

## 行政の三類型と自治体法学

— 自治行政学科のカリキュラム

村上 順

## はじめに

法学部には、法律学科と自治行政学科とありますが、後者は比較的新しく、平成八（一九九五）年度に設置されたものです。したがって、一九九九年三月には、第一期生を送り出すことができます。この間、各般のご協力により学科の教育は順調に進展してきましたが、ここで、あらためて私の専攻する行政法学とからめて自治行政学科新設の意義について考えてみたいと思います。

法律学科と自治行政学科は、前者が司法法を中心に法律学のカリキュラムを組むのに対し、後者が、行政法と政治学・行政学分野を中心にカリキュラムを組んでおります。その際、後者は、自治行政学科を名乗ることから明らかのように、自治体をめぐる法と行政・政治に力点を置いたものになっています。このように、この学科は、これからの法学教育には、①司法法だけではなく行政法にも、②国や国際関係だけではなく、自治体（行政）にも目を向けることがだいじだという思いから設置されたものです。そして、これは、昨今の国民的課題に答えようとする問題意識と、

もうひとつ、現代社会の法状況をふまえたものです。以下、その内容を説明します。

## I 昨今の社会的課題

一 自治行政学科の設置の構想の背景には、折からの“地方分権”の動向がありました。これは、“規制緩和”とならば二一世紀日本のグランドビジョンとして、自社五五年体制に幕を引いた細川連立政権（九三年八月～九四年四月）のもとで実現に向け具体的な取組みが行われたものです。ところが、その後、政局の変化により、羽田内閣（九四年四月～六月）、自社連立の村山内閣（九四年六月～九六年一月）と内閣がめまぐるしく変わりましたが、地方分権の必要性は共有されたことから、結局、それは地方分権推進法として実現されることになりました（一九九五年五月一九日制定公布・同年七月三日施行）。自治行政学科は、その前年九月に文部省に設置申請を行い、この地方分権推進法と同年に発足することができました。

二 この法律は、その第一条「目的」に、つぎのように記します。

「この法律は、国民がゆとりと豊かさを実感できる社会を実現することの緊要性にかんがみ、地方分権の推進について、基本理念並びに国及び地方公共団体の責務を明らかにするとともに、地方分権の推進に関する施策の基本となる事項を定め、並びに必要な体制を整備することにより、地方分権を総合的かつ計画的に推進することを目的とする。」

この規定中にある、地方分権は「国民がゆとりと豊かさを実感できる社会を実現する」ためのものであるということについては、否やはなく、自治行政学科の設置も、そこでの教育・研究をつうじて、その実現に向け努力しようとするものです。

三 さて、この法律は、地方分権の名のもとに、主には、自治体に行財政権限を委譲しようとするもので（団体自治の拡充）、どのような権限や税財源を委譲するか、そのたたき台づくりを有識者からなる地方分権推進委員会に委ね、これをもとに内閣が地方分権推進計画を策定し、この計画にそって所要の法改正をおこなうというしくみになっているものです。

これを書いている今現在（一九九八年九月）までの進捗状況からいいますと、地方分権推進委員会の四次にわたる答申（中間報告「九六年三月二十九日」、第一次勧告「九六年二月二〇日」、第三次勧告「九七年九月二日」、第四次勧告「九七年一〇月九日」）を経て、地方分権推進計画「九八年五月二十九日」が策定されたところです。

このうち、地方分権推進委員会の中間答申と第一次勧告が出たころは、地方分権は、「明治維新、戦後改革につぐ近代日本の第三の改革」だとして、大変景気がよかったです。橋本自民党単独内閣になったころから、トーンダウンし、「地方分権」の成果として、①機関委任事務の廃止（従来の機関委任事務のほぼ六割を自治事務化し、残り四割を法定受託事務に名称変更）と②国の地方に対する関与のありかたの改善の二つが主なもので、率直に言って竜頭蛇尾の感がぬぐえないものになっています（地方分権推進法の制定の背景とその内容的問題性については、兼子仁・村上順『地方分権』弘文堂、一九九五年、一〇七頁以下参照）。そればかりか、地方分権には、受け皿づくりが必要だという理由で、相変わらず地方行革的な市町村合併が推進されようとしています。来年（一九九九年）には、これらが目玉的な法改正事項とされることでしょう。肝腎の税財源の委譲は、来世紀に先送りされることになります。地方分権は、未完の事業であり、なお国民的課題となっているものです。

