特別区長間接公選事件・再考
――上告趣意書をめぐって――

斎藤　誠

はじめに

筆者は、地方自治法理の史的研究の一環として、特別区長間接公選事件最高裁大法廷判決（昭和三八年三月二七日刑集一七巻二号一二一頁）における憲法上の地方自治保障論に、入江俊郎裁判官の地方自治論が色濃く反映していることを論じた。[1] 他方で、同判決は、地裁判決に対してなされた（戦後三件を数えるにとどまる）検察官側の跳躍上告に対して出された判決であり、なおかつ結論としては検察側勝訴である。したがって、訴訟プロセスに即して同訴訟を見て、上告審における検察側の主張がどのように功を奏したのかを考察することも、同判決を歴史的に位置づけ、現在における意味を再考するには必要であろう。

偶々、検察側の上告趣意書について、横井大三氏（当時、東京地検公判部長、後に最高裁判事）がその原案を作成したことを、『村上朝一追想録』（一九八八年）から知ったので、この機会に、上記再考の一斑として、同上

告趣意書を読み解く作業を行うことにする。

一　飛躍上告に関する横井大三氏の回想

横井氏は、同書で、特別区長間接公選事件（以下、特別区長事件と略記することがある）だけでなく、いわゆる砂川事件（一審は東京地判昭和三四年三月三〇日判時一八〇号二頁、最高裁判決は、最大判昭和三四年一二月一六日刑集一三巻一三号三二二五頁）の飛躍上告についても回想している。砂川事件は、近時、社会的にも関心を集めているところ[2]、同書は、非売品で現在一般の目に触れる機会も少ない書籍であろうから、まず、こちらについての述懐も紹介する。

「飛躍上告の第一は、いわゆる伊達判決に対するもので、この判決は、下級審とはいえ、裁判所が違憲立法審査権を本格的に行使した最初のものであった。しかも事柄はアメリカ軍の駐留が憲法九条に違反するかどうかということであるから、日本国憲法の急所を鋭く突いたものであった。したがって、飛躍上告をすることについては異論がなかったが、上告理由をどう組み立てるかについては議論があったように思う。事案の性質上検察庁内部では公安部と公判部が共同して上告趣意書を書くことになり、村上さんは最高検の公判部長として、私は地検の公判部長としてこれに参画した。判例集に登載されている上告趣意書を読み返してみると、第一点の憲法三一条論と第三点の統治行為論にはそれほど時間がかからず、第二点の憲法九条論については自衛権がどこまで認められるかと主張すべきかにかなりの時間がかかったように思う。[3]」

そして、特別区長事件である。

「飛躍上告の第二は、渋谷区長間接選挙違憲判決に対するもので、これは公安事件ではなかったので、私が上告趣意書の原案を作成し、村上さんに見て頂いたのであった。この事件では飛躍上告しなくてもという意見もあったが、制度の憲法違反ということでもあり、影響するところも大きいというので、あえて飛躍上告したのであった。判例集にある上告趣意書の冒頭にもそのことが述べられている。本稿を草する機会に上告趣意書全文を読み直して見ると、生半可な大都市行政論を臆面もなく展開したものだと思うし、村上さんがよく通して下さったものだと思う。村上さんは小事にこだわらず筋が通っていればそれでよいという考えの方であったからであろう。[4]」

さて、横井氏は「生半可な大都市行政論」と回顧しているが、上告趣意書が原判決の説示に対し、論点ごとに詳細な反論を行って、最判の説示を引き出したところがあることも確かであり、なおかつ、いわゆる特別区設置法の制定（二〇一二年）や、「縮小社会」「縮小都市」における都市内分権の展開など、同判決に（も）立ち戻っての考察が求められる事象も続いているから、上告趣意書を紐解く現代的意味もあるはずである。

二　跳躍（飛躍）上告制度とは何か[5]

次に、刑事訴訟の跳躍上告制度について略説する。第一審判決に対して、控訴を経ずに直接最高裁判所に上告を申し立てることができるのが跳躍上告制度であり、その具体的な要件については、刑事訴訟法四〇六条を受け

て、刑事訴訟規則二五四条が左記の通り定めている。

第一項　地方裁判所又は簡易裁判所がした第一審判決に対しては、その判決において法律、命令、規則若しくは処分が憲法に違反するものとした判断又は地方公共団体の条例若しくは規則が法律に違反するものとした判断が不当であることを理由として、最高裁判所に上告をすることができる。

第二項　検察官は、地方裁判所又は簡易裁判所がした第一審判決に対し、その判決において地方公共団体の条例又は規則が憲法又は法律に適合するものとした判断が不当であることを理由として、最高裁判所に上告をすることができる。[6]

第一審裁判所による違憲判断、条例・規則の違法判断、及び条例・規則の場合の憲法・法律適合性判断について、迅速に最高裁判所の判断を求めるための制度であり、三審制による審理の例外をなす。[7] 他方で、憲法学においては、日本の司法審査制度は、いわゆる付随的審査制を採用しているが、「上級審、とりわけ最高裁判所においては、憲法判断の最終性に焦点をあてた制度が用意されていることに注目しなければならない」として、上告、抗告、事件の移送等とあわせ、跳躍上告制度に言及がなされている。[8]

しかし、実際に最高裁に憲法判断を求めるべく、この制度が用いられた例は少なく、検察官の上告にかかるものは、横田氏の回想に登場する砂川事件と特別区長事件の二件、及びそれに先行して尊属傷害致死規定違憲事件[9]の計三件があるにとどまる。食糧管理法違反事件においては、被告人側が第一審判決に対して跳躍上告したが、

最高裁は適法な跳躍上告理由に該当しないとした。(10)

