

# 日本社会の公的病理と行政法学の課題

比山節男

- 一 はじめに
- 二 日本社会が抱える公的病理
- 三 公的病理と行政法の通説判例との関わり
- 四 行政法学が取り組むべき課題と解決方向
- 五 むすびに代えて

## 一 はじめに

本稿は、二一世紀というこれからの社会に相応しい行政法のあり方を探りあてたいという筆者の作業の一環を構成するものである。<sup>1)</sup>今日、日本の社会と法制度は善きにつけ悪しきにつけ、少しずつ、時には大きく変わろうとしている。行政法のあるべき姿を考察するとき、この変化する社会の現実とその意味するものを常に睨みながら検討しなければならぬと筆者は考えており、そのことを強く意識して本稿の考察を進める。初めに、日本社会が抱える公的病理を明らかにするとともに、その公的病理を行政法学が重視する原則や価値に照らして表現する。次に、その公的病理を行政法学が重視する原則や価値に照らして表現するとすればどのようなようになるか、それを明らかにし、併せて、行

政法の通説と判例がそうした公的病理の存在を看過・容認し、ときには培養すらしてきたことを指摘する。そのうえで、日本社会が抱える公的病理を克服するために、行政法学が取り組むべき五つの課題とその解決の方向を提案する。ところで、以上の検討を行うときには、まず、「行政とはなにか」であるとか、「行政法をどのように定義するか」といった問いを避けて通ることはできないように思われる。しかし、これらの問いは一見入門的な問いであるが、同時に根本的な問いであって、初めにその意義を演繹的に大上段から明らかにしようとする、抽象的すぎる理論的対立に巻き込まれ立ち往生してしまうおそれがある。そこで、本稿においては、まず日本社会が抱える公的病理を明らかにした後には行政法学が取り組むべき課題を検討し、そこから自ずと得ることができるであろう示唆を受けたいうえで、上述の問いに対する解答や行政法学が進むべき方向を帰納的に導き出したいと考える。したがって、今の段階では、「行政権は内閣に属する」（日本国憲法六五条）と定められているところにしたがい、内閣が担当している職務が行政であるといった程度の認識、そして、行政法とは、内閣による行政活動を法的にコントロールして国民のための行政を実現しようとする学問、といった程度の認識で以上の検討をスタートすることにする。

## 一 日本社会が抱える公的病理

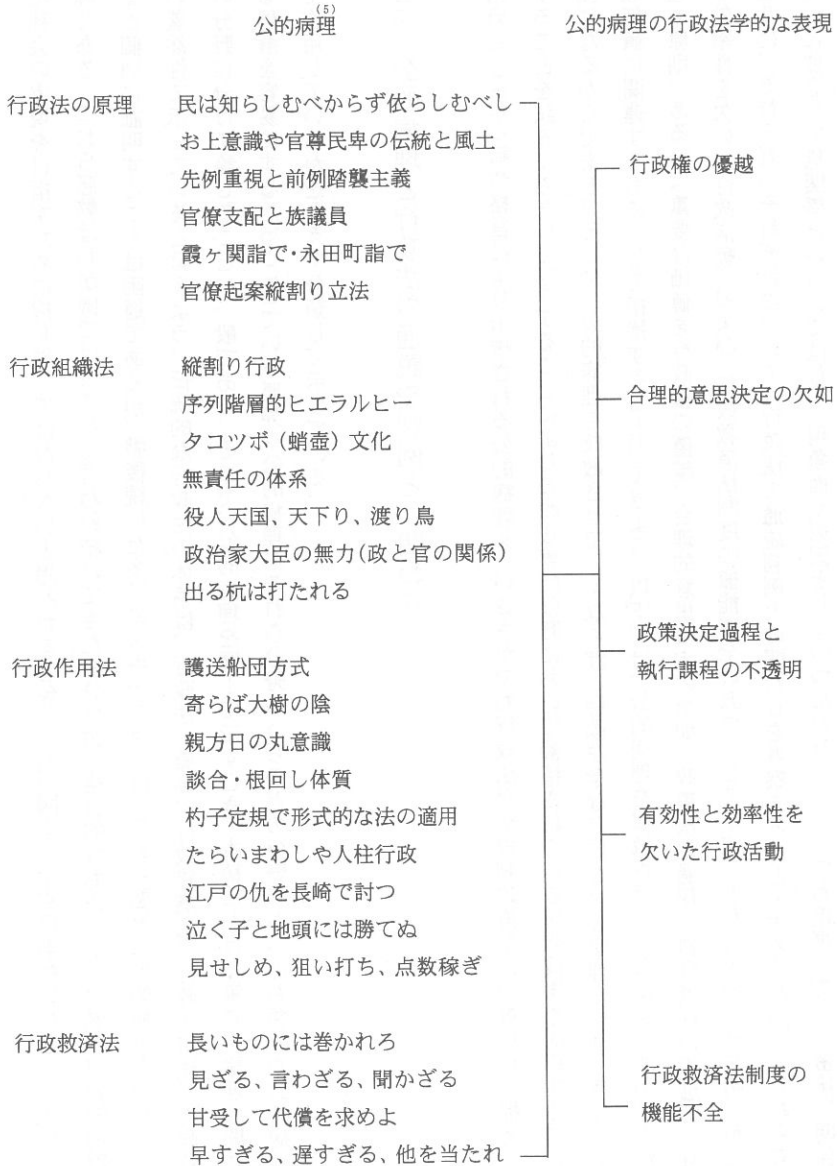
わが国が目指す二一世紀の日本社会像としては、「国際的に開かれた、世界から魅力あると思われる、小さな政府、個性的、自立、自由、多様な価値観が共存できる」「自由闊達で活力溢れる」光り輝く国であるとか、「個人の尊重を基礎に独創性と活力に充ち、国際社会の発展に寄与する、開かれた社会」、あるいは「世界中の人々があこがれる『好感度第一位の国家』」などといった提案がされている。是非ともそうした社会を創りあげていきたいと思うが、そ

した社会の実現を目指すために持ち越してはならないと思われる悪弊こそが、図1で示す日本社会が抱えてきた公的病理である。<sup>③</sup> これら悪弊はわが国では古くから言われ続けてきた多分に諺・格言的なものであり、悪弊が公的病理であると個別に証明することは困難であるが、戦後続いた多くのスキャンダルは、これら悪弊と公的病理のつながりを高い蓋然性で示していると言えよう。伝統的な行政法の体系は、行政法の原理、行政組織法、行政作用法、行政救済法の分野に分けて論じることが一般である。そこで、公的病理を図1で示すとき、本稿における筆者の論理展開に対する理解を容易にするため、ここでいう悪弊や公的病理がそれら分野のうちどの分野でもつとも悪弊や公的病理として作用しているかをあえて分類して示している。<sup>④</sup>

### 三 公的病理と行政法の通説や判例との関わり

初めに、これら諺や格言により示唆される公的病理を、いささかでも行政法学や規制政策などの視点から捉えて表現することを試みてみたい。そうすることによりこれら専門分野において蓄積されている研究成果を活用することが可能になるからである。<sup>⑤</sup> そこで、公的病理を収斂させていくならば、行政法学などにおける原理や原則、あるいは重要な価値に関連するものとして指摘することができよう。以下では、公的病理を収斂させることにより浮かび上がる原理や原則、あるいは重要な価値を行政権の優越、合理的意思決定の欠如、政策決定過程と執行過程の不透明、有効性と効率性を欠いた行政活動、および、行政救済法制度の機能不全の五つとして示すことができることを明らかにすると共に、それら五つそれぞれについて、行政法の通説判例との関わりを考察することとする（ただし、これら五つは互いに独立して無関係というのではなく、現象面や原因としてのつながりという点でも重複するなど密接に関係し

(図1) 現代行政が抱える病理とその行政法学的表現



ている)。

(1) 行政権の優越的地位

公的病理の多くが行政権の優越を前提とし、その構成要素になっているようである。民は知らしむべからず、依らしむべし。お上意識や官尊民卑の伝統と風土、役人天国、天下り、渡り鳥、政治家大臣の無力(政と官の関係)、護送船団方式、奇らば大樹の陰、江戸の仇を長崎で討つ、泣く子と地頭には勝てぬ、見せしめ、狙い打ち、点数稼ぎ、長いものには巻かれろ、見ざる・言わざる・聞かざる、甘受して代償を求めよ、早すぎる、遅すぎる、他を当たれ、などがこれに該当しようか。

最近でこそ、新公共理論の影響で「行政サービスに対する顧客の満足」といったことが注目されるようになっていくが、そうした姿勢や考え方は、わが国の社会一般、そして行政実務の世界において、それまでほとんど顧慮されることはなかったというのが事実であろう。言われ出した初めの頃は、聞き慣れない若干奇異な考え方として受け止められていたように思われる。つまり、明治以来、官尊民卑の伝統が強いわが国社会において、きわめて斬新な考え方としてニュースになるほどであった。裏返せば、「お役所仕事」に象徴される権威的、形式的、恣意的であることが行政のごく普通の仕事ぶりであった。

この仕事ぶりに加えて、高級官僚が享受してきた高額退職金、天下り、そして渡り鳥といった特権的な旨味があった。そのことを誰もが知っていたからこそ、わが子が東京大学法学部に入学し国家公務員上級職(いわゆるキャリア職)の出世コースを歩むことを多くの親が喜んできたのである。それは公僕として社会と公益に尽くす路ではなく、国家と社会を論じ公益に尽くす建て前のもとと私利私益を追求するコースであった。

さらに、行政実務の現場が上記のようなものであるだけでなく、行政システムのありようについて具体的事件を通して「法の支配」を実現すべき憲法上の権限と職責を有する司法もこれを適切にコントロールできていなかった。二一世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかに「することなどを目的として、内閣のもとに設置された司法制度審議会は、二一世紀の日本を支える司法制度」と題する最終意見書のなかで次のように述べている(傍線筆者)。

裁判所は、統治構造の中で三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡システムの中で行政作用をチェックすることにより、国民の権利・自由の保障を実現するという重要な役割を有している。

しかしながら、当審議会の議論の中で、現行の行政訴訟制度に関しては、次のような指摘があった。すなわち、(i) 現行の行政訴訟制度に内在している問題点として、行政庁に対する信頼と司法権の限界性の認識を基礎とした行政庁の優越的地位(政策的判断への司法の不介入、行政庁の第一次判断権の尊重、取消訴訟中心主義等)が認められており、その帰結として、抗告訴訟が制度本来の機能を十分に果たしていない、(ii) 現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争(行政計画の取消訴訟等)が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要である、(iii) 行政事件の専門性に対応した裁判所の体制に関する問題点もある。

二一世紀の我が国社会においては司法の果たすべき役割が一層重要となることを踏まえると、司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である。

さほど、大いに反省し抜本的な対策を余儀なくされるまでに、行政権の優越はわが国の統治機構と社会システムの端々まで浸透し尽くしているのである。

(2) 合理的意思決定の欠如

民は知らしむべからず、依らしむべし。お上意識や官尊民卑の伝統と風土、先例重視と前例踏襲主義、官僚起案縦割り立法、無責任の体系、出る杭は打たれる、護送船団方式、親方日の丸意識、談合・根回し体質、杓子定規で形式的な法の適用、たらいまわしや人柱行政、などがこれに該当しよう。

わが国は戦後、驚異的な復興と発展を成し遂げたが、他面、行政の意思決定プロセスが不透明であったこともあり、結果としてなされる意思決定は絶えず公正さや合理性を欠いているとの批判を受けてきたように思われる。そして、この合理性を欠いていることを許容する行政法の理論として行政裁量に関する通説や判例の立場があつた。通説や判例は、裁量処分取消しに関する行訴法三〇条が「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と定めていることを素朴に反対解釈し、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用がなければ、裁判所はその処分を取り消すことができな<sup>8)</sup>い。」と理解しているからである。

「裁量」とは一定の幅ないし枠の中で行為や判断を選択する自由が認められることであり、日常生活の中でも普通に使用される言葉であつて、行政機関に認められる裁量として行政裁量という概念が存在すること自体、不思議なことでも批判されることでもない。しかし、裁判所、とくに最高裁が行政裁量を不当なまでに重んじるので、行政は最高裁まで争えば行政の意思決定を擁護してもらえると考え違いをし、そして、そのことが悪い意味で行政の意思決定過程にフィードバックされて、結果、不合理な意思決定プロセスがいつまでも温存されることになってしまったように思われる。かくして、病理的現象ないし構造腐敗を行政裁量と結びつけて理解する見方はかなり一般的になつてい

た。<sup>9)</sup>

行政の意思決定が不合理であることを容認してきたことについては最高裁判例に第一次の責任があると考え、さらにその背後には伝統的行政法学説の後進性が存在していたように思われる。すなわち、わが国における行政法の代表的教科書のほとんどは、法律による行政の原理の例外として裁量論を取り上げる。ここでは、行政行為を羈束行為と裁量行為に区別するとともに、司法審査の可否との関係で、裁量行為を法規裁量（＝羈束裁量）と便宜裁量（＝自由裁量）とに区別してきた。<sup>10)</sup>ところが、行政事件訴訟法（昭和三十七年成立施行）が改正されて裁量処分<sup>11)</sup>の取消しに關する三〇条が規定され、判例が明確に裁量権の濫用<sup>12)</sup>の法理を採用したことを受けて、伝統的学説もようやく裁量行為の法的統制を肯定するようになった経緯がある。すなわち、自由裁量行為について司法審査の対象性を否定していた従来の見解を改めて裁量統制論の立場を取り入れ、自由裁量と法規裁量（＝羈束裁量）との区別は相対化されるようになったと解説するようになったのである。

### (3) 政策決定過程と執行過程の不透明

民は知らしむべからず、依らしむべし。お上意識や官尊民卑の伝統と風土、タコツボ（蝟壺）文化、無責任の体系、護送船団方式、談合・根回し体質、寄らば大樹の陰、江戸の仇を長崎で討つ、泣く子と地頭には勝てぬ、見せしめ、狙い打ち、点数稼ぎ、見ざる・言わざる・聞かざる、甘受して代償を求めよ、早すぎる〇遅すぎる〇他を当たれ、などがこれに該当しようか。

