

# 憲法上の地方自治制度の意義

高  
橋  
正  
俊

## 目次

はじめに

一 再検討の出発点

二 新固有権説について

三 承認説を軸にした再検討

1 地方公共団体の権能

2 地方自治の本旨

3 地方自治の保障

むすび

## はじめに

日本国憲法「第八章 地方自治」の地方自治制度がいかなる意義をもつかについて、従来から様々な見解が存在してきた。<sup>(1)</sup> その基本的な理解の違いから、伝来説と固有権説の対立があつたが、現在でもその対立は続いている。これまで圧倒的に劣勢にあつた固有権説側から新たな根拠付けが主張され、特に検討する必要が生じている。

さらに、伝来説の内部においても見解の対立があり、今日の通説とみられる制度的保障説に対しても批判が止んだわけではない。本稿は、日本国憲法の地方自治制度の意義を再考し、地方自治規定の妥当な解釈のために貢献しようとする試みである。

### 一 再検討の出発点

現在、日本国憲法の規定する地方自治について、基本的に異なる、二つの見解が併立している。すなわち、地方自治体は、そもそも国家から独立した固有の統治権をもつ存在であると主張する固有権説と、もともと国家の統治権によつて自治権が付与された存在であると主張する伝来説である。

従来、近代国家の主権の統一・不可分性を基礎として、国家の統治権の一部が、地方自治体に自治権として付与されたものであるとする伝来説が通説となつている。これは、近代国家の主権は、外国や教皇など国外の権力を排除するとともに、国内の領主などの権力を排除することを通じて、一元的な国家権力・統治権を形成したものであると主

張する主権のドグマ<sup>(2)</sup>に適合する考え方である。そこでは、前国家的権力も超国家的権力も観念し得ず、すべての統治権は、国家の主権に由来すると考えなければならない。地方自治体の自治権も、当然、国家の統治権に由来することになるのである。

では、日本国憲法においては、どのような方式で地方自治体に自治権が付与されるのか。明治憲法下のように、憲法が沈黙状態にあつて、法律によつて行政組織として地方自治制度が形成され、自治権が付与されたのとは、様相を異にする。日本国憲法は、第八章に四ヶ条の規定を設け、法律による地方自治制度の形成を命じているのである。これは、国の主権―憲法の地方自治規定―法律による地方自治制度という構造をもつものであり、憲法伝来説と呼ぶのが相応しい<sup>(4)</sup>。

\*

ところで、本稿の再検討は、「第八章 地方自治」を統治機構の規定であると見ることから出発する。内野正幸教授は、憲法の地方自治について、制度的保障とみる説を批判して「統治機構領域の憲法規定に示される規範と同じ性格をもつ客観的規範である、と説明すればたりよう<sup>(5)</sup>」と述べられている。筆者も、まずは、このような立場に立つのが当然であると考え。それではどうしても地方自治規定が適正に解釈できないという場合に初めて、制度的保障説その他の解釈技術の導入を考えればよいと思うのである。内野教授に敬意を表して、本稿の立場を「統治機構説」と呼ぶこととしたい。

このように考えるとき、これまで多くの批判にさらされ、「承継する学説は存在しない<sup>(6)</sup>」とまで評される柳瀬良幹教授のいわゆる承認説<sup>(7)</sup>を軸に再検討するのが便宜であると思われる。すなわち、筆者の見るところ、従来の学説の中では、承認説の立場が基本的に統治機構説の思考方法に近いからである。また、多くの批判が蓄積されていることも

検討に便宜を与えるのである。以下において、承認説による地方自治規定の解釈を紹介し、その問題点・批判点を検討し、統治機構説を追求してみたい。

ところで、承認説の検討に先立って、以下の二点を述べておきたい。

まず、「承認説」という名称にとらわれてはならないことである。この学説の名称の由来は、憲法の地方自治規定は地方自治を「承認」ないし「許容」する点に法的意味があるという教授の主張にある。しかし、これは教授自身の異色の帰結ではあっても、解釈の本質を示すものではないし、必然的な結論ともいえないと思われる。筆者としては、統治機構説の原型という位置づけから承認説を検討するのである。

