

# 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（下） — 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、前号)
- 8 松下憲法学における主権論 (以下、本号)
- 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

## 8 松下憲法学における主権論

### (1) 通説（国民主権論）批判

先生は次のように述べる。

市民の主権は、「国民主権（市民自治）」に基づいて、日常的に批判と参画をめぐって『発動』されなければならない。それが国民レベル・自治体レベルにわたる市民による憲法構造の変革の意義にほかならない。市民が、憲法構造の改革の主体であることは、まさに憲法制定権力の日常的発動ということができる。これが国民主権の〈市民主権〉化という視角である。こうして「市民主権」は必然的に上昇型・ボトムアップ型の分節構造を持たなければならない。この国民主権の分節化は、国民主権の日常的活性化であり、その場でもある。

公法学界では長く、国民主権は、憲法制定権力として位置づけるが、憲法が制定された後は、国民は被統治者に位置づけられ、選挙権行使のみが認められるという制度に転化すると解してきた。革命権力としての憲法制定権力はこうして「凍結」され「消滅する」。国民主権論はこのような道筋で国家主権に置き換えられる。

さて、松下先生の主張を検討する前に、なぜ公法学がこのような理解をしてきたかを見ると、主権・憲法制定権力は、君主主権から国民主権への転換のように、常に「実力による権力奪取」が念頭に置かれてきた。革命というのは、被統治者が統治者を倒し、国家権力を掌握することを指すものであり、公法学ではこれが通説であるといつてよい。C・シュミットは、憲法は憲法制定権力である「実力」ないし権威的意思によって決められるとし、法外の実力を法に転換する憲法制定権力は、「例外状況について決定を下すもの」がその保持者であるとした。これが暗転すれば独裁者の正当化ともなる。主権論では、従前から①国家の始原的統治権②国内の最高独立性、対外的独立性③国政についての最高決定権の三点が論じられてきた。全て国家主権論を前提にしたものである。

### (2) 市民主権論

松下先生はこのような学界の態度を批判しながら、独特の「市民主権」論を説く。その理論の中核は、先に述べたように市民主権の日常的活性化である。他方、先生からすると国民主権か人民主権かという学界における主権論争は、国家の主権の担い手

をめぐる論争でしかなく、中央政府对地方政府という視点を欠いた国家主権論でしかなかった。

このような先生の主権論は国家主権でもなく、従来の憲法学でいう国民主権論や人民主権論でもない。先生の主権論の特徴はまず分節型主権論にある。つまり、主権が国民にある以上、個々の国民は国家の統治の主体であるが、ここでの主体は自治体を基礎とした主権・主体論である。主権の日常化は、主として分節的自治体政府の自治体改革に向かい、都道府県、国の補完型政府構想が基になっている。そのことによって、国家主義的・シュミットの危険がまことに手際よく回避されていた。

先生の主権論は分節型政府を前提としたものであり、主権の日常的活動も自治体を前提にしていた。その意味では、学界の議論のレベルと相当の違いがあった。つまり、国家統治の主体論なのか、自治体統治の主体論なのかここで課題とされていた。他方、自治体主権であっても、そこでいう主権の意味、無造作に使われている憲法制定権力という概念など、誤解を招きやすい用語やコンセプトが多用されている。したがって、主権という用語の由来や政治的社会的意味合いを当然御存じの先生が、無造作にこれらの用語を使用したことは、やはり説明不足の感は免れない。

だが、こうした弱点を棚上げにして、先生の理論を検討すると、主権論の構成は、伝統的な主権論の桎梏、呪縛からの解放という意味を持たなければならないという深層の思索があった。この思索というのは、戦後、主権の存在、つまり天皇主権か国民主権か、という戦後主権論の第一段階はすでに決着がついていること、従って、第二段階では国家先行論に代わる論争であるべきところ、学界はなお、国民主権か、人民主権かという同型の論争を繰り返していることを批判したいというものである。憲法社会の第二段階では分権型主権構想が不可欠となり、分節型主権をどう構築するかが課題となる。そのために主権の日常的活性化という構想が提示される。これが松下理論にいう主権論であった。

主権論は、現代においてこそ、その「相対化」の観点から議論がなされているが、当時はまだそのような時期ではなかった。後に述べるが、少なくとも現代の主権論は松下理論の正当化の方向に大きく舵を切っている。このことについては、後に見ることにしよう。

## 9 官治型憲法理論

### (1) 国家法人論批判

松下憲法理論は美濃部達吉をはじめとする「国家法人論」（官治型憲法学の基礎理論）を集中攻撃したものであり、この批判は松下先生の理論の中核的論点といってよい。戦後公法学の思考の根本に関わる争点であり、公法私法の区別、主観（法）と客観（法）の区別をどのように考えるか、という今日でも議論され続けている公法理論の重要問題でもある。

松下先生は大要、以下のように批判する。

国家法人説によって、国民主権論の担い手である国民・市民は、客体化され、その主体性を奪われる。その結果、国民の地位は、国家主体の内部の地位しか持たなくなる。国家が主体となり、国民は国家内部の機関となる。そうすると、国家法人説は、国民からその主体性を奪い、国民主権の本来の在り方、国民主権の日常的活性化の契機を失わせてしまう理論に成り下がる。先生はこの理論に接して愕然とせざるを得ないと嘆息している。そして、国家法人説を基礎にした公法学の理論こそが官治型憲法学であるとし、戦前から通説的であった美濃部達吉らの国家法人論を批判する。

### (2) 国家法人論の形成

国家法人説は、ドイツのプロイセン法学に端を発するもので、その理論は多様であるが、ゲルバー、ラーバントらの主張がまず先駆的な役割を果たし、その後、ゲオルグ・イエリネックが基本的骨格を維持したうえ、公法私法の区分、公権論を展開した。これが日本に輸入された理論である。

