

「自治体法学への期待と課題」

立教大学法学部教授 磯部 力氏

地方自治を研究する意味

神奈川大学における地方自治センターの設置は、誠におめでたいことで、大いなる期待を込めてお祝いを申し上げたいと存じます。このセンターがこれからどういう成果をあげていかれることになるのか、地方自治を正面から学問的な研究の課題にするセンターになることが期待されます。もちろんこのセンターに限らず大学における学問研究というものが、もはや象牙の塔的な研究をしていけばいいという時代ではないわけであります。地方自治体や地域住民が抱えている具体的で実際的な問題に専門的な立場から対応できるというような、地域に根ざした大学の第一線の研究現場のイメージというのがあってはならないかと推測しております。いまはまさにそういうことが必要とされている時代であろうと思います。

もともと「地方自治研究」であるとか「地域に根ざした学問研究」というキャッチフレーズは、おそらく法学部を持つている全国のほとんどの大学で用いられていると思います。東大とか京都大学はそんなこと言わないかも知れませんが、国公立を問わず、ほとんどの大学が、言葉の上では同じようなことを言っているように思います。言い換えれば、地方自治という課題は、ある意味では誰も反対しないテーマになっており、大変結構な、プラスのイメージ

で受け取られています。したがって通り一遍の決まり文句的なことだけで、地方自治センターを作るということならば、正直言ってそれほど言うことはない。しかし神奈川大学の地方自治センター設立への意欲というものは、決してそんなものに留まるわけではないと思います。そう言い切るためには、地方自治を研究対象にするという場合の学問の方法というものを、しっかりと意識して確立して行く必要があると思います。

今日ここでお話しをするにあたって、私は「自治体法学への期待と課題」とタイトルを付けました。私自身は法学の中でも行政法学を専門にしていた研究者で、この神奈川大学地方自治センター設立の実質的な中心メンバーである安達和志教授などと専門を同じくしており、長年の仲間として、昔から、まだまだ地方自治という研究課題がメジャーではなかった時代から、地方自治をめぐる法現象を専門的に正面から勉強するということがきわめて重要なのではないかということを考えてきました。

もちろん地方自治に着目するのは、いろいろな面白い問題や新しい問題が起こってくるから勉強するわけですけど、そういう現象的なことだけでなく、自治法の勉強というものは、近代法学の持っている根本的な限界や欠陥を明らかにしてくれるのではないかという大きな問題関心もありました。もう少し申しますと、近代法というもの、特に近代公法というものは、基本的に国家というものを基軸に置いて、国家のレベルでの法現象、国家と市民という対立軸で法現象を捉えて法理論を構成してきたことは言うまでもありません。近代社会が成立する以前の前近代的な法社会においては、国家と個人の間に、各種の中間的な法秩序、つまり地域的な法秩序とか教会の秩序、身分的な秩序、家族の秩序などいろいろ多様な、錯綜して鬱陶しいような法秩序が存在していたわけです。それらの中間法秩序を、まるでブルドーザーをかけるようにして全部取り払って、風通しのいい社会にしたというのが、市民革命であり近代法の成立であったということになります。

そこでは国家という単位で法現象を捉えるのは当たり前の中の前です。そういう前提で考えると、地方自治というレベルで独自の法現象が存在するという発想はまず出てきません。地方自治などというものは、せいぜい国家をめぐる法理論の周辺の応用問題と考えたら済むという程度のことであって、そんな単純なものではないのかもしれないという発想が浮かんでこないだろうと思います。

そういう風に、国家法、つまり法律中心の議論さえしておけば、地方自治の問題などは当然その中に入ってくるという程度の認識で、地方自治を単なる今日流行の素材として扱っているということでは、おそらく大した学問的成果には結びつかないのであると思います。地方自治を学問的に考究するにあたっては、方法的な準備が必要だというのは、だいたいそういう意味にあります。したがって、単なる国家法学としての行政法学の中の、一つの周辺領域として地方自治法の研究というものがあるというようなことでは決してない。少し大袈裟に言えば、「近代法」と称される一つの歴史的な限定をもった法システムの世界史的な役割とその限界をもきちんと見定めた上で、(ちよつと大げさかもしれないですが、気持ちとしてはそれくらいの心意気で)、あらためて都市や自治体のレベルというものを議論の土俵として設定し、そこにおける自立的・自律的な地域住民像や自治体像を前提とした新しい法の世界のあり方をきちんと解明していただきたいと考える次第です。

自治体法学という発想

以上に申し上げたようなことが、あえて「自治体法学」と名づけるのに値する一つの法学的なものの見方なのだろうと思います。そういうことを方法的に明確に意識した法学研究の態度というものを、いまから二〇年くらい前になりました。当時都立大学においてわれわれが指導を受けた兼子仁先生が言い出されました。つまり自治体をめ

ぐる法現象を、方法論的に明確な意識を持って体系的に解明しようという学問的態度を、「自治体法学」という言葉を初めて使って明らかにしようとしたわけです。もちろん他の方がもっと先に使っていた例が本当にないか、きちんとチェックはしていませんが、偶然使われた方はいるかもしれません。しかし方法論的に明確な問題意識を持って使われたのは、おそらく兼子先生をもつて嚆矢とするのではないかと思います。それを受けて「自治体法学全集」という出版企画もできましたし、私もそれに参加させていただきました。その頃から一貫して自治体法学というものの期待はあったし、自分なりの努力もしてみたつもりです。

しかしながら社会における物事の成り行きというものは皮肉なものでありまして、当時は、地方自治などは、法学全体の中における位置づけとしては、まだまだマイナーなテーマでありました。たとえば東京大学法学部の行政法の講義プログラムのの中では、地方自治法はほとんど扱われていません。扱われたとしても最後の最後の方、つまり行政法の講義が三部あるとすると、第三部の最後の方でちよつと出てくるだけです。昔の田中二郎先生という有名な偉い先生の行政法の教科書における扱いもそうです。行政組織法の中で地方自治行政組織ということがちよつと書いてありますが、読んでいて元氣の出るようなものではなかったわけです。それがオーソドックスな行政法体系における地方自治法の位置づけであったわけですが、それに対して、兼子先生や私などが、地方自治体の設置した大学、つまり公立大学である東京都立大学の法学部で行政法をやる時は、すくなくとも全体の半分ぐらいの比重を自治体行政法に置く、そこに東大法学部の行政法と異なる特徴があるなどと意識して、張り切って詳しく地方自治法の講義などをしていたわけです。

それくらいに全般的に圧倒的に国家法が優位であって、条例など地方自治的法現象なんてマイナーだという時代には、かえっておおいに緊張感があり、かつ情熱もあったという気がします。しかし、だんだんに地方自治とか地方分

権という命題が、誰もが賛成せざるを得ない大義名分というか、反対しようのないプラスのポジティブなイメージになってくると、今度は猫も杓子も地方自治、地方分権と言い出すことになります。ここ一〇年くらいはそういう展開です。わかりやすく言ってしまうえば、すでにほとんどの大学で、当然神奈川大学にも東京大学にも「地方自治法」という講義が存在するし、みんなが地方自治が重要だと叫ぶようになる。そうなると緊張感がなくなるといいますか、何でも地方分権がいいみたいな話になってしまいかねない。逆にいうと、あまり生産的とは思えないような議論が蔓延してしまうことにもなっているのではないでしょうか。これは誰か特定の方の悪口を言っているつもりでは毛頭ありません。自分を含めて、どうも分権とか地方自治とかをめぐる議論が、ここ一〇年くらいは、質的にあまり進歩した感じがしないようなところがあります。不思議なものです。だからと言って地方自治がマイナーな課題であった時代に戻りたいと言っているわけではありませんが。

