

## 自治基本条例の憲法性

### Die Grundsatzung für kommunale Autonomie als Verfassungsrecht

三宅 雄彦

- |              |              |
|--------------|--------------|
| 1 地方自治体の「憲法」 | 4 自治体による職務設定 |
| 2 最高規範性の代替手段 | 5 住民投票制度と職務法 |
| 3 法令と民主的正統化論 |              |

#### 〔要約〕

自治基本条例は「自治体の憲法」であると、一般的に定義されるが、その趣旨は、憲法が権力を制限する機能と構成する機能を持つこと、その憲法が法秩序の中で最高法規性を保持すること、ここにある。しかし、自治基本条例の最高規範性とは一体どんな意味を持つのか、この条例に優位する国の法令は自治基本条例にどんな態度を取るか、その法令による制約の下で自治基本条例はどんな役割を果たすのか。本稿では、ドイツ公法学上の正統性と職務という概念を用いながら、自治基本条例が持つという憲法的性格の理論的意義に検討を加える。一つには、自治基本条例は、行政活動の当事者である市民から直接自律的正統性を調達する可能性があるが、全体でなく個々の市民に十分な距離を取れない恐れがある点、法令による援助を必要とする。もう一つ、自治基本条例は、地方自治法によりその基本構造が予め確定されているが、これは、住民投票制に僅かの可能性があるのを除き、公共善を実現する職務の設定権が剥奪されることを意味する。

Normalerweise wird die „Grundsatzung für kommunale Autonomie (Jichi-Kihon-Jorei)“ als „Verfassungsrecht der Gemeinde“ begriffen. Diese These bedeutet, dass sie mit zwei Verfassungsfunktionen ausgestattet ist, einerseits die Staatsgewalt zu begrenzen und andererseits sie zu konstituieren. Aber diese Satzung sollte auch den obersten Rang in der jeweiligen kommunalen Rechtsordnung haben, allerdings unter strikten Grenzen der staatlichen Gesetze und Verordnungen, insbesondere unter Hürden des „Gesetzes für kommunale Autonomie (Chiho-Jichi-ho)“. Jedoch sollte man diese „oberste“ und „begrenzte“ Normativität der Grundsatzung als etwas positives erfassen. Eine mögliche Lösung gibt es, dass ihre Geltung in der Tat durch die staatlichen Gesetze eng bedingt ist. Erstens ist es nötig, die Distanz zwischen Bürger und Gemeinde zu halten, um die autonome Legitimität der Kommunen vor der partizitiellen Interessen zu schützen. Zweitens ist damit die Gemeinde der Befugnisse, die Ämter für Verwirklichung des Gemeinwohls zu setzen, fast beraubt, ausschließlich des Refedendums.

## 1. 地方自治体の「憲法」

本稿は、自治基本条例の憲法性、即ち、国の憲法の性質に類似した自治基本条例の性質、特にその最高規範性を、検討するものである。周知の通り、2001年ニセコ町まちづくり基本条例を嚆矢として、これまで200強の自治体にてこの条例が策定されてきたというが、その自治基本条例という名称の下で認識される内容は、様々であり、この自治基本条例なるものに下される評価においても、様々である。その評価につき、一方で、主体性に目覚めた市民たちが自分たちの主体性の自己実現の場として自治体を再構成するための手段であり、地方自治の停滞を突破する決定打である、と歓迎する向きもあれば<sup>(1)</sup>、他方で、全国的な自治基本条例制定の流れには、自治体の裁量権や市民の自治意識を過度に強調し、既存の意思決定システムを骨抜きにする、背後に組織的な運動も推測させる、と警戒する向きもある<sup>(2)</sup>。自治基本条例は、薔薇色の約束か、悪魔との契約か、その評価には一旦判断を留保し、一先ずその概念規定から出発したいと考えるが、とはいえ、実際自治基本条例として創定されるものも様々であって、「自治体の憲法」の言い回ししか共通のものはないのが実情である<sup>(3)</sup>。

尤も、自治基本条例は自治体の憲法である、と言っても、自治体は国ではないのだから、この命題自体は、真理としては受け入れ難い。しかし、自治体と国の違いを括弧に入れれば、これが意味するのは、ただ単純で、自治基本条例の機能は憲法と同じ、ということだろう。では、自治基本条例と憲法とが同じくする機能が一体何かといえ、端的には一つは制限機能、もう一つは構成機能と纏められるだろう。つまり第一には、国であれ自治体であれ、その活動は国民や市民には危険なものである以上（徴税作用や警察作用を想起すればよい）、これを適切に制限する必要がある。即ち憲法でその活動を制限する。具体的には、三権分立や人権保障がこの制限機能を担うことになる。第二には、その制限される国や自治体の活動はといえば、それらは空から降ってくる訳でなく、国民主権や民主主義が妥当する現在は、我々により作り上げねばならない。即ち憲法でその活動を構成する。具体的には、国や自治体の代表者を国民や市民が選出する選挙制度、そこでの選挙権の行使を国民や市民に促し、国民や市民の積極的な参加へと導く象徴的規定（君主、国旗、国歌、領域等）が、それだ<sup>(4)</sup>。

