

分権時代の地方自治（4・完）

薄 井 一 成*

- I 序
- II 近代地方自治の源流
- III 立憲民主主義とドイツの地方自治（以上3巻2号）
- IV 現代ドイツにおける分権的秩序づくり
- V アメリカ地方人観の変遷
 - 1 独立革命以前—植民地時代のアメリカ地方人と地方行政
 - 2 独立革命と地方人（以上3巻3号）
 - 3 公法人と私法人—公法人としての地方人
 - 4 革新主義と地方人
- VI 現代アメリカにおける地方人法
 - 1 地方人と州の立法府—ホームルール制度の変遷（以上4巻1号）
 - 2 行政監督と直接立法
 - 3 秩序作りの方法を模索するアメリカ
- VII 分権時代の地方自治—結びに代えて（以上本号）

2 行政監督と直接立法

(1) アメリカにおいて、歴史的に州の立法府が行使してきた地方政府の統制権限は、立法権の一部と捉えられてきた⁵⁹⁾。そして、このことから、行政機関による監督は、立法府の授権に基づかなければならないという法理論が形成されてきた⁶⁰⁾。また、立法府は、授権に際してフリーハンドを認められてきたわけではなく、これにも一定の制約が課されてきた。すなわち、行政機関との比較における

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第3号2005年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

- 59) CHESTER J. ANTIEAU, MUNICIPAL CORPORATION LAW, §2 A. 02 (1987). なお、革新主義時代に至るまで、立法府の果たす役割が相対的に大きかったアメリカでは、立法権と理解される事項の範囲は広い。たとえば、中川氏によれば、許認可権限の行使も、「立法権」と解されているという（中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報14号176頁（1998））。
- 60) アメリカの行政機関は、立法府・執行府・司法府のいずれにも属さない、憲法により直接に権限を付与されない「第四府」と理解される（中川・前掲注59）160頁）。

民主的正統性の高さゆえに、立法府は、授権に際して、国家（州）の政策に関する基本的決定と、その決定の趣旨を明確にする程度の基準の設定を行わなければならないとの規範的要請が導かれてきた⁶¹⁾。「立法権委任禁止の法理（non delegation doctrine）」と呼ばれるこの法理論により、立法府は、監督権限の授権に際して、監督に関する基本的政策を決定することと、監督のための合理的基準を設けることを要請されてきた⁶²⁾。

州の行政機関による監督活動は、立法府により委譲される権限の範囲内で、立法府の示した基準に従って行われるというのが理論的前提である。

(2) そこで、このような理論の下、立法府が行政機関に付与してきた監督権限を整理すれば、革新主義時代を少しすぎた20世紀前半のアメリカには、既に、以下の権限がそろっていたといわれている。すなわち、①情報収集、②助言（advise）、③承認（approval）、④審査（review）、⑤命令（order）、⑥規則（ordinance）制定、⑦地方職員の指名、解職、停職、そして、⑧代行管理（substitutive Administration）である⁶³⁾。もっとも、アメリカにおいては、通常、これらの監督権限を、一般法により制度化する方法は採られておらず、立法府が、各行政分野の特質に合わせて、特定の監督権限を選択して、個別に監督制度を作り上げている。そこで、具体的に形成された監督制度のいくつかをとりあげれば、以下のものを確認することができる⁶⁴⁾。

(3) まず目に付くのは、財政分野の監督制度である⁶⁵⁾。とりわけ、前節に確認

61) 破壊活動統制法（1950年制定）が、同法の適用対象となる防衛施設の指定権を、ほぼ無条件に、国防長官に与えていたケースにつき、連邦最高裁判所は、次のように述べている。「政策の定立こそは、選挙民の信託を受けた立法府の第一次的責務であり、それにもかかわらず、不明確な基準による委任を行うことは、国民に対して立法府と同等の責任を負い得ない国家機関に政策定立作用を委譲することになる」（U.S.v. Robel, 389 U.S. 258, 276-77(1967).）。なお、立法権委任禁止の法理の詳細について、参照、駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開(一)(二)・完」慶應義塾大学法学研究67巻3号25頁、同4号35頁（1994）。

62) C. J. ANTIEAU, *supra* note 59, §2 A. 02. もっとも、立法府に課されるこの制約は、緩やかに解されており、行政機関への広範な授権を抑制する理論としては、基本的に「不発」であったと言われている（中川・前掲注59）177頁）。この指摘は、監督制度についても当てはまり、立法府は、漠然とした基準を定めるにとどめ、監督機関に、実質的な白紙委任をすることを認められる傾向にある（C. J. ANTIEAU, *supra* note 59, §2 A. 02）。

した通り、憲法上、地方政府に自主課税権を認めない州が多いアメリカにおいては、税の賦課徴収に関連する地方政府の決定に、州の行政機関による監督制度が多く設けられている。たとえば、賦課決定に際して基礎とされる財産評価につき、多くの州は、税査定平準委員会（board of equalization）を置き、それには、地方政府の財産評価を変更する権限が与えられている⁶⁶⁾。また、より直接的に、地方政府の賦課決定や税率の決定を変更する権限が、州の租税監督委員会（state board of tax commissioners）に与えられる例もある⁶⁷⁾。加えて、その他の財政分野においては、地方債の発行につき、州の行政機関による事前承認の制度を設ける州が多くみられる⁶⁸⁾。また、地方政府の信用保護の目的から、財政活動一般につき命令を発する権限や、調査権限を備える委員会が設置される州もある⁶⁹⁾。

次いで、財政以外の分野に目を移せば、環境保護行政の分野においても、州全体の環境保全の観点から、行政機関に監督権限が与えられるケースは少なくない。

-
- 63) 各制度は、もう少し詳しく説明すれば次のとおり。①は、報告徴収権限や視察権を指し、③は、合目的性の観点から、地方政府の活動を事前に統制する権限を指す。④は、私人の申立てに基づいて、適法性の観点から、地方政府の活動を事後的に統制する権限であり、⑤は、監督機関のイニシアティブにより、地方政府の違法・不当な活動について、是正を要求する権限を指す。⑥は、地方の職員を拘束する、一般的ルールを策定する権限であり、⑦は、懲戒と分限の両方の理由に基づいて行われうるものである。⑧は、州の行政機関が、地方の行政活動を代行する権限を指す（SCHUYLER C. WALLACE, STATE ADMINISTRATIVE SUPERVISION OVER CITIES IN THE UNITED STATES, 39-57 (1928).)。なお、この文献は、そのほかに州の行政機関によるサービス（service）（助言の一種とされている）と、補助金（grants-in-aid）、助成金（subsidy）を、州の行政機関の監督手段として挙げている。
- 64) 以下の具体例は、C. J. ANTIEAU, *supra* note 59, §§2 A. 06-2 A. 26 を参考にしている。
- 65) 「州の行政監督の拡張が顕著であったのは、地方財政の分野であった」（J. B. FORDHAM, LOCAL GOVERNMENT LAW, 101, (2nd Rev. ed. 1986).）
- 66) C. J. ANTIEAU, *supra* note 59, §2 A. 25. その他、地方政府の境界内にあり、地方税の対象となる特定の財産（機械類、電線、地下の導管等）につき、州の行政機関に拘束力ある財産評価を行う権限を与える州もある（MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 59, §39 (1988).）。
- 67) 「州の租税監督官は、本項に定められる制約および要件に基づいて、本節第8項から第10項により委員会（カウンティの委員会を指す（筆者注））が審査する政治的下部機関（憲法ホームルール制度を採用しないインディアナ州の地方政府は、州の政治的下部機関である（筆者注））の予算、税率、賦課決定を、修正、減額、増額できるものとする」（IND. STAT. ANN. § 6-1.1-17-16(a) (1998).）。

たとえば、大気汚染コントロールの分野を州政府が先占し、地方政府に一定の権限を授与する方法をとるアラバマ州においては、州政府の規制よりも厳格な規制を設けようとする地方政府は、州の環境管理局の承認を得なければならない。また、州法に抵触する地方政府の活動がある場合、環境管理局は、地方政府を名あて人とする聴聞手続を経た上で、当該地域の大気汚染コントロール活動を地方政府に代行して行いうる⁷⁰⁾。

その他、公益事業の分野においては、事業開始の承認権、料金統制権を設ける州があり⁷¹⁾、また、教育行政についても、地方政府の活動をコントロールする州の行政機関は、多く設けられている⁷²⁾。そして、最後に、地方政府に対する一般的な統制権限をもつ行政機関が設けられることもある。イリノイ州においては、ホームルール制度が導入された1970年に、地方政府事務局 (Department of Local Government Affairs) が設けられ、州議会が定める地方政府事務に関する法律を管理する (administer) 権限が、当該機関に一般的に与えられた⁷³⁾。

-
- 68) 「ホームルールシティ内の改良地区のために、シティの統治機関により、ホームルールチャーターにもついで発行される債権は、シティおよびタウンにより発行される債券の承認について定められた方法による承認をうけるために、法務総裁 (Attorney General) に提出されるものとする。提出された債権は、法務総裁により審査され、シティおよびタウンにより発行される債券に関する法律に基づいて、承認または不承認の判断を下されるものとする」(TEX. REV. CIV. STAT. ANN. art. 709a (1964).)。同様の規定として、See, MICH. COMP. LAWS ANN. §§133. 1-133. 8 (1992); N. C. GEN. STAT. §§ 159-52, 159-53 (1994).
- 69) 「地方財政局は、州および州の地方自治体の信用を保護するために、また、この法律の規定を遵守させるために、権限を与えられるものとする。この目的より与えられる権限は、以下のとおりである。…」。(a) 「局の名において発せられ、州の会計官 (State Treasurer) により署名される命令に基づき活動する権限」。(b) 「地方自治体が、債務に関する局の要請 (request) や、州の制定法…を遵守しているか否かを調査する…権限」(MICH. COMP. LAWS ANN. §132. 2 (1) (1992).)。
- 70) ALA. CODE §22-28-23 (1997). ちなみに、アラバマ州は、憲法ホームルール制度を採用しない州の一つである。ただし、アラスカ州のように、憲法ホームルール制度を採用する州の中にも、これに類する制度を設ける州があり (AS 46. 14. 400, 46. 14. 410)、これらの制度が、憲法ホームルール制度の採用如何と必然的な結びつきをもたないことが分かる。
- 71) IND. STAT. ANN. §8-1-11. 1-3 (1998).
- 72) ちなみに、Antieauの文献は、その他に、地方政府の創設・合併・廃止等の監督、地方政府職員の雇用関係の監督、地方政府による差別的活動に対する人権委員会の監督等を、州の行政監督制度の例示としてあげている (C. J. ANTIEAU, *supra* note 64.)。

このように、いくつかの制度は比較的強力な権限をとめない、多くの州が立法府による介入を免れる「地方の主権」領域を認めないアメリカにおいて、立法府は少なからぬ監督権限を州の行政機関ににあたえてきたことが分かる。

(4) そして、こうした監督制度創設の背後には、中立・専門的な行政機関への信頼という革新主義時代以降のアメリカ社会に顕著な前述の法思想を確認できた⁷⁴⁾。

そもそも、1913年に、ハーバード大学教授のマンロウは、革新主義時代に生まれた行政監督制度につき、次のように述べていた。州の「行政機関による監督は、…専門家による監督であり、気まぐれではなく知見に基づくものである。すなわちそれは、地方の自尊心 (local self-respect) を敵視するものでなく、政策的な一貫性により意図することを効果的に行うことができる⁷⁵⁾。また、専門家による秩序作りは、不公正な監督を繰り返してきた立法府によるそれと比べても、地方にとっても好ましく歓迎されるべきものとされていた。マンロウによれば「立法府による監督を行政機関によるそれに置き換えること、すなわち、気まぐれによる監督を訓練された者からなる責任ある行政委員会 (board) の監督により置き換えることは、州とシティの関係改善にとっても重要な役割を果たすであろう」とも述べられていた⁷⁶⁾。

もちろん、当時のアメリカの人々も、専門家を万能視したのではなく、ニューディールに行政権の飛躍的な拡大を経験した人々は、ロスコー・パウンドによる行政国家批判 (1938年) を皮切りに、彼等に対して厳しい批判を加えることもあった⁷⁷⁾。パウンドによれば、行政活動の正当性を主張しようとする者は、「行

73) 現在、この権限は、1979年に新設された通商及び地方事務局に移っている (C. J. ANTIEAU, *supra* note 59, §2 A. 05; ILL. COMP. STAT. ANN. ch. 20, 605/46. 35, 20, 605/46. 37 (1993))。

74) *See*, J. B. FORDHAM, *supra* note 65, at 101. 長濱政壽『地方自治』70—93頁 (岩波書店、1952)。アンダーソンによれば、州の行政機関の「監督権は、専門的で、非党派的で、政治の影響を免れる職員により行使されなければならない」とも論じられている (WILLIAM ANDERSON & EDWARD W. WEIDNER, *AMERICAN CITY GOVERNMENT*, 166 (Rev. ed. 1950).)。

75) WILLIAM B MUNRO, *THE GOVERNMENT OF AMERICAN CITIES*, 76 (1913).