一般的には、政・官・業（族議員・官僚・業界）の癒着であるとか、トライアングル密室支配などと批判的に言われていることが醸し出す現象である。授益的なものを含む規制に關わる情報を行政官僚がほとんど独占し、問題点を



踏まえたオープンな議論がなされないまま規制制度が創設され、制度がスタートした後も規制実施に関する情報が明らかにされないため、規制制度の真の狙いや執行過程の全体は不透明である。すなわち、授益的処分であれば許認可や補助金交付などの授益の基準、逆に、授益を取消したり停止する基準、それらの具体的運用方針、実際の適用などについて、予想される論点に即した適確な議論を経ない<sup>1)</sup>。そして、規制実施情報については、規制対象者のプライバシー保護などを理由にそれらが明らかにされることがなく、執行過程も不透明である。さらに、政策決定過程と執行過程が複雑で不透明であることは、非効率な職務遂行を招くだけでなく不正な公金使用の温床になっている。次の(4)で論じるテーマに関連してくるが、近年、社会的ニユースになつていゝるものをあげるだけでも、多くの県警の捜査費や報償費、自治体首長などの交際費、食糧費、出張費、外交官手当てなど、書き尽くせないほどである。また多くは、補助金(基金)、財政投融资、特別会計<sup>2)</sup>、特殊法人、出資法人、認可法人、公益法人その他の外郭団体などが関係するが、公益の実現を図るとか業務の効率的遂行というより、最初から不正な癒着や天下り先を確保しようとして不透明にしているのではないかと疑わされる巨大な仕組みにしているものが多い。結局、政策決定から執行過程に至る法システムの全貌が不透明ということである。

#### (4) 有効性と効率性を欠いた行政活動

公的病理の多くは採算無視の親方日の丸意識と関係する。先例重視と前例踏襲主義、役人天国、天下り。渡り鳥護送船団方式、親方日の丸、談合・根回し体質、甘受して代償を求めよなどがこれに該当しようか。

法制度創設にさいしてその真の狙いやそれが機能する全プロセスを明らかにして有効性・効率性の視点からの検討を加えないまま、法制度がスタートしているものが少なくない。このため、一般の国民だけでなく、予算と決算を審

議し承認する国会、さらには会計検査院などまでもが資金のフローを正確に把握しておらず、予算とその執行を伴う法制度が当初予定されていた初期の目標を適切に遂行できていないかどうか、費用対効果の面から正しく評価できない。また、特別会計、特殊法人、そして財政投融资の制度などのように、当初から資金のフローを正確に把握して非効率と無駄を監視することがきわめて困難な契機を抱えてスタートしているものもある。これらの財政的帳尻は最終的に国家財政に帰属することになっており、財政赤字の大きな要因となっている。

たしかに行政活動は公益の実現を目的としているのであり、営利を目的とするものではないということはその通りであるが、そのことが往々にして行政の現場では非効率を許容すると曲解され、効率性と実効性の確保は二の次、三の次になってしまふという実態がこれまでかなり一般的であつたように思われる。

加えて、伝統的行政法が構造的に抱えるもう一つ別の要因がある。すなわち、伝統的行政法は「法律による行政の原理」と縦割り行政を基本原則とすることにより、なにより自由主義的価値を重視しようとするものであつた。そして、その特徴の一つは、「行政行為」概念を中心とした「三段階構造モデル」（法律↓行政行為↓強制行為という三段階構造が、行政作用の骨格をなすという考え方<sup>13</sup>）にある。この三段階構造が予定しているのは、法律に基づき行政処分を発動し、行政上の義務違反に対しては強制行為を執行して義務違反をなくすことにより「法律による行政の原理」を貫徹することである。しかし、義務違反に対して強制行為を執行するとき、執行者の念頭にあるのはえてして授權条項のみという縦割り行政にともなう視野の狭さがあつた。すなわち、法制度を設定した授權法規全体の行政目標を達成するか、他の関係法規との調整を図つて総合的横断的な行政目標を達成するという観点は欠落することが多かったのである。<sup>14</sup> この結果、政策目的実現方法として費用対成果の悪い法制度が多く存続することになった。

(5) 行政救済法制度の機能不全

お上意識や官尊民卑の伝統と風土、先例重視と前例踏襲主義、官僚起案統制り立法、無責任の体系、長いものには巻かれる、見ざる、言わざる、聞かざる、甘受して代償を求めよ、早すぎる、遅すぎる、他を当たれ、などがこれに該当しよう。

二〇〇四年七月に行政事件訴訟法が改正されたが、この改正に至るまでには、行政救済法制度が機能不全に陥っていたというのは公知の事実であった。<sup>(15)</sup>すなわち、公共的利益に関して国民が司法に行政救済を求めても、司法は法廷がパブリック・フォーラムの場になったり行政と対立関係になることを回避する傾向が強かった。あるいは、国民の個人的な権利利益にかかわる場合であっても、行政権に対する介入・干渉を嫌って門前払いの却下判決を下し続けた。この結果、国民の間には、社会に現に存在する法解釈に関する問題であっても、司法は行政救済の扉を閉ざしているといった、司法に対する不信感や無力感・閉塞感が一般国民の間でかなり極限に近いところまで高まっていた。行政法の研究者や行政事件を取り扱う弁護士の間でも、司法はせいぜい大きな被害・損害が発生した後に賠償金を支払うよう命じてくれるだけであり、結局、法的正義が実現されておらず法の支配の理想にはほど遠いという実感が広く浸透していた。

四 行政法学が取り組むべき課題と解決方向

わが国における伝統的な行政法理論(田中二郎博士が確立され、二〇〇二年秋最高裁入りされた藤田宙靖判事が継

承されている通説的立場を指す)は、自由を最重要視する自由主義から出発し、法律による行政の原理と、それを担保するための行政救済法の原理を二本柱としてスタートした。<sup>(16)</sup> 民主主権と議会制民主主義のもとにおける近代的法治国家の行政に関する法制度としては、この二つの法原理で十分と思われていたようであるが、上述のような公的病理の存在が広く認識される状況に立ち至ってしまったのである。二本柱の二大原理自体が誤っているわけではないし、どこで間違ってしまったのか。改めるべきこと、不足していたもの、付け加えるべきものを見定めなければならぬ。以下では、公的病理と行政法の通説判例との関わりの検討を通して得られた行政法学が取り組むべき五つの課題について、その解決方向を探る。

#### (1) 行政権の優越的地位から公共性遍在論へ

公的病理としての「行政権(行政庁)の優越的地位」に関する二つの問題点のうち、(1)行政訴訟制度の見直し  
の必要性については(5)で後述するので、ここでは主に、わが国の社会一般と行政実務の世界における行政権の優越的地位をいかにして克服するかを検討する。

「行政権(行政庁)の優越的地位」<sup>(17)</sup>を構成するさまざまな公的病理の根底に共通してあるのは、結局、およそ世の中には人やモノを含めて、「公的なるもの」と「私的なるもの」とが次元を異にして存在し、しかも、「公的なるもの」は「私的なるもの」より優れており重要であるという前提に立っているように思われる。その結果、「公的なるもの」が「私的なるもの」に優先し、干渉・容喙することはできるが、その逆はあつてはならないという結論に立ってしまったのである。そして、この前提と結論を法律関係にも類推して適用し、およそ社会の物事には「公法を適用さるべき社会的事象」と「私法を適用さるべき社会的事象」とがあり、両者は次元と優先順位を異にして存在すると考え

てしまっているのである（支配服従関係と公益優先の承認）。ちなみに、「私人の公法行為」というのは、「私人は私法の世界の主人公ではあつても、公法の世界では所詮『脇役』に過ぎない。それを表現したものが『私人の公法行為』というものであつた」ということになる。<sup>(18)</sup> 言うまでもなく、こうした世界観を行政法学として表現しているのは、公法と私法を峻別する二元論（公法私法二元論）であり、伝統的行政法学はおよそ次のように考えてきた。

① 行政に関する実定法律は無数にあり、規律対象も規律の態様も様々であるが、全体として見た場合には、その背後において、何らかの共通な法原理、統一的な法原理に支配されている。

② この統一的な法原理は「行政法原理」とか「公法原理」とか呼ばれる。こうした私人間には通常見られない法関係を規律している行政に特殊固有の法（非行政に関する公法）が行政法である。

ただし、伝統的な田中二郎行政法理論を継承する第一人者と思われる藤田元教授においてさえも、裁判手続の決定基準の明確化と適用法規の明確化、という点について、公法私法二元論が実益を持つているかどうかを検討した後、「法解釈技術的に見る限り、今日、公法私法二元論を取つて取れないことはないにしても、その場合、一元論に対比しての独自の意味はあまりなく、従つて、どうしても二元論に固執しなければならぬ、という理由もまたない、というのが実態である、と言ふべきである。」とされている。また、「公権・公義務・公法上の不法行為法などの」「実体公法の体系は戦後半世紀を通じて形成されること」<sup>(19)</sup>もなかつたのである。

では、公法と私法の二元論と二元論の対立を議論する意味がなくなつてしまつたかという点、そうではない。なぜなら、すでに確認した「行政権（行政庁）の優越的地位」を構成するさまざまな公的病理は、今日も終焉することなく実効的な支配力を持つて生息しているからである。そこでどう考えたらいいのだろうか。翻つて考えてみると、伝統的な行政法理論は、行政権が国民の権利・利益を侵害し制約する場面を関心の中心として取り上げるとし、『法律

による行政の原理』を基本原理として採用することによって、「国民の代表である議会が制定した法律で行政権を拘束・制限し、そのことによつて、国民の権利・利益を保護する…を基本的な出発点としている。」と言つていたのであるが、実際の明白な結果は、「公法の特種性を強調することによつて行政権の優越性を過剰に認める傾向」があるということであつた。

今の時点で十分な検討を加えた判断を下すことはできないが、筆者は次のように考えている。α. 公法や行政権の特種性を理由に、官や公に有利な取扱を認めることは、原則として認められない。逆に、手続要件、透明性、説明責任、および評価などについて、厳しい取扱を求められることはある。<sup>(21)</sup> β. 従来、民（or私）の領域であるとして行政規制の対象とはされてこなかつたものについても、公金を使用していけば当然、公共性が認められる。また、公金を使用しておらず会計的な効率性が要求されることはなくとも、そこに何らかの公共性が存在すれば、その公共性の度合いに応じた行政規制が求められることはある。つまり、αの結論だけなら、公法私法二元論の立場から提案することができようが、βの結論は公法私法二元論の立場から導き出すことは、民（or私）の領域における私的自治の原則との関係で困難であろう。結局、私見は、基本的に公法私法二元論に与している。が、だからといつて公共領域の問題を一元論の立場から私人間の利害調整と同様に考えるのではなく、一元化されたすべての問題をそれが孕む公共性の度合いに応じて検討すべきと考えるわけである。自説をとりあえず公共性遍在論（偏在ではない、逆の意味になつてしまう）を基礎とする行政法と位置付けておくことにしたい。<sup>(22)</sup>

## （2）合理的意思決定の欠如から論理的合理性と戦略的合理性への転換

合理的とは、(1)論理にかなつてゐるさま。因習や迷信にとらわれないさま。「合理的な考え方」(2)目的に合つてい

て無駄のないさま。「合理的な作業手順」である（大辞林）。そして、合理的な意思決定の欠如とは、「道理や理屈にかなっていない」不合理な意思決定が行われているということである。

ところで、大辞林が(1)と(2)の二つに分けて合理的の語義を説明しているように、行政の意思決定についても、それが合理的であることを確保するための手続のあり方について、大きく次の二つの場合に分けて考えることが適切である。すなわち、行政の意思決定が国民の権利義務を左右するような場合における意思決定手続のあり方（前者）と、そうではなく、従来、立法裁量、政策裁量、あるいは計画裁量などとして取り扱われてきた立法、政策、あるいは計画などに関する意思決定手続のあり方（後者）に二分して考えることである。前者では(1)の「論理にかなっている」こと、後者では(2)の「目的に合っていて無駄のない」ことが重要である。

この点、米國行政法において今日、「資源配分のあり方など政策決定に関するもの」と「国民の権利義務を左右するもの」に二分して手続規制していることが参考になる。すなわち、立法的事実を認定して進められる規則制定手続（rulemaking）と権利義務関係を確定するための裁決手続（adjudication）である。権利義務関係を確定するための裁決手続においては、適正手続の精神に則り正式な裁判に準じて事実認定を厳正に行うことが要求される。したがって、その司法審査においては、要件事実認定の科学的経験の合理性とそれに対する適用法規への当てはめという論理的な合理性を審査することになる。一方、「資源配分のあり方など政策決定に関するもの」については、立法的事実を認定する規則制定手続として、民主的公正さや透明性にとくに留意しつつ、目的に照らした戦略的合理性を実現できるシステムの採用に最大の関心を注いでいる。

わが国における通説判例はこうした区分けをすることなく、すべて同じ行政裁量の問題として取り扱ってきた。しかし今後は従来論じられてきたような行政裁量論は国民の権利義務を左右するような場合にその有用性の範囲をとど

めるべきであり、しかも、要件事実の認定とそれに対する適用法規への当てはめにおける合理性を、より論理的なものになるよう改善しなければならない。他方、これまで立法裁量、政策裁量、あるいは計画裁量などとして論じられてきたものは、「資源配分のあり方など政策決定に関するもの」として、目的に照らして戦略的合理性を追求できるものでなければならぬということになる。

もちろん、法解釈をなすにあたり、戦略的な視野や展望などといった大仰なことを持ち出す必要がなく、目前の法言を論理的見地から合理的な解釈となるようにすれば足りる場合は少なくない。そうした場合には、事実の認定、判断基準が合理的なものであることの検証ないし確認、および、認定された事実に対する判断基準の適用が合理的であること、といった合理性（以下、法解釈における論理的合理性と呼ぶ。）を確認できればよいことになる。しかし、法解釈におけるこの合理性すら、これまで実現できていなかったのが実情であるから、これを確保するだけで考えつつ、もう一段別の戦略的合理性を実現できるシステムを工夫しなければならないことになる。課題は2段階にわたって存在するのである。<sup>(23)</sup>

これまでわが国の行政システムにおける意思決定については、この戦略的合理性が著しく欠けており、多くの場合、戦略的合理性とは無縁な先例踏襲や談合・根回しによる意思決定が展開されてきたといつて過言でないように思われる。そして、戦略的合理性の視点を欠いていたことが、行政の意思決定が合理性を欠くに至った大きな要因であったことに鑑みると、行政の意思決定が戦略的合理性を実現するように法制度を設計すべきということになる。

