

早稲田大学審査学位論文(博士)

日本国憲法における補完性原理の可能性
—「地方自治の本旨」の具体化を求めて—

早稲田大学大学院法学研究科
洪驥

目次

序章 【問題】：地方自治が求めること.....	4
第1節 問題意識.....	4
第2節 研究方法.....	6
第一章 【概念】補完性原理.....	7
第1節 はじめに.....	7
第2節 法概念としての補完性原理.....	9
第3節 ドイツ型補完性原理の普及.....	11
I 欧州統合の場合.....	11
II 地方自治の場合.....	15
第4節 小括.....	24
第二章 【学説】：憲法 92 条の解釈.....	26
第1節 はじめに.....	26
第2節 戦後初期の学説.....	27
I 伝來說.....	27
II 固有権説.....	31
第3節 通説の登場.....	35
I 源流.....	35
II 制度的保障説.....	36
第4節 通説以降の学説.....	39
I 人民主権説.....	39
II 新固有権説.....	42
第5節 その他の学説.....	46
I 垂直的権力分立説.....	46
II 社会契約説.....	47
第6節 団体自治から住民自治へ.....	50
I 地方自治の本旨の「原意」.....	50
II 戦後学説史から見る趨勢.....	52
第7節 補完性原理説の提唱.....	55
I シャウプ勸告の「市町村優先原則」.....	55
II 補完性原理説の根拠と意義.....	58
III 第8章における補完性原理の位置付け.....	66
第8節 小括.....	68
第三章 【制度】：日本における「補完性原理」.....	68
第1節 第一次地方分権改革の評価.....	69
I 改革の一般的評価.....	69
II 本当に分権したか.....	73

III	まとめ	74
第2節	憲法の視点を欠く地方自治法1条の2—役割分担原則	74
I	改革当時の理解	74
II	国地方係争処理委員会	77
III	役割分担原則の受け止め方	78
第3節	役割分担原則の本質	85
I	憲法論なき第一次地方分権改革	85
II	制度運用の実態	85
III	役割分担原則と補完性原理との距離	91
IV	地方自治基本法構想における「自治体優先の原則」	92
V	憲法論的役割分担原則＝真の補完性原理へ	94
第4節	小括	95
第四章	【運用】：補完性原理のあり方	96
第1節	自治体の存立及び適正規模	96
I	自治体の存立に関して：二層制の問題	96
II	自治体の適正規模に関して：広域化論に抗する	99
第2節	国・地方における権限配分	102
I	辺野古訴訟福岡高裁判決	102
II	高裁判決の前後	106
III	辺野古問題に対する学界の対応	108
IV	補完性原理から主張できること	111
第3節	小括	114
補論	中国における地方制度の動向	114
第1節	はじめに	114
第2節	運用	117
I	大都市における地方立法権の行使	117
II	一般都市における地方行政の実態	125
第3節	立法法の改正	131
I	意図・概要	131
II	72条をめぐる議論	134
第4節	検討	139
I	「妥協」としての72条	139
II	地方立法権拡大の意義	141
第5節	小括	145
終章	【結論】：本論文の到達点	145
第1節	憲法理念としての補完性原理	145

第2節 日本における地方自治の展望.....	149
付記.....	150
付録：地方自治年表.....	151
参考文献一覧.....	153

序章 【問題】：地方自治が求めること

第1節 問題意識

本論文は、憲法上の地方自治、より具体的に言えば、日本国憲法 92 条「地方自治の本旨」が何を求めているかを、明らかにしようとする論稿である。本稿の結論を予め述べておけば、日本国憲法における地方自治の保障には補完性原理(事務・権限の配分につき住民により身近な自治体を優先し、上位にある団体は最小限の干渉に限られると同時に下位団体を補助・支援することが義務付けられる原理)が必要であるというものである。

問題関心あるいは問題意識について、およそ二つの側面に分けて述べておきたい。第一は、学説、理論上の関心であり、第二は、実務、運用上の関心(あるいは現実問題への疑問)である。

まず、第一の関心であるが、かつて杉原泰雄によって「日本国憲法下の憲法政治」における「憲法軽視の双壁」は「第2章 戦争の放棄」と「第8章 地方自治」であると指摘された¹。旧憲法に存在しなかったこの二つの章が、なぜ「軽視」され続けてきたかについて、深く考えていく必要があるのではないか。本論文はそのいわば最も軽視されている地方自治に目を向け、第8章、特にそのなかの総則的条文 92 条にかかわる問題を検討したい今日でもなお通説とされる制度的保障説について、その限界が多数指摘されてきたが、核心領域と周辺領域の二分論が唱えられることによって、結局前者のみの保障になってしまい、直接民主主義的諸制度が周辺領域に分類されると立法からの侵害を防ぐことができない、という杉原の批判には最も注意すべきであろう。このような通説の「保守性」の背後には各論者の地方自治観が隠されている。それは地方自治権の根拠を国家権力に置くということにほかならない。明治憲法と決別し、主権原理が転換した日本国憲法において、そのような地方自治に対する根本認識は本当に妥当といえるのか。本稿筆者はそこに大きな違和感を禁じ得ない。したがって、通説の問題性を克服するためにも、日本国憲法 92 条「地方自治の本旨」の解釈にあたって、ありふれた決まり文句としての「住民自治」と「団体自治」以外に、何らかの憲法上の指針となりうる法概念・法原則によって、本旨の中身をより明確にする必要がある。これは地方自治の憲法学を研究するうえで当然の問題意識になるだろう。

次に、第二の関心であるが、日本における地方自治に関する現実の諸問題への疑問を述べておきたい。例えば、橋下徹と「おおさか維新の会」の提案した

¹ 杉原泰雄『地方自治の憲法論 [補訂版]』(勁草書房、2011年) 31頁。さらに杉原は、憲法第2章と第8章それぞれに対する学界及び国民の対応は、「対照的ともいいう程に」後者の方が「マイナーな」問題として考えられ、軽視され続けてきたという。杉原同書 31～37頁を参照。

「大阪都構想」²の問題はまだ記憶に新しい。憲法上保障されるはずの基礎的地方公共団体である大阪市の廃止はもとより、広域自治体(大阪都)による基礎自治体(大阪市)の事務・権限の吸い上げも問題視されよう。また、行政改革の一環として位置づけられてきた第一次地方分権改革であるが、その改革の真っ只中においていわゆる「受け皿」問題を解決するために市町村合併(のちの「平成の大合併」)という国側の提案が強行された。この問題は、特に自治体広域化論との関連で前者の大阪問題や道州制の議論などを通ずる要素を有しており、憲法上の基礎的地方公共団体である市町村の存立と適正規模が問われるのである。ところが、自治体の存立・規模問題とはやや距離を置いて、国と地方における事務・権限をめぐる争いの問題も考えられよう。例えば、つい最近の国と沖縄県をめぐる紛争・米軍基地辺野古移設問題は最も注目されるものである。この件に関して、国地方係争処理委員会および福岡高裁、最高裁はそれぞれ「対応」してはいるが、その紛争を解決するどころか、むしろ自治体や住民に望まれない方向へ一方的に促してきたのである。日本国憲法の下で、地方自治の制度運用において、これだけ大きな問題が生み出されたのは、一体なぜだろうか。

筆者は、以上紹介した理論上と運用上の二つの問題意識を一貫して持ち、日本における地方自治の諸問題に関心を払いながら、現状の局面を打開するために憲法学の視点から地方自治の研究に取り組んできた。本論文はまさにその成果であり、一つの小さな試論である。

本章の冒頭で言及したとおり、筆者はその打開策を「補完性原理」という舶来の法概念に求めようとする。議論の骨格は次節で紹介するが、ここでなぜそれにこだわるかについて説明を敷衍しておきたい。

この概念自体は長い歴史を持ち、もともとは法律用語ではなかったが、それを地方自治の問題に当てはめて一つの法概念として使用し始めたのは、ドイツの国内法においてであったとされる。もちろん、日本国憲法 92 条の解釈にあたって、少数ではあるが、一部の学説は条文に対して原意主義的な理解を示し、アメリカ型地方自治の可能性を提唱している³。しかし、日本における公法学

² 2012 年 9 月に国会で大都市地域特別区設置法が制定されたが、2015 年 5 月 17 日の住民投票により大阪都構想は否決された。

³ 例えば、佐々木高雄『地方自治の本旨』条項の成立経緯」青山法学論集 46 巻第 1・2 合併号(2004 年) 152 頁以下による 92 条成立史の研究は、「地方自治の本旨」の前身をマッカーサー草案 87 条の Home Rule Charter に求めたのである。また、阪本昌成『憲法理論 I [補訂第 3 版]』(成文堂、2000 年) 480 頁以下は、第 8 章の条文解釈を踏まえ、それにアメリカの地方自治史的理解を加え、かつて「州議会に対抗する運動」によって結実した「憲法ホーム・ルール憲章制」の日本への適用可能性を検討し、日本国憲法第 8 章の下でホーム・ルール説を提唱する。すなわち、「日本国憲法第 8 章は憲法ホーム・ルール制を実現しよう」とするものであり、「実体的自治権能については憲法ホーム・ルール憲章制とし、手続的自治権能については法律事項」とするものである。さらに、上記両説のほか、河合義和も「ホーム・ルール憲章」について、独自の観点を提示した。彼は、オーストリア生まれのアメリカ人比較政治学者の Kurt Steiner 氏(スタンフォード大学教授)の言葉を引用し、本来マッカーサー草案になかった日本国憲法 92 条の日本政府側による提案について、それが「アメリカ型の地方自治を拒否し、ヨーロッパ大陸型の地方自治を温存しようとする陰謀」(Kurt Steiner, *Local Government in Japan*, 1965) だと鋭く指摘する。また、「可能なかぎり従来の憲法制度を温存しようとする、いわば一見ナショナリスティックとも見える日本政府官僚の愛国的執念の所産」として、マッカーサー草案 87 条の「チャーター制定権」が入れ替えられ、「本旨」条項

の歴史を考えると、やはり 19 世紀以来のドイツ近代国家学や公法学などから強い影響を受けており、敗戦を経てアメリカの影響下に置かれて日本国憲法が制定されても過去の理念と習慣がなお温存し続けている⁴ことは否定できない。また、同じ戦後から出発したドイツ基本法の下での彼方の理論状況も今日の日本において依然として大きく注目されていることも、事実であろう。したがって、本論文は、そうしたドイツ公法学の影響を受けた日本の学説を整理、検討することから始める。しかしこれは単なる現状追認ではない。以上のような日本の歴史的経緯と文脈に鑑みれば、それらの学説をまず批判的に考察し、不十分な点を明らかにすることで、本論文が主張する補完性原理の意義がより明確になると考えられるからである。もちろん、連邦制をとるドイツにおける地方自治は、あくまでもラントの枠内におけるゲマインデ自治の保障に着目しているのに対し、日本における地方自治は、都道府県と市町村をめぐる問題よりも、むしろ国と地方の関係について憲法学の視座からいかにして地方自治を保障するかという問題が最も肝心であると思われる。そこで、連邦制をとるか否かはさておき、成文憲法典における関連条文から(本論文の立場だと、ドイツでは基本法 28 条 2 項、日本では憲法 92 条がそれに当たる)その解決のヒントを模索していくという意味において、ドイツの状況を参照する価値があるだろう。

第 2 節 研究方法

上述した問題意識を前提に、本論文は以下のように構成される。

まず、補完性原理という概念の原点を、ドイツ国内法に求め、それが欧州統合およびヨーロッパにおける地方自治の指針として普及していったことを確認する(第 1 章)。次に、戦後以来の憲法 92 条の解釈論を時系列に沿って概観

が誕生したと説く。さらに、92 条のような「抽象的で漠然」とした規定が「変更されたり、無視されることも、事実問題としては可能」であるから、日本側の 92 条の立案意図が「立法上のペテン」(K. Steiner)だと厳しく批判した。このような作業が成功した理由について、まず、「佐藤氏をはじめとする日本政府側の担当者が、英米の制度についてもヨーロッパ大陸の制度についてもかなりの知識を有していたのに対して、総司令部側の担当者は、この分野については、ヨーロッパ大陸の比較法的知識に乏しかったので、日本側の担当者にとっては、ことにくみしやすい相手であった」。それに、「修正の対象となった司令部案そのものが、地方自治をめぐる対立した見解の妥協の産物であるということも、修正工作を容易化した一因」と指摘される。結局、憲法で授権された地方自治関係法(令)の性格は、「基本的問題において戦前の大陸法的構成をとり、アメリカ法的構成も局部的には導入しているものの、総体的には、国政の一環を行政的に委任するといった、大陸型の自治という特色」に満ちている。条文から説明すると、「95 条の特別法抑制の規定は残しながらこれを眠らせ、92 条に組織・運営事項の法律授権という形で一般法による制約可能の余地を準備し、……地方公共団体を法律によってがんじがらめにしてしまった。」このような「意図的策謀」はまさに「深謀遠慮」で、「驚嘆に値する陰謀」だと風刺した。河合義和「憲法第八章の虚像と実像」日本法学 44 巻 4 号(1979 年) 34~49 頁参照。

⁴ 例えば、「アメリカの地方自治を『ドイツ語で』読む田中〔二郎一筆者注〕流の再解釈は、地方自治の構想力を国家行政の枠内に閉じ込める効果を」持つものであり、「アメリカ発の地方自治の『革命』は、日本の実情にあわせて馴致させた入江〔俊郎一筆者注〕たちの『努力』に加えて、権威的な解釈学説に成長していた田中二郎のドイツ流解釈によって、完全に封印されたのである。」という指摘はこの問題を如実に語っているように思える。参照:石川健治「未完の第八章」自治実務セミナー(2015 年)5 頁。

した上、そこでの主要学説を「地方自治の本旨」の「原意」に照らしながら大まかな趨勢を導き出す。その学説の整理に基づいて、補完性原理説の可能性を探求する。そのために、日本における補完性原理の原点であるシャープ勧告の「市町村優先原則」を紹介し、憲法第8章における補完性原理の位置づけ、あるいは補完性原理と92～95条の各条文との関係を明らかにする。その上で、先行研究である92条解釈に関する保守的な諸説の限界を指摘し、補完性原理説の根拠と意義を敷衍する(第2章)。次に、第一次地方分権改革を素材に制度の問題を取り扱う。つまり、地方自治法1条の2という条文をめぐる、舶来の法概念である補完性原理が日本においてどのように受け入れられ、またどのように変容してきたのかについて検討し、ヨーロッパの補完性原理と日本の役割分担原則との質的相異を確認する。そこで、憲法論の立場から分権改革に対する評価と呼応した形で役割分担原則を総括し、解釈の方法として役割分担原則のあるべき理解を提示する(第3章)。最後に、補完性原理という憲法上の原理原則を明確にするために、二つの論点を検討する。第一に、自治体の存立及び適正規模の問題、第二に、国と地方における権限配分の問題である。このような議論を通じて補完性原理が示すべき中身を考察し、その概念の最低限の意味内容を超えて、日本法の文脈において意義をもたせるための理解を探求しようとするのである(第4章)⁵。

分析の手法として、補完性原理を軸とした理論構成を組み立てて、抽象的な法概念から具体的な憲法原則へと、議論の内容が漸次具体的な方向へと向かう、というアプローチを採用している。図式的に述べれば、以下ようになる。

〔概念〕抽象的な法原則(第1章)→〔学説〕憲法解釈の指針(第2章)→
〔制度〕分権改革や地方自治法上の確認と変容(第3章)→〔運用〕地方自治に関連する諸議論による具体化(第4章)。

第一章 【概念】補完性原理

第1節 はじめに

「補完性は、ラテン語の *subsidium* を語源にもつ。それは、元来『予備』とりわけ『予備軍』を意味していた。のちに、より広く『補助』という意味を帯びるようになった」⁶とされている。補完性原理の起源をさかのぼると、古代ギリシャにおいてアリストテレスがそれになじむような概念を提示したことがあるといわれている⁷。そして、補完性原理とキリスト教も、古来より切り離せ

⁵ 補論では、母国中国における「立法法」の制定(2000年)以来はじめて行われた改正(2015年3月)において地方立法権が拡大された(72条)ことを契機にして、中国の都市部における地方立法制度とその運用の実態に鑑みて、その拡大の意義を明らかにすることを目的としている。

⁶ 遠藤乾「ポスト主権の政治思想—ヨーロッパ連合における補完性原理の可能性」思想945号(岩波書店、2003年)210頁。

⁷ 例えば、彼の『政治学』のなかで、「日ごとの必要を越えて、いくつかの家から最初に生じた共同体が村である。一つの家からの分家づくりが村となるのはなによりも自然に適ってみえる。……そして、いくつかの村から生じ、言うなればいまやあらゆる自足の要件を満たした、終局の共同体が国家である。それは、人々が生きる[生存する]ために生じたのであるが、彼らがよく生きるために存在するものである。……終局目的となるものは最善のものであるが、自足的であることが[共同体にとって]終局目的であり、最善のものだからである。……以上から明らかに、国家は自然によるものの一つであり、

ない関係⁸におかれている。しかし、アリストテレスであれ、ローマ教皇の回勅であれ、いずれにしても時代的な懸隔があるのみならず、それらの「補完性原理」はあくまでも個人と公権力の関係をめぐって位置づけられている。しかし、後に第三章で紹介する日本において議論されてきた補完性原理、そしてその日本流の変種としての「役割分担原則」は、例外なくすべて政府間関係のものに限定されているから、本章では、やはり「公私間関係」における補完性原理をペンディングとし、政府間関係における補完性原理の紹介を行いたい。

この膨大な作業を行うには、何よりもまず、法原理としての補完性原理の原点が確認されるドイツ国内法における状況を明らかにしなければならない。その上、欧州統合の場合における補完性原理を条約を通じて析出する。次いで、地方自治の場合において、ヨーロッパ地方自治憲章、ヨーロッパ地域自治憲章草案と世界地方自治宣言および憲章草案を中心に、補完性原理の地域化・国際化について紹介し、「共同体—加盟国—自治体」という多層的な補完性原理のあり方を確認したい。最後に、主要国である独、伊、仏の三カ国を中心に EU 加盟国の憲法典における補完性原理の導入を概観する。

本章の主な目的は、補完性原理という政府間権限配分の概念のヨーロッパにおける誕生と発展、およびその後の微妙な変容を紹介し、「原像」たる補完性原理を明らかにすることにある。それによって、本論文第三章の「日本における『補完性原理』」に対して、比較可能な対象を提示することができるであろう。

そして人間は自然によって国家的（ポリス的）動物である。」アリストテレス著、牛田徳子訳『政治学』（京都大学学術出版会、2001年）8～9頁。また、「かくして国家というものは、人びとが住む場所をともにしつつ、たがいに対する不正を禁じ、物の交換を行うことを目的とするような共同体でないことは明らかである。たしかに、それらのことは、国家が成立するためには、そなわっていなければならない。しかし、それらのすべてがそなわったからといって、ただちに国家になるわけではない。国家は、家族であれ、同族の者であれ、よくいきることをともにしつつ、完全で自足的な生を目的とする共同体である。……国家はいろいろな氏族や村が集まって、完全で自足的な生を営むための共同体である。こうした生こそ、われわれの主張によれば、幸福に、善美に生きることにほかならない。」アリストテレス、前掲書、140～141頁。訳著の中の下線はすべて筆者による。

⁸ 「13世紀の中世カトリック思想においては、多元性と統一性とをめぐる論理として、トマス・アクィナスの『神学大全』の中にもその淵源を読み取ることができる」。安江則子『欧州公共圏—EU デモクラシーの制度デザイン』（慶應義塾大学出版会、2007年）14頁。また、近代に入ると、「1891年教皇レオ13世の回勅『新しい規範』」に示されたカトリックの社会教義は、社会問題の解決は家族・友人・隣近所など要援助者に最も近接した社会組織にゆだねられる。それらでは手に負えない場合にのみ上級の組織に任せる、といういわゆる補完性原則というかたちで相互扶助パラダイムを言い表した。」北島健一「福祉国家と非営利組織」宮本太郎編『福祉国家再編の政治』ミネルヴァ書房、251頁。補完性原理という用語が公式文書の中で初めて用いられたのは、ローマ教皇のピオ11世が、1931年に発表した回勅、『クアドラジェジモ・アンノ』Quadragesimo Anno(QA)であるといわれている。その時代背景として、1930年代のヨーロッパにおけるファシズムと共産主義の台頭に対して個人や社会組織を国家権力からキリスト教会側が守ろうとしていたのである。その回勅の内容の詳細については、澤田昭夫「補完性原理：The Principle of Subsidiarity:分権主義的原理か集権主義的原理か」『日本 EC 学会年報』第12号（1992年）37～38頁参照。

第2節 法概念としての補完性原理

補完性原理が、法概念として運用されたのは、ドイツ国内法においてであったとされる。そのなかで、特にラシュテーデ(Rastede)事件が重要であった。この事件は、1974年以降、ラシュテーデ市の自治体憲法異議に始まった廃棄物処理権限に関して争いになり「基本法28条2項の地方自治保障条項が、いかなる規範的意味を有するのかということが問われてきた」事件である⁹。

ゲマインデとクライスとの関係について、リューネブルク上級行政裁判所は1980年に判決を下した。つまり、「基本法28条2項のゲマインデ自治の客観的法制保障は、国に対するだけではなく、クライスに対しても妥当する。また、同条同項1文¹⁰は、ゲマインデの『地域共同体のすべての事項』についての全権限性を保障し、自治事務についての補完性原理を保障している。したがって、ゲマインデの地域的事項は、ゲマインデに優先的に配分される本来的事務であり、ゲマインデ連合にすぎないクライスには伝来的権限が帰属するに過ぎない。」¹¹という判断であった。

リューネブルク上級行政裁判所が基本法28条2項がゲマインデ優先の補完性原理という実体的事務配分原理を保障すると認めたのに対し、連邦行政裁判所は1983年に、「事務配分の規準として補完性原理の適用を否定し、比例原則による審査を行」¹²い、ゲマインデとクライスの両者における関係を補完性原理によって特徴づけるのではなく、「相補的機能モデル」と定義したうえで¹³、「両者ともに、間接的な国家行政の一部であり、かつ、両者の自治権の本質内容は、実体的には区別され得ない。両者には、等しくバランスの取れた形で事務が配分されるべきであり」¹⁴、基本法28条2項の事務配分原理には「原則—例外メカニズム」しか適用されず、そこから、補完性原理は導き出されないと結論づけたのである¹⁵。

一方、連邦憲法裁判所は、1988年に以下のように決定を下した。「基本法28条2項1文は、自治保障の核心領域においても、地域共同体の事項について、ゲマインデを優先する憲法上の事務配分原理を内容とする。この原理は、権限配分を行う立法者も尊重しなければならないし、国との関係だけではなく、クライスとの関係においても妥当するものである。……基本法28条2項1文の意味における地域共同体の事項とは、地域共同体に根ざし、あるいは地域共同体と特有の関係を持つところのすべての必要性和利害関係を意味する。したがって、それらは、ゲマインデにおいて人間が一緒に生活し、一緒に住むことに

⁹ 白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、1991年）337頁。

¹⁰ ドイツ基本法第28条2項1文「市町村に対しては、法律の範囲内において、地域的共同体のすべての事項を、自己の責任において規律する権利が保障されていなければならない。」和訳：高田敏＝初宿正典共編訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』（信山社、2016年）226頁〔初宿正典訳〕。

¹¹ 白藤博行「ゲマインデの自治権の範囲—ラシュテーデ(Rastede)決定—」栗城壽夫＝戸波江二ほか編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）378頁。

¹² 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）181頁。

¹³ 白藤博行「ゲマインデの自治権の範囲—ラシュテーデ(Rastede)決定—」栗城壽夫＝戸波江二ほか編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）378～379頁。

¹⁴ 同上、379頁。

¹⁵ 同上。

かわり、ゲマインデの住民にとっては、まさにそれ自体として共同的なものである。それは、ゲマインデの行政能力に左右される事柄ではない。」¹⁶

連邦憲法裁判所は、基本権論ではなく、制度的保障説に立ちつつ、「核心領域」と「それ以外の領域(周辺領域)」の保障を二分して、ゲマインデの全権限性を認めたとえ、ゲマインデ自治優先という実体的事務配分原理に基づいた「原則—例外」関係を「核心以外の領域」にも及ぶと捉えている。換言すれば、従来の「制度的保障論=核心領域保障論+過剰禁止論(比例原則)」の枠組みは「制度的保障論=核心領域保障論+ゲマインデ優先の実体法的事務配分原理」として再構成されたと指摘される¹⁷。

以上から見るように、ドイツの判例法理において、事務・権限の配分につき住民により身近な自治体を優先し、上位にある団体は最小限の干渉に限られると同時に下位団体を補助・支援することが義務付けられる、という補完性原理(連邦憲法裁判所においては「補完性原理」の文言そのものではないが)は、基本法が直接条文(28条2項)で保障する地方自治の根本原理として位置づけられている。しかも、それはゲマインデを優先する憲法上の事務配分原理を内容とする。このような憲法原理は地方自治(特に基礎自治体=ゲマインデ自治)を保護するために一切の立法からその侵害を防御することができる、ということの特徴として解されたといえよう。一歩進んでいえば、すでに指摘されたとおり、「行政の効率性・経済性を優先するような行政改革を理由とした、市町村からの広域自治体による事務・権限の吸い上げは憲法違反である」¹⁸ということになる。

ドイツ国内法・判例法理において法概念ないし憲法原理として確認されてきた補完性原理は、その根拠を下記2点に帰着させることができるだろう。すなわち、①ヨーロッパ個人主義、自由主義および中世自由都市の自治の伝統、及び②民主主義の担保(基本法28条2項1文=「ナチス支配下における中央集権的政治行政構造への強い反省に基づき、ゲマインデ自治の政治的民主主義的機能を重視し、下から上への民主主義を構築しようとしたものである」¹⁹)である。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』(法律文化社、1991年)337頁以下を参照。なお、同旨は、白藤博行「ゲマインデの自治権の範囲—ラシュテーデ(Rastede)決定—」栗城壽夫=戸波江二ほか編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社、2006年)379~381頁参照。連邦憲法裁判所のラシュテーデ決定前後におけるドイツ地方自治の状況と同決定への評価の詳細については、白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理(一)、(二)」名古屋大学法政論集116号、128号(1987年、1989年)、白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』(法律文化社、1991年)などの諸論稿を参照されたい。

¹⁸ 渡名喜庸安=行方久夫=晴山一穂共編『「地域主権」と国家・自治体の再編』(日本評論社、2010年)233頁〔白藤博行執筆部分〕。

¹⁹ 白藤博行「ゲマインデの自治権の範囲—ラシュテーデ(Rastede)決定—」栗城壽夫=戸波江二ほか編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社、2006年)380頁。

第3節 ドイツ型補完性原理の普及

I 欧州統合の場合

第二次世界大戦後、ヨーロッパ統合は大きく進展した。1950年フランス外相シューマン（Robert Schuman）による「シューマン宣言」が出され、独仏間の永久平和のため、二度と戦争を起こさないように両国の石炭と鉄鋼事業を共同管理することを決定した。のちの1951年、当該宣言の精神にのっとり欧州石炭鉄鋼共同体（ECSC）が設立され、西ドイツ、フランスのほか、イタリア、ベルギー、オランダとルクセンブルクの6カ国が結束する。そして、ECSC条約が翌年1952年に発効するに至った。これが欧州統合の始まりだとされている²⁰。

(1) 1957年ローマ条約

1957年3月25日、イタリアの首都ローマで、限定された分野における統合に大きな進展が見られた。それは、欧州経済共同体（EEC）および欧州原子力共同体（Euratom）を設立する条約の調印式であり、いわゆる「ローマ条約（欧州経済共同体設立条約）」（1957年3月25日署名、1958年1月1日発効）である。その第235条²¹は、「共同体の目的の一つである共同市場の形成において、共同体による行動（action）が必要だと認められるにもかかわらず、当該条約がその権限を与えていない場合、評議会は委員会の提案に基づいて全会一致で表決（acting）し、欧州議会に諮問した後、適切な措置を講じることができる」と規定している。この条文に関して、「共同市場完成のために必要なら、条約が特に定めていない行動でもそれを起こす権限をEECに与えている」²²と指摘され、共同体と加盟諸国における「補完的關係」が暗示されているように解される。

(2) 1992年マーストリヒト条約の前後

ローマ条約以降、補完性原理の理念がさらにヨーロッパ政界で成熟し、ようやく共同体の公式文書に現れることとなった。それは、1975年5月にEC委員会がまとめた『欧州同盟に関する報告』（Report on European Union）においてのことである。ここでの補完性原理は、共同体の権限行使に対する「歯止めの原理」として把握された。つまり、加盟国のレベルで「もはや効率的に対処できない」問題あるいは効率的に解決不可能な問題に限り、それらを行行使する権限を共同体に認めるのである。ここで補完性原理は、共同体の加盟国に対する余計な干渉を排除し、共同体が「集権的超国家」にならないように機能する「分権主義原理」として認識されている²³。

その後、1980年代から90年代にかけて、ブリュッセルのドロール委員会の下で、戦後最も成功したといわれる欧州統合が推進された。当時のヨーロッパ

²⁰ 中西優美子『法学叢書 EU法』（新世社、2012年）3～4頁参照。

²¹ URL: http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometry2.pdf（最終アクセス：2018年2月4日）。『The Treaty of Rome (1957.3.25)』。

²² 澤田昭夫「補完性原理：The Principle of Subsidiarity:分権主義的原理か集権主義的原理か」『日本EC学会年報』第12号（1992年）43頁。

²³ 澤田、同上、31頁参照。

では、共同体と加盟国の関係をめぐる将来像の設計に関して二つの解釈²⁴が対立していた。一つは、イギリス型保守主義の解釈である。サッチャー元首相に代表されるマーストリヒト条約反対派の保守党議員たちは伝統的な市場自由主義の理念によって政府の介入を極力排除しかつ必要最小限に封じ込め、自律的な主体による自由競争を理想とする。そのような立場に立つと、共同体に対する構成国の独立性を最大限に尊重するヨーロッパ秩序が望まれるわけである。それに対し、もう一つは、ドイツ型連邦主義の解釈である。この概念の積極的な推進者であるドイツの各州政府は、ドイツにおける連邦制を共同体の将来像のモデルの一つとして提唱した。つまり、ドイツ基本法の秩序のように、連邦の構成単位である州の自治権が保障されると同時に、各州は連邦の政策決定へ参加する権利も保障されている。このようなきわめて「機能的な目的」による権限配分方式はイギリスの保守主義者に敬遠されていた。一方、ドロール委員長²⁵によれば、当初補完性原理は「『理想のヨーロッパ』実現のための、個人の生活（私的領域）への社会（公的領域）の『介入』の責任の理念」²⁶として捉えられていたが、のちに次々に権限を拡張してきたブリュッセル「中央集権的」官僚システムに警戒感を抱いているイギリスの保守主義者たちや各加盟国の関係団体、市民たちからの無形の圧力の下、元来ドイツ各州と接近しドイツ型の連邦方式に好意を示していた委員会は、「共同体の権限行使の抑制」として補完性原理を再解釈することに迫られるに至ったのである。こうして、権限配分において、共同体と加盟国の間に生じた緊張関係を解消する処方箋として、一種の妥協の役割を備えているとみられた補完性原理はその言葉自体の曖昧さによって機能したのである。要するに、補完性原理は多元的共存の精神に基づき、「公的領域における公権限の行使と私的領域における自立した市民生活との両者が調和した社会を可能にする理念」²⁷であり、まさにドロール委員長が最初に提唱した理想型の「ヨーロッパ・モデル」と合致するのであろう。

以上のような経緯を踏まえ、ついに1992年のマーストリヒト条約（1992年2月7日調印、1993年11月1日発効）の締結によって、いわゆる「三本の柱」²⁸から新たな統合機構であるEUが作り上げられたのである。そして、補完性原理がここではじめて法的文書に明示的に書き込まれ、欧州統合の指導原理の一つとして定着されたとみられる。

欧州連合条約（EU条約）（The Treaty on European Union, TEU）

A条：……本条約は、ヨーロッパ諸国民の間において、より緊密な連合を、その決定ができるかぎり市民に近いところで行われる連合を創設していく過程が新しい段階を迎えたことを印するものである。……

²⁴ 八谷まち子「欧州連合（EU）における『サブシディアリティ原則』—善意の専制主義を超えるもの」政治研究43号（九州大学政治研究室、1996年）14～19頁参照。

²⁵ Jacques Lucien Jean Delors（1925～）フランス人。

²⁶ 八谷、前掲注24、31頁。

²⁷ 同上、46頁。

²⁸ 「三本の柱」：①第一の柱：これまでのEC（1965年4月8日の合併条約によって従来のEEC、ECSC、Euratomから合流したものであるが、それを「欧州共同体」=European Communitiesと称される）。②第二の柱：共通外交安全保障政策（Common Foreign and Security Policy）。③第三の柱：司法・内務協力（Cooperation in the field of Justice and Home Affairs）。中西優美子、前掲注20、7頁参照。

B条第二項：欧州連合の目的は、この条約の規定に従い、また、この条約が定める条件や時間表に従って、また、欧州共同体設立条約第三b条に定める補完性の原理を尊重しつつ達成されなければならない。

※欧州共同体設立条約（EC 設立条約²⁹）（The Treaty establishing the European Community）

第三b条：共同体は、この条約により与えられた権限および目的の範囲内で活動を行う。

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。

共同体の活動は、この条約の目的を達成するために必要な限度を超えてはならない。

30

以上でみられるように、マーストリヒト条約において、補完性原理が三つの箇所で行われ、EU 条約A条の「その決定ができるかぎり市民に近いところで行われる」という文言はただ補完性原理の理念のみを掲げているのに対し、同条約B条第二項と EC 設立条約の第三b条の二つの条文は、直接「補完性原理」（the principle of subsidiarity）という言葉を含んでいる。

なお、マーストリヒト条約の締結はのちのドイツ連邦基本法の改正³¹に直接影響を与えたとされている。

(3) 1997年アムステルダム条約

アムステルダム条約は、1997年10月3日に調印され、1999年5月1日から発効した。

補完性原理に関する条文は若干の変更が加えられた。まず、形式的な面で、欧州連合条約のA条やB条が、それぞれ同条約の第一条と第二条に変更され、また、欧州共同体設立条約の第三b条も、同条約の第五条となった。一方、内容的な面で、欧州連合条約第一条（旧A条）も以下のように³²改められた。

欧州連合条約（TEU）

第一条：……本条約は、ヨーロッパ諸国民の間において、より緊密な連合を、その決定ができるかぎり市民にオープンに、また、できるかぎり市民に近いところで行われる連合を創設していく過程が新しい段階を迎えたことを印すものである。……

さらに、同条約は、1992年12月に先立って提示された補完性原理の具体的

²⁹ =ローマ条約の改称。本来、1957年のローマ条約は経済分野のみの統合、つまりEECの設立を目指したが、1992年のマーストリヒト条約で「Economy」が削除され、欧州共同体（EC）の統合が打ち出された。

³⁰ 全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン（三）」自治研究80巻7号（2004年）160～162頁。邦訳は全てこれによる。

³¹ 1992年12月21日第38回改正は、マーストリヒト条約への同意が目的であった。

³² 全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン（四）」自治研究80巻8号（2004年）158頁。邦訳は全てこれによる。

運用方法を定めた「エジンバラ合意」の内容を大幅に参照し、それを付属議定書の形式で確立させた。すなわち、「補完性の原理及び均衡の原則の適用に関する議定書」³³ (Protocol on the application of the principle of subsidiarity and proportionality)である³⁴。この一連の「自発的動向」は、デンマークショック³⁵以来、ブリュッセル側の EU 権限の膨張に対する反省だと見られている。具体的運用方法が議定書という形で条約の中に組み込まれることが、補完性原理の法的保護や操作可能性をより強化しているけれども、欧州共同体設立条約第五条(旧第三b条)に見られる「十分達成できない (cannot be sufficiently achieved)」あるいは「よりよく達成できる (can……be better achieved)」のような曖昧な文言は補完性原理の法規範性を希薄化する恐れがあると批判されている。一方、当該条約における補完性原理の規律対象は、あくまでも「共同体—加盟国」の間の権限配分で、「加盟国—各地方自治体」の関係までは及ばないと解され、補完性原理本来の意味に齟齬をきたすのではないかと批判する声も出ている。

(4) 2007年リスボン条約

2004年に欧州憲法条約の調印式がなされたが、結局フランスやオランダにおける国民投票で否決されたことから流産した。それによって、「改革条約」とも呼ばれるリスボン条約(2007年12月13日調印、2009年12月1日発効)が誕生したのである。その正式名称は、「欧州連合条約および欧州共同体設立条約を修正するリスボン条約」であり、よって欧州共同体(EC)が消滅し、「欧州経済共同体設立条約」(EEC条約・1957・ローマ)が「欧州共同体設立条約」

(EC条約・1992・マーストリヒト)を経て、結局「欧州連合運営条約」³⁶ (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)に改称され、内容も修正された。こうして、新たなEU条約とEU運営条約に基礎づけられた欧州連合が誕生した。さらに、かつてマーストリヒト条約で確立された「三本の柱」の構造も破棄された。司法・内務に関する協力がこれまでのEC条約、現在のEU運営条約の枠組みに移行し、政治協力である共通外交安全保障政策は、EU条約第5編に規定されることとなった。そのほか、EUへの法人格の付与、市民の参加、欧州議会の権限拡大など民主主義の赤字への改善、基本権のより強固な保障、EUと加盟国の権限配分の明確化、EUの新たな権限拡大などが盛り込まれている。

補完性原理に関して、旧EU条約(アムステルダム条約のそれ)の第一条はそのまま新第一条に盛り込まれている。新第三条【連合の目的】には、旧二条の補完性原則尊重の内容が削除された代わりに、前文のところで「補完性の原則に従い、できる限り市民にちかいところで決定が行われ」³⁷と明記されてい

³³ 「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書」という訳もある。

³⁴ 全国知事会、前掲注32、158頁参照。なお、当該議定書の内容のまとめおよび補完性原理のEU内部における運用基準・適用手続きなどの詳細に関して、同文献160～162頁参照。

³⁵ 1992年6月、デンマークで国民投票が行われ、マーストリヒト条約の批准が否決された。

³⁶ 「欧州連合の機能に関する条約」という訳もある。

³⁷ 奥脇直也＝小寺彰編『国際条例集 2013年版』(有斐閣、2013年)52頁。

る。また、旧 EC 設立条約の第五条は EC の消滅に伴って、EU 運営条約の体系から抽出され、新 EU 条約の第五条【権限に関する三原則】³⁸の第 3 項として組み直されている。

EU 連合条約

第五条の 3 補完性の原則の下で、連合は、その排他的権限に属さない分野においては、提案される行動の目的が、加盟国の中央レベルまたは地域および地方のレベルのいずれにおいても十分に達成することができず、提案される行動の規模または効果のために連合レベルでより良く達成されうる場合に限り、行動する。

連合の機関は、補完性および比例性の原則の適用に関する議定書に定める補完性の原則を適用する。国内議会は、その議定書に定める手続きに従い、補完性の原則の遵守を確保する。³⁹

さらに、リスボン条約は、前述したアムステルダム条約に付属された「補完性の原理及び均衡の原則の適用に関する議定書」を改めて添付した。その第 5 条では、欧州連合の立法提案には、補完性原理が遵守されている旨の表明を付さなければならないと規定されている。また、欧州連合の目的が欧州連合レベルでより良く達成されることは、質的な基準のみならず、可能であれば量的な基準にも基づかなければならない。さらに、同議定書の第 7 条では、加盟各国議会に票が配分され、補完性原理に反するとする票が一定数に達する場合、欧州委員会はその立法提案を再検討しなければならないとされ、加盟国国内議会による補完性原理のコントロールの仕組みが定められた⁴⁰。

II 地方自治の場合

(1) ヨーロッパ地方自治憲章

「民主主義」および「人権保障」という二大テーゼを中核とする地方自治の国際的保障の動きが、殊に 1980 年代以降から盛り上がってきた。そのうち、ヨーロッパ評議会⁴¹ (Council of Europe, CE) が 1985 年に発表したヨーロッパ地方自治憲章 (1985 年 7 月採択、1988 年 9 月発効) は人々の注目を集めた。地方自治の観念のグローバル・スタンダード化が勢いに乗って全世界で広まっている中、補完性原理もその重要な原則の一つとして根をおろしている。補完性原理の文言そのものはヨーロッパ地方自治憲章の中に明記されていないものの、その実質的理念を反映している内容が盛り込まれている。

ヨーロッパ地方自治憲章

第 4 条第 3 項 公的責務は、一般に、市民にもっとも身近な当局が優先的に遂行する。

³⁸ EU 三原則：補完性原則のほか、権限付与の原則と比例性原則が規定されている。

³⁹ 奥脇＝小寺前掲注 37、52 頁。

⁴⁰ 矢部明宏「地方分権の指導理念としての『補完性原理』」レファレンス (2012 年) 8 頁参照。

⁴¹ 1949 年に設立されたヨーロッパ統合のための国際機関。EU と旗などのシンボルを共有しているため、しばしば両者は混同されている。

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なければならない⁴²。

ここで、「任務の範囲と性質」および「能率と経済性」という二つの権限配分の限界が提示されている、当該事務の範囲と性質から見れば市民に身近な自治体にふさわしくない、および市民に身近な自治体が当該事務に従事すれば非能率的・非経済的な結果を招きかねない場合以外において、すべての事務・権限を市民に身近な自治体に優先的に配分しなければならないという趣旨であろう。当該規定は、「公的権力が分権化されなければならないという一般原則について規定するものである」⁴³と評議会側は解釈している。

上記規定は、その後のマーストリヒト条約（1992年）の補完性原理に関する規定に大きな影響を及ぼしたと言われている。

一方、上記規定は、ヨーロッパ地方自治憲章の中に含まれている補完性原理、通常の権力抑制的な側面（上位団体に対する下位団体の優先および過剰干渉の排除）を反映しているのみならず、上位団体の下位団体に対する積極的な補完・援助の側面も唱えていると解される。たとえば、地方自治体の財源に関する条文⁴⁴は次の通りである。

ヨーロッパ地方自治憲章

第9条第5項 財政力の不十分な地方自治体の保護は、潜在的財源及びこれら地方自治体に課せられた財政負担の不均等な分布の影響の是正を目的とする、財政調整の手段又はそれと同等の手段の確立を必要とする。これらの手段又は手段は、地方自治体はその固有の責任の範囲内において行使する自由な決定権を制約してはならない。

第9条第7項 地方自治体に対する補助金は、できる限り、その用途を特定の事業に限定してはならない。補助金の交付は、地方自治体はその固有の権限の範囲内で政策決定を行う基本的自由を侵害してはならない。

こうして、ヨーロッパ評議会は「加盟国の国内組織の中に、一切の干渉なしに、できる限り地方と地域の自治の観念を普及させることを優先している」⁴⁵という基本的なスタンスに立っているだけでなく、財政支援をはじめとした下位団体に対する「援助義務」が上位団体に課されていることを憲章の中に明記することで、いわゆる補完性原理の「第二の側面」を明らかにしている⁴⁶。

(2) ヨーロッパ地域自治憲章草案

ヨーロッパ地方自治憲章を補完するため、ヨーロッパ評議会のヨーロッパ市町村・地域会議（Congress of Local and Regional Authorities of Europe, CLRAE）総会が1997年6月5日にヨーロッパ地域自治憲章草案を採択した。し

⁴² 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年）26頁。条文翻訳は廣田による。

⁴³ 矢部、前掲注40、9頁。

⁴⁴ 廣田、前掲注42、27頁。条文翻訳は廣田による。

⁴⁵ 大津浩＝廣田全男訳「ヨーロッパ評議会編『補完性の原理の定義と限界』」経済と貿易188号（2004年）119頁。

⁴⁶ 大津＝廣田訳、同上、120頁参照。

かし、閣僚委員会⁴⁷の承認を得ることができなかった。1993年に閣僚委員会はCLRAEの前身である「常設協議会」の改組を決定すると同時に、「地域の制度のない国における地域の創設(ヨーロッパの地域化)」⁴⁸という目標を打ち出した。ここでいう「地域」とは、日本の都道府県あるいは連邦国家であるドイツの州のような、中央政府と基礎的地方公共団体の中間にある最大の領域団体のことを指す。したがって、ヨーロッパ地域自治憲章草案は市町村のみを対象としているわけではなく、支分国家(あるいは広域的地方公共団体)もその範疇に含まれている。ヨーロッパ地方自治憲章は基礎的地方公共団体(市町村等)中心に保護しようとするのに対し、ヨーロッパ地域自治憲章草案は広域的地方公共団体(日本でいえば、都道府県)の制度上の確立と充実を目指したと解される⁴⁹。では、この草案の中に盛り込まれている補完性原理に関する部分⁵⁰を見ておこう。

ヨーロッパ地域自治憲章草案・前文(4,5,6項)：

4 補完性の原則は地方、地域、国家及びヨーロッパという異なるレベルの当局の対等な正当性に基づくヨーロッパにおける民主主義の発展に大きな貢献をなすものであることを確信し、

5 この憲章及びヨーロッパ地方自治憲章は地域団体及び地方自治体の利益のための補完性原則の適用において相補的であることを考慮し、

6 補完性はヨーロッパ統合およびこの運動にかかわる国家の内部機構の両者について遵守されるべき基本原則の一つとみなされており、地域は補完性の効果的な実施にとり適切なレベルの当局であることを認識し、……

第3条(1項) 原則

(1) 地域自治とは、選挙された機関を有し、行政的に中央政府と地方自治体との間に置かれ、かつ、自らの責任において、その住民の利益のために、公的事項の重要な部分を補完性の原則に従って管理する自治行政の特権、又は、通常は中央政府に属する特権を享受している、各締結国における最大の領域団体の権利及び能力をいう。

第6条(2項) 地域事項

(2) 地域は、その権限の行使にあたり、法律を尊重するとともに、市民の利益及び補完性の原則を指針とし、国家及びヨーロッパの連帯の合理的な要求を考慮しなければならない。

第7条(2項) 地方自治体との関係

(2) 地域は、地方自治体との関係において、補完性の原則を適用するものとする。

第18条(2項) 権限争議

(2) 権限争議は、各締結国の憲法上及び法律上の原則に従って解決されるものとする。適用可能な実定法において明確な解決を得られない場合、この判決に際して補完性の原則

⁴⁷ ヨーロッパ評議会の諮問会議であり、決定機関でもある。

⁴⁸ 廣田、前掲注42、4頁。

⁴⁹ 同上、4頁参照。

⁵⁰ 同上、29～34頁。条文翻訳は廣田による。

が考慮されるものとする。

簡単で抽象的な規定ではあるけれども、従来の「地方—国」モデルにおける補完性原理を「地方—地域—国家—ヨーロッパ」（基礎自治体—広域自治体・州—国—超国家共同体）という図式まで拡張し、そのなかで特に、補完性原理に基づく地域（広域地方公共団体）の能動性が強調されているのである。

(3) 世界地方自治宣言および憲章草案

地方自治を推進する世界的組織—国際自治体連合（International Union of Local Authorities: IULA）は1985年のヨーロッパ地方自治憲章が採択された後、地方自治の観念をさらに全世界範囲まで広げることを目指していた。同じ年の1985年9月、IULAの第27回世界大会において世界地方自治宣言が採択された。ヨーロッパ地方自治憲章の中に盛り込まれている理念や原則を一種の「普遍的価値」として世界各国（とくに伝統的な中央集権国家および発展途上の後進諸国）に宣伝・普及しようとする狙いであったとみられる。そして、1993年IULAの第31回大会において新宣言が発表されたけれども、国連機関の勧告として採択されるまでには至らなかった⁵¹。世界地方自治宣言は、ヨーロッパ地方自治憲章と同じように、直接に「補完性の原則」という文言を明示していないものの、そこには、補完性原理の理念を反映する条文を見出すことができる。

世界地方自治宣言

第3条（1項） 地方自治の範囲

（1）公的責務は市民に最も身近な基礎的地方自治体によって遂行される。公的責務は、各国の実情に応じて、中程度又は広域レベルの地域団体によっても遂行することができる⁵²。

一方、世界地方自治宣言の影響を受け、1998年に国連人間居住センター（UNCHS）と都市・自治体世界調整協会（WACLAC）の共同作業によって世界地方自治憲章草案（第一次）が公表された。IULAの世界地方自治宣言に始まった地方自治の観念のグローバル・スタンダード化の試みは、ここで一層深化されたわけである。さらに、第一次草案に若干の検討・修正を加えたうえで、第二次世界地方自治憲章草案が2000年に作成され、翌年の2001年に国連特別総会に提出・審議されたけれども、アメリカや中国の反対で成立には至らなかった⁵³。二つの草案には、いずれも「補完性の原則」という言葉が明確に盛り込ま

⁵¹同上、5～6頁参照。

⁵² 同上、38頁。条文翻訳は廣田による。

⁵³ 同上、6～7頁参照。アメリカの反対理由は、①「憲章」（Charter）の概念が入っていないこと；②国連総会の決議の作成に地方自治体の国際的連合組織の代表者が参加しないこと；③「憲章」は上から押し付けるものであり、より小さな単位を優先させる「補完性原理」と両立しがたく、補完性原理（4条3項）は「世界憲章に対する一種のアンチテーゼ」である、等主張される。一方、中国は、①当該憲章は中国の憲法・法制（とくに民主集中制）と両立しない；②中央政府の領導力を相対化してしまえば、社会と国家秩序の安定を危険にさせる；③憲章の主張は開発途上国の経済発展に有害である、などと主張。廣田同論文7～10頁参照。

れている。前文に関して、第一次草案は「補完性の原則」という文言を打ち出してはいるが、何の説明もなされていないのに対し、第二次草案には、「公的な事務や責任は市民に最も身近な当局によって果たされ」という文言が加えられた。更に、公的責務の配分基準として補完性の原則が位置づけられている。ただ、同じ第4条第3項であるが、第一次草案と比べると、第二次草案は補完性の原則のほか、「近接性の原則」をも明示している。また、より上位の団体へ権限配分を行う場合の基準に関して、ヨーロッパ地方自治憲章では「任務の範囲と性質」および「効率性と経済性」が掲げられているが、第二次草案では、それが「技術的又は経済的な効率」および「市民の共通の利害」に置き換えられている。この変動に対し、『任務の範囲・性質』を『市民共通の利益』に代えたことも、任務の性質に関らず市民の利益になれば、より上位の単位への権限配分を可能とするものであり、ヨーロッパ地方自治憲章と比べてみると、『補完性の原理』の規定としては、かえって薄められてしまった印象を受ける⁵⁴という批判がなされている。(二次にわたる憲章草案の中の補完性原理に関する比較対照表は以下のようである。)

※世界地方自治憲章草案（第一次と第二次）における補完性原理の対照⁵⁵

	第一次草案	第二次草案
前文	「補完性の原則が民主主義と参加の発展の基礎であり、いかなる事務や責任の配分もこの原則に従わなければならないことを確信し、……」	「公的な事務や責任は市民に最も身近な当局によって果たされ、この補完性の原則が民主主義と参加の発展の基礎であり、いかなる事務や責任の配分もこの原則に従わなければならないことを確信し、……」
4条 3項	「補完性の原則に従い、公的な責務は、一般に、市民に最も身近な公共団体が遂行する。同じ精神の下で、他の団体への責務の配分も、技術的又は経済的効率の要求に基づかなければならない。」	「公的な責務は一般に市民に最も身近な公共団体が遂行することを意味する、補完性と近接性原則に従い、他の団体へのいかなる責務の配分も、技術的又は経済的な効率の要求に基づかなければならず、市民の共通の利害によってのみ正当化される。」

(4) EU加盟国の憲法における補完性原理

EU加盟諸国内部（特に憲法典の中の反映）における補完性原理の状況を本節で概観しよう。なお、ゲルマン系の文化的伝統を受け継ぐ国々でも議論は活発であるかもしれないが、ここでは割愛⁵⁶、独伊仏の三ヶ国を中心に紹介することにしよう。

① 1992年ドイツ基本法改正

本章第2節で既に言及したが、1960年代末から1970年代初めにかけて、財

⁵⁴ 全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン（五）」自治研究80巻9号（2004年）147頁。

⁵⁵ 表については、廣田前掲注42の40～41頁に基づく。

⁵⁶ 詳細は、若松隆＝山田徹編『ヨーロッパ分権改革の新潮流』（中央大学出版部、2008年）第1章（スペイン）、第4章（ベルギー）、第5章（スイス）にゆだねることとした。

政危機の原因で西ドイツにおける自治体の区域改革や機能改革（事務再配分）などが行われた。市町村合併や上位地方公共団体による権限・事務の吸い上げが頻発し、それによってゲマインデの自治権侵害を理由とした訴訟も多く提起されたのである。中には、著名なラシュテーデ事件で見られるように、補完性原理が事務の吸い上げなどによる自治権侵害への対抗論理として基礎的自治体側によって主張されている⁵⁷。しかし、「ドイツ連邦憲法裁判所は事務配分原則を補完性原理ではなく基本法 28 条 2 項から直截に導き、学説においても補完性原理の内容を、明確にしているとは言い難い」⁵⁸。補完性原理が導き出される裁判基準となりうる新たな憲法条文の設計が EU との関係で明瞭になったのである。本章第 1 節第 II 款にも触れたように、1992 年マーストリヒト条約の締結はのちのドイツ連邦基本法の改正に大きな影響を及ぼした。

1992 年 12 月、マーストリヒト条約の批准に向けて基本法は改正され、「補完性原理」が初めて明文化された。基本法 23 条 1 文は、「統一された欧州を実現させるために、ドイツ連邦共和国は、欧州連合の発展に協力するが、この欧州連合は、民主的、法治国家的、社会的及び連邦的な諸原則及び**補充性**⁵⁹ (Subsidiarität) の原則に義務づけられており、……」⁶⁰と規定している。しかし、前にも述べたとおり、ここでいう「補完性」の原則は、おそらく「EU—加盟国」における権限配分の関係のみを指し、加盟国とその内部の州・地域そして市町村との関係は対象外とされている。基本法 23 条 1 文の a の規定はまさにこのような考え方を裏付けているのではないかと思われる。すなわち「連邦議会及び連邦参議院は、欧州連合の立法行為が補充性原則に抵触することを理由として、欧州連合裁判所に訴えを提起する権利を有する。……」⁶¹とされているのである。要するに、23 条 1 文の「補完性」の原則は（少なくとも現段階において）限定的な範疇（「共同体—連邦」あるいは「共同体—ラント」）に封じ込められていて、EU の権力を制限するための理念として機能していると考えられる。それを「個人—ゲマインデ—クライス—ラント—連邦—共同体」のような図式へと拡張解釈しようとするのは、容易ではないように思われる。

ところで、基本法 23 条 1 文の解釈をめぐって、補完性原理が基本法の中に最初から存在する不文の憲法原理であるのか、あるいは、明文化されたこの規定によってはじめて補完性原理が憲法原理となったのか、について激しく論争が行われている⁶²。後者の立場をとる論者は、「1948 年のヘレンヒムゼー憲法議会が補完性原理を基本法に明確に導入することに反対したこと、基本法は具体的な場合をみると小さな単位よりも大きな単位を優先させることがあること、補完性原理がカトリックの社会原理に起源をもつものに対して基本法は世俗的・中立的でなければならないこと、基本法の民主的主権原理に反すること

⁵⁷ 白藤博行「日本国憲法における地方自治体保障と自治体像—自治体の『非自治体化』を考える法学的視点」室井力編『現代自治体再編論』（日本評論社、2002 年）132 頁参照。

⁵⁸ 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010 年）189 頁。

⁵⁹ 原文のドイツ語は Subsidiarität だが、当該邦訳は「補充性」と名付けている。筆者は一応それを「補完性」とみなしている。

⁶⁰ 高田＝初宿編訳、前掲注 10、〔初宿〕224 頁。

⁶¹ 高田＝初宿、同上、〔初宿〕224 頁。

⁶² 廣田、前掲注 42、19 頁参照。

など」⁶³と主張し、補完性原理の「不文の憲法原理性」を否定している。一方、前者の立場をとる論者は、本来不文の「補完」的国内法秩序は1992年の基本法改正によってさらにEUと連結されたと力説している。ヨゼフ・イーゼンゼーは、「基本権に由来する自由主義的な補完性原理」が基本法で保障されていると主張している⁶⁴。トーマス・オPPERマンによれば、「人間の尊厳（基本法1条1項）と人格の自由（2条1項）、婚姻と家族の保護（6条）大学（5条3項）・教会（140条）・市町村と市町村連合（28条2項）の自治、連邦に対する州権限の優先（30条、そして欧州統合における補完性原理（23条1項））等の規範の『連鎖』を根拠に補完性原理の基本法における保障」が導かれるという⁶⁵。オPPERマンはさらに、補完性原理の具体的内容の確定に関して、この原理は「充填が必要な枠規範としての法原理であり、裁判規範性をもつ」⁶⁶としている。オPPERマンの考え方に立つと、基本法23条1項の趣旨には、「ドイツの公法秩序（補完性）とヨーロッパの公法秩序の構造的分裂を回避するため」⁶⁷の側面もあるということが指摘されている。

② 2001年イタリア憲法改正

カトリック文化の中心であるバチカンがローマの中にあるから、「補完性原理」はそもそもイタリアに親和的なように思われるが、実はそうではない。19世紀中葉から始まったサルディーニャ王国が主導したイタリア統一運動はこの国に権力機構の近代化をもたらした。そのなかには、フランスをモデルとした地方制度も含まれていたのである。すなわち、各地域における多様性が完全に無視された、コムーネ（comune、基礎自治体）—県（provincia、広域自治体）の二層制からなる中央集権体制が採られていた。しかし、戦前のファシズムへの反省も含め、戦後のイタリア共和国は旧来の「単一不可分」的なフランスモデルから「中央国家（Bund）は中央レベルにおいてのみ固有の行政を執行する」連邦制的なドイツモデルへと転換したとされる⁶⁸。具体的にその動きは、1990年法律第142号による改革⁶⁹や1997年の「バッサニーニ」改革⁷⁰から顕在化したと考えられる。さらに、「憲法の大改革」といわれる2001年の憲法的法律第3号による憲法改正を通して、国（stato）と州及び地方団体の同格化（第

⁶³ 同上、19頁。

⁶⁴ 同上、20頁参照。

⁶⁵ 同上、20頁。

⁶⁶ 同上、20頁。

⁶⁷ 同上、20頁。

⁶⁸ 高橋利安「第3章 イタリアにおける地方分権と補完性原理」、若松隆＝山田徹編『ヨーロッパ分権改革の新潮流』（中央大学出版部、2008年）66&81頁参照。

⁶⁹ この改革によって、「州国家」という広範な自治と分権を保障した新地方自治法が制定され、脱「フランスモデル」の第一歩が踏み出されたと見られる。コムーネ、県への固有の憲章（statuto）制定権、コムーネの（対上位行政機関の）独立性の強化、大都市圏の設置などが行われた。詳細は、高橋、同上、70～71頁参照。

⁷⁰ バッサニーニ改革は、国と地方との権限配分の見直し（地方分権）を初めとした広範囲の行政改革である。改革の成果として「バッサニーニ法」が制定された。「国—地方」の権限配分において、州及び地方自治体に非常に有利な方式が採用され、イタリアでは「行政的連邦主義」が実現したといわれている。特に、「補完性原理」（第1条第2項、第3項及び第4条第3項a）も明記されている。詳細は、高橋利安、前掲注68、71～75頁参照。

114 条)、州の立法権の強化(第 117 条)、行政権の配分原理の根本的転換—「補完性原理」の憲法化(118 条)、(地方団体に対する)国家統制の縮減(旧 124 条、125 号、127 号、130 条の廃止及び改正)等の転換が成し遂げられた⁷¹。そのなかの補完性原理についての内容は、以下のとおりである⁷²。

第 118 条第 1 項

行政権能は、統一的な執行を保障するために、補完性、差異化及び最適性の原則に基づき、県、大都市、州及び国に移譲される場合を除き、コムーネに帰属する。

第 118 条第 4 項

国、州、大都市、県及びコムーネは、補完性の原則に基づき、一般的な利益を持つ活動の展開のために、市民、個人及び団体の自主的なイニシアチブを促進する。

第 120 条第 2 項

国際規範及び条約若しくは欧州連合上の規則が遵守されない場合、公共の安泰及び安全に対する重大な危険がある場合又は法的統一若しくは経済的統一の保護、特に地方政府の領域的境界に関わりなく、市民的及び社会的権利に関する給付の欠くことのできない水準の保護が必要な場合、中央政府は、州、大都市、県及びコムーネの諸機関に代替することができる。法律は、代替権限が補完性及び公正な相互協力の原則を尊重して行使されることを保障するための手続を定める。

以上の改正条文に対する解釈について、イタリア憲法学の通説によれば、「①第 118 条第 1 項は、行政権限の中央政府と地方政府(コムーネ、県、大都市圏)への配分原理(いわゆる「垂直的補完性原理」);②第 120 条第 2 項は、国の代行権行使に関する「垂直的補完性原理」;③第 118 条は、公共政策の公共団体(中央および地方政府)と私的団体との配分原理(「水平的補完性原理」)を意味する」⁷³と解されている。イタリアではその憲法典の制定にそもそもカトリックの社会原理である補完性原理が大きな影響を与え、「暗黙の憲法原則」として理解されている。そして、1980 年代末から始まったバッサニーニ法による「補完性原理の再発見」が新たな歴史的潮流となって、「垂直的」な意味における補完性は法原則として確立され始めたのである。さらに、2001 年憲法改正を経て、「垂直的」側面(権限の政府間配分)のみならず、「水平的」側面(権限の公私間配分)における補完性も憲法化されたと説かれている⁷⁴。

③ 2003 年フランス憲法改正

大革命以来、フランスの国家権力は中央レベルに集中し、国民が「均質的に」統治されることが求められた。ナポレオン時代に作られた制度を基盤に、中央集権体制は二回にわたる帝政と第一、第二共和制まで存続してきた。第三、第

