

e-Reiki CLUB

自治体法務

NW1

政策法務研究室

1%支援制度

政策条例NAVI

地域福祉の推進に関する条例

自治体発 条例REPORT

中野区●(仮称)地域支えあいネットワーク推進条例

新潟県●新潟水俣病地域福祉推進条例

C O N T E N T S

政策法務研究室

② 1%支援制度

～市民、市民活動団体、行政による協働のまちづくり～

寺沢 和博 市川市企画部ボランティア・NPO担当 / 吉野 芳明 市川市法務部法制担当 / 植草 耕一 市川市法務部市民法務担当

政策条例NAVI ～第39回～

⑬ 少子・高齢化社会に対応する地域福祉づくり

～地域福祉の推進に関する条例のベンチマーキング～

田中 孝男 九州大学大学院法学研究院准教授 / 小林 裕 苫小牧市保健福祉部社会福祉課主事

自治体発 条例REPORT

⑫ ① 東京都中野区

地域での支えあいは、ご近所の気づきから

～(仮称)地域支えあいネットワーク推進条例～

小野 秀晃 中野区保健福祉部福祉推進担当

⑫ ② 新潟県

誰もが安心して暮らせるために

～新潟水俣病地域福祉推進条例～

小山 護 新潟県福祉保健部生活衛生課

① 条例の風景 CO₂にも、メタボにも ～岩手県盛岡市～

⑩ 分権時代の自治体における法務管理 ～第33回～ 浦安市

鈴木 潔 財団法人日本都市センター研究室研究員 / 監修：金井 利之 東京大学公共政策大学院教授

⑩ 自治体における執行法務の現状と課題 ～第2回～

行政実務にとっての法務力再考 ——政策法務論の潮流への実務からの若干の警鐘を含めて

鈴木 秀洋 文京区総務部総務課課長補佐

⑩ 自治体法務Q&A 交通違反を犯した職員に報告義務を課すことは許されるか？

⑩ 寄稿 議会と市民参加

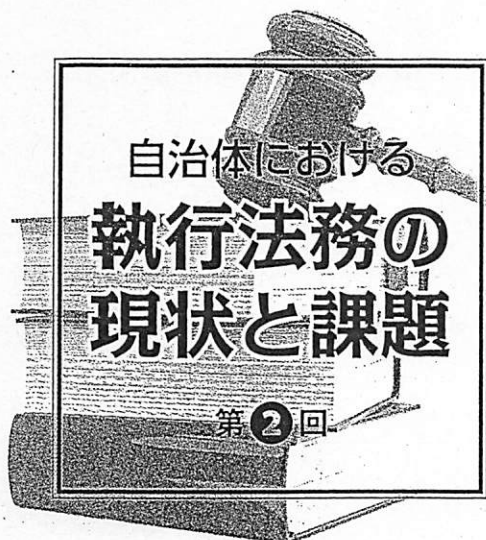
梅津 俊之 和光市政策課政策法務担当主査

⑩ 法制執務スキルアップ講座 ～第38回～ 実践 条例の一部改正 ～一部改正の原則に対する例外の事例(2)～

峯村 欣弘 第一法規政策情報センター法制執務講師

⑩ Plug-in 地域パートナーシップ支援センター(その3) 組織ではなく人とのつながりを大切に

小野 紀之 特定非営利活動法人 地域パートナーシップ支援センター理事長



行政実務にとっての 法務力再考

—政策法務論の潮流への実務からの若干の警鐘を含めて

鈴木 秀洋 文京区総務部総務課課長補佐

【目次】

- 第1 はじめに
 - 1 本論稿の目的
 - 2 従前の論稿との違い
 - 3 検討・検証の視点
 - 4 一応の目次及び本論稿の立場
- 第2 行政実務における法務の究極的意義
- 第3 法務力の内実——基礎と応用
 - 1 法務力の2つの要素
 - 2 法務力の理解と政策法務力との関係——政策法務論の位置付け再考
- 第4 法務力が発揮される場面——3場面
 - 1 3つの場面
 - 2 具体例
- 第5 行政実務上注意すべき政策法務流行のデメリット
 - 1 「インフレ政策法務論」による行政実務現場の混乱
(以上、前号)
 - 2 法の階層性と離れた政策法務論の危険性
 - 3 「政策法務研修」への衣替えによる基礎法務力低下の危険
- 第6 果たして法務力はどの程度要求されているのか、
どうやって身に付けていくのか
 - 1 日常業務における法務力発揮場面での法的作法
 - 2 どの程度
 - 3 どうやって身に付けるか

【前回の要旨】

- ▶政策法務論が果たしてきた歴史的意義は評価されるべきであり、地域主権改革の流れを推し進めるためには一層自治体側に(政策)法務力が要求される。ただし、今一度政策法務の中身を検証する必要がある。
- ▶自治体職員に要求される法務力は、基礎法務力と応用

