

〈研究ノート〉

# 沖縄における地方自治体の住民保護条例 制定の課題（試論）

小 林 武

## 目 次

はしがき 沖縄県民の生命保護の課題と自治体の条例制定権

### I 地方自治の70年と沖縄

#### 1 憲法第8章にもとづく戦後地方自治法制

- (1) 帝国憲法からの歴史的転換
- (2) 戦後地方自治法制——憲法的価値をめぐって
- (3) 憲法第8章改正提案の問題点
- (4) 「地方自治の本旨」概念のとらえ方：ひとつの問題提起として

#### 2 沖縄と憲法第8章との距離

- (1) 憲法制定過程からの沖縄排除
- (2) 27年間に及んだ沖縄の憲法からの遮断

### II 米軍の加害からの住民保護と自治体——条例制定の可能性

#### 1 99年改正後の地方自治法における条例制定権拡充への注目

#### 2 条例による住民保護の必要性

- (1) 平和の実現を目指す自治体の努力
- (2) 真剣な取り組みの一事例：沖縄県北谷町の場合

#### 3 駐留米軍規制条例の可能性

- (1) 障碍とされるもの——「専管事項」論と地位協定
- (2) 駐留米軍規制条例制定の可能性の追究

むすびにかえて

## はしがき 沖縄県民の生命保護の課題と自治体の条例制定権

日本国憲法は、地方自治体を、自治権能をもつ統治団体と位置づけ（92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」（94条）と定め、自治権の一内容として、地域の事務にかんして地方自治体が自らの判断で法規範を定立することのできる自治立法権を保障する。この意味で、わが国の地方自治体は、「地方政府」と呼んで差支えない存在である。こうして、地方自治体の自治立法権には憲法的保障が与えられているが、それにより、地方自治体は、きわめて広範かつ強力な自主的法定立権限を行使することができ、そのことは、地方自治体に統治団体たる性格を与え、地域の課題に適時適確に応えることを可能にしている。こうした憲法的保障の根底には、地方自治体は他ならぬ住民の基本的な人権の実現のためにこそ存在する、との理がある。したがって、自治立法権の発動は、必ず人権保障の要請に即してなされるべきであり、また、その要請があるときにはそれに応じて積極的に発動されなければならないのである。

この、条例制定権を基軸とする、地方自治体の自治立法権は、戦後地方自治制度の歴史の中で展開してきたが、1999年のいわゆる地方自治一括法による、地方自治法を中心とした諸法律の改正・制定をとおして大きく変容した。この「新地方自治法」とも称される<sup>(1)</sup>、改正地方自治法については、後に（Ⅱ1で）述べるが、それが地方自治体に条例を積極的に活用する機会を拓げたことで、自治立法権の活用可能性はあらためて注目されてよいものとなっている。

そして今、こうした条例制定のもつ力に光を当て、それを活かすことが、沖縄では喫緊の課題となっている。

すなわち、本年（2016年）5月、米軍元海兵隊員・軍属による沖縄女性に対する暴行殺害容疑の凶悪事件で、安倍政権にはこの問題を解決する当事

者能力のないことが沖縄の人々の知るところとなった。翁長雄志沖縄県知事は、5月23日にこの事件で安倍晋三首相と会談して、「遺憾の意」や「綱紀肅正」また「再発防止」は何百回も聞かされてきた、「できることはなんでもやる」はやらないことの別の表現だ、これでは日本の独立は神話にすぎないと断じた高等弁務官の占領時代と変わらない、と指摘した。つまり、安倍内閣には米軍基地犯罪を根絶する意思も能力もないことを面と向かって告げたのである。だからこそ、知事は、住民の生命を守る責任を負う首長として、米大統領との直接面談の機会を設けるよう首相に求めた。しかし、首相はこれに答えず、地位協定の改定交渉に踏み出すことも拒否して、辺野古が唯一の解決策であると言い放った。同月27日、米大統領は来日で広島を訪れ原爆犠牲者を追悼したが、沖縄からの要望はまったくその耳に届いていない様子であった。

こうして、沖縄の人々は、失望を通り越して、もはや政府に頼ることなく、県民の生命の確保を、県民とその自治体自らの手で果たしていかなければならないと考えざるをえなくなっている。知事は、米軍人の蛮行を糾弾する6万5千人が集った6月19日の県民大会において、21年前1995年の少女暴行事件を受けての県民大会で決して繰り返させるまいと誓いながら「政治のしくみを変える」ことができなかつたのは知事として痛恨の極みであると詫びた上で、「県民の生命と財産、尊厳と人権、そして将来の子孫の安心と安全を守る」決意を表明した。それは、自治体首長としての当然の責務を県民に伝えたにとどまらず、現政権に対する上述のような認識を表明したものである。

もっとも、そのための具体的な手立ては、これまでのところ知事からも提起されていない。それは、様々な立場でお互いに知恵を絞るべき課題である。法律家には、日米安保条約=地位協定の安保法体系により特権を付与されている在日米軍・米兵の横暴な行動を、私たちは憲法体系の諸法をかけがえのない武器としていかに規制していくか、そのためのどのような

制度をつくり上げていくかが問いかけている。その分野で、筆者は、今、さしあたり、条例制定の可能性を追究することが適切であると考えている。本稿は、人々の生命を守る手立てとしての条例制定の課題を、試論的ながら検討しようとするものである。

## I 地方自治の70年と沖縄

### 1 憲法第8章にもとづく戦後地方自治法制

地方自治制度の施行70年は、日本国憲法とそのまま重なる。本論に入るに先立ち、まず、この歴史を、確認的に概括しておきたい<sup>(2)</sup>。

#### (1) 帝国憲法からの歴史的転換

わが国においてはじめて真正の地方自治制度をもたらしたものは、戦後の新憲法、日本国憲法である。戦前、大日本帝国憲法(明治憲法)の時期には、官治主義の地方制度があるのみで自治は存在せず、その憲法もまた、地方自治にかんする章はおろか、1個の条文も備えていなかった。日本国憲法は、明治憲法を原理的に転換させつつその章立てはほぼそれを踏襲したのであるが、そこに「章」として新しく採り入れられたものが2つある。第2章「戦争の放棄」と第8章「地方自治」がそれである。内政において官治主義の中央集権的制度を敷いて国民を統制し、戦争に動員する軍国主義的政治体制を支えた旧帝国憲法では原理的に排除されていたこの2つの章が、不可分一体の双子として誕生したのである。つまり、第8章地方自治は、まさに、第2章で宣言された平和国家の建設にとって不可欠の規定であるといわなければならない。

ただ、憲法制定過程で、連合軍総司令部(GHQ)が提案した地方政府構想は、日本政府、とりわけ内務省(当時)の強硬な抵抗に出遭う。彼らは、明治憲法時代の徹底した官治行政のしくみと中央集権の理念を、新憲

法下でもできる限り維持しようとしたのである。その結果、GHQ案の第8章で「地方政府」とされていたタイトルは「地方自治」に変わり、また、地方自治の行政単位として、具体的に府県、首都地方、市・町が挙げられていたのが、たんに「地方公共団体」となり、そしてとくに、住民の「憲章」(charter)制定権が法律の範囲内での「条例」制定権に変わった。こうした、地方自治保障を可及的に狭いものにとどめようとする日本政府側の意欲が、できあがった第8章に少なからず反映している。それと同じく、地方自治法の制定に際しても、国が地方自治体の上に立つ上下関係のしくみが、とりわけ機関委任事務制度に見られるように、色濃く残されたのである。

とはいえ、憲法第8章は、このような制約を加えられながらも、民主主義政治の地盤としての地方自治を実現し、もって国民の基本的人権を確保する歴史的意義をもつ規範として誕生した。これを少し詳しく述べるなら、主権者である国民は、それぞれの具体的な生活の場である地域においては、とりもなおさず住民としての地位にあってその地域の公権力の主体としてそれを行使し、福利を享受する。いいかえれば、国民主権原理は、地域においては主権の地域的主体としての住民の自己統治の原理としてはたらくのである。こうして、国民=住民が自己の生活の場である地域の支配意思を自律的に決定するありかた、すなわち住民自治が導かれ、またそうである以上、それぞれの地域は国(中央政府)から自立した存在としてその政治を自主的に遂行するという団体自治の原則も、必然的に要請される。

そして、近代国家におけるすべての政治制度・統治権力は国民の基本的人権確保のために設けられており、したがって地方自治制度・地方権力も住民の人権保障のために設定されたものである。これは、立憲主義の根本的立脚点である。つまり、地方自治に憲法的保障が与えられたことは、地方自治を具体化する立法およびその運用は、必ず、憲法の定める諸原則、中でも人権保障の要請に即してなされなければならないことをも意味しているのである。このような趣旨を表現したものが、92条の「地方自治の本旨」

であり、そしてそれが93条から95条までの各条文によって具体化されているのである。

## (2) 戦後地方自治法制——憲法的価値をめぐって

### ① 憲法により導入された地方自治制度と「逆コース」

地方自治法は、憲法付属法のひとつとして、日本国憲法と同日に施行された。また、警察法および教育委員会法の制定（それぞれ1947年、48年）も、警察と教育の地方分権・民主化を目指す大改革であった。国の行政組織についても、戦前の中央集権的な地方統制を担った内務省が廃止された（1947年）。

1949年のシャウプ使節団は、日本税制報告書において、行政責任の明確化、規模・能力・財源による事務配分およびその配分における市町村優先、という三原則を勧告した。これを受けた日本の地方行政調査委員会議（神戸委員会）も、1950年、51年の2度にわたる勧告を出して、国の事務の限定と市町村優先の原則、国の関与の原則禁止、機関委任事務の限定と同事務における地方自治体の経費負担の禁止などを求め、憲法の目指す地方自治の制度構想の具体化を図った。

ところが、1950年の朝鮮戦争の勃発を契機として、総司令部は対日政策を転換し、それまでの戦後改革の見直しをおこなった。その結果、1954年、警察法が全面改正されて市町村警察は都道府県警察に変えられ、上級警察職員を国家公務員によって充てる国家警察的色彩が強められた。教育委員会法に代わる「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」（地教法）の制定により、教育委員の公選制は廃止された。地方自治法にも、1956年に、国・都道府県・市町村の上下関係を強める改正が施された。これらは、戦後地方自治制度を戦前的な方向へと逆行させるものであり、「逆コース」と呼ばれる政治動向の一翼を担うものであった。併せて、市町村の大規模合併（「昭和の大合併」）により、基礎自治体の規模拡大が進められた。

