

憲法と地方自治

東京大学大学院法学政治学研究科教授 宍戸常寿

平成28年6月

目次

I	地方自治の意義	1
1	地方自治の憲法的保障の性格	1
2	地方自治の本旨	2
3	国と地方の関係	2
	(1) 旧地方自治法	2
	(2) 第一次地方分権改革	4
	(3) 第二次地方分権改革	6
II	憲法上の地方公共団体	7
1	概説	7
2	都区制度	8
	(1) 概説	8
	(2) 東京都の特別区	9
3	道州制	11
III	地方公共団体の機関	12
1	二元代表制	12
	(1) 概説	12
	(2) 首長制	13
	(3) 二元代表制の改革	14
2	住民の政治参加	15
	(1) 概説	15
	(2) 住民の範囲	15
	(3) 住民の直接参加	17
	(4) 拘束的住民投票制度の導入の可否	18
3	地方議会	20
4	地方議会の選挙制度	20
	(1) 議員定数と選挙法	20
	(2) 都道府県議会の選挙区	21
	(3) 2013年公職選挙法改正	21
	(4) 選挙区への議員定数配分	22
	(5) 小結	23

5	地方議会議員選挙における一票の較差.....	23
	(1) 概説.....	23
	(2) 特例選挙区を除く選挙区間の投票価値の不平等.....	25
	(3) 特例選挙区制度に関わる論点.....	26
	(4) 今後の課題.....	28
IV	地方公共団体の権能.....	30
1	地方公共団体の権能と事務.....	30
2	自主立法権.....	31
	(1) 条例制定権の意義.....	31
	(2) 条例による他の地域との別異取扱い.....	32
3	条例と法律留保事項.....	35
	(1) 財産権の制限.....	35
	(2) 刑罰.....	36
	(3) 租税.....	38
4	法令と条例の関係.....	41
	(1) 概説.....	41
	(2) 徳島市公安条例事件.....	41
	(3) 高知市普通河川等管理条例事件.....	44
	(4) 小結.....	46
5	自主財政権.....	47
	(1) 概説.....	47
	(2) 自主課税権.....	48
	(3) 神奈川県臨時特例企業税事件.....	49

I 地方自治の意義

1 地方自治の憲法的保障の性格

明治憲法には地方自治に関する規定はなく、1888年に市制・町村制、1890年に府県制・郡制が敷かれる等、法律・勅令レベルで地方の政治・行政のあり方が定められていた。また、内務省の官僚が知事（府・県）・長官（都・道）を務める等、中央からのコントロールが強いため地方自治として十分なものではなかった¹。

これに対して日本国憲法は、第8章で地方自治について定めている。これは、地方自治が中央政府への権力の集中を妨げるという自由主義的な側面と、「地方自治は民主主義の学校である」という民主主義的な側面とに着目したものと考えられている。

地方自治の保障の性格については、①自治権が国法に由来するものとする国法伝來說（承認説）、②逆に地方自治体の自然権・固有権を保障したものとする固有権説の対立を踏まえて、③「地方自治という歴史的・伝統的制度の保障」と見る制度的保障説が支配的な見解であった²。最近では④「新固有権説」も有力になりつつあり³、また⑤社会契約論からの説明もなされている⁴。

ここで注意したいのは、通説とされてきた③説にいう「制度的保障」の内実が乏しいことである。第一に、ドイツのワイマール憲法の解釈として説かれた本来の「制度体保障」論からすれば、地方公共団体は、近代憲法の基本構造である「国家と個人の二極構造」に反する異物にすぎないものとなる⁵。しかし、日本国憲法における地方自治は、むしろ民主主義・自由主義といった憲法の基本原理に奉仕すべきものとして位置づけられる。第二に、制度の周辺部分は立法で形成可能だが、核心部分の変更は憲法改正が必要であるという意味で「制度的保障」を語り、憲法92条にいう「地方自治の本旨」（→2）がその核心に当たる、と説かれる場合もある。しかしこれは憲法92条に違反する立法はできないという自明の事柄を言い換えたにすぎない。このように、制度的保障という性格づけから有益な帰結が導かれるわけでもないため、最近の学説は、③説に批判的である⁶。

むしろ、憲法は国政を行う機構を政治の領域と法の領域に大別した上で、政治領域について「中央の政治（狭義の「国政」）」と「地方（自治体）の政治」に分割する「垂直的権力分立」を採用しており、憲法第8章の「地方自治」とはこれを表現したものである、という説明が有力化している⁷。このような説明は、同章の英文タイトルが“local self-government”であることから、自然なものといえる。

¹ 渋谷秀樹「地方自治」芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コメンタール憲法』（日本評論社、2011年）472頁以下。

² 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）367頁。

³ 杉原泰雄『憲法Ⅱ』（有斐閣、1988年）460頁以下。

⁴ 渋谷秀樹『憲法（第2版）』（有斐閣、2013年）732頁以下。

⁵ 石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、2007年）参照。

⁶ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2013年）369頁、長谷部恭男『憲法（第6版）』（新世社、2014年）448頁以下。

⁷ 高橋『立憲主義と日本国憲法』315頁、368頁。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）549頁以下、557頁以下も参照。

なお東京都特別区区長事件判決（最大判昭和 38・3・27 刑集 17 卷 2 号 121 頁）⁸は、地方自治の保障が「住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的業務は、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、と解している（→Ⅱ 2）。ここでは、公共サービスの供給の文脈で地方公共団体を理解することが前提となっているように思われる。

2 地方自治の本旨

仮に制度的保障説に立つとしても、法律によっても侵し得ない制度の核心が何か問題になる。それは「地方自治の本旨」（憲法 92 条）であり、その内容は「住民自治」と「団体自治」の 2 つの要素からなる、といわれる。なお後述するとおり（→3（2））、「国と地方の適切な役割分担」を地方自治の本旨に加える見解も有力となっており、この見解によれば、憲法 92 条は地方に対する国の介入を防御するだけでなく、積極的な事務配分を求める根拠ともなる。

【参考】憲法

92 条 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。

住民自治とは「地方自治が住民の意思に基づいて行われる」ことであり、団体自治とは「地方自治が国から独立した団体に委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされる」ことを意味する⁹。「団体自治は地方自治の分権的側面を、住民自治は地方自治の民主主義的側面を、それぞれ示す理念である」ともいわれる¹⁰。また地方自治の本旨が「個人の尊重」（憲法 13 条）に由来する地域的共同体の尊重に基礎づけられる、という説明も見られる¹¹。

しかし住民自治・団体自治は、任意の結論を導くことができるようなマジック・ワードではない。たとえば住民自治から直ちに「直接民主制」が帰結するわけではなく、むしろ議事機関として議会を置く憲法 93 条は、地方の政治についても代表制を基本としていると解される（→Ⅲ 1）。条例の制定改廃等、後述する住民の直接参加に関する諸制度（→Ⅲ 2（3））は、住民自治を踏まえた上で地方自治法が創設したものである。

3 国と地方の関係

（1）旧地方自治法

⁸ 飯島淳子「判批」磯部力・小幡純子・斎藤誠編『地方自治判例百選（第 4 版）』（有斐閣、2013 年）4 頁、中里見博「判批」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ（第 6 版）』（有斐閣、2013 年）440 頁。

⁹ 芦部『憲法』367 頁。

¹⁰ 長谷部『憲法』447 頁。

¹¹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』370 頁。

ア 概説

1999年改正前の地方自治法は、司法・刑罰・郵便といった国の専属的事務を除き、普通地方公共団体の事務として①「その公共事務」（固有事務）、②「法律又はこれに基く政令により普通地方公共団体に属するもの」（団体委任事務）、③「その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないもの」（行政事務）の3つを挙げ、その事務の例示として「地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること。」をはじめ、22事務を掲げていた（旧自治2条）¹²。

これらの「自治事務」に加えて、地方公共団体の長は「機関委任事務」を処理した。これは、住民に身近な事務も本来的には国の事務としたまま、地方公共団体の長に委任するという形式を取って、国の主務官庁による細部にわたるコントロールを可能にし（旧自治150条）、しかも地方公共団体の議会等の関与を排除していた。機関委任事務が占める事務の割合は、市町村については3～4割程度、都道府県については7割以上といわれる等、問題の多い制度であった。

また、職務執行を命ずる裁判が定めた期限までに地方公共団体の長が職務を執行しない場合には、主務大臣は、命令違反の確認を求める訴訟を提起することができ、命令違反の確認の裁判があったときは、内閣総理大臣は、地方公共団体の長を罷免することができる規定していた（旧自治146条6項・8項）。このしくみは、公選による長の身分を奪うもので、やはり住民自治・団体自治の観点から疑問視されていた。

イ 沖縄代理署名訴訟

機関委任事務制度において重要な憲法判例として注目されるのが、沖縄代理署名訴訟（最大判平成8・8・28民集50巻7号1952頁）である¹³。

国は使用権原を取得した上で、沖縄県内の民有地を基地用地として米軍に提供していたが、1995年、使用期間の満了が近づきながら土地所有者との合意による権原取得が見込めない土地について、駐留軍用地特措法に基づき権原を取得することにした。内閣総理大臣は、特措法に基づく使用認定を行ったが、所有者は土地・物権調書に署名等をせず、関係市町村長も代理署名等を拒否した。そこで内閣総理大臣は、沖縄県知事に対し、調書に対する署名等代行事務（機関委任事務）を行うよう求めたものの、知事はこれを拒否した。そこで内閣総理大臣は、代行事務の執行を勧告した上で執行を命じたが、知事が期限までに執行しなかったため、職務執行を命じる裁判を求めた（旧自治151条の2）、という事案である。最高裁は次のように述べた。

「都道府県知事は、地方住民の選挙によって選任され、当該都道府県の執行機関として、本来、国の機関に対して自主独立の地位を有するものであるが、他面、法律に基づき委任された国の事務を処理する関係においては、国の機関としての地位を有し、その事務処理については、主務大臣の指揮監督を受けるべきものである（国家行政組織法15条1

¹² 宇賀克也『地方自治法概説（第6版）』（有斐閣、2015年）116頁以下。

¹³ 水島朝穂「判批」『憲法判例百選Ⅱ』370頁、交告尚史「判批」『地方自治判例百選（第4版）』（有斐閣、2013年）202頁。

項、地方自治法 150 条)。しかし、右事務の管理執行に関する主務大臣の指揮監督につき、いわゆる上命下服の関係にある国の本来の行政機構内部における指揮監督の方法と同様の方法を採用することは、都道府県知事本来の地位の自主独立性を害し、ひいては地方自治の本旨にもとる結果となるおそれがある。そこで、地方自治法 151 条の 2 は、都道府県知事本来の地位の自主独立性の尊重と国の委任事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の実効性の確保との間の調和を図るために職務執行命令訴訟の制度を採用しているのである。そして、同条が裁判所を関与させることとしたのは、主務大臣が都道府県知事に対して発した職務執行命令の適法性を裁判所に判断させ、裁判所がその適法性を認めた場合に初めて主務大臣において代執行権を行使し得るものとするのが、右の調和を図るゆえんであるとの趣旨に出たものと解される。

この趣旨から考えると、職務執行命令訴訟においては、下命者である主務大臣の判断の優越性を前提に都道府県知事が職務執行命令に拘束されるか否かを判断すべきものと解するのは相当でなく、主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべきものと解するのが相当である。」

本判決は「都道府県知事本来の地位の自主独立性を害し、ひいては地方自治の本旨にもとる結果となるおそれ」を重視し、裁判所が「主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべき」と判断した点で、団体自治に一定の理解を示したものと解される（最判昭和 35・6・17 民集 14 卷 8 号 1420 頁も参照）。

(2) 第一次地方分権改革

ア 国と地方の役割分担

このように憲法が地方自治を保障したにもかかわらず、実際には、強力な中央集権体制が維持されてきた。しかし 1990 年代に入ると地方分権推進の気運が高まり、1995 年には地方分権推進法が制定された。そして 1999 年には地方自治法が改正されて、住民に身近な行政は地方に委ね、国は外交・防衛等の国が本来果たすべき役割を重点的に担うべきである、とされた（自治 1 条の 2・2 条 11 項・12 項）。この「国と地方公共団体との適切な役割分担」もまた憲法上の「地方自治の本旨」（→2）に含まれる、という理解が現在では有力化している¹⁴。

【参考】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つ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

¹⁴ 小早川光郎「地方分権改革」公法研究 62 号（2000 年）170 頁。

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。

第2条

1 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。

1 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。この場合において、特別地方公共団体に関する法令の規定は、この法律に定める特別地方公共団体の特性にも照応するように、これを解釈し、及び運用しなければならない。

このような国と地方の役割分担を踏まえて、機関委任事務が廃止されるとともに、固有事務、団体委任事務、行政事務の区分や例示が廃止され、地方公共団体の行う事務は、「自治事務」と「法定受託事務」に整理された（→IV 1）。

イ 国の関与、国と地方の紛争処理

1999年改正地方自治法は、地方公共団体の事務処理のあり方に対する「国の関与」を制限し透明化するためのしくみを整備した（自治 245 条以下）。国の関与の要件は、法律の根拠、目的達成のために必要最小限度であること、地方公共団体の自主性及び自立性への配慮の3つである（自治 245 条の2、245 条の3）。国の関与は、それぞれの事務の区分に応じて、助言又は勧告、資料の提出の要求、是正の要求¹⁵、同意、許可・認可又は承認、指示、代執行、普通地方公共団体との協議、その他一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別に関わる行為に分かれる（自治 245 条）。国の関与が公正かつ適正に行われるよう、手続も法定されている（自治 246 条以下）。

【参考】地方自治法

（関与の法定主義）

第 245 条の 2 普通地方公共団体は、その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとされることはない。

（関与の基本原則）

第 245 条の 3 国は、普通地方公共団体が、その事務の処理に関し、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとする場合には、その目的を達成す

¹⁵ 初の是正の要求として、文部科学省による沖縄県竹富町教育委員会に対するもの（2014年）がある。遠藤美奈「中央政府と地方政府の関係」笹田栄司ほか『トピックからはじめる統治制度』（有斐閣、2015年）180頁。

るために必要な最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならない。

さらに、国と地方の紛争処理のために、第三者機関である国地方係争処理委員会が設けられた（自治 250 条の 7 以下）。地方公共団体の首長は国の関与の一部等について不服があるときは、同委員会に審査の申出をすることができる（自治 250 条の 13）。同委員会は、国の関与が違法であるか、地方団体の自主性及び自立性を尊重する観点から不当であると認めるときは、総務大臣に必要な措置を講ずべきことを勧告する（自治 250 条の 14）。審査結果又は勧告に不服がある首長は、高等裁判所に違法な国の関与の取消しの訴え等を提起することもできる（自治 251 条の 5）。

また、総務省の「国・地方間の係争処理のあり方に関する研究会」報告書（2009 年）を受けて、2012 年には、国が地方公共団体の違法な行為に対して是正を要求したにもかかわらず地方公共団体が応じない場合に、国が不作為の違法確認を求めて出訴するしくみも整備された（自治 251 条の 7）。なお、国と地方の間の訴訟は「法律上の争訟」（裁 3 条）ではなく、機関訴訟（行訴 6 条）に当たると考えられている（最判平成 13・7・13 訟月 48 卷 8 号 2014 頁）¹⁶。

（3）第二次地方分権改革

第一次地方分権改革では、国と地方の事務の再配分がなされたものの、同時に法令の規律密度も高まった結果、地方の自由がかえって制限されてしまったとも指摘された。このため、地方分権改革を推進するための理念、国の施策、推進体制の枠組みを規定する地方分権改革推進法が 2006 年に制定された。同法は、地方分権改革推進委員会の調査審議・勧告に基づき、国が地方分権改革推進計画を策定するものとしている。そして現在まで、6 次にわたる地方分権改革一括法（2011 年 4 月、8 月、2013 年 6 月、2014 年 5 月、2015 年 6 月、2016 年 5 月）によって、国から地方公共団体、都道府県から指定都市・市町村への事務・権限の移譲、義務付け・枠付けの見直しが進められている¹⁷。また 2014 年からは、地方分権改革推進委員会の勧告に代えて「提案募集方式」が導入され、地方の発意に根差した新たな取組が推進されている。

【参考】地方分権改革推進法

（地方分権改革の推進に関する国の施策）

第 5 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

¹⁶ 稲葉馨「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』194 頁。

¹⁷ 地方分権改革の動向と論点については飯島淳子「地方自治論」法学教室 357 号（2010 年）11 頁以下、「地方自治法改正」法学教室 390 号（2013 年）37 頁以下。

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。

2 前項に規定する措置を講ずるに当たっては、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。

「一般には、憲法 92 条および 94 条は、中央政府と地方との事務の配分の決定権を、国会に与えたものとして理解されている」¹⁸ため、「関係法令の制定・改廃に自治体の声を反映させるシステムの設置が課題となる」¹⁹。この点については、地方公共団体の機関の全国的連合組織（地方 6 団体）が内閣や国会に意見書を提出することができる（自治 263 条の 3）。個別法で自治体の意見聴取が義務づけられている場合もある（国土利用 5 条 3 項等）。さらに 2011 年には国と地方の協議の場に関する法律が制定され、地方自治に影響を及ぼす国の政策の企画及び立案並びに実施について、国と地方 6 団体の定例的な協議の場が設定されたところである。先述の提案募集方式も、この一種と見ることもできるであろう。

II 憲法上の地方公共団体

1 概説

普通地方公共団体（都道府県及び市町村）及び特別地方公共団体²⁰（特別区、地方公共団体の組合及び財産区）が地方自治法上の「地方公共団体」である（自治 1 条の 3）。地方分権改革に伴い、国から移された事務・権限の「受け皿」となる地方公共団体を強化するために、市町村合併が推し進められた結果、1999 年 3 月末に 3,232 あった市町村の数は、2014 年 4 月には 1,718 にまで減少している（平成の大合併）。広域化による住民自治の空洞化を懸念する声もあるが、人口の減少、少子高齢化を見据えて市町村間の連携を強化する試み（定住自立圏構想）も進められている²¹。