つまり、自治基本条例は、以上の機能を憲法と共有するというのだ。だが、立憲主義とは国家を憲法で制限することを意味する筈だから、憲法、更に自治基本条例の本質は上の構成機能にないのではないかと、こう思う人もいるかもしれないが、それでは憲法は憲法でなくなる。つまり、コンステイション憲法は国家のコンステイション構成なのであって、民間企業のチャーター定款ではない。例えば、国家や企業で、その内部に深刻な対立が成立したとしよう。国家はその外部に権力を持たぬが、企業はその外部に、裁判所など、自己を超える権力を持っているという点から、対応が異なってくる。つまり企業は、その深刻な対立を裁判権力を使って解決でき

る筈で、一方が他方を1票でも超えれば、前者多数派は後者少数派の意見を、民事訴訟を通じ、国家権力発動により抑圧できることになっている。ところが国家は、外部の権力を用いて内部対立を解決できはしない。その対立は徹頭徹尾内部で解決せざるをえない。仮に或る国の中で、多数派が僅かの差で少数派を凌駕するとしよう。だがこの状況では、前者が実質的に拮抗した後者を制圧できずに、対立は解消されない。そこで、こうした対立が起きぬよう、憲法には構成機能が要るのだ<sup>6)</sup>。

尤も、「自治体の憲法としての自治基本条例」には別の意味もある。自治基本条例の最高法規性である。即ち、憲法が国の法秩序の中で最高の地位を持つと同様に、自治基本条例も自治体の法秩序の中、最高の地位を持ち、己に反する法規範は排除する、というのである。本稿は、自治基本条例が憲法の二つの機能を持つことを前提にして、この最高規範性と、関連する派生的な論点を扱おうと思う。つまり、第1に、自治基本条例が持つという最高規範性とは何を意味するか、第2に、その最高規範の支配から外れる国の法令との関係とは何か、第3に、その法令上の統治機構が条例で変更できない意味とは何か、第4に、それら統治機構の決定を排除する住民投票の意味とは何か。その際サンプルとして埼玉県内四つの自治体の自治基本条例を使う。即ち、鳩山町まちづくり基本条例（平成15年4月施行）、秩父市まちづくり基本条例（平成17年5月施行）、三郷市自治基本条例（平成21年10月施行）、久喜市自治基本条例（平成24年4月施行）の四つである（以下、鳩山、秩父、三郷、久喜と略記する）。なお、施行時の点での分散に配慮したが、選択はランダムに行った<sup>6)</sup>。

## 2. 最高規範性の代替手段

自治基本条例の最高規範性とは憲法の最高法規性に模したものだが、日本国憲法99条1項曰く、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」。これは、憲法に反するあらゆる法規の効力を剥奪する、極めて強力な憲法の作用ではある。しかもこれに続けて、同81条では、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」として、裁判所のいわゆる違憲審査権が、憲法の最高法規性を担保する為の一手段として位置づけられている。自治基本条例の最高規範性は、憲法の最高法規性を模範とするのだ。つまり、自治基本条例が、自治体の憲法＝最高規範であるとすれば、その規範に反する他の条例、規則及び要綱その他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない、ということになる筈であり、更には、必要があれば、一切の他の条例、規則又は要綱が、自治基本条例に適合するかしないかを決定する権限を有する、自治体内の何らかの終審機関が、最高規範性を担保する手段として必要となる筈である。

だが本稿が強調する迄もなく、自治基本条例には最高規範性はない。一般に法秩序は、憲法→法律→命令（政令・省令）→処分といった段階構造から編成され、上位規範が下位規範を基礎づけるとともに、上位規範に違反する下位規範は無効と判定されることになっている。この編成で言えば、条例は、憲法→法律→命令→条例→処分という位置づけを持つのだが、その上位にある法律、地方自治法によれば、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて……条例を制定することができる」（14条1項）と規定されているのである<sup>(7)</sup>。つまり、条例は法令（法律+命令）に違反してはならないのである。だが、上記条文は、その法令に違反してはならない条例の中で区別を設けていない。即ち、自治基本条例とその他の条例の区別がない。だとすれば、自治基本条例が、最高規範としての己自身に違反する条例を排除する為に、自治基本条例と他の条例とを分類することは、条例全てを一律に扱う地方自治法14条1項に違反することになる。自治基本条例が、自分の「最大限の尊重」で満足するのは、こういう事情による（鳩山35条、秩父27条、三郷54条、久喜28条）<sup>(8)</sup>。