⁷¹ なお、2001 年憲法改正の詳細およびその直後の動向については、同上、75～87 頁を参照。

⁷² 条文の参照は、高橋利安「イタリア憲法第 2 部第 5 章『州、県及びコムーネ』の改正」外国の立法 212 号(国立国会図書館調査及び立法考査局、2002 年)55～57 頁。

⁷³ 高橋利安、前掲注 68、64 頁。

⁷⁴ 高橋利安、前掲注 68、87～89 頁参照。

四共和制時代には地方自治制度が徐々に改善されたものの、1958年の第五共和制に入って初めて本格的に地方分権化が進んだとみられる⁷⁵。革命を通じて民主権原理と平等原則を確立したフランスでは、かえって「ジャコバン国家」とも呼ばれる中央集権的な画一的な政治・行政システムと法文化が生み出され、地方分権・地方自治の発達に多大な阻害を与えたのは周知のことである⁷⁶。かつての近代革命の母国であるフランスは「革命の遺産」の呪縛によって、西欧民主諸国の中でその地方分権化が一番「遅れている」とみられている。

フランスの地方自治制度は複雑で、大まかに地方公共団体は市町村 (communes)、県 (départements) と州 (régions) に分けられ、三層構造をなしている。中の「県」とは、そもそも(革命以前の)旧来の制度としての province を廃止し、大革命以降において中央政府によって設置された行政区画のことで、1982年の地方分権化法が制定されるまでは、国がそれに対して「事前見監督 (tutelle a priori)」の権限を行使し、厳しく地方行政の全般を指揮監督したのである⁷⁷。これに対し、「州」は第五共和制発足後の1960年代から始まった地域経済開発、国土整備運動に起源をもち、「県」を越えた広域行政区画として設けられたものである。1969年ドゴール大統領が提起した州を地方公共団体とする案は国民投票で否決されたが、1972年の間接選挙の議会の設置によって「州」は「公施設法人 (établissement public)」化され、さらに、1982年のミッテラン政権のもとで、議会の直接選挙などによって州の完全な自治体化が実現されることになった⁷⁸。

さらに、2003年3月にラファラン内閣の主導のもとで、フランスでは「共和国の地方分権化される組織に関する2003年3月28日の憲法的法律第2003-276号」⁷⁹が成立した。ミッテラン時代の「1982年地方分権化法」⁸⁰の「第二弾」として「2003年地方分権化法」とも呼ばれ、従来「共和国の単一不可分性」⁸¹と「平等原則」に拘ってきたフランス憲法学は「国一地方」関係をめぐって見直す機会を与えられたといってもよい。この憲法改正案が成立するまで、ラファラン首相が当時常に口にしたキーワードは「①身近な共和国 (République de proximité)、②国と地方の緊密性 (Cohérence) と補完性の原則 (Principe de subsidiarité)、③政治の効率性 (Efficacité)、④実験的法規の導入 (Le droit à l'expérimentation) である」⁸²とされている。また、「パリ第2大

⁷⁵ 門彬「フランスの憲法改正—新たな地方分権改革法の制定」国立国会図書館 ISSUE BRIEF425号(2003年)1~2頁参照。

⁷⁶ 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」自治総研通巻295号(2003年)2頁参照。

⁷⁷ 門彬、前掲注75、2頁参照。

⁷⁸ 西村茂「第8章 フランスと補完性原理—州の現状と2003年憲法改正」若松=山田編前掲書、191~193頁参照。

⁷⁹ 門彬、前掲注75、1頁。

⁸⁰ この法律は、国の事前見監督制度を廃止し、県知事 (Préfet) を地方長 (Commissaire de la République) と改称させた。そして、州も格上げされ(公選の議会・議員の互選により選ばれた議長・州の首長を兼ねる議長)、正式の地方自治体として位置づけられるようになった。参照、門彬、前掲注753頁。

⁸¹ 「共和国の不可分性」の原理は、通常、①フランス人民の不可分性、②国家の規範定立権の不可分性、③地域構造の画一性の三点から理解されている。

⁸² 門彬、前掲注75、5頁。

学教授ユーグ・ポルテリは、ラファラン政府案の主な狙いを、①国家組織の地方分権的性格の確認、②補完性原理の承認、③財源保障の原理によって補充された自由行政原理、④直接民主制の要素の採用、⑤実験への権利の承認、⑥海外公共団体の地位の適正化、の6点を憲法原理として認めたと認めている。⁸³

改正条文のなかで、補完性原理との関係で最も注目すべきなのは以下の3点⁸⁴であるように思われる。①第1条〔共和国の基本原則〕の末尾に、「その（フランス共和国の、筆者注）組織は地方分権化される」という文言が挿入されたこと。②第72条の1項で、州（レジオン）を憲法上の地方公共団体に加えたこと。③第72条の2項で、「地方公共団体は、自らの段階で最も良く実施しうる権限の全てについて、決定を下す資格（vocation）を有する」と規定され、明示的ではないものの、補完性原理そのものを規定したと解されること。また、同条3項は各地方公共団体に「命令制定権」を認め、共和国の「単一不可分性」と立法権の多元化⁸⁵を両立する試みである。さらに、同条5項で「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（tutelle）を行うことができない」と規定し、各レベルの自治体の形式的「平等性」を認めた。しかし、「単一国主義」の思想が非常に根深いフランス（実は、フランスにとどまらず、ほぼすべての大陸法系の国々も）では、自由委任を通じた「一般意思」の執行が、主権を発現した唯一の機関である国会にしか認められないから、地方の一部人民による部分的な主権行使は想像しがたい。換言すれば、「市民が自治体と国家の多元的なレベルで直接主権を行使する『連邦制』型の『人民主権』を真っ向から否定し、自治体による主権行使への参加を、とくに自治体による始源的立法権の分有を、原理的に排除してきた」⁸⁶のである。したがって、「単一国主義」の国において、憲法上地方自治がどれほど認められても、結局「一般意思」の執行としての性格しか持たず、「法律に反しない範囲での一定の自律性を認められた行政作用」にとどまり、中央立法から自由な「自己統治」ではなく、中央立法の枠内での執行という限界をもつ「自由行政（自治行政）」だと解されている⁸⁷。フランスにおける補完性原理の導入を考察する場合、以上のような歴史的要素も含めて検討しなければならないであろう。

第4節 小括

補完性原理は広範な意味を持つが、本論文は政府間関係という枠内に限定して検討を行った。

このような法概念としての補完性原理の原点は何よりもドイツ国内法であった。ラシュテーデ事件をきっかけにして、ドイツ基本法は明文(28条2項)で補完性原理を、地方自治を保障するための憲法原理として位置付けてきたと解される。しかも、それはゲマインデを優先する憲法上の事務配分原理を内容とする。このような憲法原理は地方自治(特に基礎自治体＝ゲマインデ自治)を

⁸³ 大津、前掲注76、6頁。

⁸⁴ 条文の和訳は、大津前掲注76の論文25～29頁を引用した。

⁸⁵ 共和政体と立法権の多元化との関係について、大津前掲注76の論文14～19頁を参照。

⁸⁶ 大津、前掲注76、18頁。

⁸⁷ 大津、前掲注76、18～19頁参照。

保護するために一切の立法からその侵害を防御することができる、と解される。さらに、行政の効率性・経済性を優先するような行政改革を理由とした、市町村からの事務・権限の吸い上げは、補完性原理と相いれない行為であり、憲法違反であるとされている。ドイツ国内法（判例法理）によって確認されてきた憲法原理としての補完性原理は、①ヨーロッパ個人主義、自由主義および中世自由都市の自治の伝統と、②民主主義の担保、という理由に根拠をもつと考えられる。

以上のドイツ型補完性原理は、ヨーロッパ統合におけるブリュッセル中央と各加盟国との間の関係、および各加盟国内部における地方自治の問題に関しても、多大な影響をもたらしていたと推測できる。具体的に言えば、以下のようになる。

EU 統合の過程において、補完性という概念自体の曖昧性によって「集権的」にも「分権的」にも解釈可能となり、結局ブリュッセル官僚による独裁が危惧されたため、各加盟国政府と市民は補完性を「分権的」な方向へ解釈させることに成功した。しかし、それはもっぱら「EU—加盟国」における関係を示す指針にすぎず、「加盟国—地方自治体」の可能性は封じ込められている。このような現状を打破するため、ヨーロッパ地方自治憲章、ヨーロッパ地域自治憲章草案、世界地方自治宣言および憲章草案などの国際的な文書の中で、EU 統合過程を経て成熟した「共同体—加盟国」モデルが拡張され、さらに「加盟国—地方自治体」レベルまで適用されるに至った。さらに、EU の各加盟国の憲法レベルの対応も非常に有意義である。ドイツもフランスも EU 法秩序と接続するように憲法の改正を成し遂げたのに対して、イタリアの 2001 年憲法改正では、同国の憲法学者の言い方を借りれば、「垂直的補完性」（権限の政府間配分）と「水平的補完性」（権限の公私間配分）が提示され、両方ともイタリア現行憲法に認められていると解される。

必ずしも法学の分野における見方ではないが、少なくとも政治哲学の分野では、補完性原理の本質を消極的側面（上位単位による下位単位への介入を限定する原理）と積極的側面（下位単位が力不足の時にのみ、それへの補完・援助義務を上位単位に義務付ける原理）に分けて考えるのが通説のように見られる⁸⁸。これをさらに敷衍すれば、「欧州地方自治憲章や EU 条約の前文にもある『決定は市民のできる限り近くで行われる』という規定は、権力を下位レベルの集団へと配分する単なる『権限配分』原理ではなく、時間や状況の変化に伴い、必要に応じて上位のより広域的な集団へと権限を上昇させる場合もありうる原理でもあること、また公共組織、多元的、重層的な政府間での公権力の配分のみならず、公共機関と民間団体との間の公私の間の機能分担、地方自治と『個人主義に根ざした私的自治の原則』をも包摂する概念である」ということである⁸⁹。

このように、ヨーロッパで普遍的な原理として認識され、各国の憲法規範にも取り込まれつつある補完性原理は、日本の憲法学にとってどのような示唆を与えるのだろうか。それが本論文の中心となる問いである。しかしその前に、地方自治に関する規定を持つ日本国憲法について、憲法学説がどのような解釈

⁸⁸ 詳細は、遠藤、前掲注 6、207～228 頁参照。

⁸⁹ 福田耕治「欧州連邦主義と補完性原理（三・完）—EU と加盟国の中央・地域・地方政府間関係をめぐる諸問題」駒澤大学法学論集 55 号（1997 年）60 頁。

を行ってきたのかを検討しなければならない。それが次章の課題である。

第二章 【学説】：憲法 92 条の解釈

第 1 節 はじめに

日本国憲法第八章には、「地方自治」に関する規定が設けられている。「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 92 条宣言している。「地方自治の本旨」の定義を「住民自治」と「団体自治」の二側面⁹⁰から理解するということについては、いずれの学説でもほぼ一致しているが、更に具体的な内容については明らかにされていない。地方自治の本質（あるいは地方自治権の根拠付け、その法的性質）に関する学説も、主として憲法 92 条の「本旨」規定を如何に解釈するのかという問題と緊密につながっている。「本旨」規定の中に詳細な内容を吹き込むことが地方自治の憲法解釈論の中心的作業だと言えよう。

伝統的に、地方公共団体に地方自治権が認められることの理由・根拠付けは、「伝來說」（地方自治権を国家から伝来したものとする見方）などによってなされてきた。伝來說は、戦前の高度な中央集権体制および外見的立憲主義憲法である明治憲法の下で、当時圧倒的な優位を占めていた。

しかし、戦後、近代立憲主義の精神を徹底した新憲法には、特に一つの章が設けられ、中央集権ではなく地方自治・地方分権の趣旨の強調が見られる。そのなかで、伝來說に対する対抗言論として、戦後直後に「固有権説」（地方自治権を前国家的な権利であるとする見方）が新憲法体制の下で主張されるようになったのである。

戦前において有力であった伝來說は憲法原理の転換によって退場せざるをえず、その代わりに、伝來說の一種（あるいはその修正版）とも言われる「制度的保障説」が通説となった。しかし、両説ともに戦前のような自治観からの影響を完全に払拭することができなかったと思われ、団体自治偏重、あるいは、より充実した住民自治の軽視という点に関しては一致していると評価すべきであろう。

通説以降の有力説では、杉原泰雄の「人民主権説」と手島孝の「新固有権説」が最も注目される。両者はアプローチの相異（前者はもっぱらプープル主権の立場から地方自治を理解するのに対し、後者は自治の人権的・自然権的側面を強調する）によってそれぞれ独特の理論が展開される。この両説のほか、高橋和之（垂直的権力分立説）と渋谷秀樹（社会契約説）の学説は論理構成こそ全く違ったものであるが、国家より個人と地方の重視という点で、固有権説・新固有権説などと平仄が合い、それに加えて補完性原理の必要性の論述においても非常に貴重な素材であり、紹介することにしたい。

⁹⁰ 宮澤俊義著、芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年）759頁参照。「『地方自治』については、通常二つの意味があると説明される。一は、国の領土内の一定の地域を基礎とする団体が、多かれ少なかれ国から独立な人格を有し、その公共事務をもっぱら自己の意志にもとづいて行うことをいい、他は、国の領土内の一定の地域における公共事務が、主としてその地域の住民の意志にもとづいて行われることをいう。前者は、団体自治あるいは法律的自治と呼ばれ、後者は、住民自治あるいは政治的自治と呼ばれる。」

総じて、本章の目的は、以上述べた諸説を戦後の時系列に従って詳細に紹介することによって、それぞれの意義と限界を指摘し、その限界を乗り越えるものとして筆者独自の補完性原理説を提唱することにある。

第2節 戦後初期の学説

I 伝來說

この学説は、「国家伝來說」または「承認説」とも呼ばれている。

当時の学説を研究した成田頼明によれば、ワイマール共和国の初期から中期にかけて、当時の代表的な公法学者の多くは、ワイマール憲法 127 条の規定⁹¹は実体的な内容のない、いわば空虚な規定で、実際には無価値に等しいという見解をとり、本条による地方自治権の保障に積極的な意義を認めることを拒否していたという⁹²。たとえば、シュティアー・ゾムロによれば、「市町村の具体的・主観的権利を定めたこの規定の無価値性は、今日では、一般的に認められているところである。けだし、ライヒ及び諸国家は、何時でも、その留保された限界を實際上自治行政に殆ど何ものも残さないように画する地位にあるからである」とされる⁹³。また、「アンシュッツも、ワイマール中期のコンメンタールの中で、本条は、元来『空虚な基本権条項』であって、『実体的に無内容な』規定であると注釈し、従来からすでに認められている行政の法律適合性の原則を地方自治行政の分野について繰り返して宣言したものにすぎないと、と述べていた。」⁹⁴ギーゼは、本条が「法律の意味における自治を保障し、地方団体が公共的活動をなしうることを承認したが、この規定自体は、法的にみて、實際上殆ど無価値なものである」と指摘した⁹⁵。これらの論者が 127 条の規定からいかなる意義を見出したかということ、「法律の意味における自治行政の保障と地方自治行政の分野への『法律による行政』の原理の適用の保障の二点にある」⁹⁶ということになる。このような「無意味・無内容説」は固有権説又は基本権説に対する批判を通して根付いたのである。たとえば、ペータースは⁹⁷、「地方団体に固有権なるものが存するとしても、それは、元来、国家の委任に基づくものであって、それ自体、決して本源的なものではなく、国家の恩恵にかかわるものである」と述べたという。こうして、ラーバント、G・イエリネック、ハチェック、W・イエリネック等の公法学者によって、いわゆる地方自治の伝來說が 19 世紀後期から 20 世紀にかけて確立され、通説の地位に君臨したのである⁹⁸。

⁹¹ 「市町村及び市町村組合は、法律の制限内で自治の権利を有する。」訳文は、高田＝初宿、前掲注 10、139 頁〔初宿〕を参照した。

⁹² 成田頼明「地方自治の保障」宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第 5 巻』（有斐閣、1964 年）204 頁以下参照。

⁹³ 同上、214 頁参照。

⁹⁴ 同上、214 頁。

⁹⁵ 同上、214 頁参照。

⁹⁶ 同上、214 頁。

⁹⁷ 同上、208 頁参照。

⁹⁸ 同上、208 頁参照。

戦後日本の憲法学界が以上のドイツ流の伝来説の強い影響を受けたのは事実である。たとえば、佐藤功は次のように述べている。「地方公共団体とは、……国法の認める範囲内において、支配権を有する団体をいう。国の下における地域団体は歴史的に生成し、実在するものであるが、それを右のような地方公共団体たらしめるのは、憲法がそれを認めることによるのであり、したがって地方公共団体の有する支配権も、憲法によって国の統治権が地方公共団体に分与されたものという。地方公共団体の自治権が国法の認める範囲内におけるものであるというのはこのことを意味する。」⁹⁹以下では、伝来説の代表的な論者として、宮澤俊義と柳瀬良幹の学説を紹介する。前者は一時期通説であったのに対し、後者は伝来説の中でも極端な主張を行う少数説であり、いわゆる「保障否定説」とも呼ばれている。

(1) 宮澤説¹⁰⁰

宮澤俊義は以下のように主張している。

<1>地方公共団体は、国から完全に独立な存在ではあり得ず、国の権力から独立な固有権というようなものをもつわけでもなく、その存立の根拠は、もっぱら国の権力にある。「地方自治の本旨」の適用にあたって、その程度ないし限界は不明確である。ただし、

①地方公共団体も、国家の統治体制の一側面にほかならず、いかに地方公共団体に国からの独立をみとめるといっても、その独立は文字どおり完全なものにはなることができず、国の監督から完全に独立な地方公共団体というものは、ことの性質上、考えられない。

②地方自治は、要するに、民主主義を実行するひとつの方式にすぎない。国の政治体制が民主化の程度を高めるとともに、国による地方公共団体に対する監督もまた民主的な性格を有することになるから、地方公共団体を国に従属させること、すなわち、いわゆる中央集権がかならずしもつねに無条件に非民主的であるというわけではない。

③交通機関又は通信機関の発達、その他社会生活の進化とともに、各国民の生活圏の範囲は、地域的に、だんだんひろくなる傾向がある。その限度において、古典的な「地方自治」は次第に修正されなくてはならない運命にある。

④国家が自由国家から社会国家へ進化するとともに、国民生活の安定を確保するために、経済資源の能率的・総合的な確保および利用が強く要請される。その場合、ある限度において、多かれ少なかれ中央集権的な施策が必要となることは避けがたい傾向である。

<2>「地方自治に基いて」ということが、右のような意味に解されるべきであるとすれば、それが具体的にどんな内容をもつべきかは、結局、与えられた各種の条件のもとに、憲法全体の精神をにらんだうえ、立法者が決定しなくてはならないというよりしかたがない。地方自治法には、各種の直接民主制的な制度がみとめられてはいるけれども、これらの制度を否定ないし少しでも制限することが、ただちに「地方自治の本旨」に反することになると論結することはできない。

<イ>「法律の範囲内で」とは、地方公共団体の条例制定権が、法律の定める制約に服する意である。ここから、次のような結論が出る。

⁹⁹ 佐藤功『ポケット注釈全書 憲法（下）〔新版〕』（有斐閣、1984年）1196頁。

¹⁰⁰ 宮澤、前掲注90、759～761頁および771～772頁参照。

- ① 条例制定の手続きは、法律で定められる。
- ② 条例の所管事項も、法律で制約される。
- ③ 条例の形式的効力は、法律のそれより弱い。

〈ロ〉地方自治法は、普通地方公共団体は、「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定することができることを定め、他方において、地方公共団体の事務が、法律またはこれにもとづく政令によって定められるとしているから、条例は結局、法律のみならず、それにもとづく政令にも違反することはできないことになる。

〈ハ〉「法律の範囲内で」条例を制定することができるというのは、条例制定権の根拠が法律にあるとする趣旨ではない。条例制定権の根拠は、あくまで本条にあるのであって、法律でも、地方公共団体の条例制定権を否定することは許されない。

(2) 柳瀬説

柳瀬良幹はその論文「憲法第八章について」（自治研究、27.6）の中で以下のように主張している。「地方公共団体の種類・その権能に属する事務の範囲・それに対する国の監督の限度等、第92条自身の言葉を以て言えば『地方公共団体の組織及び運営』は、右に述べた意味における地方的事務の種類・内容・程度・分量に比例し、それと正しい函数関係を保つべきことで、地方的の事務の種類・内容・程度・分量の如何にも拘わらず、必ず設置することを要する地方公共団体とか、必ずその権能に属せしめなければならぬ事務とか、必ず国の監督から除外せられるべき事項とかいふ如きものは、第92条の認めるところではない。」¹⁰¹即ち、92条が予想している地方自治像（「地方自治の本旨」）は、「地方的の事務の範囲の増減に応じて不断にその内容の変化すべき流動的なものであって、決してそれに拘らず一定不動の内容をもった固定的なものではない」。92条は基本的人権の保障なり、私有財産制度の保障なり、司法権の独立の保障などと性質が違って、「地方自治の本旨」とは、結局「地方自治制度の存在理由」を意味し、「地方自治を認める余地がない如き事態を生じた場合には、一切の地方公共団体を廃止し、すべての行政を官治行政とすることも、決して憲法の禁ずるところでもなければ、又それに抵触するものでもない」¹⁰²。92条は単に「地方自治が適当である限りにおいて地方自治を行うべきことを命じたものに止まり、その意味においては、極端に言えばそれは全く無内容の規定で、従って地方自治制度を保障したものとしては殆ど意義のないもの」¹⁰³と説かれる一方、新憲法の65条¹⁰⁴の規定は旧憲法の4条¹⁰⁵と同様に、「行政についての中央集権の原則を宣言したものであって、従って法律を以て国ではない地方公共団体を行政の主体と定め、内閣ではないその長や議会に行政の権限が属するとすることは」¹⁰⁶違憲であるとして、このような不都合を解消するため、「第92条があるに依って始めて第六十五条からは許されない筈の地方分権

¹⁰¹ 柳瀬良幹『憲法と地方自治』（有信堂、1954年）12～13頁。

¹⁰² 同上、14頁。

¹⁰³ 同上、15頁。

¹⁰⁴ 「行政権は、内閣に属する」（『日本国憲法』第65条）

¹⁰⁵ 「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リテ之ヲ行フ」。

¹⁰⁶ 柳瀬、前掲注101、15頁。

及び地方自治の制度が憲法上許された適憲のものとなる」¹⁰⁷と「本旨」規定のわずかな「存在価値」を肯定した。柳瀬の消極的な「保障否定説」と「自治体全廃論」に対し、当時の公法学界において猛烈な批判がなされた。例えば、鵜飼信成によれば「憲法が地方自治の本旨に基づいて地方公共団体の組織及び運営に関する事項を定めるといっている以上、地方自治を認めない地方自治の本旨というような *contradictio in adjecto* を許さない限り、何らかの形の地方自治を必ず認めなければならない」¹⁰⁸。また、俵静夫によれば「この説は、憲法が地方自治制のもつ民主的意義を重視して、あらたに地方自治に関する条項を憲法に規定した意義を全く無視するものであるのみならず、地方自治制度の具体的内容が変わりうるということから、制度の内容が無となる可能性をひき出している点に誤りがある」¹⁰⁹というような指摘があった。鵜飼、俵らの様々な批判に対して、柳瀬は、「憲法と地方自治—批評に対する答弁と反省」（自治研究, 28. 11、12）という論文の中で、さらに反論を試みた。

有倉遼吉は、「柳瀬・鵜飼論争は、…同一土俵に立つものではない…各自の土俵内においては、いずれも別に矛盾は存在しない。『地方自治の本旨』に関する自己の定義を固持しながら、相手の主張に臨むときにはじめていずれも矛盾することとなるのである。柳瀬説のごとく、『地方自治の本旨』を『地方自治の存在理由』と解すれば、地方自治の存在理由が零となった場合になお地方自治の存在を主張するのは矛盾となり、鵜飼説をも含む通説のごとく、『地方自治の本旨』を『地方自治の原理・根本趣旨』と解するならば、『地方自治の本旨』とは、地方自治の概念に内在する原理にほかならないから、『地方自治を認めない地方自治の本旨』というがごときは、正に矛盾となるのである」¹¹⁰と分析している。ただ、柳瀬説の問題点を有倉は指摘する。それは、①地方自治を行うべきかどうかについてであるが、92条はほかの条章（例えば、「第4章 国会」）と同じく、地方自治を行うべきことは、憲法上保障された要請であることを前提とされるので、92条とは「存在理由」ではなく、立法の基準となるものと解される。②92条を「住民自治」と「団体自治」に理解されるときも、やはりそれほど明確とは言えない。しかし、それは不確定の規範概念のもつ通有性であって、他の憲法概念（例えば、公共の福祉）でも同様なのであるから、「地方自治の本旨」の内容は、現存して明確な93条以下の規定をもって判例や学説などの発展によってそれを充実し、いっそう明確に現実具体的な立法の基準となりうる。柳瀬説のように「地方自治の本旨」を「地方自治の存在理由」と解すれば、現実具体的な立法の基準としていっそう不明確になる¹¹¹。冷静で、急所を突いている分析だと思われる。

¹⁰⁷ 同上、16頁。

¹⁰⁸ 鵜飼信成「憲法における地方自治の本旨」都市問題44巻2=3=4号（1953年）11頁。

¹⁰⁹ 俵静夫『地方自治法』（法律学全集8、有斐閣、1965年）13頁。

¹¹⁰ 有倉遼吉「地方自治の本旨」『憲法講座4』（有斐閣、1964年）121頁。

¹¹¹ 有倉、前掲注110、122～123頁参照。

II 固有権説

固有権説は、「地方自治権は住民または地方公共団体（ないしその双方）に固有のものであるとみる立場で、定型的には、人が国家に対して固有かつ不可侵の前国家的権利を共有するのと同様に地方公共団体もまた右の性質をそなえた権利をもつものである。」¹¹²この説の源流をたどると、18世紀にさかのぼることができる。「フランス革命当時の制憲会議の席上主張された『地方権』¹¹³の思想に」¹¹⁴基づき、「個人の自由と同様に、地方団体の自由をも認めるべきであるとし、特に市町村（コミューン）について、私人が基本的人権の保障によって国家権力に対抗しうるように、市町村もその固有の事務については国家の干渉を受けずに自治が保障されるべきであると唱えられた（一七八九年制憲議会におけるトゥーレの発言）」¹¹⁵。「しかし、市町村固有権の思想は革命当時一定の影響力を持ちえたが、ナポレオンによる強力な中央集権制度の下に消されてしまった。」¹¹⁶それ以降の展開として、「固有権説の源流の1つであるフランスの地方権思想は、ベルギーにおいて1831年憲法の31条、108条に結実し、ドイツでは19世紀初頭に自治体の『基本権』論へと発展した。1849年のフランクフルト憲法（パウル教会憲法）草案は、地方自治の保障を第6章『基本権』の中に置いており、その184条は『各市町村は、その組織上の基本権として、次の権利を有する』と規定し、『(a) その首長および代表者を選出すること。

(b) 邦の法律的に整序された指導監督の下に、地方警察を含む市町村事務を、独立して管理すること。(c) 自己の市町村予算を公表すること。(d) 審議を原則として公開すること』を市町村の権利であるとしている。しかしながら、固有権説は、その後のドイツにおいて通説とはならなかった。1919年のワイマール憲法は、フランクフルト憲法を踏襲し、地方自治の保障を第2編『ドイツ人の基本権および基本義務』の第2章『共同生活』の中に置き、『市町村および市町村組合は、法律の制限内で自治の権利を有する』と定めた（127条）。¹¹⁷当時、ドイツの国法学者たちはこのような地方自治の権利を「自然権」の保障とは見ななかったので、地方自治権（*pouvoir municipal*）の存在を徹底的に否定し、地方団体には一定程度の自治権を承認しながらそれを国法の統制下に服させていた。「自治体は、固有権の主体から国家の補助装置へと転落する」¹¹⁸と見られる。

(1) 林田説

固有権説は日本では少数説とされている。戦前において、固有権説は有力とは言えず、すでに紹介した伝来説の方が圧倒的に優位を占めていたのである。

¹¹² 小林武＝渡名喜庸安共著『憲法と地方自治』（法律文化社、2007年）109～110頁〔小林〕。

¹¹³ 原語は、「*pouvoir municipal*」。

¹¹⁴ 鴨野幸雄「地方自治権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅰ』（勁草書房、1983年）、260頁。

¹¹⁵ 同上、260頁。

¹¹⁶ 同上、260頁。

¹¹⁷ 小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法【第2版】』（弘文堂、2013年）374頁〔小山〕。

¹¹⁸ 小山、前掲注117、375頁。

戦後の新憲法の下での固有権説の代表的な論者は林田和博である。彼によれば、「日本国憲法および地方自治法が承認し保障する地方団体の人格や地方自治権はまさしくチュルゴー、およびツレー以来の自然法的基本権（pouvoir municipal）をほうふつせしめ、これを指向するものともみられうる」¹¹⁹。「『地方自治の本旨』という最高規範によって嚮導される地方自治制度が保障されているのであって、かかる地方自治は公共の福祉に反せざるかぎり立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とされる。」¹²⁰「この憲法¹²¹並びに地方自治法が地方自治を規定した歴史的経過と指導的理念とは、地方自治権をもって個人における基本権と同様に、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果として現在および将来の国民に対し不可侵の永久の権利として信託したものと解する余地を与え、かく解するときそこに憲法改正の限界が横たわっているものといわざるをえない。」¹²²林田から見れば、「警察の権能は厳格に国民の生命身体及び財産の保護、犯罪の捜査その他最も消極的責務の範囲に限られるべきものであっていやしくも日本国憲法の保障する個人の自由及び権利の干渉にわたるなどその権能を濫用することとなってはならない」という警察法一条¹²³に示された民主主義の基本精神は、地方自治法における地方団体に対する国家の監督の精神とみなされうる。従って、戦前のような一般的・包括的・後見的監督が完全に排除され、行政監督重点主義から立法監督並びに司法監督重点主義への転換が行われているとされる¹²⁴。「今やわが地方団体の法上の人格は国家が彼らの上に強力なる積極的監督、行政的後見を行う未成年者（mineurs émancipés）の地位から、国家が彼らの上に公共の福祉のために必要やむをえざる限度においてのみ監督を行う後見解除を得た完全なる成年（pubère）の地位にまで変化している」¹²⁵と、擬人化によって地方公共団体の独立な「人格」が強調されるのである。「地方団体の人格を正しく確認し、また、地方団体に対し、これを国家の構成要素としながらも、国家といえども奪うべからず、国家に対しても譲渡すべからざる法以前の自由なる人格権を認めんとすること」は、「憲法規定の中で論証しえられるところであることが省察されねばならぬ」¹²⁶としている。

（２）その他

林田説以外の、固有権説に親和的な学説は珍しいものの、存在している。

例えば、鵜飼信成は、「何よりもまず地方自治は一つの具体的な政治的要求であって、この要求を掲げて、国家にそれを認めさせてきたものは、それを直接に自己の権利（傍線は筆者）として主張している社会的団体であったからである。この社会的団体の実体を構成する要素は、何よりもまずその構成員の自治意識でなければならない……この団体が一つの自治団体として法上認められるためには、それを支える団体意識の存在は、欠き得ない前提要件である。」

¹¹⁹ 林田和博、「地方自治に関する一省察」『憲法保障制度論』（九州大学出版会、1985年）407頁。

¹²⁰ 同上、407頁。

¹²¹ 日本国憲法のことを指す（筆者注）。

¹²² 林田、前掲注119、408頁。

¹²³ 1947年の旧警察法（自治体警察と国家地方警察の二本立ての制度）のこと。

¹²⁴ 前掲注119、409頁参照。

¹²⁵ 同上、409頁。

¹²⁶ 前掲注119、409頁。

¹²⁷「憲法第 92 条は、地方公共団体の組織及び運営に関する項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定めるといっている。これが、地方自治を権利として（傍線は筆者）保障した規定である」と主張している。しかし、その後の著作の中で、鵜飼は「固有事務の理論は、地方団体に本来固有の、奪うことのできない権利があるという観念に基づいている。しかし現行憲法が、このような自然法的観念を採用したものであるかどうかは疑問である。少なくとも個人主義の基本原則を宣言した憲法の本旨にかんがみて（十三条）、個人の生存のための一つ的手段に過ぎない地方自治を絶対的なものであると考えるのは、一種の物神崇拜であって、正当ではあるまい。」¹²⁸と述べており、固有権説からの転向が窺われる。

もう一つの例として、杉村章三郎の論文があげられる。同氏は柳瀬良幹の学会報告において、「地方団体が自然発生的のものであることからその存在及び権能が論理上当然に生ずるものではなく、それは少なくとも国の許容承認にその基礎を有するものである。即ち地方団体の存在及び権能は全く国の政策的自制に基く容認の結果である」¹²⁹という国家伝來說的な論断に対し、「この説がわが国のような他律的な自治制度の伝統をもつ国家においては最も常識的な解釈であるが……憲法の解釈として固有権説を全然容れる余地がないかどうかについて一点の疑問がないというわけではない。……地方団体に対して憲法の与えた権利が固有権ではないにしても基本権ともいふべき特殊な権利であろうか。わが国の憲法は自治条章を国民の権利義務の章に置かず別章を設けているが、その認めた地方団体の権能が基本権的権利であることは学説も認めている。少なくとも地方公共団体はその権能を憲法の条項によって保障された現在においては、他の公共団体と異なる強力な権能を認められたことは確実でありこの意味において基本権的権利と言ってもよい」¹³⁰と彼なりの固有権説を敷衍している。しかし、鵜飼と同様に、同氏も後の論文の中で転向してしまった。「わたくしの考えるところによれば憲法の採る保障の方式は制度的保障（institutionelle Garantie）がその大部分を占め地方団体各個の権利保障の形態をとっていない。憲法が……地方公共団体の存在及び運営につき制度的保障をなしたことにより、……第一には地方公共団体の組織や運営が憲法の定めるところに従い画一化される……第二に憲法による制度的保障は国会や政府が地方自治関係の法規を制定するに当たりその立案に関する基準を与えるという効果をもっている」¹³¹と、本来の固有権説を放棄し、制度的保障説を採るようになった。ところが、同氏は制度的保障説を採ってはいるものの、注意すべき点があると思われ、憲法 92 条ないし 94 条を「制度的保障」と見ると同時に、95 条の規定を「個別的保障」と捉え、そして、救済の側面から考えれば後者のほうが住民投票が強制的に課されていることによって違憲訴訟を提起しやすいがゆえに、前者より「遙かに適切かつ有効な方式」だと説いている¹³²。

¹²⁷ 鵜飼信成『憲法 岩波全書 219』（岩波書店、1956 年）14～15 頁。

¹²⁸ 同上、256 頁。

¹²⁹ 杉村章三郎「憲法の地方自治条章における問題点」公法研究 9 号（1953 年）96 頁。

¹³⁰ 同上、96 頁。

¹³¹ 杉村章三郎「中央集権と地方分権」宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第 3 卷』（有斐閣、1964 年）85～86 頁。

¹³² 同上、87 頁参照。

純粋な制度的保障説論者とはいえないのではないか。

上記両氏のほか、時岡弘の固有権説も示唆に富む。「地方公共団体の存立、自治権を憲法が保障するということは、終局的には個人の生命・自由を尊重するという個人主義的な要請にもとづくものであり、それは全体主義的政治を排する民主主義の基本的な立場でもある。民主主義が『人類普遍の原理』であると同様に、民主主義の育ての親・産みの母胎であり、かつその後見人ともいべき地方自治も当然に『人類普遍の原理』とその軌を一にするものである。この原理は、憲法によって、または国家によって与えられたものではなく、民主主義の内在的要素として固有のものとして存在するものであるといえる。従って、地方公共団体の存立、自治権ないし地方自治の本旨は、毫も国の立法政策によって左右されうるものではなく、民主主義が永続する限り、いつもその支柱として相伴う政治の基盤である」¹³³。

(3) 批判論

固有権説に対しては、様々な批判が有力になされている。

例えば、杉原は、「第一に、それを裏付ける歴史的伝統が存在しなかったことである。第二に、学界では一般に、国家に帰属する国権・主権・統治権の単一・不可分性という『近代公法』の公理が明示的・黙示的に認められていることである。固有権説がこの公理と形式論理的には矛盾の関係にあることは否定できない」¹³⁴と指摘されている。また、佐藤幸治は、当該学説が①主権の単一・不可分性の近代理論に対応できないこと。②日本国憲法の立脚する個人主義の原則に照らして、なお地方公共団体が自然法的な絶対権を前提にしたものと見ることが適切ではないこと。③日本の地方公共団体にはヨーロッパのそのような歴史的基盤が欠けていること。④絶対的な固有権の主体というには地方公共団体が漠然としすぎていること。⑤憲法が地方自治の組織・運営につき法律に留保しつつ保障していることの評価しにくいこと。⑥固有権であるといってもその具体的内実が明確性を欠くこと¹³⁵、などを指摘し、固有権説を疑問視している。そして、「固有権説は、国家と社会の分離の中で、自治体を社会の側に置く。このような位置づけは、①《個人に自然権的人権があるように、自治体にも自然権がある》、②あるいは《個人に不可譲の権利があるのであれば、諸個人の共同体についてもそのような権利を否認されるべきではない》と考えるものである。しかし、自然発生的な小規模地域共同体が人の移動のない中で昔ながらの自治を営んでいるというのであればともかく、現在の地方公共団体が自然人との類推や私人の結社との類推を許すものであるかどうかは疑わしい」¹³⁶という指摘もある。また、「固有権説は、統治制度の成立過程に忠実な考え方であるが、国家体制が成立した後の理論的説明としては、単一不可分の主権という観念と矛盾するとされ、また地方公共団体という統治主体の自治権を、統治団体（＝公権力の主体）が本来共有しえない『自然権』によって説明するという難点を克服できなかった。」¹³⁷という見方もある。

¹³³ 時岡弘「憲法と地方自治」有倉遼吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』（早稲田大学出版部、1974年）177頁。

¹³⁴ 杉原泰雄「地方自治権の本質・1」法律時報48巻2号（1976年）91頁。

¹³⁵ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）549頁参照。

¹³⁶ 小山、前掲注117、374～375頁。

¹³⁷ 渋谷秀樹「第92条」芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、

第3節 通説の登場

制度的保障説は、地方自治が地方公共団体の前国家的な固有の権利ではなく、その国において歴史的・伝統的に形成されてきた公法上の制度を保障したものであるという立場に立っている。従って、地方団体の権能が国法の授權によっではじめて発生する点では伝來說と変わらないけれども、地方自治の保障内容を積極的に画定するところに注目を集める。厳密に言えば、この説は伝來說の修正版だと言えよう。

I 源流

制度的保障の発想は、「マーティン・ウォルフによっではじめて示されたもので、彼は、ワイマール憲法第一五三条の所有権保障の規定は、所有権の制度を保障したものであるとしたのである。この観念をさらに基本権の規定の他のものにも及ぼして、それらの中に、広く固有の意義の基本的な人権から区別された制度的保障の存することを、体系的に主張したのは、カール・シュミットであった。」¹³⁸シュミットによれば、「市民的法治国家における基本権とは、もっぱら、前国家的かつ超国家的権利とみなされうるような・国家がその法律に応じて賦与するのではなく、国家以前に与えられたものと認めて保護し・これに対して国家は原理的に可測的な範囲に限り、規律された手続きにおいてのみ侵害しうるような諸権利だけである」¹³⁹。それに、「真正の基本権はすべて絶対的な基本権である。……『法律の定める所により』保障されるのではなく……法律による侵害は例外、それも原理的に限定された・可測的な・一般的に規律された例外として現れるのである。個人の自由が前提され、国家によるその制限が例外として現れるということは、市民的法治国の規定にある配分原理に内包されている。」¹⁴⁰このような前国家的・絶対的な基本権に対し、「憲法律の規定によって、一定の制度に特別の保護が与えられることがある。この場合、その憲法律の定めは、単純な立法の方法での廃止を不可能にすることを目的としている。このような保障の構造は、論理的かつ法的に自由権の構造と全く異なるにもかかわらず、人は屢々、不正確な表現法を用いて、ここでも基本権を口にする。必然的にそうなっているわけではないが、制度的保障に個人や法人の主観的権利が結びついている場合でも、基本権があるのではない。制度的保障は、その本質上、限定されている。それはただ国家の内部にのみ存し、原理的に無限定な自由の領域という観念に立脚するものではなく、法的に承認されたひとつの制度に関わる。この制度は、制度である以上、つねに画定されたもの、限定されたものであり、たといその任務は詳細に特定されていず、一定の『活動領域の普遍性』を許容するにしても、ともかく一定の任務、一定の目的に仕えるものである。」¹⁴¹このように、シュミットは憲法律によって規定されている制度体の保障を基本権の範疇から切り離し、国の法律から公法上の制度とし

2011年) 478頁。

¹³⁸ 鶴飼、前掲注127、12頁。

¹³⁹ カール・シュミット著、尾吹善人訳『憲法理論』（創文社、1972年）203頁。

¹⁴⁰ 同上、206頁。

¹⁴¹ 同上、212～213頁。

て画定された核心領域を護るのである。

II 制度的保障説

シュミットの理論は日本にも大きな影響を与えた。地方自治の本質的部分（核心）は立法をもってしても侵すことはできないという発想から、日本国憲法 92 条の「地方自治の本旨」が核心部分として位置づけられ、その具体的内容の画定が議論されてきた。成田頼明に代表される「日本版制度的保障説」は、上述した柳瀬良幹の「保障否定説」への批判を契機として、宮澤俊義の還暦記念論文集の中で柳瀬によって敷衍されている。以下のようなものである¹⁴²。

< 1 > 憲法第八章を空虚で無意味なプログラム規定としてではなく、地方自治に対する国家の不当な干渉を排除するための具体的保障規定として再評価しようとするならば、その保障の性質を理論上、制度的保障と解することによって始めて可能となる。そして、国の行政府はもちろん、立法府といえども侵すことのできない地方自治制度の本質的な内容の画定が中心課題である。

< 2 > 「地方自治の本旨」を論ずるにあたって、理想像としてのあるべき地方自治の姿（つまり、Leitbild としての側面）と法律をもってしても侵すことのできない地方自治の本質的内容又は核心（つまり、Norm としての側面）とは区別されている。憲法 92 条は、一方では、民主主義の政治理念に由来する理想像としての地方自治のマキシマムにできるだけ近づけるように、法律制定にあたって考慮すべき指針を立法府に対して示しつつ、他方では、立法府に対して地方自治の本質的内容つまり、制度のミニマムを侵してはならないことを拘束的に命令したものと解すべきである。従って、地方自治法が認める一連の直接請求の制度や住民訴訟の制度は、あるべき住民自治の姿という意味での「地方自治の本旨」を考慮して立法府が法律で定めた制度であるが、この制度を廃したからといって、規範（Norm）としての「地方自治の本旨」に違背する違憲な措置とはいえない。Leitbild としての「地方自治の本旨」を問題にする場合には、住民自治と団体自治の双方を含めて考えてもよいが、Norm としての「地方自治の本旨」を問題にする場合には、主として法律の意味における自治＝団体自治の観念が中心になるものである。制度的保障の核心部分は「あるべき姿」の前者ではなく、まさに後者の Norm としての「地方自治の本旨」そのものである。

< 3 > Norm としての「地方自治の本旨」は、「公共の福祉」の概念と同様に、一般的に定義することが殆ど不可能で、地方自治制度の歴史的発展、憲法がかかる規定を設けるに至った趣旨及び目的、現代国家における国家と地方自治との関係などを考慮して、個別的・具体的に判定しなくてはならない。「地方自治の本旨」の保障は、九三条及び九四条に具体的に示されている制度又は権能の本質的内容にだけ及ぶものではなく、これらの条項に示されていない事項にも及ぶということである。

< 4 > 憲法九二条は、制度としての地方公共団体の存在を保障しているから、法律で地方公共団体の存在そのものを廃止することは許されない。しかしながら、地方公共団体の存在の保障は、制度としての地方公共団体の存在の保障で

¹⁴² 成田、前掲注 92、287～301 頁参照。

あって、個々の地方公共団体の存立の権利の保障ではない。また、制度的保障の当然の帰結として、憲法施行当時における制度の現状の保障を趣旨とするものでもない。

<5>憲法は、憲法施行当時の地方公共団体、特に、都道府県・市町村の上下二段階の地方公共団体の存在を予想しているから、その基本的建前を改めることは許されず、都道府県の制度を廃止したり、都道府県から自治体としての性格を奪って国の行政区画にすることは許されない。府県の存在は、憲法施行当時に存在していたというだけの事実によって憲法上保障されたのではなく、その存在自体が歴史的にみても憲法の趣旨からみても、日本の地方自治制度を支える不可欠な本質的内容をなすがゆえにこそ保障されたものである。また、二重構造は国土のいかなる地域についても存在することを要求されるかどうかという、特殊の事情のある地域について合理的根拠が認められる限り多少の例外（例えば特別市の構想）を認めることはかまわない。東京都の特別区を憲法上の地方公共団体から外すことも、政策上の当否は別問題として、違憲ではない。

<6>憲法九三条は、住民自治の原則を制度的に保障したものとみてよい。規定自体が一義的な内容をもっているので、次の九四条に比べて制度の核心を問題にする余地は少ない。九三条は、憲法上の地方公共団体の基本的組織形態を画一的に公選制首長をもつ首長・議会制と定めているから、法律でこれと異なる組織形態を定めえないことはいうまでもない。なお、議会は議事機関として置かれるものであるから、これについて定める法律が議会から一切の議決権を奪い、議会を単なる諮問機関的存在にすることは、制度の核心を侵すものとして許されない。また、長や議員の立候補を国の認可制にしたり、不当に資格制限をしたりすれば、問題になる。次、教育委員会の委員の公選制を廃止したことは、本条二項の「法律の定めるその他の吏員」との関係で、どの範囲の吏員を公選にするかはもっぱら立法政策にゆだねられているものと解する。

<7>①九四条は、九二条とあいまって、ボン基本法と同様に、憲法上の地方公共団体に全権限性又は活動領域の普遍性の原則を保障している。ここにいう全権限性は、地方に関係の深い事務はすべて地方公共団体にゆだね、法律はこれについて一切関与してはならないという意味ではなく、法律が特段の定めをしない限り、すべての地方公共の事務を任意にとりあげることができるという権限の推定を意味する。したがって、地方公共団体が自主的にとりあげることのできる地方的事務を皆無にし、すべて国の委任事務にしたり、普通地方公共団体が処理すべき地方公共の事務の範囲について制限列記主義をとるような法律は、地方自治の本質的内容を侵すものとして違憲である。

②個別的権能について、憲法は以下のようなものを保障しようとしている。

<ア>組織権：法律が地方公共団体の組織について大綱的規定を設けることはもちろん許されるが、地方公共団体の自治組織権を否定して、国の行政機関の場合のように国の法令で細部末端の組織まで画一的に法定化したり、組織の改廃をすべて自治大臣の認可制にしたりすることは、組織権の本質的内容を侵すものとみなされる。

<イ>人事高権：大綱的規定として地方公務員の人事行政に関する根本基準を定めることは許されるが、任用、罷免、懲戒、給与の決定、勤務評定、労働関係等の人事行政の管理・運営事項に不当に関与することを定めることは許さ

れない。

<ウ>財政高権：自己財源の確保、予算制度、課税権、自主的財政運営等を内容とする財政高権が地方公共団体に保障されなくてはならない。地方公共団体の課税権を全く否定したり、自主財源の持ち出しを強要する措置を定めたり、強制予算を認めたりすることは財政高権の核心を侵すことになる。

<エ>自治行政権：地方公共団体は、干渉行政をも含めて、法律の範囲内ですべての地方公共の事務を処理する権能が保障されている。しかし、法律で地方公共の事務を国に吸い上げたり、他の地方公共団体に移したりすることについて、実体的な事務の領域（地方公共の事務とそうでない事務）を法理論上区別することは不可能であるから、立法府は、地方公共団体の処理すべき事務を零にし、すべてを委任事務に切り換えでもしない限り、万能に近い権能をもつ。

<8>憲法九二条は、地方公共団体の自己責任、即ち、国から独立して自己の責任の下に自主的に行政を処理する権能をも保障している。ドイツでは、歴史的・伝統的に国家の地方団体に対する監督は、合法性監督に限られ、合目的性監督は排除されてきた。しかし日本では、法律に基づかない合目的性の問題にわたる監督が行われている。この分野について法治主義を確立することの方が先決問題である。

以上の成田説を簡単にまとめていえば、要するに、「地方自治制度の創設についてとくに憲法の授権を要しないと考えるならば、憲法第八章が設けられたのは、単なる地方自治の承認又は許容より以上の積極的な意義、すなわち、地方自治制度の保障を含むと解するのが率直なみかた」¹⁴³であり、Normとしての「地方自治の本旨」を問題にする場合には、主として法律の意味における自治＝団体自治の観念が中心になるものという見解である。そのなかの具体的内容（つまり核心領域）として、地方公共団体の存在そのもの、都道府県・市町村という二段階の重層的構造、議決機関としての議会の設置、長・議員等の直接公選制、組織権、人事高権、財産高権、自治行政権、財産管理権、条例制定権、公企業経営権などがあげられる。

成田説への批判が後になされている。たとえば阪本昌成は、「第一に、C・シュミットの説く制度保障にいう『制度』(Institution)とは、憲法典以前から存在してきた中間団体を指すものと思われるが、わが国の場合、地方公共団体はこれに該当しないこと。第二に、基本権保障規定のなかで制度保障を説くのであればともかく、統治機構においては制度保障論は不要であること（ヴァイマル憲法第二編『ドイツ国民の基本権および基本義務』の部分で『市町村および市町村組合は、法律の範囲内において、自治行政の権利を有する』と定めていた）。第三に、制度保障にいう客観的秩序保障（中間団体と国家との法関係の保障）から、論者のいう自治権の内容が導き出せるわけではないこと。」¹⁴⁴と指摘している。

そのほか、「制度的保障は個人に対する人権を直接の目的とせず、制度そのものを保障することによって、間接的に国民個人の基本権を擁護しようとするものであるから、訴えの利益の面から違憲審査になじまないという欠陥を内包している」¹⁴⁵というような指摘もあり、二種類の違憲審査制度（アメリカ型の

¹⁴³ 同上、238頁。

¹⁴⁴ 阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第3版〕』（成文堂、2000年）494頁。

¹⁴⁵ 時岡弘「憲法と地方自治」有倉遼吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』（早稲田大

付随審査とドイツ型の抽象審査)の区別が想起される。日本の違憲立法審査制は前者であるがゆえに、国民の(より具体的にいえば、地域の住民の)人権保障を第一義的に考えると、連邦憲法裁判所が設置されているドイツの地方自治学説をひたすら吸収することの当否に議論の余地がないわけではないであろう。

第4節 通説以降の学説

I 人民主権説

杉原泰雄の人民主権説を紹介するには、まず彼の主権観と自治観及びプープル主権論を簡単に踏まえなければならない。

<1>主権と地方自治

「①近現代の市民憲法は、統治権の単一・不可分性を公理としている。しかし、それ故に、自治権が当然に中央政府の法律による授権に由来し、かつ授権された自治権の行使が当然に中央政府の監督に服する、とすることには問題がある。

②統治権について、まず、権利としての統治権(A)と権限としての統治権(B)を区別すべきである(……)。Aは単一・不可分のものとして『国家』に専属する。フランスにおいては、ルイ十四世の『朕は国家である』やフランス革命の中で最初に制定された一七九一年憲法の『主権(Aのことは、単一、不可分、不可譲かつ消滅時効にかからない。それは、国民に属する』とする規定からうかがわれるように、Aは主権者のみが所有するものとされている。主権者は即統治権の所有者としての国家であり、国家は主権者のうちに解消されている。十九世紀後半のドイツ国法学は、Aを法人たる国家¹⁴⁶の専属的所有物と説明した。しかし、その仏独いずれにおいても、立法権・行政権・司法権を国会・内閣・裁判所が分担している事例からも明らかなように、Bは単一・不可分とされていない。憲法の定めるところに従って、諸機関がそれを分担して『国家』(主権者)のために行使するのが常態である。

この点からすれば、単一国家においては、権利としての自治権(『固有の自治権』)は、原則として地方公共団体にはないということになり、権限としての自治権が、憲法の定めるところに従って、地方公共団体に認められるということになる。

③しかし、なお、問題が残る。憲法が、団体自治を認め、地方公共団体にその自治事務につき中央政府から独立して処理する自治権を認めている場合には、地方公共団体は、中央政府から干渉されないという意味で、『固有の自治権』類似の自治の権限をもちうる。『司法権の独立』を考えてみれば容易に分かることである。

たしかに、憲法がそのような自治の権限を認めず、中央政府に立法的・行政的・司法的介入を認めている場合、憲法の認める介入の程度に応じて、具体的

学出版部、1974年)172頁。

¹⁴⁶ つまり、いわゆる「国家法人説」(juristische Staatsperson)であり、君主主権か国民主権かという二者択一の難問に迫られたとき、定義付けで創出した新たな概念を通じてその選択を回避するに過ぎない、一種の「引き伸ばし戦略」である。

な自治権の法律による制限やその具体的な行使についての中央政府による監督が可能となる……。

④憲法が、地方公共団体に自治事務を認め、かつそれにつき中央政府から独立して地方公共団体の利益のために処理できる自治権を認めている場合には、権利としての自治権が成立することになる。自己の利益のために行使できる法的権能は、自己の利益のために行使できない権限ではなく、権利である。憲法上、統治権は単一・不可分で、国民の所有物と宣言している場合であっても、憲法自体において主権者・国民がその例外を認めているのであれば、憲法違反ではない。アメリカ合衆国の州の諸憲法、東欧諸国の近時の憲法、一九八五年の『ヨーロッパ地方自治憲章』や『世界地方自治宣言』は、権利としての地方自治権を認めている……」¹⁴⁷。

＜2＞「ナシオン主権」と「プープル主権」

これは、いうまでもなく、フランス革命期における主権理解を背景とした分類である。日本の憲法学界でも、「樋口・杉原論争」という形でよく知られている。

杉原によれば、日本国憲法の国民主権は、通常、普通選挙権者の総体としての国民＝人民が、国家意思の最高ない最終の決定権をもっていることを意味し、「人民の、人民による、人民のための政治」を保障する民主政治の原理だと理解されている。一方、国民代表制は、通常、国民主権を具体化する最も一般的な制度（代表民主制、間接民主制）として理解され、その特色は、①代表と代理は異なり、代表者は被代表者の訓令に拘束されない（命令的委任の禁止）。②代議士は選挙区の代表ではなく、全国民の代表であるから、選挙区の有権者に対して責任を負わない。③主権者の権能は、そこでは、通常、代表を選ぶことだけである¹⁴⁸。このような「直接民主制不可能説」・「代表制不可避説」に対して、杉原は強く批判し、自分の「プープル主権」的な国民主権論を切り開いた。まず、「ブルジョワジーは、資本主義の安定した展開を求めて、君主主義を否定すると同時に民衆の政治参加を排除しうる『国民主権』を標榜していた」¹⁴⁹から、真の「国民主権」とかけ離れている。この「ナシオン主権」的な理解によって、『国民』は、それ自体としては意思能力をもたない抽象的観念的存在であるから、その意思の決定を国民代表にゆだねざるをえない。……『全国民』の代表として、『全国民』に責任を負えば足り、命令的委任の禁止は『鉄則』となる。また、主権は不可分のものとして『国民』に帰属させられているから、その個々の成員は零であり、政治に参加する固有の権利をもっていない。『国民主権』は、制限選挙制度を可能とし、国民代表に民意にとらわれない自由な意思決定を保障する。」¹⁵⁰このような国民主権論は代表制とセットになって理論化されていたのである。それに対して、「人民主権」の理論は、革命前夜、ルソー等によって唱えられ、社会契約参加者の総体たる人民に主権を帰属させる原理であって、この意味での「人民」は、それ自体意思能力をもち、主権をみずから行使しうるのである。人民の各構成員（市民）が主権の行使に参加する当然の権利をもち、一般意思は全市民の参加からしか帰結されないとさ

¹⁴⁷ 杉原泰雄『地方自治の憲法論〔補訂版〕』（勁草書房、2011年）59～61頁。

¹⁴⁸ 杉原泰雄「地方自治権の本質・3完」法律時報48巻4号（1976年）135頁参照。

¹⁴⁹ 同上、135頁。

¹⁵⁰ 同上、136頁。

れる。また、人民は、一般意思の執行の担当者を自ら選任しかつそれについての監督権を当然にもつものとされている。従って、そこから直接民主制や命令委任、リコール制などが、当然に要求される¹⁵¹。日本国憲法の国民主権原理を、前者からではなく、後者のように「人民主権」（あるいはプープル主権）的に理解しなければならない。しかし、『国民主権』になじむ41条（国会の定義）、43条1項（全国民の代表）、51条（議員の免責特権）と『人民主権』になじむ15条1項（公務員の選定及び罷免）、79条2・3項（最高裁裁判官の国民審査制度）、96条1項（改憲に付する国民投票）などの共存¹⁵²状態が現憲法の文言には見られる。したがって、『人民主権』になじむ規定や概念の存在を手掛かりとしかつその存在理由を強調して、『人民主権』の観点から憲法41条、43条1項、51条等を再解釈し¹⁵³なければならないと杉原は主張する。

< 3 > 人民主権説の登場

さて、上述の内容を踏まえて、いわゆる人民主権説が提唱されることにある。簡単に言えば、一つに、地方公共団体の政治が「中央政府の場合と同様に、人権目的のものであり、人権の最大限の尊重を義務づけられているものと解され」、「地方自治の本旨」も当然にこの意味を含んでいるとされるので、「住民の人権保障上不可欠である場合には、原則としてすべての事項について、自主的に、法律の根拠の有無または法律の規定のいかんにかかわらず、地方公共団体は活動できる」¹⁵⁴と解され、もう一つに、国民主権の原理も「地方自治の本旨」の規定原理であり、日本国憲法における国民主権原理が「プープル主権」的に理解されているから、「住民自治」と「団体自治」も人民主権の原則に従わなければならない。具体的に言うと、住民自治の側面では、①地方公共団体の議会制は④その構成が住民意思の分布状況を正確に反映し（「社会学的代表制」）、⑤その条例が住民意思の確認表明としての実体をもち（そのためには、一方で条例について直接請求の制度を整備しておくことが求められ、他方で議会による条例の制定が住民による決定としての実体をもちうるような諸制度の工夫—例えば、人民拒否の方法、人民決定としての実をもちうるような厳格な選挙公約の制度、前回の選挙では住民に提示しておかなかった重要問題につき住民の承認を得る手段としての議会解散の制度の工夫—がなされることが要求される）、かつ、⑥その議員が「人民」（住民）に政治責任を負う、という内容のものであること、②議会以外の諸機関も住民の意思に基づいて組織・運営されること、③政治に関する情報が原則的に公開されること、などが求められる。また、団体自治の側面では、①地方公共団体が、自己の事務については、中央政府の後見的監督に服さずにこれを自主的に処理できること、②公的事務の配分は、地方優先かつ市町村優先・都道府県優先の原則を採り、地方公共団体が適当に処理できない全国的・全国的事務のみが中央政府の事務とされること、③地方公共団体に自主課税権を認め（「租税条例主義」）、かつ事務配分に見合った財源の配分がなされること、などが求められる¹⁵⁵。

以上から明らかなように、杉原は、今の歴史発展段階を「過渡期」と位置づ

¹⁵¹ 同上、135～136頁参照。

¹⁵² 杉原、前掲注147、94頁。（）内の憲法条文の要旨は筆者による補充。

¹⁵³ 同上。

¹⁵⁴ 杉原泰雄『憲法Ⅱ・統治の機構』（有斐閣、1989年）460頁。

¹⁵⁵ 同上、461～464頁参照。

け、日本国憲法における国民主権の概念をプープル主権的に理解している方法論を地方自治の場合にそのまま盛り込み、住民自治と団体自治の概念をもプープル主権的に解釈し、豊富な直接的民主主義制度の活用を主張したのである。それに、補完性原理を重視する同氏は団体自治のところでこのヨーロッパから伝来した概念を提示し、国・地方の間の事務配分とそれに見合った財源配分等の仕組みを通して、補完性原理の理念を憲法規範論として樹立させようとした。杉原は補完性原理を団体自治の要請の中に入れていたことが明らかであり、一見、補完性原理に親和的な学説のように見られるかもしれない。しかし、氏のいわゆる人民主権説は、単なる「充実した地方自治」のスローガンを提示しただけで、結局補完性原理という極めて重要な概念の位置づけが評価されないまま、牽強に団体自治の中に吸収されてしまっている。言い換えれば、補完性原理と住民自治および団体自治の関係、ひいては日本国憲法の下でなぜ補完性原理が 92 条解釈に際して導入されなければならないのかについては全く回答していないのである。

なお、杉原流の人民主権説に対して、「現代国家、特に国政における人民主権実現の本来的不完全性を認めた上で、なお自由委任型代表制の欺瞞への批判と直接民主制志向とを基本原理としつつ、議会と市民、国と自治体との討議民主主義的コミュニケーションの中に、部分的・暫定的な国と自治体の立法権分有を見出す」¹⁵⁶「修正人民主権説」¹⁵⁷が彼の影響を受けた大津浩に提唱されている。