本件において検察官側が跳躍上告をなした理由を、横田回想が指摘する上告趣意書冒頭部分から確認しておく。

「…原判決の無罪理由のうち、地方自治法第二八一条の二が違憲無効であることを根拠に直ちに本件贈収賄罪の成立を否定すべきものとした点は、社会通念に反するばかりでなく、法律論としても疑問なしとしないが、その前提として地方自治法第二八一条の二を憲法に違反するとした点は明らかに憲法の解釈を誤つた不当な判断でありしかもその判断が原判決においては被告人らに対し無罪の言渡をした唯一の理由となつているので何よりもまずその誤れる判断の是正を求める必要があり、更に、原判決の右の誤れる憲法解釈が近く相次いで行われる特別区長改選に際し無用な紛争を惹起する原因となることを防止する必要もあるので、本件上告に及んだ次第である。従つて、本件上告における主たる論点は、特別区が憲法第九三条第二項の地方公共団体にあたるかどうかにある。」

三　上告趣意書の構成とその主張に関する考証

(一)　全体の構成

上告趣意書は、右記論点について、まず原判決の要旨を以下のように示す。

「[原判決の理由の要旨は]憲法第九二条にいう「地方自治の本旨」とは「地方分権の徹底化」であり、特別区

は日本国憲法制定当時憲法上の地方公共団体たる実質を備えていたばかりでなく、憲法も特別区のこの既成事実を認めた上地方公共団体という概念を用いたと考えるべきであり、地方自治法も当初は特別区が憲法上の地方公共団体たることを認め市に関する規定を適用することとしていたのであるから、後に同法の改正により、特別区の権限を縮少して都の内部機構とし、区長の公選制を廃止するが如きは、憲法にいう「地方自治の本旨」に違反し、地方公共団体の首長公選を保障する憲法第九三条第二項に違反するものと解すべきであるというにある」。

そして、それを「憲法及び地方自治法の理解において明らかな誤り」として、検察官側の基本的立場を以下のように提示する。

「特別区は、人口の密集し、市街の連続する大都市の一区劃である。そこに、特別区の地域団体としての特異性がある。憲法がかかる事実に盲目であつたとは到底考えられない。この動かし難い事実を前提とする限り、法律がある時期において特別区長の公選を認めていたとしても、その当否はともかく、憲法上より見れば、それは、許されたる一つの政策に過ぎない…（中略）…すでに牧歌的地方自治の時代は過ぎ、いまや、広域行政、福祉国家の要請に応えるべく、新しい地方自治のあり方を考えなければならない時代である。かかる時代における、東京の如き大都市の、しかもその末端の自治の組織を如何に構想するかは、古い地方分権の思想を振りかざしてこれに立ち向うべき問題ではない。特別区の社会的経済的実体を客観的に眺め、新しい時代の要求と伝統的な住民自治の要求とをともに満足させうるような地方自治の組織を追求することによつて解決すべき問題である。従つて、それは多分にいわゆる政策の問題であり、原則として国会と政府とがその責任においてきめるべき問題である…」。

ここで既に、「特別区の社会的経済的実体」に着目すべしという方向が示され、それは論点にかかる問題を「政策の問題」領域に持っていく根拠になっている。

「かように考えたからといつて、それは、決して、原判決のいうような「全体主義、素朴なる中央集権」の思想につらなるものではない。時代の推移、社会的経済的基盤の変動による地方自治それ自体の内容的変化である」。

この基本的視点を、以下の項目で詳細に敷衍し、原判決に論駁している。

第一、憲法第九二条にいわゆる「地方自治の本旨」について

第二、憲法第九三条第二項の「地方公共団体」の意義について

第三、憲法制定の経緯について

第四、地方自治法その他の法律上の特別区について

第五、共同体意識について

第六、いわゆる二重構造論について

第七、原判決の政策論について

もっとも詳細なのは第四であり、第二がそれに次ぐが、以下では他の項目も含め、最高裁の判断との対応関係に留意しつつ読み解いていく。

㈡　地方分権の徹底化という原意解釈vs地域社会の実体による解釈（第一～第三）

原判決は、右記の上告趣意書冒頭部分でも要約されているように、ⓘ地方分権の徹底化を憲法第八章導入の意

義と解した上で、ⅱ九二条における地方自治の本旨も、地方分権の徹底化を意味し、ⅲ九三条の地方公共団体もⅰⅱによって解釈しなければならないとした。その帰結として、特別区は、憲法制定前に、既に都制改正によって区長公選制が認められ、なおかつ憲法制定後に、地方自治法において「市と同格に取り扱われていた」のであるから、憲法上の地方公共団体であることが「明白」であって、法律改正によって「区長の公選制を奪うことは」許されない、とした。

この立論に関して若干のコメントを挟んでおくと、一つには、憲法制定後、（現在の状況とは異なって）地方分権に憲法上の原理・原則として高い位置づけを与えることは、この判決の独創（独走?）というわけではなく、例えば、田中二郎博士が、行政法の基本原理の筆頭に、地方分権主義を掲げたことは著名である。[11]

もう一つは、法律によって分権化の方向に歩を進めた制度を「奪う」ことは憲法九二条の地方自治の本旨に違背するという立論は、憲法二五条の生存権に関する「制度後退禁止原則」の主張を想起させる。分野は異なるものの、当該原則の定立にかかる賛否の議論も、一審判決を論ずるに当たっては参考に値しよう。[12]

上告趣意書（以下、趣意書と略記する）は、それに対して、「地域社会」及び「地方公共団体」の「実体」と「動向」、そしてその具体的内容としての「行政の統一化集中化」への動き、を軸に九二・九三条の解釈論を展開する。

「地方自治はそれを成り立たせるに足りる地域社会の存在があってはじめて可能であるのに、その地域社会の実体は社会条件の変化に伴って動くものであり、しかも、それは、原判決のいう地方分権の徹底化を可能又は容易ならしめる方向へ向ってのみ動くとは限らない…（中略）…、近時、人口の都市集中、交通の発達、産業構造の変革、経済の広域化により、地域社会の規模は次第に大きくなる傾向にあり、その意味で行政の統一化集中化