第二は、もし承認説と呼ばれる解釈が、統治機構説の原型をなすようなものであれば、承継する学説がないというのは言い過ぎではなからうかということである。伝来説を採用し、制度的保障説をとらないため、結果的に地方自治規定を統治機構の一部として解釈する学説も存在する<sup>(8)</sup>。すなわち、内容的・方法的に考えるとき、決して後継者をもたないわけではない。学説の名称が、時としてその消長を左右することがあることは良く知られている。承認説もこの例なのかもしれない。

## 二 新固有権説について

従来の固有権説の基礎付けには、二つのタイプがあるように思われる。第一は、国と対峙する存在としての地方自治を歴史・現実の中に見出し、自然法論に基づいて、地方自治体が国家より伝来したのではない始原的な権利をもつと主張するタイプのものである<sup>(9)</sup>。

しかしながら、日本においては、ヨーロッパの都市などに比して地方自治は発展せず、固有権を基礎付けるほどの社会的基盤を持たない。確かに、日本においても近代国家の成立に先立って村落・都市共同体が存在したが、今日の地方自治につながる制度は、明治維新後の日本国家による意図的形成物とみるべきものである。市制・町村制は明治二一年、府県制は明治二三年にできたものにすぎない。また、それらの変遷消長は著しく、憲法上その社会的基盤を主張できるとは到底思えない。今日、日本において、このタイプの固有権説はほとんど説得力がないといえよう。

もう一つの固有権説の基礎付けの方法は、もともと前国家的存在とされる人権に類似する権利を、地方自治体もっているというものである。<sup>(10)</sup> 日本国憲法では、基本的人権を前国家的な権利として理解するのが通説的であるから、この議論の前提は満たされており、その問題性にもかかわらず、今日でも有力な学説が生み出されるのである。

日本における地方自治体の固有権の主張は、林田和博教授のそれが代表的とされる。それによれば、今日の地方自治体は、成人としての人格が認められるべき状態にある。「地方団体に対し、これを国家の構成要素となしながらも、国家といえども奪うべからず、国家に対しても譲渡すべからざる法以前の、自由なる人格権を認めんとすることは、<sup>(11)</sup> 憲法規定の中で論証しえらるる」。教授は詳しい論証を示しておられないが、地方自治体を基本的人権の享有主体と認め、その自治権に対し憲法九七条による性格づけをする。すなわち「現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利」であり、前国家的なものとして保障されていることを認めうるるのである。

この論証方法は日本国憲法を介在させるものであるから、固有権説というより伝來說に属する（憲法伝來說）。もちろん、憲法を離れても不可侵かつ永久の権利であることを証明できれば、固有権説として認めうるであろうが、そこまで議論は及んではない。<sup>(12)</sup>

\*

近年、地方の時代という掛け声がある一方で、地方自治の危機ということがしばしば叫ばれる。危機の内容は多岐に及ぶが、その中心的問題は、国による自治体に対する様々な干渉の必要性が高まっていることにある。新中央集権化という現象で、これにより地方自治が絶えず脅威にさらされているという認識である。<sup>(13)</sup>

このような中で、従来の憲法の地方自治規定の解釈が真剣に問われているのである。それも、地方自治の危機という認識に対応してであろうか、固有権説的思考に基づき地方自治権を再構成しようと試みる学説（新固有権説）が目につくのである。少数に止まるが有力な学説なので、簡単に見ておきたい。

まず、筆者のみるところ最も説得力のある手島孝教授の主張の中核を検討したい。<sup>(14)</sup> 教授は、九二条の地方自治の旨を団体自治・住民自治とする通説にしたがいつつ、それらは有機的に不可分の関連を成す一つの全体としての地方自治権であるとされる。そしてそれは固有権（すなわち、国家以前・憲法以前の住民および地方公共団体に固有な基本的権利）として把握されなければならないとして、次のような憲法解釈論的根拠をあげる。

第一は、人民主権論の論理と参政権に基づく主張である。すなわち、憲法という国民主権を人民主権と理解するとき、「一国家内の多種多様な政治・行政需要中、局地的性格のものに関しては、関係国民の自己決定、すなわち当該地域の住民の——直接および命令委任付き代議的——民主主義的な決定に委ねべし（ないし、その決定を最大限に尊重すべし）」との要請を当然にそのコロラリーとして内包することになる。∴住民自治権は、あたかも国民主権に由来する参政権が国民の基本的人権として日本国憲法上理論構成される（最大判昭四三・一二・四刑集二二卷一三号一四二五頁の説示によれば、『憲法一五条一項は、∴選挙権が基本的人権の一つであることを明らかにしている』）とまったく同じく、住民の基本的人権として把握される<sup>(15)</sup> というのである。