II 新固有権説

(1) 手島説

手島孝は、住民自治権と団体自治権を含めた地方自治権が前国家的・前憲法

¹⁵⁶ 大津浩「地方自治の本旨」大石眞・石川健治編『ジュリスト増刊 憲法の争点』（有斐閣、2008年）309頁。

¹⁵⁷ この学説は、純粹代表制から半代表制への歴史的転換を踏まえたうえで、政治的意思決定の場面では全国民を代表する最上位の正当性を持つのは代表者ではなく、実在している有権者総体であり、熟議手続きを通して、直接民主主義的な決定を代表による決定に優越させる原則を採っている。ただし、国政においては、ある程度の範囲内で代表制原理の優越（憲法 41 条と 94 条を踏まえて）も認められる。しかし、政府形態選択を含む自主組織権も、憲法 93 条 2 項の拡張解釈によって、国・地方を問わず、住民投票に付すべきであり、自治憲章の採択を通じて各地方公共団体を地方自治法の制約から免れる。事務配分では、自治体の全権限性を認め、国の立法による自治事務の範囲確定も認めなければならないが、人民主権に内在する「市民に身近な地方優先の事務配分義務」としての補完性原理から立法裁量に一定の限界が課される。参照、大津、前掲注 156、309 頁。なお、その詳細については、大津浩「国民主権と『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 頁の参照を乞う。また、同氏の敷衍している国と地方における「対話型立法権分有」理論に関して、大津浩『対話型立法権分有』の事務配分論と『分権型法治主義』大津浩編『自治総研叢書 28 地方自治の憲法理論の新展開』（敬文堂、2011年）121～156 頁、大津浩『分権国家の憲法理論』（有信堂、2015年）383 頁以下参照。

的な固有権として把握されなければならないと主張している¹⁵⁸。

その憲法解釈論的根拠は、

①住民自治権は、その内容としての住民自治については憲法 93 条が確認的に保障するとことであり、その基本的人権性については 15 条 1 項 3 項・前文 1 項（国民主権原理）と 13 条後段（包括的幸福追求権）から導き出すことができること。

②団体自治権の固有性も、94 条に明文化された団体自治を根拠づけるものとして、基本的人権の条章（第 3 章）を中心とした憲法の全体構造から帰結すること。この「根本的な全体構造原理」の一つと見られるのは「個人→社会→国家」の段階的補完関係である。詳しく言うと、国家といえども「侵すことのできない永久の権利」としての基本的人権の保障（11 条・97 条）そのものが、統治構造における個人価値の最優先（13 条）、したがって個人生存についての個人の責任の第一義性を明らかに示しているが、次いで、そのような個人の社会的実存に不可欠なより広規模・高能力的な諸需要につき、家族（24 条）→地方公共団体（92 条）という人間存在の本質に従った段階的社会形態に漸次補充的な自己責任的任務が課せられ、最後に国家が登場してそれらの手にも余る共同事務を担当し処理する（25 条 2 項）、というのが憲法の想定する社会秩序である。

③以上の住民自治権・団体自治権を一体化した固有の地方自治権は、95 条一国民主権原理の制度化たる国会単独立法主義の唯一・重大な例外ないし制約である本条は、その背後に国民主権原理に匹敵する固有の地方自治権が存在することを確認させる一から明瞭に読み取ることができること、なお、「地方自治権＝固有権の結論は当然に地方公共団体（正確には、国家法による実定制度的構成を受ける前の、その核となる社会的実体）の自然発生的前国家性を含意するが」¹⁵⁹、そのことについても、現在する地方公共団体の権能などを国家法が定めるのは、それを創設するものでなく単に確認するものにすぎないから、十分成り立ちうること、と説かれる。

以上の解釈からすれば、「地方自治の本旨」の具体的内容として「必然的に、①地方公共団体の存立権、②住民の直接民主制的参政権、③住民の地方公共団体機関任免権、④地方公共団体の固有事務遂行についての対国家的全権（組織権・人事権・立法権・財政権・行政権・司法権を包括）、⑤国家的性格と地域的性格を併有する事務処理について地方公共団体協働権、が帰結」¹⁶⁰することが主張される。手島説によれば、制度的保障説の言う「核心領域」は法律の侵害から守られているが、憲法改正から何の保障も確保されていないのに対し、（自らの新固有権説で主張した）地方自治固有権の中核部分は法律のみならず憲法改正からも守られるものである。中核部分はまさに上記の①から⑤までの内容だと主張されている。さらに法律からは保護されているが、憲法改正から保護されていない地方自治固有権を確保する目的で、歴史的に形成されてきた「地方自治制度の周辺的要素」として、「①、地方公共団体の二段階構造、②

¹⁵⁸ 手島孝『憲法学の開拓線—政党＝行政国家の法理を求めて』（三省堂、1985 年）260～263 頁参照。

¹⁵⁹ 同上、263 頁。

¹⁶⁰ 同上、265 頁。

地方公共団体機関構成の大統領制」などが挙げられる¹⁶¹。

「補完性原理」との関連で、手島説には見逃すことのできないものがある。

「地方公共団体の基本権としての自治(固有)権は、人間の社会生活の全体を、個人を中心とし、家族、地方団体、国家へと、漸次補完的任務を担当するヨリ広規模の社会団体単位へ拡大していく同心円的構造として把握することである。すなわち、まず基本的に個人が自ら処理しうる事項について、すべて自ら処理する権利と義務を有し、その能力に余る事項につき次いで家族が、さらに家族の手に負えぬ事務を地方団体が、そして最後に地方団体では対応しえぬ諸問題を国家が、それぞれヨリ基礎的な単位を補完するために補充的に乗り出し処理するのであり、この限りで各次元の社会団体はそれぞれ独自固有の任務とそれを遂行する権利と義務を、本来的な、すなわちその存立に本質必然的な要素として持つことになるのである。」¹⁶²これこそが日本国憲法の想定している「社会秩序」だと彼は主張している。

また、⑤であげられたように、地方公共団体の固有権の一つである「国家的性格と地域的性格を併有する事務処理について地方公共団体協働権」を認めることが注目される。これを①の「地方公共団体の存立権」と④の「地方公共団体の固有事務遂行についての対国家的全権」と合わせれば、補完性原理そのものとまではならないとしても、それとほとんど重なり合うのではないかと考えられる。

以上のように、手島氏は、憲法の関連条文を引きながら、「個人→社会→国家」という段階的補完関係あるいは「同心円的構造」を日本国憲法の想定した社会秩序として、「補完性原理」の理念を憲法解釈に組み込もうとした。そして、条文解釈を通じて彼の言う「住民自治権」と「団体自治権」を確立させ、両者合流のものを前国家的な固有権たる「地方自治権」として主張している。このような「憲法内在的秩序論」は補完性原理の解釈として非常に魅力的な捉え方であるものの、手島はやはり杉原と同じように補完性原理の位置づけ、つまり地方自治の本旨との関係を明らかにしていない。さらに、日本国憲法の想定している「社会秩序」は個人を初めとする「下」から「上」までのものがあるが、それは旧憲法(明治憲法)の基本秩序と比較する上で主張したほうがより説得力が増すのではないかと思われる。

(2) その他

北野弘久は、「通説の伝來說を前提にした場合においても、財政権について一定の範囲において法律によっても不可侵と考えられる自治体に固有の権能が実体憲法上存在する」¹⁶³と主張し、この考え方を従来の固有権説と区別し、新固有権説と自ら命名している。この学説はもっぱら財政権という視座から把握されており、「固有権としての自治体財政権」という形で展開されてゆく。

北野の新固有権説は「住民主権論」、「納税者主権論」を基礎とし、その日本国憲法下における法的根拠が検討されていたのである。彼によれば、憲法 92 条の「本旨」規定と 94 条の中の「財産を管理」する権能が自治体に一種の固有の財政権を附与していると解され、自治体は「一種の統治団体」として位置

¹⁶¹ 同上、264～265 頁参照。

¹⁶² 同上、258 頁。

¹⁶³ 北野弘久『憲法と地方財政権』(勁草書房、1980 年) 27 頁。

づけられている¹⁶⁴。さらに、日本国憲法は旧憲法と異なり、「国の法律によってもその固有権としての財政権を侵し得ない一定の範囲が存在するはずで、…もし国の法律が右の一定の範囲を侵す場合には、それは憲法九二条に含まれる自治権の自由権的機能を侵すものとして違憲無効とされねばならない。」¹⁶⁵ 財政権（課税権）は統治団体にとって最も根源的本質的なもので、他の自治権には特殊な法的意味が附与されるべきであると同氏は考えている。

さて、「地方自治の本旨」の具体的な内容について、「地域住民の生存権確保を重視する『住民主権論』の視角から解明されねばならない」¹⁶⁶のであって、「財政権は、国のレベルであれ自治体のレベルであれ、本来、国民（国のレベル）または住民（自治体のレベル）がもつ。つまり、財政権の主体は、本来、国民または住民に存する。」¹⁶⁷一般的に、財政権の本質は立法権の一つの態様であるが、その根拠は国民または住民に求めなければならない。国税の場合は、国民が国会を通じて決定し、地方税の場合も同様に、住民が地方議会を通じて決定するのである。前者の実現手段は税法で、後者は地方税条例である。こうして、憲法理論上はまさに国税については「租税法律主義」、地方税については「租税条例主義」が支配することになる。94条の「法律の範囲内で条例を制定する」という留保があるものの、租税に関する限り、条例と法律とは同じ性格を持つものである。だから、地方税法は、「標準法的な性格」を持つことにとどまり、「地方税の納税義務発生の法的根拠は国の地方税法ではなくて各自治体の租税条例である」¹⁶⁸と説かれている。こうして、「地方税については租税条例主義こそが建前であって国の法律の位置はむしろ租税条例主義の例外的存在である……地方税の憲法的根拠は八四条ではなく九二条である。」¹⁶⁹

以上のような説明を踏まえて、「国と地方との間の税源配分の問題は単に財政政策論のレベルの問題ではなく、まさに憲法上の自治体財政権をめぐる問題となる。」¹⁷⁰さらに、現代資本主義のもとにおいて真に納税者（タックスペイヤー）の生活と人権を擁護するために租税概念は納税者側にたったものとする、「新財政法学」が提唱され、しかも納税者基本権論を憲法学の次元で構築しようとする。

鴨野幸雄は杉原と似たような視点で、人権保障の現実性から地方公共団体の「固有事務」を模索しようとする。「われわれの生存に最も近く第一義的に生活の全領域をカバーする自治体の方が、国家が自己の事務を処理する権利・義務より、より多くの固有事務を処理する権利と義務を有することは明らかで、……自治体は国家権力機構と並んで人権保障の不可欠の統治機構であり、そのための存在理由である。」¹⁷¹さらに、「地方自治の本旨」は、「人権条項に盛られ

¹⁶⁴ 同上、28頁参照。

¹⁶⁵ 同上、28～29頁。

¹⁶⁶ 同上、30頁。

¹⁶⁷ 同上、31頁。

¹⁶⁸ 同上、35頁。

¹⁶⁹ 同上、36頁。

¹⁷⁰ 同上、32頁。

¹⁷¹ 鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」公法研究56号（1994年）6頁。この点に対して、有力な批判がなされている。「『自治体は国家権力機構と並んで人権保障の不可欠の統治機構であり、そのための存在理由である』とされているところからすると、国家前の存在と観念されているのではないようにみられる。また、地方公共団体のほうが人

た住民の生命、健康、生活、環境保全などの不可欠の内容から、地域的特色に応じた権利性が生じ、そこで明らかにされた地方公共団体と住民の権利・義務関係が、国および地方公共団体の立法権、行政権に対して憲法的拘束力を持つことになる。それゆえ、国および地方公共団体は人権保障を内容とする『地方自治の本旨』に反した統治を行ってはならず、それに違反すれば違憲無効となると解すべきである。この考え方は、公害や教育や福祉をはじめとして国、地方公共団体と住民との全生活関係の中で捉えられるべき視点である」¹⁷²。

第5節 その他の学説

I 垂直的権力分立説

高橋和之は、「制度保障説の前提はあくまでも中央集権的国家の存在であり、かかる国家を予め前提としてしまうこと自体の問題性を問う必要がある。国家主権の単一・不可分性は対外的関係における論理にすぎず、国家の内部構造は中央集権的である必然性はないことを理解すれば、主権者たる国民は憲法により国家の内部構造を分権的に定めたのであり、憲法のいう地方自治とは国と地方の対等関係における分権的構造を意味するという理解が可能となる。地方自治は憲法上かかる理解を基礎に保障されているのであり、この理解に制度保障の論理を持ち込む必要はない。必要なのは、憲法がなぜこのような構造を規定したのかを解釈し、その理解を前提に自治体に憲法上保障されるべき自治権、『地方自治の本旨』の内容を明らかにすることである」¹⁷³と主張し、地方自治権を憲法が保障する理由について、①個人の自律的生にとって、そのアイデンティティの形成・維持はきわめて重要で、歴史的・文化的特徴を共有する地域共同体への帰属意識は個人のアイデンティティの重要な構成要素であり、「個人の尊重」はかかる地域的共同体の尊重を要求する。②個人と国家が対峙する近代の憲法構造において、中間に自治的な地域団体を組み込むことは、国家の肥大化を抑止し、国家が個人を全面的に捕捉することを阻止する機能を期待しうる。国家と地域的自治団体との間のチェック・アンド・バランスにより、個人の自由を護るという意味をもちうる。地方自治の理由は垂直的権力分立という視角から捉えられているのである。③個人に身近な地域共同体は、日常生活に密着しているから、それによって行われた公的事務は個人に対する影響が比較的測定されやすいから、政治参加への誘引も強い。なので、住民自治の実践は、個人の自律的生の一つのあり方を構成すると同時に、個人が共同決定の

民主権的理解の下における国民主権に適合的であるというのも、国家以前に存在する地域的団体の固有の権利を論証することにはならない。」塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』（有斐閣、2012年）130頁。

¹⁷² 鴨野幸雄「地方自治権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅰ』（勁草書房、1983年）275頁。「地域の生活環境の自己決定権という考え方は、環境権と類似の発想であるが、生活環境の内容、環境がすべて人権に基礎づけられるわけではない。また仮にそのように基礎づけられるとしても、そこから具体的にどのような帰結……を導き出すことにはなお躊躇を覚えざるをえない」という指摘も有益であろう。渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係—二層制の憲法原理的考察」公法研究62号（2000年）221頁。

¹⁷³ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』（有斐閣、2013年）369～370頁。

主体として成熟していくための訓練の場としても機能しうる¹⁷⁴と説かれている。①と③があいまって、「住民自治」の要請が導かれ、②は「国家とチェック・アンド・バランスを十分に行いうる規模と事務権限をもった自治団体の設置を要請」¹⁷⁵し、「団体自治」の要請が導かれる。高橋のこの垂直的権力分立説によれば、『『団体自治』の原則とは、どのような規模・権限でも自治を与えれば充足されるというものではない。重要なのは、国家との適正なチェック・アンド・バランスが可能な構造である。』¹⁷⁶

実は、「チェック・アンド・バランス」に関して、佐藤功は、1954年の論文「憲法における『地方自治の本旨』」の中で既に以下のように指摘していた。「第92条の積極的意味として考えるべきことがあるように思う。それは憲法秩序の多元的構成という点である。すなわち、一方においては、国による地方自治の侵害、つまり地方団体の非民主化に対する防衛の作用と同時に、他方においては、地方団体の側から国の非民主化に対するチェックの作用が営まれることがそこに期待されていると思われる。国家の自治、すなわち中央政府の民主制と、地方自治、すなわち地方団体の民主制との両者によって、複合的に全体として国の憲法的秩序が構成され、かつ両者が相互に補強し合う関係にあるものである。すなわち、国と地方との両者において、同じ憲法的秩序を成り立しめ、その間のチェック・アンド・バランスにより、その憲法的秩序を守りかつ補強することが、そこに期待されていると解される。」（下線筆者）¹⁷⁷佐藤のこの見解は、直接に「垂直的権力分立」という文言を用いてはいないが、高橋説に相通ずるものがあるように思われる。

高橋説は、中央集権体制の論理を根底から否定し、中央と地方による主権の垂直的分配を前提に、個人の尊重や「自律的生」を重視し、国家権力からそれを守るために、地域団体の防波堤的な機能が期待され、中央・地方における「チェック・アンド・バランス」によって個人の自由が保護されるという理論であり、権力をそれぞれの性質に応じて区別し異なる機関に帰属させて抑制均衡を図ろうとする。しかし、大津浩が指摘するように、「地方自治権を国の権力と明確に区別する基準を示すことができない限り、これも自治領域への立法介入を防ぐものとはなりえない」¹⁷⁸。

II 社会契約説

まず、渋谷秀樹の地方政府理解について概観しよう。

「国といっても、社会学的意味における国家の3要素の一角を占める被治者たる人を含む場合と、統治権を掌握する政府をもつばら指す場合がある。後者の場合の国は、前者と区別して中央政府というべきである。……地方公共団体については、同様の区別は意識されてこなかった。」それゆえに、「地方公共団体が国という統治団体の中に包摂される団体である、その統治権を行使するの

¹⁷⁴ 同上、370頁参照。

¹⁷⁵ 同上、348頁。

¹⁷⁶ 同上、348頁。

¹⁷⁷ 佐藤功「憲法における『地方自治の本旨』」都市問題45巻11号（1954年）34頁。

¹⁷⁸ 大津、前掲注156、309頁。

が地方政府という位置付けからはじめなければならない」¹⁷⁹のである。では、「地方政府も中央政府も統治権をもつ政府である点では同じで、明らかな相違は、統治権の及ぶ範囲の広狭、つまり全国に及ぶか、それとも地方にとどまるかという点にあるにすぎない。この観点からすると、団体自治と呼ばれたものは地方政府のもつ地方統治権に、住民自治と呼ばれたものは住民のもつ地方参政権に、それぞれ呼びかえるべきである。そして、主権の概念と類比させて、地方政府のもつ地方統治権の他の政府に対する独立性については、一国内における統治団体（政府）相互間の対等性・独立性と統治地域内における最高性になぞらえるべきである。この考え方からすると、『地方自治の本旨』は、地方統治権・地方参政権・対中央独立性・地域内最高性の4つの概念によって捉えることになる」¹⁸⁰。

そして、渋谷は、固有権説、伝來說、制度的保障説などの伝統的な学説に対してそれらに共通する問題点を以下のように指摘する。（この3説は、）「いずれも地方公共団体の地方統治権が国（中央政府）に由来するか、それとも初めから自らにあるか、という発想で理論を組み立てていることである。ところが、それが中央政府に由来するとしても、それでは中央政府から伝来する統治権につき、果たしてそもそも中央政府のもつ統治権は、さらにどこから正統性を附与されているのか、また本来統治権をもつとしても、それではその統治権は、さらに遡ってどこから正統性を附与されているのか、という点について説明していない」¹⁸¹。

日本国憲法前文に「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるもの」とある。実は、地方政府のもつ統治権と中央政府の持つ統治権は、近代立憲主義のベースにある社会契約説の考え方から言うと、どちらも人権保護手段として位置づけられている。なので、どちらも同じレベルの正統性をもってしまふ。現在の学説でも、中央政府の統治権は社会契約説に基づく正統化が通説¹⁸²であり、国民がその信託、契約ないし合同行為によって中央政府に統治権を附与したわけで、これは地方政府の場合にも当てはめる。憲法前文を根拠として考えれば、地方公共団体の正統性が当該地域の住民の信託によるものである。従って、地方政府の統治権は、「社会契約の地方バージョン」として捉えられればよい。実質的には住民からの信託、形式的には社会契約文書としての憲法から由来する地方公共団体の自治権は、その根拠を人権に求めるのではなく、住民の同意に求める¹⁸³。

さて、「制度的保障説は主権は不可分であるというフランス的な主権概念、あるいは国家を擬人化して国家意思の単一無矛盾性を前提とする国家法人説の呪縛から解放されていない。憲法が社会契約説をとった以上、地方公共団体の統治権も憲法制定という契約締結（または合同行為）によって、直接その地域住民から信託されたと解すべきである。このような考え方に対しては、憲法

¹⁷⁹ 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）729～730頁。

¹⁸⁰ 同上、730～731頁。

¹⁸¹ 渋谷「第92条」芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）478頁。

¹⁸² 長谷部恭男『憲法 第6版』（新世社、2014年）6頁以下。

¹⁸³ 高橋滋＝渋谷秀樹「対話で学ぶ行政法 地方自治」法学教室263号（2002年）160～161頁、〔渋谷発言〕参照。

には住民からの信託を示す条項がないのではないかという疑問が出されるかもしれない。しかし、この点については、95条を住民による信託を前提とする規定とみることができるのではないか。つまり、95条は、住民投票の過半数による同意を地方特別法の成立要件とするが、地方政府の長または議会の同意を要件と定めておらず、住民こそが地方政府の意思にも優位する地方の主権者であることを規定したものである。国権の最高機関たる国会の意思を表した法律に対してさえも、住民の同意の優位を要求する規定は、地方統治権の正統性は住民の同意にあるとする理論によってのみ基礎付けることができると解される」¹⁸⁴。

この社会契約説との関連で、「本旨」規定に親和的なように見られる「補完性原理」の根拠付けについて、渋谷は95条を持ち出して解釈を行う。「理論的には、人の集団を一般的に包括する団体における意思決定の優劣として、規模の小さい集団の意思決定の方が特別法的な意義をもち、より大きい集団の意思決定を一般法的なものとして、優先させるべきではないか。このように解すべき憲法上の根拠として、95条を挙げることができる。この規定は、国民全体の代表の意思たる法律すら、地域住民の意思との関係においては劣位に置かれることを明示しています。これは、まさに補完性の原則そのものをいわんとしているのではないか。都道府県の条例とそのなかの市町村の住民意思との関係も同様に考えられるわけです。実質論として考えても、統治団体はその規模が大きくなればなるほど利害関係は拡散し一般化していきます。ですから、生活に密着した公共サービスに関しては、より小規模の地域住民の意思を反映させるのがよい」¹⁸⁵というように憲法95条への理解を踏まえつつ、補完性原理の正統性の根拠づけを敷衍している。また、補完性原理は、「直観的にその配分先を理解できるものも確かにあるが、地方自治法自体が『重点的に』¹⁸⁶という相対的な概念をもって規定していることが示すように、事務の配分基準としては厳格なものとなっていない。ここで重要なのは、誰がそれを決めるか、という点である。権限の委譲ないし移譲という発想は、法律つまり中央政府の意思によって中央政府が処理すると定めていた事務を地方政府に移すというものであるが、それを誰が、どのような手続きで定めるか、ということこそがここでの中心課題のはずである。そう捉えることが、地方自治の本旨に含まれた、地方参政権と対中央政府独立性からみた発想である」¹⁸⁷。

以上のとおり、渋谷は、従来の国家伝來說や制度的保障説などと違って、「国家＝中央政府」という定式を否定し、「国家の中の中央政府と地方政府」というように認識するわけで、憲法前文の「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるもの」という社会契約説的な文言を引き出し、それが中央レベルにとどまらず、地方レベルにも及ぶように解釈している。従って、地方政府の統治権も

¹⁸⁴ 渋谷、前掲注179、732頁。

¹⁸⁵ 渋谷、前掲注183、161～162頁。

¹⁸⁶ 地方自治法1条の2第2項：「国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を重点的に……」

¹⁸⁷ 渋谷、前掲注179、751～752頁。

「社会契約の地方バージョン」として捉えられ、憲法制定という契約締結によって地域住民から地方公共団体に統治権が直接信託されたと説いている。しかし、この社会契約説に関して、「社会契約」に関して、大津浩の指摘がある。「歴史的には、社会契約論から複数の国民主権原理が生まれたことを忘れてはならない。革命期に各地の自治体で社会契約論に基づく住民自身の自治体政府形態選択権を宣言しながら、他方で国民代表制を導くナシオン主権を受け入れてしまったために、国会が画一的な地方制度を定めた結果これに逆らえなくなってしまうフランスの例から分かるように、単なる社会契約の論理だけでは足りないのであって、自治体政府形態選択権までもその論理に内在させた別の国民主権原理が不可欠なのである。しかし『社会契約』説の論者は、その国民主権の解説の箇所では特に地方自治権保障を導く論理を展開してはいない」¹⁸⁸ということである。この学説は、本章第7節で紹介する松下圭一の「機構信託論」から多少影響を受けているように思われる。

第6節 団体自治から住民自治へ

I 地方自治の本旨の「原意」

日本国憲法 92 条における地方自治の本旨の具体的内容の画定が地方自治の憲法論の中心的課題の一つである。本稿第一章で幅広く取り上げている 92 条解釈をめぐる諸説もこの課題と緊密にかかわっているのである。

住民自治と団体自治という捉え方が今日では圧倒的な支持を受けている。しかし、地方自治の本旨を全く単純にこの二つの要素に還元してしまっても抽象的であり、漠然性を禁じえない。実は、日本国憲法制定当時、第八章に直接手を入れた内閣法制局の官僚である佐藤達夫は、すでにこの二つの概念について次のように指摘していた。「第九二条の『地方自治の本旨』というものは、さきに述べたように、法的表現として必ずしも完璧とはいえないかもしれないけれども、これが、一般にいわれている団体自治と住民自治と、この二つを根幹としていることはおのずから明らかであると思う。すなわち、地方住民に身近な公同の事務は、これらの住民の意思に基づきその構成する組織を通じて自主的に処理される・ということが中心の観念を成すものといえよう。」¹⁸⁹（下線は筆者）。

ここで、「おのずから明らかである」という言葉は意味深いものであり、研究者の関心を引き寄せる。同様の表現は別の個所にも出てきている。「この章の起草については、最初の条文の表現方法にいちばん苦勞した。地方自治の基本精神を適確にあらわす方法はないものかということ、明治二一年の市制・町村制の上諭などを引っ張り出したりして、隣保協同の精神というような角度からの表現も考えたけれども、結局『地方自治の本旨』ということになった。その実体は自明のことであるという前提に立ったわけである。」¹⁹⁰（下線は筆者）。地方自治の本旨の内容について、それが「おのずから明らかである」あ

¹⁸⁸ 大津、前掲注 156、309 頁。

¹⁸⁹ 佐藤達夫「憲法第八章覚書—その成立の経過を中心として—」地方財務協会編『地方自治論文集』（1954 年）48 頁。

¹⁹⁰ 佐藤達夫、同上、40 頁。

るいは「自明のこと」として説かれるのは一体何であろうか。

辻山幸宣はこのような問題意識を持ち、戦前期における自治制度と学説を詳しく考察したうえ、佐藤達夫のいう「自明のこと」を明らかにしようと試みた。氏に言わせれば、「戦前期において『自明のこと』とされた内容を明らかにすることによって、『地方自治の本旨』の『不確定概念性』を克服することは可能であるか、もし可能だとしても、戦後改革における主権原理の転換は『自明のこと』とされた内容をも転換させずにはおかないのではないかというものである。」¹⁹¹辻山の研究によれば、戦前において「地方自治の本旨」に当たるものは、明治21年(1888年)に成立された市制町村制における「自治ノ本旨」であるが、直接その条文には盛り込まれていなかったもので、当時の各種解説書の分析を抽出して再構成するしかない¹⁹²。散見される要素をまとめて形作られた戦前における「自治ノ本旨」は、氏によれば以下の通りである。「(1) 地方行政は無給の名誉職を以て行わせる。(2) 団体の事務(公共事務)は団体自身の意思により処理される。(3) 市町村の法規制定権は代議機関に認められる。(4) 議事は公開される。(5) その他(イ) 市町村公民に選挙権・被選挙権を与える。(ロ) 府県税賦課の細目は市町村の議決による。(ハ) 公民たらざる住民は市町村長・助役に任ぜられない。(ニ) 強制予算権の濫用は本旨にもとる。(ホ) 議員中より議長を選ぶ。(ヘ) 市町村税を例外的財源とする。(ト) 会議規則の運用(制裁を含む)は議会によらしめる。(チ) 議員定数に満たさない議会の開会→長の専決に委ねるよりは少数でも開議する方が本旨に合致する。」¹⁹³ここで、「自治ノ本旨」が含意している内容は概ね団体自治に限られていることは明らかである。これに関して、「大正中期以降では、自治の問題をすでに佛国流団体自治として捉えることが定説化し、むしろ公共団体の権能と、国の監督という関係に局限して展開するのが一般化していた」¹⁹⁴と指摘される。なぜかという点、「本来の意義における自治」は「英国風ノ自治」(住民自治)と「大陸風ノ自治」(団体自治)との融合を意味するが、戦前期の日本において、住民自治の理念が「主権が天皇に存する明治憲法との原理的抵触が存した」ので、「人民がいかなる意味でも自治の主体となりえない」から、「自治ノ本旨」が団体自治の側面に過度に偏重した形で制度化されたのである¹⁹⁵。戦前期における自治学説(憲法学・行政法学)は、『本来の意義における自治』〔住民自治プラス団体自治—筆者注〕が当然に含んでいた観念を、明治憲法原理に拘束される解釈学〔団体自治の偏重=住民自治の軽視—筆者注〕が強引に換骨奪胎してきた歴史でもあった¹⁹⁶と指摘され、最後に「天皇主権のもとで『自治の主体』となりえなかった住民が、新しい憲法の下で『自治の主体』になったことの重みは、現在の地方自治制度においてよく体现されているだろう

¹⁹¹ 辻山幸宣「戦前期における『地方自治の本旨』—『自明のこと』とされた内容をめぐって—」法学新報 100 巻第 5・6 号加藤芳太郎先生古稀記念論文集(中央大学法学会、1994 年) 118 頁。

¹⁹² 同上、127~137 頁参照。

¹⁹³ 同上、133 頁。

¹⁹⁴ 辻山幸宣「戦前期における自治学説—『住民自治』『団体自治』の観念をめぐって—」法学新報 100 巻第 11・12 号大原光憲先生追悼論文集(中央大学法学会、1994 年) 393 頁。

¹⁹⁵ 同上、395 頁。

¹⁹⁶ 同上、386 頁。

か」¹⁹⁷と辻山は批判的に疑問を呈している。

II 戦後学説史から見る趨勢

以上紹介した戦後以降の主要学説を時系列で整理すれば、その系譜は以下のように表すことができる。

第一段階：林田説(1951)、柳瀬説(1952)、宮澤説(1955) 固有権説 vs 伝來說
第二段階：成田説(1964) 制度的保障説(通説)
第三段階：杉原説(1976)、手島説(1985) 人民主権説、新固有権説

より敷衍すれば、こうなる。まず、第一段階の1947～1950年代においては、林田をはじめとする固有権説は宮澤が代表した伝來說と対立することが伺える。そこでの議論の争点は新憲法における地方自治の価値の認識にあると思われる。第二段階の1960年代においては、通説である制度的保障説が有力なものとして登場し、前段階の論争に終止符を打ったと同時に、地方自治の憲法的価値の確立を示したことをも意味する。第三段階の1970年代以降においては、通説である制度的保障説への挑戦として、人民主権説と新固有権説が提唱され、それによって、地方自治の憲法的価値のさらなる充実が図られようとしてきたのである。

さらに、このような学説史の趨勢・特徴はそれぞれの時代における政治状況によって裏付けられていたことを推察できるだろう。

まず、戦後初期、GHQが主導する民主主義改革の時期(1945～1952年)¹⁹⁸において、日本国憲法の付属法律として地方自治法(1947年施行)が制定された。この時代は戦後日本の最も進歩的な時期と見られ、政治・経済および社会に関する多種多様な改革が大幅に行われていた。もっとも、日本政府としては外圧の下でやむを得ず旧体制との決別を余儀なくされた。林田の固有権説(1951年)はこのような背景の下で打ち出されたのである。この説の提唱者にとって、民主主義改革に応えるために地方自治の意義と存在価値を強調することが何よりの任務であった。それを通じてはじめて旧憲法体制下における法律範囲内の限定的、道具的な地方自治の考え方を駆逐し、人々を新憲法の観念体系の中に導き出すことになるだろう。

1952年以降¹⁹⁹、朝鮮戦争の膠着と冷戦の展開につれて、アメリカの東アジア政策に大きな転機が訪れた。日本は外因(米国政府)と内因(自国政府)の協力

¹⁹⁷ 同上、405～406頁。

¹⁹⁸ この時期における地方自治関係の法制度の状況について、小林武＝渡名喜庸安『憲法と地方自治』(法律文化社、2007年)36～45頁参照。なお、ここでの時期区分も同書を参照した。

¹⁹⁹ 前掲注198の著書の時期区分を参照。この時代は大体1952～1960年であるとされる。詳細は、同書45～50頁参照。

の下で保守反動の「逆コース」期に突入したのである。この時期において、おおよそすべての領域の改革が後退した。例えば、地方自治法改正に伴う東京都特別区長公選制の廃止(1952年)、保安隊と警備隊の自衛隊への改組(1954年)、新警察法の成立に伴う自治体警察制度の廃止(1954年)、教育委員の選出方式の公選制から任命制への転換(1956年)、第4次地方制度調査会答申における「地方制」²⁰⁰案の提唱(1957年)等々である。そして、逆コースの頂点は1960年の日米安保条約の改定になるだろう。柳瀬説(1952年)と宮澤説(1955年)²⁰¹はこのような時代背景の下で説かれたのである。この時代の保守政治の下、国全体が反動的方向に向かい、地方自治の直面する状況もいうまでもなく悪化する一方であった。伝来説は地方自治の根拠が国家権力に由来すると主張したが、当時の主唱者の主観的意図は別として、客観的な効果を見ればこの説は時代の政治状況(権力の集中)に迎合することになったといってもよいだろう。そのなかで、唯一伝来説に対抗し、日本国憲法第8章における地方自治の価値を代弁できたのは、固有権説であった。

1960年代²⁰²、岸信介内閣(1957～1960年)における安保闘争を経て、新安保条約が成立後の内閣総辞職に伴い、池田勇人内閣(1960～1964年)が生まれた。日本は高度経済成長期に入り、政治体制も相対的に安定した時期となる。制度的保障説(1964年)はこのような環境の中から生み出され、通説の地位を獲得するに至った。学説理論上の「妥協」は当時の政治力学の「妥協」とあいまって、両者ともにその時代の特徴を現しているといえよう。

1960年代中期から1970年代末期まで²⁰³、いわゆる「革新自治体」の時代が誕生した。高度経済成長の日本において、中央政府は産業を発展させるため、都市開発に力を入れたが、そのせいで深刻な環境汚染と公害問題も引き起こした。それと同時に、都市人口の膨張も環境悪化に拍車をかけた。それに対して、日本全国にわたって国が主導する開発政策に反対する住民運動が勃発し始めた。このような住民運動に同情と理解を示し、そして逆に住民から熱狂的な支持を受けた革新首長が全国において台頭していた。それらの革新首長は開発より福祉を重視するというスローガンを掲げて、住民の地方政治への参加も活発化してきたのである。以上の革新自治体の強い訴えに影響され、国のナショナル・ミニマム(最も典型的な分野は福祉政策)は質的に改善した。杉原は、まさにこのような時代背景の下で人民主権説(1976年)を提唱し、通説である制度的保障説が地方自治の核心領域しか守らないという弱点を克服しようとして、少しでも多く住民の意思と住民の切実な利益を反映させるような制度を実現するため、それらの諸要素を「地方自治の本旨」の解釈の中に吹き込む、とい

²⁰⁰ この案は中央集権の強化を目指し、当時の府県をすべて廃止し、基礎自治体である市町村と国の間に新たに「地方」という半官治的な機構(その首長は国の任命による)を設置することを提唱した。詳細は、自治大臣官房総務課編『地方制度調査会答申集(第1次～第13次)』(1970年)73～96頁参照。

²⁰¹ 1955年は自由民主党が結党する年にもなる(政治学者の升味準之輔の用語を借りれば、日本政治は「55年体制」の時代に入ったという)、この件は必然的に宮澤の学説との間に関連性があるとは限らないが、偶然ながらも意味深長だと思う。

²⁰² 前掲注198の著書の時期区分を参照。この時代は1960～1967年までとされる。詳細は、同書50～55頁参照。

²⁰³ 前掲注198の著書の時期区分を参照。この時代は1967～1979年までとされる。詳細は、同書55～65頁参照。

う試みを行おうとしたのではないか。

1979年の第二次オイルショックは資本主義諸国の経済に多大なダメージをもたらした²⁰⁴。日本も例外ではなく低成長の時代に入りました。中央政府は局面を打開するために「行政改革」の断行を決定した。レーガン、サッチャー政権と歩調を合わせ、日本でもいわゆる新自由主義経済の台頭を迎える時代となった。国は行政改革を口実にして財政負担を地方に転嫁しようとするのみならず、地方自治体に対して行政の「合理化」および「民間の力」を活用するように促した。その反面、革新自治体自体の住民運動はこの時代においてもなお残存しており、国の開発政策に反対するために、住民による直接民主主義的な政治参加の諸制度の法定化を求める声上がる。その結果、一部の地方公共団体の議会では条例制定を通じて住民投票制度が整備されるようになった。したがって、その意味において、手島の新固有権説(1985年)は杉原説の直面した時代状況と共通点を有することになる。彼の目的は杉原に類似するはずであり、住民自治という時代の要請に応えるために、制度的保障説が自ら画定した「核心領域」の限界を突破し、より充実した住民の権利利益を保障することを試みた。

以上から見るように、戦後以降の主要学説は戦後政治史との間で深い関連性をもつといってもよいだろう。表の第一段階は戦後民主主義の時代に対応し、第二段階は逆コースと安保闘争の時代に対応する。そして、第三段階は革新自治体と住民運動の時代に対応するといえるだろう。さらに、第一段階では、地方自治の憲法的保障の是非が焦点として議論され、第二段階では、団体自治の保障が確立され、第三段階では、住民自治の更なる保障がそれぞれの学説によって論じられていることが分かる。そのなかで、戦後の92条論は戦前の政治・理論状況をある程度継承(伝來說、通説=制度的保障説)することも窺える。

ところが、先ほど紹介した辻山の所論を念頭に置いた上で、以下のことが考えられる。住民自治と国民主権原理は本来ワン・セットのものであり、前者は後者の必然的要請であるように思われる。この点、本章で詳しく紹介した戦後の「本旨」の学説は、どうだろうか。その多くは、戦前の「自治ノ本旨」の考え方をそのまま用いているように思われる。すなわち、典型的には、戦前の議論と同じく団体自治の契機しか考慮に入れていない伝來說と制度的保障説は、その思考様式において、主権原理の転換を等閑に付す考え方といえるのである。これらの学説は、日本国憲法制定に伴う主権原理の転換を経た現在において重視されるべきである住民自治の契機を軽視しているから、採用しがたいものなのである²⁰⁵。以下で見る補完性原理説は、団体自治の契機とともに住民自治の契機の双方を取り入れ、かつ、それらの双方の契機を架橋する考え方なのであり、まさに日本国憲法の「地方自治の本旨」の具体的な指導理念として適切であるように思われるのである。

²⁰⁴ 前掲注198の著書の時期区分を参照。この時代は1979～1989年までとされる。詳細は、同書65～74頁参照。

²⁰⁵ この点につき、杉原泰雄は、成田頼明の制度的保障説を批判するとき、似たような発想を提示している。「憲法原理自体が転換している場合には、その方法は旧憲法原理になじむ過去の制度の本質内容を新憲法の内容とし、新憲法の内容を旧憲法のそれに矮小化することにもなりかねない。」詳細は、杉原泰雄「地方自治権の本質・2」法律時報48巻3号(1976年)90～91頁参照。

第7節 補完性原理説の提唱

I シャウプ勸告の「市町村優先原則」

新憲法と地方自治法の施行（1947年～）に伴って、徹底した民主主義および未曾有の地方分権制度が日本においてようやく定着し始めたとみられる。その風に乗って、1949年と1950年、アメリカのコロンビア大学経営学部教授シャウプ（C. S. Shoup）が率いた日本税制改革使節団は二回にわたり旧内務省（1947年12月に解体されたものの）に対して勸告を出したのである。

勸告の内容の検討の前に、戦前から戦後に至るまでの日本における「中央—地方」関係の基本的図式について若干紹介しなければならないと思われる。政治学者の天川晃の提唱した著名な「天川モデル」を借りて説明するのが理解しやすいであろう。天川の論説によれば²⁰⁶、「中央—地方」関係を考えるとき、二つの軸を区別して捉えることができる。第一の軸は、「中央政府との関係でみた地方団体の意思決定の自律性」を測定基準とし、これが「集権—分権」（centralization-decentralization）の軸と名付けられる。それに対し、第二の軸は、「中央政府と地方団体の行政機能の関係」を基準とし、これは「分離—融合」（separation-interfusion）の軸と考えられている。前者の軸に関して具体的にいえば、「地方団体がどれだけその地域の住民の意思に従って団体の意思を決定しうるのか」、または「いかなる地方団体も、その住民の意思を代表する機関をもっており、その意思に従って中央政府とは自主的に、ある範囲の意思決定を行なっている」のか否かを問われる軸である。そのうち、「地方団体とその住民に許された自主的な決定の範囲を狭く限定しよう」とするタイプを「集権型」と言い、反対に、自主的な決定範囲を拡大させようとするタイプが「分権型」と考えられる。一方、もう一つの軸の内容を敷衍してみれば、すなわち、地方団体が自治事務を自らの意思に従って執行することは論外とし、国の事務に関しては、「地方団体の区域のことであっても中央政府の機能は中央政府の機関が独自に分担する」というタイプを「分離型」とし、反対に、「中央政府の機能ではあっても地方団体の区域内のことであれば地方団体がその固有の行政機能とあわせて分担する」というタイプが「融合型」と考えられているのである。

以上のような二つの軸・四つのタイプを組み合わせると中央—地方関係について四種類のタイプが出てくる。「集権—分離」型、「集権—融合」型、「分権—分離」型と「分権—融合」型である。さらに、戦前の日本は「集権—融合」型、戦後種々の改革を経た日本は「分権—融合」型に該当すると天川氏は指摘している。戦前には、「内務省—府県」システムの下で、分権を進めようとする地方団体が厳しく指揮・監督され、集権的に内務省ないし中央政府に統制されていた。また、内務省は「融合型」行政の積極的推進者として「総合出先機関」である府県を通じて構築しようとした。こうして、「集権—融合」型の体系が敗戦まで続いてきたのである。戦後、とくに占領期におけるさまざ

²⁰⁶ 天川晃「広域行政と地方分権」ジュリスト増刊総合特集29（1983年）120～126頁参照。

まな民主改革を経て、旧来の「中央—地方」関係に微妙な変化が与えられた。内務省の解体および都道府県完全自治体化（公選知事制など）に伴って、地方「分権」が大きく進展したわけである。一方、機関委任事務をはじめとした「融合型」諸制度が温存されており、国による様々な形の監督はむしろ強化される一途を辿ってきた。こうして、戦後日本の「分権—融合」型システムが成立したのである。

それでは、シャープ勧告の内容に入ろう。当該勧告は総司令部の手で調査計画の実施や資料の収集まで行なわれたので、総司令部の問題意識もそこに反映されていると解される²⁰⁷。総司令部経済科学局から、ある大学人に宛てられた昭和24年4月25日付書翰はそれをよく説明できよう。

「ご承知のように、日本占領の主要目標の一つは、高度に独立で民主的な地方政府の樹立にあります。けれども、地方政府に適切な歳入確保の道を講じる問題は、未解決のままに残されております。この問題に正面から取り込んだ勧告を作成するためには、国、都道府県、市町村のあいだでの責任分配を検討することが必要かと思われまます。かように広範な問題の調査は、またとない機会を提供するばかりでなく、第一級の頭脳を必要とするのです。」²⁰⁸

シャープ勧告は主に日本の税制度の改善に関するものであって、そのなかに確立された三原則は今日でも多く引用されている。その原文は、以下の通りである。

「1 能う限りまたは実行できる限り、3段階の行政機関の事務は明確に区別して、1段階の行政機関には1つの特定の事務が専ら割り当てられるべきである。そうしたならば、その段階の行政機関は、その事務を遂行し且つ一般財源によってこれを賄うことについて全責任を負うことになるであろう。

2 それぞれの事務は、それを能率的に遂行するために、その規模、能力および財源によって準備の整っているいずれかの段階の行政機関に割り当てられるであろう。

3 地方自治のためにそれぞれの事務は適当な最低段階の行政機関に与えられるのであろう。市町村の適当に遂行できる事務は都道府県または国に与えられないという意味で、市町村には第1の優先権が与えられるであろう。第2には都道府県に優先権が与えられ、中央政府は地方の指揮下では有効に処理できない事務だけを引き受けることになるであろう。」（1949年8月27日）²⁰⁹

簡単にまとめれば、「行政責任明確化の原則」、「能率の原則」および「市町村優先の原則」である。その基本的考え方について、①勧告の根底には、国よりも地方を優先・尊重すべきであるという精神が横たわっていて、勧告の「市町村優先主義」は必ずしも「事務配分の原則」にとどまらず、「地方自治の理念」でもあった。②勧告の「市町村優先主義」の考え方は、それまでの日本の地方自治制度には見られない全く斬新なものであり、日本の地方自治関係者に新鮮な衝撃を与え、その共感を呼び、そしてその後の地方自治の発展に大きな影響を与えたのである。③しかし、勧告の根底にある「地方自治の理念」としての「市町村優先主義」は明確な文言（たとえば補完性原理など）で表現され

²⁰⁷ 中川剛『町内会・日本人の自治感覚』（中公新書、1980年）58頁参照。

²⁰⁸ 中川、同上、59頁。

²⁰⁹ 地方自治制度研究会編『地方分権推進ハンドブック 増補』（ぎょうせい、1995年）131頁。

ていないためか、その後、「地方自治の指導原理」としてではなく、あくまでも「事務配分の原則」に限定された形で理解・運用されてきたと論者が指摘している²¹⁰。

実は、第一の原則である「行政責任明確化の原則」は、まさにアメリカ型の「分権一分離」型の「州—地方」関係をモデルにして日本の「国—地方」関係を設計しようとした試みであった。しかし、諸般の事情で実現することに至らず、前述した「分権—融合」型の体制が確立されてきたのである。また、補完性原理との関連で、第三の原則は明示的に「The Principle of Subsidiarity」を掲げてはいないものの、補完性原理そのものを言っているのではないかと多くの論者が主張している。しかし、アメリカ流の「分権一分離」型の市町村優先原則はキリスト教典に起源を持つといわれるヨーロッパ流（主にドイツか）の「補完性原理」とそもそも同様なものなのかという懸念がある。やはり、アメリカ流の「市町村優先原則」を考察するとき、「行政責任明確化の原則」に基づいた「分権一分離」型「国—地方」関係およびホーム・ルール憲章制度をも踏まえながら検討しなければならないように思われる。

シャープ勧告の精神を受け、1949年12月26日に地方行政調査委員会が設置され、シャープ勧告の具体化作業に着手し始めることになる。翌年の1950年12月22日に、同会議によって「行政事務再配分に関する勧告」がまとめられた。いわゆる「神戸勧告」である。

まず、当該報告の序文において、勧告の目的が明らかにされた。すなわち、「シャープ使節団による勧告は、直接には、わが国における国及び地方をつうずる税制の改革のためになされたのであるが、根本的には、日本国憲法に定めている地方自治の原則を更に実質的に充実発展させる上に必要であると認められる一連の措置を勧告しているのである。憲法の定める地方自治の原則は、憲法の根本原則たる国民主権に基く民主的体制を地方行政の部面に採り入れるとともに、これによって国の民主的政治体制の基礎を培養しようとするものである。地方行政調査委員会設置法が、当会議の調査立案が『地方自治を充実強化して国政の民主化を推進するため』になされることを規定しているのは、当会議の立案する計画がこのような憲法を具体化するための改革案として考えられていることを明らかにしている。」²¹¹

また、「神戸勧告」は「シャープ勧告」の中で提示されている「三原則」を一般的指針とし、それに従って「国—地方」間の事務再配分を求めたのであり、具体的には以下のように述べている。「国と地方公共団体との間における事務配分の調整は、その事務の性質上当然国の処理すべき国の存立のために直接必要な事務を除き、地方公共団体の区域内の事務は、できる限り地方公共団体の事務とし、国は、地方公共団体においては有効に処理できない事務だけを行なうこととすべきである。」²¹²「シャープ勧告」の中の「市町村優先原則」を踏襲して再表現したものと理解できよう。さらに、府県と市町村の間についても言及している。「府県は、市町村に対し上級の地方公共団体たる地位にあるものではないが、その地域的範囲において市町村を包括する関係にあることに基き、

²¹⁰ 山内健生「グローバル化する『地方自治』(五) — 『サブシディアリティの原理』・その理念と現実」自治研究78巻6号(2002年)103~104頁参照。

²¹¹ 地方自治制度研究会編ハンドブック、前掲注209、135頁。

²¹² 同上、136~137頁。

国と市町村との間の連絡にあたり、市町村間の著しい不均衡の調整を行うことができるものとし、市町村に対する府県の関係は、地方公共団体に対する国の例に準ずる。」²¹³この二箇所の規定を総じて初めて、「シャープ勧告」の中の「市町村優先原則」に匹敵するものとなったのではないかと思われる。

II 補完性原理説の根拠と意義

(1) 従来学説の限界

地方自治権の根拠づけ論をめぐる憲法 92 条の解釈学説は様々存在するが、その理論はどこに出発点を置くかによって二種類に分けることができ、①**国家権力からの発想**、②**住民と基礎自治体からの発想**、ということになる。前者には、伝來說、制度的保障説などが該当し、後者には、固有権説、新固有権説、人民主権説などが該当する。

ここで、①**国家権力からの発想**に出発点を置く諸説の限界を指摘しておきたい。まず、宮澤の伝來說は、一時期の通説として、多く引用されていた。地方公共団体はいくら権限を持つとしても、やはり国家権力の枠内に置かなければならないとする、「国あっての地方公共団体」観であろう。地方自治は、結局民主主義を実行する一方式にすぎず、中央政府の民主化に伴って、地方自治の意義と価値は相対的に軽減する。さらに、地方公共団体には一切の固有権的なものを認めないから、地方自治法の中で規定されている一連の直接民主制的な制度も結局立法政策の問題にすぎず、解釈論からみれば、これらの制度を制限し、ひいては全廃しても、ただちに「地方自治の本旨」に違反することにはならないはずである。宮澤説と比べて、伝來說の一種と見られる柳瀬の保障否定説は当時既に数多くの憲法学者から批判された。この学説から出発すると、一連の直接民主主義的制度は無論、「地方自治の本旨」はすなわち「地方自治の存在理由」なので、その「存在理由」がなくなるときには、地方自治制度全般を否定し、すべてを官治行政にしても憲法違反ではないと説かれる。これは、まさに国家伝來說の究極的バージョンであろう。

制度的保障説も、伝來說（特に宮澤説）と同じような過ちを犯しているように思われる。要するに、①成田説のような地方自治の本質的内容の理解は「現在地方自治に加えられている攻撃を効果的に阻止しうる構造をもっていないこと」であり、「本質内容ぎりぎりの線まで自治についての規制を強化しても違憲ではないとする保障を与えることによって、地方自治を現状以上に大幅に制約する口実を与えるおそれがあるということである。」②「一連の直接民主主義的諸制度は、Normとしての『地方自治の本旨』の内容をなすものではないから、これらを廃止しても違憲問題は生じないとしていることである。」③「自治制度の歴史的伝統から現行の自治の本質的内容を決定しようとする方法は、ときには反憲法原理的にもなりかねない。憲法原理自体が転換している場合には、その方法は旧憲法原理になじむ過去の制度の本質的内容を新憲法の内容とし、新憲法の内容を旧憲法のそれに矮小化することにもなりかねない。」²¹⁴

²¹³ 同上、144 頁。

²¹⁴ 杉原、前掲注 205、90～91 頁

以上は、**国家権力からの発想**に出発点を置く諸説の限界だといわれ、その背後には共通した「自治観」が潜んでいるように思われる。それは、つまり、明治憲法から日本国憲法へと、主権原理が百八十度転換されてしまった事実が存在しているにもかかわらず、これらの学説はなお戦前のような天皇主権と高度な中央集権体制の下での自治観を変えてはいないということである。換言すれば、住民自治を軽視する戦前の自治学説をある程度継承しているのではないか。制度的保障説は多くの支持を受けた通説であるものの、少なくとも団体自治の偏重という点で失敗している。実は、伝來說と固有権説の対立に関しては、「憲法解釈における後見的地方自治観と自立的地方自治観の対立も、実は近代国家における伝來說と固有説という論争の日本的形態でもあった」²¹⁵という指摘があり、広義における伝來說（制度的保障説も含まれる）はその「保守性」がまさに戦前のような、明治憲法体制の下での「後見的地方自治観」から由来するのにはほかならないと思われる。

さらに敷衍していえば、こうなる。本章第6節で紹介した論説によれば、戦前では、住民自治と明治憲法の天皇主権原理とは根本的に相容れない緊張関係にあるがため、本来「住民自治+団体自治」であるべき「自治ノ本旨」の内容は限りのある団体自治に矮小化されてしまったことが分かる。しかし、日本国憲法が成立し、第8章が設けられたからといって、本来あるべき地方自治の内容が直ちに実現したわけではなかった。戦後の92条に関する学説史の趨勢を見る限りにおいては、憲法における主権原理の転換が地方自治の議論に即時的に影響を与えたと評するには相当無理があるといわざるを得ない。このことは、特に国家権力に地方自治の根拠を置く諸学説の隆盛からも明らかであろう。例えば、伝來說が一時期猛威を振原点て主流説となり、今日においても制度的保障説はなお優位に立つ通説として認められていることなどから推認できるのではないか。「団体自治から住民自治へ」という新憲法下の地方自治の理念上のテーゼは、理想とはかなり遠いように感じられる。要するに、明治憲法体制下における地方自治に対する道具的な思惟はいまだに根強く温存しており、「執拗低音」として日本国憲法の92条論にマイナスの影響を与え続けている。そのような影響を駆逐するためには、補完性原理の考え方に立脚して、議論を深めていくしかないように思われる。

(2) 根拠

さて、補完性原理は、言うまでもなく②**住民と基礎自治体からの発想**に根拠を置く（新固有権説や人民主権説のそれに近い）のであり、下から上への経路を通じて、国家主権に対する疑問と地方自治権の国家伝来という発想の根本的否定を示した概念である。その理論的前提と歴史的根拠は、1947年日本国憲法93条による地方公共団体の民主主義化（住民自治の契機）と1949年シャープ勧告による「市町村優先原則」に由来し、地方自治分野における戦後の「伝統」を如実に語っている。

けれども、補完性原理が成り立つためには、今一度主権理論を深く掘り下げる必要がある。ここで、『市民自治の憲法理論』を取り上げたい。『市民自治の憲法理論』は、政治学者の松下圭一が著した本である。1970年代の高度成長末期を舞台にして、工業化・都市化による経済・社会構造の変動という背景の下

²¹⁵ 辻清明『日本の地方自治』（岩波新書、1976年）92頁。

で、公害問題と直結した市民運動の勃発を契機にし、戦後日本の公法学と真正面から対決しようとした力作である。松下によって展開された下から上までの「市民主権」の思想と「分節主権」論は今日でも参考に値するが、特に補完性原理の基底にあるものを裏付けることができるのではないかと思われる。「松下ショック」²¹⁶とも呼ばれる当該議論は、憲法学にとって非常に有意義なものである。以下でその概要を整理しよう。

<1>現在(1970年代のこと)において、経済発展に伴う社会構造の変動が生じる中で、市民運動の台頭がみられる。このような流れの中、戦前から継承されている「国家統治の基本法」という憲法理論の空洞化も避けられなくなる。とくに、「憲法理論の理論構成の原型は、実体化された憲法制定権力としての国民主権から国家主権を構成し、この国家主権の発動たる国家統治の基本法として憲法を位置づけ、法段階によってふたたび国民にたいして下降する、という理論構成をとっている。ここでは国民はさらに国家統治の対象に墮する。」²¹⁷このような伝統的な憲法イメージを転換して、見直さなければならない。

<2>①国民主権の観念は、一般意思の観念を中核とし、それは、多様な国民個人の複数意思である。「一般意思は、今日では、小規模社会における『カシの木の下』の喝采ではありえず、億単位前後の国民社会規模で問題にされるかぎり、個人意思の多様性から出発しなければならない(全体意思と一般意思の対立)。とすれば、一般意思は所与ないし形而上学的実体ではありえず、個人意思の相互調整ないし制度統合を不可欠とする。この相互調整ないし制度統合における市民自治的決裁手続きが、まさに《憲法》なのである。とすれば、従来の憲法学にみられるように、憲法理論は国民主権から出発することはできない。」²¹⁸問題は、国民主権を階級主権あるいは人民主権に置き直しても、状況が変わらないというところにある。なぜかという、労働者階級の階層、職業、年齢、性別などを巡って、「かならず労働者階級内部の個人の利益や価値観の分化を内包するからである。」²¹⁹

②労働者階級内部における個人間の相互調整・制度統合こそが、憲法の課題であり、国民主権の問題点である。「この相互調整・制度統合の手続きをめぐって憲法原理が機能しえないならば、大衆民主政治状況においては、資本主義・社会主義を問わず、ファシズム・スターリニズムにみられるように、一般意思の代行主義としての、個人自由なき現代独裁が成立する(これがいわゆるルソー問題である。) 憲法理論は組織原理としての国民主権→一般意思ではなく、価値原理としての基本的人権→個人自由から出発しなければならない。」²²⁰

③「国民主権は、また通常、a 憲法以前の『憲法制定権力』から導出されるとともに、b 憲法以後においては『選挙』に制度化される。国民主権は、a においては『例外』であり、b においては『消滅』する。その結果、国民主権は

²¹⁶ 「松下ショック」に関して、曰く「既成憲法学の国家弁証論的“神学”性を剔抉し、それに対して、“国民主権の日常的活性化”めざす“市民自治=分節主権”を軸とした“憲法イメージ”→“憲法理論”のコペルニクス的な逆転再構成」。手島孝『憲法学の開拓線』(三省堂、1985年)274~275頁。

²¹⁷ 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波新書、1975年)151頁。

²¹⁸ 同上、158~159頁。

²¹⁹ 同上、159頁。

²²⁰ 同上、159頁。

国家主権へと代替してしまう。というよりも、国民主権は《国家統治》の正統原理に転化するのである。」²²¹しかし、国民主権が例外ではなく、そして解消しえないのであれば、日常的に発動されなければならない。「市民が、憲法原理にもとづく憲法構造の改革の主体であることは、まさに憲法制定権力の日常的発動ということが出来る。これが国民主権の〈市民主権〉化という視角である。」²²²

④「国民主権は、市民主権として『日常』的に『発動』しうるならば、憲法イメージについて憲法構造は、かならず上昇型の分節構造をもたなければならないであろう。これを国民主権の〈分節主権〉化と位置づけうる。」²²³この「分節主権」論に基づく「分節政治システム」は以下のようなになる。

- I 参政権（とくに言論・集会・結社の自由）
- II 社会分権（地域・職域・大衆組織、それに加えて教育・文化における自治）
- III 複数政党制（複数の政策・体制の選択可能性）
- IV 機構分権（1、地方分権 2、権力分立と議会の優位 3、法の支配）
- V 抵抗権（→革命権）

「憲法構造への市民のコミットは、この五レベルで分節されながら機能する。国民主権観念の伝統的構造をなしていた等質性・統一性は、かくして分節される。」²²⁴

⑤「市民主権は市民的人間型の全般的成熟という国民主権の『主体』の今日的特性を、分節主権は分節化された多様な制度的活力という国民主権の『機能』の今日的特性を、特徴づけた概念である。事実、ロックをふまえて、市民主権は民主主義の永久革命的性格を透視していたルソー、分節主権は中央における権力分立だけでなく社会内部への権力分散を提起したモンテスキューの現代的意義の再設定であり、憲法理論の古典的正統を継承するものである。この市民主権・分節主権は、レーニンのいう民主主義の『原始化』の要請に対応している。」²²⁵

< 3 > この市民主権・分節主権の理論は、地方自治の根拠づけにも投射する。「自治体は、市民自治機構として、市民によって独自に信託された政治責任をもっている」²²⁶のである。そして、「市民自治の視点にたつならば、憲法構造は、国→都道府県→市町村→住民という下降型ピラミッドに、置換しなければならないのみならず、分節構造をもたなければならない。立法権、行政権は、国に独占されるのではなく、市民が原初的にもち、基礎自治体＝市町村、広域自治体＝都道府県も、それぞれ国民主権の分節化による憲法機構として、自治立法権、自治行政権を、独自に市民から信託されて保持している」²²⁷とみられる。したがって、「『第四章国会』、『第五章内閣』は、国レベルの憲法機構を規定しているのであって、『第八章地方自治』は自治体レベルの憲法機構を規定

²²¹ 同上、159～160 頁。

²²² 同上、160 頁。

²²³ 同上、160～161 頁。

²²⁴ 同上、161 頁。

²²⁵ 同上、162 頁。

²²⁶ 同上、163 頁。

²²⁷ 同上、168～169 頁。

していると理解すべきである。そこには自治立法権（93、94条）、自治行政権（93、94条）がおかれており、国レベルと自治体レベルの制度的調整手続きが九二条の弾力性をもった『地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める』という条文の意味である。こうして、国レベルの立法・行政は、自治体レベルの独自の立法・行政の相互調整ないし戦略先導として位置づけられてくる。²²⁸さらに、分節主権論によれば、地方公共団体に自主司法権と自治解釈権まで持たせるべきだと主張される。

以上をまとめれば、こうなる。要するに、松下は、「憲法は、国家統治の基本法ではなく、市民自治の基本法である」²²⁹という立論から、「国民主権→国家法人→国家主権」という伝統的な理論図式を否定し、新たな「市民主権」・「分節主権」を提唱することによって「国家法人論」から脱出し、憲法前文で示しているような「機構信託論」に基づき憲法理論を再構築しようと主張している。古い理論で考えると、自治体はあくまでも国家の「下屬」機関にすぎず、個々の人民までも主体性を失った「機関」に墮落してしまうことが免れないのに対し、新たな社会契約説的な「機構信託論」に立つならば、以上のような不都合が一掃され、市民が主人公になる。「国→都道府県→市町村→市民」という下降型のピラミッドではなく、逆の「市民→市町村→都道府県→国」という上昇型の構造なのである。また、基礎自治体、広域自治体、国への「複数」の信託が構築されることによって、「分節主権」の原理に合致する。「機構信託論」を採ることで、国民と政治機構の二元的緊張関係が保持され、国民は政治機構を創出し、かつ、統制する。そこで、主権は日常的に発動できるようになり、革命の永続性が帰結するのである。