法務力とがあり、この応用法務力発揮の場面が政策法務の射程であると考えらるべきであり、その意味では、むしろ土台としての基礎法務力の養成が強調されるべきである。

▶解釈・訴訟・立法の場面で日常的に法務力発揮の場面は常に生じている。

▶実務に有用な政策法務論の発展を望むが、いささか「インフレ政策法務論」というべき状況が生じている。

【前回連載への意見・感想】

▶筆者のところには、今まで何が政策法務なのか分からなかった、どの事例をもって政策法務事例といっているのかピンとこなかった、何でもかんでも政策法務という現状に首を傾げざるを得なかったなどという感想が寄せられた。その意味で、インフレ政策法務論という指摘に合点がいった等の意見が多く寄せられた。ご意見・感想ありがとうございます。

* * *

第2回は、前回の続きであり、まずは、「法の階層性と離れた政策法務論の危険性(2 「政策上位・法務手段論」が浸透することによる実務行政現場へのデメリット改め)」について論じる。

第5 行政実務上注意すべき政策法務流行のデメリット

2 法の階層性と離れた政策法務論の危険性

ひと言でいうと、政策法務を提唱する論稿には、法の階層性に対するアンチテーゼを強調しすぎるものが多く、実務現場から疑問が呈されているということである。

(1) 地域独自条例制定を強調する政策法務論の検討

ア 政策法務の定義付け

まず、政策法務については、次のような定義がある。「法を政策実現の手段としてとらえ、有効かつ効果的に地域固有の課題の解決や政策の推進を図るために、法令を地域適合的に解釈運用し、地域特性に応じた独自の条例を創る法的な活動」であるとの見解⁽¹⁾である。

イ 上記見解の検討

上記見解は、法（法的ルール）の手段性ととも地域独自条例の制定を強調する。

確かに、地域の課題に対して、自治体が様々な政策を打ち出し解決していこうとする場合に、法（法的ルール）は道具であり、ひとつの手段でしかないとはいえよう。そして、政策法務が国に対する分権の運動論として位置付けられるのであれば、特に弊害は生じないのかもしれない。

しかし、特定の学問分野として理論化しようとする場合には、上記定義の必要十分条件は、よくよく検討されねばならない。この定義がひとり歩きすることによる弊害状況を踏まえねばならない。具体的弊害のひとつとして挙げられるのは、「独自の条例を創る」点を強調して政策法務論を展開することが法の階層性を軽視することにつながりかねないという点である。

政策実現のために地域独自の条例をつくることを強調することは、地域主権改革の流れに乗り、自治体が向かうべき方向であるようにも思える。しかし、その前提として個人の尊厳の尊重を究極の原理としている日本国憲法を頂点とした法体系・法階層をしっかりと理解し、「法律による行政の原理」ないし「法治主義」の理解の基礎が十分になければならない。そして、「法律の範囲内」での条例制定権（憲法94条）の意味・範囲が判例・裁判例によってどのように具体化・線引きされているのかの検証が十分になされていなければならない⁽²⁾。

そうでなければ、政策法務は、絵に描いた餅どころか、特定の区域の住民に対して特別の不利益を生じさせかねない。このことは、村上順教授が『政策法務の時代と自治体法学』はしがきの中で「法務能力のある自治体の住民は幸せである。不備な条例は人権侵害をひきおこしかねないからである」と述べている。

(2) 実質的法治主義と理論化政策法務論の検討

ア 理論化政策法務論（実質的法治主義を内包することによる）

また、政策法務論の主唱者のひとりである磯崎初仁教

授は、政策法務を「法を政策実現の手段と捉え、政策実現のためにどのような立法、法執行、争訟評価が求められるかを検討する理論及び実務における取組み」であると定義付ける⁽³⁾。そして、氏は論稿⁽⁴⁾で、政策法務論に対する疑問⁽⁵⁾や懸念が法治主義との関係で挙げられているとした上で、それに対する反論として下記のように述べる。

すなわち、政策法務は法治主義を軽視するものではないと述べる。そして、「法は政策実現の手段」ではあるが、「法治主義を前提としながら、同時に有効かつ効率的な政策実現を追求するものであり、両者の間の緊張関係を認識しているからこそ、政策と法務をつなぐ概念として政策法務を考えようとしている」と述べる。その上で、「法治主義の原理も形式的・固定的なものではなく、法の現実的なあり方を踏まえた実質的な法治主義のあり方を探求すべきではないか」、「政策法務論では法治主義の観点からも立法のあり方を含めた分析を行い、現代的・実質的な法治主義を形成していくことが求められていると思われる」と述べる。

