

## 政策形成と行政法の交錯に関する一考察

——行政過程における「法律」の役割を考えるための一つの試み——

木 藤 茂

- 一 はじめに —— 本稿の経緯と趣旨
- 二 前提 —— 「行政法」「行政法学」に関する若干の再考
- 三 「政策」「法制度」との相関関係の下における「法律」の役割の認識
- 四 伝統的な「法治主義」と「行政過程論」
- 五 おわりに

### 一 はじめに —— 本稿の経緯と趣旨

「行政の諸活動は、法律の定めるところにより、法律に従って行われなければならない」<sup>1)</sup>

一見ごく当然のことを述べたかのように見えるこのような法原則ないし法思想は、行政法学においては、「法律による行政の原理」として、今日ではおそらく、全ての行政法の教科書で解説がなされ、あらゆる大学の行政法の講義で説明がなされる事柄である。その意味では、わが国のような現代民主主義国家における法律学にあつては、このような基本原理について根本的な異論を唱える論者は皆無であると言つてよいであらう。

もつとも、この「法律による行政の原理」が確立されるに至るまでには長い年月を要したという歴史的事実や、その内容は決して単純で平板なものではないことも、夙に指摘がなされているところである。<sup>2</sup>あるいはまた、この「法律による行政の原理」については、その母体とされるドイツ公法学の「法治主義」と英米法系諸国の法思想である「法の支配」との差異を意識した議論の流れの中でも、しばしば引き合いに出されてきている。<sup>3</sup>

本稿は、少ない紙幅の中で、行政法学の根幹を成すと言つても過言ではないこうした根源的な課題に対し、純粹法理論的あるいは学説史的観点から精緻かつ大胆な議論を展開しようとするものではない。<sup>4</sup>それはそもそも筆者の能力をいささか超えるということもあるが、本稿ではむしろ、そうした体系的で純粹法理論的な思考から少し離れた今だ混沌としている議論の俎上で、若干の視点の提示を試みることにしたい。

もとより、不遜ながら敢えて誇張した表現をお許しただけならば、本稿の根底には、法律学の外からのみならず、時として行政法学の中からの視角としても、ややもすると「法律」のみに視線が向き過ぎているのではないか、あるいは、時に「法律」の力を過信しているのではないか、という筆者なりの漠とした懸念がある。<sup>5</sup>その真意については後述することとするが、より焦点を絞つて言えば、わが国が法治国家として成熟していく上での「法化」現象は良しとしても、とりわけ以下本文で見えるような意味での「政策」が絡んでくるような文脈においては、ともすれば「表面的」で「形式的」な法化になつてしまつている部分もあるのではないか、という危惧である、と

も言えるであろう。そのような認識は、やや結論を先走りしてより具体的に言うならば、「法律」を分析・理解する際には、「政策」の実現のための諸施策の体系あるいは「法制度」という全体像との相関関係の下でその一部を成す「法律」というものの役割を認識する視点が重要なのではないか、という主張に繋がるように思われる。さらに、そこには、現代の行政を法的に的確に理解するためには、法解釈の文脈においても、伝統的な法治主義の原理を基礎とする「法律による行政の原理」の思想に加えて、「政策」ないし「行政目的」といった視点を更に加味することはできないか、という関心がある。そして、こうした視座の下で「法律」や「法制度」を理解しようとすることは、あわよくば「法律による行政の原理」とりわけ「法律の留保」の文脈における「組織規範」と「根拠規範」をめぐる議論、ひいては「法と行政との関係」のあり方という、かねてからの問題意識に係る考察を深めていく上での何らかのヒントを与えてくれるのではないか、という筆者なりの期待もある。

一方、予めお断りしておきたいが、本稿は、政策や制度設計の観点から論じる箇所ももちろんあるが、望ましい政策のあり方やそのために考慮すべき要素とその担い手のあり方等を扱う公共政策論ないし立法政策論あるいはその現象的分析を行う行政学の土俵の上で議論を行おうとするものではない。また、個人的には学ぶべき点も多いように感じているが、近年特に盛んに説かれているような法政策論あるいは政策法務ないし政策法学の思考に行政法学が全体として全面的に傾倒すべきと主張している訳でもない<sup>6)</sup>。

本筋からやや外れるが、筆者がこのような主題で本稿を執筆しようと考えた直接の契機は、本学で三年生以上の学生を対象に「法律学特講」の一科目として「行政過程論」という講義を担当させていただいていることにある。筆者が理解している限りでのこの講義の目的は、憲法や行政法の講義で一通り学んできたことを、少し違った角度から考え直すことを通じて、それまでの理解を確実にし更に理解を深めることである。そもそもこの「行政過程

論」という講義題目は、本学着任時に筆者自らが提案したものであるが、周知のとおりこの用語は行政法学においては既に一定の含意のある概念として認識されていること<sup>2)</sup>、そして果たして自らがその講義の任に相応しいかどうか甚だ心許ないことは、もとより重々承知の上であった。さはさりながら、とかく抽象的になりがちな行政法学の思考・議論の意味を少しでも現実的な視点から実感してほしいという希望とともに、これから本稿で扱う上述のような筆者なりの問題意識をも込めて、そのような講義題目にしたという経緯がある。こうした事情もあり、本稿が、ともすれば、本来は碩学の大家の先生方が初学生を対象に説かれるような「行政法の学び方」の私論の様相を呈する面もあることについては、予めご容赦をいただければ幸いである。

本学法学部は創設四〇周年を迎えた。折しも近々不惑の年を迎えることとなる筆者にとって、未だ不惑とは行かずいささか試論・私論の域を出ないものではあるにせよ、筆者なりの問題意識や視座の一端をこうした偶然ではあるが二重の意味での節目の段階で提示しておくことは、今後更に研究を進めていく上でも全く無意味ではないであろうという自己正当化の下で、若干の考察を試みることをお許しいただきたい。

以下では、まず、本論の前提として、甚だ僭越ではあるが、以上概略述べたような筆者なりの問題意識に基づいて、「行政法」や「行政法学」について若干の再確認を行いたい(一)。そして、それを前提に、《政策形成という場面で行政法がどのように交錯してくるのか》という基本的な問題意識を中心に据えつつ、「政策」や「法制度」を意識した上で「法律」を認識することの意味を考察しながら、いくつかの視点の提示を試みる(二)。その上で、とりわけ「政策」との関連において、伝統的な法治主義と「行政過程論」をどのように理解するかについて私見の一端を述べることで、本稿のまとめに代えさせていただくこととしたい(四)。

- (1) 藤田宙靖・行政法Ⅰ(総論)(第四版改訂版)(青林書院、二〇〇五年)四八頁。
- (2) 参照、藤田・前掲注(1)四八頁、塩野宏・行政法Ⅰ・行政法総論(第四版)(有斐閣、二〇〇五年)六〇〜六三頁。
- (3) この「法治主義」と「法の支配」をめぐる論点については多くの文献があるが、近年においても議論が絶えないことからしても、この問題は行政法学にとつて今なお根源的な部分に関わるテーマであることが窺える。さしあたり、参照、磯部力「法律による行政の原理」ジュリスト増刊『行政法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)一八〜二二頁、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法―「法治行政」と「法の支配」に関する覚え書き―」同『行政法の基礎理論・上巻』(有斐閣、二〇〇五年)一三四頁以下〔初出一九八六年〕、大浜啓吉・行政法総論(新版)(岩波書店、二〇〇六年)七四〜八九頁、塩野宏「法治主義と行政法」自治研究八三巻(二〇〇七年)一―一三頁以下。
- (4) 伝統的な行政法学の思考枠組の見直しを強く説く概説書として、先駆とも言うべき阿部泰隆・行政の法システム上・下〔新版〕(有斐閣、一九九七年)をはじめ、大浜・前掲注(3)(とりわけ「初版はしがき」x頁からは「行政の政策形成」機能に光を当てる旨明言する同書独自の視点が窺える)、大橋洋一・行政法・現代行政過程論〔第二版〕(有斐閣、二〇〇四年)などが挙げられる。
- (5) このような筆者の根底にある意識は、表現やアプローチの仕方はともかく、以下本文(特に四)及び後掲注(7)で触れるところの「行政過程論」の立場からの主張と相通するところがあるように筆者自身には思われるが、本稿は、そのような行政法体系全般にわたる視点の変更の必要性を説くレベルにまで洗練・昇華されたものではなく、本文にあるとおり、「政策」や「法制度」全体を意識した上での(形式的意味における)「法律」の位置付けや役割を認識することの重要性を説こうとする、あくまでも試論・私論にとどまるものである。
- (6) 政策法務ないし政策法学については特に近年多くの文献があるが、ここでは先駆的な単行本である天野巡一(岡田行雄)加藤良重編著・政策法務と自治体(日本評論社、一九八九年)及び阿部泰隆・政策法学の基本指針(弘文堂、一九九六年)のほか、行政法学の視点から様々な論点が盛り込まれている占部裕典(北村喜宣)交告尚史編・解釈法学と政策法学(勁草書房、二〇〇五年)、さらには自治体法務に関連するものとして、小早川光郎編著・地方分権と自治体法務(ぎょうせい、二〇〇二年)、山口道昭・政策法務入門(信山社、二〇〇二年)、磯崎初仁編・政策法務の新展開(ぎょうせい、二〇〇四年)、北村喜宣(磯崎初仁)山口道昭編著・政策法務研修テキスト〔第二版〕(第一法規、二〇〇五年)、田中孝男(石佐茂男)自治体法務入門〔第三版〕(ぎょうせい、二〇〇六年)、兼子仁(自治体行政法入門(北樹出版、二〇〇六年)、石

川公一・実践政策法務(ぎょうせい、二〇〇七年)、鈴木庸夫編・自治体法務改革の理論(勁草書房、二〇〇七年)、幸田雅治Ⅱ安念潤司Ⅱ生沼裕・政策法務の基礎知識〔改訂版〕(第一法規、二〇〇八年)のみを掲げさせていただくとどめる。

