論　説

行政法学上の「公益」に関する一考察

趙　　元　　済

目次

一　はじめに
二　公益と公共性について
三　公益の拡大多様化の傾向とその歴史的背景
四　規制緩和・民営化と公益内容の変遷
五　公益性を担保する方法論と公益性をめぐる裁判例の検討
六　おわりに　― 真の公益は如何にして存在するのか？

一　はじめに

亡き室井力先生は、行政法たるものが行政活動の権能を与え、同活動を正当化づける一方、他方で同活動を統制する法の体系でもあるという行政法の二面性の認識の下に、現代行政法・行政法学が如何なるものであるべきかという課題の検討と解明について、これらの解明と検討が日本の政治･行政ないし社会･経済の具体的問題状況に即して行われる必要があるとして、さらに「たんなる〝客観的認識論〟でもなく、また認識論抜きの〝解釈論〟をはじめとする実践論でもなく、認識と実践との高度な絡み合いないし統一」という客観的な現状認識に基づく法解釈論と、その実践論（立法・計画策定過程への参画など）の必要性を力説した(1)。

(1)（室井力『現代行政法の原理』1頁（勁草書房、1973年）。現在、日本の政治・行政ないし社会・経済の具体的問題状況としては、国・地方における膨大な累積財政赤字、少子高齢化および格差社会の深刻化にもかかわらず社会保障費の削減、経済的困窮を理由とする自殺ないし無理心中の増加、そして最近とくに明らかになった年金記録漏れ事件ならびに薬害C型肝炎訴訟などのほか、これらの問題の解決に対して迅速かつ的確に対応すべきであるにもかかわらず、これに対応しえない現在の政治・行政の停滞性ないし閉塞感を挙げられよう。こう

そして、先生は、「明治憲法から現行憲法への憲法原理の基本的転換にともなう行政法理論のその基礎構造における民主主義的価値の実現という課題と、その目的・手段・内容において多様化し複雑化しつつ肥大化する現代行政・行政法現象にいかに対応するか」[(2)]という課題の重畳性の故に、この重畳的課題に対しては行政法学の方法論が肝要であるとして、かつての行政法理論に代われるものとして、多様化し複雑化しつつある各個別の行政領域を特定し、人権の価値序列に則した行政領域ごとの権利論の再構築を試みるべきとする「行政領域論」という行政法学の方法論を提唱した[(3)]。

また、先生は、行政活動の正当化の根拠となり、同活動による私人の権利利益の制約ないし侵害を違法としない公益ないし公共性に関して、「必ずしも法の示す公益性ないし公共性がどのような意味で公共的・公益的であるかについて、それと対抗する、またはそれによって保障される権利自由とのかかわりにおいて具体的・合理的根拠の説明がなされてこなかった」[(4)]とし、行政法における利益衡量論の場合に、民商法における利益衡量と異なり、行政活動の掲げる公益が「それに対立する私人の自由と権利という個々の利益（＝私益）を圧倒することを合理化する傾向がある」（傍点筆者）という現状認識の下で、「公益」ないし「公共性」といった多義的不確定概念の具体的内容の分析・検討とそれによって正当づけられる行政活動の特殊性を、それぞれの行政領域において分析・検討することの必要性を強調した[(5)]。

した具体的な問題状況からすれば、先生の仰る「客観的な現状認識に基づく法解釈論と、その実践論」は、今日なお、切実に求められるものといってよい。

(2) 室井力『現代行政法の原理』前掲書４頁、同『現代行政法の展開』４頁（有斐閣、1978年）。

(3) 行政領域論については、室井力『現代行政法の原理』前掲書12頁以下参照。先生が「行政領域論」となる言葉をはじめて使ったのは、室井力「近代法の再検討・行政法」ジュリスト基礎法学シリーズⅡ『現代の法理論』所収1970年６月号。

(4) 室井力「行政法の解釈」法律時報46巻１号30頁（1974年）。

(5) これらについては、室井力『現代行政法の原理』前掲書13～15頁参照、同「現代日本の行政機関とその作用」天野ほか編『マルクス主義法学講座⑥―現代日本法分析』所収（日本評論社、1976年）、同『現代行政法の展開』前掲書112頁以下参照、同「行政法学方法論議について」杉村敏正先生還暦記念論文集『現代行政と法の支配』所収（有斐閣、1978年）、同『行政の民主的統制と行政法』228頁（日本評論社、1989年）など参照。

さらに、1980年代に入り、先生は、行政領域論の法解釈論としての限界それ自体を超えるべく、「公共性分析」ないし「公共性論」という行政法学の方法論を新たに提唱した。多年の研究を集大成するものとして、多くの研究者分担執筆によって『現代国家の公共性分析』（日本評論社、1990年）が世に出た。先生は、同著書の中で、行政法学方法論としての行政領域論をさらに一歩進めて行政の国民的立場からみた公共性分析の必要性を説き、現代国家における公共性の内容を、一般国民のための「市民的生存権的公共性」と、部分的利益を公益と偽装しつつ実現せんとする一部特権層のための「超市民的特権的公共性」とに分け、したがって、後者の虚偽性を認識・暴露しつつ、これを排して、前者を実現すための作業に取り組むことが現代法律学の課題であると主張したのである[(6)]。

最終的に、先生の仰る「公共性論」ないし「公共性分析」とは、各個別の行政領域について、憲法的価値の実現を目指し、国民の自由と権利の個別具体的価値評価に基づいて、行政の存在理由としての公共性の具体的内容の分析・検討を求め、公共性の真実性＝理念を深化し、実現するための行政法学にとどまらず、法律学全体の方法論の１つといってよい。

先生は、私が名古屋大学大学院博士後期課程に在籍していたときに、当時、日本語に不自由な私に「諦めない」という言葉を知っているかと聞き、行政活動の正当化の根拠とされる「公益」ないし「公共性」について、これが抽象的不確定概念の故に、特定の人々の個々の利益（＝私益）を圧倒する現状において、「公益」ないし「公共性」に対する具体的分析ないし究明がきわめて困難であるとしつつも、「諦めることなく」、「公益」ないし「公共性」の具体的分析ないし究明を続けることの重要性と、同究明による行政の民主的統制の必要性を力説していたことが、今でも私の記憶に鮮明に残っている。

最近における公益論争事例の１つとしては、国歌斉唱行為や伴奏行為をすることが自らの歴史観ないし世界観等に反するため、これらの自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動としての不起立・退席等をするという個人の

---

(6) 室井力「国家の公共性とその法的基準」室井力ほか編『現代国家の公共性分析』14頁（日本評論社、1990年）以下参照、そのほか、原野翹「行政の〝公共性〟と現代行政法の理論」公法研究54号159頁（1992年）。

自由権の保障と、これに対して公益保護を理由とする規制として、国歌斉唱の際に起立斉唱行為や伴奏行為をすることを求める職務命令の発動と職務命令違反に対する懲戒処分をするという行政権限の行使との対峙を挙げることができよう。職務命令と懲戒処分が自由権の侵害にならず、正当なものであるためには、同自由権の侵害を優越するものとして守るべき公益が必要であるのはいうまでもない。言い換えれば、一部教員の不起立・退席等の行為を許容した場合に、これらが如何なる公益、いわゆる如何なる不特定多数の具体的な利益を侵害することになるのか、一例として生徒らの成長過程において如何なる不利益や影響をもたらしているかどうかについての実証的な分析検討が必要であると思われる。

拙稿では、「公益性」と「公共性」の２つの概念の関連性や異同を吟味しつつ、行政作用法上、私人の自由と権利を制限ないし侵害する行政規制権限を授権する法的根拠たる「公益」に関する議論を一瞥し、「公益」の内容とその法的限界ないし民主統制の方法について、私見を述べることにしたい。したがって、拙稿は、先生が権利論と民主主義論とを結合せしめるものとして、かつ国家と法を統制するための法律学の方法論として提唱された「公共性論」(7)には到底及ばないものであることを断わっておきたい。

二　公共性と公益について

（一）問題の所在

現行憲法上、「公共の福祉」（憲法12条、13条、22条、29条）という用語が用いられている。これをうけて、行政作用法が「公共の福祉の増進」（建築基準法、都市計画法、温泉法など）、「公共の利益の増進」（土地収用法）を当該法の目的として規定し、あるいは「公共の福祉ないし利益」のような表現を用いることなく、「国民の健康を保護するとともに生活環境の保全」（大気汚染防止法）、「生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図ること」（廃棄物処理法）のように、不特定多数の利益保護を法の目的として定めている。以上のように、行政作用法は、不特定多数の利益を「公益」として、当該公益保護を法の目的として規定しているのである。

---

(7) 室井力「国家の公共性とその法的基準」前掲論文15頁。

また、多くの行政作用法は、個別の条項の中に「公益」というたったの二文字を用いて、多義的不確定概念たる公益を私人の自由と権利を制限する際の根拠として用いている。たとえば、建築物の敷地、構造、建築設備または用途が「公益」上著しく支障があると認める場合においては、当該建築物の除却、移転、修繕、模様替、使用禁止または使用制限を命ずることができるという特定行政庁の措置命令（建築基準法11条）、温泉をゆう出させる目的以外の目的で土地が掘削されたことにより温泉のゆう出量、温度または成分に著しい影響が及ぶ場合において「公益」上必要があると認めるときは、その土地を掘削した者に対してその影響を防止するために必要な措置を講ずべきことを命ずることができるという都道府県知事の措置命令（温泉法14条１項）などが挙げられよう。

以上にみるように、「公共の福祉」、「公共の利益」および「公益」とは、私人の自由と権利を制限する根拠として用いられている。翻って、行政作用法は、公共の福祉ないし公益を実現するために、行政機関に私人の自由と権利を規制する権限を与え、当該行政活動の根拠を与えるための法体系といえよう。この点において、公共の福祉と公益とは、同義語であるといってよい。

以上に対して、「公共性」に関しては、その分析・検討が室井先生を中心とする研究者グループ(8)や、もちろん、そのほかの多くの学者ら(9)によってもその研究が活発に行われてきた。しかしながら、「公益」と「公共性」概念(10)が混在しオーバーラップするようにみえるものの、公益と公共性という２つの用語の使い方やその関連性については明確にされていないのではないかと思われる。したがって、以下では、まず、公共性とは、公益性と同様の意味を有するか、あるいはその意味において違いがあるとすれば、如何なる意味を有し、かつ如何なる文脈において使われてきたかについて見てみる。そして、行政法学

---

(8) これに関しては、室井力ほか編『現代国家の公共性分析』（日本評論社、1990年）、原野翹ほか編『民営化と公共性の確保』（法律文化社、2003年）、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社、2004年）、三橋良士明ほか編『行政の民間化の公共性分析』（日本評論社、2006年）。

(9) 宮本憲一『現代資本主義と国家』305～306頁（岩波書店、1981年）、宮本憲一『公共性の政治経済学』（自治体研究社、1989年）、小林直樹「現代公共性の考察」公法研究51号（1989年）27頁以下参照。

(10) 公共性概念そのものに関する研究としては、晴山一穂「公共性概念に関する一考察」専修法学論集第106号（2009年）63頁以下参照。

上、公益性そのものに関する分析・検討が十分に行われていたかどうか、すなわち公益性をめぐる行政法学上の状況について一瞥し、公益と公共性の２つの概念の関連性や異同について、規制行政と給付行政といった行政活動の性質に沿ってその検討を行うことにしたい。

（二）２つの概念の関連性と異同

行政活動は、その態様ないし性質からして「規制行政」、「給付行政」[(11)]および「私経済行政」という３つの分野に分けることができる。これらの分野において行政活動は、平たくいって、その程度の差があるものの、公益の実現を目的として行われている。一例として、かつてイギリスの貧民救済法（poor law）における救貧院の設置や公的扶助などは、社会的弱者の救済にあったが、これらの弱者が救貧院などの施設において保護されることによって最終的に治安維持に貢献するという公益実現の機能を果たすからである。現代国家においては社会的弱者への救済保護は、生存権の保障の権利として位置付けられている。このように、給付行政も、広義において公益実現のために行われているといえよう。私経済行政は、直接公益実現を図るのではない。しかし、私経済行政は、その準備的な活動であるという点で、直接的ではないものの、間接的に公益実現を目的するための行政活動といってよい。

ところが、規制行政の具体的なあり方としては、行政作用法が【１】義務違反に対する不利益処分を定め、あるいは【２】許認可制を採用し、行政機関に規制権限を付与する場合である。【１】は、私人に対して一定の行為をすることを命じられている（下命）ときと、一定の行為をしてはないならい（禁止）ときであり、私人の自由が制限される場合である。私人の自由の制限を正当化するものが公益概念である。そして、【２】は、より具体的に見てみると、私人の許可申請が公益保護を目的する行政作用法の定める要件などに適合しないことを理由に許可されない場合、あるいは私人の許可申請が公益保護を目的す

---

(11) 規制行政と給付行政の区分に関しては、実態として、給付行政でも、規制的手法が用いられる（生活保護における指示等）ことがあるし、規制と給付の両面を持つものもあり（義務教育、予防接種は義務付けるとともにサービスである）、必ずしもすっきりとした区分はできない（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』20頁（有斐閣、2008年）。

る行政作用法の定める要件などに適合することを理由に、当該申請を許可したときに、近隣住民などが同許可の取消等を求める場合に分けることができる。以上のいずれの場合にも、公益の実現ないし保護を理由に、私人の自由と権利が制限されることになる。このように、公益とは、私人の自由と権利を制限するという規制権限の根源となるものであるといってよい。

以上のような権力的行政作用としての規制行政のみならず、行政指導などの非権力的行政作用であっても同行政作用に対する私人の不服従に制裁が伴われる場合には、当該非権力的行政作用も私人の社会・経済生活に大きな影響をもつにいたっているため、その実質においては権力的行政作用としての規制行政と同様、当該非権力的行政作用も規制行政の一環として把握されよう。非権力的行政作用としての規制行政とは、介護保険法103条１項の定める「基準遵守の勧告」に対する施設開設者の不服従がある場合にその不服従の事実の公表を定める介護保険法103条２項、あるいは医療法30条の７の規定に基づく「病院開設中止の勧告」に対する病院開設者の不服従がある場合に中止勧告に従わなかったことを理由に、健康保険法第43条の３に基づいてなされる保険医療機関指定拒否処分などにみるように、これらの勧告がその例として挙げられよう。行政機関は、これらの権力的行政作用と非権力的行政作用のいずれか、またはこれらを並列的ないし重畳的に用いて、公益目的の実現のために行政活動を行うのであって、非権力的行政作用も公益実現の規制行政の主要な手段の１つであることを忘れてはならない。

かかる規制行政の場合は、行政庁が私人の申請を許可しないとき、私人の義務違反を理由に、私人に対して不利益処分を行ったとき、そのほか行政指導の不服従に対する制裁を行ったときのように、行政目的としての公益と、私人の自由・権利といった私益との対峙ないし衝突、いわゆる緊張関係が生じる。これらの緊張関係の生成は、規制行政の顕著な法現象といえよう。このため、行政法学上、規制行政においては法律による行政の原理および事前行政手続による統制がより一層貫徹されることが求められることになる。この点から、行政作用法は、必ず公益実現のための規制権限を明確に定めることはもちろんのこと、公益の内容の分析・検討を通じた公益性の明確化ないし具体化は、給付行政や私経済的ではなく、規制行政の分野において求められるものといえよう。そして、公益実現を目的とする規制行政は、それが私人の自由と権利を制限な

いし侵害することになる点に重きを置くとすれば、規制行政そのものを民主的かつ効果的に統制する必要があるという意味においては、消極行政論が妥当する分野であろう。たとえば、行政法学上、警察行政の場合に消極行政論の妥当するものとされてきた理由は、公共の安全と秩序を維持するという公益の実現を理由とする警察法や警察官職務執行法に基づく権限行使により、私人の自由と権利が制限ないし侵害される蓋然性がその量・質の両面において、他の行政権限の行使に比べて、きわめて高いからである。

