

〈研究ノート〉

自治体立法権伸長のための若干の課題

小 林 武

目 次

はしがき——条例のもつ民主主義的本質とその可能性

I 憲法制定過程における「条例」誕生の問題性

- 1 旧憲法下の地方制度護持の姿勢
- 2 政府案・民間草案の中の地方自治の不在
- 3 第8章をめぐるせめぎ合いと「条例」の誕生

II 条例の位置

- 1 条例制定権の範囲
- 2 憲法による法律留保事項

III 新地方自治法による条例制定権の拡大

- 1 1999年改正後の地方自治法がもたらした変化
- 2 国の事務との関係

IV 法律＝条例と条約の関係

- 1 条例による地位協定との対峙
- 2 法の段階構造上の条例と条約の位置関係

V 条例の制定主体としての地方議会の地位

むすびにかえて——条例制定請願にふれて

はしがき——条例のもつ民主主義的本質とその可能性

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、「地方自治の本旨」にもとづいて組織・運営を法律で定める（92条）とした上で、「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、この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している。こうして、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、そのことが、地方自治体に統治団体たる性格を与え、地域の課題に的確に応えることを可能にしている。

そして、自治体立法の基軸をなすものは、住民代表議会が制定する条例にほかならない。憲法が、この公選の合議制機関を「議事機関」と性格づけて(93条1項)、同じ公選の首長との関係において第一義的立法機関ともいふべき位置を与えていることは重要である。つまり、地方の住民代表議会の作品である条例は、民主主義的価値において、国民代表議会がつくる法律と同等のものであるといえるのである。

——以上に、自治体立法の中で条例のもつ民主主義的本質を確認しておいたのは、条例が、本来発揮しうる役割はきわめて大きく、現在地方自治が当面している重要課題のうちで条例による対応が待たれるものが相当に多いことを指摘したいがゆえである。筆者の当面の問題関心をもって領域設定をすることが許されるなら、とくに沖縄の場合、条例のもつ叙上のような力に光を当てそれを活かすことが、下記のとおり喫緊の課題となっていると考える。

すなわち、沖縄県は、本年(2018年)5月15日に復帰46年となった今も、県土面積はわが国全土の0.6%でしかないところに米軍専用基地の70.6%が置かれていて、米軍に起因する事件・事故、騒音、環境破壊は、後を絶たないどころか悪質化している。近時に限っても、2016年4月、米軍元海兵隊員・軍属が沖縄女性に対して暴行し殺害するという凶悪事件を起こした。県民は、同年6月、6万5000人の県民大会をもって大きな憤りを示したが、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「綱紀粛正」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言った高等弁務官の占領時代と変わらない、と喝破した。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た。

また、同年12月に、オスプレイが名護市^{あぶ}安部集落の海岸に墜落・大破して以降、米海兵隊機の墜落が相次ぎ、2017年10月には東村高江の民有牧草地に大型輸送ヘリが緊急着陸して炎上した。そして、その年の12月、同じく大型輸送ヘリが、宜野湾市の緑ヶ丘保育園に部品（円筒）を、その6日後には市立普天間第二小学校運動場に窓を、それぞれ落下させるという、あわや大惨事となる事故が惹き起された。本年に入っても、ヘリの不時着事故が相次いでいる。それに対して米側は、小学校等人口稠密地域の上空の飛行を慎むとした日米合意さえ守らずに続行しており、そのため、普二小の場合、米軍機飛行への監視員が沖縄防衛局から派遣されて、機が接近すると、運動場にいる児童を校舎に避難させるという、戦時下さながらの措置を今も講じているのである。こうした状況下でも、日本政府は、米軍の不法行為を規制する有効な措置を何ら執ろうとはしていない。

この事態に直面して、人々は、被害を被った保育園・小学校をはじめとして抗議・嘆願をおこない、また、地元の宜野湾市の市長・市議会は抗議・要請を出し、また沖縄県も同様の行動をしている。しかし、それらの懸命な訴えに対しても米軍は態度を変えず、日本政府も米軍を諫める姿勢はさらになく、名護市辺野古に新基地をつくるのが唯一の解決策だと唱えるばかりである。そこにおいて、法律家には、日米安保条約＝地位協定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いかに実効的に規制していくか、そのためのどのような法制度をつくり上げていくかが問いかけている。そのために、さしあたり、米軍を規制し、住民を保護する条例の制定の可能性を追究することが適切であると思われるのである。