四 そうして、こうした国民的課題は、政府の手に委ねられるべきではなく、やはり私たち市民がかちとっていかなければならないことは、地方分権推進法が制定された一九九五年夏以降の、全国市民オンブズマンの手による情報

公開条例を活用した官官接待批判・カラ出張摘発キャンペーンや基地撤去・原発・産廃施設反対の住民投票運動等によって知るとおりです。これらは、同じ地方分権といっても「団体自治」の拡充ではなく、まずもって「住民自治」の運動ということになります。団体自治が、知事や市町村長、議員さんの権力だけが大きくなる官官分権であつてはならず、そこからは「国民がゆとりと豊かさを実感できる社会」の実現は期待できないでしょう。住民自治あつての地方分権という観点からは、この後者の運動をこそ見守り、支援していくべきことになります。

## Ⅱ 現代社会の法状況

一 さて、法律学といえは六法全書、六法全書といえは法律学というくらい、法律学と六法全書は、きつてもきれない関係にあることは、一般にご存じのとおりです。その場合の、六法とは、憲法、民法・商法、刑法、民訴法、刑訴法をいいます。法律学の代名詞のようにいわれる、これらの六法が法典化されたのは、フランス大革命期の憲法典制定後（ただし、大革命期からナポレオンが登場するまでの一〇年の間に、フランス憲法は何度か改廃されましたが）、ナポレオン五法典（民法・商法、刑法、民訴法、刑訴法）のときからです。その成立の時期から了解されるように、これらの六法は、近代国家の基本法の意味をもち、資本主義の法規範的わくぐみをかたちづくるものでした。

すなわち、これらの法律は、きわめて大ざっぱにいつてしまえば、なによりも市場での商取引（むずかしくいうと「意思自由の原則に基づく商品交換」を保護しようとするもので、取引内在的なルールを設定し（たとえば、詐欺や脅迫による取引を無効とするなどの民商法）、そうしたルールを無視する者には国が刑罰をもって臨むこと（詐欺・脅迫などを罰する刑法）、自由かつ公正な市場を確保しようとするものです。と同時に、国家権力によるそうした法規範の適用が恣意的ですと、これまた市場の攪乱要因となるおそれがあるので、民商法や刑法を適用する司法

権力そのものをコントロールするものとして、民訴法・刑訴法がつけられてもいるわけです。

したがって、ナポレオン法典に象徴されるフランス・ヨーロッパ近代社会は、市場万能・自由放任の、いまでいえば“規制緩和・新自由主義”の社会であったわけですが、こうした社会では、国家権力の中では、立法権・司法権がそれなりの存在意義と役割があつたのですが、行政権は、出しゃばつてはいけないうもの、むしろあつてはならないものと考えられていたわけです。そもそも、“行政権”（政「まつりごと」を行う）という表現自体がミスリーディングで、“行法権”（司法判決の民・刑事執行にとどまる）ともいふべきものと観念されてもいました。

二 こうして出発したはずの近代社会ですが、やはり行政権なしでは不便なことがらも種々でてきます。法律学でいう“民法から社会法”へといわれる法の変遷です。市場というものは必ずしも市場ルール内在的にその公正を確保することができるわけではないことが社会経験的に知られてきます。そこで、いまでいえば“市場の失敗”“市場の暴力”といわれる諸現象に対処するために、やがて児童・婦人労働の就業制限・禁止、労働時間の規制や独占禁止などの労働者保護立法や経済規制諸立法などが制定され、行政権（わが国でいえば労働省や公正取引委員会などの諸官庁）が一定の役割を果たすようになります。また、そもそも、社会の複雑・高度化とともに、社会生活に行政介入が必要ともなつてきます。一例を道路交通法をとつて、行政法というものの性格を説明しましょう。

a) 道路通行は、昔ならば、徒歩、せいぜい車馬・馬車に頼っていたでしょうが、歩行中あるいは走行中に人にあつて転倒させ怪我をさせたような場合は、被害者は加害者に対し、民法の不法行為に基づく損害賠償責任を追究し、また、加害者は刑法の過失致傷罪を問われることになります。これらは人身事故を引き起こしたことで、刑事責任が問われるものですが、そうであるからこそ、市民は道路通行といえども、注意深さがもとめられることになります。うっかり人を傷つけようものならば、法的に重大な結果を招く、そのことが人々をして日常の行動に慎重になる、民

