

タイトル	西尾勝『国会の立法権と地方自治 憲法・地方自治法・自治基本条例』（北海道自治研ブックレット No.6）を読んで：政治学・行政学から照射される公法（憲法・行政法）理論の今昔（下）
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学学園論集(181): 167-185
発行日	2020-03-25

西尾 勝『国会の立法権と地方自治 憲法・地方自治法・自治基本条例』（北海道自治研ブックレット No.6）を読んで

——政治学・行政学から照射される公法（憲法・行政法）理論の今昔（下）

秦 博 美

目次

■ 国会の立法権と地方自治 憲法・地方自治法・自治基本条例

はじめに

I 日本国憲法と地方自治

II 国会の立法権を制約する二つの方策

III 条例に優位する最高規範制定権を自治体に賦与する方策

おわりに

■ 憲法と地方自治

1 序－「日本の地方自治」と「市民自治の憲法理論」（以上第180号）

2 国民主権と国民国家と国

3 地方自治の本旨

4 法律主義と司法権

5 間接民主制と市民自治

6 自治憲章制度と特別法

7 結－自治体の憲法解釈（以上本号）

2 国民主権と国民国家と国

最初の基本的な論点は、国民主権と地方自治の関係である。評者は、英文憲法を探求したこの部分に大きな感銘を受け、最近の憲法教科書の叙述に照らしても自然に納得するものである。

旧憲法に全くなく新憲法にだけある章は三つしかない。第二章の戦争の放棄、第八章の地方自治、第十章の最高法規である。著者は、「憲法の中に地方自治に関する条文がはいったということは、いったい何を意味しているのか」と問う（59頁）。そして、「当初GHQと日本国政府のやりとりの中で英文と日本語文と両方作り上げられたが、「この二つを照らしあわせて一行一行読んでみ」と、「非常に微妙な違いがある。この微妙なことば使いの違いが、非常に決定的に重要な点なのではないか」と指摘している（59頁）。

最初の手がかりとして、「国という字のついた日本語」を「英文で何と知っているか」を見ていくことを挙げ、その結果、主権者である「国民 (the people) が主体になって形成する国民国家 (the nation) と、一般に国とか中央政府などと称…す national government とか central government あるいは the state と呼ばれるものを厳密に区別しなければならないと思われる」。「国民国家ということばの中には中央政府も地方政府も含まれている。さらにこういった government (統治機構) だけではなく、あらゆる国民経済活動、国民生活までふくめ…て、そういったものを総称するのが the nation (国民国家) であり…。…the state ということばは the nation (国民国家) の中の中央政府だけをさすものです」。「英文憲法の方をみますと主権者である国民の総体をさすときには the people ということばを使い、「この国民が形成する国民国家のことを the nation というふうに呼んでい」る。「この nation の中の統治機構全体を指すことばとして government ということばを使っている。そうでない場合は、「the state and public entity (国及び公共団体) と呼んでおり…。そうでなければ一言でいう時には government といって、国と地方公共団体全体を指しているということがわかる」。「そして中央政府だけを指すときには the state ということばが使われているということがわかる」(59頁・60頁)。

渋谷秀樹教授は、憲法学の立場から「国といっても、社会学的意味における国家の3要素の一角を占める被治者たる人を含む場合と、統治権を掌握する政府をもつば指す場合がある。後者の場合の国は、前者の場合と区別して中央政府としてこれまで論じてきた。」とし、同じ頁の注で「地方公共団体という統治団体に権能・権利を付与して、それを具体的に行使する機関として地方政府があるという発想が必要である。」³⁶と指摘している。

「こういう結論が成り立つと…して、もう一度憲法を見直していこうと思います。」と述べる著者に導かれて、「国という字のついた日本語」を「英文で何と知っているか」を一応調べてみると、別紙「国という字のついた日本語」を「英文で何と知っているか」のようになる。

憲法前文の「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて³⁷、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」の英訳は、「Government is a sacred trust of the people 以下省略」(下線評者)である。

³⁶ 渋谷秀樹・前掲注15・735頁

³⁷ 本書では「あつて」と促音の「つ」が小文字になっているが、大文字が正しく、引用する場合は正確に引用する必要がある。恥ずかしながら、評者がそのことを知ったのは道庁に就職して8年目、「総務部文書課法制第一係」に配属になり、条例・規則審査に従事するようになってからであったと記憶している。5年目の同課「訟務主査」付き主事として訴訟、行政不服審査を担当したときはまだ分からなかったと思う。「法令における拗音又は促音に用いる『や・ゆ・よ・つ』の表記について」(昭和63年7月20日内閣法制局総発第125号)により、「現代仮名遣い」の原則に従い、昭和63年12月召集の第114回通常国会に提出される法律から、小書きにすることになった。

「国政」という訳語の元は、「Government」が使われている。「government は中央政府と地方公共団体の両方を指すときに使われているという理解でい」と、「主権者である国民は、この憲法の制定を通して国と地方公共団体の双方に政治を直接信託したと解釈することができます。国民は、はじめから国と地方公共団体という二つの種類の政府を government として設けたということが出来るわけです。」(下線評者)と著者は述べる(60頁・61頁)。

「憲法制定の由来と憲法の理念が述べられている」³⁸ 前文は、新生日本国の成り立ち(国家形成の骨格)に関する記述であり、法律学上の論点としては「前文の法規範性」がある。

渋谷教授は、「憲法前文の法規範性については、否定説もあるが、本文とともに憲法典の一部を構成し、本文と同様に法規範的効力を持ち、その変更には改正手続を必要とし、さらに、憲法改正作用も拘束すると解するのが一般的である。」³⁹と述べる。他方、執筆者に内閣法制局関係者が名を連ねる書籍では、「前文は、具体的な法規を定めたものではなく、その意味で、前文の内容から直接的効果が生ずるものではないが、各本条とともにその法令の一部を構成するものであり、各条項の解釈の基準を示す意義・効力を有する。」⁴⁰と記述され、法規範的効力の内容につき微妙なズレがある。さらに、渋谷教授は、憲法前文が裁判規範性をもつか否かにつき、「憲法の保障する権利・自由の規定は、多かれ少なかれ抽象的であり、具体的か抽象的かは二者択一ではなく連続した概念である。前文に法規範性を認める以上、さらに裁判規範性を認めるか否かは、具体的なコンテキストにおいて、その意味内容が解釈によって充填可能か否かによって判断されるべきである。」⁴¹と述べる。

