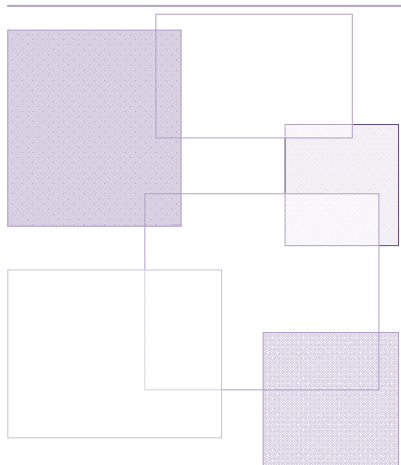


Discussion Paper Series

全所的プロジェクト研究 ガバナンスを問い直す

---



連邦・自治・デモクラシー  
——憲法学の観点から——

林 知更

(東京大学社会科学研究所)

2013年5月

No. 24

---

東京大学社会科学研究所

Institute of Social Science University of Tokyo

社会科学研究所全所的プロジェクト研究「ガバナンスを問い直す」第31回セミナー  
連邦・自治・デモクラシー ―― 憲法学の観点から

2013年1月15日（火）

報告者：林 知更 氏（東京大学社会科学研究所）

司会： 佐藤 岩夫 氏（東京大学社会科学研究所）

司会 今月の社研プロジェクトセミナーを開始したいと思います。

今月のセミナーは、社会科学研究所で憲法学を専攻している林知更さんにご報告をお願いしています。林さんはこのプロジェクトの中ではローカルガバナンス班に属していますが、今日はプロジェクト全体への理論的貢献ということでお願いしたところ、「連邦・自治・デモクラシー 憲法学の観点から」というテーマでご報告をいただけることになりました。このプロジェクトにとって大変重要なテーマであると思います。

では、林さん、どうぞよろしくお願いいたします。

林 林でございます。こういう場所で報告をするのは、二度目ですか、最初がここに赴任したときの社研セミナーで、違う分野の方と話をすることの難しさがなかなか解消されないままここまで来てしまったということになります。そこで、何を話したらいいのかということ考えたのですが、このプロジェクトに参加していて、班の活動とこの全体の間と二つの場所がある。班の場所においては共通したテーマを班のメンバーの中で共有して、我々であれば、ローカルガバナンスということで、地方という何らかのゆるやかな共通のテーマについてそれぞれのディシプリンから議論していくということになるわけです。

それに対してこの大きな場所は、そういう制約が外れる分だけ関心が拡散してしまう危険がより高まって、ますます何をしたいのかわからなくなってしまって、考えた結果、我々がローカルガバナンス班でやっていることをこちらにフィードバックをするということにも一定の意義があるだろうということで、班の報告として去年の2月に報告をした話で、これから論文にまとめていこうと思っていることについてお話をさせていただくということになりました。

## **I. 研究の主題と方法**

### **1. 法学と学際性—自治を憲法学はいかに論じるか**

学際的な共同研究ということで、共通の論題について異なったさまざまなディシプリンからアプローチをしていくとき、一つの問題となるのは、それぞれのディシプリンの違いからお互いに何を学べるかだろうと思います。その意味でここで意識されてくるのは、それぞれの学問がいかなる固有の課題と方法を持っているのか、そして、いかなる関心に基づいていかなる議論を構築していくのかということだろうと思います。したがってこのような場所で議論を提示するということは、すなわち自らディシプリンが擁してきた固有の文脈をいかなる形で可視化してほかの分野の方に提供できるのかという問題になるだろうと思われるわけです。したがって以下の報告を貫くのもそのような問題関心ということで、一面において、自分が従事しているのは憲法学という学問ですので、その学問のあり方というのはいったいどうだったのかということをも反省的に見直すとともに、その作業を通じて、他の学問、他の分野の中で、自分たちのディシプリンについての反省的な検討をしているような意識とのあいだの有益な接触が成り立ち得れば幸いである。これがこの報告のねらい、あるいはこの研究のねらいになります。

### **2. 憲法学における解釈と理論—文脈化の試み**

そこで予備的な作業として、次の（レジュメの）2というところですが、「憲法学における解釈と理論」という話を少しだけしておきたいと思います。今日は45分ということで、なるべく駆け足で話さないといけないので、ちょっとわかりにくいところはお許しいただきたいと思います。

憲法学はいかなる関心を持って議論してきたかということを考えるにあたって、当面の最低限の前提として、我々が法を論ずるときに、少なくとも憲法の領域を念頭に置く場合は、解釈と理論という二つの次元の違いを意識しておく必要があるだろう。そしてその相互関係のあり方をまず考えなければいけない。これがまず一つの出発点としてあるだろうと思います。

まず実定法学である以上、憲法学という実定法が何を要請しているのかということ明らかにしなければいけないということを第一の課題として持っていくということになります。実定法というものは、個別の法規範、法の規定の意味をあれこれ考えるだけでなく、それに加えて実定法のその法分野なら法分野が全体として整合的でインテグリティを持ったものとして理解されるべきであるという要請があるわけです。ドゥオーキンなどが

英米法を特に念頭に置いて定式化したことですが、これは大陸法にも当てはまることだろうと思われるわけです。

そしてそのインテグリティを持ったものとしての実定法をいかに理解した上で個別の解釈が導かれるかという、そこで許される論拠や論証の作法というものは、それぞれの法共同体ごとに共有されたルールがある。そのルールに従って個別の問題について答えを与えましょうという作業をチクチクとやっていくという話になるわけです。ただ、それで仕事が完結するかというと、そうではない。二つの点において、法の解釈という作業は理論による補完を必要とするということになるのだろうと思われます。

第一は、実定法の解釈という営為を行うにあたって、理論あるいは解釈を超えた観点からの助けを必要とする場合があり得るということです。一つには、実定法全体として整合的に体系的に理解しようとする際に、体系化のための観点を一定の理論が与えてくれるという場合があるということになります。私の従事しているドイツ憲法の研究などをしていると、たとえば 19 世紀の後半にドイツ公法学というものが体系としては完成したと言われるわけですが、ここでは国家を法人格として捉えて、国家の権力を法人格の意思の発現として捉えるという、私法から持ってきた枠組みを一種の理論的な梃子として全体を整合的に体系化すると、いろいろなことがうまく説明がつくという体系化の作業を行ったわけで、でもこれでは説明できない問題がたくさんあるという話で理論を組み換えなければいけないではないかというのが、ワイマール時代という後の時代にまた起きていくということになるだろうと思われます。

もう一つは、実定法自体が細かいことをあまり定めていない。とりわけ憲法はこういう場合が多いのですが、実定法自体が、たとえば主権や代表、自由など、解釈の余地の非常に多い規定を持っている場合があるというわけです。しかし、これが具体的事例に適用されるべき法として、ここから具体的な基本的な帰結が出てくるのだということになると、ここから何かを導かなければいけない。そこで恣意に陥らないためには、何らかの助けや補助的な手段が必要である。ここで実定法を超えた理論的な観点が入ってくることになるわけです。いずれにしても実定法学というものは、解釈のための助けとしてその外側からの視点を必要とする。これが第一の次元になります。

これに対して第二の次元、憲法について理論の観点から考える場合に、もう一つ別の次元が重要であるということが、ドイツなどを勉強していると、おそらくこの 20 年ぐらいでとりわけ強く意識されてきた観点だろうと思います。ドイツ公法学、ドイツ憲法学の戦

後の展開を見ると、とりわけ 70 年代以降と言ってもいいかと思いますが、連邦憲法裁判所の判例が蓄積していき、解釈論としての精緻化が非常に進んでいくわけですが、その分、先ほど述べたような意味で外からの視点を持ち込む隙間が非常に減ってきてしまう。そこで裁判所の判決を体系化して、それにコメントを加えて整理をして学生に伝達をするという作業が、学問的な仕事の中においてもかなり大きな比重を占めるようになってきているということが嘆かれていくことになるわけです。

これに対する反動として近年特に強調されているのは、法の解釈がそれ自体として法の外側の視点を排除して閉じていこうとする。外側からの視点の助けをなるべく借りずに、自立的に自らの問題を解決していこうとする傾向があるとしても、それに対して、そのような法の働き方を法解釈という場面から一旦距離を置いて反省的に観察し分析をするという仕事が、法学にとって非常に重要であるという視点です。

2 番目の観点、解釈から一旦距離を置いた形で、解釈にとっていかに役立つかという観点を一旦外した上で分析をしようとする場合に重要であると見られるのは、そもそも自分たちが法学としてやってきた仕事はいったいどういう意味があったのだろうか、どういう前提で成り立っていたのだろうかということを意識化する。目に見える形にするということですので、さまざまな比較の作業、それから歴史化、歴史的な脈の中に置き直す作業、しばしば文脈化、コンテキストという言葉がいろいろな分野で近時強調されますが、まさに文脈化の作業を行っていくことが必要であるという観点が強調されていくことになるわけです。

