

# わが国の地方自治制度の沿革とその法的性質の一考察

大 西 齋

昨今、わが国において、道州制をはじめとする地方自治制度の見直しが行われてきている。その背景には、地方分権が世界的な潮流ということや国家を中心とした中央依存型政治の限界、地域間格差の問題などさまざまな要因がある。

今後ますます、中央統治機構と地方統治機構のあり方をめぐり、従来の中央集権型の政治から脱却し、地方のことは地方の住民の意向を十分に尊重した地方重視の地方政治を行う必要性が重要になってくる。いわば、地域住民の政治参加の機会の確保が明確になる地域社会づくりこそ大切であり急務といえよう。その意味でも日本の地方自治制度についてその歴史的沿革を考察していくことは、過去の歴史のなかから地方自治のあり方を学ぶとともに今後あるべき地方自治制度を模索していく手がかりになると思う。また、わが国の地方自治制度の根拠となる日本国憲法第 8 章の趣旨にかかわる学説を検討するなかで、従来の国を中心とした政治体制に対する地方公共団体のあり方を再考していくきっかけになればと思い本稿を執筆する。

## 1 わが国における地方自治制度の沿革

### (1) 明治憲法下における地方自治制度

明治憲法には、地方自治制度に関する条項は設けられていなかった。それは、明治憲法下における地方自治は、「国の立法政策の問題と解され、憲法上の問題として扱われていない」<sup>(1)</sup>ことがその背景にあるといえる。しかし、最初から地方自治が軽視されていたわけではなく、明治憲法の起草過程で、地方制度に関する規定が論議されていたが、成案になる段階において結局それは枢密院の意向により削除<sup>(2)</sup>されてしまった。

明治憲法に地方自治制度に関する規定が設けられなかった理由としては、地方自治制度に関する規定が憲政不可欠の内容事項とされなかったことと、府県のあり方について政府内で見解の相違があったことが挙げられる<sup>(3)</sup>。ただ、元々明治新政府が地方自治制度の全国的な整備を明治憲法制定に先立って取り組んだ経緯としては、第 1 に、地方自治体を国家の基礎として捉えて、国政を担当する人材の養成につなげるという点。第 2 に、地方自治体を中央政府の政治的波紋の防波堤として捉えている点が挙げられる。さらに第 3 に、世界の文明国の仲間入りを

するうえにおいて地方制度の一新の必要性があったことが挙げられる<sup>(4)</sup>。

このように、明治新政府により国家政策的意図をもって法制化された地方自治は、いわば上から下に降ろされた制度ともいえる。このことを山県有朋は、明治21年2月13日の地方官会議の席上において、「今市制町村制ヲ設クルハ地方自治及地方分権ノ主義ヲ実行スルニ在リ、自治分権ノ法ヲ施スハ即チ立憲ノ制ニ於テ国家基礎ヲ鞏固ニスル所以ノモノナリ」<sup>(5)</sup>と述べており、国家の基盤を固めるために地方自治制度が有用になるという考えを明確にしている<sup>(6)</sup>。この地方自治と国家の基盤固めの関係について、当時プロイセンの公法学者<sup>(7)</sup>の助言・指導を仰いでいたが、「シュタイン市制にみられるような市民社会と官憲国家の二元的対置構造の中で地方自治を市民社会の自由の表現としてとらえる考え方」<sup>(8)</sup>を日本は取り入れなかった。本来、地方自治の考えはわが国における農村社会の「隣保共同の精神」の延長線上のものとして捉えられていたところがあり、社会の制度が地方自治制度の基幹をなした面もあったからである<sup>(9)</sup>。

上述のように、明治新政府の打ち出した地方自治制度は、全般的に国家統制的色彩が強かったといえる。ただ、地方自治制度は、明治初頭の自由民権運動の理論的な基礎概念として提唱されたり<sup>(10)</sup>、明治32年、同44年、大正10年、同15年、昭和4年<sup>(11)</sup>の改正を通じてより民主的な地方自治制の方向性を目指してはいた。しかし、これらの改革も「所詮明治地方自治の本質を基本的に変更するものではありえ」<sup>(12)</sup>なかったといえる。

明治憲法では地方自治が明文化されなかったとはいえ、わが国における近代的な地方自治制度は明治憲法制定施行と相前後して法制化されており、明治21年に成立した市制、町村制度は、市町村を基礎的地方団体とし、市会、町村会を設置した。行政機関としては、町村には町村会でお互いに選挙する町村長を就任させた。市では、「市長を含む合議制の参事会を設け、市長は市会の推薦する候補者のうちから内務大臣が選任した」のである。さらに、明治23年には、府県制および郡制が法制化され、府県知事および郡長が置かれた。いわばこれは、国の行政区画として機能しており、それが同時に地方公共団体の区域とされた。その執行機関はあくまで国の行政官庁として府県知事および郡長があてられた<sup>(13)</sup>。このことは、「府県会や区町村会などの『地方民会』が『自由民権運動』の活動舞台となったことから、政府は、府県会等の議員の活動制限などの抑圧措置をとった」ことが背景にあると考えられる。さらには、「旧憲法の制定と国会開設をひかえて、中央政権的な地方制度の再編成が行われ」たのであり、その意味においては、明治憲法下の地方自治は、国家の出先機関としての色彩が濃厚であったと同時に、「旧憲法下の地方制度は、いわゆる『大正デモクラシー』の一時期に自治的要素を拡大する改正がなされたこともあったものの、全体として中央集権的な官僚的拘束の強いもので、『地方自治』制度というにはほど遠いものであった」<sup>(14)</sup>ということがうかがわれる。