憲法前文に関し、伝統的公法学(憲法学)はどのように理解してきたのであろうか。

例えば、『註解日本国憲法上巻』(前掲注3。以下「註解」という。)は、「新憲法の基本的立場」を「自然法の理論に基礎をおき、高遠な理想主義を以て貫かれている」と表現している。そして、前文の第1段の「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」について、「民主主義の政治理念」を掲げているものとする⁴²。また、これは、新憲法が国民主権主義を基調とするものであることを明言したとしている。

旧憲法との対比を意識しているであろう「高遠な理想主義」「民主主義の政治理念」という註解の解説は、どこか浮遊し隔靴搔痒の感を拭えないのに対し、松下圭一博士は、「この文脈は完全に信託論である。法人論では国家が法人という独立人格として成立し、国民も政治機構(政府・代表)も国家内部の『要素』ないし『機関』となってしまうが、信託論では国民と政治機構(政府・

³⁸ 法制執務研究会編『新訂ワークブック法制執務第2版』(ぎょうせい、2018年)175頁

³⁹ 渋谷秀樹・前掲注15・31頁

⁴⁰ 法制執務研究会編・前掲注38・175頁以下

⁴¹ 渋谷秀樹・前掲注15・32頁

⁴² 法学協会・前掲注3・43頁

代表)とは明確に分断される。」⁴³と明徹に述べる。「国家法人論は国民を『統一法人』の内部に吸収して国家主権の統治対象とするが、機構信託論は国民と政治機構の『二元緊張』を保持して国民は政治機構を造出する」⁴⁴。「機構信託論をとるならば、国家法人論の国家観念は崩壊し、国家は、国民と政治機構とに二元的に分解し、政治機構も国と自治体との機構に分節する。そこには、国民によって信託された、憲法にもとづく、国・自治体の機構の権限があるのみである。国家固有の主権・統治権は幻影にすぎない」(下線評者)⁴⁵。

学生時代、清宮四郎博士(1898-1989)の教科書を使用していたが、主権者である国民が国家の機関であるという箇所⁴⁶がどうにも理解できなかつたことが想起される(理解できない自分(の頭)が悪い!?)。

参考までに、同書の目次は次のようになっており(下線評者)、「第三編 統治の機関」の「第一章」が「国民」となっている。また、法原理的に「地方自治制」は、「第二編 統治機構の原理」の「第一章 統治の原理概説」の箇所で扱われるべきものであろう。

第一編 憲法

第二編 統治機構の原理

第一章 統治の原理概説

第二章 民主主義的統治の機構

第一節 直接民主制および間接(代表)民主制

第二節 政党制

第三節 議院内閣制

第四節 地方自治制

第三章 自由主義的統治の機構(権力分立制)

第四章 永久平和制

第三編 統治の機関

第一章 国民

第二章 天皇

第三章 国会

第四章 内閣

第五章 裁判所

第四編 立法の主要形式

⁴³ 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波書店、1975年)187頁

⁴⁴ 同・前掲注43・188頁

⁴⁵ 同・前掲注43・189頁

⁴⁶ 清宮四郎『憲法I(第三版)』(有斐閣、1979年)132頁以下

渋谷教授は、憲法前文の「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来」するについて、「日本国憲法にいう『国政』とは、統治活動(統治権の行使)をいい、その根拠が国民の信託、すなわち契約(合同行為)による統治権行使の委任にあるとした。日本国憲法は、統治権の正当性の根拠として社会契約説をとると定めたのである。」(下線評者)とした上で、注で「『国政』という文言は、そのほかに、4条、13条、62条にも規定されているが、すべて統治活動の意味で用いられている。」⁴⁷と述べる。更に、同教授は、自著の体系の特色を三つ挙げ、その一つとして、「第5編『統治機構各論』の体系を、中央政府と地方政府という枠組みで捉えて、中央政府の中で、国会、内閣、裁判所を扱ったこと」⁴⁸を挙げている。今日、憲法前文に関する著者の見解と同様の立場(社会契約説)で教科書を著す憲法学者が存在するわけである。

著者は、「もしも地方自治が、権限を与えられてはじめて成り立つといういい方をするのであれば、それは国民国家(the nation)から権限を与えられている、いいかえれば主権者である国民(the people)から権限を与えられているのであり…、決してthe state(中央政府)から授権されているではありません。もっと正確にいえば、地方自治というものは、主権者である国民から信託されている独立のgovernmentだということであります。国とはじめから対等の関係にあるgovernmentだということであります。／憲法はまず国民国家(the nation)の形成を宣言した。つまり国民国家の独立を宣言した。ついで国民国家の統治機構として国と地方公共団体という二種類のgovernmentをつくった。その後で国つまりthe stateの機関として国会と内閣と裁判所をつくったというふうにいことができる…」と述べる(61~62頁)。この解釈は、現在の評者には何らの違和感なく合点がいく(ストーンと落ちる)ものである。

他方、評者が学生時代、憲法の講義を聴いた小嶋和司博士は、「憲法は、何故に地方自治を保障するのか」と問い、固有権説を否定し⁴⁹、「地方公共団体は、国からその権能を認められて支配活動をおこなうものである」⁵⁰と述べていた。「国」とは「中央政府」を指すものと史料するが、当時、その説示に違和感を覚えた記憶はない。

著者は、「これだけでは若干証拠が曖昧、薄弱である」として、「国権」に言及している。「新憲法では国権という言葉は二カ所にしか使われておらず、「一つは第9条の戦争の放棄のところで使われている国権の発動と…もう一つは第41条で使われている国権の最高機関という部分であるところ、日本語で同じ「国権」が使われていても、「英文でみ(る)とこの二カ所に出てくる国権ということばは全く違うことばで…す。」と分析している(62頁)。

⁴⁷ 渋谷秀樹・前掲注15・15頁

⁴⁸ 同・前掲注15・5頁

⁴⁹ 小嶋和司『憲法概説』(信山社、2004年)534頁

⁵⁰ 同・前掲注49・535頁

すなわち、第9条の「国権の発動たる戦争」の英文は、「war as a sovereign right of the nation」であり、国民国家の主権的権利、主として対外関係、国際関係を念頭に置いたものとなっていることが分かる⁵¹。

他方、第41条の「国会は国権の最高機関であつて国の唯一の立法機関である。」の英文は、「The Diet shall be the highest organ of state power, and shall be the sole law-making organ of the State」である。第41条は「いずれも state ということばが使われていて nation ということばは使われて」いない。「中央政府の最高機関であり唯一の立法機関であるといっているにすぎないことにな」る。「同じように天皇の行う国事行為についても英文では matters of state といっ（て）からすべて中央政府の事務の範囲に限られ」と論述している（62頁・63頁）。

憲法第41条の国会が「国の唯一の立法機関」であるとは、「①国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の定めがある場合（議院規則、最高裁判所規則）を除いて、許されないこと（国会中心立法の原則）、②国会による立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）を意味する⁵²と説かれる。

