

ISBN
4-87582-630-3

シリーズ憲法
の論点⑩ 「
地方自治の論
点」国立国会
図書館調査及
び立法考査局
2006年3月

調査資料
2005-2-b

地方自治の論点

那 須 俊 貴

2006年3月

現在、衆議院には日本国憲法に関する調査特別委員会が、参議院には憲法調査会が各々設置され、日本国憲法及びその改正手続に関する調査が行われている。『シリーズ憲法の論点』は、国会における憲法論議に資するため、国立国会図書館調査及び立法考査局において、多岐にわたる憲法論議の中から幾つかの論点を取り上げ、争点、主要学説及び諸外国の動向等を簡潔にとりまとめたものである。

はじめに

- I 地方自治の保障
 - 1 明治憲法下の地方自治
 - 2 日本国憲法における地方自治
- II 地方自治の本旨
 - 1 地方自治の本旨とは何か
 - 2 地方自治の本旨に関する評価
- III 団体自治
 - 1 憲法上の地方公共団体
 - (1) 何が地方公共団体なのか
 - (2) 学説・判例
 - (3) 道州制
 - 2 地方公共団体の権能
 - (1) 条例制定権
 - (2) 地方公共団体の財政に関する規定
 - 3 補完性の原理
 - (1) 補完性の原理とは何か
 - (2) 補完性の原理を規定した諸外国の例
 - 4 国と地方の関係
 - (1) 地方公共団体の事務
 - (2) 国の関与
 - (3) 地方の参加
- IV 住民自治
 - 1 地方公共団体の機関
 - (1) 首長制
 - (2) アメリカの例
 - 2 住民投票
 - (1) 特別法の住民投票
 - (2) その他の住民投票

おわりに

要旨

- ① 地方自治に関する規定は、明治憲法には置かれていなかったが、日本国憲法には設けられた。中でも、日本国憲法第92条の「地方自治の本旨」という概念が重要である。
- ② 「地方自治の本旨」には、住民自治と団体自治の2つの要素があるとされる。住民自治とは、地方自治が住民の意思に基づいて行われるという要素であり、団体自治とは、地方自治が国から独立した団体に委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされるという要素とされる。
- ③ 上記2要素のうち、団体自治に関しては、そもそも憲法上の地方公共団体とは何か、具体的には、市町村と都道府県という二層構造が憲法によって保障されているのか否か等が問題とされ、道州制を巡る議論も活発である。地方公共団体の権能については、特に条例制定権と地方公共団体の財政を巡って様々な議論がなされている。条例制定権に関しては、法律と条例との関係等、財政に関しては、地方公共団体の課税権の問題等である。また、権限配分等で地方公共団体を優先するという考え方につながりうる、補完性の原理という概念も近年注目を集めている。諸外国においては、この原理を憲法で規定する例も存在する。一方、国と地方公共団体との関係に目を転ずると、機関委任事務制度が廃止され、国の地方公共団体に対する関与のあり方、及びその関与を巡る紛争の解決の仕組みが整備された。
- ④ 住民自治に関しては、地方公共団体の長の住民による直接選挙、住民の直接選挙によって選出された議員からなる議会の設置が憲法上規定されている。また、憲法の定める、特定の地方公共団体のみ適用される特別法の制定に関する住民投票はあまり機能していないものの、特定の政策課題に関して、条例などに基づいて行われる住民投票が注目を集

め、その意義や課題について議論がなされている。

はじめに

地方自治の意義に関して、地方自治は民主主義の小学校であると言われたり、さらには、中央の権力の強大化を抑制し、地方に権力を分散させることであるとも言われる。

近年わが国では、このような意義を持つ地方自治を巡り、中央集権的システムの行き詰まりという時代認識を背景に、地方分権を志向する様々な制度改革が行われている。

このような中、日本国憲法は地方自治に関し何を語っているだろうか。わが国の憲法は、第8章地方自治で4か条の規定を置き、地方自治を保障している。具体的には、地方自治の基本原則としての地方自治の本旨（第92条）、地方公共団体の機関とその直接選挙（第93条）、地方公共団体の権能（第94条）、特別法の住民投票（第95条）の4か条である。

このうち、第92条は「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定している。この条文の「地方自治の本旨」という概念が、地方自治の保障における重要な概念とされ、それには団体自治と住民自治という2つの要素があるとされる。

現在行われている地方分権を目指す様々な改革においては、従来から重視され、議論が積み重ねられてきた、この「地方自治の本旨」、あるいは、団体自治と住民自治という概念が、改革における指標となりうると思われる。そこで、以下本稿では、最初に明治期からの地方自治の大まかな流れに触れた上で、「地方自治の本旨」について取り上げ、その上で、その2つの要素である団体自治と住民自治について、それぞれ

の論点を巡る学説や判例、外国の事例等を整理し、よりよい地方自治のあり方を構想する上で材料を供したい。

I 地方自治の保障

1 明治憲法下の地方自治

明治憲法には地方自治に関する規定が置かれていなかった。その起草過程においては地方制度に関する規定も検討されていたが、最終的にそれらの規定は削除された。その理由としては、地方自治を憲法事項と捉える感覚が希薄であったこと、町村に自治を認めることには関係者の間で異論が無かったが、府県のあり方について意見の不一致が存在したことが指摘されている¹。ただ、憲法では規定されなかったものの、地方自治制度の整備は行われた²。

明治政府が最初につくった地方自治制度は、「郡区町村編制法」（明治11年太政官布告第17号）、「府県会規則」（明治11年太政官布告第18号）、「地方税規則」（明治11年太政官布告第19号）であり、「区町村会法」（明治13年太政官布告第18号）とあわせて地方制度が形づくられた。これらにより、区および町村が自治体とされ、公選の議員からなる府県会、区町村会が創設された。

その後新しい地方制度の検討が行われ、「市制町村制」（明治21年法律第1号）が制定され、市および町村が基礎的地方団体とされた。そして、それぞれに選挙による議員からなる議決機関としての市会、町村会が設置され、また、執行機関として、市には、市長を含む合議制の参事会が設けられ、町村には町村長がおかれた。ついで、「府県制」（明治23年法律第35号）、「郡制」（明治23年法律第36号）が制定された。府県と郡は、府県知事および郡長の所管する国の行政区画であり、それが同時に地方公共団体の

1 樋口陽一ほか『憲法 IV』（注解法律学全集 4）青林書院、2004、p.233〔中村睦男執筆部分〕。

2 明治憲法下の地方自治制度の概要に関しては、同上、pp.231-235〔中村執筆部分〕；野中俊彦ほか『憲法 II 第3版』有斐閣、2001、pp.337-338〔中村睦男執筆部分〕。

区域とされ、その執行機関は国の行政官庁たる府県知事および郡長があてられた。

明治32年には府県制および郡制が全面改正され、府県制については、府県が法人であることが明記される等の改正が行われた。市制町村制は、明治44年の改正により、「市制」(明治44年法律第68号)と「町村制」(明治44年法律第69号)が別々の法律で定められ、市の執行機関を参事会から独任制の市長にする等の改正が行われた。その後郡制については、大正10年に廃止が決定された(大正12年4月1日から現実に廃止)。大正15年には、市制、町村制、府県制の改正により、昭和4年には地方制度全般にわたる改正により、それぞれ市町村および府県の自治権の拡張が図られた。しかし、昭和18年には、戦時中の国家による統制強化の観点から地方制度全般の改正が行われ、同時に、「東京都制」(昭和18年法律第89号)が導入された。

2 日本国憲法における地方自治

戦後最初の地方制度改革は、昭和21年9月、従来の東京都制、府県制、市制、町村制の一部改正として行われた。そして日本国憲法では、新たに地方自治の規定が設けられ、また、「地方自治法」(昭和22年法律第67号)が制定され、昭和22年5月3日、日本国憲法と地方自治法が同じ日に施行された。