松下の理論は様々な批判²³⁰を受けていたが、『市民自治の憲法理論』の公表された時代を勘案してみれば、それは、まさに80年代初頭から憲法学界において盛り上がってきた地方自治の新固有権説の胎動を孕んだ母体²³¹の一つだと言えよう。さらに、彼の「機構信託論」は本章第5節で紹介した社会契約説（渋谷秀樹）にも一定の影響を与えたのではないと思われる。いずれにせよ、補完性原理の出発点としての、議論の根拠を置くところの**住民と基礎自治体からの発想**は、上記の松下理論（「分節主権論」と「機構信託論」）によってうまく裏付けられることができると思われる。

(3) 意義

さて、以上述べてきた「補完性原理説」の意義、あるいは存在理由は何処にあるのだろうか。

²²⁸ 同上、169頁。

²²⁹ 同上、186頁。

²³⁰ 例えば、杉原、前掲注205、91頁以下。ただ、松下の「憲法学攻撃」に対して、石川健治は法学者としての反省的なコメントを述べた。「異なるサブ・カルチャーからの批判に対してフェアな対応を行うのは、非常に難しい。とりわけ解釈戦略を共有することにより解釈共同体をなしている広義の法曹集団にとって、自らのディシプリンには固有の存在意義が認められるだけに、『それは法解釈論ではない』という冷淡な反応によって、他分野からの問題提起を遇することになりがちである。松下ショックの場合も、概ねそのような推移を辿り、いつしか過去の一エピソードと化した。」石川健治「執政・市民・自治」法律時報69巻6号（1997年）23～24頁。

²³¹ 本章で紹介した林田和博による固有権説は新固有権説の主な母体説だと思われる。

①民主主義の内在的要請

第一に、何よりもまず、補完性原理は民主主義の内在的要請であるといえるのである。

周知のとおり、「地方自治は民主政治の最善の学校」²³²という名言がある。

「小規模な自治体での民主政治は、人々の間に、互譲の精神や穏健な判断力を醸成し、能率的な事務処理の能力を鍛錬し、人物をその公約公言ではなく、実際の行為によって評価する習慣を形成する」²³³のであり、「与えられた権限について公共に対して責任を持つという原理を小規模な形で実際に経験することが、より大規模で広範囲にわたる問題についてもよりよく応用する能力を育てる」²³⁴と指摘される。確かに、小規模であってこそ、政治に対する住民の監視は現実的に実行しやすい。つまり、「人々が、統制する公務員が身近であればあるほど、より簡易・迅速に政治腐敗をもたらす害悪に手が届き、より早く確実に治癒がなされる」²³⁵のである。

また、身近な関心事についてこそ、民主主義は機能しやすい。小規模で選ばれた代表が日常的に処理している事務（例えば、ごみ処理、まちづくりなど）はもっぱら住民の関心事の大半を占めるが、これに対し、大規模で選ばれた代表、例えば国民代表（国会議員）たちが日常従事している事柄は、国民の生活にとっては縁遠く感じられる、外交、防衛に関するような事務であったり、そうでなくても即時あるいは短期的にその効果が見られないような事務（例えば、秘密保護法、大都市地域特別区設置法の採決など）であったりして、国民の関心を惹きつけにくい。換言すれば、住民の関心を惹きつけやすい事務は、すべて自治体が担うべきなのである。

一方、「参加」という角度から捉えれば、つまり、「コミュニティの規模が小さければメンバーはできるだけ多く発言でき、参加でき、全体の意向を聞いて物事を決定できる、そういったことを前提に民主主義が語られ、いわば古代ギリシャにおける都市国家のようなそこそこの大きさの規模が民主主義の単位だと考えられてきた」²³⁶のである。換言すれば、住民に身近なところにおいてこそ、代表民主制より直接民主主義的な諸制度が実施しやすいから、住民の自己決定権がよりよく貫徹できるはずである。まさにトクヴィルの言った通り、「他のあらゆる所においてと同様に共同体では、人民が社会力の源泉である。けれども、共同体におけるほどに人民がその権力を直接的に行使している所は、

²³² トクヴィルは、アメリカの州における政治を論じたとき、「自由な民族力が内在しているのは、共同体〔原語は commune＝住民に一番身近な地方団体―筆者注〕においてである。共同体的な諸制度対自由の関係は、小学校対科学の関係と同じようなものである。共同体的な諸制度は、自由を人民の手のとどくところにおくのである。……」と言っている。詳細は、アレクシス・ド・トクヴィル著、井伊玄太郎訳『アメリカの民主政治（上）』（講談社、1987年）125頁参照。

²³³ 長谷部恭男「地方自治と民主政治」地方自治 733号（2008年）3頁。

²³⁴ 同上、3頁。

²³⁵ 岡田順太「大阪都構想と地方政府の形態―地方自治の本旨と統治の効率性をめぐって―」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』（敬文堂、2013年）82頁。

²³⁶ 水口憲人「地方自治と民主主義」立命館大学人文科学研究所編『立命館土曜講座シリーズ 10 地方分権と国家への統合』（2001年）71頁。

他のどこにもない。」²³⁷

以上のように、「公権力への監視」、「身近な関心」および「住民の参加」という三つの角度から、順次に民主主義の内在的要請を論証した。このような要請に答えるには、事務・権限をできるだけ住民に身近な地方公共団体に優先的に配分することが必須のように思われる。

しかし、なぜ日本国憲法の下で特に補完性原理を重視しなければならないのかという問いは残されたままである。その解答は、やはり主権原理の転換に帰着すると思われる。明治憲法の下で、地方自治の存在理由は、「国政の基礎を強くするためには、地方自治制をまず確立すべし」というところにあり、「隣保団結ノ旧慣」を通じて「国内の人民各自自治の団結を為一政府之を統一して其機軸を執るは国家の基礎を鞏固にする所以なり」（市制町村制理由書）とされていた。ここで、地方自治の意義は民主的慣習の養成による民主主義の充実にあるのではなく、君主主権の近代国民国家の成立と発展に資する、一種の中央集権体制に対する補強的な道具たるどころにあると捉えられていたのである。このような政治環境の中で、仮に補完性原理が制度的に存在したとしても、それは適用範囲が極めて限定されたものであり、かつ、民主主義要素は不十分で、住民自治など観念し得ないであろう。一方、国民主権の原理が確立された日本国憲法の下で、個人の尊重が憲法の基本価値として位置づけられ、完全な補完性原理を実現するにあたっての政治的障害は一掃された。従って、補完性原理は基礎自治体から国までの一貫したものとして国民主権の原理と平仄が合っており、民主政治と民主主義精神を下から上まで完全に貫徹させるのに資することができる。それゆえ、日本国憲法の下では、明治憲法よりも補完性原理を主張する理由が十分あるように思われる。

日本国憲法の解釈から見ても既に紹介した社会契約説（渋谷）が言うとおりである。すなわち、人権保障の手段としての社会契約説に中央政府の統治権が根拠を持つように、地方政府レベルでも、このような類推適用が考えられ、日本国憲法前文の「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるもの」という文言は、地方レベルにおいて地方政府の自治権に正統性を与えるのであり、地域では、地域における国民（＝住民）の直接信託によって地方政府の統治が成り立つ。実質的には住民からの信託、形式的には社会契約文書としての憲法から由来する地方公共団体の自治権は、その根拠を人権に求めるのではなく、住民の同意を求める。これは、やはり民主主義の発想であり、各レベルにおける地方公共団体の対国家的正統性が完璧に裏付けられたのである。こうして、地方政府の正統性は中央政府に求められるのではなく、地方における住民に求められるのである。そして、一人の人間が日本国の国民である前にまず何らかの都道府県の住民であり、さらにそれよりまず何らかの市町村の住民であるから、このような重層的な民主主義の理念も当然内在的に補完性原理を要請するのではないかと思われる。

また、判例からも主権原理の転換と地方自治の重要性について見ることができよう。東京都の特別区の位置づけが問われた「渋谷区長選贈収賄事件」の一審（1962年）と最高裁判決（1963年）の中で、すでに次のように民主主義と地方自治の関係について示されていた。例えば、「憲法が旧憲法に存しなかった新たな地方自治の条章を設けるに至った所以は、民主政治確立のためその

²³⁷ トクヴィル、前掲注 232、127 頁。下線は筆者。

基礎として地方自治の重要性を認め、過去において犯された中央集権より由来する弊害を排除し、地方分権の徹底化、すなわち民主主義原理よりする地方に関することは地方民の自治に委すという団体自治、住民自治の精神を貫き、地方公共団体の完全なる発展を希求すること論を俟たない²³⁸。また、「憲法が特に一章を設けて地方自治を保障するにいたった所以のものは、新憲法の基調とする政治民主化の一環として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである²³⁹とされている。ここで、両判決ともに補完性原理に言及していないものの、主権原理の根本的な転換を積極的に主張し、戦前のように極めて制限された、憲法保障の無き地方自治制度への決別を宣言することによって、斬新で完全な地方自治の発展を謳っているのである。そのなかから、中央より「地方重視」ひいては「基礎自治体重視」の補完性原理の精神を読み取ることが可能であろう。

ところで、日本には、戦前のような高度的な中央集権国家の歴史があり、外見的な立憲主義体制と対になるものとして「外見的地方自治制度」（制限された市町村自治と官治の府県）が存在していた。戦後において、確かにすべての地方公共団体が完全自治体化されたが、地方における民主主義の実現と課題（住民自治のより一層の充実）を軽視してもよいというわけではない。地方における民主主義を考えると、補完性原理の観点是非常に有益だと思われる。補完性原理の消極的側面、つまり下位団体に対する上位団体の介入を制限する考え方は、地域における民主主義の貫徹に指針的な理念を提示しているのではないだろうか。

戦後の日本において、「憲法変われど行政法変わらず」と言われるように、機関委任事務制度をはじめとして、国・地方関係を「上下・主従」的に捉える旧観念が主権原理の転換とともに払拭されることができず、なお温存されてきた。今日において、第一次、第二次地方分権改革を経ても住民自治、団体自治どちらの到達度も十分ではないといわざるを得ない。補完性原理をはじめとして、『民主主義の学校』といわれる地方自治、そこでまだまだ多くのことを学ばなければならない²⁴⁰のであろう。

②個人の尊重の制度的補強

第二に、補完性原理は、個人の尊重の制度的補強であるといえる。

垂直的権力分立説の言うとおりに、個人と国家が対峙する近代の憲法構造において、中間に自治的な地域団体を組み込むことは、国家の肥大化を抑止し、国家が個人を全面的に捕捉することを阻止する機能を期待しうる。国家と地域的自治団体との間のチェック・アンド・バランスにより、個人の自由を護るという意味をもちうる。この議論が成り立つためには、住民に近ければ近いほど地方公共団体の範囲と権限が小さくなるので、国家に対抗することが一層難しくなるという点を考慮すると、弱いけれども、住民に身近な地方公共団体に国に対抗できる程度のより多くの権限を与えることも必要になる。

²³⁸ 東京地判昭和37年2月26日刑集17巻2号157頁。

²³⁹ 最大判昭和38年3月27日刑集17巻2号122頁。

²⁴⁰ 今関源成「地方自治の本旨 住民の参加と自治体の自由の保障」法学セミナー437号（1991年）50頁。

また、同説によれば、個人の自律的生にとって、そのアイデンティティの形成・維持はきわめて重要で、歴史的・文化的特徴を共有する地域共同体への帰属意識は個人のアイデンティティの重要な構成要素であり、「個人の尊重」はかかる地域的共同体の尊重を要求するとされる。明治憲法の構成原理と違って、日本国憲法の下において、基本的価値である「個人の尊重」が何よりも重視され、憲法典で掲げられている人権保障を通じてその実現を図るとというのが通常ルートであろう。しかし、人権保障だけで「個人の尊重」を貫徹できるかどうかについては、留保が必要なように思われる。なぜならば、人間は社会的・地縁的な動物であり、その生きている地盤と環境をも手厚く保障しない限り、結局間接的に個人として尊重されなくなるからである。

一方、手島孝によれば、さらに日本国憲法の全体構造さえも個人から出発した補完性原理の精神を暗示していると説かれ、国家といえども「侵すことのできない永久の権利」としての基本的人権の保障（11条・97条）そのものが、統治構造における個人価値の最優先（13条）、したがって個人生存についての個人の責任の第一義性を明らかに示しているが、次いで、そのような個人の社会的実存に不可欠な、より広規模・高能力的な諸需要につき、家族（24条）、そして地方公共団体（92条）という人間存在の本質に従った段階的社会形態に漸次補充的な自己責任的任務が課せられ、最後に国家が登場してそれらの手にも余る共同事務を担当し処理する（25条2項）、というのが憲法の想定する社会秩序である、とされるのである。すなわち、「個人→家族→国家」という段階的補完関係である。ここでは、むしろ明治憲法との比較においてこの議論の意義を理解した方がよいであろう。つまり、明治憲法は、「天皇→国家→個人」という「上から下へ」の、かつ憲法に地方自治条項の欠いた秩序を暗示しているのに対し、日本国憲法は、「個人→家族→地方公共団体→国家」のような「下から上へ」の秩序を暗示するのである。日本国憲法において、各レベルの地方公共団体は、完全に自治的なものとして認められ、憲法上の保障が与えられている。その意義は画期的だといえよう。新憲法の制定、特に第8章「地方自治」の条項があってはじめて、補完性原理が形成されてゆく契機ができたのである。

以上、総じて、民主主義の内在的要請と、個人の尊重の制度的補強という二つの側面から補完性原理の意義あるいは存在理由を論証した。併せて、日本国憲法における補完性原理の必要性も確認した。今一度強調したいのは、天皇主権から国民主権へと憲法の基本原理の転換を経験した日本にとって、補完性原理は独特な意義を持っているということである。その意義は、団体自治と住民自治の間の架橋的な役割に求めることができよう。戦後において学説上も制度上もなお戦前のような自治観が温存されている現状を打破するには、補完性原理は絶好の処方箋だと言ってよい。

Ⅲ 第8章における補完性原理の位置付け

先行研究において、補完性原理のことを、住民自治と団体自治に次ぐ、地方

自治の本旨の「第三の原則」と評する論考²⁴¹が存在する。しかし、それ以上の詳しい分析は行われていない。そのため、この点に関して、廣田の当該論点の基本的姿勢を継承した上で、補完性原理と憲法 92～95 条の諸条文との関係、あるいは第 8 章における補完性原理の位置付けを、より敷衍することを試みたい。

まず、補完性原理という法概念は憲法上の原則であって、それはいうまでもなく、憲法 92 条「地方自治の本旨」の中に内包されていると解すべきであろう。そして、住民自治を表している条文とよく言われる 93 条との関係を考えてみたい。補完性原理という法概念は、「住民に身近な団体」を予想しているが、本論文第 4 章でも触れるように、日本の文脈において、そこでいう「団体」は、1947 年 5 月 3 日に日本国憲法が施行された当時の、憲法 93 条が定めた住民自治・民主主義的契機を含んだ「地方公共団体」のことにほかならない、と考えられる。戦前のような住民自治が欠如し、団体自治も極めて不十分な、もっぱら天皇主権原理と中央集権主義による国家統制の目的に奉仕するための道具としての「地方自治」と決別し、民主主義の理念が貫徹し、住民による・住民のための地方統治像が構想され、その究極的な実現形態は住民自治によって語られている。そういう意味で、補完性原理は本来、その概念自体が依拠する土俵が予定されているのである。その土俵は、ほかでもなく、憲法 93 条が語る戦後民主主義の潮流の中に確認された住民自治の原理にほかならない。つまり、93 条が示す住民自治は補完性原理が機能するための理論的前提であるといってもよい。さらに、憲法 94 条は、地方公共団体の権能を表す条文であり、団体自治の原理を示唆するとされる。補完性原理は、文字通り住民に身近な団体に対する事務・権限配分上の優先権を強調しているが、94 条の文脈に置き換えれば、一言でいうと、地方を優先・尊重するという精神が横たわっているとみるべきである。その原点は、本節前款の先行研究が指摘したとおり、1949 年のシャープ勧告が提示した「市町村優先主義」そのものであり、事務・権限の配分にとどまらず、地方公共団体の自主立法および行財政をめぐる諸権限は国との関係において最大限に尊重・重視されるべく、「地方自治の理念」にほかならない。そのような意味において、憲法 94 条には補完性原理の原点（シャープ勧告の「市町村優先原則」）が隠されており、当該原理の歴史的根拠が示される条文にもなる。

また、95 条との関係と言え、渋谷秀樹の議論は非常に参照になる。本章ですでに紹介したとおり、「理論的には、人の集団を一般的に包括する団体における意思決定の優劣として、規模の小さい集団の意思決定の方が特別法的な意義をもち、より大きい集団の意思決定を一般法的なものとして、優先させるべきではないか。このように解すべき憲法上の根拠として、95 条を挙げることができる。この規定は、国民全体の代表の意思たる法律すら、地域住民の意思との関係においては劣位に置かれることを明示しています。これは、まさに補完性の原則そのものをいわんとしているのではないか。都道府県の条例とそのなかの市町村の住民意思との関係も同様に考えられるわけです。実質論として考えても、統治団体はその規模が大きくなればなるほど利害関係は拡散し一般化していきます。ですから、生活に密着した公共サービスに関しては、より小

²⁴¹ 廣田全男「事務配分論の再検討—憲法の視点から—」公法研究 62 号(2000 年)188 頁。

規模の地域住民の意思を反映させるのがよい」²⁴²ということになるだろう。

第8節 小括

本章は、憲法 92 条の解釈学説を、戦後の時系列に従って、その主要なものをまとめ、検討した。学説史の経緯を見れば、主要学説を三段階に分けることができ、そこに「団体自治から住民自治へ」という趨勢を見て取ることができる。第一段階は戦後民主主義の時代に対応し、第二段階は逆コースと安保闘争の時代に対応する。そして、第三段階は革新自治体と住民運動の時代に対応するといえるだろう。さらに、第一段階では、地方自治の憲法的保障の是非が焦点として議論され、第二段階では、団体自治の保障が確立され、第三段階では、住民自治の更なる保障がそれぞれの学説によって論じられていることが分かる。そのなかで、戦後の 92 条論は戦前の政治・理論状況のある程度継承(伝來說、通説=制度的保障説)していることも窺える。

本章は、以上の戦後学説の趨勢を念頭に置きながら、補完性原理を機軸とした議論を提起することを試みた。まず、1949 年のシャープ勧告における「市町村優先原則」を確認し、それを日本における補完性原理の原点とみなした。そして、憲法第 8 章における補完性原理の位置づけを論じた。まず、何よりも、補完性原理は、憲法 92 条「地方自治の本旨」の中に内包されていると解した。また、憲法 93 条が示す住民自治は補完性原理が機能するための理論的前提であり、憲法 94 条には補完性原理の原点(シャープ勧告の「市町村優先原則」)が隠されており、それを補完性原理の歴史的根拠が示される条文と位置づけた。また、憲法 95 条に関して、それは「国民全体の代表の意思たる法律すら、地域住民の意思との関係においては劣位に置かれること」を表明し、まさに補完性原理そのものを示す条文であると結論づけた。

最後に、本章は、地方自治権の根拠づけ論をめぐる憲法 92 条の解釈学説に関して、その理論はどこに出発点を置くかによって国家権力からの発想か住民と基礎自治体からの発想か、というように二分して理解した。その上で、国家権力に根拠を置く有力諸説(伝來說や制度的保障説など)を重点的に批判し、それぞれの限界を指摘した。そこで、補完性原理説の主権論的な根拠を、政治学者の松下圭一の理論を参照にして、いわゆる「分節主権論」と「機構信託論」によって裏付けて、その意義あるいは存在理由を民主主義の内在的要請および個人の尊重の制度的補強、という二つの側面を通じて論証した。

第三章 【制度】：日本における「補完性原理」

第三章では、制度面における日本の地方自治の状況を考察する。そのために、いわゆる日本型補完性原理とされる現行地方自治法 1 条の 2 という条文(国と地方との間の適切な役割分担の原則)に焦点を当てて、制定当時から現在に至るまでの受け止められ方をフォローし、さらにその原点を探っていく。日本型補完性原理は、もともとのヨーロッパの補完性原理とは距離があり、住民本位、自治体本位という憲法的視点が不足している。一方、その条文が作られたのと同時期に、在野の知識人が作成した草案においては、ヨーロッパの補完性原理に由来する自治体優先の原則が書き込まれており、こちらを高く評価したい。

²⁴² 高橋滋=渋谷秀樹「対話で学ぶ行政法 地方自治」法学教室 263 号(2002 年) 161～162 頁〔渋谷発言〕。

さらに、現状の条文に対して補完性原理を可能な限り解釈としては、磯部力による議論を評価したい。

第1節 第一次地方分権改革の評価

I 改革の一般的評価

(1) 改革の背景と流れ

戦後の民主化改革を経ても日本における「国—地方」関係は分権的どころか、機関委任事務の温存と拡大運用などによってなお集権的な傾向がみられる。政治学・行政学の分野においては、いわゆる天川晃のいう「分権—融合」型システムを想起したい²⁴³。西尾勝は、この天川モデルで提示された類型区分論に依拠しつつ、独自の仕方理解・改装した。つまり、「『国の事務』と分類される行政サービス提供業務が多ければ多いほど集権型、『自治体の事務』とされる行政サービス提供業務が多ければ多いほど分権型とし」、「そして、『国の事務』は国の諸機関が直接執行し、『自治体の事務』は自治体が直接執行するというように、国と自治体の任務の分担関係が整然と切り分けられている度合いが強ければ強いほど分離型、これとは逆に『国の事務』の執行をも自治体の任務にしている、国と自治体の任務分担が不明瞭な形態を融合型」とした²⁴⁴。このように、「国の事務」と「自治体の事務」が法制度上区分されることによって、西尾流の「集権融合型」地方制度論が提唱されている。ここで、なぜ西尾の提唱する類型が天川モデルの「分権融合型」と違って、「分権」ではなく「集権」であるかということ、おそらく分権改革前の地方公共団体において、「国の事務」である機関委任事務の量が「自治体の事務」である自治事務（団体事務）²⁴⁵に比べて圧倒的に多かったからではないかと思われる。このような深刻な状況に対し、何よりもまず、「先進諸国に類例を見ない日本独特の機関委任事務制度を全面廃止し、国と自治体の融合の度合を大幅に緩和すること」²⁴⁶が打ち出されたのである。

以上が、第一次分権改革の制度的背景だといえよう。一方、政治的な背景も潜在していたと見られる。1970年代の一時期において列島を席卷した勢いで革新自治体運動が勃発し、全国の都市圏を拠点に中央政府に対抗する図式が様々な形で構築されていた。対立は法制度上厳しく制限されており、結局のところ下火になってしまったにもかかわらず、かかる運動は日本における国—地方関係に対し、明治以来のそれとは完全に異なった、新たな可能性を提示したのである。また、1990年代の初頭、冷戦の終焉は「日本においても分権化を許

²⁴³ 詳細は、天川晃「広域行政と地方分権」ジュリスト増刊総合特集 29（1983年）120～126頁参照。

²⁴⁴ 西尾勝『地方分権改革』（東京大学出版会、2007年）10頁。

²⁴⁵ 従前の地方公共団体の事務区分については、概ね「機関委任事務」と「自治事務」（あるいは団体事務）に分けられていた。「自治事務」をさらに分類すると、「公共事務」（固有事務）、「団体委任事務」と「行政事務」に区別されると解されている。詳細は、宇賀克也『地方自治法概説〔第5版〕』（有斐閣、2013年）102～105頁参照。

²⁴⁶ 西尾、前掲注244、13頁。

容させる条件となった」²⁴⁷といわれる。さらに、1993年の自民党の野党転落に伴って、政界の勢力再編が継続することによって、地方分権の志向が与党にも生まれたのである²⁴⁸。「選挙において、有権者に対して中央政府から補助金を選挙区に誘導することを公約に掲げることができるのは、与党の候補者である。集権的な資金配分の仕組みは、国政レベルにおける与党にとって有利に働く。したがって、長期政権の見通しがあれば、与党の政治家には分権改革を本気で進める動機は生まれない。しかし、政権交代が頻繁に起これば、いつその仕組みがライバル政党の手に落ちるかわからないために、分権化の動機がその時の与党にも生まれる。その時点での野党も、次の選挙で与党となり、長期的に政権を維持する自信がないかぎり、集権的仕組みのメリットを独り占めできないから、分権化に反対することはない。」²⁴⁹このような状況は特に1993年以降から第一次地方分権改革を全面的に貫いて顕在化しつつある。2009年に民主党が政権を奪取した後の「地域主権改革」の動きも上記理論の好例であろう。

そこでまずは、第一次地方分権改革について概観してみることにする。1993年衆参両院で「地方分権の推進に関する決議」が可決され、同年の第三次行革審の最終答申では「規制緩和」と「地方分権」（いわゆる「官から民へ」、「国から地方へ」）の二本の柱が立てられた。非自民党大連立政権の細川護熙首相は当該答申の精神を踏まえ、翌年内に地方分権推進大綱を閣議決定し、次いで地方分権推進法案を国会に提出することを公約した。この公約を見た地方六団体は迅速に対応し、1993年12月に地方自治確立対策協議会を設立し、その下に地方分権推進委員会を設置した。1994年12月、地方分権推進大綱が閣議決定され、翌1995年に地方分権推進法案が国会に上程、可決される。その後、村山内閣は同年7月に同法に基づいて地方分権推進委員会を発足させた。5年の時限法である地方分権推進法に従って、地方分権推進委員会による勧告→政府による地方分権推進計画の作成→関係法令の改正というコースワークが最初から設定されていた。委員会には独立の事務局が設置されたが、その構成員はもっぱら総務庁・自治省・大蔵省の三制度官庁を中心にした官僚職員²⁵⁰であった。事務局内部による統一の意思形成がきわめて困難であることを承知したうえで、委員会は事務局主導の体制を排除し、委員会主導體制を確立させた²⁵¹。

地方分権推進法第11条1項によれば、「内閣総理大臣は、前条の勧告または意見を受けた時は、これを尊重しなければならない」としているから、「霞が関ルール」に従えば、地方分権勧告はそれぞれの利益に配慮した、それぞれが受け入れられる勧告でなければならない。ここで、改革側である委員会と被改革側である中央各省庁との斡旋・妥協が中心的位置に置かれることになるわけである。したがって、勧告をスムーズに受け入れさせるため、委員会は「グループ・ヒアリング」という方式をとって、各省庁・各部局ごとに時間をかけて

²⁴⁷ 真淵勝『行政学』（有斐閣、2012年）315頁。

²⁴⁸ 同上、315頁参照。

²⁴⁹ 同上、315頁。

²⁵⁰ 事務局の30人の構成員のうち、総務庁、自治省、大蔵省の三制度官庁からの者が15人を占め、残り半分は諸事業官庁（建設省、運輸省、厚生省、労働省など）や財界、労働界、それに自治体からのスタッフも派遣されたとされる。詳細は、西尾勝『自治・分権再考—地方自治を志す人たちに—』（ぎょうせい、2013年）64頁参照。

²⁵¹ 西尾、前掲注244、19～28頁参照。

「膝詰め交渉」の場で官僚たちを完全納得させるように努力していた。一方、委員会は地方六団体内部の分裂を避け、分権改革の勢力を結束・統合することを優先するため、当時大きく問題化していた「市町村合併」の議論をペンディングにし、いわゆる「受け皿論」を棚上げする方針を採用したのである。そして、1996年の12月、同委員会による第一次勧告がまとめられた。しかし、この勧告を受けた自民党の多数の国会議員は満足せず、機関委任事務の全面廃止に関して、「各省庁の官僚機構に異論がないのであれば、我々も反対しない」旨を伝えた一方、①「都道府県から市町村への事務権限のさらなる移譲」、②「市町村合併の促進方策を勧告すべきである」、③「首長の多選制限についても勧告すべきである」などを表明した。委員会はやむを得ず、翌1997年の第二次勧告で市町村合併を含めたものをまとめるに至った。いわく「平成の市町村合併」の由来である。なお、委員会はできるだけ地方六団体の要望を応えるように勧告を出す形をとっていたものの、地方公共団体から「住民自治の拡充に関する要望はほとんどなく、団体自治の拡充に関する要望ばかりだった。」さらに、団体自治の促進の枠内でも、「国の省庁による行政的な関与や補助金の使途に関する縛りの緩和」といったような「自由度拡充路線」と、「国から都道府県に、あるいは都道府県から市町村に事務権限を移譲」するような「所掌事務拡張路線」とが分けられているが、地方六団体はもっぱら前者（自由度拡充路線）に主たる関心を寄せた。こうして、委員会の勧告はいうまでもなく、団体自治の中の自治体の自由度拡充路線に関する改革案をそのまま提示したのである²⁵²。総計5回にわたる勧告（5回目は挫折した）が万難を経てようやく順次出されることになり、地方分権改革も実施の段階に入った。そして、当初設定された「委員会勧告—政府推進計画—関連法令改正」というコースワークに乗って、世紀末の1999年において、「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（地方分権一括法）が成立し、この国の政治・行政システムに画期的影響を与えることになる。

(2) 改革の成果と限界

地方六団体、委員会、そして中央各省庁、これら三者のほか、政界、財界、労働界、産業界などの諸勢力も加わり、「地方分権の大合唱」が行われたのである。明治維新、戦後改革に次ぐ「第三の改革」と呼ばれるこの第一次地方分権改革に関して、成果とともに限界も指摘されている。まずその成果を確認していきたい。

第一次地方分権改革の方向性は、「行政的関与の縮小と、司法的関与および立法的関与の強化」²⁵³にあると見られている。具体的に言えば²⁵⁴、①機関委任事務制度の全面廃止。これによって従来の機関委任事務が四類型に振り分けられた。a) この機会に事務そのものを廃止するもの b) 国の直接執行事務に引き上げるもの c) 自治体の法定受託事務にするもの d) 自治体の自治事務にするもの。新たな構成としての法定受託事務と自治事務が、いずれも自治体の事務として位置づけられている。機関委任事務制度の全面廃止によって、従来、自治体の条例制定権は国の事務である機関委任事務に及ばなかったのに対し、改

²⁵² 西尾、前掲注 250、65～69 頁、前掲注 244、23～49 頁参照。

²⁵³ 田村達久『地方分権改革の法学分析』（敬文堂、2007 年）7 頁。

²⁵⁴ 西尾、前掲注 244、57～93 頁参照。

革後は自治体の事務全般に及ぶようになり、著しく自治立法権が拡大した。それに加えて、自治体の法令解釈の余地も拡大した。自治事務にかかわる「通達・通知」は一括法に基づく新地方自治法によってその法的拘束力が失われ、「技術的な助言」にとどまることになった。②関与の定型化・ルールと係争処理制度の創設。まず、国の「関与」の一般原則として、a) 法定主義の原則 b) 一般法主義の原則 c) 公正・透明の原則、の三原則がすでに委員会の第一次勧告で掲げられていたのであり、法定受託事務および自治事務についてそれぞれに対する「国の関与の類型」も限定された。そして、第二次勧告で、c) の公正・透明原則を具体化する「国の関与の手続き」のルールを勧告した。さらに、第四次勧告で、国の関与をめぐる「国地方間の係争処理制度」の創設を勧告した。これは、後に良く知られることになる「国地方係争処理委員会」のことである。③必置規則の緩和。この成果によって地方公共団体の自治組織権はある程度拡大された。④国庫補助負担金の整理合理化と地方税財源の充実確保。地方税財政制度の改革は第一次分権改革においてきわめて限定的にすぎず、大きな課題が残されたものの、やはりある程度地方公共団体の自主財政権が増進されたとみられる²⁵⁵。地方公共団体の独自の権能に対応させれば①と②は自主行政権、③は自主組織権、④は自主財政権ととらえることができる。自主行政権の拡大が今次地方分権改革の主眼とされたことを踏まえれば、機関委任事務の廃止をはじめとして、大きな成果をあげたと言えよう。

一方、成果とともに、様々な限界（あるいは課題）が「未完の分権改革」として当事者には認識されていた²⁵⁶。それは、①地方税財源の充実確保。第一次地方分権改革はもっぱら行政面の改革にとどまっており、財政面の改革は未完である（のちの「三位一体の改革」はまさにこの延長線の上に置かれている）。②法令等による義務づけ・枠づけの緩和。つまり、通達・通知の法的拘束力が剥奪されたとしても、日本の法令（法律・政令・省令）は執行手段の細部まで基準を設置しておくきらいがあり、規制密度があまりにも厳格に過ぎ、自治体に裁量の余地を与えかねる現状にある。③国から自治体への事務権限の移譲。前にも述べたとおり、第一次地方分権改革は「自由度拡充路線」に偏重し、「所掌事務拡張路線」は重視されていなかったのである。④地方自治制度の再編成＝受け皿論。これはまた、自治体の能力の問題にかかわり、さらに市町村合併や道州制論につながる。⑤住民自治の拡充。第一次地方分権改革は団体自治の拡充を主眼とし、住民自治に関心を払わなかった。⑥地方自治の本旨の具体化。「今次改革の意義は、行政の各領域における活動を個別具体的に規律する個別法の内容を検証し、さらには、その運用を調査し検討してはじめて、その精確な評価・判断が可能となる……したがって、今次改革が『地方自治の本旨』を真の意味で実質化するものとなる」との見方が示されている²⁵⁷。

²⁵⁵ たとえば、法定外普通税の創設の許可制を国との合意を要する事前協議制に改めた。また、地方債発行の許可制を事前協議制に改められたことなど。

²⁵⁶ 西尾、前掲注 250、78～83 頁参照。なお、同旨の記述については、西尾、前掲注 244、113～119 頁。

²⁵⁷ 田村、前掲注 263、10～11 頁。

II 本当に分権したか

(1) 人見剛による批判

人見剛は、一般的によく指摘されてきた分権改革の限界、つまり、「団体自治の改革の偏重、住民自治の改革の欠落」について、それは、「地方分権推進計画では、『地方議会の活性化』、『住民参加の拡大・多様化』、『公正の確保と透明性の向上』について、地方自治法の改正につながるような具体的に踏み込んだ記述がみられないからである」²⁵⁸と原因を指摘した。それに加えて、地方自治法(1999年改正前のもの)自体について、「地方自治すなわち地方自治体の自治権を保障するというよりも、むしろ自治体を拘束し、縛り付けるものとなっている面が少なくない」²⁵⁹と述べたうえ、「国から独立した統治主体である自治体の組織や活動を国が法律によって定めることが、自治の本旨に反する」²⁶⁰と批判した。このような批判は、「機能的に機関委任事務に限りなく近い法定受託事務は、約四割の割合を占める」²⁶¹新地方自治法に対しても当てはまるだろう。つまり戦後の日本の地方自治法と地方自治関連諸法律によって築き上げられ、温存されてきた日本の地方自治法および地方自治関連諸法律がともに築き上げてきた高度な規制密度を持つ国による指揮・監督体制自体が批判されるべきなのである。

(2) 白藤博行による批判

以上の人見の見解に接して、白藤博行は、より本質的に第一次地方分権改革の内在的問題性を指摘した。白藤は、地方分権推進委員会の勧告の用語の中から「憲法」や「地方自治」などの文言を見つからないことを不思議に思い、委員会の中心的人物・行政学者の西尾勝の議論²⁶²を引き合いに出して分析する。西尾の観点を白藤が整理して言い換えれば、つまり、「92条から95条を見てみる。どこに中身があるのだ」。「92条に辛うじて地方自治の本旨というものがあるけれども、そんなものは一般的で抽象的な不確定概念にすぎない」とし、「ヨーロッパ地方自治憲章」や「世界地方自治宣言」等における地方自治に関する「人類普遍の原理」＝グローバル・スタンダードにはるかに及ばないものである、というものである。92条の具体的内容を不明確だと捉えるのであれば、分権改革のときに問題にされてきた事務の再配分の原則問題、関与の法治主義の問題や税財源配分の原則問題などに関して、すべて「分権推進委員会が分権改革で地方自治法を改正してあげて創設してあげたじゃないか」という論理に帰着する。白藤は、このような言説に反感を隠さず、憲法92条である地方自治の本旨の中身はまさに解釈論を通じて今まで「かなりの議論を積み重ねて内容を充てんしてきた」とし、そのような意味で、西尾の「92条空洞論」は成り立つ余地がなく、地方自治の本旨の内容は「グローバル・スタンダードにはるかに及ばない」という論断も無根拠である。白藤は、西尾の議論はほかで

²⁵⁸ 人見剛「地方自治法の改正と地方自治基本法」月刊自治研41巻472号(1999年)35頁。

²⁵⁹ 同上、35頁。

²⁶⁰ 同上。

²⁶¹ 同上。

²⁶² 西尾勝「地方分権」ジュリスト1192号(2001年)204～209頁。

もなく「憲法論抜きの地方分権改革論」にすぎない、と厳しく批判した²⁶³。

III まとめ

人見は、地方自治法を中心とした地方自治に関する法体系の全体に疑問を抱き、第一次地方分権改革の限界を指摘したのに対して、白藤は憲法論の視点の欠如という主張をして、この改革の指導理念に不信感を語った。両氏による批判は、従来の分権改革に対する評価(特に当事者の西尾勝による評価)とは一線を画して、国に与えられている枠(地方自治法および地方自治関連諸法律)を突破し、その埒外で何かを求めようとすることに特徴を持つと言えよう。

そこで両氏に求められたものはいったいなんだろうか。後に紹介する地方自治基本法案における「自治体優先の原則」を読めば、その解答を見つけることができるだろう²⁶⁴。

第2節 憲法の視点を欠く地方自治法1条の2—役割分担原則

I 改革当時の理解

(1) 地方分権推進法および地方分権推進委員会第一次勧告

第一次地方分権改革によって、日本における「国—地方」関係をめぐって、従来の「上下・主従」関係から新たな「対等・協力」関係に改められたといわれる。このことは、地方自治法1条の2という条文を通じて集中的に表現されている。この条文は、地方分権改革の指導理念・基本精神を示すものである。

第一条の二 地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、**地域における行政を自主的かつ総合的に実施する**役割を広く担うものとする。

○2 国は、前項の規定の趣旨を達成するため、国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施その他の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って、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。

(太字筆者)

この条文は、いわゆる国と地方における適切な「役割分担」の原則とされている。その元となるものは、第一次分権改革当時の関連資料に遡ることができ

²⁶³ 白藤博行「憲法の視座のない地方分権」住民と自治 465号(2002年)23頁。

²⁶⁴ 偶然ではないと思うが、1997～1998年に地方自治総合研究所と全日本自治団体労働組合が主催した自治基本法研究会において、人見剛(当時東京都立大学助教授)と白藤博行(当時専修大学教授)は同時にワーキンググループのメンバーとして地方自治基本法案の起草に携わっていた。後掲注41、98頁を参照。

る。1994年の「地方分権の推進に関する大綱方針」（平成6年12月25日閣議決定）である。そこでは、地方分権の推進に関する基本理念について、「国と地方公共団体とは国民福祉の増進という共通の目的に向かって相互に協力する関係にあることを踏まえつつ、地方公共団体の自主性・自立性を高め、個性豊かで活力に満ちた地域社会の実現を図るため、国及び地方公共団体が担うべき役割を明確にし、**住民に身近な行政は住民に身近な地方公共団体において処理すること**を基本として、地方分権を推進する。」²⁶⁵（太字筆者）と述べられている。

この大綱方針を受け、1995年に成立した地方分権推進法（平成7年5月19日法律第96号）の第2条（地方分権の推進に関する基本理念）は大綱方針の理念をほぼ変わりなく踏襲した。

「第2条 地方分権の推進は、国と地方公共団体とが共通の目的である国民福祉の増進に向かって相互に協力する関係にあることを踏まえつつ、各般の行政を展開する上で国及び地方公共団体が分担すべき役割を明確にし、地方公共団体の自主性及び自立性を高め、個性豊かで活力に満ちた地域社会の実現を図ることを基本として行われるものとする。」²⁶⁶

さらに、同法の第4条（国と地方公共団体との役割分担）は、明示的に機能分担あるいは「役割分担」原則を提示した。

第4条 地方分権の推進は、国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を**重点的に担い、地方公共団体においては住民に身近な行政は住民に身近な地方公共団体において処理する**との観点から**地域における行政の自主的かつ総合的な実施の役割**を広く担うべきことを旨として、行われるものとする。²⁶⁷
（太字筆者）

地方分権推進委員会は、1996年に第一次勧告を提出した。そのなかで、最初に打ち出されたのは、まさに地方分権推進法第4条を受けての「国と地方の役割分担の基本的考え方」というものである。

国と地方の役割分担の原則

(1) 国が担うべき事務

1. 国際社会における国家としての存立にかかわる事務
2. 全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動又は地方自治に関する基本的準則に関する事務
3. 全国的規模・視点で行わなければならない施策及び事業（ナショナルミニマムの維持・達成、全国的規模・視点からの根幹的社會資本整備等に関わる基本的な事項に限る。）

²⁶⁵ 地方自治制度研究会編『地方分権推進ハンドブック〔増補〕』（ぎょうせい、1995年）、53頁。

²⁶⁶ 同上、57頁。

²⁶⁷ 同上、58頁。

などを重点的に担う。

(2) 地方公共団体の担う事務

地方公共団体は、**地域における行政を自主的かつ総合的に**広く担う。

(太字筆者)

(2) 地方自治法 1 条の 2 の解釈

元自治事務次官の松本英昭は、役割分担原則と地方自治の本旨という二つの概念には共通する部分があり、前者は後者に内包される部分があるとしつつ、「両者が完全に重なり合うものでもない」と唱えた²⁶⁸。そして、国と地方の役割分担原則はあくまでも国会に対する立法原則であり、「憲法に定めがない限り法律相互間の効力についての一般原則以外に法律の効力について優劣はないから、このような原則を踏まえない立法が行われる可能性は否定できない」と主張する²⁶⁹。

さらに、松本による地方自治法の逐条解釈書には、この条文に関する詳しい説明がある。ここでは最も注目すべき解釈を二つ挙げたい。第一は、「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」という文言は、「地域において行政が担うべき分野の事務を、住民に身近な行政という観点から積極的に地方公共団体にゆだねるということであり、これにより地方公共団体の役割の拡大と充実を図ろうとするものである。また、『国が本来果たすべき役割』に係る事務であっても、国民の利便性又は**事務処理の効率性**の観点から、あるいは**地方公共団体の総合行政の成果**が得られるよう、地方公共団体にゆだねてよい、又はゆだねるべきといえるものがあり、そのようなものも『住民に身近な行政』としてできる限り地方公共団体にゆだねるべきであるということである。」(太字筆者)²⁷⁰ここで明らかになるのは、地方公共団体が「総合行政主体」であることが求められるということである。後にも述べるが、このような要請はかえって国からの干渉を招きがちであり、本来の憲法上の地方自治の理念に違反するし、真の補完性原理の概念にも矛盾する。

第二は、「適切な役割分担」とは、「できる限り地方公共団体に配分されるべきであるという事務の配分にのみ関わるものではなく、地方公共団体に配分された事務の処理については国の地方公共団体に対する関与等もできる限り小さなものとするべきであるという国の関与等のあり方も示すものである。」²⁷¹ここで、あらかじめ「地方公共団体に配分された事務の処理」という行為に対して国からの関与が前提として設定されたことは、疑問視されるべきだろう。

²⁶⁸ 松本英昭『要説 地方自治法〔第九次改訂版〕—新地方自治制度の全容—』(ぎょうせい、2015年)105頁。

²⁶⁹ 松本、同上、105頁。また、西尾勝も松本と認識を共有し、役割分担原則があまりにも不明確な法概念なので、具体的な基準が見出されない限り、それを「解釈原則」として捉えるべきではなく、あくまでも指針的な「立法原則」と見るべきだとして、さらに、憲法改正によってこの原則を書き込まないと実効性を持ちえない、と主張する。西尾勝「〔特別講演・西尾勝氏 地方分権を語る〕地方分権改革 20年と政策法務への期待(下)」自治実務セミナー635号(2015年)18頁。

²⁷⁰ 松本英昭『新版 逐条地方自治法<第7次改訂版>』(学陽書房、2013年)16頁。

²⁷¹ 松本、同上、17頁。

II 国地方係争処理委員会

(1) 制度の基本的枠組み

次に第一次地方分権改革の大きな成果である国地方係争処理委員会について見る。その基本的な仕組みは以下のようになっている。

- < 1 > 国地方係争処理委員会は総務省に置かれる常設機関である。
- < 2 > その処理する対象は、地方公共団体に対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および公権力の行使にあたる行為であり、国の不作為と協議も審査対象とされる。助言と勧告は審査の対象とならない。
- < 3 > 審査の申出は地方公共団体の執行機関によってなされ、申出期間も規定されている。
- < 4 > 委員会は審査の結果に対して、自治事務の場合は、当該国の関与が違法でなく、かつ、地方公共団体の自主性と自立性を尊重する観点から不当でないと認定する際、その旨を当該地方公共団体の執行機関に通知し、これを公表し、逆に国の関与が違法または不当であると認定する際は、国の行政庁に対して必要な措置を講ずるように勧告する。また、法定受託事務の場合は、委員会は、国の関与が違法でないと認定する際、その旨を地方公共団体の執行機関に通知し、これを公表し、逆に違法であると認定する際は、国の行政庁に対して必要な措置を講ずるように勧告する。
- < 5 > 国の不作為と協議不調の場合においても、委員会は勧告と審査結果の通知をする。
- < 6 > 勧告を受けた側は勧告の内容にしたがって必要な措置を講ずる。
- < 7 > 委員会は職権による調停の手続をとることもできる²⁷²。

ただし、ここで特に注意しなければならないのは、この委員会による勧告には法的拘束力がないことと、地方公共団体の側からしか審査の申出をすることができないこと、である。

(2) 期待される機能

国地方係争処理委員会という新設制度は、第一次地方分権改革の誇るべき成果であると見られてきた。この制度は、上述した地方自治法1条の2(2000年改正により新設)が提示した国と地方の「適切な役割分担の原則」に依拠したうえで、国による関与の法定主義を掲げ、両者の間に紛争が生じる際、国による関与から地方公共団体を救済するとともに、紛争を解決するための方策である。

つまり、国と地方公共団体との間に紛争が生じた場合、「行政部内の公平・中立な第三者機関の判断によって簡易・迅速にこれを処理し、行政内部において解決しない場合、違法に係るものは、裁判所の司法判断によって解決を図るものであり、対等・協力を基本とする国と地方公共団体……にふさわしい合理的な係争処理の仕組みとして」係争処理制度が設けられ、また、「このような制度の導入により、国または都道府県の関与の慎重を期し」、「その適正を制度

²⁷² 塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』(有斐閣、2012年)248～249頁。

的に保障する」²⁷³ことになる。司法による解決に前置する(審査・申出前置主義)委員会の紛争解決機能が期待された。

Ⅲ 役割分担原則の受け止め方²⁷⁴

(1) 2001年地方分権推進委員会最終報告

その歴史的使命を終えた地方分権推進委員会は、1995年成立(5年任期：1995～2000、1年延長：2000～2001)以来行われてきた改革の成果と課題を「最終報告」(地方分権推進委員会最終報告—分権型社会の創造：その道筋—/2001年6月14日)という形でまとめた。主な構成²⁷⁵は、はじめに、第1章「第1次分権改革を回顧して」、第2章「第1次分権改革の完全実施を求めて」、第3章「第2次分権改革の始動に向けて」、第4章「分権改革の更なる飛躍を展望して」、おわりに等からなっている。そのなかで、特に第4章のⅣ「事務事業の移譲」の箇所は、「補完性原理」という文言そのものを提示している。

ヨーロッパ先進諸国に普及しつつある『補完性(subsidiarity)の原理』を参考にしながら、市区町村、都道府県、国の相互間の事務事業の分担関係を見直し、事務事業の移譲を更に推進することである。……第1次分権改革では事務事業の移譲方策の側面ではあまり大きな成果を上げられなかった。しかしながら、ヨーロッパ評議会が制定したヨーロッパ地方自治憲章や国際自治体連合(IULA)がその世界大会で決議した世界地方自治宣言では、事務事業を政府間で分担するに際しては、まず基礎自治体を最優先し、ついで広域自治体を優先し、国は広域自治体でも担うにふさわしくない事務事業のみを担うものとするという『補完性の原理』の考え方が謳われている。わが国の事務事業の分担関係をこの『補完性の原理』に照らして再点検してみれば、国から都道府県へ、都道府県から市区町村へ移譲した方がふさわしい事務事業がまだまだ少なからず存在している一方、これまではともかく今後は、市区町村から都道府県へ、都道府県から国へ移譲した方が状況変化に適合している事務事業も存在しているのではないかと思われる。分権改革というと、事務事業の地域住民に身近なレベルへの移譲にのみ目を向けがちであるが、分権改革の真の目的は**事務事業の分担関係を適正化することにあるのである**。²⁷⁶

(太字筆者)

ここでの「補完性原理」(かつヨーロッパ流のそれ)に対する言及は、政府

²⁷³ 松本英昭、前掲注268、675頁。

²⁷⁴ 本款では、時代の流れの手掛かりとして、国立国会図書館専門調査員の矢部明宏氏の先行研究を大きく参照した。詳細は、矢部明宏「地方分権の指導理念としての『補完性原理』」レファレンス(2012年)14～15頁。なお、西尾勝、前掲244(『自治分権再考』)、262～266頁における「地方自治・地方分権関連略年表」をも若干参照しながら調べた。

²⁷⁵ URL：<http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/archive-index.html> (最終アクセス：2018年2月4日)参照。なお、各章の中の節までの詳しい目次について、同ウェブサイトを参照。

²⁷⁶ URL：<http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/archive-index.html> (最終アクセス：2018年2月4日)＝地方分権推進委員会最終報告—分権型社会の創造：その道筋—。

の各種審議会の公式報告書の中での初出事例であったといわれている。ヨーロッパ流の「補完性原理」が明示的に言及されてはいるものの、無条件的な接近ではなく、むしろ独自に「理解」・「翻訳」することで補完性原理の原像とある程度の距離感を持たせている。その理解によれば、「事務事業の分担関係の適正化」は、おそらく「国—地方」間における一種の協力・協働的な、適切な「役割分担」システムの構築こそが地方分権改革の目的として位置づけられているように思われるのである。すなわち、「都道府県の方がよければ都道府県、国が担うべきであれば国が担うべきである。そうした意味で、補完性の原理が、国と地方の間での役割を地方へ移すというのではなく、役割を適したものの間で配分する、それが適正化であるという使い方をしている」²⁷⁷。

(2) 2001～2002年地方分権改革推進会議の報告

2001年6月29日、地方分権推進委員会の後継機関として、地方分権改革推進会議（3年期間）が閣議決定で設置された。平成13年（2001年）12月12日、同会議による「中間論点整理」という報告の中で、「国と地方の役割分担」について、シャープ勧告、神戸勧告から新地方自治法（2000）実施までの歴史を回顧しつつ、いわば日本版といえる「補完性原理」を以下のように理解している。

今後の事務事業の見直しに当たっては、個別行政分野ごとに、地方自治法の定めた原則に沿って、基礎的自治体を最優先する補完性原理を踏まえ、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体に委ねるとともに、国が担う役割はできる限り重点化する方向で、国と地方の役割分担の明確化を図り、その役割分担に応じて事務事業の在り方を見直していかなければならない……このためには、i) それぞれの個別行政分野ごとに現状における国と地方の役割分担とその基本的考え方の明確化を図り、ii) その上で、補完性の原理に立って、国の役割として国が行う事業が本当に国でなければできないものであるか、国の関与が必要不可欠のものかどうかを厳格に点検し、iii) その国の役割や関与の必要性に合理性がないと考えられる場合には地方の自主性に全面的に委ねる、ことを原則として作業に当たって行くべきである。このような観点に立って、分権型社会の実現に向けて、国から地方公共団体へ、都道府県から市町村へ事務事業・権限の移譲、地方公共団体の事務事業に対する国の法令等による義務付け、枠付けの在り方を再検討することが必要である。その際、国と地方公共団体の関係のみならず、都道府県と市町村の役割分担についてもその明確化が図られなければならない²⁷⁸。

また、平成14年（2002年）6月17日の同会議による「中間報告」では、「補完性原理」に関して重ねて述べられている。

事務事業を分担する場合には、まず基礎的な自治体を、次いで広域自治体を優先し、広域自治体も担うに適していない事務のみを国が担うべきであるという『補完性の原理』に基

²⁷⁷ URL : <http://www8.cao.go.jp/bunken/h14/018/gaiyo.html>（最終アクセス：2017年5月26日〔2018年2月4日現在リンク切れ〕）＝第18回地方分権改革推進会議・第18回小委員会議事概要（速報版）。

²⁷⁸ URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/archive-index.html>（最終アクセス：2018年2月4日）＝地方分権改革推進会議「中間論点整理」、3～5頁参照。

づいて、それぞれの事務に適したレベルの地方公共団体ないし国がその事務を担うことを原則とすべき」でありながら、「既に多くの事務を担っている我が国の都道府県、市町村の場合、特に行政課題の広域化と専門化が進んでいる今日では、地方分権推進委員会が示唆しているように、市町村で担いきれない事務については都道府県あるいは国へ移譲するなど、それぞれの事務の性質に応じて担い手としてふさわしいレベルの地方公共団体や国へ事務権限を配分すること、すなわち、役割分担を適正化することが望ましい²⁷⁹。

このように述べて、地方分権推進委員会の最終報告（2001）の精神に同調している。さらに、平成14年（2002年）10月30日の同会議による意見書にも、「補完性原理」が再度打ち出された。国と地方の明確な役割分担は、「それぞれの性質に応じて担い手として最もふさわしいレベルの地方公共団体や国に事務権限を配分するという原則、すなわち『補完性の原理』に基づいて役割分担を適正化することによって、地方の役割とされた事務については、地方が自主的・自立的に最適の形態でそれを実施できるようにすべきである」²⁸⁰と重ねて強調された。

（3）2003年第27次地方制度調査会答申

同答申では、「今後の我が国における行政は、国と地方の役割分担に係る『補完性の原理』の考え方にに基づき、『基礎自治体優先の原則』をこれまで以上に実現していくことが必要である。このためには、今後の基礎自治体は、住民に最も身近な総合的な行政主体として、これまで以上に自立性の高い行政主体となることが必要であり、……一般的には、**基礎自治体の規模・能力**はさらに充実強化することが望ましい。基礎自治体に対しては引き続き国として積極的な事務や権限の移譲を進めるべきである。都道府県も、条例による事務処理の特例の活用等により、規模・能力に応じて事務や権限を移譲するなど、可能な限り基礎自治体が住民に身近な事務を処理することができるようにしていくべきであり、少なくとも、福祉や教育、まちづくりなど住民に身近な事務については、原則として基礎自治体で処理できる体制を構築する必要がある。」²⁸¹（太字筆者）と述べられている。

なお、当該答申の中では、分権型社会の構築を目指すため、地域の「自己決定」と「自己責任」の原則も打ち出されたのである。実は多くの論者に批判されているように、このような考え方は、EU流の「補完性原理」の両面性（積極的側面と消極的側面）の角度から見れば、消極的な側面だけで良しとしてしまうきらいがあり、結局国は地方公共団体ひいては住民に対して補完も援助も何も行わず、それぞれの地方公共団体の「自己責任」として放任しておくことになることに注意しなければならない。

²⁷⁹ URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/archive-index.html>（最終アクセス：2018年2月4日）＝地方分権改革推進会議「事務事業の在り方に関する中間報告」7頁参照。

²⁸⁰ URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/021030iken.pdf>（最終アクセス：2018年2月4日）＝地方分権改革推進会議「事務・事業の在り方に関する意見―自主・自立の地域社会をめざして―」、3頁。

²⁸¹ URL : <http://www.pref.tokushima.jp/docs/2013021400245/files/031113toushin.pdf>（最終アクセス：2018年2月4日）＝第27次地方制度調査会「今後の地方自治制度のあり方に関する答申」。

まとめると、ここでは、住民に身近な統治団体である代わりに、「総合的な行政主体」という限定修飾語によって枠づけられ、国本位の立場から、自治体の規模・能力(「受け皿」)を要求し、統治の利便性と効率性、経済性を要請することがこの答申からはうかがえるのである。この段階において、ヨーロッパの「補完性原理」は、いわゆる新自由主義的構造改革の一環(時期的にも小泉政権にあたる)として歪められた形でその意味を捉えられ、イデオロギー性が内包されるようになったのではないかと考えられる。

(4) 2006年の地方分権改革推進法

平成18年(2006年)12月15日、三年間の限時法として地方分権改革推進法(平成18年法律第111号)が成立した。同法の第二章「地方分権改革の推進に関する基本方針」の内、第5条で、国一地方の役割分担について以下のように規定されている。

第五条 国は、国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施その他の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、行政の各分野において地方公共団体との間で適切に役割を分担することとなるよう、地方公共団体への権限の移譲を推進するとともに、地方公共団体に対する事務の処理又はその方法の義務付け及び地方自治法(昭和二十二年法律第六十七号)第二百四十五条に規定する普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与の整理及び合理化その他所要の措置を講ずるものとする。²⁸²

ここでは、直接には「補完性原理」という文言に言及しているわけではないが、そこにある「役割分担原則」は第一次地方分権改革直後に制定された地方自治法1条の2に対する極めて官僚的な解釈(松本英昭)と大差ないだろう。

(5) 2008年地方分権改革推進委員会の勧告

上述の地方分権改革推進法の第四章で、「地方分権改革推進委員会」(第9条～第18条)について規定しており、それにしたがって同委員会が2007年に設置された。同委員会は2010年に廃止されるまでに四回の勧告を出した。第一次勧告(2008年5月28日)において、役割分担原則については、次のように述べられている。

国と地方、広域自治体と基礎自治体の役割分担において、基礎自治体に事務事業を優先的に配分し、**地域における総合的な行政の実施の役割を担わせることは、地方自治の基本原則である**。規模や能力の異なる基礎自治体が総合的な行政を担うことができるよう、広域連合の形成や周辺自治体又は広域自治体による補完など、総合性を担保するための制度の充実をはかる²⁸³。

²⁸² URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/category01/archive-h.html>
(最終アクセス : 2018年2月4日) = 地方分権改革推進法(平成18年法律第111号)条文。

²⁸³ URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/080528torimatome1.pdf> (最終ア

(太字筆者)

また、広域自治体と基礎自治体の役割分担について、「補完性原理」の文言が引き合いに出された。

基礎自治体に事務事業を優先的に配分する『補完性・近接性』の原理は、地方自治制度の基本原則（『基礎自治体優先の原則』）である。住民の意向の的確な反映、住民の利便性の向上、地域の活性化等の観点から、住民に身近な行政は、できる限り、より住民に身近な地方自治体たる市町村が担うことが望ましい。『補完性・近接性』の原理にしたがい、地域における事務は基本的に基礎自治体である市町村が処理し、都道府県は、市町村を包括する広域自治体として、広域にわたるもの、市町村に関する連絡調整に関するもの、その規模又は能力において市町村が処理することが適当でないものを処理することとする。²⁸⁴

ここでは、確かに「補完性原理」がもっともらしく述べられてはいるものの、その前提を確認すれば、住民自治でも地方自治の本旨でもない、「地域における総合的な行政の実施」が「地方自治の基本原則」と位置付けられている。これも、国本位の地方自治観に基づいた考え方に他ならない。

(6) 2010年地域主権戦略大綱閣議決定

2009年8月の衆院選で、民主党が単独で過半数を獲得したことにより政権交代が行われた。民主党政権のもとでも分権改革は続けられ、新たな「地域主権戦略大綱」は平成22年（2010年）6月22日に閣議決定される。「大綱」では、まず「地域主権改革」の定義について、「日本国憲法の理念の下に、住民に身近な行政は、地方公共団体が**自主的かつ総合的**に広く担うようにするとともに、地域住民が自らの判断と責任において地域の諸課題に取り組むことができるようにするための改革である」（太字筆者）と定め、「地域主権」という理念は、「日本国憲法が定める『地方自治の本旨』や、国と地方の役割分担に係る『補完性の原則』の考え方と相まって、『国民主権』の内容を豊かにする方向性を示すものである」としている。また、地域主権改革の目指す国の形として、「国と地方の役割分担に係る『補完性の原則』に基づき、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、基礎自治体が広く事務事業を担い、基礎自治体が担えない事務事業は広域自治体が担い、国は、広域自治体が担えない事務事業を担うことにより、その本来果たすべき役割を重点的に担っていく。そのなかでも、住民により身近な基礎自治体を重視し、基礎自治体を地域における行政の中心的な役割を担うものと位置付ける。これを基本とし、国と地方公共団体は、行政の各分野において適切に役割を分担するとともに、地方公共団体の自由度を拡大し、自主性及び自立性を高めていく。」と説かれた。そして、基礎自治体への権限移譲について、「都道府県と市町村の間の事務配分を『補完性の原則』に基づいて見直しを行い、可能な限り多くの行政事務を住民に最も身近な基礎自治体が広く担うこととする。」と唱えた。さらに、国の出先機関の改革について、その原則廃止が示され、改革の理念と

クセス：2018年2月4日）＝地方分権改革推進委員会「第1次勧告～生活者の視点に立つ『地方政府』の確立～」、6頁。

²⁸⁴ URL：同上、9頁。

して、「住民に身近な行政はできる限り地方自治体にゆだねるという『補完性の原則』の下、①国民・住民にとっての国・地方の役割分担の最適化、②国と地方を通じた政策展開や行政運営の最適化・効率化、③ガバナンスの確保の三つの観点を踏まえ、国と地方の役割分担の見直しを行い、……地域における行政を地方自治体が自主的かつより総合的に実施できるようにする」としている²⁸⁵。

