

# 中国の「区を設ける市」の地方立法権

——2018年憲法改正の新傾向——

水 島 朝 穂  
 洪 駿\*

序論——中国の憲法改正と「地方自治」——

- 一 2018年憲法改正における地方立法権
    - I 地方立法権の意義
    - II 憲法100条改正とそのルーツ
  - 二 地方立法権の沿革
    - I 1979年以來の法制度上の推移
    - II 地方立法権制定主体の漸次拡大
  - 三 2015年立法法改正・72条に遡って
    - I 「良性違憲」論と「地方による実験」
    - II 改正立法法72条の憲法的位置付け
- むすび——憲法100条の意義と今後の課題——

序論——中国の憲法改正と「地方自治」——

2018年3月11日、中国の第13期全国人民代表大会第1回会議において「中華人民共和国憲法修正案」が採択された。今回の憲法改正は、2004年改正以來14年ぶりのものとなった。しかし、33条3項（国家は人権を尊重し、およびそれを保障する）をはじめ、文面上だけ見れば、2004年の憲法改

---

\* 執筆分担：序論（水島朝穂）、第1章以下（洪駿）。本稿は、公益財団法人升本学術育英会平成29年度学術研究助成による成果の一部である。

正と比べて、特段の進歩的な要素を取り入れた条文は見当たらない。

2018年憲法改正の主要内容は、①共産党指導の再条文化（「中国共産党の指導は中国的特色ある社会主義の最も本質的な特徴である」（2条2項）、②国家主席、副主席の任期制限撤廃（再選禁止の撤廃）（79条3項）、③「監察委員会」の新設（第3章第7節）、④「習近平新時代中国特色社会主義思想」の明記（序言）、⑤「国家工作人員〔公職人員〕」の憲法宣誓制度（27条3項）、⑥全人代法律委員会を「憲法および法律委員会」に設置（70条）、⑦「区を設ける市」の地方性法規制定権の明記（100条2項）などである<sup>(1)</sup>。

日本において、この憲法改正に対する評価は厳しい。例えば、「党国家体制」から「党天下体制」への転換を示し、「鄧小平時代の終焉」を意味し、「従来から中国憲法が帶有していた反立憲主義的性格を、一層顕著にする方向へ舵を切った」という評価が一例である<sup>(2)</sup>。

だが、他方で、この憲法改正のなかで微妙な動き（変化）が生まれていることも見逃せない。その動きの一つが、「区を設ける市」に対する地方立法権が初めて認められた点である（100条2項）。これをどう診るか。従来の学説を踏まえて、この「変化」の意味を探るのが本稿の目的である。

そもそも、中国に、住民自治と団体自治を主要内容とする「地方自治」は存在するのだろうか。あらかじめ結論を言えば、答えは「ノー」である。

まず、中国の憲法教科書を見れば問題の深刻さが明らかとなる。ある教科書にこうある。「我が国は一般的な意味における地方自治制度を実行しておらず、中央と地方は行政管理事務およびそれに応じた立法領域において厳格で統一した立法の分業を有しておらず、憲法と法律が規定する権力を行使すること以外に、中央・地方の両者は領導と被領導の関係であり、地方は法律上において中央と平等な地位も資格も有しない。」<sup>(3)</sup>と。また、

(1) 鈴木賢「鄧小平憲法から習近平憲法への転換—中国憲法5度目の部分改正のポイントと意義」法律時報90巻5号（2018年）1頁以下参照。

(2) 鈴木・同上、3頁。

日本語の中国法研究の体系書にも同様の記述が確認できる。「地方自治は憲法上存在せず、下級政府は上級政府に従う構造となっている。自治としては、特別行政区の高度な自治、民族自治区域の民族自治、基層住民自治の3種類のみが憲法上認められている。」<sup>(4)</sup>と。

ここでいう「中央・地方の両者は領導と被領導の関係」と「下級政府は上級政府に従う構造」とは、ほかでもなく、「民主集中制」の原則（中国憲法3条1項）そのものである。「民主集中制」とは、少数は多数に従い、下級は上級に従い、全国の党組織は「党中央」に従うという、レーニン型の党（共産党）の組織原則である。それは、戦時・非常時型の秘密結社の組織形態を常態化したもので、「民主的」討論は「党中央」の自由裁量によりいくらかでも収縮できる。党員相互の自由な討論は遮断され、横断的連絡・交流は禁止される。つまり、異なる組織間で党員が意見交換することは許されず、常に上級組織の「許可」のもとに行われ、最終的判断権は「党中央」がもつわけである<sup>(5)</sup>。このような共産党の組織原理をそのまま

- 
- (3) 胡錦光＝韓大元『中国憲法〔第3版〕』（法律出版社、2016年）73～74頁。また、中国の有力な研究論文もそれに近い見解を示している。例えば、「我が国は単一制国家であるが、複雑な性格を帯びているため純粹たる単一制ではない。単一制は中央と省、直轄市との関係において体现されるが、中央と民族自治地方及び特別行政区との関係において連邦制的な要素が体现される。」（馬嶺「我国単一制国家結構形式的特点」河南財經政法大學學報2017年第6期7頁）。そして、単一制の特徴は以下諸点から成り立っている。「①中央は『統一的領導』権を持つこと、②自治地方は離脱権を持たないこと、③中央は地方の編成と区域の区分に対して決定権を持つこと、④中央政府は地方各級政府に対して領導権を持つこと、⑤中央は緊急事態に関する決定権を持つこと、⑥中央と民族自治地方の権力パターンは基本的に一致すること。」（馬・同上、9～11頁）。ただし、民族区域自治制度と一国二制度はあくまでも国家による政策的な考量に基づく制度設計であり、果たして「連邦制的」と言えるかどうかは大きな疑問を抱かざるを得ない。「連邦制」の定義にも関わっている問題であり、本稿では深く議論をしない。
- (4) 高見澤磨＝鈴木賢〔共編〕『要説中国法』（東京大学出版会、2017年）81頁〔高見澤執筆部分〕。
- (5) 水島朝穂のホームページ「平和憲法のメッセージ」の直言「立憲主義と民主集中制」2008年4月7日（<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2008/0407.html>）を参

国家の組織原理として採用し、運用する根拠となっているのが、中国憲法 3 条 1 項である。

端的に言えば、立憲主義と「民主集中制」は、互いに相容れない関係にあり、相克する二つの理念である。本来、地方自治にとって「民主集中制」原則は根本的に異質な存在であると言えよう。

近年の中国は、北朝鮮とは比較にならないほど、「法治」の側面における整備を行っている。司法の分野における人民陪審員制度、河南省における「人民陪審団」制度の展開などもその一つのあらわれである<sup>(6)</sup>。もちろん、いずれも本来的な司法権の独立という観点からすれば、「巨大な限界」のなかでの試みであることは明らかである。その根源には、一党派の組織原則である「民主集中制」を、憲法を通じて国家運営の基本として採用しているという問題が横たわっている。

もっとも、中国研究者の最近の議論では、中国は革命の当初から、強固な統一的組織体ではなく、分散的かつ独立性の高い地方諸組織の結合体として構成されていたとする評価が有力であり、現実の中国の中央－地方の関係は、「中央が絶対的な権力で上命下服の統治をしている」とする評価とはかなり距離があるようにも思われる<sup>(7)</sup>。

本稿は、このような問題意識をベースにして、「民主集中制」原則（中国憲法 3 条 1 項）と地方自治との緊張関係を認めたくえて、一応、現存する中国の法制度の枠内において議論を進めていく。中国には、日本国憲法 92 条（「地方自治の本旨」）のような条文が存在しないなか、それでもなお、地方立法権が限定的とはいえ導入されたことに意味があるのではないか。その際、解釈上の工夫として、「地方の主動性・積極性の原則」（中国憲法

照（最終アクセス：2018年6月29日）。

(6) 水島朝穂＝孔曉キン「河南省人民陪審団制度——中国人民陪審員制度改革の一兆候」比較法学47巻3号（2014年）35～87頁。後に、孔曉キン『中国人民陪審員制度研究——その歴史、現状と課題』（日本評論社、2016年）241～278頁所収。

(7) 水島・前掲「立憲主義と民主集中制」参照。

3条4項)が中国版「地方自治の本旨」としての役割を果たすようにあえて読み込む構成をとっている。これが「民主集中制」をとる現実との関係でいかなる意味があるかは未定だが、将来の根本的改革の可能性にかける所以である。

ちなみに、2018年は、「改革開放」(中国共産党第11回3中全会)から40周年であり、かつ、日中平和友好条約締結40周年である。そうした時点で、地方自治のない中国で、「区を設ける市」に地方立法権を初めて憲法条文として組み入れられたことは無視できない変化と言えるのではないか。

## 一 2018年憲法改正における地方立法権

今回の憲法改正で、「区を設ける市」<sup>(8)</sup>の地方立法権<sup>(9)</sup>が憲法に明文の規定をもって定められた。これが何を意味するかというと、中国の基礎的地方公共団体に相当する「区を設ける市」の地方立法権が初めて憲法において保障されるようになった、ということである。

「区を設ける市」とは、文字どおりの意味で、区が設けられている都市のことを指す。中国の憲法(1982年に制定されたため、「82年憲法」という)において建前上「省—県—郷」三層制が採られているが、実際の解釈や運