——このような問題意識をもって、以下、住民保護のための条例が成立するための前提となる課題を適示して、それに必要な公法上の考察を試みたい。そ

こでまず、憲法第8章の制定過程をとりあげ、その過程において条例のあり方が当時の日本政府（内務省）によって歪められ、それが今日でも条例制定の可能性を狭めるものとなっていることにつき、批判的な検討を加えておきたいと思う⁽¹⁾。

I 憲法制定過程における「条例」誕生の問題性

1 旧憲法下の地方制度護持の姿勢

自治体の立法としての「条例」の可能性を論じるにあたって、最初にとりあげられるべきテーマは、憲法制定（大日本帝国憲法から日本国憲法への改正）の作業をとおして第8章に「条例」が入った過程に横たわる問題点であると思われる。

戦前、帝国憲法（明治憲法）においては、地方自治保障条項は備えられていなかったばかりか、「地方」にかんする規定は一切存在しなかった。こうして、地方制度は法律上のものでしかなかったから、その内容をいかに定めるかは立法政策、実質的には行政政策上の問題とされ、結局、基本的に官治的色彩の濃厚な、また政治状況に直接左右されるがために戦時下においては事実上崩壊を余儀なくされたような制度に終わったのである。戦後の早い段階であらわされた代表的註釈書は、この点を痛惜の念をこめて次のように述べていた。——「旧憲法には、地方自治を保障する何らの規程も存しなかったために、昭和18年の地方自治制の改正により、地方自治の形式を維持しながら、その実質は殆ど全く否定され、地方行政は、中央集権的官僚行政の一環となり、地方公共団体は、国政の基本方針を末端まで、滲透させるための国家行政の一手段と化した。かように、わが地方自治が容易に、殆ど完全に蹂躪されることになったのは、一つは、憲法上、地方自治が保障されていなかったためでもある。尤も、憲法上の保障があったとしても、憲法改正の手續によって、その保障を奪うことが理論上不可能なわけではないが、實際上それがきわめて困難であったことは疑いを容れない⁽²⁾と。すなわち、日本国憲法が、他の諸国の憲法と並んで、地方自治を憲法上の原則に位置づけたのは、このような事態を惹き起こした根

元を別括し、自由主義的権力分立原理にもとづく地方分権と民主主義政治の地盤としての地方自治とを実現し、もって国民の基本的人権の保障を全からしめようとしたからにはかならない。

しかし、中央集権体制を当然視する伝統的意識とそれを支える人的構造また慣習は、日本国憲法における国民主権原理と「第8章地方自治」の明記にもかかわらず残存し、現実の憲法政治にも継承された⁽³⁾。つまり、新憲法下の制度およびその運用とそれにかんする学説にも強い影響力を及ぼしている。論者⁽⁴⁾が言うように、「条例も憲法上の明文の根拠を得たが、行政法学説は、それを受けて即座に戦前の条例理論からの転換を図ったわけではない。すなわち、ドイツにおけると同様に、形式的意味の立法＝国会の権限という前提のもとに、地方公共団体の定立する法規たる条例を、『広い意味での行政立法』に位置づけるとともに、法源としての『自主法』概念を維持したのである」。そして、ここにいうドイツの理論とは、「市町村に認められた自治は自治行政の性格を持つものであり、市町村議会も行政機関であるから、市町村議会が制定する条例も、行政による実質的意味の立法である」というものを指している⁽⁵⁾。

2 政府案・民間草案の中の地方自治の不在

こうした考え方は、日本国憲法草案（帝国憲法改正案）の作成過程に、鮮やかに示されていた。当時の政府は、国民主権原理への転換を阻止して帝国憲法の旧態を保存することに汲々としており、1946年2月8日の「憲法改正要綱」（甲案。いわゆる松本案）には、地方自治にかんして独立の章はおろか、単一の条文さえ準備されていなかった。それは、この政府の国体護持の姿勢からすれば、いわば当然と見るべきものであった。

ただ、留意しておくべきは、当時の民間草案等にあっても地方自治保障の意識が希薄だったことである。後に誕生する日本国憲法と共通の姿勢に立つ憲法研究会の「憲法草案要綱」（1945年12月27日）や高野岩三郎の「改正憲法私案要綱」（同月28日）にも、地方自治にはまったく触れるところがなかった。