この大綱は、地方分権改革推進委員会の勧告にある程度影響を受けていると見られる。というのも、「補完性原理」の文言を何度も明示しているにもかかわらず、それに対する理解は今までの「適切な役割分担」原則という捉え方とほとんど変わっていないように思われるからである。なお、平成23年4月28日に成立した「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」（平成23年法律第37号）（第1次一括法）と、平成23年8月26日に成立した「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」（平成23年法律第105号）（第2次一括法）は、いずれも直接には「補完性の原則」という文言を盛り込んでいないのである。

残念ながら、民主党政権下においても、前の時代との連続がみられ、行政事務の処理における地方公共団体の「総合的主体性」が求められているのである。

(7) 2012年自由民主党憲法改正草案

2012年自由民主党憲法改正草案における地方自治条項は、以下の通りである。

第八章 地方自治

(地方自治の本旨)

第九十二条 地方自治は、住民の参画を基本とし、**住民に身近な行政を自主的、自立的かつ総合的に実施すること**を旨として行う。

2 住民は、その属する地方自治体の役務の提供を等しく受ける権利を有し、その**負担を公平に分担する義務**を負う。

(地方自治体の種類、国及び地方自治体の協力等)

第九十三条 地方自治体は、基礎地方自治体及びこれを包括する広域地方自治体とすることを基本とし、その種類は、法律で定める。

2 地方自治体の組織及び運営に関する基本的事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律で定める。

3 国及び地方自治体は、**法律の定める役割分担を踏まえ、協力しなければならない**。地方自治体は、相互に協力しなければならない。

²⁸⁵ URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/ayumi/chiiki-shuken/doc/100622taiko01.pdf> (最終アクセス:2018年2月4日) = 「地域主権戦略大綱」閣議決定、1~7頁参照。また、2012年11月30日の「地域主権推進大綱」閣議決定においても、「地域主権戦略大綱」の精神が踏襲され、「補完性原理」に関する言及もそれに同調している。詳細は、URL : <http://www.cao.go.jp/bunken-suishin/ayumi/chiiki-shuken/doc/121130taiko01.pdf> (最終アクセス:2018年2月4日) を参照。

(太字筆者)

ここにもみられるとおり、自民党改憲草案における地方自治の内容を点検すれば、一見、より詳細で充実した中身が盛り込まれたように見えるが、住民に身近な「行政」、「自主的、自立的かつ総合的に」などの限定修飾語が周到に付されており、国本位の総合行政主体論が下敷きになっていることは明らかである。しかも、住民の自治体に対する「負担」と「義務」、地方自治体の国に対する「協力」義務が定められており、住民自治の理念を執念深く減殺しようと試みていると言えるだろう。

(8) 2016年おおさか維新の会憲法改正原案

一時期国会におけるいわゆる第三極として存在感を放っていた維新の党も、度重なる内紛により、2016年当時、勢力は縮小しつつあった。それでも、大阪都構想を掲げた維新の会は、独自の改憲案を発表している。改憲案の中の、地方自治に関する内容は以下である。

第八章 地域主権

〔二層制〕

第九十二条 自治体は、基礎自治体及びこれを包括する広域自治体としての道州とする。

〔地域主権の本旨〕

第九十三条 自治体の組織及び運営については、地域における立法及び行政が住民の意思に基づいて行われるとの住民自治の原則及び国から独立した団体自らの意思と責任の下でなされるとの団体自治の原則を旨とする。

② 国、道州及び基礎自治体の役割分担は、**住民に身近な行政はできる限り身近な主体が担うとの補完性の原則**に基づくものとする。国は、**国家としての存立に関わる事務その他の国が本来果たすべき役割を担うものとし、それ以外の事務は自治体が担うことを基本とする。**

(太字筆者)

この地方自治の章はおおさか維新の会の雄大な抱負を如実に語っている。注目すべきは、ここで「補完性の原則」が書き込まれていることだが、これもやはり住民に身近な「行政」という修飾語によって枠づけられている。しかも、いきなり「道州」という「広域自治体」が国と基礎自治体の間に創出されており、むしろ自治体広域化論や道州制を下敷きとした議論となっているのではないかと指摘できるだろう。都道府県や市町村を憲法上の存在として保障するのではなく、国の統治の利便性および行政の効率性や経済性のための議論になっていることが推察できよう。

第3節 役割分担原則の本質

I 憲法論なき第一次地方分権改革

条文の主語は「国」あるいは、「国と地方の協力」というような、国中心で自治体不在の役割分担論が第一次地方分権改革当時から提唱されてきた。

白藤博行が批判したように、行政学者・西尾勝の理解、参画した第一次地方分権改革は「憲法論抜きに分権改革」にはかならない。このような立場に沿った地方自治論・地方分権論は結局のところ政府のイデオロギー(新自由主義構造改革、行政効率論、総合行政主体論など)に汲み上げられていき、国主導の「分権」の単なる道具に墮落するしかない。

憲法論をおろそかにした分権改革がもたらしたのは、道具化された地方自治法1条の2=役割分担原則である。

II 制度運用の実態

2000年の地方自治法改正から2017年現在まで、国地方係争処理委員会が処理した事例は3件²⁸⁶しかない。僅かながら、それらをまとめることにしよう。

(1) 横浜市勝馬投票券発売税に対する総務大臣の不同意に係る審査²⁸⁷

²⁸⁶ 実は、同じ事件につき、沖縄県が現在まで総計2回国地方係争処理委員会に審査の申出をしている。直近の申出に関しては後で紹介するが、1回目は、沖縄防衛局長が申し立てた執行停止申立てにより国土交通大臣がした執行停止決定に対して、国地方係争処理委員会に提出した審査の申出であった。結果的に、委員会は国がした執行停止決定が「関与」に当たらないとして、県の申出を却下した(=国地方係争処理委員会平成27年12月28日決定)。本稿では、同じく辺野古問題に属す当該却下された事例を数えないことにする。なお、その決定の本文は以下の総務省ホームページからダウンロードできる。

URL : http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02gyosei01_03000246.html (最終アクセス:2018年2月4日)。当該決定に関する評釈が1本ある。人見剛「最新判例演習室 行政法 国の機関が行った審査請求に係る大臣の執行停止決定の『関与』該当性: 辺野古公有水面埋立承認取消処分事件[国地方係争処理委員会平成27.12.28決定]」法学セミナー61巻7号、121頁(2016年)を参照。

²⁸⁷ 国地方係争処理委員会平成13年7月24日勧告(判時1765号26頁、判タ1073号128頁)。本件勧告に関する評釈は行政法と税法の領域に集中している。例えば、以下の文献を挙げることができる。島田恵司「横浜市・勝馬投票券発売税に関する国地方係争の経過と勧告—自治事務への関与の視点から」Monthly Review of Local Government 27巻10号、22~52頁(2001年); 人見剛「国地方係争処理委員会の始動—横浜市勝馬投票券発売税不同意事件に関する勧告を素材に(特集 第2次地方分権改革へ向けて)」ジュリスト1214号、28~35頁(2001年); 村上裕章「国地方係争処理委員会と自治紛争処理委員—その法的地位を中心として(特集 地方分権時代の課税自主権行使に役立つ租税法理論と法令解釈のすべて)」税57巻2号、118~127頁(2002年); 岡村忠生「最新判例批評(74)勝馬投票券発売税の新設に同意しなかった総務大臣に対して、国地方係争処理委員会が協議の再開を勧告した事例(国地方係争処理委員会平成13.7.24勧告)」判例時報1791号、167~178頁(2002年); 浅妻章如「行政判例研究(472)762 地方公共団体に対する国の関与に関する審査申出事件—横浜市の勝馬投票券発売税(馬券税)に関する国地方

【経緯】

平成12年12月14日に横浜市議会が可決した、勝馬投票券発売税を新設するための横浜市市税条例の一部を改正する条例案では、勝馬投票券発売所における勝馬投票券の発売者に対し、勝馬投票券の発売額から、払戻金等に市内の発売割合を乗じた額を控除した額を課税標準とし、5%の税率を設定していた。

横浜市は、同年12月21日に、総務大臣に対し、地方税法669条の規定に基づき、勝馬投票券発売税の新設に係る協議の申し出を行い、総務省は平成13年3月30日に、同法671条に基づいて不同意とした。横浜市長はこれを不服として、国地方係争処理委員会に対して、審査の申出を行った。

【争点と当事者の主張】

国地方係争処理委員会が当事者の主張から判断した争点は以下の4点にわたる。

1. 地方公共団体の協議の申出に対する国の同意の性格

横浜市側は、地方分権一括法によって改正された地方税法については、地方公共団体が自主財源を確保できるようにするために、法定外普通税が許可制から同意制に改められ、また、地方税法671条のいう三つの消極事由、すなわち、「国税又は他の地方税と課税標準を同じくし、かつ、住民の負担が著しく過重となること」、「地方団体間における物の流通に重大な障害を与えること」、「国の経済施策に照らして適当でないこと」については、例外を定めたものであり、原則は同意であるとした。一方、総務大臣側は、法定外税制度が同意を要するとしたのは、自治体の課税自主権を尊重しつつも、国の経済政策との調和を図ることが引き続き必要であるという趣旨であると解釈し、改正前と実質的には変化がないことを強調する。

2. 同意の基準の必要性、基準のあり方

横浜市側は、地方自治法250条の2において、総務大臣の自治体に対する関与の公正・透明性を確保するために、判断基準を定め、原則として公表すること、基準をできる限り具体的なものとすることが求められていることを持ち出し、「国の経済施策に照らして適当でないこと」という基準の不明確さから考えれば、より具体的な基準を設定しなければならないとする。しかし、総務省の通知では、地方税法以上の詳細な基準はないとした。一方、総務大臣側は、あらゆる法定外税の新設について具体的な処理基準をあらかじめ示すことは困難であって、基準の設定や例示などは、課税自主権を尊重する立場からしても不適切とする。

3. 中央競馬のシステムは「国の経済施策」にあたるか

横浜市側は、前川尚美ほか『地方税各論I』を引用し、国の経済施策とは「少なくとも・・・内閣全体の支持する施策であって、単に一省庁のみの施策や考え方によるものではない」とし、日本中央競馬会が単なる特殊法人であること、中央競馬による畜産振興等は特に重要な施策や制度に当たらないということを強調する。総務大臣側は、逆に、経済施策とは、国の各省庁が施すべき対策を指し、特に重要な、又は強力に推進を必要とするものをいうとする。

係争処理委員会の勧告(平成13.7.24国地方係争処理委員会勧告)」自治研究79巻1号、131～144頁(2003年)；櫻井敬子「行政法講座(68)国地方係争処理委員会」自治実務セミナー53巻1号、8～11頁(2014年)。

4. 中央競馬システムが「国の経済施策」に当たるとして、それに「照らして適当でない」か

横浜市側は、地方税法 671 条 3 号所定の場合は、地方分権改革後においては、少なくとも国の重要かつ基本的な経済施策として位置づけられているものに、重大・明白なマイナスの影響を与えるものに限定されるべきであるとし、第 1 国庫納付金を除いている以上、その配分の仕組みを損なうわけではないという。総務大臣側は、重要な影響を及ぼすと認めるとしても、特別の負担を求めるべき合理的な課税の理由があれば、適当でないとはしないとするが、国庫納付金の配分への影響がありうることに変わりはないとする。

【委員会の判断】

争点 1

地方税法の同意制は、地方自治法の定める自治体への関与のひとつである同意と変わるところはなく、同意すべき場合であっても、国の経済施策の観点から、協議の過程で地方公共団体側に一定の譲歩を求めることも、同意を要する協議の内容である。しかし、消極事由の認定について、総務大臣の広範な裁量権が認められるとすると、結果的には同意についての広範な裁量を与えられるも同然となり、地方分権一括法の趣旨に反するので、課税自主権をより尊重することを前提として解釈しなければならない。

争点 2

地方税法 671 条 3 号のいう「国の経済施策に照らして適当でない」という文言は極めて抽象的かつ包括的であるため、できる限り具体的な基準を定め、原則としてこれを公表しなければならない。将来のすべてを見通すことはできないにしても、より具体的な同意の基準を速やかに作成すべきである。

しかし、協議の過程において判断基準が明らかにされるのであれば、直ちに本件不同意を取り消す旨の勧告をするほどの瑕疵を帯びるとは解されない。

争点 3

地方税法 671 条 3 号のいう「経済施策」とは経済政策の下位概念であり、そこには財政施策及び租税施策が含まれると解するのが「日本語としての用語の常識的な理解にも適合する」。しかし、そこに経済施策と考えられるものがすべて含まれると解すると、法定外普通税の余地はほとんど失われ、本件同意制度の趣旨に反する。総務大臣も「特に重要な、又は強力で推進を必要とするもの」と限定している。ただし、「何が特に重要」という問題が残るが、一般的には「国民の経済生活に直接かつ重要な影響を及ぼす経済施策」はこれに当たる。この点、総務大臣は、競馬システムが法律に基づくことであることを根拠に挙げているが、むしろ中央競馬財政資金がどのような経済施策に投入されるかというような実質面を考えるべきである。

委員会は、中央競馬の国庫納付金の 4 分の 3 が、国民に対する食料の安定的な供給確保の一環を担う畜産振興事業に投入されており、その事業費の約 30% を占めることなどを考えると、国の経済施策の中でも特に重要なものであることが認められるとした。

争点 4

国の経済施策に対して負の影響を与えるからといってただちに地方税法 671 条 3 号にあたる場合、法定外普通税はほとんど何らかの形で国の経済施策に負の影響を与える可能性があり、ほとんど国の経済施策の推進を阻害すると考えられかねず、このような解釈は妥当ではない。したがって、「適当でない」の解釈においても「重要な」影響を及ぼす場合と限定を施すべきである。それにあたっては、まず質的影響の程度を検討し、次にその影響が質的ないし制度的に根本的な変化を招来するに等しいと評価されるかの検討をし、量的判断との総合判断の結果として、重要な負の影響があると認める場合があるという基準で考える。

量的判断としては、横浜市が徴収する予定の税額は 10 億円であり、これだけでは重大な負の影響を与えることにはならない。しかし、すべての関連市町村が横浜市と同様の法定外普通税を課したとすると、その税額は 200 億円となり、影響は少なくないといえるが、関連市町村が必ずそうした行動にでるということを前提にするのは適切ではない。

制度的影響に関しては、本件においては、日本中央競馬会の経営が赤字の場合にも課税されることになっており、この場合は実質的に第 1 国庫納付金にも影響が及ぼざるを得ず、国の財政資金の確保に重大な負の影響を及ぼすおそれがあるかの検討をするべきである。しかし、この点に関しての協議は行われておらず、再度協議を行うべきである。なお、その際、不同意か否かの判断にあたって、「特別の負担を求めるべき合理的理由があるか」を基準として用いるべきではない。

【結論】

総務大臣は不同意を取り消し、横浜市と改めて協議をすることを勧告する。

(2) 北陸新幹線工事实施計画の認可に係る審査の申出²⁸⁸

【経緯】

北陸新幹線の建設にあたって、平成 21 年 8 月 4 日に、国土交通大臣は新潟県知事に対して、工事实施計画について意見照会を行ったが、回答のないまま、10 月 9 日に鉄道建設・運輸施設整備支援機構に対して認可を下した。新潟県は、平成 21 年 1 月に求められた約 220 億円の負担増額について十分に説明を受けておらず、全体の工事内容の妥当性について詳細に検討する必要があると主張していた。この認可にあたっては、意見聴取手続に重大かつ明白な瑕疵があると新潟県は主張し、審査を申し出た。新潟県は、建設費用増額の内容が明らかにされないまま工事实施計画の認可に進むのは違法・不当であること、新潟県内の駅を通過駅扱いにすることを可能にする設備を一方的に申請されたことと、その説明もないことが違法・不当であること、意見聴取手続に問題が

²⁸⁸ 国地方係争処理委員会平成 21 年 12 月 24 日決定・判例集未登載。決定の本文は以下の総務省ホームページからダウンロードできる。

URL : http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02gyosei01_000013.html (最終アクセス:2018 年 2 月 4 日)。なお、本件は却下事例であり、評釈は 1 本も見当たらない。事例紹介は、中西則文「国地方係争処理委員会及び自治紛争処理委員会の審査等について」地方自治 752 号(2010 年)51 頁以下を参照されたい。

あることなどを主張した。なお、国地方係争処理委員会の審査の対象は地方自治法における「国の関与」であるが、新潟県は、新潟県の建設費用負担が実質的に決められていることなどから、実質的には新潟県に対する処分も同様とし、「国の関与」にあたりと主張した。

【委員会の判断】

意見聴取の瑕疵を問題にする点については、全国新幹線鉄道整備法9条4項が規定する意見聴取は、行政処分の性質を有するものではなく、権力的な事実行為ではないので、「国の関与」には該当しない。工事実施計画の認可を問題にする点については、機構が処分の名宛て人であって、新潟県ではないことから、これも「国の関与」には該当しない。国交省から新潟県に対する通知を問題にする点についても、単に一定の事実を通知するものに過ぎず、「国の関与」には該当しない。また、意見聴取の不作为を問題にする点についても、本件意見聴取は、「法令に基づく申請又は協議の申出」や「処分その他の公権力の行使」には該当せず、地方自治法250条の13の2項に該当しないので、審査の申出はできない。協議の不存在を問題にする点についても、全国新幹線鉄道整備法は、協議を要求していないため、審査の理由にならない。

【結論】

審査の申出は却下される。

(3) 辺野古基地建設問題における国交大臣の是正の指示に係る審査の申出²⁸⁹

【経緯】

平成27年10月13日に沖縄県知事が行った、沖縄防衛局に対する公有水面埋立承認処分の取消に対し、国土交通大臣は、その取消が違法であるとし、執行停止決定をした。知事はこれに対して審査の申出を行ったが、これは12月28日に却下されている。そのために知事は関与取消訴訟を起し、大臣も、代執行訴訟を提起しているが、裁判では和解勧告が行われ、訴訟は取り下げられた。その上で、和解条項に基づき、大臣は平成28年3月16日に是正の指示を行った。沖縄県知事は、この指示を不服とし、審査の申出を行った。

【争点】

国と沖縄県の争点は最終的には国の是正指示が違法か適法かであるが、その前提として以下の争点がある。

²⁸⁹ 国地方係争処理委員会平成28年6月20日決定・判例集未登載。決定の本文は以下の総務省ホームページからダウンロードできる。

URL：http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02gyosei01_03000274.html（最終アクセス：2012年2月4日）。本件決定において、国地方係争処理委員会は直接勧告を提示しておらず、国による是正の指示の適法性についても判断しない旨を表明したが、一部の研究者の関心を集めている。例えば、以下の評釈が挙げられる。本多滝夫「ロー・ジャーナル 辺野古新基地建設問題の現状と課題：問われる国地方係争処理委員会の存在意義」法学セミナー61巻7号、1～2頁（2016年）；人見剛「最新判例演習室 行政法 大臣の是正指示の適法性を国地方係争処理委員会が判断しないとした事例：辺野古公有水面埋立承認取消処分事件[国地方係争処理委員会平成28.6.20決定]」法学セミナー61巻11号、125頁（2016年）。

1. 埋立承認に瑕疵があるか

沖縄県側は、普天間飛行場の返還の必要があるからといって、新基地建設の必要性は導かれずとし、埋立てそのものや、埋立後の基地建設によって生じる環境破壊等による沖縄県の地域公益が著しく損なわれることを正当化するに足りる必要性は認められず、「国土利用上適正且合理的ナルコト」（公有水面埋立法4条1項1号）にはあたらず、また、同法2号による「環境保全…二付十分配慮」にもあたらぬとした。一方、大臣側は、沖縄の負担軽減・抑止力の維持の観点から、普天間飛行場の代替施設の建設必要性は極めて高く、埋立による環境破壊への影響にも十分に配慮しているとした。

2. 瑕疵があるとして取消が可能か

沖縄県知事は、同一行政庁の取消であるから、現知事が法律上の要件を満たしているか否かを自ら判断できるものとし、また、私人の信頼利益を保護するための職権取消制限法理は、私人のかかわらない本件には妥当しないとした。さらに、仮に妥当するとしても、承認取消による不利益（日米両国間の信頼関係への悪影響）は公益であって利益衡量の対象にすべきではなく、また、仮に衡量しても埋立承認による不利益の方が上回るとする。一方、大臣は、行政庁が自ら取消を行う場合には、取消による不利益と、取消をしないことによる不利益を比較衡量し、処分をしないことが公共の福祉の要請に照らして著しく不当である場合にのみ取り消すことができるとし、取消によって沖縄県の負担軽減、日米両国間の信頼関係への悪影響があることに比べて、生活環境への悪影響には十分配慮されており、したがって取消は制限されるものとする。

3. 是正の指示は違法か

沖縄県側は、承認取消が適法である以上、地方自治法245条の7の1項にいう「法令の規定に違反していると認めるとき」にはあたらぬ以上、本件是正の支持は違法とする。大臣側は、取消が違法である以上、法の規定する場合にあたるものとする。

【委員会の判断】

本件の争点は地方自治法245条の7の1項の規定に是正の指示が違反しているかどうかであるが、本件の問題は一連の普天間飛行場の代替施設建設という問題に帰着するものであり、普天間飛行場の返還必要性については国と沖縄県の立場が一致しているが、そのための辺野古における代替施設の建設について、その公益適合性について国と沖縄県が対立し、共通の基盤が不十分のまま手続が進行してきたことが紛争の本質の要因である。

国と沖縄県との間での共通の基盤づくりが不十分な状態において、委員会が争点に対して判断をくだしても、それが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。

【結論】

本件是正の指示が適法か否かは判断しない。

Ⅲ 役割分担原則と補完性原理との距離

(1) 役割分担原則の特徴

日本の役割分担原則は、ヨーロッパ流の補完性原理（憲章、宣言等）と比べると、地方公共団体の権限が矮小化されてしまっていると廣田全男は指摘している。廣田の所論²⁹⁰を援用すれば、①ヨーロッパでは、配分の範囲は「公的な責務」（public tasks and responsibilities）（ヨーロッパ地方自治憲章4条3項）、つまり、地域統治全般にわたるとされているのに対し、日本では「行政」のみに限定されている。②日本では、「行政」をさらに限定して、「住民に身近な」行政に限って国より地方を優先している。③ヨーロッパでは、事務・権限配分の対象として市町村などの基礎自治体が優先されているのに対し、日本では大雑把に「地方公共団体」という文言しか提示していないなどと批判している。これに類似した指摘はほかにもなされている。

山内健生は、補完性原理は（山内がいう「サブシディアリティの原理」）単なる事務配分の原則にとどまらず、「地方自治の理念」でもあるとして、日本にはなかった考え方である、と確認したうえで、1949年のシャウプ勧告において、本来「地方自治の理念」としての「地方（市町村）優先主義」は、明確な言葉（例えば「サブシディアリティの原理」）で表現されていなかったせいか、その後、「地方自治の指導原理」としてではなく、あくまでも「事務配分の原則」という限定された形で、理解されてきたと主張する。山内は、シャウプ勧告以降行われてきた政府主導の各種の地方制度に関する審議会、答申や報告書などを詳しく調べ、それぞれの文言を綿密に分析した結果、自分の仮説を有力に裏付けたのである。結局、1995年の地方分権推進法第4条（この条文を受け継いだのはまさに2000年の新地方自治法の1条の2＝国と地方の役割分担原則）は、「地方（市町村）優先主義」というよりは、事務配分のための「パートナーシップ原理」ほかならない、と結論付けた²⁹¹。

以上のように、本来の補完性原理は変質して、日本的に「翻訳」され、また地方自治法の中に盛り込まれている。先行研究のまとめを借れば、日本における「補完性原理」の特徴は、以下の三点にあると言われている。「①パートナーシップ原理を前提として、国と地方の役割分担原則と補完性原理が重なり合うものとして理解されている。②地方公共団体は、行政一般ではなく、『住民に身近な行政』を分担するとされる。③地方公共団体は、その役割を果たすために、総合行政主体であることが求められる。」²⁹²

(2) 総合行政主体論との間

塩野宏は、外国の法理とは無関係の日本固有の地域総合行政主体論が新地方自治法1条の2、つまり「役割分担原則の底流」をなすものである、と主張す

²⁹⁰ 廣田全男「事務配分論の再検討—憲法の視点から—」公法研究（2000年）186～187頁参照。

²⁹¹ 山内健生「グローバル化する「地方自治」（五）—「サブシディアリティの原理」・その理念と現実」自治研究第78巻第6号（2002年）100～112頁。

²⁹² 矢部明宏「地方分権の指導理念としての『補完性原理』」レファレンス（2012年）15頁。

る²⁹³。塩野は元建設省官僚・小林與三次の論考を取り上げて、氏の説く地方自治の本旨の内容に住民自治の原理、団体自治の原理、現地総合行政の原理と自主責任の原理という四つの要素が含まれることに関心を示し、特に三番目の「現地総合行政の原理」について小林の議論を詳しく整理した。小林は、地方自治の根本は行政処理の形態自体ではなくかかる形態による公共的活動の齎す福祉にあるとする。官僚機構に依拠せずに住民自らの意思と責任で、いかなる行政活動をなすか、という内容（＝自治事務の内容）が問題になる。そこで小林が提案する、地方自治の本旨に適った自治事務決定の原理は、小林が言うところの現地総合行政の原理というものであった。塩野は、小林の主張が二つの帰結を導き出すという。その一つは、「従来の固有事務と委任事務の区別の否定」であり、もう一つは、総合行政の原理である、と説く。つまり、「国の行政だと考えられているものが、実は、殆ど自治体とは無関係に存在せず、又国と全然縁故のない自治体の事務としては、何かあるかは、探すのに苦勞しなければならぬ」と小林は主張し、「地方的な行政ではなく、地方における行政の自治化、地方行政の地方自治化」と唱える。さらに、「一般行政は、常に総合と統一を要求する。総合と統一の下においてのみ、各種の機能がよくその真価を現し、その目的を遂げる」というのである。

塩野は、このような小林が考え出した「現地総合行政の原理」は学説のレベルでは影響力をほとんど及ぼさなかったが、地方自治の実務の場面では猛威をふるい、早い段階から（地方制度調査会第9次答申、同第17次答申、最終的には新地方自治法1条の2＝役割分担原則）その趣旨が引き継がれていたという²⁹⁴。そのうえ、塩野は日本固有のこの総合行政主体論が、「実務において適用場面を事務配分論に求め」、「国の側における行政簡素化の要請と地域の側における総合行政の要請の結合」という結果を実現させ、行政改革の一環を占めることができた指摘する。それが何を意味するかというと、「地方公共団体が総合行政主体であればあるほど、財政的にも、行政的にも国の関心の度合いが高まり、実施段階における国の介入を招くことに傾く」という結果につながるという²⁹⁵。

IV 地方自治基本法構想における「自治体優先の原則」

財団法人地方自治総合研究所（自治総研）と全日本自治団体労働組合（自治労）はかつて、第一次地方分権改革の最中（1997～1998年）において、学識経験者を招くことによって自治基本法研究会を組織し、地方自治基本法案を起草した²⁹⁶。草案の詳細についてはここでは論じないが、特に重要な意味を持つ条文

²⁹³ 塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」自治研究80巻11号（2004年）35～36頁。塩野が取りあげている小林與三次の論考については参照、「地方自治の本旨」（一）（二）自治研究25巻2号・3号（1949年）。

²⁹⁴ 同上、36～37頁。

²⁹⁵ 同上、38頁。ちなみに、総合行政主体論は、必然的に市町村合併を要請する。市町村合併も、一種の憲法論の視点を欠いた議論に違いない。

²⁹⁶ この草案の経緯及びその逐条解説について、自治基本法研究会『地方自治基本法構想一住民が自治体を設立する一』（地方自治総合研究所・全日本自治団体労働組合、1998

だけを検討しよう。

地方自治基本法案

第1条（目的）

この法律は、地方自治の基本原則とその制度的な基本原則を定めることにより、日本国憲法第92条に定める地方自治の本旨を実現することを目的とする。

2 地方自治法その他の地方自治に関する法令は、この法律が定める基本原則に基づいて具体化される戸とともに、自治体が定める自治基本条例その他の自治立法によって多様に実現されなければならない。

第2条（自治体）

住民は、地域公共の安全の保持、健康福祉の増進、環境の保全および個性ある地域社会の形成と発展を目的として、自治体を設立する。

2 自治体は、住民の信託に基づく統治団体であり、国から独立した法人格を有する。

3 自治体は、市区町村および都道府県とする。

第3条（自治体優先の原則）

自治体は、前条第1項の設立の目的を達成するために、必要なすべての事務を処理する。

2 国は、国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動または地方自治に関する基本的な準則に関する事務、全国的規模・視点から行わなければならない根幹的社会資本整備にかかわる基本的施策および事業の事務に限り、これを担うものとする。

（太字筆者）

以上の1998年の地方自治基本法案はヨーロッパの補完性原理を如実に語ったものである。

まず、草案の逐条解説では、第3条「自治体優先の原則」は、「国および自治体の担う事務を、自治体優先とりわけ市区町村優先の原則に基づいて配分しなければならないことを定め」、「地域公共の安全、健康、福祉および環境を保持し、個性ある地域社会の形成と発展を図るという自治体の設立目的を達成するために必要な事務は、まずもって基礎自治体である市区町村の事務とし、都道府県はそれを補完し、国はさらに都道府県が処理することのできない事務を処理するという『補完性の原則』を採用している」²⁹⁷と明言している。

さらに、解説によれば、同条第2項は地方分権推進法第4条を参照はしたが、「国の事務をそれよりさらに限定した」²⁹⁸と距離を置いたとされる。具体的にいえば、「国際社会における国家としての存立にかかわる事務」とは、例えば、国家間の外交、安全保障、通貨や司法などであり、「全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動」とは、例えば、公正取引の確保、生活保護基準、労働基準などであり、「地方自治に関する基本的な準則」とは、地方自治法その他の地方自治に関する大綱法の定立を指すものの、それより以前にこの地方自治基本法の制定が先決であるとされ、「全国的規模・視点から行わなければならない根幹的社会資本整備」とは、公的年金、宇宙開発、骨格的・

年)を参照。

²⁹⁷ 同上、20頁。

²⁹⁸ 同上、20頁。

基幹的交通整備などを指すとされる。その上で、これらの事業にかんして、その内容・性質によっては、国は基準と制度の大枠のみを提示するにとどまる場合があるとされるのである²⁹⁹。

以上の条文からわかるように、地方自治法1条の2やその後の展開における役割分担原則の諸形態などと違って、地方自治基本法案の文言において、何よりも住民および自治体が最も強調されていることがわかる。「区域があって住民がいてそして自治権があるというのが地方公共団体の存在理由そのものだ」³⁰⁰とすれば、当該草案が示した内容はまさに憲法論の視野を十分組み込んだうえでの地方自治論・地方分権論である。しかも、「地方自治基本法」は「憲法の地方自治保障の内容の欠落部分を補充するための創設的性格をもつものではなく、憲法の地方自治保障の内容を確認すべきものである」³⁰¹とした憲法論に立脚する見解は、至当である。

V 憲法論的役割分担原則＝真の補完性原理へ

役割分担原則は補完性原理と距離を置いた、国と地方における単なる事務配分の原則であり、総合行政主体論に原点を持つ日本独特のものである。

地方自治法1条の2は補完性原理そのものではないにしても、憲法論の視点から限りなく補完性原理に近づくようにそれを解釈しなければならない。それをなすためには、磯部力の論考が参考になるだろう。

磯部力は、役割分担原則が示す新しい理念が「あたかも権力分立原則や法治主義原則と同様に、憲法理論・行政法理論を通じた一つの根幹的な法原則・法思想」³⁰²であると位置づけた。具体的に言えば、分権改革当時からすでに、「国と地方の役割分担の原則」が「地方自治の本旨」という憲法規範に準ずる地位が地方分権推進委員会により与えられ、将来の国会立法を実質的に拘束するために、委員会は「地方自治本旨適合性規範」と並んで「役割分担原則適合性規範」を第一次勧告の中で提示した、と説かれる。さらに磯部は、国と地方の役割分担原則が「まったく新しい規範を創設するという趣旨なのではなく、憲法規範としての『地方自治の本旨』の規範内容を、念のため法律レベルで確認するための条文である」とし、「地方自治の本旨とは、そもそも時代を超えて内容が固定しているものではなく、また住民自治と団体自治という決まり文句に尽きるものでもないはずであり、今日の時代的要請に応えるため、憲法の本旨条項の中身を発展させるべきであって、地方分権改革が行われている時点で、「あるべき地方自治の本旨の中に、国と自治体の役割分担の明確化原則を読み込んでいくことは、憲法規範のきわめて正当な解釈であり、また妥当な立法政

²⁹⁹ 同上、20頁。

³⁰⁰ 白藤、前掲注263、24頁。

³⁰¹ 白藤博行「地方自治の実効的保護めざす憲法論議を一『地方自治基本法』制定の動きから一」住民と自治469号(2002年)20頁。ほかに、1998年の地方自治基本法案を評した論考は、木佐茂男「地方自治基本法」松下圭一ほか編『岩波講座 自治体の構想1 課題』(岩波書店、2002年)99頁以下参照。

³⁰² 磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」西尾勝編『地方分権と地方自治』(ぎょうせい、1998年)77頁。

策」であると力説した³⁰³。

さらに、磯部は、役割分担原則の射程とその法規範性を検討するとき、以下の三つの側面³⁰⁴からその輪郭を示している。

①事務配分の原則。この国と地方公共団体との間の「事務再配分原則」は狭義における役割分担原則を意味する。そもそも、国と地方とのそれぞれの役割を1本の線を引いて分けることは不可能であるから、「その区分線は、国の役割を極力限定するという実質的な意味と方向性を持っていなければならない」³⁰⁵とされ、さらに具体的に言えば、「行政が担っている一つひとつの事務事業について、それが国に属する事務か自治体に属する事務かを明確にしつつ、できるだけ国の負担を減らし、その反面として自治体の担う事務を増やす」³⁰⁶という要請が指摘される。

②自治体の事務に関わる国の役割の限定原則。役割分担原則は、単なる事務配分原理だけではなく、「配分された事務事業を自治体が運営するにつき、国が、上からあれこれ口を出すという意味における『国の関与』を、禁止ないし極小化すべきである」³⁰⁷という意味を有するとされる。これは「拡大された意味合いにおける役割分担原則の機能である」³⁰⁸と指摘される。

③自治体行政の活性化原則。役割分担原則は消極的な意味における上記二原則を超えて、積極的な意味における「住民自治の拡充を伴う自治体行政の活性化」という原則をも含んでいる³⁰⁹とされる。

上記①と②の二つの原則は、国の行政権を拘束するだけではなく、国会の立法権をも拘束する立法原則でもあり、役割分担原則の明確化はあくまでも手段であって、住民福祉の向上こそ究極の課題である、と磯部は指摘する。

第4節 小括

本章は、制度面における地方自治の状況を明らかにしようとすることを目的にして、議論を進めてきた。そのなか、特に現行地方自治法1条の2という条文(国と地方との間の適切な役割分担の原則)を軸として、日本における「補完性原理」の受容あるいはそれに対する理解を考察した。

本章はまず、第一次地方分権改革の流れを概観したうえで、それに対する一般的な評価を整理した。つまり、いわゆる自治体の「自由度拡充路線」が重視され、機関委任事務の廃止や国による関与の法定化・類型化、係争処理制度の創設(国地方係争処理委員会)などの改革が行われたのである。一方、「未完の分権改革」と名付けられたように、自治体の税財源問題、法令等による義務づけ・枠づけの緩和、「受け皿」問題や住民自治の拡充など、限界あるいは課題も指摘された。しかし、このような一般的、技術的な評価を乗り越えて、憲法論の視点から改革全般とそれをめぐる議論を基に分権改革の結果を見直すと、結論が違ってくる。先行研究を参照したうえで、第一次地方分権は実は憲法論

³⁰³ 同上、89～90頁。

³⁰⁴ 同上、84頁以下。

³⁰⁵ 同上、85頁。

³⁰⁶ 同上。

³⁰⁷ 同上、85～86頁。

³⁰⁸ 同上、86頁。

³⁰⁹ 同上、86頁～87頁。

が不在であった改革に過ぎなかったという仮説を立てることができる。それを立証するために、地方自治1条の2という条文を素材として取り上げ、日本流の「補完性原理」理解を明らかにしようとした。具体的に言えば、改革当時の段階(1995年の地方分権推進法および1996年の地方分権推進委員会第一次勧告)において、既に本来の補完性原理に対する誤用を確認することができたとして、条文が制定された直後に行われた解釈(松本英昭)を点検し、「**事務処理の効率性**」および「**地方公共団体の総合行政**」というイデオロギー性を指摘した。そのような考え方はのちに行われた各種の政府系の報告書、審議会から政党の憲法改正草案に至るまで継承され、本来憲法上における地方自治の根本原理であるべき補完性原理の意味内容を、単なる「**事務事業の分担関係を適正化する**」ための手段、および**基礎自治体の規模・能力の強化**が望まれる**総合的な行政主体**を創出するための道具として歪めてしまった。頻繁に使用されてきた「補完性原理」という言葉のイデオロギー性を確認できたわけである。実際に、制度の実態面において、第一次地方分権の大きな成果の一つとされた。国地方係争処理委員会制度は、当時期待された「対等・協力を基本とする国と地方公共団体」における紛争解決機能を、現に果たすどころか、制度自体の存在意義さえ疑われるほどの運用状況になってしまったことを、三つの事案の紹介を通じて、確認した。このような深刻な状況はまさに分権改革の根本的な限界(憲法論の不在)を如実に語っているように思われる。その上、先行研究を参照にして、日本流の「補完性原理」(=役割分担原則)とヨーロッパの本来の補完性原理との異質性をまとめ、日本流の「補完性原理」の原点は戦後初期に元政府官僚が提唱した「総合行政主体論」に帰着すると指摘した。それと対照的なのは、第一次地方分権改革当時において、在野の学識経験者たちによって起草された地方自治基本法構想における「自治体優先の原則」であった。これこそ憲法論に基づいた地方自治の原則である。最後に、日本の役割分担原則のイデオロギー性を指摘し、ヨーロッパの補完性原理との距離を認識したうえで、法解釈の問題として地方自治法1条2という条文をどう理解すべきであるかを、先行研究に依拠してある程度の回答をまとめたのである。

第四章 【運用】補完性原理のあり方

第1節 自治体の存立及び適正規模

I 自治体の存立に関して：二層制の問題

補完性原理が想定する自治体像を考えると、何よりもまず、自治体そのものの存立が先決条件として浮かんでくる。ここで、どのような地方公共団体が憲法によって保障されているかが、問題となる。

この点に関して、かつての最高裁判決の言い回しを想起せざるを得ない。すなわち、憲法上の地方公共団体と断言するためには、「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在」³¹⁰する、という条件が課されるということである。最高裁のこの基準に対して、特別区における「民主主義と基本的人権の行使の保障は、『地方自治の

³¹⁰ 最判昭和38年3月27日刑集17巻2号121頁。

本旨』の実質的内容であって、それは住民の共同体意識の濃淡などを通じての立法政策によって動かされるべきものではない³¹¹といったような批判がなされてきた。確かに、そうした批判のとおり、「共同体意識」というメルクマールはあまりにも漠然としすぎており、それをもって直ちに地方公共団体たる性格を否定してしまうことは議論する余地があるだろう。仮にこの基準が妥当だとして、かつ、それに従って判断を迫られた場合、ドイツ基本法 28 条 2 項 1 文の「地域的共同体」を想起しながら、その「共同体」の中身を厳格に同定しなければならないと考える。より敷衍すれば、判断基準となる「共同体」の意味は前近代的な村落社会共同体でもなければ、平成の大合併以降の自治体でもありえない。それは、1947 年 5 月 3 日に日本国憲法が施行された当時の、憲法 93 条が定めた住民自治・民主主義的契機を含んだ「地方公共団体」のことにほかならない。憲法施行をきっかけにして、戦前の市制・町村制（1888 年）、府県制（1890 年）および東京都制（1943 年）といった中央集権的な旧制度が一扫され、日本国憲法第 8 章の根本精神を受継いだ憲法附属法律の一つである地方自治法（1947 年）によって地方公共団体の憲法的地位が確認されることに至った。その時点での都道府県と市町村（東京都の特別区も含む）において生み出された戦後民主主義の流れの中の「地方自治」の意識こそ、ここでいう「共同体意識」の原点というべきであろう。そこには、戦前のすべての旧制度、旧理念との断絶が見られる³¹²。

次の問題は、都道府県・市町村という二層制の憲法的保障の問題である。憲法の学説を分類すると、大まかに以下のような説を挙げることができる³¹³。

まず第一に、二層制立法政策説がある。それは、さらに細かく①**純粹立法政策説**と②**留保付立法政策説**として分けられる。①は、文字通り、憲法が保障する地方公共団体の形態を単なる立法政策の問題とみなしているが、これに従うと、二層制自体も意味を失ってしまうことになる。より具体的には、「憲法には、地方公共団体の意義及び範囲を明示していないのであるから、解釈上、それは、法律の定めるところに一任する趣旨と解すべきだ」³¹⁴として、「憲法上

³¹¹ 奥平康弘＝杉原泰雄共編『憲法学 6 統治機構の基本問題Ⅲ』（有斐閣、1977 年）152 頁〔鴨野幸雄執筆部分〕。

³¹² なお、いわゆる新たな制度的基盤における「共同体意識」の形成に関して、塩野宏の指摘は極めて有益である。氏はかつて、府県廃止・合併論を批判するとき、以下のように述べていた。「わが国において地方公共団体についての帰属意識は、市町村よりも府県の方が強いのではないかと、むしろその辺りに日本における地方自治の問題性があるのではないかと考えられる。もちろんこれには、国民体育大会であれ、高校野球であれ、国民的行事が、府県という単位によって行われていることの結果であって、その単位を変えれば、県民意識も変わるし、また県民意識は、明治時代から出身県の府県が完全自治体であるかどうかとはとは関係なく存在していたことであるとする見方もあるかもしれない。しかし、**制度の運用の結果実態が生まれる**ことも十分にあり得るわけであって、府県に関する現状はそのようなものでないかと思われるのである。府県制論は、かかる現実を十分に認識した上でのものでなければならない。効率性とか合理性のみに立脚した、府県廃止論、合併論は、一般の支持を受けないし、それこそ地方自治の本旨に適合的でないであろう。」（塩野宏「府県制論」『国と地方公共団体』有斐閣、1990 年、287 頁以下。太字強調は筆者による）。

³¹³ 学説の分類の仕方について、渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係—二層制の憲法原理的考察—」公法研究 62 号（2000 年）218 頁を参照した。

³¹⁴ 法学協会編『注解日本国憲法下巻（2）』（有斐閣、1953 年）1375 頁。ただ、引用文の

には、『地方公共団体』とあるだけであるから、都道府県にしる、市町村にしる、これを廃止するを妨げず、ただ何らかの形における地方公共団体を設けるだけで憲法上の要請を充すものと解すべきだ³¹⁵という見解である。純粹立法政策説と違って、②は、二層制保障の問題はあくまでも立法政策の問題であるが、憲法 92 条「地方自治の本旨」によってその立法の内容が枠付けられると説く。より詳しく説明すれば、こうなる。「憲法は、かならずしも現在存するすべての地方公共団体が、そのまま地方公共団体として存続することを要求するわけではなく、地方公共団体は、すべて『地方自治の本旨に基いて』法律で定められるべきことを要求するにとどまる。もちろん、地方公共団体を全部廃止してしまうようなことは、『地方自治の本旨』に反するとして許されないだろうが、現在の上下二級の地方公共団体をそのまま維持することをせず、これを多少改正したからといって、必然的に『地方自治の本旨』に反することになり、本条に違反するとはかぎらない³¹⁶、と唱えられる。この留保付立法政策説が通説の地位を獲得している³¹⁷と見られる³¹⁷。

上記二説が、地方公共団体の形態の憲法的保障を立法政策の問題に矮小化させてしまう所以は、いずれもその根底に、地方自治の裏づけを国家権力におき、地方自治権を国家による伝来のもの³¹⁸としてみなしているからである。

そして第二に、**二層制要請説**がある。そのなかで、さらに**③二層制原則要請説**と**④二層制絶対要請説**が主張される。前説③は、最初は 1950 年代の府県廃止論および道州制論に対抗する議論として提起され、憲法が保障する地方公共団体のあるべき姿を提示したものである。例えば、田中二郎によれば、「府県は、国と市町村の中間に位するという意味では、一種の中間団体ではあるけれども、旧憲法時代の府県とは異なり〔ママ〕、完全な地方自治団体であり、市町村とともに、地方自治の本旨を実現するための存在に外ならない。府県知事はもはや国と出先官庁ではなく、府県住民の公選する府県の執行機関であることを忘れてはならない³¹⁹」のであって、「新憲法第 92 条……は、決して市町村の自治だけを保障する趣旨ではない。原則的には、府県と市町村との二重構造を認めることによって、はじめて地方自治の本旨が実現できるのであり、憲法はこの意味での府県と市町村との自治を併せ保障する意図を有するものと解すべきであろう」という³²⁰。ただし、東京都特別区問題に関しては、都が広域的かつ基礎的という二重の性格をある程度備えていることと、区の「共同体意識」の欠如という理由から、二層制を必ずしも厳格に守ることはなく、例外を認める見解をとる④の代表的論者である鴨野幸雄は、明治憲法下における中央集権的官治府県制からの脱出、および日本国憲法における都道府県の完全自治体化という、③説の基本的立場を維持したうえで、それに加えて、「マ草案 86 条にみられるように、府県知事・市長・町長・徴税権を有するその他の一切の

旧字体を新しい漢字に直した。

³¹⁵ 同上、1375 頁。政府(自治庁及び内閣法制局)と最高裁はこの説に依拠しているとされる。

³¹⁶ 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978 年)762 頁。

³¹⁷ 宮澤俊義のほか、渋谷秀樹もこの学説の有力な支持者である。

³¹⁸ 宮澤は 92 条解釈において伝来説を提唱したことを想起されたい。

³¹⁹ 田中二郎『地方制度改革の諸問題』(有信堂、1955 年)112 頁。初出論文は、「わが地方公共団体の二重構造の意義—府県廃止論の批判—」都市問題 43 巻 2 号(1952 年)。

³²⁰ 同上、114 頁。

下級自治体（村・特別区も入る）の長の存在を憲法は予想していたとみるべきである、それゆえ、憲法は特別区を含んで日本の住民が上下二級の地方公共団体に属することを制定当時予定していた³²¹という結論に帰着する。

田中二郎の二層制原則要請説は、確かに「原則」を維持する姿勢を示したが、東京都特別区は「例外」として二層制の枠組みを崩してしまい、結局、特別区非自治体化の現状をそのまま追認したのではないかと疑われる余地があるといえよう。鴨野幸雄の二層制絶対要請説は、ある種の原意主義的な理解に基づいて、日本国憲法制定当時における地方公共団体のあるべき形態を確認し、二層制を導き出す。これは、日本国憲法が誕生してから初めて真の意味の「地方自治」が憲法上において樹立されたことに鑑みて、極めて妥当な見解である。

補完性原理が求める自治体像は、何よりもまずその存立問題に関わって、二層制絶対要請説が描くように、「都道府県—市区町村」の二層制構造を憲法によって保障することを意味する。しかも、そこでいう「都道府県」と「市区町村」の中身は、1947年日本国憲法および地方自治法が施行される時点でのことを指す。戦後民主主義における真の地方自治の精神は「共同体意識」として地方公共団体の中に吹き込まれたのである。

II 自治体の適正規模に関して：広域化論に抗する

第一次地方分権改革以来の自治体広域化論として、平成の大合併、第27次地方制度調査会における道州制の提案や有力な首長による都構想の提案などが挙げられる³²²。前者は基礎自治体の広域化論であるのに対し、後二者は広域自治体の広域化論である。そのなかで、特に市町村合併（平成の大合併）の議論は基礎自治体の存立および適正規模と直接に関連している。

市町村合併に関する資料・文献や研究は汗牛充棟であるが、その動機・根拠あるいは理由づけに関しては、今まで多数指摘されてきたように、以下の内容を提示することができる。

つまり、市町村合併の根拠として、基礎自治体が「受け皿」として整備される必要性和その行財政基盤の強化、行政の効率化、合理化および経済性などが考えられる。そこには、中曽根、橋本から、小泉、安倍に至るまで、歴代政府が主導するいわゆる新自由主義的構造改革のイデオロギー性が潜在していることはいうまでもない。例えば、小泉内閣が誕生した当時、その所信表明演説の中で、「聖域なき構造改革」や「民間にできることは民間に委ね、地方にできることは地方に委ねる」と宣言し、さらに本会議での所信表明の質問の中で、今後の地方行政における構造改革に関して、「地方分権の推進のためには、住民に身近な総合的な行政主体である市町村の行財政基盤を強化することが不可欠であり、市町村合併によって、その規模・能力を強化していくことは、地方行政の構造改革を進める上でも極めて重要な課題であると認識しておりま

³²¹ 奥平康弘＝杉原泰雄共編『憲法学6 統治機構の基本問題Ⅲ』（有斐閣、1977年）151頁〔鴨野幸雄執筆部分〕。

³²² 長内祐樹「自治体の広域化と地方自治—市町村の基礎自治体化及び道州制を中心として」法律時報84巻3号（2012年）41頁。

す」と答弁した³²³。このような政府の立場は、総務省官僚が如実に語るように、「住民の自己決定・自己責任を中心とした選択と負担のシステムに支えられた効率的な基礎自治体の総合行政」³²⁴の展開と、「市町村間に競争原理が働き、市町村同士が互いに磨きあうような体制」の構築³²⁵などを目指していたことがわかる。

以上の基礎自治体広域化論の本質について、もはや学界の共通認識としてしばしば指摘されてきたように、国の立場で物事を考え、国による統治の利便性と財政負担の自治体への転嫁（新自由主義的行政改革の一環としての地方分権改革）が窺える。そのために、「受け皿」整備としての市町村合併が提唱され、国が望む総合行政主体としての基礎自治体の創出（「この国のかたちづくり」）が期待される、ということである。

このようなイデオロギー性に満ちた広域化議論に対し、様々な批判が行われてきた。ここで、基礎自治体の適正規模という問題を念頭に置きながら、基礎自治体広域化論・広域行政論及び総合行政主体論への疑問を提起しておきたい。

まず、自治体広域化論はなによりも住民自治と根本的に相容れないことが指摘される。また、「困難になる直接請求」と「日常的な住民参加も困難になる」³²⁶ということが、当然予想される現象である。「住民自治の理念を実現するのに適した規模」が要請されるとすれば、現行地方自治法の諸規定を「住民自治の理念の実現を困難にする形」にする改正が憲法 92 条違反³²⁷ということは自明のことであり、そのような地方自治法の適用も違憲の疑いがあるだろう。そして、現行法の下では、住民自治に適合した規模の自治体がまちまちであるが、「人口や面積が小さい自治体であれば、住民の政治参加は容易になる」³²⁸という意味で、行政効率化のための市町村合併は許されないと解されるべきである。

次に、行財政基盤の整備必要性としての「受け皿」論（行政の効率化、合理化および経済性）に関してであるが、多くの財政学者や経済学者に支持されていたとしても、法学の観点から見ればそうではない。例えば、以下のような指摘がある。「わが国の市町村は、どんなにこれを統合し、その行財政能力を強化しようとしても、それには自ら一定の限界があり、実情を無視して、強引にこれを実施しようとするれば、自治体としての社会的基礎を破壊し地方自治を根柢から崩壊」³²⁹させることになる。さらに、「弱体町村を統合することによって、必ずしも強力な町村ができあがるとは」³³⁰限らず、「貧困な町村をいくら統合してみたところで、地域が広くなり、人口がふえるだけで、その行財政能

³²³ 高島茂樹「平成の市町村大合併の理念と展望—自己改革による真の地方分権の実現—」地方自治 647 号(2001 年) 3 頁。

³²⁴ 同上、11 頁。

³²⁵ 同上、12 頁。

³²⁶ 横倉節夫「住民自治の視点から合併を考える」住民と自治 416 号(1997 年)26 頁以下。

³²⁷ 木村草太「〈国民〉と〈住民〉—〈基礎的自治体〉の憲法論」自治総研 377 号(2010 年 3 月)54~55 頁。

³²⁸ 木村、同上、55 頁。

³²⁹ 田中二郎、前掲注 319、103 頁。

³³⁰ 同上、103 頁。

力を強化するには、殆ど役立たない例が少なくない³³¹と説かれる。確かにそのとおり、広域化が行政の効率や財政力の向上に資するとは限らないということも、すでに実証研究によって指摘されたところである³³²。

さらに、渋谷秀樹は、自治体広域化論（「道州制」の提唱も）に内包されている論理を「功利主義的アプローチ」と名づけ、「事務の効率的・合理的執行の見地から、あるいは費用対効果の関係で地方公共団体の構造を考えていこうとする」³³³発想に基づいていると指摘する。渋谷は、このような「功利主義的アプローチ」はいわゆる「機能分担論」を裏づけ、機関委任事務の存在を正当化する役割を果たす可能性がある³³⁴と指摘し、「憲法論的にいえば、国レベルの権力分立も含めて、権力分立主義は、ある程度の非効率性を承認して、その非効率性によって守られるべき価値があるということにその主眼があるから、効率性を第一義の価値とすることは、憲法の基本原理に反する側面がある」³³⁵、と批判する。総合行政主体論に関しては、「大事なのは一般的包括的な事務処理を行う公共団体が存在することではなく、個々具体的な公共的事務の処理にとって適正規模であるかということである。事務ごとにそれぞれ微妙にあるいは大幅に適正規模がずれることは当然考えられる」³³⁶、という批判もなされた。

また、人見剛が指摘したように³³⁷、政府がしばしば主張する市町村合併の必要要因は「日常生活圏の拡大」にあるようだが、「拡大する日常生活圏の範囲に自治体の領域をあわせる必然性も必要性もない」³³⁸のである。また、経済界からも主張される合併の理由、つまり「拡大する経済圏と行政区画との合致の要請」は、「具体の行政的規制に係る個別制度の問題として検討されるべき課題が多く」存在し、「自治体の統合へと問題を結びつけるのは短絡に過ぎ」るのであり、「行政事務の広域的処理の要請と行政区画の拡大・統一の必要とは、必然的な結合関係にはないのであって、広域化対応及び効率化の視点からすれば、合併とは別の選択肢つまり一部事務組合、広域連合などの制度を活用するという途がある」のである³³⁹。

要するに、補完性原理はあくまでも住民自治の理念を少しでも実現しやすいような小さい規模の自治体像を提示し、決して国の負担軽減および行政効率化のための市町村合併を許さないと解すべきである。なぜなら、住民に身近で住民の日常生活に根付いた地方公共団体こそ、民主主義と真の地方自治を確立させるための基盤といえるからである。ところが、過疎地域における市町村は住民に身近な事務を処理するにあたって支障が出る場合、かつその場合に限っては、都道府県から市町村への権限移譲のために設けられた「条例による事務処理の特例」（地方自治法 252 条の 17 の 2）とは逆に、市町村から都道府県への

³³¹ 田中、同上、104 頁。

³³² 「資料・つくられた『常識』のウソ」住民と自治 416 号(1997 年)46～47 頁の図表参照。

³³³ 渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係—二層制の憲法原理的考察—」公法研究 62 号(2000 年) 215 頁。

³³⁴ 同上、215 頁。

³³⁵ 同上、216 頁。

³³⁶ 同上、219 頁。

³³⁷ 人見剛『分権改革と自治体法理』（敬文堂、2005 年）90 頁以下。

³³⁸ 同上、90 頁。

³³⁹ 同上、90 頁。

「事務の委託」（地方自治法 252 条の 14）という制度を活用することで³⁴⁰、まさに補完性原理の定義が示すように、基礎自治体に対する上位団体である広域自治体の「補完」の機能を作動させることができる。

第 2 節 国・地方における権限配分

I 辺野古訴訟福岡高裁判決³⁴¹

一、事案の概要

本件では、国(防衛省沖縄防衛局)が、普天間飛行場代替施設を辺野古沿岸域に建設するため、2013 年 12 月 27 日に被告の前任者である仲井眞弘多沖縄県知事から公有水面埋立ての承認を受けた。被告である現職の翁長雄志沖縄県知事は、2015 年 10 月 13 日に本件承認処分には公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号及び 2 号³⁴²の要件を欠けているのにされた違法の瑕疵があるとの理由により、本件承認処分を職権で取り消す処分をした。そこで原告＝国土交通大臣は、本件取消処分は、公有水面埋立法に反して違法なものであるとして、地方自治法 245 条の 7 第 1 項³⁴³に基づき、本件取消処分の取消を求める是正の指示をしたが、被告が、本件指示に従っておらず、そして、法定の期間内に本件指示に対する取消訴訟も提起しないことから、被告に対して、その不作為の違法の確認を求めた事案である³⁴⁴。

³⁴⁰ 齊藤誠「市町村合併と広域行政」法学教室 209 号（1998 年）29 頁。

³⁴¹ 福岡高等裁判所那覇支部 2016 年 9 月 16 日判決(平成 28 年(行ケ)第 3 号、地方自治法 251 条の 7 第 1 項の規定に基づく不作為の違法確認請求事件)。

³⁴² 公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号&2 号「都道府県知事ハ埋立ノ免許ノ出願左ノ各号ニ適合スト認ムル場合ヲ除クノ外埋立ノ免許ヲ為スコトヲ得ズ 一 国土利用上適正且合理的ナルコト 二 其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」

³⁴³ 地方自治法 245 条の 7 第 1 項「各大臣は、その所管する法律又はこれに基づく政令に係る都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるときは、当該都道府県に対し、当該法定受託事務の処理について違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示をすることができる。」

³⁴⁴ 本件訴訟より以前の段階で、すでに国と県をめぐる紛争が起きていた。翁長知事が前知事の承認処分を職権で取消した当日の 2015 年 10 月 13 日に、国は沖縄防衛局長に直ちに当該取消処分に対する審査請求と合わせて執行停止の申立てを国土交通大臣に提起させた。国交大臣は、10 月 27 日にこの申立てに対して執行停止決定をし、11 月 9 日に、県知事に対して承認取消の取消を指示した。さらに、11 月 17 日、福岡高裁那覇支部に県知事を被告として地方自治法 251 条の 7 第 1 項の定める代執行訴訟(①)を提起した。県の方では、11 月 2 日に翁長知事が国地方係争処理委員会に国交大臣による執行停止決定の取消しを求める審査を申し出たが、却下されたため、12 月 25 日に那覇地裁に国交大臣による行政不服審査法上の執行停止の取消訴訟(②)と、当該執行停止の行政事件訴訟法上の執行停止の申立てをした。さらに、翁長知事は福岡高裁に国交大臣による執行停止を違法な国の関与として地方自治法 251 条の 5 に従ってその取消を求める関与訴訟(③)も提起した。国が提起した代執行訴訟(機関訴訟) 1 件および県が提起した抗告訴訟 1 件と関与訴訟(機関訴訟) 1 件の総計 3 件が提起され、事態の複雑さを示した。結局、2016 年 2 月 29 日、高裁の 2 つの事件において国と県の和解の勧告文が示され、3 月

二、争点及び判旨³⁴⁵

(1)争点①：「本件取消処分における取消権の発生要件及びその判断方法」（被告知事の本件取消処分に対する取消権の有無）

本件承認処分のような授益的処分を取り消す自庁取消しが成立するための要件として、原処分が違法であることを要する。すなわち、原処分に要件裁量権が認められる場合には、原処分の裁量権の行使が逸脱・濫用であり違法であることを要することとなる。しかし、「原処分に不当又は公益目的違反の瑕疵があるにすぎない場合には取消権はそもそも発生しないものと解する」³⁴⁶。

(2)争点②：「第1号要件審査の対象に国防・外交上の事項が含まれるか」（公有水面埋立法4条1項1号要件＝国土利用上の適正かつ合理的であること）

「埋立承認が法定受託事務であるとはいえ、それは地域の実情を踏まえて判断する必要があることから、知事にその判断をさせることにしたものであるから、その意味ではそれは『地域における事務』（地方自治法2条2項）ともいえる」³⁴⁷。したがって、「知事の審査権は国防・外交に係る事項に及ぶもの」³⁴⁸である。ただし、「国防・外交に関する事項は本来地方公共団体が所管する事項ではなく、地域の利益に関わる限りにおいて審査権限を有するにすぎない。そして、地方公共団体には、国防・外交に関する事項を国全体の安全や国としての国際社会における地位がいかにあるべきかという面から判断する権限も判断しうる組織体制も責任を負いうる立場も有しない」³⁴⁹。したがって、「国の判断が不合理とまでは言えないのであれば知事はこれを尊重すべきである」³⁵⁰。

(3)争点③：「本件承認処分の第1号要件欠如の有無」

沖縄防衛局が提出した埋立理由書の埋立ての動機と必要性は、我が国を取り巻く「安全保障環境は一層厳しさを増している」³⁵¹こと、沖縄は「戦略的に重要な位置にある」³⁵²こと、そして、近年中国の軍備増強や活動の活発化などの要因から「国外、県外への移設が適切でないこと」³⁵³と、県内の場合、「辺野古への移設以外に選択肢がないこと」³⁵⁴にあるとする。これは「特段具体的に不

4日に和解が成立した。以上、福岡高裁那覇支部2016年9月16日判決に至るまでの辺野古問題の経緯の叙述について、紙野健二「第1章〔総論〕辺野古訴訟の経過と意義」紙野健二＝本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義—行政法学からの検証』（日本評論社、2016年）所収、9～16頁を参照した。

³⁴⁵ 本件の争点及び判旨のまとめは、判決文のほか、岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法律時報88巻12号（2016年）107～108頁にも多くを負っている。

