

〈国民〉と〈住民〉——〈基礎的自治体〉の憲法論

木村草太

はじめに

憲法は、日本国という単一の団体を想定し、それが国家主権⁽¹⁾を持つことを前提とする。とすれば、憲法が地方公共団体に権限を付与するのは、国全体のために有意義だからだと解される。本稿は、基礎的自治体を保障することの国全体にとっての意義を探求しようとするものである。基礎的自治体については、こうした伝來說⁽²⁾的な発想と対置される固有権説の発想から魅力的な議論を組み立てることも可能であろう。しかし、本稿の課題はあくまで主権国家の憲法における基礎的自治体の位置付け、あるいは憲法論から見た基礎的自治体の意義を検討するところにある。伝來說の議論を明確化することは、固有権説の発展のためにも重要であるように思われる。

以下、第一部では、基礎的自治体に関する憲法学説を概観する。一般に、憲法は基礎的自治体の存置を要求していると解されている。基礎的自治体を存置する意義は、〈住民〉自治を保障する点にある。では、〈住民〉とは何か。現状の憲法学説は、基礎的自治体の〈住民〉に、〈国民〉の代表としての役割を担わせる一方、国家とは異なる構成原理に依る共同体の構成員として振る舞うことをも期待している。

こうした両義的性格を持つ〈住民〉の自治を保障することは、どう評価できるのか。この問題は、〈住民〉と〈国民〉の関係をいかに解するか、という問題でもある。第二部では、この問題を〈国民〉とはいかなる存在であるかを画定することを通じて、検討したい。〈国民〉は一つの主体である。主体とは、身体を有し、意思を形成する存在である。第二

(1) 国家主権の概念については、長谷部恭男「主権」法学教室165号1994年参照。

(2) 伝來說とは「地方団体の存在やその権能は、その発生においては自然発生的であっても、それが現に存在するのは国の自制的結果であつて、その意味においてはそれは国の意思に依存する」という見解として要約できよう。柳瀬良幹「地方自治の本質」公法研究9号・1947年82頁参照。

部では、それがいかなる主体であり、どのような身体と意思を有するのか、という点から〈国民〉という存在を分析し、それにより〈国民〉と〈住民〉の関係を明らかにする。そうした検討の結果、〈住民〉自治の保障に国全体にとって積極的な意義があることが確認される。

第一部 〈基礎的自治体〉の保障 — 〈住民〉自治の保障

一 地方自治の存在意義

憲法は、「地方自治」の章を設け、日本国の統治機構に地方公共団体を組み込むことを規定する。では、地方自治には、どのような利点があるのか。

1 個人の選択肢の拡大？ — 足による投票？

まず、個人の選択の幅を広げる、という利点が考えられる⁽³⁾。しかし、こうした観点から重要なのは、①地域の分割、②各地域での異なる政策の採用、③移動の自由の保障、であり、各地域の自治ではない。むしろ各地域に自治を認めることは、自治の結果であれば各地域の政策が同一になることを認めねばならず、選択肢拡大の観点からは必ずしも望ましくない。

このため憲法上の地方自治の存在意義の説明において、選択肢の拡大はさほど強調されない。一般に、憲法上の地方自治の存在意義としては、権力分立と民主主義という二つの価値が挙げられる⁽⁴⁾。

(3) 行政学の議論では、各地域で異なる政策が実現されている場合に、いわゆる「足による投票」ができることがしばしば強調される。磯崎初仁＝金井利之＝伊藤正次『ホーンプブック地方自治』（北樹出版・2007年）17頁（伊藤執筆）参照。

(4) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第四版）』（岩波書店・2007年）349頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）668頁等参照。

2 権力分立論

権力分立の原理には、抑制型・効率型・法の支配型の三種の理解がある。いずれが地方自治と最も親和的な権力分立論だろうか。

(1) 抑制型権力分立論

まず、抑制型の議論は、権力の行き過ぎを防止するために権力分立が必要だとする。権力が分割され、それぞれが異なる性質の機関に委ねられている状況では、幅広い観点から支持を集める政策だけがスムーズに実現され、一時的な支持を得ているにすぎない政策や偶然的に政争に勝利した者の政策の実現は抑制される。こうした抑制型権力分立論の構想は、いわゆる三権分立のみならず、二院制や金融庁と財務省の分離・防衛省と警察庁の分離など様々な場面に見ることができる。

抑制型権力分立論は、モンテスキューに遡るとされ、多くの憲法学説が前提とするスタンダードな議論である。

(2) 効率型権力分立論

次に、効率型の議論は、効率的な事務遂行のために権力分立が適切だとする。立法・裁判・戸籍管理など、国家の行う業務には様々な種類があり、それぞれそれを行うのに適した組織が観念できる。このため、権限は分割され、それぞれに適した組織によって別々に管理されるべきである。

こうした権力分立論は、機関適合的権力分立論⁽⁵⁾などと呼ばれる比較的新しいタイプの権力分立論である。

(3) 法の支配型権力分立論（三権分立）

法の支配とは、国家の権限は事前に公示された一般的抽象的かつ明確な法に基づき行使されねばならない、とする構想を言う。この構想の実現には、一般的抽象的な法を定立する権限、それを執行する権限、その執行についての争いを法に基づき裁断する権限を区別することが必要である。

抑制型及び効率型の権力分立論は、必ずしも立法・執行・司法の三権分立を要請し

(5) 村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学90号・2005年参照。

ないのに対し、法の支配型の議論は、三権分立を要請するのが特徴である。

憲法の三権分立の根拠について、抑制・効率とは別に法の支配を強調する見解⁽⁶⁾もしばしば見られるところである。

(4) 地方自治の権力分立論

このように、権力分立の原理には、以上の三つの理解がある。憲法学説は、中央政府から独立性を持った地方公共団体を設置する意義として、中央政府の行き過ぎを抑制する機能を強調してきたように思われる⁽⁷⁾。これは、抑制型権力分立論から地方自治の価値を説明する議論だと言える⁽⁸⁾。

