

# 「地方自治・分権」再考

## —憲法学研究成果と行政実務解釈との間のアンビヴァレンツ

堀内健志

### [目次]

- 1 序
- 2 河合義和教授の「自治権思想」研究
- 3 ケルゼンの「地方自治」の意味
- 4 憲法第八章の成立過程
- 5 その他の若干の研究
- 6 わが国「地方分権」論の現在
- 7 結び

### 1 序

a このたびの司法改革の一環として、新司法試験の論文試験では、公法系科目に、一問は「主として憲法分野のテーマから出題し、可能であれば、関連する行政法分野の論点についても問うものとする」とされた。

これに先立ち、法科大学院のカリキュラムとしても従来の「憲法」と「行政法」とを合わせて「公法」系科目が設定されて、両分野に一貫性を持たせて教育される方向が伺われていた。

もちろん、これはこれで意義あることであって、「立法」権をライフワークとする稿者みずから従来よりかかる両分野にまたがる研究に意を注いできているところである。

ただ、その場合「憲法」と「行政法」との間の垣根をはずし融合して議論される時、両者間に議論のレベルの相違があるということには注意を要し、看過されてはなるまい。

b 「地方自治・分権」の問題は、もともと憲法第八章「地方自治」に端を発している憲法学のテーマである。が、他方では地方自治体行政は、行政法学の対象として多様な論点を提供してきていることも確かであり、その意味で、この「地方自治・分権」の問題は、「憲法」と「行政法」とにまたがった形で議論される典型的なテーマの一つといえるものであろう。

c この「地方自治・分権」論は、このところの大幅な法改正、つまり「地方分権一括法」などの制定により、従来にまして賑わしくなっているように感ずる。

一つには、近年の「行政学」や「地方自治論」といった分野からの先進的な研究や政策的提言が盛んに行なわれ、その結果として法改正による法的整備がなされることになり、とくに「行政法」学もこれに呼応するような形で新たな発想を取り入れて、「地方自治・分権」論に新しい局面を展開させてきているようである。

d そうした動向の中には、今回の法改正が「憲法」上の要請、「憲法規範」の解釈論として当然のことであるという、つまり、「憲法」論にまで踏み込んで展開される向きがないではない。

e が、反面において、「憲法」学研究の次元ではどうであろうか。「地方自治」に関する優れた研究をいくつか覗いてみるときに、そこには意外な面が見られるのである。

必ずしも、「行政法」学の感覚に同調していないのではないかとすら感じられるのである。

そしてまた、このことは決して昨今の研究状況に留まるものではなく、むしろ、古典的な憲法学研究の成果や国家学的認識論の次元で考えてみても、「地方自治」については、それほどバラ色のイメージを与えてきていたわけではない。

本稿では、そのような一つのズレのようなものを開陳して、少しく冷静な考察を試みたいと考える。

## 2 河合義和教授の「自治権思想」研究

そこで、まずわが国における「地方自治」研究の第一人者は河合義和教授であるとかつて、憲法学の樋口陽一先生に教わったことがあるので、以下河合義和教授『近代憲法の成立と自治権思想』（勁草書房、1989年）の研究を繙いてみた。

この書物は、自治権 *pouvoir municipal* 思想がフランス大革命に源を発するとされる事実、そしてかかる学説を打ち立てたゲオルク・イエリネク、それを祖述したハチェクの論について正しく徹底的に批判することを意図したものであった。

この「著書は、*pouvoir municipal* の通説を徹底的に批判するために、いつの間にか、近代憲法史、政治思想史、法制史、法哲学の基本原理解等の研究を余儀なくされることになり、その総合的な結論として、ようやく本書において研究成果をとりまとめることができた」という（河合・前掲書はしがき ii 頁）。

やや詳しくいえば、つぎのようである。

まず第一に、1789年のフランス憲法議会におけるトゥーレの新憲法委員会を代表して行った演説中、*pouvoir municipal* について述べている内容の意味についてのハチェクの解釈をめぐり、i それに通説的説明のように、地方団体が絶対的、必須的に固有の権利（力）を持たなければならないと主張したものかどうか、に疑問があるという。ii このトゥーレ発言、及び1789年12月14日のデクレが、イエリネクやハチェクが論じているように地方団体に個人の人権と同様に自然法上の権利を認めようとするものと解せるか、疑問があるという。

河合教授によれば、i について、「トゥーレ演説全体の流れの中においてこれを検討してみれば、

その前後の事情からみて、国家の中に国家を認めるような主張をするようなことはありえないことである。委員の1人であり、委員会案のもとを作ったと認められるスイエス自身の…演説(…)は、そのような考え方を激しく排斥している」という(前掲書538頁)。ii トゥーレ発言がそのような主張でなかったと判断されるのみならず、デクレもそのようなものとは解せられない。デクレが「相対的な意味での市町村の固有事務」を定めているのではあるが。

第二に、「地方団体」に関する規定である1831年ベルギー憲法31条は、さきのフランスのトゥーレ発言や1789年12月14日のデクレの影響を受けたものかどうかについて、その確証はなく、また1791年フランス憲法の固有事務規定(第二編8, 9, 10条)の直接的影響を受けたという可能性は乏しいという。また、ベルギー憲法31条の規定が、立法、行政、司法と並ぶ第四権を地方自治体に認めたものとは解せない。さらに、市町村の権利を定めるドイツ1849年フランクフルト憲法184, 185条は、1789年フランス憲法議会並びに

1831年ベルギー憲法の影響を受けて制定されたものかどうかについては、外形的にはベルギー憲法の影響も否定できないが、ベルギー憲法自体が通説のようなものでない以上、そこに意味は乏しいという(前掲書539-540頁)。

第三に、「市町村の自立的活動領域の理念は、まさに自然法思想の本法人に対する適用にほかならない」というイエリネクのフランス大革命認識に対しては、つぎのように批判している。

「この論旨にはイエリネクのフランス革命や近代個人主義自然法論についての正確な認識の欠如が認められる。すなわち、1789年8月4日の宣言は、封建的特権の廃止を宣言したものであるが、市町村の旧来の特権の廃止もこの封建的特権に含まれていし、また近代個人主義的自然法論は、そもそも国家と個人の間を介する一切の中間的権力を容認しないことを基本原理としていたからである」(前掲書544頁)。

つまりは、市町村に関する規定は、それに自然法論を適用しようとしたものではないというのである。

「イエリネクが1789年のフランス憲法議会の成果として市町村にも個人と同様に固有の権利を認めたものであると論じ、ハチェックが同議会のトゥーレ発言を本文に引用してこれを祖述するという形で形成された *pouvoir municipal* の通説は、結局、ドイツの思想史的伝統に深く根ざした『特産物』と認められる」とする(546頁)。

「ロテックは、統一よりも自由をと語ったような純粋性の高い学者であって、その生涯をドイツの立憲主義と国民の啓蒙のために捧げた人物であった。しかしながら、その専門とする自然法論の基本原則と矛盾するような市町村論を展開し、その側面で名を成しているということは、看過されてよいことではない。…」

「…19世紀におけるドイツの複雑な思想的背景から判断すれば、ロテックが理性法を説きながら市町村の固有権をも説いたという事実は、同じように、ドイツの歴史的条件下における産物と解釈できよう。」

「…ロテックの死後11年後に生まれたイェリネクやその弟子ハチェクが、先輩であるロテックや同時代人であるギールケの影響を受け、かつ個人基本権移行説が生まれた地盤に育ったという思想基盤の同一性から、これらの歴史的伝統と同じような発想をフランス憲法議会の論議の中に想像しても不思議なことではなく、むしろドイツの歴史的背景から見れば自然なことであったと見ることができよう」(547-9頁)。

第四は、先にも言及したフランス1789年のフランス憲法議会の新憲法委員会案と12月14日デクレをめぐっての疑問である。このデクレには市町村の固有事務が機関委任事務と並んで規定されているが、河合教授によると、

「この憲法的デクレが、フランス憲法史上もっとも市町村の自治を広く認めたものであることは事実であるとしても、そのような相対的、比較的認識をこえて、絶対的、一般的に市町村の自治権を最大限にあるいは過度に認めたものであるといえるかといえば、それは疑問である…。」

「当初の委員会案の構造は、合理性、能率性を重視する立場から、コミューンという従来存在しなかった相当広い画一的面積の新自治体を設置して、従来の共同体的実体のある区域をこのコミューンの単なる行政区画ないし下部機構としようとする内容であった。」「新憲法委員会の案は、総体としては合理主義的な地方制度の画一化を上からねらったものという中央統制的傾向をもっていたのに、この案をまとめたトゥーレの憲法議会に対する報告中には、この全体としての流れとは全く異質な *petit Etat municipal* という言葉がある。これは市町村の小国家という意味であり、新憲法委員会案の全体の構成上なじみにくい表現である。しかし、なぜ委員会報告でこの言葉を使ったのかという疑問については、ソウテル説の前提の下でも一応理解可能な説明がつきそうである。すなわち、委員会としては、市町村の小国家というものは実現させてはならないものであるという決意の下に委員会案をとりまとめ、その中に大コミューン制という、いわゆるコミューンとしての実体の乏しい名前だけの制度を提示するわけであるが、それをあからさまに示さずに『市町村の小国家』という偽装的な形容を付して提案したのではないかという推測である。」「…*pouvoir municipal* といういかにも市町村の自治権を尊重するような言葉の裏には、周到綿密な国家的行政統制(行政的統一あるいは一体としての行政の確保)の計画案がほぼ完成していたという伏線があった。ということを考えてみるとトゥーレのいかにもにえ切らない演説の真意らしいものがわかってくるのである。事実、このトゥーレ発言が直接対象としていた大コミューン制そのものは実現しなかったものの、従来のヴィル、ブウル等の狭域の区画がコミューンとなり、これらに対してトゥーレ演説の内容である固有事務、(機関)委任事務が適用されるようなデクレが成立したわけであるから、ソウテル説のような意図は実現できなかつたとはいえ、一応国家としては行政秩序の統一性・一体性を確保できたわけである」(551-5頁)。

