

## 第2章 各事項についての検討

### 第1節 前文における地方自治への言及

現行憲法には前文があり、そこには、国民主権、平和主義あるいは国際協調主義といった国のあり方の基本となるような事柄が述べられているが、地方自治については全く言及されていない。そのため、憲法改正を行う場合には、国のあり方における地方自治の重要性に鑑みると、現行憲法第8章のように地方自治の章を設けるだけでなく、憲法の前文においても地方自治について言及するべきではないかという考え方が出てくることになる（注1）。

戦前の地方自治の時代（第1世代）には、地方自治は憲法的な重要項目とされながらも、憲法（明治憲法）自体には特に規定は置かれていなかった。それが、地方自治が強化された戦後の地方自治の時代（第2世代）に入ると、その重要性に鑑みて、憲法に地方自治に関する章（第8章）が設けられ、地方自治は憲法による保障を受けることになった。そして、現在は、2000年の地方分権一括法の施行により、地方自治がさらに強化された新しい地方自治の時代（第3世代）を迎えている。

このような歴史的経緯を踏まえると、憲法改正を行う場合には、憲法における地方自治に関する規定をさらに充実させることが求められるが、その際には、地方自治に関する章の規定を充実するだけでなく、国の基本的なあり方を述べる前文においても、地方自治について言及することが望ましいものと思われる。

次に、前文において言及するとした場合、どのような規定の仕方がよいのであろうか。

これに関しては、例えば、自由民主党の新憲法草案（以下「自民党案」という。）は、次のように述べている（注2）。

「・・・日本国民は、帰属する国や社会を愛情と責任感と気概をもって自ら支え守る責務を共有し、自由かつ公正で活力ある社会の発展と国民福祉の充実を図り、教育の振興と文化の創造及び地方自治の発展を重視する。・・・」

これに対して、フランス憲法では、共和国の基本原則を定めた第1条において、次のように規定している（注3）。

「フランスは、不可分の非宗教的、民主的かつ社会的な共和国である。フランスは、出生、人種または宗教の差別なく、すべての市民に対し法律の前の平等を保障する。フランスは、すべての信条を尊重する。その組織は地方分権化される。」

ここで「地方自治」と「地方分権」という2つの言葉が出てくる。そのため、前文では、どちらについて規定すべきか、あるいは、その両方とも規定すべきかという問題が生じることになる。2つの用語を比較した場合、「地方自治」というのは、団体自治と住民自治を構成要素とするが、特に住民自治については重要かつ不可欠な要素となっており、その点では米国の「ホームルール」に親近性を持つものがある。これに対して、「地方分権」というのは、国家構造のあり方に関係するものであり、その点でヨーロッパ産の「補完性の原

理」に親近性を持つ（注4）。すなわち、「地方分権」というのは、国内の政治行政主体間の権限配分において、中央政府よりも地方自治体を重視するということであり、それによって団体自治は強まるかもしれないが、それが住民自治の強化にも結びつくとは必ずしも限らないものである。

したがって、地方自治の充実という観点からは、まずは、憲法の前文に「地方自治」という言葉を盛り込むことが重要であり、その上で、可能であれば、地方自治体重視の国家構造という観点から、「地方分権」という言葉についても盛り込むことができれば、より望ましいということになるのではないと思われる。

例えば、イタリア憲法は、「地方自治」と「地方分権」の両方を憲法レベルの基本原則として掲げ、次のような規定を置いており、これは1つの参考となるものと思われる。

#### 第5条（地方自治・分権の原則）

「一にして不可分の共和国は地方自治を認め、これを促進する。共和国は国家に属する事務において広範な分権を行う。共和国は立法の原理と方法とを自治と分権の要請に適合せしめる。」（注5）

（注1）この点について、衆議院憲法調査会では、前文と統治機構との関連で「ほぼすべての国民が地方自治は大切なものであるという認識を共有していることから、前文に地方自治を項目の一つとして入れるべきである。」という意見が述べられたとしている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p290参照）。

（注2）この自由民主党新憲法草案は、2005年10月28日に総務会で了承され、同年11月22日の立党50年記念大会で発表されたものである。

（注3）阿部照哉・畑博行編「世界の憲法集（第3版）」（有信堂、2005年）p391より。

（注4）この点に関して、前回報告書は次のように述べている。「現在、地方自治の保障も含め「補完性の原理」をめぐって大きな問題となっているのは、そのより限定された用法、すなわち、地方自治体、国家及び超国家といった政治行政主体（政府）間の階層構造に対して「補完性の原理」が適用されるべきか、また、適用される場合には、いかに適用されるべきかということである。」（同報告書p50参照）

（注5）第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）資料編p52参照。

## 第2節 地方自治の基本的原則

現行憲法は、第92条で「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定しており、「地方自治の本旨」が我が国の地方自治における基本的原則となっているが、この「地方自治の本旨」という基本的原則については、憲法改正の際に改めるべきという意見と現行のままでよいとする意見の両論がある（注1）。

この点に関して、前回報告書は、「地方自治の本旨」に代わる基本的原則として「ホームルール」と「補完性の原理」の導入について検討を加え、最終的には、次のように述べて「地方自治の本旨」という基本的原則を維持すべきであるとした（注2）。

「我が国のこれからの地方自治の大きな方向としては、これまでの地方自治の蓄積の上に立って、「ホームルール」を参考としながら、より自由で多様な自治を認めるとともに、「補完性の原理」を参考としながら、国は減らしながらも必要な支援・介入を行う、という姿が望ましいのではないかと思われる。その場合、「ホームルール」や「補完性の原理」を直接的に我が国地方自治の基本的原則として採用するのではなく、従来からの「地方自治の本旨」を維持した上で、この抽象的で弾力的な基本的原則を、従来よりも自由で多様な自治を許容する、また、従来よりも地方自治体を重視した分権的なものとして、改めて位置づけていくことで対応すべきであると考え。」

この結論については、現在でも変える必要はないと思われる。しかしながら、「地方自治の本旨」という基本的原則は維持するとした場合においても、その内容について憲法でより具体的に言及すべきではないかという問題がある。憲法の規定を改正すべきとする意見の中にも、「地方自治の本旨」という基本的原則そのものを否定するのではなく、その内容についてもっと憲法で具体的に規定すべきという意見がかなり含まれているのではないかと思われるし、また、その明確化の試みも行われている（注3）。

しかし、このような「地方自治の本旨」の明確化に対しては、「地方自治の本旨の内容を憲法に詳細に規定すべきとの主張もあるが、固定的に決めると柔軟な対応を損ねる。時代の変化に対応するためには、憲法上あまり詳細な規定は置かないほうがよい。」とする意見が当然出てくるであろうし（注4）、また、明確化を行う際には、どこまでを「地方自治の本旨」に含まれるものとするかについての検討が必要となってくる。

「地方自治の本旨」というのは、住民自治と団体自治の2つが中核的構成要素であることについては疑いがない（注5）。問題は、そこから出発して、さらにどの範囲までを「地方自治の本旨」に含まれるとするかである。

まず、団体自治というのは、地方自治体は独立した団体として、自らの責任で自らの事務を処理するということである。また、住民自治というのは、その地方自治体の意思決定へ住民が参加するということであり、それは、通常は間接民主主義の形で行われ、場合によっては住民自身による直接民主主義の形で行われる（注6）。

このことから、「自己決定・自己責任の原則」については、それがどこまで徹底したものであるかという問題はあるが、「地方自治の本旨」に含まれるとすることができるかもしれない。しかしながら、そこからさらに進んで、住民自治の重視（自己決定権の拡大）という観点から、米国で「ホームルール」の重要な構成要素として認められている自治憲章(home rule charter)を制定することまで「地方自治の本旨」に含まれるとどうかについては大いに議論があるものと思われる（注7）。

また、地方自治体は、法律に列挙された権限のみを行使するのではなく、一般的権限(general competence)を持つということが「地方自治の本旨」に含まれるとすることは

当然のことであろう(注8)。しかしながら、そこからさらに進んで、団体自治の強化(地方自治体の権限拡大)という観点から、地方自治体は地域における総合行政主体(地域総合行政主体)であるということまで「地方自治の本旨」に含まれるとするかどうかについては議論があると思われる(注9)。なお、この問題には、国と地方自治体との「適切な役割分担」原則と「地方自治の本旨」との関係が絡んでくるのであり、この点については次節で触れることにしたい。

さらに、住民自治や団体自治に関連して、住民の役務受給権や負担分任義務についても「地方自治の本旨」に含むとするかどうか問題となってくるかもしれないし(注10)、また、2層制の保障が「地方自治の本旨」に含まれるかどうか問題になってくるであろう。

以上のように、「地方自治の本旨」を明確化するに当たっては、その範囲をめぐってなお検討しなければならない問題が残っている。加えて、先の意見にもあったように、明確化することは固定化することであり、時代の変化に応じた柔軟な対応を損ねる可能性についても考慮しなければならない。

したがって、地方自治の基本的原則としては、「地方自治の本旨」という「解釈に開かれた規定」(注11)を、あえて明確化せずにそのまま残していくということも、1つの有力な選択肢となるのではないと思われる。

(注1) 衆議院憲法調査会においては、「地方自治の本旨」は、表現が抽象的で意味が分かりづらいので、明確な表現にすべきである。」という意見がある一方で、「地方自治の本旨」は、憲法上重要な概念であり、改正の必要はない。」という意見や「地方自治の本旨」は団体自治及び住民自治であり、その意味内容は憲法の運用や判例の形成のなかで明確になっている。」とする意見があったとされている(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月) p 427参照)。また、参議院憲法調査会においては、より明確な規定を置くべきとする意見と現行のままでよいとする意見の両方が出されている(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) p 200-p 201参照)。政党においても、公明党憲法調査会「論点整理」(2004年6月16日)では、「地方自治の本旨」として団体自治と住民自治を規定しているが、具体的な内容があいまいであるとの意見が多くあった。」とされ、「地方自治の原則として、国が地方自治体と地域住民の意思を尊重すること、地方自治体は自立と責任の原則に立つこと、特に財政基盤を確保するため財政的自立を明確にすること等を規定することが必要だとの意見が大勢であった。」とされている。

(注2) 第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月) p 121参照。

(注3) 例えば、財団法人世界平和研究所の「憲法改正試案」(2005年1月)では、従来あいまいと指摘されてきた「地方自治の本旨」を団体自治と住民自治と明記し、地方自治の原則を憲法上宣言するとして、次のように規定している。