中央政府とは異なる地方公共団体が一定の権限を有していれば、そうした団体の支持を得た政策でない限り、スムーズに実現されない。地方公共団体が、合理的な政策を妨害する可能性もあるが、他方で、中央政府が不当な政策を強行した場合の安全弁の機能を果たし得ることも否定できないだろう。

これが、憲法が地方自治を保障する第一の根拠である。

3 民主主義

憲法が地方自治を保障するもう一つの根拠は、民主主義だとされる。民主主義とは、民衆の政治参加を積極的に評価する思想を言う。

憲法は、地方公共団体が中央政府から一定の独立性を保障されるべきことのみならず、その意思決定に「住民」が積極的に参加することを要求している。憲法93条2項は、その主要な機関を「住民」により選挙すべきとしており、第8章の章題でも地方「政府」や地方「分権」ではなく地方「自治」という用語が選択されている。

ここに言う「住民」は、民主主義における民衆に相当すると解されており、一般に、地方公共団体に権限を持たせることは民主主義の理念に適合すると言われる。

(6) 高橋和之「権力分立」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（ジュリスト増刊・新・法律学の争点シリーズ3・2008年）参照。

(7) 例えば、渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係 ― 二層制の憲法原理的考察」公法研究62号2000年221頁参照。

(8) もちろん、地方分権について、効率型権力分立論から説明することも可能である。この点は、斎藤誠「憲法と地方自治 ― 分権と自己決定」法学教室243号2000年78頁参照。

4 地方自治の本旨

憲法上の地方自治の存在意義は、抑制型理解に基づく権力分立の原理及び民主主義の実現にあると説明される。

こうした理解は、憲法92条「地方自治の本旨」の解釈にも反映する。学説の多くは、この概念を、団体自治と住民自治からなると解する。こうした解釈の端緒となった註解書⁽⁹⁾によれば、団体自治とは、地方公共団体が地方的行政事務を国から独立して所掌することを言い、住民自治とは、地方公共団体の意思決定が住民ないし住民の代表によりなされるべきことを意味する。ここに言う団体自治は抑制型権力分立論の、住民自治は民主主義原理の再定式化と見ることができよう。

二 基礎的自治体の憲法論

以上のような地方自治に関する一般論を踏まえ、続いて基礎的自治体に関する憲法論を検討したい。

地方自治法は、「基礎的な地方公共団体」とそれを包括する「広域の地方公共団体」を区別する。この概念区分は、憲法上も重要な意義を持っている。

1 基礎的自治体の保障

古典的な憲法92条の解釈学説⁽¹⁰⁾は、次のように主張する。すなわち、憲法は、地方自治を制度として保障しており、その制度としての中核を侵害する立法は「地方自治の本旨」に反する。そして、市町村すなわち基礎的自治体の存在は地方自治制度の中核に含まれ、市町村制度を廃止し都道府県のみの一層制を採ることは違憲である⁽¹¹⁾。

(9) 法学協会『註解日本国憲法・下』（有斐閣、1950年）107～108頁。また、この解釈の源流として、小林興三次「地方自治の本旨（一～二完）」自治研究25巻2号1949年。

(10) 成田頼明「地方自治の保障」『日本国憲法体系第五巻統治の機構Ⅱ』（有斐閣、1964年）。

(11) もっとも、成田前掲は、現状の市町村の存続権まで保障するものではなく、強制的な市町村の分廃合は必ずしも違憲ではないとしている。

この解釈は、現在でも多くの学説の支持を集めている⁽¹²⁾。

2 基礎的自治体を保障する意義 — 住民自治の理念

(1) 法律上の基礎的自治体と憲法上の〈基礎的自治体〉

憲法は、基礎的自治体の存置を要求している。ここに言う基礎的自治体は、当然のことながら憲法上の概念であり、それは法律（地方自治法）により定義されるものではない。このため、憲法上の基礎的自治体と、現行地方自治法上の基礎的自治体は概念として区別する必要がある。以下では、前者を〈基礎的自治体〉と〈〉付で表記し、後者から区別することにした。

(2) 〈基礎的自治体〉を存置する意義

では、〈基礎的自治体〉の存置は、いかなる趣旨から要求されるのか。

〈基礎的自治体〉は、それを包括する広域的自治体と対比される概念であり、ある程度小規模な地方公共団体を指す概念である。では、「地方自治の本旨」を実現するために、そのような小規模自治体を設置する必要があるのはなぜだろうか。

この点、団体自治の構想は、必ずしも小規模自治体の設置を導かない。なぜなら、都道府県のような大規模自治体の一層制を採っても、各自治体の独立性を保障すれば、中央政府の権力を抑制し、抑制型権力分立の原理を実現することは可能だからである。

これに対し、団体の規模が大きくなると、住民自治の理念を実現することは相当程度に困難になる。小規模な自治体では、選挙における一票の価値も高く、住民参加の仕組みを設けたり、住民運動を組織したりすることが容易である。また、住民が政治決定に参加するための前提知識を得ることも容易となろう。従って、住民自治の理念を実現するには、都道府県のような広域的自治体のみならず、ある程度小規模な〈基礎的自治体〉を設置する必要がある。

(3) 〈基礎的自治体〉の規模

このような議論からすると、憲法によりその存置が要請される〈基礎的自治体〉とは、住民自治の理念を実現するのに適した規模の自治体を言うのが相当であ

(12) 例えば、塩野宏『行政法Ⅲ（第三版）』（有斐閣・2006年）138頁では、市町村制度を廃止できないことは当然の前提とされている。

る。現行地方自治法の基礎的自治体の定義や成立要件は、その趣旨を受けたものと思われ、それらの規定を住民自治の理念の実現を困難にする形に改正することは憲法92条に反することになる。

注意が必要なのは、ここに言う住民自治に適した規模の自治体とは、必ずしも人口や面積が小さいことを意味しない、という点である。もちろん、人口や面積が小さい自治体であれば、住民の政治参加は容易になる。しかし、面積が大きくとも地形・交通の関係で一体性の強い自治体や、人口密度が高く住民の利害がある程度一致する大都市などでも、住民自治の理念を十分に実現することが可能であろう。従って、憲法上の〈基礎的自治体〉には、大阪市や横浜市のような大規模な市や利島村（人口300人弱）程度の小規模な村まで、様々な自治体が含まれると解される。