そうした流れを土台にして、「高度経済成長」政策が1956年ころから開始された。それは、60年池田勇人内閣の「所得倍増」計画から、70年田中角栄内閣の「日本列島改造」計画と73年第1次石油ショックに至るまで遂行されたが、70年代前半に破たんを見て終焉を迎えた。この政策は、当然に地方自治体をも巻き込み、自治体の行財政を挙げてこの政策に対応させることが求められた。したがって、地方自治法制にも、それに即応する方向での変容がもたらされたが、それは、国の「地域開発」政策への協力、「広域行政」の展開および行財政の「合理化」という特徴をもつものであった。

## ② 「革新自治体」の時代と「地方の時代」

高度成長政策の結果、公害と自然環境の破壊、膨大な人口の都市流入による農村における過疎の進行と大都市における過密・居住環境の悪化がもたらされ、また、国がその政策遂行に地方自治体を動員したことで、自治の侵害と地域社会の財政破綻が惹起されたが、加えて地方自治体自らがこれに迎合して自治を放棄する傾向もあって、深刻な「地方自治の危機」を現出させた。これは、住民にとっては、とりもなおさず生存権の侵害がもたらされる状況であり、そのため、開発優先の国・自治体の政策と工場の進出に反対する住民運動が各地で澎湃として展開されるようになった。そして、そうした動きの中で、開発よりも住民生活の向上、成長よりも福祉を掲げる革新首長が相次いで登場することになる。この「革新自治体の時代」は、1960年代半ばに幕を開けるが、その終息については、広くとらえたときには90年頃であるとされ、ほぼ4半世紀に及ぶ。

革新自治体が挙げた成果ないし歴史的役割として、すくなくとも、まず、住民の日常生活レベルの要求をキメ細かく取り上げて行政に反映させ、とくにその際、学問研究の諸成果を自らの政策に採り入れて、環境・福祉・医療・教育などの領域において国に先駆けた施策を実施し、国の行政をそ

の方向に転じるよう促したことが指摘できる。また、住民との対話・行政への住民参加、さらには参画を重視して、行政主体と住民が直接接触する場を多く設け、そうすることによって住民自治を充実させたことも重要である。

同時に、その退潮の原因については、背景的な、経済的・社会的要因として、わが国経済が第1次石油ショックを境にして高度成長から「安定成長」へと構造的な変革を迫られる中で、経済不況の下、そうでなくとも貧弱であった自治体財政は、一層の逼迫に瀕することになり、「バラまき福祉」などの攻撃にも口実を与えることになった。また、国民意識も、この頃、「保守化」と概括的に特徴づけられる変化を示し、それは有権者の政治離れを生んだ。加えて、1970年代に入って、企業が労働者への支配にとどまらず、地域社会を直接掌握する方策をとりはじめたことも大きな要因である。さらに、革新自治体の政策、とくにシビルミニマム論に産業政策と財政政策が欠如しており、そのため、経済危機への対策を講じることができなかったことである。この弱点は、それを衝かれると、革新自治体自身が「都市経営論」的方向に安易に墮してしまう基ともなったといえる。——革新自治体の時代の成果と教訓の両面から、今日活かすべき事柄は多い。

1980年代への移行の時点でわが国は、経済危機の克服、行財政分野では国・地方をとおしての「財政危機」への対応を切実な課題とすることとなった。政府側がそのために選択したコースは、「行政改革」・「地方行革」であり、その開始を告げるものが同年の第17次地制調答申である。また、それと並行して、革新自治体退潮の状況を受ける形で「地方の時代」のスローガンが多方面で掲げられる。この80年代は、後半には、中曽根康弘政権の民活路線がもたらした未曾有の地価高騰と乱開発の波が全国を覆い、そのためにまた、自治体は、住みよい地域づくり、「まちづくり」の課題をとりわけ厳しく担うこととなった。「地方の時代」というスローガンの主張は、こうした状況の中で、先に革新自治体を推進した側からも、また



それと逆行する志向をもつ側からも唱えられたものであった。そして、80年代末葉には、「地方分権」の提唱が時代の表層に出、様々な流れを合わせる形でひとつのブームをつくり出していく。

### ③ 「地方分権」改革と地方自治法の大改正

そして、1990年代前半の時期は、この「地方分権」の論議・施策を軸に推移したといつてよい。「地方の時代」の声は、本来ならその発展の姿を示すべきはずであったにもかかわらず、鳴りを潜め、それに代わって、またこれも多面的意味を込めた「地方分権」の大合唱となった。このような分権改革の流れは、同じ「分権」の言葉の中に真の地方自治実現の要求を込めた住民の側の要求をも吸収しつつ主潮流となり、ブームの状況を呈して、世紀を跨ぐ時点で地方自治法大改正をもたらすまでに至った。

この、1999年7月8日成立の地方分権一括法の中心を成す、2000年4月1日施行の「新地方自治法」は、上記のような経過を反映して両面的な性格を備えたものとなった。それは、機関委任事務の廃止、条例制定権の拡大、国地方係争処理委員会の設置などの積極面をもつと同時に、国による法令をもってする自治体の事務の画定、代執行を含む国の関与、法的拘束力のある是正要求などの、自治充実に逆行する面を、看過することのできないものとして有しているといえる。

こうした法改正をもたらしたのは、通例、「第1次地方分権改革」と呼ばれるものである。それは、1995年の地方分権推進法の施行とそれに伴う地方分権推進委員会の発足に始まり、96年の同委員会の中間報告の公表、同年から98年に至るまでの5次にわたる勧告の提出、そして、それらを受けた99年の地方分権一括法の制定と2000年の施行、という経過をたどり、2001年6月の最終報告をもって終結した。この第1次改革は、「国のかたち」の再構成=国家改造の一環として位置づけられたものであることを基本的性格としており、とくに、行政改革および規制緩和と一体のも

のとして地方分権改革が進められ、したがって、その方策は、防衛・外交・国際経済協力を偏重し、教育・医療・福祉・農業は軽視されている。つまり、国家責任の縮減、効率的・重点的な行財政資源の利用を特徴としているのである。このような内実をもつ「地方分権」は、一貫して住民自治充実の観点が見え落ちており、「地方自治」とはすでに別異のものとなっていたといわざるをえない。

こうした特質をより拡大させて継受した「第2次地方分権改革」は、2001年7月の地方分権改革会議の発足を始点とする。そこでは、国庫補助負担金・交付税・税源移譲の、いわゆる三位一体改革が実施され、また、市町村合併が、合併特例法執行の05年4月以降も強行された。地方分権改革推進会議は、04年5月に最終意見を出して役割を一応終えるが、06年12月に成立した地方分権改革推進法にもとづいて翌07年4月に、地方分権改革推進委員会が発足した。同委員会は、08年以降、矢継ぎ早に勧告等を出して、重点政策の見直しなどを提唱した。

#### ④ 民主党政権の「地域主権」改革から安倍政権の「地方創生」へ

自公政権が崩壊して民主党政権が誕生したのは、まさにその時期2009年8月30日の総選挙によってである。民主党の新政権は、地域「主権」という目を惹く言葉を用いた改革を提唱したが、しかしながら、それにあたっては、従来の自公政権の地方分権改革からの転換を宣言することはせず、かえって、それにスピード感をもって取り組むなどという態度表明をしていた。そうしたこともあって、従前の地方分権改革推進委員会は、廃止はおろか再編もされることなく、同年10月には義務枠の見直しなどの勧告、翌2010年11月には地方税財政における中長期課題を設定する勧告までおこなっている。つまり、「地域主権」改革は、実質的に、「地方分権」改革を継承したものであった。

民主党への政権交代は、「生活が第一」の国民要求を受けて実現したも

のであったが、自民政治を転換させるものとはならないまま、2012年12月を以て終焉した。そして登場した安倍内閣（第2次）は、「地方創生」を掲げ、自民党の年来の地方政策の遂行を図っている。それは、同党の憲法改正案に直截に表現されることになる。

そこで、項を改めて自民党改憲案における地方自治構想をとりあげて、問題点を明らかにしておこう。

### (3) 憲法第8章改正提案の問題点

自由民主党は、1955年の結党時から、「現行憲法の自主的改正」を『政綱』に掲げ、その後一貫してこの目標を追求してきた。現在、同党が党としての正式な改憲案としているものは、2012年公表の『日本国憲法改正草案』であり、本稿でも、それを重視して検討する。ただ、それに先立ち、同党は、04年前後から改憲の動きが強まる中で、幾度もの提案を重ねたうえで、05年には『新憲法草案』を、結党50年を期して正式発表している。それは、「新憲法」草案と名付けたところからしても、現行憲法を廃棄し、それとの断絶の上に新憲法つくろうとする構想に立つもので、現行憲法との連続性をともあれ維持する意図を表現した「改正」草案とは異なる。ただ、内容からすれば、当の自民党は、両者の区別をさほど意識していないようにも見えるが、いずれにせよ、この新憲法草案（「05年草案」）も重要な意味をもっており、まずそれを取り上げたい。

#### ① 2005年新憲法草案の地方制度構想

この05年草案で現行憲法に全面的にメスを入れているのは、前文、第2章（9条2項）そして第8章である。草案第8章の特徴はつぎのように指摘できよう。――まず、大原則としての「地方自治の本旨」を解体し、バラバラの小原則にしていることである。すなわち、現行憲法では総則規定である92条に置かれ、93条～95条のいずれの規定にも妥当する基本原則で

ある「地方自治の本旨」を、草案の総則規定である91条の2の条文見出し、地方自治体の組織・運営の基本的事項にかんする91条の3第2項、国・地方の相互協力を定めた92条、国の財政上の措置にかんする94条の2第2項に小分けして配置しているのである。この意図はやや分かりにくい、「地方自治の本旨」概念の意義を縮減させるものであることは確かであろう。

ついで、住民を、地方自治への「参画者」とし(91条1項)、地方自治体の役務の「負担を公正に分任する義務」の主体に位置付けている(同条2項)。これは、住民から地方自治体における主権者としての地位を奪うものであり、また、住民の負担と義務を強調していることは、住民に自立・自助と自己責任を求める受益者負担の市場原理にもとづくものである。これにより、住民の生存権が大きく脅かされ、住民の人権保障を根本趣旨とする「地方自治の本旨」は、その内容において根本的に変容する。

また、現行95条の地方自治特別法住民投票制度が削除されている。同条は、住民自治・団体自治の結節点をなす要の条項であるが、これを取り外そうとするのである。また、ここには、各地における争点ごとの住民投票への、これを統治の妨害物と見る観点からの強い警戒心が底流にあるといえよう。