(7) 「行政過程論」の内容及びそれをめぐる議論については、詳しくは以下本文四を参照。

その主張するところは必ずしも一様ではないが、代表的な論者の概説書とも言える書物として、遠藤博也・計画行政法(学陽書房、一九七六年)八五頁以下、塩野宏「行政過程総説」同『行政過程とその統制』(有斐閣、一九八九年)三頁以下〔初出一九八四年〕、原田尚彦・行政法要論〔全訂第六版〕(学陽書房、二〇〇五年)一一一頁以下、大橋・前掲注(4)、山村恒年「行政過程法と新公共管理論(グッド・ガバナンス論)」同編『新公共管理システムと行政法』(信山社、二〇〇四年)三八頁以下などがある。

他方、伝統的な行政法学への批判については理解を示す一方で、「行政過程論」の問題点を指摘するものとして、参照、藤田・前掲注(1)一三〇～一三六頁。

## 二 前提 —— 「行政法」「行政法学」に関する若干の再考

### 1 「行政法」分野の「法律」の一つの特徴

およそ全ての法律は、何らかの目的を持って定められたものである。法のうち自然法のようなものを別とすれば、(形式的意味における)法律は人為的に作られるものであるが故に、この理は一〇〇%当てはまる。

こうした法律の目的に関しては以下でも若干触れるが、本稿のような視点から行政法分野の法律を理解する上でまず重要と思われるのは、他の法分野との比較において特に行政法の分野の法律がある一定の特徴を有している場合が少なくない、ということを変更して想起することであるように思われる。その意図するところは、敢えて分かり

やすい例を選んであるが、次の二つの法律の条文を比較すれば明らかであろう。

○ 刑法第一四八条(通貨偽造及び行使等)

- 1 行使の目的で、通用する貨幣、紙幣又は銀行券を偽造し、又は変造した者は、無期又は三年以上の懲役に処する。
- 2 偽造又は変造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し、又は行使の目的で人に交付し、若しくは輸入した者も、前項と同様とする。

○ 道路交通法第四条(公安委員会の交通規制)(抄・一部略・傍線は筆者)

- 1 都道府県公安委員会は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、又は交通公害その他の道路の交通に起因する障害を防止するため必要があると認めるときは、政令で定めるところにより、信号機又は道路標識等を設置し、及び管理して、交通整理、歩行者又は車両等の通行の禁止その他の道路における交通の規制をすることができる。

- 4 信号機の表示する信号の意味その他信号機について必要な事項は、政令で定める。

- 5 道路標識等の種類、様式、設置場所その他道路標識等について必要な事項は、内閣府令・国土交通省令で定める。

すなわち、伝統的な行政法の教科書においては「行政立法」の項目で扱われる事柄であるが、この道路交通法を一例とする行政法分野の法律にとりわけ多く見られる特徴の一つは、「もちろん例外も多いとは思いますが、一般的な傾向という意味から言えば」《ある法規範を「法律」だけで書き切ることにはせず、政令や府省令といった下位法令に具体的な規律を委ねている構造を持った条項が多く見られる》ということである。

この点は、今さら改めて指摘するほどのことではないと受け取られるかも知れないが、次の2とも関係してくるので、ここで改めて確認しておくこととしたい。

## 2 学問としての「行政法学」の一側面

次に、1で言及した点も含めて、「行政法学」について若干の再確認をしてみたい。

まず、1からの流れで言えば、次のようなことになる。1で掲げた例のように、特に罪刑法定主義の原則が支配する刑法のようなケースでは、何が「行使の目的」「通用する貨幣、紙幣又は銀行券」「偽造し、又は変造した」に該当するか、すなわち個々の事例に照らして「法律」の条文に定められた構成要件該当性の有無を如何に考えるかを「法解釈論」として学ぶことが中心になる。これに対し、前掲の道路交通法の例で言えば、同様の法解釈論として、通行禁止違反や信号無視等の道路交通法違反の個別事例への条文の適用の有無が問題となることももちろんあるが、その大前提として、「法律による行政の原理」の下位原則である「法律の法規創造力」や「法律の優位」の原則との関係という観点から、下位法令への委任が白紙委任ではないか、あるいは逆に、下位法令の規律が委任元の法律の趣旨を逸脱し委任の範囲を超えているのではないか、といったことが、<sup>3)</sup>まずもって重要な論点として理解されなければならない必要性が出てくるのである。

つまり、本稿の問題意識から言葉を変えて言うならば、とりわけ行政法分野の法律については、「法律」の規定だけを見ていたのでは「法制度」全体を理解したことにはならない」ということを改めて認識する必要がある、ということになるろう（この「法制度」の視点については3で後述する）。少なくとも大学の学部段階で「法律」だけではなく下位法令たる政令や府省令をも俯瞰することが必要になるような法分野はそれほど多くはないように思われ、その意味からも、行政法を学ぶ上ではこのことがとりわけ強く意識される必要があるように思われる。裏から言えば、行政法を学ぶにくくしている原因の一つがこうした点にもあるように筆者には感じられる。



さらに、行政法学の特色あるいはしばしば言われる学びにくさという観点から言えば、やや大上段の議論になるかも知れないが、筆者なりの見方からは以下のような点を意識することも重要ではないかと思われる。

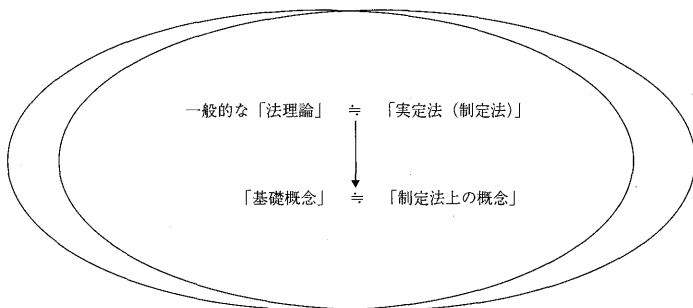
次頁の図は、筆者なりの《行政法のイメージ》を描いたものである<sup>9)</sup>。もつとも、あくまでも今ただ試作段階であり、また行政法の特徴を際立たせるために敢えて誇張して書いてある部分もあるので、この図で全てを適切に描き切れているとは思わないが、筆者は、行政法の講義の最初の段階で、学生のみなさんに《行政法のイメージ》を少しでも掴んでもらおうと、この図を板書して説明することになっている。そのような前提で若干の補足をすれば、次のとおりである。

まず、行政法以外の他の法分野では、左の丸へ一般的な「法理論」〈と右の丸へ「実定法(制定法)」の「重なり部分」がより大きいのに対し、行政法ではこの「重なり部分」が相対的に小さい。つまり、行政法以外の法分野においては、重要な概念や法理論は「法制度」として明文化されることが多く、したがって、法解釈学としては、実際の個別事例を個々の制定法に当てはめる作業が中心となる。これに対し、行政法の分野においては、個別領域の個別法が主となる制定法に比べて、抽象度が高い一般的な法理論の役割が相対的に重くなる上に、それらが必ずしも目に見える制定法の形をとっていないため、体系的な理解がより困難になるとい状況が生まれる。

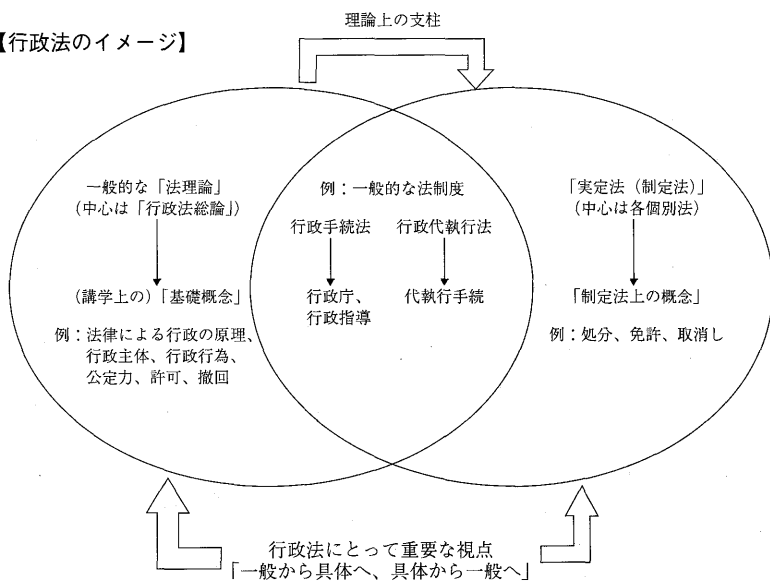
もつとも、特に近年は、一般的な法理論を「一般法」ないしその一部として明文化する動きが再び活発になってきたことにより、「重なり部分」が以前と比べて拡大していることも事実であるが、行政行為論その他の根幹部分は依然として一般的な法理論の下における(講学上の)「基礎概念」に基づいて体系付けられている。また、一般的な法理論の下での「基礎概念」が「制定法上の概念」と整合する例も見られるが、「行政庁」を中核に据える作用法的行政機関概念と事務配分的行政機関概念、「行政行為」と「処分」、「撤回」と「取消し」など)同種の項

《行政法のイメージ》 (試作段階)

【他の法分野のイメージ】



【行政法のイメージ】



※ この図は、良い面・悪い面を含め行政法が置かれた現状に対する筆者なりのイメージであって、行政法のあるべき姿の理想型を示しているものではない。

目に属する概念であつてもそれらの内容が必ずしも一致していない例も多いことから、多様な概念が錯綜しそれに基づく議論が複雑化することが少なくない。

さらに、行政実務においては、これら両者を視野に入れつつ、さらにその欠缺を埋めるため(通達等の行政規則をはじめとする)独自の「内部ルール」を設けながら、日々活動している。

その上で、実際の個別事例を法的に理解するためには、個々の制定法だけでは足りず、一般的な法理論とも照らし合わせて理解しなければならぬことから、より複雑かつ重層的な理解が不可欠となってくる。

なお、誤解を生じないように二点だけ補足しておく。まず、行政法の分野においても、左の丸へ一般的な「法理論」が右の丸へ「実定法(制定法)」の「理論上の支柱」となっていることに変わりはなく、前頁の図は、行政法の分野において個別の法制度が一般的な法理論とは無関係ないし矛盾する形で制度化されていることを意味するものではない。また、この図は、頁下に※印で注書きしたとおり、良い面・悪い面を含め行政法が置かれた現状に対する筆者なりのイメージであつて、行政法のあるべき姿の理想型を示しているものではない。