三 憲法論における〈住民〉

二に見たように、〈基礎的自治体〉を保障する意義は、住民自治の実現にある。では、そこに言う住民とは、何であろうか。〈基礎的自治体〉の憲法上の位置付けを説明するためには、この点を画定する必要がある。以下、自治の主体としての住民を、一般用語における住民と区別し〈住民〉と〈〉付で表記する。

1 〈住民〉＝地縁的共同体の構成員

最大判昭和37年3月27日刑集17巻2号121頁（特別区公選制廃止事件）によれば、憲法上の「地方公共団体」とは、「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在」する団体である。この記述によれば、〈住民〉には、地縁に基づく共同体の構成員としての性質があることになる。

このような議論は、しばしば見られるし⁽¹³⁾、国家の利益と対比された形で地方の利益が語られることも稀ではない。また、〈基礎的自治体〉や市町村に対する憲法上の保障を

(13) 例えば、成田頼明・磯辺力・櫻井敬子・神橋一彦「新時代の地方自治」法学教室327号・2007年77頁（神橋発言）では、「地方公共団体というのは、共同体性やコミュニティが大事であり、やはり1つのアイデンティティというものが基底になければならない」という視点から議論が組み立てられている。

与える根拠として、それらが共同体として存続してきたことの歴史的沿革が挙げられることも多い。

こうした議論の中では、各地方公共団体が、主権国家とは異なる構成原理に基づく共同体としての性質を有していることが想定されている⁽¹⁴⁾。ここでは〈住民〉は、主権国家と異なる共同体の構成員として位置付けられる。

2 〈住民〉＝国民全体の利益を実現するための国民代表

しかし他方で、〈住民〉を、国民全体の利益を実現するための機関だと位置付ける理解が示されることも稀ではない。

憲法は日本国の統治について定めているのであり、そこに言う民主主義とは、日本国という国家レベルでの民主主義である。とすると、憲法上の民主主義原理を実現するために、住民自治を保障すべきだ、という一般的な議論⁽¹⁵⁾には、一つの前提があることになる。つまり、〈住民〉には、国家レベルでの民主的正統性が認められるという前提である。これは考えてみれば、奇妙な前提である。〈住民〉は国民全体から見れば一部にすぎず、その決定は少数者による決定⁽¹⁶⁾である。とすれば、〈住民〉自治とは、民主政原理ではな

(14) 地方公共団体を主権国家とは異なる構成原理に基づく中間団体だとする理解は、各団体に固有の〈住民〉範囲の基準があるとの帰結を導きやすい。その理解は、国籍は住民たる決定的要件ではないとの帰結や、あるいは、住所ですら住民たる要件ではなく生地こそが決定的な意義を持つとの帰結すら導き得る。

もちろん、現状、そこまでラディカルな帰結を示す見解は少ない。しかし、外国人に地方参政権を保障すべしとする見解や、ふるさと納税制度のような実務の背景に、今見たような理解を見出すことは可能である。

(15) そうした議論の例として、次のようなものが挙げられる。佐々木惣一「地方自治に関する憲法の規定の意味」自治研究25巻2号1949年は「日本国憲法は……民主政治の精神を実現する行動形態を定める」とし、「地方自治」は、「この民主政治の精神を徹底せしめるために」、「地方の政治」を「国民の意思」で行うこととしたものだとする。ここでは、地方自治の主体である住民は、国民と同一化している。また、杉原泰雄「地方自治権論・再考《連載⑥》」法律時報76巻11号2004年も、「人民（住民）にもっとも近い市町村こそが、『人民による、人民のための政治』をもっともおこないやすい存在」だと述べ、やはり住民の自治を人民による政治と同視する。

(16) 移動の自由を保障された状況の下では、全ての個人が潜在的には全ての地方公共団体の住民である。また、居住者以外の者にも大きな影響を持つ地方公共団体の決定も多い。地方公共団体の決定は、全ての個人に影響を及ぼすのである。

く、貴族政原理なのではないかとの疑念も生じる⁽¹⁷⁾。

にもかかわらず、〈住民〉の決定に国家レベルでの民主的正統性が認められるのは、〈住民〉が国民を代表し得る存在だと観念されているためだと思われる。〈住民〉が国民の代表であることを前提にすると、〈住民〉はあくまで国民全体の利益を実現するために行動すべきであり⁽¹⁸⁾、地域に関する専門知を有するがゆえに権限を委ねられた存在であると位置付けられよう。

3 〈住民〉の両義性

果たして〈住民〉は、地縁共同体の構成員なのか、それとも国民全体の利益を実現するための国家代表なのか。この点をどう理解するかによって、〈住民〉による自治の意義は変わってくる。にもかかわらず、多くの議論は、〈住民〉というものの位置付けについての議論を回避し、曖昧なままにしているように思われる。

最三判平成7年2月28日民集49巻2号639頁の論証がその典型例である。この判決は、「国民主権の原理」と「地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであること」から、「憲法九三条二項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当」とする。ここでは、〈住民〉は、国民全体の利益を実現するための国家機関であると位置付けられている。ところが、それに続き、「その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至った」外国人に地方参政権を付与することは許容される、とも述べる。ここでは、地方公共団体が「緊密な関係」に基づく独自の構成原理を持ち得ることも指摘されている。

また、「部分国民」たる〈住民〉を「個別利益から共通意思への『メタモルフォーゼ』の過程に位置する、『中間形態』である」とする議論⁽¹⁹⁾は、〈住民〉の両義的性格を正

(17) 柳瀬良幹「民主主義と地方自治」『地方自治論文集』（地方財務協会・1954年）は、「民主主義と地方自治」との間に「密接な関係」があると言えるのは「地方団体の住民のみの利害に関する事柄についてのみ言ひ得ることに止まり、その他の事柄については決してかかる関係は認められない」と警鐘を鳴らす。大津浩「国民主権と『対話』する地方自治」杉田敦他編『岩波講座憲法3 ネーションと市民』（岩波書店・2007年）247頁が指摘するように「憲法原理としての民主主義は国民主権と国民代表制論の中でこそ精緻に組み立てられており、これらの原理の中で地方自治の居場所を探そうとすると、実際には多くの困難が待ち受けている」。