だが、では自治基本条例の最高規範性は看板倒れなのか、というと、そうではない。最高規範性が法的に正面から認められないからこそ、この不十分な最高規範性を補充する各種工夫が必要となる訳である。例えば、自治基本条例の尊重・遵守を、市長や議会に義務づけたり（三郷54条2項）、既に制定済みの既存の条例や規則が、新たに制定された自治基本条例と整合するよう、適宜見直しを要求したり（秩父27条2項、三郷54条3項）、各種の規定が存在している。更に、自治基本条例が実際に自治体の最高規範として作用するよう、自治基本「条例の適切な運用及び普及」を図るべく、新たな機関「自治基本条例推進委員会」が設置されることもある（久喜27条）<sup>(9)</sup>。尤も、これらが、必ず擬似最高規範性を担保できるのは分らない。上の尊重遵守義務は、日本国憲法99条の尊重擁護義務に似ており、既存の条例や規則の自治基本条例適合性への配慮についても、元々日本国憲法98条自体が、明治憲法下で制定された各法令の効力を新憲法に違反しない限りで存続せしめる目的を持っていたとも言う。推進委員会も、「推進」方法が決まらなければ活動のしようがない<sup>(10)</sup>。

つまり、擬似最高規範性は、憲法規定をそのまま実行できない故に生ずる問題なのだから、上記の尊重遵守義務や既存条例見直し義務などといった、憲法上の制度と類似の諸制度で補充するのは難しい。寧ろ、自治基本条例の持つ最高規範性が画餅に帰すことがないよう、概念の選択や分類、条文の構造など、自治基本条例の内部と外部に、概念と論理が密接に結合するネットワークを組み立てるべきである。つまり、一方で、自治基本条例に登場する概念や論理が、本条例を具体化する個別条例で再現、展開されるとともに、他方においては、既存の様々な個別条例に存在している条文や概念を抽象化する形で、これを自治基本条例へと組み込んでいく作業が必要となるであろう。自治基本条例の内容を新規の個別条例に落とし込む作業においては、勿論、この親条例において、具体化に値する整

理された条文構成が要求されるだろうし、他方、個別条例を抽象化する作業においても、親条例に組み込み易く、それでいて、大抵は広範な市民参加の下で行われるが故に、市民の意見にマッチする形での整理が必要となる。いずれにせよ、法規担当者の手腕が試される場面であると思われる。

### 3. 法令と民主的正統化論

だが、地方自治法が自治基本条例の最高規範性を妨げるとするなら、法律、更に命令は、自治基本条例の存在を害する敵対者であるのか。これも周知の通り、日本国憲法92条にいう「地方自治の本旨」は、「地方公共団体の組織及び運営」について定めるという「法律」を限界づけるものとして、団体自治と住民自治をその内容としている。その限りで、自治を守る「本旨」と国の「法律」は対抗関係にある。ところで、住民自治という場合の「住民」は非常に多義的であろう。国民主権という場合の「国民」については、教科書的な論によれば、過去や現在を含めた、或る国家に属する人々の抽象的全体としての「国民」と、そうではなく現実に実在し政治的判断の能力を持った有権者の総体としての「人民」という二つの思考が並存するのだが、「住民」についても、全体としての住民、或いは総体としての住民、どちらの思考から理解するべきか、という問題が生ずる筈であろう<sup>(11)</sup>。勿論、この論点は、直接民主制の位置づけに重大な帰結をもたらすのであるが、どちらの論においても、特定の住民でなく、全体でも総体でも、全ての人々による自治体の正統化が必要であるのである。

さて、ドイツ公法学で議論される事項として民主的正統化の問題があるが、その議論では、自治体を含む国家活動の正統化においては、国民が議員を選出し、その議員が行政を統制し、その国民→議会の正統化の下で行政が活動するが故に、行政に民主的正統性があると述べる一元主義的正統化の思考と、その行政活動の対象に該当する国民が当該活動に関与して、その行政活動を承認し了承するが故に、行政に民主的正統性があるとする多元主義的正統化の思考がある。後者の多元的正統化の思考が現在有力であるのだが<sup>(12)</sup>、これによれば、住民自治とは、一方では、国民→国会→自治体（法律の場合）及び住民→議会→自治体（条例の場合）という、単線的な正統化の下で自治体の活動がなされなければならない、という発想と、他方では、法律や条例の規律の下で行われる自治体の行政活動は、その活動の対象となる当該住民がその活動に関与し承認した上で、なされなければならない、という発想と、この二つを求めるということになる。特に後者について言うなら、この多元的正統化を実現する為にこそ、市民参加や行政手続を厳格に実践するべきだ、ということにもなる。

けれども問題は、住民が議会を通じて条例を制定するということが、一つは、住民が条例を通じて行政を統制するという単線的な正統化を、もう一つは、住民が行政活動の当事者として条例制定手続を通じてこれに関与承認するという自律的正統化を、同時に意味する

ことだ。ここでいう条例の制定には勿論、自治基本条例の制定も含まれるが、だが条例の制定が、後者の観点からは重大な問題を持つことになる。つまり、この自律的正統化においては、行政活動の当事者としての住民が行政活動に参加することが肝要とされるのではあるけれども、このとき言う住民とは、一般者としての住民ではなく、飽くまでも個別者としての住民となるのである。だとするなら、この住民とは、冒頭に言及した、全体としての住民であれ総体としての住民であれ、住民自治で想定されている「全ての人々」とは最早いえないだろう。だとすると、先の条例制定という問題には、民主的正統化の点ではむしろ一定の限定を設けなければならない。別の言い方をするなら、特定の「住民」の影響から自治体の行政活動の「距離」を取る為に、条例を法律によって限界づけておく必要がある、ということになる<sup>(13)</sup>。

