

社会福祉行政と行政裁量——序論

星野 信也

1. はじめに

最高裁判事を9年勤められた東大名誉教授の団藤重光先生が、「『判例』というものについて」と題する講演のなかで、いくつか興味深いポイントを指摘しておられる。

第一の点は、法解釈の意義についてのものである。「法というものは大体六法全書にありますような条文の形で書かれておりますけれども、無論すべてを書き尽くしているわけではございません。書き尽くしているように見えても、いろいろと解釈の余地があります。例えば、『人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役に処ス』という規定がありますが、『人』とは何ぞやといっても、いつから人になるのか、いつから人でなくなるのか、人でなくなるのについては例の植物人間のような問題がすぐ出てまいります。人ということ一つについても解釈上非常に難しいことになってしまう。どんなに直截簡明に書いてありましても、それについては解釈の余地というものが必ずあります。しかも大抵の場合には解釈をする人の立場によって内容がいろいろ変わるのであります。だからこそ法哲学といったような学問も実用があるわけがあります。裁判には裁判哲学というものが必要であります。」

第二の点は、司法の機能にかかわっている。「いまのように法律そのものに解釈上ゆとりがある場合でありますと、解釈・運用によってどちらへ持っていくかということは一種の創造的な働きであり、一種の立法みたいな意味をもってくる。現にジュディシアル・レジスレイション——司法的立法といったような言葉さえあるくらいであります。これは立法の権限を侵すことになるもので

2 社会福祉行政と行政裁量——序論

はなく、法の解釈・運用という上からいって当然のことであって、そういう司法的立法というものは認めなければならない。……それによって先程申しました法を社会に順応させていく、法を活かしていくという働きを持つことになるのじゃないかと思うのであります。」

ここで興味深い点は、(1)法律の解釈が高度に重視される筈の司法の領域でも、解釈・運用の余地があり、それが解釈する人の立場によって内容が変り得るということであり、(2)そこに司法立法の意義とともに法哲学の実用性を認識している点である。

解釈する人の立場によって、その解釈が異なる典型的な例として、団藤先生は、東京中央郵便局事件と名古屋中央郵便局事件をあげている。この二つの事件は昭和33年の春闘の際、同じ日に起った事件で、全通の組合役員がそれぞれ中央郵便局で職員に職務離脱させた行為が、「郵便の業務に従事する者がことさらに郵便の取り扱いをしない」というのを処罰する郵便法の規定に違反するとして起訴されたケースである。その行為の態様としては同じようなことをやったのにかかわらず、最高裁判所は、東京中郵事件について、昭和41年10月26日に無罪、名古屋中郵事件については、昭和52年5月4日に有罪とした。その過程で、名古屋中郵事件の原審、名古屋高裁が、東京中郵事件の最高裁判決を待って、それを判例として裁判を行ったということがあった。これは同じ講演のなかで、「判例が動いてくるについて、理屈によって動いて来るということ以外に、裁判官の顔ぶれが変わるということによって動いて来ることがあります。」としてあげられている例である。

このように司法についてみられる政治—立法との関係は、行政についていっそう顕著である。近代国家から現代国家への移行は、「夜警国家」から「福祉国家」への転換であったが、それは行政サービスの拡大そしてさらには「立法国家」から「行政国家」への転換であったといわれる。そこでは、政治の行政化ないし行政の政治化が著しく進んだ。すなわち、行政は今日では立法機能、政策立案機能の主要な担い手となり、したがって司法のコントロールからも自由な領域を拡大してきた。それは社会福祉行政においてとりわけ目立つことである。

それでは、行政をめぐって立法との間の関係はどのように変質してきたであろうか。以下そのキイ概念というべき「裁量」についての行政法学および行政学の理論動向からそれを探ってみたいと考える。筆者は行政法学にはいわば門外漢であり、行政学についてもその狭い一部分にしかかかわっていないのだが、社会福祉学の領域でこの側面に焦点をあてた論文は皆無とって過言でないから、ここではあえて行政法学等のいわば文献紹介を行って、それに若干のコメントを加えるにとどめる。

2. 行政裁量をめぐる議論

(1) 法律による行政の原理

近代民主主義社会は、「法律による行政」の原理を基礎に成立した。それは「行政の諸活動は、法律の定めるところにより、法律に従って行われなければならない。」という法原則である。さらにいえば、「行政は、たとえどのような名目（例えば、“公共の福祉”“国民の生命の安全”等々）であろうとも、行政権の担い手の独自の判断で行われてはならず、国民の代表たる議会（国会）が定めた、一般的ルール（法律）に従ってのみ行われなければならない。」という原則とされる。すなわち、行政活動に対する法的安定と民主的コントロールの要請を示すものである。そこでは、法的安定の必要から要請される抽象的・一般的法規範が、同時に国民の代表、すなわち議会が、所定の手続きおよび形式のもとに行った意志表示、すなわち「法律」であることが前提されている。

このような「法律による行政の原理」は、伝統的行政法学では、一般に次の三つの内容に分けて考えられる。①法律の（専権的）法規創造力の原則、②法律の優位の原則、③法律の留保の原則、の三点である。