を求める要素は強くなりつつある…」（第一）

「元来、憲法は、特定の具体的団体に対して地方自治の保障を与えているのではない。地方公共団体としての実体を備えている団体に自治の保障を与えているのである。」

「われわれも、憲法上の地方公共団体にふさわしい実体を備えた団体の諸権能を法律により奪うことを是認するものではない。われわれが主張せんとするのは、如何なる原因によるにせよ、現実に地方公共団体たるにふさわしい実体の失われた団体に対しては、憲法上地方自治の保障を与える必要はない、憲法の保障しているのは、地方自治の機構としての地方公共団体の存在とその民主的な組織と運営であるというにある。」（以上は第二（一））

「これ[13]によれば、府、県、市、町という当時存在し現在もなお存在する、より独立性の強い地方公共団体すら、将来の社会の実態の変動を考慮し、首長公選の保障を憲法の明文によつて与えることを避けたことが明らかである。」（第三）

それではそうした実体を何によって判断するのか。趣意書は、一審判決が区の憲法上の地方公共団体性の根拠として挙げた㋑住民に対して直接行政を執行する権能、㋺区長公選制、のそれぞれについて、㋑一部事務組合、㋺昭和三一年法改正前の特別市の区長、という憲法上の地方公共団体ではないものへの付与の例を挙げて反論し、以下の判断要素を示す。

「憲法上の地方公共団体であるかどうかは、そのような一、二の特徴［筆者注、右記㋑㋺］より判断し得るのではなく、当該地域社会の客観的な社会的経済的実体、その主観的な面ともいうべき共同体意識、更にはそのよ

うな地域社会が形成されるに至つた沿革的基礎等の各般の事情の綜合の上に立つてはじめてきめられ得ることがらである。」（第二（二））

これを、最判が示した定式と比較すると、最判は、「右の［筆者注、九三条二項の］地方公共団体といい得るためには、単に法律で地方公共団体として取り扱われているということだけでは足らず、事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもつているという社会的基盤が存在し、沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とする」とした。こちらは、社会的基盤と基本的権能の両建て論であり、その特別区への適用にあたっては、「特別区の実体」の探索はもっぱら後者にあてられている。

なおかつ、最判が、後者につき、「相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能」としたことについては、原審での検察官の主張、及びそれがベースにした、昭和二七年地方自治法改正時の政府見解が、憲法上の地方公共団体について「それ自身で完結した一般的権能を有する地方公共団体」「基本的標準的な地方公共団体」であることを要するとしたのに対して、そこまでは要求しない趣旨を表現したものとされている。[14]

趣意書は、右記の判断要素の部分では基本的権能には触れないが、それにつづく特別区の沿革の考察においては、戦前の制度の動向、特に自治権の制限に着眼する。それに対して、戦後の憲法制定前の制度改正については、以下のように、特別区の「実体と動向」によらない「政策」であるとして、㈢で分析する特別区の権能にかかる現行制度に対する記述と、その評価を大きく異にしている。

「終戦後の特別区の権限の拡張は、当時の特殊な事情とも関連し、特別区の実体と動向とを見極めることなく、すでに議会で審議中であつた憲法改正案の趣旨を地方自治の末端にまで形式的に推進しようとして取られた一の政策であつたと見るのが相当であり、区長公選の如きは、任命制をとつていた政府案を議会が修正の上採用したのであつて、その経過より見て憲法の要請としてではなく、当時の議会内の空気を反映した政策と見るべきである。」（第二（三））

最判における沿革論（「ひるがえって、東京都の特別区にこれを見るに」以下の部分）は、このような立論には依っておらず、むしろ、「特別区の実体」に関しては、（以下で見るところの）趣意書第四が詳論する戦後特別区における実定法上の権能の制限の方に、応えているとみることができる。

㈢　実定法から見た特別区の「実体」及び地域社会の「実態」

原判決が、地方自治法の制定により同法二八一条二項が設けられ、同法上は区が「市と同格に取り扱われていた」とするのに対して、趣意書は、ⓘ同法、ⓘⓘ警察法、消防組織法及び地方税法、ⓘⓘⓘ「特別区の実態」に分けて、詳細に反論している。[15]

ⓘ地方自治法については、①区に関する都の条例定立権限（二八二条）、特別区への都吏員の配置（同法施行令二一〇条）を挙げる――「このような規定は、府県と市との間にはなく、特別区が大都市の一区劃であるという特異性に由来するもので、特別区の地方公共団体としての自主性に対する大きな制約である」。

②　同法における市と区の事務の差異として、α）地方自治法附則四条が、道路法、水道条例、都市計画法等の市に関する規定を区には適用しないとしており、β）附則二条による東京都制一九一条の存続により、他の法律に

おける「東京市・市役所等」の規定について、「東京都・都庁等」と、いわば都に読み替えがなされ、なおかつその場合には、「東京都の区の存する区域をもつて東京都の区域とみなすこととしている」ので、「区と都とに担当事務の競合を認めている」。γ)「特別区の法令による事務の中に都条例による事務が加わつている」。

以上α)からγ)の相違は、「特別区が大都市内の一区劃を基礎とする地域団体であり、沿革的にも一個の市の一部として他の部分とともに一体をなして発展して来たものであるため、実質的には市と同様に取り扱うことができないことを示すものに外ならない」。

ⅱその他の法律については、①警察法、消防組織法につき、原判決が、両法において特別区が「連合」して警察、消防の責に任ずるという文言を持つことに着目したのに対して、両行政の「実体」によってその解釈を斥ける。

「特別区全体に一個の警察、一個の消防を維持させることとしているその実体をこそ重視しなければならない。すなわち、特別区の存する区域が全体として一個の市街地を形成しているため、それぞれの区に市なみの独立した警察及び消防を維持させても全くその効果がないという点に右規定の設けられた実質的理由がある…」。

②地方税法が、区を課税権を有する「地方団体」に加えない等の「特殊な取扱い」を、地方自治法後も続けていることを、やはり、地方自治法が区を市と同格と見ていないことの論拠として挙げる。

「…東京都制の改正規定及び地方自治法が特別区を実質において市と同格に見ず、特別区の存する区域の事務を都も処理しうることとした建前と一致するのであつて、事務の存するところに財源を与えるという税法の建前よりすれば、地方税法が殆んどすべての市町村税的財源を都に与えている事は、逆に地方自治法が特別区を実質