さて、戦略的に合理的な意思決定とは、次の①から⑦の要件を備えたものである。すなわち、意思決定にさいして、①使命（ミッション）を明確に自覚したうえで目標（ゴール）を設定する、②情報を収集して状況を把握して目標実現のための課題を正しく認識する、③課題を踏まえたうえで目標に向かってことを進めるときの原則を明らかにす



る、④目標と課題を明確に認識したうえで目的遂行に必要で適切と思われる施策を優先度を明示して列挙する、⑤個々の施策を実施するための事業を選択肢(代替案)を示して列挙するとともに、それぞれの選択肢について費用と便益の分析を、それら選択肢からもたらされる結果に関するリスク評価も含めて行う<sup>(25)</sup>。ただし、費用と便益の分析やリスク評価にさいしては、今日的な科学的知見を活用して行わなければならない。そして、⑥考えられる選択肢に優先順位を付けて最適選択肢(optimum)を判断する。最後に、⑦継続的活動の場合はもちろん、一回の実施だけで完了する場合であっても、実施状況を正確に把握したり定期的な見直し作業を行って、予測に見合った成果を挙げているか、修正すべき問題点はないかなどを適宜検証し、その結果を上記①～⑥にフィードバックして軌道修正することである。そうすると、戦略的合理性を実現するためには、個別行政法規のなかに上記①から⑦の要件を盛り込むべしということになる。それらは、環境マネジメントシステムに関連して最近言われるようになった、いわゆるPDCAのサイクル(Plan-Do-Check-Action、計画策定—実施—審査—見直し)を法的に表現したものかもしれない。従来の行政法学における裁量論は、戦略的合理性を実現する契機をその視野と体系のなかにほとんどもたず、狭い視野からの文言解釈に固執したり、あるいは前例踏襲的な解釈を続けることを許容したりといった状況であった。それが、行政改革の流れや地方分権の掛け声のなかで、効果的・効率的な行政や自治体独自の政策づくりが求められるようになって、ようやく戦略的合理性を追求する気運が高まり、それが政策法務として自覚的に展開されるようになったという経過がある。戦略的合理性を追求する政策法学の必要性と可能性について、私たち行政法研究者は研鑽を積まなければならない<sup>(26)</sup>。

(3) 政策決定過程と執行過程の不透明を「文書による行政」と電子政府で克服する

わが国でも、政府の透明性を図るために不可欠な情報公開法（「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（一九九九年成立、二〇〇一年施行）がようやく成立・施行されてから四年が経過する。ほとんどすべての先進国が保有し、米国に遅れること約三五年であつたから関係者の期待はすこぶる大きかつた。情報公開法は「行政機関の保有する情報の一層の公開を図るものであるが、同法が成立した頃から、国民への説明責任の徹底が実定法レベルでも言われるようになった。同法自身、行政情報の公開を図ることにより、「政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資することを目的とする」としている。

従来、政策決定過程が不透明との不満が強かつた最大の理由は、審議会情報など意思形成過程情報がほとんど不開示とされることが多かつたことによる。この点、情報公開法は内部検討情報について、「公にすることにより、率直な意見の交換若しくは意思決定の中立性が不当に損なわれるおそれ、不当に国民の間に混乱を生じさせるおそれ又は特定の者に不当に利益を与え若しくは不利益を及ぼすおそれがあるもの」を除き、開示請求者に対し、当該行政文書を開示しなければならない。（第五条本文および五号）と定めている。情報公開法成立前の多くの情報公開条例において、行政の意思形成過程情報一般を不開示とするものが多かつたことを踏まえると、「不当に」という限定を付けて不開示情報の範囲を狭めていることは評価できよう。ただし、かつて不開示の理由として多用された「公開による無用の誤解や混乱を避けるため」という善意面した独善主義と秘密主義は今も常に顔を覗かせており、これを喝破する市民意識の高さが求められることに変わりはない。

次に、規制政策の成果を国民が適確に評価するために必要な執行過程に関する具体的情報は、政策決定過程以上に不透明であるとの印象が強い。しかし最近、特定の分野に限定されたことではあるが、二つの前向きな変化例がある。<sup>27)</sup>

さらに、交際費情報などを含め執行過程に関する情報提供が増加している感もある。少しずつではあるが、従来からの護送船団型後見的行政スタイルを止め、自立して自己責任を負う国民を前提とする取組みが動き始めたと見ることができようか。情報を開示し問題意識を共有することにより、みんなが新しい政策手法を考える方向をさらに推進したい。ただし、最高裁判例レベルの動向とは対照的な動きであり、まったく予断を許さない状況にある。

ところで、情報公開法が施行された二〇〇一年度からの三年間で、開示請求を受けた国側が不開示としたのは五万八八件。このうち、プライバシーの保護など個人情報理由としたものが約八割を占めている。また、行政機関の非開示決定に対する不服申立てについて、行政機関は情報公開審査会に諮問しなければならぬが、それに一年以上もかかっているなど長期化するケースが全体（二〇七〇件）の約二割を占めている問題点が指摘されている（毎日新聞二〇〇四年一月二二日）。また、個人識別採用による不開示個人情報の範囲がきわめて大きいことに加え、部分開示の実施に関する行政機関の裁量権を最高裁が広範に認めていることもあって、開かれた行政を創るという法目的の実現はまったく樂觀を許さない状況である。

さらに、「積極的な情報提供 説明責任の徹底」とそれを支援し可能にする適切な文書管理体制の構築も今後の課題として残されたままになっている。文書管理体制の構築というテーマは一見地味であるが、文書化し、それをきちんと分類、保存するということが、意思決定にさいして責任ある検討が行われるようになるであろうし、後々いつでも行政の意思決定の是非を検証することも可能となる。かくして、これらは慎重な配慮を施した良質の意思決定を作り出す仕組みとして機能するであろうし、説明責任を徹底させて情報の共有を実現することにもつながるものである。この点、米国では、判例や大統領命令により、関係行政記録の保存と公開が徹底されて「文書による行政」と呼べるものが実現されている。また、公文書館による公文書管理体制が充実していることがつとに有名である。そして、一

九九三年政権に着いたクリントンとゴアの正副大統領が、インターネットを活用して情報を積極的に提供し、「電子政府」構想をスタートさせることにより、政府サービスの質を高めて政府活動に対する国民の理解と信頼を得ようとしたことが見習われるべきである。<sup>(29)</sup>

(4) 有効性と効率性を欠いた行政活動を政策評価の貫徹により克服する

法制度設計にさいしてその真の狙いや目標を予め明らかにしておき、原則、事後的に、法制度の設定と運営による成果を費用と比較して正しく評価しようというのが、「行政機関が行う政策の評価に関する法律」(二〇〇一年成立、翌年施行。以下、行政評価法という)である。同法は、「(行政機関が行う)政策の評価の客観的かつ厳格な実施を推進しその結果の政策への適切な反映を図るとともに、政策の評価に関する情報を公表し、もって効果的かつ効率的な行政の推進に資するとともに、政府の有するその諸活動について国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的とする。」(一条)。

これまで行政機関は、施策や事業ごとに予算を獲得し、組織に人員を配置してもらうことで満足し、実質や成果を顧慮しない傾向が強かったことは否めない事実であろう。行政評価法同法の成立により、「計画—実施—評価」(Plan-Do-See)というマネジメントサイクルの実施が明言されたことにより、「必要性、効率性又は有効性の観点」(二三条)から見た合理的意思決定の実践が進むことのある程度期待できるかもしれない。同法がその目的を達成して親方日の丸採算無視の行政活動が昔話になるよう、行政法研究者としてなんらかの貢献をしたいところであるが、現時点で気づくことを指摘する。

まず、情報公開法が非開示法化する危険を克服することが行政評価法における説明責務全うのためにも不可欠であ

る。また、同法は国民への説明責務を全うすることを目的としているのであるから、政策評価における「自己評価＋第三者評価＋公表＋活用」という一連の流れにおいて自己評価や第三者評価の結果として公表される情報は、説明責任徹底の名に値するよう、一般国民が内容を適確に把握し問題点があればそれを指摘できるよう、十分に整理されたものでなければならぬ。

また、わが国の行政システムが縦割り行政であることが政府全体としての非効率を招いた原因の一つであったことを踏まえると、省庁横断的な視点がとくに重要である。この点、総務省は同法が目的（一条）として掲げる「政策評価の客観的かつ厳格な実施」を担保する第三者評価の任を負っているが（二二条二項）、同時に、政府全体としての「統一性又は総合性を確保する」という重要な役割を果たすことも期待されている（二二条一項参照）。総務省（行政評価局）のこの職責の重要性に鑑みると、現在のように同格の省庁としての位置づけでは、自他双方の意識の問題として適確な職務遂行に困難を生じることが容易に想像される。米国では、GPRA（政府業績成果法）を主管しているOMB（行政管理予算庁）は、予算作成や法令解釈に関する強大な権限を有しており大統領府に置かれているが、行政評価局も省庁の上位に位置して政府としての政策を省庁横断的に統括できる内閣府に置くべきである。

#### （5）行政救済法制度の機能不全から救済の実効化と行政過程の日常的 legalization

国民生活の実感からあまりに遊離した司法のあり方は司法改革の必要性を余儀なくし、改革のための作業が進行中である。その一環として行政訴訟法制についても検討が加えられ<sup>30</sup>、今回（二〇〇四年七月）、同法が一部改正された。しかし、行政事件に関する訴訟類型は改正後においても必ずしも明確でなく、国民の側がその選択に迷い、裁判を受ける権利の実効的な保障という点で不利益を受けるおそれは依然消滅していないと思われる。また、行政立法・行政

計画の司法審査、行政裁量の法的統制、および、団体訴訟などの重要なテーマは改正法においても手付かずのまま積み残されている。行政事件訴訟法が抜本的に改正されたと評価されるためには、「国や公共団体による権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障できる制度」となることが必要である。<sup>(31)</sup> そのためには、行政訴訟制度の目的と役割について、発想を転換して捉え直さなければならぬ。具体的には、その目的と役割を、(1)国民の権利利益の救済と(2)行政の適法性の確保と捉え、「民事訴訟も自由に提起できるものとする」ことや「取消訴訟を是正訴訟に改める」などとすることである。<sup>(32)</sup>

ところで、行政事件訴訟法を抜本的に改正することは、「法の支配」の理念に照らしてみてもきわめて正当であり改善努力が続けられるべきである。しかし、それで満足していいかというところではあるまい。<sup>(33)</sup> それなりの立法改革が進行しつつあるかに見える今日の状況においては、さらに続けて、行政過程を日常的に「法化」する取組みが今後きわめて重要になることは必至である。

この点、日弁連などが第二段目の改革課題として指摘する二つの主張と提案に筆者は強く共感する。すなわち、一つは、「行政過程における一層の『法の支配』の充実のためには、『行政過程で生じた紛争はなるべく行政過程で解決する』ために、『行政過程における紛争解決機能の充実』が必要である。したがって、行政不服審査法の改正、行政型ADRの改革ないし行政審判庁の設置、行政法審判官制度の導入、…についての検討を開始しなければならない。」<sup>(34)</sup> という認識である。もう一つの提案は、「恒常的改革機関の設置」である。この提案理由は、「利害関係を有する省庁毎の縦割りではなく、横断的に行政諸法及びその運用を継続的に監視し改善する恒常的な改革機関を設置することによって、段階的・漸進的な実現が可能となる」というものである。<sup>(35)</sup>

思うに、わが国には、有識者、学者、在野法曹も含んで組織されるきわめて多くの審議会が存在しているが、率直

なところ、それらのほとんどは「御用・」の集まりであり、事務局原案を承認する以上の専門的で真剣な審議を行ってこなかったという噂はかなりの程度間違っていないように思われる。個別分野の政策決定権者が委嘱した者が「審議」するのであるから、もともと脚本は決まっており、そうなる方がむしろ自然であつたかもしれない。そこで、「利害関係を有する省庁毎の縦割りではなく、横断的に行政諸法及びその運用を継続的に監視し改善する」という、審議会と似て非なるシンクタンクのなところを期待したい気がする。恒常的改革機関に対する筆者の肯定的評価は、シンクタンク的な組織として多くの改善勧告を発表するなどの実績を残してきた米国内閣行政会議に対するシンパシーに影響されているのかもしれない。無論、恒常的改革機関自身、多彩な人材の参加を促し、開かれた討議により健全な良識と先見性を維持しなければならない。そして、このシンクタンク的な恒常的改革機関が、人間の身体で言うところの心臓の機能を果たすかのように、常に行政機構全体に具体化された「法の支配」というエネルギーと酸素を供給し続け、裁判所を補完して優れた統治(good governance)に貢献することを期待したい。

#### 四 むすびに代えて

以上の作業により、日本社会が抱える公的病理を明らかにするとともに、これを克服するために行政法学が取り組むべき五つの課題と解決の方向を検討した。引き続き、以上の作業の結果得た示唆を受け、行政法の定義を帰納的に導き出すとともに、その場合の行政法学における重要な原理や方法論を検討したい(別稿『共生社会と協働主義行政法』とする)。ここでは、まず歴史の流れを振り返り、行政法が歴史の変遷と共に大きくはどのような展開を遂げてきたかを概観する。そして、現代社会を共生社会と位置づけた後、共生社会の法原理としての協働主義を論じ、協働

主義を構成する法原理として「対等協働の原理」と「情報共有の原理」という二つの原理を明らかにしたいと考えている。さらに、共生社会として位置付けられた現代のわが国において、協働主義を具体化する行政法像について論じることとする。<sup>(37)</sup>

(1) 二二世紀に相応しい行政法のあり方を探りあてたいという点では多くの行政法研究者と関心を共通にするが、それと同時に、行政という側面から見た社会の法的仕組みの現況、課題、および解決方向を、ごく普通の市民、とくにこれから社会に巣立っていくとする若い学生諸君の理解と共鳴を得ることができるとする方法で説明したいということがもう一つの執筆意図としてある。

