

地 方 分 権 と 法 治 国 家

ジャン＝マリ・ポンティエ

(バンテオン・ソルボンヌ＝パリ第1大学教授)

(訳)大 津 浩

【訳者解題】

本論文は、2004年9月に東北学院大学で行われた「日仏公法セミナー」の第4日午前「法治国家の新たな論点」セッションにおけるポンティエ教授の同名報告につき、その後に教授自身が文章化したものを大津が翻訳したものである(本文中、〔 〕は説明のために訳者が補ったものである)。本論文の後半部分は、すでに日仏公法セミナー編(長谷川憲・大津浩・山元一編集)『公共空間における裁判権～フランスのまなざし～』有信堂、2007年、264-282頁に「分権の進展と法治国家の新たな論点」の表題で公刊されている。しかし同書では紙幅の関係上、ポンティエ教授自身が執筆した原稿の全文の翻訳を載せることができず、後半部分のみの掲載でも意味が通るようにするために、訳者の判断で各節の表題を変えるなどの若干の修正を加えていた。そこで近いうちに全文を翻訳し公刊しなければと考えていたところである。翻訳の原稿そのものはすでに2007年春には完成していた。しかし初般の事情により、その公刊が遅れてしまった。そこで今回、『成城法学』に全文を掲載することにしたものである。ポンティエ教授には早期の全文の翻訳と公刊をお約束していたにもかかわらず、これほど遅くなってしまったことをお詫び申し上げる次第である。

なお訳者もこの「日仏公法セミナー」の同一セッションで、同じテーマについて日本の視点からフランス語の報告を行った。訳者の報告は、『東海法学』

第 33 号 (2005 年) 233 - 256 頁に、「*«État de droit» et pouvoir normatif autonome des collectivités locales au Japon*」と題して掲載した。さらに、この報告を書き直してより精緻化したものを、次に示すようにフランスでも発表している。Hiroshi OTSU, *«'État de droit' contrôle juridictionnel de légalité et pouvoir normatif autonome local au Japon»*, *Revue française de droit constitutionnel*, n 65, janvier 2006, pp. 13-35.

訳者はこれらの論文で、アメリカ型地方自治原理の強い影響を受けた日本型地方自治原理の特徴として、「穴のあいた適法性統制システム」(*«lacune» du système du contrôle de légalité*) の存在を指摘し、「対話的」法治主義の観点からはむしろこうした「欠陥」が意味を持つこと強調した。訳者はこの視点を、さらに拙稿「民主権と『対話』する地方自治」杉田敦編『岩波講座 憲法 3 ネーションと市民』岩波書店、2007 年、247 - 281 頁で発展させている。このような訳者の視点にとって、国民代表（国会）が立法権を独占し、その定立する法律が全国一律に完全に適用され、自治体が地方立法権の名において法律の一律適用に例外を設ける可能性を一切認めない厳格な適法性統制システムを特徴とするフランス型の法治主義概念とそれを基礎とするフランス型地方自治原理はまさに対極に位置するものである。訳者は、このように対極にある両者を比較対照してこそ、訳者が追及している「対話型」地方自治原理の意味が明確になると考える。それゆえ、フランス型の法治主義概念とこの法治主義概念に規定されるフランス型地方自治原理を明瞭に示し、かつ最近の憲法改正を含むフランスの新たな地方分権改革によってもこうした原則が崩れてはいないことを論証しようとするポンティエ教授の本論文は、極めて有益なのである。読者の方には、以上のような訳者の問題関心をお汲み取り頂き、本論文と合わせて訳者の上記諸論文をもご参照いただければ幸いである。なお、同じフランスの地方分権と憲法のテーマでは、『東海法科大学院論集』第 1 号 (2006 年) 105 - 142 頁に掲載したアンドレ・ルウ「フランス憲法における地方分権の基礎概念」という拙訳もある。フランス型地方自治の憲法原理を理解する上で、本論文と合わせてご参照いただきたい。

【目次】

はじめに

- ・ 法治国家は地方公共団体の統制を含む
- 1. 法治国家と地方分権の関係
 - A 異なるレベルに位置する地方分権と法治国家の2つの観念
 - a) フランスにおける法治国家の観念
 - b) 地方分権の観念
 - B 地方公共団体は法治国家を尊重しなければならない
 - a) 地方公共団体は法に従う公法人である
 - b) 警察権限
- 2. 法治国家の要求としての地方公共団体に対する統制
 - A 統制の必要性
 - a) 行政体としての地方公共団体
 - b) 地方分権制当局の権力の性質
 - B 統制の組織
 - a) 国家代表による統制
 - b) 私人による統制
- ・ 地方分権の発達に伴う論点の刷新
- 1. 法治国家の及ぶ範囲の拡大
 - A 中央権力と地方公共団体間の関係における法治国家
 - a) 規範の発生源としての権限の移譲
 - b) 法治国家に対する契約化の影響
 - B 地方公共団体間の関係における法治国家
 - a) 地方公共団体間の法的関係の多様化
 - b) 1つの公共団体が他の公共団体に対して後見監督をすることの禁止
- 2. 地方分権の結果としての法治国家の強化あるいは弱体化の問題
 - A 問題の理論的与件
 - a) 規範システムの複雑化
 - b) 地方分権の結果としての法治国家についての疑問点
 - B 実務レベルの与件
 - a) 地方公共団体の行為に対する統制の困難性
 - b) 統制の困難性と実施された解決策

はじめに

フランスでは、法治国家〔原則〕が次第に顕在化してきたのは 19 世紀であり、その実現に際しては行政裁判所裁判官が重要な役割を果たしてきた。実際、司法裁判所裁判官が行政事件に関与することが一切禁じられるようになったこの時期から、行政裁判所裁判官は行政に限界を課することができるようになったのである。同時に地方公共団体は、やがては争いえなくなるような形で、公法人として考えられるようになった。なおこの時までは、地方公共団体の性質については、それを私的団体とする理論が一定の反響を得ていたがゆえに、〔これを公法人と見る考え方には〕一定の疑いが持たれる可能性があった。

法治国家〔原則〕は、同時に地方分権の確認へと発展していくべきものであった。この地方分権とは、以下の特徴を示すものである。第 1 に、そしてそれは世界中の多くの国々でも同様であるが、地方分権は不断の適応を繰り返す 1 つの発展的な実体である。それは、時には後退することもあるものの、長期的に見れば進展し続けるものと考えることができる。その発展は、時期に応じて時に漸進的に、時に急速になされる。しかし、フランスでは地方分権は 1982 年に始まったという、間違っただけはいるが広く流布した考え方には注意しなければならない¹⁾。

第 2 に、最近までこの地方分権は、レジオンという地方公共団体のカテゴリーが欠けていたことによって特徴付けられる。それが欠けていた理由は、決して理論的なものではなく、大部分、歴史的なものである。その歴史は何世紀も前に遡るが、レジオンが長い間拒否されていた原因は、その実体というよりもむしろそのデフォルメされたイメージのせいであった。

第 3 に、地方分権は、地域的な分権と技術的な分権を同時に考えることがな

1) このことは、もちろん正当化されるものではないけれども、人々が 2003 年に地方分権の「第 2 幕」と呼んだ理由を説明する。なぜなら、それを第 2 幕と考えることは、黙示的に言及されている第 1 幕が 1982 年法であったことを想定させるからである。この説明は全く現実と合致しない。なぜなら、地方分権はずっと前に始まっていたからである。第五共和制期に限定したとしても、地方分権は 1959 年以来続いてきた 1 つの過程なのである。

いわけではなかった。後者は、同じく技術的というよりもむしろ歴史的な意味において、地域的な分権の弱さを償うものとして示されてきた。今日でも、地方分権を評価する場合、それを地域的な分権のみに限定してはならず、同時に特別な公施設法人をも、とりわけ自治体間協力のための公施設法人 (EPCI) をも考慮に入れなければならない。

第4に、地方分権は、単一国家の枠内で考えられなければならない。このことは、連邦国家の拒否を説明するだけでなく、とりわけ一般利益の保護者としての国家の存在感の強さが一種の全員一致的なコンセンサスとなっていることをも説明する。

他方で、地方公共団体は、国家と同様に、法治国家を構成する法の支配を、規範のヒエラルキーを尊重しなければならない。地方公共団体は、国家以上に法治国家〔原則〕違反を犯すものであると述べる者もいる。量的な意味でこの点につき態度を明らかにする必要はないが、地方公共団体に法の尊重を強いるために、諸々の手続が国家によって実施に移されてきた。伝統的には国家の代表により、地方公共団体の行為に対してもその職員に対しても行使されてきた後見監督は、とりわけ地方当局に規範のヒエラルキーを、より広く言って法治国家〔原則〕を尊重させることを目的としてきた。地方レベルで国家代表が実施する統制は、実際には主として適法性統制であった。もちろん、採用された方策の適切性に対する統制が行われたことも時にはありえたけれども。知事〔*préfets* = 国家代表としての地方長官〕は、場合に応じて地方公共団体の行為を当然に無効 (*nul de droit*) または取り消しうべき (*annulable*) と宣告しえたがゆえに、地方公共団体の行為に対する大きな権力を有していた。今日では、後見監督は消滅したが、統制は消滅してはいない。他方で、憲法院は、1982年2月25日の諸判決のうちの1つの中で、行政統制は廃止することはできず、またたとえ一時的であれその効力を失うことも許されないことを繰り返した。1982年の後見監督の廃止後も²⁾、立法府は統制を維持したが、それ以降は主と

2) しかしながら1982年に立法府は行政上の後見監督と財政上の後見監督を廃止しながらも、逆に技術上の後見監督についてはこれを「軽減」(これは同法が用いた用語であり、同法の章立ての中にも現れている)するにとどめたことを想起すべきである。実際、立法府にとり、全ての技術上の後見監督を完全かつ単純に廃止する

して行政裁判所裁判官によって確保される統制の 1 つである。このようにして行政裁判所裁判官は、国家代表あるいはあらゆる利害関係人による提訴を受けることができる。

I . 法治国家は地方公共団体の統制を含む

ある統制が地方公共団体に対して行使されるとして、この場合になぜ法治国家が問題となるのかを理解するには、法治国家と地方分権の関係の予め設定しておくことが必要である。

1. 法治国家と地方分権の関係

法治国家と地方分権という 2 つの観念は非対称的な関係にある。なぜなら、いかなる地方分権とも無関係に法治国家を考えることは可能であるが、地方分権は法治国家の枠内でしか実現されえないからである。

A - 異なるレベルに位置する地方分権と法治国家の 2 つの観念

ここでは、法治国家と地方分権という観念によって何を理解するのが適切かを示しておくのがよい。というのは、これら 2 つの表現がフランスと日本とで同じ意味を持っているかどうか確かではないからであり、曖昧さと誤解を避けるためには、定義づけは不可欠だからである。

a) フランスにおける法治国家の観念

法治国家を語る際、おそらく法律家は、容易に一致することができ、困難を示すことのない 1 つの観念を述べたいという気になるであろう。だが人々がそう思い、あるいはそう主張するほどに、この観念が一義的な意味を持つものかどうかは定かではない。というのは、それが肯定されるようになった 19 世紀以来、相当な発展が見られた結果、法治国家の観念は拡大しているからである。

ことは極めて危険なものに思えたのである。

簡潔に言えば、出発点において法治国家の観念は、有名な規範のピラミッドを含む規範のヒエラルキーの問題に帰着していたが、今日ではそれに基本権と自由の尊重という補完的な側面を付け加えることが必要になっているのである。これらの2つの点についていくつかの説明を加えることが、フランスでは必要である。