上市と同格に見ていない証左といえないことはない」。

㈢以上の法制上の検討から出てくる、地方自治法及びその他の法令において特別区は「実質的には市と同格の地方公共団体とはいい得ない」という帰結は、「特別区の実態を見ることによって更に明瞭となる」とする。

まず、都における人口増、都心三区における昼夜間人口差を挙げ、特別区全体の一体性を強調する。

「これらの数字は、特別区がそれぞれ独立の市的地方公共団体として発展せず、都心部とその周辺とがおのおの特異性を有しつつ、その全体が一個の市的存在として発展しつつあることを示すものに外ならない。すなわち、特別区のあるものは商業地区として、あるものは工業地区として、あるものは官公署地区として、またあるものは住宅地区としてそれぞれの特色を発揮しつつ、それらが綜合されることによつて一つの市的地方公共団体たる形態を整えつつあることを示すものに外ならない」。あわせて、選挙権に関する居住要件規定（公職選挙法二六六条）も一体性の論拠として提示している。

次いで、財政面における各区の財源の偏在から、「特別区を税法の面において独立した市同様に取り扱えば、各特別区間に税収に著しい差異を生じ、そのままでは各区の行政内容に極度の不均衡を生ずる虞のあること」、及び、道路交通、上下水道、都市計画等の行政について、「少くとも特別区の存する区域全体につき、統一と均衡と計画性とを要求する社会の実体があることは特に説明するまでもないところ」であるとする。

以上を「このような実体」として、その上に立つと「東京都における地方自治の問題を考える場合、素朴単純な分権論をもつて律することのできないものがあることも明らか」という。

さらに、東京以外も含め、「大都市内の区は次第に独自性を失い、全体の一部たる要素を濃くして行くのが現

実である」として、以下を論拠として掲げる。

ⓘ大阪市・京都市のかつての法人区が、現在は「完全な行政区」になっていること、ⓘⓘ昭和二二年地方自治法における特別市制も、その区を行政区としていたこと、ⓘⓘⓘ昭和二六年地方行政調査会議の勧告説明書における、特別区が「大都市行政の一体的能率的運営を阻害しない範囲においてのみその自治の許されるべきこと」の強調、ⓘⓥ昭和三一年都政調査会の審議における、「区の存する区域が、全体として一体的な地域社会である実態にかんがみ、各区行政の企画、運営および経費負担の総合化を必要とし、そのためには都区行政の有機的一体化を強化する必要」があるとする見解、である。

そして、この項における原判決への反論を、「原判決は、結局このような特別区の現実に十分な考慮を払うことなく、地方自治法が特別区を地方公共団体の一つとして掲げ、原則として市に関する規定を適用することとしている点を重視した結果、特別区を憲法上の地方公共団体であると誤解するに至つたもの」と、まとめている。

地方自治法及び他法における、市と特別区との差異、及びその差異をもたらしている「特別区の実態」「社会の実体」「特別区の現実」による主張であるが、最判の説示及び往時の議論状況との関係では以下を指摘できる。

第一に、最判も、前記定式にいう、憲法上の地方公共団体と言い得る「実体」を特別区が備えているか否かという当てはめにおいては、昭和二一年都制以来の区長公選制の採用と地方自治法における、原則としての市に関する規定の適用にもかかわらず、直接行政の執行の「範囲と権限において、市の場合とは著しく趣を異にするところが少なくなかった」として、諸法律の規定を掲げる。そして、その実例の多くと記述の順は（自治法の諸規定－特別法の諸規定－「特に、特別区の財政上の権能」）概ね趣意書に沿っている。

第二に、最判はそうした権限の限定（「自治権の制約」）について、趣意書と同様に、（より簡潔にではあるが）社会の実体を根拠として挙げている。

「かように、特別区は昭和二一年九月都制の一部改正によつて自治権の拡充強化が図られたが、翌二二年四月制定の地方自治法をはじめその他の法律によつてその自治権に重大な制約が加えられているのは、東京都の戦後における急速な経済の発展、文化の興隆と、住民の日常生活が、特別区の範囲を超えて他の地域に及ぶもの多く、都心と郊外の昼夜の人口差は次第に甚だしく、区の財源の偏在化も益々著しくなり、二三区の存する地域全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政を実現せんとする要請に基づくものであつて、所詮、特別区が、東京都という市の性格をも併有した独立地方公共団体の一部を形成していることに基因するものというべきである。」

この引用部最後の部分も、趣意書が、前記第四（一）において、市とは異なる内容を持った各法令の趣旨の説明として、「特別区が大都市の一区画であるという特異性に由来」「特別区［は］大都市内の一区画を基礎とする地域団体」という位置づけをなしていたことに、ある程度照応している。もっとも、趣意書の方は、当該部分では、都が市の性格も併有するとは明示していない。「大都市」という社会事実の側に論拠を求めている点に差異がある。しかし、趣意書の第六「いわゆる二重構造論について」[16]では、以下のように、併有説を採り上げ、なおかつ併有説に対する原審の反論を、「大都市行政の実体」により斥けていたところでもある。

「憲法が地方公共団体の二重構造を要求しているとの見解に対し、特別区の存する区域においては都が市町村的地方公共団体たる性格と府県的地方公共団体たる性格の両者を併有しているとみればそこにも二重構造がある

といえないことはないという理由で、都の制度も憲法に違反しないとの見解がある。

原判決はこの見解をとり上げ、それでは特別区の存する区域の首長たる都知事の選出にその区域外の都民が投票権を有し、また、特別区の存する区域以外の区域を選挙区とする都議会議員が自己の選挙区の存する地方公共団体とは別個の地方公共団体たる特別区の存する区域のいわば市会議員として活動し得ることとなるのは不合理であるとしている。…（中略）…しかしながら、この形式的不合理さは都制に必然的に伴うものであつて、…（中略）…原判決の考は、都制をしく以上二重構造の要求を満足させるため特別区自体に独立の地方公共団体たる地位を与えなければならないというのかも知れないが、すでに繰り返し述べて来たように、大都市行政の実体がそれを不可能又は不相当とするところに実は本件の問題があるのであるから、原判決の見解は問に答えるに問をもつてするに等しいのである。