日本国憲法には、明治憲法とは異なり地方自治の規定が置かれることとなったが、憲法上保

障される地方自治はどのような性質を持つものであるかにつき、学説上以下のような議論がある³。1) 個人が国家に対して固有かつ不可侵の権利を持つと同様に、地方公共団体もまた固有の基本権を有すると主張する固有権説。この固有権説は近年、新たな見直しと評価が行われ、基本的人権や国民主権という憲法原理による、地方自治の本旨の再構成が試みられている。2) 地方自治は国が承認する限り認められるものであり、国は地方自治の廃止を含めて地方自治保障の範囲を法律によって定めることができるとする承認説。今日承認説を主張する学説は見られない。3) 地方自治という制度を保障したとみる制度的保障説。この学説では、地方自治の本旨が、法律によっても侵すことのできない地方自治制度の本質的内容であるとする。この制度的保障説が通説とされる。

II 地方自治の本旨

1 地方自治の本旨とは何か

憲法第92条は「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定しているが、これは、憲法の制定過程において日本側が提案したものである⁴。日本側としては、地方自治に関し、総論的な条文をまず置きたいと考えたとされている。この第92条は、地方公共団体の組織・運営に関する事項を法律で定めるとする一方⁵、

3 学説の整理については、樋口ほか 前掲注1, pp.239-244 [中村執筆部分];野中ほか 前掲注2, pp.341-343 [中村執筆部分]。

4 天川晃・小田中聡樹『地方自治・司法改革』(日本国憲法・検証 1945-2000資料と論点 六) 小学館, 2001, pp.36-38 [天川執筆部分]。

5 この点に関連して、アメリカの地方自治制度においては、ホームルールという概念がある。これは、都市に自治憲章の制定等の権限を認めるものであり、州憲法に規定される場合と、州法に規定される場合、その両者に規定される場合がある。

自治憲章の内容は、その自治体の権限、政府形態、行政組織、財政等についての規定であり、その制定は、一般的には、住民投票により選出された委員からなる憲章委員会(他の名称で呼ばれることもある)で草案を作成し、住民投票にかけ、その過半数の承認で発効するという流れをたどる。住民投票にプラスして州議会の同意を必要とするところもある。また、憲章委員会の委員は裁判所による任命の場合もある。自治憲章の改正は、方式は幾つかあるが、いずれの方式の場合も住民投票による承認が要求される。ホームルールに関しては、小滝敏之『アメリカの地方自治』第一法規, 2004, pp.261-275や、栗本雅和「home rule (ホーム・ルール)」『法学教室』165号, 1994.6, pp.33-34など参照。

それは地方自治の本旨に基づかなければならないとする。したがって、地方自治の本旨が、地方自治制度のあり方を規定する重要な概念となる⁶。

この地方自治の本旨には、住民自治と団体自治の2つの要素があるとされ、住民自治とは、地方自治が住民の意思に基づいて行われるという民主主義的要素であり、団体自治とは、地方自治が国から独立した団体に委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされるという自由主義的・地方分権的要素であるとされる⁷。

この第92条が地方自治に関する総則的規定であり、住民自治の原則は、地方公共団体の機関とその直接選挙を定める第93条で、団体自治の原則は、地方公共団体の権能を定める第94条でそれぞれ具体化されている。

国会での答弁では、例えば、津野内閣法制局長官（当時）が、地方自治の本旨とは「地方公共団体の運営は原則として住民自身の責任においてみずからの手で行うという住民自治の原則と、それから、国から独立した地方公共団体の存在を認め、これに地方の行政を自主的に処理させるという団体自治の原則をとともに実現する」という原則であると答弁している（第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会議録第12号 平成14年5月29日）。

2 地方自治の本旨に関する評価

憲法第92条の規定は、諸外国の憲法における地方自治関連の規定と比較した場合、日本国憲法に特有のものであると指摘され⁸、様々な見方がなされている。

例えば、地方自治の本旨は、住民自治と団体

自治の2つの要素を基本としつつも、その具体的な内容は、社会情勢の移り変わりとともに変化し、立法や法律の解釈運用により経験的に決まってくる、抽象的で、弾力的な理念であるとの認識が示されたりする⁹。あるいは、憲法第92条は地方公共団体の組織及び運営に関する事項を法律で定めるに際し、地方自治の本旨に基づいて定めることを規定するものの、この地方自治の本旨が不確定な概念であるため、立法の際の歯止めとしての役割を果たしてきていないとの評価もある¹⁰。

他方、判例¹¹においては、地方自治の本旨を直接問題としたものは余り多くないとされる。例えば、市町村が持っていた自治体警察を廃止し、都道府県警察に事務を移行したことにつき、地方自治の本旨に反しないと判示したもの（最高裁大法廷昭和37年3月7日判決、最高民集16巻3号445頁以下）があるが、同判決においては、地方自治の本旨の具体的な意義自体は明らかにされていない。また、地方公共団体の課税権に関する判決においては、「憲法九四条、基本的には九二条によって認められる自治権がいかなる内容を有するかについては、憲法自体から窺い知ることはできない。そもそも憲法は地方自治の制度を制度として保障しているのであって、現に採られているあるいは採らるべき地方自治制を具体的に保障しているものではない」とし、前述の制度的保障説の立場をとり、さらに地方公共団体の自治権の具体化については、「憲法全体の精神に照らしたうえでの立法者の決定に委ねられている」と述べている（福岡地裁昭和55年6月5日判決、判例時報966号3頁）。

以下、地方自治の本旨の要素である住民自治

6 地方自治の本旨に関して、行政法制研究会「地方自治の本旨」『判例時報』1795号、2002.11.11、pp.31-44.

7 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第3版』岩波書店、2002、p.337.

8 『地方自治の保障のグランドデザイン』全国知事会、2004、p.70.

9 同上、pp.98-99.

10 西尾勝「地方分権」『ジュリスト』1192号、2001.1.1-15、p.206.

11 樋口ほか 前掲注1、pp.244-245〔中村執筆部分〕.

と団体自治について、まず、団体自治を取り上げ、次に住民自治を取り上げ、それぞれ、関連する論点の概要を説明することとする。

Ⅲ 団体自治

1 憲法上の地方公共団体

(1) 何が地方公共団体なのか

地方自治を規定している憲法第八章の各条文では、地方公共団体という言葉が用いられているが、具体的に何が憲法上の地方公共団体であるのかは明らかではない。このような規定の仕方は諸外国の憲法と比較してその例は少数であるとされる¹²。例えば、フランス共和国憲法第72条第1項は「共和国の地方公共団体は市町村、県、州、特別公共団体および第74条の規律する海外公共団体である。その他のすべての地方公共団体は、場合により本項に掲げる一または数個の公共団体に代わり、法律により設けられる。」と定める。また、スペイン憲法第137条は「国は、領域上、市町村、県および設置される自治州で、これを組織する。これらの団体は、すべて各々の利益につき、自治権を有する。」とする。

日本国憲法が地方公共団体とだけ規定することとなった経緯としては、その制定過程において、地方自治体の種類を憲法に明記すると窮屈ではないかと考えられたためであると指摘されている¹³。

(2) 学説・判例

(i) 問題の所在

このように憲法は地方公共団体とだけ定める。一方、地方自治法第1条の3は、地方公共団体を普通地方公共団体と特別地方公共団体とした上で、市町村と都道府県を普通地方公共団

体と位置づけ、特別区・地方公共団体の組合・財産区・地方開発事業団を特別地方公共団体と位置づける。そこで、憲法上の地方公共団体と、地方自治法上の地方公共団体とがどういう関係に立つかが問題とされる。具体的な問題意識としては、憲法は、市町村と都道府県からなる二層の制度を保障しているのかという点や、地方自治法第1条の3で特別地方公共団体とされる特別区は、憲法上の地方公共団体なのかという点などである¹⁴。

(ii) 二層制

わが国の地方自治の制度は、市町村と都道府県という二層の構造をとっている。この二層制は憲法によって保障されているのだろうか。この点につき、学説は以下の3つに分類される。1) 憲法は、地方公共団体が、地方自治の本旨に基づき法律で定められることを規定しているだけであり、地方自治の本旨に反しない限り、法律で市町村だけの一層の地方公共団体としても、あるいは、現在よりも地方公共団体を増やすことも許容しているとする説。2) 憲法は市町村と都道府県という二層の制度を保障しているとする説。この説は、明治憲法下において、官選知事制であり、不完全自治体であった都道府県が、戦後、公選知事制となり、完全自治体とされた歴史的経緯を重視する。3) 憲法は二層の制度を保障するが、市町村の他に、上級の地方公共団体として、都道府県を置くか、それとも道州といった地方公共団体を置くかについては、地方自治の本旨に反しない限り、立法政策に委ねられるとする説。この説は、二層の制度自体は保障しつつも、広域行政の必要性に対応できるよう、上級の地方公共団体のあり方に弾力性を持たせている。このように学説は分かれるが、2)の説が都道府県の合併等の可能性

12 前掲注8, p.70.