(8) 筆者(洪)は、かつての論文(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)217頁以下)のなかで、「区を持つ市」という訳を使用していたが、やはり原文「設区的市」に忠実であるべきで、「区を設ける市」の方がより適切ではないかと考えている。従って、今回の論文をきっかけに、訳を変更することにした。実は、「区を設ける市」という訳を最初に使ったのは、鈴木賢(明治大学教授)である。同氏「鄧小平憲法から習近平憲法への転換—中国憲法5度目の部分改正のポイントと意義」法律時報90巻5号(2018年)3頁参照。

(9) ここでの「地方立法権」とは、地方人民代表大会(およびその常務委員会)の地方性法規制定権に限られる。日本の地方公共団体の条例制定権に相当する。なお、本稿は、あくまでも一般地方における地方立法権について議論を展開するものであり、憲法31条「特別行政区」および第6節「民族自治地方の自治機関」(112条~122条)については扱わない。

用において、「省—市—県—郷」四層制というのが有力である<sup>(10)</sup>。地方自治法上、「都道府県—市町村」という二層制が採られ、前者を広域的地方公共団体とし、後者を基礎的的地方公共団体とする<sup>(11)</sup>日本の状況とは異なる。そもそも、人口も面積も巨大な中国において、何を基準にして「広域的」か「基礎的」かの判断をすればよいか。これは、極めて困難なことである。本稿は、この問題については詳細に扱わないが、日本と同じく「市」という文言を使用する（日本では地方自治法、中国では憲法と立法法）という意味において、中国における「区を設ける市」も基礎的的地方公共団体<sup>(12)</sup>と見做すことにしたい。

ところが、上記の「区を設ける市」というと、日本の政令指定都市の行政区を連想するかもしれない。しかし、日本のそれと決定的に違うのは、行政区には議会が設置されていないのに対して、中国の場合は、すべての地方都市の区には人民代表大会が設置されていることである<sup>(13)</sup>。

(10) 詳細は、江利紅『現代中国の統治機構と法治主義』（中央経済社、2012年）221頁以下を参照。実は、憲法条文自体も行政区画に関して「市」に言及している。例えば、憲法30条：「中華人民共和国の行政区画区分は以下のものとする。一 全国は、省、自治区、直轄市に分かれる。二 省、自治区は、自治州、県、自治県、市に分かれる。三 県、自治県は、郷、民族郷、鎮に分かれる。直轄市及び比較的大きな市は、区、県に分かれる。自治州は、県、自治県、市に分かれる。自治区、自治州、自治県は、すべて民族自治地方である。」また、憲法95条1項：「省、直轄市、県、市、市轄区、郷、民族郷、鎮は人民代表大会及び人民政府を設置する。」和訳は、高見澤磨訳・解説「中国」、高橋和之編『新版世界憲法集 [第2版]』（岩波書店、2012年）540頁。文中の太字は筆者による。

(11) 地方自治法2条3項（市町村＝基礎的な地方公共団体）、5項（都道府県＝市町村を包括する広域的の地方公共団体）。

(12) いうまでもなく、中国法（憲法、地方組織法、立法法）上の直轄市は、「広域的の地方公共団体」に相当し、省と同列にあたる。

(13) もちろん、社会主義国家の人民代表大会制度と欧米や日本の議会制度とは完全に異なることについて他言を要しない。

## I 地方立法権の意義

中華人民共和国成立後間もない時期において、「全国各地が直面する異なる状況と任務を根拠にして、国家はかつて、地方は本地域の実際上の状況および客観的な需要に基づいて、共同綱領や中央の政策・法令によって暫定的な法規を制定することができる」と規定したことがある<sup>(14)</sup>。その短い時代においては、「我が国の行政区画の階層が数多く存在しており、省級の上には『大区』という行政単位も設置され、しかも、各級の地方はそれぞれ特定された範囲内において相応した地方立法権を享有し、いわば我が国の地方立法権の配置が最も豊かな時期であった。」<sup>(15)</sup>しかし、ソ連型社会主義（スターリニズム）をモデルにして社会主義国家建設の軌道に乗り出していた中国は、ソ連当局からの指示もあって、1954年に憲法を制定し、これに伴って地方の法規制定権がすべて中央に回収されることとなり、地方立法権の発展は厳冬期に入ったのである<sup>(16)</sup>。地方の人民代表大会が行使できる地方性法規制定権の復活は、25年後の1979年の「地方各級人民代表大会及び地方各級人民政府組織法」<sup>(17)</sup>（以下「地方組織法」）の制定を待たなければならなかった。1954から1979年までの間は、地方立法権の空白状態とも言えるだろう。

法制度上においては地方立法権が挫折したと言えるが、建国以来の中国共産党最高指導部において地方立法権の容認に親和的な発想は全く存在しなかったわけではない。例えば、1956年4月、毛沢東は中国における社会

(14) 沈関成「対地方立法権的再認識」中国法学1996年第1期18頁。

(15) 鄭毅「対我国《立法法》修改後若干疑難問題的詮釋與回應」政治与法律2016年第1期49頁。

(16) 実は、1954年6月11日に、北京・中南海で行われた憲法起草委員会第7回全体会議において、毛沢東はこのような言った。「我々は中央集権であり、地方分権であるまい。すべての法律は中央によって制定されるべきであり、地方は法律を制定してはならない。」詳細は、韓大元『1954年憲法制定過程』（法律出版社、2014年）307頁以下参照。

(17) 略称「地方組織法」。1979年に制定・採決され、1980年から施行。その後、1982年、1986年、1995年、2004年、2015年、5回の改正が重ねられてきた。

主義建設の経験を総括する講話『論十大関係』のなかで、中央と地方の関係について言及し、いわゆる「二つの積極性」原則を提示した。すなわち、「中央による統一的領導を強化させるという前提の下において、地方の権力を少し拡大し、地方により多くの独立性を与え、地方により多くの事務を行わせなければならない。このことは、我々が強大な社会主義国家を建設することにあたって比較的有利である。我々の国家はこれだけ巨大であり、人口はこれだけ多く有し、状況もこれだけ複雑であるなか、中央と地方の二つの積極性を有することは、一つの積極性しか有しないよりはるかに勝っている。」<sup>(18)</sup>と。

毛沢東が当時提示した「二つの積極性」原則は直ちに法制度として確立されたわけではないが、鄧小平時代に入ると、計画経済体制が徐々に打破され、改革開放による市場経済の発展需要に応じるため、地方立法権の重要性は日々顕在化し、その法定化に関する作業もますます国家政策の日程表に載せられるようになった<sup>(19)</sup>。それが具体的にどのような沿革を辿り、そして、どのような特徴を有するかについて、本稿第二章で詳しく紹介することにした。

以上のような歴史的経緯と現実的状况のなかで、地方立法権は大きな意義を有しているといえる。もとより、「中華人民共和国成立当時の中国では、『地方自治』が認められているのは『民族地域自治』だけであった。一般的な地方自治は認められなかった。しかし、改革開放以降、経済体制の改革、政治体制の改革によって、中央と地方の関係が徐々に変化してきている。経済体制改革と対外開放政策のなかで、地方、とくに省級行政区域は中央に対して行政、財政、人事権の分与を求めるようになった。中央としても、地方の活性化が経済の活性化につながるため、地方に一定の権力を授与した。これにより、地方は一定の自主的な権力をもっているが、

(18) 毛沢東『毛沢東選集〔第5巻〕』（人民出版社、1977年）、275頁。

(19) 改革開放における市場経済の発展と地方立法権の容認との関係について、洪・前掲注8、246～248頁を参照。

『地方自治』といえる状況までには至っていない。」<sup>(20)</sup>このような評価は基本的に妥当であるが、すでに指摘したとおり、欧米や日本における「地方自治」とかなりかけ離れているが、できるだけ真の地方自治へと一歩でも近づけるように、既成事実や制度の枠を土台にしてそれらの可能性を予測しながら検討を加えることは有意義だろう。

さて、ここで、共産党幹部と憲法学者それぞれの見解を参照にしながら、現代中国という独特の文脈における地方立法権の意義を、政治・国家政策および憲法理論という二つの側面から、提示することにしたい。

まず、沈関成によれば、①地方立法権の付与は国家意志という形式を通じて表示され、中央と地方の分権を意味する。②地方立法権の付与は、党の11期3中全会（1978年の中国共産党第十一期第三回中央委員会全体会議のこと）以降、すなわち建国以来わが党の歴史上においても意味深長で偉大な転換期という節目に発生しており、それは思想解放の結果であり、歴史経験の総括でもある。③地方立法権の付与は、分権において「すべては実際から出発する（一切从实际出发）」という思想路線を貫徹させるように要請することを意味する<sup>(21)</sup>。他方で、憲法学者の王建学によれば、1982年憲法は、個人と各級の地方と中央からなる多数の主体が協力し合い、利益多元的な社会主義をとともに構築することを予想している、という<sup>(22)</sup>。したがって、「中央の統一的領導〔という憲法3条4項の文言—筆者注〕については、計画経済という背景における『地方に対する規制とコントロールを趣旨とする』のではなく、直接的な強制命令より、むしろ市場経済の利益多元化に基づいて領導という言葉の本意、すなわち『導くおよび影響する』へと帰属するように理解しなければならない。というのも、領導は本質的に一種の『全局を統率する嚮導的な行為』であり、決して何事でも必

