

常磐総合政策研究

第8号

2021年12月

研究論文

「自治体法務」に関する標準的な入門テキスト（序編）の提示 吉田 勉 1

研究ノート

茨城県はチョウザメとキャビアの里になり得るだろうか 土谷 幸久 75

東海第二発電所再稼働に対する市町村の態度に関する実証的研究

～あるいは、1本の論文が完成するまで～ 砂金 祐年 99

民法750条の憲法適合性

（第二次夫婦同氏訴訟最高裁大法廷決定R3.6.23） 橋爪 英輔 117

常磐大学総合政策学部

論 文

「自治体法務」に関する標準的な入門テキスト（序編）の提示

吉 田 勉*

Presentation of standard introductory text (introduction) on "local government legal affairs"

Abstract

筆者は、行政職員出身の研究者の役割として、自治体職員が法令やその考え方を使って合理的な事務処理をすることを目指した研修、講演等に取り組んできているが、その標準的なテキストを作成する必要性に迫られることが多い。その背景には、この分野の問題点に、どのレベル・内容を備えることが適切かという議論があまりないということがある。

本稿では、このような問題意識を踏まえて、標準的な入門テキストの作成に取り組み、関係各位のご意見をいただきたいと考える。

I wrestle for the training, the lecture that aimed at a staff of local government making rational paperwork using law as a role of the researcher from government office, but it is often approached by the need to make the standard text. It may be said that the background does not have many discussions whether it is appropriate to comprise which level, contents for the problems of this field.

In this paper, based on this awareness of the problem, we would like to work on the creation of a standard introductory text and ask the opinions of all concerned.

【はじめに】

標準的なテキストとしては、自治体研修初日の4時間程度で自治体法務の全体像を理解し、そのあり方を把握することが可能となるレベルの内容としたい。

その際には次のような内容が取り得るものと考えられる。

第1章として「自治体法務とは～その役割と機能」と題した章名を付して、その内容の各節は次のとおりとしたい。

* 常磐大学総合政策学部 教授

- 第1節 自治体法務の前提～自治体職員の仕事と法務の関係
 - 1 自治体の仕事・実務の構造
 - 2 自治体職員の活動の基本原理
～「地方自治の本旨」と「法治主義」
 - 3 自治体の仕事を適切・効果的に行うための必要な能力
～自治体業務のエンジンとなる「法務能力」
- 第2節 自治体法務と政策法務
 - 1 自治体の仕事を展開するツールとしての「自治体法務」の諸側面
 - 2 自治体行政の多くの場面で活かされる政策法務の考え方
- 第3節 地方分権改革と自治体法務
 - 1 地方分権改革のダイナミズムと自治体法務の変容
 - 2 中央集権体制期の行政スタイルの象徴～機関委任事務による執行体制
 - 3 第一次分権改革による自治体法務の環境変革
 - 4 第二次分権改革以後の取組み
- 第4節 自治体の組織と権限～自治体法務のよって立つ基盤
 - 1 自治体の機関と法務
 - 2 自治体の意思決定と権限の所在・移譲
- 第5節 自治体法務の基本原理
 - 1 憲法と法律・条例との関係とその機能
 - 2 憲法の人権保障規定と自治体業務との関係
 - 3 憲法原則を中心とした法の基本原理と自治体業務
 - 4 行政裁量と自治体行政
- 第6節 自治体にかかわる「法」の形式
 - 1 自治体に適用される法令とその解釈
 - 2 法令以外の形式と自治体法務との関係
 - 3 自治立法の類型

【図表0－1】自治体法務入門テキスト（序論）の体系案

まず、第1節で、自治体職員の業務において「法務」の考え方や知識がどのような役割を演じるのかを説明し、特に、自治体業務の「エンジン」として機能していくことを具体的な例で示していくこととしたい。この部分は、実は自治体法務の入門書が描き切れていない内容であることを力説したい。

第2節では、自治体法務の諸側面を、伝統的には、「解釈・運用法務」「立法法務」「争訟法務」「評価法務」の4つに分けて説明することが通例であるが、より実際にそれらの側面がどのように現実の業務と関わりを持ってくるのかを説明することとしたい。特にこ

の節では、「自治体法務」と「政策法務」をあえて定義してその役割も一応描写することとしたい。

第3節では、自治体法務や政策法務の隆盛が、1990年代から始まった地方分権改の取組と軌を一にする性格を持つことからその点についての標準的な知識を整理することとしたい。

第4節では、特に入門書において理解していただきたい「自治体の組織と権限」について、自治体の議決権限、それを移譲する方法等とともに紹介したいと考える。

第5節では、この章でのメインとなるのであるが、「自治体法務の基本原則」を憲法の人権保障と憲法が導く法の基本原則の2つの側面から描写することとしたい。

第6節は、この章の各論的な位置づけであるが、自治体業務に必要な法律、政令、省令と自ら制定する条例、規則等の体系についての理解を深めるとともに、要綱や協定などの法定外のルールについても整理することとしたい。

なお、文体としては、各節のねらいを表現する各節の冒頭部分は文語体とするが、それ以降のテキスト本体としては、わかりやすさを高めることをねらいに口語体を用いるものとする。

【第1節】自治体法務の前提～自治体職員の仕事と法務との関係

本節では、現場の自治体職員としては、自治体法務の意義や役割をどのように認識していけばいいのかを、よりリアルな形で実感していただくことをねらいに描写していく。

そのアプローチとしては、「地方自治の本旨」と「法治主義」の2つの原則を常に胸に秘めて業務に取り組むべきことを論じるということと、自治体業務に必要な能力（土台をつくる、発展させていく）を解明し、また、「やる気」と「論理」を兼ね備えていくことがよりよい業務を進めるうえで不可欠であって、その中核・基軸には「法務」の能力、知識が位置していることを論じていく。

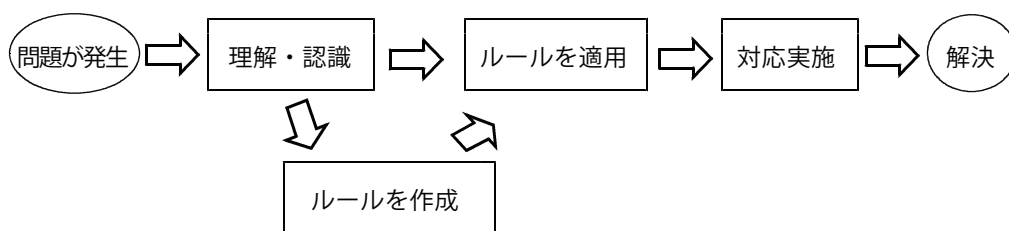
1 自治体の仕事・実務の構造

自治体の仕事は、極めてシンプルにいうと、「地域で起きた問題」に対して「対応する」ということです。災害発生や廃棄物の不法投棄、迷惑施設や公共施設の設置に対する反対運動などのまさに「問題」はもちろん、役所の窓口で行われる住民票の交付申請や建築確認申請などのいわばルーティンワークについても、住民が必要になったという問題が生じたと考えれば、そのような枠組みに入ります。また、表面上問題がなくても、地域の今後

を考えた場合には先手を打って対応すべき（予防的な仕事）、課題を設定して取り組むことも広い意味で「問題発生」への対応ということになるでしょう。

そして、これにも通常、ある制度に乗ってこれを動かして、それにより行政としての対応を行うことが基本です。制度はルールで、法律や条例、そして要綱、マニュアルなどがあります。制度がない場合には、新たに作って行うこともあるでしょうし、制度無しに個別事例に則した対応ということで解決することもあるでしょう。けれどそれにしてもその背景になんらか制度があります（例えば、臨時的な補助金を特定の人に支出する場合にも補助金支出の根拠は、地方自治法（以下単に「自治法」という。）222条「公益性のある場合に補助」にあたり、その手続きは自治体の財務規則になるわけです）。これら問題発生から解決までの仕組みを図式化すると【図表1－1】のように表現できるでしょう。

有名人をイベントに来てもらうとか、特定の懇意な企業を誘致するといったことでも、一定のルールに基づいて行われるわけです。この「制度」があるかないかは、ルールとして複数の人に適用できるものがあるかどうかになってきます。自治体は特定の人だけに行う行政は異例で、多くの住民・事業者に行う仕事がメインですので、通常、ルールが必要になってきます。



【図表1－1】自治体の仕事をシンプルに表現すると…

2 自治体職員の活動の基本原理～「地方自治の本旨」と「法治主義」

(1) 地方自治の本旨と自治体行政

このような仕事の仕組みがあるとしたうえで、自治体職員の皆さんはなにを「基準」に、もっと言えば、なにを「頼り」に仕事をするのが求められるのでしょうか。

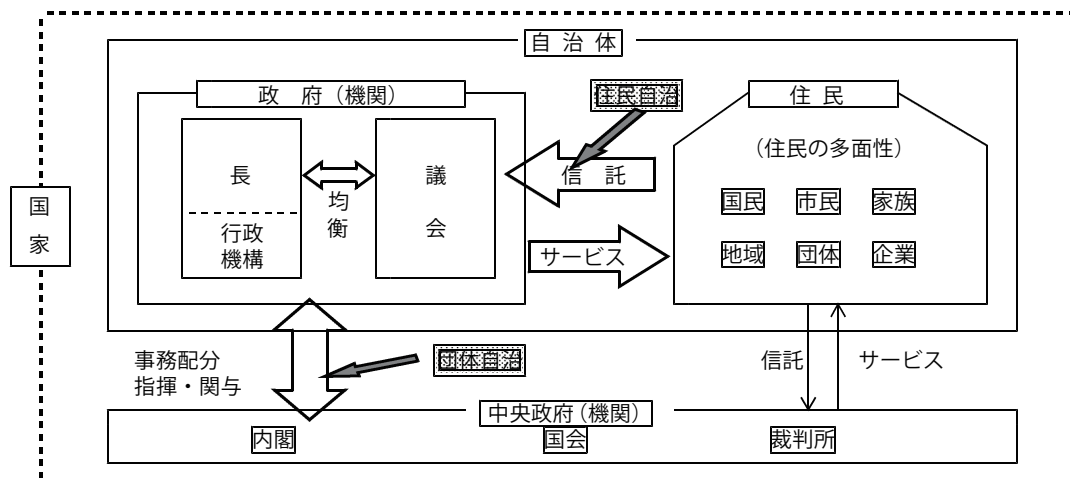
自治体職員として最初に勤務するとき、つまり採用日の4月1日に何をしたか思い出していただきたいのですが、ほとんどの自治体では、長や部課長の前で、宣誓をしているはずです。地方公務員法31条により「職員は、条例の定めるところにより、サービスの宣誓をしなければならない」と義務付けられており、一般的な自治体では、これに基づく条例

により、「私は、日本国憲法を尊重し、地方自治の本旨を体するとともに、公務を民主的かつ能率的に運営すべき責務を深く自覚し、全体の奉仕者として職務上の秩序を守り誠実かつ公正に職務を執行することを固く誓います」といった宣誓文が決められています。

この「地方自治の本旨」という言葉の意味を入庁する際にはどう理解したかという問題もありますが、「地方自治の本旨を体する」すなわち「地方自治の本旨を心にとどめて守る」ことを誓っているので改めてその誓いの内容に基づき仕事をしなければならないことになります。

さて、そもそも、「地方自治の本旨」の内容ですが、一般的には「地域における事務がその住民の意思に基づき、その責任において行われること」（住民自治）、そしてこの住民自治の原則を実現するために、「国から独立した存在としての統治主体が責任を持ってその事務の執行に当たること」（団体自治）とされています。これを、【図表 1－2】で整理していますが、自治体内で主役として住民しっかりと位置づけられその意向に沿って自治体が各省庁の意向ではなく、その判断と責任をもって決定が行われ、施策が展開していくことが求められるわけです。

つまり、自治体職員の仕事は「地方自治の本旨」を実現することが究極であるということになるでしょう。



【図表 1－2】我が国の現行制度と住民自治・団体自治のスケッチ

(2) 法治主義と自治体行政

行政はもちろん好き嫌い・気分でやるのではなく、ルールに基づき仕事をするのが基本で

す。なぜ法があるのか、特に行政に関係する法は、ルールとして多くの人に共通のものになるし、あらかじめルールを理解してもらってそれに対して行動を起こしてもらいたいと考えるからです。何よりも、住民が選んだ国会や地方議会が立法機関として、法律や条例を制定（議決）して、それに基づき行政（国でいえば内閣・各省、自治体でいえば長とその職員等の行政機構）が動くというスタイルが基本となっています。

他方、このことは、国民（住民）の立場に立つと、次のように整理できます。すなわち、行政法の基本となりますが、「法律による行政の原理」の考えの下、行政機関の恣意的な行政執行や行政権力の行使による国民（住民）の権利侵害を防止するため立法機関の議決を経て定められた法律・条例に基づき行政権の行使を限定しているということです。

これら行政が法令の制限のもとに行動するという原則、すなわち法治主義に従い自治体においても仕事の根拠は直接・間接に法律等に置かれることになります。そして、法律や条例は、単にクリアするといった形式的なものでなく、憲法に適合すること、合理的な内容であることなど、実質的な法治主義にのっとったものであることが必要であり、これを支えるのが「法律の優位」（※１）と「法律の留保」（※２）という原則です。これらの原則は、法律による行政の中核をなし、自治体法務は法治主義の下に担っていくことが前提となります。

このように考えると「自治体の仕事」は、「地方自治の本旨の実現」をするために行いそのやり方は「法治主義」にのっとるということになります。

3 自治体の仕事を適切・効果的に行うための必要な能力

～自治体業務のエンジンとなる「法務能力」

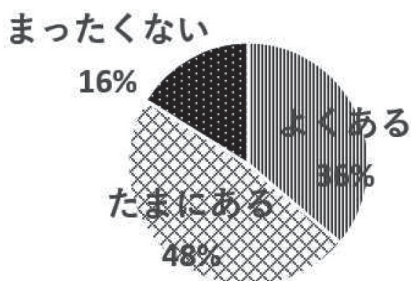
(1) 自治体職員の法務への認識と課題

まず、自治体職員は法務の仕事やその考え方についてどのような認識を持っているのでしょうか。筆者が複数の市町村の自治体研修を行いました。その際について、受講生の皆さんに自治体法務に関する現状やあり方についてアンケートを実施しました。そのうち、【Ｑ１】自分の職務の中で法務の考え方の重要性を実感することはあるか、そして、【Ｑ２】あなたの自治体で法務の考え方を駆使して効果的な業務に取り組む職員はいるか、というなかなか聞きづらい質問でしたが、あえて聞いてみました。その結果が、【図表１－３】です（※３）。

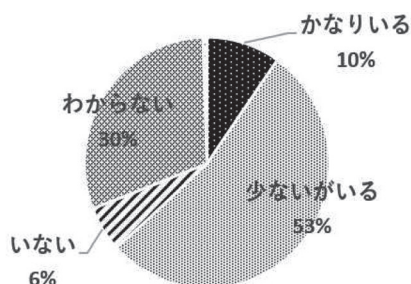
自治体法務研修に参加している職員は職員全体のなかでも「意識高い系」かもしれませ

ん。そのようなことも踏まえてこの結果をどう見るかですが、いかがでしょうか。

【Q1】職務の中で法務の考え方の重要性を実感することは？



【Q2】あなたの自治体で法務の考え方を駆使して効果的な業務に取り組む職員は？

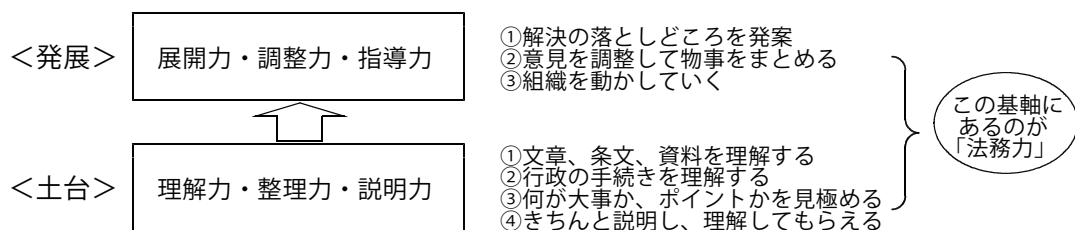


【図表 1－3】自治体職員の自治体法務への認識の調査結果

(2) 自治体職員に求められる能力と法務との関係

自治体職員に求められる能力とは何か、とやや大上段に構えると、【図表 1－4】のように理解できるのではないかと思います。

基礎的な能力として、もちろん、問題を理解する力（読解力を含む）、整理して、説明する力、これらのうえにたって行政を動かしていく展開力、調整力、指導力などです。つまり、自治体を巡る制度の全体像を把握して、判例の動向、意見の対立の論点を理解したうえで（土台をしっかりとったうえで）、大きな施策の展開や問題の解決に当たる（発展していく）ということが求められるわけですが、その基軸にあるのが「法務力」、すなわち物事を論理的に捉え、合理的に考えることの基本が「法務」にあるのではないかと思います。



【図表 1－4】自治体職員に求められる能力と法務の関係

また、別の角度から、自治体法務の役割を考えた場合、筆者の経験から次のようにも描けるのではないかと思います。

役所で仕事をしていて、「これをやりたいなあ」とか、「これはやらなきゃならない」ということで初めての仕事をする場合、組織で仕事をするので、誰かに何かをお願いするこ

と、一緒にやろうという相談をすることが多いと思います。しかし、「なんでそんなことやるの」「意味あるの」とか、「私の担当じゃない（それはお宅の仕事でしょ）」とか、「渋い顔」されて断られることも少なくないのではないかと思います。

都道府県や市町村に限らず、自治体職員はその地域をよくしようと考え、それを生業にする人ばかりですから（よほど、問題外の相談でない限り）、本来は、「お、いいアイデアだね」、「こうすれば、もっとよくなるよ」とか「自分に何ができるかなあ」など「ニコニコ顔」で対応することが普通だと思いますが、なぜ、「渋い顔」になってしまうのでしょうか。

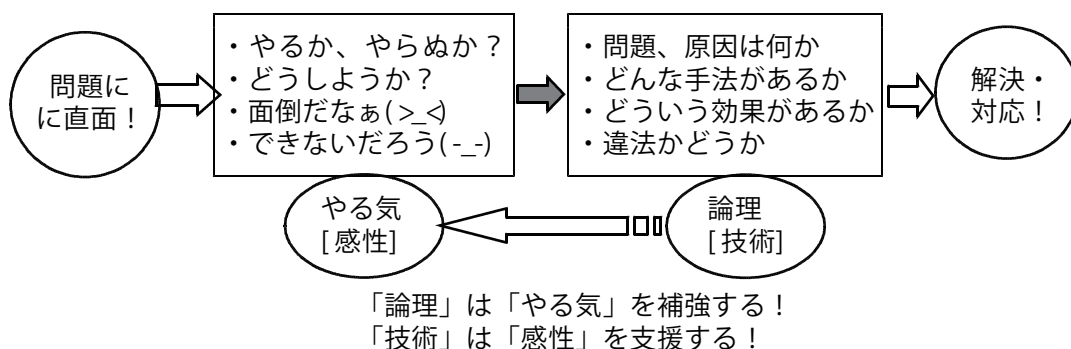
それは、引き受けると、その仕事はどう展開するのか想像ができないこと、やっかいなことになるんじゃないか、やっても、どうせ出来ずに失敗、混乱するだけなどという不安があるからかもしれません。

「ニコニコ顔」の人は、「やる気」とか「前向き」とか生まれもっての性格によるのではないかと思いがちですが、実は、そこに「法務」の考えが登場するわけです。法務というのは、法律の知識ということとだけでなく、これまで何千年にもわたって、先人達が社会のあるべき姿を模索した結果、相手方との間で納得できる論理的な考え方により構成されたものを条文化したもの、あるいは、その考え方そのものだと思います。

それが「論理」というもので、論理立てて考えることで、頭の中が整理されて、相手方との話し合いがうまくできて、納得してもらったりする中で、解決策が出てきたり、協力してもらえたりします。もちろん、役所内だけでなく、住民に対しても同様になります。

また、突きつめると、「できない」という問題は生じないのです。何かにチャレンジしてできないという結論になったとしても、「できない」ということ自体を論理的に説明すること自体が「できる」ことになって、周りの人がそれを納得することになり、前に進めることになる。もちろん、言い訳ではないのですが、それが仕事、そして、コミュニケーションといってもいいかもしれません。

つまり、次の図のように、「法務」という「技術」を学ぶことが「論理」を身につけ、その「論理」が「やる気」（感性を）を補強・支援するということです。そんなふうなことが多くの自治体で見られるようになれば、新しい自治体、そして、住民との関係も築くことができるのではないかと考えるわけです。仕事を進めるうえでの、ガソリンはやる気、それをうまく軌道に乗せるエンジンや機械系統が法務能力といえるのかもしれません。



【図表１－５】自治体行政の中における法務の役割（イメージ）

【第２節】自治体法務と政策法務

本節では、自治体法務の諸側面として、「解釈・運用法務」「立法法務」「争訟法務」「評価法務」の４つから構成されていくこと、そして、これは何よりも法務部局のみが専任するようなものではなく、窓口行政を行う現場の第一線職員においてより効果的に運用していくような場合もあることを論じていく。本節のまとめとして、自治体法務と政策法務との関係も論じていく。

なお、これらは序編で論じたうえで、それぞれについて改めて判例等を駆使して各論的に論じることを想定している。

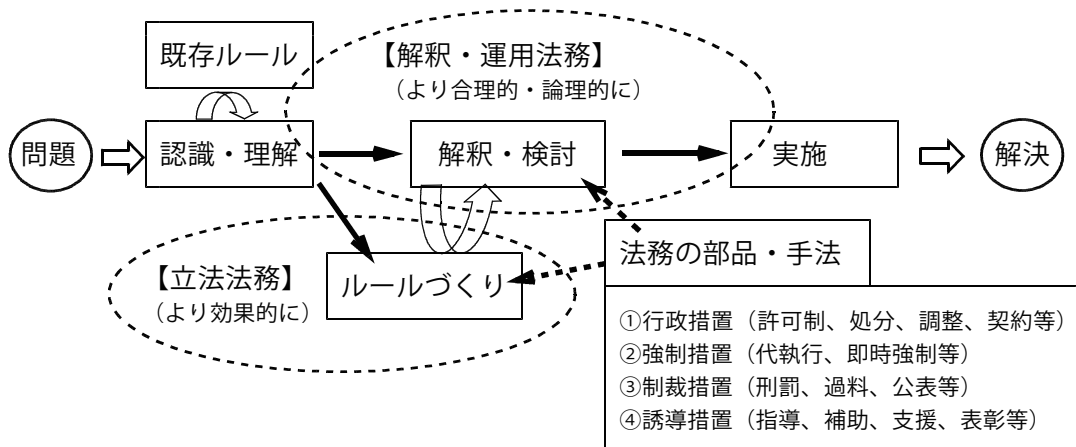
１ 自治体の仕事を展開するツールとしての「自治体法務」の諸側面

(1) 立法法務と解釈・運用法務

自治体法務にもその運用される局面が様々あります。

前節でみた自治体の仕事に相通じますが、まず、何らかの問題が生じた際に、それを認識して、既存のルール（これは法律や当該自治体の条例あるいはその他の要綱等）を理解して、それを解釈して対策を検討し、それを実施して解決に結びつけるという作業があります。一方、既存のルールでは対策が難しいという判断もあり得ます。その際には新しいルール作りをすることになります。できたルールをまた解釈してそれに基づき対策を講じることになります。

これらのなか、前者に当たる、できているルールをより合理的・論理的に運用する部分を「解釈・運用法務」、後者に当たる、新しいルールをより効果的に作り出そうとする部分を「立法法務」と一般的に呼ばれます。できたルールを解釈運用するというフィールドに戻す作業があるので図のように立法法務は解釈・運用法務に連結されます【図表２－１】。



【図表 2－1】自治体の仕事における立法法務と解釈・運用法務の位置づけ

そして、そのどちらにも必要になっていくのが、法務の部品と称している部分です。①行政処分等の行政措置、②実力行使して行政上の義務や目的を実現しようする強制措置、③違反行為に対してはペナルティーを課したり、それが制約として誘導する機能を持つ制裁措置、④行政目的に従って指導・助言したり、補助金を支出したり、評価をしてその価値の共有を図ったりするソフトな方法もあります。これらの部品・手法が法的にどのように位置づけられてどこまで効果的に使えるか、問題ないかなどをきちんと理解することが、解釈・運用法務でも、立法法務でも求められることになります。

(2) 評価法務・争訟法務

そして、これらの一連の活動に対して、おかしい不当だ、違法だということが住民の側から出されたりすることがあります。

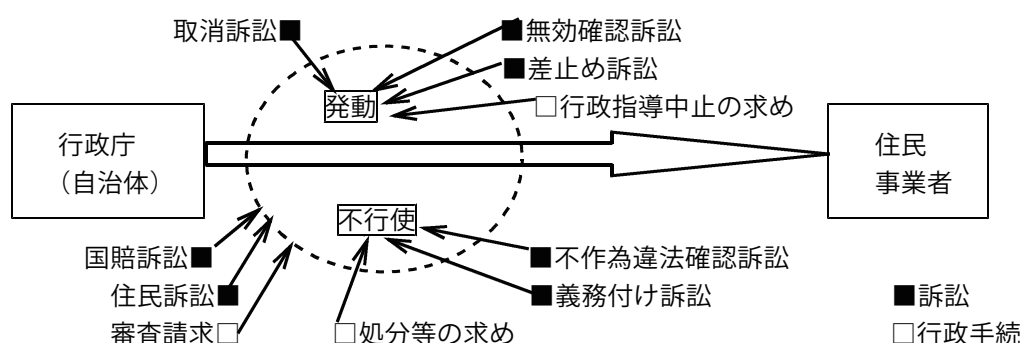
もちろん、行政のやり方でミスすることはありえます。住民の側から行政のミスを是正したり、被害を受けた（とされる）住民を救済する仕組みがたくさんあります。

行政庁又は自治体が行政活動のうち行政権を発動して実施した施策に関しては裁判所に対しては、取消訴訟、差し止め訴訟がなされ、訴訟外では、行政庁（行政機関）に対して行政指導についてはその中止の求めが行政手続法（行政手続条例）により措置されます。

一方、行政権限が発動されていない不行使の場合には、不作為の違法確認、そして行政権発動を期する義務付け訴訟が提起されます。訴訟外では、行政処分や行政指導の求めが行政手続法により措置されています。

そして、発動・不行使双方に国家賠償訴訟、住民訴訟、そして、行政庁に対する処分・不作為についての審査請求の対象になります。

これらの司法判断ないし行政判断により行われるこれらの制度を視野に入れながら、あるいは、それを踏まえて、行政活動を適切にかつ効果的に行うことが「自治体法務」には求められるわけです。その意味で自治体自ら策定した立法や解釈運用を評価する取組として「評価法務」、争訟に対して適切に対応し、あるいはその争訟の結果を行政に活かしていくと言う意味での「争訟法務」という分野があります【図表 2－2】。



【図表 2－2】自治体の仕事と訴訟等の住民からの請求の構図

評価法務・争訟法務が行政のあり方に影響を与えた最近の端的な例としては、東日本大震災の石巻市大川小津波被害訴訟での高裁判決（※ 1）を踏まえた対応があります。同判決は、一審が現場の教員の避難誘導ミスを追求したのに対し、学校と教育委員会が組織で担う安全確保義務に違反があったことに着目して自治体の賠償責任を認めました。その後、全国の多くの学校がその判決を意識し、教訓として学校防災の見直しに着手したことが報告されています（※ 2）。

（3）「自治体法務」を「政策法務」として充実させる意義

第 3 節で説明しますが、地方分権改革により法定の自治体事務の性格が変わり、国と地方の関係が変革したことを踏まえて、より自治体の裁量の幅が広がって、それを駆使して運用していこう、又は、より政策結果指向の合理性・効果性を追求していこうというのが「政策法務」の目指すべき方向性といえるでしょう。法務の力を政策の重要な要素、ないし、政策のエンジンとして認識してそれに取り組むということが考えられます。ただ、「自治体法務」から「政策法務」にガラッと変わったわけではなく、自治体を取り巻く環

境の変革に合わせた形で成長してきたと考えられます。

これらの「解釈・運用法務」「立法法務」「評価・争訟法務」は従来からも意識されてきていますが、これが分権改革によりさらに加速した側面として、「従来の法務は、国が政策を考え、自治体がそれを執行するという役割分担の意識が強く、自治体の法務（法律実務）では、国が定めた法令や通達を忠実に実施すればよいという発想が支配的であった。そのため、自治体の「法務」は「政策」と切り離されてきた。しかし、法（特に行政法規）が政策実現のための合理的な手段だとすれば、その執行に当たっても、政策との結びつきを考慮して、政策実現のための合理的な解釈運用を行わなければならない。また、地域に解決すべき問題がある場合には、自治体が独自の政策をつくり、その実現のための条例制定等の対応を行う必要がある。このように、これまで自治体において切り離されてきた「政策」と「法務」を、本来の形にもどって結びつけようとする取り組みが「政策法務」なのである」（※3）という実践に裏打ちされた説得力のある指摘もあります。

2 自治体行政の多くの場面で活かされる政策法務の考え方

政策法務の典型として、例えば、法律の規定だけでは地域の環境を守るためには不十分であり、独自の条例を制定してこれに当たるとか、政策の目的を達成するために法の解釈を駆使して制度を運用していくなどの側面もありますが、日常の業務でも、よりよい社会を築くための法務の使い方が試される部面があります。

実際にあった興味深い例を紹介します。自治体が月末に主催するチャリティーコンサートに出演する音楽団体 A が予定の演奏曲を追加することになって、その練習のために急遽、明後日、公民館の演習室を借りたいと思い立ったのですが、公民館の窓口では使用する日の 5 日前までに申請することになってダメですと断られたという話がありました。公民館の窓口の人が念頭においていたルールは、次のとおりです。

■公民館の管理条例・規則

〔条例〕 第〇条 公民館の施設を使用しようとする者は、公民館長の承認を受けなければならない。

〔規則〕 第△条 条例〇条の規定による利用の申請は、別記申請書を提出して行わなければならない。

2 使用申請書の提出は、使用しようとする日の 5 日前までに行わなければならない。

実は、団体 A が希望した日には誰も利用者がおらずガラガラだったということです。

しかし、公務員たる者、規則を守って仕事をするのが大事だということで窓口の人は2日前の申請を拒否せざるを得ないと考えたわけです。このような場合には、このルールが不親切だということで、規則第△条第2項に「ただし、館長が公民館の利用に当たって支障がないと認めたときは、この限りでない」等の弾力的な規定を置いておくことが適当でしょうし、そのように考えることが効果的な「立法法務」の側面です。

しかしながら、問題は、今、窓口で起きていてまさに「今でしょ！」なわけですが、公民館の基本事項を定める社会教育法に次のような公民館の目的を定めた規定があります。

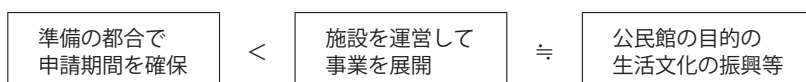
■社会教育法（公民館の目的）

第20条 公民館は、市町村その他一定区域内の住民のために、实际生活に即する教育、学術及び文化に関する各種の事業を行い、もつて住民の教養の向上、健康の増進、情操の純化を図り、生活文化の振興、社会福祉の増進に寄与することを目的とする。

住民の教養向上、健康増進、生活文化、社会福祉等あらゆる場面で住民生活を豊かにすべき崇高な役割を持っているわけです。こうなると、ガラガラなんだったら貸してもよいのではないか、という気持ちが沸いてくると思います。

なぜ、規則で「5日前までの申請」を義務付けているかというと、これは申請者多数の場合の抽選や機材の用意、職員の配置等の問題、すなわち公民館を適切に利用していただくための「準備」の都合だと思います。この準備がそろっているとすれば、使ってもらうのがいいに決まっているわけです。そのような目で、規則を見返すと、「5日前までの申請」の義務は、利用者側に守ってもらいたいという規定です。その1項には「使用申請書」の様式を規則で定めていますが、普通の人はその様式をコピーして書くよりも、自分で要点をワープロで書いて申請する人の方が多いでしょう。ある意味この規則の意義は、「このようにして申請してもらいたい」といういわば訓示的な規定とも見なせるでしょう。もちろん、権利義務を定める条例○条の承認が必須ですが、それを実施するための規則だという位置付けで理解することも可能でしょう。

そうなると、次のような等号・不等号がイメージできて、優越関係が整理できるでしょう。今回は「準備の都合」がクリアできるので、もっと大きな目的に向かって公民館を機能させるべきということになります。



それでは、貸しましょうという判断になるわけです。これを「解釈・運用法務」と理解することができます。

さて、おそらく公民館の方がここで気にしているのは、音楽団体 A 以外にも事前に公民館を借りたいと思ったけれど、規則を見て断念した団体（団体 B）もいるんじゃないか、団体 A に貸したことがわかれば、団体 B から不平等だという苦情があるのではないかといことだろうと思います。でも団体 B の苦情に対しては、「基本的には適切な準備の期間を設けるため 5 日前の申請をお願いしています。しかし、今回の場合は当日空いていましたし、貸し出すための準備も問題ないことが確認できましたので、期限後の申請書の提出でしたが、団体 A の利用を承認しました。これからも規則どおりの申請は原則としてお願いしますが、住民の皆さんの適切な利用を図るという公民館の役割を発揮させるうえで特段の問題がないといと確認できて、それがサービスの向上につながる場合には、個々具体的な事情に応じて対応させていただくことになると思いますが、ご理解いただきたいと思います」というような説明をすればいいのではないかと思います。これが法務の理解を踏まえた、住民とのコミュニケーション、あるいは「説明責任」の果たし方ということになります。

さて、この問題がこじれにこじれて、団体 B から不平等な承認を行ったとして、団体 A への承認の取消訴訟や自治体に慰謝料を求めての損害賠償請求が起こされるかもしれません。逆に、これをおそれて団体 A に対し拒否をした場合に、団体 A から拒否処分を取り消しやこれまた損害賠償請求が提起されるおそれはないでしょう。しかしながら、裁判所において、団体 B に先ほどした説明責任に沿った形で答弁を行えば、敗訴する可能性は少ないと思いますし、そもそも団体 B に訴えの利益があるかどうかとも疑わしいところです。団体 A には申請に問題があったと強く主張すればこれまた敗訴する可能性は少ないと思います。

どちらにしても役所が負けないのであれば、当然ながら、貸し出すことがいいということになります。このように訴訟の形等を理解したうえで平素の業務に対応することは「争訟法務」の分野になってきます（この事例が訴訟に発展することはないだろうと想定して動くことも争訟法務の一部だとは思いますが）。

以上の全体について、規則のあり方に問題はなかったか、その運用に改善はないかなどの全体を検討していくことが「評価法務」ということになろうかと思います。すなわち、自治体職員の仕事のほぼすべての場面で政策法務の考え方が根付いて広がっていくことが

よりよい行政を展開していくことにつながるのではないのでしょうか。

【第3節】地方分権改革と自治体法務

本節では、自治体法務や政策法務の進展が、地方分権改革と軌を一にしていることを論じる。すなわち、地方分権改革は地方自治の本旨のうち、団体自治を強化する方向に左右するが、それを行政にどう活かしていくのかは自治体運営に当たる職員一人ひとりの取組に依存していくことをよりわかりやすい形で論じていく。

1 地方分権改革のダイナミズムと自治体法務の変容

我が国の中央・地方関係の制度的な変革についてその位置づけは、大きくは、2000年の第一次地方分権改革による地方分権一括法施行を境に分けることができます。それによって自治体法務の取組やスタンスも激変しています。

まず、50年を超えて長く続いた中央集権体制は、機関委任事務を中心に自治体法務に大きな影響を与えてきました。

特に自治体法務・政策法務に関してその背景となる制度改革は重要なので、そのうち必ず知っておいていただきたい部分を取り上げて、それを概説してそれに沿って自治体法務がどのように変容してきたかを明らかにします。これらは、おおまかには、【図表3-1】のように整理できます。

【図表3-1】地方分権の進展に伴う自治体法務の展開

	制度の特徴・変遷	自治体法務を進展させる取組み
中央集権体制期 1945～2000年	■機関委任事務による自治体の業務体制 ■補助負担金制度による自治体のコントロール ■通達行政の浸透・徹底	▲徳島市公安条例事件判決による条例の制定基準明確化 ▲要綱行政の進展 ▲情報公開条例の制定
第一次分権改革経過以降 2000年～	①地方分権一括法による改革・機関委任事務廃止 ・国と地方の関係明確化等 ②義務付け・枠付けの見直し ③提案募集方式による見直し	▲通達行政から自主的解釈の機運へ ▲独自条例の動向（政策条例・自治基本条例・議会基本条例・住民投票条例等） ▲政策法務研修等の取組み増大

2 中央集権体制期の行政スタイルの象徴～機関委任事務による執行体制

我が国は、戦後長らく、国と自治体が融合して一体となって行う行政体制、すなわち、法的権限・財源は中央政府に集中し中央政府の政策立案のもと、具体の事業の実施を自治

務を行うという認識が幅広く定着していたわけです。

自治体の住民に直接選挙で選ばれた長の監視は本来、議会や住民が行うべきところ、国の仕事ですから口出しできず、中央省庁がその代わりとして監督することになってしまっていて、長としても、どちらに向かって仕事をするかという、自治体内部である住民や議会に向かって A のベクトルよりも、中央省庁向きの B のベクトルが極めて強いものとならざるをえないものでした。

また、自治体が国に対して権限や財源を依存し、国が自治体に対してその施策実施を依存するため、相互にもたれ合いが生じ、自治体における効果的・効率的な政策選択を困難にし、行政責任の不明確・不透明を助長・拡大する仕組みを形づくることになりまして、これらの行政運営の中でみられる「監視機能の代置」「責任の不明確」「もたれ合い」といったことは中央集権下での中央・地方関係を形づくる諸制度に長年培われた逆機能ともいうものでした。

この逆機能を断ち切るためには、結局は、その地域づくりに携わる議会、長、職員、住民等の様々な地方自治の主体の意識改革とその機能や能力を最大限発揮して取り組んでいくことが最も重要でテーマであり、それを促し、その環境を整備するための制度改革が「地方分権改革」と位置づけられたわけです。