13 同上, p.78.

14 この点に関する学説や判例については、樋口ほか 前掲注1, pp.245-253 [中村執筆部分].

を否定していない点、3)の説が道州制をとる場合でも地方自治の本旨に反しないことを要求する点を考えればその違いは相対的であるとの指摘もなされている。

(iii) 特別区

地方自治法は第1条の3で特別区を特別地方公共団体とした上で、第281条で都の区を特別区としている。特別区は憲法上の地方公共団体なのであろうか¹⁵。学説は、特別区は憲法上の地方公共団体ではないとする説と、憲法上の地方公共団体に該当するという説に分けられるが、この点については、最高裁の判決が存在する(最高裁大法廷昭和38年3月27日判決、最高裁判所刑事判例集17巻2号121頁)¹⁶。この裁判の背景には、それまでの特別区の区長の公選制を廃止し、区長を特別区の議会が都知事の同意を得て選任することとするようにした、昭和27年の地方自治法の改正がある。憲法第93条第2項は、地方公共団体の長は住民が直接選挙すると定めており、もし特別区がここでいう地方公共団体にあたるならば、区長は住民により直接選挙されねばならなくなる。判決は、憲法第93条第2項の地方公共団体であるための判断基準として、住民が「共同体意識を持っている」こと、「沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の」地方自治の権能を与えられていることなどを掲げた。その上で、特別区は憲法第93条第2項の地方公共団体にはあたらないとした。なお、昭和49年の地方自治法の改正で公選制は復活している。

(iv) その他

地方自治法は、特別区の他に、地方公共団体の組合・財産区・地方開発事業団を特別地方公共団体としている。これら特別区以外の特別地方公共団体が、憲法第93条と第94条の地方公共団体に該当しないということには異論がないとされる。他方、憲法第92条の地方公共団体に該当するか否かにつき、通説は該当しないとしている。これは、憲法第92条から第94条までいずれも地方公共団体という同じ用語を使っている点、憲法第92条が第93条と第94条に対して総則的規定となり、第93条と第94条は第92条を具体化した規定であるので、いずれの条文における地方公共団体も同じ内容と解される点等を論拠とする。これに対し、憲法第92条でいう地方公共団体は全ての公共団体を意味すると捉え、第93条と第94条でいう地方公共団体は地方自治の本旨の実現に欠くことのできない、標準的地方公共団体と捉え、地方公共団体の組合、財産区、地方開発事業団は憲法第93条と第94条の地方公共団体には該当しないが、第92条の地方公共団体には該当するという説も存在する。

(3) 道州制

このように、憲法が地方公共団体とだけ規定していることから、憲法上の地方公共団体の意義について議論されるわけであるが、地方公共団体の種類に関連して、道州制の導入の是非を巡る議論も焦点の1つとなっている¹⁷。近年の道州制導入議論の主な背景として次のような諸点が指摘されている。まず、環境問題や地域経済等、既存の都道府県の枠を超えた、広域的対応を要請する問題の存在や、社会的にも経済的にも活動範囲が拡大していることを踏まえて

15 野中ほか 前掲注2, pp.346-348 [中村執筆部分]。

16 大隈義和「特別区と憲法上の地方公共団体」 芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男「憲法判例百選 II 第4版」『別冊ジュリスト』155号, 2000.10, pp.442-443。

17 道州制については、大橋洋一「地方分権と道州制」『ジュリスト』1289号, 2005.5.1-15, pp.59-66; 辻山幸宣「道州制」『法学教室』165号, 1994.6, pp.26-27; 西尾勝「地方制度改革とこれからの都道府県 道州制についての私見」『自治体学研究』90号, 2005, pp.3-9; 市川喜崇「道州制の論拠と課題」『自治フォーラム』546号, 2005.3, pp.4-9。

の、広域的な行政システムの必要性。次に、地方分権の受け皿の整備の必要性、つまり、中央からの権限・財源移譲の受け皿たりうる広域的な地方公共団体の必要性。さらに、それぞれの規模に応じて指定都市・中核市・特例市に権限が与えられることにより、都道府県の存在意義が揺らいでいるという点。近年の市町村合併の進展もまた、都道府県の存在意義を揺るがしているという点。

道州制論議の背景には以上のような諸点が挙げられているが、そもそも道州制とはどのような制度なのか。この点につき、道州制には次のようにいくつかのタイプがありうるとされる¹⁸。1) 道州を連邦制における州として位置付ける。2) 連邦制ではなく単一国家のもと、道州を国の機関として位置付ける。3) 連邦制ではなく単一国家のもと、道州を国の機関としての性格と、地方公共団体的な性格をあわせもつものとして位置付ける。4) 連邦制ではなく単一国家のもと、道州を地方公共団体として位置付ける。

1) の場合、連邦制とは何かという点も問題となる。連邦制とは連邦と州とが協力して国家主権を持つものとされ、その特色として、連邦の権限が、連邦憲法で個別的に認められたもののみに限られ、それ以外は州の権限となる点も指摘されている¹⁹。しかし、連邦制概念は多義的ともいわれ、様々な観点からその特徴が語られうる。この場合、立法権、行政権、司法権それぞれについての、連邦と道州の間における配分のあり方等を憲法で示す必要性があるのではないかという指摘もある。2) は、例えば、国、国の機関としての道州、市町村といった仕組みが考えられるが、この場合、国の機関としての道州が、それまで都道府県が持っていた権限の一部を持つようになる可能性が指摘されてお

り、地方分権の実現という目標との整合性が問われうる。3) の場合も、国の機関としての性格を、地方分権を目指す動きの中でどう位置付けるかが問題となる。4) の場合は、大規模な道州における統治機構のあり方として、その長と議会の議員を住民が直接選挙するという仕組みのままでよいか、それとも、議院内閣制等、他の制度の方がふさわしいかという問題がありうる。もし、議院内閣制等のほうがよいということになると、道州が憲法上の地方公共団体ではないという解釈をとらない限り、憲法第93条が地方公共団体の長と議会の議員の住民による直接選挙を要求していることとの関係が問題となる。また、道州制の導入は全国一律であるべきか、それとも漸進的であるべきか等、どのように道州制を導入するかという問題も残ると指摘されている。また、そもそも道州の区割りをどうするかという点も検討する必要がある。

以上、憲法上の地方公共団体を巡る議論を概観してきたが、次に地方公共団体の持つ権能について、条例制定権と財政に分けて、その概要を取り上げる。

2 地方公共団体の権能

(1) 条例制定権

(i) 条例制定権の意義

憲法第94条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」と定め、地方公共団体の条例制定権について規定している。ここでいう条例とは、地方公共団体の自主法であり、その自治権によって基礎付けられる²⁰。この条例に関しては、日本国憲法の制定過程において、当初、マッカーサー草案で「憲章」とされていたのが、その後現行条文にあるように、「憲章」ではなく「条例」

18 以下の道州制の分類は、主に大橋 前掲注17, pp.62-66に拠る。

19 海老原明夫「連邦制」『法学教室』165号, 1994.6, p.28.

20 芦部 前掲注7, p.339.