そこで、それぞれの学問が、自らの学問の固有の課題の設定と、それから概念枠組みや方法を使って個別の問題に我々は取り組んでいるわけなので、通常の営みをしている限りにおいては、全然違う前提で仕事をしている他の学問は、なかなか接点をつかまえにくいというか、ある意味で邪魔だったりする。ノイズになってしまうということですが、しかし、一旦自らの通常の営みから距離を置いて、それをもう一度反省的に見直そうとするこの二つ目の理論的な観点に立ったときに、他の学問との接触は、自分たちが暗黙のうちに依拠していた前提は何だったのか。自分たちが何を見ていて、その結果何を見ていなかったのかということをはっきりとすることを明らかにするという意味で有益な刺激になり得るだろう。これが、ドイツ憲法学ではとりわけ学際性の意義がしばしば強調される中で提起されている論点になります。したがって以下この研究で行うのは、この意味における憲法学における思考の文脈化の試み、2 番目の理論的な試みということになるわけです。

### 3. 連携概念 (Verbundsbegriff) としての自治？

さて、そこで何を対象に行うかということですが、これでなければいけないという必然性は全くないのですが、ローカルガバナンス班に所属してやっていると地方自治が一つの共通の接点になるだろうということですので、ここでは地方自治という概念をめぐる憲法学という学問がいったいいかなることを考えてきたのか、そして今どういう問題に直面しているというふうに私の視点から捉え直すことができるのかということをお話して、皆さんの退屈しのぎに役立てばと思います。

## II. 国家論の中の地方自治

### 1. 地方自治と連邦国家

そこで「国家論の中の地方自治」というところに入りたいと思います。地方の時代と言われたり、地域主権と言われたり、いろいろ言われるわけで、多様な分野から地方というものが説明されてくるわけですが、これに対していったい法学が何を論じているかということに関心を持って法学の教科書などを手に取って見ると、おそらくたいの人は「えっ」と思うのではないかと思います。

すなわちそこでは地方自治の本質として、伝來說対固有権説の対立とか、19世紀ドイツのカビの生えたかのような議論がいまだに教科書で説明されている。「何なんだ、この分野は。進歩してないのか」という印象をいただく人もいられるかもしれません。しばしば伝來說や固有権説、つまり地方自治権というのは国家から伝来したものであるという説明が首尾一貫しているのではないかと思います。こういった説明においてしばしば強調されるのは、国家と地方自治体とのあいだには本質的な差異があるということをお我々は前提として議論してきたという点です。

これに対して、しばしば近時、行政学などを中心に、地方政府という言い方がされたり、国と地方の関係を政府間関係という概念で捉えてみようというアプローチがなされたりして、国家も地方公共団体もそれぞれが政府で、共通の政府としての特質を持つという側面が強調されることになる。そこで、古色蒼然たるカビの生えた法学はなぜそんな区別にいまだにこだわっているのだ、という批判を浴びるのではないかとということになる。ここにおいて、国家と自治体のあいだに質的な差異を特に重視してきた前提はいったい何だったのか。そして現在の公法学の議論の水準を見たときに、この差異に対して現在の観点からどういう形で捉え直すことができるのかということを見ていこう。そこで他の分野との対話の糸口にしてみようというのが以下の話になります。

## 2. 連邦国家の法的構成

2の「連邦国家の法的構成」というところに入りたいと思います。このように公法学において地方自治を論じる際の基本的な枠組みは19世紀のドイツで形成されてきた。ここで作られた基本的な概念が、今日法学として地方自治を見る際にも最も基礎となる枠組みを提供しているとみられるわけです。そこで、そもそも19世紀のドイツにおいて、この基本的な枠組みがいかに形成されてきたのかということをもう一度捉え直さないと、その意義と限界も測定できない。そこで地方自治がなぜそういう一定の枠組みで捉えられてきたのかを考えると、当時の連邦国家の形成のプロセスと表裏一体だったということがしばしば指摘されます。そこで、この脈絡を簡単に見直してみようということです。

19世紀において、国家形成の時代としての19世紀と言えるのではないかと思います、とりわけ複数の国家に分断されていた地域が、連邦を形成することによって一つの統一された近代国家を形成していくプロセスがしばしば進行していくことになります。そこで国際法上、複数の国家が結びついてコンフェデレーションを作っていたのが、さらに結合を強化することによって新しくより国家的と呼べるような結合体を作ったと言える事例が出てくることになります。アメリカもそうだし、スイスもそうだし、そしてここで念頭に置いているドイツもまたしかりということになります。

そこで、この新しく生じた国家的な結合体をいかに理解するかということが学問上大きな課題になっていきます。ドイツであればドイツ帝国、ビスマルク帝国がまず問題になりますが、ビスマルク帝国ができることによって、この新しい国家というものはいかなる構造を持つものとして理解されるべきものであるのかということがここでの問題になります。一つの可能性というのは、ビスマルク帝国、ドイツ帝国自体が一つの単一国家である。これに対して、これを構成するバイエルンやプロイセンといった諸々のラントというか州というか構成国は、ドイツという統一国家の単なる地方組織であるというのが一つの理解の仕方になります。

しかし、このような理解は当時は多数派によっては採用されなかったわけです。実際に構成国はまだ実質的にかなりの自立性を保持していたということがあり、また実際、統一を形成していく上で、プロイセンやバイエルンに対して、おまえは自治体と一緒に言ったのではとても統一が成り立たないわけで、自治体ではない、構成国もやはり国家なのだという説明をなんとかして維持しようとした。外在的と言えれば外在的ですが、そういう要因があったわけです。

そこで、ビスマルク帝国のような連邦国家をいかに理解するかといった場合に、複数の国家から構成される国家が連邦国家であるという定義が採用されていくことになります。すなわちこの話のみそは、連邦自体も国家だけれども、連邦を構成する諸邦もまた国家である。どちらも国家である。一つの領域内に複数の国家が重層的に存在しているのであるという説明の枠組みが、通説的には最終的に採用されることになるわけです。しかし、これはかなり技巧的な説明になります。そこで、これが矛盾に陥らないように、それを上手に説明しようと、いろいろな学者が頭を絞っていくことになるわけです。

### 3. 主権概念の再定義

そこで3の「主権概念の再定義」になりますが、同じ領域内に二つの国家が重層するという説明を取った場合に、一つ大きな問題となるのは主権の概念との関係です。これについてアメリカではトクヴィルが主権の分割を提唱したことがドイツにも伝えられて、広まっていくことになります。すなわち連邦国家というものは主権を連邦と州とのあいだで分割しているのだという説明が登場してくるわけです。

アメリカ合衆国のように、連邦のレベルと州のレベルでそれぞれが独立して立法・行政・司法という三権を持っていて、それぞれが自らの内部で一応完結しているという種類の連邦制にとっては、それなりの説明能力はある議論だろうと思います。しかし、この説明はドイツでは壁に直面していくことになります。一つ重要な問題として提起されたのは、主権が分割するという前提を取った場合には主権の概念の意味がなくなってしまうのではないかという原理的な反論が提起されることになる。すなわち最高の権力が主権の意味であると捉えられてきた。そしてそれは単一不可分である。最高の権力が一つどこかになければいけない。そうでなければ政治的な秩序は成り立たないのだという、ある種のドグマが存在していることになるわけです。そうすると主権が分割できると言ってしまったのでは主権概念の否定になるのではないかという原理的な批判が強く提起され、受け入れられていくことになります。

そこで主権は分割できないと考えた場合に、どういうふうに説明をしたらいいのかというと、ここで通説によって定着した説明は、主権は国家権力の属性であるという説明の枠組みです。すなわち連邦も州もどちらも国家である。国家が国家であるために必要なのは、よそから導いてもらってきたものではない、オリジナルな、始原的な国家権力を持っていることである。

ただ、国家権力というものは、ある場合には一定の属性を持っていたり、ある場合には



持たない場合があり得るわけで、一定の場合には国家権力は他の国家権力との関係で、より上位に立つことがあるし、それはここでは連邦国家における連邦であるし、あるいは連邦国家における州のように、国家権力は持っているけれども連邦の国家権力に対して劣後する場合がある。すなわち最高であるということは国家権力が持ち得る可能な属性の一つであるという形で、問題を解決しようとしていくことになる。すなわち連邦国家論において国家が国家であるためには何が必要かという、よそから導かれたわけではない国家権力を自ら持っていることが必要で、その意味において連邦も州も国家なのであるという説明の枠組みが古典的な枠組みとして定着していくことになるわけです。

そこで問題となるのは地方自治との関係ですが、地方自治というのは連邦制の場合とは全く質を異にするという説明がここでは出てくることになります。すなわち自治体が統治権力を持つとしても、それは国家権力を有するところの国家が自治体に対して権力を付与したか、あるいは権力を容認したことによって、自治体は統治権を認められるのであるという説明をするというわけです。したがって連邦における州と、国家の内部における地方自治体は質的に全く立場を異にするという説明が枠組みとして定着することになるわけです。

#### 4. 自治体・国家・ライヒ

そこで4.「自治体・国家・ライヒ」ですが、このような説明が通説として定着していくことになります。連邦制ではない日本にもこれが伝来してきて、枠組みとして残っていくことになるわけですが、これに対していくつかの批判の試みや、理論的困難を指摘する議論が存在したわけですが、それにもかかわらず、枠組みとしては残っていくことになるというのが4で言おうとした内容ですが、あまり立ち入っても話がよけい辛気臭くなるので、ここでは省略したいと思います。

### Ⅲ. 多層システムと民主的正統化

#### 1. 国家論的説明の衰退

「多層システムと民主的正統化」という話に移っていきたいと思います。ビスマルク帝国のドイツで、今日の我々をも規定している基本的な考え方の枠組みが作られていくことになるわけです。このような枠組みの中心をなしているのは、今までの話から明らかなおろ、国家というものの観念であろうかと思えます。すなわち国家という統治のための単位が一つの原型として存在している。その中心概念として国家権力や主権が想定される。そして、それとの関係で連邦を説明しようとしたり、あるいは地方自治体を説明しようと