(20) 江利紅『現代中国の統治機構と法治主義』（中央経済社、2012年）224頁。

(21) 沈・前掲注14、17～19頁。沈は当該論文執筆当時（1996年）、福建省人民代表大会大会常務委員会法制委員会に勤めていた。

(22) 王建学「中央的統一領導：現状與問題」中国法律評論2018年第1期48頁。王は2018年現在、厦門大学副教授、専門は憲法学。

ず自分でやるという中央集権を意味するのではないからである。」<sup>(23)</sup>それに加えて、「地方の主動性と積極性は1982年憲法において大きく強化され、実は地方分権の安定した基盤を築くものとなり、地方国家機構は中央国家機構以外に自己責任を持って当該地方の人民の利益を代弁できることを意味する。」<sup>(24)</sup>ということである。

## II 憲法100条改正とそのルーツ

以上、地方立法権の意義、とくにその憲法理論上の意義を提起したうえで、現行憲法における関連規定を確認しておきたい。改正前の憲法100条は、省と直轄市（日本で言えば、いわゆる「広域的地方公共団体」）の地方立法権についてしか規定しておらず<sup>(25)</sup>、それより小さい地方統治単位の立法権について空白を残したままであった<sup>(26)</sup>。条文は以下である。

憲法100条〔地方人大の地方性法規制定権〕<sup>(27)</sup>

省、直轄市の人民代表大会及びそれらの常務委員会は、憲法、法律、行政法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定し、全国人民代表大会<sup>(28)</sup>に届け出て記録に留めさせることができる。

今回の改正では、憲法100条に2項が追加されることになり、その追加

(23) 王・同上、48頁。

(24) 王・同上、48頁。

(25) それにしても、1954年憲法（中華人民共和国成立後の初めての憲法）における地方立法権に関する規定の空白状態と比べると、大きな進歩を成し遂げたといえるだろう。

(26) もちろん、省や直轄市以下の「基礎的の地方公共団体」の基本的な地位に関する憲法条文は存在する。例えば、憲法第5節「地方各級人民代表大会及び地方各級人民政府」（95条～111条）。高見澤磨訳・解説「中国」、高橋和之編『新版世界憲法集 [第2版]』（岩波書店、2012年）563～568頁参照。

(27) 前掲・高見澤訳〔高橋和之編『新版世界憲法集 [第2版]』〕、564～565頁。

(28) 中国憲法の原文の限りでは、この箇所は「全国人民代表大会常務委員会」であるが、全国人民代表大会とその常務委員会はそれぞれ憲法によって付与される権能を行使することを鑑みれば、常務委員会というところまで訳出すべきだろう。

部分は以下のとおりである。

#### 憲法100条2項

区を設ける市の人民代表大会及びそれらの常務委員会は、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、法律の規定により地方性法規を制定し、本省、自治区の人民代表大会の常務委員会より批准を得てから施行することができる。

実は、憲法改正によって追加された100条2項は立法法<sup>(29)</sup>72条の関連箇所と深い関係がある。立法法は2000年に成立されて以来、2015年の改正以外には変更されていない。2015年改正後の立法法72条は、以下である。

#### 立法法72条

省、自治区、直轄市の人民代表大会およびその常務委員会は当該行政区域における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定することができる。

区を設ける市の人民代表大会およびその常務委員会は本市における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、都市農村建設と管理、環境保護、歴史文化保護等<sup>(30)</sup>の分野に関する事項について地方性法規を制定す

(29) 立法法とは、法律（全人代およびその常務委員会）、行政法規（國務院）、地方性法規（一般地方の人民代表大会）や自治条例・単行条例（民族自治地方の人民代表大会）などをはじめとする種々の法規範の位置付けおよび相互関係を定める法律であって、いわゆる社会主義法体系を整理・完備させるために制定された憲法的法律と言われる。「基本的法律」とうジャンルに該当するが故、それを制定・改正する権限はもっぱら全人代に帰属し、全人代の常務委員会にはないとされる（憲法62条、67条参照）。当該法律は2000年に制定され、2015年に1回しか改正されておらず、現在に至る。なお、2000年に立法法制定当時の議論を紹介・分析した日本語の業績として、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）を参照されたい。

(30) 改正後の立法法の条文の和訳について、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）125頁以下があるが、本脚注が付けられている箇所の地方立法権の範囲における「等」という文言は岡村訳（当該文献136頁）

ることができる。法律は区を設ける市が地方性法規を制定する事項についてほかに規定を置く場合、その規定に従う。区を設ける市の地方性法規は省、自治区の人民代表大会の常務委員会に届け出られて批准されてから施行されなければならない。省、自治区の人民代表大会の常務委員会は批准しに届けられた地方性法規に対して、その合法性について審査すべきであり、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないものは、4カ月以内にこれを批准しなければならない。

省、自治区の人民代表大会の常務委員会は批准しに届けられた地方性法規に対して審査を行う際に、それが本省、自治区の人民政府の規章と抵触することを発見した場合、処理の決定を行わなければならない。

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务院がすでに批准した比較的大きな市を除く以外の、その他の区を設ける市が地方性法規の制定を開始する具体的な手順と時期について、省、自治区の人民代表大会の常務委員会は本省、自治区が所轄している区を設ける市の人口、面積、経済社会の発展状況および立法の需要、立法能力等の要素を総合的に考慮したうえで確定し、全国人民代表大会常務委員会と国务院に届け出て記録に留めさせる。

(以下各項略)

以上の条文から確認できるように、2018年憲法改正において追加された100条2項は、基本的に2015年改正立法法の72条2項を踏襲していることがわかる。むしろ、後者が前者のルーツであると言った方がよいであろう。中国におけるこの直近の憲法改正から約3か月が経過した本稿脱稿の時点において、管見の限りでは、日本における中国法研究はもとより、本国における議論でさえほとんど見当たらない<sup>(31)</sup>。したがって、憲法100条

---

には反映されていない。また後文でも触れるように、「区を設ける市」の地方性法規制定権にとって、この「等」の意義は極めて重大であることを鑑みて、本稿では岡村訳を用いないことにした。

(31) この現象は、ただ単に日が浅いことに由来するとは到底考えられず、今回の憲法改正の高度な政治的色彩にも深く影響されているのではないかと推測できる。

2項を検討するためには、そのルーツとしての立法法72条について考察を行うことが近道であろう。ただ、2015年改正後の立法法72条に関する議論に立ち入る前に、それまでの法制度上の沿革を概観し、加えて何らかの趨勢を導き出しておいた方が、当該条文の意義を理解するのに有益であろう。

## 二 地方立法権の沿革

### I 1979年以來の法制度上の推移

1979年に制定された地方組織法では、省や直轄市などの地方立法権が付与された。つまり、6条は、

「省、自治区、直轄市の人民代表大会は当該行政区域における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、国家の憲法、法律、政策、法令、政令と抵触しないという前提において、地方性法規を制定・頒布し、全国人民代表大会常務委員会と國務院に届け出て記録に留めさせることができる。」

と規定し、27条は、

「省、自治区、直轄市の人民代表大会の常務委員会は同級の人民代表大会の閉会期間において、当該行政区域における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、国家の憲法、法律、政策、法令、政令と抵触しないという前提において、地方性法規を制定・頒布し、全国人民代表大会常務委員会と國務院に届け出て記録に留めさせることができる。」

と定めている。前者は人民代表大会、後者は人民代表大会の常務委員会、それぞれの地方性法規制定権が認められたのである。

1982年、新しい憲法が制定され、その100条は、省と直轄市の人民代表大会およびそれらの常務委員会に地方性法規制定権を認めた。この改正内容は1979年地方組織法6条と27条の規定を確認したものである。憲法制定と同じ時期の1982年に、地方組織法ははじめての改正をなされ、その27条

2 項は、

「省、自治区の人民政府所在地の市<sup>(32)</sup>と国務院が指定<sup>(33)</sup>した比較的大きな市<sup>(34)</sup>の人民代表大会の常務委員会は、本市が必要とする地方性法規の草案を起草<sup>(35)</sup>し、省、自治区の人民代表大会の常務委員会に審議・制定するように提出・請求し、全国人民代表大会常務委員会と国務院に届け出て記録に留めさせることができる。」

と規定している。

ここで認められたのは、あくまでも省ならびに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、という2種類の都市における地方性法規の起草権にすぎず、本当の意味での地方立法権ではなかった。しかも、その「起草権」が付与された主体は、関係都市の人民代表大会の常務委員会のみならず、人民代表大会自体の権限は等閑に付されたままである。1986年、地方組織法は2回目の改正を迎えた。新たにされた同法7条2項は、

「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会は、本市における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定し、省、自治区の人民代表大会の常務委員会より批准を得てから施行し、かつ、省、自治区の人民代表大会の常務委員会を介して全国人民代表大会常務委員会と国務院に届け出て記録に留めさせることができる。」