を制定できるというように変更が加えられた²¹。

以下では、この条例を巡る議論をいくつか取り上げる²²。

(ii) 法律と条例

まず、法律と条例の関係について。憲法第94条は「法律の範囲内で条例を制定することができる。」と規定し、地方自治法第14条第1項は「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる。」と定める。条例の制定は、「法律の範囲内で」「法令に違反しない限りにおいて」とされているわけである。この規定は、各地で制定された公害規制に関する条例との関係で特に問題となった。それらの条例は、国の法令より厳しく規制する上乗せ条例、または、国の法令では規制していない事項を規制する横出し条例であったりしたが、そのような条例は可能なのであろうか。

学説には次のような見解が存在する。1) 国の法令が先占している事項は、法律の委任がない限り、条例を制定できないが、先占しているとされる範囲については、法令が条例による規制を明らかに許容していない場合に限定する説。2) 地方自治の核心部分を、固有の自治事務領域とし、その領域における国の法律による規制はナショナルミニマムとしての規制であり、地方公共団体が上乗せ条例あるいは横出し条例を制定することができるとする説。3) 法律を、立法的規制の最大限までを規定している規制限度法律とナショナルミニマムとしての規制を定めている最低基準法律に分類する。規制限度法律は、上乗せ条例を認めないが、最低基準法律の場合は、上乗せ条例が認められるとする説。

判例は、条例が国の法令に違反するか否かの判断基準に関し、条例と法令の「対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較」して、条例と法令に矛盾があるかどうかで判断するとした。そして、国の法令がある事項を規律していなくても、法令全体から、その事項を規制しないという趣旨であるとされれば、「これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうる」。一方、特定の事項について国の法令と条例がともに存在する場合には、それぞれが別の目的を持ち、条例の適用が法令を阻害しないときや、同一の目的であっても、国の法令が「それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨」のときは、「条例が国の法令に違反する問題は生じえない」としている（最高裁昭和50年9月10日大法院判決、最高裁判所刑事判例集29巻8号489頁）。

(iii) 条例と法の下の平等

条例に関する2番目の議論として、条例と法の下での平等との関係についてとりあげる。条例は地方公共団体の自主法であり、地方公共団体ごとに異なる内容を持つ、様々な条例が制定されうる。そうすると、例えば、ある行為についての処罰を定める条例が各地方公共団体でそれぞれ制定されても、その処罰の程度が異なることはありうる。あるいは、そもそもその行為を条例で処罰しない地方公共団体も当然ありえよう。ここで問題となるのは、このように、地域ごとに取り扱い方が異なる状況が、憲法第14条の法の下での平等に違反しないかどうかである。

この点につき判例は²³、東京都売春等取締条例が問題となった事案について、「憲法が各地

21 樋口ほか 前掲注1, p.264 [中村執筆部分].

22 条例制定権に関して、樋口ほか 前掲注1, pp.268-281 [中村執筆部分].

23 安西文雄「地域による取扱いの差異と地方自治」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男「憲法判例百選 I 第4版」『別冊ジュリスト』154号, 2000.9, pp.74-75.

方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずることは当然に予期されることである」ので、このような差別を憲法は許容しているとし、地方公共団体がそれぞれ売春を取り締まる条例を制定することによって生じる取扱いの差異について、憲法第14条には違反しないとした（最高裁昭和33年10月15日大法廷判決、最高裁判所刑事判例集12巻14号3305頁）。

(iv) 条例と財産権

条例に関する3番目の議論として、条例によって財産権を規制することは可能であろうか²⁴。憲法第29条第2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定し、一見すると法律によらなければならないようにも思われる。この問題については、財産権が全国的な取引対象となるという性質に着目して、その規制は統一的に法律によるべきで、法律の委任がない限りは、条例によっては規制できないとする説もある。一方、地方公共団体の事務として処理することが必要かつ適当なときは、条例で財産権を規制できるとする説もある。この説は、条例が地方議会によって制定され、民主的な性格を持ち、法律に準ずるものである点、条例制定権を規定した憲法第94条は、「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」とする憲法第41条の例外である点を根拠とする。

判例²⁵は、ため池の堤とうを使用する行為等を禁止し、違反者を処罰する条例に関し、堤とうを使用する権利の行使が禁止されることになっても、公共の福祉のため受忍する必要があるとした。その上で、堤とうの使用行為につき、「憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外」であり、条例による禁止及び処罰は憲法にも法

律にも反しないとした（最高裁昭和38年6月26日大法廷判決、最高裁判所刑事判例集17巻5号521頁）。

(v) 条例と罰則

条例に関する4番目の議論として、条例で罰則を設けることは可能であろうか²⁶。憲法第31条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定し、法律によらなければ、刑罰は科せられないとする。関連して、憲法第73条6号但書は「但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」と規定する。一方、地方自治法第14条第3項は、「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。」と定め、条例で罰則を設けられている。この地方自治法の規定は憲法第31条に違反しないのか。

この問題についての学説は次のように分類される。1) 憲法直接授権説は、憲法第94条に規定される条例制定権に、その実効性担保を根拠として罰則制定権を含めて考え、法律による授権なしで条例によって罰則を制定できるとする。2) 一般的・包括的法律授権説は、本来、罰則の制定が国家事務であることから、条例で罰則を定めるには、法律の授権が必要であるとした上で、条例が地方議会によって制定され、民主的な性格を持ち、法律に準ずるものであることを指摘する。したがって、条例への法律による罰則の委任は、命令の場合とは違って、一

24 この点に関して、野中ほか 前掲注2, pp.360-361 [中村執筆部分]。

25 石川健治「条例による財産権の制限」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男「憲法判例百選 I 第4版」『別冊ジュリスト』154号, 2000.9, pp.210-211.

26 この点に関し、前田徹生「条例の罰則」高橋和之・大石眞編『憲法の争点 第3版』(ジュリスト増刊) 有斐閣, 1999.6, pp.282-283.

般的・包括的委任で良いとする。3) 限定的法律授權説は法律の授權が必要であるとした上で、条例が地方議会によって制定され、法律に準ずるものであるため、条例への法律による罰則の委任は相当程度に具体的であり、限定されていけば良いとする。

判例は²⁷、「憲法31条はかならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものでなく、法律の授權によってそれ以下の法令によって定めることもできる」とした上で、その法律の授權は白紙委任的であってはならないとする。そして、条例は、「公選の議員をもって組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法」なので、「国会の議決を経て制定される法律に類する」ため、刑罰を条例で制定するには、「法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されておればたり」として、3) の限定的法律授權説の立場に立っている（最高裁昭和37年5月30日大法廷判決、最高裁判所刑事判例集16巻5号577頁）。

(2) 地方公共団体の財政に関する規定

(i) 三位一体改革

平成17年末に三位一体改革が一応の決着を見た²⁸。三位一体改革とは、国から地方への補助金の削減、地方への税源移譲、地方交付税改革の3つを同時に行うというものである。この改革の目的は、地方分権や財政再建等であり、平成16年度から平成18年度までが改革期間と位置付けられ、補助金削減（4兆円程度）と、税源移譲（3兆円程度）が行われる。しかし、補助金削減の方法として、国庫負担割合の引き下げ等が多用され、地方の裁量あまり広まらない

のではないかと指摘もなされている。地方の側からは改革の継続を求める声もあがっている。また、地方交付税改革が今後の焦点の一つになっている。今後さらに改革を進めていく際、豊かな自治体とそうでない自治体との間の格差の問題も懸念されている。

この三位一体改革の本来の目的にかなった形で、補助金を削減し、地方への税源移譲が行われれば、前述の地方自治の本旨のうちの、団体自治の充実につながるものと思われる。

(ii) 課税権

日本国憲法には地方公共団体の課税権に関する明確な規定は存在しない。一方、学説においては、地方公共団体の課税権を巡って次のような主張が存在する²⁹。1) 地方公共団体は憲法によって直接に、その課税権を保障されているとする主張。地方公共団体が活動するには財源が必要となり、そのための課税権が十分でなければ国に依存することとなり、国による監督を受けかねず、したがって、地方自治の実現のためには、課税権が憲法で直接に保障されていると解釈すべきであるとする。根拠条文は憲法第92条や第94条を援用する。2) 地方公共団体の課税権に関しては、法律による具体化が必要であるとする主張。この2つの主張は、法律が無い場合に、地方公共団体が条例で課税できるかどうかという点で違いを生じる。1) の主張であれば課税が肯定されるだろうし、2) の主張であれば課税は難しいということになる。ただし、1) の主張においても、法律で統一的な準則を定めたり、課税権の調整をすることを否定するものではないとされる。

27 西浦公「条例における罰則」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男「憲法判例百選 II 第4版」『別冊ジュリスト』155号、2000.10、pp.470-471。

28 「三位一体改革が決着」「改革仕上げ首相二様」「国から地方理想遠く」「義務教育費、痛み分け」『日本経済新聞』2005.11.30; 「地方分権、生みの苦しみ」『日本経済新聞』2005.12.5; 「三位一体総括 上」『朝日新聞』2005.12.7; 「三位一体総括 下」『朝日新聞』2005.12.8; 「裁量広げず地方側完敗」『毎日新聞』2005.12.27。なお、地方財政の問題点等については、塩野宏『行政法 III 第2版』有斐閣、2001、pp.138-142を参照。

