



山村恒年『行政法と合理的行政過程論 —行政裁量論の代替規範論—』

由喜門 眞 治
比 山 節 男
寺 田 友 子

はじめに

山村恒年先生（以下、著者という。）は、自治体職員を経て、弁護士、大学教員として行政実務、訴訟実務、そして大学教育の場で活躍されてこられた。また、昨年喜寿を迎えられたが、現在も現役の弁護士として訴訟に携わり、各種研究会・シンポジウムの主宰などで精力的に活躍されている。著者の研究対象は、主として行政法、環境法分野である。本書は、著者が、これまで行政法分野において取り組んでこられた行政過程論に関する研究の総括としての意味をもつ592頁にのぼる大部の著作である。2004（平成16）年には、行政事件訴訟法の一部改正が行なわれた。これは、本書のテーマである行政過程の合理性を確保し、権利救済の実効性を高めるために、行政訴訟の間口を一定程度広げるものである。しかし、それだけでは不十分であるため、引き続いて見直し作業が行なわれているが、そこでは、行政裁量の法的統制が最重要課題であると認識されている。したがって、「行政裁量論の代替規範論」を提示する本書の出版は、時宜にかなうものであり、その意義は多大であると考えられる。本書は大著であり通読することは容易でないことから（大変助かることに各章や各節のはじめに、それぞれの箇所の結論や要旨がわかりやすく説明されている）、著者にご指導いただいていた評者が、本書の概要を紹介し、その中で各々の若干の感想を述べつつ、その水先案内の役を務めたいと考える次第である。なお、本書の概要については、第1編を由喜門、第2編を比山（本稿

の結びもあわせて)、第3編を寺田が担当した。

1 本書の概要

1 第1編 行政過程論の基本問題

「第1章 行政過程論の意義と論争」は、本書において総論部分を構成する。そこでは、行政過程論に関する論争に触れつつ、かつて著者が昭和57年から61年にかけて「現代行政過程論の諸問題(1)～(14)」として『自治研究』に発表した、山村行政法学の基本的立場である法律状態形成の動態的行政過程論について述べる。この行政過程論は、実質的法治主義の拡大を意図しており、法律関係に変動をもたらす行政作用からなる行政過程ばかりではなく、その上位過程である行政大綱、基本方針、マスタープランの策定といった法律関係を形成しない行政作用からなる、いわば拡大された行政過程をも取り込み、それらをも「法」に基づく判断形成過程として、「法」による統制を進めていくべきであるとする。この動態的行政過程論は、行政作用を、例えば行政行為という結節点でのみ静的に考察する伝統的行政行為論モデルに対する理論モデルであり、行政過程を判断形成の積み重ねによる法律状態、事実状態の形成とする山村行政過程論の特色を示すものである。

著者によれば、伝統的モデルでは、複効的作用がつくる三面関係において現代の人権保障に対応できないので、現代に即した行政に対する新たな民主的統制のために、多様な行政作用に対してどのように統制原則を位置づけるかという行政過程論の課題が現われることになるという。そして、具体的に最近の判例(小田急事件など)を分析し、行政過程論の思考枠組み(動態的・機能的合理性、統合的合理性、計画は合理的基礎調査と評価に基づくこと、代替案比較原則など)に依拠するものもあると評価している。

「第2章 行政過程論思考の枠組み」は、行政過程論を構築するための基本的思考枠組みを提示する。

現代の行政においては、単なる法の執行ではない行政活動が生まれてい

るとして、産業基盤整備行政、環境行政、消費者保護行政等は、政策創造および執行としての行政活動といえるとする。それらは、多くの複雑な行政活動の連鎖過程であって、具体的には、マクロ・ミクロ・マイクロ（行政手続）行政過程からなり、複数の法律が関わる複合的過程であり、それを構成する行政作用も多岐にわたり、決定主体も多様になっていると評する。

ミクロ的決定過程とは「行政機関の個々の意思決定過程を横断的に分析」したもので、各要素〔目的・行為規範の認識（課題の設定）、調査や情報収集、事実認定、裁量基準の設定、代替案の予測、規範評価（代替案の評価）、選択・決定・表示〕のいくつかから構成される（135頁）。「従来の伝統的行政行為論や国家賠償法の規範論ではこのような横断的な個々の意思決定のみを対象としていた」が、マクロ的行政過程をも行政過程論の対象とする。それは、政策決定過程（構想、長期計画）→基本的決定過程（総合計画基本計画）→中間的決定過程（中期計画、地域計画）→執行的決定過程（事業計画と執行）→事後レビュー過程（事後監視・評価）→修正過程（更新の拒絶、撤回、変更）、そして、マクロとミクロの混合決定過程に分解することができるとする（136頁）。