その時から発展し、少なくとも法律家の間ではその発展にはほとんど問題は生じなかったけれども、規範のヒエラルキー〔の観念〕は、長い間フランスでは一定の特殊性を持っていたことを忘れるべきでない。この特殊性はわが国の歴史に十分にその痕跡を残しているため、ここで想起しておかねばならない。この特殊性とは、大革命期から第五共和制期までフランスで支配的であった観念をいうが、それは立法国家 (*L'État légal*) と呼ばれている。立法国家は、その表現においてのみならず、とりわけその歴史の実態においても法治国家に先行していた。すなわち、まずドイツで、次にフランスで、人々は法治国家を語り始める前にまず立法国家の確立を追求したのである。大革命は国民主権を確認したが、この国民主権は法律によってしか表明されえないものであった。法律は国民主権の特権的かつ唯一の表現手段ですらあった。ルソーは直接的な形であれ曖昧な形であれ、こうした規範の理念を広めることに大きく貢献した。〔ルソーによれば〕法律は一般意思の表明であり、一般意思は誤ることがないというのである。そこから演繹されることは、法律が悪事を働くことはありえず、立法府が間違ふこともありえず、法律は対抗する余地のない規範だということである。こうした法律の至高性は、実際には法に対する行政の従属を次第に可能にしていく。法治国家は、次第に〔立法府により制定される法律〕以外の規範に頼る必要を感じないままで実現されるようになる。確かに憲法は最高規範と考えられてはいたけれども、この原則上の至高性は具体的な結果をもたらすものとはならなかった。というのは、法律の合憲性審査を行うものが存在しなかったからであるが、それどころかその不在からは、法律への従属が十分かつ満足な保障を与えてくれると判断されていたことが分かるのである。

第五共和制の革新点の1つは、憲法院という真の法律の合憲性審査機関を設立したことである。もっともその重要性は、その後何年かしてから初めて理解

されるようになったのではあるが。「指導的判決」とも位置づけられるいくつかの判決によって、憲法院は憲法の至高性を明確に確認し、憲法を尊重しないことを理由に法律を無効としたのである。同時に憲法院は、厳密な意味での憲法の条文に対する法律の適合性のみならず、1789 年人権宣言、1946 年憲法前文、そして今日では「憲法ブロック」と呼ばれているものからなる憲法規範に対する法律の適合性までも要求することで、その審査権の範囲を拡大してきた。

我々は、まさしく他の規範に対する憲法の至高性に実効性を与えることを通じて、立法国家から法治国家へと移行した。規範のピラミッドはそれ以降完全なものとなった。加えて、1789 年人権宣言と 1946 年憲法前文の諸原則が憲法ブロックに統合された結果、まさに基本権に憲法的価値が認められることになり、立法府は〔その遵守を〕義務付けられることになったのである。

b) 地方分権の観念

おそらく地方分権のフランス的な考え方を語ることが可能だとするならば、それは以下のような展開として示すことができるであろう。この地方分権として示されるものを要約するには、歴史的視点と法的視点を同時に考慮することが必要である。

歴史的視点からは、わが国の歴史の流れに沿って定期的に見出される地方分権に好都合なある要求に着目することが必要である。もしこの歴史を短くかつ少しぞんざいに概観するならば、いまだ地方分権とは呼ばれていなかったものが早くも 12 世紀には始まっていたことが確認できる。それは「コミュニオン運動」と呼ばれているが、都市の発展と自治の要求を引き起こす一定の繁栄とより確実なコミュニケーションの確立に起因している。言っておきたいことは、この時代に程近い 13 世紀に、universitas という観念によって法人格の観念が初めて芽生えたということである。この観念は、法的レベルでこうした発展を可能にすることになる。14 世紀以降、様々な理由により、中央権力は次第に地方的な事項に干渉するようになり、中央集権の口火が切られる。大革命はまずは地方分権から始まったが、追求されたのは地方分権というよりはむしろ選挙の原則の確認であった。いくつかの方策がもたらした無政府状態の後、大革

命は極端に中央集権的となり、帝政は中央集権国家の1つのモデルとして現れることになる。その後、遅い足取りではあったが、県に関する1871年法とコミューンに関する1884年法を通じて地方分権は発展することになる。

歴史的側面では、この地方分権は2つの特徴を示すことになる。すなわち一方では、フランスでは地方分権は国家の諸特権を侵してはならないものとして常に理解される。1792年9月25日の国民公会声明は全ての〔その後のフランス〕憲法によって繰り返されている。なぜなら、これらの憲法は、フランスが単一不可分の共和国であると言明しているからである。共和国の単一不可分性は地方分権の限界をなし、立法府自身もこれを超えることはできない。そしてこの考え方の背景には、国全体の利益が問題となっているか地方的利益が問題となっているかに応じて、公共の利益についての異なる理解が見出せる。国全体の利益が常に地方的利益に優越することを、裁判官は何度も確認している。他方で地方分権は、地方分権好きというよりももっと強力な関心である民主主義への願望によって妨げられている。ところで、一般に想像されているものとは異なり、地方分権化は必ずしも民主化を意味するものではない。そして民主化の意思は、フランスでは多くの場合、平等と関連付けられており、地方分権よりもむしろはるかに中央集権を前提していると想定されうる。というのは、地方分権は不平等の源泉である差別化を含んでいるのに対し、国家のみが平等を実現でき、あるいは不平等と戦うことができると考えられているからである。

フランスの地方分権〔の観念〕を定義づける法律レベルのもう1つの与件は、2種類の地方分権、すなわち地域的な分権と技術的な分権ないし機能的分権と呼ばれているものとの間を区別することである。地域的分権とは、その名の示す通り地方公共団体に適用されるものをいい、技術的分権とは、〔公〕役務に対して適用され、後者の場合に想定されるのは公施設法人 (*établissements publics*) である。

2つの分権の第1の共通点は、明らかに法人格を認めることである。法人格が認められることによって、地方公共団体も公施設法人も行財政上の管理の自治を持つことが可能になり、また自己の権利を守るために裁判所に出廷することも可能になる。第2の共通点は、両方とも固有事務 (*affaires propres*) を認め

られることである。この固有事務〔の存在〕は、自治の正当性の根拠となると同時にその帰結でもある。

この2つのカテゴリーの本質的な相違点は、地方 (locales) 公共団体にとっては、〔あるいはまた〕2003年の憲法改正以降の呼び方では地方 (territoriales) 公共団体にとっては、地域 (territoire) が存在するのに対して、公施設法人にとっては地域が存在しないことである。その結果、通常は公施設法人は地方公共団体に結び付けられることになる。もっとも、〔むしろ〕地域はかつては区別の指標であったと言うべきであろう。というのは、大成功を収める運命にある地域的公施設法人 (*établissements publics territoriales* EPT) という公施設法人の1つの特別なカテゴリーの出現を目の当たりにするようになったからである。この地域的公施設法人は、特に地方公共団体の段階で、とりわけ市町村間協力の公施設法人 (*établissements publics de coopération intercommunales* EPCI) の形で発展してきた。

法治国家の観念は民主主義の観念と出会い、最後は多かれ少なかれ民主主義と融合するに至る。すなわち法治国家は、権利と自由をその構成要素とする以上、民主主義の枠内でしか実現されえないのであり、民主主義は、法治国家の実現もしくはその尊重を前提とするのである。ところで、民主主義と地方分権の関係は明確であるには程遠い。民主主義は必ずしも地方分権を含むものではない。〔一方では〕民主主義は、中央集権を伴うほうがうまくいくように見えることを、我々は後に見るであろう。〔他方で〕地方分権は、少なくとも最初のうちは民主主義的ではない体制の中で発展しうる。フランスについてこのことを示すのは簡単である。というのは、地方分権は、なるほどおとなしい形態ではあったものの、七月王政 (1830年 - 1848年) の下で開始されたからであり、この体制は全く民主主義的な体制ではなかったからである。しかしながら今日では、地方分権はまさしく民主主義的な体制の中でなければ実現されないと考えてよい。

もう1つ別の観念が地方分権の観念と混じりあうようになる。それは、多くの民主主義国の中で通常は地方自治 (*autonomie locale*) として観念されているものである。この表現は、実際にはフランスの法文の中に一度も登場したこと

のないものであったが、それは偶然だったわけではない。しかしながら地方分権と地方自治というこの2つの観念は、一方を他方に還元しうるものであり、法治国家の視点から見て同一の意味を持つものなのであろうか。〔実際には、〕これらの2つの観念の関係は、完全に解明されているというには程遠い状態にある。

地方自治の概念は、ヨーロッパ地方自治憲章によれば次のように定義される³⁾。「地方自治とは、地方公共団体が法律の枠内で、自分自身の責任においてその住民のために、公的事務の重要部分を規律し管理する権利と実効的能力をいう」。この定義は、全ての国を満足させるには漠然としすぎているが、フランスがこの憲章を批准するのが遅れたのはそのせいではない。この批准は近いうちに実施されるはずであり、そのための1つの法案が提出されている。しかし理論的には、地方分権と地方自治というこの2つの概念を区別するものを明確にするという問題は未だに残されているであろう。一応考えうるものは、『欧州評議会加盟諸国がとりわけ『彼等の共通の遺産である諸理念と諸原理を守り発展させること』を自らの目的とする以上、また法治国家がこれらの原理に含まれる以上、地方自治の概念はこの法治国家と密接に関連しあっているということである。

B - 地方公共団体は法治国家を尊重しなければならない

地方公共団体は法治国家を尊重しなければならない。というのは、後者は例外を許さない観念であり、地方公共団体はそのようなものとして国家の諸規範に従う公法人だからである。

3) この憲章は、欧州評議会の諮問機関であり、欧州評議会加盟国の地方公共団体の公選職の代表団から構成される欧州地方・地域当局常設会議によって1981年に提出された草案に基づいて、欧州評議会の内部で練り上げられたものだったことを想起されたい。フランスは、この憲章に対する署名を1985年の署名開始の日に行ったものの、未だに批准していない(*[訳注1]フランスは2007年1月17日に同憲章を批准し、同年5月1日に同憲章はフランスでも発効した)。

a) 地方公共団体は法に従う公法人である

法治国家は、確かに他の人格に対して法的効果を有する規範を発することのできるあらゆる人格を包含するけれども、それはより直接的な形で公法人に関わるものであり、規範のヒエラルキーを語る時には、考慮に入れられるべきはまず第一に公法人のそれである。したがって、地方公共団体の本質は法治国家と無関係ではない。

地方公共団体は公法人である。今日ではこの点にはもはや何の疑問も生じないが、常にそうだったわけではなかった。何世紀もの間、地方公共団体は公法人ではなく私法人と考えられてきた。18世紀末や19世紀初頭には未だに論争があり、〔公法人と認めるには〕躊躇があった。その訳はかなり単純に次の事実から説明される。すなわちコミューン〔市町村〕は共同体の後継者であり、後者は最初は家族を集団化したものだったという事実である。この現象については議論もあるけれども、この問題の専門家の一致した意見では、今日フランスとされる地域に人々が入植するにあたっては、最初は家族の集合体であるような集団からそれが起こったということである。フランスにおける入植の顕著な特徴の1つは、その地理上の定着という点での入植の継続性である。

この入植の古さと継続性は、フランス人が自分たちのコミューンに対して抱く感情的な、ほとんど「本能的な」愛着を十分に説明する。19世紀初頭、自由主義の論者の一人であるロワイエ＝コラル (Royer-Collard) は、以下のような乱暴な定式で、コミューンと家族的構造との間の関係を描写している。「コミューンとは家族のようなものであり、国家はそれを発見するものであってそれを作り出すものではない」。言い換えるならば、他の多くの論者と同様にこの論者にとっては、コミューンは国家に対して歴史的先行性を有し、国家より以前に出現していた。歴史家にとってこの点は議論の余地はない。コミューンと家族を結びつけるこの歴史から想像させられることは、私法人と公法人の間の区別はほとんど明確ではなかったということである⁴⁾。しかしながら、フランス革命と共に、こうした区別が少しずつ強まっていった。革命期の立法

