

松下圭一「市民自治の憲法理論」は なぜ学界から無視されたか（上） — ケルゼン v s スメント —

鈴木庸夫

- 1 はじめに
- 2 憲法学・行政法学及び公法学批判
- 3 「事実と規範」とスメント理論
- 4 国家創設論と国家先行論
- 5 機構信託論
- 6 松下理論における規範的「市民像」と市民主権
- 7 行政法学における戦前理論継承批判 (以上、本号)
- 8 松下憲法学における主権論 (以下、次号)
- 9 官治型憲法理論
- 10 松下理論と現在の理論
- 11 小括と展望
- 12 民主的地方政府の再構成
- 13 結びにかえて

1 はじめに

(1) 松下先生の紹介とその憲法理論

松下先生は1990年代から2000年初頭に行われた「地方分権改革」の基礎を固めた政治理論家である。「市民自治と地方分権」「自治体と国家は対等である」という思想をリードされ、早くから分権改革の理論を提唱していた。政治学の泰斗丸山眞男門下生として名高く、長く法政大学法学部で教鞭をとられた。2000年に退職されたときは地方分権改革の真っ最中であつた。日本政治学会理事長や日本公共政策学会の初代会長を務め、公共政策学を高唱した。往年の1960年から70年代、マルクス主義全盛のときに、保守革新の政争から一步引いた市民運動を大きく取り上げ、戦後社会は第二段階の大衆社会に変貌したという理論を展開した。スターとして日本社会の中心を担う天皇制という新たな社会像を描いた大衆天皇論は衝撃的論文であつた。

本書のテーマである公害、環境運動で台頭してきた市民運動は、民主主義を基礎とし、階層の違いを超えた連帯を求めるとともに、多様な共通目的を達成しようとした。そこには「民主主義」「連帯」「多様な価値観」が共有されていた。個人による自主的な参加を前提としており、流動的かつ柔軟性のある組織を通じ、非政治的な市民が非党派的な運動を展開した。松下理論はこの市民運動を中心に据え、市民主義、分権革命の理論の土台を築いた。

周知のように、先生の主張は、60年代以降、日本は農村型社会から都市型社会へと変化し、戦後改革は新たな第二段階に入ったという認識を基礎にしたものである（改革二段階説）。このステージで、新たな「市民」が登場し、市民自治による政策型思考の設定・枠組みの変更が必要となり、国家統治を市民自治に置き換える「分節型主権論」を高唱された。また政府も自治体レベル・国レベル・国際レベルの3層構造から考察されるべきとし、今日のグローバルな視点の必要性も強調していた。政策提言としてはナショナル・ミニマムに対して、政策・制度設計の日常化を契機としたシビル・ミニマムを造語・理論化し、また政官が逆転する「官僚内閣制」という言葉も造語した。

松下圭一『市民自治の憲法理論』（1975年・岩波新書 以下、本書という）は政治学者が法学理論を取り上げるという異色のもので、それだけに挑戦的であつた。しかし、法律学からの内在的な評価は冷淡に拒否され、今日までこの事態が続いている。

そのせいか、この松下理論を手際よく、かつアカデミックに取り上げた論稿は決して多くはない。筆者のみるところ、松下先生と親しく接し、その理論を消化していたのは元岩波書店編集部の大塚真一氏で、『松下圭一 日本を変える』（2004年 トランスビュー社）は最も優れた研究書である。氏はこの著書で、単に松下理論を紹介するのみならず、理論的な基礎や背景を丹念に調査、叙述している。憲法は国家のものか、市民のものかという問いかけを行い、国家の「統治の対象」としか見られていなかった「市民」こそが、憲法理論をつくる主体となり、日本社会に定着しつつあると主張した松下先生の面目が丁寧な表現で描かれている。

さて、本書の主眼は、国家法人論を批判し、市民自治から発する分節型政治システムと市民からの機構信託を構想すべきであるとした点にある。そのため市民・国民による主権の日常的発動を目標とする憲法理論の再構築が目指された。

しかし、当時の憲法学、公法学は本書に対して極めて冷淡であり、学界でもこの理論が真剣に検討されたことはなかった。法学理論としては、学説や判例を弁えない異端の理論であり、せいぜいのところ、市民運動を鼓舞する本として位置づけられたにすぎなかった。

しかし、本書の主張がなぜ公法学界に受け入れられなかったか。先生の「政策法務論」を受け継いだ筆者としては、内心、これを解明しなければ、政策法務論を論ずる資格はないと思ってきた。長年の宿題であったのである。本稿はこうした筆者の秘かな、しかし長い想いをもって書かれた。

（2） 本稿の目的

本稿は前述の大塚氏が“松下ショック”と表現した『市民自治の憲法理論』（以下、憲法学、行政法学、公法学の用語を互換的に使用する。）を取り上げ、この「松下理論」が当時の学界で何故無視されてきたのかを論じ、他方、この松下理論が近時の公法学理論と通底し、支持されていることを論じるものである。

前半では「規範構想論の欠如」という先生の批判を述べ、その後、「規範と現実」の区別という当時の公法学界の主流であった新カント派の方法二元論が先生の議論を強力に阻んだことを中心に、規範的概念としての市民、後半では、市民主権、市民憲法、市民の位置づけなど、先生の問題提起にコメントを加え、今後の展望について述べた。

先生の市民法学による主たる攻撃対象は国家法人論であった。国民主権の原理を逆

転させるこの理論に対する学界の規範構想のなさを批判し、代わって、市民自治の憲法理論を提唱されたわけである。

ところが、最近、ケルゼンと同時代のスメント及びスメント・シューレの国家理論、憲法理論、公法理論の研究が進み、これらの研究論文等を読み進めていくうちに、先生の主張と非常に親和性があり、同型性を持っていたと筆者は考えるようになった。