この説を簡単に要約すると、君主を含め、あらゆる人民によって国家という団体が形成される。そうすると、その団体は法人格を有し、その構成員は国家団体の内部「機関」となる。国民も国家機関としてその任務を担う役割・地位を有するに過ぎないことになる。松下先生は、国民主権の下、国民が主体性を持つべき国民であるのに対し、国民を客体化する国家法人論こそ廃棄されるべき理論であるとするという、まことに鋭い批判を浴びせた。しかしこうした批判を一貫させることは実は容易ではなかった。

というのも、わが国では後述のように、国家論が不在で、国家法人説だけが唯一の

国家論であったからである。これは現在も変わらない。公権力の担い手が国家組織であって、ここに国家による公益独占が認められ、個別行政法が特に認めた私人の権利利益のみがその侵害を主張できるという「公権論」が現代の行政法理論の通説でもあり、戦後一貫して維持されてきた理論である。国家は行政法規を定め、一定程度国民の権利を認め、国民は国家という法人と対峙する私人として法律関係の当事者となり、公法的課題が登場することになる。この点は、揺らぎはあるものの現代でも変わりはない。

ゲルバーは、もともと私法学者であるから、私法学によって国家という現象を説明しようと苦心していた。これを受け継いだラーバントもこの線上に精密な理論を展開していた。この法実証主義的理論によると、大要以下のように整理される。

- ① 国家は法的人格を持ち、国家権力・支配権力を有する（国家人格論）。
- ② 国民は国家権力の主体たることは否定される（国家と国民の分離）。
- ③ 国家は統一体、単一体として完結している（国民は国家権力の客体）。
- ④ 国家の本質は一方的命令・強制にある（国民による協同的参加の否定）。
- ⑤ 国家は自由な意思によって、法秩序全体を作成する（法秩序の主体）。

以上である。このようにして、国民は国家から完全に分離され、国家権力と対抗する「公法上の法律関係」として把握される<sup>(24)</sup>。

大雑把であるが、国家法人論はこうした法実証主義あるいは概念法学によって、民法学の応用を図り、法律関係論を展開し、国家と国民にまつわる夾雑物を排除していった。国家法人説は民法学から借用した法律関係論を、国家と国民との関係に置き換えたのである。国家と国民はこうして法律学の対象となった。

今少し詳しく民法との対比をいえば、民法上の法人には、その内部に社長や理事がおり、課題を審議する役員会・理事会などが存在し、法人の意思決定を行う。社員や株主も機関の構成員としてこれらの機関の決定に従わなければならない（法人の権力）。これを国家という法人にあてはめると、政府の機関決定は（公）権力として捉えられ、国民は機関となり、例外的に国法が認めた者だけが国家に対抗できる私人となる。ここに国家と私人という法律関係が生成されることになる。これが日本の公法学・行政法理論の基礎理論である。

---

(24) 以上については、栗城壽夫「ゲルバーとラーバント」栗城編『ドイツ公法の理論』一粒社1992年 54頁以下

それはともかく、公権論は戦後の公法学の主要テーマとしてあり続け、公法私法の区別、主観的法（私人の権利を与える授権規範）と客観的法（行政上の公益規範）との区別として議論をリードしてきた。公法は国家の法人としての意思力・意欲・公権力の意思＝公権力に関する法理論とされてきたのである。

G・イェリネックの国民の地位に即していえば、国家が特に国民の権利・主体的意思を認めたものが主観法（私人の権利）であり、国家が国民の義務や機関としての地位を認めるのが客観法（義務及び機関としての国民）である。

今日でも行政事件訴訟法によって選挙訴訟は客観訴訟と規定されている。これは国民の権利ではなく「機関としての国民」に関する訴訟であるからである。国・自治体間の争いも機関訴訟であるとされている。これは国家の内部の機関間の争いであるからである。そして機関訴訟や客観訴訟は特別の法律上の根拠がなければならぬとされている。国家法人の内部の特例であるからである。わが国の行政事件訴訟法は現在でもそのように規定されている。

他方、美濃部理論のような公法私法の区別に関する一般理論は70年代の行政法学によって否定されることとなったが、根本においては国家法人論をまだ抜け出していない。

### （3） 阪本昌成教授の国制論

ところで、近時、憲法学で異彩を放っている阪本昌成教授の「国制論」がある<sup>(25)</sup>。教授によると、通説・多数説は、国家法人説が国民主権原理とは相いれないとし、人権保障の思想からもおかしいとして国家法人論を否定的に解する立場が多い。しかし、そのうえで多くの学説は、国家は「政治的共同体」であり、国民は選挙人団として国家の機関となるとしている。これでは国家法人説を否定しながら、結局、国家法人説に絡めとられていることになる。教授によれば、そもそも国家というものは実体化してはならないのであって、あるべき国家の基本構造とその作用を一定枠に閉じ込めるのがConstitutionとかドイツのVerfassungというルールであり、「設計図」である。したがって、憲法は本来「国制」と訳すべきであったとする。辞書によれば、「国制」とは国の仕組みや成り立ち、一定の政治原理に基づく国家秩序、国の制度とされている。一定の政治原理に基づく国家秩序という意味で「国制」＝「憲法」秩序であると

---

(25) 阪本昌成『憲法 I 国制クラシック』全訂第三版 有信堂 2011年 49頁

いう理解は、異色であるがわかりやすい。国家は実在する、実体的なものではなく、また憲法はその見取り図であるというのが阪本理論である。この理論は、松下先生が国家法人論に呪縛されてそこから抜け出せないでいる憲法学を批判しながら、憲法は設計図であり、それも大綱的なものであるから、不完全なものであること、したがって、その欠缺を埋めるために憲法解釈の過程が必要であり、憲法が明確化されていくものであるとしていた点と通底する<sup>(26)</sup>。またこの過程にこそ国家の本質であるというスメント理論との同型性もある。松下理論は、こうした憲法の規範構想論が不在であることを「公法学の自立」がないと指摘していた。ここにも、後述のようにConstitution後に論じられるべき「憲法なき国家」という重要問題が伏在していた。

