

国と地方の立法権分有の視点から見た憲法改正

明治大学法学部教授 大津浩

1. 基本視座

- 本意見陳述は、特に憲法の総則規定に置かれるべき地方自治の基本原則を論ずる。
- 「立法権分有」とは、典型的には連邦国家におけるような、国と自治体（特に州）との間で、憲法上、明確かつ具体的に立法権（立法事項）を分配する「立法権分割」のみならず、国と自治体とが同一事項にそれぞれの法規範定立権を通じて重複的に関与することが憲法上で認められ、かつ何らかの形で両者の対等性・競合性までも保障されることを憲法が認めるシステムである「立法権重複」をも含む包括概念である。
- 陳述者は、高度に複雑化した現代社会において、多様な利害のより良い調整と実現のためには、国家意思の決定権力の一元的な集中を避ける試みである「対話型・相互交流型の多元的民主主義」が不可欠という現代政治学の民主主義論（cf.アメリカのドライゼからの討議民主主義論やフランスのロザンヴァロンの対抗民主主義論等）が適切であると考えている。また先進民主主義国の政治システムは、紆余曲折はあれ、今後いっそうこの方向に発展していくという歴史認識を持っている。国と地方の関係も同様であり、陳述者はこれを「対話型立法権分有」と呼んでいる。
- 法的観点からみて「対話型立法権分有」が関わると考えられる事例としては、『国と地方の在り方（地方自治等）に関する資料』（衆憲資第93号）16～18頁に掲載されている東京都公害防止条例による上乗せ規制をめぐる議論を嚆矢として、高知県普通河川等管理条例事件、紀伊長島町中間処理施設事件、東郷町ラブホテル規制条例事件、神奈川県臨時特例企業税条例事件等に連綿として見られるような、条例による国の法令への抵触が法的紛争となった事例のほかに、定住外国人に対する在留更新手続きで指紋押捺を強制する法律に抵抗した川崎市や、国の防衛政策への抵抗という効果が発生する米軍艦船の自治体管理港への入港業務に対し非核証明を求めた神戸市（非核神戸方式）等に見られるような、国の（立法）意思への自治体意思の事実上の抵抗の事例も含まれる。確かに、こうした事例の全てで自治体側の国の（立法）意思への抵触や抵抗が常に正当・適切であったかは議論の余地がある。また前掲の高知県条例や神奈川県条例に対しては最高裁が違法判決を下している。しかし神奈川県条例については、訴訟の帰趨とは別に、この紛争を通じて、地方税法の法人事業税に一部外形標準課税制度が導入される法改正が実現し、また指紋押捺拒否事例については在日に対する取扱いが改善されるなど、自治体の抵抗が国の立法権に事実上の影響を与え、その改善を促す結果を生み出している。陳述者は、地域側にその必要性和合理性とが相当程度ある抵抗の結果としての国の立法の修正は、「対話型立法権分有」の重要な1要素であ

ると考えている。

2. 日本国憲法における立法権分有制採用の可能性

(1) 否定的な立場

①連邦国家と単一国家の峻別にに基づく否定論 (cf. 成田頼明)

- 自治体は連邦国家の支邦ではないから立法権を固有しない。条例制定権の根拠は憲法 94 条にある。同 94 条の「法律の範囲内で」という規定から、法律が条例の所管「範囲」を決定すること、条例と法律とが所管の競合をすることはありえないことが導かれる。

②最高裁判例における否定的立場

- 法令の明文の規定又はその趣旨に反する条例は常に違法 (前掲高知県普通河川条例事件)。
- 憲法 92 条は自治体の運営や組織を法律で定めるべきこと、同 94 条は条例制定が法律の範囲内であるべきことを定めた (に過ぎない) としたうえで、租税法律主義の下、地方税法で定められた基本事項は、法定税条例であると法定外税条例であるとを問わず「準則」として例外なく遵守されるべき強行規定とし、その効果を一部遮断する本件条例を違法とした (前掲神奈川県条例事件)。

③近年の分権改革においても残る立法権分有否定論

- 憲法 41 条が国権の最高機関たる国会に立法権を帰属させていること、同 94 条が法律の範囲内での条例制定を定めていること、同 73 条 6 号や内閣法 11 条等が政省令に法律の委任を義務付けていることを根拠に挙げつつ、個別立法による委任を不可欠とし、憲法の一般規定を根拠に、あるいは新たな一般法の制定を根拠にするだけで、条例による国の法令上書き権を一般的に認める考え方を否定 (地方分権改革推進委員会第 3 次勧告)。

④ (否定論の暗黙の前提) 条例の本質は法律ではなく政省令レベルの法規範 (=行政立法)