第五として、*pouvoir municipal* のイデオロギー性について。「一般に主権論はイデオロギーと深くかかわっている…。主権を持つ国民を憲法という法規範の定立権者の意味に限定し、その憲法の下に現実に主権を持ち、これを行使する実質的な主権者と区別した。この憲法制定権者というイデオ

オロギーは、…第三身分という国民の大部分を占める階層を革命に動員することによって、その中の一部の者の政治権力の正当性を法的・政治的に確保し、さらに憲法を制定することによって被治者である国民を政治権力の行使から実質的に排除する根拠を提供する用具としても機能するものである。」

「新憲法委員会の大コミュン制案構想については、都市の段階で表れた政治動乱を終らせようとする意図に基くものと認定する学説があ」ったが、「**pouvoir municipal** というような用語をデクレに用いた固有事務の概念も、偽装的なイデオロギーとしての性格を含んでいたことは間違いなからう。」

「1789年のデクレの段階では、本来、新憲法委員会の基本方針とは逆行するものであるという認識をこえて、現実の都市革命に対処する必要から **pouvoir municipal** という名の下に政治的には民主性尊重の態度表示を行った可能性が推測される。」

**pouvoir municipal** という言葉は、近代フランスにおいて多用されるようになった段階の語意は、「一般に考えられているような進歩的理念にまともなものではなく、むしろ王政復古というあいまいな時代思想を反映するかのように、つかみどころのない古来の事物の自然という言葉で表されるような復古調を中心とする論旨や旧慣自治の合理的根拠論などの多様な現実論の集りであることに気づくのである」(556-8頁)。

第六は、権力分立論との関係である。河合教授によると、「ベルギー憲法31条が、立法、行政、司法という三権に続く第四権として市町村や州の権力を認めたもの」とするのが「ドイツにおいて普及している通念」であるが、それは「誤解らしい」という。

「フランスでは、大革命を契機として、国民ないし国家としての統一性を憲法政治制度原理として確立し、これをもとに『行政的統一』ないし『一体としての行政』(unite administrative) というフランス独特の憲法制度上の行政観を打ち出し、それによって地方政治ないし地方自治問題をたんなる地方行政問題として法制度的に割り切り、これを基本的には行政法専属領域の問題として分散整理してしまったようにみえる。このような法学的分類通念はドイツにおいてもほぼ同様であるから、これはヨーロッパにおける代表的な権力分立上の通念と言えるだろう。」

第四権説論者だと誤解される「アンリオンはその著書の中で、『立法権、執行権及び司法権の下に、公私を一緒に、奉行の権威と家父の権威を統一する四番目のものがある。それは **le pouvoir municipal** である。』と述べているのであって、**le pouvoir municipal** を三権と並ぶ(傍点)第四権としてではなく、三権の下(傍点)第四権というような位置づけで論じているに過ぎない。」「ドイツの通念としての第四権説の誤解の発端は不明であるが、少なくともロテックはアンリオン著を原文どおりに理解していたと認められるのに対して、その後のイエリネク著やフランスにおけるミシュウ論文では最近の一般的な理解と共通している。」

「ベルギー憲法は、法律というレベルの枠付けを前提とはするものの、憲法上、市町村や州の固有事務がこれらの議会の決定事項であるという点を認めているところに特色がある。この憲法が一般

に第四権といわれているような内容までは認めていないということは、第108条第5項で州や市町村の議会がその権限をこえることを防止するために国王または立法権の干渉を規定していることや、憲法委員会報告中に立法者は地方利益のために全体の利益をぎせいにしないように適切な注意を払わなければならないという字句のあるところからも推定できる。」

「ベルギー憲法は19世紀の憲法の中でもモデル憲法と呼ばれ、広い影響力を他の諸憲法に及ぼしたといわれているが、いわゆる第四権といわれている権力分立規定の配置（第31条の位置）と地方議会の議決権限という明確な内容（第31条の内容）の継受例は見当たらない。地方自治内容についての保障規定としては、ワイマル憲法第127条やボン基本法第28条第2項もあるが、これらははるかに弱い規定である」（559-61頁）。以上にみられるごとく、河合教授の研究は、*pouvoir municipal* をめぐる通説を批判するものであるが、極めて、綿密な検証に基づいたものであり、注目に値するのみならず、ここに本稿はこれを批評するだけの準備を持ち合わせていない。少なくとも、憲法学上の「自治権」を語る場合に、このような指摘を配慮しつつ、議論を見極めていく必要があること否定しえまい。

### 3 ケルゼンの「地方自治」の意味

a さて、つぎに純粹法学における「地方自治・分権」論への考察に移る。いったい市町村、自治体の自治権 *pouvoir municipal* はどのように位置づけられるものであろうか。H. ケルゼンの『一般国家学』（H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* 1925, S.163-S.193）に依拠してみていくことにしたい。

b まず、「自治行政による分権」とその他の「行政的分権」との対立は、ケルゼンにあっては、つぎのようになされる。

「それは、自治行政、より精密に言えば＝自治行政の原理中に存する民主政は、特種の地方分権を生じさせること＝民主政の結果としての分権あるいはその逆を生じさせることである」（一般国家学・前掲書302頁。なお、ここではケルゼン学説じしんの内容的真偽について吟味をすることを意図していないので、以下では、ケルゼン著清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、1971年）を使用し、頁数は同書に拠ることとする）。

「自治行政による分権」には民主的要請が含まれ、これは中央政府が民主的に組織されるときにもそうであるという。

「民主政とは自己規定の原理であり、したがってそれには、規範は規範服従者自身によって創設させ、他の方面からのあらゆる勢力を排除するという原則が内在するとすれば、民主政のこの原則は……地方分権の傾向＝地方的規範の内容的規定をあらゆる中央審級から独立させようとする傾向と一致するらしく思われる。」

「これはたんに中央審級が専制的に組織されているときだけでなく、それが民主的に組織されているときにもそうである。」

ただ、もともと地方分権と民主政とは同じではない。

「民主政への傾向と地方分権へのそれとが並行する…場合は別として、地方分権は民主政と結合できると同時に専主政とも結合できる。終局的でかつなんらの中央的規範によってもその内容を規定できないので完全に分権化され、その空間的効力が部分領域にかざられた秩序の創設は、民主的方法でも、専主的方法でも行なわれうる。すなわち、規範定立のためには、地方秩序に服するすべての者から合成される機関と同様に、直接に地方秩序によって規定された、単純機関であって、なんらの選定行為も要しない機関も任用されうる。国民と同様に世襲君主も任用されうる。」

「イギリスの **self-government** [自治] という歴史的類型は……本来は今展開した意味で専主的性質を示す地方分権の一例を表わす。州行政—それは長い間自治行政の模範とみなされたものであるが—の頂点には、多くは国王から任命された (傍点) 名誉職があり、……けれども、歴史上のイギリスの州体制では、この専主的要素に対立してまた非常に民主的なそれが存在する (州会がそれである)。**self-government** は正に混合形態を表わす。大陸式の自治行政には、民主的 (傍点) 思想が決定的要素である = 中央部—専主的に組織された中央部—から任命される公務員による地方共同体の行政ではなくて、地方共同体から選挙される合議体による行政、それが特に自治行政の思想と結合される意味である。……自治行政の概念が、文献で非常に矛盾した規定を与えられている……のは、とりわけ次のことに帰すべきである。それは、この概念でもって、たんに地方分権と民主政のような二つの異なる理論上の見地を一つ屋根の下に住まわせようとするばかりでなく、イギリスの **self-government** と大陸の自治行政のような二つの非常に異なる歴史上の類型を一緒にしようとすることである」(一般国家学・前掲書303-4頁)

今日、「地方自治・分権」というふうにならびにして語られるが、そこには今みたような概念上はつきりとした区別が存することを失ってはなるまい。

c つぎに、ではこの自治組織としての市町村と国家との関連はどうか。そしてこの前者に「固有権」は認められるのであろうか。

「自治行政団体殊に市町村が、中央行政と同視される国家に対して本質的に異なるもの、国家とは異なる共同体と感ぜられた決定的の根拠はしかし、市町村と国家との対立には、もともと民主政と専主政との対立が表わされるということに存するように思われる。」

「市町村は、専主的—官僚的装備でなかったので『国家』とは認められなかった。……国家は———そのような装備と同視されたのである。同一 (傍点) の国家的秩序の、空間的に総体領域に通用する規範とある部分領域にのみ通用する規範との創設方法の差異にすぎず、全部およびある一部の国家形態の差異にすぎないものが、全部体として主張される二つの共同体の対立と曲解された。」かかる政治上の対立、ことに民主政に関心をもつ者の志向が、「中央秩序と地方秩序とを包括する共同体の思想をことごとく排斥するのである。」