以上のような視点から行政法を改めて理解するならば、行政法学ないし行政法を学ぶ上での一つの視点として重要になってくるのは、《一般から具体へ、具体から一般へ》という視点なのではないだろうか。それは、すなわち、「一般」的な法理論及び講学上の基礎概念と「具体」的な個別法及び個別事例との両者の間を、双方向的かつ継続・反復的に「接続」させるような重層的な思考方法である<sup>10)</sup>とすることもできるように思われる。

やや議論の方向が外れた感もあるのですが最後に本論に戻せば、特に行政法については、以下三で見るとな意味とは別の学問的特色という観点から見ても、その是非は別として、《制定法に基づく「法制度」が全てを規律しているわけではない》ということを変更して認識しておくことが重要であるように思われる。

(8) 「法律による行政の原理」の下位三原則としての「法律の法規創造力」「法律の優位」及び「法律の留保」が「行政立法」との間でそれぞれどのように具体的に関係してくるかについては、「法規」の概念や「法律の留保」の理解の仕方如何によって左右される面があり、実はそう単純ではない。

この点について本稿では敢えて立ち入らないが、より詳しく論じている例として、参照、小早川光郎「行政法上(弘文堂、一九九九年) 八三〜九三頁、藤田・前掲注(一) 五二〜六〇頁(行政立法に対する法律の授權については、「法律の法規創造力」よりもむしろ「法律の留保の原則の一内容を成すもの」と見ている(五三頁))、松戸浩「法律の法規創造力の概念に就いて・続―我国学説に於ける受容と変容」稲葉馨Ⅱ巨理格編「藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式」(青林書院、二〇〇八年) 一四一頁以下。

このような視点を含めたわが国行政法学における行政立法をめぐる学説の系譜については、平岡久「行政立法」雄川一郎Ⅱ塩野宏Ⅱ園部逸夫編『現代行政法大系2・行政過程』(有斐閣、一九八四年) 六三頁以下、野口貴公美・行政立法手続の研究(日本評論社、二〇〇八年) 第四章一六六頁以下が詳しい。

(9) 以下本文でも述べるように、本文中の図とそれに関する一連の説明は、これまでの教育・研究と行政の実務での経験を通じて得られた筆者なりの問題意識から試作した今だ作成途上のものである。

本稿の執筆がかなりの短期間になされたこともあって、大橋・前掲注(4) 五〜一八頁など参考になる取組みもあるものの、先行業績から直接的な示唆を得ることが出来なかった。もとより筆者には中川丈久教授のような図解のセンスもなく、また内容面でも筆者の目が行き届いていないあるいは理解が不十分な点多々あると思われるので、さしあたりのご海容をいただくとともに、むしろご教示を賜れるならば幸いである。

(10) こうした点については、近々刊行予定の磯部力Ⅱ小早川光郎Ⅱ芝池義一編「行政法の新構想(全三巻)」(有斐閣)においても本論にとって示唆となるような論考が示されるのではないかと期待しているが、それらを踏まえた更なる考察は他日を期すこととしたい。

### 三 「政策」「法制度」との相関関係の下における「法律」の役割の認識

二では、あくまでもイメージにとどまる面もあるが、本論の前提として、筆者なりの視点から「行政法」や「行政法学」について若干の再考を施してみた。

そこで、三では、これまでと同様の視角をもとに、「政策」や「法制度」を意識した上で「法律」の位置付けや役割を認識することの重要性について、いくつかの観点から示してみたい。

#### 1 法概念としての「政策」

「政策」をめぐる法的问题については、少なくとも伝統的な行政法学においては、必ずしも多くの関心が寄せられてきたとは言えない。これは、伝統的な「外部関係」と「内部関係」の二元的思考の下では、外部効果を有する個々具体的な行政の意思決定としての行政行為ないし処分については関心があっても、その前提となる政策の形成や内部の意思決定については、一方で法とは無縁の政治の世界のものであるという思考、他方で政策決定そのものは私人に直接かつ個別具体的な法的効果を及ぼすものではないという法論理上の整理によって、自らの関心領域から除外してきたからであるように思われる。

しかし、その後、学説においても、「一 はじめに」<sup>11</sup>で触れたような行政過程論さらには政策法務ないし政策法学の立場からの問題提起がなされるようになるとともに、「事前規制から事後監視へ」といった発想の転換の下で、二〇〇一年にはいわゆる政策評価法<sup>12</sup>が制定され、すぐ後で述べるように、「政策」という概念が「法制度」の

枠組みに明確に取り入れられることとなった。そして、近時の教科書においても、「行政法の一般原則」の中で、「透明性とアカウンタビリティ」あるいは政策評価の観点からの「必要性」「有効性」「効率性」の原則を取り上げたり、「行政法の基本原理」の中の「行政のコントロールシステム」の一つとして、行政組織法的な観点からの「説明責任」の文脈で政策評価を捉えた記述がなされるなど、政策という要素を意識した上で行政法を理解しようとする動きが定着しつつあると言つてよいであろう。<sup>13)</sup>

このように、近年の行政法学においては、政策という概念が様々な文脈で言及されるようになってきたとは言えるものの、本稿が提示しようとするような政策と法律との相関関係といった観点は、ここでも未だ必ずしも強くは意識されていないように思われる。その具体的な視点は次の2で提示することとするが、ここではその検討の前提として必要と思われる限りで、これまで特段の議論なく用いてきた「政策」という概念について若干の再確認を行つておく。

一般に、「政策」とは、「政治の方策。方略。」あるいは「政府、政党などの方策ないし施政の方針。」と定義されているようであるが、問題<sup>14)</sup>は、主として行政法学の視点に立ったときに、政策をどのようなものとして認識するかである。

この点に関しては、例えば、一般の理解から対象をより限定しようとする立場から、法律や予算等の「公式の公示方式で定められたもの」に着目してそれを政策として捉え、「そこに至る行政の活動を政策形成過程として把握」<sup>15)</sup>することを説くものもあれば、政策法学の議論を参考に「特定の目標とその達成のための手順」を指すものとして法政策学の視点をも含めて論じるものもある。

このように論者の視座によつて必ずしも一致しない面はあるが、本稿では、内容面に関しては、さしあたり政策

評価法二条二項の定義を基本に考え、その上で、社会秩序の形成を目指す(狭義の)「政策」は、社会秩序維持を目指す「対策」と、あるいは個別的・具体的な方策としての「施策」と、それぞれ区別して用いられることを前提に、包括的な体系を有する比較的広い領域をもった概念として理解することとしたい。<sup>16</sup>ここでその逐語的解説に触れる余裕はないが、その定義によれば、同法における「政策」とは、「行政機関が、その任務又は所掌事務の範囲内において、一定の行政目的を実現するために企画及び立案をする行政上の一連の行為についての方針、方策その他これらに類するもの」をいうものとされている。

もっとも、以上のような前提に立ったとしても、「政策」の担い手の面については、若干の留保が必要であろう。一方において、政策評価法の定義で「行政機関」が政策の担い手として法律上明確に位置付けられたという点は看過されるべきではないにもかかわらず、従来必ずしも明確に指摘がなされてきたようには思われないので、ここで改めて確認しておく必要があるように思われる。他方において、先に見たように、政策の担い手のあり方自体は本稿の主題ではないことから、行政機関が政策形成の一翼を担うとする政策評価法の定義を念頭に置きつつ、殊更に担い手が問題となるような文脈以外の場合には、必ずしもそれに限定せず政策を広く理解することを基本にすることを、予めお断りしておく。

## 2 「政策」と「法制度」をめぐる二つの次元の下における「法律」の役割の認識

以下2では、1で見たような「政策」を取り巻く状況を念頭に置いた上で、「政策」と「法制度」の関係を軸に、「法律」というものの位置付け・役割について考えてみることにしたい。

ここでは、ごく大雑把に言ってしまうと、《「政策」目的はどのようようにして実現されると考えられているのか》と

いう点に着目することになるが、それはさらに次のような二つの次元の思考として理解される必要があるように思われる。

① 「政策」実現の枠組みにおける「法制度」の「役割分担」——「法制度」の「限界」の認識

i) 「法律」は「政策」を実現するための唯一の手段か?

何らかの新たな社会秩序の形成が画策されたり、個々の施策・対策だけでは收拾が図れない事態に際して抜本的な方策が必要であると認識されるようになると、現実には様々な場において政策形成のための議論や利害調整が行われる。他方、ある政策の実現が必要と考えられる場合に、いかなる立場の人が関与しいかなる法制度が創られることが望ましいかという視点は、むしろ立法政策論に属する。ここでも、そのような観点に触れざるを得ない面はあるが、既述のように、政策の担い手のあり方や政策形成の内容それ自体について分析することが本稿の主題ではない。

ここでの関心の向きはむしろ、様々な担い手によって合意形成がなされる「政策」と「法制度」との間の、言わば静的な関係である。すなわち、《ある政策が必要とされている状況において、その実現のためにいかなる手段が認識され、それぞれがどのように役割を分担することが期待されていると理解するか》という視点である。このような文脈において、法律学以外の分野からはもちろん、戦後の行政法学の議論においても、ややもすると、時として「政策」と「法律」とが「同視」ないし極めて近い「相似形」として認識され、その側面のみが強調され過ぎて



きたきらいがあるのではないか、というのが、筆者なりの見方である。

確かに、「法制度」は、個々具体的な「政策」を実現する上で最上位のものとして中核的な役割を担うべきものであることが憲法上も想定されており、また現実にもそのような機能を果たしていることには、何ら疑問を挟む余地はない。であるからこそ、「法律による行政の原理」の視点からは、そうした重要な部分(何がこれに該当するかについては、周知のように種々の考え方が存するところではあるが)は「法律」により規律されなければならない、という論理になるのであろう。そしてこの論点は、憲法学で言えば、憲法四一条の文脈における「法規」の概念の理解や「法律事項」の議論、行政法学で言えば、今見たような「法律による行政の原理」とりわけ「法律の法規創造力」及び「法律の留保」の議論と交錯するものであることは、容易に想像ができるであろう。こうした思考は、自由主義的な視点からであれ、民主主義的な視点からであれ、極めて自然な近代法の論理として理解できるものであり、筆者自身にも何ら疑念はない。