いずれにせよ、今日は短い時間でどうせ中途半端な舌足らずの話になってしまいかとは思いますが、法というものを、当然のように国家法だけを念頭において考えていたこれまでのオーソドックスなものの見方というものについて、すこし脳味噌の中を揺さぶってみて、「自治体には国家法とは異質の法現象が存在していることに気づく」ということの重要性を指摘しておきたいと思います。その新鮮な驚きというものを基本に置いた学問的な試みというものが要請されているはずであって、実はまだまだたくさん宿題が残っているぞということを、以下にあらためて申し上げてみたいという風に考えております。

法的なコトバの限界

さて、このように自治体法学の出発点は、まさに自治体という身近なレベルで、実は法が作られている、毎日のよ

うに新しい法が生み出され展開して行く、そういう視点を持つことにあると思われ、そうではなくて、法というものは国会が制定した〇〇法という法律の条文の形をしているはずだという思考をしていたのでは、自治体が毎日のように創造している法とは何のことだか、およそわからないということになってしまいます。目の前に存在しても見えてこないということになります。そこをはつきりと言葉で表現してみることで、はじめて目に見えるようになる。そういう基本的なことが必要だろうと思います。

今日ここにお集まりの皆さんの中には、法学のプロの方もおられれば、さまざまのキャリアの方がおられるのでしよう。なかには必ずしも法的思考というものについて専門的な訓練を受けておられない方もおられるのでしょうか、非常にやりにくいのですが、一般に法学を専門的に勉強したことのない方々や、これから法学を学ぶという初心者が陥りやすい典型的な誤りとして、「法というものはまず条文として存在しているはず」で、〇〇法という条文の形をしたものが法であるという強い思い込みがあります。したがって法の勉強とは、条文の勉強であり、つまり条文を暗記することである。だから法学部の学生は厚い六法全書を持って歩いているのである、ということでもない誤解をされていることがあります。こういう条文優位思考とでも言うべきものが非常に根強く流布しているのです。それからまた、法的な議論というと、権利があるとかないとか、これは適法だとか違法だとか、要するに黒白をはっきり付ける理屈を学ぶのだという誤解もある。世の中に起きている現象はもつと複雑で曖昧なものがいっぱいあるのに、法的な議論はつねにそれを黒白で割り切って決着をつけたがるという点で、どうも納得がいかないことが多い。これをデジタル思考と言っておきましょう。

そしてこの条文優位思考とデジタル思考という誤解が重なると、法というものは何か自動販売機的なブラックボックスのイメージに近くなって、ある問題をそこに投げ込むと、専門的な条文知識が組み合わされて、法論理的な結論

がぼんと飛び出して来る。途中のプロセスはちんぷんかんぷんで難しいことが飛び交っているのですが、何か常識的にはぴんと来ないまま、あるいは少なからぬ場合に非常に常識に思える結論が、法の名において宣言される感がある。どうもこういうイメージになってしまいますと、法律とは何かうさんくさいものであつて、あまり近づきにならない方がよいというようなことになりがちだと思います。そういうような思い込みはもちろん間違いであり誤解です。およそ本物の法的な思考というものは、いま申し上げた法のイメージとはまさに正反対のものであるはずなのですが、そこををよくよく誰にもわかるようにきちんと説明して行く必要がある。これはベテランの法律実務家も法学研究者も心しなければならぬことだと思います。

一番基本的な問題の一つは、どうもわれわれ法律家の思考というものが、法的な業界用語というか、特殊な言葉、その基礎にある固定観念といつてもいいかもしれませんが、そういうものの呪縛のもとにあつて、専門外の人々や一般市民にそういう誤解を与えかねない作業をしているのではないかと思われまふ。たしかに法学教育の訓練というのは、日常に生起しているさまざまな人間の社会の現象をそのまま日常的な言語で表現するのではなくて、やや特別な法的な言葉に翻訳して表現し論理化するということが基本中の基本になるわけです。現実には存在しているのはAさんとBさんの夫婦喧嘩であつたり、Cさんの家族の相続争いだったり、お隣の家との紛争だったりするわけですが、それを例えばAさんに権利があるとか、これは所有権ではないとか、そういう権利だ義務だというような法的な言語に翻訳した上で、それら日常の社会現象を整理して法的に構成し直すわけです。言いかえれば、法律家の仕事は、雑然とした山のような事実の中から法的に意義のある事象だけを取り出して把握して、それを法的な論理として構築することによって相手方や裁判官を説得しようとする試みだと言ってもいいわけです。しかし同じ夫婦喧嘩でもAさんとBさんの争い、CさんとDさんの夫婦の争いでは、おおいに異なるわけです。あるいは商品を買ったら欠陥があつ

たというような争いにしたって、販売店と消費者の間で起きるさまざまのトラブルは、一つとして同じ物はないだろうし、その微妙なニュアンスというのは多種多様であって、到底一つの言葉ではすくい取れないはずです。しかしそんなことを言っていたら法的な概念構成などはできませんから、細かいニュアンスはすべて四捨五入してしまつて、大雑把にいうか、思い切つて一般化抽象化してしまつて、債権者の権利はこうであるとか、債務不履行の場合はどうとか、エイヤッと整理してしまつて、はじめて法律論になり、法的な決着がつくということになるわけです。そうしなければ法的な議論にはならないからやつてしまふわけで、これはある程度必然的なだけけれど、その結果さまざま複雑なニュアンスに満ちた人間関係、社会関係をかなり粗っぽく大雑把に整理して、法的な言語に翻訳してしまふわけですから、結果として出てくるものは時として非常に無味乾燥な印象になりやすいし、出された結論が納得いかない場合は特に、法とは非常に非人間的なものだという印象になりがちであつて、そんなところからも人々は法を敬遠することになりがちなのだろうと思われまふ。

しかしながら、だから法なんてない方がいいのだということにはならないわけです。法によつて社会をコントロールする方が、裸の権力によつてコントロールしたり、宗教的権威によつてコントロールするよりはまだまだましですから、法的なコントロールは必要なのですが、私が申し上げたいのは、法的な言葉が未熟で粗削りであるが故に、つまりもっと工夫すればもっと細かいニュアンスまで表現できるはずなのに、それを怠っていたが故に、現実を生起している現象を十分に掬い取れていない、そういうことがあるのではないか。そういうところに法学者のもっと努力すべきところがあるのではないかという問題です。

ところで社会の変化と共に言葉というものは変わってきます。例えば一例ですが、セクハラとか、ストーカーなどという言葉は新しいものです。カタカナ言葉が多いですが、これらの言葉で表現されている事象自体は、実は相当に

昔から生じていたのかもしれない。しかしながら、そういう行為をきちんとけしからん行為として取り上げて評価するだけの言葉が未成熟であったということになる。そういう時代には、仮に被害にあってもそれを一般的な違法行為としてうまく表現することは難しかったわけでしょう。しかし次第に人々の法意識が変わってきて、セクシャル・ハラスメントだとか、ストーカーなどの言葉が用いられ、それに該当する行為を他の行為から区別して切り出せるようになる、ようやくそれを抑止するにはどうしたらいいか、加害者に制裁を加えるにはどうしたらよいかというふうな、話が単なる事実の次元を超えて法的に展開するようになるわけです。これは一例に過ぎませんが、それと同じようなことが、実は自治体の法現象を考える場合にもあるのではないかとこのころに話を持って行きたかった次第です。

