

政策法務ニュースレター

現場の課題を解決するルールを創造するために

2013. 6. 28【初夏】特別号

本号の内容

明治学院大学大学院法務職研究科・鈴木庸夫教授講義録
～政策法務の新たな視点～

千葉県 総務部 政策法務課（中庁舎7F）
電話 043-223-2157
FAX 043-201-2612
Eメール houmu35@mz.pref.chiba.lg.jp

平成25年5月29日の政策法務委員会において、明治学院大学大学院法務職研究科の鈴木庸夫教授に、「政策法務の新たな視点」というタイトルでご講義いただきました。今回は特別号として、この「新たな視点」をご講義の概要として紹介します。

1 行政活動は法令・条例の執行か

今日はまず、「行政活動は、法令・条例の執行である」という捉え方に疑問を呈したい。

一般には、行政と政治は別のものとされている。地方公務員法に政治活動の禁止の規定があるように、公務員は政治的に中立でなくてはならない、行政には政治的なものを入れてはいけないということになっている。これは、法を執行する立場にあるからだといわれている。だが、法の執行とは性格の異なることが、この政策法務委員会でも現に行われている。

最近の憲法学には、行政権の中身を、執政と（狭義の）行政とに分ける見方がある。執政というのは、立法、予算編成、議会对応、住民・事業者への対応などのことで、必ずしも法令に基づくものではない。高橋和之先生（東京大学名誉教授）にいわせると、執政は政治の領域、（狭義の）行政は法令の領域ということになる。

例えば、ある条例の制定に向けて自治体職員が検討を行うことは、執政に含まれる。皆さんは、これは政策的なことであって、政治そのものではないとお考えになるかもしれない。だが、もし首長がこの件について何か発言すれば、ベクトルを変えなくてはならないということもあり得る。政治と政策は分けられると言えるのか。重なってきているのではないか。

カール・シュミット（ドイツの法学者・政治学者）は、政治とは、敵を減らし、味方を増や

す活動だと言っている。ところが、日本では70年代以降、政治争点が保革対立から公害や社会保障などの政策にシフトし、政治と政策の融合が見られるようになってきた。

他面で、条例を作るときには、あまり政治的な影響力が強くても困る。政治と行政との間を、どう調整するかということが、この政策法務委員会の重要な役割ではないか。

2 法令の執行活動とはどういうことか

法令の執行活動は、次の①～③の3段階を経て、④に至る。

- ①法律（条例）
↓ …適用すべき法令を確定する。
- ②法律の解釈基準
↓ …行政手続法なら審査基準。判決なら規範の定立。
- ③案件への当てはめ
↓ …②を当該案件に当てはめる。
- ④決定・処分

これを行政の現実には当てはめて考えてみる。例えば、ある条例が制定されても、条文というのはある程度の曖昧さが必ず残るものなので、執行の段階では、条文をそのまま適用するのは難しい。だが、それでは現場で困ることになるので、担当課は条例の解釈基準や運用基準を定める。これを案件に当てはめて、結論を出す

ホームページでバックナンバーを見ることが出来ます →

<http://www.pref.chiba.lg.jp/seihou/gyoukaku/newsletter/index.html>

いう作業が行われる。

①～④の過程というのは、表面的には大前提・小前提・結論という三段論法になっていて論理的だが、それはあくまで見せかけである。判決も同じだが、中でどのようなことが行われているかという、①～③と④は、下に一直線に下りていくのではなく、④を見てからもう一度①～③を見直す、その後さらに④を見直すというような視線の往復が、何度もなされている。

法学者の立場からは、結論から解釈を導いているわけではないということは言いたい。だが、結論というのは相手に受け入れてもらわなければ困るので、結論がどうかというのは、どうしても考えざるを得ない。例えばある条例の届出義務違反に対してどう対処するかということを考えてみよう。機械的に全ての違反に対して罰則で対処することが物理的に困難なものもある。条例の基準とそれを当てはめて決定する結論が、現実運用可能かということを考えて、解釈基準を作らなくてはならない。

なお、地方分権とは、①と②を、省庁から県や市町村に移譲しろ！ということだったのかなと思う。

【解釈基準の重要性】

従来、法律学の世界では、このような解釈基準というものを、ただの内部基準に過ぎないとして無視してきた。だが、実は最近の行政法学や最高裁判決は、適切に解釈基準が作られているかどうか非常に注目している。アメリカでは、関係当事者とネゴシエートして、基準を決めていくというやり方、ネゴシエティブ・ルールメイキングというものが行われている。日本では協定を結びながら基準を決めていくということも行われている。



いずれにしても、行政の活動では、視線の往復をして、要綱・要領という名の解釈基準を、現場の状況に応じて改めていくということも重要である。

政令・省令が基準を作ることも多いが、最近ショッキングな事案があった。インターネットでの医薬品の販売を禁じていた薬事法施行規則（省令）が、公法上の違法確認訴訟の最高裁判決において（最判平25年1月11日）、薬事法