³⁴⁶ 福岡高裁那覇支判平成28・9・16民集70巻9号2829頁。

³⁴⁷ 同上、2841頁。

³⁴⁸ 同上、2841頁。

³⁴⁹ 同上、2842頁。

³⁵⁰ 同上、2842頁。

³⁵¹ 同上、2844頁。

³⁵² 同上、2844頁。

³⁵³ 同上、2845頁。

³⁵⁴ 同上、2846頁。

合理的な点があるとは認められず」、「埋立ての必要性があるものと認めるのが相当である」³⁵⁵。また、前知事が行った本件承認処分については、「沖縄全体としては、一定程度の改善であることは否定しがたい事実として、第1号要件具備を肯定したものであり、その前提とした事実及びその評価に誤りや不合理な点があると認められない」³⁵⁶。そのうえ、「海兵隊の一体的運用の必要性」³⁵⁷、「沖縄の地理的優位性」³⁵⁸、本件埋立事業による新施設は普天間の施設の半分以下の面積であって、普天間飛行場の返還は全体としては「沖縄県の基地負担の軽減に資する」³⁵⁹こと、本件新施設は普天間基地の代替物としてその設置が「唯一の解決策とされる」³⁶⁰ことから、前知事による第1号要件の該当性を肯定した判断には、「裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法がないことは明らかである」³⁶¹。

(4)争点④：「本件承認処分の第2号要件欠如の有無」（公有水面埋立法4条1項2号要件＝環境保全および災害防止の配慮）

第2号要件は、「埋立地の竣功後の利用形態ではなく、埋立行為そのものに随伴して必要となる環境保全措置等を審査するものであると解するのが相当である」³⁶²。また、2号要件に関する「本件審査基準に不合理な点は見出せない」³⁶³のであって、審査内容は「①護岸、その他の工作物の施工、②埋立てに用いる土砂等の性質への対応、③埋立土砂等の採取・運搬及び投入、④埋立てによる水面の陸地化においては、現段階で取り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、さらに災害防止にも十分配慮されているとして本件審査基準該当性を認め」³⁶⁴、その審査過程にも「誤りがあるとはいえない」³⁶⁵。したがって、前知事による「本件承認処分が裁量権の範囲を逸脱・濫用した違法なものであるとは言えない」³⁶⁶。

(5)争点⑤：「本件承認処分において法4条1項1号及び同項2号の要件が欠如している場合に取消制限の法理の適用によって本件取消処分は違法と言えるか」

「法的安定性の確保が取消制限の根拠であり」³⁶⁷、瑕疵のある処分を取り消すためには、「これを取り消すべき公益上の必要があること、それと取り消すことによる不利益とを比較して前者が明らかに優越していることが必要であ

³⁵⁵ 同上、2846頁。

³⁵⁶ 同上、2848頁。

³⁵⁷ 同上、2849頁。

³⁵⁸ 同上、2849頁。

³⁵⁹ 同上、2857頁。

³⁶⁰ 同上、2853頁。

³⁶¹ 同上、2858頁。

³⁶² 同上、2858頁。

³⁶³ 同上、2861頁。

³⁶⁴ 同上、2861頁。

³⁶⁵ 同上、2861頁。

³⁶⁶ 同上、2887頁。

³⁶⁷ 同上、2888頁。

ると解される」³⁶⁸。そこで、本件において取り消すべき公益上の必要が自然海浜の保護などが挙げられるが、取り消すことによる不利益は、「日米間の信頼関係の破壊」、「国際社会からの信頼喪失」、「本件埋立事業に費やした経費」や「第三者への影響」など³⁶⁹、極めて重大なものと考えられる。前者が後者と比べて「明らかに優越している」とまでは認められない以上、「本件承認処分の取消しは許されない」³⁷⁰。

(6)争点⑥：「国土交通大臣である原告が行える是正の指示の範囲」

国交大臣が「違法である法定受託事務処理を放置することはできず、これについては是正の指示を行うことは当然に許容される」³⁷¹。しかも、「法定受託事務に関する是正の指示については自治事務に関する是正の要求よりも広く、都道府県が処理する法定受託事務に係る法令を所管する大臣であることだけが要件とされており、自らの担任する事務に関わるか否かに関係なく、法定受託事務の処理が違法であれば、是正の指示の発動が許される」³⁷²。そもそも、公有水面埋立法による県知事の第1号要件の審査権は防衛・外交事項にも及ぶと解されるのであれば、その法を所管する国土交通大臣が当該審査権については是正の指示を行うにあたって、「上記審査権の及ぶ防衛・外交に係る事項を考慮することは当然許容される」³⁷³。したがって、原告である国交大臣による是正の指示は適法である。

(7)争点⑦：「本件新施設等建設の法律上の根拠及び自治権の侵害の有無」

「本件新施設等の建設及びこれに伴って生じる自治権の制限は、日米安全保障条約及び日米地位協定に基づくものであり」³⁷⁴、しかも、埋立地の規模は「普天間飛行場の施設の半分以下の面積であり、かつ、普天間飛行場が返還される」ので、「自治権の及ばない範囲は減少することが明らかである」から、本件是正の指示は憲法92条に違反するとは言えず、それは新基地の建設も含めて沖縄県の自治権を侵害するものではない³⁷⁵。

(8)争点⑧：「仮に本件指示が適法であるとして、被告が本件指示に従わないことは違法と言えるか」

「本件取消処分を取り消す措置を行うのに要する期間は長くとも1週間程度と認められるから、本件訴えが提起された時点では相当の期間を経過していることは明らかであり、本件指示に係る措置を講じない被告の不作为は違法となっている」³⁷⁶。しかも、国地方係争処理委員会は「行政内部における地方公共団体のための簡易迅速な救済手続であるにすぎず」³⁷⁷、その勧告には拘束力が

³⁶⁸ 同上、2888頁。

³⁶⁹ 同上、2889～2891頁。

³⁷⁰ 同上、2891頁。

³⁷¹ 同上、2895頁。

³⁷² 同上、2896頁。

³⁷³ 同上、2896頁。

³⁷⁴ 同上、2897頁。

³⁷⁵ 同上、2898頁。

³⁷⁶ 同上、2900頁。

³⁷⁷ 同上、2901頁。

ないから、協議によって紛争を解決するよう求めた決定に「国や地方公共団体にそれに従う義務もない」³⁷⁸ことから、当該委員会の決定を理由にして本件指示に従わないこと許されない。

結論として、本件承認処分には裁量権の逸脱・濫用がなく、違法が認められないから、それを取り消した本件取消処分は違法なものである。したがって、本件取消処分に対する本件是正の指示は適法であり、それに従わずに本件取消処分を取り消さない被告の行為は違法である。

II 高裁判決の前後

(1) 国地方係争処理委員会の判断回避

国土交通大臣が2016年3月16日に地方自治法第245条の7第1項に基づいて沖縄県知事に是正の指示を出した。2016年3月4日に国と県の和解が成立したにもかかわらず、である。上記福岡高裁那覇支部判決の中で争点の一つとして争われたのはまさにこの指示である。翁長知事はこの是正の指示に対して、国地方係争処理委員会に審査するよう申し出た。以下はそれに対する当該委員会の「判断」³⁷⁹である。

本件の争点は審査申出人(現沖縄県知事)の行った本件承認取消しに対して国土交通大臣によってなされた是正の指示が地方自治法245条の7第1項の規定に適合するか否かということであるが、本件をめぐる一連の問題は普天間飛行場の代替施設建設という問題に帰着するものであり、普天間飛行場の返還必要性については国と沖縄県の立場が一致しているが、そのための辺野古における代替施設の建設について、その公益適合性について国と沖縄県が対立し、共通の基盤が不十分のまま手続が進行してきたことが紛争の本質の要因である。(6～7頁)。

国と地方公共団体は、本来あるべき関係として、適切な役割分担原則の下で協力し合い、「両者が担う公益の最大化を目指して互いに十分協議し調整すべきものである」(7頁)。国と沖縄県との間での共通の基盤づくりが不十分な状態において、委員会が争点に対して判断をくだしても、それが国と地方のあるべき関係を両者間に構築することに資するとは考えられない。(7～8頁)。

結論として、本件是正の指示が適法か否かは判断しない。

(2) 最高裁による「迅速な」対応

国土交通大臣が原告として提起し、翁長沖縄県知事を被告とした不作為の違法確認訴訟の判決が2016年9月16日に福岡高裁によって言い渡されてから3ヶ月経った2016年12月20日に、最高裁は異例の「迅速さ」で全員一致で判断を下した³⁸⁰。この最高裁判決には特に注目すべき内容がないようであるが、

³⁷⁸ 同上、2901頁。

³⁷⁹ 国地委第33号平成28年(2016年)6月20日決定(平成28年3月16日付けで国土交通大臣がした地方自治法第245条の7第1項に基づく是正の指示に係る審査の申出について)。

³⁸⁰ 最高裁判所第二小法廷2016年12月20日判決(平成28年(行ヒ)第394号、地方自治法251条の7第1項の規定に基づく不作為の違法確認請求事件)。

さしあたり以下のようにまとめることができる。

本件事案を判断するためには、本件承認取消しに係る上告人に裁量権の範囲の逸脱又はその濫用が認められるか否かではなく、「本件埋立承認がされた時点における事情に照らし、前知事がした本件埋立承認に違法等が認められるか否かを審理判断すべき」³⁸¹である。

公有水面埋立法 4 条 1 項 1 号という承認要件の審査にあたって、「埋立ての目的及び埋立地の用途に係る必要性及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠である」³⁸²が、「第 1 号要件においては当該埋立てや埋立地の用途が当該公有水面の利用方法として最も適正かつ合理的なものであることまでが求められるものではないと解される」³⁸³。そして、本件においては、①本件新施設等の面積や埋立面積が普天間飛行場より相当程度縮小されること、②辺野古沿岸域を埋め立てて滑走路延長線上を海域とすることにより航空機が住宅地の上空を飛行することが回避されることや、本件新施設等が既に米軍に提供されているキャンプ・シュワブの一部を利用して設置されるものであること等を勘案すれば、本件埋立の規模及び位置は適正かつ合理的であるとして、第 1 号要件の適合性に対する前知事の判断が「事実の基礎を欠くものであることや、その内容が社会通念に照らし明らかに妥当性を欠くものであるという事情は認められない」³⁸⁴。したがって、前知事の判断に違法等は認められない。次に、第 2 号要件の適合性を審査するには専門技術的な知見を要するが、前知事の承認処分は、「①護岸その他の工作物の施工、②埋立てに用いる土砂等の性質への対応、③埋立土砂等の採取、運搬及び投入、④埋立てによる水面の陸地化において、現段階で採り得ると考えられる工法、環境保全措置及び対策が講じられており、更に災害防止にも十分配慮されている」³⁸⁵ことと、その判断過程や判断内容に特段不合理な点がないから、本件埋立てが第 2 号要件にも適合するという前知事の判断に違法等は認められない。

以上、第 1 号と第 2 号要件のいずれにも適合すると判断した前知事の承認処分には違法が認められないから、本件承認を取り消した現知事の処分は法定受託事務を処理する際に行った違法な行為である。したがって、公有水面埋立法を所管する官庁の国土交通大臣が地方自治法 245 条の 7 第 1 項に基づいて行った是正の指示は適法であり、上告人は本件指示に係る措置として本件埋立承認取消しを取り消す義務を負う³⁸⁶。また、被上告人が 2015 年 11 月に提起した前件訴訟（代執行訴訟）においても本件埋立承認取消しの適否が問題とされていたことなど本件の事実経過を勘案した結果、本件指示がされた日の 1 週間後に、地方自治法 251 条の 7 第 1 項のいう「相当の期間」が経過したものと解する³⁸⁷。したがって、上告人の行為は地方自治法 251 条の 7 第 1 項のいう不作

³⁸¹ 最二小判平成 28・12・20 民集 70 卷 9 号 2290 頁。

³⁸² 同上、2290 頁。

³⁸³ 同上、2290～2291 頁。

³⁸⁴ 同上、2291 頁。

³⁸⁵ 同上、2292 頁。

³⁸⁶ 同上、2293～2294 頁。

³⁸⁷ 同上、2294 頁。

為の違法に当たり、本件委員会決定による協議の申入れはこの結論を左右しない³⁸⁸。

結論として、上告人が本件埋立承認取消しを取り消さないという、本件指示に係る措置を講じない行為は違法であり、原審の判断を結論において是認する³⁸⁹。

Ⅲ 辺野古問題に対する学界の対応

2017年6月現在、辺野古問題に対する憲法の学界の反応は活発とは言えず、行政法学の分野に集中していることが特徴である。様々な具体的な法律論のアプローチから、行政法学者たちは熱心に議論を展開している。特に福岡高裁判決の不条理およびその常識的な過誤に対して、行政法学者たちは猛烈な批判を加えている。この現象と対照的に指摘できるのは、憲法学による辺野古問題に対する冷淡な反応である。

(1) 法律論からの批判

① 福岡高裁判決に対する批判

岡田正則は、福岡高裁那覇支部の下したこの判決に関して、裁判所による「法治主義の破壊」と「地方自治の破壊」という2つのキーワードを提起した³⁹⁰。

第一に、「法治主義の破壊」について、岡田は以下のように論じている。まず、高裁判決は最初から関係行政処分の適合性について審査を行うのではなく、いきなり沖縄防衛局が当時前知事に提出した埋立必要理由書の記載内容の合理性について審査した。判決がこれを前提として「新基地建設のために埋立ては必要だ」という結論を予め設定したことは明らかであり、このことは、「裁判所は、県知事の行政処分権限を篡奪し、行政処分に等しい判断を判決の形で行っている」ことを示し、「法治国家においてこのような裁判所の権限濫用が許されない」はずだったと指摘する³⁹¹。また、争点④のいう第2号要件(環境保全・災害防止の配慮)の適合性に関して、本判決は専門家である「第三者委員会」による審査を無視し、「埋立行為だけを2号要件の審査対象とし、埋立地利用により生じる環境問題は1号要件との関連で不利益軽減の考慮があればよい」という「判断対象操作のトリック」を用いたという³⁹²。さらに、争点①における現知事の前処分に対する取消権の有無に関して、本来、行政過程の外側にいる裁判所の評価に左右されることなく、行政過程の内側にいる行政庁自身は審査基準の最適な運用という観点から、原処分の不当を理由に自庁取消しをすることができるはずなのに、本判決は「裁判所による行政裁量の統制方法と行政権自身による行政裁量の統制方法とを同一視するという誤りを犯し」たから、「前知事の誤りを現知事は正せない」という「常識外れの結論」を導

³⁸⁸ 同上、2294～2295頁。

³⁸⁹ 同上、2295頁。

³⁹⁰ 岡田正則「辺野古訴訟で問われる日本の法治主義と地方自治—高裁判決をどう是正するか」世界2016年11月号40頁以下参照。

³⁹¹ 同上、43～44頁。

³⁹² 同上、44頁。

き出したという³⁹³。

第二に、「地方自治の破壊」について、岡田はこのように論じている。まず、争点⑤に見るように、本判決は、仮に本件承認処分に違法があるとしても、現知事による取消しは許されないとしている。そこで用い込まれたのは、「取り消すべき公益上の必要が取り消すことによる不利益と比較して前者が明らかに優越していること」、という判断基準である。そこで、前者(地域的利益や自然海浜保護等)が後者(日米間の信頼関係の破壊等)より「明らかに優越しているとまでは認められない」ので、本件承認処分の取消しは許されないとした。この判断基準自体の恣意性はともかくとして、「地方の公益が国の利益よりも明らかに優越していなければ地方自治体は適法状態を回復できない、などという法治主義と地方自治を否定する判断を裁判所が行ってよいはずはない」と指摘する³⁹⁴。また、同じ争点⑤に関して、本判決の主張する授益的処分に関する取消権制限の法理は、違法状態の維持を命じる法理であり、つまり法治主義の例外を認める法理になる。しかし、国交大臣がした是正の指示(地方自治法 245 条の 7 第 1 項)は本来、「違法な法定受託事務の処理を適法な状態に戻せ」という法治主義の回復・貫徹のための制度である。両者が向いている矛先が真逆であることは明らかである。したがって、取消権制限の法理を用いて是正の指示の適法性を判断することはできない、という³⁹⁵。最後に、国交大臣は 2015 年 11 月 17 日の代執行訴訟の訴状では自分と県知事のいずれも国防・外交事項を判断する権限を有しないと主張するが、本判決は所掌事務でもない事項でも大臣は自治体に関与できる見解を示した。このような見解は行政組織法上でも分権改革を経た地方自治法でも成り立たないはずである。このような見解が主張された原因は、争点②と争点⑥につき、裁判所が「国防・外交事項の中に大臣と知事を並べれば、大臣の優越性を際立たせることができるので、地方自治法の諸制約を取り払うことができる」と考えたからである、とされる³⁹⁶。

以上、岡田は高裁判決に対して非常に綿密な批判を行った。一方、憲法という視点の可能性を同時に示唆している者も存在する。例えば、弁護士で辺野古訴訟沖縄県知事代理人の松永和宏は、福岡高裁判決を評するとき、「本訴訟は、法定受託事務についての国の関与のあり方が問われたものである」として、「法定受託事務は自治体の事務であり、憲法上は 65 条の内閣に属する行政権には含まれず、94 条の自治体行政執行権に属し、国は上級庁の立場にはない」³⁹⁷と断言した。また、本多滝夫は、福岡高裁判決が「現知事の自治的な判断に厳しいのは、憲法の保障する地方自治の本旨を軽視していることにも起因する」と主張する。具体的にいうと、本来、地方自治法 245 条の 3 第 1 項に従えば「国の関与が最小限にとどまっているかどうかを慎重に判断する」のは裁判所が負うべき責務であるとし、また、本判決は国と地方の対等・協力関係について言及する一方、「現知事が尊重した国地方係争処理委員会の決定内容には意味が

³⁹³ 岡田、同上、44～45 頁。同旨の内容は、岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法律時報 88 卷 12 号(2016 年)108～111 頁からも参照できる。

³⁹⁴ 同上、45～46 頁。

³⁹⁵ 同上、46 頁。

³⁹⁶ 同上、46 頁。

³⁹⁷ 松永和宏「辺野古訴訟高裁判決の問題点」法学セミナー743 号(2016 年 12 月)5 頁。

ないとし、和解条項に定められた協議が進まないのは国の責任があるにもかかわらず、それを不問に付する」ことは裁判所が「地方自治に対する理解は皮相なものにとどまっている」ことを裏付けている、と批判した³⁹⁸。

②最高裁判決に対する批判

岡田正則は、福岡高裁判決に対する批判を行った後、最高裁判決に対しても批判を加えた³⁹⁹。彼は、最高裁判決は「高裁判決の赤裸々な政治的判断や過剰な国益擁護の部分を削除し、穏当な言い回しに修正したものの、判決の基本的な筋書きは高裁判決と同じ」⁴⁰⁰であると説いた。最高裁判決における行政法・法律論上の細かい論点についてはここでは省略するものの、最後に岡田が指摘した2つの本質的な問題について紹介しておきたい。

まず、第一に、岡田は第二次世界大戦後のドイツにおける「政治的司法」を想起させつつ、辺野古問題における国交大臣による本件訴訟の提起がまさに「政治的目的のための司法手続きの利用」にあたると指摘する。「国が自己の利益を貫徹させるために地方自治法の関与制度を用いることは、不正な制度利用」であり、「政府は、米軍基地の建設という自己の政治目的を貫徹させるために司法手続きを利用している」のである。したがって、岡田は、本件最高裁判決において司法権がこのような司法手続きの不正利用を黙認・アシストしている点を、「政治的司法」として否定的に評価する⁴⁰¹。

第二に、本判決は地方自治の危機を示すものであると岡田は指摘している。大臣が「法定受託事務について違法があると考えられる場合には何ら制限もなく是正の指示を出せるし、また関与の訴訟も提起できる」と解した最高裁の立場は、1999年の地方分権改革をほとんど無意味なものにしてしまう、という。国と地方の適切な役割分担原則や国の関与の最小限の原則などの地方自治法上の根本原則が無視されるからである。加えて、本判決では国地方係争処理委員会の役割がほとんど否定されてしまった点も、「地方分権改革に対する最高裁の不理解」を表している、と批判した⁴⁰²。

(2) 憲法学の対応の怠慢

憲法学者には、辺野古問題に対する行政法学者ほどの関心を見出せない⁴⁰³。

³⁹⁸ 本多滝夫「辺野古訴訟・福岡高裁判決の論理—行政法理論の『誤解』」法と民主主義 512号(2016年10月)37頁。

³⁹⁹ 最高裁判決に対する批判は、岡田のほか、五十嵐敬喜「辺野古裁判と憲法14条『平等権』違反」世界 891号(2017年2月)101～115頁、同「辺野古裁判—最高裁判所の分厚い壁」世界 893号(2017年4月)179～190頁を参照。

⁴⁰⁰ 岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機—辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界 891号(2017年2月)95頁。同「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義 516号(2017年2・3月)40頁以下も同旨。

⁴⁰¹ 同上、98～99頁。

⁴⁰² 実は、2016年9月16日の福岡高裁判決が下される前の段階で、行政法学者たちが既に辺野古問題に強い関心を示し、研究グループを結成して、それまでの争いに関する調査・研究を行ってきた。その集大成として、多数の行政法学者が執筆を担当した著書1冊が注目される—紙野健二＝本多滝夫共編『辺野古訴訟と法治主義—行政法学からの検証』（日本評論社、2016年8月）。辺野古問題をめぐる行政法・法律論上の細かい問題点を理解するための必読書と言っても過言ではなく、筆者もこの著書に負うところが大きい。

⁴⁰³ もちろん、このような記述は、憲法学者が地方自治および沖縄問題に関心を全く持た

特に、福岡高裁判決(2016. 9. 16)や最高裁判決(2016. 12. 20)などを真っ向から取り上げて批評する論考はほとんど見つからない。

ただし、このような状況の中で、小林武の論文は示唆的である。法律時報増刊号『戦後日本憲法学 70 年の軌跡』(2017 年)で、小林は「地方自治の憲法学と沖縄」と題する論文を執筆した。そこで、小林は歴史の観点から議論を立て、沖縄という極めて特殊な地方の位置付けと日本国憲法および地方自治の憲法論との「距離」を語った。つまり、沖縄は日本国憲法の制憲過程から排除されたのみならず、返還まで 4 半世紀余りの年月にわたって憲法が適用されなかった。まったく小林が指摘するように、「国民主権を原理とする憲法の制定が主権者国民の一部の参加を拒否してなされ、その結果、日本国憲法は不可避免的に沖縄の観点を欠落させたものとなった」⁴⁰⁴、ということである。そして、アメリカ統治下での民衆の努力の成果(琉球教育法における教育区教育委員会制度や市町村自治法などが挙げられる)は 1972 年の「復帰」と共に抹消されてしまい、「日本国憲法が適用されたとたんに地方自治の精神が踏みにじられるという事態が生じ」、「沖縄返還の法構造のもっている違憲性」も確認される⁴⁰⁵。最後に、小林は今後の地方自治本質論の発展に寄与し、沖縄の問題を素材とする地方自治憲法学の対応を呼び掛けている。

IV 補完性原理から主張できること

辺野古問題をめぐる国と県の対立の経緯は、以下のように確認することができる。

前知事による承認処分(2013 年 12 月 27 日)→現知事による承認処分の取消処分(2015 年 10 月 13 日)→国による執行停止決定(2015 年 10 月 27 日)、国による是正の指示(2015 年 11 月 9 日)、国による代執行訴訟の提起(2015 年 11 月 17 日)→県による 2 回の国地方係争処理委員会への審査の申出(執行停止決定および承認取消の指示をめぐるとの)、県による 2 つの訴訟の提起(2015 年 12 月 25 日)→福岡高裁にて和解が成立(2016 年 3 月 4 日)→国土交通大臣による是正の指示(2016 年 3 月 16 日)→国地方係争処理委員会の決定(2016 年 6 月 20 日)→福岡高裁那覇支部判決(2016 年 9 月 16 日)→最高裁第二小法廷判決(2016 年 12 月 20 日)。

行政法学者も指摘してきたように、沖縄県は、国地方係争処理委員会による、自身の判断は控え両当事者で協議すべきであるという決定を尊重したからこそ、国に対して関与(国交大臣による是正の指示)の取消訴訟を提起しなかったのである。沖縄県のこのような姿勢と正反対に、国はありとあらゆる方法(現

ないことを意味しない。例えば、水島朝穂は毎週更新する直言のなかで、沖縄基地問題に対して常に強い関心を示してきた。木村草太も、辺野古新基地建設の法的根拠を補強するためには、国会が「辺野古基地設置法」を制定し、名護市あるいは沖縄県の住民投票にかけるべきだと提案する。木村草太「辺野古基地建設問題と法律事項・地方特別法住民投票」法学セミナー736号(2016年5月)65頁以下を参照。

⁴⁰⁴ 小林武「地方自治の憲法学と沖縄」『戦後日本憲法学 70 年の軌跡 [法律時報増刊]』(日本評論社、2017 年)86 頁。

⁴⁰⁵ 同上、89 頁。

行法制度および訴訟制度の濫用も含む)を駆使して、とにかく迅速に埋立てという政治的任務を執行しようとしてきた。そこで、本来中立公正な立場でそれなりの役割を期待されていた裁判所は期待を裏切って、国の政治的行為をアシストし、国とともに沖縄県の自治を殺してしまう「共同正犯」となっている。これが、今までの辺野古問題の一般的な理解であろう。

ここで、以下のようなことを指摘しなければならない。

9.16 福岡高裁判決と 12.20 最高裁判決は、憲法的視野および地方自治の憲法論が不在(あるいはそれを敵視する)の判決にほかならない⁴⁰⁶。

「国防・外交に関する事項は本来地方公共団体が所管する事項ではなく、地域の利益に関わる限りにおいて審査権限を有するにすぎない。そして、地方公共団体には、国防・外交に関する事項を国全体の安全や国としての国際社会における地位がいかにあるべきかという面から判断する権限も判断しうる組織体制も責任を負いうる立場も有しない」。したがって、「国の判断が不合理とまでは言えないのであれば知事はこれを尊重すべきである」。

以上の高裁判決の文言を見れば、そこでどのような地方自治観が示されているかは、一目瞭然である。高裁判決で敷衍された事務・権限に関する考え方は伝来説(宮澤俊義)あるいは制度的保障説(成田頼明)、ひいては無保障説(柳瀬良幹)に立脚していることが推測できる。そこでは、「地方自治権」というものは、あくまでも国家権力による恩恵的なものに過ぎず、その外延はすべて国の都合によって任意に解釈・規定され、場合によっては国に縮減され吸い上げられ、ないしは全部没収されてしまう可能性も否定できない。だからこそ、「知事は国の判断を尊重すべき」なのである。

言うまでもなく、以上の地方自治観およびそこから派生してきた国・地方における権限配分のあり方は、重大な問題性を孕んでおり、真剣に問われるべきである。実は、前述したが、高裁判決を批判する中で法律論を展開した二人の論者(松永和宏、本多滝夫)による「憲法」への言及からもわかるように、高裁、最高裁両判決は憲法第8章、特に92条地方自治の本旨を軽視し、しかも、憲法92条を具体化するための努力＝第一次地方分権改革の成果(法定受託事務も自治体の事務、国地方の対等・協力関係、国の関与の最小限原則、国地方係争処理委員会による紛争解決の役割等々)をも完全に無視している。このような立場は、「機関委任事務時代を彷彿とさせ、『国に帰属する義務』＝『国の事務』』についての国の包括的指揮監督権を認める『事務の本籍主義』を想起させ、

⁴⁰⁶ 国地方係争処理委員会による判断回避の決定は両判決の本意と少し趣旨を異にするものと思われるが、やはりこの批判から免れることは困難だろう。国地委による「判断しない」という決定内容は、「地方自治法の予定するところではなく」、本来、国地委には、国地方間の係争を解決するために「国の関与の適否を判断する」という役割を果たさなかったから、「開店休業」という揶揄もあるなか、当該制度がさらに利用されなくなる危惧も生じる、と。人見剛「大臣の是正指示の適法性を国地方係争処理委員会が判断しないとした事例―辺野古公有水面埋立承認取消処分事件」法学セミナー742号(2016年)125頁。また、「係争処理委員会は、分権改革の一環として国と地方自治体との紛争を公平・中立的な立場から判断する第三者機関として設置された。しかし、そこでいう公平・中立とは、価値中立の趣旨ではない。国の関与を最小限に抑える趣旨に従って解されるべきである。翁長知事側を誘導するような審理の進め方は、同委員会の立場に疑念を抱かせるものとなろう」。本多滝夫「辺野古新基地建設問題の現状と課題―問われる国地方係争処理委員会の存在意義」法学セミナー738号(2016年7月)1頁。

自治体が処理する限りにおいて自治体の事務とする『事務の現住所主義』を採用した改正自治法の趣旨⁴⁰⁷とは相いれないのである。

このような地方自治観を貫徹してしまえば、地方自治(体)の存在意義自体が問われることになる。まさに、岡田正則が高裁判決を批判するところの「地方自治の破壊」論の中で提示したように、「地方の公益が国の利益よりも明らかに優越していなければ地方自治体は適法状態を回復できない、などという法治主義と地方自治を否定する判断を裁判所が行ってよいはずはない」ということである。

では、高裁及び最高裁判決の地方自治観に抗して、あるべき地方自治の理念型ないし国・地方における権限配分のあり方は、一体いかなるものであるべきか。

地方自治の憲法論の立場からすれば、住民に身近な地方公共団体を最も優先させる**補完性原理**を憲法 92 条に読み込むべきである。このような地方自治観は、固有権説(林田和博)、新固有権説(手島孝)あるいは人民主権説(杉原泰雄)のような、地方自治権に外延を設定しない地方自治本質論に立脚すると考えられる。地方自治権は固有の権利であれ、地方の住民の人権保障のためであれ、プープル主権の地方形態によるものであれ、いずれも国家権力とは無関係であり、それどころか、地方自治権は最初から住民ないし住民に身近な自治体に依拠して出発し、住民および基礎自治体の存立から正当性を調達する。住民自治のために、住民に身近な自治体には原則としてすべての事務・権限を認めさせるべきである。「『国の専管事項』という言葉の前で思考停止してはならない」⁴⁰⁸というように、住民の利益に係るすべての事務に関して、(仮にそれが国防・外交事務であっても)第一次的に自治体が判断権を有し、国は関与最小限の原則に従ったうえで、その自治体の判断に著しい不合理(違法)があると認める場合(これを証明する挙証責任はむしろ国に課される)に限って、関与できる。国が自治体に対して、事務・権限を行使する場合には、あくまでも副次的・補完的な役割しか果たすことができない。自治体は国による関与に不服がある場合、国地方係争処理委員会に審査を申し出、そして最後の救済として、自治体が裁判所に機関訴訟を提起することが予想される。

福岡高裁那覇支部による晦渋な判決は、現段階において瀬戸際に立たされている日本の立憲政治を如実に語っているように思える。地方自治の理念、精神と憲法における地方自治の価値がそこまで無視・蹂躪されてしまったのであれば、立憲主義や法治国家の価値も危うい状態に瀕している⁴⁰⁹と言わざるを得ない。この判決は、一つの節目であり、暗い時代の到来を予言しているのかもしれない。

⁴⁰⁷ 白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法と民主主義 513 号(2016 年 11 月)32 頁。

⁴⁰⁸ 水島朝穂ホームページ・平和憲法のメッセージ(直言 2014 年 1 月 27 日)

<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2014/0127.html> (最終アクセス:2012 年 2 月 4 日)

⁴⁰⁹ 福岡高裁判決が出される前に、琉球大学教授・徳田博人は辺野古問題を「安保体系が純粋憲法体系を飲み込んでしまう」、「日本の憲法構造の危機」と見ていた。詳細は、徳田博人「日本の憲法構造の危機—辺野古新基地建設問題からみえるもの」法学セミナー 733 号(2016 年 2 月)1~4 頁。

第3節 小括

本章の議論を土台にして、補完性原理の具体的な中身およびそれが憲法上の法原理として提示した内容を指摘しておきたい。筆者は、以下のように、三段階に分けて補完性原理が構成されると考えている。

第一に、地方公共団体の存立の保障(1947年日本国憲法と地方自治法が成立時における「都道府県—市区町村」という二層制の憲法的保障)が要請される。それに加えて、地方公共団体の適正規模については、少なくとも行政効率のための広域化は憲法上禁止されると解すべきである。そして、第二に、国との事務・権限・財源の配分において、地方公共団体優先・基礎的地方公共団体最優先の原則が要請される(この点はまさに補完性原理の文字通りの意味合いであって、日本の文脈では1949年のシャープ勧告における「市町村優先原則」がその原点となる)。最後に、上記二段階における保障が確認されたうえで、国と地方の間でいざ紛争が起きた場合、仮に当該事務の性質が国の専管事務であるとしても、国が(基礎的)地方公共団体の一次的判断権を尊重する義務を負うと解さなければならない。

以上のように、本来補完性原理という法概念には、上位団体による「補助」という意味も含まれていると解される(本論文第1章参照)が、日本における地方自治の現状と政治背景(もとより日本における地方自治精神の欠乏＝歴史の問題も当然含まれる)に鑑みた結果、何よりもまず、国の指揮監督あるいは不正な干渉からの、自由主義的・民主主義的な契機を最も重視すべきであり、その方向において日本の文脈における「補完性原理」の具体的な内容を検証したことになる。

補論 中国における地方制度の動向

第1節 はじめに

中国では、秦の始皇帝による統一以来、歴史上の分裂時期を除けば、二千年あまり高度な中央集権体制が延々と維持されてきた⁴¹⁰。帝政中国では、郡県制と律令制⁴¹¹による中央集権体制が図られたのに対し、近代以降、特に共産党政権の成立以来、いわゆる民主集中制による中央集権体制が築き上げられてきたのである。

⁴¹⁰ このような見解に対し、中央では政治的で儀礼的な「皇権」、地方では強力な「紳権」による並立的統治が行われてきたという見方もある。詳細は、費孝通『郷土中国』(三聯書店、1948年)、呉晗＝費孝通ほか『皇権興紳権』(上海市観察社、1948年)を参照。また、日本の東洋史研究においても早い時代からすでにそのような主張をなした学者がいる。要するに、中国で革命を成功させるための鍵は、郷土社会における「父老」階層にあり、「父老収攬」は成功の秘密であるとされる。中国において「生命あり、体統ある団体は、郷党宗族以上には出でぬ。この最高団体の代表者は、すなわち父老である」と説かれる。内藤湖南『(文春学藝ライブラリー 歴史1) 支那論』(文藝春秋、2013年)17頁。

⁴¹¹ いわゆる、「外儒内法」(表面的には儒家の提唱した「王道」や徳治主義などを大義名分として掲げつつ、国家統治の現場では韓非子の言う「法」を以て国を治める)という統治システムであり、内部統治における「法」の実現はまさに成熟した律令制として制度的に表現されていると思われる。中国の古典的な「法治主義」については、江利紅『現代中国の統治機構と法治主義』(中央経済社、2012年)49～50頁を参照。

毛沢東時代の「以階級闘争為綱」（階級闘争を以て大本とする）という極めてイデオロギー的な統治理念から脱出し、ようやく「改革・開放」政策が全面的に打ち出された1980年代に入ると、中央・地方関係に微妙な変化が生じる。スターリニズム的な「共同貧困」とは異なり、鄧小平の「先富論」によれば、条件の整った一部の地域に経済発展のための優遇政策を与えることにより、その地域に先に豊かになってもらうことは社会主義あるいは共産主義の最終目標に悖らないとされ、むしろ「先富帶動後富」（先に豊かになった者が遅れている者に範を示す）の理論は「中国的特色のある社会主義」の体现であり、マルクス主義に基づいた独自の発展として評価されるべきだと当局は主張するようになった。このような理念の転換によって、中国における貧富の格差および経済発展における地域間格差がこの数十年間で著しく広がり、中央と地方の利害関係をどう調整するかという問題が、喫緊の課題となった。

中国の普通地方⁴¹²において、省よりも小さい行政単位は市（都市）であるが、市にもさまざまな種類がある。直轄市（その権限は省とほぼ同等）はよく知られているが、そのほか、例えば、「比較的大きな市」（原語：「較大的市」という概念もあり、当初は国務院が指定（原語：「批准」）した地方立法権⁴¹³を有する重要な経済都市を指したが、2000年の立法法の制定によって、省・自治区の人民政府所在地の市、経済特区所在地の市および国務院が指定した「比較的大きな市」の三者を含むものとなった（2000年立法法63条）。⁴¹⁴また、「区を持つ市」（原語：「設区的市」）は、文字どおり区が設置されている市を指すが、「比較的大きな市」には必ず区が設置されているし、全国ほぼすべての地級市（地区級市）には区が設置されている。⁴¹⁵「比較的大きな市」以外の「区を持つ市」を一般都市と呼ぶこととする。

では、都市部における地方立法権はどのような変遷を辿ってきたか。まず、1979年の地方組織法（全称：「中華人民共和國地方各級人民代表大會と地方各級人民政府組織法」）により、省・自治区・直轄市の人民代表大會（6条）およびその常務委員会（27条）に地方性法規制定権が付与された。1982年には地方組織法が改正され、その27条により、省・自治区の人民政府所在地の市と国務院が指定した「比較的大きな市」の人民代表大會の常務委員会に地方性法

⁴¹² 本稿では、2つの特別行政区（香港、澳門）と5つの少数民族自治区（新疆、寧夏、広西、内モンゴル、西藏）を除く特別法が設けられていない地域（省・直轄市）を「普通地方」と呼ぶ。

⁴¹³ ここでいう「地方立法権」は、当該都市の人民代表大會が有する地方性法規制定権と同人民政府が有する規章制定権の両方を指すものである。

⁴¹⁴ 現在では「比較的大きな市」は「22の省庁所在地の市、5つの自治区の区庁所在地の市、4つの経済特区と18の国務院がそもそも指定した『比較的大きな市』」のことを指す。涂縵縵「『較大的市』完整立法権探論」交大法学2014年第3期、41～42頁。なお、「比較的大きな市」という概念の意味の変遷、法制度上の沿革及びその問題点等について、同論文を参照されたい。

⁴¹⁵ 例外も存在する。例えば、広東省東莞市、中山市、海南省三沙市、儋州市と甘肅省嘉峪關市は区を持たない「地級市」であるが、今回の立法法改正によりすべての区を持つ市と同様に地方立法権が付与された。

規の草案起草権が認められた⁴¹⁶。また同年に新憲法（いわゆる「82年憲法」＝現行憲法）が採択され、その100条により、省・直轄市の人代及びその常務委に地方性法規制定権が憲法上認められることになった。当該条文は1979年の地方組織法6条と27条の定める関係地方の人代及びその常務委の地方性法規制定権を改めて確認し、広域的な地方（省、直轄市）の地方立法権を憲法上保障する点で画期的なものであった。さらに、2000年には、中央と地方の立法活動を規範化するために立法法⁴¹⁷という憲法的法律（「小憲法」とも呼ばれる）が制定され、従来の中央・地方立法の体系が整理され、その63条は、省・自治区・直轄市と比較的大きな市（広義の概念）の人代及びその常務委にすべて地方性法規制定権（ただし、比較的大きな市の地方立法権には上級人代の承認〔原語：批准〕が条件とされている）を確認した。また、前述のとおり、同法の定義規定（同63条）により「比較的大きな市」は、より多くの制定主体を含む広義の概念へと変化した。このように改革・開放以来（1979～2000年）、地方立法権は漸進的な「下放」⁴¹⁸過程を辿ってきた。

以上に簡潔に見たように、現代中国の都市部における地方立法権（地方性法規制定権）の付与は、「上から下へ」と漸次拡大していく趨勢にある。広域的な地方である直轄市（1979年）から始まり、重要な地方経済都市（比較的大きな市）へ拡大され（1982年～1986年）、今年（2015年）3月の立法法改正によってようやく全国すべての「区を持つ市」にまで地方立法権が承認されるようになった。経済発展に伴い、緩慢ながらも地方分権も着実に前進しているように見える。

本章は中国の普通地方、特に都市部における地方立法権⁴¹⁹について、まず、

⁴¹⁶ さらに、1986年の地方組織法の改正により、省・自治区の人民政府所在地の市と国务院が指定した「比較的大きな市」の人代及びその常務委に地方性法規の草案起草権ではなく、地方性法規制定権が付与された（人代につき7条、常務委につき38条）。ただし、省レベルの人代及び常務委の地方性法規制定権と比べれば、上記両種類の市の権限には、「省・自治区の人代の常務委の承認（原語：批准）を要する」という制約がかけられている。これを、学界では「半立法権」、「準立法権」と呼んでいる。地方組織法自体は、1986年改正の後、1995年と2004年に改正され、今日に至っている。現行条文としては、第7条が①省・自治区・直轄市の人代の地方性法規制定権、②省・自治区の人民政府所在地の市と国务院が指定した比較的大きな市の人代の地方性法規制定権（ただし承認制）を規定し、第43条は、第7条に規定されている制定権を有する各地方の人代の常務委の地方性法規制定権（第7条①の地方の場合は完全な地方性法規制定権、②の場合は条件付きの地方性法規制定権）を規定している。

⁴¹⁷ 2000年立法法制定当時の議論に関する日本語の先行研究として、加茂具樹『「立法法」の制定過程における諸議論と人民代表大会の機能の変化』民主主義研究会紀要第29号（2000年12月）を参照。

⁴¹⁸ 中国語「下放」とは、本来は毛沢東時代の都市部における若い知識青年たちが毛主席の教導に応え広大な農村部に行って人民大衆と共同生活を営みながら自分の精神と肉体を鍛える（改造する）ことを表現する用語であるが、現在ではその意味は拡張され、上から下へなど、より一般的な意味として使われている。

⁴¹⁹ 便宜のため、本稿で扱う地方立法権は、地方の人民代表大会（日本の地方議会に当たる）の地方性法規制定権（日本で言えば条例制定権）だけに限るものとする。

制度運用の現実（直轄市である上海の経験）と、これまで地方立法権を有していなかった一般都市における地方行政の現実を検討し、それらを踏まえて2015年3月の立法法改正における「地方立法権拡大」条項の意義を考察する。そのうえで、これからの一般都市における地方立法権の行方ないし中国における「地方自治」の未来を展望したい。

第2節 運用

I 大都市における地方立法権の行使

（1）制定状況—上海市を素材に⁴²⁰

今回の立法法改正の意義を考察する前提として、改正以前にすでに地方立法権を有していた都市におけるその行使の様相を確認しておきたい。

検討の対象は、地方立法権の行使について最も歴史の長い直轄市の状況である。直轄市とは、北京、上海、天津と重慶の四都市を指す。このうち、重慶市は四川省の一般都市であったが、1997年に直轄市に格上げされたという特殊性ゆえに四川省との関係が複雑である。また、北京市は、首都としての特殊性

⁴²⁰ 今回の立法法改正まで、地方立法権を有する都市は、直轄市以外には「比較的大きな市」であった。今回の改正を経て、直轄市以外の都市を一律に「区を持つ市」と称するようになった。改正前の2000年立法法がいう三種類の「比較的大きな市」はいずれも地方経済都市であった。例えば、①広東省広州市（省・自治区の人民政府所在地の市）、②深圳市（経済特区所在地の市）、③青島市、蘇州市（国務院が指定した「比較的大きな市」）などが挙げられる。「比較的大きな市」の持つ地方立法権の態様はまちまちである。1982年の地方組織法は①と③の都市に地方性法規の草案起草権を付与したが、地方立法権自体を与えたわけではない。1986年の改正地方組織法はようやく上記都市に地方性法規の制定権を付与したが、「省・自治区の人民代表大会の承認」という制限を同時に規定しており、2000年の立法法もこの規定を継承している。今回の立法法改正においても、すべての区を持つ市の地方立法権に関してまた同様の制限が踏襲されている。このような「半立法権」的な制限を撤廃し、「比較的大きな市」ないし一般都市にも直轄市と同じ独立した完全立法権を承認すべきだと主張する学者が多い。「比較的大きな市」の地方立法権に関する先行研究について、宓雪軍「半個立法権弁析」現代法学1991年第6期、湯唯＝畢可志等著『地方立法的民主化與科学化構想』（北京大学出版社、2002年）、江流＝羅志先＝夏平華「論準立法権—兼與深圳立法権比較」法律科学1994年第3期、涂縵縵「『較大的市』完整立法権探論」交大法学2014年第3期等が参照になる。

ところで、「比較的大きな市」における「地方立法権」（半立法権）の蓄積は直轄市と比べれば圧倒的に浅いので、本稿の扱う素材としては適切性を欠くと判断し、それを除くことにした。なお、「比較的大きな市」の条例制定状況に関して、省、自治区の人民政府所在地の市の場合は、たとえば、広東省広州市人民代表大会ホームページ：

<http://www.rd.gz.cn/page.do?pa=ff8080814501d8df01450782375e311f&guid=5e5cf3ccf84e44ae8857cce9851e3a38&og=ff8080814501d8df014507e388eb396a>（最終アクセス：2018年2月4日）が参考になる。経済特区の場合は、たとえば深圳市の地方立法に関する研究について、楊龍芳「論深圳經濟特区地方立法創新的歷史、特色與前景」深圳大学学报（人文社会科学版）vol. 21No. 2（2014年3月）等を参照されたい。

や政治性を有している。これらの点と紙幅の関係から、本稿では、**上海市**を検討対象としたい。

上海市は現代中国における最大の経済都市である。上海市の人民代表大会およびその常務委員会は、1979年12月に地方組織法の規定によって地方立法権（地方性法規の制定権）が付与されてから30年以上に及ぶ運用経験を有している。統計によると、2014年8月末までに、制定された地方性法規は総計230本であり、現行法として有効な法規は165本、廃止又は自然に失効した法規は65本となっている⁴²¹。

① 歴史

上海市における地方立法権の行使あるいは運用は、主に以下三つの時期に区分される⁴²²。

1) 1980年代。この時期は上海市における地方立法の草創期と言われる。すでに述べたとおり、1979年の地方組織法により全国における省レベルの人民代表大会およびその常務委員会に地方立法権が付与され、直轄市である上海の地方立法権はこの時点からスタートした。さらに、1982年憲法によって省レベルの国家権力機関＝人民代表大会の立法権ないし地位が明記された。上海市では、1980年3月に「上海市、区、県の人民代表大会の選挙に関する暫定的実施細則」が上海市人代の常務委において採決され、実施された。これは上海市における地方立法権行使の原点とみられる。当該条例の成立を契機に、1980年から1990年までの十年間、上海市人代は地方性法規や法律的な問題に関する決定などを65本制定し、その内容は政治、経済、文化、衛生、科学技術、都市の建設と管理、環境や資源の保護等、広範な領域にわたっている。

2) 1990年代。この時期は経済立法の高度発展期と言われる。1992年に共産党の第14期党大会が開かれ、市場メカニズムの全面的導入を念頭に、いわゆる「社会主義市場経済」体制の樹立が宣言された。このような体制転換の時代背景に、市場経済に適応するための経済立法が急激に要求されたため、上海市人代の地方立法の重点もそこに置かれた。1993年から1998年までの5年間、上海市人代及びその常務委は地方性法規59本を制定した。これらの法規は、1980年から常務委が立法権を行使して以来制定された地方性法規の総数の半分を占める。この5年間の立法のなかに、経済に関する地方性法規は31本が含まれており、全体の52%も占めていた。

3) 21世紀初頭。この時期は上海市における地方立法の規範的発展期と言われる。新旧世紀の転換にあたり、上海市にとっていくつかの重要な出来事が起こった。何よりもまず、2000年3月の全人代による立法法の採決である。これは、国の立法権と地方立法権の権限関係を明らかにし、全国における法体系をより合理的かつ整合性、規範性を持つ方向へ向かわせるための法律であった。これを受けて、上海市人代は2001年2月に「上海市における地方性法規の制

⁴²¹ 丁偉「承前啓後継往開来 激情譜写上海地方立法的華彩樂章」上海人大2014年増刊、61頁。なお、著者は上海市人民代表大会法制委員会副主任委員兼同市人民代表大会常務委員会法制工作委員会主任。本論文は、2014年9月に上海で行われた「人民代表大会成立60周年を記念する大会」の理論検討会における発言に基づき、雑誌『上海人大』に収録されたものである。

⁴²² 丁偉、同上、61～62頁。

定に関する条例」を通過させ、立法の権限、代表大会及びその常務委員会の立法手続を定めた。同年10月、常務委は「上海市人民代表大会議事規則」と「上海市人民代表大会常務委員会議事規則」を改正し、立法手続を整備した。また、2001年に中国はWTOに加盟し、2004年に中央では行政許可法が採決されるなど、上海市における地方立法は法治化の軌道に乗り出したとされる。

②内容

立法法第73条（旧64条）によれば、地方性法規は実施型立法、自主型立法と先行型立法の三種類に分けられる。改革開放以来の上海市における地方立法の内容も、この三種類として分析できる。

1) 実施型立法。この種の地方立法は、立法法の条文でいえば、「法律、行政法規の規定を執行するため、当該行政区域の実情に応じて具体的な規定を設ける必要のある事項」（立法法第73条・旧64条）がそれに当たると考えられる。実施型立法の目的は「上位法の関連規定をより詳しく細分化すること」にあり、当該地域の実情を踏まえ、原則的、概括的な法律条文を実施するための手段や細則を提供する⁴²³ことである。例えば、2001年に制定された「上海市労働契約条例」は、「中華人民共和国労働法」（1994年制定、1995年施行）を実施するために作られた地方立法であり、「労働契約の締結、履行、変更や労働契約の解除と終了等の事項に関して実施可能な規定を設け、調和した労働関係の整備および労働者の利益の保護のために重要な役割を果たしている」⁴²⁴とされる。「上海市機動車道路交通事故賠償責任若干規定」は2005年に制定され、僅か10カ条の条文しか持たないが、「中華人民共和国道路交通安全法」（2003年制定、2007年及び2011年改正、2011年施行）の76条が規定する交通事故の民事賠償責任に関して、より詳しい創造的な条項⁴²⁵を設けている。

⁴²³ 史建三＝吳天昊「地方立法質量：現状、問題與対策—以上海人大地方立法為例」法学2009年第6期、103頁。

⁴²⁴ 鄭輝「上海人大立法三十年：歷程、經驗、前瞻」人大研究2010年第5期（総第221期）、25頁。

⁴²⁵ 例えば、中華人民共和国道路交通安全法76条は、機動車（英語：Motor Vehicle）と非機動車あるいは歩行者との間の交通事故に関して、「①非機動車側あるいは歩行者側に過失がない場合、賠償責任は機動車側がこれを負担する。②非機動車側あるいは歩行者側に過失があると立証される場合、その過失の程度によって機動車側の賠償責任が軽減される。③機動車側に過失がない場合、10%以下の賠償責任を負担する」（番号は筆者）と、ごく大雑把な規定しか設けていない。これに対して、上海市の同条例は、上記の責任状況を「機動車側が事故の責任を有する場合の賠償責任」（6条）（＝上記①と②の場合に対応）と「機動車側が事故の責任を有しない場合の賠償責任」（7条）（上記③の場合に対応）に二分し、前者に関して、機動車側が当該事故において有する責任の軽重をさらに細分化し、それぞれの責任の様態に応じて機動車側に異なる程度の損害賠償責任を課している（全部責任→100%賠償、主要責任→80%賠償、同等責任→60%賠償、副次責任→40%賠償）。また、後者に関して、機動車側は事故の責任自体を有しないが、10%以下の賠償責任を課される法律規定が存在しているから、上海市の同条例はこの状況を二分して、①高速道路や高架道路およびその他の封鎖された道路で起こされた事故の場合、機動車側に5%の賠償責任を課し、ただし賠償金額は1万元を超えないものとする、②その他の道路上の事故の場合、機動車側に10%の賠償責任を課し、ただし賠償金額は5万元を超えないものとする

2) 自主型立法。この種の地方立法の範囲は、「地方的事務に属し、地方性法規を制定する必要がある事項」（立法法 73 条）である。中央政府がこのような事務を法令で規律することはほぼ不可能であるがゆえ、地方性法規でしか対応することができない。例えば、1985 年に制定された「上海市黄浦江の上流水源の保護に関する条例」は上海市民の飲料水の安全と環境保護問題に対する地方立法である。他にも、1996 年に改革・開放や浦東開発の政策に対応するため、「上海外高橋保税區条例」が制定された。これにより、上海市浦東新区の外高橋地域において保税區（＝自由貿易區）が設立され、上海市における対外開放が拡大し、国際貿易の促進に役立ったとされる。その他、2002 年に制定された「上海市の歴史文化風致地区と優秀歴史建築の保護に関する条例」、2005 年の「上海市港口条例」など多数の自主型立法がなされた。

3) 先行型立法。立法法 73 条によれば、国の専属立法事項以外の領域において、「国がまだ法律或いは行政法規を制定していない事項に関して、省、自治区、直轄市と区を持つ市、自治州は当該地域の実情と需要に応じて、先に地方性法規を制定することができる」とされており、この種の地方立法を先行型立法と呼ぶ。特に改革・開放の初期において、国レベルでは法令の整備が進んでおらず、地方立法権を持つ各地域は国に先だって法整備の作業を模索したのである。このような地方の「実験」は、後になって国の立法が参照できる素材や経験を提供した。例えば、1983 年の「上海市古樹名木保護管理規定」（2002 年に「上海市古樹名木と古樹継続資源保護条例」へと改正）は、全国初の都市部における古木を保護するための法規であった。1987 年の「上海市青少年保護条例」（2004 年に「上海市未成年者保護条例」へと改正）は全国初の青少年の権利を保護するための地方性法規である。1988 年の「上海市における郵便と電信の通信を保護・発展するための規定」は上海市の問題に対応するための地方立法であったが、後の中央の関連立法の制定に大きな影響を与えたとみられる。12 年後の 2000 年に、国務院は「中華人民共和國電信条例」（2014 年改正）を制定している。1997 年に上海市人代常務委が制定した「上海市居住物業管理條例」は先行型地方立法の典型として、都市部における住宅団地の不動産所有者（業主）と不動産管理会社（物業公司）との権利関係を明確にし、改革・開放以前の公営住宅制度下の管理者対被管理者システムからの脱却を促進した地方立法である。これに関して中央レベルでは、2003 年に制定され、2007 年に改正・施行された国務院の「物業管理條例」を挙げることができる⁴²⁶。

これら上海市における三種類の地方立法（実施型、自主型、先行型）の比率は、統計によると、実施型立法が最も多いが、自主型立法と先行型立法を合わせれば実施型立法を上回っている。また、動態的に見ると、1979 年から 2008 年までの 30 年間、上海市における実施型立法の割合は増加する一方であり、その割合は 1979 年から 1988 年までの 10 年間は 10.0%であったが、1989 年から 1998 年までの 10 年間では 45.5%と急激に増加している。これに対して、自主型立法の割合は、1979～1988 年の 70.0%から、1989～1998 年の 28.8%へと激

規定している。

⁴²⁶ これら一連の条例に関して、手掛かりとした参考文献は、鄭輝、前掲注 424（「上海人大立法三十年：歷程、經驗、前瞻」、24 頁および史建三＝吳天昊、前掲注 423（「地方立法質量：現状、問題與對策—以上海人大地方立法為例」、104 頁である。

減している⁴²⁷。この現象は、最近の20年間（1989～2008年）で、国家における法整備の作業が着実に進められており、それに対応して地方ではそれらの新法律等を実施するために実施型地方立法の制定が求められるようになっていのである。その結果、地方独自の立法空間（自主型立法と先行型立法）が縮小されている⁴²⁸。

（2）問題点

①上位法との関係

中国の地方立法の問題点と言えば、上位法との抵触現象（或いは法規範の衝突）がよく指摘される。学説は、中国は単一制国家であるという命題から、いわゆる「不抵触原則」あるいは「社会主義国家の法制統一原則」を導き出している。具体的には、①地方立法は自己の権限範囲を越えて制定されてはならない、②地方立法は相応した立法根拠を有しなければならない、③地方立法は上位法（憲法、法律、行政法規）の基本原則に違反してはならない、④地方立法は上位法の具体的規定と衝突してはならない、この四つのポイントは、地方立法が上位法と抵触するか否かを判断するための典型的な基準として受け止められている⁴²⁹。

統計を用いた実証研究によると、上海市の地方性法規が上位法と衝突する最も多い領域は、経済管理と社会管理の立法分野であるとされ、中国の今までの改革がこれらの領域に集中しているからだと言われる。また、地方性法規と上位法との衝突は、おおむね新しい上位法が公布されたか、あるいは上位法自体が改正されたにもかかわらず、地方性法規がそれに対応する改正がなされないまま施行されていることに起因するとされる⁴³⁰。

さらに、地方性法規と上位法との衝突の性質によって、規範抵触を以下の三類型に分けて捉える主張も存在する⁴³¹。

1) 立法権限の衝突。この場合、問題となる地方立法は私人の権利利益を侵害するリスクが高い。例えば、1995年の「上海市公証条例」の第29条は「公証を申請すべき」事項を6種類列挙し、事実上強制的公証の範囲を画定したとみられる。これに対して、2006年に発効した「中華人民共和国公証法」の関連条文によれば、公証の申請は当事者の自由意思を原則とし、強制的公証はもっぱら例外的な制度にすぎず、法律と行政法規によってしか強制的公証の事項を規定することができないとしている。したがって、上海市の当該条例と新法であ

⁴²⁷ 史建三＝吳天昊、同上、104頁。

⁴²⁸ 同上、104～105頁。

⁴²⁹ 苗連營「試論地方立法工作中『不抵触』標準的認定」法学評論1996年第5期総第79期、58頁以下参照。さらに、社会主義国家の法制度の統一性の観点から、「地方立法が中央の法律法規を補足し、具体化するものとして国家の法体系の一部として位置づけられているにすぎない」と主張する論者もいる。詳細は、趙肖東「中国の地方人民代表大会の制度的構造と実際の機能—地方立法、民族自治地方立法、法律監督を中心に—」一橋法学第5巻第1号（2006年）38頁。

⁴³⁰ 史建三＝吳天昊、前掲注423、95～96頁。

⁴³¹ 史建三＝吳天昊、前掲注423、96～97頁。以下で挙げる各法規範の例もすべてこの文献からの紹介引用である。

る「中華人民共和国公証法」との間で衝突が生じており、地方立法で強制公証の事項を規定するのはその立法権限を超越していると解される。もう一例あげれば、1995年の「上海市タクシー管理条例」第11条によれば、上海市においてタクシー運転手になるためには上海市の常住戸籍の保有がその必須条件の一つとされている。当該規定は「行政許可法」（2003年制定、2004年施行）第15条（地方性法規と地方政府規章に基づく行政許可は、「別の地域の個人あるいは企業が当該地域で生産経営を行い、サービスを提供することを制限してはならない。別の地域の商品が当該地域の市場に進出することを制限してはならない。」）と矛盾していると解される。ここに挙げた地方立法が、上位法の関連規定に違反し、個人や法人その他の社会組織の権利・義務に直接に影響を与えているのは明らかである。

2) 執行的衝突（原語：「操作性衝突」）。これは、経済管理体制の変化、組織名称の変更、および関係行政機関の裁量基準が変わったなど、具体的な法執行の方法の変更から生じる衝突である。例えば、1996年に制定された「上海市における外商（外国人ビジネスマン・外国投資一筆者注）投資企業に対する許認可に関する条例」は、特にその第6条から第12条において、上海における外資系企業に対する関係行政庁の審査や許認可等の手続に関して、きわめて複雑で煩瑣な規定を設けている。しかし、改革開放の深化に伴って、1999年、国務院は「現時外商の投資をより一層促進することに関する意見」を公布し、「国務院の関連部署と各地の人民政府は外商の投資プログラムや企業の設立等に関する許認可手続をさらに簡略化し、許認可のペースを加速すべきである。」と提唱した。前記条例の執行は国務院の意見と衝突してしまうことが避けられないので、2000年に上海市政府の部局である対外経済貿易委員会は、上級庁である国務院のこの意見を受けて規範性文件を制定した（後述）。結局、1996年の条例は国務院の新しい政策と衝突を生じたため、後の行政実務の中でそれが完全に無視され、2000年に上海市側が制定した規範性文件を主な裁量基準として外商投資に関する許認可行政は行われたのである。執行権（地方政府とその部局）が上位規範との衝突を理由にして条例の適用を拒否する点が、執行的衝突がもたらす帰結である。

3) 政策的衝突。これは、上位法の中の執行可能性を有しない条文（あるいはプログラム規定）自体が変化したのに対し、地方性法規ではその変化に応じて関連条文の修正が行われないことに由来する衝突である。このような衝突はもっぱら「形式的な衝突」にすぎず、当事者に直接的な権利侵害をもたらすことはないが、当該地方性法規の正統性にマイナスの影響を与えるとみられる。例えば、「上海市郷人民政府工作暫行条例」（1989年制定、同年発効）の私営経済と自営業経済（原語：「个体経済」）に関する政策的規定⁴³²と1999年の憲法修正案の関連条文⁴³³との衝突はこれに当たる。

⁴³² 「上海市郷人民政府工作暫行条例」第8条第3項：「社会主義的な全人民が所有する財産と勤労大衆の集団が所有する財産を保護し、公民個人が所有する合法的な財産を保護し、集団経済組織が持つべき自主権を保障し、行政管理を通じて、合作型経済の発展を推奨、指導、援助し、請負経営責任制を完備させ、**私営経済を誘導、監督、管理し、自営業経済を指導、援助、監督し、農村経済の発展を促進する**」（和訳と太字は筆者）。

⁴³³ 「中華人民共和国憲法」修正16条（1999年）：「憲法第十一条：『法律が定める範囲内の

上海市における三種類の「問題条例」の比率は、立法権限の衝突が 33.3%で、およそ三分の一を占めており、執行的衝突が 52.4%となっている。政策的衝突は最も少なく、14.3%である⁴³⁴。

② 低調な行使

以上において、上海市を素材にして、大都市における条例制定の状況及びその主な問題点を概観した。しかし実際のところ、「地方立法権」(＝地方人代の地方性法規・条例制定権)は行政の現場で十分に活用されているとは言えない。その原因は次に2点に求められる。