地方公共団体という用語

そこで「地方公共団体」というコトバについて、これは地方自治をめぐる最も基本的用語としてわれわれは平気で使っているわけですが、この言葉を果たして使い続けていいのだろうかという問題に触れてみたいと思います。これも兼子先生の問題提起がきっかけになっているのですが、普段はあまりそんなことを考えている暇はないわけです。なぜなら、地方公共団体とは法律上の用語であるだけでなく憲法上の用語な訳ですから、使わざるを得ないということはあります。しかし地方公共団体という言葉は、本当にこの地方分権の時代にふさわしい、ローカルガバメントに相当するコトバといえるのだろうか、これが兼子先生の問いかけです。

地方公共団体という言葉は分解して行けば元は一種の「団体」であるということです。地方公共団体の関係者も、いまだに自治体のことを平気で団体呼ばわりしておられるわけですが、団体というコトバは、いかなる意味でも「政

府」とか「統治」というようなコトバとはほど遠いですよね。観光旅行に行くお客さん達を団体と呼ぶとか、学生のサークルも市民のサークル活動も団体でいいでしょう。そういう人々の集合体であれば団体であるわけで、その中で多少公共的な性格を持つものを「公共団体」と呼ぶことができる。この公共団体にもたくさんあるわけで、ピンからきりまであります。健康保険組合や土地区画整理組合等も公共団体の一種ですし、いろいろな政府系の特殊法人も公共団体です。その中で地方毎に存在する公共団体のことを「地方公共団体」と呼んだわけです。これが明治憲法下での普通の用語法だったわけです。つまりおよそ国家とはぜんぜん別の次元にあって、国家という大きな傘の下に保護されてのみ存続し得るさまざまな団体の中で、公共的であり地域性を持っているものを地方公共団体と呼んだに過ぎない。

そういう各種団体がそれぞれ自分の内部的なルールを作ります。学生のサークルだって規約をもっているでしょうし、学校の同窓会だって会則があるでしょう。つまり各団体が自分達の内部のルールを作ることとは認められています。こういうのを「自主法」と称したのです。それは、つまりは国家法ではないということです。国家法に抵触しない限り各団体が自分の自前の内部的な決まりを作ることとはそれは良いですよというのが自主法です。いまだに条例というのは自主法であるという説明が堂々で行われている。つまり明治憲法時代に行われていた任意団体に毛の生えた程度の地方公共団体という言葉、つまりおよそガバメントの一種とは全く考えられていなかった時代に作られた言葉をそのまま無自覚に現行憲法の下でも使い続け、さらに憲法上保障されている条例制定権の行使でさえ、条例は自主法の一種であるなどと平気で使い続けているのはおかしくないか、というのが兼子先生の問題提起だったわけです。

さてこの問題提起は、しかし公法学界に見れば空振りに終わりました、その指摘以降研究者の言葉づかいが変わったということはないのですが、私はずっとそれ以来気にしております。先ほども言いましたが、地方自治法や憲法

上に条文用語として使われていますから、地方公共団体という言葉をもったく使わずに済ませるとするのは無理なのですが、しかし条文を引用する場合ではなく、言い換えられる場合には、極力これを「自治体」とか「地方自治体」という言葉に置き換えて行くことは必要のように思います。同様に、国と自治体を対峙させて表現する場合に、あつさり「地方」という言い方がされますけれども、これについても同じような無自覚というか鈍感さを感じますが、この点はもうこれ以上立ち入らないことにします。

ところで行政学や政治学の世界では、すでに中央政府であるCentral Governmentと地方政府であるLocal Governmentという言葉が定着していて、国と地方自治体の関係が政府間関係と理解されている。これを言葉だけの問題であるとはいいいませんが、しかし基本用語をきちんと整えることによって新たな認識が定着してくるということはやはりあるわけです。法律学においてもそのことは意識すべきだろうと思います。ただし語感の問題は別でして、法律学上は「地方政府」という言葉はなかなか違和感が残りますので、使い切れないでいます。だからいまだに地方政府ではなく、せいぜい地方自治体とか自治体、また正式に言わなければいけない時は地方公共団体と言わざるを得ないので、確かにそこに問題はあるよねというくらいの意識は持っていて頂きたいと思っています。

そんなことは大した問題ではないかとも言えるのかもしれませんが、こういう「言葉の呪縛」というようなところから始めないと、なかなか本物の自治体法学には行き着かないのではないかということの一例として申し上げようと思った次第で、すでに相当の時間を要してしまいました。

縦割り法治主義と自治体法学的発想

次のところに入りますが、地方公共団体とか自主法といった戦前以来の用語が無自覚、無批判にそのまま用いられ

ていたということが端的に示すように、戦後日本国憲法の中に地方自治の章が設けられたとか、戦後改革の柱として画期的な地方分権改革が行われて現行地方自治法ができたとかいうことはその通りなのですが、人々の意識の中では、地方自治的な法現象というものがもっている価値への関心は今から考えると非常に低いものであったと言わざるを得ません。立法であれ行政であれ（司法はもとよりですが）すべて国家レベルの話であって、自治体の立法とか自治体の行政には、国の立法や国の行政とは異なっていくという特徴があるとか、こういう違いがあるとかというような問題意識がそもそも存在しなかった。時間の関係でその辺りのところは端折りますが、その後日本が高度成長期に入って、がむしゃらに開発優先の時代を迎えると、そのツケは地域にまわされるわけで、さまざまな環境破壊、公害問題が発生する。それに自治体が対処せざるを得ないわけですが、法律は公害規制権限の根拠を与えていない。つまりほとんど法律の根拠はないところで、自治体としては仕様がなから、条例で規制するしかない。しかし法律で規制していないものを条例で規制できるのか。あるいは法律が少ししか規制していないところに条例がそれを上回る上乗せ規制をしているのかという問題が生じます。当時の法常識としては、これはいいわけがないのであって、これは違法だと教科書にも書いてあったわけです。

この公害防止条例の上乗せ問題が、それまでの公法理論、憲法や行政法の理論に対する深刻な反省の契機になったことは事実です。どう考えても法理論的に適法とはなかなか言いがたいのですが、事実が理論に先行したと言いますか、違法かもしれないがそんなことは言っていられないとどんどん当時の革新自治体などが勇ましい条例を作って行った。理論は後から追いかけて何とか正当化しようとしたという展開です。

この一九七〇年代あたりには、自治体行政の第一線の現場におけるトラブルをめぐって、いろいろな裁判事例がありました。レジュメには二つの著名事例だけ挙げておりますが、まず武蔵野マンション事件は、ご存知の方も多いか

と思います。次の余目町の浴場の事件、これは普通の銭湯ではなく個室付き浴場、つまりソープランドの立地をめぐる事件で、行政法判例としてはなだ有名な事件です。それぞれ事件の背景をなした事実関係が大事なのですが、ごく簡単に要約しますと、まず武蔵野市というのは東京近郊でこの頃人口が急激に拡大した典型的な区域です。その頃までは一戸建て住宅がのんびり建っていたようなところにどんどんマンションが建って、インフラ整備も追いつかない。マンションができて人口が増えると、子供が増える。幼稚園や保育園を作らなければならないし、小学校も満杯になってしまふ。今とは全然違う時代です。マンション業者の方は、とにかく国の法律、つまり都市計画法や建築基準法の要請する基準はクリアしている建築計画を出してきて、早く建築確認を出せというわけですが、地元自治体としてはたまったものではないから、いわゆる行政指導で、付近住民と話し合えとか、公共施設整備用の負担金を支払えなどと要求することになるわけです。このマンション建設は、国の法律に照らしたら適法な開発行為かもしれないが、地域の都市環境秩序という観点からすれば、それを一方的に破壊する行為と言わざるを得ない。そういう行為に対して、自治体は、法律の明文の根拠はないけれども、地域環境秩序を守るために必要不可欠と思われるルールを定め、強い指導をすることは適法なのか違法なのか、それが正面から問われることになったわけです。

