

住民投票の意義と法的拘束力について

— 住民自治制度の今日的課題 (1) —

池村好道

A Study of the Significance and Legal Binding Force of Local Referendums

Yoshimichi IKEMURA

Abstract

The 'principle of local autonomy' in Article 92 of the Constitution of Japan is generally considered to consist of two ideas. One is the decentralization, and the other is the participation of inhabitants. Out of several problems concerning the latter idea, only the two will be taken up in this short paper—the significance and the legal binding force of local referendums created by local ordinances.

As regards the former problem, the function of referendums should be highly estimated at present, and as regards the latter, the result of a local referendum should be considered as advisory, and not as legally binding.

Key Words : local self-government, participation, local referendum

I

憲法 92 条は、法律による地方自治の制度設計が「地方自治の本旨」に基づかなければならないことを定め、団体自治と住民自治という 2 つの理念を「防衛的」に保障する。

これらの 2 つの理念のうち後者の理念とかかわって、平成 24 年 8 月 28 日付新聞各紙は、前日に、静岡県の市民団体が全面停止中の中部電力浜岡原発の再稼働の是非を問う住民投票の実施を求め、16 万人余りの有効署名を提出して静岡県に対し住民投票条例制定を直接請求したことを報じている¹⁾。遡れば、我が国で最初に住民投票が実施されたのは 1996 年 8 月のことであり、このときの住民投票も、実に今回に似て、新潟県巻町における東北電力による原発建設計画の是非を問うものであった訳であるが、その後住民投票の対象事項とされてきたのは、何も原発問題だけではなく、米軍基地、公共事業、市町村合併なども住民投票で取り上げられてきている。ここには既に、どんな事項でも住民投票に馴染むのか、住民投票に相応しい事項とそうでない事項、という問題が提起されるところであるが、筆者としてはこの機会にその問題を含め、地方自治において住民投票制度をどう評価し、どう位置づけ、どう制度化すべきかということをやや幅広く論じてみたいと思う。議論の進め方としては、行政学的・政策的見地も、公法学的見地も共に重要ではあるが、以下では後者の見地、就中行政法的観点

を中心に課題に迫ることとしたい。

ところで筆者は、先般、秋田県の県央部に位置する潟上市が平成 24 年 6 月 12 日に自治基本条例を制定、公布するに至る過程で設置した同市の「自治基本条例策定委員会」に、アドバイザーとして少しばかり与る機会を得た。制定された同条例中には、同委員会や同市議会による検討・審議を経て、次のような形で住民投票制度が成文化されている。

(住民投票)

第 28 条 市は、市政にかかわる重要事項について、次の各号のいずれかに該当する場合は住民投票を実施するものとします。

- (1) 選挙権を有する者の総数の 50 分の 1 以上の者の連署をもって、その代表者から住民投票に関する条例の制定の請求があり、当該条例が議決されたとき。
- (2) 市議会議員から議員定数の 12 分の 1 以上の者の賛成を得て住民投票に関する条例の発議があり、当該条例が議決されたとき。
- (3) 市長が自ら住民投票に関する条例を提出し、当該条例が議決されたとき。

2 投票に付すべき事項、投票資格者、投票の方法、その他住民投票の実施に関し必要な事項は、それぞれの事案に応じて、その都度条例で定めるものとします。

3 前項の条例において、投票資格者を定めるにあたっては、選挙権を有する者に、外国人や満20歳未満の者を加えることができるものとします。

4 市の機関は、住民投票の結果を尊重しなければなりません。

この条項が今後、市や市民によって解釈・運用され、更には評価されるということであれば、住民投票制度を巡る様々な議論が要考慮事項として整理されているということも、それなりに意義のあることと考えられる。そこで筆者としては、小稿をもってこのような整理に当たることとし、アドバイザーを務めた者としての責の一斑を果たしたく思う。

