

自治体職員のための政策法務入門

～公共政策立案に必要な法的知識の修得を目指して～

憲法(1)

岡山市総務局政策法務課課長補佐・岡山大学大学院社会文化科学研究科非常勤講師
宇那木正寛

地 方分権・地域主権改革の推進により、自治体は、国の政策を実施する執行主体から、地域の経営の主体へとその役割を変えつつあります。21世紀の自治体は、住民に対して、政策責任を果たすべき責務を有することになったのです。自治体は、政策責任を果たすことにより、住民が自らの幸福を実現するための環境づくりをしなければなりません。この積極的な政策責任を自治体が高めたためには、政策立案能力を高める必要があります。

こうした時代の要請から公共政策を専門的に学べる大学院も設置されるようになってきました。公共政策とは、社会が抱えるさまざまな政策問題（公共的問題）を解決するために、解決の方向性と具体的な手段が体系的にまとめられたものです。公共政策の立案には、経営学、行政学、政治学、経済学、社会学、法学をはじめ多くの学問領域についての知識とともに、これらの知識を横断的に活用できる実務的能力が必要となります。公共政策の領域のうち、住民の行為や事業者の活動に規制を加えるような権力的な政策を立案す

る場合は、とくに法学について高度な知識が必要となります。また、近年は、自治体基本条例をはじめ、規制領域以外の領域における政策の法化も進んでおり、法学の知識は、今や自治体職員にとって欠かすことはできません。

このような状況を踏まえ、本連載では、公共政策立案に必要な憲法をはじめとする法学や公共政策学その他の関連分野における定番の知識はもとより、応用力を高めるために必要な理論について、実務者の視点で、わかりやすくお伝えしていきたいと思えます。憲法や行政法あるいは政策法務の教科書を読んでも、難しくて消化不良のまま、終わってしまう方、理論についての知識はあるが、実務とのマッチングがうまくいかない方、そういう方々には是非読んでいただきたいと思えます。連載のタイトルは「入門」ですが、「実践でも使える」内容を目指しています。

それでは、早速、憲法から始めることにしましょう。

今回のポイント

公共政策の立案にあたっては、当該政策が、憲法に反していないかどうかを確認できる能力を修得しなければなりません。この確認のための手順及び手法を応用可能な形で修得することが、「憲法」のパートにおける最大の目標です。今回から数回にわたり、この点を中心に憲法を学んでいきましょう。第一回は、憲法についての基本的理解を深めます。

1 憲法と法律の相違

憲法と法律の違い、みなさんわかりますか。この違いを知るとは憲法の性格を理解する上で最も有効です。憲法99条を手がかりに考えてみましょう。

憲法99条は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う」と定めています。憲法は誰に対して、この憲法を擁護しろと命じているのでしょうか。「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員」に擁護しろと命じています。ここに「国民」が入っていないことがポイントです。

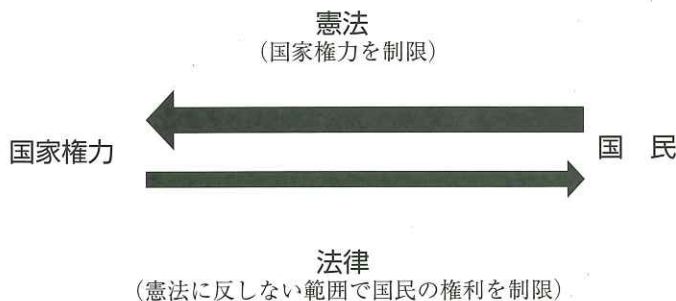
つまり、憲法は「国民」に憲法を守れとは命じていないのです。憲法を守れと命じているのは、公務員をはじめとする権力の担い手たちに対してです。このことからわかるように、憲法とは、権力者たちに宛てられた命令なのです。この命令が、国家権力を制限するシステムとして働くわけです。ダグラス・ラミス (C. Douglas Lummis) 元津田塾大学教授 (政治学) は、「憲法は政府に対する命令である」(平凡社、2006年) という書を著していますが、この本のタイトルはまさに近代憲法の本質を直截に捉えたものといえるでしょう。

以上のような性格を有する憲法に対して、法律は、社会秩序維持の観点から憲法上の人権を含めた国民の自由を制限するシステムなのです。もちろん、国家に対する国民の権利を設定する場合もありません。

こうした憲法の性格は、三菱樹脂事件最高裁判決でも確認されています。同判決において、憲法の各規定は、「国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」としています。