第109条(地方自治の基本原則)

① 地方自治は、地方公共団体及びその住民が、地域における住民の日常生活に密接な関連を有する事務を、自らの意思及び責任において行うことを原則とする。

また、自民党案では「地方自治の本旨」について、次のように規定している。

#### 第91条の2（地方自治の本旨）

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ひとしく受ける権利を有し、その負担を公正に分任する義務を負う。

(注4) 参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p201参照。

(注5) 第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p98—p99参照。

(注6) この団体自治と住民自治に関して、ヨーロッパ地方自治憲章は、次のように規定している。

#### 第3条（地方自治の概念）

① 地方自治とは、法律の範囲内で、自らの責任において、その住民のために公的事項の基本的な部分を規制し処理する地方自治体の権利及び実質的な権能をいう。

② この権利は、直接・平等・普通選挙権に基づき秘密投票により自由に選ばれた者で構成される参事会又は議会によって行使され、この参事会又は議会はそれに対して責任を負う執行機関を有することができる。この規定は、法令によって認められている場合に、市民集会、住民投票またはその他の直接的な市民参加の方式を用いることを妨げるものではない。（第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）資料編p3より）

(注7) 最近、マッカーサー草案第87条の「憲章制定権」は「地方自治の本旨」と翻案されて現行憲法第92条の中に託されているのだという注目すべき説が発表されていること、そして、その説になかなか組することができないことについては、第1部第1章（米国の「ホームルール」について）において述べたとおりである。

(注8) この一般的権限に関して、ヨーロッパ地方自治憲章は、次のように規定している。

#### 第4条（地方自治の範囲）

② 地方自治体は、法律の範囲内で、その権能から除外されていない事項又は他の当局に配分されていない事項に自らの発意に基づいて取り組む自由を有するものとする。

（第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）資料編p3より）

(注9) 小林與三次「地方自治の本旨（1）」（「自治研究」第25巻第2号、1949年）は、「地方自治の本旨」は、「住民自治の原理」、「団体自治の原理」、「現地総合行政の原理」及び「自主責任の原理」という4つの原理の上に成り立つとしているが（同p4

4 参照)、これに対して、塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」(「自治研究」第 80 巻第 11 号、2004 年)は、その中の「現地総合行政の原理」、すなわち地方自治体＝地域総合行政主体論に着目して、それが果たして「地方自治の本旨」にそれほど親和的な原理であるかどうか疑問を呈している(同上 p 42—p 43 参照)。なお、日本において、「総合行政」の概念が、「一般的権限」とは別に構成されてきた点につき、斎藤誠「地方自治基礎概念の考証—総合行政と全権限性」(「自治研究」第 81 巻第 1 号、2005 年)参照。

(注 10) 上記(注 3)に示した自民党案では、これらも「地方自治の本旨」に含むとするようにみえるが、必ずしも明らかではない。

(注 11) 斎藤誠「自治体の存在形態に関するノート—地方自治という統治システム、或いは統治システムにおける地方自治」(「ジュリスト」No. 1222、有斐閣、2002 年) p 151 参照。

### 第 3 節 国と地方自治体との基本的関係

現行憲法には、国と地方自治体との基本的関係に関する規定は設けられていない。そのため、憲法改正を行う際にそのような規定を設けるべきかどうか、また、設けるとすればどのような規定とすべきかということが問題となる。

前回報告書が指摘しているように、国と地方自治体の基本的関係については、大きくいて、事務・権限配分における「国よりも地方を重視」と、現代国家における「国と地方は協力関係」という 2 つの側面がある(注 1)。そして、昭和 30 年代の旧憲法調査会においては、当時の新中央集権的傾向を反映して、前者よりも後者について憲法に規定すべきという意見が強かった(注 2)。しかしながら、現在の地方分権的傾向の中では、衆参両院の各憲法調査会等においても、むしろ前者について規定すべきという意見が多くなっている(注 3)。

したがって、今回の憲法改正において大きな問題となるのは、国と地方自治体の基本的関係として、地方自治体を重視した国と地方自治体の役割分担について憲法に規定すべきかということである。

法律レベルでは、既にこのような国と地方自治体の役割分担に関する規定が存在している。当初は 1995 年の地方分権推進法第 4 条において規定され、それが 1999 年の地方分権一括法による改正により、ほぼそのままの形で地方自治法第 1 条の 2 として引き継がれているのである(注 4)。

そして、同条第 2 項中の「国においては、・・・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」しなければならないというのが、国と地方自治体の「適切な役割分担」原則といわれるものであり、また、それは、第 1 項の「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。」ことを前提としたものであるとされている（注5）。

すなわち、地方自治体を地域総合行政主体とし、地域のことに関する政治行政主体として位置づけた上で、その地方自治体ができるだけ多くの事務・権限を自主的かつ自立的に担っていくというのが、国と地方自治体の「適正な役割分担」原則なのである。これは、一方で国から地方自治体への事務・権限の移譲を求めるとともに、他方では地方自治体に地域総合行政主体として、自主性及び自立性を発揮することを求めるものでもあり（注6）、見方によっては「補完性の原理」よりもさらに強力な「地方分権」の考え方であるということができる（注7）。

したがって、「地方分権」という観点からみれば、この国と地方自治体の「適切な役割分担」原則については、憲法上明確に規定すべきということになるが、その場合、前節に述べた「地方自治の本旨」との関係についても整理しておくことが必要である。

これについては、次のような3つの考え方があると思われる。

- ①この「適切な役割分担」原則において、地方自治体が地域総合行政主体であるという部分と、事務・権限はできるだけ地方自治体が自主的かつ自立的に担うとする部分の両者とも、「地方自治の本旨」に含まれる。
- ②この「適切な役割分担」原則における、地方自治体が地域総合行政主体であるという部分と、事務・権限はできるだけ地方自治体が自主的かつ自立的に担うとする部分の両者とも、「地方自治の本旨」には含まれない。
- ③この「適切な役割分担」原則のうち、地方自治体が地域総合行政主体であるという部分は「地方自治の本旨」に含まれるが、事務・権限はできるだけ地方自治体が自主的かつ自立的に担うとする部分は「地方自治の本旨」には含まれない。

このうち、①は、「地方自治の本旨」という基本的原則の範囲を広くとらえて、「地方自治」に加えて「地方分権」まで含むものとする考え方である。既に、地方分権の時代における現行憲法の「地方自治の本旨」の解釈として、このようにとらえるべきであるとする説も出されている（注8）。

これに対して、②は、「地方自治の本旨」という基本的原則は、もっぱら住民自治及び団体自治といった「地方自治」に係るものであり、国家構造のあり方に係る「地方分権」とは別物であるとして、その範囲を狭くとらえる考え方である。

最後の③は、①と②の中間的な考え方であり、「地方自治」における団体自治の発展型として、地方自治体は地域総合行政主体であるという部分までは「地方自治の本旨」に含まれるが、事務・権限配分の問題は、国家構造のあり方の問題であり「地方自治の本旨」には含まれないとするものである。

地方自治法第2条第11項及び第12項は、「地方自治の本旨」と「適切な役割分担」とを分ける形で規定している（注9）。その理由としては、「地方自治の本旨」と「国と地方公共団体との適切な役割分担」という概念には共通する部分もあることは否定できないが、両者が完全に重なりあうものでもない。そこで、地方分権推進法の制定以来、地方分権改革の基本的考え方である「国と地方公共団体との適切な役割分担」という考え方を立法の

原則として明確に規定することとされたものである。」と述べられている（注10）。どの部分が両者に共通する部分なのかが明らかにされていないため、全く同じであるとは言い切れないが、「適切な役割分担」原則については、「地方自治の本旨」に含まれる部分と含まれない部分があるとする点では、③の考え方と同様である。

「地方自治の本旨」は、やはり「地方自治」から出発して考えていくべきであろう。したがって、その住民自治及び団体自治の拡充を図っていく中で、団体自治の側面における1つの到達点として地域総合行政主体があるというところまでは、あるいは「地方自治の本旨」に含まれるとしてもいいかもしれないが、この点については、なお議論があるところである（注11）。一方、事務・権限を国から地方自治体に移すという「地方分権」は、国全体の国家構造のあり方に係る問題であって、「地方自治の本旨」の外にあるものとして位置づけるべきではないかと思われる。そして、「地方自治体＝地域総合行政主体」という部分が「地方自治の本旨」に含まれるとした場合には、そこが、「地方自治の本旨」と「適切な役割分担」という2つの原則が交錯する部分であり、両者を結びつける重要な役割を果たす部分となってくるのである。

以上のような考え方に立って、憲法には、「地方自治の本旨」とは別に、それと一部は重なり一部は独立したものとして（あるいはそれとは別個のものとして）、国と地方自治体の「適正な役割分担」原則について規定すべきではないかと考える。

その場合、「地方自治の本旨」という「地方自治」の原則に加えて、「適正な役割分担」という「地方分権」の原則についても、憲法上の原則として位置づけることとなるため、憲法の地方自治の章（現行第8章）の表題についても、「地方自治」と「地方分権」の両者を含むものへと改めることも検討すべきであろう。その場合、例えば、「地方自治及び地方分権」と改めることや、フランス憲法（第12章）のように「地方自治体」とすることなどが考えられる。

なお、これに加えて、もう1つの側面である「国と地方自治体は協力関係」ということについても、かつてのような国優位の考え方ではなく、国と地方自治体は対等・協力の関係にあるということを踏まえた上で、憲法で規定することを検討する必要がある（注12）。

（注1）第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p104参照。

（注2）例えば、「国と地方公共団体とは協同して国民の福祉の増進に努めなければならない」という趣旨の規定を憲法に設けるべきであるという意見が出されている（同上p84より）。なお、旧憲法調査会における改正論議については、同上p80－p87参照。

（注3）衆議院憲法調査会では「すべてを「地方自治の本旨」という文言から導き出すのではなく、国と地方公共団体の基本的な権限のあり方については、憲法に規定すべきである。」「中央政府と地方政府の立場が対等である旨の原則を憲法に明記すべきである。」「公的部門が担うべき責務は、原則として、最も市民に身近な公共団体が優先的に執行するといういわゆる「補完性の原理」を憲法に明記すべきである。」、あるいは