さらに、地方自治体の種類として、基礎地方自治体の他に広域地方自治体を明記した(91条の3第1項)。が、そこには、市町村合併のさらなる推進を前提にした道州制への志向が含意されている。連邦制への移行は目指さないとするのが自民党の立場であるので、この草案における「道州」は、独立国家性をもった「邦」ではなく、広域的「地方自治体」と位置付けられるわけである。ただ、それは、最高裁判例で示された“住民の密接な共同生活・協同意識をそなえた事実上の社会的基盤”(最大判1963.3.27刑集17巻2号121頁)をもたない人工的な公共団体とならざるをえない。その実態は、国の統治のための都道府県再編の姿でしかない。

そして、草案は、新設の94条の2において、地方自治体の「財務」(条

文見出しの文言)について詳しく規定しようとしている。すなわち、自主財源を基本とすべきこと(1項)、国が必要な財源上の措置を講じること(2項)、および、健全財政の確保(3項)である。これは、地方分権改革の一環として、財政運営にも「自立と自己責任」を強いるものであり、他方、国の措置について、自治体間の財政的レベルを均すべしとする原則は採られていない。その中で「自己責任」を強調することは、貧しい自治体を一層財政的困難に陥らせることを意味する。

結局、自民党05年草案の第8章改定の趣旨は、強者中心の社会を目指し、それに奉仕する地域社会をつくろうとするところにあるといえよう。

## ② 2012年憲法改正草案の第8章改定

2009年9月から3年3か月の民主党政権ののち、12年12月の総選挙で3分の2を超える議席を獲得した自公両党が再び連立を組み、第2次安倍政権が成立する。改憲策として安倍首相があらたに持ち出したのは96条先行改正論、つまり憲法96条の定める手続を緩和しようとする方策である。憲法改正手続が厳格であるのは最高法規性から導かれるものであり、立憲主義の要である。したがって、この改憲手続の緩和策は、改憲派の学者も含めて多くの人々から直ちに批判を浴びて、頓挫した。そこで、安倍首相は、96条からひとまず転じて、本来の標的とする9条の明文改憲に向いつつ、解釈改憲・立法改憲をも同時進行させることになる。集団的自衛権行使容認を強行した14年7月の閣議決定は、その最たるものである。

明文改憲で自民党が準備している全面改憲案は、2012年4月27日公表の『日本国憲法改正草案』（「12年改正案」）であるが、それは、下野していた時期につくったもので、国家主義的改憲勢力の意向が強く意識されている。何より、根本的な問題として、現行憲法の基本原理を転換させる点で憲法改正の限界を超えたものとなっており、「改正」案ということのできない、96条に仮託した新憲法の提案である。内容については、9条の抜

本転換を中心に、国家緊急権条項の導入、天皇の元首化、個人の尊重の否定、人権の国家的価値による制限など復古的価値観を貫き、同時に新自由主義的改革を憲法典の中に取り込むものとなっている。そうした基調をもって、第8章にも抜本的な改鑄が加えられている。先の05年草案との比較も念頭に置きつつ、特徴を取り出しておこう。

まず、12年改正案は、92条の条文見出しを「地方自治の本旨」とし、同条を総則に位置づけている。「地方自治の本旨」は、このほかに、93条2項で、地方自治体の組織・運営にかんする事項は「地方自治の本旨に基いて」法律で定める、とするところにも用いられており、この語を地方自治原則の基本に据えようとしていることはたしかである。自民党が12年改正案の解説として刊行した『日本国憲法改正案Q&A』によれば、現行憲法では「地方自治の本旨」という文言が無定義で用いられているため、92条1項で明確化を図った、としている。しかし、現行憲法の「地方自治の本旨」は住民自治と団体自治の基本原則を定めたものであって、次のような12年改正案が規定するものは到底それにはあたらない、といわなければならない。

すなわち、12年改正案92条は、地方自治は住民の「参画」を基本としつつ住民に身近な行政を実施するという、いわゆる補完性原理を明記し(1項)、住民は地方自治体の「役務の提供を等しく受ける権利」を有し、「負担を公平に分担する義務」を負う(2項)としている。これによれば、地方自治の主体であるはずの住民がたんなる参画者となり、また、住民の主権者としての権利が役務の提供を受けるだけの権利に矮小化される。もっとも、これらの規定は、それぞれ、1999年に地方分権改革で改正された地方自治法1条の2、および、従来からある10条2項を憲法典に編入したにすぎない、との説明もなされているところであるが、こうした先行法令の憲法化自体が問題とされるべきであろう。

また、地方自治特別法については、05年草案のように削除することはせず、

現行95条のいう「一の地方公共団体のみに適用される特別法」を、「特定の地方自治体の組織、運営若しくは権能について他の地方公共団体と異なる定めをし、又は特定の地方自治体の住民にのみ義務を課し、権利を制限する特別法」と変更し、また、住民投票において必要とされる投票者の「過半数の同意」を、「有効投票の過半数の同意」に変えている(97条)。こうして12年改正案は、地方自治特別法住民投票制度を、制限しつつも残そうとしているが、この制度は、実例において、すでに長期にわたって実施されていない。それは、問題となる法律を一般的に適用される体裁にすること、また、法律中に住民投票を不要とする規定を置くことなどの仕方、回避されてきたからである。こうした、根本的に住民投票を嫌忌する姿勢こそが問題なのだといえよう。加えて、同意要件を「有効投票」の過半数としたのは、憲法改正国民投票におけると同様、ごく少数の同意で成立することになり、この制度の民主主義的価値をますます貶めるものである。

さらに、93条において、地方自治体の種類と役割について、12年改正案は、05年草案と同様、「基礎地方自治体」と「広域地方自治体」を「基本」とする、とした(1項)。これに対しては、先に05年草案について述べたのと同じ批判が向けられるであろう。また、「基本」とするとは、必ずしも二層制を将来にわたって維持するものではないことを含意していよう。なお、12年改正案は、「地方公共団体」の呼称は用いず、すべて「地方自治体」としているが、とりたてての相異はないものと思われる。

同条の3項では、国・地方自治体間で「法律の定める役割分担」をすべきことを定める。これは、改正された地方自治法1条の2が規定する「国と地方の役割分担」を意味するものと考えられ、一方では、外交・防衛は国の専権事項であって自治体の関与は許されず、他方で、農業・社会保障・教育などの分野は行政責任を自治体や住民に課して国は責任を負わない、という形で機能する可能性が強い。この点でも、法律を憲法化することは憲法の立憲主義的機能を自ら放棄するものであると指摘しておかねばなる

まい。

そして、「財政」にかんする12年改正案96条は、その3項で、83条2項の財政健全性確保の規定を準用する。地方自治体が自主財源を基本とし、財政の健全性を確保することは、それ自体は当然事であろうが、地方分権改革の実際の経過は、それが、国の財政責任を軽減させ、自治体に行政サービスの削減や住民への負担増を求めるものとなることを物語っている。

加えて、議会の位置づけであるが、12年改正案94条1項は、「条例の他重要事項を審議する機関」として議会を設置するとしている。現行憲法93条1項が「議事機関」として議会を設置するとしているのを狭隘化するものである。また、2項で、長・議員・その他法律で定める公務員を選挙する権利を「日本国籍を有する者」に限定して、外国籍住民の選挙権否認を憲法規範化しているのは、まことに時代逆行の姿勢であるというほかない。

#### (4)「地方自治の本旨」概念のとらえ方：ひとつの問題提起として

ここに批判的にとり上げたような今日の第8章改憲論議とかかわって、今後の地方自治論の発展に資す問題提起をするために、ここでは、「地方自治の本旨」概念を積極的にとらえるべきことにふれておこうと思う<sup>(3)</sup>。

第8章改憲論はしばしば、改憲の必要をいう根拠として現行憲法92条の「地方自治の本旨」は、抽象的で意味が不明確だと主張する。しかし、同条は、第8章全体の総則規定として93条以下の3か条の指針としての役割を担うから、「地方自治」の規範内容の最小限度のものが爾後の3か条で具体化されている。すなわち、93条からは、地方における主権者としての住民が地域的規模での政治を実施する「住民自治」が、また、94条からは、地方自治体がその地域にかんする事柄について住民の人権を実現するために必要な限りにおいて中央政府から独立して決定し活動する「団体自治」が、それぞれ導かれる。このことは、すでに争いのない憲法学上・



実例上の常識である。

そして、「地方自治の本旨」は日本国憲法の解釈から導かれるものであるところ、憲法は、その原理が国政においても地方政治においても実現・確保されなければならないことを要請しているから、結局、それは、地方政治において実現されるべき憲法原理を意味するものであって、地方自治体の組織および運営にかんする法律のうち、それに適さないものを憲法体系から排除する規範文言である、ということができる。そして、憲法の原理は、個人の尊厳を基礎に、国民主権、自由・平等および生存にわたる人権の保障、そして平和主義にあることはほぼ異論のないところであり、それが「地方自治の本旨」概念の土台をなしている。政権側の改憲構想が持ち出した「自立・自助」の自己責任原則は、これに代りうるものではなく、また、地方で処理できる事柄は自治体、とりわけ基礎自治体である市町村の権限とし、それが不可能ないし不適切なものについてのみ国が補完的に担うという意味における「補充性の原理」ないし「近接性の原理」は、「地方自治の本旨」に含まれているものと解することができる。

上述のものが、「地方自治の本旨」のもつ規範的役割の中心をなすといえるが、さらに、それに加えて、次のような機能をも果たす。すなわち、第1に、中央政府の統治を制限し、また義務づけ、それをとおして自治体の自律的統治を中央政府に対して保障することである。また第2に、「地方自治の本旨」のもつ裁判的機能であり、それに違反する法令を排除する違憲審査基準としてはたらく。問題は、個々の住民の出訴の根拠となりうるかである。「地方自治の本旨」は、それ自体は本質的に客観的な制度の保障であって、主観的権利保障の制度ではないが、あたかも政教分離侵害がその表裏の関係にある信教の自由への侵害をもたらしのと平行に考えることができるのではあるまいか。すなわち、「地方自治の本旨」が侵害されればその中心的一内容である住民の生存権の脅かされるととらえ、地方自治の重要性にかんがみて、このような間接的権利侵害も出訴要件を

充たす、と構成できないであろうか。加えて第3に、憲法改正限界を形作る機能も指摘することができよう。92条の規定は「地方自治の本旨」が立法から保障されることを意味するがその中核部分は地方自治固有権として憲法改正からも守られる、との理解も、十分成り立つものと思われるのである。——以上の解釈は問題提起的におこなったものであるが、それを念頭に置くとすれば、「地方自治の本旨」概念は、きわめて積極的な可能性を蔵しており、今後の地方自治発展のために活かされるべき重要な原則であるといえることができる。