したりする。こういう枠組みがこれらの議論の前提になっていたことになるわけです。

このような枠組みによってうまく物事が整理されたり、説明できたりする面もあったかと思いますが、このような構成は、その後ワイマール共和国から戦後、現在に至るまで、標準的説明としては基本的には維持されると見られると思います。他方において、こういう議論をすることによって何が解決できるのかということ、これはアクチュアルな問題の解決のためにはあまり役に立たなくなっていると思われま

す。とりわけ連邦制の問題を考えるにあたって重要な問題は、連邦と州の権限の関係や、あるいは連邦の権力の行使に対してどのような形でどこまで州が関与できるのかという個別具体的な問題へと関心が移っていくこととなります。したがって看板として維持されるけれども、だんだん埃をかぶっていくことになっていくわけです。

## 2. 連邦的秩序への新たな視点

そこで、Ⅲの 2 で、「連邦的秩序への新たな視点」ということとなります。このような形で連邦国家論は連邦制を構成する個別の論点については、ドイツなどでも、国家運営の日常にとって重要な問題ですので、議論が蓄積されていくわけですが、連邦制全体をどういうふうに説明したらいいのかという大きな観点は次第に衰退していったと指摘されます。しかし、ここにおいて新たな視点を提供する契機が生じると指摘されている。それが EU 統合の問題だと言われるわけです。

EU 統合との関係において、連邦国家が問題になるのは二つの側面があると整理することができると思われます。EU 統合の限界として連邦国家を論じるのが第一の側面です。そもそも EU 統合の早い段階において、ヨーロッパ合衆国という構想が言われたりしたことがあったように、EU の統合を進めていったら、最終的には連邦国家に行きつくのではないかという問題が存在してきたわけです。

これに対して、EU の加盟国であるドイツなどでは、統合がある程度以上限界を超えて進行することは、ドイツ国家の主権を侵害するのではないか。主権という言い方にどこまで重きを置くかは国によって違いますが、ドイツ国家の憲法原理を侵害するのではないかという問題が議論されるようになる。すなわち EU が連邦国家になったときには、ドイツ憲法上許される限度を超えた統合になってしまっ

て憲法違反であるという議論がしばしばなされていって、連邦憲法裁判所の判決の中でも、こういう議論が提起されていくようになるわけです。すなわち EU 統合の限界としての連邦国家という観点であって、EU と連邦国家は質的に違うのである、また違わなければいけないのであるというベクトルの議論

になります。

このような議論に対して、もう一つ別の観点からの議論が、連邦論に対して新たな刺激を与えていると見ることができます。EU が国家ではないにもかかわらず、それでもなお EU の構造をよりよく理解しようとするためには、連邦というものととの比較や対比、類推が非常に有益なのであるという観点からの議論になります。

まず第一に、連邦といった場合に、必ずしもビスマルク帝国やアメリカ合衆国のような連邦国家だけが念頭に置かれているわけではない。カール・シュミットの連邦論などが提起したように、連邦国家か国家連合かという区別を超えて、連邦国家に至る以前のフェデレーションだけではなくて、コンフェデレーション、より緩やかな結合も含めて、複数の政治体がお互いに結合しながら、より大きな政治的なつながりを作り出して、より広域的な形で問題に取り組もうとした場合に、そこで出てくる法的な問題はいかなるものがあるのかという形で見ていったときには、実は我々が持ってきた連邦についての議論の蓄積と EU とのあいだには、生産的な類推や対比が成り立つのではないかというアプローチからの議論が出てきているということになります。

そこで、伝統的な連邦国家論が、先ほど申し上げたように近代国家の形成の手段として連邦国家というものが登場してきたことに対し、国家の観念との関係で連邦をいかに説明するかという関心によって規定されていたのに対して、国家という最終的な形態への志向を超えて、その前提を外した上で複数の政治体が結合するその結合の構造を議論するものとして、連邦論が再び活性化を見せつつあるかもしれないという状況になるかと思われま

す。ここでいくつかのアプローチが提唱されていますが、この研究で当面着目するのは、ここで提唱されている枠組みの一つとしての多層システムという観念です。すなわち、ここではこのような種類の政治的な秩序を複数の層の積み重なったシステムという枠組みで捉えようという考え方、アプローチになります。このアプローチを取ることで、先ほどビスマルク帝国以来と申し上げた伝統的な国家論的枠組みを離れて、より中立的な理論枠組みが可能になるのではないかと。EU は国家か国家でないのかとか、伝統的な枠組みの構想から一旦離れた議論のための土俵が設定できるのではないかというのが、こういう議論の背後に関心として見て取れるかと思えます。

### 3. デモクラシー論の変容

次は 3. 「デモクラシー論の変容」というところですが、もう一つこの問題を考えるにあ

たって重要な新しい観点、先ほど述べた国家論とは違う新しい観点が出てきていて、それは何かというと、デモクラシー論の変容ではないかと思います。デモクラシーの観念は、伝統的には国家形態論、国家の形態のあり方の問題として議論されてきた。君主政か、貴族政か、民主政かという、今は古典的なのでしょうけれども、国家形態論という形で議論されてきましたが、ドイツの文脈で見ると、戦後、ボン基本法で、ドイツ連邦共和国において民主政の要請が実定法上の規範的要請に取り入れられたということが、その後たいへん大きな影響を与えていくこととなります。

ドイツのボン基本法 20 条 2 項 1 文は、すべての国家権力は国民に由来するという法的な要請を明文で定めています。すなわち国家が権力を行使する際には、それが国民から由来したものとしてすべて説明されなければいけないということが定められたということになるわけです。これは長く、かなり抽象的な原理を定めたにすぎない規定だとみなされてきたわけですが、1980 代以降、これがより実定法の規定として、ある法律が憲法違反かどうかといったような問題を裁判所が判断する上で、たいへん重要な意味を持つものとしてその役割を拡大していくこととなります。

これにはしばしば二つの大きな文脈が関係している。一つは、行政組織の変容がこの関連でしばしば意識される問題領域になります。すなわち今述べた民主政論の枠組みで言うと、国民がいて、国民から選挙によって選ばれた代表者である議会があつて、議会の中から選ばれた内閣があつて、内閣の指揮監督を受ける、上から下へと意思が伝わって拘束をしていくようなヒエラルキー的な行政組織が想定される場合には、すべての国家権力は国民に由来するというこの考え方は最も典型的にうまく実現すると考えられてきたわけです。これはしばしば民主的正統化の鎖という言葉で説明されるわけですが、これに対して、行政組織の改革の中で、ヒエラルキー的な官庁から独立した組織や、公私協働という形で民間における権力の行使に参与する事例も出てくるということになると、これがはたして民主政原理から説明がつくのか、正統化できるのかという問題が一方で出てくることとなります。

他方において、もう一つの重要な問題領域は、まさに先ほど出てきた EU の問題で、EU のレベルでさまざまな重要な決定が下されていくようになると、これがはたして民主政の要請とのあいだで緊張が生じることにならないのかという問題が議論されていくことになるわけです。

そこで、実定法上の要請としてのデモクラシーを新たに考え直す契機が生じるわけで、

ここでもいろいろな議論がありますが、ここで、先ほど述べたように、憲法学はこの問題を考えるにあたっては、まず理論的に考えるとしても二つのアプローチがあり得るというわけで、ここで民主政といういろいろな解釈の余地のあり得る、非常に原理的性格の強い問題を考えるにあたっては、実定法上の素材を超えた哲学的視点なり、政治哲学的視点なり何なりを参照しなければいけないという形で議論が拡大していくという筋道が一つあり得る。

これに対してもう一つ、このような民主的正統化という観点に着目すると、これが実定法上どう扱われているかという観点に着目することによって、憲法、行政法、EU法といったような法領域のかかえている問題のあり方を、距離を置いたところから分析できるのではないかという分析視角としての民主的正統化というアプローチが出てきていると思われれます。

すなわちひと言で言うと、伝統的にすべての国家権力は国民に由来するという規定を考えると、我々が暗黙のうちに念頭に置いているのは、国家というものは人々に対して統治権を行使する中心的な存在である。これを国民に結びつけなければいけないという話であったのに対して、一枚岩の国家というイメージによってなかなかうまく説明できないような、多様な統治のあり方が生じているのではないかというのが、こうした問題の背景にあるのだろうというわけです。ここで少しガバナンス論に近づいてきたという話になります。このようなデモクラシー論と権力の多元化といったような話が論じられる中で、正統化論というアプローチを加味した形で、先ほど述べた多層システムのかかえる問題を分析した場合に何が見えてくるのかという議論がドイツで出てきている。そこで、これをちょっと見てみようというのが次の話になります。

#### 4. 多層的システムとしての連邦制と EU

そこで4の「多層的システムとしての連邦制と EU」という話になります。EUにおいてしばしば指摘されるのは、EUにおける民主主義の赤字という議論です。EUは多くの権力を行使することになるわけですが、これが民主的に十分正統化されていないのではないかという議論がしばしばあります。ヨーロッパのレベルにおいては、ヨーロッパ国民というものはまず存在しない。単一の言語や単一の公共圏を持った一つの国民があって、その国民が権力に正統化を与えるというのは、現在の法的な仕組みとしても存在していないし、それを実現するための前提条件も存在していない。したがってEUレベルでの民主主義、ヨーロッパ民主主義が成り立つ前提のないところでヨーロッパ合衆国のような連邦国