#### (4) デュギーとオーリュウ

他方、国家法人論は、ドイツで登場した当時から、フランスのデュギーやオーリュウなどによっても批判されていた。彼らによれば、国家法人論の特徴は、国家の内外の状況、哲学理論、歴史、社会的事実などは夾雑物として法律関係から排除し、各個別行政法規で私的利益を認められたものだけが、法律関係の当事者となることができるとすることにある。この際、法的利益が認められる基準は、個別行政法のほか、先例等の具体的素材及び信頼原則や平等原則など一般の原理を含む規範だけである。そして、その帰結が法的三段論法によって導かれる。注意すべきは、ルールが客観的なルールのみ「純化」されることである（憲法上保障された人権などを除き、社会的不利益などは個別行政法規で承認されない限り無視される。グレーゾーンに当たる私人の利益は公益に吸収される。）。これが法実証主義的国家法人論である。法人としての国家の意思は民法理論と同様、国家の意思であり、法律関係に還元されて国家の意思＝公権力の行使となる。法律関係に還元しえない事柄は法律学の外に廃棄されなければならない<sup>(27)</sup>。このようにデュギーやオーリュウは国家法人説を見事に批判的に整理していた。彼らの理論的展開は後で述べるが、この夾雑物こそ意味があるという指摘は重要である。

いずれにせよ、このようにして、国家法人説によって国家と国民の関係は断ち切れ、法律関係へと再還元され、国家（行政）と国民の関係をいかに解釈すべきかとい

(26) 松下圭一『政治・行政の考え方』岩波新書 1998年 37頁

(27) 長谷部恭男「モーリス・オーリュウ国家論序説」早稲田大学法務研究論叢第15号 2016年 60頁

う公法学が生成されることになる<sup>(28)</sup>。国家法人論は、まことに頑健な理論であり、今日でも憲法学や行政法学の基礎となる取り扱いにくいドグマである。

ところが、松下理論は、公法学から「排除されるべき」政治状況や歴史的事実を基礎にした公法再編論を持ち出す。そこで特殊な奇異な理論とされてしまう。松下理論も規範理論と主張するが、前述したように、先生の規範理論の意味は、政治理論における規範論（あるいは憲法に刻印された規範論）であって、このあたりの用語の齟齬が政治運動論としてしか受け止められなかった理由にもなっている。

以上の松下理論に関連して、デュギーの主張について、少々言及しておきたい。デュギーによれば、国家法人論は、社会の実態に合わない、非実証的な観念論にすぎない。個人や国民を超越する国家を根拠もなく樹立し、その国家に法人格を与え、無限の意思決定権限を与えるという「形而上学的国家論」であり、つまりフィクションにすぎない。またイェリネックの有名な自己拘束理論（国家が自ら定めた憲法や法規によって拘束されるという理論）も、国家が自ら課したルールを受け入れて自ら遵守するとされているが、その範囲は自由である。

一方、デュギーは徹底的にカントの影響を受けた実証主義者であるが、重要なのは、個人は個人たるがゆえに尊重されるのではなく、群れをなして生活せざるを得ない人間であり、それが「社会的事実」であるとする。人間が群れ的存在である以上、国家も社会団体も個人も、この事実を直視し、国家は「連帯の発展に寄与すること」に義務づけられるとする。彼はこうして国家こそこうした連帯の原則に強く拘束されると主張した。彼によれば、個々人は単に私的利益に還元されない公共性を持った存在であり、国民の連帯意識、連帯原理を目的とする国家が構想されるべきであるとする<sup>(29)</sup>。

こうしたデュギーの批判も松下理論と接点の多い理論である。松下先生は、国民主権を国家主権に逆転させる国家法人説を攻撃し、市民活動、市民自治、市民立法など、市民主体の「連帯」を築き、育成する理論を提唱していた。市民は決して孤立的なバラバラな存在ではなく、「個人」→「市民」への自覚という文脈で「連帯」が醸成され、活動や運動といった形で展開されていく。デュギーはこの「連帯」を強調するが、スメントは、この連帯が凝縮していく過程・プロセスを重視し、これを「統合過程」といい、国家や政府の本質は、この統合過程にあるとしていた。

---

(28) 長谷部・前掲 60頁

(29) 西平等「L. デュギー法理論の国際法的学説上の位置づけ」本郷法政紀要 No.6 163頁以下

オーリュウもまた利己的個人主義ではなく、所属団体の「理念」こそ重要であると見、理念の実現こそ構成員の役割としていた。ここでは、国も全社会的な世界から見れば、一つの団体であり、自治体や私的団体も国家法人論のように国家によって包摂されるものでもない。社会の中には国という団体（意識すれば中央政府）、自治体（政府）という団体、会社などの私的な団体などが自立性をもって存在しており、それぞれが社会的役割を担った「理念」によって指導された団体として存在している。このような主張は、松下理論にいう「分節型政府」としての自治体政府論や「社会分権」の自主性・自立性理論と共鳴する面も少なくない。

## 10 松下理論と現在の理論

それでは、松下理論が提起した問題、課題を現代法学（一部現代政治学を含む）ではどのように論じているか。論点の全てを論ずることはできないが、注目すべき議論を見ていこう。

### （1）現代主権論の動向

主権という用語は、消費者主権や地域主権、高校生の主権者教育など種々の分野で使用されるようになって、従前の固い主権論のイメージがなくなりつつある。「主権論の大衆化」が進み、敗戦直後の厳しい主権論も急速に色褪せたものになっている。

しかし、ここで論じるのはこうした俗流の主権論ではなく、伝統的な法的主権論である。注目すべきは、この伝統的で法的意味での主権の「相対化」という方法的議論が登場し、主権論に関する議論が徐々に「相対化」論に組み込まれつつあるということである。松下理論は国家主権を相対化し、市民による主権の日常化を主張していたが、この「相対化」論は、松下先生の先駆的な理論を物語る。ここでは、最近の政治学の成果から読み拾ってみる。

#### ア 制度論レベルの分析

90年代に盛んになる主権論の再考においては、EUやNATOその他の国際機関の多数の登場によって、主権国家の意味は大きく変容し、民主主義と人権が共通規範とされ、従来型の国家主権論にも大きな変更を迫っている（中国に対する近時の国際的批判など参照）。個々の主権国家はもはや最高権力の保持者ではなくなり、