(2) 反論

①立法権分有の採用の有無はもはや連邦国家と単一国家を分ける指標ではない

- 単一不可分の国家を宣言しながら、憲法上、国と州で立法権を分割するイタリアのような「地域国家」の出現→立法権分割にもかかわらず、州の専管的立法事項にも、全国的統一の必要性が証明できれば国立法による介入を常に認める点で連邦制と異なる
- 典型的連邦国家であるドイツでも 2006 年改憲により、連邦立法権と州立法権の共管事項が広がり、競合時の解決手段も多様化 (連邦法優位事項以外に完全対等事項、統一処理の必須性証明を条件とする連邦法優位事項=証明できなくなれば州法上書き可)

②憲法 92 条と現代の国民主権は「地方自治の本旨」に反する国の立法を禁止する

- 現代民主主義の発展を踏まえた日本国憲法の国民主権（前文・1 条）は、もはや国民の意思決定を国会に一元化せず、「地域生活の側面を併せ持つ国民が国と地域の多元的代表機関を通じて重層的重複的に主権を行使すること」を保障する原理とする解釈が有力に
- 「国民主権の地域的行使の場としての地方自治」の保障、そのための国と自治体の重複的関与と対話に基づく調整を旨とする立法権分有（「対話型立法権分有」）が 92 条「地方自治の本旨」の第 1 の要素となるべきことも明確化→「国民主権の地域的行使」と「対話型立法権分有」から住民自治、団体自治、適切役割分担も導き出される
- 条例制定権の根拠として憲法 94 条のみならず 92 条も見ろべき→「地方自治の本旨」を遵守する内容の法律に限った「法律の範囲内で」の適法性統制しかかからない
- 憲法 41 条の「国の唯一の立法機関」としての国会の規定は全国レベルで国会の立法権独占を義務付けるが、国・地方関係では、41 条は国の法律優位の原則を意味するにすぎず、地域的ないし現場の実験的な視点からの必要性和合理性が相当程度認められた場合には、例外的（部分的・暫定的であることが通例）に条例が優位することを認める「地方自治の本旨」を踏まえて解釈される→競合する規範間紛争は最終的には司法で決着

③近年の分権改革が真の「立法権分権」（2007 年地方分権改革推進委員会「中間的なまとめ」等）に進みえないのも、官僚法学（内閣法制局や省庁等の解釈）や最高裁に根強く残る「地方自治＝地方の自主行政」、「条例＝地方の自主的行政立法＝命令制定権の一種」観念のせい

- 1999 年地方自治法改正は、連邦国家や「地域国家」のような立法権分割は採らない中で、国・地方関係の対等性や法治主義の保障、条例制定権が自治体の全権限性を前提とすることの明確化、「地方自治の本旨」に基づく立法や法令解釈の義務化など、世界に誇れる画期的な分権改革の方向を垣間見せた→条例の制定は地域的な必要性和合理性に基づく地方議会の議決のみで憲法上の適法性を有し、国の立法による授権は一切不要であることがより一層明確となった（＝独仏の条例制定権の観念より進歩的）
- しかし 1999 年の立法者も国・自治体の立法権分有を未だ明確に認めることができず、結局、「地方自治＝地方自主行政」、「条例＝自主的行政立法＝地方命令」観念が残存
cf. 「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実施する役割を広く担う」（地自法 1 条の 2 第 1 項）。「国は……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ことを基本とし……」（同 1 条の 2 第 1 項）。※何故「責務」としなかったか？
- 2003 年憲法改正で「分権国家」を目指したフランスは、地方自治を「地方議会の自由行政（libre administration）」、条例制定権を「地方命令（règlement local）権（＝国の政令〔règlement national〕と同質でこれに劣位するもの）」とする法概念及び憲法

規定上の文言（仏憲法 72 条 3 項）を残してしまった ※改憲の必要ないと意見も
→地方的実験の権利（72 条 4 項）や補完性原理（72 条 2 項）の新規定も全て国の法令による明示的な授権や具体化を前提とし、国の法令を逸脱し抵触することは許さない