①は、国民の権利・義務に関する行政立法（法規命令）は、法律の授権なしに行われてはならない、とする原則であり、②は、いうまでもなく、日本国憲法41条の「国会は国権の最高機関である」という条文中に含まれる、行政活動は存在する法律の定め違反して行われてはならないとする原則である。③は、「行政活動は、それが行われるためには、必ず法律の根拠すなわち法律の授権

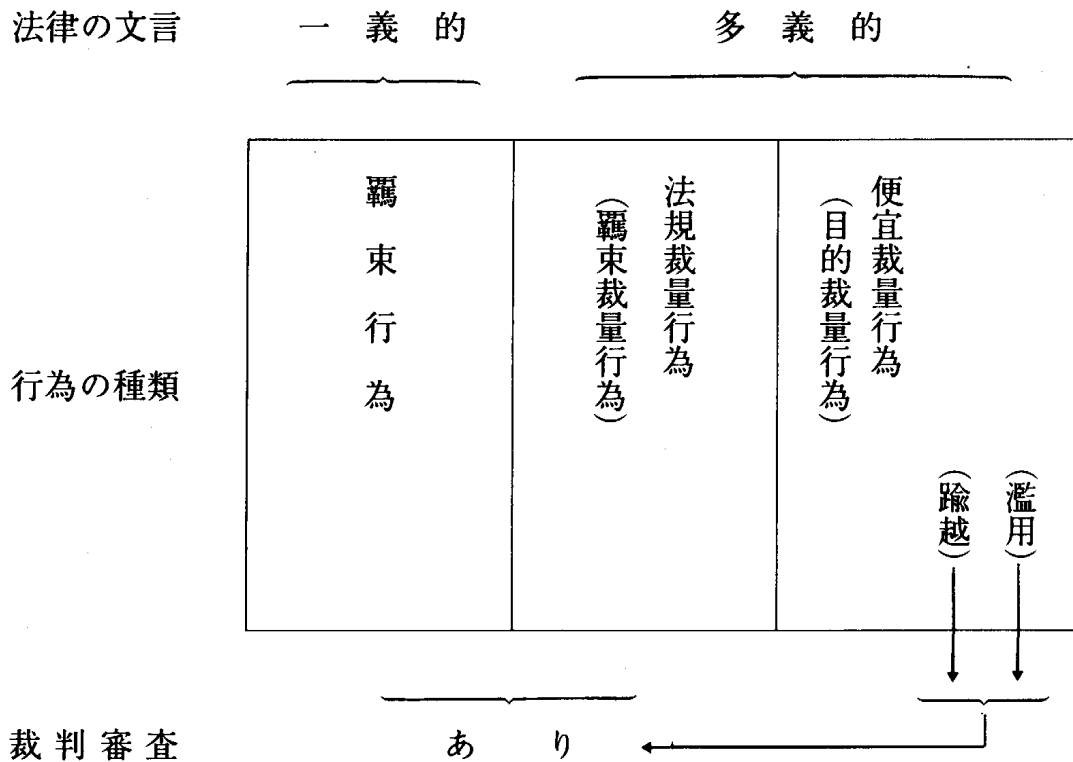
4 社会福祉行政と行政裁量——序論

を必要とする」という原則である。行政活動は、仮に既存の法律の何ら抵触するところがない場合であっても、さらに法律の積極的な授權を要求されるということである。

ここで法律の根拠ないし授權が要求されるという場合の「根拠」、「授權」をめぐってはなお論争があり、伝統的な法律の留保理論では、そこで要求されるのは、目的規範、組織規範、手続規範等では足りず、「根拠規範」としての性格を持つものでなければならないとされる。しかし、この点をめぐっては、学説はなお流動的で、必ずしも根拠規範に限らず、既存の権限に枠をはめる“枠規定”や国家行政組織の中の“権限分配規定”でも足りるとする議論があり、今日ではそれが有力な説といってよい。

第1図 行政行為の分類

〔藤田宙靖，文献 2) p. 82〕



(2) 法律による行政の例外としての自由裁量

「法律による行政の原理」の目的が、行政活動に対する法的安定性と民主的コントロールの要請にあるとすれば、それは本来、あらゆる行政活動について、行政機関がどのような場合にどのような行動をすることができるかを、個々具体的に詳細に法律で定めなければならない、ということになるはずである。ここでは「法」は「行政権の恣意を抑制する」ものと想定されている。しかし、伝統的行政法理論も、一方で、国民の自由を保護するために、行政機関の行動を抑制するとともに、他方では、公共の利益の促進のために、行政活動の弾力の運用をも評価すべきであるという相反する課題を負ってきた。そして、現実の法制上も、行政機関は、包括的な授権を受け、少なからぬ行為を政策的・行政的判断に委ねられている。

法律がそのように広汎な授権を行っている場合、行政機関は「自由裁量」、「裁量行為」を認められており、逆に法律が厳格な拘束を行っている場合の行政行為は、「羈束行為」とされる。