(2) それぞれ、行政改革委員会・規制緩和の推進に関する意見(第一次「光り輝く国をめざして」(平成七年一月二四日)、司法制度改革審議会最終意見書―二二世紀の日本を支える司法制度―(平成一三年六月二二日)、および、経済財政諮問会議「日本二二世紀ビジョン」最終報告(二〇〇五年一月二四日)である。それぞれにおいて、現状認識ないし本稿でいう「日本社会が抱える公的病理」に関連するもの(筆者が傍線を施した部分)、および、目指すところ(筆者が傍点を施した部分)として述べている部分を中心に以下に紹介しておく。

i 「光り輝く国をめざして」

戦後五〇年の総決算を行い、国民から見ても世界から見ても、我が国を二二世紀に向けた「光り輝く国」にすることが急務である。社会、経済、政治といったあらゆる分野における構造改革が叫ばれているのは、「経済大国・規制大国・生活小国」といった実情を何とかしなければといった問題意識の現れである。…近代化百余年、我が国の政治・経済・社会のシステムは、幾多の変遷を経つつ、時代に合致した機能を充分に果たし、我が国を世界経済を担う一員へと成長させた。今日までの成長と繁栄は、その時々において過去の経験に安住することなく、歴史の節目ごとに構造改革を成し遂げ、国民が丸となって努力してきた賜物である。しかし、今日においては、行く手を阻む様々な壁が、社会のいろいろな場面で



表面化してきている。例えば、経済的側面では、一部製造業の持つ世界に冠たる国際競争力の反面、依然として低生産性の産業部門を抱えていることが、大きな内外価格差の一因となっていることをはじめ、高コスト構造、空洞化、金融不安、財政危機、バブルの破裂による右肩上がり神話の崩壊など様々な問題が取りざたされており、世界に例を見ない水準の高齢社会を目前にした我々に、この国の在り方や行く末を抜本的かつ体系的に考え直すことを迫っている。新しい国づくりを目指した構造改革という観点からすれば、過去の転換期において経験してきたように、我が国がこれまで嘗々として築き上げ、その強さの根源であると信じてきたいろいろなシステムそのものを問い直す必要がある。その際の当委員会としての基本認識は、これまでの「日本人、仲間、画一、お上依存、大きな政府、横並び、もたれ合い、統制、単一価値観の閉鎖的な和や秩序」を中心とする考え方や仕組みから、「国際的に開かれた、世界から魅力あると思われる、小さな政府、個性的、自立、自由、多様な価値観が共存できる」方向に転換させるという点にある。

規制の緩和・撤廃を通じて私たちが目指す方向は、まさにこうした国全体の舵を大きく切り直すことにある。それは、幅広い国民の支援を受けつつ、政・官・民が一体となつて、価値観、組織、方法を大胆かつ迅速に変えていかなければ達成できないと考える。その過程では、様々な痛みや軋轢が生じることが予測されるが、その苦しみを乗り越え、大きく前進して行かなければならない。それによつて、自由闊達で活力溢れる、二一世紀の日本社会を実現する礎ができると考える。(1) 基本認識 (1)新しい国づくり)

ii 司法制度改革審議会意見書(以下、司法審意見書という。)は、公的側面からきわめて格調高く以下の通り「二一世紀の我が国社会の姿」について述べている。

国民は、重要な国家機能を有効に遂行するにふさわしい簡素・効率的・透明な政府を実現する中で、自律的かつ社会的責任を負った主体として互いに協力しながら自由かつ公正な社会を築き、それを基盤として国際社会の発展に貢献する。我が国が取り組んできた政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等の諸改革は、何を企図したものであるのか。それらは、過度の事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への転換を図り、地方分権を推進する中で、肥大化した行政システムを改め、政治部門(国会、内閣)の統治能力の質(戦略性、総合性、機動性)の向上を目指すものであろう。行政情報の公開と国民への説明責任(アカウンタビリティ)の徹底、政策評価機能の向上

などを図り、透明な行政を実現しようとする試みも、既に現実化しつつある。

このような諸改革は、国民の統治客体意識から統治主体意識への転換を基的前提とするともに、そうした転換を促そうとするものである。統治者（お上）としての政府観から脱して、国民自らが統治に重い責任を負い、そうした国民に応える政府への転換である。こうした社会構造の転換と同時に、複雑高度化、多様化、国際化等がより一層進展するなど、内外にわたる社会情勢も刻一刻と変容を遂げつつある。このような社会にあつては、国民の自由かつ創造的な活動が期待され、個人や企業等は、より主体的・積極的にその社会経済的生活関係を形成することになるであろう。

二一世紀にあつては、社会のあらゆる分野において、国境の内と外との結び付きが強まっていくことになる。驚異的な情報通信技術の革新等に伴つて加速度的にグローバル化が進展し、主権国家の「垣根」が低くなる中で、我が国が的確かつ機敏な統治能力を発揮しつつ、「国際社会において、名譽ある地位」（憲法前文）を占めるのに必要な行動の在り方が不断に問われることになる。我が国を見つめる国際社会の眼が一層厳しくなっていくであろう中で、我が国がこの課題に応えていくことができるかどうかは、我々がどのような統治能力を備えた政府を持てるかだけでなく、我々の住む社会が、どれだけ独創性と活力に充ち、国際社会に向かつてどのような価値体系を発信できるかにかかっている。国際社会は、決して所与の秩序ではない。既に触れた一連の諸改革は、ひとり国内的課題に関わるだけでなく、多様な価値観を持つ人々が有意的に共生することのできる自由かつ公正な国際社会の形成に向けて我々がいかに積極的に寄与するかという希求にも関わっている。

このようにして二一世紀において我々が築き上げようとするもの、それは、個人の尊重を基礎に独創性と活力に充ち、国際社会の発展に寄与する、開かれた社会である。

### iii 「日本二一世紀ビジョン」

二〇三〇年まで、またその後も人口が減少し高齢化が進展する。また地球規模でのグローバル化や情報化も大きく進むことが見込まれる。こうした時代の潮流への対応の成否が、日本の今後を大きく左右する。したがって、避けるべきシナリオは、「日本が改革を怠り、時代の潮流に乗り遅れ続ければ危機が顕在化し、①経済が停滞し縮小、②官が民間経済活動の重し・足かせとなる、③グローバル化に取り残される、④希望を持ってない人が増え、社会が不安定化する」とのシナリオ

の下に、緩やかな、しかし着実な衰退の道をたどり、回避すべき将来像が現実のものとなる。」ことである。しかし、「時代の潮流を活かした戦略の下で、必要な行動を採ることにより、避けるべきシナリオの対極にある「新しい躍動の時代」を迎えることができる。それは、「①開かれた文化創造国家」である。「伝統や創造力に裏付けされた生活・文化の魅力や、フロンティアが高い知的価値の創造に成功することにより、世界に対して魅力と存在感のある国となる。世界経済との統合が強まり、世界中の人が訪れたい、働きたい、住みたいと思う「壁のない国」となり、「列島開放」から活力が生まれる。さらに、国際社会に対する貢献や国際舞台における日本人の活躍を通じて信頼を得た品格ある国となり、信頼を基礎に幅広く交流の舞台を提供する「かけ橋国家」となる。その結果、世界に対する日本の影響力が高まり、安全保障にも好影響を及ぼすことができる。」また、「③豊かな「公」・小さな官」である。「小さくて効率的な政府の下、公共サービスが、多様な主体と手法により豊かに提供される。個人が自発的に自分の可能性を高めながら「公」の活動を担う「奉私奉公」が広がり、企業、NPO、社会的起業家など幅広い担い手がいる。自立的な分権社会が実現し、個人や地域の主体性・自律性が高まっている。(要旨、直視すべき危機、避けるべきシナリオ、二〇三〇年の目指すべき将来像より適宜抜粋)

(3) 病理的現象を一言で言うなら、中央集権型官僚支配であるとか、タテ割り行政システムと表現されることが多いようである。こうした認識は、首相官邸のホームページから入ることのできる公文書や報告書でも多く見かけることができる。なお、筆者は公的病理という表現をしているが、それは、河合秀和が政治理論の視点から「構造腐敗」あるいは「積年の悪弊」として次のように述べるところとかなり共通している。「一九六〇年代の佐藤栄作政権の下、政治腐敗の事件が続発し、首相は『積年の悪弊』が露見したものと批評し、世論は『構造腐敗』という政治用語を生み出した。それ以後の半世紀近く、積年の悪弊はいよいよ年を重ねている…」(イミダス二〇〇三)。それらを具体的事件名を挙げて示すならば、元首相田中角栄が逮捕されたロッキード事件(一九七六年)以降、リクルート事件(一九八八年)を経て、薬害エイズ禍、四大証券損失「補填」(一九九一年)、大蔵省と金融監督庁の過剰接待汚職(一九九八年)、鈴木宗男議員の「ムネオ疑惑」(二〇〇一年)や外務省機密費横領問題を経てアフガニスタン復興支援国際会議へのNGO参加排除問題処理をめくり、田中真紀子前外相が外務官僚、首相官邸との意見不一致で更迭された問題(二〇〇二年)、狂牛病発生に伴う国内産牛肉買上げをめぐる農水省の疑惑(二〇〇三年)、警察の捜査協力費などの不正流用(二〇〇四年)、二〇〇五年夏目下進行中の道路

公団における建設談合やアスベスト対策の遅れなどの汚職不祥事であり、政治家・官僚・業界のトライアングル支配に対する国民の不信には根深いものがある。

また、本稿において、伝統的行政法学を代表する見解として紹介している藤田宙靖最高裁判事も、伝統的な「集団主義・団体主義」的國家・社会から、西欧流の「自由主義・個人主義」的國家・社会に向けた「体質」の改造が必要であると、して次のように述べている（傍線、筆者。文中の／は原文では改行されていることを示す。以下、同様）。

ここ一〇年来の動きの中で、特に明らかとされてきたのは、今日、行政改革は、単に、財政赤字の解消とか、スリムにして効率的な行政、といった、財政管理あるいは行政管理の分野に止まるものでなく、いわば、我が國の國家と社會の全般にわたる「体質」の改造という、大きな動きの中の一環として、位置付けられるものとなつてきている。日本國憲法の制定により、我が國においては、西欧流の近代的な市民社會の成立を前提とした、自由主義・個人主義的國家システムの構築が行われた筈であつたが、現実には、日本社會に残る様々の集團主義的要素（これは、しばしば、「ムラ」的要素とも呼ばれる）により、必ずしも、その徹底は見られなかつた。このような集團主義的要素とは、例えば、日常生活においても見られる「出る釘は打たれる」「長いものには巻かれる」式の生活様式から始まり、「談合体質」「行政指導」「根回し」「和」の文化、更に、「制服・校則」「お受験」「みんなで渡れば怖くない」から、果ては、「護送船団方式」「世間をお騒がせした」ことへの責任、「顔を潰された」ことへの憤り、に至るまで、様々な形で表出しているものであつて、要するに、「個」を殺し（あるいは少なくとも抑え）、自らの運命を、いわば無条件に集團（そしてそれを代表するオヤブン）に委ね（預け）、そして他面、この集團ないしオヤブンは、（これらの者が、この集團の掟ないし生活様式に忠実である限り）理屈抜きにどこまでも面倒を見なければならぬ、という社會のあり方である。このような社會においては、全員の「合意」ないし「和」が、ことを行うための前提となるところから、一部の指導者に一方的な権力行使が認められている社會よりも、一見、個人の意思がより尊重されているようであり、従つてより民主的であるように見える場面も登場する。また、一部の強者の突出を許さず、集團の構成員全体に利益を平等に配分することを重視することから、場合によつては、より社會（主義）的であるように見えることもある。そういった意味で、上手く行く限りにおいては、この社會は、個人的自由主義・民主主義を基盤とする西歐社會に比べて、その良いところはこれを備え、他方その弱点はこれを克服した、理想的なシス

テムを備えた社会として機能し得る面を持つ。これが、いわば、第二次大戦後急速な経済成長を遂げた「日本の奇跡」の秘密であった。／しかし、この一見した民主制は、実は他面で、大勢に対し個人が正面切つて異論を述べる事態があり得ることを前提ないし想定しないものであり、その意味において西欧流の民主主義とは大いに異なり、また、一見した社会（主義）性は、そういった利益の配分が、専ら、特定の集団内部限りでの配分としてのみ考えられ、集団外の者に対しては、むしろ徹底的な差別を以てすら臨むことを許すものである点において、西欧流の博愛・平等の精神とは、これまた大いに異なるものであった。／今我が国社会が迫られているのは、世界に通用している西欧文化と上に見た意味での伝統的な集団主義文化との間のギャップを、更に一層埋めよ、ということである。／従つてまた、求められているのは、単に行政改革のみではなく、政治改革であり、更に国民の意識改革であり、要するに先の意味での集団主義的・団体主義的色彩に染まった、あらゆる制度及び人の改革である。このことはまた、現下の行政改革は、他のこういった改革が同時に伴わない限り、その意義を全うすることができない、ということを意味している。こういった要請は、明治維新そして第二次大戦における敗北に際して、西欧諸国から最も鋭く突きつけられたところであり、我が国の近・現代史は、基本的にはまさに、国を挙げてそれに応えようとする過程そのものであった。しかしその成果が未だ不十分である、ということが、二一世紀を目前として、再度、白日の下に晒されつつあるのだ、というべきであろう。現下の改革が、明治維新及び第二次大戦の敗戦に並ぶ、国家の浮沈を掛けた第三の大改革である、ということが、時にいわれるのは、まさにこういった意味において、象徴的である。（藤田由靖「行政改革に向けての基本的視角」、自治研究七三巻六号三頁）。

(4) 無論、親方日の丸意識などのように行政法の原理から行政救済法までのすべてに該当しそうなものも少なからずあり、あくまで強いて分類するとすればということである。

(5) 公的病理として挙げている「知らしむべからず、依らしむべし」から「早すぎる、遅すぎる、他を当たれ」については、便宜上、語句の一つ一つに脚注番号を付けることはせず、変則的ではあるが、以下に語句を太字で示して解説等を述べている。

知らしむべからず、依らしむべし

権力者が自分自身の地位を守るためには一般大衆を無知にしておくことが最善の方策だとする考え方。広辞苑では、「民は之に由らしむべし之を知らしむべからず」とされている。最初は孔子が言った