そのような行政過程に対しては、憲法価値を実現する過程として民主的統制が当然に必要とされ、全体としての行政過程の合理性と公正を確保するために憲法価値を具体化する媒介規範が必要であると主張する。

したがって、評者（由喜門）は、山村行政過程論が示す、政策創造および執行としての行政作用からなるマクロ、ミクロの行政過程についての規範論を、司法による統制規範、あるいは行政自らの統制規範として機能させるばかりではなく、さらには立法による統制規範として機能させることも当然に可能であると考える。本書では、法解釈論としての規範論（例えば、115頁）、あるいは行政過程における判断形成規範（例えば、121頁）としての規範論の面が強いのは事実であろう。それゆえ、立法論としても、機能することを強調してもよいと思う。

著者は、媒介規範を検討するにあたり、次の四つの視点をあげている。

①縦割立法による法治主義を排して、市民の共通利益（後述第3章）を考慮した法体系の統合的規範であること、②拡大された行政過程を動態的に分析した規範であること、③学際的に規範論を検討すること（組織意思決定論、正義論、権利論を含む政治学、行政学、経済学、法哲学等）、④新公共管理（NPM）論導入を踏まえた規範論とすること、である。

この②③④に見られるように、学際的な検討を行なうのは山村行政過程論の一つの大きな特色である。たとえば、環境アセス法が成立したことや、これまで判例において代替案の検討、費用便益分析、利害関係人からの意見聴取等について司法審査が行われてきたことは、組織が合理的な意思決定をするための行動規範論である組織意思決定論の立場から合理的に説明できるという。同様に、経済学、法哲学等は、所得の再分配や資源の適正な配分が行政過程の目的であることから、それを導入する必要があるとし、行政学も組織における具体的な人間の心理と行動を基礎においた管理論を展開しているので、民主的統制のために有益であるとする。

次に、目的合理性規範を分類整理し、現代的行政過程の規範として、手続的合理性規範、実体的合理性規範とそれぞれの規範を実現する手法をあげ、続いて行政学、公共経済学の合理性判断モデルとしての法目的効率性基準、および法正義モデルをあげている。紛争予防・解決という視点からの規範が必要であるとの立場から、意思決定過程の透明性と説明責任などを指摘していることが特徴的である。

「第3章 行政過程の基本原則と規範論」は、第1、2章を受けた、いわば各論的記述である。

まず、行政過程の基本原則として、伝統的な行政の原理（法律による行政の原理、比例・平等原則など）の他、公共管理型の行政原則として法目的合理性原則（目的合理性原則、法正義性原則）、新公共管理型原則（説明責任原則、透明性・公開原則、協働原則、必要性原則、効率性原則）をあげる。

続いて、山村行政過程論における実質的法治主義を、三面関係における基本権・共通利益権保護原理と位置づけている。共通利益権とは株主の共

益権に類似するもので、社会構成員が管理・支配または享受してきた利益（例えば、消費者の利益、生活空間、環境等）である。憲法13条後段の幸福追求権に基づく独自の権利概念といえることができる。そして、基本権や共通利益権侵害が多様化している現代において、権利や共通利益権に継続的、段階的、長期的、累積的、広域的、連鎖的な影響を与える行政作用についても、実体的、手続的に「法律」の羈束が必要であって、法律の羈束が緩い場合あるいはない場合（政策大綱、要綱など）には、その行政作用は、形式的法の羈束だけでなく、「人の理性」あるいは「社会意思」の規範である「法」の羈束を受けるべきであると主張する。すなわち、ここでいう「法」こそが、著者の示す行政過程の各原理・原則である。

これに対して、評者のひとり（寺田）から、国民の意思を間接的に表現している法律と、国民の意思から幾分か隔たっている行政規則、政策大綱といった行政立法を、法律と同様に、行為規範、裁判規範として位置づけることは（95～97頁、479頁等）、憲法価値（主として基本的人権の尊重）の実現という拘束があるとはいえ、その憲法が定める三権分立の原則からすると抵抗を感じるとする意見がだされている。これについて、直接の解答は本書には書かれていない。ただ、「法」である各原理・原則は、著者によると理性規範、普遍的規範、条理法規範として位置づけられるので、たとえ、それが行政立法という形式をとっていたとしても法律と同列に扱うことができるという反論が考えられる。評者（由喜門）としては、例えば参加手法などを行政過程に組み込み（すでに手続法は命令等の意見書提出手続を定める）、あるいは法律に定めるべき事項であれば法律を制定することが必要であると考ええる。

次に、個別的に（1）法目的正義・公正の原理、（2）法目的合理性原理、（3）目的拘束の法理、（4）現代型行政法の基本原理（ガバナンス基本原理、説明責任原理、透明性・公開原則、効率性原則）を学際的に検討している。