あえて稀な例外を拾うなら、当時の内大臣府で作成された佐々木惣一『帝国憲法改正ノ条項』（1945年11月24日上奏）は、第7章「自治」を設け、自治立

法にかんしては92条に、「自治団体ノ構成組織権能責務其他必要ナル事項ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」としていた。ただ、そこでの地方自治は、中央政府の統治を実効あらしめるためのものと位置づけられていた。また、改憲案が帝国議会で審議されていた時期に日本共産党が出した「日本人民共和国憲法草案」（1946年6月29日）は、第6章「地方政府」のうち79条で、地方議会の権限について、「各級の地方議会はそれぞれの行政機関の活動を統括し地方予算を審議、確認し、法律の範囲内において地方問題を議決しまた命令を發布する。」としていたが、中央権力の民主化と地方自治とを統一的に把握しようとするものであった。共産党案の他には、布施辰治案（1945年12月）が「地方行政機構」にふれており、また、松本治一郎が非武装中立を前提にした九州共和国に始まる日本連邦共和国構想を発表（1945年12月8日、西日本新聞）したこと等にとどまる。

このような状況が生まれた背景については、総司令部側も深甚の関心を寄せ、次のように見ていた。すなわち、民間草案に共通の欠如事項として、刑事事件における身体的自由の保障、選挙権の拡張ないし男女の政治的平等を挙げた上で、言う——「もう一つ目立って欠けていたのは、地方自治に対する何らかの提案であった。これは容易に理解しがたいことである。……おそらく、これに対する答えは、彼らが中央集権の理念を余りにも深く教え込まれていたか、或は、地方自治は国会に委せることのできる小さな事項にすぎないと考えていたか、何れかである」⁽⁶⁾と。このことは、憲法改正を審議した第90帝国議会における内務省側の答弁にも露骨にあらわれていた。すなわち、大村清一内務大臣は、1946年9月25日の貴族院帝国憲法改正特別委員会において、「憲法の第92条は……自治をどうしても認めなければならぬ、又大いにこれを推進させなければならぬと云うような意味はないものと私も考えます」と答弁し、また、同年7月6日の衆議院帝国憲法改正特別委員会でも、「現在の地方制度の建前は、……憲法改正後に於きましてもこれを維持していった方が適当であろうと云う結論に達して居る」「今後の地方行政の組織も根本には現状と余り建前を変えないでやって行く」と述べていたのである⁽⁷⁾。

3 第8章をめぐるせめぎ合いと「条例」の誕生

こうした憲法改正過程において、曲折の末、「条例」の誕生に至るのであるが、その起点となる総司令部側の地方自治構想は、次のようなものであった。すなわち、総司令部から1946年2月13日に日本政府に提示された「日本国憲法」案（いわゆるマッカーサー草案）は、第8章を「地方政治（地方政府）」とし、87条で「首都地方、市及町ノ住民ハ、彼等ノ財産、事務及政治ヲ処理シ、竝ニ国会ノ制定スル法律ノ範囲内ニ於テ、彼等自身ノ憲章ヲ作成スル権利ヲ奪ハルルコト無カルベシ」と定めていた。ここにいう第8章の章名は《Local Government》、「憲章」は《charter》であった。これに対して、内務省を含む日本政府側は強く抵抗し、地方政治を「地方自治」《local self-government》に、憲章を「条例」《regulation》に変えていく。すなわち、日本政府の案では、「日本国憲法」初案（3月2日案〔1946年3月2日〕）は、「地方自治」、「条例及規則」にするともに、「地方自治の本旨」概念を採り入れた。ついで、「憲法改正案要綱」（3月6日案〔同年3月6日〕）は、たんに「条例」とし、そして、「憲法改正草案」（4月17日案〔同年4月17日〕）もこれを引き継いだのである。

個別に敷衍しておくなら、章のタイトルについて、総司令部案が「地方自治（地方政府）」としていたものを、3月2日案において日本政府側が「地方自治」に改め、それがそのまま受け入れられた。地方自治の機構上の主体については、総司令部案が具体的に、都道府県・市町村等を挙げていたのを、3月2日案がたんに「地方公共団体」《local public entity》としたのが、その後も容れられている。そして、その権能については、総司令部案が住民の「憲章」制定権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」とされることになった。「地方自治の本旨」《principle of local autonomy》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的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、これ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立・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