これとの関係でいえば、自治基本条例の制定内容及び制定過程では、一般的にNPOや市民団体など個別団体の影響が強すぎる感がある。理論的には、この各種団体は、選挙で選出されていない点で単線的な正統性がなく、これらが持ちうるのは、行政活動の対象となりうる点での自律的正統性のみなのである。だとすれば、住民自治を実現するとのふれ込みのこの条例も、実際は、全ての人々でない特定の人々の正統性しか供給しない、民主主義の過少を導く可能性がある。冒頭で、自治基本条例には、制限機能と構成機能の二種が存すると述べたが、制限機能をより実効的にする為には詳しい規定が必要で、反対に、構成機能については、より広範囲の人々の関心を引く為に、理解しやすさという点で、寧ろ簡潔な規定が必要となると思われる。住民自治の本来の思想からは、自治基本条例は構成機能に特化して、効率性や妥当性の観点から自治体の活動を統制する制限機能という点では、自治基本条例の下位の個別条例に委任するべきではないか<sup>(14)</sup>。市民団体の活動が一般市民を行政から遠ざけるも言うし<sup>(15)</sup>、彼らの専門的な意見は論点を特化した個別条例でこそ生きるのではないか。

#### 4. 自治体による職務設定

ところで、自治基本条例が、本当に「自治体の憲法」であるならば、日本国憲法と同様に、統治機構につき規定しなければならない筈だ。ところが、先に見た通り、「地方公共団体の組織」については既に、「法律でこれを定める」ということが憲法92条で規定されている。その上その組織の中には、首長と議会、いわゆる「二元代表制」を設けなければならないことも、憲法93条が規定しているのである。尤も、自治体は、国や他の自治体から独立するべきという団体自治、自治体は、その住民の意思により正統化されるべきという住民自治、これからすれば、自治体の組織のあり方を自ら決定できないことは、憲法が決めたこととはいえ、また、ドイツなど州単位で一律に規定する事例も多いとはいえ、極めて妥当性を欠くというべきであろう<sup>(16)</sup>。それに対して、アメリカ合衆国では、各自自治体が統治構造をホームルール憲章の制定により自ら選択できる。議会と市長の二元代表制以

外にも、議事機関と執行機関を兼ねる理事会、行政運営を議会に委任される市支配人、それぞれの事情に合わせ様々な選択肢がある。自治基本条例の本来の趣旨からすれば、こうした枠組みが相応しい<sup>(17)</sup>。

ところで、こうした、首長なり議会なりを、統治機構の機関として如何に構成するかという問いは、国民や住民の代表としての議会を一応括弧にくくるとするならば、伝統的には行政組織編成権の問題として、立憲君主制時代から、学説上論じられてきたところである<sup>(18)</sup>。だが、この行政組織の問いが公法学において真剣に論じられるのも、伝統的公法学が、国家権力から如何に国民の自由と財産を守るかを主に展開されてきたことからして、つい最近のことであるともいう。君主が行政組織をどう編成するかは、その権限が行使されることで臣民の権利が侵害されない限り、公法学には関係ない、というのだ。勿論、国民主権、民主主義の現秩序の下ではこの説明ではだめだし、その下では、行政組織のみならず、立法機関も含めるべきであるが、この君主の行政組織編成権は、貴族としての取り立て、官職の任命、称号の付与など、全て君主による身分付与として構成されたという。議院内閣制の下で、議員が大臣を兼職することを度外視するならば、元々は、貴族であれ、大臣であれ、官僚であれ、すべて君主により身分を与えられた者だった。その点で、行政組織は身分体系である<sup>(19)</sup>。

この付与される身分は、職務、公職とも言い換えられるのであるが<sup>(20)</sup>、民主主義の進展に伴い、本来は身分を持たない一般臣民の代表たる議会の議員の地位を説明する概念としても拡張されていくのである。では、立憲君主制が君主を持たない共和制に移行した後は、この職務は意味を失うのか、失わないとすれば、どんな意味を持つのか。端的に言えば、この職務は、公共善、或いは公共の福祉、端的には国民全ての利益、住民全ての利益、これに奉仕する地位を意味する。立憲君主制時代においては、職務を付与された者たちは、君主への忠誠を通じ、この公共善への奉仕が、倫理的に義務づけられるのだ。国民主権の現在においては、この君主への忠誠は、憲法の忠誠へと転換されているけれども、宣誓制度の沿革からして、職務保持者の公共善への憲法倫理的な拘束については、現在でも変わりなからう<sup>(21)</sup>。国家公務員や地方公務員が、サービスの宣誓の中で、日本国憲法を遵守することを宣誓することとなっているが<sup>(22)</sup>、国務大臣は当然に、国会議員、裁判官、自治体の長や地方議員、更に天皇や摂政もが憲法を尊重、擁護する義務を負うのは（憲法99条）、公共善の為である<sup>(23)</sup>。