「右のことは、自治行政団体が、一般には法主体とみなされると同様に、特別にはある事務の行政権の主体、ある最少権限に対する『固有』な、いわば自然的な権利の主体と見られたことのおそらくは意識されない—根拠でもある。右の権利は一人間の自然、天賦の権利が、国家から付与されな

いで、国家に反しても人間に属するとされるように一市町村に対して、国家から付与されないで、国家に反してもそれに属するとされるものである。全く自然法的な観念がこの場合支配している＝実定法の秩序としての国家的秩序が、それから独立した、事物の性質から生じる市町村秩序と対立させられる。自然法が一その個人主義的根本態度に一致して一実定法秩序から独立な、物理的－心理的人間の自然的存在において基礎づけられる法主体性を想定したように、それはまた一今日もなおしばしば主張するが一国家的法秩序から独立な、なにか自然的に与えられた『社会学的』関係において基礎づけられた、市町村および市町村行政を主張した。」

「この本でたしかにすでにいくたびか出会った、この自然法的議論を弁駁する必要はない。部分は全体なしには存在できず、かつ全部によってのみ存在できること、自然的事実と法的秩序とは異なるものであること、市町村は、どんなに自然的事実に制約されても、その本質上は法的秩序にすぎないこと、これらすべては自明のことである。これらの事実が法的イデオロギーより時間的に先位にあることは、市町村は国家以前に存在したという、しばしば引きだされる結論をくだす権利を与えないことも同様である。もしも市町村がそうであるとすれば、すなわち、今日部分共同体として存在する市町村が、歴史的に今日総体共同体として現われる国家に先行したとするならば、以前は正に国家と市町村が一致し、市町村が国家であったであろう。……そうして、市町村の自然的権限に属するなんらかの事務、いわゆる“*pouvoir municipal*” [地方団体の権力] のこの先天的内容を確定することが全く不可能であることが確認されるならば、それは右のことを裏づけるに過ぎない。」

「市町村の『固有』の活動範囲には、『国家』は一この自然法的市町村説はそう唱える一個人の自由権と同様に干渉してはならない。しかしながら、この理説は一それが絶対的制限を主張するかぎりは一誤りである…。」「もしも『国家』を立法権と解すれば、問題の主張は明らかに実定法と矛盾する。なぜなら、法律によって規定される市町村の権限を、法律によって制限したり拡張したりするのはなんら支障がないのであるから。」

「自治行政団体の『主観的』法、『固有』権が、実定法上は、法救済手段によって誘発される一おそらくは行政裁判的な一市町村機関の法律上の権限保護のためのこの手続においてのみ現われるかぎりは、したがって、通説が非常に強調する能動的(傍点)自治行政団体と受動的(傍点)自治行政団体との区別、すなわち、自治行政の権利をもつものと、そのような固有権をもたないものとの全区別はほとんど無価値である。もし、能動的の団体は、全部としての団体に属する主観的法の表現として、その総体意志を表現し、受動的の団体は、客観的法の実現として、地方団体の権利義務の適当な分配を受ける団体所属員の協力によって、その総体意志を表現するにすぎないというように、右の差異を表わすとすれば(ハチェック)、これはみかけ上の差異にすぎない。」ここには、つぎのような謬想の助けが介在する。「それは、一法学上はたしかに『秩序』としてのみ存する一団体が、人間と同じ意味で権利義務を『も』ちうるという謬想である。そうして、それは次のことを洞察すればたちどころに消滅する。すなわち、団体の権利義務は、常に(傍点)一団体を構成する秩序において定



立された権利義務—団体を形成する人々（傍点）の権利義務でのみありうるということである」（一般国家学・前掲書310-14頁）。

d さらに、市町村の「固有事務」というのはありうるのか。

「市町村の自然的あるいは独立的活動範囲の想定は、多くの近代憲法で、それらが市町村の機関に、習俗的にこの独立的活動範囲に属する事務以外の（傍点）事務の管理を委託するときには、『委任』あるいは『委託』活動範囲といわせるようにした。両活動範囲は、ふたつとも、その通用の根拠は同様に委任に存するから、どちらも『委任された』ものであるが、この両者の差異はたんに次の点に存する。すなわち、一方の規範は—少なくとも理念上は—完全に分権化されているが、他方のそれは不完全にのみ分権化されていることである。そのわけは、いわゆる独立活動範囲内で定立される規範は、終局的かつ独立的であるが、これに反し、他の規範の場合は、中央官庁への審級順序が存し、また、中央官庁には市町村行政庁に対する指揮権が与えられているからである。歴史的にだけ説明できる、この差別の目的性は、中央官庁の民主化した後の今日では、きわめて疑問である。それには相変らずなお自然法的市町村説が残存している。この説は、人が独立的活動範囲を私的（傍点）結社の自由の産物として解釈しようとし、すなわち、財産管理および『地方的』事務の管理—それは警察としては本質的に強制行為の定立に終わるので、必然的に『高権的行政』であり、官憲的行為である—を、市町村団体の目的から演繹しようとする場合でも克服されない。したがって、市町村のこれらの行政行為を市町村の『固有』意志から定立されるものとみなす場合でもそうである。市町村の『固有』意志は、これを制限する国家的法規が別段のことを認めないかぎり（傍点）は有効であり、したがってそれは—この同じ説が矛盾して反対を主張しても—国家的法秩序から独立して、それから委任されずに、法上存在していて、団体の目的においてのみその限界を見いだすものである（イエリネック）。この概念構成もまた、自然法的市町村説に対立して説かれるにもかかわらず、この説のパラフレーズにすぎない。それはおまけに、『公的性質』のすべての習俗的徴候をそなえた『地方的』事務の管理—地方的市町村—警察！—を『私的』行為活動として認めようとするときには明らかな矛盾におちいる。」

「市町村は、その独立的活動範囲でのみ、国家の機関としてではなく、『固有権』から行政行為を定立する非国家的団体として、国家に対立させられる。しかしながら、右の説によって主張されるこの対立は、市町村の『独立』の活動範囲は、実定法上は常にかつあらゆる関係において、完全に（傍点）分権化された部分秩序として形成されるという意味では、決して適切ではない。……市町村による—個別的ならびに—一般的一規律づけは、多くの国家法律的規範の執行を表わすにすぎず、したがって、この意味ですでに内容的には中央機関によって規定されていて、独立ではない……。」「…『国家』、すなわち中央官庁には、通常は、市町村に対して、その独立的活動範囲に関しても、ある監督権が与えられ、その監督権は、市町村の行為を国家行為によって—すなわち地方機関の行為を中央機関の行為によって—破毀させる可能性を与える」（一般国家学・前掲書314-16頁）。

e それでは、この市町村と州とは、どのように区別されうるのか。

まず、ケルゼンは当時の学説を紹介している。

「自治行政による地方分権のほかに、ときにはまた、『州による地方分権(傍点)』が区別される。その場合には、『州』または『半独立領』の概念でもって、自治行政団体ならびに国家と異なる、特別の成態を捕らえようとされる。」専主的な保護領についてはここに省略する。

「『州』という特別概念のもとに包摂する必要があると考えられる法共同体の、この概念の構成される本来の誘因を提供したとっていい、第二の重要な事例は、分権化された共同体が、中央のとは異なる、『固有』または『特別』の立法(傍点)機関」、すなわち部分領域にのみ通用する一般的規範を創設すべき機関をもつときに存する。立法機関は、議会、すなわち、部分領土の住民から選出される代表部でなければならない。それはもとより、学説は本質的なものとしてはあげない—学説は『特別立法機関』とだけいう—が、しかし重大な意義をもつことである。この地方的立法機関と、場合によってはまたこの共同体の他の執行機関とは、学説の主張するところによると、本質的には『国家』—機関であるべきであって、市町村の機関、自治行政団体の機関であってはならない。それらは『国家の機関』すなわち、州をその部分共同体とする国家のそれではないにしてもである。「立法手続は正に『国家的』手続であって、たんなる地方団体の手続ではなく、それに参与するすべての機関は『国家』—機関であって、たんなる地方団体機関ではないとされる。」しかしながら、州議会は「国家自身の『直接』機関ではなくて、州に所属するとされる。それはしたがって『国家』—機関ではあるが、国家の機関ではないとされる!(イェリネック)」

しかしながら、このような学説は誤りである。

「もしも、州議会は、それが州の法律を議決するので、州という部分共同体の機関とみなされるべきであるならば、それは—すくなくとも—同様に国の機関とみなされ、したがって国参議院、中央議会をもその機関とする国家と同じ『国家』の機関とみなされるべきである。なぜなら、この州議会は、国議会と同様に、国の総体領土に対して発布され、この国家を統一体としてまず第一に構成する、同じ憲法によって設置されているのであるから。ある人が何者(傍点)の機関であるか、ある機関が誰に『所属』するかの問題は、…まず第一に、機関の存在根拠の問題であり、帰属の問題(傍点)である。「州議会在『国家』機関であるのは、それが国(傍点)の機関であるからである。それが州の機関であり、州が国家における『国家』であるがゆえにもまた(傍点)、州議会在『国家機関』であるかどうかは、いわゆる国家結合論を論じるにあたって立ちもどるであろう問題である。通説がそれを積極的に解してあげる理由=州は『立法』機関をもち、したがってたんなる自治行政団体ではないからという理由は、とにかく誤りである。」「…市町村立法も『国家的』手続である、この市町村機関も国家機関であり、しかも州立法が国家作用であるのと同じ根拠からそうである=その通用の根拠が、結局は、国家の統一を構成する憲法に存するから。もししかし、国家の概念を一法内容概念として—ある、相対的に中央の規範定立行為にかぎろうとするならば、州の法律を『国家的』行為とも『非国家的』行為とも指称できるが、その場合は、上級地方団体の機関の一般的規範も、それを地方条例とのみ指称できると同様に、『国家の法律』とも認めうる。確固たる境界は正に設けえ