国際的なネットワーク組織を前提とした複層化したレジームの中で機能するしか存在し得なくなっている。主権はもはや排他的制度ではなくなり、近代という「歴史的に特殊な理論」でしかない。主権はもはや国家の排他的所有物ではなくなり、他の公的組織との間で流動化し、複層化するという変化が起こっている。

#### イ 主権の機能論

主権はあらゆる政治過程に先行する至高なものとしては捉えられないし、このことは近代市民革命の政治的紆余曲折をみても明らかである。したがって、重要なことは、歴史的にも、また現在でも主権が具体的にどのような作用として機能しているかを分析することである。主権は国家の一元的な存在を基礎づけるものではなく、また主権と国家が不可分であるということももはや自明ではない。

主権は動的権力として存在し、現実政治のさまざまな状況に登場する。それは「主体を生産する作用」として多元的に現れ、垂直的で中心的（集権的）な権力観のみに出現するわけではない。こうして集権的主権論はその前提が崩れているし、現に崩壊しつつある。重視すべきは、伝統的な一元的な主権論ではなく、むしろ主権権力の分散した現実もしくはその可能性に注目すべきである。また主権は政治における「価値づけ」（民主主義、自由主義、法治主義など）という場に現れ、それぞれの場における「誰がその決定者か」という「多様な主体論」にこそ見出されなければならない。主権はその動的で可変的な性質を持つものであって、もはや変更不能な国家の規範ではなくなったのである<sup>(30)</sup>。

このような現代主権論の展開には正直驚かされた。特に「主権の機能論」は、国家主権論を全く「相対化」し、主権がどのような役割を果たしているかを具体的に分析することを迫っている。主権は動的で可変的であり、グローバルな世界国家における価値づけという場に現れるものであり、そうした「主体化の作用」にこそ焦点を合わせるべきである、という論旨は、松下理論に平仄を合わせたような議論である。

私のように古典的かつ伝統的な主権論を保持してきた者や多くの憲法学者の主権論の内堀を崩し、外堀を埋める理論であり、松下理論の深層を抉り出したものともいえる。中央集権的で一元化された主権こそ国内の最高権力であり、対外的な権

---

(30) 鵜飼健史「『主権者の』についての概念分析」 — J-Stage.[www.jstage.jst.go.jp](http://www.jstage.jst.go.jp) > article > nenpouseijigaku > \_pdf 20210104閲覧

力の自立を支えてきた論拠はすでに「相対化」され、歴史的に「特殊な現象」でしかなかったことが明らかになった。こうした世界的な思潮は、松下理論が追求してやまなかった議論の全てが入っている。

前段の制度論レベルの議論では、国民概念が解体され、「ヨーロッパ市民権」など「市民」という概念が登場する。これも松下理論が普遍的「市民」概念を使用したことと無関係ではない。主権は今や単一的なものではなく、グローバルなネットワーク組織を担う構成員となっている。国内的に見ても、国際人権裁判所やWTOなどの規制が及んでいる。こうした中で、伝統的なボードンの唯一不可分の主権という概念は崩れたとすると、自由と民主主義を原理とする様々な制度構想、今少し進めば規範構想も可能であるということになる。松下理論にいう分節型機構分権も今や規範構想の有力候補として可能となった。

## (2) ヘーベルレの国家論と憲法理論

### ア ヘーベルレ理論

次にドイツ憲法学者として著名なP・ヘーベルレの憲法と国家の理論について見てみよう。彼は現在、スメント・シューレの代表格であり、議論はあるものの、わが国の研究者に重要な影響を与えつつある者である。ヘーベルレの理論をまとめると大要以下のようなになる。

- (a) 憲法と国家の関係からすると、従来の議論は「国家優先」の論理である。
- (b) 歴史的認識としては国家が先行するとしても、憲法的に見ると、憲法によって創設されたものであって、この観点からすると「初めに国家ありき」というわけではない（「憲法中心主義」）。
- (c) 国家は現実から超越した抽象的かつ中立的な存在とはいえない。社会的利害から超越した公益性や絶対性は存在しない。
- (d) 社会は同質なものではなく、多様な理念や利害から構成されており、その多元性を国家に反映させるべきである。
- (e) 主権は法外の実力ではなく、憲法原理である人間の尊厳や正義という限界を持つようになった。
- (f) 主権は歴史的カテゴリーであり、その意味は歴史的に変遷する。
- (g) 憲法の枠内に収められた主権は、日々発動されるものである。
- (h) 憲法は多面的であり、多元主義に基づいて多くの参加者と多元的な手続きを

含んだ開かれたプロセスを規律するものである。

(i) 憲法プロセスは開かれており、成長過程の中にある。

(j) 憲法の解釈には司法解釈と「市民の憲法解釈」が含まれ、多元主義はこうした前提に立つ。

#### イ 松下理論との共通性

松下先生がヘーベルレの理論を見たらどのような感想を持つであろうか。ここでは国家法人説という国家優先論は、見事に打ち砕かれているし、現実から規範を導くという新カント派的批判もまた成り立たない。「事実」は開かれた憲法という眼鏡を通して照射された「現実」となるからである。つまり憲法社会の事実は、憲法というレンズを通して「憲法的現実」が構成される。先生の主張した「パラダイムの転換」は憲法を目を通した「現実」であった。市民概念が憲法に刻印されたものであるという意味で規範的概念であるという主張もヘーベルレ理論と同様、当然のことになる。主権の日常的活性化というのは、憲法自体が開かれたものであり、その彫琢のためにも、憲法以下の制度の創設、改正も必要である。市民の自治と参加は開かれた憲法の原則である。憲法は市民の解釈を通して「成長過程」にあるものとなる。市民の政策決定原則は、市民の参加自治という手続き原則から導かれる。国家は抽象的かつ中立的な存在ではなく、憲法の基本権を実現すべく義務づけられた具体的で動的な存在である。以上のように、ヘーベルレの主張は、まるで松下憲法理論をなぞったようなものとなっている。