（1）法目的正義・公正の原理 効率性と正義をみたす財、負財の配分

を経済分析により決定する制度を設計しようとした平井法政策学について、効率性を阻害する要素の存在、環境や健康の価値評価の困難性などの経済分析に対する批判があてはまるものの、法解釈学にとり示唆的であると評価している。その理由として、市民社会の秩序維持、調整のための行為規範である行政法の基礎には「最大多数の最大幸福」というベンサム功利主義思想があり、功利主義的な受忍限度論や公共性論が支配している法解釈論の現状を修正する必要があることをあげる。そこで、正義論などを参考にして実体的・手続的な統制原理を発展させるべきであるという。著者によれば、日光太郎杉事件控訴審判決などは正義を考慮した例であり、行政過程は平井法政策学にいう「目的＝手段」思考を原則とするが、同じく「法＝正義」思考は聴聞などの手続面に導入されることが増えたと分析している。

そして、多数者の利益のために少数者の利益を犠牲にすることを正当化する功利主義を批判する正義論や憲法の権利論を検討し、根拠規範がない場合や、それがあっても要件が抽象的である場合において、①事実認定、②代替案の検討、③各代替案の法目的評価、④法的意思決定の選択から構成される意思決定は、「法」による統制を受けるべきであるという。そして、正義論の立場から、③においては、法目的から代替案を評価する際の費用便益分析における騒音被害者の権利の重視、④においては、その評価に基づき意思決定が選択されるとの分析を行なっている。

(2) 法目的合理性原理 行政学が行政法学に対して情報提供を行なうことにより行政法学の変容をもたらすべきであるが、現状は不十分であるとする手島教授の見解に賛同しつつ、行政現象の中核を意思決定行動とする村松行政学の見解、行政裁量論に対する西尾行政学の批判をふまえ、法目的合理性原理構築の観点を三点示している。すなわち、①憲法を頂点として、行政過程（政策決定→政策執行→政策評価）において、合理性・自律統制・調整の確保が必要であること、②具体的手法として、公開と参加、適正手続、必要性分析、代替案の比較評価、費用便益分析、再評価、

フィードバックシステムなどを確保すること、③統制の対象は、法規命令、準則、プログラム、計画、予算、意思表示、事実行為、その他の公役務であること、である。

そして、合理性原理検討のために、意思決定の構造分析、その特性、および統制枠組を明らかにする。意思決定の構造分析として、前述のマイクロ・マクロの行政過程を具体化し、「限られた合理性」（サイモン）しかもたない人間が合理的な意思決定をするための方法として、サイモンの示した、課題の設定→代替案の探索→代替案の分析・評価→代替案の選択という意思決定過程を参考にして、事前過程が重視されるべきこと、すなわち適正手続にしたがうのみならず、代替案についてその結果の予測、評価、選択における積極的合理的行動が重要である、と主張している。例えば、予測について、その技術が確立されているか否かは問題ではなく、「現状の分析に基づき、要因を細かく分析して因果関係を追及していくことにより、予測の範囲」を拡大すべきであると述べる。これは、行政によるこれまでの予測が第一次的・直接的影響のみに限定されていたことに対する批判としてなされている。そのためには、住民参加といった手法をとることになるのであろう。

(3) 目的拘束の法理 意思決定は目的達成過程であり、多くの意思決定から構成される行政過程は、一つとは限らないマクロ・ミクロ的目的のもとに体系をなし、相互に利害調整を図りつつ形成されるもので、目的相互間に合理性の法則が必要であると述べる。そして、意思決定過程の構成要素を、ここでは目的→行為規範の認識→事実認定→予測→評価→選択→決定に分解し、「行政過程における目的の持つ特質を明確にし、整理し、全体としての行政過程の解釈の手段」にすることにより行政過程の合理性を確保するという趣旨のもと、次の四つの具体的規範論を示す。

すなわち、①ミクロの意思決定（手段）の目的のみに固執してはならず、根拠法目的、数個の意思決定により別個の行政過程があれば行政過程全体の目的といった「目的の体系」を考慮して意思決定をすべきである

(例えば、薬の製造承認の撤回についてみると、製薬会社には侵益的であって根拠規範が必要であること＝手段の目的である法律の留保を重視すれば撤回不可とされる。しかし上位目的である国民の生命・健康を優先すると撤回が可となる)、②代替案の選択においては、その各案の目的も考慮しつつ比較検討すること、③目的相互間の調整は費用便益分析、正義論、参加などによる評価・調整・参加システムで対応すべきであること、④行政活動は上位目的である憲法価値に一体化すべきである、⑤憲法価値に一体化するために「他の法目的」の適正な配慮、そのための調査と情報収集、関係行政組織との協議、調整、住民参加などを行政過程に組み込む必要がある、というものである。