76) W. B MUNRO, *supra* note 75, at 76.

77) 平田美和子『アメリカ都市政治の展開』210頁 (勁草書房、2001)。

政機関による正義の実現」を「行政機関による絶対主義」にしようとする者たちであり、彼等は「『法』のあるべき姿であったものと大きく齟齬する『行政法』を認容した者たちである」⁷⁸⁾と述べられていた。

しかし、マンロウ等により支持された専門家による科学的な管理法思想が、少なくとも1960年代に至るまで命脈を保った点は、一層重要であった⁷⁹⁾。事実、フォードハム(1975年)によれば、この時代において、憲法ホームルール制度が「地方に対する州の行政監督の拡張をブロックすることはなかった」のであり⁸⁰⁾、「専門家」からなる行政機関は、少なくとも「同質者」からなる地方法人との比較において、信頼にたる秩序の担い手とみなされつづけていた。敷衍すれば、科学的な管理法思想の下における「新たな行政関係の構成は、我々の行政システムにおいて、ホームルールをアナクロニズムにする可能性が大きい」とさえ述べられており⁸¹⁾、「専門家」は州と地方のレベルにおいて協力を期待されるとともに、「同質者」からなるホームルール法人は、その協力を妨げうる利己的な主体となることを懸念されていた。

(5) ところで、「専門家」を信頼したこれらの人々が、「一般市民」を担い手とする直接立法制度を低く評価しつづけたことは、いうまでもなかった。

この点をよくあらわしたのも、ハーバード大学のマンロウ(1926年)であり、彼によれば、革新主義時代に取り入れられた直接立法制度は、次のような評価を

78) Roscoe Pound, *Report of the Special Committee on Administrative Law*, 63 REP. AM. B. ASS'N 339-340 (1938). パウンドの行政国家批判につき、参照、中川丈久「日米の行政手続法・行政手続論の基層比較(二)」神戸法学雑誌49巻1号118頁(1999)、モートン・J・ホーウィッツ(樋口範雄訳)『現代アメリカ法の歴史』281-189頁(弘文堂、1996)。

79) PETER J. STEINBERGER, *IDEOLOGY AND THE URBAN CRISIS*, 133 (1985). この点の詳細な研究として、参照、正木広長「行政法と官僚制(2)」立命館法学299号75頁(2005)。

80) J. B. FORDHAM, *supra* note 65, at 101.

81) LEONARD D. WHITE, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF PUBLIC ADMINISTRATION*, 176 (Rev.ed. 1938). なお、ホワイトによれば、憲法ホームルール制度は、地方の事務にかんする「立法府」すなわち「マシーン」の政治的干渉を抑止する効果をもつに止まった、とも指摘されている(*id.*)。ホワイトの見解の紹介として、参照、長濱・前掲注74)71-72頁。なお、ホワイトは、シティマネージャー職理念の基盤を形成するにあたって最も影響力のあった人物であり、科学的管理法思想の主要な信奉者の一人である(平田・前掲注77)208頁)。

下されていた。

「(地方において) イニシアティブとレファレンダムの対象とされてきた事項の大半は、詳細なデータを検討しなければ意思を形成しがたい技術的な性格をもつものである。すなわちそれは、路面電車料金、ガス料金、小型乗合バス規制、土地の購入、電力の売却、地方職員の賃金・年金・勤務時間等であり(括弧内は筆者)」、それらの事項の「管理のために専門家を雇いながら、その管理の対象たりうる事項を、難解さを理由に、一般市民の投票に付すことはばかっている」⁸²⁾。こうして「専門家」と「一般市民」の能力的な峻別がなされ、知見による管理の対象は、市民の投票にかけることを否定的に解されていた。

実際、こうした「一般市民」に対する低い評価も、広く社会的に受け入れられており、多くの裁判所が、科学的な管理の対象を、一般市民の投票にかけられないものとする判例法を形成した事実は、そのことをよくあらわした。すなわち、一例をあげれば、ゾーニングの修正は、ワシントン州の最高裁において「コミュニティの経済的、社会的、物理的な特性を考慮しうる専門性を備えた人物の知的な選択を必要とするものであり、この種の困難な決定をなしうるのは、通常、市の計画策定委員会と議会である」と述べられて、「レファレンダムに服しえない(傍点は筆者)」ことを明言されていた⁸³⁾。そして、判例法は、より一般的に、地方法人の処理する事項が、①「管理的・行政的機能 (administrative function)」をもつ事項と、②「政治的・立法的機能 (legislative function)」をもつ事項とに分類されることを認め、管理の対象たりうる事項の方を、一般市民の手によるイニシアティブやレファレンダムから遠ざけていた⁸⁴⁾。

もちろん、こうした中でも、「政治的・立法的機能」を備える事項⁸⁵⁾は、一般

82) WILLIAM B. MUNRO, *THE GOVERNMENT OF AMERICAN CITIES*, 251-252 (4th ed. 1926).

83) *Leonard v. City of Bothell*, 557 P. 2d 1306, 1308, 1311 (1976). 同様の判断を下す判決として、*See, Lince v City of Bremerton*, 607 P. 2d 329, 330 (1981).)

84) Winston W. Crouch, *The Initiative and Referendum in Cities*, 37 AM. POL. SCI. REV. 491, 494 (1943); J. B. FORDHAM, *supra* note 65, at 463; 5 E. McQUILLIN, *THE LAW OF MUNICIPAL CORPORATIONS*, §16. 55 (3rd ed. 1969 rev. Vol.); Daniel M. Warner, *Direct Democracy*, 19 SEATTLE U. L. REV. 47, 67 n.103 (1995); Comment, *The Initiative and Referendum's Use in Zoning*, 64 CALIF. L. REV. 74, 93-97(1976); Ronald H. Rosenberg, *Referendum Zoning*, 53 U. CIN. L. REV. 381, 412-422 (1984).

市民の手に留められており、直接立法制度は、その限りにおいて、彼らの政治参加の機会を拡張する効果をともなっていた。しかしながら、ここにおいても注意を要することに、科学的な管理法思想に与しつづけたこの国は、この種の事項にかんしても、人間の理性や知見に託そうとする傾向をもち、そうした効果を限られたものととどめていた。すなわち、1930年のニューヨーク州の最高裁が、地方においても「代表による統治が原則であり、人々による直接の活動は例外である (Government by representation is still the rule. Direct action by the people is the exception.)」と判示したように⁸⁶⁾、本来、「政治的・立法的事項」は、理性的な「有徳者」からなるはずの地方議会を担い手とすべきものとされて、一般市民は、「有徳者」からなるはずの地方議会が、マシーンポリティクスに席卷されて、その理想から遠ざかった革新主義時代を別として、それらの事項を処理することにつき、さしたる期待をかけられていなかった。実際、ホーフスタッター (1955年) によれば、アメリカにおける直接立法制度は、付随的・補完的な機能を認められるにとどまり、当初から「はなはだ局限された用途しかもちえなかったと判明しても、驚くにはあたらない」程度の期待をかけられたにとどまっていた⁸⁷⁾。

(6) もちろん、この社会が、それにもかかわらず直接立法制度の実践において先駆的な地位を占めたことは、疑いのない事実であった。

85) なお、「行政的事項」と「立法的事項」の区別ほかに「裁決的事項」と「立法的事項」の区別がなされることもある。ここにいう「裁決」とは、市民の生命、自由、財産を剥奪する公的作用を指し、この作用は、合衆国憲法の適正手続条項により、事前の告知と聴聞という手続的な制約を受けるため、直接立法制度の利用を禁じられるものとされている (Comment, *supra* note 84, at 78-93、二つの観点に基づく区別と、それにかんする裁判例の紹介として、山岡公一「アメリカの土地利用規制と手続的保障 (一) (二) (三) (四)」レファレンス437号92頁、441号19頁、443号46頁 (以上1987)、445号47頁 (1988))。

86) *Reycroft v. City of Binghamton*, 245 N.Y.S. 375, 377 (1930). Binghamton の住民により提起された住民訴訟。Binghamton 市が、「条例のみ」に根拠をおくレファレンダムを実施しようとしたのに対し、裁判所は、地方政府も、代表による統治を原則とするとして、憲法や法律による授権のない当該レファレンダムを違法とし、その差し止めを求める原告の請求を認容した。なお、同様の見解は、学界においてもしばしば説かれている。地方政府について、代表による統治を原則とする旨の主張をするものとして、See, E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 481-482; Howard L. McBain, *The Delegation of Legislative Power to Cities*, 32 POL. SCI. Q. 276, 281 (1917).