ヘーベルレの議論は、明確に「国家先行論」「国家優先論」を否定し、あくまで「憲法中心主義」を主張する。憲法はすでに定着し、国家の存在は自明ではないという認識は松下理論とも共通する。その上での規範構想が松下理論の眼目であった。しかし、先生の理論には「開かれた規範」が明示されていなかったように思う。あるいは潜在的には、こうした前提があって、市民主権の日常的活性化という主張になったのかもしれない。いずれにせよ、主権論争が続いていた当時であるから、動的な憲法の別名である「開かれた憲法」という理論は到底受け入れられるものではなかっただろう（わが国の議論ならば、「憲法の変遷」という喧噪な理論の文脈でしか捉えられない。）。松下理論では、市民が自治体政府を改造すべきであるということであるから、この市民は、さらに「憲法の創造」に進んでいかかもしれない（わが国では護憲イデオロギーがこうした進展を阻んでいる。）。ヘーベルレのようなドイツやわが国の憲法学や公法学に影響を持つ主張が、松下理論と見事に符合

していることは驚くべきことであり、先生の理論の先進性を物語るものであることに疑いはない。

### (3) わが国の憲法学の現在

わが国の憲法学界では、国家論が極端に低調であり、国家と社会の二分論が土台となっていれば地層化していることが認識されなければならない。ここでは最近の若手の叙述を紹介しておこう。毛利透教授は次のように述べている。

「日本の憲法学においては、国家論の必要性も不必要性も、とくに強く主張されることもなく、論争を引き起こすこともない。(中略)これは日本において国家の枠組みがあまりに確固としており、憲法学の当然の前提として機能しているからであろう。」<sup>(31)</sup>

教授は、「国家先行論・実在論」が、わが国ではあまりに確固不動のものとして議論すら起こらないという。これでは、主権論争も結局机上の空論にすぎなかったことになる。公法学は近代国家、近代行政法の枠組みをまだ引き継いでおり、しかも確固としているという。国家という岩盤を切り崩そうとした松下理論は無視するべくして無視されたのである。議論の俎上にすらならなかった根源的理由もここにある。

地方分権論においても国家という存在は、憲法の創作物ではなく、実在論として展開された。霞が関が都道府県や市区町村に権力を奪われたと感じるのもこうした実在論が前提であった。憲法学でも分権を論じる法的理論が極めて手薄であったことも否めない。国家の先行的実在論については、長く行政法学界に身をおく筆者自身も、国家法人説に何となくなじみ、国家の法人格を当然のように扱ってきた。これでは松下先生の憲法理論を解題することが困難であったことは当然である。「憲法なき国家」というものの実体は何なのか、重い問いが課題として現れる。しかし、これを解明しないうちは何も始まらない。

---

(31) 毛利透「憲法の前提としての国家と憲法による国家統合」高見古希記念・岡田ほか編『憲法の基底と憲法論』信山社 2015年 39頁以下

## 11 小括と展望

### (1) 小括

以上、松下理論の国家法人論批判、市民主権（市民主体論）、国家法人論に代わる分節型政府を基礎とした国家論の提唱を見てきた。この理論をどのように発展させ、展望を持つべきであろうか。

むろん、先生は、松下理論をそのままの形で維持することを欲していないであろうし、それよりもこの理論を起点として、国家と憲法、自治体のあるべき姿について論争が起きることを期待していたと思われる。

憲法と国家の関係については、本稿で述べたとおりである。また前述の「国家先行論・実体論」を基に全ての行政法規が作られている。「国家法人論」「国家先行論」が不動の地位を占めているし、これを解体することは容易でない。先生が「法制大改革」論を主張したのは、戦前期から積み重なって地層化している個別行政法（地方自治法を含めて）であった。

したがって、これからは個別の法的問題を論ずる際に、「国家先行論・実在論」を再考するような論陣を張る以外に方法はなさそうである。具体的には憲法上の「国」や行政法上の「国」をできるだけ「中央政府」と読み替え、国の権限をできるだけ限定して解釈し、立法に際しても「中央政府」「地方政府」の分権的思考を前提に理論、解釈論を組み立てることが考えられよう。そこで、憲法論としてはともかく行政法の観点からの規範構想としてガバナンス論を述べ、次に若干の制度改正を提案しておこうと思う。いかんせん、国家法人論後の国家論が不在では、何かしら今後のオルタナティブを示しておく必要があるからである。

### (2) 展望 — ガバナンスの法理論

#### ア 国家（行政）団体の理念

筆者はフランス法について全く門外漢であるが、かつて同僚であった木村琢磨教授のオーリュウ論文を参考にガバナンスの法理論を見てみたい<sup>(32)</sup>。というのは、前述のようにオーリュウはドイツやわが国で通説的地位を占めている国家法人論を

---

(32) 木村琢磨『ガバナンスの法理論』勁草書房 2008年 41頁以下

厳しく批判していたフランス公法学の超大物であったからである。

モーリス・オーリュウの「制度法学」はわが国でも有名であるが、その詳細は、ここでは省かざるを得ない。しかし、この制度法学が、団体は「理念」の実現のために組織されたもので、法的ルールもそのために存在するのであり、その逆ではないと、国家法人説を鋭く批判していた。すなわち、国家という団体は、客観的存在として「先行」して存在するものではなく、人民が「理念」を立て、それを実現すべく、団体を組織化する。国家も社会的存在として、一つの団体であるが、超越的に存在するのではなく、市民社会の多様な団体の利益、その他の団体の諸利益、個人的法益を調整し、ある時は権力を使って、これを実現すべき存在とされた。この理論はよく指摘されるように、コーポレートガバナンスとの共通性が語られる。この企業的国家観、企業の行政観が公私協働論などと結びついている。

この場合、行政的理念として主張されるのは、「良好な行政」(bonne administration, good governance)である。国家団体ないし政府は「良好な行政」を理念とし、それを実現すべく作られた団体である。行政的制度は、私企業とも通ずる「制度」であり、その修正バージョンである。株主などシェアホルダーに対して、透明性や参加、説明責任、情報公開などが求められ、団体の諸規範のルールを基に経営される。国家団体の構成員である市民は、国家という企業のシェアホルダーであり、行政活動は、統治的な利益と共に公衆の利益に向けられたある種の事務管理であるとする<sup>(33)</sup>。