II

少子高齢化の進行、コミュニティの変容など、近時は地方自治を巡る社会経済情勢が徐々に変化し、住民の意識、価値観にも一層の多様化が窺えるとともに、財政の逼迫という悪条件も重なるなか、それでも自治体には、変わることなく、適切に政策等の選択と遂行を行うことが強く求められている。結果として、地方自治の運営も往時のスタイルどおりという訳にはいなくなってきた。住民の意見・意向を反映させた自治体の意思決定という手法も、次第に重要性を増してきている。ここに住民投票もそのための一つの、しかも重要な制度として注目される訳であるが、そもそも住民投票制度を設けるにあたっては、法律による同制度の拡充という途もあり、条例による制度化もありうる。これら二つの方法は法制度論的にかなり異質な面があることから、差し当たっては条例による住民投票制度を主眼的に扱うこととし、その上で最初の論点として、住民投票制度の今日的意義の問題を取り上げよう。

この点でまず留意すべきは、首長又は議員の選挙と個別の政策・施策等の選択との関係であり、両者の関係を巡っては、「首長や議員の政治選挙は、すべての公共的社会問題に取り組むオールラウンド・ノンセクションの『政治』にかかわる全般的な代表者選出にはかならない。時々の選挙争点があるとはいえ、概して政治選挙は個別の自治体施策に関する直接明確な住民意思表示にはなりにくい。それに反して住民投票は、個々具体的な施策事項に関する住民意思の直接の表明たりうるわけで、議会や首長が個別施策事項を住民投票に問おうとすることは、住民自治の原理に適うとともに、一般政治代表の政治責任に基本的に反するいわれはない」⁽²⁾との正当な指摘がみられるところである。更に同旨で、様々な政策・施策上の争点が必ずしも候補者の選択あるいは政党の選択と結びつかなくなってきたという政治状況を指摘する⁽³⁾向きもあり、今日、個々の政策・施策上の争点について、

住民投票の実施を通じて住民の意思を確認し、政策等へと反映させることの意義は決して小さくはないといえる。加えて、首長や議員の任期も終期に近づいた頃に、選挙時には殆ど意識されていなかった政策等を巡る重大な争点が俄に浮上してくるということもありえよう。そして、「人民は代表者を選ぶ場合にのみ政治に関与すべき」との流れを汲む代表制を基調としながらも、「イギリス人民が自由なのは選挙の時だけである」との名言が示唆する制度的弊害が現実性を帯び、争点次第では長、議会と選挙民との間に考え方において大きな相剋が存在するものと認められるような場合には、住民投票による民意の確認は特に有用となろう。

しかし一方で、このような住民投票という直接民主主義的制度の拡充に対しては、極めて消極的な立場もみられる。「現行法の建前上、法律論として住民投票が無条件に妥当といえるかは疑わしい。個別重要課題をアド・ホックに住民投票に委ねて決定するのは、長や議会の権限と責任体制を侵害し制度の基本を揺るがせにするおそれがあるからである。また、政策論としても、目先の利害やムードに左右されがちな住民投票によって一貫性・展望性に富んだ総合行政を維持し、健全な地方自治の発展を維持しうるかは心許ない」⁽⁴⁾と説く見解に、主旨を端的に窺うことができよう。

斯様な考え方が先ず法律論として「住民投票に委ねて決定する」ことの妥当性を疑問視するのは、基本的には頷けるところであるが、この点は特に住民投票結果の効力という後述する論点と密接に関連することから、ここでは、政策論として住民投票結果の質を問題視する点のみを取り上げるとすると、背景には、現行地方自治制度において間接民主主義が基本とされているのは、自治体の規模からして間接民主主義が次善の策として選択されたということ以上に積極的な相応の理由がある、との考え方がるのである。即ち、「社会の複雑性が増し職能分化が進んで日常生活においても専門的技術や知見が要求されてくると、住民が片手間に行政に参与し、個々具体の案件について一貫性と展望性をもって賢明な選択をしていくことはむずかしくなっ」⁽⁵⁾てきており、「地方行政は、好むと好まざるとにかかわらず、それにふさわしい専門家を代表者に選定して、一定期間、これに委ね、住民は総合的視点から代表者の行為を監視してその責任を問う代表（間接）民主主義の方式によらざるを得なくなっている」⁽⁵⁾との指摘は、現代地方行政の多様化・複雑化とそれに起因する専門知識の必要性からするならば、住民の行政への直接参加は地方自治の機能不全に陥らざるをえない、という直接民主主義、就中、住民に決定権を付与するような直接民主主義の有用性に対する強い懐疑を如実に表現しているものなのである。