むしろ東京都の実体に即して考えるならば、都制は少くとも旧東京都を復活するよりも、特別市制をとるよりも、より合理的であるともいえるのである。なぜならば、東京都の全人口の八五％は特別区の存する区域に集中しているのであつて、然も経済的に見れば、それ以外の地区と特別区の存する区域とは一体不可分の関係にあるものと見られるからである。」

第三に、趣意書における実定法上の特殊性論、及び特別区の実体論は、往時の議論において、既に一定の蓄積を見ていたところでもある。例えば、昭和二七年地方自治法改正時の国会における専門家の意見陳述にそれを見出すことができる。

前者（実定法上の特殊性）については、武井郡嗣氏（当時、衆議院常任委員会専門員）が、「特別区は都と一

体をなして大都市を構成する部分的地方公共団体であるために、その自治権は制度上も実際上も多くの制約を免れない」として、趣意書第四とほぼ重なる諸規定を列挙しているし、奥野健一氏（当時参議院法制局長、昭和三八年判決時の最高裁裁判官の一人でもある）も、地方税、警察・消防、住民の居住要件等を挙げた上で「特別区は市町村とこういう点において根本的に異つた取扱いを受けておると考えます」としている。[17]

後者（特別区の実体論）については、佐藤功氏（当時、上智大学教授）が、以下のように（区民意識論との関連での文脈であるが）「一体的な運営」「特別区の実態」を強調している。

「現在の特別区というものには、共同体意識、それをまあ区民意識という名前でよんでもいいと思いますが、区民意識というものはないとまあ考えるわけでありまして、これの一番いい例は終戦後三十五区が三十三区になつたというときに、それが現われていたというふうに私は考えます。それは結局は大都市行政というものの特殊性ということになることは改めて申上げるまでもございません。要するに区の地域をこしらえたいろいろな社会的、経済的、文化的生活というものを我々東京都民は、営んでおるわけでありまして、そういう一体的な運営ということが要求されておる。

そしてそれは現に今までも特別区という制度を認めておりましたときでも、そういう一体的運営というもののためのいろいろな措置がとられていたということは御承知の通りであります。」

なお、趣意書との関係で興味深いのは、趣意書が、一審による「地方分権化の徹底」論に対して、公選制導入時の議論や特別区の実体論から、それを「素朴単純な分権論」「古い地方分権の思想」論として斥け、公選制の導入について「議会内の空気を反映した政策」としたのと同様の論調が、（「素朴な中央集権」への回帰の危険を

認識しつつも）佐藤陳述において、右記に続いて以下のように登場していたことである。

「それならなぜ現行法では特別区の長を公選にしていたのかという問題があろうかと思うのでありますが、それは私は、この地方自治法制定当時における地方分権或いは地方自治という、そういう大きな要求の影響を強く受けたためであつて、地方分権、それからその長を直接に住民が選挙をしなければならないというようなそういう面が強く出て来ていた結果である、私をして言わしめれば、それはその当時においてもすでに適当ではなかつたというふうに思うのであります。今度の改革は、そういう東京都というものを基礎的な地方公共団体であるといたしまして、そして特別区をその下部組織として包含をする、而もそれを純然たる行政区というような考えではなくて、一定の自治権を認めるということが今度の改革であるわけで、それは今申しました特別区の実態或いは区民意識という点に照してみてそれは実態に即した改革であると私は思います。」

「[国の関与にかかる改正案について…筆者注] 地方分権と中央集権との調整という問題になることは改めて申上げるまでもございません。それは大きな問題でありまして、殊に東京都に限らず日本のあらゆる地方行政、或いは世界のあらゆる国の地方行政に関係の存するところの一つの大きな時代的な問題であるわけでありまして、それの一つの解決の試みであると考えます。それでそういうコントロールを認めるということは、それは私は危険なものもあるということは忘れてはならないと思うのでございますが、併し素朴な地方分権に対する反省ということは私は認めていい、考え方として正しい考え方だと思うのであります。つまり今日の地方行政、地方自治というものにおきましては、素朴な中央集権というものは許されないと同時に素朴な地方分権という考え方も許されないというふうに考えられるのであります。[18]」

最高裁判決は、判決文中においては、趣意書第四にもっとも対応しているのは確かであるにせよ、それが単独で功を奏したというよりも、昭和二七年法改正時の議論に連なってであったということができよう。[19]

㈣　共同体意識論

最判は、先に掲げたように（三㈠）、一般論の部分では趣意書と共通に、憲法上の地方公共団体たる要件に、社会的基盤としての住民の「共同体意識」をあげた。しかし、その特別区への適用については言及しなかった。同じ社会的基盤のなかの、「事実上住民［の］経済的文化的に密接な共同生活」の方は、社会の実体にかかる説示――「東京都の戦後における急速な経済の発展、文化の興隆と、住民の日常生活が、特別区の範囲を超えて他の地域に及ぶもの多く、都心と郊外の昼夜の人口差は次第に甚だしく」が、簡略ながら、その当てはめと解することができるのと対照的である。

そこで、趣意書の方の第五「共同体意識について」を、特別区への当てはめも含めて見ていく。

一審判決が、検察官側の共同体意識論に対して、共同体意識を強調すると全体主義、中央集権へ逆行する危険をはらむとした点に対して、趣意書は以下のように反論する。

「これは、共同体意識のないところに真の意味の自治は成りたたないことを忘れた議論である。なぜならば、こゝにいう共同体意識とは、これを素朴に表現すれば、自分達の仲間のことは自分達で処理するという意識であるから、かゝる意識がなければ自治の不可能なことは明らかだからである。共同体意識を強調することは、決して、論理必然の関係をもつて全体主義又は中央集権へ結びつくものではない」。