法律の羈束の程度は、しかしながら、実際には上記の類型化では足りない。行政行為の「要件」と「効果」について法律が一義的に明確な定めをしている場合、それは羈束行為である。他方、そのいずれかないし両者について明らかに行政機関の自由な政策的・行政的判断に委ねていると考えられる場合、それは自由裁量行為とされる。その中間に、要件・効果をめぐる法律の文言に不確定概念を含む場合があるが、それによって直ちに行政機関の自由な裁量が許されるのではなく、法令の明文の外になお法の準則（不文の条理法）の拘束があり、したがって法の予定する客観的基準が存在すると考えられる場合、その行為は「法規裁量」または「羈束裁量」と呼ばれる。これに対して本来の自由裁量を区別して「便宜裁量」ないし「目的裁量」と呼ぶ。

原則的には、羈束行為と羈束裁量行為は、裁判所の全面的コントロールを受け、便宜裁量行為は裁判所の審査から除外される。専ら政策的・行政的見地から行われる決定に対して、その当・不当をコントロールするのは、裁判所の権限外だからである。

だが、伝統的行政法理論は、さらに「法律による行政の原理」の実質的拡充

を図るため「自由裁量の限界」論を展開してきた。そこでは、たとえ羈束裁量行為を分離した自由裁量行為であっても、(1)裁量権の限界を越えた行為が行われた「裁量権の踰越」、または(2)裁量権を濫用した行為が行われた「裁量権の濫用」の場合、その行為は違法性を帯び、裁判審査の対象となる、とするものである。

以上の類型化を藤田宙晴は第一図のように整理している。こうしたどこまでも裁量を規制していく考えを押し進めていけば、便宜裁量と法規裁量の相対化、さらには自由裁量行為と羈束行為の相対化をもたらすことになる。それは昭和30年代からむしろ判例が先行する形で進んだが、判例は行政裁量の判断にあたって、羈束の有無の内容の問題からむしろ裁量自体の規制の問題に重点を移行しているといつてよい。

(3) 自由裁量の相対化 I

そうした判例の動向を宮田三郎は次の四点に集約している（筆者の要約による）。

a. 自由裁量行為という観念の否定

行政行為の決定過程は、事実の認定—法律要件の解釈—包摂—処分の選択—処分手続の選択—処分の決定という段階から成る。そうした複数の法律要件のうち、一つの法律要件の解釈または包摂について裁量が認められたからといって、その行為全体が自由裁量行為となると解すべきでなく、当該法律行為についてのみ裁量を認めれば十分である。したがって、法規裁量行為、自由裁量行為という範疇的区分は成立せず、そのような用語自体、問題の正確な理解をさまたげるということになる。

b. 裁量権の踰越・濫用の法理の重視

今日では、裁量が法的拘束を受けることについてはほとんど異論がないから、問題は裁量権の存否ではなく、その限界である。従来は法規裁量か自由裁量かの区別のなかに裁量権の踰越・濫用の法理も大半がすでに読み込まれていたため、踰越・濫用の機能する余地は少なかった。裁量権の踰越・濫用の法理が、当・不当の問題にも裁判所のコントロールを浸透させることになったから、違法と不当を分かち一般的基準は見失なわれた。残された区分は、結局「裁判所

の判断能力説」に帰着する。そこでは一方で、裁判所の能力の許す限り裁量権の行使を制約することになって、行政の合目的的活動の否定になりはしないかという危惧と、他方、このような相対的能力の理論はむしろ裁判所の審理回避のための口実として利用される可能性があるという懸念を生ぜしめる。「裁判所の判断能力説」は、結局、行政庁の政治的または専門技術的裁量との間に一線を画することになる。

c. 行政庁の専門技術的裁量の定着

従来、一般に不確定概念は、具体的場合には解釈によって客観的・一義的にその内容を確定でき、したがってそれを誤れば違法となり、裁判所の全面的コントロールに服するとされてきた。しかし、最近の判例理論は、政策的・専門技術的判断に裁量性を認めることで、むしろ不確定概念一般に専門技術裁量を承認することになっており、学説もおおむねそれを支持している。その結果、現代の行政機能における専門技術性の増大を背景として、全行政法の領域に、行政裁量が拡散することになった。

d. 要件裁量か効果裁量かの視角

要件裁量は、法律要件の認定、すなわち法律要件の解釈または事実の法律要件へのあてはめの点に認められる裁量をいい、判断裁量ともいわれる。効果裁量は、法律効果（処分）の選択について認められる裁量をいい、行為裁量、あるいは選択裁量ともいわれる。この要件裁量か効果裁量かという視角は、法律要件と法律効果からなる法規範構造を前提とし、法規範の分析を通して、裁量権の所在とその範囲を確定しようとする方法論的側面をもっている。すなわち、法の規定の仕方を基準とし、その合理的解釈によって裁量問題にアプローチする考え方である。

効果裁量については、「……することができる」規定をめぐる問題がある。それは立法者が効果裁量を認めた趣旨と解されるが、給付行政の場合に、法律要件にあたる事実を規定しながら、処分や権限行使をしない自由を認めることは問題である。このような行政裁量のはらむ問題点は次の原則によって緩和されている。