一方、この時代でも、当然ながら、少しずつ自治体自立に向けた法務改革なども行われました。【図表 3－1】の上部右欄に示すとおりです。条例も「法律先占論」という考え方が主流でしたが、それを明確に打ち破る形で徳島市公安条例事件判決（※ 2）が出されるなど、今でも法律と条例のあるべき関係を明示したその考え方は金字塔的になっています。また、要綱行政などの法治主義の観点からするとやや問題のある運営も「せざるを得ない」という流れもありました（※ 3）。条例制定ということでは「情報公開条例」が 1983 年に制定されるなど、情報公開の流れをつくったのも自治体でした（※ 4）。自治体が先駆的な行政分野を開ける可能性を明示したものと言えるでしょう。

大きく分けると、戦後の経済成長期は、機関委任事務が制度運用されていた時代でしたが、その前期は法律先占論の時代、後半は条例と法律の合理的な関係を自治体側が模索する時代だったといえるでしょう。

3 第一次分権改革による自治体法務の環境変革

地方分権改革は、戦後一貫して取り組むべき重要な政策テーマでしたが、その取組が一

気に加速したのが、1993 年の衆参両院による「地方分権の推進」決議を受けて 1995 年 4 月に施行された地方分権推進法及びそれに基づき設置された地方分権推進委員会による 5 次にわたる勧告の活動です。これに基づき自治法の大改正をはじめとする 475 法律を同時改正する「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（地方分権一括法）が制定され、2000 年 4 月施行により第一次分権改革が成就しました。以下その骨子を説明します。

(1) 機関委任事務の廃止と通達の効力

まずは、機関委任事務が廃止され、本来の自治体の事務である自治事務と、国が一定の関与をするけれど、自治体の権限に属する事務となる法定受託事務とに区分されて、いずれも自治体の事務となり、議会の権限（条例制定をはじめとする広範な権限）が及ぶことになりました。

機関委任事務の執行については国の包括的な指揮監督権を背景に国からの「通達」が法定解釈・事務処理の指針として自治体の現場を拘束していましたが、機関委任事務の廃止に伴い、通達のような形で出された文書であっても「事務執行の技術的な助言」（自治法 245 の 4 ①）という位置づけとなりました。その結果、法定受託事務において国から発出される処理基準とされたものを除いて、国の文書に制約されず、自治体が独自に解釈・運用することができるようになったものです。

処理基準にしても、自治体が法定受託事務を処理するに当たりよるべき基準として国等が定めるもの（同 245 の 9）で、あくまで事務を処理する際に考慮すべき一般的な基準です。ですから、機関委任事務の廃止により「全国一律の執行を確保するために通達で細部にわたって指示する『通達行政』のやり方」から、今後は「国が一定の『処理基準』を示すものの、それを自治体が応用しながら自ら考えて執行しているやり方」に代わったとすることができます。特に、処理基準が認められない自治事務については最初から最後まで自治体独自の見解が最終的な結論になるということになりました。

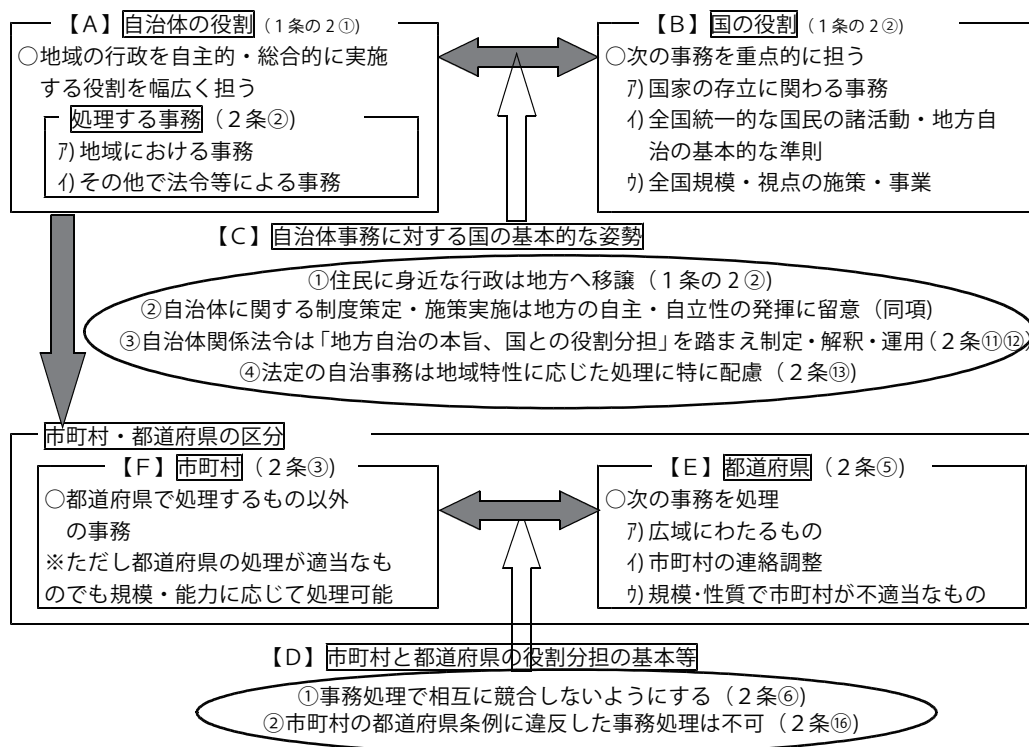
(2) 国と地方の明確な役割分担

地方分権一括法は、自治法の総則部分を大きく改正することにより、国と地方の役割分担の明確化を図りました。実は分権改革は、実定法上この規定にすべて凝縮すると言っても過言ではないので、【図表 3－3】で説明します。

まず、【A】で、自治体は地域の行政を自主的・総合的に実施する役割を広く担うとされ、その趣旨を達成するために、【B】で、国は本来果たすべき役割〔ア）～ウ）〕を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り自治体に委ねることを基本として、自治体との間で適切に役割を分担すると規定しました（同1条の2）

このような役割分担のもと、【A】で、自治体が処理すべき事務としては、ア）地域における事務、イ）地域における事務以外で法律又はこれに基づく政令により処理することとされているものの2つとなっています（同2②）。

地域における事務というのは、その自治体の区域で行政に関わる仕事で、先ほどの国が本来果たすべき役割を除いた一切の事務ということになりますが、法律の規定の有無にかかわらず、地域において幅広い事務が存在することを表現しているとともに自治体にその処理権限が存する推定を受ける論拠にもなると解されています（※5）。



【図表3-3】第一次分権改革により確立した法制度上の自治体・国地方関係のあり方

まず、【A】で、自治体は地域の行政を自主的・総合的に実施する役割を広く担うとされ、その趣旨を達成するために、【B】で、国は本来果たすべき役割〔ア）～ウ）〕を重点

的に担い、住民に身近な行政はできる限り自治体に委ねることを基本として、自治体との間で適切に役割を分担すると規定しました（同 1 条の 2）

このような役割分担のもと、【A】で、自治体が処理すべき事務としては、ア) 地域における事務、イ) 地域における事務以外で法律又はこれに基づく政令により処理することとされているものの 2 つとなっています（同 2 ②）。

地域における事務というのは、その自治体の区域で行政に関わる仕事で、先ほどの国が本来果たすべき役割を除いた一切の事務ということになりますが、法律の規定の有無にかかわらず、地域において幅広い事務が存在することを表現しているとともに自治体にその処理権限が存する推定を受ける論拠にもなると解されています（※ 5）。

そして、【C】で、国の自治体の事務への関わりの基本的な姿勢として、住民に身近な事務はできるだけ自治体に移譲すること、自治体に関する制度の策定・施策実施に当たっては自治体の自主性・自立性が十分発揮されるようすべき、自治体に関する法令の規定及びその解釈・運用は地方自治の本旨に基づき、かつ、国と自治体との適切な役割分担を踏まえたものであるべき、法律により処理する事務が自治事務の場合は、自治体の地域特性に応じて処理できるように特に配慮すべき等のことが規定されています。

このような国と自治体との事務処理の基本的な考え方にに基づき、自治体が事務を処理することになりますが、そのうち、【D】にあるように、市町村は基礎的な自治体として、都道府県は市町村を包括する広域的な自治体として、相互に競合しないように適切に事務を処理することとされています（同 2 ⑥）。【E】で、都道府県は、広域にわたるもの、市町村に関する連絡調整に関するもの、その規模・性質で一般の市町村が処理することが適当でないと認められるものと処理する（同 2 ⑤）とされ、【F】で、市町村はこれら以外の事務を一般的に処理するとされています（同 2 ③）。また、一般の市町村が処理することが適当でないと認められるものについても、市町村の規模・能力に応じて処理することができるとされています。このような規定から、事務配分の基本として自治法は都道府県で実施する合理的な理由のあるものを除いて基礎的な自治体である市町村が第一次的に幅広く事務を処理する任にあたる、いわば「市町村優先の原則」を念頭に置いているものと考えられます。

このような枠組みが地方分権一括法により整理され、役割分担・事務配分に関して包括的にその考え方が規定されることになりました。国と地方の関係を実定法上、明確に打ち立てるこのような規定が置かれたのは、日本の地方自治立法において前例をみないもので

す。国の自治体行政の各側面の配慮義務を含むこれらの規定は、実質的には「地方自治基本法」的な定めであるとの評価がなされるほど画期的なものとされています。これらは立法原則であり、個別の法律により具体化されることとなりますが、本条項が存在する以上、これに反するような立法をするには、立法者の明示的な意思と説明が必要であり、その意味では事実上大きな効果を持つと思われます。一方、その立法原則がそのまま自動的に具体的な法改正等を促すわけではないので、自治体側としても改善に結びつける不断の提案や国地方を通じた進行管理が不可欠であるといえるでしょう。

(3) 自治体に適用される法令とその解釈の考え方

この図のうち、【C】の部分は、自治体事務に対する国の基本的な姿勢を明確にした規定群といえます。特に、自治体に適用される法令の立法、適用・解釈の基本的な考え方が明示されています。③では、自治体に適用される法令を制定する際の原則を「地方自治の本旨に基づき、かつ、国と自治体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない」（同 2 ⑪）とし、また、法令の解釈及び運用についても同様である（同 2 ⑫）としています。加えて、④では、同条 13 項で、法律により自治体が処理することとなる事務が自治事務である場合には、国に対し、自治体が地域特性に応じた事務の処理ができるよう配慮を求めています。

これまで、法令の解釈の中で「公定解釈」あるいは「有権解釈」などの言い方で、法律を所管する各省の解釈が権威がある如く幅広く認識されてきましたが、地方分権改革の一環として、自治体が地域の実情に即した形で、第一次解釈権を行使すべきとの見解にも結びつくものといえます。

さらには、以上、述べたことは、いずれも①②で整理されているように、「住民に身近な行政はできる限り自治体にゆだねることを基本として、自治体との間で適切に役割を分担するとともに、自治体に関する制度の策定及び施策の実施に当たって、自治体の自主的及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない」という規定（同 1 の 2 ②）が、法の解釈・運用の場面において反映された結果であるといえます。そして、こうした考え方は、憲法に由来するものといえます。つまり、自治法 1 条の 2、2 条 11 項～13 項は、憲法 92 条で保障される地方自治の本旨を具体化するものといえます。

(4) 第一次分権改革と政策法務の進展

これら機関委任事務制度の廃止、国と地方の抜本的な位置づけの見直し、そして、国の関与の法定主義・縮減、国地方係争処理の仕組みの創設などの改革は、自治体法務に大きな影響を与えました。

第一に、機関委任事務時代の自治体は、国の施策を執行管理する「事業自治体」ともいえる立ち位置でしたが、分権改革は、自治体が自ら地域に合った政策を立てて執行する「政策自治体」へ変貌する可能性を拡大しました。これまでハード重視のナショナル（シビル）ミニマムの追求からソフト重視の個性あるまちづくりへの追求へと自治体に対するニーズの変化に対応しやすい体制の確立に近づいていくものと考えられます。

第二に、法定事務の執行に際して、これまで国（所管省庁）の専権と考えられてきた法解釈権に関して、法律に基づき自治体を実施するのが自治体の事務である以上、自治体にも地域のニーズに適合した自主法解釈権（第一次解釈権）があることが先ほど説明した自治法総則の改正のような形で明確にされました。

第三に、国から自治体に発せられてきた「通達」が法的な効力を失うことにより、通達（行政実例）行政が打破され、自治体の自己責任・自己決定行政へと法執行体制が改まりました（※6）。とりわけ、法定事務を含め自治体の事務すべてに条例を制定して、自治体の地域にニーズに合致した行政執行を行う余地が高まり、要綱行政から条例行政への転換の機運が高まったわけです。

このような大きな構造的な変革・改革がなされたわけですが、一足飛びに自治体がそれに適合して充実した体制・政策を打ち出せることになるかというと、それほど問題は簡単でなく、いわば第一次分権改革は、自治体の執行体制の可能性の拡大であり、その成果は自治体の熱意、取組みにかかっているといえます。この可能性を追求し、自治体の取組みを進める有効な手立てとして、政策法務がより注目されるようになりました。第一次分権改革と政策法務の進展が軌を一にするのはこのような所以からに他なりません。

4 第二次分権改革以後の取組み

(1) 義務付け・枠付けの見直しを中心とした第二次分権改革

第一次分権改革やそれに続く地方税財源の三位一体の改革（※7）、さらにはこの間に進められた市町村合併（※8）により分権の受け皿として自治体の政治・行政体制は大きく変革しましたが、地方分権を進めるうえでの積み残された問題は少なくありませんでした。

そのため、さらに地方分権改革を進めるため 2007 年 4 月から地方分権改革推進法が施行され、第二次分権改革が取り組まれました。第一次と同様に、政府におかれた地方分権改革推進委員会の勧告に沿って、義務付け・枠付けの見直しや都道府県から市町村への権限移譲等が数次の一括法や政省令により実現しました。

このうち、義務付けの見直しは、自治体の活動に対して一定の義務づけについて、例えば、同意を要する協議が同意を要しない協議に緩和されるなどの一定の成果をみました。また、枠付けの見直しは、自治体の施設・公物設置管理の基準の根拠について、従来の個別法を受けた政省令による設定から自治体の条例による設定へと転換し、自治体の条例制定権のエリアが各段に強化されました。具体的には、設置管理の基準を自治体が定めるに当たって、3つの基準（従うべき基準・標準・参酌すべき基準）が設けられ、その範疇での条例化が求められました。

自治体としては、当該基準の設定に当たって、パブリックコメント等を含めて住民の意見聴取に努めるとともに、全庁的な組織を立ち上げて、これまでの施設運営の問題点との照合を真摯に行うなどで基準の条例化に結びつけた自治体もあります。また、今まで独自の条例化の取組には縁遠かった事業部局の職員において、地域の問題をこの見直し作業をベースに改めて考え、条例化によって住民生活の利便向上に役立つ可能性を実感する契機となったことなども報告されています（※ 9）。

一方、自治体が地域の実情に合わせて条例で法令の基準を「上書き」することに関し、この義務付け・枠付けの見直し作業を通じて「参酌すべき基準」への移行措置を自治体の条例による「上書き」権を創設したものとみなし得るとの考え方も提示され、自治体の条例制定権の拡充が期待されたのですが、結局は、条例による国の法令の「上書き」権を保障することについては引き続き慎重な検討が必要であるとされました（※ 10）。

また、見直し対象が、法定受託事務が対象外であったことに加え、「従うべき基準」が相当数に及び、自治体の自主性を拡充していく姿勢が国側に乏しく、今回のような個別法規制による作業が続くとすればその効果には限界があるのでないかといったことから、やはり条例による上書きを認める地方自治基本法のような通則法を制定すべきではないか等の見解も自治体サイド、研究者等から根強く主張されるに至っています（※ 11）。

(2) 提案募集方式による分権推進スタイルの導入

地方分権改革推進体制は、2013 年 3 月に、第二次安倍政権の下で、内閣総理大臣を

本部長とし、全閣僚を構成員とする地方分権改革推進本部（以下「推進本部」）が設けられ、推進本部が改革に関する政策を検討・決定する場となりました。また、内閣府特命担当大臣の下で地方分権改革有識者会議が開催され、推進本部における検討内容を充実させ、課題を調査審議することとされました。

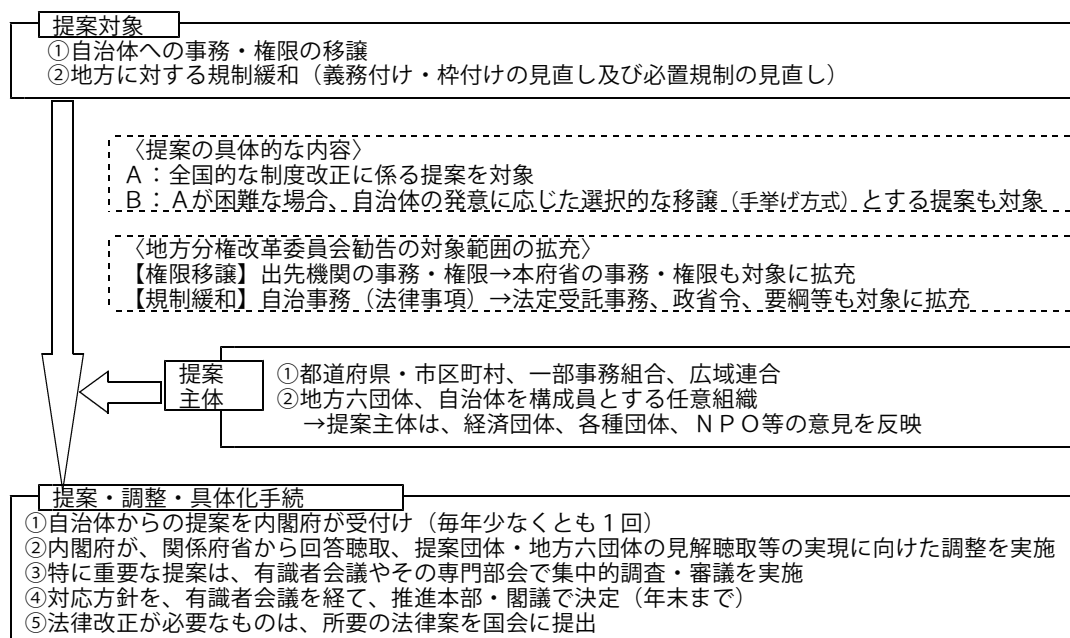
推進本部は、地方分権改革推進委員会の勧告事項は 2014 年 5 月に成立した第 4 次一括法までで一通り検討・対応を行ったとして、地方分権改革は新たなステージを迎えたとの認識を示しました（※ 12）。そのうえで、これまでの 20 年に及ぶ国と地方の取組みを総括するとともに、今後の進むべき方向性を明らかにするため、2014 年 6 月に「個性を活かし自立した地方をつくる～地方分権改革の総括と展望～」をとりまとめました。

ここでは、地方からの「発意」と「多様性」を重視し、個々の自治体から権限移譲や規制緩和に係る改革提案を募る「提案募集方式」を 2014 年から導入する方針が打ち出されました。第 2 次分権改革は、これを契機として、地方分権推進委員会等の政府の委員会の勧告を踏まえて制度改正を進めるというこれまでの方式から、自治体の提案等を踏まえて各府省の関係者間で協議し、有識者会議の場で集中審議して、法改正等に結びつけるという方式に転換したものといます。

提案募集方式の仕組みは、【図表 3－4】のとおり、自治体側から募る提案の対象も広範となり、これまでの権限移譲や義務付け・枠付けの見直しの対象範囲も拡充しています。

提案募集方式による改革は、2015 年度から毎年度、一括法として制定されています。

この方式にも様々な議論がありますが、自治体は発想を枯渇させることなく、真に住民のための必要と考える権限の移譲や義務付け・枠付けの見直しを主張し続けていくことが求められることは当然ですが、もっと重要なことは、これまでの 30 年にも及ぶ地方分権改革の成果により強化された法解釈運用権（自治行政権）と条例制定権（自治立法権）の蓄積を駆使して、自らの自治体の有り様を自らの発想と技術としての法務を活用して進めていくことだろうと考えます。



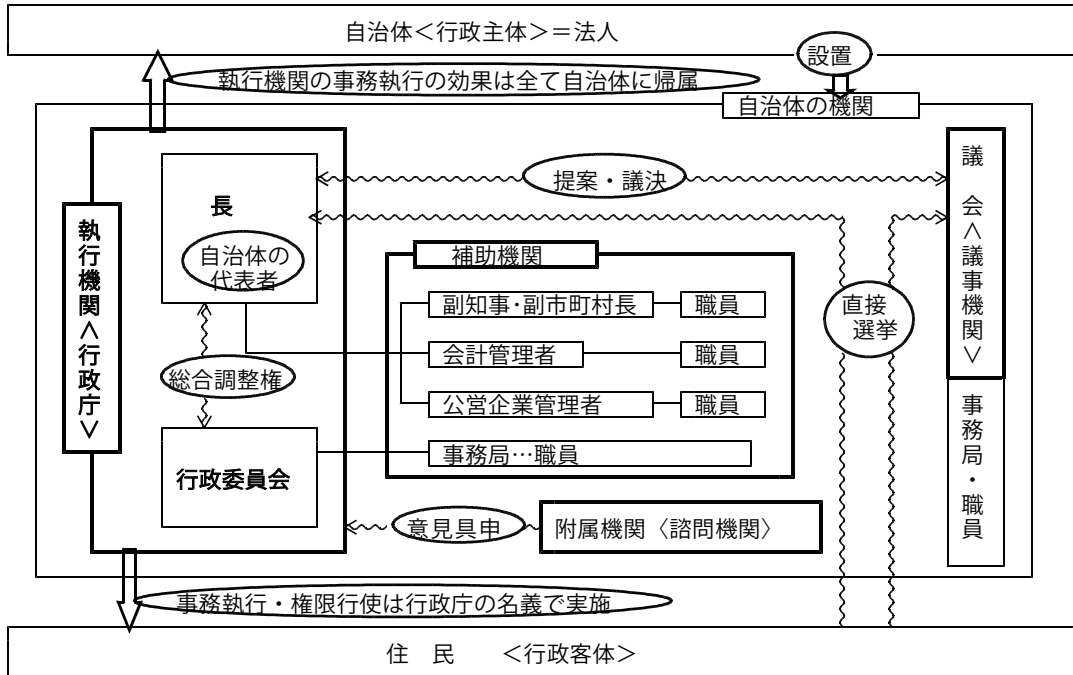
【図表3-4】提案募集方式の仕組み

【第4節】自治体の組織と権限～自治体法務のよって立つ基盤

本節では、自治体の組織と権限が、自治体法務を理解するうえでは必須の項目であることを強調するために1節設けて説明した。この部分を序編で論じる例はあまり多くはないが、例えば自治法96条所定の議会の議決事件としての「訴えの提起」の該当性や、委任・専決の処置の仕方が自治体で十分でないこともあり、あえて、その部分に焦点を当てて説明することがより序編を役立たせると考えたことによる。

1 自治体の機関と法務

自治体に置かれる機関について、これまで見てきた住民と自治体、議会の組織等を含めてその概観について、行政法的な位置づけも踏まえると、【図表4-1】のとおり表示できます。自治体法務を執行するうえで、職員自身がどこに位置するのか、そして、職務上の法的な権限がどこに所在するのかについて十分に理解していくことが不可欠です。



【図表４－１】自治体組織の見取り図

(1) 行政主体と自治体の機関

行政活動は、当該自治体の長や職員によって行われますが、すべて都道府県や市町村という自治体の活動と位置づけられます。その行政活動を行う権利や義務を持つ主体を「行政主体」といいます。行政主体は法人であり、自治体は自治法において法人とすると規定されています（自治法２①）。そして、行政活動の対象である住民を「行政客体」と呼ぶことがあります。

また、自治体の具体的な仕事をするのが機関です。自治体の機関で最も重要かつ基本的なものは、住民が直接選挙で選任する長と議会です。議会は「議事機関」と位置づけられ、自治体の意思決定に当たるのに対し、それを受けて長をはじめ教育委員会、選挙管理委員会、人事委員会、監査委員等の委員会・委員が具体的な事務執行を行います。これらの機関を総称して「執行機関」といいます。

執行機関は、行政法学上の「行政庁」として対外的な行政処分その他の事務処理を行い、権限と責任を持つことになります。例えば、行政のやり方の基本ルールを定めた行政手続法のほとんどの規定の主語は、「行政庁」です（同法５条ほか）。行政不服審査法や行政事件訴訟法などの行政の通則的な法律もすべてこれに倣っています。

自治体の具体的な職務執行の大部分は、執行機関の部下である職員が処理をすることになり、執行機関に対して、これらの職員を総称して「補助機関」といいます。長の補助機関の職員でも、職務執行上は長から一定程度、独立した形で業務を行う職として、会計事務を専任に行うために置かれる会計管理者、そして工業用水事業、運輸事業など企業採算原理に基づいて行うことが適当な事業を所管するために置かれる公営企業管理者があります。

執行機関の事務執行に対して、執行機関から諮問を受け、答申を行うなどを担任する機関を自治法上は「附属機関」といい、行政法上は「諮問機関」として位置づけられます。以上を整理すると自治体の機関は、行政機関たる「執行機関」、「補助機関」、「附属機関」の3つと、「議事機関」としての議会の計4つに大別されることになります。

また、職員の任命、処分等を行う機関を「任命権者」といいます（地公6）。通常は、それぞれの執行機関がその補助機関の職員の任命権者となります。会計管理者も長の補助機関であり、会計事務を補助する会計職員の任命権者は長です。ただし、公営企業管理者は長の補助機関であっても企業職員に対しての、また、議長は執行機関ではありませんが、議会事務局の職員に対しての、公安委員会ではなく、警察に関しては執行機関の公安委員会ではなく警視總監又は道府県警察本部長が警察職員に対しての、それぞれ任命権者となります。地方公務員法上の権限行使を検討する際には任命権者は重要な概念になります（※1）。

(2) 行政庁・行政主体の運用上の問題点

行政庁と行政主体の関係で、実務上、誤った運用がよく問題になることに、議会の議決事件たる「訴えの提起」に関してがあります。後述するように、訴えの提起は議会の議決事件で、それをするかどうかは議会が判断することになります。この訴えの提起は、行政主体である自治体がその当事者であるもの、例えば、自治体が私人に権利関係の確認を求めて行う訴えの提起や、自治体が賠償請求等を訴えられて敗訴した場合に上訴することも含まれます。

ここで問題となるのは、取消訴訟等の行政訴訟では行政庁が当事者となり、議会の議決は不要なのですが、それにもかかわらず、議決をしてしまった例（※2）、逆に裁判所が自治体が行政訴訟で上訴したときで議決不要なケースでも議決がないことを違法だとして上告を却下してしまったいわば失敗事例（※3）もあります。

これは、2004年の行政事件訴訟法の大改正により自治体関係の被告適格が改められた

ことによるのですが、それが実務で十分な理解がないことによります。すなわち、改正前は行政庁の権限行使に関しての行政訴訟が提起される場合、被告はその行政庁としなければなりません。例えば、〇〇県知事を被告とすべきところを、〇〇県を被告として住民が訴訟提起すると被告適格がないとして、却下されていたわけです。一方、前述のように賠償請求等の訴訟では被告は行政庁でなく、行政主体、すなわち都道府県や市町村が被告となるわけです。しかしながら、住民が、行政主体である自治体と行政庁である知事・市町村長を明確に認識して訴訟提起することは難しく、訴訟がかなり進んで被告適格の誤りから却下されるなどの事態もあったために、行政庁の行った行政処分が問題となって訴訟になる場合も被告はすべて行政主体である国や自治体に一元化し、国民にわかりやすいように改められました。これは行政事件訴訟法 11 条 1 項で整理・規定しています。

そして、行政事件訴訟法の被告適格に関する改正が行われ、被告のすべてが行政主体になっても、「行政庁を当事者とする訴訟」は行政庁が責任をもって訴訟遂行に当たるもの、すなわち議会の議決を要しないとの性格は変える必要がないことから、自治法に定める議決事件としての訴えの提起は、行政主体たる自治体が当事者となるものに限定、すなわち、行政庁が当事者となる訴訟は議決不要であることを明記するという改正（自治法 96 条 1 項 12 号の括弧書きで除外）（※ 4）をしたわけです。改正前後の規定状況は【図表 4－2】で整理するとおりです。

	H 1 6 改正前	H 1 6 改正後
行政訴訟 (行政庁が当事者)	<u>行政庁</u> 議決不要	<u>自治体</u> → 不要である旨を規定
国家賠償・民事訴訟 (自治体が当事者)	<u>自治体</u> 議決必要	<u>自治体</u> → 従来どおり

【図表 4－2】被告の行政主体一元化による議決事件の扱いに関する自治法改正

先の「失敗事例」では、なんと裁判所たるものがそれを理解せずに、自治体側の上訴に議決がないことを理由に不適法な提起であるとして高裁が上告を却下してしまったわけです。さすがに、その後、最高裁は、自治体の申立を吟味して、高裁の上告却下決定を破棄して、上告を受理しています。

2 自治体の意思決定と権限の所在・移譲

(1) 意思決定の側面から見た自治体事務の区分

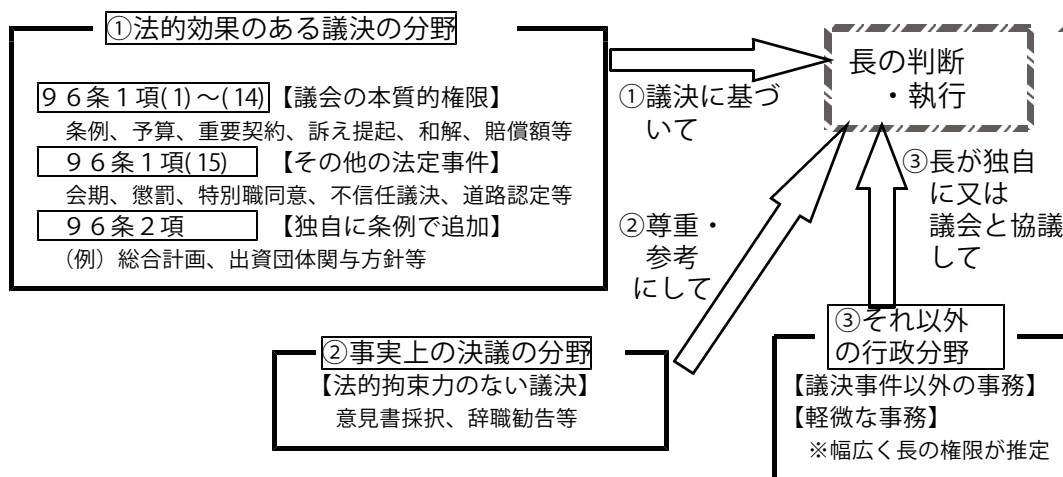
自治体の最終的な決定権限を持つのは議会ということになりますが、それは法定で列挙されており限定的です。

大まかに、自治体の事務を、意思決定の側面から区分すると、【図表4-3】のように整理できます。つまり、自治体の事務執行に際して、①議会の議決が不可欠、すなわち議決が自治体の意思決定として法的効果を生じる分野、②議会は議決すれど事実上のもの、意思表示にとどまり法的効果を及ぼさない分野、そして、③それ以外の行政分野として幅広く長の権限として推定を受ける部分となります。

①は自治法96条1項の1号から14号に列挙され、15号では同項以外あるいは自治法以外に議決が法的効果を及ぼすものと規定されているとなります。さらに、③の部分でも議会が特に重要で議会の議決事件として扱うべきとして自治法96条2項により条例で規定することによって①の区分の事務となります。長はこれらに関しては「議会の議決に基づいて（拘束されて）事務を執行することになります。

②の場合は、議会の意思が表明されたものとしてそれを尊重し、あるいは参考にして長は事務を実行することになります。

③の場合は、長の専権事項ではありますが、独自に処理することもあれば、重要であると判断して、議会と協議して長が決定することもあるでしょう。例えば、原発再稼働の同意・不同意などは自治体の意思の表明は自治体の代表者の長が行いますが、長は通常



【図表4-3】自治体の意思決定を議会から担当職員に委譲する仕組み

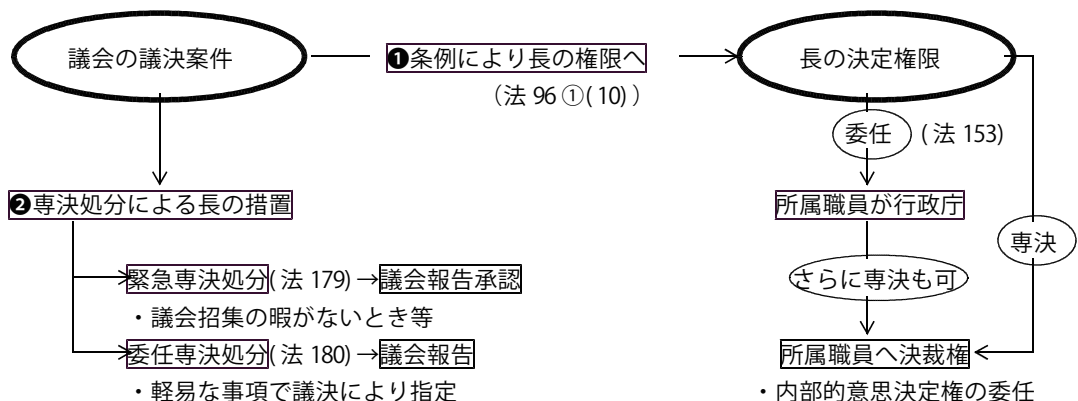
は「議会の意向を踏まえて判断する」といった方針を明らかにすることが多いでしょう。県の設置する公共産業処分場等の立地を市町村が判断する場合なども同様でしょう。

(2) 委任、専決の理解の重要性

さて、議会の議決を経て長は事務執行するというスタイルが基本だとしても、具体的には事務処理に近い機関・職員にゆだねることで事務執行を効率的・効果的にすることが考えられますし、現実には権限の移譲等が自治体内部で行われることが通例です。

そのことを自治法 96 条 10 号の議会の議決事件の「権利の放棄」を例にとり説明してみます。自治体の行う仕事で誰しもが経験することに公の施設の使用料の減免の決定といったことがあげられます。これは議会の議決すべき「権利の放棄」に該当して、減免は議会に提案して議決を経て初めてできると考えるのが基本です。しかし、減免の対象はいろいろな施設、手数料、税金などたくさんあり、そのたびごとに議会を開いては非効率です。そこで権利の放棄の場合は「法律又は条例に特別の定めがある場合を除くほか（議決が必要）」とされていて、議会在条例により市長に減免の権限を認めれば、この条例に基づき担当者は起案して長の決裁を受ければ減免ができることになります。これは【図表 4-4】の①で示されます。「減免規定」は必ず、条例で書かなければならず、要綱などではできません。条例の中でも最も多くの職員、住民の方が体験する規定ということができるでしょう。

それと、もう一つ、議会の議決事件とせずに、減免することができるケースがあります。それは、②で示される自治法 179 条や 180 条の「専決処分」といわれる措置です。179



【図表 4-4】自治体の意思決定を議会から担当職員に委譲する仕組み

条のほうは緊急時等において、180条のほうは軽易なものとしてあらかじめ指定する件（例えば、10万円以下の免除）については、議会にかけずに長の判断で減免できるということです。どちらも専決処分した後に、議会に報告しなければならないのですが、179条の方はその承認を受けなければならないということになっています。

さて、①は、議会の議決すべき案件を条例により長の権限にしているわけですが、長はその権限を職員に委任することもできます。たとえば、センターの使用料の徴収や減免をいちいち市長まで持って行って決裁するよりもこの権限はセンター長に委任すると決めておけば、そのセンター長の名前とその権限・決裁で減免はできることになるわけです。

また、それと異なって決裁だけはセンター長にやってもらうが、その減免した名義（減免通知者）、法的な権限は市長のままにする場合を「専決」といいます。事務処理の便宜のため部下職員に内部的な決定権を下ろしているわけです。双方で異なるのは、委任は法的な権限を移動させるので法律の根拠が必要、専決はなくてよい、そして委任は責任も職員に移動、裁判の被告にもなってしまいます。専決は便宜的なものなので、長がこれに個々具体的に關与していなくても責任はまだあります（職員にも責任は発生しますが）。委任も専決もそれをどのような形式・手続きでするかということは法的には決まっています。長の職員に対する命令が伴うことはどちらも同じですが、一般的には委任は「事務委任規則」（長の定める規則）、専決は「事務決裁規程」といった「訓令」（命令）の形式で行うことがなされています。委任したこと（場合によっては専決も）が外部にわかる必要がありますから告示することが適当です。これらの2つの違いは、次のとおりです。

【図表4-5】自治体の長の仕事を補助機関である職員にさせる場合の2つの方法の相違点

	法律根拠	処理権	仕事名義	決裁権	被告	法形式
委任	必要	職員に移動	職員	職員	職員	規則
専決	不要	長のまま	長	職員	長	訓令

委任の法律上の根拠ですが、自治法153条1項に「長はその権限に属する事務の一部をその補助機関である職員に委任することができる」と規定されていますのでこれを根拠にほとんどのことが委任できます。ただ、議会の招集権、議案の発案権、再議、議会の解散権、条例の公布、副知事・副市町村長の任免などは委任できないか、委任することが適当でないとされています。

さて、結局、「減免」は、①条例に「長は減免できる」と規定することで議決不要→

②減免の決定を長はセンター長に委任→③センター長は減免の決裁権をセンターの課長とか係長とかに専決させる（もちろん、専決せずセンター長が決裁しても可）ということで、本来、議会の議決が必要な手続でも係長の判断に任せることも OK ということになるわけです。ただ、それが適切な事務執行につながるかどうかはよく検討しなければなりません。

また、行政庁の権限の委任・専決の手続きのないまま、担当職員が当該権限の行使（報告要求）をした事例で、それに違反し罰則が用意された行為にもかかわらず、権限移譲がなされていなかったことから違反行為が無罪になってしまったものもあります（※５）。

権限の所在を明らかにして行政運営をすることの重要性について厳しく指摘されたものといえるでしょう。

【第５節】自治体法務の基本原則

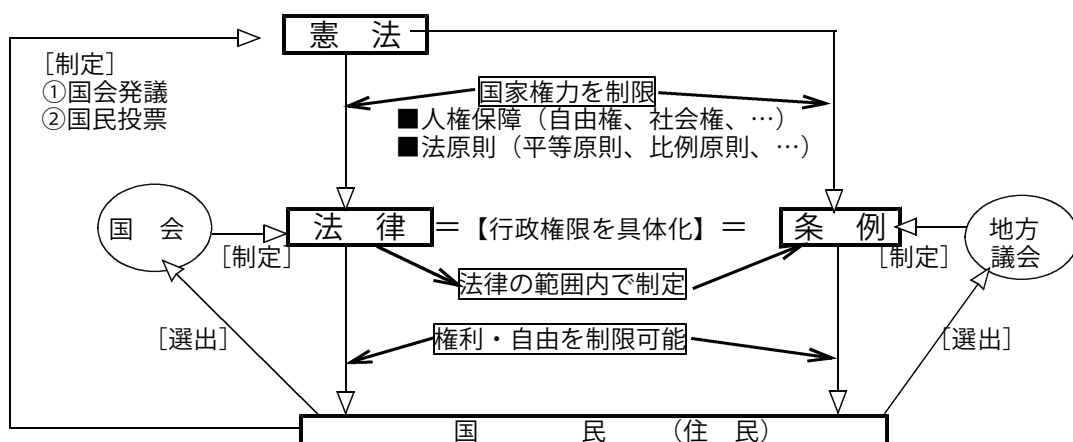
本節では、自治体法務、もっと言えば、行政法を理解するうえで、その法的な基本原理として、憲法の保障する人権規定と憲法を法源とする法の基本原則の２つの側面から論じることができることを述べていく。