イ 上記見解の検討

しかし、政策の重要性かつ法的手段性を強調しつつ、法治主義の実質化を模索することで政策法務論を理論化しようとする試み及び説明は、非常に難解である。前回述べたインフレ政策法務論とも関連するが、政策法務論のあいまいさが乗り越えられないままに、定義・理論化をしようとするがために、実務現場から疑問の声が上げられている。

なぜなら、そもそも日本国憲法は、実質的法治主義の原理を採用している。法治主義の実質化を唱えても、それは、すでに日本国憲法を頂点とした法体系及びその体系に基づく法律による行政の原理が要請しているところであり、政策法務の理論化・体系化に道を開くわけではないし、有益な提言を実務に与えることにならないからである。

つまり、我が国の憲法を頂点とする法体系は、そもそも政策法務論が、これから探求するまでもなく、形式的法治主義の原理をとっていないことは明らかなのである。

この点に関して、芦部信喜教授は、次のように述べる⁽⁶⁾。我が国の憲法は、英米流の法の支配の原理を採用していること、そして、その法の支配の原理は、戦前ドイツの法治主義ないし法治国家の観念と著しく異なると述べる。ただし、戦前のドイツの法治主義は戦後形式的なものから不可侵の人権の憲法保障という実質的要素と結び



付く実質的なものへと大きく転換したこと、すなわち英米法にいう「法の支配」原理とはほぼ同じ意味を持つようになったと述べる。

そして、このような「法の支配」という場合の「法」という言葉に関して、英米法の^{せきかく}碩学である高柳賢三教授の説明を引用する。すなわち、「法」という言葉には特殊な意味合いがあり、それは基本的人権という思想と固く結び付いていること、各人の人格の尊厳ということを中心とするという意味の個人主義的世界観を背景とした法概念であること、との説明である。

芦部教授は、かかる高次の原理の優越性を説いた上で、「日本国憲法が、以上のような「法の支配」の原理に立脚していることは、①憲法の最高法規性の明確化、②不可侵の人権保障、③適正手続の保障、④司法権の拡大強化（司法裁判所によるあらゆる法律上の争訟の裁判）、及び⑤裁判所の違憲審査権の確立からみて明らかである」と述べる。

つまり、個人の尊厳・基本的人権の尊重を究極の原理として我が国の法体系があるのであり、地方自治の章もその実現のための一制度として位置付けられているのである。

(3) かけ声政策法務論の検討

ア かけ声政策法務論

政策法務に関する論稿には、「機関委任事務はなくなった。これからは政策の時代であり、戦略的法務の時代である」とする論、運動論的、分権礼賛的な「かけ声政策法務論」が多い。これらは個々具体的法的判断事例についてコメントをしていないことが多い。

イ 上記見解の検討

上記見解は、聞こえはよい。しかし、では具体的にどのような政策を提言し、どのような戦略を練ったものを想定しているのか。これらの政策法務を提唱する論者らが批判の対象とする「法務」とはどのようなもので、一体どのような法運用を批判し、どのような具体的事例をもって従来とは異なる政策上位の戦略的政策法務と称するのか、実ははっきりしない。

確かに、上記見解は、2000年の地方分権一括法前に行政の中核を担っていた自治体行政職員に対してのメッセージとしては分からないではない。

しかし、国の通達が多く発せられ（いわゆる通達行政）、そのみに従っていると批判されたような自治体行政実務の時代はとうに終わりを告げている。少なくと

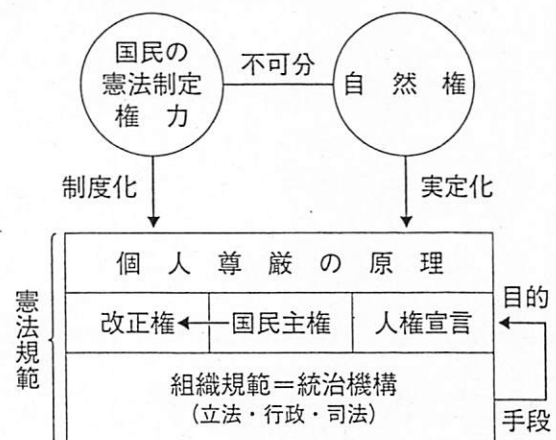
も現在自治体に入庁してくる行政職員（少なくとも筆者が接する職員）らは、国に従属した自治体概念といったものを有していない。国と地方とが対等であるという理念を当然と考えて自治体に入庁してきた世代にとっては、自治体が政策をつくっていくことは、当たり前のことである。

