

2020年度東海自治体問題研究所第48回会員総会

記念講演

政府による新型コロナウイルス感染症対策と地方自治
—交錯する法治主義

市橋 克哉

(理事長・名古屋経済大学)

本稿は会員総会での記念講演を基に市橋理事長により加筆訂正していただいたものです。

はじめに

名古屋経済大学の市橋です。今日は、政府による新型コロナウイルス感染症対策と地方自治をめぐる最近の状況について、行政法の視角から、3つの事例を取り上げその特徴についてお話をしたいと思います。

最初に、自治体問題研究所編の雑誌『住民と自治』の最新号(2020年11月号)に掲載された論文をみてみたいと思います。『住民と自治』は、今、「『新型コロナ』から日本の社会を考える」という連載企画を掲載しており、その第5回として掲載された論文です。

江藤俊昭先生という山梨学院大学の先生が書かれた「危機状況で明確になった議会の課題—二極化した議会の動向を考える—」という論文です。この論文の最後の節「住民自治を進める機会に」(9頁参照)のところに、新型コロナウイルス感染拡大の危機状況との関連で、カール・シュミットの論文が引用してあります。『政治神学』という、1922年、ワイマール共和国ができてすぐの危機状況にあるドイツをみながら、カール・シュミットが書いた論文です。

『政治神学』は、50年前の1971年に、田中浩および武田武雄訳で未来社から刊行されて



カール・シュミットの『政治神学』を紹介する市橋先生

いますけれども、今も絶版にならないで、刷りを重ねています。新型コロナウイルス感染症の世界的まん延という例外状況にあって、カミュの『ペスト』と並んで、カール・シュミットの『政治神学』も、今、人々は、これを警世の書として再び読み直しているのではないかと思います。この問題意識にたって、わたしも少し前に読み直していました。『政治神学』は、例外状況について反法治国家の立場からそれを語るというものです。現在の状況と比較しながら読んでみると、とてもおもしろくて、わたしは、マーカーで線を引いて付箋を貼って読んでいました。そうしましたら、わたしがマーカー線を引いてそこから何をくみ取るかについて考えていた箇所を、江藤先生も、この論文で引用されていたのです。

わたしが注目し、また、江藤先生も引用されているカール・シュミット『政治神学』政

治神学の該当箇所、それは、「例外においてこそ現実生活の力が繰り返し行われる硬直した慣習、習慣的なものの殻を突き破る。」という叙述です。わかりにくい表現かもしれませんが、例外状況になると、そこでは実際の生活の力というものが、それまで繰り返し行われていて硬直化した、固まってしまった、もう習慣になってしまっているものを突き破るといふ、こういうことをカール・シュミットは語っているのです。例外状況こそ法治国を突き破る、こういう話ですね。

カール・シュミットは、『政治神学』で、主権者一江藤先生は、大統領独裁を念頭に置かれていますが一、つまり、国家が例外状況に関する決定をくだす、法治国家はもう機能不全に陥っており、時代遅れの法治国家の装いを脱ぎ捨てた国家が例外状況を決定するのだと言っています。カール・シュミットのこの主張に対して、『住民と自治』の論文で、江藤先生は、いやそれは誤りであって、その間逆のことを考えないといけないと主張されています。江藤先生は、例外状況において決定をする者について、それは上から決定する国家ではなくて、下から決定する住民とその自治である、例外状況を決定する住民とその自治のシステムについて、今こそ構想する必要がある。その根幹には、住民の代表からなる議会がある、ということを述べておられます。

なお、江藤先生の上記の主張と関連してですが、同じ問題意識にたつて、廣渡清吾先生（東京大学名誉教授）も、「グローバル化のなかのコロナ危機—市民社会と科学の役割」（法と民主主義548号（2020年5号）7頁）のなかで、「市民社会は、政府がそのミッションとして市民一人ひとりの生命保護と生存権保障に全力をあげることを要求すべきである。それと同時に、市民社会は、自律的に、形成力をもって、危機に対応しなければならない。」と述べておられます。この指摘についても、例外状況に関する決定者はだれかを考える際には、的をえた指摘であると考えます。