- 市町村自治保障がより強いドイツも、立法権分有（分割含む）は連邦と州の關係に留まり、市町村自治は（連邦・州）法律に違反・抵触しない限りでの全権限性に基づく「自主行政（Selbstverwaltung）」であり、条例も「地方命令」である点は変わらない。
 - 日本国憲法はアメリカの影響を受け、地方自治は文言的（「地方自治の本旨」）にも一般的な理解においても「地方の自己統治（local self-government）」であり、「条例」も国の政省令とは用語が異なるなど、独仏流の「行政」の枠に留まらない根拠が豊富。
 - 立法権分有を事実上認め、複雑な現代社会における条例と法律の部分的な抵触や競合を当然視したうえで、「重要な部分」以外で抵触する条例に適法性を認めた前掲神奈川県条例事件の控訴審判決（2010 年）もある→日本では通説や判例が変わる可能性は大。
- ④日本型の立法権分有は、「国（中央政府）と自治体とで構成する総体としての日本」のより良い立法のための国の立法権と自治体立法権との協働システム→一定の対立は必要悪
- 「部分的・暫定的抵触」条例に適法性を認める憲法論の具体的イメージ
cf. 低く狭いコンクリート製トンネル（規律密度の強い国の法令）を、その先で強い地域的必要から待ちわびている住民のために、高さ制限を超える大きな鉄製のトラック（法令への逸脱・抵触の恐れのある強い条例）が進む図
→徳島市公安条例事件最高裁判決＝トンネルの設計上、高さ制限を超えても実際にトンネルの天井を擦らなければ通行可（＝適法）
→最近のより柔軟な行政法学説＝トラックが持つ熱源を利用してトンネルとトラックの表面を柔らかくし、実際には天井が触れ合っても擦れずにすり抜けられる限りで通行可
→「部分的暫定的抵触」適法論＝どうしても通行する必要性と合理性が大きい場合、多少トンネルの天井が擦れてひびが入ったとしても、鋼鉄製のトラックで無理やり突入し通行してよい（トンネルが壊れるほどの摩擦は不可）→いずれ改良工事あり／又はトラックの形を自ら改良

3. 立法権分有制に向けた憲法改正は必要か？

- (1) 通説の変更とその結果としての官僚法学・判例変更が期待できるなら、ほんらい「地方自治の本旨」に立法権分有は含まれているのだから憲法改正は不要
→独仏を含む伝統的憲法論の限界を突破する先進的な試みを日本が行うことは有意義
- (2) 既存の枠組みに固執する官僚法学や最高裁判例の頑なさに対する不信心
cf. 元総務官僚としてその限界を実感した徳島県知事の憲法改正草案の試み（2014/15 年）
→この場合、「地方自治の本旨」を無意味として放棄するのではなく、立法権分有の趣意を生かす憲法改正を構想することが、日本国憲法の地方自治規定の先進性を生かす道

→ (もし改正がやむを得ない場合の) 私案

- 憲法 41 条に第 2 項を挿入：「国・地方関係では、国会の立法は地方自治の本旨を踏まえつつ自治体の立法に原則として優越する。」 ※1 項は「国の」唯一の立法機関
- 憲法 92 条の改正：「地方公共団体〔地方自治体〕の組織及び運営に関する事項は、国民主権の地域的行使の場としての地方自治の本旨に基づいて、法律及び自治体憲章でこれを定める。」
- 憲法 94 条の改正：「地方公共団体は、……地域における立法の権能を有し、地方自治の本旨に適合する法律の範囲内でこれを行使する。地方公共団体の立法は自治体憲章又は条例の名称を持ち、自治体憲章は地方公共団体の組織と運営に関する基本事項を定め、条例はこの憲章の範囲内で制定される。」
- 憲法 95 条に第 2 項を追加：「自治体憲章の制定改廃は、地方議会の議決の後、その住民の投票において過半数の同意を得なければならない。」

(3) 2012 年自民党憲法改正草案 (「Q & A」含む) の問題点

- 第 92 条 1 項「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、自立かつ総合的に実施することを旨として行う。」
- 「Q & A」は、「従来『地方自治の本旨』という文言が無定義で用いられていたため、この条文において明確化を図りました。」とするが、地方自治を「住民に身近な自主的行政」に限定する意図が明確。
- これまで自治体側から国の立法に抵抗・挑戦してきた際の根拠であった「地方自治の本旨」の文言を憲法の地方自治の総則規定から放逐する意味がある
- 第 93 条 2 項「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、法律でこれを定める。」→ 現行 92 条とほとんど同じに見えるが、草案の総則規定である新 92 条 1 項で地方自治を「住民に身近な自主的行政」として縮小定義したために、従来の「地方自治の本旨」が含んでいた「国民主権の地域的行使の場としての地方自治」及び「立法権分有」の意味が喪失し、まさに国の立法に対する実質的な保障の意味の乏しい文言となってしまった。
 - 95 条「地方自治体は、その事務を処理する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。」
- 「Q & A」によれば、「地方自治体の条例が『法律の範囲内で』制定できることについては、変更しませんでした。条例の『上書き権』のようなことも議論されていますが、こうしたことは個別の法律で規定することが可能であり、国の法律が条例に優先するという基本は、変えられないと考えています。」
- まさに自民党憲法草案が、従来の官僚法学・最高裁判例の限界を死守しながら、現行憲法が可能性として有している「立法権分有」を阻止するところにその真意があることが見て取れる。

- 「住民に身近な自主的行政」に「地方自治の本旨」を縮減し「明確化」する憲法改正は、日本の分権改革を進める点にも、世界の地方自治原理の発展に日本が先進的な寄与をする点にも真っ向から反するので、反対である。