家化を進めるということは、民主的に欠陥のある政体を作り出すことになるのであるという議論が、EU 統合の深化に対してブレーキをかけようとする議論においてしばしば強調されるわけです。

すなわち、ここでは EU を構成するそれぞれの国民が、出発点に置かれる民主的正統化の基本的な単位である。これが観点として維持されるわけです。ヨーロッパ国民が存在しない以上、EU を構成するそれぞれの国家の国民が、もっぱら民主的な正統化を行い得る基点として想定される。この国民が議会を選挙し、そして議会が政府を選び、そしてこの政府から EU 理事会が構成されるという民主的正統化の鎖が成り立っていく。この鎖がきちんと維持される限りにおいてのみ、EU の存立は憲法上正統化されるのだという議論になっていくだろうというわけです。このような民主主義理解を、ここでは一元論的な民主政理解と呼ぶことができると思います。すなわち単一の国民が出発点となって、ここからいろいろなことを説明できるという枠組みだということになります。

この一元論的な民主主義理解、とりわけ国民の一体性を前提に置いた説明に対して、近時、批判が高まっていると見られるところです。これも一面的には言えないわけで、両方の議論が存在しているということになりますが、そこで一元論的な考え方、すなわち国民により民主的正統化の独占という前提を外した上で、それぞれの個別の国家や EU が、統治をいかなる形で民主的に正統化しているのかという正統化の構造を見ていくと、実は EU のあり方とドイツの国のあり方のあいだには、たいへん強い類似性が存在していることが見えてくるわけです。

まず第一に、ドイツは連邦国家であったけれども、統一を強めていって、しばしば統一主義的な連邦国家と言われる。単一国家にたいへん接近していると指摘されることもあるわけですが、憲法上の統治構造を見ると、通常の単一国家とは違う特質を多く持っている。とりわけ浮かび上がってくるのは連邦参議院の強さであろうかと思えます。連邦参議院は憲法改正のために連邦議会と連邦参議院のそれぞれの 3 分の 2 の多数が必要である。したがって憲法改正に対して議会と対等な形で関与する。そして立法権に対しても、たいへん強い影響力をしばしば行使するわけです。

連邦参議院はそれぞれの州の政府の代表者が送り込まれる。州の国民が連邦参議院議員を選挙するわけではなくて、州の政府が自らの代表者を連邦参議院に送り込むわけで、連邦参議院の議員というか構成員は、州政府の指示に拘束されることになり、文字どおり州代表ということになるわけです。こうして見ると、ドイツという国家においては、実は単

一のドイツ国民が民主的正統化を独占しているわけではないという構造が見えてきます。

すなわちここには二つの正統化の鎖が存在している。一つはドイツ全体の国民がいて、これが連邦議会を選んで、ここからドイツの **Kanzler**、宰相、政府が選ばれるという流れが一つあるけれども、実はもう一つ、ドイツ全体の国民ではなくて、ドイツを構成する複数の州のそれぞれの州国民が州議会を選び、これが州の首相を選び、これが連邦参議院を送り込むというもう一つの鎖が存在していて、すべての場合においてではないけれども、しばしばきわめて重要な場合に、この二つの鎖から出てきた権力は対等な力を持っている。これが重要であることとなります。

この二つの鎖の併存は実は EU においても存在しているわけで、EU 市民によって選ばれた EU 議会がある一方で、各国の国民によって選ばれて、各国の政府から送り込まれた EU 理事会があるわけで、こうして見ると、連邦制、連邦国家と呼べるか呼べないかという違いはひとまず棚上げにした上で、ゆるやかな意味で連邦的と呼ばれる秩序において、二つの正統化の鎖がどうも存在しているという構造的な類似性が見えてくるのではないかとされるわけです。

そこで、これをもう少し一般化した形で定式化し直すとすると、次のように言えるのではないかと。すなわち、まず一定の統治のための機関というか層が存在している。しかし、すでに存在しているその一定の層だけではなくて、より広い地域的な範囲で広域的な形で問題に取り組み得るような権力を創設したいという欲求が生じてくる。そこで下位の層からより上位の層を創設するということが問題になる。しかしながら新しい権力を持った層を創設した場合に、その権力の行使は、人々に対して恣意的に権力が行使されるということがあってはいけけないので、これは正統化されていなければいけけない。その権力の行使は何らかの権威づけを、何らかの民主的な方法で、その源である人々から正当づけを受け取らなければいけけない。

そのために一つの可能な方法は何かというところ、すでに存在しているより下のレベルの層が持っている民主的正統化の仕組みを利用する。これがドイツの連邦参議院で、州を通して権力が行使されるというものや、EU 理事会のような仕組みである。しかし、そのような下位の層の持っているメカニズムを利用するだけではなくて、新しい、より上位の広域的な層は、自らも独自の権力の正統化のための仕組みを作り出そうとする。それが連邦議会や EU 議会である。

しばしば二つの正統化のためのメカニズムを持っていて、この二つの鎖のあいだで、い

かにより全体としての権力の正統化の水準が上がるような関係を形成していくことができるかという形で、EU の民主主義がかかえている問題のある一面は定式化し直すことができるのではないかという議論がなされたりする。ここで問題となるのは、複数の層のあいだで、分業というか協働の秩序をいかに形成するかという観点です。これが近年ドイツで生じている理論的な展開に対する、といっても議論は山ほどあるので、私が分析し得た限りでのものになります。

こういう議論は、連邦について考える上での我々の考え方に対しても一定の変化を強いている。そうすると、もし地方自治についての我々の持っていた枠組みが、連邦論と実は表裏をなしていたとすれば、地方自治について日本で考えるにあたって、このような変化は一定の示唆を与えるのではないかという問題が出てくることになります。

#### **IV. 連邦と地方自治—再定義の可能性？**

##### **1. 連邦の再定義—下位の層が上位の層の創設と正統化に構成的に関与する仕組み**

そこで、IV.「連邦と地方自治 - 再定義の可能性？」ということで、ここから先は応用問題になります。

このような多層システムと民主的正統化という二つの切り口によって連邦と地方自治をもう一度捉え直した場合に、両者の違いが存在するのか、しないのか。存在するとして、その違いはどういうふうに定式化できるのかということがここでの主題になります。そこでドイツやアメリカを念頭に、連邦と呼ばれてきた政治体制の一つの典型を抽出してみると、次のようにモデル化することができるのではないかというのがまず最初の話になります。

下位の層が上位の層の創設と正統化に構成的に関与する仕組みが、連邦の本質的な特徴であると定義をすることができるのではないかというわけです。まず第一に、連邦制と呼ばれてきた国家においては、と言っても何を連邦制と呼ぶかということは問題になるわけですが、ここで典型として念頭にドイツやアメリカを考えてみる限りにおいてですが、まず憲法制定のプロセスに州が関与する。これはつまり、より下位の層がより上位の層を創出するということが憲法が出発点に持っているということになるので、憲法制定のプロセスに州が構成的に関与しているということになる。そして、下位の層が集まって、より上位の広域的な層を創設するということになるので、そこでの憲法制定においては、下位の層と上位の層の関係をいかにするかということが最も中心的な主題とならざるを得ない。したがって連邦制を取っている国の憲法においては、連邦と州の関係が、もちろんそれだ



けではないわけですが、中心的な主題になるわけで、ここではきわめて詳細な規律が置かれることが通例であると言えるわけです。

このような形で、さまざまな州の利害関係の違いなどを乗り越えながら一定の合意に達して、それを憲法の形で定めたということになるので、憲法改正には州が積極的に関与をしなければいけないという手続きを定められるのが、これも一定の特徴として見て取ることができるわけです。州の代表者としての機関が連邦の中にも置かれることによって、州による連邦権力への民主的正統化の伝達が行われる。先ほど述べた二つの民主的正統化の鎖が存在することになるだろう。これがしばしば上院なり連邦参議院なりの構造上の位置づけになるのではないか。

## 2. 単一国家における地方自治

これに対して、2.「単一国家における地方自治」という話ですが、地方自治というのは憲法構造上かなり大きな違いを持っている。これはまず単一の国民による憲法制定を前提としている。そして国家によって一方的に自治体が創設されるという仕組みを取るわけです。ですから憲法構造上も伝來的な枠組みになるわけです。したがって基本的には憲法は国家が一方的に自治体を創設する以上、これは別に法律で行って構わないということになるわけですが、ただ立法者に対して、一定の原則と、踏み越えてはいけない則を定めるということを憲法は行うわけで、憲法においては原則的事項のみ規律をされるのが通例であらう。これは連邦国家の憲法における連邦・州関係の詳細な規律とは大きな対照をなす。

これは言い換えると、国のレベルでの *constitution* の問題と地方のレベルでの *constitution* の問題が区別をされていると見ることができるのではないか。そこで地方のレベルでの *constitution* の話は、基本的に国の憲法の外側にくくり出される。その際に国の憲法は一定の原則的事項のみを定める。これが一つの特徴として見て取ることができるのではないか。