江藤先生の上記の主張で、例外状況に関する決定者は住民でありその自治である、そして、その根幹は住民代表議会であるという点は、わたしも賛成です。

ただ、わたしが少し江藤先生と違うところがあります。それは、例外状況というのは、確かに法治国を壊していく面があります。しかし、同時に、例外状況、江藤先生が先に引用した『政治神学』のなかで、カール・シュミットは、例外においてこそ生活の力がもう固まってしまったものを突き破る、と述べていたのですが、ここには、江藤先生が読み取ったように、例外状況は反法治国の立場に立って法治国を突き破るといふ方向もあるのですが、もう一つ、固まった既存の法制度を突き破るといふ点では、例外状況にあつてこそ、よりバージョンアップして、前進的に既存の法制度を突き破っていくという面もあるのではないかと考えています。江藤先生は、法治国を破壊する例外状況に対して、住民自治と議会の重要性をあぶりだす通常状況を対置され、例外状況にあつてこそ通常状況が再認識されて生きるという主張です。わたしの場合は、通常状況ではなく例外状況にあつてこそ、例えば、固まったと思われていた既存の地方自治制度が動揺して突き破られ、新たな地方自治制度へと転化する徴候もみえてくるのではないかと考えるのです。きょう、わたしは、そちらの話をしようと思っています。

新型コロナウイルス感染症対策として、都道府県知事が行っているいろんな施策があります。それは知事本人が承知した上で行っているかどうかはわかりませんが、法的な問題を考えないで、とにかくやらなきゃいけない、住民の命と暮らしを守るためにはやらなきゃいけないというので、都道府県知事は、多分やっておられると思います。その施策が、従来の習慣的に繰り返され固まってしまった制度を壊しているとは、主観的には考えてないのかもしれないのですが、実は、行政法から見るとそういう面があるという話を、ここではしたいと思います。

レジュメでは、マルクスを引用しています。「世界の残りの部分がすべて静止しているように見えたときに、中国（陶器）とテーブルが踊り出した—“ほかのものたちを励ますために”」（カール・マルクス『新版 資本論 1』（新日本出版社、2019年）129頁）。

静止しているように見えたが、「陶器（中国）」、これは陶器（china）と中国（China）とかけて太平天国の乱を暗示しているのですが、その「陶器とテーブルが踊り出した。ほかのものを励ますために。」という、こういう叙述がマルクスの『資本論』にはありまして、この叙述に示唆をえて考えたいと、わたしは思うのです。

その心はですが、地方自治制度は、20年前の分権改革の結果、機関委任事務制度が廃止されて、自治事務と法定受託事務へと、地方公共団体が処理する事務が分けられます。それ自体、相対的なものだと言われていましたが、20年間、制度が運用されていると、何かもう固定してしまい、これは自治事務、これは法定受託事務。自治事務は地方自治体が、自由な自治の仕組みとして、独自の創意工夫ができるが、法定受託事務のほうについては、自治事務のような制度づくりや運用は難しい、あるいはできないという議論が行われていて、2つのこの制度は、あたかも固定して静止しているように見えたときに、都道府県とその知事が処理する事務が、自治事務なのか法定受託事務なのかわからないように動揺し始めるという状況について、ここではみたいのです。

この話を、最近、白藤博行さん（専修大学）に話したら、法定受託事務として考えることは違法であって、本来は自治事務だと言うのがいいのではないかと、つまり、やはり制度は制度として固定していることを前提に、地方自治体が処理する事務は、法定受託事務ではなくて自治事務だと解釈の方がよいという助言を受けました。これは、地方自治法の仕組みを前提にして、裁判所で主張するときの解釈論として、白藤さんは考えているのです。

「そういうふうに議論しないと、法律家はわからないからおかしなことを言わないほうがいいよ」と、言われました。それはそうでしょうが、ここでは、実定法の枠や仕組みのなかで解釈をする実定法中心主義の裁判官を説得するための話ではなく、現状分析のための認識論として、話を聞いていただければと思います。

1. 自治事務における突破

そこで、3つの話を今日は用意しています。最初の話は、内閣総理大臣による全国一斉休業要請の問題です。これは突然の要請で、みなさん、あわてふためいたのですが、3月2日から3月末の春休み開始の前まで、すべての都道府県で休んでくださいという要請が首相から行われました。この話に対して、「陶器（china）と机が踊っている」と言っても、すべての地方自治体が踊っているわけではなくて、全体状況を見ると踊っているわけではないのですが、おもしろい動きをしている地方自治体があるという意味でお話していきます。

学校を休業するかどうかを決める事務は、自治事務なのですね。学校の休業の決定は、学校管理者がするという事になっていますから（学校保健安全法20条）、基本的には小中学校であれば市町村がこれは権限をもっていて、実務上は市町村教育委員会が判断する問題です。それを、都道府県を飛び越えて、さらに霞が関（文部省）も飛び越えて、官邸官僚2~3名、つまり、今井尚哉補佐官（菅内閣で解任）等の経産省出身官僚と首相だけで決めて、主任の大臣である文科大臣さえ知らないまま（文科大臣は翌日撤回を求めたようですが）、また、文科大臣の意見さえ無視して、政府対策本部会議の最後に、首相が全国一斉休業要請を求める発言を行ったという事実があるだけのものでした。後日、専門家会議もこれを了承したという議事録をつくらうとしたら、専門家会議のほうが「冗談じゃな