刑法は、そうした市民の自制ある行動を期待していることにもなります（自己責任原則）。

b)しかし、交通手段の発達により、自動車が一般的な道路交通手段となりますと、人身事故の頻度が高まり、被害の程度も、歩行者同士、肩がぶつかって転倒したときのケガ程度ではすまないこととなります。また、加害者が刑事罰をくらったとしても、被害者（や遺族）がなにがしかの賠償金を得たとしても、死んでしまったてはあるいは手足の不自由を失ってしまったのでは元も子もないということになります。そこで、そうした人身事故がいまや構造的に（似たような事故が頻繁に）発生しているならば、抜本的な手がうたれなければなりません。ここに、社会的危険「交通事故」を未然に防止する法としての「行政法」が出てくることとなります。その（この法の）一大特徴は「許可制」の中にみいだされます。たとえば、交通事故を未然に防止するために、車両運転を法律（道交法）により禁止し、一定の運転技能を証明した者にだけその本来の行動の自由（道路走行の自由）を回復させるという「運転免許」のしくみです。こうすれば運転技能未熟な者による人身事故をいくらかでも防止できることになり、さらに、免許取得者についても、実害予防的な様々の規制、たとえばスピード制限や飲酒運転の禁止を法定し、実際に人身事故を起こさなくても、そうした法規制に違反しただけで行政的制裁（免許停止・取消処分）や刑事制裁を課し、これによって事故を減らそうとする試みです。

c)このように、社会公益目的から市民の行動の自由を制限し、一定の資格・要件を満たした者についてのみ行動制限を解除する旨、定める法律が「行政法」であり、この法律の下で、個々の市民について法定の解除条件を満たしているかどうか（許可にあたいするかどうか）、また実害予防的な法規制に違反していないかどうか（許可取消要件にあたらなやかどうか）、個別に審査し実行する権限（これを行政処分権限といいますが）を授けられているものが、行政権であることとなります（ただし、道交法違反の課罰権限は、相変わらず裁判所の権限に属します。司法的強制

の原則というものです。こうした法律（たとえば、道交法）のもとで、仮に行政権が法定要件の細目の設定を授權されているならば、行政権は立法権の一部を自分のものにしたことになり（行政立法権限、たとえば道交法施行令や施行規則など）、また、法に照らし要件事実の認定を行うこと（法判断作用といえます）で、司法裁判所と同種の裁判行為を行うことにもなります（裁判所の判決にあたるものが、行政庁の処分「許可・不許可、許可の取消・撤回、命令・禁止」にあたります）。社会的危険を未然に防止するという建前のもとに、市民の諸種の行動の自由・契約の自由を制限するところ、いたるところに行政法がはびこることになり（やれ食品衛生法だ、建築基準法だ、何々法だという事態）、また、規制対象事項の複雑さが増すことに行政「立法」が生みだされ、許認可権（行政処分権限）の行使という「裁判」作用によって、行政権は、いまや立法権限・裁判権限の一部を取得し肥大化します。行政権は、文字通り「行政権」へと変化します。他方、市民の方も、自由を享受する一方で、それが迷惑行為にわたるときには刑事責任が生ずることを思い自制的行動をとり、他方で、自らの判断で危険回避的な行動もとれる。「一人前の市民」から、行政権による危険回避的な様々な規制と保護がなければ、一日たりとも社会生活を送ることができない「半人前の個人」へと「市民像」が変化していくことになります（頻繁にやってくる車検義務やシートベルト着用まで義務づけられるような事態がその例です）。行政権の肥大化と市民の自立性の欠如とは、まさに反比例の関係にたつことになります。

三 さて、このように社会的危険を未然に防止する目的で、市民の行動の自由・契約の自由を規制する行政法は、行政法というものの典型をなすものですが、これは法学的には、司法法、とりわけ刑法にかぎりなく近い性格をもつものでした。