では、私人間で個人の自由や平等が踏み

図1-1 憲法と法律の相違



(出所) 筆者作成

じられた場合、憲法の精神は無になるのでしょうか。そうではありません。右最高裁判決は次のように続けます。「立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」としています。

Short Column

～最高裁判所判例集～

判例掲載資料としては、なんとといっても、「最高裁判所判例集」（民集・刑集）が有名です。毎月1回、最高裁判所判例調査会から発刊されています。最も権威があります。この最高裁判所判例集について、最高裁判事を務められた園部逸夫先生は、その著書「最高裁判所十年 私の見たこと考えたこと」（有斐閣、2001年）140頁において次のように述べられています。

「判例集登載の判決の冒頭に掲げられている『判示事項』と『判決要旨』又は『決定要旨』は、単なる見出しと要約ではない。判決を判例集登載の判例とするについては、各小法廷から2名ずつ選出される裁判官からなる『最高裁判所判例委員会』での厳密な検討を経なければならない。同委員会には、調査官全員が幹事として参加しており、判例委員会に上程する前に幹事としての調査官全員による検討会が開かれる。判例委員会では、特に、当該裁判の判例の判示事項と判決・決定要旨の作成にエネルギーを費やしている。その理由は、判示事項と判決・決定要旨が、判例としての根幹部分であり、これが一人歩きすることになってよいように、判決の射程という観点から細心の注意を払うのである。判例の中には、事例判例といって、その事件の事実関係に即応した解釈理論を適用したものとして参考にすべき判例と理解すべきものもあるが、通常の判例は、その事件で適用された解釈理論を一般法理として広く通用させることを目的として、判例として判例集に登載し、裁判官はじめ法律家のもとより、広く国と地方の立法部と行政部の関係者の用に供するために作られるのである」

この最高裁判決については、最高裁調査官解説がなされているものがあり、判決を理解するうえで、最高の解説になります。

なお、今回のシリーズでは、皆さんのアクセスの容易さを考慮して、民集・刑集ではなく、主に判例時報を引用しています。

この問題との関係で、国家の私法上の行為も憲法の適用を受けるかという論点があります。学説では、私法上の行為を装った憲法適用の回避を認めるべきではない等の理由から適用すべきとする説がかなり有力です。しかし、最高裁は、国の自衛隊基地関連の用地取得に憲法の規定の適用があるかどうか争われた百里基地訴訟において、「当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となら変わりが無い

といえるような特段の事情がない限り」、憲法の規定は直接適用されないとしました。その一方で、最高裁は、私法上の贈与契約（自治体が神官に公費で謝礼等を支払った行為）については、特にその理由を示さず、憲法29条3項、89条の規定が直接適用されることを前提に判断しています（津地鎮祭事件、最高裁昭和52年7月13日大法廷判決『判例時報』855号24頁）。

自治体が、ボールペン1本を購入すること

についてまで、憲法が直接適用されるというのも、違和感を感じます。しかし、私法上の行為というだけで、機械的に、憲法が適用されないということは、立憲民主主義の観点からすると疑問があります。この点で有力説にはかなりの説得力があるといえます。実務的には、多額の支出を伴うような私法上の行為については、憲法が直接適用される可能性もあると考え、対住民訴訟の観点から必要な検討をしておくことが望まれます。

【重要裁判例1—1・三菱樹脂事件】

憲法の各規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない（最高裁昭和48年12月12日大法院判決『判例時報』724号18頁、小山剛・憲法判例百選Ⅰ（第5版）26頁）。

【重要裁判例1—2・百里基地事件】

憲法98条1項にいう「国務に関するその他の行為」とは、「公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味し……私人との対等の立場で行う国の行為は……憲法98条にいう「国務に関するその他の行為」に該当しないところ、国の用地取得も純粋に私法上の行為であって、憲法の規定は直接適用されない（最高裁平成元年6月20日第三小法院判決『判例時報』1318号3頁、浦田一郎・憲法判例百選Ⅱ（第5版）380頁）。

2 憲法と立憲民主制

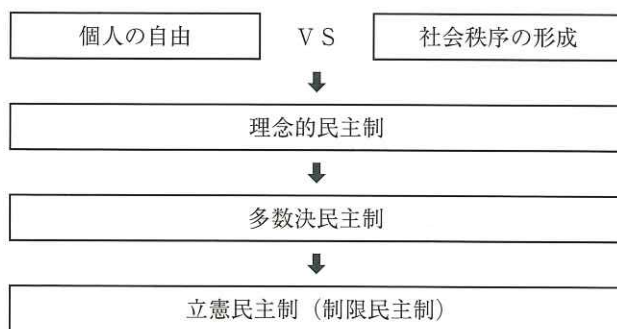
憲法は、個人の自由を最大の価値とし、これを基本とする国家社会秩序の形成について定めています。ここでいう個人の自由とは、他者からの強制を受けないで、自己の行動について自らが決定しうる権利を有していることです。