また、後半では、「行政裁量」のあり方を、判例を出しながら説明していく。このようなアプローチを序編で採ることには様々議論があると思われる。例えば、裁量の考察は、解釈・運用法務においてより具体的に論じることが必要でないか等の批判である。

しかしながら、本書では、自治体法務の諸側面、すなわち、「解釈・運用法務」のみならず、「立法法務」「争訟法務」「評価法務」全体として裁量論を平素の業務運営から理解していくことが特に重要であるという認識の下、議論していることが特徴となっているし、その意義もより深いところにあることを理解していただきたいと考えるのである。

１ 憲法と法律・条例との関係とその機能

法の体系としては、【図表５－１】に整理するように、法は、国民（住民）の代表者を通じて、国においては法律、自治体においては条例がそのルールとして議決して成立します。法治主義の原則から、そのルールに基づいて、行政が行われるわけですが、そのうち特に中核は、国民の生活や行動をコントロールして機能する、国民の権利を制限し、義務を課すなどの施策ということになります。



【図表 5－1】憲法と法律・条例との関係

それでは、国民（住民）から付託を受けた国会や地方議会は、法律や条例で、何でも規制できるのかということ、その上に憲法があるわけです。法律や条例は、国民や住民の代表者が制定しそれに基づき権限が創設されます。一方、憲法は、図に示すように原案は国会が発議しますが、それを決めるのは国民投票による過半数ということで決定します。

つまり法律や条例は、間接民主制のもと、代表者が決めるけれど、憲法は最終的には直接国民が決定する、国民主権を基本にした仕組みです（※1）。

そして、憲法はどこに向かって発動されているかということですが、もちろん、教育を受けさせる義務（憲法 26 ②）、勤労の義務（同 27 ①）、納税の義務（同 30）は直接国民に義務を課す規定ですが、これらは国家・社会の構成員となるための不可欠なものであり、国民の権利と裏腹の関係にあります。

すなわち、憲法規定の主たるターゲットは、人権規定についてそれを保障するよう権力者サイドに向けられているといえます。図に示すように、国民（住民）の権利を制限し、義務を課すことのできる法律(条例)制定権を持つ国会、地方議会に向けられたものであり、その範囲内において、これら法令を制定できると考えられるわけです。このことは、憲法の尊重・擁護義務が国务大臣、国会議員、裁判官その他の公務員に向けられ（同 99 条）、権力全般に向けられたものであること、すなわち、憲法との関係における法令や行政活動その他公権力の活動については、憲法の枠内で、かつ、憲法の趣旨に沿って制定され、解釈運用されなければならないということを意味します。

また、憲法の権力サイドに向けられた内容は、各種の人権規定と合わせて憲法が導く法

の基本原理の考え方も存在します。

2 憲法の人権保障規定と自治体業務との関係

憲法の人権保障規定から自治体業務に関連する原則をいくつか抽出してみます。

憲法が国民に保障する人権は、「幸福追求権」「平等権」「自由権」「社会権」「参政権」に大別されますが、そのうち、「幸福追求権」「平等権」は、法の基本原理を構成する側面が強く、次の項で説明します。これらの人権を尊重し、行政を進めていくために法律が制定され、それを自治体が運用し、あるいは自治体が条例を制定していくという全体像です。自治体行政にとっては法律を経由して憲法を認識する度合いが多いですが、条例制定において人権との関係も問題になります。

以下では、憲法が保障する権利で最も頻出する度合いが大きい「自由権」を題材にして、自治体行政と憲法の人権規定が問題になる場面を例をあげて説明します。自由権は、精神的自由、経済的自由、人身の自由とに分けることができます。

(1) 精神的自由が問題となった自治体法務の事例

「精神的自由」は、思想・良心の自由等の「内心の自由」と「表現の自由」に大別されます。

例えば、正当な理由がなければ利用を拒否できないと規定される公の施設の利用（自治法 244 ②）を拒否する場合は、表現の自由に含まれる集会結社の自由（憲法 21 ①）との抵触を考えることになります。判例では条例で定める不許可事由の規定の「公の秩序を乱すおそれがある場合」を単に危険な状態という漠然とした解釈では人権保障の点から不十分で「明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見されること」が必要として厳しい基準を設定して審査すべきとされています（※2）。

(2) 経済的自由が問題となった自治体法務の事例

「経済的自由」は、「職業選択の自由」「居住・移転の自由」「財産権」があげられます。

例えば、ホテルの構造の基準を自治体独自に設定しその基準に適合しなければ長は建設に同意しないことを定めた条例が憲法 22 条の職業選択の自由との抵触が議論になった際に「法的規制措置の必要性や規制の対象・手段・態様などからみて、それが合理的と解される範囲内である限り、憲法上の問題を生じることはない」としたうえで「（その規制の）手法、内容及び効果が比例原則に反し、不合理である場合は憲法 22 条 1 項に違反する」

と判示しています（※3）。やや緩やかな審査基準により営業の自由に対する合憲性が判断されているといえます。

(3) 二重の基準による違憲審査

以上のようなことから、精神的自由に対する規制立法に対して適用される違憲審査は、経済的自由に対するそれに対する審査よりも「厳格な基準」によって審査されなければならないという、アメリカの判例法理を基に構築された「二重の基準」という考え方があります。表現の自由などの精神的自由は、選挙などの民主的過程を支えるものであり、これが制限されると民主主義に回復不能な事態を招くおそれがあるなどの理由によるものです。一方、経済的自由の規制に当てはまる審査基準を「合理性の基準」と呼び、目的が正当で、手段が目的を達成するうえで合理的関連性があるか否かが審査されます。二重の基準を採用した判例として、小売市場事件（※4）があります。

その後、最高裁は精神的自由が問題となるケースでほとんど二重の基準に言及していないため、二重の基準は、通説的地位を有しているとはいえるものの、どこまで現実に通用するかについては、なお議論のあるところです。しかしながら、特に住民自治の原理を重視する自治体行政においては、民主的過程の健全な機能を図ることが極めて重要であり、二重の基準を念頭において合憲性について十分に考慮していく必要があるといえます。

(4) 人身の自由から派生する原則

「人身の自由」は、「奴隷的拘束からの自由」、「被疑者・被告人の権利」等が規定されていますが、そのなかで特に行政運営に係るものは、憲法31条の「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」という罪刑法定主義原則です。この原則は、アメリカ合衆国憲法の人権宣言の一つの柱といわれる「法の適正な手続」（due process of law）に由来するものとされており、行政手続にも発展していきます。そして、この原則には、法律で定められた実体規定も適正でなければならないこと、すなわち、「規定の明確性の原則」、「規制内容の合理性の原則」、「罪刑の均衡の原則」なども含まれるとされています（※5）。

例えば、「青少年に対し淫行又はわいせつな行為をしてはならない」とする青少年健全育成条例の規定で、「淫行」の範囲が不明確であり、処罰の範囲が不当に広汎に及ぶおそれがあり憲法31条が要求する「規定の明確性の原則」などに違反するか否かが争われて

います。最高裁は、広く青少年に対する性行為一般を解するのではなく、限定的に解釈することが可能であり、当該規定は憲法 31 条に反しないとの解釈により判示されましたが、反対意見も説得力のあるものでした（※ 6）。

もちろん、以上に概観した判例は、人権保障の問題のみが論点でなく、その他の観点も統合されて審査されていますが、それらの審査に当たっても次に述べる憲法由来の法の一般原則による判断がなされることが多いと思います。

3 憲法原則を中心とした法の基本原理と自治体業務

自治体法務がよって立つべき法原則には、憲法から導き出されるものも多数にのぼり、行政法の法源という形で整理されることが一般的です。以下、これら法原則の内容と具体的な裁判例を示します。

(1) 信義誠実の原則（信義則）

「信義誠実の原則」とは、行政活動に寄せられた住民の信頼は尊重されなければならないという原則です。

直接的には、民法 1 条 2 項の「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」、民事訴訟法 2 条「当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を追行しなければならない」との規定になりますが、民主国家では国家が信義に反する行動は許容されないとの趣旨から民法の規定は憲法原理であって、行政法関係においてもこれが適用されるとの指摘があります（※ 7）。

信義誠実の原則は、法律による行政の原理（法治主義）と抵触する場合もあり得ます。例えば、営業を引き継いだ相続人が課税上の特典のある青色申告の承認なしにそのまま申告し税務署がその確認を怠り受理されていましたが、後に青色申告の効力を否定し更正処分（相続人の課税額増加）をしたことに対し相続人側が信義則違反を理由に争った事件では、納税者の平等公平という租税法の要請を犠牲にしてもなお納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別な事情が必要とし、本件ではそこまでは認められないとして信義則は否定されています（※ 8）。

一方で、問題事例に関する具体的な法律規定がない場合には、信義則の適用は比較的容易に認められる傾向があります。前村長時代の工場誘致に全面的に協力する旨の約束の下

で工場建設を進めていた事業者に対し、誘致反対派の新村長が事業への不協力の姿勢をとったことで建設断念に至った事件で、村として民意を踏まえて政策変更をすることは許容されるとしつつも、事業者が生じた損害については、信義誠実の原則違反を理由に村の不法行為による賠償責任を認めています（※ 9）。

（2）権限濫用の禁止の原則

「権限濫用の禁止の原則」とは、行政権限をみだりに行使することを禁止する原則です。この論拠として、国民の権利濫用を禁止している憲法 12 条の規定が、私人間の関係のみならず行政機関が行う業務にも適用があると考えられています。すわなち、国や自治体は国民（住民）からの信託に基づいて公的な権限が付与されている（第 1 節の住民自治と同義）わけですので、当然ながら、その権限は適切に行使すべきで濫用してはならないということです（※ 10）。

具体的な事例としては、ある個室付浴場の営業阻止を狙って、町と県が申し合わせて、個室付浴場が禁止されることになる一定距離内の児童福祉施設の設置認可を異例の早さで行ったことが行政権の著しい濫用によるものとして違法と判断されたもの（※ 11）があります。

また、ある事業者が産業廃棄物処理施設の設置許可の準備をしていることを知りながら、これに関する規制条例（地下水取水を規制）を制定した自治体に対して、当該条例に定める事業の協議には十分な協議を尽くし条例の目的にかなうような適正なものに改めるなどの適切な指導をし、当該事業者の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったとしてその義務違反を判断した判例があります（※ 12）。これは配慮原則ともいえるものですが、濫用禁止原則の範疇として法の一般原則として扱われることが一般的です。

一方、行政側の権限濫用とは逆に住民側の権限濫用を抑止する考え方（そもそも憲法規定は主としてこちらを念頭に置いています）もあります。これには、大量の情報公開請求等が権利の濫用と認められるかが少なからずの自治体で問題となっていることなどにみられます。

国の情報公開法では明文の規定はなく、権利の濫用の一般原則を踏まえてその審査基準において開示請求が権利濫用に当たる場合には開示しないことととしています（※ 13）。自治体の情報公開条例では、情報公開請求権の濫用を禁止する旨や濫用と認められる場合の却下規定を設けるものなどもあります（※ 14）。

裁判例は、開示請求が大量請求で処理に極めて膨大な事務量が予想され、請求対象を限定しても請求目的を達成することができるにもかかわらず請求権者がこれに応じない場合に権利の濫用として請求を不適法なものとしたもの（※ 15）がありますが、その一方で開示請求の処理に多大な時間と労力を要するとしても内部の人的、物的な工夫、調整で対応が可能であるとして、開示拒否決定を取り消す判決もあります（※ 16）。

これらの判例の流れとしては、濫用的請求を理由とする拒否処分が幅広く認められているわけではなく、権利の濫用を理由として却下処分が認容された例においても、請求内容が不明確であり、実施機関が請求人に対して特定を求めたにもかかわらず、それに協力しなかった事情などを勘案して判断されたものとみる考察（※ 17）があります。

(3) 比例原則

「比例原則」とは、規制目的に対して行政の用いる規制手段や規制度合いが均衡のとれたもの、最小限度のものでなければならない、という原則です。もともとはドイツにおいて警察権の限界に関する法理として発展したもの（※ 18）といわれていますが、今日では、法運用、立法を問わず広範な分野に普遍的に当てはまる原則とされています。憲法 13 条の幸福追求権の最大の尊重、したがって必要最小限の人権の制約が求められる趣旨から、政策目的が大きく深刻なものである場合は権利の制約が大きく、政策目的が小さければ制約はそれに比例して小さくなくてはならないという原理が導き出されるとされます（※ 19）。

比例原則は、行政活動に対する統制機能を持つ原則（後に説明する裁量権行使の濫用逸脱の審査基準ともなる）である（※ 20）とともに、法律や条例の立法活動にも適用される原則となり、その具体的な適用事例は数多くあります。

前者では、公務員に対する懲戒処分等で画一的な処分がなされた場合に処分の選択が重きに失し、社会通念上妥当性を欠くものとして判示された事例など（※ 21）多岐にわたります。後者では、条例立案に関し旅館業法よりも強度の規制を行う条例が比例原則に反して違法と判断された事例（※ 22）が有名です。

(4) 平等原則

「平等原則」とは、行政は合理的な理由もなく、市民を差別してはならないという憲法の平等原則（同 14 ①）から直接根拠づけられる原則です。これを踏まえて、例えば、自

治法では住民の公の施設の利用に際して不当に差別して取り扱ってはならない（自治法 244 ③）などと規定されています。

区別する合理的な理由があれば、異なった取扱いが許容されますので、合理的な理由の有無が論点となります。例えば、条例改正により別荘の給水契約者の水道の基本料金を別荘以外のそれと比較して 3.57 倍を超える金額に改定したことが憲法・自治法の不当な差別的取扱に当たるかについて争われた事件について、自治体の住民でなくとも、区域内に家屋等を有し、自治体に地方税を納付する義務を負う者など住民に準ずる地位にある者が公の施設を利用することについて当該施設の性質やこれらの者と当該自治体との結びつきの程度等に照らし合理的な理由なく差別的取扱をすることは平等原則に反し、不当な差別的取扱いにあたり、改正条例は無効であるとの判断がなされています（※ 23）。

なお、各自治体の条例の制定によって自治体ごとに規制の内容などが異なることが見られ、平等原則との関係が問題になりますが、憲法 94 条が自治体に条例制定権を付与した趣旨が地方自治の本旨に照らして地域の独自の取組を認めたものであるとすれば、条例間の差異は合理性を有する限りにおいて平等原則に違反するものではないとされます（※ 24）。

（5）その他の基本原則

以上のような憲法上の統制原則として行政活動に一般的に適用される原則のほか、分権時代における自治体法務には、地方自治の本旨を実現するうえで、次のような重要な原則があります。

〈1〉効率性の原則

自治体の事務の処理は「最小の経費で最大の効果をあげるようにしなければならない」（自治法 2 条 14 項）とされる原則です。また、これを財政的に裏付ける形で「経費は、その目的を達成するための必要且つ最小の限度をこえて、これを支出してはならない」（地方財政法 4 条 1 項）とされています。契約の締結等でこの原則に反する事例が住民訴訟などで追求されることが多く見受けられます。

〈2〉透明性の原則

行政手続法や行政手続条例の制定目的は、「行政運営における公正の確保と透明性の向

上を図る」(行政手続法 1) ことにありますが、その中で、「透明性」は、行政上の意思決定についてその内容及び過程が国民にとって明らかであることと定義されています。行政運営が合理的な理由なく秘密に行われた場合には、恣意的な行政活動を疑う契機となる(※ 25) との指摘がなされています。

〈3〉説明責任の原則

地方自治の本旨のところで触れたように、住民から信託された自治体が住民自治の観点から、説明責任を負うという原則が導き出されます。説明責任(アカウンタビリティ)は、情報公開、情報提供、広報活動により実現されることが一般に行われますが、後に触れるように行政過程においてどのようなことを考慮して判断が下されるかについて、裁判所から見た場合の審査(判断過程審査)でも試される視点といえるでしょう。

4 行政裁量と自治体行政

(1) 自治体の仕事と「裁量」論の意義

自治体職員が仕事を展開するうえでまず考えるのは、「この問題についてどこまで自治体はできるのか」「その適否をどうやって判断すればいいのか」「弾力的にはどこまでできるのか」「必ずやらなければならないのか」ということではないでしょうか。もちろん、市民のためにはやるべきだということが大事だがその一方で事業者への制限になることになったり、他のより重要と思われる仕事とのバランスで手が回らなかったすることもわけでその際に、「どこまでできるのか(やらなければならないのか)」という基準が認識できるととても仕事に前向きに取り組みやすいのではないのでしょうか。

その際に法的に意味を持ってくるが、「裁量論」です。端的には行政事件訴訟法で「行政庁の裁量処分について、裁量権の濫用、逸脱のあった場合に限り違法となる」(30 条)と明記されています。基本的には「行政庁の裁量処分について、裁量権の範囲を超え、又はその濫用があった場合には当該行為は違法となるが、裁量の範囲内であれば、当不当の問題になるにしても違法の問題は生じないという意味に解されています。

行政裁量についての最もスタンダードな定義としては、「立法者が法律の枠内で行政機関に認めた判断の余地」(※ 26) といったところです。

さて、先ほどの行政事件訴訟法 30 条にあるように、行政が行った行為について、与えられた裁量を適切に行使したかどうかを裁判所が審査するうえで問題になるわけですが、

行政としても裁量に際して司法判断された考え方を理解しておくことは、平素の法的な取組に重要な指針となるでしょう。もっというと、行政全般に対して、権限はどう行使していくべきかという指針になるのではないのでしょうか。つまり、行政裁量は、行政処分のみならず、すべての行政活動にその考えは通用するものと思います。自治体職員又は自治体側が、「裁量」の範囲を見極めることができるならば、法違反のそしりを免れるという点になるし、よりよい行政の行動基準になるわけです。

法務能力の本質は法令における自治体職員の創意工夫を発揮すること～広い意味での「裁量」の範囲をどう認識していくか～にあること、そして、結果的に地域・住民の生活の向上に結びつく作用を展開する「展開力」が肝要であると考えます。そのため「裁量論」を理解していく必要があります。

そこで、本節で、「裁量」がどのように自治体の仕事で扱われるべきかについてまとめてみたいと思います。主として裁判所が訴訟のなかで「裁量」を審査した考え方をまとめることになりますが、平素の行政運営にもヒントになるものと思われます。

さて、行政活動の裁量が問題となる局面としては、(1)権限行使が適切に行われたかという問題で、どの程度の判断の幅が認められるかが基本となり、(2)権限の不行使が不適切でなかったか（「できる規定」でしなかったことがどのような場合にそしりを受けるか）などの形で議論されることが多いでしょう。

(2) 行使された権限の審査のあり方

〈1〉社会観念審査

まず、行政処分を行った場合に当該行政処分における裁量権行使の適否については、当然ながら、行訴法 30 条の規定が直接の対象とする取消訴訟に関し積み重ねられてきた審査方式があります。

従来からの標準的な審査方式としては、裁量処分に社会観念上著しく妥当性が欠けるところがあると判断される場合に、裁量権の逸脱濫用が認定され、当該裁量処分は違法と判断される「社会観念審査」と呼ばれる審査形式です。これは行訴法 30 条を審査局面に引き写した形のものですが、その判断要素としては、先に見た法の基本原理、すなわち、比例原則違反、平等原則違反、事実誤認などがあげられます。

〈2〉判断代置審査

社会観念審査は密度の低い審査方式として理解され、この対極にあるのが、裁判所が自らの目で全面的に審査を行い、裁判所が出した結論と行政庁の判断が異なる場合には裁量権の逸脱濫用として違法を認定する「判断代置審査」といわれる方式です（※ 27）。

〈3〉判断過程審査

そして、近年、有力な考え方として認識されてきている審査方式は、社会観念審査の観点にとどまらず、判断要素の選択や判断過程の合理性に着目してより高度の審査密度を確保する「判断過程審査」と呼ばれるものです。

これは、第三者的立場から行政庁の判断過程の合理性を審査する方式（※ 28）であり、処分をする際の考慮事項について審査を行った上で、考慮に入れてはならない事項を考慮に入れたか否か（他事考慮審査）、考慮に入れるべき事項を考慮に入れたか否か（考慮遺脱審査）、過大（又は過小）に考慮してならない事項を過大（又は過小）に考慮したか否か、重視（又は軽視）すべき事項を重視（又は軽視）したか否か（過大考慮・過小考慮審査）として、その判断の道筋を精査して裁量審査をするものです。

このように裁量審査・統制は、基本的には、行政処分の取消訴訟を巡って、論理展開されてきたといえますが、「判断過程審査」を基本の筋道として「社会観念審査」の下で認められてきた比例原則・平等原則等を内包した審査形式が安定的な裁量統制の手法として認識されてきている（※ 29）といえるでしょう。

〈4〉 「・・・できる」規定についての判断過程審査と説明責任

行政裁量を具体化した規定であるとされる、「・・・できる」という規定は行政の便宜的な考え方で「行政がいかようにも判断できる」と誤解されることが非常に多いので、「判断過程審査」方式のリーディングケースとされる公立学校施設使用不許可事件判決（最判・平 18.2.7・判時 1936 号 63 頁）でどのように審査されたのかをみてみます。これは教職員組合の教育研究集会のために市立中学校の学校施設の使用を申し出たところ、不許可とされた事例です。

関係条文は、行政財産の目的外使用許可の「その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」（自治法 238 の 4 ⑦）とそれを学校施設に置き換えたものと考えられる「学校教育上支障のない限り、……学校の施設を社会教育その他公共の

ために、利用させることができる」（学校教育法 137）です。

最高裁は、「学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなければならないものでなく、行政財産の目的、用途、目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可しないことができる」として、支障がなくても行政の裁量判断で不許可できるとする一方で、判断過程審査の基本的なルールを提示して、裁量審査をしています。

すなわち、判断過程審査における考慮事項を「使用日時、場所、目的・態様」、「使用者範囲」、「使用の必要性の程度」、「許可に当たっての支障」、「許可した場合の弊害」、「不許可にした場合の不都合の程度」等の諸般の事情を総合考慮して行うものであるとし、その「判断要素の選択」や「判断過程」に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らして著しく妥当性を欠くと認められる場合に限り、裁量権の逸脱濫用として違法となるとしています。

その枠組みにおいて、判断要素を具体的に取出してその考慮の評価をしているわけですが、拒否理由とした「騒じょう混乱のおそれ」「政治性による教育への支障」を過大に考慮し、肯定理由となる「これまでの継続許可の実績」「使用することの利便性」を過小に考慮し、「集会所が自主的研修を推奨する教育公務員特例法の趣旨」をまったく考慮していないなどとして、重視すべきでない考慮要素を重視し、考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に著しく妥当性を欠いた判断となり、裁量権を逸脱したものと認定しています。

判断過程審査では、すなわち、「判断要素の選択」と「判断過程」という二つの局面において、「重要な要素」「社会通念」という軸で審査されるわけです。

ここまで考えると、裁量審査の主流となりつつある判断過程審査は、どのようなことを考慮して行政判断を行ったのかを明らかにして、説明する、説明責任を果たすことと表裏をなすと思います。すなわち、「行政が裁量権を持つ（認められる）」とは、「判断の適否を自由にできうる」「判断は行政側の便宜、留保される」ということでなく、「判断を適切に行う権限が与えられている」に過ぎず、「それを何を考慮してどう判断したのか」の説明責任が問われるものと考えられるわけです（※ 30）。

例えば、「支障がない限り許可することができる」という権限を裁量行為として付与されている場合、支障がない場合でも「許可する」「許可しない」のどちらも可能性として

は採りうるが、その判断の筋道を立てて正しくこれを考えたか（適切にこれを行使したか）が問われ、その判断過程に誤りがあれば、どちらの結論でも違法となるということです。すなわち、「裁量権を行使する」は「適切に判断しその行使に結びつける」と同義であり、「適切に行使していない」＝「当該行使は違法」となること、そしてその「適切に行使したかどうか」を審査するのが「判断過程審査」であり、それを行政現場で行政運営上に活用できないか、すなわち、判断要素の選定やその重み付けをどうとらえ、どう意思決定の向上を図ることが可能か、というのが本稿のねらいです。

（3）権限不行使・不作為の審査

〈1〉不行使・不作為が審査される局面

一方、未だ、権限を発動していない（発動しなかった）状況についての裁量審査としては、行政庁の意思・行為の発現がなされていないので、判断過程審査をそのままの形で当てはめることはできにくく、そのため、国家賠償訴訟において「行政権の不行使による違法」を巡って検討されてきた審査方式が参考となります。

行政機関に規制権限を与える法令規定は効果裁量を認めることが多いが、その際には不作為は作為義務違反とはいえず、違法になることはないとするいわゆる「行政便宜主義」の考え方がかつては有力でした。これを裁量権の限界をどこに見極めるかという観点から克服するための理論的な展開が取り組まれてきているといえます。

国家賠償責任が認められるためには、基本的には、公務員に法令上一定の権限が付与され、その権限の不行使によって損害を受けたと主張する特定の国民との関係で、当該公務員に権限を行使すべき義務（作為義務）が認められ、さらに、当該義務があるにもかかわらず違法に権限を行使しないこと（作為義務に違反すること）が必要であるとされる前提のもとにどのような状態が違法性に結びつくかという点が議論されるといってよいと思われます。

〈2〉裁量権消極的濫用論

そして、公務員による規制権限の不行使によって国家賠償責任を負う場合について、最高裁は、「その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法1条1項の適

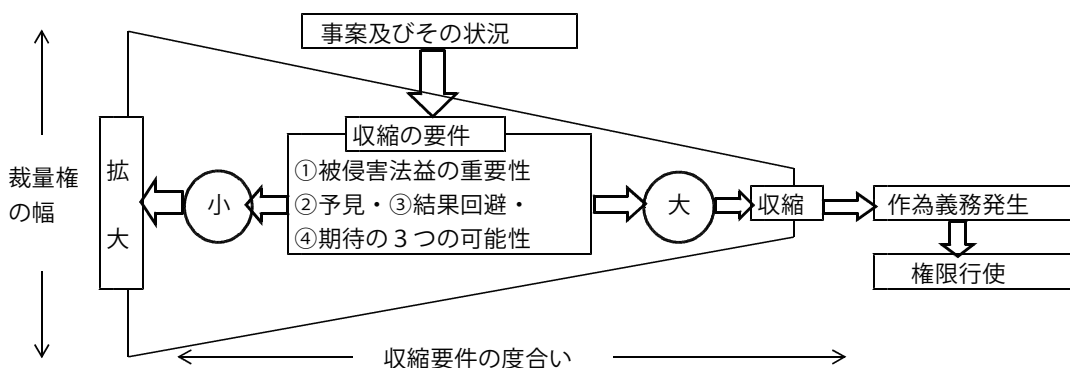
用上違法となるものと解するのが相当である」と判示しています。「基準」といえるかどうかは置くとして、このアプローチは、最高裁で扱われた事案でほぼ、共通化された考え方ともいえます。

これらは、いわゆる「裁量権消極的濫用論」（※ 31）と呼ばれる審査方式であり、その本質的な性格は、権限発動における「社会観念審査」と「裏返し」的なものとして、考え方の基本を同一にしているものといえるでしょう。この判断スキームに関しては、何が、考慮事項なのか、判断基準を示さず、判然としないとして批判的な立場をとる見解も目立ちます（※ 32）。

〈3〉裁量権収縮論

こうした裁量権消極的濫用論への批判を踏まえて、下級審を中心としてかねてから展開される実績をもつ「裁量権収縮論」といった考え方（※ 33）はそのアンチテーゼ的な意味合いもあって、適用拡充可能性に一定の支持がなされています。

この理論は、効果裁量の範囲は固定しているわけではなく、状況に応じて変化し、ある種の状況下では裁量権の幅がゼロに収縮するとし、この裁量権のゼロ収縮の場合には効果裁量がなくなり作為義務が生じ、不作为は違法になるとする説明されるものです（※ 34）。その判断枠組みとしては、【図表 5－2】のように作為義務の発生要件、すなわち裁量収縮要件として、①被侵害法益の重要性、②予見可能性の存在、③結果回避可能性の存在、④期待可能性の存在が一般にあげられています（※ 35）。



【図表 5－2】裁量権収縮論と作為義務・権限行使の関係

被侵害法益はその事案によるその権限行使の対象が生命・身体のように重要なものであ

るほど、作為義務が認められ、財産的法益の場合はこれが低くなることになります。予見可能性は、行政庁がその事案による市民に対する被害や危険の発生を知っていたか、又は知りうる状況にあったか、すなわち、予測できたかどうかという要件であり、容易に予見できるというケースでは作為義務が肯定されることになります。結果回避可能性は、行政庁が規制権限を行使できたかという側面、例えば、財政的、技術的、社会的制約で行使が可能であったかどうか、また、権限を行使することにより結果の発生を防止しえる可能性があったという2つの側面から判断されることになります。期待可能性は、私人が自ら危険を回避することは困難で、それゆえ行政が介入すべきことが期待されている状況で作為義務が強くなるとされます（※36）。

この論理は、これまでの最高裁判決で明確に用いて結論を導いたものではなく、これに対する根強い批判もあります（※37）。

しかしながら、「消極的濫用論」や「社会観念審査」が基準を示さずに裁量審査するのに対して、具体的な考慮要素（【図表5-2】では「収縮の要件」）の高まりと裁量権の逸脱濫用とが関連づけて把握されることになる「裁量権収縮論」は、行政実務において裁量権行使の意義を理解するのに適した性格を持つと思われます（※38）。消極的濫用論においても、結果的には、効果裁量はゼロになっているという認識をとることになり、不法行為一般に求められる予見可能性や結果回避可能性は多かれ少なかれ、明示的か暗黙的かはあるにしろ、考慮することになるのでしょうかから、裁量統制の手法として、要件を一般化・平準化してしまうという批判はあるにしても、行政実務において考慮すべき考え方として、認識しておいてよいアプローチの仕方といえるでしょう。

そもそも、裁量収縮論への批判は、行政機関の事後的な説明に対する裁判の審査のあり方に対して向けられたものであって、事後的な審査方式としては適切さを欠き、重要な判断が漏れる危険性があるということであろうと思われます。つまり、行政が念頭に置くべき基準としてふさわしくないということまで射程に入れた批判ではないのではないかと思います。

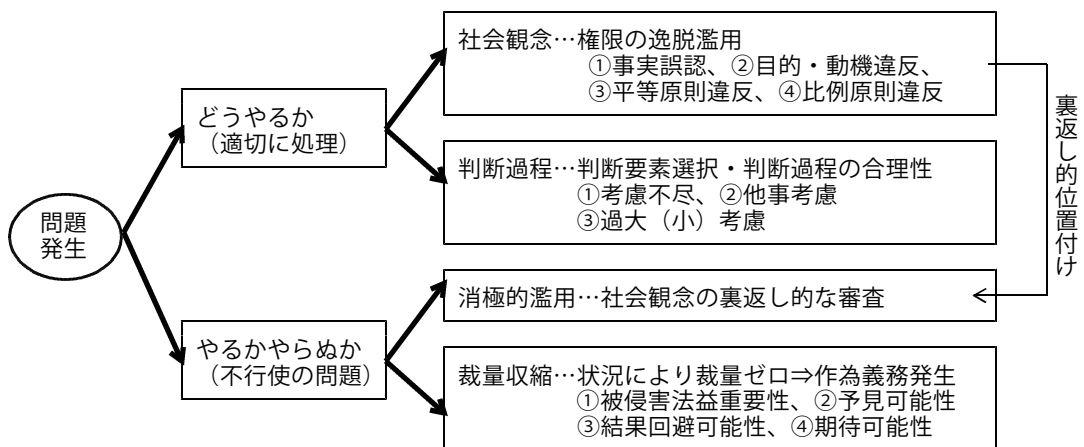
(4) 裁量行使モデルの定立

これまでの裁判所が行政の裁量をどのように認識してきたか、その判断基準をどう提示してきたかを見いだしたうえで、平素の行政運営にもその考え方を加味して行うことも行政の行動基準として有効だと思われます。もちろん、裁判所の審査方法でありますから完

全にそのまま使用・適用するのは難しいかも知れませんが、行政側が対応する場合にそのような審査方式があるという前提で自らの行動規範とすることも重要な取組であると考えます。まさに、「評価法務・争訟法務」を実践していく場面といえると思います。

これまで説明してきた「裁量」を審査する仕方としては、権限発動の局面（どのようにやるか）と、権限行使・不行使の判断の局面（やるかやらぬか）については、【図表5-3】のようにまとめられます。

これらを平素の行政運営にどう活かしていくかということについて、それぞれの行政現場で考慮し、実践していただくことを希望します。



【図表5-3】自治体行政で裁量行使を考える枠組みの例

【第6節】自治体にかかわる「法」の形式

本節は、序編の各論的な位置づけで、自治体法務にかかわる法の形式をまとめていく。特に自治体法務においては、国が制定する法律、政省令に加えて、自ら必要に駆られて制定する条例・規則、さらには、国における法令外の通知、処理基準、行政実例、さらには、自治体における訓令、審査基準・処理基準、要綱・協定等の周辺ルールが存在していくことの実体的な意義も含めて説明していくことが適当であろう。

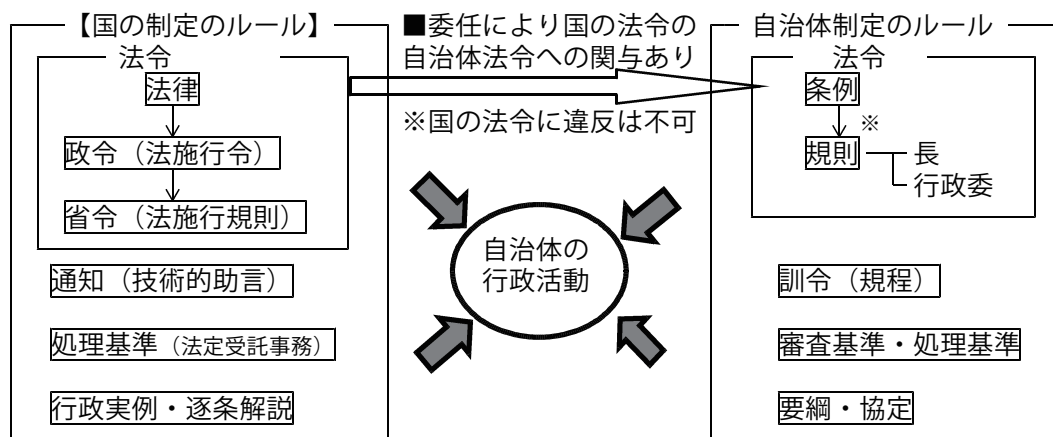
そのようなことから、それら法令・法令外の諸情報を踏まえて、自治体法務が取り組まれていることの意義をまずは理解していただくことが肝要であることを強調したい。

1 自治体に適用される法令とその解釈

(1) 自治体が行政を展開するうえで適用・活用する法令等

自治体の行政活動の面から見た国の法令や当該自治体の法令、さらには法令外も含めた

ルールを概観すると【図表 6－1】のように表現できると思います。



【図表 6－1】自治体の行政活動を取り巻くルールの構図

※すべての規則が条例に基づくものではないことに留意……3（3）〈1〉

これまでも述べてきたように、自治体は、国の制定する法律をはじめとしたルールと、法定外のルール、そして自ら制定する条例、規則などに囲まれて行政活動を行うことになります。

（2）政省令と自治体

〈1〉政省令と自主解释权

政令や省令は、それぞれ法律の委任を受けて行政機関（政令は内閣、省令は各大臣）が制定するいわゆる行政立法のうち法規命令となるもの（※1）であり、法律の具体化という役割を有し、法律と一体となって法秩序を形成し、自治体もこれを遵守して法定事務を実施することになります。ただし、政省令についても、自治体の自主解释权があり、自治体としては責任を持って解釈してこれを実施することになるわけです。

法を施行する観点から、政令の名称は〇〇法施行令、省令の名称は〇〇法施行規則とされる例が一般的となっています。例えば、児童福祉法であれば、政令は児童福祉法施行令、省令は児童福祉法施行規則といった具合です。

〈2〉政省令と条例との関係

自治法 14 条 1 項により条例は法令に違反しない限り制定できるとされますが、この法令には政省令が含まれますので、条例は政省令と整合をとって制定される必要があります。

しかし、法律から授権されて制定される政省令には、全国一律に適用される詳細な基準や手続きが定められるのに対し、条例は地域固有の事情を踏まえて制定されることから、両者の関係は機械的な整合性というよりも、個別に慎重に解釈されるべきと考えられます。

政省令は前述のように行政立法であり、住民の代表たる議会が制定する条例との関係は、上下の関係に置かれるべきものではないと考えるべきでしょう。

2 法令以外の形式と自治体法務との関係

(1) 通達・通知と自治体

〈1〉通達とは何か

通達とは、各省大臣、各庁長官等がその所掌事務に関し所管の諸機関や職員に対して命令又は示達するもの（国家行政組織法 14 ②）で、多くは法令の解釈・運用や事務の執行方針に関するものです。自治体にとっては、従来の機関委任事務時代においては、当該事務に関し所管省庁から示された事務執行のあり方を規律するもので、事実上は法令と同等と言っても過言でないぐらい重要な意味を持つものでした。

〈2〉通達の意義の変容

地方分権改革によって機関委任事務が廃止されると、通達もその役割を終えて、自治体に対する法的な拘束力を失いましたが、その一部は、自治法 245 条の 4 に規定する「技術的な助言」に衣替えをしたり、あるいは同法 245 条の 9 に規定する法定受託事務の処理基準としての位置づけがなされたものもあります。

ただ、技術的助言は法的拘束力を有せず、また処理基準に従わなかった場合も是正の指示や代執行につながる可能性はありますが、基準自体には法的拘束力はないと考えられています。