と規定し、同38条2項は関係都市の人民代表大会の常務委員会の地方性法規制定権を認めた。上級の省、自治区の人民代表大会の常務委員会による

---

(32) 日本の県庁所在地の都市に相当する。

(33) 原語は「批准」。

(34) 当初国務院が指定（「批准」）した重要な地方経済都市のことを指すが、2000年の立法法制定により、その概念の範囲が拡大された。

(35) 原語は、「拟定」。

「批准」という条件が設けられているが、一応地方立法権が付与されたとと言えるだろう。このこともまた、省・直轄市・自治区クラス以下の地方が初めて地方立法権が認められることになる。

そして、2000年に、立法法が制定され、1986年改正地方組織法において関係都市（省・自治区の人民政府所在地の市、国务院が指定した比較的大きな市の人民代表大会およびその常務委）に対して認められた条件付きの地方立法権が再度確認され、しかも、概念変更によって一律に「比較的大きな市」として統合された。2000年立法法63条2項と4項の規定は以下の通りである。

比較的大きな市の人民代表大会およびその常務委員会は、本市における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定し、省、自治区の人民代表大会の常務委員会より批准を得てから施行することができる。省、自治区の人民代表大会の常務委員会は、批准しに届け出られた地方性法規に対して、その合法性について審査すべきであり、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないものは、四カ月以内にこれを批准しなければならない。

本法において称される比較的大きな市とは、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务院が批准した比較的大きな市のことを指す。

2015年に立法法が改正されるまでは、「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の国务院が以前に指定した『比較的大きな市』」<sup>(36)</sup>のことを指す。

前章で改正後の立法法関連条文（72条）についてすでに紹介したが、当該法律の2015年改正を受けて、地方組織法にもそれに相応した改正が行わ

---

(36) 涂緞縵『『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も、同論文を参照されたい。

れた。関連条文は以下のとおりである。

#### 7条2項

区を設ける市の人民代表大会は、本市における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定し、省、自治区の人民代表大会の常務委員会より批准を得てから施行し、かつ、省、自治区の人民代表大会の常務委員会を介して全国人民代表大会常務委員会と國務院に届け出て記録に留めさせることができる。

#### 43条2項

区を設ける市の人民代表大会の常務委員会は、同級の人民代表大会の閉会期間において、本市における具体的な状況及び実際上の需要に依拠して、憲法、法律、行政法規や本省、自治区の地方性法規と抵触しないという前提において、地方性法規を制定し、省、自治区の人民代表大会の常務委員会より批准を得てから施行し、かつ、省、自治区の人民代表大会の常務委員会を介して全国人民代表大会常務委員会と國務院に届け出て記録に留めさせることができる。

こうして、「区を設ける市」の地方立法権は法律による付与から、今回の2018年憲法改正における憲法による承認（100条2項）へと結実するに至ったのである。

## II 地方立法権制定主体の漸次拡大

改革・開放以来の中国における、地方立法権（各級地方の人民代表大会及びそれらの常務委員会の地方性法規制定権）に関する法制度上の推移を一通り概観した結果、地方立法権制定主体が漸次に拡大してきたことが、一目瞭然である。つまり、「直轄市→比較的大きな市→区を設ける市」という「上から下へ・大から小へ」のルートをとっていることがわかる。しかも、法律が先駆けて地方立法権を予め付与してから、後に憲法がそれを追認するという特徴を持つ。具体的にいえば、1979年地方組織法による省・直轄市の地方立法権の付与から1982年憲法による追認へ、および2015年改

年代・法的根拠	地方立法権（地方性法規制定権）が付与される主体	関連条文〔当時〕
1979年地方組織法	省・自治区・直轄市の人民代表大会およびその常務委員会	6条（人民代表大会）、27条（常務委員会）
1982年憲法	省・直轄市の人民代表大会およびその常務委員会	100条
1982年地方組織法改正	省・自治区の人民政府所在地の市、国務院が指定した比較的大きな市の人民代表大会の常務委員会（ただし、草案起草権のみ）	27条2項（常務委員会）
1986年地方組織法改正	省・自治区の人民政府所在地の市、国務院が指定した比較的大きな市（狭義）の人民代表大会およびその常務委（ただし、批准要件あり）	7条2項（人民代表大会）、38条2項（常務委員会）
2000年立法法	比較的大きな市（広義）の人民代表大会およびその常務委員会（ただし、批准要件あり）	63条2項
2015年立法法改正	区を設ける市の人民代表大会およびその常務委員会（ただし、批准要件あり）	72条2項
2015年地方組織法改正	区を設ける市の人民代表大会およびその常務委（ただし、批准要件あり）	7条2項（人民代表大会）、43条2項（常務委員会）
2018年憲法改正	区を設ける市の人民代表大会およびその常務委員会（ただし、批准要件あり）	100条2項

正立法法による「区を設ける市」の地方立法権の付与から2018年憲法改正による追認へ、という憲法による2回の承認が発生したのである。

以上の経緯を分かりやすく伝えるため、上記の表にまとめた。

### 三 2015年立法法改正・72条に遡って

すでにみたように、2015年の立法法改正は、「区を設ける市」に地方立法権を付与した。つまり、従来（2000年立法法）の63条2項における比較的大きな市の人民代表大会およびその常務委員会の地方性法規制定権から、改正後の72条2項における全国すべての「区を設ける市」の人民代表

大会およびその常務委員会の地方性法規制定権へと拡大した。条件付きとはいえ、一応地方立法権の制定主体が大きく増幅したことの意味は極めて大きい。2015年の立法法改正72条の制定過程に関する議論及びその意義の分析と展望について、筆者はかつて詳細な考察を展開した<sup>(37)</sup>。その改正から3年間も経ち、中国本土では様々な議論が行われてきた。今回は、2018年3月の憲法改正までの、改正立法法72条をめぐる議論を整理し、中国の学界では、それがどのように捉えられ、特に憲法100条（改正前）との関係においてどう位置づけられているかについて、検討していきたい。そのような作業を通じて、今回憲法改正における100条2項の意義についても考えることにしたい。ただ、中国独特の議論をよりよく理解するためには、まず「良性違憲」論と「地方による実験」の発想を念頭に置かなければならない。

## I 「良性違憲」論と「地方による実験」

いわゆる「良性違憲」論は、1990年代に郝鉄川と童之偉両氏が繰り返した論争である。改革開放から20年近く経た1990年代後半、市場メカニズムの下で著しい経済発展を成し遂げていた当時の中国において、様々な下位法規範などが憲法の明文規定と矛盾したり憲法にないような行為が行われたりすることが頻発していた。その状況に対し、西洋流の違憲立法審査制度を欠き、自由法学・社会法論的な憲法解釈学も成長していなかった時代背景のなかで、憲法の権威性・最高法規性をいかにして担保することができるかが、論争のきっかけであった。

郝鉄川は違憲という行為には「良性」のものと「悪性」のもの、つまり「良性違憲」と「悪性違憲」の二種類が存在すると主張し、両者を区別しなければならないとする<sup>(38)</sup>。それを区別するための基準はこうである。  
①社会的生産力の発展に有利であるか否か、②国家と民族の根本的利益の

(37) 洪・前掲注8、217頁以下参照。

(38) 郝鉄川「論良性違憲」法学研究1996年第4期89頁以下。

維持に有利であるか否か、という<sup>(39)</sup>。さらに、良性違憲の発生要因についてこのように説明する。①法律は社会的現実の発展に対して遅延性を有し、特に社会の変革や危機の時代に著しい。これによって良性違憲が発生し、これはどこの国においても普遍性を持つことである。②中国の立憲制度がまだ不完全（憲法典の制限列举型の授権方式は計画経済体制およびそれに相応した政治体制に起源を持つ→自由度が低い）のものであるがゆえに、他国より良性違憲が多く発生する<sup>(40)</sup>。最後に、良性違憲に対する規制も同時に設けなければならないと主張し、具体的に、①権威ある違憲検定機構（全人代の常設委員会としての「憲法委員会」）が必要であり、②良性違憲に時期的制限を設けるべきである、と郝は主張する<sup>(41)</sup>。

童之偉は、郝が説く以上の理論を猛烈に批判した。童はまず、良性違憲と悪性違憲とは、「良性腫瘍と悪性腫瘍が人の健康に害をもたらすのと似たように、両者の区別は程度の差に過ぎない。」と揶揄する<sup>(42)</sup>。童は続けて言う。「良性違憲」論の有害性をよりよく認識するためには、「故意違憲」と「過失違憲」との区別を予め控えておいた方がよいという<sup>(43)</sup>。前者は、「憲法に関係する主体が自らの行為が違憲であることを察知しながらも故意に当該行為を実施すること」をいい、後者は、「関係主体が主観的に自らの行為が違憲であることを察知せず（あるいは、少なくとも察知したことを公に認めようとしない）、当該行為を実施することによって違憲の結果をもたらした」ことをいい、後者より前者の方がその有害性が甚だしい<sup>(44)</sup>。童は「良性違憲」論の本質は「条件が許容される場合に故意違憲を行っても構わない」<sup>(45)</sup>という主張であると指摘し、良性違憲論を否定す