かかる職員に対して、政策をつくってみましょうという具体論のないかけ声は空虚である。自治体が政策をつくっていくためには、地域の現状をきちんと認識しつつ、法令の^{かんげき}間隙を埋めること又は法令に上乘せ・横出しの基準を加えるなどして、住民本位の政策を提言・実現していく具体的作業が必要となる（例えば、昭和50年9月10日刑集29巻8号499～501頁の最高裁判決、いわゆる徳島市公安条例事件判決の定式（「条例の趣旨・目的解釈論」と「法律と条例の抵触類型」の定式化⁽⁷⁾）にさかのぼるのであれば、この判決が①上乘せ規制条例の可否、②「道路交通の秩序維持」という基準の明白性の問題を争点としたこと、③表現の自由として憲法21条により保障された人権との抵触についての判決であるということ踏まえてその射程を考えること等）。法律による行政の原理を踏まえ、基礎法務力を充実させることが、その土台をつくることであり、それが結果的に住民の権利・利益の向上に結び付いていくことが具体例をもって、もっと認識かつ強調されてよい。

(4) 筆者の見解

では、政策法務の意義を否定せずに法の階層性を理解するには、どう考えるべきか（どう教えるべきか）。

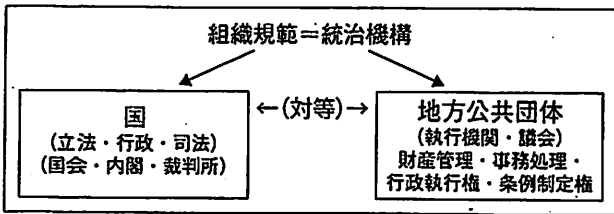
ア 規範的構造（実質的^{最高}法規性の構造）
図 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）124頁には以下の図が示されている。



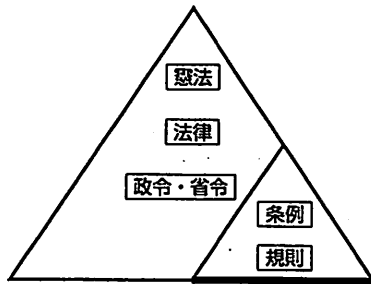
個人の尊厳の原理を頂点にして、目的としての人権と手段としての統治機構の関係が示されている。

イ 憲法第8章地方自治の章の図の追加

憲法第8章地方自治の章は、上記図の中であれば、手段としての組織規範＝統治機構の中に位置付けられるであろう。



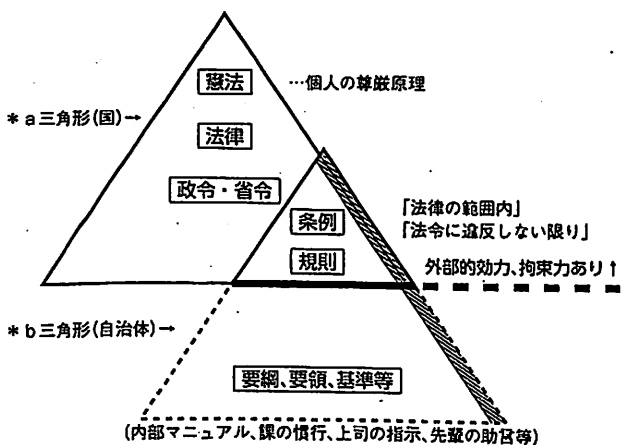
ウ 法律と条例の関係を示す 原則的(条文どおり) 図示



エ 上記ウ図の修正・改訂版

現行の憲法の規範的構造及び条文の法意に反せず、かつ、地域主権改革の理念・流れにも沿う形(政策法務を否定しない形)で行政職員に説明し、理解しやすい図を示すのであれば、どのようになるのであろうか。

筆者は、下記のようなイメージ図を示し、実際研修・講義等で紹介している(法律の範囲内の傘の範囲の解釈の幅はあり得ること、この許容される「ずれ」の部分(下記図の斜線部分のようになる)で政策法務力が発揮される)。



本来、条例を頂点とする自治体の三角形(b三角形)も、法律の範囲内で制定されるのであるから、憲法を頂点とする三角形(a三角形)からはみ出してはならないはずである(上記ウ図)。はみ出さない検討を行うことが、筆者が考えている基礎法務力である。

しかし、地域の実情からして、a三角形を墨守するだけでは、かえって住民(国民)の利益が害されるような事態が生じている(生じうる)場合に、法律の範囲内の解釈ぎりぎりのところで、正当性を見いだす努力をする、その部分が三角形が少しずれる部分(斜線部分)であり、自治体のチャレンジの部分であり、応用法務力であるといえる。それを政策法務力なのだと思えば分かりやすいし、自治体の法務運用の実態に資すると考える。ただし、憲法の個人の尊厳原理が頂点にあることは、何度強調しても、しすぎることはない。