い」と言って拒否したというものでもありません。

翌日、2月28日に文科省からの通知文書が都道府県に届きます。藤原誠文科事務次官による「新型コロナウイルス感染症対策のための小学校、中学校、高等学校及び特別支援学校等における一斉臨時休業について（通知）」です。この事務連絡通知のなかで、「小学校、中学校、高等学校及び特別支援学校における全国一斉の臨時休業を要請する方針が内閣総理大臣より示されました。このことを受け、小学校、中学校、高等学校等々の設置者におかれましては、3月2日から春季休業の開始の日まで、学校保健安全法20条に基づく臨時休業を行うようお願いいたします。」と、述べられています。

まず、政府対策本部の会議における安倍首相の発言は、法的にみると何だったのかといえば、まったく法的な意味を持たないインフォーマルな発言、いわば、「ひとり言」なのですね。首相には何の権限もないのですが、それを、法的な一応枠のなかに戻しているのが、この文科事務次官通知ということになります。この点で、磯田文雄「分担管理原則と学校一斉新型コロナウイルス感染症がもたらした法の混乱―」は、内閣法および文科省設置法が定める分担管理原則と自治事務としての学校休業の事務からみた今回の首相の一斉休業が、いかに「法の支配」に反するものであったかについて、元文科省幹部職員の立場から、実務を踏まえた興味深い批判を展開しています（日本カリキュラム学会第31回web大会（2020年6月28日）、なお、会員のみアクセス可）。

内閣総理大臣の職務については、憲法72条と73条1号に書かれています。憲法が定めていることとしては、まず、72条に「内閣総理大臣は内閣を代表して」という言葉が入っています。この憲法上の縛りがあるため、内閣総理大臣は、内閣の長として内閣を代表して行為をしているのか、あるいは、内閣の長として、内閣の意思とは別に独立して単独で行為をしているのか、さらには、他の大臣と同

輩の主任の大臣としての内閣総理大臣が行為をしているのかという大問題があるのです。この問題は、法的に詰めて明確にする必要があります。

ちなみに、学術会議会員任命拒否問題でも同じ問題があります。そこでは、憲法15条をどうみるかという問題もありますが、まず、確認しなければならない点は、閣議にかけて決定した方針に基づいて行政各部を指揮監督するというのが、内閣法6条の定めです。この内閣法6条の根拠である憲法72条が定める「内閣を代表して」という文言も、この規定の末尾の「行政各部を指揮監督する」までかかるという解釈が、これまで行われてきました。ところが、安倍首相は、一斉休業について閣議にはかけていません。新型コロナウイルス政府対策本部の会議は開いているのですが、当時(2月27日)の政府対策本部というのは、インフルエンザ特措法(以下「特措法」という)改正前(3月23日前)の組織で、法律設置ではなく閣議決定によって設けられた組織です。内閣法12条4項をみると、内閣におかれる内閣官房以外の組織は、法律設置を義務づけています。しかし2001年の内閣法の改正、あとでお話するように、これが実は大きな意味をもつことになるのです。このとき、内閣法6条の改正は行われなかったんですけども、「弾力的に運用する」と行革会議最終報告(1997年12月3日)は言っています。そして、内閣総理大臣は弾力的運用が行えるということで、内閣法6条に縛られることなく、閣議決定がなくても内閣総理大臣は自ら単独で行政各部を指揮監督できるという解釈が行われるようになります。その極みというか、最終的に行き着いたところが、2月27日の安倍首相の一斉休業の要請であるし、今回の学術会議の6名任命拒否だと思います。いずれの場合も、この「弾力的運用」という流れの中で行われています。つまり、学校保健安全法や日本学術会議法という法律の縛りを外す、内閣法6条の縛りを外して、法律の拘束を逃れて、憲法の黙示の包括的授權を直接の根拠

にしてやるというやり方です。

したがって、閣議にかけて決定した方針に基づかなくても、内閣総理大臣は内閣の長として独自に単独で憲法上の権限を、明示的には書いてなくても広くもっていて、黙示のある種の全権委任が内閣総理大臣には憲法に基づいて行われているという、こういう憲法解釈が行われているのです。

これを聞いたら、カール・シュミットは喜ぶでしょうね。法治国の思考様式を拒否するシュミットは、ワイマール憲法48条2項が定める大統領への全権委任の規定でさえ、法治国の思考の残滓であると批判し、さらに、全権委任法をつくるなど法治国のやり方だと批判し、法の外皮を脱いだ主権者に例外状況に関する決定者を見ろというのが、カール・シュミットの主張でした。今回の首相の一斉休業要請との関係で、カール・シュミットからの批判でなお残っている点は、憲法を黙示の包括的委任の根拠としていることだけでしょう。憲法など持ち出すまでもなく、主権者である国家は、例外状況に関する決定ができるのだというのが、シュミットの主張だからです。