先生は本書においてケルゼンは若干取り上げるものの、スメントを直接引用してはいない。にもかかわらず、本稿でこの二人の理論枠組みを取り上げたのは、ケルゼンは規範中心主義の代表格であり、それを俗流化したのが霞が関の俗流法実証主義であること、他方、スメントは松下先生同様、「憲法を生きる」という立場から、「日々の市民による革命」を説いた理論家である（以下、「統合理論」という）。そのことから、時代背景や対象となる社会状況を一応棚上げにすれば、両者は「動態的国家論」や「動態的憲法観」という点でも共通するものがあった。

本稿は以上の点について先生の主張にコメントを加えるという方法で書かれた。さらに松下理論を現代的により生かす作業として、行政法学が「ガバナンスの法理論」へと方向転換すべきこと、及びWeak mayorシステムの導入が急務であることを主張して、松下理論の政府構想を補完した。なお、本来、こうした論文は、原典を参照すべきであるが、時間的、能力的限界から、邦語文献に依拠していることをお断りしておきたい。

2 憲法学・行政法学及び公法学批判

(1) 規範構想論の欠如

松下先生は憲法学、公法学に対して次のような批判を行っていた。①日本の公法理論においては現行法依存の解釈論が主流を占めるが、その解釈は有権解釈や保守的な憲法解釈に終始している。②したがって、市民運動による法制改革・制度改革のプロセス自体を正当化し、開発すべき理論的基礎がなく、市民に提供すべき公法理論が自立的になされていない。③「国家統治の基本法」から「市民自治の基本法」への転換ができず、憲法機構としての自治体の独自性の設定が欠如している。つまり市民が国家や自治体を日々形成していくというプロジェクトがない。そのための政策的提言もなされていない（本書 はしがきiv以下）。

先生の法学批判の中核は、国家法人論批判であるが、この点については後に詳しく述べることにする。この段落の批判は、当時のわが国において、全社会的規模の政治的、社会的なパラダイム転換が起きているのに、諸学問の構造的変革がなされておらず、特に憲法学や行政法学の仕事が現行法依存を脱しきれず、立法論及びその基礎研究も自立的になされていない。「国家の統治」から「市民自治」への転換という発想がない、というものである。

法解釈といえば、現行法を前提に行われるべきで、立法論や立法政策論とは別次元で行われるべきであるということが当然とされてきた。それが常識となっている。しかし、先生は憲法学や行政法学などの公法学は解釈論にとどまっていはいけない課題があるという。それは解釈論を支える基礎理論を批判しながら、新たな憲法理論、行政法学の理論構築を行うことであり、将来の立法や解釈をも方向付ける自立した「規範構想」の在り方を語るものでなければならないとする。

先生は規範構想という用語は使っていない。しかし、「国家統治」か「市民自治」か、という最も基本的な理論の解明や構築が不可欠であること、憲法学や行政法学が現行法依存的で、パースペクティブをもった「自立的」な作業としてなされていないとの指摘は、あえて今日的にいえば、「規範構想の欠如」という言葉に置き換えてもよいと思う。

規範構想論を少し説明すると、規範的制度、法制度の基礎をなす制度思想やその方向付けのことである。法構想理論であり、法学プロジェクトといってもよい。例えば、興津征雄教授は、行政法理論とは、行政活動の正統性と合法性を保障するためのメカニズムの体系であると説かれている。これは、行政法（学）はいかなる「規範プロジェクト」といえるのかを説明したものである。そして、その内実、対象枠組み、研究手続きなどが明らかにされねばならない⁽¹⁾。教授は、行政法（学）がいかなる規範構想をめざすのか、という定式を示している。

松下先生は「国家中心」「国家先行」の規範構想に対して、「市民」起点の新たな憲法理論を提示し、その転換を迫っていた。しかし、憲法学・行政法学は解釈論であって、解釈を超えた課題は専ら霞が関の立法裁量に任せており、政策の過程や主体・手続きなどをどう規範的に構想するかという問題意識は全くなかった。まず、こ

(1) 興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ」浅野ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』弘文堂 2015年 47頁以下

れが批判の対象となった。

(2) 動態的国家論・憲法論

先生は本書において「現行憲法のプロジェクト」を問い、「国家中心」か「市民自治」か、という規範構想の選択を迫り、明治以降の国家先行論を批判し、市民自治へと規範構想に転換すべきであるとした。当時の（現在においても）憲法学及び行政法学は依然として「国家実体論」「国家先行論」（憲法以前に国家が存在するという主張）の立場を採っており、規範構想の転換などという発想自体が存在していなかった。

ところで、近時の規範構想論は、法的プロジェクトに内在する動態性をさらに進展させ、条文を単に形式的に解釈するのではなく、解釈の前提となる政策形成とその実施の過程がどのような構想をもって成立しているか、その構造的特色は何かという根本的な問いを提起しているものが多くなった。つまり政策決定の対象となる「事実」

（ケース）がどのような構造的特質を持っているのか、という点に焦点が移行してきている。民法、刑法でも、行政法、憲法でもテキストがいかなる構造を持った「事実」（事実の構造）を前提にしたプロジェクトなのかが鋭く問われることとなってきた（ケース志向）。

松下理論に戻ると、憲法が構造的に有している憲法プロジェクトとは何か、国家という存在を前提にして、国家実体論はどこにその基礎を置くのか、どのように構想されているかということになる。松下先生の規範構想における問いは、国家権力の制御ではなく、国家をいかに形成するか、いかなる方法によって「構成」すべきかということであった。そして、憲法に先行する実体的な国家ではなく、国民や市民の日常的活動のプロセスとしての国家形成という動態的な国家を構想し、その前提として、市民→市民自治→都道府県の補完活動→国による補完活動という動態的な憲法プロジェクトを主張していた。これはスメントの「統合理論」と極めて親和的な発想である。

スメントは、国家や憲法を、法律、裁判判決、行政活動等々といった静態的な存在としてではなく、〈絶えざる更新、再生産の過程（統合過程）の中にのみ存在する精神的現実〉として把握する。その動態的公法理論は、ワイマール期のドイツにおいて、いわゆる法実証主義的公法学と厳しく対立していた⁽²⁾。まさに日々の市民による国

