

「法政研究」第八一卷第四号 抜刷
平成二七年三月五日 印刷

行政法学の基本原則と地方自治の法理

—— 杉村敏正先生の立論を手がかりとして ——

木 佐 茂 男

行政法学の基本原則と地方自治の法理

—— 杉村敏正先生の立論を手がかりとして ——

木 佐 茂 男

はじめに

一 杉村行政法学における方法論

二 行政法学（教科書）における地方自治法の展開

三 地方自治に関する制度と法解釈

四 条例論

おわりに——地方自治実践の場へ

はじめに

(一) 本稿の対象と課題

本稿は、杉村先生追悼文集編集委員会(編)『杉村敏正先生の人と学問—杉村敏正先生追悼文集—』の寄稿論文の一つとして執筆した原稿を改題のうえ、論点を付加して敷衍したものである。^①編集委員会から筆者にもと与えられたテーマは、杉村の「地方自治論」である。元・京都大学法学部教授・杉村敏正は、筆者の大学院時代における指導教官であり、筆者の当初の研究テーマが地方自治法であったことが編集委員会による題名指示の契機である。そこで、本来は、杉村の地方自治・地方自治法に限って研究成果を検討すべきところであったが、筆者には、行政法学に対する杉村の基本的姿勢(行政法学方法論)とその応用業績の一部としても理解しうる地方自治(法)を合わせて検討対象としなければ杉村の地方自治論の分析として一貫しないと考えるに至った。この詳細版執筆の契機には、学生であった筆者が、杉村および当時の行政法学の泰斗であった田中二郎の行政法総論の教科書において、行政法学の基本原理あるいは行政法学の体系の中での地方自治ないし地方分権についての言及があることに注目して筆者自身の研究生生活を始めたという事情も加わっている。そこで、狭い意味で杉村行政法学における地方自治(法)の検討にとどめず、一九六〇年代から一九七〇年代の行政法学における地方自治の位置づけという観点も踏まえつつ、考察を進めたい。なお、焦点は杉村の研究成果の分析に当てられるが、杉村の研究活動は必然的に具体的な活動・行動に帰結するものであったことから、本稿末尾においては学究生活と政治的言動とのかかわりについても触れることとする。

特定の研究者を中心としてこのような論文を執筆することについて、いかなる正当性があるのかは、問われうる論点である。しかし、二〇一四年という執筆時点の現役研究者世代と、四〇年に近い過去において研究を開始した筆者の世

代とは、行政法学への姿勢にも大きな変化が生じていると考えられるため、あえて現在と比較してみるということも一定の意義があると判断した次第である。

（二）一九七〇年代前後の行政法学総論における地方自治（法）の位置づけ

筆者が学生生活を送った一九六〇年代末から一九七〇年代（学部四年間と大学院五年間）において、行政法学の通説といえる教科書の執筆者は田中二郎（一九〇六年生）であり、関西の論者であつて必ずしも通説ではない杉村（一九一八年生）がいるという構図で整理しておきたい。確かに、両名の年齢は干支で一回り異なるが、学生の立場として、この両者のテキストが筆者個人にとっては大きな意味をもっていた。

その中で、田中二郎は早期に行政法の基本原理として地方自治の原理を挙げ、杉村は、行政法総論のテキストの中で地方自治の法的諸問題の位置づけにいわば迷いつつ、地方公共団体を、公共組合と営造物法人と並べて公共団体行政組織法として、国家行政組織法に對比していたのである。以下に詳述するが、行政法学の主要なテキストにおける地方自治ないし地方公共団体の位置づけが、そもそもどうあるべきか、いかにしてこのような体系上の扱いになったかが、きわめて不思議であつた。なぜなら、当時でさえ、一般の国民にとり、市町村、都道府県、国の選挙においてきほど大きな異質感・違和感をもつことなく、前二者にあつては議員と首長、後者においては議員のみであれ、有権者として投票の対象となる公法人があり、今日では表現の適切さを欠くが、市町村の上に都道府県があり、都道府県の上に国があつて、それらは三重の統治団体として存在するという理解が普通であると思えた。なぜに地方公共団体が学問的には公共組合や営造物法人と同格の扱いになるのか筆者には理解できなかった。この両学説（両者の教科書）での記述がいかなる歴史的経緯を経て成り立ったのかという筆者の研究上のこだわりが生まれ、その点の歴史的分析に向かうことになつ

た。³⁾ 当時から現在に至る主要な教科書における「行政法(学)の基本原理」の扱いについては、のちに改めて検討を行う。

(三) 本稿の研究方法の前提事項

ところで、以下においては、杉村の「地方自治論」として、地方自治法論と地方自治論の双方を取り上げる。ここで、杉村の地方自治法論として、法律名でもある狭義の地方自治法と、地方自治に関連する諸法律の全体としての広義の地方自治法について、それらの行政法体系上の位置づけと解釈論を整理し、さらに、その前提として、杉村の地方自治に関する思想と実践としての地方自治論を念頭におく。以上の検討を踏まえて、筆者を含めて後進が検討すべき課題を見つけることを、本稿の目的とする。

次に、検討の視点を述べておきたい。杉村の地方自治に関する法解釈と実践には、①研究者生活スタートの時点における原点的かつ思想的かつ方法的な思索プロセス、②それをベースにした教科書と論文執筆に見られる展開期、③学問の方法論に示されていた「生き方」の締めくくりとして、京都大学定年前の一九七八年春、五九歳にして行政法や地方自治(法)の実践の場に飛び込んでいく決断をする自治の政治的実践とそれに関わって理解できる事情の計三つの論点がある。とりわけ①と②のフェーズにおいては、法解釈と実践の思考がより強く結びついていているように思われる。

以下、杉村の行政法方法論に立ち入る前に、方法論自体の前提をなしている事柄について整理しておきたい。

杉村は、まさに、「一つの時代」を生き抜いた。杉村は第二次大戦の終戦時に二七歳であった。現在の制度でいえば博士課程修了に当たるような年齢まで「戦時」が続いていた。法学を学んだ杉村は、その後「その(戦争)当時、批判的な考え方をしたり、批判的な言動をしたことはありません。・・・(若い学生らしい人たちから)その当時なぜ戦争

に抵抗して死ななかつたかと問い詰められました⁴。こうした戦争体験が、後の杉村の法学のバックボーンを作っている。その結果、貧困、思想の自由の抑圧、戦争の三つの害悪を経験した杉村は、これらを、法を学び解釈し実践する際の学問的態度の原点としている⁵。こうして杉村の行政法専攻の動機は、「一言でいえば、行政権力の不当な行使の法的規制の理論を明らかにしたいという気持ち」⁶につながっている。

杉村の業績には、学徒出陣で同世代の人が多数亡くなったこの第二次大戦（及びそれと関わる憲法的諸問題）とともに一九六八年～一九六九年頃を頂点とする大学紛争と公害問題が影を落としていると思われる。そして、以下に述べるように、問題意識とそれに基づく業績はまさに「その時代」を映しているが、現今の多数の教科書も杉村とは内容を異にするものの、同じく「その時代」を反映している。杉村のテキスト（教科書）や論文は、当時の大学や学問が直面していた窮乏気を感じさせる。現在の行政法研究者の多くが手を付けたがらないテーマを果敢に取り上げたことも杉村の最大の功績の一つであろう。杉村と同時代を生きた著名な行政法学研究者には、杉村と同様の感性・問題意識を持つ者が多かった。従って、当時の第一線研究者と現在の第一線研究者が置かれた政治・社会状況の差異、その結果として研究の前提としての問題意識にはかなりの差異があるように思われる。以下、杉村の地方自治（法）論の軌跡を追うために、いくつかのトピックに絞り、少しく時系列的に言及していきたい。