(18) この点については、宮沢俊義「地方自治の本旨」自治研究40巻10号・1964年参照。

(19) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣・2000年）362頁は、シュミット・アスマンに依拠しつつ、こう論じる。

面から認めている。

こうした〈住民〉に両義的性質を認める理解は、広く共有されているように思われる。

四 問題の提起

1 憲法論の現状

以上に見た基礎的自治体に関する憲法論の現状を要約すると、次のようになる。

憲法は、抑制型権力分立と民主主義を実現するために、地方自治を保障している。こうした理解は、「地方自治の本旨」（憲法92条）とは団体自治と住民自治の原理を指すとの解釈に反映する。団体自治は抑制型権力分立、住民自治は民主主義をそれぞれ再定式化したものである。

住民自治の原理を実現するためには、〈住民〉の積極的な政治参加が可能である比較的小規模な基礎的自治体〈を置くことが必要である。このため、憲法は、そうした〈基礎的自治体〉を設置することを要求していると解されている。

では、〈基礎的自治体〉により実現される〈住民〉自治とは何だろうか。この点は、〈住民〉の性質をどう理解するかにかかっている。そして、現状の議論は、〈住民〉に、地縁的共同体の構成員であり、かつ国民代表であるという両義的性質を認めている⁽²⁰⁾。

2 問題の提起

しかし、近代主権国家とは、伝統的な共同体から解放された個人が構成する国家である。とすると、現状の議論が〈住民〉に見る二つの性質は、互いに矛盾するのではないか。こうした〈住民〉に両義的性質を認める議論をどう評価すべきか。

1に小括したように、〈基礎的自治体〉に対する憲法保障は、結局、〈住民〉自治の保障である。とすれば、〈基礎的自治体〉に対する憲法保障に対し適切な評価を与えるには、この課題を検討せねばならない。そこで、第二部では、この課題に対し検討を加えることにしたい。

(20) 〈住民〉に向けられた両義的な位置付けについては、斎藤前掲76頁の議論が参考になる。

第二部 <国民>と<住民> — <基礎的自治体>の憲法論

<住民>に二つの性質を認める議論をどう評価すべきか。ここに言う二つの性質とは、地縁共同体の構成員たる性質と、国民代表たる性質である。前者を強調すれば、<住民>と国民は切断され、後者を強調すると<住民>は国民と同一化する。とすれば、第一部の提示する問題は、国民と<住民>の関係をいかに理解すべきか、という問題として定式化できる。

では、そもそも国民とは何だろうか。国民は、一つの人格である。人格とは、それを表象する身体を持ち、意思の主体となる存在である。国民という人格にも、身体と意思がある。国民という存在を理解するためには、それがいかなる主体であり、どのような身体を持ち、そして、どのような意思を形成するか、を画定する必要がある。以下、この点を検討し、国民と<住民>の関係を分析することにした。

一 <国民>という主体

1 <国民全体の利益>と<国民>

国家の権力すなわち国家主権は、国民の一部（例えば政治家の親族）や国民以外の者（例えば君主や教皇）の利益を追求する主体ではなく、国民全体の利益を追求する主体により行使されねばならない。これは、近代公法の公理とも言える原理である。憲法も「国政」「の福利は国民」——当然のことながら、ここに言う「国民」とは国民の一部ではなく、全国民を意味すると解される——「がこれを享受する」と前文で宣言し、この原理を確認している。ここに言う国民全体の利益は、「公益」や「公共の利益」などの用語で表現されることもあり、憲法も13条などでは「公共の福祉」という言葉でこれを表現している。以下では、この概念を<国民全体の利益>と<>付で表現する

では、その<国民全体の利益>を追求するために国家主権を行使する主体とは何か。主権の担い手についての近代法の大原則たる国民主権の原理によれば、国家主権を行使する主体こそ、国民である。とすれば、国民とは<国民全体の利益>を実現するため国家主権を行使する主体として定義できる。以下、このような意味での国民を、<国民>と<>付

で表現する。

2 ルソーの「一般意思」の定式

<国民>がいかなる主体であるかを理解するには、それが追求する<国民全体の利益>とは何かを明らかにする必要がある。では、<国民全体の利益>とは、いったいいかなる利益を指すのであろうか。

ルソー『社会契約論』⁽²¹⁾は、この概念に関する古典であり、<国民全体の利益>や<国民>の意味というものを理解するために極めて有益なモデルを提示している。このため、本稿ではこの議論をモデルとして、この問題にアプローチすることにしたい。

(1) 「一般意思」の概念

ルソーは、次のように論じている。まず、国家は<国民全体の利益>、ルソーの言葉使いでは「共通の利益 (le bien commun)」を目的としている。そして、それを実現しようとする「一般意思 (volonté général)」が、国家を指導する(同書第二篇第一章)。

この「一般意思」は、それぞれが私益を追求する意思にすぎない「特殊意思 (volonté particuliere)」とは区別され(同第二章)、また「特殊意思」の総和たる「全体意思 (volonté de tous)」とも区別される(同第三章)。そして、ルソーは各人の特殊意思の集合から「相互に打ち消し合う両極を除いたとき」に、その残部として一般意思が生じる、と説明する(同第三章)。

(2) 「相互に打ち消し合う両極を除く」

特殊意思の集合から「相互に打ち消し合う両極を除く」。この定式は、それだけを素朴に解釈すれば、二通りに理解できる。

第一の、極めて素朴な解釈は、文字通り打ち消し合う両極の意思を除くというものである。例えば、消費税率を上げて育児手当を増額する、という政策について50人が賛成し、150人が反対していたとする。このとき、両極の50人ずつを相殺し合えば、

(21) Jean-Jacques Rousseau, DU CONTRACT SOCIAL; OU PRINCIPES DU DROIT POLITIQUE (1762)