(2) 高橋信行「統合と国家—国家嚮導行為の諸相」東京大学学位論文DB
<http://gakui.dl.itc.u-tokyo.ac.jp/data/h20/124243/124243a.pdf>; 20201209閲覧

家、自治体の形成という動態的国家観、自治体政府論は松下理論の骨格であり、これを定礎する点でも同型の理論といえるのではないか。

これに対し、宮沢、芦部、樋口などの当時の通説的憲法理論は、日本をいかに自由と民主主義の国家にするか、憲法をいかに定着させるかという「公法解釈学」のプロジェクトを基礎としていた。主権論争は、国家形成の主体をめぐる議論であったが、前提としてあるべき「国家論」を棚上げにするという重大な欠落を伏在させていたのである。憲法は常に「不完全な設計図」であり、現時点で規定されているのも、人権と統治機関に関するものだけであって、自由と民主主義の前提となる国家がどのようなものかについては検討されることがなかった。公法学は、日本国という実体の存在を暗黙裡に前提し、憲法ではなく国家の存在が先行していることを疑問視することもなく解釈論を展開していた。

この点を例えていうと、会社という存在は定款なしにはあり得ない。そうすると、社員は定款をルールとして会社の活動を行う。こうして会社は常に動的なものとして存在していることになる。このように見てくると、定款に当たる憲法を前提にその構成員が憲法に従って活動するという動的な国家像が明らかにされてくる。

他方で、動的な国家に対して静的な国家像もある。例えば、立憲主義をどう解するかは議論があるが、もっとも単純には、国家の活動に憲法上の枠をはめ、その範囲内でのみ活動を限定するという理論を基礎としている。この論理は憲法に先行して国家が存在するという前提に立っている。また国家の自衛権に関する議論は、自衛権の根拠がどこにあるかといえば、やはり憲法に先行する国家があるということになる。戦前の国体論を巡る学説の対立は実はこうした国家観の論争であった。国体明徴説対国家法人論といったレベルの議論が、戦後は主権論という国家形成の主体の議論という外皮に覆われて、学問の対象からずれ落ちていくということになった。

ところで、ドイツをはじめヨーロッパでは、憲法というルールに従い、市民、国民が国家を形成していくというプロセス論がつとに意識化されていた。前述のドイツの「統合理論」で著名なスメントはこうした理論によって「国家への無関心」の課題の克服すなわち市民・国民の参加を主張した。この理論はドイツの主流を形成し、やがて後述のヘーベルレの理論に繋がっていく。

3 「事実と規範」とスメント理論

(1) 新カント派の方法二元論

ところで、本書について筆者のような実定法学者が抱く最初の疑問は、先生の理論では「事実と規範との混淆」が行われているのではないかというものである。日本社会は戦後が終わり、第二段階である大衆社会に入ったという社会の「現実」から憲法「規範」について論じることは、法律学の基礎中の基礎である「事実と規範」「理論と実践」を分離せず、新カント派の方法二元論を全く無視していたことになる。そこで先生の議論には当初からアレルギーが生じ、それがなかなか解消されなかった。また事実と規範を媒介する主権論が本書の中で種々登場するが、筆者を含め、これらのタームは、C・シュミットやナチ法学にみられた「現実が法を破る」危険な法理論を想起させるものでしかなかった。「日常的革命」という用語にアレルギーを持たない法学者はまずいないし、「法的安定性」こそ法の本質と考える法学者からはとても受け入れられない。

むしろ、先生にはロック理論から、又はルソー理論から「日常的革命」論を展開できるという目算があったのかもしれない。しかし、近代啓蒙主義が規範的な議論であったとしても、特にロックの革命論から市民主権の「日常的発動」自体を引き出すことには無理がある⁽³⁾。

またロックの革命権は決して人民主権論ではなく、あくまでも「議会主権論」であった⁽⁴⁾。つまりところ、啓蒙主義理論は革命理論であって、「日々の革命」がもたらすのはホブズの「自然状態」への回帰現象ではないか。さらにいえば、社会契約論を内容のない「手続き」としてみれば場合によっては君主制とも結びつくものですらある⁽⁵⁾。だからこそ、先生はロックの契約の「内容」（手続きではなく）の「受肉」に腐心された。そして登場するのが「市民」（後述の規範的市民）である。

(2) スメント及びスメント・シューレの法理論

次に、上述の方法二元論に基づく「規範主義」（法実証主義的国家法人論）を厳し

(3) 大塚真一『松下圭一 日本を変える』トランスビュー社 2004年 95頁

(4) 大塚・前掲95頁

(5) 瀧川裕英『国家の哲学』東京大学出版会 2017年 89頁

く批判したスメント・シューレの法理論を見ておこう。

スメントによれば、社会は人間の行動により、常に新たに現実化され、しかも絶えず流動している。したがって、社会的現実態としてのプロセスこそ現実の国家の本質である。国家の意思形成は、国家の意思表示などではなく、関係者の動的な関与及び多元性を反映すべく設計された憲法によって基礎づけられる。国家は総体として常に新たな成員による統合を目指すプロセス、それを実現する参加に基づく。憲法は国家的意思団体の永続的更新と継続的構成の過程・プロセスを規律するものである。しかも憲法は絶えず変化する現実を規範化し、実定憲法は流動的な妥当性の継続的形成を規制する。したがって、規範の現実への適応としての憲法の変遷は憲法の本質的かつ必然的な帰結である。国家の統合プロセスは、国家構成員の常に新たな任意の同意であり、「日々繰り返される国民投票」である。こうした背景にはディルタイの精神科学的方法があるといわれている⁽⁶⁾。

このようなスメント理論については、スメントの統合理論はあまりに予定調和的であるとの指摘がある。それだけオプティミスティックであるという批判である。またこの統合理論は民衆の支持が暗転することによって、今でいえばポピュリズムや全体国家の再来への危険性があるとの指摘もある。