要するに、行政組織編成権とは、単に市民の自由や財産を権力から保護することを目的とするのではなく、憲法への宣誓などによって公共善への奉仕が義務づけられる、職務を設定する権限なのである。これを前提にするなら、地方公共団体の組織を法律で定めるとして、この行政組織の変更を地方公共団体に禁じている、日本国憲法では、自治体における職務の設定権限は、国に独占されていることになる<sup>(24)</sup>。そうだとすれば、自治基本条例を制定する自治体には致命的である。つまり、活力に満ちた地域社会の形成（鳩山1条）、明るく豊かで活力に満ちた地域社会の実現（秩父1条）、豊かな地域社会の実現（三郷1

条)、個性豊かで活力に満ちた誰もが安全安心で暮らせる地域社会の実現(久喜1条)、これらの自治基本条例の最終目的を成就する為の、国が設定する公共福祉とは一応切り離された職務を、自ら設定したり調達したりできない、ということになるからである。更には、宣誓義務もなく公共福祉とは別の世界で生きている市民を、国が法律で設定するものとは別の職務に据え、「豊かな地域社会の実現」に倫理的に方向づけるチャンスも著しく少なくなってしまう。

## 5. 住民投票制度と職務法

勿論、公共善に市民を方向づける様々な工夫は、導入されてはいる。例えば、市民に一定の義務と責任を課し、市政への積極的な参加を呼びかける規定は、特別の職務を設定することなしに、公共福祉へと市民各人を倫理的に方向づけていると言えるかもしれない(鳩山6条、7条、秩父11条、12条、三郷8条、久喜5条)。けれども、これを市民の地位一般という職務の設定と捉えることもありうるが、職務の思想からすれば、権利や義務があるから職務があるのでなく、反対に職務を具体化するものとして権利や義務があるといえるので、市民の責務や義務のみで、公共善へ嚮導するのは十分とは言えない<sup>(25)</sup>。その意味で注目に値するのが、いわゆる住民投票や市民投票の規定と思われる(鳩山34条、秩父24条、三郷47条、久喜25条)。これについては、投票権者の範囲、住民投票実施の請求要件などで意見が分かれるところであるが、たとい諮問的であれ特定の案件につき市民自らが市全体の意見を決定する権限を持っていることから、投票権を認められた市民全体が丸ごと一つの公的職務を与えられて、それにより公共福祉への倫理的義務が課されたと、解釈もできよう。

勿論住民投票においては、直接民主制一般に見られる危険性が従来指摘されてきた。実は、上記で述べた職務思想も同様の疑念を持つ。つまり、そもそも職務により公共善への方向づけが必要であるのは、人間の持つ人格それ自体には、良い優れた人格もあれば、全く逆に狂気に見間違う程に社会を混乱に陥れる、悪しき劣った人格もある。職務とは、悪い人格は当然、人格自体を公共福祉への拘束で封印し、以てこの社会全体をヨリ良いものに発展させようというものなのだ。そうだとすれば、住民投票により、討議もなく無記名投票によって自治体全体の意思決定を行おうというのは、この職務という封印を打ち捨てて、生身の人間が持つドロドロとした魂を公共の世界へと解放することで、野蛮な全体主義を再現することにもなりかねない<sup>(26)</sup>。それに加えて、ひとたび住民投票を行うとなれば、自治体の領域の外から、投票運動で主導権を得ようとする人たちも登場してこよう。その自治体の判断がなされるという大前提が蔑ろにされるばかりか、討議の活発になるとの弁解も、見知らぬ者同士が電車や公園などで世間話にふける習慣のないわが国では、残念ながら空しく聞こえる。

けれども、そうした住民投票制度の問題点があることは承知の上で、住民投票を自治基



本条例の中に規定することには意味があると思う。確かに、条文の書きぶりでは「市民の意思を確認するため」（秩父、三郷）、「市民の意向を聴く」（久喜）とされる場合が非常に多く、住民投票があろうとなかろうと、市民の意思が予め確定されていて、住民投票はただそれを確認するだけであると、解釈できなくもない。即ち、公共福祉の制約が掛からぬところで市民が考えている結論が、同様にその制約のない住民投票で確認されるだけなのかもしれない。だがそうだとすれば、住民投票は単なるアンケートでしかなかろう。寧ろ鳩山町の場合のように、住民投票には、「公正で民主的な町政運営を推進し町民福祉の向上を図る」という目的が前提としてあり、この目的を達成する為に市民（町民）が、既存の意思の単なる確認でなく、重要事項につき新たな意思を決定すると捉えるべきなのだ。決定対象が自治体の「重要事項」であることを追加して考えるなら、結局、自治体におけるこの公共福祉を実現する為の職務を、自治体有権者全員に付与したものが住民投票である、ということになる<sup>(27)</sup>。