言葉だそうだが、徳川家康が「百姓は知らしむべからず、依らしむべし」と言ったということは有名である。歴史的には封建主義体制の一つの特徴であるが、情報を独占したり情報操作を行うという点に着目すると、現代における民主主義の時代においても普遍的に実践されていると疑うほうが自然である。かくして、情報公開や説明責任に関する制度の徹底が求められることになる。

【官尊民卑（かんそんみんぴ）】 「政府や官吏を尊び、民間の人や物をそれに従うものとし軽く扱うこと。以前は「お上と下々」という言い方があった。」（大辞林第二版（三省堂）。以下、□で示している語句とその説明は特に断っていないければ大辞林第二版（三省堂）による。

#### 先例重視と前例踏襲主義

霞ヶ関では法律による行政の原理などより先例がまずなにより重視されていることを示

す格好の事例がある。「実は厚生大臣への就任が決まったとき、まず考えたことは、薬害エイズ事件についての調査委員会をつくらうということだったのだ。…ところが、官僚たちは前例がないとして調査委員会をつくることに同意しない。…前例がなくても必要なものはつくればいい。そこで「薬害エイズ問題に関する調査プロジェクトチームをつくることにした。／＼だが、このプロジェクトチームの設置にも、事務次官らは「前例がない」として反対した。最後には喧嘩別れのようになり、「ならば、俺が一人で調査する」と言ったところ、ようやく、調査班を作ることをかなりしむがながらも認められた。…薬務局のロッカーのなかからファイルが見つかったのは、プロジェクトチーム発足から三日後の二六日のことだったらしいが、私のもとに報告が来たのは、一〇日以上たった二月九日だった。」（菅直人による薬害エイズ事件の回想、菅直人『大臣』岩波新書、八四―八九頁）。

#### 官僚支配

河合秀和は、「日本型政治システム」と題し、官僚の影響力が強いことがわが国における政・官・業癒着

の特徴だとして次のように解説している。「日本型政治システムの最大の特徴は、政府省庁、特に財政を握っている大蔵省官僚が内閣と議会に対して優位に立っていることにある。中央集権的官僚統治は明治国家以来の特徴である…ここでは国会議員、特に一党優位政党の自民党の議員は、党の政策ではなく、ときにはそれに反して人的関係と業界利益を動員して当選する。地元と特定業界に利益を還流するために、いわゆる族議員として省庁とのコネクションを強める。彼らはいわゆる政策通になったとしても、省庁の情報と政策構想に依存している。…議員は選挙という審判によって国民に対して責

任を負う。しかし自らの当選と再選に専念している議員には、全国民に対する政策立案の能力が乏しい。他方、政策立案をもつばら担当してきた官僚は国民に対して直接に責任を負う立場にはない。こうして無責任体制が成立し、経済の動向と国民の切実な要求に背を向けたシステムが存続することになる。…」（イミダス二〇〇二、傍線は筆者）。

ところで、官僚制については大きく二つの見方がある。一つはドイツの社会学者マックス・ウェーバーによる理念型の官僚性組織論で、大規模組織が合理性を追求しようとして、規則による権限の配分、職務の階制制（ヒエラルヒー）的配列、文書による職務の遂行などの特性を有する。もう一つは、ラスキに代表される用法で、政府の統制権力を官僚が掌握し、それにより一般市民の自由が危うくなるような統治形態である（現代政治学小辞典新版（有斐閣）六八頁参照）。以下に紹介するわが国における事例は、もちろん後者のほうである。

「総理執務室で「厚生大臣をお願いしたい」と橋本総理に言われて、短いやりとりの後に部屋を出ると、「大臣、大臣」と呼びかけられた。…厚生省の官房長である。…さらに、「これから就任の記者会見ですが、一応、ご参考までに挨拶文を用意いたしました」と、また別の紙を渡された。そこには「ただいま厚生大臣を拝命いたしました菅直人です」と、すでに私の名前までちゃんと入っている。私自身、つい数分前に正式に知ったばかりだというのに、この手回しのよさは何だろつか、と思った。…どの大臣も、就任したばかりでまだ何も分からない状況でいきなり記者会見に臨むので、官僚が用意した文章を読むしかない。そこには当然ながら官僚が推し進めたい政策や方針が書いてある。その結果、それを読むことで、すべて官僚が敷いた路線に乗ってしまうしかない。あとで、問題の重要性に気づいて、軌道修正しようと思っても、「大臣は就任時の会見でご自分でこうおっしゃっていますよ」と言われてしまうのだ。もちろん、大臣が自分で考えて言っていたのではなく、官僚に言わされていただけのだが、たしかに大臣が発言したことに違いはない（菅直人『大臣』岩波新書、七五―七七頁）。

【族議員】 「分野ごとに「建設族」「運輸族」などと呼ばれることから、関係業界の利益保護のために、関係省庁に強い影響力を行使する国会議員をいう。」族議員とは、特定の政策分野に精通し、特定の省庁や利益集団の利益を代弁する議員のことである。特に自民党の国会議員は、私設秘書の人物費、事務所費、活動費などをまかなうために多額の力ネを集めている。その多くを企業・団体献金に依存している。国会議員は、その見返りとして、献金をしてくれた業界や企

業の利益のために奔走することになる（自民党の「部会」がその舞台になっている）。ここに「族議員」が誕生する（週刊朝日二〇〇二年三月一日号参照。族議員の性格と実態を実証的に論じたものとして、猪口孝／岩井奉信『族議員』の研究』（日本経済新聞社、一九八七年）がある）。

霞ヶ関語で・永田町語で

少し古いが、地方分権前の状況を示す面白い記事がある。「アイデア知事の定評がある平松守彦大分県知事の九三年の東京出張は四〇回近くへのぼった。『地方からの発想で 新しいことを考えればそれだけ東京に出ていかざるを得なくなる』という。横路孝弘北海道知事が九二年度までの一〇年間に東京出張した総日数は五八六日で、道外出張の八七％を占める。『現代版参勤交代』である。／神戸市議の一人は東京詣での多さに疑問を抱き、京阪神の政令三市の東京出張状況を調べた。旅費総額に占める東京出張分の割合は大阪市が五〇％、神戸市四八％、京都市三八％だった。『地方の東京詣でが常態化している。これでは地方自治は機能しないし、時間、労力を中央に差し出す不経済のメカニズムが一つの仕組みとなっている』と憤る。地方分権の虚実（日本経済新聞社、一九九四年）六七頁。

官僚起案縦割り立法

国会に法律案の議決権があることは言うまでもないが（憲法五九条）、法律案を起案しているのは、例外的な議員立法を除き、ほとんどの場合は官僚組織である。この官僚組織は、内閣法、国家行政組織法、および各府省設置法に基づき事務を分担管理する各大臣のもとで縦割りに組織されている。そして、「省あつて国なし」、さらには、「局あつて国なし」と揶揄されるように、官僚の発想には、国益や国民全体の視点より、自己が所属する省、さらには局の利益を最優先したり、あるいは規制対象業界の利益擁護を重視する傾向がある。かくして、官僚が起案する法律案には、自己の権限行使に足枷をはめたり、後に行政争訟で争われる根拠になるような規定は極力回避されることになり、「法の支配」や「法律による行政」というときに期待されていた「法」の理念からかけ離れた法律になることが多い。たとえば、縄張り争いや無駄な重複の原因になったり、あるいは、策（ざる）法と呼ばれる抜け道抜け穴許容立法などである。

タテ割り行政

省庁の縦割りにより、補助金、通達が調整されずにタテ割りで下され、その結果、地方行政の現場は分断され合理的な調整や施策が困難となり、公共事業の非効率という弊害を生んでいるとしばしば指摘されている。典型例として挙げられるものに、排水と下水の処理対策がある。たとえば、自治体の排水処理事業への補助金は、「下水道」が国土交通省の管轄で二〇〇四年度予算は八七四八億円。「集落排水」は農水省で六二四億円。「合併処理浄化槽」は環境



省で二五六億円である。「同じ地域で別々につくり、重複も少なくない。政府の地域再生本部は、こうした補助金を統合・簡素化し二〇〇五年度予算に反映させる方針だが、「現場では権益を奪われることに強い抵抗がある」（国交省幹部）。調整の難航が予想されている。」（朝日新聞二〇〇四年六月一八日朝刊）。

現行の縦割り行政は、国の事務が各大臣によって分担管理されていることにより生じている。中央の諸官庁が、地方自治体の関連する部門に指揮命令を与えることが、中央と地方の関係において最も重要であるという考え方に基づく。日本の中央と地方の関係の特徴とされてきたもので、中央・地方ともに行政機関は横の関係よりタテの関係を重視する。この分業システム自体が悪いわけではないが、そこから出てくる縄張り争いや施策の総合性の欠如といった弊害はほとんど看過されてきた。近年の地方分権改革、二〇〇一年度の省庁再編により、タテ割り行政の弊害を減少させることが期待されているが、成果はまだ不明である。

【「エラルヒー」[Hierarchy]】 【上トに、ピラミッド形に序列化された位階制の秩序ないし組織。本来はローマ・カトリック教会の教義において天上の天使群の序列を意味したが、転じて教会組織の階層秩序をさすようになり、さらに中世封建制の身分秩序を意味するようになった。現在では軍隊や大組織の官僚制的秩序をさす。階層制。階級制。教階制。ヒエラルキー。】

タコツボ文化 丸山真男の日本政治思想史研究における業績として、日本文化を「たこつぼ文化」と特徴づけたことが一般に知られている。「たこつぼ文化」について解説する分かりやすい表現を紹介する。

私の大学の時のゼミの先生の丸山真男さんがいつもいわれていたことなんです、とにかく、日本では人間のつながりというのが直ぐに郷土の関係の〇〇県人会とか、あるいは××同窓会とか、そういうようなものになって、なかなか、本当に横にずっとつながるようなものがない。タコツボ文化と鰐（ささら）文化と対比されるときタコツボ文化であって、鰐型の文化になかなかならないというようになことをいわれておった訳です…。（五月会だより1980/10 No.4「ダブル選挙後の政治状況 江田五月氏大いに語る」<http://www.eda-jp.com/kayori/4.html> なお、鰐（ささら）文化というときのささら【鰐】とは、（1）田植え囃子（ばやし）や風流（ふりゆう）系の獅子舞などで使用する楽器。先を細く割ったささら竹と、のこぎりの歯のような刻みをつけた棒のささら子とをこすりあわせて音を出す。】である。

無責任の体系 「われわれの世代以上の「社会学者」が入門時代に必読文献として読まされ続けてきた書物の一つ

に、故・丸山真男の『現代政治の思想と行動』がある。そこでの丸山の根元的な問いとは、「何が日本をあの無謀な戦争に駆り立てたか」であった。そして、それを解き明かすために丸山が創出したのが、「無責任の体系」という概念である。この概念の意味が最も露わになるのは、旧日本軍の「統帥権」をめぐる問題である。よく知られているように、日本の軍隊（とりわけ陸軍）が無統制な侵略行為を繰り返す制御不能な組織へと徐々に変貌していった背景には、陸海軍を統帥する権利は内閣や議会ではなく天皇にあるとする旧憲法（大日本帝国憲法）の条文があった。ところが、日本の治世の伝統的文脈における「天皇」とは、現実的には主体なき「空虚」な存在なのである。したがって、天皇のみが陸海軍を統帥する権利を持つという規定は、事実上は陸海軍に自らの意志で勝手気ままに行動する自由を付与していることを意味する。／おそらく、どのような組織であれ、その成員が組織を通じて自らの利益を拡大しようとする限り、基本的にはこの旧日本陸軍と同じように行動するであろう。：それは要するに、自らに課せられる責任を最小化すると同時に、自らの権益を最大化するということである。：いうまでもないが、組織の側におけるこうした「合理的」な行動は、その組織の成員にとっては望ましいことではあっても、その組織の外側の社会全体には膨大な損失をもたらす。だからこそ近代社会は、特定の組織がこのような意味での合理性を自由に追求することがないように、さまざまな装置を制度化してきたのである。民主的法治社会の根幹たる三権分立、あるいは軍隊の文民統制のような原則は、その最も代表的なものである。野口旭の「ケイザイを斬る」 <http://www.hotwired.co.jp/altbiz/noguchi/030513/>

官僚組織が無責任の体系であるというのは、戦前とか軍隊だけに限られるわけではない。戦後すぐに立法された国家公務員法は職階制の確立と題して「人事院は、職階制を立案し、官職を職務の種類及び複雑と責任の度に応じて、分類整理しなければならない。」（二九条と規定し、昭和二五年には「国家公務員の職階制に関する法律」まで制定されている。しかし結局、国家公務員制度における職階制は、無責任の体系を死語にすることは言うに及ばず、およそ実効的なものになりにくい。上記、官僚支配の項目中に引用した河合秀和の指摘参照。また、HIV薬害事件などの不祥事を踏まえ、行政組織における職員個人の行政責任を追及できるシステムを確立するため、管理職職員にだけでも職階制を確立し、その職務と責任を明確にすべきと論じるものとして、三浦哲司「日本の行政組織における職階制の今日的検討」、法と政治の「デイ

スクール(同志社法学会、二〇〇四)二〇六頁。

【天下り】 (1) (神や天人などが) 天上から地上におりること。(2) 官庁から民間会社へ、または上役から下役へ出される強制的な押し付け・命令。(3) 高級官僚が退職後、勤務官庁と関連の深い民間会社や団体の高い地位につくこと。「一人事」「中央官庁から一する」

【渡り鳥】 もちろん、普通はツバメ・ガンなどのように【(1)繁殖地と遠く離れた越冬地との間を、年に一回、定期的に往復する鳥。】のことを言うが、「(2)ある場所から次の場所へ転々と旅行しながら商売や興行をして稼ぐ人。」も渡り鳥と言う。そして、公務員の勤務制度に関連して、省庁を退職した後、関連する特殊法人や許認可法人の役員職を、たとえば二期四年ずつ渡り歩いて勤務するなどし、年収×勤務年数に近いほどの退職金を手に入れていた高級官僚OBを渡り鳥と呼んだ。この退職金の累計額は莫大な額になっているはずであるし、最終的には今日の国の財政赤字の一角を構成するものになっている。しかし、過去の正確な実態や統計数字は公表されておらず不明である。近年では内閣の申し合わせによりかなり自粛されてきているようである。