(a) 法規定の趣旨・目的

とくに受益的法規の場合、法の趣旨・目的を合理的解釈から、むしろ「……しなければならない」と解すべき場合がある。また、法律要件面における多義的な不確定概念と「することができる」規定とが結合している場合、行為裁量の際に考慮すべき視点が、不確定概念を含む法律要件の認定の際に既にすべて考慮されてしまった時は、「することができる」規定はもはや実質的に「しなければならない」規定となる。

(b) 裁量の自己拘束

行政庁が法の認める裁量の範囲内で、裁量基準を設定し、統一的な裁量行使の確保を図る場合がある。裁量基準は、通達の形式をとる行政規則で内部的効力しかないのだが、裁量基準の適用が積み重なると、同種のケースを、合理的理由なしに従来と違った扱いにすることは認められない。行政が裁量基準適用によって生じた長年の行政実務から乖離することは、平等原則違反となるからである。この場合、行政は自ら設定した裁量基準によって自己拘束されることになり、裁量は収縮する。

(4) 自由裁量の相対化Ⅱ

法規裁量と便宜裁量ひいては自由裁量行為と羈束行為の相対化について、藤田宙晴はやや別の視点を示している。

もともと法規裁量という概念には、次の問題が伴っていた。すなわち、法規裁量にあたっては、法律上の文言は多義的であっても、法律の趣旨目的から、具体的事例ごとに客観的な基準が決まり得るのであり、裁判所は行政行為がこの客観的基準に違反しないかどうかという実体法上の問題であるよりも、むしろ裁判所の判断が行政上の判断に優先せしめらるべきか否かという、手続上の問題として理解すべきではないかということになる。

そこでは、自由裁量の問題は、機能的・合目的的に考えて、何を裁判所の判断に委ね、何を行政機関の判断に任せるのが最も合理的かという問題に帰着する。このように問題が合理的分業の問題であるとすれば、その判断基準は、当該行為が行政機関の専門的・技術的判断を尊重すべき行為か、裁判手続という形式的手続により裁判官が判断するので差支えない行為か否かという点にかかってくる。最近の判例には次のような方向への示唆が読み取れるという。す

なわち、従来のように、実体法的な観点に立った、羈束行為、法規裁量行為、便宜裁量行為という区別を行うのではなく、専ら、何が行政機関の判断になじみ、何が裁判所の判断になじむかという、機能主義的見地からふりわけを行い、そのふりわけに際しては、主として、実体的な判断は行政機関に専属させ、手続上のコントロールを裁判所に帰属させるという方向である。

こうした判例の動向に対して、行政庁の自由な判断の余地を不必要に狭めるという批判と、逆に裁判所が必要以上に消極的になりかねないとする批判との両様の論議があることは、先にも見たが、そうした動向を積極的に支持する立場として、行政過程論につながる論議がある。そもそも裁判所の判断が行政判断に優先すると解されるのは、事実法を適用する単純な事件であって、複雑多面化した現代行政にあっては、むしろ、利害関係人の参加、審議会への諮問等、複雑な手続を経て、個別的な行政行為にまで到るという過程が展開される例が多い。こうした行政過程は、法律の執行というよりも公益実現に向けられた政策創造の過程というべきであって、裁判所がこうした創造的政策決定行為に自己の実体判断をもって代えるのは、実質上不可能なばかりか民主的な行政決定の趣旨目的に反する場合があります。そうだとすれば、裁判所の使命は行政行為の適法性の実体法的審理よりも、行政決定の手続・過程が公正であったか否かの審査というべきことになる。それは自由裁量行為についての機能的・手続法的考え方の進展ということができる。

3. 給付行政論

「法律による行政の原理」は、元来、自由主義的法治国家観の下で、侵害行政概念を中心に考えられてきた。それに対して、個人に責めを負わせることのできない社会的理由によって個人の生存が自主的には維持できない事態に対し、国や公共団体の公行政が積極的な生存配慮行政を展開するようになった。こうした新しい公行政を行政学あるいは行政法学的にどう扱うかが重要な課題となった。

この問題に最初に取り組んだのは、周知の通りドイツのフォルストホッフで、

給付行政という用語を定着させた。その元来の目的は、侵害行政の場合の自由に対して、配分参加が問題とされるべきであるとした。そこに含まれるのは、社会保障などの社会行政、公共施設や公企業などによる役務や財貨の提供を行う供給行政、および資金補助行政などの助成行政があげられている。