100人の反対が残る。その結果、反対の意思が一般意思となる。

これが多数決の現実であると言ってしまえばそれまでであるが、ルソーはただ数が多いというだけで特殊意思が一般意思に変じるわけではない、としている。すなわち、ルソーは先の定式のすぐ後に、複数の市民が「団体 (association)」を組み、巨大な団体が数の力で支配をすることは、特殊意思の支配にすぎないとしている。とすると、この解釈は成り立たない。

第二の解釈は、次のようなものである。すなわち、賛成・反対双方の特殊意思がある場合、両者は打ち消し合って無が残る。よって、賛成の特殊意思のみがある場合にのみ、一般意思が成立する。

しかし、ルソー自身の議論は、それに反対の特殊意思があっても一般意思が成立することを当然の前提にしており、またそもそも、全員一致の意思のみを一般意思とするのでは、一般意思が成立する余地はほとんどない。よって、この解釈も凡そ魅力的な解釈とは言い難い。

3 <第三者>の視点

(1) 「熟慮」の概念

このようにルソーの定式を、それだけで素朴に解釈しても無益である。この定式は、ルソーの次のような記述を併せて理解される必要がある。すなわち、ルソーは、先の定式の直後に、「もし、複数の市民が相互に交渉 (communication) を持たなければ、十分に情報を持つ人民が熟慮した (délibéré) とき、ほぼ同じものが大量に集まり、常に一般意思を結実させるのであり、常に熟慮 (délibération) は正しい」、と述べる (同第三章)⁽²²⁾。先の定式と併せると、「相互に打ち消し合う両極を除く」ことは、各人が「熟慮」することと同義だということになる。問題は一般意思を結実させる「熟慮」とは何か、である。これにも幾つか解釈があり得る。

(2) 楽観的な一致形成？

最も単純な解釈は、ルソーはここで、ある施策についての賛否は、十分な情報を持

(22) この文章中には「市民 (Citoyen)」と「人民 (people)」の二つの用語が登場するが、ルソーは、社会契約に参加する個々の人間を「市民 (Citoyen)」、その集合を「人民 (people)」と表現している (同書第一篇第五章)。

ち、十分な時間をかけて検証すれば誰でも概ね一致するだろう、との楽観的な認識を示している、というものである。

しかし、これは現実的にも理論的にも成立し得ない認識である。まず、将棋やチェスの局面判断のように、完全な情報（駒の配置や動き方の情報）と目的（詰みあるいはチェックメイト）が与えられている場合で、しかも専門家が判断を行う場合ですら、しばしば判断（何が最善手か）は一致しない⁽²³⁾。将棋やチェスよりも遥かに複雑な政治的判断の場で、時間をかけて考えれば判断は一致する、との想定は説得的でなく、現実にも十数年かけても賛否が一致しない政治問題は数多くある。

また、時間をかけて考えることは、自分の利害状況自体には何ら影響を与えない。例えば、子供を養育する人が、育児手当による租税負担の大きさについての情報を与えられ、それについて二時間かけて想像をめぐらせ検証したとしても、子供が消滅したり、養育費が激減したりするわけではない。とすれば、情報を与えられ時間をかけて考えるだけでは、敢えて自分に不利な決定をしようとする意思は形成されず、特殊意思が消滅し一般意思が成立するはずもない。

従って、「熟慮」の意味は、もう少し慎重に理解される必要がある。

(3) 井上達夫「反転可能性」の概念

この点について参考になるのは、井上達夫の「反転可能性」概念の解釈である。井上は、「普遍主義的正義理念」の核心には「反転可能性要請」があるとし、ルソーの一般意思概念もこの要請から理解する⁽²⁴⁾。

この「反転可能性要請」とは、「自他の視点を反転させたとしてもなお受容しうべき理由によって自己の欲求が正当化可能か否かを批判的に吟味する責務を課す」要請である⁽²⁵⁾。もっとも、自己の立場を他者の立場と「反転」するだけでは、先ほどの

(23) 例えば、島朗編著『読みの技法』（河出書房新社・1999年）には、様々な局面について佐藤康光名人・羽生善治四冠・森内俊之八段（肩書きは何れも出版時、いずれも長期のA級在位・名人経験を誇るトッププロである）の各判断が示されているが、それぞれ細かいが重大な差異があり、局面の形勢判断もしばしば異なっている。

当然のことながら、政治決定で考慮すべき情報の量は将棋の比ではない。国民の数は将棋の駒の枚数より遥かに多く、人間行動の幅は「歩兵」や「飛車」の動きの幅とは比較にならないほど広い。

(24) 井上達夫『法という企て』（東京大学出版会・2003年）25頁。

(25) 井上達夫「憲法の公共性はいかにして可能か」同編著『岩波講座憲法1・立憲主義の哲学的地平』（岩波書店・2007年）323頁。

単純な「熟慮」の解釈と大差がない。ある政策の支持者が単に反対者の視点からものを見て、反対の意思の存在が確認できるだけであり、それだけでは双方の立場から正当化可能な意思なるものは発見できない。

井上が「反転」という作業に期待するのは、単なる他人の意思の確認ではなく、「自己の視点にのみ自閉する自己の視点」を超えた「他者の視点を配慮しようとする自己の視点」の設定であり、「自我の檻の内部での主体の規範的自己変容」だという⁽²⁶⁾。

この「他者の視点を配慮しようとする自己の視点」とは、他者と自己双方に配慮する視点であり、他者の利益にも自己の利益にも絶対的な優先を与えない視点である。これは、配慮対象たる他者でも自己でもない第三者的視点である。とすると、井上の言う「反転」は、自己にも他者にも配慮する第三者的視点からの判断を行うためのきっかけだと理解できよう。以下、このような意味での第三者を<第三者>と、<>付で表現することにしたい。

もちろん、井上はここで、「他者の視点を配慮しようとする」視点は、慎重にも「自己の」また「自我の檻の内部での」視点だと表現し、そこで設定された<第三者>的視点からの判断が常に一致するものではないことを強調する。しかし、このことは、他者と自己双方に配慮しようとする視点の概念が、必然的に自己とは異なる<第三者>という視点を設定することを否定しはしない。