憲法上の論点である第41条の国会中心立法の原則と第94条の条例制定権の関係について、著者は次のように指摘している。すなわち、第41条は国会が「中央政府の最高機関であり唯一の立法機関であるといっているにすぎないこととなります。同じように天皇の行う国事行為についても英文では matters of state といっていますからすべて中央政府の事務の範囲に限られます。／ところが、憲法学者と行政法学者の通説といえは、自治体の条例制定権は国の立法権の一部委譲であるといわれています。したがって第94条に法律の範囲内で条例を制定することができるという条文があるわけですが、この第94条は第41条の特例規定、例外規定であると位置づけられている。「しかしもし、私がいま述べてきたような読み方をしたと…しますと、第41条の趣旨は中央政府の立法権のことだけを書いていて、この第41条と第94条は何ら矛盾するものではなく、全く別問題として成り立っている条文であると考えなければならないのです。国民はいわば政治の機能を国と地方公共団体の二つに分けて与えた⁵³ということができるわけで…す」（下線評者）（62・63頁）。

憲法学者では、清宮四郎博士が次のように同様の見解を述べている。「地方公共団体の条例制定権（憲法94条）も、国会を通さない立法権として憲法の認めるものであるが、条例の制定は、国の立法ではないし、また、国会と同じような、民選議会によって行われるものであるから、国

⁵¹ 「国の交戦権」は「The right of belligerency of the state」となっている（別紙参照）。「交戦権」の意味について、小嶋和司博士は「二つの見解があり、第一説は、主権の発動として戦争に訴える権利と解し、第二説は、交戦状態において国際法上認められる権利と解する。／…制憲議会における政府説明は第二説の立場でなされた」ことに加え、上記の憲法の公式英文を挙げ、第二説が適当であると述べている（前掲注49・137頁）。

⁵² 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法第七版』（岩波書店、2019年）307頁

⁵³ 樋口陽一『六訂憲法入門』（勁草書房、2017年）139頁以下は、「中央の政治と地方の政治」という章名の下で、「政党のはたらきと住民自治の役割」を論じている。

会中心立法の原則の例外として数えなくてよいであろう⁵⁴。より正確にいうなら、原則の例外性云々ではなく、国と地方自治体における並行した全権限的立法権が原則なのである。

著者は続けて、「もっとひどい議論をする人は地方公共団体による地方自治権は立法権の委譲ではなくて内閣の行政権の一部を委譲したものではないかという人さえいます」。「第94条にある条例制定権はいったい何になるのか」と問うと、「条例制定などというのは立法権などという大それたものではない。それは地方公共団体が行政をすすめていくにあたって行政権に付随した規則制定のようなものにすぎないという人さえおられます。これはとんでもない間違いだといわなければなりません。」と憤慨する(63頁)。

評者が学生時代に用いた田中二郎博士(1906-1982)の行政法教科書では次のように記述されていた(授業を担当した藤田宙靖助教授(当時)には未だ自著はなく、参考書として、同書と今村成和『行政法入門』(有斐閣)を挙げていた。驚くべきことに当時はプリントを配布することもなく、教師がノートを読み上げ、口述筆記するスタイルであった)。すなわち、「現行憲法65条には『行政権は、内閣に属する』と規定する。それは、…実質的意義の行政のすべてを内閣に属させようとする趣旨で」(下線評者)あると述べた上で、「行政権の一部を地方公共団体に委譲し、地方公共団体が地方自治の本旨に基づいて、これを行なうものとするを妨げるものでもない⁵⁵。「広く行政というときは、そのうちに、国の行政と地方の自治行政とを分つことができる。地方の自治行政は、国の行政権の付与に基づくものであるが、この意味での地方の自治行政というのは、その性質からいえば、必ずしも実質的意義の行政のみに限らず、条例・規則の制定のような立法の性質を有するものを包含し、また、都道府県知事や市町村長に認められた過料を科する権限のような一種の司法作用の性質をもつものをも含んでいる」⁵⁶。

これは当時の通説と思われるが、自治体の権限は条例制定権を含めて国(中央政府)の行政権に由来するということである。当時、この教科書で学習した賢明ならぬ評者は、何らの疑問を持つことなく、公務員試験のため懸命に丸暗記に励んでいたということになる。

田中二郎博士は、「憲法が『地方自治』を保障しているのは、地方公共団体が、国の行政とは別に、自主的に、地方の行政需要を充足すべきことを予定しているものということができる。すなわち、国自らの機関によって行なう国の行政と別な地方公共団体の行なう地方自治行政を保障する趣旨といわなくてはならぬ」(下線評者)⁵⁷。「地方公共団体が統治権の一部を付与され、自ら行政権の主体として、これを行行使することを妨げるものではない。これらの地方公共団体及びその機関の組織を地方自治行政組織と呼ぶことができる。」(下線評者)⁵⁸と述べている。

⁵⁴ 清宮四郎・前掲注46・205頁

⁵⁵ 田中二郎『新版行政法上巻全訂第2版』(弘文堂, 1974年)11頁

⁵⁶ 田中二郎・前掲注55・13頁

⁵⁷ 田中二郎『新版行政法中巻全訂第2版』(弘文堂, 1976年)2頁

⁵⁸ 同・前掲注57・2頁

自治体の権能は徹頭徹尾「行政権」の概念の中に封じ込められており、田中博士の著書からは、自治体が立法権の主体であるという観念は望むべくもない。これらの田中博士の著書（とりわけ後者）の刊行と著者の釧路市での講演が同じ1976年、昭和51年であるという事実は、評者にとりある種「衝撃的」なものがある。

小嶋和司博士は、「司法の権能は国が留保すべきこと」と述べ、注で「法の最終的認定権・維持権が国家にあるべきことを意味し、したがって、地方公共団体は、本質的に行政団体であるとされる」（下線評者）⁵⁹と述べている。また、博士は、憲法第94条がいう『「法律の範囲内」』とは、条例の所管・効力が法律で定められることを意味し、地方自治法第14条は次のごとく規定している。⁶⁰と述べる。この解釈では、自治体の条例制定権の範囲と効力は「一般法である地方自治法」を介在させることになり、その定め方如何ということになる（法律の留保と立法政策）。「地方自治の本旨」という制約・限界はあるものの、憲法前文の機構信託論とは異質な思考である。また、同博士は、「自治行政組織」の見出しの下に、憲法第93条の解説をしているのも印象的である⁶¹。