すなわち、ある統計資料によれば、1980年の時点において、地方のイニシアティブを採用する州は34を数え⁸⁸⁾、それらの州の有権者は、地方の事項にかんする起案をして⁸⁹⁾、一定数の署名を収集すると⁹⁰⁾、その案を地方議会に提出でき⁹¹⁾、その最終的な判断を地方の有権者の投票に託すこともできた⁹²⁾。また、当時、地

-
- 87) リチャード・ホーフスタッター（清水知久ほか訳）『アメリカ現代史—改革の時代—』228頁（みすず書房、1967）。同旨、Terrance Sandalow, *The Distrust of Politics*, 56 N.Y.U L.REV. 446, 446-457 (1981)。一部の論者は、革新主義の時代から、これらの制度に消極的な評価を与えていた（E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 503-513.）。また、イニシアティブやレファレンダムは、その後も、反対者が恐れたほどのひどい結果をもたらさなかったものの、支持者の期待通りの高い成果もあげなかったという評価を繰り返されるにとどまっている（W. B. MUNRO, *supra* note 82, at 252; DAVID B. MAGLEBY, *DIRECT LEGISLATION*, 196 (1984); JOSEPH F. ZIMMERMAN, *STATE AND LOCAL GOVERNMENT*, 90 (1962)）。
- 88) THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENT, *THE BOOK OF THE STATES*, 26 (1981)。その制度化は、州憲法（コロラド等）、州法（イリノイ等）、州憲法や州法の授権にもとづく地方のチャーター（カリフォルニア等）と、州ごとにさまざまなレベルにおいてなされている。
- 89) 地方のイニシアティブの対象が、地方の事項に限られることにつき、*See, Note, Judicial Limitations on the Initiative and Referendum in California Municipalities*, 17 HASTINGS L. J. 805, 809 (1966)。なお、起案に際して、地方の職員に案文を提出し、当該職員がそれに表題をつけた上で、その表題の下に署名を収集するケースもある（D. M. Warner, *supra* note 84, at 56, n. 40.）。
- 90) 必要署名数は、州（地方法人に直接立法手続の制定権を与える州の場合は地方法人）ごとに異なっている。ある論者によれば、イニシアティブの場合、その幅は登録有権者数の5%から25%の範囲にある（Comment, *supra* note 84, at 74, n. 1.）。また、州レベルの制度をそのまま地方レベルに適用する州もあり（W. W. Crouch, *supra* note 84, at 493.）、それらの制度を参考にすると、イニシアティブの場合、前回の選挙（通常、州知事選挙）における投票総数の2%から15%（平均8%）、レファレンダムの場合、その2%から15%（平均5%）である（D. B. MAGLEBY, *supra* note 84, at 43.）。なお、具体例をみれば、カリフォルニア州バークレイ市の場合、前回市長選挙の投票総数を基準として、イニシアティブの場合、その5%—10%を、レファレンダムの場合、その10%を必要署名数としている（南川諦弘「自治憲章について—バークレイ市憲章を例として」大阪学院大学法学研究19巻1・2号92頁（1993））。
- 91) 地方レベルのイニシアティブは、まず、地方議会が、議案について審議をし、市民の提案に即した議決をしなかった場合に限り、市民投票にかけるものと、制度化されることが多い（W. W. Crouch, *supra* note 84, at 497; W. ANDERSON & E. W. WEIDNER, *supra* note 74, at 321。但し、州レベルのイニシアティブは、一般に、立法府の事前関与を予定しない（D. B. MAGLEBY, *supra* note 87, at 35-37.））。
- 92) なお、イニシアティブやレファレンダムの投票は、通常、一般選挙と同一期日にまとめて行われる（W. W. Crouch, *supra* note 84, at 498）。この点は、州においても変わらない（D. B. MAGLEBY, *supra* note 87, at 44.）。

方のレファレンダムを採用する州も47に達しており、それらの州において、地方の代表機関の決定に不服をもつ者は、その不服にかんする起案をして、一定数の署名の収集に成功すると⁹³⁾、その当否にかんする最終的な判断を、地方の有権者の投票に託すこともできた⁹⁴⁾。加えて、多くの州は、独立後間もない段階から、州のレベルにおいて各種のレファレンダムの制度を取り入れており、州憲法や州法の直接立法にかんしても枚挙に暇のない経験を重ねてきた⁹⁵⁾。

しかし、こうした実践は、必ずしも直接民主主義の理念に支えられていなかったことを注意しなければならなかった。すなわち、そのうち最も早くから実践された制度は、州憲法のレファレンダムであり、この制度が、1778年のマサチューセッツを皮切りに、ニューハンプシャー、メイン、コネティカット、ロードアイランドと、ニューイングランド地方に順に普及したように、元来、その制度の多くは、タウンミーティングの「伝統」の名のもとに創設されたものであり、特別の理念的な支えをもつものではなかった⁹⁶⁾。すなわち、オーバーホルツァーによれば、当時の人々は、タウンミーティングの伝統によりもっぱら直接の投票にならされていただけであり、「ルソーの書物から示唆を得たり、また、スイスの政治形態に称賛の念を抱いたりしたことはなかった」し⁹⁷⁾、また、ローウェルによれば、アメリカ社会の人々が、土着の制度にもとづく無意識の営みとは別に、直接民主主義の理念を意識的に取り上げたのは、革新主義時代を嚆矢とした⁹⁸⁾。

ちなみに、この国の直接民主主義の理念に対する信仰の弱さは、具体的な数字

93) ただし、署名の提出期間は、決定後一定の期間に制限される (D. W. Warner, *supra* note 84, at 56, n.40; W. W. Crouch, *supra* note 84, at 499.)。後者の文献によれば、通常、この期間は、決定の日から10日ないし90日とされている。また、Whatcom カウンティのケーススタディにあたる前者の文献によれば、当該カウンティは、この期間を議決の日から45日以内と定めている。

94) なお、当該決定の執行は、投票による再可決に至るまで停止される。

95) E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 99-217; 横田清『アメリカにおける自治・分権・参加の発展』65-112頁 (敬文堂、1997)。なお、これらの直接立法制度のほかに、地方のレベルには、地方の基本法に相当するチャーターにかんするレファレンダムの制度もある (E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 218-240)。

96) E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 99-112, 333.

97) E. P. OBERHOLTZER, *supra* note 21, at 111.

98) Lawrence Lowell, *The Referendum in the United States*, in: WILLIAM B. MUNRO, *THE INITIATIVE, REFERENDUM AND RECALL*, 134 (1912)。以上の点につき、他の文献を含めた詳細な検討として、参照、横田・前掲注95)76-91頁。

となってもあらわれている。すなわち、直接立法制度の利用件数は、その理念を意識した革新主義時代の1910年代に頂点に達する一方で（269件／10年）、その運動が収まりをみせる40年代になると下降線を辿りはじめ、60年代には最盛期の3分の1に落ち込んでいた⁹⁹⁾。また、そもそも、その制度の活発な利用は、アメリカ全体の中においても、カリフォルニア州やオレゴン州等、革新主義運動に強く席卷された、太平洋岸と山岳部地域に限られる限界ももっていた¹⁰⁰⁾。

こうして、60年代までのアメリカは、直接立法制度の展開からも、「専門家」と「有徳者」に公益を管理させようとする管理政策信奉主義（managerialism）に強く規定されたことを読み取れ、この社会においては、「専門家」と「有徳者」からなる良き政府に、客観的に市民社会を観察させ、その合理的な管理により、市民と社会に最大限の幸福を実現させようとするナイーブな期待が抱かれていたといえる。

3 秩序づくりのあり方を模索するアメリカ

(1) もっとも、こうした科学的管理法思想は、60年代後半から70年代初頭に決定的な打撃を被ったことを確認しなければならなかった¹⁰¹⁾。すなわち、60年代に入ると、この国は、黒人の公民権運動、若年層のヒッピーの反抗、学生のベトナム反戦運動をはじめとして、市民運動や社会運動をたてつづけに経験し¹⁰²⁾、戦後、世界一の繁栄を誇ったこの社会において人々は、彼らを管理してきた国家により一方的に「秩序を押しつけられる」ことについて不安や不満を表にしはじめた¹⁰³⁾。

99) なお、括弧内の数は、州レベルのものである（David D. Magleby, *Taking the Initiative*, 21 PS, 603 (1988).）。同旨、生田希保美／越野誠一『アメリカの直接参加・住民投票』39—41頁（自治体研究社、1997）、小滝敏之『アメリカの地方自治』308頁（第一法規、2004）。なお、ローゼンベルグは、一カウンティ内の土地利用規制にかんするイニシアティブとレファレンダムの件数（1961—1981）を調査して、地方のレベルについて、60年代の利用件数の少なさを指摘する（Rosenberg, *supra* note 84, at 427—429）。

100) D. B. MAGLEBY, *supra* note 87, at 5, 20—22；横田・前掲注95)97、152頁。

101) ホーウィッツ・前掲注78)316頁。

102) 有賀貞／大下尚一／志邨晃佑／平野孝編『世界歴史大系 アメリカ史2』370—389頁【油井大三郎】（山川出版社、1993）。

103) BENJAMIN BARBER, *STRONG DEMOCRACY*, 150—155 (1984)；Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276, 1279—1280 (1984)。

そして、この「国家により秩序を押しつけられる」人々がくりかえした運動は、大きな社会的な衝撃を伴い¹⁰⁴⁾、科学的管理思想の支持者たちに、理性と知見による社会統合の夢が完全に破れたことを自覚させた¹⁰⁵⁾。

このことをもっともよく体現したのは、ハーバード大学教授のランディスであり、ニューディールを強力に支える法律家の一人であった彼¹⁰⁶⁾は、1960年になると次のように述べて、かつての思いが失望に変わったことを言い表していた。すなわち、本来専門性により正当性を担保されるべき行政機関は、いまや多様な利益を客観的に分析して公益を発見することに成功しておらず、むしろ「産業界の利益に傾きがちであり、規制されるものが規制するものになる」現象をつくりだしていると述べられた¹⁰⁷⁾。しかも、この時代の人々は、科学そのものの客観性を疑うというもう一つの特徴をもっており、そもそも行政機関が、市民社会の外側から「客観的に考察しうる事実」は存在しないのではないかという、より根本的な疑問を投げかけていた¹⁰⁸⁾。こうして、科学的管理法思想は、従来それを支持してきた者を含む、社会全体からの批判を受け、パラダイムの転換を不可欠とする深い反省を迫られたのであった¹⁰⁹⁾。

104) とりわけ人種間の対立は激しく、1964年にニューヨークシティにおこった黑人による白人警察官の襲撃事件が、100名以上の負傷者をだす大惨事となると、その後も全米各都市は、1968年に至るまで「長く暑い夏」と呼ばれるこの種の暴動に毎年のようにひきおこしていた。そして、その暴動は、ジム・クロウ制のようにあからさまな人種隔離制度をとらない北部の大都市においてこそ激しさを伴ったことにおいて、大きな社会的な衝撃を伴った (JON C. TEAFORD, *THE TWENTIETH-CENTURY AMERICAN CITY*, 127-129 (2nd ed. 1993); 有賀ほか・前掲注102)408頁 [油井大三郎])。

105) J. C. TEAFORD, *supra* note 104, at 128.

106) JAMES LANDIS, *THE ADMINISTRATIVE PROCESS*, 1938. この文献が、ニューディールの行政規制を支持する代表的な文献であったことにつき、See, Louis L. Jaffe, *The Illusion of the Ideal Administration*, 86 HARV. L. REV. 1183, 1186-1187(1973); Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667, 1677-1678 (1975)

107) STATE COMM. ON THE JUDICIARY, 86TH CONG., 1ST SESS., REPORT ON REGULATORY AGENCIES TO THE PRESIDENT-ELECT, 70-71 (1960). 同書の紹介として、塩野宏『行政組織法の諸問題』132頁以下 (有斐閣、1991)。なお、この規制される産業界の利益に捕らわれる行政機関を批判する見解は、捕らわれの理論・虜理論 (capture theory) と呼ばれて、多くの論者により主張され、世論にも浸透した (See, L. L. Jaffe, *supra* note 106, at 1187; See, R. B. Stewart, *supra* note 106, at 1684-1685; 正木・前掲注79)69-75、76頁)。

(2) もちろん、これらの事態を前にアメリカ社会は、手をこまねいていたわけではなかった。すなわち、我が国にもしばしば紹介されてきたとおり、1970年代以降になると、この国は、いわゆる「利益代表政治」と「規制緩和」の理念に基づいて、各種の施策を試みていた。

そして、それらの施策が、自由放任思想へ回帰する方向性を示したことも、周知の通りであった。すなわち、前者の「利益代表政治」の理念をとおして、この国は、消費者団体や環境保護団体等、従来、軽視されてきた各種の利益団体に政治的な参加権を付与して、団体構成員の「政治的な自由」の回復を試みようとしており¹⁰⁰⁾、また、後者の「規制緩和」の理念をとおして、この国は、よりラディカルに「経済的な自由」を含む、あらゆる個人の自由をおしひろげ、彼らの自律を回復させようとしていた¹⁰¹⁾。こうして、この時代のアメリカは、「政治」と「経済」の世界において、互いに圧力をかけあう人々が、その影響力を相殺しあい、自ずと均衡に達することに期待をかける自由主義の思想に大きく傾いていた。言い換えれば、それは、市民社会の秩序づくりの担い手が、「専門家」と「有徳者」から、自由市場を構成する、①「生まれながらに自由な個人」と、②「利益団体」、そして、③その市場をつかさどる「競争のメカニズム」に移行したことを意味していた。

108) こうした「科学の相対主義」的もの見方を普及させた代表的な文献として、1958年公刊のN・R・ハンソン（村上陽一郎訳）『科学的発見のパターン』（講談社、1986）、1962年公刊のT・クーン（中山茂訳）『科学革命の構造』（みすず書房、1971）がある。これらの議論を日本に紹介するものとして、村上陽一郎氏の一連の論考がある。

109) Joan C. Williams, *Critical Legal Studies: The death of transcendence and the rise of the new langdells*, 62 N.Y.U.L.REV., 429 (1987).