「国と地方とが国民や住民の福祉の増進を図るために相互に協力する旨の規定を憲法に設けることが重要である。」といった意見が出されている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p427参照）。また、参議院憲法調査会においては、「特に、国と地方の役割分担については、分担の基本原則を憲法上明記することや、特にEU諸国でも憲法に採用の動きが見られる、身近な自治体を優先して事務を配分するという意味で「補完性の原理」への言及もあり」、「補完性の原理に基づいて国と地方の役割分担を憲法上明記すべき」とか「地方が原則的な行政権限を持つこととし、国は、条約や安全保障など国のみが行える権限を制限的に持つこととすべき」といった意見が出されている（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p201—p202参照）。

さらに、政党においても、民主党「憲法提言」（2005年10月31日）は、「補完性の原理を憲法原則として採用し、中央政府（国）と地方政府（自治体）の関係を構想する。」とし、「国と地方の役割分担を明確にし、中央政府は外交・安全保障、全国的な治安の維持、社会保障制度など国が本来果たすべき役割を重点的に担う一方、住民に身近な行政は優先的に基礎自治体に配分する。「補完性の原理」の考え方に基づき、国と基礎自治体、広域自治体の権限配分を憲法上明確にするとともに、基礎自治体ではなしえない業務や権限は、都道府県ないし道州に相当する広域自治体が担当する。」としている。

（注4）地方分権推進法第4条及び地方自治法第1条の2は、以下のとおりである。

（地方分権推進法）

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。

（地方自治法）

第1条の2 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。

(注5) 松本英昭「新版 逐条地方自治法 第3次改訂版」(学陽書房、2005年) p 47  
- p 48参照。

(注6) この点に関して、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」(2003年11月13日)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。」とし、「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、これにふさわしい十分な権限と財政基盤を有し、高度化する行政事務に的確に対処できる専門的な職種を含む職員集団を有するものとする必要がある。」とした上で、「これを踏まえると、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。」と結論づけている(同答申 p 2 - p 3参照)。

(注7) 「補完性の原理」は、下位の団体を重視・優先すべきだとはするが、そのために下位の団体自体を変革することまでは求めていないと思われる。

(注8) 磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」(西尾勝編著「地方分権と地方自治」所収、ぎょうせい、1998年)は、次のように述べている。

「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る。したがって時代の要請に対応しつつその内容を発展させていくことは当然なのであって、今日の時点、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、また妥当な立法政策と行うことができるであろう。」(同書 p 89 - p 90参照)。

(注9) 具体的条文は、次のとおりである。

(地方自治法)

## 第2条

① 地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない。

② 地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにならなければならない。(以下略)

(注10) 松本英昭「新版 逐条地方自治法 第3次改訂版」(学陽書房、2005年) p 48参照。

(注11) 次のような意見があることに留意しておかなければならない。

「即ち、補完性の原理あるいは総合行政主体論というのは最小単位の地方公共団体に対しても、包括的統治団体であるべし、ということを押しつけることになるのではないか。これは、いささか、自律性の原理にそぐわない発想ではないか。そうであるとすると、国の側で定めたような総合行政主体となること、具体的には、ある種の事務

を義務付けられることを拒否し、当該事務については県なり国なりの方で遂行すべきであるというルートを個別市町村に認めておくべきで、そういうルートがあつて総合行政主体の原理、補完性の原理は地方自治の本旨と辛うじて適合的になるのではないかと思われるのである。」（塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」（「自治研究」第80巻第11号、2004年）p42－p43参照）

（注12）例えば、自民党案では、国と地方自治体の基本的関係について、次のように規定している。

第92条（国及び地方自治体の相互の協力）

国及び地方自治体は、地方自治の本旨に基づき、適切な役割分担を踏まえて、相互に協力しなければならない。

#### 第4節 地方自治体の種類・存在保障

現行憲法は、地方自治体についてその種類を特定せずに「地方公共団体」という言葉を用いている（注1）。そのため、憲法上の「地方公共団体」とは何か、また、憲法は2層制の地方自治制度を保障しているのかという問題が生じることになるが、前回報告書は、まず、前者の問題については、「やはり、憲法上の「地方公共団体」というのは、法律で自由に定められるものではなく、基本的には判決のいう「社会的基盤」と「基本的権能」を持つものの中から法律で定められるべきものであろう。」とし（注2）、また、後者の問題については、憲法が2層制の構造を保障しているとまでは言えないにしても、「憲法上の「地方公共団体」は、少なくとも2層制以上が望ましいのではないかと思われる。」と述べている（注3）。

我が国憲法は硬性憲法であり、たとえ今回改正が行われたとしても、その後は、また長期にわたって改正されない可能性が高いことを考えると、地方自治体の種類を憲法で特定してしまうことは余り好ましくないであろう。しかしながら、従来のように単に「地方公共団体」とするだけでは、2層制以上の地方自治制度が望ましいとしても、それはあくまでも立法政策の問題であつて、憲法上は1層制でもかまわないのだという議論が出てくることになり（注4）、地方自治の保障に欠けるような事態が生じる心配がある（注5）。

このため、憲法改正を行うに当たっては、地方自治体の種類を特定することなく、2層制以上の地方自治制度を保障する規定を設けることを考えるべきである。具体的には、まず、それぞれの存在意義等についての議論を深めた上で、「基礎自治体」と「広域自治体」の存在保障について明記すべきであり（注6）、また、それに加えて、法律で「その他の地方自治体」についても創設できるとすることも考えるべきであろう（注7）。この場合、「基礎自治体」及び「広域自治体」以外の地方自治体を設けるかどうかは立法政策の問題となり、また、どのような団体が憲法上の「基礎自治体」あるいは「広域自治体」に該当するかは、法律によって（場合によっては解釈により）定められることになる。

その場合、現在の市町村については間違いなく憲法上の「基礎自治体」として位置づけ

ることになるであろうが、現在の都道府県を憲法上の「広域自治体」とするかどうかについては、道州制の導入問題が絡んでくることになる（注8）。すなわち、「地方公共団体」ほどではないが、「広域自治体」というのも一般的・抽象的な言葉であるため、必ずしも「広域自治体」＝都道府県ということにはならず、都道府県を廃止して「広域自治体」としての道州を設置し（注9）、それを憲法上の「広域自治体」と位置づけることも可能であると思われるのである（注10）。

また、「基礎自治体」と「広域自治体」を明記する場合には、その両者の関係についても憲法で規定しておくべきかどうかという問題が生じるが、特に、シャウプ勧告以来の「市町村優先の原則」、あるいは、最近における「補完性の原理」の考え方を踏まえると、先に述べた国と地方自治体の「適正な役割分担」原則に準じるような形で、「基礎自治体」が「広域自治体」よりも優先・重視されることを憲法で規定しておくことが望ましいのではないかと思われる（注11）。

なお、用語の問題として、「地方公共団体」（基礎的地方公共団体、広域的な地方公共団体）という言葉は維持すべきか、それとも「地方自治体」（基礎自治体、広域自治体）という言葉に改めるべきかという問題がある（注12）。

（注1）当初のマッカーサー草案では、府県、市・町等地方自治体の種類が特定されていたのであるが、このように「団体の種別を憲法で固定してしまうことは、多くの立法例はあるにせよ、いささか窮屈ではないか」ということで「地方公共団体」という表現に改められたとされる（全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p107より）。

（注2）全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p109参照。なお、ここでいう判決とは、昭和38年3月27日の最高裁判決であり、同判決は「単に法律で地方公共団体として取り扱われているというだけでは足りず、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し、沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等、地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とする」としている（全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p107—p108より）。

（注3）第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p109参照。

（注4）衆議院憲法調査会では、「2層制を廃止すると、市町村が行う事務以外の事務が国の直接執行となることから、2層制が憲法に適合的である。」など現行の2層制を維持すべきであるとする意見がある一方で、「基礎的自治体が直接に国と向かい合う1層制によってこそ本当の地方自治が実現する。」など現行の2層制を整理すべきであるとする意見もあったとされる（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p433—p434参照）。

(注5) 再び第4次地方制度調査会の「地方」案(地方自治体としての都道府県を廃止して、中間団体としての「地方」を置く)のようなものが出てくる可能性もないとは言えない。

(注6) 例えば、自民党案では、次のように規定している。

第91条の3(地方自治体の種類等)

①地方自治体は、基礎地方自治体及びこれを包括し、補完する広域地方自治体とする。

(注7) フランス憲法では、次に示すように、憲法で具体的に列挙した地方自治体以外の地方自治体についても、法律でこれを創設することを認めている。

第72条(地方自治体の種類、権限)

①共和国の地方自治体は、市町村、県、州、特別な地位を有する自治体及び第74条に基づく海外自治体とする。その他の地方自治体は、本項に挙げられた1つ又は複数の地方自治体を変更することも含め、法律で創設される。(全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月)資料編p47より)

(注8) 道州制については、衆議院憲法調査会では、「道州制の導入の是非については、導入すべきであるとする意見が多く述べられたが、導入することに慎重な意見もあった。」とされ(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月)p431参照)、また、参議院憲法調査会では、「道州制を導入するか否かについては、意見が分かれた。」とされる(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月)p211参照)。

(注9) 第28次地方制度調査会「道州制のあり方に関する答申」(2006年2月28日)は、このような道州制の導入が適当であるとしている。

(注10) ただし、地方自治体に必要とされる「社会的基盤」及び「基本的権能」という観点から、なお整理すべき問題があることについては、第1部第4章(広域自治体のあり方—特に道州制について)を参照されたい。

(注11) 例えば、先に(注6)で示した自民党案では、「広域地方自治体」は「基礎地方自治体」を「包括し、補完する」ものであるとしている。また、民主党「憲法提言」においても、「「補完性の原理」の考え方に基づき、国と基礎自治体、広域自治体の権限配分を憲法上明確にするとともに、基礎自治体ではなしえない業務や権限は、都道府県ないし道州に相当する広域自治体が担当する。」としている。

(注12) 現在は、憲法や地方自治法を始め、法令上「地方公共団体」という言葉が一般的である(なお、地方交付税法及び地方税法では「地方団体」という言葉が用いられている)。その一方、例えば、自民党案では、「地方自治体」、「基礎地方自治体」及び「広域地方自治体」という言葉が使われている。