【参考】地方自治法

第 1 条の 3 地方公共団体は、普通地方公共団体及び特別地方公共団体とする。

2 普通地方公共団体は、都道府県及び市町村とする。

3 特別地方公共団体は、特別区、地方公共団体の組合及び財産区とする。

¹⁸ 長谷部『憲法』448 頁。

¹⁹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』378 頁。

²⁰ 特別地方公共団体として地方開発事業団も挙げられていたが、2011 年地方自治法改正により、関連する規定は削除された。

²¹ 総務省「定住自立圏構想研究会報告書～住みたいまちで暮らせる日本を～」(2008 年)、「定住自立圏構想の今後のあり方に関する研究会最終報告書」(2014 年)。

さて、これらの地方公共団体のうち、憲法上の保障を受ける「地方公共団体」はどれであろうか。通説は、市町村のほか、都道府県も憲法上の地方公共団体であり、したがって憲法は市町村・都道府県の二層制を保障する、と解している²²。東京都特別区区長事件判決は、地方自治の憲法的保障の性格（→ I 1）について述べた後、次のように説いている。

「この趣旨に徴するときは、右の地方公共団体といえるためには、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ことだけではならず、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ものというべきである。そして、かかる実体を備えた団体である以上、その実体を無視して、憲法で保障した地方自治の権能を法律を以て奪うことは、許されないものと解するを相当とする。」

本判決は、憲法上の「地方公共団体」であるための要件として、①「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」（共同体意識論）、②「地方自治の基本的権能を附与された地域団体」であることの、2要件を挙げている。しかし、①については時代によって変わりうるものであり、「社会的基盤としての共同体意識の要素は、地方公共団体存立の前提要件とはならない」²³と考えるのが適切であろう。②についても、権能を付与したり削減したりする立法によって、憲法上の「地方公共団体」の範囲が変更可能になってしまうのではないか、という疑問がある。

そこで現在の学説では、憲法上の「地方公共団体」を「一定区域を基礎に、その区域内の住民を構成要素として、その独自の統治意思の下に行財政運営を行う統治団体にして法人格を有するもの」と定義している²⁴。東京都の特別区は、現在では憲法上の「地方公共団体」であると考えられている（→ 2）。

なお 2012 年の「大都市地域における特別区の設置に関する法律」により設置される特別区も、市町村を廃止しそれに代わるものとして設けられるものであり、憲法上の「地方公共団体」に当たると説明されている²⁵。

2 都区制度

（1）概説

現在の東京都は、1889 年に誕生し 1932 年の合併により拡大した東京市と、東京府が、

²² 芦部『憲法』368 頁、高橋『立憲主義と日本国憲法』372 頁。

²³ 渋谷秀樹「地方自治」ジュリスト 1334 号（2007 年）135 頁。

²⁴ 佐藤『日本国憲法論』551 頁。

²⁵ 高橋『立憲主義と日本国憲法』371 頁。

戦時中の1943年に合体して生まれた。この経緯から、東京都は府県と市の二重の性格をもつ。しかもどちらに力点を置くかによって、都と特別区の関係もまた異なって理解できる。たとえば、東京市が東京府を飲み込んで東京都が生まれたとすれば、第一次的な自治体は東京都であり、特別区は都の内部構成団体にすぎない。逆に東京府が東京市を吸収したのだと考えれば、特別区は市と同等の存在であるべきで、東京都は他の道府県と同様に広域行政だけを扱えばよいことになる²⁶。

(2) 東京都の特別区

ア 東京都特別区区長事件

1952年地方自治法改正により、東京都特別区区長の公選制が廃止され、特別区の議会が都知事の同意を得てこれを任命することとされた(旧自治281条の2)。東京都渋谷区議会議員であった被告人は、1957年8月の区議会で行われた区長の選任に関して、金銭の提供・收受をしたため贈収賄罪で起訴されたが、最高裁は次のように述べた。

「〔東京都特別〕区は、明治11年郡区町村編制法施行以来地方団体としての長い歴史と伝統を有するものではあるが、未だ市町村のごとき完全な自治体としての地位を有していたことはなく、そうした機能を果たしたこともなかった。」

「特別区は昭和21年9月都制の一部改正によつて自治権の拡充強化が図られたが、翌22年4月制定の地方自治法をはじめその他の法律によつてその自治権に重大な制約が加えられているのは、東京都の戦後における急速な経済の発展、文化の興隆と、住民の日常生活が、特別区の範囲を超えて他の地域に及ぶもの多く、都心と郊外の昼夜の人口差は次第に甚だしく、区の財源の偏在化も益々著しくなり、23区の存する地域全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政を実現せんとする要請に基づくものであつて、所詮、特別区が、東京都という市の性格をも併有した独立地方公共団体の一部を形成していることに基因するものというべきである。

しかして、特別区の実体が右のごときものである以上、特別区は、その長の公選制が法律によつて認められていたとはいえ、憲法制定当時においてもまた昭和27年8月地方自治法改正当時においても、憲法93条2項の地方公共団体と認めることはできない。従つて、改正地方自治法が右公選制を廃止し、これに代えて、区長は特別区の議会の議員の選挙権を有する者で年齢25年以上のものの中から特別区の議会が都知事の同意を得て選任するという方法を採用したからといつて、それは立法政策の問題にほかならず、憲法93条2項に違反するものということとはできない。」

本判決は「第一次的な自治体は東京都であり、特別区は都の内部構成団体にすぎない」という論理を強調し、東京都の特別区は憲法上の地方公共団体ではないとの立場を採った。

²⁶ 金井利之『自治制度』(東京大学出版会、2007年)143頁以下。以下については宍戸常寿「東京から憲法を考える」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』194頁以下も参照。

イ 区長準公選運動

その後、区議会が区長の選出に不手際が多かったこと、公選復活を求める声が高まり、住民投票の結果を区議会が尊重するという区長準公選運動も盛んとなった²⁷。

品川区の特別区長準公選条例について、区民投票のために支出を命じた区長職務代理者に対し、違法な条例に基づく支出命令であるとして住民訴訟が提起された事件で、東京地判昭和 50・3・3 行集 26 巻 3 号 313 頁は、地方自治法は「区議会が広く区民の意向を調査しその結果を参考にして区長候補者を選定することを禁止」しておらず、その「手段・方法は広くその裁量に委ねられており、区議会がその良識と住民自治の理念にもとづき自主的に定めることができる」こと、区民投票の結果は区議会を法的に拘束しないことに触れた上で、準公選制は「もっとも広く区民の自由意思を反映させる民主的な手続であり、まさに地方自治の本旨に合致」する、区議会が区民投票を実施することは調査権（自治 100 条）の範囲を越えないと述べて、請求を棄却した。

さらに東京高判昭和 50・9・18 行集 26 巻 9 号 1008 頁²⁸は、本条例が「選任権行使（決議）の参考に供するため、区議会に付与された調査権の裁量の範囲内において地域住民の意向を調査しようとする」もので「代表民主制（憲法前文、憲法第 93 条）を否定するものでない」、区議会が特別委員会および同委員会の設置する投票管理委員会に選挙事務を委ねたことは、調査権の放棄にも一般的委譲にも当たらないと述べて、控訴を棄却した。

両判決は、準公選の意義を認めたものであり、学説も高く評価している²⁹。なお調査権行使の形で住民投票が実施されたのは、議会の任務に対する行政の関与を排除するためだが、調査権行使一般や住民投票の実施方法としても、参考に値する（→Ⅲ 2、3）。

ウ 現在の都区制度

1974 年の地方自治法改正では区長公選制が復活し、特別区の事務も限定主義から一般概括主義へと改められることになった。特別区側はその後市への昇格を求めたが、都から特別区へ清掃事業を移管する作業が中心的な課題として浮上し、しかも職員の身分切り替えが絡むために、進捗しなかった。ようやく 1998 年に地方自治法が改正され、特別区が「基礎的な地方公共団体」であることが明記されるに至った（自治 281 条の 2 第 2 項）³⁰。このような経緯を踏まえれば、東京都特別区区長事件判決（→1）を前提にしたとしても、現在の特別区は憲法上の「地方公共団体」である、と解すべきであろう³¹。

東京都と特別区の関係は、現在なお、他の道府県と市町村の関係とは異なる。都は「人口が高度に集中する大都市地域における行政の一体性及び統一性の確保の観点から当該区

²⁷ 練馬区長準公選運動について東京地判昭和 43・6・6 行集 19 巻 6 号 991 頁。

²⁸ 宍戸常寿「判批」磯部力・小幡純子・斎藤誠編『地方自治判例百選（第 3 版）』（有斐閣、2003 年）218 頁。

²⁹ 神原勝「区長公選制の意義と特別区の自治」ジュリスト増刊『現代都市と自治』（1975 年）119 頁、針生誠吉『自治体憲法学』（学陽書房、1976 年）127 頁以下。

³⁰ 成田頼明「都区制度の改革と都区間の新たな役割分担」ジュリスト 1140 号（1998 年）57 頁以下、公益財団法人特別区協議会編（大森彌監修）『東京 23 区 自治権拡充運動と「首都行政制度の構想」』（日本評論社、2010 年）。

³¹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』371 頁。

域を通じて都が一体的に処理することが必要であると認められる事務」を、特別区に代わって処理する（自治 281 条の 2 第 1 項）。さらに、市町村が課税するはずの固定資産税等を都が課税した上で、特別区財政調整交付金として特別区に配分する（自治 282 条）。また、特別区が都の内部団体であることを象徴していた都区協議会も、都と特別区の連絡調整機関として、存続している（自治 282 条の 2）。

2007 年、特別区制度調査会は、都における「行政の一体性」の呪縛から脱却して、特別区を市に改めた上、市相互の協力関係を構築すべきだとする報告をまとめている。これに対しては、特別区の特異性を強調する見解もなお有力である³²。

また、2011 年の東日本大震災が首都機能の一極集中の危険性を強く意識させた結果、国会の超党派議連が同年 7 月に「首都代替機能整備推進法案」の概要を発表する等、一時は「副首都」構想が注目を集めたが、現在では後退している。むしろ「副首都」の受け皿の最右翼である大阪では、「大阪都」構想が提唱された。これは現在のところ東京に限られている都区制度を大阪でも実施しようとする試みで、大阪市・堺市を廃止してその機能の一部を「大阪都」に吸収し、残る機能を特別区が担うというものである。都区制度が大都市行政の成功例と評価されていることになるが、住民自治やガバナンスの観点からの考察も欠かせない。大阪市の住民投票（2015 年 5 月）により「大阪都」構想は否決されたものの、今後の展開が注目される。

3 道州制

現行の都道府県は憲法上の「地方公共団体」に当たり、憲法は市町村と都道府県の二層制を保障していると解されている。それでは、行政の広域化のため都道府県を道州制に発展的に解消することは許されるか。仮に東京都特別区区長事件判決における共同体意識論（→ 1）を強調するならば、都道府県の廃止は許されないのではないか。

この点について学説では、「『地方自治の本旨』を生かすために広域化する必要がある」場合には、二層制を維持したまま都道府県制を道州制へと再編することも許される、という見解が有力である³³。換言すれば、都道府県から移行する道州は、憲法上の地方公共団体であり、住民自治・団体自治が保障される必要がある。

なお、市町村合併は当該地方公共団体の同意（ないし住民投票）が必要である一方（自治 7 条等）、都道府県は国の法律で一方的に廃止できる（自治 6 条）。この点で、個々の都道府県が道州制への移行に際して、自らの消滅が憲法違反だと主張できないかどうか問題となり得るが、一般には、地方自治の保障について固有権説（→ I 1）を採らない限りは、「個々の自治体の存続保障」は憲法上主張できないと解される³⁴。

もっとも制度設計に当たっては、住民自治にふさわしい広域自治体の規模または機能とは何かが問題になる³⁵。第 28 次地方制度調査会「道州制のあり方に関する答申」（2006

³² 櫻井敬子『行政法講座』（第一法規、2010 年）87 頁以下。

³³ 芦部『憲法』369 頁、佐藤『日本国憲法論』552 頁以下。長谷部『憲法』452 頁も参照。

³⁴ 小山剛「地方自治の本旨」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法（第 2 版）』（弘文堂、2013 年）381 頁以下。

³⁵ 地方自治法における機能法的考察の意義と限界について斎藤誠「憲法と地方自治」『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012 年）61 頁以下。

年)は、「国と基礎自治体の間に位置する広域自治体のあり方を見直すことによって、国と地方の双方の政府を再構築しようとするものであり、その導入は地方分権を加速させ、国家としての機能を強化し、国と地方を通じた力強く効率的な政府を実現するための有効な方策となる可能性を有している」と述べて、道州制の導入に前向きな姿勢を示した。そして、「広域の圏域における行政は、選挙により選ばれた長や議会を有し、民主的プロセスを通じた住民のコンセンサス形成の仕組みを備えた広域自治体たる道州が、できる限り総合的に担うこととすべきである」としている。これは先に述べた憲法上の諸要請を踏まえて、憲法上の地方公共団体として道州を構想したものと捉えられる。

もつとも、道州の規模、住民からの自治権要求、効率性といった観点から見れば、「道州制を導入すべきとの議論には、なお多くのハードルが残されている」といえよう³⁶。

Ⅲ 地方公共団体の機関

1 二元代表制

(1) 概説

憲法 93 条は、地方公共団体の機関として公選の長と議会を規定する。それを受けて地方自治法は、議員と長の兼職禁止を定める（自治 141 条 2 項）等、「二元代表制」のしくみを具体的に定めるとともに、住民自治を活かすために、政治に対する住民の直接参加を国政よりも広く認めている。

【参考】憲法

第 93 条 地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。

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。

国政の基本的なしくみである議院内閣制では、内閣による衆議院の解散と国会による内閣の責任追及が組み込まれることによって、内閣と国会が相互に連携し反発し合う関係が生まれる。これに対して地方政治では、執行権の担い手である長と、議決機関である議会が、それぞれ直接に住民に対して責任を負う二元代表制が採られている。長が、議会の議決に異議があるときに、再議を要求することができる（自治 176 条 1 項）または要求しな

³⁶ 原田一明「地方自治の将来」笹田ほか『トピックからはじめる統治制度』190 頁。さらに大沢秀介「道州制」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』164 頁以下、大橋洋一・金井利之ほか「〔座談会〕道州制」ジュリスト 1387 号（2009 年）106 頁以下、渋谷秀樹「92 条」『新基本法コメンタール憲法』481 頁も参照。

なければならない（自治 176 条 4 項、177 条 1 項）というしくみは、アメリカ大統領制における拒否権に近いものといえよう³⁷。

もつとも地方自治法は、議会の特別多数決による長に対する不信任議決と、長による議会の解散という、議院内閣制的なしくみも一部導入している（自治 178 条）。

【参考】地方自治法

第 178 条 普通地方公共団体の議会において、当該普通地方公共団体の長の不信任の議決をしたときは、直ちに議長からその旨を当該普通地方公共団体の長に通知しなければならない。この場合においては、普通地方公共団体の長は、その通知を受けた日から十日以内に議会を解散することができる。

2 議会において当該普通地方公共団体の長の不信任の議決をした場合において、前項の期間内に議会を解散しないとき、又はその解散後初めて招集された議会において再び不信任の議決があり、議長から当該普通地方公共団体の長に対しその旨の通知があつたときは、普通地方公共団体の長は、同項の期間が経過した日又は議長から通知があつた日においてその職を失う。

3 前二項の規定による不信任の議決については、議員数の三分の二以上の者が出席し、第一項の場合においてはその四分の三以上の者の、前項の場合においてはその過半数の者の同意がなければならない。

（2）首長制

議会が議事機関であることは憲法の定めるところであるが、長については明文で定められていない。長を執行機関とする首長制（自治 147 条・148 条）³⁸は、憲法上の要求でもあって、他の組織形態を採ることは違憲になるのか。

この点について、多数説は憲法 93 条が執行機関の首長制を義務づけていると解している。憲法が公選を要求している長は単なる「お飾り」ではなく、長と議会が各々住民を代表して権限を行使することが予定されていると考えるのは、確かに素直な解釈である。しかし多数説に対しては、憲法 93 条は長を置くならば公選にしなければならないことを要求するだけであり、アメリカで採られているシティ・マネージャー制（議会の選任するマネージャーに執行権を委ねる）や、議会自身が執行権の長を兼ねることも許される、と説く見解もある³⁹。

この論点については、ひとまず多数説を出発点とするにしても、それを徹底して現行の二元代表制が憲法上固定されている、と考えるべきではないであろう⁴⁰。前述のとおり地方自治法はいわば議院内閣制的な要素を取り入れているが、それが憲法 93 条に違反するとされないのは、制度形成の余地がある程度認められているはずだからである。

³⁷ 高橋『立憲主義と日本国憲法』383 頁。

³⁸ 宇賀克也「首長制」法学教室 165 号（1994 年）29 頁以下、木下和朗「学者知事の選出と首長制」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』224 頁以下。

³⁹ 渋谷『憲法』739 頁以下

⁴⁰ 佐藤『日本国憲法論』556 頁。

(3) 二元代表制の改革

また、シティ・マネージャー制の導入論が主張される背景として、二元代表制では、長に対する議会のコントロールが十分でないことに注意が必要である。とりわけ都道府県における知事の汚職等の弊害は、しばしば問題とされてきた⁴¹。