ところで、「知事のリーダーシップとは」（9/26朝日新聞）という記事で、片山善博さん（この人は自治官僚で、その後、鳥取県知事になり、現在、早稲田大学の先生です。）が、地道におもしろい仕事をした知事を5人選んでいます。パフォーマンスが目立つ東京都知事とか大阪府知事、そういう人は入ってないですね。5人のうちの一人に、丸山達也鳥根県知事がいます。総務省の役人から知事になっている人で、もう政府の外にいないので、官邸に付度する必要はないのでしょうかね。

市町村には、学校保健安全法が定める臨時休業の権限があり、その事務は自治事務であると、当然のことですが、鳥根県は考えています。そして、文科事務次官の通知は、休業の要請はしているけれども、どの期間を休みにするかということと、どういうやり方で休みにするかについては、それぞれの管理者で考えてもらえればいいと言っている、鳥根県

は、ここに注目をします。そのうえで、鳥根県は、これは自治事務であり、鳥根県は一人も患者が出てないので休業はしないと決定し、さらに素晴らしいのは、市町村に対しても、「県に倣って休業するな。」とは言わないで、「市町村は本来、管理者だから、法律に基づいて自分ところの実情を見て判断してください」と、完全に自治事務の仕組みを尊重した対応をしています。文科省の事務連絡通知が、首相のインフォーマルな「発言」を、法的な文書によって、これは地方自治法の技術的指導助言（地方自治法245条の4および地教法48条1項）を用いたものですが、法の枠のなかに持ち込んだわけですが、鳥根県は、この事務が自治事務だということを確認し、さらに、学校保健安全法の枠のなかにいれて処理しているのです。鳥根県教育委員会の通知は、この点で、地方自治体としての矜持を示していると思います。

鳥根県が、どこまで行ったことの意味を客観的に理解しているかどうかはわかりませんが、わたしからみると、例外状況にあって、そして、例外状況にあるからこそ、他の都道府県が行えなかったこと、地方自治を守り発展させる施策を行っているわけです。鳥根県は、これまで先進的な自治体だったわけではなく、普通の地方の小さな県だと思うのですが、それでもこういうことが行われた。これは、危機状況において、これまでの殻を突き破った展開の一つというふうにみていいのではないのでしょうか。

2. 法定受託事務における突破

次は法定受託事務に係る事例について、お話をしたいと思います。

法定受託事務については、処理基準というものがあります。機関委任事務制度がなくなったときに、それまでは都道府県にしる、市町村にしる、国が指揮監督権を使ってさまざまな通達を出していましたが、これを全部廃止します。廃止した後、依然として法的拘束力

のあるもの、それから、助言・指導的性質を有するものに分けて、法的拘束力のあるものについては、処理基準という形で、維持したり、新たに出したりできるという制度を設けたのです。

地方自治法の245条の9に定められています。この処理基準に当たるかどうかということも議論にはなるのですが、和歌山県の湯浅町（醤油が有名で、野田の醤油のそもそもの発祥の地と言われている町ですが。）にある済世会有田病院という病院で、日本で最初のものの一つだと思いますが、クラスターが発生します。何十人という人たちが陽性でコロナウイルス感染症になるのですが、そのときに、仁坂知事（元ブルネイ大使と朝日新聞に書いてありました。）は、当時の処理基準を無視して英断を行いました。

その当時の基準というのは、2月1日に出た厚労省の事務連絡（何しろすべてが事務連絡なんですね。）で、PCR検査の対象者はこの範囲の人だということを決めています。感染症法の15条の3項に、PCR検査を国の負担で行う人の範囲が決められているんですね。感染症法15条3項を解釈して、これを基準として説明した処理基準だと思いますが、それを2月1日に、厚労省は出しています。感染症法15条3項が定める検査対象となる者は、コロナの感染症の患者、疑似症患者、疑わしい患者、無症状病原体保有者、それから、当該感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由がある者です。この最後の範疇に入る者かどうかの問題なのですね。「疑うに足りる正当な理由がある者」、この解釈がずっと問題となっていて、当初、きわめて限定的に解釈されていました。それが、だんだん対象者を広げているのですが、今日なお問題となっています。これはもっと広げる形で感染症法を改正したほうが、わたしはいいと思うのですが、改正する気は今のところ政府にはないようです。