## 第5節 地方自治体の自治組織権(政府形態の選択)

現行憲法第93条第2項は、地方自治体の首長についても、議会議員とともに住民が直

接選挙するとしている（注1）。この長の一律直接公選制については、以前から見直し論議があり（注2）、最近においても様々な意見が出されている（注3）。この点について、前回報告書は、「長の一律直接公選制については見直しを行い、住民の意思に基づくものであることを前提とした上で、もっと多様な政府形態のあり方を考えてもよい段階にきたのではないかと思われる。」としつつも、「これ自体も半世紀以上にわたって定着している制度であることを考えると、この問題については、議会も含めた地方自治体の政府形態のあり方の一環として、さらに突っ込んだ検討が必要であると考え。」としている（注4）。

米国の「ホームルール」の観点からすれば、この政府形態の決定権こそ「ホームルール」の中核的な部分である（注5）。そのため、我が国においても、「自己決定・自己責任の原則」の下で、より自由で多様な地方自治の姿を求めていくとすれば、地方自治体の政府形態についても自らが選択・決定できるようにすべきであるという議論が出てくるのは当然のことである。

したがって、憲法改正を行うに当たっては、地方自治体には民主的に選出された議会という存在が必要不可欠であり、その議員については一律に直接公選を求めるとしても、その執行機関については長の一律直接公選制以外にも選択の余地を認めてもよいのではないかと考える。

しかしながら、我が国では長の直接公選制が長年にわたって定着していることや、最近では諸外国においても長の直接公選制が広まりつつあることを踏まえると（注6）、原則は長の直接公選制とした上で、その例外についても認めるという方法が適当なのではないかと思われる（注7）。

その場合、①政府形態の例外は、すべての地方自治体に認めるか、それとも一部の地方自治体に限るとするか、②政府形態の選択肢については、法律であらかじめ用意し、その中から選択させることにするかどうか、③選択肢の決定形式については、特別に憲章のようなものを必要とするか、それとも通常の条例でよいとするか、④選択肢の決定に当たっては、住民投票を必要とするかどうか、といった検討すべき課題がいくつかある。

まず、①については、かなり以前から、一方では、より小さな地方自治体についての見直しの必要性、また一方では、より大きな地方自治体についての見直しの必要性が指摘されていたところであり（注8）、最近においても同様の議論があるようである（注9）。これについては、前者が、規模の小さな地方自治体については、その自由に任せてもよいのではないかという地方自治体の自己決定権という問題意識から出ているのに対して、後者は、余りに規模の大きい地方自治体においては、そもそも長の直接公選制という制度は、国全体の統治システム上、上手く機能しないのではないかという問題意識から出ているのではないかと思われる。

したがって、政府形態についての選択の自由をどこまで認めるべきかという問題は、まず規模の小さな地方自治体から始めて、それをどの範囲にまで拡大することができるかという形で検討すべきものであろう。

次に、②については、例えば、米国のニューヨーク州では、都市（City）は、その憲章

(charter)により政府形態を自由に決めることができるが、カウンティ (County) は、法律で定めた4つの政府形態 (あるいは、それらの変形) の中から選択するとしている (注10)。長年、画一的な政府形態の下にあった我が国の地方自治体については、全くの自由選択とするよりは、法律でいくつかの選択肢を示した上で、その中から選ぶという段階から始めるほうがよいのではないかと思われる (注11)。

③については、米国の場合は、「ホームルール」に基づき憲章 (自治憲章) により定められているのが通常である。この憲章は、地方自治体版の憲法として、通常の条例 (ordinance) の効力を上回るものであり、州法並みの効力を持つものである (注12)。そして、米国において憲章により政府形態が自由に決定できるのは、法制的にみれば、憲章がその限りにおいて州法と同等のものであり、州が法律によりその地方自治体の政府形態を創設したのと同じとみることができるところではないかと思われる。

したがって、我が国においても、地方自治体が全く自由にその政府形態を決めることができるとする場合には、このような憲章制定権を地方自治体に認めることを考えなければならなくなるであろう。しかしながら、法律でいくつかの選択肢を示した上で、その中から地方自治体が選択をするというのであれば、既に法律で創設したものの中からの選択であるため、条例によって行うこともできるのではないかと思われる。

④については、米国では、憲章 (自治憲章) の制定・改廃には住民投票が必要であるとされている (注13)。したがって、政府形態の選択については、その一部を構成するものとして住民投票の対象となると思われるが、政府形態の選択自体についても法律で住民投票が必要であると規定している場合もある (注14)。政府形態の選択は、地方自治体にとって極めて重要な事項であり、憲章制度を導入する場合はもちろん、あらかじめ法律で定められた選択肢の中から条例により選択をするとした場合においても、それを議会の議決だけで可能とってしまうのではなく、その成立要件として住民投票を求めることとすべきであろう (注15)。

(注1) 現行憲法第93条第2項の規定は、次のとおりである。

#### 第93条

② 地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。

(注2) 第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月) p 111参照。

(注3) 例えば、衆議院憲法調査会では、「地方公共団体においては、93条により一律に長と議会の2元主義がとられているが、地方公共団体の規模等に応じた組織・機構の多様化を図るため、議院内閣制、シティ・マネジャー (市支配人) 制、カウンスル (評議会) 制等の導入を可能とする規定を憲法に置くべきである。」という意見があり (衆議院憲法調査会報告書 (2005年4月) p 434参照)、また、参議院憲法調査会では、「首長・執行機関の在り方については、多様な在り方を認めることを検討すべき」

として、「小規模の町村について、いわゆるシティーマネージャー制度の採用や、道州制を視野に入るとすれば、地方自治体の長の選出方法を憲法上住民の直接選挙のみに限定しない方が適当ではないか」、「首長の選出について、直接選挙だけでなく議会による間接選挙やシティーマネージャー制度の採用など選択の余地を残した方が良いか検討の必要がある」あるいは「執行機関等については、各団体の判断により多様な方式を選択できるよう幅を持たせることが望ましく、選択の余地を与える規定ぶりが望ましい」などの意見が出されたとされる（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p205－p206参照）。

民主党「憲法提言」も、「自治体の組織・運営のあり方は自治体自身が決めるという地方自治の本旨に基づき、基礎自治体、広域自治体において、首長と議会が直接選挙で選ばれるという2元代表制度の採否を自治体が選択できる余地を憲法上認める。これまでの2元代表制だけでなく、議院内閣制あるいは「執行委員会制」「支配人制」など多様な組織形態の採用、住民投票制度の積極的活用なども可能となる。」としている。

なお、自民党案は、次のように規定して現行の2元代表制を維持するとしている。

第93条（地方自治体の機関及び直接選挙）

② 地方自治体の長、議会の議員及び法律の定めるその他の公務員は、当該地方自治体の住民が、直接選挙する。

（注4）第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p112参照。

（注5）この点については、第1部第1章（米国の「ホームルール」について）を参照されたい。

（注6）イタリアでは、1993年の地方選挙法改正により、従来間接選挙であった市町村長及び県知事が直接選挙で選ばれるようになり、また、1999年の憲法改正により、州知事についても直接選挙制が導入された（自治体国際化協会「イタリアの地方自治」2004年、p25、p34及びp48参照）。イギリスでは、2000年地方自治法により、地方自治体の住民が直接選挙で首長を選ぶ方式を選択することもできるようになった（「英国地方自治体の内部構造改革」クレアレポートNo.230、2002年、p4参照）。さらに、ドイツの市町村においても、住民が首長を直接選挙する南ドイツ評議会型が優勢になりつつある（片木淳「地方主権の国ドイツ」ぎょうせい、2003年、p232参照）。

（注7）例えば、イタリア憲法は、州知事の選挙について、次のように規定している。

第122条

⑤州知事は、州憲章で別に定める場合を除いて、普通直接選挙で選出される。州知事は参事会員を任命し罷免する。（第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）資料編p56より）

なお、自民党案は、次のように規定して、長の一律直接公選制を維持している。

第93条

② 地方自治体の長、議会の議員及び法律の定めるその他の公務員は、当該地方自治体の住民が、直接選挙する。

(注8) 具体的には、全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月) p111参照。

(注9) 例えば、参議院憲法調査会では、(注3)でみたように、「小規模の町村について、いわゆるシティーマネージャー制度の採用や、道州制を視野に入れるとすれば、地方自治体の長の選出方法を憲法上住民の直接選挙のみに限定しない方が適当ではないか」という意見が出されている(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) p205参照)。また、第28次地方制度調査会答申において「直接公選」と明確化されたが、その前の第27次地方制度調査会答申では、道州の長は「公選」としていただけであった。これは、その時点では道州の長について「間接公選」の余地も残しておいたものとみることができる。

(注10) “State of New York Local Government Handbook 5<sup>th</sup> Edition January 2000”のChapter V(County Government)及びChapter VI (City Government)、加えてニューヨーク州の“Alternative County Government Law”参照。

(注11) 先に(注6)で述べたイギリスの2000年地方自治法は、長年の委員会型を改め、3つの政府形態(うち2つは首長直接公選制)の中から住民が選択するというものである(「英国地方自治体の内部構造改革」クレアレポートNo. 230、2002年、p4参照)。

(注12) この点については、第1部第1章(米国の「ホームルール」について)を参照されたい。

(注13) 小滝敏之「アメリカの地方自治」(第一法規、2004年) p268参照。

(注14) 例えば、先の(注10)の“Alternative County Government Law”では、あるカウンティにおける政府形態の選択が有効となるには、住民投票において、①カウンティ全体の投票の過半数の賛成、②カウンティの都市部以外の投票の過半数の賛成、及び③一体とみることができる都市部における投票のすべてにおいて過半数の賛成が必要であるとされている(同法第656条第2項)。

(注15) 先の(注6)で述べたイギリスの2000年地方自治法においても、3つの政府形態のうちの2つで認められている首長直接公選制を導入する場合には、住民投票を行わなければならないとしている(「英国地方自治体の内部構造改革」クレアレポートNo. 230、2002年、p4参照)。

## 第6節 住民の直接参政権

現行憲法には、第95条に地方自治特別法(地方特別法)に関する住民投票の規定があるが、これは国の立法権に対して一定の制約を課すものであり、地方自治体自体の意思決定や運営に関する住民の直接参政権を認めた規定ではない。条例の制定・改廃請求を始め

とする住民の直接参政権については、地方自治法という法律レベルで規定されているのである（注1）。

この点に関して、前回報告書は「これら直接民主主義的な制度の具体化は、現行制度もそうになっているが、その導入の可否も含め個々具体的に検討した上で制度設計を行い、法律あるいは条例で規定されるべきものである。」とした上で、フランスの憲法改正などを引き合いに出して、「憲法に住民参加に関する規定を設けるかどうかについても検討していくことが必要であると考え。」としている（注2）。

