



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	立法者制御の法理論：政策決定の「質」向上のための一試論
Author(s)	原田, 大樹
Citation	新世代法政策学研究, 7, 109-147
Issue Date	2010-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43873
Type	other
File Information	HJNGLP007_007.pdf



特集：シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の
法律と立法者の位置づけ」

立法者制御の法理論 ——政策決定の「質」向上のための一試論

原 田 大 樹

はじめに

とりわけ1990年前後から、わが国の行政法学において、制度設計論への関心が強く持たれるようになってきた¹。それまでの行政法学が行政訴訟の局面における行政活動の適法性の問題に関心を集中していたのに対し、この新たな立場は行政の現実には注意を喚起するとともに、個別の政策分野の政策課題と親和的で制度設計の場面での参照が可能な行政法学の構築を行ってきた。こうした流れは、2004年に法科大学院が設置されたことで揺り戻しを経験しつつも、現在の行政法学の中核的要素の1つとなっていると言える。この結果、行政法理論の中に伝統的な理論にはなかった様々な要素が取り込まれ、行政法総論の内容はより豊かなものとなっている。

他方で、そもそも行政法学がどのような立場からいかなる方法で制度設

¹ 代表的な業績として参照、阿部泰隆「行政法学の課題と体系」同『政策法学の基本指針』（弘文堂・1996年）29-54頁〔初出1981年〕、高木光「行政手法論」同『技術基準と行政手続』（弘文堂・1995年）85-113頁〔初出1986年〕、大橋洋一「行政手法からみた現代行政の変容」同『行政法学の構造的変革』（有斐閣・1996年）3-24頁〔初出1994年〕、木佐茂男『自治体法務とは何か』（北海道町村会・1996年）、中里実「誘導的手法による公共政策」『岩波講座 現代の法 4 政策と法』（岩波書店・1998年）277-303頁、山本隆司「行政法総論の改革」成田頼明他編『行政の変容と公法の展望』（有斐閣学術センター・1999年）446-453頁、曾和俊文「司法改革の理念と行政法」自治研究77巻10号（2001年）7-18（16）頁。

計論に対して貢献が可能なのか、制度設計に対する関心を共有する隣接諸科学とはいかなる関係に立っているのかという点に関しては、十分な理論展開がなされてきたとは言えないように思われる。この問題の端的な表れとして、ある法制度の設計の善し悪しを行政法学者が論じる場合、どのような評価基準で判断しているのかが、これまで体系的かつ明確な形では示されてこなかったことを挙げることができる²。これは、主として「効率性」を評価基準に制度設計論に果敢なアプローチを行ってきた法と経済学とは対照的である。具体的紛争の前の段階で制度設計を議論する点において、法と経済学は行政法学と同じ立場に立っている³。しかし、行政法学が制度設計に対する評価基準や制度設計の検討手順を十分には明らかにしてこなかったため、法と経済学との議論の接点を形成しにくくなっていたのではないだろうか⁴。

そこで本稿では、従来の行政法学や個別法分野（例：都市法・環境法・経済法）での議論を踏まえ、行政法学は制度設計に対してどのような評価基準を形成しているのか、またどのような手順で制度設計を検討しているかを明確化し、隣接諸科学との議論の接点を形成する一助となることを目標としたい。また、そこから、制度設計論としての行政法学の今後の課題を探り、立法者制御の法理論を形成する手がかりを得たい。

こうした問題関心から、本稿では以下のような検討手順をとることとする。まず、行政法学が制度設計論に対してどのような評価基準を明示的・黙示的に形成してきたのかを、帰納的アプローチにより明らかにしたい（Ⅰ）。具体的には、制度改革の時代と言われる過去20年間に制度改革された具体的な個別法制度の中から5つの具体例を取り上げ、そこでどのよう

な評価基準が用いられたのかをメタレベルで検討する。ここで抽出された基準が一般的にも当てはまるものかを確認するため、最近初版が出版された行政法総論の基本書で取り上げられた個別の制度設計論を手がかりに、どのような評価基準が用いられているかを抽出することとする。次に、この作業の結果抽出された立法の質の評価基準を類型化し、その背景にどのような理論的な考慮があるのかを明らかにしたい（Ⅱ）。また、これらの評価基準が、行政法学における制度設計の思考手順のどの部分で使われているのかも合わせて検討する。最後に、こうした分析を踏まえ、制度設計論に対する行政法学からのアプローチの特色を、法と経済学と比較しながら素描したい（Ⅲ）。その上で、制度設計論としての行政法学の今後の課題に対する現時点での見通しを示すこととする⁵。その際には、多元的システムにおける行政法学の観点から、公共制度設計論⁶の輪郭をも提示することとしたい。

Ⅰ．制度設計への行政法学的アプローチ

そもそも行政法学は制度設計に対してどのような評価基準を用いているのであろうか。このことを明らかにするため、ここではまず、過去20年になされた制度改革のうち、政治的・社会的に注目を集めた5つの具体例（建築基準法・障害者自立支援法・廃棄物処理法・独占禁止法・教員免許法）を取り上げ、そこでの評価基準を抽出することとしたい。その際には、行政法学の参照領域である個別法分野（都市法・社会保障法・環境法・経済法・教育法）の議論に関しても、行政法総論レベルでの議論と衝突しな

² こうした観点から興味深い先行業績として、磯崎初仁「自治体立法法務の課題」ジュリスト1380号（2009年）85-92（90）頁がある。同論文は立法評価の視点として、必要性・有効性・効率性・公平性・協働（参加）性・適法性を挙げている。

³ 松村敏弘「公共政策教育と法と経済学」経済セミナー598号（2004年）16-21（18）頁。

⁴ 共通の問題関心から、法制度を時間軸の観点から動態的に捉えた上で「学習」のプロセスを重視することで法律学固有の役割を導出しようとする論攻として参照、藤谷武史「プロセス・時間・制度」新世代法政策学研究（北海道大学）1号（2009年）29-64（61）頁。

⁵ 大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣・2008年）346-368（353）頁〔初出2003年〕。また、Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.177-237（235 Rn.107）も立法学を行政法学の総論部分として構築すべきことを指摘する。

⁶ 原田大樹「多元的システムにおける行政法学」新世代法政策学研究（北海道大学）6号（2010年）115-140（139）頁。

い要素については合わせて検討することとしたい。次に、これらの抽出調査の結果得られた評価基準に普遍的な色彩があるかどうかを確認するため、近時初版が出版された行政法総論の基本書のなかで具体例が豊富に取り上げられている3冊（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣・2008年）（以下、阿部・Ⅰ）、宇賀克也『行政法概説Ⅰ[第3版]』（有斐閣・2009年）（以下、宇賀・Ⅰ）、大橋洋一『行政法Ⅰ』（有斐閣・2009年）（以下、大橋・Ⅰ））で参照されている個別の法制度設計に対する評価基準を抽出することとしたい（行政法通則に関する制度へのコメントは除外した）。

1. 個別制度設計論に見る行政法学の評価基準

(1) 建築基準法

わが国の建築基準法に対しては、以前から「ザル法」との批判がなされてきた⁷（規制の実効性）。個別の建物の安全性を確保する単体規定に関してはそれが欠陥住宅問題として、都市計画上の観点からの規制である集団規定に関してはそれが違法建築問題として社会問題化してきた。建築基準法の1999年改正では、こうした批判に応えるため、従来の建築主事に加え、民間の指定確認検査機関による建築確認・中間検査・完了検査を認めた。これは、建築主事の負担を軽減して違法建築の除却などの任務にリソースを投入できるようにするという事後チェックの発想を背景にしていた⁸。しかしこれに対しては行政法学から指定確認検査機関の中立性への疑問が提起されていた（決定の中立性）⁹。具体的には、法人の設立や法人に対する指定の段階で、建設業者との利害関係を断ち切ることができるのか、

⁷ 実証的分析として参照、宮崎良夫「行政法の実効性の確保」成田頼明他編・雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題（上）』（有斐閣・1990年）203-247頁。

⁸ 居川康祐＝澤井聖一「『民間開放』と建築生産の行方」建築雑誌113巻1430号（1998年）42-43（42）頁、山口敏彦＝佐藤忠晴「建築基準法の抜本的見直し」時の法令1593号（1999年）6-32（10）頁、「建築基準法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧211号（1999年）81-84（82）頁。

⁹ 大橋洋一「建築規制の実効性確保」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂・1999年）196-230（219-222）頁〔初出1999年〕、米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学（立命館大学）7巻3号（2000年）253-271（266）頁。

また建築主と指定確認検査機関との契約という法形式で建築主の利害関係から中立に確認や検査ができるのかという問題であった。

こうした懸念が現実化したのが2005年11月に発覚した姉歯事件であった。この事件では、建築士の故意による構造安全計算の偽装を指定確認検査機関が見抜けなかった¹⁰ことから、指定確認検査機関の中立性や検査員数の強化が図られることとなった。2006年の建築基準法改正では併せて、構造計算に関する新たな審査制度も導入された¹¹。しかし、構造計算に関する大臣認定プログラムの認定が施行日に間に合わなかったり¹²、建築確認後の内容変更の柔軟性が失われたりした¹³ことから、今度は審査遅延問題が生じることとなった。行政法学から見ればこの問題の原因は、実行可能性に乏しい制度設計をしたか（比例原則・規制の実効性）、そうでなければ移行措置を十分に検討しなかったこと（信頼保護原則）に求められよう。また、この分野における根本的な問題として以前から指摘されている設計・施工分離（媒介者の中立性）は実現されないまま現在に至っている¹⁴。

(2) 障害者自立支援法

障害者に対する福祉サービスの提供は長らく措置制度の下でなされてきた。措置制度とは、サービスを必要とする人に対して行政が職権処分により給付内容を決定し、サービスは行政が直接給付するか、社会福祉法人等に措置委託（財政原則）して提供を行う制度である。この制度に対しては、措置請求権が行政実務上否定されたために受給希望者の手続的権利も

¹⁰ 坂井浩和「なれ合いと天下りの実態」アエラ18巻64号（2005年）23-25頁。

¹¹ 国土交通省住宅局建築指導課「改正建築基準法・建築士法及び関係政省令等」建築と社会88巻1026号（2007年）12-15頁。

¹² 「後手後手に回った国交省の対策、建築団体から要望書続出の日々 結果、『官製不況』はいまだ収拾つかず」建築ジャーナル1138号（2008年）32-33頁。

¹³ 戸川勝紀「建築基準法大改正を受けた自治体の影響と建築行政のこれから」政策法務Facilitator 16号（2007年）2-12（7）頁、「改定法の欠陥 業務は増大、現場も混乱 それでも改定法は有益か？」建築ジャーナル1127号（2007年）32-38（36）頁。