ないのである。」

どこにでは、市町村と州との区別を求めるべきであろうか。

「…今特色をあげた『州』と指称される、分権化された部分秩序の類型と、市町村および上級地方団体との間には、正に地方分権（傍点）の種類に関して…いちじるしい差異が存する。『州』という類型による分権は、市町村のそれによるものよりも、次の場合には、より完全な分権である。それは、空間的に部分領土にかぎられる規範定立に、法的規制の個々の対象が全部として（傍点）任されること、したがって殊に一般的地方規範—いわゆる州法律—もまたこの材料を中央機関によってなんら内容的に規定されずに（傍点）捕える場合である。独立的活動範囲の事務を、一般のおよび個別的規範によって規制する、自治行政団体の権限は、しかしながら、多くは次のような仕方では認められていない。それは、そのために、中央立法機関（傍点）の権限、すなわち、これらの事務を中央一般規範によっても規制する可能性が排除されるという仕方である。したがって、市町村に委託された一般的規範定立は、いやしくもそのようなことが存するかぎり、同一材料（傍点）に関する中央機関の一般的規範の範囲内でのみ、それゆえ内容上本質的に規定されて（傍点）のみ展開される。」

「この一通説からはもとよりこれまでみのがされた一契機は、実際に、二つの類型間の—地方分権の量（傍点）を目標にする—程度上の差異は是認するが、原理的のそれは是認しないのである。右の二類型の一つは、もし他のものに対して『自治行政団体』の術語がもっぱら留保されるべきであるならば、『州』と指称してもかまわないものである。そうして、正に同じ立場から、そこで、すでに前に概説した…いっそう立ちいった差異の可能性が生じる＝地方分権化が、個々の材料に関して、法律の段階にのみ及ぶか、あるいは憲法（傍点）のそれにも拡大するか、すなわち、部分領土に対してのみ空間的効力をもって発布される一般的規範が、法律の内容（傍点）にのみ関しうるか、あるいは法律の形式（傍点）、立法手続自体にも関しうるかによる差別である。もしも、一般的地方規範が、たんに内容的に一定の—部分共同体の権限とされる—材料についてばかりでなく、この地方法律の成立すべき方法についても発しられうるならば、すなわち、部分共同体の憲法（傍点）も地方的立法の対象を成すならば—人格化していえば＝部分共同体がみずからその憲法を制定しうるならば、自主立法（傍点）が憲法（傍点）にも関するならば—それは常に綜体憲法、全部の憲法の範囲内であつそれにもとづいてのみ可能なことであるが—その場合は、さらに高度の地方分権が存する。連邦及び国家連合という国家結合におけるいわゆる支邦の地位がだいたいこれに相応する」（一般国家学・前掲書317-24頁）。

fケルゼンの法規範学において、そもそも「中央集権」、「地方行政」、「地方自治」、「地方分権」、「州」などの問題は、いずれも法規範の空間的通用領域の問題である。

「もしも国家が、人間の行態の秩序として、したがって時間的にも空間的にも通用する規範の体系として把握されるならば、国家の地域的区分（傍点）の問題は、国家秩序を形成する規範の空間的通用領域の特殊問題である。」

中央集権と地方分権との対立は、「第一次的には（傍点）国家的秩序を形成する規範の空間的通用範囲の見地のもとにのみ一したがって静態的にかつ規範を創設する機関の一元または多元という動態的契機の助けを受けずに一表明される。」

「理念上は、中央集権化された法共同体とは、その秩序が、ただもっぱら法領域の全部に通用する法規範から成るものであり、これに反して地方分権化された法共同体とは、理念上は、その秩序が部分領土にのみ通用する規範から成るものである。」

次に、動態的契機との関連についていう。

「しかしながら、二次的には、規範の空間的通用範囲という、この静態的（傍点）契機に、なお第二の、動態的（傍点）契機が加わる。それは一前者とは全く異なりかつそれから全く独立しているにしても一なお、中央集権および地方分権が問題になるときは、前者と曖昧に混同して用いられる。前者の立場からしては、たんに現行の規範をその異なる空間的通用範囲（傍点）に関して眺めるのに反し、後者の立場からの観察では、これらの異なる通用範囲の規範の創設（傍点）の様式、規範定立行為したがって規範定立機関（傍点）に向けられる。」

「…地方分権の概念には、中央には配置されないで、全法領域にわたって散在する多数の機関の観念が結合される。右の機関は、部分領域にのみ通用する規範を定立する権限をもつものである。たしかに、法共同体の空間的区分を表わす『地方分権』および『中央集権』という述語では、第二次的の動態的契機が非常に重視され、その問題の学問的とり扱いにあたって、本来一次的な契機が全く閑却されたほどである。」

「…連邦憲法で、いわゆる支邦の立法機関が規定される場合は」、「一連邦憲法によって形成される一支邦議会もしくは州議会は、連邦憲法によって設置されるので、連邦の機関とも認められるし、それらは支邦、支邦という部分法秩序に対してのみ通用範囲をもつ法規範を定立するので、支邦機関もしくは州機関とも認められる。」

国家連合についても、同様に次のようになる。

「連合が、固有機関をもたずに、部分の機関によって構成される場合が事実存在するように思われる。けれどもそうではない。そのようにして形成された連合会議は、もっぱら国際条約の内容を成す連合憲法中に設定された機関である。この連合憲法は、正に国際条約として、当初から個別的国家のすべての領土に対して効力をもち、すべてこれらの領土を一つの統一体に結合するものとして現われ、すなわち、個別国家の法律なら不可能な仕方で見られるのである。この連合憲法は、連合を、個別諸国家を包括する法共同体として構成するものなのである。機関を設定する秩序が機関の所属の標準となるかぎりには、連合会議は右の共同体の機関とみなされるべきである。この連合機関の構成員に、個別国家の憲法上はまたこれらの国家の元首あるいは外務大臣でもある人々が任用されるという事実は、個別国家の憲法で基礎づけられない連合会議が、連合に所属すること、この連合の『固有』機関としてのこの連合会議の固有性にはなんらの変更もきたしえない。」

他方では、「連合の機関は、それらがたんに連合を構成し、綜体領域に行なわれる憲法によって設

定されるゆえにのみ連合の機関なのではなくて、それらが連合の総体領域に有効な規範を定立するために任用されているという意味でもそうなのである。」

「…個別国家は、それ自身、すなわち孤立して考えられた、なんらの共同体も成さない、互いに完足した存在としてではなく、国際法共同体の機関としてのみ、ともに条約を締結できるのである…。」

これを地方分権との関連でいえば、「中央的規範としては、総体領域に通用する規範も、中央機関—すなわち、平常は総体領域に通用する規範を定立する権能がある機関—から発布される規範も解される。地方規範と解されるのは、部分領域にのみ通用する規範および地方機関—すなわちそのような規範を定立する権能だけをもつ機関—によって定立される規範である」ということになる（一般国家学・前掲書272-97頁）。

g 以上で、ケルゼンの立場から「地方自治・分権」についての純粋法規範学的分析をひととおり概観したことになる。そこで、以下本稿の視点から、若干の確認と考察を加えておくことにする。

まず第一に、「地方自治・分権」論は、ケルゼンの純粋法学にあっては、何よりも法規範の通用範囲の問題として、第二次的には、地方に通用する規範の創設機関に関する問題である「中央集権・地方分権」の区別論に依拠するものとして展開される。

中央規範がすべての国民に適用されるならば、地方分権はないし、そこではまた地方にのみ適用される規範の創設機関もない。逆にいえば、地方分権といえるためには、地方にのみ適用される規範の存在とまたそのような規範を創設する機関の存在が必要である。

但し、この地方分権と地方自治とは、同じではない。地方自治といえるためには、地方規範の創設機関にはその地方の構成員が参加して、民主的に定立することが必要である。

第二に、ではこの地方自治体（市町村）は固有の主権的「自治権」を有することになるのか。この点は、個人が国家以前の自然権を有することが否定されるのと同じように、市町村の国家以前の「自治権」は否定される。

市町村においてはもっぱらその機関が制定する規範のみが通用するのではなく、中央の規範も通用し、その拘束を受ける。また市町村の機関は、中央規範、とくに憲法によって創設されるかぎりでは国家機関である。国家に所属するのである。地方自治体は、完全に独立した市町村規範、完全に独立した地方機関からのみ成り立っているのではない。