(39) 郝・同上、90頁。

(40) 郝・同上、91頁。

(41) 郝・同上、91頁。

(42) 童之偉「“良性違憲”不宜肯定—对郝鉄川同志有关主張的不同看法」法学研究1996年第6期19頁。

(43) 童・同上、20頁。

(44) 童・同上、20頁。

(45) 童・同上、20頁。

べく理由を以下のようにまとめた。①郝の議論における国内外の違憲事例に対する総括は法治主義の発想と背離している。②良性違憲は現実の社会生活の中で回避できるのみならず、回避するように努めるべきである（例えば憲法解釈を活かすこと）。違憲の事情自体は避けられないが、良性違憲は違う。良性違憲は普通の違憲ではなく、「故意違憲」に属すからである<sup>(46)</sup>。さらに、童は郝の見た良性違憲の発生要因は間違っていると主張する。具体的に言えばこうなる。①社会経済の変動性と憲法の安定性との矛盾はどこ国でも発生する。このとき、法治主義の方法を用いて問題解決に臨むか、それとも目下の困難を乗り越えるためにあえて故意違憲を行うかが一つの試練になる。②国家権力に関する制限列举型の授權方式は理の当然であり、本来権力に対する制限は憲法および立憲主義の根幹を反映する。このことは良性違憲の発生とは、因果関係どころか、必然的な関係すら有していない<sup>(47)</sup>。童は良性違憲の発生要因を以下のように結論付けている。つまり、関係国家机关の公職にある人に法治主義に対する認識が乏しく、国家の憲法監督機能が不完全であることである。従って、法学の使命は良性違憲の「積極的」役割を開発するのではなく、それを根絶するルートと方法を探すことであるという。しかも、我が国のような法治主義の伝統が貧弱な国では、良性違憲の提唱は極めて有害であるとする<sup>(48)</sup>。最後に、童は郝の良性違憲に対する制限の提案も不可能に近いと批判する。理由は、①「憲法委員会」に良性・悪性に対する判断権を授与すれば、違憲の責任を当該委員会に転嫁することに等しい。それに加えて、当該委員会に実質的な憲法改正権力を授権することになる。②郝による違憲の善し悪しを判別する基準は社会的影響に基づくものであり、直ちに判断を下すことが困難であるし、時間をかけて判断を下しても事態収拾がつかない状況に陥る可能性がある、と<sup>(49)</sup>。

---

(46) 童・同上、20～21頁。

(47) 童・同上、21頁。

(48) 童・同上、21～22頁。

童による批判をまとめると、「①良性違憲も違憲であり、悪性違憲と本質的な差異を有しておらず、同じくその違憲責任が追及されなければならない。②良性違憲は悪性違憲よりも危険であり、警戒されるべきである。特に我が国のように、憲法意識が乏しく、法治主義の考えに慣れず、一刻も待つことができず、憲法による「縛り」から解放されたい人が少なくない社会において、良性違憲は簡単に受けられがちであり、蔓延する。従って、理論上も実践上も良性違憲に対する抑制を重視すべきである。③改革においてあらわれてきた新しい問題に対して、法定の手続、例えば憲法修正案という方法で解決するべきであり、法の埒外で問題解決を期待することが許されるべきではない。」<sup>(50)</sup>

以上の「良性違憲」を巡る論争は中国の学界で大きな波紋を引き起こした。議論がなされた当時から現在に至るまで様々な課題に影響を及ぼしていると言っても過言ではない<sup>(51)</sup>。地方自治・地方行政の分野においては、

(49) 童・同上、22頁。

(50) 童・同上、22頁。童之偉による批判後、郝鉄川はさらに反論を試みた。郝は良性違憲に対して「第一は肯定、第二は制限」という立場を改めて表明し、改革開放初期において計画経済を打破するために農村部における農業生産・農作業戸別責任制の導入などを例に挙げ、「社会の変革期において、良性違憲は実際上の効果として暫時的・局部的な違憲の代わりに憲法の飛躍的な進歩を成し遂げてきた」と結論づけ、法の「保守性」・「硬直性」・「制限性」に対抗する社会変革の「発展性」・「柔軟性」・「超越性」を強調した。基本的に従来の見解を維持する姿勢を示した。詳細は、同「社会変革與成文法の局限性—再談良性違憲兼答童之偉同志」法学研究1996年第6期を参照されたい。

(51) 近來の研究を挙げると、陳端洪「憲法学的知識界碑—政治学者和憲法学者關於制憲權的對話」開放時代2010年第3期94頁以下が重要である。陳は言う。「良性違憲という用語は一連の違憲の現象を正当化させるための造語であるが、本質的に言えば、それは、ある程度の違憲を容認することであり、違反された憲法規範の効力を否定しながらもこれらの違憲の現象について弁明の理由を提供しないままであることである。」と評されるが、実は、「中国の本当の憲法体制は、制憲権（憲法制定権力〔一筆者注〕）の代表が常に常駐し、かつ憲定権（憲法によって定立される諸権力〔一筆者注〕）と同時に存在しながら憲定権の上に凌駕しているものである。故に、立憲時刻（中国語原文ママ、文中で言及された英文は、constitution-founding moment と constitutional moment があ

張千帆の議論が極めて有意義であり、中国の問題を考えるには貴重なアプローチを提供したと言えるだろう。張は、改革開放の背景において、戦略的に考えれば、全国的な範囲において必要とされながらも憲法と抵触するような措置を採ろうとする時、何よりもまず憲法を改正すべきであるとするが、多くの改革が地方によって行われてきたが故、地方が憲法を改正したり全国的法律を制定したりする権限を有しないため、そこで安易に「違法」ないし「違憲」のレッテルを貼ると、改革の種を抹殺してしまう危険性を持つ。良性違憲の問題は中国という単一制大国が直面する中央集権と「地方による実験」との間の潜在的張力を如実に語っている、と説く<sup>(52)</sup>。

---

り、両方の中国語訳は同じである〔一筆者注〕が頻繁に現れているわけである。規範憲法学（中国の憲法学派の一つ、清華大学の林來梵教授はその代表的人物〔一筆者注〕）の間違いは制憲権の常駐的代表（これはおそらく中国共産党ないし党中央のことを指している〔一筆者注〕）を憲定権あるいは人民の普通代表と見做し、憲法規範を用いてその行為を衡量・拘束することを企図しようとする点にある。しかし、制憲権の代表は国民あるいは民族の地位にまで持ち上げられており、本来的に憲法の拘束を受けないことになっている。彼らにとって、「違憲」とは意味のない概念のみならず、むしろ誤った咎めであると考えた方がよい。本来、良性と悪性の二分法は新しい政策と立法の内在的合理性・科学性に関する評価であり、憲法学者の知的能力を超えたものである。」と。以上の見解は、中国憲法学界の一大勢力・いわゆる「政治憲法学派」の代表的な立場を鮮明に示しているものである。一見して、まるで緻密な論理や強力な論証で筋を通して見えるように見えるが、筆者に言わせれば、それはシエスの代表概念に影響されたカール・シュミットの理論を現代中国の文脈で主張することであり、憲法規範の領域に政治の要素（憲法制定権力の絶え間ない発動）をそのまま混入・放任させ、結局現政権の正当性・合理性を巧妙に論証したことに過ぎない。当該言説はシュミットが経験したナチス・ドイツ時代における状況と似たような効果を發揮しているのではないか。このような考え方や憲法研究の方法は、法治主義の伝統が極めて乏しく、立憲主義の思惟・感覚に全く慣れていない中国（まさに童之偉が1996年論文で指摘したとおり）にとって、非常に危険であると言わざるを得ない。なぜなら、中国にとって、憲法に対する規範的意識（憲法を規範として尊重する習慣）の涵養は何よりも肝心な急務とすべきからである。なお、本稿はあくまでも地方立法権という「ミクロ的」な分野の議論しかしておらず、上記の憲法方法論に関する「マクロ的」な検討を行う余裕はない。ただ、具体的な議論を梃子にして、少しずつこのような現象と立ち向かっていくしかないと現段階では考えている。

張は、1982憲法の中心的原則を民主、法治および人権と捉えたうえで、地方による改革の実験はこれらの原則に適合し、かつ全国的利益に損害を及ぼさない限り、ほかの選択肢がない中で、仮にその合法性ないし合憲性に疑いが存在するとしても、一律に寛大に扱われるべきである、と主張する<sup>(53)</sup>。さらに、張は、いわゆる「良性違憲」の原因を憲法と中央の法律が地方の自主権を過大に制限していることに帰結させる。張は続けて言う。憲法の基本的原則と精神に合致するならば、「良性違憲」は通常の意味での「違憲」と異なり、既存体制の下における憲法に対する一種の「変通」だと捉えるべきである、と。究極的にいえば、憲法とは権利を制限するものではなく、それを保障する基本法である。憲法の根本目的は制度的な規定を通じて地方が試す自由を剥奪することにあるのでもなければ、人民の基本的自由を制限することでもない。憲法はすべての人のために権利のベースラインを保障し、このベースラインの上で、地方政府は当該地域の需要を満たすには最も有効なルートを自由に探求することができる。「良性違憲」が引き起こした困惑を根本的に解決するには、中央と地方との関係に関する考え方を転換し、地方による実験が順調に進むように制度的に保障させなければならない、と説く<sup>(54)</sup>。