¹⁴ 澤田和也『欠陥住宅紛争の上手な対処法』（民事法研究会・1996年）47頁。ただし、民主党政権はこの方針を採る方向である（馬淵澄夫「建基法に代わる新法の議論を国会で始めたい」日経アーキテクチュア919号（2010年）8-11頁）。

否定されていたこと（権利救済可能性）、サービス供給量が伸びずに待機者問題が発生していたこと（制度の実効性）が問題とされていた。そこで2000年の社会福祉事業法等改正の際には、行政による金銭給付と利用者・事業者間の直接契約に制度変更され、利用者は所得に応じて自己負担をすることとなった。契約という法形式の選択の背景には、利用者の地位の強化や利用者の意向を反映したサービス内容の決定を可能にする意図があった¹⁵（人権規定）。この制度改正に対しては、行政の責任を金銭給付に限定するのは生存権の観点から不適切であるとする見解や、契約内容の適正化・利用者の選択の自由の実質化を図るべきとする見解¹⁶（人権規定）が出され、また支援費請求権の介護請求権と比較した権利性の弱さも指摘されていた¹⁷。

しかし、2005年に制定された障害者自立支援法は、こうした議論とは全く関係ない文脈から登場した。一方では介護保険法と支援費制度の統合に失敗し、他方で支援費支給の財源が施行年度から大幅に不足したこと¹⁸が、次のような制度設計をもたらした。まず、金銭給付と個別契約という基本枠組は維持しつつも、利用者の負担方式を応能負担から応益負担に切り替え、給付費に対しては義務的予算措置化を実現した¹⁹。次に、精神障害者

も同じ給付枠組に取り込み²⁰、障害の種類を問わず共通の給付形式に変更した。さらに、障害者の就労に関しては、一般就労への移行を促進する²¹一方で、福祉的就労には利用者が利用料を払わなければならないこととした²²。これに対しては、生存権の観点から応益負担は過大な負担を課すものであること（人権規定）、障害者の所得保障を充実させないままに応益負担を導入することは不適切であること（立法事実の把握）、保育については応能負担を維持したまま障害児のサービスを応益負担にするのは不平等であること²³（平等原則）、福祉的就労に対して利用料を支払わなければならないとすると労働の意欲や機会を失わせること（比例原則）などが指摘されている。

（3）廃棄物処理法

わが国の廃棄物法制は、一般廃棄物と産業廃棄物で全く異なる制度設計を沿革上採用してきている。一般廃棄物に関しては市町村処理原則を採用し、市町村がその事務を民間（許可業者・受託業者）に委託するかどうか、どの業者に委託するかを決める際には、市町村には（一般廃棄物処理計画に基づくとはいえ）広範な裁量が認められる²⁴。これに対して産業廃棄物に関しては事業者処理原則が妥当し、事業者は許可業者に処理を委託することでその責任を果たすことができるとされる。産業廃棄物処理業や処理場の許可はすべて都道府県の権限であり、これらは要件を満たせば許可しなければならないとされた²⁵。この許可要件が緩やかなものであったこと、

¹⁵ 古川夏樹「社会福祉事業法等の改正の経緯と概要」ジュリスト1204号（2001年）10-14(10)頁。

¹⁶ 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）69巻4号（2003年）765-806(798)頁。

¹⁷ 倉田聡「支援費支給制度をめぐる法律問題」ジュリスト1204号（2001年）19-24(21)頁。この点は障害者自立支援法においても変更されていない（中野妙子「介護保険法および障害者自立支援法と契約」季刊社会保障研究45巻1号（2009年）14-24(15)頁）。

¹⁸ 津田小百合「介護保険と障害者福祉制度の将来」ジュリスト1327号（2007年）40-47(41)頁、小澤温「障害者自立支援法改正と障害者の自立」都市問題100巻5号（2009年）40-47(42)頁。

¹⁹ 京極高宣「障害者自立支援法案における利用者負担の考え方」月刊福祉88巻13号（2005年）52-57(53)頁、大塚晃「障害者自立支援法見直しの背景とポイント」月刊福祉92巻10号（2009年）12-19(14)頁。

²⁰ 京極高宣「障害者の就労支援はどうあるべきか？」職リハネットワーク65号（2009年）5-15(8)頁。

²¹ 赤松英知「自立支援法下の働くことを支える取組みの課題と展望」職リハネットワーク65号（2009年）35-39(35)頁。

²² 藤岡毅「全国の障害者が一斉提訴」賃金と社会保障1483号（2009年）4-16(14)頁。

²³ 伊藤周平「障害者自立支援法と応益負担再考」賃金と社会保障1483号（2009年）17-29(23)頁。

²⁴ このことは最高裁判例（最判2004（平成16）年1月15日判時1849号30頁）でも確認されている。

²⁵ 近藤哲雄「産業廃棄物処理場に係る法的問題（下）」自治研究73巻12号（1997年）16-39(17)頁。

また施設設置の際に地域環境への配慮が必ずしも十分になされていなかったことから、産業廃棄物処理場設置への反対運動がとりわけ1990年代に強まり、社会問題化した²⁶。産業廃棄物に関しては市町村に権限がなかったため、市町村は自主条例（水道水源保護条例や紛争調整条例）で対抗したり、住民投票を用いたり、最終的には業者と公害防止協定を締結して独自の監督資格を得たりした。廃棄物処理法の側でもこの問題に対処するため、1997年の法改正で廃棄物処理業・処理場の許可要件が厳格化され、また地元市町村や住民が処理場設置許可手続に関与するミニ・アセスメントが導入された²⁷。

しかし、この改正に対しても例えば以下のような批判が寄せられている。採用された参加手続は公告縦覧・意見書提出に過ぎず、意見書提出ができる人的範囲が限定され、また説明会の開催は予定されていない²⁸（執行過程の透明性・参加）。この手続によっても市町村の意見は十分に反映されないため、市町村の関与権を拡大すべきである²⁹（地方自治の本旨）。産業廃棄物処理は民間だけに任せておいては不十分なので、公共セクターも積極的に処理場の設置を進めるべきである³⁰（補充性）。この改正以後も自主条例をめぐる産廃処理場紛争が続いていることからすれば、処理場許可手

²⁶ 近藤哲雄「産業廃棄物処理場に係る法的問題（上）」自治研究73巻11号（1997年）3-18(3)頁。

²⁷ 他方で、この規定は、都道府県が処理場許可の際に（許可要件にはない）地元同意を事実上要求していた実務を排斥する目的も持っていた（吉野智『『廃棄物の処理及び清掃に関する法律及び産業廃棄物の処理に係る特定施設の整備の促進に関する法律の一部を改正する法律』の概要』ジュリスト1184号（2000年）20-26(20)頁）。

²⁸ 阿部泰隆「改正廃棄物処理法の全体的評価」ジュリスト1120号（1997年）6-15(8-9)頁、福士明「処分施設立地手続」ジュリスト1120号（1997年）53-58(56)頁、桑原勇進「廃掃法改正の評価と今後の課題」ジュリスト1256号（2003年）66-74(69)頁。

²⁹ ただし、市町村に許可・監督権限を移すことに関しては、市町村の監督リソースでは十分な対応ができないこと、市町村が住民と業者の板挟みになって身動きがとれなくなる恐れがあることといった問題が指摘されている（加藤幸嗣「廃棄物処理施設の設置に関する協定の意義と役割」ジュリスト1055号（1994年）26-38(28)頁）。

³⁰ 廃棄物処理センター制度につき参照、北村喜宣「廃棄物処理法2000年改正法の到達点」ジュリスト1184号（2000年）48-58(51)頁。

続の制度設計を見直す必要性はなお残されていると言えよう。

（4）独占禁止法

独占禁止法のエンフォースメントをどのように行うかは、ここ最近の議論での大きな焦点であり続けている。オイルショックによる物価高騰が問題となった直後の1977年に改正された独占禁止法では、カルテル行為に対して刑事罰よりも簡易に利用できる制裁手段として課徴金制度が導入された³¹。課徴金は、カルテルにより得られた不当利得を国庫に帰属させるものであるから、刑罰との併科は二重処罰の禁止には当たらないと整理された³²。その後、日米構造協議を経て1991年改正で課徴金の額の算定方法が変更されて額が引き上げられ³³、さらに2005年改正でも額の引き上げとともに課徴金減免制度が導入された。加えて2009年改正では課徴金の対象となる行為に排除型私的独占・不公正な取引方法が加えられている³⁴（規制の実効性）。

課徴金額の引き上げに伴い、従来の不当利得の類推での正当化は説得力を失いつつある。代わって、課徴金の制裁としての性格を正面から認めつつ、罪刑均衡あるいは比例原則の観点から正当化する見解が有力となっている³⁵（比例原則）。2005年改正で課徴金と罰金を併科した場合の調整規定

³¹ 正田彬「独占禁止法改正政府案の検討」ジュリスト637号（1977年）91-98(96)頁、伊従寛「課徴金制度の運用の現状」公正取引386号（1982年）10-15(10)頁。

³² 木元錦哉「課徴金制度の運用と問題点」ジュリスト675号（1978年）111-117(113)頁。

³³ 北村喜宣『『グローバル・スタンダード』と国内法の形成・実施』公法研究64号（2002年）96-111(100)頁、郷原信郎『独占禁止法の日本的構造』清文社・2004年）103頁。

³⁴ 岡田博己「独禁法違反行為への抑止力を強化」時の法令1848号（2009年）6-22(9-11)頁。

³⁵ 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也＝芝原爾爾編・内藤謙先生古稀記念『刑事法学の現代的状況』(有斐閣・1994年) 275-303(301)頁、同「独禁法改正と二重処罰の問題」日本経済法学会年報26号（2005年）47-64(49)頁、曾和俊文「行政手続と刑事手続」ジュリスト1228号（2002年）116-124(122)頁、高木光「独占禁止法の課徴金の根拠づけ」NBL774号（2003年）20-26(24)頁。これに対し、課徴金の算定方法を実態に合うように変更しただけであるから、行政上の制裁と改めて整理する

が導入されたことは、この理解に対応したものとも言える。他方で、同改正で行政審判のタイミングを従前の事前から事後に転換したこと³⁶、また課徴金の対象行為の拡大や金額の引き上げがなされたことから³⁷、行政審判制度では判断の中立性を保つことができないとする批判も強まっており、事後審判を廃止して訴訟による処理に一本化する方向性も示されている³⁸（決定の中立性）。