すなわち、刑法の罪刑法定主義にあたるものが、行政法では、法律による行政の原理あるいは法治主義とよばれる

ものであり、課罰権力は抑制的に行使されるべきことがとめられる刑法の謙抑性の原則は、行政法では、消極行政の原則にあたります（なお、行政法は、このように刑法の考え方、思想を基につくられていますが、行政法の体系は、民法の骨格をひきついでいます。民法は、人（自然人や法人）と人との間の法律行為により、一定の権利義務関係がうまれるという体系をとっていますが、行政法も、これにならない行政主体（国や自治体などの法人）による法益主体（市民や企業などの自然人や法人）に対する行政行為「行政処分」により行政上の権利義務関係が生ずるとする体系をとっています。その意味で、行政法は刑法を父に民法を母にもち生まれたものです。フランスで生まれた行政法の総論体系の成立については、兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』岩波書店、一九九〇年、一七一頁以下参照）。これは、社会公益目的に基づくものとはいえず、市民の自由を制限するのは、手続的慎重性とともに真にやむをえない最小限の規制にとどまるべきであり、限られるべきだとする自由主義の考えかたが背景にあります。なお、このように社会公益目的から市民的自由を制限する行政を、“奪う行政”ともいわれることがあります。これは市民の法益保護の観点から表現された、それ自体、行政牽制的な意味あいが含まれていることとなります。また、こうした行政の役割と行政法は、一九世紀前半の自由放任の考え方を修正するものとして、一九世紀後半以降、はっきりとした姿を現してきたものですが、そこはそれ、なお自由主義的残響がみとめられるものであったわけです。

四 ところが、二〇世紀に入りますと、行政にはあらたな役割が加わることとなります。それとともに、行政法は、司法法としての刑法とは別の法原理がはたらくこととなります。

すなわち、二〇世紀に入りますと、国は、自由放任主義をはっきりと放棄し、自立的で自由であるべき市民社会にさまざまな形で介入してきます。これは、先にのべたような市場の公正な競争を促進するために行われる独占禁止、労働者・中小企業の保護など市場の担い手の利害調整を目的とした経済規制的な方法にとどまらず、電気・ガス・水

道等の供給事業や鉄道やバス、郵便などの運輸・通信事業など、私的独占の弊害があやぶまれる経済分野について、国が直接事業経営にのりだすサービス行政・給付行政の形態をとつても行われるようになります。これはまた、社会秩序維持の狙いをもって行われる社会的弱者（疾病者、老人、児童・寡婦等）に対する金銭給付や扶助等の社会保障行政についても同じです。

これらは、それまでの“奪う行政”（規制行政・権力行政）との比較では、とくに“あたえる行政”（給付行政・非権力行政）といわれることがあります。ワイマール憲法下の公法学者は、この新たな役割を担うようになった国家を“社会的法治国”の名で呼ぶことになりました。

ところで、行政のこの新たな役割についても、規制行政に特有の「許可」制のしくみがつかわれます。たとえば、社会保障行政については、法律により一定の資格・要件を満たした者について、金銭給付や扶助が行われるべきことが定められ、その場合の給付水準等が行政立法の細則に委ねられるとともに、法定の資格・要件の充足が給付決定（行政処分）として行われることになります。この場合の給付決定が、許可そのもののしくみにほかならないものですが、規制行政では禁止の解除として現れたものが、ここでは利益の付与としてあらわれるちがいはあるだけです。また、所定の資格要件を満たさない場合に行われる申請拒否処分や不法に取得した給付決定について行われる取消、資格・要件を喪失したことで行われる給付の撤回、生活保護などについて行われる生活改善指導的な命令など、許可のほかにも行政目的達成のために諸種の行政処分が用いられることは同じです。

このように、規制行政の手法がつかわれはしますが、そこで働く法原理は、規制行政のように市民的自由を最大限尊重する趣旨で行われる消極行政から、むしろ積極サービス・積極給付こそが市民の生存権保障を實質化する所以であるとして、積極行政の原理が説かれることになります。最小限規制ではなく、最大限給付がそこでの法原理となり