そこで民主的正統化という観点から何が出てくるかという、この意味で、国のレベルで法律を作って、そこで一定の枠を定めた上で地方自治が行われるということですので、国のレベルの国民によって地方自治に対して民主的正統化が供給されるというルートが一方で存在している。国から地方へという基本的な枠を定めているのに対して、自治体から国への民主的正統化の伝達という、先ほど見たドイツ連邦共和国や EU のような仕組みはやはり取らないのではないかというわけです。このような形で国の *constitution* と地方の *constitution* をなるべく区別をして両者の自律性を確保していこうという志向を持つため

に、憲法学者は、従来あまり地方自治に関心を持ってこなかったわけで、別に怠けていたわけではないというのがここでの話になります。

### 3. 連邦と地方自治—相対化と差異

今述べたのは一つの原型というか、一つの典型を抽出したということで、実際には連邦国家においても統一化への志向が指摘されたり、あるいはアメリカなどにおいても、連邦憲法を制定したときの事情とその後の運用のあいだにやはり差異が生じていくでしょうから、今述べた典型ですべて説明がつくかということ、おそらくそうではない側面がいろいろ出てくるのであろう。

他方において、単一国家においても分権化が進展していくということがあるわけで、しばしば両者の相対化の傾向が見て取られるところですが、それにもかかわらず、今見てきたような民主的正統化の構造という観点から見た場合には、なお両者を区別する意味はあるのではないか。すなわち始原的な、自ら基点となって民主的な正統化を行っていく能力をより下位の単位が持っているかどうか、狭い地理的範囲の団体が持っているかどうかという点で、連邦における州と地方自治体はやはり区別されるのではないかというのがここでの結論になります。

すなわち、政府間関係や地方政府といった議論は、それぞれが統治権を持った一つの層である。その共通性に注目させるという意味でたいへん大きな意味があると思うわけですが、民主的正統化というここらへんの議論を見ていくと、そこでもなお違いは残るはずである。したがってビスマルク帝国のカピの生えたかのような議論が、国家と自治体との違いを、始原的な国家権力を持っているかいないかというふうに議論してきたことは、近年の民主政原理の観点からの分析で捉え直してみると、始原的な民主的正統化の能力を持っているかいないかという形で、再定式化をし直すことができるのではないか。そしてこの区別を行うということには、それなりに理由はあったのではないかと思います。

### 4. 層間関係の形成

そこで4として「層間関係の形成」というわけで、憲法の枠内でいかに層の関係を形成していくかということで、具体的ないくつかの問題があるということになりますが、時間がありませんので、後で議論の際にもし論点として出てくれば議論するということにしたいと思います。

## V. いくつかの示唆

### 1. 国民主権と民主政

最後にV.「いくつかの示唆」ということで、まとめをひと言ふた言述べて終わりにしたいと思います。

ドイツを題材にした検討ということになりますので、我々の日本での議論の文脈とはいささか違う部分があるかと思いますが、しかし我々の思考に対して与える示唆もあるのではないかと。そこで第一に、国民主権と民主政はまず区別をする必要があるだろうというのがここで出てくる一つの重要な観点ではないか。国民主権と民主政というのは、しばしばどう区別をすべきなのか。重なり合うし、ほぼ同義で使われることもあるというわけですが、このような多層的なシステムという観点から見た場合には、権力が行使される際には正統化を受けなければいけない。そこで民主的な正統化というのはさまざまなレベルで問題になり得るという問題が出てくる。自治体のレベルでも、自治体の民主的な正統性が問題になるし、州でも、国家でも、連邦でも、EUでもということになるだろうというわけです。

これに対して国民主権というのは、その中でも特に国民というつまり国家というレベルにおける民主政の問題をとりわけ主題化しているということになるかと思いますが、したがってここでは、二つの問題に国民主権の要請の中から分解することができるのではないかと考えられます。国家というレベルにおいて、統治が民主的な正統化を受けた形で行われなければならないというのがまず第一の問題の部分になるかと思いますが、もう一つ、多層的なシステムを下敷きとして念頭に置いた場合には、国民によって担われたところの国という層が、主権と呼ぶに値する権限を持っていないといけないという要請がここに含まれていたと見ることはできるのではないかと。

しかし他方で、多層的システムという観点から見た場合に、国家という層は全能ではあり得ない。他の層と分業・協働の関係にあるというわけで、そこでなお国家というものが担わなければいけない固有の役割が残るとしたら、それは何なのかという形で主権をめぐる議論が再定式化されなければいけないし、されていくことになるのだろうというのがまず第一の示唆になります。

こうした観点から見ていくと、国民主権という観念もそういう意味で特権化を剥奪されるのではないかとという形での議論が、ドイツの今述べたような傾向の議論を見ていると出てくるということで、市民個人に着目した場合には、あるときには自治体の住民であり、

あるときには州の住民であり、あるときには国民であり、あるときには EU 市民であったりする。すなわち一つの個人が複数の政治的な単位に所属して、複数の層の民主的な正統化に関与することになる。このような民主的に正統化された複数の権力が併存して相互交渉の中で物事は進んでいくというのが、このような近年の議論から出てくる民主政に対する一つのイメージの変化になろうかと思えます。

実定法上の要請として民主政原理があるのだという話をしました。これを規範的な要請のレベルでどこまで正面から受け止めるか、受け止めないかは、一つの選択のある問題です。ドイツでも議論が分かれているところだと思われませんが、ここにガバナンス状況というものがあるのか、あるいは憲法理論の中に映し出された一側面を見ることができるだろうというわけです。

このような問題は日本では意識されてこなかった。これにはいくつかの要因があって、日本は今述べたような意味では基本的に単一国家である。単一国家に従属した副次的なものとして自治体という層を持っているにすぎないわけで、連邦国家とは違う、限定された多層性にすぎないのが要因の一つであることを見ることができるし、要因の二つ目として、ドイツと違って実定法上の要請としての民主政原理が発達してこなかったために、実定法上の議論として今述べたようなことを議論する際に、憲法論からなかなか議論しづらいという状況があるのではないかと。

第三の問題として、日本においては、多層性というよりも、もう少し以前の問題、すなわち近代国家という形でしばしば議論されてきた国家という独自の層の自立性をいかに確保するかというほうの主題をむしろより強く意識してきたという歴史があるのではないかと。ドイツと比較をした場合に出てくる日本のこれまでの議論の特質ではないかと思われるわけです。

## 2. 象徴としての「地方自治」？

最後に、「象徴としての地方自治」ということになりますが、このような形で国家によるさまざまな権力なりの独占が相対化されていくということになると、これがよりシンボリックなレベルでもしばしば指摘されることになって、憲法の理論分析といった場合には、他の学問分野から借りてきた手法も最近しばしば使われていて、文化的な次元での分析と、それぞれの法的な観念なりドグマなりが持っている象徴的な意味が近年しばしば指摘されていて、たとえば EU 統合によって、EU がよりシンボリックな次元でも国家がこれまで独占してきたさまざまな意味づけの装置を奪おうとしている。EU の国旗を作ったり、国

歌を作ったり、国が国民統合のために使っていた手段をいろいろな形で自らのために使おうとしている。それが EU 法などの法的な議論の中でどういう形で表れているかという分析がしばしば出てきたりするわけで、国家の独占の解体が象徴的な次元でいかに出てきているかという話があったりするわけですが、この EU をめぐる話は、実は日本のような国内においても逆の形で出ていけると見ることができるのではないか。象徴としての地方自治というのはこういう側面であろうというわけです。

したがって先ほど述べたような単一国家の憲法論で言えば、およそ主権を持ち得ないはずの地方自治体に地域主権といったようなことが言われてみたり、国家の持ってきたシンボルをその独占から解放しようという動きがより地方のレベルに向かって出てきているというのが、しばしば観察される一つの側面であろうと思われるわけですが、他方において、地方というものはたして自己決定の単位たり得るかといった場合に、一方においては合併などを通して自治体自体が非常に巨大な統治組織になっているという側面もあり、他方において、権力の多元化と相互依存という現象を前にする限り、自治体自体が、それ自体として自己決定の自立した単位として行い得る事柄がどれだけあるのかという問題も出てくるところであろう。

その意味で、国家による象徴的な次元での独占のゆらぎに対して、ここでも日本憲法学の従来に関心からいけば、そこでなお自治体がかかえている限界なり、国家が持たなければいけない役割を冷静に分析していくことが我々の課題として残るのではないかというのが、現状に対する認識ということになるかと思います。

終わりのほうは駆け足になって雑駁になりましたが、以上です。

司会 どうもありがとうございました。

## 質疑応答

司会 「ガバメントからガバナンスへ」、「デモクラシーの復権」、あるいは「地方分権」など、ガバナンスにかかわっているいろいろな問題が議論されるわけですが、それがしばしば曖昧でイメージ先行の議論になりかねない。そういう中で憲法学の立場から、堅固な理論の組み立ての一つの方向を示していただいたご報告でした。

〇〇 二つ質問があります。一つは、ドイツの話と日本の話ということになるのですが、ドイツの議論で、特に EU ができて、今まで国家主権と言ったときに、国家が持っていると思われていた権限が、いわば EU に持っていかれてしまうような状況があった際、そこ