条例の所管・効力が法律で定められるとする小嶋博士の所説の系譜に数えてよいのが、次の昭和26（1951）年の行政実例であろう。

昭和26年10月23日 地自行発第337号 福岡県議会事務局長宛 行政課長回答⁶²

問 行政代執行法第2条の規定する「法律（法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）」中の条例は、法律の個別的な委任に基く条例のみでなく、地方自治法第14条第1項及び第2項の規定に基いて制定される条例をも含むか（下線評者）。

答 お見込みのとおり。

もっとも、条例制定権の根拠について、判例・通説は、憲法直接授權説（第94条に限定する説、第92条に既に条例制定権が含まれ、第94条は確認規定とする説、両条を並列的・補完的な根拠とする説）に立っている。すなわち、最大判昭和29年11月24日〔新潟県公安条例事件〕は、「条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき（憲法92条）、直接憲法94条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法にはかならない。」と判示している。その上で、憲法第94条「法律の範囲内」とは、条例制定に（個別の）法律の根拠を要するという「法律の留保」ではなく、合憲的な法律が存在する限りそれ

⁵⁹ 小嶋和司・前掲注49・533・534頁。

⁶⁰ 同・前掲注49・543頁。弟子の大石眞教授との共著となっている『憲法概観〔第7版〕』（有斐閣、2011年）55頁でも、「条例の所管を法律の定めにゆだねている」と説明している。

⁶¹ 小嶋和司・前掲注49・548頁以下。実は、今日の行政法の通説的見解を代表する教科書にしても、「第四編 行政手段論」の「第一部 行政組織法」の中で、「第一章 行政組織法」「第二章 国家行政組織法」「第三章 地方自治法」を扱っているのである。参照、塩野宏『行政法Ⅲ〔第四版〕行政組織法』（有斐閣、2012年）

⁶² 地方自治制度研究会編『地方自治関係実例判例集普及版（第15次改訂版）』（ぎょうせい、2015年）133頁

に反してはならないという「法律の優位」を意味すると解されているのである。

「法律の委任に基く…条例」という行政代執行法第2条の規定(要件)が余りに「地方自治の本旨」から逸脱しているのです。同法公布のわずか3年後に出された昭和26年の行政実例は、窮余の策の当面の戦術的解釈であり、決して戦略的解釈(本筋)ではないと善解したい⁶³。

小嶋博士は、憲法第92条の「地方自治の本旨に基いて」という指示について、「たんなる立法の指針なのか、制度的保障(institutionelle Garantie)なのか論ぜられる」⁶⁴と述べ、制度的保障説を採るようである。この点に関し、渋谷教授は、「制度的保障説は、主権は不可分とするフランス的(ルソー的)主権概念、または国家を擬人化して国家意思の単一無謬性を前提とする国家法人説の呪縛から解放されていない。憲法が社会契約説をとった以上、地方公共団体の統治権も憲法制定という契約締結(または合同行為)によって、直接その地域住民から信託されたと解すべきではないか。この考え方に対しては、憲法には住民からの信託を示す条項がない、との疑問が出されるであろう。しかし、この点については、95条が住民による信託を前提とする規定とみることができる。つまり、95条は、住民投票の過半数による同意を地方特別法の成立要件とするが、地方政府の長または議会の同意を要件とはしておらず、住民こそが地方政府の意思にも優位する者であるとしている。国権の最高機関たる国会の意思を表した法律に対してさえも、住民の同意の優位を定めるこの条項は、地方統治権の正当性は住民の同意にあるとする理論によってのみ基礎付けることができるのではないか。」⁶⁵と敷衍して述べる。

著者は、「中央政府の機関にすぎない国会が地方自治に介入できるようになっている」、同じく「国の機関の一つにすぎないはずの最高裁判所が、自治体の仕事についてまで審査権をもっている」ことはおかしいのではないか、という疑問を呈する。それに対し、著者は次のような解答を用意する。「憲法はまず government すなわち政治を行う機能を国と地方公共団体の二つにわけている。その上で国と地方公共団体の間に、check and balance(抑制と均衡)を設けたのではないかと考えます。「内閣と国会と最高裁判所の三権の間に check and balance(抑制と均衡)のしくみがつくられている」の「と同じように、国と地方公共団体の間にも check and balance(抑制と均衡)の関係をつくりあげたのではないかと考えるわけです。だからちょうど国会と内閣の間と同じように、国会が立法権を通して、法律制定を通して地方自治に介入するようになっている、こう理解するわけです」(64頁)。

⁶³ 学説の多くは、「空文解釈」を採っている。例えば、阿部泰隆教授は、現実には、法律から独立の「自治事務条例でも、代執行の根拠となるという、条文無視の解釈が行われている。その方が地方自治の本旨適合的解釈だということであろう」と述べている(『行政法解釈学I』(有斐閣、2008年)252頁)。

⁶⁴ 小嶋和司・前掲注49・535・536頁

⁶⁵ 渋谷秀樹・前掲注15・738頁

著者は、重要なことは、「国会も内閣も最高裁判所も、つまり central government (中央政府) は地方公共団体に無制限に介入したり、これを意のままにコントロールすることが国民主権にもとづく信託という憲法の理論構造からいって決して許されないという点であります」。「私は憲法の趣旨は国民国家としての統一をたもったうえで、必要な限度で国の機関である国会とか最高裁判所による地方自治への介入が認められると考えるわけです。国民国家としての統一を保っていく上で、必要な限度で地方自治相互の調整をはかる範囲内で国の機関の地方自治への介入が考えられるわけです」と述べる (65頁)。

3 地方自治の本旨

第二の論点は、第92条の地方自治の本旨である。

著者は、「地方自治に対する介入の限度は地方自治の本旨ということばの中に出てくると解釈することも可能である」。「しかし私は、まず国民が国と地方公共団体の両方に政治を直接信託したのだということ、そしてこの事実に伴う制約がまず第一の根本原理としてあって、その上さらに国会の立法権に対する第二の制約として、二重の制約を加えたのがこの第92条の地方自治の本旨であると考えたい」と述べる (下線評者。65頁)。

著者は、66頁で行政学者である赤木須留喜教授⁶⁶の雑誌「思想」の『地方自治の本旨』とその機能」という論文を紹介している。この論文は、概略、公法学者や自治省(当時)の官僚による憲法論を検討しても、結局のところ、地方自治の本旨という言葉は、内容が一義的に決まっていない不確定概念であるということを確認している。

この論文に対し、著者は、地方自治の本旨という言葉は、内容が一向に定まらない不確定概念であるということを確認しただけでは、「地方自治というものはどういうふうにも努力してみても、抜け出すことのできない泥沼に陥るのだという現実を生むだけで、それは非常に敗北的な理論構造になってしまうのではないか」(67頁)と批判的に述べている。