ところで、個人の自由を基本とし、社会秩序を形成していくことは、容易ではありません。それは、個人の感情や利害が複雑、かつ、多様に絡み合うからです。

したがって、自由な個人が、自由意思のもとで、全員一致の合意に基づいて、社会秩序を形成するという思想（理念的民主主義）は、現代社会では、現実不可能です。そこで、社会秩序の形成について人々が議論し合い、最終的には多数決で決定するという思想（多数決民主主義）が出てくるわけです。

こうした多数決民主主義に立脚する民主制^②であっても、これを担う者が権力を濫用した場合^③には、個人の自由が侵害される可能性があります。このような場合に備えて、個人の自由を多数決民主主義から守る必要があります。多数決民主主義を制限して、個人の自由を守るシステムが憲法なのです。憲法には、

図1—2 個人の自由を前提とした政治システムの変遷



(出所) 筆者作成

個人の自由を権利として保障するだけではなく、権力が濫用されないような制度（権力分立）が盛り込まれます。多数決民主主義による政治を憲法の制約のもとに行うシステムを立憲民主制といえます。

3 憲法の目的

これまでの説明で、憲法が国家権力を制限するものであることは理解できたと思います。では、憲法は、国家権力を制限して、何

を守ろうとしているのでしょうか。それは、人権です。この人権とは、貸金返還請求権とか、所有権といった国家権力、すなわち、法律によって創設されたものではなく、人であれば生まれながらにして持っている権利（自然権）がその中心なのです。憲法で明記された人権は、国家権力によっても、原則として、侵し得ない権利なのです。

なお、憲法の三大原則として基本的人権の尊重と並んで、**国民主権**、**平和主義**があげられることがあります。このうち、中心となるのは何と云っても、基本的人権の尊重です。国民主権や平和主義（戦争が肯定されれば、徴兵されたり、個人の財産権の行使が制約されたりします）は、基本的人権の尊重を実現あるいは担保するための手段と理解しておきましょう。

4 人権の種類

人権は大きく分けて**自由権**、**社会権**、**国務請求権**、**参政権**、**包括的人権**という5種類に分けることができます。自由権とは文字通り国家権力からの自由を意味し、最も基本的かつ重要な権利です。この自由権はさらに表現の自由をはじめとする**精神的自由**、**職業選択**

の自由をはじめとする**経済的自由**、**適正手続の原則**をはじめとする**人身の自由**の3つに分類されます。社会権は、社会的弱者や経済的弱者が人間らしい生活をおくれるように国家に福祉的配慮を求める権利です。国務請求権は、国に対して、権利保障の観点から国家の具体的行為を請求できる権利です。参政権は、国政に参加する権利、包括的人権は、それ以外の権利です。

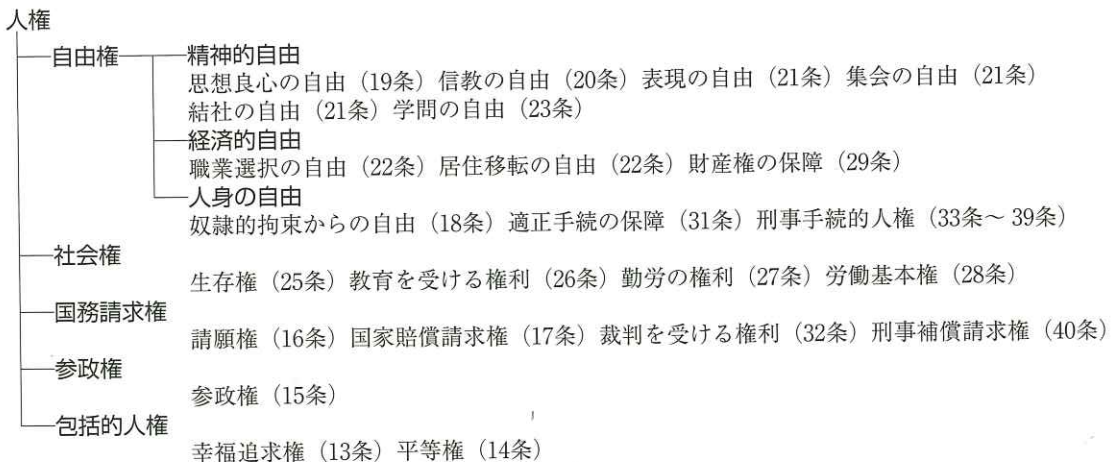
この中で、中心となる人権はなんといっても自由権です。5つの権利の相互関係を整理すれば、国務請求権及び参政権は自由権を確保するための手段で、自由権で充足されないものを、包括的人権及び社会権で補うというイメージをもっておけばよいと思います。