たとえられる。結局、日本政府側、とくに内務省勢力の、地方自治保障の徹底を可及的に食い止めようとする思惑に立った「努力」が、地方制度の章条にかんする制憲過程を彩っているのである。こうした過程の中から「条例」は誕生した。

それでもなお、日本国憲法が、帝国憲法下の官治的中央集権的統治体制への批判と反省をふまえて、わが国の歴史においてはじめて、国民主権という最高の原理から出発して、住民の自己統治の理念を基幹とする特別の第8章を設け、そのような水準で地方自治の憲法的保障を定めたことの歴史的意義は、限りなく大きい。そこから地方自治の積極的意義を汲み出すことができ、また条例についても、それを地方自治体の自治立法における民主主義的な基幹法規として位置づけることができるのである。それは、叙上のように、地方制度の旧態を維持しようとするものとのせめぎ合いの中で不断の努力によって獲得されたものであることを確認しておきたい。

なお、本稿でわれわれが条例のもつ積極的可能性を抜き出そうとするとき、制憲過程で、とくに総司令部から出されたあれこれの理念や立場について、安易に自己の主張する地方自治にかかわる憲法解釈論の適合的なものを取り上げ、適合的でないものを切り捨てるという作業をすることは、正しくはあるまい⁽⁶⁾。むしろ、日本国憲法への改正をもたらした歴史の流れをふまえ、それによって導入された第8章「地方自治」の規範構造そのものを根拠とすることが、法解釈論としても妥当であると考ええる。

II 条例の位置

1 条例制定権の範囲

前章で素描した誕生の経緯をもつ「条例」については、憲法94条において、地方公共団体が法律の範囲内で制定することができることと定められた。「法律の範囲内で」の文言をめぐっては、伝統的な学説の中には、法律が条例の所管事項を指定するという意味に解し、地方自治法をこの条例所管事項を指定する法律と解するものもある。これは、地方自治体の権能について伝来説を採ること

を前提にして、条例を自治体の自治立法ではなく、法律の授権にもとづく委任立法の一つと解し、地方自治法14条1項が条例制定権の一般的・包括的授権事項である、とするものである。

しかしながら、地方自治体が自治的統治団体であることを憲法によって保障されている以上、その条例制定権は直接憲法の授権にもとづくものであり、そして、実質的意味における法規たる条例の制定も——94条の「行政を執行する」との文言からも推測されるように——法律の授権を必要としないものと当然に解される。最高裁判例（最大判1962.5.30刑集16巻5号577頁）も同様である。つまり、通説・判例は、「法律の範囲内」とは、法律に違反しない限りという意味に解し、地方公共団体は、委任条例にとどまらず、法律に反しない限り法律の委任なしに自主条例（固有条例）を制定することが可能である、とする立場をとっているのである。

なお、地方自治法14条1項が「法令に違反しない限りにおいて」としていることについては、条例が住民の公選による議会の作品であることを無視し、行政府の命令に服させようとするものであって、少なくとも憲法94条の線（「法律の範囲内で」）に戻して解釈しなければならない⁽⁹⁾。

上記の伝統的立場は、「法律」の範囲内を形式的に強調して、条例制定の手續・所管事項とも法律で制約され、その形式的効力は法律より弱いという結論を導き、地方自治権を事実上中央の行政権の地方における分枝にすぎないものと解していた。そして、この立場は、学説上否定されながら、国政実務上強制力をもって、地方自治体を中央政府の包括的支配のもとに置くことに加勢していた。しかし、そもそも、憲法94条による「法律」は、92条の「地方自治の本旨」にもとづいたものでなければならず、また当該法律の解釈も、それに適合的であることが求められる⁽¹⁰⁾。そして、その「地方自治の本旨」は地方政治において実現されるべき日本国憲法原理を意味するものであるから、地方公共団体の組織及び運営にかんする法律のうち、それに適さないものは憲法体系から排除され、94条の「法律」にはあたらないことになる⁽¹¹⁾。結局、94条の「法律の範囲内」は、条例が法律との関係において「地方自治の本旨」に適った扱いがなされるべきことを要請する規範文言なのである。