この点、総務省の「首長の多選問題に関する調査研究会」報告書（2007年）は、知事の大選を制限することも憲法上許される、との見解をまとめている⁴²。その前提として、被選挙権が憲法15条により保障されるものであるとすれば、多選制限は違憲の疑いが強いことになる。この点に関して、三井美唄炭坑事件（最大判昭和43・12・24刑集22巻13号1425頁）では、労働組合の構成員が市議会議員選挙に立候補し当選した他の構成員を統制違反者として処分したことが選挙の自由妨害罪（公選225条）に該当するかが争われた。最高裁は、公職選挙法の採用する立候補制度の下で「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である」ことから、「憲法15条1項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである」と判示した。先の報告書は、本判決が立候補の制約が「選挙人の自由な意思の表明を阻害する」ことを強調しているものと捉えた上で、被選挙権は国民の選挙（権）にとっての手段であり憲法上の権利ではないとしている、という理解を前提にするものと解される⁴³。

そもそも二元代表制は、「長の選挙においては、自治体の政治の基本政策が争点化され、それを住民が選択する意味をもつので、長が基本政策の実施に積極的なイニシアティブをとりやすい環境が醸成される」反面、「長と議会の正面衝突の予防と解決方法を考えておく必要がある」り、その予防の方法として、①長と議会の選挙を同時期に行う、②議会の構成にイデオロギー的な政党色が強くないよう選挙制度を工夫することが考えられる⁴⁴。①について、長と議会の任期はともに4年と法定されているが（自治93条1項、140条1項）、現在では選挙時期にズレが生じている地方公共団体も多い。他方、現行の大選挙区単記投票制は政党色が弱い点で②に適合的であるが、その反面で長に対する議会の実効的統制が問題視されてきた点も、既に触れたとおりである。この点では、むしろ地方議会の政党化を強めるとともに、過度の政党間対立を避けるために、比例代表制を導入することが望ましいとも考えられる。

いずれにしても、地方自治法が地方組織のあり方を定めたのは、制定当時の民主化要求によるものであり、住民自治の理念が定着した現在では、地方公共団体自身が自治組織権を行使して、ガバナンスと統制の実効性を高める組織改革に取り組むことが期待される⁴⁵。

41 渋谷秀樹「地方公共団体の組織と憲法」立憲法学70号（2006年）215頁以下。

42 「〔特集〕首長多選制限をめぐって」ジュリスト1340号（2007年）8頁以下。

43 高橋和之「『被選挙権』は憲法による保障を受けない」ジュリスト1340号（2007年）14頁以下。批判として渋谷「93条」487頁以下。

44 高橋『立憲主義と日本国憲法』382頁。

45 遠藤「中央政府と地方政府の関係」178頁。

2 住民の政治参加

(1) 概説

日本国憲法は国民主権の原理を宣言するとともに（前文、1条）、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」（15条1項）と定める。公務員の選定罷免権は、広く立法・行政・司法に関する国または地方公共団体の事務を継続的に担当するすべての者の選定または罷免が、直接または間接に主権者たる国民の意思に基づくものでなければならない根本原理を定めるものであり、「憲法第15条は公務員の選定をすべて選挙の方法によるべきものとしたのではな [い]」（最大判昭和24・4・20民集3巻5号135頁）。

その上で憲法は「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する」（93条2項）と定める。「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すもの」（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）⁴⁶であり、選挙権の行使は、地方自治においても、特に重要な政治参加の方法である。なお、教育委員会の公選制が1956年に廃止された後、直接選挙で選定される「吏員」は存在しない⁴⁷。

(2) 住民の範囲

住民自治における「住民」の範囲について、地方自治法上の「住民」は外国人を含む（自治10条）。しかし、地方選挙権を有するのは日本国籍を有する住民に限られる（自治11条）。

【参考】地方自治法

第10条 市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びこれを包括する都道府県の住民とする。

2 住民は、法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の役務の提供をひとしく受ける権利を有し、その負担を分任する義務を負う。

第11条 日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の選挙に参加する権利を有する。

ア 選挙人名簿への登録と住所

公職選挙法21条1項は、選挙人名簿への登録に当たって引き続き3箇月間以上住民基本台帳に記録されていることを要件としている。これは、限定された期間において選挙権の行使が排除されるにすぎないから、かかる要件を定めることも立法裁量の範囲内であり合憲であるとした裁判例がある（東京高判平成25・2・19判時2192号30頁）。

公職選挙法9条2項は、地方公共団体における選挙権について引き続き3箇月以上市町

⁴⁶ 野坂泰司「判批」『憲法判例百選Ⅱ』324頁。

⁴⁷ 高橋『立憲主義と日本国憲法』379頁。

村の区域内に住所を有することを要件としているが、一定の場所がここにいう住所に該当するかどうかは「客観的に生活の本拠たる実体を具備しているか否か」により判断される（最判平成 9・8・25 判時 1616 号 52 頁）。公園内のテントに居住する者が提出した公園を住所とする転居届に対する市の区長による不受理処分が参政権の行使を侵害する等と主張された事案で、テントの所在地が客観的に生活の本拠としての実体を具備しているものとはいえないとして、当該処分を適法とした裁判例がある（最判平成 20・10・3 判時 2026 号 11 頁）⁴⁸。

イ 外国人の参政権

日本国に在留する外国人にも、権利の性質上日本国民のみを対象とするものを除き基本的人権の保障が及ぶが（最大判昭和 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁）、公職選挙法 9 条 1 項が国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っていることは違憲ではないとされている（最判平成 5・2・26 判時 1452 号 37 頁）。

他方、地方公共団体の議会議員及び長の選挙権を日本国民たる住民に限っている公職選挙法 9 条 2 項等も違憲ではないが、最判平成 7・2・28 民集 49 卷 2 号 639 頁⁴⁹は次のように述べている。

「憲法 93 条 2 項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第 8 章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない。」

本判決は、東京都特別区区長事件判決における地方自治の理解（→ I 1）を前提として、国民主権原理は、そのような地方政治への参加の手段である選挙権を法律により定住外国人に付与することまでも排除するものではない、という立場を採っている。

ウ 外国人の公務就任権

関連して、公務就任権を憲法上の権利として認めるか、権利の性質として参政権ないし被選挙権的側面を重視するか職業選択の自由として捉えるかどうかについて、争いがある。

⁴⁸ 太田匡彦「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』20 頁。

⁴⁹ 柳井健一「判批」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選 I（第 6 版）』（有斐閣、2013 年）10 頁、高田篤「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』24 頁。

東京都定住外国人管理職事件判決（最大判平成 17・1・26 民集 59 卷 1 号 128 頁）⁵⁰は、「国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法 1 条、15 条 1 項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべき」とした上で、定住外国人である職員に対して管理職選考の受験を拒否したことは法の下での平等（憲法 14 条 1 項）に反しないと判断した。

本判決は憲法上外国人に地方公共団体における公務就任権の保障が及ぶかどうかという論点には立ち入ったものではない（藤田宙靖裁判官補足意見）。また本判決は、ほぼすべての職種の管理職制度を一体的に運用するという人事制度を東京都が採用していたことを前提にするもので、事例判断にとどまる。なおこの人事制度は、脱学歴という点で高く評価されてきたが、巨大な地方政府の運営において、総合性と専門性のバランスに欠けるおそれもある点にも、注意すべきであろう。

（3）住民の直接参加

「地方自治は民主主義の学校」という言葉の示すとおり、地方政治では住民の直接参加が広汎に認められる⁵¹。

ア 地方特別法の住民投票

憲法は、地方特別法について国会単独立法の原則を修正し、住民投票による過半数の同意を要求している（憲法 95 条）。ただしこの制度は、広島平和記念都市建設法（1949 年）や首都建設法（1950 年）等、憲法施行直後の限られた立法について用いられたにすぎない⁵²。

地方特別法について住民投票が必要とされた趣旨は、国会が特定の地方公共団体にのみ不利な立法を押しつけることを防止するものであり、特定の地方公共団体を優遇する立法はこれに該当しないと解される。地方公共団体の同意が議会の議決ではなく住民投票によるべきこととした点に、住民自治の理念が反映されている⁵³。政府見解は、地方特別法を「特定の地方公共団体の組織、運営、権能、権利、義務について特例を定める法律」に限っているが、それを厳格に解すべきではない⁵⁴。

【参考】憲法

第 95 条 一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。

⁵⁰ 近藤敦「判批」『憲法判例百選 I』12 頁、松戸浩「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』136 頁。

⁵¹ 新井誠「地域における民主政」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』174 頁以下。

⁵² 大津浩「95 条」『新基本法コメンタール憲法』499 頁。

⁵³ 高橋『立憲主義と日本国憲法』378 頁。

⁵⁴ 佐藤『日本国憲法論』560 頁。

イ 地方自治法の定める直接参加制度

地方自治法は、①条例の制定・改廃の請求（自治 12 条 1 項、74 条）、②事務の監査請求（自治 12 条 2 項、75 条）、③住民投票による議会の解散請求（自治 13 条 1 項、76 条以下）及び④地方公共団体の議会議員及び長の解職請求（自治 13 条 2 項、80 条以下）を規定する。国会議員は全国民の代表（憲法 43 条 1 項）であるから、選挙区の有権者が選挙した議員を任期中に解職する制度（リコール制）は許されないが、地方で③④が認められているのは住民自治の現れと見ることができる。

②に加えて、住民は長から独立した機関である監査委員に、長等の職員の財務会計上の行為に対する監査を求めることができる（自治 242 条）。住民は、監査結果に不服がある場合には、職員に対する損害賠償の請求を長等に求める訴えを提起することができる（自治 242 条の 2）。最高裁は、住民訴訟も「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」であるとしている（最判昭和 53・3・30 民集 32 卷 2 号 485 頁）⁵⁵。

ウ 請願権

請願権（憲法 16 条）は、国民の政治参加が認められていなかった時代には、統治者に対し被治者の意見を伝え、その権利利益を回復するための重要な手段であったが、現在でも選挙権を有しない未成年者等にとって、重要な参政権的機能を有する⁵⁶。地方自治法は、地方議会に対する請願について規定する（自治 124 条以下）。請願権は公の機関に対し適法な請願すなわち希望の陳述を受理するよう求める権利であって、請願の内容について審理を求め、法的な効果を持つ判定を求めることまでは含まない。請願の提出を受けた町の職員が、個々の署名者や署名収集者を戸別訪問して署名の内容・経緯を質す等した事案について、名古屋高判平成 24・4・27 判時 2178 号 23 頁は、請願権が「国民の政治参加のための重要な権利」であって「将来の請願行為をしにくくすることや請願をした者を萎縮させること」は許されず、請願権の制約には「その目的の正当性や手段の相当性について厳格な審査を受けその要件を充たすことが必要である」と判示した。

（４）拘束的住民投票制度の導入の可否

原発施設や米軍基地の受け入れ等、住民に身近な問題について、地方公共団体が住民投票を実施する例が増えている⁵⁷。国政については代表民主制に反するため国民投票に拘束力を認めることはできないが、地方では住民自治に配慮して、法律で住民投票の結果に長・議会に対する拘束力を認めることも違憲ではない、と解される（合憲・違法説）⁵⁸。した

⁵⁵ 尾形健「判批」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、2014 年）435 頁。

⁵⁶ 以下については穴戸常寿「16 条」長谷部恭男編『注釈日本国憲法第 2 卷』（有斐閣、近刊）。

⁵⁷ 新潟県西蒲原郡巻町（現新潟市）の原子力発電所建設についての住民投票条例（1995 年）が有名である。以下については麻生多聞「直接民主制による間接民主制の補完」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』214 頁以下も参照。

⁵⁸ 赤坂正浩「代表民主制と国民投票・住民投票」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』

がって、地方自治法を改正して、住民投票の結果に法的拘束力をもたせることも考えられる。また、立法によらなければ法的拘束力を認めることができないということ自体、地方公共団体の自主組織権を侵害するものではないか、再検討の余地もある。もっとも住民投票に法的拘束力を与えるに際しては、プレビシットや世論操作・誘導のおそれがあることから、「制度内容や実施方法によほどの工夫」も必要である⁵⁹。

この点で興味深いのは、名護市住民投票条例事件（那覇地判平成 12・5・9 判時 1746 号 122 頁）である⁶⁰。1996 年 12 月、日米政府は、沖縄県宜野湾市の米軍普天間基地の返還について合意したが、海上ヘリポート基地を名護市に移設することが条件とされていた。名護市の反対派住民は、1997 年 9 月に、有権者の 46 パーセント以上の署名を集め、名護市長に対して、基地建設の是非を問う住民投票を実施するための条例制定直接請求をした。市長は、条例案に対して基地建設に対する意見の選択肢を、①「賛成」、②「環境対策や経済効果が期待できるので賛成」、③「反対」、④「環境対策や経済効果が期待できないので反対」の 4 択とする等の修正意見を付し、市議会は市長の修正意見どおり「名護市における米軍のヘリポート基地建設の是非を問う市民投票に関する条例」を可決した。同 12 月に実施された住民投票の結果は、①が 2,562 票、②が 11,705 票、③が 16,254 票、④が 385 票であった。市長は住民投票の 3 日後、首相との会談の際に基地建設を受け入れる旨表明した後、市長を辞職した。住民が市長及び名護市に対して損害賠償を請求したところ、那覇地裁は次のように述べた。

「本件条例は、住民投票の結果の扱いに関して、その 3 条 2 項において、「市長は、ヘリポート基地の建設予定地内外の私有地の売却、使用、賃貸その他ヘリポート基地の建設に係る事務の執行に当たり、地方自治の本旨に基づき市民投票における有効投票の賛否いずれか過半数の意思を尊重するものとする。」と規定するに止まり（以下、右規定を「尊重義務規定」という。）、市長が、ヘリポート基地の建設に係る事務の執行に当たり、右有効投票の賛否いずれか過半数の意思に反する判断をした場合の措置等については何ら規定していない。そして、仮に、住民投票の結果に法的拘束力を肯定すると、間接民主制によって市政を執行しようとする現行法の制度原理と整合しない結果を招来することにもなりかねないのであるから、右の尊重義務規定に依拠して、市長に市民投票における有効投票の賛否いずれか過半数の意思に従うべき法的義務があるとまで解することはできず、右規定は、市長に対し、ヘリポート基地の建設に係る事務の執行に当たり、本件住民投票の結果を参考とするよう要請しているにすぎないというべきである。」

（有斐閣、2005 年）230 頁、さらに原田一明「デモクラシー」笹田ほか『トピックからはじめる統治制度』21 頁以下も参照。

⁵⁹ 佐藤『日本国憲法論』562 頁。

⁶⁰ 尾形健「判批」『判例プラクティス憲法』436 頁。

本判決のいう「間接民主制」によれば、地方公共団体の政治的意思形成に対して、代表者（長・議会）に法的な最終的決定権があり、住民は代表者の責任を追及しうるにとどまる、ということになる。

3 地方議会

地方公共団体には、議事機関として議会が設置される。議会は住民の直接選挙する議員によって構成される（憲法 93 条）。ただしここでいう「議会」は、地方自治法にいう議会（自治 89 条）に加えて、町村における「選挙権を有する者の総会」（町村総会、自治 94 条）をも含む⁶¹。地方自治法は一院制を採るが、直接公選である限り、二院制を採ることも憲法上排除されていないと解される⁶²。

地方自治法は、地方議会の議決事項として、条例の制定改廃、予算の決定、決算の認定、地方税の賦課徴収又は分担金等の徴収に関する事、契約を締結すること等を掲げる（自治 96 条）。地方議会は、立法権だけでなく、行政権の行使にも参与する機関であり、地方公共団体の事務に関する調査を行うこともできる（自治 100 条）。

全国民の代表である国会議員には不逮捕特権（憲法 50 条）や免責特権（憲法 51 条）が認められるが、地方議会の議員にはそのような保障は認められていない（最大判昭和 42・5・24 刑集 21 卷 4 号 505 頁）⁶³。他方、例えば議員の出席停止処分のように、議員の身分を喪失させる除名処分に至らない議会内部の懲罰については、裁判所の審判権は及ばない（最大判昭和 35・10・19 民集 14 卷 12 号 2633 頁）⁶⁴。

4 地方議会の選挙制度

（1）議員定数と選挙法

地方分権の進展に伴い、地方議会のあり方が注目を集めつつある⁶⁵。さらに地方議会の選挙制度が国政選挙を含む政治構造に影響を与えていることも指摘されている⁶⁶。

地方自治法はかつては人口に応じて議員定数を定めていたが（法定定数制度）、1999 年改正以降は地方公共団体が条例で議員定数を定める「条例定数制度」が採用されている。2011 年地方自治法改正により、法定の定数上限数も廃止された（自治 90 条、91 条）。

地方議会議員選挙の方法を規定しているのは、公職選挙法である。都道府県及び指定都市（自治 252 条の 19 第 1 項）の議会の議員は各選挙区において選挙されるのに対して、市町村及び東京都特別区の議会の議員は、条例が特に選挙区制を採用する場合を除き、当該

61 佐藤『日本国憲法論』554 頁。

62 渋谷秀樹「93 条」『新基本法コメンタール憲法』484 頁。

63 尾形健「判批」『判例プラクティス憲法』433 頁。

64 田近肇「判批」『憲法判例百選Ⅱ』400 頁。

65 第 28 次地方制度調査会「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」（2005 年）13 頁以下、第 29 次地方制度調査会「今後の基礎自治体及び監査・議会制度のあり方に関する答申」（2009 年）22 頁以下。

66 指定都市について砂原庸介「大都市をめぐる 2 つのガバナンス」宇野重規・五百旗頭薫編『ローカルからの再出発』（有斐閣、2014 年）108 頁以下。

地方公共団体の区域を通じて選挙される（公選 12 条 1 項・4 項、15 条 6 項、266 条 1 項）。以下では、都道府県議会について、関連する規定を概観する。