ケルゼンに代表される方法二元論は、「規範と事実」を峻別する議論によって、規範の理論的基礎づけを強調してきた。規範とは根本規範にまで遡る上位規範によって基礎づけられる論理的一貫性のあるものである。この対立軸にあるスメントの「統合理論」は、社会的事実としての国民の「生きた現実」から「生きた規範」が生み出され、日々の規範の生成が国家を統合するものである。その社会的活動を規律しているのが憲法であり、社会的現実と規範の生成とのプロセスを通して国家社会が統合的に成立するとする。したがって、ここでは「事実と規範」は対立するのではなく、弁証法的に統合されていくので、二元的な対立というものは存在しないことになる。

方法二元主義では規範はそれ自体独立をしており、その解釈適用こそが法律学の任務であるとする。これが「規範主義」であり、条文主義の「純粹法学」理論であった（「規範主義」対「統合理論」）。

もっとも、スメント批判もなかったわけではない。ヘラーは規範なき現実に沿った

(6) 三宅彦雄「ルドルフ・スメント憲法学説の再構成 — 政治的体験の概念と精神科学的方法の視座から —」早稲田大学学位請求論文 2004年

憲法理論に対して、憲法は「正常性」「倫理的法原則」という超実定的な規範原理に媒介され、指導されていくものである、と批判していた。これは統合過程も法の一般原則や条理、正義などの理念に縛られているというものであろう⁽⁷⁾。

ヘラーの批判はともかく、松下先生の問題意識と以上のような文脈を整理すると、学界や既存の憲法学・行政法学などの公法学を基礎づけていた「規範主義」と先生の理論的基礎となっていた「主権の日常的発動」＝スメント学派の憲法理論（上述のように先生はスメント学派の「統合理論」には直接触れていないが）の対立という図式が成り立つように思われる。「規範主義」は、既成の条文解釈を事実に応用して法的結論を得るというものである。

法律学及び法実務においても、この規範主義はわが国の法現象の隅々までいきわたっており、法理論として定着しているように見える。法学教育自体が「規範主義」を前提とする。

以上のことから、ここに「規範主義」対「統合理論」という対立軸が見えてくる。松下理論は明らかに後者の立場であり、市民によって「生きられた憲法生活」を重視する。

先生が方法二元論についての議論を全く論じていないのは、このような文脈から理解できる。そうすると学界の規範主義的スタンスと松下憲法学の統合理論は、当初からスタンスが異なり、この大きなズレが、学界からの無視という現象を引き起こしていたと見るべきではないかと思う。

繰り返しになるが、ケルゼンと同時代のスメント、及びこれに続くスメント・シューレ（ヘルマン・ヘラーや後述のヘーベルレなど）は、国家は常に国民に開かれたプロセスであり、国家統合への国民参加の過程こそ国家である、憲法はそのプロセスのための準則であり、国家は動的で可変的であるという国家観、憲法観を主張していた。静態的な国家法人論とは異なり、常に国民参加が種々のチャンネルを通して実現され、改革の主体として国民や市民が位置づけられる。社会的現実（公害や環境問題など）への市民の働きかけを保障し、新たな制度形成を図るための準則が憲法であるという理論は、「事実と規範」の分離を止揚し、動的な制度形成が継続的に可能とする。松下理論は結果として、同型のモデル、同じパターンの理論を展開してい

(7) 以上のスメントの紹介及び批判については、西浦公「スメント」小林孝輔『ドイツ公法の理論』一粒社 1992年 132頁以下

たのではないか。筆者の同型論はこうした理由による。スメントの統合理論は、ファシズムと連結されて理解されることもあるが、今日のドイツの通説に見られるように、社会基盤に基づく「開かれた」国家過程、集団の形成、憲法原理（人間の尊厳など）を市民参加のプロセスとして実現するものであった。

さらに重要なのは、わが国公法学の若手の「国家先行論」（憲法なき国家論）批判が出現しているという事実である。ここではスメント・シューレが一貫して主張していた国家実体論の否定やわが国での国家論の不在が表面化してくることになる。

4 国家創設論と国家先行論

(1) 日本における国家論の不在

日本国憲法以前に現在の日本という国家は存在していたのか。それとも憲法によって創設されたのか。この問題は松下理論の中核的な問題であり、国家法人論への大いなる挑戦であった。戦前戦後連続論に連なるこの重大問題をわが国の公法学は棚上げにしてきた。

例えば、ロックの思想は米国憲法による連邦国家の「創設」理論であったことは説明を要しないだろう。ナチ崩壊後のドイツではボン基本法によって新たな国家を創造した。この間にケルゼンや自然法論、スメント理論などの壮絶な理論闘争があった。ホロコーストを経験したドイツにとって、戦後いかなる国家を創設するかは、極めて深刻な巨大プロジェクトであった。憲法裁判所の創設などその最たるものであろう。ところが、わが国では、戦前の国体論争以降、国家論は全く不在で、憲法以前に国家が実在するという「国家先行論」（憲法なき国家論）が当然の前提とされ、国家法人論が今日まで継続している。方法二元論をベースとする静態的国家観、そして、わが国公法学で依然影響力を持つG・イエリネックの国家法人論こそ「国家先行論」「国家実体論」であった。有名な「事実の規範力」「国家の自己拘束」理論などは全て「事実と規範」の峻別に由来していた。

(2) ポスト国家法人論としての松下憲法理論

しかし、そうだとすると、先生の自治体中心の国家観、憲法観は、国家法人論を基礎にした法実証的な憲法理論に鋭く対立し、国家法人論の「国家先行論」「国家実在

論」に対する対立軸であったということが出来る。先生の自治体中心主義的国家論は国家法人論崩壊後の国家論を構想していたという理解も可能となる。先生にとって、憲法は設計図であり、それも未完の不完全なものである。したがって、継続的に「整憲」すべきものであった⁽⁸⁾。

すでに述べたように、松下先生の規範構想論は、国家法人論に代わるものとして「市民自治の憲法理論」を展開するものであった。社会の現実と共に変わっていく動態的憲法観、これに基づく「市民自治の原則」、こうした理論的基盤の考察がなければ、松下憲法学の理解は到底困難である。