（5）教員免許法

初等中等教育における教員の質を確保するため、わが国では免許制度が以前から採られている。その質の向上を図るべく、必要単位の見直しや教育実習の期間延長、介護等体験の導入がなされ、また研修など継続教育のしくみ（教育公務員特例法21条以下）も準備されていた。これに対し、教育再生が政治的課題として選択された安倍内閣の下で、教員免許更新制を導入する法改正が2005年になされた³⁹。その際には、教員が定期的に必要な知識・技能を刷新するための方策として教員免許に新たに10年の期間制限が設けられ⁴⁰、すでに免許を取得している教員にもこの制限が及ぶこととされた。すなわち、現在教壇に立っている教員であっても10年ごとに免許状更新講習を修了しなければならず、そうでなければ免許は失効し、教員としての身分を失うこととなった。

この制度設計に対しては次の観点からの批判が可能であろう。第1に、

必要も刑事罰との調整も必要ないとする見解として参照、正田彬「独占禁止法改正案と課徴金制度の考え方」ジュリスト1274号（2004年）184-189（188）頁。また、刑事罰中心の制裁体系を主張する見解として参照、郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」ジュリスト1270号（2004年）22-30頁。

³⁶ 宇賀克也「審判手続等の見直し」ジュリスト1270号（2004年）53-58（56）頁。

³⁷ 多田敏明「不当な取引制限に係る課徴金をめぐる諸改正」ジュリスト1385号（2009年）24-33（31）頁。

³⁸ 村上政博「取消訴訟への移行と裁量型課徴金の創設」公正取引696号（2008年）65-72（66）頁。

³⁹ 教員免許更新制導入までの経緯は、小野方資『「教員免許更新制」政策の形成過程』駿河台大学論叢（駿河台大学）38号（2009年）83-105頁が詳細に分析している。

⁴⁰ 矢木澤崇「教育3法の改正」ジュリスト1341号（2007年）71-75（74）頁。

教員免許更新制以外の方法で目的を達成することとの十分な比較検討がなされていない⁴¹（比例原則）。資質向上が目的であれば既存の研修制度の枠組⁴²でも十分であろうし、不適格教員の排除が目的なら、分限免職による対応が模索されるべきであろう。教員免許に期限が付けられることに伴う教員志望者層への負のインパクトもその際には考慮要素とすべきである。第2に、過去の免許取得者に対する実質的な遡及適用に対する移行措置が不十分である（信頼保護原則）。教員免許が政策的に導入されているものである以上、教員免許が無期限であることを前提に取得した既保有者の信頼が絶対的に保護されるべきであるとは当然言えない。しかし免許の効力に事後的に制約が加えられる場合には、それに伴う不利益がより小さくなるような移行措置が用意される必要がある。例えば、非常勤講師として働いている層が一定数存在する現状を前提とするならば、初回の更新講習は無料で実施するといった措置が必要であったように思われる。

2. 立法に対する行政法学の評価基準

次に、行政法総論の基本書・体系書の中で制度設計に対するコメントをしている部分を取り出し、そこでどのような評価基準が用いられているかを抽出する（詳細は別表参照）。

ここで示されている評価基準の多くは既に見た5つの具体例から得られたものと共通である。以下ではその中に含まれていなかった評価基準について、具体例とともに簡単に紹介する。

健康保険法等の保険医療機関の指定と医療法の医療計画・病院開設中止勧告が連動している問題に関し、阿部・Ⅰは権限の結合ないし目的拘束原則から批判を展開している（同・129頁）。同様の評価基準は、行政サービス拒否を条例化した制度設計に対しても当てはまる（宇賀・Ⅰ 252頁）。

財政に関連する法制度において、効率性が評価基準として用いられている場合がある。自治体総合計画に関し、大橋・Ⅰは策定過程における市民参加、計画策定と実施に対する透明性と並び、公費使用の効率性を挙げる

⁴¹ 佐久間亜紀「教員免許更新制の意図せざる結果」教育と医学57巻8号（2009年）706-712（707）頁。

⁴² 千々布敏弥「免許更新制と現職教育」教育と医学57巻8号（2009年）688-696頁。

（同・191頁）。また公共サービス改革法に関しても宇賀・I 及び大橋・I は効率性の観点から評価している（宇賀・I 61頁及び大橋・I 360頁）。

個別人権規定との関連を意識しつつ、これに対する強度な規制をかけるのであれば法律で明確な規定を置くべきであるとする明確性ないし規律密度が評価基準として機能している場面がある。例えば生活保護基準の告示は省令事項とすべき（大橋・I 54頁）とか、金融商品取引法の業務改善命令の要件規定が曖昧である（阿部・I 124頁）といった指摘は、こうした基準に基づいている。

II. 立法の質の評価基準

これまでの作業から抽出された立法の質の評価基準を、その由来に注目して分類すると、憲法の諸規定・行政法の一般原則・公法学の指針的価値の3つにまとめることができる。以下ではこの分類軸に従って前出の基準の背景にある行政法学の発想を明確化することとしたい。さらに、行政法学が制度設計を構想する際の思考過程の中で、こうした諸基準がどのように使われているのかも検討することとする。

1. 立法の質の評価基準の類型

(1) 憲法の諸規定

憲法の諸規定は立法の質に対しても一定の評価基準を提供している。これらは、個別の人権（憲法上の権利）に関する規定と、統治機構に関する規定とに分けられる。

①個別の人権規定

個別の人権規定は、立法を制約する方向にも、立法の指針となる方向にも作用する。立法を制約するタイプとしては、よく知られる経済規制立法（職業選択の自由）のほか、国立大学法人法（学問の自由）⁴³、放送法（表

⁴³ 合田哲雄=神山弘「国立大学法人法について」ジュリスト1254号（2003年）130-136（132）頁、山本隆司「民営化または法人化の功罪（下）」ジュリスト1358号（2008年）

現の自由）などを挙げることができる。これに対し、立法の指針となるタイプとしては、社会保障諸法（生存権）、個人情報保護法（プライバシー）、措置から契約への改革（自己決定権）などが挙げられる。

憲法が保障する個別の人権規定は、民主政の過程を経ても奪えない個人の領域を保護するべく設けられたものと理解されている。そこで、ある政策課題に対する立法をするかどうか、するとしてどのような手段を採用するかをめぐり、個別の人権規定の含意が議論を方向付ける場面がしばしば見られる。個別の人権規定は同時に、国家が民主政の過程を経て実現すべき価値のカatalogを提示している。それが顕在化するのが、憲法上の人権の内容実現に際して国家に一定の制度形成が要請されるタイプの権利である（例：社会権・財産権）。

個別の人権規定と密接な関係に立つ評価基準として次の2つを挙げることができる。第1は、法律の規律密度である。国家が個人の領域に介入する際には法律の根拠が必要となる（法治主義）。この場合には形式的に法律の授權規定があるだけでは足りず、介入の要件や効果が法律で明確に定められているべきである⁴⁴。この問題群の中でも、議会が行政機関に対して内容上の指示をしないまま委任立法の授權規定を置く場合は一般に違憲と理解されている（白紙委任の禁止）⁴⁵。しかし、問題となる人権の性質や介入の態様によっては、この場合以外でも規律密度の不足が違憲の問題を生じさせ得るし、そうでないとしてもこの要素は立法の質の評価基準として機能すると考えられる⁴⁶。

第2は、権利救済可能性である。裁判を受ける権利（憲法32条）は憲法上保障されている権利の1つであるから、仮に個別の制度設計で立法者が

42-62（56-59）頁。

⁴⁴ 大橋洋一『行政法I 現代行政過程論』（有斐閣・2009年）36頁。

⁴⁵ 芦部信喜（高橋和之・補訂）『憲法[第4版]』（岩波書店・2007年）282頁、佐藤幸治『憲法[第3版]』（青林書院・1995年）147頁。

⁴⁶ 同様の指摘として、Franz Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.533-621 (584 Rn.64)。

権利救済の途を用意していなくても、憲法から直接的に出訴の可能性が開かれているはずである⁴⁷。他方で、現実の実効的な権利救済がなされるためには、個別の実体法の設計の段階での十分な配慮が必要となる（例：措置制度の下での権利救済可能性）。この要素もまた、立法の質の評価基準の1つとして位置づけられるべきである。

②統治機構に関連する規定

a. 地方自治保障

日本国憲法は地方公共団体に対して財産管理・事務処理・行政執行・条例制定の権能を保障する（憲法94条）一方で、その組織及び運営に関しては「地方自治の本旨」に基づいて法律で定めると規定している（92条）。この規定を踏まえて日本の行政法学は、事務配分論の文脈では、地域の事務は地方公共団体（とりわけ基礎自治体）に割り当てられるべきと主張し、また中央地方関係論においては、地方公共団体の任務遂行に対する国の関与は必要最小限とすべきと考える傾向が強いと言える⁴⁸。そしてこれは、1999年の地方分権改革の基底発想でもあった（地方自治法1条の2、245条の3）。

このような発想の背景にはいくつかの要素が見られる。国家の負担を軽減するという消極的な議論を除くと、地域の事情に即応した政策の形成・実現が可能であること⁴⁹、政策の形成・実施・評価のサイクルが短いため政策の最適化が図りやすいこと⁵⁰、市民参加を組み込みながら政策の実

験を行うのが容易であること⁵¹、などが論拠として挙げられている。

この国・地方の役割分担原則を実定化した地方自治法の規定は、執行の場面のみならず立法準則としての意義をも有している⁵²。他方で、この評価基準を発展させていく際には、公共部門の多層的な構造の中でどこに事務配分するのが機能的かという要素も考慮されるべきであろう⁵³。例えば、まちづくりのあり方を決定する都市計画権限は地域の自己決定に資するように配分すべきである一方、開発圧力から比較的自由な層に配分しておかなければ制度の作動は期待できない（例：準都市計画区域の指定権限の市町村から都道府県への変更⁵⁴）。また、中央地方関係論においては、団体自治と住民自治の緊張関係（例：情報公開条例・行政手続条例の制定義務付け問題）や、地方公共団体とその行政活動の名宛人との距離の近さに起因する問題の解決に国家が介入することが一概に否定されるべきではないと思われる。

b. 財政原則

憲法第7章が規定する財政原則の中にも制度設計に対する評価基準として機能する内容が含まれている。その1つは租税法律主義（憲法84条）である。憲法83条は財政の権限を国会の議決に基づいて行使しなければならないと規定している（いわゆる財政民主主義）。これは、国家任務のために費用を負担した者と国家の財政支出の便益を享受する者とを切り離し、財政支出のあり方を専ら民主政の過程の中で決定すべきとする要請と

⁴⁷ 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社・1993年）156頁。日本の学説の現状につき参照、平良小百合「裁判を受ける権利の憲法的保障」九大法学100号（2010年）47-106（59-61）頁。