2003年のフランスの憲法改正では、住民参加について第72条の1が新設されたが、そこで規定されたのは、選挙民の地方議会への請願権、決定的住民投票及び特別な地位を有する自治体の設置等における選挙民への諮問の3つである（注3）。このうち、地方議会への請願権については、当該請願を強制的に議事日程とする権利までを認めたものではなく、その要求権を認めたに過ぎないとされる（注4）。これは、我が国で言えば憲法第16条の請願権に相当するものであると思われるが、地方自治体の議会への請願については、我が国では同条を受けて地方自治法第124条及び第125条に規定が置かれている。

また、選挙民への諮問については、あくまでも「できる」規定であり、また、その効果も法的拘束力を持たない。条文の規定や実際に行われた事例についてみると、条文の前段は、我が国で言えば先に述べた憲法第95条の地方自治特別法に関する住民投票に近いものであり、かつ、それよりも任意で法的拘束力を持たない弱いものではないかと思われる（注5）。また、後段は、法律の定める条件の下で、我が国でも最近、特に市町村合併をめぐって盛んに行われるようになった住民投票のような諮問的住民投票を認めた規定ではないかと思われる。したがって、これら2つについては、我が国憲法には既に関係規定があるとともに、残りの部分についても憲法で具体的に規定するほどのものではないと思われる。

これに対して、決定的住民投票については、地方自治体の最終的な意思決定権を住民に委ねることを認めたものであり、我が国においても憲法レベルでこのような規定を設けるかどうか検討すべきものがあるといえる（注6）。しかしながら、このような法的拘束力を持つ住民投票については、それを憲法で規定すべきかどうかということ以前に、そもそもそのような住民投票を制度化すべきか否かをめぐって賛否両論、様々な意見が出されている状況にある（注7）。そのため、住民投票については、まず、その制度化についてさらに議論を深め一定の結論を得ることが必要であり、その上で、それを憲法レベルにおいて規定する必要があるかどうかを判断していかなければならない。

したがって、現時点では、住民の直接参政権については、憲法に規定するとした場合でも、その根拠規定のみを置いておき、住民投票も含めてどのような制度を設けるかは法律レベルの立法政策の問題としておくという形が望ましいのではないかと思われる。

（注1）地方自治法第74条—第88条に定める直接請求制度。さらに、この直接参政権をもう少し広くとらえれば、同法第242条—242条の3の住民監査請求及び訴訟

についても含めることができよう。

(注2) 全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月) p112-p113参照。

(注3) 新設されたフランス憲法第72条の1は、次のような規定である。

#### 第72条の1

①各地方公共団体の選挙人が請願権の行使により、その公共団体の権限に属する問題を議会の議事日程に登録するよう請求することができる要件については、法律によりこれを定める。

②組織法の定める要件に従い、地方公共団体の権限に属する審議または行為の提案はこれを、公共団体の発議に基づき、その公共団体の選挙人の住民投票による決定に付託することができる。

③特別地方公共団体を設置し、またはその組織を変更しようとする場合、法律により、関係する公共団体において登録された選挙人の意見を問うことを決定することができる。また地方公共団体の境界を変更する場合も、法律の定める要件に従い選挙人の意見を問うことができる。

(阿部照哉・畑博行編「世界の憲法集(第3版)」(有信堂、2005年) p399より。)

(注4) 山崎榮一「フランスにおける地方分権の動向(11)」(「地方自治」No. 677) p88参照。

(注5) 憲法改正後、コルシカの2県を廃止して1つの特別な地位を有する地方自治体を創設する案が、「コルシカの体制的組織の変更に關するコルシカ選挙民への諮問に關する2002年6月10日法」に基づき、諮問的住民投票に付されている(同上p89参照)。なお、結果は反対が50.98%となり、フランス政府(サルコジ内務相)はその結論に従うとの声明を出した(山崎榮一「フランスにおける地方分権の動向(12)」(「地方自治」No. 678) p90参照)。

(注6) なお、フランスの決定的住民投票は、地方議会の発意に基づく必要があるとされており、住民の請求に基づくものは認められていない(山崎榮一「フランスにおける地方分権の動向(11)」(「地方自治」No. 677) p88参照)。また、憲法の規定に基づき制定された「決定的住民投票組織法」では、この住民投票が成立するためには、投票率が50%を超えることが必要であるとされている(山崎榮一「フランスにおける地方分権の動向(12)」(「地方自治」No. 678) p99-p100参照)。

(注7) 衆議院憲法調査会では、「住民投票の制度化の是非については、制度化すべきであるとする意見と制度化することに慎重な意見が述べられた。」とされ(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月) p440参照)、参議院憲法調査会でも、「住民投票制を法定化するか否かについては意見が分かれた。」とされている(参議院憲法調査会「日本国憲法に關する調査報告書」(2005年4月) p208-p209参照)。

## 第7節 地方自治体の自治立法権

現行憲法第94条は、「地方公共団体は、・・・法律の範囲内で条例を制定することができる。」と規定し、法律の範囲内という制約はあるものの、地方公共団体に自治立法権（条例制定権）を認めている。これは、国際的にみた場合には、地方自治体に強力な自治権を附与したものであることができるが（注1）、憲法改正を行うに当たっては、この地方自治体の自治立法権をさらに強化すべきであるという観点から、様々な意見が出されている（注2）。

まず、地方自治体に専属的あるいは優先的な立法権限を憲法上認めるべきではないかという議論がある。これについては、「地方分権」と「地方自治」という2つの方向からアプローチすることができる。まず「地方分権」の観点からは、国家構造を分権的なものとするためには、国の立法権限についても、国と地方自治体の役割分担に応じて、その一部を地方自治体へ移管すべきであり、それを憲法により保障すべきであるということになる。これが、立法権の分割という意義を持つものであれば、我が国を、ドイツのような連邦制国家とまでは行かないとしても、イタリアのような連邦制を目指した国家に変えていくことを意味する（注3）。ただし、その場合、その立法分割の対象となるのは、将来は国家となるかもしれない広域自治体（州）のみであり、基礎自治体（市町村）は含まれない。基礎自治体は、国家の法律とともに広域自治体の条例＝法律の下に置かれることになる。

一方、「地方自治」の観点からは、米国の「ホームルール」におけるイミュニティの考え方を参考にして、「地方的事項」については地方自治体の専属的事項であり、国の法律は立ち入らないか、あるいは法律があつたとしても条例で別の定めをした場合には、条例のほうが優先するという憲法により保障すべきではないかということになる（注4）。

前者の立法分割は、実質的には連邦制を導入したことになるのではないかと思われ、形式的には単一国家を維持しているとしても、そこまで行ってしまうことは、我が国の成り立ちや国民意識の現状からみて、やはり適当ではないであろう（注5）。また、基礎自治体からみれば、国と共に広域自治体が上位の立法者として立ち現れることになるが、このことは基礎自治体自体の条例制定権の強化につながるとは必ずしも限らないものである。したがって、「地方分権」の観点からは、憲法上の立法分割は難しいとした上で、法律の範囲内という制約の中で、いかに条例制定権を強化していくかという立法政策・法律解釈の問題が重要となってくると思われる。

また、後者については、具体的にどのようなものが「地方的事項」に含まれるかについて、なお議論があると思われるし、それは時代とともに変化していく可能性がある。そのため、それを憲法で具体的に列挙して保障することは困難であると思われる。したがって、「地方自治の本旨」を憲法上の基本的原則として規定した上で、その中に、そのような考え方を読み込んでいくことを試みるべきではないかと思われる。

次に、条例制定権に加えて、地方自治体の憲章（charter）制定権についても憲法で規定すべきではないかという議論がある（注6）。この憲章制定権を認めるということは、地方

自治体に対して、条例を上回り法律に匹敵する効力を持つ自治体版憲法を作ることと認めるといふことであるが、その憲章制定権の最も中核的な部分は、地方自治体自らの政府形態の決定権・選択権である（注7）。

先に第5節（地方自治体の自治組織権）で述べたように、地方自治体に対して全く自由にその政府形態を決める権限を与えようとした場合には、このような憲章制定権を地方自治体に認めなければならないかもしれないが、法律でいくつかの選択肢を示した上で、その中から地方自治体を選択するとした場合には、条例によって行うことも可能であると思われる。

また、憲章が法律に匹敵する効力を持つことから、憲章制定権を認めた場合には、憲章の対象となる部分については国会の立法権が地方自治体に移ってしまうことになる。これは、その部分に対する専属的立法権を地方自治体に認めることを意味するが、このような専属的立法権を認めるか、また、その範囲（地方的事項）をどこまでとするかについては、先に述べたように今後「地方自治の本旨」への読み込みを試みるべき課題となっている。

したがって、地方自治の姿を大きく変えてしまう可能性を持つこの憲章制定権については、その中核部分である政府形態の決定権・選択権についての条例レベルでの運用経験を踏まえた上で、また、地方自治体の専属的立法分野についての「地方自治の本旨」への読み込みを検討した後における、将来的な検討課題とすべきではないかと思われる。

第3に、条例と政省令の関係に係る議論がある。憲法第94条は「法律の範囲内で条例を制定することができる」とし、それを受けた地方自治法第14条第1項では「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」と規定されているが、この両者は同じであり、憲法第94条にいう「法律の範囲内」とは、「法律又はこれに基づく命令（の範囲内）」を意味するものと解されている（注8）。したがって、条例は、法律に加えて政令・省令等にも違反しえないことになり（注9）、地方自治体の条例制定権は、国会だけでなく、国の行政機関からも（政省令等という形で）制約を受けることになる。

しかしながら、地方自治体の行政権は、憲法第65条に規定する内閣の行政権から派生しているものではなく、憲法第94条の規定に基づき認められているものである（注10）。そのため、国会が法律を定めるのはともかく、それを受けた執行段階においては、地方自治体が役割を担う部分については、政省令ではなく条例で定めるという形態に変えていくべきではないかという議論も出てくることになる。しかしながら、一方では、地方自治体は地域総合行政主体として幅広い分野で多くの事務を処理しており、国としてもそれらに関係する法律の統一的運用を図る必要があるという側面を有している。そのため、憲法によって地方自治体が担う事務について法律—条例という一本の体系にしてしまうことは不可能である。結局、可能なものについては、できるだけ政省令ではなく条例に委ねていくことが望ましいという、主として法律レベルの問題であり、場合により、法律における制度設計とその解釈において、憲法における一般的な地方自治保障による制約をかけるということになるのではないかと思われる。