(3) 松下理論及びスメント理論の哲学的背景

紙幅の関係で触れることはできないが、先生の理論には、現象学や哲学的解釈学に通ずる論点も検討されている。「生活経験と基本概念」という項では「経験」概念を観照しているし、価値意識論や体験論、マンハイムの「経験拘束性」などの指摘もある⁽⁹⁾。むろん先生の方法論は研究者の態度の問題であり、そこに統一的な方法論を樹立する意図はなかったと思う。しかし、「事実の構造」や「歴史的被拘束性」などは、経験分析や社会分析を整理する方法としては大きな意味を持つ。

じつは、スメントは条文主義を基盤とする法実証主義を厳しく批判し、「精神科学的方法」の立場から哲学的解釈論の通路を通して「統合理論」を組み立てた。精神科学的方法では、抽象的な人間像や数学的な社会像の叙述を最も嫌う。考察されるべきは常に具体的で生きた人間像であり、生きた社会の運動、生きた社会現象でなければならない。社会的基盤を基礎にした生きた国家の形成プロセスこそがその基礎にある⁽¹⁰⁾。

先生の主張は「憲法を生きる」人間のための憲法論、国家論であった。同型論の根拠はこうしたところにもある。松下先生は研究者の生活経験、市民の体験を重視し、市民の憲法イメージ、法制度への関わり方、官僚制によって支えられている日本の諸制度や自治体行政の「実感」に基づく批判的理論を展開し、現行の日本の法制度を支える国家法人論や国家先行論を批判し、戦前戦後を連続させた公法学の改革を迫った。松下先生は、決して政治的アジテータではない。その行間や思索の堆積の上に構築さ

(8) 松下圭一『政治・行政の考え方』岩波新書 1998年 37頁

(9) 松下・前掲『政治・行政の考え方』 205頁以下

(10) 高橋信行『統合と国家』有斐閣 2012年 229頁以下

れたパースペクティブを持った理論なのである⁽¹¹⁾。

5 機構信託論

松下理論は、ロック理論をベースに、市民は、社会契約によって「市民社会」を形成し、その道具として「政府」をつくったという思想を唱えた。市民自治から発する分節型政治システムと、基本的人権を核とした国民の政府への機構信託を構想することによって、憲法学と政治学の結合を提唱したわけである。この理論の重点は、社会契約による「市民社会」の形成及び「信託」に基づく政府形成にある。そのうえで、市民自治による「機構信託」は、自治体議会・（地方）政府、中央議会・（中央）政府及び裁判所に及ぶことになる。機構信託論は手段であり、目的は基本的人権の尊重及びシビル・ミニマムの保障というところにあるとした。

先生の構想では、戦後の憲法状況、社会状況は第一段階がすでに定着実現し、60年代、70年代に「新たな市民」「自治体の発見」が行われた。こうして日本社会の状況、憲法状況の変化は第二段階に入り、それに応じて憲法理論の変化が求められる。市民自治を起点として、①「分節型自治体」②「シビル・ミニマム」の実現が課題になってきたという。①は国家有機体説ではなく、自治体に一定程度の独立性・自主性を認め、その補完を都道府県や国によって行うという、ボトムアップ型の国家「形成」の理論である。従来の分権論は、国家先行論に基づいて、国家の権限を分権していくというアップダウン・下降式であった。松下理論は、後者の発想を逆転するわけである。シビル・ミニマム論は、戦後の第一段階において生存権保障、生活保護制度などによって、社会保障制度はある程度整備され、第二段階のシビル・ミニマムの確保が課題となる。このように日本社会の状況、憲法状況は明らかに第二段階に入っており、それだけに憲法理論・行政法理論などの公法学の根幹的な転換が行われ、法制大改革も実現されなければならないとする。

しかし、こうした立論は、社会状況に応じて、憲法を捉えなおし、現実から規範状況を変換させようとするもので、到底、規範主義・法実証主義に立つ学界の通説・判例の立場

(11) 学問というのは、理解を得るのに20年、30年はざらにかかる。奇妙にも先生は学問的パラダイム・シフトが30年おきに起こると予言されている（松下・前掲『政治・行政の考え方』211頁）。本書は永らく、アジビラのように扱われ、不遇をかこってきた。しかし、そうした雪霜に耐える力を持っていた。そうでなければ、現代の最先端の理論と通底するはずがないと思う。

からは受け入れられるものではない。日本国憲法は最高法規であって、硬性憲法であり、日常的革命論や動態的憲法論は通説とは全く異質の憲法理論であり、検討の対象とすらならなかった。これが学界の素直な反応であった。松下理論を肯定できるのは、スメントないしスメント的な発想しかないのではないかと筆者は理解したが、当時はスメント研究も成熟しておらず、かえって国民・市民の「国家への無関心」に警鐘を鳴らし、その主体的な参加を呼び掛ける主張は、ナチへの賛美という危険な道であるという理解が有力に主張されていた。そして、ナショナリズムを高揚する理論であるという警戒感が強かった⁽¹²⁾。しかし、近時のスメント理解は、開かれた憲法過程、国家意思形成過程の動態性や公共性の構築が規範的実証主義への批判として重要な意義を持っていると理解されるようになった。大衆社会の到来、議会などの国家機関の役割、多様性への目配りというヘーベルレに連なる統合理論の積極面が評価されるようになったわけである⁽¹³⁾。スメントは国家という団体による公共性の独占を批判し、公共性とは「公開」を意味し、市民・国民が開かれたプロセスに参加することを意味するとしていた⁽¹⁴⁾。

以上のような文脈からすると、スメントよりケルゼンに代表される規範主義、その下での震が関の俗流法実証主義の立場に立つ公法理論からすれば、松下理論は相手とするにたりない全く異端の学説であった。こうした評価から、松下理論への評価は「市民運動鼓舞論」が主流となる⁽¹⁵⁾。