法律との関係におけるもうひとつの論点は、地方自治法成立後1960年代半ばに至るまで支配的な見解であり、多大の影響力を有してきた、いわゆる法律先占論（国法先占論）である。これによれば、国がある分野について法律を制定すると、同一事項について同一目的でより強力な規制をしていた条例は違法とされ、地方自治体が地域の事情に応じた規制をおこなうことができなくなる。しかし、1960年代後半から、公害状況が日本列島を覆い、住民の生命と健康に及ぼす被害が深刻となって、これを救済することが法律の規制では不十分となり、そのため、公害防止条例を制定して、法律よりも厳格な規制を定める自治体が多く見られるようになった。

判例も、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、(I)法律が全国一律に同一内容の規制を目指していると解される場合には、条例で、①法律が規制の対象としていない事項を法律と同じ目的で規制したり、②法律が規制の対象としている事項を法律と同一目的でより厳しく規制したりすることはできないが、(II)法律が全国一律に同一内容の規制をしようとしていると解されない場合は、①も②も許される、との枠組みを示した。法律の定める規制基準より厳しい基準を定める「上乘せ条例」や、法律が規制の対象としていない事項を規制の対象とする「横出し条例」などを条件付きで承認したのである⁽¹²⁾⁽¹³⁾。こうして、今日では、法律先占論は、ほとんど支持を失っているといえる。

2 憲法による法律留保事項

また、従来より、憲法が一定事項の規律を「法律」に留保している場合、これを条例によって規律することができるかどうか争点とされてきた。憲法29条2項の財産権法定主義、31条の罪刑法定主義および84条の租税法律主義における「法律」（法定）主義の問題である。加えて、近時では、27条3項の勤労条件基準法律主義も取り上げられている。

上記のうち、条例による財産権内容に対する規制と罰則制定の可否については、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、実質的に法律に準ずるものであることを根拠に、それらが認められるもの

と解されている。この論理は他の事項についても妥当する根本的な論拠であるといえる。加えて、条例による地方税の徴収については、地方自治体は、自治権の一つとして課税権を有し、憲法84条の「法律」には条令も含まれる、と一般に解されている。さらに、27条2項をめぐっては、自治体区域内で働く労働者の最低賃金・労働条件等の確保を図る、いわゆる「公契約条例」が問題とされうるが、事柄の実質に照らして、この場合も条例の制定は排除されないと考えられる。いずれについても、判例の立場も同様であり、憲法による法律留保事項にかんする条例制定を妨げるものはない、ということができよう。

そして、条例をめぐる状況の展開では、最近の、きわめて注目すべき法制度上の一つの変化として、1999年の地方自治法改正（いわゆる新地方自治法）が挙げられる。章を改めて述べよう。

Ⅲ 新地方自治法による条例制定権の拡大

1 1999年改正後の地方自治法がもたらした変化

地方自治体の自治立法権にかんして、憲法は、Iの章で述べた制定過程をとおして、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。同時に、それを打破して憲法第8章のもつ本来の意義を発揮させようとする努力が、学界を含めて人々によってさまざまな場で重ねられたことにより、条例制定の可能性は拡大に向かってきた。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。すなわち、それは、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、国の個別の法令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、2条2項の規定内容が改められたことで、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、遅まきながらではあるが、画期的なことであるといえる。

旧地方自治法でとりわけ問題の多い条項は、機関委任事務にかんするものであった。機関委任事務の制度は、戦前の地方官制において内務省に属する地方長官としての知事に国の事務を担当させていたという歴史的沿革をもつものであるが、戦後改革によっても一掃されずに旧地方自治法において法制度的根拠を与えられていた。国と地方自治体との関係でいえば、地方分権一括法により改正される前の国家行政組織法15条1項および旧地方自治法150条などが機関委任事務を法制度化し、都道府県知事や市町村長を国の下部機関としての地位に置いて、事務執行について主務官庁から包括的な指示・監督を受けることを認めていたのである。これは、憲法92条および旧地方自治法2条12項のもとで、とうていその趣旨に適合しえない制度であり、その廃止は当然であったといえる⁽¹⁴⁾。

もっとも、新地方自治法で導入された類型である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相当狭いものとなろう。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。

2 国の事務との関係

そして、国の事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かった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⁽¹⁵⁾。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⁽¹⁶⁾。