しかしながら、本稿の視点から敢えて強調するならば、既に見たように「政策」というものの理解の仕方によるところはあるものの、『法制度』は「政策」実現の枠組みや手段の全てを体现するものではない、あるいは、『法制度』は「政策」を実現するための一つの重要な枠組みではあるが、それが完全無欠の唯一の手段ではない」ということもまた同時に忘れてはならないように思われるのである。

ii) 「政策」の全体像と「法制度」の関係

ここでさらに考えを進めると政策論に近付いてくるが、「政策」と「法律」とを「同視」するような見方から

は、ある政策を実現しようとする際に、いかにしてその政策の全体像を法律の中に描くことができるかという点に腐心してきた、ということが言えるのではないだろうか。

こうして、政策の全体像をできるだけ法律に取り込み法的規律の網を被せることを優先するが故に、時に結果として、本来意図したのとは逆に実効性を持たない多くの訓示規定が残ることとなったり、不確定概念の下で必要以上に行政に広い裁量を与えるような条文が妥協の産物として明文化されることによつて、かえつて解釈論が錯綜し、法律が本来期待されていたはずの役割を十全には果たせなくなったり、あるいは法律の条文と実務との間に乖離が生じるといった事態を招いてしまっているようなことも、現実には少なくないのではなからうか。

そして、そのような中で、何か問題が起きると、政策の全体像を体現しているべきと信じられていた既存の法制度の条文の中で、何とか合理的な解決策を見出すべく法解釈論が苦心する場面が出てくる一方で、何か問題があるならば速やかに新たに法制度化をすべきだ(そしてそうすれば問題は無事解決する)という(筆者の目からは)時に拙速かつ安易に映る立法政策論が強く説かれるような状況が生まれることになるのである。

もとより、政策の実現には多大な困難が伴い、その一環としての法制度の構築の裏には高度な政策判断とともに想像以上の多くの人々の叡智とエネルギーの結集があることについては、筆者なりに実体験としても十分理解しているつもりであるし、そのような意味でも、法律というものの意義をいささかでも減じる意図は全くない。しかしながら、政策実現の一つのツールとしての法律の力を「過信」することは、却つて法制度の存在自体を危うくしかねないこともまた、法学に携わる者として肝に銘じる必要があるように思われるのである。それはすなわち、前述したような《全体像としての「政策」を認識した上で「法制度」がいかなる部分のいかなる役割を担うことが期待されているのかを意識する視点》、換言すれば、《「法制度」に明文化されていないその背後・前提にある「政

策」の全容を想起する見方》につながるように、筆者には感じられるのである。

以上、いささか制度設計論の色彩が強くなつてしまつたきらいはあるが、話を本筋に戻しつつ最後に付言するならば、これまでの整理は、時として、「政策」それ自体が「法律」と「近似」する、すなわち「政策」の基本的枠組みが「法律」によつて形作られると理解できる場合もあることを、あながち否定するものではない。その典型がいわゆる「基本法」ではないかと思われるが、これについては以下3で言及する。

そこで、次のiii)からv)では、これまで述べてきたような基本的な視座が実際にどのような形となつて現れてくることになるのか、いくつかの場面を取り上げながら考えてみたい。

iii) 具体的場面(その1) —— 「政策法務」「政策法学」の視座との関係

まず、先に言及した政策法務ないし政策法学の考え方との関連性という点が思い浮かぶであろう。

この点について言えば、政策法務ないし政策法学の思考は、論者によつて差異はあるが、基本的にはこれまで見てきたような「政策」と「法制度」の關係のあり方を探ろうとする問題意識に立脚していることは疑いなく、少なくとも「法制度」を「政策」実現の一つのツールとして認識しているという点に限つて言えば、筆者の関心と同様であることにも間違いはない。

ただし、とりわけ地方自治体における政策法務を説く立場からは、政策を実現する際にどのように法制度を積極的に活用すべきかという視点、より具体的には、とりわけ地方自治の観点から条例を地方独自の政策実現の手法と

して位置付けることに力点を置いた議論が中心に据えられることが多いように見受けられる<sup>19</sup>。そのような議論の方向自体は筆者自身も理解できるものであるし、一方において、政策法務の土壌においても、条例制定権の範囲や立法事実の必要性といった点からその外延についての配意がなされていることも事実である。

しかしながら、そもそも地方自治の確立を起点に有する政策法務の議論と、基本的には国レベルの法制度を念頭に置き地方自治をめぐる論点は視野に入れていない本稿とでは、基本的な文脈に違いがあることにもかんがみればやむを得ない面があるとは思われるが、いずれにせよ、ここで筆者が注意を喚起しようとしている《「法制度」の「限界」》という認識に限って言えば、そこでは必ずしも明確な言及がなされていないように思われる。

#### iv) 具体的場面(その2) —— 「法学と経済学との対話」のあり方

次に、別の次元の一例を挙げるならば、これまでの議論の流れは、わが国でも近時行政法学サイドからも有力に主張されている「法学と経済学との対話」をめぐる様々な考え方をどう見るか、という視座の取り方にも関連してくるように思われる<sup>20</sup>。

この論点に関しては、筆者としても、法の経済学的分析の視点や経済学的分析の法制度の設計への貢献の可能性については、概ね肯定的に捉えている。

しかし一方で、これまで述べてきたような視点からは、例えば経済・財政「政策」の実現をめぐる場面においてこそ、「法制度」がどこまでの役割を担うことが期待されているか、という「政策」実現のための「役割分担」の認識がより一層重要であるように思われる。すなわち、経済・財政政策の実現のために、どの部分を法制度の役割

に委ね、どの部分を経済・財政的手法あるいは事実上ないし主体的な手法に任せることが効果的あるいは制度整合的か、という観点からの十分な議論があった上で法制度が創られることが本来もつと必要なのではないかと筆者は考えている。重ねて言うならば、具体的な政策の内容や個々の施策の位置付け・性格にもよるが、仮に経済学の視点からは望ましいと判断される施策であったとしても、それらを全て法制度の枠組みとして位置付けることが果たして妥当なのかどうかという点については、より慎重な議論があつて然るべきではないか、というのが筆者の主張である。<sup>21)</sup>

こうした「役割分担」の発想は、ともすれば両学問の間の縦割りを助長するとの懸念を抱く向きがあるかもしれない。しかし、筆者の眼からは、むしろお互いの学問を「不信」はもとより「過信」することもなく、双方の得手・不得手ないし「効用」と「限界」とを共に認識した上で、共通の政策の実現に向けた適切な「役割分担」のあり方を模索することこそが、真の「対話」であるように思えてならない。

より広い見地から言うならば、他の学問分野からの様々な提案・主張に対し、法の効用とともにその限界をも示すことこそが法学に携わる者の役割であり、仮に、法律が単に他の様々な学問分野が主体となつて形成される政策を実現するためのツールとしてのみ強く認識され、他の学問分野からの主張を何とか無理をしても法文の形に落とし込むことだけが法学者に期待されるといったような状況がもしもあるならば、それは大いなる誤解であるということが、ここで改めて広く再認識されるべきなのではなからうか。

## v) 具体的場面(その3)——公文書の管理・保存と「法制度」のあり方

さらに、政策の実現を図る上で法制度の役割をどのように考えるかということがとりわけ難しいと思われるのは、ある政策が「人間の多様性」あるいは「人の活動そのもの」に関わってくるような場合である。

このようなやや哲学的な表現では何を意味しているのか理解されにくいかも知れないが、別の言い方をすれば、要は一人一人の行動の仕方に基本的には多様性が許容されているようなケースで、その方法を限定しようとするようなことが政策実現上必要になってくるような場合である。このような文脈からは、憲法論的には例えば表現の自由や職業選択の自由やまさに「個人の尊厳」を含めた基本的人権にも関わってくるような大きな問題(ピラ配りなど)もそこに含まれようが、より身近なものとしても、例えば、仕事のやり方、とりわけ組織の中における個人の仕事の仕方、といったことが挙げられるであろう。ある組織の中で人がどのように仕事をするかは、その組織の目標やスケジュールから外れることなく周囲の人との関係にも配慮さえしていれば、公序良俗に反するようなことでもない限り基本的には自由であろう。そのような前提で、その組織にいる人の仕事のやり方に一定のルールを設けることは、もちろん可能であるし場合によっては合理的・効率的であることもある一方で、個人個人の一挙手一投足まで縛ったり監視をするようなこともがあるならば、それはそもそも人間性という観点からも問題であるばかりでなく、現にそこで働く人の意欲・能率にも大きな影響が出てこよう。

やや話が抽象的になってしまったので本論に戻せば、例えば、国や地方公共団体における公務員の職務遂行のあり方、よりピンポイントで言うならば、近時議論がなされている「公文書の管理・保存」といった論点は、このような文脈からも理解される必要があるように思われるのである。従来の整理から言えば、行政の「内部法」あるいは

は「行政組織法」の領域により深く絡んでくる問題ということになる。

筆者なりの考えは既に別稿で滲み出させたことがあるので繰り返さないが、<sup>22)</sup>そもそも公文書が適切に作成・管理され、そのうち歴史資料として重要なものが後代まで保存されるべきであるという「政策」の目的自体には、一研究者としてもむしろ期待するところ大であり、現状に堪えれば何らかの法的措置が講じられなければならないであろうことは、十分理解できる。しかしながら、その政策の実現のために、例えば、個人のあらゆる仕事の段階の全ての情報を行政文書に残すべきであり、そのためにはそのような目的が抽象的にあれ法律に規定してさえあればよく、その上で違反行為は罰則で担保すればよい、といった短絡的な極論に基づいて「法制度」が意図されるようなことがもしもあるならば、それは、これまで用いてきた用語で表現するならば、《政策を実現するための法制度の「限界」を見誤った危惧がある》と言わざるを得ないであろう。前述したように、公文書であれ何であれ、どのような文書を作るかは仕事の仕方ひいては人としての知的活動の態様そのものであって、むしろ十人十色であるからこそそこに人間味があると言える(「文は人なり」)ことに思いを致すならば、先に見たような極端な発想の根底には、多かれ少なかれ「法律」への「誤解」ないし「過信」があるように感じられてならない。<sup>23)</sup>

