしば、日本の行政は、権力主体であるといわれますが、地方公共団体が本気になったときに、竹みつきか持っていないことに気づきます。行政指導というお願い型の手法を基本に、従来は行政運営がなされてきたのです。実効性確保の手段として、1つは、行政が民事裁判を使うことが考えられます。行政官も手慣れると、民事裁判は使い勝手がいいという意見を聞きます。つまり、自分もめ事に入っていなくても、執行官がやってくれるという意味では、さばさばやるわけです。最近、着手され始めたのが、公営住宅の家賃滞納、妨害排除請求、給食費の請求などです。これらは、金銭債権や財産権に関するもので

して、これには民事裁判が使えるのです。他方、残念なことに最高裁の宝塚判決が出て、地方公共団体は民事裁判という手段の利用可能性を大きく失ってしまった⁽²⁵⁾。罰則や過料、氏名公表の活用、さらには協定の利用などを進めていく必要が生じています⁽²⁶⁾。また、地方公共団体の執行を法律で支援することも、1つの課題です。

(2) 行政的執行制度の立法改革

このほか、簡易に使える道具立てをどれだけ整理できるかについても考える必要があり、ポイ捨て条例とかで活用されている過料制度に並ぶような仕組みを整備すべきです。大きな課題としては、行政代執行法をはじめとして、行政的な執行制度を一般的な仕組みとして、どれだけ整備しているかという課題も残されています。

おわりに

以上、思い付きばかり述べましたが、紹介しました諸課題の克服は、1つの科目だけでなかなかできることではありません。いろいろな方の知恵をお借りしながら、政策学をめぐる分野が発展していくことを期待しております。率直なご意見を伺えればと思います。

⁽¹⁾ 大橋洋一『行政法Ⅰ』（有斐閣・2009年）序論。

⁽²⁾ 政策の実施に関しては、大橋洋一編著『政策実施』（ミネルヴァ書房・2010年出版予定）。

⁽³⁾ 「法を使う」という意味については、大橋洋一「行政法教育のあるべき姿」、同『都市空間制御の法理論』（有斐閣・2008年）（以下、「空間」と引用）395頁以下、政策の執行レベルを視野に入れた制度設計学の重要性に関しては、大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」空間・346頁以下参照。

⁽⁴⁾ 大村敦志『生活のための制度を創る』（有斐閣・2005年）が示唆に富む。

⁽⁵⁾ 大橋洋一「インフォーマルな法治国」公法研究57号（1995年）201頁以下、同「行政指導の比較法研究」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂・1993年）103頁以下所収。

⁽⁶⁾ 大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣・1989年）。近時の実態分析として、正木宏長「水道事業の民営化の法律問題：行政契約の現代的展開」立命館法学317

号（2008年）1頁。

⁽⁷⁾ 大橋洋一「実験法律の法構造」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂・1999年）（以下、「対話」と引用）280頁以下。フランスにおける地方公共団体による実験的立法の可能性について、飯島淳子「地方分権・地方自治の法構造」法学73巻1号（2009年）16頁以下参照。

⁽⁸⁾ 公営競技を素材に詳細な分析を行うものとして、確井光明「地方公共団体の競輪事業撤退をめぐる紛争」明治大学法科大学院論集7号（2010年）507頁以下参照。

⁽⁹⁾ 大橋洋一「行政の自己制御と法」『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣・2010年刊行予定）、大橋洋一「企業責任と誘導型行政手法に関する一考察」同・対話162頁以下。

⁽¹⁰⁾ 佐竹五六『体験的官僚論』（有斐閣・1998年）269頁以下。

⁽¹¹⁾ 大橋洋一『『民事不介入』の観念と行政型ADR』同・空間238頁以下参照。

⁽¹²⁾ 基準準拠型行政スタイルに関しては、大橋・前掲注(1)49頁、230頁以下参照。

⁽¹³⁾ 野口貴久美「行政立法：「裁判規範性」に関する一分析」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・情報公開法』（有斐閣・2008年）25頁。

⁽¹⁴⁾ 大橋洋一「社会実験と法制度の設計」法学研究81巻12号（2009年）29頁以下参照。

⁽¹⁵⁾ シュミット・アスマン『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会・2006年）。

⁽¹⁶⁾ 基本法に関しては、小早川光郎「行政政策過程と基本法」成田頼明先生退官祈念『国際化時代の行政と法』（良書普及会・1993年）59頁以下、塩野宏「基本法について」日本学士院紀要63巻1号（2008年）1頁以下参照。

⁽¹⁷⁾ 大橋洋一「コンパクトシティの制度設計」同・空間40頁以下。

⁽¹⁸⁾ 大橋洋一「自治体外郭団体の情報公開」同・空間164頁以下。

⁽¹⁹⁾ 提案制度に関しては、大橋・前掲注(1)296頁以下参照。

⁽²⁰⁾ 道州制に関しては、大橋洋一「道州制と地方自治」ジュリスト1387号（2009年）106頁以下参照。批判的な検討として、村上博『広域行政の法理』（成文堂・2009年）。自治体間協議の仕組みに関しては、大橋洋一「対話型国土計画への期待」同・空間12頁以下参照。確井光明「法律に基づく『基本方針』：行政計画との関係を中心とする序論的考察」明治大学法科大学院論集5号（2008年）1頁も参照。

⁽²¹⁾ 政策訴訟としての計画訴訟のあり方については、都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告書」新都市60巻9号（2006年）76頁以下、都市計画争訟のあり方検討委員会・ワーキンググループ『人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務 報告書』（2009年）、大橋洋一「都市計画争訟の法構造」同・空間57頁以下、大橋洋一「都市計画争訟制度の発展可能性」新都市63巻8号（2009年）1頁以下参照。

⁽²²⁾ 大橋洋一「都市計画の法的性格」自治研究86巻7号（2010年）3頁以下参照。

⁽²³⁾ 大橋洋一「自治体総合計画に関する一考察」同・空間136頁以下

⁽²⁴⁾ 執行の問題に関しては、大橋・前掲注(2)を参照。

⁽²⁵⁾ 宝塚判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）後の制度設計の試みとして、2006年2月に日本都市センターから出された『行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書』のほか、鈴木庸夫「地方公共団体における義務履行確保に関する法律要綱私案覚書」千葉大学法学論集23巻1号（2008年）9頁参照。

⁽²⁶⁾ 条例で協定を定めた場合に、地方公共団体が締結した協定上の義務履行を求めることは「法律上の争訟」に該当する。最判2009年7月10日判時2058号53頁。宝塚判決の射程限定については、参照、福岡高判2007年3月22日判例地方自治304号35頁。