したがって、自治体としては旧通達から技術的助言ないし処理基準に再整理されたものについても、その内容を精査し、これに準拠すべきかどうかを自主的に判断すべきこととなります。

(2) 行政事例と自治体

〈1〉行政事例とは何か

行政事例とは、法令の解釈・運用について、所管省庁がその見解を示すもので、多くの

場合、自治体からの照会に対して回答するという形をとります。その内容は、行政庁の「有権解釈」として受け止められ、本来は特定の事案に対する省庁の見解ですが、実際には同種の事案に対する解決のために使われる傾向があります。

〈2〉行政実例の法的拘束力

行政実例は、ある事案に対して適用されることのある法令の解釈運用に対する省庁の見解に過ぎず、当然に自治体を拘束するものではありません。しかし、自治体にとって、所管省庁の示した見解は、非常に有用に感じることも多く、行政実例を踏まえて法を執行し、事務を処理することが基本的になってきていますので、事実上、行政実例が自治体、そしてそれにとどまらず、その対象たる住民をも拘束することになってしまっている実態があります。

〈3〉行政実例の限界

行政実例として示された国の省庁の解釈が裁判所を当然に拘束するものではありませんし、行政実例が法の解釈を誤っていると判断される場合には自治体がそれに従って事務処理をしても、違法と判断されることになります。実際に、督促異議の申し立てによって訴えの提起があるとみなされる場合において、当該訴えの提起は自治法 96 条に定める訴えの提起には当たらないという行政実例が否定され、議会の議決を得ていなかった自治体が敗訴した例があります（※ 2）。

自治体は、行政実例に従っただけで違法ではないといういいわけをすることは許されないわけですから、自治体としては自らが行政実例の当否を判断することになります。

3 自治立法の類型

(1) 条例の類型

自治立法の代表格は、住民の代表機関である議会の議決を経て制定される条例であることは論をまちません。条例も視点によっては様々な類型化が可能ですが、まずは法律に囲まれた自治体の法環境を踏まえ、法律との関係からタイプ分類します。

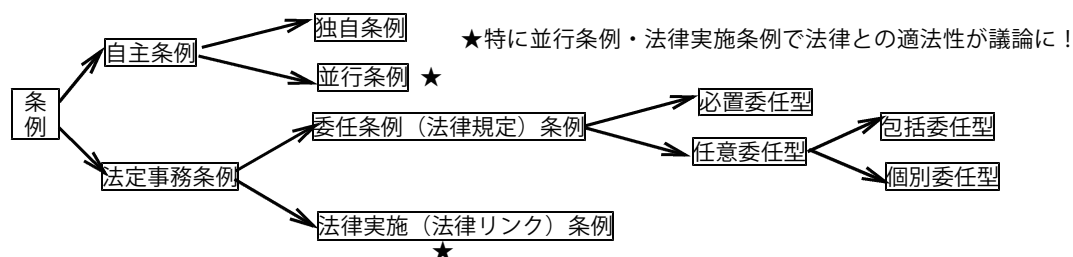
条例には、法律とは切り離れた形で自治体独自の条例と、法律を執行するための条例とが存在します。前者を「自主条例」、後者を「法定事務条例」と呼ぶことにします。

〈1〉 自主条例

自主条例には、まったく法律が対象外の、あるいは存在しない分野を対象として定める「独自条例」と、法律が存在する分野であるけれど法律とは直接には連動せず法律とは別の事務を創設する「並行条例」といわれるものが存在します。並行条例は、法律と同一分野の事項について一定の法的な要件と効果を定めるため、法律上の制度と条例上の制度の競合・重複関係が生じることが多く、法律とパラレルに運用されることからそのように称されます。

独自条例は、関連する法律がないので、法律との関係での違法性は問題にならず、もっぱら憲法の定める権利・自由との関係が問われますが、並行条例は合憲性ととも特に当該法律との関係において適法性を視野にいれて検討されることになります。

独自条例の事例としては、路上喫煙禁止条例、自転車保険義務化条例、犯罪被害者支援条例、市民参加条例等があげられ、並行条例の事例としては、産業廃棄物処理施設規制条例、水道水源保護条例、風俗施設規制条例、ホテル建築適正化条例等があげられます。



【図表 6-2】 条例の類型（法律との関係の観点から）

〈2〉 法定事務条例

法定事務条例には、法律の委任を受けて制定する「委任条例」と、法律の委任は受けていないものの自治体はその法律を執行するために制定する「法律実施条例」が存在します。前者は法律の規定に基づくという意味で「法律規定条例」ともいわれ、後者は効果が法律に接続して機能すること「法律リンク条例」とも称されます。

委任条例にも、法律運用のために必ず条例を制定しなければならない「必置委任条例」と、条例を定めて初めて法律の委任規定の効果を発生させることができる「任意委任型」があり、さらに任意委任型には、条例を制定して初めて法律全体の適用ができる「包括委任型」と、原則は法律の適用を受けたうえで委任規定に基づき条例を定めるとその部分だけ条例

の規定が法律に溶け込む「個別委任型」とがあります（※3）。

さらに、別の関連からの区分として、法定事務条例には、法律によって定められた法律上の効果を発生させるための要件を条例によって変更（追加）する「書き換え条例（書き加え条例）」と法律によって定められた要件の具体的内容を条例によって定める「具体化条例」とがあります。

このタイプの条例は、条例によって法律の効果に変動をもたらす可能性があることから、従来は、委任条例に限られてきました。

そして、法律実施条例（法律リンク条例）における書き換え条例のうち、法律の基準を変更（上乗せ）するものについては、違法性を持つ可能性が強く、ほとんど事例はみられませんでした。これに対し、法律の基準に条例の基準を追加（横出し）するものについては、地域の実情を踏まえれば変更（上乗せ）する書き換えよりも制定の余地が広がると思われ（※4）。

一方、具体化条例は、「墓地、埋葬等に関する法律」の墓地経営許可の基準等を具体的に定める条例や、2006年改正前の住民基本台帳法に基づく住民基本台帳の写しの閲覧を制限する条例等の事例が少なからずあります。

〈3〉並行条例と法律実施（法律リンク）条例

前述した並行条例と法律実施（法律リンク）条例は、いずれも法律の規定との抵触のおそれを持つ条例といえます。すなわち、並行条例は、法律や政省令の基準より厳しい内容を定め、それをクリアしないと法律上認められた行為であっても、条例上は認められないという趣旨であり、法律実施（法律リンク）条例は、法律の基準を変更したり、追加したりするものであり、条例の基準を満たさないと法律上も認められないという趣旨を持つからです。つまり、これらの条例は、法律に対しての上乗せ・横出し条例にほかなりません。

これまで法律との関係で条例の違法性が問題となって訴訟に発展した事例は、並行条例、つまり、法律とは別個の装備を持つ条例でした。法律実施（法律リンク）条例は、徐々に多くなってきていますが、そのうち、書き換え条例は上乗せ条例であり、具体化条例は、法律の趣旨に照らしつつ地域の実情を踏まえた基準等の追加が多いことを考えると、横出し条例といえるでしょう。

(2) 政策法務の視点からの条例類型

条例を制定する自治体側の認識に着目した政策法務の視点からも、条例類型を分類することができます。

条例には、必ず条例の制定が必要となる「必要的事項条例」と「任意的事項条例」とがあります。

必要的事項条例には、自治法 14 条 2 項に規定された「義務を課し、権利を制限する」場合の条例、すなわち、法による行政の考え方のうち侵害留保の原則の下、制定される規制型条例と、法律が条例規定事項として指定していることに基づき制定されるものがあります。後者については、給与、組織、手数料、使用料の定めなど、自治法により自治体運営の基本事項として条例規定を求めているものや、法律による必置委任条例により制定されるもの（旅館業法による基準）があります。特に、法務を活用して政策を運営する観点から、前者の規制型条例を駆使してこれに当たることが求められているといえます。

これらに対し、従来や行政内部ルールである要綱やマニュアル、計画などで対応してきた事務であっても、分権時代の自治体においては、それぞれの自治体において行政運営上重要であり、議会関与のもと明確に規範化しておくべきという考え方も当然ながら生じてきます。もとより、自治法 14 条 1 項は「地域における事務」に関し条例を制定することが「できる」としており、自治体の任意の判断により条例化する行政分野も幅広く存在します。このタイプの条例が任意的事項条例と整理できます。すなわち、自治体は規制以外の様々な施策についても条例を定めて地方自治の本旨に即した行政展開を積極的に進めていくことが意義深いものといえます。

必要的事項条例としては、地域特性に応じた規制条例として、産業廃棄物処理施設規制条例、路上喫煙禁止条例、自転車保険義務化条例、散骨禁止条例、ラブホテル規制条例、空き家対策条例、ゴミ屋敷対策条例など、多種多様な条例が制定されています。

任意的事項条例としては、古くは情報公開条例に始まり、市民協働推進条例、住民投票条例、行政評価条例、多選禁止条例など多岐にわたります。これらのうち、情報公開条例では情報公開請求権を市民に付与するというのが法的になされ、それを侵害した場合には訴訟により提起されることにもなります。また、行政指導を行政手法としてソフトに誘導しようとする条例も数多く制定されています。行政指導は必ずしも条例化しなくても実施できる行政手法ですが、それを条例化して重要な行政手続きとして明らかにするという意義があります。

さらには、自治体の憲法的位置づけなどと称される自治基本条例や議会の最高規範として制定される議会基本条例、あるいは政策分野別の基本条例といった当該自治体の行政運営の根本原理・原則を定めるようないわば分権型の理念を追求するような条例の開発も進みつつあります。このような様々なタイプの条例を総合的に制定して地方自治を推進することが政策法務の中核的な取組といえるでしょう。

(3) 規則の種類

〈1〉自治立法としての規則

自治体が制定する法令には、議会の議決により制定される条例のほかに、長及び行政委員会が制定する規則があります。規則は、条例を施行するうえで詳細を定める場合が多いのですが、基本的には、条例とは別個の法形式であり、自治体の条例と規則は、国の法律とその委任に基づく政省令と完全に同様の関係にあるわけではありません。ただし、規則は条例に違反することはできません。

〈2〉長の定める規則と行政委員会の定める規則等の関係

長は、その権限に属する事項について、広範な規則制定権を有しています。すなわち、条例で定めなければならない事項又は議会の議決を要する事項を除き、長限りで処理する事務について必要な事務処理上の基準等に関し、規則を制定できるものです。

一方、行政委員会の規則は、「法律の定めるところ」によらなければなりません（自治法 138 の 4 ②）。したがって、例えば、教育委員会であれば地方教育行政の組織及び運営に関する法律 15 条、人事委員会であれば地方公務員法 8 条 5 項のような授權規定が必要になります。

長の定める規則は、「地方公共団体の規則」として位置づけられ、当該自治体全体を対象とするものであって、行政委員会の規則に優先します。例えば、長の定める財務規則は、自治体全体の財務を守備範囲とするものですが、一方、教育委員会は、その権限に属する学校校舎その他教育財産の管理等の事務に関して規則を制定することができますが、教育委員会規則と長が定めた財務規則に競合や矛盾抵触が生じる余地もありますので、長が制定した規則について教育委員会の規則に優越する効力が付与されています。他の行政委員会規則についても同様です（自治法 138 の 4 ②）。

〈3〉規則の種類・内容

① 独立規則

直接国の法令が規則で定めなければならないとされている事項や長がその権限に属する事務について定めるものが独立規則です。

具体的には前者に該当するものとして、職務代理者を定める規則（自治法 152 ③）、財務規則（自治令 173 の 3）などがあります。特に、自治法関連で、委任されるケースが多くなっています。

後者に該当するものとしては、庁舎管理規則、事務委任規則、行政組織規則、補助金交付規則などがあります。後者の部類は、議会の権限に属しない分野で長の執行権の範囲を明確にするという意味で規則として機能するものです。

② 条例施行規則

条例施行規則は、条例を執行するために必要とされる事項を定めるものです。届出書の様式や手続きの具体化等が規定されるほか、条例で基準の骨子を規定したうえでその具体的な基準を定める規則もあります。

特徴的なことは、長部局の事務に関する条例についての条例施行規則は、長の定める規則になりますが、例えば、警察本部の事務に関しては、公安委員会規則、教育委員会の事務に関しては、教育委員会規則等が施行規則の役割を担うことが一般的です（※ 5）。

③ 法律施行細則その他の法令委任規則

法律を施行するための政令が〇〇法施行令、省令が〇〇法施行規則という名称が一般的なことは前述しましたが、法律を受けて制定される委任条例が〇〇法施行条例、そして、政省令と条例以外で詳細の手続き等を定めるために自治体が規則で定めることがあります。その際、省令の〇〇法施行規則という名称と混同を避けるうえで、自治体の規則を〇〇法施行細則という名称とすることが一般的に行われています。

(4) 自治立法に準ずる自治体の法形式

住民に対して法的拘束力を有する自治立法とは、条例と規則ですが、このほかに広義の自治立法という観点から、要綱、協定、訓令などが含まれるという考え方もあります。

これらは直ちに住民の権利義務に関わるものではありませんが、自治体の法形式の準ずる重要な手法といえます。

〈1〉要綱

「宅地開発指導要綱」に代表されるように、要綱は自治体の行政手法として重要な役割を担ってきました。法律が地方の行政需要に必ずしも十分に対応することができず、また、条例は法律の範囲内でしか制定できないという制約のなかで、自治体はそれぞれ創意工夫を発揮して要綱を定めて住民の期待に応えてきたという経緯があります。

要綱は、住民生活に関係する内容を定めたものであっても、法的には行政の内規的なものであり、行政職員の事務の執行のための基準を定めたものに過ぎませんが、将来にわたって反復継続的に行われる行政事務の制度の根拠として一定の機能を有するものが少なからず存在します。

そもそも要綱は、法令でなく、非権力的な行政作用を担うものであり、それゆえ幅広い行政分野にわたって制定されていますが、一方でいくつかの法的問題も指摘されてきました。特に、法的拘束力はないものの、その内容において住民や事業者の権利自由の制限や法定外の義務を盛り込んだ規制的な要綱は、自治体にとっては法の不備を補うものとしてやむを得ない側面があるものの、法治行政の視点からは疑問視される見方もありました。

現在では、行政手続条例により、複数の者に対する行政指導を行うにあたっては、その指導指針を定め、これを公表すべきことが原則（※6）となっており、その運用の透明性・任意性が求められており、これに従って運用がなされているものと思われます。要綱による行政指導の内容が社会的に相当であり、その運用が強制に当たらなければ、依然として要綱の有用性は広く認められるものです。

要綱は、概ね次の4種に分類することができます。

①指導指導要綱	行政指導の根拠・基準・内容を定めるもの
②助成要綱	具体的な補助金等の交付の要件・手続きを定めるもの
③事業実施要綱	行政が行う事業の趣旨目的・根拠・活動内容等を定めるもの
④組織要綱	住民参加のための組織や臨時的・一時的な第三者機関等の設置・組織・運営方針等を定めるもの

（注）補助金交付手続の通則的なものは補助金交付規則で行われることが一般的

〈2〉協定

協定には、自治体が当事者となるものと、住民や事業者が当事者となり、そこに自治体（行政）が何らかの関与をするものとがあります。

自治体が当事者となるものは、特に地域の生活環境や自然環境の保全のために、法律や条例に基づき様々な規制や監視を行っていますが、これら法令に基づく一律的・画一的な

執行では対応できない場合や、相手方の理解を得てより効果的な執行が可能である場合などは規制の相手方と規制の具体的な内容について協議し、遵守すべき事項を合意により取り決めるという手法をとることがあります。この合意を協定といい、公害防止協定や宅地開発協定などが典型的な事例です。

協定の法的性格としては、相互の道義的な責任を宣言したものに過ぎず、法的拘束力はないと考える紳士協定説もありますが、相手方の自由な意思に基づいて締結されるものである限り、相手方の具体的な義務を定める条項については法的な拘束力を持ち、当該義務が履行されない場合は訴訟を提起してその履行を求めることも可能と解する協定契約説のにたった考え方が認められています（※7）

住民同士が当事者となる協定については、自治体が住民同士の締結する協定に認定等の関与を行い、当該協定に公的な位置づけを行うことにより一定の法的効果を付与する手法があります。法律に基づくものとしては、建築基準法に基づく建築協定や都市緑地法に基づく緑地協定などがあり、当該協定を自治体が認可することで、協定締結後の新しい土地所有者にも適用があるなど、公的な効力を有することになります。

条例に基づくものとしては、例えば、「山武市残土の埋立てによる地下水の水質の汚濁の防止に関する条例」では、相当規模の一段の土地所有者等が地下水の水質を保全するために必要な事項や協定に違反した場合の措置等を、地下水保全協定として締結し、市長が認可することで、当該協定の対象となった土地について権利を取得した土地所有者等に対しても、効力を有する旨の制度を創設しています。

なお、これら協定の手法ですが、あくまで私法上の契約ということになりますので、これに違反した者に対しては建築基準法等の行政法的な手法（取り壊しの代執行、行政刑罰）は適用されず、民事訴訟によることになります。協定の違反の有無は建築確認の対象にもなりません（※8）。

〈3〉訓令（規程等）

訓令は、上級の機関が下級の機関に対して発する命令です。個別具体的に事項に対して発せられる場合もありますが、一般的事項について指針を示す場合の訓令は規程形式をとることが通例です。その対象となる事務内容は、決裁の区分、服務、文書管理、職員研修などで、行政の内部管理事項に当たるとされています。

訓令は、住民に対して発せられるものではないので、行政立法のうち、法規命令ではな

く、行政規則に属することになります。したがって、直接に住民を拘束するものではありません。しかし、例えば、長の権限のうちの決裁区分を部長や課長に移行するということは、誰によりどのような判断がなされるのか、権限の所在を見極める点でも重要ですし、さらに、文書管理に関する取扱も住民から重要な関心事になります。

特に、情報公開法の影響を受けて、情報公開条例が公文書を住民の権利利益に関わる「公共用文書」と位置づけたことにより、行政規則としての訓令から法規命令としての文書管理規則に移行する自治体が増えてきています。さらには、国の公文書管理法の制定を契機に、公文書管理条例として制定されていく流れも続いています。

【結びに】自治体法務の今後

本稿では、自治体法務を多くの職員が理解していくうえで、法務研修テキストの「序論」はどうあるべきかという論点から、必要かつ十分であると思われる内容を選択して、それをより理解しやすい形で議論を進めてきた。

この意義は、自治体研修において、冒頭の4時間程度で何を学ぶかの共通認識をどこに置くか、それを決めたうえで、それをどのように具体的に理解しやすいように構成して論じていくかという2点が書き進めるうえで必要なものであった。

それに積極果敢にチャレンジした書が本稿であるのだが、これは、自治体法務の隆盛にかかわる職員はじめ多くの皆さんのご意見をいただきながら、修正していく性格を持つものであるとともに、具体の研修の成果・効果を見極めながら改善していくという性格を持つものである。

一方で、それをこのような形で公にしたうえで、関係各位のご意見をいただくことは重要であることは論を俟たないが、これまであまり例がなく、異例な論文の形にまとめたのが本稿ということになる。多くの皆さんの叱咤激励をいただきたいと切に願う次第である。

【注釈】

第1節関係

【※1】法律の優位の原則

いかなる行政活動も、法律（条例）の定めに従うという考え方です。

【※2】法律の留保の原則

一定の行政活動については、法律（条例）によって一定の要件の下に一定の行為をするよう授權

されていなければ行い得ないという考え方です。法律の留保の原則がどのレベルまで求められるべきかについて概ね次の３つの学説がありますが、実務や判例を含め、侵害留保説が有力な考え方です。

①侵害留保説：個人の自由や財産を侵害する場合には法律（条例）の根拠が必要。

②全部留保説：国と国民との間に権利を発生させる行為には法律（条例）の根拠が必要。

③権力留保説：公権力の行使に係る行為には法律（条例）の根拠が必要。

【※３】筆者が、2019 年度に実施した自治体法務研修（関東地方の３市、中部地方の２市）の受講者計 251 人に対する調査結果です。

第２節関係

【※１】大川小学校津波被害損害賠償事件

東日本大震災で発生した津波により児童 74 人、教職員 10 人が死亡した事案で、遺族の一部が石巻市と宮城県を訴えた国家賠償訴訟事件。一審（仙台地裁平 28.10.26 判時 2387 号 82 頁）では、学校側の避難誘導の過失を認定し、23 人の遺族へ総額 14 億 2658 万円の支払いを命じましたが、その控訴審判決（仙台高裁平 30.4.26 判時 2387 号 30 頁）では、学校関係者や市教育委員会等に学校保健安全法の規定を根拠とする安全確保義務が課せられ、それを怠ったとして一審判決よりも約 1000 万円多い総額 14 億 3617 万円の支払いを命じました。その後、上告・上告受理申立てがされた後に、最高裁が令和元年 10 月 10 日付けで棄却・不受理の決定を行って高裁判決が確定しています。

【※２】「学校防災進展に寄与 8 割」（河北新報 2020.10.10 付け）。同紙では、岩手、宮城、福島 3 県の沿岸部の小中学校を対象に津波防災アンケートを実施していますが、高裁判決の影響について、学校防災や津波防災の見直しにつながったとする回答が 8 割を占め、判決が「学校の安全」の進展に大きく寄与したことが分かったと報じています。

【※３】分断されてきた政策と法務を結びつける取組みが政策法務とする見解

磯崎初仁『自治体政策法務講義（改訂版）』（2018・第一法規）４頁による指摘です。

第３節関係

【※１】中央集権体制期での機関委任事務の変遷

1991 年に自治法が改正されるまでは、機関委任事務の執行について国からみて違法、怠慢があったと認められるときは、職務執行命令訴訟を経て、主務大臣の代執行に加えて、内閣総理大臣による知事（市町村の業務関係では、知事による市町村長）の罷免権が認められていました。

【※ 2】法律先占論と徳島市公安条例事件判決（詳細は第 2 章参照）

これまで法律が既に規定している事項については条例制定ができないという「法律先占論」が主流でしたが、徳島市公安条例事件判決（最判昭和 50.9.10）では、法律と条例が併存する場合であっても、条例が法律とは別の目的・趣旨であり条例の適用により法律の目的・効果を阻害しないとき「法律と条例が同一目的であっても法律が地方の実情に応じて別段の規制をすることを容認する趣旨と解されるとき」には条例は法律には違反しないとされました。

【※ 3】要綱行政の誕生と背景

宅地開発や中高層住宅建設が引き起こす地域の課題に対処するため、自治体では指導要綱の制定が進みました。指導要綱の法的な効果は行政指導にとどまりますが、機動的な行政運営の手法として活用されました。こうした取組の積み重ねが自治体政策法務の方向性を後押ししているものといえるでしょう。

【※ 4】情報公開条例の誕生

日本で初めての公文書公開条例は、1982 年に制定された山形県金山町で、その後に全国に広がり、情報公開法に結びつくといった、自治体の先進的な施策が国全体に広がった典型例といえます。

【※ 5】地域における事務以外の事務

4) の事務は、法律等によりその自治体が処理すべきとされている事務を意味しますが、これには「北方領土問題等の解決の促進のための特別措置に関する法律」に基づいて北方領土に本籍を有する者に係る戸籍事務を根室市が処理していることなどが例示としてあげられます。これは非常にまれなケースであり、一般の自治体においては、7) の地域における事務という位置づけでほとんどの事務が行われているといえます。その意味では、自治体の担当事務を定めた自治法 2 条 2 項の規定「（自治体は）地域における事務及びその他の事務で法律等により処理することとされるもの」は、「法律等に特段の定めがあるもののほか、地域における事務を処理する」や「地域における事務のほか、法律等に特段の定めのある事務を処理する」といった規定がわかりやすく誤解なく解釈される規定といえそうです。

【※ 6】通達の法的効力の喪失

通達の根拠である国家行政組織法 14 条 2 項（各省大臣等は、その機関の所掌事務について、命令又は示達をするため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる）は機関委任事務が廃止された以上、自治体の機関や職員には適用されないことになりました。したがって、国が自治体に対して発する通達の法的な拘束力はなくなったわけです。

【※ 7】三位一体の改革

地方分権を進めるためには自治体の権限強化と並んで自治体の自主財源を拡充することが必要との認識のもと、自治体固有の自主財源である地方税の充実のための税源移譲、自治体の自由度を拘束する弊害をもたらしていた国庫補助金の削減、自治体のモラルハザードを起因させる地方交付税の見直しを同時に行う改革として 2004 年から 2006 年までの 3 年間をかけ進められましたが、地方交付税の大幅な削減など自治体側にとっては不満の残るものとなり、現在においても財源移譲は大きな課題となっています。

【※ 8】平成の市町村合併

2000 年施行の改正合併特例法による合併特例債（合併関連事業への有利な地方債の充当）、地方交付税の合併算定替（合併前の状態として交付税を算定）等の特例措置により強力に進められ、1993 年 3 月に 3200 を超えていた市町村数が改正合併特例法の特例措置適用期限の 2006 年 3 月では約 44% 減の 1800 余まで減少しました。

【※ 9】枠付けの見直しにより自治体独自の基準を実施した例

法令により全国一律に定められていた公営住宅の入居基準のうち入居収入基準（政令）が参酌すべき基準のとされたことに伴い定住促進のため中山間地域の市営住宅の収入基準を拡大した事例（浜松市等）、全国一律に定められていた地方道の車線の幅員等について政令（道路構造令）を条例制定の際の参酌すべき基準とされたことに伴い都市部のみ縮小可能であった交差点における車線復員を郊外部でも縮小可能とし、右折レーンの設置を容易にした事例（香川県等）が報告されています。

【※ 10】「上書き権」の地方分権改革推進委員会の勧告での考え方の変遷

「第 3 次勧告に向けた中間報告」（2009 年 6 月 5 日）では、「参酌すべき基準については、その法的性格をここで整理したとおり地域の実情に応じて、地方自治体が条例で異なる内容を定めることを許容するものであることから、地方自治体の条例による国の法令の基準の「上書き」を許容するものといえることができる」としていたのですが、「第 3 次勧告」（2009 年 10 月 7 日）では、法律の制定は国権の最高機関の国会において行われること、自治体の条例制定権は法律の範囲内であるとされている等をあげながら「引き続き、慎重な検討が必要とされる」に留まることになりました。

【※ 11】通則的な条文による上書きの例

代表的なものに「地方公共団体は、特定の施策を実現するために特に必要がある場合においては、憲法 92 条に規定する地方自治の本旨に則る国と地方公共団体との関係の向上のための特例措置として、法律に特別の定めがある場合を除くほか、条例で、当該地域の自然的、社会的条件その他の実情に応じて、法令の規定の全部又は一部を適用せず、又は法令において定められた制限を強化し、付加し、補完し、若しくは緩和することができ、若しくは法令の規定に代えて適用すべき事項を

定めることができる」(松本英昭「義務付け・枠付けの緩和に関する取組状況について」(自治総研 424 号、2013 年 4 月号) 等が提案されています。

【※ 12】 第 2 次分権改革の区切り

このような意味で、第 2 次分権改革の取組みをこの時点で終了として、新しい段階に入り、改革機関を区分する見方もあります。ただし本書では、当面は、この時点以降も第 2 次分権改革に含ませて説明することとします。

第 4 節 関係

【※ 1】 執行機関と任命権者の関係

執行機関は、ほぼ、所属の職員の任命権者となりますが、警察職員の場合は公安委員会ではなく、警視総監又は都道府県警察本部長になります(地公法 6 条 1 項)

【※ 2】 議決不要を議決した事例

2019 年に某県庁所在市が土地区画整理事業で違法な換地処分によって土地造成を土地所有者に求めたとして、土地所有者が処分取り消しを求めて市を提訴した事案で、一審で敗訴し、市が控訴した際に、行政庁として市長が当事者になることから議決不要であるにもかかわらず、議決を求めた事案がありました。後日、議決不要であることが判明し、議会が混乱し、市長が謝罪するに至るという事案がありました。一方で、市議会は上告する場合は議決を経よう市に求める付帯決議までもしていたことから、執行部のミス(議決不要事案を議案提案し議決を求めた)のうえに市議会もミスを重ねた(控訴の際に議決したことに加えて上告の際にも議決するよう求めた)等が繰り返され大混乱に陥ったことが報道されていました。

【※ 3】 裁判所の失敗事例

福岡高裁が、産業廃棄物処分場関連で事業者に対するその汚染除去の措置命令を福岡県に義務付けるように判示した(H23.2.3 福岡高裁)ことに対し、福岡県は、これを不服として最高裁に上告をしたのですが、福岡高裁が上告を却下しています(H23.2.28 福岡高裁決定)。上告が不適法でその不備を補正することができないときである場合は、高裁が上告を却下できることになっています(民事訴訟法 316 条 1 項 1 号)。

その却下理由は、「訴えの提起には、自治体が被告とされた訴訟において、敗訴した自治体がする上訴の提起が含まれるものと解するのが相当である。本件上告の提起は、福岡県の議会の議決を欠いており、さらに、その議会が、本件上告の提起の翌日にこれらの取下げを求める旨の議決をしたことは公知の事実である。したがって、本件上告は不適法でその不備を補正することができない」

ということで、県が訴えの提起に関する議決をしていないこと、それに加え福岡県議会が上告取り下げを求める議決（これは 96 条 1 項の議決事件ではないので法的効果はなく事実上のものです）までしているということから、この上告は不適法であると判示しました。

最高裁は上告の受理の際には、「訴えの提起」のうち、自治体の行政庁の処分又は裁決に係る自治体を被告とする抗告訴訟に係るものについては、抗告訴訟の種類の種別を問わず、その議会の議決を要する事項から除外しており、……自治体が控訴・上告の提起をするには、議会の議決を要するものではない。したがって、本件上告には、その議会の議決を要しない。なお、議会がこれらの取下げを求める旨の議決をしたとしても、これらの効力が左右されるものではない」（平 23.7.23 最高裁決定）と明確に述べています。

【※ 4】行政事件訴訟のに合わせて改正された自治法 96 条 1 項 12 号

改正前は、「普通地方公共団体がその当事者である審査請求その他の不服申立て、訴えの提起、和解、あっせん、調停及び仲裁に関すること」だったのですが、改正によって「訴えの提起」の括弧書きとして、行政庁に関するものを除外する膨大な規定が追加され、他の号の議決事件と比較にならないほど長文となっています。

【※ 5】M 自動車虚偽報告事件における報告要求の権限

M 自動車製のトラックの脱輪により死亡事故が発生しましたが、その原因を追及するために国土交通省が行った道路運送車両法による報告要求（同法 63 条 4 項。「国土交通大臣は、基準不適合自動車を製作した自動車製作者等に対し、その業務に関し報告させることができる」旨の規定）に対して、事業者が、原因を、メーカー責任でなく、トラックを使用する側の責任となるようなデータ虚偽の報告（罰則は同法 106 条の 4 第 3 号で 1 年以下の懲役または 300 万円以下の罰金）をしたのですが、それが、同法違反にならず、無罪とされました（横浜簡裁 2006.12.13 判決）。

判決骨子は、同法の報告要求の権限規定が国交大臣になっているが、実際に報告を求めた国交省リコール対策室長などに権限の代理などの授権や専決などをさせた事実がないとして、国交省が求めた報告要求は同法に基づくなされたものとはいえないという趣旨でした。これについては、検察が「大臣の名前で報告要求しなかっただけの形式論に凝り固まった判決だ」、法務省幹部が「組織の対応を逐一トップに報告することはありえない、裁判官が行政省庁の仕組みをわかったいなかったのではないか」、当の国交省は「日常的に大々しているメーカーからの聴取はすべて法に基づく報告要求と考えている。すべてのケースで大臣の決算を得る必要があるとすれば、スピードが損なわれてしまう」とコメントしたことが報道されています（2006.12.14 付け読売新聞）。

しかしながら、刑罰規定の運用に当たっては裁判所としても権限の所在がどこにあったかなどの

点について厳しく事実認定せざるを得ないものであること、スピーディーに意思決定をしたいと考えるならば平素から委任、専決の手続きをとり、それを明確にしていくべきであり、それこそ行政の仕組みを理解すべきという批判は役所側に向けられるべきものと考えます。なお、さすがにこの判決の控訴審（東京高裁 2008.7.15 判決）では、「慣行で（国交大臣から）リコール対策室に権限がゆだねられていた。根拠条文の明示はないが、同法に基づく報告要求であることは明白」とする検察側の主張を認定し、罰金 20 万円を課す逆転有罪判決が下されていますが、権限の所在を明確にすべきとする横浜簡裁の注文は行政運営に当たる者に対して依然として重みのある指摘となっているのではないかと思います。

第 5 節関係

【※ 1】憲法制定権力

もちろん、現憲法（日本国憲法）を制定したときは、帝国議会在これを決定しています。その後の憲法改正がないので、国民が直接決定した憲法の内容はないわけですが、一度、憲法改正の手続きを体験することで国民が直接決めた憲法ということが名実ともに確定するという見方もあるでしょう。

【※ 2】泉佐野市市民会館事件（最判平 7.3.7 民集 49 巻 3 号 687 頁）

当該事件では厳しい基準を提示したうえで、拒否したことは、危険が具体的に明らかに予見されることを理由としていることから違憲・違法でないと判示しています。一方、同様の考え方を前提に拒否できるケースを「警察の警備等によってもなお混乱を防止できないなど特別の事情がある場合に限られる」等と解して、拒否を違法とした上尾市福祉会館事件（最判平 8.3.15 民集 50 巻 3 号 549 頁）があります。

【※ 3】東郷町ホテル等建築適正化条例事件（名古屋高判平 18.5.18 判例未搭載）。

判決（一審判決含む）では、ラブホテル経営に適した建物の建築を規制しようとする企図の合理性を認め、基準を満たすホテルをラブホテルとして使用すること、既存の建物をラブホテルとして利用することを禁ずるものでないことを考慮すると、その規制の手法、内容及び効果が比例原則に違反し不合理であるとまではいえないとして合憲判断をしています。

【※ 4】小売市場事件判決（最判昭 27.11.22 判時 687 号 23 頁）

最高裁は、「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと憲法

が予定し、かつ、許容するところと解するのが妥当」と判示しています。

【※ 5】憲法 31 条の意義

芦部信喜『憲法（第 7 版）』（2019, 岩波書店）252 頁では、憲法 31 条の意義は、手続きが法律で定められることを要求するにとどまらず、法律で定められた手続きが適正でなければならないこと（例えば、告知と聴聞の手続き）、実体もまた法律で定められなければならないこと（罪刑法定主義）、法律で定められた実体規定も適正でなければならないことを意味する、と解するのが通説としています。

【※ 6】福岡県青少年保護育成条例事件（最判昭 60.10.23 刑集 39 巻 6 号 413 号 413 頁）

最高裁では、控訴審が「（淫行は）広く青少年に対する性行為一般をいうのではなく、①青少年を誘惑し、威圧し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行うもの、②青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないようなものに限定的に解釈できる」としたことに対する被告人側上告理由の「条例は 18 歳未満でも結婚適齢以上の青少年とその自由意思による性行為、結婚を前提とする真摯な合意によるものも含めて一律に規制しようとするもので処罰の範囲が不当に広汎、「淫行」の範囲が不明確であり、憲法 31 条に違反する」との主張に対して、「淫行」＝「広く青少年一般の性行為」とすると「淫らな行為」という言葉の意義に沿わないこと、婚姻中の青少年及びまじめに交際している青少年との性交渉を禁止することになり、これらは自ずと除かれると解釈することが通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、処罰の範囲が不当に広すぎるとも不明確であるともいえず、憲法 31 条に反しないとされています。一方でこれら多数意見の解釈に対しては、行為の性質である「淫行」概念に手段の違法性（誘惑、威圧等）を取り込む解釈は既に解釈を超えた新たな立法作業に属するといった痛烈な反対意見もなされています。

【※ 7】憲法原理としての信義誠実の原則

阿部泰隆『行政法解釈学 I』（有斐閣、2008 年。以下「阿部 I」）120 頁での指摘によります。民訴法 2 条は行訴法 7 条により行政訴訟に適用されていることもその論拠とされています。

【※ 8】青色申告取消事件判決・最判昭 62.10.30 判例時報 1262 号 91 頁

法律の要請よりも信義則を優先すべき具体的判断基準として①税務官庁により公的見解が表示されること、②それを信頼して納税者が行動を起こしたこと、③法律を信頼し行動したことについて納税者側に帰責事由が存在しないこと、④表示に反する課税によって納税者に不利益が生じたことの 4 点が充足される場合に限り信頼保護が肯定されると判示されています。このような厳格な基

準が提示された理由としては、「信義則の適用が違法措置の容認につながることから慎重な判断が要請されたことによる」と指摘されています（大橋洋一『行政法Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2019年。以下「大橋Ⅰ」）42頁）

【※9】政策変更による損害賠償事件判決・最判昭56.1.27判例時報994号26頁。

計画変更に伴う補償については、東京都知事の交代で新知事の公約に従って1995年に世界都市博覧会の開催が中止された事案で、これによる関連事業者の損害に対する財政支援を東京都が行った事例が有名ですが、これも同最高裁判決を踏まえて判断されたものといわれています。

【※10】行政法規での権限濫用禁止規定

現行法の行政権限の濫用禁止規定として、裁量処分についてその濫用があった場合に裁判所により取消が認められる規定（行訴法30条）、警察官の職権職務の濫用を禁じた規定（警職法1条2項）などがあります。

【※11】風俗営業等取締法違反被告事件（最判昭53.6.16刑集32巻4号605頁）

この判決は、行政行為の公定力は、刑事裁判には及ばないという考え方を否定した判例としても有名です。すなわち、行政行為の公定力（行政行為に瑕疵があっても取消訴訟等で取り消されるまではその効力を否定することはできないという行政法関係の安定性を確保するうえでの原則）は刑事事件の審理にも及び、裁判所は行政行為の有効性を前提に刑事裁判を行わなければならないとされてきましたが、この判決では、裁判所は刑事事件においてこの児童福祉施設の設置認可の適法性を審査し、違法と解釈すれば、違法な行政行為を前提とした刑罰を否定できるという考え方に至っています。

【※12】水道水源保護条例事件（最判平16.12.24民集58巻9号2536頁）

この判決では、条例自体の権限濫用の違法性を判示しておらず、事業者に対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなうように指導すべき義務があったのにその義務に違反してなされた場合には本件処分（条例所定の規制対象事業場と認定する処分）は違法となると論じています。

【※13】総務省の情報公開の審査基準

総務省の定める審査基準では、権利濫用に当たるか否かの判断は、「開示請求の態様、開示請求に応じた場合の行政機関の業務の支障及び国民一般の被る不利益等を勘案し、社会通念上妥当と認められる範囲を超えるものであるか否かを個別に判断して行う」こととされ、「行政機関の事務を混乱又は停滞させることを目的とする等開示請求権の本来の目的を著しく逸脱する開示請求は権利の濫用に当たる」としています。