著者は、財政自治権が地方自治の本旨に含意されていると解されるなら、起債についていちいち国務大臣の許可に係らせているような(当時の)制度は地方自治の本旨に反すると論じることは可能であるとする。また、機関委任事務制度は地方自治の本旨に反すると理論構成することは可能である。加えて、地方自治体の廃置分合を議会に任せているような地方自治法は地方自治の本旨に反して住民投票にかけなければならないと理論構成することも可能であると指摘している (68頁以下)。

著者の40年前の予測は、その後どうなったのであろうか。

先ず、起債の許可については、「当分の間」政令で定めるところにより、自治大臣(当時)又は都道府県知事の許可制になっていたものが、地方分権一括法による地方自治法及び地方財政法の

⁶⁶ 赤木須留喜 (1923-2000) 東京都立大学法学部名誉教授

改正により、原則として廃止され、協議制に移行した(2006年度以降)⁶⁷。地方公共団体の財政の健全化に関する法律による起債制限(総務大臣の許可)がある一方、2011年に成立した第2次一括法により、財政状態が健全な自治体が民間資金で起債する場合は協議も不要とされた。

次に、機関委任事務制度については、周知のとおり、地方分権一括法による地方自治法等476本の法律改正により2000年4月1日から全廃された。

最後に、市町村合併に関しては、2002年の地方自治法改正により、次のとおり住民投票の制度が導入された。すなわち、有権者総数の50分の1以上の者の連署で合併協議会の設置請求が行われても合併協議会設置協議について、合併請求市町村の議会がこれを否決し、かつ、全ての合併対象市町村の議会がこれを可決した場合には、合併請求市町村の長は選挙管理委員会に対し合併協議会設置協議について選挙人の投票に付するよう請求することができる。この投票において、有効投票の総数の過半数の賛成があった場合は、合併協議会設置協議について合併請求市町村の議会が可決したものとみなされる。長が住民投票を求めない場合は、有権者の6分の1以上の者の連署をもって、その代表者から合併請求市町村の選挙管理委員会に対して、合併協議会設置協議について選挙人の投票に付するよう請求することができる。この投票において、有効投票の総数の過半数の賛成があった場合は、合併協議会設置協議について合併請求市町村の議会が可決したものとみなされる⁶⁸。

著者は述べる。「地方自治の本旨というのは、住民自治と団体自治の原理のことであるという説明があります。憲法学や行政法の講義には必ず出て」くる。公法学者の研究会である学者は、「住民自治と団体自治は、どちらが欠けても地方自治は成り立っていない基本的な要素である。これについては異論がないわけです。どちらも必要なわけではあるけれども、論理的な順序としてはまず団体としての自治権がある。団体として自由に決めることのできる領域というものがあって、この自由に行使できる自治権の行使が住民自身なり、その代表機関によって行われているということになるわけだから、団体自治があってはじめて住民自治が成り立っているんだ」と主張した。これに対し、筆者は次のような疑問を提出する。「アメリカの地方自治のような慣行、慣習から申…すと、まず団体ありということにはならない…。団体を作るかどうかは、住民の発意にかかっている。そして、住民の承認にかかっていることになる。「この慣習から申…すと、住民自治があってはじめて団体自治が成立するということになる」(下線評者)(以上70頁)。

大日本帝国憲法の解説書において、美濃部達吉(1873-1948)は、自治の第一の意義は、「人民政治」であり、第二の意義は、「公共団体の行政」と述べ⁶⁹、その上で、「今日普通に用いられて居ります自治という言葉には二つの意味がある。一つは政治上の意味で、一つは法律上の意

⁶⁷ 宇賀克也・前掲注6・182頁以下

⁶⁸ 同・前掲注6・349頁以下

⁶⁹ 美濃部達吉『憲法講話』(岩波書店、2018年)310頁~314頁。この岩波文庫は、1918年の同書改訂版(有斐閣)を収録したものである。

味であります。政治上の意味における自治は被治者たる人民をして政治に参与せしむるのを言うのであります。法律上の意味における自治は国家内の公共団体が、国家の監督の下において自己の目的たる行政を処理するのを言うのであります。(下線評者)⁷⁰と論じていた。美濃部博士のいう「人民政治」は「住民自治」、「公共団体の自治」は「団体自治」と同義と解されるが、自治体(地方政府)が国(中央政府)と対等の行政主体であるとの観念は旧憲法の下であろうはずもなく(団体自治の沈潜)、相対的に「住民自治」が浮上しているとの印象を免れない⁷¹。そもそも、美濃部博士のいう「人民政治」に住民の発意で自治体を創るとの観念は絶無であろう。著者と美濃部博士の所説の表面の一致は「異床同夢」の観をぬぐえないのである。

また、行政法学の高田敏教授(1930-)は、「団体自治と住民自治は、歴史的にそれぞれ独立して形成されたとされ、一般には別個の原則をなすものとされている。ただ、それらの形成過程についてモデルを形成するとすれば、まず自由主義的な団体自治が形成され、その自治体の組織・運営について民主主義的な住民自治が形成されたとすることもできよう。しかし、日本国憲法の解釈論としては、まず同憲法の民主主義原則の下で、住民の、住民による、住民のための自治(住民自治)が基礎づけられ、論理的にはその結果、そのような自治体の組織・運営が国や他の団体からの干渉を受けないという原則(団体自治)が生じてくると解しえよう。とすれば、日本国憲法における地方自治としては住民自治が基礎をなし、団体自治はそれを実現するための重要な手段・制度である、と解したい。」⁷²と述べ、著者と同様の見解を採る。

他方、宇賀克也教授は、「わが国では、団体自治が確保されていることが住民自治の前提であるとする見解が有力である。すなわち、団体自治が保障された団体において、当該団体の意思形成における住民参加が認められている場合、住民自治が保障されていることになる。」⁷³と通説の見解を述べるに止まり、団体自治に関する条文として第94条、住民自治に関する条文として第93条を挙げている。

高橋和之教授は、憲法第92条の「地方自治の本旨」、すなわち地方自治の本来の在り方を考えるには、憲法がなぜ地方自治を保障したのかを確認する必要があるとする。同教授は、次の三点が重要であるとする。第一に、歴史的・文化的特徴を共有する地域的共同体への帰属意識は個人のアイデンティティーの重要な要素であり、「個人の尊重」はかかる地域的共同体の尊重を要求する。第二に、地方自治を垂直的権力分立と捉え、肥大化した国家と地域的自治団体との間のチェック・アンド・バランスにより、個人の自由を守る。第三に、個人に身近な地域共同体での住民自治の実践は、個人の自律的生の一つの在り方を構成すると同時に、個人が共同決定の主体と成熟