実はこの種の紛争は全国各地にあったわけですから、多くの場合は事業者が、その地域で長く商売をしていると思うのであれば、正面から自治体と喧嘩するのは得策ではないですから、自治体の要求がそれほど理不尽でないならば、内心はどう思っているかが、一応は従いますから、この種の開発指導要綱に基づく指導行政というものは、それなりに大きな効果を収めたのです。

しかし中には頑張つて逆らう業者もいるし、自治体がやり過ぎているケースもあるわけなのですが、そういうのが訴訟になって裁判所に行くと、裁判官の方は、国法中心というオーソドックスな法学思考を訓練されてきた人たちで

すから、そうしなないとなかなか司法試験には受からないですから、この種の事案が産み出されてくる当時の地方自治体の実情への理解はあまり十分ではないまま、形式論理でこれはやはり法律違反だという結論になりがちだったわけです。武蔵野マンション事件はその典型例ということになるでしょう。もともと武蔵野市側も、指導要綱に従わない業者に対しては市のサービスである上下水道を使わせないぞという事実上の強制手段に訴えたのがやりすぎというわけで、市長が水道法違反で刑事事件になり有罪になってしまいました。

確かに水道法の世界はその世界で、下水道法の世界はその世界として、そして建築基準法の世界はまったく別の世界として存在しているのだから、「江戸の敵を長崎で討つ」式の行政はいけないことだというのは、それはその通りです。個別のAという法律、Bという法律それぞれに従って行政の各個別権限は行使されるべきなのであって、全然別の法律目的を達成するために、関係のない法律の権限を行使されたら、われわれ市民は堪ったものではない。税務署と警察署が相談して、あなたはたくさん所得税を払ったから、ここの駐車違反はまけておいてあげましょうなどということはあり得ないのです。そういった考え方からすれば、建築基準の指導に従わないから上水道や下水道を使わせないなどという行政はとんでもない間違い、ひどい行政だということになります。

もう一つの余目町の事件も、事件の基本構造は似ているかも知れませんが、このケースでは、個室付き浴場業というものを営業しようとする事業者が、それには公衆浴場の許可を必要とするので申請してきたわけですが、法定の要件を満たしているので、行政は営業許可を与えざるを得ない。つまり公衆浴場法の許可要件は満たしており適法なのです。もちろんあらかじめ風俗浴場を規制する条例を作っておけばよかったわけですが、それは後の祭り。もともと一つもその種の営業形態がなかった田舎の町ですから、それは無理もない話であった。しかし付近住民はこれに反対して、地域の清浄な風俗環境秩序が乱れる、風俗営業を認めるべきではないとい

って反対運動を展開する。そこで対応に苦慮した自治体が、すぐ近所にあった子供の遊び場を急遽、児童福祉法に基づく児童福祉施設である児童遊園として認可することにして、その手続を急いで進めたわけです。何故そんなことをしたかという、後から作ったものとはいえ、児童福祉施設が近所にあると、この浴場は風俗営業としての浴場営業はできなくなるからです。これは風俗営業法に規定されている距離制限の効果です。つまり普通の公衆浴場として営業するならば可能なのですが、いわゆるソーランドとしての営業はできないことになる。これも相当な知恵ですよ。何とか使える武器はないかということで、別の法律を持ってきて、風俗営業としての浴場営業を阻止しようとしたわけです。これも武蔵野事件とは違いますが、別の目的を持った法に基づく権限を、他の法目的を達成するために無理矢理使ったという印象があることは否定できない。

どちらの判決においても最高裁は自治体に対し、非常に厳しい態度をとりました。自治体であれ国であれ、行政による法の執行が適法か違法かということは、Aという法律ならAという法律の世界。Bという法律ならBという法律の世界において、まさに縦割りに判断されるべきものであって、これをごちゃごちゃにするということは法治主義の観点からは許し難いことだと非常に厳しい言葉で非難しています。

これは一つの見識だと思います。行政というものは一般にそういうものだと思います。特に国の行政というものは本質的に縦割りでしか存在し得ないかもしれない。何々省というものはあるけれども、何でも省は有り得ないわけであって、所管の法律単位で縦割りにならざるを得ないところがあります。それに対して、地域住民の総合的な生活秩序とか、都市環境秩序といったものを総合的に守ること自体が地方自治体の最大の責務なのだという風に考えてみると、果たして自治体のやったことは本当に違法と言えるのだろうか。少し見方を変えてみることはできないだろうか。もちろん現実の自治体行政は、国の行政の影響を受けて、都道府県にしろ市町村にしろ相当縦割りになっています。

たしかに相当縦割りなのですが、しかしそういう行政サービスを受け取る方の住民というもの、住民という人間存在は本来縦割りとして存在しているわけではない。AさんならAさんという人は総合的な人格として存在している。そう都合よくお役所のセクションごとに分かれて存在しているわけではないわけです。したがってそういう住民と相對せざるを得ない、一番住民の身近にいる自治体行政としてみれば、いくら国の法律が縦割りになっても、それに従って完全な縦割り行政というのはやっていられない。建前上はやることになっていても事実上はやっていられない。何とかそこを工夫して可能な限り、實際上住民の総合的な要求に応えたいということになるわけです。すべてがそうなるわけではないですが、そう考える自治体がたくさん出てくることは自然な成り行きです。

そう考えると、この余目町の事件にしても武蔵野市の事件にしても、裁判所が非難するほど市町村行政はけしからんことをしたのであるうか。「江戸の敵を長崎で」というけれど、市町村は全然別の権限をむちゃくちゃに融合させ濫用したとも言えないのではないか。たとえば都市のサービスの最たるものである水道。蛇口をひねったら水が出て、使った後は排水溝から下水に流れて行くなどというサービスは、まさに都市ならではの最大の都市的なサービスです。そういう都市的サービスはぜひ使わせて欲しいが、しかし都市にとっていちばん基本的なまちづくりのルール、つまり建築や空間利用のルールについては知らん顔をする。自分の建てたマンションのおかげで付近の住民がどんな苦労をしようとは知ったことじゃない。そういうふうに分限の権利だけは主張して、都市のサービスだけはよこせでは困る。サービスを利用したいのなら、その都市のまちづくりのローカルルールに従って下さいということは正当なことではないか。ですから、これは「江戸の敵を長崎で」討っているのではなく、せいぜい「江戸の敵を神奈川ぐらいで」討っていることになるのではないか。全然無関係な権限の濫用や融合ではなく、都市環境行政としてお互いに関係のある近接した権限の総合的な運用として正当化できるのではないか。

このように自治体行政の総合性ということを、突き詰めて法原理的なところで考えてみた場合、自治体行政には、国の行政法の解釈とは違うところがあつてしかるべきではないかと考える余地はあると思います。