【※ 14】濫用的請求に関する条例の規定例

千葉県条例では「行政文書の開示を請求する権利はこれを濫用してはならない」（同条例 6 条）、中野区条例では「公開請求がこの条例の本来の目的を逸脱するものであり、権利の濫用と認められるときは、当該公開請求を却下することができる」（同条例 9 条）などの規定があります。

【※ 15】権利の濫用を認めた裁判例

横浜地判平 14.10.23 判例集不搭載・東京高判平 15.3.26 判例自治 246 号 113 頁。同様のものとして名古屋地判平 25.10.30 判例自治 388 号 41 頁があります。

【※ 16】権利の濫用を認めなかった裁判例

徳島地判平 19.2.22 判例集不搭載

【※ 17】一連の裁判例への評価

松村享『情報公開事務ハンドブック』210 頁（第一法規、2016 年）での指摘です。なお、同書では、著しい大量請求には、公開請求者に公文書の特定を求めることができる（請求者は協力義務を賦課）とし、それに応じない場合には附属機関の意見を聞いたうえで請求者の権利を不当に制限しない範囲で公開請求を却下できることとする私案を提案しています（同書 214 頁）。

【※ 18】警察権の一般原則

宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第 7 版）』（有斐閣、2020 年。以下「宇賀Ⅰ」）62 頁の指摘によります。同書では「警察権」とは、社会公共の秩序を維持し、その障害を除去するために一般統治権に基づいて国民の自然の自由を制限する公権力のこと（食品安全規制、建築物の安全規制等）であり、一般にイメージされる警察とは異なる意味であると説明されています。また、目的達成に必要な限度を超えてはならないという必要性原則（アメリカの違憲審査方式である「より制限的でない代替手段の法理」、いわゆる LRA（less restrictive alternatives）の原則）と同意義とされています。

【※ 19】憲法原理としての比例原則

宇賀Ⅰ・63 頁の指摘によります。また、阿部Ⅰ・395 頁では、比例原則は、過剰な国家権力の発動を禁止しようとする憲法上の要求でもあると説明されています。

【※ 20】比例原則を明文で規定している行政法規

例としては警察官職務執行法 1 条 2 項（職務執行手段の目的のため必要な最小の限度の使用）、国税徴収法 48 条 1 項（超過差押えの禁止）などがあります。

【※ 21】行政活動への統制機能としての比例原則の例

入学式での服装に係る職務命令違反で 2 回目の違反には減給とした基準を一律に適用し処分した点を違法とした東京都懲戒処分事件（最判平 24.1.16 判時 2147 号 127 頁）、生活保護受給者の自

自動車運転禁止の指示違反に対して行った生活保護廃止処分は用いられた制裁手段が不当に重すぎるとして違法とした保護廃止決定処分取消請求事件（福岡地判平 10.5.26 判時 1678 号 72 頁）、Uターン禁止違反を理由としてなされた免許取消処分を重すぎて違法とした運転免許取消処分事件（広島高判昭 36.11.7 民集 18 巻 5 号 763 頁。ただし、上告審・最判昭 39.6.4 民集 18 巻 5 号 745 頁は違法でないと判示）などがあります。

【※ 22】 条例立案に対する統制機能としての比例原則の例

飯盛町旅館建築規制条例事件（福岡高判昭 58.3.7 判時 1083 号 58 頁）では、自治体の事務の風俗維持・地域的生活環境保護は地域の実情により異なることから、条例により旅館業法より強度の規制をすることも許されるとしつつ、そのためにはその合理性、必要性が存在し、規制手段がこの必要性に比例した相当なものである必要があるとし、この規制を行う必要性、相当性を裏付ける資料をを見いだしがたいとして違法と判断されています。

【※ 23】 平等原則の運用例

給水条例無効確認等請求事件（最判平 18.7.14 民集 60 巻 6 号 2369 頁）では、これまで当該自治体の住民間のみの差別的取扱を禁じていると認識されていた自治法 244 条 3 項の規律について、当該自治体の住民に準ずる地位にある者にもその規律が及ぶことを最高裁として初めて明らかにしたことで重要な意義を有すると考えられます。

【※ 24】 条例間の差異と平等原則

大橋 I・51 頁の指摘によります。

【※ 25】 行政運営が恣意的な行政活動を疑う契機となるとの指摘

大橋 I・55 頁の指摘によります。

【※ 26】 行政裁量の定義

宇賀 I・350 頁の指摘によります。

【※ 27】 判断代置審査の評価

判断代置審査は、結果として行政庁の裁量を認めないことになり、いわゆる羈束行為に限定されるべきとの考え方が主流です。例えば、今村隆「行政裁量の意義とその判定」（自治研究 87 巻 11 号 31 頁）では、「実体的判断代置方式は、行政庁の要件裁量を認めないのと同じであり、審査の方法としては相当でない」とし、阿部 I（374 頁）では、「いわゆる羈束行為であれば問題はないが、裁量性のある要素については、一見司法審査をさらに進めるようにみえるが、裁判所が処分庁に成り代わるもので、行き過ぎであるし、実際にも、裁判所の直感で（丁寧な検討なしに、いわば予断で）、被処分者の行為が酷いと思い込む結果、行政庁の判断過程の不合理を見逃し、結果オーライ的な発

想になるので、不適切である」と厳しく批判されています。

【※ 28】判断過程審査の例

日光太郎杉事件判決（東京高判・昭 48.7.13 行集 24 巻 6-7 号 533 頁）で初めて明示的に展開された方式であり、本文で引用している公立学校施設使用不許可事件判決で一定の確立をみたものとする見方が主流です。日光太郎杉事件では、日光奥地に通じる幹線道路の拡張に際して、由緒ある太郎杉（樹齢推定 500 年以上、高さ約 40 メートル）をはじめとする巨木群を伐採する計画を栃木県知事が策定し、建設大臣が認めた土地収用の事業認定を日光東照宮が取消訴訟を提起したものです。土地収用法 20 条 3 号の「事業計画が土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものであること」の要件が争われましたが、東京高裁は、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、また本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し」、これらのことにより判断が左右された場合には、裁量権の濫用・踰越にあたるとして、違法となるとしています。

そして、公立学校施設使用不許可事件判決は、判断過程審査の判断枠組みを確立した判例として、以後の最高裁の裁量審査に大きな影響を与えたものといえます。例えば、一般公共海岸区域専用不許可処分取消請求事件判決（最判・平 19.12.7・民集 61 巻 9 号 3290 頁）、小田急線連続立体交差事業認可処分取消請求事件（最判・平 18.11.2・民集 60 巻 9 号 3249 頁）、指名競争入札損害賠償請求事件（最判・平 18.10.26・判時 1953 号 122 頁）等においても同様の判断枠組みにより審査されています。

【※ 29】判断過程審査方式の評価

山本隆司「判例から探求する行政法・行政裁量(1)」『法学教室』（日本評論社。以下「山本行政裁量」）359 号 113 頁では、「行政庁の判断の結論が著しく妥当性を欠くかを示すだけの判決では、裁判所が裁量を尊重しつつ裁量を統制したことを十分説明するものにはならないと見られる。そう考えると判断過程審査方式は比較的安定した裁量統制の方法と評することができ、その原則化は支持できるように思われる」としています。

【※ 30】「できる」規定の意義

山本行政裁量 108 頁では、一般論としては、「できる」規定が行政裁量を含意せず、「権限を有する」等の意味に解釈される場合もあるが、公立学校施設使用不許可事件では、供用目的どおりの利用を規律する自治法 244 条との対比で、「できる」規定は裁量を認める趣旨と解され、公の施設（学校施設）を目的外使用させる利益は、供用目的どおりの利用をする利益に比べて、強く保護されないこと等から、目的外使用許可・不許可を決定する際の行政裁量として尊重されることになるという

た指摘をしています。

【※ 31】裁量権消極的濫用論を採用した判例

国賠訴訟で裁量消極的濫用論による審査方式をとったものと評価できる最高裁判例として、「宅建業監督国家賠償訴訟」（最判・平成11.24・民集43巻10号1169頁）、「クロロキン薬害訴訟」（最判・平成7.6.23・民集49巻6号1600頁）が代表的であり、「じん肺国家賠償訴訟」（最判・平成16.4.27・民集58巻4号1032頁）「関西水俣病国家賠償訴訟」（最判決・平成16.10.15・民集58巻7号1802頁）などにおいても類似した判断枠組みが採用されています。

特にクロロキン薬害訴訟事件がリーディングケースの判例となっており、これは、リュウマチやてんかんの治療に使用されていたクロロキンが1950年代に外国の論文によりその副作用により網膜の障害を引き起こすことが報告され、網膜症にかかった患者が製薬会社のほかに国の薬事法上の権限の適切な行使がなされなかったとして国家賠償法による損害賠償請求を行った事例です。最高裁では、医薬品の副作用によって被害が発生したとしても、被害発生を防止する権限の不作为が、直ちに国家賠償法上、違法となるものでなく、副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的・薬学的知見のもとにおいて、薬事法の目的、厚生大臣に付与された権限の性質等に照らして、「その権限の不行使がその許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときに違法となる」としたうえで原告らが被害を受けた時点における知見の下ではクロロキン製剤の有用性を否定するまでには至らなかったとして権限不行使を適法と判断しています。

【※ 32】裁量権消極的濫用論への批判

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009、以下「阿部Ⅱ」）506頁では、「消極的権限濫用論」と称されるが、実は基準なき事例解決にほかならない。これに対し、裁量のゼロ収縮論に対しては、説明の違いという評価がなされることがあるが、そうではなく、国家賠償責任の要件を裁判官の裁量に全面的に委ねることなく、ある程度の考え方を指示しようとするものである」としています。

【※ 33】裁量権収縮論の成り立ちと裁判例

裁量権収縮論は、ドイツにおいて警察権の違法な不発動を理由とする国家賠償請求訴訟に関連して承認され、戦後は規制権限発動請求権を導出されるための理論として再構成されたものとされています。

裁量権収縮論の判断枠組みに明示的に依拠して判断した裁判例としては、先に引用したクロロキン薬害訴訟の1審判決（東京地判昭57.2.1、判時1044号19頁）、じん肺国家賠償訴訟の1審判決（福岡地飯塚支判平7.7.20判時1543号3頁）などがあります。

じん肺訴訟1審においては、「行政庁が作為義務を負い、その違反が国賠法上違法となるかは、

いわゆる裁量権収縮の 5 要件として、①国民の生命、身体、健康に対する重大な危険が切迫していること（被害法益の重大性及び危険の切迫性）、②当該行政庁がその危険を知っているか、容易に知り得る場合であること（予見可能性）、③当該行政庁において規制権限を行使すれば、容易に結果の発生を防止できること（結果回避可能性）、④他の主体でなく、行政庁が規制権限を行使しなければ、結果の発生を防止しえなかったこと（補充性）、⑤国民が規制権限の行使を要請し、期待していること（国民の期待）などの諸事情を総合的に考慮して判断すべきであるが、その際には、裁量収縮に積極的に作用する要素のみならず、法が行政庁に当該規制権限を与えた趣旨、目的のほか、裁量権収縮に消極的に作用する要素、行政庁がそれまでにとってきた措置の有無・内容、被害労働者、被規制者側の事情等も考慮に入れるべきである」と裁量収縮論による判断の道筋を明確にしたうえで、粉じん防止策は炭鉱企業が炭則基準を遵守することで初めて達成し、行政庁の炭則改正が直ちに粉じん発生の防止・じん肺防止につながるとはいいがたいとして、結果回避可能ないし補充性の要件の充足が不十分として賠償責任を否定しています。

【※ 34】裁量権収縮論の説明

宇賀Ⅰ 362 頁での説明です。

【※ 35】宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第 6 版）』（有斐閣、2020 年。以下「宇賀Ⅱ」）439 頁での整理によります。なお、これらの 4 要件に加えて、先に見たじん肺訴訟 1 審のように、他の主体でなく、行政庁が規制権限を行使しなければ、結果の発生を防止しえなかったととして「補充性」の要件をあげるものもあります。

【※ 36】それぞれの重要性や存在の度合いが大きいほど、裁量権が収縮し、作為義務が明らかになり、すなわち権限発動を促す状況が整うことになり、逆にその度合いが小さいほど、裁量権が拡大し、不作為・作為の判断の幅が大きくなっていくと考えることができます。ただし、それぞれの要件は完全に独立したものでなく、例えば、①被侵害法益が重大で、③結果回避可能性の度合いが大きい場合は、それだけで④の期待可能性が大きくなるし、また、③結果回避可能性については、①、②、③の度合いが明らかに大きい場合には、多少の財政や技術的制約が厳しくても、結果回避可能性が肯定される場合があるとされるなどに留意する必要があると思われます。

【※ 37】裁量権収縮論への批判

古くは、そもそも裁量権の逸脱濫用そのものの観念が国民の生命健康に影響を及ぼす規制のあり方を議論するにはなじまないといった考えがあります。下山瑛二「食品・薬害公害と国の責任」（法律時報 50 巻 5 号 17 頁）においては、「国民の生命健康に影響を及ぼしうる物質を国が規制する場合には国賠法 1 条の「違法」の要件は、国民の基本的権利たる生命健康の権利を保障する見地から、

公権力行使の注意義務・損害発生防止義務の懈怠の有無が判定されるべきで、業者に対する規制権限の違法性（裁量権のゆ逸濫用）を持ち込むべきではない……。この点が曖昧になると、違法性の判断にあたって国民の生命健康維持のための安全性確保が、現憲法体系の下では第一義的価値を有するという意義が捨象され、国民の損害賠償請求権が、行政裁量権の行使上「著しい不合理があった場合」のみ特殊例外的に認容されるという論理構成になってしまう」との指摘がなされています。

また、近年のオーソドックスなものとしては「裁量収縮論は、端的に言えば、諸因子を各根拠規範から離れて一般的に評価したうえで、どの根拠規範にも準正的に持ち込む危険がある」とし、各個別法により異なるだろう複雑な行政機関の判断過程の合理性に対する審査に対し、システムチックな判断基準を万能なものとして使用することはふさわしくないと考える批判があります。山本隆司＝金山直樹「最高裁判所民事判例研究」『法学協会雑誌』（122 巻 6 号）1115 頁では、じん肺訴訟 1 審において裁量収縮論の判断枠組みにより審査を行っていることについて、特に「『国民の期待』を一般的に評価して根拠規範の解釈に持ち込むのは問題が大きい」、また、「行政機関の判断過程の経過が長く複雑で、行政機関の様々な判断・措置の整合性・合理性・適時性を裁量統制する必要がある場合には裁量収縮論は適切な判断枠組みはならない」と指摘しています。一方、「規制権限の根拠規範が当該第三者私人の利益を一般的に保護しているか否かにかかわらず、当該私人に対する急迫・重大な権利侵害を防止すべき事例において、あるいは、国家賠償請求訴訟の原告私人が、手続の当初に違法性の要件を主張する手掛かりとしては意義を有する」程度の評価はなされています。

【※ 38】行政実務で裁量権行使の意義を理解するために

例えば、次のような事態を想定するとわかりやすいのではないのでしょうか。自治体の実務においては、過去において権限を行使しなかった事例があり、また、それが一般的な取扱いだと前任者、職場全体又は、相手方である事業者、市民もそのように考えているとします。しかしながら、今、直面している課題については、従来のような静観する対応は許されないという諸般の事情に迫られるとします。そうすると、その取扱いを変更することを考えるわけですが、それを論理的に整合性を持たせて説明することが必要になってきます。その場合には、法律の条文（法令の目的、趣旨、具体的な作用規定）が変わらないとすると、それをきちんと説明するためには、従来の時点の事例と取り巻く事態がどのように変わったかという点で、収縮の要件を用いて説明することは比較的容易になると思われます（例えば、住民や関係者の期待は、④期待可能性の高まりであるし、事案の切迫性・危険性は、①の被侵害法益の問題です。また、その権限行使に注目が集まっていることは結果として、②の予見可能性や③の結果回避可能性の存在につながるものと思います）。

第6節関係

【※1】法規命令

行政機関によって定率される規範を行政立法といいます。そのうち、国民の権利義務の内容を定めることとなるものを法規命令、権利義務には直接かわらない行政の内部基準として定めるものを行政規則といいます。行政規則は、上級の行政機関が下級のそれに対して発する通達や、行政内部で最良の基準を設定する審査基準・処理基準などがあります。

【※2】差押債権支払請求事件（最判昭 59.5.31 民集 38 巻 7 号 1021 頁）

最高裁は次のように判決理由を述べ、議会の議決を経ていない不適法であることを指摘しています。「普通地方公共団体の申立に基づいて発せられた支払命令に対し債務者から適当な異議の申立があり、民訴法 442 条 1 項の規定により右支払命令のときに訴えの提起があったものとみなされる場合においても、自治法 96 条 1 項 11 号（※当時。現在は 12 号）の規定により訴えの提起に必要とされる議会の議決を経なければならないものと解するのが相当である。右と同趣旨の見解のもとに、本件訴えは上告人市の議会の議決を欠き不適法であるとした原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法はない。」

【※3】委任条例のタイプ

必置委任型の例として旅館業法 4 条に基づく営業施設の基準や風俗営業法 15 条 2 項に基づく風俗営業者が守るべき騒音等の基準等が都道府県条例で規定することが義務付けられている例などがあります。任意委任型×包括委任型の例として屋外広告物法 3 条に基づく屋外広告物規制条例などが、任意委任型×個別委任型の例として、都市計画法 33 条 3 項に基づく開発許可の技術的細目の条例による強化・緩和、水質汚濁防止法 3 条 3 項に基づく排水基準の条例による強化等の公害関連法の基準の条例化等があげられます。

【※4】書き換え条例の事例

2006 年に横須賀市で制定された「宅地造成に関する工事の許可の基準及び手続きに関する条例」は、同市の地形的特質を踏まえた対応として、宅地造成等規制法の宅地造成工事許可の基準にはない、①造成主の資力信用、②工事施工者（施行者？）の能力、③施工計画書の提出、④設計者の資格、⑤土質調査の実施等の基準や手続きを付加し、これを満たさないと同法の許可を与えないとしています。基準を追加した形の書き換え条例の例といえます。

【※5】行政委員会規則が条例施行規則となる例

例えば、文化財保護条例の施行規則が教育委員会規則、暴力団排除条例や迷惑防止条例の施行規則が公安委員会規則となっている例があります。また、情報公開条例や個人情報保護条例など自治

体全体の関する条例の各行政委員会所管部分の取扱の具体化に当たっては行政委員会規則でそれを規定することも一般的です。

【※ 6】行政指導の要綱化を促す関係規定

行政手続法 36 条では「同一の行政目的を実現するため複数の者に対し行政指導しようとするときは、あらかじめ事案に応じ、行政指導指針を定め、特別の支障がない限り、これを公表しなければならない」とされています。自治体が行う行政指導は行政手続法が適用除外となっていますが、法の趣旨を踏まえて各自治体が制定している行政手続条例は同様の趣旨の規定が置かれていることが一般的となっています。

【※ 7】協定契約説に立つ判例

福岡県福岡市と産業廃棄物処理施設設置処分業者とが締結した公害防止協定に基づき、協定上の処分場の使用期限が経過したことをもって施設を廃止することを求めた市の主張が認められた事例（福岡市産廃最終処分場使用差止事件・最判平 21.7.10（判時 2058 号 53 頁））などがあります。

【※ 8】協定により創設された義務の履行

阿部 I 213 頁の指摘によります。

研究ノート

茨城県はチョウザメとキャビアの里になり得るだろうか※

土 谷 幸 久*

Ibaraki Prefecture will be a production-center for Sturgeon and Caviar

はじめに

茨城県にはフジキンつくば事業所を中心として、いばらきキャビア・フィッシュ協力が結成されている。同会の目的は、参加する各社もチョウザメ養殖を事業のもう1つの柱に育てることであり、チョウザメとキャビアを茨県の特産品にすることである。

本稿の目的は、同協力会に関係した企業を紹介し、茨城がチョウザメ養殖の産地になるかを考察することである。現在、種苗生産（稚魚飼育）の任を執っているのはフジキン万博記念つくば事業所である。その種苗を購入し成魚に育てているのは、トキタ、つくばチョウザメ産業の2社である。さらに、最近ではフジキンも養殖に乗り出している。魚肉の調理法の研究の中心は、西京漬けなど魚肉加工品の製造販売を行っている寺田屋商店である。また、同会設立時に会員であった飯島アクアポニクスは、アクアポニクス栽培とその普及へと重心を移しつつあるが、チョウザメ飼育後発地域への技術指導なども行っている。また、茨城県水産試験場内水面支場も飼育技術確立のために、欠くことのできない存在である。

現状は、各社とも試行錯誤の段階であり、また参加数も少ない。将来の安定的出荷量を保障するためには、養殖業者を増やさなければならない。業者を増やすためには、チョウザメ養殖とキャビア収穫を事業として成立させるだけの利益確保ができなければならない。さらに、茨城の業者に限りフジキンの完全閉鎖循環濾過水槽を安価で利用可能とするなどの便宜を図ることと、行政の嚮導が必要である。それが適えば、茨城は産地として成立するということを論じる。

※ 本稿は、常磐大学2021年度研究助成を受けて研究した研究成果の一部である。研究助成頂けたこと、謝して御礼申し上げます。

* 常磐大学総合政策学部 教授

§ 1 茨城県の自然環境と内水面養殖漁業

(1) 茨城県の自然環境

先史時代、関東平野は内陸まで内海が入り込み、古鬼怒湾、香取海を形成していた。縄文海進時には、鹿島・香取亮神宮が霞ヶ浦への進入路の左右にあった。その後、海が後退し陸地が形成された。現在も、霞ヶ浦や北浦周辺、渡良瀬川遊水地や水戸線沿線に低地帯が存在し、古の関東平野形成の痕跡を偲ぶことができる。

海が後退し湿地が残ると蚕が生育する。有史となると、関東の湿地帯の多くは縄の産地となり調の土地となった¹。後の近世・近代には、縄は太織、紬等と呼ばれ、養蚕・生糸生産・紡績・機織は近代日本の経済的礎となった。干拓事業もあったが、霞ヶ浦等が残った。湿地の多くは平野となったが、茨城には湖沼の多くが残され、故に内水面漁業が成立したのである。

(2) 海面・内水面漁獲高

① 漁獲高

大小 210 の河川や霞ヶ浦や北浦などの湖沼を多く抱える茨城は内水面漁業が盛んである。次表は平成 20～30 年時点の県別漁獲量順位 10 位までの県名である。

表 1－1 海面漁獲高

2009（平成 21）年			2011（平成 23）年			2018（平成 30）年		
順位	都道府県	海面漁獲量	順位	都道府県	海面漁獲量	順位	都道府県	海面漁獲量
—	全 国	4,151,100	—	全 国	4,691,864	—	全 国	4,364,327
1	北海道	1,331,200	1	北海道	1,293,311	1	北海道	995,134
2	長崎県	274,000	2	長崎県	291,139	2	長崎県	314,343
3	宮城県	229,300	3	静岡県	198,734	3	宮城県	265,911
4	千葉県	192,100	4	三重県	194,217	4	茨城県	259,031
5	三重県	184,000	5	千葉県	197,332	5	静岡県	197,786
6	静岡県	182,700	6	宮城県	159,089	6	青森県	175,312
7	青森県	152,500	7	青森県	157,218	7	三重県	155,425
8	茨城県	148,200	8	島根県	154,669	8	千葉県	139,987
9	岩手県	133,500	9	鹿児島	148,488	9	愛媛県	137,663
10	島根県	128,900	10	愛媛県	142,033	10	岩手県	126,589

単位：t

単位：t

単位：t

※但し H23 年海面漁獲高において、養殖を除く漁獲量では茨城は 139,093t で全国 7 位

1 常陸国には常陸三蚕神社をはじめ、蚕まつわる神社が多い。また養蚕技術の移植譚と解し得る伝承も残されている。

茨城県はチョウザメとキャビアの里になり得るだろうか

表 1－2 内水面漁獲高

2009（平成 21）年			2011（平成 23）年			2018（平成 30）年		
順位	都道府県	内水面漁獲量	順位	都道府県	内水面漁獲量	順位	都道府県	内水面漁獲量
—	全 国	73,215	—	全 国	40,177	—	全 国	56,806
1	北海道	13,266	1	北海道	12,748	1	北海道	10,260
2	鹿児島	8,688	2	茨城県	5,517	2	鹿児島	6,468
3	愛媛県	6,805	3	青森県	4,961	3	愛知県	4,923
4	青森県	5,765	4	島根県	3,862	4	島根県	4,266
5	宮崎県	5,078	5	岩手県	3,173	5	青森県	4,203
6	茨城県	4,819	6	宮城県	934	6	茨城県	3,739
7	静岡県	3,772	7	福島県	672	7	宮崎県	3,166
8	島根県	2,552	8	岐阜県	586	8	静岡県	2,763
9	長野県	1,833	9	福岡県	577	9	長野県	1,716
10	岐阜県	1,749	10	新潟県	555	10	福島県	1,321

単位：t

単位：t

単位：t

※但し H23 年海面漁獲高において、養殖を除く漁獲量では茨城は 3,603t で 3 位、養殖では 1,216t で 7 位
茨城県農林漁政課「茨城の水産」

1971（昭和 46）年に輸入額が輸出額を上回り、その後その差は拡大してきたが、近年輸入は減少傾向を示している。輸出についても、2007（平成 19）年までは増加傾向にあった。しかし、近年は減少傾向に転じている。

日本の漁業がピークだったのは 1984（昭和 59）年である。その後平成 7 年頃にかけて急速に減少し、その後は緩やかな減少傾向にある。2010（平成 22）年の漁業・養殖業生産量は 531 万トンと、前年に比べ 12 万トン（2.2％）減少した。その内、海面漁業に前年比 3 万トン（0.6％）の減少である。海面養殖業についても前年比 9 万トン（7.5％）減少している。内水面漁業・養殖業については前年比 3 万トン（4.0％）の減少となっている。

茨城県の概況については以下のことが言える。茨城県の海は、沖合では親潮と黒潮が交錯して流れ、沿岸ではこれ等の海流から派生する分枝と沿岸水が混合する水域にあり、好漁場が形成されている。また、茨城県の海岸線は南北に約 190km にも及び、湾部のほとんどない単調な地形ながら、県中央部に流れる那珂川を境に北は磯場となり、南は二枚貝が豊富な砂地と適度に分布する天然礁からなり、定着性のある魚類の漁場となっている。

2008（平成 20）年の海面漁業漁獲量は 191,000 トンで全国 5 位だった。しかし、2009（平成 21）年は前年比 22.4％減となり、茨城県の海面漁業漁獲量は 148,200 トンで全国第 8 位に後退した。平成 22 年には全国 6 位を回復したが、2011（平成 23）年に

は 139,093 トンと減少傾向にある。

一方、内水面漁業漁獲高については、2008（平成 20）年の茨城県のそれは 4,207 トンで全国第 2 位だった。21 年も 2 位だが、前年比 31% 増の 5,517 トンである。全国値も平成 20 年 32,689 トンから前年比 22.9% 増の 40,177 トンであった。しかし 2011（平成 23）年には全国値は 73,215 トンに急増した。それにも拘らず茨城は 4,819 トン低迷し、順位も 6 位に後退している。

② 漁業就業者・経営体

漁業関連の経営体数と就業者数は、何れの都道府県においても減少傾向にある。因みに 2013（平成 23）年時点の茨城県の漁業経営体数は 413、就業者数は 1,435 であった。

漁業経営体の総数の動向を見ると、15 年間に次表のような減少を示している。

表 1－3 茨城県漁業経営体の動向

	1998 (H10)	2003 (H15)	2008 (H20)	2013 (H23)
個人経営体	153	126	120	98
企 業	2	3	3	4
漁業協同組合	1	2	1	1
共同経営	3	3	0	0
合 計	159	134	124	103

日立市（2019）、p.17

表より個人経営は減少傾向にあるが、企業体、組合方式も増加せず、共同経営方式は崩壊したということがわかる。また、組合形式が増えない理由は、魚価の低迷や組合員数の減少、そして漁業生産高の減少という厳しい状況があるからである。故に、完全に横這い状態にあるのである。これにより、事業所数の総数は減少しているのである。

次表は、日立市の漁業経営体の保有船舶状況である。3～5t の船の保有割合が最も多いことがわかる。しかし 1998（平成 10）年と比較して 2013（平成 25）年においては、28 の事業所が減り、46 事業所になっている。明らかに年々、事業所数は減少し、機動力転じて生産高も減じていることが首肯できる。

表 1－3、1－4 の根底にある問題は、農業問題とも通底することだが、個人経営を基本としている点である。個人が購入可能な船は、3～5t クラスが 1 つの限界である。それ以上の船は、企業組織など資本集約が可能でなければ不可能であろう。

茨城県はチョウザメとキャビアの里になり得るだろうか

表 1－4 動力船保有隻数別経営体同行

	1998 (H10)	2003 (H15)	2008 (H20)	2013 (H23)
漁船非使用	14	7	14	12
1t 未満	23	23	9	2
1 ～ 3t	32	25	21	18
3 ～ 5t	74	66	53	46
5 ～ 10t	5	1	4	1
10 ～ 20t	8	7	6	8
20t 以上	2	3	2	2
定置網	1	1	1	1
その他	0	1	14	13
合計	159	134	124	103

日立市（2019）、p.18

次に漁業就業者数を時系列で見ると 30 年間に県全体で半減しているのがわかる。しかも、高齢化も進行している。残念ながら日立市における年齢構成からの抜粋であるが、それでも全体の動向は類推可能である。つまり、若い世代にとっては新たに就労するだけの魅力がない産業になっているのである。

表 1－5 漁業就業者動向と高齢化

	1983	1988	1993	1998	2003	2008	2013
茨城県漁業就業者数	3,095	2,561	1,893	1,645	1,427	1,551	1,435
日立市漁業者 65 歳以上割合	—	13.5%	—	42.8%	50.3%	36.5%	31.9%

日立市（2019）、pp.19－20

③ 養殖業

水産資源の保護・安定化の観点から、各地で養殖漁業も進展している。次表は 2020（令和 2）年漁業・養殖業生産統計から養殖業の上位県を抽出したものである。

表 1－6 令和 2 年養殖生産量上位 10 県

順位		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
海面養殖生産量	全国 9,670	広島 992	北海道 968	宮城 819	青森 814	兵庫 769	佐賀 767	愛媛 647	熊本 530	福岡 502	鹿児島 486
内水面養殖生産量	全国 21,759	北海道 7,106	島根 4,121	青森 3,300	茨城 2,437	滋賀 835	山形 448	新潟 411	神奈川 345	岡山 250	秋田 244

※海面養殖の単位は 100t、内水面養殖の単位は t

茨城県は内水面養殖業が盛んであることがわかる。霞ヶ浦北浦は、国内第 2 位の面積を有している。ワカサギ・しらうおひき網漁業、いさざ・ゴロひき網漁業、張網漁業、

掛網漁業などの漁船漁業と、網生簀を用いたコイ等の小割式養殖業、淡水真珠養殖業が営まれている。コイ網生簀養殖については、コイの生産量は、昭和 57 年に最高の 8,640 トンを記録したが、その後は魚価の低迷による転廃業や需要動向に見合った適正な生産規模への移行等により減少傾向に転じた。さらに平成 15 年以降、コイヘルペスウイルス (KHV) 病の発生により一時休止されていた。しかし、KHV 病耐性コイの生産技術の開発などにより、2009 (平成 21) 年 4 月から再開された。平成 30 年の収穫量は 1,063 トンとなった。

淡水真珠養殖は、霞ヶ浦及び霞ヶ浦流入河川の河口付近で行われている。これは、池蝶貝を母貝に用いるもので、個性的な形をしている点が特徴である。

さて、平成末期における茨城県の内水面漁業における養殖収穫量をまとめると次表を得る。内水面漁業としてはマス類も多いが、養殖となると霞ヶ浦・北浦を中心として、コイである。

表 1-7 茨城県内水面養殖収穫量

区 分		2012 (H24)	2013 (H25)	2014 (H26)	2015 (H27)	2016 (H28)
全 国		33,957t	30,496t	33,871t	36,336t	35,198t
茨 城		1,2487t	926t	1,274t	1,258t	1,231t
	ニジマス	x	x	x	x	x
	その他マス類	2t	2t	x	x	x
	アユ	x	X	—	—	—
	コイ	968t	822t	1,096t	1,087t	1,057t
	ウナギ	—	—	—	—	—
	その他	275t	98t	175t	168t	171t
	淡水真珠	69kg	73kg	73kg	65kg	71kg

「茨城農林水産統計年報」(H24,25), 「関東農林水産統計年報」(H27,28) より作成。
淡水真珠収穫高は kg 単位なので県の合計に含まれていない。

しかしながら、養殖に脚光が当たるようになるまでは少々時間を要した。茨城県は長らく流通網の整備等に注力していた。しかし、それも画期的な成果が得られた訳でもなく、2015 年水産庁栽培養殖課が、東日本大震災からの復興を企図して策定した「第 7 次栽培漁業基本方針」が出されると県も方向転換を行い、養殖漁業が注目されるようになったのである²。栽培漁業基本方針の正式名称は、「水産動物の種苗の生産及び放流並びに水産動物の育成に関する基本計画」である。第 7 次とあるように、養殖漁業の取組みは 1984

2 水産庁栽培養殖課 (2015), pp.6-15. 茨城県農林水産部水産振興課 (2017), p.1. 後述のトキタがトラフグの陸上養殖を始めるなど反応は早かった。

(昭和 59) 年から始められている。

茨城県としては、平成 29 年度から 33 年度までの 5 年で、以下の 4 点を推進することを決めた³⁾。1) 漁業収益向上に貢献しているヒラメ、エゾアワビの種苗生産・放流及び資源増大が望まれる鹿島灘はまぐり、ソイ類の技術開発に取り組む。2) 新たな栽培対象魚種として、茨城県沿岸の重要魚種であるマコガレイの種苗量産技術開発に取り組む。3) 放流種苗の育成場である藻場の保全・回復のための漁場整備や環境保全活動に関して、漁業者との連携を推進する。4) 資源管理型漁業と連携し、放流した種苗を一部取り残し、再生産を確保する資源造成型栽培漁業を推進する。

大事な点は、県としては栽培対象魚種にチョウザメは入っていないということ、そして全国各地で第 7 次栽培漁業基本方針に基づき各県版基本方針が策定されたことである⁴⁾。

その上で、水産物の安定供給を図り、水産業を健全に発展させるために、水産資源の適切な保存管理と持続的な利用を基本として栽培漁業を推進する。そのために「天然の水産動物へ及ぼす影響を念頭に置き」…「生残率が向上し、再生産に寄与できるように、関連事業との連携を強化する」という基本計画を効果ある形に実現するためには、放流よりも、生産－飼育－加工－販売という閉じた系における生産活動の方が効果的かつ効率的なのではないだろうか⁵⁾。漁業問題の本質は、始めの採取段階は、経営基盤の脆弱な多数の個人経営を基本単位として成立していることにある。放流ではなく、飼育－加工－販売が無駄なく行われるならば、脆弱な個人経営への負荷を軽減させることができるはずである。

§ 2 チョウザメの種苗生産

我が国民間企業でチョウザメの種苗生産を担っているのは、フジキン万博記念つくば先端事業所だけである。民間企業として日本で初めてチョウザメの人工孵化に成功したのが 1992 (平成 4) 年、水槽での完全養殖に成功したのが 1998 (平成 10) 年である。これ等の施設は、同社同事業所内ライフサイエンス研究所の一角にある。

3 茨城県農林水産部水産振興課 (2017)。

4 種苗生産に県が指定したのは、ヒラメ、ソイ類、エゾアワビ、鹿島灘はまぐりの 4 種である (茨城県農林水産部水産振興課 (2017), p.3)。

5 茨城県農林水産部水産振興課 (2017), p.2。

(1) チョウザメ

チョウザメという名称は、まずチョウとは体表に一行に連なる蝶の形の硬鱗があるために付され、外形がサメに似ているために蝶鰲と付けられたのである。サメとは異なり、淡水魚であり硬骨魚類である。また、サメと異なり、浮き袋と腎臓、さらにエラに蓋がある。一方、歯がない。そして視力は極めて弱く、嗅覚に頼って餌を求めて泳ぎ続ける。

約 3 億年前、ジュラ期から生息する古代魚で、寿命は 100 年を超える長寿魚である。左右体側に一行の蝶形の硬鱗があることが古代魚の証とされる。長寿である故、成魚になるのに 7～8 年を要する。

鼻先は尖っているが、鼻自体は目の直ぐ前にあり、その嗅覚と鼻先と口の間にある 4 本の髭に頼って餌を食む。餌は、貝類や昆虫の幼虫、エビなどである。歯がないため、餌を飲み込む際は、口が筒状に飛び出して、吸引するように捕食する。視力の弱さに起因するものなのだろうか、餌の捕食率を上げるためか、チョウザメ同士で縄張り争いは一切ない。ただ、ひたすら泳ぐだけの魚である。

しかし、種類は豊富である。現存しているものは、チョウザメ科、ヘラチョウザメ科の 2 科、現在知られているチョウザメ類は 2 科 6 属 28 種である。この内フジキンが飼育しているのは、パンダチョウザメ、ロシアチョウザメ、アムールチョウザメ、ベステルの 4 種である。特に、ベステルは、1958 年に旧ソ連が開発したブルーガとコチョウザメの交雑種である。それにより、ブルーガの卵質を継承し、コチョウザメの性成熟の早さを兼ね備えることができた。何故か。キャビアの等級は卵質によっている。旧ソ連がブルーガを開発した理由は、最上のキャビアを獲るためだったからである。また、キャビアが獲ることが可能になるまで 10 年前後かかってしまう。性成熟のコチョウザメの特性を受け継ぐことで、春機発動を早める狙いがある。その結果、ベステル種は、7～8 年で成熟期に達することができる。

(2) フジキン

フジキンは、1930（昭和 5）年、小島準次が大阪市港区に小島商店を創業したことに始まる。配管材料および機械・金属製品の卸販売に従事し、国内外需要、特に中国大陸向け輸出がメインであった。

今日のフジキンはバルブメーカーである。資材商社から始まった同社がバルブメーカーに転身した理由は、当時バルブ・コックの需要が旺盛にも拘らず、品質の良い製品が少

なかったからである。同社は、1948（昭和 23）年、富士島工機株式会社を設立し、ガス流量の精密管理用バルブ開発を開始する。そしてニードルバルブの特許を取得したのである。