110) この見解の主唱者は、政治学者ロバート・ダールであった。彼の代表的な論考として、See, ROBERT. A. DAHL, PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY, 1956（ロバートA・ダール（内山秀夫訳）『民主主義の基礎理論』257頁（未来社、1970））。なお、ダールの理論につき、参照、大沢・前掲注51）18頁。

111) 以上の点につき、See, R. B. Stewart, *supra* note 106, at 1684-1685; L. L. Jaffe, *supra* note 106, note 95, at 1187; 古城誠「規制緩和理論とアメリカ行政法」アメリカ法1986年2号278-280、306-307頁、周作彩「アメリカにおける行政裁量の司法的統制」一橋論叢112巻1号68頁（1994）、竹中勲／曾和俊文「論文紹介-Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975)」アメリカ法1979年1号114-115頁、大沢・前掲注51）17-22頁。

もつとも、こうした思想が、市場の独占や寡占を進行させ、巨大な社会的権力を生み出す可能性を否定できないことは、いうまでもなかった。すなわち、自由を拡大された人々は、その自由な市場において、自らの力に頼り一人で前進することを理想とされる「個人」にすぎず、一個人としての非力さゆえに、巨大な市場の前にひれ伏し、市場のメカニズムに支配的に秩序を形成される可能性を否定できなかった¹¹²⁾。この点は、たとえば、ハーバード大学教授フルーグにより、次のように指摘されていた。すなわち、市場のメカニズムにおいて、人々はその歯車と化し、「自らの実質的な生を生み出し、自らの政治文化を決定し、自らの思想を作り出す機会をほとんどもちえなくなる」ものであり、「自分自身あるいは、誰の手にも負えない組織と向き合う感覚」に捕らわれるものである¹¹³⁾。一部の論者は、自由主義社会においても、行政国家を選択した場合と同様に、人々が、遠く誰か（この場合は、市場のメカニズム）により一方的に秩序を押しつけられる可能性を否定できないことを恐れていた。

(3) こうして、この時代のアメリカは、もう一つの重要な潮流として、いわゆる参加的民主主義を台頭させることとなった。すなわち、それは、自由主義者の想定する「生まれながらに自由な個人」ではなく、むしろ「他者とのコミュニケーションを介して身の回りの秩序を形成する生き方」により、人々の自立を回復させようとする思想であり、その代表的な論者フルーグは、「我々が真に人間(person)になろうとするならば、他者は不可欠であり、他者(とのコミュニケーション)は我々が何者であるか(stuff)を気づかせ、我々を破壊から守ってくれるもの(括弧内は筆者)」と指摘した¹¹⁴⁾。そして、そうした参加的民主主義の思想は、他者とのコミュニケーションが、日常的に地方の空間において営まれることに照らして、その空間に秩序作りの権限をひきおろす、地方分権の発想に

112) P. J. STEINBERGER, *supra* note 79, at 81–83, 116–121.

113) G. E. Frug, *supra* note 103, at 1280.

114) Gerald E. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057, 1069, 1152–1153 (1980); ただし、最後の引用文はフルーグが^s Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFFALO L. REV. 205, 211 (1979) を肯定的に引用したものである。なお、同時期に、同様の見解を示したものとして、See, B. BARBER, *supra* note 103, at 19

連なった。すなわち、フルーグによれば、理想の秩序づくりの方法は、「地方のコミュニティにおける意思決定を起点とし、コミュニティ間の、そして州間の協力へと連なる」、下から上への意思決定の仕組みに見出されていた¹¹⁵⁾。また、コミュニケーションを営む人間一人ひとりが、実質的に秩序づくりの権限をもちうるよう、地方政府における意思決定は、直接民主主義を基本としなければならない、とも述べられた¹¹⁶⁾。

なお、敷衍すれば、ここにいう「コミュニケーション」とは、理性に基づく「討議」とは性質を異にし、「考えること (thinking) とともに、感じること (feeling) を、また、思索すること (reflecting) とともに、行動すること (acting) を要素とする」ものと指摘されており、孤立した個人どうしが議論を戦わせるよりも、互いの懐に飛び込み合う人々が内面から沸きあがる感性をも活用しながら、共鳴や共感を生み出すことに本質をもつとされていた¹¹⁷⁾。

(4) もっとも、この見解も、次のとおり、少なからぬ批判の余地を残したことは、注意を要した。すなわち、もともとアメリカの地方法人は、ホームルール制度の運用例にみられたように、排他的な同質者からなりがちな団体であり、そうした団体が公正なコミュニケーションをつむぎだしうるかどうかについては、正当な疑問に付されていた¹¹⁸⁾。そして、そうした懸念は、70年代以降の自由主義思

115) G. E. Frug, *supra* note 114, at 1067, 同旨, Gerald E. Frug, *Why Neutrality?* 92 YALE L. J. 1591, 1599 (1983). なお、フルーグは、「連邦主義 (federalism) は…、ボトム・アップの政府構造により構築される。連邦政府は、地方間の紛争を解決するための最終段階にすぎない」とも述べている (Gerald E. Frug, *Empowering Cities*, 19 URBAN LAWYER, 553, 568 (1987))。

116) フルーグは、次のように述べて、地方政府に広く権限を与えることに加えて、地方政府の意思決定方法を修正することを提唱する。「現在、組織され運営されているシティに焦点をあてれば、シティの権限を強めることにプラスの材料は見いだされない。現存するシティそれぞれが、単純に、より多くの権限を与えられればよいというわけではない」「シティは、「公の自由」の必要、すなわち、「ある人間の生活に影響を及ぼす基礎的な決定に積極的に参加する能力」の必要を満たしうる」場である (G. E. Frug, *supra* note 114, at 1067-68.)。同旨、G. E. Frug, *supra* note 115, at 1599.

117) B. BARBER, *supra* note 103, at 178.

118) この点につき、参照、古矢旬『アメリカニズム』80-82頁 (東京大学出版会、2002)。古矢氏も「個人主義的で、流動的で、非土着的なピープルから、いったいいかにして真のコミュニティをつむぎだすことができるのか」と疑問を投げかける (同82頁)。

想により、同質者からなる地方法人が、市場における競争主体の一つと捉えられ、私事本位的な活動を尊重されたことにより、一層説得力を増していた¹¹⁹⁾。すなわち、ある地方法人は、排他的なゾーニングをして高級住宅地となり、人口6万4千人のうち黒人人口を27人ととどめ、実質的に、黒人とのコミュニケーションを拒んでいたものの、そうした地方の活動も、連邦最高裁判所において、人種差別的なインパクトを認められるものの、それだけでは差別的な意図の存在を認められないものとして、適法性を承認されていた¹²⁰⁾。

したがって、こうした事態を重くみたブリフォーによれば、地方の空間に多くの権限をひきおろすフルーグらの提案は、利己的になりがちな地方のコミュニティ間の対立を深めるばかりであり、現実を見ない「魅力的な幻想」と酷評されていた¹²¹⁾。

こうして、この時代には、前述のように、①「生まれながらに自由な個人」を主要な秩序の担い手とする、自由主義型の国家観や、②「他者とのコミュニケーションを介して自己を形成する人間」に秩序を築かせる、地方分権型の国家観とともに、③「専門家」や「有徳者」に、客観的に公益を管理させようとする従前どおりの見解¹²²⁾も、有力なままにとどまっていた。

(5) さて、それでは、その後のアメリカ社会において、支配的な地位を占めたのはいずれの見解であろうか。結論をいえば、各潮流は「法的な装いをほどこされてはいる」ものの「政治的なイデオロギーをちらつかせていることも容易に見てとれ」「一定の方向性が存在するわけではない」とする柴田氏の指摘が当たっ

119) Richard T. Ford, *The Boundaries of Race*, 107 HARV. L. REV. 1841, 1846 (1994). なお、連邦最高裁判所のバーガーコートが自由主義の立場から、地方法人を競争主体の一つと捉える傾向をもったことにつき、See, Joan C. Williams, *The Constitutional Vulnerability of American Local Government*, 1986 WIS. L. REV. 83, 101-121.

120) *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Department Co.*, 429 U.S. 252, 270 (1977). 一世帯用住宅専用地区から建築補助金付多世帯用住宅地区への変更を求めるゾーニング修正の申請を不許可としたヴィレッジの決定が、ヴィレッジ内に土地を購入し当該申請をした人種統合支援団体により、人種差別に当たるものとして、平等保護条項違反を問われた事案。

121) Richard Briffault, *The Local Government Boundary Problem in Metropolitan Areas*, 48 STAN. L. REV. 1115, 1163-1164 (1996).

122) R. Briffault, *supra*, note 121, at 1166-68

ていると思われる¹²³⁾。

すなわち、その根幹をなすイデオロギーの対立は、「生まれながらの自由」か「コミュニケーションによる共鳴」か、という人間の生き方にかんするものであり、その対立は哲学的で根深い。実際、この国において「生まれながらの自由」を重んじる者は、「コミュニケーション」を通して自己を形成する生き方に、対等の重みを認めておらず、また、反対に「コミュニケーション」による共鳴を重んじる者は、「生まれながらに自由」な生き方に、同様の重みを認めていない。たとえば、フルーグによれば、「コミュニケーション」を営み他者と結びつく人間と、「生まれながらに自由な個人」として距離をとりあう人間とは、両立しえないものとされている¹²⁴⁾。そして、そのことは、アメリカの論者が、その二つの生き方を等しく重んじて、①「生まれながらに自由な個人」としての生き方を国家行政に、②「他と結びつきながら成長する人間」としての生き方を地方の自治行政に保障させようとした、ドイツの論者と好対照をなすことを意味している。言い換えれば、ドイツのような「あれもこれも」の見解は、どちらの生き方も保障できない中途半端な立場として、忌避されているといえるであろう。いずれにせよ、こうしたイデオロギーの対立は、容易に解消しうるものでなく、今後も、アメリカという国が、秩序づくりのあり方を模索しつづけることは、間違いないはずである。

Ⅶ 分権時代の地方自治—結びに代えて

さて、以上、アメリカとドイツの地方自治について検討を加えてきた。それでは、これらの両国の歴史的な考察は、今日の我々に、地方自治がいかなる法的意義をもちうることを教えてくれるであろうか。そこで、まず検討に値することは、従来、地方自治の母国と捉えられてきたアメリカが、その常識に正当な疑問を付されることであろう。本稿のまとめに当たる本章では、まずその点を確認し（第1節）、その後ドイツとアメリカの地方自治を比較検討の俎上に載せた上で（第

123) 柴田直子「アメリカ合衆国における地方政府の法的位置づけに関する一考察（一）」自治研究77巻2号120頁（2001）。

124) G. E. Frug, *supra* note 115, at 558.

2節)、それらの分析から得られる示唆的な事項を抽出することとする(第3、4節)。

1 アメリカは地方自治に親和的な国か?