国の公文書の管理・保存をめぐることは、ごく最近、公文書管理の在り方等に関する有識者会議で最終報告が取りまとめられ、政府において法制度化が検討されているようである。上述のような認識にも配慮がなされた上で、人間味のある実効的な仕組みが整備されることを期待したい。

これまでいくつかの具体的側面を通して考察してきたような論理がうまく妥当しない場面ももちろんあろう。しかしながら、「法律」というものの位置付けや役割を考える際に、「政策」ないし「法制度」というものを意識する

ことよって、新たな視角が得られることも少なくないように、筆者には思われる。

② 「法制度」の枠組みにおける「法律」の「役割分担」——「法律」の「限界」の認識

i) 一般的視点

以上①では、「政策」と「法制度」の相関関係について、様々な角度から考察してきた。

そこで、二つ目の次元の問題として重要になってくるのが、ある「政策」を実現するために「法制度」が一定の役割を果たすことが期待されている場合に、「法制度」の中で「法律」がどのような役割を分担することが前提とされているのか、換言すれば、『「法制度」のうちどこまでが「法律」に明文化されるべきと考えられているのか』という視点である。

もつとも、このような認識自体は、取り立てて目新しいことではないように聞こえるかも知れない。というのも、伝統的な行政法学の発想からしても、先に見たように、「上位」にある「法律」を言わば所与の存在とした上で、「下位」にある政令や府省令が委任の趣旨を逸脱したり委任の範囲を超えたりしていないか、という問題が実際に立てられ、法制度全体の「仕組み解釈」ないし行政法規の「認識」さらには法理論の形成・展開がなされるからである。<sup>(2)</sup>このような思考自体は、法律学の論理として、筆者自身全く違和感を覚えるものではない。

しかしながら、本稿の視点からは、それに加えて、やや違った角度からの問題設定が可能になるように思われる。すなわち、例えば先の道路交通法について四条四項を取り上げるならば、道路交通に係る「法制度」全体とい



うものを意識した上で、信号機という仕組みについて、道路交通法という「法律」の段階でどこまでを規定しようとしているのか、その一方で政令という「行政権」による規範定立にどの部分を期待しているのか、という思考の流れである。

ともすれば、このような発想は政策論の領域の論理であつて、法解釈学を中核とする行政法学においては異質で不要なものである、との反論の余地があるかも知れない。あるいは、この論点は「法律の法規創造力」という本来は自由主義的な問題と民主的コントロールの問題とを無用な混乱の中に落とし込んでしまふのではないか、という危惧があるかも知れない。

しかし、ここで確認しておきたいのは、そのような段階の議論ではなく、あくまでも現行法制度の解釈という土俵の上においても前述のような視点は重要なのではないか、ということなのである。

ii) 具体的場面

そこで、①と同様に、具体的場面を通じてその意味を考えてみたい。

以下は実際に筆者が「行政過程論」の講義で用いるために作成した「課題事例」の一部なのだが、今述べたような視点を加味すると、こうした事例についてのどのような論理で考えるかはそう単純ではないように思える。

【課題事例】(抄・一部改)

現行の道路交通法の体系に照らして考えた場合、以下のような措置を検討することについては、(純粋な道路交通政策論ではなく、むしろその前提となる)法的な観点からは、どのような評価ができるでしょうか？

○ 政府では、道路交通における交通量の増加及び交通形態の多様化等にかんがみ、以下のような措置を検討している。

— 車両の種類や性能が多様化していることから、そのような動向にきめ細かく対応するため、信号の種類を紫・青・黄・赤・白の五色としてはどうか。

ここでは、目下の文脈から、簡単に付言しておきたい。

まず改めて言うまでもないが、この事例は、信号機の色として三色がいいのか五色がいいのかという点からの「政策」（あるいは道路交通に関する「政策」のための一つの「施策」）のあり方それ自体について議論しようとするものではない。

そのような前提で本問を伝統的な思考から検証するならば、そもそも道路交通法四条四項が白紙委任か否か、そして設例のような内容の政令を内閣が定めた場合には法四条四項の委任の趣旨を逸脱したりその範囲を超えたことになるのか否か、という問題の設定の仕方になると思われる。そして、こうした論理は、行政法学的にオーソドックスな思考として重要であることに間違いはない。

しかし、ここで前述のような視点を取り入れるならば、例えば次のような思考が可能になるのではないだろうか。・・・もしも仮に、道路交通に係る「枠組み」として「信号は三色程度がいい」という判断をしているのであれば、何故「法律」の段階で、例えば「信号の色は、青色、黄色及び赤色の三色とする」あるいは「信号の色は、別に政令で定める三色とする」といった規定にできなかったのだろうか。また、道路交通法という「法律」は、信号の色の数の上限については何も言っていないが、一〇色や二〇色となるといささか無理だということは、信号として機能するための物理的・技術的あるいは人間の知覚の限界というものから自ずと線が引かれると考えられるが故に、敢えて規定をしなかったのだろうか。逆に、そのような観点からは、何故五色あるいは七色ならば許

容されていると言えるのか……。

つまり、『法制度』全体として規定されるべきと考えられている内容はいかなるものであり、そのうちのどの部分ないしどの程度までが「法律」が規定すべきものとして考えられているのか』という思考の下で考えることによつて、問題の捉え方に幅が出てくることが分かるであろう。

以上はあくまでも一例であり、あらゆる場面でのこのような思考だけが常に有用であるというわけではないが、伝統的な憲法↓法律↓政令という上からの階層を意識した「直列的」な法体系の理解に加えて、「政策」ないし「法制度」全体という視点を併せ持つことにより、法解釈の面においてもより多角的な理解が可能となり、他方で「法律」というものの「限界」を的確に認識することにもつながってくるように、筆者には思われる。

### 3 いわゆる「基本法」の功罪

これまで、「政策」と「法制度」の関係を軸に、「法律」というものの位置付け・役割を考えてきた。ここでは、基本的に、1で言及したような理解の下で、「政策」を包括的な広い範囲をもった概念として捉えてきたことが改めて認識できるであろう。その上で、そのような「政策」を実現するための一つのツールとしての「法制度」さらには「法律」の認識の重要性を説いてきたつもりである。

他方、既に2①ii)の末尾で言及したように、時として、「政策」それ自体が「法律」と「近似」する、すなわち「政策」の基本的枠組みが「法律」によつて形作られると理解できる場合もある。先の道路交通法の例に戻ってみても、仮に道路交通政策というものを意識する場合には、道路交通法の規律内容自体がそれに近いものであると考えることもできるかも知れない。しかし、たとえばそのような理解をしたとしても、道路交通法が道路交通政策の

全体を一身で体现しているわけではない。

むしろ、このような文脈からここでその典型例として挙げるべきは、近年とみに増加してきているいわゆる「基本法」であるように思われるので、以下では、本稿の視点から基本法について若干の言及をしておきたい。<sup>(25)</sup>

わが国では、基本法という用語を題名に含む法律が現に少なからず存在し、<sup>(26)</sup>そしてとりわけ近年になってにわか基本法の制定が行われている。他方、基本法という用語をその題名に含まない法律であっても、実質的な意味で基本法として認識されると考えられているものも存在する。<sup>(27)</sup>ここでは、基本法の分類やその内包ないし外延について精査することが主眼ではないので、さしあたりそのような実質的な意味における基本法をも広く含めて理解しておく。

このように一口に基本法と言ってもそのあり様は様々であるが、基本法に期待される機能として、例えば、「政策の方向づけとその推進」「制度・政策の体系化・総合化」「政策の継続性・一貫性の確保」「行政のコントロール」「国民へのメッセージの発信とその意識改革」さらには「地方分権」などが言われる。<sup>(28)</sup>そして、現実にそのような期待に沿った成果を収めていると言えるような基本法も見られる。

しかし一方で、こうした機能面についても、「現実には、基本法が制定されても、政策のメニューが総花的に示されたにとどまり、必ずしも制度・政策の総合化や体系化につながっていないことが少なくない」とされたり、「逆に、基本法の存在が制度や政策を固定化してしまい、既得権の擁護につながったり、状況の変化に対応できないような事態を招いている」との批判もなされるようになってきている。<sup>(29)</sup>さらには、基本法の形式的特徴の一つにも数えられる訓示的な責務規定については、国や地方公共団体への訓示的意義はともかく、とりわけ事業者や国民の責務を規定することの必要性や意味については、様々な議論がある。<sup>(30)</sup>

このような基本法を取り巻く状況を前提に、本稿の議論の文脈から以下を付言しておきたい。

確かに、基本法には、個別法が自己閉塞的に個々の施策を規律するという状況の打破という点も含めた「制度・政策の体系化・総合化」や、その規律内容如何によっては「国民の意識改革」といった点で、有為な側面があることは、積極的に捉えられて良いように思われる。

しかしながら、そもそも、数ある法律を単純に二分できるものではないが、法律の契機には、例えば行政手続法のように、各界の叡智を結集し長年にわたる真摯な議論を経て構築された法原理と緻密な法的整理に基づいて法制度が構築される場合もあれば、まさに時々の政権の短期的な政治的思惑を体现するためのツールとして政治主導で法制度が作られるような場合とが混在していることも事実であり、とりわけ「政策」の色合いが濃い基本法の中には、後者の例として解さざるを得ないようなものも見受けられる。こうした後者のような事例は、政治的な議論はさておき、少なくとも法理論的には、本当に「法規」として法律で規律することが必要ないし妥当であるのかといった「法制度」としての存在意義が問題となる一つの典型的なケースである、と言わざるを得ないであろう<sup>31)</sup>。