第三に、うへの点で、つまり、一般的地方規範が中央機関によってなんら内容的に規定されないという点で州は市町村とは異なるが、さらには、一つの国家ともいわれる州の場合は、州の立法手続を含む憲法を地方機関が定立することができる。中央憲法によってかかる権限を授権されている。地方規範を定立する地方機関は、この中央憲法によって創設・授権されるかぎりでは中央国家機関である。州を一つの国家と称することがあるが、それは中央憲法から見ると、一つの中間的な帰属点に過ぎず、最終的にはこれも総体国家の法体系の一部を成すものである。

以上のようにして、「地方自治・分権」論について、純粋法規範学の一般理論におけるその位置づけが与えられたことになる。もちろん、ここでこのケルゼン学説を取り上げたのは、ケルゼンがこ

のテーマについて注目される見解を提示しているということではない。むしろ、一般法学の座標軸のなかで、「地方自治・分権」がどのように描かれることになるのかを分析しておきたいということにあった。すでに引用箇所から知られるごとく、歴史的に、また自然法論的な市町村の「自治権」はとうてい認められることはなく、また「地方自治」と「地方分権」、「連邦国家における州」とは区別して議論されなくてはならないことが判明した。そのようなものとして「地方自治・分権」論が冷静に展開されなくてはならないであろう。

#### 4 憲法第八章の成立過程

a ここでは、「日本国憲法」の制定過程において、「条例制定権」がどのような意味を付与されて制定されたのか、その制憲意思を究明する佐々木高雄教授の研究を検討する。文献としては、「憲章制定権の再生—『条例制定権』条項の成立経緯—」（『比較憲法学研究』16号（比較憲法学会、2004年）49頁以下）、及び「『地方自治の本旨』条項の成立経緯」（『青山法学論集』46巻1・2号（2003年）152頁以下〔左開きの論文なので頁数は減じていくことに注意〕）を参照した。

b なお、制憲過程における憲法の「地方自治」箇所の制定経緯については、故小嶋和司教授による先行研究があること看過できない。『憲法学講話』（有斐閣、1982年）186頁以下所収の「条例制定権」（初出は『法学教室』（1981年）10号）がそれである。

この論文において、いわゆるマッカーサー草案の作成作業の当初において国家内国家的な一種の地方主権を連想させるごとき試案（地方政治委員会案）もみられたが、かかる構想は運営委員会によって棄て去られ、その後の経緯において、アメリカ本国の多様な国内状況も反映して、「州法律の範囲内の憲章制定」「ホーム・ルール・チャーター制」にとどまり、そして日本側の草案において「法律の範囲内での」「憲章 charters」、さらには「条例 regurations」制定権（to enact their own regurations within law）とされるに至ったことが解明、裏付けられている。<sup>①②③</sup>

c さて、従来佐藤達夫氏に発するとされる通説的説明に疑念を提起する佐々木教授によれば、まず、現行憲法92条の「地方自治の本旨」のルーツは、ドイツ生まれの「住民自治」「団体自治」ではなく、ムンロー著『米国の市政』におけるホーム・ルール・チャーター制を「principle of local autonomy」に置き換えた箇所あたりであるとする（佐々木・憲章制定権の再生前掲52頁、同・「地方自治の本旨」条項の成立経緯前掲90,117頁）。

そして、憲法92条のこの条項は、「法律の範囲内での条例制定権」を定める94条と同じマッカーサー草案の87条から出たものであることを検証している（佐々木・憲章制定権の再生前掲50頁以下、同・「地方自治の本旨」条項の成立経緯前掲110頁以下）。

d そこで、さきに触れた「条例制定権」の成立経緯において、この内容としては、(1) 国家主権的権利、(2) 法律の枠内で「自分のことは、自分で」というホーム・ルール・チャーター制、(3) 「法律の範囲内での条例制定権」というふうに、権限が縮小されてきたが、今日の議論の中にもこれらのいずれかを主張する立場がありうる。(1) は、地方公共団体に国家の権限とされたもの以外の

「残余の」権限があるという立場になる。(2)は、地方の「固有事務」について国家的な干渉を排除する主張である(例えば、州の一般法による地方制度規制権は容認しつつ、特別法によるホームルール侵害は憲法典で禁止するなど)。(3)は、条例の所管事項は法律によってその状況に応じて現実適合的に多様に規定できるものとする(小嶋・条例制定権前掲194頁もこのことを指摘する)。

ここで、(2)と(3)との間がどのように区別されたかは微妙であるが、佐々木教授は、この制定過程において、日本側が巧妙に動いて(2)から(3)に導いた「立法上のペテン (legislative legerdemain)」だとするいわゆる「スタイナー所見」を批判的に検証している(佐々木・憲章制定権の再生前掲63頁以下)。しばらく英文の *charters* を残しておいて、民政局側にわかられないように後で *regulations* に変更したという事実はなかったことを裏付けようとしている(日米両文間の懸隔を解消すべく8月末に改められた)。が、現行憲法は、いずれにしても、この(3)の形式で成立したことに違いはない。

e なお、スタイナーの推論が、民政局の意図の理解につき、1946年4月30日付民政局の覚書に、地方制度改革の主目的の一つとして、「住民に、地方政府の形態選択の機会を提供すること」が挙げられていることに依拠しているごとくであるが、この「地方政府の形態選択」についての地方の自由は、もしそのままの内容ならば、これは「憲法」制定権まで及ぶものとなりかねない(この選択憲章制度の紹介については、佐々木・「地方自治の本旨」条項の成立経緯前掲145頁)。上記(1)の立場が、制憲過程を通じて民政局側に維持されていたものでなかったことというまでもない(GHQは「プレジデンシャル・システム」を求めてきたということにつき、佐々木・前掲134頁)。

f 佐々木教授の研究は、わが国憲法制定史上の「地方自治」論にとり大変重いものがある。が、ここでは、とりわけ「法律の範囲内における条例制定権」などのルーツを理解することを通じて、そこには「法令に違反しない限り」という句は登場せず、「地方自治の本旨」や「条例制定権」については、「法律形式」による具体化が予定されることとなっている点を確認しておきたい。

## 5 その他の若干の研究

a 「地方自治」に関する近年の研究は多数あるが、例えば、ヨアヒム J. ヘッセ編・北海道比較地方自治研究会訳(木佐茂男監修)『地方自治の世界的潮流』上・下(信山社、1997年)と薄井一成『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006年)などを参照できた。

b 従来「地方自治」を(1)団体としての自立性維持を重視するもの(大陸型)と、(2)民主主義の観点から住民自治を発展させてきたもの(英米型)があるとされ、後者こそ先進国であるとされてきた。しかし、木佐教授によると、世界的潮流として、憲法上保障規定のあるドイツ、オーストリア、スイス、オランダの北欧・中欧型が、社会や経済の安定的発展をもたらして、これを欠くアングロ型は地方自治の基礎が不安定であることが指摘される(木佐茂男監修・前掲書616頁)。(1)が安定・継続が重視されるに対して、(2)は変革・政治的運動が重視されるが、英・米において「そう理想的な地方自治が全国で行われているわけではない。その意味において日本におけるこれまでの常識は見直される必要がある」という。

とくに、アメリカについては、つぎのようにいう。

「わが国ではアメリカの自治体にホームルール憲章の制度があることがよく知られているが、州憲法のレベルから窺う限り、憲章制度が増えてきたとはいえ、半数以下の州で採用されているに過ぎない」(木佐茂男監修・前掲書621頁)。

「地方自治の理想が実現しているかのように説かれることが多く、地方制度の実験室とも言えるほどの多様性を誇るのがアメリカ合衆国である。それ故に、同国の地方制度の『全体像を明らかにすることはもちろん、平均的な、あるいは標準的な姿を描くことすら難しい』。わが国において正確な認識を欠いていることも少なくない」(木佐茂男監修・前掲書624頁)。

c 薄井教授の研究は、「地方自治」について、一つはドイツ、他はアメリカのあり方を詳細に分析する。そして、結論的に、以下のような「むすび」になっている。

まず、「アメリカは地方自治に親和的な国か？」と問い、「地方自治」についての「固有権理論」はアメリカにおいて定着しておらず、「アメリカを地方自治の国」とする「常識」は疑わしいという。

「…アメリカにおいて、地方の『固有権』の理論は、19世紀の後半にいくつかの州の裁判例に容れられたものの、その承認は一過性にとどまり、また、19世紀の末から20世紀の前半にかけて、カリフォルニア等、一部の州に取り入れられた主権内主権の理論も、州の介入をはねのける『地方の事務』を想定する点において、『固有権』の思想と親和的であったものの、ホーム・ルール制度の展開史において傍流にとどまっていた。そしてさらに、それらの背後において、アメリカの人々が、地方の自治権は『重要な価値を破壊するかもしれず、…地方において一つの利益に突き動かされた集団は、少数者に恣意的なふるまいをするかもしれない』との警鐘をならし続けたことは、注目に値した。」

「元来、アメリカという国は、個人主義的で、流動的で、非土着的な人々からなり、そうした社会において、地方法人は、自己の利益を実現するために移住する人々からなる党派的な団体となりがちであり、こうした団体に公的な地位を与えまいとする者により固有権説的な観念は否定し続けられてきた。したがって『アメリカにおいて固有権的な観念が強い』という常識は、事実としての正確さを疑われざるをえない。」