(1) 固有権理論

それでは、我々に「アメリカを地方自治の国」と信じさせてきた要因は、どの点から考察を加えられるべきであろうか。それはまず、「地方の自治権」の法的位置づけにかんする議論であろう。従来、アメリカをはじめとするアングロサクソン国家は、固有権説に支配される国として、次のとおり地方自治に親和性をもつものとされてきた。すなわち、アングロサクソン国家は、「国民国家の形成以前から存在していた地方共同体の自治が国民国家の形成過程でもその自律性を保ち続け、これが主権の絶対化を事実において制約した国」といえ、ここにおいては「自治権を地域共同社会の固有権とみる固有権説的な観念が強い」と語られてきた¹⁾。ところが、本稿の考察から明らかになった点は、繰り返し述べてきたとおり、建国後間もないころからこの国が、地方法人を、「州の創造物」と捉えたという事実であり、ここにおいて、「アメリカを地方自治の国」とする常識は、早くもその疑わしさを顕わにしたといえるであろう。

すなわち、アメリカにおいて、地方の「固有権」の理論は、19世紀の後半に、いくつかの州の裁判例に容れられたものの、その承認は一過性にとどまり、また、19世紀の末から20世紀の前半に、カリフォルニア等、一部の州に取り入れられた主権内主権の理論も、州の介入をはねのける「地方の事務」を想定する点において、「固有権」の思想と親和的であったものの、ホームルール制度の展開史において傍流にとどまっていた。そしてさらに、それらの背後において、アメリカの人々が、地方の自治権は「重要な価値を破壊するかもしれず、…地方において一つの利益に突き動かされた集団は、少数者に恣意的なふるまいをするかもしれない」と警鐘をならし続けたことは、注目に値した。すなわち、そもそも、アメリカと

1) 西尾勝『行政学の基礎概念』381—382頁(東京大学出版会、1990)、渡辺康行「多数だけでは決めない仕組み」樋口陽一編著『ホーンブック憲法〔改訂版〕』279頁(北樹出版、2000)。

いう国は、個人主義的で、流動的で、非土着的な人々からなる社会であり、そうした社会において、地方法人は、自己の利益を実現するために移住する人々からなる党派的な団体となりがちであり、そうした団体を解体しようとする自由主義者たちは、固有権説的な観念を否定し続けてきたのであり、「アメリカにおいて固有権的な観念が強い」という常識は、事実としての正確さを疑われざるをえなかった。

なお、付言すれば、今日においても、10程度の州が、憲法にホームルール制度を採用せず地方法人を「州の創造物」とみなしつづけ、また、ホームルールを採用する州の多くも、課税権を州政府に専属させる等の措置により、「固有の自治権」の存在に否定的な姿勢をとりつづけていたことは、こうした分析を裏付けるものとして、ここにおいて確認しておいて良かった。

（2）「地方自治体＝政府」の観念

次に、アメリカの地方自治法は、自治体を「政府（government）」の一種と捉えた上で、この団体にさまざまな政府の権限を付与してきた点において、自治体を「行政主体」の一つにとどめるドイツとの比較において、分権的と語られることもあった²⁾。しかしながら、この点も、アメリカを「充実した地方自治の国」とするための十分な説得力をもちえないことは、本稿の考察から明らかであった。

すなわち、まず、laisser-faire に席卷された19世紀のアメリカにおいて、地方法人を「政府」の一種と捉えることは、本来必要のない中間団体を「政府」＝「公」の領域へと押しやって、その団体を「政府の一機関」として利用することを意味していた。言い換えれば、この時代の地方「政府」は、立法府により明示的に付与された権限に限り行使しうる「州の創造物」にとどまり、自律的な法的地位を認められる自治体とは、大きく性質を異にしていた。また、その後、科学

2) 西尾・前掲注1)384頁、渡辺・前掲注1)279頁、塩野宏『行政法Ⅲ [第二版]』109頁（有斐閣、2001）。西尾氏や渡辺氏によれば、アメリカは、「立法権の分権」に肯定的な点において、「執行権の分散」にとどまりがちなドイツやフランスとの比較において分権的である。また、塩野氏によれば、「アメリカ法では、地方自治法は行政法の一分野という見方をせず、端的に law of the local government として、法学教育の対象となる」のに対し、「ドイツでは、…現在でも、行政法の一部」と認識されるままであり、そうしたものの見方の違いは、「国と地方公共団体の関係について、立法政策上の事柄を考える上で重要な意味をもつ」と指摘される。

的な管理法思想に席卷された20世紀においても、地方法人を「政府」の一種と捉えることは、「充実した地方自治」のあらわれとはいえなかった。すなわち、この時代になると、「政府」とは、概して「決定よりも執行を任務とする単位」³⁾を指すようになり、地方法人を「政府」の一種と捉えることは、当該法人を、州政府や連邦政府と同様、「合理的なルールに基づく」「効率的な公益管理主体」⁴⁾とみなして、「自治法」よりも「管理法」を営ませることを意味するようになっていた。敷衍すれば、地方「政府」にあたる地方法人は、シティマネージャーを中心に「連邦から下へ向かってのびてゆく拡大されすぎた行政法 (Administrative law)」⁵⁾の一翼を担うよう期待されていた。

もちろん、これらの時代においても、地方政府は、①19世紀のマシンポリティクスに代表される利益誘導政治や⁶⁾、②20世紀の憲法ホームルールの制度⁷⁾により、さまざまな権限を付与されることはあった。しかしながら、これらの事実も「充実した地方自治」の現れとはいえず、そもそも、「利益誘導政治」が「充実した地方自治」に連ならないことはもちろんのこと、「同質者の集団」にさまざまな権限を与える憲法ホームルール制度も、異質者を排除して、彼らの「生まれながらの自由」を危険にさらしかねないものといえたため、ドイツや日本との比較においても、特徴的な分権の実現には連ならなかった⁸⁾。こうして、「地方自治体=政府」と捉えるものの見方は、「アメリカを地方自治の国」とする十分な論拠とはなりえなかった。

(3) トクヴィルとグナイストの証言

3) P. J. STEINBERGER, IDEOLOGY AND THE URBAN CRISIS, at 148 (1985).

4) Gerald E. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057, 1065, 1119 (1980).

5) Michael E. Libonati, *Reconstructing Local Government*, 19 URBAN LAWYER, 645, 651 (1987).

6) 参照、第V章第4節。近年、利益代表モデルを支持する者も、自治体を利益集団の一つとみなすため、この種の利益誘導政治に肯定的である。なお、20世紀においても、地方のためのロビー活動が、ホームルールを制度化しない州を中心に続けられてきたことにつき、See, Kenneth E. Vanladingham, *Municipal Home Rule in the United States*, 10 WM. & MARY L. REV., 269, 312-313 (1968).

7) 参照、第V章第4節、第VI章第1節。

8) 参照、第V章第4節、第VI章第1節。

もちろん、そうした中でも、フランス人トクヴィルが、アメリカのタウンミーティングに地方自治の原型を見出し、また、ドイツ人グナイストが、イギリスの名望家自治に同様の原型を見出した、よく知られた伝記的な事実⁹⁾は、改めて注目に値した。確かに、彼らの生きた19世紀のアメリカには、タウンミーティングの伝統が存置され、また、イギリスには名望家自治の名残がとどめられる等、彼らの証言は一定の説得力をもっていた。しかしながら、それらの証言も、歴史的な事実在即して検討すれば、容易に反証されうるものにとどまったことを、確認されなければならなかった。

すなわち、まず、トクヴィルにより賞讃されたタウンミーティングの制度は、建国後のアメリカにおいて人々が、ニューイングランドの「神の国」の思想から、近代西欧社会の自由主義の思想へと傾き、個人のプライベートな領域を尊重して「地域全体のしきたりであったものもひっそりととり行う」ようになると¹⁰⁾、昔ながらのしきたりの一つとして次第にその働きを弱めたことを確認されていた¹¹⁾。また、グナイストにより賞讃されたイギリスの治安判事も、イギリスにおいて市民的自由主義の勢力が台頭し、第一次選挙法改正が成立する19世紀の中葉になると、「カウンティの貴族が、社会的に彼らの下位にある人々を、ほとんど意のままに支配することを意味する」身分社会の遺物と認識されるようになり、その働きを弱めていた¹²⁾。しかも、トクヴィルやグナイストの見解は、これらの社会に「国民主権」と「国会主権」の理念が確立すると、理論的にも成り立たなくなっていた¹³⁾。すなわち、アメリカ人クーリによれば、トクヴィルが、タウンミー

9) A・トクヴィル（井伊玄太郎訳）『アメリカの民主政治（上）』123頁以下（講談社、1987）、Rudolf von Gneist, *Geschichte und heutige Gestalt der Ämter im England*, S. 633, 1857; ders., *Die heutige englische Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung*, S. 828, 915, 1860.

10) ジャック・ラーキン（杉野目康子訳）『アメリカがまだ貧しかったころ』9—10、90—133、308—356頁（青土社、2000）。

11) JOHN A. FAIRLIE/CHARLES M. KNEIER, *COUNTY GOVERNMENT AND ADMINISTRATION*, 432—433 (1930).

12) I. ジェニングス（柳沢義男／柳沢弘毅訳）『イギリス地方行政法原理』29頁（日本比較法研究所、1971）。同旨、村上義弘「概括と展望」阿部照哉ほか編『地方自治体系2』341—344頁（嵯峨野書院、1993）。なお、参照、第Ⅱ章第2節。

13) イギリスにつき、参照、第Ⅱ章第2節、アメリカにつき、参照、第Ⅴ章第3節。

ティングの伝統から、アメリカの地方自治法理論を「固有権説的に説明するならば、それは誤りであり」、「アメリカにおける法理論は、州が地方政府の先にあり、地方政府を任意に創出し、法人としての生命を与えたというもの」である、と指摘されていた¹⁴⁾。また、ドイツ人ヘフターによれば、グナイストも、治安判事によるカウンティ行政に、イギリス自治行政の範型をみるならば誤りであり、近代イギリスにおける Selfgovernment は、国家のレベルにおける「市民による自己統治」、すなわち、君主ではなく市民を核とする「国会中心主義の秩序作り」を指すことを、指摘されていた¹⁵⁾。

こうして、トクヴィルとグナイストの証言は、事実上も規範的にも、19世紀の中葉頃に、通用力を失いはじめ、彼らにより語られた事実は、英米において廃れてゆく「前近代の伝統」にとどまり、近代に足を踏み入れた両国が、地方自治の母国に留まることを証明する力をもちえなかった。

(4) 日本憲法第8章に対する影響

そして、最後に、「アメリカを地方自治の国」とイメージさせたもう一つの要因は、日本国憲法第8章が、占領軍の支配の下アメリカ法の直接の影響を受けた点であった¹⁶⁾。すなわち、日本国憲法の93条2項から95条は、しばしば指摘されるとおり、19世紀後半から20世紀初頭にかけてのアメリカ州憲法を起源とし¹⁷⁾、また、ニューヨーク州等の憲法は、いまなおこれらの規定に相当する憲法規定を盛りこむ等¹⁸⁾、我が国の地方自治にかんする憲法規定が、アメリカ地方自治法の

14) Le Roy v Hurlbut, 24 Mich. Reports at 44, 99 (1871).

15) Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, S.266, 378ff, 523, 1950.