しかし、この論証は、別に人民主権論を基礎とする必要はない。柳瀬教授は夙に、「民主主義と地方自治」という

論考で類似の問題を検討している。<sup>(16)</sup> それによれば、「民主主義とは畢竟或る事柄がそれに利害関係ある者の意思に依つて処理せられることを意味する。」<sup>(17)</sup> したがって、団体自治の方は民主主義と関係がないが、住民自治は「地方団体の権能に属する事柄が、その住民、従つてそれに利害関係ある者の意思に依つて処理せられることをいふものであるから、…地方団体の立場から見ても、又国全体の立場から見ても、常に民主主義の当然の要求であり、又それなくして民主主義はあり得ない」<sup>(18)</sup>とまで言い切っているのである。

手島教授の場合、地方自治の本旨を団体自治と住民自治一体としての地方自治権とするから、人民主権に基づく民主主権的決定の要請が地方自治権にどういふ帰結をもたらすか精確には確定できないけれども、柳瀬教授と略同じ主張であるとみられる。

しかし、そうだからといって、国民主権に由来する参政権が国民の基本的人権と構成されるように、人民主権に由来する地方自治権が基本的人権の意義を獲得するという主張になると、同意できない部分が多い。おそらくこの議論のミソは、人民主権という、憲法以前の存在のようにも思われる觀念から、直接地方自治権を引き出すことによつて、その固有性を主張しようとする点にあるのだろう。しかし、人民主権論自体、憲法の解釈から生まれた主張に過ぎない。そうであるとすれば、柳瀬教授が、憲法原則としての民主主義から導き出した地方自治（住民自治）の必然性と違いはない。地方自治に前国家的とか前憲法的といった性格を与えうる議論ではない。

さらに、前述のように、「基本的人権」が前国家的・前憲法的であるといふのは、証明済みの事項ではない。少なくとも参政権は、国家的権利と考える他ない。このことは、民主主義という政治手段を採用しない国家にとつて、参政権が無用のものであることを考えれば明らかであろう。また、憲法一五一条一項が、参政権を「国民固有の権利」としているのは、このことを明らかにしようとしていてと考えられるのである。<sup>(19)</sup>

もう一つ問題を指摘しておこう。それは、教授の証明が成立するとしても、証明されたのは地方自治体の参政権、すなわち「国の政治に参加する権利」にすぎないことである。地方自治体が、自らに係わる事柄を自ら処理する固有の権利をもつことを証明したとは考え難いのである。

そのことを慮ってか、教授は第二にダメ押しとして憲法一三条をよりどころとすること、より強固な基礎付けをしようとする。曰く、『住民がその最も身近な地域社会を基礎に地方公共団体を形成し、共同事務を最大限自力で処理することを通して、自らの自由と権利を守り伸張する』のは、まさに基本的人権としての『幸福追求に対する国民の権利』に属する<sup>(20)</sup>というのである。確かに判例によれば、団体にもその性質の許す限り基本的人権の享有主体たりうる。では、幸福追求権は、教授の主張されるように、地方自治体にも及ぶであろうか。

筆者には、地方自治体に幸福追求権を及ぼすことはできないように思われる。すなわち、幸福追求権は、一三条一文にあるように国民の「個人としての尊重」を前提としている。明らかに自然人たる個人の人格にかかわる権利であつて、「団体の人格」にかかわるものではない。「このような立場は、個人に対して、国家構成員としての公的生活のほか、私的生活のあることを容認し、私的生活における私的自主性の尊重されることを要求する<sup>(21)</sup>」のであり、その個人人格の形成・維持に不可欠な権利こそ幸福追求権なのである。この「個人」性は、一文にも表明されており、「生命に対する権利」が挙げられているのは、自然人たる個人を対象としていることを示すであろう。

この国と地方自治団体という二重の統治団体間の一般的関係は九二条が、国と特定地方自治体の関係は九五条が規律していると考えるべきである。これらの統治団体間の関係を基本権規定中に見出そうとするのは、基本的人権が国民対国家という対立関係を基本とするものであることを考えるとき、統治団体たる地方自治体に基本的人権を認めるのは「性質」としてそぐわないと考えられる。