直接民主制、殊に住民投票に対するかかる消極的な見解について按ずるに、確かに、自由主義的国家観から社会的国家観への転換に伴って国家機能、行政の守備範囲が拡大してきていることは、日本においても否定しえないところであって、不可避的に行政の多様化・複雑化がもたらされてきてはいる。近年には経済の面での新自由主義の台頭もあり、「規制緩和」政策が実施に移される（勿論「規制緩和」とはいつでも、社会的法治国家思想とともに発展してきた給付行政の縮減も概念的には包摂されるが）という現象は見られたが、それとて行政の拡大傾向に本質的な変更を迫るものとは見做しえない。ここに先の消極論が行政に関する専門的知見の必要性を指摘するのは的を射ており、その意味で、官僚制が不可避なことと並び、間接民主主義の優位には必然的な面がある。また、このような専門的知見の必要性を背景に、行政立法、特に委任立法の増大、行政（自由）裁量の増加など、国政レベルでいえば国会による立法権の独占という理念（憲法41条前段）にとって由由しい事態の現出ということになるだろうが、要するに国、地方を通じての所謂行政国家現象、換言すれば議会の地位の相対的低下がもたらされているのだとすらいえよう。

問題は、そうであるにせよ、国政レベルと地方自治レベルで、事情を異にするところがありはしまいか、である。端的に言って、地方自治の上で政策等を巡って争点とされることが多いのは、地域の重要課題、地域住民の生活により密着した問題であって、例えば過去実施されたか否かを問わず住民投票において取り上げられた争点を振り返るとすれば、原発建設、米軍基地、中学校の統合、場外車券売場建設、産廃処理施設、スタジアム建設、大学誘致、空港建設、市町村合併、といった具合なのである。住民への十分な情報提供を行った上で住民の意思を問うということが保障されるのであれば、地方自治におけるそれ相当の専門的知見の必要性は否定せず、また案件によっては国政との繋がりがあつことを肯認しつつも、更には住民投票に適合・不適合な争点について検討が必要であることは認めつつも、基本として、民意の表出が愚かしいものであると評することはできないであろう。ここに、地方自治における直接民主制的制度、そして住民投票制度の意義は十分に認められる余地があるのである。

ところで、「Normとしての『地方自治の本旨』」を問題にする場合には、主として法律の意味における自治＝団体自治の観念が中心になる⁶⁾という傾向が、これまでの我が国公法学には強く、Normとしての住民自治、況してLeidbildとしての住民自治に関する議論の深まりはあまり見られなかったように思われる（Leidbildにどの程度踏み込むべきかについては議論の余地は残る

が）。比較的初期の固有権説、承認説及び制度的保障説の場合は言うに及ばず、これらの学説では明確とはされていない自治権保障の具体的内容、更には自治権を巡る憲法改正権の限界を詳らかにせんとするその後の諸学説⁷⁾にあつても、そもそも具体の地方自治を巡る課題に解答が可能なほどの「地方自治の本旨」に関する精緻な理論的成果が得られているかについては疑わしいし、なかでも住民自治を巡る理論的成果については手薄の感を否めないところがある。

また、世界標準とまでは言い難いにしても、1985年ヨーロッパ地方自治憲章に盛り込まれるなど、ヨーロッパを中心に広まりつつある地方自治の指導原理としての「補完性の原理」(The principle of subsidiarity)についても、ほぼ同様のことが言えよう。ここに「補完性の原理」とは、「個人と社会の関係性及び社会の構成単位間において、より下位の単位を優先する思想・社会哲学」⁸⁾を指し、ここでの文脈に即していえば、「市民自由によって市民自身の判断と行動で、また市民連帯による市民活動によって解決するのが基本です。けれども、そこで解決できず、社会全体で解決したほうが、より効果的であると認知された問題は、第一義的に基礎政府たる市町村が、さらには広域政府たる都道府県、中央政府たる国、さらに国際機関へと、問題解決のレベルを移しかえていきます」⁹⁾と表現される、謂わば下降型に対して上昇型の分権思想を意味する。このような考え方は、それが政治上の指導原理に止まるのか法的規準として機能しうるのかは別として、80年代以降真の「豊かさ」が我が国において問われるようになるなかで、地方分権の嚮導概念として極めて重要な役割を演ずべきものと認められるのであるが、その射程は基本的には「住民自治」にまで及ぶものとは見做されてきていないのが現実である。