以上、地方自治体の自治立法権については、「地方自治の本旨」及び「法律の範囲内」と

いう現行憲法と同様な規定の下で、立法政策及び法律解釈の問題として、条例制定権の拡大・強化を図っていくべきものであると考える。なお、その場合、第3節（国と地方自治体との基本的関係）で述べたように、国と地方自治体との「適正な役割分担」原則についても憲法上規定されることになれば、その規定も条例制定権の拡大・強化に大きな効果を発揮することになるものと思われる。

（注1）全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p115参照。

（注2）衆議院憲法調査会では、「従来の法律の範囲内での条例制定権ではなく、国と地方公共団体の権限配分に対応して、地方公共団体の専属的あるいは優先的な立法権を憲法で保障する必要がある。」「基礎的自治体における多様な自治のあり方を可能にするために、それぞれの地方公共団体がその代表組織、取り扱うべき事務、その経費の負担等の原則を条例で規定して、国会が承認するチャーター（憲章）制を採用すべきである。」「条例により一定の法令の適用除外の選択を可能とする特例を定める「地方自治基本法」を制定すべきである。」「憲法上、国と地方の役割分担を法律により行うこととされているのであるから、国の権限を限定する法律を制定し、国会は法律で大枠のみを定め、残りの基準は政省令ではなく、条例で定めるという形態に変えていく必要がある。」といったように自治立法権を強化すべきという意見が多いが、一方で「チャーター制は、各地方公共団体において基本的な事項につき制度が異なることになり、問題である」とする意見や「自治事務に関連する事項であっても、国全体の利益や他の地方公共団体の利益を配慮した形での国の法規制は当然に想定されている。法律と条例の抵触については、その文言のみならず趣旨等を勘案して判断するという最高裁判所の判例により、上乘せ条例や横出し条例の適法性を妥当な形で解決することが可能である。」という意見も述べられている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p436－p437参照）。

また、参議院憲法調査会では、「地方自治体には、法律の範囲内の条例制定権にとどまらず、中央政府との権限配分に対応し、地方自治体にゆだねられる分野の専属的・優先的な立法権を憲法上保障すべき。国は、専属的分野については立法権を持たず、優先的分野については大綱的基準を定める立法のみ許されるとの原則を書き込むべきではないか。」などの意見が出されている（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p206参照）。

さらに、政党においても、民主党「憲法提言」は、「自治体の組織および運営に関する事項や、自治体が主体となって実施する事務については、当該自治体に専属的あるいは優先的な立法権を憲法上保障する。中央政府は、自治体の専属的立法分野については立法権を持たず、自治体の優先的立法分野については大綱的な基準を定める立法のみ許される。」としている。

（注3）イタリアは、まだ連邦制国家ではなく、州は地方自治体であるが、同国憲法第1

17条は、国と州との間での立法分割について規定している（全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）資料編p52－p54参照）。

（注4）この部分については、第1部第1章（米国の「ホームルール」について）を参照されたい。なお、塩野宏「条例—その意義と限界」、（「ジュリスト」No. 800、1983年）p11－p12参照）は、夙に、この「地方的事項」の憲法的保障の問題について言及している。

（注5）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」（2003年11月13日）p26参照。

（注6）当初、マッカーサー草案では認められていた憲章制定権が、結局、現行憲法のような条例制定権の形になった経緯については、全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004年2月）p71－p79参照。

（注7）この点は、第1部第1章（米国の「ホームルール」について）を参照されたい。

（注8）松本英昭「新版逐条地方自治法 第3次改訂版」（学陽書房、2005年）p132参照。

（注9）ただし、条例制定の義務付け等については、少なくとも政令によることが必要であり、省令等以下の形式ではできないとされている（同上同頁参照）。

（注10）この点については、1996年12月6日の衆議院予算委員会において、菅直人委員の質問に対する答弁として、大森政輔内閣法制局長官が「現行日本国憲法は、第8章におきまして地方自治の原則を明文で認めております。そして94条は、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する機能を有する」このように明文で規定しているわけですので、地方公共団体の行政執行権は憲法上保障されておる。したがって、ただいま御指摘になりました憲法第65条の「行政権は、内閣に属する。」というその意味は、行政権は原則として内閣に属するんだ。逆に言いますと、地方公共団体に属する地方行政執行権を除いた意味における行政の主体は、最高機関としては内閣である、それが三権分立の一翼を担うんだという意味に解されております。」と答えている。

## 第8節 地方自治体の自治執行権

現行憲法第94条は、「地方公共団体は、・・・行政を執行する権能を有し・・・」と規定し、地方自治体に対し公権力の主体としての行政権を付与している。したがって、地方自治体は、その地域における公共の福祉を確保するために、国の法令又は自分自身の条例に基づき、住民等に対して義務を課し、権利を制限することができる権限（広義の自治執行権）を持っているのであるが（注1）、その執行段階において当該義務の履行を確保するための法的手段が不十分であるため、その自治執行権には必ずしも実効性が伴っていないという問題（狭義の執行権限の問題）が指摘されている（注2）。また、従来は行政指導が

その法的手段の不十分性をある程度補ってきたが、今後はそのような行政指導に過度に頼ることもできない（注3）。

この問題解決のための具体的な制度設計は立法政策の問題となるとしても、地方自治体の自治執行権の保障という観点からすると、憲法レベルでも何らかの規定を設けるべきかどうかという点を含めて検討しておく必要があると思われる。

まず、地方自治体が裁判所に訴えを提起することにより義務の履行を確保していくという方法（裁判的執行）であるが、最高裁判所は、平成14年の宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件において、民事手続を活用した行政上の義務履行確保について否定する判決を下した（注4）。この判決については批判が多いが（注5）、この判決を踏まえた上で自治執行権の裁判的執行を実現しようとする場合には、行政事件訴訟法の改正等の立法的措置が必要となってくる（注6）。

次に、地方自治体が自ら義務の履行の実現を図る行政的執行という方法については、行政代執行を始め、直接強制、即時強制などがある。しかしながら、行政代執行法第2条に基づく行政代執行が使いにくいものとなっているという問題があるとともに、行政代執行法第1条において「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。」と規定されているために、地方自治体は条例によって義務の履行確保のための手段を独自に創設することができないとされるなど行政的執行についても様々な問題があり、行政代執行法の改正等の立法的措置が求められる（注7）。

第3に、間接的に義務の履行確保を図るための手段として、行政刑罰及び行政上の秩序罰（過料等）があり、地方自治体は自らの条例においてもこれらの罰則を設けることができるとされているが（注8）、これらの罰則についても、罰金の上限額の引き上げ等その実効性を高めることが課題となっている（注9）。その場合、条例違反者に対して行政刑罰の適用を裁判所に求める検察機能を地方自治体に付与することも1つの検討課題となってくるのではないと思われる（注10）。また、間接的な義務の履行確保の方法としては、罰則以外の金銭賦課による間接強制制度（執行罰、課徴金）の創設が立法政策として問題となってきており（注11）、さらに、間接的な義務の履行確保のために地方自治体が新しく生み出した手法（制裁としての公表等）の法適合的な活用も課題となっている（注12）。

これからは、法令に基づく義務の履行確保とともに、条例制定権の拡大に伴って条例に基づく義務の履行確保が大きな問題となってくるとと思われるが、その自治執行権に対する法的な手当が不十分であれば、自治立法権の保障も十分とは言えなくなってしまうであろう。したがって、先に述べたように具体的な制度設計は立法に委ねる部分が多いとしても、少なくとも条例による義務の履行確保のための手段創設を保障するために、憲法においても地方自治体の自治執行権を担保するような規定を設けておくことを検討すべきではないと思われる（注13）。

（注1）地方自治法第14条第2項は、地方自治体は、国の法令に基づく場合だけでなく、自らの条例に基づいて、義務を課し権利を制限することができるとしている。

- (注2) 例えば、日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年) p 3-p 6 参照。なお、戦前の行政執行法(明治33年法律第21号)の運用が国民の権利自由の侵害にわたることが多かったことから、戦後国においては行政代執行法が制定されたのみで包括的な行政的執行制度は創設されず、また、地方自治体においても義務履行確保の法的手段が厳密に制限されていたという事情は留意しておくべきであろう。
- (注3) この点については、斎藤誠「自治体の法政策における実効性確保—近時の動向から」(「地方自治」No. 660、2002年) p 15 参照。
- (注4) 平成14年7月9日最高裁第3小法廷判決。なお、その理由は、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」というものであった。
- (注5) 上記判決に対する評価については、先行文献も含め、太田匡彦「民事手続による執行」(芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編「行政法の争点[第3版]」所収、有斐閣、2004年) p 72、及び日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年) p 11及びp 12 参照。
- (注6) 日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年) p 8 参照。
- (注7) 同上 p 17-p 28、p 55-p 58 参照。
- (注8) 地方自治法第14条第3項において、地方自治体は、罰則として行政刑罰(2年以下の懲役・禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料、没収)及び行政上の秩序罰(5万円以下の過料)を科することができることとされている。
- (注9) 日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年) p 29-p 39 参照。
- (注10) 中川剛「地方自治体の司法権」(「自治研究」第54巻第1号、1978年) p 71-p 72 参照。同論文は、地方自治体に対する司法権の付与について検討したものである。なお、建築紛争など行政の規制を背景とした私人間紛争について、地方自治体が、あっせん、調停などの準司法的な活動(行政ADRの一種である)を行うことがあり、このような準司法的な権限についても、憲法上位置づけるべきかどうかも議論となろう。
- (注11) 日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年) p 40-p 46 参照。
- (注12) 同上 p 47-p 54 参照。
- (注13) この点について、現行の行政代執行法第1条は、条例による個別的な執行権の創設を否定する意図を持つものではないと解釈するのが、憲法の地方自治の保障の趣

旨にも合致するという意見があるが（碓井光明「行政上の義務履行確保」、「公法研究」第58号所収、p155参照）、これを憲法上も何らかの形で明確にしておくことが望ましいと思われるのである。