一 杉村行政法学における方法論

（一）行政法学の研究対象と方法

現存する杉村執筆の教科書から方法論の遍歴をたどってみよう。筆者が杉村の著作に当たることのできた限度では以

下のようであつた。⁽⁷⁾

一九六一年五月刊行の『行政法講義（総論）』（敬文社版）は、「はしがき」や「序文」がなく、ただちに「行政」という見出しから始まつている。⁽⁸⁾これに次ぐ、一九六三年刊行の『行政法講義総論（上）（初版）』（有斐閣版⁽⁹⁾）には、同書を利用する京大の受講者宛てに三つのことを記して「記憶にとどめてもらいたい」とある。その第一は、多数の法令が存在しているが「それらは、いずれも、その制定当初の社会的・経済的・政治的諸条件の下につくり出されたものであつて、行政法令の存在自体が歴史の一定の発展段階に生じた一つの客観的な社会事実であるということである」。第二は、「行政法令の存在と、行政部による行政法令の執行、さらには、行政法令の実効性（＝事実的妥当性）とは、別個の現象として判断されなければならないということである」。第三点目は、行政法の解釈に有権解釈（公定解釈）と非有権解釈とがあり、学者の解釈（学説）は有権解釈とは社会的機能を異にしており、また、学説についても学説の存在とその学説の実効性も別個の現象として判断しなければならないと指摘している。⁽¹⁰⁾

一九六一年版（敬文社版）とは出版社も異なる一九六三年以降のテキスト各版（有斐閣版）では、行政法に関して（ア）行政法解釈のあり方と、（イ）行政法学のあり方が、別の箇所であらわされている。そして、その章・節の構成と記述内容は、基本的に、一九六九年刊行の『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、初版・一九六九年）⁽¹¹⁾の第一章「序説」と全く同一である。すなわち、杉村は、一九六三年の三月頃（実質的な執筆は一九六二年）までに、自らの行政法学に対する基本的な姿勢を固めたものと考えられる。⁽¹²⁾そこで、本稿の読者が検証しやすいように、広く読まれた上記『全訂行政法講義総論（上巻）』（以下、これを『全訂行政法』と略す）における「行政法学の対象および方法」という項目を検討する。⁽¹³⁾

（ア）まず、第一章「序説」の第二節「行政法」の「四 行政法の解釈」中において、「法の解釈」と「行政法の解釈」とが、それぞれ論じられている。⁽¹⁴⁾この内容に触れておきたい。

そこでは、末広巖太郎、長谷川正安ほかを引用しつつ、法の解釈一般が「解釈する者の課題意識・法的正義感・国家観などの差異によって異なることは止むを得ない」が「法の適用される社会の実体と法の発展の方向についての正しい認識を必要とする」し、特に行政法のような公法は「強い政治的色彩を有するから、その正当な解釈のためには、政治現象に対する科学的認識とこれに対する政治的価値判断が前提となる」と述べる。そして、行政法の解釈にあたっては、観念的・非歴史的な概念法学、恣意的な形式論理的な解釈を否定し、強く、「現行憲法の定める価値体系、そこにおける行政権と私人との間の基本的関係」への考慮や、解釈のすべての場面での「国民の権利と自由の尊重」に注目することを求めている。¹⁵⁾

(イ) 法解釈論に加えてさらに行政法学方法論が展開される。第一章「序説」の第四節「行政法学」というタイトルのもとで、「一 行政法学の対象および方法」「二 行政法学と行政学との関連性」として敷衍されている。

そこにおいて杉村は、「法解釈学が、いわゆる「実用法学」として有する任務を軽視することは許されない。しかし、研究対象を実定法に限定する法実証主義は、法学の方法の一つであって、全部ではない。行政法学は、行政法に関する諸現象を、その研究対象とする。したがって、実定行政法の解釈だけではなく、行政法が成立する社会的・経済的・政治的關係、成立した行政法についての国民・公務員の意識、判例・学説、行政法の執行の状況ないしは行政法の実効性、行政法違反の原因などの分析も、行政法学の任務とする」と強く述べる。¹⁶⁾杉村は、上記の「許されない」というところに注を付し、末広巖太郎による「精神の生命なき法律家は、『解釈法学』、『法律解釈学』を有しない。あるのはただ『ツベコベいう技術』である」ことを深い思いで指摘している。¹⁷⁾

さらに、杉村のこれら一九六三年以降の教科書では、「わが国の従来の行政法学の対象と方法」に関する鋭い二点の指摘がある。結論的には、「権力者に奉仕する行政法学（官僚法学としての行政法学）」への批判である。¹⁸⁾さらに、「行政法学と行政学との関連性」についての小項目がある。

方法論に関連していえば、杉村は、公法学会における長谷川正安の報告「憲法学の方法」について、その発表時期から約一五年経っているにもかかわらず、「感激と衝撃はいまだに忘れることができません」と書いている。⁽¹⁹⁾杉村にとり当時の法社会学や一部の憲法の研究者の影響は大きかった。杉村の方法論形成には、行政法専攻の研究者のみならず、法社会学や行政学の諸業績も大きく寄与している。⁽²⁰⁾

ここでは第二次大戦後における行政法学のあり方（方法論）論に関する行政法学説史の検討はできないが、例えば田中二郎が一九四九年ないし一九五一年の時点で、その教科書の中に「行政法学の方法と任務」と題する節を置き行政法解釈の実践性や、行政法学の実践的・目的論的・政策的な任務があることを指摘していたことにも留意しておいてよろう。杉村以降の世代との方法論に関する比較については、ここで詳論する余裕はない。⁽²¹⁾⁽²²⁾⁽²³⁾

（二）行政法学の憲法論との関係

杉村の憲法、とりわけ基本的人権の重視の基本姿勢については触れた。杉村より五歳年長の今村成和は、その名著『行政法入門』（一九六六年）において、行政法成立の歴史を重視するとともに、法の両面拘束性の重要性を説く。今日では、行政法の役割として「行政に対する民主的統制」を強調すると、それは十分な行政法考察の観点ではないと批判を受けるが、今村は、「法律による行政」の原則さえ官僚支配の具に過ぎなかったことを批判し、憲法の定める「基本権の保障——自由権および社会権の保障」、なかでも、精神的自由、ことに表現の自由、学問の自由等を重視し、公安条例に関する一九六三年の最高裁合憲判決（後述）については「これに反対する二人の裁判官の少数意見にこそ聴くべきものがあつた」とし、社会権の重要性も説く。「はっきりした人権思想の裏付けのない、聴聞制度の形式的な採用は、なんらその真価を発揮させるゆえんとはならない」⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾と喝破する。後に述べる公安条例に関する杉村の議論と共通する精

神が強く現れている。

杉村は、現在の行政法研究者と比較して、憲法の諸条文、とりわけ人権に関する条文の引用・解釈が多かった。法律レベルの解釈技術論の精緻さの競争とは異質の研究・実践スタイルと言えるかもしれない。

二 行政法学（教科書）における地方自治法の展開

行政法学の方法論については一定の議論の蓄積があるが、杉村の地方自治法論については、行政法学方法論とは異なる何かがあるのであろうか。

杉村は、以下に述べるように、地方自治（法）の問題に鋭い論稿を書いているが、『法の支配と行政法』⁽²⁶⁾、『続・法の支配と行政法』⁽²⁷⁾等に収録された諸論文、とりわけ、「法の支配」論、行政裁量（統制）論、行政争訟制度論、公用負担論等に関する論文のいずれにおいても、特に地方自治（法）という切り口から特有の考慮事項があると論述したようには見えない。

杉村にあつては、既述のように杉村敏正『全訂行政法』の中で、実質的に地方自治法を扱っている。大陸系の伝統的な行政法テキストとおおむね同様であり、行政組織法と題する第二章中に、現行国家行政組織法について、現行公共団体行政組織法がある。その「公共団体」の中で、地方公共団体、公共組合、営造物法人が並列して取り上げられる。ただし、「地方公共団体」の項目の中で、憲法による地方自治の保障、自主立法権、国と普通地方公共団体との関係など地方自治法の主要問題への言及がある。杉村の大きな貢献は、次に引用する部分である。「公共団体の諸機関の行な（ママ）うすべての作用を、形式的意味における行政とすることについては、理論上、難点がないわけではない。ただし、たとえば地方公共団体は、地方自治（local self-government）を行なう統治団体であつて、単なる行政団体ではな