⁷⁰ 同・前掲注69・314頁

⁷¹ 清宮四郎博士も現行憲法の教科書で、「第二章 民主主義的統治の機構」の「第四節」で「地方自治制」を扱っている。前掲注46参照

⁷² 高田敏・村上武則編『ファンダメンタル地方自治法〔第2版〕』(法律文化社、2009年)13頁

⁷³ 宇賀克也・前掲注6・3頁

していくための訓練の場(民主主義の学校)としても機能しうる。

「地方自治により実現を目指す目的が以上のようなものであるとすれば、地方自治の本旨は、第一に、国家とチェック・アンド・バランスを十分に行いうる規模と事務権限をもった自治団体の設置を要請する。従来、『団体自治』の要請として説明されてきたものが、これにあたる。団体自治の原則とは、どのような規模・権限でも自治を与えれば充足されるというものではない。重要なのは、国家との適正なチェック・アンド・バランスが可能な構造である。第二に、それは、個人が共同体意識をもち、あるいは、もつ可能性のある地域において、個人にその公共事務の共同決定に参加する権利を認めることを要請する。従来、『住民自治』の要請といわれてきたものである」(下線評者)⁷⁴。

高橋和之教授は、論理的な順序として、①人権、②自由主義、③民主主義を示し、個人の自由・人権の砦としての確かな団体自治(地方政府と呼ぶに相応しい規模と権限)がなければ、十全な住民自治も花咲かないと考えているようである。高橋教授の説示は、市町村合併の評価とも絡むが、個人の尊重に連なる自由主義の過少と、ときに暴走する民主主義の過剰という一般論を別にしても、例えば、度重なる民意の表明にもかかわらず沖繩・辺野古の埋立ては止まらないのかを考えるに際しても、新鮮な視角を提供してくれるように思う。

著者は、「わが国の法律学者による地方自治論はことごとくにドイツ的な理論構成にあまりにも何のためらいもなく頼りすぎている。」(70頁)と批判しているが、今日の高橋教授や渋谷教授の教科書で提示されている見解は、ドイツ的観念を止揚しているように感じられる。

4 法律主義と司法権

第三の論点は、「法律の定めるところによりとか、法律の範囲内とかいう法定主義というものをどう考えていくか」である。

著者は、「地方自治相互間の調整を図ることは、国会の責任」であり、「問題はそれが憲法に内在する信託理論の法制に違反しない範囲内であるかどうか、さらには第92条にいうところの、地方自治の本旨に違反しない限度内のことであるかどうかという点にある」。「地方自治は国会の立法によってのみ一定の制約を受けるけれども、内閣各省等の行政権によってはいっさい拘束されないというはずなのです。それが法定主義、法律主義の意味ではないかと考える…。しかし、現実には、地方自治法にしろその他個別事業法にしろ多くの重要事項を政令以下の命令に委ねてきている」。「効果的には、地方公共団体は法律のみならず国の行政各省の命令でがんじがらめに縛られている」(以上71頁・72頁)。そして、「地方自治に対する抑制機能というものを憲法は国会と最高裁判所に究極的には与えているわけではありますが、決して行政には与えなかった。これがきわめて重要な点である」と指摘している(72頁)。

⁷⁴ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法第4版』(有斐閣, 2017年)392頁以下

宍戸常寿教授は、今日の憲法学の到達点として、「条例制定権は憲法により local government に与えられている。法律が条例制定権の限界を定めるというのは、state の一機関としての国会ではなくて、むしろ憲法 94 条が national な調整を国会の立法権に明示的に授権したのだ、と考えられる。ここまで明示的というかはともかく、最近の 94 条論の背後にはそうした思考があるだろう…。そうだとすれば、…行政学あるいは西尾先生の理解と、憲法学はそれほど遠く隔たっているわけではないのではないか。」(下線評者)⁷⁵との基本的認識を示している。

著者が指摘するように、憲法第 94 条は「地方公共団体は、…法律の範囲内で条例を制定することができる。」(下線評者)⁷⁶と規定しているにもかかわらず、地方自治法第 14 条は次のように「法令」と規定している。「法令」とは、「一般には、法律(国会が制定する法規範)と命令(国の行政機関が制定する法規範)を併せて呼ぶ趣旨に用いられる」⁷⁷。

第 1 項「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。」

第 2 項「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。」

第 3 項「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがある場合を除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、2 年以下の懲役…を科する旨の規定を設けることができる。」

このある種古典的論点に関し、通説と目されている総務省(旧自治省)筋の解釈は次のとおりである。「条例が広い意味での国家の法体系の一部を構成するものである…が、第 1 項の『法令に違反しない限りにおいて』とは、まさにこのことを規定しているものであつて、憲法第 94 条の『法律の範囲内で』と、同様に解すべきものである。」とし、ここから次の二つの論理を導く。一つは、憲法第 94 条の「『法律の範囲内で』とは、法律が個々の事項について条例の制定を認めることを必要とするのではないかと解される虞もあることから、地方自治法においてはこの点に関し明確にするために、『法令に違反しない限りにおいて』と規定したものと解すべきである」⁷⁸。これは、憲法第 94 条の「(法律の)範囲内で」という表現が「法律の留保」と誤解されるのを防ぐために、地方自治法は「(法令に)違反しない限りにおいて」と規定したということである。

「次に、憲法が『法律』と規定していることについても、法律に基づく政令その他の命令を含めて違反し得ないと解することを明示するものであり、憲法の場合は、『法律の(範囲内)』として

⁷⁵ 宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦編著『憲法学のゆくえ』(日本評論社、2016年)506頁〔宍戸発言〕

⁷⁶ 小嶋和司博士は、「『法律の範囲内で』とは、条例の所管・効力が法律で定められることを意味し、地方自治法は第 14 条は次のごとく規定している。」と述べる。この説は少数説であるが、「法律の優位」ではなく、「法律の留保」の趣旨を述べる趣旨と解される。前掲注 49・543 頁

⁷⁷ 高橋和之・伊藤真ほか編集代表・前掲注 34・1214 頁

⁷⁸ 松本英昭『新版逐条地方自治法〈第 9 次改訂版〉』(学陽書房、2017年)158 頁以下

『法律又はこれに基づく命令 (の範囲内)』を意味するものといえる。しかしながら、憲法を最高法規とする法秩序全体の構成からして、本法が『法令』と規定したからといって、法令で憲法が『法律』としている意味と異なる規定をして、さらに条例制定権を限定するものとすることはできない⁷⁹。これは、法体系(法源)の中で委任命令・執行命令(実施命令)の存在を当然視し、丁寧に述べたというにすぎないということである。上記二つの帰結は、いずれも、地方自治法の規定は、憲法第94条の注意的確認規定にすぎないというものである⁸⁰。