こうした井上の議論は、ルソーの議論を理解するために非常に有益である。つまり、一般意思を結実する「熟慮」とは、単に情報を検証することではなく、他者の利害をも踏まえた<第三者>的視点から正当化できるか否かを判断することを意味する。また、「相互に打ち消し合う両極を除く」とは、自己の視点にのみ自閉し合った各々の意思を排し、<第三者>的視点から意思を形成することだと理解されよう。

4 <第三者>としての<国民>

以上のようなルソーの議論を参照すると、<国民全体の利益>とは、全ての者の特殊意思に配慮する<第三者>の視点から、それを追求することが正当だと評価される利益を意味すると定義できる。

(26) 井上前註324頁。

(1) <国民>の定義

第二部の冒頭に述べたように、<国民>とは<国民全体の利益>を追求する意思の主体である。<国民全体の利益>を追求する意思こそ、ルソーの言う一般意思であり、その意思を形成する視点に<第三者>と表現した主体がある。結局、<国民>とは、全ての特殊意思に対し<第三者>の位置にある主体である。

それでは、そうした<国民>と<住民>の関係は、いかなるものなのか。主体とは、身体を持ち、意思を形成する存在である。ある主体と別の主体との関係も、この二つの面から分析する必要がある。そこで、<国民>と<住民>の関係を、<国民>の身体と意思という二つの観点から分析してみたい。

二 <国民>の身体と<住民>

まず、<国民>の身体論の観点から、<国民>と<住民>の関係を分析する⁽²⁷⁾。

1 意思と身体

(1) 意思と身体

私以外の人・動物・団体など広い意味での他者の意思は、私にとってどのような形で存在するか。他者の意思を、テレパシーのように直知する方法はない。このため、私以外の意思は、私に何らかの感覚——色形や音声など——を与える物質⁽²⁸⁾により表象されたものとして、私に対し存在している。また逆に、他者には、私の意思は直知されない。このため、私の意思は、他者に対し、私の意思を表象する物質によって存在している。以下、意思の主体のことを人格⁽²⁹⁾、意思を表象する物質を身体と呼ぶことにする。

(27) ここに言う身体とは、法学的な身体概念よりも広い視点から捉えられた概念であり、そこで示された意思・身体・代表の定義は法学的な定義より一般的なものである。

(28) ここに言う物質の定義は、大澤真幸『身体の比較社会学Ⅰ』（勁草書房・1990年）14頁に従っている。この論稿において、物質とは「物理学が対象とするような、客観的な物体」のことではなく、「我々の体験に相関して与えられる現象野の中に存在し、懐疑しうる一切に関する判断を停止してもなお残存するような、存在者の端初的な態様のこと」だとされる。

(29) 本稿では人間のみならず、動物のような人間とは異質な意思の主体も、人格と呼ぶ。

身体には、今見たように私の身体と他者の身体の二つがある。ところで、世界に存在する物質の全てが何らかの人格の身体だと認識されるわけではない。そこに人格の表象が観念されない物質は、身体ではない事物として認識される。

とすると、私の感覚に現れる物質は、①私の身体と②他者の身体に分かれ、さらに①からも②からも脱落した何らの意思も表象しない③事物が区分されることになる。例えば、筆者が窓の外を眺めた時、視野には、筆者の手、ヒヨドリ・メジロ・堤准教授の肉体、岩、人文学部研究棟等が見える。筆者にとって、筆者の手は①私の身体、ヒヨドリなどの肉体は②他者の身体、岩や研究棟は③事物として認識される。

(2) 身体と代表

ところで、身体の割り当ては、しばしば偶然的である。例えば、団体については、その代表者の肉体に加え、定款を記した文書や本社ビルのごときものも、団体の意思を表象する身体として認識され得るのであり、どこまでが団体の身体と見做されるかは偶然的事情に左右される⁽³⁰⁾。

また、ある人格にどのような身体を割り当てるかは、その人格をどのような関係において同定しようとするかに依存しており、問題となる関係ごとに身体のありようは異なる。例えば、本社ビルや市庁舎は、法関係における人格つまり法人格の身体たり得ないが、その形象——真赤である、日の丸を掲げていない等——は、別の社会関係において人格の意思の表象として受け取られることがある。

個人という人格の場合、顔や手脚からなる肉体が、その身体となる。このことは、しばしば自明のことであると見做されており、それゆえ、個人の人格と肉体との結び付きは、団体や法人とその身体の結び付きとは区別された必然的で特権的なものであるかのように理解されることがある。しかし、個人の身体の在り方も、団体や法人の身体の在り方と質的に異なるものではないだろう。まず、肉体以外の物質（例えば虫歯治療のため埋め込まれたアマルガム、義手・義足、ペースメーカー等）が、個人の身体として感覚されたり、扱われたりすることはしばしばある。また、個人の身体の範囲も、文脈によって異なり得る。例えば、芸術作品の破壊は、製作者にとって「身を切られる」かのような感覚を発生させることがある一方、法学的には傷害行為としては扱われない。

(30) もちろん、法学的な認識においては、本社ビルのような物体が団体の意思を表示することはあり得ない。ここでの記述は、もう少し広い文脈における認識についてのものである。

人格は物質ではない以上、それは何らかの物質により人格に〈代〉わって〈表〉わされねばならない。このように身体が人格を表象することを〈代表する〉と言う。

2 〈国民〉の身体

(1) 〈国民〉の身体たり得る物質

〈国民〉主権の原理からすれば、あらゆる国家権力は〈国民〉の身体により行使されねばならないはずである。では、〈国民〉の身体とは何か。

〈国民〉が主体であり人格として存在する以上、それを代表する身体がある。〈国民〉は、それがいかなる具体的な個人でもない、あらゆる個人にとっての〈第三者〉の位置にある視点を持つ人格である。このため、〈国民〉を代表するには、その物質がいかなる特殊意思からも切斷されていると観念される必要がある。逆に言えば、全ての特殊意思を包摂する視点を表象することができれば、いかなる物質でも〈国民〉の代表になり得る。