それゆえ実務上、「政策法務」と称してつくった条例が違憲判決をもらうようでは、応用法務力＝政策法務力があるとはいえないであろう⁽⁶⁾。

そもそも国の最高法規は憲法であり、憲法が究極の原理として規定しているのが、個人の尊厳・権利である。法(法的ルール)は、憲法が究極の原理として規定している個人の尊厳・権利に資し、それらを具現化するために存在しているのである。その最高法規たる憲法に地方自治の規定が設けられている以上、自治体においても、かかる究極の原理を掲げる国法体系を上位概念とした実務運営が必要であることは、強調されるべきものである。

そして、個人の尊厳・権利を絵に描いた餅ではなく、実効あらしめるために、自治体は、各種政策・施策を遂行する。原理・理念としてはそういうことになっているのである。法原理に基づく行政執行が重要なことはいまでもない。法的手段性をあまりに強調すべきではない。

実務家にとっては自らの所掌事務は、憲法原理の人権規定のどこかにつながっているものである、ということが常に意識されねばならない(例えば、公の施設の貸出しの可否は、憲法21条が保障する集会の自由・表現の自由と相克関係になりうること、またいわゆる「ごみ屋敷」になぜ行政が簡単には踏み込めないのかを考えれば、対立する利益・権利として、憲法29条が保障する財産権との相克がある等)。



オ まとめ——実務サイドからの具体的かつ責任ある政策法務論を求めて

ある自治体は、政策法務組織をつくったという。しかし、そのような組織構築が自己目的化することにはならないか。組織構築により分権時代の政策法務はどのように実現されたのか。

また、ある自治体は理念条例をもって政策条例と宣伝している。しかし、理念条例はそれのみで効果が上がるわけではない。その理念を具体化する仕組みがさらに必要である。それら一体のものとしてどのような成功例が挙げられるのか。

現状の法律（解釈・基準）を条例によって書き換えるのが戦略的政策法務であるとして、そのような条例制定を推奨する見解がある。しかし、そうしてつくられたその条例（解釈含む）が違憲・違法とされた場合の制度的・人的・財産的損失は、誰が責任をとり、どう補償してくれるのであろうか。

憲法は、国民主権原理の下での住民の権利・利益の向上という原理を採用しており（ここで詳論は避けるが、いわゆる住民主権といわれるような概念を憲法は採用していない。その意味で国民と住民概念を全く別のものとして理解してきていないのが判例の流れである（例えば最判平7.2.28民集49巻2号639頁以下参照）、かかる原理の下で個人の権利・利益を実現・実践していく力が法務力として求められるものなのである。

その意味で、筆者の見解は、決して法律万能主義でもないし、地域における独自の政策の重要性を否定するものではない。

地域に必要な政策実現は、政策法務という言葉を使わなくとも日常の通常の行政執行の責務である。ただし、その政策実現のために国の権限（財源を国が握っていること）が阻害要因となっている実態は現に存在している。それは、その権限や財源をさらに自治体によこせとの国と地方（さらに県と市）との権限分配の問題として要求し続ける（どちらが適正か協議し続ける）べき問題である。法的権限の問題も財源の問題も、いまだ地域主権改革を実現するには不十分であり、そのための自治体サイドの運動はさらに必要である。

しかし、それを政策法務論として理論化・定義化することで吸収しようとする議論は、過去の意識改革の旗振

りとしての意義は認められるものの、これから将来に与える影響としては、「法務」論を誤導する危険を感じる。

政策創造のための道具・手段としての法の役割を強調し、どんどん地域独自の法律解釈をしましよ、条例をつくりましようという議論は、何のための政策かを見誤らせ、①条例制定数を競い合うことになったり、②立法事実を十分に踏まえない新しい政策を机上でつくったり、③他の先進ユニーク条例の真似事（まねごと）をすること、このような方向に向かう危険（具体的危険性）を有しているのである。

今、自治体は、憲法の究極の原理である個人の尊厳に立ち返り、法の階層性を踏まえた上で、地域の実情（住民利益の対立・紛争等）を踏まえた条例・規則制定をこそすべきなのである。法の階層性と地域の実情との逡巡（しゆん）の中で新しい政策提言が生まれてくるのであり、法の階層性を踏まえない、また地域の実情を踏まえないところからは、責任ある政策法務は生まれない（自治体現場では、個々人の権利・利益が対立する場面が多く、個々の案件処理においてどういう進み方をするのが政策法務上妥当なのかは政策法務の諸論稿で紹介されるような簡単なものではない）。

法律や判例の射程の検討が不十分なまま、政策提言をし、実行に移そうとすることは、かえって住民の権利・利益を結果的に低下させることになりかねないのである。

政策が大事であり、そのためにどんどん条例をつくりましよう、古い・固い法務とは決別し、戦略的に条例立案・解釈法務を展開しましようという抽象的なスローガン（責任なき政策法務）に踊らされることなく、自治体が政策を実現していくためには、人権の保障（住民利益の向上）のためという法目的原理（すでに憲法価値に含まれている）、その価値をどのように守り、推進し、選択していくか、そのための政策法務であることを強調することが行政実務現場に今求められていることなのである。