## (2) 日本国憲法が保障する地方自治制度成立の経緯

昭和20年10月11日、マッカーサー元帥は憲法改正を幣原首相に命じた。日本政府は、松本丞治国務大臣を委員長とした「憲法問題調査委員会」に改正草案の作成を付託した。昭和21年2月8日同委員会は、憲法改正要綱（甲案）をGHQに提出したが、そのなかにおいて地方自治に関しての規定は特段なかった。GHQはこの松本案に対して「地方自治について何も言っていない。公共団体の住民に、その地方の政治問題に参加する道を開くいかなる保障の提案もない」（Political Reorientation of Japan, GHQ 民政局）として、民政局内の「運営委員会」と「地方自治小委員会」において地方自治を包含した独自の憲法草案の作成に取り組み、それを同年2月13日GHQの改正草案として日本政府に手渡したのである<sup>150</sup>。このことから、地方自治の規定は日本国政府が憲法草案に挿入して提起したものではなく、「GHQの指導によるものであった」<sup>151</sup>ということがいえる。

日本政府はGHQに松本案の再考を要請するが、受け入れられずに結局GHQの改正草案を受け入れることを決定する。GHQの改正草案は第8章に「地方政治（Local Government）」として、第86条「首長・議員等の直接選挙」、第87条「住民への憲章を制定権を認める」、第88条「特別法に対する住民の同意」3ヶ条の規定から成り立っていた<sup>152</sup>。

このGHQの改正草案3ヶ条の方針に基づいて日本政府は、同年3月4日GHQに検討案を提出する<sup>153</sup>。佐藤達夫氏によれば、3月4日から5日にかけての日本側とGHQ側との折衝において、日本側が「表題にselfを入れてLocal self Governmentにした方がよくはないかと提案したところ」この提案がGHQに認められ、「地方自治」ということになったという<sup>154</sup>。さらに同折衝において、「地方自治の本旨」を含む第88条の追加が認められることになった。ただ、このことは「地方自治は『中央政府』と対等の『地方政府』という印象をさけること、さらに、『地方自治ノ本旨ニ基キ法律ヲ以テコレヲ定ム』という文章を入れることによって、自治の概念を曖昧にする」<sup>155</sup>ということになって後々に課題を残すことになる。また、日本政府の重要な修正として、GHQ改正草案第87条の「憲章（Charters）ヲ作成スル権利」を「条例及規則（Regulations within law）ヲ制定スルコトヲ得」にした点があげられる<sup>156</sup>。このことは、重大なちがいでいえる。

GHQの改正草案3ヶ条の方針に沿って作成された政府草案は、地方自治体の首長や地方議会議員を「直接」選挙することを明示しなかったが、GHQはあくまで「直接」という文言にこだわり、住民自らが直接首長や地方議会の議員を選出するようにした。結局のところGHQ草案と日本国政府草案においては、国と地方公共団体との関係をどう捉えるのかがその違いとして見られたとあってよい。いわばGHQ草案の方が、中央政府と地方自治体との関係をより

対等なものとして捉えたといえる。また、政府草案に関しては、鳴海正泰名誉教授は、「GHQ案から政府案への変更は、GHQの地方自治憲法主義を否定し、法律主義に統一することを意図するものであったし、また、地方議会に対する国会の優位の保障を意図する」<sup>29</sup>ことにあるといえるとする。

上述の経緯を経て日本国憲法の制定、昭和22年の地方自治法の制定・施行によって、日本の地方自治は、新たな制度として確立された。いわば、戦後における地方自治は、民主主義を培う源泉として多くの期待を集めたものといえる。

ただ、占領期間中における新地方自治制度の変革は、従来の中央集権的な政治のあり方を見直し、地方の住民の意向を重視した地方の政治の充実を目的としたが、最終的に「制度が変わったのは地方自治法の上だけであって、地方自治行政の実態は」、従来の機関委任事務や国の出先機関としての役割、国の役人の出向、国庫補助金などによる国の締め付けなどが多く見られ「戦前以上に中央省庁の割拠的縦割行政の統制ルートが地方における個別行政部門に浸透している」<sup>30</sup>という見方もある。

たしかに、日本国憲法が、地方自治制度を憲法上の制度として明確に定めたことは、旧憲法下の中央集権的な地方制度を否定し、地方における「自治」の名にふさわしい地方自治制度を確立することをめざしたものである。そのことは、憲法92条の「地方自治の本旨に基いて」とする文言に、集約的に表されており<sup>31</sup>、民主主義を根底から支える意味からも地方自治は、団体自治と住民自治の要素を包含するといえる。以下この「地方自治の本旨」について法的に分析していく。

## 2 地方自治の趣旨

日本国憲法第8章において定められた地方自治の「そもそもの趣旨は、人権保障と民主主義の実現にある」<sup>32</sup>といえる。この趣旨は、当然、日本国憲法の規定や国の政治全般にも当てはまる。

まず、地方公共団体を人権保障という観点から見れば、日本国憲法は、11条、13条、97条において、中央政府と同様に地方公共団体においても人権の最大限の尊重が義務づけられている。このことは、人権保障に関して、その地域や地方公共団体独自の実情があり、その実情を熟知した地域の住民の意思によって構成された地方公共団体による政治的な対応の方が、より適切な人権保障に対する対応がなされるといえよう。その点でも、国の制度としてよりも地域の住民の意向をより反映しやすい地方公共団体の独自の政策に任せた方がよい場合がある<sup>33</sup>ことを認識していく必要があるといえよう。地域住民の人権保障の点からも地方自治制度の