本説の他にも新固有権説とされる主張がある。例えば、杉原泰雄教授の説<sup>(22)</sup>や、鳴野幸雄教授の説<sup>(23)</sup>が典型的であって、国民主権や基本的人権を根拠として再構成を試みたものである。手島教授の見解は、この両根拠の巧みな結合によって形成された学説といえよう。手島教授の説に賛成できない筆者は、いうまでもなく、これらの説にも賛成できないのである。

### 三 承認説を軸にした再検討

承認説と呼ばれる学説は、実際のところ、柳瀬教授の一人学説といってもよいものである。承認説に対する批判は多いが、教授も反論している<sup>(24)</sup>。また、教授自身、最も肝要な「地方自治の本旨」について反省を加え、若干の解釈の補正を行っている<sup>(25)</sup>。そこで、以下やや詳しく紹介し、若干の検討を加え、統治機構説を指向する筆者なりの意見を述べることにしたい。

#### 1 地方公共団体の権能

まず、九四条の地方公共団体の権能の規定について、その財産管理や事務処理を当然としつつ、行政の執行について曰く、

「公共団体の公共団体たる所以は、行政の執行、即ち外部に対して権力を行使するところにあるのであるから、本条が地方公共団体の権能としてそれを挙げたのは、実は地方公共団体の概念上当然のことを改めて言つたまでで、その意味ではそれは無意味にして且つ無用の規定とも言ふことができる。ただ以上のうち、最後の条例の制定のみは、

内容から言へばそれは無論財産の管理・事務の処理又は行政の執行の何れかに属すべきものであらうが、併し形式としては、それは行政ではなく、立法に属するものであるから、地方公共団体の概念上当然の権能とは言ふことはできず、即ちそれは本条が掲げることによって初めてその権能となるもの<sup>(26)</sup>である。

ここでの教授の主張は、地方公共団体の条例制定権は本条により始めて認められるというにある。すなわち、地方公共団体は本来行政権を担当する機関であり、その権能は立法に及ぶものではないと前提されているのである。しかし、これについては問題がある。戦前においては、確かに、地方公共団体に相当する「地方団体」は議会を含めて地方行政のための機関と観念されていた<sup>(27)</sup>。

しかし、現行憲法においては事情が全く異なる。それは、第八章の表題の英訳が Local Self-Government (地方自治政府) となっている点から明らかである。すなわち、地方公共団体は「地方政府」という視点から構想されていたのである<sup>(28)</sup>。第八章の起草過程や英訳は、このことを示すものである。が、現行の条文上に根拠を求めるとなるとなかなか難しい。ただ、地方政府であることは、憲法と齟齬しないだけでなく、それに適合的な条文が認められる。

地方政府は、立法作用と行政作用を行うものとして考えられた。憲法四一条は、国会について「国の唯一の立法機関」と、国限りで唯一という規定の仕方をして<sup>(29)</sup>いる。これは、地方は別で、自主立法機関をもつことを予期させる。地方公共団体における議事機関としての議会(九三条)や条例制定権(九四条)の規定が、それに対応するものであることはいうまでもない。

では、行政についてはどうか。教授は、前述のように、地方公共団体の概念上当然に行政機関であるとする。それは戦前の延長線で考えればそうなのである。が、日本国憲法下においては必ずしも釈然とする説明とはいえない。これもまた、国の政府による行政との相関関係の中で考える必要がある。

憲法六五条は「行政権は内閣に属する」とするが、ここでも行政が内閣以外の機関に属しうる余地を窺わせる規定がある。すなわち、六六条三項は、責任政治の原則の表れとして、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」と規定している。内閣が責任を国会に対して負うものであることを考慮すると、立法と同じく内閣に属する行政とは「国限りの行政」に止まることを窺わせるのである。

大体、地方公共団体が、条例という形式で国とは別の自主立法権をもつならば、それを執行する行政は、その地方団体の役割となるべきものである。地方公共団体には、少なくともこの限度で行政権能が認められねばならない。そうであるとすれば、地方公共団体の担当する行政は、①自主立法に基づく行政の執行と、②国により委任された行政の執行ということになる。憲法九四条の「行政を執行する権能」とは、それらに対応する規定と考えられるのである。<sup>(30)</sup>すなわち、地方公共団体が二種の行政を行う権能をもつことを確認するのが、憲法九四条の「行政を執行する権能」という規定であろう。