16) ちなみに、GHQ 案の形成に支配的な影響力をもったのは、カリフォルニア州出身のラウエル中佐と、ニューヨーク州出身のケーティス中佐であり、この二つの州憲法が、日本国憲法の文言にも特に強く影響を及ぼしたことが指摘されている(豊永郁子「現憲法下におけるアメリカ型地方自治の可能性」地方自治692号10—11頁(2005))。

17) 須貝脩一「地方自治の本旨」阿部照哉ほか編『地方自治大系2』26—33頁。なお、94条は、本稿にとりあげた憲法ホームルール制度を起源とし、95条は、同じく本稿にとりあげた、特別法制定(Special law)の制限規定に由来した。さらに、93条2項は、本稿にはとりあげなかったものの、州政府が自治体の職員選任に介入する慣行を前にして、同じ頃、多くの州に盛り込まれた、それらの行為を禁止する州憲法規定に由来した。ちなみに、近時、日本国憲法第8章に対する、アメリカ州憲法の再検討を試みるものとして、豊永・前掲注16)2頁。

影響を受けたことに疑いはなかった。

しかし、ここにおいて注意を要したことは、そうした憲法上の影響が「文言上あるいは事実上」のそれにとどまった点であった。すなわち、我が国の憲法学界は、こうしたアメリカからの輸入品よりも、「国産の92条」に盛り込まれた「地方自治の本旨」¹⁹⁾を基礎として地方自治法理論を組み立てており、また、そうした学界の内向きの姿勢は、アメリカ法の現状に照らしても決して不当なものとはいえなかった。すなわち、彼の国において中枢を占め、日本国憲法94条の起源といえた憲法ホームルール制度は、本国アメリカにおいてすら、終戦当時、20に満たない州に採用される試験的な制度にとどまり、その後のアメリカにおいても、強固な自治法理論の確立に成功しなかったことは、本稿第VI章において確認した通りであった²⁰⁾。その意味において、我が国の憲法規定にかんする事実上の影響は、確たる自治法理論により支えられたものでなく、アメリカという国は、「地方自治法理論の牽引役」と評価することはできなかった。

（5）アメリカは地方自治の国か？

さて、以上のとおり、アメリカは、「地方自治体を政府」と捉え（参照(2)）、また、トクヴィルにより賞讃された「前近代の伝統」の名残をもち（参照(3)）、さらに、日本国憲法に対して「事実上の影響」を及ぼしたものの（参照(4)）、それ

- 18) (93条2項)「すべての地方政府の役員で、その選挙又は任命がこの憲法により定められていない者は、その地方政府又は地方政府の区の人々により選出されるものとする…」(Const. of N.Y., Art. IX, Sec. 1(b))。(94条)「…すべての地方政府は、その財産、事務、政府について、この憲法及びすべての一般法に従う限り、地方法を制定し修正しうるものとする…」(Const. of N.Y., Art. IX, Sec. 2(c))。(95条)「立法府は、地方政府の財産、事務、政府にかんし、原則として一般法にかぎり定めうるものとする。ただし、その立法機関の構成員全体の3分の2を上回るもの求めに応じ、又は、全構成員の過半数に承認された執行機関の長の求めに応じ、特別法を定める場合はそのかぎりではない…」(Const. of N.Y., Art. IX, Sec. 2 (b) (2))。なお、95条により近い規定は、ミシガン州の1908年憲法修正等に見出せる（「地方又は特別法は、影響を受ける地域で、それについて投票する選挙権者の多数の同意があるまでは有効にならない」(Const. of Mich. (1908), Art. V, sec. 30. この規定は、HOWARD L. MCBAIN, THE LAW AND PRACTICE OF MUNICIPAL HOME RULE, 605 (1916) に掲載されている)。
- 19) 須貝・前掲注17) 1、34頁、天川晃／小田中聰樹『地方自治・司法改革』36頁（小学館文庫、2001）。
- 20) 参照、第VI章第1節。同旨、須貝・前掲注17) 34頁。

らの事実は、西欧近代型憲法採用以降のアメリカが「充実した地方自治」を備えたことを証明する力をもたず、また、そもそも、アメリカにおいて「固有権的な観念が強い」という常識は、事実としての正確さを疑われうるものであった(参照(1))。

そして最後に、これらの分析は、アメリカという国が、今日ようやく地方自治の存在意義を見直しつつあることから、証明されていた。すなわち、近年、地方自治の重要性を主唱するのはフルーグらであり、彼らによれば、近代以降のアメリカは、いったん地方自治体の存在意義を否定して、「生まれながらに自由な個人」を生み出した歴史をもち、今日、この国が地方自治を重視しはじめるようになったのは、その結果として、ひきおこされた「疎外」の問題を認識しはじめたことによっていた。

そして、この点を踏まえると、ドイツにおいても同様の指摘が、近年、ヘントラー等によりなされていたことは、一層注目に値した。すなわち、彼らによれば、ワイマル以降のドイツも、いったん地方自治の存在意義を否定して、「孤立した個人」を生み出し、結果として「疎外」の問題に悩まされたために、近年地方自治の存在意義を見直しはじめた歴史をもっていた。

すなわち、ここに、近代法の下、前近代に異なる伝統をもった両国は、そうした伝統ゆえの多少の差異を伴いつつも、大勢としては共通のプロセスを辿り、今日地方自治を見直すようになったのではなかろうかと思われる。もちろん、その点を検証するためには、もう一度両国の歴史を振り返る作業が必要となるであろう。そこで、以下、節を変え、その検証を試みることにする。

2 西欧近代型の政治・社会体制と地方自治を見直す文化

(1) 自律した個人と自由放任思想

さて、西欧近代型憲法を採用した国は、ドイツにせよアメリカにせよ、人間を本来的に自律した一個の法主体と捉えることに特徴をもっていた。すなわち、そこにおいて、人間は「生まれながらの自由」を保障され、「一人で立ち、みずからの力に頼り、みずからの力で前進する」²¹⁾孤立した個人と観念されていた。そして、こうした自由主義の思想は、身分や同族意識に基づく人々の結びつきを、

人間の本性に反する墮落と捉える特徴をもっており、地方自治体は、そうした墮落をひきおこしかねない「地縁団体」「同族団体」として、その存立の基礎を剥奪されていた。

すなわち、19世紀のアメリカに形成された「地方法人＝州の創造物」理論は、その典型であり²¹⁾、また、アメリカほど徹底した自由主義や個人主義の思想に席卷されなかったドイツにおいても、カール・シュミットが同様の見解を主張して支配説を形成したことは、ここにおいて想起されて良かった。シュミットによれば、ワイマル以降のドイツにおいて「憲法」原理たりえたものは、「本来的に無限定な自由領域をもつ個人」と「他の全てを相対化する全体的状態としての国家」に限定されており、歴史的に形成された団体としての地方自治体は、せいぜい「憲法律」により存続を保障されうる、本来不要な団体にとどまった²²⁾。こうして、西欧近代思想の出発点においては、いずれの国も「個人」と「国家」とを直接に対峙させる、人間世界のイメージを構築した。

(2) 20世紀における「中央集権型行政モデル」

ところが、20世紀にはいると、高度に組織化された産業社会は、ドイツにせよアメリカにせよ、個人の衝突をいよいよ避け難しくした。そして、その解決は、「非党派的な有徳者と専門家」に委ねられる傾向を強くした。

すなわち、アメリカの場合、それは、公の秩序の担い手を「専門家」を中心とする行政機関へ移行させる管理政策信奉主義（managerialism）へと連なり、また、ドイツにおいても、それは、シュミットやフォルストホッフが「国家と社会の二元性」を強調して、「国家」を「社会に存する集団」の影響から免れさせようとする、いわゆる二元論へ結びついていた。フォルストホッフによれば、公の秩序とは「社会に実在する集団」ではなく「政治的な統一体としての国家」と「その意思を肅々と管理する官僚集団」により形成されるべきものとされていた²⁴⁾。

21) 古矢旬『アメリカニズム』6頁（東京大学出版会、2002）。

22) 参照、第V章第3節。BENJAMIN BARBER, STRONG DEMOCRACY, 69-70 (1984)。

23) 参照、第III章第1節。

24) 参照、第III章第2節。

ちなみにこの頃、①ドイツの地方自治体が、「国家」の意思を肅々と執行する「間接国家行政主体」と捉えられ、また、②アメリカの地方法人が、「決定よりも執行を任務とする」「政府ヒエラルキーの下位メンバー」と捉えられたことも²⁵⁾、二つの国が、中央政府に政治意思の決定権を集中させ、専門家に公益を管理させる「中央集権型の行政国家」を成り立たせたことを証明した²⁶⁾。

(3) 「不可知」と「疎外」の問題

ところが、さらに注目に値したことは、その後、そうした秩序づくりのあり方が、ドイツとアメリカの両国において、ほぼ同様の疑問に付された点であった。すなわち、20世紀の中葉になると、世界レベルの哲学的な認識論の展開とともに、「何が公益か」の問題は、理性や知見により発見されるのではなく、観察者の主観に左右されるものと考えられるようになった。結果として、両国の人々は、①従来、国家により生み出されてきた秩序が、正当か否かを疑問に付すとともに（「不可知」の問題）、②遠くの誰かにより身の回りの秩序を不当に築かれる、「疎外」の感覚に苦しみはじめた（「疎外」の問題²⁷⁾）。そのうえ、1960年代になると、人々の不満は、具体的な市民運動・社会運動へ連なったため、それらの問題への対応としても、二つの国は、「中央集権的な行政国家」からの脱却を試みざるをえなくなっていた²⁸⁾。

その際、一つの処方箋は、自由放任の思想へ回帰して、人々に「生まれながらの自由」を回復させることにあった。実際、1980年代のレーガン政権²⁹⁾とコール

25) 参照、第三章第2節、第VI章第2節、第VII章第1節、G. E. Frug, *supra* note 4, at 1065.

26) なお、正確には、ドイツの場合、産業化や都市化の現象が、近代立憲主義の採用とほぼ同時期に進行したため、アメリカのように徹底した自由主義思想の洗礼を浴びることはなく、積極国家へ進む途はよりスムーズに通じていた（参照、石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編著『ホーンブック憲法〔改訂版〕』137頁（北樹出版、2000））。

27) 参照、第三章第2節、第VI章第3節。認識論と法律学の関係につき、See, Joan C. Williams, *Critical Legal Studies*, 62 N.Y.U.L. REV. 429 (1987). B. BARBER, *supra* note 22, at 98.