以上にみるように、行政法学上、公益とは、行政機関に規制権限を付与する根拠とされており、主に規制行政の領域において用いられる概念である。

さて、行政の公共性については、行政の存在理由であると述べられ、その内容については法律学において憲法を基準として検証されるべきであるとされている(12)。そして、公共性論ないし公共性分析は、その対象として公共事業や行政サービスなどの給付的行政だけではなくて、治安維持的機能をもふくめており、もはや行政領域論のように、法解釈のレベルに止まっておらす、行政そのものの変革のための新たな認識論・価値論を用いて、国家論を構築しようというものであったとされている。また、国家論としての公共性論は、行政の公共性のみならず、立法過程そのものの公共性や司法過程の問題をも検討すべきであるとしており、全法分野、さらには全社会科学分野に一定の妥当性を有するというところまで議論が進められていると述べられている(13)。

そして、近年、日本における公共性論の隆盛の背景には、民間活力を生かし、累積財政赤字を解消するなどの複合的な要因によって進められた民営化と規制緩和・撤廃などの市場原理に基づく新自由主義的改革にその発端を求めることができよう(14)。

ところが、行政の公益とは、行政作用法上、行政機関が規制権限の行使をする際に私人の自由と権利を制限するという規制行政において、規制権限の根拠

---

(12) 室井先生は、行政の公共性が法律学において憲法を基準として検証されることによって、行政の存在理由であると述べている（室井力「行政の公共性と効率性」法律時報58巻２号２頁（1986年））。

(13) 浜川清先生発言・シンポジウム「現代国家における公共性―その学際的研究を目指して」法律時報63巻11号50頁（1991年）。

(14) 晴山一穂「公共性概念に関する一考察」前掲論文54頁参照。

として同制限を正当化するものであり、規制対象となる私人の自由と権利に優越するものである。これに対して、行政の公共性は、行政の存在理由だとされる場合に、規制行政における規制権限の根拠となる公益概念とパラレルして、行政機関が各種施策・事業ないし行政サービスを直接に提供しなければならないとする行政サービスの守備範囲論、いわゆる政府の責任論・役割論を導く根拠となるというパラダイムを設定することができよう。給付行政とは、現代社会における社会的弱者に対する政府責任としての生存権の保障（憲法25条１項）のための生活保護から、不特定多数の便益となる「公の施設」や公共事業までさまざまなものがこれにあたる。とくに、給付行政の中、とりわけ各種施策・事業やサービス提供などについて行政機関が事業主体となり、これらの各種施策・事業やサービスなどを不特定多数の人々に直接に提供しなければならないときに、当該各種施策・事業やサービス提供そのものに公共性があると前提されるのである。つまり、行政機関が各種施策・事業などを直接行うのは、いうまでもなく、これらの施策・事業などには行政の存在理由としての公共性があるからである。

現代社会における社会的弱者に対する政府責任としての生存権の保障としての給付行政の場合は、給付そのものが恩恵的なものではなく、各個人の権利として位置づけられうるかどうかの価値論・権利論が行政法学の重要な論点である。このため、生存権の保障としての具体的な給付そのものが、実定法上の権利として位置づけられることになるのは、当該給付には当然のこととして、公共性が内在しているからである。そして、給付行政における施設や施策・事業による便益やサービスの提供には、ほとんどの場合に予算措置が必要となる。したがって、同給付行政の場合は、予算措置が必要であるため、費用対便益という観点から、公共性の内容の分析・検討を通じて公共性の明確化ないし具体化を図ることを求められるといえよう。実際に、給付行政の中には、権利として位置付けられていないものの、国民の福祉の増進などといった不特定多数の利益、いわゆる公益を確保・保障するためのものが多くある。こうした国民の福祉増進が恩恵的なものであっても、これらの給付行政が公共性を有し、したがって、当該給付は政府の責任・役割とされる場合もある。このように、国民の福祉増進といった公益の実現も、公共性のメルクマールの１つとなり、公共性論に公益論がオーバーラップしてくる。この所以により、公共性概念そのも

のが混迷しているのではないかと思われよう。

さて、費用対便益という観点から、給付行政の効率性は、当該給付行政の公共性に仕える手段的価値であり、当該給付行政の公共性を実現することに向けての効率性なのであって、単純な経済的効率性と同一視できるものではない[15]。給付行政の場合に、資源の効率的配分の観点や給付の性質[16]から市場原理の自由競争によっては提供しえないものに関しては、経済的効率性を問えないのである。そして、公共性の最たるメルクマールとしては、行政機関が各種施策・事業による便益やサービスを提供する際に、仮に提供主体が民間企業であっても、〔1〕各種施策・事業による便益やサービスの提供といった給付に社会的有用性があり、〔2〕当該給付が市場原理の自由競争によっては提供しえないという非市場性、そして、〔3〕平等原則の適用が厳しく求められるという便益やサービス提供の非差別性[17]を挙げることができよう。言い換えれば、各種施策・事業による便益やサービスの提供といった給付が、その提供主体を問わず、これらの給付の受給者ないし利用者との関係において、以上のようなメルクマールを有するとき、これらの給付には公共性があるとされよう。地方自治法上、普通地方公共団体の所有に属する財産である公有財産の１つである行政財産について、これを普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することと決定した財産と定義されている（地方自治法238条４項）が、公共用に供し、又は供することと決定した行政財産は理論上以上のメルクマー

---

(15) 室井力「行政の公共性と効率性」前掲論文５頁。

(16) 室井先生は、「行政の手による役務提供は、それが行政の活動＝業務として行われることそのことの性質上、その責任と公正性・平等性とか保障されることになる」とし、行政の公共性のメルクマールとして継続的かつ安定的役務提供の責任と、その提供の際に公正性と平等性を挙げているようである（室井力「行政の公共性と効率性」前掲論文３頁）。したがって、継続的かつ安定的役務提供の責任と、その提供の際に公正性と平等性が求められる給付は、政府の責務として行われることになる。

(17) 近代経済学上では、公共財や公共サービスの概念について、利用や消費の面での性格に着目し、料金を支払わない者を利用や消費から排除できないという「排除不能性（non-excludability）」の特徴や、個人の消費が他の個人の消費を減少させない点で、すべての人が共通に享受するという「非排他性」を挙げ、説明がなされている（これについては、小林直樹「現代公共性の考察」公法研究51号33頁以下（1989年）参照）。排除不能性と非排他性とは、行政法学上、平等原則の下での非差別性に引き直すことができよう。

ルを有するものといってよい。つまり、公共性とは、最終的に給付の受給者ないし利用者との関係において各種施策・事業による便益やサービスの性質そのものを表す概念であるといえよう。

以上のことを踏まえて、さらに整理してみると、まず、公共性とは、給付の担い手と給付の受給者ないし利用者である私人との関係において各種施策・事業による便益やサービスの性質そのものを説明する概念として、私人に対する施設や施策・事業によるサービスの提供を政府の責任・役割としなければならない根拠として用いられるものを指す。このため、公共性とは、私人に対する政府の責任ないし役割を導き、さらには私人の権利と政府の義務を創出する概念といえよう。このことは、「第一世代の公共性論」と称されよう。これに対して、各種施策・事業による便益やサービスの提供に関して、社会的有用性はいうまでもなく、その質と量における全国的統一性の確保の要請と、平等原則の適用による各種施策・事業による便益やサービスの提供の非差別性が要請される場合には、私人に対するこれらの提供が行政主体によるものか、民間企業や団体によって提供されているものかを問うことなく、当該便益やサービスの提供にはその存在理由として公共性があるといえよう。このことは、「第二世代の公共性論」と称されよう。

つぎに、給付行政の場合は、規制行政においてみられる公益と私人の自由と権利＝私益との緊張ないし衝突関係という法現象はみられないが故に、財源論を別にすれば、これに対してはその積極的提供を求めるという側面を有する。すなわち、積極行政の行政法学論が妥当する。ただし、施設や施策・事業による便益やサービスの提供の場合には、これらの提供のために設置された施設などの機能的瑕疵または供用関連瑕疵、あるいは安全性の欠如などにより、特定の人々に対して不利益（たとえば、環境被害、生活妨害など）を強いることになることもある。このように、私人に対する便益やサービス提供を政府の責任・役割とする給付行政、とりわけ公共事業などにおいても、特定の人々にもたらされる不利益を受忍の限度とする場合に、受忍の限度とする根拠として公益概念が用いられることがあろう。この点において、公共事業の掲げる公共性と、当該事業によってもたらされる不利益を受けるとする私人の権利利益との対峙ないし衝突、いわゆる緊張関係が散見される。このため、当該公共事業の有する公共性の明確化ないし具体化が求められるのはいうまでもなく、給付行政は、

必ずしも積極行政の行政法学論が妥当するとは限らない。こうした場合に、おそらく、室井先生が仰る「市民的生存権的公共性」と、部分的利益を公益と偽装しつつ実現せんとする一部特権層のための「超市民的特権的公共性」との分裂が生じることになるであろう。

以上のように、公共事業などの給付行政において公共性が認められても、特定の人々にもたらされる不利益を受忍の限度とするときに、受忍の限度とする根拠として公益概念が用いられる場合がある。こうした場合に、公共性論に公益概念がオーバーラップしてくる。不利益を被る特定の人々に対する十分な配慮が欠如しているなどにより、当該公益が説得力を有しない場合には、不特定多数の人々に対する施策・事業による便益やサービスの提供そのものの意義、いわゆる給付行政における便益やサービス提供の公共性が疑問視されるであろう。

そして、憲法・法律適合性は、いうまでもまく、当該給付が法治国家において公共性を有するための大前提であるとされている(18)。しかし、規制行政における公益性論が私人の自由と権利の制限を正当化させるものであるため、憲法・法律適合性、いわゆる根拠規範や規制規範などの法律による統制の密度は規制行政においてもっとも高いといえよう。こうした規制行政に比して、給付行政の場合は、根拠規範や規制規範などの法律による統制の密度が相対的に希薄であるのは、一般的である。しかしながら、給付行政の場合でも、当該給付が国民の権利として確立すると、根拠規範や規制規範などの法律による統制の密度は、規制行政とほぼ同様に高くなる。給付行政における公共性論は、特定の施策・事業やサービス提供の担い手から企業などの私人を排除し、これらを行政に独占させるという概念であり、あるいは特定の施策・事業やサービス提供の担い手から企業などの私人を排除することなく、「民間」が特定の施策・事業やサービス提供の担い手として位置付けられた場合、いわゆる民営化が行われ、民間によって提供される特定の施策・事業による便益やサービスがその質と量における全国的統一性の確保の要請と、平等原則の適用による各種施策・事業による便益やサービスの提供の非差別性を要し、特定の施策・事業やサービスに公共性があるとされた場合には、特定の施策・事業による便益やサービスの提供には、根拠規範や規制規範などの法律による民主的統制の密度は相対的に高く

(18) 原野翹「行政の〝公共性〟と現代行政法の理論」公法研究54号162頁（1992年）。

なる。ある意味において、施策・事業やサービスの提供の担い手を行政ではなく、民間主体にした場合に、これらに対する法律による民主的統制の密度がより高くなるという考え方が存在するとすれば、これは民間を悪とする性悪説に立ち、国家、とりわけ行政を善とする性善説に立っているようにも思われよう。

以上に見るように「行政の公共性論」とは、規制行政を除く行政サービスの守備範囲論、いわゆる政府の責任・役割論から導かれる給付行政の分野において、行政機関が行政サービス、各種施策・事業による便益を直接に提供しなければならない理由、いわゆる「給付」行政における行政の存在理由として限定的にとらえ、その上、公益概念とは、私人の自由と権利を制限する必要があるとき、いわゆる規制行政が要されるときには、当然のように、規制権限の根源として用いられるものといえよう。このため、公益性論と公共性論のそれぞれの使い方が行政の性質や行政過程の段階ごとに異なるものである。とくに、これらの概念は、従来、行政側の権限行使や施策・事業などの正当化の論理として用いられることにその共通点を有しており、これらが個人の権利利益と対峙しているときには、これらのそれぞれの内容については具体化かつ明確化が必要であろう。

（三）行政法学論と公益性論について

戦前の伝統的行政法学における公益論観[19]について、ある論者は、権力の

---

(19) 美濃部達吉博士は、すでに行政の目的に関しては、これを国家目的と社会目的と分け、前者については組織・外交・軍政・財政の四種を挙げ、後者については、社会公共の安寧秩序を維持する治安目的と、社会の福祉を増進し文化を開発する福利目的とにわけて、説明し、さらに後者について、「一般人民の公共の利益を直接の目的とするもの」（美濃部『日本行政法学上巻』16頁以下（1936年、有斐閣）参照）としており、そして国家を「公益の保護者」とし、公益の保護という現地から私人に対する国家の法的優越性を認め、そうした法律関係を規律する法の特徴から「公法」の観念を導いている（同『公法と私法』163頁（1935年、日本評論社）」）。美濃部達吉博士の公益の内容については、「特定個人の利益を越えたすべての利益を「公益」と看なしうる点では、その内容はほぼ無限定的とさえいえよう」とし、その公益論が「行政法学において十分規律された解釈概念とはいえず、さしあたりはその外に置かれた法思想的概念にほかならないであろう。しかしそれにもかかわらず、公権力の発動の動因となる」ものとされている（安達和志「行政法における「公益保護」理論の再検討」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題』所収15～16頁（有斐閣、1990年））。そして、

国家への集中をなしとげた明治国家の成立という歴史的条件と、絶対主義的天皇制の下で市民的法治主義ないし自由主義の徹底には当初から限界があったという制度的条件の故に、「全体として、絶対主義的「公益」観から福祉国家的「公益」観への移行期において、前者の要素を完全に払拭しきらないまま後者の萌芽的形成を示すことになっている」としつつ、「法的に有意味な「公益」概念の究明を欠いたまま行政主体の優越性に帰結する「公益保護」の理論を形成してきた」と評している[20]。以上は近代行政法学における公益論であって、現代行政法学における公益論が如何に展開してきたかどうかを見てみる必要があろう。

以下では、現代行政の実態とその行政活動の在り方を概括的に説明する行政法「総論」を大雑把に整理しつつ、現代行政法学における公益論が如何に展開してきたかどうかについて見てみる。

一般に、行政機関は、公益という目的の達成のためにさまざまな行政手法、とりわけ規制行政を用いて、各種行政領域において私人に対する行政活動を行う。その行政活動には、①行政作用法ないし組織法（授権法）に基づいて権限の行使としての行政活動と、行政作用法ないし組織法に基づかない行政活動がある。このように、行政機関が公益実現のために行政活動をする際に行政作用法ないし組織法に基づくことなく、行うことができるかどうかが、行政法学における第一の課題であった。行政活動の際に授権法が必要かどうかに関しては、法律による行政の原則とその例外に関する議論として「法律留保論」がこれにあたる。公益保護を理由に、法律留保の例外の余地を認める裁判例としては、

渡辺宗太郎博士の公益論については、「特定個人の利益を越えたより高次の共同体利益であり、不特定多数人の利益であることを本質的特徴とする」とし、「具体的行政決定に際して何が最も公益に適するかの判断は、行政作用が法の具体化である以上、少なくとも条理法に羈束され客観的合理性をもつものでなければならない。ただし、この場合、条理法の探究は、…行政権自身がその権威に基づいて行い、その判断の是非は行政訴訟の対象とならない」と説明し、一応、後者の公益論が「条理法的に羈束された概念、つまり法概念と位置付けていることが注目される」としつつ、「客観的限定づけとしては結局不成功に終わっている」（安達和志前掲論文25頁）と評されている。

(20) 安達和志「行政法における「公益保護」理論の再検討」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題』所収27～28頁（有斐閣、1990年）。