違反だということで無効と判断された。過去には、高知県東洋町で地方自治法施行令（政令）が地方自治法違反で無効と判断されたケースがある（最判平21年11月18日）が、あれはやや複雑な事案だった。今回は、真正面からインターネット販売が良いか悪いか、対面販売しなくてはいいないかが争われた事案で、今後、ひょっとすると要綱の違法確認訴訟が起こらないとも限らない。



【震災関連死の解釈（判断）基準】

東日本大震災について色々調査を行っており、災害弔慰金についても調べている。災害弔慰金というのは、災害弔慰金法に基づき、災害に関連して死亡すれば500万円支給されるというもので、これは法定自治事務。市町村が支給の決定をする。何が震災関連死なのかの判断基準が長岡基準*であり、災害弔慰金法の解釈基準という位置づけになる。

長岡基準では、当月中に死亡した場合には震災関連死と推定されるが、1ヶ月経つと話がかわってきて、6ヶ月以上経つと震災関連死ではないと推定される。「推定」というのは法律上の用語で、「震災関連死ではないと推定」というのは、震災関連死であることの立証を申請者がしなければならないという意味になる。不支給決定を受けた人は、250人から300人に上っている。本来ならこれは訴訟になってしかるべきものだが、東北地方の地域性か、取消訴訟や義務付け訴訟は1件も起こされていない。

長岡基準は震災後1ヶ月で区切りを付けているわけだが、東日本大震災から2年以上経過した今になっても申請はある。因果関係の有無を問われれば、もう丸2年以上仮設住宅に住んでいるわけで、震災と無関係であるはずがない。

【災害法制の不備】

このように、東北の自治体は今とても困っている。原因として、そもそも災害弔慰金法も、長岡基準も、2年も経ってから亡くなる方がいるような長期の案件を予定していないことが挙げられる。現場に合わなくなっているわけだ。また、災害弔慰金は見舞金ということに

※ 新潟県中越地震（平成16年）の際に、長岡市が作成した基準。東日本大震災の発生時に、厚労省から、情報提供として、各自治体に配付された。

なっているが、見舞金とは一体何なのか。損失補償なのか、損害賠償なのか、それとも社会保障なのか、法的位置づけが不明確であることも指摘できる。災害救助法は、内閣府が所管することになった。災害弔慰金法も内閣府の所管に移るのではないかと。災害弔慰金という制度自体のバージョンアップが必要だろう。

日本の災害法制というのは、今回少し改善されたが、まだまだこれからだろうと思う。例えば、仮設住宅の事務は、災害対策基本法では自治事務に位置づけられており、災害救助法の定めるところにより行われることとなっている。そこで災害救助法を読んでみると、仮設住宅の事務は、第一号法定受託事務に位置づけられている。看板は自治事務で、中身は法定受託事務、しかもそれがしっかり法律に書いてあるという未整理状態にある。日本の災害法制がいかにおかしいか。内閣府は、南海トラフ地震などの発生が現実視される中で、緊急事態法制をなんとかしなければならぬ。

3 脱・公益私益二分論

若手の行政法学者の間では、公益と私益の対立図式をやめようという動きが顕著である。彼らによると、現代行政は、公益と私益という二項対立図式ではとても捉えきれないという。例えば指定管理者は、国賠法上は公務員に該当するとされているが、現実の活動の中では果たして行政なのかどうか。日本赤十字社は災害救助法に明記されているが、一体どういう存在だろう。あるいは協同組合のようなものもある。実は、公益と私益の中間にある存在というものがあり、公益と私益は連続して捉えるべきなのではないか。このような考え方によれば、行政活動というのは、潜在的顕在的「私的」利益の紛争の調整や裁断作用ということになる。

例えば安全というものを考えたとき、千葉県にも「千葉県安全で安心なまちづくりの促進に関する条例」があるが、今までの考えでは、安全というのは客観的な利益、社会全体の公益であって、私的な利益ではないとされてきた。警察の活動というのは、個人個人のためにやっているのではなく、社会全体の秩序・安全の維持のためにやっているものだ。だが、彼らに言

わせると、警察ががんばってくれるので、我々は個人個人の安全、安全に生活できるという利益を共有しているじゃないかということになる。私的利益には、個人的色彩が強いものもある。社会全体で補ったほうがいいものもある。

例えば、社会問題化しつつあるヤード(鋼板等の高い塀で囲われた作業用施設のこと)を条例で規制しようとするなら、何が保護法益なのか、付近住民の個人の利益なのか、もっと広く廃棄物に関する秩序というか、環境利益みたいなものなのか、おそらく目的規定を相当議論しないといけないだろう。だが、どちらにしても、公益の中に薄まった個人的利益があるということと言えるわけである。