（２）都道府県議会の選挙区

都道府県議会の選挙区について、2013 年改正前の公職選挙法は、「郡市の区域による」と定めていた（公選 15 条 1 項）。ここでいう「市」は、東京都特別区及び指定都市の区を含む（公選 266 条 1 項、269 条）。

この原則には、飛び地の場合の処理（公選 15 条 4 項）及び郡市が複数の衆議院小選挙区に分割されている場合（公選 15 条 5 項）のほか、次のような例外が置かれていた。第一に、当該郡市の区域の人口が、当該都道府県の人口を議員定数で除して得た数（議員 1 人当たりの人口）の半数未満の場合には、条例で他の郡市の区域と合せて 1 選挙区を設けなければならない（公選 15 条 2 項。いわゆる強制合区）。第二に、当該郡市の区域の人口が議員 1 人当たりの人口未満でその半数以上の場合には、条例で他の郡市の区域と合区することができる（同条 3 項。いわゆる任意合区）。以上の合区に際しては、「行政区画、衆議院（小選挙区選出）議員の選挙区、地勢、交通等の事情を総合的に考慮して合理的に行わなければならない」（公選 15 条 7 項）。

このような合区の仕組みは、郡市の区域を選挙区とすることによって当然に生じる一票の較差を一定の幅に押さえ込むものであるが、その例外の例外として特例選挙区制度（公選 271 条（2013 年改正前の同条 2 項））が置かれている。

【参考】公職選挙法

第 271 条 昭和四十一年一月一日現在において設けられている都道府県の議会の議員の選挙区については、当該区域の人口が当該都道府県の人口を当該都道府県の議会の議員の定数をもつて除して得た数の半数に達しなくなつた場合においても、当分の間、第十五条第二項の規定にかかわらず、条例で当該区域をもつて一選挙区を設けることができる。

この特例選挙区制度は、1962 年公職選挙法改正により導入されたものであり、元来の対象は同年 1 月 1 日現在において 1 又は 2 以上の島の全部の区域を以てその区域とする都道府県議会の選挙区に限られていたところ、1966 年公職選挙法改正により、それ以外の選挙区も対象とするように拡大されたものである。この制度は、都市への過度な人口集中化の傾向は一時的な特殊現象であるという認識の下、当分の間の例外措置として認められたものと説明されている⁶⁷。

（３）2013 年公職選挙法改正

郡市の区域を選挙区とすることを原則とする上記の仕組みは、2013 年公職選挙法改正により、大きく修正された。

そもそも郡は、1878 年の府県会規則において選挙区とされ、一時は地方公共団体として位置づけられ（1890 年）、郡制の廃止（1923 年）及び郡長制度の廃止（1926 年）といっ

⁶⁷ 安田充・荒川敦編著『逐条解説 公職選挙法（下）』（ぎょうせい、2009 年）2052 頁。

た変動にもかかわらず、一貫して都道府県の選挙の区域として位置づけられてきた。しかし、全国都道府県議会議長会は2009年、郡が既に行政単位の実質を失い、市町村合併の進行により郡の存在意義が変化したことを理由に、都道府県が条例で自主的に選挙区を規定できるようにすることを要請する声明を発表した。

これを踏まえて、2013年改正公職選挙法は、「都道府県の議会の議員の選挙区は、一の市の区域、一の市の区域と隣接する町村の区域を合わせた区域又は隣接する町村の区域を合わせた区域のいずれかによることを基本とし、条例で定める。」と定めた（公選15条1項）。この選挙区は、その人口が議員1人当たりの人口の半数以上になるように設定することが求められる（公選15条2項前段）。市については、その区域の人口が議員1人当たりの人口の半数に達しない場合には、隣接する市町村の区域との強制合区が要求され（公選15条2項後段）、また、その区域の人口が議員1人当たりの人口の半数以上であっても、任意合区も可能である（公選15条3項）。他方、町村については、その人口が議員1人当たりの人口の半数以上である場合には、そのまま1選挙区とすることも可能である（公選15条4項）。

かかる改正は、前記声明によれば、「地域代表と人口比例を調和させ」ることを可能にするものであり、各都道府県が、郡を選挙区とする原則によって生じてきた一票の較差を自主的に是正することが期待される。

（４）選挙区への議員定数配分

上記のようにして定められる都道府県議会の選挙区への議員定数の配分については、公職選挙法15条8項が定めている。

【参考】公職選挙法

第15条

8 各選挙区において選挙すべき地方公共団体の議会の議員の数は、人口に比例して、条例で定めなければならない。ただし、特別の事情があるときは、おおむね人口を基準とし、地域間の均衡を考慮して定めることができる。

この規定のうち、当初の規定は本文だけであったが、1969年改正により人口比例原則を修正するただし書が挿入された。その趣旨は、人口の都市集中化傾向による郡部人口の減少、都心と周辺部において昼夜人口が逆転することによる常住人口と地方公共団体の行政需要が対応しない事例の発生を踏まえ、「都道府県行政の役割が補完行政、広域行政の推進にあることを考えると、従来どおり各選挙区間の定数配分を機械的に人口に比例して行ったのでは必ずしも都道府県行政の円滑な推進が期せられない場合も予想される」ことから、人口比例原則を修正し、「それぞれの地域の代表をそれぞれの地域の実情に応じて確保し、均衡のとれた配分をすることができる途を開こうとしたもの」にある、と説明される。しかし、かかる人口比例原則の修正は、「特別の事情のある場合に限り適用されるものであり……当該地域における従来の沿革等を十分考慮の上、地域間の実質的均衡を図

るための最少限度の範囲内にとどめることが望ましい」とされている⁶⁸。

(5) 小結

地方代表のあり方は、後述する一票の較差に加えて、地方のガバナンスという観点から考えられる必要がある。例えば、2011年の岡山県議会選挙では、岡山市が指定都市になり、従来の岡山市選挙区が分割された結果、選挙運動が地域密着型に変わったとの指摘がある⁶⁹。都道府県及び政令市の議会において、定数削減等により「定数1の選挙区が無自覚的に生み出されている」ことにより、「領域全体が抱える集合的な利害よりも、各選挙区における個別的な利害に対して敏感に反応しがちになる」議員の傾向が助長されるおそれがある⁷⁰、「都道府県議会議員の選挙制度について、選挙区の大括り化や比例代表制の導入等、多角的な観点から制度改革が検討されて然るべきであろう」⁷¹との指摘も重要であろう。

5 地方議会議員選挙における一票の較差

(1) 概説

ア 問題の所在

国政においては、一票の較差とその是正が大きな政治課題となっている。その一つの要因は、2010年代に入ってから最高裁が一票の較差に対して以前よりも厳格な姿勢を取るようになったことにある⁷²。地方議会（都道府県、指定都市及び選挙区を設置する市町村）の議員選挙における一票の較差については、まだそれほど関心が高まっていないものの、将来的には大きな課題となることが予想される。そこで以下では、この点に関する最高裁判例を概観して、問題の所在を検討する⁷³。

都道府県議会議員の選挙制度の特徴は、公職選挙法が選挙区割り及び人口比例の原則並びにその例外という基本的仕組みを定め、各都道府県がその枠内において具体的な選挙区割りと議員定数の配分を行うという、二段階の決定方式が採用されているところにある（→4）。こうしたアレンジメントに相応して、一票の較差の是正は、条例によって対処が可能でありそうすべき場合と、公職選挙法を改正し制度の仕組み自体を変更ないし追加することでしか対処できない場合との両方が存在する。議員定数の法定上限数の廃止や選挙区割りの柔軟化は、条例による是正の余地を拡大したものといえよう。他方、公職選挙法15条8項ただし書や特例選挙区制度は、都道府県が、既存の較差を維持する根拠として用い

68 安田・荒川編『逐条解説 公職選挙法（上）』132頁以下。

69 林紀行「地方自治体における代表制論」憲法論叢19号（2012年）21頁以下。

70 砂原庸介「地方議会における選挙制度改革」地方知事職員研修2012年1月号31頁。

71 伊藤正次「大都市制度改革と選挙制度—論点と課題」月刊選挙2012年12月号6頁。

72 宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論究ジュリスト1号（2012年）41頁以下。

73 以下について宍戸常寿「地方議会における一票の較差に関する覚書」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』（信山社、2015年）413頁以下。

られてきた。

このような選挙制度のため、都道府県議会の一票の較差訴訟では、公職選挙法の合憲性に加えて、地方公共団体ごとの条例が公職選挙法に適合するかどうか争点になる。換言すれば、国政における一票の較差の場面では、司法はもっぱら国会の裁量を憲法的観点から統制するのに対して、地方議会における一票の較差の場面では、地方議会に人口比例原則からの逸脱を許すような公職選挙法上の仕組みが合憲かどうか、地方議会の裁量権行使が同法の枠内に収まっているかどうかといった問題も、司法審査の対象となるのである。

ここで、総務省自治行政局選挙部『都道府県議会議員の選挙区等の状況（平成 25 年 9 月 1 日現在）』（2014 年）に基づき、都道府県議会における一票の較差の現状（2013 年 9 月現在）について概観しておこう。まず、特例選挙区を存置していない 43 府県のうち最大較差が 1 対 2 未満は 22、1 対 2 以上 1 対 3 未満が 19、1 対 3 以上は 2 であり、最小較差は佐賀県の 1 対 1.521、最大較差は愛知県の 1 対 3.324 である。これに対して 4 都道県が 7 つの特例選挙区を存置しているが、そこでは特例選挙区が存在によりさらに一票の較差が拡大する。東京都議会について見ると、特例選挙区を除いた場合の最大較差は 1 対 1.921 であるが、議員 1 人当たり人口最大の選挙区（北多摩第 3 選挙区）との較差は、島部選挙区について 1 対 5.435（これは全国を通じて最大の較差である）、千代田区選挙区は 1 対 3.209 となる。

イ 判例の概観

地方議会における一票の較差に関する最高裁判決は、最判昭和 59・5・17 民集 38 巻 7 号 721 頁⁷⁴を出発点として、最判平成 13・12・18 集民 204 号 379 頁を以て長らく絶えていたが、最近、最判平成 27・1・15 判時 2251 号 28 頁が示された。地方議会における一票の較差は、特例選挙区と関係なくあるいは特例選挙区を除いた場合の較差（→（2））と、特例選挙区の存置によって生じる較差（→（3））に大別され、それに沿って判例法理も形成されている。

また、地方議会における一票の較差に関する判例の相当数は、東京都議会に関するものである。これは、都議会において、人口異動に伴う選挙区間の較差の発生・拡大といういわば一般的な問題が先鋭的に現れることに加えて、都制に伴って特別区と郡市が混在していること、特例選挙区としての島部選挙区及び千代田区選挙区が存在すること、といった特殊な事情によるものである。

東京都議会議員の定数並びに選挙区及び各選挙区における議員の数に関する条例は、あくまで公職選挙法の範囲内で選挙区割り及び議員定数の配分を行うにすぎないから、こうした問題への対処には限界があるため、累次の公職選挙法改正（1962 年、1969 年、1977 年改正）による制度の仕組みの変更によって、対応が図られてきた。とりわけ特例選挙区については、2013 年改正前の公職選挙法により、都道府県議会の選挙区の区域たる「郡」は、都においては支庁の所管区域を含むとされ、大島支庁・三宅支庁・八丈支庁・小笠原支庁の所管区域が合わせて「島部選挙区」とされてきた。そして都議会は、1969 年の制定当時から島部選挙区を、1992 年から千代田区選挙区を「特例選挙区」として、長年にわた

⁷⁴ 加藤一彦「判批」『憲法判例百選Ⅱ』334 頁。

り存置してきた。

(2) 特例選挙区を除く選挙区間の投票価値の不平等

ア 昭和 59 年判決

リーディングケースである最判昭和 59・5・17 は、大要次のように判示した。

- A) 選挙区への定数配分について定める公職選挙法 15 条 7 項 (1994 年改正後は 8 項) のただし書が、地方議会に「人口比例により算出される数に地域間の均衡を考慮した修正を加えて選挙区別の定数を決定する裁量権」を与えているところ、当該裁量権の行使については「客観的基準が存するものでもない」以上、条例の定数配分規定の同条項適合性は、「地方公共団体の議会の具体的に定めるところがその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによつて決するほかはない」。
- B) 他方、地方議会議員の選挙においても投票価値の平等は憲法上の要求するところであり、これは前掲昭和 51 年判決の趣旨とするところである。そして、公職選挙法 15 条 7 項は、この憲法上の要請を受け、地方議会の議員定数配分について、「人口比例を最も重要かつ基本的な基準とし、各選挙人の投票価値が平等であるべきことを強く要求している」。
- C) したがって、地方議会における一票の較差が、「地方公共団体の議会において地域間の均衡を図るため通常考慮し得る諸般の要素をしんしやくしてもなお一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、右のような不平等は、もはや地方公共団体の議会の合理的裁量の限界を超えているものと推定され、これを正当化すべき特別の理由が示されない限り、公選法 15 条 7 項違反と判断されざるを得ない」。
- D) もっとも、かかる違法状態が制定又は改正当初より生じていたのではなく、人口移動により違法状態に至った場合には、「人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が同項の規定上要求されているにもかかわらずそれが行われないうちに、初めて当該定数配分規定が同項の規定に違反するものと断定すべきである」。

本判決は、B)において公職選挙法が投票価値の平等を「強く要求している」ことを承認しつつも、C)において、衆議院中選挙区制における一票の較差に関する最大判昭和 51・4・14 民集 30 卷 3 号 223 頁の立場を、そのまま地方議会にも妥当させ、条例の定数配分規定が当時の公職選挙法 15 条 7 項に違反するかどうかを緩やかに判断する枠組みを採用した。

そして 1969 年の法改正を踏まえて制定された都条例が、既にその段階で存在していた特別区の区域における一票の較差をそのまま引き継いでおり、3 度にわたる都条例の改正もほとんど較差を是正するものでなかったことを確認した上で、島部選挙区を除く選挙区間での最大較差が 1 対 7.45 であり、逆転現象が一部選挙区間において残っていたことを理由に、1981 年選挙時における一票の較差を違法と判断した。

イ 判例の傾向

地方議会の一票の較差を違法ないし違法状態にあると判断した最高裁判決は、昭和 59 年判決を含め 5 つある⁷⁵。最判平成 3・4・23 民集 45 卷 4 号 554 頁が最大較差 1 対 3.09 を違憲としていることから推測すれば、最高裁は衆議院中選挙区制と同じく、最大較差 1 対 3 を判断の目安としており、これは国会の定めた「選挙制度の仕組み」の帰結でもある、と説明されていた。すなわち、強制合区の基準が議員 1 人当たりの人口の半数未満であり、「各選挙区に最低 1 人の定数を配分する関係上、定数が 1 人で人口が最も少ない選挙区と他の選挙区とを比較した場合、それぞれの議員 1 人当たりの人口に 1 対 3 程度の較差が生ずることがありうるが、それは右に述べた公職選挙法の選挙区割りに関する規定に由来するもの」であり違法とはいえない（最判昭和 62・2・17 判時 1243 号 10 頁）。

もっとも、最高裁が一票の較差の適法性判断において考慮していたのは、最大較差だけではない。判例を全体として見ると、①逆転現象（人口の多い選挙区の定数が人口の少ない選挙区の定数より少ない状態）の数、②顕著な逆転現象（定数 2 人以上の差があるもの）の存否、③人口比定数の下での最大較差と現実の最大較差の乖離の程度にも言及している。

また、D)について、地方議会における一票の較差が議会の裁量権の範囲内を超えると判断された場合に、合理的期間内に是正されなかったものとはいえないとして違法判断を控えられたのは、最判平成元・12・21 民集 43 卷 12 号 2297 頁のみである。同判決では、兵庫県議会の 1982 年の条例改正によって最大較差（特例選挙区を除く）が 1 対 2.80 にいったん縮小した後、1987 年の選挙時点においては最大較差が 1 対 3.81 まで拡大したが、1985 年の国勢調査の結果が告示されたのは 1986 年 7 月であり、選挙まで 8 か月余の期間しかなかったとして、違法状態を認定するにとどめている⁷⁶。

（3）特例選挙区制度に関わる論点

ア 平成元年判決

特例選挙区制度に関するリーディグケースは、千葉県議会の一票の較差に関する最判平成元・12・18 民集 43 卷 12 号 2139 頁である。この事件の争点は、一票の較差を違法とした最判昭和 60・10・31 判時 1181 号 83 頁への対応として、千葉県議会が 3 つの選挙区を特例選挙区として存置したことが適法といえるかどうかであったが、本判決は次のように述べた。

E) 公職選挙法 271 条 2 項の趣旨は「高度経済成長下にあつて社会の急激な工業化、産業化に伴い農村部から都市部への人口の急激な変動が現れ始めた状況に対応したものとみられるが、また、都道府県議会議員の選挙区制については、歴史的に形成され存

⁷⁵ 本文で挙げた最判昭和 59・5・17、最判昭和 60・10・31、最判昭和 62・2・17、最判平成元・12・21、最判平成 3・4・23 である。最高裁はその後四半世紀近く、地方議会の一票の較差について口を差し挟んでいないということになる。

⁷⁶ 合理的期間論については、衆議院中選挙区制に関する最判昭和 58・11・7 民集 37 卷 9 号 1243 頁参照。

在してきた地域的まとまりを尊重し、その意向を都道府県政に反映させる方が長期的展望に立った均衡のとれた行政施策を行うために必要であり、そのための地域代表を確保する必要があるという趣旨を含むものと解される」。