「付言すれば、今日においても、10程度の州が、憲法にホームルール制度を採用せず、地方法人を『州の創造物』とみなしつづけ、また、ホームルールを採用する州の多くも、課税権を州政府に専属させる等の措置により、『固有の自治権』の存在に否定的な姿勢を取り続けていたことは、こうした分析を裏付けるものとして、ここにおいて確認しておいて良い」(薄井・前掲書171頁)。

d そして、「日本国憲法」の「第八章地方自治」の成立に際して、アメリカ州憲法がその起源とされたことに「アメリカを地方自治の国」とのイメージを与える一要因があろうが(例えば、その推進論者のラウエル中佐がカリフォルニア州の出身であったことなどもあった)、しかし、この点、薄井教授はつぎのように注意を喚起する。

「しかし、ここにおいて注意を要したことは、そうした憲法上の影響が『文言上あるいは事実上』



のそれにとどまった点である。すなわち、我が国の憲法学界は、こうしたアメリカからの輸入品よりも、『国産の92条』に盛り込まれた『地方自治の本旨』を基礎として地方自治法理論を組み立てており、また、そうした学界の内向きの姿勢は、アメリカ法の現状に照らしても決して不当なものとはいえなかった。すなわち、彼の国において中枢を占め、日本国憲法94条の起源といえた憲法ホームルール制度は、本国アメリカにおいてすら、終戦当時、20に満たない州に採用される試験的な制度にとどまり、その後のアメリカにおいても、強固な自治法理論の確立に成功しなかったことは、…において確認した通りであった。我が国の憲法規定に関する事実上の影響は、その意味において、確たる自治法理論により支えられたものでない。結局アメリカという国を、『地方自治法理論の牽引役』として評価することは適当ではないことになる」(薄井・前掲書176頁)。

ここで、「国産の92条」という部分については、先に佐々木教授の反論するところではあるが、わが国の「アメリカを地方自治の国」とする評価に対する警告としては意義深い指摘であろう。

e そのうえ、薄井教授によれば、今日のアメリカにおいては、カリフォルニアにみられる主権内主権モデルのほか、コネティカットの立法府による授權を要するモデル、フォードハムモデル(ホームルール制度を憲法に採用しながらも、公の事項全般に関する介入権を州の立法府に留保するもの)のマサチューセッツ、この修正モデルのイリノイ、憲法ホームルール制度不採用のヴァージニアなどと決してまとまったものではないようである(薄井・前掲書243頁以下)。

f さらに、では「アメリカ型分権モデル」と「ドイツ型分権モデル」とを比較して、わが国のあり方としてどのように理解すべきかについては、薄井教授の説明は、つぎのようである。

「…まず、『アメリカ型分権モデル』は、フルーグを主唱者とするものであり、…本来的に正当と認め合う人々が、話し合い、秩序を生み出す仕組みをすべての公共主体に貫徹させようとするものである。言い換えれば、それは、自治体から、広域政府、州政府、連邦政府へと、ボトムアップに秩序をつくるプロセスを連鎖させる社会に、理想の分権社会を見出すものといえる。一方、これに対して『ドイツ型分権モデル』は、地方のレベルに話し合いの仕組みを取り入れつつも、国家のレベルにはそれを貫徹しないものである。すなわち、それは、地方の自治行政には、直接民主主義を適用し、『他と結びつきながら生きる人間』としての生き方を保障させるとともに、国家行政には、間接民主主義を適用して、『生まれながらに自由な個人』としての生き方を保障させるものである。」

「それでは、我われにとって先例となりうるのは、どちらのモデルであろうか。…その問題は、…二つの生き方のバランスの取り方にかかっていると思われるものの、この点、…一方の生き方を一面的に強調することは、いささか現実味と健全さを欠くのではなかろうかと考える。」

「そもそも、『孤立した個人』は、他者との妥協なしに真・善・美を追求できるため、その生き方を称賛されるものといえるであろう。そして、こうした生き方が称賛されるのは、それが一般の人間には成し遂げ難いためであり、これを人間の全生活に強いることは、不可能なように思われる。しかしながら、その一方において、いつ何時においても『他者と結びつき』、『私』のすべてをさらしながら生きることも、『超人的に鈍感な人間』か『超人的に自信に溢れた人間』でなければ不可能で

あろう。すなわち、私たちは、ときには、他者と触れ合い内面に刺激を与え、またときには、その触れ合いから距離をおき個の世界に耽溺するというふうに、二つの生き方をバランスよく使い分けなければ、人間らしく生きられないように思われる。この点、ある日本の哲学者は、次のように述べている。すなわち、現代において、人間が真に主体的であるための方法はただ一つであり、それは、①『中世的主体』のように、他と結びつきながら、狭い評判に流される『コミュニティの一員』に埋没するのではなく、また、②『近代的主体』のように、『アトム的な個人』の領域に固執して、独りよがりの空間に閉じこもるのでもなく、③絶えずこの二つの主体像の間を『浮遊して生きる主体』となることにある。」

「…以上の考察を踏まえるならば、私たちの先例たりうるものは『ドイツ型分権モデル』といえるのではなかろうか。ちなみに、我が国の分権改革は、『国の行政機関』と『地方公共団体』の関係を『対等・協力』の関係に構成し直しており、二つの行政制度に等しく重要な役割を分担させる点において、ドイツ型分権モデルと親和的ともいえる」（薄井・前掲書186頁）とする。

ここで、ちなみにわが国の今回の地方分権改革において、推進委員会の認識として、「法律と条例の関係については、国と地方の新しい関係においても維持される」として「国の立法院」と「地方公共団体」の関係についての改革の必要性は、控えめにとどまったようである。また、この委員会の改革の主眼は、「国と地方公共団体の関係を現行の上下・主従の関係から新しい対等・協力の関係へと改め」ることにあるとされ、そのための措置として、「国による地方公共団体の統制は、国会による事前の立法統制と裁判所による事後の司法統制を中心とするものとし、各省庁による細部にわたる行政統制は可能な限り縮小する」と述べられているという（薄井・前掲書187頁）。看過できない指摘であろう。

g かくて、薄井教授により、日本型分権社会の展望として、まず(1)「アメリカ地方自治の考察は、…自然発生的な団体が、価値観を共有する人々に支えられるとき排他的属性を持ちやすいことを教えていた」ので、「我が国のように、強制的に創設され、すべての国民をいずれかの自治体に帰属させる地方自治の制度は、他の団体から排除される人々をも受け入れる、すべての国民に開かれた『コミュニティ』として、中心的な制度であり続けなければならず、これが憲法上の人権保障に不可欠である。(2) 地方自治体は、その意思決定原理について「直接民主主義」を基本とするように規範づけられる必要がある。この際に、「力の弱い者や、声の小さい者等を含めた、すべての参加者が」このプロセスに「心を開いて臨めるよう、話し合いのプログラムづくりに責任を負う」いわゆる **facilitator** (=引き出し役・世話役) の役割が、「住民により生み出される秩序に公正さを担保する」うえで、「直接民主主義の成否の鍵を握る」ことになる。(3) 地方自治体と国の行政機関との役割分担としては、後者が「孤立した個人の生まれながらの自由」の保障として「消極行政」を、前者はその「人々が他と結びつきながらより良い社会環境を形成する」「積極行政」を中心とする。両者ともに、政治的判断に関与し、その間の争いには、高い政治的正当性を備えた行政機関(国地方係争処理委員会のような)による解決、さらには国家介入につき司法的救済が必要である。(4) 国の立法院

は、「全国民の代表機関でありながら、同時に国民1人ひとりの直接的な意思表示の場とならなければならず」、「半代表制または半直接制」を要請する。

hこのようにして、薄井教授の「ドイツ型分権モデル」選択と地方自治のあり方は、近代法システムをとる国々に普遍的、「人間の生き方」にまで関わる哲学的問題に通ずるのである（薄井・前掲書187-194頁）。

## 6 わが国「地方分権」論の現在

aさて、周知のごとくわが国では平成12年4月1日いわゆる地方分権一括法が施行され、国と地方公共団体の事務・権限も大幅に変更されることになった。

地方自治法1条の2において、国は「国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい事務や全国的な規模で又は視点に立って行なわなければならない施策や事業の実施等、国が果たすべき役割を重点的に担い」、地方公共団体は、「住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担う」もので、「住民に身近な行政」はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本とするとした。

そして、従来の弊害が多かった「機関委任事務」制度を廃止し、事務自体の廃止や国の直接執行とするもののほか、地方公共団体が処理する事務を法定受託事務と自治事務（法定受託事務以外のもの）とに区分し、再編成した（法2条8項）（堀内『公法1 新版行政法』（信山社、2005年）84頁以下）。

bこのへんの事情について、一括法が衆議院通過段階でのものであるが、高木健二氏の説明によるとつぎのようである（高木『分権改革の到達点』（敬文堂、1999年）。

「…懸案の諸問題について、野田毅自治大臣の次のとおりの答弁が確定している。①法定受託事務も法令の明示的委任がなくても条例制定ができる（5月26日）、②自治事務に係る自治体の是正・改善措置の具体的内容は自治体の裁量に委ねる（同日）、③自治事務に対する代執行は毛頭考えていない（同日）、④法定受託事務も自治事務と同じように地方公共団体の事務という位置づけをした（5月27日）、⑤政令で法定受託事務を創設する場合も法定受託事務の定義、メルクマールに従うことになる（同日）、⑥国の直接執行は、地方公共団体が権限行使をしないうちに国が同一内容の権限行使をした場合は公権力の行使にあたる関与になり、係争処理の対象となる（6月1日）。これらは問題点を解明したもので評価できる」（高木・前掲書261頁）。