オーリュウによれば、行政にとって重要なのは「行政管理」(gestion administrative)であり、広義の「事務管理」であって、公役務を目的として行政と私人の間で、協調、協働しつつ、両者が結合することであり、補助金などもこの観点から管理される。行政と市民は家族の婚姻関係のようなものであるという。そして財政支出などもこうした観点から考察されるべきであるとする。地方分権もこうした動的な過程での権限の委譲であるとする。また法的ルールとしては、権限の裁量的濫用が重要なテーゼとなり、法令順守と共に、行政管理の観点から生じたルールとしてその適法性を構成するとされている。つまり法制度や条文違反だけでなく、「良好な行政」の観点から評価される(ひどい場合は「良好な行政」の違反として、コンプライアンス違反となる)。

---

(33) 木村・前掲 41頁

## イ 多元性と効率性

オーリュウの業績はこうした簡略なものではないが、私に関心を寄せたのは、19世紀に国家法人論を激しく批判し、国家と対立する市民ではなく、シェアホルダーとして主体的役割を担う市民像、経済団体、市民団体の自主法が主張されている点である。

彼の企業国家観については種々の議論があり得ようが、多元的な国家観、社会観、市民の位置づけなどは現在でも魅力的である。また、とかく行政とは法の執行であるという形式論理ではなく、「良好な行政」という理念から行政活動を考察するという方法論が松下理論に一脈通ずるものがある。さらに前述のヘーベルレの多元的憲法観にも通ずるものがある。オーリュウは、行政内部の活動も含めて「行政管理」としており、行政学と通底したものとなっていた。

特に市町村、都道府県における諸団体との協働論等は先行的理論として評価できる。というのも、わが国の自治体にとっては各種団体（商工会議所、各種の地元協議会など）との調整は行政活動にとっても重要であり、自治体の活動実態に即したものである。この理論は極めて常識的なものであり、わが国固有の難解な行政法理論ではなく、国や自治体の管理者ならば当然に意識されていなければならない事務理論であり、法理論である。

もっとも、ガバナンス論にはいくつか留意すべき点がある。ガバナンスという用語は極めて多義的であるが、ガバメントを相対化するという機能を有するという点ではかなりの合意がある<sup>(34)</sup>。したがって、ガバナンスは公私協働論などに矮小化されるべきものではなく、ガバメントの守備範囲や民が担うべき任務とは何かという議論が継続的になされないと、伝統的な「行政管理論」に絡めとられ、「良好な行政」という理念も失われてしまう危険がある。

次にガバナンス論には二つの流れがあるという。「効率性」の契機と「民主的正統性」の契機である。前者は財政難や国家の経済介入の問題で、財政法や政策評価法、公私協働論などが課題となることは周知のことである。後者は政府の相対化によるガバナンスの登場によって、公共的任務を担う団体や個人がいかにかに正統化され、どのようなアカウンタビリティが保障されるべきかという民主的正統性の課題であ

---

(34) 藤谷武史「ガバナンス（論）における正統性問題」大沢・佐藤編「ガバナンスを問い直す【I】」東大出版会 2016年 231頁

る。

松下先生の理論は、国家法人論によって単一的に位置づけられた「国民」に対し、「市民」主権を対峙させることによって、ガバメントを相対化した。しかし、市民内部の正統化や効率の問題は議論されていない。まだ今日ほど市民団体も成熟していなかったし、市民団体や自治体の内部問題よりも、伝統的な国家観念を打破することが急務であったからである。

他方、現代ガバナンス論において「近代的な市民権」か「多様な市民（権）」かという厳しい論争点<sup>(35)</sup>について松下先生は国際レベルでの「市民」を主張しており、ここにも先生の先駆的課題意識があったことを見逃すことができない。

#### ウ 国際法からの示唆

いまひとつガバナンスについて、国際法からの観点を見てみよう。近時の国際機関の評価の一つに、ガバナンスが挙げられ、世界銀行の開発援助が先住民族を迫害し、開発独裁を許しているなどの批判からそのガバナンスが問題になっているという。IMFやWHOもそうであり、国際機関でもパネルを設置して、管理者、先住民族などへの影響を調査し、勧告を行っているという<sup>(36)</sup>。

わが国の社会でも、不祥事が問題になったときは、単にコンプライアンスだけではなく、ガバナンスがなっていないなどの声も聞くようになった。ガバナンス概念が定着してくれば、行政法学も根本からの転換を迫られる。法的ルールも単に条文解釈だけではなく、法治主義もそのひとつの要素でしかないような「good governance」が主要なテーマとなり、市民も自治体職員も行政活動の理解が進むであろう。したがって、個別行政法の執行のみでなく、ガバナンスの観点から裁量権限を議論することもできるようになる。また補助金や財政問題が、財政学や行政学、政治学とともに公法学にとっても共通の課題となれば、健全で活動的な議論も活発化すると思う。

松下先生の最大の課題は、国家法人論の軛から解放され、市民の主体化、市民主権が日常化することを説いているのであるから、オーリュウ的な論理とも通底しているとみてよい。C・シュミットにみられるような血なまぐさい主権論ではなく、

---

(35) スティール若希「災害と民主主義・多様性」大沢・佐藤編「ガバナンスを問い直す【II】」東大出版会 2016年 96頁

(36) 佐俣紀仁「国際開発金融機関の独立査察制度における『アカウントビリティ』概念の展開」GEMC journal 3号 126頁以下

市民が普通に活動できる理論的基礎がここにもある。

このような論評はオーリュウ理論の基礎がなっていないとの批判は甘んじて受けるが、国家法人論批判の研究が極めて低調で、「国家先行論・実在論」にのみ依拠してきたわが国公法学の反省の契機になる議論がここにはある。行政法学の再構築は先生の後塵を拝する我々だけではなく、続く若い世代の大きなテーマでもある。下手をすると訴訟法学になりかねない現在の行政法学への大きな警告となっていることも銘記しておきたい。