- F) 特例選挙区の設置が認められる場合について「客観的な基準が定められているわけではなく」、E)に照らして「当該都道府県の行政施策の遂行上当該地域からの代表確保の必要性の有無・程度、隣接の郡市との合区の困難性の有無・程度等を総合判断して決することにならざるを得ない」が、それには「当該都道府県行政における複雑かつ高度な政策的考慮と判断を必要とする」から、特例選挙区設置の合理性の有無は「都道府県議会の判断がその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによって決するほかはない」。
- G) 都道府県議会の裁量権行使は原則として合理的なものとして是認されるが、公職選挙法 15 条 1 項ないし 3 項の規定からすると、同法 271 条 2 項は「当該区域の人口が議員 1 人当たりの人口の半数を著しく下回る場合、換言すれば、配当基数（すなわち、各選挙区の人口を議員 1 人当たりの人口で除して得た数）が 0.5 よりも著しく下回る場合には、特例選挙区の設置を認めない趣旨であると解される」。

本判決は問題の 3 特例選挙区について、「千葉県における急激な人口変動の特殊性や議員選出の歴史的経緯、地域からの代表確保の要請等を考慮して、特例選挙区として存置した」ものであることを認め、その配当基数が 0.35、0.35、0.41 であったことから、特例選挙区の設置を千葉県議会による裁量権の合理的な行使として是認することができる、と判断した。

イ 特例選挙区設置の適法性

最高裁は、その後の判例でも、特例選挙区の設置の適法性に関する地方議会の広汎な立法裁量を認め、いずれも適法性を認めている。例えば愛知県の条例を適法とした最判平成 5・10・22 民集 47 卷 8 号 5147 頁は、「郡市が、歴史的にも、政治的、経済的、社会的にも独自の実体を有し、1 つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得る」ものであることを強調し、都道府県政による市町村行政の補完という観点から、E)における地域代表確保の要請を説明している。さらに G)に関して、配当基数が 0.5 を著しく下回ったとしてもそれは直ちに違法なのではなく、議会の判断が合理的裁量の限界を超えているものと推定されるものであることを、明確にした。その上で、選挙区の「地理的、経済的状況やその行政需要など」に触れ、配当基数が「いまだ特例選挙区の設置が許されない程度にまでは至っていない」から、特例選挙区を存置した地方議会の判断を適法とした。

判例は、都議会の特例選挙区について、島部選挙区を問題としておらず、もっぱら千代田区選挙区の適法性が争われてきた。最判平成 7・3・24 判時 1526 号 87 頁は、都議会が「千代田区が我が国の政治的、経済的中枢として担ってきた歴史的かつ独自の意義、役割及び特別区制度における地域代表としての議員の必要性などを考慮し、東京都全体の調和ある発展を図るなどの観点から」存置を決定したものであり、その配当基数（0.426）は特例選挙区の設置が許されない程度に至っていないとして、裁量権の範囲内にあるとした。この判断は、千代田区の配当基数がさらに低下した（0.375）最判平成 11・1・22 判時 1666 号

32 頁においても、踏襲されている。

ウ 特例選挙区設置によって生じる一票の較差

特例選挙区の設置が公職選挙法 15 条 2 項の強制合区の例外であり、議員 1 人当たりの人口の半数を下回る選挙区を存置してそこに定数 1 を配分するものである以上、特例選挙区を含む一票の較差は、特例選挙区を含まない場合の一票の較差よりも、必然的に拡大することになる。平成 5 年判決では、特例選挙区を含む場合の一票の較差は最大で 1 対 5.02 に至っていたが、それは適法な特例選挙区の存置に由来するものであり、一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達していたとはいえない、と判断された。これ以降の最高裁は、特例選挙区を含む場合の一票の較差を、投票価値の平等の観点から検討するものの、現実の最大較差が人口比定数の下でのそれと同一ないしそれを下回る値であることを理由に、適法性を認めている。そこには、特例選挙区を含む場合の一票の較差が「特例選挙区の設置を含む……選挙区割に由来するものといえることができる」ことが当然視されている。

このような判例の論理からすれば、特例選挙区の下での一票の較差が投票価値の平等の要請に反するとすれば、それは条例による特例選挙区の設置ではなく、特例選挙区制度それ自体の問題ということになる。より一般化すれば、特例選挙区を除く一票の較差についても、それを許容する公職選挙法上の選挙制度の仕組みの合憲性が、問題となるはずである。この論点を明示的に取り上げた最判平成 5・10・22 判時 1484 号 25 頁は、「特例選挙区に関する公選法 271 条 2 項の立法の趣旨、平成 2 年改正後の本件条例において前記 2 選挙区が特例選挙区として存置された理由、右 2 選挙区の配当基数、平成 2 年改正後の本件条例における各選挙区に対する定数配分によって生じる各選挙区間の議員 1 人に対する人口の較差等を総合すれば、平成 2 年改正後の本件条例において公選法 271 条 2 項の規定を適用して右 2 選挙区を特例選挙区として存置したことや、これを前提とする各選挙区に対する定数の配分が憲法 14 条、92 条、93 条の趣旨に違反するものでない」としている。

(4) 今後の課題

ア 平成 27 年判決

以上のように、地方議会における一票の較差に関する判例法理は、地方議会の定数配分規定の適法性を緩やかに審査するものであり、また、人口比例原則からのかい離や特例選挙区制度といった選挙制度の仕組みそれ自体の合憲性は問わず、その仕組みから生じる一票の較差は制度の帰結として正当化することを、内容としている。

直近の平成 27 年判決もこのような判例法理を継承するものであるが、細部においては変化の萌しも見られる⁷⁷。この事件では、2013 年都議会選挙における、千代田区特例選挙区を含む一票の較差が争われた（ただし、島部選挙区は除く）。千代田区特例選挙区を含む最大較差は 1 対 3.21、同選挙区を除く最大較差は 1 対 1.92、逆転現象は 12、著しい逆転現象は 1 であり、また千代田区特例選挙区の配当基数は 0.455 であった。最高裁は特例選挙

⁷⁷ 新村とわ「判批」『平成 26 年度重要判例解説』（有斐閣、2015 年）12 頁。

区制度に関わる論点を上告理由から排斥した上で、特例選挙区を除く一票の較差の適法性及び合憲性のみを検討したが、C)とは異なる次のような判断基準の定式化を示している。

「上記の較差が都道府県議会において地域間の均衡を図るため通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達しており、これを正当化すべき特段の理由が示されないとき、あるいは、上記の較差は上記の程度に達していないが、上記の制定時若しくは改正時において同項ただし書にいう特別の事情があるとの評価が合理性を欠いており、又はその後の選挙時において上記の特別の事情があるとの評価の合理性を基礎付ける事情が失われたときは、当該定数配分は、裁量権の合理的な行使とはいえないものと判断されざるを得ないこととなるというべきである。」

「あるいは」以下の説示は、最大較差が1対3を下回っている場合でもなお、違法たり得る余地を認める点で新機軸である。公職選挙法15条8項ただし書の「特別の事情」について、行政法における判断過程統制の手法を採用するものと見ることでもできよう。

その上で本判決は、現実の最大較差、現定数と人口比定数からの乖離、逆転現象の数及びそれらの是正状況に加えて、1969年制定以降の都条例の改正ないし検討の経緯について詳しく触れている。しかし、「特別の事情」があるとの評価の合理性や選挙時における評価の合理性を基礎付ける事情について、現実には非常に緩やかな審査しか行われていない。また、公職選挙法15条8項ただし書の適用の前提として議会の審議議決を要するとの上告人の主張は、同条は「条例の制定時または改正時に人口比定数に修正を加えた定数の配分をする場合の実体的な要件を定めた規定」であるとの理由で一蹴されている。しかし、司法的コントロールの力点を現職議員の都合ではなく「地域の均衡」が真に検討されたかどうかにか置かなければ、較差是正に真摯に取り組むよう、地方議会を促すことは困難であろう。

結論として最高裁は、一票の較差の合憲性について、「本件選挙当時、本件条例による各選挙区に対する定数の配分が東京都議会の合理的裁量の限界を超えるものとはいえず、本件条例の定数配分規定が所論の憲法の各規定等に違反していたものとはいえない」と判示した。

イ 小結

地方議会の一票の較差に関する最高裁判例は、衆議院中選挙区制に関する昭和51年判決を前提として、組み立てられてきた。しかし、衆議院議員総選挙における一票の較差に関する判例は、大きな変化を見せている。最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁は、一票の較差の合憲性の判断枠組みを、「国会が選挙制度の仕組みについて具体的に定めるところが、上記のような〔全国民の代表（憲法43条）の〕基本的な要請や法の下での平等などの憲法上の要請に反するため、上記のような裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない」かどうかというように、厳格な審査を可能とする方向に改めた。その上で、都市集中化現象の評価及び定数配分への反映を、国会の考慮しう

る事由から外した。また、1人別枠方式について、全国民の代表の要請からして、「地域性に係る問題のために、殊更にある地域（都道府県）の選挙人と他の地域（都道府県）の選挙人との間に投票価値の不平等を生じさせるだけの合理性があるとはいえない」と述べるとともに、この仕組みは「おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われる」と述べて、投票価値の平等の要請に反し違憲状態にある、と判断した。

このような国政における変化は、地方議会における一票の較差に関する判例法理にも、当然再検討を迫るはずである。C)は「地域間の均衡」を図る地方議会の裁量をより厳格に統制する定式に代置される可能性があるし、地方代表確保の要請を当然視するE)も再検討される必要がある。さらに、1962年公職選挙法改正が「当分の間」導入した特例選挙区制度及び長期にわたり特例選挙区を存置する条例の規定の合理性(F)は、まさに「時間的な限界」の観点から吟味される必要があることになる。

もちろん、国政における判例法理の変化は地方議会のそれには及ばない、という立場も理論的には考えられるが、この場合には、地方代表の性格が国民代表とは異なる等の説明が必要になるだろう。平成27年判決が、従来どおり選挙制度の仕組みを重視する解釈を継承したことは確かだが、今後の動向がなお注目される。

加えて、先述した2013年公職選挙法改正(→4(3))により、都道府県及び指定都市が柔軟に選挙区割りを決定できるようになった。今後は15条8項ただし書による定数配分に加えて、選挙区割りによる一票の較差の是正、さらにはゲリマンダリングに関する司法的コントロールについて、検討を深める必要性が高まっている⁷⁸。

IV 地方公共団体の権能

1 地方公共団体の権能と事務

地方公共団体は総合的な統治団体であり、憲法94条は「非権力的作用および権力的作用の両者をあわせて包括的に地方公共団体の実体的権能を保障したもの」である⁷⁹。地方公共団体の権能としては、自主組織権、自主行政権、自主立法権、自主財政権、国政参加権が挙げられる⁸⁰。ただし、司法権は国の独占的な作用と解するのが一般的である⁸¹。

地方公共団体は、地域における公共的な事務すべてを処理できる。1999年改正地方自治法は、機関委任事務制度の廃止を受けて、地方公共団体の事務を「自治事務」と「法定受託事務」に分類した(→I3)。自治事務は、公共事務のうち法定受託事務以外のものであ

⁷⁸ 総務省「地方議会に関する研究会報告書」(2015年)は、「有権者の実効的な選択を可能にする選挙制度のあり方」について、比例代表制、選挙区の設定、連記制の3つの方策を検討しているが、選挙区の設定については、「選挙区の規模(定数配分)や区割を実際にどのように行うかという課題が指摘される」と述べている(22頁)。

⁷⁹ 佐藤『日本国憲法論』557頁。

⁸⁰ 宇賀『地方自治法概説』140頁以下。

⁸¹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』368頁、宇賀『地方自治法概説』159頁。

り（自治2条8項）、法律の規制を受けるもの（法定自治事務）と地方公共団体が任意に行う事務（随意自治事務）に分けることができる⁸²。法定受託事務とは国または都道府県が本来果たすべき役割に係るものであって、国または都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要がある事務である（自治2条9項）。法定受託事務にも、条例制定権や議会の調査権（自治100条）が及ぶ。

【参考】憲法

第94条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

地方自治法

第2条8 この法律において「自治事務」とは、地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のものをいう。

9 この法律において「法定受託事務」とは、次に掲げる事務をいう。

一 法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの（以下「第一号法定受託事務」という。）

二 法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、都道府県が本来果たすべき役割に係るものであって、都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの（以下「第二号法定受託事務」という。）

最近では、ヨーロッパ地方自治憲章（1988年）の定める「補完性(subsidiarity)の原理」を援用して、まず市町村に、次に都道府県に事務を配分し、残りを国が担うべきであるという主張もなされている⁸³。しかし地方自治を重視する立場にあっても、裁判では「国の公益性を優先させる国会の判断に立法裁量の逸脱・濫用が明白に見いだされる場合に限り」、法律による事務配分の過少を違憲としうるにすぎない、と考えられている⁸⁴。

2 自主立法権

（1）条例制定権の意義

地方公共団体は、自主法として条例を制定することができる（憲法94条）。ここにいう条例とは「地方公共団体がその自治権に基づいて制定する自主法」であり、議会の議決した「条例」（自治14条1項、96条1項1号）のほか、長の制定する「規則」（自治15条1項）、各種委員会の制定する「規則その他の規程」を含む（自治138条の4第2項）。条例は地方公共団体の事務に関する事項しか規律できないが、国の法令の委任がなくても独

⁸² 高橋『立憲主義と日本国憲法』375頁。

⁸³ 佐藤『日本国憲法論』546頁、高橋『立憲主義と日本国憲法』375頁。

⁸⁴ 大津浩「94条」『新基本法コメンタール憲法』491頁以下。

自に定めることができる⁸⁵。憲法が「政治の領域を中央と地方に分け」た上で各々について行政を分立させたと理解するならば、条例は「自治体の事務に関して制定しうる自主的立法であり、法律の根拠を必要とするものではない」⁸⁶からである。この点で条例は、独立命令・緊急命令が否定される日本国憲法の下では、委任命令にせよ執行命令にせよ、法律の根拠があってはじめて制定可能である政令・府省令と本質的に異なる⁸⁷。現在では多様な内容の条例が見られる⁸⁸。

条例によって住民の人権を制限することも許される（最大判昭和 29・11・24 刑集 8 巻 11 号 1866 頁）⁸⁹。ただし、国民の権利を制限し義務に課すには、議会の議決した条例によらなければならない（自治 14 条 2 項）。

【参考】地方自治法

第 14 条 普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる。

2 普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。

3 普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。

（2）条例による他の地域との別異取扱い

ア 概説

条例によって他の地域との別異取扱いが生じることは当然のことであり、それ自体として平等原則に違反するものではない。この点でリーディングケースとなるのは東京都買春等取締条例事件（最大判昭和 33・10・15 刑集 12 巻 14 号 3305 頁）⁹⁰である。条例違反を理由に起訴された被告人が、買春の取締りは全国一律に行うべきであり、本件条例は法の下での平等に反するとして上告したところ、最高裁は次のように述べた。

「社会生活の法的規律は通常、全国にわたり劃一的な効力をもつ法律によつてなされているけれども、中には各地方の特殊性に応じその実情に即して規律するためにこれを各地方公共団体の自治に委ねる方が一層合目的なものもあり、またときにはいずれの方法によつて規律しても差支えないものもある。これすなわち憲法 94 条が、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」と定めている所以である。」

⁸⁵ 芦部『憲法』369 頁以下。

⁸⁶ 高橋『立憲主義と日本国憲法』384 頁。

⁸⁷ 佐藤『日本国憲法論』564 頁。

⁸⁸ 長嶺超輝『47 都道府県これマジ？条例集』（幻冬舎新書、2009 年）、原田一明「地方自治の将来」192 頁参照。

⁸⁹ 植村勝慶「判批」『憲法判例百選 I』184 頁。

⁹⁰ 新村とわ「判批」『憲法判例百選 I』72 頁。

「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである。それ故、地方公共団体が売春の取締について各別に条例を制定する結果、その取扱に差別を生ずることがあつても、所論のように地域差の故をもつて違憲ということとはできない。」

したがって、条例間の不均衡があつたとしても、それは平等の問題として違憲にはならない。

イ 全国的な規律とのバランス

とはいえ、全国的な規律が必要な領域での条例間の不均衡は、条例の規制の合理性の問題を浮上させる。ここでは、福岡県青少年保護育成条例事件（最大判昭和 60・10・23 刑集 39 卷 6 号 413 頁）を例に取ろう⁹¹。

各都道府県の青少年保護（健全）育成条例は、女子少年の性非行対策として、青少年との性交等を禁止する「淫行」処罰の導入・厳罰化を進めてきた。福岡県青少年保護育成条例は、「青少年の健全な育成を図るため、青少年を保護すること」を目的に（1 条 1 項）、「小学校就学の始期から 18 歳に満たない者」を青少年と定義し（3 条 1 項）、「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはなら」ず（10 条 1 項）、違反者を 2 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金に処する（16 条 1 項）、とされていた。

最高裁は、本条例にいう「淫行」とは、「青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為」および「青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為」に限られると解釈した上で、青少年に対する淫行が地方公共団体の条例毎に規制される結果取扱いに差異が生じることは憲法 14 条に違反せず、「児童に淫行をさせる行為」を規制する児童福祉法 34 条 1 項 6 号の規定は「18 歳未満の青少年との合意に基づく淫行をも条例で規制することを容認しない趣旨ではない」ので、本条例は憲法 94 条にも違反しないとした。

これに対して、伊藤正己裁判官の補足意見は次のように述べた。

「わが国のように、性及び青少年の育成保護に関する社会通念についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によつてそれが処罰されたりされなかつたりし、また処罰される場合でも地域によつて科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことであるといわなければならない。もとより、このような地域による不均衡があつても、これを正当化し