で多くの方が当然の価値として受け止めている民主主義を否定しないためには、EU の組織まで民主政の鎖がつながっていかねばいけないということになる。これは非常にもったいな話だと思うのですが、そのときにこういう問題意識は出てこないのかなということでおうかがいしたいのは、私たちが民主主義と言ったときに、それは選挙ということになるのですが、そこで1票の格差の平等みたいな話も何らかの形で民主主義の中に入っているように思うのです。たとえばEUにおいて民主主義の鎖を実現しようとしたときに、国の単位で代表者が選ばれた場合に、はっきり人口比例的にしないと1票の格差が生まれるように思います。これについてはどういうふうに考えているのか。

一方で、連邦制国家だと、それぞれの連邦内の国というか州の代表がかなり強い権限を持てるわけで、ドイツの連邦参議院はどのぐらい権限を持っているのかわかりませんが、アメリカの上院などはものすごく権限を持っているわけです。あれは州ごとに2人代表が選ばれているわけですから、1票の格差という観点からは全然平等ではないわけですが、でも容認されていて、連邦制というものがわりと定着していて人々に受け入れられている中では、そういう部分を全然おかしいと思っていないところが、連邦制を取っている国とそうでない国とで大きな違いがあるのではないかと。今日のお話の中で、1票の格差という議論はどういうふうに位置づけたらいいのかというのを最初にお聞きしたいと思います。

もう一つは、日本の話ですが、最後のほうで連邦と地方自治の相違として、下位層が上位層の正統化に関与するという仕組みがある。連邦制であれば、州がその代表を議会に送り込んで、それは憲法改正にも関与する。そういう契機がないのが単なる地方自治というのは、話としてはわかる気がするのですが、しかし考えてみると、日本だって議会の選挙区が地方自治の単位と結びついてしまっているわけで、たとえば都道府県が選挙区になるし、それを分割したものがときには選挙区になったりするわけです。

日本の様子を見てみると、国会議員は選挙区で選ばれたけれども、全国民の代表だというのがお題目になっている状況もなきにしもあらずで、地域に還元するというタイプの政治家が首相にまで上り詰めて強い権力を行使するということもある中で、下位の者が上位の者の正統化に関与する仕組みのありなしでもって連邦制とそうではない地方自治を分けるというのは、実態にどのぐらい合っているのかなということなんです。

そういうふうにと考えると、なぜ選挙区が地方自治の単位とゆるやかに関連しているのかということもちょっと聞きたいところではあるのですが、日本のことについて、1票の格差が日本の場合非常に中途半端な捉え方をされている。一方では連邦制ではなく、参議

院は都道府県の代表ではないという考え方からすると、アメリカみたいなタイプの大幅な1票の格差は絶対受けられないと思うのですが、他方で地域代表的な性格も持っているとかいうことで、4倍とか、私の感覚では信じられないぐらいの格差を最高裁は是認しているという現実があるわけで、あれはどういうふうに評価したらいいのか。日本の政治体制は典型的な地方自治と典型的な連邦制の中間的なものに、いつの間にか最高裁によってさせられてしまったのではないかと私は思っているのですが、ああいうことをどう評価したらいいのか。いろいろお聞きして恐縮ですが、だいたいそんなところをお聞きしたいと思います。

林 どうもありがとうございました。質問の内容ですが、ちょうど飛ばしたところとか、お話をしたかった点であり、しかし自分の中でも実はまだ解決がつかないまま報告に臨んでしまった点を2点とも指摘して下さい、たいへんシャープなご指摘をありがとうございました。

まず第一に、1票の格差の問題です。まずドイツやEUの場合ですが、先ほど連邦的な秩序において二つの正統化の鎖があると述べた、この二つの鎖によって違いが出てくるということになるのだらうと思います。まず下位の層が上位の層に対して正統化を伝達する仕組みは、ドイツで言えば連邦参議院やEU理事会になろうかと思いますが、基本的に1人1票の原則はここでは存在しないと見るべきだらうと思います。すなわち均質な国民1人1人平等な存在としての国民がいて、それが決定権力を正統化しているのであるという建前は、今述べた2本目の鎖とか、連邦参議院やEU理事会のような鎖においては、たぶん必ずしも採用されないことになるのだらうと思います。そうではなくて、それぞれの州なり、あるいは国家なりが構成単位となって結びつく形で、より上位の政治的な単位を生み出しているということになるので、ここでは国民の数による1人平等という原則は当然には成り立たないのだらうと思います。

ただ、そうは言っても大きな国と小さな国との違いはあり、それを平等にしていいいのかという問題が出てくるので、人口を加味するけれども、しかし純粋な人口比例ではない形で票数に差を設けるといった仕組みが用いられるのが通例ではないかと思われるところで。これに対して、そもそも上位の層、連邦国家であれば連邦のレベルの民主的正統性を直接に作り出すための仕組み、ドイツであれば連邦議会になろうかと思いますが、これは均質な国民によって正統化されるという論理を取る以上、1人1票の原則はやはり存在しなければいけないということになるのだらうと思います。EU議会に関してしばしば指摘

されているのは、まさにこの点の原則が十分に貫徹していないのではないかという点だろうと思いますので、これが民主的正統化を強める上で一つの論点にされているような気がします。

これが一応、第一の論点に対するお答えになるのかどうか。つまりそれぞれの正統化の鎖ごとに持っている論理が違う。その論理の違いによって1人1票原則の持っている意味合いも違ってくることになるのではないかと思います。

2番目の質問ですが、これも重要な点で、下位の層から上位の層への正統化がないということが、日本のような地方自治において本当にそうだと言えるのか。選挙区が地域によってできていないかというお話だったかと思います。若干話が違ってしまっていますが、参議院の位置づけに関して、近時、参議院を地域代表化する可能性があるのではないかという議論が出てきていて、憲法の高見勝利先生などはこういう議論をしています。つまりこれは実はねじれ国会の話などが念頭にある話で、地域代表化することで衆議院と違いを設けるとともに、全国民の代表の論理と地域代表の参議院で、地域代表の参議院は一步引きなさいという、そのことによってねじれ国会の問題を多少軽減できるのではないかという改革案が出てきたりして、参議院と地域代表という形でしばしば議論されている問題ともどこかで結びついてくる話なのではないか。

ですから先ほど1票の格差で最後に〇〇さんがおっしゃった点とも結びついてくることだろうと思うわけですが、これは結局、国民代表の観念をどういうふうに理解するかという問題と結びつくのではないかと思います。国民代表の観念というのはいったい何の意味を持ったかというのを多層システムという枠組みの中に落とし込んで理解するならば、これは上位の層が下位の層に対して独立をしていなければいけない。正統化の仕組みというのは下位の層に依存しない、自立したものでなければいけないという要請として読み直すことができるのではないかと考えられるわけです。

どういうことかという、国民代表の論理はしばしば命令委任の禁止と結びつけて説明されるわけですが、これは第一に、議員は選出母体から自立した存在でなければいけない。選出母体から自立して、建前上全国民の利益を考えて行動しなければいけないという論理になるわけです。ここから、国民を見る場合に、国民というのはいろいろな職業の人がいるわけだし、内部にいろいろな利害があるわけですから、産業別の代表者を出すとか、労働者の代表者を出すとかいう選び方だって論理的にはあり得るわけで、職能代表制の議論なども出てくるわけですが、そういう要素を捨象して、公民的平等以外の別の要素は捨て



て、脱色をしていくというか、つまり一定の選出母体からの色のついたものとして上位の国家というところに何か正統化を伝達するのではなくて、バラバラの、均質の、色のない国民と国家が直接結びつくというのは、フィクションとしてでも作り出そうという論理ではないかというわけです。

そう考えると、選挙区が自治体を単位としているのではないかというのはそうなのですが、他の形での選挙区なり選出母体の選挙人団の構成、例えば職能別の選挙人団を構成する等ということが論理的にはあり得る中で、しかしそれは国民を均質なものとしては見ていない。一定の中間的な単位から国民に対して民主的正統化を伝達するという仕組みになってしまうという形で、それを否定していった場合に、いちばんニュートラルなものとして残ったのが地理的な範囲ということだろうと考えられるのではないか。ですから、しばしば自治体の境目が選挙区の形成に対して影響を与えるとしても、これは選挙の管理などの事務的な観点もあるでしょうし、それが正統化のための基本的な単位となっているという論理は、論理としては否定されていることになるのではないか。

ただ問題は、この論理をどこまで突き詰めるかということになるのではないか。この論理を徹底的に突き詰めていけば、参議院においても衆議院においても、まさに1票の格差の問題で言えば、1人1票原則・投票価値の平等をより厳格に強めていくべきだという論理がどんどん入っていくことになるわけですが、しかしこの論理をそこまで厳格に突き詰めずに、ゆるめることによって、地域代表的性格の入り込む隙間を設けようというのが従来の参議院をめぐる議論の一つの問題の所在だったのではないかと考えるところであって、積極的に地域という単位が正統化を伝達するというのではなくて、国民代表の論理の厳格な貫徹をどこまで突き詰めるべきなのかという問題として捉えたほうがいいのではないかと考えています。

なぜこんなことを言うのかというと、この問題を考えていて最後まで問題として残ったのが、フランスの元老院はどう説明できるのかという話でした。つまりフランスというのは単一国家の典型であるとしばしば見られてきて、国民代表の観念といったような、我々が議論するようなものもフランス革命などを起点に説明されたりするわけですが、第三共和政以来のフランスの元老院は地域代表としての性格を持ってきたわけで、現在の第五共和政憲法でも、上院が地方公共団体の代表としての性格を持つということが憲法上規定されていたりするわけです。