給付行政理論のなかで取上げられる主要な法原則として、次のものがある。

a. 法律適合性の原則

法律による行政の原理と同じものであるが、歴史的にはそれは侵害行政にのみ適用され、それ以外の行政は国家の本来的に自由な行政領域とされてきたということがある。そのことから、給付行政の分野では、専門技術的要素が大きく、委任立法や行政裁量の必要性が強いから、法律の根拠はない方がよいという政策論が存在する。もちろん、民主主義原則や社会保障原則から給付行政に法律の根拠を求める意見が強いのだが、今日なおそこに法律の根拠を要求しない理論がみられ、その根拠として(a)行政権は現行憲法下で民主的に組織されている、(b)行政は単に法律の執行にのみあたるべきでない、(c)公行政には弾力性が必要である、などがあげられている。この点をめぐってはなお理論的対立がある。

b. 社会国家の原則

福祉国家は法治国家と違い、単に消極的に社会の安全と秩序を維持しておけばよいというのではなく、積極的に社会的公正を実現していく義務や責任を負っている。それは憲法13条の幸福追求権、25～28条の社会権規定などによって憲法的基礎を与えられている。この社会国家原則は第一次的には立法者に向けられるが、実定法の解釈原理としても、たとえば不確定概念の解釈にあたって、裁量を拘束する機能を持つ。

c. 基本権拘束の原則

ここでいう基本権は自由権的基本権であるが、その基本権が防禦権として機能する場合と、積極的に国家的給付を求める権利を国民に与える場合とが認められる。前者で注目すべき点は、給付行政において受益的行政行為に賦課的附款が付けられる場合、自由権に内在する比例性原則が妥当し、必要性和適切性が要求されるという点である。

後者の場合、基本権は、国家的給付への国民の配分参加を保障するようにも機能する。たとえば、要綱に基づいて給付行政が行われている場合にも、平等権からくる平等原則により、配分請求権は十分尊重されるべきことになる。

d. 補完性原則

西ドイツでいわれている原則で、給付行政の分野において国家が国民の生存配慮をするのは補完的であるべきであって、第一次的には、私的個人あるいは団体が生存配慮責任を負うべきであるという補完性原則が唱えられているという。その実定法上の根拠として西ドイツの連邦社会援助法、青少年保護法および各州の市町村法があり、公行政の干渉は私企業によってはその目的がより良く遂行され得ない時に限るとされている。

わが国の場合、生活保護法に同様の定めがあるが、そほ他の福祉法や地方自治法には対応する規定が存在しないことから、解釈論的にこの原則を認めるべきか否か問題とされている。

4. 行政責任論

生存権的基本権を規定した憲法25条にかかわって、朝日訴訟がはからずも行政裁量をめぐる見解の差異を明白にした。最低限度の生活の認定をめぐって、東京地裁は羈束裁量行為、東京高裁が生活保護基準設定については厚生大臣の合目的的自由裁量、具体的保護処分は羈束裁量、最高裁は最低限度の生活の認定は専門技術的自由裁量、とそれぞれ判断し、観念法学ないし概念法学的裁量概念に固執したものと批判を受けたことは、なお記憶に新しいところである。しかしながら、行政法学は行政裁量に関してむしろ判例の動向に先行されていることは、先にみた通りである。「率直に言って、現在、学説の側では、羈束行為と自由裁量行為との判別に際し一般的に通用する有効な基準を、提出することができないでいる状態だ、といわざるを得ないのである。この問題については、おそらく、将来における判例その他による、具体的な事例についての試行錯誤の積み重ねの上に、問題解決のいくつかの類型が見出されてくることによって、新たな原則の生成へと進んで行くほかないものと思われる。」とは、

1980年に書かれた反省である。

行政学の立場から行政法学の行政裁量論を検討した西尾勝も、行政法学にきわめて批判的である。その趣旨は、①要件裁量と法効果裁量との二者択一的概念構成は不必要で、むしろ行為のすべての側面に関して裁量の余地があることを確認することが先決である。②羈束裁量行為と自由裁量行為との二分論は裁量領域の広狭を示唆しているにすぎないが、それは連続的な程度問題であり、しいて裁量領域の広い狭いで画一的に二分することはむしろ有害である。③行政における裁量領域の存在は、司法権が「訴えの利益」を否認し、あるいは司法権の適性と能力の限界を認めて司法審査を自己制限することの反射効果にすぎないとすれば、立法府が有効に規律せず、司法府が介入を自制した裁量領域には、それらに代る有効な統制手段の開発が期待される。④司法審査の拡充には、条理法の不確定性の克服が必要で、行政手続法の制定、具体的に操作可能な条理法の発展などが必要である。

以上の批判点の大部分は、ある程度まで行政法学者の反省点でもあった。「自由裁量行為という観念の否定」、「裁判所の判断能力説」、「行政庁の専門技術的裁量」、「機能的・手続法的発想」などは、かなりの程度まで重なっている。

ところで、西尾の批判ににじみでているように、行政学の領域では、「裁量」の問題はむしろ行政責任の問題として論じられてきたということがある。主としてアメリカの影響を強く受けて行政手続の司法化と司法審査の強化を志向してきた行政法学と違って、同じくアメリカの影響を受けながらも、行政学は、行政による立法機能の収奪という現実を重視する視点から、立法と司法によるコントロールの強調を時代錯誤とみて、行政の専門性・技術性を前提した「機能的責任」ないし「自律的責任」を論じている。ギルバートの整理では、統制手段への法的裏付けの有無と統制が行政府の外側か内側かにより、責任が四類型に区分される。外在的制度的責任は立法と司法による統制、外在的非制度的責任は国民に対する責任である。この二類型が通常の組織論ではカバーされない責任領域である。内在的制度的責任は上級機関の指揮監督、組織内の管理統制などが対応する。最後の内在的非制度的責任は行政担当の自己規律の責任であり、その性質上それを統制する手段はない。そして行政責任論はもっぱら非