本稿は、今やブームが去りつつあると言える自治基本条例について、その、憲法に寄せて語られる性格を、公法学の観点から、否、寧ろ些か異端ともいえる公法学の観点から、検討せんとするものだった。或るときは、民主的正統化論というドイツ公法学の最先端の議論で、或るときは、ローマ法学や教会法学に由来する煤けた法学上の概念、即ち職務の概念で、あれこれとこの条例を読み解く作業を行ったが<sup>(28)</sup>、結局判明したことといえば、自治基本条例には、公法学上まだまだ不明確な箇所が多く残されていること、更には、この検討を通じて公法学そのものにおいても、まだまだ未解明な概念が多く残されていること、お付き合い下さった読者には気の毒だが、これ位である<sup>(29)</sup>。自治基本条例を、地方自治の停滞を突破する為の万能薬と呼ぶのは、公法学を学ぶ者から見て、自治基本条例に残る不明確さや公法学に残る未解明を放置するという点において、全く不誠実な態度である。自治基本条例が嘗ての市民憲章のような一過性の現象でないのなら、実践を正面から見据えつつ理論を着実に発展せしめる、これこそが、市民に参加の真摯さを呼びかける自治基本条例の精神に適っている。

〈注〉

- (1) 辻山幸宣『自治基本条例はなぜ必要か』（公人の友社、2003年）、神原勝『自治基本条例の理論と方法』（公人の友社、2005年）。
- (2) 『“チョット待て！！”自治基本条例』（自由民主党パンフレット、2011年）。
- (3) 例えば、兼子仁『変革期の地方自治法』（岩波新書、2012年）112～115頁、磯崎初仁・金井利之・伊藤正次『ホーンブック地方自治』（北樹出版、2007年）109頁。自治基本条例の功罪バランスのとれた現状分析を提示する文献には、新川達郎「自治基本条例の意義と課題」自治体法務研究3号（2005年）6～12頁。
- (4) 勿論、前文に提示されることが多い、自治体の歴史や環境の叙述が、市政参加への市民の積極的な心構えを現実に強化するのかどうかは、問題となりうるが、本文の指

摘は飽くまで規範的次元の議論である。国の憲法レベルの議論ではあるが、憲法保障、即ち憲法の妥当性が確保される究極の条件を、憲法への国民の積極的な心構えとしての「国民の憲法への意思」の中に見る見解を参考にするべきであろう。栗城壽夫「憲法を学ぶまえに」阿南編『実定法入門』（法律文化社、1971年）175～177、186～189、211～217頁、同「日本国憲法の位置づけ」同・戸波編『憲法』（青林書院、1995年）19～23頁。関連して、自治基本条例が自治体の「集合的アイデンティティ」の構築を目指す試みであると評価されることがあるが、他方でそれは、社会のサブシステム化と集団の個人志向が進展する現在、共同性の再構築それが困難を極めるとの指摘の前では、困難なものとなろう。阿部昌樹「集合的アイデンティティの法的構築」和田・櫻村・阿部編『法社会学の可能性』（法律文化社、2004年）63～81頁、同「自治基本条例の普及とその背景」都市問題研究61巻4号（2009年）74～99頁、尾崎一郎「都市の公共性と法主体」北大法学論集56巻5号（2006年）380～416頁。

- (5) 以上の、国家と団体を比較する議論は、ドイツの公法学では極めて一般的な議論なのだが、わが国では検討が加えられることが少ない。極めて大雑把な説明だが、三宅雄彦「公法人と機関」江口・芝・三宅『基本科目・法学〔第4版〕』（埼玉大学生協、2011年）88～90頁。尤も、反対の、古典的な憲法理解を前提にし、人権保障や権力拘束という制限機能を自治基本条例の主体とする思考が一般ではあろう。金井利之『実践自治体行政学』（第一法規、2010年）18～24頁。だが、憲法には構成機能が不可欠で、企業の定款では違おうとしても、このことから直ちに、自治基本条例では構成機能が中心となる筈だ、ということにはならない。一方の端を国に、他方の端を企業にする尺度があるとして、自治体はその尺度の中のどこに位置するのかを確定せずして、自治基本条例の機能も本来は判明しえないのである。つまり本来なら、手垢にまみれた自治体の性質論（伝來說などの）を再検討した上で、自治体の思想史的吟味から出発すべきなのだ。例えば、の話だが、自治体の条例が民間企業の定款と同じ語であることを重視すれば、寧ろ、憲法と条例の関係は離れるかもしれない。関連して、飯島淳子「地方自治と行政法」『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）193～221頁、同「地方自治論」法学教室357号（2010年）11～16頁、同「地方分権・地方自治の法構造」法学73巻1号（2009年）1～33頁。加えて、自治基本条例が、基礎自治体である市町村が制定するのか、広域自治体である都道府県が制定するのか、の違いも問題となろう。尤も、憲法には構成機能が不可欠であり、民間企業ではそうでない。従ってこの仮定によれば、憲法の制限機能が中心の地位を占めよう。
- (6) 久喜市自治基本条例については、（旧）久喜市に平成17年4月1日施行の自治基本条例が制定されていたが、合併後、新たに、本文で挙げた（新）久喜市の自治基本条例が制定されたところである。
- (7) 条例が種類の別なく一律に議会の多数決で成立することから（地方自治法116条）最高規範性を否定する説もあるが、憲法において衆議院再可決で成立した場合も（憲法