この中で、特に「他の法目的」を考慮することが、他事考慮になるか、考慮すべきなのかについて、先ず考慮目的が法定されている場合（これには、個別法の目的に他目的があわせて規定されている、要件法規に配慮事項として規定されている、および他の法律で配慮を義務付けられる場合がある）と、法定されていない場合にわけて、判例を素材に検討している。そして、「他の法目的」については、①当該行政作用の根拠条文の要件規定の趣旨・目的以外に、②根拠法の他の条文の趣旨・目的、③根拠法全体の趣旨・目的、④当該要件規定もしくは根拠法が関連づけを要求している他の法の趣旨・目的、⑤根拠法以外の実定法、条例の趣旨・目的、⑥慣習法、法秩序全体の趣旨・目的、⑦憲法の法規範の趣旨・目的（これを含める場合は、衝突する法相互間の趣旨・目的の序列や体系化を考えるのに使うときを含む）に分類し、これらを考慮範囲に含めるか否かは、ケースバイケースで判断する必要があるとする。なお、この「他の法目的」の分類は、原告適格における「法律上の利益」に関する著者の分析と同じであると述べている。著者は「実際の損害を行政処分によって受ける可能性がある場合は訴訟追行上の利益がある」として原告適格を認める柔軟な立場を採るが（山村『行政過程と行政訴訟』227頁）、この「他の法目的」についても憲法までを含めて考える柔軟性を見ることができる。

著者は、次に「法目的」について、判例を取消訴訟等と損害賠償訴訟等

に分けて分析する。前者の分析において、例えば、ストロングライフ事件最判については、結論はともかくとして①ばかりではなく②や③を考慮すべきであるとする。後者の分析においては、不法行為上の違法は行為規範違反のみならず、他人の法益侵害をもたらす社会的に相当ではないことを意味するとして、目的の観点のみからの判断ではなく、種々の個別的事情を考慮する必要があることを前提とするが、個室付浴場事件最判については、当事者の態度の妥当性を比較衡量する必要がある、単に処分の他事考慮のみをもって違法とするのは早計であること、また車両制限令事件最判については、①・②・③ばかりではなく⑤に一体化すべきである事案として、いることが注目される。

(4) 現代型行政法の基本原理 新公共管理(NPM)論の登場により、説明責任、透明性、参加・協働原則が実定法化され、一般的法原則化に向かっているが、その弊害としての格差社会を修正するために公正確保の必要があるとの立場から、参加・協働手法による討議・熟慮が新たな基本原則になると述べている。そして、NPM論の欠陥を是正するイギリスの「第三の道」を検討し、基本原理として、①グッドガバナンスへの原則(行政の民主化重視、結果重視と共にプロセス重視、社会的公正プラス効率)、②そのシステム(政策立案部分と執行部門の分離、縦割行政からの脱却、規制システムから協働システムへの改革、内的・外的アカウンタビリティの確立、外部評価システムの確立など)、③その条件(高い資質と倫理観をもつ政府、適切な救済制度をもつ法の支配、効率的で透明な行政、環境保護と社会的弱者保護のシステム)、の三点をあげている。

次に、わが国における実定法のカバナンス基本原理を検討し、行政の分権化、外部化、契約化、規制緩和の進行にともない、アカウンタビリティの強化が求められるとして、内的・外的アカウンタビリティ、透明性・公開原則、効率性原則を定める現行法(情報公開法、行政手続法等)を紹介する。これに関する具体的な内容については第2編で述べられている。なお、効率性の原則では、効果(プラス効果)と副作用効果(マイナス効

果)のバランスを重視するのが、グッドカバナンスであると指摘していることが目を引く。

以上、第1編は、本書における中枢的位置を占める部分である。裁量処分
の司法審査について、著者は、後述(第3編)のように実体的審査方式・手続的審査方式・判断形成過程審査方式に分類し、妥当する審査方式を個別に検討すべきであるとする立場を採る。この判断形成過程審査方式に、踰越・濫用審査方式、①判断過程合理性審査方式、②包括的合理性方式を含める。この①と②を合わせた、従来から一般的に使われている判断過程合理性審査方式における行為規範としては、要考慮義務、適正利益衡量義務、調査義務等があげられ、そのルール確立が今後の課題であるとされる(亘理格「行政裁量の法的統制」『行政法の争点[第3版]』119頁)。著者は、この問題提起に対して、学際的見地から、それらの行為規範を具体化する解答を示したといえる。

2 第2編 行政過程における判断形成手法——行政裁量規範論

「第1章 行政過程と行政調査手法」では、調査手法の具体例が個別法の条文とともに、ずらりと20以上の判例も示されていて実践性を体感でき、正直、驚嘆する(206-207頁)。