以上の張の議論は、「良性違憲」論の問題性を何よりもまず認識した上で、改革開放以来の実用主義的なアプローチから、現行憲法自体が本来なら規定してはいけない事項を過剰に規定しているという欠点を指摘し、地方発・地方による進歩的な諸改革の合憲性ないし必要性を立証しようとする論考である。「良性的な地方による実験とはただ単一制憲法の枠内の下における一種のやむにやまれぬ憲法上の変通である」<sup>(55)</sup>というように、中国独特の「憲法変遷」と見たほうが妥当であろう<sup>(56)</sup>。

(52) 張千帆「憲法変通與地方試験」法学研究2007年第1期63頁。

(53) 張・同上、64頁。

(54) 張・同上、64頁。

(55) 張・同上、73頁。

(56) ただし、前掲注51の末尾で説明したとおり、政治憲法学という方法論の危険

## II 改正立法法72条の憲法的位置付け

以上詳細に紹介した「良性違憲」論および「地方による実験」という背景知識を押さえた上で、2015年の改正立法法72条をめぐる議論、特にそれが憲法上どう捉えられるべきかに関する議論を点検したい。

憲法に書いていないから存在しない、というような素朴な法実証主義的な理解はさすがに問題をあまりにも単純化させすぎており、しかも、現在の言論空間のなかで、あからさまに真っ向から全人代の立法あるいは法改正が違憲であると公言することも、大きな勇気が要るだろう。従って、いかにして改正後の立法法72条の合憲性をよりよく論証するかという問題に研究者たちは一生懸命工夫を凝らして答えようとしている。こうして、以下何人かの論者の主要観点を紹介したい。

まず、鄭毅は、三点から改正立法法72条の合憲性を論証する。①客観的な認識に基づいて、立法法の制定（2000年）から改正（2015年）に至るまでの期間には、地方立法権が経済・社会の発展と社会主義法治の建設に積極的な役割を果たし、市クラスの地方が自身に相応する立法権を持つという制度に対する需要も明らかであり、立法権付与のための時代的な基盤が堅実であること。②現行憲法制定当時（1982年）およびその直後の地方組織法改正時（1982年）における市の人民代表大会およびその常務委員会の立法権に対する（制憲者、立法者の）態度が付与の可能性を示唆しており、そして2000年立法法における比較的大きな市に対する地方立法権の付与として結実し、その規範論の淵源をなす。③憲法100条の原意を地方立法権の付与を慎重に扱うべきであると認識すれば、後に全人代が行ってきた法改正（特に立法法の改正）が「付与に慎重」という「初心」と悖ることはない。なぜなら、改正立法法における「区を設ける市」に対する立法権の付与と同時に設けられた条件を考えればよいわけである<sup>(57)</sup>。最後に、鄭

---

性を常に念頭に入れないと、結局、張千帆の議論も歪められた形で理解され、原著者の本意に反するような悪用がなされてしまうことになるだろう。

(57) 鄭（毅）・前掲注15、51～52頁。

は、2015年改正立法法72条と憲法100条との文面上の違いは、「良性的な意味における法律による創造活動」、あるいは「立法という方式によって憲法を發展させた」と捉えるべきであると主張する<sup>(58)</sup>。

次に、李少文は、地方立法権に関して、我が国の憲法の関連規定には「曖昧性」があり、「余白」を残していると予め議論の土台を立てる<sup>(59)</sup>。李は、イギリスのいわゆる政治憲法の理論（例えば、J. A. G. Griffith の political constitution）<sup>(60)</sup>を引き合いに出して、そのまま中国の政治と憲法状況の説明に適用しようとする。李は言う。「立法法改正における地方立法権の拡大は、憲法関連規定の曖昧性を明確にし、憲法の余白を充填すると同時に憲法そのものには違反していない。それを実現させたルートは、伝統的な司法による憲法解釈ではなく、立法者による政治上の目標と利益に基づく所作であった。このことは、実践の需要や憲法の変遷のいずれに対しても極めて重要である。なぜなら、単に憲法の中身に変化が生じたのみならず、それは我々が現実に運営する憲法秩序を構成したからである。」<sup>(61)</sup>最終的に言えば、こうなる。改正立法法72条による地方立法権の

(58) 鄭（毅）・同上，52頁。「立法という方式によって憲法を發展させた」という立場から改正立法法当該条文の憲法的位置付けを説明する論者は少なくない。例えば、鄭磊ほかは、憲法を發展させるための三つのルートを提示し、つまり、①憲法改正、②憲法監督と憲法解釈、③立法の授権、であると指摘し、改革開放以来の主要ルートは③の立法の授権＝「立法を通じた憲法の發展」であると主張。ただし、立法がその限界を超えたとき、②のルートが重要と留保を付け加えた。詳細は、鄭磊＝賈聖真「從『較大的市』到『設区的市』——地方立法主体的扩容與憲法發展」華東政法大學學報2016年第4期99頁を参照。

(59) 李少文「地方立法権擴張的合憲性與憲法發展」華東政法大學學報2016年第2期66頁。

(60) 「法的主權者＝議会、政治的主權者＝国民」を提唱する A. V. Dicey の議論（See Dicey, Albert Venn. Introduction to the Law of the Constitution (8th Ed.). Macmillan, 1915. pp. 87-106.）が如実に語るように、後の political constitution 理論もまた同様であるが、いずれもイギリス独特の歴史伝統という文脈でしか意義を有しない。何百年の時間をかけて長きにわたる議会による良識的な運営を維持してきた経験は、世界のどこの国も真似できないことであろう。そのイギリス議会に相応した憲法理論を、そのまま中国の全人代に当てはめるのは、早計であると言わざるを得ない。

拡張の憲法的位置付けについて、①規範的な意義から見れば、それは民主主義の要請と地方自治権拡大の需要に応じている。②機能的な意義から見れば、それはまた現行憲法における「実験」の精神<sup>(62)</sup>に合致し、地方統治の需要でありながら国家全体の統治体系の現代化の一部をなすのである。ただ、それは立法者が政治過程を通じた方法（＝立法者自ら憲法の中身を解明し憲法を發展させること）で完成させた作業であり、「中国的な政治憲政主義」を端的に示し、違憲と解されることはできない、と李は結論づける<sup>(63)</sup>。

以上両説を概観し、筆者が太字にした部分を見れば、その共通点は一目瞭然である。すなわち、「良性的な意味における法律による創造活動」（鄭説）であれ、「立法者が政治上の目標と利益に基づく政治過程を通じた憲法の發展」（李説）であれ、両者いずれも憲法規範論<sup>(64)</sup>の領域から離脱し、政治的要素をそのまま議論の中に混入させている。特に李少文の論文はいつそうあからさまな議論をしている。しかし、前節の張千帆論文（李はそれを引いて「地方による実験」の部分を大きく参照した）における「地方による実験」の合憲性理論は、立法者の主観的意図に基づく政治行動の結果としてではなく、あくまでも現行憲法という規範の下で当該「実験」がその基本的精神（＝張が言う「82年憲法の中心的原則である民主、法治および人權」）に適合するか否かについて判断する、という規範の理論である。し

(61) 李・前掲注59, 67頁。

(62) 李は、1982年憲法が「実験」の精神を有するとし、その「実験」方法は二つあって、一つは法律の制定と改正の方式（民主主義の方式）によって創造された「実験」、もう一つは地方によって自主的に発起された「実験」、地方が立法権を付与されれば、二つの方法を融合させる形でよりよく憲法の「実験」精神を貫徹できる、と帰結する。さらに、憲法に認められているこの「実験」の精神は憲法解釈や改憲と区別された「第三の道」と李は称する。詳細について、李・前掲注59, 70～72頁参照。

(63) 李・前掲注59, 73頁以下。

(64) もとより、現在の中国において、実務上憲法が規範として機能しているかどうか、ひいては中国に憲法解釈学が果たして存在するかどうかについて、別問題である。

かも、張は寛容に扱われるべき「実験」を憲法規範に対する「変通」と捉え、本来なら許されるべきではない現象をその進歩性と発展性を総合的に考慮した上での例外的な許容にすぎないと位置付けている。いわば童之偉理論（「良性違憲」否定論）の修正版（あるいは郝鉄川の「良性違憲」肯定論に対する反省と超克）と考えてもよいであろう。したがって、李は張の議論を正確に理解していないか、それとも張の本意を意識しながらもそれを駆逐し、都合のいいように自覚的に自説と結合させたのかもしれない<sup>(65)</sup>。

以上のような「政治憲法学」的な方法に基づく合憲性理論を控えたうえで、次に、憲法を規範としてもっぱら解釈学の枠内で問題解決を求めようとする論考を紹介したい。

王建国は、まず、憲法における平等権条項の地方単位に対する適用性を主張する。つまり、「憲法の平等権条項は単独の個人が国家による平等な保護を享受することを保障すると言うのであれば、それはまた、特定の地域範囲内に居住する個人の集合体も国家による平等な保護を享受することを意味する。」<sup>(66)</sup>そして、王は比較法の観点から、アメリカとフランスにおける地方立法権の配置状況を考察し、前者は北米植民地時代の伝統から地方立法権を人民が自らの事務に対して自治を行う固有の資格として捉えるのに対し、後者は従来の単一不可分の共和国理論から地方立法権を全否定することから2003年憲法改正を経て地方立法権の全肯定への転換を成し遂げたことを想起する<sup>(67)</sup>。両者は出発点が全く異なるが、結果として地方間における平等に基づく配慮という点で共通する、と指摘する<sup>(68)</sup>。次に、王は中国の文脈において議論を進める。中国の学界では一般的な意味