IV 法律＝条例と条約の関係

1 条例による地位協定との対峙

本稿が関心を寄せている米軍の不法行為からの住民保護のための条例をつくる可能性を追究しようとするとき、条例が直接対峙するものは日米安保条約と同地位協定であり、とくに後者が具体的に問題となる。そこで、この問題を絶えず念頭に置きつつ、条例が条約に法形式的効力において対峙しうるものか、その優劣関係が論点となる。そして、その際、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から、法律と条例の優劣関係がそのまま条例と条約の関係にもあてはまる、といえる。

さて、地位協定であるが、それは安保条約6条にもとづく日米間の取り決めであって、「協定」の名称が付されておりつつ、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、米軍基地は、日本国内にありながら、国内法令が実質上適用されない空間となっている。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。かえって、日本法令を遮断する宣言となっていると解すべきであろう。

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。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といえる。

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と考えられる。

すなわち、日本国憲法が第8章において地方自治保障のために定めるところの「法律」は、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。「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」の適用を放棄しているのだから、地方自治体はその組織・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ことを意味するものとして機能するのである。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。

2 法の段階構造上の条例と条約の位置関係

そこで、論じられるべきは、いわゆる法の段階構造上の憲法・法律・条例と条約の、形式的効力の優劣関係である。

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⁽¹⁷⁾、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される。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その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条の列举から「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・実例とも、憲法と法律の中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、それぞれと同様の段階にあると解される、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されなければならない。この点で、論者⁽¹⁸⁾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権利の制限をも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。

そのうち、法律と条約の関係では、憲法上明文の規定はないが、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、また条約の遵守を言う98条2項の趣旨からも、条約優位説が妥当とされるのである⁽¹⁹⁾。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条およびそれが援用する60条2項からすれば、条約承認の手続は法律より簡易のものとして扱われていること⁽²⁰⁾に、十分に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重ねて確認しておきたいのである。

結局、地方自治体が、その存在理由であるところの、住民の生命の保全と人権の確保、つまり地方自治法に定める「住民の福祉の増進」という使命を果たすために、それに反する米軍の活動を規制する条例を、地位協定に対峙して制定することは、法のレベルで十分可能であるといえるのである。

V 条例の制定主体としての地方議会の地位

条例のもつ本来の可能性をつかむためには、その制定主体である地方議会の、憲法上の統治機構の中での位置と与えられた権能とを、改めて明確にしておかなければならないと考える。まずは、地方自治組織が二元代表制を採るものであることを確認しておきたい。

すなわち、日本国憲法は、93条1項で、「地方公共団体には……議事機関として議会を置く。」とし、2項で、「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、……住民が、直接これを選挙する。」としている。議事機関としての地方議会の必置性と議会議員の住民代表性を定めているのである。(なお、ここにいう「議事機関」〔deliberative organ〕とは、「多数人の合議によって団体の意思を決定する機関」⁽²¹⁾にほかならないが、とくに執行機関との対比において、作用の本質的部分に着目して「議決機構」と称されることが多い。)また、長も、住民代表機関であり、憲法上明確でないものの、三権分立制原理を念頭に置きつつ、一般に執行機関として位置づけられている。こうして、わが国の地方自治における統治機構は二元代表制を軸として成立する首長制によって特徴づけられ、国政レベルの議院内閣制と対比される。この首長制のもとでの議会と長は対等であり、両者は相互に抑制均衡の関係に立つと解される。その点で、地方議会は、国会のように最高機関であるとはいえず、また、条例制定権は議会に属するが、長も規則制定権をもつことから、唯一の立法機関であるともいえない⁽²²⁾。

しかしながら、憲法上、93条により明文で必要的に設置しなければならない機関とされ、94条で地方自治体の「条例」制定権が保障されていることからすれば、自治体の立法権の第一義的な受け皿は、議事機関である議会ということになる⁽²³⁾。つまり、議会は、自治体における第一義的立法機関の地位にあるということができよう。この点にかんして、少し敷衍しておこう。

すなわち、日本国憲法は、統治権力を中央と地方に分割し、立憲民主主義の観点からそれぞれにふさわしく配分している。つまり、権力の垂直的配分の下で、統治団体としての国と地方自治体が各様の統治構造をもつことを憲法が要請しているのである。それをふまえて、地方については、憲法は、92条において地域の問題を処理するための立憲民主主義的統治団体を法律によって設立すべきことを国会に命じ、その際、こうした統治団体の骨格を形づくるべきものを93条と94条において具体的に明示している⁽²⁴⁾。そして、この、自治体の組織構造原理としての二元代表制において、立憲民主主義の観点からは、議会こそが住民代表機関として基本的な立法機関の位置を有するということができる。もとより、長も、住民代表機関であり立法権能を副次的にもつものであるが、長には執行権が認められているのであるから、立法権はまずもって議会に