ます。また、給付の根拠も、必ずしも法律にこだわる必要はなく、当面、要綱などの行政内規をもってしても可能だと解されることとなります。

五 第二次世界大戦を経て一九六〇年代に入りますと、わが国はもとより、欧米先進国は、高度経済成長を迎えますが、逆に、産業公害や環境破壊など、経済のひずみといわれる諸現象が国際的にも共通の課題となってきました。このとき行政は、新たに“利害調整”の役割を担うようになります。利害調整行政は、私的独占の禁止や労働者（労働権）、中小企業（生業権）保護など、市場の公正に関わる“経済規制”としても行われてきましたが、それはさらに一般市民・消費者の生活権に関わる“社会的規制”の問題として意識されるようになります。わが国で、この問題が意識されるようになった端緒は、四大公害裁判（一九六〇年代終わり）のときでした。ここでは、公害被害者は、加害企業を相手どって民法の不法行為責任を問いましたが、裁判の過程で、水俣病や四日市ぜんそくがこうまでひどくなるまえに、なぜ国や自治体は公害企業のとりにしりまりなど有効な手をうてなかったのかという思いが、世論としてひろがるようになります。しかし、このときは、公害被害者の人たちは、国や自治体の公害企業取締行政の不作為（懈怠）責任を問うまでにはいたりませんでした。その責任追及は、一九七〇年代半ばの一連の薬害（スモン・クロロキン・大腿四頭筋筋縮訴訟）・食品公害（カネミ油症）訴訟で問われることとなります。薬害・食品公害被害者らは、ここでは加害企業を相手どって民法の不法行為責任を追及しましたが、同時に、国（厚生省）の責任も問いました。ところが、この後者の訴訟は法律問題として、むずかしい論点がいくつかありました。

たとえば、この当時の薬事法（昭和二三年法、三五年法）には、薬の製造許可規定はあったのですが、副作用被害のモニター（追跡調査）規定や許可の取消規定はありませんでした。このため、法治主義のもとでは、法律に明文の規定がない以上、たとえ副作用被害が明らかになったとしても、国は企業に薬の回収措置を命ずることはできないと

か、仮にそうした規定があったとしても、許可を取消す・取消さない、回収措置を命ずる・命じないは行政の自由裁量で（行政便宜主義と呼ばれています）、しかもそこには消極行政の原則が働き、事態がはつきりするまでは介入できないのだといった理屈によって、被害防止の不作为責任をまぬがれようとはしました。ここでは、司法法としての刑法の原理にならった一九世紀的な規制行政の論理（法治主義、消極行政の原理）が、加害企業の経済活動の自由や財産権保障には役だっても、産業公害や薬害・食品公害に苦しむ一般市民の生命・健康、生活環境の保全など、生活権とよばれるようになった法益を保護することにはならないことが明らかになりました。

このような事態は、そもそも法原理と社会的基盤の変化のミスマッチに由来するもので、後者が変われば前者も変わってしかるべきはずのものでしたのです。

すなわち、刑法は、人身の自由の保障の見地から課罰的国家権力の行使については慎重であるべきことをもとめています。それはもともと人身の自由が市民共通の利害に関わるものだからです。刑法・刑訴法の積極・安易な適用が、仮にひととき被害者の溜飲を下げることはあっても、“明日はわが身”という事態を考えれば、やはり厳正・慎重な適用こそがもとめられるべきでしょう。一九世紀的規制行政についても、事柄は同じです。社会的危険を未然に防ぐためと称して、積極・安易な適用が行われれば、ライバル（競争事業者）に対する苛酷な取締によって、いつとき営業利益をあげることができる事業者も、“明日はわが身”の事態もありうるわけなのでよろこんでばかりはいられません。ここは経済活動・営業の自由の観点から、その厳正・慎重な適用こそが市民共通の利益とならなければなりません。このように一九世紀的な規制行政は、市民間に加害・被害の“互換性”（立場の入れ替わり）があることを前提に、国家権力行使の謙抑性をこそもとめるものであったわけですが（小規模事業主からなる社会を想定した法原理）、今日では、そうした社会的基盤は失われ、こと経済活動の自由にかぎっていえば、企業と一般市民との間に