存在意義は大きなものがあるといえる。

また、地方自治を身近な制度として捉えて、取り組むなかにおいてこそ、国の政治の運営に必要な国民的な素地を身につけることができるといえる。その意味からブライス (J. Bryce) が「地方自治は、民主主義の源泉であるだけでなく、学校である」<sup>89)</sup>と述べて、地方自治の重要性を説いたのはあまりにも有名である。これは、民主主義の基底をなす国民主権を考えたとき、国全体のなかの一人として主権を行使するより、国よりも小規模である地方公共団体のなかにおいて主権を行使した方が、国民一人一人のもつ主権をより政治に反映させやすいといえる。それは、国民に民主主義をより身近なものとして認識させる意味合いもあるといえよう。このことを浦部法穂教授は、「地方自治のレベルでその住民の意思を地方政治に反映させ、その積み上げによって国の政治が行われるというシステムのほうが、国民意思に基づく政治を、より実質化しうるであろう」<sup>90)</sup>といい、国民主権を実質化する意味でも、地方自治は不可欠な制度というように考えられているという。

さらに、地方自治の重要性を説く論に、「権力分立論的的地方自治論」がある。これは、政治の民主制を確保するには、権力の分担が必要であり、三権分立だけでは十分でなく、さらに中央政府と地方自治体での権力の分担が必要であり、その意味でも地方公共団体の存在意義があるといえる。ただ、この論には、「中央集権的民主主義論」<sup>91)</sup>から次のような反論がある。そもそも、中央政府の政治が民主的に行われたら、地方自治の必要性はなく、地方自治は民主主義を実現する一つの方策にしかすぎないという考え方である。同様に、地方自治の非効率性の面を指摘する向きもある。また、「新中央主権主義論」からは、文明が発達し広域行政が必要になっている現代においては、日常生活に関わる社会の多くの事象が、地方自治の枠を超えて広域化している。それは、消費生活においてもそうであるし、犯罪などにおいても地域の枠を超えた広がりを見せている。その意味でも広域行政のあり方の重要性を説く見解があり、その立場からは、地域を特化した権力の分担ということに対して反論が行われる<sup>92)</sup>。

### 3 団体自治と住民自治の性格

日本国憲法は、92条において「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める」とする。この場合の「地方自治の本旨」(principle of local autonomy)について、憲法は明確にはしていない。

佐藤立夫博士によれば、地方自治の本旨とは、「国家のもとにおいて、地方行政は、原則として国の官庁がこれに関与することなく、地方公共団体みずからの責任と機関とによって、自主的に処理する」ことをいい、その目的とするところは「『団体自治』(Korporative Selbstverwal-

tung) と「住民自治」(bürgerliche Selbstverwaltung) の原理を実現する」<sup>60</sup>ことという。これら二つの原理が地方自治の本旨に含まれるという考えは、ドイツ公法学に由来するといえる<sup>61</sup>。わが国においては、戦前に警察や教育などの国の行政機関によって行われてきた行政事項を地方公共団体に委譲したり、国の地方公共団体に対する監督権限を緩和したりした。また、地方の財源の拡充機能の強化を図ったのは、地方自治の本旨の実現のためでもある。しかし、「従来進められてきたこれらの措置は、未だ不徹底で、必ずしも十分に地方自治の本旨を実現した」<sup>62</sup>とはいいがたい面があるという見方もある。

そもそも「団体自治」は、ドイツやフランスの大陸諸国における考え方であり、中央集権的・官僚主義的国家においては、地方公共団体は、国家の権力的な監督を受けることになる。それゆえ、団体自治は、地域の団体が国家から独立して、団体の意志と責任に基づいてその地域の自治を行うというものであり、自由主義的原理や地方分権的要素に基づいているといえる<sup>63</sup>。これは、国家が、法令に基づいて権限を地方公共団体に分権することであり、「法律的自治」の側面が強いといえる。

宮沢俊義博士は、団体自治の側面から地方自治を見るならば、あくまで「国の政治体制の内部での制度であるから、いくら地方の自主性を主張するといっても、その自主性にはおのずから限界があり、国の政治体制の統一性を害する程度に至ることが許されていないのは、いうまでもない」<sup>64</sup>という見解を表す。

この見解に対して、「地方自治は、国の政治体制の内部での制度ではなく、国の政治体制と並ぶ地方自治の政治体制である」<sup>65</sup>との反論が出てくる。さらに、上述の宮沢博士の見解のなかの「国の政治体制の統一性」に対しては、「国の法律に反するものは統一性を害し許されない」ということを示しており、「これは国の法律先占論を前提にした考え方につらなる危険性があり」、「何が国の仕事で何が地方自治体の仕事であるかが明らかにされなければならない」<sup>66</sup>という反論を提起する。

しかし、日本国憲法は92～95条において、法律の定める制約の下、地方自治制度体制の確立を明記しているものであって、現行の憲法において無制限に地方公共団体の自主性を主張することは許されないのはいうまでもない。ただ、後述する制度的保障説の立場から公害行政などのような住民の健康あるいはその保持のための生活環境の保全に努めることに関する場合においては、「国の任務であるとともに、地方公共団体の存在理由にもかかわるもっとも基本的な課題であって」、「地方公共団体を構成する住民の健康の保護あるいはその生活環境の保護のための条例制定は、地方公共団体の狭義の自治権に属する任務であり、それを阻害ないし禁止する行為は、たとえ法律であっても憲法上承認されない」という考えがある。このような「不可

侵の自治権」ともいうべきものは、地方公共団体の専属的な固有の団体自治についてのみ承認されるのではなく、「国との競合的権能に属する事項であっても、国が地方公共団体のその権限行使を制限し得ないものであれば、それは自由権的効力を有する自治権と」<sup>40</sup>ということができると考えられる。

「住民自治」は、元来イギリスにおいて発達した地方自治にたいする原理である。イギリスにおける地方自治の起源は、「地方法人制度（Municipal Corporation）」に遡る<sup>41</sup>。それは、14世紀末にイングランド国王により発行された許可状（Charter）により上流市民層からなる団体はBorough, City という地位を与えられた。これが、地方自治の礎ともいえる<sup>42</sup>。イギリスにおいては、歴史的にも自治（self-government）の傾向が根強く住民の間に行き渡っており、「政治的自治」の側面が強く「『民主主義的原理』に基づくものであって、これは近代国家によって立つ基本原理に符合する」<sup>43</sup>といえる。