ここでしばしば言われるのは、国民代表といった場合に、単一の国民の存在が国家に代

表されるのだという論理ではなくて、多元的な形で構成された国民の利害なり何なりが伝達されるべきだという、もう一つ別の裏の論理があって、これが実は緊張を孕んだ形でフランスで共存してきたのではないかと指摘されていたりするわけです。ただ、緊張を孕んで共存しているというのは、一方の論理を突き詰めれば、他方はおかしいではないかということになり得るわけで、したがってこれがいかに説明がつくのかということになるわけですが、問題を解決するための考え方の枠組みとしては、連邦制のように、下位の単位から上位の単位に正統化が伝達するという枠組みで議論するというよりも、むしろ国民代表の観念のあり方の問題として議論する。つまり国民代表の観念として、国民というものがいかに構成された存在として考えたらいいかというふうに考えるという形で、論理において単一国家の論理がここで取られているのかなというのが、ここらへんを数日勉強していたところの印象ですが、これではたして説明がついているのか、ついていないかは、自分の中でまだ問題として残っているところです。

〇〇 先ほどの〇〇さんの質問に（アメリカ国民としての立場から）仮説のようなコメントをしたいと思います。私が小さい頃は、1票の格差があると思っても、たいしたものではないと感じていました。でもパフォーマンスに対する評価が低くなってきて、国民の考え方が二極化すると、それに対する不満が高まってきたのではないかと感じます。それはEUやドイツでどう違うかはわからないのですが、たとえばオーストラリアを見ると、経済的なパフォーマンスはアメリカほど悪くない。それで1票の格差がアメリカほど極端でもない。私はオーストラリア政治の専門家ではないですが、感じとしては大きく反発されてないけれども、アメリカの場合は、先ほどおっしゃったように容認される。国家が設立して200年以上そういうコンパクトだったから仕方がないという認識がまだまだありますが、それに対する不満は確かに変わってきたのではないかとアメリカ国民として実感しています。

〇〇 ありがとうございます。おうかがいしたいことは多岐にわたるのですが、絞って一つだけおうかがいしたいと思います。今日ひとわたり主権という言葉についても、それから民主的正統化という言葉についても、多層的なものの中で、国家と今まで言ってきたものと地方自治体と、結局どこに線が引けるのかというところで、今までのとは違うところでぐるっと回って、始原的という言葉が一つキーワードとして出てきたと思います。Ⅱの3のところでも出てきたし、Ⅳの3のところでも出てきた。最初のほうは始原的な権力で、こちらは始原的な民主的正統化、最後それがⅤの1のところでもう一回統合されて

という形であざやかで、うかがっていてなるほどと思ったのですが、何が始原的ということなのかということについておうかがいしてみたいと思います。

たとえばある地方の首長が、我々のやっていることは、まさに始原的に、国民から法律によって認められなくても、ここから民主的正統性は立ち上がってくるのだと言いつつの場合どうか。あるいはトランスナショナルな機構が、国際機関として条約でやっている分には国家代表の同意によってということですが、実際にはヨーロッパなどでも二次的な法形成という形で、官僚機構、裁判所も含めて、これが我々の規範であると後から言うということはあると思います。

あるいは歴史を遡っても、アメリカで連邦憲法は最初そこまで権限を与えていなかったけれども、ニューディール以降、憲法の条文は変わっていないのに、できることはずいぶん増えたという形で、変わるというところがあると思います。つまりある段階から始原的でなかったはずのものが始原的だと、あるいはこういう権限を我々は持っていると言い出すということがあると思います。

それは実定憲法の解釈論であって、憲法判例も含めた解釈論だということなのかもしれないですが、今日も始原的という説明は非常にきれいだと思ったのですが、動態性というか、憲法というか我々が扱っている秩序は生き物ですから、規範というのは事実、状態を固定するものであると同時に、むしろないものを作り出していくという両方の側面があると思うのですが、そういうダイナミズムの中に置いたときに、始原的という説明はどういう姿をもって立ち現われてくるのか。いくつもおうかがいしたいのですが、それに絞っておうかがいしてみたいと思います。いかがでしょうか。

林 ありがとうございます。まず第一の点は、お話をうかがっていて、これは始原的な話なのかどうか。ここらへんのドイツの話は、まだ、消化をしながら自分のものにかにしていくなか戦っている最中ですので、私の理解が不十分なところもあるかもしれないのですが、正統化という観点に着目する場合には、選挙や、法によって形成された組織や手続きによって権利の行使を正統づけるということがいかに行われるかということに着目するわけです。

その観点から見た場合には、その正統づけのあり方が何によって定められ、どこに由来しているかという起源をたどっていくことはできるのだろう。ですから自治体の首長が、俺は始原的だと言い出したとしても、それは地方自治法の仕組みをいかに定めて、その権限を与えてということが国の法律で決まっていて、それは国会が定めて、それは日本国民

全体に由来してとか、そうするとそこに制度的な民主的正統化の一つのルートがある。それが枠づけを設定していて、その仕組みが動いていく中で、自治体の住民が特定の人を首長に選んだということになると思います。

ですから、これ以上遡れないという、いちばんのおおもとは何かとはたどっていけるといふ理屈になるのではないか。そうするとたどっていった場合に、国民主権といった場合には、単一国家では国民がいちばんの源で、すべての国家権力は国民に由来するという説明になりそうなのだけれども、連邦制のような場合には実は国民だけではなくて、州国民というのもまたこれ以上還元できない源として出てくるのではないか。憲法制定の局面を見れば、全体国民だけではなくて州も関与していて、改正の場合にも大きな権力を持っているのではないかという話になるわけです。

ですから、事実上の問題としての、住民の支持などに支えられた、社会学的な意味の「正統性」と、法的な組織、手続きにおける「正統化」の伝達を区別して議論するという前提で考えてきたということになるので、そうすると、指摘された問題は、法によって記述されたのとは別次元における正統性の主張と、法によって枠づけられた正統化の論理がぶつかり合って抵触したときにどうなるのかという問題になるのではないかと、お話をうかがっていて感じたのですが、1番目の点はそういう理解でよいのですか。

〇〇 ごく短く申し上げますと、もちろん実定法学者ですから私もそう考えるのですが、しかしその差はそんなに自明かどうか。これは今日の前置きの話にかかわってくると思いますが、つまり法の中から認識すると、法と法でないものは、我々はそこを区別できないと法学者ではなくなってしまうのですが、しかしそこですよね。憲法というのは、法システムと政治システムを架橋するという特殊な性質を持った法だと思うのですが、そうするとあちらで可能な論理に対しても、つまりニューディールなどは違憲きわまりなく、1940年当時の実定法学者から見れば、あれは *ultra vires*（権限踰越）だと思うのですが、しかしそれが何か法になってしまうというような動態性を取り込む回路はどうしたらいいかということをおうかがいしたかったのです。

林 それは2番目の点ですね。まさに、権限の変化、拡大をいかなる形で説明できるかは、確かにこの枠組みでいった場合に一つ考えなければいけない難しい問題ですね。こういう範囲の権限を授権されたはずだと思われていたのを越えて権限を行使するということは、もちろんヨーロッパのレベルでもあるでしょうし、裁判所における解釈を通した権限の拡大はまさにそれにあたるといことになるので、これは一つの大きな問題ですね。

憲法学上の概念を使って説明してしまえば、これはまさに憲法変遷論の話であって、ケルゼンなどを使いながら樋口陽一先生がかつて説明した枠組みで言えば、上位の規範が下位の法定立の権限を授権するのだけれども、授権すると同時に、それが一定の権限を与えたその枠を踏み越えていないかを特にコントロールせずに与えることによって、実は踏み越えたと言われているような権限を行使しても、それが通用してしまうということが起こり得るわけで、ある意味で言えば裏側からそういう権限を授権していたというふうに読めるのだという話が確かあったと思います。

したがってある時期にある人々が理解していた授権の範囲を踏み越えたことを、しかし一定の手続きを経て正統に選任された人がそういう拡大された権限を行使してしまうという現象をいかに説明するかは確かに難問で、ただ、それは授権されているのだという説明の論理を我々は所有してないわけではない。ただ、それで説明してしまっているのかという問題は残るということですか。それは大きな問題で、なかなかきれいな答えは出ないところで申し訳ないですが、鋭いご指摘で、ありがとうございました。

〇〇 簡単な質問ですが、答えるのは難しい質問を二つ。一つは、今日の話は前のローカルガバナンスのグループのときにも聞かせていただいて、非常に理解も深まって、たいへんありがたかったのですが、ただちょっとトーンが変わって、前回お話しされたときは、ディシプリンごとにガバナンスという概念の緊急性とか関連性は違いがあって、憲法学にとってはガバナンスという概念はちょっと遠い、あまり内在的に結びつきを持っているものではないのだということを強調されていました。今日はかなりガバナンス状況みたいな話と近づけてきて、憲法学においてもガバナンスという問題は接点があるというふうなお話し方に聞こえたのですが、これはリップサービスなのか、それともより本気でそうおっしゃっているのかというのが一つです。