君主は、いかなる国籍保有者の特殊利益からも独立した存在であるがゆえに、〈国民〉を代表し得た。日本国憲法も、その第一条で「天皇」は「国民統合の象徴」だと宣言している。また、国籍保有者個人も、場合によっては〈国民〉を代表し得る。すなわち、「全体の奉仕者」（憲法15条2項）として振る舞う場合であり、それゆえに、公権力を行使する公務員たり得る。もちろん、外国籍者も、日本国民全体に奉仕する限りで〈国民〉の代表たり得るはずだが、国籍国との結び付きゆえに、〈国民〉を代表する資質において〈国民〉に劣後すると評価されることもある⁽³¹⁾。当然のことながら、国民投票や選挙の結果⁽³²⁾も、特定の者の意思に支配されるものではないという点で、〈国民〉を代表することが可能である。

要するに、国家権力を行使するあらゆる主体は、それが君主であれ国会議員であれ、あるいは市役所の職員であれ、何らかの形で〈国民〉を代表しているのである。仮に、

(31) 最大判平成17年1月26日民集59巻1号128頁の「国民主権の原理」を参照しつつ「原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものというべき」とする記述を参照。

(32) 国民投票は〈国民〉の身体たる資格を独占すると主張されることもあるが、それは単なるイデオロギーである。

〈国民〉の代表でない存在が、国家権力を行使することは〈国民〉主権の原理に反することになる。

(2) 〈国民〉代表たる〈住民〉

さて、このように〈国民〉の身体たり得る物質は、様々である。あらゆる特殊意思から切断され、あらゆる個人に配慮する視点を表象できれば、その物質は〈国民〉の身体となり得るのであった。とすれば、〈住民〉もまた〈国民〉の身体たり得ると解することができ、またこのように解するのが自然である。〈住民〉は、自らは地域の利益を追求する主体ではなく、地域に関する専門知を持つ、全ての特殊利益に配慮する視点にある主体だと主張することによって、〈国民〉を代表できる。

従って、〈住民〉は〈国民〉の代表であるとの理解は、さほど無理のない理解である。第一部に見た〈住民〉の二性質のうちの第一の性質は、このように説明することができる。

3 〈国民〉代表たる〈住民〉の必要性

では、なぜ〈住民〉に〈国民〉を代表させる必要があるのか。これについては、地域に関する専門知が必要な判断について、決定の量を補充するためだと説明するのが妥当であろう⁽³³⁾。

まず、国家がなすべき業務の中には、その遂行のために地域の専門知が必要なものが多数ある。また、国民投票や国会・内閣のような国家機関により生み出せる決定の量は、ごく限られたものであるのに対し、国家がなすべき地域の専門知の必要な業務は、非常に量が多く、そうした機関により決定できる量の限界を超えている。例えば、全国に数千ある公民館の施設管理は、国家がなさねばならない業務であるが、その全てを内閣の責任とすれば、内閣の業務はそれだけでパンクしてしまうだろう。このため、国家がなすべき地域の専門知の必要な業務⁽³⁴⁾につき、決定の量を増やす工夫が必要である。

(33) こうした観点からは、〈基礎的自治体〉の設置要請は、効率型権力分立論の帰結だとの議論も成立しよう。本稿は、そうした議論を否定するものではない。

(34) 中央政府の不十分さが必然的に地方分権を帰結するわけではない。地方分権を基礎づけるには、中央政府の不十分さという消極的理由に加え、本文で述べたような地方公共団体が権限を担うべき積極的理由が示される必要がある。山下健次「地方自治権の本質・存在理由の検討方法」公法研究43号1981年183頁参照。

ところで、〈国民〉主権の原理からすれば、国家がなすべき地域の専門知の必要な業務も、〈国民〉の代表により処理されねばならない。とすれば、地域の専門知を有し、かつ、〈国民〉を代表し得る存在に、そうした業務を遂行する権限を付与し、決定量を補充する必要がある。

これが、〈住民〉という〈国民〉代表に権限を委ねる理由となる⁽³⁵⁾。

4 小括：〈国民〉代表としての〈住民〉

国家がなすべき地域の専門知の必要な業務につき、決定の量を増大させる必要がある。また、〈国民〉主権の原理により、全ての国家権力は〈国民〉の身体により処理されねばならない。〈国民〉はあらゆる者にとって〈第三者〉の関係にある存在であり、それゆえに、〈住民〉を含む様々なものがそれを代表し得る。このため、〈住民〉に〈国民〉代表としての位置づけと権限を付与する工夫が成立する。

以上が、〈国民〉の身体論から、〈国民〉と〈住民〉の関係にアプローチしたときに描かれる両者の関係である。

三 〈国民〉の意思と〈住民〉

〈国民〉は主体であり、意思を形成する。〈国民〉の意思という観点から、〈国民〉と〈住民〉の関係を分析すると、〈国民〉の身体論からの分析と異なり、両者の関係は単純な代表の関係としては描かれない。

1 一般意思としての暫定的資格

(1) 全てに配慮する一般意思

〈国民〉の意思は、全ての特殊意思に配慮する一般意思である。それを形成するた

(35) 〈住民〉は、地域の専門知を持つ〈国民〉代表である。こうした位置付けを前提にしても、〈住民〉が地域の特殊意思を無視しなければならない、ということにはならない。〈住民〉に〈国民〉代表としての地位を与えることの意義は、そうした地域の特殊意思を十分にくみ取った上で、一般意思を形成するところにある。

めには、まず、そこに存在する特殊意思が把握されなければならない。そして、その全てに配慮する包括的な視点を設定し、そこから意思を形成すれば良い。

選挙の過程で、候補者に様々な個人の意味が伝えられる。選挙された議員は、把握した様々な特殊意思を国会に伝え、国会はそれらを全て包摂する視点から決定を行う。これが具体的な一般意思形成プロセスの典型例であろう。