上述のように、団体自治と住民自治は、歴史的・沿革的には異なる面はあるが、決して別個のものではなく相互に関連しあっているといえる。それは、「『住民自治』といっても、個々の住民がばらばらに統治を行なうというのではなく一つの団体＝地方団体を構成しその団体の活動として行なうのであるから、当然『団体自治』形式をとらなければならないし、また『団体自治』が認められても、その団体の統治が住民の手によって行なわれるものでなければ、『地方分権』とはいっても、『地方自治』が実現されているとはいいがたいからである」<sup>44</sup>という論旨からも明らかである。

日本国憲法は、第94条において団体自治の原則を地方公共団体の自治権を定めることにより具体化を図っている。また、「住民自治の原則は、93条で地方公共団体の議会の設置および執行機関の直接公選制による団体の機関の民主化を定めることによって」<sup>45</sup>よりその具体化が図られているといえる。

#### 4 地方公共団体における自治権の法的性質

憲法によって保障された地方公共団体の自治権の法的性質や地方自治の保障の意味について従来から学説の対立が存在する。なかでも、自治権が地方公共団体の固有の権能かそれとも国などから付与された権能かの論争をめぐり、制度的保障説が通説的な地位にある現在においても、有力な学説が提唱されている。以下、主要な学説を検討していく。

##### (1) 固有権説

固有権説は、個人が国家に対して固有かつ不可侵の自然権を有するのと同様に、地方公共団

体も固有の権利として一定の自治権を有するという見解であり、前国家的な自治権論ともいえる。固有権説の源流のうち一つは、フランス革命期の「地方権 (pouvoir municipal)」思想であり、もう一つは、中世ヨーロッパの「都市権」といわれる<sup>440</sup>。成田頼明名誉教授は、固有権説の源流に関して、「地方公共団体は、国家とは別個独立の起源を有する自然的創造物であり、個人が国家に対して有すると同様の固有権又は基本権をもつ、という理論は、歴史的には、当初、フランスに生じ、その後、ベルギー憲法及びロテックを介してフランクフルト憲法に伝えられたが、19世紀後半には、やや異なったゲルマン法的組合理論の角度から、ギールケやプロイスによっても主張された」と説明する<sup>449</sup>。

わが国においては、明治憲法下では地方自治は法律事項とされており、「近代憲法の公理とされる単一不可分の主権という観念と、憲法改正によっても変更不可分な自治権という観念の整合性を、十分に説明していない」<sup>446</sup>面があり、「地方団体の『固有事務』の観念が地方団体の固有権に基づくものであるのか、国法の一般的な委任に基づいて国家より伝来したものであるかをめぐって議論され、固有事務を基礎づける地方団体の固有権の観念を明確に否定するのが大多数であった」<sup>447</sup>。

固有権説は、自然法思想の影響を受けている日本国憲法下の初期の学説として、地方自治制度が憲法上の根拠を得たことと関連して少数によって主張された。なかでも、林田和博氏は、フランス革命期の地方権思想やドイツ団体法論を援用して、固有権説を主張した論者の一人である。同氏は、「この憲法並びに地方自治法が地方自治を規定した歴史的経過と指導的理念とは、地方自治権をもって個人における基本権と同様に……現在および将来の国民に対し不可侵の永久の権利として信託したものと解する余地を与え」「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」<sup>448</sup>として、地方公共団体の自主性、自律性を高めることの必要性や地方公共団体の財源の確保と行政事務の再配分、市町村の廃置分合などを推進することの必要性を主張した<sup>449</sup>が、このような地方自治権の法的性格の捉え方をした学説は少数にとどまった<sup>450</sup>。

固有権説は、国家と社会を分けて考え、地方公共団体を社会の側に位置づけようとする性質がある。それは、地方公共団体には、個人と同じように自然権的人権性があり、個人の不可譲の権利である自然権的人権を個人の集合体である地方公共団体にも認めるという考えがその背景にあるからである。この点に関して小山剛教授は、小規模地域共同体が移動もないような自治を営んでいるのならともかくとして、「現在の地方公共団体が自然人との類推や私人の結社との類推を許すものであるかどうかは疑わしい」<sup>451</sup>と批判的な見解を述べる。

固有権説に関しては、次に見るように、地方公共団体の自主立法権や自主財産権を地方自治



体の固有の自治事務として導き出すことを提唱する立場から、地方自治の本旨を人権や国民主権の憲法原理の再構築を行うことにより、新たな学説として有力に主張されることになる。

## (2) 新固有権説

1970年代に入ってから国内各地の地方公共団体による公害規制条例の制定が、国の法令で定める規制基準より厳しい「上乘せ条例」や、国の法令の対象外の事項を条例で規制をする「横出し条例」が問題になった。そこで、地方公共団体による自律的な立法権を主張する立場から、固有権説の新たな見直しが行われた。

新固有権説は、「固有権説と伝來說との対立のなかで、自らの説を固有権説の延長線上に『新固有権説』として位置づけるものから、固有権説か伝來說かという問題のたて方自身に疑問を提示するもの」など様々ではあるが、共通していることは、「『地方自治の本旨』を人権や国民主権という憲法原理によって再構築しようとして試みているところにある」<sup>53</sup>といえる。以下において、この新固有権説のなかの二つの主要な見解を見ていく。

まず、手島孝博士の説く新固有権説は、住民および地方公共団体は、前国家的・前憲法的に地方自治にたいする固有の権利を有するという考えである。これは、実定憲法を援用して、自治権の自然権的性格を主張するところに特徴がある。