松下理論との関連でいえば、市民参加・市民自治を強調する「手続的ガバナンス」との連結が存在する。他方で、行政の効率性を位置づけた「道具的ガバナンス」<sup>(37)</sup>がNPO活動とも関連する（松下先生の憲法理論ではこのような視点はないが）。

## 12 民主的地方政府の再構成

### (1) Weak mayorシステムの提唱

松下理論は市民自治の政府形態について、特に言及してはいない。しかし、先生の政府構想が、地方政府の形態論に踏み込まなかったのは、市民自治の憲法理論の構築が急務で、地方自治法大改正までには時間的にもタスク的にも余裕がなくなっていたのではないかと思われる<sup>(38)</sup>。

そこで最後に私の政府構想としてWeak mayor systemの早急な実現を図ることを提唱したい。世界の自治体のかなりの数を占めるWeak mayor systemについて、松下理論はともかく、行政学や政治学ではかなりの紹介はあるが、立法改革の俎上に上ったことはない。審議会や諮問委員会でも参考文献に挙げられる程度ではないか。

筆者の経験で恐縮であるが、アメリカ・アラバマ州のタスカルーサという市役所では、5人のcouncillorが半円状の机に座り、その間に証言台のような机があり、その後ろに市民席がスクール方式で並んでいた。アラバマ州は飲酒についてはいわゆるドライ地域なので、そこにスナックのようなものを作ってよいか、というのが議題であった。審議はだいぶ進んでいたようであり、最後に決を採る段階であった。5人の

---

(37) 木村・前掲 「はじめに ii」

(38) 本書以降の『自治体は変わるか』（2001年 岩波新書）は国会改革や自治の現場に関わる批評や提言であって、政府構想はない。その他の著書も大同小異である。

councillorは各自、賛成、反対の判断を市民の前で述べる。ここでは3対2で導入が決まったが、会議終了で室を出るとき、「今度はあのcouncillorを絶対落としてやる」という市民の声が大きく響いた。私は初めて民主主義を見た感じがした。同じような経験はオーストラリアのノースシドニーという市でもした。エリザベス女王の肖像画を囲んで7人のcouncillorが円卓に座り、都市計画道路について議論していた。採決の結果は、電子ボードに全て個人名が点滅するようにできている。円卓から1メートルちょっと離れた数列の椅子に市民が座り、採決を見守っていた。これも通過したが、市民からため息が続いたのが印象的であった。ちなみにノースシドニーの議員たちは全て無給である。デメリットは不動産屋が当選すると土地の買い占めなどが起きやすいということであった。議事堂の地下鉄のすぐそばにポストがあり、アンケートのようであったが、住民投票であり、その投票数も先ほどの電子ボードに写っている。多数にもかかわらず、動ぜず反対票を投ずる議員も当然いた。住民投票というから意気込んで乗り込んだ私は拍子抜けしてしまった。まさに市民権の日常化が行われていたのである。

Weak mayor systemにもいろいろの形があり、市長の権限も象徴的なものから相当の権力を持つものもある。しかし、Strong mayor systemと異なり、councillorである議員が政策決定に個人的な責任を負い、それを市民にさらす仕組みは共通である。ドイツでも同様の経験をした。私には変な癖があって、外国の注目すべき制度の視察の場合は、必ず現場の机や上下の椅子の位置を撮影することにしている。

Weak mayor systemを採用する自治体は、全て市民の椅子と同じ高さであった。Weak mayor systemではシティマネージャーが問題となるが、これも議会指名で、失政をすると議会が批判される。

わが国の地方議会制度や議会改革についてはすでに多くの論文や提言、著作もある。しかし、地方議会の現状に心から納得している研究者はどのくらいいるのであろうか。立法権や予算権、議会解散権などの独裁的市長権限をみると、少なくとも大統領制や首長制とも異なり、それが全国画一的に存在しているのは国際的にみても圧倒的に少数であり、異常である。

私は日本の自治体は、Weak mayor systemも採用できるように自治法を改正すべきであると考えている。この議論は決して新しいものではないことも承知している。しかし、地方議会が、予算の仕組みや条例の法的意義も知らない全くの素人集団から成り立ちえるのは、議会や議員に何の権力も権限もないからである。これでは「民主主

義の学校」が泣く。せめて議会に予算策定権を与えるのはどうか。

## (2) 憲法上Weak Mayor制度の導入は可能か。

憲法92条の「地方自治の本旨」が「団体自治」、「住民自治」を指すことは本当に正しいのだろうか。通常、団体自治は手段、住民自治の目的とされているが、この関係から何が帰結するかは依然として明らかではない。第一次分権推進委員会はこれを「自己決定」と位置づけたが、個人の自己決定権の借用概念と同一に扱うことは不可能であり、コンテキストもまるで異なるコンセプトとして、使ったところに問題がある。自治体の自己決定（権）の内実は何か、それが明らかでなければ、そこに必然的に生じてくる帰結は、つまり地方自治の内容を決めるのは、やはり国会で、その立法裁量となる。これは筆者自身の反省でもある。

渋谷秀樹教授は、92条の団体自治は地方政府の地方統治権、住民自治は住民の地方参政権と解釈しているが、内容的にも鮮明で分かりやすい<sup>(39)</sup>。その上で、地方統治権の根拠を「社会契約説」に基づく信託に基づくものとしている。これは従来の学説と比べると、かなり異色な理論であるが、じつは松下先生も信託、社会契約論を盛んに主張していた。渋谷教授は、憲法95条の趣旨について住民投票が法律を上回る権能を規定しており、地方主権を基礎づけているとする。

本稿と関わるのは、自治組織権であり、地方統治権の権能をどのように分配するかである。特に憲法93条が定めた首長と議会の関係の在り方については、憲法92条の地方自治の本旨という法原理（基本思想）が先行するので、これに配慮しなければならない。憲法が定めているのは議事機関だけであって、長が執行機関であり、独占することも書いていない。そうすると議会が長と共に執行機関となることも、必ずしも否定されていないことになる。