制度的責任の領域について論じているとあって過言でない。行政担当者の状況判断が技術的専門的で、統制者の理解能力を超える場合、すなわち状況判断において担当者の側に「権威」があり、統制の能力限界を逸脱しているとしたら、伝統的な立法、司法あるいは上級機関に対する行政責任は無意味になり、制度的責任は成立しがたい。そこに固有の行政責任論の領域がある。それは、先にあげた立法府が有効に規律せず、司法府が介入を自制した裁量領域に対応する。

(1) 非制度的責任

フリードリッヒは、外在的責任を強調する伝統的行政責任に疑問を提起し、「法的責任」を補完するものとして「機能的責任」と「市民感情に対する直接責任」という二つの責任概念を呈示する。前者は客観的に確立された技術的・科学的な標準に従って判断・行動する責任であり、同じ専門技術ないし科学的知識を共有する専門職集団が問責者として想定される。専門職集団の問責は制度的制裁に結びつかないという意味で、機能的責任は非制度的責任であるが、その責任は他律の保証なしには成立しない。そこに機能的責任と制度的責任のジレンマがある。それが完全に回避される条件は、専門職集団の目標価値について公共的な合意が成立し、専門職集団に対する信頼が継続していることである。

しかし、上記の客観性と外在性が容易に成立しないとすれば、機能的責任概念は「自律的責任」概念に退化せざるを得ない。したがって、「機能的責任」は「市民感情に対する直接責任」によって補完されなくてはならない。それには「市民」参加や「コミュニティ」参加が求められるが、それはとかく「利害関係者」参加や組織化された「利益集団」参加に変わりやすい。とすれば、今度は参加過程の準則や公開性が求められなくてはならない。それは、あるていど制度的責任の枠組と関連づけることになるであろう。だが、社会福祉においては、対象者がコミュニティから批判され、スティグマを負わされやすいことを前提に、コンフィデンシャリティを至上価値としていることを考え合わせなくてはならないであろう。

(2) 組織内裁量

行政学は、経営学から多くとりいれているが、官僚制内部の裁量の問題、す

なわち組織体の裁量と個別構成員の裁量の関係についてもそれが妥当する。ここでは、構成員の行動のプログラム化の程度によって類型化される。プログラムは「いかなる場合に」というプログラム発動要件と「いかに行動すべきか」という行動要件を含むとされる。それは行政法学における要件裁量と効果裁量にほぼ対応している。その両者とも明細になっている時には、裁量の余地はない。しかし、現実には、①発動要件に関する事実認定と、②その行動要件への当てはめをめぐって裁量領域が残らざるを得ない。さらに、③プログラムが体系化されていながらそれが客観化されず、行為者の内面に存在することがありうる。また、④目的手段の因果関係さえ明らかでなく、プログラムが抽象的目的しか規定していない場合がある。ここではプログラムの解釈というよりその修正、開発さえ求められる。

このように行政のプログラム化が完全に明細ではあり得ない以上、組織構成員は、トップから第一線担当者まで、各自の裁量領域を持っている。わが国の稟議制に即していえば、決定権限者の決定は、担当者の作成した案の承認に過ぎないことが多い。形式上の決定地点と実質的な決定地点あるいは決裁地点と裁量地点とのずれこそ、官僚制の基本的特質といわれる。しかし、プログラムが内面化されている場合、行為者には裁量の自覚はないかもしれない。たとえば家族の申請や民生委員の所見あるいは施設職員の受入れ受諾を受けて、行為者は単に事務処理をしているにすぎない、と意識している可能性が強い。そこに、官僚制において裁量と責任の分離が生ずる原因がある。

官僚制最大の裁量は、さらに、①プログラム化が可能な時にプログラム化せず、②確立したプログラムを客観化、準則化せず、③プログラムをとりまく環境条件が変化してもプログラムを修正しない、といった「不作為」にあるといわれる。それを是正していくには、行政計画における裁量を視野に含めなければならない。

以上のような組織内裁量論は、内在的責任の構造を明らかにできるという長所をもっているが、外在的責任の問題が完全に欠落しているという点で、行政裁量の問題の考察には不足するといわなければならない。