## 2 地方自治の本旨

次に、肝心の九二条について、当初、教授は曰く、

「憲法は地方自治についてはただ地方自治の本旨に従つて地方自治を行へといつてゐるに止まる。そして地方自治の本旨とは地方自治の存在理由のことであり、即ちその処理の結果の影響の及ぶところが一地方に限られる地方的の行政事務は地方団体をして自由に処理せしめることである。それ故、憲法が地方自治についていつてゐるのは、結局、右の意味の地方的の行政事務がある限りにおいてそれに相応した内容の地方自治を行へといふことに止まる。<sup>(31)</sup>」

この部分が最も批判のあるところで、二つの批判が重要である。第一は、法律によって形成される地方自治制度に

対する憲法上の制約と読める「地方自治の本旨」に関する理解の相違である。すなわち、柳瀬教授はそれを当初、「地方自治の存在理由」と解したのであるが、これについては今日に至るまで批判されるところである。<sup>(32)</sup> 第二の批判は、「地方自治の本旨」を地方自治の存在理由と解することに起因する法律に対する憲法九二条の規制力の薄弱さに向けられる。これは、実質的には、憲法による地方自治保障の強度の問題であるから、次項で述べることとし、ここでは第一の批判について考察する。

第一の批判に対して、柳瀬教授は、特に蠟山政道教授の「中央政府の地方自治に対する関係」<sup>(33)</sup>を参観しつつ、自説に修正を加えている。すなわち、蠟山教授の主張のように、地方自治の本旨 (Principle) ということを「地方自治の本質的概念、従ってその理想形」と解することも可能であると認めたのである。

蠟山教授によれば、本旨の内容は「地方公共団体の内部的な組織運営」と「中央政府の地方公共団体に対する関係」に分けることができるとする。さらに後者について、①地方公共団体への必要財源の付与、②地方公共団体の権能の剥奪・制限・監督は、一定の限度に止まらねばならないこと、③地方公共団体は独立の団体たる実を失わせるものであつてはならないこと、を挙げているのである。柳瀬教授は、これは要するに「地方自治の名に値するために欠くことのできない条件」であり、地方自治に関する憲法規定から窺われるところであるとして、このような理解も可能であると認めた。<sup>(34)</sup> しかし、この本旨の解釈が「現実具体的の立法の基準たり得るためには」、やはり地方自治を行うべきかどうかについての基準もその中に見出されなければならぬ。すなわち、存在理由も含まれなければならないとして、この点は固守した。<sup>(35)</sup>

筆者は、地方自治の本旨を存在理由とするのは、それが Principle と訳されているからだけでなく、「本旨」に存在理由を代入したときの無意味さを考えたとき、無理があると考ええる。そもそも存在理由が失われれば、規範内容も失

われる。これは言うまでもない理であり、これを確認する条文、しかもそれを「本旨」と述べる条文が必要であると  
は考えられないのである。

蟬山教授の指摘した「本旨」の具体的内容はどうか考えるべきであろうか。通常、統治機構の規範の中に一定の制度  
が規定されることは、当然、当該制度が既存の場合、それを廃止しないし内容を失わせるような措置を禁ずる意味をも  
つであろう。教授の指摘はこれに沿って、立論しているように思われる。しかし、このことは解釈上当然のことのよ  
うに思われる。たとえ適正な解釈であるとしても、それらを「本旨の内容」とする意味は希薄であるといわねばなら  
ないであろう。

ところで、統治機構の解釈上、次のような主張が可能のように思われる。すなわち、既存の制度が存在するが、憲  
法規定の要求する目的・趣旨に適しない、あるいは機構上不十分な場合、修正を要求する規定と解釈されることにな  
る。また、要求された制度が不存在の場合には、その目的・趣旨に合する制度を新たに設定、具体化することを要求  
する規定と解されることになる。

では、日本国憲法の既存地方自治に対する要求はいかなるものであろうか。それは戦前の地方自治制度を不十分と  
しての大幅な修正要求である。その具体的な要求内容が九三条以下の規定と解釈すべきであらう。では、九二条の要  
求はどういうことであらうか。思うに、本旨とは民主主義国家における地方自治ならば当然に従うべき Principle を  
意味するのではなからうか。すなわち、九三条以下で要求される具体的内容を支える原則が、法律による形成に任さ  
れた地方公共団体の組織・運営事項についても適用されるべきことを求める規定のように思われる。