4) その他のいくつかの法的観念も、とりわけ王権に属するものも存在した。しかし残りについては、我々が知っている法的分類は未だに確立されていなかった。

者は、「市町村庁 (municipalité)」の職務を明確化したが、その結果、コミューンは公法人に他ならなくなった。19世紀初頭になると、こうした分類が確立し、県とコミューンは国家に倣い公法人となった。

地方公共団体という公法人は、この資格において、法的効果を生み出すアクト (actes [法令, 行為]) を定立する権限を与えられた。このアクトは、それが地方議会の議決であれ、地方公共団体の執行機関の規制命令であれ、規則制定行為 (actes réglementaires) となるか、あるいは個別的命令 (arrêtés individuels) となりえた。なお、個別的命令とは、こうした目的のための権限を有する地方当局によって下された個別的行為を意味する。これら2つの場合とも、こうしたアクトは、規範のヒエラルキーの中に挿入されることを求められ、このヒエラルキーと無関係に、その外部に位置するものではない。この時以降、地方公共団体は、国家と同様に法治国家〔原理〕を尊重しなければならない。法治国家〔原理〕を守ることは、地方公共団体に対する統制の唯一の存在理由ではないが、いくつかの理由の1つである。

b) 警察権限

地方当局の警察権限の問題はその性質からいっても、その範囲からいっても、もし法治国家の理念から検討する場合には最もデリケートな問題を示すものである。というのは、その対象によってすら、警察権限は権利自由に影響を与える可能性があるからである。更にその可能性まで述べるならば、警察権限は権利自由を制限する警察措置の性質をも有しているといえよう。したがって法治国家とは、法治国家の成果を掘り崩さずに警察権限としてそれを認めることができるものは何かが問われるのである。この問題は当然に国家当局の警察権限についても地方当局の警察権限についても提起されるのであるが、我々の主題から言って、ここでは後者の問題に絞ることにしよう。

2つのことを事前に明確にしておくことが必要である。まず第1に、地方当局は、そもそも国家当局と同様に、一般警察権限と特別警察権限をもちうる。後者は前者よりも原則的な問題が提起されることは少ない。これらの権限は、ほとんどの場合、この警察権限を行使する場合と条件を規定する特定の法文に

よって定められている。加えて、これらの特別警察権限は、しばしば知事〔＝地方長官〕に共有されている。知事〔＝地方長官〕は、時にはこのような権限を認められた地方当局（ほとんどの場合、市町村長）に対する位階層的統制権すら持ちうるので、この権限は地方当局によって行使されるものの、それは地方公共団体の名においてではなく、国家の名において行われることになるのである。だが、一般警察権限は、法治国家の視点から見て問題となることが最も多い。第2の明確化は、この一般警察権限に対してなされるべきものである。地方当局に関しては、警察権限を有する主要な当局は市町村長である。実際、県会議長は限られた警察権限しか持っておらず⁵⁾、レジオン会議長については今のところいかなる警察権限も持ってはいない。多分おそらくは、レジオン会議長もこれを持つことになろうが、今のところそれは事実ではない。したがって市町村長は、昔から知事〔＝地方長官〕の傍らにいる、地方レベルの主要な警察当局なのである。

警察権限は、何よりもまず以下の単純な理由によって法治国家と関わる。すなわち、警察権限の行使の際にこそ、違法な行為が犯される可能性が高いように見えるからである。警察権限は公共の利益のために行使されるべきであるのは当然のことである。したがって裁判官にとって、私的利益のために実施された警察措置を無効にするのは、この利益がこの措置の実施者（市町村長）自身のものであれ、この措置をとることによって守られる個人の利益に関わるものであれ、いずれにせよ比較的容易である。しかしながら、こうした仮説は成り立つにせよ、それは比較的まれであり、法的に見てそのような仮説は法治国家を重大に侵害する場合を代表するものではない。ほとんどの場合、警察措置は公共の利益の観点から実施される。したがって警察当局が合法的に追求することのできた公共の利益こそ問題としなければならないのである。

この公共の利益はある種特別な利益であるが、公共の秩序に関わっている。しかし、市町村長が公共の秩序を追求していると思なしうる時の公共の秩序と

5) その警察権限の性質それ自体が議論の対象となる。すなわちある者は、県会議長が一般警察権限を持つと見なしているが、他の論者は法文を根拠に、実は特別警察権限が問題となっていると主張しているのである。

は一体何であろうか。この問題に関し存在する唯一の法文は、今日では地方公共団体一般法典第 2212 の 2 条となっている条文である。この条文の第 1 項は次のように規定する。「市町村警察は良好な秩序、公共の治安、安全、衛生の確保を目的とする」。この規定には誤った説明がなされている。学説上でも判例上でも二つの視点が確立したものと見なされている。1 つは、「良好な秩序」という定式が、公共の治安、安全、衛生という他の 3 つの言葉を包括するものとして解釈されなければならないことである。もう 1 つは、4 番目の言葉には公共の静穏という言葉が隠されているという点でも（おそらくこの点こそ最も重要であるが）、一致が見られることである。したがって裁判官は、市町村長がとった警察措置に対する訴訟事件において、警察当局が上記の条文に列挙された目的の一つを追及したものと解しうるか否かを審査するのである。

しかし物事はもっと難しくなっており、とりわけ 2 種類の問題が提起されている。第 1 は不可避的なものであるが、それは第 2212 の 2 条の列挙事由だけで全てを示しているのかという問題である。言い換えるならば、市町村長はその警察権限行使の際に、公共の治安、公共の安全、公衆衛生、公共の静穏以外の目的を追求できるのかという問題である。もっと特別な例を挙げるなら、公共道徳のために警察権限を行使できるのが問題となってきた。これは手ごわい問題である。というのは、たとえ公共道徳が、社会の中の 1 人の人間ないし 1 つの人間集団の道徳観念と混同されなかったとしても、それでも我々は、自由侵害のあらゆる危険があることに直ちに気づくからである。細部には立ち入らず単純化して言うならば、裁判官は、制限的なやり方であつその統制下においてではあるが、まず第一にコミュニンの地域内で一定の映画の上映を禁止することについても、そして次にオーストラリアから輸入された珍奇な「見世物」である「小人投げ (lancer de nains)」についても、そのような措置の適法性を認めたといいよう。

第 2 の問題は、一定の活動を禁じたり、一定のカテゴリーの人々の出現を規制する市町村命令に関わって提起されてきた。要するに、いくつかのコミュニンでは、とりわけ夏季になると（旅行客がいる場合に）、市町村長が「反乞食令」と略称される命令、すなわち街の中の一定の通りで乞食することを禁ず

る命令を発してきたのである。別の命令は「夜間外出禁止令」と呼ばれてきた。これは、一定の時間を越えて（例えば真夜中や午前1時）通りにいる12歳以下の子どもを（年齢は命令によって変りうる）警察の力で彼等の家に連れ帰ることを規定する命令である。これらの命令は、自由を尊重すること、ならびに法治国家を尊重しつつ公共の秩序を自由の尊重と妥協させることという微妙な問題を提起する。

2. 法治国家の要求としての地方公共団体に対する統制

地方公共団体に行使される統制は、伝統的に必要性の見地から示されるが、フランスにおいて組織されてきた統制のあり方を示す前に、この必要性について説明を加えておいた方が都合が良い。

A - 統制の必要性

地方公共団体の統制を語ることは、地方公共団体が、国家に対して行使される統制とは区別される特別な統制の対象とならなければならないことを意味する。したがって出発点から、これらの地方公共団体は国家と同じ土俵に乗っているわけではなく、取り扱いには違いがあることが分かるのである。この違いは、フランスにおける法治国家概念から説明できるが、それは、地方公共団体が従属的規範しか発することのできない行政体だということである。

a) 行政体としての地方公共団体

「行政体」という表現はアンシャン・レジーム下で用いられたが、国家と地方公共団体間の法的関係に関して真に「創設者」たるフランス革命の下で、初めて法的意味を持つようになった。県はまさに創設途上にあつたので、地方公共団体の主要カテゴリーであつたコミューンに関して、1789年12月14日のデクレは次のように言明していた。「市町村体は果たすべき2種類の職務を持つ。1つは市町村権力 (pouvoir municipal) に固有のものであり、もう1つは国家の一般行政に固有のものであり、国家の一般行政から市町村庁に委任され

るものである。後に検討することにして今のところ「市町村権力」という表現は留保しておくならば、この言明から2つの事柄を抽出できる。

1つは、2種類の職務の区別である。その職務とは、コミューンがその固有の名において行使するものと、国家のためにコミューンが行使するものである。この区別は、古典的ではあるが、維持され存続し続けてきたものであり、例えば市町村長は、ある時にはコミューンの代理人として、ある時には国家の代理人として行動するのである⁶⁾。

この法文から導かれる2つ目の情報は、公共団体の行政にせよ国家の行政にせよ、地方公共団体を専ら行政的な職務に囲い込んでいることである。加えられる解釈にいかなる疑いも存在しないように、国民議会は1790年4月22日に地方当局に宛てた宣言として次のような訓令を採択した。すなわち、地方議会は「行政の任務しか負わず、立法及び司法上のいかなる職務も持つことができないこと、またこれらの職務の一方ないし他方に対する地方議会からのいかなる侵害行為も権力の混同を招くものであって、それは憲法の諸原理に対する最も有害な攻撃をもたらすものであることを、まず第一に気をつけなければならない」というのである。

まさにこの法文により、地方公共団体を行政的職務に枠付けするこうした説明の鍵となるものが与えられている。それは、いわば国家の政治と行政の組織化についての神聖な原理としての権力分立の原理を尊重するところにある。先駆的な意味における法治国家とは、権力分立の尊重のことであった。したがって地方公共団体は、政治秩序にも裁判秩序にも属するものでなく、行政秩序にしか属し得ないものであった。

以上の考察は、歴史的な性格のものであるに止まらず、実定法に属するものでもある。したがって実際、地方公共団体の行政的性格は決して問い直されることはないであろうし、常に革命期のこの言明に立ち戻り、判例もこの性質を

6) これは職務の二重性と呼ばれるものの適用である。役人や当局は場合に応じて地方公共団体や国家のための職務を遂行し、公共団体はその役人の一人を別の公共団体にいわば「貸す」のである。たとえ区別の原理が特別な問題を引き起こさないとしても、逆にいかなる公共団体のために当局が行動するのかを述べることは時に難しい。

不可侵のものとして扱うであろう。この判例は、フランスにおける裁判秩序の二元性のせいで、まず第一に、そして主に行政裁判所の判例である。この二元性は取り消す理由のないものである。地方公共団体の責任履行の請求のように、地方公共団体の行為に対する訴訟の受理要件の充足を認めることを通じて、裁判官が黙示的に、しかしながら必然的に認めていることは、地方公共団体は行政制度であって政治制度ではないということであり、そのようなものは事実ではないとする立場こそフランスでは異質なものと考えるべきであり、いずれにせよ根拠のないものとするべきだということである。

確かに、地方公共団体の行政的性質についてのこうした言明には、外見上は、憲法判例から導き出される異論がありうる。〔もっとも〕伝統的には、地方公共団体の評議会〔＝地方議会〕議員選挙は行政選挙と考えられており、今述べたばかりのこととの一貫性がある。〔したがって〕行政裁判所裁判官は、異議が申し立てられた場合にこの選挙についての審査を行う権限があることを自ら認めており、このことはこうした行政的性質を確認することに他ならなかった。

しかしながら市町村会議員選挙に比例代表制を導入する法律を審査する際に、憲法院は、市町村会議員選挙を政治選挙と同一視することで、性別に応じた候補者の区別を憲法違反であると判示したのである⁷⁾。地方公共団体の評議会議員選挙のこうした政治的性格は、憲法院によれば、憲法第 72 条が義務付けた選挙の普遍性や、議決機関と元老院〔＝上院〕議員の指名〔制度〕との関係、そして国民主権の原理から導かれるという。しかし、地方選挙の政治的性格は地方公共団体の性質に何の影響も与えるものではない。地方公共団体は行政制度のままであり、学説はこの分析で一致している。

b) 地方分権制当局 (autorités décentralisées) の権力の性質

前述の 1789 年のデクレは「市町村権力」を語っていた。1822 年にアンリオン・ド・パンセイ (Henrion de Pensey) は「市町村権力について」という表題

7) CC [n°] 82-146DC, 18nov. 1982, *AJDA* 1983 p. 80, note J. Boulouis, *RDP* 1983 p. 333, note L. Favoreu.