もう一つは、ガバナンス論でよくある話で、less government、more governance、ガバメントをより減らして行ってよりガバナンスのほうに移していく。理想的にはガバナンスがすべてで、ガバメントはなくしてもいいのだというアナキズムに近づくようなガバナンス論者がいますが、他方において、そんなことはない、ガバメントにはガバメント固有の役割は残るのであって、すべてがガバナンスに移行するわけではないという、あくまでガバメントの重要性を強調する論者に分かれると思うのですが、今日の林さんのご報告は、最後まで国家の役割には固有の役割が最後まで残るという立場ですから、今のお話でいうと、ガバメントはすべてがガバナンスになるわけではなくて、ガバメントの役割は残ると

いう論者とオーバーラップする部分はあるのでしょうか。

林 どうもありがとうございました。まず第一の質問に対して、リップサービスですとお答えしておきたいと思います(笑)。それで終わってしまうと叱られるので何か言わなければいけないのですが、ガバナンスという概念が、我々が憲法学としてものを考えていく上で有用かどうかという、自分としては、今のところ有用だとは思っていない。ただ、ガバナンスという言葉でしばしば議論されるのに似た問題状況が、我々が、我々の固有の概念なり枠組みを使って議論している中に映し出されてくる。つまり論じようとしている問題状況の点で何か共通の問題、あるいは類似した問題が出てきているということはある得るかもしれない。そういう感じの距離の取り方を現在のところ私はしています。したがって今日、多少ガバナンスっぽい話し方をしたとすれば、力点の置き方がちょっと違ったということになろうかと思えます。

2番目の点ですが、今日の話はガバナンスそのものを論じようとはしていないというのが大事な点で、たとえば自治体や連邦やEUという話が出てきましたが、私的なファクターは何も出てきていないわけです。あくまで公的な統治権限の担い手のあいだで、それをどう説明するかという話しかしていないわけで、ガバナンスの問題状況それ自体に取り組もうとしたものではないわけです。伝統的な憲法論が議論してきた連邦や自治の枠組みを議論する中に、一定の限度でガバナンスで扱われている問題状況と似たものが出てくるにすぎないというだけなので、ガバメントかガバナンスかという問題に対しても答えを与えようとはしていないという、にべもない答えになってしまうのですが、その上で言えば、国家の統治権には一定の固有の役割はあるはずである。だからこそ、そのあり方をめぐって我々は議論してきたのだということは暗黙の前提にはなっていると思います。それ以上踏み込んで、ガバメントかガバナンスかという議論とのあいだでどこに切り結ぶ点があるのかどうかというのは、ここではこれ以上お答えできないので、今後ローカルガバナンス班で議論を深める中でもう少し明らかになっていければいいかと思っています。

司会 今の質問に関連して、「ガバメントかガバナンスか」という問題に直接答えを与えるものではないとおっしゃった点ですが、それは「ガバメントかガバナンスか」という問いの設定自体、あるいは「ガバメントからガバナンスへ」という問題設定自体が意味がないということなのか、それとも憲法学固有に議論する可能性があるのだけれども、今日は自分の報告の射程の外に置いた、あるいは射程を限ったということなのか、どちらでしょうか。我々のテーマは「ガバナンスを問い直す」ということで、ガバナンスの用語論では

なく、ガバナンスという問題設定そのものを反省的に捉えるというプロジェクトですから、その問題にとって非常に重要なことを今おっしゃったような気がしたので。

林 ガバナンスをめぐる議論のあり方自体、私が十分にサーベイしてないというか、把握しきれていないところがありますので、何ともお答えしがたいところがあるわけですが、国家の役割をめぐる議論は、少なくとも憲法学の議論をしている場合にも、ワイマール期以降はあるわけで、つまり従来は暗黙のうちに国家の全能性を、全能であるはずはないのですが、前提としているかのようにして、国家をいかに法的に構成するかを法学的に議論してきたけれども、そもそも国家と社会の関係が根本的に変動してきているのではないかということを経験化するためには、もう少し別の理論枠組みが必要だという形で、例えばローレンツ・フォン・シュタインを持ってきたり、そういう議論をワイマール期以降していくことにはなるわけです。その伝統の中で考えてきたのが我々の従来の考え方になるかと思えます。

その中で出てくる一つの思考としては、まさに非常にペシミスティックな国家の終焉論の話があります。フォルストホフの議論などは典型だろうと思えますが、産業社会において国家は社会のための一つの機能システム、部分システムにすぎなくなってしまっているんぬんという議論をしてきたわけです。ご指摘の問題は、その議論の伝統の上で、今改めて現在の状況に対してどう態度表明をするのかというふうに、ワイマール以降の議論の文脈の延長線上に置き直すと言い換えることができるかな、と思うのですが、これは何ともお答えしがたい点で、思考としては政府の固有の役割はあるはずだという思考を持つてはいるのですが、当面は少なくともその論点自体は外して、つまり法学は法学固有の方法で議論しようとしたときに出てくる問題をどう捉えたらいいかという自己限定を課したというのが今日の話になりますので、宿題とさせていただければと思います。

〇〇 私的なアクターが登場しないということをおっしゃって、そのときに国内の裁判制度を乗り越えて EU 裁判所に行って、国内で救済されない事例が救済されるというのがずいぶん出てきているわけですが、それは今日のお話だとどういうふうに位置づくのでしょうか。

ちなみに、これは男女差別の事例が多いので、私はそれなりに関心を持って見ていたのですけれども。

林 ありがとうございます。私的なアクターが秩序形成の上で役割を果たしてないということをおっしゃったわけではなくて、それは当然あるわけで、国のレベルでもあるし、

EU でもあるということでしょうけれども、たとえば民主政原理を今日は切り口の一つにしましたが、行政組織との関係で議論する場合には、まさにそういった問題が正面から出てくるのではないかという気がするところではあります。今日の話は統治の担い手としての連邦なり自治なりをどういうふうにするのかという議論だったために、そこは射程に入っていないとしか答えられないかなと思います。不十分な答えで申し訳ないですが、いかがでしょうか。

司会 少しだけパラフレーズすると、今日は民主的正統化アプローチとおっしゃって、主として代表システムに即して議論されたと思うのですが、その代表システムを補完するものとしての基本権アプローチなり、市民権アプローチなり、あるいはそれを保障するものとしての司法権の役割とか、そういう問題がこの議論の中にどう組み込まれるのかなというご質問でもあったような気がします、もし差し支えなければ。

林 ガバナンスという概念を持ち出すことで、何かしら秩序形成に対して私的なアクターが一定の機能を果たしている。それをどう捉えるのだと言われると、今日の報告の射程を越えているということになる。それに対して今、司法権ということと言われて、司法権の問題がどう捉えられるのかということであれば、多少はお答えできるかもしれない。司法権というのは、もし私人が訴えて出た場合であっても、最終的に司法権を行使するのは公権力なので、その公権力の行使がいかに正統化されるのかという話に、今日の議論では回収されるだろうということです。ですから司法権における正統化のあり方をどう考えるのかという話になるだろうと思います。

民主的正統化というのは、これもいろいろ議論のあるところで、たとえば今日の議論の中でいちばん大きな柱に据えたのは Christoph Möllers という人のドイツの議論です。二つの正統化を軸にして、それでいろいろなものをバサバサ切っていこうというなかなか大胆な議論で、個人というものがあり、これを基点にする。個人は自律、オートノミーへの権利を持っている。これに対して権力の行使というものは他律を生み出す危険がある。それに対して正統化を行わなければいけない。そうすると正統化のための論理は二つあって、まず、そのような支配の行使がその個人から発したものであるという形で正統化するという論理が存在する。これが民主的正統化というルートで、ただ、その個人が自治体の住民なのか、国民なのか、どの単位に属するかによってそのルートはさまざまにあり得る。

もう一つは、統治の仕組みを通して個々人の自由がより保障されるという形で統治権の



行使が正統化できるという論理があるだろう。これはまさに基本権の話であるわけです。裁判所の場合には、憲法を通して裁判所を設置して、一定の間接的な形ではあれ、組織や予算などの形で民主政の流れ込むルートは一方である。他方で、議会や政府とは違って、そこにおける拘束はあまり大きくない。その欠けている部分の正統性を供給するのが権利の擁護という側面なのだというふうに、大雑把には説明される。ただ、個別の問題がどこまでその枠組みでうまく切っていけるのかは、もっと細かい論点に落として検証しなければいけないのですが、大雑把にはそういうことなのではないかと思います。

司会 林さん、本日は大変充実したご報告と議論をどうもありがとうございました。(拍手)

配布資料

社研プロジェクトセミナー（2013.1.15）

## 連邦・自治・デモクラシー 憲法学の観点から

林知更（社会科学研究所）

### I. 研究の主題と方法

1. 法学と学際性—自治を憲法学はいかに論じうるか
2. 憲法学における解釈と理論—文脈化の試み
3. 連携概念（Verbundsbegriff）としての自治？

### II. 国家論の中の地方自治

1. 地方自治と連邦国家
2. 連邦国家の法的構成
3. 主権概念の再定義
4. 自治体・国家・ライヒ

### III. 多層システムと民主的正統化

1. 国家論的説明の衰退
2. 連邦的秩序への新たな視点
3. デモクラシー論の変容
4. 多層的システムとしての連邦制とEU

### IV. 連邦と地方自治—再定義の可能性？

1. 連邦の再定義—下位の層が上位の層の創設と正統化に構成的に関与する仕組み

2. 単一国家における地方自治
3. 連邦と地方自治—相対化と差異
4. 層間関係の形成

## V. いくつかの示唆

1. 国民主権と民主政
2. 象徴としての「地方自治」？