配分されており、議会は、統治機構の中で、第一義的な立法機関として位置づけられるのである⁽²⁵⁾。地方自治体は、統治団体である以上、立法権が統治機能の中心に置かれるが、憲法93条で「議事機関」と明記された議会こそ正統な立法機関となりうるのである。そして、自治体立法の基軸をなす条例の制定権限は、議会に託されているのである⁽²⁶⁾。

こうした立論をふまえたとき、わが国の地方自治の統治構造原理としての二元代表制（機関対立型構造）を、安易に大統領制になぞらえて論じることは正しくないものといわなければならない。それは、議会が第一義的立法権を有することを基軸にして、長の議案提出権（地方自治法149条1項）、議会による長の不信任決議権および長による議会解散権（同178条）など議院内閣制になじむ制度を接木した特殊な制度である。したがって、現行地方自治法が、長を、当該自治体を「統括し、これを代表する」（147条）と規定しているのは問題があり、見直されるべきものと思われる。

しかし、このような現行法とその運用によって長の権力が強化され、「首長優位の二元代表制」といわれる現実を生み出している。それゆえに、今こそ、議会と長の関係を憲法に即して整理しなおすことが求められる。そうすることにより、議会の制定する条例も、より明確に本来の役割を發揮することになるにちがいない。

むすびにかえて——条例制定請願にふれて

以上に、条例のもつ本来の可能性を發揮させるために検討すべきいくつかの論点をとりあげた。この検討を試みたのは、具体的な条例の制定を議会に働きかけようとする実践的な動機に立つものであった。つまり、沖縄に集中している米軍基地に基因する不法行為から住民の生命と人権を確保する住民保護条例づくりを目指す営為である。筆者たちは、今、米軍用機の事件・事故から平和な空を守るための自治体条例の制定を、市民の立場で、請願の手法によって実現することに向かっているが、これにふれて結びとしたい。

条例は、議会の作品であるから、何より、議会自らその制定に向かうことが

望まれるが、議会がその必要性に気付かず、またその他の理由で不作為が続いている場合、市民が行動を起こすことが立憲民主主義憲法の要請するところである。そのもっとも鮮やかな方法は、市民が条例制定の直接請求（地方自治法12条1項・74条）をすることであろう。筆者たちは、直接請求の重要性を十分に理解しながら、当該自治体の状況の分析に立って、もうひとつの手段として、条例制定を請願で求める方途を選択した。

すなわち、請願は、憲法上の権利であり（16条「何人も、……法律、命令又は規則の制定……に関し、平穩に請願する権利を有し、……かかる請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない。」）、重要な参政権的機能を有している。この憲法規定を受けて、一般法として請願法が制定され、また自治体の議会については地方自治法124条・125条が定められている。請願権者は「何人」であって、自然人であるか法人であるかを問わず（権利能力なき社団も含む）、日本国民であるか外国人であるかを問わず、また当該自治体の住民であるか否かをも問わない。

請願は、議員の紹介により請願書を提出しておこなわれる。議会が名宛人とされたとき、議会は、形式上の要件を備えた請願、すなわち議員紹介により文書をもって平穩に提出された請願については、適法な請願としてこれを受理しなければならない。議会が受理した請願を審査する際、これを採択する義務はないが、誠実に処理しなければならない（請願法5条）。また、審査結果を請願権者に理由を付して通知することは、誠実処理義務の一環をなすものと解釈されるべきであろう。

筆者たちがこのような請願の手法を選択したのは、居住する自治体の、とくに政治的な情勢を精々分析した結果である。十分な時間をかけて市民の多数の賛同を得、それを基に、可及的に広範な、でき得べくんば全会一致の市議の同意と、また市長の賛同まで得て成功させようと考えたためである。

この請願運動は、現在なお途上にあつて、成就をもたらすための課題は多く、予断を許さないが、市民の請願運動は、それ自体が条例や請願にかんする理論を豊饒化させ、地方自治を充実させることに寄与するにちがいないと信じている。