のついた著作を書いている。こうした定式にもかかわらず、それは説明可能なものである。前者は用語法上の不正確さが原因であった。コミューンを、立法権、執行権、司法権について語られるような「権力⁸⁾」にしようという制憲者の意図はなかった（そして司法権力についても、憲法上それは誤りである⁹⁾）。さらに、わが国の立法の全ては、判例と同様に、全国的権力や全国的規範に従属する権力ではないようなあらゆる権力を否定する方向で進んできた。我々は、地方公共団体の自由行政の原理から来る制約とそのあらゆる始源的規範定立権の拒否を通じて、そのことに気づくことができる。

地方公共団体の命令^{*} 制定権 (pouvoir réglementaire) の性質の問題は、数年前に活発な論争を引き起こした。提起された問題の全てが解決されたわけではないけれども、今日ではそれは大幅に沈静化している。地方当局のための命令制定権の存在は決して難しい問題を引き起こすものではない。そのような権限は、地方公共団体を代表する当局に認められてきた。裁判官が公役務を管理する私人にそのような権限を認め、公権力の特権までも認めているのに対して、〔地方当局に〕それを認めないことなどありえないであろう。その問題点は別のところにある。それは、この命令制定権の性質についてである。

8) 1837年に、当時の偉大な法律家であったヴィヴィアン (Vivien) は、なおも「市町村権力」を語っている。しかし彼はこの権力を相当程度限定していた。彼によれば、市町村権力の原理とは、「コミューンに帰属する固有の権利、その特別利益の全てに対するそのイニシアティブ、誰かに対するその決定権である」(1837年代議員議院における発言)。

9) 1848年以降、もはやフランスでは司法権力は語られなくなる。何人かの論者は、逆に今日それを語ることはできるのかを自問しているが、ここでは「裁判権力」という、法的というよりはむしろ社会学的な意味の強い概念について語られている。この「裁判権力」とは、いわばそれぞれの裁判審級が持つ権力の結果ないしその総体といえよう。

* (訳注2) 講学上、行政機関によって制定される法形式は命令と呼ばれる。しかし法律学の外部では、通常、命令とは行政機関による特定対象に対する個別具体的な命令のみを意味し、政令、省令、規則などの一般的な法規範(すなわち「行政立法」)まで命令と呼ぶのには違和感がある。さらに本論文でも明らかなように、フランスでは地方公共団体の条例も同じ命令の概念に含めており、日本の日常感覚の命令という用語との違和感は更に強い。しかし本稿は法律学の研究論文である以上、従来の用語法に従ってフランスの *réglement* を、政令から条例まで含めて「行政立法」としての命令と呼ばざるを得ない。「行政立法」と訳すこともありえようが、今度はフランス人が、地方公共団体の条例は立法とは全く異質な法規範定立権と力説することの意味が見えにくくなり、やはり問題が残る。

ある論者は、憲法第 72 条が地方公共団体に、自由行政に関わる法律を適用するための一般的自治的な命令制定権を委ねていると主張してきた。言い換えるなら、これらの論者にとっては、法律と地方公共団体の公選制評議会との間に、政府から発せられる命令が介在する余地はないであろう。地方公共団体は、憲法からの直接授權を享受している。憲法が規定する自由行政〔原理〕は、自由な命令定立を含む。

しかしこの説は、実定法に全く対応していないし、憲法の文章それ自体もこの説を支えることができない。共和国の不可分性に関する憲法院判例によれば、国家の諸当局のみが国の領土に適用されうる規範を制定できるし、そのような規範を制定する権限を他の当局に与えることができるのである。〔憲法〕第 21 条の適用については、首相のみが基本的な権限を持つのであり¹⁰⁾、部分的であれ全体的であれ、首相が排除されるのは立法者が法律の適用を他の当局に委任した場合に限られるのである。したがって自由行政は、自由な命令や規則の定立〔作用〕ではないのである。他方で、自治的な地方命令定立権も、フランス的な概念においては、国家と地方公共団体との明確な権限の実体的分配が存在していない限り、不可能であろう。ところでそのような明確な権限の実体的分配は現実ではなく、明確な権限配分に到達するためのあらゆる努力にもかかわらず、そのようなものには未だに一度も到達していない。

しかしながら何人かの論者は、たとえ地方公共団体が始源的規範定立権を持ち得ないとしても、地方公共団体は自治的権限を持つことはできることを強調して、地方公共団体のための自治的命令定立権の理念を救おうと、あるいは守ろうと努めてきた。これらの論者は、上級規範の「適用として」作られた規範と「執行として」作られた規範を区別する考え方に依拠していた¹¹⁾。そういうわけで、そしてこの点には後に 2003 年の憲法改正を扱う際に再度触れるが、一定の条項の意味について自問することは可能であり、論争がいずれの日にかまた展開される可能性はあるだろう。

10) 正確に言うならば、国レベルでは首相が基本的な命令制定権能を持っており、共和国大統領は二次的な命令制定権しか持っていない。

11) この分析につき、M. Joyau, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises, Essai sur la liberté du pouvoir normative local*, LGDJ 1998, 特に P. 123 以下。

法治国家は、それを新たなものとして捉え直した場合、規範のヒエラルキーの尊重のみならず、人間の基本的な権利自由の尊重をも意味している。そしてこの視点から考えると、地方分権は、たとえそれが二次的な現実ではないとしても、公的自由と基本的権利との関係では二次的な与件にすぎないように見えるのである。

法的なレベル、とりわけ憲法のレベルでは、提示しうる確実な事実は、権利に関する場合にも地方公共団体に関する場合にも、憲法的価値を持つ規範が存在するということである。

権利の視点からは、先ほど〔我々は〕、次のような基本的発展を思い起こしていた。すなわち 1789 年人権宣言と 1946 年憲法前文が言明した諸権利（とりわけ憲法前文自身が共和国の諸法律によって認められた諸基本原理として分類した諸原理）は、これらの権利のうちの一定数が列挙されていることやその内容が引き起こす諸々の問題が何であれ、憲法的価値を持つのである。

地方分権の視点からは、憲法も数多くの疑問を提起するような性質を持つ規定を含んでいる。それは第 72 条の規定であるが、それによると共和国の地方公共団体は「公選制の評議会により自由に自己の行政を行う」とある。以下ではこれを地方公共団体の自由行政の原理と呼ぶ。この規定は 1946 年憲法を繰り返したものであるが、第四共和制期の全期間を通じて、誰もこの規定に何らかの法的意味を見出すことを考えた者はいなかった。1958 年憲法は、特別の問答を巻き起こすこともないままこの定式を繰り返したのであり、学者も政治家も、この規定を形式的な条文としか見ていなかった。憲法院がこの自由行政の原理に言及するようになったのは、1982 年の諸法律まで待たねばならず、この法律の合憲性の提訴を受けて初めて言及するようになった。明らかにこの憲法判例の結果、この自由行政の原理は、立法者が尊重しなければならない憲法的効力を持つ原理として考えられなければならないようになった。

したがって、立法者は憲法的効力を持つ権利自由を尊重しなければならないと同様に、自由行政の原理も尊重しなければならない。しかし両方の場合とも、もし憲法的効力を持つ規範を相手にするのであれば、同一の効力を持つこうした規範の二元性から時に発生しうる矛盾について自問することができよう。

想定しうる問題は、実際にはとりわけ海外公共団体の場合に、公的自由の制度に影響を及ぼす性質を有する一定の権限を地方公共団体に付与する立法に関して現れた。憲法院はこのような法律に関する提訴を受けて、権利自由に関する憲法規定と地方公共団体の自由行政の原理の言明とを対置するはめに陥った。学者は憲法規範それ自体の内在的なヒエラルキーについて語ることを嫌うけれども、憲法院は自由行政の原理に対して自由に関する規範を優越させたのだった。

まず、教育の自由に関する 1977 年判決¹²⁾の中で憲法院は、自由行政の原理が、「公的自由の行使を組織化する法律の適用の本質的条件を地方公共団体の決定に従属させ、そしてそれによって国土全体で同一でなくなる可能性を導くことはできない」ことを確認した。次いで、より一般的な形で憲法院は、地方公共団体の自由行政の原理も、海外領土の特別組織についての考慮も、「公的自由の実現の本質的条件を、次にこれらの公的自由が含んでいる保障の全体を、地方公共団体の決定に従属させ、このようにして共和国の領土全体に対して同一ではない状態にする可能性を導くことはできない」ことを確認したのだった¹³⁾。

B - 統制の組織

地方公共団体に対する統制は極めて綿密に作られてきた。長い間、統制は極端に広いものであったし、伝統的な後見監督の枠内で人に対する統制も行為に対する統制も行われていた。人すなわち地方公選職に対する統制は、停職処分さらには罷免処分の権限を意味するけれども、後見監督の廃止によっても完全には消滅しなかったが、それはもはや二次的なものとなった。このことは法治国家においては論理必然である。というのは、何よりも大事なことは、地方当局が自ら制定した規範の中で法治国家の原理を尊重することだからである。それは、国家代表は特別な役割を認められるけれども、それによって私人の介入

12) CC n° 77-87 DC du 23 nov. 1977.

13) [CC] n° 96-373 DC du 9 avr. 1996.