余目町の事件の方も、たしかに児童福祉施設の話と公衆浴場の話と風俗営業の話とは全部別です。しかしそれを総合的に運用して、この地域ののんびりした落ち着いた住宅環境を維持するために、いろいろな知恵を絞って総合的な行政をやったということは、最高裁に言わせれば行政権限の甚だしき濫用だというのですが、逆から見れば自治体の非常に賢い運営だと言えないこともない。良好な都市環境秩序を守るための知恵だと評価できないわけでもないのかもしれないのです。ちよつと曖昧な言い方になってしまいましたが、これは常にそういう評価ができるかと問われたら、これは難しいかもしれないからです。

いずれにせよ、いま紹介したような興味深い事例を見ながら、当時まだ若手であつたわれわれ行政法研究者はいろいろな議論をした記憶があります。現実に行行政の第一線で行われていることと裁判所に持ち込まれた時の予想される判断、霞ヶ関の官僚が考えること、自治体の第一線職員の考えることや地域住民の要求していること、全部がずれている感じで、これを単に国法中心、法律至上主義的な議論だけで律し切れることは到底無理であると思われました。もつと正面から自治体法学的発想が必要であるということを、日夜思い知らされるような時代であつたわけです。

自治体本来の責務と権限

ここでもう一つ有名な事件をお話ししておきます。浦安市のヨット係留杭強制撤去事件として知られる平成3年の事件です。これはどこでも河川や海を抱えた自治体に共通の悩みとなっているプレジャーボートの類の違法係留の問題です。河川や港湾の公共水面にボートやヨットを勝手に係留してあるという行為は、言わば道路上に大型トラック

を無断駐車してあるようなもので、もちろん違法な行為です。公の水面、水路はみんなのためのものであって、それを独占排他的に一人の人間が使うために、みんなが迷惑するというのはとんでもない違法行為ですから、どうしてもそこに置こうとしたら、許可を申請して使ってもいいという占用許可をもらわなければならないわけです。

さてこの浦安市の場合は、あるヨットクラブが、いろいろトラブルがあった末ですが、許可を得ずに鉄道のレールを係留杭として河川に一〇〇本以上も打ち込んで、ヨットやボートを係留していた。これは違法な行為ですから撤去を命ずる必要があるのですが、その権限を持っていたのは千葉県知事であって、地元自治体である浦安市自体はいかなる意味でも権限を持っていなかった。そこで県の方に早く撤去を命じてくれと連絡したがそんなにすぐにはできない、数日はかかるとの返答であった。そこで業を煮やした市が、たしかに河川法などの法律上の権限根拠はないが、地元の安全を守る責務があるということで、自ら強制撤去に踏み切ることにして、そのために市の公金を使って、請負業者をして撤去せしめたという事案です。

訴訟の形態としては住民訴訟であって、市の撤去の代金として業者に支払った行為が違法な公金の支出ではないかということが争われた事案です。複雑な事情は捨象して簡単に言いますと、地裁も高裁も裁判所としては、浦安市が法の根拠のないまま、市民の安全を考えて強制撤去に踏み切らざるを得なかったという事情に理解と同情は示すのですが、しかしやはり法律の根拠はないではないか、それなのにそういう行為をしたことは、やはり違法といわざるを得ない。違法なことをしたのだから、違法な公金支出と言わざるを得ないという結論になっています。オーソドックスに考えると、たしかにそうなるのですね。これに対して最高裁は、なるほど法律上の根拠はないから、強制撤去は違法である。しかし同時に、住民の安全を守ることともそもそも自治体の責務である以上、市のやった行為はまことにやむを得ない行為ではあった。したがって違法な行為ではあったが、住民訴訟上違法な公金支出と評価される

までもなく、お金を返さなければならぬという必要はない。つまり違法な行為ではあったが、公金の支出は違法とは言えないという結論になっています。

この事件も、単なる法解釈論上の技術的帰結という次元を超えて、そもそも自治体のもっている基本的な責務と権限ということについて、原理的なことを考えてみるきっかけになるような気がします。地域住民の安全や地域の生活環境、つまり地域の秩序を守るために、自治体はいかなる権限と責務を持っているのか。それは法律上の明文の根拠があつて初めて自治体の権限になるのか、それとも自治体はもともそういう権限を備えていると考えるべきか。

オーソドックスな法律論からすれば、初めに実定法律の根拠条文があつてこそその自治体権限ということになるでしょう。法律による行政というのはそういうことを教えてきたわけです。しかし、地方自治の本旨、つまり自治体がそもそも何のためにあるのかという存在意義にまで立ち戻って考えるならば、地域の公共的な環境管理、安全確保のための自治体の権能と責務というものは、もっと実定法以前の根拠を持っていると考えることもできるのではないか。河川法とか道路法とかの法律があるからこそ、初めて自治体は環境を管理できると考えるのではなく、自治体はそもそもそういうことを本来の責務とし、存在意義とする組織体なのだと発想してみたらどうか。もちろん法律が存在する限りは、自治体はその法律に従つて法定の管理権を行使すべきなのだが、仮に法律の規定が十分でない場合、あるいは緊急の秩序維持の必要がある事態の時には、法律以前の自治体の本来の責務と権能というものがそこに現われてくると解釈してもいいのではないか。こういうふうに考える法解釈というのは、オーソドックスな法解釈とは認められないのですが、従来の国家法を中心の法解釈とはおのずから異なる自治体法学的な発想と言えるのではないかと思います。

国立マンション判決と自治体法

自治体法学的な発想や視点をなるべく具体的にお話しした方が分かり易いかと思っていくつかの事例に触れており、また、時間がすでになくなってきてしまいました。

最新事例として国立市のマンション訴訟というものがあり、いろいろな意味で市民の関心を呼んでいますので、ちょっとだけ触れておきたいと思います。このケースもいくつもの訴訟が起きており、裁判所の判断にもいろいろなものがあった一概には言えないのですが、何と言っても一番社会的にインパクトの大きかったのは、民事訴訟の一審判決でした。国立のあの大学通りのきれいな並木のところに圧倒的なボリュームのあるマンションが建ってしまった。付近住民が苦勞して維持してきた景観が徹底的に破壊されたということで、付近住民が自らの景観権を根拠に、二〇メートルを超える部分の建物を取り壊せと要求し、それが認められたという画期的な事件であります。

実は訴訟というものはどうしても、一定の時間がかかりますから、差止めが認められない限り、訴訟で争っているうちにマンションはできあがってしまう。もう建ちあがってしまった建物について、いまさら取り壊せという右判決はさすがにないだろうとみんなが思っていたのですが、第一審の裁判官は、この建物が建築基準法はクリアして適法に建ったとしても、この地域には長年にわたって並木の高さ以上には建てないというルール、お互いに景観を守るというルールが存在してきた。客観的に事実上存在してきた。それをみんなが守っていたからお互いに土地所有の財産権的価値も高まってきた。それを突如誰かが俺は言うことをきかないよ、ルールを守らないよとやったら、とたんにみんなが損をしてしまう。それは困ると訴訟することはできるし、そういう財産権の延長線上にある景観利益は尊重されるべきであると認めたわけです。そしてこの建築が、そういう意味での地域のルール違反である以上、すでに建ちあがっているかどうかは問題ではなく、二〇メートル以上の部分は取り壊せという大胆な画期的な結論が示され