「日本のような地域と人口とを持つ国においては、国の内部が地域的にいくつかに分れ、それぞれが一つの国

民共同体意識を持つと同時に各地域ごとに必ずその住民としての独自の共同体意識を持つものである。もちろん共同体意識は、生活条件の変化に伴つて変化する。もし生活条件の変化によつて、国民としての共同体意識しか残らない時代が来れば、すべての地方自治は消滅するかも知れない。そのような時代になお人為的に地方自治を存続させようとしても形式的には可能であろうが、みのり多き地方自治は成り立たないであろう。ともかく、如何なる原因により共同体意識が生れたにせよ、共同体意識があつてはじめて自治が可能となるのであり、また如何なる原因によるにせよ、共同体意識が消滅してしまえば自治は実質的に消滅するのである、それが自治の本来の姿である」。

そして、一審判決が、区長公選制廃止に対し非常な抵抗があったとして、特別区にも共同体意識があるとした点については、「現状の変更には常に反対を伴うものである」とした上で、以下のようにいう。

「その反対の原因、強さを検討した上でなければ、それが強固なそして広汎な区民共同体意識に基くものと断定することはできない。原判決の判断にはかゝる配慮が欠けているのである。むしろわれわれは、特別区の存する区域における住民の生活が前述した人口の移動状況に徴し、それぞれの特別区の範囲を越えた全域に及んでいる事実から見て、特別区ごとの共同体意識は極めて稀薄であると考える」。

趣意書の示す共同体意識論は、比較的単純なものであるが[20]、それを外面に表れたものから実際に判断しようとすると、当時カウントしようもなかった直接公選廃止に対する反対の実相や、生活のあり方一般に依拠することになる。よって、区への適用論の部分は、右のように簡略なものにならざるを得なかったのであろう。

そしてまた、住民の日常生活が区の範囲を超えるものが多く、昼夜間の人口差が大きいという、最判が説示に

おいて受けとめた「社会の実体」も、大まかなものであるから、そこから直ちに区における共同体意識の稀薄さないし欠如を導出するのは早計であり、趣意書における共同体意識論のあてはめに、それゆえ最判が応接するにいたらなかったということでもあろう[21]。

(五) 政策論——住民に直結する行政とその担い手

二重構造論の議論（第六）につづいて、最後に趣意書は、一審判決が、人口からみても一区が「優に地方の一県又は大都市に匹敵する」として、これを都の「内部的機構とすることは、かえって幾多の障害を生ずる虞なしとせず」、「独立した自治団体として、区民自治を全うせんとしたのが、特別区の企図した趣意」という政策論を提示したことに対して以下のように反論している。二重構造論の場合と同じく、最判はこの部分にも答えてはいないが、横井氏の回想が論旨全体につき「生半可な大都市行政論」と述懐していることでもあり、なおかつそれに照応するのはおそらく、第四（三）と、ここ（第七）であろうから、以下見ていく。

まず、大阪市の区や、（構想としての）特別市制の区が、行政区であるにとどまり、「各国の大都市においても、それは同様である」とする。但し各国の具体例は挙げていない。次いで、一審判決のいう弊害について、「住民に直結する行政が行われ難くなる」ことかと想定し、以下のように反論する。

「住民に直結する行政といっても、もちろん個々の住民に直結するのではなく、本件の場合は特別区の住民全体に直結する行政をいうのであるが、東京都の特別区の存する区域の如くそれ自体一つの市街地を形成し、その内部における人口の移動のはげしいところにおいては、一つの特別区の住民に直結する行政というものが他の特別区の住民に直結する行政から独立して存在せず、従つて住民に直結する行政自体が特別区の存する区域全体の

観点に立つて行われることを要する。それが大都市行政の特色である」。

ここでも、特別区の二三区全域の市街地としての一体性、そしてそこから帰結する、（住民直結行政といえども）「区域全体」の観点からの行政が強調されている。本件では、個々の住民との関係でなく、区全体の住民行政を想定すべしとする点も、おそらく同型の発想であり、住民と行政の関係の捉え方として、片面的でもある。

趣意書自身は、住民の意思と大都市行政の関係について、以下のように続けて、結んでいる。

「もちろん如何なる大都市行政であつてもそれが住民の意思とかけ離れたところで行われてはならないが、住民の意思が然るべき形で行政に反映し得る途が開かれている限り、大都市の行政が一つの機関によつて、その統制の下に行われることとなつても必ずしも差支なく、その方がより効果的であり、それに要する費用も少くて済むともいえるのである。かくして原判決の政策論は、大都市行政の実体とその最近における傾向に盲目であるとの非難を免れない。

もちろん、検察官においても現在の特別区長の選任方法が最良の方式であると考えてはいない。むしろ非難の多い制度であることも承知している。本件の如き犯罪の発生もすでに国会の論議の際これを予想する議員もあつた程である。ただどのような制度をとるかは立法政策に一任されているものと考えるのである」。

「一つの機関」による大都市行政において「住民の意思が然るべき形で行政に反映し得る途」が何かについては言及するところがないが、趣意書における現行法制の理解からすると、基礎的地方公共団体としての性格を併有している都における首長直接公選制、都議会議員の直接公選制（第六を参照）、さらに行論には登場しないが、都における各種直接請求制度ということになる。

これらの法制にここでは言及していない点も含め、「大都市行政の実体」と銘打つものの、第四（三）の「特別区の実体論」に比しても、具体性に乏しい観念論にとどまっている。そして、趣意書が、大都市行政の一体性・合理性・効率性というとき、個々の区における個々の住民に直結した行政のあり方を問うという、区民自治の観点がものの見事に欠落している。[22]

四　むすびにかえて

昭和三八（一九六三）年判決から五十五年を経て、「特別区の実体」もまた大きく変容した。[23] 法制面かつ主要なものに限っても、以下が挙げられる。

区長準公選条例の登場から、区長公選制の復活・配属職員制度廃止・区事務の概括主義化（一九七四年）、区の基礎的地方公共団体としての位置づけ・清掃事業の移管（一九九八年～二〇〇〇年）、第一次・第二次地方分権改革による全国レベルの制度改正（二〇〇〇年～）、各区における自治基本条例の制定、児童相談所の権限移譲（改正児童福祉法二〇一七年施行）。