今日における改憲論議の焦点は多々あり、9条の転換を中心として、緊急事態条項の導入などがきわめて重大な問題になっている。同時に、それらと一体のものとして、第8章が全面改定の対象とされていることに相当の注意を払っておきたい。海外で戦争のできる国と社会への転換のためには、地方自治制度をそれに仕えるものへと変容させることが不可欠なのである。歴史の岐路に立って、選択を誤ることなく平和の道を歩むには、日本国憲法を尊重擁護し、住民の人権確保のための真の地方自治の充実につとめることが、今、課題とされている。

## 2 沖縄と憲法第8章との距離

### (1) 憲法制定過程からの沖縄排除

こうした歴史的意義をもつ憲法第8章の誕生を評価する際に看過できないのは、憲法制定(明治憲法の改正)を審議した帝国議会が、実は、沖縄県からの代表を排除して構成されていたことである<sup>(4)</sup>。

すなわち、帝国議会において憲法改正の審議をするに先立って、衆議院議員総選挙が実施されることになるが(実施は1946年4月10日)、この選挙に備えて、1945年12月、第89回帝国議会で衆議院議員選挙法の改正がおこなわれた。それにより、女性の選挙権・被選挙権が保障されることになり、わが国政治史上はじめて真の普通選挙権の実現を見た。しかし、他方で、

それは、沖縄県民の選挙権を、台湾・朝鮮など旧植民地の出身者の選挙権とともに停止するという重大な欠陥を孕むものであった。すなわち、改正法案は、「沖縄県、…並びに海上交通杜絶その他特別の事情のある地域にして勅令を以て指定するものに於ては勅令を以て定る迄は選挙は之を行はず」としたのである。

沖縄は、帝国議会衆議院には1912年以降代表を選出している。衆議院議員選挙法は、明治憲法と同じ1889年2月11日に公布され、翌1890年に最初の総選挙が実施されている。沖縄県について実施が20年余も延引されたのは、政府の旧慣温存策を直接の原因とする土地整理事業の遅れから近代的土地所有関係や税法が未確立であったことによるとされる。すなわち、県民の国税納付額が不明で、選挙権・被選挙権の要件たる個人別直接国税の額がつかめず、また近代的府県制や市町村制が成熟していなかったため、選挙法の運用に支障があるとみなされたことなどが指摘されている。沖縄県の定員は、当初2名で、選挙区から宮古・八重山の2郡が除外されていたが、1919年の総選挙からは定員が5名に増員されて、有権者比では他府県並みとなり、宮古・八重山も選挙区に加えられた。

貴族院も、帝国憲法にもとづいて1889年に開設されているが、貴族院令（1889年2月11日）によれば、皇族・華族のほか、国家に勤労があり、または学識がある者、多額納税者から成る。沖縄からは、1890年以降、華族選任の旧琉球王朝の王族や、男爵、またのちには多額納税者が議員となっている。いずれにせよ、帝国議会両院とも、沖縄からの議員の席はあったのであり、敗戦直後の第89議会でも、それは維持されていた。

そこへ、沖縄県民の選挙権行使を停止する衆議院議員選挙法改正が提案されたわけであるが、これに対して反対の質疑をしたのは、沖縄選出の漢那憲和（かんな・のりかず）代議士ただ一人である。その質疑の要点は、次のところにあった。— 此の度の戦争で戦死者・餓死者を合わせて10余万に達し、郷土の大半は全くの焼け野原と化した沖縄は、その払った犠

牲の質において全国第一であろう、とした上で、それにもかかわらず帝国議会における県民の代表を失うことは、福利擁護の上からも、帝国臣民としての誇りにおいても言語に絶する痛恨事で、沖縄県に対する主権の放棄をも意味する、と訴える。その上で、この問題で政府はGHQと折衝したのか否かを問いつつ、問題解決の方法として、沖縄などについては、現今の非常特別の場合に慣例や形式を超越して、選挙を再開する勅令の出るまで従前の議員を以て議員に充てることにするという暫定措置をとる可能性如何、と迫ったのである。

この漢那質問には、堀切善次郎内務大臣が答弁に立った。GHQとは折衝したが同意を得られなかったと述べ、また、衆議院議員の任期満了による総選挙の場合は一部の議員の任期を延ばすことは不可能ではないが、今回のような解散の場合は憲法上できないと答えて、提案を斥けている。加えて、GHQの同意が得られ交通の途絶が解決したなら直ちに勅令でもって選挙を執行したい、としていたのであるが、その執行には実に4半世紀を俟たなければならなかった。祖国復帰を控えた1970年11月の衆参同日選挙で、沖縄県民は、戦後では初めて国政選挙の有権者たりえたのである（「国政参加国会議員選挙」と沖縄では呼称されている）。

こうして、日本国憲法は、この第89回帝国議会で改正された衆議院議員選挙法にもとづく選挙によって構成された第90帝国議会——「憲法議会」（1946年6月20日～10月20日）と呼ばれることもある——において、沖縄からの代表が不在のまま審議され、成立した。審議において、「沖縄」（または「琉球」）の字句を含む発言は30件見出されるが、重要なのは、憲法制定にかかわって沖縄を論じた発言は1件もないことである。つまり、制定されるべき新憲法の中に沖縄の声を、とりわけ沖縄戦でもっとも過酷な苦難を強いられた沖縄の人々の要求をいかに反映させるかという角度からの取り上げ方は、議員の誰一人としておこなっていないのである。

国民主権を原理とする憲法の制定が主権者国民の一部の参加を拒否して

なされたことは、今日においてもあらためて重大視しておくべき事項であると考え。あまつさえ、この重大事が、当時も、また今日に至るまでも、学問的作業の中でさえほとんど等閑に付されてきたことが問題を一層深刻なものにしている、と思われるのである<sup>(5)</sup>。

## (2) 27年間に及んだ沖縄の憲法からの遮断

沖縄は、1945年4月、「沖縄戦」における米軍の上陸（法的表現としての「ニミッツ布告」の公布）によって大日本帝国憲法の適用を遮断された。そして、戦争の終了によっても、さらに日本国憲法の施行後も、あまつさえ平和条約発効による日本の法的独立の回復後も憲法は復活せず、その適用のない法状況は1972年の本土復帰まで27年間に及んだ。沖縄の人々は日本国憲法への復帰を望み、その努力は遂にそれを実現させたわけであるが、実態は、憲法を蹂躪してやまない日米の軍事関係（安保条約体制）のもとに入ることを意味した。

また、抛りどころとする日本国憲法の地方自治制にも、沖縄の歴史や現実、沖縄の人々の憲法観が十分反映されていないことに気付く。例えば、自治体の二層制や自治会・町内会のあり方にしても、本土との、換言すれば、日本国憲法が想定しているものとの差異は著しいといわなければならない<sup>(6)</sup>。日本国憲法、そして第8章のもつ普遍性が、沖縄の人々の憲法肯定感を支えているのであるが、沖縄に育っていた統治のしくみ、また憲法観が日本国憲法に十分反映されていないことはやはり否めない。

とくに、憲法制定過程で、各自治体はその憲法として「憲章」(charter)をもつという構想が日本政府側に拒否されたことも、沖縄との関係で重要である。すなわち、自治立法権をめぐる、総司令部案が住民の「憲章」を制定する権利を定めていたものが、日本政府側の抵抗に遭い、3月2日案では、法律の範囲内で地方公共団体が制定する「条例及規則」とされ、その後3月6日案以降、「条例」(regulation)とされることとなった。なお、

「地方自治の本旨」(principle of local government)という文言は、日本政府側より、「憲章」を「条例」に変えたことの代償措置として提案されたもので、3月2日案から登場しているが、総司令部側も、この文言は憲法にもとづく地方自治関係の諸立法が地方自治を確保・伸長するものでなければならぬ旨の指針を掲げたものであると理解して、賛同したとされる。——このようにして、日本政府側とくに内務省の、地方自治の憲法的保障を可及的に徹底させまいとする努力により「憲章」構想は潰えたのであるが、こうした、「憲章」をもつ自治体、というあり方こそ、沖縄に適合的であったのではなからうか、と悔やまれるのである。

なお、沖縄は、27年間の空白を経て、1972年に憲法の適用を受けたのであるが、それは、その時点に立って新しい憲法を自ら選びとったことを意味しない。沖縄の人々は、日本国憲法についていえば25年間の本土政府による憲法運用や裁判例によって形づけられた憲法制度を《所与》のものとして押しつけられたのである。その点で、やはり、沖縄が日本国憲法との関係でもつ距離は相当なものであるといわざるをえない。

以上のような地方自治70年と沖縄との関係史をふまえて、本稿冒頭にふれたところの、沖縄において重大な問題でありつづけている米軍・米軍人による加害行為から、自治体が県民の生命と人間の尊厳をいかに守るかという、喫緊の課題の考察に入りたい。それにつき、本稿では、とりわけ、条例制定の提唱を試みようとしている。

## II 米軍の加害からの住民保護と自治体——条例制定の可能性

### 1 99年改正後の地方自治法における条例制定権拡充への注目

自治体の自治立法権にかんして、憲法は、少なくとも文言上は、自治体の条例制定権を法律の範囲内にとどめ、そのことが戦後における真の地方自治実現を阻む一要因となってきたことは否めない。そして、それを打

破する努力が学界を含め様々な場でなされたことにより、条例制定の範囲が拡張に向かってきたこともよく知られるところである。その点で、1999年の地方自治法改正（本稿にいう「新地方自治法」）で、法律と自治立法権の関係には重要な変化がもたらされ、自治体の条例制定が画期的に前進できる条件が生まれたことは、十分な注目に値する。

すなわち、法律のレベルで地方自治体の条例制定権の範囲を画定するのは、新地方自治法14条1項の、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる」とした規定である。それは、条例制定権を、ひとつには、2条2項の定める事務の範囲によって、もうひとつには、国の個別の条例に違反しないかどうかの基準によって画されることになる。この14条1項の規定は、改正前の15条1項と同じであるが、そこにいう2条2項の規定内容が改訂されたことで、その意味するところは一変した。

つまり、旧規定が、地方自治体が処理する事務として公共事務、団体委任事務および行政事務を掲げていたのに対し、新規定は、「地域における事務」と「法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」を挙げている。この2つの事務は、2条8項の定める自治事務と法定受託事務にあたるから、地方自治体は、自治事務だけでなく法定受託事務についても条例を制定できることになったのである。改正前では、自治事務については条例が制定できたが、機関委任事務についてはできないとされていたところ、機関委任事務が廃止されて設けられた法定受託事務についても可能となったのは、画期的なことであるといえる。