28) 「より多くのデモクラシー」をもとめる学生や労働組合を中心とするドイツの抗議運動につき、参照、成瀬治ほか編『世界歴史大系 ドイツ史3』392—395頁〔平島健司〕（山川出版社、1997）。北部の大都市の黒人を中心としたアメリカの都市暴動につき、参照、有賀貞ほか編『世界歴史大系 アメリカ史2』408—409〔油井大三郎〕（山川出版社、1993）。加えて、参照、第三章第2節、第VI章第3節。

政権は、この手法を選択したことで良く知られており、たとえば、1983年のコールの所信表明演説は、「私たちの望むものは、より一層の国家ではなく、より小さな国家である。より少ない個人の自由ではなく、より多くのそれである」と宣言し、その方向性を明確に打ちだしていた³⁰⁾。もっとも、その方針は、巨大な企業の支配へと繋がりがやすく、また、競争社会へ追いやられる人々を、市場のメカニズムによる、国家とは別の「疎外」の感覚に苦しみかねない問題を孕んでいた。

そこで、両国のいずれにおいても台頭したのが、地方分権論者であり、その代表格にあたるフルーグ（米）とヘントラー（独）によれば、いまや近代を生きる「孤立した個人」は、「社会のネットワークを介して自己を成長させる生き方」を必要としており、その中心的な舞台にあたる地方自治の制度が、改めて評価されなければならなかった³¹⁾。また、もともと間接国家行政理論の主唱者として、地方自治に否定的であったフォルストホッフが、「疎外」の問題への処方箋となりうる限りにおいて、同様に、地方自治の存在意義を肯定したことも、ここにおいて付言するに値した。

すなわち、彼によれば、近代の「産業化、技術化のプロセスは、個人が主人として振舞える程度に個人に帰属する生活空間」を「決定的に小さくするもの」といえた（S. 112）。そして、そのことは、「人間が、（政治や社会の）環境の中に自らを引き渡す疎外の問題に悩まされる」ことを意味していた（S. 116）。しかしながら、この問題に対する処方箋として、「経済構造に頼ることは適切ではなかった」（S. 118）。なぜならば、市場というものは、人間を「最終消費者として扱い、その人格を取りあげてしまう」（S. 117）ためであった。そこで、他にとりうる手段として想起されるべき点は、人間が「（政治や社会の）環境に形成的にかかわる機会を必要としているという」ことであった（S. 121）。そして、そ

29) 参照、第Ⅵ章第3節、古城誠「規制緩和理論とアメリカ行政法」1986アメリカ法273頁。

30) Regierungserklärung des Bundeskanzlers vor dem Deutschen Bundestag 4. 5. 1983, Bulletin des Presse-und Informationsamt der Bundesregierung 1983, Nr. 43, S. 397 (398)。この点につき、参照、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌102巻11・12号73頁（1989）。

31) 参照、第Ⅲ章第2節第3節、第Ⅵ章第3節。

の機会は、人々に身近な地方自治体において与えられうるものであり (S. 123, 125)、その限りにおいて、地方自治体は、主体的に政治の意思を形成する自治の活動を、積極的に評価されるべきものと解されなければならなかった (S. 123)³²⁾。

(4) 我が国の場合

さて、翻って、この国に目をやれば、我が国も、同様の問題を抱えているのではなかろうか。すなわち、戦後においてこの国は、「基本的人権の尊重」を国家の基本原理に据えて、「生まれながらに自由な個人」を生み出そうとしてきた。また、その国家における秩序づくりは、「国民主権」原理の下に、特定の利益に縛られない、全国民の代表にあたる「有徳者」と「専門家」に委ねるべきものとされてきた。しかも、「専門家」としての行政官僚は、戦前からの伝統とあいまって、国民全体に最適の公益をもたらしうるものとして高く信頼され、多くの権限を与えられてきた³³⁾。

そして、90年代に入ると、この国も、こうした中央集権型行政国家の病理に悩まされ、「疎外される人」「ひきこもる人」「豊かになった人々の漠然とした不安」を日常的に目の当たりにするようになり、「官から民へ」「国から地方へ」のスローガンの下、規制緩和の諸措置とともに、「ローカリティーやコミュニティーを重視すること」に重きをおきはじめた³⁴⁾。

ここにおいて、我々は、西欧近代型の政治文化が、この国をも席卷する様子を確認できるといえるであろう。そして、この点を肯定しうるとするならば、今日、いわば周回遅れで地方自治を見直す文化を経験しつつあるこの国は、先行するドイツとアメリカから、以下の点を学ぶことができるように思われる。すなわちそれは、ドイツとアメリカの地方分権論者が、一様に、「疎外」の問題を解消する糸口を、自治体における「直接民主主義の実現」にみている点である。そこで、以下、節を変え、自治体における「直接民主主義のあり方」をもう少し詳しく考

32) Ernst Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1957, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, S. 111, 1964.

33) なお、この事実は「公共性の空間の中央政府の官による独占」とも称される (参照、行政改革会議最終報告「行政改革の理念と目標」)。

34) 藤原帰一／宮台真司「対談『9・11』から3年」朝日新聞2004年9月10日朝刊・15面〔宮台真司〕

察しておくこととしよう。

3 「アメリカ型」分権モデルと「ドイツ型」分権モデル

(1) 直接民主主義に基づく地方自治

それでは、21世紀に必要とされる地方自治とは、いかなる制度になるのであろうか。この点を論じたのは、アメリカのベンジャミン・バーバーであり、まずは彼の論考に依拠しながら、自治体における秩序づくりのあり方を、もう少し詳しくイメージしておくこととしたい。

彼によれば、地方自治とは、本来的に正当な一人ひとりの人間が、結びつき「不可知」の問題について話し合い、決断をくだし、実施をし、見直していく、際限なしにつづく「正解のない政治プロセス」である。人間は、このプロセスにより、互いを知り、自らを認めることができ、「疎外」の感覚から解放されるといふ³⁵⁾。もちろん、現実の結びつきや話し合いは、力の強い者や、声の大きい者に支配されやすく、消極的な者や、声の小さい者からも意見を吸い上げる制度（=facilitator（引き出し役、世話役）等）を整えておくことは、重要視されている³⁶⁾。ちなみに、ドイツの論者も、自然発生的な自治体を、「真に関係のある一人ひとりの人間」による話し合いの場により作りかえることを問題意識にすえていた³⁷⁾。このように、分権社会における地方自治は、コストと時間はかかっても、すべての参加者が本来的に正当なものと認めあう話し合いのプロセスとなることにより、その存在意義を発揮しうるものとなるであろう。

もっとも、こうした一人ひとりの人間による秩序づくりの方法が、すべての公の空間を支配すべきかどうかは、一つの問題となりえよう。そして、この点について、本稿は「アメリカ型分権モデル」と「ドイツ型分権モデル」と称しうる、二つの構想を見出すことができたように思われる。

(2) 「アメリカ型分権モデル」と「ドイツ型分権モデル」

すなわち、まず、「アメリカ型分権モデル」は、フルーグを主唱者とするもの

35) B. BARBER, *supra* note 22, at 173-198, 209-212.

36) B. BARBER, *supra* note 22, at 173-198, 239-240.

37) 参照、第Ⅲ章第2節、第Ⅳ章第1節。

であり、上記のように本来的に正当と認め合う人々が、話し合い、秩序を生み出す仕組みをすべての公共主体に貫徹させようとするものである。言い換えれば、それは、自治体から、広域政府、州政府、連邦政府へと、ボトムアップに秩序をつくるプロセスを連鎖させる社会に、理想の分権社会を見出すものといえる³⁸⁾。一方、これに対して「ドイツ型分権モデル」は、地方のレベルに話し合いの仕組みを取り入れつつも、国家のレベルにはそれを貫徹しないことに特徴をもつ。すなわち、それは、地方の自治行政には、直接民主主義を適用し、「他と結びつきながら生きる人間」としての生き方を保障させるとともに、国家行政には、間接民主主義を適用して、「生まれながらに自由な個人」としての生き方を保障させるものである³⁹⁾。

ちなみに、アメリカ型のフルーグは、このような折衷的な見解に、いずれの生き方をも保障できない中途半端さを見出して、「他と結びつきながら生きる」生き方を一面的に保障しようとしていた⁴⁰⁾。

それでは、我々にとって先例となりうるのは、どちらのモデルであろうか。その問題は、結局のところ、二つの生き方のバランスの取り方にかかっていると思われるものの、この点、本稿は、以下に示すとおり、一方の生き方を一面的に強調することは、いささか現実味と健全さを欠くのではなかろうかと考える。

(3) モデルの選択

そもそも、「孤立した個人」は、他者との妥協なしに真・善・美を追求できるため、その生き方を称賛されるものであろう。そして、こうした生き方が称賛されるのは、それが一般の人間には成し遂げ難いためであり、これを人間の全生活に強いることは、不可能なように思われる⁴¹⁾。しかしながら、その一方において、いつ何時においても「他者と結びつき」、「私」のすべてをさらしながら生きることも、「超人的に鈍感な人間」か「超人的に自信に溢れた人間」でなければ不可能であろう。すなわち、私たちは、ときには、他者と触れ合い内面に刺激を与え、

38) 参照、第VI章第3節。

39) 参照、第III章第2節、第IV章。

40) 参照、第VI章第3節。

41) B. BARBER, *supra* note 22, at 81-82.

またときには、その触れ合いから距離をおき個の世界に耽溺するというふうに、二つの生き方をバランスよく使い分けなければ、人間らしく生きられないように思われる。この点、ある日本の哲学者は、次のように述べている。すなわち、現代において、人間が真に主体的である方法はただ一つであり、それは、①「中世的主体」のように、他と結びつきながら、狭い評判に流される「コミュニティの一員」に埋没するのではなく、また、②「近代的主体」のように、「アトム的な個人」の領域に固執して、独りよがりの空間に閉じこめるのでもなく、③絶えずこの二つの主体像の間を「浮遊して生きる主体」となることにある⁴²⁾。

そして、以上の考察を踏まえるならば、私たちの先例たりうるものは「ドイツ型分権モデル」といえるであろう。ちなみに、我が国の分権改革は、「国の行政機関」と「地方公共団体」との関係を⁴³⁾、「対等・協力」の関係に構成しなおし⁴⁴⁾、二つの行政制度に等しく重要な役割を分担させる点において、ドイツ型分権モデルと親和的ともいえる。その意味においても、このモデルは重要性をもつといえるであろう。そこで、以下、そのモデルをもう少し詳しく検討して、我が国の分権社会のあり方を展望し、本稿のまとめに代えることとしたい。

4 日本型分権社会の展望

(1) 地方自治権の憲法上の位置づけ

まず、分権社会において確認しなければならない点は、地方自治権の憲法上の位置づけが、変化を被ることであろう。

42) 石井潔『自律から社交へ』118頁、185頁（青木書店、1998）。

43) ちなみに、地方分権推進委員会は、「法律と条例の関係についての基本的な考え方は、国と地方の新しい関係においても維持される」と述べており、「国の立法府」と「地方公共団体」の関係についての改革の必要性は、控えめに認識されるにとどまった（地方分権推進委員会事務局編「地方分権推進委員会第一次勧告」第1章I—二—(3)自治研究73巻2号122頁（1997））。

44) 地方分権推進委員会によれば、改革の主眼は、「国と地方公共団体の関係を現行の上下・主従の関係から新しい対等・協力の関係へと改め」ることにあるとされ、そのための措置として、「国による地方公共団体の統制は、国会による事前の立法統制と、裁判所による事後の司法統制を中心とするものとし、各省庁による細部にわたる行政統制は可能な限り縮小する」と述べられていた（地方分権推進委員会事務局編「分権型社会の創造—地方分権推進委員会中間報告」第一章II自治研究72巻5号130頁（1996））。

すなわち、既に確認したように、現代において真に主体的な人間とは、「コミュニティの一員」に埋没してしまうのではなく、また、「アトム的な個人」の空間に閉じこもるのではなく、この二つの主体像の間を「浮遊する生き方」に見出されるものである。そして、その哲学的な理解が肯定されるとき、日本国憲法は、そうした生き方をすべての国民に保障するために、アトム的な個人と共に他と結びつきながら生きる人間にも、基本的人権を保障するものと解されることになるであろう。そして、コミュニティの一員としての生き方の舞台となる地方自治の制度は、基本権享有主体に不可欠の制度として、憲法上その存続と固有の権限を保障されるものといえ、また、各地方自治体は、主観的な権利を保障されるものといえるであろう⁴⁵⁾。

ちなみに、人と人とのつながりの舞台となるのは地方自治体にかぎられない。たとえば、NPOをはじめとして、近年勃興著しいさまざまな公共的団体もこれに含まれるはずであろう。そして、それらの充実とともに、地方自治体はシステムとしての必要性を弱めていく可能性をもっている⁴⁶⁾。しかしながら、本書におけるアメリカ地方自治の考察は、こうした自然発生的な団体が、価値観を共有する人々に支えられるとき排他的な属性をもちやすいことを教えていた。したがって、我が国のように、強制的に創設され、すべての国民をいずれかの自治体に帰属させる地方自治の制度は、他の団体から排除される人々をも受け入れる、すべての国民に開かれた「コミュニティ」として、中心的な制度であり続けなければならないように思われる⁴⁷⁾。その意味において、将来的にも、この国の地方自治