であるとすれば、地方自治の本旨を「団体自治」と「住民自治」とする今日の通説<sup>36</sup>は、適切な解釈といえることがで  
きるのではなからうか。これが国家と法律により形成される地方自治体の一般的関係を規律する。九五条は、これに

対し、国家と特定地方自治体との関係を規律する規定であり、両規定が一体となつて国家と地方自治体の基本的関係を規律するのである。

### 3 地方自治の保障

地方自治が憲法に規定されるということは、憲法による規定内容の保障を必然的に含むものと考えられる。すなわち、法律以下の規範が憲法規定に違反すれば、それは排除されるからである。勿論、柳瀬教授もこの意味での地方自治の保障を認めている。例えば、教授自身、特別区区長公選廃止や都道府県知事官選は、特別区や都道府県が憲法上の「地方公共団体」である限り憲法違反であるとしているのである。<sup>(37)</sup>

柳瀬教授の地方自治「保障」の問題は、九二条の地方自治の本旨の解釈にからんで、一般的に「地方自治制度」なるものが憲法上の保障を受けるか、という論題なのである。これについて、地方自治の本旨を「地方的の行政事務がある限りにおいてそれに相応した内容の地方自治を行へ」という地方自治の存在理由の意味であるとすれば、次のような帰結を導くとして、曰く、

「凡そ法律が或る制度を保障するといふことは法律の内容が如何なる理由があつてもその制度を廃止し又は変更することを許さないとする場合に始めて言ひ得ることである。地方自治制度は如何なる状況のときにも存在することを求められるものではなく、「地方自治を認める余地が全くない如き事態を生じた場合には、一切の地方公共団体を廃止し、すべての行政を官治行政とすることも、決して憲法の禁ずるところで」はない。「基本的人権や私有財産制度や司法権の独立に関する憲法の規定とは著しくその意味を異にするのであつて、これを同列の用語を以つて憲法の『保障』と称することは不精確を免れないと思はれる。無論、憲法が右の如く定めることは、反面において、

その限度においては必ず地方自治を行ふべきことを命ずる意味であることは言ふまでもないから、その意味においては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、：地方自治が相当である限りにおいて地方自治を行へという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か、頗る疑問と思はれる。<sup>(38)</sup>」

この結論は理路整然としたものではあるが、刺激的で常識的には受け入れがたい。筆者の感想は非常に悩ましいものである。地方自治の本旨は団体自治・住民自治であると考えるべきだが、存在理由の喪失した制度は、たとえ憲法の規定するものであれ、その制度を保障する規範としての効力は失われると考えるべきではないか、と思うからである。むしろ、本旨かどうかにかかわらず、存在理由自体の欠如は地方自治の保障を失わせると考える立場から、柳瀬教授の理論に対峙しなければならぬと思うのである。地方自治の本旨を地方自治の存在理由とするのは誤っているというだけでは問題は解消しないのではなからうか。

では、実際問題として、地方的の事務が消滅することはないとしても、理論としてはこの結論を受け入れなければならぬのであろうか。地方自治が国による民主主義の補完制度にすぎない<sup>(39)</sup>と考えるなら教授の結論を認める他に途はないであろう。

柳瀬教授の思考に対して純粹理論で對抗するのは非常に難しい。しかし、憲法規範は現実世界を規制するものであると考えるとき、別の議論が可能になると思う。というのは、われわれは變動のない時代に生きているのではない。むしろ変転止めどなき社会に生きているのである。地方的事務の多寡・存否は、変転する事項である。それに対して地方自治の制度は、その変転に密接についてゆけるものではないし、行くべきものでもない。けだし次の変転に備え

て用意しておくべきものであるように思われるからである。<sup>(40)</sup>それを越えて存在理由無しという結論をだして制度を廃止するのは、憲法改正手続によるべきもののように思われるのである。

また、筆者が興味深く思うのは、柳瀬教授が「地方自治の名に値するために欠くことのできない条件」の提示と評した前述蠟山教授の地方自治の本旨の内容である。これは本旨と言えるかは別として、日本国憲法における地方自治の保障内容のラフスケッチであるように思われる。これらの諸点について地道に再検討するのが地方自治統治機構説の次の課題であろう。

## むすび

本稿は、柳瀬教授のいわゆる承認説を軸にして、憲法上の地方自治規定を統治機構として見た場合、どのように理解すべきかを検討したものである。現在の判例・通説である制度的保障説について言及していないのは、かつて制度保障について小稿をものしたことがあり、その中で消極的な見解を披瀝したが、<sup>(41)</sup>その意見がいまでも変わっていないからである。