政治家大臣の無力 小泉内閣の二〇〇一年秋、当時の田中真紀子外相が外務官僚からいろうんな「いじめ」を受けた挙句、事務次官や局長に関する人事権すら行使できないことを嘆きつつ罷免されたことがあった。政治家大臣の無力は、議員と官僚が結託していることの裏返しでもある。以下の二つの例はその一般的な状況説明といていいだろう。

「役人はどういうわけか、議員先生の言うことには絶対服従だ。資料要求などあろうものなら、上を下への大騒動で、本来の行政にかかわる業務などそっちのけとなる。自分の大臣から資料要求されるのであれば、おおげさな対応もまだ理解できるが、「族議員」から資料を求められたからといって大騒ぎとは、どうなっているのだろうか。／＼と考えてしまう。／＼しかし、役所もしたたかで、党派によって対応がかなり異なる。役所の人事権を持つ可能性のある自民党の議員だと、バカがつくほど丁寧で、とても読みそうもないと思うようなものまでつけて出す。その対極にいるのが共産党であり、その場合はちよつと努力をすれば一般の人でも入手できるような資料しか渡さない(宮本政於『お役所の掟』(講談社文庫、二八頁)。「そもそも、国家行政組織法には『政務次官の任免は、その機関の長たる大臣の申出により、内閣においてこれを行う。』とある(十七条)。しかし自民党政権時代からの慣例で、政務次官の人事は与党内の相談だけで、事実上、大臣の意向とは

関係なく決められてしまう。」(菅直人『大臣』岩波新書、一六二頁)。

なお、適切な政と官の在り方を規律するものとして、「政・官の在り方」(閣僚懇談会申し合せ、平成一四年七月一六日)がある。それによると、個別の行政執行(不利益処分、補助金交付決定、許認可、契約等)に関して国会議員などから官に、一定の要請、働きかけがあったとき、逆に、法律案の作成等、政策立案の過程における官から政への働きかけについて、裁量的な記録の作成と保存が賦課されている。さしあたり、どこまで実効的な透明化を達成できるかが大きな課題である。

【出る杭(くい)は打たれる】 (1)頭角を現す者はとかく他の人から憎まれ邪魔をされる。出る釘は打たれる。(2)よいいなことをする者は他から制裁を受けること。】役人組織の中では、以前はこの考え方を増幅させて「遅れず、休まず、働かず」ということが処世訓とされていたことがある。

【護送船団方式】 (船団を護衛するとき、最も速力の遅い船に合わせて航行することからいう) 過保護、過干渉を象徴し、横並び画一的であることを要求する規制スタイルを象徴する表現である。代表例は、弱小金融機関に足並みを揃え、過度の競争を避けて、金融機関全体の存続を実質的に保証し、「銀行不倒神話」を作り上げた戦後日本の金融行政である。また、需給調整に基づくバス事業の新規参入規制など、きわめて多くの分野でつい最近(おおむね二〇〇〇年頃)まで需給調整が実施されてきたが、これらも護送船団方式の規制手法といえよう。今日、国は銀行の規制緩和を推進し、その結果、銀行はいろいろと自由に業務を行えるようになった。反面、「国は資本注入して銀行をこれまでのように救うことはない」方向に向かうと言われており、最終的には「自由の代償として自分の面倒は自分で見てください」ということになる。「時事用語のABC」<http://www.science-news.net/database/display.php?id=20002>参照。

寄らば大樹の蔭 護送船団方式が行政の側における基本的スタンスであったとするなら、行政規制の対象である国民や企業の側におけるそれは、身を寄せて庇護を求めるなら、とにかく勢力のある者のほうがよいというもので、力のある者に無批判に追従し服従しようとした。

興味深い調査結果がある。スイスの国際経営開発研究所(IMD)が発表した二〇〇四年の世界競争力ランキングにおいて、日本は六〇カ国・地域中二三位であり、前年から二ランク順位を上げているが(同調査で日本は九〇年代初めまで

首位を占めていた、特許付与件数、外貨・金準備高、中等教育普及率、寿命の長さなどでは首位となつて一方、起業家精神の広がりという点では最下位になつてゐる。朝日新聞二〇〇四年五月五日。

【親方日の丸】

【親方は日本国である意。自分たちの背後には国家が控えているから倒産の心配はない、という公務員などの真剣味に欠けた意識を皮肉つていう語。】 行政における親方日の丸意識は、膨大な国債残高や特殊法人の負債に見られるように、深刻な財政負担を招く土壌を構造的に造り出す要因にすらなつてゐる。財務省が発表している二〇〇四年三月末現在の国債や借入金の高状況によると、国の借金は計七〇三兆一四七八億円で、初めて七〇〇兆円を超えた。一年前に比べて三四兆円（五・一％）増。社会保障費などの歳出をまかなうために発行する普通国債や、特殊法人向けに財政投融資の原資を調達する財投債（国債の一種）が膨らんでゐるようである。特殊法人が発行する債券などを国が保証し、「隠れ借金」といわれる政府保証債務が五八兆円あるほか、地方の長期債務も約二〇〇兆円にのぼり、国の借金と合わせるると計一〇〇〇兆円近くになる計算だ（朝日新聞二〇〇四年六月二五日）。国民人口を一億二千万として、一人当たり直すと八三三万円ほど。平均的な四人家族だと約三、三三三万円を負担しないと国と地方の借金を返せない。かくして、民主性と国民の権利利益保護だけでなく行政の効率性や有効性も行政法学における価値として重視しなければならなくなつた。

談合・根回し体質 道路公団の談合事件が進行中で説明する必要もないので語義のみ記しておく。談合（一）話し合うこと。話し合い。相談。「集まつて―する」（二）競争入札の際に、複数の入札参加者が前もつて相談し、入札価格や落札者などを協定しておくこと。（三省堂「デイリー新語辞典」）【根回し】（一）木を移植するに先立ち、根の周囲を切り詰めて細根を発達させておくこと。（二）事を行う前に、関係者に意図・事情などを説明し、ある程度までの了解を得ておくこと。【関係方面に―する】

【杓子定規（しやくしじょうぎ）】 【古くは杓子の柄は曲がつており、定規にならないのを定規の代用とするということから】 一定の基準・形式で他のすべてを律しようとする。融通のきかないさま。「―なお役所仕事」「法を―に適用する」

【たらい回し、盪回し】

【（一）足で盪を回す曲芸。（二）ある一つの物事をなれ合いで他の者に送りまわすこと。】「政権の―」 求められた事務の処理をいいかげんな態度で他の部署に転嫁しようとする。顧客である国民や住民本位

の事務処理が行政評価の加点事由にならないシステムに原因がある。

【人柱（ひとはしら）】 (1)橋・堤防・城などを築くときに、工事の完成を祈り、神々の心を和らげるために、犠牲として人を水底や地中に生き埋めにする。また、その埋められた人。(2)ある目的のために犠牲になった人。かくして、いい加減な行政裁量の行使、たらい回し、公務員のサボリなど理由はさまざまであるが、少々の違法状態・違法行為が摘発されず放置されたままに大惨事につながることはさほど珍しいことではない。

【江戸の仇を長崎で討つ】 1. 江戸と長崎とはとても離れているところから、意外な場所で、昔の恨みの仕返しをする。2. 筋違いな事で、仕返しをする。【行政指導の威力の背景をなすものとみなされてきた。】

【泣く子と地頭（じとう）には勝てぬ】 【ききわけのない子供や横暴な権力者の無理には従うほかはない。道理を尽くしても、理の通じない者には勝ち目がないこと】 行政の場面では、居座り・ゴネ得を許して恩恵や特典を付与する不当不公平な裁量権限行使を意味する。

【見せしめ、狙い打ち、点数稼ぎ】 見せしめは【悪いことをした人を罰して人に見せ、他の人やその人のいましめとすること。】「一のためにみんなの前でしかる」「今後の一にきびしく罰する」そのこと自体、本来的には悪いことではないかもしれないが、行政法的視点からは、取締まり規制権限の行使が権限付与の本来の目的から外れ、法的正義に反して恣意的独断的に行使されることを意味することが多い。【狙い打ち（狙い撃ち）は、【目標を定めて打撃・射撃・攻撃すること。】「カーブを一にする」「一にして非難する」行政法的視点からは、とくに平等原則に反する態様での規制権限行使（摘発）をいう。点数稼ぎは、職務上の義務を果たしている外観を装うためになされる規制や摘発を言う。権限付与の本来の目的を見失い、取締まりのための取締まりになっていることに問題がある。市民がその経験に照らし、「善良なドライバーの小さなルール違反より、夜間暴走族や危険走行車両をもっと検挙して欲しい」と苦情や要望を出すのは、わが国ではきわめて一般的な現象である。この背景には、交通違反者検挙⇨罰金入手⇨ノルマ達成⇨ボーナスに反映？という仕組みがあると信じている人が多いようである。

【長いものには巻かれる】 【目上の者や勢力の強い相手とは争わないで、それに従った意。】日本はお上中心主義であり、多数派の意見や権力に逆らわずに従順な態度を取る方が得策だという考え方。英語にも If you can't beat them, join

them (負かすことができないなら、仲間になれ。) という諺がある。

【見る、言わせる、聞かせる】

【(1)世の不正や非道に目と口と耳を塞ぎ、自分だけでも無事安穩に暮らして生きていという姿勢を意味する表現。日本では「三猿」として有名。(2)他人の欠点・あやまち、あるいは自分に都合の悪いもの、余計なものを見ない、聞かない、言わない賢い処世術】 本来、庶民や下位の地位にある者の処世術に関することわざであったが、わが国の行政訴訟制度の実情に即して言うと、行政と対立関係になることを回避したいとか、裁判官としての立身出世や判決事務を迅速に処理したいなどと考えて、行政に関する非違を争う市民の訴えに耳を傾けようとす、三行半の判決文で済ませようとする裁判官の生き様を揶揄する表現と理解できる。英語の諺として、See No Evil, Speak No Evil, Hear No Evil がある。

甘受して代償を求めよ 国のやることには逆らわず、せいぜい償いの金をもらうことで我慢せよという考え。プロ

シア行政法における考え方だった。

早すぎる・遅すぎる・他を当たれ 門前払い(もんぜんばらい)とは、【(1)面会しようとして来た人に会わず、むな

しく帰らせること。「一を食わせる」「一にする」(2)江戸時代、無宿者の犯罪者などを奉行所の門前から追い放つたもの。】

- 行政法においては、司法の独立ならぬ独善的かつ傲慢な態度を揶揄した表現である。行政処分 of 違法や無効を争うためには、前提として処分性や訴えの利益、あるいは訴訟形式の選択などに関する訴訟要件を充たしていなければならないが、訴えが提起されても早すぎて処分性が認められないとか、遅すぎて訴えの利益が消滅したなどとして訴えを取りあげず、国民を追い返す司法の実情(正しくは却下判決)を阿部泰隆教授は皮肉って表現した(同・行政救済の実効性一四六頁)。そして、「他を当たれ」というのは、筆者が追加したものだ。国営空港における航空機の離着陸の差止めを求める請求に対して、「行政訴訟の方法による請求が可能かどうかはともかく、狭義の民事訴訟の手続により求めることは不適法である。」とした大阪空港訴訟最高裁判決(最大判昭五六・一二・一六民集三五・一〇・一三六九)に代表される態度を指している。
- (6) 注5の官僚支配の項目中に引用した河合秀和は、政治学の視点からの考察を進め、上記に続けて、「このような事態を打破するには、第一に野党の内閣に対する批判、政策と政権の選択肢を提出する能力を高め、政党間の(自民党内の)ではなく)政権交代の可能性を大きくしなければならぬ。第二に、内閣に対する官僚支配を破り、議会に対して答責能力のあ

る内閣に転換させねばならない。」と論じている。これに対して本稿は、行政法学と規制政策の視点から公的病理に対する対策を検討しようとするものである。

- (7) 司法制度審議会最終意見書(平成一三年六月一二日、以下、最終意見書という)9(1)参照。同審議会は、司法制度改革についての二年余の検討結果として、「二世紀の日本を支える司法制度」と題する最終意見書を公表した。最終意見書は「9 司法の行政に対するチェック機能の強化」と題し、「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において本格的な検討を早急に開始すべきである。」としたうえで、「(1) 行政訴訟制度の見直しの必要性」と「(2) 司法および行政の役割を見据えた総合的多角的な検討」の二項目について意見を述べている。本文で引用しているのはこのうちの(1)である。

- (8) たとえば、国家公務員に対する懲戒処分における裁量権限の逸脱濫用が問題になった神戸税関事件において、最高裁は、「懲戒処分が」社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならない。」としている(最判昭五二・一一・二〇民集三一・七・一一〇一)。裁量権の逸脱濫用がない限り違法とならないということがテーゼのようになっているのである。このため、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否に対する対応が問題となつて、代替措置が可能でなかったかどうかや考慮すべき事項について適切な評価を行ったかなどの点で、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはないとした工ホバの証人剣道拒否事件においてすら、「本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。」(最判平八・三・八民集五〇・三・四六九)と論理展開せざるをえなくなつているほどである。

- (9) たとえば、ある記事は、一九九八年当時大蔵省接待に現れている構造腐敗の原因はルールの明確でない裁量行政であり、その背後には大蔵省への権力集中、さらにその背後には日本人の「お上」意識があると論じている。日本経済新聞一九九八年四月二八日朝刊「集権と裁量」断つとき。

- (10) 裁量権限を行使しての行政の意思決定に関して、たとえば、藤田宙靖判事は次のように説明している。「裁判機関による審査は、法を司るというその使命からして、少なくとも原則的には、行政活動の違法・適法の判断にのみ限られざるをえな



いのであって、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う決定に対して、その政策的判断の当・不当をコントロールするのは、本来、裁判所の権限外である、ということにならざるを得ない。こうして、伝統的に、行政行為であっても、竊東行為についてはその違法・適法が裁判審査の対象となるが、裁量行為についての行政機関の裁量の誤りは、裁判審査の対象とはならない、という行政法理論上の大原則が立てられて来たのであった。藤田宙靖・第三版行政法Ⅰ（総論）（改訂版）青林書院九八頁。以下、藤田として引用する。