(3) 内在的制度的統制

周知の通り、わが国では政府提出法案が立法の基本となっており、法律に規定する範囲の決定そのものが、既に行政府の裁量であるという実体がある。そうした実情からみれば、わが国における立法府と司法府による行政統制の強化の必要は、いくら強調してもし過ぎることにはならない。それでも現実に行行政立法の余地も、行政の裁量領域もきわめて広汎なものだとすれば、行政府における内在的制度的統制の問題をもっと重視し体系化すべきであろう。行政学分野では、アメリカのデービスの議論が注目されている。彼は権限者はできるかぎり裁量基準を準則として客観的に定立することにより、裁量領域を「限定」(confining)し、裁量を「規制」(structuring)すべきだとする。上級者の個別的指導や行政救済手続による事後的審査、司法審査、立法府による国政調査などは、裁量を「抑制」(checking)するが、十分に「限定」し「規制」しないからである。裁量の有効な統制手段は、計画、政策方針、準則の公開により行政活動の目的をあらかじめ明示させ、また認定事実、決定理由、先例の公開等により決定根拠を明示させ、関係者に反論の手掛りを提供することであるとす。そして「公開性 (openness)こそ恣意性の自ずからなる敵であり、不正義との闘いにおける友である」として、準則の定立と公開の必要性を説いている。

デービスを積極的に評価する西尾は、わが国では通達行政と称されるほど、むしろ行政府による準則の定立が過剰であることを認めながら、①わが国の法制で最も未整備なのが行政処分等の事前手続であり、その整備が必要であること、②行政府による準則の定立が相対的に進んでいることを認めながら、裁量領域の「限定」と「規制」に必要なのは、準則の定立とその公開であるとして、「公開性」を強調している。

5. 社会福祉学の課題

社会福祉行政における裁量の問題の検討は、総論志向の強い行政法学や行政学に期待するよりも、学問研究分野としての社会福祉学が進んで各論的に取り上げて検討すべき課題というべきであろう。そうした考えから、筆者は、社会

福祉における家族の選択と行政裁量の問題について、児童相談所、福祉事務所および町村役場の調査を行ってきたが、その結果については別の論文に譲るとして、ここでは、いくつか仮説的な問題点の指摘にとどめたい。

(1) 福祉六法体制

社会福祉行政は、一部非行児童の処遇などに侵害行政が含まれるが、そのほとんどが、いわゆる給付行政に属する。(非行児童の処遇でさえ必ずしも侵害行政と意識されず、給付行政的運用が行われていることにも問題があるが、ここではその点には触れない。) そこには法律の根拠を要しないとする学説がみられるが、現実には、既にいわゆる福祉六法が整備されており、老人福祉と障害者福祉に別個の三つの法体系を持っているという点では、欧米諸国に例をみないほど、法体制は体系的に整備されている。しかし、多くの「できる」規定をどう評価すべきかの問題がある。だが、ほとんどの場合に、法律要件面に不確定概念が含まれるから、「することができる」規定は、実質的に「しなければならない」規定と解すべきであろう。比喩的にいえば、ジョーカーの二度切りは許されないということである。

(2) 社会福祉の相対性

社会福祉に対する権利は、T.H. マーシャルがいみじくも社会的権利ないし道徳的権利である、と定義したように、本人、家族、地域社会の自助や相互扶助とかかわっているという意味で、必ずしも法的権利とはいいがたい面が残されている。職歴を犠牲にして乳幼児や老人のケアにあたるケースと、職歴を選択して保育所やホームヘルプを利用するケースに対して、現在の社会福祉はオール・オア・ナッシングの対応しかできない。それは比例原則や平等原則などで説明し切れない部分を含んでいる。近くに社会福祉施設がなかったり、ホームヘルパーが置かれていなければ、そもそもサービスへの需要も現れにくいし、現れたとしてもその需要への対応には、法律要件の認定だけでは足りず、計画裁量や優先順位の認定という相対的判断を加えざるを得ない。

(3) 行政手続

わが国の社会福祉においては、法律上何が社会福祉事業であるか、そしてその提供者の法人格をもほとんど全面的に規制し(第一種社会福祉事業を公共団

体や社会福祉法人に限定)、その反面でサービス購入と提供をごく一部の例外を除いて(軽費老人ホームの利用を例外として)行政が独占しているということがある。行政の独占は、すべて機関委任事務として、中央集権化されているから、供給体制はきわめて硬直化しやすい。その体制は、健全なボランタリズムと地方分権の伸展を抑制し、わが国の社会福祉から多元性を失なわせている。にもかかわらず、あらゆる福祉サービスを通じて、都道府県、市町村ごとに大きな地域差がみられるという事実がある。それは制度が過度に一元化され、裁量も通達行政を通して中央省庁に集中されながら、そのことが逆に、現業機関の運用面での裁量の必要を大きくさせているとあってよい。しかし、その裁量は、運用にあたるものの明確な自覚も客観的位置づけもなしに行われている可能性が強い。それは担当者に専門技術性の自覚的認識が乏しいことの裏返しでもある。そうだとすれば、その行政手続は外在的にも内在的にもほとんど統制されていないとあって過言でなからうか。そこでは裁量と責任のずれがあまりにも大きい。