(65) 実は、李は前掲論文の注の中で、少しながらも張論文の「本意」を認めている。「しかし、張千帆教授の観点は完全な脱規範的なものであるわけではない。なぜなら、彼はより高位の憲法的価値を判断の基準として強調しているからである。」と李は述懐する。李・前掲注59, 71頁の脚注42を参照。

(66) 王建国「論地方性法規制定権の平等分配」当代法学2017年第2期4頁。

(67) 王・同上, 5～7頁。

(68) 王・同上, 7頁。

における地方自治が存在しないという認識が通常であるが、それは誤解だと王は主張する<sup>(69)</sup>。なぜなら、「憲法規範はその概念と文言の明確性を欠いているが、具体的な制度構造、基本原則や憲法制定の背景と趣旨から見れば、我が国の現行憲法が文面上においてある程度の地方自治権を確認していることは争いのない事実である。」<sup>(70)</sup>。その根源を憲法3条4項の「地方の主動性、積極性」原則に帰着させ、「地方自治の主旨の下において憲法100条を開放的な権限付与条項として理解すべきであり、中央主権の主旨の下においてそれを閉鎖的あるいは排他的な権限付与条項として理解してはならない。」と王は説く<sup>(71)</sup>。前の平等権に関する議論とあわせて、王は続けて言う。「わが憲法33条2項『市民は法律の下で一律に平等である』というのは、ただ単数の市民の平等を意味するのみならず、また国家が複数の市民から構成する地方団体に対して平等に扱う義務を有することも意味するのである。(中略)。国家は地方立法権の配分について地方の階層間における平等を配慮しなければならない。見逃すべきではないのは、地方の主動性と積極性は憲法30条 (= 行政区画、詳細は前掲注9を参照〔一筆者注〕)の枠内でいうと、省級、地級(いわゆる「地級市」が言うように、ここで市級を意味する〔一筆者注〕)、県級と郷鎮、という四つの階層において体现され、かつ地方の階層間における平等という意味において並列的に存在することである。」<sup>(72)</sup>したがって、「憲法100条の明文規定は『原則的な授權条項』というより、むしろ実験的な授權条項と見做したほうがよいである。改革開放という基本的な国策(憲法序言第7段落)の導きの下で、穩健さを追求することを理由にして地方の主動性と積極性を漸進的な過程のなかで發揮させ、実験的に省級の地方立法権を先駆けて付与したが、より低い階層の地方の立法権も憲法によって差別されたり剥奪されたりする

---

(69) 王・同上、8頁。

(70) 王・同上、8頁。

(71) 王・同上、8～9頁。

(72) 王・同上、9頁。

ことなく、階層間における平等の原則に基づいて全人代及びその常務委員会によってその立法を通じて形成されることができる。まさにそのような理由で、地方組織法と立法法が立法主体を省の人民政府所在地の市、国务院が指定した比較的大きな市、経済特区所在地の市ないし全国すべての区を設ける市へと拡大させることができ、またまさにそのような理由で、区縣市と郷鎮という二つの階層の人民代表大会も将来潜在的な立法主体である。平等権という考量のなかで、地方立法権のより普遍的な配分は合憲性の基礎を有している。」<sup>(73)</sup>このように、王は地方立法権の拡大現象を憲法100条の解釈を通じてなしているわけである。

王建学の議論は、憲法解釈学の技術を十分に活かし、現行憲法を規範として見做し、その枠内において2015年改正立法法72条をはじめとする一連の地方立法権制定主体の拡大現象を説明している点では、前述した政治憲法学的な方法を用いた論者たち（鄭毅、李少文）の合憲性論証と、決定的に違っている。筆者は、前文で述べた理由<sup>(74)</sup>を根拠にして、王の方法に親近感を覚え、また、それが地方立法権の憲法的位置付けを論証するための最も妥当な選択肢だと考えている。しかし、それはあくまでも王の研究方法に対する賛同に過ぎず、議論の中身自体に対する評価ではない。なぜなら、王が中国憲法33条2項（平等権・平等原則）から国に対して異なる階層の地方団体の間においても「平等」を主張することについて、大きな問題性があるからである。中国憲法学界の通説的な見解を示す体系書を調べれば、答えが出てくる。つまり、「平等権は多様的で総合的な概念であり、国家権力と市民の権利との相互関係を反映している。」<sup>(75)</sup>また、「平等観念は近代国家において二つの側面としてその内容を有する。一つは平等に参政する要求、すなわち市民は国家機関の組織と統治過程に参加すること。もう一つは法の適用における平等の要求、すなわち国家機

(73) 王・同上、9頁。

(74) 前掲注51を参照。

(75) 胡錦光＝韓大元『中国憲法〔第3版〕』（法律出版社、2016年）190頁。

関は平等に市民を保護し、差別的な扱いをしてはならないこと。」<sup>(76)</sup>さらに、「平等権を享有する主体の違いによって、平等権を、市民を主体とする平等権、法人を主体とする平等権と特定の対象を主体とする平等権に分けることができる。市民は平等権の一般的な主体であり、特別な条件の下で法人も平等権の主体となりうる。また、現代憲法制度のなかで、平等権の主体は社会生活における特定の主体も包括している。例えば、婦人、障害者、児童、難民、犯人等。これらの主体が享有する平等権は平等権が特定の領域における体现であり、差別禁止を義務とする権利形態あるいは法原則である。」<sup>(77)</sup>したがって、平等権という基本的権利を行使する主体は、あくまでも市民あるいは個人であり、その宛先・拘束の対象は公権力の行為ほかならない。法人格を有するとはいえ、同じく公権力の一部をなす地方団体について平等権を主張するのはかなりの無理があるだろう。

### むすび——憲法100条の意義と今後の課題——

本稿は、中国の2018年憲法改正における「区を設ける市」の地方立法権条項（100条2項）を契機として、改革開放以来の地方立法権の沿革を回顧し、地方立法権制定主体の漸次拡大という趨勢を指摘する。そして、憲法改正の追加条文・100条2項のルーツを探り、2015年改正立法法72条に遡って、それをめぐる理論状況を整理した。中国独特な文脈における「良性違憲」論と「地方による実験」の発想を控えたうえで、2015年立法法改正から2018年憲法改正までの間に、「区を設ける市」の地方立法権がどのように捉えられているのかについて、その憲法上の位置付けに焦点を当てて考察を行ってきた。結論を以下3点からまとめることにしたい。

第一に、今回の憲法改正における地方立法権条項・100条2項は、2015年の改正立法法72条の規定を踏襲したものであり、改革開放以来の地方立

---

(76) 胡錦光＝韓大元・同上、190頁。

(77) 胡錦光＝韓大元・同上、195頁。

法権制定主体の漸次拡大という趨勢に合致し、先駆け立法に対する追認という性格を有することである。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、これを憲法的に保障することも必要になろう。」<sup>(78)</sup>という筆者による2年前の予想が当たっていることも明らかである。

第二に、「区を設ける市」の地方立法権の憲法上の位置付けを論証することについて、今回の憲法改正による「区を設ける市」における地方立法権の確認という今現在の既成事実は、①立法者が政治上の目的と利益に基づく「実験」（実際上の政治状況を強調する中国的な「政治憲法学」の理論）、②憲法上の平等権あるいは平等原則から導き出された地方性法規制定権の「平等的分配」論（憲法の規範性を重視する解釈上の工夫）、のいずれの方法をも不要に帰した。

第三に、憲法3条4項（地方の主動性と積極性の原則）<sup>(79)</sup>という条文の解釈は極めて重要である。現体制の下において、中国における「地方自治」の可能性を少しでも切り開いていくために、この3条4項をベースにして局面を打開するしかないと考えている。本来は、そこから憲法100条の正当性を調達すべきではないだろうか<sup>(80)</sup>。

次に、今回の憲法改正を経て、その100条の意義ないし可能性を考えた

(78) 洪・前掲注8、252頁。

(79) この条文ひいては地方自治の原理は、憲法3条1項・民主集中制の原則との両立性について、大きな懸念を憲法自体が予定していることを認めざるを得ない。なお、筆者（洪）はかつて、チャットを通じて、中国人民大学の張翔教授（専門は憲法、韓大元教授に師事）に上記難問を伺ったことがある。教授から「解釈によっては地方自治と憲法3条1項の民主集中制は両立しうる。鍵は3条4項だ。」という意見を聞き取った。ただし、管見の限りでは、張教授はその観点を示す論文を公表していない。

(80) もちろん、本稿で紹介した王建学の議論は、ある程度このような発想を反映している。ただ、3条1項との緊張関係をどこまで緩和できるかについて、彼は応答していない。