く、その議会は条例制定権をもつ議事機関であり、これを地方公共団体の行政機関とみすることは許されないからである。それにもかかわらず、地方公共団体の行なうすべての作用を、形式的意味における行政とするのは、一方では、条例の制定をも包括して論じる立法法学が未だ確立されず、他方、地方自治法学も行政法学からその独立性を十分に獲得していないため、便宜上、行政法学の分野で、地方公共団体のすべての機関の組織や作用などに関する法を説明する必要があるからである。⁽²⁸⁾この一九六七年から一九六九年の頃の間に、杉村の行政法学体系の中において地方自治の位置づけの模索が始まったと考えられる。ただ、この模索は「行政の意義」を論ずる中で、「形式的意味における行政の概念」の解説中で行われているという意味において未完成であり、地方自治（法）の諸問題は、行政組織法の公共団体論の中で論じられるにとどまった。ただ、単なる行政法体系の中から、地方自治の憲法的保障の意義を活かした解釈や法律と条例の関係について独自の理解を導く萌芽がある。例えば、法律の個別的な委任に基づく条例（委任条例）は、自治事務に関して制定される地方自治法一四条という条例とは異なるという明確な区分をしている。これらは、本来は、近時の上書き条例論などや、法律による明示的な委任事項を超える条例の位置づけや評価について一石を投ずるものとなるう。

杉村の行政法教科書における地方自治法制・解釈の解説は、さほど詳しいものではなかった。しかし、これが、各論的なレベルにおいては、憲法論ともかわつて、積極的に展開されることとなる。

この行政法総論の中での地方自治体の位置づけを他の研究者と比較してみよう。田中二郎は、戦後、早い時期から行政法の基本原理の変遷を示す第一番目として「中央集権主義より地方分権主義への変遷」を挙げていた。すでに、一九四九年の教科書から、わが国の行政法の基本原理として「地方分権の原理」、「民主主義の原理」、「法治国家・福祉国家の原理」、「司法国家の原理」を挙げている。⁽²⁹⁾同年発行の単著『行政法の基本原理』では、「新憲法の下における行政法の基本原理」として、「地方分権主義の確立」、「行政組織の民主化」、「法治主義の確立」、「司法国家への転換」（筆者

注・いずれも新字体に改めた）の四つを挙げている。同年の教科書と単著では見出しにおいては微妙な差異があるが、内容的にはほぼ同一のものが基本原理として扱われている。⁽³⁰⁾これらの原理が、田中の教科書において随所で展開され切ったかと言え、必ずしも肯定はできないが、行政法解釈上の基本理念として強く意識されていたことを示している。

そして、田中二郎『新版行政法中巻（全訂第二版）』（弘文堂、一九七四年）は、行政組織法として、総説につづき、国家行政組織法、地方自治行政組織法、特殊行政組織法、公務員法と続け、公共団体法の中に地方自治法を持ってきた。この点では、田中においては、総説で述べる行政法の基本原理のうちの「地方分権の原理」が活かされ、かつての行政法体系における公共団体論から抜け出しているところが特徴的である。その後の体系書でも地方自治（法）を行政法学の基礎理論の部分において明確に位置付けたものは未だ見当たらないように思われる。⁽³¹⁾

ただ、翻って、行政法（学）の「基本原理」とは何であろうか。杉村にあつては、その後の行政法研究者によつて整理されていく諸テーマが、「行政」、「行政法」、「法治主義」、「行政法学」、「行政法関係」という順でやや羅列されており、本稿で紹介する杉村の行政法学方法論も、多少、記述が散在している。その意味において、行政法（学）の基本原則が何かを明確に整理したのではない。その後の論者も、塩野宏が「日本行政法の基本原理」として「法律による行政の原理」、「行政のコントロール・システムの充実」、「法の一般原理」の三項目を挙げる点で注目されるものの、地方自治は基本原理から除外されており、他の論者にあつても行政法の基本原理ということとは強く意識されてはいないようである。⁽³²⁾近時の多くのテキストは、ほとんど共通して、「公法・私法の問題」「法律による行政の原理」、「行政法的一般原則」、「行政法と民事法の関係」などを取り上げているが、中には、行政情報に関する法原則、行政統制の諸制度を挙げものもある。⁽³⁴⁾比較的新しいテキストを見ると、行政（を）統制（すること）ないし権力統制や、司法（による）統制など、権利保護の観点が少し薄くなっていると感じられる。⁽³⁵⁾

三 地方自治に関する制度と法解釈

さて、杉村の地方自治論は、「地方自治の危機」という局面から、(ア) 事務配分、組織・機構(制度)などの問題と、(イ) 住民の生活環境の破壊から人権侵害が起きている事態に対する地方自治のあり方、という二つの課題に分けて論ずることが適切のように思われる。⁽³⁶⁾ 後者の問題は、前者と無関係であるはずはない。杉村は(イ)の観点から、公害行政の諸論点を扱っているが、当然に、そこで論じられている公害防止条例の可能性・限界論は、事務配分論と重なる部分がある。公害防止条例に関しては後に取り上げる。

杉村の地方自治に関する関心は、退官後一〇年以上も経った後の「私と地方自治」と題する講演において、戦後民主化政策と警察法のかかわり、および、公害防止行政の二つがメイン・テーマであったことに示されるように、地方自治に関しての各論的大テーマは、権力行政としての警察と、福祉行政的要素をもつ公害・環境行政の領域にあった。⁽³⁷⁾ もともと、戦前の集権行政の解体の主要な対象であった教育行政も主要な関心領域である。以下は、(ア)の制度論と事務配分論の問題を、教育行政と警察行政に関する杉村の発言を中心に検討する。

そもそも、現在の地方自治法制は、一九五四年、一九五六年の相次ぐ法改正によって成立したものであって、改正が一度もない憲法の制定直後を基準にすると当時の地方自治法体系とは異なったものとなっている。杉村の地方自治論は、中央省庁による自治体人事への関与の指摘など、きわめてストレートであった。いわく、「ここまで地方財政を貧困化し、国の補助金交付制度や起債の許可制で、地方自治体を財政的に統制し、これを背後において、行政統制や人事関与を行うなど、中央集権化を強化してきたのも、その狙いは、はじめから、このような中央政府の政策を自治体に貫徹させることにあった」。⁽³⁸⁾

まず発想の原点は戦後直後の警察・教育法制にある。「警察行政及び教育行政の地方分権化をねらいとする重要な改

正」を「地方自治の二大支柱」とする田中二郎の論稿³⁹を引いて、旧警察法と旧教育委員会法による戦後改革の重要性を説いている。杉村は、都道府県と市町村の関係についても、都道府県警察と市町村警察のあり方などに見られるように、積極的に発言をしていた。杉村章三郎や田中二郎が、（新）都道府県警察の実態は国家警察であると述べていることを引用し、その都道府県警察が警備・公安警察に重点を置いていることを「ご承知の通りでございます」という。⁴⁰

今日でも、一九四七年制定の地方自治法及び当時の関連法制と、一九五四年前後からより顕著になる現行法制との違いについて詳しく立ち入った法学研究者はあまりいないように思われる。一九五〇年の朝鮮戦争開始時期から高度経済成長体制のための整備時期の一九五二、一九五四、一九五六の各年を中心に改廃・制定された多数の法律の整備との関係で、地方自治法、警察法、教育法の体系的検討は手つかずの状態と考えられ、この高度経済成長準備期の法制変遷過程の研究は、都道府県の連携や道州制の採否ともかわり、後進の一つの課題となろう。

教育分野における地方自治のあり方に関する杉村の見方に触れよう。警察法制関係と同様に、戦前の中央集権行政の典型であった教育分野での発言がある。⁴¹この小論（発言）では、執筆当時に問題となっていた事件、すなわち自民党からの異論に基づき文部事務当局が京都府教育長の承認をしないという一件に関して見解を述べる。杉村は、戦前における集権的教育制度の反省の結果、教育行政事務が自治体の事務とされたこと、また、教育行政機関の官僚化を避けるために地方自治体において首長から独立した教育委員会が設置されたことを根拠として政権与党や文部省が採ろうとする不承認措置は、「明らかに承認権の目的外の乱用、地方自治の侵犯の意図がある」と結論づけている。さらには、教育長と執行機関である教育委員会の関係についても言及して、文部省や自民党が筋違いの議論をしているという批判を行っている。ここでは、一九五六年制定の地方教育行政の組織及び運営に関する法律の制度面における矛盾を、条文に照らして批判しているものと評価できよう。⁴²