(4) 準則と裁量

社会福祉サービスは、その対象者が一人一人個別性をもっており実際の福祉需要は多様であるにもかかわらず、それにある程度範疇化されたサービス対応しなければならないという制約を負っている。したがって、明細な準則を作り、それを公開するということはおよそ不可能に近いとあってよい。準則を詳細にし比例原則を強調すれば、かえってサービスの及ばない間隙を生ぜしめる恐れがあり、そうでないまでも、準則を明細にしてサービスの専門分化を進めれば、それぞれのサービスは地域性を失い、利用者のアクセシビリティが低下することは自明のことである。したがって、裁量の統制を目指して準則を客観化し公開することは、一般的には利用者の権利性を強化するかもしれないが、社会福祉は「比例的公正」よりも「創造的公正」を目標とするから、準則は十分裁量の余地を含む弾力的なものとして客観化されなければならない。それは、プログラムの開発、計画、そしてそれらへの民主的参加の問題を視野に含めるべきことを示唆している。だが、弾力性、即応性に固執すれば、準則は形骸化する。

準則は、また、それが統制の手段であることを忘れてはならない。それはサー

ビスの水準確保にもその抑制，縮小にも有効な手段たりうるのである。法外援護や単独事業の名目で，都道府県，市町村の間に二重，三重行政が広がってしまった現状は，裁量権限をできるだけ市町村レベルに委ねるべきことを示しているというべきであろう。

(5) 担当者の状況判断の優位

社会福祉行政における裁量の特徴づけるものは，専門技術性というよりも，担当者の状況判断の優位であると考ええる。その状況認識にも判断にもなにほどか専門性が含まれることが望ましいが，全国に3,000を越える市町村にそれを期待することは難しい。しかし，担当者のみが対象者の状況を先例と比較できるというところに，担当者の側に裁量の「権威」を与える条件がある。それに匹敵する「権威」を保持できるのは同じように状況を知り，他のケースとも比較考量できるスーパーバイザーであろうが，わが国にはほとんど普及していない。現在の一般的な人事制度のもとで期待しうるのは，現場で得られた知識と経験とを継承する方策を推進することではなかろうか。

6. おわりに

社会福祉は政治的制度体系を中心としている。そうだとすれば，その制度のあり方とともに，その行政運用のあり方がもっと問題とされてよい。社会福祉における裁量権限は状況判断の優位から第一線担当者にあるにもかかわらず，それが必ずしも自覚されていないように思われる場合が多い。筆者がその点に関心を抱くのは，第一線担当者に自覚と自信を持って仕事を続けて欲しいと考えるからである。

註

参考文献（各章順）

- 1) 団藤重光，「『判例』というものについて」，学士会報，No. 764，1984，pp. 68-82。
- 2) (1) 藤田宙靖，『行政法Ⅰ（総論）』（現代法律学講座6），青林書院，1982，pp. 44-95。
第4章の引用は本書 pp. 91-92。
(2) 宮田三郎，「行政裁量」，雄川一郎，塩野宏他編，『現代行政法大系2 行政過程』，有斐閣，1984，pp. 33-62。

- 3) 村上正則, 「給付行政の諸問題」, 雄川一郎, 塩野宏他編, 『現代行政法大系 2 現代行政法の課題』, 有斐閣, 1984, pp. 81-119。
- 4) (1)西尾勝, 「行政国家における行政裁量—その予備的考察」, 阿利莫二他編, 『現代行政と官僚制上』, 東大出版会, 1974, pp. 81-118。
 (2)森田朗, 「行政裁量に関する一考察—執行活動における決定分析の試み」, 日本行政学会編, 『日本の行政裁量』, ぎょうせい, 1984, pp. 25-56。
 (3)大森弥, 「日本官僚制と裁量事象—着目点の整理」, 同上, pp. 1-25。
- 5) (1)M. Adler & S. Asquith, “Discretion and Power” and Z. Bankowski & D. Nelken, “Discretion as a Social Problem” in M. Adler & S. Asquith (eds.), *Discretion and Welfare*, London, Heinemann, 1981, pp. 9-32 & 247-268。
 (2)K. V. Friedman, *Legitimation of Social Rights & The Western Welfare State*, Chapel Hill, Univ. of North Carolina Press, 1981, pp. 87-102。
 (3)T. H. Marshall, *The Right to Welfare and Other Essays*, London, Heinemann, 1981, pp. 83-103。
 (4)B. Schwartz & H. W. Wade, *Legal Control of Government*, London, Oxford Univ. Press, 1972, pp. 252-270。

参考文献 (参照文献における引用文献を含む)

- 1) 渡辺洋三, 『現代国家と行政権』, 東大出版, 1974。
- 2) 室井力, 『現代行政法の原理』, 勁草書房, 1976。
- 3) 成田頼明, 『行政法講義下巻』, 青林書院, 1975。
- 4) 下山瑛二, 『人権と行政救済法』, 三省堂, 1979。
- 5) K. C. Davis, *Discretionary Justice*, Urbana, Univ. of Illinois Press, 1971.
- 6) Vgl. Ernst Forsthoff, *Die Erwartung als Leistungsträger*, 1938.
- 7) C. Friedrich, “The Dilemma of Administrative Responsibility”, in C. Friedrich (ed.), *Responsibility*, Atherton Press, 1960.
- 8) C. E. Gilbert, “The Framework of Administrative Responsibility”, *The journal of Politics*, Vol.21, 1959.