⁹¹ 駒村圭吾「判批」『憲法判例百選Ⅱ』246 頁、宍戸常寿「判批」『地方自治判例百選（第 3 版）』56 頁、「〔特集〕青少年保護育成条例大法廷判決」ジュリスト 853 号 44 頁以下。

うるだけの実質的な理由があれば別であるが、すでに述べたような顕著な差異について、国民を納得せしめるに足りる合理的理由をみいだすことはできないと思われる。」

「このような不均衡が憲法 14 条に違反するといえないとしても、かかる著しく不合理な地域差を解消する方向を考える必要がある。そうでないと、淫行処罰に関する条例の規定の文面上における著しい不均衡がそのまま右規定による検挙、公訴の提起及び処罰という実際の運用面にあらわれ、延いては国民に右規定の合理性に対する強い疑問や不公正感を抱かせるに至ることがおそれられる。したがって、右規定の解釈及び運用において、処罰に対して抑制的な態度をとることが相当であると考えられ、とくに本条例 10 条 1 項にみるような、淫行処罰規定の構成要件の明確性を欠く場合には、処罰対象を国民多数の合意が得られるようなものに絞って、厳格に解釈することが憲法の趣旨からも要請されるといつてよい。」

ウ 検討

条例による別異取扱いが違憲であるとするれば、比例原則違反の事態を除けば、それがそもそも「地域における事務」（自治 2 条 2 項）に当たらないからであろう。この点で青少年の性行為の規律は、本来は「国全体に共通する事項」（伊藤反対意見）と見るべきであろう。現実にも淫行処罰規定のうち児童買春行為に関する部分は、児童買春等処罰法の制定（1999 年）により失効させられている。

また本判決は児童福祉法と本件規定との矛盾・抵触はないとしているが⁹²、まさしく本件のような対償を伴わない性行為の規律は国法の黙示的留保に属するとも解し得る⁹³（→4 の①）。青少年の健全育成は地方公共団体の責務であるが、そのための具体的な規制手段が当然に条例の所管事項に当たるとはいえず、とりわけ表現の自由に関しては法律による規律を原則とすべきであろう。

最近の類似の例としては、2010 年夏に論議となった、東京都青少年健全育成条例の改正の動きがある⁹⁴。多くの出版社が本社を置く東京において、創作表現物の規制を強化したり、独自のインターネット規制にまで踏み込んだりすることは、独り都民に限らず、国民全体の表現の自由や通信の秘密に不利益を及ぼす。地域毎の事情の差が無く、しかも国会や政府が民間の自主的取組を重視する姿勢を採る現状において、一地方公共団体が先行して規制を強化する条例は、法令に反する可能性もある（→4）。現に青少年インターネット環境整備法が民間における自主的・主体的取組としてのフィルタリングを施策の根幹としている点を踏まえ、総務省研究会の「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備に関する提言」（2011 年）は、「青少年有害情報の具体的な基準策定及び当該基準に基づいた個別の判断に国の行政機関等（国の行政機関及び地方公共団体等）が干

⁹² 阿部泰隆「青少年保護条例による『いん行、みだらな性行為』の処罰」法律時報 57 巻 4 号 68 頁、5 号 88 頁以下（1985 年）、西田典之・鎮目征樹「児童の性的保護」法学教室 228 号（1999 年）34 頁以下。

⁹³ 塩野宏『行政法Ⅲ〔第 4 版〕』（有斐閣、2012 年）189 頁。長谷部『憲法』457 頁も参照。

⁹⁴ 小谷順子「条例による有害図書規制の行方」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』12 頁以下。

渉してはならない」としている。こうした領域では、まずは住民に密着した活動（たとえば教育・普及啓発）が期待されるといえよう。

地方分権には「自治体相互の競争によってかえって社会問題の解決が困難になることもありうる」等、「便益とともにコストも伴うことに留意する必要がある」⁹⁵。自治体が国の政策変更を求めるには、国政への関与という別の筋道によるべきものと考えられる（→ I 3）。

3 条例と法律留保事項

憲法が明文で規律を法律に委ねた事柄（憲法 29 条、31 条、84 条）について、条例で定めることができるかが、長らく争われてきた。結論から言えば、いずれも条例による規律は可能であると解すべきである。

（1）財産権の制限

憲法 29 条は財産権を保障するとともに（1 項）、財産権の内容は法律により定めるとしている（2 項）。この規定によれば、財産権について条例で定めることはできないのではないか。

【参考】憲法

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。

この点、奈良県ため池条例事件判決（最大判昭和 38・6・26 刑集 17 卷 5 号 521 頁）は、次のように述べて条例による規制を認めた⁹⁶。

「ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例 1 条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである。すなわち、ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく、従つて、これらの行為を条例をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、これを条例で定めたからといつて、違憲または違法の点は認められない。更に本条例 9 条は罰則を定めているが、

⁹⁵ 長谷部『憲法』449 頁以下。

⁹⁶ 村山健太郎「判批」『憲法判例百選 I』218 頁。

それが憲法 31 条に違反するものでないことは、当裁判所の判例〔後掲大阪市売春取締条例事件〕の趣旨とするところである。」

本判決は問題となった堤とうを使用する行為が「憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外」にあるから条例で規制してもよい、と述べたにすぎないが、学説は、「条例は住民の代表機関である議会の議決によって成立する民主的立法であり、実質的には法律に準ずるものである」から、地域の特性に応じた財産権の規制は可能である、と解している⁹⁷。現在、財産権の規制に関する条例は多数存在しており、このような立場は実務上も定着している⁹⁸。

（２）刑罰

ア 概説

憲法 31 条は罪刑法定主義を定め、さらに 73 条 6 号ただし書が命令への罰則の委任を制限しているが、他方で地方自治法 14 条 3 項は条例により「2 年以下の懲役若しくは禁錮、100 万円以下の罰金」等の刑罰を定めることを認めている。

【参考】憲法

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 73 条 内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。

条例による刑罰について学説は、大きく 3 つに分かれる。①説は、この規定は刑罰権を条例に委任したものであり、法律による委任があるから条例が刑罰を科しても憲法 31 条に反しない、と解する。②説は、条例は住民の代表者からなる議会で議決されたものであり、国の法律に準ずるものであるから、条例で刑罰を定めても憲法 31 条に反しない、と説く。③説は、憲法 31 条等の趣旨は、国政を念頭に置いて、命令ではなく法律に権限を留保しようとしたものであるから、条例にはもともと適用がない、と考える。

イ 判例

この点に関するリーディングケースは、大阪市売春取締条例事件判決（最大判昭和 37・5・30 刑集 16 巻 5 号 577 頁）である⁹⁹。条例違反の罪で起訴された被告人が、地方自治法 14 条による条例への罰則の委任が白地の委任であり憲法 31 条に違反する等として上告したところ、最高裁は次のように述べた。

⁹⁷ 芦部『憲法』371 頁。

⁹⁸ 佐藤『日本国憲法論』566 頁。

⁹⁹ 村田尚紀「判批」『憲法判例百選Ⅱ』456 頁。

「憲法 31 条はかならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものでなく、法律の授權によつてそれ以下の法令によつて定めることもできると解すべきで、このことは憲法 73 条 6 号但書によつても明らかである。ただ、法律の授權が不特定な一般的の白紙委任的なものであつてはならないことは、いうまでもない。ところで、地方自治法 2 条に規定された事項のうちで、本件に係りのあるのは 3 項 7 号及び 1 号に挙げられた事項であるが、これらの事項は相当に具体的な内容のものであるし、同法 14 条 5 項による罰則の範囲も限定されている。しかも、条例は、法律以下の法令といつても、上述のように、公選の議員をもつて組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であつて、行政府の制定する命令等とは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもつて組織する国会の議決を経て制定される法律に類するものであるから、条例によつて刑罰を定める場合には、法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりると解するのが正当である。そうしてみれば、地方自治法 2 条 3 項 7 号及び 1 号のように相当に具体的な内容の事項につき、同法 14 条 5 項のように限定された刑罰の範囲内において、条例をもつて罰則を定めることができるとしたのは、憲法 31 条の意味において法律の定める手続によつて刑罰を科するものといふことができるのであつて、所論のように同条に違反するとはいえない。従つて地方自治法 14 条 5 項に基づく本件条例の右条項も憲法同条に違反するものといふことができない。」

本判決は、旧地方自治法 14 条 5 項が条例に罰則制定権を授權しているという委任の論理（入江裁判官補足意見）を基礎にしつつ、民主的基盤を有する条例については命令と異なり「法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されておればたり」とする。いわば①②の合わせ技であり、当時の地方自治法 2 条が自治事務を具体的に列挙していたことに着目して、そこに「相当な程度に具体的」な委任を求めたものといえる。

ウ 地方分権改革と条例による処罰

1999 年の地方自治法改正は自治事務の列挙を削除したため、もはや法律から条例に対する「相当な程度に具体的」な委任があると見るは困難である。地方自治法 14 条 3 項が一般的・包括的に刑罰権を授權しているか、憲法 94 条が条例に直接刑罰権を授けたと説明するか、いずれかの説明を採用すべきことになる。現在の学説は後者の立場を採り、憲法が刑罰を法律事項とした趣旨は、命令・行政による処罰を退けるにことにあるから、憲法 31 条にいう「法律」には条例を含むと解する（②説）¹⁰⁰。したがって、法律の授權のない自主条例による処罰等も憲法上許される。地方自治法 14 条 3 項は「罰則の制定権を授權したものというよりは、自治体が憲法上有する罰則の制定権につき上限を設定した規定と解すべき」ものである¹⁰¹。

なお、憲法 31 条が罪刑法定主義の一帰結として犯罪構成要件の明確性を要求する結果、国民に対する公正な告知を保障せず恣意的な法適用を許す刑罰規定は無効であり、裁判所

¹⁰⁰ 佐藤『日本国憲法論』566 頁、渋谷『憲法』761 頁、長谷部『憲法』455 頁。

¹⁰¹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』385 頁。

はそのような規定の適用を拒否しなければならない。条例制定権が尊重されるべきものであり、国法との矛盾・抵触を回避するための困難が伴う場合があるとしても、かかる要請を緩和すべき理由はない。福岡県青少年保護育成条例事件判決（→2（2））も、条例がこの観点からの違憲審査の対象であることは、当然の前提としている。

（3）租税

ア 概説

憲法 84 条は租税法律主義を定めている。現在では憲法 84 条の「法律」には条例も含まれ、地方税法 3 条はこの憲法の趣旨を確認したものと解されている¹⁰²。

【参考】憲法

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。

地方税法

（地方税の賦課徴収に関する規定の形式）

第三条 地方団体は、その地方税の税目、課税客体、課税標準、税率その他賦課徴収について定をするには、当該地方団体の条例によらなければならない。

イ 秋田市国民健康保険税条例事件

租税条例主義について、これまでは秋田市国民健康保険税条例事件（仙台高裁秋田支判昭和 57・7・23 判時 1052 号 3 頁）を中心に議論されてきた¹⁰³。

- A) 「地方自治に関する憲法 92 条に照らせば、地方自治の本旨に基づいて行われるべき地方公共団体による地方税の賦課徴収については、住民の代表たる議会の制定した条例に基づかずに租税を賦課徴収することはできないという租税（地方税）条例主義が要請され……、憲法 84 条にいう『法律』には地方税についての条例を含むものと解すべきである。「地方税条例主義の下においては、地方税の賦課徴収の直接の根拠となるのは条例であって、法律ではないことになり、地方税法は地方税の課税の枠を定めたものとして理解される。」
- B) 「租税法律（条例）主義は……課税要件のすべてと租税の賦課徴収手続は、法律（条例）によって規定されなければならないという課税要件法定（条例）主義と、その法律（条例）における課税要件の定めはできるだけ一義的に明確でなければならないという課税要件明確主義とを内包する」。

¹⁰² 芦部『憲法』371 頁。

¹⁰³ 宍戸常寿「判批」水野忠恒ほか編『租税判例百選（第 5 版）』（有斐閣、2011 年）14 頁。訴訟の経緯については北野弘久『納税者基本権論の展開』（三省堂、1983 年）232 頁以下。

- C) 「課税要件法定（条例）主義といっても、課税要件のすべてが法律（条例）自体において規定されていなければならない、課税要件に関して、法律（条例）が行政庁による命令（規則）に委任することが一切許されないというものではなく、ただ、その命令（規則）への委任立法は、他の場合よりも、特に最小限度にとどめなければならないとの要請が働く」。
- D) 「課税要件明確主義の下でも、課税要件に関する定めが、できるかぎり一義的に明確であることが要請されるのであるが、租税の公平負担を図るため、特に不当な租税回避行為を許さないため、課税要件の定めについて、不確定概念を用いることは不可避であるから、かかる場合についても、直ちに課税要件明確主義に反すると断ずることはできないし、その他の場合でも、諸般の事情に照らし、不確定概念の使用が租税主義の実現にとってやむをえないものであり、恣意的課税を許さないという租税法律（条例）主義の基本精神を没却するものではないと認められる場合には、課税要件に関して不確定概念を用いることが許容される余地がある」が、「立法技術上の困難などを理由に、安易に不確定、不明確な概念を用いることが許されないことはもとより当然であり、また、許容されるべき不確定概念は、その立法趣旨などに照らした合理的な解釈によって、その具体的意義を明確にできるものであることを要する」。

本判決は A) 租税法律主義の適用を地方税について認め、憲法 84 条にいう「法律」には条例が含まれるとした。地方税条例主義の意義には、（行政ではなく）租税に関する住民代表の決定と、（国との関係で自主的な）地方公共団体の課税権があり、地方税条例主義の根拠について端的に憲法 84 条に依拠するか憲法 92 条を強調するかが分岐するのは、この 2 つの意義およびその連関についての理解の相違による（→5）。

さらに B) は租税法律主義から課税要件法定主義と課税要件明確主義を導いている。C) の課税要件法定主義は、法律（条例）という特定の形式による国民（住民）代表の決定を求め、行政への立法権の委任を限定する。これに対して D) の課税要件明確主義は、正しい執行のために代表の決定が備えるべき内容に関わり、不確定概念の抑制を通じて執行者の自由裁量を排除するものである¹⁰⁴。

本判決は保険税率について「100 分の 65 に相当する額以内」という文言を課税要件法定主義に反すると同時に、市長に広汎な裁量を認めるものと捉え直すことで、課税要件明確主義にも反する、としたものである。本判決を受けて秋田市は、他の税形式を採用する自治体と同じく定率・定額方式に変更した¹⁰⁵。

ウ 旭川国民健康保険条例事件

最近の旭川国民健康保険条例事件（最大判平成 18・3・1 民集 60 巻 2 号 587 頁）¹⁰⁶において、最高裁は租税条例主義の意義を明らかにした。この事件は、国民健康保険に加入

¹⁰⁴ 金子宏『租税法理論の形成と解明 上巻』（有斐閣、2010 年）49 頁以下。

¹⁰⁵ 吉村典久「秋田市国民健康保険税条例」『新条例百選』（有斐閣、1992 年）202 頁。

¹⁰⁶ 斎藤一久「判批」『憲法判例百選Ⅱ』432 頁、斎藤誠「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』52 頁。

する世帯主が、旭川市から国民健康保険料の賦課処分を受け、また旭川市長から所定の減免事由に該当しないとして減免しない旨の通知を受けたため、賦課処分の取消し及び減免非該当処分の取消し等を求めて訴えを提起したものであるが、本判決は次のように述べた。

「国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてでなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付は、その形式のいかんにかかわらず、憲法 84 条に規定する租税に当たるといふべきである。

市町村が行う国民健康保険の保険料は、これと異なり、被保険者において保険給付を受け得ることに対する反対給付として徴収されるものである。…〔略〕…被上告人市における国民健康保険事業に要する経費の約 3 分の 2 は公的資金によって賄われているが、これによって、保険料と保険給付を受け得る地位とのけん連性が断ち切られるものではない。また、国民健康保険が強制加入とされ、保険料が強制徴収されるのは、保険給付を受ける被保険者をなるべく保険事故を生ずべき者の全部とし、保険事故により生ずる個人の経済的損害を加入者相互において分担すべきであるとする社会保険としての国民健康保険の目的及び性質に由来するものといふべきである。

したがって、上記保険料に憲法 84 条の規定が直接に適用されることはないといふべきである（国民健康保険税は、前記のとおり目的税であって、上記の反対給付として徴収されるものであるが、形式が税である以上は、憲法 84 条の規定が適用されることとなる。）。」

「憲法 84 条は、課税要件及び租税の賦課徴収の手續が法律で明確に定められるべきことを規定するものであり、直接的には、租税について法律による規律の在り方を定めるものであるが、同条は、国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律の根拠を要するという法原則を租税について厳格化した形で明文化したものだといふべきである。したがって、国、地方公共団体等が賦課徴収する租税以外の公課であっても、その性質に応じて、法律又は法律の範囲内で制定された条例によって適正な規律がされるべきものと解すべきであり、憲法 84 条に規定する租税ではないという理由だけから、そのすべてが当然に同条に現れた上記のような法原則のらち外にあると判断することは相当ではない。そして、租税以外の公課であっても、賦課徴収の強制の度合い等の点において租税に類似する性質を有するものについては、憲法 84 条の趣旨が及ぶと解すべきであるが、その場合であっても、租税以外の公課は、租税とその性質が共通する点や異なる点があり、また、賦課徴収の目的に応じて多種多様であるから、賦課要件が法律又は条例にどの程度明確に定められるべきかなどその規律の在り方については、当該公課の性質、賦課徴収の目的、その強制の度合い等を総合考慮して判断すべきものである。」

目的税（地税 5 条 6 項 5 号）である国民健康保険税が憲法 84 条にいう「租税」に当たりますが、保険料はそうではないが故に租税法律主義は直接適用されずその「趣旨が及ぶ」とどまる。しかし、国民健康保険税は実質的に保険料と同じであり（国保 76 条参照）、税という形式とそれに伴う被保険者の義務感の相違を除けば、徴収権の優先順位、執行停止、