当然のことながら、憲法学や行政法学の解釈論に通曉しない市民、自治体の職員は、先生の思いとは別に、当時流行語であった「市民自治」や憲法前文に書かれている「信託論」＝自治体＝地方政府論、自治体の自己決定権などを拾い読みし、これによって、市民主権が基礎づけられたものとして使用した。これに対し、公法学の通説は、松下理論は市民運動のためのイデオロギーであり、憲法学や行政法学と接点を持たない政治運動の旗振り役でしかない、と突き放していた。多くの研究者もまたそのような受け止め方であったに違いない。

しかし、規範実証主義批判は極めてアカデミックな、公法学の基本に関わる深刻な問題であったはずである。こうした重要な論点を無視して、市民運動鼓舞論という評価をした

(12) 栗城壽夫『ドイツ憲法理論史概説』小林孝輔編『ドイツの公法理論』一粒社 1992年 182頁

(13) 高橋信行『統合と国家』有斐閣 2012年 262頁以下

(14) 先生は憲法変遷論については、論じていない。

(15) 西尾勝『自治・分権再考』ぎょうせい 2014年 16頁。教授の議論は、EUの市民権や重層的な主権論などを全く視野の外に置いているが発言の影響は大きい。

者は先生の課題提起の意味すら無視したことになる。しかもこの叙述は初めの5頁目に記されていた。

6 松下理論における規範的「市民像」と市民主権

松下先生の理論によれば、「市民」とは、自由・平等という共和感覚を持った自発的人間型、したがって市民自治を可能とするような政治の主人公であり、「徳性」を備えた人間型をいう。これは古代のポリス、マキャベリ、モンテスキュー、ルソーにおける市民の「徳性」を持った人間像に連なるものである。他方、このような市民型人間像は現実に存在しない理想概念であるとの批判が予想されるが、この市民像は理想概念ではなく規範概念であり、憲法もこの市民的人間型を前提として成立する。それゆえ、この市民概念は戦後の工業化と民主主義の成熟、政治文化的変容によって教養と余暇を持つ市民が大量醸成されてきていることを前提にする。そのうえで、人間型の転換という歴史的現実を透視して形成されるものであるとする。

(1) ロックにおける「市民」

松下理論は、市民自治、市民主権を提唱する。ここでいう「市民」はどのように捉えられているか。重要なコンセプトでもあるので、ここで論じたい。啓蒙期、市民革命当時に前提されていた「市民」は、①「徳性」を持った人間、②政治文化的変容を根拠にする人間像である。松下先生の理論は、ジョン・ロックの解釈をベースにしており、本書の「市民社会論」「信託」理論でもそれを明確にしている。

ここで、ジョン・ロックやその他の政治哲学が説く人間像の詳細な分析を行うことは、私の能力を超えているが、若干の感想だけを指摘しておく。気になったところは、ロックの人間論が著しく「理性」を強調していることや宗教的背景を持っている人間を指していることである。「徳性」という用語は、理性によって発見されるべき道徳心や政治的判断能力を指す。

したがって、ここでいう市民像は、「共和制」を目的とした人間像であるが、このような「徳性」を持った市民という前提は、当時の現実でも、現在の住民でもなかなか見出すことは難しい。選挙を見ても、市民参加、住民投票の実態を見ても、とても

「徳性」や政治道徳を持った市民を見ることはできない⁽¹⁶⁾。

しかし、先生はあくまで「規範的人間像としての市民」を主張する。このコンセプトは、実定公法学者には二つの観点を想起させる。まず、実定憲法を含む実定法に規定された、あるいは裁判所によって認定されたという意味での規範の根拠を示す人間像である。法解釈論に連なる理解で、「事実と規範」の問題をクリアし、法解釈論の前提となる概念である。人格権や財産権の主体となる人間像である。いまひとつは、政治学や社会学などで使われる「規範理論」の系列で、あるべき姿、あるべき形態、対応などを示す政治的・社会的批判基準として主張される理論である。先生の主張は後者に属するが、問題はこれでは「市民自治の憲法理論」は理想論か批判論でしかなくなることである。たしかに「自然権」や「自然法」は規範概念であるとの主張もある⁽¹⁷⁾。しかし、これによって実定法的方法二元論を超克しているということは難しい。つまり、このような「規範理論」それだけでは批判基準ではありえても、法解釈論の前提となる「法源」性がなく、積極的な実定法的市民の根拠と解釈することは

(16) この課題を前提にした田中孝男教授の人間像分析は、法哲学、公法学、民法学、憲法学、社会保障法学などの広範な領域を整理したものであり、人間像の包括的研究として重要な研究論文である（田中孝男「政策法務における主体像」鈴木庸夫古希記念『自治体政策法務の理論と課題別実践』第一法規 2017年所収 35頁以下）。私はパターンリズムを全面的に否定するものではないが、形式的な「自立と依存」という社会構造が「行政依存人」（遠藤博也教授の主張。田中同論文40頁）を生み出しているという点には賛同したい。そうであれば、真に「自立」できるような制度構想が必要である。既存の学校や病院（制度）に依存せざるを得ない「（行政）依存人」をどう自立させるか。理性で勝負のつくものではないし、宗教的教養についても一度再検討する必要がある。ロックの人間像には宗教的基盤もある。

(17) 大塚・前掲 81頁以下

難しい⁽¹⁸⁾。

前述のメント理論もそうではないかという指摘もあるかもしれない。しかし、メント・シューレの理論は政治的・社会的批判基準として提唱されたものではなく、実定憲法が前提であり、解釈論であった。