## 第9節 地方自治体の財政に関する規定

現行憲法には地方自治の財政的保障に関する明確な規定はなく、地方自治体の課税権についても、憲法第92条の「地方自治の本旨」あるいは同第94条の「行政を執行する権能」という文言から導き出されている。したがって、憲法改正を行うに当たっては、この課税権を始めとする地方自治の財政的保障を憲法上明確に規定すべきではないかという意見が出てくることになる（注1）。

地方自治が機能するためには、地方自治体に事務処理に関する権限が付与されているだけでは不十分であり、そのために必要とされる十分な財源が地方自治体に付与されていなければならない。そして、地方自治の保障という観点からすれば、財源付与・財政的保障に関する重要事項については、やはり憲法で規定しておくことが望ましいといえよう（注2）。

そうすると問題は、財政的保障として憲法で規定すべき重要事項とは何かということになる。この点については、既に第1部第3章で検討したところであるが、その結論的な部分を述べれば次のとおりである。

すなわち、ヨーロッパ地方自治憲章第9条は、地方自治の財政的保障について、①自由に使える自主財源（固有財源）の保障、②権限（責務）と財源の一致、③課税自主権、④財源の多様性と弾力性、⑤財政調整制度、⑥特定補助金の一般補助金化及び⑦起債発行権の7項目について規定している。また、全く同じ項目が世界地方自治憲章草案第9条においても規定されていることから、この7項目は地方自治の財政的保障として重要な項目であるといえるであろう。しかしながら、これらは必ずしも憲法で保障されなければならないものではない（注3）。

そこで、ヨーロッパ地方自治憲章の精神を踏まえて2003年に改正されたフランス憲法における地方自治の財政的保障の規定（第72条の2）についてみると、①自由に使える自主財源（固有財源）の保障、②権限（責務）と財源の一致、③課税自主権及び④財政調整制度の4項目について規定している。ヨーロッパ地方自治憲章（第9条）が規定する7項目の中で、この4項目が特に重要な事項であり、憲法で保障すべき事項であると捉えられているのである。

一方で、戦後の我が国地方税財政の基本となったシャープ勧告について改めて振り返ってみると、その中心は地方税の充実強化と平衡交付金の創設であったことが分かる。そして、この2つをヨーロッパ地方自治憲章の規定と照らし合わせてみると、前者は、①自由に使える自主財源（固有財源）の保障と②課税自主権に対応するものであり、後者は、③権限と財源の一致及び④財政調整制度に対応するものであるということが出来る。

したがって、これら4項目（①自由に使える自主財源（固有財源）の保障、②権限（責

務)と財源の一致、③課税自主権及び④財政調整制度)が、地方自治の財政的保障における特に重要な事項として憲法レベルにおいて規定すべきものではないかと思われるのである(注4)。

なお、財政的保障という観点とは別に、地方財政の健全性確保という観点から、憲法上何らかの規定を設けるかどうかという問題もある(注5)。

(注1) 衆議院憲法調査会では、「現行の4か条の中には、地方公共団体の税財政の基本原則が規定されておらず、新たに規定する必要がある。」、「地方分権の推進や地方公共団体の自立には、その財政的な自立が不可欠であることから、課税自主権の実質的な保障が必要である。また、そのために憲法に地方公共団体の課税自主権を明記すべきである。」といった意見が出されている(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月) p 427及びp 438参照)。ただし、一方で「92条の「地方自治の本旨」に基づけば、その内容たる団体自治及び住民自治の趣旨から当然に課税自主権は認められるため、憲法に新たに規定することを要しない。」という意見もあった(同報告書 p 438参照)。

また、参議院憲法調査会では、「国と地方の対等な関係を実現し、地方が真に自立するためには、健全な財政基盤が不可欠であることは憲法調査会における共通の認識であった」ことから、「憲法に地方財政に関する規定を置くべきとして」、「地方自治体に課税する権限を付与するだけでなく、責務に応じた必要な財源(財源の保障と財政の調整機能)を国が講ずることを憲法に明記しておくべき」など様々な意見が出されている(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) p 202及びp 203参照)。政党においても、公明党憲法調査会「論点整理」では、「課税自主権を憲法上に明記すべきとの意見もある。」、「地方自治の原則として、・・・特に財政基盤を確保するため財政的自立を明確にすること等を規定することが必要だとの意見が大勢であった。」とされている。

(注2) このような観点から、自民党案では、次のような規定が置かれている。

第94条の2(地方自治体の財務及び国の財政措置)

①地方自治体の経費は、その分担する役割及び責任に応じ、条例の定めるところにより課する地方税のほか、当該地方自治体が自主的に用途を定めることができる財産をもってその財源に充てることを基本とする。

②国は、地方自治の本旨及び前項の趣旨に基づき、地方自治体の行うべき役務の提供が確保されるよう、法律の定めるところにより、必要な財政上の措置を講ずる。

③第83条第2項の規定は、地方自治について準用する。

また、民主党「憲法提言」においては、「地方自治体が自らの事務・事業を適切に遂行できるよう、その課税自主権・財政自主権を憲法上保障し、必要な財源を自らの責任と判断で確保できるようにする。課税自主権は、各自治体が自らにふさわしいと考える税目・税率の決定権を含む。地方自治体の財政的自立を支えるものとして、現在の地方交付税制度に代えて、新たな水平的財政調整制度を創設する。」とされている。

(注3) ヨーロッパ地方自治憲章は「地方自治の原則は国内法において、また実行可能であれば憲法において承認されるものとする。」(第2条)とし、また、世界地方自治憲章草案も「地方自治の原則は、国法、すなわち国及び州の法律において、また実行可能であれば憲法において承認されるものとする。」(第2条)としており、できれば憲法でという気持ちはあるが、必ず憲法で規定することを求めているわけではない(第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」資料編p2及びp14参照)。

(注4) 先に(注2)で示した自民党案には、これら4項目が含まれているとみることできるが、必ずしも明確ではない。

(注5) 衆議院憲法調査会では、「国のみならず地方公共団体も健全な財政規律を維持する必要があることから、地方財政の健全化を憲法に明記すべきである。」という意見が出されている(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月)p427参照)。また、先の(注2)で言及した自民党案(第94条の2)では、同条第3項で「第83条第2項の規定は、地方自治について準用する。」と規定しており、国の財政に関する第83条第2項の規定(「財政の健全性の確保は、常に配慮されなければならない。」)を準用してくる形で、地方財政の健全性確保を求めるものとなっている。また、地方財政の健全性の確保という観点からは、国と地方との間における財政秩序について言及することが必要であるかもしれない。

## 第10節 地方自治の手続的保障

地方自治を保障するに当たり手続的保障が重要であるということは、前回報告書で述べたとおりである(注1)。この手続的保障の対象となる手続には、大きく分けて事前手続と事後手続の2種類があり、憲法レベルで考えた場合には、前者においては国の立法過程への参加が、後者においては自治権侵害に対する司法的救済が特に問題となってくる。

まず、立法過程への地方自治体の参加についてであるが、現行憲法第95条において、1つの地方自治体のみにも適用される特別法については、住民投票による過半数の同意がなければ、国会はその法律を制定することができないと規定されている。この地方自治特別法(地方特別法)には賛否両論があるところであるが(注2)、特定の地方自治体の組織や権能等について一般の地方自治体とは異なる特例を定める法律を制定するためには、当該地方自治体の同意が必要であるという意味で、当該立法の対象となった地方自治体の立法過程への参加を保障したものということができる。住民投票という形が唯一のものであるかどうかは別として、少なくとも地方自治特別法の制定に当たっては、対象となった地方自治体の同意が必要であるという規定は、地方自治の手続的保障の重要な一環として憲法に盛り込まれるべきものであると思われる。

また、地方自治特別法ではない一般法の立法過程への地方自治体の参加についてであるが、地方自治法第99条に基づく各地方自治体(議会)の意見書提出権に加えて、同法第263条の3により、地方自治体の連合組織(地方六団体)には、内閣に対する意見の申

し出及び国会に対する意見書の提出権が認められている（注3）。さらに、平成18年の同法改正により、国の各大臣は、地方自治体に新たに事務又は負担を義務付ける施策を立案しようとする場合には、その内容について地方自治体の連合組織に知らせる措置をとらなければならないとされた（注4）。これによって、少なくとも内閣提出法案については、事前にその内容が地方自治体の知るところとなり、それに対して地方自治体が意見を申し出る機会を失うということはなくなるであろう。

しかしながら、議員立法については、このような情報提供に関する規定は設けられていないため、それに対する意見書を国会へ提出する機会を失ってしまう心配がある。今後、議員立法が増加していく可能性が大きいことも考慮すると、内閣提出法案であろうが議員立法であろうが、地方自治体の利害に係わる法律案については、その立法過程において地方自治体が意見表明をする機会を憲法により保障しておくことが望ましいのではないかと思われる。さらに、内閣提出法案の場合、地方自治体と内閣ないし省庁が法案作成過程で、協議する機会を保障することも考えられる。なお、その場合、憲法には、行政立法も含めた立法過程への地方自治体の参加権についての根拠規定のみを置き、その具体的な仕組みについては立法に委ねることになるであろう。

次に、自治権侵害に対する司法的救済の問題であるが、まず、国の行政機関からの違法な行政的関与については、地方自治体は、地方自治法第250条の13の規定に基づき国地方係争処理委員会に対して審査の申し出をすることができ、その上で、必要があれば同法第251条の5の規定に基づき裁判所に訴えを提起することもできる。また、上記以外であっても、それが「法律上の争訟」（裁判所法第3条第1項）に該当する場合には、地方自治体は自治権侵害を理由として裁判所に訴えを提起できるとされている（注5）。しかしながら、第1部第2章でも述べたように、そのような出訴はまれであったし、裁判所により認められることもなかった。また、これも第1部第2章で述べたところであるが、地方自治の保障という観点からみた場合、これからは国の行政的関与以上に、行政立法を含む国の立法的関与が問題となってくることが予想される。

これに対しては、ドイツのように憲法裁判所を設置した上で、国の当該立法が憲法で保障している自治権を侵害している場合の訴訟を認めるという方法も考えられる（注6）。しかしながら、そのような憲法裁判所を設置するか否かにかかわらず、国の違法な行政的関与を防止するとともに、国の立法的関与によって地方自治体の自治権が侵害されないようにするために、憲法上自治権侵害に対する司法的救済について明確に規定しておくことの意義は大きいと思われる。