たわけです。これに対しては、大歓迎する意見もありましたし、ちょっと非常識ではないかという意見もありました。

これに対して控訴審である高裁は、昨春秋に地裁判決を真っ向から批判する判決を出しました。高裁によれば、景観利益とはそんなものではないということになります。つまり、およそ私法的な利益としての景観利益などは考えることができない。そんなことを考えていたら法秩序はめちゃくちゃになってしまう。景観に関するルールはもつと公法的に、つまり行政を通じてこの地域は景観地区であるという取り決めを行い、何メートル以下しか建てられないという計画や公法的なルールを作って、それを守るということならできるだろう。それしかないのにそれをしないで、事実上の客観的なルールがあるのだからということを根拠に、それに基づいて他人の正当な建築権の行使をストップさせ、すでに建ってしまった建物を取り壊すなんてとんでもない話だと真っ向から逆転させた判決がたわけです。

これなどはいろいろな意味で面白いのです。そして高裁判決を批判する意見も多いのですが、私はやはり、景観利益のような地域の公共的な利益というものは、住民のAさんBさんの個人的な私法的な利益とは区別されるであろう。みんなの利益・公共の利益を、ストレートに民事訴訟で決着を付けようということには、もともと無理があるのだと思います。本件の場合には自治体の対応のまずさもあったので、裁判所に持ち込まざるを得なかったのでしょうが、結局のところは、地域住民に共通する景観という公共的な利益を保全しようとすれば、公法的なルールによってそれを確保するしかないだろうと思います。そのところを、お隣のマンションによって自分の家の日照が阻害されるからというような相隣関係的な民事的な思考で、事後的に司法的な解決をつけようとすることに、非常に難しさを感じます。つまりAさんとBさんの個人同士の争いに決着をつけることならば、公平なアンパイアとしての裁判官に委ねてもいいのですが、環境利益、景観利益をどれだけ優先するか、それとも地域の開発をどれだけ優先するかというような問題については、民事法のないし司法的な判断枠組みや手続枠組みとはおのずから異なる枠組みがあつてしか

るべきなのではないか。この辺が自治体法の本来あるべき姿、活用されるべきフィールドとして存在しているのではないかとこのことを痛感する次第です。最後にはなはだ抽象的な言い方になってしまいましたが、ご勘弁ください。

おわりに

もうお話ししている時間がなくなってしまうましたが、レジュメの残りの部分を眺めていただければと思います。何をお話するつもりであったかということだけ申し上げますが、一つは「地方自治の本旨とは何であろうか」という話です。これについては、すでに多くのことが言われてきました。地方自治の本旨とは、住民自治と団体自治とからなるとか、どんな教科書にも書いてあるのですが、あのように決まりきった文言だけで満足するのではなく、それは具体的にどのようなことなのか。これまでのところは、地方自治の本旨とは、国家権力が地方自治の本質的部分を侵害しようとする場合に機能するはずの本質的に防御的な法理として理解されてきましたが、それだけではなく、地方自治の中身を時代の変化に対応して、より充実させていくという憲法的要請を含んだ、もっと実質的、積極的な法理として構成していくという視点が必要だろうということを申し上げたかったです。

最後の3のところは少し視点が違いますが、我が国の行政システムが構造的な変化をせざるを得なくなっているということ。子供が減ってくる。老人が増える。税金は増えないでしょう。あらゆる意味で行政のリソースも不足してきます。これまでに作られた公共施設をメンテナンスするだけでも大変なことです。つまり自治体そのものが、サステイナブルな存在であり得るかどうかという話です。

どうしても行政のしくみ自体が変化していかざるを得ない。そうすると公共性とは何ぞやということも考えていかざるを得ない。これはまったく一義的な答えのない問題でして、日夜まさに全国の自治体が苦慮しているところです。

こういういろいろな自治体の試行錯誤があり、なかには優れた試みもあり、なかには怪しげなものもありえましょう。そういうような全国自治体の生の情報が、この神奈川大学の地方自治センターに集められ、本当の意味での地方自治センターになれるならば、こんな素敵な話はないだろうと思われまます。

要するに、地方自治とは、単なる国家行政の応用問題ではもはやないわけです。それは、これまでの既存の公法学や政治学では十分説明し切れていない生きた素材、ダイナミックに変化し続けている素材であるわけで、しかもそこには世界史的な必然性があるのではないかと思われまます。時間配分を誤りまして、バランスの悪いお話しになってしまったことをおわび致しますが、自治体法学なるものへの期待はまことに大きいということが多少なりともお分かりいただけたら幸いです。

ご静聴ありがとうございました。

質疑応答

司会 まだ少し時間がございますので、会場の方からご質問を受けたいと思います。内容的にかなり高度ですので、質問も出し難いかと思いますが、せっかくの機会ですのぜひどうぞ。

質問者 現代的な意味での自治体と住民の関係、あるいは住民自治のあり方について、磯部先生のお考えを伺いたいのですが、これはお時間の関係で割愛された、レジュメ3に係る事項だと思ひます。お時間の許す限りこの部分の概要をお話いただきたいのですが。

磯部 ここで考えようとしていたことは、まず自治体に限らず国の行政も含めて、わが国の行政システムが到底これまで通りでは立ち行かないだろう。相当変わらなければならぬだろうということを申し上げるつもりでした。ま

ず行政の守備範囲の見直しがあります。これはいわゆる規制緩和で、行政が今まで口出しし過ぎていたから、もっと規制を緩和して自由にしよう。トラブルがあつたら後で裁判所で争えばいいではないか式の議論だけではありません。規制は緩和されればされるほどいいという単純なものではないだろうと思います。とりわけ自治体行政というのは必要な規制はあくまでしていかななくてはならないわけです。

しかし、それを従来のような行政直営型で、公務員が直接に公金を用いて、ヒトもモノもカネもすべて公のものを使つて、直営でやらなければならないかというとはいかなくなるだろう。行政のリソースが、ヒトの面でもモノの面でもカネの面でも不足してくるだろう。単純な規制行政も、単純な補助金行政も、あるいは施設を作つてサービスを提供するという類型の古典的な行政スタイルも、ある程度は存続するでしょうが、しかし多くの場面では。もつと市民の自律的な活動を前提に公益管理システムを構築していかなければなくなると思われます。行政は、ポイントを押さえて的確に公的資源を配分していくというようなタイプの行政システムを構築していかなければならないであろう。

最近の例で言えば、公の施設の指定管理者制度の導入などもありますし、あるいは郵政民営化などのいろいろな試みがそれに繋がるといえば繋がるでしょう。いろいろな評価が可能でしょうが、古典的に、公共性の高いしくみを行政システムとして断固堅持すべきだと言っているだけでは済まない時代になってくるはずで、だからといってやたらに民営化すればいいというものではないでしょうが、そこをうまくバランスを取つて行かなければいけないというお話しをしたかったのが、この前半です。

さらに行政と住民の関係の変化。これはすでに大々的に開始されていることです。一昔前の行政法の教科書には、住民は行政客体と表現してあつて、つまり行政の受け手、サービスの受け手であり、規制の対象であると位置づけら

れていた。行政にとって住民国民というのは客体であるという位置付けは、もはや決定的に過去のものになってしまっている。今や行政の意思決定にいかに関与的に参加するか。参加という言葉自体もすでに古くさいと言われている。行政が決定主体であって、それに部分的に住民の意見を反映するという程度の「参加」ではなくて、住民提案型の政策形成であるべきであるということになる。まさに景観法もそうですし、自然再生法、都市計画法も何がこの町にとってふさわしい土地利用計画か、あるべき都市計画かということを、行政が一方的に決めるわけにはいかない時代になってきている。住民の中から提案をして行く。そういう時代になってくる。