行政の行為形式の一つとして位置づけられていた従来の行政調査論は、その「発生源が即時強制であることから明らかであるように、適正な行政決定を担保するための資料収集と、他方における私人の自由な生活領域の確保の調査」をその視点としていた(202頁)。それに対して、本章では、計画は調査に基づかない限り合理性はなく「調査なくして計画なし」といわれること(222頁)、実際の行政実務では「調査のゆがみ、偏向がみられ、『合わせ調査』や、すでに決定したプログラムの裏付け調査が多い」(225頁)などの問題点があると指摘している。

著者は、「現地調査、過去類似例の分析調査がなされたか、住民参加、代替案調査がなされたかなど、調査過程の合理性が検討される必要がある」と指摘して、「計画調査の合理性の条理法が検討され、それによる司

法的統制がなされる必要がある」と主張する（241頁）。また、「調査を行政学の観点からみれば、事実認定、予測、評価のための『情報の収集と処理の問題』であり、意思決定の合理性の限界としての『知識の不完全』の問題でもある」と述べる。そして、「行政処分の『決定過程における調査義務』の問題が論じられる」ゆえんであるとして、行政処分の「決定過程における、調査過程の合理性の考え方」（267頁）を明らかにする。かくして、結論として、「行政庁の事実認定、事実の分析、評価、処分の選択等の『基礎となる情報』の調査について、『解釈論上の条理法規範』を明らかにすると同時に、行政手続法上の調査規範を立法論として研究する必要がある。」との課題を明示する。

本章は合理的意思決定論の見地から捉えられた行政調査手法論が、「解釈論上の条理法規範」という衣をまとって法解釈論の中枢に見事に入りこんでおり、本書のなかでも特に一読して欲しい章の一つといえよう。

「第2章 行政過程における評価の手法」は、事実認定における予測・評価、代替案の効果の予測・評価について述べる。

このうち、「第3節 必要性評価」については、これまで整理された議論はほとんどなく、大いに注目されることになる。次のような記述がある。「行政部門における事業担当部局は、事業を実施することに情熱を燃やす専門家によって多数が占められている。従って、『事業を実施しない代替案』を考える期待可能性は極めて小さい。このようなところでは、『必要主義の弊害』が極めて顕著に現れる。これを是正するためには『事業を実施しない代替案』の検討を義務づける必要がある」（310頁）。この記述に関心を持つ人は、第3節と「第4節 代替案検討手法」を読み落とすことはできない。

第4節には次のような要約された説明がなされている。「公共性分析手法としての代替案の検討」として「行政過程における政策、施策、計画、行政処分の各段階において、公益性、公共性を分析するために、法目的の観点から代替案の検討をし、比較評価することは法目的合理性確保のための必要要件といえる。これは実質的な法治主義を担保する手法ともいえ

る。」(322頁)。「しかるに、行政法学では、法治主義確保のための統制手法として扱うべきであったのに取り上げられてこなかった。」(323頁)。

そして、「合理的な代替行動に近づくためには、計画された行動をする必要がある。しかし、これとても完全な合理的行動ではない。検討された代替案は限定されているからである。そこでより広い代替案の提案を住民や関係機関・団体から受け入れる必要がある。行動する側と住民と関係者とが一体となってより幅広い代替案を探索・発展させるように規定していくことが合理的決定のための最良の過程である」(326～327頁)。そこで次に、価値の比較衡量のために「価値評価のための方法論について規範化すべきだという発想が出てくる」(361頁)。

しかし、費用便益分析をどう規範化するかはすこぶる難問である。米国では、1980年代に再三、費用便益分析を義務付ける法案が連邦議会に提出されたが、アメリカ法律家協会(ABA)などの反対もあって成立に至らなかった。それについて、2004年、米国の実務家と研究者3人を招いて開いた日弁連シンポジウムでも、米国側3人の出席者の共通認識は、慎重な熟慮の結果で適切な判断であったと受け止められているとのことであった。この難問に対して、著者は、「結局 CBA は、費用と便益をその構成要素ごとに分解して、その性質に相応した評価の枠組みでもって各要素ごとに比較、評価し、その分析、評価の理由を明らかにして市民に提示し、それについて市民からの意見を求め、十分な討議を経て、それを止揚させて再分析評価をすべきであるということになる。いわゆる市民参加による CBA が必要なのである」(368頁)と、さらに一段プロセスを上積みした費用便益分析を提示している。その他、「国際法や環境基本法19条の規定からは(SEA は)行政過程の条理的合理性確保規範となっている」(399頁)との指摘もなされている。

「第3章 行政過程とアカウンタビリティ(以下、AC という。)」は、「第1節 行政過程における AC の機能と内容」、「第2節 AC の判例」から成る。

第1節では、AC の機能、AC の内容、現行法における AC を論じる。こ

ここで著者は、公と私の区別の相対化にともない、社会共通利益の管理全体について AC が要求される方向になりつつあると指摘している（408頁、同旨415頁）。また、AC には、政府が主権者に対し結果を説明する責任（外的 AC）と、政府の組織内部で下級機関が上級機関に、部下が上司に結果を説明する責任（内的 AC）との二つがあるとして、外的 AC・内的 AC それぞれで用いられている手法を図示する（408～409頁）。