したがって、仮に趣意書第二（三）の「実体」論、ないし最判の「実体」論を採るとしても、[24] 東京都の特別区は、現在は憲法九三条二項の地方公共団体であると考えられる。しかし、それで同事件の提起した問題が全て解消したものではなかろう。例えば、既存の市を特別区に分割して、都制を採用するという構想において、どのような住民意思の反映方法が憲法上要求されるのか。それともそれは、立法政策の問題にとどまるのか。

判決当時、成田頼明教授によって「論旨が散発的で、何をいおうとしているのかはっきりつかみにくい」と評された[25]垂水克己裁判官補足意見であるが、同裁判官は特別区区長公選制廃止は合憲という立場にたった上で、以下のように述べている。

「私は、或る地方の住民を法律で地方公共団体とする場合ならよいが、反対に一旦地方公共団体とされその権利を与えられたものからその権利を奪いこれを地方公共団体でなくする場合には、少くともその地方公共団体の公的総意を聴くぐらいのことをする方が民主的であると思う。特別区の長の公選制を廃止する地方自治法二八一条の二第一項の制定にあたり、公述人の意見を聴いたとか、区民は何ら反対しなかつたというだけでは不十分のように思う。しかし、いうまでもなく、地方公共団体の組織を、大乗的、全体的見地から国が変更しようとする場合に、関係地方公共団体多数の反対に遭つては如何ともし難いということになるべきではないから、単に右のごとき手続を踏まなかつた故をもつて、同条を違憲と解すべきではあるまい。」

同補足意見も含め、昭和三八年判決には、なお読解すべき点もあることを確認して、ひとまず擱筆する。

（1）斎藤誠「地方自治の法的議論における歴史の位置」公法研究七三号、二〇一一年、一三六頁以下、同『現代地方自治の法的基層』二〇一二年、四六頁以下、あわせて、飯島淳子・［同判決解説］磯部力他編『地方自治判例百選［第四版］』二〇一三年、四頁、石川健治「未完の第八章」自治実務セミナー二〇一五年八月号、二頁、も参照。その後、入江の最高裁判例形成への寄与について考察する論考として、嘉多山宗「「理想」の追求とその行方」渡辺康行他編『憲法学からみた最高裁判所裁判官』二〇一七年、六五頁以下、があるが、同判決への言及はない。なお、同事件では、区長の選定にあたっての贈収賄事件の審理において、当時の地方自治法二八一条の二第一項「特別区の区長は、特別区の議会の議員の選挙権を有する者で年齢満二十五年以上のものの中から、特別区の議会が都知事の同意を得てこれを選任する」の、憲法九三条二項との適合性が争点となった

ものであるから、本稿では当該争点をあらためて明示する趣旨で、表題に「特別区長間接公選事件」と掲げた。

（2）なお、田中耕太郎最高裁長官（当時）が駐日アメリカ大使に裁判の見通し等を伝えていたことを記すアメリカの公文書を新証拠として、元被告らが、公平な裁判を受ける権利を侵害されたとしてなした再審請求につき、東京高決平成二九年一一月一五日は、即時抗告を棄却し、再審請求を斥けている。

（3）この後で、横井氏は、二件目に関する記述に移る前に、上告趣意書作成に関わったメンバーは、鎌倉にあった東京地検の海の家に泊まりこみで作業したが、横井氏は自宅が近くにあったので帰宅を認めてもらっていた旨を回顧している－「いま思えば、若僧のくせに随分わがままなことをしたものだと思う。当時の私には学者の説を借りて統治行為論程度のものは書けても、学問的にも政治的にも議論が多い憲法九条論をするだけの力がなかったために許されたわがままだったかも知れない」。

筆者がこのくだりを読んで思い出したのは苫米地訴訟（最高裁判決は、最大判昭和三五年六月八日民集一四巻七号一二〇六頁）における統治行為論の主張にかかる、瀧川叡一元裁判官の回想である（瀧川「国会解散無効事件（苫米地事件）の思い出」法律相談所雑誌三五号、一九八五年、東京大学法律相談所編、一二二頁以下）。

こちらもあまり一般的な文献ではないので、（本論からはいささか脱線するが）若干紹介すると、同氏は、苫米地事件一審及び二審の途中まで、被告である国の指定代理人を務めた（法務府行政訟務局局付検事）。前任地の甲府地裁で裁判官として地方議会の解散の取消訴訟を担当した際に、もし国会解散の場合であったら、フランスに統治行為という概念がある旨、裁判長からそれに触れた宮沢俊義先生の論文も含め教示を得て、同論文を読む等して勉強していた。そこで苫米地事件において統治行為論の主張を上司に進言し、あらためて内外の文献から「それぞれの国において統治行為と認められている国家の行為を拾い上げて」、局議用の資料を作り－「西ドイツのレギエルングスアクト Regierungsakt については、日本語の文献がなかったので新着のフォルシュトフの行政法教科書から」－、進言が容れられ、一審と二審において準備書面を作成した。

同氏曰く「我が国で最初に統治行為の問題を法廷に上程したものである」（二四～二五頁）。一審二審ではこの主張は斥けられ、砂川事件最判の統治行為論の方が苫米地事件最判より先に出されたものの、後者における統治行為論において、自身の主張が「ようやく裁判所によって認められた」というのが瀧川元裁判官の認識である。

（4）以上の引用は、横井大三「飛躍上告二件」『村上朝一追想録』（村上朝一追想録刊行会）一九八八年、一三三頁以下による。

なお、上告趣意書の名義は上告人であり東京地方検察庁のヘッドである「東京地方検察庁検事正石田富平」になっているが、実質内容については横井公判部長の手になるものとみて良かろう。判例集記載の上告審での検察官は、「村上朝一」である。

(5) 横井元裁判官は飛躍上告と記しているが、刑事訴訟では「跳躍上告」というのが通例なので、以下それに従う。

(6) なお、平成二〇年一〇月二日最高裁判所規則第一四号による改正前は家庭裁判所による第一審判決も対象になっていた。

(7) 民事訴訟の場合の飛躍上告は、訴訟当事者間に、上告をする権利は留保するが控訴はしない旨の合意がある場合にだけ認められる（民事訴訟法三一一条二項、二八一条一項ただし書き）。