第一は、地方政府規章(規則)の偏重である。より広い意味(あるいは一般的な理解)での「地方立法権」は本稿が設定した意味と違って、地方人代の条例制定権のみならず、地方人民政府の規章制定権をも含むと解される。実証研究によれば、1980年1月1日から2008年12月31日までの29年間、北京市人代及びその常務委は地方性法規を総計268本制定したのに対し、北京市人民政府は地方政府規章を何と804本も制定したのである。北京市の地方立法の中で、地方政府規章の比例は約75%も占めている。北京と似たような状況で、1978年から2008年までの30年間、上海市人代及びその常務委の地方性法規の制定本数は116本となり、上海市人民政府の地方政府規章の数は504本となっている。上海市の地方立法の中に占める地方政府規章の割合は約81%にも上る⁴³⁵。別の実証研究では、国有地上の家屋の収用および補償に関する国・地方の立法の構成と形態の調査結果として、国レベルでは國務院の関連行政法規1本(当該ケースでの「上位法」に当たる)と中央省庁(國務院住宅及び都市・農村建設部)の関連部委規章(省令一筆者注)1本、地方における立法対応については、全国において地方性法規は1本(青島市人代常務委)しか制定されておらず、地方政府規章が38本、地方規範性文件は78本となっている⁴³⁶。割合から見れば、地方性法規は1%、地方政府規章は32%、地方規範性文件は65%となっている。規範性文件を制定した地方立法権を有しない地域(本稿で言えば、一般都市)はともかく、地方性法規・条例制定権を有するにもかかわらずそれを使用せず、その代わりに地方政府規章に頼りきっている地方(本稿で言えば、直轄市と比較的大きな市)は多数存在する。総じて言えば、大都会における立法活動は、地方人代の条例制定よりも、行政側である地方人民政府の規章制定に異常に偏っているのである。

都市及び農村の勤労者自営業経済は、社会主義公有制経済を補充するものである。国家は自営業経済の合法的権利及び利益を保護する。』『国家は行政管理を通じて、自営業経済を指導、援助そして監督する。』『国家は法律が定める範囲内において私営経済の存続と発展を認める。私営経済は社会主義公有制経済を補充するものである。国家は私営経済の合法的権利及び利益を保護し、私営経済に対して誘導、監督と管理を行う。』を『法律が定める範囲内の自営業経済や私営経済等の非公有制経済は、社会主義市場経済の重要な構成部分である。』『国家は自営業経済、私営経済の合法的権利及び利益を保護する。』『国家は自営業経済や私営経済に対して誘導、監督と管理を行う。』に直す。」(和訳と太字は筆者)。

⁴³⁴ 史建三＝吳天昊、前掲注423、97頁。

⁴³⁵ 孫曉東＝朱力宇「北京市與上海市地方立法的比較分析」北京社会科学2013年第1期、33頁以下参照。

⁴³⁶ 屈茂輝「我国上位法與下位法内容相關性実証分析」中国法学2014年第2期、124頁以下参照。

第二は、非立法的規範の存在である。ここで言う非立法的規範とは、規範性文件あるいは紅頭文件（後述）と呼ばれるものである。地方政府規章より隠蔽性の高い行政手段・形式である。たとえば「執行的衝突」（前述）が生じても地方性法規が改正されない場合、地方政府は、その執行をやめて上位法に従うために何らかの「形式」が必要となるこの時に利用されるのが、規範性文件であり、地方政府は上位法（あるいは上級行政庁の政策）に適合的な規範性文件を自ら作成して、地方性法規の改正を待たずに、その頭越しに事に対処するのである。前出の場合では、上海市政府の部局である対外経済貿易委員会は上級庁である国務院の経済政策的な規範に合わせるため、新たな規範性文件を制定し、今まで執行してきた地方性法規を葬ることを選んだ。これは安易な対応であるが、決して珍しい現象ではない。上海のような地方立法権（条例制定権）を有し、しかも地方立法の蓄積のある大都市であっても十分起こりうるものである。

しかし、そもそも「地方性法規は地方人民代表大会が地方人民政府の権力に対して行う規制であるのに対し、地方政府規章と規範性文件は事実上地方人民政府の、自己の行為に対する自主規制に過ぎない。社会主義法治国家、法治政府などの観点からすれば、前者の方が明らかに後者より勝っている。」⁴³⁷従って、上記2点の問題点は、現段階の中国において上海を初めとする大都市の地方立法権行使の実態を分析するための絶好の参照物になると思われる⁴³⁸。

⁴³⁷ 屈茂輝、同上、126頁。

⁴³⁸ ところで、大都会は地方立法権（条例制定権）を有するにもかかわらず、それが活かされておらず、地方当局はあえて行政立法である地方政府規章に偏り、ひいては非立法的規範である紅頭文件まで持ち出し地方行政の現場に臨んでいるのは、一体なぜだろうか。きわめて抽象的で不毛な議論になりがちではあるが、筆者はあえて二つの原因を指摘しておきたい。

第一に、樋口陽一が約半世紀前に、『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）の中で指摘したことであるが、近代立憲主義の現代的変容の特徴の一つである行政権の強化あるいは行政国家化のことである。行政国家化は戦後における世界的普遍的な趨勢であり、必ずしも立憲民主主義諸国の特有現象とは限らない。ただし、かつて何千年もの歴史を保ってきた律令制は、現在の中国においてもなお様々な形式（少なくとも法観念や法思想のレベル）で温存されており、伝統的な官僚主義の余波は戦後世界における行政国家化の潮流と合流し、そしてよみがえり、さらに強化する一方となりつつある。これは中国における律令国家の負の遺産といえよう。西欧近代立憲主義は法規範をもって権力を縛るという設定で制度化されてきたのに対して、韓非子の法家思想以来、歴代の帝政中国王朝は民を統治するための道具として法を見事に使いこなしてきた。まさに、西洋近代の考えたと正反対である。現代中国の種々の問題を考えるとき、以上のような、西洋との原理的な相異はあらゆる議論の原点であると思われる。大都会において地方行政権力を縛るための条例制定権は等閑に付され、その代わりに「民を統治するための」地方政府規章や規範性文件が都合よく「活用」されているのである。

第二に、より具体的な、制度上の要因を述べれば、人民代表大会制度自体の病理がある。周知のとおり、人民代表大会制度は中国の根本的な政治制度である。憲法の規定から見れば全人代や地方各級の人代は国家の最高権力機関や各地方の権力機関である（憲法57条・96条1項）が、実際には、国家制度の組織原則である「民主集中制」の下で、民主主義は

II 一般都市における地方行政の実態

(1) 「紅頭文件」行政

以上において、上海市を素材にして大都市における地方立法権行使の実態を紹介した。本節では、今まで地方立法権を有していなかった一般都市における地方行政の実態を、いわゆる「紅頭文件」に着目して検討する。地方立法権の欠如の弊害を明らかにするためである。

「紅頭文件」とは、「憲法、法律、法規（地方性法規と国务院の行政法規—筆者注）、規章（地方政府規章と国务院各部門の規章—筆者注）以外の、関係機関や関係部門が制定・公布した、一般的規範定立的な非立法的文書である」⁴³⁹とされる。要するに、一定の規範力を持つ行政文書のことである⁴⁴⁰。これは、民間における通俗的な呼称に過ぎない。「紅」とは中国語の赤の意味で、「頭」とは「文書の表紙に書かれたタイトル」を指し、「行政文書は赤字で印刷されること」⁴⁴¹が普通なので、これを組み合わせ「紅頭文件」という造語が考えられたのである。「紅頭文件」にあたる正式名称は「規範性文件」（規範性を持つ行政文書）であるが、その具体的存在形式は国家・地方の各権力機関による「決定」、「命令」等が挙げられ、その究極的な根拠は憲法に求めることができる⁴⁴²。

形骸化し、人代自体の権力も儀式化している。その最も究極的な体現は、選挙制度である。中国の人代制度は旧ソ連の人民ソヴィエトを見本として作られたものであり、近代以来の西欧型議会制とは完全に異質である。そこで人民は代表されていないし、代議士も「非常勤」であると揶揄される。このような基本的な議会制の機能を欠く「立法機構」の下では、条例制定権の活用どころか、人代それ自身の正統性ですら疑われるとみられる。結局、制度的には、法治国家の理念は遠ざかり、地方代議士の条例制定意識や地方政府官僚の条例運用意識は極めて希薄となり、条例の代わりに地方政府規章と規範性文件（執行的衝突）が濫用されることになるのである。

⁴³⁹ 劉松山『「紅頭文件」衝突法律的责任归属—兼評福州王凱鋒案』法学 2002 年第 3 期 3 頁。

⁴⁴⁰ 實際上、「紅頭文件」の制定権者は行政機関にとどまらない。最高人民法院、最高人民検察院、そして特に各級の党委員会はみな「紅頭文件」を「活発に」利用している。

⁴⁴¹ 小口彦太＝田中信行『現代中国法 [第二版]』（成文堂、2012 年）28 頁。〔田中執筆部分〕。

⁴⁴² 地方政府の「紅頭文件」制定権の根拠は憲法 107 条 1 項：「県級以上の地方各級人民政府は、法律が定める権限に従って、その行政区域内の経済、教育、科学、文化、衛生、体育事業、都市・農村建設事業及び財政、民政、警察、民族事務、司法行政、監察、計画出産等の行政任務遂行を管理し、決定及び命令を發布し、行政任務遂行要員を任免し、養成し、考課し、及び賞罰を行う。」国务院の「紅頭文件」制定権の根拠は憲法 89 条 1 項：「憲法及び法律に基づき、行政措置を定め、行政法規を制定し、決定及び命令を發布する。」

（下線は筆者）。条文の和訳は、高橋和之編『新版世界憲法集 [第 2 版]』（岩波書店、2012 年）、それぞれ 567 頁と 560 頁〔高見澤磨訳〕を参照した。

「紅頭文件」の制定権について、憲法のほか立法法や地方組織法などにも関連根拠規定が設けられている。ちなみに、本稿の冒頭では帝政中国における中央集権体制について言及したが、もしも律令の「律」を刑罰法などの成文法規に例えるならば、現代中国に大

行政現場において、「紅頭文件」は往々にして政府の具体的行政行為の直接の根拠となっており、政府およびその関係部門による「紅頭文件」の制定・公布ということ自体は抽象的行政行為に属すとされる。「紅頭文件」のあまりにも強大の影響力のせいか、この行政文書の制定行為自体が「準立法的行為」と人々に見なされるに至っているとされる⁴⁴³。また、「紅頭文件」の制定手続は地方性法規などと比べればきわめて恣意的であり、「一部の行政機関の『紅頭文件』がある幹部のたった一言の指示や、彼の会議における発言によってすぐに起草・制定される⁴⁴⁴。行政の効率化が最大限に追求されるため、地方行政においては「紅頭文件」という行政手段は非常に「愛用」されている。

通常、広義の「紅頭文件」は「文字通りの意味で、タイトルが赤字で印刷され、最後に赤い公印で終わる文書であり、一般市民または組織に向けた行政文書もあれば、行政機関内部における事務処理事項に関するルールを明確にする行政文書も含まれる」とされるが、狭義の「紅頭文件」は「一般市民または組織に向けた行政文書のみを指し、これらの文書は一般人に対して拘束力を持ち、その権利義務にかかわっており、法律用語でいえばすなわち行政法規、規章以外のその他の一般的拘束力を持つ規範性文件（下線は筆者）である。常に人々の強い関心を引き寄せているのは、まさにこの狭義の『紅頭文件』である⁴⁴⁵とされる。日本の行政法学の分類に従えば、行政立法は法規命令と行政規則の二種類に分けられるが⁴⁴⁶、これに照らすと「紅頭文件」は、行政規則的なものもあれば法規命令的なものもあり、また行政規則のような外観を備えつつ実質的には法規命令そのものである（日本における行政規則の外部化現象）ようなものも大量に存在する。しかし、何よりも問題とされるのは、狭義の「紅頭文件」である。それが規範性と罰則性を持ち、作用対象が一般市民であるからである。普通の区を持つ市（一般都市）では、地方立法権を付与されなかったため、この「紅頭文件」に依拠して、地方政府は行政を実施してきた。今回の立法法改正は、地方立法権の欠如に起因する「紅頭文件」行政を法治行政の観点から正すという目的を有すると思われるが、近時における「紅頭文件」行政の実例を取り上げ、もう少し具体的に中国の地方行政における実態を見ておきたい。

まず、「限行」という現象に注目しよう。これは車の通行を制限する地方政府の政策であり、地域におけるラッシュアワーの交通渋滞の改善および環境保

量に存在している「紅頭文件」（＝方針・政策）をまさに「令」に当たると考えても差し支えないであろう。すべての国家作用を行政の中に解消してしまうのが官僚制国家である帝政中国の統治の特徴であることに鑑みれば、現代中国における「法」は今日でも帝政中国の「法」（思想）の幽霊に取り憑かれていると言えよう。そこには、歴史と「伝統」が無意識的に継承され、一種の連続性が保たれている。なお、帝政中国における法の在り方および律令制に関する基礎的考察について、小口彦太『伝統中国の法制度』（成文堂、2012年）1～21頁を参照されたい。

⁴⁴³ 王景斌＝顧頴「『紅頭文件』違法之原因及对策論析」行政輿法・行政法研究 2005年11月、78頁。

⁴⁴⁴ 陳麗芳「『紅頭文件』法治化探討」雲南行政学院学報 2007年第3期、137頁。

⁴⁴⁵ 宇秀春「讓公衆有權狀告『紅頭文件』」人大建設 2007年第6期、43頁。

⁴⁴⁶ 塩野宏『行政法 I [第六版]行政法総論』（有斐閣、2015年）102～122頁参照。

護（特に大気汚染対策）のために当該地域の都心部あるいは一部の特定地域において車の通行を一定期間制限する措置である。北京、上海のような大都市で始まり、その後地方都市（地方立法権を有しない区を持つ市＝一般都市）にまで急速に拡大した。制限の様子はまちまちであるが、大都市では車のナンバーと日付を連動させ（奇数か偶数か）、これによって通行規制をかけたり、あるいは車のナンバーを五組に分け、各組ごとに月曜から金曜までのうちの1日につき通行禁止とする規定が設けられたりした⁴⁴⁷。地方立法権を有しない地方都市では、排気ガスのひどい車種に厳しい通行制限がかけられた。たとえば、広東省佛山市政府は、2014年2月に「佛山市人民政府關於調整佛山市第四、五、六階段限制高污染（高排放）汽車通行的通告」（佛府〔2014〕12号）⁴⁴⁸という規範性文件（「紅頭文件」）を公布し、汚染度の高い車両に通行の制限を設けた。当該紅頭文件の規定によれば、「グリーン環境保護検査合格認定証」を持たない車両は、市が指定した「通行止め地域」（国道と高速道路は除外されることが多い）での移動が禁じられ、制限の期間と時間帯（1日24時間制限のことが多いが）も指定されている。この規定に違反した者には、交通警察による「批評教育」や罰金などの罰則が課される。当該紅頭文件と関連して、佛山市政府は2014年12月にさらに全面的な通行規制をやはり紅頭文件の形式で定めた。この「佛山市人民政府關於禁止大気汚染物排放超標（尾氣排放超標）機動車上路行駛的通告」（佛府〔2014〕95号）によれば、規制目的は「我が市の環境と空気の質を改善し、市民の健康を守る」ことであり、規制対象は以下の四つである。①「環境保護検査機構によって行われる定期的な排気検定（年間審査）に通らなかった機動車両」②「道路検査において排気検定の規定した基準値を上回る機動車両」③「黒煙を放つと摘発され、かつ環境保護部局の排気検定に通らなかった機動車両」④「黒煙を放つと摘発されたにもかかわらず規定により検査を受けていない機動車両」。通行止め区域は市の全域に拡大され、制限時間帯は1日24時間とされた。罰則は、交通警察による「批評教育」か200元の罰金（「中華人民共和國道路交通安全法」による）などである⁴⁴⁹。

この佛山市の紅頭文件（佛府〔2014〕95号）の根拠規範は、「広東省珠江三角洲大気污染防治弁法」（広東省人民政府令第134号）である。これは、広東省政府が2009年に制定した地方政府規章である。さらに、当該規章の第1条によれば、その法律上の根拠は「中華人民共和國大気污染防治法」（2000年修正版）である。ところで、「広東省珠江三角洲大気污染防治弁法」第9条は、

⁴⁴⁷ 以上のようなやり方は、いわゆる「単双号限行」と「按尾号每週限行一天」と名付けられる「限行」政策の典型的な実施態様であり、北京市で行われたのである。ただ、パトロールカー、市営バス、タクシー等は対象外となるとされる。

⁴⁴⁸ （広東省）佛山市政府網

http://www.foshan.gov.cn/zwgk/zfgb/srmzfwj/201403/t20140318_4583120.html（最終アクセス：2015年11月25日〔2018年2月4日現在リンク切れ〕）。＝佛山市人民政府公報2014年第3期（電子版）。

⁴⁴⁹ （広東省）佛山市政府網

http://www.foshan.gov.cn/zwgk/zfgb/srmzfwj/201502/t20150203_5040919.html（最終アクセス：2015年11月25日〔2018年2月4日現在リンク切れ〕）。＝佛山市人民政府公報2014年第24期（電子版）。

「機動車に対して環境保護標識を使ってそれを管理する。大気汚染物質の排出が基準値を上回る機動車の走行運転を禁止する」と定める。これに対して、「中華人民共和国大気污染防治法」(2000年)の第4章は「機動車船の汚染物排出の対策(原語:「防治」)」と名付けられており、その第33条には「現在使用中の機動車は、その製造当時有効であった、機動車に関する汚染物質排出基準を満たさない場合には、走行運転してはならない。」(下線筆者)と規定されている。佛山市の当該紅頭文件は、その上位規範である広東省政府規章(広東省人民政府令第134号)ないし2015年改正前の大気污染防治法(2000年版)を根拠規範として車の規制を行ったはずであるが、2000年法律は車の製造時の排気基準に基づく規制であるのに対して、佛山市の紅頭文件は排気検査時の基準への適合を要求するものになっており、明らかに2000年法律が規定する基準と食い違っている。中国の車の排気ガス排出基準は、国務院環境保護部によって2000年代以降ほぼ毎年更新されており、基準は年々厳しくなっている。根拠法律自身の合理性は別にして、法律による行政の原理(「依法行政」)の観点からみると、当該紅頭文件が設けた規制は、法律の明文に反するものである。

次に、「限購」とは、「購買を制限する」という意味であり、大都市(直轄市と比較的大きな市など)における交通渋滞を緩和するため一般市民に対して乗用車を購入する権利を制限する地方政府の政策などを指す。乗用車の「限購」政策は基本的に大都市で行われているのに対し、家屋(不動産)の「限購」政策もあり、これはより広範に見られ地方の一般都市まで及んでいる。地方における家屋「限購」行政の規制目的は、国務院による全国の不動産業に対するマクロコントロールとかわかっており、都市部における不動産価格の高騰の抑制や不動産バブル対策の要請等である。一般都市の浙江省台州市を例にとると、当該市政府は2011年8月に、「台州市人民政府弁公室關於進一步落實房地產市場調控工作的通知」(台政弁發〔2011〕119号)⁴⁵⁰という紅頭文件を公布した。

「全市市域範囲内における世帯、および家屋を購入する日から二年間以内に本籍所在地で一年以上の個人所得税の納税証明書または社会保険支払証明書を提供できる市域範囲外の世帯は、本市の都市部において新築の商品住宅を1件購入できる。本市の都市部においてすでに2件以上の住宅を所有している市域範囲内の世帯、1件以上の住宅を所有している市域範囲外の世帯、および家屋を購入する日から二年間以内に本籍所在地で一年以上の個人所得税の納税証明書または社会保険支払証明書を提供できない市域範囲外の世帯に対しては、本市の都市部において新築の商品住宅を購入することを一時停止する。上記規定に違反し住宅を購入した者には、不動産登録をさせない。」とされる。

「中華人民共和国民法通則」(1986年制定、1987年施行)第71条によれば、「財産の所有権とは、所有者が自分の財産に対して法律に依って占有、使用、収益と処分を権利を享有することである。」また、同様に、「中華人民共和国物権法」(2007年3月採決、同年10月施行)第39条によれば、「所有権者は自

⁴⁵⁰ (浙江省) 台州市人民政府公報 2011年第9期、26頁。近時においては、家屋「限購」政策は多くの地方都市で次々と撤廃され始めているが、人口のきわめて密集している大都会(直轄市の北京や上海)ではいまだに実施されている。なおちなみに、先に紹介した地方「限行」都市の広東省佛山市は、2011年3月に広東省において初めての家屋「限購」政策を公布した一般都市であったが、2014年8月にそれを撤廃した。

分の持つ不動産または動産に対し、占有、使用、収益と処分の権利を享有する。」地方政府の紅頭文件（前例では台政弁発〔2011〕119号通知）による「限購」政策は、法律や条例によることなく不動産業者の不動産に対する処分権を侵害するものである。そして、「当事者は法律に依って自ら契約を締結する権利を享有する。あらゆる組織や個人がそれに不法に干渉してはならない。」と規定する「中華人民共和国合同法」（1999年3月制定、同年10月施行）第4条との関係で言えば、当該紅頭文件の規定は、不動産業者側や一般市民側のいずれに対しても、法律や条例によることなく契約を締結する自由を侵害するものと解すべきであり、経済活動の自由に対する厳しい制限となるといわざるをえない⁴⁵¹。

（2）規制態様

「紅頭文件」に対する法制度上の規制に関しては、従来、1989年に制定された「行政訴訟法」と1994年に制定された「国家賠償法」のいずれにおいても、私人が行政機関の制定した「規範性文件」（「紅頭文件」）に対して訴えることが出来る規定は存在しなかったが、1999年に制定された「行政復議法」（＝行政不服審査法）においては、私人は行政機関の具体的な行政行為の根拠となる、当該行政機関の制定した規章以外の規定が違法だと考えれば、その根拠規定（規範性文件）を具体的な行政行為に対する不服申立てと併せて審査に付することが出来ることと規定されている。これが「紅頭文件」に対する初の法規制とされる⁴⁵²。近年の法改正によっても、「紅頭文件」に対する規制は強化されている。たとえば、2014年11月に「行政訴訟法」が改正され、「行政復議法」の条文と類似した関連規定が新たに設けられた。「公民、法人またはその他の組織は、行政行為の依拠するところの国务院各部ならびに地方人民政府およびその部門の制定した規範性文件が不適法であると認める場合、（具体的行政行為—筆者注）と併せて当該規範性文件に対して審査を求めることができる」（第53条）とされている。また、「行政訴訟法」第49条に書かれている「具体的な訴訟上の請求と事実根拠」という原告適格の要件の一つに関して、最高人民法院は、その「具体的な訴訟上の請求」には、「……（具体的行政行為—筆者注）と併せて規章以下の規範性文件に対して審査を求める……」⁴⁵³ことも含まれるという解釈を出している。

また、人民代表大会は監督権を行使することができる。それは、憲法に根拠を持つ権限である。「県級以上の地方各級人民代表大会常務委員会は、……当該人民政府、人民法院及び人民検察院の任務遂行を監督する。当該人民政府の不適切な決定及び命令を取り消す。一級下の人民代表大会の不適切な決議を取り消す。……」⁴⁵⁴（憲法104条、下線は筆者）。ここで言う「決定」と「命令」

⁴⁵¹ 家屋「限購」行政のほか、「紅頭文件」行政の典型例として、当該地方（台州市）の都市部における爆竹の売買やそれを鳴らす行為の規制も挙げられる。「關於市区限制銷售燃放煙花爆竹的通告」（台政發〔2014〕44号）の内容について、（浙江省）台州市人民政府公報2014年第12期10頁を参照。

⁴⁵² 劉松山、前掲注439、同論文5頁の脚注の①を参照。

⁴⁵³ 最高人民法院ホームページ：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-14294.html>（最終アクセス：2018年2月4日）。

⁴⁵⁴ 憲法条文は高見澤磨の訳を引用。前掲注442（『新版世界憲法集〔第2版〕』）566頁を参

はまさに「規範性文件」（紅頭文件）のことを指すと思われる。

この憲法規定の精神を受け、「中華人民共和国各級人民代表大会常務委員会監督法」（以下略称「監督法」）では、「規範性文件に対する届出（原語：「備案」⁴⁵⁵）審査」の関連規定（第五章）が設けられている⁴⁵⁶。すなわち、「県以上の地方各級人民代表大会の常務委員会は、その一級下の人民代表大会およびその常務委員会が出した決議、決定、そして同級の人民政府が公布した決定、命令を、審査を経て、下記のような不当な事由のどれか一つにあたると認めると認めるとき、それらを取り消す権限を持つ：（一）法定権限を踰越し、公民、法人およびその他の組織の合法的権利を制限あるいは剥奪し、または公民、法人およびその他の組織の義務を増加するもの；（二）法律、法規規定と抵触するもの；（三）その他の不当な事由を伴い、取り消されるべきもの。」（「監督法」第30条、下線は筆者）。⁴⁵⁷

照した。

⁴⁵⁵ 「備案」：上級機関に關係事項を報告し、そして記録に留めることを指す。

⁴⁵⁶ 当該法律は第10回全人代常務委の第23期会議（2006年8月27日）において採決され、2007年1月1日から施行された。

⁴⁵⁷ その他の個別法の中で、規範性文件に対する規制も散在している。たとえば、「行政処罰法」（1996年3月採決、同年10月施行）によれば、法律、行政法規、規章と地方性法規以外の規範性文件は行政罰を設けてはならないと規定されている。（「行政処罰法」9条、10条、11条、12条、13条、14条）。「行政許可法」（2003年8月採決、2004年7月施行）は、法律、行政法規、地方性法規と規章以外の規範性文件は行政許可を設けてはならないと規定している。（「行政許可法」14条、15条、17条）。

一方、行政機関が制定した「紅頭文件」は行政立法の範疇に入らないとされるから、その制定に関する審査手続を規定する法律は存在しない。しかし、近年、一部の地方において、当該地方政府の「紅頭文件」に対する事前審査の手続を規定する地方立法が現れてきている。たとえば、2003年3月安徽省政府は「安徽省行政機関規範性文件制定程序規定」という地方政府規章を制定し、本省におけるすべての「紅頭文件」に対して同級政府の法制工作部門による事前の合法性審査を設けた。参照：陳麗芳、前掲注444、138頁。当該地方政府規章の内容に関して、安徽政府法制網（安徽省人民政府法制弁公室ホームページ）：http://www.ahfzb.gov.cn/content/news_view.php?id=4070&ty=177（最終アクセス：2015年11月25日〔2018年2月4日現在リンク切れ〕）。

なお、以上紹介した紅頭文件に対する制限手段が現実において有効に機能しているかは別問題である。中国では、共産党は国家を領導するという究極なドクトリンが貫徹されている。「党政不分」が言うように、中央から地方まで政府という「殻」を通じて党は政治・行政を実質的に行っている。例えば、通常地方政府の規範性文件（紅頭文件）は起草されたらすぐ同級の党委員会（より正確に言えば地方の党委員会の常務委員会）の「お偉いさん」たちに送付され、彼らの意見を求めなければならない。それに、地方政府の行政ポストのトップは同時に地方党委員会のナンバーツーであること（たとえば市長は市の党委員会の副書記を兼務する）が多い。中央では、國務院の重要な規範性文件が党中央の許可を必要とすることと全く同様である。党の意思はすべての国家権力に、そのなかで特に肥大化しつつある行政の分野に浸透している。地方政府によって制定された「紅頭文件」は地方党委員会の意思の丸写しであるがゆえに、以上紹介した法制度上の紅頭文件に対する規制回路はショートしてしまうことが多い。一言でいえば、政治構造の原因で、現行法体系

第3節 立法法の改正

I 意図・概要

2015年3月15日、第12回全国人民代表大会（以下は全人代）第3期会議⁴⁵⁸で『中華人民共和国立法法』の改正に関する決定が採決された。立法法が2000年3月の第9回全人代第3期会議において制定されて以来、初めての改正となっている。当該法律の改正につき、全人代常務委員会（以下は全人代常務委）におけるその草案の審議および関連作業が、2014年8月から2015年3月にわたって長期間行われた。全人代のホームページでは、「立法法の改正」という特集が設けられ、改正作業の進捗状況の更新および草案審議の様子が公開されている⁴⁵⁹。本稿では、この立法法改正のうち、地方立法権の拡大の意義を明らかにすることを目的とするが、2015年3月8日に第12回全人代第3期会議において、全人代常務委副委員長の李建国による「中華人民共和国立法法修正案（草案）に関する説明」⁴⁶⁰を取り上げ、立法法改正の趣旨と概要を確認しておきたい。この「説明」は、今次の立法法改正の基本的精神を明らかにしており、また当局（党中央と全人代）の意思を十分代弁していると考えられるからである⁴⁶¹。

まず、立法法改正の目的・意図について次のように説かれた。「我が国現行の立法法は2000年に制定されて以来、（各立法主体間における一筆者注）立法

下において「紅頭文件」に対する規制は期待されるほどの効果を果たしていないのが現実である。ちなみに、上述の「党政不分」の状況に関して、当局は早い時代からそれを改善するための努力をしようとしていた。例えば、1987年の第13期党大会（十三大）において、政治体制の改革に関する提案の中で、「党政分離」と「権力下放」という二つのキーワードが当局によって正式に掲げられた。しかし、その後の国内外における政治情勢の影響で改革の目標は頓挫し、今日まで至っている。

⁴⁵⁸ 正確には「十二届全国人大三次会議」。全人代の代表の任期は5年間となり、代表大会は毎年3月に開かれ（人民政治協商會議と合わせて「两会」と呼ばれる）、つまり代表たちが5年間の任期中に計5回にわたって北京に集まる。そこで一週間の会議（全会＝本会議）・審議作業（各省の代表団の分科会）を行う。今年（2015年）の3月は第12回の全人代（2013～2018）の3回目の会議である。全人代の休会中に、常設機関である常務委がその代わりに機能する。常務委は2か月に1回会議を開く。

⁴⁵⁹ 中国人大網（全人代ホームページ）「立法法修改」（2014年8月—2015年3月）
http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/node_25283.htm（最終アクセス：2018年2月4日）。

⁴⁶⁰ 中国人大網（全人代ホームページ）「關於『中華人民共和国立法法修正案（草案）』的説明」（初出は新華社通信 2015年3月8日）
http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-03/09/content_1916887.htm（最終アクセス：2018年2月4日）。

⁴⁶¹ なお、修正案草案と新しい法律条文の間に条数のずれが生じているので、確認のため、段落ごとにそれぞれの修正案草案の条数の後に対応する改正後の立法法条数も併記する。立法法改正の解説と翻訳は、岡村志嘉子「中国における立法法の改正」外国の立法265号（2015年9月）118頁以下参照。本稿では条文の翻訳に当たってこれを参照した。

活動が規範化され、中国的特色のある社会主義法体系が形成・完備され、社会主義法治の建設が推進されてきた。」「しかし、経済と社会の発展、および改革の深化につれて」、立法活動において新たな状況と問題が現出しつつある。新たな状況に対応し、そして問題を解決するためには、第 18 期の党大会およびその「三中全会」、「四中全会」の精神を貫徹するためにも、立法法を改正する必要性が十分ある。立法法の改正は、「立法体制を完備し、立法の質と効率を向上させ、国家における法制の統一を維持し、完全な法規体系を形成し、国家管理体系と管理能力の現代化を推進し、社会主義法治国家を建設するために、重要な現実的、長期的な意義を持つのである。」（下線は筆者）。また、立法法の改正作業において、今後は「立法活動を積極的に改革の需要に適合するようにし、改革と法治の同時進行」が可能となるように強く求められた。

改正の主要内容については、以下のようにまとめることができる。

① 「立法体制の改善について」

1) 「立法（活動）と改革政策との接合を実現する」

立法活動が積極的に改革と経済・社会の発展の需要に応えるため、「全人代およびその常務委は改革発展の必要性に基づき、行政管理等の領域における特定の事項の授権に関して、一定の期限まで全国一部の地域で関連法律の一部の規定の適用を暫定的に変更又は停止することを決定することができる。」⁴⁶²また、授権立法に関しては、「授権決定は当該授権の目的、範囲を明らかにすべきのみならず、授権の具体的事項、期限および被授権機関が授権決定を実施するために遵守すべき原則等を明確にしなければならない。被授権機関は授権期限満了の 6 か月前までに、授権機関に対して当該授権決定の実施状況を報告しなければならない。」（修正案草案第 5 条、第 4 条）（立法法第 13 条、立法法第 10～12 条）。

2) 「区を持つ市に地方立法権を付与する」

地方の実情と需要に応えることができるように法律によってすべての区を持つ市に地方立法権を付与すべきであるが、それと同時に、「地方立法の権限と範囲を画定し、重複立法を避け、国家における法制の統一を維持すべきである。」したがって、修正案草案では、すべての区を持つ市に地方立法権が付与されると同時に、それぞれの地方立法権（地方性法規制定権）の範囲は、当該地域における「都市・農村部の建設とその管理、環境保護及び歴史文化保護に関する事項」に限定されている。制限列举という建前が取られているのである。また、区を持つ市の数がきわめて多く地域間の差異も大きいことに鑑み、修正案草案は、「省、自治区の人民代表大会の常務委が当該省、自治区の管轄する区を持つ市の人口、面積、経済社会発展状況および立法需要、立法能力等の要素を総合考慮して、（省・自治区人民政府所在地の市、経済特区所在地の市及び国务院が指定した比較的大きな市を除いた）その他の区を持つ市が地方性法規の制定を開始するまでの具体的な段取りと時期を決定し、それを全人代常務委と国务院に届け出る」と規定している。さらに、区を持つ市の人民政府に地方政府規章の制定権を付与する。（修正案草案第 28 条、第 32 条）（立法法第 72 条、第 82 条）。

⁴⁶² この新たな条項の挿入は、近年上海および広東、天津、福建で整備されている「自由貿易試験区」を念頭に置いたものであろう。

3) 「税収法定原則を確立する」

2000年立法法の第8条⁴⁶³では、「税収」を法律事項としていたが、その他の事項と並記されていたに過ぎない。これに対して、修正案草案では、「税収」を特別の項目として独立させ（第6項）、「税目の設立、税率の確定および税の徴収管理等の基本制度」を法律事項とした。（修正案草案第3条）（立法法第8条）。

4) 「部門規章と地方政府規章の権限を規制する」

「部門規章は、法律又は国务院の行政法規、決定及び命令の根拠なしに、公民、法人およびその他の組織の権利を減損させ、又はその義務を増加させる規範を設けてはならない。当該部門の権限を増加させ、又はその法定職責を減少させてはならない。」（修正案草案第31条）（立法法第80条）。地方政府規章の場合も同様に、「法律、行政法規および地方性法規の根拠なしに」、以上のようなことをしてはならない。他方で、各地域の実情によって「本来地方性法規を制定すべきであるが、そのような条件が満たされていない場合には、地方の行政管理上の差し迫った必要性に基づき、先に地方政府規章を制定する」ことが認められる。ただし、これには、「その規章の実施から満2年が経過し、当該規則に定める当該行政措置を引き続き実施する必要があるときは、当該地方の人民代表大会又は同常務委員会に地方性法規を制定するよう求めなければならない。」（修正案草案第32条）（立法法第82条）という条件が付される。

② 「人代に立法活動における主導的な役割を發揮させることについて」

全人代および同常務委の立法計画、年度立法計画等に関する規定（修正案草案第16条、第17条）（立法法第52条）、法律案の起草作業における全人代の専門委員会と常務委の事務機構の活動メカニズムに関する規定（修正案草案第18条）（立法法第53条）、立法活動における全人代代表の役割の活性化に関する規定（修正案草案第17条、第6条、第7条）（立法法第52条、第16条、第28条）等にこの方向性が示されている。

③ 「立法の科学化、民主化を深く推進することに関して」

立法の質を向上させること（修正案草案第1条）（立法法第1条）、公民の立法過程への参加、法律草案の公開およびそれに対する意見募集の制度化（修正案草案第10条、第11条、第18条）（立法法第31条、第36条、第37条）、法律案の審議と表決の方法（修正案草案第8条、第14条、第15条）（立法法第30条、第41条、第43条）、法律案が採決される前後の評価制度等（修正案草案第12条、第21条、第23条、第24条）（立法法第39条、第60条、第62条、第63条）が規定された。

⁴⁶³ 2000年『立法法』第8条：「以下の事項については、法律によってのみ規定することができる。（一）国家主権に関する事項；（二）各級の人民代表大会、人民政府、人民法院および人民検察院の設立、組織および職権；（三）民族区域自治制度、特別行政区制度および基層の大衆的自治制度；（四）犯罪および刑罰；（五）市民の政治的権利を剥奪し、または人身の自由を制限する強制措置および処罰；（六）非国有財産の収用；（七）民事上の基本制度；（八）基本的な経済制度ならびに財政、税収、税関、金融および対外貿易の基本制度；（九）訴訟および仲裁制度；（十）全国人民代表大会およびその常務委員会が法律で規定しなければならないその他の事項」。この条文の訳について、坂口一成「中華人民共和国立法法の成立について」レファレンス 2000年8月号91頁を参照した。

④ 「行政法規の制定手続の改善に関して」

国务院の年度立法計画に対する要求(修正案草案第25条)(立法法第66条)、行政法規の起草過程において関係機構、組織、人代代表および公民の意見を参考にすべきであること、重要な行政管理に関する法律、行政法規の草案は国务院法制機構によって起草されること(修正案草案第26条)(立法法第67条)等の規定が設けられている。

⑤ 「届出(原語:備案)審査を強化することに関して」

「全人代の関係専門委員会と常務委の事務機構は届出のあった規範的文書(原語:規範性文件)に対して自発的に審査を行うことができる。」(修正案草案第37条)(立法法第99条)。「全人代の関係専門委員会と常務委の事務機構はその審査結果を審査の提案を提出した国家機関、社会团体、企業・事業組織および公民に通知し、かつ、一般に公開することができる。」(修正案草案第38条、第39条)(立法法第100条、第101条)。

⑥ 「司法解釈を規制することに関して」

「最高人民法院及び最高人民検察院が制定する裁判及び検察業務における法律の具体的適用に属する解釈は、主として具体的な法律の条文に照準を定め、かつ、立法の目的、原則及び本来の意図に合致させなければならない。」また、「最高人民法院及び最高人民検察院が具体的な法適用の解釈を行ったときには、それを全人代常務委へ届け出なければならない。」「最高人民法院及び最高人民検察院以外の裁判機関及び検察機関は、法律の具体的適用に関する解釈を行ってはならない。」(修正案草案第41条)(立法法第104条)⁴⁶⁴。

II 72条をめぐる議論

2014年10月、党の第18期四中全会において採択された「決定」によれば、「立法権の範囲を明確にし、制度メカニズムと立法手続によって部門利益や地方保護主義の法律化を有効に防止すべきである。部門間において大きな対立のある重要な立法事項に関して、決定権を持つ機関は第三者機関による評議を導入し、諸方の意見を参照しながら、総合調整をしたうえで決定を出すべきであり、引き延ばすことがあってはならない。法解釈の領域に力を入れ、法律規定

⁴⁶⁴ 従来、最高人民法院および最高人民検察院の司法解釈は裁判実務において下級の法院および検察院が業務を遂行する際の根拠規範となっており、重要な役割を果たしている。これらの司法解釈は、法律条文そのものよりもはるかに細かく書かれる場合が多い。例えば、2013年1月1日から、改正後の民事訴訟法が施行されたが、この新民事訴訟法に対して最高人民法院は2015年2月に、総計552カ条、7万字あまりにも冗長な司法解釈を公布した。これは「史上最も長い司法解釈」と揶揄される。司法解釈は抽象的な法律条文を実施可能なものにさせるため積極的な役割果たしているが、あまりにも具体的な内容を細かく提示しているから、「二次立法」のきらいがあるのではないかとみられている。従って、今回の立法法改正は以上の制限を設けたのである。最高人民法院が出した司法解釈の例として、「最高人民法院關於適用『中華人民共和國民事訴訟法』的解釋」(法積〔2015〕5号)は参照になる。最高人民表法院ホームページ：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-13241> (最終アクセス：2018年2月4日)。

の意味と法適用の根拠を予め明確化する。地方の立法権限と範囲を明確にし、法律に依って区を持つ市に地方立法権を付与する⁴⁶⁵（下線は筆者）とされる。

このような党の意思を法制度上に反映させたものが、今回の立法法の改正である。すでに紹介したとおり、2000年に立法法が制定された当時、地方立法権を持つ主体が、省、自治区、直轄市および国务院が指定した比較的大きな市（省、自治区の人民政府の所在地の市と経済特区所在地の市も含む）に限られていたが、今回の改正によってはじめて、地方立法権がすべての「区を持つ市」（計282個）にまで及ぶようになった。「地方立法権の拡大」、より正確的に言えば、「地方立法権の制定主体の範囲の拡大」が今回の法改正の最も注目すべきところであると思われる。すなわち「区を持つ市の人民代表大会およびその常務委員会は当該市の具体的な状況及び実際の必要性に基づき、憲法、法律、行政法規および当該省・自治区の地方性法規に抵触しない限り、（当該地域における一筆者注）都市・農村部の建設とその管理、環境保護及び歴史文化保護に関する事項について地方性法規を制定することができる。（以下略）」（第72条）。次に、この「地方立法権拡大条項」が草案審議過程においてどのような問題点と議論を経たかについて、紹介する。

（1）常務委において

2014年8月29日午後、第12回全人代常務委第10期会議において立法法修正案草案の一回目審議が行われた。地方立法権拡大条項に関する議論は、主に「法治主義論」と「立法能力論」の対立として整理することができる。

「法治主義論」とは、地方（の人代）に立法権を付与することによって、当該地域における行政権力に制限をかければ、法による行政（依法行政）を実現することが期待でき、地方行政における人治から法治への転換および社会主義法治国家の建設にも資するという考え方である。

たとえば、山東省選出の全人代代表の高明芹は、地方立法権の拡大条項について大きな期待を寄せている。「現在の法律では社会管理の隅々まで規律することは不可能であるので、各地域はそれぞれの実情に沿って法規を制定し、直面している問題を有効に解決すべきである。一定の規範（地方立法一筆者注）があれば、具体的な（行政一筆者注）行為を縛ることができる。たとえば、城管⁴⁶⁶が法律を執行する際の問題について、（中略）地方立法権が付与されれば、都市における日常的な法律執行行為も、実施可能な具体的根拠規範を持つことが可能となり、文明執法（穏便に法を執行する一筆者注）、依法執法（法規範に基づく法の執行一筆者注）にとって大いに役に立つであろう。各地の改革状況や社会発展状況はまちまちであり、立法（地方レベルのそれ一筆者注）による確認が必要である。さらに、地方に立法権が付与されたら、地方における政

⁴⁶⁵ 『半月談』（中共中央宣伝部の依頼を受け新華社通信が発行する機関誌）2014年第21期、10頁。

⁴⁶⁶ 「城管」：城市管理総合行政執法局のこと。略称は「城管局」または「城管」。中国の都市部における一般的な法律（条例）執行機構であり、主に都市景観、町並みの衛生状況などに幅広く管理権限を行使している。その職権の法的根拠は1996年に公布された「行政処罰法」によるとされる。近年では、都市部における自営業者との紛争が頻発していることが注目される。

策の継続性の問題も有効に解決でき、地方指導者の入れ替えによる統治方式の変更を避けることもできる。」⁴⁶⁷と述べた。これは、行政の根本原則である「法律による行政」を議論のキーワードとしており、今まで地方立法権（主に地方性法規制定権）を有していなかった一般都市における法執行の問題、直接言及してはいないものの、おそらく紅頭文件による行政の弊害を意識した発言であると思われる。一般都市は直轄市や比較的大きな市と違って、地方立法権を有していなかったため地方行政の根拠として、往々にして紅頭文件を援用しがちであった。

他方、「立法能力論」とは、地方（特にその人民代表大会）は経済条件やその他の要因ゆえに未だ十分な立法能力を備えておらず、法規範の制定を認めても、上位法のただの重複であったり、上位法に反するものであったり、あるいは地方の行政が直接立法を行うことが多かたりすることを理由に、地方立法権拡大に消極的姿勢を示した委員たちの主張である。

たとえば、全人代常務委の梁勝利委員は、「まず、比較的大きな市という概念に関して、国務院はどのような基準によってそれを指定したのか。経済規模と人口の数か？それとも立法に関する必要性と可能性か？……一部の地域は立法に関する専門的能力を備えていないにもかかわらず、立法権を付与されたのに対し、一部の能力のある都市は逆に立法できないままである。したがって、当該地域の地理的位置、立法能力の養成状況および人口の規模によって、具体的に立法権付与の有無の区別をした方がより適切であろう」⁴⁶⁸、と述べ、すべての区を持つ市に区別なく地方立法権を与えることに反対した。

劉政奎委員は、区を持つ市に地方立法権を付与する必要性は低いと論じた。「現在では、法律体系がすでに形成されており、立法作業もどんどん精細化しつつあり、地方が立法する余地は縮小している。さらに、各省、自治区の人代の常務委が作った法規はその内容が上位法と重複することが多く、その一部は関連上位法の内容組み替えただけのものである。もし立法権をより下位の地方に下放したら、このような重複現象は増える一方であろう。地域の特別な需要については、当該地域の省か自治区の人代常務委が単独立法すれば対応できる。」また、現在の省、自治区の人代常務委の立法は大体その同級の行政機関が提出したものであり、人代が積極的に法規範を作る割合はきわめて少ない。このような行政部門による立法はそれぞれの部門の利益を法定化するきらいがあり、もし地方立法権をさらに下放すれば、このような状況がより深刻になってしまうと指摘する。最後に、市レベルの人代常務委はその立法能力がまだ比較的に低く、しかもすぐにそれを強化することも不可能であるから、立法の質を保証できなくなり、地方の立法が上位法と衝突し、公民の基本権利の侵害

⁴⁶⁷ 中国人大網（全人代ホームページ）「地方立法権『収放之間』—全国人大常委会組成人員熱議立法法草案中『拡大地方立法権』条款」（初出は新華網 2014 年 8 月 29 日）。
http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/12jcw/2014-08/30/content_1876451.htm（最終アクセス：2018 年 2 月 4 日）。

⁴⁶⁸ 中国人大網（全人代ホームページ）2014 年 8 月 31 日「梁勝利：擴大人大自身立法縮小和減少授權立法範圍」http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-08/31/content_1876758.htm（最終アクセス：2018 年 2 月 4 日）。

が生じることも十分ありうると説いた⁴⁶⁹。

王毅委員は、地方立法権の主体の拡大は重要であるが、それに応じて地方立法機関の立法の質も上げなければならないとし、やはり地方の立法能力に疑問を呈している。「現在の地方立法の状況を見れば、その質は高くないのが現実であろう。環境保護に関する立法を例にすると、北京、湖北、貴州等の地域の大气污染防治、生態文明建設などに関する立法にいずれも致命的瑕疵があり、そのなかの一部はあまりにも原則的である。」この問題を解決するために、地方立法機関（地方人代のこと一筆者注）に指導し、地方の立法能力を高める規定と地方立法に対する審査手続の規定等を設けるべきであると主張する⁴⁷⁰。これと類似の問題意識の下で陳建國委員も、「国家における法制の統一を守り、国家体制を維持し、地方の分裂を防ぐためには」、地方の作成した法規範、特に都市建設や都市管理に関する立法を省の人代常務委が審査し、その承認を経た後に、それを全人代常務委に送付して届け出るような手続が必要であると主張している⁴⁷¹。

⁴⁶⁹ 前掲注 467 参照。また、反対意見の中、信春鷹委員は、實際上地方における人民代表大会は同級政府の指導者の個人意志に対抗することはきわめて困難であり、もし指導者個人の意志が地方の法規範になってしまったら、当該地域の持続可能な発展にマイナスの影響を与えるだろうと述べ、地方の政治現場における事実論まで触れていた。同じく前掲注 467 を参照。

⁴⁷⁰ 同上。

⁴⁷¹ 同上。また、喬曉陽委員は地方立法権拡大条項に賛成するが、いくつかの問題点を指摘した。つまり、「①立法主体の増加により、一つの省の範囲内における法制の統一が脅かされるのではないか；②地方立法権が付与され、各市が自己の制定した地方性法規しか執行しないなら、省の地方性法規の存在意義がないのではないか；③多くの区を持つ市の立法能力はきわめて不十分であり、地方性法規を制定する余裕がない…（以下略）」。同じく前掲注 467 参照。これも「立法能力論」に基づいている。

なお、2014 年 12 月 23 日午後、第 12 回全人代常務委第 12 期会議において立法法修正案草案の二回目審議が行われた。そこでの意見を一つ取り上げたい。たとえば、劉政奎委員は以下のように述べている。「現在では、下（今回改正によってはじめて地方立法権を与えられる区を持つ市一筆者注）の意欲が非常に強いから、いったん立法権の下放を決めてしまうと、やがては全面的な権限の下放になっていくことが予想される。したがって、（下放の当否にこだわるより一筆者注）立法権が下放された後の具体的な対策を検討した方がよい。たとえば立法機構の設立、立法能力の充実、立法の質の保障、そして省・自治区の人代常務委による届出審査の強化などを要求すべきであろう。」。また、草案に規定されている地方立法権の範囲（「都市建設、都市管理、環境保護等に関する事項」）が狭すぎる恐れがあり、「都市と農村の建設、都市と農村の管理」に改められるべきであり、さらにその範囲を「社会管理と民生保障等の地方的事務」にまで拡大すべきであろうとする。最後に、「立法の質を確保するため、地方立法は上位法の詳細化と補充であるべきであり、上位法がすでに明確にした内容を二重に規定してはならない」と主張する。中国人大網（全人代ホームページ）2015 年 2 月 15 日「劉政奎：建議將設區的市地方立法權範圍擴展為『城鄉建設、城鄉管理』」http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2015-02/15/content_1900568.htm（最終アクセス：2018 年 2 月 4 日）参照。劉委員は一回目審議における反対から二回目審議における留保付き賛成へと態度を変えたが、なおその

(2) 代表大会において

2015年3月8日からの一週間、全人代において立法法修正案(草案)の審議が行われた。二回にわたる常務委の審議を経て、「地方立法権拡大」条項が実質的に定着したのか、代表大会の審議においては、常務委審議における「立法能力論」は姿を消して、基本的には「法治主義論」とほぼ同様の主張が繰り返して強調された。代表大会審議における「法治主義論」の代表例は次のようなものである。

全人代代表・湖北省荆州市市長の李建明は、「区を持つ市に立法権を付与することによって、社会経済の発展において根拠となる法規範が存在しない大量の事務を処理できるようになり、それと同時に地方政府に、法に基づく行政を行わせるように機能する」⁴⁷²と述べた。また、全人代代表・山東省済寧市党委員会副書記・市長の梅永紅は、自分の選出地方の具体例を引き合いに出し、地方官僚の法意識に言及しつつ、地方立法権拡大条項の重要性を唱えた。「済寧市は資源型都市であり、石炭の採掘に関する国家法律といえば、鉱産資源法、土地保護法、物権法、環境保護法などがあり、(山東)省レベルでも関係法規と条例が制定されてはいたが、これらの法規範の関連条文は具体性・明確性を欠き、あるいは時代遅れであり、さらには相互に抵触し合う場合もある。多くの同志たち(地元の官僚一筆者注)は法律をどうでもいい存在として受け止め、法律は法律、石炭管理行政は石炭管理行政と割り切り、その結果、こうして土地が沈み込み、農民が土地を失い、生態環境が破壊され、地質構造が変化するまで多くの問題が放置され、無限の後遺症が残るに至ったのである。」区を持つ市に地方立法権が付与されれば、憲法及びその他の上位法が規定した基本原則の枠組みの下で、地方がより明確で規範性の高い地方性法規を制定することによって、国家の法規のより適切な実施がなされるようになり、法治国家の実現に大いに貢献するだろうと梅は期待した。⁴⁷³梅は、こうして済寧市における

「立法能力論」に基づく姿勢は変わっておらず、彼の発言からは地方に対する不信感がうかがえる。

⁴⁷² 中国人大網「立法法昇級、為法治中国护航」(2015年3月16日)45頁。

⁴⁷³ 中国人大網「代表梅永紅：賦予地方立法権 讓公民参与法律制定」(初出は齐鲁網2015年3月11日) http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhy/12_3/2015-03/11/content_1921882.htm (最終アクセス:2018年2月4日)。

「法治主義論」のほか、地域状況の多様性への対応および経済発展の差異性への配慮から議論を展開する代表もいる。たとえば、全人代代表・寧夏回族自治区石嘴山市市長の王永輝は、今回の地方立法権拡大条項を大いに評価した。「以前なら地方性法規に関しては凡そ省の人代及びその常務委しか制定できなかったが、省レベルの立法はやはり省全体としての状況に配慮すべきであり、省内部における各地域の発展水準が一樣ではないから、立法に対する需要も異なってくる。従って、それに応じた区別も必要となり、法律の統一性を確保した上で、各地域の実情の差異性をも尊重しなければならない。現在は(「今ならば」という意味?)区を持つ市に立法権を付与することで、以上の問題を有効に解決できる」と説いた。「立法法昇級、為法治中国护航」中国人大(2015年3月16日)45頁参照。また、国法秩序の統一の観点から、地方立法権への制限を正当化しようとする代表もいる。たとえば、全人代代表・河南省開封市党委員会書記の吉炳偉は、区を持つ市が地方性法規を制定できる範囲について問題意識を表明した。地方立法権拡

紅頭文件による石炭管理行政の重大な弊害を訴え、地方立法権の付与によって地方行政の恣意に対する法的拘束の必要性を力説している。

第4節 検討

I 「妥協」としての72条

全人代官僚による草案の「説明」（「中華人民共和國立法法修正案（草案）に関する説明」。本論文Ⅱの一参照）の前半部分によれば、「国家における法制の統一の維持と完全な法規範体系の形成」、「社会主義法治国家の建設」が今回の立法法改正における当局の意図だと思われる。さらに、その後半部分における法改正の概要の説明から、その全体的基調として法治国家（依法治国）が強調され、あるいはそれへの接近が図られていることがわかる。例えば、全人代の國務院への授權立法に対する制限条項、税収法定主義の確立、立法活動における全人代代表の役割の活性化に関する規定、全人代の監督権の強化＝特に規範的文書に対する全人代の関係専門委員会と常務委の事務機構における審査、國務院各部・委員会の部門規章に対する制限、地方政府規章に対する制限等にその傾向は表れており、そして、何よりも地方立法権拡大条項にそれは顕著である。

これらの散在している条文から、行政の恣意を防ごうという法治国家（依法治国）や法律による行政（依法行政）の原理への強い志向を容易に見て取ることができる。このような意図は、まさに党中央の意思の反映としての立法者の意思であると言ってよい。

ところで、常務委における審議においては、委員・代表たちの間で法治主義論者と立法能力論者が対立していた。前者の主張は今回の法改正における当局の意図と共通する部分が多い。ただし、重点の置きどころが微妙に違っている。法治主義論者はミクロの見地から法規範（地方性法規）に基づく地方行政を強調しているのに対し、当局はマクロの観点から地方行政に止まらず国家全体における法治化ないし法秩序の安定の重要性を示したのである。他方で、立法能力論者は地方立法権の拡大に消極的な姿勢を示した。この対立の理由の一つは、それぞれの論陣を張っている代表・議員たちの出身・職業に関係しているように思われる⁴⁷⁴。法治主義論者は、全人代代表であることが多く、しかも地方都

大条項においてその法規制定範囲は「都市建設、都市管理、環境保護等に関する事項」に限定されているが、そのなかの「等」の意味があいまいであり、具体的に他になにが含まれるかが良く分からないと主張し、「今後全人代の解釈に期待し、（その『等』の意味を一筆者注）更に具体化することによって地方の越権立法や地方保護主義などの問題を防止す」べきであると述べた。中国人大網（全人代ホームページ）「到底能立啥法？設区的市立法授權需細化」（初出は大河報 2015年3月11日）

http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhy/12_3/2015-03/11/content_1921961.htm（最終アクセス：2018年2月4日）参照。

⁴⁷⁴ 代表的な論者しか取り上げないが、それぞれの論者の経歴は次のようなものである。法治主義論者：高明芹（全人代代表、弁護士）、李建明（全人代代表、湖北省荊州市市長）、梅永紅（全人代代表、山東省濟寧市党委員会副書記・市長、なお現在は辞任）、吉炳偉（全

市の知識層＝都市インテリ（弁護士）や一般都市の官僚が多い。地方都市の知識人や、今まで地方立法権を有していなかった一般都市の良識⁴⁷⁵官僚たちは、誰よりも地元における紅頭文件行政の弊害を熟知しているので、法治主義の必要性を誰よりも切実に感じているように思われる。これに対して、立法能力論者は、全人代常務委の委員であることが多く、しかも中央の立法官僚（全人代専門委員会委員）や広域的地方（省・自治区・直轄市）の官僚が多い。彼らにとって、基礎的地方（一般都市）は相対的に遠い存在である。彼らは自分にとって身近な広域的地方においてすでに認められている地方立法権の運用の現実（直轄市である上海の例を参照）を念頭に置き、そこで生じている種々の問題（例えば、条例と上位法との衝突）を想起して、その先入観によって地方立法権の更なる「下放」に対して心情的に警戒感をもち、それに抵抗しているように思われる。対立は、このように生じたのではないかと思われる。

常務委の審議段階においては、両者の激しい対立が存在したと言ってもよいが、代表大会の審議段階に入ると、立法能力論者はほぼ姿を見せなかった。しかし、それは決して立法能力論者たちが「負けた」ことを意味しない。「少数者」である立法能力論者たちの意見をも反映させ、区を持つ市（比較的大きな市と一般都市）の地方立法権（地方性法規制定権）に制限がかけられたからである。まず、立法範囲が限定された。地方立法権の付与と同時に、その範囲は、「都市・農村部の建設とその管理、環境保護及び歴史文化保護に関する事項」（立法法第72条）に限定されたのである。次に、付与は段階的に行われることになった。全国すべての一般都市に直ちに地方立法権が一斉に付与されるのではなく、それぞれの省の行政区域において段階的に付与されていく。つまり、「省・自治区の人民代表大会の常務委が当該省・自治区の管轄する区を持つ市の人口、面積、経済社会発展状況および立法の必要性、立法能力等の要素を総合考慮し、ほかの区を持つ市（一般都市のことを指す一筆者注）が地方性法規を制定できるまでの具体的な段取りと時期を確定」（立法法第72条）するのである。さらに、承認の要件が設けられている。今回の法改正による一般都市までの地方立法権は、以前の比較的大きな市のそれと同じく、いったん制定された地方性法規は施行までに、その上級の人代＝省・自治区の人代の常務委の承認を受けることを要件として課されている。この制限も立法法の条文（72条）に盛り込まれた。こうして、多数者である法治主義論者たちの主張が採用され、一般都市まで地方立法権が付与されることになったものの、少数者である立法能力論者たちの意見も同時に地方立法権に対する制限として条文の中に反映されているのである。したがって、改正後の立法法72条は、妥協の産物であるように思われる。

人代表、河南省開封市党委員会書記）。立法能力論者：梁勝利（全人代常務委委員、広西チワン族自治区政治協商会議副主席）、劉政奎（全人代常務委委員、遼寧省人代常務委副主任）、陳建国（全人代農業と農村委員会主任委員）、喬曉陽（全人代常務委委員、全人代法律委員会主任委員）。

⁴⁷⁵もちろん、「良識」のない一般都市の官僚も、地元の利益のために、「法治主義論者」たちの仲間入りをしてもおかしくない。地方立法権の付与は地方におけるより大きな統治権力の獲得を意味し、それを巧く利用すれば経済発展などの政治的業績につながるからである。

なお、元々党中央は「(社会主義) 国家における法制の統一と完全な法規範体系の形成」を立法法改正の目的の一つとして掲げていた。それは、立法能力論者たちの主張とある程度平仄が合うものであったように思われる。そういう意味で、立法法 72 条の「運命」は法律草案が審議される前の段階で既に決められてしまったと言えるかもしれない。

II 地方立法権拡大の意義

1949 年以降の中国は、改革・開放を節目として大きく変化した。それまでの時代は、スターリニズムの全般的吸収による統治が行われ、高度な中央集権制が築き上げられていた。経済の視点から見れば、1978 年以降の改革・開放は、まさに中央に権力が集中しすぎていた計画経済時代の体制を克服しようとする方策であった。ところで、改革・開放よりはるかに早い 1956 年の段階で、毛沢東は「論十大関係」という著名な講話の中で初めて中央と地方分権の問題について言及し(講話第 5 節)、中央と地方の関係を一つの矛盾として認識し、この矛盾を解決するためには中央の統一した領導を前提として地方の権力を適宜拡大し、地方により多くの独立性を認め、より多くの事務を地方に任せるべきであると述べていた。彼によれば、中国は大国であるがゆえに、人口は膨大であり、状況も複雑であるから、分権的な管理(毛が言う「二つの積極性」)は集権的な管理(「一つの積極性」)よりも優れている。毛は「我々はソ連のように何でもかんでも中央に集中してはならない」とまで明言した⁴⁷⁶。毛沢東は中央と地方の弁証法的な関係を認め、ある程度憲法的な発想を持っていたにもかかわらず、それを制度化しようとはしなかった⁴⁷⁷。毛の建国初期における構想が制度的に実現し始めたのは、鄧小平の時代になってからであった。

1979 年地方組織法による省・直轄市への地方立法権の付与および 1982 年憲法によるその確認(=憲法 100 条)は、まさにこのような歴史的経緯を背景にしていた。直轄市・上海への立法権の「下放」を、その後の流れの起点に位置付けることができる。「比較的大きな市」の指定、2000 年立法法の制定、そして今回立法法の改正のいずれもこのような歴史的経緯によって連なっている。それは一言でいえば、「上から下へ」という国家による漸進的な地方分権化の政策にはかならない。その究極的な動因は、市場メカニズムの導入による地方経済の格差の拡大と各地方における経済発展の需要にあると思われる。「改革・開放以前の時代では、統一した計画経済体制が施行され、社会的な事務はほぼすべて中央の管理の下で行われていた。地域間における経済と社会の発展水準に差があったとしても、それが合理的な範囲内にとどまるかぎり、地方により多くの立法権限の需要は生じなかった。」⁴⁷⁸しかし、改革・開放以降から状況