今一つが、警察法の領域である。杉村は、「警察権の濫用」という論文において、戒能通孝の行政法と警察権、地方

自治と警察権に関する一文を引用している。すなわち、「行政法の中でも、憲法の変化に伴って最も変化しなければならないものは、警察法たるべきはずである。・・・警察とは、本来市民が自己の安全をはかるため自ら協力して犯罪を防止する自治体的活動であるとの観念⁽⁴³⁾」である。そして、本来、市民のための自治的な組織であるべき「警察権が・・・国民大衆の表現の自由権や勤労者の団体行動権と少なからぬ矛盾・衝突をひき起こし、しばしば、大きな社会的問題を生じさせている」という現状認識をもっている。現在のいわゆる「安全と安心」というキーワードで市民が警察に協力するという素朴な発想とは根本的に異なった緊張関係を伴う姿勢・理念が背景にある記述である。杉村は、戒能通孝編『警察権』において、憲法前文の「そもそも国政は・・・」で始まる一文を記し、その文の「国政」を「警察」と置き換えて、警察の存在理由を説明しているが、これも象徴的である⁽⁴⁵⁾。

以上のように、杉村にあつては、明治憲法下、とりわけ、第二次大戦中にもっとも集権制とその弊害が現れた教育と警察の領域における自治化・民主化に強い問題意識がある。

同時に、記述内容が限られている教科書スペースの中で先見の明のある言及も少なくない。例えば、「救援物資および義捐金の受払、保管の事務は、・・・地方自治法二条二項（筆者注：当時の条文）という普通地方公共団体の公共事務に該当し、同法一四八条により村長の管理執行すべき事務に属する」として、今日いっそう重要な災害時の支援物資・義援金に関する首長の管理執行権についてあえて書き記している⁽⁴⁶⁾。

ただし、この時期の杉村の教科書の中での地方自治法の解説的記述は、伝統的な教科書類に書いてある内容と同様の部分が多い。

四 条例論

杉村の条例論の特徴は、研究の基本姿勢とのかかわりでは、公安条例と公害防止条例の評価において典型的に現れた。前者は、第二次大戦を契機とし表現・思想・結社等の自由を根底に置く基本的人権論、後者は一九六〇年代末に最初の頂点となる公害ないし環境破壊の問題に対する生命・健康を中心とする人権論に対する意識を顕著に示している。

（一）公安条例論

杉村は、上記の警察権のあり方についての具体的かつ説得的な議論を公安条例に関する評釈・コメントにおいて典型的に表現した。

具体的に見れば、杉村は、全国の公安条例の制定経緯や分類を簡潔に述べた後、同条例の制定に至るまでの社会状況、制定後の執行状況をみて、公安条例を「集団示威運動の際における交通の安全やこれに反対する集団との衝突による危害の予防を目的とする普通警察法規とみるべきであろうか、それとも、右の目的は表面的な口実であつて、思想表現の自由そのものを制限しようとする政治的警察法規とみるべきであろうか」と問い、「公共の安全」概念の中に「拡張解釈の形式的・抽象的・観念的正当性が、実際には実質的・具体的・現実的な政治的濫用の可能性ないし危険性がひそんでいる」と喝破している。結論として、「公安条例の基本的性格は、その経済力にまかせて諸種の報道手段によって行使される資本家やこれと結合するある種の国家機関側の思想表明の自由に対抗して、自分の身体をもって国民大衆側の思想を表明する集会・集団行進・集団示威運動に対する抑圧法規であり、この意味において、政治警察法規と称してよいであろう」と述べた。

その例として新潟市公安条例の合憲判断をした一九五四年の最高裁大法廷判決がある。⁽⁴⁸⁾ 杉村は、最高裁自身が定立した抽象的原則も、その最高裁自身が適用を誤るほどに不明確さをもったものであつて、「このような不明確な概念で許可の要件を定めることを許すのが妥当であらうか」と問うていた。⁽⁴⁹⁾

新潟事件最判が、デモ行進について、一般的許可制又は禁止を留保する一般的届出制による事前抑制を違憲であるとして、一定の歯止めの基準を述べていたのに対して、一九六〇年の東京都公安条例事件最高裁大法廷判決⁽⁵⁰⁾は、有名な「条例の立法技術上のいくらかの欠陥にも拘泥してはならない」という一文を記し、デモ隊暴徒化論などを展開した。杉村は、新潟事件判決で定立した公安条例の違憲性判断基準を放棄したと評価し、「公共の福祉のためには、集団行動の事前抑制はやむを得ないことを示すにとどまり、そこには、その合憲性・違憲性の基準を定立して、これを嚴格に適用しようとする意図はみられない」と述べ、鋭く批判している。⁽⁵¹⁾

一九七五年に、最高裁は、徳島市公安条例事件最高裁判決⁽⁵²⁾において、法律と条例の関係につき、問題となつてゐる権利の性質（ことに表現の自由）を度外視した論旨を展開した。常に憲法上の人権論から大局的な批評を行い、上記のとおり、公害規制については条例の積極的役割を肯定した杉村が、道路交通法と公安条例の抵触関係が問題となつた本件最判について直接の言及をした論稿は見当たらない。杉村は、おそらく最高裁が展開した人権論なき法律と条例の関係論には与しなかつたのではないかと思われる。⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾ 杉村は、公安条例の現状に照らせば、条例制定権論に新たな課題を提起するのではないかと推測する。⁽⁵⁵⁾

（二）公害防止条例論

杉村は、「地方自治の危機」を二つの角度から唱えた。すなわち、「地方自治の危機」は、第一に、法制度面で、警察

法の全面改正、教育委員会法の廃止、地方制案の答申など事務配分とか自治体の組織・機構、言い換えれば、「地方自治の制度の改悪」に関する問題であり、第二に、「住民の暮らしの実態」における一九六〇年代半ばからの自然・生活環境の破壊を契機とするものである。⁵⁶ここから、杉村の公害関係の法分析が始まる。とりわけ、一九七一年発表の「公害関係法の現状と問題点」、「条例制定権についての一考察」という二本の論稿により、公害防止条例による「上乗せ」規制の可否について当時の関係法令、行政解釈、憲法学の通説的見解等を多角的に検討している。「上乗せ」と称される規制には多様なものがあり、それらも列挙されているが、ことに当時深刻な問題であった大気汚染防止法（以下、大防法）を具体の例として、同法の改正経過や関連諸規定の通常の解釈からすれば上乗せ条例の「制定を禁止する趣旨と解される」という。これに対して、杉村は、大気汚染防止の場合には、「地域の自然的（例、地形や気象）、社会的条件によって、これを防止するために必要とする規制の程度に、おのずから、地域的に差異があり、したがって、法律による規制を全国を通じての必要最小限のものと解すべきものとする要素」があることを認め、もしも法の趣旨が上乗せ条例を絶対的に禁止するものであれば「むしろ、大気汚染防止法の当該規定は、そのかぎりにおいて、憲法九二条の「地方自治の本旨」に反し、無効と解されるべきであろう」と述べた。⁵⁷

杉村の議論は、大阪市での現状、すなわち、いおう酸化物の被害が大きいものの法的対策が取れない実態を踏まえてのものであった。上乗せ規定をもつ公害防止条例の違法性を直接に争点とする裁判例は存在しないが、首都圏や関西圏では現に国の法令より厳しい多数の公害関係条例が制定され、企業は当時の社会情勢に照らして受け容れざるを得ず、裁判事件に至らなかつたため、公害防止条例の違法・適法に関する判例理論は展開されなかつた。当時の四大公害裁判事件のうちイタイイタイ病（第一次）訴訟を除いて他の三事件では一審判決に対して控訴がなされず、その控訴審判決も含めて公式判例集には四大公害裁判判決が一件も載っていないように、「事実」ないし「実務」のレベルで、厳密ではないにせよ上乗せ規制適法説が定着したといってもよく、そのための公法学的裏付けが杉村らの手によって行われた

と評価してよからう。

このように、公害防止条例は典型事例であつたために中央省庁も企業群も反論できなかったが、それ以上に、どのような条例が、どの範囲で、法令の「趣旨」に反してまで制定できるのかの検討は、後の時代に委ねられることになった。杉村にあつても、大防法の現行の諸規定が内在的に抱えている上乗せ規制限度の解釈論上の諸論点は残っており、憲法論も含めて緻密な条例制定限界論はいまだ展開できてはいなかったと思われる。