賦課決定の期間制限等で多少の相違があるにすぎない¹⁰⁷。本判決が、保険料は「租税」に当たらないとしながら、保険税はその形式上憲法 84 条が適用されるとしたことには、強い批判がある。他方、租税法律主義は保険税（料）について定率・定額方式以外の規定を排除しないから、仮に旭川市の事例に租税法律主義が直接適用されたとしても、秋田市国民健康保険条例事件判決の論理からすれば、賦課総額の確定および民主的統制のしくみを理由に合憲と考える余地が残されていたことにも、注意が必要であろう¹⁰⁸。

4 法令と条例の関係

(1) 概説

憲法 94 条は条例制定権を「法律の範囲内で」認められると定め、また地方自治法 14 条 1 項は「法令に違反しない限りにおいて」としている。これらの規定からすると、＜憲法→法律→命令→条例＞といったピラミッドが前提されているように見えるが、そうではない。命令は前提となる法律がなければ制定できないが、既に述べたとおり条例は自主法であるから、法律がなくても制定できるものであり、単純な上下関係にはない。憲法や地方自治法の規定は、法令と条例が衝突した場合には、前者が後者に優越することを定めたルールであることに、注意しなければならない。換言すれば、条例制定権を「法律の範囲内で」認める憲法 94 条は、「合憲的な法律が存在する限り、条例はそれに反してはならないというにすぎない」¹⁰⁹。委任命令・執行命令は法律の授権によるもので法律の具体化であり、憲法 94 条の「法律」にはそうした命令を含むと解されている。なお、憲法 94 条は「条例の所管・効力が法律で定められること」を意味すると説く少数説もある¹¹⁰。

(2) 徳島市公安条例事件

ア 問題の所在

国の法令と同一の目的でより厳しい規制を定めるものとして「上乘せ条例」、国の法令と同一の目的で法令で規制が加えられていない項目について規制するものとして「横出し条例」がある。仮に、法律が既に定めている事項について定める条例は当然に法律に抵触する、と考えるならば、いずれも常に無効となってしまふ。これでは、とりわけ地域毎の実情に応じた規制が求められる環境分野等において、地方自治を保障した意味が著しく小さくなってしまふ。そこで、条例が国の法令と抵触するかどうかをどのように判断すべきかが、問題となってきた¹¹¹。

¹⁰⁷ 厚生省保険局国民健康保険課『逐条詳解国民健康保険法』（1983年）311頁。

¹⁰⁸ 倉田聡『社会保険の構造分析』（北海道大学出版会、2009年）も参照。

¹⁰⁹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』385頁。

¹¹⁰ 小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1988年）543頁以下。

¹¹¹ 岩橋健定「条例制定権の限界」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・下巻』（有斐閣、2001年）357頁以下、斎藤誠「条例制定権の限界」『現代地方自治の法的基層』286頁以下、工藤達朗「法律と条例」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）315頁。

イ 最高裁判決

リーディングケースである徳島市公安条例事件（最大判昭和 50・9・10 刑集 29 卷 8 号 489 頁）¹¹²は、「交通秩序を維持すること」（徳島市公安条例 3 条 3 号）が道路交通法 77 条に抵触するかどうか争われたものであるが、最高裁は次のように述べた。

- A) 「道路交通法は道路交通秩序の維持を目的とするのに対し、本条例は道路交通秩序の維持にとどまらず、地方公共の安寧と秩序の維持という、より広はん、かつ、総合的な目的を有するのであるから、両者はその規制の目的を全く同じくするものとはいえないのである。」
- B) 「地方自治法 14 条 1 項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法 2 条 2 項の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない。例えば、ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである。」
- C) 「これを道路交通法 77 条及びこれに基づく徳島県道路交通施行細則と本条例についてみると、徳島市内の道路における集団行進等について、道路交通秩序維持のための行為規制を施している部分に関する限りは、両者の規律が併存競合していることは、これを否定することができない。しかしながら、道路交通法 77 条 1 項 4 号は、同号に定める通行の形態又は方法による道路の特別使用行為等を警察署長の許可によつて個別的に解除されるべき一般的禁止事項とするかどうかにつき、各公安委員会が当該普通地方公共団体における道路又は交通の状況に応じてその裁量により決定するところにゆだね、これを全国的に一律に定めることを避けているのであつて、このような態度から推すときは、右規定は、その対象となる道路の特別使用行為等につき、各普通地方公共団体が、条例により地方公共の安寧と秩序の維持のための規制を施すにあたり、その一環として、これらの行為に対し、道路交通法に

¹¹² 木村草太「判批」『憲法判例百選 I』186 頁。

よる規制とは別個に、交通秩序の維持の見地から一定の規制を施すこと自体を排斥する趣旨まで含むものとは考えられず、各公安委員会は、このような規制を施した条例が存在する場合には、これを勘案して、右の行為に対し道路交通法の前記規定に基づく規制を施すかどうか、また、いかなる内容の規制を施すかを決定することができるものと解するのが、相当である。そうすると、道路における集団行進等に対する道路交通秩序維持のための具体的規制が、道路交通法 77 条及びこれに基づく公安委員会規則と条例の双方において重複して施されている場合においても、両者の内容に矛盾抵触するところがなく、条例における重複規制がそれ自体としての特別の意義と効果を有し、かつ、その合理性が肯定される場合には、道路交通法による規制は、このような条例による規制を否定、排除する趣旨ではなく、条例の規制の及ばない範囲においてのみ適用される趣旨のものとして解するのが相当であり、したがって、右条例をもつて道路交通法に違反するものとすることはできない。

- D) 「ところで、本条例は、さきにも述べたように、道路における場合を含む集団行進等に対し、このような社会的行動のもつ特殊な性格にかんがみ、道路交通秩序の維持を含む地方公共の安寧と秩序の維持のための特別の、かつ、総体的な規制措置を定めたものであつて、道路交通法 77 条及びこれに基づく徳島県道路交通施行細則による規制とその目的及び対象において一部共通するものがあるにせよ、これとは別個に、それ自体として独自の目的と意義を有し、それなりにその合理性を肯定することができるものである。そしてその内容をみても、本条例は集団行進等に対し許可制をとらず届出制をとっているが、それはもとより道路交通法上の許可の必要を排除する趣旨ではなく、また、本条例 3 条に遵守事項として規定しているところも、のちに述べるように、道路交通法に基づいて禁止される行為を特に禁止から解除する等同法の規定の趣旨を妨げるようなものを含んでおらず、これと矛盾抵触する点のみあたらない。もつとも、本条例 5 条は、3 条の規定に違反する集団行進等の主催者、指導者又はせん動者に対して 1 年以下の懲役若しくは禁錮又は 5 万円以下の罰金を科するものとしているのであつて、これを道路交通法 119 条 1 項 13 号において同法 77 条 3 項により警察署長が付した許可条件に違反した者に対して 3 月以下の懲役又は 3 万円以下の罰金を科するものとしているのときと対比するとき、同じ道路交通秩序維持のための禁止違反に対する法定刑に相違があり、道路交通法所定の刑種以外の刑又はより重い懲役や罰金の刑をもつて処罰されることとなつているから、この点において本条例は同法に違反するものではないかという疑問が出されるかもしれない。しかしながら、道路交通法の右罰則は、同法 77 条所定の規制の実効性を担保するために、一般的に同条の定める道路の特別使用行為等についてどの程度に違反が生ずる可能性があるか、また、その違反が道路交通の安全をどの程度に侵害する危険があるか等を考慮して定められたものであるのに対し、本条例の右罰則は、集団行進等という特殊な性格の行動が帯有するさまざまな地方公共の安寧と秩序の侵害の可能性及び予想される侵害の性質、程度等を総体的に考慮し、殊に道路における交通の安全との関係では、集団行進等が、単に交通の安全を侵害するばかりでなく、場合によっては、地域の平穩を乱すおそれすらあることをも考慮して、その内容を定めたものと考えられる。そうすると、右罰則が法定刑として

道路交通法には定めのない禁錮刑をも規定し、また懲役や罰金の刑の上限を同法より重く定めていても、それ自体としては合理性を有するものといえることができるのである。そして、前述のとおり条例によつて集団行進等について別個の規制を行うことを容認しているものと解される道路交通法が、右条例においてその規制を実効あらしめるための合理的な特別の罰則を定めることを否定する趣旨を含んでいるとは考えられないところであるから、本条例 5 条の規定が法定刑の点で同法に違反して無効であるとするはできない。」

ウ 検討

B)が述べるところを図式化すれば具体的にいえば、

①法令が、ある事項を明文では規定していないが、その事項を規制せず放置する趣旨の場合

→条例は法令に違反する

②ある事項について法令と条例とが併存し、

a 法令と条例の目的が異なり、条例の適用が法律の目的と効果を阻害しない場合

b 法令と条例の目的は同じだが、法令の趣旨が全国一律の規制ではなく、地方の実情に応じた別段の規制を容認する趣旨である場合

→条例は法令に違反しない

ということになる。これは、法令と条例の矛盾抵触に関する一般的な定式として、重要なものである。②bは大気汚染防止法（4条1項・32条）、水質汚濁防止法（3条3項・29条）、騒音規制法（4条2項・27条）にも同趣旨の規定がある。

A)は、道交法の目的が道路交通秩序の維持であるのに対して、本条例の目的は地方公共の安寧と秩序の維持とより広汎なものであるが、そのままでは両者が重なり、条例は違憲になりうる。そこでD)は、むしろ本件条例自体の特別の意義と効果として集団行進の特殊性、それが地方公共の安寧と秩序の維持という目的にとってもつ意義を強調している。したがって、単純に両者の「それぞれの趣旨、目的、内容及び効果」をそのまま比較しているわけではない点に留意が必要である。さらにC)は、道交法が道路の特別使用行為を一般的に禁止するかどうかを公安委員会の裁量に委ねているというところから、本判決は、道交法が地方公共団体毎にそれ以外の規制を行うことを許容する趣旨であるとして、②bに当たる事例と解している。このような解釈は、後に見る高知市河川管理条例と全く逆の判断の仕方である点に注意が必要である。

（3）高知市普通河川等管理条例事件

徳島市公安条例事件判決における緩和された「国法先占論」を前提にする限り、法令と条例の関係については、当該法令の趣旨・目的をどう解釈するかが決定的に重要になる。この点で興味深いのは、高知市河川条例事件（最判昭和53・12・21民集32巻9号1723頁）である¹¹³。

¹¹³ 尾形健「判批」『判例プラクティス憲法』443頁、市橋克哉「判批」『地方自治判例百選（第3版）』60頁。

ア 最高裁判決

河川法3条2項但書は、1級河川・2級河川について、河川管理者以外の者が設置した護岸等の施設を「河川管理施設」とするためには、当該施設の管理者の同意が必要である旨を規定している。これに対して高知市普通河川等管理条例2条は、普通河川について、河川管理者以外の者が設置した「堤防、護岸、制水、床留め、水門、閘門、樋管等の施設」も、市長の管理対象としていた。

原告は、自宅と河川の間に隣接し、原告の息子が所有する土地を占有していた。本件土地の付近に児童遊園地やスーパーマーケットが建設され、本件土地を通行する者が増えたために不安を感じた原告は、一般人が本件土地を通行できないようにするために工作物を設けた。高知市長が工作物の設置が本条例に違反していることを理由に、工作物除却命令を出したため、原告は除去命令の無効確認を求めたが、本判決は次のように述べた。

- A) 「普通地方公共団体は、法令の明文の規定又はその趣旨に反する条例を制定することは許されず、そのような法令の明文の規定又はその趣旨に反する条例は、たとえ制定されても、条例としての効力を有しないものといわなければならない。」
- B) 「河川の管理について一般的な定めをした法律として河川法が存在すること、しかも、同法の適用も準用もない普通河川であつても、同法の定めるところと同程度の河川管理を行う必要が生じたときは、いつでも適用河川又は準用河川として指定することにより同法の適用又は準用の対象とする途が開かれていることにかんがみると、河川法は、普通河川については、適用河川又は準用河川に対する管理以上に強力な河川管理は施さない趣旨であると解されるから、普通地方公共団体が条例をもって普通河川の管理に関する定めをするについても…〔中略〕…、河川法が適用河川等について定めるところ以上に強力な河川管理の定めをすることは、同法に違反し、許されないものといわなければならない。」
- C) 「ところで、河川法3条は、同法による河川管理の対象となる「河川」に含まれる堤防、護岸等の「河川管理施設」は、それが河川管理者以外の者の設置したものであるときは、当該施設を「河川管理施設」とすることについて、河川管理者が権原に基づき当該施設を管理する者の同意を得たものに限るものとしている。これは、河川管理者以外の者が設置した施設をそれが「河川管理施設」としての実体を備えているということだけで直ちに一方的に河川管理権に服せしめ、右施設を権原に基づき管理している者の権利を制限することは、財産権を保障した憲法29条との関係で問題があることを考慮したことによるものと解される。このような河川法の規定及び趣旨に照らして考えれば、普通地方公共団体が、条例により、普通河川につき河川管理者以外の者が設置した堤防、護岸等の施設をその設置者等権原に基づき当該施設を管理する者の同意の有無にかかわらず河川管理権に服せしめることは、同法に違反し、許されないものといわざるをえない。」

イ 検討

A)は法令と条例の矛盾衝突があるかどうかの判断において、国の法令の趣旨を重視するという姿勢は共通しているが、一般論としては徳島市公安条例判決よりも、条例に厳しい枠組みのように見える。本条例はいわゆる「裾切り条例」（河川法が1級・2級河川（適用河川）および準用河川を対象にするのに対して、本条例は普通河川が対象）であるが、B)は「河川法は、普通河川については、適用河川又は準用河川に対する管理以上に強力な河川管理は施さない趣旨である」と解して、「普通河川につき河川管理者以外の者が設置した堤防、護岸等の施設をその設置者等権原に基づき当該施設を管理する者の同意の有無にかかわらず河川管理権に服せしめることは、同法に違反し、許されない」として、条例を限定解釈した。

徳島市公安条例判決が道路交通法をいわゆる「最低基準法律」として上乗せ条例を許容したのに対して、本判決は河川法をいわゆる「規制限度法律」と解釈して横出し条例を認めなかった。その理由は、B)国の法令が、地方による規制のカスタマイズを可能にしている以上、条例による別段の定めを許容しないしくみである、C)対象となる権利・利益の性格、の2点にある。しかし、B)については、道交法も自らが定めた公安委員会への裁量授權以外の特段の条例による規制を許さない趣旨と見ることが可能であろうし、c)については、財産権以上に集会の自由の規制は統一的な枠組みで行われるべきだと考えるべきではないだろうか。

(4) 小結

総じて判例の考え方は、法令がある事項を規律してしまえば同じ事項について条例は定められないという「国法先占論」を、法令と同じ事項を定める条例であっても「法令の側で許容する気持ちがあれば生かしてあげよう」という方向で緩和したものと見ることができる¹¹⁴。この点で、自治事務の核心的な領域について定める条例であれば法律に優先する、あるいは、法律が自治事務の核心的な領域について定めた場合は、全国最低限の規制を定めたにすぎないと解されるから、条例が適用されるという考え方（ナショナル・ミニマム論）を採用するものではない。したがって、国の法令が自治事務に関して「義務付け・枠

¹¹⁴ その他の興味深い事例として、宝塚市パチンコ条例事件（神戸地判平成9・4・28判時1613号36頁、野呂充「判批」『平成9年度重要判例解説』（有斐閣、1998年）45頁）がある。この事件では、市の「パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」の適法性が争われた。神戸地裁は、「風営法及び県条例と趣旨、目的が相当部分重なり、同法及び同条例より更に強度の規制をする本件条例は、風俗営業の場所的規制に関し、市町村が条例により独自の規制をすることを排斥する風営法及び県条例に違反するといわざるを得ない。」「建築基準法と趣旨、目的が重なり、同法が認めていない用途地域内の建築制限を定める本件条例は、同法にも違反するといわざるを得ない。」と判断した。これは、一地方公共団体の判断でパチンコ営業等を制限することが風営法の目的を阻害するという点を強調したものである。なお上告審である最判平成14・7・9民集56巻6号1134頁は、市がパチンコ店を建築しようとする者に対して建築工事を続行してはならない旨の裁判を求めることは、法律上の争訟に当たらないとして訴えを不適法却下したため、条例が法律の範囲内かどうかについては判断を示さなかった。

付け」を行っているような場合には、条例制定権の余地は結局のところ狭められたままになる。

現在では、法令の規定とその解釈運用が「国と地方公共団体との適切な役割分担」を踏まえるべきとされており（→ I 3）、条例の規律を尊重するような立法が望まれ、法令において過剰なまでに細部にわたる規制を行うことは避けるべきであろう¹¹⁵。地方分権改革推進委員会の「第3次勧告」（2009年）は国の法令の内容を条例で書き換える可能性（「上書き条例」）や、法令の「義務づけ・枠付け」の見直しを通じた条例制定権の範囲拡大の検討等を提言している¹¹⁶。さらに進んで、「対話型立法権分有」論の立場から、「国側の立法意思である法令の趣旨のみから抵触問題を判断するのは誤りであり、裁判の場では地方の必要性と住民および地方議会の立法意思尊重の視点から法令の趣旨・目的・内容・効果を可能な限り限定的に再解釈することが認められなければならない」と説くものも見られている¹¹⁷。