共通の利害は存在しません。極端な話、企業はひたすら産業公害や薬害・食品公害、建築公害、開発公害の加害者でありつづけるでしょうし、一般市民はその生命・健康が損なわれ、環境の悪化に苦しむことになりかねません。

このように、市民社会構成員間に利害の分極化があるときは、行政は、資本家と労働者、大企業と中小企業間の利害調整同様、企業の経済活動の自由と市民の生活権保障との利害調整を行わなければなりません。その際、財産と生命・健康との比較衡量からすれば、憲法的価値としても、また、後者（生命・健康）が不可償の権利（お金では本来的な意味でつぐないにならない権利。環境権もそのひとつと考えられます）であることからすれば、生活権的法益保護にシフトした利害調整がもとめられるべきこととなります。したがって、薬事行政や食品衛生行政などの場合には、普段のモニターを怠ることなく、副作用被害の報告やきざしがあれば、多少の勇み足があったとしても、企業活動取締的な積極行政が行われるべきこととなります。一九九〇年代に入つての厚生省薬害エイズ事件は、七〇年代の薬害・食品公害事件の教訓を学ぶことなく、一九世紀的な消極行政をくりかえした結果でありました。これに対し、オ・一五七のカイワレ大根事件は、厚生省が特定の業者のカイワレ大根について警告を發し、それ自体は適切な対応であったものが、カイワレ大根すべてが疑わしいとする一般市民の過剰反応により、積極行政にふみきつた厚生省のせつかくの政策転換（勇断）を無にするおそれがあったものとして課題を残すことになりました。これまでのような消極行政にあともどりさせないためにも、市民の側の理解と賢明な行動が必要なことを示すものでした。なお、行政法学についていえば、その後、七〇年代の薬害・食品公害事件を教訓に、議会主権的な「法治主義」論に対して国民主権的な「責任行政の原理」論を説くもの、諸外国法制をも参考に行政便宜主義に対する裁量権収縮の理論を紹介するものなど、利害調整行政における生活権的法益の保護を裏づける学説があらわれるようになります。

六 ところで、二〇世紀に入り登場してきたあたえる行政、利害調整行政は、司法法としての刑法をモデルにした

奪う行政とは、消極行政・積極行政のちがいのほかにも、大きなちがいがあります。法と政策とのちがいです。宗教や道徳は、「汝、何々するなかれ」という戒律のかたちをとりませんが、法も基本的に「してはならないこと」を明らかにし、それに違反した者を罰する形式をとります。この場合の法は、市民に向けられたものであると同時に、国についても、権力の濫用を戒める基準ともされるものです。法定の根拠と要件によらずして市民に不利益を課すことはできないとする罪刑法定主義や法律による行政の原理・法治主義の考えかたです。そして、ここでは、「してはならないこと」の内容と程度は、明確になっていなければなりません（法のデジタル的性格、権利の已然性）。その内容が不明確だと市民は当惑し、権力の恣意を招くおそれがあるからです。

これに対して、政策とは「なすべきことをいかに実現するか」を考えるもので、政策立案者と実施者にその積極的取り組みをもとめるものになっています。法が、市民や為政者に「不作為」（自制）をもとめるのに対して、政策は、為政者に「作為」（施策）をもとめ、市民には政策達成に向けた協力をもとめます。しかし、政策の実現は、国民の福祉や環境保全のような目標をかかげますと、その政策ゴールは必ずしも明らかではありません（政策のアナログ的性格、権利の未然性）。

さて、この法と政策のちがいは、行政の三分類中、奪う行政とあたえる行政・利害調整行政のちがいに帰着します。二〇世紀型行政である後二者は、行政に不作為をもとめるのではなく、作為・積極的施策をもとめるものだからです。とりわけ、今現在、市民の関心の高い社会保障・福祉行政や公害防止・環境保全行政がそうです。一体どこまでいったら福祉の実現をみるのか（老人介護の頻度とケアの内容など）、大気や水質はどこまで浄化すればいいのか、ゴールはみえにくいということになります。もちろん、国がもてるあらゆる人的・物的資源をつぎこめば、達成は可能かもしれませんが、そこはそれ「大砲とバタ」の調整や「経済と環境保全」の調和（持続的発展）がもとめられるこ