1954（昭和 29）年、前記富士島工機を中核に富士金属工作株式会社を設立し、製造業へと重心を移す。1982（昭和 57）年、フジキンに社名を変更した。

その後は、バルブ専門企業として、半導体製造装置用バルブやマイクロメーターミニバルブ、超低温宇宙用バルブなどを開発している。特に宇宙創造開発用超低温・超精密バルブ機器の開発では、1976 年我が国初の国産化製品であり、生命維持装置や宇宙実験に用いられている。一方、バイオ無菌プロセスバルブは、医薬品製造過程における無菌化に用いられている。また、半導体製造用に用いられるウルトラピュアーバルブ清浄度クラス 1 のウルTRASーパークリーンルームの中でしか作ることができない。フジキンは、それを可能にしている。その他、原子力発電所用超低温計装バルブや重圧がかかる海底探査船用の特殊バルブ、2 次電池用バルブなど様々である。これ等の快挙を次々成し遂げ今日に至っている。

同社の特徴をまとめると、1) 時代の半歩先を行く、2) 世の中にないモノを創る、3) 卓越した商品力である。チョウザメ事業にも、その姿勢が貫かれている。

(3) フジキンとチョウザメ

チョウザメに関しては、1989 年（平成元）年、筑波フジキン研究工場に設けた養殖プラントで旧ソ連から譲り受けた生後 3、4 年のチョウザメ（ベステル種）約 100 匹の飼育を開始したことに始まる。その後、超精密ながれ（流体）制御技術で故郷の川に近い環境を造り出すとともに、個体識別管理などによって生態データの蓄積を進め、1992（平成 4）年、同研究工場にて、民間企業として我が国初のチョウザメ人工孵化に成功したのである。

「小川社長、知人の齋藤（進一）さんという人が、（チョウザメの飼育池を自宅の庭に造り、人工飼育に乗り出すなど）面白いことを始めようとしている。それをビジネスとして考えてはくれませんか⁶。」

株式会社フジキンが、民間企業として日本で初めてチョウザメの人工孵化に成功する契機となったのは、1988 年当時フジキンの最高技術顧問をされていた西堀榮三郎氏が、フ

6 日本ちょうざめ研究会（2002）、p.110。齋藤進一氏は 3,000 坪の庭にチョウザメ飼育用に回遊式水槽を建設していた。

ジキンの小川修平社長に、日本ちょうざめ研究会を紹介したことに始まる。

西堀氏が「ビジネスとして考えて欲しい」と述べたのは、フジキンがバルブの会社であるならば、そのバルブ技術を用いて、自然に近い水流の強弱、リズムをもって、チョウザメのストレスレスな効果的人工飼育法を確立させて欲しいとのことであった。

実は 80 年代においてはチョウザメの人工飼育法は海外でも確立してはおらず、我が国では養殖するという発想すらなかったのである。つまり飼育法の確立を求めるという願いであった。

西堀氏は、統計的品質管理法を日本の産業界に導入し戦後日本の飛躍的な工業発展の礎の一角を築いた方である。同時に京都大学で教鞭を執り、第 1 次南極観測隊の副隊長兼越冬隊長や日本山岳協会会長も務めた。フジキンの最高技術顧問に就任されたのは、前年 1986 年であった。

同氏は、戦時中、東京芝浦電気の技術本部長を務め、量産型真空管ソラを開発、戦後復興の中でも品質管理の重要性を認識していたため、バルブ製造という精密工作企業として、フジキンにその制御技術の応用問題としてチョウザメ飼育を提案したのである。

フジキンが 3~4 年魚のベステル種 100 尾を導入したのは、西堀氏が逝去される 1989 年であった。その後、種苗技術の確立、人工孵化の成功に続き、生存率を徐々に上げ 1998 年には水槽利用形式での完全養殖に成功した。現在国内のチョウザメの稚魚の 80% 前後は、フジキンの供給によるものである。



茨城県はチョウザメとキャビアの里になり得るだろうか

90年代初頭においては生存率 5% 程度であったものが、完全養殖成功時には終に 60% まで上昇した。その後 2002（平成 14）年には、キャビアを初出荷している。

フジキンは、2008（平成 20）年茨城県内に直営の養魚場を取得し、孵化からキャビア、成魚の出荷までを目指す体制を整えるに至っている。特に里美の養魚場は万博記念つくば先端事業所養殖プラントの約 2 倍の 3,000m²の面積があり、1 万匹以上の養殖が可能となっている。

§ 3 チョウザメの養殖と加工

現在、いばらきキャビア・フィッシュ協力会に参加している企業は、以下の 13 社である⁷。

表 3-1 いばらきキャビア・フィッシュ協力会

生産者	フジキン（つくば、常陸太田、稲敷）、つくばチョウザメ産業（つくば、桜川）、トキタ（稲敷）
加工業社	寺田屋商店（常総）、ストウ（つくば）、リバティーフーズ（常総）
飲食店	手打蕎麦居酒屋酒趣（水戸、つくば）、茨城県司厨士協会（水戸）、紫峰鮨（つくば）、Talpa（牛久）
独法人	茨城県よろず支援拠点（つくば）
金融機関	常陽銀行（水戸）、常陽産業研究所（水戸）

その他、茨城県庁（水産振興課、漁政課、営業戦略課）、筑波大学も適宜オブザーバーに加わっている。発足時より、県知事をはじめ、県庁の期待は大きい⁸。2017 年 11 月発足。初代会長は、後述の酒井幸宏氏であった。

本節では、つくばチョウザメ産業とトキタ、フジキン、寺田屋商店に加え、茨城県水産試験場内水面支場を考察する。さらに、以前はメンバーであったエコファーム飯島は重心を農業と六次化に置き同協力会を離れているが、飯島アクアポニクスを立ち上げ、循環型農業の普及を図っていることを付言したい。

(1) 養殖業者

① 有限会社つくばチョウザメ産業

創業中心者の酒井幸宏氏は 1971（昭和 46）年、つくば市でパン、ケーキの製造・販売会社を設立した。つくば市は都心から 45 分という便利さから、人口 23 万人の都市に

7 つくば市のストウは靴屋である。チョウザメの皮を靴に加工できないか、現在試行錯誤中である。

8 『日刊水産経済新聞』『『チョウザメ産業を育成』大井川茨城県知事業界関係者と懇談、意欲』（2017）、12.19。



成長した。酒井氏の店舗も、県外にまで支店展開する好調ぶりであった。

そのような中、つくば市には特産品がないことに気付いた。フジキンがあるのだからと、仲間と語らい、つくばチョウザメ産業の設立に至った。レストキャビン古民家ステーションというレストランを設け、料理提供とともにキャビアと魚肉の販路開拓も行ってきた⁹。

現在、代表は白田正男氏に替わっている。白田氏は株式会社杜匠の代表取締役であり、現在の水槽等は全て手作りである。杜匠の設立は 1998（平成 10）年である。

現在 3,000 尾を飼育している。最盛期には 6,000 尾だった。その間、茨城県出身で、東京でシェフをしている人と呼んで、創作料理研究会も開いた。水戸プラザホテルの催事料理に提供し反応も確かめた。Makuake を利用した魚肉販売も行い、知名度の向上にも努めた。

しかし、コロナ時代となってしまった。催事や観光は基本的に停止状態にある。この期に、魚肉に関して、福来みかんのパウダーで整えた燻製作りなど様々な試行錯誤を繰り返し、再開に備えている。

② 株式会社トキタ

株式会社トキタは、2009（平成 21）年、コスモ興業社長時田武氏により設立された。稲敷郡河内町の建設・土木建築企業である。社長の時田氏は下妻の出だが長く河内町に住し、第 2 の故郷のために事業を興すことを考えていた。

2016（平成 28）年、自宅傍の廃校となった河内町立長竿小学校跡地を無償で借受けチョウザメの養殖事業に着手した¹⁰。因みに、同校は 2012（平成 24）年に廃校となっていた。町長も、地域の活性化のためにと後押ししてくれ、利用することとなった。養殖場整備は全て自前で改装した。

9 『朝日新聞』（2020），2.17.

10 『産経フォト』（2021），3.17.『茨城新聞』（2020），11.18.



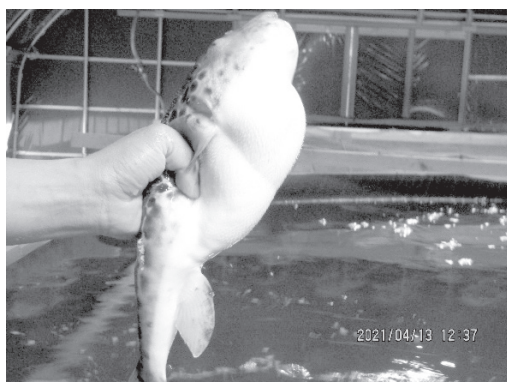
しかしチョウザメが成魚になるまでには年数が掛かる。そこで、水耕栽培施設等の整備の他、幾年かの試験養殖を経て、2019（令和元）年よりトラフグの養殖を始めた。§ 1 に記したように、太古の昔、関東平野には内海が広がっていた。それ故、河内町の地下水は古代の海水なのである。それを汲み上げトラフグ養殖に活用したのである。当初はトラフグ 4,000 尾の養殖を目論んでいたが、5 年目になる 2021 年現在、フグは 5,000 尾、チョウザメは 1,600 尾である。

施設を見ると長竿小学校のプールがチョウザメの成魚用の水槽になっている。プールサイドにはアクアポニクスが作られている。プールから近い校舎の 1 階もチョウザメの稚魚用の水槽がある。校舎横には、10t 水槽 4 基、水処理 10t 槽 1 基、オゾン滅菌 6t 槽 1 基を基本単位とするビニールハウスが 2 棟立っている。

その間には、アクアポニクスのビニールハウスが立っている。チョウザメ用の水は浄水だが、トラフグ養殖に用いた水は、地下から湧く古代の海水である。植えられていたのは、塩に強い空芯菜、ブロッコリースプラウト、シーアスパラ、サニーレタスなどである。事業の採算性の観点では、3 年で投資費用の回収が可能とのことである。その他、塩トマトも可能だろう。

現在はまだ、チョウザメの安定出荷ができるレベルではない。しかし、トラフグは、河内河豚の名で安定的に出荷している。海上養殖と異なり陸上養殖は病気も少なく、また無毒のフグが育つという利点がある。

しかしフグは、歯の伸びが早く、弱い者虐めが起きる危険性がある。実際、大きな水槽に尾鰭がなく、コマのように回って上手く泳げないフグが一匹いた。直ぐに別の水槽に移



されたが、尾鰭を噛まれるフグは、別のフグにも噛まれ、やがて尾鰭をなくしてしまうのである。そこで年に4度、1度目は下の歯、2度目は上の歯というように、歯切りをしなければならない。手で掴まなければならない、危険を伴う作業である。海上養殖でも共食いは生じているが、人間の目に触れることが少ないだけである。

(2) 茨城県水産試験場内水面支場

茨城県農林水産部水産試験場内水面支場は、もう1つのプレーヤーである。同支場は行方にある。§1の内水面養殖漁業を技術面で支える部署である。

しかし、チョウザメに関しては、民間に遥かに後れを取っている。理由は、フジキンが30年を越える技術の蓄積を持ち、§3に紹介した各企業が、成魚になるまでの7~8年前後の飼育実績を持つものに対して、研究棟の新築工事が2020（令和2）年に終了した支場は、その半分程度の期間の経験しかないからである。

しかし、重要な革新があった。稚魚の内に、雌雄の別を判別する技術の確立である。これまでは孵化後3年目に目視で雌雄判別を行わなければならなかった。その上で、雄は体重2~4kg以上になった時点で食肉加工工程に送ることになっていた。雌は、産卵が可能となる7~8年以降にキャビアを採取することになっている。しかし、支場で開発された方法を用いれば、稚魚を傷付けることなく、孵化後1~2の内に雌雄それぞれが発する成分を分析して判別が着くので、後のキャビアと食肉の生産高の予想が可能となるという利点がある¹¹。雌雄が発する成分の分析とは、これは丹羽主任が開発した手法だが、0~5歳魚を60匹以上使い、体表の粘液を採取し、遺伝子情報を活用したPCR法性判別

11 『日本経済新聞』（2020），9.7．『茨城新聞』（2020），9.11．

のことで¹²、2021 年近大水産研究所が開発した遺伝子を用いた雌雄判別法よりも簡便な方法である¹³。主任はキャビアに夢を懸けている¹⁴。

現時点では各企業とも本格操業になっていないが、本格操業の暁には、必ず必要とされる技術である。

(3) 寺田屋商店

加工業社としていばらきキャビア・フィッシュ協力会に参加している企業に常総の水産仲卸・加工業寺田屋商店がある。創業 150 年の老舗だが、近年徐々に業績が悪化していた。

しかし、現社長の寺田弘二氏の代になり、筑波大学の協力によるブランディング化を行い、通減化を食い止めることができた。それにより、フジキンからチョウザメ肉の西京漬加工の依頼を受けるまでになった。協力会にも参加、現在は会長である。

①水産卸・加工業界の現状

2000 年頃から経済の低迷の影響後継者不足、市場離れによる他業者からの別√取引等により、水産卸業界は振るわなくなった。陳列しても売れない、ロスが出るため商品を並べない、品不足、品切れが多いため顧客にとっても魅力がなくなる、という悪循環に陥っている。

寺田屋商店も同じことであった。同社は、マグロ、鮮魚、冷凍、食品一般の 4 部門からなっていた。かつての売上比率は、2:3.5:1:3.5 であったが、2000 年以降業績悪化後は 2.5:2:2:3.5 になった¹⁵。しかも、全体の金額も縮小した。金額の縮小もさることながら、鮮魚構成比が低下したことは深刻であった。

昭和時代は、冷凍物は扱っていたが比率は小さかった。食品一般は一層、小さかった。その分、鮮魚が圧倒的であった。しかし、2000 年以降、寿司屋、割烹、鮮魚店、スーパーの閉店と比例して、割合は激減している。マグロもそれに比例しているが、毎月第 2 第 4 土曜日にマグロ解体ショーを行うことで人を呼び、小売で凌ぐ状況である。但し、当日は 80kg 前後のマグロは完売である。鮮魚の落込みは丸物不振に顕著であり、上記比率は切身で出した数字と言って過言ではない。

12 『朝日新聞』(2021), 5.11. 100% 的中率である。

13 『日刊水産新聞』(2021), 4.30.

14 『日本経済新聞』(2021), 4.28.

15 寺田屋商店 (2012), p.6.

そこで採った改善策は、冷凍部門を、西京・みりん・粕等の漬魚製造に転換し、バラで小売する一方、冠婚葬祭・贈答用のセット商品を多数用意したことである¹⁶。

もう1つ、食品一般部門は、スーパーと競合するNBは避け、干し物、練り物、漬物、菓子類、飲料、そして冷凍食品部門の継承として冷凍食品を取り揃えた。但し、小売だけではなく、病院等の大口との長期契約をし、変動幅の縮小、ベース利益の確保を図った。その数、20件である¹⁷。付随的に漬物や漬魚等の注文も多く入るようになった。

冷凍部門を漬魚部門に転換するとともに、一般小売から大口長期契約へと変えることで、低迷期に打った手が今日の業態の原型になったのである。

さらに同社は、JA 共済や三井安田生命の景品、関鉄クリエイトのお中元・お歳暮用おさかなセットの提供を始めた。法事のお返しは、菓子、洗剤、タオル、籠盛等と決まっている。しかし、そこに贈る人・貰う人と商品提供する企業の意識が妙にずれていると考えたからである。そこで、おさかなセットの提供を始めたのである。好評で、月に700個程度の売上になっている。次の収入の柱が見えてきたと言える。

寺田社長は、不振時代を回顧しつつ、顧客が企業に持つイメージと企業側が自社のアイデンティティと信じる個性が一致していないことが多いのではないかと指摘する。自分とは何かという自己意識としての自己は純粋に精神作用として形成されるものである。しかし、社会の中での自己の確立は少し違う。他者を前にして自己とは何かと問わなければならないからである。精神作用から生じる自己と他者との交流から形成される自己を反省的に循環思惟し形成されていくものである¹⁸。すなわち、寺田屋商店としてのアイデンティティとは、ブランドアイデンティティとして顕現されるものということになる。言い換えれば、創業150年の物語性に自縄自縛することなく、イノベーションを通じて顧客の欲求に柔軟に対応するために、コミュニケーションチャネルを有効に活用し、そのイノベーションを普及対象社会に有効に寄与させるための自己変革と相互行為の時間経過の中に新



16 寺田屋商店 (2012), p.6.

17 寺田屋商店 (2012), p.7.

18 寺田屋商店 (2012), p.11.

たな物語性を紡ぐことである、と述べていた。

社長は大真面目に難しいことを考え、行動していくことから、フジキンからチョウザメの西京漬けの試作品を頼まれたのであろう。また行動力もリーダーシップもある。

チョウザメの漬魚は今では、バジルオイル漬や西京漬など数種類の試作が完成し、常総市のふるさと納税の返礼品などに活用されている¹⁹。

§ 4 特産化への可能性

§ 3 で触れた、いばらきキャビア・フィッシュ協力会であるが、この会が誕生した経緯は、常陽産業研究所によるフジキンと寺田屋商店とのビジネスマッチングであった²⁰。

寺田屋商店は、前述のように新しい地元食材を用いて商品開発したいという希望を持っており、フジキンは地元茨城で加工食品を創りたいという希望を持っていた。つまり、両社は同じことを考えていたのである。そこに、地域興しを進めたいというトキタと、食材としてのチョウザメの魅力と可能性を広げたいというつくばチョウザメ産業が加わったのである。さらに、様々な面で協力を申し出た企業により、表のような組織になったのだ。

(1) 産地化の可能性；先行事例

チョウザメ養殖の先行事例は宮城県日南市である。養殖をしている 15 業者をまとめているのはジャパンキャビアである。

その歴史は、旧ソ連との技術協力の一環として、1983 年に宮城県としてチョウザメ養殖が始まったことに始まる。水産庁経由で宮崎水産試験場小林分場に運ばれたのは、フジキンと同様、ベステル種であった。1988 年には宮崎水産試験場が、宮崎で育ったチョウザメからキャビアを採取することに成功、1991 年には人工孵化にも成功している。2004 年にはシロチョウザメの完全養殖を行い、その技術を民間に移伝え、2011 年にはシロチョウザメの孵化技術を確立し、年間 5 万尾の安定した種苗生産体制を整えた。

体制的には、2013 年に宮崎キャビア事業協同組合を設立した²¹。但し、これは 2016 年にジャパンキャビア株式会社に組織変更した。同年、最初のベステル種から採取したキャビア MIYAZAKI CAVIAR 1983 が伊勢志摩サミットに提供された。

19 『毎日新聞』(2018), 2.15.

20 『日本食糧新聞』(2017), 2.17.

21 前年 2012 年には宮崎県水産政策課が、翌年から宮崎産キャビアの本格出荷が開始されることをアピールするなど、軌道に乗るまでは官主導で行われた(「キャビアへの挑戦！日本一のチョウザメ産地形成」(2012))。

このように、県主導で地域産業として始められ、一人歩きできる状態になって、株式会社化されたのである。

宮崎の MIYAZAKI CAVIAR 1983 以外にも、キャビア・チョウザメ養殖の試みはある。和歌山県新宮市では、白浜町でクロマグロの完全養殖を行っている近畿大学が不定期販売している近大キャビアがある。岐阜県高山市にも奥飛騨ガーデンホテル焼岳による奥飛騨キャビアがある。東かがわ市引田にも瀬戸内キャビアで知られる CAVIC がある。高知市にもよさこいキャビア、岡山県新見市にも新見フレッシュキャビア、島根県南町もアムールキャビアとベステルキャビアを生産している。

北海道は、かつては石狩川のチョウザメが有名であり、現在でも時々獲れることがある²²。その北海道美深町でも、大分県発祥の一村一品運動に触発されて 1983 年に始めたチョウザメ養殖が、紆余曲折して、現在 4,000 尾を飼育するまでになった。そして本年 1 月に 40 年越で初出荷することができた。水質に注意することと四季を感じさせる水温変化、さらに親魚を馥郁と育てることに尽きることである²³。

フジキンも試行錯誤をしている。常陽産業研究所がフジキンと寺田屋商店とのビジネスマッチングを取り持ったと述べた。その際試作・販売したのが 2017（平成 29）年度優良ふるさと食品中央コンクール新製品開発部門食品産業センター会長賞になった下町キャビア・フィッシュセットであった。販売もされたが、コンクール用の試作であり、直ぐに販売終了となってしまった²⁴。下町とは、後述の高級路線と相容れないと思われるかもしれないが、フジキンが下町ロケットの主要ロケ地であったことに因んだネーミングである。

(2) 協力が考える産地化への戦略

いばらきキャビア・フィッシュ協力会では、産地化に向けた段階的戦略を考えている²⁵。この多くは既にできている内容であるが、以下の手順で行うという。

①第 1 段階：飼育環境の整備

地域資源の有効活用をしつつ、最適な養殖技術の提案する。アクアポニクスで休耕地を生産現場に復帰させる。農業、土木など柔軟な異業種参入を歓迎する。

22 『四国新聞』（2004），5.27.

23 SankeiBiz（2021）3.18.

24 因みにキャビア・フィッシュセットとは、チョウザメの西京漬とバジル漬のセットで、税別 7,000 円であった。また下町キャビア 30g 瓶詰もあったが、こちらは税別 15,000 円であった。

25 いばらきキャビア・フィッシュ協力会（2019），p.19.

これは既にできている。足りないのは、養殖業者の数と、農業関係者である。

②第2段階：役割分担

地産地消を軸に、生産者、加工業者、販売業者の役割分担を進める。異業種マッチングを進めるキープレーヤーは、行政、金融機関である。低利の公的融資の利用法などの助言を受け、極力負担のない事業展開を行う。これは、協力会結成の契機になった常陽産業研究所の機能を見れば歴然としている。

③第3段階：プロモーション

地元飲食店でメニュー化することと加工商品化を行い、新しい食文化を提案する段階である。§3で、つくばチョウザメ産業が行っているステージョンに触れたが、その他表3-1で協力会に参加している飲食店もあり、問題はない。加工商品も寺田屋商店が種々開発しふるさと返礼品に採用されていることも前述した通りである。

地元報道機関や展示会へのアピールも必要だが、これについては、上述のような新聞各紙の他、テレビでも度々報道されており、県内就中地元では表3-1の各社の認知度は高いと思われる²⁶。

(3) 問題

協力会による(2)の戦略を考えるよりも大切と思われることは、現在の弱点と現実的段取りを作ることである。

①チョウザメ養殖の費用の問題

いばらきキャビア・フィッシュ協力会固有の問題ではなく、総論としてのチョウザメ養殖の問題点を考えたい。それは、成魚になるまで、少なくとも7~8年を要するということである。その間、餌代もかかる。水の浄化等の費用が掛かる。これが最大の問題点である。

しかし、裏を返せば、高価格高級品として扱わざるを得ず、任意の第三者が低価格商品を販売して値崩れを起こす危険性は自ずと排除できているという安心感もある。

26 例えば2012年2月23日のWBSにおいて、学園手造りハムの会が作ったチョウザメのハムについてのレポートやつくば市が企画した市内見学会でもチョウザメ養殖場をスポットに入れていることなどが報道された。同年12月13日のnews everyでも紫峰鮭が紹介された。2013年2月7日のNスタでは、フジキンの完全養殖の様子が放映された。特に魚の頭部にマイクロチップを埋め込み行動把握の様子が放映された。紫峰鮭はこの折も報道された。同年11月19日のスーパーJチャンネルでもフジキンが紹介された。2015年9月15日のWBSでもフジキンのチョウザメの種苗事業が紹介された。2018年10月30日の羽鳥慎一モーニングショーでもフジキンが紹介され、♂に紫峰鮭を食べ、感想を語る様子が放映された。フードフェスにも参加している。例えば、昭和記念公園で開かれるまんぱくへは、2018、2019年と参加している。

チョウザメの養殖は利益を産む可能性はある。しかし、内水面養殖の盛んな茨城県において、チョウザメを専門に養殖をする水産業者は皆無である。現在の２社は他業種参入である。その理由も、そこにある。つまり、長期間飼育が必要で、費用が掛かる点である。これが第１の問題点である。茨城では２者のみである。そのため、フジキン自体も養殖を行うとしているのである。第２の問題点は水の浄化という技術的な問題である。

1) 第１の問題：長期飼育と費用

トキタはトラフグの養殖を並行して行うことで、チョウザメの出荷までのサunkコストをペイピングしようとしている。トラフグは単価も高く１年で出荷が可能、また仕入時期が５月と１２月の２回あるので、良い方法であると思われる。

アクアポニクス単体で成果を上げるためには、ある程度以上の農園が必要であり、トキタをはじめ茨城県下のアクアポニクス実践事業所で、単体でチョウザメ養殖の費用補填に使えるだけの利益を上げ、かつ農業としても成立する生産規模のある施設は、残念ながら存在しない。その意味で、別の魚種を並行飼育することをメインにするという発想は貴重である。

つくばチョウザメ産業は、雌雄判別が早期に可能となるということを前提に、雄をステージンで調理して提供することとキャビアの瓶詰の販売で、費用補填を考えているが、これは不安な点があると言わなければならない。

養殖と出荷、そしてレストランでの提供等々が、十分機能的に回転するようになれば心配はないが、スタートアップ期においては、養殖業への一方的持ち出しが超過するのではないだろうか。長期の生育期間が参入障壁となって、養殖業者が増えないのである。裏を返せば、時田氏と白田氏の負担は大きいということである。

最後に費用関連を整理しておこう。トキタもつくばチョウザメ産業も施設は自前であるため、資材だけの出費であり、これは考慮しない。

1) - 1 稚魚の代金

チョウザメやトラフグの稚魚の代金はどうだろうか。

チョウザメ稚魚 500 円／１尾

トラフグ稚魚 60～70 円／１尾（但し、5cm, 5g 程度の大きさ）；近畿大学より購入

1) - 2 光熱費等

トキタにおける光熱費、水道代などの経費

夏場：80 万円／月

冬場：100 万円／月、但し夏場との違いは、灯油代 20 万円／月が入るため

また、夏冬とも総経費内には電気代 23～24 万円／月が入る

2) 第 2 の問題：水の浄化

次の問題は、浄化された水を大量に必要とするということである。掛け流し方式であれば、フジキン里美養魚場（3,000m³）規模の場合、18,000t／日を必要とする。上記(3) 1) -2 にトキタの月ごとの経費の概算を示したが、トラフグの水槽水は地下の塩水であるため電気代しか掛ってないことになり、残りの 80 万円－23～24 万円がチョウザメ用の浄水費用ということになる。

また、本節 § 4 の(1)に掲げた先行事例が皆山間僻地に立地する所以である。同時に、1988 年西堀榮三郎氏が小川社長に、「チョウザメの飼育池の浄化をビジネスとして考えてみませんか」と提案した理由もここにある。

取水源は塩素で殺菌された上水である。基本的に病原菌の混入確率は極めて低い。飼育水槽には魚の排泄物を餌として、これを分解浄化するニトロソモナス・ニトロゾバクター系の細菌が優占種となっている。故に他の細菌が繁殖し難い環境と言える。そこでフジキンは、それ以上の投薬をせず、流体制御技術を用いて完全閉鎖循環濾過水槽を完成させた。これにより、18,000t／日を必要とするフジキン里美養魚場の場合、水の使用量は、1t／日に抑えることができる。これは画期的なことである。しかし、西堀先生から出された宿題への回答は、2008（平成 20）年まで掛かったのである。

② 養殖業者の数の問題

宮崎は 15 業者、種苗生産等は全て県の水産試験場がバックアップして、地域の特産品作りに全力を尽くしてやってきた。一方、茨城は、養殖は、フジキンとトキタ、つくばチョウザメ産業の 3 社のみである。せめて、養殖を 10 社、欲を言えば宮崎と同等の 15 社体制であれば融通が利くだろう。

養殖に参入する業者が少ない理由は、チョウザメが成魚になるには最低 7～8 年を要するからである。その間、基本的に収入が得られないからである。

(4) 産地化

利益目論見を考える。以下の数字は、トキタとつくばチョウザメ産業の現状から類推したものである。キャビアは 1 尾から 600g～1kg 採れる。瓶の容量は 20g なので約 60 瓶／1 尾の計算になる。定価は一瓶 1 万円程度なので、利益は 6,000 円／瓶程度と考えられる。

チョウザメは、つくばチョウザメ産業がスタージョンや懇意の料理屋等に提供する場合、現状では、刺身用 1 尾／週である。利益は 3,000 円／kg なければ事業が成り立たない。つまり、大衆魚として、チョウザメやキャビアを位置付けることは不可能で、高級魚として位置付けなければ、養殖が続かなくなる。

以上より、養殖業者にとっての損益分岐点は、キャビアなら 600 個／年、チョウザメならば 300 尾／年程度の見積となる。

このように考えると、茨城を高価格高給品提供産地として成立させるためには、必要な魚肉量として 400t~500t／年は必要となるだろう。出荷可能となる 8 年物で一尾 4kg 程度なので、魚体の 1／3 が魚肉として、産地全体として 10,000 尾~20,000 尾／年の出荷能力が求められる。

仮に 20,000 尾／年の内、フジキンが半数を出荷可能であるとしよう。残りの 1 万尾を、トキタのような養殖業者が賄うとすると、何軒必要になるだろうか。トキタとつくばチョウザメ産業の養殖数の平均値を 2,400 として、稚魚~8 年成魚まで平均的に養殖していると仮定して 8 で割ると、各歳約 300 尾いることになる。フジキン分を除く出荷量 10,000 尾／年を割ると、約 30 社が必要という計算になる。実際はトキタもつくばチョウザメ産業も、年 600 尾ほど購入しているため、必要な業者は 30 社以下ですむと思われる。また、今後早期に参入する業者にとっては、競合他社が少ないに越したことはない。

そのためには、また参入者を増やすためにも、使用水量を減らすことが必要になる。完全閉鎖循環濾過方式を開発したフジキンの水槽が低料金でレンタルできるとしたらどうだろうか。トキタの場合なら、水道代 56 万~57 万円／月が節約できる²⁷。

同様に、新規参入者を含め、茨城県内養殖業者に限り、完全閉鎖循環濾過水槽を安価でレンタル可能とするならば、そして経産省の再構築補助金などの支援が受けられるならば、新規参入者を増やすことも可能であろう。その上で、出荷業を専門とする共同会社を設立することも考えなければならない。

行政に望むことは、叢生する零細事業者を守り、その小規模事業者が事業転換または経営革新を行う際は、上手く嚮導して頂くことである。また、県内に立地した優良な大企業群の力を地元のために糾合し相乗効果を上げることである²⁸。

27 つくばチョウザメ産業は地下水を利用しているため、水道代はあまり掛かってはいない。

28 今は高度経済成長期ではない。税を徴収し、許認可を与え、補助金を配るだけが仕事ではない。木に竹を接ぐのではなく、民間の諸力を、国・県のビジョンの中に収め、産業政策と社会政策が融合し、相乗効果を上げるように導くことが、行政の嚮導というものではないだろうか。

大企業に望むことは、零細事業者を育てることである。フジキンとしては、他地域の産地へ、完全閉鎖循環濾過水槽を売り込むというビジネスチャンスもある。養殖パートの大半を寡占するということにならぬよう出荷量を半分以上に抑え、共同出荷会社の代表には小規模養殖業者を立て、地域にとって欠くことのできない基盤企業として、利益も得つつ、信頼の要になることが得策ではないだろうか。

水に恵まれた茨城の強みは、正しく水にある。その活きた水を科学する企業である。高き山には広い裾野が必要である。信頼の要になることは容易いはずだ。卓越した商品力だけではなく、時代の半歩先を行くような、産業立国のリーダーシップを切に願いたい。このようにすれば、茨城県をしてキャビアとチョウザメの産地とすることは可能である。

参考文献

- [1] 『朝日新聞』「チョウザメ，魚肉にも光を／桜川に専門レストラン」2020， 2.17.
- [2] 『朝日新聞』「キャビア，お手頃に？チョウザメの性判別に「時短」新案」2021, 5.11.
- [3] 日立市『第2次日立市水産振興計画』2019.
- [4] 茨城県農林漁政課「茨城の水産」2014.
- [5] 茨城県「統計データで見る漁業・水産－茨城県」2009.
- [6] 茨城県農林漁政課「茨城の水産」2020.
- [7] いばらきキャビア・フィッシュ協力会「地元特産化へ！国産キャビアと高級白身料理」2019.
- [8] 茨城県農林水産部水産振興課「第7次茨城県栽培漁業基本計画」2017.
- [9] 『茨城新聞』『霞ヶ浦キャビア』期待／チョウザメ育成順調，新たな産業創出も／行方の県水産試験場」2020， 9.11.
- [10] 『茨城新聞』「茨城県産チョウザメ，給食に／河内かわち学園／水産業者ら支援」2020， 11.18.
- [11] 関東農政局「平成24～25年茨城農林水産統計年報」2014.
- [12] 関東農政局「平成27～28 関東農林水産統計年報」2016.
- [13] 『日刊工業新聞』「チョウザメ育つまで無収入を打破する『養殖＋栽培』の仕組み」2020， 1.9.
- [14] 『毎日新聞』「チョウザメの身／加工品栄冠」2018， 2.15.
- [15] 宮崎県水産政策課「キャビアへの挑戦！日本一のチョウザメ産地形成」，全国知事

- 『都道府県だより』2012, (http://www.nga.gr.jp/pref_info/tembo/2012/11/post_1996.html).
- [16] 『日本経済新聞』「キャビア生産へ研究進む／茨城県, 新産業にと期待」2020, 9.7.
- [17] 『日本経済新聞』「茨城県産キャビアに夢かける／県水産試験場の丹羽さん」2021, 4.28.
- [18] 『日本食糧新聞』「茨城産チョウザメでコラボ加工品／フジキンと寺田屋商店／地域活性化ビジネスの起爆剤として期待」2017, 2.17.
- [19] 農林水産省「令和2年漁業・養殖業生産統計」2021.
- [20] 日本ちようざめ研究会『キャビアにロマンを求めた人々』丸善プラネット, 2002.
- [21] SankeiBiz, 「注文殺到キャビアで町おこし／北海道・美深, 40年の苦労結実」2021, 3.18.
- [22] 『産経フォト』「【活写2021】廃校で生まれる新たな風／変わる学び舎」2021, 3.17.
- [23] 『四国新聞』「石狩川でチョウザメ捕獲／体長230センチの大物」2004, 5.27.
- [24] 『日刊水産新聞』「チョウザメの迅速な雌雄判別法を確立／近大水産研究所」2012, 4.30.
- [25] 『日刊水産新聞』「『チョウザメ産業を育成』大井川茨城県知事業界関係者と懇談, 意欲」2017, 12.19.
- [26] 水産庁栽培養殖課「第7次栽培漁業基本方針の概要」2015.
- [27] 寺田屋商店「新たなブランド展開」2012.