しかし、翻って考えるに、「団体自治」や「補完性の原理」が求めるのは、それらを前提に究極的には「地域のことは地域で決める」ということ、即ち地域による自己決定なのであり、自己決定には必然的に自己責任が伴うことよりすれば、地域による自己決定は責任を地域住民が負い他地域に転嫁しえないことをも意味し、その担保として本来的には、地域住民の意見によって決すべきことを要請するのである。畢竟、地域における治者と被治者との文字通りの同一性が理想として要請されることになる。無論、実際問題としては、地域住民の意思をできる限り反映させて（立法政策に委ねられるところが大きからう）決するということが、そのような要請に対する回答とならざるをえないが。以上の意味では、「団体自治」を進展させ、「補完性の原理」の一層の推進を図るためには、「住民自治」、就中住民の直接民主主義的

参画の問題に積極姿勢をもって臨むことこそが、不可欠なのである。この点自治体では、所謂「自治基本条例」、更には「議会基本条例」が制定され、その中に住民の直接民主主義的な参画が諸種市政運営方式として規定される例が多くみられるが、基本的方向性としては評価されてよいであろう。また、このような趣旨からは、「地方分権推進委員会最終報告（平成13年6月14日）」が、「住民自治の拡充方策とは、地域住民と地方議会・首長など地域住民の代表機関との関係を改善して地域住民による自己決定・自己責任の自由の領域を拡充する方策である」⁹⁰ことを指摘した上で、「地方自治とは、元来、自分たちの地域を自分たちで治めることである。地域住民には、これまで以上に、地方公共団体の政策決定過程に積極的に参画し自分たちの意向を的確に反映させようとする主体的な姿勢が望まれる」⁹¹と住民に訴えかけたのは、住民自治を一層進展せしめるとする観点からは、妥当なものと評価しうるところである。

斯くして、直接民主主義的制度には、そしてその一環として住民投票制度にも積極的な評価が与えられてしかるべきものと思料される（ただし、計画画定手続、パブリック・コメント手続の導入等、行政手続法制が民主制的色彩を強めていく中で、同じく民主制的制度としての住民投票制度の位置づけをどのように考えるかの問題は残ろう⁹²）が、しかるに、過去においては、住民投票条例制定の直接請求があっても（或いは首長や議会による同条例制定の提案がなされても）、条例案が議会で可決をみることはめずらしく、更には同条例が制定されても住民投票の実施には至らないという例もみられたし、最近であっても、原発稼働を争点とした住民投票条例案が大阪市議会、東京都議会でも否決されたのに続き、本稿冒頭に紹介した浜岡原発再稼働を巡る県民投票条例案も、平成24年10月11日静岡県議会本会議で否決されているのであって⁹³、地方自治における住民投票による民意の確認は決して容易であるという状況にはないのが現実である。しかしながら、根本的には、選挙による代表への「お任せ民主主義」と決別し、間接民主制を基本としながらも、公益は私益の総和である、公益判断は私益の衡量の結果もたらされるものである、という発想を強め、リコール制度等が大掛かりで必ずしも使い勝手が良くないこともあって、積極的に住民投票制度を構想・運用していくことこそが、今日強く要請されているというべきなのではなかろうか。