⁴⁸ 例えば、塩野宏『行政法Ⅲ（行政組織法）[第3版]』（有斐閣・2006年）155、212頁。これに対し、個別法の中にはこれと逆方向の議論も存在する。例えば、社会保障法において、生存権の実現に対する国家の直接的責任を強調する論者は、地方分権の方向には批判的である。また教育法においても、教育行政の政治的中立性を重視する論者は、地方政治に教育行政が巻き込まれるおそれがある地方分権には必ずしも好意的ではない。

⁴⁹ 阿部泰隆「廃棄物法制の課題（下）」ジュリスト946号（1989年）107-115（113）頁。

⁵⁰ 大橋洋一・前掲註（44）55頁。

⁵¹ 大橋洋一「新世紀の行政法理論」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣・2008年）326-345（330）頁〔初出2001年〕。

⁵² 塩野宏・前掲註（48）204頁は、この準則に反する立法が直ちに憲法違反になるわけではないとしつつ、「これに正面から反する立法をするには、立法者の明示的な意思と説明が必要であり、その意味では、事実上、大きな効果をもつ」としている。

⁵³ 塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」自治研究80巻11号（2004年）27-44（42）頁の指摘する「補充性の原理」「総合行政主体論」と「地方自治の本旨」の緊張関係も重要な視点と考えられる。

⁵⁴ 石田康典「法令解説 都市の構造改革の実現に向けた制度改善」時の法令1786号（2007年）17-37（25）頁、市川嘉一「コンパクトシティ実現の処方箋を求めて」地域開発526号（2008年）42-46（43）頁。

考えられる⁵⁵。他方で、このような理解に立つと、費用調達のために徴収される租税には用途との関係で内在的な上限額を定めることはできなくなる。そこで憲法84条は、租税に関して明示的に「法律」という形式を指定し、そこに「条件」⁵⁶までも書き込むことを要求していると考えられる⁵⁷。租税法律主義は法律の留保と異なり、規律密度の問題がはじめから合憲・違憲の問題として設定されている。租税法ではこの規定を出発点に、課税要件明確主義や遡及禁止などの立法準則が議論されている⁵⁸。

もう1つは公金支出禁止原則（憲法89条）である。この規定は政教分離原則を保障する意義とともに、社会の教育・慈善活動に対する国家介入を抑制する意図があると言われる。このため、社会福祉分野における国費投入を正当化する立法技術として、投資的経費（例：施設建設補助金）に関しては社会福祉法人制度による強度な監督によって当該民間団体を「公の支配」の下に置き、経常的経費に関しては措置委託契約によって対価を支払ってサービスを購入する構成が戦後採用されていた⁵⁹。制度設計準則としてこの規定を捉え直すと、この規定は教育・慈善活動に関する個人単位の給付の制度設計を誘導しつつ⁶⁰、団体補助の場合には団体に対する国家監督を整備することを要求していると見ることもできる。

⁵⁵ 藤谷武史「財政活動の実体法的把握のための覚書(1)」国家学会雑誌(東京大学)119巻3=4号(2006年)127-196(170)頁。ドイツの伝統的な意味での租税収入中心主義(Steuerstaatsprinzip)はこうした考慮に基づく(大脇成昭「財政法の外部効果論」熊本法学(熊本大学)103号(2003年)1-61(11)頁)。

⁵⁶ 最判1955(昭和30)年3月23日民集9巻3号336頁は、「納税義務者」「課税標準」「徴税の手続」をその内容として挙げている。

⁵⁷ 租税の特殊性をその沿革の観点から説明するものとして参照、藤谷武史「市場介入手段としての租税の制度的特質」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣・2007年)3-22(18)頁、中里実「制定法の解釈と普通法の発見(上)」ジュリスト1368号(2008年)131-140(140)頁。なお後出註(107)も参照。

⁵⁸ 佐藤英明「租税法律主義と租税公平主義」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣・2007年)55-73(64)頁。

⁵⁹ 木村忠二郎『社会福祉事業法の解説』(時事通信社・1955年)53頁。

⁶⁰ 江口隆裕「支援費制度と憲法89条」ジュリスト1252号(2003年)2-5(5)頁。

(2) 行政上の法の一般原則

行政上の法の一般原則は、行政法の不文法源として位置づけられており⁶¹、制定法を補充して解釈の指針として機能したり(例：裁量統制)、制定法をそのまま適用すると不都合が生じる場合に制定法を修正して個別事例の衡平を実現したりする機能を持つ。そしてこれらは、解釈論の場面だけではなく、制度設計論においても大きな役割を果たしている⁶²。

①比例原則

比例原則は目的と手段の均衡を要求する考え方であり、もとはドイツの警察法で発達した法原則である。この比例原則は、制度設計の場面における行政法学の思考方法を強く規定している。すなわち、行政法学は制度設計を論じるに当たって、その政策目的と手段の正当性を検証するという発想を採用し(目的＝手段思考⁶³)、両者のバランスをとることを非常に重要視している。その際にどこまで合理性の論証の程度を要求するかは、問題となっている政策目的やその政策手段が私人の権利・利益に対しておよぼす影響により異なっている。また、官民の役割分担を論ずる補充性(補充性)の考え方も比例原則のコロラリーに位置づけられる。

②目的拘束原則(権限濫用禁止原則)

民事法の権利濫用禁止原則と対応する行政法上の原則として、行政機関に授権された権限をその目的に違反して用いてはならないとする権限濫用禁止原則が説かれる。行政法学上は、裁量統制における目的違反・動機違反や、ある政策目的の実現のためにそれとは異なる目的で設定されている手法を利用する権限の融合の禁止(例：大規模な宅地開発を抑制するための水攻め)との関係で、この原則が議論される。これを制度設計に対する評価基準としても用いる際には、より広く、ある政策手段の他の政策目的への転用を禁止する原則(いわば「縦割りの勧め」)と捉えるのが適切と思われる。

この原則の背景には、行政法学の特色である目的＝手段思考の存在が認

⁶¹ 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論[第5版]』(有斐閣・2009年)62頁。

⁶² 比例原則に関する言及として参照、大橋洋一・前掲註(44)46頁。

⁶³ これは行政法学に限らず、法律学全般に共通する思考様式でもある。参照、常木淳『法理学と経済学』(勁草書房・2008年)44頁。

められる。ある政策手段は、特定の政策目的との関係でその合理性や比例性が審査された上で採用されている。この一対一の対応関係が権力行使に対する有効な歯止めとして機能している。このため、この対応関係を破る制度設計⁶⁴は極めて批判的に受け止められるのである。

③信頼保護原則

民法上の信義則と対応する行政法上の原則として、行政機関の活動に対する信頼は保護されなければならないとする信頼保護原則がある。制度設計の局面においてこの原則は、従前の法制度の下で生じていた信頼は保護されなければならないという内容となる⁶⁵。この原則は、一度成立した法制度の事後的な変更を認めない趣旨を持つものではない。しかし、法律という政策実施基準の持つ法的安定性・予見可能性確保の機能を重視するならば、制度変更の際には変更の必要性や合理性を論証し、それに伴う負のインパクトを最小限にとどめる立法者の責務が存在するはずである。これは、後出的に私人の行為を規制する局面で特に顕在化する（配慮義務⁶⁶）。また給付の局面では、段階的实施によって激変緩和を図ることがあり得る（例：年金支給開始年齢の段階的引き上げ）。

④平等原則

平等原則は、合理的な理由がない限り、共通の状況にある事象に対しては同じ法的取り扱いがなされなければならないとする原則である。制度設計の場面で平等原則は、合理性の論証（正当化）のための議論フォーラム

を形成する機能を有する。例えば、租税法の租税公平主義は、担税力に応じた課税を行わなければならないとする立法準則を提示しており⁶⁷、公平の判断基準としての所得概念論と結合することで、政策目的との緊張関係を維持した制度設計論の展開を可能にしている⁶⁸。あるいは、給水契約における別荘所有者とそうでない者との基本料金の格差が争点となった事件において、最高裁は水道料金の個別原価に基づく計算を原則とした上で、両者の基本料金の大きな格差を正当化するに足りる合理性はないと判断している⁶⁹。このように平等原則は、分野ごとの法原則によって補完されることで、制度設計に対する評価基準として機能するのである。

（3）指針的価値

制度設計に対する評価基準の第3の類型として、公法学の指針的価値を挙げることができる。これはもともとドイツ法・アメリカ法・日本法における自主規制に対する公法学的な分析で用いられている法的評価の観点を抽出・類型化したものであり、権利・自由の観点からは「公平性」「公正性」、民主性の観点からは「正統性」「透明性」、経済合理性の観点からは「有効性」「効率性」の合計6つの評価基準が認められる⁷⁰。以下では、このなかでもこれまでの議論で触れられていない、決定過程の公正性・中立性、決定過程の透明性、執行過程の実効性・効率性の3点について検討することとしたい。

⁶⁴ このような制度設計の具体例として、健康保険法上の保険医療機関指定を挙げることができる。同法65条3項5号は指定拒否をなす要件として、健康保険の保険料のみならず年金保険料等を含むすべての社会保険料のいずれかを滞納している場合を規定している。医療保険と年金保険はそれぞれに異なる制度目的を持ち、その目的のために租税とは異なる公金徴収システムを別途設定しており、また制度運営者も異なっている。そのため、たとえ両者が「社会保険制度」の下で一括され得るとしても、年金保険料の未納と医療保険の指定医療機関の地位とのリンクを正当化することは理論上困難と思われる。

⁶⁵ Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts II 3.Aufl., 2004, S.587.