東京高判平成15年５月21日平成13年（ネ）第306号が参照となる[21]。

そして、これらの行政活動はその手法からすれば、非権力的行政作用と権力的行政作用の二種類に大別されるが、行政機関は、これらのいずれか、またはこれらを並列的ないし重畳的に用いて、公益目的の実現のために行政活動を行うのである。近年、権力的行政作用のみならず、非権力的行政作用も私人の社会・経済生活に大きな影響をもつにいたっている。このため、権力的行政作用と非権力的行政作用の区別の相対化現象の下で、処分概念の拡大解釈による「訴訟法上の処分」が判例上、確立しつつあり[22]、非権力的行政作用に対する個別具体的な分析・検討も盛んに行われているといってよい。

また、行政作用法は、公益を実現するために、さまざまな規制権限を行政機関に与えつつ、行政機関の規制権限行使の際にはその専門性・技術性の故に、その規制権限行使の手法ないし態様および範囲について行政庁に委任するという委任立法や、専門性・技術性のみならず、政治的判断の尊重の必要性から行政機関に判断の余地を付与する行政裁量という法の仕組みを用いる。先に述べたように、行政作用法ないし組織法に基づかない行政活動の場合は、より自由な裁量権の行使・不行使を内在するものといってよい。

---

(21) 東京高判は、「本件各報告の公表は、現行法上、これを許容し、又は命ずる規定が見あたらないものの、関係者に対し、行政上の制裁等、法律上の不利益を課すことを予定したものでなく、これをするについて、明示の法的根拠を必要としない。本件各報告の公表を受けてされた報道の後、貝割れ大根の売上が激減し、これにより控訴人らが不利益を受けたことも、前記（原判決157頁以下）のとおりであるが、それらの不利益は、本件各報告の公表の法的効果ということはできず、これに法的根拠を要することの裏付けとなるものではない。本件各報告の公表について法律上の根拠を要することを前提とする控訴人らの主張は、前提を欠き、また、憲法29条２項違反をいう点も、採用の限りではない。しかしながら、本件各報告の公表は、なんらの制限を受けないものでもなく、目的、方法、生じた結果の諸点から、是認できるものであることを要し、これにより生じた不利益につき、注意義務に違反するところがあれば、国家賠償法１条１項に基づく責任が生じることは、避けられない。」と判示した。

(22) 日本の改正法の施行以降、最高裁による処分性の拡大傾向に関する研究としては、越智敏裕「処分性をめぐる最近の最高裁判決の動向」法律ひろば2006年５月号12頁以下参照、亘理格「「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号７頁以下（2006年）参照、最近の裁判例としては、最大判平成20年９月10日平成17年（行ヒ）第397号浜松市土地区画整理事業計画決定取消訴訟事件、最判平成21年11月26日平成21年（行ヒ）第75号横浜市立保育園廃止処分取消請求事件が参照されたい。

このように、行政活動は、公益実現の故に、ほとんどの場合に必然的に行政裁量を伴うものであり、多くの場合に行政庁がさまざまな行政基準（法規命令と行政規則）を定めて、これらの基準に基づいて行われているといってよいだろう。周知のように、行政基準の作成の場合にも、授権法の委任に基づいて行われる場合（法規命令）と、授権法の委任に基づかないで行われる場合（行政規則）がある。このため、委任立法の限界をめぐる議論は行政法学上、主要な論点の１つである。また、行政活動の中には、私人の権利義務ないし法律関係を変更し、確定するものとして処分が行われる場合には、行政手続法による事前救済の方法も確立されている。だが、行政手続法は、多くの処分及び行政指導について、公益などを理由とする適用除外を定めており（３条参照）、意見陳述についても、公益などを理由とするその適用除外を定めている（13条２項１号）。意見公募手続について、同様の規定が置かれている（39条４項１号）。

以上のように、従来、法律留保論、行政基準の作成および行政裁量に対する民主的統制の方法論、事前行政手続による行政権の統制、ならびに権力的行政作用・非権力的行政作用といった各個別の行為形式に関する概念の説明が行政法学「総論」の主要な論点となっていた。とくに行政機関が公益の実現を目的として権限の行使とりわけ裁量権の積極的行使、または権限の不行使に係わる場合に、権限濫用と裁量権の逸脱・濫用または不行使による私人の権利利益の侵害となるおそれが常にあるといってよい。権限の不行使が問題となる場合も、ほとんどの行政作用法が権限の行使そのものを行政裁量とする法的仕組みをとっているため、結局のところ、権限不行使も行政裁量の問題となる。このため、行政裁量に対する民主的統制の方法論とは、行政法学上、行政活動の一般的規制原理の１つとしてもっとも重要な課題とされてきた。

戦前では、行政法学上、行政権の限界あるいは行政機関の裁量権の限界として行政の公益適合性の原則が指摘されているだけであって、行政の公益性判断に関してはこれを自由裁量とし、行政裁判所の審査権を排除するという理論が説かれていた[23]。私人の自由と権利が公益と衝突する際に公益の優越性は自明の理であった[24]。

---

(23) 佐々木惣一『日本行政法論 総論』74頁（有斐閣、1924年）。
(24) 宮崎良夫「行政法における公益」公法研究第54号129頁（1992年）。

以上に対して、戦後に入り、裁量権の行使に関しては、自由裁量と羈束裁量の区別を廃し、行政裁量を裁判所の審査に服せしめ、行政裁量権の行使に、目的違反・動機違反があったかどうか、平等原則、信義則および比例原則の違反があったかどうか、他事考慮の有無、要考慮事項の無視・軽視があったかどうか、あるいは全く事実の基礎を欠くか又は社会通念上著しく妥当性を欠くなどの裁量権の逸脱ないし濫用といった裁量権濫用型審査方式により、行政裁量に対する司法的統制が行われてきた[25]。すなわち、裁判所は、公益性如何の判断に関して、これを裁量問題にとどめ、専ら裁量権審査に従事したといえよう。このことは、公益そのもの内容について審査が行われることがなかったといってよい。

近年では、処分がその名宛人（＝処分の直接の相手方）の権利利益を如何に侵害したかどうか、いわゆる処分の名宛人の権利義務ないし法律関係の存否に関して如何なる変動をもたらしたかどうか（二面関係における行政法現象）のみならず、行政機関が処分の直接の相手方に対して授益処分（例えば、建築確認申請に対する建築確認、風俗営業の許可、廃棄物処理施設の許可など）を行った場合に、当該処分によって不利益を被る近隣住民（＝第三者）などの利益保護をも行政法学の主要な論点の１つとなっている。同じく、行政機関が適正な権限の行使として処分の直接の相手方に対して不利益処分（例えば、建築基準法九条に基づく違反建築物に対する是正措置命令）を行っていないときに、近隣住民（＝第三者）などが行政機関に対して当該是正措置を命ずることを求めることができるかどうか、すなわち権限の不行使によって不利益を被る近隣住民（＝第三者）の権利利益の救済保護をも行政法学の主要な論点の１つとなっている。以上の権限の不行使をも含め、これらの法現象は、三面関係における行政法現象である。三面関係の法現象は、空港などの公共事業者とその近隣住民との利害関係、原発事業許可と近隣住民との利害関係の対峙にみられるように、事業者の掲げる「公共性」のみならず、それに内在する公益と、近隣住民の求める自然環境ないし生活環境の保護という「権利利益＝私益」の衝

(25) 行政裁量に関する判例・学説の現状に関しては、多くの文献があるが、とりあえず、宮田三郎「行政裁量」公法研究55号137頁以下（1993年）、深澤隆一郎「裁量統制の法理の展開」法律時報82巻８号32頁以下（2010年）参照。

突が顕著な特徴となる[26]。三面関係の行政法現象は、一般に、規制権限を有する行政機関＝処分庁が近隣住民の求める自然環境ないし生活環境の保護のために、法律上の規制権限を積極的に行使しなかったときに、あるいは公共事業などによって近隣住民にもたらされる不利益（環境被害、生活妨害など）を受忍の限度としているのみで、近隣住民に対する適正な配慮義務を怠っているときに、近隣住民が原告となり、処分の直接の相手方である事業者などに対して一定の処分をすることを求めて、訴えを提起した場合、あるいは近隣住民が自らの権利利益の救済保護のために、処分庁が処分の直接の相手方に一定の授益処分などを行なったときに、近隣住民が原告となり、当該授益処分の取消を求めて、訴えを提起した場合である。ところが、基礎的な地方公共団体である市町村が近隣住民の求める自然環境ないし生活環境の保護のために、事業所や施設などの立地ないし設置規制のための独自の条例を制定し、同条例に基づいて規制権限を積極的に行使したときには、以上のよう三面関係の行政法現象は、二面関係の行政法現象に変わるのである。つまり、二面関係と三面関係とは、仮に国策または広域的政策が一方的に地域住民に押しつけられているとするならば、基礎的な地方公共団体が地域住民の権利利益を保護するために、条例を制定し、積極的に規制権限を行使したかどうかに関わるものであろう。

「行政に固有または特有の法」としての行政法概念や、あるいは公法上の法律関係たる概念が必要だとすれば、それは、権力的か非権力的かを問わず、行政機関がその目的の実現のために様々な行政手法を用いて、私人に対する行政活動を行うという【1】「行政活動の公益性ないし公共性」と、同行政活動には委任立法や行政裁量という【2】特殊法技術論を必要不可欠としているところ、そして問題状況により、時として【3】三面関係の法現象がその特徴とされているところに求めることができよう。このなかで、公益性ないし公共性と、裁量性および時として三面関係の法現象こそが、行政法、とりわけ公法上の法律関係という概念を構成するもっとも重要なメルクマールといえよう。こうした特徴を有する行政活動による私人の権利利益の侵害から救済保護するために、民事訴訟法に対する特則として行政事件訴訟法などが定められている。

---

(26) 行政法の現象としての二面関係ないし三面関係に関しては、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』32頁以下（有斐閣、2008年）参照。

行政裁量の根源たる公益性や、私人の自由と権利を制約するさまざまな規制権限を行政機関に与え、各種行政活動の正当性の根拠を与える公益性に関して、行政作用法は、目的規定において概括的・包括的に定めるだけであって、行政法総論において公益そのものを取り上げて、説明するものはかなかったといってよい[27]。他の論者らからも、行政活動の根拠となる公益（ないし公共性）の内容について、その内容を具体的に分析・検討することなく、価値中立的・無媒介的にさまざまな法律技術論ないし法解釈論を展開してきたとか[28]、明示的かつ具体的に検証するということは少なかったと言っても過言ではないと述べられている[29]。さらに、現状分析としては、「公益」ないし「公共の福祉」の名において私人の自由と権利がいとも簡単に制約されているのではないか[30]、あるいは公益とは本来社会を構成するすべての私人の自由と権利を最大限に保障する調整原理であるにもかかわらず、それがそうならず行政機関の規制権限の行使を正当化する自己目的化しており、しかも行政権の拡大の状況における行政活動が私人の社会・経済活動に重大な影響をもたらす[31]とされており、裁判所が行政の公益性ないし公共性を過度に強調し、権利利益の救済保護を求める私人である原告の請求を退ける一連の判決が出されているという分析がなされている[32]。

以上の現状分析からすれば、公益性が私人の自由と権利を制約する根拠となるが故に、行政法学上、とりわけ行政法総論における公益概念の説明と公益性

---

(27) 戦後の行政法教科書の中でも、公益ないし公共性についての明確な定義がなされているわけではなく、ただ、行政法の一般的な原則として公益の優越性が説かれているにとどまっていたと評されている（宮崎良夫「行政法における公益」公法研究第54号129頁（1992年）。

(28) 浜川清「行政の公共性分析試論」渡辺佐平編『民主的行政改革の理論』176頁（大月書店、1978年）。

(29) 原野翹「行政の公共性分析と現代行政法学の課題」法の科学12号57頁（1984年）、同「行政の〝公共性〟と現代行政法の理論」公法研究54号156頁（1992年）。

(30) 畑博行「憲法における公と私」公法研究第54号36頁（1992年）。

(31) 畑博行「憲法における公と私」公法研究第54号40頁（1992年）。

(32) 行政の公益性ないし公共性を過度に強調する一連の判決としては、大阪空港騒音訴訟判決（最高裁大法廷判決昭和56年12月16日昭51（オ）395号）、厚木基地騒音公害訴訟控訴審判決（東京高等裁判所昭和61年４月９日昭和57年（ネ）第2768号など）が挙げられている（宮崎良夫「行政法における公益」公法研究第54号32～133頁（1 1992年）。

論議の不在は大きな問題といわざるを得ない。したがって、行政法学における憲法的諸価値の空洞化を避けるためにも、これに対する議論を活発に行う必要があるのではないかと思われる。公益性論議とは、「人権尊重主義」、「民主主義」および「平和主義」などの憲法的価値に即して公益の内容を具体的に分析・検討することはいうまでもなく、公益が私人の自由と権利を制限するという規制権限の根拠として用いられるため、私人の自由と権利の制限という具体的な不利益に対して実際に規制権限が行使されることによって得られる効果の実証的分析・検討を行い、これらを通じて公益の内容の明確化ないし具体化を図ることを意味するにほかならない。

ちなみに、行政法学上、「公益」とは、行政活動の一般に存在する抽象的・多義的な不確定概念であってはならず、公益の内容をより明確化ないし具体化するためのルール作りとして、まず、立法過程における立法予告とパブリックコメントの採用と、行政過程における行政基準の制定手続（行政手続法第６章の意見公募手続）(33)の適正化を図ることはいうまでもなく、さらに、これらの手続を通じて公益性論議の貫徹によって初めて、行政機関が規制権限の行使をする際に私人の自由と権利を制約する（いわゆる規制行政）根源となり、同制約を正当化するものとして、規制対象となる私人の自由と権利に優越するものとなる。

現状認識として、2005年６月の行政手続法の改正により意見公募手続が法定化されたものの、行政作用法の策定段階において公益性論議が十分に尽くされずに多くの行政作用法が制定されているのではないかと思われよう。だとすれば、同行政作用法の定める規制権限そのものも、その是非が問われることになる。時代状況の変化によるものもあると思われるが、かつて進行した（あるいは、現在も進行している）規制緩和ないし撤廃の現象はこのことを語っているのではないかと思われる。このように、規制権限そのものの態様や程度の分析・検討も必要であろうが、その前提として公益性論議の貫徹を通じて、公益の内容の分析・検討が求められよう。同様に、行政機関が各種施策や事業、行政サービスを行う（いわゆる給付行政）場合に、同施策や事業、行政サービスを行わ

---

(33) 公益確保の仕組みに関するものとしては、常岡孝好「パブリック・コメント制度と公益決定」公法研究64号187頁以下（2002年）参照。

なければならない理由、いわゆる行政の存在理由を指すものとしての公共性の場合にも、その存在理由として「公共性」に内在する公益が、私人の自由と権利を制約することになるとき、あるいは私人にもたらされる一定の不利益を受忍の限度とするとき、行政政活動の一般に存在する抽象的・多義的な不確定概念であってはならず、規制行政における公益性論議と同様に、公共性に内在する公益性論議を通じた公共性論議の貫徹やパブリックコメントなどの手続的規律を通じて、公共性の内容をより明確化ないし具体化を図る必要があろう。つまり、各種施策や事業、行政サービスを行わなければならない理由としての公共性そのものは、少なくとも公共性に内在する公益論議の貫徹によって初めて、正当化されるのであろう（しかし、すでに断ったように、拙稿では、公共性そのものをめぐる分析・検討は行わない）。

三　公益の拡大多様化の傾向とその歴史的背景

これまでに、公益と公共性の関連と異同の検討を通じて、これらの概念の定義を試みた。以下では、公益たる概念が行政作用法上必要とされてきた理由や歴史的に如何に変遷してきたかについて見てみる。

近代市民法は、「国家」からの自由を普遍的な価値規範とする自由主義とともに、独立かつ平等な主体としての「市民」の市民的権利（civil rights）と政治的権利（political rights）の保障を謳っていた。とくに、「市民」は市民的権利として所有権絶対を原則とする私有財産制をはじめ、契約の自由などの私的自治を享受するものと捉えられていた。こうした近代市民法体系は、経済活動の自由ないし自由競争の経済体制の下敷きとなり、これらの経済体制は、いうまでもなく、市場への政府の不介入＝自由放任（レッセ・フェール）を掲げ、やがて、資本主義経済秩序の急速な発展を来し、かつ資本主義国家の経済的の繁栄をもたらしたのである。