Ⅲ

そこで続いては、自治基本条例を含めた条例によって制度として整合のとれた住民投票を構想・運用していく上での諸課題の検討ということになるが、皮切に住民投

票の法的拘束力の問題をここで取り上げよう。

この点に関しては既に、「町長は、巻原発予定敷地内町有地の売却その他巻原発の建設に関する事務の執行に当たり、地方自治の本旨に基づき住民投票における有効投票の賛否いずれかの過半数の意思を尊重しなければならない」と定める「巻町における原子力発電所建設についての住民投票に関する条例」3条2項の下で、1996年8月に実施された先に掲記の同町における住民投票の法的拘束力の有無をめぐる、学説上に趣の異なる二つの見解がみられたところであった。即ち一方には、「町有地の売却その他の原発関連事務の執行は、もともと町長の権限（地方自治法147条・149条）であって、法律上は議会の議決を要する場合はある（地方自治法96条1項5・6号）が、それ以上の制限はないから、法律より下の条例で町長に住民投票の結果に従えと決めるのは違法である」⁹⁴として、同条例に基づく住民投票を諮問型投票・法的拘束力のない投票と解する立場がみられ、他方には、群馬中央バス事件最高裁判決（昭和50・5・29民集29巻5号662頁）が「一般に行政庁が諮問機関の決定を尊重して処分をしなければならない旨を定めているのは『処分行政庁が、諮問機関の決定（答申）を慎重に検討し、これに十分な考慮を払い、特段の合理的な理由のないかぎりこれに反する処分をしないように要求することにより、当該行政処分の客観的な適正妥当と公正を担保することを法が所期しているためであると考えられる』として〔公正手続を問題としていることを踏まえると〕、手続的観点から町長の住民投票結果の尊重義務を捉えれば、やはり町長には町有地の売却等につき住民投票結果を尊重し得ない場合には、そこに『特段の合理的な理由』を必要とし、条例上、町長にはその旨の説明義務が法的に課されていると解するべきである。とりわけ、〔巻町条例3条2項にいう〕『地方自治の本旨』とは、本条例の制定経緯および目的（1条）から、住民自治の要素を強調するものと解される。したがって、町長がこの説明義務——その密度については検討を要するが——を尽くさず住民投票結果に反する行為をした場合は、手続違反として違法の評価を受くべきである。……住民投票結果には以上の意味での法的拘束力があるというべきである」⁹⁵と説く立場がみられたところである。

両見解を比較検討するに、第一に、法的拘束力の有無につき両見解は鋭く対立するよう見えて、実は住民投票の結果（内容）に法的に拘束力はなく、長としては内容的に異なった決定を行おうとしている点では、両見解ともに巻町の住民投票を決定型投票、法的拘束力のある投票と見做してはいないのである。確かに、憲法95条には地方自治特別法に関する定めがあり、国政上の立法権独占を宣言する憲法41条や同じく行政権の独占を

宣明する憲法 65 条に相当する憲法規定が地方自治に關してはみあたらないことなどからすれば、市町村の合併の特例に関する法律（4 条 11 項、4 条の 2 第 11 項・15 項）の場合と同様、個別法律又は地方自治法が住民投票を制度化し、しかも住民投票結果に法的拘束力を付与することは基本的には違憲の問題を生ずるものではないと考えられるが、そのような立法措置が採られない以上は、地方自治法等の法律によって与えられた議会や長の権限を法的に制約するような住民投票制度を条例により設定することは、違法の判定を免れることができず、結局条例による住民投票の設定は、諮問的なものとして扱わざるをえないであろう。因に、法律で拘束型住民投票を設けることは憲法上差し支えないとは言っても、大半の事項を間接民主制の外に置いてしまうのは憲法 93 条違反の問題を惹起するし、法律による諮問型住民投票の多用についても立法政策的に非難を免れまい。このようにして両見解ともに説くところが妥当と考えられるのである。従ってまた、「名護市における米軍のヘリポート基地建設の是非を問う市民投票に関する条例」の下で実施された住民投票の結果、反対総数が賛成総数を上回ったにも拘らず、名護市長がヘリポート基地建設容認を言明したのは条例違反であるとして、損害賠償請求が行われた事件につき、那覇地裁が、「仮に、住民投票の結果に法的拘束力を肯定すると、間接民主制によって市政を執行しようとする現行法の制度原理と整合しない結果を招来することにもなりかねないのであるから、右の尊重義務規定に依拠して、市長に市民投票における有効投票の賛否いずれか過半数の意思に従うべき法的義務があるとまで解することはできず、〔右尊重義務規定は、〕市長に対し、ヘリポート基地の建設に係る事務の執行に当たり、本件住民投票の結果を参考とするよう要請しているにすぎない¹⁰⁹」と判示したのは、支持されてよい。但し、同判決は投票結果に法的拘束力は伴わないとの結論を導出する過程で、該条例上は、市長が「賛否いずれか過半数の意思を尊重するものとする」（3 条 2 項）とだけ規定するに止まり、過半数の意思に反する判断をした場合については規定を欠いていることをも重視しているように読めるが、上述の管見では、そもそも過半数の意思に従う法的義務があるとの前提で、それに従わない場合に市長の判断は条例違反で違法となる旨の規定を置くこと自体、無効と見做されるところなのである。そしてこの趣意からすれば、本来条例による法的拘束型の住民投票も理論上は許されるが、住民投票の結果に法的拘束力を付与する旨の規定を住民投票条例案に盛り込めば、成立に向け長や議会の理解が得られにくくなるので、同条例案にはその種の規定を盛り込むことは避けるという、住民投票の実施を容易ならしめようとの一種の配慮も、そ