このような観点からは、「法制度」が、純粹に法理論の要請からだけではなく、とりわけ基本法のような「政策」の実現のツールとしての色彩が濃い形で用いられるような場合に、その有用性が「過信」されるようなこともしもあるならば、本来は「政策の継続性・一貫性の確保」を意図して作られるはずの「法制度」が、時に単なる政争の具になり下がってしまうという懸念を感じざるを得ない。

翻って、民主主義の建前からすれば、そもそも法律は、明文化されればその存在が広く明確に認識されるところに強い効力が付与されるものである反面、その時々多数の思想如何によって「変化」することを内在的制約として有する存在である。そのような観点からは、未来永劫変化から免れている法律は理論上は存在しない(むしろ時

代の要請に適合すべきという議論もあり得る)という意味で、《法律には自ずから「限界」がある》ということ  
を、ここで改めて冷静に再認識する必要がある。とりわけ、ある政策を固定化したいという政治的思惑が強く出  
た基本法になればなるほど、普遍性のある法的価値を体现するものにはなりにくいことから、その存在はより不安  
定になる、というジレンマがここに生ずることになる。このような点についても十分な認識がなされた上で、「政  
策」の実現との関係において基本法という「法制度」がいかなる場面でいかなる役割を果たすべきか、ということ  
がより深く考えられて然るべきであるように、筆者には思われる。

(11) 例えば、小早川光郎「はしがき」『岩波講座現代の法4・政策と法』(岩波書店、一九九八年)は、かつて政策論は法学  
的方法から排除するものとされたが、今日では、ある政策が何らかの法原理に抵触する場合のみならず、政策の定式化の  
実定法秩序の中への位置付け、政策実現手法の諸類型の考察、さらには「政策案の作成・採択・評価の過程」における組  
織面・手続面からの制度的枠組みといった問題について、法学の対象とすることは必要である、と説いている。

また、高橋滋「法と政策の枠組み―行政法の立場から」同書三頁以下では、法の掲げる政策内容とその形成・実現のプ  
ロセスの分析の重要性をいち早く示したものとして室井力教授の行政領域論が挙げられるものの、ここでは法律学内部で  
の自己完結的な試みとしての限界があったとの指摘がなされる一方、伝統的行政法学の文脈における塩野宏教授や小早川  
光郎教授による「法的仕組み」論も政策研究の視座を有するものとして評価できるとの分析がなされている(四一―六頁)。

(12) 行政機関が行う政策の評価に関する法律(平成一三年法律八六号)。同法については、宇賀克也・政策評価の法制度(有  
斐閣、二〇〇二年)が網羅的な解説を行っている。なお、山村・前掲注(7)三九頁は、同法を行政機関情報公開法など  
とともに「判断形成過程法」の一つとして位置付けている。

(13) 前者は宇賀克也・行政法概説Ⅰ・行政法総論(第二版)(有斐閣、二〇〇六年)五二―五五頁、後者は塩野・前掲注  
(2)七四頁によった。

こうした観点からは、大浜・前掲注(3)が、行政法の教科書としては画期的なものとして、「行政活動」という編の冒

頭に「政策形成」という一章を起こし、「行政活動と政策」や「立法学と行政法」などについて二〇頁近くを割いて詳細な論述を行っている点は特記されるべきことであろう。また、田村泰俊編著・最新・ハイブリッド行政法〔改訂版〕(八千代出版、二〇〇六年)六五頁以下でも、「政策法務と条例」という項目が置かれ詳細な説明がなされている。

(14) 新村出編・広辞苑〔第六版〕(岩波書店、二〇〇八年)一五四〇頁。

(15) 前者は大浜・前掲注(3)九五頁、後者は高橋・前掲注(11)八頁によった。

(16) 村上順「政策法務の諸潮流」占部||北村||交告・前掲注(6)二頁以下(六頁注4)。

また、『政策評価の基礎用語』(行政管理研究センター、二〇〇五年)によれば、「政策」とは「事務事業等の執行行為ではなく、その背景にある方針、判断、考え方のことをいう」とされ(四二―四三頁)、政策を実現する「手段」との位置付けでしばしば用いられる「施策」とは区別される(三九頁)。「政策評価の実施に関するガイドライン」(平成一七年一二月一六日政策評価各府省連絡会議了承)も、「政策(狭義)」と「施策」及び「事務事業」は理念的には区別されるものとしている。

(17) 小早川光郎「行政政策過程と『基本法』」成田頼明先生横浜国立大学退官記念・国際化時代の行政と法(良書普及会、一九九三年)五九頁以下は、その表題のとおり、政策の「うちで行政上の政策に関するもの」を「行政政策過程」と呼び、その当然の前提として、政府部内の行政機関の組織を行政政策過程の担い手の一つとして理解している(六一頁)という点では、本文と同様の認識が示されているようにも見える。

一方、そこにある「行政」政策過程とは、政策の担い手ではなく政策の内容面からの区分であり、したがって行政政策過程には行政はもちろん立法も担い手として関与するという点で、担い手に着目した上でなされている政策評価法二条二項という定義とは視点が異なる面がある。

なお、同論稿の主題である政策と基本法の関係については、本文三三を参照。

(18) 例えば、阿部・前掲注(6)五五頁。また、鈴木編・前掲注(6)第一章(鈴木庸夫執筆)は、法に関する見方として、法のルールを客観的に見る「外的視点」と、ルールとしての法から社会を見る「内的視点」があるが、それら「双方を架け橋する」「法的技法」が「結合」したところに「政策法務の空間(フォーラム)」が成り立つ、としている(一八―二二頁)。このような表現は、本文で言及したような意識を本文のすぐ後で述べるような政策法務の視点から説いたものと筆者なりに理解している。

- (19) 例えば、山口・前掲注(6)一二二頁は、「動態的な『政策』と静態的な『法務』を結びつけたものが政策法務である」とし、「ある目的を実現すること(『政策実現』)をめざす戦略的な手段に法務をすえたものといえる」としている。また、幸田II安念II生沼・前掲注(6)三六〇三七頁は、政策法務をめぐる重要な点として「法務を政策実現手段として捉える」ことを挙げた上で、地域の課題を解決する政策実現手段としての条例という法的仕組みの活用の重要性を説いている。
- (20) 経済学的手法を用いて法制度の設計や法解釈を説くものとして、阿部・前掲注(6)などの一連の業績のほか、大橋・前掲注(4)三七二頁以下、福井秀夫・法と経済学・ケースからはじめよう(日本評論社、二〇〇七年)、高橋滋「行政の経済化に関する一考察」法学と経済学との対話・ドイツ公法学の議論を素材として(上)(下)自治研究八四卷(二〇〇八年)一号四六頁以下及び三号二八頁以下、木村琢磨・ガバナンスの法理論(勁草書房、二〇〇八年)などの論者がある。
- (21) ここでの詳細な言及は避けるが、筆者個人としては、例えばいわゆる構造改革特区の手法については、経済手法としての有用性の議論はともかく、法制度の観点からはかねてからやや疑問を感じていたところがある。また、このような問題意識からは、そもその規制緩和・規制改革一般論についても、その基本的方向性は良しとしても、時として、十分な法的責任論の議論がなされないままに、経済優先の主張に過重した政策が展開されてきた面があったように感じられてならない。このような観点から有益と思われる論考も特に近年多く見受けられるが、本稿の主題との関係から、ここで特に言及することはない。
- (22) 木藤茂「行政の活動とその記録としての文書に関する法的考察」行政組織法と行政作用法の『対話』のための一つの視点(上)(中)(下)自治研究八二卷(二〇〇六年)八〇一〇号連載のうち、本文で述べたような点については、特に(中)九号一一二―一六頁を参照。
- (23) 筆者は、このような問題意識から、日本とは文書を取り巻く土壌や法制度も異なるので優劣を付す意図はないが、法律(連邦公文書館法)と行政規則(記録ガイドライン)という二元的な規律の下で、「法制度を含めた全体の枠組みの中で、連邦省と連邦公文書館との間に双方の役割を十分に理解し相互の判断を尊重し合う信頼関係が構築され」とともに、このような両者の役割分担に対する国民の理解が醸成されている」という点こそが「ドイツの制度を参考にする際に最も重視されるべき点なのではなからうか」と評したことがある(木藤茂「ドイツにおける公文書の管理と保存」総合研究開発機構II高橋滋共編『政策提言 公文書管理の法整備に向けて』(商事法務、二〇〇七年)第三部第三章一七九頁)。
- (24) 行政法の解釈と行政法理論の関係など行政法における法解釈をめぐる問題については、さしあたり、参照、平岡久「行



- 政法解釈の諸問題」同『行政法解釈の諸問題』(勁草書房、二〇〇七年)第一章一頁以下〔初出二〇〇四年〕。
- (25) 小早川・前掲注(17)のほか、法的観点から基本法について広く論じる近年の論稿として、参照、川崎政司「基本法再考―基本法の意義・機能・問題性―(一)〜(二)」、自治研究八一巻(二〇〇五年)八号、一〇号、八二巻(二〇〇六年)一、五号、九号、八三巻(二〇〇七年)一、号連載。
- (26) 筆者が「電子政府の総合窓口 e-Gov」のHP (<http://www.e-gov.go.jp>) を用いて調べた限りでは、二〇〇八年一月現在、基本法という用語を題名に含む現行の法律は、三五本に上っている。
- (27) 川崎・前掲注(25)は、(形式的意味における)基本法を「理念型」「政策型」「対策型」及び「改革推進型」という大きく四つの類型に分類した上で(二)八二巻八号五九〜六一頁、基本法という名称を有していない法律であっても政策法ないしプログラム法としての基本法に類似する「その他のプログラム法」が数多く存在し、その例として「改革法」や「政策推進法」などの類型があるとしている(五)八二巻九号四四〜五六頁)。
- (28) 以上は、川崎・前掲注(25)(三)八二巻一号七五〜八二頁によった。また、小早川・前掲注(17)は、行政政策過程に関する政府部内の政策過程に対する立法による規制のあり方という観点から、各省設置法による「方法面」からの規制にとどまらない「内容面」からの「枠付けの手法」としての役割を基本法に見出している(六六〜六七頁)。
- (29) 川崎・前掲注(25)(三)八二巻一号七七〜七八頁。
- (30) 小早川・前掲注(17)六四頁、川崎・前掲注(25)(二)八一巻一〇号五五〜五六頁。
- なお、塩野宏「岡田正則」人見剛「立法による行政の変革と公法学―塩野宏先生に聞く」法律時報八〇巻(二〇〇八年)一〇号四頁以下での「私は、国民の責務として、『国民は……:…するよう努めなければならないとする』なんていうことを国家の法律に書かれて、学者も国民もああそうですか、というふうに受け止めているのはおかしいと思うのです」との塩野教授の御発言は、筆者の身勝手な解釈かもしれないが、これまで縷々本文で示してきたような思考や直後の本文で述べるような視点に相通する面があるように感じている。
- (31) 法律の目的たる政策の内容それ自体の是非は別として、本文で見てきたような法律論の観点からは、川崎・前掲注(25)の四類型で言うところの「改革推進型」の基本法ないしプログラム法は、多かれ少なかれこのような批判を免れ得ないように思われる。そして、政策それ自体の適否を議論するつもりはないし、また全面的に白黒を付すつもりはないが、敢えて例示するならば、「中央省庁等改革基本法」をはじめ、「国家公務員制度改革基本法」、さらにはプログラム法と