同博士は、憲法の解釈上の根拠として次のものを挙げる。第1に、地方自治権を構成する住民自治権の「住民自治」については、憲法93条において保障されているが、その基本的人権としての前国家性・前憲法性については、前文1項の国民主権原理、憲法15条1項・同条3項、13条後段の包括的幸福追求権から導き出すことができる。第2に、団体自治権の「固有性」も憲法94条に明文化された「団体自治」を根拠づけるものとして、憲法第3章の基本的人権条章（なかでも21条の団体形成の自由）を中心とした憲法の全体構造から帰結する。第3が、住民自治権および団体自治権を一体化した固有権としての地方自治権は、日本国憲法の第一原理＝国民主権の中心的制度化の一つたる国会単独立法主義の唯一・重大な例外規定である95条の背後には、上述の第一原理に匹敵する前憲法的＝前国家的な地方自治権の存在を認識できるという点において、憲法95条から明瞭に読み取ることができる。第4に、地方自治権＝固有権の結論は、当然に地方公共団体の自然発生的前国家性を含意することの四点を挙げる。なお、同博士は、ここでいう団体自治権と住民自治権は、一応分けて考えることができるが、基本的には不可分一体の関係であるという<sup>54</sup>。また、同博士によれば、地方的利害に関する自治権は自然権になるので、その中心となるところは、立法のみならず憲法改正からも保護されるという<sup>55</sup>。

もう一つの主要な新固有権説は、杉原泰雄教授によって提唱される。同教授は、国民主権の

見地から国民に一番近い統治機関の地方団体の決定が尊重されて重視されるべきであるとする。また、地方である基礎的自治体への事務配分を憲法は要請している<sup>88</sup>という。

結局のところ、固有権説は、近代憲法の公理とされる「単一不可分の主権」という観念と、憲法改正によっても「変更不可能な自治権」という観念の整合性を、十分に説明していないとの批判を浴びた。この批判に対して新固有権説は、自治権を自然権的人権と同視して克服しようとしたが、「自治権といえども、個人の人権保障の価値には劣位する以上、人権のよりよい保障のための憲法改正や立法による自治制の改革を拒むことはできない」<sup>89</sup>のであって、歴史的に考察していても自然権的固有権説は、立法から不可侵の自治権を論証できなかったといっ  
てよい。

### (3) 承認説（保障否定説）

承認説は、地方自治は国の承認する限りにおいて自治権を有するとして、地方公共団体に対する国の強い統制・監督を承認することになり、地方自治制度の否定に帰結することにもなりかねない。このことは、国は地方自治の廃止を含めて地方自治保障の範囲を法律によって定めることができることを意味しているともいえる。

柳瀬良幹博士は、憲法65条の「行政権は、内閣に属する。」という規定から、行政権の役割を中央政権的な視点で捉え、内閣では不可能な地方自治を担うために、憲法第8章の意義があると考えた<sup>90</sup>。このことは、憲法は、第8章で地方自治についての条項を設けて「地方自治の本旨」を明確にしており、その点からも肯首できないといえよう。

また、ワイマール憲法127条の規定は、「市町村および市町村組合は、法律の制限内で自治の権利を有する」としており、あくまでも法律の範囲内においてのみしか自治権が認められないことに行きつく。このことは、「自治体は、固有権の主体から国家の補助装置へと転落する」ことになってしまうといえる。カール・シュミットは、ワイマール憲法127条の規定に制度的保障という法的性格を加味して、やがてドイツにおいて通説となり、戦後もボン基本法に引き継がれて、日本国憲法の解釈にも取り入れられた<sup>91</sup>のである。以下において制度的保障説を考察していく。

### (4) 伝來說・制度的保障説

承認説は自治制の完全否認も可能としていることは上述した通りである。これに対して、伝來說は、地方自治権は国家の統治権から伝来したものである。92条は、地方公共団体への自治を許したにしかすぎず、立法による自治内容の改正には抵抗できないという点はあるが、国家

による地方公共団体への統治権の委譲の点において承認説と相違するといえる。

この伝來說はやがて、「立法による改変の可能性を認めつつも、地方自治の本質的内容又は核心部分は奪えないとする制度的保障説」<sup>68</sup>に移行していく。

制度的保障説は、自然権に立脚する固有権説と保障否定説型の伝來說の両極端を排して、「地方自治という歴史的・伝統的・理念的な公法上の制度を保障したものとみる立場」である。この学説では、地方自治の本旨から地方自治を法律で規制することができない<sup>69</sup>とする立場をとる。同様に、佐藤幸治教授は、日本国憲法の立憲民主性の維持という視点で、統治機構の不可欠の一部として地方自治を捉えている。それゆえ、「憲法上その組織・運営は法律で定められることになっているとはいえ、地方自治制度の本質的内容を侵すことは許されない」<sup>70</sup>という。そもそも地方公共団体の自治権は、「国民主権と人権保障を実質化するための住民の自治権に由来」<sup>71</sup>するのであって、国民を憲法制定権の主権者として考えるなら、日本国憲法第8章の趣旨を尊重して、統治権力を中央政府と地方公共団体とに分けることは、国民主権に基づく立憲民主主義の点からも必要なことといえる。

制度的保障説においては、制度的保障の核心的部分である「地方自治の本旨」をどのように捉えるかが重要な問題となる。杉原泰雄教授は、「制度の本質的内容ないし核心がどのようなものか明確でなく、また、本質的内容に触れなければ、そのぎりぎりの線まで地方自治を狭めても違憲ではないということになって、地方自治を現状以下の保障に狭めることを正当化するものとなる」<sup>72</sup>と批判をする。この見解に対して、成田頼明名誉教授は、「地方公共団体の都道府県・市町村という二段階の重層的構造、議決機関としての議会の設置、長、議員などの直接公選制、組織権、人事高権、財産高権、条例制定権、公営企業経営権など」<sup>73</sup>と、かなり広範囲にわたって核心的部分の内容を明示して制度的保障の核心的部分を明確にしている。