45) ちなみに、地方自治の本質を、人権保障に見出すこの見解は、我が国の新固有権説に近いものといえる。たとえば、地方における自治権を、人権保障に「不可欠かつ固有の存在といえる」とするものとして、鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」公法研究56号5—6頁（1994）。

46) 斎藤誠「新たな地方分権・自治の法」『岩波講座・現代の法1 現代国家と法』324頁（岩波書店、1997）。

47) 但し、自治体の構成員の要件として「居住」を重んじ続けるべきかどうかは問題である。「居住」による結びつきは、半封建的に強固な結びつきとなりやすく、力の弱い者、声の小さい者の発言を妨げやすいためである。よって、アメリカの地方分権論者は、「居住」以外の要素にもとづき、構成員を確定する地方自治の制度を構想することもある（See, Gerald E. Frug, *Decentering Decentralization*, 60 U. OF CHICAGO L. REV. 253, 328-334 (1993).）。

体は、憲法上、人権保障に不可欠の制度としての法的地位を失うことはないであろう。

（2）自治体における意思決定

次に、分権社会における地方自治体は、その意思決定について「直接民主主義」の原理を基本とするよう規範的に命じられることを、確認されなければならないであろう。

すなわち、地方自治とは、既述のとおり、話し合いから、決定を経て、実施や、見直しに至るまで、さまざまな意思決定の局面を、互いに正当と認め合う人々に営ませる点に、本来の意義をもっている。したがって、まず、「住民自治」の原理は、住民の意思を「直接に」反映させるものと解さなければならないといえようし（憲法92条⁴⁸⁾、また、自治体の代表機関も、本来の自治の担い手たるべき住民が、すべての事務を処理しきれない現実に照らして、補完的に設けられた制度と解されるべきであり、住民の意思を可及的に「直接に」反映すべきものと解されなければならないであろう（憲法93条）。この点、たとえば、地方議会は、いわゆる出前議会や夜間議会はもちろんのこと、命令的委任の制度を取り入れることも合憲と解されようし、また、自治体の長も、市民委員会やワークショップ等、自治体行政にかんする各種の参加制度を取り入れることを、積極的に肯定されるべきであろう。

加えて、直接民主主義を基本とする自治体においては、いわゆる facilitator（＝引き出し役・世話役）といわれる機関の役割が、重みを増すように思われる。すなわち、facilitator とは、力の弱い者や、声の小さい者等を含む、すべての参加者が、直接民主主義のプロセスに心を開いて臨めるよう、話し合いのプログラム作りに責任を負うものであり、住民により生み出される秩序に、公正さを担保する点において、直接民主主義の成否の鍵を握る者ともいえる⁴⁹⁾。そして、その限りにおいて、今後、地方自治体が、市町村合併にかんする決定等、「その目的

48) 同旨、兼子仁「自治体住民の直接民主主義的権利」東京都立大学法学会雑誌32巻1号16—18頁（1991）。

49) たとえば、まちづくりの分野において、facilitator の重要な役割を、具体例を示しつつ解説するものとして、参照、伊藤雅晴／大久手計画工房「参加するまちづくり」（農文協、2003）。

達成能力に重大かつ永続的な影響を及ぼしうる決定」をしようとする場合には、国家が「限定されたパターンリスティックな制約」として、facilitatorを取り入れた話し合いを営むよう義務づけることも、正当化されるのではないかと思われる。なお、国家は、そうした機関の整備費用をはじめとして、自治体が最低限の直接民主主義のプロセスを営みうるよう、財源保障をすることも重要な責務とするであろう。

(3) 地方自治体と国の行政機関

次いで、分権社会における地方自治の制度は、国の行政制度との役割分担を明確にすることも、確認されなければならないであろう。

すなわち、国の行政制度の役割は、既述のとおり、「孤立した個人の生まれながらの自由」を保障することにあり、言い換えれば、それは「自由の保障」という事柄の性質上、「消極行政」を中心とすることになるであろう⁵⁰⁾。一方、地方の自治行政は、そうして自由を保障された人々が、他と結びつきながらより良い社会環境を形成することを本旨とするはずであり、たとえば、まちづくりの分野に典型的にあらわれるように、「積極行政」を中心とするように思われる。

そして、二つの制度は、このように「主体的な人間」の形成に本来不可欠の制度として、憲法上等位に置かれるはずであり、互いに対する監督権を憲法から引き出されることもなくなるように思われる。すなわち、国の行政機関は、せいぜい、立法府により正当な目的をもって権限を与えられ、必要最小限度において、それを行使する場合に限り、自治体に対する介入を正当化されるにとどまるであろう⁵¹⁾。ちなみに、わが国の分権改革は、この点にかんする具体的な規定を、関与法定主義（自治245条の2）、関与一般法主義の原則（自治245条の3④）、公正・透明の原則（自治247条～250の6条）として明文化しており、評価に値するものと思われる⁵²⁾。

また、こうした国家介入を前に、司法的救済を予定されない地方自治体は、「コミュニティの一員」となる人々の基本権に、実効性をもたせられない。よっ

50) 個人の生命と自由、健康で文化的な最低限度の生活を保障することが、それに当たるであろう。

51) より詳しい定式は、参照、第IV章第3節。

て、従来のように、司法権による保護の対象を、「孤立した個人」の「私的な利益」に限定する解釈は⁵³⁾、人間の一面のみを偏重する解釈として、分権社会においては見直しを迫られるべきものと思われる。言い換えれば、地方自治体が裁判上主張する利益は、少なくとも法律上保護された利益と解される限り、司法的救済の対象となることを、否定されるべきではないであろう⁵⁴⁾。

（4）地方自治体と国の立法府

最後に、分権社会における国の立法府は、国権の最高機関として、人間の本性に最も近い機関となるよう規範的に命じられることを、確認されなければならないであろう。

すなわち、国の立法府は、国民一人ひとりからみて、地方自治体より遠くになり、同時に、国の行政機関よりも近くにある。そして、この一見中途半端な性質が、ときには「孤立した個人」となり、また、ときには「コミュニティの一員」となる人間にとって、不可欠の属性といえるのであろう。

すなわち、国の立法府は、その意味において、全国民の代表機関でありながら、同時に、国民一人ひとりの直接的な意思表示の場とならなければならない、その構成原理は、半代表制または半直接制をとらなければならないように思われる⁵⁵⁾。

なお、国の立法府は、こうした国権の最高機関として、自治体の組織や作用に

- 52) 分権推進委員会は、「関与法定主義（法律の留保）が、一般に、または一定種類の関与について、憲法上当然に妥当すると解すべきかどうかは、これまで議論のあるところであるが」、「少なくとも法律のレベルで、これをすべての関与に妥当する一般原則とした」、と説明されている（小早川光郎『国地方関係の新たなルール』西尾勝編著『地方分権と地方自治』106頁（ぎょうせい、1988））が、本稿は、これを憲法上の原則と考える。
- 53) たとえば、小早川光郎『司法型の政府間調整』『岩波講座・自治体の構想2 制度』67頁（岩波書店、2002）、藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について一覚え書き」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』99—102頁（有斐閣、1998）、最判平成14年7月9日・民集56巻6号1134頁。
- 54) 拙稿「地方公共団体の原告適格」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』197頁（有斐閣、2004）。
- 55) 具体的には、今日の代表民主制は、部分的な修正を必要とし、選挙以外の公式のパイプとして、国民からの法律案の提出を認める等、コミュニティにおけるさまざまな議論が、国会の決定に影響を与えることを示す制度を設けられなければならないであろう。既に、この見解を提示するものとして、参照、毛利透『民主政の規範理論』283頁—285頁（勁草書房、2002）。

介入しうる⁵⁶⁾。ただし、その機関も、「孤立した個人」と同様に、「コミュニティの一員」からなる自治体の権利をも尊重しなければならないと、その介入に際しては、①介入目的の憲法適合性や、②目的に対する手段の適性、必要性、比例性について跡づけ可能な論証の責任を負わなければならないように思われる⁵⁷⁾。

また、裁判所も、制定される法律の解釈に際して、「コミュニティの一員」からなる自治体の権利を最大限に尊重しなければならないであろう。すなわち、たとえば、いわゆる最大限規制立法としての解釈は、その権利に著しい制約をもたらすため、地域ごとに異なる行政需要が存在しないといった、例外的な事情の存する場合にかぎり、正当化されるように思われる（法律の自治適合的限定解釈）。また逆に、裁判所は、一見法律と矛盾抵触する条例にかんしても、できるかぎり抵触のないものとして、限定解釈することを命じられるように思われる（条例の合法的限定解釈⁵⁸⁾）。

(5) さて、以上、我が国における分権社会のあり方を展望してみた。

すなわち、この社会において、①地方の自治行政は、「コミュニティの一員」の直接民主制に支えられる積極行政のしくみとして、また、②国家行政は、「孤立した個人」の間接民主制に支えられる消極行政のしくみとして、そしてさらに、③国の立法府は、その両者に支えられながら、重要な事項に判断を下すしくみとしてイメージされるものといえる。こうした分権社会のモデルが、この国の秩序作りのあり方に、具体的な変化をもたらすことは、疑いのないところであろう。

一方、このモデルの選択は、同時に、「一人ひとりの人間の生き方」という哲

56) なお、可能性としては、重大な政治・政策的な事項の決定にともなう介入のほか、憲法上予定された役割を果たさない自治体に対する介入を想定しうるもの、こうした介入は、憲法上予定された生き方をしない個人に対して認められるパターンリスティックな介入の場合と同様に、ごく限られた範囲において認められるにとどまるであろう。

57) たとえば、法定受託事務を委託する立法府は、委託により生じる利益が自治体に生じる不利益（自治事務に投入しうる人的・物的資源の減少等）を上回ることを（比例性）、論証しなければならないはずであり、一例をあげれば、委託により生じる利益のうち「些細な経済性や効率性」は、自治権に生じる侵害を上回る憲法的価値をもたないように思われる。

58) 以上の点につき、参照、岩橋健定「条例制定権の限界」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革（下）』357頁以下（有斐閣、2001）。

学的な問いと密接にかかわることも、明らかになったように思われる。この点、哲学の素人にあたる筆者が、妥当な回答を導き出しえたか否かは心許なく、より社会の諸科学に通じた方々等の批判を仰ぐほかはない。

もっとも、今日、いわゆる近代法のシステムが、日本と西欧社会を席卷し、前近代の伝統を根こそぎにする勢いをもって、いずれの社会にも「疎外」の問題を引き起こしていることは、文化的な事実といえるであろう。また、この流れを食い止めうる方法が、「ネットワークを通じて自己を形成する生き方」を実現させ、近代法の大本に当たる「個人」の生き方を修正することにある点も、確かなように思われる。そしてさらに、その生き方を実現させる具体的な方策が、「アメリカ型分権モデル」と「ドイツ型分権モデル」の二つのモデルに大別されることも、否定しがたいように思われる。

問題は、「ドイツ型分権モデル」を選択することの妥当性であり、この点は、上述のとおり、哲学的な問いに直結する問題として、今後も検討し続けなければならないものであろう。とはいえ、いずれにせよ、従来、マイナーな問題とみなされつづけた地方自治のあり方が、近代法システムをとる国々に普遍の問題といえる重みをもって、私たちの生き方と直結していることは否定しようがない。その意味において、我々は、この問題から目をそむけるべきではなく、この難題を問い続けることは、我々各人に課された重要な課題といえるであろう。本稿の試みが、多少なりとも、こうした地方自治に対する関心を高めることに期待しつつ、さしあたり筆をおくこととする。