公私の相対化にともない社会共通利益の管理全体について AC が要求されるとの見解には評者（比山）も賛同する。この見方を進めると、現在の社会では、政府活動のほとんどすべての局面で、委託——受託の関係が無数に連続・重複して存在しており、そのすべての委託——受託の関係において、社会共通利益の管理にふさわしい AC が求められるということになるろう（同旨415頁）。このとき、著者のいう外的 AC と内的 AC の区別は相対化しつつあり、機能においても同質化しつつあるということになるはずである。そうすると、今後は、著者のいう内的 AC の手法（立法行政、審査基準、訓令、通知、要綱、情報提供）と外的 AC のそれ（パブ・コメ、情報公開、公聴会、意見交換、シンポ、交渉、住民投票）は、等しく社会共通利益の管理全体にふさわしい AC として内容が規定され運用されているかを検討しなければならないことになるろう。

米国ではクリントン政権発足時、電子政府構想を立ち上げて情報の迅速な電子的提供に取り組んだが、それは政府の内外における透明性の確保と情報の共有により政府に対する国民の信頼を確保しようとするものであった。著者は、外的 AC は、市民を顧客としてとらえるか判断形成の協働主体としてとらえるかによってその内容が異なると指摘する（408～410頁）。今後、私たち行政法研究者はその差異がどこから生じてきているかを見極めつつ、市民を判断形成の協働主体としてとらえる後者の立場に軸足を置いて研究を進めるべきということになるろう。

次に、現行法における AC として、①情報公開法、独立行政法人情報公開法、②行政手続法、③行政機関の政策評価法、④中央省庁等改革基本法、⑤規制の設定又は改廃に係わる意見手続、⑥独立行政法人通則法、⑦

環境影響評価法、⑧住民監査請求、⑨法令適用事前確認手続（ノー・アクション・レター）、⑩新河川法における行政過程とAC、を取り上げている。これは、現行法制のなかでのACに関係する規定を指摘したものであるが、ACの成否を大きく左右する文書管理法制は取り上げられていない。今後は文書管理法制を含むこれら法制度の一つひとつについて、ACとして果たすべき上記機能を遂行できているかを検証し、問題点と改善すべきは何かを明らかにしていかなければならない。

第2節では、分権化と法的責任における判例、行政内部での情報の分割的保有とACおよび申請に対するACとの視点から最近の判例に検討を加えている。民営化や分権化に対する時代的な問題意識に基づき、関連判例をいち早く取り上げる目配りの良さにまず感銘させられる。ただし、分権といえは地方分権を連想するのが一般であろうが、ここでいう分権は外郭団体の増殖を指している。そして、外郭団体による給付行政の執行が裁量の逸脱・濫用にあたる場合、外郭団体は行政機関ではないとの理由で、その執行を契約自由の原則に従い容認することは、実質的法治主義に反することであり、説明責任以前に行為規範の問題であると著者は指摘する。

「第4章 行政過程における参加と協働論」は、行政過程における参加と協働のあり方について述べる。

「第1節 行政過程における市民の地位」では、古典的法治国家における私人は、侵害行政に対して防御的地位を、社会国家的給付行政においては給付請求権が認められたと述べた後、社会管理（マネジメント）型混合（ハイブリッド）行政における市民の地位を検討している。そこでは、経営管理的行政が導入されるとして、①国家主導管理型、②新公共管理行政、③グッドガバナンス・第三の道型国家における市民の地位を描いている。そして、社会管理（マネジメント）型混合行政に続けて、社会共通利益と市民の地位、社会共通利益の主体としての市民を論じる。協働主体としての市民は社会共通利益と市民の地位といった観点から取りあげられ、協働とは、「行政と市民の協働による共通利益サービスの提供・創出・評価を含む一切の連携関係」として定義づけされている。

NPM が行政サービスの相手である国民を顧客と位置づけていることは有名であるが、著者はこれを「顧客型民主主義」であり、行政依存型社会であると喝破する。つまり、そこには対等な協働は存在しないということになる。ただし、ブレアが選択した第三の道は思いのほか新公共管理に大きく依存しており、ブレア時代に散見されたというグッドガバナンスの動向や市民による協働活動能力の育成などは、NPM の進展とは別の政治哲学・政治力学の流れや NPO・NGO など市民の側の取組みから生まれたと評者（比山）は理解するので、第 1 節の構成と分類には同意できない（第三の道でのパートナーシップ論を論じた 439～440 頁の分析が正しいと評者は考える）。