⁶⁶ 行政に対する配慮義務を論じる最判2004(平成16)年12月24日民集58巻9号2536頁（紀伊長島町水道水源条例事件）に示唆を受けた。

⁶⁷ 金子宏「租税法の基本原則」同他編『租税法の基礎理論』（帝国地方行政学会・1974年）196-250（234）頁。

⁶⁸ 藤谷武史「非営利公益団体課税の機能的分析（1）」国家学会雑誌（東京大学）117巻11=12号（2004年）1021-1129（1080）頁、増井良啓「税制の公平から分配の公平へ」江頭憲治郎＝碓井光明編『法の再構築Ⅰ 国家と社会』（東京大学出版会・2007年）63-80頁。また、この点と関連する租税支出論や消費型所得概念につき参照、藤谷武史「非営利公益団体課税の機能的分析（4・完）」国家学会雑誌（東京大学）118巻5=6号（2005年）487-599（568-570）頁、同「所得税の理論的根拠の再検討」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣・2007年）272-295頁。

⁶⁹ 最判2006（平成18）年7月14日民集60巻6号2369頁（高根町水道条例事件）、山本隆司「私人の法的地位と一般法原則（1）」法学教室344号（2009年）83-97（96）頁。

⁷⁰ 原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）240-243頁。

①決定過程の公正性・中立性

行政上の決定を下す場合には、決定者は諸利害からの中立を保っていないければならない。これは適正な手続の下で公正な決定がなされるための不可欠の前提である。この要請は従来、行政機関による準司法作用が問題となる局面（行政審判における職能分離）や行政手続法が定める不利益処分

の聴聞主宰者などに限定して議論されていた。しかし最近ではより一般的に、決定過程の公正性・中立性が問題とされるに至っている。その1つの背景は、規制行政組織と被規制業界との癒着への批判である。業界の保護育成と監督とを同一の行政組織が担当してきた日本的な行政スタイルを改革するため、両機能を分離する制度設計が見られるようになってきている（例：食品安全委員会⁷¹・消費者庁⁷²）。もう1つの背景は、決定者の民間化の進展である。諸利害からの中立性を保つべく定型的に構成されてきた公務員集団に代わり、民間主体が行政上の決定や媒介作用（例：建築士・ケアマネージャー）を担うようになると、個別法の制度設計のレベルでこれらの主体の諸利害からの中立性を確保する必要性が生じるのである⁷³。

②決定過程の透明性

行政上の決定過程に対して、一般市民のアクセス可能性が保障されるべきである⁷⁴。具体的には、行政上の決定の理由が説明され（説明責任・アカウンタビリティ）、決定に関係する文書等が公開され、決定に対する参加の機会が保障されるべきである。この要請は、一方では公正な行政決定を促進する効果を持ち、他方では立法過程において十分に果たせなかった利害調整を継続する意義も有する。

⁷¹ 神里達博「食品安全行政の課題」ジュリスト1359号（2008年）74-81（76）頁。

⁷² 宇賀克也「消費者庁関連3法の行政法上の意義と課題」ジュリスト1382号（2009年）19-36（21）頁。

⁷³ 原田大樹・前掲註（70）292頁註（93）。同様の要請はいわゆる公私協働の場面でも働く（山田洋「参加と協働」自治研究80巻8号（2004年）25-43（36）頁）。

⁷⁴ 大橋洋一・前掲註（44）48頁は現代型一般原則の1つとして透明性原則を位置づける。行政法の一般原則の1つとして「透明性とアカウンタビリティの原則」を掲げるものとして、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第3版〕』（有斐閣・2009年）59頁がある。

③執行過程の実効性・効率性

たとえ優れた政策プログラムを規定した法律でも、それが立法者の想定通りに執行されなければ何の意味も持たない。執行の欠缺（Vollzugsdefizit）に対する注意が喚起されて以来、行政法学は執行過程の実効性にも関心を払うようになってきている⁷⁵。また、行政活動に対する費用便益分析の視点は政策評価法の中に取り込まれ⁷⁶、あるいは住民訴訟に関する判例の蓄積によって、ある程度の具体性を持った法原則としての経済性・効率性原則を構想できるようになってきている⁷⁷。さらに、行政部門だけではなく社会全体から見た執行コストの最小化という課題も、行政法学は視野に含めつつある（例：天下り問題・自主規制）。ただし、行政法学は、執行システムが有効に作動していればそれで十分であるとは考えない。執行過程の実効性・効率性はあくまで考慮要素の1つにとどまる。

2. 制度設計の思考過程と立法の質の評価基準

行政法学が制度設計を検討する過程は大きく、立法事実の確定→政策目的の形成→政策手段の選択の3段階に分かれる。それぞれの段階でどのような評価基準が用いられるかを以下では検討することとする。

（1）立法事実の確定

ある社会問題が発生すると、さしあたり既存の法制度の枠内での対応が

⁷⁵ 執行過程にも注目した行政法学の立場からの代表的な研究として参照、木佐茂男「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究46号（1984年）156-170頁、宮崎良夫・前掲註（7）、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣・1989年）189-358頁、北村喜宣『行政執行過程と自治体』（日本評論社・1997年）。

⁷⁶ 梅田靖人「規制の事前評価」立法と調査289号（2009年）205-215（211）頁。ドイツの状況につき参照、Anne van Aaken, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik 44. AssÖR, 2004, S.1-31（16ff.）。

⁷⁷ 石森久広「行政法上の一般原則としての『経済性』」北野弘久先生古稀記念論文集刊行会編・北野弘久先生古稀記念『納税者権利論の展開』（勁草書房・2001年）199-215（210）頁。具体的な検討として参照、碓井光明『政府経費法精義』（信山社・2008年）。

試みられる。既存の法令の解釈を柔軟にすることや、行政指導・行政契約などの方法での処理が試みられる。給付の場合には、予算措置や補助要綱（行政規則）で対応がなされる。こうした名宛人の個別の同意や民事法上のしくみによっては実効的な問題解決が困難であると認識された場合に、法律による制度設計がなされることとなる。行政法学からの制度設計論は常に現行制度を出発点としており、制度の変更には特別な正当化が要求されているのである（信頼保護原則）。

法律による制度設計の出発点は、新たな法制度を必要とする諸事情（立法事実）の確定である。社会問題の認識や原因分析の際には隣接諸科学との学際的協力関係が大きな役割を果たす。行政法学は隣接諸科学から得られた知見を規範的に評価し、制度変更を正当化する理由を提示する。

（2）政策目的の形成

次に、政策目的の形成がなされる。国家という社会管理単位の中でいかなる政策目的を追求するかは基本的に立法者の判断に任されており、国家の民主政の過程の中でその内容の重要部分が確定されるべきである⁷⁸。これに対して行政法学は、個人人権規定による実体的な限界付けを試みたり、平等原則を媒介とした合理性論証のフォーラムを準備したり、比例原則に基づいて政策目的に対する合理性を要求したりすることで、立法の質を向

⁷⁸ 他方で行政法学は、政策目的の全てが立法段階で確定されており、行政過程はこれを単に執行するだけであるとも考えてこなかった（それが典型的に現れるのが裁量論の場面である）。制度設計論としての行政法学はさらに、行政過程の開放性を重視し、行政過程内部での政策目的形成や利害調整に注目することで、議会だけが政策を形成しているのではないという意味での制度設計者の多元性を強調する方向を示している（政策実施過程における政策基準の多様性につき参照、原田大樹「政策の基準」大橋洋一編『政策実施』（ミネルヴァ書房・2010年刊行予定））。このことは一方では伝統的な法治主義からの逸脱の可能性を生んでいるものの、他方では公法学が設計主義の陥穽に陥ることを回避する理論的な方途を基礎付けているようにも思われる。本稿はこのような多元的な政策目的形成過程の存在を前提としつつ、その中の立法者固有の役割を同定する作業を試みている。この点に関しては、藤谷武史「租税法と行政法」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣・2010年刊行予定）から示唆を受けた。

上させようとしている。

（3）政策手段の選択

政策目的が確定すると、それに対応する政策手段が選択されることとなる。この段階で最初に考慮される基準は、執行過程の実効性・効率性と比例原則である。政策目的を最も低いコストで実効的に達成することができ、かつ名宛人に対して与える負のインパクトが最小となる手段が選択されるべきである。手段選択にあたっては政策目的との対応関係も重視される（目的拘束原則）。事務配分の際には地方自治保障が配慮されなければならない。行政上の決定を制度設計する際には、決定者の中立性と決定過程の透明性が確保される必要がある。さらに、権利救済可能性を十分に確保する実体法上の制度設計が検討されなければならない。これらのうち何をどこまで法律事項とするかに関しては、法律の優位⁷⁹・法律の留保・規律密度の議論や財政原則等を参照することとなる。

Ⅲ．立法者制御の法理論

1．立法者制御の法理論の特色

立法者制御の法理論を構築しようとしてきた制度設計論としての行政法学の特色をさらに明らかにするために、同じく制度設計論に積極的なアプローチを行っている法と経済学の立場との簡単な比較を行うこととしたい。尤も、両者の差はもはやあまり大きくないとも言える。行政法学が制度設計論の要素を取り込んできた過去20年の議論の交流の中で、経済学的な発想の少なくない部分が行政法学にも取り込まれているからである⁸⁰。

⁷⁹ 法律の優位の観点から、既存の法律規律事項を破る政策の実現のためには法律の制定が必要となる。この点につき参照、西谷剛「政策の立法判断（2・完）」自治研究71巻12号（1995年）3-18（14）頁。

⁸⁰ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣・2008年）22-23頁。ドイツ法における説明として、Ute Sacksofsky, Anreize, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2008, S.1459-1517（1461 Rn.3）。

例えば誘導作用（特に経済的手法）の議論においては、被規制者側への情報の偏在が説明上の重要な要素となっている⁸¹し、規制手法の組み合わせの議論では、社会全体の規制運営コストの観点も取り込まれている⁸²。他方で、両者の差異が全く消滅したわけではない。以下では、現時点での両者の立場の違いを、法と経済学の3つの特徴的思考方法である「アクターの合理性」「効用の均質性」「最適解の存在」の観点から検討する。

（1）アクターの非合理性

法と経済学の立場では、アクターの合理性が不可欠の前提である。アクターが合理的に行動するが故に、間接的な条件付けによってアクターの行動をコントロールすることができるのである⁸³。しかしこれに対して、行政法学が制度設計を議論する場合には、アクターの合理性を前提にすることができないケースが多い⁸⁴。例えば、アクターがリスクを誤認して計算する場面が食品衛生などの安全規制には見られる。この場合、画一的な直接規制による最低限の安全確保が一定の効果を発揮することが期待される。また、事後的な金銭填補では回復不可能な法益侵害が生じる恐れがある場面では、不法行為による予防効果の議論だけでは心許ないと行政法学は考える。さらに、悪意のアクターや短期的な利潤のみを追求するアクターに対しては、経済合理性を前提とする行動誘導が困難である⁸⁵。

上記の点は、これまで、行政法学の中では、行政規制ないし行政法の必要性として議論されてきた⁸⁶。そこでは民事・刑事法と比較した行政法の

特色を明らかにすることが課題となっていた。そこで、法と経済学からの知的刺激を受けて、従来の枠組にとらわれず政策手段の多様性やその選択基準を明確化していく作業が行政法学には求められていると思われる。

（2）効用の不均質性

法と経済学の理解では、個人の効用（utility）は平等であり、その集積である社会厚生（social welfare）を最大化させる制度設計がベストであるとされる⁸⁷。行政法学でも利益衡量の発想は共通であるものの、アクターの属性や効用の中身によって重み付けをする場合がある。もちろん経済学の立場でも他者への憐憫や倫理も効用に含まれている⁸⁸。しかし効用の内容によって重み付けを変更することは経済学の立場からは提示しにくいのではないだろうか。

制度設計論としての行政法学の特色は、潜在的な法的紛争を念頭に置き⁸⁹、また制度の副作用にも常に関心を持ちながら議論する点にある。社会の複雑な利害関係をなるべく議論の枠内に取り込むためには、価値基準を多様にし、また民主政の過程の中でも特に守られるべき利益に重み付けをすることが必要となるのである。こうした作業で大きな役割を果たすのは、憲法上の権利（基本権）規定である。その立法抑制機能や立法指針機能を理論的に深化させることが、大きな課題である。

（3）最適解の不存在

法と経済学によれば、社会的に望ましい状態（例：パレート最適）を想定して、それを実現するためのベストの制度設計を考えるのが通常である⁹⁰。これに対して行政法学では、制度設計の際に遵守しなければならない

⁸¹ 曾和俊文「アメリカにおける環境規制の新動向」アメリカ法2002-I号（2002年）14-27（22）頁。

⁸² 原田大樹・前掲註（70）234頁。

⁸³ 横尾真『オークション理論の基礎』（東京電機大学出版局・2006年）71頁。

⁸⁴ Christoph Möllers, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.121-175 (162f. Rn.45f.).