おわりに——地方自治実践の場へ

杉村は、地方自治の実践の場面に進み、既述のように定年前の一九七八年三月に五九歳で退職し、そして京都府知事選の立候補者となった。

(一) 実践を決断させたもの

京都府立総合資料館内にある自治体問題研究所の所長であつた杉村に、当時現職の蜷川虎三知事が当初は禅問答のような形で、後継知事候補としての打診をしたようである。その後、正式に知事からの立候補要請に対して、杉村は「やる」と即答したという。⁽⁵⁸⁾杉村は、蜷川知事の回顧録に次のような言葉を残している。蜷川七選のあと、「いつだったか、なにかの会合で、蜷川さんが「政治に関心があるか」といわれたことがあります。漠然とした話だったけど、私、直感して、数人に意見を聞いたことがあります。それが、こんなことになる最初だったようです。(中略)票がどうなるかなど、私自身始めから観念がなかったんです。ただ、蜷川さんの信頼に依って、ベストを尽くすだけでした」⁽⁵⁹⁾。

杉村自身、選挙戦終了から間もない時期に次のようなことを書いている。

「現代地方自治考察の基本的視点を定めるために、政治信託の法理と地方自治制の存在理由を憲法に即して考え直してみる必要があると思う」と述べたうえ、地方の議員・長の選挙でスローガンとされることのある「中央直結」なるものは、理論的には、地方自治の法理に背反する」と指摘する。⁶⁰そして、「地方自治には保守も革新もないという主張が、屢々、聞かれる」ことや「脱政党化」に対しては、「大企業本位・財界本位の地方政治と住民本位・人間本位の地方政治に差異が存することは明らかであろう」として、実例を挙げながら述べている。⁶¹ここでは、杉村の立候補を決意させる中央直結政治や公害問題などが明確に意識されている。

そして、現代地方自治を法律的に研究する観点からは以下の諸点が重要であるとする。第一に、「地方自治」体が国とは別箇の独立した住民自治団体であり、国の行政区画や国家政府の出先機関ではないということ、第二に、自治体の権能論・事務配分論と財源配分論、第三に、立法的関与も含めた関与限界論、第四に、議員や職員の資質・能力の向上のための不断の自覚的な努力に加えて、機構上の有機的な関連を保持できる体制整備、第五に、住民の政治・行政参加の実質化である。⁶²

以下、これの課題の一つである住民参加というテーマと、杉村の長年の基本的研究テーマである行政手続法を架橋させ、再度、行政法学の基本原則として地方自治がありうるか、という問題に触れて本稿のまとめとしたい。

（二）住民参加論と行政手続法論の関係

杉村は、田中二郎の「地方自治制度は、……民主主義的統治構造の一環として不可欠の制度といってもよい」という一文を引用した直後に、「地域住民の多種多様な地域的行政需要に対して、それぞれの地域の実態に即し、総合的な

観点からこれに適正に対処することを国に求めることは困難であり、本来、地域社会の問題は地域住民がみずからの意思により自主的に解決することが民主主義の原理に照らして当然である」と述べている。⁽⁶³⁾

杉村と兼子仁の共著である一九七三年刊行の『現代法学全集一一 行政手続・行政訴訟法』の書籍綴じ込み付録の座談会において、聞き手の広岡隆が、行政訴訟法の体系書に関して兼子に問うた事項がある。兼子は、行政手続が整備されそれが司法化していくと事後の行政訴訟手続の比重が下がっていく、国民が事前に参加すべき行政手続のいまだ不備なところを訴訟が補うという考え方を行政法理論としてもおさえておく必要がある、と述べたほか、杉村は、ナチュラル・ジャスティス（自然的正義）やデュー・プロセスの原則が「単に行政処分の適法性、正当性を手続的に保障するという観点だけでなくして、もう一つの大きな柱にならねばならぬ」ということは、やはり強調しなければいけない」と述べている。⁽⁶⁵⁾ 筆者は、ドイツでの経緯を踏まえて、事前行政手続が十分に履践されれば、国民の法意識が高まり反って行政不服審査や行政事件訴訟が増えるのではないかと考えるが、右記の対談ではそのような結論にはなっていない。しかし、杉村は、今の言葉に直して言えば、政策形成過程から具体的な行政の活動のあらゆる場面に至るまで法的対話が行わなければならないという主旨を唱えていたことになる。そして、手続法の思想の対象は、その対象が単なる権利保護的な観点からの行政処分にとどまらず「行政への国民参加の民主的意義」とつながっていた。⁽⁶⁶⁾

杉村の住民参加手続論は、自治体における行政手続法制の整備に関しても展開されているものの、国と地方自治体の行政における行政手続のあり方自体の差異、国と自治体との間の手続問題、あるいは行政手続を運用する公務員の力量については、必ずしも触れていない。

これは、ある意味では、当時の行政法研究者にあつて、将来の日本の法治国家の実質化について、楽観論が支配的であつたことを示すものと考え余地があるのではなからうか。市町村行政への住民参加の充実についても、時代の経過とともに、進展するとの信頼ないし期待があつたものとうかがわれる。⁽⁶⁸⁾

住民の自治主体性に対する杉村の期待は大きかったと考えられる。「中央集権化を支えている諸制度の改善、例えば、国と地方公共団体との間における事務の再配分、財源の再検討、地方公共団体の自治事務に対する行政的関与のあり方は正などは地方自治の確立に必要な不可欠である」としつつ、「国との関係において地方公共団体の自治事務とその処理にふさわしい権能を取得し、いわゆる団体自治の確立を実現するためにも、地方自治体の住民が、住民参加により、地方自治体に課されている制約を認識し、地方自治権の確立のために、住民みずからが主体的に行動することが必要であろう」と述べている。後年において杉村の労作の中心は行政手続法にあった。法の支配の研究からすれば当然の帰結といつていいであろう。

杉村の地方自治（法）論からは、明治憲法下、とりわけ第二次大戦中の不幸な事象に対する反省から、徹底した警察・教育の民主化、基本的人権の尊重、住民主体の国家統治機構の構想がうかがえるように思われる。二一世紀に入つて十数年も経た今日、そうした観点から杉村が現状と行政法学界をどのように評価するのか。杉村の人の柄から、率直には開陳しないと推測するが、そつと、「大丈夫か？」と語る気がする。

（三）行政法学における地方自治法理の位置づけ

上述のように、筆者の行政法学と地方自治法理の関係についての問題意識は、研究者としての問題意識を持ち始めた時点においては、（ア）地方自治体に関して行政法学がもつ常識と国民が常識的にもつ感覚との差異と、（イ）行政法学において地方自治は一つの法（解釈）原理として成り立つのか、というところにあった。このうち、（ア）は、なぜ、地方自治の法律問題が行政組織法の中において、しかも、国家行政組織法と対比して、各種の公共組合や営造物法人と並べて公共団体組織法という枠組みの中で論じられているのかであり、（イ）は、当時の代表的な教科書である田中二

郎の総論テキストにおける基本原理としての列举が、その解釈法理の全体にどう及んでいるのかを知りたい、そして、必ずしも貫かれていないわけではないか、というところにあつた。

そうした観点で行った本稿での杉村学説の検討から何らかの結論を記す必要があろう。それは、筆者自身が、ある意味で、行政法学の体系、そして地方自治法体系さらには地方自治法制度がどうあるべきか、また、地方自治の良い意味での実質化のためにどのような立法政策が好ましいかについて触れるべき、ということにもなる。

建前としてのいわゆる地方分権改革、そして二〇〇〇年新地方自治法の施行に伴い、理論上は、地方自治体の立法面、執行面での法的措置可能性は拡大した。その改革以前の歴史が教えるように、地方自治体での、場合によっては、いわば脱法的な、ないし、苦し紛れの法解釈や条例制定・要綱行政によって、中央省庁の行政実務や国の法令の改変が行われ、その改変に至るまでの間に、判例上は、地方自治体の措置を違法としたり適法としたりする判例の混在状態がしばしば出現する。多くの場合、困り果てて地方自治体が行った実例やそれを契機とする判例の蓄積の結果である。結果的に「先進的」と称される自治体条例や行政実例が蓄積されて国・中央省庁の法的対応が変更されるという事例は枚挙に暇がない。その間のいわば過渡期における国の法令である行政法の解釈原理はどうあるべきか、ということが今一度、まとめて問われてよいであろう。