あるいは行政と住民が対等の立場でパートナーシップを確立するという「協働」という概念も、時代のキーワードになりつつあります。それだけに中身がよく分からないというところもありますが。いずれにせよ、今まで行政がやるのが当然と考えられてきた範囲が量的にも質的にも減って行く。住民が単なる参加を超えて、より本格的な主人公になっていくという行政システムになって行かざるを得ないそのあとには公正性、透明性の問題、監視とか評価の話はそこに書いてある通りです。そういうものを住民自治の現代的発展、今日的発展という位置付けを与えてきちんと評価をしたいし、すべきであろうと思うのです。住民自治を単なる公職選挙や直接請求制度の問題や、住民投票制度の問題に終わらせるべきではない。それも重要なポイントでしょうが、より日常的な行政への参画のレベルで、住民自治をきちんと位置付けるといふ課題があるのではないのでしょうか。

司会 ありがとうございます。他にいらっしゃいませんか。

質問者 今日はありがとうございました。私は新司法試験で環境法を選択することにしたのですが、環境法は勉強していて今までの六法とは全然違って面白いなと思っています。今日は先生のレジメの4の(2)の自治体の中で行政の主体というのは総合的、地域個性的、アナログ的。先生が冒頭におっしゃったように近代との文化的適応と

というのはそういう思考の現われだと思うのですが、これが非常に環境法を勉強するのに役に立つような印象を受けました。

もう一つ環境法を勉強する中で近代との関係で最近困っていることがあり、環境法によく人間中心主義からの脱却というのが出てくるのですが、本当にそれでいいのという気がします。でも、それを脱却しないと人間中心主義のみからの脱却ということかと思いますが、アナログ的な思考でも答えが出てこない気がしてジレンマに陥っているので、何かいい助言を頂けたら有り難いのですが。

磯部 ありがとうございます。環境法という切り口を通じて、そういう風に私の理論を受け取っていただけるなんて嬉しいかぎりです。

最初に方に言われた「自治体ならではの行政スタイル」という表現については、私はもうすでにいろいろなところに書いておりますので、今日は説明を省いてしまいました。ただしこの言い方は、たしかに少し図式的に過ぎるので。国の行政の特質と自治体の行政の特質を、わかりやすくするために図式的に対比し過ぎている面はあります。

しかし、まず国の行政がどうしても縦割りのにならないのに対して、自治体の行政は本質的に総合的にならざるを得ないことについては先ほどお話ししました。さらに国の行政は全国画一的にならざるを得ないということがあります。全国画一の基準を作ることができるから省庁の存在意義があるとも言えるくらいなわけで、特に機関委任事務の時代はそうであった。それに対して、分権化の時代においては、地域の個性をもっと行政に反映すべきだということになってきた。もともと日本の分権改革は、分権を画一的に押しつけるという逆説的な面があり、それとは別に「経済特区」などという国の例外ルールで地域の個性化を促すなどという側面もあって、この地域の多様性という要素は、いまきわめてわかりにくくなってきているという面もあるのです。

さらに一方的、命令的な国の行政スタイルに対して、自治体行政スタイルとは、行政指導や、協定手法など、とにかく何かやって行こうと思ったら、相手方に働きかけて、なるべくその合意を得て、一〇〇%とは言いませんが、なるべくそういう合意を前提にしながら仕事を進めて行かざるを得ない。それが住民とじかに対峙しなければならない自治体行政ならではのスタイルであろう。したがって、国の行政は黒白をはっきりつけるデジタル式の行政でいいかもしれないけれど、自治体行政は逆にアナログ的にならざるをえない。というのは、一見古くさく思えるかもしれませんが、地域の現場では、事業者も住民も行政もお互いの顔が見えるわけですから、お互いに少しずつ譲りながら妥協し合いながら、その地域における最も妥当な選択をして行くことにせざるを得ない。環境保全が優先なのか地域振興が大事なのか、福祉が大事なのか教育が大事なのか、もちろんぜんぶ大事なわけです。一定の限られたリソースをいかに配分して行くかという話であって、A市がこれがベストと言って選択した解決が、そのまま全国津々浦々すべての地域に通用するベストな解決だという保障は全然ないわけです。結局A市ではこういう選択をした。B町ではこういう選択をしたとならざるを得ないであろう。そういうアナログの解決でいいのだというのが一つの割りりの話です。

さて以上のような話は環境法的な発想にはどうしても必要なわけです。環境法というものは、必然的に総合法にならざるを得ないし、また地域個性優先の考えに行かざるを得ないし、一方的に規制するだけでできるものでもありません。早い話が地球温暖化防止を実現しようと言ったら、行政だけでやれるはずがなく、まさに一人ひとりの市民の努力をどうやってシステムに組み込むかという課題になって行くわけです。というわけで、私の申し上げることと環境法の発想はきわめて近いはずで、ご指摘を受けて私も意を強くした次第です。

次に、後半で言われた環境問題を考える上での人間中心主義の問題ですが、生態系にとって好ましいこと、地球環

環境問題とは何かを突き詰めて考えていくと、人間にとって望ましいことと環境それ自体にとって望ましいことが常に合致するという保障はないことがわかってくる。環境法の保護法益というか究極の目的は何かという問題ですね。環境法における究極の主体は地球そのものではないかとか、少なくとも一度はそういう発想に立って考えてみる必要がある。論理的には、地球全体の環境の保全のためには、どうも人類は滅びた方がいいのかもしれないというようなことになるかもしれないのです。

そのように環境に関する哲学のレベルでは、そのことを真面目に議論すべきだろうと私も思っているのですが、法律学の次元でいきなりそこへ行くと話が混乱しそうではあります。そう意味でそこに段階があつて当然なのだろうと思います。

ちょうどレジュメの4のところに「二十一世紀型社会における人間の尊厳と地域自治原理」と書きました。やはり人間社会はそんなに一足飛びに進歩できるはずもないので、人間の尊厳というものの考え方の歴史的变化ということを軸に考えていった方が確実だろうと思うからです。すなわち、人間が人間らしくあるためには、何が根本的な価値を持つのかということが、歴史の進展とともに変わってきている。まず一九世紀社会においては、自由こそすべてと考えられた。それ以前の不自由な時代に比べて自由であることが人権の基本中の基本であるとされた。そして20世紀社会においては、自由でありさえすれば人間は人間らしくいられるかといえば、そうはいかないということ、つまり人間の尊厳を確保するためには社会権や生存権的な理念が不可欠であることが、二〇世紀を通じて主張されたことになります。

そしていま新たな世紀に入り、何も一〇〇年に一度はシステムが変わらなければいけないというものではないはずですが、やはり国家や人権の基本的原理が転換しようとしているのではないか。つまり二〇世紀的な発想で、無限の

経済成長を前提に、社会の産み出す富の絶対量を増やして、その配分方法を工夫していけば何とかなるという発想では立ちゆかなくなってきた。つまりは地球規模での環境的な限界です。エネルギーにしる食糧にしる、もはや大量生産、大量消費、大量廃棄の時代ではなくなってしまった。となると地球規模での有限な資源の中で、いかにしてお互い何とか生き延びて行くか、そしてその中でいかに人間の尊厳を確保して行くかということが基本にならざるを得ない。