条例制定を掲げるならば、いわゆる法のうちの「法律」と「条例」（「規則」）の関係検討こそに心血が注がれるべきである。そして、法律の傘の範囲・程度、いわゆる射程の検証には基礎法務力が不可欠である。その傘の範囲・程度のぎりぎりのところで、応用法務力（＝政策法務力）が発揮されるのである。

3 「政策法務研修」への衣替えによる基礎法務力低下の危険

(1) 「政策法務研修」への衣替え

政策法務論の広がり、自治体行政現場、特に職員研修の場でどのような事態を生じさせているか。

ひと言でいうと、「政策法務」と名の付いた何かをしなければならないとの強迫観念を引き起こしている。現場で生じている事態をいくつか類型化してみる。

第1に、高名な研究者の政策法務講演会を行うものがある。すなわち、政策法務力は、分権時代の自治体で、自治体間競争という名の下に職員が有すべき重要な能力であることは何人も研究者が強調している。それゆえ、内容は明らかでないとしても、まずは政策法務を唱えている研究者に来てもらい講演をしてもらおうというパターンである（【講演会型】）。

第2に、政策法務研修というコマをつくり、その中で法文の読み方等を理解した上で、政策条例をつくる研修を行うパターンである。ただし、政策条例というのあいまいな概念であるし、また研修の中で行うことの限界があるので、中身としては、実際は新聞・雑誌等で話題となった他自治体の条例の形式等を真似た条例内容の発表となる事態を生じている（【条例作成・流行追い型】）。

第3に、中身は通常の文書研修・法規研修であるが、政策法務研修という名前に衣替えして行っている。外側だけ変えてみましたという研修パターンである（【衣替え型】）。

これらは、実際に、各自治体の研修担当及び研究者から聴き取った事実である。上記3パターンのおりだけでなく、類似・変形パターンの研修は少なくない。

これらの研修を実施している自治体の主張は以下のようである。

第1に、確かに、政策法務という概念はあいまいであるが、あいまいであるからといってやらないよりは、新しい概念を主張している研究者の見解を聞いた方がためになるはずである。

第2に、議会に提案するような条例をつくるためには、実際の所管や住民との協議、議会との関係もあり、研修には限界がある。ある意味研修としては真似事でやむを得ない。最初から真似を奨励しているわけではないが、結果として真似となるのはやむを得ないし、真似するな

りの収穫はある。

第3に、政策条例をつくるには、まず文書・法規能力が必要であるから、結局はその研修を行う必要がある。ただし、職員のモチベーション等からすれば、政策法務研修という名称にした方が人も集まるし、分権時代にふさわしい。

(2) 上記状況に対する行政実務現場からの警鐘

確かに、上記のような主張にも一理はあろう。しかし、政策法務研修と銘打って、上述の内容の研修が、導入ではなく、継続していくことは、弊害の方が少なくないことを述べておきたい。

上記第1の【講演会型】は、抽象的なイメージで終わってしまう場合が多い。また単発であるので、実務への反映に乏しい結果となるおそれがある。また、第2の【条例作成・流行追い型】は、自らの自治体の立法事実を踏まえての提言というよりも、条例構成や文言等の形式面の習得という成果を生じさせて終了ということになりがちである。当該自治体の独自の法務力を身に付けようとして始めた研修で他の自治体を真似ることになってしまうのでは背理であろう。そして、第3の【衣替え型】は、看板と中身が異なるのであるから、獲得目標が明白とならない研修となってしまう。はっきりと基礎法務力養成と銘打って基礎法務力を充実させるべきである。

項目第3で述べたように、広義の法務の内実を①基礎法務力と②応用法務力と解する（応用法務力に注目して解決したときに、あえて政策法務力という用語を使用するにすぎない）ならば、自治体に生じる事案（紛争を含めて）解決には、憲法・行政法・地方自治法・民法・刑法といった基本法の知識・素養は、必要不可欠となる。かかる基礎法務力の習得に相当の時間数を費やさねばならない。

政策法務研修はその上で、法の階層性を理解させつつも、それぞれの地域の法的課題・問題を解決するための応用研修として位置付けるべきなのではないか。他の自治体の条例を真似て、条例の形式を整えても、政策力も、真の法務力も身に付かない。

また、条例制定は課題解決のひとつの選択肢にすぎず、そして、出発点にすぎないことも少なくない。まず条例作成ありきではなく、条例が地域の問題・課題をどう解決するか、研修であってもその検証は必要である。