もそも謬見をはらんだ無用の考えということにもなる。更に政治動態論的にみても、例えば長と議会が対立する問題について住民の意見を問ひ、その結果に従おうとするような代表機関の意向表明は、代表機関の責任回避という問題を抱え込むことにもなる。付加すれば、「行政庁の権限の委任」の法理と同様、権限の所在に変更を加えるのであれば、そもそも権限が法律により授権されているのであれば法律上に、条例により授権されているのであれば条例上にその根拠がなければならぬものと考えられるのである。

これに関し、前掲の潟上市自治基本条例に目を転ずると、その 28 条 4 項は「市の機関は、住民投票の結果を尊重しなければなりません」と規定し、形式上（文言上）に法的拘束力を示唆するところがなく、また同項の解説においても、「投票結果に従う『拘束型』の住民投票は法律に基づく住民投票のみに認められ、条例で団体意思の決定権を配分することには違法の疑いがあるとの考えから、投票結果を尊重する諮問型の住民投票としているものです¹¹⁰」と述べられているのは、自治体による法令の自主解釈権を尊重しつつ、妥当な解釈を提示するものと評価することができよう。

第二に、後者の見解が前者の見解とは異なった観点から、換言すれば手続法的観点から法的拘束力を主張する点は如何か。この点につき、確かにこの見解が引用する最高裁判決の説示する通り、一般に法が諮問機関による答申の尊重義務を課すのは、答申を慎重に検討し、それに十分な考慮を払って、特段の合理的な理由がない限りそれに反する決定をしないことを要求する趣旨であると考えられはするが、だからといって、このことから直ちに、答申に反する決定をする場合には特段の合理的な理由の説明義務が課されるということを引き出すのは、論理に飛躍がみられ、無理があろう。最高裁もそこまで踏み込んではいない。このような説明義務が決定権者に課されているというがためには、別途法上に根拠を要しよう。これを巻町条例の事案に当てはめると、説明義務の根拠規定は同条例上には見当たらず、従って、説明義務違反によって町長の決定が違法性を帯びるという後者の見解の立論には難ぜられるべきところがあろう。尚、群馬中央バス事件の東京地裁判決は、問題となった運輸審議会の性格につき、委員の任命に両議院の同意が要求されている点、厳格な兼業禁止が定められている点、公聴会主義の原則採用の点などに鑑み、自動車運送事業等の事業の免許及びその取消し等の事案に関する限り、同審議会は実質的には参与機関であると判示した¹¹¹のであったが、仮に（本稿では詳論は避けるが）この判示が支持され、参与機関とは異なる決定の余地が肯認されたとしても、特別に先の説明義務を解釈により導き出すことが