とになります。政策とは「調整」の別の表現でもある所以ですが、それはまた財源配分の問題でもあります。この点、一九世紀的規制行政が、「良き行政」を行おうとすれば、ことは簡単です。何もしないこと（規制緩和・新自由主義）が、最善の行政になるからです。公安条例などの撤廃は、市民の表現の自由を保障することになりますが、福祉の削減や公害防止条例（環境基本条例）の撤廃は、そうはいきません。その結果、あたえる行政や利害調整行政に関わる法は、規制行政に比較して、輪郭が定かではなく、その意味内容の充填（権利性の確立）は、政治や市民運動の成果によるところがきわめて大きいことになります。二〇世紀型行政法が、司法法以上に、行政学や政治学と境界を接することになるのはこのためです。

七 ところで、わが国では、憲法上、地方自治が保障されていることから、政策実施主体は、国（中央政府）にかぎりません。自治体もまた、憲法上、立派な統治主体（権力）でもあります（したがって、「地方政府」とよばれる）ことがあります。政治学・行政学では、むしろこの呼称を用います。しかも、自治体は、普段、住民に身近に接する立場にあり、また住民も憲法や地方自治法に定められている直接民主主義的なさまざまなしくみ（首長公選制、直接請求、住民監査請求・住民訴訟）を活用して、その要望の政策的実現を地方政府に訴えやすい制度的条件にあります。したがって、国（中央政府）と自治体（地方政府）とは、政策の内容について、市民的支持をもとめて競争しあう関係がなりたちます。国が産業界の意向を重視して、福祉水準や環境基準の切り下げを行うことがあれば、その内容に批判的な市民は、自治体を動かし、福祉上積み給付や環境基準の引き上げをはかるといったことも可能であり、その内容がかえってグローバルスタンダード（国際規格）にかなっていないといったこともしばしば起こることになります。そして、実際にもわが国の場合、公害先進国であったこともあって、革新自治体・先進自治体が、国に先駆けて公害防止や環境保全行政を果たし顕著な成果をおさめてきました（東京都公害防止条例、長野県と北海道の自然環境保全

条例、川崎市の環境アセスメント条例や環境基本条例)。また、情報法の分野でも、国に先駆けて情報公開条例や個人情報保護条例の実現をみました。福祉の分野でも例外ではありません。しかし、自治体が国に先駆けて積極的な施策を展開しようとする、そこでは、国の施策内容的法的表現である法令とバッティングすることになります。国の側では自治体条例に遠慮することはありませんが、自治体の方では、そうした問題が生じます。そこで、政策内容が正しく、また住民世論のバックアップを得ているからといって、その内容が直ちに実現できるとはかぎらず、地域独自の施策の実施には、法令というハードルをのりこえる法理論・法論理が必要となります。そのおそらく最初のケースは、宅地開発指導要綱ではないかと思えます。一九六〇年代は、高度経済成長に伴う地方出身者の都市への流入により宅地開発が進みましたが、これが都心の建築公害・日照公害など様々な都市問題を引き起こしました。そうした問題を解決するためにあるべき都市計画法(一九六八年法)は、戦前来のそれ(一九一九年法)をやっと改正したものであったばかりか、内容的にも不十分なため問題の解決にはなりません。しかし、自治体には、地方自治法上、土地利用規制権限はないように解される条文があったので(自治法二条三項一八号)、窮余の一策として編みだされたのが、川崎市の団地造成事業施行基準(一九六五年)や横浜市の宅地開発指導要綱(一九六八年)でした。これは条例ではなく行政指導(要綱)によって業者の説得をはかり乱開発を防止しようとする試みです。これは、自治体が法令回避的な手立てをもって“法的解決”にあたったケースです。これに対して、法令とのバッティングもあえて辞さずとして制定されたものに東京都公害防止条例があります。これは、一九六七年に制定された旧大気汚染防止法では、都民の生命・健康、生活環境保全ができないという理由で、時の美濃部亮吉知事(わが国の公法学の父ともいふべき美濃部達吉博士の次男)が、公害防止条例による上のせ規制を行ったものです(工場設置の届出制から許可制に、排出口ごとの濃度規制ではなく、工場単位の総量規制、原・燃料規制など)。これに対して、国の省庁筋から、