もっとも、法定受託事務については、通例、その処理にかんして法令に詳細な規定が置かれ、条例で定める余地は実際にはかなり狭いものとなる。また、各大臣が法令受託事務の処理基準を定めることも、事実上の制約としてはたらく。つまり、処理基準は、法令ではないから、条例がそれと抵触しても違法とはならないが、国において処理基準がつくられると条

例はそれに影響されることになり、国の関与の手段として機能するのである。なお、地方自治体は、地域における事務を自らの選択した手法で実施することができ、それに際して必ずしも条例を制定する必要はないが、事務の執行にあたり住民に義務を課したり権利を制限したりする場合には、必ず条例によらなければならない。

そして、国の義務との関係であるが、条例を制定することのできる事務の範囲は、従前のように自治事務に限られることはなくなったにしても、2条2項が新たに定めた分野内のものでなければならないから、国の事務と解されるものについては、新地方自治法でもなお条例で規律しえないことには変わりはない。ただ、新地方自治法では、地方自治体が処理することのできない国の事務を列記していた旧2条10項が廃止された。そして新たに、1条の2第2項が置かれて、国は本来果たすべき役割を重点的に担い、それ以外の広範な事務へのかかわりはできるだけ少なくするとともに、住民に身近な行政はできる限り地方自治体にゆだねる方向で処理すべきであるという法の立場が明示された。従って、従来国の事務と考えられて条例による規律ができないと解釈されてきたものについても、上記の基本原則に即して、広く積極的に地方自治体の事務にあたるものと推定していくことが求められることとなる。

それを具体化しているのが、2条の11～13項である。すなわち、2条11項は、「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」として、国が地方自治関係の法令を制定するにあたっての方向付けをする。「適切な役割分担」という文言は、立法者を導く指針としての補完性あるいは近接性の原理を示唆しているとされる<sup>(7)</sup>。また、12項は、その法令の解釈と運用についても、「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」とによって枠をはめている。さらに、13項は、国は、「法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することと



される事務が自治事務である場合」には、「地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるように特に配慮しなければならない」として、地方自治体の固有事務に対する立法による介入に特別の制限を設けている。

このようにして、地方自治体の条例制定権は、「地方自治の本旨」、つまり憲法の地方自治保障の趣旨を明確にした国の立法をとおして拡大されるべきことを、新地方自治法は強く要請しているものといえるのである。

## 2 条例による住民保護の必要性

### (1) 平和の実現を目指す自治体の努力

条例を含む様々な措置によって憲法の平和原則を実現しようとする努力は、もとよりこれまでも、多様な形で重ねられてきた。

すなわち、地方自治体が「平和」を自治体行政の原則のひとつに掲げ、それを条例形式で定めることは、これまでも多数の例を見ている。沖縄県読谷村の「平和行政の推進に関する条例」（1991年3月29日）は、その重要な一例であるが、「この条例は、第二次世界大戦、とくに悲惨な沖縄戦の教訓とそれに続く異民族支配の体験を踏まえ、恒久の平和を希求する村民の意思に基づき、読谷村の平和行政に係る基本原則並びに平和に関する事業を推進」するものであるとして、平和憲法の普及、国内外の諸都市との交流等々を掲げている。もとより、こうした平和行政条例により実施される事務は、一般には非権力的なものにとどまっており、権力的手段を用いた平和行政までには達していない。

米軍人・軍属による県民の生命・財産の侵害を封じるためには、規制条例の制定が求められる。そのような規制条例の例を、今のところ筆者は知らないが、参考にすべき重要な先例として、1995年のいわゆる「神戸方式」決議がある。条例形式をとったものではないが、その年3月18日、神戸市議会は、全員一致で、「核兵器積載艦船の神戸入港拒否に関する決議」を

おこない、これを受けた港湾管理者たる神戸市は、「内規」を設けて、外国軍艦が神戸港に入港を希望するときには当該国の在日公館から非核証明を提出することを求める、という措置をとった。この「神戸方式」の名で呼ばれる手法は、まさに、平和憲法と非核3原則を具体化した自治体レベルの権力的平和行政を可能にする実定法構造であって、地方自治法上自治事務に属する、完全に適法な法的措置である。とくに、米艦が核兵器積載の疑惑を払拭しないまま、またわが国政府も核の存否について安保条約上の事前協議さえおこなおうとしない状況下で、自治体が自らその入港を阻むこの方式は、沖縄で米軍の横暴を防ぐための条例を構想するわれわれにとって、まことに貴重な事例であるといえる。

沖縄で今必要とされていることは、県民の生命・財産侵害を惹き起こした関係基地の機能を一定期間停止させること（市民社会への出入り口であるゲートの封鎖の可能性の追求）、また、過去における県民への凶悪犯罪歴を関係自治体に届けさせること（「神戸方式」に倣っている）、さらに、基地外で居住する米兵には住民登録を義務付けること（現在ではなされておらず、自治体は居住米兵を人数さえ把握しえない）を含むものであろう。——もとより、その実現は、どれひとつとっても、全くたやすいことではない。しかし、それは、今、沖縄では不可欠のものであり、その可能性を追究する努力が求められていると思う。ここでは、ひとつの地方自治体の具体的な状況に即して、以下論じることにした。

## (2) 真剣な取り組みの一事例：沖縄県北谷町の場合

米軍による被害から住民を保護する課題に真剣な取り組みをしている自治体として、ここでは、北谷（ちゃたん）町（沖縄県中頭〔なかがみ〕郡）を取り上げ、本稿のテーマを考えたい。

北谷町は、面積13.93km<sup>2</sup>、人口29,193人、世帯数11,958世帯である（2016年5月末現在）。そこに、米軍基地として、嘉手納飛行場、キャンプ桑江、キャ

ンプ瑞慶覧，陸軍貯油施設の4基地が置かれ，その総面積は7.29㎩，町面積に占める割合は，半ばを超えて52.3%に及んでいる。

この米軍で，米軍基地内に居住する者は，6,993人，基地外，つまり町民と同様に町域で居住する者は4,004人であり，これは町人口の14.5%を占めることになる。しかも，基地外居住者は年を逐って増加しており，かつ特定の地域に集中する傾向がある（なお，基地内外の居住者の数値は，2015年3月末日現在。それ以降は，防衛省による発表がない）。この基地外居住者は，町から住民としての公共サービスを受けながら，住民登録さえせず，納税も免れている。それに加えて，ごみ排出・ペットの飼い方マナー・公園利用の仕方などをめぐって問題を惹き起している。なお，もとより，米軍基地自体から発生する重大な問題として，航空機騒音，犯罪・道路交通法違反の事件などが頻発している。2015年に北谷町で発生した米軍犯罪を挙げるなら，凶悪犯1件（県全体で3件），粗暴犯2件（県8件），窃盗犯1件（県14件），飲酒運転8件（県66件）などとなっており，深刻である。

これに対して，町は，米軍への指導・注意喚起に力を入れている。すなわち，住民の生活環境への影響，トラブル等の未然防止対策を実施しており，土木課や保健衛生課等の所管課で，看板設置・チラシ配布等で対応し，公園には，注意喚起の看板を英語を併記して設置し，また，「飼い犬マナー順守」の看板や，町管理の道路，とくに学校付近の通学路には「飛び出し注意」の看板を出している。加えて，夜間について，米軍人等の事件・事故の防止対策に限らず，地域の防犯・安全対策として各種の対策や支援を町単独で実施している。

同時に，町議会は，米軍人・軍属による度重なる犯罪・事件・事故・非行に対し，くりかえして抗議決議や意見書を出している。2015年2月以降で，道交法違反（大多数が飲酒運転である）関係は21件に及ぶ。その都度，厳正処罰・綱紀肅正・リバティー制度（勤務時間外行動指針）の緩和措置の制限撤回・再発防止対策・地位協定の抜本的改正・米軍基地の撤去整理縮小，

などを要求している。他に、準強姦容疑事件、女性死体遺棄事件、覚せい剤取締法違反事件、海兵隊員による傷害事件などが頻発し、町側は、その撲滅を求め続けているのである。こうした真剣な努力の前に立ちはだかるのが、地位協定の壁である。そのため町の対策は、基本的に、町民に向けた町条例（「北谷町飼い犬条例」、「北谷町廃棄物の減量及び適正処理等に関する条例」など）の米軍人等への周知と順守要請にとどまっている。

このような状況は、沖縄の他の市町村に基本的に共通のものであるにちがいない。地位協定と対峙できる条例の制定が待たれる、と考えるゆえんである。

（なお、この節で北谷町にかんする事項に言及した叙述は、すべて筆者の責任に属する。むしろ、北谷町の関係の方々のご協力にもかかわらず本稿ではわずかしか取り上げることができなかつたことをお詫びしなければならない。後日にさらに検討して、住民保護条例の考察を深めることに資したいと思う。）

### 3 駐留米軍規制条例の可能性

#### (1) 障碍とされるもの——「専管事項」論と地位協定

##### ① 国の「専管事項」論

駐留米軍による加害から住民を保護するための地方自治体の条例——駐留米軍規制条例——を制定しようとするとき、まずもって持ち出されるのは、「国防にかんする問題（外交と並べて防衛・外交問題とされることも多い）は、国の専管事項であり地方自治体はかかわることができない」という論理であろう。この、国の「専管事項」論は、政府、また訴訟における国側が常用しているものであり、たとえば、「基地の配置や部隊の編成は、国防の基本方針にもとづいて、国が判断し決定する専管事項である」などと説かれる。しかし、はたしてこの論理は、アプリアリに、ないし無条件に成り立ちうるものであるのか、またそれは、地方自治体が国防事務に関与することを一切遮断する論理でありうるのであろうか<sup>(8)</sup>。

もつとも、それは、今日では、地方自治体自身も無批判に用いるほど広く流布したものとなっている。一例であるが、2012年11月の九州市長会において、沖縄県の市長側から出された軍用ヘリコプターMV22オスプレイの普天間基地からの撤退を求める決議が不採択となったが、その理由として、普天間からの撤退を市長会として決議するのは他の自治体がオスプレイを引き受けることを意味するというものに加えて、国防は国の専管事項であることが挙げられた。この議論は、安保条約の体制を承認している以上、その負担は全国で、つまりすべての都道府県・市町村で引き受けるべきであるとの沖縄側の主張を拒否するものであるが、ここでは、こうした議論と結びついて専管事項論が出されているのである。