また、制度的保障説の問題点として住民自治の観点がおろそかになることと、制度保護の自己目的化などの批判もあげられる<sup>74</sup>。

#### (5) 地方自治の本旨に関わっての判例

最高裁判所大法廷における判例に、昭和29年法律第162号で警察法を改正し、市町村警察を廃止して、その事務を都道府県警察に移したことが、憲法92条に違反するかが争われた事件がある<sup>75</sup>。判決は、「市町村警察を廃し、都道府県警察に移したからといって、そのことが地方自治の本旨に反するものと解されないから、同法はその内容が憲法92条に反するものとして無効な法律といいえない」と判示した。しかし、この判決の内容から「地方自治の本旨」に関する具体的内容は明確にされていない。

下級審の判例には、大牟田市電気税訴訟<sup>66</sup>がある。同判決は、石炭など一定の産業に使用される電気税の非課税措置を明記した地方税法489条1項・2項が、憲法92条に定めた「地方自治権」の性質および内容に反するのではないかと争われた裁判である。

判決では、地方公共団体の「自主財政権ひいては財源確保の手段としての課税権もこれを憲法は認めて」おり、「憲法はその94条で公共団体の自治権を具体化して定めているが、そこにいう『行政の執行』には租税の賦課、徴収をも含む」として、「憲法94条、基本的には92条によって認められる自治権がいかなる内容を有するかについては、憲法自体から窺い知ることはできない。そもそも憲法は地方自治の制度を制度として保障しているのであって、現に採られているあるいは採らるべき地方自治制を具体的に保障しているものでない」ゆえに、課税に対する内容をいかに決めるかについては「憲法自体から結論を導き出すことはできず、その具体化は法律の規定に待たざるを得ない」と判示した。この判決は、「制度的保障説の立場に明確に立って、地方公共団体の抽象的な課税権は憲法によって認められている」<sup>67</sup>ことを明らかにしているが、具体的な自治権（課税権）の内容は、立法が決めるとしている。

## 5 自治権の法的性質に関する学説の対立についての私見

地方公共団体における自治権の法的性質における、固有権説と制度的保障説の学説対立は、出発点が異なっている。ただ、地方自治の本旨の内容の判断は、固有権説では、地方公共団体の固有事務とはなにかであり、制度的保障説においては、地方自治制度の核心的部分をめぐる捉え方である。そのように見ていくと、両説間の差異についてはそれほど大きいものがあるのではないと考えさせられるところがある。むしろ「憲法の基本的人権の保障と国民主権の原則に従って『地方自治の本旨』を解釈して、地方公共団体の自治事務を歴史的、経験的に確定していく」<sup>68</sup>ことが重要になっていくということがいえよう。

また、新固有権説と通説である制度的保障説とを比較するならば、新固有権説は、まだ通説を覆すところまでにはいっていない<sup>69</sup>。その理由として、①前国家的自然権の用い方によっては固有権説と同じ批判にさらされる、②基礎的自治体を優先する事務配分の要請に意味ならば、それは補完性の原理といえる、③固有権の主体や範囲が不明確なこと、④通説が柔構造ゆえ、新固有権説が洗練されればされるほど通説との差異が見えにくくなる<sup>70</sup>という点が挙げられる。

このように見ていくと、憲法92条の規定の「地方公共団体の組織および運営に関する事項は」 「法律でこれを定める」という点や、憲法92条でいうところの法律を定めるときには、「地方自治の本旨に基づいて制定する」ことの必要性を説いている点、そして、憲法第8章を改正するときには、憲法改正手続きによる必要性がある点を考えると、結局のところこの憲法の保障

する地方自治の法的性質は、制度的保障と見ることができる。

地方自治を固有権説がいうように、基本的人権と同じように国家以前の権利として捉えるのには無理があるが、地方自治制度の本質的な内容は、法律によっても規制することはできないという性格や上述の判例や憲法の条項解釈を検討するならば、制度的保障説が地方自治の法的性格に関してもっとも合理的に説明できる学説と考える。

## 註

- (1) 吉田善明「地方自治と日本国憲法」三省堂・2004年、6頁。
- (2) 小島和司「明治典憲体制の成立」木鐸社・1988年、386頁。
- (3) 小島和司・前掲書「明治典憲体制の成立」387～389頁、中村睦男「地方自治」（野中・中村・高橋・高見共著「憲法Ⅱ〈第4版〉」所収）有斐閣・2006年、345頁。
- (4) 辻清明「日本官僚制の研究」弘文堂・1963年、147頁以下。
- (5) 国家学会編「徴兵制度及自治制度確立の沿革〔山県有朋〕」（「明治憲政経済史論国家学会創立満三十年記念」所収）宗高書房・1974年（国家学会大正8年刊の複製）、398頁。
- (6) 佐藤立夫博士は、この他に国民を立憲政治に慣れさせ、地方行政をして中央政府の影響から免れしむるに存したということとはできるとする。佐藤立夫「新版 憲法原論 下巻」青林書院新社・1978年、522頁。
- (7) モッセ、グナイスト、レースレル等が挙げられる。
- (8) 成田頼明「地方自治総論」（雄川・塩野・園部編「現代行政法体系(8)地方自治」所収）有斐閣・1984年、17頁。
- (9) 辻清明「日本の地方自治」岩波書店・1976年、179～180頁。
- (10) 辻清明・前掲書「日本の地方自治」173～176頁。
- (11) わが国、地方自治の典型である市町村制にたいする改正は10回以上にわたるが、なかでも、ここに挙げた5度にわたる改正がデモクラシーと関連して意義深いものがある。