もう忘れている方も多いと思いますが、この2月1日の頃は、ダイヤモンドプリンセスで

大規模な集団感染が出ていた頃です。武漢および湖北省から帰ってきた人、その人と接触した人、これらの人の感染が問題になっている時期です。当時、2月1日の処理基準として出していたのは、とても狭いですね。「1及び2を満たす場合をこの疑いがある正当な理由がある者とする」と言っていまして、1および2なので、両方満たさないと検査対象者にならない。そこで定められていることは、ご存じの「発熱37.5度以上、かつ呼吸器症状を有している者」、これが1です。それから2が「発症から2週間以内に武漢、湖北省渡航歴、そういう人と接触歴がある」、この2つを満たさないとPCR検査ができないという、そういう時期です。

そういうときに、仁坂知事は、英断を持って「こんなものに従えるわけがない」と言って「和歌山基準」というのをつくって、大量に、その病院の人たち全員、病院に行っていた非常勤の医者、それから、業者とか給食の関係者、いろんな人が病院の中に入ってきたのでそういう人々、すべての人々を徹夜で検査をしたと、知事は言っています。この時期に一気に500人近く、当時、名古屋市とか愛知県は、1日当たり50人も検査はできてないころだと思いますが、そういう徹底した検査をやっています。

この事務処理は、処理基準違反ですよ。処理基準は法的拘束力があるという裁判例もあり、それから245条の9の2項ですけども、都道府県の執行機関、知事がこれにあたりますが、執行機関が法定受託事務を処理するに当たり、よるべき基準を定めることができるのですが、その場合は、知事の定める基準は各大臣が定める基準に抵触するものであってはならないと、されています。従って、武漢に行ったとかどうかなど、状況が変わってもう合わないような基準であるにもかかわらず、当時、まだ武漢という基準が生きていたわけで、それに従わなければならないと、実務の運用では解釈されていたのです。

しかし和歌山の知事は、そんなことを気に

せずに徹底的な検査を行いました。これがクラスターを抑えました。それで後々どこでも評価されているのです。しかし、法定受託事務に関しては、法律があり、政令があり、省令があり、それを解釈する運用に当たっての一般的な基準があり、これらで地方自治体の事務処理を縛っているつもりで、国はいたはずです。この縛りを、仁坂知事はどこまでそのことを考えていたかわかりませんが、外してしまっただけです。その意味では、形式的には法治主義に違反しているのですが、しかし、国の法律に違反することによって、県民の生命や健康を守るということをやっているということになります。この20年間、固まっていた法定受託事務という制度の殻は、和歌山県知事が設けた「和歌山基準」によって、突き破られているとみることができます。

3. 条例制定による突破

住民の生命や健康を守るために、例外状況においては、先にみたように、地方自治体とその長は、法律の縛りを解く必要があるばあいもあります。しかし、法治主義からみれば、法治主義から外れたものを、もう一度、法治主義のなかに入れ直すという問題があります。法的根拠がないまま、住民のためだといって例外状況において、法治国の原則を破って、その法律が状況に対応していないとして、それに縛られることなく事務処理を行うということは、いつまでも続けていいわけにはいかないはずです。この法治主義からの逸脱を問題であるとする地方自治体は、法律に基づかない、あるいは、法律に違反する事務処理を合法化するために、条例の制定を始めます。この間、いくつかの条例ができていまして、つい2～3日前には、愛知県が条例をつくりました。

愛知県は、新型コロナウイルス感染症が特措法の適用を受けるようになった後、自らが行った諸措置を「一覧表」にして示しています。この「一覧表」にあがっている諸措置に

は、根拠条文が書いてあるものと書いてないものがあるんです。

4月7日、国が7特定都道府県についてだけ、特措法に基づく緊急事態宣言を出します。この時、緊急事態宣言の対象から外れた愛知県は、外出自粛と休業要請を独自の措置として行います。ただ、特措法45条1項に基づく外出自粛、それから同法45条2項に基づく休業要請については、緊急事態宣言が出てないので、愛知県は行うことができません。つまり、4月7日から、特措法に根拠のある措置を使えないため、「一覧表」には法律の根拠がないけれど、愛知県は、独自の諸措置を行ったということです。さらに10日になると、特措法の根拠がないのですが、愛知県は、独自の緊急事態宣言を行います。そして、16日になって初めて、国のほうが、特措法の緊急事態宣言の対象にしてくれたので、このときからは、愛知県も、特措法に基づいて正々堂々と諸措置を行うことになりました。つまり、16日からは、特措法の45条1項とか45条2項から4項とかを根拠として、愛知県は、特措法上の諸措置を行います。このとき、初めて、特措法24条9項も、法的根拠としてあげられるようになります。4月10日の時点では、特措法上の措置は使えないと考えていたのですが、16日以降、愛知県は、特措法24条9項を初めて根拠としてあげ、外出自粛要請をやりました。特措法24条9項は、本来は都道府県の対策本部の権限を定めた権限規定(組織上の権限規範)と言っているものです。法律上権限があるから何でもできるのではなくて、権限があるときには、どういう場合にどういう法効果をもつ行為を行うのかという定め(作用法上の行為規範)を、権限規定に加えてもう一つ設けないといけない。しかし、特措法には、これがないのです。行為規範はないけども権限規範だけを使って、つまり、特措法24条9項に基づいて外出自粛要請の方は行います。休業要請の方は、「一覧表」に根拠規定が書いてないのですが、法的根拠を示さずに行っています。しかし、愛知県は、特定警戒都道