(1) 鳴野幸雄「地方自治権」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎1』（昭和五八年・勁草書房）二六〇頁以下参照

(2) 小嶋和司『憲法概説』（昭和六二年・良書普及会）一〇二―一二三頁参照

(3) 明治憲法においては、地方自治を否定する意図ではなかったが、明示的規定は置かれなかった。これは地方自治を法律に委ねる趣旨であったと考えられる。小嶋和司「明治憲法起草における地方自治」『明治典憲体制の成立』（昭和六三年・木鐸社）所収、三

三二頁以下参照

- (4) 原田尚彦『新版 地方自治の法としくみ』（平成一七年・学陽書房）二二頁参照
- (5) 内野正幸「憲法的規範の法的性格」筑波法政九号（昭和六一年）二〇〇頁
- (6) 樋口Ⅱ佐藤Ⅱ中村Ⅱ浦部『注釈 日本国憲法 下巻』（昭和六三年・青林書院）一三八三頁（中村睦男執筆）
- (7) 柳瀬教授の地方自治に関する所説は『憲法と地方自治』（昭和二九年・有信堂）所収の諸論考で明らかにされている。引用は本書によって行うが、漢字は新字体に改めた。
- (8) 例えば、小嶋和司、覚道豊治などがそうであろう。
- (9) 前掲注（2）五三四―五頁参照
- (10) 成田頼明「地方自治の保障」『日本国憲法体系 第五卷』（昭和三九年・有斐閣）一三三―四頁参照
- (11) 林田和博『憲法保障制度論』（昭和六〇年・九州大学出版会）四〇九頁
- (12) 筆者は昔、九七条は、自然権説を証明する材料にはならないと論じたことがある。本条は、日本国憲法下における基本的人権の取り扱いかかわる規範にすぎず、憲法改正も可能であると主張した。人類の努力により獲得した権利が、前国家的であるなどというのは理解できないからである。「法実証主義的自然権説について」香川法学第一四卷三・四号（平成七年）九七頁以下参照
- (13) 前掲注（4）二六―七頁参照
- (14) 手島孝『憲法学の開拓線』（昭和六〇年・三省堂）二六〇頁以下参照
- (15) 前掲注（14）二六〇―一頁
- (16) 前掲注（7）四九頁以下参照
- (17) 前掲注（7）五四頁
- (18) 前掲注（7）五四―五頁
- (19) 最三小判平成七・二・二八民集四九卷二号六三九頁は、参政権が憲法や法律により形成された権利であることを表明していると解される。
- (20) 前掲注（14）二六一頁
- (21) 前掲注（2）一七〇頁
- (22) 奥平Ⅱ杉原編『憲法学 6』（昭和五二年・有斐閣）一三二頁以下参照
- (23) 鴨野幸雄「憲法と条例」法律時報四七卷三号（昭和五〇年）二六頁以下参照

- (24) 前掲注(7) 一七頁以下参照
- (25) 前掲注(7) 四二頁以下参照
- (26) 前掲注(7) 六頁参照
- (27) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ(補訂第三版)』(平成一二年・成文堂) 四八四―五頁参照
- (28) 前掲注(27) 四八四―五頁参照
- (29) 前掲注(2) 三六九頁参照
- (30) ①について、内閣は国会に責任を負わないことになる。
- (31) 前掲注(7) 一七頁
- (32) 例えば、前掲注(10) 二三六―七頁参照
- (33) 自治研究 第二九卷三号(昭和二八年) 三頁以下
- (34) 前掲注(7) 四四頁参照
- (35) 前掲注(7) 四五―六頁参照
- (36) 成田頼明「地方自治総論」雄川Ⅱ塩野Ⅱ園部編『現代行政法体系 八』(昭和五九・有斐閣) 三頁参照
- (37) 前掲注(7) 五一―六頁参照
- (38) 前掲注(7) 一三一―四頁
- (39) 前掲注(2) 五三五頁参照。非常に小さい、あるいは非常に均質的な国家の場合、または国家的緊急事態の場合、地方自治制度が存在理由を失う可能性は(小さいとしても)否定しがたいように思われる。
- (40) その典型は軍隊であろう。平和のときにも必要な制度なのである。
- (41) 「制度保障について」香川法学七卷三・四号(昭和六三年) 一五六頁参照