この「法定受託事務」と従来の「機関委任事務」との違いについて、「同じようなもの」という意見もあるが、つぎのような「違いを確認しておく必要がある」とする。

「機関委任事務は国の事務であるが、法定受託事務は地方公共団体の事務という違いがある。後に『地方公共団体の事務』は『地方公共団体の処理する事務』に変わったためその違いが不明確になった。機関委任事務は、法人団体としての地方公共団体から首長などの特定機関を切り離し、国が直接執行すべきかどうかに関係なく、これに事務を委任して（法律上は委任規定はなく）、国の下部機関として包括的指揮監督の下においたものである。法定受託事務は、国が法人団体としての地

方公共団体自体に事務を委託するのであり、委託した事務に関して無制限な包括的指揮監督はなく法令の規定に基づく関与だけが認められるものである。また委任は上下関係、委託は対等関係を前提としているという違いもある。『委任という言葉は、一方では従来の行政官庁理論での、国の行政機関内部での上級行政庁から下級行政庁への権限の委任という場合の委任と一見パラレルです』との指摘もある。」「ただし後にこの委託・受託関係を明示する用語は、地方分権推進計画策定の段階で削除されていくことになる。」「機関委任事務とは異なり、議会、監査の権限も基本的に及ぶことになっている。さらに法定受託事務に係る国の関与については、第三者機関への申出、裁判所への出訴が認められ(る=ママ)ている」(高木・前掲書84頁)。

cそして、うえのような理解が一般的にも表明されている。鈴木康夫教授によると、両事務の差違は「事務の帰属ではなく、関与の区分となった」とされる(鈴木康夫「地方公共団体の役割及び事務」ジュリスト増刊『あたらしい地方自治・地方分権』(有斐閣、2000年)66頁、同旨、宇賀克也『地方自治法概説』(有斐閣、2004年)76頁)。

dこの事務分配の改正変更に伴い、条例制定権にも影響が及ぶことになる。機関委任事務に対しては、自由な条例制定はできなかったが、今回の自治事務、法定受託事務については、これらが地方公共団体の処理する事務になったのであるから、地方自治法14条1項にいうごとく、「普通地方公共団体は、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」のである。この2条2項というの、「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する」とする。このなかには、「地域における事務」(任意的自治事務)のほか、同条8, 9, 10項の必要的自治事務、及び法定受託事務が含まれる(北村喜宣「法定受託事務化・自治事務化と条例」『公共政策』(2000年)所収論文(ネットより参照)2頁)。

問題は、しかし、この「法律又はこれに基づく政令により」委任を受けた事項についても、さらに条例で別の内容の規定を定めうるのか、である。この点、つぎのように通説は「法令に違反しない限り」可能であるとしているようである。

「日本国憲法94条は、地方公共団体が、法律の範囲内で条例を制定することを認めている。『法律の範囲内で』の文言について、法律が条例の所管事項を指定するという意味に解し、地方自治法をこの条例所管事項を指定する法律と解する学説も皆無ではないが、通説は、『法律の範囲内で』とは、法律に違反しない限りという意味に解し、地方公共団体は、委任条例にとどまらず、法律に反しない限り、法律の委任なしに自主条例(固有条例)を制定することが可能であるとする立場をとっている」(宇賀克也・地方自治法概説前掲書130頁)。

論理的には可能なことであろうが、要は委任法律に違反しているかどうかの解釈に係り、委任法律の趣旨を否定し、その規定を覆すような自主条例を制定できるということではなかろう。

さらに、とりわけ問題なのは、さきの引用箇所にもあるが、憲法94条との関連はどうかという点である。宇賀教授は、つぎのように断言されている。

「…日本国憲法94条は、『法律の範囲内で』条例を制定できると定め、地方自治法14条1項は、『法令に違反しない限りにおいて』条例を制定できると規定しているため、法令に抵触する条例を制定することはできないことになる。『法律の範囲内で』と『法令に違反しない限りにおいて』は表現は異なるが、一般に両者は同旨と解されている」（宇賀・地方自治法概説前掲書131頁）。

また、条例への罰則の委任について、「…学説においては、条例制定権が憲法によって直接授けられたものである以上、法律の特別の委任がなくても、条例違反に対する罰則を規定しようとする見解も有力である。この立場からすると、地方自治法14条3項は、罰則の規定を委任する条文ではなく、条例で定めうる罰則を限定したものということになる」（宇賀・地方自治法概説前掲書141頁）。

このような「条例制定権」が「自治権」に基づく自主立法権や「憲法」にその根拠が存することから、当然に「法令に違反しない限り」の規範定立権を内容とするのだ、という論法は、今日広く流布しているものである。そして、その結果として、憲法94条の「法律の範囲内で」もこれと同じだとするのである。

「地方自治法」の大著、松本英昭氏の『新版逐条地方自治法』（学陽書房、2001年）をみよう。

「…地方自治法に規定する『法令に違反しない限りにおいて』とは、憲法の『法律の範囲内で』と同様に解すべきものであり、『第二条第二項の事務に関するもの』でない『自治立法（自主法）としての事項的限界』を逸脱する条例の規定は、ほとんどの場合、『法令に違反する』とも解せられ、逆に、『法令に違反する』条例の規定とは、法令が優先的に適用される事項についての法令と抵触する条例の規定であり、したがって『形式的効力に関する法的限界』の外の条例の規定は、『自治立法（自主法）としての事項的限界』を逸脱しているともいえる。つまり、法律（これに基づく命令を含む。）と条例の二つの立法権限が競合していて、その競合する範囲内で両者が相克することとなる場合、法令が優先的に適用され、当該条例の規定は、『法律の範囲内』ではないということであり、一般的には『法令に違反しない限りにおいて』も「第二条第二項の事務に関するもの」ということも、双方共、『形式的効力に係る法的限界』も『自治立法（自主法）としての事項的限界』も相互に包含していることとなるのではないかとみることもできる」（松本・前掲書119頁）。

「…『法令に違反しない限りにおいて』とは、…憲法第九十四条の『法律の範囲内で』と、同様に解すべきものである。」「すなわち、『法律の範囲内で』とは、法律が個々の事項について条例の制定を認めることを必要とするのではないかと解される虞れもあることから、地方自治法においてはこの点に関し明確にするために、『法令に違反しない限りにおいて』と規定したものと解すべきである」（松本・前掲書120頁）。

「…法律（法律の委任）なくして政令の罰則はないが、法律なきところ、若しくは法律の禁止なきところにも条例の罰則はあるのである。すなわち、条例制定権は憲法第九十四条末段から直接与えられたもので、それにはただ『法律の範囲内で』という制約が付されているにすぎない。（これは憲法第三十一条の『法律』とは『国会の制定する法律』であるべきことの例外として憲法自身が認めたものである。）」これは「大阪市売春勧誘行為等の取締条例事件」（最高裁昭和37・5・30）の多数意

見がいわゆる「委任要件充足説」を採ったのに対して、垂水・藤田裁判官の補足意見として述べられた「憲法94条授權説」を引用したものであり、ついで、「…学説等においては、…『条例（準）法律説』が通説的であるとも云えるが」、最近は「憲法94条授權説」の見解がおおくなっている。もっとも「条例（準）法律説」と「憲法94条授權説」は、「根底の考え方においては共通しているようにも思われる」という（松本・前掲書155頁）。

e 松本氏のかかる解説が、今日の行政法学説、行政実務界に大きな影響を与えているといえるだろう。が、はたして、かかる立論をどのようにみたらよいであろうか。本稿前章までみてきた憲法学上の研究成果の視点と整合するものであろうか。最後に、つぎに改めてこの点を検討して、結びとしたい。

## 7 結び

a これまでみたきた憲法研究成果のなかで、まず河合教授が考察対象とした *pouvoir municipal*、「自治権」思想も、確たる裏付けがあったわけではなかったし、それはH. ケルゼンが詳細に分析するように「市町村」に自然法的な「固有権」を「国家」から独立したものとして認められるものではなかった。現行憲法の制定過程において、小嶋、佐々木教授が検証したように、様々の経緯を経て、結局憲法94条はアメリカのホームルールチャーター権を認めたものではなく、「法律の範囲内で」「条例」の制定権を規定したものである。薄井教授の研究は、アメリカ流地方自治の欠陥・弊害まで指摘していた。

憲法92条の「地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」については、これまでも学説上論争があったが、「地方自治の本旨」は、何か普遍・固定的な内容を有するのではなく、一つの「存在理由」ないし「理念」・「理想型」をいうものであり、実際には時々の事情により内容が変化しうるとされる。

柳瀬良幹教授によれば、「…第九二条を以て地方自治制度を保障するものとなすことも固より全然誤ではないが、併しその限度が右の如く伸縮自在のものであり、即ち地方自治を認める趣旨から言つて地方自治が適当である限りにおいて地方自治を行へといふのがその究極の意味であるとすれば、斯様な具体的な内容をもたない、いはば立法者はその立法権を適当に行使せよといふにすぎないものを特に『保障』と称して何の得るところがあるのか、頗る疑問と思はれる」（柳瀬『憲法と地方自治』（有斐閣、1954年）14頁）。また、「…地方自治の存在理由と地方自治の内容とはいはば変数と函数との関係に立つべきことが憲法の要求するところであるとするならば、その変数である地方自治の存在理由が零となつた場合には函数たる地方自治の内容もまた当然に零となるべき」という（柳瀬・前掲書29頁）。