府県になった途端に、休業要請の方も、特措法24条9項に並んで45条2項以下があげられることとなります。45条は、休業要請するだけではなくて、それに従わない業者に対しては名前を公表し、かつ指示を出せる。したがってパチンコ屋さんがこの対象になったという話はよく聞きますね。愛知県も4月30日、特措法45条2項の要請と第3項の公表を行っていますが、これはパチンコ屋さんでしょうね。このあたりの措置までは、愛知県は行ったということになります。しかし、その法的根拠となると、特措法の根拠だけではなく、特措法上の措置が使えないときは、同様の措置について法的根拠を示すことなく行っていたのです。

国は5月26日に特措法上の緊急事態宣言を解除します。しかし、愛知県は、なお心配なので5月26日以降も緊急事態宣言を続けます。そうすると、最初の愛知県緊急事態宣言に戻っているのです。つまり、法的根拠のない愛知県独自の緊急事態宣言を継続させるのです。こうした一連の愛知県の対応については、安田理恵「日本の新型コロナウイルス感染症対策からみた国、都道府県および住民の関係」(法学セミナー788号(2020年9月号)8頁以下)が、特措法が定める緊急事態宣言、この緊急事態宣言の下で行うことができる諸措置、特措法24条9項の協力要請との関係を踏まえた興味深い分析検討を行っています。

そうすると、やはり法的根拠が欲しいですね。それで、そういうことはわかっていますから、愛知県もそうですが、自ら積極的に独自の緊急事態宣言を、国の基本的対処方針、国の特措法上の緊急事態宣言とかかわりなく出しているところでは、ちょっとこれはまずいなと思うわけで、独自条例を定めることとなります。

愛知県条例をみると、わたしからみるとおもしろいことが書いてあります。条例で、まず、新型コロナウイルス感染症対策を定める等々を規定した後、新型インフルエンザ等対策特別措置法、その他新型コロナウイルス感

染症の発生の予防および蔓延の防止に関する法律、ここに国の感染症法というのが入ります。それと相まって、県も独自に様々な措置を行いたいので、この条例をつくりますと書いています。

ご存じのように、国の法律と地方自治体の条例という問題が起こります。法律と条例の問題というのは、歴史的には公害防止条例で問題になったものがあるが、国の大気汚染防止法との関係で、地方自治体の公害防止条例が、規制目的が同じで対象も同じ、そして、より厳しい規制をかけるという内容を定めるのですが、これが違法だという議論がありました。この議論と同じ問題が起こる可能性があるのです。

愛知県は、この問題を回避しようとしておもしろい規定を置いています。愛知県は法制度が固定的に決まってい揺るがないことを前提にして条例の定めをおいています。例えば7条1項をみると、政府対策本部、これは新型インフルエンザ特措法で設ける組織です。しかし、県が設置する組織は、特措法が定める政府対策本部の下にある組織ではなく、条例対策本部という名称の組織にしており、政府の方は政府対策本部、この条例に基づくものは条例対策本部という定めをしています。それからさらに、7条3項には、条例対策本部長の定めをおいていて、これも特措法に基づく県の対策本部長とは別に、同じ大村さんなのですが、条例対策本部長がいます。さらに興味深いのは、緊急事態宣言に関する9条をみると、条例対策本部長または法対策本部長と書かれて、これも同じ知事ですが、特措法に基づいてやるときは法対策本部長、条例に基づくときは条例対策本部長というふうに役割分担をさせて、それぞれの立場で、特措法に基づく緊急事態宣言に対応したり、自ら独自の緊急事態宣言を出したりすることを定めています。国が特措法で緊急事態宣言を出しているときは、県の方も、法対策本部長として法に基づく緊急事態宣言の事務を処理します。国の法律の方が愛知県飛ばしをやるとか、

勝手に解除してしまったけど愛知県としてはまだやりたいというときは、条例対策本部長、愛知県緊急事態宣言、これは同じ名前ですが、そういうふうに分けて書いています。これは横出し条例ですね。目的は同じです。それから規制の仕方も同じだけど、対象が国の法律になった途端に、国に事務は吸収されて国の特措法に基づいて事務をやる。国が愛知県を見捨てたら自ら独自にやるという、こういうお役所の役人らしい、いかに法的に矛盾なく分けて、あたかも線路のポイントを適時適切に切り替えるかのごとく条例を定めています。このように、愛知県は、独自条例を定めることで、法的根拠を明示する努力をしているのです。