5 自主財政権

（1）概説

「地方団体は、憲法上の自治権の一環として課税権（課税自主権）をもち、それによって自主的にその財源を調達することができる」という原則を「自主財政主義」という¹¹⁸。地方公共団体が自主的に財政処理を行う権限を有することは、団体自治の当然の帰結であり、憲法 92 条¹¹⁹あるいは憲法 94 条¹²⁰が、地方公共団体に自主財政権（および後述の自主課税権）を保障している、と解される。地方自治法は第 9 章で「財務」について定めるほか、地方財政法は地方財政に関する準則を定めている¹²¹。

実際には、地方公共団体の収入のうち地方税等の自主財源が占める割合は 3 割程度である（「3割自治」）。他方、国と地方の歳出の規模がおおむね 4 対 6 であるが、国民が負担した税金を国と地方へそれぞれ分配する段階では 6 対 4 に逆転し、地方が国からの地方交付金・国庫支出金等に依存しなければならない状況が続いた。そこで 2002 年には国庫補助金の廃止・縮減、地方への税源移譲、交付税の見直しという「三位一体の改革」が決定されたが、交付税の大幅削減によりかえって地方の負担は増加したともいわれる¹²²。特に補助金のあり方は地方自治の観点から問題視する意見が強く、負担金（地財 10 条以下）が

¹¹⁵ 佐藤『日本国憲法論』568 頁。高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」ジュリスト 1133 号（1998 年）47 頁も参照。

¹¹⁶ 横大道聡「条例制定権の拡大と憲法」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』184 頁以下。地方分権後の判例の機能について山本龍彦「徳島市公安条例事件判決を読む」法学セミナー 696 号（2013 年）46 頁以下。

¹¹⁷ 大津「94 条」497 頁。

¹¹⁸ 金子宏『租税法（第 21 版）』（弘文堂、2016 年）92 頁以下。

¹¹⁹ 高橋『立憲主義と日本国憲法』373 頁。

¹²⁰ 佐藤『日本国憲法論』570 頁。

¹²¹ 上代庸平「『財政優等生』の試練」新井ほか編『地域に学ぶ憲法演習』234 頁以下。

¹²² 総務省「三位一体の改革の成果」、佐藤『日本国憲法論』571 頁も参照。

自治体の超過負担を招いていないか、奨励的補助金については濫用により自治権の圧迫が生じ得る、効率的予算運用を困難にする、等の批判がある¹²³。

(2) 自主課税権

ア 自主課税権の保障

地方公共団体の自主財源の中心は住民の租税であるから、自主課税権も認められなければならない。他方、「地方団体は、この法律の定めるところによって、地方税を賦課徴収することができる」とされている（地方税法 2 条。自治 223 条も参照）。学説は「準則法（Rahmengesetz）」として地方税法を理解するとともに、あくまで地方議会の定める条例に地方税の賦課・徴収の根拠を求める（地方税条例主義）。

地方税法は地方団体による自主的な法定外税の新設を認めている（地税 4 条・5 条・734 条）。1999 年の地方分権一括法により、法定外税の新設・変更は、従来の自治大臣の許可制から総務大臣の同意を要する協議制へ改められ（地税 259 条・669 条・731 条）、不同意事由は法定のものに限定された（地税 261 条・671 条・733 条）。

不同意の場合、地方団体の首長は国地方係争処理委員会による審査の申出をすることができ、同委員会は、不同意が違法であるか、地方団体の自主性及び自立性を尊重する観点から不当であると認めるときは、総務大臣に必要な措置を講ずべきことを勧告する（→ I 3）。横浜市勝馬投票券発売税条例事件は、法定外普通税の新設に関する総務大臣の不同意について、協議の再開が勧告された事例である¹²⁴。

イ 大牟田市電気税訴訟

憲法上の課税権が法律による具体化を要するものであることを理由に、こうした規律を是認した裁判例がある。大牟田市は、三井三池炭鉱を中心とした重化学工業都市であり、1950 年に市税条例を制定して、独立税として電気ガス税（電気またはガスに対し、料金を課税標準として、使用所在地の市町村において使用者に課す市町村の普通税）を徴収していた。他方、地方税法 489 条 1 項・2 項は、アルミニウム、石炭等の製造、採掘業務に使用する電気等を非課税としていた。この非課税措置がなかった場合に、市が昭和 48 年度に得られた税収は、約 5 億 6400 万円と見込まれた。そこで X は、地方税法 489 条 1 項・2 項が憲法 92 条等に違反しているにもかかわらず、国がこの規定の改廃を懈怠したことによって市の固有の課税権が侵害されたとして、損害額の 4 分の 1 に当たる約 1 億 4 千万円の支払いを求めたが、福岡地判昭和 55・6・5 判時 966 号 3 頁は次のように述べた¹²⁵。

憲法 92 条は、「憲法がその実現すべき理想の一つとして掲げる民主主義を徹底するために、地方公共団体に関する一般的な原則として、凡そ地方公共団体とされたものは、国から多少とも独立した地位を有し、その地域の公共事務はその住民の意思に基づいて自

¹²³ 高橋『立憲主義と日本国憲法』374 頁。

¹²⁴ 神山弘行「判批」『租税判例百選（第 5 版）』18 頁、村上裕章「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』204 頁。

¹²⁵ 藤谷武史「判批」『地方自治判例百選（第 4 版）』8 頁。

主的に行われるべきであるという政治理念を表明したものと解せられる。すなわち、地方公共団体の組織及び運営に関する事項を定める法律は、右の意味で地方公共団体の自治権を保障するものでなければならない。そして地方公共団体がその住民に対し、国から一応独立の統治権を有するものである以上、事務の遂行を実効あらしめるためには、その財政運営についてのいわゆる自主財政権ひいては財源確保の手段としての課税権もこれを憲法は認めているものというべきである。憲法はその94条で地方公共団体の自治権を具体化して定めているが、そこにある「行政の執行」には租税の賦課、徴収をも含むものと解される。そこで例えば、地方公共団体の課税権を全く否定し又はこれに準ずる内容の法律は違憲無効たるを免れない。」

「しかし、憲法94条、基本的には92条によつて認められる自治権がいかなる内容を有するかについては、憲法自体から窺い知ることはできない。そもそも憲法は地方自治の制度を制度として保障しているのであつて、現に採られているあるいは採らるべき地方自治制を具体的に保障しているものではなく、現に地方公共団体とされた団体が有すべき自治権についても、憲法上は、その範囲は必ずしも分明とはいいがたく、その内容も一義的に定まつているとはいいがたいのであつて、その具体化は憲法全体の精神に照らしたうでの立法者の決定に委ねられているものと解せざるをえない。このことは、自治権の要素としての課税権の内容においても同断であり、憲法上地方公共団体に認められる課税権は、地方公共団体とされるもの一般に対し抽象的に認められた租税の賦課、徴収の権能であつて、憲法は特定の地方公共団体に具体的税目についての課税権を認めたものではない。税源をどこに求めるか、ある税目を国税とするか地方税とするか、地方税とした場合に市町村税とするか都道府県税とするか、課税客体、課税標準、税率等の内容をいかに定めるか等については、憲法自体から結論を導き出すことはできず、その具体化は法律（ないしそれ以下の法令）の規定に待たざるをえない。」

「電気ガス税という具体的税目についての課税権は、地方税法5条2項によつて初めて原告大牟田市に認められるものであり、しかもそれは、同法に定められた内容のものとして与えられるものであつて、原告は地方税法の規定が許容する限度においてのみ、条例を定めその住民に対し電気ガス税を賦課徴収しうるにすぎないのである。」

本判決は、地方公共団体が憲法上は自主課税権を有することを確認した上で評価されるものの、その憲法的保障は抽象的なものとどまり、その具体化は立法に委ねられるとしている。このため、地方公共団体の課税権に関する国の法律が違憲となるのは、課税権を一切否定した場合のような例外的な場合に限られることになってしまうという問題点がある。

（3）神奈川県臨時特例企業税事件

法定外普通税が地方税法に反し違法と判断した初めての最高裁判決が、神奈川県臨時特例企業税事件判決（最判平成25・3・21民集67巻3号438頁）である¹²⁶。

¹²⁶ 藤谷武史『平成25年度重要判例解説』（有斐閣、2014年）217頁、確井光明「判批」『地方自治百選（第4版）』57頁、須賀博司「判批」『憲法判例百選Ⅱ』442頁。

ア 事実の概要

地方税法（平成 15 年改正前）は、法人事業税の課税標準を原則として各事業年度の所得とし（72 条の 12）、これを国税である法人税の課税標準である所得の計算の例によって算定する旨を定めていた（72 条の 14 第 1 項本文）。また、法人税法（平成 23 年改正前）は、青色申告法人の各事業年度の所得の金額の計算に関して、各事業年度開始の日前 7 年（平成 16 年改正前は 5 年）以内に開始した事業年度において生じた欠損金額（2 条 19 号）を繰り越して損金の額に算入すること（欠損金の繰越控除）を認めていた（57 条 1 項）。

神奈川県は平成 10 年度に税収が急激に減少しており、県の地方税制等研究会は平成 12 年 5 月、法人事業税について全国一律の外形標準課税が早期に導入されない場合には、県独自の措置として欠損金の繰越控除の適用を遮断するため法定外普通税等を活用すべき旨の中間報告書を提出した。平成 13 年度の税制改正が法人事業税への外形標準課税の導入を見送り、同研究会が平成 13 年 1 月に最終報告書を提出したことを受けて、県は同年 3 月、神奈川県臨時特例企業税条例を制定し、総務大臣の同意を経て施行した。

本件条例の概要は、①当分の間の措置として、県内に事務所等を有する資本金 5 億円以上の法人に対して特例企業税を課する、②法人事業税の課税標準である所得の金額の計算において欠損金の繰越控除をした事業年度を企業税の課税事業年度とする、③各課税事業年度における法人事業税の課税標準である所得の金額の計算上、繰越控除欠損金額を損金の額に算入しないものとして計算した場合における当該各課税事業年度の所得の金額に相当する金額（繰越控除欠損金額に相当する金額を上限）を課税標準とする、④税率を 3%とする、というものであった。

その後、平成 15 年地方税法改正により外形標準課税が一部導入されたことを受けて、県は平成 16 年に本件条例を改正し、さらに平成 21 年 3 月 31 日限りで本件条例は原則として失効した。その意味で、本件条例は、東京都銀行税条例事件（東京高判平成 15・1・30 判時 1814 号 44 頁）と並んで¹²⁷、法人事業税の外形標準課税化へ向かう歴史的一幕に当たる。

平成 15・16 事業年度に繰越控除欠損金額を生じていた県内に工場を有する資本金 5 億円以上の株式会社は、両年度について本件条例に従って企業税を申告・納付した上で、本件条例が地方税法の規定に違反する等と主張して、県に対して誤納金として納付税額等の還付及びその還付加算金の支払等を求めた。

1 審（横浜地判平成 20・3・19 判時 2020 号 29 頁）は、徳島市公安条例事件判決（→4（2））に依拠して、企業税が法人事業税における欠損金の繰越控除の適用を遮断する効果を持つと述べ、本件条例は違法・無効であるとして会社の請求を認容した。他方、原審（東京高判平成 22・2・25 判時 2074 号 32 頁）は、本件条例により地方税法の目的と効果が「その重要な部分において否定」されるかどうかという視点から、本件条例は地方税法の法人事業税に関する規定の内容を実質的に変更するものではなく同法に違反しないとして会社の請求を斥けた¹²⁸。

¹²⁷ 高橋滋「判批」水野忠恒ほか編『租税判例百選（第 4 版）』（有斐閣、2005 年）18 頁。

¹²⁸ 宇賀克也「判批」法学教室 356 号（2010 年）32 頁以下。

イ 最高裁判決

最高裁は、徳島市公安条例事件判決における法律と条例の関係に関する一般論を示した上で（→4（2））、次のように述べた。

- A) 「普通地方公共団体は、地方自治の本旨に従い、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有するものであり（憲法 92 条、94 条）、その本旨に従ってこれらを行うためにはその財源を自ら調達する権能を有することが必要であることからすると、普通地方公共団体は、地方自治の不可欠の要素として、……国とは別途に課税権の主体となることが憲法上予定されているものと解される。」
- B) 憲法 92 条・94 条に加えて「租税の賦課については国民の税負担全体の程度や国と地方の間ないし普通地方公共団体相互間の財源の配分等の観点からの調整が必要であることに照らせば、普通地方公共団体が課することができる租税の税目、課税客体、課税標準、税率その他の事項については、憲法上、租税法主義（84 条）の原則の下で、法律において地方自治の本旨を踏まえてその準則を定めることが予定されており、これらの事項について法律において準則が定められた場合には、普通地方公共団体の課税権は、これに従ってその範囲内で行使されなければならない。」
- C) 地方税法の定める法定普通税についての規定は「別段の定めのあるものを除き、任意規定ではなく強行規定であると解されるから、普通地方公共団体は、地方税に関する条例の制定や改正に当たっては、同法の定める準則に拘束され、これに従わなければならない。「法定普通税に関する条例において、地方税法の定める法定普通税についての強行規定の内容を変更することが同法に違反して許されないことはもとより、法定外普通税に関する条例において、同法の定める法定普通税についての強行規定に反する内容の定めを設けることによって当該規定の内容を実質的に変更することも、これと同様に、同法の規定の趣旨、目的に反し、その効果を阻害する内容のものとして許されない」。
- D) 「法人税法の規定する欠損金の繰越控除は、……法人事業税の課税標準である各事業年度の所得の金額の計算について、……必要的に適用すべきものとされていると解され、法人税法の規定の例により欠損金の繰越控除を定める地方税法の規定は、法人事業税に関する同法の強行規定である」。このことからすれば「たとえ欠損金額の一部についてであるとしても、条例において同法の定める欠損金の繰越控除を排除することは許されず、仮に条例にこれを排除する内容の規定が設けられたとすれば、当該条例の規定は、同法の強行規定と矛盾抵触するものとしてこれに違反し、違法、無効である」。
- E) 本件条例の実質は「繰越控除欠損金額それ自体を課税標準とするものにほかならず、法人事業税の所得割の課税標準である各事業年度の所得の金額の計算につき欠損金の繰越控除を一部排除する効果を有する」。「特例企業税の創設の経緯等にも鑑みると、本件条例は、最終報告書に記載されているように、上記の所得の金額の計算において、欠損金の繰越控除のうち約 30%につきその適用を遮断することを意図して制定されたものというほかはない。」

F) 「特例企業税を定める本件条例の規定は、地方税法の定める欠損金の繰越控除の適用を一部遮断することをその趣旨、目的とするもので、特例企業税の課税によって各事業年度の所得の金額の計算につき欠損金の繰越控除を実質的に一部排除する効果を生ずる内容のものであり、各事業年度間の所得の金額と欠損金額の平準化を図り法人の税負担をできるだけ均等化して公平な課税を行うという趣旨、目的から欠損金の繰越控除の必要的な適用を定める同法の規定との関係において、その趣旨、目的に反し、その効果を阻害する内容のものであって、法人事業税に関する同法の強行規定と矛盾抵触するものとしてこれに違反し、違法、無効である」。

県は、本判決を受けて過去 10 年に遡って企業税を納めた法人に対して返還するという「原状回復」を余儀なくされた¹²⁹。

ウ 検討

A)は、最高裁が自治財政権を正面から肯定したものとして重要である。しかし、B)の憲法 84 条が準則による規律を予定しているとする部分は、憲法上の課税権は抽象的なものにすぎず具体的課税権は地方税法によりはじめて与えられるとする大牟田市電気税条例事件と大差がなく、自主財政主義を「後退」させるもののようにも思われる¹³⁰。

旭川市国民健康保険条例事件判決が説くように(→3 (3))、租税法律主義の趣旨が侵害留保原則にあるとすれば、地方税については条例の留保が妥当すれば足り、憲法 84 条によって法律の出る幕はない。むしろ本判決は、国による「国民の税負担全体の程度や統治団体間の財源配分の観点からの調整」が必要な場合において、全国民の代表機関(憲法 43 条)としての国会が法律の形式により準則を定めるのが、憲法 92・94 条からも自然であるという事理を述べたものと読むべきであろう。なお機関適性の観点から、地方税条例主義に批判的な学説もある¹³¹。

地方税法と本件条例の関係に関する C)の説示は、徳島市公安条例事件判決の説示の一般論を引用しているが、現実には、それが準則法として適切であるかの評価を不問に付したまま地方税法の規律内容を確定した上で、それとの矛盾抵触が本件条例にあるかを問う、という思考手順を踏むことを意味する。現に D)は、地方税法の繰越控除規定をその文言によって「強行規定」と性質決定した上で、欠損金額の一部であれ繰越控除の排除は許されない、との強い中間命題を導いた。法人事業税は応益課税であって応能課税である法人税とは性格を異にし、法人事業税における繰越控除の趣旨も法人税のそれと異なるもので全国一律に適用される必要は乏しいのではないか、という論点は十分検討されていないように見える。他方で E)は、本件条例について、研究会報告書等の「立法事実を重視する判断方法」を採用して、企業税に法人事業税から独立した実質を認めず、欠損金の繰越控除の適用を一部遮断することを趣旨、目的としたものと判断している。法律に比して条例の側

¹²⁹ 巽智彦「法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力」成蹊法学 83 号(2015 年)202 頁以下。

¹³⁰ 角松生史「判批」『平成 25 年度重要判例解説』56 頁。

¹³¹ 原田大樹『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2015 年)33 頁以下。

には厳しいことは否めないが、結果的に本判決は「準則」形成における国会の広汎な裁量を浮き彫りにしたものといえよう。

なお、本件条例に対する総務大臣の同意は、企業税が不同意事由に該当しないと判断したことを意味するにすぎず、適法との判断を下したことまで含意しないから、本判決も総務大臣の同意の存在を斟酌していない（金築補足意見）¹³²。

¹³² 宇賀『地方自治法概説』166頁以下。