市民革命後の立憲主義の下に確立される権力分立制と代議制は、市民的権利および政治的権利の保障をより強固に実効性のあるものにするための制度的装置であった。言い換えれば、権力分立と代議制という制度的装置は、近代「市民」国家、いわゆる近代的民主主義そのものを強固なものとして形作る礎であったといえよう。そして、行政権の具体的な執行過程を定める行政作用法においては、行政権の恣意的な行使から市民の自由と権利を保護するために、行政権の

恣意的な行使を否定し、これらの行政権の行使を法の下に置くという「法治主義」を基本原理とする法体系が生まれてきた。法治主義は、国家権力、とりわけ公権力の行使を「人の支配」ではなく、「法の支配」の原則下に置き、基本的人権の保障、罪刑法定主義、租税法定主義などを原則として、「市民」の自由と権利を保障するための基本原理ないし価値規範であった。

当時の「市民」社会においては、国家からの自由が普遍的な価値規範として重視され、国家の「市民」社会に対する介入を国防や治安維持の最小限にとどめる夜警国家が当時の国家観ないし国家形態として最善のものとされた。この故に、行政サービスの守備範囲との関連においては、安上がりの政府とか「小さい政府論」が当時の政府の責任・役割とされた。もちろん、議会によって制定された法に基づいて行政および司法が行われなければならないという法治主義の観点を重視すれば、その当時の国家観ないし国家形態は、「立法国家」であったともいえよう。

以上のように、市民法体系は、法治主義の下で市民の自由と権利を保障し、これらを保護するためのものであるといってよい。しかし、近代市民法体系は、市民の自由と権利を保障・保護すると同時に、国防や治安維持などの特定の場合に、これらの特定の利益を保護する必要がある場合には、「市民」の自由と権利の侵害ないし制限を許容する法体系をも作ったのである。このことは、とりもなおさず、「市民」の自由と権利が全く制限されることなく、無限に法的に保障・保護されるものではない、ということを意味する。このように、国防や治安維持などの特定の利益を優先的に保護ずるために、「市民」の自由と権利の侵害ないし制限が正当化されるとき、これらの特定の利益は法的に「公益」として構成されよう。たとえば、絶対君主国家においては君主＝国家の利益が最優先されていたが、近代市民法が支配する近代的民主国家においては、君主＝国家の利益の保護に代わって公益の保護のみが「市民」の自由と権利を侵害ないし制限する近代実定法上の要件とされた。言い換えれば、国家権力、とりわけ公権力の行使が「市民」の自由と権利を侵害ないし制限する場合であっても、同制限ないし侵害が公益を保護するために行われたとすれば、同侵害ないし制限は正当化され、法的に合法化されるのである。ある著名な憲法学者は、

「〝公共〟＝国家干渉によってでも確保（ないし維持）されるべき自由」[34]があると述べている。この意味は、公権力の行使によって私人の自由と権利が制限されるとしても確保ないし維持されるべき公益があるということと同義であろう。

やがて、直接・平等選挙制度の確立という選挙革命が成し遂げられることによって、近代市民社会における「市民」は、現代社会における法主体として私人への転換を図られる。以上の法主体の転換とともに、当然のように、公益の実現という行政目的を達成するために、私人の自由と権利を制限する必要があることを前提としつつも、他方で、行政法学上、これらの私人の自由と権利を保障・保護するための法制度や学説の現代的展開が図られることになる。

以上の現代的展開は、日本の状況に則してみると、以下の通りである。まず、現行憲法上、私人の自由と権利を制限する際の根拠となる「公共の福祉」という多義的な不確定概念定（憲法12条、13条、22条、29条）が加えられているものの、私人の自由と権利を広範かつ実質的に保障・保護するために、憲法上、実体的･手続的諸規定が置かれている。つぎに、法治主義に関していえば、旧憲法の規定上、私人の自由と権利を侵害する場合に法律によらしめるといった規定がある場合のみに、法治主義が及ぶとする立法事項説の法律留保論に代わって、現在は、学説上、法治主義が及ぶとする行政領域は、侵害行政や授益行政にとどまらず、給付行政さらには権力行政全般へとその広がりを見せており、現在、重要事項留保説という見解が有力になりつつある[35]。憲法上、基本的人権の広範かつ実質的な保障とともに、さらに私人の自由と権利に対するより十全な保障のための制度的装置としては、違憲法令審査という司法審査制の確立、事前行政手続・行政情報公開法制や行政救済法制の整備とその適正化が図られている。たとえば、法律の留保が及ぶ行政領域の拡大を唱える学説の展開と、その上、具体的な審査基準の策定とその審査基準を公にして置くことを義務づけるといった手続的規律（行政手続法５条参照）により、行政権限の恣意的な行使から私人の自由と権利がより十全に保護されることになる。また、法治主義そのものも、違憲法令審査という司法審査制の確立により、法令の具

---

(34) 樋口陽一「日本憲法下の〈公〉と〈私〉―〈公共〉の過剰と不在―」公法研究第54号12頁（1992年）。

(35) 宇賀『行政法概説Ⅰ』35頁（有斐閣、2011年）。

体的な内容そのものを問わない形式的法治主義から、法令やその法令の執行としての行政権の行使を、人権保障や地方自治等の保障といった憲法の諸価値に従属させる（憲法的諸価値の空洞化を避ける）という実質的法治主義へとその実質的転換を遂げるのである。

近年、日本における行政事件訴訟法の改正では、義務づけ訴訟（３条６項）と差止め訴訟（３条７項）が新たに設けられ、これらにより、国民の権利利益救済のルートは、複雑多様な行政の行為形式に対応しうることになり、「国民の権利利益の十全な救済保護」を可能にするものである。そのほかに、被告適格（11条）、裁判管轄（12条）および出訴期間（14条）に関する規定の改正が行われ、そのうえ、新たに取消訴訟等の提起に関する事項の教示制度（46条）が設けられた。これらは、訴えの提起に関する規定の改正と新設として、行政処分を不服とする国民が行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくし、国または公共団体を訴えやすくするための新たな仕組みを作るためのものといってよい[36]。

他方で、以上のような法治主義の実質的転換および行政事件訴訟法などの整備とその適正化に関わりなく、行政作用法上、公益実現を目的として、私人の自由と権利を制限するための多くの根拠規定がつくられる。このため、憲法の定める「公共の福祉」たる概念は、私人の自由と権利を侵害ないし制限する一般的・包括的根拠として機能しているようにみえる。たとえば、建築基準法、廃棄物処理法、風営適正化法、温泉法などの多くの行政作用法は、公益ないし公共の福祉という目的の実現のために、私人に対するさまざまな規制権限を行政機関に付与しており、行政活動の根拠を与える法体系を用いるのである。と

---

(36) これらの改正と新設の内容は、取消訴訟の原告適格の拡大、抗告訴訟類型の拡大等に劣らず、行政訴訟制度全体の改善に大きな意味をもつものとされている（塩野宏「行政訴訟改革の動向―行政訴訟検討会の「考え方」を中心に―」法曹時報第56巻第３号10頁（2004年）、同「行政事件訴訟法改正と行政法学―訴訟類型論から見た―」民商雑誌130巻４・５号５頁（2004年）。第159回国会衆議院法務委員会においても、塩野宏教授は、「被告適格とか裁判管轄、出訴期間、釈明処分の特例に関する規定、これは一見大変地味ではありますけれども、実は、現実問題としては、ほかの制度改革以上に行政訴訟の活性化をもたらすものであるというふうに考えられます」とし、さらに、「審理の充実、促進というのが今回の行政事件訴訟法改正における重要な目玉の一つであるというふうに考えております。実務的には、むしろこれが一番きくのではないか。」（会議録23号平成16年5月11日）と述べている。

くに、独占禁止法は、トラストやカルテルなどの特定の経済活動を規制し、私人間における競争の自由を確保し、これによって経済活動の自由を実質的に保障するための支柱となるものとして、経済法制において中心的役割を果たすべきものと考えられてきている(37)。同法は、市場を独占している特定私人の経済活動＝特定私人の自由と権利を制約する規制権限を公正取引委員会に与え、同権限の行使を通じて、独占の禁止によって得られる「競争の自由」の確保ないし維持という公益を保護する法体系といってよい。

さまざまな規制権限を付与する多くの行政作用法は、まず、19世紀半ばから末にかけて、産業化と都市化に起因する社会の諸問題を処理・解決するために出現したものといってよい。その後の現代社会・経済構造のさらなる複雑多様化は、行政活動の必然的な増加を必要とし、さらに多くの行政作用法の制定を必要とした。このことは、いうまでもなく、行政領域のさらなる拡大を意味するものであろう。立法国家の根幹となる議会制民主主義国家における議会は、複雑多様・多岐にわたる行政活動をその全過程において詳細に法律で拘束しきることが不可能となり、議会との関係において行政機関が政策決定などの行政活動において相対的に重要な役割を果たすことになる。こうした行政府の役割が相対的に重要視にされる国家形態が作られるのであるが、こうした国家形態を「行政国家」と称されよう。

現在、行政機関の規制権限のなかで私人の自由と権利を侵害ないし制限する規制権限の類型は、その目的により、一般に①生存権保障および不平等解消のための規制、②産業化と都市化の進展に伴って現代社会・経済構造の複雑多様化に起因するさまざまな社会・経済の諸問題を迅速かつ的確に処理し解決するための規制、③市場の失敗による経済不況・インフレなどの特定の経済状況から安定を図るための規制といった３つに大きく分けて考えることができよう。日本の法制により具体的に立脚していえば、①の規制とは、最低賃金法をはじ

(37) 経済活動の自由と独占禁止法との関係に関しては、種々の先行業績が存在するが、岡田与好「『営業の自由』と『独占』および『団結』」東大社研編『基本的人権（５）』所収143頁以下（1969年）参照、丹宗昭信「経済活動の自由と独占禁止法」今村成和教授退官記念論文集『公法と経済法の諸問題（下）』所収153頁以下（有斐閣、1982年）参照、そのほか、松下満雄「経済統制法と独占禁止法」ジュリスト1974年３月１日号24頁。

めとする多くの労働法制や消費者保護法などに基づく規制がこれにあたる。そして、②の規制としては、環境保全ないし公害防止のためのさまざまな規制立法ないし都市の無秩序な拡大の防止などのための建築基準法や都市計画法上の規制等がその例となる。最後に、③の規制とは、資源の効率的配分や国民の生活ないし物価の安定を図るための「統制四法」(38)に基づく規制がこれにあたる。そのほかに、「公益」の実現を目的とする規制権限の態様としては、参入・流通規制、価格・料金規制、営業規制、事業規制および基準・認定規制などのさまざまなものが存在する(39)。

近代市民法体系が市場への政府の不介入＝自由放任（レッセ・フェール）であるとか、国家からの自由を体現するためのものとして一般に理解されている(40)。ところが、以上の自由放任ないし国家からの自由がさまざまな規制権限を行政機関に授権する現代法体系との対比において理解されているとすれば、それが正確ではない。何故なら、公益の拡大・多様化の傾向とそれに伴う規制権限の拡大は、近代市民社会においてはみられなかった人々のさまざまな社会・経済活動が現代社会においてあらわれ、これらの新たな社会・経済活動の増加に付随して、これらを規制する必要性によるものであった。したがって、現代社会における人々の社会・経済活動は、近代市民社会におけるそれらに比して、量的・質的に異なるものである。このため、近代市民社会における私人の自由と権利は、現代社会におけるそれらよりも侵害ないし制限されることがなく、国家の干渉からより一層保障されているかのような単純比較は、正確ではない。近代市民法体系と現代法体系の比較においては、現代法がさまざまな行政領域における公益保護を謳っており、公益の保護のために私人の自由と権利を制限

(38) これには、石油危機を契機として制定された国民生活安定緊急措置法（昭和48年法律121号）、石油需給適正化法（昭和48年法律122号）、および生活関連物資の買占め及び売惜しみに対する緊急措置に関する法律（昭和48年法律48号）、国民生活安定緊急措置法附則３条により改正された物価統制法令（昭和48年法律121号附則３条）、いわゆる統制四法を挙げることができよう。

(39) これらについては、佐藤英善『経済行政法』485頁以下（成文堂、1990年）参照。

(40) ある論者は、「古典的な近代市民国家では、国家の任務は国防・治安維持などに限られ、そのうえ、私的自治の原則により、公権力の及ばない広汎な領域が存在していた。この段階では、「私」が基本であって、「公」はこれを補うものと考えられていた。」と述べられている（畑博行「憲法における公と私」公法研究第54号23～24頁（1992年））。

するための権限を行政機関に授権しているものの、他方では、私人の自由と権利を保護するための違憲法令審査という司法審査制の確立ならびに行政救済法制および手続法・情報公開法制の整備とその適正化のための努力が行われているという現代行政法の特徴に着目すべきであろう。

以上のような現代行政法の特徴が垣間見られる傍ら、公益の拡大・多様化傾向は、私人の自由と権利がさまざまな形でより一層侵害ないし制限されることになるという法現象を意味するものである。こうした法現象に対しては、行政法学として公益の具体的内容を分析・検討し、これを通じて公益の明確化ないし具体化を図る必要性があるのは、いうまでもない(41)。

以上に見るように、近代社会における公益と、現代社会における公益とは、質と量が明らかに異なるものであった。近代社会においては、私人の自由と権利を制限してでも、保護すべき公益とは、国防・治安維持が主たるものであった。これに対して、現代社会においては、国防・治安維持はもちろんのこと、現代社会・経済構造のさらなる複雑多様化様化と、これに伴う行政領域と行政権の拡大、行政活動の必然的な増加を意味する「行政国家」や、第２次大戦後の福祉サービスの需要に対して、これを私人の社会的諸権利（social rights）として保障するために、同保障を政府の責任・役割とする「福祉国家」(42)において、

---

(41) 私人の自由と権利の制約の現状については、「‘個人を超えた全体の利益’という戦前の発想と変わらないような公共の福祉のルーズな使用がみられても不思議ではない。わが国では、パターナリズムの強い精神風土と相俟って、‘公’の関与・介入する分野はきわめて広汎であり、拡大する一方である。そして、‘公’が私的領域に介入し、私権を制約する場合、それはすべて「公共の福祉」の名のもとに行われる。したがって、私的領域を保障している人権の恣意的制約を防止するための基準を確立すると同時に、「公共の福祉」の明確化が求められている。」と述べている（畑博行「憲法における公と私」前掲論文23～24頁）。

(42) 近代民主制国家は、その権力的基礎を「権力分立」と「代議制」に求めたため、そこでは主として権力の正当性を「立法過程」に置いた。ところが、19世紀末に至って、近代国家が大衆デモクラシーの様相を明白にしてくるにともない、代議制の原理と現実との間にすくなからぬ矛盾が生ずるようになった。それは代表原理を忠実に反映することを前提としていた立法意思が、社会の時代的要求を必ずしも満足させるに足りるだけの行政効果を発揮できなくなってきたことを意味する。議会は、複雑多岐にわたる行政活動をその全過程において法律で拘束しきることは不可能であることがわかった。このように、行政権の拡大を意味する「行政国家」は、19世紀半ばから末にかけて、産業化と都市化に起因する社会の諸問題を処理・解決するために出現したといえよう。さらに、現