筆者は、まだまとまった見解をもつに至っていないが、第一に、杉村も当惑したように、行政法解釈学の体系の中で、地方自治をしつかり位置づけることが可能であろうか。この間、条例制定権論に関しては相当の蓄積があつたと言えようが、個々の法律に則してみても人権論との調整などはまだ確立したものはない。さらに、条例論を離れると、地方自治体の事務論が、実に多様な場面で行政法解釈に影響を与える。一般的には、個別の事件において、地方自治を念頭においた法解釈が行われるのであるが、今日では、より広く、国地方係争処理委員会・自治紛争処理委員の制度の適用の有無、地方自治体の争訟当事者性（原告・被告・参加人・調停申立人の各適格性問題）、国家賠償や損失補償におけ

る最終的な責任配分原理、訟務制度との関係などで、地方自治に関わる何らかの一般論・基礎理論が展開されてよいと考える。それこそが独立した地方自治法学の対象である、という反論もあろうが、行政法解釈の基本原則として構想されてもいいのではなからうか。

ただ、第二に、地方自治は、国土の広狭、人口の多寡に左右される。超小規模国家には、法人としての地方自治体が不要なところもある。住民自治＝国民自治なのである。そこでは、単に、民主主義と人権保障が考えられればいいであろうが、わが国のごとき規模では、やはり行政法の個別解釈の中に地方自治への配慮が入らざるを得ない。具体的には、自治の名による国法以上の人権制限や、福祉水準の過度の引き下げなどは許されない。杉村が、あえて災害義捐金の法的性質にまで触れたのは、行政の全過程において地方自治の問題が、組織、事務分担、管理する財産・現金の法的性質にまで及ぶということの一例であろう。その際に、杉村が繰り返し展開して見せたように、現実の緊張関係に十分に目配りしたうえで、憲法原理に遡った解釈が常に必要とされよう。

(了)

(1) 本稿のベースは、二〇一一年九月に逝去された京都大学名誉教授・杉村敏正先生の追悼論集として刊行された杉村敏正先生追悼文集編集委員会（編）『杉村敏正先生追悼文集』（有斐閣、二〇一四年）に寄稿した木佐茂男「杉村先生の地方自治論」同一九一～二〇七頁である。同追悼文集では、テーマと紙幅の限定に伴い、杉村の地方自治（法）論を展開するための前提となる行政法学への基本的姿勢について検討した部分は削除せざるを得なかった。そこで、本稿は、右記原稿提出時に接した若干の文献も付加して、元の原稿を補訂したもので、字数にして文集掲載原稿の二倍を超している。なお、筆者は、ほとんどすべての論稿において、本文中および注記において固有名詞を肩書きなしで記すこととしているため、上記文集では、本文および脚注において、杉村のみを「先生」とし、他のすべての人名を敬称・肩書きなしとしたが、本稿では、杉村も含めて日本人・外国人を問わず人名を肩書きなしで表記し、かつ本来、文集では敬語で表現した部分もすべて敬語を削除した。文集で用いた、例えば「杉村先生は・・・された」という表現を「杉村は・・・した」と変えている。杉村先生はじめ多数の研究者に対して非礼な表現

になっていることを予めお詫びしたい。

(2) 右記文集で別途「随想」として掲載された木佐茂男「杉村先生の「勇氣」」杉村敏正追悼文集編集委員会(編)・前掲注(一)二六五〜二六九頁において私的な杉村観を述べている。

(3) このこだわりから執筆したのが、最初の論文・木佐茂男「プロイセン・ドイツ地方自治法理論研究序説——「地方警察」権の分析を中心とした国家とゲマインデの関係(一)〜(四・完)」自治研究五四巻七号〜一〇号(いずれも一九七八年)である。しかし、その問題意識は詳論したことがなく、同論文(一)の冒頭(九六頁)に二〇行程度書いているにとどまる。日本の行政法学における地方自治の位置づけに触れるものではないが、日本行政法に大きな影響を与えたオットー・マイヤーと比較して、マイヤーの行政法体系の最初の後継者とされるフリッツ・フライナーの地方自治論が、きわめて異なったものであることを分析した論稿として、諸坂佐利「フリッツ・フライナーの自治行政論」兼子仁先生古稀記念論文集『分権時代と自治体法学』(勤草書房、二〇〇七年)二二七頁以下がある。これは、両者が拠って立つ法令がどの国、どの地域のどのような歴史的経緯に基づく法令を基礎として学説を展開しているかの分析を行っていないが、両学説の基本的な視点の差異を地方自治の評価・位置づけにかかわらせて検討するための素材として有益である。

(4) 杉村敏正「憲法と行政法」(勤草書房、一九七二年)三頁(初出、一九七一年)。

(5) 杉村「新法学生の諸君へ」前掲注(4)『憲法と行政法』八頁。

(6) 杉村敏正・兼子仁・広岡隆「(著者は語る)行政への国民参加」現代法学全集第一一卷付録(筑摩書房、一九七三年)付録一頁における杉村の発言。

(7) 杉村の最初のテキストは、三二歳の頃に刊行された杉村敏正『行政法講義案(第一)総論 中巻』(三和書房、一九五〇年)、同『行政法講義案(第二)各論 上巻』(三和書房、一九五〇年)のようであるが、所蔵館は、国立国会図書館、京都外国語大学に過ぎず、検索の限りでは、「総論 上巻」は見当たらない。後記の一九六一年教科書と一九六三年教科書の間に、構成と記述内容の大きな変化があることからすれば、さしあたりこの一九五〇年教科書には言及しなくてよいと判断する。

(8) 杉村敏正『行政法講義(総論)』(敬文社、一九六一年)一頁。

(9) 杉村敏正『行政法講義総論(上)』(初版) (有斐閣、一九六三年)。

(10) 杉村・前掲注(9)『行政法講義総論(上)』(初版)はしがき一頁。

(11) 杉村敏正『全訂行政法講義総論(上巻)』(有斐閣、一九六九年)。

(12) 杉村は、一九六二年一月刊行の杉村敏正『行政法の諸問題』長谷川正安・宮内裕・渡辺洋三編『安保体制と法』(三一書房、一九六二年)八〇頁以下において、「行政法」の解釈理論上の基本的問題」という節で、その後の行政法総論教科書ほど詳細ではな

いが、行政法解釈の基本的考え方について、しかも、今日、研究者が触れない安保法体系を素材にしつつ、立ち入った言及をしている。

(13) 初刷、第三刷及び第八刷を参照したが、内容の変更はないので、以下、本書の引用頁は初版・第八刷（一九七四年刊）による。本書には一九八一年版があるようであるが、増刷と推測され、CITEで調べた結果では、海上保安大学校と成美大学メディアセンターにのみ所蔵されており、閲覧できなかった。

(14) 一九六三年刊行『講義』の改訂版である杉村敏正『行政法講義総論（上）』〔改訂第一刷〕（有斐閣、一九六七年）三七頁以下でも（本文中に「」が加わっていることを除けば）内容に変更がない。唯一、注記に文献の追加があり、一九六七年改訂版三九頁注（2）に、オットー・マイヤーの行政法学の構造および限界についての塩野宏『オットー・マイヤー行政法の構造』が加わっているのみであり、以後変更はない。行政法学の方法論は、一九六七年『改訂版』では五一頁以下に記述がある。

(15) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』三六頁以下。

(16) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』四九頁。

(17) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』四九頁注（1）で、末広厳太郎が、「法律解釈学そのものは、理性なく、迎合することとする法律家に対しては、単なる論理の遊戯であり、時には生活の資にすぎないが、しかし真に正しい『人間』となりながら、しかも『法律による裁判』をしようとする人に対しては、実にその生命の問題でもあるのである」（末広厳太郎著・戒能通孝改訂『民法講話上巻』（岩波書店、一九五四年）三四頁）と述べた部分を引用する。さらに、同書では、法学方法論に関する法社会学とマルクス主義法学の文献が挙げられている。杉村・前掲注（11）『全訂行政法』五〇頁注（3）。

(18) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』五〇頁。

(19) 杉村敏正「新法学生の諸君へ」同・前掲注（1）一二頁（初出、法と民主主義一九七一年四月号）。列挙されている長谷川報告は、長谷川正安「憲法学の方法」公法研究一六号（一九五七年）一三頁以下である。長谷川については、前掲注（11）『全訂行政法』五〇～五一頁の三つの注で言及されている。

(20) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』五〇頁以下の注では、末広厳太郎、川島武宣、長谷川正安、下山瑛二、辻清明、渡辺洋三らの名前が挙がっている。