が排除されるわけではないことの理由となる。

a) 国家代表による統制

国家代表は大体的場合、知事であり¹⁴⁾、1800年に帝政がそれを設けて以来、知事はその権限の一環として地方公共団体の統制権を受け取っていた。しかしながら、後見監督の枠内にある場合と1982年法の規定の枠内にある場合とを区別すべきである。なお、後見監督に関する諸条件については、思い返しておいた方がよい。

地方公共団体に対する国家の後見監督は、過去がどのようなものであったのかを思い返すうえで十分に重要な位置を占めてきた。他方、かつしばしば普及した考え方に反して、あらゆる後見監督が廃止されたのではない。後にも問題となる1982年3月2日法¹⁵⁾の中で、立法者は行政的後見監督と財政的後見監督の廃止を実行することを望んだが、技術的後見監督¹⁶⁾についてはその軽減化しかやらせなかった。もっとも、地方公共団体がそれに付置された公施設法人に対して統制を加えることを、立法者は法律の中では目指さなかったけれども、まさに後見監督の統制こそがこうした公施設法人に適用され続けていると考えることができる。

ところで、知事は1982年まで、なによりもこれらの〔地方〕当局の行為に対する後見監督権を持っていた。この権限は、地方当局の行為が不正規なものであると想定される場合のその不正規性しだいで変化する。その場合、いわゆる「当然に無効」の議決と「取消しうべき」議決の間でなされる区別も付け加

14) これはフランス本土の場合のことである。海外県・海外レジオン(DROM)や海外公共団体(COM。この呼称は2003年の憲法改革の結果である)では、国家代表は別の呼称を持っている。しかし根本的には何も変わっていない。

15) この法律は、その重要部分については1996年に制定された地方公共団体一般法典(CGCT)の中で法典化されている。この法典は、若干誤解を与えるその名称にもかかわらず、地方公共団体に関する規定の全てを含んでいるわけではなく、とりわけここで示すにはその理由は膨大すぎるけれども、権限に関する規定が含まれていない。

16) 立法者は、適用される技術上の規範の数の多さを考慮して(概算的な調査によれば、1979年には1万以上に達していたという)、地方公共団体のこうした技術上の後見監督への服従を廃止しようとすることは不可能であると同時に危険でもあると気づいていた。

わる。我々の主題から見て留意すべきことは、知事がこのようにして行為の適法性統制の職務を直接付与されており、したがって知事が法治国家を維持する任務を負っていたということである。この統制はなるほど行為の合目的性統制ではなく(但し特別ないくつかの場合を除く)、適法性統制であった。他方で、地方の議決の違法性を確認しその無効を宣言する知事の行為は、普通法上の行政裁判所に救済を求めることができた。したがって行政裁判所裁判官こそが、結局のところ法治国家の保証人だったのであり、有名ないくつかの判決は後見監督措置を違法と判断し取り消している。

1982 年から設置されたシステムでは、知事はその後見監督の権限を失ったけれども、その統制権限を失ったわけでは全くなく、地方公共団体の行為の適法性を監視し、それを通じて法治国家の維持に注意を払う任務についてもその権限を失ってはいない。実際、地方公共団体の自由行政の原理に対して憲法院が与えた解釈によれば、法律は、「フランス人民により採択された憲法が、共和国の不可分性を宣言し、領土の一体性を確認し、公権力の組織を固定化した時に依拠していた上位の法規範」を尊重しないほどにまで、そして「とりわけ、この目的のために締結された国際取り決めの適用と結びついている国全体の利益の保護」を保障しないほどにまで、この〔自由行政の〕原理を拡大する内容を持つことはできないのである¹⁷⁾。

この同じ 1982 年 2 月 25 日 DC 82 - 137 判決の中で憲法院は、「それが対象とする行為* が執行可能になるときに、国家代表がこうした行為の内容を知ることができ、かつ必要ならば遅滞なく行政裁判所に提訴できるという点において」障害となるような規定を国会が可決したときに、この規定を違憲と宣言し、さらに次の判決理由を付け加えたが、この判決理由は原理上のものであると見なしうる。すなわち「法律は、地方公共団体の自由行政の諸条件を定めることができるにしても、それはこの法律が、この〔憲法の〕条文(第 72 条)3 項

17) CC 82-137 DC, 25 fév. 1982.

* (訳注 3) 憲法院の審査に付された 1982 年 1 月 28 日可決の「市町村、県、レジオンの権利と自由に関する法律」の第 2 条 1 項、第 3 条 2 項、第 5 条、第 45 条、第 46 条 2 項、5 項、第 69 条 § の 1 項、3 項、6 項が対象とする地方公共団体の行為をさす。

に列挙された国家の諸特権を尊重し、これらの諸特権がたとえ一時的であれ制限されたり奪われたりすることはできないという留保の下でのことであり、したがって立法者の関与は、第72条3項が定める行政統制が法律の尊重と、より一般的にいて国全体の利益、さらに付け加えるにそのために締結された国際取り決めの適用を確保できるという条件に従うという留保の下でのことである¹⁸⁾。

ここで述べられている規範は詳しい注釈なしで済ませられるほど十分に明確なものである。すなわち国家代表によって行使される行政統制は憲法上義務付けられたものであり、立法者がこの統制を廃止することはできないということである。国家代表はもはや地方公共団体の行為を無効にはできないけれども、地方公共団体によってなされる行為が執行可能となる条件の1つはそれが国家代表に伝達されることなのである¹⁸⁾。したがって、国家代表が当該行為を違法と見なした場合には、この行為の取消を求めて行政裁判所に当該行為について提訴する権限を持つのは国家代表なのである。知事提訴 (*déféré préfectoral*) と呼ばれる知事による訴えは越権訴訟の1つであるが、通常の越権訴訟の場合よりもより有利な条件を与えられている。この点は、まさしく地方公共団体の行為は法と一致しなければならないという考えと結びついた公共の利益によって説明される。したがって国家代表は、今後は地方当局を政治的に統制し制裁を加える任務を負った機関としてではなく、法治国家の保証人として見なされるのである。

b) 私人による統制

私人の訴訟を法治国家の尊重に含まれるものとして示すことは、予備知識なしには奇妙に見えるかもしれない。私人は、自分にとり特別の利益、一般に自

18) 逆に、あらゆる手段で立証可能な単なる伝達が問題となっており、国家代表が受理したときにその行為に対して署名して与える「許可」が問題となっているわけではないことを明確にしておくべきである。第2の条件は、ほとんど自明のことであるが、その行為を公表しなければならないことである。公表のやり方はもちろん当該行為の性質に応じて多様であるが、通常の公表方法は行政規範定立行為の場合は公示が(しばしば決定の掲示を伴う)、個別的行為については告知が挙げられる。

分と関わる利益を追求するものであり、主観的権利の充足を追求する。それは法治国家とは程遠いように見える。私人が訴訟を提起する場合、法治国家は彼らの主要な関心事ではない。しかしながら、にもかかわらずこれらの私人は法治国家の保護に貢献しているのである。

一方では、法治国家こそが私人にそのような訴訟の提起を可能にするからであり、もし我々が法治国家の下にいないければ、こうした訴訟は不可能になると思われるからである。彼らの意図が何であれ、訴訟を起こすことによって、これらの私人は法治国家にエネルギーを与え、法治国家を存在あらしめ、活性化させる。他方では、これらの主観的権利を考慮に入れつつも、忘れてならないことは、越権訴訟が提起されると、実際にはとっくに客観訴訟が、すなわち単に私的なものではなく、当事者の意図のみを超えた利益のための訴訟が現れているということである。地方公共団体の行為に対する訴訟を提起することによって、原告はもちろん自らの主観的権利の保護を追及するけれども、彼らの被告団体に対しては、言ってみれば彼らは、法治国家をも守っているのである。

伝統的な後見監督のシステムでは、私人は直接には裁判官の前で地方公共団体の行為を攻撃することはなく、私人は知事に訴え出なければならなかった。これらの行為の取消しを宣告したり、その無効を確認したりすることを知事が拒否した場合に限り、私人はこうした知事の拒否の判断を裁判所に提訴することができた。私人による統制はこのように全く間接的なものであった。しかし、後見監督を廃止し地方公共団体の行為に執行力を認めたことは、その論理的帰結として、これらの行為に対して私人が直接訴訟を提起する可能性を開いたことになる。たとえ法律の中にそのことが書かれていないとしても、裁判官がこうした訴訟可能性を認めることはありうるであろう。それとは逆の解決がとられたならば、それは実際には法治国家の後退といえるであろう。なぜならば、ある行政行為が執行力のある決定の性格を示す以上、それは異議申し立ての対象となりうるからである。しかしながら、立法者は、自ずから展開しうるように見えることを明確化することが必要ないし有益であると考えた。地方公共団体一般法典 (CGCT) 第 2131 の 9 条は次のように定めている。「市民が個人的にコミュン当局の行為によって権利侵害を受けたと思う場合には、市民は行政

裁判所に当該行為の取消しを求めることができる。同様の条文が県についても、レジオンについても、またその他のカテゴリーの地方公共団体についても、CGCT によって規定されている。

さらに、おそらく法治国家の観点からは、地方議会の内部規則について立法の中で採用された解決策がより注目される。その名称が示すように、これらの「内部規則」は地方議会の内部運営を定めることを目的としている。これこそ、1983年にコンセイユ・デタがある地方議会の決定に対して、内部規則は内部秩序に属する措置 (*mesures d'ordre intérieur*) であって、訴訟の対象とはならないという判決を下した理由であった¹⁹⁾。

しかし1992年に立法者は、内部規則を行政裁判所の審査にかけることができることを決定した。CGCT 第2121の8条第2項は次のように規定している。「内部規則に関する訴訟は行政裁判所で受理することができる」。同様の規定が他のカテゴリーの地方公共団体についても採用されている。訴訟の可能性の拡大は、たとえ地方議会の内部規則のような規定に対して訴訟の道を開くことの有益性に疑問があろうとも、法治国家の拡大の方向に向かうものである。

最後に、法治国家の尊重は、違法性の疑いがある行為に対する直接の訴訟によるだけでなく、違法性の抗弁という古典的な方法によっても実現されることに注意すべきである。〔命令や規則の制定行為自体に対する〕出訴期間を過ぎてしまった命令や規則が適用された場合に、その結果としてなされる個々の行為に対して（今度はその訴訟自体としては出訴期間内に）提起される取消請求を用いることにより、出訴期間を過ぎてしまった原告がこの〔命令や規則の制定〕行為の違法性を申し立てることは常に可能である。昔はほとんど存在しなかったこうした私人の側からの訴訟提起の可能性も、地方分権の視点から法治国家の論点を扱う場合に、相当に新しい論点が生じることを示すものである。

19) この問題に関するコンセイユ・デタの判例は、たとえ内部秩序に属する措置に対する訴訟手段の欠如こそが原則であるとしても、1954年以来、裁判官は、その本質にもかかわらず、そうした行為が不平を生むものである限り、それに対する訴訟を認める判例を練り上げてきたという意味で、極めて柔軟であるということ想起すべきである。

・ 地方分権の発達に伴う論点の刷新

法治国家の分析は地方分権の発達によって刷新された。実際、我々は、地方分権の結果として法治国家の土俵が拡大したことについて語る事ができるし、まず始めにこの点について評価を加えるべきであろう。法治国家に対する地方分権の発展の影響という意味において、この現象の結果として提起されるのは、地方分権の発達は法治国家を強化することに寄与するのか、それとも弱体化することに寄与するのかという問題である。

1. 法治国家の及ぶ範囲の拡大

地方分権の結果、法治国家の及ぶ範囲は拡大される。この側面はめったに分析されていないが、重要である。地方分権の功績の1つに数えられるこうした拡大は、中央権力と地方公共団体との間でも、あるいは地方公共団体どうしの間でも起こりうる。

A 中央権力と地方公共団体間の関係における法治国家

法治国家の及ぶ範囲が地方分権の結果、広がったことの確認は自明ではない。しかしながら、国家から地方公共団体への権限移譲からそのような事実確認をすることは可能である。また、国家と地方公共団体間の契約化についても、別に考察が必要である。

a) 規範の発生源としての権限の移譲

地方分権の結果としての法治国家の及ぶ範囲の拡大については、権限に関して3つの方向からの考察によって事実確認をすることができる。

第1に、そして異論の余地がほとんどないように見える事実確認としては、地方分権が権限の移譲を通じて実現されるという点である。権限移譲と地方分権の結びつきは、根本的にはかなり最近のことである。それは第五共和制から始まるに過ぎない。1960年代まで、権限についても権限移譲についても、語

られることは稀だった。地方分権は、地方公共団体の行為に対する後見監督権力の縮減の問題に還元され、権限について語られることは少なかった。〔ようやく〕第五共和制が始まった当初から、地方分権に関する法令を可決する近代化の措置がとられるようになると、権限問題が出現するようになり、1962年以降、いくつかの委員会が持たれて、国家と地方公共団体の間の権限分割のされ方が検討されるようになった。