(8) 戸松秀典『憲法訴訟（第二版）』二〇〇八年、五四頁、同一二二頁以下を参照。

(9) 最大判昭和二五年一〇月一一日刑集四巻一〇号二〇三七頁。

(10) 最大判昭和二三年一二月一日刑集二巻一三号一六六一頁。なお、近時の裁判例がないこともあってなのか、管見の限りでは現在、跳躍上告について詳述する刑事訴訟法の体系書・コンメンタールはないようである。判例は、（憲法八一条所定の違憲立法審査権にかかる最高裁の終審権限を除き）審級制度の設計が立法政策の問題である旨を認めている。最大判昭和二三年七月八日刑集二巻八号八〇一頁、最大判昭和二九年一〇月一三日民集八巻一〇号一八四六頁など。兼子一＝竹下守夫『裁判法（第三版）』一九九四年、一三五頁以下も参照。

(11) 田中二郎『行政法の基本原理』一九四九年、三九頁、同『新版行政法上（全訂第二版）』一九七四年、四〇頁以下も参照。

(12) 例えば、渋谷秀樹『憲法（第三版）』二〇一七年、二八一頁以下を参照。

(13) 憲法九三条二項が、マッカーサー草案とは異なり、府県、市町といった団体の種別を挙げず、地方公共団体という包括的表現を用いる点に関する、（ここでは省略した箇所で趣意書が言及する）「佐藤達夫「日本国憲法成立史」、ジュリスト八四号一二頁」の説明のこと。

(14) 同判決調査官解説［渡部吉隆］『最判解（民事）昭和三八年』一七頁以下。なお、成田頼明「特別区は憲法上の地方公共団体か」ジュリスト二七三号、一九六三年、二四頁は、「活動領域の普遍性又は全権能性」と最判説示が同趣旨とする。上告趣意書は、基本的・標準的団体論については、それによると法律による権能剥奪により、府県の場合にも憲法上の地位を失わせることになるという一審判決の批判に再反論するものの（第二（一））、原審での主張以上に新たに敷衍してはいない。

(15) 以下の番号・記号は、筆者が便宜上付したものである。

(16) この論点は、都道府県から大都市が「独立」する特別市・特別自治市を構想する場合において、今日も重要ではあるが、最判が正面から応答せず、前記本文引用部分で若干関連することを述べたにとどまっているので、今回は、第六につき詳論することはしない。

(17) いずれも、昭和二七年六月一六日参議院地方行政委員会における公述。自治庁編『改正地方制度資料第八部』一九五三年、九三三頁以下（奥野）、九三六頁以下（武井）。

(18) 昭和二七年五月二三日参議院地方行政委員会における公述。自治庁編・前掲注（17）、七三三頁以下。佐藤は続けて、「素朴な分権・集権」に代えて、国と地方、都と特別区、それぞれの「有機的な、共同体的な調整」「共同体的な自治」という独自の見解を提示している。佐藤功「地方公共団体の意義」同『憲法解釈の諸問題第一巻』所収、一九五三年、二七八頁［参議院での公述を基にした論考］も参照）。

(19) 当時の学説の状況については成田・前掲注（14）、一八頁以下を参照。なお、同論考自体は、「活動領域の普遍性又は全権能性」を要件として要求しており（二四頁）、権能に関する最判の説示よりも、原審における検察官の主張に近い。佐藤の共同体意識論も含め、諸説と最判の関係については、斎藤・前掲注（1）、公法研究論文、一三六頁以下を参照。法令における特別区の位置づけについては、昭和二七年地方自治法改正にかかる実務担当者の解説（宮沢弘＝岸昌「改正地方自治法解説」自治研究昭和二八年九月臨時増刊号）一〇七頁以下は、「基本的な法律構成」としては「特別区も都（東京都）もともに原則として市としての権能を有するものとされていた」として、自治法二八三条、附則二条但書を挙げた上で、「現実の各個の法制は、…特別区を一体として規律することが大都市行政の合理的一体性を確保する所以であるとする見地から」設けられた例として、公職選挙法の選挙権の住所要件、地方税法、地方財政平衡交付金法、警察法・消防組織法、その他道路法、都市計画法等を列挙している。特に、以下のようにそれらを総括しているところは、「市と同格かどうか」に力点をおいた上記趣意書第四を経て、最判説示の特別区の実体論にトレースされているとも言えよう－「すでに右のように大都市行政の現実の必要は、特別区の存する区域を一体とする法制を打ち立て、又都に市の性格と府県の性格を併有せしめているのであるから、この際基本法［地方自治法のこと…筆者注］においても現実の大都市行政の要請に適合せしめることが適当であると考えられた」（一〇

八頁）。

（20）この点は、筆者が前掲注（1）、公法研究論文一三八頁以下で分析した、入江俊郎の隣保共同論と対比されたい。

（21）筆者自身は、特に広域自治体における自治保障の観点から、憲法九三条の地方公共団体要件としては、共同体意識は外して解釈すべきと考えている。斎藤・前掲注（1）、公法研究論文一四〇頁以下、同「討論要旨」一五八頁以下を参照。

（22）これもまた、趣意書固有というものではなく、昭和二七年自治法改正当時の改正賛成論に共通するところでもある。前掲注（17）（18）を参照。

（23）主として特別区側から見た回顧として、特別区協議会編大森彌他著『特別区が歩んだ自治のみちのり』二〇一七年、が参考になる。また、大阪都構想にかかる諸資料と解説として、特別区協議会編『「大都市地域特別区設置法」にもとづく特別区制度設計の記録』二〇一六年、も参照。

（24）筆者が、判例変更すべきという見解であることは前掲注（1）、公法研究論文及びその討論要旨で述べたところである。

（25）成田・前掲注（14）、二二頁。

（東京大学大学院法学政治学研究科教授）