専管事項論を極端な形で用いた例として、辺野古新基地建設のための公有水面埋立てにつき翁長雄志沖縄県知事のした承認取消しに対して農水大臣が求めた是正指示をめぐる違法確認訴訟において、2016年9月16日に福岡高裁那覇支部(多見谷寿郎裁判長)が下した判決(ただし、判決要旨にもとづく)の論旨を取り上げておこう。——すなわち、それは、「国防・外交に関する事項は本来地方公共団体が所管する事項ではなく、地域の利益に関わる限りにおいて審査権限を有するにすぎない。そして、地方公共団体には、国防・外交に関する事項を国全体の安全や国としての国際社会における地位がいかにあるべきかという面から判断する権限も判断しうる組織体制も責任を負いうる立場も有しない。それにもかかわらず、本来知事に審査権限を付与した趣旨とは異なり、地域特有の利害ではない米軍基地の必要性が乏しい、また住民の総意であるとして40都道府県全ての知事が埋立承認を拒否した場合、国防・外交に本来的権限と責任を負うべき立場にある国の不合理とは言えない判断が覆されてしまい、国の本来的事務について地方公共団体の判断が国の判断に優越することにもなりかねない。これは、地方自治法が定める国と地方の役割分担の原則にも沿わない不都合な事態である。よって、国の説明する国防・外交上の必要性について、

具体的な点において不合理であると認められない限りは、被告はその判断を尊重すべきである」というものである。

しかしながら、国防を国の専管事項とする論理は全く成り立つものではない。すなわち、立憲主義国家においては、公権力主体である中央政府・地方自治体各々の有する権限(したがって、その担当事項としての「事務」)は、すべて、主権者としての国民・住民から憲法をとおして委託されたものである。この点で、日本国憲法13条が、個人の尊重と権利保障を最上位の価値として位置づけたうえで「立法その他の国政」の遂行を公権力に命じているとき、ここにいう「国政」は中央政府の政治に限らず、地方自治体によるそれをも含むものであって、同条は、全統治機構に向けられた準則であるといわなければならない。もっとも、憲法は、個別の事務についての国・地方への配分を明示的には定めていないが、第8章によって地方自治が憲法的保障を受けることになった以上、事務配分は、地方自治体優先の原則に立ってなされることが求められるといえる。

地方自治法も、この憲法上の要請を具体化しており、とくに1999年改正法は、すでに概述したとおり、国と地方自治体との関係を、上下・主従から対等・協力の関係に改めた。そのため、そこでは、両者の役割分担において、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その他の国が果たすべき役割を重点的に担う(1条の2第2項)ものとされた。そして、それは、地方自治体が「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(同条1項)」という「趣旨を達成するため」のものであることが明記されたのである。——このように規定された国の役割から、国防や外交の事務が国に排他的に専管されるという解釈を導き出すことはできない。それらの事務につき、地方自治

体は、住民福祉の増進のための自らの役割を当然に果たすことになるのである。先に、自治体の平和のための事務の実例を挙げたが、それらは、まさにその実践であるといえる。

結局、「専管事項」論は、日本国憲法のもとでは成り立つべくもない論理であると言わなければならない。もっとも、国際的に、軍の保有と軍事同盟の締結は中央政府の権限とされているのが通例であるが、日本の場合は、軍と軍事同盟自体が憲法によって禁止されており、国防を国の専管に委ねる規定はもとより存在しない。かえって、地方自治体は、住民の生存の権利、安全・健康など福祉を享受する権利を確保することを存在理由とする地方政府である。したがって、地方自治体は、住民の権利の実現のために、それに資する施策を自ら講じるとともに、国も採るよう要求し、また、それに反する国の施策についてはそれを改めさせ、あるいはやめさせるために抵抗することこそ、本来の使命であるといわなければならない。なお、国の国防事務の執行が関係地方自治体に住民の生活と安全ないし権利に重大なかかわりをもつ場面、典型的に、基地建設などの場面では、地方自治体は、自らに保障された法令の自主解釈権にもとづいて対処することになる。仮に、当該国防事務が憲法上許容されないものであるとの判断に立てば、これを承認・協力することへの拒否が当然に帰結される。逆に、国と同様の憲法解釈に立ったときには協力がなされることになろうが、その場合でも、それは、「国防は国の専管事項」であるがゆえになされるものではなく、地方自治体の法令自主解釈権にもとづく判断の結果として自主的になされるものと解されるべきである。地方自治法の定める国と地方の役割分担の原則は、けっして、国防・外交にかんする地方自治体の判断を否定したものではないのである。

## ② 地位協定の壁

日米地位協定（日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約

〔日米安保条約〕第6条に基づく基地並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定(1960年1月19日署名, 1960年6月23日発効)は, 1952年4月28日に旧日米安保条約とともに発効した「行政協定」を基本的に引き継いだものであり, 沖縄には72年の施政権返還時に適用された。

この日米地位協定(以下, 地位協定)が, 米軍基地の提供の仕方, 駐留米軍・米兵等の地位および米軍基地の管理運用などを定めることで, 米軍基地に関する法体系の基軸をなしている。その内容は, 後述するように, 米軍の特権を過度に認めて日本の地位を貶めているものであり, その従属ぶりは他国と米国との間の同種の協定と比べても際立っている。そのため, それは, 米軍・米軍人による事件・事故が絶えることのない状況の基因となってきたのであるが, 発効後の56年間, 沖縄県民による度重なる改定要求にもかかわらず, 部分的なものも含めこれまで一度も改定されていない。

前記2016年5月の米元海兵隊員による沖縄女性に対する凶悪事件でも, 県民は強く地位協定の抜本改定を求めた。沖縄県議会も, 地位協定改定を沖縄大使に訴えたのち, 自ら県民の命を守る決意を表明し, 沖縄県知事もまた, 6月19日の県民大会への出席の意思を明らかにした際に, その目的のひとつは県民の意思を直接アメリカに伝え, 地位協定改定要求につながるころにある, と述べている。

こうした動きに対して, 政府は, 地位協定の改定交渉に踏み出すことを拒否し, 日米両政府で, 次のような弥縫策を示した。すなわち, 今回の事件の犯人が軍属であることから, 地位協定上の軍属の範囲を4分類して明確化するという方策である。これは, 安倍首相が6月23日(2016年)の慰霊祭において, 「米国とは, 地位協定上の軍属の扱いの見直しをおこなうことで合意し, 現在, 米国と詰めの交渉を行っております」と強調していたもので, その時すでに, 沖縄への配慮を演出したアリバイづくりだと評された。いずれにしても, これが蛮行の根絶につながるものでないことは一目瞭然である。すなわち, 日米合意文書最終案のポイントは, 軍属を, ①



米国政府予算などによって雇用され在日米軍のために勤務し、その監督下にある文民、②米軍が運航する船舶と航空機に乗船・搭乗する文民、③米政府に雇用される者で、米軍に関連する公式の目的のためにのみ日本に滞在する者、④技術アドバイザーとコンサルタントで、在日米軍の公式の招待を受けそのためにのみ日本に滞在する者、に限定するという（沖縄タイムス7月5日付による）。政府は、これにより、この度の凶悪事件のシンザト・ケネス・フランクリン被告人は「軍属」の Kategorie から除かれることになる（岸田外相の口頭説明）として、一件落着の印象を世間に与えようとしているが、実効性はあるまい。これは、運用改善以上のものと説明されているが、協定自体の改定ではなく、いわば「施行規則」の手直しにとどまるものである。

地位協定が米軍人・軍属に与えている特権こそ、凶悪犯罪発生の背景をなしており、とりわけて早急な抜本改定が求められてきたのは、軍人・軍属に対するわが国の司法権の大幅な制約（17条関連）や、米軍への国内法の適用排除（3条関連）である（これは、2000年以來、沖縄県が、知事が保革いずれであるかを問わず、要求し続けてきたものである）。

そのうち、17条は、米兵が「公務中」に事件を起こした場合は米側に、「公務外」の場合は日本側に第1次裁判権があると定めている。だが現実には、米兵が日本の裁判所で裁かれることはわずかなケースにとどまっている。そして、被疑者の身柄が米側にある場合、日本側が起訴するまでその身柄は米側に置かれる。ひとたび犯人が基地に逃げ帰ってしまえば、日本の警察は捜査ができないのである。さらに、米側は、「公務中」の範囲を拡大解釈することで米側裁判権を最大化しようとしてきた。米側がひとたび「公務中」だと言えば、日本側で裁かれることはまずない、というのが実態である。自国の領域内で起きた犯罪に対する裁判権の行使は、国家主権の核心をなすものであるにもかかわらず、日米地位協定の実態はそれに背いている。これでは、米兵犯罪は根絶されようもない。

また、3条では、「合衆国は、施設及び区域内において、それらの施設、運営、警護及び管理のために必要なすべての措置を執ることができる。」と定められていて（1項）、日本国内に置かれた施設でありながら日本の法令は適用されず、治外法権の状態をつくり出している。まさに、「運用改善」ではなく、地位協定自体の抜本改定と密約の破棄が求められるゆえんである。そして、それは、安保条約そのものの廃棄につながるものといわなければならない。

状況がこのようなとすれば、米軍人の運用・行動から沖縄県民の生命と尊厳を守るための条例をつくらうとするとき、その前には地位協定が巨大な壁として立ちをはかっていることは言うをまたない。いかにしてその前途を拓くことができるか、法解釈上の罅を入れることを試みたいと思う。

## (2) 駐留米軍規制条例制定の可能性の追究

### ① 検討すべき論点

沖縄駐留の米軍・米軍人による沖縄県民に対する生命と人間の尊厳への侵害行為を規制するための条例を制定しようとするとき、それに対する最大の障害物が他ならぬ日米安保条約の法体系、具体的にはとりわけて日米地位協定であることは、異論のないところであろう。条例は、いうまでもなく憲法の法体系内にあり、したがって、その制定にあたっては法律（あるいは法令）との抵触関係が問題となり、その調整・克服が課題となる。しかしながら、こと、米軍規制にかんしては、米軍のプレゼンスを根拠づけている地位協定が、日本法令をいわば、すっかり飲み込んでいる。

すなわち、協定の条文のうち、それをあからさまに示すものだけでも、3条1項、4条1項、5条、12条3項・7項、13条1項・2項、15条1項等と枚挙にいとまがなく、また、「日本法令の尊重義務」をうたう16条1項は、かえってそれが政治的義務にとどまるとすることで、米軍には接受国であ

る日本の法令の適用がないことを確認したものとなっている。このことは、同時に、日本政府が地位協定において、米軍を日本の法令によって規制することを断念したことを物語るものである。こうした主権放棄にも等しい対米姿勢が、日米安保条約・地位協定の基本的性格を形づくっている。そうであるならば、本稿の作業としては、まず最初に、条例の、法令との関係を論じ、条例制定は法令の範囲内に限定されるものでないことを明らかにしなければならない。その上で、自立した自治体法としての条例と地位協定との関係を論じることになる。