それ以降は、地域的な分権化を考える際には、必ず権限の移譲が考慮されるようになり、1982年以降の地方分権に関する法律は全て、この方向の規定を持つようになった。コミューン、県、レジオンの「権利と自由」に関する1982年3月2日法が制定された翌年には、2つの法律がこれに続いた。1つは1983年1月7日法であり、もう1つは1983年7月22日法であるが、双方とも「国家、コミューン、県、レジオンの間の権限再配分²⁰⁾」に関するものであった。この2つの法律は、後に何度も修正された。地方公共団体の自由と責任に関する2004年8月13日法は、権限の移譲、責任の移譲、財産の移譲、職員の移譲というように、極めて多くの移譲の措置を含んでいる。今後は、今日の地方分権とは大部分が国家から地方公共団体への権限の移譲によってなされることを否定するものは、誰もいないであろう。

第2に、これらの移譲は、必ずそれに関係する地方公共団体の側からの規範の産物となって現れる。実際のところこれらの地方公共団体当局は、自らに移譲された責任の対象となる活動や役務の組織と運営のために、決定を下さざるを得ない。こうした決定は、命令や規則の制定行為の性格を持つこともあれば個別的行為の性格を持つこともあるが、これらの行為の大部分は適法性統制に従っている。それはすなわち、知事が法律により任務として課された適法性統

20) ついでながら、次のことを強調しておきたい。というのは、しばしば間違いが起るからであるが、それは、ここで問題となったのは権限そのものの再配分だったのではなく、権限についての再配分だったということである。その意味するところは、立法者がこれらの法律によって望んだものは、地方公共団体の権限全体を定義し直すことではなく、その権限のうちのいくつかを定義し直すことにすぎなかったということである。

21) この規範面での実験は、2003年以前に行ってきた実験とは極めて異なっているが、それは常に既存の立法や命令規則の枠内で存在するものであった。規範定立の

制を機能させられるように、これらの行為の大部分は知事への伝達の対象となることが義務付けられるということである。他方で、2003 年の憲法改革は、一定の条件の下で実験することを認めることで、地方公共団体に未知の可能性を与えることとなった²¹⁾。この規範定立面での実験は、はっきりさせるならば、地方公共団体にとって権利とはいえないが²²⁾、立法権に関する場合も命令制定権に関する場合もありえる。しかしどちらの場合にも、実験の枠内で地方公共団体が成す行為は、論理的には行政行為に止まり続け、したがって古典的な適法性統制に従い続けるのである。

したがって、以上のことは第 3 に、法治国家の及ぶ領域が拡大したことを意味する。地方公共団体に認められた規範定立の可能性を通じて法治国家の及ぶ領域を拡大したのは、まず第一に制憲者であり、次に立法者であった。地方公共団体が発した規範は、それが権限移譲の一環としてであれ、他のレベルの移譲の一環としてであれ、実験の一環としてであれ、法治国家の要求に応えねばならず、裁判官によって解釈されるものとしてわが国〔フランス〕の憲法から帰結される諸規範のヒエラルキーの中に組み込まなければならないのである。このことは、一方的行為だけでなく、地方公共団体が締結した契約の性質を持つ行為についても当てはまる。

b) 法治国家に対する契約化の影響

続く発展は、以下の 2 方向からの考察から理解されなければならない。第 1 に、契約化の現象が極めて大きな目印となるが、それは 2 つのことを意味する。

一方では、歴史的に見て、たとえ行政法が公法人間の契約を想定していなかったわけではないにせよ、こうした契約は例外であり続け、ほとんど学説の関心を引くこともなく、学説はこれを単なる付随現象としてしか考えてこなかつ

視点から見ると、それはいかなる独自性も持たない実験であった。〔今回の憲法改正で実現された実験制度の〕独自性は、実験の制度面での組織化やこうした実験の及ぶ領域に関わるものだった。

22) 実験の条件やルールは極めて複雑であるが、これについては以下を参照されたい。J.-M. Pontier, «La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales», *AJDA* 29 sept. 2003, p. 1715.

た。古典的な考え方では、公法人が締結する契約とは、まず始めにそして何よりも私人と締結される契約である。そこで、判例が返答することを余儀なくされた問題とは、この契約が私法上の契約だったのはいつか、そしてこの契約が行政契約と見なされうようになったのはいつかということだった。逆に現代は、公法人間の合意の増大、さらにはその激増によって特徴付けられるが、その理由は極めて多様であるにせよ、特にその1つといえるのは、まさに地方分権化に比例して、国家が地方公共団体に一定の行為を強制することが以前に比べてより困難になったことである。そして唯一残っている手段こそ契約である。

しかし他方では、公法人間で交わされたこうした合意の全てが真の契約であるということは本当は明らかではない。というのは、契約の伝統的な特徴がしばしば欠けているからである。こうした合意は、その一部は実際に契約であるものの、別の一部は争う余地なく契約であるとはいえないものであり、さらに別の一部は分類の際に躊躇する可能性のあるこうした中間的ではっきりしない領域に位置するものであるようなあらゆる行為全体を包括している。だからこそ、契約というよりは契約化 (*contractualisation*) という方がよいのである。というのは、この契約化という言葉は、こうした行為全体を包括することができ、行政裁判所裁判官の側では、こうした合意の大部分に契約の性質を認めることについて確信犯的に故意に口をつぐむことができるからである。

第2に、契約化は、それがどのようにしても法治国家に影響を与えないものである以上、それ自体としては法治国家と無関係である。契約は、ヒエラルキーを前提とせず、反対に当事者間の平等を前提としている。当事者は同一の土俵におり、契約内容を対等の立場から議論し、その契約は当事者の意思に従って実行されるものと想定されている。当事者はそれぞれ、交わされた取り決めの尊重を約束し合い、この取り決めに一方が尊重しない場合には、事例に応じて、他の当事者による損害賠償請求や過失に対する契約上の解決手段が実行されるが、法治国家は通常はそのことによる修正を受けない。

しかしながら、この理論上の図式は実際にはそのようなものとはならない。というのは、公法人間の契約は常にそれぞれの特殊性を有しているからである。まず始めに、あらゆる行政契約は一般利益の優越性を特徴とし、それは当事者

間のコンセンサスの尊重という考え方に優越することを指摘しておきたい。このことこそが、行政が権威的に、しかし当然ながら一定の条件の下で、契約内容を修正し、場合によっては契約を終了させることができる理由である。それは私法上の契約の原則に反するものであり、まさに契約制度を生み出した法治国家と矛盾する。

しかし法治国家にとってのより微妙な別の矛盾が現れることもありうる。契約化が、法治国家から帰結される諸規範を回避することを可能にするものだった場合がそれにあたる。契約化は時に権限分割に関する規範から離れて運用することを可能にする。確かに、国家と地方公共団体の間の権限分割は明確さを欠いている〔ことが多い〕。しかしいくつかの点では、法律は明確に権限を一定の地方公共団体に帰属させている。ところで、契約化はこうした権限分割を尊重しない可能性を与えるものである。その権限が国家に帰属する場合には、こうした権限分割の軽視が常に起こることに注意しなければならない。実際地方公共団体は、契約化という抜け道を通じて、自らが全く権限を有していない領域に介入してくるのである。

ある特徴的な事例が、法の文面を尊重しないメカニズムとその理由を同時に理解する上で役に立つ。それは高等教育の事例である。法の文面上は、このレベルの教育は国家に明確に留保されている²³⁾。こうした極めて明確な原則にもかかわらず、地方公共団体は契約の枠組みを用いて責任と能力を認められている。それは次のように簡単に説明されている。すなわち、それぞれが自分の利益をそこに見出しているからであると。国家はそうすることによって、地方公共団体に一定の出費に対する財政支出を可能ならしめる点で、また地方公共団体の方は、大学がそこに存在することから大学都市としての格を手に入れることが可能になり、かつ本来必要であるはずの（運営部門であれサービス部門であれ）何らかの雇用を考えなくて済む点で利益があるのである。

23) 他方で、いかなる曖昧さも残さないようにするために明確にしておくならば、一般的に言って、教育の領域は、大部分は歴史的な理由により、地方分権化される度合いの小さいものである。初等中等教育においてさえ、地方公共団体は権限を有しておらず、「単なる」責任しか有していない。もちろん、より強い理由から、地方公共団体は高等教育についていかなる権限も有していないのである。

B 地方公共団体間の関係における法治国家

契約化の場合と同様に、地方公共団体間の法的関係も、歴史的に見て比較的最近のものであるといえよう。実務上は、(こうした法的な)関係は国家と地方公共団体の間で一方的な形で形成されており、地方公共団体間の「横断的な」関係は実務上存在しなかった。こうした状況は大幅に変わり、地方公共団体同士の関係が増加した。そして、この問題には特別な側面を付け加える必要が出てきた。それは、ある地方公共団体が他の地方公共団体に対して行うあらゆる後見監督の禁止である。

a) 地方公共団体間の法的関係の多様化

法治国家の及ぶ範囲が拡大したのは、以前は存在していなかったような法的関係、すなわち地方公共団体間の関係それ自体が生み出す規範によって法治国家が豊かになったからである。この視点から見ると、過去の地方公共団体と今日の地方公共団体とは大きく異なっている。以前は存在しなかった要求だったとしても、今日では市民の側から設備やサービスに対する要求が存在しているので、地方公共団体が行動を起こさないのは実際上不可能になった。国家の下位にある関係の増大は、地方分権の発達に由来し、地方公共団体がこうした事実確認を行うところに由来する。単独で行動するのが困難なのは、権限が比較的入り組んでいるか、少なくとも大幅に依存しあっているからであり、そしてまた「協調して²⁴⁾」活動するほうが個々ばらばらに活動するよりもコストがかからないからである。地方公共団体にとっての十分に納得のできる利益とは、重要な計画をうまく遂行できるように他と協力することである。

こうした地方公共団体間の関係の第一のものは、同じカテゴリーに属する地方公共団体間の関係である。実は、最も重要なのはコミュニケーションの関係である。県間の関係もレジオン間の関係も可能であり、法律上の規定もあるけれども、

24) 地方公共団体に対して用いられる場合のこの協調という用語が使われ始めたのは、1960年代に遡る。この時期に人々は「協調行政」について語り始めたが、それは契約化の形をとって現れた。

それらの関係が限られたものであり続けていることは認めなければならない。コミュニケーション間の関係は制度上の関係であることも、契約上の関係であることもありうる。制度上の関係は、本来的には公施設法人が、特にコミュニケーション協力のための公施設法人 (EPCI) である地域的公施設法人がこれを代表する。

こうした公施設法人の存在は、法治国家の視点から見ていかなる異論も提起しない。EPCI に関しては公益性は争う余地がない以上、立法者はそれが望ましいと考える公施設法人を設立する完全な裁量権を持つ²⁵⁾。法治国家の視点から場合によっては提起されうる唯一の問題は、こうした公施設法人の地域的な性格についてである。というのは、〔EPCI のような〕公施設法人は、この点では古典的な公施設法人を大幅に逸脱しているからである。しかし一方で、この問題が憲法院に直接提起されたことは一度もなく、憲法院は、新たに公施設法人を創設し、あるいはすでに存在する公施設法人を修正する法律を適法と認めることで、こうした公施設法人の合憲性を暗黙のうちに認めている。他方で、こうした公施設法人に対していかなる違憲性の議論を主張しうかが結局のところ分からないのである。こうした公施設法人は古典的な法律論の視点からは少し奇妙に見えるが、それでもなお違憲の存在ではない。

これらの EPCI が提起する法的問題は主に権限の問題に、すなわち一定の場合に介入するための権限を有する当局を確定する問題に帰着する。確かに、諸々の法律が極端に詳細なやり方でコミュニケーションから公施設法人に移譲される権限について定めている。しかしながら、極めて明確に定められているにもかかわらず、不可避的なことであるが、権限移譲があったのか否かという点について躊躇することがありうる（これは当然ながら任意の権限移譲に関してのみ言いすることであり、義務的な移譲については物事は原則としてより簡単である）。同様に、公施設法人に対する移譲にもかかわらず、この公施設法人に参加した