どのレベルまで到達すべきなのかは、所掌事務とポジションによるとはいえ、基本法務研修を徹底し、その上でレベルに応じて応用法務研修を行うべきであろう。この点がおろそかになっては、まさに政策法務という建築物は、流行を追いかけるだけの砂上の楼閣にすぎないことになってしまう。

自治体で行われている政策法務研修が、流行を追いかけ、冠に政策法務をつけるだけの研修になってはいないか、警鐘を鳴らしておきたい。

第6 果たして法務力ほどの程度要求されているのか、どうやって身に付けていくのか

1 日常業務における法務力発揮場面での法的作法

前回、「第4 法務力が発揮される場面——3場面」の中で、日常的に、解釈法務力が必要となる場面、訴訟法務力が必要となる場面、立法法務力が必要となる場面の簡単な例を挙げた。それら日常的な住民対応等の中で、どのような優先順位を念頭に置いた法的対応をすべきなのか。

これに対しては、ひとつの明確な解答があるわけではない。しかし、法的問題に直面したときに、どのような優先順位で、法曹や法務担当が当該事案に向き合うのか。その思考順序・法的作法のようなものはある。それを挙げておきたい。

まず、第1には、法律・条例等の条文（の文言）の確認である。条文には何と書いてあるのか、文理上はどのように解釈されるのか、他の解釈の仕方はあるのか、いくつかの解釈のしようがある場合はどの解釈が客観的に妥当か、それが出発点となる。しかし、実際に行ってみると、初心者には、実は難しいのではないか。条文をただ読もうとしても頭に入っていないのではないか。法律の目次を基に当該法律を概観すること。そして大事な条文の読み方としては、原則（本文）はどう定め、例外（ただし書）はどう定めているか、この読み分けをしていくことである。例外規定のない原則はほとんどないことを考えれば、実務上は、例外の読み込み、射程の検討こそがポイントとなる。

次に、当該法律・条例等の条文（の文言）に関して、最高裁の判例があるかを調べる。類似の判例があるか、その判例の射程はどこまでか、当該事案に及ぶのか否か、

その点を検討する。

さらに、最高裁の判例がなかった場合に、高裁や地裁の裁判例を調べる。同じようにその射程を検討する。

その上で、実例があるか、研究者の論稿や参考文献があるかを調べていく。専門家に意見を聴いたりもする。

このような作法を踏んでいくのが通常であろう。そうした上で、担当職務に関して何かしらの行政運営上の内部マニュアル等がある場合が通常であろうから、その内部マニュアルが上記思考・調査結果に照らして妥当なのかを検証し、マニュアルどおりに対応したことが法的に是だったのか否かを検討することになる。

ここでいう法が、前述したように憲法を頂点とする法であることはいまでもない。

これらの検討の過程でマニュアルがおかしいということになれば、上司と相談するなり、法務担当と相談し、マニュアルを変えていく必要がある。また、当該事案の対応が住民との間でトラブルになり裁判に持ち込まれた場合の判決・和解等の想定を行うことになる。

上記のような思考・調査を行うことは決して後ろ向きの法務であるとか、固い法務であるということでは抑えられない。判例がすべて正しいという思考でもない。最低限の法的作法として行わねばならないことであり、政策法務を唱えるにしても出発点となる法務力として身に付けなくてはならないものである。実際は上記判例・裁判例の射程を見極めること（初心者はよく「こういう判例・裁判例があります」という形で相互の判例・裁判例の背景・射程を考えずに要旨部分だけを同列に集めてまとめたりすることが多い）が重要な法務力となり、相当の経験年数と学習によるレベル向上が必要であることはいまでもない。

2 どの程度

後に具体的事例において検討するので、総論的な指摘にとどめたい。

第1段階として、条文が読めるレベルである。その上で判例があることを認識できるレベルである。

第2段階として、条文の解釈の対立点があることを理解し（解釈手法（文理解釈・反対解釈・拡張解釈・類推解釈等の手法）について理解し）、判例の検討においては、

その「射程」が考えられるレベルである。当然のことながら、最高裁の判例と下級裁判所の裁判例とは実務に与える影響は異なるのであるから、その下級審判決がその後どうなっていくかの読みも必要となろう。自分の向き合っている事案が今まで全く判断がなされていないのか、類似の事案で判断があったのかなどの整理ができるレベルである。

第3段階として、当該事案が、判例の射程の範囲外、また判例と判例のすき間の事例であると認識した上で、現状の行政活動が、裁判が起きたときに勝ち傾向か、負け傾向か等の予想・想定ができ、あえて進むべきか否かの提言ができるレベルである。

これらは、どの部署に属しているかによって、要求されるレベルは異なる。法務担当であれば、第3レベルまで求められるのであろうし、新人職員であったり、法務セクションとは遠い事業系に所属する職員であれば、まずは第1段階、そして第2段階を目指すということになる。その場合でも法務担当部署に現場の法的問題点(争点)を問合せできるレベルは必要となろう。