なお、このように国の違法な立法的・行政的関与に対する司法的救済を憲法で地方自治体に保障する場合には、一方で、地方自治体の違法な立法・行政行為等に対する国の合法性確保措置の根拠規定についても憲法で規定しておくべきではないかという議論が出てくるであろう（注7）。

（注1）全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」（2004

年2月) p 1 2 1 - p 1 2 2 参照。

(注2) 衆議院憲法調査会では、「住民の意思を尊重することは重要であるが、国家レベルの安全保障等については、一定の制約がある。」などの意見が出され(衆議院憲法調査会報告書(2005年4月) p 4 4 2 参照)、参議院憲法調査会では、「95条は、この半世紀余り全く機能しておらず、事実上死文化しており、意味がないので削除してよい」という意見がある一方で、「95条の地方自治特別法に係る住民投票は、国と地方で見解のそごがあるような場合にはいきってくるので、削除する必要はない」という意見も出されている(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) p 2 0 6 参照)。なお、自民党案では、この地方自治特別法に関する規定は削除されている。

(注3) 地方自治法第263条の3は、次のとおりである(平成18年改正前)。

#### 第263条の3

- ① 都道府県知事若しくは都道府県の議会の議長、市長若しくは市の議会の議長又は町村長若しくは町村の議会の議長が、その相互間の連絡を緊密にし、並びに共通の問題を協議し、及び処理するためのそれぞれの全国的連合組織を設けた場合においては、当該連合組織の代表者は、その旨を総務大臣に届け出なければならない。
- ② 前項の連合組織で同項の規定による届出をしたものは、地方自治に影響を及ぼす法律又は政令その他の事項に関し、総務大臣を経由して内閣に対し意見を申し出、又は国会に意見書を提出することができる。
- ③ 内閣は、前項の意見の申し出を受けたときは、これに遅滞なく回答するよう努めるものとする。
- ④ 前項の場合において、当該意見が地方公共団体に対し新たに事務又は負担を義務付けると認められる国の施策に関するものであるときは、内閣は、これに遅滞なく回答するものとする。

(注4) 平成18年改正により、上記第263条の3に新しく第5項として、次のような規定が追加された。

- ⑤ 各大臣は、その担任する事務に関し地方公共団体に対し新たに事務又は負担を義務付けると認められる施策の立案をしようとする場合には、第2項の連合組織が同項の規定により内閣に対して意見を申し出ることができるよう、当該連合組織に当該施策の内容となるべき事項を知らせるために適切な措置を講ずるものとする。

(注5) 全国知事会第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月) p 1 1 8 参照。

(注6) ドイツ憲法(ドイツ連邦共和国基本法)は、次のように規定している。

#### 第93条(連邦憲法裁判所の管轄権)

- ① 連邦憲法裁判所が決定するのは、次の場合である。

##### 4b.(自治体の憲法異議)

ある法律によって第28条の自治権が侵害されたことを理由とする、市町村およ

び市町村組合の憲法異議について。ただし、ラントの法律による侵害の場合には、ラントの憲法裁判所に異議を申し立てることができない場合に限る。

また、民主党の「憲法提言」では、「国あるいは広域自治体による自治権侵害の司法的救済は、最終的には憲法裁判所が「補完性の原理」を裁判規範として審査するものとする。」としている。

(注7) 参議院憲法調査会では、「地方自治体の違法行為等に対して国として合法性の監督ができるような担保措置を設ける必要がある。同時に、国のチェックが合法的でない場合の司法上の救済措置を設けることが望ましい。」という意見が出されている(参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) p202参照)。

## 第11節 第8章以外にわたる部分

現行憲法第8章(地方自治)以外の部分であっても、その改正のあり方が地方自治の保障と大きく関係してくる部分がある。以下、そのいくつかを挙げてみることにしたい。

### 1 憲法上の「法律」と条例との関係

現行憲法には、条例に基づく関与(条例に基づく規制、罰則及び課税)があるにもかかわらず、第29条(財産権法定主義)、第31条(罪刑法定主義)及び第84条(租税法律主義)のように、憲法上は「法律」とのみ規定している条文がいくつかみられる(注1)。憲法改正を行う場合には、これらの規定と条例との関係について改めてその考え方を整理しておくことが求められる。場合によっては、「条例」という文言をこれらの規定に追加することが必要となってくるかもしれない(注2)。

### 2 参議院のあり方

現在我が国は衆議院と参議院の2院制を採用しているが、そのうちの参議院のあり方をめぐっては、地方自治の保障という観点からも、いろいろな意見が出されている(注3)。前節(地方自治の手続的保障)では、立法過程における地方自治体の意見表明権を保障すべきであると述べたが、例えば、仮に参議院が首長等の地域代表から構成されるようになれば(注4)、それよりも遥かに大きな地方自治の手続的保障となる。

しかしながら、その構成を含め参議院のあり方をどうするかという問題は、地方自治の保障という観点からだけでなく、単一国家における両院制議会のあり方など様々な角度から総合的に検討していかなければならない問題であろう(注5)。

### 3 裁判所のあり方

現行憲法は、その第81条で最高裁判所が法令等の違憲審査を行う終審裁判所であるとしている（注6）。また、その違憲審査は具体的事件を受けて行われる。これに対して、前節でも述べたが、例えばドイツのように、憲法問題を扱う憲法裁判所を設けるべきであるという考え方がある。このような憲法裁判所ができれば、地方自治体は、憲法で保障されている自治権侵害を理由として、憲法裁判所に訴えを提起することができるようになるであろう。

しかしながら、憲法裁判所については、地方自治の保障以外の観点からも検討する必要があるとともに、その設置の是非については意見が分かれているところであり（注7）、今後の検討課題とすべきものであろう。

（注1）現行憲法の具体的な条文は、次のとおりである。

第29条 財産権は、これを侵してはならない。

② 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

③ 私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

第31条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

第84条 あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。

（注2）衆議院憲法調査会では、「地方公共団体の課税自主権を考慮して、同条に、国税は法律で、地方税は条例で課税すべき旨を明記すべきであるとする意見が述べられた。」としている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p419参照）。

（注3）衆議院憲法調査会では、「参議院を地域代表とすべきであり、地方自治体の首長等が参議院議員を兼職するという仕組みを検討すべきである。」「将来の道州制の導入を前提に、参議院を道州代表とすべきである。」といった意見が出されている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p382参照）。また、参議院憲法調査会では、「国と地方の調整については、参議院の地域代表性を重視する考え方から、参議院が国と地方の関係を扱うこととしたらどうか等の意見が出された。」としている（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p156参照）。

（注4）我が国と同じ単一国家であるフランスでは、上院の構成について憲法で次のように規定している。

第24条（国会の構成）

③ 上院は、間接選挙により選出される。上院は、共和国の地方自治体の代表を確保する。フランス国外に定住するフランス人は、上院に代表される。

また、西尾勝「国会議事堂に地方自治の砦を築く」（「ガバナンス」、2005年8月号）は、このようなフランスの上院、あるいはドイツの連邦参事院に類似した仕組みを我が国にも導入すべきと提言している。

（注5）衆議院憲法調査会では、先述の参議院を地域代表とすべきという意見に対して、

「国会議員が「全国民を代表する」と規定する43条1項の精神を生かす必要があるとする意見もあった。」とされている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p382参照）。また、参議院憲法調査会では、「参議院も国民の直接選挙で選任されるべきで、任命制・推薦制はもちろん、間接選挙制も好ましくないことにはほぼ異論がなかった。」としている（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p163参照）。

（注6）現行憲法の具体的な条文は、次のとおりである。

第81条 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

（注7）衆議院憲法調査会では、「憲法裁判所の設置の是非については、設置すべきであるとする意見が多く述べられたが、設置すべきでないとする意見もあった。」とされている（衆議院憲法調査会報告書（2005年4月）p407参照）。また、参議院憲法調査会では、「憲法裁判所の導入の是非については、本憲法調査会では意見が分かれた。」とされている（参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」（2005年4月）p187参照）。

（本章の参考文献）

- ・磯部力「国と自治体の新たな役割分担の原則」（西尾勝編著「地方分権と地方自治」所収、ぎょうせい、1998年）
- ・碓井光明「行政上の義務履行確保」（「公法研究」第58号）
- ・大津浩「地方自治の本旨」（高橋和之・大石眞編「ジュリスト増刊 憲法の争点（第3版）」所収、有斐閣、1999年）
- ・小滝敏之「アメリカの地方自治」（第一法規、2004年）
- ・片木淳「地方主権の国ドイツ」（ぎょうせい、2003年）
- ・小林與三次「地方自治の本旨（1）」（「自治研究」第25巻第2号、1949年）
- ・斎藤誠「自治体の存在形態に関するノート—地方自治という統治システム、或いは統治システムにおける地方自治」（「ジュリスト」No. 1222、有斐閣、2002年）
- ・同 「自治体の法政策における実効性確保—近時の動向から」（「地方自治」No. 660、2002年）
- ・同 「地方自治基礎概念の考証—総合行政と全権限性」（「自治研究」第81巻第1号、2005年）
- ・塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」（「自治研究」第80巻第11号、2004年）
- ・中川剛「地方自治体の司法権」（「自治研究」第54巻第1号、1978年）
- ・西尾勝「国会議事堂に地方自治の砦を築く」（「ガバナンス」、2005年8月号）
- ・松本英昭「新版逐条地方自治法 第3次改訂版」（学陽書房、2005年）
- ・山崎榮一「フランスにおける地方分権の動向（11）、（12）」（「地方自治」No. 677、No. 678、2004年）

- ・「英国地方自治体の内部構造改革」(クレアレポート No. 230、2002年)
- ・阿部照哉・畑博行編「世界の憲法集(第3版)」(有信堂、2005年)
- ・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」(2003年11月13日)
- ・第28次地方制度調査会「道州制のあり方に関する答申」(2006年2月28日)
- ・第7次自治制度研究会「地方自治の保障のグランドデザイン」(2004年2月)
- ・自治体国際化協会「イタリアの地方自治」(2004年)
- ・衆議院憲法調査会報告書(2005年4月)
- ・参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月)
- ・自由民主党「新憲法草案」(2005年10月28日)
- ・民主党「憲法提言」(2005年10月31日)
- ・日本都市センター「行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書」(2006年)
- ・“State of New York Local Government Handbook 5<sup>th</sup> Edition January 2000 ”