25) 公施設法人の設立に関しては、憲法によって、立法者〔立法院〕と命令制定権力〔政府〕との間で権限分割が存在することに注意を払うべきである。立法者は、新しいカテゴリーの公施設法人を設立する権限を持ち、命令制定権力は、設立すべき公施設法人が既存のカテゴリーに属するものである場合に権限を持つ。しかし憲法院は、公施設法人の観念について極めて包括的な解釈を、すなわち立法者の権限にとって有利な解釈を採ったことは付け加えておかなければならない。

コミューンが、すでに権限を移譲してしまったがために自己の権限にもはや属していないはずの決定を行うこともありうる。それは、コミューン当局が間違ってしまうと、常にこの権限を保持し続けていると信じていた場合もあれば、この移譲を故意に尊重しない態度をとった場合もある。しかし結局のところ、今日 EPCI が提起する主要な問題は法治国家の観点からの問題ではない。それは民主主義の問題であり、EPCI の一機関ないしすべての機関が直接普通選挙によって選出されるべきか否かという問題なのである²⁶⁾。

異なるカテゴリーに属する地方公共団体の間でも、法的関係を設けることはできる。こうした関係は、EPCI に比べて注目に値するような独自性を示すことはないが、以下の2点を明確にしておく場合には、提起される問題は同じ性質のものである。それは1つには、混合目的組合は EPCI よりずっと数が少ない点であり、もう1つは、この組合は財政権を持っていない点である。

異なるカテゴリーの公共団体間の法的関係は、とりわけ契約関係あるいは契約型の関係によって表される。権限の移譲のために、そして国土整備開発計画の契約の一環として、コミューンや県やレジオンはしばしば合意や協定を締結しなければならなかった。なお、〔合意や協定といった〕言葉の用い方は法律論のレベルでは重要ではない。数多くの公共整備が、交差的財政支出 (*financements croisés*) と呼ばれるものの枠内で、国家、1ないし複数のコミューン、県、レジオン等の複数の公共団体の財政上の分担によって実現された。こうした共同作業は異なるパートナー同士で締結された協定により具体化されている。こうした多様な合意は、法治国家の観点からはいくつかの疑問を生じさせる。

第1の、そして主要な疑問は、こうした合意の性質についてである。それは本当に契約なのであろうか。こうした疑いが成り立ちうるのは、財政分担が常に明確にされていないだけでなく、それ以外にも、約束した内容が比較的曖昧であり、確固たるものではないからである。それは、しばしば真の取り決めと

26) EPCI の議会の構成員は当然公選職であるが、彼らは公選職から選出された者達である。というのは、彼らは、関係するコミューンの市町村会のメンバーから指名された者達だからである。しかしフランスの政治概念によれば、「真の」普通選挙とは、とりわけいくつかの EPCI の場合がそうであるが、その公選職が課税権を持っている場合には、直接選挙のみをいう。

いうよりもむしろ意図の宣言である。これこそが、すでに見たように、行政裁判所裁判官がこれらの合意の大部分を契約と見なさない理由である。換言すれば、裁判官は「当事者」の一方による約束の解消を必ずしも契約の破棄と捉えないのであり、とりわけ約束を解消したのが国家の場合には、それは一方的行為の修正と見なされるのである。逆に言えば、相対する公共団体の一方が手を引いた結果損害が生じた場合には、この損害には、手を引いた公共団体が犯した過失に基づいて必要な場合には賠償請求権を発生させるような性質があるのである。未だにこの問題について提起された訴訟は存在しないが、それは地方公共団体が他の地方公共団体に対して裁判手続をとることを少し躊躇しているからである。それは、決してこの問題となった他の地方公共団体のためにそうするのではなく、自らが他の分野で同じ手続にかけられる可能性があるからそうするのである。

b) 1つの公共団体が他の公共団体に対して後見監督をすることの禁止

立法者は、(上述した留保を前提としてではあるが)地方公共団体に対する国家の後見監督を廃止した。それは別の後見監督を、すなわちある地方公共団体による他の地方公共団体に対する後見監督を新たに生み出すためではない。実際、そのような後見監督は国家のそれよりも耐え難いであろう。というのは、国家の後見監督はフランスの伝統ではその介入につき公平であるという推定が働いてきたからである。何らかの後見監督が新たに生まれるのではないかという疑いから、最初は立法者が、次には制憲者が、ある地方公共団体による他の地方公共団体に対する後見監督の禁止を述べるようになった。しかしそのような禁止措置は今日では一定数の困難を生み出している。

地方公共団体は対等なレベルにおかれている。これこそが憲法原理である。規範のヒエラルキーは地方公共団体の創設者のヒエラルキーに由来する。したがって、地方公共団体が定立する規範は必然的に命令規則の性質を持つ規範となり、同一レベルに位置し同一の効力を持つことになる。コミューンの規範と県の規範とレジオンの規範の間にはいかなるヒエラルキーも存在しない。フランスでは、規範の秩序が設ける規範のヒエラルキーにおいては、たとえ地方公

共同体の規範を国家機関の規範に従属させてはいないとしても、にもかかわらず国家機関の行為は地方分権制当局の行為に優越し、地方分権制当局の行為は常に国家の行為に対して2次的なものとなるのである。国家内部においては、〔規範の〕形式的なヒエラルキーは次のように位置を下降させる。すなわち、単純化させて言うならば、共和国大統領のデクレから始まり、首相のデクレがこれに続き、省庁横断的命令、各省令、そして知事命令へと下降するのである。知事命令は、法的には市町村長や県会議長やレジオン会議長の命令に対して優越するわけではない。それは並行的なヒエラルキーである。しかしながら、多くの法文は、地方公共団体間の不一致の場合、知事が命令によって調停、すなわち裁定をすると定めており、したがってそこから分かることは、立法者にとっては、この〔知事の〕規範定立権は決して同一レベルに置かれるものではないということである。

ある公共団体から他の公共団体に対するあらゆる後見監督を憲法が禁止しているということは当然のように見えるが、それは次第に困難な問題を増加させる危険をはらんでいる。各カテゴリーの自治がこのようにして法的に保護されると同時に、地方公共団体が共同行動をとるために結合しあうことが必要なことも、さらに明白である。そしてこうした共同行動の際には、関わっている公共団体のうちの1つにこうした行動に調和を図らせるために特別な役割を与えるべきことは当然であり、かつ実践的でもあるだろう。これこそが、「リーダー役割の公共団体 (collectivité chef de file)」であるが、この表現はその意味することが十分に分かる前に使われ始めたものであった。国会議員達は、法的用語に属するものではない、一見して法的意味のないこうした表現を使ったのだった。

リーダーとは、辞書によればある集団やある計画を指揮するものをいい、「ヒエラルキーの中で第一番目に来るもの」をいう。この最後の表現は、辞書からとったものであるが、そこに記された「ヒエラルキー」という言葉のせいでわざと示したものである。というのは、共同行動の際に地方公共団体の1つが他の地方公共団体に対してリーダー公共団体の役割を果たしうるというこうした考えを述べることは、直ちに「激しい反対の声」を引き起こし、この観念

から生まれた制度に反対する者による、この制度が、ある公共団体による他の公共団体に対するあらゆる後見監督の禁止〔原則〕に抵触するという主張を生み出すことにもなりかねないからである。1995年に、立法者は国土整備開発基本法の中この観念を挿入したが、憲法院はこの規定を無効にしている。本当は、憲法院のこの判決についての解釈は自明ではない。憲法院が無効にしたことについては2つの解釈が可能であり、そのうちの1つはリーダー公共団体の観念と両立するものである。

この争いは(もっともそれは極めて重要というわけではなかったが)、2003年の憲法改革以降は終結した。というのは、一般的な見解によれば、2003年憲法改革によって、たとえリーダー公共団体という表現自体は憲法の中に現れなかったにせよ、この観念が憲法化されたからである²⁷⁾。今後残されている問題は、地方公共団体に与えられた役割が、合憲の場合に当たるようなリーダー公共団体の観念に含まれるか否か、あるいは憲法が禁止する後見監督の行使の場合に当たると考えねばならないのか否かについての基準を、憲法院裁判官が次第に確立しなければならないことである。

2. 地方分権の結果としての法治国家の強化あるいは弱体化の問題

今日の地方分権化は20世紀初頭に存在したものとほとんど比較にならないものであり、それは、2つの実態は全く異なるものではないかと自問しうるほどである。しかしたとえ地方分権がとりわけその拡大によってこのように変化したとしても、それが法治国家に対していかなる影響を与えたのかについて自問することはできる。つまり法治国家は、地方分権によって弱体化させられたのか、それとも強化させられたのであろうか。この問題に答えるために、一方では理論レベル、他方では実務レベルという2つの方向から考察を加える必要がある。

27) 憲法第72条5項は次のように書かれている。「いかなる地方公共団体も、他の地方公共団体に対して後見監督を行うことができない。しかしながら、権限を行使する上で複数の地方公共団体の協力が必要な場合には、法律は、地方公共団体またはその連合体のうちの1つに、その共同行動の仕方を編成する権限を与えることができる。」

A 問題の理論的与件

理論面では、何よりもまず直ちに気づくことのできる特徴は、我々が直面する規範システムの複雑化である。しかしもう1つの側面にも注意を払うべきであり、それは地方分権が法治国家に対して及ぼす圧力と呼びうるものである。

a) 規範システムの複雑化

複雑系のテーマは流行であり、事物は過去にそうだったものよりも複雑化すると述べることはしゃれている。こうした流行の影響はさておき、規範システムが複雑化し、地方当局の自治的命令制定権の問題について決着がつけられた後では、議論は実験の問題に集中するようになった。

地方公共団体の命令制定権に関する論争は大部分沈静化し、それは消滅したと述べる者さえいる。しかし2003年の憲法改革が議論再開の素材を提供する可能性があるので、この論争が再び持ち上がることはありえよう。事実、制憲者は次のような言葉を用いて第72条3項となる規定を可決した。すなわち、「これらの公共団体は、法律の定める条件に従って、公選制議会により自由に自己の行政を行い、また自己の権限を行使するために命令制定権を持つ」。このような言明が2003年に発せられ、これが正確には何を意味するのか自問できるようにになった。

ここでは、すでにこれらの公共団体が有していた命令制定権が再び問題となっているのであろうか。この場合、この命令制定権が存在するために憲法による確認は必要でない以上、この〔改憲による言明の〕利益が何であるのか分からなくなる。それなら、別の形態の命令制定権が問題となっているのであろうか。しかしそれはどのようなものでありうるのだろうか。おそらく憲法院の判例が、数ヶ月後ないし数年後の内に、この規定が意味するに適するものが何かを明らかにするであろう。しかしながら、憲法院が何度も共和国の単一不可分性原理に対して与えてきた意味からすれば、自治的命令制定権が存在するという結論をそこから導き出すことを可能にするような意味を、憲法院がこの規定に与えることは疑わしいであろう。行政裁判所について言えば、それがこの規

定にそのような意味を与えることは、さらにありえないであろう。

自治的命令制定権についての議論を引き継いだのが、実験についての議論であった。実験という観念は、かなり多様な実体を含みうる。過去に、国家によってであれ、さらには地方公共団体によってであれ、いくつかの実験がなされてきた。地方公共団体による実験については、そのイニシアティブは常に国家から来ており、地方公共団体が自らの意思でこうした実験を開始できたとは考えられない。逆に、たとえこうした公共団体によってなされた実験の大部分が法律によって決定されたものであったとしても、その他の実験は、全国レベルの命令制定権によって、さらには単なる通達を通じて実施に移されることもありえた。だが明確にしておくべきことは、こうした実験の全てが既存の法令の枠内で実行されたのであり、すなわち既存の法令を修正する必要のないものだったということである。