29 地方公共団体の課税権に関して、宇都宮純一「自治財政権」高橋・大石編 前掲注26、pp.284-285; 碓井光明「自主財政権」『法学教室』165号、1994.6、p.36。

判例は³⁰、憲法第94条の「行政を執行する」という部分に租税の賦課・徴収が含まれるとする。そして、地方公共団体の課税権を否定するような法律を違憲であるとする一方、「憲法上地方公共団体に認められる課税権は、地方公共団体とされるもの一般に対し抽象的に認められた租税の賦課、徴収の権能」であり、「具体化は法律（ないしそれ以下の法令）の規定」を待たねばならないとする（福岡地裁昭和55年6月5日判決、判例時報966号3頁）。

（iii）条例と租税

日本国憲法第84条は「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」と規定する。この租税法律主義と、地方公共団体における条例による課税との関係が問題となりうる³¹。この点につき学説には次のような主張がある。1）第84条の「法律」は、地方税については「条例」を意味するとする主張。課税権は地方自治の実現にとって不可欠であるし、租税法律主義の趣旨が、課税の際に国民の同意を要求する点にあるので、地方公共団体の場合には、条例による課税がその趣旨にかなうとする。2）条例で課税に関して定めることができるのは、憲法による地方自治の保障による、第84条の例外とする主張。一方判例は、第84条の「法律」は、地方税に関する「条例」が含まれるとしている（仙台高裁秋田支部昭和57年7月23日判決、行政事件裁判例集33巻7号1616頁）。

（iv）諸外国の憲法規定

フランス共和国憲法第72条の2は、地方公共団体の財政に関して規定している。すなわち、その第1項は、「地方公共団体は法律の定める要件に従い自由に利用することができる財源を有する。」と定め、第2項は、地方公共団体の課税権について規定する。第3項は「地方公共団体の税収およびその他の固有の収入は、公共団体の各類型において、その財源全体の決定的な比率を占める。この規則が実施される要件は組織法がこれを定める。」とする。第4項は、地方公共団体への権限委譲の際、あるいは、地方公共団体の支出の増額を招く権限の新設または拡大の際の財源の保障に関して定める。第5項は、「法律は地方公共団体間の平等を促進するための調整策を定める。」としている。

一方、イタリア共和国憲法では、第119条第1項が地方公共団体の財政自治権を認め、第2項が地方公共団体の自主財源に関して規定している。第3項は「国の法律は、住民の財政力が低い地方のために、使途に制限のない平衡基金を設ける。」と定め、第4項は、第3項の基金が十分なものでなければならないと規定する。

3 補完性の原理

（1）補完性の原理とは何か

近年、補完性の原理という概念が注目を集めている³²。地方分権の文脈において、この原理は、国と地方自治体との間における事務の配分等に関して、まず基礎的な自治体を優先し、そこで処理できない場合に、より広域的な自治体、さらには、国へと配分する考え方である。この

30 中里実「自治体の課税権」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男「憲法判例百選 II 第4版」『別冊ジュリスト』155号、2000.10、pp.444-445。

31 この点に関し、樋口ほか前掲注1、pp.183-184〔浦部法徳執筆部分〕、pp.275-276〔中村執筆部分〕；大林文敏「租税法律主義と地方税」高橋・大石編前掲注26、pp.260-261。

32 補完性の原理に関して、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣、2005、pp.324-325；前掲注8、pp.36-52；廣田全男「憲法第8章地方自治と補完性原理」『経済と貿易』189号、2005.3、pp.201-208；廣田全男「補完性原理と地方自治の本旨」白藤博行ほか編著『地方自治制度改革論』自治体研究社、2004、pp.103-130；大津浩ほか「座談会 地方分権改革の意義と課題」小早川光郎・小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』（ジュリスト増刊）有斐閣、2000.5、pp.22-29。

原理はヨーロッパ起源の概念とされ、大まかに捉えれば、より下位にある社会単位を優先する原理であるということができ、国と地方自治体との関係に適用されれば、事務の配分等で地方自治体を優先するという考え方になりうる。

この補完性の原理は、日本国憲法には明記されていないが、地方自治法にはこの原理との関連が指摘される条文がある。それは、地方自治法第1条の2第2項で、「国は、(中略) 国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たつて、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない。」と規定している。

(2) 補完性の原理を規定した諸外国の例

(i) 条約等における補完性の原理

1985年にヨーロッパ評議会 (Council of Europe) の閣僚委員会により採択され、88年に発効したヨーロッパ地方自治憲章は、世界初の、地方自治の原則を保障する多国間条約である。その第4条第3項は「公的な責務は、一般に、市民にもっとも身近な当局が優先的に遂行する。他の団体への責務の配分は、任務の範囲と性質及び能率と経済性の要請を考慮して行われなければならない。」と定めている³³。この規定は、地方自治体と国家との関係における補完性の原理の適用を定めている³⁴。

一方、1992年に調印され、1993年に発効したマーストリヒト条約により、補完性の原理に関

するEC条約第3b条が新設され、そこでは、「(前略) その専属的管轄に属さない分野においては、共同体は、補完性の原理に従い、加盟国によっては提案された行動の目的が十分達成されず、また、提案された行動の規模や効果の点からみて、共同体によってよりよく達成できる場合にのみ、また、その限りにおいて活動を行う。(後略)」と規定された。その後、1997年に調印され、1999年に発効したアムステルダム条約により、EC条約第3b条は、同条約第5条に移行し、さらに、補完性の原理の具体的運用方法が議定書の形でまとめられた。ここでは、共同体と加盟国との関係における補完性の原理の適用が規定されている³⁵。

(ii) 諸外国の憲法における補完性の原理

フランスでは2003年に地方分権に関する憲法改正が行われ、フランス共和国憲法第72条第2項は「地方公共団体は、その段階において最も良く行使することができる権限の全体につき決定を行う資格を有する。」と規定された。この規定が補完性の原理を示しているとされる³⁶。

イタリアでは2001年の憲法改正により、補完性の原理が規定された。イタリア共和国憲法第118条第1項は「すべての行政事務は、その統一的な実施を確保するために、県、大都市、州及び国に与えられる場合を除き、補完性、分化及び適切性の原則を遵守して、市町村に配分される。」とし、市町村と、より上位の地方自治体及び国との関係における補完性の原理の適用を規定した。また、第118条第4項は「補完性の原理に従い、国、州、大都市、県及び市町村は、個人的なものであれ、共同的なものであれ、公

33 廣田全男「地方自治のグローバル・スタンダードと補完性原理」『自治総研』28巻4号、2002.4、pp.1-47.

34 前掲注8、p.50.

35 EUにおける補完性の原理に関し、同上、pp.37-42、50-52；岡村堯『ヨーロッパ法』三省堂、2001、pp.63-68；八谷まち子「補完性の原則の確立と課題」櫻井雅夫編『EU法・ヨーロッパ法の諸問題』信山社、2002、pp.29-61.

36 2003年のフランス共和国憲法の改正に関しては、大津浩「フランスの憲法改正における補完性の原理と実験への権利」『自治総研』29巻5号、2003.5、pp.1-35.