しての「簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律」などは、この文脈に含めざるを得ないであろう。

#### 四 伝統的な「法治主義」と「行政過程論」

以上三では、政策形成と行政法の交錯の諸相について、本稿なりの視点から扱ってきた。

四では、本稿のまとめとして、かねてより議論のある伝統的な法治主義と「行政過程論」の問題を、これまで提示してきた議論の流れの延長線上にある問題として、とりわけ「政策」との関連の文脈で捉えるとどうなるか、ということを簡単に示してみることとしたい。

##### 1 「行政過程論」をめぐる議論

先に概略見たように、「行政過程論」の主張は論者によって必ずしも一様ではないが、代表的な考え方によれば、「現段階においては、行政手段の多様化に対応し、行政過程を空間的にも時間的にも動態的に把握しうる考察方法が必要である」との認識に基づいて、「行政法解釈学を、行政主体と私人間の行政に特殊な権利義務の形成消滅の過程に関する法を中心とする行政過程論」、司法過程論と行政手段論に収斂させることが説かれる<sup>32)</sup>。あるいは、「現代行政過程に最も特徴的なもののひとつは、多様な行政手段の登場と、さらに、異種複数の行政手段の組合せによる新たな行政機能の創出、ひいては行政過程の独自性ないしは自立性の現象である」ことから、そこにおける「多元的な法、権限、手続等の交錯」に見られる諸問題を説明することの必要性を説くアプローチもある<sup>33)</sup>。そ

して、それらに見られる基本的な視角は、「行政活動の動態的考察の必要の強調」である、と評される<sup>(35)</sup>。そこで、従来の行政法学が行政行為を中心とする個々の行為形式の断片的な理解と手続の軽視に陥っていることへの反省から、複数の行為形式が結合する「マクロのプロセス」を視野に入れることの必要性が説かれるとともに、行政と私人とが対峙する二面関係の理解だけでは行政法関係を理解する上では不十分であることが指摘される<sup>(36)</sup>。その上で、「全体としての行政過程の判断形成の規範のあり方」を考へるべきであるとし、「行政過程の基本原理」の再構成・体系化を試みる論者もいる<sup>(37)</sup>。

これに対し、こうした行政過程論の視点には「わが国行政法学がその出発点として来た行政の法律適合性の要請を、基本的に離脱しよう、という方向性への展開可能性が秘められている」として、伝統的な「法律による行政の原理」及びそれに基づく行政法理論が果たしてきた機能の重要性を説く観点から、余りにも性急な行政過程論への傾倒に警鐘を鳴らす一貫した指摘がある<sup>(38)</sup>。そして、その批判の思考様式の根底には、「過程全体における個々の行為の位置付け」「団体の意思決定における個人の自由の位置付け」という「二つの危惧」があり、全体の行政過程の名の下に個々の行為の適法性コントロールが軽視されることへの恐れとともに、団体の組織的意思決定に対する個人の自由の確保の必要性がその論拠にある、との分析がなされている<sup>(39)</sup>。

このような批判に対しては、行政過程論の側から更なる再反論がなされたりしているが、先に述べたような筆者の能力の限界及び本稿の趣旨並びに紙幅の関係から、ここではこれ以上立ち入ることはしない<sup>(40)</sup>。

## 2 本稿の視座からの理解——“dürfen/können”と“sollen”

以上がこれまでの「行政過程論」をめぐる議論の概観であるが、ここでは、このような理論状況にある伝統的な

法治主義と行政過程論について、これまで述べてきたような視点から若干の分析を試みることにしたい。

まず、伝統的な「法治主義」の視点を分析するならば、そこでは、とりわけ「法律の留保」の議論に重きが置かれた上で、《個々の法制度の枠組みにおいて、行政が何をどのように行うことが法律上認められている (dürfen / können) のか》という基本的視点に立脚している、と理解することができるように思われる。換言すれば、そこでは、抽象化された一般的な法理論ないし法制度が「授権と統制の法」<sup>41)</sup>として体系的に構築されていることを前提に、個別法の下で行われる個々具体的な行政活動が一般的な法理論上の《どの行為形式に類型化されるか》という観点から分析・整理と当てはめがなされた上で、具体的な状況の下で《何が許容され何が許されていないのか》を見極めることが中心課題となる。これを別の角度から言えば、そこには私人の権利救済の意識がより強く働いていると言うこともできるように思われる。

こうした伝統的な行為形式論を「ドイツ流の法学的方法」、行政過程論を「アメリカ的な発想」と理解する見方がなされることもあるが、<sup>42)</sup>三で見えてきたような本稿の文脈から行政過程論を見るならば、それは「政策」や「行政目的」というものをより意識した視点に立っているものであるように感じられる。すなわち、《行政という組織全体の目的である「政策」の全体ないしそれを実現するための「法制度」の枠組みにおいて、具体的に何をどのように進めて意思決定をすることが行政の任務・役割・責務・課題として要請<sup>43)</sup>されている (sollen) のか》ということをより強く意識した論理である、と言うことも可能であるように思われる。そこには、おそらく、行政がしばしば個々の活動一つ一つよりも「政策」全体の目的あるいは流れを意識した動き方をする(ないしせざるを得ない)という組織行動論的な認識を前提とした上で、政策の実現に向けた一連の行政過程の流れの中で、《どの行為形式か》ということもさることながら、《どの段階でどのような手続や枠組みの下で》判断がなされることが法治主義

の要請に適うか、という点に力点を置いた思考がなされ、さらには《それ・ぞれ・の・段・階に相応しい法的規制のあり方が考えられるべきである》という認識に連なっているように感じられる。

もしもこのような理解が正しければ、そこでは「法律による行政の原理」がいささかも軽んじられているわけではなく、むしろ行政手続の重要性の主張に連なりやすいことも理解できよう。それは、そもそも、行政過程が、「行政の機能を行為の連鎖」といふ観点から「一連の手続の連鎖」として捉えられていることからすれば、<sup>44</sup>ある意味では当然の帰結とも言える。このように見えてくると、とりわけ「政策」が絡んでくる文脈においては、筆者の眼には、行政過程論の発想は、必ずしも全体の行政過程の「統合」に固執しているわけではなく、むしろ政策形成の様々な連続した《段・階》ごとの法的関係の理解の視点をより強く意識する言わば「政策形成の成熟度に応じた規範統制論」といった思考であるように映るのである。<sup>45</sup>行政過程の各「段・階」をどのように理解しそこにどのように結び付けるかは論者によることになろうが、そのような文脈に「行為形式」ないし近年特に主張されている「行政手法」の観点を含めることは、必ずしも矛盾しないことになるであろう。<sup>46</sup>

以上は、行政過程論の主張を本稿の視点から分析した一面に過ぎないかもしれないが、それをまとめるならば、行政過程論の思考は、基本的には、伝統的な法治主義に対峙するものではなく、むしろ伝統的な法治主義に基礎を置きつつ、それを多様で複雑な現代行政に適合させるための苦心の帰結としての一つの姿なのではないか、と筆者なりに理解している。そして、このような行政の任務・役割を意識する視点からは、例えば、行政の裁量ないし裁量権の逸脱・濫用の範囲や、行政活動に従事する公務員の「行為規範」ないし「職務」などについても、理解の仕方に違いが出てくることも考えられよう。<sup>47</sup>

もつとも、以上のような文脈で行政過程論の視座を理解し、その基本的な問題意識には理解を示したとしても、

その思考に全く懸念がないかと言えば、筆者なりの視点からもやや留保が必要であるように感じられる。と言うのは、先に見たような行政過程論の視点は、一方では、個々の行為形式の分析のみでは見落とされがちな問題が法的認識の俎上に載せられるというメリットがある反面、その視点が過度に押し進められ過ぎると、理解の仕方によっては、行政の活動の「あらゆる段階」についての法的規制のあり方が考えられるべきという主張、すなわち伝統的な表現を借りるならば「全部留保説」の考え方に近似した発想に繋がる可能性も否定できない。また、これを別の角度から言うならば、その思考の流れ如何によつては、伝統的な「組織規範」と「根拠規範」の区別のあり方についても再考を促す方向にも議論が繋がりが得る。<sup>(48)</sup>

しかし、こうした点に関しては、次のようなことが言えるであろう。まず、仮に行政過程論のような視点に立つたとしても、これまで縷々述べてきたような《法律の「限界」の意識》を持つことができるならば、前述のような懸念は解消され得よう。そしてこのことは、組織規範と根拠規範をめぐる論点についても基本的には当てはまるであろう。さらに、先に1で見たような行政過程論への批判の根底にあると思われる私人の権利利益の保護ないし行政救済法の側面に関しては、とりわけ政策との関連において言えば、《政策形成の成熟度》と言わばパラレルな《争訟成熟性》の観念の下で国民の権利利益の救済に資するための論理の整理が如何にすることができるか、という点が行政過程論の側には要請されているように思われる。なお、少し違った角度からは、「現実の人間の行動はそうした sollen 通りにはいかならう」ことから「scan に注目した議論が欲しい」さらには「sollen の議論では現実の人間の行動を律することはできない」という指摘<sup>(49)</sup>にも配慮するならば、そのような全体としての「sollen」の中にどのような形で、「(nicht) dürfen / können」の要素を盛り込めるかを示すことが期待されている、ということにもなるう。