59条2項)、地方特別法で住民投票が必要な場合も、法律としての効力の違いは認められないから、条例の成立手続の問題は実は最高規範性の問いと関係がない。

(8) 但し、三郷市自治基本条例の前文では、本条例が「最高規範」であることが明記されている。

(9) この問題については、山口道昭「自治体審議会と条例の実効性確保」法社会学74号(2011年)119~135頁。

(10) 憲法9条の例を出す迄もなく、自治基本条例が法の一種である以上、自治基本条例の実施を推進するといっても、その概念や文章が一体何を意味するものであるか、人により解釈が様々となるのは当然に、自治基本条例の実施を一般的抽象的に見るのか、或いは、具体的な事件を題材に個別的具体的に見るのか、更には、市民からの申立をまっぴら議論を開始するのか、それとも職権で推進を議論できるのか、判断のやり方は無数にありうるのだが、通例この種の委員会設置で、こうした手続論議が最初から決着していることは、極めて稀である。もっといえば、憲法の最高法規性を担保する違憲審査手続であれば、戦後憲法裁判から、貧弱とはいえ判例法理の蓄積を当てにできるが、自治基本条例を司る「推進委員会」には、そのような尺度さえない。仄聞するところ、こうした事情故に、こうした「推進委員会」では自治基本条例の実施の推進を議論することが極めて稀となっており、自治基本条例の条文や内容とは関わりの少ない議論が展開されたり、この条例に対する市民の周知を図る為の個別の事業が企画されたり、この条例の実施という本来の任務につき機能不全の例が多いという。結局、「推進委員会」であっても、自治基本条例の解釈をめぐる一つの決断をせざるをえない以上、そうした重たい責任にも拘らず、「法的冒険」がないことを非難するのは、無責任であるように思う。

その他にも、自治基本条例の制定改廃手続について、議会の議決に特別多数決を加重したり、議会の議決手続に住民投票を追加したり、自治基本条例に「硬性憲法的位置づけ」を与えることが提案される。出石稔「自治基本条例の最高規範性の確保に関する一考察」法社会学74号(2011年)101~118頁、金井恵里可「自治基本条例に最高規範性を与える法解釈の可能性」都市問題102巻5号(2011年)88~92頁。勿論、前提として、地方自治法116条が規定する等の議決手続が、こうした硬性憲法化を許容しているかという法律解釈の問題がある。但し、硬性憲法概念については、小嶋和司『憲法学講話』(有斐閣、1981年)9~15頁、同『憲法概説』(良書普及会、1987年)14~16頁。

(11) 例えば、「市民が主権者である」、「市民が市政の主人公である」、「市は市民の信託を受けて活動する」などと、自治基本条例の中で規定されることが極めて多いが、そのときの「市民」の概念で何を想定するのかで、市民参加であれ協働であれ、その具体的な中身は様々に分かれるのであり、現在のところ、こうした整理のないまま、各アクターが自分に都合のよい理解をしているのが現状といえよう。「国民」概念を

- めぐる様々な憲法上の議論につき、例えば次を参照、杉原泰雄『憲法』（岩波書店、1990年）87～102頁。
- (12) 高橋雅人「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面」早稲田法学会誌59巻1号（2008年）304～331頁、同「民営化における多元的行政の民主的正当化」『政治変動と憲法理論』（敬文堂、2011年）77～91頁。
- (13) この問題については、毛利透「行政法学における『距離』についての覚書（上）（下）」ジュリスト1212号（2001年）80～86頁、1213号（同年）122～129頁。
- (14) 例えば、日本国憲法においては、その100条2項の規定で、その内容を具体化する為の、例えば、国会法、内閣法、裁判所法などのいわゆる憲法附属法の制定が予定されていたのであり、その意味で本稿でいう構成機能は本体の日本国憲法が、制限機能はこれを補完する憲法附属法が、それぞれが分業的に担っているとも言える訳だ。尤も、自治基本条例において、この分業体制が規定されるか否かは必然的には決まらず、だからこそ、様々な自治基本条例においては、制限機能と構成機能が並存し、その結果、ある部分は詳細な規定をある部分は極めて簡略な規定が混在するということになるのである。憲法附属法については、大石眞「憲法典と憲法附属法」同『憲法秩序への展望』（有斐閣、2008年）1～32頁、同『日本憲法史〔第2版〕』（有斐閣、2005年）367～382頁。
- (15) 例えば、尾崎一郎「都市における公共性の再生と法の役割」長谷川編『市民的秩序のゆくえ』（北海道大学図書刊行会、1999年）113～141頁、同「生き甲斐としてのコミュニティ」法社会学55号（2001年）64～65頁。
- (16) ドイツの地方自治制度は、自治体に多様な選択肢を示す例とみならず見解も多いが、各州（ラント）がその領域の自治体の構造を一律に法律で規律することからすれば、自治体自身に選択肢は存在しない。勿論、各州自体は地方自治体ではないから、各州が自治体の構造を決定するという事そのものは、団体自治の実現とは無関係である。高橋洋『地方自治の生成と展開』（成文堂、2004年）。
- (17) 野口貴公美「『ホームルール』に関する一考察」自治総研34巻10号（2008年）33～53頁、同「ホームルール理念の『汎用性』」大津浩編『地方自治の憲法理論の新展開』（敬文堂、2011年）157～176頁、栗本雅和「home rule」法学教室165号（1994年）33～34頁、同「アメリカの地方自治制度」法律時報66巻12号（1994年）63～66頁。その意味で、2003年に志木市が計画した市支配人制度の導入も、自治基本条例のレベルではないが、自治体自身の組織の選択である。穂坂邦夫編『シティマネージャー制度論—市町村長を廃止する』（埼玉新聞社、2008年）。
- (18) 大石眞『憲法講義 I〔第2版〕』（有斐閣、2009年）180～181頁。
- (19) 三宅雄彦「職業官僚制における制度と身分」（新潟大学）法政理論39巻4号（2007年）333～337頁。
- (20) 三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』（信山社、2011年）41～45、171～175頁。同「企