益活動を行うための市民の自発的な取組みを支援する。」とし、国及び地方自治体と市民との関係における補完性の原理の適用を規定した³⁷。

ドイツでは1992年に基本法（憲法）が改正され、補完性の原理が明文化された。ドイツ連邦共和国基本法第23条第1項は「ドイツ連邦共和国は、統一ヨーロッパを実現するために、民主主義的、法治国家的、社会的、連邦制的原則および補充性の原則に従う義務を負い、この基本法と本質的に同様の基本権保護を保障するヨーロッパ連合の発展に協力する。（後略）」と規定する。この規定において、補完性の原理に従うとされるのはヨーロッパ連合である。ドイツは、補完性の原理に従うことを義務付けられたヨーロッパ連合に協力するとされるのである。したがって、補完性の原理がドイツ国内の連邦、州、地方自治体の関係について適用されることを明記した規定ではない。ただ、ドイツにおいては不文の憲法原理として補完性の原理を認める主張もある³⁸。

4 国と地方の関係

地方自治の本旨のうちの団体自治に関連して、ここまで、憲法上の地方公共団体、地方公共団体の権能、補完性の原理を取り上げたが、最後に、国と地方の関係について、地方公共団体の事務、国の関与、地方の参加という3つの視点から見ていくことにする³⁹。

(1) 地方公共団体の事務

平成11年の地方自治法の改正により、地方公共団体が処理する事務は、自治事務と法定受託

事務の2つに分類されることとなり、機関委任事務制度は廃止された。

まず、地方公共団体の事務の分類であるが、自治事務は、「地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のもの」と定義されている（地方自治法第2条第8項）。一方、法定受託事務は次のものとされる（同条第9項）。①「法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの」（第一号法定受託事務）、②「法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、都道府県が本来果たすべき役割に係るものであつて、都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの」（第二号法定受託事務）である。これら自治事務と法定受託事務はいずれも地方公共団体の事務である。

次に機関委任事務制度についてであるが、機関委任事務とは、国等の事務が地方公共団体の長等に委任されたものである。この機関委任事務は委任されても、地方公共団体の事務とはされず、国の事務としての性格を持ち、地方公共団体の長は国の機関とされる。また、機関委任事務においては、地方公共団体の長等は、国の指揮監督を受けた。機関委任事務制度は、地方自治の保障に反するという批判がなされてきた。

37 イタリア共和国憲法の条文の和訳も含め、前掲注8, pp.48-49。他に2001年のイタリア共和国憲法改正に関しては、高橋利安「イタリアにおける地方分権をめぐる動向」『修道法学』27巻2号, 2005.2, pp.115-156。

38 前掲注8, p.48。ドイツにおける補完性の原理の不文の憲法原理としての性質の有無に関し、廣田 前掲注33, pp.18-20。

39 塩野 前掲注28, pp.126-130, 149-150, 180-194；樋口ほか 前掲注1, pp.237, 264-268〔中村執筆部分〕；宇賀克也「地方公共団体の権能（3）自主立法権・国政参加権」『法学教室』279号, 2003.12, pp.109-110；由喜門眞治「自治体の国政参加」芝池義一ほか編『行政法の争点 第3版』（ジュリスト増刊）有斐閣, 2004.9, pp.166-167。

(2) 国の関与

平成11年の地方自治法の改正では、国の地方公共団体に対する関与のあり方、及びその関与を巡る紛争の解決の仕組みが整備された。このことは、国と地方の、公正かつ透明な関係の構築に資するものと思われる。以下では、(i) 関与のあり方、(ii) 関与を巡る紛争解決の仕組みの2つに分けて概要を取り上げる。

(i) 関与のあり方

地方自治法第245条は、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与の意義を明らかにしている。同条は、関与にあたる行為として、普通地方公共団体に対する、助言、勧告、資料の提出の要求、是正の要求、同意、許可、認可、承認、指示、代執行、普通地方公共団体との協議、その他一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別に関わる行為を挙げている。そして、第245条の2で、「普通地方公共団体は、その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとされることはない。」とし、関与の法定主義を定めている。その上で、第245条の3で、関与の基本原則を定め、例えば同条第1項では、「国は、普通地方公共団体が、その事務の処理に関し、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとする場合には、その目的を達成するために必要な最小限度のものとするともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない。」と規定している。

また、第246条以下で、普通地方公共団体に対する国・都道府県の関与の手続きについて規定が置かれている。例えば、国または都道府県が、助言等や資料の提出の要求等を書面によらずに行った場合の、普通地方公共団体による書面の交付請求の規定（第247条、第248条）、国または都道府県が普通地方公共団体に対し、是正の要求等を行う際の、書面交付（第249条）、

国または都道府県が、普通地方公共団体からの申請等があった場合、許認可等をするかどうかに関する基準の作成と公表（第250条の2）等の規定である。

(ii) 関与を巡る紛争解決の仕組み

紛争解決の仕組みとして、まず、国地方係争処理委員会が総務省に置かれ、「普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与のうち国の行政機関が行うもの」を対象として扱う（地方自治法第250条の7）。国地方係争処理委員会の委員は、5人であり、両議院の同意を得て、総務大臣によって任命される（第250条の8、第250条の9）。

次に、普通地方公共団体の長等は、(a) 「その担任する事務に関する国の関与のうち是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるもの」に不服があるとき（第250条の13第1項）、(b) 「その担任する事務に関する国の不作為」に不服があるとき（第250条の13第2項）、(c) 「その担任する事務に関する当該普通地方公共団体の法令に基づく協議の申出が国の行政庁に対して行われた場合において、当該協議に係る当該普通地方公共団体の義務を果たしたと認めるにもかかわらず当該協議が調わないとき」（第250条の13第3項）には、それぞれ、国地方係争処理委員会に、国の行政庁を相手方として、審査の申出ができる。

国地方係争処理委員会は、自治事務に関する国の関与につき、(a) の場合の審査の申出があった場合は、審査を行い、「国の関与が違法又は普通地方公共団体の自主性及び自立性を尊重する観点から不当であると認めるときは、当該国の行政庁に対し、理由を付し、かつ、期間を示して、必要な措置を講ずべきことを勧告」等するものとされる（第250条の14第1項）。また、国地方係争処理委員会は、法定受託事務に関する国の関与につき、(a) の場合の審査の申出があった場合は、審査を行い、「国の関与が

違法であると認めるときは、当該国の行政庁に対し、理由を付し、かつ、期間を示して、必要な措置を講ずべきことを勧告」等するものとされる（第250条の14第2項）。次に、国地方係争処理委員会は、(b) の場合の審査の申出があった場合は、審査を行い、「当該審査の申出に理由があると認めるときは、当該国の行政庁に対し、理由を付し、かつ、期間を示して、必要な措置を講ずべきことを勧告」等するものとされる（第250条の14第3項）。そして、国地方係争処理委員会は、(c) の場合の審査の申出があった場合は、「当該審査の申出に係る協議について当該協議に係る普通地方公共団体がその義務を果たしているかどうかを審査し、理由を付してその結果を」審査の申出をした普通地方公共団体の長等と、相手方である国の行政庁に通知し、公表するものとされている（第250条の14第4項）。以上のうち、第250条の14第1項から第3項までの勧告があった場合は、「当該勧告を受けた国の行政庁は、当該勧告に示された期間内に、当該勧告に即して必要な措置を講ずる」等するものとされる（第250条の18）。

上記 (a) または (b) の場合の審査の申出をした普通地方公共団体の長等は、国地方係争処理委員会の審査の結果または勧告に不服があるときや、国地方係争処理委員会の勧告を受けて、国の行政庁が講じた措置に不服があるとき等は、高等裁判所に、審査の申出の相手方である国の行政庁を被告として、「訴えをもって当該審査の申出に係る違法な国の関与の取消し又は当該審査の申出に係る国の不作為の違法の確認を求めることができる。」とされている（第251条の5第1項）。

(3) 地方の参加

国と地方公共団体との関係を考える場合、国の地方公共団体に対する関与とは逆に、地方公

共団体が国の立法や行政に参加することが考えられる。この点について、地方自治法は、地方公共団体の機関の全国的連合組織は、「地方自治に影響を及ぼす法律又は政令その他の事項に関し、総務大臣を経由して内閣に対し意見を申し出、又は国会に意見書を提出することができる。」（第263条の3第2項）と規定している。ここでいう全国的連合組織とは、具体的には、いわゆる地方六団体、すなわち知事会・都道府県議長会・市長会・市議会議長会・町村長会・町村議会議長会である。地方自治法はさらに、内閣が意見の申出を受けた場合は、「これに遅滞なく回答するよう努めるものとする。」（第263条の3第3項）と規定し、その意見が「地方公共団体に対し新たに事務又は負担を義務付けると認められる国の施策に関するものであるとき」には、内閣は、「遅滞なく回答するものとする。」（第263条の3第4項）としている。また、地方自治法以外にも、各個別法において、地方公共団体の参加に関する規定が置かれている。

IV 住民自治

1 地方公共団体の機関

(1) 首長制

憲法第93条第1項は「地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。」と規定する。第93条第2項は「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。」と規定する。これらの規定は、直接選挙による議員から構成される議事機関としての議会の設置と、地方公共団体の執行機関である地方公共団体の長及び、法律の定めるその他の吏員の直接選挙を定めている。

憲法第93条の規定を受け、地方自治法は首長制⁴⁰を採用し、様々な規定を置いている。この

40 首長制に関して、樋口ほか 前掲注1, pp.254-256 [中村執筆部分]; 宇賀克也「首長制」『法学教室』165号, 1994.6, pp.29-30; 駒林良則「首長主義の再検討と地方議会」『名城法学』51巻2号, 2001, pp.1-38.