(21) 田中二郎『行政法講義案 上巻 第一分冊』（有斐閣、一九四九年）七七頁以下、同『行政法講義案 上巻 行政法総論（第三版）』（第五刷）（有斐閣、一九五一年）七七頁以下。

(22) 行政過程論、行政領域論、市民公法論、特殊法論などの一九七〇年代前後の方法論議と地方自治（法）の関係についてはここでは触れない。杉村が後掲注（28）を付した箇所の本文で「地方自治法学」の「独立性」に触れているのは、兼子仁の特殊法論に近

い発想によるものかもしれない。当時の行政法学方法論議を概観するものとして、岡崎勝彦「行政法学方法論」山田幸男ほか編『演習 行政法（上）』（青林書院新社、一九七九年）四五～五一頁がある。「国家観」や「歴史観」自体が「無意識のうちに固定的な枠の中に閉じ込められている」ことから、再検討の必要性を指摘した遠藤博也「戦後三〇年における行政法理論の再検討」同『行政法学の方法と対象』（信山社、二〇一一年）四五頁以下（引用部分は六七頁）（初出・公法研究四〇号、一九七八年）は、行政法学の体系の再構築を展望するため、より基礎理論・歴史分析を重視する方向を示唆していた。これは、地方自治法理の新たな位置付けの可能性を模索するものであったかもしれない。

(23) 通説・判例に対してしばしば鋭い批判を述べた原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』（学陽書房、二〇一二年）も、行政法学の対象問題としては公法私法二分論にこだわっており、他方で、新しい傾向を示す大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論（第二版）』（有斐閣、二〇一三年）、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第五版）』（有斐閣、二〇一三年）、同『行政法』（有斐閣、二〇一二年）には、行政法学のより本質的な存在理由を書いた箇所は見当たらない。二〇〇七年に初版が出された櫻井敬子・橋本博之『行政法（第四版）』（有斐閣、二〇一三年）に掲載された初版「はしがき」には、「これまでの行政法は、現実社会の動向から距離をおき、抽象的・理念的側面を強調するという傾向が見られた。これは、二〇世紀の行政法が世の中の動きから切り離され、官学的・閉塞的な性格を持ち続けたことを表すものである。」（第四版ii頁）。「これまでの行政法」とは、どのような行政法研究者をイメージされているのであろうか。少なくとも現実社会の動向に目を向けた著名な研究者は多数存在する。この「これまでの行政法」に代わるものとして「具体的な問題や事例に則した学習」が提起されている（同ii頁）。この著で、「今日求められているのは、行政法の特異性をひたすら否定するのではなく、「法の支配」や「国民主権」といった憲法原理を踏まえた」ものであるとされる。「基本的人権」は、法の支配の一属性という理解であろうが、明示的な言葉としては出てこない。一九九〇年代以降に発行されている他の類書もかなりの程度、同様の感がある。

(24) 今村成和『行政法入門』（有斐閣、一九六六年）一五～一九頁。

(25) 塩野宏『行政法Ⅰ（第五版）』（有斐閣、二〇〇九年）、同『行政法Ⅰ（第五版補訂版）』（有斐閣、二〇一三年）いずれも五二頁注（6）で、前掲注（24）の今村著を一九九六年刊で「先駆」としている。三〇年ほどのズレになるので、筆者としては不本意であるが若い読者のために指摘しておく。塩野著の第一版から第四版までは、今村著の第三版（今村執筆）ないし第八版（畠山武道補訂）が文献略語一覧の中で列挙されている。

(26) 杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、一九七〇年）。

(27) 杉村敏正『続・法の支配と行政法』（有斐閣、一九九一年）。

(28) 杉村・前掲注（11）『全訂行政法』一二頁注（1）。この注は、本文がほぼ同一内容である、杉村・前掲注（9）『行政法講義 総論

(1) 一〇頁以下まだ付されていない。このような地方自治の特有の法的観点は、杉村の恩師の同時代の著書である渡邊宗太郎『新版 日本国行政法要論（上巻）』（有斐閣、第四刷、一九六七年）では、全く出てこない。渡邊は、それぞれ大著である『自治制度論』（日本評論社、一九三二年、『地方自治の本質』（清水弘文堂書房、初版一九三三年。ただし、一九六八年発行の再版による）、『地方自治制の研究（一）』（有斐閣、一九三八年）を著しているが、戦後の行政法体系において理論の柱にする発想はなかったようにみえる。

- (29) 田中・前掲注(21)『行政法講義案 上巻 第一分冊』四八頁以下、同・前掲注(21)『行政法講義案 上巻 行政法総論（第三版）』四九頁以下、同『新版行政法上巻（全訂第二版）』（弘文堂、一九七四年）四〇頁以下。これらの教科書に先立つ田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣、一九五七年）一八五頁以下では、「行政法の基本原理」として民主主義、法治主義、福祉国家の三つが挙げられ、民主主義の原理の中で、「地方の行政」の団体自治、住民自治、直接民主主義の諸制度に言及している。一九四九年以降刊行の一連の講義案と法律学全集の『行政法総論』とで、「行政法の基本原理」の列挙の仕方がなぜ異なるのか、筆者には不明である。

- (30) 田中二郎『行政法の基本原理』（勁草書房、一九四九年）五八―二六四頁。

- (31) 当初、塩野宏『行政法第三部（全）』（東京大学出版部教材部、一九七九年）は、行政組織法を扱い、行政手段論として行政組織法を展開し、「（狭義の）行政組織法」として、行政組織法の一般論と地方公共団体法を扱っている（二〇頁以下）。このテキストでは、条例制定のような「立法的活動」も意識されているが、地方自治法は、行政組織法の一部として位置づけられていた。塩野の教科書では、現在でも、地方自治の法問題は行政手段論の中の行政組織法で扱われているが、タイトルは「地方自治法」とされている点で興味深い（塩野宏『行政法III（第四版）』（有斐閣、二〇一二年）一六六頁以下）。なお、芝池義一『行政法総論講義（第四版補訂版）』（有斐閣、二〇〇六年）四頁、同『行政法読本（第三版）』（有斐閣、二〇一三年）XXXX頁も、杉村の前掲注(11)『全訂行政法』一二頁注(1)を引用し、地方自治法と行政法の関係に言及している。

- (32) 塩野宏『行政法I（第五版補訂版）』（有斐閣、二〇一三年）六七頁以下。

- (33) 原田・前掲注(23)一三頁以下が「行政法とは」、「法治行政」といった節や章を置き、字質・前掲注(23)二六頁以下が「法律による行政の原理」、「行政法の一般原則」などを単独の章を設けて解説し、芝池・前掲注(31)三八頁以下が「行政法」、「公法と私法」、「法治主義」、「信頼保護」、「行政裁量」と第一章から第五章のタイトルとし、大橋・前掲注(23)六頁以下は第一章から順次「行政法関係の特質」、「法律による原理」、「法の一般原則」となっている。最近では、原田大樹『例解行政法』（東京大学出版会、二〇一三年）四頁以下が、テキスト冒頭で第一章「行政過程論」のさらに冒頭に、「行政法の基礎理論」という表現を使っており、珍しい方に属するのではなからうか。「行政法の特徴」、「法律による行政の原理」、「行政法の法源」、「行政法と民事法」の四項目が列

挙げられている。

(34) やや古いテキストになるが、兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）二八頁以下は、行政法学における方法論や行政法解釈学的重要性といった項目を設け、さらに五三頁以下で「現行日本行政法の基本原理」として、司法統制、生存権保障、法治主義、透明・公正手続、地方自治を挙げており、田中二郎説を發展させた感を与える。

(35) 櫻井・橋本・前掲注(23)二頁は、「学問としての行政法は、・・・膨大な法律群に多かれ少なかれ共通する原理原則を探索し、行政と国民の関係を整理・分析し、行政権力の活動ルールを研究・発見・開発することに関心を置いている」と記すが、これは、行政法学界についての客観的認識か自己の主張的見解かは不明である。いずれであろうとも、四〇年程度以前とは異なつた理解と言えるのではなからうか。