以上のような諸点に留意が施されるのであれば、筆者の関心の文脈からしても、政策や行政の任務・役割をより重視する行政過程論の思考は、「行政組織法」と「行政作用法」の全面的な「統合」ではなく、むしろ《両者の間の適切な「接点」のあり方》を考える視点や《両者を通ずる整合的・連続的な理解》のための土台を提供してくれるのではないかと考えている。<sup>50)</sup>

もつとも、そのような視点が、具体的にどのような形で有用性を持ちうるか、とりわけ筆者の知見の乏しい行政救済法の場面で具体的にどのような救済の論理に繋がり得るのか、といった問題については、本稿でこれ以上の議論・整理を行う用意は筆者にはない。これまで不十分ながら扱ってきた諸論点が筆者自身にとっても今後の中長期的な研究対象になり得る、との自覚を新たにすることを明記させていただくことをもって、本論を閉じたい。

- (32) 塩野・前掲注(7) 六頁。
- (33) 塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』(有斐閣、一九八九年)一九七頁以下(二二八頁)〔初出一九七二年〕。
- (34) 遠藤博也「行政法における法の多元的構造について」雄川一郎||高柳信一||金子宏||原田尚彦編『田中二郎先生追悼論文集・公法の課題』(有斐閣、一九八五年)七七頁以下(一一三頁)。
- (35) 藤田宙靖「現代の行政と行政法学」同『行政法の基礎理論・上巻』(有斐閣、二〇〇五年)四九頁以下(七〇頁)〔初出一九八四年〕。
- (36) 塩野・前掲注(7) 六頁。
- (37) 山村恒年「行政法と合理的行政過程論」(慈学社、二〇〇六年)第三章八九頁以下。
- (38) 藤田・前掲注(1) 一三三―一三六頁。
- (39) 仲野武志「行政過程による「統合」の瑕疵」稲葉馨||亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式』(青林書院、二〇〇八年)九九頁以下(一〇三―一〇四頁)。
- (40) 塩野・前掲注(2) 八一―八三頁、山村・前掲注(37) 一〇〇―一〇一頁など。

- (41) 高橋滋「行政法の体系と学び方」法学セミナー六〇八号(二〇〇五年)一一頁。
- (42) 高木光・技術基準と行政手続(弘文堂、一九九五年)九〇頁。
- (43) 前掲注(5)で、筆者の根底にある意識は、表現やアプローチの仕方とはともかく、「行政過程論」の立場からの主張と相通ずるところがあるように筆者自身には思われる、と述べたのは、このような意味のつもりである。
- また、山田洋「参加と協働」自治研究八〇巻(二〇〇四年)八号二五頁以下のように、「そもそも公的課題の解決において行政がいかなる役割を果たすべきか、を問いかけるもの」(二三八頁)として「協働」を捉えるならば、こうした行政と市民・企業等との「協働」を本文で述べたような文脈から視野に入れることも可能であるように思われる。
- (44) 園部逸夫「行政手続の法理」(有斐閣、一九六九年)四頁及び六頁(初出一九六六年)。
- (45) この点、筆者の理解がはるかに及ばないことは十分自認しているつもりであるし、本文で述べたように行政過程論への懸念の指摘も少なからず理解できるが、やや期待をも込めた面もある本文で述べたような筆者の視角は、仲野・前掲注(39)で挙げられているような行政過程論の見方とは少し異なるように感じられる。
- (46) 例えば、大橋・前掲注(4)は、伝統的な「行為形式」という用語を用いつつも、併せて行政の「誘導手法」に着目している(二六三頁以下)。
- 一方、行政過程論の文脈からに限らず、かねてから「行政手法」に着目するものとして、例えば、「政策と法的手法の相互交流」を説く阿部・前掲注(6)五頁及び一頁以下、高木・前掲注(42)第三章「行政手法論」八五頁以下(初出一九八六年)などがある。
- (47) 例えば、前段の文脈からは、個別法で不確定概念が用いられている場合の裁量統制のあり方、後段の文脈では、職務行為基準説をはじめとする国家賠償法上の違法と取消訴訟などの行政争訟法上の違法との関係の理解の仕方、といった論点が挙げられるであろう。
- (48) 本文の文脈上に位置付けるのが必ずしも適当ではないことは留保した上で、「組織規範」と「根拠規範」の厳格な峻別の再考を説く論考の例とすることで挙げるならば、中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け―法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保について―」神戸法学年報一四号(一九九八年)一二五頁以下、芝池義一「行政法総論講義」(第四版)(有斐閣、二〇〇一年)四九―五二頁、松戸浩「行政指導の法的根拠」(一)、「(三)」広島法学二九巻四号(二〇〇六年)一頁以下、三〇巻二号(二〇〇六年)二七頁以下、三〇巻三号(二〇〇七年)四七頁以下などがある。



一方、上田健介「行政組織編成権について—憲法学の観点から—」初宿正典Ⅱ米沢広Ⅱ松井茂記Ⅱ市川正人Ⅱ土井真一編『佐藤幸治先生古稀記念論文集・国民主権と法の支配』（成文堂、二〇〇八年）上巻三二九頁以下が、憲法学においては当然視されてきた行政組織法定主義をむしろ「悪しきセクシヨナリズムを温存する効果を有しているのではないか」（三五五頁）との視点から捉えようとしていることは、本文で述べたような「法律の限界」をも意識した論考として見るならば、注目に値するものと言えるであろう。

(49) 阿部・前掲注(6) 一二二頁及び一二八頁。本文に掲げた同書の指摘は行政過程論との関係の文脈でなされているわけではないが、本文で示した行政過程論の *„solle“* の思考への懸念の文脈にも通ずるところがあるように思われるので、筆者なりに本稿の文脈の流れの中で解釈して引用させていただいた。

(50) こうした文脈からは、小早川光郎「行政組織法と行政手続法」公法研究五〇号（一九八八年）一六四頁以下や、宇賀克也Ⅱ大橋洋Ⅱ高橋滋編・対話で学ぶ行政法（有斐閣、二〇〇三年）六七頁の大橋洋一教授の御発言などは、本文で述べたような思考にも通ずる考察であるように思われる。また、いわゆる行政運営法のような発想もこれらに近似する面もあるように思える反面、その理解の仕方によっては、本文で述べたような懸念に繋がりが得る可能性もある。さしあたり最近のものとして、参照、濱西隆男「行政運営法の視点から見る情報公開法及び行政機関個人情報保護法」季報情報公開・個人情報保護二八号（二〇〇八年）二一―一九頁。

なお、筆者なりの問題意識についてはこれまでも度々言及してきているところであるが、さしあたり、木藤・前掲注(22)をご参照いただければ幸いです。

## 五 おわりに

本稿では、浅学の筆者にとって躊躇された点は多々あったのだが、本学法学部創設四〇周年ということを奇貨として、これまでの教育・研究及び行政の実務での経験から得られた筆者なりの視座の一端を示してきた。主題で大風呂敷を広げた割には全体として雑然とした表層的なものにとどまり、また内容面でも理解や言及の足りない点が

多々あることについては、筆者自身十二分に認識しているつもりである。このような本稿の未熟さについては、本稿がせいぜいのところ筆者の研究の言わば最初の中間的整理にとどまる試論・私論であるということをもって、ご容赦をいただきたい。

一方、筆者自らの無能力さと不勉強さを棚に上げることをお許しただけならば、本稿には、行政法・行政法学の理解を更に深めるための少なからぬ視点が含まれているのではないかと僭越ながら自負している。若年から長年にわたる忍耐強い研究生活を通じて得られた膨大な知識の蓄積と精緻な論理に裏打ちされた体系的な理解という土台を持ち合わせてはいない筆者にとつて、もしも行政法学の学問的發展に幾許かでも寄与していけることが僅かでもあるとするならば、その一つは筆者自らの《視点》を提示していくことであろう、と考えている。もっとも、そのような視点についても、誤謬や理解不足は少なからずあるであろう。そうした諸点については、今後とも碩学の諸先生方からのご教示・ご示唆を賜りたいと率直に感じている。

なお、本稿には筆者の行政の実務での経験を通じた思考が垣間見られると感じた方もいるかもしれない。その点については、筆者自身も自覚できる面はあるし、それも筆者の視座の一部を占めているのだろうと、客観的に素直に感じている。一方で、これは杞憂に過ぎないと思うが、本論がそれ故に行政の現実の活動を徒に正当化する視点に偏っていると映えることがもしもあるならば、それに対しては浅学の筆者であつても一〇〇%の確信を持つて次のことだけは言える。すなわち、そのような偏狭でともすれば政治的に色の付いた見方から安易に看過ないし単純化できるほど、本論で示した法理論上の諸論点は平易で表面的なものではない、と。

もとより、筆者の学問上の関心は、そのようなレベルの議論の俎上にはない。筆者のかねてからの視座をやや漠然と言うならば、より公正かつ透明で民主的な行政を実現するために望ましい「法と行政との関係」のあり方とは

如何なるものなのか、そして筆者なりの文脈から言えば、とりわけ立法院と行政府のそれぞれが如何なる役割を担い如何なる責任を負うべきなのかという点について法理論の文脈からどのような分析・整理ができるのか、あるいは、時に立法院と行政府との間の相互不信を暗黙の前提とした表面的で形式的な法化の悪循環の議論から国民のための真の法化の議論へと止揚・昇華がなされるためには行政法学として何がなし得るか、といったことになるのであろうか。

このような根源的な問題意識の上に立ちながら、引き続き諸先生方からのご指導・ご鞭撻を賜りつつ、今後とも学界の片隅でひっそりと筆者なりの視座・視点を示していきたいと考えている。本稿で示した視点は、あくまでもその一端に過ぎない。