## ② 条例と法令との関係

条例と国の法令との関係については、周知のとおり、憲法94条は、「法律の範囲内で」、地方自治法14条1項は、「法令に反しない限りにおいて」、地方自治体が条例を制定することができる旨定めている<sup>(9)</sup>。この法律・条例関係をめぐって、1960年代に至るまで支配的な見解でありその後も多大の影響力を有しているものは、いわゆる法律先占論(国法先占論)であった。しかし、60年代以降の高度経済成長の中、公害による環境破壊が進行する状況下で、国が定めるよりも強い規制手段や工事の規制基準を定める「上乗せ条例」や法令が指定する以外の地域・施設をも対象にして規制をおこなう「横出し条例」が、いくつかの地方自治体で定められるようになった。学説上も、公害規制条例など国民の生存権保障を目的とするものについては、国の法令による規制は、地方自治体の条例による規制の最低基準(ナショナルミニマム)を示すもので、条例で公害をより厳しく規制することはむしろ憲法の要請に合致する、との見解が有力となった。

最高裁も、徳島市公安条例事件判決(最大判1975.9.10刑集29巻8号489頁)において、法律先占論を踏み出して上乗せ条例が認められる場合のあることを肯定した。しかし、同判決は、法律の先占が貫かれるのか後退するのかは法令の趣旨次第であるとしているほか、集団行進という表現の自由に

対する規制について条例による、より強い規制を認めるなどの、人権論の観点からすれば逆立ちした問題を孕んだものであった。因みに、最高裁の判断枠組みは、①国の法令の規制の趣旨が全国一律の均一的な規制を目指していると解される場合には、条例によって、a.法令が規制の対象としていない事項を法令と同一の目的で規制したり、b.法令が規制の対象としている事項をより厳しく規制することは許されないが、②法令が全国的な規制を最低基準として定めていると解される場合には、a・bともに許される、というものである<sup>(10)</sup>。くわえて、地方自治法の1999年改正は、条例の対象を、自治事務・法定受託事務の双方に及ぶものとし、地方自治体は、「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理するものとされるもの」(同法2条2項)すべてについて条例制定が可能となっている。こうしてみれば、今日、条例制定は、法令との関係では、本質的な障碍はないといえよう。

なお、この論点にかかわって、いわゆる国の専管事項論が主張されることになろうが、これが本来的・先験的な公理などではなく、今日の実定法体系上成り立たないものであることについては、既に述べたとおりである<sup>(11)</sup>。

### ③ 法の段階構造上の憲法・法律・条例と条約の位置関係

現存の日米地位協定を前にして駐留米軍・米軍人を規制する自治体立法を創出しようとするのは、螻蛄の斧にも等しい無謀な試みであるとの印象を与えるかも知れない。たしかに、まず立ち現われるのは、法の形式的効力論の壁であり、条例は法のピラミッドにおいて条約の下位にあるという通例の理解によって一蹴されるにちがいない。はたして、条例は、その形式的効力の上で条約に拮抗できないものなのだろうか。

法の形式的効力は、今日でもしばしば、H.ケルゼンの法段階説に由来する「国法秩序の段階構造」論に沿って、次のように理解されている。すなわち、代表的論者によれば<sup>(12)</sup>、国法秩序は、形式的効力の点で、憲法

を頂点とし、その下に法律—命令（政令，府省令等）—処分（判決を含む）という順序で段階構造をなしていると解することができる。この構造は、動態的には、上位の法は下位の法によって具体化され、静態的には、下位の法は上位の法に有効性の根拠をもつ、という関係として説明される。なお、憲法の最高法規性と関連して、憲法98条の列挙から「条約」が除外されていることが問題になるが、これは、条約が憲法に優位することを意味するわけではない。条約は公布されるとただちに国内法としての効力をもつが、その効力は、通説・実務とも、憲法と法律の間にあるものと解している。地方自治体の条例・規則は、「法律・命令」に準ずるものと見ることができるので、それに含まれると解される、というものである。

思うに、この国法秩序論が妥当する根拠は、法の源泉としての主権に求められ、主権者からの距離によって各法規の上下関係が決まる。国民主権のもとでは、国民の直接の作品である憲法が最高法規となり、国民の公選議会のつくる法律は、条例とともに、憲法の次位にあって、国民からの距離の遠い命令等の上位に置かれる。条約と法律の関係については、条約はその国内法的側面では法律と対等に置かれる余地がある。したがって、憲法>条約 ≧法律=条例 >命令等、という順位となるといえよう。ここでは、何よりも、条例が、地域的必要性に加えて民選の議事機関によって制定されるという強固な民主性に裏打ちされていることを強調しておきたい。この点で、論者<sup>(13)</sup>は、主権者たる国民は、国政は国民の厳粛な信託によるものである（憲法前文）とした憲法をとおして、国の政治制度（中央政府）と地方の政治制度（地方政府）とを確定し、それぞれに相応する権能を「信託」したのであり、それぞれの領域にあって国と地方公共団体とは対等な関係にあると解することができる。したがって、条例は法律に準ずるものと考えられ、個別の法令の授権なしに住民の基本的人権などの制限をその内容とすることができる、と述べている。重要な論旨である。

この段階構造の中で、地位協定を論じる本稿では、まず憲法と条約の関

係を改めて整理しておきたい。これをめぐっては、実定憲法の解釈の問題として、憲法優位説と条約優位説とが対立してきたが、そもそも条約締結権は憲法に根拠を有し、締結および国会による承認は憲法の枠内においてのみ許容されること、憲法改正については厳重な手続が定められているにもかかわらず、条約優位説によればその手続によらないで憲法改正がなされてしまうことなどを根拠に、憲法優位説が支配的となっている。とりわけ、日本国憲法61条およびそれが援用する62条からすれば、法律よりも簡易な手続で成立した条約により実質的に改憲の結果が生じることになるから、条約の優位を憲法自身が許容しているとはどうも考えられないのである。

ただし、憲法・条約の形式的効力上の優劣と、条約に対する違憲審査の能否とは、別建てで論じられるべき問題である。すなわち、憲法優位説をとりながら条約は81条の列举から除外され、かえって98条2項の言及があることから、違憲審査の対象とならないとの見解も有力である。しかし、条約は国内では国内法として通用するのであるから、その国内法としての側面については、81条の「法律」に準ずるものとして違憲審査の対象となると解するのが妥当であるとされる<sup>(14)</sup>。判例(砂川事件。最大判1959.12.16刑集13巻13号3225頁)も、旧安保条約について、統治行為論類似の手法で憲法適合性の判断を避けつつ、その理由として、同条約が「国の存立に重大な関係がり、したがって高度の政治性を有する条約」だからである、と述べている。これは、条約に対する違憲審査の可能性を認め、またしたがって、その大前提として条約に対する憲法の優位を承認したことを意味する、と受け取られている<sup>(15)</sup>。

ついで、法律と条約の関係では、条約を法律の上に置くのが通説である。条約は、外国との合意によって成立するという特質を確認した上で、国会の承認を要するとする73条、また98条2項の趣旨からも、条約優位説が支持されるのである。しかし、本稿では、上に述べてきたように、条約の

国内法的側面は81条の「法律」に準ずるものとして扱われること、また、61条の定める条約承認の手続は、法律より簡易のものであることに、重ねて留意しておかなければならない。そして、条例は、その民主主義的性格において法律と等置されるものであることを改めて確認しておきたいのである。

#### ④ 条例と地位協定との関係

そして、日米地位協定であるが、それは沖縄には、次のような形で適用がなされた。すなわち、論者<sup>(16)</sup>によれば、「1972年の沖縄施政権返還協定発効と共にいわば自動的に、日米安保条約および地位協定が沖縄にも及ぶことになったが、日本国政府は、国内向けには、これら条約が沖縄にも『本土並みに』適用されるようになった、と説明し、それまで見捨てられていた沖縄住民の立場によりやく配慮するかのような姿勢を示したが、実は、従来の沖縄米軍基地の機能は沖縄施政権返還後も変わらないようにするというのが、米国が施政権返還容認に付した不可譲の条件であった。」というものである。

地位協定は、安保条約6条にもとづく日米間の取り決めで、「協定」の名称が付されているが、条約に相当する内容をもつもので、日本側では条約承認の憲法上の手続が履まれた。この地位協定によって、米軍基地が日本国内にありながら、国内法令が適用されない地位となっている。それを示す明瞭で、総論的な規定は、3条1項であろう。すなわち、「合衆国は、施設及び区域内において、それらの設定、運営、警護及び管理のため必要なすべての措置を執ることができる。」と定めている。これは、日本の統治権に優位する絶対的な管理権を米軍に付与したものと解されている。そのため、米軍基地内には日本の国内法は適用されず、米軍の完全な自由使用が罷り通っているのである。したがってまた、そこには地元の自治的ルールに従うという観点などは、微塵も介在していない。

この3条をはじめとして、多くの条文が挙げられる。たとえば、基地返還時の原状回復義務・補償義務を免除した4条1項、日本国内における移動の自由・公の船舶航空機の出入国の自由・基地への出入りの自由を保障した5条1項・2項、軍構成員等の出入国について日本法令の適用を免除した9条2項、調達にかんして租税（物品税、通行税、揮発油税、電気ガス税）を免除した12条3項、軍属の雇用条件にかんする国内法排除を定めた同条7項、米軍への租税・公課を免除した13条1項・2項、および、海軍販売所・PX・食堂・社交クラブ・劇場・新聞等諸機関への日本の規制を禁じた15条1項a、などである。

このように、地位協定は、日本の法令を米軍に適用しないことを基本構造としている。なお、16条は、日本法令の尊重義務を定めているが（「日本国においては、日本国の法令を尊重し、及びこの協定の精神に反する活動、特に政治的活動を慎むことは、合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族の義務である。」）、これは、日本法令の不適用を前提とした政治的・道義的尊重義務にとどまる。却って、日本法令を遮断する宣言となっている。しかしながら、地位協定が封じ込めた日本国の「法令」とは、もとより中央政府（国）の法令であって、基地が置かれている当該地方自治体の自主立法としての条例は、これに含まれない。そこで、条例は公選議会の作品であるという民主性を根拠に、法律と同等の形式的効力をもつものとして条約（地位協定）と対峙することになる。したがって、その場合、条約と法律の関係に妥当した論理がここにもあてはまると考えてよいであろう。