5 人権と公共の福祉

人権は、**侵すことのできない永久の権利**なのですが（憲法11条）、無制限に認められるわけではありません。拷問や残虐な刑に処せられない権利（憲法36条）のように、絶対的に制限が許されない人権もありますが、その多くは、「**公共の福祉**」により制限されます（憲法13条）。

ところで、現在の通説では、この公共の福

図1-3 憲法上の人権体系



(出所) 筆者作成

社を「人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」と考えます（例えば、ブライバシー権VS出版の自由の調整）。

通説は、公共の福祉の原理を人権相互の矛盾衝突に限定することにより、抽象的な公益概念による人権制限の危険を回避し、憲法の最大の目的である人権保障を確実にしようとするものです。

しかし、個人の人権に対抗しうる価値が認められるのは他者の人権のみであるとする通説の考え方を貫くと、対立する人権が想定されない限り、憲法上の人権の制限は理論上できないこととなります。大学で憲法を学んだ方の中には、通説に依拠し、テストの答案を書いたという方も少なくないと思います。確かに、人権保障を重視する通説の考え方は、憲法の目的に適っています。しかし、現実の社会において、人権の制限が必要となるのは、人権同士が衝突する場合に限られません。通説と現実がマッチしないのです。そこで、実務の世界では、憲法上の権利でなくても、憲法上保護に値するような利益であるとか、一定レベル以上の公益を保護するためであれば、憲法上の権利に対する制限も可能であると考えざるべきです⁵⁾。

現実の立法例を見ればわかりますが、特に公益実現を目的とする行政法領域についてみ

ると、対立する人権が明確に想定できない場合が少なくないのです。例えば、農地から宅地への転用を規制したり、土地利用における用途規制を行う場合などのように、対立する人権が具体的に想定できないにも関わらず公益保護を目的として財産権（憲法29条）が制限されています。さらに青少年自身を保護する観点から有害情報へのアクセスを制限するなどパターンリズム⁶⁾に基づく制約も少なくありません。このように立法実務では、少なくとも通説はとられていないことがわかります。

なお、公共の福祉の原理により、憲法上の権利を制限する場合には、正当な選挙により選出された国民の代表から構成される国権の最高機関たる国会の制定する法律によらなければなりません（法律による留保）。

〔注〕

(1) 「一定の限定された地域（領土）を基礎として、その地域に定住する人間が、強制力をもつ統治権のもとに法的に組織されるようになった社会」をいう（芦部信喜『憲法（第5版）』、岩波書店、2011年）。

(2) 民主主義の原理に基づく政治形態をいう。国民の直接参加による直接民主制と、国民が選出した代表者を通じて間接的に政治に参加する代表（間接）民主制に分類される。代表民主制の場合

は、その制度欠陥を補うため、国民投票、リコールなどの制度が併用される。

(3) 多数決民主主義の危険性について、イギリスの思想家であるジョン・スチュアート・ミルは、その名著『自由論』（John Stuart Mill: On Liberty, 1859）で、次のように述べている。「人民の意志は、……大多数者、または自己を大多数者と認めさせることに成功した人々の意志を意味している。それ故に、人民は人民の一部を制圧しようと欲するかも知れない。そして、かような制圧に対しては予防策の必要であることは、他のいかなる権力の濫用に対する場合とも異なるところはないのである」（『自由論』塩尻公明・木村健康訳、岩波文庫1971年、14頁）

(4) 国政に関する最終的な決定権である主権が国民にあるということ。このため、主権者である国民の代表によって構成される国会を国権の最高機関と位置づけ（憲法41条）、憲法改正には主権者である国民による国民投票が必要とされている（憲法96条）。

(5) こうした考え方に立つものとして、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007年）350頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（有斐閣、2010年）116頁、小山剛『憲法上の権利』作法』（尚学社、2010年）72頁参照

(6) 保護者の立場で、本人の利益を守るために本人の意思とは関係なく、生活行動に干渉すべきであるとする考え方。