代社会・経済構造の複雑多様化は、行政領域の拡大、行政活動の必然的な増加をもたらし、それによる行政権の拡大をもたらしたのである。これらの状況の下で出現した行政国家は、行政が政策決定において議会との関係で相対的に重要な役割を果たす国家をいう。その行政が主に使う手法としては行政立法や行政裁量などを挙げることができよう。行政国家化以前の「行政」とは、狭義の意味で行政を執行し、管理することがその主要な機能であった。これに対して、行政国家の下では、行政は、管理機能のみならず、これまで立法府の独占的機能であった政策決定機能をも行政の機能とした。前者は、現状維持、秩序維持、統制などの安定維持者の機能のみを意味しており、後者は、政策決定機能を行政の機能とし、安定維持者の機能のみならず、変化を自ら創出する変化担当者としての機能を担うことになった。20世紀に入り、行政サービス（とりわけ福祉サービス）の需要に対するさらなる拡大傾向は、第２次大戦後の「福祉国家」の出現をもたらした。その主な特徴としては、①生存権の保障を国の責務として受け入れ、②所得の再配分を国の当然の義務とし、さらに③景気変動を調節するために市場経済に積極的に介入するというものが挙げられよう。このように、以上の特徴を有する国家のことを福祉国家という。「福祉国家」とは、国家が人々の最低（論者によっては最適）の生活水準を保障するものとされつつも、提供されるべき福祉サービスの範囲については、国や時代によって異なる。したがって、その概念は不確定であり、かつ傾向的なものとして歴史的な展開を有するものであろう。あえて定義しようとすれば、特定問題の解決における「政府の責任」という新しい概念が確立され、この政府責任論が強調される過程の中で福祉国家の概念は、形成されたものであるといえよう。しかし、政府の責任が強調される過程の中で、市民的諸権利（civil rights）および政治的諸権利（political rights）の保障のみならず、人々に対する社会的諸権利（social rights）の保障をも強調する面を持つソーシャリズム（socialism）が福祉国家形成の契機ないしは背景となっているとはいえ、「福祉国家」たるものは、政治哲学または社会哲学といったイデオロギーの直接的な産物ではない。したがって、福祉国家の一部を構成すると考えられている多くの政策やプログラムも、当然に、本来その基礎にあるべき実証的または総合的な哲学、ないしイデオロギーを有しない。ところで、福祉国家の支柱となる政府責任論は、無規制の市場経済を原則とする完全な状態のレッセ・フェールと、政府には産業社会の生み出した諸矛盾を解決すべき責任があると強調するソーシャリズムとの間を往来するのを常とする。いいかえれば、政府責任の範囲は、社会の諸問題の解決方法として個人の責任を強調する個人主義（individualism）と、集団＝国家の責任を強調する集産主義（collectivism）との交差によって決まる。福祉国家は、以上の正反対のイデオロギーの交差によって決定された１つの形として現れるが、ソーシャリズムという一定の方向により重きをおいて向かうときに、福祉国家としての性格はより明確になるだろう。そして、こうした福祉国家たるものの法的基礎およびその役割に関しては、次のように概括することができよう。すなわち、個人の権利がその人の身分によって決められ、かつ支配者の恣意的な行為から法的保護を受けられない法体系を有する社会を伝統的社会と称するな

これらの社会経済活動を規制する必要性が生じた場合に、これらの規制権限を正当化づけるものとして多くの保護利益が実定法上の公益として定められたという公益の拡大・多様化の傾向があらわれる。現代法における公益の拡大・多様化傾向は、いうまでもなく、行政機関が私人の自由と権利を侵害し制限する行政権限のさらなる拡大を意味し、公益の保護のために私人の自由と権利を侵害し、制限するための多くの行政権限を行政機関に授権しているということにほかならない。

公益の拡大・多様化の傾向と同じく、夜警国家から行政国家、さらには福祉国家への移行に伴って、近代国家の形成のために必要不可欠なインフラ整備から社会的弱者の救済までのさまざまな問題を解決するために、「政府の責任・役割」という新しい概念が確立され、この政府責任・役割論が強調される過程の中で、行政の存在理由としての公共性も拡大化の傾向を辿るのである(43)。たとえば、民営化以前の郵便事業、鉄道事業などといった行政サービス（＝伝統的な給付行政）は、近代国家形成という国家目的のために形成・確立されたものである。伝統的な給付行政には近代的統一国家の形成という目的が公共性の主たる内容であった。そして、社会保障行政領域における生活扶助などは、資本主義経済秩序によってもたらされた矛盾を解消するため、社会保障制度の整

ら、福祉国家とは、法の支配および実質的な意味における法の前での平等をその法的価値とし、国民の権利利益の保護・実現および人権の保障における不平等（inequality）を含む、現代文明社会に存在する不平等の諸問題を和らげる役割を果たすものであるといえよう。不平等の解消ないしは緩和それ自体は、制度化された私的関係（private institution）に対する規制、人々への便益・サービスの直接的な提供、および制限された形での経済規制・社会計画によって達成される(37)。とくに、福祉国家を福祉国家とならしめる最も顕著な特徴は、受益者負担の原則に基づかない、サービス提供に対する補助金交付、手続法の制定・改正による人々への手続的権利の保障、および特殊な審判所・機関の設立といった手法を用いて、法的権利の行使などにおける不平等を解消する、という点である。このように、福祉国家とは、法の支配および実質的な意味における法の前での平等を法的基礎とし、法・法体系における個人の地位および私的関係に対する規制を行い、かつ貧困者に便益・サービスを直接提供するといった規制的・再配分的な法の手法を用いて、社会変化を誘導する法のメカニズムを有しているといえよう。

(43) ある論者は、公共性の前面化という表現を用いて、公共性が拡大してきた歴史的背景を説明している（小林直樹「現代公共性の考察」公法研究51号30頁以下（1989年）参照）。

備を通じて国民の生活の安定と平等を図るといった「福祉国家」を形作るものといってよい。もちろん、生活扶助などには国民の生活の安定と平等という目的が公共性の主たる内容といえよう。その帰結として、生活扶助などは、市場原理の自由競争によっては提供しえないものである。

このように、大雑把にいえば、近代的統一国家の形成という目的や、国民の生活の安定と平等を図るという目的の達成のために、行政機関に規制権限を授権する際には、以上の目的は公益となる。これに対して、これらの目的の達成のための方法として、行政主体がこれらの目的達成のための施策・事業ないしサービス提供の担い手として位置づけられると、これらの施策・事業などには公共性があるということになろう。

しかし、政府の責任・役割として行なわれている施策・事業およびサービス提供の担い手としての行政の存在理由＝公共性が失われたとされると、当該施策･事業およびサービス提供は廃止されるか、あるいは民営化されるのである。たとえば、日本においては、1981年に設置された第二次臨時行政調査会の第３次答申（1982年）以降、日本専売公社、日本電信電話公社および日本国有鉄道の三公社の民営化が行なわれ、近年には特別国会で郵政民営化関連法案が可決成立（2005年10月）し、郵政三事業（郵便・簡易保険・郵便貯金）が民営化されたのである。1999年５月の改正・施行された建築基準法に基づき、建築確認や検査を行う機関として国土交通大臣や都道府県知事から指定された民間の指定確認検査機関（建築基準法77条の18以下参照）や、2003年９月の改正地方自治法により、地方公共団体が設置する公の施設の管理を民間事業者にも行わせることができることとされた指定管理者制度（地方自治法244条・244条の２参照）も、いわゆる公務の縮小・民営化の代表的な例であろう(44)。

四　規制緩和・民営化と公益内容の変遷

1980年代に入り、第二次臨時行政調査会（1981年３月発足）は、行財政改革を推進するために５回にわたって答申を提出し、これらの答申に沿って、公社

---

(44) これについては、晴山一穂「公務の縮小・民間化とその法的効果」専修大学法学研究所紀要30号（2005年３月）、小幡純子「官（公）と民の役割分担―行政法における最近の変化」法律時報81巻２号66頁以下（2009年）参照。

の民営化、補助金の整理などが実行されてきた。日本専売公社、日本電信電話公社および日本国有鉄道の民営化がその例である。

1990年代に入ってからは、1994年１月21日に閣議決定によって設置された「行政改革推進本部」は、規制緩和、特殊法人の統廃合を中心とする行政改革を唱えていた。行政改革の新たな推進のために、当時の連立政権（自民党、社会党および新党さきがけ）は、行政改革委員会設置法（1994年11月９日成立）に基づき、行政改革の推進状況を監視し、かつ首相や省庁に対する勧告権を持つ第三者機関の「行政改革委員会」を設置し、規制緩和の行政改革を政権の最大課題として挙げていた。規制緩和論は、民間企業の活力を高め、国際的にも競争力を維持し、個人の選択の幅を広げる、ということを当然の前提とされていた。その結果として、参入・流通規制、価格・料金規制、営業規制、事業規制および基準・認定規制などのさまざまな規制が緩和ないし撤廃されることになった(45)。

さて、公益とは、規制行政において行政機関が私人の自由と権利を制限する根源となるものと定義してきた。そして、規制緩和とは、いうまでなく、公益の実現ないし保護を理由に、私人の自由と権利を制限するために定められた規制権限の緩和ないし撤廃のことをいう。以上のようなこれらの概念定義からすれば、規制緩和は、従来、実定法によって規定され、保護されてきた公益の内容に変更を加えるものといってよい。平たく言えば、規制緩和は、従来、公益として保護されてきたものを、公益ではないとして保護に値しないとし、公益内容の変更を意味するものである(46)。

他方で、給付行政などの行政領域における公共性とは、行政機関などが各種施策・事業やサービス提供を行わなければならない理由、いわゆる行政の存在

---

(45) 実際に規制緩和が行われたのは、〔１〕航空産業、〔２〕タクシー事業、〔３〕再販制度、〔４〕酒類小売業免許、〔５〕大規模小売業、〔６〕ガソリンスタンド事業などの多くの分野にわたる。規制緩和および民営化については、橋本寿郎「規制緩和と日本経済」橋本寿郎ほか編『規制緩和の政治経済学』所収101～102頁（有斐閣、2000年）、そのほか、松原聡『民営化と規制緩和』19頁以下（日本評論社、1991年）参照。

(46) 日本における規制緩和および民営化が行政法理論に及ぼした影響に関する研究として、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』116頁以下（法律文化社、2004年）参照。

理由を指すものだとし、そして、民営化は、特定行政領域において各種施策・事業やサービス提供の担い手を国・公共団体の「公」から「私人」に変えるものである。だとすれば、民営化は、従来、実定法上あるいは実務上、認められてきた行政の存在理由がその歴史的使命を終えたとするものといってよい。平たく言えば、民営化は、さまざまな理由や状況の変化により、特定の行政領域において従来認められてきた行政の存在理由としての公共性を否定するものである。こうした民営化という現象においても、公共性そのものの変遷を確認することができよう。したがって、行政財政改革の一環として行われてきた規制緩和または民営化の是非に関しては、日本の政治・行政ないし社会・経済の具体的問題状況や経済のグローバル化などの状況変化に対応するものとして一定の評価とともに、実例に沿ってその効果などについて具体的な分析・検証が必要であるものの、これらの規制緩和または民営化は、公益ないし公共性の変遷を如実に示すものであろう。要するに、規制緩和、民営化は、その１つの現象にすぎず、根底には、公益ないし公共性そのものが変わってきたという点が重要であろう。

そして、公益ないし公共性の変遷は、とりもなおさず、行政の守備範囲論または政府の責任・役割の変化を意味するものといってよい。ただし、各種施策・事業やサービスの提供が「官」から「民」へと移行したとしても、各種施策・事業やサービスの質と量における全国的統一性の確保の要請と、平等原則の適用による各種施策・事業やサービスの提供の非差別性が要請される場合もあり、こうした場合には、各種施策・事業やサービス提供そのものにはその存在理由として公共性は相変わらず、存在するといえよう。

公益内容の具体的な変遷に関しては、実際に行われた規制緩和の事例から以下のように確認することができる。たとえば、大店法（＝大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律）とその法運用は、地元小売業者を社会的弱者として捉え、これらの者の「生活配慮」ないし「社会的配慮」を実現するために、社会政策的性格を有するものとして、出店調整規制を通じて、その保護利益として地元小売業者の「経済的利益」を保護することを目的としていた。しかし、2000年６月１日から大店法に代わって大規模小売店舗大店立地法（以下、これを「大店立地法」という。）が制定・施行されることにより、大規模小売店舗の参入規制の効果を有する出店調整規制は大きく見直された。

すなわち、参入規制をめぐる政策の大きな転換を見ることになる。以上の出店調整規制の緩和によって得られる不特定多数の人々の利益＝公益とは、大規模小売店舗の新設という私人の自由な経済活動の保障のみならず、出店調整規制の緩和によって大規模小売店舗の新規参入が容易に行われるが故に、大規模小売店舗間の競争による一般消費者の便益をも反射的に向上させるものをも含まれよう。他方で、大店立地法は、大規模小売店舗の設置によって失われる可能性のある周辺住民の生活環境の保持を新たな保護利益として掲げており、大規模小売店舗の新規参入によって失われることになる地元小売業者の経済的利益の保護を放棄しているといえよう。参入規制の緩和によって大規模小売店舗が容易に新設されることによって、従来型の中小小売業者は、多くの経済的損失を蒙ることになる。このことは、すでに中心市街地の衰退化という形で現われる(47)。

そして、かつての運送運輸業については、需要と供給のバランスを考慮した新規参入の免許制がとられており、増車について認可制がとられていた。以上の需給調整規制により、新規参入と増車は抑制されていた。ところが、2002年２月１日から施行された改正道路運送法により、需給調整規制が緩和され、新規参入と増車は車庫の確保など一定の条件さえ満たされれば自由にできるようになった。その結果の一例として、著しい供給過剰の場合に参入・増車を一時停止することができる緊急調整措置が採択されているものの、無制限なタクシーの増加をまねくことになる。そのほか、運送事業の休止・廃止の場合に、従来は認可制がとられていたが、改正法により、届出制に変わった。その結果として過疎地ではタクシーがなくなる可能性もある。運賃については、従来、認可制がとられており、同一地域同一運賃が原則とされた。改正法により、認可制は維持されているものの、同一地域同一運賃は廃止され、割引運賃の幅を拡大した。その結果として、ダンピング競争やバラバラ運賃が現れる。たしかに、需給調整規制の緩和は、新規参入という経済活動の自由を保障し、かつ運送運輸業の利用者に一定の便益をもたらすが、他方で運送運輸業者とその従事者に不利益をもたらす。たとえば、現在すでに実施されている段階的な規制緩

(47) これについては、阪上貴紀「大規模小売店舗に対する規制緩和と中心市街地の衰退」一橋経済学2009年１月号117頁以下参照。

和の下で、タクシーの供給過剰は１台当たりの売り上げを激減させ、歩合給で働くタクシー運転者の賃金を一層低下させることになる。運転者はその低賃金を補うための長時間・過労運転といった劣悪な労働条件を強いられているのである。

また、かつての酒類小売業免許に係る需給調整規制は、酒屋の中小零細業者に配慮して距離と人口を基準に、酒屋の新規出店を規制している。同規制によって酒販の新規参入の出店が制限されることはいうまでなく、かつ出店の制限が自由競争による価格より高い価格帯を形成させることになり、消費者に不利益をもたらしていた。人口基準は2003年９月１日をもって廃止し、距離基準は2001年１月１日をもって廃止したため、新規一般酒類小売業免許申請者に対する距離と人口を要件とする免許交付の参入規制は、廃止されることになった。

以上のこれらの規制緩和の事例は、三面関係の行政法現象において行政機関が公益実現のために、根拠法に基づく規制権限の行使を通じて、特定の既存業者の利益を保護してきたが、当該規制権限が緩和・廃止されたることより、特定の既存業者の利益保護から経済活動の自由ないし消費者の利益保護への移行といった公益内容そのものの変遷を示すよい事例である。しかし、規制緩和による公益内容の変遷をめぐっては、以下のような法的問題が顕在化する。つまり、規制緩和とは、明らかに経済規制の競争制限的手法と全く反対のベクトルを目指し、憲法の定める経済活動の自由いわゆる「職業選択の自由」と「営業の自由」の保障や独占禁止法の目的ないし趣旨にもっとも符合する国の政策転換そのものであるといってよい。このため、規制緩和に対しては、その法的統制の仕組みとして、かつての違憲可否をめぐる憲法論議の枠組みは当てはまらなくなる。また、公益実現を目的とする行政作用法の多くは、その執行として規制権限をその専門性・技術性の故に、その手法ないし態様および範囲について行政庁に委任しているため、当該規制に対する法的統制の一つとして当該規制権限が委任立法の限界を越えているかどうかをめぐって争われてきた。だが、規制緩和の場合は、かつて行政作用法によって行政庁に委任されている規制権限が廃止されることになるため、委任立法の限界も法的争点にならない。