つまり、国の政府は、米軍に対して、地位協定を締結することで法律の適用を放棄したが、地方政府は、地位協定にもかかわらず、自治立法としての条例を制定することで、自立して、米軍・米軍人に対するしかるべき（自治的統治団体にふさわしい）規制に乗り出すことができるのである。

##### ⑤ 国が法律適用を放擲したことによる条例の代置



そこで、日本国憲法が地方自治保障のために定めているところの「法律」についても、本稿のテーマである地位協定との関係では、「条例」に置き換えることが必要とされ、また可能となろう。すなわち、「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」べきこととしている92条は、国の政府が、自ら、地位協定の前では「法律」の適用を放擲しているのであるから、地方公共団体がその組織・運営の自治的決定を確保するためには、自治立法に拠るほかないのである。そして、自治立法の諸形式のうち、憲法上の議事機関(93条1項)として設置された民選の議会の制定する条例が最適のものとして選定されることはいうまでもない。

加えるに、憲法95条の、「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」との規定は、施政権返還後の安保・地位協定下の沖縄における米軍基地の状況にもあてはまるものである。すなわち、先に述べたように、沖縄は、米軍専用基地の73.8%が全国の面積の0.6%でしかない同県に偏在し、そのため県土の実に10.2%を米軍基地によって占められている。この状況を、日本政府が合衆国との間で締結した返還協定によって押しつけられたのである。これは、安保条約・地位協定により特定の地方公共団体にのみもたらされた事態であり、沖縄県の住民は、安保条約・地位協定について、95条のいう投票をする権利を、今日なお有しているのである。その権利にもとづいて、沖縄県民が在沖米軍・米軍人に対して自らを保護するためのあらゆる法的手立てを講じることは可能であり、今日、その最適のもののひとつが条例の制定であると考えるのである。

なお、この場合の条例が、沖縄県・市町村いずれのものとして制定されるべきであるかについては、まず、各市町村が、米軍に起因する問題に対応する条例を制定し、県は全県的な性格をもつ対米軍・米軍人措置を定め

る条例を制定するという、補充性原則をふまえた仕方が想定される。すなわち、住民に最も近い市町村で効果的に処理できる事務は市町村が最優先で担当し、それができない事務は都道府県が補完的に担当するという事務配分の原則である。ただ、実際には、沖縄の現状に適合的な順序で制定されていくことが必要かつ妥当とされよう。

—このようにして、本稿では、沖縄の地方自治体が、沖縄県民の生命と人権、人間の尊厳の確保、地方自治法にいう「住民の福祉の増進」のために、在沖米軍の運用と軍人の活動とを規制する条例を制定することは十分可能であると結論づけたい。

#### ⑥ 住民保護のための米軍規制条例の構想

それでは、こうした条例の規制するものは何かが問われる。本稿は、その領域については、未だ十分に具体的な考察をする余裕をもたないのであるが、基本的枠組みとして、基地外における米軍の運用・米軍人の行動を規制の対象とするものとなると考えている。基地内の事象については、遺憾ながら、条例の及ばないところであるとせざるをえないであろうが、基地の外の市町村域(県域)、いわば一般市民社会における行動が、何人であれ、市民社会の法によるコントロールを受けることは当然である。この点で、米軍人・軍属・家族を例外とする論理は、成り立ちえない。具体的には、先に見た北谷町の事例を重視して、たとえば、次のような規制が検討の余地のあるものと思われる。

すなわち、(Ⅰ)米軍人等の基地外居住について、国が住民基本台帳法の適用を放棄している以上、地方自治体は、それら米軍人等を把握するために、パスポートの管理を含む居住者登録条例を制定すること。これは、実質的に、住民基本台帳法を米軍にも適用することを意味する。(Ⅱ)居住者登録を前提に、ごみ条例、ペット条例、海浜遊泳条例、公園利用条例等を、罰則を付したものとして、米軍人等にも平等に適用されるものに改

正すること。（Ⅲ）基地外居住者のみならずすべての米軍人等について、基地の外に出るとき、つまり市町村域に入るときには、銃砲刀剣や麻薬を所持していないことの証明書の提示を求める条例の制定（これは、前出の非核神戸市決議に示唆を得ている）。（Ⅳ）市町村税の課税措置を条例によって講じること（いわゆる大牟田訴訟〔福岡地裁判決1980年6月5日判時966号3頁〕を参照したい）などである。——ただ、以上は例示であり、引き続き検討を加えたい。

#### ⑦ 真の憲法訴訟による解決

以上、米軍基地に起因する被害からの住民保護のための条例は、憲法体系に属し、憲法上の根拠をもった法規であるが、安保法体系との抜き差しならない矛盾の中に置かれることになる。その制定に乗り出したとき、日米安保条約・地位協定の制定・運用者側はこれを許さず、鋭い対峙状況をつくり出してくるであろう。この係争の処理と解決は、わが国の統治構造上、司法による判断を俟つほかない。そしてそこでは、真の憲法訴訟、すなわち司法の本来的使命である人権保障を基軸にして、根本的争点としての安保条約・地位協定の憲法適合性についての判断を回避することのない裁判が展開されることとなろう。

#### むすびにかえて

本稿は、とりわけて沖縄について喫緊の課題であるところの、米軍のもたらす事件・事故による被害から住民の生命と人間としての尊厳を守るために講じる方策のひとつとして条例制定の可能性を追究しようとするものであった。ただ、それは、なお、解釈論上の作業にとどまっている。また、その条例の内容と範囲についても、十分に構想されたものではない。本稿を「試論」とことわったゆえんである。今後、このテーマに関心を共有す

る方々——そこには、何より、基地問題に対して住民福祉の確保のために真剣に向き合っている行政の方々が含まれる——の知見から学んで、考察を深めたいと思う。

こうした条例の必要性を痛感するに至った直接のきっかけは、米軍属の沖縄女性に対する凶悪犯罪であったが、それから半年が経過したが、今、沖縄の基地問題は、解決に向かうどころか政府の強硬な姿勢によっていっそう緊迫の度を加えている。名護市の辺野古新基地建設と相俟って、東村高江地区では、米軍用のヘリパッド建設工事が文字どおり強行され、その途上で、工事に抗議する沖縄の人々に対して、規制にあたる機動隊員が「土人」呼ばわりをする事件まで発生した。これを、沖縄・北方担当大臣が、差別でないと言護し、あまつさえ、後日、政府もそれを追認するという深刻な事態になっている。——沖縄情勢は激しく動き、法と法学に対応を期待される課題もまことに大きい。

R. イェーリンクの『権利のための闘争』は、権利の主張は私的利益である以上に公的正義であり、法の理念は正義にこそあり、その目的は平和である。そしてその実践は、社会悪とたたかう闘争である、と説いた。われわれの法学は、こうした法の本質を確認した上で日々新たな構築に努めなければならないと、沖縄にあつて思う。

## 註

- (1) 参照、兼子仁『新地方自治法』(岩波新書・1999年)とくにi頁。
- (2) やや詳細に検討したものとして、小林 武=渡名喜庸安『憲法と地方自治』〔現代憲法大系13〕(法律文化社・2007年)とくに第1部第2章〔小林執筆〕への参照を請う。
- (3) 筆者の試論としては、拙稿「『地方自治の本旨』解釈の課題(覚え書き)」愛知大学法学部法経論集(以下、『法経論集』)169号(2005年)1頁以下。
- (4) 参照、拙稿「日本国憲法制定期における沖縄の位置——帝国議会の審議から」

法経論集200号(2014年)1頁以下。

- (5) 例外的に、この問題をつとに正面から取り上げていたのは、古関彰一「沖縄にとっての日本国憲法」法律時報68巻12号〔1996年〕である。
- (6) 詳しくは、参照、拙稿「沖縄における地方自治の諸問題——憲法学からの管見」沖縄法政研究16号(2014年)125頁以下。
- (7) 只野雅人「自治体の立法権をめぐる『国家の型』の理論——立法権の『分有』と条例制定権についての素描」大津浩編著『地方自治の憲法理論の新展開』（敬文堂・2011年）86頁。
- (8) 筆者の考えについては、拙稿「自治体の『平和のための事務』をめぐる法と政策」政策科学3巻3号(1996年)への参照を請う。
- (9) 憲法が「法律」としているにもかかわらず「法令」とする地方自治法14条1項の規定については、住民の公選による議会の制定した条例を行政府の命令の下位に置くことには、憲法に反しないかという問題がある。ただ、ここでは、命令は法律の授權のない限り制定できず、適法に制定された命令は法律の具体化と解することができるので、この抵触の問題は回避できるとする、通例の考えを採り容れてこれ以上は論じない。
- (10) 参照、芦部信義=高橋和之補訂『憲法（第6版）』（岩波書店・2015年）373頁。
- (11) なお、先にふれた神戸市の非核港湾管理条例にかんして、外務省は、米軍艦船の寄港の同意の有無は外交にかんする国の事務であり、地方自治体が非核証明を求めることは、国の事務に関与するもので、港湾管理者の権能・権限を逸脱しており、自治体の事務としては許されないとしているが、一方、周辺事態法にかかる政府解釈は、港湾管理条例にもとづく港湾管理者の権限行使の問題であるとしており、このことは、ある事務が「国の事務」とされる場合でも、当該事務の中に自治体の利害が存在しないかを積極的に見出し、ていくことの必要性を物語っている、との有益な指摘がある（白藤博行ほか『アクチュアル地方自治法』〔法律文化社・2010年〕148頁〔白藤執筆〕）。
- (12) 芦部=高橋補訂・前掲註(10)13頁。

- (13) 参照, 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂・2011年) 557～558頁, 565頁。
- (14) 芦部=高橋補訂・前掲註(10)385頁。
- (15) 参照, 樋口陽一『憲法(改訂版)』(創文社・1998年) 99～100頁。
- (16) 本間 浩「沖縄米軍基地と日米安保条約・在日米軍地位協定」浦田賢治(編著)『沖縄米軍基地の現在』(一粒社・2000年)27頁。

後記 本稿の基をなす検討は, 2016年11月5日に琉球大学において開催された, 「地方自治と地方行政の公法上の課題」をテーマとする第12回日中公法学シンポジウムを念頭に, 同年の夏頃から準備したものである。著者は, このシンポジウムでは司会を担当したので, 報告の機会は持たなかったのであるが, その準備は, 日本の地方自治にかんする問題を, とくに沖縄を意識しつつ, 外国の学者に伝えることに配慮したものとなった。本稿の主題である米軍規制条例の議論に先立って, わが国の地方自治法制史に相当な頁を割いているのは, そのためである。

(2016年11月27日 脱稿)