そこで一挙に地球規模での世界政府を作って、断固たる環境保全行政をやればいいではないかという風にはおそろくならない。むしろ地球環境に対処するためには、地域規模で、いかに地道に環境的な配慮を積み重ねて行くかが最大ポイントということにならざるを得ない。政府に押し付けられるのではなく、むしろ地域自律的な営みとして、住民の自律的・自立的な選択として、いかに環境負荷の少ない社会システムを構築していくかという問題になってくる。そしてここが肝要なところですが、そういう地域自律的なシステムに参加して、自己決定・自己実現していくということが人間の尊厳の最も基本的な価値に直結する。そういう新しい時代に入ってきているのではないかと考える次第です。もちろんこの辺のことは、法理論的にまだまだ定式化できていないのは事実です。自己決定権と環境権がどうつながるのか。人間の尊厳という価値と、より客観的に捉えられるはずの環境的価値の間には一種の矛盾があるのではないかなどです。

ですからこれは今の段階では全然お答えになっていなくて、ご指摘の問題は非常に究極の問題という気がしますが、一気にそれへの答えを見出すことはちょっと難しそうなので、とりあえずはこれまでのシステムをいかにそっちの方向に向けて改善するかが当面の法律学の課題なのではないのかと考えているとお答えしておきます。

司会 せっかくの機会なので、どうしても伺っておきたいということがあれば、もうお一方くらいどうぞ。

質問者 先ほど講演1の方で、真鶴町と湯河原町の合併の投票のお話を聞きまして、二八票差でその合併が頓挫したという話をお聞きしました。このレジュメで3番目の2の「公共性判断の確保のしくみ」といことで「住民投票の可能性と限界」という項目を挙げていらっしゃいます。この点については住民の民意を反映させることが本当に自治体にとって有益なことなのか。そういう疑問が先ほどの話を聞いて思ったので、可能性と限界についてお話を伺いたいと思います。

磯部 私自身は先ほどの講演を聞けなかったので、今のご質問については、もっと一般論の形で答えせざるを得ないのですが、先ほどお話した通り、従来の行政システムにおいていったい何が公共の利益か、何が公共の福祉かを判断してきたしくみを今後そのまま維持することはできず、どうしても変えていかざるを得ないわけです。たとえばこの町にとって何がベストの都市計画なのか。ここの森林地域はそのまま置いておくことがベストなのか、ぶち抜いて高速道路を通すことがいいことなのか、そもそもどちらが本当にいいことなのかという公共性判断を、いったい誰が、どういう手続でしていくのかが問われることになります。

一つの典型的な例として圏央道をめぐる藤山判決として有名なものがあります。圏央道という高速道路の工事が進んでいるのですが、そもそも騒音など道路公害が出ることが十分予測できるのとしたら、それはちっとも公共的な事業ではないと言って、大胆にもひっくり返してしまいました。あの判決に関してはいろいろな批判が可能です。よくぞやったと大歓迎するものもあれば、いまさらそんなこと言われても非常識だというものもありました。しかし誰もが感ずるであろうことは、こういう公共性判断を裁判所の段階でやるのはちよつと遅すぎるのではないかということだと思います。もっと早めの段階、計画のやり直しが効く段階で、住民の意見をきちんと聞き、専門家の意見もきちんと聞き、環境アセスメントも早めにやり、そういう早い段階の手続の中で何とか決着していくべきなのではないか。みんなそ

いうことを考えますし、その通りだろうと思います。なるべく早い段階で、裁判よりも前の方で決着を付けて行く。そしてそこでいったん決まったら、一〇〇人の内九九人がこれでいいだろうと言って決まったものを、残りの一人が裁判所に訴えたがために、政治的責任をとれるわけでもない裁判官がその合意を全部ひっくり返せるというしくみが合理的とは考えにくい。やはり九九人が合意できるようなしくみ作って行くことが大事だろうと思います。

以上のような事前手続充実論が、法的思考としてはいちばんまっとうなのかと思うのですが、他方で住民投票至上主義みたいな議論というのがあって、何でも最後は投票で決めるのが、結局はいちばん民主的なのではないかという議論は常にあり得ます。吉野川の河口堰の事件とか、巻町の原発のケースとか、さまざまの試行錯誤が行われています。現地のそれぞれに特別な事情を知りもしないで、これらに関して意見を言うのにはなかなか難しいところがあり、各論的な評論は避けたいと思いますが、一般論としては、直接民主主義でみんなが一票を平等に行使して多数決で決めるのだから、これほどフェアなやり方はないだろうという考え方があることはたしかです。

しかし歴史的に見ると、経験則としては、結局のところかなり独裁的な支配者がレフェランダムという方式を好むことはたしかですね。かつてのナポレオン三世やドゴールのように、議会という場における間接民主主義的な討議を嫌って、それを飛び越して直接大衆に訴え、大衆的な協賛を得たことを大義名分にしてさらに独裁権のパワーアップを図るというやり方です。これまでそういう政治的な使われ方をしてきたという経験的な事実を無視はしない方がいいだろうと思います。また投票にかける事柄として、イエスかノーか、黒か白かを簡単には決めかねる問題がいくつもありますよね。たとえば環境に関わる問題などについて、こういう条件の場合はこうなるだろうし、別の条件ならば結論が異なってくるというような複雑な問題を考えなければならぬ時に、マルカバツかという問いかけしかできないというのは無理があるわけです。

ですから住民投票というものは、政治的にも技術的にもいろいろな限界はある。よく切れる包丁なのでしようが、使い方を誤ると怪我をするという怖さがあるということを重ね理解しておく必要があるのではないかと思います。たとえば、市町村合併をするかどうかという決定などは、これまでも住民投票で決められてきた実績がありますし、まさに住民投票にふさわしいマターだという考え方があろうと思います。オリンピック招致に名乗りをあげるかどうかという問題なども、いつまでも議論していても始まらないから、最後は投票だというケースなどもあるのかも知れません。しかし、もつと複雑な議論を公正透明な討議をした上で、専門家の意見を聞いたりして、初めて決めて行くべきものもあるのではないか。この辺については、どういう事柄が住民投票に向くというポジティブリストを作って法制度化すべきだという議論もあるし、どういうことに關しては住民投票は向かないというネガティブリストを作って行くべきだという考えもある。さらにそもそもそういうものを法律で決めるべきなのか。自治体の見識に任せたりいいのではないかという考え方もあるし、そうはいっても自治体だってあまり信用できないぞという意見もあるという具合で、いろいろ堂々めぐりの議論になるわけです。

という具合に住民投票はなかなか制度化は難しい問題です。少なくとも、あまり単純に何でも住民投票は正しいという式の議論に対しては、ちよつと慎重に考えてみた方がいいのではないかと思います。では住民投票の代わりに何がいいのかといわれるとすれば、やはり行政手続法の整備という課題があると思います。もちろん行政処分手続はすでに整備されたのですが、公共事業や都市計画などの計画策定手続などはまだ整備されていません。公聴会のしくみとか、有識者・賢者の意見をいかに正当に組み入れるかというしくみ、あるいは第三者的な行政委員会がそれらの手続を主宰していくような適正手続のしくみを、国法によらずとも地方自治的に構築して行く可能性など、まだ制度設計上工夫できる余地はいくらでもあるのではないかと思います。

したがって住民投票という選択肢を捨てるわけではないのですが、あまりオールマイティーのように考えて、何にでも利く特効薬のようにには思うべきではないように思います。つまり過剰な期待も過剰な警戒も問題があるように思います。住民投票も一つの選択肢としてキープしながら、他のしくみについても地方自治的に展開して行く余地があるのではないかと思います。

司会 ありがとうございます。まだまだお伺いしたいところですが、定刻を過ぎておりますので、このあたりで終わらせていただきたいと思います。

難しいテーマにつきまして大変盛りだくさんな内容のご講演をいただきまして本当にありがとうございました。