⁴⁷⁶ 蘇力「当代中国的中央與地方分権—重讀毛沢東『論十大關係』第五節」中国社会科学 2004 年第 2 期 46~47 頁参照。毛沢東の講話「論十大關係」の原文は、『毛沢東選集』第 5 卷、人民出版社、1977 年、267~288 頁参照。

⁴⁷⁷ 蘇力、同上、47 頁。

⁴⁷⁸ 曹平=羅華權「在扩大地方立法主体背景下我国設区市立法権若干問題研究」広西教育学院学報 2014 年第 6 期、28 頁。

が一転し、地域間の経済発展の格差が急速に拡大していく中で、中央の立法は地方的な事務のすべての領域を包摂しきれなくなるが、増大する地方の実質的な事務量を処理する法的な手段を地方は有していないという矛盾が顕在化する。この矛盾を解決するには、中央は地方の法的手段に対する需要に応じて地方立法権を「下放」せざるを得なくなったのである⁴⁷⁹。

一方、歴史の経験から見れば、地方立法権が付与されたからといって、それが完璧に機能するとは言い難い。本稿第 I 章で紹介した上海のような直轄市での地方立法権の行使の現状を想起すればよい。その根本的な原因は、地方政府の民主的統制の問題に帰着すると思われる。中国における地方制度の問題点はさまざま存在しているが、立憲民主主義諸国の地方自治制度に比べたときに、最も指摘すべき点は地方立法権主体の地位の問題である。例えば、日本の地方自治と比較しても、地方公共団体の民主的正統性が欠如しているのである。日本国憲法は地方自治に憲法的価値を認め、長と議会の直接公選制（第 93 条）を定め、住民自治を制度化しているが、現在の中国では、「地方自治」といえるほどのものはまだ萌芽的な段階にとどまっており、住民自治の制度化、そして、地域の住民の意思による地方の統治という理念を定着させることなどは遠い将来の話のようにしか思えない状況である。「誰が立法をしているのか？誰のために立法するのか？」⁴⁸⁰という学者の問いかけは非常に意味深長である。前者は団体自治を、後者は住民自治を示唆しているように思える。今日の中国の政治体制の下で、「地方立法は高度な集権下における道具的な自治」⁴⁸¹に過ぎず、「地方立法の前提と過程及びその結果はいずれも民主主義的な（制度）条件の完備を要求するが、（今日の中国における）民主主義基盤の希薄性が地方立法のあり方を根本的に制約している」⁴⁸²という見方も存在する。この見解に従えば、民主主義的要素の乏しさが地方の立法能力を質的に弱め、団体自治と住民自治という地方自治の二つのテーゼの実現を阻止することになる⁴⁸³。「この点は、すでに地方立法権を行使してきた省レベルの人代及びその常務委、および比較的大きな市の人代及びその常務委が呈した状況から立証できる」⁴⁸⁴と説く。なるほど、上海における地方立法権行使の経験から得られたものと言えば、地方立法権そして地方自治をうまく機能させるためには、人民代表大会制度⁴⁸⁵（さらに選挙制度）の改革を視野に入れるべきではないかということ

⁴⁷⁹ 曹平＝羅華權、同上、28 頁参照。

⁴⁸⁰ 秦前紅＝李少文「地方立法権拡張的因応之策」法学 2015 年第 7 期、12 頁。

⁴⁸¹ 同上 13 頁。ここでいう「道具的な自治」に関して、「中央と省の権力機関のコントロール下における限られた自治であり、地方統治を行う目標を実現すると同時に、中央と省の意思の貫徹をより重視する。地方行政単位（ここでは区を持つ市を指す—筆者注）は中央政権の延長線上に位置し、中央と地方はともに国家の統治体系を構成する。地方立法権の付与は限られた自治権限を地方に承認したことを意味するが、根本的な地方自治とは言えない。」と説かれる。同論文、14 頁。

⁴⁸² 同上、13 頁。

⁴⁸³ 同上、14 頁参照。

⁴⁸⁴ 同上、14 頁。

⁴⁸⁵ 前掲論文も、人民代表大会が立法機関としての機能の活性化という観点から、団体自治の実現を目指すべきであると解決策を提言した。詳細は、秦前紅＝李少文前掲論文、15

ある。したがって、中国における地方自治の実現を段階的に進めていくのであれば、第一段階で法治行政（依法行政）を実現し、第二段階で地方における民主主義制度の充実を図っていくということになるだろう。改革・開放から 35 年以上も経った現在、「上から下への地方分権」が 2015 年の立法法改正を契機に一定程度達成できたとすれば、今後は「下から上への民主主義」、すなわち、区を持つ市⁴⁸⁶を中心とする住民自治・民主主義諸制度の充実が課題になる。工業化・都市化の完成段階へどんどん近づいている中国は、今後は都市を起爆剤として改革の国策を断固進めていくべきではないか。

さて、今回の立法法改正による地方立法権の拡大の現実的な意義はどこにあるのか、特に今後の地方行政のあり方に対してどのような影響を与えるのか。

補論第 2 節 II で紹介したとおり、今回の立法法改正では、国务院の各部・委員会による部門規章（80 条）および地方政府規章（82 条）の権限に対して法的制限が設けられたが、後者に特に注目したい。当該条文は、「地方政府規章は、法律、行政法規および地方性法規の根拠なしに、公民、法人およびその他の組織の権利を減損させ、又はその義務を増加させる規範を設けてはならない。」とし、他方で、各地域の実情によって地方性法規より先に制定された地方政府規章に関して、その規章の実施から満 2 年が経過し、引き続き実施する必要があるときは、当該地方の人民代表大会又は同常務委員会に地方性法規を制定するよう求めなければならないと規定しているが、そこには、行政機関の最も「愛用」している「紅頭文件」の姿は見えない。この問題に関して、2015 年 3 月 9 日に行われた第 12 回全人代第 3 期会議の記者会見で、ある記者が違法な「紅頭文件」の今後の位置付けに関する質問したのに対して、全人代常務委法制工作委員会副主任の鄭淑娜は、「いわゆる『紅頭文件』は、地方政府規章ではないから、『立法法』の規制範囲に属さない」⁴⁸⁷と明言したものの、「（紅頭文件は〔一筆者注〕）法律、法規の根拠がなければ公民の権利を縮減し、又はその義務を増加する規範をなおさら設けてはならない。わが国の監督法の規定によれば、人代常務委は同級の人民政府の出した決定、命令が法律、法規に適合するか否かを審査することが出来る。もし関係内容が法律、法規の規定に適合しない場合、人代はそれを取り消す権限を持つ。〔党の〕四中全会では地方が立法の性質を帯びる行政文書を制定することを禁じることが特に強調され、行政機関が法的根拠のない権限を設定することは認められない。……もちろん、ここで言っている決定は規章を含むだけでなく、『紅頭文件』をも含み、さらに行政機関が権力を行使するときに行った具体的な行政決定をも含む」⁴⁸⁸と鄭が付け加えたのである⁴⁸⁹。

頁。

⁴⁸⁶ 今回の法改正によって地方立法権が付与された区を持つ市のことが「準自治主体」、「準地方自治の新形態」などと呼ばれている。同上、12 頁、18 頁。

⁴⁸⁷ 中国人大網（全人代ホームページ）「全国人大常委会法工委負責人答記者問」2015 年 3 月 9 日 http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzzb30/node_27355.htm（最終アクセス：2018 年 2 月 4 日）。

⁴⁸⁸ 同上参照。

⁴⁸⁹ 実は、鄭が言及したとおり、2014 年 10 月に開かれた中国共産党第 18 期中央委員会第 4 回全体会議（第十八期四中全会）では、「中共中央關於全面推進依法治国若干重大問題

以上のように立法法 82 条は、一般都市に対して地方政府規章の制定権を付与すると同時に、それに対する制限も設けた。この条項は地方立法権拡大条項である 72 条とセットになっているように思われる。地方性法規は地方立法であり、地方政府規章は地方行政立法であるが、地方政府の制定した紅頭文件は非立法的行政文書に過ぎない。今回の法改正によって地方政府規章には必ず地方性法規の根拠が求められ、規章の実質的内容に関しても制限がかけられたのであるから、今後、地方政府規章よりも効力の低い紅頭文件に基づく行政がますます行いにくくなるのは必至であるように思われる。本稿の第 I 章で直轄市上海の条例実施状況の紹介を行ったが、そこで指摘した二つの問題点（地方政府規章の偏重と非立法的規範の存在）は今回改正によって解消されるかもしれないと思われる。広域地方である上海市の地方性法規制定権（1979 年地方組織法の成立により付与）と地方政府規章制定権（1982 年地方組織法の改正により付与）は長年同時に存在していながらも、互いに上下関係のない状態で「仲良く」行使されてきた。その実態は、上海市における地方行政の現実が示しているように、規章への一方的偏重であった。上海を初めとする大都市のこれまでの経験に対する反省からであるのか、今回の法改正は、地方性法規（人代）と地方政府規章（行政府）との事実上の力関係を逆転させようとするものである。両者の関係が、以前のような並行関係ではなく、地方性法規への地方政府規章の従属という上下関係であることを明確にしたのである。これは原理的な大転換であり、それゆえに地方立法権に関する今までの大都市の実例は、一般都市にとってはほとんど参考にならないのである。

72 条の地方立法権拡大条項は、直轄市や比較的大きな市とは異なり、一般都市にとっては「無」から「有」への変化を意味するものであり、質的な飛躍である。今後は、72 条と 82 条とがあいまって相乗効果を一般都市に与えてい

的決定」という綱領的な文書が採決され、そのなかの憲法制度に関する章節では、以下のように述べられている。「すべての規範性文件を届出審査の範囲内に置き、法律に依って違憲・違法な規範性文件を取り消し、地方が立法の性質を帯びる行政文書の制定・発布を禁止する。」要するに、最高指導部は規範性文件を規制する姿勢を全面に出している。そこで言う「地方」は地方政府、より本質的に言えば、おそらく地方の党委員会のことを暗示しているようにも思える。党中央は地方行政の現場における「紅頭文件」の弊害を察し、その背後に隠されている地方党委員会の作用を十分自覚したうえで以上のような配慮を入れたのではないかと思う。これもまた、「国家における法秩序の統一」および「社会主義法治国家の建設」という政治スローガンの必然的要請である。改革開放以来、党は特に行政権力の行使に頼りきって様々な経済開発政策を展開してきたが、今後、法規範が事後的に改革もたらした事実を追認するのではなく、改革と法治の同時進行、ひいては予め整備された法規範に基づいて改革を行い、そして正当化させることが求められていくだろう。総じていえば、今回の立法法改正から、党中央による地方の党委員会に対する牽制、あるいは一種の家父長的な教育の意図を読み取ることができよう。全国範囲における経済の継続的繁栄と政治の安定化を求めるため、（地方）行政をも法の下で行わせようとする動きがまさにそこに見える。逆の立場から考えても、地方政府及びその背後にある党委員会は地域における統治をより安定した形で行わせようとするれば、紅頭文件行政どころか、地方政府規章の利用まで遠慮し、できるだけ自分たちの政策・方針を地方性法規という形式の下で展開しなければならぬようになるのではないか。

くと思われる。経済規模が大都市ほど大きくない一般都市の行政現場において主要な行政領域と思われる「都市・農村部の建設とその管理、環境保護及び歴史文化保護に関する事項」(72条)が地方立法権の対象事項とされた結果、当該地方の人代の地方性法規によって地方政府の活動は広範に法的規律のもとに置かれ、地方政府規章や紅頭文件に対して抑制効果が発揮されていくことになるであろう。そのような意味で、今回の法改正の地方立法権拡大条項は、法治行政の進展をもたらす契機として高く評価すべきものである。法思想・法観念の定着は極めて時間を要する作業であるが、その第一歩として法制度の整備は重要な意味を持つ。制度という土俵がなければ、議論すらできないからである。今回の地方立法権の拡大は、紅頭文件行政に対する直接的な抑制作用よりも、それを抑制可能な制度枠組の整備として画期的な意義を持つのではないかと思われる。

第5節 小括

本章は、2015年3月の『立法法』改正を、中国における地方立法権の拡大の一つの節目として位置づけ、その意義を検討した。

立法法の地方立法権拡大条項(72条)によって一般都市に付与される地方立法権は、「条件付」のものである。比較的大きな市の従来の地方立法権と同様に、その条例制定は、上級の人代常務委の承認を要する。これはまさに学説の主張する「半立法権」にほかならない。承認制を廃止して届出制に変えることによって、一般都市も比較的大きな市も直轄市と同じような完全な立法権を獲得することが、今後の課題になると思われる。また、現行憲法は直轄市の地方立法権に関してしか規定を置いておらず、他の都市の地方立法権は法律レベルの保障しか受けていないので、これを憲法的保障に保障することも必要になるだろう。そして、日本国憲法第8章のように「地方公共団体」という概括的な文言で直轄市、比較的大きな市および一般都市等をすべて包括し、地方都市すべてに団体自治権を認めるべきであると思われる。さらに、民主主義の観点からは、地方立法権の付与だけでなく、人代制度の抜本的な改革をも伴って地方自治を一層推進していかなければならないと思われる。

総じていえば、今次の立法法改正によって、全国すべての一般都市まで地方立法権が付与されることによって、中国における「基礎的地方公共団体」に地方自治の種が蒔かれたといえよう。今後の地方行政の実務や運用を見守りたい。

終章 【結論】：本論文の到達点

第1節 憲法理念としての補完性原理

本論文は、章ごとに分けて、具体的に以下のようにまとめることができる。

第1章では、補完性原理という**概念**について考察を行った。この概念は本来キリスト教の回勅などに由来すると指摘されてきたが、本論文においては政府間関係(特に国と地方のそれ)に限定して一つの法概念として議論を展開した。このような法概念としての補完性原理の原点は何よりもドイツ国内法に求められる。ラシュテーデ事件をきっかけにして、ドイツ基本法は明文(28条2項)で補完性原理を、地方自治を保障するための憲法原理として位置付けてきた。しかも、それはゲマインデを優先する憲法上の事務配分原理を内容とする。このような憲法原理は地方自治(特に基礎自治体＝ゲマインデ自治)を保護する

ために一切の立法からその侵害を防御することができる、と解される。さらに、行政の効率性・経済性を優先するような行政改革を理由とした、市町村からの事務・権限の吸い上げは、補完性原理と相いれない行為であり、憲法違反であるとされている。ドイツ国内法（判例法理）によって確認されてきた憲法原理としての補完性原理は、①ヨーロッパ個人主義、自由主義および中世自由都市の自治の伝統と、②民主主義の担保、という理由に根拠をもつ。このようなドイツ型補完性原理は、ヨーロッパ統合におけるブリュッセル中央と各加盟国との間の関係、および各加盟国内部における地方自治の問題に関しても、多大な影響をもたらしたと推測できる。具体的に言えば、EU 統合の過程において、補完性という概念自体の曖昧性によって「集権的」にも「分権的」にも解釈可能となり、結局ブリュッセル官僚による独裁となることを危惧し、補完性を「分権的」な方向へ解釈させることに成功した。しかし、それはもっぱら「EU—加盟国」における関係を示す指針にすぎず、「加盟国—地方自治体」の可能性が封じ込められている。このような現状を打破するため、ヨーロッパ地方自治憲章、ヨーロッパ地域自治憲章草案、世界地方自治宣言および憲章草案などの国際的な文書の中で、EU 統合過程を経て成熟した「共同体—加盟国」モデルが拡張解釈され、「加盟国—地方自治体」レベルまで適用された。EU の各加盟国の憲法レベルの対応も非常に有意義である。ドイツとフランスは EU 法秩序に適合させるように憲法の改正を行った。イタリアの 2001 年憲法改正は、同国の憲法学者の言い方を借りれば、「垂直的補完性」（権限の政府間配分）と「水平的補完性」（権限の公私間配分）が提示され、両方ともイタリア現行憲法に認められていると解される。これこそ本来の広義の意味における補完性原理の徹底した貫徹であろう。

第 2 章は、憲法 92 条の**解釈学説**を、戦後の時系列に従って、その主要なものをまとめることにした。学説史の経緯を見れば、「団体自治から住民自治へ」という趨勢を見て取ることができる。そこでは主要学説を三段階に分けることができる。第一段階は戦後民主主義の時代に対応し、第二段階は逆コースと安保闘争の時代に対応する。そして、第三段階は革新自治体と住民運動の時代に対応するといえるだろう。さらに、第一段階では、地方自治の憲法的保障の是非が焦点として議論され、第二段階では、団体自治の保障が確立され、第三段階では、住民自治の更なる保障がそれぞれの学説によって論じられていることが分かる。そのなかで、戦後の 92 条論は戦前の政治・理論状況をある程度継承（伝來說、通説＝制度的保障説）していることも窺える。本章は、以上で明らかになった戦後学説の趨勢を念頭に置きながら、補完性原理を機軸とした議論を提起することを試みた。まず、1949 年のシャウプ勧告における「市町村優先原則」を確認し、それこそが日本の補完性原理の原点ではないかと指摘した。そして、憲法第 8 章における補完性原理の位置づけを論じた。まず、何よりも、補完性原理は、憲法 92 条「地方自治の本旨」の中に内包されていると解した。また、93 条が示す住民自治は補完性原理が機能するための理論的前提であるとして、憲法 94 条には補完性原理の原点（シャウプ勧告の「市町村優先原則」）が隠されており、それを補完性原理の歴史的根拠が示される条文と位置づけた。また、95 条に関して、それは「国民全体の代表の意思たる法律すら、地域住民の意思との関係においては劣位に置かれること」を表明し、まさに補完性原理そのものを示す条文であると帰結した。最後に、本章は、地方自治権の根拠づ

け論をめぐる憲法 92 条の解釈学説に関して、その理論がどこに出発点を置くかによって国家権力からの発想か住民と基礎自治体からの発想か、に二分されると理解した。その上で、国家権力に根拠を置く有力諸説(伝來說や制度的保障説など)を重点的に批判し、それぞれの限界を指摘した。そこで、補完性原理説の主権論的な根拠を、政治学者の松下圭一の理論を参照して、いわゆる「分節主権論」と「機構信託論」によって裏付けて、その意義あるいは存在理由を民主主義の内在的要請および個人の尊重の制度的補強、という二つの側面を通じて論証した。

第 3 章は、**制度面**における地方自治の状況を明らかにしようとすることを目的にして、議論を進めた。そのなかで、特に現行地方自治法 1 条の 2 という条文(国と地方との間の適切な役割分担の原則)を軸として、日本における「補完性原理」の受容あるいはそれに対する理解を考察した。本章はまず、第一次地方分権改革の流れを概観したうえで、それに対する一般的な評価を整理した。つまり、いわゆる自治体の「自由度拡充路線」が重視され、機関委任事務の廃止や国による関与の法定化・類型化、係争処理制度の創設(国地方係争処理委員会)などの改革が行われたのである。一方、「未完の分権改革」と名付けられたように、自治体の税財源問題、法令等による義務づけ・枠づけの緩和、「受け皿」問題や住民自治の拡充など、限界あるいは課題も指摘された。しかし、このような一般的、技術的な評価を乗り越えて、憲法論の視点から改革全般とそれをめぐる議論を基に分権改革の結果を見直すと、結論が違ってくる。先行研究を参照したうえで、第一次地方分権は実は憲法論が欠如した改革に過ぎなかったのではないかと指摘する。それを立証するために、地方自治 1 条の 2 という条文を素材として取り上げ、日本流の「補完性原理」理解を明らかにしようとした。具体的に言えば、改革当時の段階(1995 年の地方分権推進法および 1996 年の地方分権推進委員会第一次勧告)において、既に本来の補完性原理に対する誤用を確認した。そして、条文が制定された直後に行われた解釈(松本英昭)を点検し、「**事務処理の効率性**」および「**地方公共団体の総合行政**」というイデオロギー性を指摘する。そのような考え方はのちに行われた各種の政府系の報告書、審議会から政党の憲法改正草案に至るまで継承され、本来憲法上における地方自治の根本原理であるべき補完性原理の意味内容を、単なる「**事務事業の分担関係を適正化する**」ための手段、および**基礎自治体の規模・能力の強化が望まれる総合的な行政主体**を創出するための道具として歪めてしまった。頻繁に使用されてきた「補完性原理」という言葉のイデオロギー性を確認したわけである。制度の実態面において、第一次地方分権の大きな成果の一つである国地方係争処理委員会制度は、当時期待された「対等・協力を基本とする国と地方公共団体」における紛争解決機能を、三つの事案の紹介を通じて、それを果たしたどころか、制度自体の存在意義さえ疑われるほどの運用状況になってしまったことを、確認した。このような深刻な状況はまさに分権改革の根本的な限界(憲法論の不在)を如実に語っているように思われる。その上、先行研究を参照して、日本流の「補完性原理」(=役割分担原則)とヨーロッパ舶来の本来の補完性原理との異質性をまとめ、日本流の「補完性原理」の原点を戦後初期に元政府官僚が提唱した「総合行政主体論」に求められると指摘した。それと対照的に表れたのは、第一地方分権改革当時において、在野の学識経験者たちによって起草された地方自治基本法構想における「自治体優先の原則」

であった。これこそ憲法論に基づいた地方自治の原則である。最後に、日本の役割分担原則のイデオロギー性を指摘し、それとヨーロッパの補完性原理との距離を認識したうえで、法解釈の問題として地方自治法1条の2という条文をどう理解すべきであるかを、先行研究に依拠してある程度の回答をまとめたのである。

第4章は、**運用**の問題、つまり補完性原理のあり方を日本における地方自治の現実問題に照らし合わせて少しでもその具体化を探ろうと試みた。主に二つの論点に分けて議論を進めてきた。要するに、自治体の存立及び適正規模の問題と、国と地方における権限配分の問題である。前者では、憲法上の二層制保障問題と基礎自治体の広域化議論を取り上げ、後者では、沖縄県辺野古基地問題を素材にして、それぞれ検討を行うことにした。以上の議論を土台にして、補完性原理の具体的な中身およびそれが憲法上の法原理として提示した内容を指摘した。すなわち、以下のように、三段階に分けて補完性原理が構成されると主張した。まず第一に、地方公共団体の存立の保障(1947年日本国憲法と地方自治法が成立時における「都道府県一市区町村」という二層制の憲法的保障)が何よりも要請され、それに加えて、地方公共団体の適正規模をあえて論じようとするならば少なくとも行政効率のための広域化は憲法上禁止されると解すべきである。そして、第二に、国との事務・権限・財源の配分において、地方公共団体優先・基礎的地方公共団体最優先の原則が要請される(この点はまさに補完性原理の文字通りの意味合いであって、日本の文脈では1949年のシャープ勧告における「市町村優先原則」がその原点となる)。最後に、上記二段階における保障が確認されたうえで、国と地方の間でいざ紛争が起きた場合、仮に当該事務の性質が国の専管事務であるとしても、国が(基礎的)地方公共団体の一次的判断権を尊重すべく義務を負うと解さなければならない。本来補完性原理という法概念には、上位団体による「補助」という意味も含まれていると解されるが、日本における地方自治の現状と政治背景(もとより日本における地方自治精神の欠乏＝歴史伝統の問題も含まれる)に鑑みた結果、何よりもまず、国の指揮監督あるいは不正な干渉からの、自由主義的・民主主義的な契機を最も重視すべきであり、その方向において日本の文脈における「補完性原理」の具体的な内容を敷衍した次第である。

以上のように、本論文は、**概念→学説→制度→運用**、という漸次に抽象から具体への作業過程を通じて、補完性原理を軸とした考察を行ってきたのである。最終的な結論として、ヨーロッパ伝来の補完性原理は、日本国憲法92条・「地方自治の本旨」の中身であり、さらに、それは地方自治法1条の2として確認される。補完性原理は団体自治を保障するための内在的要請であり、住民自治を充実させるための必須条件である、と主張したい。

最後に、本論文において明らかになったことと、明らかにならなかったこと、3点ずつまとめて指摘しておきたい。明らかになったことについては、第一に、日本における地方自治の憲法学の理論状況は、必ずしも日本国憲法が示す国民主権と民主主義および住民自治の根本理念を反映していないこと(制度的保障説の通説的地位)、第二に、日本の地方自治制度における国・地方関係を処理する原則と、それに対する理解は、日本的に歪められた解釈に由来しており、必ずしも欧米の「補完性原理」とは一致しないこと(役割分担原則と補完性原理の距離)、第三に、日本における地方自治の現状・実態は必ずしも憲法上の

地方自治原理を尊重していないということ(行政改革と市町村合併、辺野古問題)である。

明らかにならなかったことについては、第一に、地方自治の根拠づけ論を根底から究明しようと思えば、どうしても主権論と関わってくる(例えば杉原泰雄によるプープル主権的な地方自治理解)。本論文はこの問題を明らかにしたとはいえない。第二に、本論文は、伝來說と制度的保障説の背後に潜んでいる国家中心の地方自治観について批判したが、さらに一歩進んで、おそらく憲法史あるいは地方行政史の領域になると思われるが、そのような日本における地方自治観の「古層」はどこにあるかまでは究明できていない。第三に、本論文は、あくまでも外国人留学生の立場から行う日本法研究に止まっており、中国と日本との間での比較法研究を行ったものではない。現代中国法のみならず、律令制時代の帝政中国における地方行政のありかたという「古層」を掘り下げて、現代中国に対する影響、および日本法との関連を明らかにすることは、東アジアにおける地方自治の研究に資するであろう。

第2節 日本における地方自治の展望

補完性原理は憲法上の原理として、地方自治体、特に基礎自治体の権限を守る有効な武器である。しかし、日本では、第一次地方分権改革とその後の「三位一体」の改革を経た今日においても、なお大きな課題が残されている。確かに、機関委任事務制度の廃止および地方議会の条例制定権の拡大など、評価される部分が少なくないにもかかわらず、行政学者の金井利之の議論を借りれば、それはむしろ「集権的分権」と言った方がよいであろう⁴⁹⁰。つまり、「分権」を論ずるとき、分割する主体は主権あるいは憲法制定権力であるはずである。しかし、主権の概念が曖昧で、また実在していないかのように見えるので、権力が分立される際、本来主権＝憲法制定権力がやるべき作業を国がその代わりにやりがちである。公権力に関する業務として一定の量が想定され、それを中央政府・地方政府に分配する権限を有するのは国側だから、分権行為自体にも「集権的なロジック」があらかじめ内在していることになる。また、金井の指摘したとおり、「自治というのは、自律的に決定するということです。やりたかったらやるし、やりたくなければやらないということ。自治を貫徹していくと、権力が分与されるとしても、やりたければやるが、やりたくなければやらないという、いわば、権力の行使・不行使、あるいは譲渡や返上、さらに奪取、すべてを含む」⁴⁹¹はずなのに、実際は、分与された権力を自治体側がそれを返上したり、怠業したり、拒否したりすることが原則上認められないから、いわゆる「押し付け<分権>」がなされ、「基礎的な自治体の方がほしいと言えどもらえる仕組みにはなっていない」とおらず、「自治体はその仕事自体を要するか要らないかを判断することを優先するのではなく、すでに決まった総量を誰かに役割分担あるいは担わせることを優先させている。そして担わせることを誰が決めるか」というと、基本的には国が決め、その一部を都道府県が決めるという制度として進んでいる。「事務処理特例という制度も、都道府県が無理矢理分けたい、押しつけない」というものを市町村に押しつけられるという制度で、基礎的自治

⁴⁹⁰ 金井利之 講演『「分権」改革の現段階』(『自治総研ブックレット7 分権改革のいまをどうみるか』、2009年)10～11頁参照。

⁴⁹¹ 金井、同上、12頁。

体が要るといったものを必ず取れる制度ではない。」⁴⁹²さらに、事務配分の際、自治体の方がそれに対する拒否権を持たず、第一次地方分権改革の成果の一つとしての「法定受託事務」も「拒否権なき『受託』」といえるので、金井はこれを「法定押付事務」⁴⁹³と揶揄している。他方、財源分配の関係で、戦後の自治制度の改革は基本的に「業務拡大型分権」を目指しながらそれに相応する財源の確保・拡大が求められているが、税源移譲を徹底させれば格差が広がるという現実の苦しみ、改革は難航している。なお、第一次分権改革までは、「現状以上への<分権>」が目指されたことはなく、国による「関与の縮小」は「自治体の仕事の量を否定しないまま、なるべく仕事のやりやすさを向上させる<業務分権>あるいは<量的分権>を維持し、その上で質的に自治体がもう少し動きやすくするという改革になった」と指摘される⁴⁹⁴。要するに、「国家主権的概念に内在する<分権>」とは、「地域社会あるいは住民の自治」とが両立せず、実際に「自治より<分権>の優先」が行われ、2000年あたりの状況を「自治がなくなり<分権>だけが残った」と金井は冷静に批判している⁴⁹⁵。

以上のような地方分権改革に対する指摘を念頭に置きつつ、補完性原理を軸とした本論文の価値を考えたい。もっとも、本論文でなされた議論は、あくまでも憲法学の視点に立つことを前提にして、日本の地方自治をめぐる理論と現実状況などを批判的に検討したものであり、かなり抽象度の高いものになってしまったことは否定できない。ただし、補完性原理というヨーロッパ伝来の法概念を日本国憲法上の重要な原理として位置づけ、それをめぐる種々の問題点を逐次検討し、概念自体の日本の変容(=イデオロギー性)を認識したうえで、当該原理の中身をある程度具体化させ、憲法の「地方自治の本旨」が求めることの在り方を少しでも明確にすることを、努めようと試みた。不十分ではあるが、地方自治の憲法論における補完性原理に対する認識と評価を一步前に推し進めることができれば、幸いである。

ところで、今後の課題として、憲法学と隣接諸分野(行政法学、行政学・自治学等)による学際的・横断的な研究を通じて、単なる「基礎自治体優先」という決まり文句にとどまるのではなく、基礎自治体を優先させるための具体的な制度設計(=基礎自治体は何ができるか?何を与えられるべきか?)が考えられなければならない。この点については後日を期すことにしたい。そういう意味で、本論文はそのための「序論的考察」に過ぎないかもしれない。

付記

私は中国の国立大学である南京航空航天大学の日本語科出身であったが、2012年の大学院入試に合格して早稲田大学大学院法学研究科の公法学専攻憲法専修に入学し、日本法に接するようになった。大学生のころ南京市と名古屋市は姉妹都市の関係にあり、それは日中平和友好条約締結以来はじめての日中の姉妹都市であった。私も2008年、学部2年生のとき、南京市内で開催された「南京・名古屋姉妹都市締結30周年祝賀祭典」というイベントに参加し、拙いながらも習いたての日本語を駆使して、名古屋の一般市民と交流する機会

⁴⁹² 金井、前掲注490、15頁。

⁴⁹³ 同上、13頁。

⁴⁹⁴ 同上、16頁。

⁴⁹⁵ 同上、12頁。

を得た。極めて友好的な雰囲気の中で、人生で初めて日本人と話すことが出来たのである。それも日本留学のきっかけの一つであった。しかし、河村たかし市長による南京大虐殺否定発言を理由に、南京市と名古屋市はすでに絶交状態になっている。中国の検索大手「百度」で「南京」と検索すると下の「友好都市」の欄の一行目に「名古屋(断交)」と表示されているのを見て一抹の寂しさを禁じ得なかった。名古屋市は政令指定都市であり、日本屈指の大都会である。南京も地方立法権をもつ副省級市であり、中国におけるその地位は日本の名古屋と並ぶようなものである。こういった個人的な動機があって日本で地方自治を法律学、特に憲法学という観点から研究し、戦後日本国憲法の下における地方自治の意義を追求しようと考えたのである。

日中両国の交流は千年以上にわたり、戦争をはじめとする不愉快な歴史はわずかな期間に留まるはずである。日本は中国の「一衣帯水」の隣国であり、近代以降も現在に至るまで、日本は中国に最も近い先進国と位置付けられ、学習の対象となっている。そのような関係の中で、今日において、全世界におけるグローバリゼーション・ネオリベラリズム思潮の勃興とナショナリズムの台頭を背景にして、東アジアのこの二大国があやうい状況に陥っていることは看過できない。私は、厳しい現状を少しでも改善させていくためには、草の根の、下からの地道な改善を積み重ねる以外にはないと信じている。そこで、「地方自治」という言葉が登場する。両国それぞれの暗い歴史に「執拗低音」として現在でも響いている意識(郡県制あるいは国民国家統合のための道具的な地方自治観)と決別して、補完性原理が語る真の地方自治＝「地方自治の本旨」が示す理念を貫いて、住民による・住民のための・国家権力から距離を置いた自己統治を実現するようになれば、と願っている。

付録：地方自治年表

年代(西暦・年)	場所・機構	出来事
1808	プロイセン王国	シュタイン市制
1888	大日本帝国	市制・町村制
1889	大日本帝国	大日本帝国憲法
1891	ローマ教皇庁	レオ13世回勅『新しい規範』・補完性原理言及
1928	ワイマール共和国	カール・シュミット『憲法理論』初版・制度体保障の体系的論述
1931	ローマ教皇庁	ピオ11世回勅『クアドラジェジモ・アンノ』・補完性原理公式文書初登場
1947	日本国	日本国憲法、地方自治法
1949	日本国	シャウプ勧告・市町村優先原則
1951	日本国	固有権説(林田和博)

1952	日本国	無保障説（柳瀬良幹）
1955	日本国	伝來說（宮澤俊義）
1957	欧州経済共同体&欧州 原子力共同体	ローマ条約調印
1964	日本国	制度的保障説（成田頼 明）
1975	日本国	松下圭一『市民自治の憲 法理論』発行
1976	日本国	人民主権説（杉原泰雄）
1979	中華人民共和国	地方組織法により直轄 市の人民代表大会に地 方性法規制定権を付与
1982	中華人民共和国	82年憲法制定、地方組 織法改正
1985	欧州評議会	ヨーロッパ地方自治憲 章採択
1985	国際自治体連合	世界地方自治宣言採択
1985	日本国	新固有権説（手島孝）
1988	ドイツ連邦共和国	ラッシュテゲ事件連邦 憲法裁判所決定
1992	欧州共同体	マーストリヒト条約調 印
1992	ドイツ連邦共和国	基本法改正・補完性原理 の明文化
1993	日本国	衆参両院にて「地方分権 の推進に関する決議」可 決
1993	日本国・地方六団体	地方自治確立対策協議 会&地方分権推進委員 会を設置
1994	日本国・内閣	地方分権推進大綱が閣 議決定
1995	日本国・国会	地方分権推進法案が可 決
1995	日本国・村山富市内閣	地方分権推進委員会発 足
1996	日本国	地方分権推進委員会第 一次勧告
1997	日本国	地方分権推進委員会第 二次勧告・市町村合併を 容認（平成の大合併）
1997	欧州連合	アムステルダム条約
1997	欧州評議会・ヨーロッパ	ヨーロッパ地域自治憲

	市町村・地域会議	章草案採択
1998	国連人間居住センター及び都市・自治体世界調整協会	世界地方自治憲章第一次草案作成
1997～1998	地方自治総合研究所と全日本自治団体労働組合	自治基本法研究会・地方自治基本法草案起草
1999	日本国	地方分権一括法成立、地方自治法大改正
2000	国連人間居住センター及び都市・自治体世界調整協会	世界地方自治憲章第二次草案作成
2000	中華人民共和国	立法法制定
2001	日本国	小泉内閣発足、地方分権推進委員会最終報告
2001	イタリア共和国	補完性原理の憲法化
2002	日本国	地方分権改革推進会議中間報告
2003	日本国	第27次地方制度調査会答申
2003	フランス共和国	憲法改正・地方分権化
2006	日本国・国会	地方分権改革推進法成立
2007	欧州連合	リスボン条約
2008	日本国	地方分権改革推進委員会第一次勧告
2010	日本国・内閣	地域主権戦略大綱閣議決定
2012	自由民主党	憲法改正草案・地方自治
2015年	中華人民共和国	立法法改正
2016	おおさか維新の会	憲法改正原案・「補完性の原則」
2016	国地方係争処理委員会	辺野古問題に「審査」
2016	福岡高裁那覇支部	辺野古訴訟判決
2016	最高裁判所	辺野古訴訟判決

参考文献一覧

(和文：五十音順)

芦田淳「イタリア憲法改正と州の自治権—立法権分割と上院改革を素材として—」自治総研通巻第445号(2015年)

穴見明「市町村合併 積極論に至る道」住民と自治416号(1997年)

天川晃「広域行政と地方分権」ジュリスト増刊総合特集29(1983年)

有倉遼吉「地方自治の本旨」『憲法講座 4』(有斐閣、1964年)
 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣、2009年)
 井伊玄太郎訳、トクヴィル『アメリカの民主政治(上)』(講談社、1987年)
 石川健治「執政・市民・自治」法律時報 69 卷 6 号(1997年)
 石川健治「自治と民主」ジュリスト 1203 号(2001年)
 石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』(日本評論社、2007年)
 石川健治「未完の第八章」自治実務セミナー第 638 号(2015年)
 磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」西尾勝編『地方分権と地方自治』
 (ぎょうせい、1998年)
 磯部力「条例—何ができ、何ができなかったのか」都市問題第 96 卷第 5 号(2005
 年)
 伊藤正次=磯崎初仁=金井利之共著『ホーンブック地方自治 改訂版』(北樹
 出版、2011年)
 稲田陽一『地方自治とその原点』(木鐸社、1988年)
 今関源成「地方自治の本旨 住民の参加と自治体の自由の保障」法学セミナー
 437 号(1991年)
 宇賀克也『地方自治法概説〔第5版〕』(有斐閣、2013年)
 鵜飼信成「憲法における地方自治の本旨」都市問題 44 卷 2=3=4 号(1953年)
 牛田徳子訳、アリストテレス『政治学』(京都大学学術出版会、2001年)
 遠藤乾「ポスト主権の政治思想—ヨーロッパ連合における補完性原理の可能性」
 思想 945 号(岩波書店、2003年)
 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
 通巻 295 号(2003年)
 大津浩=廣田全男訳「ヨーロッパ評議会編『補完性の原理の定義と限界』」経
 済と貿易 188 号(2004年)
 大津浩『『三位一体改革』と『分権型国家』の憲法論』法律時報 78 卷 6 号(2006
 年)
 大津浩「国民主権と『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)
 大津浩「地方自治の本旨」大石=石川編『ジュリスト増刊 憲法の争点』(有斐
 閣、2008年)
 大津浩『『対話型立法権分有』の事務配分論と『分権型法治主義』』大津浩編『自
 治総研叢書 28 地方自治の憲法理論の新展開』(敬文堂、2011年)
 大津浩「地方自治保障の憲法原理と大都市特別制度—大阪都構想を中心に—」
 憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』(敬文堂、2013年)
 大津浩『分権国家の憲法理論—フランス憲法の歴史と理論から見た現代日本の
 地方自治論』(有信堂、2015年)
 大塚久雄『社会科学の方法—ヴェーバーとマルクス—』(岩波新書、1966年)
 大塚久雄『社会科学における人間』(岩波新書、1977年)
 大浜啓吉「条例制定権と法の支配(一)」自治研究第 88 卷第 2 号(2012年)
 大浜啓吉「条例制定権と法の支配(二・完)」自治研究第 88 卷第 3 号(2012年)
 岡田順太「大阪都構想と地方政府の形態—地方自治の本旨と統治の効率性をめ
 ぐって—」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』(敬文堂、2013年)
 岡田知弘『『地方創生』で地域は再生するか』前衛 918 号(2015年)

岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法律時報 88 巻 12 号(2016 年)

岡田正則「辺野古基地訴訟で問われる日本の法治主義と地方自治—高裁判決をどう是正するか」世界 888 号(2016 年)

岡田正則「『政治的司法』と地方自治の危機—辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界 891 号(2017 年)

岡田正則「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義 516 号(2017 年)

岡田信弘「『地方自治の本旨』の再定位」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004 年)

岡村志嘉子「中国における立法法の改正」外国の立法 265 号(2015 年 9 月)

奥平康弘＝杉原泰雄『憲法学 6 《統治機構の基本問題 III》』(有斐閣、1977 年)

尾吹善人訳、カール・シュミット『憲法理論』(創文社、1972 年)

加藤正文「どこへゆく『大阪都構想』—だれのための改革か」世界 850 号(2013 年)

門彬「フランスの憲法改正—新たな地方分権改革法の制定」国立国会図書館 ISSUE BRIEF425 号(2003 年)

角松生史「法的紛争解決手続の交錯と限界—辺野古埋立承認取消処分をめぐる国・自治体間争訟」法律時報 89 巻 6 号(2017 年)

金井利之『自治制度』(東京大学出版会、2007 年)

金井利之 講演「『分権』改革の現段階」自治総研『自治総研ブックレット 7 分権改革のいまをどうみるか』(2009 年)

金井利之「現代日本の国制遷移と分権改革」法学新報 118 巻第 3・4 号〔今村都南雄先生退職記念論文集〕(2011 年)

金井利之「公務住民側面から見た自治体・空間の関係」自治総研通巻 438 号(2015 年)

兼子仁「地域自治体制の確立をめざして」自治総研通巻 439 号(2015 年)

兼子仁「地域自治による“一国多制度”(一)—広域自治・連携を含めて」自治研究第 91 巻第 10 号(2015 年)

兼子仁「地域自治による“一国多制度”(二・完)—広域自治・連携を含めて」自治研究第 91 巻第 11 号(2015 年)

鴨野幸雄「地方自治権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念 I』(勁草書房、1983 年)

鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」公法研究 56 号(1994 年)

河合義和「憲法第八章の虚像と実像」日本法学 44 巻 4 号(1979 年)

川島武宜『日本人の法意識』(岩波新書、1967 年)

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)」自治研究 54 巻 7 号(1978 年)

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(二)」自治研究 54 巻 8 号(1978 年)

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(三)」自治研究 54 巻 9 号(1978 年)

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(四・完)」自治研究 54 巻 10 号(1978 年)

年)

木佐茂男訳、フランツ＝ルートヴィヒ・クネーマイヤー著「ヨーロッパの統合と地方自治—ヨーロッパ地方自治憲章 (EKC)」自治研究 65 巻 4 号 (1989 年)

木佐茂男『国際比較の中の地方自治と法』(日本評論社、2015 年)

木村草太「〈国民〉と〈住民〉—〈基礎的自治体〉の憲法論」自治総研 377 号 (2010 年)

木村草太「辺野古基地建設問題と法律事項・地方特別法住民投票—米軍基地という公共空間を憲法 92 条・95 条から考える」法学セミナー 736 号 (2016 年)

北野弘久『憲法と地方財政権』(勁草書房、1980 年)

北村亘『政令指定都市』(中公新書、2013 年)

清宮四郎『憲法 I [第三版]』(有斐閣、1979 年)

洪驥「中国の都市部における地方立法の制度と現実—2015 年立法法の改正を契機に—」早稲田法学会誌 66 巻 2 号 (2016 年)

小口彦太『伝統中国の法制度』(成文堂、2012 年)

小口彦太＝田中信行『現代中国法 [第二版]』(成文堂、2012 年)

国分功一郎『来たるべき民主主義』(幻冬舎新書、2013 年)

小嶋和司「明治憲法起草における地方自治」芦部信喜編『憲法の現代的課題』(有斐閣、1972 年)

小早川光郎「地方分権改革—行政法的考察—」公法研究 62 号 (2000 年)

小林武「憲法と地方自治—今、何が焦点か」住民と自治 469 号 (2002 年)

小林武「『地方自治の本旨』をめぐる憲法解釈」大津浩編『地方自治の憲法理論の新展開』(敬文堂、2011 年)

小林武「地方自治の憲法学と沖縄」『戦後日本憲法学 70 年の軌跡 [法律時報増刊]』(日本評論社、2017 年)

小林武＝渡名喜庸安共著『憲法と地方自治』(法律文化社、2007 年)

小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法【第 2 版】』(弘文堂、2013 年)

斎藤誠「条例制定権の歴史的構造—『アウトノミー』と『自主法』(一)」自治研究 66 巻 4 号 (1990 年)

斎藤誠「条例制定権の歴史的構造—『アウトノミー』と『自主法』(二)」自治研究 66 巻 5 号 (1990 年)

斎藤誠「条例制定権の歴史的構造—『アウトノミー』と『自主法』(三)」自治研究 66 巻 6 号 (1990 年)

斎藤誠「条例制定権の歴史的構造—『アウトノミー』と『自主法』(四・完)」自治研究 66 巻 7 号 (1990 年)

斎藤誠「地方自治の手続的保障—『本旨』論との関連で」都市問題 96 巻 5 号 (2005 年)

斎藤誠「地方自治の法的議論における歴史の位置」公法研究 73 号 (2011 年)

斎藤誠『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、2012 年)

斎藤誠「戦後地方自治の原像—帝国議会における憲法条項審議をめぐる」自治実務セミナー第 638 号 (2015 年)

阪本昌成『憲法理論 I [補訂第 3 版]』(成文堂、2000 年)

佐々木高雄「『地方自治の本旨』条項の成立経緯」青山法学論集 46 巻第 1・2 合併号 (2004 年)

佐々木信夫『新たな「日本のかたち」—脱中央依存と道州制—』（角川 SSC 新書、2013 年）

佐藤功「憲法における『地方自治の本旨』」都市問題 45 卷 11 号（1954 年）

佐藤功『ポケット注釈全書 憲法（下）〔新版〕』（有斐閣、1984 年）

佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）

佐藤達夫「憲法第八章覚書—その成立の経過を中心として—」『地方自治論文集』（1954 年）

佐藤英善「分権改革の意義と今後の理論的課題」同編『自治総研叢書 12 新地方自治の思想—分権改革の法としくみ—』（敬文堂、2002 年）

澤田昭夫「補完性原理：The Principle of Subsidiarity:分権主義的原理か集権主義的原理か」『日本 EC 学会年報』第 12 号（1992 年）

塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」自治研究 80 卷 11 号（2004 年）

塩野宏『行政法 I〔第六版〕行政法総論』（有斐閣、2015 年）

塩野宏『行政法 III〔第四版〕行政組織法』（有斐閣、2012 年）

宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第 2 版〕』（日本評論社、2014 年）

宍戸常寿「地方議会の一票の較差に関する判例法理」地方自治第 811 号（2015 年）

渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係—二層制の憲法原理的考察」公法研究 62 号（2000 年）

渋谷秀樹「道州の組織・機構のあり方—憲法の視点から」立教法学 80 号（2010 年）

渋谷秀樹「第 92 条」芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011 年）

渋谷秀樹『憲法 第 2 版』（有斐閣、2013 年）

白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理（一）」名古屋大学法政論集 116 号（1987 年）

白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理（二）」名古屋大学法政論集 128 号（1989 年）

白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、1991 年）

白藤博行「憲法の視座のない地方分権」住民と自治 465 号（2002 年）

白藤博行「地方自治の実効的保護めざす憲法論議を—『地方自治基本法』制定の動きから」住民と自治 469 号（2002 年）

白藤博行「日本国憲法における地方自治体保障と自治体像—自治体の『非自治体化』を考える法学的視点」室井力編『現代自治体再編論』（日本評論社、2002 年）

白藤博行「地方自治制度をめぐる『改革』の論理と憲法の原理」白藤＝山田＝加茂編『地方自治制度改革論—自治体再編と自治権保障』（自治体研究社、2004 年）

白藤博行「地方分権改革と『自治体行政訴訟』」法律時報 79 卷 9 号（2007 年）

白藤博行「新法解説 大都市地域特別区設置法」法学教室 389 号（2013 年）

白藤博行「自民党改憲案と国家・地方構造改革」『法律時報増刊 「憲法改正論」を論ずる』（日本評論社、2013 年）

白藤博行「地方自治の改革構想—新しい『規範的秩序』の形成に向けて」民主主義科学者協会法律部会編『法律時報増刊 改憲を問う 民主主義法学からの視座』（日本評論社、2014年）

白藤博行「憲法の地方自治保障の原点と現点」法と民主主義 513号（2016年）

杉原泰雄「地方自治権の本質・1」法律時報 48巻2号（1976年）

杉原泰雄「地方自治権の本質・2」法律時報 48巻3号（1976年）

杉原泰雄「地方自治権の本質・3完」法律時報 48巻4号（1976年）

杉原泰雄『憲法Ⅱ・統治の機構』（有斐閣、1989年）

杉原泰雄『資料で読む日本国憲法（下）』（岩波書店、1994年）

杉原泰雄『地方自治の憲法論〔補訂版〕』（勁草書房、2011年）

杉原泰雄「日本国憲法の『立憲主義』と『強権政治の進行』について思う」法と民主主義 513号（2016年）

杉村章三郎「憲法の地方自治条章における問題点」公法研究 9号（1953年）

杉村章三郎「中央集権と地方分権」宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第3巻』（有斐閣、1964年）

須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）

砂原庸介『大阪—大都市は国家を超えるか』（中公新書、2012年）

全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン(三)」自治研究 80巻7号（2004年）

全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン(四)」自治研究 80巻8号（2004年）

全国知事会自治制度研究会報告書「地方自治の保障のグランドデザイン(五)」自治研究 80巻9号（2004年）

高島茂樹「平成の市町村大合併の理念と展望—自己改革による親の地方自治の実現」地方自治 647号（2001年）

高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第6版〕』（信山社、2010年）

高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』（有斐閣、2013年）

高橋滋＝渋谷秀樹「対話で学ぶ行政法 地方自治」法学教室 263号（2002年）

高橋利安「イタリア憲法第2部第5章『州、県及びコムーネ』の改正」外国の立法 212号（国立国会図書館調査及び立法考査局、2002年）

高橋利安「第3章 イタリアにおける地方分権と補完性原理」若松隆＝山田徹編『ヨーロッパ分権改革の新潮流』（中央大学出版部、2008年）

田中二郎『地方制度改革の諸問題』（有信堂、1955年）

田村達久『地方分権改革の法学分析』（敬文堂、2007年）

田村達久「住民訴訟の展開—経済性の原則、権利放棄決議と住民訴訟との関係に絞って」法律時報 82巻8号（2010年）

地方自治制度研究会編『行政改革・地方分権関係資料集』（ぎょうせい、1995年）（月刊「地方自治」1995年3月号別冊付録所収）

地方自治制度研究会編『地方制度調査会答申集』（ぎょうせい、1980年）（月刊「地方自治」1980年3月号別冊付録所収）

地方自治制度研究会編『地方分権推進ハンドブック 増補』（ぎょうせい、1995年）

陳雲＝森田憲「中国における分税制下の中央地方関係：立憲的地方自治制度のすすめ」廣島大學經濟論叢 33巻1号（2009年）

辻清明『日本官僚制の研究』（東京大学出版会、1969年）

辻清明『日本の地方自治』（岩波新書、1976年）

辻山幸宣「戦前期における『地方自治の本旨』—『自明のこと』とされた内容をめぐって—」法学新報 100 巻第 5・6 号加藤芳太郎先生古稀記念（中央大学法学会、1994年）

辻山幸宣「戦前期における自治学説—『住民自治』『団体自治』の観念をめぐって—」法学新報 100 巻第 11・12 号大原光憲先生追悼論文集（中央大学法学会、1994年）

手島孝『憲法学の開拓線—政党＝行政国家の法理を求めて』（三省堂、1985年）

時岡弘「憲法と地方自治」有倉遼吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』（早稲田大学出版部、1974年）

戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998年）

戸波江二「ドイツにおける連邦制」比較法研究 67 号(2005年)

戸波江二「法律と条例における抵触の判断方法—神奈川県臨時企業税条例と地方税法の定める法人事業税との関係—」早稲田法学 87 巻 4 号(2012年)

豊永郁子「現憲法下におけるアメリカ型地方自治の可能性」地方自治 692 号(2005年)

内藤湖南『支那論』（文藝春秋、2013年）

中川剛『地方自治制度史』（学陽書房、1990年）

中川剛『町内会・日本人の自治感覚』（中公新書、1980年）

中西優美子『法学叢書 EU 法』（新世社、2012年）

成田頼明「地方自治の保障」宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第 5 巻』（有斐閣、1964年）

成田頼明「『地方の時代』における地方自治の法理と改革」公法研究 43 号(1981年)

成田頼明『地方自治の法理と改革』（第一法規、1988年）

成田頼明「地方制度改革と憲法第 8 章」都市問題第 96 巻第 5 号(2005年)

成田頼明＝磯部力＝桜井敬子＝神橋一彦「新時代の地方自治」法学教室 327 号(2007年)

新村とわ「自治権に関する一考察（一）」法学 68 巻 3 号(2004年)

新村とわ「自治権に関する一考察（二・完）」法学 68 巻 4 号(2004年)

西尾勝『行政学〔新版〕』（有斐閣、2001年）

西尾勝『地方分権改革』（東京大学出版会、2007年）

西尾勝『自治・分権再考—地方自治を志す人たちへ』（ぎょうせい、2013年）

西尾勝〔特別講演〕「地方分権改革 20 年と政策法務への期待(上)」自治実務セミナー634 号(2015年)

西尾勝〔特別講演〕「地方分権改革 20 年と政策法務への期待(下)」自治実務セミナー635 号(2015年)

西田長寿＝植手通有編『陸羯南全集 第一巻』（みすず書房、1968年）

西村茂「第 8 章 フランスと補完性原理—州の現状と 2003 年憲法改正」若松隆＝山田徹編『ヨーロッパ分権改革の新潮流』（中央大学出版部、2008年）

長谷川正安編『法学文献選集 1 法学の方法』（学陽書房、1972年）

長谷部恭男『憲法 第 5 版』（新世社、2011年）

林田和博「地方自治に関する一省察」『憲法保障制度論』（九州大学出版会、1985年）

年)

- 林知更「憲法における自治と連邦」地方自治 788 号 (2013 年)
- 原田一明「日本国憲法が規定する『地方自治の本旨』」兼子仁先生古稀記念『分権時代と自治体法学』(勁草書房、2007 年)
- 原龍之助「地方自治の実態—地方自治の制度並に運用の実態と問題点」公法研究 16 号 (1957 年)
- 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房、1973 年)
- 樋口陽一『近代憲法学についての論理と価値』(日本評論社、1994 年)
- 樋口陽一『憲法 I』(青林書院、1998 年)
- 樋口陽一『国法学 人権原論〔補訂〕』(有斐閣、2007 年)
- 樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2007 年)
- 人見剛「最近の市町村促進論に関する一考察」『分権改革と自治体法理』(敬文堂、2005 年)
- 人見剛「『枠組み法』研究序説—ドイツの『大綱法』の紹介と検討」自治総研通巻 438 号 (2015 年)
- 人見剛「分権社会における『民意』の制度化」公法研究 79 号 (2017 年)
- 人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」Law&Practice11 号 (2017 年)
- 廣田全男「ヨーロッパ地方自治憲章と EC 統合 (1)」都市問題 82 巻 5 号 (1991 年)
- 廣田全男=糠塚康江「『ヨーロッパ地方自治憲章』『世界地方自治宣言』の意義」法律時報 66 巻 12 号 (1994 年)
- 廣田全男「ヨーロッパ地方自治憲章の一〇年—その発展と課題—」憲法理論研究会編『国際化のなかの分権と統合<憲法理論叢書 6>』(敬文堂、1998 年)
- 廣田全男「事務配分論の再検討—憲法の視点から—」公法研究 62 号 (2000 年)
- 廣田全男「ヨーロッパ地方自治憲章から世界地方自治憲章草案へ—『地方自治の国際的保障』の現段階—」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題—』(勁草書房、2000 年)
- 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 年)
- 廣田全男「第 3 章 補完性原理と『地方自治の本旨』」白藤博行=山田公平=加茂利男編『地方自治制度改革論—自治体再編と自治権保障』(自治体研究社、2004 年)
- 福田耕治「欧州連邦主義と補完性原理 (三・完) —EU と加盟国の中央・地域・地方政府間関係をめぐる諸問題」駒澤大学法学論集 55 号 (1997 年)
- 藤田宙靖『行政組織法』(有斐閣、2005 年)
- 藤田宙靖『行政法入門〔第 6 版〕』(有斐閣、2013 年)
- 藤田安一「【自治体合併】広域化の動きと道州制」経済 185 号 (2011 年)
- 法学協会編『注解日本国憲法下巻 (2)』(有斐閣、1953 年)
- 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波書店、1975 年)
- 真淵勝『行政学』(有斐閣、2012 年)
- 丸山眞男『日本の思想』(岩波新書、1961 年)
- 丸山眞男「歴史意識の『古層』」『忠誠と反逆』(ちくま学芸文庫、1998 年)
- 丸山眞男著・古矢旬編『超国家主義の論理と心理 他八篇』(岩波文庫、2015

- 年)
- 水口憲人「地方自治と民主主義」立命館大学人文科学研究so編『立命館土曜講座シリーズ10 地方分権と国家への統合』(2001年)
- 水島朝穂「現場からの憲法学(最終回)地方自治の新思考」法学セミナー519号(1998年)
- 宮城大蔵「歴史的経緯から見る普天間・辺野古問題」法律時報89巻6号(2017年)
- 宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系 第5巻』(有斐閣、1964年)
- 宮澤俊義『公法の原理』(有斐閣、1967年)
- 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)
- 森英樹「憲法から診た『維新八策』と民主主義・地方自治」住民と自治597号(2013年)
- 薬師寺克行『現代日本政治史—政治改革と政権交代』(有斐閣、2014年)
- 安江則子「補完性原理に関する加盟国議会の役割—EUにおける二重の議会制民主主義の模索—」『日本EU学会年報』第25号(有斐閣、2005年)
- 安江則子『欧州公共圏—EUデモクラシーの制度デザイン』(慶應義塾大学出版会、2007年)
- 八谷まち子「欧州連合(EU)における『サブシディアリティ原則』—善意の専制主義を超えるもの」政治研究43号(九州大学政治研究室、1996年)
- 柳瀬良幹『憲法と地方自治』(有信堂、1954年)
- 矢部明宏「地方分権の指導理念としての『補完性原理』」レファレンス(2012年)
- 山内健生「グローバル化する『地方自治』(二)—『サブシディアリティの原理』・その理念と現実」自治研究77巻6号(2001年)
- 山内健生「グローバル化する『地方自治』(五)—『サブシディアリティの原理』・その理念と現実」自治研究78巻6号(2002年)
- 山内敏弘「分権デモクラシー論の50年」樋口陽一ほか編『憲法理論の50年』(日本評論社、1996年)
- 山口道昭「市町村に対する都道府県の『補完』のあり方—岩手県の事例をとおして考える(一)」自治研究92巻7号(2016年)
- 山口道昭「市町村に対する都道府県の『補完』のあり方—岩手県の事例をとおして考える(二・完)」自治研究92巻8号(2016年)
- 山崎重孝「新しい『基礎自治体』像について(上)」自治研究80巻12号(2004年)
- 山崎重孝「新しい『基礎自治体』像について(下)」自治研究81巻1号(2004年)
- 山崎幹根「辺野古基地問題をめぐる中央地方関係—その政治的対立と法的紛争」法律時報89巻6号(2017年)
- 横倉節夫「住民自治の視点から合併を考える」住民と自治416号(1997年)
- 吉田善明『地方自治と日本国憲法』(三省堂、2004年)
- 蠟山正道『地方行政論』(日本評論社、1937年)
- 蠟山正道『地方制度の改革』(社会思潮社、1953年)
- 渡名喜庸安ほか編『「地域主権」と国家・自治体の再編—現代道州制論批判』(日本評論社、2010年)

渡邊宗太郎「地方自治概念の再考察」都市問題研究 1 卷 1 号 (1949 年)

(中文：ピンイン順)

曹平＝羅華權「在擴大地方立法主体背景下我國設區市立法權若干問題研究」廣西教育學院學報 2014 年第 6 期

陳麗芳「『紅頭文件』法治化探討」雲南行政學院學報 2007 年第 3 期

費孝通『鄉土中國』（三聯書店、1948 年）

洪驥「日本國憲法第 92 條『地方自治之本旨』的解釋論—叢『保不保障』到『保障什麼』」日本法研究第 2 卷 (2016 年)

季衛東「論中國的法治方式—社會多元化與權威體系的重構」交大法學 2013 年第 4 期

劉松山「『紅頭文件』衝突法律的責任歸屬—兼評福州王凱鋒案」法學 2002 年第 3 期

苗連營「試論地方立法工作中『不抵觸』標準的認定」法學評論 1996 年第 5 期

秦前紅＝李少文「地方立法權擴張的因應之策」法學 2015 年第 7 期

屈茂輝「我國上位法與下位法內容相關性實証分析」中國法學 2014 年第 2 期

任進「論地方制度及其憲法保障」北方法學 2008 年第 2 期

蘇力「當代中國的中央與地方分權—重讀毛澤東『論十大關係』第五節」中國社會科學 2004 年第 2 期

孫曉東＝朱力宇「北京市與上海市地方立法的比較分析」北京社會科學 2013 年第 1 期

申海平「通過基層自治發展基礎民主—來自德國的啟示」法學 2007 年第 12 期

史建三＝吳天昊「地方立法質量：現狀、問題與對策—以上海人大地方立法為例」法學 2009 年第 6 期

涂縵縵「『較大的市』完整立法權探論」交大法學 2014 年第 3 期

王景斌＝顧穎「『紅頭文件』違法之原因及對策論析」行政與法·行政法研究 2005 年 11 月

吳晗＝費孝通ほか『皇權與紳權』（上海市觀察社、1948 年）

楊海坤＝金亮新「中央與地方關係法治化之基本問題研討」現代法學 2007 年第 29 卷第 6 期

宇秀春「讓公眾有權狀告『紅頭文件』」人大建設 2007 年第 6 期

張千帆『國家主權與地方自治—中央與地方關係的法治化』（中國民主法制出版社、2012）

鄭輝「上海人大立法三十年：歷程、經驗、前瞻」人大研究 2010 年第 5 期