(2) 規範的概念としての「市民」

したがって、一般的には先生の「規範的概念としての市民」は批判基準としての概念であると理解される。しかし、先生は本書の「はしがき」から一貫して「規範概念としての市民」が、憲法に刻印されており、この形象こそが理論の出発点になるとしていた。これを再解釈すると、先生の心象に前提されていた「市民」は現実のものではなく、理想として語られるものでもない。そうではなく、憲法の観点（あるいは前憲法的に、社会の変遷に基づいて）から「構成」される、あるいは「構成」された「市民」であった。先生の憲法観は前述のように動態的憲法観にあり、日々、市民によって構成されていくものである。と同時に構成された憲法から新たな「市民」も再構成されることになる。「規範的市民像」というコンセプトは、国民主権の日常的発動（市民自治・参加）によって新たな憲法が生成され、生成された憲法によって、「市民」が再「構成」される。こうした解釈学的循環によって、憲法が動的に変化し、前提となる市民像も変化していくことになる。また、この文脈ならば憲法の法原

(18) 新カント派のうちバーデン学派の代表格であるリッケルトは、認識というものは客観的な「模写」ではなく、認識もまた「構成」されたものであり、一定の立脚点から重要なものとそうでないものとの「選択」の結果であるという。ここでは、認識と判断は方法的に包括されることになる。学問分野によって、「構成方法」が異なるという主張も可能であるし、規範や価値とは何かということも突き詰める必要がある。事実とは経験事実であり、当為は価値判断であるという単純なものではないことも、今少し見直されてよいように思う。参照リッケルト『文化科学と自然科学』 岩波文庫 1970年

日本には別の潮流もあった。先生の最大の論敵であった美濃部達吉も戦後「現実と規範」について、「法は必ずしも国家と連関するものではない」（美濃部達吉『法の本質』日本評論社 1989年第16刷 24頁）「法は其の法の行わるる社会の人々の一般心理と無関係に法としての効力をもつものではない」（美濃部・前掲98頁）として、社会心理や社会的現実と何ら接点を持たない法律学は意味がないとケルゼンを強烈に批判していた。美濃部達吉は、法を支えるものは国民の「社会心理学的事実」であるとしていた。後に述べる先生の憲法イメージ論などにも連なるこうした社会心理論は、両巨頭が期せずして、事実と規範の峻別論批判において通底していたこと、また二人とも戦後の俗流法実証主義（霞が関法学）批判を共有していたことも確かであった。

理として、「規範的市民」が登場することに矛盾はない。

上述した「規範理論」という用語の二分法は、以上のような解釈学的循環によって打破される。このあたりはスメント理論のほうがわかりやすい。彼は国家は社会的現実
に基礎を置くもので、現実の国家行動の過程、行政法学的に言えば、行政過程への
参加が前提されている市民を規範的市民と呼び（スメントは精神的・社会的現実態に
参与する個人としている）⁽¹⁹⁾、他方で、この概念を嚮導概念とし、立法や行政活動を
批判し、かつ活動をリードするものとして使った⁽²⁰⁾。このスメント理論の採用によ
って規範的概念としての市民が政治学的規範論と法解釈論的規範論の両性具有的な
コンセプトとなる。

例えば、公害防止協定を取り上げると、公害によって被害を受けた市民がいる。こ
の市民は憲法上は規範的存在として、生命、身体、財産を守られるべき存在である。
しかし、問題はこの先にある。被害者が集まって被害者団体を結成し、自治体や工場
等に働きかけをし、ルールとして公害防止協定ができる。これがまた全国に広まり、
国会を巻き込んで、公害立法となる。公害立法は憲法25条や13条に根拠づけられ、憲
法状況、憲法理論も変わる。こうして被害者住民は単なる被統治者から主体性を持
った市民となる。これによって市民が規範的存在であることを超えて、開かれた議会
や過程としての憲法に関わり行政過程、立法過程も動的に変化していくのである。こ
れに対し、規範主義や法実証主義では、こうした過程はすべて政治裁量の問題でし
かなく、憲法やその具体化である行政法規、条例、公害防止協定は、市民と無関係な
法的措置ではない。

(3) 市民革命論

「規範的意味での市民」と並行して使用されている「市民革命」も後述のように、
憲法と民主政治を担うべき前提と位置づけられた市民、再構成された市民像を前提と
する。その意味では先生のいう「革命」は古典的伝統的な意味（権力奪取・主権の担
い手の交替）での「革命」ではなかったことになる。松下理論は動態的憲法観に立つ
ものであり、また市民も憲法によって再構成された循環を前提に政策を決めるべき
であるとする。そうすると松下理論は「開かれた過程」を重視する「統合理論」と同型

(19) 西浦・前掲133頁

(20) 嚮導概念については、「進むべき方向」と解している。
高橋・前掲（注19）4頁

の理論ということになる。

松下憲法理論を単なる市民運動を鼓舞する理論という理解は明らかに間違いである。「市民自治の憲法理論」は市民によって日々憲法が生成され、国家や自治体も日常的に変わっていく過程であった。先生はつとに「社会教育の終焉」を主張されていたが、スメント解釈学者の一部に相通ずるものがあり、この論者によると「憲法学は教育学である」という重要な指摘がある⁽²¹⁾。

(4) スメントの「使命」論に対する批判

ここで今一度スメントに戻ってみると、彼の国民像は、国家へと統合されて初めて有意味な国民となる。国家と関わらない国民から「国家に倫理的に義務付けられた国民」の転換をもたらすものであり、それが国民としての「使命」だとする。統合理論は、国民共同体において果たすべき歴史的課題であった。市民が持つ自己の歴史的使命こそ統合理論の基礎にある「市民」「市民像」であった。

松下先生はここで、日本社会のパラダイム転換によって市民運動の主体たる「市民」を理論の中核に据えていたが、スメントのように「使命」を持つ市民として構想されていたかは明らかではない。しかし、スメントのこうした「使命」を担う国民・市民という発想が全体主義と容易に結合するという批判がなされ、後に続くスメント・シューレ、特にヘーベルレなどでは、「統合」や「使命」も基本権や人間の尊厳を実現するプロセスとして理解すべきであって、人権などの歯止めのない「統合」については大きな転換、反省の上に立った法理論が展開されている⁽²²⁾。

(21) 三宅雄彦「ルドルフ・スメント憲法学説の再構成」早稲田大学学位申請論文概要書 2004年9月10日 <http://hdl.handle.net/2065/49647> ; 20201209閲覧