大橋洋一教授(1959-)は、次のように問題の所在を適切に指摘している。「憲法94条が『法律の範囲内』で制定することができるとした条例について、地方自治法14条1項は『法令に違反しない限り』で制定可能であると異なった定め方をしている。もっとも、憲法94条のもとでも法律に基づく政令及び府省令の制定が許容されているとすれば、2つの条文の内容は同じこととなる。重要な点は、法律が十分な規律密度をもって基本構想を示すこと、政令及び府省令に白紙委任しないことである。くわえて、地方分権改革で1999年に新たに加えられた地方自治法2条11項及び改正された同条12項を重視して、法律及び政令・府省令は制定・解釈されるべきである⁸¹。

評者は、これに尽きているように思われる。評者は、大学の講義でも自治体職員研修においても、次のように説明してきた。評者が学生時代は上記論点を論じる教科書等は多かったが最近は少ない。それは、地方自治法の規定は「第92条適合的(委任)命令」がある限り条例はそれに違反してはならないという意味で、実質的には憲法第94条の「法律の範囲内」と同旨であるからである。

著者は、「地方自治が、憲法の本来の趣旨にそうものになるためには、地方公務員自身が中央各省あるいは内閣法制局にも負けない立法能力というものを貯える、あるいは法解釈能力を貯えなければならない、蓄積しなければならない…。地方公共団体の職員が国の法令解釈あるいは通達を忠実に学んでこれを執行していればそれでよいという時代はとうにすぎ去った」。そして、自治体職員は「自治に関するさまざまな問題が裁判にかけられる、訴訟で争われるということをおそれてはならない」と述べている(75頁・76頁)。高橋和之教授のいう「国家とチェック・アンド・バランスを十分に行いうる規模と事務権限をもった自治団体の設置」を実質化し、充填するためには自治体職員(地方政府職員)の高度な法務能力が求められるのである。

⁷⁹ 松本英昭・前掲注78・158頁以下

⁸⁰ 大津浩教授は、憲法第94条の解説で、「『法律の範囲内』を『法令に違反しない限り』(地方自治法15条1項)と同じ意味に解する点に異論はない。」とまで述べている。辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』(信山社、2018年)422頁

⁸¹ 大橋洋一『行政法I現代行政過程論[第3版]』(有斐閣、2016年)70頁以下。同書は、「及び」を漢字で表記し、「好感」がもてる。が、なぜか「又は」は平仮名になっている(451頁等)。「及び」「並びに」「又は」「若しくは」は代表的な法令用語であり、もちろん漢字表記が正しい。しかるに、ほとんどの法律学の教科書は、何らの合理的根拠なく(流行病的に)平仮名を用いている。教育上間違ったメッセージを発することになるし、非常に読みづらいこともあり、早急に是正されるべきである。

原田尚彦教授(1934-)も同様に、行政法教科書の「はしがき」に次のように記述していたことが思い出される。「読者の皆さんが、本書を通して行政法への関心と知識を深め、これを適切に運用する能力を磨き、さらには適正な法解釈や法改正を具体的に提議できる、中央の官僚に負けない法技術的素養を高められることを期待している」⁸²。

評者は、その応援メッセージに鼓舞されて今日に至っているといっても過言ではない。具体的には、北海道庁の「法制文書課参事」時代に、担当する訴訟事務については安易に法曹(弁護士)に委任することなく、道職員のみで自前の訴訟を実践してきた⁸³。そのような実践例があるということは全国の「政策法務論」論者にとっては、現場の相場を崩す「不都合な真実」であるらしく、残念ながらことごとく無視されてきた⁸⁴。のみならず、道庁内においても評者の次の「法制文書課参事」は評者の遺志(?)を引き継いで実践してくれたものの、その後は続かず、途絶えてしまった。誠に、自治体職員にとり「訴訟は非日常的大事件」であり、「法は不可能を強いるものではない」と総括(得心)せざるを得ない。

5 間接民主制と市民自治

第四の論点は、地方自治体に議事機関を設置することと、首長、議員などの直接選挙を定めている第93条をどう理解するかということである。

著者は述べる。「条例その他の議会の議決について referendum という住民投票制度を採用したり、あるいは外国で initiative とよばれているような直接発案制度、直接立法制度を採用したりするのはこの第93条によって制限されているという考え方があります。」(76頁)

「アメリカ的な直接立法制度…は、憲法第93条の間接民主制の規定がある以上、日本では導入できないのではないかとこの考え方が…。はたしてそうなのだろうかというのが一つの論点

⁸² 原田尚彦『行政法要論(全訂第四版増補版)』(学陽書房, 2000年)。2005年の全訂第6版まではこの記述があったが、2010年の全訂第7版からは消えている。自治体職員の法務能力が既にその段階に達し、(当初の)自治体職員研修用教科書の執筆者として目的を達したからなのか、あるいは、馬耳東風で百年河清を待つに等しいという諦観に由来するものなのか、評者には判断し兼ねる。

⁸³ 拙稿「自治体の訴訟は自前で!一分権時代の法的説明責任の在り方」『法学セミナー』2005年2月号116頁

⁸⁴ 前掲注83の拙稿は、阿部泰隆教授の教科書(前掲注63・228頁)で、原因者負担金の論点に関し引用されているのであるから、認知度が低いということにはなるまい。意図的に無視されていると解さざるを得ない。ほぼ唯一、田中孝男教授(1963-)が別拙稿に対し次のようにその意義につき否定的にコメントしているのみである。「住民の負託を受けた「自治体プロ」として自ら行政処分をしておきながら、裁判で争われたとき、法曹の力を借りて外部委託しなければ、原告である住民と裁判所に対して法的説明責任を履行できないという事態は、分権改革の理念(自主自立)に反する」という指摘もあるとし、別拙稿(「試される『自治体法務』の本格的実践」季刊自治体法務研究3号(2005年)118頁)を引用した上で、「しかし、説明責任から必然的に直ちに職員の指定代理人としての積極活用を導き出し得るものではない。」と結論づけている(『自治体法務の多元的統制』(第一法規, 2015年)440頁)。評者の意図は、安易な前例踏襲を打破した実践例(しかも自主自立という分権改革の理念に叶いこそすれ背馳するものではない。)があるので、意欲と能力のある職員・自治体は試してみたいかがですかという推奨であり、失敗をおそれ、減点主義におののく気概と能力のない職員・自治体にそのことを強要する趣旨はさらさらない。