この点、そこまで徹底しなくとも「地方自治の本旨」をR. アレクシーがいうごとき最適化を要請する一つの「原理」となす思考に立つても、その具体的内容は到底「法律と条例」の関係において、「法令に違反しない限り」での「条例制定権」が一義的に憲法から導出されるものとするのでは

きない(堀内「地方公共団体の概念」法学教室増刊『憲法の基本判例[第二版]』(有斐閣、1996年)215頁も参照)。

b 憲法94条「法律の範囲内」と地方自治法14条1項「法令に違反しない限り」との関係を明らかにするうえで、ポイントは、つぎの2点であろう。

第一は、「法令に違反しない限り」という表現について。これは、一般的には、「条例」と「法令」との法形式間で、ある事項につき競合的所管関係にある場合、「法令」が優位すること、つまり形式的効力が「条例」が下位にあることを意味する。

「法律の範囲内」という場合は、一般的には、ある事項につき「法律」の排他的所管であることを意味する。

第二は、所管関係には、「憲法」レベルでの議論と、「法律」レベルのそれがありうることである。地方自治法14条の「法令に違反しない限り」というのは、「法律」レベルでの「法令」と「条例」との関係を規律したものである。かかる「法律」の規律権は「憲法」レベルで、憲法94条の「法律の範囲内」でという規定で定められている。両者は異なるレベルの問題である。抵触するわけではない。

したがって、憲法レベルの議論としては、地域の事情を配慮して「法律」を修正するとき「条例」や、「法律」の委任を受けてそれを実施する「条例」があっても、直ちに憲法違反となるわけではない。地方分権一括法制定前まであった「機関委任事務」を執行するような「条例」「規則」は憲法違反とされたわけではない。

c このような議論は、実はすでに小嶋教授によって、詳細に展開されていたものであった。が、その後の学界はこれを無視するか、忘却されたか、きちんと継受していないごくである。

小嶋教授の指摘をここで改めて確認しておこう。

「条例の所管について述べられる場合、『法律に違反しない限り』は、法律と競合所管をもつことを前提として、抵触する場合を除外するにすぎないが、『法律の範囲内で』は、法律が所管『範囲』を決定すべきことをも意味するもので、決定された所管範囲のことではない。」<sup>④</sup>

かかる視点から、いまの問題に対する宮沢俊義教授のつぎのごとき結論に対して論駁している。

「(a) 条例制定の手續は、法律で定められる。

(b) 条例の所管事項も、法律で制約される。

(c) 条例の形式的効力は、法律のそれより弱い。」(『全訂日本国憲法』[昭五三]770-1頁)

「けれども、これは、論理の出発点じしん、言葉の意味の正解でなく、その帰結は厳密な検討に耐えない。まず、(a) 条例制定手續が法律で定められるべきことは、『法律の範囲内(傍点)で』条例を制定しうるからではなく、地方公共団体の組織・運営にかんする事項を第92条が『法律でこれを定める』べきものとしているからである。したがって、その手續を定める法律には、『地方自治の本旨に基いて』という制約が直接かぶせられる。たとえば明治憲法下の市制・町村制は、条例の成立に内務大臣(昭和4年以降は、知事または主務大臣)の許可を条件としたが、そのような手續は許されない。(b) 所管についても、法律で制約される(傍点)のでなく、法律でその『範囲』を定められ

る(傍点)のである。(c) 形式的効力が常に法律より弱かるべきことは、原則的にはいえても、憲法の要求として常にそう限定されるわけではない。法律が、その可能な範囲で、決定するだけである。現在、地方自治法は、これを『法令(傍点)』以下と決定しているが(第14条第1項)、ときに特別の法律が、みずからの決定にまさる効力を条例にみとめることもあり(例、大気汚染防止法第4条、水質汚濁防止法第3条)、これは許される」(小嶋・条例制定権前掲193-4頁)。

「条例」の所管についてもつぎのようにいう。

「条例は、国会や、『州』の立法議会が行使するような一般的立法権を所管するものではなく、その所管は、たんに行政的実現に根拠をあたえ、かつそれを制約する規範の定立にとどまる。民法典の規定の大部分は、本質的に行政的実現の対象たる規範ではない。その実効の確保は、紛争当事者の訴を契機として、『司法』作用によってなされる。刑法典の規定の大部分もおなじである。市民の行為規範を示すのみで、その実効の確保は、『司法』手続によってなされ、本質的に行政的実現の対象ではない。このような規範の定立を、条例は所管するものではない。」「これは条例の本質にもとづく制約と考えられる。マカーサー草案起草過程において地方政治委員会案が『地方主権』をみとめるとして拒否されたのは、それが地方団体に『立法』権をみとめたからで、『条例』制定権とは別である。条例はその本質から、当然に罰則設定権を所管するものではない。行政事務の実効の確保のために罰則は有力な手段ではあるが、罰則の実現じしんは『行政事務』でないからである。」

「類似のことは、課税権についてもいえる。地方公共団体がその事務を自治的に処理するためには、財政を自治的に処理する権能が不可欠である。けれども、それは、課税権の容認を、当然には意味しない。財政調達の方法は種々存して、課税に限定されないからである。『行政事務』が容認されるとしても、それは行政的実現を内容とする規制的事務というまでで、課税を地方公共団体の存立目的たる事務とすることはできない。課税は、『第二条第二項の事務』に含まれる事務ではなく、地方税法が次の立場をとるのは、そのためにである。」「地方団体は、この法律の定めるところによつて、地方税を賦課徴収することができる。(第二条)」「地方公共団体」についての「新しい『具体的固有権説』が法律の規定を要せず課税しうるとするのは、このような法理を無視し、『地方自治』の目的に必要ならずべて憲法典が保障するとなす憲法典玉手箱説にすぎない」(小嶋・条例制定権前掲197-8頁)。

このような厳しい学界通説への批判は、この論稿がものされるさらに十年も前(昭和47年)にもすでに展開されていた(小嶋・条例制定権の限界について前掲『憲法と政治機構』(木鐸社、1988年)所収403頁以下(初出は、『都市問題』63巻1号(1972)年))。今日のわが憲法学界は、無批判的にさながら前出宮沢俊義教授の立場をお経を読むごとくに繰り返しているにすぎず、こうした貴重な忠告を無視ないしは忘却した感がある。学界ばかりでない。『憲法と政治機構』前掲書の編集・解説の労を執られた同門の布田勉教授がいみじくも語られた「小嶋憲法学説を吟味し、また批判的に検討することは、ほかならぬ我々後学の務」でもあろう(前掲書421頁。なお、大石眞『憲法講義Ⅰ』

(有斐閣、2004年)230頁は、憲法94条の「法律の範囲内で」の趣旨は「条例の所管事項と効力とは法



律によって定められる、という点にある」ことを正当に指摘している)。本稿は、そのためのささやかなる作業に他ならない。

d 法科大学院がスタートし、憲法研究者にも、実務的・実践的訓練が要求されてきているごとくである。そのためもあってか、例えば演習ものの教材も、基本を当然クリアしたことを前提に細かい問題に対処しうる応用力を磨くことに重点が移されてきている。しかし、そのことによって、既知の通説を疑ってみること、つまりは学問研究について手を抜くことがあってはなるまい。学問研究者が実務家的になることは学問研究にとり決して望ましいことではない。『法学教室』303号112頁以下で、憲法94条の「法律の範囲内」と地方自治法14条1項の「法令に違反しない限り」との同義説から出発している解説に触れて、ふと憲法学の先行きに不安を禁じえなかった。

- 
- ① また、草案段階にみられた自治体の個々の名称を統一し、現行憲法ではすべて「地方公共団体」としたことが注目される。これにより具体的固有権の主体が明確にならないこと（そのように解すべきでないこと）と、過去の固定観念に拘束されない将来の柔軟な展開の余地を残したものとされる。この点については、堀内『統立憲理論の主要問題』（信山社、1997年）283頁以下所収「憲法『第八章 地方自治』の成立過程とその意味」（初出は『自治あおもり』26号（1987年））も参照。
  - ② マッカーサー草案作成のための小委員会原案及び運営委員会の会合の記録については、高柳・大友・田中『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳』（有斐閣、1972年）237-41頁、犬丸『日本国憲法制定の経緯』（第一法規、1989年）150頁なども参照。
  - ③ さらに、小嶋「条例制定権の限界について」『憲法と政治機構』（木鐸社、1988年）所収403頁以下（初出は『都市問題』63巻1号（1972年）、同「明治憲法起草における地方自治」『明治典憲体制の成立』（木鐸社、1988年）所収331頁以下（初出は宮沢古稀『憲法の現代的課題』（有斐閣、1972年））も参照。
  - ④ なお、小嶋教授によると、明治憲法上、競合的所管を認容する場合には、明治憲法9条で独立命令につき「…但シ命令ヲ以テ法律を変更スルコトヲ得ズ」というように表現し、これが一般的で、「法律ノ範囲内ニ於テ」を用いない。22条、29条の用法は、自由権の具体化における表現でこれは特殊の場合であるとされる（小嶋・条例制定権の限界について前掲409頁）。