しかし、それに対して、国のほうは本当にいい加減です。1月30日に、政府対策本部をつくったときは、閣議決定設置で特措法と関係ない組織ですね。3月17日の閣議決定で、これは特措法上の政府対策本部でもありますということになった。そうすると、特措法が定める所掌事務（特措法17条）の範囲内で、政府対策本部はその事務を行うことになりました。特措法上の緊急事態宣言が出されている期間、国は頻繁に政府対策本部の会議を開いて基本的対処方針を何度も変更しています。ところが5月の終わりに緊急事態宣言が解除されると、政府対策本部は開かれていません。1回だけ持ち回りで開いたことがあるだけです。安倍首相が辞める8月28日、久しぶりに政府対策本部が開かれています。安倍首相の遺言と言われている文書をそこで決定しているのですが、そこでは、特措法上の所掌事務に関するのではなく、感染症法上の措置ばかり書いてあるのです。そして、「司令塔」の再建まで書いてあって、これは一体どこの法律に書いてある話をしているのかです。特措法と関係ない内容、特措法の政府対策本部の所掌事務とは関係ないもの、感染症法上のものをその内容として盛り込んだ文書です。そして、文書名も、特措法が定める「基本的対処方針」ではなく、ただ「政府対策本部決

定」となっているのです。

国は、学術会議会員任命拒否問題でもそうなのですが、憲法、いくつかの法律、閣議決定等の定め、それらにそれぞれの縛りがあることに、まったく拘泥していないのです。わざといろいろな定めについてごっちゃにして、都合よく恣意的に、かつ、選択的に使っているのです。それぞれの法律が権限と所掌事務を配分し、それをいかなる場合にいかなる法効果をもつ行為として行うかについて、個別具体的に定めていても、これらをごっちゃにしてその縛りを解いて恣意的に用いる内閣総理大臣・官邸をみると、日本の内閣総理大臣・官邸の法文化は今なおこの程度かと思うと、情けないかぎりです。官邸官僚は行政法を習得しているはずですから、こんな乱暴なことを知ったうえでやっているのでしょうか。これに対して、愛知県は、まじめに、特措法の縛りの範囲を見極め、その部分を条例の独自の定めとぶつからないように切り出し、愛知県が特措法に基づいて事務を処理するときは、法定受託事務の制度に吸収されてその枠のなかで行う。そして、国に見捨てられたり時期尚早で国が愛知県の意向と異なる動きをしたりする場合には、愛知県は、独自の創意工夫で行います、自分たちでやりますというやり方を考案しています。しかし、愛知県のこうした注意深い慎重なやり方は、国が法治主義を投げ捨てて恣意的なやり方を乱用するとき、どこまで、条例の規律へと切り替えて国をコントロールできるのかについて、これからも注意深くみていこうと思います。

例えば、国は、都道府県対策本部長が有する権限規定でしかない特措法24条9項を根拠にして、あらゆる協力要請を行うことができると解釈し、作用法の根拠のない協力要請という名の事実上の強制を行うことを、地方自治体に対して求めています。しかし、このような圧力を国から受けている地方自治体の方が、愛知県もそうですが、様々な事業者に対する協力要請に関する定めを、独自条例のなかに盛り込んでいるのです。この結果、地方

自治体は、条例に根拠のある協力要請として行うことができるようになっていきます。つまり、権限規定でしかない特措法24条9項を持ち出して、協力要請を正当化する必要がなくなっているのです。地方自治体は、積極的な創意工夫によって、独自条例をつくることを通して、国が捨てた法治主義に復帰する道を開いているとみることもできるように思うのです。これも都道府県等の地方自治体が、実際に考えているかどうかはよくわかりませんが、わたしには、この種の条例が、既存の法定受託事務の殻を突き破るだけでなく、法治主義の前進・強化を下から、地方自治体から創る動きにみえるのです。

おわりに

まとめましょう。

最後に、これまでの話を踏まえて、国、とくに、内閣総理大臣・官邸について、これをどのように法治主義の拘束の下に置くかという問題をお話ししたいと思います。

まず、国会のコントロール、いろいろあるのですが、中心は、やはり、国会が制定した制定法、法律のコントロールです。法律のコントロールで縛るとというのが一番伝統的な方法です。ここからいかに抜け出そうか、逃れたいと思っているのが現在の内閣総理大臣・官邸です。そして、権力の集中を目指しています。国は、これまでも、特措法にしる、感染症法にしる、全部法定受託事務という中央集権の仕組みを使って、その運用を行ってきました。さらに、権力の集中が狙われているのです。そうすると、今の内閣総理大臣・官邸のめざすものは、歴史的にみると、これは君主・官僚団化です。これでは、ドイツの帝政のころのカイザーとビスマルク・官僚団の関係と一緒にないか、あるいはそれより悪いかもしいないかと思うのです。当時は法律優先と言って、一番プリミティブな、アルカイックな法治主義はありました。国会が法律を制定していれば、君主官僚団といえどもそ