一方で、ストーカー規制法は、個人のためという色彩の濃い法律といえる。目的規定では、被害者の利益が前面に打ち出されている。これは議員立法だったのでできたことだろう。

また、ついでにお話すると、ストーカー規制法は、恋愛感情という用語が初めて使われた法律である。恋愛感情という要件をどうやって判断するのか、恋愛感情を持たない場合はどうするのか。こういう不確定なものを法律で規定するときというのは、法をそのまま適用することはまず考えていない。ケース・バイ・ケース・ローと言われている、ケース・バイ・ケースで判断するしかないということになる。おそらく実際の運用もそうだろう。ヤード対策を考えるなら、ヤードの種別を分類して、規制をかけるものとかけないものを分けるような基準を作るのが良いのではないかと。それができなければ、適用の場面でケース・バイ・ケースをするしかない。

このように、個人的利益の程度の濃い／薄いはあるにしても、公益と私益という二項対立的な見方はやめようと、それが若手の行政法学者の考え方である。このような考え方の下では、ヤードの取締りは市民が自分でやるべきだという話になる。つまり、潜在的顕在的「私的」利益を考慮して、関係当事者に仕事をやらせよう、住民参加のヤード問題協議会を条例設置で作ろうとかそういう話になる。

以上のような考え方には、全部賛成というわけにはいかない。ただ、これまでの二項対立的

な図式にとらわれない別の見方というのは確かにあるのかなと思う。

4 政策と法の違い

政策の場合は、あれもいいじゃないか、これもいいじゃないか、という議論ができる。ところが、ある特定の政策が選択され、これが条例化されて法の世界の話になると、適法か違法かという二元的な区分しか認めないことになる。

また、条例化すると、「条例で決まっているから」というだけで正当化することができる。強い正当化根拠を与え、制度が安定する。

人間というのは、色々な可能性を吟味してから行動を起こすよりも、「いい／わるい」があらかじめ決まっていたほうが行動しやすい。あやふやな「政策」が安定的な「法」に転換されると、まさにこの「行動のしやすさ」に資することになる。ニコラス・ルーマン（ドイツの社会学者）によると、法システムの機能とは、予測可能性を高め行動しやすくすることにあり、物事は時刻表のように決まっていると良いという。

条例化を検討する際には、このようなことも理解しておいていただきたい。

5 「政策法務」論の成果と反省

これまで地方分権を進めてきて、かなりの成果を挙げてきた。県の政策条例も進んだ。30年前なら、ヤード条例のようなものを作ろうとするときは、まず作って良いかどうか国にお伺いを立てていたのだろうが、今はそんなことはしない。こういうところはとても良くなった。ある条例ができて、これが他の自治体にも広がってくると、後追いで法改正がなされるというような、条例が先行する事例はとても多い。そういう役割も果たしてきた。

他面で、最近では、政策条例が議会の中で政治

利用される傾向が見られ、注意を要する。子どもの権利条例をどうするかなど山ほど議論が出てくる。

一般論として、政策法務というのは財源をほとんど無視してきた。災害の研究をしていると、財政的に県単独事業でどこまでやれるのかというのは重要な問題だとわかる。条例制定権の拡大ばかり主張してきたことを少し反省しなくてはいけない。

昨年度の地域主権一括法による義務付け枠付けの見直しは、いわば分権の行き過ぎてしまった例だろう。条例制定を強制し、対応できない市町村が出てしまった。今度の地方制度調査会では、市町村が担いきれない事務の一部は県が行うという逆事務委託の制度を作ることを検討している。これは、このような事象を見て出てきたものだろう。

6 政策法務の今後の課題

道州制というのは、自民党・公明党の政策合意では30万都市を作ることが前提になっている。すなわち市町村の再合併があるということ。ところが、どうも道州制の議論ばかりが先走って、この点が議論されていない。両党の政策合意にはっきり書かれていることなので、これを無視してはいられない。

全国各地で、外国資本による土地の買い占めが起こっている。これは国の仕事ではないかと思うが、いくつかの自治体では水源まで買われたら困るということで、水源保護条例を作った。名前はこうだが、実態は外国資本の土地の買い占めに対抗するための条例だろう。変な現象が起こっている。

マイナンバー法が成立した。さしあたり、個人情報をもっと多く持っている市町村は、対応を検討しなくてはならない。



●【重要判例】神奈川県臨時特例企業税通知処分取消等請求事件の最高裁判決

神奈川県が条例で独自に設けた法定外税「臨時特例企業税」（企業税）が地方税法に違反するかが争われた訴訟で、最高裁判所は平成25年3月21日、違反しないとした高裁判決を覆し、企業税は地方税法に違反し、違法・無効であるとの判断をしました（高裁判決の概要は、[政策法務ニュースレターVOL. 7-1](#)に掲載しています）。

判決原文は以下の裁判所サイトでご覧になれます。

<http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?hanreiid=83087&hanreiKbn=02>