(11)

i 政策決定過程が不透明であるとの印象が強かつた理由の一つに、審議会情報が一般に閉鎖的であり、最高裁もこれを許容してきたことが大きく影響していた。（審議会情報を非公開にする理由として、「公開により、府民に無用の誤解や混乱を招き、協議会の『意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるおそれ』がある」とした、大阪高判平五・三・二三判タ八二八・一七九（鴨川ダムサイト事件控訴審）、および、その判断を維持した最判平六・三・二五判時一五・一二・二二参照。新藤宗幸は、族議員集団・官僚制部局、利益集団の三位一体構造により密室行政指導が進められているとし、とくに幹部職員を核に、団体、族議員、一部の学者で構成する「政策立案と政策執行の閉鎖的な共同体」が形成されているとする。同・行政指導—官庁と業界のあいだ—（岩波書店）序章、三章参照。）

審議会を含む会議や会議録を公開すると、委員が支援者の前で妥協しにくくなり徒に強硬になつて議論が長引くと言われるが、しっかりと勉強してきて適確に発言するようになるプラス面もある。また、およそ「公開による無用の誤解や混乱」という決まり文句は、国民の市民としての成熟度や知的判断能力が低いということの穏便な表現でしかすぎないことが多い。引用した大阪高判は、ダムサイト候補地選定の重要な要素となる地質・環境等の自然条件や用地確保の可能性等の社会的条件について検討を経ない段階で、協議会のダム構想検討の資料とするため京都府土木建築部河川課が作成したダムサイト候補地点選定位置図の公開を京都府情報公開条例に基づき請求した事案に関するものであったが、仮に「公開による無用の誤解や混乱」が生じたときには、不当な隠蔽を施すことなく次々と客観的科学的な情報を提供することで收拾すべきであろう。国民のレベルがそれを必要とする時代になつたと認識すべきである。

なお、近時、インターネットの普及によりホームページを活用しての情報提供が行われるようになり、政策決定のための審議過程はかなり透明度を増してきている。しかし、審議会などのメンバー選定や議題の設定と必要な資料の準備など、

政策決定のための舞台装置や登場する役者をどうセッティングするかという点では、依然として不透明感が強く残っている。

ii 授益的処分である補助金交付に関して十分な議論がなされないまま制度が設定されスタートしている例として、老人や乳幼児らを対象にした医療費助成制度に協力してもらおう見返りに、自治体が医師会などに多額の公費を支払っている問題がある。神戸市の場合、協力の支払いは過去三〇年にわたり総額四七億円に達していたという。財政赤字で有名な大阪府ですら、二〇〇一年度約九億二千万円の補助金を支払っている。見直しを表明しているが一部は役員報酬に使われているという（朝日新聞二〇〇三年二月三日）。まさに、制度の真の狙い、内容、そして廃止・停止基準が不明確というかない。

国の補助金を基に作られ、公益法人の事業の財源となっている基金など、二〇〇四年度末で一六資金（補助金総額約一兆三〇〇〇億円）のうち三三資金（同四八〇〇億円）で、事業が実施されないまま資金が公益法人などにとどまり有効活用されていなかった。また、余裕資金の返納規定は一〇四資金になかった。さらに、補助金交付を見直す必要が生じた場合、一一四の資金で見直しの時期を含む見直し体制が整備されていなかった。検査院は「資金の必要性や規模、事業内容を検討し、見直し体制を整備して、透明性の向上を図るべきだ」と指摘している（朝日新聞二〇〇五年一〇月二五日）。

iii 執行過程の不透明に関連して、筆者が最高裁判決ワースト5に入れる判決がある。それは、政治資金規正法（以下、規正法という）にしたがい大阪府選挙管理委員会に提出されていた政治団体収支報告書の写しの交付を求めたが認められなかったため、大阪府公文書等公開条例に基づき、写しの交付を講求したケースに関する判決である（最高裁判平成七年二月二四日第二小法廷判決民集四九卷二号五一七頁）。同判決は、規正法二一条二項にいう収支報告書の「閲覧」には、写しの交付は含まれず、「規正法は、写しの交付を権利として保障しているものでない」とした。「閲覧」と「写しの交付」の語義が異なっていることくらい言われなくてもわかるが、国民主権の理念のもと、知る権利が唱導され、さらに追加して規正法や公開条例が制定されて透明性や説明責任の向上を図ろうとする趣旨を踏まえれば、上記二つの言葉は語義が異なることを理由に「閲覧」はできるが「写しの交付」は認められないと小賢しげに言って満足している役人や裁判官の反時代性は重症である。

(12) 国の予算には、一般会計のほかに、国が保険など特定の事業を行う場合、事業ごとの収支を明確にするため、厚生保険特別会計や道路整備特別会計など計三一の特別会計（特会）がある。三一特会の予算規模はあわせて三八七兆円、一般会計の五倍近い規模に膨らんでいるが、特会の収入のうちの四七兆円は一般会計からの繰り入れてまかなわれ、一般会計歳出の六割近くを使っている。巨額の予算が不採算の保養施設「グリーンピア」の建設や、特殊法人や関係団体に天下った厚生労働省OBの高額の報酬などに使われていた。経済財政諮問会議は、関係省庁が成果目標や達成時期を盛り込んだ改革案を策定すること、財政制度等審議会は、省庁別に一般会計、特別会計、さらに特殊法人も加えた財務諸表二〇〇三年度分を公表するよう求めていた。企業決算でいうグループ全体の業績を示す連結決算である。財務省は「情報が明らかになれば、中途半端な改革案は世論の集中砲火をあびる（財務省幹部）」と、国民が無駄遣いを許さないよう監視の目を光らせることを期待している（二〇〇四年六月二二日 読売新聞）。また、毎日新聞は社説「特別会計改革 まずは解体という視点で」（二〇〇五年一〇月二四日）において、所管の官僚は彼らの世界に閉じ込めてきたこの閉鎖的な会計を徹底的にデイスクローズ（情報開示）して政党や国民の議論に資するのが責任。もはや天下りの受け皿作りは許されることではない。…抜本的な改革につなげるには約二〇〇兆円強の特会歳出の入り口から出口までその資金の流れと使途を徹底して調査することが重要だ。この会計は政・官・業の癒着の構造に大きな役割を果たしていたからだ。その意味で、特会改革は財政問題にとどまらず広く世直しとしての側面も持つと論じている。

(13) 藤田、二二—二四頁。

(14) 黒川哲志によれば、伝統的行政法学は自由主義的な「法律による行政の原理」に忠実な規制手法を採用しているところ、その規制手法は有害性の証明や違反事実の立証に多くの行政資源の投入を必要とする。また、伝統的な環境規制はそれぞれの環境媒体ごとに別個の行政組織が規制を担当する縦割り行政に基づき行われているところ、この縦割り行政は規制権限の融合を阻止する自由主義的側面も有しているが、規制対象ごとに残存リスクの大きさがまちまちであることに加え、リスク削減の限界費用も大幅に相違する「規制の断片化」に関連する問題を抱えている。したがって、規制の効率化を図るとともに、この問題を克服して再統合を実現するには、リスク全体像の回復、すなわち、規制の計画化と優先順位付けを

通じての均衡の回復が要請されることになる。黒川哲志「環境リスク規制の断片化と再統合」、環境行政の法理と手法（成文堂、二〇〇四年）一章参照。

(15) 今回の行政訴訟制度の見直しに際しても、行政訴訟の実情に対して、批判というより、きわめて多くの不信や怨嗟の聲が連鎖と寄せられていた。参照、司法制度改革推進本部事務局「行政訴訟制度の見直しについての意見募集の結果について」<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shinou/kentoukai/gyouseisouyou/siryou/boshukeka.html>

(16) 藤田宙靖判事はこの二本柱の構造を近代法治国家原理と呼び、次のように説明されている。「法律による行政の原理」の下では、議会の制定する法律によって行政活動を縛ることを通じて、私人にとつての法的安定性の要請と、行政の民主的コントロールの要請を実現しようとする。そして、法律に従って行われた筈の「行政行為」が実は違法であったということになれば、私人の側では、裁判所にこれを訴えてその是正を求めることができる。これが、伝統的な日独行政法の近代法治国家原理の基本的構造である。同・一三七頁。この二本柱の構造は、ちょうど憲法が、人権保障と人権の実現を図るための統治機構との二本柱から構成されているとし、それでもって近代立憲国家の基本法制度としては足りると理解してきたが、今日において、統治機構として位置付けられていない国民のよりいっそうの社会的参加や協働を正面から捉え直さなければならなくなっている状況と共通するところがあるように思われる。

(17) 以下、行政権（行政庁）の優越性に関する分析視点や表現については、藤田一六〇―一九頁および二五―四六頁参照。

(18) 石川敏行「行政法における私人の地位・能力」行政法の争点（第三版）一四頁およびそこに引用されている文献参照。

(19) 浜川清「公法と私法」行政法の争点（第三版）一一頁

(20) この点、藤田宙靖判事は、「二元論か一元論かを論ずることにおおらかなの意味が残るとすれば、それはおそらく、考え方の方向性の違い、すなわち法思想的基盤の違い、という点においてであろう」（藤田四五頁）と述べており、その指摘は正しいと思われる。しかし、行政法学が果たすべき使命からすると、事態はそうした悠長な傍観を許す状況ではないと考える。

(21) 今日、明白に公法や行政権の特殊性を理由にすることは少なくなっているようであるが、行政の専門性とか技術的問題であることなどを理由に特別扱いを試みる動きがある。裁判を受ける権利を実効的に保障したり、行政機関が手続上の要件

を適正にクリアしているかを審査する方向での特別扱いならば結構なことであるが、そうではなく行政機関側の事情や意見を汲み上げしやすくするたるの特別扱いには十分な警戒を要する。たとえば、「民事訴訟をモデルとした対応とは一線を画した固有の「行政訴訟法（仮称）」制定」であるとか、「行政訴訟に対応するための専門的裁判機関（行政裁判所ないし行政事件専門部等）の整備」といったものがその一例である。注28で引用する最終意見書参照。

(22)

筆者は長く今村成和教授の行政法Ⅱ行政特有法論に与してきた。しかし、兼子仁教授が提示された特殊法理論、室井力教授の行政領域論、あるいは、塩野宏教授の行政法各論分離説などにもかなりの親近感をもっている。これら諸説が私見とどのように異なっているか、相容れないところがあるのか、などについては今後の検討課題としたい。補助金（基金）、財政投融資、特別会計、特殊法人、出資法人、認可法人、公益法人その他の外郭団体などにおける公金使用の不正と非効率を適切に規律できるかが分岐点になることは間違いない。諸学説の概要と出典、および、公法と私法の二元論と一元論に関する学説を整理したものと、塩野宏「行政法の対象と範囲」行政法の争点（新版）4頁参照。

(23)

結局、裁量を、抽象的な規範を具体的事実に基づける作業にともなう「法論理的性格に基づく裁量」と「政策的意味における裁量」に二分し、立法的統制と司法的統制から裁量を考察していた今村成和の地点に立ち返って考えるべしということになる。今村成和（畠山武道補訂「行政法入門（第八版）」（二〇〇五年、初版は一九六六年）八六頁以下。関連して、山下竜一は裁量の民主的段階的統制を検討し、裁量を「立法と行政の関係の中でとらえる広義の裁量と、行政と司法の関係の中でとらえる狭義の裁量の二つの意味」で捉え、「広義の裁量が民主的に統制されながら狭義の裁量にいたるプロセス」を考察している。傾聴すべき主張で異論ないが、今村成和のいう政策的意味における裁量（筆者のいう戦略的合理性に関する裁量）への踏み込みが弱いように思われる。同「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法研究六七号（二〇〇五年）二二四頁。植村栄治は、すべての裁量行為は、適法となるには行政の判断に相応の合理性があることを要するという「合理性の原則」を提案するとともに、どの程度の合理性が必要かはそれぞれの行政行為に即して個別的に決するとしている。同「行政法教室一〇四頁。すべての裁量行為を対象として裁量論を設定し、相応の合理性があることを要する点で私見につながる志向が認められ、当面、植村説を支持したい。

なお、司法制度改革推進事務局「行政訴訟制度見直しについての意見の主な項目」第二一七（4）は、司法審査の場面

における裁量統制のあり方を念頭において以下のA案からD案のような考え方を検討している。各案それぞれに正しかろうが、私見の二分類の視点を取り込んだものはないようである。

A案 行政事件訴訟法第三〇条の規定について、比例原則や合理性の基準なども規定すべきであるとの考え方

B案 行政事件訴訟法第三〇条の規定は、裁量審査を抑制する効果を持つおそれがあるから削除すべきであるとの考

え方

C案 費用便益分析手法などの客観的科学的な基準が相応しい分野についてはそのような基準で裁量の審査をすべき

旨の規定をする考え方

D案 裁量基準及びその基準の適用の合理性を行政庁に主張立証させて行政庁の判断過程を明確にし、その判断の方

法又は過程に誤りがある場合には処分が違法になるとの規定をすべきであるとの考え方」

日弁連の「行政訴訟法(案)」(二〇〇三年(平成一五年)三月一三日)第三五条(判断余地のある行政決定における行政主体の主張立証責任)は若干、微妙である。同案第三五条は、一項だけなら、従来の法解釈的合理性に留まるが、二項が付加されることにより、ある程度、戦略的合理性をも審査できるかもしれない。

第三五条 行政法規への事実の当てはめにおいて判断余地があるときは、行政主体は、是正訴訟において、その行政決定の前提となる事実、判断基準の合理性及び判断基準の事実への適用の合理性を主張立証しなければならない。

2 前項において、判断基準が適法でなく、又は適正な判断基準への事実を行政機関等が適用する過程に法令の趣旨、目的、社会通念又は条理上、過誤・欠落がある場合には、裁判所はその行政決定が違法であると判断しなければならない。

(24) わが国の実定法レベルで言うと、目標を明記することはあつても課題を明示するものはほとんどない。米国連邦法の多くは、個別法律の冒頭で「fact-finding」として立法事実を認定している。それはどのような状況を前提として法律が制定されるに至ったかを明確に述べるものであるが、その中には目標を実現するうえで重要な課題も明らかにされることが一般的である。そうした重要な課題が明らかにされて初めて、実効的な施策や事業を考え出すことができることになる。また、法解釈にさいしても課題が明示されていて初めて、立法趣旨が明確になり正しい方向を向いた解釈することができる。その点、日本国憲法前文は9条解釈の方向を明示する数少ない例である。