3 どうやって身に付けるか

身に付ける方法は、百人百様であろう。今までたどってきた人生、学んできた学問領域によっても個々人に得意不得意があり、法務力の身に付け方は異なってこよう。ここでは、行政実務家として、筆者自身が行っている(きた)ひとつの実例を挙げておくのみとする。

まず、日常業務において日々生じている課題・紛争等を、上記のような法的思考・作法で、根本から検討し、整理してみることである。

例えば、自らの所掌事務に関する扱いについては、代々のマニュアルや引継ぎ書があるだろう。それらを上記法的思考・作法にのっとって(第5、2(4)図工参照)検討してみることが重要である。それにより、マニュアルの改訂が必要となろう。

憲法からという大げさに思えるかもしれないが、やはり根本までさかのぼって、職場のマニュアルを検証してみることが必要である。今まで当然と思ってマニュアルに沿って住民対応していたことが、実は当然でなかったということに気づくことは少なくないはずである。

裁判でそのマニュアルが争われたら、裁判官はそのマニュアルを引用して業務の適法性を認めてくれるか等を考えながら、調査し、また職場の上司・法務担当、相談できる弁護士等を巻き込んで議論を深めていくことが、基礎法務力及び応用法務力を向上させていくものとする。

身近な素材としては、日々上がってくる住民の声等を解決するにはどうすればよいかを法的に考えてみるのも第一歩である。そして、身近な法務担当や伝手があればその分野に詳しい弁護士に研修や勉強会をお願いする積極性も法務力向上の大事な要素である。

今回は、具体的事例を基に法務力の基礎・応用部分(=政策法務力)について検討していく。

- (1) 出石稔監修「自治体職員のための政策法務入門1 総務課の巻」(第一法規、2009年)はしがき(出石稔執筆部分)。
- (2) 村上順「政策法務の時代と自治体法学」(勁草書房、2010年)80頁で、村上教授は、徳島市公安条例事件判決を例に挙げて、「教科書・研究論文、自治体行政実務解説等に必ずといってよいほど言及される重要判例であるが、最高裁判決の…先にあげた“さわり部分”(定式IⅡ)のみが紹介され、改めてその内容に立ち入って解説するものは多くない。また、既に評価の確立した有名な判決となればなるほど、その実相が覆い隠され、点検する者がいなくなるのは歴史の常である…」と述べる。地域独自の条例を制定することばかりに目が行きがちであるが、その前提・土台にあるのは、法律の範囲内についての徹底した検証である。
- (3) 磯崎初仁「政策法務の変遷と到達点—政策法務はどこまで進んだか(連載・政策法務の要点(2回))」(月刊自治フォーラム596号、第一法規、2009年)51~52頁。
- (4) 磯崎初仁編著「自治体改革4 政策法務の新展開—ローカル・ルールが見えてきた」(ぎょうせい、2004年)14頁(磯崎初仁執筆部分)。
- (5) 人見剛「自治体法務とは」小早川光郎編著「分権型社会を創る4 地方分権と自治体法務—その知恵と力」(ぎょうせい、2000年)13~15頁(「法を行政政策の侍女にしようおそれ」)、阿部昌樹「分権時代の自治体政策法務」(都市問題91巻7号、東京市政調査会、2000年)5~12頁(分権改革後も、法律による行政の原理の「行政権の恣意を制約する概念」の側面の重要性は変わらない旨の記述)等参照。
- (6) 芦部信吾「憲法学I 憲法総論」(有斐閣、1992年)105~111頁。
- (7) ここのまとめは、村上・前掲注(2)、105頁以下参照。
- (8) 村上教授は、村上・前掲注(2)、117頁において、政策法務を掲げる場合の注意喚起を説き、同118頁注32において、条例が定める規制要件の明確性の欠如を理由に敗訴したものとして、高知市普通河川管理条例(最判昭53.12.21判時918号56頁)、飯盛町モデル類似施設規制条例(長崎地判昭55.9.19行裁例集31巻9号1920頁/福岡高判昭58.3.7判時1083号58頁)、宗像市産廃施設規制条例(福岡地判平6.3.18行裁例集45巻3号269頁)、山梨県ゴルフ場造成事業適正化条例(甲府地判平9.3.25判例自治240号44頁/東京高判平13.9.12判例自治240号49頁)、阿南市水道水源規制条例(高松高判平18.1.30判時1937号74頁)等を挙げ、さらに、特定事業所に対する不意打ち・ねらい撃ち規制であるとして事前協議手続不備を理由として敗訴するケースとして紀伊長島町水道水源保護条例(最判平16.12.24民集58巻9号2536頁)、前掲・阿南市水道水源規制条例判決等を挙げている。実務家として真摯に受け止めねばならぬ課題である。