(22) 倫理とか宗教というと、日本の公法学者は即時に拒否反応を示すが、ルソーの「市民宗教」を前面に論ずることは少ない。現代の市民宗教を標榜する社会学者のロバート・ベラーは、人権や民主主義などの価値観の共有は、「市民宗教」への信仰とも呼ぶべきものであるとする。道徳や思想・価値観などが憲法やその他の法律に規定されることもあることを考えれば、国民・市民の共通の規範が「宗教」であるという理解も成り立つ。島菌・奥村編『宗教とグローバル市民社会』ロバート・ベラーとの対話 岩波書店 2014年所収の各論文

7 行政法学における戦前理論継承批判

(1) 行政法学の危機

先生は、既存の国家主権論を前提とする行政法学も危機的状況にあったという。というのも、公法学・行政法学は戦前の理論をそのまま戦後も引き継いでいたからである。

行政法学「理論」が戦後も引き継がれたというのは、君主権論などの憲法論の引継ぎではなく、「憲法は変われど、行政法は存続する」というオットーマイヤーのテーゼの一つを意味している。具体的には、国家主権が前提にされ、全ての公権力は、この国家主権の発露として展開されるという理論である。公権力の行使たる命令などの行政処分は、国家主権に基礎づけられた。ここに国家法人論が大きな影を落としているのだが、この点については後述することにして、ともかく、公権力は国家主権に由来するという思想がここで定着し、現在でもこの理論が引き継がれている。したがって、国家主権＝公権力という図式は、明治期を乗り越えて今日でもなお命脈を保っている理論なのである。松下先生は、戦後行政法学は戦前の理論をなお引継いで、その危機状況を理解していないと警鐘し、それが〈市民〉の挑戦を受け、さらに公害反対運動などによって揺さぶられているという。

また、この国家主権を標榜する理論は、中央集権的な生産力拡大至上主義を支えてきた（国家改造論など）という。都市計画法、強権的な土地収用法などは国の公権力に基づくもので、国土の主権的計画を明らかにする都市計画法の制定、公権力を土台とする公用収用権などが大々的に行使され、それらが市民の抵抗にあっていた。

先に述べたように、松下理論の背景にあるのは、工業化に伴う農村型社会から都市型社会への文明史的転換、特に公害、都市問題の激化、都市化に伴う市民の成熟、都市問題をめぐる政策決定手続の分権化、計画化の増大であった。そして、これらの事象が行政法学の前提となっていた集権構造、官僚制の内堀を崩しつつあるという指摘がなされていた。先生は国民を私人と位置づけ、この市民に命令を行う「行政行為」過程のブラックボックス的仕組み、命令から切り離された自治体独自の政策の欠如を批判し、このような閉鎖系システムを市民自治・市民参加ルートなどの開放系システムに手直しする視点を強く主張していた。行政過程の透明性原則、公正手続の保障論、情報公開法制の提唱など、今日的視野から見ても極めて民主的で質の高い議論であり、

まさに先駆的な論点であった。

また先生は次のような指摘をしていた。

「日本の理論において現行法制依存の解釈が主流を占め、現行法制の立法論がほとんど成立していないという実態を想起するならば、立法理論の基礎理論となる理論の……現行条文依存を脱却した憲法理論の自立……その理論構成の再編が必要なのである。（本書 はしがきviii）」

（２） 行政法学の政策志向

松下理論ではまず自治体や国の法規解釈中心主義と立法理論の欠如を強調する。繰り返しになるが、この背景には公害反対運動や住民運動などの社会的な大変革を認識せずに、社会の変貌に対応できない現行法解釈論と立法理論の欠如を拒否していた当時の行政法学への警鐘があった。また、この時代の憲法学・行政法学・政治学批判を展開したものであった。たしかに法の解釈というものは、「社会変化」に対応できるものでなければならないし、立法論も社会環境の変わりように応答すべきである。ただ解釈論を前提にした対応には立法によらない裁判官による一般的法原理を下地にしているの、その歩みは遅い。

講和条約を経て独立を果たし、安定した時期。公法学界ではそもそも主権とは何であるかという論争がようやく始まり、これが席捲していくという時代でもあった。これが時代的制約でもあり、国家主権を相対化するという先生の議論はまさに奇異の目で見られた。裏を返せば、先生の先進性を現していることになる。

また当時の行政法解釈論は内閣法制局や保守的な最高裁判例に追従的な解釈論が中心を占めていたし（行政過程論といった規範構想がなかったわけではなかったが）、実務の大半もそうであった。これに対し、松下理論は法学理論が社会環境、社会の変化に対応していないことへのいら立ちを示していた。シビル・ミニマムや環境論の指摘、市民主体の改革など、現代ならば、社会の構造変化として議論されるべき解釈論や立法政策論が展開できるような素地がまだまだなかったといえる。

ところで、目を現代の憲法学・行政法学に向けると、法律学が現行法解釈を主たる仕事とするという点は続くが、他方で、現代法学の政策理論化がしだいに主流となり、政策法学や政策法務、「制度設計学としての行政法理論」の主張が強くなっている。特に既成の行政法理論に懐疑的な研究者たちは、解釈学にとどまる学界の傾向を「相対化」し、その範囲を立法学・政策法学・政策法務に拡張すべきだということを提唱

している⁽²³⁾。行政法理論の既存の解釈学をより客観化することは、新たな規範構想をもって行政法学を再構築するとともに、それを質的に転換しようとの試みでもある。このように見てくると、松下先生が時代を読み込み、諸課題を解決すべき規範構想に向かうべきだとする主張はやはり先進性を持っていた。

(すずき つねお 千葉大学名誉教授・弁護士)

キーワード：松下憲法理論／統合理論／国家創設論／規範的市民像

(23) 阿部泰隆教授『行政法再入門（上）』信山社 2015年 ほか、大橋洋一教授らの精力的取組参照。差し当たり、大橋洋一編『政策実施』ミネルヴァ書房 2010年 の所収論文など