(2) 暫定的な資格

ところが、こうしたプロセスにより得られる一般意思としての資格は、あくまで暫定的なものである。それはなぜか。

一般意思とは、全ての特殊意思に配慮する意思であった。この、全てに配慮する、ということが問題である。ある時点で現存する全ての特殊意思 a に配慮する意思 A を形成できたとしても、そこで配慮されていない特殊意思 b が発生する可能性がある。そうした特殊意思が発生すれば、必然的に、意思 A は一般意思たる資格を失う。

例えば、育児手当に関する決定は、「現在、養育費がかかるからお金が欲しい」（特殊意思 a1）あるいは「将来的にも子育てをする予定などないので、増税は避けて欲しい」（特殊意思 a2）という二つの特殊利益を包摂する〈第三者〉の視点からなされなければならない。そこで、「子どものいない者にも老後の社会福祉を保障するために有益だ」とする具体的意思 A が、一般意思として表明される。しかし、一般意思は、「老化前に自殺する予定なので、将来の社会福祉は不要である」という特殊利益（特殊意思 b）が生じた場合、それにも配慮しなければならない。このため、意思 b が生じた状況の下では意思 A は一般意思ではあり得ない。また、そのような自殺予定者に配慮する具体的な意思 B を形成できたとしても、それを否定する具体的な意思 c が生じる可能性は排除できない。

要するに、現存する諸々の特殊意思を包摂する具体的な意思を形成できたとしても、それを否定する特殊意思が生じる可能性が常に残る。とすれば、ある時点で具体的な意思（例えば、上記の意思 A）が得た一般意思としての資格は、あくまで暫定的なものにすぎない。

このように一般意思たる資格を暫定的なものとすることの意義は、ある具体的な意思が絶対視され、新たに生じた特殊意思が排除される事態を防止するところにある。

2 <国民>代表の儚さ

そして、ある意思が一般意思として表明されること自体が、人々の利害状況を変更するため、その意思により配慮されていない特殊意思が発生することは、ほぼ必然であると言える。例えば、育児手当の拡充は幼児教育ビジネスの需要の変動を帰結し、それまでに存在しなかった特殊利益を発生させる。

このことは、<国民>代表の地位を儚いものにする。全ての特殊意思に配慮する意思を形成するには、<国民>代表が具体的な意思を形成する必要がある。ところが、<国民>代表がいかに努力したところで、その意思はいずれ確実に一般意思としての資格を失う。

とすると、<国民>代表が、「『裏切り者』になることは、単に一個の可能性である以上に、むしろ必然でさえある」⁽³⁶⁾。現実的にも、崇高な理念を掲げ絶大な支持を獲得して首相や大統領になった者が、具体的な政治決定を重ねるに連れ、その輝きを失い、一部の特殊意思の代弁者と見られるようになる事態は政治の常態である。

3 <住民>の暫定的資格

<国民>代表としての<住民>についても事情は同じである。<住民>の具体的な意思は、それを否定する特殊意思が登場したとき、一般意思としての資格を失う。そうした事態に立ち至ったとき、<住民>は<国民>を代表できなくなり、特定の特殊利益を持つ存在の一つにすぎないものと観念される。

とすると、<国民>代表たる<住民>には、その資格を否定され、国家とは異質な共同体構成員だとされる可能性が常に潜在していることになる。第一部に見た、<住民>の<国民>代表としての性質とは異なるもう一つの性質とは、このことを表現したものと解することができる。

ところで、仮にある<住民>の意思が、一般意思たる資格を失ったとしても、それは一般意思の形成にとって無意味なものだと解する必要はない。<住民>により取りまとめられる地域の特殊意思も、一般意思により配慮されるべき意思であることに変わりはない。<住民>とは異なる<国民>の身体が、<住民>の意思表示を不可欠の素材として、新たに一般意思を形成することができる。

(36) 大澤真幸『ナショナリズムの由来』（講談社・2007年）492頁。

4 小括：一利益集団としての〈住民〉

〈国民〉代表が形成する具体的な意思が得る一般意思としての資格は暫定的なものである。このことは、〈住民〉についても変わらない。このため、〈住民〉の形成する具体的な意思には、常に、〈国民〉の意思としての資格を喪失し、単なる地縁共同体の意思になる可能性が潜在している。

この地縁共同体としての〈住民〉の意思の表明は、新たな一般意思形成の不可欠の前提をなすものである。このため、一般意思たる資格を失ったとしても、〈住民〉の意思表明自体は、極めて有益である。

以上が、〈国民〉の意思という観点から描かれる〈国民〉と〈住民〉の関係である。

四 〈基礎的自治体〉の憲法論へ

現状の議論は、〈住民〉に両義的な性格を認めている。このことを、どう評価すべきだろうか。これが第一部の検討から設定された問題であった。

この点、国家がなすべき地域の専門知の必要な業務につき、決定の量を増大させる必要がある。また、その決定は〈国民〉によりなされねばならない（国民主権の原理）。このことが、〈国民〉代表としての〈住民〉が希求される理由であった（第二部二）。

また、〈住民〉の意思が一般意思としての資格を失った場合には、〈住民〉の意思は、一地縁共同体の特殊意思として扱われるが、そうした意思も一般意思による配慮の対象であり、〈国民〉は〈住民〉の特殊意思の表明を利用して一般意思を形成しようとする（第二部三）。

以上の検討からすると、〈国民〉は、〈住民〉を二つの意味で利用する。第一に、自らを代表させ、一般意思による決定量を増加させる。第二に、〈住民〉が〈国民〉代表に失敗した場合には、そこで示されたものを素材として、より包摂的な一般意思を形成する。従って、〈国民〉の〈住民〉に対するかけ金は、〈住民〉がどのような賽の目を出しても回収される。これは非常に巧みな工夫と言ふべきであろう。第一部に見た〈住民〉の二つの性質は、この工夫の帰結である。

以上に見た工夫を実現するためには、〈住民〉に両義的な性質を持たせつつ、その政治参加を積極的に認める必要がある。〈住民〉の政治参加を十分に保障するためには、〈住

民>の政治参加が容易なく基礎的自治体>の保障が不可欠になる。憲法上の<基礎的自治体>に対する保障の意義は、このように説明することができるだろう。

(きむら そうた 首都大学東京法学系准教授)