今回の憲法改革により予定され、組織法律によって明確化された実験は、以上のものとは全く別のものである。今回の改革によって法認された実験は、規範上の実験であり、地方公共団体はこの実験を利用して、場合に応じて、実験期間中は、法律や全国レベルの命令制定権〔の権限〕に属する措置をとることができるのである。したがって立法上の実験と命令上の実験という2つの形態の規範上の実験が規定されているのである。こうした実験は、過度に用心された状態に置かれている。特に、そして時々そのように述べられてきたこととは反対に、「実験への権利」が地方公共団体に認められたわけではないのである。立法上の実験を要求する場合には立法者のみが、命令上の実験を要求する場合には全国レベルの命令制定権のみが、実験の可能性を認める決定を下すことができるのである。したがって、実験に対して表明された数々の心配は根拠のないものに見える。専らそれは、伝統的な国家概念に対する、ある者達の感情的であると同時に政治的な愛着にすぎない。だがいずれにせよ、もし予定される実験が本当に実効的なものであるならば、我々は、思うに中央権力と地方公共団体の間の法的関係についての未知の図式に直面することになるだろう。

b) 地方分権の結果としての法治国家についての疑問点

フランスにおいて考えられているような法治国家は、現代ではいくつかの変化の影響を受けてきた。そのうちの1つは、規範のヒエラルキーの中で明らかに付加されたもの、すなわち合憲性統制が有効に働いた結果としての憲法レベルで付加されたものにすぎない。しかし別の変化が地方分権の発展から生じている。それは様々なレベルの問題を提起する。法治国家は、地方分権によってその規範のヒエラルキーの次元でも、権利に関する次元でも変容させられている。

第1の問題は、地方公共団体の権利と国の権利の対立である。伝統的なものに分類される考え方によれば、すなわちおおよそ第五共和制までの間の考え方では、国家と対立する地方公共団体の権利について語ることは困難であった。国家が代表し追求する利益はいわば唯一の争う余地のない利益であるから、国家が常に優越すると考えられていたのである。なるほど地方公共団体は、それが公共団体であるがゆえに、公共の利益を追求していることは認められるけれども、この利益は、国家のみが追求する全国的利益²⁸⁾に比べては二次的なものであり、全国的利益に従属するからである。おそらく、地方的公共の利益が全国的利益に優越しうることを裁判官が認めた事例は1つも見つかるまい。

こうした状況は今日では幾分異なってきた。それは、裁判官が地方的公共の利益を全国的公共の利益に優越させる心積もりができたからでは全くない。それはほとんど想定不可能である。そうではなくて、権限の保障という別の土俵での変化である。たとえ国家と地方公共団体の間の権限配分が望ましい明確性と正確さを欠いているとしても（そしておそらくその通りであるけれども）、数多くの分野で、多くの法文がこうした権限配分を規定している。したがって法治国家は、今日では様々な公共団体のそれぞれの権限を保障する原理でもある。もっとも以前は、この問題は実際には提起されることはなかった。権限という用語が法令上現われ、使われるようになったのは、1960年代に入ってからのことである。今日では、国家が地方公共団体の権限に干渉したことに対し

28) だからといって、地方公共団体が時に全国的な公役務に協力することは問題にならない。全国的公役務は国家が創設するものであり、この公役務はこうした事実によってその正当性を受け取るからである。

裁判官が無効判決を下した判例が存在する。自由行政の原理は、たとえ憲法院裁判官の側ではその適用に慎重であるにしても、それでもなお国家の行動に対してひとつの制限となっている。

第2の問題は、地方の自由と個人の権利自由との対立に関わる。「地方の自由」という表現は、ほとんど法的なものには見えない。しかしこの表現は19世紀の間を通じてよく使われ、1つの要求に対応し、多くの地方公選職にとっての「語り部」(parlante)であった。他方で、この表現は一定の法的意味を持っている。というのは立法者が、1982年3月2日法を、コミュン、県、レジオンの権利と自由に関する法律と呼んだからである。したがって、たとえこうした自由の内容と意味についてさえ無数の議論の余地があるとしても、「地方の自由」について語ることは正当性があるのである。ところで、こうした権利自由は、わが国の法秩序が規定するような個人の権利自由を妨げる可能性がある。

特に、これらの個人の権利自由のうちで、平等は強い政治的な響きを持つテーマであり、かつ同時に法原理でもある。地方公共団体の権利は、これらの地方公共団体の自由が差異化を含むものである以上、そして差異化は容易に不平等の原因となるものであるから、平等原則と衝突する可能性がある。平等原則の維持は、とりわけ財政面や租税面が問題となる場合には、あるいは命令による規制面が問題となる場合には、地方公共団体の自由を制限することになる。こうした状況は、おそらく全ての国で見出せるものではないが、フランスでは考慮に入れなければならない1つの与件である。

B - 実務レベルの与件

実務レベルの与件は、上述したばかりの与件とはかなり異なる。それは定義の困難性の結果ではなく、それ自体としては特別の異論を引き起こすわけではない諸原理を実行する上で生ずる困難の結果である。こうした困難でより特別なものとしては、行為の適法性統制に関わるものがある。

a) 地方公共団体の行為に対する統制の困難性

立法者は、1982年に国家代表に〔情報〕伝達されるべき〔地方公共団体の〕行為のカテゴリーを、こうした〔伝達の〕義務に従うべき行為のカテゴリーの列挙を通じて定義するよう配慮した。大部分の行為はこの義務を負うことになった。さらに付け加えるなら、一方で行政裁判所裁判官は伝達義務を課された行為の観念について幅広い解釈を行ってきたし、他方で国家代表には、伝達義務を課されていない行為で、別の手段で知ることのできた行為を裁判官に提訴する権利が認められた。全ての注釈は一致して、立法者によって設置されたこのメカニズムが、地方公共団体の行為に対する満足のいく統制を理論レベルで確保することを可能にしたと述べている。

時間が経つにつれて提起されるようになった問題は全く別のものであり、地方公共団体が行う行為の数の増加に関わるものだった。適法性統制に関する第19報告²⁹⁾は、統制のこの側面について現状を明らかにしてくれる。地方公共団体とその公施設法人により伝達される行為の数は2003年では7,735,473である。これを1993年の数と対比すると後者の数は5,182,000であったが、この数字ですら、10年前の数よりもすでにずっと上回っていた。この増加は決して驚くべきことではない。それは、地方公共団体が以前よりも大きな位置を占めるようになったことを反映したものに他ならず、かなり大幅に国家の権限と責任を地方公共団体に移譲したことの結果に過ぎない。分野ごとに言うならば、議決は適法性統制の主要な分野であり、伝達される行為の約38%を占める。続いて職員（忘れてならないことは、これは本質的に官吏であるような職員である）に関する個別決定があり、次に都市計画に関する個別の決定があり、最後に公的注文（単純化して言えば公用調達）に関する決定である。これらの分野はそれぞれ、数多くのコメントを生んでいるが³⁰⁾、ここでの法治国家の視

29) 地方公共団体一般法典第2131の3条によれば、政府は毎年、国会に対してコミューンの行為に対して行使される統制についての報告を提出する。地方公共団体一般法典第3132の2条及び第4142の2条は、県とレジオンのための同様の条文を規定する。最新版である第19報告は、2001年、2002年、2003年を対象としている。この報告については、J.-M. Pontier, «Le dix-neuvième rapport sur le contrôle de légalité», *Rev. Adm. Juillet* 2005, n° 346, p. 388を参照のこと。

30) 適法性統制に関する第19報告と前掲の拙稿のコメントを参照のこと。

点にとってそれはあまり重要なものではない。

逆に別の数字を挙げるとすれば、知事の提訴による訴訟率のそれである。すなわちそれは、各年次における行政裁判所に対して国家代表が行った提訴数と地方当局によって伝達された行為の数との間の比率である。この比率は、最大で 0.045% (1994 年)、最小で 0.022% (2000 年) の間の幅で変動している。もしもっと意味のある比較をするならば、最高値においては 2000 行為の伝達に対して 1、最低値においては 4000 行為の伝達に対して 1 となる。この数字は極端に小さい。その理由の一つとしては、地方公共団体の数が極めて大きく、そのため当然に行為の数もそれに応じて増大することが挙げられる。しかし理由はそれだけではない。

b) 統制の困難性と実施された解決策

適法性統制に関する上述の報告は、知事によるこうした統制の行使が次第に難しくなっていることを示している。その理由は以下の通りである。第 1 に、今後の法的環境にとっては、専門家による法的査定能力を発達させることが必要になるからである。地方公共団体の権利は相当程度豊かになり、同時に複雑化する。小さなコミュニティは、都市計画や公用調達のような、命令によって規律される性格の極めて強い、それゆえ微妙な分野に関わる行為を行う能力を備えた職員を持っていない。だが国家の諸部局も、行なわれるべき統制にあふれており、知事は、とりわけ農村地帯の県の郡庁において、統制を確保しようような能力を持った職員の数の不足に不満を述べている。他方で、知事は統制と並行して、地方当局に対する助言活動も発展させてきた。

この助言活動は、地方公共団体にとって極めて有益である。しかしそれはいくつかの不都合も生み出している。1 つには、それが統制を担当する役人の活動の 40% ~ 50% を占めており、したがってこれらの役人は本来の意味での統制にあまり時間をかけられないことである。もう 1 つには、こうした活動が、地方公選職に対して、誤って彼らの行為が適法であるかのような意識を与えてしまう可能性があることである。もちろん、そうした行為がなされる前に行われるこうした助言活動は、この行為の「適法性の証明」にはならないのである

が、地方公選職は後に自分たちの行為が無効にされた場合、理解しがたいと感じるようになる可能性がある。

こうした難点を一時的に抑えるために、いくつかの解決策が採られた。これらの方策はそれを評価するにはその採用があまりに最近過ぎて、今のところ結論を示すことは不可能である。解決策の1つは適法性統制の「権限の極³¹⁾」を設けることによって統制を改善することであった。推進役となる者が当該極の日常的調整を確保する役割を負う。この極とは、県庁と郡庁の役人を含む専門家のネットワークである。この専門家集団には、ワーキンググループとして様々な地方事務分散機関〔＝国の地方出先機関〕の役人が付け加わる。様々な報告が想定した別の解決策は、2004年8月13日法の中で採用されている。それは一方で伝達義務を負う行為の数を減らすことと、他方で行為の情報伝達を容易にすることであった。

地方分権は法治国家を脅かすことも減少させることもなかったものであり、地方分権を介して論者はこの法治国家〔概念〕を再検討しなければならなかったけれども、それはむしろ法治国家を発展させるものであった。以上から導かれることは、法治国家は固定された与件ではなく、それどころか何らかの発展を続けるものだということである。一定の時期に満足しうるように見えるものも、別の時期にはもはやそうではなくなる。法治国家は常に再適応化されなければならない。地方分権は、規範の問題を含めて、法治国家の再適応化にとって最も寄与してきた行政的かつ法的な現象の1つなのである。地方分権と法治国家の関係についての考察は、緊張が不可避免的に存在することをも示す。法治国家の問題は昔ほどには単純ではなく、当時は十分であったような理論的な分析だけではもはや十分ではない。法治国家の問題は、今日の我々が暮らすシステムを説明するに十分な広がりを持つテーマなのである。

（おおつ・ひろし＝本学教授）

31) 権限の極は1990年から発達し始めた制度であるが、同一の責任のレベルに様々な部局に属する当局に匹敵する補完的な権限を集合化させるものである。