註

- (1) この叙述についての詳細は、山下健次=小林 武『自治体憲法』〔自治体法学全集 2〕(学陽書房・1991年)第I章〔小林執筆〕への参照を請う。
- (2) 法学協会(編)『註解日本国憲法』下巻(有斐閣・1954年)1361頁〔なお、新字体に変えて引用した〕。
- (3) 参照、杉原泰雄『地方自治の憲法論——「充実した地方自治」を求めて』〔増補版〕(勁草書房・2008年)26-27頁。
- (4) 斎藤 誠『現代地方自治の法的基層』(有斐閣・2012年)187頁。
- (5) 宇賀克也『地方自治法概説』〔第4版〕(有斐閣・2011年)172頁。
- (6) 総司令部民政局『日本の政治的再構成——1945年10月より1948年10月に至る』(憲法調査会事務局『憲法資料・総論』第1号〔1956年〕)。清水 伸(編著)『逐条日本国憲法審議録』第4巻(有斐閣・1963年)642-643頁による。
- (7) 参照、杉原・前掲註(3)9頁。
- (8) 参照、山下健次「地方自治」山下ほか『現代憲法講座』上(日本評論社・1985年)281-282頁。
- (9) 同旨、樋口陽一『憲法』〔改定版〕(創文社・1998年)383頁。
- (10) 参照、北村喜宣『分権改革と条例』〔行政法研究双書19〕(弘文堂・2004年)32頁。
- (11) 参照、小林 武『「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169号(2005年)2頁。
- (12) この要約は、杉原・前掲註(3)170-171頁による。
- (13) ただし、この徳島市公安条例判決は、集団行進という表現の自由を規制する立法である道路交通法について、これを規制の最低基準を定めた国法であるとみて、条例による規制の上乗せを許容したものである。最高裁は、その3年後に、高知市普通河川管理条例事件判決(最一小判1958.12.21民集32巻9号1723頁)を出して、財産権を規制する立法である河川法を規制の最高限度を定めたものとして、条例による上乗せ規制を認めなかった。これは、上乗せ条例が許容されるべきでない(精神的自由規制の)分野で許容され、認められてしかるべき(経済的自由規制の)領域では否定されたという逆転現象である。この、精神的自由には厳しい規制を、逆に経済的自由には緩やかな規制をあてはめる姿勢は、なるほどわが国最高裁には顕著であるが、憲法学説がほぼ異論なく主張する基本的人権の価値序列を完全に無視したものとといわなければならない。
- (14) 参照、北村・前掲註(10)53頁。
- (15) 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』（成文堂・2011年）86頁。
- (16) この項および次の章の記述は、旧稿（本誌210号拙稿「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）」86-89頁）にもとづいている。
- (17) 芦部信義＝高橋和之補訂『憲法』（第6版）（岩波書店・2015年）13頁。
- (18) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）557-558頁，565頁。
- (19) 参照，杉原泰雄（編）『新版 体系憲法事典』（青林書院・2008年）803頁〔大藤紀子執筆〕。
- (20) 芦部＝高橋補訂・前掲註（17）384頁。
- (21) 法学協会・前掲註（2）1389頁。
- (22) 駒林良則＝佐伯彰洋（編著）『地方自治法入門』（成文堂・2016年）144-145頁〔駒林執筆〕。
- (23) 参照，白藤博行＝村上 博＝米丸恒治＝渡名喜庸安＝後藤 智＝恒川隆生『アクチュアル地方自治法』（法律文化社・2010年）123頁〔渡名喜執筆〕。
- (24) 参照，佐藤幸治「地方公共団体の『統治構造』」法学教室147号32頁。
- (25) 駒林良則『地方議会の法構造』（名城大学法学会選書）（成文堂・2006年）173頁。
- (26) こうした地方議会の本来の立法機関性を強調する立論に対して、「憲法93条及び地方自治法14条，そして『機関適性』からしても，長の立法権能は補充的に捉えられようが，国と『同型』ではない『統治構造』のもとでの，立法以外の議会の諸権能については，やはり，統治団体性から一義的な解は導き出せないのではないか」との疑問を呈じる論者もある（斎藤 誠『現代地方自治の法的基層』〔有斐閣・2012年〕208頁）。

（2018年7月31日 脱稿）