できるということにもならぬであろう。

第三には、上の第二の点と関連し、住民投票の結果に長等が従わないのであれば、その理由を住民に説明・提示するという義務を条例によって課すことは可能であろう。何となれば、条例により手続として説明義務を創設することまで地方自治法等の法律が禁ずるものとは解されないからである。地方自治法等の法律に規定された長、議会等の権限はそのままに、理由の説明という手続を自治体の判断で新たに設定、上乘せするということなのであり、現に長等による決定が行政手続条例の適用対象とされている場合に、住民投票条例上に新たに説明義務を規定するというのであれば、当該規定は行政手続条例上の関連規定との関係では、特別法としての位置づけを与えられよう。この点例えば、情報公開条例の下で、開示決定等に対する行政不服審査法上の不服申立てに係る情報公開審査会の調査審議の結果として答申があり、諮問庁がそれとは異なる内容の裁決又は決定を行うという場合には、行審法という（事後）手続法律が裁決・決定には単に「理由を附す」べき旨を定めている（同法41条1項・48条）のを超えて、答申に従わないときはその理由を裁決・決定において提示すべきことを情報公開条例上に義務として定めることが比較的困難と考えられるのは、事情が異なるように思われるのである（事実上は、答申に従わない理由が裁決・決定の理由の中には記載されようが。これとは別に、情報公開審査会に対して理由を書面により示すべきことを情報公開条例に規定すること自体は、問題がないであろう）。

このようにして設定された住民投票条例上の説明義務が履践されない場合、長等による投票結果に従わない内容の決定は、確かに手続法的に違法との評価を免れないところではある。しかしながら、この違法性が職権取消や争訟取消の場面を想定したときに、決定の効力を否定するという結果をもたらすのかについては、大いに疑問である。何故なら、住民投票を実施するくらいの重大な政策・施策上の課題について最終決定を行い、更に住民も注視するなか住民投票の結果に従わないことを決定したというのであれば、長等は公益判断は勿論のこと、政治判断を含め熟考の末にこれを行ったものと考えてよく、住民に示す理由を再考することによって、既に行われた決定内容が左右されることになるとは考え難いからである。この点については、ドイツの（連邦）行政手続法における行政行為と（広義の）手続的瑕疵の関係を巡る次の規定が大いに参考となる。

「……無効とはならない行政行為の取消は、当該違反が事案における決定に影響を与えなかったことが明らかなる場合は、当該行政行為が手続、形式又は土地管轄に関する規定に違反して成立したということのみを

理由としては、これを請求することができない。」（46条）

この規定の法意は、略説すると、手続違反は伴うが実体的に適法な羈束行為の場合に加え、同じく手続違反は伴うが手続違反を回避したとしても同一の行為が行われたものと見做される裁量行為の場合にも、手続違反のみを理由とした争訟取消は排除される、ということに求められる⁸⁸。行政経済、訴訟経済の観点を中心に据えた立法的選択の結果なのであるが、この規定における裁量行為の取扱いを、住民投票後の長等による決定へと援用することは、（一つの割切りとしてはあるが）支持されてよいように思われる。長等による決定が行政行為に当たる場合は寧ろ少なからうが、同じく裁量判断によるものではあるが故に、当該決定に係る案件は住民投票の対象となりうるのであり、且つ熟考後の当該決定に先述のとおり事後の内容的変更の可能性はないものと見做されるからである。斯くして要は、説明義務違反を長等による決定の効力を否定することへと結びつけることは妥当ではなく、決定は法的には有効なものとして扱い、説明義務違反は、特にその繰り返しがあればなお一層、住民投票結果と異なる長等の決定の是非の問題と同様、選挙や解職請求（議会の場合には更に解散請求が加わる）といった政治的責任追及のルートに載せて解決を図るのが適切であろうし、こう考えると、説明義務違反を決定の無効原因と見做すのも不合理ということができよう。

IV

住民投票（の結果）の法的拘束力の問題は以上の如く捉えることができ、就中、自治体の長等としては住民投票の結果とは異なる決定も選択しうる点が重要であるとしても、従ってまた、長等が投票結果に従わなくてもよいというのは形式的詭弁である⁸⁹、とまで言い放つことは必ずしも適切ではないにしても、首長等の決定に対して投票結果が事実上の拘束力をもつというのが常態であり、またそうであるべきであるとは言えよう。投票結果が決定に反映されることを住民が期待し、またその期待に原則的に応えるという姿勢で長等が臨む（住民ではなく、長や議会の提案に基づく住民投票条例の場合は、特にこの傾向は強かろう）が故に、住民投票条例が制定され、住民投票が実施されることになるからである。そう考えると、投票結果は長等が事実上従うべき内実を具えたものであり、住民投票制度自体がそのような内実を担保する仕組みとなっていることが不可欠であると言えよう。ここに、住民投票の仕組を巡って検討すべき制度論的課題が提起される。①住民投票の対象とすべき事項をどう選択するか。先の静岡県の事例にみられる原発政策、或いは基地問題のように、地域の課題が国策、更に