⁸⁵ 法と経済学が盛んに論じられているアメリカでは、このような場面での刑事罰が果たす役割が大きく、また懲罰的損害賠償の制度が存在する点で、日本法の状況とは異なる。この要素も加味した検討は今後の課題としたい。

⁸⁶ 阿部泰隆・前掲註（80）1-23頁、大橋洋一・前掲註（44）9-14頁。ドイツ法における

説明として、Martin Eifert, Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2006, S.1237-1310 (1246 Rn.17).

⁸⁷ STEVEN SHAVELL, FOUNDATION OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 664 (2004).

⁸⁸ STEVEN SHAVELL, *supra* note 87, at 596.

⁸⁹ 平井宜雄『法政策学[第2版]』（有斐閣・1995年）15頁。

⁹⁰ 坂井豊貴他『メカニズムデザイン』（ミネルヴァ書房・2008年）14頁。

い実体的な基準を提示するものの、その枠内であれば立法者の判断に任せることが原則である⁹¹。行政法学からの評価基準の多くはいわば「べからず集」であり、その中で何がベストな解決策なのかは民主政の過程を経て初めて決まるものと考えている。制度設計に対する実体的な枠組基準を設定し、議論フォーラムを形成するのが、制度設計論としての行政法学の大きな特色である。

ただし、このような「べからず集」だけで立法者制御が有効に機能するのには疑問の余地がある。そこで、民主的な政策形成過程を保障しつつ、法律学の立場から望ましい一定の立法指針を示す取り組みも必要であると考えられる。

2. 立法者制御の法理論の課題

本稿の最後に、上記の比較から得られた立法者制御の法理論（公共制度設計論）構築に向けての3つの課題を整理し、現時点での展望を示すこととしたい。第1は、多様な政策手段を行政法学がどのようにに取り込み、整序するかである。本稿は、政策手法・規律構造・活動形式の3つのレベルでこれらを把握することを提唱する。第2は、立法過程における人権規定の機能である。本稿では、人権規定が立法指針として機能する局面にも焦点を当てたい。第3は、ソフトな法原則の提示である。法律学の観点から立法者に対してあるべき立法への指針や立法のオプションを示す法理論を検討したい。

(1) 政策手法・規律構造・活動形式

伝統的な行政法学は、民法の法律行為論をモデルとする行政行為論を理論の中核に位置づけ、民事法との差異を強調することで自らのアイデンティティを保とうとしていた。これに対して、行政行為論では実際の行政活動で使われているさまざまな手段を法的に把握できないことが指摘され、行政活動の法的把握に時間軸と空間軸を導入する行政過程論⁹²が現在では

有力となっている。その体系構築のあり方に関して、行政の行為形式論⁹³、法的仕組み論⁹⁴、行政手法論⁹⁵・法システム論⁹⁶の3つが提唱されてきた⁹⁷。しかし、制度設計論の観点から見れば、これらは相互排他的ではなく、異なるレベルでの道具建てを示しているもののように思われる。

例えば、家庭系一般廃棄物の排出量を抑制するという政策目的が設定されたとして、どのような政策手段が選択されるべきかを検討するとする。最初の段階では、規制的な手法を用いるのか、給付的な手法を用いるのか、それらの組み合わせを考えるのが課題となる（政策手法）。もし規制手法を選択するとすれば、各家庭の排出上限を決め、最終的には罰則で履行を担保する直接規制なのか、排出削減努力義務規定と地域ごとの自主的取組に委ねる間接規制なのか、それともごみ袋有料化のような経済的手法を採用するのが選択肢となる。給付手法を選択するとすれば、排出量を一定以上削減した家庭にポイントシールを配布する公的資金助成が考えられる。その上で次に、どのような法制度が求められるかを政策目的との関係から検討することとなる（規律構造）。例えば直接規制の場合には、行為義務を設定し、違反者に対しては行政が改善命令を出す下命制をとることが考えられる。間接規制の場合には、地域協議会の設置、活動支援のための基金設置・専門家派遣⁹⁸、手数料制・課徴金制などが選択肢となる。公的資金助成の場合には財源調達方式（一般財源か特定財源か）や補助の相手方（団体か個人か）などが検討課題となる。最後に、規律構造を構成する個別のユニットを法的に構築する（条文化する）段階が必要となる（活動形式）。例えば下命制の場合には、法律→行政基準（行為義務の具体化）

頁〔初出1984年〕。

⁹³ 塩野宏・前掲註(61)88頁、大橋洋一・前掲註(51)342頁。

⁹⁴ 小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁＝宮崎良夫編・高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』（勁草書房・1991年）151-165（158-162）頁、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・2007年）11頁。

⁹⁵ 高木光・前掲註(1)。

⁹⁶ 阿部泰隆・前掲註(1)。

⁹⁷ 高橋滋「法と政策の枠組み」岩波講座現代の法4『政策と法』（岩波書店・1998年）3-32(5)頁。

⁹⁸ 北村喜宣「法執行の実効性確保」ジュリスト1389号(2009年)72-79(76)頁。

⁹¹ この発想は憲法学とも共通である。参照、西原博史「憲法構造における立法の位置づけと立法学の役割」ジュリスト1369号(2009年)32-38(35)頁。

⁹² 塩野宏「行政過程総説」同『行政過程とその統制』（有斐閣・1989年）3-34(5-6)

→行政調査（違反事実の有無の調査）→行政指導（改善勧告）→行政行為（改善命令）→公表・刑事罰（行政上の制裁）の6つのユニットから構成されることが考えられる。これらを具体的にどう構築するか検討するに際しては、行政法総論が蓄積してきた行為形式論・行政の一般的制度の議論が参照されることになる。

以下では、政策手法・規律構造・活動形式のそれぞれについて、制度設計論の観点から議論する意義と今後の検討課題を略述することとする。

①政策手法

政策手法とは、政策目的を達成するための諸手段の組み合わせを類型化したものをいう。伝統的な行政法学の行為形式の議論から比較的自由に、政策実施上の機能に注目した分類を提示している行政手法論・法システム論を発展させたのが政策手法論である。さしあたり、規制の手法として直接規制・間接規制・枠組規制を、また給付の手法として非対価的給付・対価的給付・公的資金助成を設定する⁹⁹。規制・給付の区別を出発点とすることで従来の行政作用の類型論との接続を図る一方、主として裁判所がエンフォースメントを担当する枠組規制の概念（例：市場化・財の交換ルール・紛争解決システム）によって、制度論的アプローチ（institutional approach）¹⁰⁰の視点の一部をも取り込むことを念頭に置いている。

政策手法論は政策目的を実施するためのさまざまな手法を、執行過程における行政の介在・非介在にかかわらず集積させる場として位置づけられる¹⁰¹。それらを類型化する作業を踏まえ、立法・行政・司法の役割分担¹⁰²、

行政と民間との役割分担¹⁰³、あるいは多層的な公共部門内部での事務配分や調整のあり方を議論すべきである。

②規律構造

規律構造とは、複数のアクターによる複数の行為の組み合わせやそれによって形成される構造・制度を言う。政策目的を達成する手段の観点から見た場合、複数者による複数の行為を一体的に把握した方が政策実施手段としての当否を論じやすいことがある。例えば建築協定は、分析的に見れば私人間協定と行政による認可に分けられるものの、両者を一体と把握することで、地域の共通利益を維持する法制度としての性格が明確になる。行政法総論の体系構築の有力な立場の1つである法的仕組み論が取り扱う法的仕組み¹⁰⁴の多くは、本稿に言う規律構造と重なる。

法的仕組み論と比較した規律構造論の拡張部分は次の3点にまとめられる。第1は、考察対象の拡大である。行政が執行過程に介在しない場合（裁判所が利用される場合）や間接的に介在する場合（例：自主規制）、さらには公共部門内部のアクターの相互関係とその調整¹⁰⁵をも視野に含め、当該規律構造の最適政策課題や利用条件を規範的に論じる場として規律構造論は位置づけられる。第2は、政策手段の互換性や組み合わせへの注目である。一定の政策目的を達成するための政策手段は複数存在するのが通例であり、その中でどれを選択するか、あるいは組み合わせるのかを理論的に検討する場が必要である。このような政策手段の「ポートフォリオ」¹⁰⁶の中で、行政法が従来議論してきた諸手法の特質やあり方を見直す作業

の議論を挙げることができる。

¹⁰³ Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5-70 (57); Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S.226-285 (257).