い。そこから、いったい何が見えてくるだろうか。

第一に、理念から言えば、「区を設ける市」の地方性法規制定権（2015年立法法改正・72条→2018年憲法改正・100条）は、中国における形式的法治主義の実現に大きく貢献することが期待される。具体的に言えば、地方立法権は「重要な制度的手段の一つとして、地方政権機関に管理事業やサービス提供における責任意識を強化することを促し、民主主義および住民参加のメカニズムを完備させることも要請する。」<sup>(81)</sup>また、地方立法権は「伝統的な管理手段の欠点がある程度回避することができる。例えば、その他の規範的文書（紅頭文件）に頼る行政管理がもたらす混乱、不公開、予見性の欠如、安定性の無さ、権威性の低さ等の問題、および行政管理上の民主主義的な正当性と政策決定の科学性の不足等。」<sup>(82)</sup>さらに、「立法という作業は高度な協同性と手続性を要請するものであり、地方の党委員会、人民代表大会およびその常務委員会、地方政府、地方政治協商会議や社会团体などに参加を促し、相互間の監督体制を形成させるのに役立つ。特に人民代表大会およびその常務委員会による政府に対する監督と社会からの監督等が考えられる。地方立法は地方政府が権力を濫用しないように制限をかけるのに役割を果たし、法律の根拠がない場合に地方政府の権力が制限されないという問題がある程度回避することができる。」<sup>(83)</sup>最後に、地方立法権は「地方政治主体（地方の党委員会、地方人民代表大会およびその常務委員会や地方政府）に政策決定を行うための新たな舞台や統治道具を与え、地方人民代表大会およびその常務委員会の機能を刺激し、公共事務に対する公衆の参加を激励する可能性を有している。」<sup>(84)</sup>

(81) 李・前掲注59, 72頁。

(82) 李・同上, 72頁。

(83) 李・同上, 73頁。

(84) 李・同上, 73頁。また、筆者（洪）はかつての論文（洪・前掲注8, 2016年, 249～251頁）でも提示したが、立法法82条（区を設ける市に対する地方政府規章制定権の付与と制限）と同72条とがあいまって相乗効果を生み出し、地方行政における形式的法治主義の実現を促していく、と指摘した。さらに、2014年行政訴訟法改正（53条）によって具体的行政行為と併せて規範的文書に対して

第二に、中国の「省—市—県—郷・鎮」という実質的四層制の地方制度において、今回の2018年憲法改正の100条2項を通じて、地方立法権の制定主体が「基礎的地方公共団体」に及ぶようになり、かつ、はじめて憲法によって保障されることになる。少なくとも、中国本土全域の都市部において、地方立法権が貫徹されるようになったと言える。このことは、中国という人口と面積をいずれも多く擁している巨大国家にとって、その近代化の過程において大きな里程標的な意味を持つのである。将来的に見れば、県と郷・鎮の地方立法権もいずれ憲法によって認められ、全国すべての地方公共団体が地方性法規制定権を行使できる時代が到来するだろう<sup>(85)</sup>。

以上のような意義と可能性を予想しながら、最後に、今後の課題を展望し、本稿の筆を擱くこととしたい。

#### ①行政法的アプローチによる実証研究の重要性

中国では、欧米や日本でいう「地方自治」はまだ受け入れられておらず、それに関する学問上の議論も萌芽的な状態にとどまっている。日本国憲法における地方自治の理念に準拠して、中国における地方自治拡充のための条件を探り、今後の方向性を展望することが筆者の使命であるが、その研究の一環として、立法法改正ないし憲法改正による地方立法権拡大の試みが中国の地方行政の現実に変化をもたらしているのかという改革の成否を明らかにすることは重要な意味を有する。また、中国における法治主義と民主主義の進展にとって、地方自治は一つの試金石となると考えている。2015年立法法改正後の今日における中国の地方行政に関する最新の動向に基づいて立法法72条（そして憲法100条）の意義を改めて評価し、法治主義と民主主義が中国において進展しているのか、その進展をもたらす要

---

合法性審査を行う、という制度も政府による紅頭文件の使用をけん制する効果を果たすだろう。

(85) もちろん、この点は王建学をはじめとする一部の研究者が既に指摘したところである。

因と妨げる要因がどこにあるのかを明らかにすることが、最も大きな課題である。以上の課題を扱うために、行政法的アプローチによる実証研究が必要であり、地方性法規のあり方を分析することが求められよう。理由はこうである。「中国には憲法上地方自治はない、とは言っても、経済力を有する地方は、上記体制と抵触しない範囲にいて、事実としてかなり広範な政策決定の権限を有している。故に抽象的規範にとどまらず地域ごとの実証的研究によって実態を見る必要があ」<sup>(86)</sup>り、その実証的研究の対象はまさに地方性法規にはかならない。改革開放から40年間も経った現在、「大胆な改革措置は、まず地方性法規が先駆けとなり、経験を積んでから全国的法規となることが少なくなく、地方性法規は重要な法源となっている。地方ごとの法規集も編まれるなど、地方性法規制定権は活発に行使されている。」<sup>(87)</sup>従って、従来の省と直轄市、比較的大きな市、そして2015年から「区を設ける市」、それぞれのクラスの地方性法規がかかわる具体的な行政分野まで緻密に調査し、地方立法権の範囲<sup>(88)</sup>、意義と限界を分

(86) 高見澤磨＝鈴木賢〔共編〕・前掲注4, 91頁〔高見澤執筆部分〕。

(87) 高見澤磨＝鈴木賢『現代中国法入門〔第7版〕』（有斐閣, 2016年）109頁〔鈴木執筆部分〕。

(88) 「区を設ける市」の立法権範囲に対する制限は、大きな問題点の一つである。前掲注30でも言及したが、立法法72条は、「都市農村建設と管理、環境保護、歴史文化保護等の分野」（太字筆者）という条件を設け、「区を設ける市」の地方性法規制定権に制限をかけている。実は、立法範囲の議論として、この「等」の意味に関して様々な研究者は異なる見解を示している。例えば、それを「等内等」と捉え、立法法72条が規定する範囲外の事務領域について立法できないとする立場（鄭毅「対我国《立法法》修改後若干疑難問題的詮釋與回應」政治与法律2016年第1期53頁）、それを「等外等」と捉え、立法法72条の立法範囲規定があくまでも例示的な内容にすぎなく、「等」という文言から例示範囲以外の広範な事務領域に関しても立法権が及ぶと解する立場（莫于川「依法行使地方立法権與充分發揮地方主動性」蘇州大学学报哲学社会科学版2017年第5期59頁以下）など。また、「区を設ける市」の地方立法権への制限を正当化する議論として、地方人代の立法能力の欠陥および地方立法の質の低下、上位法との衝突による社会主義法制の統一への危害、地方保護主義の蔓延のリスクなどが挙げられる。（代表的な文献は、秦前紅＝劉怡達「地方立法権主体拡容の風險及其控制」海峡法学2015年第3期38頁以下、王春業「論立法権

析しなければならない。

## ②歴史的アプローチによる憲法解釈の重要性

1982年憲法は100条を規定し、省と直轄市の地方立法権（地方性法規制定権）を認めた。そして、2018年憲法改正によって100条に2項が追加され、「区を設ける市」の地方立法権（地方性法規制定権）も認められるようになった。憲法による2回の承認は中国における地方立法権の付与の漸進性を示す一方、制憲当時の主旨や原意もひそかに流れ込んでいる。そこで、中国人民大学・韓大元教授の他分野に関する先行研究<sup>(89)</sup>を参照にして、研究方法として、中国憲法（地方立法権の分野では1982年憲法に限定されるが）の制定過程に遡って、1982年憲法制定当時における民族区域自治とは区別された「一般的地方自治」の議論を発掘することが重要であろう。（例えば、1982年憲法の3条4項および100条の成立過程。さらに遡ると、1979年地方組織法6条および27条になる）。そこから、「地方自治」の根本精神に近い制憲の趣旨あるいは政治的意図を発見し、共産党の長老たちの「政治的知恵」を法学的に再構成することによって原意主義的な解釈として現在の憲法に運用する。このような方法は、比較法研究に冷たい中国の法学界の現状を考えれば、実践的なアプローチと言えよう。

---

拡容背景下地方立法的節制」法学論壇2018年第1期100頁以下などがある。）筆者は、このような「地方立法権脅威論」あるいは「地方立法権制限正当化論」に対しては、王建学の所論が妥当だと思う。つまり、地方立法権の行使によって「もたらしかねない弊害やデメリットは地方立法権の平等な分配を否定する正当な理由になりえない。まさに、権利が濫用されることを恐れるだけで、差別的に特定な人々の基本的権利能力を否定し、あるいは個人の特定な基本的権利を否定することが許されないのと同様である。」（王建学「論地方性法規制定権の平等分配」当代法学2017年第2期10頁）。なお、本稿は、この論点について詳しい検討に立ち入らない。

(89) 例えば、韓大元「外国憲法対1954年憲法制定過程の影響」比較法研究2014年第4期51頁以下、同「『五四憲法』の歴史地位與時代精神」中国法学2014年第4期28頁以下、同「論1954年憲法上の審判独立原則」中国法学2016年第5期5頁以下、同「任期制在我国憲法中的規範意義」法学2017年第11期3頁以下、などを参照されたい。