この条例は法令に違反しているとするクレームがつかまりました。その論拠とされたものが法令専占理論と呼ばれるものでした（法令対象事項とされた行政事務については、条例による規制はできないという議論）。わたしは、この条例ができたころは東京に出てきて三年ぐらいたっていました。地方では、大気には、季節季節の緑の香りや潮の香りがどことなく感じられるのですが、当時の東京の空気はあまりにひどく、また夕方沈む太陽のなんとも名状しがたいです黒い赤色を印象深く覚えています。そうした状況でしたから、この条例に対しては、「公害をよそに法律論でもあるまい」といった世論の後押しで成立し、これがきっかけとなって翌一九七〇年には、公害国会が開かれ、そこでの改正大気汚染防止法で条例による上のせ規制が追認されるようになりました。また、その後、公害規制上のせ条例の適法性をバックアップする学説がでるようになりました（法令と条例の積極的抵触論・消極的抵触論、生存権保障説的な固有の自治事務領域の理論、規制限度法律と最低規制基準法律の区別に基づく地域的行政需要論）。こうして川崎・横浜市の要綱行政、東京都の上のせ条例などをきっかけに、七〇年代以降、自治体は住民本位の先進的施策的とりくみとそれを支える法論理の開発にはげむことになります。

そうして、その過程で、自治体は、「法」の解釈、とりわけ行政法が、司法法的な刑法解釈モードでは、充分でないことを意識するようになります。自治体が新たな施策内容を思いつき、その法的うらづけを得ようと庁内の法学部出身者の助言をもとめようとすると、こうした人たちはどうしても司法法的刑法Ⅱ行政法思考（ガチガチの法治主義・消極行政的な厳格解釈。民事的教条とよばれることがあります）が頭にあるので、「あッ、それはできないネ。難しいネ」という結論にたどりつきがちです。市町村が県に、自治体が自治省庁に助言をもとめようとするときもほぼ同じです。こうした司法法モードの解釈姿勢が、どれだけ自治体の先進的施策の試みに水をさしてきたかわかりません（真鶴町のまちづくり条例に対する神奈川県助言内容など）。しかし、自治体が地域的に独自の行政需要に応

えようとするとき、そこでは確立した法原理をうらづけに法定要件を厳正に解釈・適用すべきことがも定められているわけではありません。もつとも、そうかといって、既存の法原理とその解釈・適用を施策内容にあわせて、“軟化”させるべきだというものであってもいけません。法の独自性と役割を否定することになるからです。新たな施策には、あらたな法論理の構築がもめられているのです。そうして、この自治体の法令解釈モードの切り替え、あらたな施策にはあらたな法論理の構築が必要であることの自覚が、八〇年代以降、“自治体法務、政策法務”の必要性とよばれていることの中身なわけです。

八 自治行政学科が、司法法ばかりではなく行政法、政治学・行政学を中心としたカリキュラムをくみ、また、自治体職員や市民運動に携わっている人たちを講師やゲストスピーカーに招き、自治体の施策的とりくみや運動のなやみを紹介していただく講座を設けているのは、法は、そこにあるものではなく、また中央省庁の法制官僚によってつぐられ、わたしたちはそれを受け入れるしかないわけのものではなく、「豊かでゆとりのある生活」を実現しようとするならば、まずもって、身近にある自治体において住民が自らつくっていくべきものだということが、地域政治的なはたらきかけによってつくられてきたものであることを実感していただきたいからです。自治行政学科では、自治体行政にかかわるさまざまな法（地方自治法、環境法、社会保障・福祉法、都市政策、行政情報論、教育法など）を学ぶことができますが、これらをたばねたものを仮に“自治体法学”と呼ぶことにしますと、その学習は、“法は地域住民がつくってきたものだ”ということからはじまると思います。自治行政学科で学んでいただきたいのは、この一点です。

※地方分権については、地方分権推進計画（九八年五月二九日）の策定後、第五次勧告（九八年十一月一九日）が公表されましたが、それまでの地方分権推進計画を踏まえ、一九九九年三月二九日に、「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」(地方分権一括法)として国会に提出され、九九年六月二一日衆議院本会議で、七月八日参議院本会議で可決成立しました(二〇〇〇年四月一日施行)。