首長制とは、議決機関としての議会の議員と執行機関としての長を、それぞれ、住民が直接選挙で選び、それぞれに住民に対して直接責任を負わせつつ、住民代表機関として対立させ、相互の均衡と調和をはかろうとするものである。また首長制は、議会と、執行機関としての長との、相互の抑制と均衡により、独裁を防止し、公正な政治行政を目指すものとされ、執行機関の長が議会により選ばれ、直接的には議会に責任を負う議院内閣制と対比される。ただし、日本の地方公共団体における首長制は、地方自治法第178条で、議会による執行機関の長に対する不信任議決と、その場合の、執行機関の長による議会の解散権を規定する等、議院内閣制の要素も加味されている。

以上のような首長制は、憲法第93条が直接規定しているのか、それとも、立法政策で他の組織形態をとる余地があるのだろうか。この点につき、通説は、住民により直接選挙され、住民の意思を背景とした地方公共団体の長が、地方議会と均衡を維持しつつ地方政治を行うのが望ましいとして、憲法は地方政治については首長制を採用していると解している。

首長制の採用は、憲法制定当時の状況を背景として、地方公共団体レベルでの民主主義の定着をはかり、中央集権的システムを打破する目的があったとされる。特に知事の直接公選制の導入は、内務省の任命による官選知事が地方行政を行う中央集権的システムを民主化し、分権化する必要があると認識されていたためであるといわれる。しかし、憲法制定当時の状況は既に過去のものであるとして、首長制に関する憲法の規定の弾力的解釈等を模索する議論もある⁴¹。

(2) アメリカの例

地方公共団体の機関のあり方を考える上での参考例として、アメリカの自治体政府の形態を取り上げる⁴²。日本では全ての市町村が執行機関としての市町村長と、議決機関としての市町村議会からなるが、アメリカの自治体は多様であり、大きくまとめると、1) 市長・議会型、2) 理事会型、3) 議会・支配人型の3つの形態にまとめられる。

1) の市長・議会型は、市長が行政府の長として選挙で選ばれ、公選議会が立法府として活動する形態であり、行政府と立法府との権力分立の考え方が反映されている。この市長・議会型はさらに、弱市長・議会型と強市長・議会型とに大きく分けることができる。弱市長・議会型は、議会が優位に立ち、強市長・議会型は市長が優位に立つ。ただ実際には、弱市長・議会型と強市長・議会型の中間型のケースも少なくないといわれる。

2) の理事会型 (Commission Form) は行政と立法が一体となっており、公選の理事からなる理事会を設け、その理事会が立法機関として活動し、さらに、各理事が行政府各部署の長を兼ね、行政機関としての役割も担う。理事会は数人からなる。理事会が理事のうちの一人を市長に指名するが、理事会型における市長は、市長・議会型における市長とは異なり、理事会を主宰することを除けば、その権限は他の理事と変わらない。

3) の議会・支配人型 (Council-Manager Form) は、議会が支配人を任命して行政執行を任せる形態である。専門行政官としての支配人が、専門能力を生かして、行政運営に力をつくすことになる。議会・支配人型の形態をとる場合でも、市長は存在する。この市長は通常、議員の中から指名され、市を代表し、名目的な

41 塩野 前掲注28, pp.133-135; 前掲注8, pp.111-112.

42 小滝 前掲注5, pp.221-259.

儀礼活動を行うのみで、実質的な権限は支配人が持っている。

なお、1)の市長・議会型においても、首席行政官 (Chief Administrative Officer)⁴³という専門職を置く場合がある。首席行政官は市長が議会の同意を得て任命し、担当する職務は支配人と実質的には同じである。

2 住民投票

(1) 特別法の住民投票

(i) 趣旨

日本国憲法第95条は、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。」と定める⁴⁴。この規定は、アメリカの各州の憲法の影響を受けている。アメリカの各州の憲法では、州議会の特別法による地方自治体への干渉から、各自自治体を保護する規定が盛り込まれている。

この第95条の趣旨は、1) 特別法による自治権の侵害を防止すること、2) 地方公共団体の個性を尊重すること、3) 地方公共団体の平等権を尊重すること、4) 地方行政において民意を尊重することの4点が一般に指摘されている。

(ii) 事例

憲法第95条の地方自治特別法の実例は、18都市15件存在するか⁴⁵、昭和26年を最後に、その後実例は無い。この15件の法律の内容は、国が

財政援助等を与えることなどを規定したものであり、地方公共団体の組織・権限などについて規定したのではなく、憲法第95条の地方自治特別法とする必要性についての疑問も提起されている。

第95条は、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は」と規定するが、特別法が適用される地方公共団体の数が1つであることを要求するのではなく、特別法が特定の地方公共団体に適用されることを意味するとされる。例えば、注45で列挙した実例の内、「旧軍港市転換法」(昭和25年法律第220号)は、横須賀、呉、佐世保、舞鶴の計4市に適用されるものであった。また、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は」と規定しているため、特別法の適用にあたり、地方公共団体が既に存在していることが前提となっていると解釈されている。例えば、小笠原諸島の復帰の際の「小笠原諸島の復帰に伴う法令の適用の暫定措置等に関する法律」(昭和43年法律第83号)は、第95条の地方自治特別法とはされなかった。さらに、法律の対象が特定の地方公共団体の地域であったとしても、その規定が国の事務や組織についてのものであり、地方公共団体の組織・運営・権能等に関わりが無ければ、第95条の地方自治特別法ではないと解釈されている。例えば、「北海道開発法」(昭和25年法律第126号)は、このような観点から、第95条の地方自治特別法に該当しないとされた。法律では地方公共団体を特定していないが、政令等で地方公共団体を特定することにより、結果として、特定の地方公共団体のみに適用さ

43 市管理官 (City Administrator) 等、他の呼び方もある。

44 特別法の住民投票の規定に関しては、樋口ほか 前掲注1, pp.282-287 [中村執筆部分]; 松永邦男「地方自治特別法について」『都市問題』96巻5号, 2005.5, pp.79-88.

45 その内訳は次の通り。「広島平和記念都市建設法」(昭和24年法律第219号)、「長崎国際文化都市建設法」(昭和24年法律第220号)、「首都建設法」(昭和25年法律第219号)、「旧軍港市転換法」(昭和25年法律第220号)、「別府国際観光温泉文化都市建設法」(昭和25年法律第221号)、「伊東国際観光温泉文化都市建設法」(昭和25年法律第222号)、「熱海国際観光温泉文化都市建設法」(昭和25年法律第233号)、「横浜国際港都建設法」(昭和25年法律第248号)、「神戸国際港都建設法」(昭和25年法律第249号)、「奈良国際文化観光都市建設法」(昭和25年法律第250号)、「京都国際文化観光都市建設法」(昭和25年法律第251号)、「松江国際文化観光都市建設法」(昭和26年法律第7号)、「芦屋国際文化住宅都市建設法」(昭和26年法律第8号)、「松山国際観光温泉文化都市建設法」(昭和26年法律第117号)、「軽井沢国際親善文化観光都市建設法」(昭和26年法律第253号)。

れることになる場合も、法律では特定されていないので、第95条の地方自治特別法にはならないと解釈されている。また、例えば、法律上、人口何万人以上の地方公共団体というように、一般的な基準を定めることにより、結果として特定の地方公共団体に適用されるような法律も第95条の地方自治特別法には該当しないとされている。

このように、第95条の規定はあまり機能していない。機能していないという実態と、自治権の侵害の防止や民意の尊重等の立法趣旨などをふまえて、第95条の制度を維持すべきか否かについては、賛否両論が存在する。

(2) その他の住民投票

(i) 現行規定

日本国憲法は、第93条第2項で、地方公共団体の長及び議会の議員等の住民による直接選挙を定め、第95条で、特定の地方公共団体に適用される特別法の制定に関する住民投票の規定を設けている。一方、地方自治法は、第76条から第85条において、議会の解散請求・議員の解職請求・長の解職請求があった場合、それを決するための投票等について規定している。また、近年、条例に基づく住民投票が注目を集めているが、地方自治法は政策課題についての住民投票を根拠付ける規定を備えていない⁴⁶。