業倫理の憲法的基礎」戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010年）50～53頁。

- (21) 残念ながら、本文で言及した問題について邦語文献は極めて少ない。Ernst Friesenhahn, Der politische Eid, 1928 (Neudruck, 1979); Werner Weber, Der politische Eid, in: Deutsche Juristen-Zeitung, 1936, Sp. 280-286; Hennig Zwierner, Politische Treupflicht des Beamten, 1956 (Nachdruck 1987).
- (22) 国家公務員及び地方公務員の宣誓については、前者については、国家公務員法38条、同16条、職員のサービスの宣誓に関する政令、後者については、地方公務員法16条、同31条、各自治体のサービスの宣誓に関する条例が、憲法遵守義務についてそれぞれ制定されているが、公務に対する市民の信頼保護という観点で規定される、各自治体の政治倫理条例、職員倫理条例も、こうした延長線上で把握できよう。関連して、原田三朗『公務員倫理講義』（ぎょうせい、2007年）。
- (23) ここでは詳述する暇はないが、本文の言及は、憲法99条を憲法の国家権力拘束の反映として把握する通説を放棄することに帰結する。そうなると更には、公務員の憲法尊重擁護義務と、基本権を国民の地位一般の具体化と理解した場合の、国民の基本権の濫用の禁止と公共福祉の為の基本権の行使の責任（憲法12条）が連続してくる。関連して、西浦公「国民の憲法尊重擁護義務について」高松工業高等専門学校紀要23号（1988年）118～124頁、同「憲法尊重擁護の義務」小嶋和司編『憲法の争点 [新版]』（有斐閣、1990年）273～274頁。
- (24) 尤も、首長の行政組織編成権が皆無であることを意味するのではない。地方自治法を始めとする各種の法律により、大幅に限定されている。藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005年）238～239頁、江原勝行「自治組織権」大石・石川編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）324～325頁。
- (25) 職務と権利・義務との関係については差し当たり次を参照されたい。石川健治「承認と自己拘束」岩波講座『現代の法1』（1997年）40～47頁、三宅（前掲注20）42頁。
- (26) 三宅（前掲注20）171～174、179頁。
- (27) 更に言えば、自治基本条例において住民投票制度が規定されるとき、その具体的制度では、公共善を実現する為の職務の思考に相応しい義務や権利を個別条例において書き込むべきだ、ということになる。
- (28) この他にも、職務概念からは、様々な解釈論上の帰結が期待できる。例えば、その範囲は重疊的ではあるが、職務を持つ者と持たぬ者の区別が職務概念から派生しうるのであり、だとすれば、職務のない一般の市民が職務を持つ者の権限の行使にどう影響を及ぼすかとの参加の問題と、職務のない者が職務を持つ者と共同善の実現に向けどう協力を結ぶかとの協働の問題とが、理論上切り分けられてくる。この問いは措かざるを得ないが、参加と協働の問題一般については、山田洋「参加と協働」自治研究80巻8号（2004年）25～43頁、斎藤誠「地域協働の行政法・試論」住民行政の窓292

号（2006年）1～19頁。更に、三宅（前掲注20）268～270頁。

(29) 本稿では、全く論及できなかつたが、そもそも国と自治体を同一の憲法の観点で議論してよいのか、という大問題が空欄のままである。例えばドイツ語においては、自治体の条例は民間企業の定款と同じ語なのであるが、その意味で、自治体の条例は、国の憲法ではなく民間企業の定款と同次元に存在していることになる。自治体の憲章と民間企業の定款と同じ概念で語る、英語の場合でも問題は同じだ。要するに、自治体とは一体何かについて、我々は殆ど知らないのだ。ここで例で挙げた条例の概念について、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造（1）～（4・完）」自治研究66巻4号（1990年）103～118頁、5号（同年）97～110頁、6号（同年）100～112頁、7号（同年）94～117頁、同「条例」法学教室165号（1994年）31～32頁。

（経済学部教授）