れに従わなければならないとされていました。これが、そもそもの法治主義の出発点です。日本もそうです。ただ、日本の明治憲法はその例外（軍と官僚の組織とそれから官僚の任命権など）である大権事項がありましたから、そこには議会の関与を認めていませんでしたし、独立命令、緊急勅令があつて、例えば、それを使って、議会を経ないで勅令で治安維持法の改正を行い、死刑を導入できたわけです。例外は多かったのですが、原則はそれでも法律の優位が日本にもありました。

今、内閣総理大臣・官邸は、憲法を持ち出して、法律を飛び越えて憲法から直接解釈を導き出していて、それが法解釈だという議論がまかり通っています。そうすると、シュミットが攻撃しているようなワイマール憲法のなかにある緊急事態条項とか、自民党が改憲4項目のなかに、緊急事態においては政令で何でもやれるという憲法条項を入れようとしています。こういうものさえ必要ない、すでにそれ以上のことを行っているので必要ないじゃないかなとさえ思います。さらに緊急事態法をつくるとか、権利制限をするときには法律をつくって行く。あとは裁判所がチェックする、こういう裁判所のチェックと国会の事後コントロールという仕組みはあると思いますが、この両者とも日本には、幸い今はないのですが、その代わりに、内閣総理大臣・官邸が、法律による拘束のないまま、事実上、恣意的に、かつ、自由に活動しているという実態が出現していると思います。

そうすると、わたしは、次の歴史を想起するのです。

ニュルンベルグ裁判のときのナチの指導者たちは、法律に基づいて行い、「自分には責任がある」と言っていました。しかし、日本軍国主義の指導者たちのなかには、「それは既成事実で決まっているから、それを行うしかなかった」とか、「自分の権限は小さくて、命令されたらやるしかない」と情けないことを言っていた人たちがたくさんいました。丸山眞男はそれを批判したのですが、軍国主義

の無責任体制が、何ら法的仕組みを整備することなく構築されていたのでした（丸山真男「軍国支配者の精神形態」（同『超国家主義の論理と心理』（岩波文庫、2015年）所収、169頁以下参照）。

この点で、カール・シュミットの『政治神学』を警世の書とみて、地方議会が大事だと言っておられた江藤先生の意見は正しいと思います。

しかし、注目すべきは、先に述べた例外状況における地方自治体の新たな取組みです。内閣総理大臣・官邸が捨てた法治主義の旗を掲げて、その再建を図る地方自治体が登場しているのです。地方自治体は、条例をつくり、内閣総理大臣・官邸が法的な手当をしないところについて、条例に法的根拠をおいて手当しようとしている。そのときに、法定受託事務であるにも関わらず、地方自治の充実を目指していく、独自の施策を積極的に実施していく、先進的と言っていいと思うのですが、そういう地方自治体があります。地方自治体の独自条例は、国会がコントロールできないものを、代わりに、地方レベルでコントロールしているというふうにもみえます。

このように考えれば、江藤先生が引用した「例外においてこそ、現実生活の力が、くり返しとして硬直した習慣的なものの殻を突き破る」という叙述の前におかれたカール・シュミットの言葉、すなわち、「通例よりも例外のほうが重要である」にも、わたしは注目しているのです。例外状態になると、それまでになかったいろいろなことが起こるのです。それは反動的な方向にも向かっていくのだけど、おもしろい前進的方向もあるのです。カール・シュミットは、「例外は通常の事例よりも興味深い」とも述べています。

例外状態にはこの二つの面があるのです。現在の日本における例外状況においてもそうです。国のトップにおける法治主義の退行という現象と並んで、地方では法治主義の前進というもう一つの興味深い現象も現れているのではないかと考えています。現在、日本の

法治主義は、例外状況において、その退行と前進とが交錯し、せめぎあっているのです。

★2022.10補注

より詳しくは、以下の拙稿を参照されたい。

- ◎「行政権の転形と法治主義—新型コロナウイルス感染症対策から考える—」市橋退職記『転形期における行政と法の支配の省察』（法律文化社、2021）
- ◎「新型コロナウイルス感染症と地方公共団体」法の科学52号（2021）
- ◎「分権型行政から集権型行政への転形と法治主義および地方自治の危機—コロナ対応から考える—」市橋克哉・榊原秀訓・塚田哲之・植松健一『コロナ対応にみる法と民主主義Pandemocracy [パンデミック下のデモクラシー] の諸相』（自治体研究社、2022）