さらに、規制緩和の場合は、個別法令上、行政機関に授権された規制権限が取り上げられることになり、当然、当該規制権限の具体的な執行として行使なされることがない。このため、規制緩和が実際に行われた場合は、当該規制緩

和という国の政策転換が特定の人々に対して重大な不利益を生じさせることになったとしても、当該規制権限の具体的な執行として行使なされることがないが故に、行政主体と私人との間に具体的な権利義務ないし法律関係が形成されないか、あるいは特定されにくい。したがって、規制緩和という国の政策転換によって公益内容の変遷がもたらされ、これが私人に重大な不利益をもたらし、これらをめぐる紛争が生じたとしても、当該紛争はその前提として行政主体と私人との間に具体的な権利義務ないし法律関係を形成し、これを特定しうるものでなければ、事実上のものとなり、法律上の争訟とならない。だとすれば、規制緩和をめぐる紛争は、裁判所の法的統制に服することがないのである。言い換えれば、規制緩和の場合は、規制権限のみならず、行政指導やその指導を履行させるための制裁措置が廃止されることになり、その結果として裁判所に法的救済を求める手がかりがなくなるため、規制緩和がもたらした公益内容（＝保護利益）の変遷によって私人が重大な不利益を被ったとしても、公益実現を目的とする規制権限の行使の場面と違って、私人が裁判所による法的統制を求めることは困難になろう。より具体的にいえば、行訴法上の抗告訴訟は、規制緩和から生じうる不利益を予防しえないことはもちろんのこと、事後的に私人の権利利益を十全に救済保護する制度としても機能しないのである[48]。

以上の公益ないし公共性そのものの変遷からすれば、行政機関の主張する公益ないし公共性たるものが絶対的なものではないことを如実に示すものであろう。だとすれば、行政作用法上、私人の自由と権利を制限する根源となる公益概念を用いる際に、行政機関は自ら公益性や公共性論議の貫徹[49]を図る必要があるのはいうまでもなく、実際に公益の実現のために規制権限が行使されるときにも、規制権限が行使されることによって得られる効果の実証的分析・検討を自ら行い、これらを通じて公益の内容の明確化ないし具体化を図る必要があると思われよう。翻って、公益性や公共性論議は、公益性ないし公共性そのものを変えることになる規制緩和や民営化の手法を用いる際にも当然求められ

---

(48) これらの点に関しては、拙著「経済規制における行政事件訴訟法の可能性と限界」首藤重幸ほか編佐藤英善先生古希記念論文集『経済行政法の理論』所収253頁以下（日本評論社、2010年）参照。

(49) 公益性や公共性論議の貫徹に関しては、本稿「二　公共性と公益について」の「(三) 行政法学論と公益性論について」を参照。

るといえよう。とくに、規制緩和がもたらした公益内容（＝保護利益）の変遷によって私人が重大な不利益を被ったとしても、公益実現を目的とする規制権限の行使の場合と違って、私人が裁判所による法的統制を求めることは困難になるという点からすれば、規制緩和の際には公益性論議がより一層求められよう。

五　公益性を担保する方法論と公益性をめぐる裁判例の検討

（一）公益性を担保する方法論

政治社会経済の時代状況の変化に伴って、規制緩和や民営化という政府政策の転換が行われ、これにより、実定法の掲げる公益と、行政の存在理由としての公共性は変遷してきたことを確認できよう。

こうした国の政策の転換による公益の変遷に対してのみならず、公益を盛り込む実定法の策定に対しては、これが立法裁量に属するものとして、これまで行政法学は、有効な統制手法を提示して来なかったといってよい[(50)]。そして、規制緩和などによる公益内容の変更そのものに対しても、これが私人の自由と権利の制限を解放するものの、他方では特定の私人の生活権などに実質的かつ重大な影響を及ぼすことになっても、国の政策の変更としてとらえられており、具体的な権利義務関係ないし法律関係の範疇に属しえず、法律上の争訟に馴染まないものであるが故に司法的統制にも服しないとされたといってよい。このため、実定法の掲げる公益内容そのものや、他方では公益内容の変更に対して、行政法学が如何にアプローチし、如何なる統制手法を提供し、民主的統制を図れるかは、現代行政法学の主要な課題の１つになろう。

公益性を民主的に統制する方法論としては、国会の立法過程における事実上の利益調整手続、および行政基準策定過程における参加手続（たとえば、行政手続法第六章以下の定める意見公募手続等）、そのほか各個別法の定める公正さの確保のための参加・公開手続が現在のところ、その適正な運用がなされるとすれば、公益そのものに対する民主的統制の有効な方法の１つと考えられよう[(51)]。

（50）戸松秀典「立法裁量」公法研究55号109頁以下（1993年）。益確保の仕組みに関するものとしては、常岡孝好「パブリック・コメント制度と公益決定」公法研究64号187頁以下（2002年）参照。

（51）規制権限の合理的根拠をる立法手続の民主性に求めるとともに、策定手続の重

行政の事前手続的規制の必要性については、すでに多くの研究者によって論じられてきた[52]。しかし、実定法上の現状分析についていえば、これらの参加手続によって保障されている私人の参加はきわめて形式的なものにとどまっている[53]。たとえば、食品衛生法65条は、「厚生労働大臣、内閣総理大臣及び都道府県知事等は、食品衛生に関する施策に国民又は住民の意見を反映し、関係者相互間の情報及び意見の交換の促進を図るため、当該施策の実施状況を公表するとともに、当該施策について広く国民又は住民の意見を求めなければならない。」と規定しているが、同意見聴取が食品衛生に関する施策の策定に対する民主的統制の有効な方法の１つとして如何に機能しているかどうかについての検討が必要であろう。そして、都市計画法は、都市計画案策定の手続として、より直接的な意見表明の手段である公聴会について、「必要があると認めるときは、公聴会の開催等住民の意見を反映させるための必要な措置を講ずるもの」（16条１項）としており、それを開始するか否かは行政機関の裁量に委ねられてしまっている。そのほか、都市計画法16条１項と類似の参加手続として、国土利用計画法８条４項などがあり、多くの個別法が参加手続を定めている。土地基本法11条３項は、「住民その他の関係者の意見を反映させるものとする」と定めており、意見を反映させるための具体的な方法を明示せず、かつ意見を反映させないこともあることを想定する規定だと解されるため、住民の参加手続をより一層後退させている。

以上の各個別法の定める参加手続は、行政決定を正当化するための虚構的手段にすぎない[54]という消極的評価が値するかどうかについて別論としても、明らかに公益の内容や当該公益実現のための規制権限そのもの策定過程への参加を直接に保障するものではない。

したがって、公益性を担保する参加手続としては、公益の保護を理由に、私人の自由と権利を制限する規制権限を授権する行政作用法の制定という立法過程はもちろんのこと、これらの行政作用法案の策定手続の段階から、策定全過

要性を問うものとしては、雄川一郎「現代における行政と法」雄川一郎ほか編『現代の行政』10頁以下（岩波書店、1996年）。

(52) 原野翹「行政の〝公共性〟と現代行政法の理論」公法研究54号167頁（1992年）。

(53) 宮崎良夫「行政法における公益」公法研究第54号153頁（1992年）。

(54) 宮崎前掲論文145頁。

程の公開による透明性を確保し、かつ公正さを確保するための手続的前提条件の充足が必要であることはいうまでもない。手続的前提条件の充足のためには、参加手続を関係住民ないし利害関係人の権利として再構築し、関係住民ないし利害関係人の範囲確定のためのルール作りなどの詳細な規定の制度的整備が、あるべき参加手続の確立として求められよう。

また、公益実現のために、行政作用法上定められた規制権限の行使によってもたらされた「公益」と、これによって制限された私人の自由と権利の態様にとどまらず、社会的影響・経済的費用との比較といった規制権限の政策評価・影響分析についても十分に考慮し、かつ同規制権限の政策評価・影響分析の結果としてのアカウンティビリティー（accountability）とフィードバック（feedback）の仕組みを提供することこそが規制権限を正当化し、さらに規制権限を正当化する公益そのものを正当化するための必要不可欠な前提条件として要請される(55)。もちろん、規制権限の公正な政策評価･影響分析のためには、中立でかつ専門的な第三者によって構成される組織の構築が必要であろう。

そのほかに、公益の実現のための規制権限が以上の手続的前提条件の充足などによって裏打ちされたにもかかわらず、当該規制の権限はその具体的な執行において多かれ少なかれ、公益目的の実現と乖離して作用しているものが多く散見されることも事実である(56)。この乖離とは、規制権限そのものの当為性に関わる問題ではなく、行政機関への規制権限の授権後の具体的な権限行使の過

---

(55) 行政作用の法的統制に関しては、佐藤英善先生は、「国民の権利の設定・制限・変更は、具体的には、たしかに最終段階の処分段階において行政行為などによって行われるとしても、多くの場合問題となるのは、行政行為の前提をなす基準（許認可の基準）の内容である場合が多いし、さらにその前提となす政策や各種の計画である場合が多い。」として、行政処分が行われる最終段階に加えて、その前段階に当たる政策・計画作成段階を法的統制の下におくためにいかなる理論構成をとるべきかという問題提起をし、「第四編政策形成・行政立法過程の法的統制―参加と公開」で検討をなされている（佐藤英善『経済行政法』80～81頁（成文堂、1990年）参照）。

(56) 経済規制が公益目的の達成と乖離して作用している例として、①行政組織が自らの権限を維持または拡大するために規制を維持または新設する傾向、および②たとえ正当な目的で構成された規制も現実には規制の対象であるはずの事業者の利益のために運営される傾向があることが挙げられている（真渕勝『行政学』）164頁（有斐閣、2009年））。

程にも必然的にみられる現象でもあろう。これらは、規制権限の違法・不当な行使としてあらわれるが、事後救済として行政救済法が如何に機能しうるかが重要な論点となろう。

とくに、上述の「四　規制緩和・民営化と公益内容の変遷」にみるように、規制緩和がもたらす公益（＝保護利益）の変遷に対しては、裁判所による法的統制が機能しないという点からすれば、参加手続や規制緩和の評価・影響分析による法的統制が肝要であろう。

（二）公益性をめぐる裁判例の検討

以下では、伊丹市教育環境保全のための建築等の規制条例（昭和47年３月31日）（以下、「伊丹市教育環境保全条例」と略す）に対する神戸地裁の判決（平成５年１月25日）、宗像市環境保全条例（平成３年６月19日）に基づく焼却炉設置計画廃止勧告処分の無効確認請求事件における福岡地裁の判決（平成６年３月18日）、および宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等に関する条例（昭和58年８月２日）（以下、「宝塚市パチンコ店等規制条例」と略す）に対する神戸地裁の判決（平成９年４月28日）、紀伊長島町水道水源保護条例に基づく中間処理施設規制対象事業場認定処分取消請求事件における名古屋高裁の判決（平成12年２月29日）を素材にして、公益内容の具体的な分析・検討を行うことにする。

（１）伊丹市教育環境保全条例の定める規制権限とその保護利益

同条例１条は、「青少年の健全な育成を図るため、教育環境を阻害するおそれのある建築物の建築等を規制することにより、教育環境の保全に資することを目的とする。」と定め、青少年の健全な育成のための教育環境の保全を公益としている。

以上の公益の実現のために、同条例は、以下のような仕組みを有している。すなわち、条例により、①規則で定める教育文化施設、公園、児童遊園地または児童福祉施設等の敷地の周囲200メートルの区域内、②規則で定める通学路の両側それぞれ20メートルの区域内、③その他市長が教育環境の保全のため必要と認める場所といった建築物の規制区域等（４条）が設けられ、同規制区域においては、旅館業または風俗営業を目的とする建築物を建築（増築、改築お

よび用途変更を含む。以下同じ。）しようとする者（以下「建築主」という。）は、あらかじめ、市長にその建築の同意を得なければならない（３条）。そして、建築主の第３条違反に対しては、市長は、当該建築物の建築の中止を命ずることができる（８条）。

以上にみるように、同条例は、青少年の健全な育成という公益実現のために、建築主一般ではなく、旅館業または風俗営業、とりわけパチンコ業者という特定の私人に対する建築中止命令という規制権限を定めている。結果として、同規制権限の行使は、実際にパチンコ業者などといった特定の私人の自由（営業の自由と職業選択の自由）と権利（土地の使用･利用として建築という財産権）を制限することになる。

神戸地裁は、「風営法及びそれに基づく風営法施行条例は、風俗営業に関する規制及びその適正化に主要な目的があると認められるのに対し、伊丹市の教育環境保全条例は、良好な教育環境の保持を目的とするもので、いわば、伊丹市の豊かな街づくりを目指す施策に深く関係し、その一貫として、制定されたものという位置づけができる条例であり、その狙いとしているところには、顕著な差があると認められる。そして、その規制方法についても、教育環境保全条例は、右の街づくりに関連するという観点から、建築物の建築規制という方法を採用しており、営業規制という手法をとる風営法とは、著しい違いがある。したがって、教育環境保全条例と、風営法及びそれに基づく風営法施行条例とは、その目的、規制方法を異にするものであり、かつ、教育環境保全条例の適用によって、風営法が規定する目的と効果をなんら阻害するものではないといわなければならない。また、伊丹市の教育環境保全条例と、風営法及びその施行条例との間において、共通する面があったとしても、地方自治の本旨に則り、地方公共団体の事務に属する街づくり政策の一貫として、良好な環境の下での豊かな住宅都市の建設を目的とする施策の一貫として制定され運用されている教育環境保全条例は、それ自体、行政目的を有するものであるということができるから、これについて、風営法及び同法施行条例と重複する二重の規制であるとして、直ちに違憲、違法となるものではないことは明らかである。」（神戸地判平成５年１月25日昭和61年（行ウ）第31号）と判示した。

たしかに、神戸地裁判決は、「法律の範囲内で条例を制定することができる」（憲法94条）、「法令に違反しない限りにおいて第２条第２項の事務に関し、条

例を制定することができる」（地方自治法14条１項）とする法令と条例の関係を規律する規範的命題に関する審査規準ないし判断方式という法技術論を用いて[57]、条例の目的が風営法の規定する目的と効果をなんら阻害するものではないとして、同条例を合法とし、私人の訴えを斥け、結果として公益保護につとめているといえよう。だが、神戸地裁の判断過程には、以上の公益と私人の自由と権利の衝突につき、教育環境保全条例の規制方法ないし手段の程度・態様について検討が加えられているものの[58]、法令と条例との関係といった法技術論の問題として捉えられているのみで、パチンコ店等が青少年育成という公益の実現に対して、如何なる害ないし悪影響を及ぼすかどうかの実証的政策評価・影響分析が行われたかどうか、そして条例の策定過程において住民とりわけパチンコ事業者等の手続的参加権が如何に保障されていたかどうかについての検討も必要であったと思われよう。