¹⁰⁴ その具体的内容につき参照、宇賀克也・前掲註(74)79-138頁。

¹⁰⁵ 問題状況を素描したものとして参照、原田大樹・前掲註(6)126-132頁。

¹⁰⁶ この概念については、本誌次号所収予定の小島論文（小島立「著作権と表現の自由」）を参照。同論文は、文化芸術政策のポートフォリオとして「直接的な補助金」「フィランソロビーへの税額控除（間接的な補助金）」「知的財産権」の3つを挙げた上で、その中で知的財産権の政策手段としての特質を議論しており、本稿の問題

⁹⁹ 詳細につき参照、原田大樹「政策実施の手法」大橋洋一編『政策実施』（ミネルヴァ書房・2010年刊行予定）。

¹⁰⁰ Antonina Bakardjeva Engelbrekt, *Copyright From an Institutional Perspective*, 4-2 REVIEW OF ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES 65, 66 (2007). このアプローチの詳細については、本号の藤谷論文（藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説」）を参照。

¹⁰¹ 夙に、中里実「国家目的実現のための手法」南博方他編・市原昌三郎先生古稀記念『行政紛争処理の法理と課題』（法学書院・1993年）47-67(53)頁がこの点の重要性を指摘している。

¹⁰² 具体例として、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究（北海道大学）20号（2008年）1-36(11-14)頁が指摘するカラオケ法理とフェア・ユース

も重要である。第3は、政策手段との関連で作用・組織・手続・資金の流れの4つの要素を総合的に分析することである。例えば社会保険は、一方的な行為を含む諸作用（賦課徴収・給付決定）・強制加入組織（公共組合）・保険者自治・使途限定を伴う費用調達の4つの要素を含む規律構造である。この見方は、政策手段として社会保険を採用するかどうかの判断に際しては、給付の権利性の強弱だけではなく、公金徴収の正当化根拠¹⁰⁷や管理組織のガバナンス構造¹⁰⁸にも考慮を払うべきことを要請する。以上のような拡張部分に対して個別法の事例を参照しながら理論構築を進めることが今後の課題となる。

③活動形式

活動形式とは、政策手段の最小単位となる法的諸形式であり、現時点で理論上確立しているのは、行政の行為形式（行政行為・行政契約・行政立法・行政計画・行政指導）及び行政上の一般的制度（例：実効性確保・情報管理）である。これらは、政策手段として選択された規律構造のうち行

関心から見ても極めて興味深い理論的作業である。

¹⁰⁷ こうした見方は、公金徴収に対しての立法準則を導出する手がかりともなる。現在の日本法において、公金徴収の正当化根拠は、対価性（例：社会保険）、帰責性（例：障害者雇用納付金）、制裁（例：罰金）、費用調達（例：租税）の4つに大きく分けられる。このうち、対価性と帰責性に基づく公金徴収では、その使途が徴収根拠に対応していなければならないとする立法準則を導くことができるのではないだろうか。また、対価性・帰責性・罰金の場合にはいずれも政策目的と徴収額との均衡（比例原則）の要請が働く。これに対して費用調達の場合には、使途決定と切り離されているが故に上限金額の内在的な設定が困難であり、だからこそ公平性の視点（租税公平主義・担税力）を取り入れた法的議論が必要となっているように思われる（同旨、藤谷武史「環境税と暫定税率」ジュリスト1397号（2010年）28-36（35）頁）。

¹⁰⁸ この点は、近時の医療制度改正により登場した全国健康保険協会や都道府県ごとの後期高齢者医療の広域連合をめぐって既に議論されている（確井光明「財政法学の視点よりみた国民健康保険料」法学教室309号（2006年）19-29（29）頁、加藤智章「平成18年改正法に基づく保険者の変容」ジュリスト1327号（2007年）32-39頁、太田匡彦「リスク社会下の社会保障行政（下）」ジュリスト1357号（2008年）96-106（103）頁）。多元的システムの観点からは、管理組織である保険者と地方公共団体との関係や相互調整のあり方も議論の対象にすべきである（笠木映里「医療・介護・障害者福祉と地方公共団体」ジュリスト1327号（2007年）24-31（26）頁）。

政作用に関係する部分を条文化する際の基本単位である。このうち行為形式は、政策内容から切り離された行政活動の形式に注目して実体法的・手続法的規律を蓄積することで、規律技術の高度化を図りうる¹⁰⁹。また、行為形式は訴訟形式の議論と直結しており、制度設計の際の権利救済可能性を検討する上で有用な視点を提供する¹¹⁰。また一般的制度は行為形式が配置された行政過程のインフラストラクチャーとして、制度設計の前提条件を形成している。

今後の課題として、このような学問的営為を、行政組織¹¹¹や、行政が直接的には介在せずに執行がなされる場面における規律技術にも及ぼしていく必要性を指摘できる。規律構造の中から政策目的からは一定程度中立的に用いられている法技術のユニットを取り出すことができれば、それを他の政策分野に応用して制度設計することが容易になる。この成果は、行政法総論の内容をさらに豊かにすることにも寄与すると考えられる。

（2）立法過程における人権規定の機能

立法事実の確定、政策目的の形成、政策手段の選択の各段階で、憲法上の権利は評価基準として機能している。憲法の人権規定は、行政法学の立場から制度設計を論じる際に固有に用意できる議論の手がかりである。その効果の観点からは、立法制約機能と立法指針機能の2つに分けられる。

①立法制約機能

日本の戦後の憲法学の主流は、人権規定の立法制約機能に注目してきた。すなわち、民主政の過程でも侵すことができない個人の諸価値を人権として憲法上保障するとともに、その制度的な担保措置として、裁判所による権利救済（憲法訴訟）に重点を置く理論が構築された。違憲審査に当たっ

¹⁰⁹ 塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（有斐閣・1989年）197-236（228）頁〔初出1972年〕。

¹¹⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: ders. u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2008, S.885-958（887 Rn.3）。

¹¹¹ 山本隆司「行政組織における法人」小早川光郎＝宇賀克也編・塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣・2001年）847-898（869-876）頁。

ては、民主政を機能させるのに不可欠な精神的自由権が他の人権（例：経済的自由権）よりも優越するとされた¹¹²（二重の基準論）。

ただし、憲法上の人権規定が立法者を一義的に拘束する場面は極めて例外的である（絶対的保障：検閲禁止など¹¹³）。制度設計の際には衝突し合う人権同士をどう調整するかが問題となるのであって、人権規定からあるべき制度設計が一義的に帰結されるわけではない。この意味で人権規定は、政策目的や政策手段の合理性を論証するフォーラムを形成したり、議論の手がかりを提供したりする機能を担っていると言える。言い換えると、憲法上の人権規定は衡量すべき価値・利益を定型化し、それらに重み付けを与えることで、政策目的の形成や政策手段の選択に向けた議論を整序する役割を果たしているのである。周知の通り、現在の審査基準論には様々な問題が指摘されている¹¹⁴。しかし、民主政の考え方や裁判所の審査能力・制度的特色¹¹⁵といった統治機構のシステム上の特色を前提にすれば、憲法上の権利の性質に応じてその立法制約機能に強弱があることまでは否定できないように思われる¹¹⁶。

②立法指針機能

日本の憲法学の伝統的な立場によれば、人権と制度とは峻別されてきた。人権が個人単位で保障され、立法者からの介入を防御する機能を持ち、裁判による実現を念頭に置いているのに対し、制度的保障の場合には制度を単位とし、立法者の制度形成余地を認め（ただし制度の核心の侵害や制度の廃止は違憲）、裁判による救済は否定されていた¹¹⁷。しかし、人権に関

しても立法者による制度形成を必要とするものは存在する¹¹⁸。その典型は財産権や生存権である。また防御権の図式が最もよく当てはまるはずの表現の自由であっても、受け手の自由の側面を強調すれば、そのための基盤整備は立法者の役割となるはずである。これに対して、従来の憲法学の制度に対する関心は総じて低調なものにとどまっていた。もし制度設計論としての行政法学に対応する「制度の憲法学」¹¹⁹が存在していれば、両者の対話はより容易になっていたように思われる。確かに日本には憲法裁判所¹²⁰が存在せず、また憲法条文のテキストとしての不明確性がネックとなって、ドイツに見られるような基本権の客観法的側面の議論を展開しにくい状況にある。しかし、制度設計に対して法律学から発言しようとするならば、憲法上の権利が法制度を誘導する機能に理論的な関心を向け、判例などの議論素材の不足を学説の努力で補うことが必要である¹²¹。

憲法上の人権規定が立法指針として機能する場面を正面から認めるとすると、権利と制度の垣根を越えて憲法制定者が立法者に対して制度形成を負託する手法を連続的に理解することが可能となる。つまり、憲法制定者は、人権規定、制度保障（法制度保障・制度体保障）、国家任務・国家目的（プログラム規定）の方法で、立法者に対して制度形成を負託することができ、この場合の立法者の制度形成の自由はこの順に大きくなっている。しかし、人権規定が立法制約機能を有する場合と比較して、この場合

¹¹⁸ 佐藤幸治・前掲註(45)397頁は、憲法の保障する各種権利・自由（基本権）は「制度としての基本権」の性格を持っているとする。

¹¹⁹ 小島慎司『『教育の自由』安西文雄他『憲法学の現代的論点[第2版]』（有斐閣・2009年）421-438(435)頁の指摘する「憲法第3章を片手に法律上の『制度』を根底から問い直す」作業が憲法学には求められているように思われる。

¹²⁰ Rainer Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd.I Entwicklung und Grundlagen, 2004, S.745-780 (758f. Rn.19f.).

¹²¹ このような問題意識に呼応する憲法学からの取り組みとして参照、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社・2004年）、石川健治『『基本的人権』の主観性と客観性』西原博史編・岩波講座憲法2『人権論の新展開』（岩波書店・2007年）3-22(11)頁、穴戸常寿『『憲法上の権利』の解釈枠組み』安西文雄他『憲法学の現代的論点[第2版]』（有斐閣・2009年）231-257(254)頁、平良小百合・前掲註(47)96-106頁。

¹¹² 芦部信喜・前掲註(45)101頁、佐藤幸治・前掲註(45)371頁。

¹¹³ 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト1363号(2008年)64-76(65)頁。

¹¹⁴ 石川健治「30年越しの問い」法学教室332号(2008年)58-66(61)頁、巻美矢紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄他『憲法学の現代的論点[第2版]』（有斐閣・2009年）283-305頁。

¹¹⁵ Arti K. Rai, *Engaging Facts and Policy*, 103 COLUM. L. REV. 1035, 1123 (2003).