第 4 章のなかでもっとも興味を引くのは「第 3 節 行政過程における協働論」で、最近の協働論には、ドイツ法的発想の「公私協働論」と、公私という伝統的区別を排しアングロサクソンの「社会共通利益分担論」とがあり、これが協働論を混乱させる原因となっていると指摘している。

「公私協働論」を代表する論者によれば、公私協働とは「国と私人が、法的性格の差異を維持しつつも、公共善を実現するために協働すること」である。しかしそれは、「法治国原理、特に基本権保護義務に反する結果」をもたらす危険や「民主主義原理に抵触するおそれ」があり、その長所や目的はせいぜい、私人・私的組織の「自発性・自己改良能力を活かす」（山本隆司『公私協働の法構造』537頁）程度であるから、公私協働の展開には常に疑いの目が投げかけられることになろう。

評者（比山）は、公共性は官民の立場に関係なく段階的に遍在しているとの見解を有しており、評者の協働論の出発点は官（僚）による公共性独占がもたらした混迷・閉塞状況の打破である。そして、対等参画と情報共有を協働主義の二大原理としてその法体系を積極的に展開したいと考えており、おそらく「社会共通利益分担論」に属しているとされよう。そのとき、評者らには行政過程それぞれの段階における協働のあり方を実践的に提案することが求められる。著者は中立的な立場からであろうが、これを「行政過程における協働の段階」で検討する（444～446頁）。そして、調

査、代替案の検討から選択に至る過程における協働を指摘する一方、決定段階にはそれがなく、したがって協働者は決定には責任を負わないと結論づけている。

「第4節 河川行政におけるパートナーシップモデル」は、著者自身が委員として参加した「淀川水系流域委員会」での活動経験をもとに、河川行政におけるパートナーシップモデルを詳細に紹介・検討している。「住民の行政への協働・参加のみでなく、行政が、住民の自主的自立的な運動に依拠し援助し協働するという、行政の『住民活動への参加』も必要とされる」（454頁）との指摘が目を引く。最後に、淀川流域委員会が果たしてきた機能は、淀川河川整備計画というマスタープランについての政策評価と政策環境アセスメント（SEA）の双方を専門家と市民の協働で公開のもとに行なってきたことであると総括している。

3 第3編 行政過程と司法審査

「第1章 行政過程論と紛争解決の司法審査」では、判例を山村行政過程論の立場から分析する。

現在の法制度では、行政の諸行為を国民から争うには、原則として、諸行為のうち行政処分を対象に取消訴訟を提起しなければならない。1・2編においてみられたように、計画型管理行政に代表される現代型行政過程における紛争は、個別行政処分を争ってはいは解決にならない、ということが著者の行政過程論の基底に存する認識である。その上で、現代型行政過程紛争を多角的に、色々な視点から分析している。

行政過程と取消訴訟、条例や計画の違法を争う無効確認訴訟、住民訴訟の諸判例を挙げて、訴訟要件及び違法要件に関わる争点を抽出している（469～474頁）。

実体的要件に関わる司法審査のあり方としては、裁量審査方式から法目的合理性審査方式に変更すべきであるという。そのために従来からの行政裁量論を整理した上で、裁量統制規範を提示する。具体的には、諸判例を根拠に、抗告訴訟では行政過程手続法と実体的判断規範の整備と要綱等に

基づく調査・評価による運用、住民訴訟では最小費用効果原則があげられている。そして、本書の副題と関わるが、裁量論の代替理論として司法審査方法論を構築しようとする。すなわち、合理性規範の内容として外部・内部関係における合理性、法目的合理性、及び統括的合理性を規範論として列挙する。その上で、従来の裁量統制論としては、主に、外部的作用の法規範が中心であったが、それを、根拠法的手続的合理性規範等を含めて充実させるとともに、従来、等閑視されていた行政内部規範も合理性規範に含める。

ついで、意思決定規範論から見た判例を整理する。①保護法益主体との関係に関わる判例、②判断メカニズムに対応した合理性規範、③統合的合理性規範として、縦割り法規範の統合化、段階別規範での判断分担の範囲及び分権化・民営化と合理性規範の拘束を列挙する。その上で、行政過程の判断形成過程の審査方式について、過去の判例を整理して、手続的審査方式・実体的審査方式・判断形成過程審査方式に分類した上で、判断代替方式か手続的審査方式かのいずれかをすべてに求めるのではなく、「どの審査方式が妥当するか個別に検討すべきである」（483頁）という。行政過程が多様である為に、すべての行政に妥当する唯一の審査方式を探求するのではなく、個々の行政過程に応じて適切な審査方式を探求すべきであると述べる。今までの行政法学は、あらゆる場合に妥当する原理原則論を求めてきた。しかし、著者は、次章でも示すように、行政過程には行政領域ごとに特質があるので、その司法審査方式も行政領域ごとに異なるべきである、といい、具体的な行政領域にふさわしい司法統制の基準となる規範を求めようとしている。