研究ノート

東海第二発電所再稼働に対する市町村の態度に関する実証的研究 ～あるいは、1本の論文が完成するまで～

砂 金 祐 年*

An Empirical Analysis of the Responses by Municipalities
to the Resumption of the Tokai No. 2 Nuclear Power Plant

はじめに

本稿は2020年度常磐大学課題研究「東海第二発電所再稼働に対する茨城県44市町村の態度に関する実証的研究」に関する課題研究助成報告である。

本課題研究の成果はすでに日本行政学会編『年報行政研究』第56号に掲載されている。本稿は研究成果のまとめではなく、課題研究の申請から学会誌掲載までの経緯をその間の紆余曲折も含めて記述してみたい。筆者の思考の過程や試行錯誤をできるだけ再現するため、通常の論文のような整理された順序ではなく、実際の時系列に近い順序で記述する。例えば大学院生の論文執筆などの参考になれば幸いである¹。

1 課題研究助成の申請まで（2019年8月～2019年12月）

筆者のこれまでの研究

筆者はここ10年ほど茨城県東海村の東海第二発電所（東海第二原発）をはじめとする原子力諸施設をめぐる合意形成構造の研究を行ってきた。

砂金（2011）は、昭和初期に東海村（当時は村松村）に全国初の国立結核療養所「村松晴嵐荘」が作られたことで、それまで何もない寒村だった東海村が発展したこと、戦後に結核の特効薬が開発されて村松晴嵐荘の患者数が減少し、その経済効果に衰退の兆しがみられると、日本初の原子力研究機関である日本原子力研究所（原研）を誘致し、さらに発展したことを論じた。東海村は結核施設と原子力施設という「迷惑施設」にいわば「依

※ 常磐大学総合政策学部総合政策学科 教授

1 本研究の成果の詳細は砂金（2021b）を参照。

存」することで繁栄を手にしてきたのである。

砂金（2019）は、東海村が原研の後も原子力施設を次々と誘致しさらなる繁栄を遂げたこと、誘致の主体となったのは歴代東海村長や村議会議員たちであり、村民や周辺自治体は合意形成にほとんど関与せずに恩恵を享受する「閉じた」合意形成構造だったこと、2011年の福島第一原発事故を機に、村民の原子力に対する意識が多様化し、また周辺自治体の原発に対する認識が高まったことで、東海村の原子力、とりわけ東海第二原発の再稼働をめぐる合意形成構造が「開かれた」ものになり複雑化しつつあることを論じた。

ふたつの謎〜リサーチ・クエスチョン

これらの研究を通じて筆者はふたつの「謎」に突き当たることになった。

原発再稼働はNIMBYなのか？：NIMBY（Not In My BackYard：わが家の裏庭にはお断り）とは、迷惑施設をめぐる紛争についてのモデルである。ゴミ処理場や火葬場などは地域社会に不可欠のメリットをもたらす一方、悪臭や事故のリスクといったデメリットもある。よって人々は「どこかには作ってほしい。でも自分の家の近くには作ってほしくない」と考えるだろう。こうした迷惑施設をめぐる「押し付け合い」がNIMBY問題であり、政治学や経済学、社会学など様々な分野で研究されてきた。原発はNIMBYの典型とされてきた。しかし原発再稼働をめぐる紛争を見ると、NIMBYが想定するような「立地地域が反対し、周辺地域が賛成する」ではなく、むしろ「立地地域が賛成し、周辺地域が反対する」傾向にあるように見える。従来のNIMBYモデルでは原発再稼働問題を理解できないのである。

原発再稼働をめぐる合意形成が遅れているのはなぜか？：東日本大震災によって東海第二原発が停止したのが2011年3月。以来8年²が経過しているにもかかわらず再稼働するか廃炉にするのかの決定はなされていない。全国の他の原発の多くも同様である。なぜ原発再稼働をめぐる決定はこんなにも遅れているのだろうか。

最初の仮説

これらの「謎」について筆者が当初考えていた仮説は以下のとおりである。

2 本課題研究を申請した2019年12月時点。なお本稿執筆時の2021年10月現在も再稼働の是非をめぐる決定のめどは立っていない。

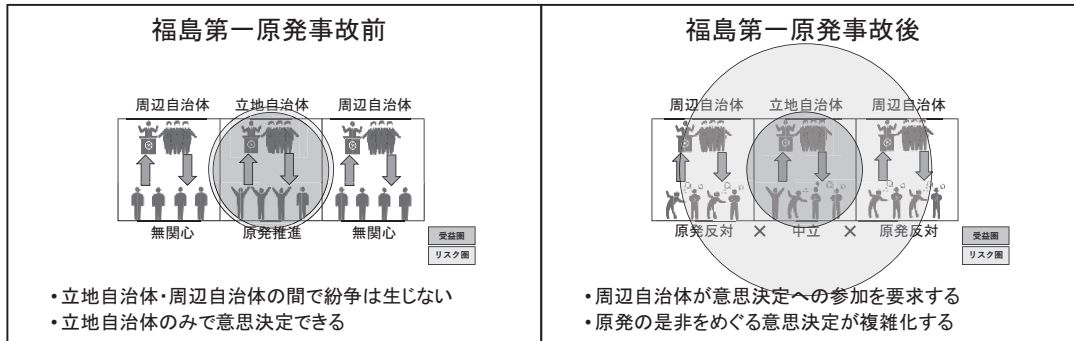


図1 最初の仮説の概念図（課題研究申請書より）

原子力施設を中心に「受益圏」と「リスク圏」を設定する。福島第一原発事故以前、受益圏とリスク圏はいずれも立地自治体（東海村）に限定して認識されていた。また日常的な受益に対し、リスクについてはほとんど意識されない。結果として立地自治体の住民は原子力の受益を重視し、その代理人たる行政および議会は原子力推進を選択する。周辺自治体は無関心である（図1左）。だが福島第一原発事故後はリスク圏が立地自治体を超えて認識されるようになった。その結果、立地自治体内は利益（受益）とリスク（受害）をめぐって意見が多様化する。行政や議会は特定の立場のみに加担することが難しくなり、全体としては中立を選択するだろう。周辺自治体の住民は利益がない一方でリスクを認識するようになり、原発再稼働には反対する。また住民の代理人である行政や議会はそうした住民の要望に沿って再稼働に反対する行動をとるようになるだろう（図1右）。ということは従来のNIMBYモデルが想定する「多数の受益者と少数の被害者の間の紛争」とは逆の「多数の被害者と少数の受益者の間の紛争」という状況が生じる。つまり「原発が立地している自治体は再稼働に対して反対しないが、周辺の自治体は反対する」という構造があるのではないかと。言い換えれば原発再稼働に賛成か反対かは「原発からの距離」によって決まるのではないだろうか。

原発からの距離と再稼働反対の関係

筆者の次のアイディアは「原発再稼働に反対」と「原発からの距離」の関係をグラフで表すことができるのではないかと、ということだった。さしあたり4つのモデルを考えてみる。

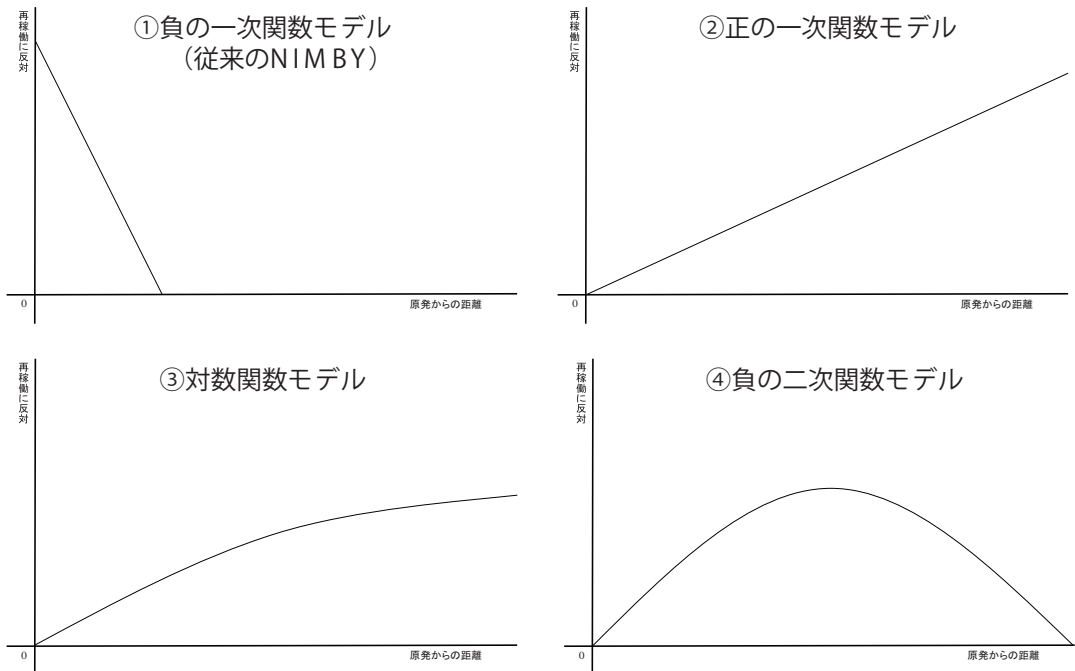


図2 原発からの距離と再稼働反対の関係についての4つのモデル

①負の一次関数モデル：従来の NIMBY が想定するモデルである。迷惑施設（原発）に近い地域ほど反対が多く、原発からの距離が離れるにつれて反対が減少する。

②正の一次関数モデル：①とは逆に原発に近い地域ほど反対が少なく、原発から離れるにつれて反対が増加する。

③対数関数モデル：②と同様に原発に近い地域ほど反対が少なく、原発から離れるにつれ反対が増加していくが、ある程度離れてからは変化しなくなる。

④負の二次関数モデル：②③と同様に原発に近い地域ほど反対が少なく、原発から離れるにつれ反対が増加していくが、ある点を境に反対は減少に転じる。

グラフで表すことができるということは数式で表すことができるということ。つまり計量研究で検証が可能だということである。

「原発再稼働に反対」をどう把握するか

難しいのは「原発再稼働に反対」をどう数値化するかだ。最も単純なのは住民に対して質問紙調査をすることだろう。だが質問紙調査でわかるのは個々の意見とその分布傾向であり、自治体の総意というわけではない。首長や市町村議員に対する質問紙調査も同様で

ある。個人単位ではなく市町村単位の態度を把握できるデータはないだろうか。

筆者のこれまでの研究過程で新聞記事などの情報を収集していると、「〇〇市議会で再稼働反対の意見書を可決」「□□市議会は否決」のような記事を複数目にした。意見書はその市町村議会議員の過半数の賛成によって可決され、あるいは過半数の反対によって否決される。ということは「東海第二原発再稼働反対の意見書の可決状況」を収集すれば、その市町村議会が原発再稼働に反対か否かを変数化できるはずである。これなら一応「その市町村の態度」と見なすことができると思われる³。

茨城県 44 市町村のほとんどはインターネット上で市町村議会の会議録や『議会だより』を公開しているので、それらを閲覧して意見書の可決状況を調べた。会議録の一部または全部をネット上で公開していない市町村は議会事務局まで出向いて会議録の原本を閲覧した。意見書を可決していたら意見書の原文を入手した。こちらもネットで公開されていない場合はメールや電話で請求するか、出向いて直接入手した。

課題研究の申請と学会報告の申し込み

研究がこの段階で、2020 年度常磐大学課題研究の申請書を作成し、2019 年 12 月に提出した。2020 年 1 月には日本行政学会に 5 月の学会でのポスターセッション報告「原発再稼働は NIMBY か？ー市町村議会意見書の分析を通じてー」の申請書を提出した。1 月末に学会報告が、3 月には課題研究が採択され、研究費と研究成果の発表の場が確保された。

2 学会報告まで（～2020 年 5 月）

意見書の構造と数値化

茨城県内の 44 市町村議会を対象に、表題に「東海第二原発」を含む意見書の可決状況を調べた結果、福島第一原発事故が発生した 2011 年 3 月から 2019 年 12 月までの間に 34 議会がのべ 53 の東海第二原発に関する意見書を可決していた。

ところで、東海第二原発に関する意見書といっても、再稼働に明快に反対しているものもあれば、再稼働や廃炉に何らかの条件を付すことを求めるもの⁴もあるなど、その内容は多様である。そこでやや主観的ではあるが、この時点では「（無条件の）廃炉を求める」

3 ただし厳密にはあくまで議会の意思（機関意思）の決定であり、自治体の意思（団体意思）の決定ではない。

4 「再稼働には周辺住民の合意を求める」や「廃炉には地元経済への配慮を求める」など。

「再稼働を認めない」「運転延長を認めない」主旨とみなせる意見書が可決された場合は1、それ以外の意見書を可決したり、東海第二原発に関する意見書を可決していない場合は0とする二値ダミー変数を作成した。これを従属変数とする。

予備分析結果を踏まえた分析対象の拡張

独立変数「原発からの距離」は各市町村役場と東海第二原発の直線距離を用いることとした。これで仮ではあるが独立変数と従属変数が定まった。

従属変数（仮）：東海第二原発に関する意見書の可決状況（0 か 1）

独立変数（仮）：各市町村役場と東海第二原発の直線距離

ふたつの変数が定まったので、2変数の関連に対して最も当てはまりのよい関数が図1の①～④のどれかを推定するため、SPSSの機能のひとつである曲線推定を行った。その結果③の対数関数モデルが最も当てはまりがよかった。

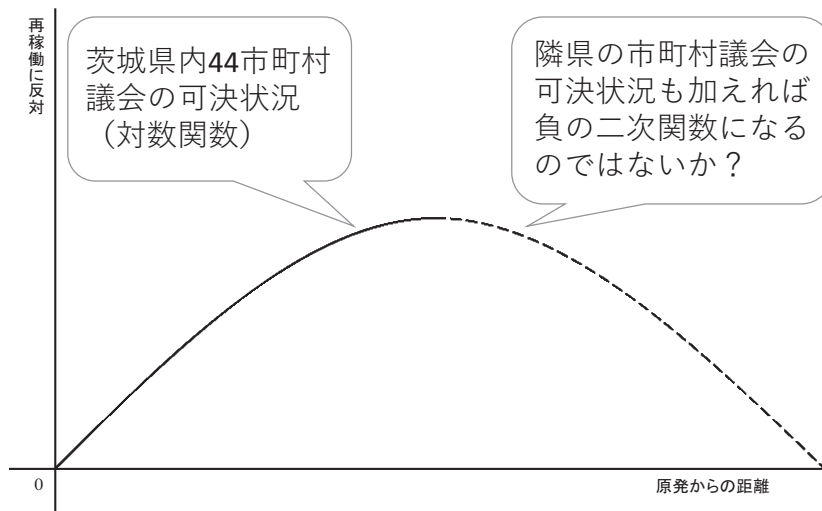


図3 対数関数ではなく負の二次関数なのではないか？

だがこの結果には疑問が残る。「原発から離れるにつれ反対が増えていくが、ある程度離れると一定を維持する」のであれば、それこそ北海道や沖縄県の市町村議会は東海第二原発に関する意見書を可決する傾向にあることになってしまう。それは明らかにおかしい。おそらく東海第二原発からあまりにも離れた市町村は、東海第二原発への関心そのものが薄れ、東海第二原発に関する意見書を可決しなくなると思われる。

ではなぜ対数関数モデルが最も当てはまりがよい結果となったのだろうか。それは分析対象を東海第二原発のある茨城県内の44市町村に限定したため、本来の二次関数の途中、頂点付近までのデータのみで分析したからであると推測される（図3の実線部分）。これを打開するためには、茨城県外の市区町村における東海第二原発に関する意見書の可決状況（図3の点線部分）も含めて分析する必要があるだろう。

検討の結果、茨城県に隣接する県のうち、福島第一原発事故の影響が大きいと考えられる福島県を除いた栃木県、埼玉県、千葉県の上記142市町村を分析対象に加えることとした。

再び予備分析

茨城県、栃木県、埼玉県、千葉県の186市町村における東海第二原発をめぐる意見書の可決状況を地図上に示したのが図4である。

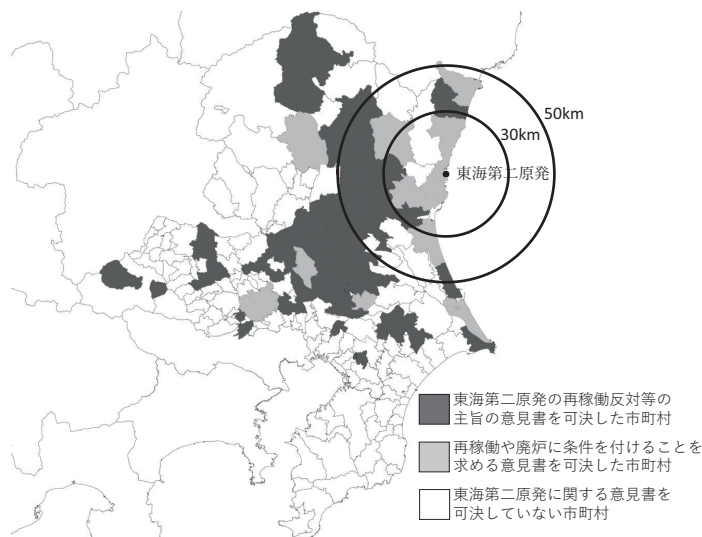


図4 東海第二原発に関する意見書の可決状況（砂金 2021b より）

濃い灰色は議会が再稼働に反対する主旨を盛り込んだ意見書を可決した市町村、薄い灰色は議会が再稼働に条件を付けることを求める主旨の意見書を可決した市町村である。半径30km圏内の市町村議会は再稼働に条件を付けることを求める意見書を可決するか、あるいは意見書を可決していない。半径50kmの円周から±20kmほどの範囲の市町村議会は再稼働に反対する意見書を可決する傾向にある。そしてそこから離れた地域の市町村議会は再稼働に反対する意見書（や意見書の可決を求める陳情・請願）が上程されても

否決されるか、そもそも上程されていない。

3 県のデータも加えて再び曲線推定を行った結果、今度は④負の二次関数モデルが最も当てはまりがよかった。ではなぜ原発再稼働への態度は負の二次関数を描くのか。それを論理的に説明する仮説を構築する必要がある。

先行研究の整理

話はやや前後するが、上述のようなデータ収集と並行して NIMBY に関する先行研究の整理とそれに基づくモデル構築を行った。

「原発再稼働は NIMBY なのか？」を検討するためには、そもそも NIMBY とは何かを明確に定義する必要がある。「NIMBY」をキーワードに文献を探し、そこに引用されている文献を、さらにその引用文献を、という感じで芋づる式に収集した。それらから共通する要素を抜き出すと、NIMBY 問題とは①迷惑施設の受苦は一部に集中する一方、受益は広範囲に薄く配分される、②受苦と受益の非対称により、立地場所をめぐる紛争が発生し、公益が達成されにくくなる、というふたつに整理できる。つまり「迷惑施設がどこかに必要だが、うちにはいらない」という 2 つの立場のジレンマだと捉えられてきたと言えるだろう。

ところで文献を読み進めるうちに、迷惑施設をめぐる立場には従来の NIMBY モデルが想定するもの以外もあることがはっきりしてきた⁵。

経済的利益：迷惑施設の建設にあたって補償金が支払われたり、迷惑施設が地域経済を潤したりする場合がある（東海村における結核療養所や原子力諸施設がまさにこれである）。こうした地域では「うちに必要」という立場があり得るだろう。

NIABY (Not In Any BackYard：だれの裏庭にもお断り)：原発や軍事基地などはその社会的必要性そのものに反対する立場もある。つまり「どこにもいらない」という立場もある。

「うちに必要」「うちにはいらない」「どこかに必要」「どこにもいらない」という 4 つの立場を統一的に整理することはできないだろうか。軸のひとつは迷惑施設のもたらす影響の質が「受益」か「受苦」かでよいだろう。もうひとつの軸は迷惑施設の影響の範囲であると言えそうだ。当初は「狭い」「広い」としてみたが、これでは本研究で検討する迷

5 正確には「それまでもなんとなく考えていながら言葉にできなかったものが、先行研究やデータを読み込むにつれ具体的なイメージが固まってきた」という表現の方が近い。

惑施設からの距離と区別しづらくなってしまう⁶。検討の結果、影響の範囲が「限定的」か「非限定的」か、と表現することにした。これら2つをタテ軸・ヨコ軸として設定すると表1のように整理できる。従来のNIMBYは表中の灰色の部分である「限定的な受苦」と「非限定的な受益」という立場のジレンマを扱ってきた。だがこれに「限定的な受益」と「非限定的な受苦」を加えた4つの立場のせめぎ合いが迷惑施設をめぐる紛争を形作るのだ。

表1 迷惑施設をめぐるアクターの4つの立場（砂金 2021b より）

		影響の範囲	
		限定的	非限定的
影響の質	受益	経済的利益 (うちに必要)	公益 (どこかに必要)
	受苦	事故のリスク・環境負荷 (うちにはいらない)	N I A B Y (どこにもいらない)

以上は迷惑施設の一般論だが、原発再稼働の特殊性も考えなければならない。既にある施設の存続をめぐる問題である：再稼働問題は新たな迷惑施設の立地ではなく、すでにある施設の存続をめぐる問題である。原発のもたらす経済的利益が将来の期待ではなく既に存在しているため、「うちに必要」と考える人たちがいるはずである。福島第一原発事故の影響：福島第一原発事故は原発立地地域に留まらず広範囲に深刻な被害をもたらした。そのため「うちにはいらない」「どこにもいらない」と考える人が増加したと推測される。

理論仮説の構築

原発再稼働の2つの特殊性を踏まえると、各地域における迷惑施設をめぐる4つの立場の構成比率は「原発からの距離」によってどう異なると考えられるだろうか。原発からの距離に応じて「中心」「周辺」「外部」の3つに分けて考えてみる。

中心の態度【再稼働に反対しない】：中心は原発がもたらす経済的利益が既に存在する一方、事故が発生した場合のリスクが最も高い地域でもあることから「うちには必要」と「うちにはいらない」という立場が混在する。また公益の観点から「どこかに必要」を主張する

6 これら4つの立場は、個人単位では迷惑施設からの距離にかかわらずどの地域にも存在するだろう。だが後述のように、集合単位では距離に応じてその構成比率が異なるのではないかと、というのが本研究の眼目である。

立場や、福島第一原発事故の惨状を見て「どこにもいらない」を主張する立場も存在する。このように様々な立場が交錯するため、地域全体として再稼働に対する明確な賛成・反対を決定することが困難であるか、折衷的な態度をとることになるだろう。

周辺の態度【再稼働に反対する】：周辺は経済的な利益がほとんどない一方、福島第一原発事故によりリスクの範囲内であるという認識が高まった。そのため地域全体としては「うちにはいらない」「どこにもいらない」という立場が強くなり、再稼働反対の態度をとるだろう。

外部の態度【再稼働に反対しない】：外部は経済的利益と事故のリスクいずれの範囲からも外れている。「どこかに必要」「どこにもいらない」と主張する人々もいるかもしれないが、多くの人々は原発問題に無関心である。そのため地域全体として再稼働に明確に反対する態度をとることはないだろう。



図5 原発再稼働に対する反対の三環構造（砂金 2021b より）

これらを図で示すと図5のような三環構造（あるいはドーナツ状）になる。意味することは図3の負の放物線と同じである。これで本研究の理論仮説がはっきりした。

理論仮説：原発の周辺地域は再稼働に反対し、中心と外部の地域は反対しない

この理論仮説は図4の東海第二原発再稼働に反対する意見書の可決状況とも整合的なように思われる。それを計量分析で検証できれば一本の論文として成立するだろう。

独立変数群の設定

この研究の独立変数は「原発からの距離」である（以下「距離要因」と呼ぶ）。検証したいのは直線（一次関数）的な分布ではなく図3のような負の放物線（二次関数）的な分布だ。これをどうすれば変数化できるだろうか。検討の末、やや強引ではあるが図4のように反対の意見書の可決が東海第二原発から概ね半径 50km 円± 20km の地帯の市

町村に分布していることに着目し、距離要因を次のように設定した。東海第二原発から市町村役場までの直線距離を求めてそこから50を引き、その値を二乗する。つまり東海第二原発から50km地点を頂点とした負の二次関数となる。これを仮に「相対距離50²」とする。

距離要因の妥当性を検証するためには、他の要因の影響を統制してもなお距離要因の影響が有意に強いことを示さなければならない。そこでNIMBYに関する先行研究や自治体政策の先行研究を参考として政治要因と社会経済要因も独立変数に加えることとした。

距離要因（仮）：相対距離50²（東海第二原発から市町村役場までの距離－50）²

政治要因（仮）：革新政党議席率、公明党議席率、首長が反対

社会経済要因（仮）：人口（対数）、幼年人口比、女性人口比、第一次産業比

イベントヒストリー分析の実施

ここで新たな課題が浮かび上がる。「時間」だ。再稼働賛成の立場の首長が落選して反対の立場の首長が誕生することもあればその逆もある。市町村議会は4年に一度の選挙で会派構成が変わることもある。社会経済的な変数も変動する。そうした変化の過程のどのタイミングで東海第二原発に関する意見書が可決されたのか、あるいはされなかったのかを考慮せず、ある年（例えば2019年）時点のデータのみで分析を行うことははたして正当と言えるのだろうか。そこで時間を考慮したイベントヒストリー分析、その中でもデータが年単位の離散データであるため離散時間ロジットモデルを用いることとした。

分析の結果、距離要因は全独立変数の中で最も係数が高くかつ0.1%水準で有意だった。これで本研究の仮説が一応検証されたことになる⁷。

様々な助言を得る

これらの結果を学会報告に向けて約2万字のペーパーと21枚のパワーポイントファイルにまとめた。そして何人かの大学教員や研究者に原稿を送って助言を求め、疑問点や修正すべき点などを具体的に指摘してもらった。

こうした助言や指摘を踏まえて加筆修正を繰り返し、完成したペーパーとパワーポイン

7 このように書くと分析手法が決まり、データが揃えばあとは自動的に結果が算出されるように思えるかもしれないが、実際はまったく違う。変数化の仕方や変数の投入方法、分析手法の見直しなどトライ＆エラーを繰り返しては結果を見比べる作業が続く。計量研究はデータや分析手法にミスがあれば分析結果そのものの信憑性が失われてしまうため細心の注意が必要である。

トを5月半ばに日本行政学会へ提出した。

3 論文提出まで（～2020年9月）

学会報告へのコメント

5月23日・24日に開催された日本行政学会2020年度大会は新型コロナウイルスの影響でオンライン開催となった。筆者が参加するポスターセッションも、学会サイトにペーパーとパワーポイントファイルをアップする形式で行われた。

ありがたいことに何人かから好意的なコメントを頂戴し、また加筆修正すべき点についても示唆をいただくことができた。このことは研究を進めるうえで大きな自信になった。そして日本行政学会の学会誌『年報行政研究』に公募論文として投稿することを次の目標に置いた。

ペーパーのリライト

『年報行政研究』の投稿規定は図表込みで2万4000字である。いただいたコメントなども踏まえてペーパーをリライトしなければならない。修正箇所は多岐に及ぶが、大きなものは次の2点である。

独立変数の追加

イベントヒストリー分析を使っているにもかかわらず時間で変化する要素が独立変数にあまり入っていないため「選挙年」を、また自治体の財政状況の影響を分析に含めるため「財政力指数」を、それぞれ独立変数に追加した。

政治要因（仮）：革新政党議席率、公明党議席率、首長が反対、選挙年

社会経済要因（仮）：人口（対数）、幼年人口比、女性人口比、第一次産業比、財政力指数

意見書の計量テキスト分析

学会報告の段階では、「（東海第二原発）の廃炉を求める」「再稼働を認めない」「運転延長を認めない」主旨の意見書が可決された場合は1、再稼働に条件を付ける意見書を可決するか東海第二原発に関する意見書を可決していない場合は0とする二値ダミー変数を作成して従属変数とした。だが筆者の主観を排除できていないのが課題であった。

そこで計量テキスト分析（テキストマイニング）を用いて意見書を類型化し、変数化することにした。いろいろな分析法を試行錯誤した末、出現パターンが似通った語同士を線でつないで図示する共起ネットワークを採用した。東海第二原発に関する意見書の主旨は8つのグループに分類された（図6）。これらのうち「廃炉（を求める）」「再稼働・認めない」「運転・開始・期間・越える・延長（に反対）」の語が含まれるグループは東海第二原発に無条件に反対する内容であると見なすことができる。これらを元にコーディングルールを作成し、該当する意見書を抽出した。この3つの意見書の可決状況を本研究の最終的な従属変数とした。

従属変数③：「東海第二原発の運転延長に反対する意見書」の可決状況（0か1）

新たにふたつの変数を加えた独立変数群と、計量テキスト分析から得た3つの従属変

数によるイベントヒストリー分析を行ったところ、仮説と整合的な分析結果を得ることができた。

学会報告のペーパーをベースに、新たな分析結果を踏まえて公募論文を執筆し、9月初めに日本行政学会に提出した。

4 掲載決定まで（～2020年12月）

一次査読結果

11月上旬に受け取った査読結果では、査読者3名中1名が「ごく部分的な訂正がなされることを条件に掲載を可」、2名が「必要な訂正、加筆がすべてなされることを条件に掲載を可」だった。概ね評価していただけたが、疑問点や不十分な点についての指摘もいただいた。これらに適切に回答し、不十分な部分については追加のデータ収集や再分析をしなければならない。特に下記の3点について大幅な加筆修正を行った。

意見書の可決状況による差はないのか？

第一に「意見書を頻繁に出す政治文化を持つ議会と、そうでない議会との間に差はないのか」という点である。差がないことを（差があったとしても距離要因の方が影響力が強いことを）検証するには、186市町村議会の年ごとの（東海第二原発関係以外も含む）全意見書可決数のデータを9年分入手し独立変数に追加する必要がある。これはネットだけでは収集できず一人で行うには時間が足りない。そこでアルバイトを雇ってデータ収集に協力してもらった⁸。結果、意見書可決数を分析に含んでもやはり距離要因の影響力が有意に最も高いことが検証できた。これで政治要因と社会経済要因が確定した。

政治要因：革新政党議席率、公明党議席率、首長が反対、選挙年、意見書可決数

社会経済要因：人口（対数）、幼年人口比、女性人口比、第一次産業比、財政力指数

会派構成による差はないのか？

第二に「再稼働反対に関する意見書を可決するか否かは、各市町村議会の会派構成に規定されている可能性はないか」という点である。そこで東海第二原発に反対する意見書を可決した市町村を20kmごとに分け、全会一致で可決したのか、賛成多数で可決したの

8 この時手伝ってくれた砂金ゼミナールの海野琉太さん、大塚一矢さん、黒澤一希さん、酒井亮輔さん、関口文花さん、吉成直樹さんに感謝します。

かを比較する表を作成した（表2）。その結果、東海第二原発から40～80km付近の市町村議会は、会派構成にかかわらず全会一致で意見書を可決する傾向があることがはっきりした。

表2 距離別の全会一致と賛成多数の状況（砂金 2021b より）

	廃炉を求める			再稼働を認めない			運転延長に反対		
	全会一致	賛成多数	計	全会一致	賛成多数	計	全会一致	賛成多数	計
20km圏内	0	0	0	0	0	0	0	0	0
～40km	1 33.3%	2 66.7%	3 100.0%	0 0.0%	3 100.0%	3 100.0%	2 100.0%	0 0.0%	2 100.0%
～60km	3 60.0%	2 40.0%	5 100.0%	2 66.7%	1 33.3%	3 100.0%	10 83.3%	2 16.7%	12 100.0%
～80km	5 71.4%	2 28.6%	7 100.0%	3 60.0%	2 40.0%	5 100.0%	6 60.0%	4 40.0%	10 100.0%
～100km	6 54.5%	5 45.5%	11 100.0%	2 25.0%	6 75.0%	8 100.0%	3 27.3%	8 72.7%	11 100.0%
100km以上	1 25.0%	3 75.0%	4 100.0%	0 0.0%	4 100.0%	4 100.0%	2 22.2%	7 77.8%	9 100.0%
合計	16 53.3%	14 46.7%	30 100.0%	7 30.4%	16 69.6%	23 100.0%	23 52.3%	21 47.7%	44 100.0%

距離要因の変数化に問題がないか？

第三に「独立変数として相対距離 50^2 を用いることは適切か」という点である。50kmという設定はやや恣意的であるし、そもそもこのような方法で相対距離を変数化した先行研究は存在しないため適切さに疑問が残る。これは本研究の根幹にかかわる問題である。そこでこれまでにいただいた助言や、距離を独立変数にした様々な先行研究などを参考に検討し、以下の3つのモデルで分析することにした。

モデルⅠ 原発からの直線距離および直線距離二乗項：直線距離とその二乗項をどちらも独立変数として投入する方法である。図3のような負の放物線を検証するうえで最も一般的な方法だが、直線距離と直線距離二乗項は多重共線性の問題が発生する⁹。

距離要因Ⅰ①：直線距離（東海第二原発から市町村役場までの距離）

距離要因Ⅰ②：直線距離二乗項（直線距離の二乗）

モデルⅡ 原発からの相対距離：最初に提出した論文と同じ方法である。だが「相対距離 50^2 」ひとつではなく、3つの従属変数「廃炉を求める」「再稼働を認めない」「運転延長

9 多重共線性とは、独立変数同士の相関が強いと正しい分析結果が出ない場合があるという問題である。直線距離とその二乗項は相関が非常に強いので、たとえ分析結果が仮説と整合的だとしても説得力に疑問が生じる。

に反対」ごとに相対距離を算出し¹⁰、それぞれ分けて分析することにした。

距離要因Ⅱ①：相対距離 32.7²（「東海第二原発の廃炉を求める意見書」に適用）

距離要因Ⅱ②：相対距離 42.8²（「東海第二原発の再稼働を認めない意見書」に適用）

距離要因Ⅱ③：相対距離 62.2²（「東海第二原発の運転延長に反対する意見書」に適用）

モデルⅢ 距離カテゴリー：東海第二原発から 20km ごとの距離カテゴリーの名義ダミー変数を設定した。

距離要因Ⅲ①：距離カテゴリー 0 ～ 20km（0 か 1）

距離要因Ⅲ②：距離カテゴリー 20 ～ 40km（0 か 1）

距離要因Ⅲ③：距離カテゴリー 40 ～ 60km（0 か 1）

距離要因Ⅲ④：距離カテゴリー 60 ～ 80km（0 か 1）

距離要因Ⅲ⑤：距離カテゴリー 80 ～ 100km（0 か 1）

距離要因Ⅲ⑥：距離カテゴリー 100km 以上（0 か 1）¹¹

それぞれのモデルには弱点もあるが、3つ全ての分析結果が一致すれば、「原発の周辺地域は再稼働に反対し、中心と外部の地域は反対しない」という本研究の理論仮説の蓋然性（確からしさ）は高まるだろう。

3つのモデルの分析結果はいずれもほぼ仮説通りだった。また最初に提出した論文の分析結果よりもモデル適合性が高く、説得力を高めることができた。

論文の再提出と掲載決定

12月中旬、修正した原稿と3名の査読者への返答を日本行政学会へ提出した。2021年1月中旬に再査読の結果が来る。査読者3名いずれも「掲載可」だった。その後、微修正のうえ500字の要約と200語の英文要約などを付けて1月末に最終提出。5月31日発行の日本行政学会編『年報行政研究』第56号に公募論文として掲載された。

5 おわりに～研究の広がり

本研究は筆者にとってゴールではない。本研究がこれまでの研究の延長線上にあったのと同様、本研究自体も次の研究の契機となった。

10 放物線の頂点を探るため、直線距離と直線距離二乗項を独立変数とし、「廃炉を求める」「再稼働を認めない」「運転延長に反対」を従属変数とする3つの回帰分析の係数を基に算出した。

11 100km 以上はリファレンス・カテゴリーとして分析から除外した。

原発再稼働に対する「多様な賛成」と「多様な反対」

筆者はこれまでの研究を通じ、原発再稼働をめぐる意見は「明確な賛成」と「明確な反対」の2択ではないのではないかという思いが強くなっていた。そこで日本行政学会で報告した直後の2020年5月に、「東海第二発電所の再稼働は関東地方の市町村議会ですとう議論されているのか？」というテーマで茨城県東海村の「地域社会と原子力に関する社会科学研究支援事業」に研究提案書を送り、採択された。

この研究では、茨城県および隣県3県の186市町村議会で行われた東海第二原発に関する陳情・請願の採択、意見書・決議の可決に先立つ討論を計量テキスト分析し、「多様な賛成」と「多様な反対」のあり様を探った。また3400人を対象とする住民WEBアンケートを実施し、原発再稼働に対する意見分布を調査した。この成果は2021年2月に東海村で開催された「TOKAI原子力サイエンスフォーラム」で報告したほか、最終報告書がネット上に公開されている（砂金2021a）。

住民の意見分布と意見書の可決状況は一致するのか

本稿で論じた研究では「原発の周辺地域は再稼働に反対し、中心と外部の地域は反対しない」という仮説を、市町村議会における東海第二原発に関する意見書の可決状況によって検証した。だが市町村議員たちが原発再稼働に反対する意見書を可決した（しなかった）背後には有権者の意思が存在するはずである。原発再稼働に対する住民の意見の分布と、居住する市町村議会の意見書の可決状況は一致するのだろうか。筆者は本稿で論じた意見書の可決状況と、東海村からの研究助成によって実施した住民WEBアンケートの結果を合わせて分析することで考察し、結果を2021年6月に開催された日本地域政策学会で「地方議員は住民のエージェントなのか？ー市町村議会の意見書、および住民WEBアンケートによる検証ー」と題して報告した。現在はこの結果を論文にまとめている最中である。

引用文献

- ・砂金祐年（2011）「茨城県村松村における結核療養所の受容と地域振興～「原子力の村」東海村の原点～」常磐大学コミュニティ振興学部『コミュニティ振興研究』13、1-24
- ・砂金祐年（2019）「茨城県東海村の原子力諸施設をめぐる合意形成構造の変容」常磐大

学総合政策学部『常磐総合政策研究』4、27－51

- ・砂金祐年（2021a）『東海第二発電所の再稼働は関東地方の市町村議会でどう議論されているのか？～論点の多様性と市民意識との比較～（令和2年度地域と原子力に関する社会科学研究支援事業最終報告書）』茨城県東海村 <https://www.vill.tokai.ibaraki.jp/material/files/group/18/saisyu-houkoku.pdf>
- ・砂金祐年（2021b）「原発再稼働に対する市町村議会の態度－東海第二原発をめぐる意見書の計量分析を通じて－」日本行政学会『年報行政研究』56、123－144

研究ノート

民法 750 条の憲法適合性 (第二次夫婦同氏訴訟最高裁大法廷決定 R3.6.23)

橋 爪 英 輔*

Constitutionality of Article 750 of the Civil Code in Japan :
Commentary on the jurisprudence of Supreme Court, July 23th, 2021.