---

(57)　これまで、裁判所は、憲法94条および地方自治法14条１項の定める法令と条例の関係に関する判断方式として、以下のような４つの審査規準ないし判断方式を用いてきた。第１に、法令の定める目的と条例の定める目的が異なる場合は、当該条例は法令違反とならない。ただし、第２に、文言上、法令の定める目的と条例の定める目的が異なる場合であっても、当該条例の適用が法令の目的を阻害する限りにおいて当該条例は法令違反となる。以上の第１および第２の規準からすれば、法令の目的と同一の目的を定める条例は、当然、法令に抵触し、法令違反となるが、ただし、第３に、法令の定める目的と条例の定める目的が同じであっても、当該法令の性格がナショナルミニマムを定める最低基準法として解される場合には、条例が法令の規準を超える厳しい規制を定めたとしても、当該条例は法令に抵触することがなく、法令違反とならない。翻って、第４に、法令の性格が規制限度と解される場合は、法令の基準を超える厳しい規制を定める当該条例は法令に抵触し、法令違反として無効になる。第５に、目的が同じであっても、規制対象が異なる場合は、当該条例は、法令に抵触することがなく、法令違反とならない。

(58)　神戸地裁の判決（平成５年１月25日）によれば、教育環境保全条例は、「教育環境保全の観点から原則として建築を不同意とする対象区域を明確に限定しているうえ、同意又は不同意の処分をするに当たり、審査会に諮問するとともに、利害関係を有する者に聴聞の機会を与えるという慎重な手続を定めていること」や、「教育環境保全条例八条は、条例に基づく市長の同意を得ないで建築をした場合、市長は、その建築主に対する制裁として、同建築主に対して、当該建築物の建築の中止を命ずることができるとしている」にすぎず、同条例では、不同意建築物に対して、制裁措置をとることができるとする規定は、置かれていない」ことをあげ、教育環境保全条例の規制方法には、不合理な点を認めることができないとして、同条例が違憲、違法ではないと判示されている。

（２）宗像市環境保全条例の定める規制権限とその保護利益

同条例１条は、「市域の自然的・社会的諸条件に応じた自然環境の保全の基本となる事項及び自然環境に係る事業者と市民の間の紛争を予防するための事項を定め、もって現在及び将来の市民の健康で文化的な生活の確保に努めることを目的とする」と規定し、自然環境の保全や、事業者と市民との間の分争の予防を目的としつつ、最終的に市民の健康で文化的な生活の確保を公益として掲げている。

以上の公益の実現のために、規制の対象については、同条例施行規則により規制の対象と規定されている条例上の産業廃棄物処理施設の範囲は、廃棄物処理法が規制の対象としている法上の産業廃棄物処理施設の範囲にとどまらず、同法が規制の対象としていない規制外処理施設についてまで拡大されている（同規則附則二、別表第一の二参照）。さらに同条例は、その設置等に係る計画の変更または廃止の指導・勧告の要件について、「自然環境の保全又は紛争の予防を図るための措置が必要であると認めるとき」（８条）と規定し、全く行政裁量に委ねている。

福岡地裁判決は、焼却炉設置計画廃止勧告処分の無効確認請求事件において、廃棄物処理法と宗像環境保全条例との関係の問題としてとらえて、「条例は、同法が規制の対象としていない規制外処理施設をも条例上の産業廃棄物処理施設として規制の対象に取り入れた上で、“自然環境の保全又は紛争の予防を図るための措置が必要であると認めるとき”という要件の下にその設置等に係る計画の変更又は廃止の指導・勧告を罰則の制裁を伴って規定しているのであるから、その適用いかんによっては産業廃棄物の処理施設による産業廃棄物の処理を通じて生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るという同法の目的を阻害することになるものというべきである。」（福岡地判平成６年３月18日平成４年（行ウ）第11号）と判示し、廃止勧告処分の無効を確認した。

同判決も、前掲の神戸地裁判決（平成５年１月25日）と同様に、法律と条例の関係を規律する憲法94条および地方自治法14条１項の規範的命題に則して、紛争の解決を図る判断過程を用いている。しかし、同判決は、宗像環境保全条例の定める規制権限の行使が廃棄物処理法の定める目的を阻害することを理由に、宗像環境保全条例を違法とし、伊丹市教育環境条例を適法とする前掲の神戸地裁判決とは正反対の結論を導いていたのである。言い換えれば、福岡地裁

判決は、同条例の定める市民の健康で文化的な生活の確保という公益の実現のために定められた私人に対する規制権限の態様・手法を排斥したのである。この判決により、結果として、焼却炉設置業者＝私人の営業の自由と、所有敷地での焼却炉設置という財産の利用という財産権が保障されることになる。

（３）宝塚市パチンコ店等規制条例の定める規制権限とその保護利益

同条例は、その目的規定において、「宝塚市環境基本条例（平成８年条例第23号）第７条の規定に基づき、市内におけるパチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等について必要な規制を行うことにより、良好な環境を確保することを目的とする。」（１条）と規定し、良好な環境の確保という公益の実現を掲げている。そして、同条例は、以上の公益実現のための規制権限について、「市内において、パチンコ店等、ゲームセンター又は旅館（以下「指導対象施設」という。）の建築等をしようとする者は、あらかじめ市長の同意を得なければならない。」という市長の同意権を定めている。また、同条例の定めるパチンコ店等、ゲームセンターまたは旅館のための建築が市長の同意を必要とする場所と、同の可否に関しては、「その位置が都市計画法（昭和43年法律第100号）第７条第１項に規定する市街化調整区域であるとき、又は同法第８条第１項第１号に規定する商業地域以外の用途地域であるときは、同意をしないものとする。」（３条）と規定し、市長の同意が得られるのは商業地域のみと規定され、同地域を除いた市の全域においては市長の同意が得られないことになっている。

本件紛争の特徴は、以下のような事実関係にある。すなわち、パチンコ店を建築しようとしている業者（以下では、「業者」という。）が都市計画法上の準工業地域にパチンコ店を建築するために、市長に同意を求めたが、宝塚市長は、本件土地が都市計画法上の準工業地域に属することから、本件条例４条に基づき、同意申請に対して同意しないこととした。これに対して業者は、1993年１月11日、宝塚市長に対し、本件不同意に対する異議を申し立てたが、宝塚市長は、同年２月15日、右異議申立てを棄却した。業者は、1992年12月18日及び翌年１月８日の二度にわたり、宝塚市建築主事（以下「建築主事」という。）に対して、建築確認申請書を持参したが、建築主事は、本件条例及び宝塚市開発指導要綱の手続が完了していないことを理由に、申請書の受理を拒否した。こ

れに対し、業者は、1993年１月11日付けで宝塚市建築審査会に対し、建築主事がした建築確認申請の不受理処分の取消しを求める審査請求を行ったところ、審査会は、同年２月23日、同不受理処分を取り消す旨の裁決をした。これを受けて、業者は、同年３月１日建築主事に対して、再度建築確認申請書を提出し、同年４月12日、建築主事より建築確認を受け、本件パチンコ店の建築工事（以下「本件工事」という。）を発注し、本件上地においてパチンコ店建築の基礎工事に着手した。そこで、宝塚市長は、業者および建設業者に対して、本件条例８条に基づき建築工事中止命令を発し（以下、被告に対する建築工事中止命令を「本件中止命令」という）、同命令は、業者及び建設業者に到達したが、その後も本件工事が続行されたため、1994年３月17日、神戸地方裁判所伊丹支部に対して、業者および建設業者を債務者として、本件工事の続行禁止を求める仮処分を申し立てた。同裁判所は、同年６月９日に右申立てを認容する旨の決定を行い、本件工事は中断されている。

このように、本件は、地方自治法上の普通地方公共団体が原告となり、パチンコ店を建築しようとしている者を被告とし、宝塚市パチンコ店等規制条例に基づくパチンコ店の建築工事の中止命令、いわゆる行政上の義務履行確保を民事上の強制執行として求めている事例である。すなわち、本件は、公益の保護ないし実現のために、規制権限の行使にとどまらず、同権限行使の実効性を確保するために、行政主体が行政上の強制執行等の自力救済により公益を図ることができない場合、その義務の履行を裁判所に求めた事案である。

さて、宝塚市パチンコ店等規制条例は、良好な環境保持を目的としている。風営法は、「…風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずることを目的とする。」と定めている。この点において、文言上、本件条例と風営法の目的は同一ではなく、異なるものといえよう。それにもかかわらず、神戸地裁は、「本件条例の制定経過、風営法の改正経過を比較してみれば、風俗環境の保持も、広く住宅、自然及び文化教育環境の保持の一部であると考えられ、したがって、風営法と本件条例の目的は、相当な部分で共通し、重なり合うものというべきである。同法の目的は、風営法のそれと重なり合う。」と判示し、建築基準法と本件条例の目的について、「建築基準法全体の目的は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資する（１

条）ことにある。そして、これと同時に用途地域による建築規制は、用途地域を定めて計画的な市街化を図り、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を保護し、良好な都市環境を保護する目的を有している。他方、本件条例は、…良好な住宅環境、自然環境及び文化、教育環境を保持するという目的も有している。そして、住宅環境、自然環境及び文化、教育環境は、都市環境の一部と解されるから、両者の目的は一部において重なり合うということができる。」（神戸地判平成９年４月28日平成６年（行ウ）第34号）と判示した。

さらに、神戸地裁は、国の法令と本件条例の目的を同一のものとした上で、風営法および同法の委任に基づく兵庫県の施行条例は、全国一律の規制を予定し、市町村条例による独自の規制を排斥するものであり、建築基準法も用途地域内における建築物の制限について地方公共団体が独自の規制をすることを予定していないから、本件条例は同法、および同法の委任に基づく県の施行条例ならびに建築基準法に違反すると判示し、宝塚市＝原告の請求を棄却した。

以上の宝塚市パチンコ店等規制条例をめぐる紛争に対する神戸地裁判決（控訴審も同様）は、前記の宗像市環境保全条例をめぐる紛争に対する福岡地裁判決と同様に、法律と条例の関係を規律する憲法94条および地方自治法14条1項の規範的命題に関する審査規準ないし判断方式を用いて、良好な環境の確保という公益実現を目的として規制権限を定める宝塚市パチンコ等規制条例を法令に反するとしため、結果として、私人の自由（職業選択の自由）を保護することになる。

ちなみに、最高裁は、「行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しないから、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法３条１項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」（最判平成14年７月９日平成10年（行ツ）第239号）とし、原判決を破棄し、第一審判決を取消し、原告の訴えを却下した。すなわち、最高裁は、法律と条例の関係を規律する憲法94条および地方自治法14条１項の規範的命題について言及することなく、以上のような別の理由により、原告（宝塚市）の請求を却下しているため、宝塚市パチンコ店等規制条例の定める良好な環境の確保という公益と、同公益実現のための規制権限の程度・態様につい

て判断を避けているといえよう。

（４）紀伊長島町水道水源保護条例の定める規制権限とその保護利益

同条例は、水源および水道施設などの水の適正かつ合理的な使用に関して地方公共団体の責務を定める水道法２条１項の規定に基づいて、「住民が安心して飲める水を確保するため、町の水道水質の汚濁を防止し、その水源を保護し、住民の生命、健康を守ることを目的とする」（１条）と定めている。

同条例の定める水源の保護と、これによる住民の生命・健康を守るという公益実現のための規制権限としては、以下のものが定められている。町長は、水源の水質を保全するため水源保護地域を指定することができるとするとともに（11条１項）、産業廃棄物処理業その他の水質を汚濁させ、または水源の枯渇をもたらすおそれのある事業を対象事業とし（２条４号及び別表）、対象事業を行う工場その他の事業場のうち、水道にかかわる水質を汚濁させ、もしくは水源の枯渇をもたらし、またはそれらのおそれのある工場その他の事業場を規制対象事業場と認定することができる旨規定し（２条５号、13条３項）、水源保護地域に指定された区域における規制対象事業場の設置を禁止し（12条）、これに違反した場合には、１年以下の懲役または10万円以下の罰金に処することとしている（20条）。そして、条例によれば、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者は、あらかじめ町長に協議を求めるとともに、関係地域の住民に対する説明会の開催等の措置を採ることを義務付けられており、町長は、事業者から事前協議の申出があったときは、町水道水源保護審議会（以下「審議会」という。）の意見を聴き、規制対象事業場と認定するかどうか判断することとされている（13条）。審議会は、町の水道に係る水源の保護に関する重要な事項について、調査、審議する機関であり（５条）、町議会の議員、学識経験者、関係行政機関の職員等のうちから町長が委嘱し、または任命する委員10人以内をもって組織することとされている（６条）。

紀伊長島町水道水源保護条例をめぐっては、同条例に基づき、町長が産業廃棄物中間処理施設を、「水源の枯渇をもたらし、またはそれらのおそれのある工場、その他の事業場」に当たるとして、本件条例の規制対象事業場認定を行ったため、産廃中間処理事業者が同認定処分の取消を求める訴えを提起し、同条例の法令違反の可否が争点となったのである。

名古屋高裁は、認定処分の取消訴訟において、廃棄物処理法と本件条例とではその目的、趣旨が異なるものであるとし、本件条例を廃棄物処理法に反する無効ということができないとした上、原告の施設がその必要水量を地下水から取水することが不可欠なものであるから町の水源を枯渇させるおそれがあり、紀伊長島町水道水源保護条例２条５号に定める「水源の枯渇をもたらし、又はそれらのおそれのある工場、その他の事業場」に当たるとしてされた本件処分に違法はないとして、本件認定処分の取消を求める原告の請求を棄却した。このように、控訴審は、地裁の判決を支持し、原告の請求を棄却したのである（名古屋高判平成12年２月29日平成９年（行コ）第21号）。

控訴審によれば、廃棄物処理法は、産業廃棄物の排出を抑制し、産業廃棄物の適正な処理によって、生活環境の改善を図ることを目的としている。これに対して、本件条例は、水道法第２条１項および同法２条の２によって、地方公共団体に施策を講ずることが認められた結果、紀伊長島町が「住民の生命と健康を守るため、安全な水道水を確保する」ことを目的として、同町が制定したものである。このように、廃棄物処理法と本件条例とではその目的、趣旨が異なるものであるから、本件条例は、廃棄物処理法に反して無効ということはできないとされたのである。

同判決は、水源の保護と、これによる住民の生命・健康を守るという公益実現のために定められた規制権限を適法とし、本件産廃中間処理事業者の営業の自由と、所有敷地で同施設を設置するという財産を利用する財産権に対する制約を適法としたのである。

以上に対して、最高裁は、「被上告人（＝紀伊長島町）としては、上告人（＝産廃中間処理事業者）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適正なものに改めるよう適切な指導をし、上告人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り、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には違法となるといわざるを得ず、原審は、上記の観点からの審理、判断を経ることなく本件処分の違法性を否定したものである」（最判平成16年12月24日平成12年（行ツ）第209号など）とし、原判決を破棄し、差し戻したのである。

名古屋高裁の差戻し審も、「被控訴人（＝紀伊長島町）は、控訴人（＝産廃中間処理事業者）において枯渇のおそれの有無が問題とされると理解できるよ

うな協議や指導をするべき義務を免れることはできず、これをしたと認められない以上、本件配慮義務に違反して本件処分を行ったものというべきである。」（名古屋高判平成18年２月24日平成17年（行コ）第２号）と判示した。

以上にみるように、最高裁判決は、町が産廃中間処理事業者に対して、水源保護の目的にかなうように適切な指導をし、同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いう別の理由により、本件産廃中間処理事業者の営業の自由と、所有敷地で同施設を設置するという財産を利用する財産権に対する制限を加えることになる本件認定処分を違法としたため、本件産廃中間処理事業者の営業の自由と、所有敷地で同施設を設置するという財産を利用する財産権を保護することになる。もちろん、最高裁判決は、本件条例の法令違反の可否について判断をしていない。このため、本件条例の掲げる「公益」は、結果として妥当なものとして是認されたといえよう。

（５）小括

以上の公益性をめぐる裁判例の検討から、下級審は、伊丹市教育環境保全条例の場合を除いて、宗像市環境保全条例、宝塚市パチンコ店等規制条例および紀伊長島町水道水源保護条例を法令違反の無効とし、同条例に基づく規制権限の行使を違法として、私人の主張を認容したため、各地方公共団体の定める条例の掲げる公益を是認することなく、むしろ私人の自由と権利を保護する結果となった。ところが、宝塚市パチンコ店等規制条例および紀伊長島町水道水源保護条例に関しては、最高裁がこれらの条例を法令違反の無効として判示していないため、結果としてこれらの条例の定める公益そのものは妥当なものと是認されたともいえよう。以上の公益性をめぐる裁判例の検討からすれば、宗像市環境保全条例の場合を除けば、これらの地方公共団体の条例の定める保護利益そのものは、強いていえば、公益として是認されているといえよう。