は国際政治と深くつながっているような場合、争点が一部地域のみにかかわるという性格が強く（迷惑施設の設置問題など）、投票結果が自治体内の少数者を抑圧するということになりかねないような場合、等も検討対象となる。所謂個別型投票条例か常設型投票条例かという点も独立した大きな課題であるが、仮に後者を想定するとすれば、対象事項についてはポジティブ・リスト、ネガティブ・リストのいずれの方法によるかが、極めて強い関心事となってくる。②投票権者として、選挙権者の外に未成年者や定住外国人を含めるか。③争点に対する住民の賛否を問う形式を、二者択一とするか多肢選択式とするか。④公職選挙法が適用されないことを前提に、住民投票のルールをどう定め、ルールの遵守をどう担保するか。⑤投票の成立要件を定めることが適切か、また投票結果の存続期間についてはどう考えるべきか。以上の外にも、十分な情報提供のあり方など、制度設計上の論点は多岐に亘る。

それらの課題については、稿を改めて論ずることとしたい。

〔追記〕本稿は、自治基本条例をテーマとする講演向けに用意した草稿の一部を、参考文献を明示するなど手を加え、論稿形式に整えたものにすぎず、筆者自身意を尽くしていないところが少なからず含まれており、補訂について他日を期したく思う次第である。平成24年11月22日摺筆。

註

- (1) 同日付朝日新聞、読売新聞、毎日新聞など参照。
- (2) 兼子仁「住民投票の可能性」2001年度総会・研究会報告集（日本自治学会）73頁。

- (3) 〈座談会〉『『住民投票』の挑戦と課題』における森田朗教授の発言は、住民投票制度導入の背景の一つとしてこの点を指摘する（ジュリ1103号14頁）。
- (4) 原田尚彦・新版地方自治の法としくみ（改訂版）76～77頁。
- (5) 原田・前掲書74頁。
- (6) 成田頼明「地方自治の保障」宮沢遼暦・日本国憲法体系第5巻（統治の機構Ⅱ）289頁。
- (7) 初期及びその後の学説の状況を整理したものととして、樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂・注釈日本国憲法下巻1378頁以下（中村分担）、小林武＝渡名喜庸安・憲法と地方自治（現代憲法体系⑬）104頁以下（小林分担）などを参照。
- (8) 地方自治の保障のグランドデザイン—自治制度研究会報告書—（全国知事会）50頁。尚、「補完性の原理」が、より上位の社会的単位の役割を拡大する可能性をも秘めている点を含め、この原理については、同報告書が有益である。
- (9) 神原勝・増補自治・議会基本条例論86頁。
- (10) 本稿では、自治研究77巻12号148及び153頁より引用。
- (11) 同旨、註(3)座談会での磯部力教授の発言（同誌25頁）、藤原静雄「『市民』・『参加』・住民投票」公法研究64号181頁。
- (12) 翌日付朝日新聞、読売新聞、毎日新聞など参照。
- (13) 阿部泰隆「住民投票制度の一考察」ジュリ1103号42頁。
- (14) 三辺夏雄「巻町原発住民投票の法的問題点」ジュリ1100号43頁。
- (15) 那覇地判平成12・5・9判時1746号122頁。
- (16) 潟上市企画政策課・潟上市自治基本条例逐条解説22頁。
- (17) 東京地判昭和38・12・5行裁例集14巻12号2255頁。
- (18) 同条の解釈及び1996年改正前の同条の解釈等につき、詳しくは、拙稿「ドイツにおける行政手続の瑕疵・再論」関古稀・自治行政と争訟449頁以下を参照されたい。
- (19) 原田「住民投票と地方自治」都市問題87巻1号5頁。原田・前掲書77頁をも参照。