I はじめに

平成 20 年の国籍法違憲判決¹以降、最高裁判所は婚外子法定相続分差別規定の違憲決定²、再婚禁止期間の違憲判決³を下し、家族関係と法の下での平等が関わる事件で積極的な判断を行ってきたが、他方で再婚禁止期間違憲判決と同日に、夫婦同氏原則を定める民法 750 条について合憲判決を下した⁴。

民法 739 条 1 項は「婚姻は、戸籍法（昭和二十二年法律第二百二十四号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる」と届出婚主義を定めており、さらに、民法 750 条は「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と夫婦同氏を定める。739 条 1 項を受けた戸籍法 74 条 1 号が婚姻届への必要記載事項として「夫婦が称する氏」を定めている。つまり、法律婚を行うと、一方配偶者に対する強制的な改氏が生じることになる。第一次訴訟の原告はこの記載事項が婚姻の実質的要件となっている点を主張している。なお、配偶者の死亡・失踪宣告による婚姻関係の解消の場合とは異なり、離婚によって婚姻関係が解消された場合は、戸籍法 77 条の 2 の届出がない限り、復氏が生ずる（民法 767 条および 771 条）。

この夫婦同氏原則の第一次訴訟において合憲判決が出た後に第二次訴訟が提起され、その特別抗告審が最高裁の大法廷に回付されたものの、令和 3 年 6 月 23 日に下された決定は民法 750 条を合憲とするものであった。本稿では、この 2 つの判決・決定をもとに、

* 常磐大学総合政策学部 法律行政学科 助教

1 最大判平成 20 年 6 月 4 日集民 228 号 101 頁。

2 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 巻 6 号 1320 頁。

3 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2427 頁。

4 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁。

夫婦同氏訴訟にみられる憲法上の問題を分析するものである。

II 第一次訴訟

(1) 第一次訴訟の概要

第一次訴訟⁵は原告らが、夫婦同氏原則を定める民法 750 条が明白に憲法 13 条、憲法 24 条 1 項ならびに 2 項、および女性差別撤廃条約に違反しているにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって選択的夫婦別氏制度の導入を怠った立法不作為を理由として提起した国家賠償請求訴訟である。第一審の東京地裁判決⁶、控訴審の東京高裁判決⁷ともに同条が合憲であるとして請求を棄却した。法の下での平等を保障する憲法 14 条 1 項違反の主張は上告理由によって追加されている。もっとも、民法 750 条における平等の問題についても、第一審の段階で家族関係における平等を定める憲法 24 条 2 項違反の主張によって展開されている。

原告の主張の大要は、憲法 13 条より「氏の変更を強制されない自由」は人格権の一内容を構成するものであり、婚姻の実質的要件と化した夫婦同氏原則は、憲法 24 条の「婚姻の自由」と、前者の自由のいずれかの放棄を迫るものとして、両者の権利を制限しており、その制限の正当化は厳格審査基準によって正当化されるべきところ、そのような正当化がなされておらず違憲というものである。

(2) 第一次訴訟最高裁判決の法廷意見

① 憲法 13 条違反について

憲法 13 条後段は幸福追求権とプライバシー等の新しい権利や民事上保護される人格権の根拠となっている。原告はこの規定から、「氏の変更を強制されない自由」を導出し、民法 750 条がかような自由を侵害していると主張した。

これに対して法廷意見は先例⁸に従い、氏名が「個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成するもの」と評価しつつも、

5 第一次訴訟に関する評釈は非常に数が多い。本稿であげたもの以外については、拙稿「国際人権法主要国内判例書誌情報(5)」国際人権 29 号(2018 年) 121-123 頁で集約している。

6 東京地判平成 25 年 5 月 29 日民集 69 卷 8 号 2708 頁。

7 東京高判平成 26 年 3 月 28 日民集 69 卷 8 号 2741 頁。

8 最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁。

法制度における「氏」自体の性質については、「婚姻及び家族に関する法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、氏に関する上記人格権の内容も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまって初めて具体的に捉えられるもの」としている。そして、民法の関連規定を通覧し、「社会の構成要素である家族の呼称としての意義」を認めたとうえで、「個人の呼称の一部である氏をその個人の属する集団を想起させるものとして一つに定めることにも合理性がある」とした。そして、「氏が、親子関係など一定の身分関係を反映し、婚姻を含めた身分関係の変動に伴って改められることがあり得ることは、その性質上予定されている」としており、婚姻という身分関係の変動は自己の意思に基づくために、公権力による強制や制限に該当しないとみていることが窺える。もっとも、改氏により生じるアイデンティティの喪失感や従前の氏の使用により形成されてきた同一性識別機能の阻害等の不利益の存在を否定こそしていないが、こうした利益等は立法に際して考慮すべき人格的利益としたうえで、憲法 24 条が認める立法裁量の範囲の問題において考慮すべき事項としている。

② 憲法 14 条 1 項違反について

憲法 14 条 1 項の法の下での平等につき、法廷意見は「本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦がいずれの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない」とし、96% 超の夫婦が夫の氏を選択しているという事実上の差別が規定に由来するものでないことを述べている。もっとも、自由な選択を超えて、氏の選択の際に社会に存する差別的意識や慣習の影響が存在し、その影響を排除して夫婦間の実質的平等を保たれるようにすることは立法上の考慮事項として、憲法 24 条が認める立法裁量の範囲の問題としている。

③ 憲法 24 条 1 項違反について

憲法 24 条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」と定める。この婚姻の自由を定めた 1 項と民法 750 条との関係については、「婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制

約を定めたものではない」として夫婦同氏原則が婚姻の自由への直接的制約ではないとした。そして、夫婦同氏原則の存在により法律婚を選択しない者に対しての制約については、「ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項である」として、それが事実上の制約であり、立法裁量における考慮事項とすべきとしている。

④ 憲法 24 条 2 項違反について

憲法 24 条 2 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」としているが、法廷意見は「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法二四二条二項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条一項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと位置づけている。その考慮事項として、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるもの」としており、すでにあげた憲法各条の違反の検討で指摘された、婚姻の際に生じる事実上の制約や不利益はこの内に含まれるものである。

しかしながら、立法者側の考慮事項については、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべき」としており、「特に、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきもの」としている。こうした立法裁量の限界を指摘したうえで、次に民法 750 条の憲法適合性を論証している。

概要を示すと、(ア)夫婦同氏制は旧民法施行の明治 31 年以降我が国の社会に定着し、現

行民法下でも社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えられる家族の呼称を一つに定めることには合理性が認められ、夫婦が同一の氏を称することは家族の一員であることを「対外的に公示し、識別する機能」を有しており、夫婦間の子についてもその嫡出子であることを示す仕組みでもあり、一定の意義が認められる。また、夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではなく、夫婦がいずれの氏を称するかは、夫婦となろうとする者の間の協議による自由な選択に委ねられている。(イ)改氏によるアイデンティティの喪失感や、社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することへの不利益は否定できないが、「夫婦同氏制は、婚姻前の氏を通称として使用することまで許さないというものではなく、近時、婚姻前の氏を通称として使用することが社会的に広まっているところ、上記の不利益は、このような氏を通称使用が広まることにより一定程度は緩和され得るもの」である。このように(ア)において、夫婦同氏制の法制度上の意義や利益をあげつつ、(イ)において、改氏によって生ずる不利益が通称としての旧氏使用の普及により一定程度緩和されるとして、規定の合理性を認め、憲法適合性を認定した。

なお、選択的夫婦別氏制の導入等も含め、「夫婦同氏制の採用については、嫡出子の仕組みなどの婚姻制度や氏の在り方に対する社会の受け止め方に依拠するところが少なくなく、この点の状況に関する判断を含め、この種の制度の在り方は、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべき」とした。

(3) 第一次訴訟最高裁判決の個別意見

本判決には寺田逸郎裁判官の補足意見の他、岡部喜代子裁判官の意見（櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官が同調）、木内道祥裁判官の意見、山浦善樹裁判官の反対意見が存在する。本訴訟は国家賠償請求訴訟であるため、結論的に岡部意見・木内意見は法廷意見と同じく立法不作為の違法性を否定しているために請求棄却を導くものであるが、これらの意見は山浦反対意見と同じく民法 750 条を憲法違反としている点では、実質的に法廷意見と対立しているとみてよい。それぞれの個別意見の要点をみてみる。

まず、寺田補足意見については、本規定の不合理性の主張が「いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性」の指摘であるとし、「このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある」と指摘している。そして、夫婦および嫡出子を家族関係の基本とする見方が歴史的・社会学的に不合理とは断じ難いとし、複雑化を避け規格化するという

要請の下で形成された氏の仕組みを社会の多数が受容している場合に、その合理性を疑う余地がそれほどあるとは思えないとしている。さらに、寺田補足意見では家族関係の多様化により規格化された仕組みを窮屈に受け止める傾向を肯定しつつも、司法審査の枠組みでそれを肯定する結論を導くことの「難所」を指摘する。要するに、規格化された婚姻制度の柔軟化の相当性の程度は、社会の受け止め方の評価に依り、選択肢を設けないことの不合理性は、「制度全体との整合性や現実的妥当性を考慮した上で選択肢が定まることなしには的確な判断をすることは望めない」のであり、それ故に、そうした合理的か不合理的是かは裁判の枠内で見出すのは困難であり、民主主義的プロセスに委ねるべきというものである。

次に、岡部意見は、まず夫婦同氏原則が、昭和 22 年の民法改正時においても、夫が生計を担い、妻がそれを助けあるいは家事育児を担う態様がなお多いという実際があるなかで、「夫婦が家から独立し各自が独立した法主体として協議してどちらの氏を称するかを決定するという形式的平等を規定した点に意義があり」、その当時では合理性が認められるとしながら、制定後の女性の社会進出の著しい進行からその合理性が徐々に揺らぎ、判決時点で規定の合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超える状態にあるとして、憲法 24 条に違反するものと指摘する。特に、岡部意見では個人の尊厳の基礎である氏の「同一性識別機能」の重要性を指摘し、新しい氏の使用により同一性識別に支障が出ることや、その支障や自己喪失感がほぼ妻について生じているという事実を挙げ、同一の氏の選択が婚姻に不合理な要件を課したもので婚姻の自由を制約し、法廷意見の根拠の一つとなっている通称使用についても、「通称使用は婚姻によって変動した氏では当該個人の同一性の識別に支障があることを示す証左」として合理性肯定の根拠とすることに疑問を投げかける。もっとも、本事件の請求、つまり立法不作為による国家賠償責任の成立については、憲法 24 条違反が「明白であるとはいうことは困難」であり、立法不作為上の違法性を否定した。

木内裁判官意見は、「立法裁量の合理性という場合、単に、夫婦同氏となることに合理性があるということだけでは足りず、夫婦同氏に例外を許さないことに合理性があるといえなければならないことである」という観点から憲法適合性について論じている。特に、身分関係の変動と氏の関係については、離婚時の選択が認められていること、多数意見の指摘する「家族の一体感」という氏の効用に対する疑問等が、「例外を許さないこと」の合理性を肯定し得ないことを指摘する。もっとも、木内意見でも立法不作為についての判

断は法廷意見・岡部意見と同様である。

最後に、山浦裁判官の反対意見は、本規定の憲法 24 条適合性について岡部意見に同調しつつ、立法不作為の違法について、①平成 6 年の法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づく「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」において、「女性にとっての婚姻による改氏が、その職業活動・社会活動に著しい不利益・不都合をもたらしている」という認識があったこと、②それを受けて、平成 8 年に法制審議会が法務大臣に「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申し、選択的夫婦別氏制への改正案が示され、人格的利益や夫婦間の実質的な平等の点において問題がある趣旨の説明が付されていたこと、③判決時点において、例外を許さない夫婦同氏制を採っている国が日本以外にほとんど見当たらないという海外の立法動向と、平成 15 年以降の女子差別撤廃委員会からの懸念の表明や撤廃の要請が続いていることを根拠に、「法制審議会が法務大臣に『民法の一部を改正する法律案要綱』を答申した平成八年以降相当期間を経過した時点においては、本件規定が憲法の規定に違反することが国会にとっても明白になっていた」とし、違法性を肯定した。

Ⅲ 第二次訴訟

(1) 第二次訴訟の概要

第一次訴訟は国家賠償請求訴訟で展開されたが、第二次訴訟は婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して婚姻の届出をした原告らが市長から婚姻届の不受理処分を受けたことを契機として、同市長に上記届出の受理を命ずることを申し立てた家事事件であり（戸籍法 122 条、家事事件手続法別表第一 125 号）⁹、その特別抗告審の決定が令和 3 年 6 月 23 日の最高裁判所大法廷決定である¹⁰。本事件では婚姻届の不受理を問題とするものであり、夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項と定めた戸籍法 74 条 1 号の憲法適合性についても争われている^{11 12}。また、第一次訴訟からの経時的要素として、抗告人は「女性の有業率の上昇、共働き世帯の数の増加その他の社会の変化、選択的夫婦別

9 第二次訴訟について言及しているものとして、第一審（東京地判令和元年 10 月 2 日）について、濱口晶子「民法 750 条の合憲性（第二次選択的夫婦別姓訴訟）」法セ 781 号（2020 年）118 頁、池田晴奈「民法 750 条の夫婦同氏制と憲法上の諸問題」同志社法学 72 巻 4 号（2020 年）347 頁以下。

10 最大決令和 3 年 6 月 23 日裁判所時報 1770 号 3 頁・裁判所 HP。

11 戸籍法については、離婚時の復氏や外国人と婚姻した場合に、民法上の氏に対する戸籍法上の氏が補充的な制度として設けられ、日本人同士との婚姻のみにそれが設けられていないという「法の欠缺」を原告代理人が指摘している（作花知志「再婚禁止期間違憲訴訟と戸籍法上の夫婦別姓訴訟」憲法問題 4 号（2019 年）178 頁）。

12 さらに、第一次訴訟と第二次訴訟の法的構成の差異については、本件代理人の一人である榎原富士子「夫婦別姓訴訟と憲法」憲法問題 4 号（2019 年）187 頁以下が詳しい。

氏制の導入等に関する国民の意識の変化、地方議会における選択的夫婦別氏制の導入を求める意見書等の採択、通称使用の急激な拡大、我が国が批准した『女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約』に基づき設置された女子差別撤廃委員会からの勧告などの事情の変化」を主張し、第一次訴訟最高裁判決が前提とする合理性を支える事情の変化を主張している点に注目すべきである。

しかしながら、最高裁の決定では、15人の裁判官のうち、合憲とする法廷意見と補足意見3名（深山卓也、岡村和美、長嶺安政裁判官）を合わせて11人、意見が1名（三浦守裁判官）、反対意見が3名（宮崎裕子、宇賀克也、草野耕一裁判官）となった。第一次訴訟で女性裁判官すべてが違憲論に与したことに注目が集まったが、第二次訴訟では女性裁判官の1人である岡村和美裁判官が補足意見に参加しており、合憲の立場である。

(2) 第二次訴訟最高裁決定の法廷意見

法廷意見は第一次訴訟の平成27年大法廷判決を踏襲したうえで、「平成27年大法廷判決以降にみられる女性の有業率の上昇、管理職に占める女性の割合の増加その他の社会の変化や、いわゆる選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合の増加その他の国民の意識の変化といった原決定が認定する諸事情等を踏まえても、平成27年大法廷判決の判断を変更すべきものとは認められない」と指摘し、民法750条および戸籍法74条1号の合憲性を認めた。そのうえで、「夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法24条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。本件処分の時点において本件各規定が憲法24条に違反して無効であるといえないことは上記のとおりであって、この種の制度の在り方は、平成27年大法廷判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである」としている。

(3) 第二次訴訟最高裁決定の個別意見

① 深山・岡村・長嶺補足意見

まず、深山・岡村・長嶺裁判官の補足意見の概要は次の通りである。補足意見は民法750条を受けた戸籍法74条1号が必要的記載事項として夫婦が称する氏を記載しなければ婚姻届が不受理となる点で、当該各規定が婚姻の要件となり、「婚姻に制約を加えるもの」としながら、夫婦同氏制が「婚姻の効力すなわち法律婚の制度内容の一つ」であり、

他方で氏名を含む身分事項を戸籍に記載して公証する制度（婚姻においては届出婚主義）を採用した結果として、婚姻の成立段階で夫婦同氏とする要件を課すようになったとし、かような制約を「婚姻の効力から導かれた間接的な制約と評すべきものであって、婚姻をすること自体に直接向けられた制約ではない」とし、抗告人の主張する直接的制約性を否定した。そのうえで、憲法 24 条 1 項によって、「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべき」という婚姻も、「法律婚であって、これは、法制度のパッケージとして構築されるものにほかならない」のであって、「仮に、当事者の双方が共に氏を改めたくないと考え、そのような法律婚制度の内容の一部である夫婦同氏制が意に沿わないことを理由として婚姻をしないことを選択することがあるとしても、これをもって、直ちに憲法 24 条 1 項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない」としている。

とはいえ、合理性の欠く間接的制約の場合には憲法 24 条違反の可能性もある。しかし、この点については平成 27 年大法廷判決を踏襲したうえで、抗告人の主張する事情の変化についても、「一般論として、この種の法制度の合理性に関わる事情の変化いかんによっては、本件各規定が上記立法裁量の範囲を超えて憲法 24 条に違反すると評価されるに至ることもあり得るものと考えられる」としつつ、その合理性についての重要な考慮要素の一つとなる「国民の意識がいかなる状況にあるかということ自体、国民を代表する選挙された議員で構成される国会において評価、判断されることが原則である」とし、国民の意識の変化が客観的に明らかといえる状況にあるとはいえないとした。他方、通称使用の拡大については、「婚姻に伴い氏を改める者が受ける不利益を一定程度緩和する側面が大きいものとみられるとした。

② 三浦意見

三浦守裁判官の意見では法が夫婦同氏の選択肢を設けていないことについて憲法 24 条に違反するとしている。三浦意見では婚姻前の氏の維持に係る利益について、それが人格権の一内容であるとともに、「氏の変更に关わる身分関係の変動が婚姻という自らの意思で選択するものである場合にも、その意思が当然に氏を改めるという意思を伴うものではな」く、「出生時に取得した氏は、名とあいまって、年を経るにつれて、個人を他人から識別し特定する機能を強めるとともに、その個人の人格の象徴としての意義を深めていくものであり、婚姻の際に氏を改めることは、個人の特定、識別の阻害により、その前後を

通じた信用や評価を著しく損なうだけでなく、個人の人格の象徴を喪失する感情をもたらすなど、重大な不利益を生じさせ得ることは明らか」とし、「個人の重要な人格的利益」であるとする。

また、三浦意見は平成 27 年大法廷判決が示した、24 条 1 項の規定の趣旨に照らし「十分尊重に値する」とした婚姻の自由を同項により「保障されるもの」（傍点筆者、以下同じ）と解し、具体的な制度の構築を第一義的に国会の立法裁量とした。とりわけ、平成 27 年大法廷判決は 24 条 2 項で立法裁量に限界を与えているものとして捉えたのに対し、三浦意見では、「この要請は、形式的にも内容的にも、同条 1 項を前提とすることが明らか」とし、1 項と 2 項とを関連付けている。そして、夫婦同氏制が、「婚姻の際に氏の変更を望まない当事者にとって、その氏の維持に係る人格的利益を放棄しなければ婚姻をすることができないことは、法制度の内容に意に沿わないところがあるか否かの問題ではなく、重要な法的利益を失うか否かの問題である。これは、婚姻をするかどうかについての自由な意思決定を制約するといわざるを得ない」とし、直接的制約と捉える。その制約の憲法適合性については、「婚姻及び家族に関する法制度における本件各規定の趣旨、目的、当該自由の性質、内容、その制約の態様、程度等を総合的に衡量し、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請を踏まえて、それが合理的なものとして是認できるか否かを判断する必要がある」としたうえで、その合理性については、「夫婦同氏制がおよそ例外を許さないことが婚姻の自由の制約との関係で正当化されるかという合理性」とし「夫婦同氏制の趣旨、目的と、その例外を許さないこととの実質的な関連性ないし均衡の問題といってもよい」としている。

そのうえで、身分関係の多様化、家族の一員であることの実感や家族の一体感という説明への疑問、嫡出子が両親と氏を同じくする利益が非嫡出子への差別的な意識等を助長するという問題等を指摘しつつ、他方で、女子差別撤廃条約や女子差別撤廃委員会の一般勧告、現在の外国の立法状況に目を向けて、「本件処分の時点で既に合理性に欠くに至っている」とした。ただし、三浦意見は届出の受理については、夫婦別氏を認める法制度がないまま、「このような届出によって婚姻の効力が生ずると解することは、婚姻及び家族に関する事項について、重要な部分に関する法の欠缺という瑕疵を伴う法制度を設けるに等しく、社会的にも相応の混乱が生ずることとなる。これは、法の想定しない解釈というべきである」として、請求を棄却するという法廷意見の結論に与するものである。

③ 宮崎・宇賀反対意見

宮崎裕子、宇賀克也裁判官の反対意見は次の通りである。反対意見はまず憲法 24 条 1 項の規定を、「憲法 13 条の権利の場合と同様に、かかる意思決定に対する不当な国家介入を禁ずる趣旨を含み、国家介入が不当か否かは公共の福祉による制約として正当とされるか否かにより決せられる」とし、そのような不当な国家介入に当たらないというためには、「その制約が、夫婦になろうとする個人のそれぞれの人格が尊重されることを否定するものであってはならず、自由かつ平等であるべき本人の意思決定を抑圧するものでないことが必要である」とする。その際に、反対意見は夫婦所得課税制度の合憲判決¹³に依拠し、憲法 24 条の法意につき「民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の関係について定めたものであり、男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたもの」とする判示を引用したうえで、それが財産権のみならず人格権に及ぶとしている。また、氏名に関する人格的利益についても「氏を構成要素の一つとする氏名（名前）が有する高度の個人識別機能に由来するものであり、氏名が、かかる個人識別機能の一側面として、当該個人自身においても、その者の人間としての人格的、自律的な営みによって確立される人格の同定機能を果たす結果、アイデンティティの象徴となり人格の一部になっていることを指すもの」と平成 27 年大法廷判決と見解を異にしている。そして、夫婦同氏制は、かような「人格的利益の喪失を受け入れる意思決定を求めることを意味」とするとともに、「婚姻後、夫婦の同等の権利を享有できず、一方のみが負担を負い続ける状況を作出させる」ものであり、「婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定が抑圧される」ために、婚姻についての直接的制約といえ、氏のもつ家族の呼称としての意義は憲法上の根拠を有するものではないこと、家族の概念が多義的であり実態も多様化していること、さらに、離婚や再婚を想定すると、子と両親の氏を同じくする家族は、「多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎない」ということを指摘し、「そのプロトタイプたる家族形態において氏が家族の呼称としての意義を有するというだけで人格的利益の侵害を正当化することはできない」としている。

次に、憲法 24 条 2 項の適合性判断においては、立法裁量の限界を超えるかを総合判断する平成 27 年大法廷判決の判断枠組みは、憲法 24 条 1 項違反を主張する時点で、その

13 最大判昭和 36 年 9 月 6 日民集 15 巻 8 号 2047 頁。

前提を欠くものとしており、「その限度で、憲法 24 条 2 項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱しており、違憲といわざるを得ない」としている。これは、「夫婦同氏制に例外を設けていないことを違憲とするもの」とし、平成 27 年大法廷判決の木内意見に与するものとしている。さらに、平成 27 年大法廷判決の判断枠組みに沿ったとしても、事情の変化を認め、憲法 24 条違反と判断すべきという。この点についても各要素につき、極めて綿密な検討を行っているが紙幅の都合上割愛する。なお、届出の受理については、単一の氏の記載をさせる規定が違憲無効となる以上、戸籍法 34 条 2 項の不受理事由を構成しないとしている。この点で結論についても法廷意見と異にする。

④ 草野反対意見

草野耕一裁判官の反対意見は、平成 27 年大法廷判決の立法裁量の考え方を踏襲しながら、その合理性の判断を、「現行の夫婦同氏制に代わるものとして最も有力に唱えられている法制度である選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民各位の福利とそれによって減少する国民各位の福利を比較衡量することが有用である」として、他の個別意見とは一線を画した比較衡量論を展開している。詳細は割愛するがここでの「福利」を家族の一体感と措定したうえで、婚姻当事者、子、親族について、選択的夫婦別氏制の導入による増減を検討し、さらに、夫婦同氏制を伝統として残したいと考える者の精神的福利、戸籍制度が国民の福利のために果たしている、親族的身分関係の登録・公証機能等を衡量し、「選択的夫婦別氏制を導入することによって向上する国民の福利は、同制度を導入することによって減少する国民の福利よりもはるかに大きいことが明白であり、かつ、減少するいかなる福利も人権又はこれに準ずる利益とはいえない」とし、立法裁量の範囲を超えるほどに合理性を欠くと結論づける。

V 分析

第二次訴訟では、平成 27 年大法廷判決およびそれを踏襲した本決定法廷意見の立場、意見並びに反対意見のなかで、憲法 24 条に関する理解の相違がみられる。もっとも、第二次訴訟では憲法 24 条に争点が絞られているため、憲法 13 条や 14 条 1 項と 24 条の関係については、第一次訴訟に基づいて若干言及しておきたい。第一次訴訟の法廷意見は、上告人の主張する「氏の変更を強制されない自由」の権利性を人格権の一内容とす

ることを否定しつつ、憲法 24 条の立法裁量の検討の考慮事項とした。このような連関について、学説は「制度準拠的思考」¹⁴ であると指摘され、特に駒村圭吾は民法の定めをそのまま人格権の内容のすべてであるかのような扱いであるとし、「生存権論における抽象的権利説以下のもの」としている¹⁵。最高裁としても憲法 13 条の保障を受けるような権利性を承認するにはハードルが高く、「人格的利益」という一考慮要素にすぎない程度に留めることにより、審査密度の厳格さをあげることなく立法裁量の判断を可能にしたとみることもできよう。また、憲法 14 条 1 項については、本問題に関してはあくまでも法内容の形式的平等性が問題となっているのであり、社会的な事実として実質的平等が保障されないことについての正当化判断と区別しつつ、実質的平等の確保も立法上の考慮要素の一つとして憲法 24 条 2 項の問題として捉えるのである。さらに、憲法 24 条 1 項の婚姻の自由に対する直接的制約を否定し、その事実上の制約の側面の検討については憲法 24 条 2 項の考慮事項とした。その結果として、総合考慮型の憲法 24 条 2 項適合性判断が本問題の主戦場となった。従前では光を浴びてこなかった憲法 24 条の解釈論に光を当てたものの、その枠組みについての曖昧性の批判が指摘されている¹⁶。

憲法 24 条をめぐる第二次訴訟の各意見を比較すると、①憲法 24 条 1 項と 2 項の関係性、②夫婦同氏制が婚姻の自由に与える制約の性質（直接的制約か間接的制約か否か）、③判断枠組みないし審査密度、④事情の変化についての評価、のそれぞれにつき、対照的な見解が示されている。

まず草野耕一反対意見は、①・②について法廷意見と明確な違いが見出せないが、③について比較衡量を導入している点で明確に異なる。判断枠組みが異なるため、④については検討されていない。草野反対意見の比較衡量は、猿払事件最高裁判決¹⁷ や戸別訪問合憲判決¹⁸ で国民共同の利益を衡量の要素に加えることによる恣意的な衡量についての批判を躲すかのように慎重な衡量を心がけているように見える。しかしながら、選択的夫婦別氏制度の導入の仮定のもとで行う比較衡量が付随的違憲審査制のなかの憲法判断として、すなわち弁論と証拠から構成される訴訟から離れて宙に浮いた自由な憲法論議になってしまわないかという疑問が生じる¹⁹。

14 蟻川恒正「家族への法的介入と憲法——夫婦同氏強制を素材として」法時 90 巻 11 号 11 頁。

15 駒村圭吾「家族と憲法」憲法問題 4 号（2019 年）145 頁。

16 蟻川・前掲注 14, 12 頁。

17 最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 398 頁。

18 最判昭和 56 年 6 月 15 日刑集 35 巻 4 号 205 頁。

19 本事件は家事事件手続法による非訟事件であるために、弁論主義等の民事訴訟の基本原則の要請が縮減されている

三浦意見と宮崎・宇賀反対意見はともに、理解の仕方は異なるとはいえ憲法 24 条 1 項が婚姻に与える要請を法廷意見よりも強いものとしている。法廷意見の「十分尊重に値する」という表現は、博多駅事件最高裁決定²⁰で取材の自由について、同じ表現を用いてそれが憲法 21 条の保護範囲に含まれるかを曖昧に表現し、相対的に報道の自由よりも保障程度が低いと理解されていることを想起することができる²¹。三浦意見は①の点について法廷意見と異なり、婚姻の自由が憲法 24 条 1 項上保障されることを明確に示しながらも、財産権や選挙権同様にその内容や制度形成は第一義的に立法裁量とした。1 項を 2 項の前提として位置づけ、2 項において検討されるべき合理性の意味も「およそ例外を許さないことが婚姻の自由の制約との関係で正当化されるかという合理性」というものとなり、確かに考慮事項について「本件各規定の趣旨、目的、当該自由の性質、内容、その制約の態様、程度等を総合的に衡量」とする部分は、君が代起立斉唱事件²²の間接的制約の合理性・必要性判断と重なる部分があるようにもみえるが、三浦意見は夫婦同氏制が婚姻の自由の直接的制約としたうえで、「個人の尊厳と両性の本質的平等の要請」を踏まえつつ、高い程度の合理性を要求することで、実際には法廷意見よりも厳しい審査基準がとられているようにもみえる。そして、事情の変化についても法廷意見とは異なる認定を行っている。

宮崎・宇賀反対意見については、憲法 24 条 1 項の法意について、婚姻という意思決定への不当な国家介入を禁ずるものと理解し、婚姻を含めた家族形成にかかる意思決定の自由を認め、その制約には公共の福祉による正当化を要求し、さらに、夫婦同氏制を婚姻への直接的制約としたうえで、その正当化にあたっては、氏名も備わる高度な人格的利益を認め、氏名の意義は多様な家族形態の一つのプロトタイプにおいて有するにすぎず、そのことをもって高度な人格的利益の侵害を正当化することはできないとし、憲法 24 条 1 項適合性判断の時点で違憲と判断した。また、憲法 24 条 2 項の適合性についても、予備的に法廷意見の判断枠組みに立った検討を行ったとしても、事情の変化について法廷意見と異なる認定を行うことで異なる結論が導かれている。

以上、第二次訴訟では原告が争点を憲法 24 条に絞ったことにより、個別意見において、

とはいえ、憲法問題についての判断事項にもその特殊性が維持されるべきか疑問である。

20 最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁。

21 さらに池田・前掲注 9, 367 頁は、博多駅決定のように「比較衡量で天秤にかけると低く判断される可能性がある」と指摘する。

22 最判平成 23 年 5 月 30 日民集 65 卷 4 号 1780 頁等。

憲法 24 条の理解の違いが浮き彫りにされ、そのことが審査基準に大きな影響を与えていると思われる。平成 20 年の国籍法違憲判決以降の家族・身分関係をめぐる最高裁判所の諸判断の傾向、特に平成 25 年の非嫡出子法定相続分差別違憲決定からみれば、事情の変化による合理性の喪失を主張することが憲法訴訟上の戦略として正しいようにも思われたが、その変化を認定することは自由心証に依拠し、予測可能性も乏しいとも思われる。だからこそ個別意見中の憲法 24 条自体の理解にグラデーションが現れたことは、憲法 24 条をめぐる憲法訴訟に光明をもたらす可能性が生まれたのではないだろうか。

○総合政策学部紀要編集委員会規程

制 定 2017 年 6 月 22 日 総合政策学部教授会

改 定 2017 年 9 月 21 日 //

(目的)

第 1 条 常磐大学総合政策学部における研究発表誌『常磐総合政策研究』（以下「研究紀要」という。）の編集および公表については、この規程による。

(委員会)

第 2 条 研究紀要の編集および公表全般をつかさどる機関として、総合政策学部教授会（以下「教授会」という。）の下に総合政策学部紀要編集委員会（以下「委員会」という。）を設ける。

② 委員会は、教授会において選出された者によって構成される。ただし、委員選出に当たっては、専門分野に偏りのないように選ばなければならない。

③ 委員長および委員長代行は、委員会における互選によって決める。

④ 委員長は、委員会を招集し、その議長となる。

⑤ 委員長代行は、委員長に事故あるときその職務を代行する。

(委員の任期)

第 3 条 委員の任期は、4 月 1 日から 2 年とし、半数ずつ改選する。ただし、再選を妨げない。

(委員会の任務)

第 4 条 委員会は、原則として、毎年度 2 回、研究紀要を編集発行するとともにその電子版を常磐大学のホームページで公表しなければならない。

② 委員会は、相当の猶予を設けて編集予定を公表するとともに、研究紀要に掲載する論稿を学内で公募しなければならない。

(委員会の権限)

第 5 条 委員会は、研究紀要における研究倫理および学問的水準を維持し高めるために、必要に応じて、内容および形式について執筆者に加筆、訂正および削除を求めるほか、論稿の種別の変更または掲載見送りを決定することができる。

② 委員会は、前項に定めるもののほか、研究紀要の編集および公表に関する本規程の条項を実施するために必要な事項を別に定めることができる。

(事務)

第6条 研究紀要の編集および公表にかかわる事務は、次の各号に定めるとおりとする。

- 1 発行済み研究紀要の保管および他研究機関との交換は、情報メディアセンターが行う。
- 2 編集済み研究紀要のインターネット上での公表は、アドミッションセンターが行う。
- 3 前2号に規定するものを除く事務は、学事センターが行う。

(著作権)

第7条 研究紀要に掲載されたすべての論稿の著作権は、著作者に帰属する。

- ② 研究紀要の編集著作権は、総合政策学部へ帰属する。

附 則

- 1 この規程の改廃は、教授会出席者の過半数の賛成を必要とする。
- 2 この規程は、2017年6月22日から施行する。

○常磐大学総合政策学部紀要『常磐総合政策研究』編集規程

制 定 2017 年 9 月 21 日 総合政策学部紀要編集委員会

(目的)

第1条 この規程は、総合政策学部紀要編集委員会（以下「委員会」という。）が行う編集作業に関して必要な事項を定めることを目的とする。

(根拠)

第2条 この規程は、総合政策学部紀要編集委員会規程（2017 年 6 月 22 日）第4条に基づく。

(公表)

第3条 常磐大学総合政策学部（以下「本学部」という。）の研究発表誌『常磐総合政策研究』（以下「研究紀要」という。）は、毎年度に1巻とし、原則として2号に分けて編集し、冊子体で700部発行するほか、その電子版を常磐大学のホームページに公表する。

(寄稿資格)

第4条 研究紀要へ寄稿する資格を有する者は、本学部の授業を担当する者および委員会が特に認める者とする。

(審査)

第5条 委員会は、委員会に提出された論文が学術論文として相応しい内容と形式を備えたものであり、かつ、未発表のものであることを確認しなければならない。

(論考の種別)

第6条 研究紀要に掲載される論稿は、次の各号のいずれかに当てはまるものでなければならない。

1 論文 論文とは、学術論文に相応しい内容と形式を備えた理論的または実証的な未発表の研究成果の発表をいう。

2 研究ノート 研究ノートとは、研究途上にあり、研究の原案や方向性を示した未発表の研究成果をいう。

3 書評 書評とは、新たに発表された内外の著書または論文の紹介であって未発表のものをいう。

4 学界展望 学会展望とは、諸学会における研究動向の総合的概観であって未発表のものをいう。

5 課題研究助成報告 課題研究助成報告とは、本学課題研究助成制度に基づく研究の

経過報告および研究成果の報告をいう。

6 その他 その他の論稿であって委員会が寄稿を認めたものをいう。

(編集)

第7条 研究紀要の編集は、前条までに規定された事項を除くほか、次の各号に従って行わなければならない。

- 1 必要に応じて、片方の号はテーマを決めて特集号とする。
- 2 論文の体裁（紙質、見出し、活字など）は、可能な限り統一する。
- 3 紀要のサイズは B5 とし、横組とする。

附 則

- 1 この規程の改正には、委員会の3分の2以上の委員の同意を必要とする。
- 2 この規程は、2017年9月21日より施行する。

○常磐大学総合政策学部紀要『常磐総合政策研究』寄稿規程

制 定 2017 年 9 月 21 日 総合政策学部紀要編集委員会

(目的)

第1条 この規程は、冊子体および電子媒体で公表される常磐大学総合政策学部の研究発表誌『常磐総合政策研究』（以下「研究紀要」という。）に寄稿を希望する執筆者について必要な事項を定めることを目的とする。

(根拠)

第2条 この規程は、総合政策学部紀要編集委員会規程（2017 年 6 月 22 日）第4条に基づく。

(寄稿資格)

第3条 研究紀要へ寄稿する資格を有する者は、常磐大学総合政策学部紀要『常磐総合政策研究』編集規程（2017 年 9 月 21 日。以下「編集規程」という。）第4条に定める者とする。

(寄稿希望者の義務)

第4条 研究紀要への寄稿希望者は、寄稿に関してはこの規程を遵守するほか、この規程の解釈については総合政策学部紀要編集委員会（以下「委員会」という。）の決定に従わなければならない。

(原稿提出要領)

第5条 寄稿希望者は、委員会が定める原稿募集要領に従って寄稿希望書ならびに原稿を委員会に提出しなければならない。

② 委員会に提出する原稿は、編集規程第6条に定める論稿の種類に当てはまるものでなければならない。

③ 委員会に提出できる原稿は、原則として一号につき一人一編とする。

④ 原稿は、手書きの場合は横書きで、A4 版 400 字詰め原稿用紙で提出する。パソコン入力の場合には、テキストファイルの電子情報および横書き 40 字 30 行で A4 版用紙に印刷されたものを提出する。

⑤ 原稿の長さは、図表等を含め、論文は 2 万 4,000 字（400 字詰め原稿用紙換算 60 枚）、研究ノート 1 万 2,000 字（同 30 枚）、書評は 4,000 字（同 10 枚）、学界展望は 4,000 字（同 10 枚）を基準とする。課題研究助成報告は 1,300 字（同 3.25 枚）以内とする（ただし、研究計画年次終了分に関しては、論文または研究ノートに準じたものとする）。その他のものについては、委員会で決定する。

(原稿執筆要領)

第6条 寄稿希望者は、原稿執筆に当たっては、次の各号に従わなければならない。

1 原稿の1枚目には、原稿の種別、題目、著者名および欧文の題目、ローマ字表記の著者名を書くこと。

2 論文には、200語程度の欧文アブストラクトを付すこと。なおアブストラクトとは別に欧文サマリーを必要とする場合は、A4版ダブルスペース3枚以内のサマリーを付すことができる。

3 書評には、著者名、書名のほか出版社名、発行年、頁数を記載すること。

4 日本語以外で執筆された部分については、執筆者の責任においてネイティヴチェックを行う。

5 数字は、原則として算用数字を使用する。

6 人名、数字、用語、注および(参考)文献の表記等は、執筆者の所属する学会などの慣行に従う。

7 図および表は、一つにつきA4版の用紙1枚に描き、本文には描き入れない。なお、本文には、必ずその挿入箇所を指定すること。

8 図表の番号は、図2.、表1.、とする。そのタイトルは、図の場合は図の下に、表の場合は表の上に記載すること。

9 図表の補足説明、出典などは、それらの下に書くこと。

(掲載内容の選考)

第7条 委員会は、研究紀要の学問的水準を維持するために、投稿論文等を検討し、必要な場合には、修正または掲載見送りを求めることができる。

② 委員会は、特に論文については、委員会が委嘱した者の査読を経た後、査読者の意見により、内容の修正を求め、また掲載の適否を判断することができる。

(発行報告)

第8条 執筆者は、本人が寄稿した研究紀要の発行報告に代えて、論稿が掲載された当該研究紀要2冊と抜粋50部を学事センターにおいて受け取ることができる。

② 執筆者が前項に規定する数量を超える複製を希望する時は、本人がその実費を負担しなければならない。

附 則

1 この規程の改正は、委員会の3分の2以上の委員の同意を必要とする。

2 この規程は、2017年9月21日より施行する。

編集後記 樋口 恒晴

『常磐総合政策研究』8号を完成し皆様に届けることができました。

今回は論文1編と研究ノート3編となりました。

COVID-19 禍の忙中、原稿を仕上げた先生方には深い敬意と感謝を表します。

ところで、菅義偉前内閣総理大臣は、「決め手」とか「切り札」という言葉を多用していました。多岐にわたる地道な施策を積み上げていくのが嫌いで、目に見える成果の出やすい施策によって一点突破を狙うことを望む性癖が顕著であるように拝察されました。人格形成期に然るべき成功体験があったのでしょうか。

何卒、御自愛ならびに他人への慎重な思い遣りを宜しく御願い申し上げます。

紀要編集委員

樋口 恒晴 (委員長)

工藤 悟志 檀本 真美代

常磐大学 総合政策学部 紀要

常磐総合政策研究 第8号

2021年12月25日 発行

編集兼発行人	常磐大学 総合政策学部	〒310-8585 水戸市見和町1丁目430-1
代表者	樋口 恒晴	電話 029-232-2511 (代)

Tokiwa

Management and Administration Studies

No.8

December, 2021

CONTENTS

Articles

- Presentation of Standard Introductory Text (Introduction) on "Local Government Legal Affairs"
..... Tsutomu YOSHIDA 1

Research Notes

- Ibaraki Prefecture will be a Production-Center for Sturgeon and Caviar Yukihiisa TSUCHIYA 75
- An Empirical Analysis of the Responses by Municipalities to the Resumption
of the Tokai No.2 Nuclear Power Plant Sachitoshi ISAGO 99
- Constitutionality of Article 750 of the Civil Code in Japan:
Commentary on the Jurisprudence of Supreme Court, July 23th, 2021 Eisuke HASHIZUME 117

College of Management and Administration
Tokiwa University