(ii) 憲法と住民投票

日本国憲法第93条第1項は、「地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。」と規定し、間接民主制を採用しているが、直接民主制的な制度である住民投票については、多くの学説が、憲法は国政レベル（国民投票）と比べて、より親和的であるとの立場とされる。その論拠として挙

げられているのは次のようなものである。1) 憲法による、住民自治を核とする地方自治の保障。2) 憲法第95条は特定の地方公共団体に適用される特別法の制定につき、地方議会の関与ではなく、住民投票を規定している。これは、憲法が、地方公共団体の意思決定は必ず議会によらなければならないとはしていないことを意味する。3) 憲法第41条が、国会を「国の唯一の立法機関である。」と定める一方で、憲法第93条第1項は、地方公共団体に設置される議会について、単に「議事機関」とだけ規定している。4) 憲法第93条第2項は地方公共団体の長を住民が直接選挙すると定めているように、行政の住民に対する直接責任の考えが見られ、直接民主制の容認を読みとれる。5) 地方自治法は、第94条と第95条で、町村について、議会を置かずに、選挙権を有する者からなる、町村総会を置くことができると規定しているが、この直接民主制的な制度について学説では違憲とされていない。

(iii) 法律と住民投票

地方自治法は、政策課題についての住民投票の根拠となる規定を設けておらず、第89条以下で地方公共団体の議会の組織及び権限を、第139条以下で地方公共団体の長の地位及び権限を規定している。その趣旨について、間接民主制の採用を意味し、直接民主制に関しては、明文で認められたもの以外は許容していないと解釈する余地もある。そうすると、条例に基づいて行われる住民投票は、地方自治法違反となるのであろうか。

この問題に関し、多くの学説は、住民投票条例による、議会・長の法律上の権限に対する侵害の有無に焦点をあて、拘束的住民投票を違法とし、諮問的住民投票は適法とする。つまり、

46 以下、憲法と住民投票及び法律と住民投票に関する学説の整理等については、松井幸夫「住民投票」高橋・大石編 前掲注26, pp.286-287; 樋口ほか 前掲注1, pp.261-263 [中村執筆部分]。

住民投票の結果が、議会・長を法的に拘束する拘束的住民投票か、それとも、法的な拘束力を持たず、諮問的なものにとどまる諮問的住民投票かで、区別している。

次に、諮問的住民投票の拘束力とはどのようなものであるかが問題となる。諮問的であるので、法的拘束力は有しないが、もし住民投票の結果が全く影響力を持たないとすると、住民自治の観点から問題があり、反対に、諮問的なものであっても事実上強く拘束力が働く場合もあると思われる。実際には次回の選挙やリコール等により事実上の拘束力の強弱は規定されることになる。

また、多くの学説は、条例では認められない拘束的住民投票も、法改正により、法律で認めることは可能であるとしている。

(iv) 住民投票の課題

住民投票は、住民の政治に対する関心呼び起こし、住民自治を発展させる可能性を持っている。他方、その実施に際しての検討課題も指摘されている⁴⁷。まず、住民投票が本来の目的から外れて、権力者を正当化するために利用される危険があり、その危険を防止する制度設計が必要であるとされる。次に、住民投票の実施の前提として住民に対し、十分な情報提供が必要となる。住民投票の対象となる事項についても、何を対象事項としうるか難しい問題である。一般的に、国の権限に属する事項を対象とすることはできず、地方に関係する事項を対象とすると考えられる。しかし、例えば原発を巡る住民投票のように、国の政策に関連する事項で、しかも地域住民の生活にも大きな影響を与えるテーマの場合はどうなるか。人権の制約に関連するテーマはどうか。住民投票を通じて、

少数者の人権が制約される恐れはないのか。このように、住民投票は大きな意義を有する一方で、解決すべき課題も存在する。また、住民投票をそれ単独で検討するのではなく、地方議会のあり方、決定に至る前の段階での住民参加のあり方等、多角的に制度を構想する必要性も指摘されている。

(v) 判例、外国憲法の規定

判例⁴⁸は、条例に基づき行われた米軍のヘリポート基地建設の是非を問う住民投票に関して、この条例が、住民投票の結果について、尊重義務規定を置いているものの、「市長に市民投票における有効投票の賛否いずれか過半数の意思に従うべき法的義務があるとまで解することはできず」、尊重義務規定は市長に「本件住民投票の結果を参考とするよう要請しているにすぎない」と判示した（那覇地方裁判所平成12年5月9日判決、判例時報1746号122頁）。

なお、フランス共和国憲法は、第72条の1第2項で、「組織法の定める要件に従い、地方公共団体の権限に属する審議または行為の提案はこれを、公共団体の発議に基づき、その公共団体の選挙人の住民投票による決定に付託することができる。」という規定を設けている。

おわりに

大きな歴史的流れの中で見ると、日本は明治期以来、中央集権的システムが100年余りにわたって続いてきたといえよう。しかし近年、そのような中央集権的システムが行き詰まっているのではないかという時代認識が広がり、その中で、地方分権を目指した様々な改革が行われている。したがって、現在行われている分権の

47 以下、住民投票の課題に関しては、辻村みよ子『憲法 第2版』日本評論社、2004、pp.558-565；磯部力ほか「座談会 住民投票の挑戦と課題（特集・住民投票）」『ジュリスト』1103号、1996.12.15、pp.10-33を参照。

48 白藤博行「住民投票条例の拘束力」磯部力・小幡純子・斎藤誠「地方自治判例百選 第3版」『別冊ジュリスト』168号、2003.10、pp.50-51。

ための改革は、100年単位の長期的な観点から把握することができるのではないだろうか。まさに歴史の転換点の一つと捉えることもできよう。

このように重要な意義を持つ、地方分権を目指す改革においては、従来から重要視されてきた地方自治の本旨という概念が有意義な指標となりうると思われる。既に触れたとおり、地方自治の本旨には、団体自治と住民自治という2つの要素があるが、それら2つの要素がともに実現されることが肝要であろう。

本稿ではそのような観点から、大まかにではあるが、憲法の地方自治の分野で行われている様々な議論を、団体自治と住民自治に分けて、それぞれにおける従来からの制度、あるいは、団体自治と住民自治を進展させる可能性を持つ新しい動きを概観し、学説や判例、外国の事例等を取り上げた。

わが国において、今以上に、多様で個性豊かな地方が各地に生まれるよう、団体自治と住民自治とをさらに推進するためには、現在の制度で十分かどうか、もし不十分ならどのように対応するか、充実した議論が展開されることが望まれよう。そうした議論が新しい時代を作っていくことにつながっていくのではないかと思われる。

*本文中の外国憲法の翻訳は、当該箇所では注記していない限り、以下の文献による。

阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集 第3版』有信堂、2005.

(なす としき 政治議会課憲法室)

『シリーズ憲法の論点』
既刊分

- | | |
|--------------|----------|
| ①「司法権をめぐる論点」 | 平成16年 9月 |
| ②「直接民主制の論点」 | 平成16年 9月 |
| ③「国会と内閣の関係」 | 平成16年11月 |
| ④「財政制度の論点」 | 平成16年12月 |
| ⑤「憲法の改正」 | 平成17年 2月 |
| ⑥「二院制」 | 平成17年 3月 |
| ⑦「自衛隊の海外派遣」 | 平成17年 3月 |
| ⑧「人権総論の論点」 | 平成17年 3月 |
| ⑨「違憲審査制の論点」 | 平成18年 2月 |

調査資料2005-2-b

シリーズ憲法の論点
⑩

「地方自治の論点」

平成18年3月13日発行
ISBN 4-87582-630-3

国立国会図書館
調査及び立法考査局
〒100-8924
東京都千代田区永田町1-10-1
電話03(3581)2331
bureau@ndl.go.jp



Research
Materials
2005-2-b
March
2006

Series :
**Constitutional
Issues**
**Arguments on
Principle of Local
Autonomy**

Research and
Legislative
Reference Bureau
National Diet
Library
Tokyo 100-8924
Japan
bureau@ndl.go.jp

AT: Kenji Saha