さて、伊丹市教育環境保全条例は、「教育」環境の保全を公益としており、宗像市環境保全条例は、「自然」環境の保全を公益として、その保護を目的として規制権限を定めている。紀伊長島町水道水源保護条例は、水源を保護し、住民の生命、健康を守ることを公益として掲げている。これに対して、宝塚市パチンコ店等規制条例は、如何なる環境を具体的に保全しようとしているのかを明らかにせずに、「良好な」環境の保全を公益として定めているのみである。

ところが、規制の対象などからすれば、宝塚市パチンコ店等規制条例も、伊丹市教育環境保全条例と同様に、「教育」環境の保全を公益として、その保護を目的としているといえよう。かりにこれらの条例の掲げる公益に対してその優劣を付けようとすれば、教育環境の保全が自然環境の保全に劣後するものといえよう。

しかし、下級審は、以上のような公益の価値序列に拘ることなく、教育環境の保全を公益として掲げる伊丹市教育環境保全条例については、同条例の目的が風営法の規定する目的と効果をなんら阻害するものではないとし、同条例を合法なものとし、同公益の保護を是認した。これに対して、もっとも優先すべき自然環境の保全を公益として掲げる宗像市環境保全条例については、同条例の目的と同条例に基づく規制権限の行使が廃棄物処理法の定める目的を阻害することを理由に、同条例を法令違反とし、同公益の保護を放棄したといってよい。

このように、裁判所は、公益保護の価値序列に拘ることなく、「法律の範囲内で条例を制定することができる」とする憲法94条とこれを受けて、「法令に違反しない限りにおいて第２条第２項の事務に関し、条例を制定することができる」とする地方自治法14条１項の法令と条例の関係を規律する規範的命題に関する審査規準ないし判断方式という法技術論を用いて、条例の法令違反の可否をもって、地方公共団体と私人との紛争の解決を行ってきたといえよう。また、良好な環境の保全を公益として掲げている宝塚市パチンコ店等規制条例の法令違反の可否に関して、下級審は、風営法と本件条例の趣旨、目的が相当部分重なり、本件条例が風営法及び県条例より更に強度の規制をするために、風俗営業の場所的規制に関し、市町村が条例により独自の規制をすることを排斥する風営法及び県条例に違反すると判示し、「教育」環境の保全を目的とする伊丹市教育環境保全条例とは正反対の結論を導いている。つまり、下級審判決は、宝塚市パチンコ店等規制条例について、本件条例の目的と風営法の目的が同じであるとした上、さらに本件条例との関係で風営法の性格を規制限度法とし、本件条例を法令違反としたが、ほぼ同様の公益保護を定める伊丹市教育環境保全条例については、宝塚市パチンコ店等規制条例と違って、これを法令違反としなかったのである。

たしかに、憲法94条および地方自治法14条１項の定める法令と条例の関係を

規律する規範的命題に関する裁判所の審査規準ないし判断方式は、合理的でかつ有効なものとして確立されているようであり、地方公共団体の定める条例の保護利益の価値序列のみで､条例の法令違反の可否を判断することができない。しかし、以上の裁判例の検討からすれば、法令と条例のそれぞれが定める目的の異同に関する裁判所の判断や、法令の性格がなぜ規制限度法にあたるか、あるいは最低基準法にあたるのかどうかに関する裁判所の判断、いわゆる憲法94条および地方自治法14条１項の定める法令と条例の関係を規律する規範的命題に関する審査規準ないし判断方式そのものには、一貫性が欠如しており、客観性が担保されていないのではないかという疑念を払拭することができない。だとすれば、まず、裁判所は、もっとも優先すべき公益の価値序列を第一義的に考慮に入れ、規制の対象とされている私人の自由と権利がその制限を受けないとすれば、これが当該公益に対して如何なる害をもたらすかといった実証的政策評価･影響分析を大前提とし、そのつぎに、条例の定める規制手段の程度･態様の分析・検討から、地方公共団体が公益実現という目的と規制手段との整合性、いわゆる目的達成に対する手段の最小限性と、規制権限に代わる他の方法の可能性（代替性）についての検討を十分に行っていたかどうかにより、条例の法令に対する違反可否を判断すべきであろう。

とくに伊丹市教育環境保全条例をめぐって神戸地裁判決の場合は、地方公共団体と私人との紛争の解決を図る方法として、法律と条令の関係を規律する規範的命題に関する審査規準ないし判断方式を用いて、条例の目的が風営法の規定する目的と効果をなんら阻害するものではないとして、同条例を合法とし、私人の訴えを斥け、結果として公益保護につとめているといえよう。だが、神戸地裁の判断過程には、法令と条例との関係を規律する規範的命題に関する審査規準ないし判断方式といった法技術論の問題として捉えられているのみで、パチンコ店等が青少年育成という公益の実現に対して、如何なる害ないし悪影響を及ぼすかどうかの実証的政策評価・影響分析が行われたかどうか、そして条例の策定過程において住民とりわけパチンコ事業者等の手続的参加権が如何に保障され、かつ手続的参加権に起因する行政庁の私人に対する配慮義務が如何に尽くされているかどうかについての検討も必要であったと思われよう。

以上の点からすれば、紀伊長島町水道水源保護条例に基づき、町長が産廃中間処理施設を、「水源の枯渇をもたらし、又はそれらのおそれのある工場、そ

の他の事業場」に当たるとして、本件条例の規制対象事業場認定を行ったため、産廃業者が同認定処分の取消を求める訴えを提起した事件において、最高裁が、水源の保護とこれによる住民の生命・健康を守るという公益実現を掲げる紀伊長島町水道水源保護条例の法令違反の可否について判断することなく、町が産廃中間処理業者に対して、水源保護の目的にかなうように適切な指導をし、同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いう理由により、本件認定処分を違法とした最高裁の判旨に対しては、一定の評価が可能である。だが、この場合においても、最高裁は、もっとも優先すべき公益の価値序列を第一義的に考慮に入れ、規制の対象とされている私人の自由と権利がその適正な制限を受けないとすれば、これが当該公益に対して如何なる損害ないし悪影響をもたらすかといった実証的政策評価・影響分析を大前提とし、条例の法令に対する違反可否を判断し、地方公共団体と私人との紛争の解決を図るべきであったと思われよう。

六　おわりに　―真の公益は如何にして存在するのか？

行政作用法の定める公益には、「社会の安全と法秩序維持」（警察法）から、「消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展」（消費者保護法）、「国民の健康な生活の確保」（医師法）、「公衆衛生の向上と生活環境の改善」（水道法）、「国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進」（建築基準法）、そして地方公共団体の条例の定める「水源の保護」、「良好な環境の保全」、「健康で文化的な生活の確保」、「青少年の健全な育成」などまでに、さまざまものがある。

このような公益の拡大・多様化の傾向に伴う規制権限の拡大・強化は、私人の政治社会経済のすべての営みに対してさまざまな影響を及ぼしている。最高裁も、都市の美観風致の維持を公共の福祉として、特定の場所における広告物の表示禁止と同義務違反に対する処罰を適法とし、同規制権限の行使が私人の表現の自由の侵害にあたるとする主張を斥けた（最判昭和62年３月３日昭和59年（あ）第1090号大分県屋外広告物条例違反被告事件）[59]。同様に、国歌斉

(59) 最高裁は、「大分県屋外広告物条例は、屋外広告物法に基づいて制定されたもので、右法律と相俟つて、大分県における美観風致の維持及び公衆に対する危害

唱の際に起立斉唱行為や伴奏行為をすることを求める職務命令の発動と職務命令違反に対する懲戒処分をめぐる紛争においても、最高裁は、「学校教育の目標や卒業式などの儀式的行事の意義、在り方等を定めた関係法令などの諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図る」という公益の保護などの諸事情を踏まえて、国歌斉唱の際に起立斉唱行為や伴奏行為をすることが自らの歴史観ないし世界観等に反するため、これらの自らの歴史観ないし世界観に由来する外部的行動としての不起立・退席等という個人の自由権に対する侵害になるとして、これを憲法違反とする原告の主張を斥けた（裁判平成23年5月30日平成22年（行ツ）第54号再雇用拒否処分取消等請求事件）。そして、近年における規制緩和による規制権限の緩和ないし撤廃も、規制権限の拡大・強化と同様に、政治社会経済のすべての営みに対してさまざまな影響を及ぼしている。行政法学は、とくに規制緩和および民営化などによる公益内容の変化そのものに対する有効な統制手法を提示して来なかったのではないかと思われる。

行政作用法案の策定手続の段階から、策定全過程の公開による透明性を確保し、また公正さを確保するための住民参加などのその手続的前提条件が充足されているとすれば、議会の制定する法律（いうまでもなく、条例をも含む）とその法律の定める公益は正当なものとされよう。しかし、行政作用法が同法の定める公益の実現を目的として、私人の自由と権利を制限する根拠規定を定める場合には、当該行政作用法上、規制の対象とされている私人の自由と権利がその制限を受けないとすれば、これが当該公益に対して如何なる害をもたらす

防止の目的のために、屋外広告物の表示の場所・方法及び屋外広告物を掲出する物件の設置・維持について必要な規制をしているところ、国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であり、右の程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限と解することができる」から、大分県屋外広告物条例で広告物の表示を禁止されている街路樹二本の各支柱に、日本共産党の演説会開催の告知宣伝を内容とするいわゆるプラカード式ポスター各一枚を針金でくくりつけた被告人の本件所為につき、同条例33条１号、４条１項３号の各規定を適用してこれを処罰しても憲法21条1項に違反するものでない。」判示した（最判昭和62年３月３日昭和59年（あ）第1090号大分県屋外広告物条例違反被告事件）。

かといった実証的政策評価・影響分析と、同行政作用法の定める規制権限の程度・態様の分析・検討から、公益実現という目的と規制権限との整合性に関する検討が必要であろう。以上の整合性の検討について、より詳細にいえば、これは、目的達成に対する手段の最小限性＝より制限的でない他の選びうる手段（Less Restrictive Alternative）の選択、あるいは規制権限に代わる他の方法の可能性（代替性）についての検討となろう。以上の手続的前提条件の充足と、実証的政策評価・影響分析および目的と規制権限との整合性に関する検討が十分に尽くされたときに、当該行政作用法の掲げる公益は、真のものとして正当なものとなろう。たとえば、青少年育成という公益の実現のために、地方公共団体の条例が風俗営業、とりわけパチンコ事業者＝私人の自由と権利を制限する規制権限を定めることの正当性の有無は、パチンコ店等の営業が青少年育成にいかなる影響を及ぼすのかといった実証的政策評価・影響分析、そして規制手段の程度・態様の分析・検討から、公益実現という目的と規制手段との整合性の可否に関する検討によって可能となろう。

公益実現という目的と規制手段との整合性に関する事例としては、最高裁が、目的と手段の均衡を著しく失するものであつて、とうていその合理性を認めることができないなどの理由により、薬局の開設等の許可基準の１つとして地域的制限を定めた薬事法６条２項４項（これらを準用する同法26条２項）は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法22条１項に違反し、無効であるとする薬事法薬局距離制限規定違憲判決が参照となる（最大判昭和50年４月30日昭和43年（行ツ）第120号）。

以上のように、行政作用法案の策定手続の段階から、策定全過程の公開による透明性を確保し、かつ公正さを確保するための住民参加などの手続的前提条件の充足と、規制権限の実証的政策評価・影響分析および目的と手段の整合性に関する検討が行われることによってはじめて、規制権限の根拠となる公益は、室井先生の仰る公共性の法的基準たる人権尊重主義、民主主義および平和主義といった三原則に則するものとなり、虚偽の公益性である「超市民的特権的公益性」を排し、真の公益である「市民的生存権的公益性」[60]の実現を目指すこ

（60）室井先生は、公共性分析の法的基準として、憲法の基本的原理である人権尊重

とになるのではないかと考えられよう（傍点筆者）。

とくに、前掲の紀伊長島町水道水源保護条例をめぐる紛争に対する最高裁の判決は、水源保護の目的にかなうように適切な指導をし、同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いう理由により、本件産廃中間処理業者の営業の自由と、所有敷地で同施設を設置するという財産を利用する財産権に対する制限を加えることになる本件認定処分を違法とした。これは、地方公共団体に対して「水源保護」という公益を達成するためにより制限的でない他の選びうる手段（Less Restrictive Alternative）の選択を求めるものといってよい。同最高裁判決に照らすと、かつての前掲大分県屋外広告物条例違反被告事件にみられる最高裁判決は、一定の見直しを余議なくされるのではないかと思われる。

ちなみに、前掲の紀伊長島町水道水源保護条例をめぐる紛争に対する最高裁の判決は、規制行政ではなく、給付行政としての公共事業・施設の公共性を理由に、当該事業・施設によってもたらされる生活妨害などの私人の被る不利益を受忍の限度内とする従来の判決にも、一定の示唆を与えるところがあるのではないかと思える。たとえば、厚木基地騒音公害訴訟控訴審判決（東京高判昭和61年４月９日昭和57年（ネ）第2768号など）は、国防上の必要性という公益ないし公共性と、騒音などからの生活保護を求めるという個人の権利利益との対峙の中で、一方的に基地の公共性の優越性を認め、生活妨害などの私人の被る不利益を受忍の限度内とする。そして、国道43号線公害訴訟第一審判決（神戸地判昭和61年７月17日昭和51年（ワ）第742）も、道路の社会的有用性という公益ないし公共性と、騒音と排気ガスからの生活環境の保全という個人の権利利益の対峙の中で、道路の社会的有用性という公共性の優越性を全面的に認めている。

ところが、現代行政法学上、かりに以上の前掲の紀伊長島町水道水源保護条

主義（公共性の実体的価値の側面）の原則、民主主義（公共性の手続的制度の側面）の原則、そして以上の２つの側面の一般的前提条件ともなり、あるいは結果ともなる平和主義の原則という三つを重視し、これらの３つの原則の適用を通じて、虚偽の公共性である「超市民的特権的公共性」を暴露・排し、真実の公共性である「市民的生存権的公共性」の実現を目指すとされている（室井力「国家の公共性とその法的基準」室井力ほか編『現代国家の公共性分析』10頁以下（日本評論社、1990年）参照）。

例をめぐる紛争に対する最高裁の判決を援用するとすれば、公共事業や施設の社会的有用性から当該事業・施設の公共性を肯定するにしても、これらの事業主または施設の管理者がこれらによって損なわれる生活・環境の保全に最大限の配慮をする義務を有するという理論構成をする判決も可能であるのではないかと考えられよう。

そして、行政庁が私人に対する配慮義務を十分に尽くしたかどうかを、裁判所が紛争解決の判断基準の１つとして取り入れる場合にも、これは、紛争の決着まで長い年月を要するオール・オア・ナッシングの判決ではなく、相対的に紛争の早期決着を可能とする裁判上の「調停・和解制度」において活用されるべきであろう。このため、裁判上の「調停・和解」を通じて、生活環境・自然環境の保全に最大限の配慮が行われてこそ、公共事業や施設の社会的有用性から導かれる公益ないし公共性は、真のものとなろう。

〔付記〕拙稿は、私の恩師である故室井力先生追悼論文集への掲載のために、2011年３月15日に脱稿したものであるが、諸般の事情により、故室井力先生追悼論文集の刊行が延期となったため、これに加筆・修正をし、本学紀要「駒澤法曹」第８号に掲載させて頂くことになった。先生が2006年に逝去されて今年で７年目にもなることを顧みて、今年にはぜひ先生の追悼論文集が刊行されることを祈願する次第である。