(36) 杉村「憲法と地方自治権」前掲注(4)『憲法と行政法』九五頁以下。

(37) 杉村敏正「私と地方自治」同・前掲注(27)『統・法の支配と行政法』二六六頁以下（初出、一九八九年）。

(38) 杉村「憲法と地方自治権」同・前掲注(4)『憲法と行政法』一〇〇頁。

(39) 田中二郎「地方自治二十年」小林孝輔編『法學文獻選集6 法と政治』（学陽書房、一九七二年）九三頁（初出、一九七〇年）。

(40) 杉村「私と地方自治」前掲注(27)（統・法の支配と行政法）二七二頁（初出、一九八九年）。

(41) 杉村敏正「教育と地方自治——教育長承認問題に關連して」同・前掲注(4)『憲法と行政法』四二頁以下（初出、朝日新聞一九六八年四月一七日付）。

(42) この言及は、二〇一四年の同法の改正に伴う新教育委員会制度の合理的な法解釈や運用にも意味をもつてあろう。

(43) 杉村敏正「警察権の濫用」同・前掲注(26)『法の支配と行政法』二九九頁以下（初出・末川杉村古稀記念論文集刊行委員会編『末川博杉村古稀記念／権利の濫用（上）』（有斐閣、一九六二年））。この一文自体は、戒能通孝「警察権の歴史と理論」同編『警察権』（岩波書店、一九六〇年）一頁及び七頁からの引用である。戒能は、この論文中で、ヨーロッパ史における「自治権闘争と警察権」と題する節で、同僚市民のために市民の中で生活する警察官像、軍隊化してはならない警察像を強く主張し（同・一〇頁以下）、これが杉村には大きな影響を与えていると考えられる。

(44) 杉村・前掲注(43)「警察権の濫用」二九九頁。

(45) 杉村敏正「憲法・行政法からみた警察権の理論的限界」戒能通孝編『警察権』（岩波書店、一九六〇年）二〇六頁（本稿は、杉村の二冊の論文集には未収録）。

(46) 最判一九五二（昭二七）年二月二日ジュリスト九号四三頁（判例集非登載）。このち、長崎地判一九八四（昭五九）年九月五日判例地方自治八号七頁は、市による災害義援金配布が仮に寄付者の意思に反するものであっても住民訴訟の対象とはならな

いとしたが、杉村の見解では、長崎地裁のような結論には至らないのではないかと考えられる。杉村・前掲注(8)『行政法講義(総論)』七三頁注(1)、同・前掲注(11)『全訂行政法』一〇七頁注(2)。

(47) 杉村「憲法・行政法からみた警察権の理論的境界」前掲注(45)戒能編『警察権』二二三～二二四頁、杉村敏正「東京都公安条例の合憲性」法学論叢六七巻五号(一九六〇年)九九頁。

(48) 最大判一九五四(昭二九)年十一月二四日刑集八巻二一八六六頁。

(49) 杉村・前掲注(45)戒能編『警察権』二二六頁。

(50) 最大判一九六〇(昭三五)年七月二〇日刑集一四巻九号一二四三頁。

(51) 杉村・前掲注(47)『東京都公安条例の合憲性』一〇二頁。

(52) 最大判一九七五(昭五〇)年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁。

(53) 例えば、江橋崇「公安条例判決の動向」ジュリスト六〇五号(一九七六年)二三頁は、「公害規制に関して有効な法理をそのまま表現の自由規制にあてはめようとする立論は、表現の自由の優越的地位を無視するものとの非難を免れまい」と述べており、そのような論調は、当時においては、かなり普通のことであったと思われる。

(54) 公安条例は福井市が最初に制定したとして著名であるが、制定の動き自体は大阪・兵庫が同じ一九四八(昭二三)年でも先行していた。兵庫県では県議会で長期に及ぶ審議の結果、最終的には公安条例の制定には至らなかった(兵庫県や神戸市にも公安条例はない。同県内では姫路市と洲本市のみ)。そもそも公安条例の制定を進めたのは占領軍と警察であるとされるが、その占領軍自身が違憲性を認識しており、布施辰治弁護士らに対して、同条例の制定に「不服であれば裁判に訴えよ」と言ったという。尾崎治『公安条例秘史——戦後期大衆運動と占領軍政策』(拓植書房、一九七八年)一四、七〇、一五一頁以下、二四四頁以下などを参照。許可制を定めた大阪市公安条例についても、法務庁法務調査意見長官・兼子一が「許可違憲性」を内容とする回答を示し、大阪軍政部、さらには日本政府も、違憲性を認識していた。しかし、大阪市の現行の「行進及び集団示威運動に関する条例」(二〇一三年一〇月現在)も第一条で許可制を原則としている。

(55) 平成の市町村大合併がおおむね終了した二〇〇六年の時点で日本の公安条例は以下のような実情にある。すなわち、二〇〇六年五月三一日現在で、全四七都道府県のうち、二五の都県が公安条例をもち、それらの都県では市町村に公安条例は全くない。県・市町村ともに同条例が全くないのが一一県である。一一県のうち九県が四国・九州である。残りの道府県では、公安条例をもつ市町村が一つだけとか、大阪府のように一三市がもつところもある。問題は、表現の自由を規制する条例に地域特性(立法事実)があるかということ、平成の市町村合併により、それまで未規制市町村であったところが新たに被規制地域になったという論点にも及ぶ。本詳細データは、市町村合併と公安条例という観点から取材をしていた朝日新聞記者から入手し共同で分析したもので

ある。

(56) 杉村敏正「憲法と地方自治権」同・前掲注(4)『憲法と行政法』九五頁(初出一九七〇年)。

(57) 杉村「憲法と地方自治権」前掲注(4)九九頁、同「公害関係法の現状と問題点」同・前掲注(4)『憲法と行政法』一四六、一六〇～一六三頁(初出一九七一年)。同頁、杉村敏正「条例制定権についての一考察」同前掲注(4)『憲法と行政法』一六三頁。

(58) 蜷川虎三『洛陽に吼ゆー蜷川虎三回想録』(朝日新聞社、一九七九年)一六四頁以下。現在では、法律と条例の關係に關して、より詳細な議論が行われている。杉村にあつては、法律(本文の例でいえば、大防法)がどのような規定で都道府県や市町村の条例制定の余地、限界を定めているかについて厳密に論じているのではない。この点につき、人見剛「都道府県公害防止条例と法令の關係」人見剛(ほか)編『公害防止条例の研究』(敬文堂、二〇二二年)二五五頁は、杉村説を批判的に引用している。しかし、筆者は、杉村の立論が現行地方自治法二条一二項の制定前のものであり、また、大防法の「当該規定」の当時の立法者意思、すなわち時代的背景も含めて評価されるべきであつて、逆に、徳島市公安条例の合憲性を導く最高裁の条例一般論が、具体的に公安条例との關係で再吟味の對象となつてよいと考える。

(59) 蜷川・前掲書一七二頁に記載された杉村の「ひとこと」より。杉村の府政との関わりや人柄については、雄細野武雄・吉村康『蜷川虎三の生涯』(三省堂、一九八二年)二九四頁。杉村が自治の実践に飛び込まれる府政のありようを示す資料の一つとして、山岡亮一・大橋隆憲・坂寄俊雄・前川清治『日本の顔・京都——たたかう蜷川府政と住民』(労働旬報社、一九七〇年)を挙げておく。

(60) 杉村敏正「現代地方自治考察の視点」同・前掲注(27)『続・法の支配と行政法』二五六頁(一九七八年二月初出。知事選候補になつてから約半年後の原稿である)。

(61) 杉村・前掲注(60)「現代地方自治考察の視点」二六〇～二六一頁。

(62) 杉村・前掲注(60)「現代地方自治考察の視点」二六二～二六五頁。

(63) 杉村敏正「地方自治と住民参加」同・前掲注(27)『続・法の支配と行政法』一一八頁以下(初出誌なし。一九八四年の稿)。

(64) 杉村敏正「第一編 行政手続法」杉村敏正・兼子仁「現代法学全集一一 行政手続・行政訴訟法」(筑摩書房、一九七三年)。

(65) 杉村(ほか)・前掲注(6)付録三～四頁。

(66) 杉村発言。前掲注(6)付録四頁参照。

(67) 杉村敏正「行政手続法制定の今日的状況」同・前掲注(27)『続・法の支配と行政法』特に一一五頁以下(初出一九八〇年)。

(68) 杉村・前掲注(63)「地方自治と住民参加」一三四頁における京都府下の市町村における基本構想策定過程の調査報告の評価から読み取れる。

（69）杉村・前掲注（63）「地方自治と住民参加」一四〇頁。