明治32年の府県制・郡制は、全面的に改正され、府県会議員は直接選挙により選出されることになった。明治44年の改正では、制度の全面的改正が行われ、市制と町村制が別個のものとして法律で規定されるとともに、市町村の公的法人としての性質が明記された。また、市の執行機関が参事会から独任制の市長に改められ、市長は市会によって選挙により就任されることになった。大正10年の改正では、納税資格の要件を見直した。また、同15年には、等級選挙の撤廃が実施された。さらには、昭和4年の改正で、自治権の拡充が盛り込まれたのである。佐藤立夫・前掲書「新版 憲法原論 下巻」524～526頁、杉村章三郎「地方制度の由来」（国家学会雑誌684 58巻第2号所収）不二出版〈復刻版〉・1944年、中村睦男・前掲論文「地方自治」346頁。

- (12) 成田頼明・前掲論文「地方自治総論」18頁。
- (13) 中村睦男・前掲論文「地方自治」345～346頁。
- (14) 辻清明「日本官僚制の研究〈新版〉」東京大学出版会・1986年、151頁、成田頼明・前掲論文「地方自治総論」18頁参照、浦部法穂「憲法学教室〈全訂第2版〉」日本評論社・2006年、573～574頁。
- (15) 運営委員会では、「地方自治」を強調するM・ラウエルの見解と、日本の国情を考えると、ある程度中央統制的でもやむを得ないという意見とに別れ、双方の意見の折衷案がホイットニー民政局長より松本委員長に、昭和21年2月13日に手渡された。
- (16) 成田頼明「地方自治の保障」（宮沢俊義還暦記念「日本国憲法体系 第5巻」所収）有斐閣・1964年、207

頁。

- (17) 鳴海正泰「戦後自治体改革史」日本評論社、1982年、44～46頁、吉田善明・前掲書「地方自治と日本国憲法」8～9頁。
- (18) 佐藤達夫氏の「憲法第8章覚書」町村合併促進法施行1周年記念・地方自治論文集・1954年、39～40頁によれば、GHQの改正草案を受け取った後の閣議の議論は、天皇のことや戦争放棄、国会が中心であり、地方自治に関しては特段論議されることがなかったという。
- (19) 佐藤達夫「日本国憲法成立史 第3巻」(補訂者 佐藤功)1994年、146頁。
- (20) 鳴海正泰・前掲書「戦後自治体改革史」47頁。
- (21) もし、Chartersが明記されていたら、「自治体の組織形態も住民の選択しうることとなり、アメリカのような多様な自治組織が可能に」なっていたかわからない。鳴海正泰・前掲書「戦後自治体改革史」50頁。
- (22) 吉田善明・前掲書「地方自治と日本国憲法」9頁、鳴海正泰・前掲書「戦後自治体改革史」50頁。
- (23) 成田頼明・前掲論文「地方自治総論」18～19頁。
- (24) 浦部法穂・前掲書「憲法学教室〈全訂第2版〉」574頁。
- (25) 浦部法穂「憲法学教室〈全訂第2版〉」日本評論社・2006年、574頁。
- (26) 同旨の見解として、浦部法穂・前掲書「憲法学教室〈全訂第2版〉」575頁、杉原泰雄「憲法と国家論」有斐閣・2006年、275～277頁。
- (27) ブライス(J. Bryce [1838～1922年])はこのことを、主著「近代民主政治」1921年、第12章・第66章のなかで述べている。また、フランスのトクビル(Tocqueville [1805～1859年])も同様のいい方で地方自治のあり方を表している。
- (28) 浦部法穂・前掲書「憲法学教室〈全訂第2版〉」574～575頁。
- (29) 中央集権的民主主義論は、フランス革命当時から存在し、「ジャコバン(Jacobins)」型ともいわれる。
- (30) 杉原泰雄「憲法から地方自治を考える」自治体研究社・1993年、5～7頁。
- (31) 佐藤立夫「新版 憲法原論 下巻」青林書院新社・1978年、529頁。
- (32) 成田頼明「地方自治総論」(雄川・塩野・園部編「現代行政法体系(8)地方自治」所収)有斐閣・1984年、3頁。
- (33) 田中二郎「要説 行政法〈新版〉」弘文堂・1991年、74頁。
- (34) 土居靖美・伊藤公一編著「憲法学基本論」北樹出版・1995年、234頁～235頁、中村睦男「第8章 地方自治」(樋口・中村・佐藤・浦部著「注釈日本国憲法〈下巻〉」所収)青林書院・1988年、1379頁。
- (35) 宮沢俊義「地方自治の本旨」(「公法の原理」所収)有斐閣・1967年、278頁。
- (36) 吉田善明「地方自治と日本国憲法」三省堂・2004年、16頁、同旨の見解として、杉原泰雄「憲法1」有斐閣・1987年、384頁以下。
- (37) 吉田善明・前掲書「地方自治と日本国憲法」15～16頁。
- (38) 高田敏「条例論」(雄川・塩野・園部編「現代行政法体系(8)地方自治」所収)有斐閣・1984年、213～217頁。
- (39) JEFFERSON B. FORDHAM, LOCAL GOVERNMENT LAW, 18 (Rev. ed. 1975).
- (40) 薄井一成「分権時代の地方自治」有斐閣・2006年、19頁、岡田章宏「近代イギリスにおける『行政』主体の生成(一)」神戸大学教育学部研究集録83巻・1989年、15頁。
- (41) 伊藤公一「憲法概要〈改訂版〉」法律文化社・1997年、195頁。

伊藤公一博士は、「地方自治の本旨」から住民自治に基づく地方公共団体のあるべき姿を具体的に三点を挙げる。第1に、性質上国家による必要のある統一的統治作用以外の地方の統治は地域住民の意向が反映しやすい地方公共団体をして行わせることの必要性がある。第2に、地方公共団体の機関は住民により選出された代表によって構成されることが大切である。第3に、地方公共団体の統治作用は住民の意思に基づいて行われる必要があるということである。