で」ある（77頁・78頁）。

「もしも憲法の趣旨が、絶対に間接代表制に基づく議会を設けることを要求しているのだと」すると、「地方自治法第94条で認められている町村総会という制度は憲法違反だということになるのではないか」（78頁）と述べ、「第93条のねらいは議会や長を設ける時には直接選挙されなければならないという公選制度を定めた点にあると考えられます。それは間接民主制のみの採用を強制しているとは考えられません。」（下線評者）と結論づける（78頁・79頁）。

この憲法上の論点を考えるのに、好都合な例がある。最判昭和23年9月7日は、次のような論理によりつつ、死刑が合憲であると判示した。「憲法第三十一条の反面解釈によれば法律の定める手続によれば生命を奪う刑罰をも科し得ることを定めているので日本国憲法は我国の社会情勢にかんがみ、公共の福祉の為死刑制度の必要を認めたものであることが明らかである」。笹倉秀夫教授（1947-）は、次のようにコメントしている。「憲法31条の眼目は、生命・自由・その他に関わる刑罰を科す場合に法律で定められた手続の遵守が必要だということにある。「憲法31条は、国家行為に規制を加えた条文である（「法律の定める手続」によって行為せよという規制）。この国家規制の条文を、国家に死刑の権限を与えた条文として使うのは、『目的外使用』、『流用』である（『手続重視』が条文の眼目であり、死刑権限付与が眼目ではない）」⁸⁵。

笹倉教授が挙げる死刑制度の事例は、正確には「反対解釈（反面解釈）」の作法に関するものである。憲法第93条は、地方自治体に議会を設置することを「要請」し、それ以外の直接民主主義的制度を設けることを「禁止」しているのかという問題に設定し直した上で、議論する方が妥当なような気がする。図解すると、次のようになり、いずれにも「許容」の余地があることになる。

- 憲法第31条 → 生命・自由・その他に関わる刑罰を科す場合には、法律で定める手続の遵守が必要 → 死刑制度を廃止する余地
- 憲法第93条 → 議会や長を設ける時には直接選挙されなければならない（公選制度）
→ 直接民主制の採用の余地（地方自治法第94条の町村総会など）

なお、最新の憲法コンメンタールの中で、大津浩教授は、地方自治法第94条の町村総会の合憲性について、次のようにコメントしている。「人民主権説はこれを現行憲法の人民主権的解釈から正当化し（杉原・憲法Ⅱ 472頁）、『社会契約説』の論者は国政と地方政治の民主主義の質の違い、憲法41条のように地方議会が地方立法権を独占する規定の欠如、あるいは自治体を法人、住民総会をその機関と捉える自治体法人論から正当化できるとする（新基本法コメ 483-484頁〔渋谷秀樹〕）。しかし不完全な『人民主権型』立憲主義によれば、議会の討議を通じ濾過されていない『生の』民意による決定は代表民主制の本質に反すること、並びに常設議会による執行府統制

⁸⁵ 笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）83頁以下

の廃止はとりわけ執政権者としての長の独裁を招く点で二元代表制にも反することに鑑みて、本条は違憲の疑いが強いと言わざるを得ない」⁸⁶。

地方自治法第95条は「町村総会に関しては、町村の議会に関する規定を準用する。」と規定し、「権限、招集及び会議、運営方法等町村の議会に準ずればよい。」⁸⁷と解されている。「町村総会」においても大津教授が重視する「討議」は当然行われ、採決されるのであるから、ここでの記述に関する限り、違憲の疑いが強いとは言い切れないのではないだろうか。

筆者が挙げる憲法第93条のもう一つの論点は、「日本の地方公共団体は長と議会とが独立して、そして相互に抑制均衡する二元主義を採用している」が、「この長と議会という二元構造は第93条で強制されているという考え方」、「つまり、この二元主義とは別の統治構造は憲法で禁じられているという考え方で、はたして」そうなのか、ということである(79頁)。評者の関心から割愛する。

6 自治憲章制度と特別法

最後の5番目の論点は、憲法第94条と第95条に関連するものである(80頁)。

第1論文のⅢと重複する部分が多いので、割愛する。

この論点に関わり、最近、沖縄県石垣市議会における石垣市自治基本条例廃止騒動があった⁸⁸。非常に興味深い事例であるので、経緯と内容については別稿で検討したい。

7 結—自治体の憲法解釈

「地方自治に関する憲法理論の状況はいたっておそまつな段階である。拳拳服膺して学習するような立派な理論などというものはない」(85頁)。これが著者の1976年(昭和51年)段階の認識であり、この講演では、憲法・行政法の公法学者の学説に対するかなり厳しい批判が多々あった。しかし、2018年(平成30年)の講演では公法学者の学説に対する批判は見あたらない。この40年の間、公法学の発展があった、厳しい物言いではあるが、やっとな政治学・行政学に追いついたということであろうか。振り返って、かなり「後ろ向きな」授業を何らの疑問も抱くことなく受けていたわけである。

「最後に申しあげたいのは、自治立法権ならびに自治解釈権に関し…、戦術レベルの選択と、戦略レベルの選択との相関関係を、慎重にみきわめるということが肝心なのではないか」と指摘している(86頁)。詳細は、是非、本書を手にとられたい。熟読すれば、「1,200円+税」以上の価

⁸⁶ 辻村みよ子・山元一編・前掲注80・421頁

⁸⁷ 松本英昭・前掲注78・364頁

⁸⁸ 2019年12月25日付け「朝日新聞」の記事「自治基本条例『わが町の憲法』は『国家の否定ですか』」によると、12月16日の本会議では、条例の廃止案は自民と中立会派1人の計10人が賛成、野党会派を中心に11人が反対し、否決されたとある。

値は十分あるはずである。

別紙 「国」という字のついた日本語を「英文で何とっているか」

前文

「諸国民」 「all nations」

そもそも「国政」 「Government」

いずれの「国家」も no 「nation」

「各国」 「all nations」 「他国」 「other nations」

「国家の名誉」 「national honor」

1条 「日本国の象徴」 「the symbol of the State」

4条 「国事」 「matters of state」 「国政」 「government」

9条 「国権の発動」 「a sovereign right of the nation」 「国の交戦権」 「The right of belligerency of the state」

13条 「国政」 「governmental affairs」

17条 「国又は公共団体」 「the State or a public entity」

20条 「国」 「the State」 「国及びその機関」 「The State and its organs」

25条・37条・40条 「国」 「the State」

41条 「国権」 「state power」 「国」 「the State」

49条 「国庫」 「the national treasury」

62条 「国政」 「relation to government」

73条 「国務」 「affairs of state」

83条 「国の財政」 「national finances」

85条・88条・90条 「国」 「the State」

91条 「国の財政状況」 「the state of national finances」

98条 「国」 「the nation」