「第2章 鉄道立体交差都市計画事業と司法審査」、「第3章 圏央道あきる野IC事業認定取用裁決取消訴訟事件」、「第4章 行政過程の住民訴訟と司法審査」及び「補筆 小田急最高裁判決の補足」は判例の検討・分析を著者の行政過程論に基づいて行なっている。特に、第2章と補筆の鉄道立体交差都市計画事業と司法審査において、小田急線連続立体交差事業に関する三審級の判決を、論点ごとに整理して、行政過程論の立場

から検討する。そのことによって、著者の行政過程論分析と司法審査論を明らかにすることを企図する。重要な論点は、原告適格論、内部規範の裁判基準性、都市計画決定過程の法規範論である。最後の項目に関しては、代替案の検討と評価も、行政決定過程の合理性を担保するものとして、アメリカ法及び行政学に依拠して説得力を持って述べている。また、環境影響評価において、その住民への提示、代替案に基づく影響評価の不作為が都市計画決定を誤らせたと断じる（536頁）。都市計画決定過程についての司法審査方式については、包括的合理性審査方式に依るべきであると述べる（523頁）。

第3章では、圏央道事件を扱い、第4章では、やんばる農地開発とやんばる林道事業の2つの住民訴訟を行政過程論の下に検討分析している。

結び

以上紹介してきたように、本書は行政裁量の統制というわが国の行政法学がこれから本腰を入れて取り組まなければならないもっとも重要な課題に対して、著者の長年にわたる研究の成果として合理性規範という解答を提示したものである。本書出版とともに著者が喜寿という祝いの年を迎えられたということを知ると、本書が行政裁量の統制というにとどまらず、一人ひとりの人間の生き方、人生の選択のあり方に対する著者の覚書といったものまでが感じられてくるのである。

ところで、本書の中で「予測と評価の意義」を論じている箇所（289～290頁）に以下のような記述がある。次のように言う。

「解決すべき行政課題があり、それを実現するために行政事実を調査し、それに適した行為形式として、行政立法、行政計画、行政処分の判断形成をするとき、二つの予測と評価が必要となる。

- ① 調査した行政事実、例えば、人口が年々増加又は減少しているとか、車両交通が年々増加し、交通渋滞が激しくなっているとかの事実に対し、将来は、どのように変化するか、対策を講じなければ公共性にどのような障害が生じるかを予測、評価する場合である。

- ② ①の予測評価に基づき、対策として、法に基づき、行政計画や行政処分、行政事業等の案もしくは代替案を考えた場合、それぞれの案が実施されればどのような効果を上げるかについて予測評価する場合である。

以上、①②の予測評価が不合理であった場合、その行政行為形式は違法となる。そこで、予測と評価の合理性規範について考察する。」

さて、①は行政法学の対象であろうか。この答えを出すとき、当然、その前提として、行政法学の定義や役割が明確にされているはずであるが、そのときの行政法学の定義や役割はいかなるものでであろうか。従来の行政法学はせいぜい②のみの範囲、しかも、そのさいの法とは実定法の根拠条文程度を意味し、代替案を考えたり実施したときの効果を予測評価するといったことには、ほとんど真剣に取り組んでこなかったというのが偽らざるところであろう。それに対して著者は本書において、②の作業が合理的と評価されるために必要な条件を具体的に検討しただけでなく、①にまで視野を広げ、そこにおける合理性規範を考察している。本書の中で、著者の行政法学の定義に関する見解は明示されていないが、①を思考プロセスの中に取り入れているということは、当然に①も行政法学の対象になると考えているということであろう。

阿部泰隆教授は、常に①にも大きな関心を向け、必要ならば、新しい法制度を設計し提案することにもかなりの力点を置いている。そして、著者は、本書の中でも多数の判例分析を行なっていることから理解できるように、まず合理性規範を司法統制規範として用いることを念頭に置いているが、そればかりではなく行政が判断形成する場合の規範として考えていることができる。さらに、立法者が立法作用にあたって認識すべき規範としても応用可能であるということができる。この意味で本書は、合理的な行政過程の実現に夢と情熱を注いだ著者のライフワークであると評することもできよう。

なお、文脈とは関係ない関心であるが評者（比山）は、行政法とは故遠藤教授に倣い、「行政法とは社会管理に関する法」と考えているが、著者

が本書で示されている多くのテーマ、とくに行政調査や政策評価は行政法の体系の中ではどのように位置づけられることになるのかについて、是非、次は筆者の簡潔でしかも水低きに流れるように論理展開されている体系書を書評させていただきたい。