宮沢俊義博士は、住民自治に関して、「住民参加こそが、その国の政治体制におけるもっとも効果的な国民参加であり、そこにこそ民主政治がある」という。宮沢俊義・前掲論文「地方自治の本旨」280頁。

- (42) 覚道豊治・榎原猛編「憲法要説」法律文化社・1989年、236頁。
- (43) 中村睦男「地方自治」(野中・中村・高橋・高見共著「憲法Ⅱ〈第4版〉」所収)有斐閣・2006年、349頁。
- (44) フランス革命期の「地方権 (pouvoir municipal)」思想は、「人民主権」対する「国民主権」理論の優位により、その後、力を失なった。また、中世ヨーロッパの「都市権」も、近世に入り衰退した。片木淳「最新 教育行政キーワード -地方行財政改革の論点-」ぎょうせい・2005年、1510頁。
- (45) 成田頼明「地方自治の保障」(田中二郎編 宮沢俊義先生還暦記念「日本国憲法体系 第5巻 統治機構〔Ⅱ〕」所収)有斐閣・1964年、206～213頁。
- (46) 大津浩「地方自治の本旨」(高橋和之・大石真編「憲法の争点〈第3版〉」所収)有斐閣・1999年、274頁。
- (47) 宮沢俊義「固有事務と委任事務の理論」(「公法の原理」所収)有斐閣・1967年、278頁。

成田頼明名誉教授によれば、固有権説が明治憲法下のわが国で支持されなかった理由として、第1に、わが国には、ドイツで固有権説の基礎となった組合法理論のようなものは歴史的・伝統的に存在しなかった。また、市民社会の発達が著しく遅れていた結果、官憲の君主国家と市民社会＝市民的市町村との対立・緊張関係が当初から存在しなかった。第2に、地方自治制度は、自由な市町村の存在を前提にとられた政策ではなく、統一国家の基礎固めという国家政策的見地から作為的になされた施策であった。第3に、日本公法学が、すでに伝来説が決定的な勝利を占めていた19世紀末のドイツ公法学の通説的な見解を受容したことが挙げられるという。成田頼明・前掲論文「地方自治の保障」232～233頁。

- (48) 林田和博「憲法保障制度論」九州大学出版会・1985年、408～409頁。
- (49) 中村睦男・前掲論文「第8章 地方自治」(「注釈日本国憲法〈下巻〉」所収)1380～1381頁。
- (50) 佐藤幸治教授は、固有権説が日本国憲法下で、支持を得られなかった理由を次ぎように指摘している。①主権の単一・不可分性の近代理論をどう克服するか、②個人主義に立脚する日本国憲法下で、団体が自然法的絶対権をもつことができるのか、③地方公共団体に固有権を認めるべき歴史的基盤を欠いている、④絶対的な固有権の主体というには地方自治が漠然としすぎている、⑤憲法が地方自治について法律に留保しつつ保障していることとの関係をどう評価するか、⑥公共団体の権能は国法に根拠しなければならない。佐藤幸治「憲法〈第3版〉」青林書院・1995年、267頁。
- (51) 小山剛「地方自治の本旨」(小山剛・駒村圭吾編集「論点探求憲法」所収)弘文堂・2005年、333～334頁。
- (52) 中村睦男・前掲論文「第8章 地方自治」1381頁。
- (53) 手島孝「憲法学の開拓線」三省堂・1985年、256～263頁、中村睦男・前掲論文「第8章 地方自治」1381～1382頁、小山剛・前掲論文「地方自治の本旨」335頁。
- (54) 大津浩・前掲論文「地方自治の本旨」274頁。
- (55) 杉原泰雄「地方自治権論・再考 第3回」(「法律時報」76巻9号)日本評論社・2004年、92頁以下。
- (56) 大津浩・前掲論文「地方自治の本旨」274頁。
- (57) 柳瀬良幹「憲法と地方自治」有信堂・1954年、3・13・16頁以下。
- (58) 小山剛・前掲論文「地方自治の本旨」334頁、中村睦男・前掲論文「第8章 地方自治」(「注釈日本国憲法〈下巻〉」所収)1384頁。
- (59) 大津浩・前掲論文「地方自治の本旨」274頁。
- (60) 成田頼明「地方自治の本旨」(小嶋和司編「憲法の争点〈新版〉」所収)有斐閣・1985年、244頁。
- (61) 佐藤幸治・前掲書「憲法〈第3版〉」267頁。
- (62) 浦部法穂・前掲書「憲法学教室〈全訂第2版〉」577頁。
- (63) 浦部法穂・前掲書「憲法学教室〈全訂第2版〉」577頁、杉浦泰雄「地方自治権の本質」(奥平康弘・杉原泰雄編「憲法学6」所収)有斐閣・126頁以下。
- (64) 中村睦男・前掲論文「地方自治」350頁、成田頼明・前掲論文「地方自治の保障」289頁～300頁。

- (65) 杉原泰雄「地方自治権論・再考 第1回」(「法律時報」76巻7号)日本評論社・2004年、111頁。
- (66) 最大判昭和37年3月7日 民集16巻3号445頁。
- (67) 福岡地方裁判所昭和55年6月5日 判例時報966号3頁。
- (68) 右崎・浦田「基本判例1 憲法〈第2版〉」法学書院・2004年、213頁, 中村睦男・前掲論文「第8章 地方自治」(「注釈日本国憲法〈下巻〉」所収) 1386頁。
- (69) 中村睦男・前掲論文「地方自治」351頁。
- (70) 大津浩・前掲論文「地方自治の本旨」274頁。
- (71) 小山剛・前掲論文「地方自治の本旨」335~336頁。