渋谷教授は内閣でさえ、合議機関なのであるから、首長が執行権を独占するのではなく、合議制である参事会を設けることも可能であるとする。また地方統治権を議員を含めた合議体とすることも可能であるとする<sup>(40)</sup>。憲法が自治体組織を統一的なものしか許さないというのはまことに偏狭な、しかも実態と乖離したものでしかない。国の高権的立法権が怪しいことは、「憲法なき国家」論で明らかである。

---

(39) 渋谷秀樹『憲法』有斐閣 2007年 680頁以下

(40) 渋谷・前掲 682頁

憲法92条の「地方自治の本旨」の内容は立法裁量に任されているという。しかし、裁量というのは一般的・抽象的に制定することになじまない場合の解釈手法であり、立法手法である。したがって、渋谷教授の指摘のように「地方自治の本旨」は地方統治権、住民参政権という不確定概念と解するのが正しい。つまり地方自治原則は「判断」ではなく、「認識」概念である。だから、「地方自治の本旨」の解釈に価値観が入ることは否めないにしても、自治体について、どのような認識が日本社会に存在しているかである。不確定概念についての有力な見解は、平均的国民の法感情、社会通念、社会正義などにあるとしている<sup>(41)</sup>。地方自治を団体自治や住民自治という無内容なものとしたのは、中核概念さえわからないドグマを維持してきた学説であり、地方自治法である。さらに言えば立法裁量論である。住民はすでに諦めている。しかし松下先生は、議論ではなく、実践的カルテを示した。最高立法権を持つ国会を前提にしかできないという研究者は、一度、裁量権と不確定概念の違いくらい勉強したほうがよい。憲法92条の内容が住民の意識によって変わるとすれば（社会通念のように）、92条以下の条文の解釈も大きく変わってくる。

Weak mayor systemを採用するとなると、シティマネージャーの制度の問題が伴ってくる。これも多様な議論がありえるが、専門職の資格を持ったマネージャーの制度は、少なくとも選択的に認められるべきである。副知事や副市長は、職員上がりが多いが、首長から距離を置いて専門的な見地から経営手法を駆使する者とはいえない。

松下理論には、自治体内部を含む構想や政府構想はあまり多くない<sup>(42)</sup>。先生が自治体の民主主義を標榜し、住民の自治・参加を強調するのであれば、少なくとも、形ばかりの二元代表制を批判してほしかった。しかし、憲法学や行政法学への攻撃に忙しかった先生にこのようなタスクを要求するのは酷であろうし、この作業は後塵を拝する者の仕事であろう<sup>(43)</sup>。

(41) 青井秀夫『法理学概説』有斐閣 2007年 503頁以下

(42) 因みにホームルールチャーターは、私が見る限り、憲法のようなものではなく、加除式二十巻くらいの地方自治法のような規則集であり、憲法的なものとはやはり州憲法に依るべきものとされている。ローカルガバメントは、州の産物（デイロンズ・ルール）である一方、自治体は会社設立のようなものであるから破産もする。古い市街地を捨てて、新たなものを作ることも日常的だ。連邦政府は国勢調査をしないといくつあるかわからないという。

(43) なお、自治体執政論も課題であるが、紙幅の関係上、今後の機会に論ずることとする。

## 13 結びにかえて

規範的構想の欠如、事実と規範の議論、市民主権について、当時の学界の態度を説明し、後半でそれらの超克論を展開してきた。

先生の主張、その深層の思索は、つまるところ、国家法人説を除いて、わが国では国家論が存在せず、憲法学はそれを意識化することもなかったこと及び憲法理論も行政法理論も戦前の理論と連続していたということである。そこで自己の規範構想を示し、市民国家、市民的生活の政策的、政治的、政府手続きを提示したものであった。

日本国憲法のもとで、国家論が憲法学で論じられたことがないという近時の若手憲法学者の主張は驚くべき指摘で、我々は「憲法なき国家」を論じてきたことになる。少なくとも議論の前提であった。このように見ると一見難解な松下理論は、議論の方向性や学説の問題性を十分示していたと評価できないだろうか。憲法を前提にした国家論は決して国家法人論ではない。その呪縛を松下先生ははっきり自覚していた。戦後憲法学や行政法学は、戦前の理論をそのまま引き継いで議論してきた。現在でも通説や実務も変わりはない。戦後公法学は弥縫策はやってきたが、基本的枠組みは一度も変えていない。憲法学者や行政法学者に、日本という国家を説明するときは国家法人説で説明しているかどうか聞いてみたらよい。

わが国で国家を基礎づけたのは「国家法人説」だけであった。公法学界も、まして霞が関の俗流公法学が前提できたのはこの理論だけであった。国家の統治権、これを基礎にした公権力がいかなる根拠をもっていたのか。国家という幻想は、理論もなく、論争もなく、ただ警察権力などの表象として矮小化された権力だけが、議論されてきたのではないか。これでは、地方分権も何もあったものではない。

地方分権は、何からの分権であったのか。松下憲法学は、時代的制約を除くと、国家というものがどのように理論化されるべきなのかという大きな課題を提示していた。憲法学や行政法学が前提にしていた国家法人説を根本的に批判することによって、市民自治国家という規範構想を示し、これを軸に分節的自治体論をその選択肢として示していた。そのことによって理論のない憲法学・行政法学に鋭い警鐘を鳴らしていたわけである。規範構想学のない当時の公法学は、松下理論にどのように対応してよいか、何を議論しているのかすら理解できなかった。私の一応の答えはこれである。

敢えてケルゼンとスメントを対比させ、スメント・シューレに属するヘーベルレを取り

上げたのは、先生の主張の底流にあった市民主義を構造的に理解しようとしたからである。とすれば、遅きに失したにしても、先生の理論的背景にあった規範構想論を学び、内実のあるものに理論水準を高めなければならない。国家法人論の呪縛から解放されれば、市民も自由に憲法解釈ができるようになる。

(すずき つねお 千葉大学名誉教授・弁護士)

キーワード：国家法人論批判／憲法なき国家論／ガバナンスの法理論／  
ウィーク・メイヤーシステム