立法事実として課題を明記することが立法スタイルとして慣習上困難であるなら、せめて課題を踏まえての「解釈指針」が明記されておれば、立法趣旨を踏まえ、ある程度戦略性のある法解釈を實踐することが可能になる。この意味で、行政事件訴訟法のなかに解釈指針を明記することは、法改正に至った経緯を反映するため、改正後の法の解釈や適用にとつて有益であると考えられる。たとえば日弁連の行政訴訟法案は、次の解釈指針を定めるとともに説明を付している。

第5条 本法及び行政訴訟において適用される法規は、憲法上及び法令上の諸権利と裁判を受ける権利の包括的且つ実効的な保障、権利救済方式の明確性の確保、及び両当事者の実質的な対等性の確保を旨として解釈されなければならない。

【説明】 これまでの行政訴訟制度の機能不全は、裁判所の司法救済に対する消極的態度に由来するところが大きい。そこで裁判所がよって立つべき解釈指針を明確に示すこととした。

「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」いうなら、同法は「行政機関の保有する情報の一層の公開を図り、もつて政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資する」(一条)という目標・目的を定めているが、目標を實現するうえで重要な課題を明記していない。そのことが同法の規定する個人情報に関する規定文言の解釈において、時代の要請に反する解釈を生じさせる原因の一つになっていると思われる。せめて解釈指針としてでもいいから、「知る権利」の保障を第一義として解釈しなければならぬ旨、明記しておくべきであった。

(25) ただし、生命・健康・安全、環境に関する利益の算定が困難であったり過少評価されがちであることを理由に、費用便益分析の強制に批判と疑問を呈する見解も相当強い。米国では、A P A (行政手続法)をより厳密な規定に改正し、規制導入に際しての費用便益分析を要求するさまざまな動きがあったが、A B A (米国法律家協会)の行政法部会が、同部会が本能としてもっている「よき政府 (good government)」の視点から、洗練されていない、過激すぎるなどといった理由を付けて費用便益分析の導入を見送らせてきたことにつき、参照、比山節男「日弁連行政訴訟センター設立記念シンポジウム、行政『法』改革の方法と成果」日米の比較」一八〇頁参照。

わが国でも裁量権限行使の法的統制の見地から司法審査基準の厳密化を主張する声がかなりあるが、米国におけるこ

- した経験は、法律における規律をどの程度精緻なものにしておくことが望ましいかについて、貴重な参考事例を提供する。関連して、亘理格は、フランスでは、国土整備・開発事業計画の公益性認定に際して、「費用便益衡量」型の審査手法が裁量審査手法として定着していることを紹介して、個別具体の事実関係の下では公益の内容は相当程度に特定されうるとの観念があるとともに、裁量の認定判断に際して行政庁は、常に最良の条件下に身を置く「最良の判断条件充足義務」とでも呼ぶべき義務があるとする。同・公益と行政裁量―行政訴訟の日仏比較―（弘文堂、二〇〇二年五月）。合理的意思決定の欠如から思考をスタートさせて戦略的合理性の達成を探索している筆者の思考プロセスとは、ちょうど反対方向からの検討を実証的に緻密に行っている点で異なるが、結論としては結局同じ地点に到達しているように思われて興味深い。
- (26) 政策法学展開の動向や法解釈との関わりを多角的に論じたものとして、交告尚史ほか編「解釈法学と政策法学（勁草書房、二〇〇五）」がある。同書において筆者は、戦略的合理性を追求できる行政手法として、協働手法を積極的に導入すべし提案している。比山節男「わが国における協働主義行政法の成立可能性と射程」。ちなみに、米国では、資源配分のあり方など政策決定を行うための規則制定手続が、司法の場でハード・ルックなどの手法により厳しく審査された経験を踏まえ、規制担当機関が事案の実情に合わせた最適の政策を公正かつオープンに導出する仕組みを多くの行政分野で急速に展開させている。たとえば、被規制者だけでなく利害関係者や公益団体なども巻き込んで協働的に政策決定したり、より大きな成果を引き換えに行政罰の執行を猶予するシステム、電子政府による積極的な情報提供やこれを活用してのリスクコミュニケーションや規則制定、自主的監督手法と経済的利益などによる誘導との結合といった手法である。昨年二〇〇四年日米法学会で来日講演したジョディ・フリーマンも、実のところの問題は、行政裁量が過度に存在することではなく、良い政策決定生み出すために必要な戦略が貧弱なことであると述べている。参照、同・比山節男訳「米國行政法における公私協働による社会統治システムの理論と実務の展開」アメリカ法二〇〇五―1、二二頁。なお筆者は、行政の意思決定が公正で合理的なものになることを促進することを最大の狙いとして、説明責任履行請求訴訟を提案している。比山節男「説明義務履行請求訴訟および財務会計非遵行為に関する公務員報告義務等の提案」大阪経済法科大学法学論集五八号六頁参照。
- (27) 警視庁は地価下落に通じるおそれがあるとしてこれまで行っていなかった犯罪発生地点を公表する方向に転じたようである。警視庁の犯罪発生マップは半年ごとに更新されるといふ。大阪府警も類似の措置を取っていることを筆者は確認した。



元警視庁捜査一課長の田宮栄一氏は、次のように述べ、今回公表された犯罪発生マップが、今後の地域防犯に一石を投じることになればと願っている。「江戸川区の小岩地区の町内会が小岩駅周辺に防犯カメラをつけたり、世田谷区の明大前の商店街で自警団がパトロールをしたりとか、警察組織に頼らない行政機関任せでない、自分たちの街は自分たちで守ろうといった動きが少しずつ出てきています。治安が悪いといえば不動産屋が困るとかいう低次元の話ではなくて、悪ければ悪いなりに地域の方が自覚をして、じゃあどうしようということまで昇華させないといけないと思います。住民のみならずも立ち上がってください、と言わなければならぬほど状況は切迫しているということでもあるんです」（東京・大塚あなただの街の「犯罪データ」週刊朝日二〇〇三年六月二〇日号）。

また、環境省は、産業廃棄物の不法投棄や不適正処理を行って行政処分を受けた産廃処理業者の行政処分情報を過去五年にさかのぼり公表する方針に転じている。環境省は、許可取消処分権限を持つ都道府県から処分情報を収集し、社名、所在地、具体的な処分内容を公表する。これまで、処分情報の公開は、例外的に、東京都と埼玉県だけがホームページ上で行っていたが、全都道府県の情報が公開されるのは初めて。処理業者へ産廃処分を委託する企業などの排出事業者が、優良な処理業者を選べるようにするのが狙いらしい。この背景には、「一九九七年と二〇〇〇年の廃棄物処理法の改正で、処理業者に加え、排出事業者にも、適正処理の責任を持たせる形へ強化されたこともある」（環境省産業廃棄物課。このため、排出事業者による処分業者の選別が始まっていた。産廃業許可の取り消し処分件数は、二〇〇一年度が一八五件と前年度の二倍を超えており、日本経団連など産業界からも悪徳業者の情報公開を望む声が強まっていたという。公開する行政処分情報は、「産業廃棄物処分業」と「産業廃棄物収集運搬業」の二種類の許可についての(1)取消し、(2)一定機関の営業停止、(3)一部施設の営業停止の情報。感染性が高い医療廃棄物などの「特別管理産業廃棄物」についても同様の情報を公開する。排出事業者が、行政処分情報を知ろうとする場合、東京都と埼玉県を除き、従来は道府県に情報公開請求するか方法がなかった。(参照日本工業新聞二〇〇三年五月一九日付)。

- (28) 大阪府知事交際費に関する文書の開示請求が争われた事件に対する最高裁判決(最判平一三・三・二七民集五五・二・五三〇)である。同判決は、非公開事由に該当する「独立した一体的な情報」という不確定概念を突然持ち出し、情報公開法規における非開示の範囲と類型を司法判断により準立法的に拡張した悪判決である。

(29) 比山節男「政府再生手法としての電子政府」情報通信学会誌No.58(一九九八年九月)一七二—一七六頁参照。また、判例や大統領命令により米国において「文書による行政」が実現されていることにつき、前注(25)比山「説明義務履行請求訴訟および財務会計非違行為に関する公務員報告義務等の提案の提案」三五—三六頁(注)19・20参照。

(30) 司法審意見書(前注2)は、本文三(1)での引用箇所が続いて以下の具体的な課題を指摘していた。以下で筆者が下線を施して示している項目は今回の改正で措置されず、今後に残された課題になっている。

まず、行政訴訟手続に関する諸課題である。例えば、現行の行政事件訴訟法上の個別課題として、原告適格、処分性、訴えの利益、出訴期間、管轄、執行不停止原則等のほか、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題となる。さらに、民事訴訟をモデルとした対応とは一線を画した固有の「行政訴訟法(仮称)」制定の要否も視野に入れることが考えられる。このほか、個別法上の課題(不服審査前置主義、処分性、原告適格等)の整理・検討も併せて必要となろう。／また、行政訴訟の基盤整備上の諸課題への対応も重要である。例えば、行政訴訟に対応するための専門的裁判機関(行政裁判所ないし行政事件専門部、巡回裁判所等)の整備、行政事件を取り扱う法曹(裁判官・弁護士)の専門性の強化方策等について、本格的な検討が必要である。また、法科大学院における行政法教育の充実も求められる。

(31) 阿部泰隆「行政事件訴訟法の改正について」(現代法律実務の諸問題平成一六年版、第一法規)一四頁は、今後の課題として、権利救済の包括的・実効性の視点こそが要点だとしている。

(32) この点、筆者は、日弁連が提案する「行政訴訟法(案)」(二〇〇三年(平成一五年)三月一三日)を基本的に支持する。同案は、「機能不全に陥って久しいわが国の行政訴訟制度を抜本的に改革するために、国民にわかりやすく利用しやすいもの、またグローバル時代に相応しく国際的に恥ずかしくないものという観点から新たな行政訴訟制度のあり方を構想するものである。是正訴訟(行政決定の違法の確認を求める訴訟及びその是正のための作為又は不作為を求める訴訟をいう)では、裁判所は当事者双方の意見を聞いた上で、もっとも適切と考える判決を言い渡さなければならない。本文で紹介したものの以外に同案は、行政訴訟の対象拡大、原告適格の拡大は無論のこと、「審理方法の改善」(原則として被告となる行政側に主張立証責任を負わせるとともに、行政側の費用負担で必要な調査を行う調査命令制度、日本版ディスカバー制

度としての開示命令制度の導入、仮の救済制度の創設（執行停止原則を採用するとともに、仮命令、仮差止その他の仮救済制度を設ける）、国民訴訟の導入（住民訴訟の国版として、国レベルの財務会計行為の違法を是正するための客観訴訟を導入する）などを提案している。なお、拙稿「行政訴訟法制度改革の視点と方向」ドイツ・フランス行政裁判所等調査を契機に——大阪経済法科大学法学論集四六号（平成一二年三月）四一—七四頁は、ドイツ行政裁判所法に倣い、裁判を受ける権利を保障する方向で行政事件訴訟法を単純化して規定すべきと主張している。

(3) いくつかの理由がある。一つは、「現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争（行政計画の取消訴訟等）が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当が必要である」（司法審意見書9(1)）が、訴訟法を含む法制度の改正はなかなか容易には実現しないと思われることである。二つは、訴訟活動をするために、弁護士を理解と協力を得ながら実際に裁判所に通うことは、一般の国民にとつて決して容易なことではなく、国民の便宜に適った紛争解決という観点からすると、訴訟提起に持ち込む前の制度として、苦情・要望があればそれを汲み上げ迅速適確に対処する代替的紛争解決制度の充実が求められるということがある。三つは、裁判官にはその独立や身分の保障があれほど明白に憲法に規定されていた（七六条、七八条）にもかかわらず、自律心・郷土・文化・環境をめぐるさまざまな公共的訴訟は言うに及ばず、訴訟制度が本来予定していた国民の救済という役割をも果たしてこなかった裁判官に対する不信感を拭い切れないことである。町田最高裁長官は新任裁判官の辞令交付式（二〇〇四・一〇・一八）で、上級審の動向など「上ばかり見るヒラメ」的裁判官は不要と述べたそうだが、裁判官の心理をヒラメにする人事構造などがあるはずであり、そこにもメスを入れて元凶を断たなければ国民が信頼できる司法を構築することはできないように思われる。

なお、「司法の行政に対するチェック機能の強化」という問題に関連して上記意見書は、「国民の権利・自由をより実効的に保障する観点から、行政訴訟制度を見直す必要がある。」（I—第2—1）と述べると共に、「国民の権利救済を実効化する見地から、…「法の支配」の基本理念の下に、司法と行政それぞれの役割を見据えた総合的多角的な検討が求められる」（II—第一—9）としていた。今後の改正作業は、筆者が点線を施して示している見地や理念を踏まえた具体化でなければならぬ。

- (34) 参照、比山節男・日弁連行政訴訟センター設立記念シンポジウム「行政『法』改革の方法と成果〜日米の比較〜」(以下、日弁連シンポという)九頁。シンポに先立ち斎藤浩弁護士が言及した。自民党若手議員らで作る「国民と行政の関係を考える若手の会」(代表・林芳正参院議員)は、行政手続きや行政訴訟制度などを見直すため、首相をトップとする「行政法制度等改革推進本部」の設置を政府に求める提言をまとめたと報じられている(二〇〇五年一月三〇日日経News)。提言では、今回は「行政審判庁」設置による不服申立て制度の強化なども提起するようである。
- (35) 前注、日弁連シンポ一〇頁参照。日弁連と斎藤浩弁護士は、仮称「行政諸法制改革会議」を、政府の高いレベルに、有識者、学者、在野法曹、行政官僚から構成し設置すべきであると提言している。「国民と行政の関係を考える若手の会」も上記の推進本部を国民の代表、有識者、法曹関係者らで構成し、改革後も恒常的なチェック機関として存続させるという考えのようである。
- (36) 米国行政会議については、前注、日弁連シンポ三七〜四二頁など参照。同会議の調査部長であったジェフリー・ラバース教授がその講演の中で自ら言及して紹介している。
- (37) 前注(26)比山節男「わが国における協働主義行政法の成立可能性と射程」。発表が前後してしまつたが、筆者はすでに同論文を発表している。