¹¹⁶ 石川健治「国籍法違憲大法院判決をめぐって(3・完)」法学教室346号(2009年)7-15(11)頁は、比例原則はつねに具体化を要する原則であるとする。

¹¹⁷ 芦部信喜・前掲註(45)84頁。

に立法者を制約する基準が不透明であることは否定できない¹²²。そこで、この場面における立法者統制手法を憲法学が発達させること¹²³と並び、行政法学からは個別法分野ごとの法原則を手がかりとして提示することができる。憲法制定者が立法者に制度設計を負託した趣旨は、一方では憲法制定時に現に存在する制度や憲法の理念に従って必要となる制度の存続を保障しつつ、他方で憲法が定めた価値秩序に基づく継続的な制度形成を求めるところにあると思われる。現状保障と開放性とのバランスをとるためには、憲法の定める価値を参照しながら個別法分野における実定法の発展を誘導する理念を示している個別法分野ごとの法原則が、制度設計を正当化する際の重要な判断基準になる¹²⁴。

（3）ソフトな法原則

制度設計論に対する公法学からのアプローチの特色は、裁判の場面で違憲判決が出てしまうような立法上の禁止事項のカタログを形成することにあった。もちろんそれを基礎としてよりよい立法のためのフォーラムが形成されてきたとはいえ、この「べからず集」だけでは立法者を効果的に制御するのに限界があるようにも思われる。そこで、民主政の過程による制度形成を保障しつつも、政策決定の質を向上させる方法として、法律学

¹²² 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト1244号（2003年）69-82（72）頁。

¹²³ 近時の興味深い研究として、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究（九州大学）76巻3号（2009年）249-301頁がある。同論文は、日本の最高裁判決をベースに、立法者による制度形成それ自体の統制手法として「憲法上の権利による枠付け」「平等原則による枠付け」「首尾一貫性要請（立法者の自己拘束）による枠付け」「判断過程統制」「総合考慮方式による審査」「憲法上の組織規定や客観原則規定による枠付け」を挙げている。

¹²⁴ 長谷部恭男『『国家による自由』』同『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）128-138（134）頁[初出2003年]は、各制度の内容について憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応する立法裁量の限定を想定することができる（ベースライン論）。個別法分野ごとの法原則の利用は、この考え方を制度設計論に応用すべく、動態的な構想に改鑄したものとも見うる。

の学問的営為によって形成されるソフトな法原則を提示することとした¹²⁵。これは、立法者への制度設計のオプションを提示したり、立法の評価基準として機能させたりすることを想定した法原則であり、これに反しても直ちに違憲とは言えない。しかし、この原則から逸脱する場合には立法者に正当化を要求することで、よき立法へと立法者を誘導する一定の効果を果たすことが期待できる。このソフトな法原則の具体例として、個別法分野ごとの法原則と補充的規律事項の2つを取り上げることとする¹²⁶。

①個別法分野ごとの法原則

行政法学が参照領域とする個別の法分野には、解釈の指針として機能したり立法を嚮導したりする法原則が見られる。この議論が最も発達している環境法では、事前配慮原則・現状保護原則・補償原則といった法原則が説かれている。社会保障法においても、社会保険における拠出給付牽連原則や社会扶助における必要即応原則を語ることが可能であろうし、情報法でも個人情報結合禁止原則や本人開示原則などをこの種の法原則として挙げることができよう。

こうした個別法分野ごとの法原則は、一方では実定法の制度設計の中から優れた制度を抽出したり、国際的な政策平準化の影響を受けたりしながら、他方では憲法規範から読み取りうる価値秩序によって整序されることで成立する。そしてこの諸原則は、政策と法律とを媒介する中間的規範性を有する¹²⁷。立法者は個別の法制度設計に際してこれらの法原則を参照しなくても違憲と評価されることはない。しかし、採用しないことについて十分な正当化根拠が示されなければ、当該立法は低質な立法であるとの推定が働くのである。これと区別して論ずるべきものに、個別の法律におけ

¹²⁵ 夙に、太田匡彦「権利・決定・対価（3）」法学協会雑誌（東京大学）116巻5号（1999年）766-855（838）頁は、立法との間で緊張関係を保ちつつ相互に影響を及ぼし合うことを許す「柔らかい法ドグマティック」を行政法学が持っていることを指摘している。

¹²⁶ 他にも、ソフトな法原則に該当する可能性がある理論として、メタルールとしての法の支配（法律の一般性）を挙げることができる。参照、阪本昌成『法の支配』（勁草書房・2006年）193頁。

¹²⁷ 勢一智子「法原則の中間的規範性」西南学院大学法学論集（西南学院大学）33巻4号（2001年）53-93（58）頁。

る法原則がある（例：廃棄物処理法における一般廃棄物の市町村処理原則）。このような実定法内在の法原則はむしろ、その合理性が批判的に考察されるべきである。個別法分野ごとの法原則は、憲法の価値秩序と連携することで（省察層（Beobachtungsebene）としての憲法^{128）} 実定法内在の論理からの距離を保ちながら、個別の法制度設計を評価し嚮導する機能を有しているのである。

②補充的規律事項

立法者は、憲法上の制約（例：戦争放棄・地方自治）の範囲内で原則として全ての事項に対して立法権限を有する。そしてその際には目的＝手段思考がとられ、政策的な観点が重視されることとなる。これに対し、そのような思考が単純な形で及ぼされるべきでない立法事項も存在するように思われる。例えば、個人の価値観に委ねるべき事柄について立法者はできる限り中立を保つべきである¹²⁹。また民事取引の一般ルールについては、個人の自律あるいは私的自治の観点から、政策的観点だけで立法のあり方を決めるべきではない。さらに家族法に関しては、立法者は最低限の枠組以外はオプションを提示するにとどめるべきである。これらに対しても立法者は立法権限を持っており、政策的観点から法制度設計をすることは当然可能である。しかし、憲法の諸規定や立憲主義の考え方から、こうした事項に対して立法者が政策的観点から制度変更する場合には、十分な正当化根拠が提示されるべきと考えられる。

従来の公法学の議論では、議会制民主主義の強化を意図し、規律事項の法的特性に十分な関心を払わないまま立法事項の拡大を主張する方向性が見られた。しかし、近時憲法学でも、義務的規律事項と任意的規律事項の区別をした上で立法をめぐる権限配分問題を検討すべきとする見解¹³⁰が見られる。本稿が提唱する補充的規律事項もこの2つの区別に加え、規

律事項を細分化した上で立法により決定する事項とそうでない事項との線引きを議論することが、制度設計論の観点からはより生産的であるように思われる。

おわりに

本稿では、制度設計論としての行政法学が有する法制度設計に対する評価基準を帰納的に導出し、それらを憲法の諸規定・行政上の法の一般原則・公法学の指針的価値の3つに類型化してその背景にある発想を検討した。ここで明らかになったことは、日本の行政法学は制度設計の評価基準として実体的な基準を主として用いているということである。つまり、行政法学がある制度設計を批評する際に、その立法過程や立法組織の善し悪しは付加的な理由付けにとどまっていることが多く、主要な評価基準はむしろ実体的要素（実体法的内容・政策プログラムの内容）に存在するのである。そこに盛り込まれているものは、効率性と対置される「正義」という概念で整理するにはあまりに多様である。逆にこの価値基準の多様性こそが、社会に存在する諸利害をできるだけ取り込みながら正当化のためのフォーラムを構築するのに寄与しているように思われる。

さらに本稿では、法と経済学との簡単な比較を踏まえ、立法者制御の法理論を構築する上での今後の課題として、制度設計論の体系構築（政策手法・規律構造・活動形式）、憲法の人権規定の立法指針としての機能、ソフトな法原則の構築の3点を挙げた。個別法分野の具体例の分析を踏まえてこれら諸点の理論構築を進めていくことが残された課題となる。また、本稿が検討してきた実体的な価値基準を立法者が参照するような立法手続・立法組織上の工夫についても今後の検討課題としたい。

〔附記〕本稿は、2009年9月25日（北海道大学）及び10月2日（九州大学）に開催された北海道大学グローバル COE 主催の国際シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」での対照報告原稿を、当日の議論等を踏まえて大幅に修正したものである。その着想段階において、渡辺徹也教授・小島立准教授・笠木映里准教授・村西良太准教授（九州大学）との議論から多くの示唆を得た。また、本稿は2008（平成20）年度日本学術振興会海外特別研究員（研究課

¹²⁸ ハンス・クリスティアン・レール（大橋洋一訳）「多元的システムにおける行政法学」新世代法政策学研究（北海道大学）6号87-114（92）頁。

¹²⁹ 川崎政司「立法をめぐる問題状況とその質・あり方に関する一考察」ジュリスト1369号（2008年）23-31（28）頁。

¹³⁰ 村西良太「憲法学からみた行政組織法の位置づけ」法政研究（九州大学）75巻2号（2008年）335-412（399-404）頁、『執政機関としての議会』（有斐閣・2010年刊行予定）。

題名：国際機構・国家・自治組織間における政策・法規範効力調整ルールに関する公法学的研究）の研究成果の一部でもある。

本稿は在外研究中（ドイツ・コンスタンツ大学）に執筆されたため、日本法に関する悉皆的な文献調査は困難であった（なお文献収集については村西准教授の多大な協力を得た）。この点に関し、読者のご寛恕を請う。

別表

教科書	頁数	具 体 例	評価基準
阿部・I	84	還付加算金・不納付加算税	公平性（行政と私人との）
阿部・I	124	業務改善命令(金融商品取引法)	規律密度
阿部・I	124	外為法27条3項	規律密度
阿部・I	129	保険医療機関指定	権限の結合
阿部・I	132	混合診療の禁止	明確性，財産権
阿部・I	159	生活保護の処理基準	生存権
阿部・I	164	教科書検定	規律密度，透明性
阿部・I	186	屋外広告物の除却	効率性，財産権
阿部・I	279	ガイドライン(公取・金融庁)	法治行政，法的地位の保障
阿部・I	351	汚染土壌除去責任	実効性，効率性，所有者の負担
阿部・I	415	障害者自立支援法	生存権，実効性，権利救済可能性
阿部・I	459	人権擁護委員会	中立性，報道の自由
阿部・I	483	産廃処理業者評価	情報公開，外部評価（透明性）
阿部・I	492	生活保護の資産調査	効率性，扶養義務，生存権保護義務
宇賀・I	61	公共サービス改革法	必要性（補完性），有効性，効率性
宇賀・I	102	ノーアクションレター	予見可能性，公正性，透明性
宇賀・I	107	精神保健・精神障害者福祉法	手続的保障
宇賀・I	111	港湾法（港湾管理者）	補完性
宇賀・I	247	金融商品取引法（課徴金）	比例原則
宇賀・I	252	行政サービス拒否	生存権，情報の目的外使用，事前手続
宇賀・I	285	計画間調整	アカウンタビリティ
大橋・I	54	生活保護基準の告示	生存権
大橋・I	103	行政手続法の適用除外	適正手続原則（憲法）
大橋・I	111	環境影響評価法	市民参加，中立性
大橋・I	165	福岡県産廃条例	市民参加
大橋・I	175	NPO推進基金条例	中立性
大橋・I	186	運営適正化委員会	地方自治保障，中立性，実効性，立法事実
大橋・I	191	総合計画と予算の融合	市民参加，効率性，透明性
大橋・I	204	公益法人の認定	中立性，透明性
大橋・I	219	食品安全委員会	中立性
大橋・I	236	地方行政組織法定主義	地方自治保障
大橋・I	313	大店法・酒類販売免許・地域医療計画	営業の自由
大橋・I	360	公共サービス改革法	透明性，中立性，公正性
大橋・I	407	感染症予防法	手続的保障
大橋・I	419	指名停止	規律密度，権利救済可能性