HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

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（上）
著者	秦，博美; HATA，Hiromi
引用	北海学園大学学園論集(180)：97-117
発行日	2019-11-25

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

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（上）

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
■　「現代地方自治講座」講演記録　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」（以上本号）
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

（評者の）はじめに

著者・西尾勝氏（1938-）は，行政学専攻の著名な東京大学名誉教授である。

このブックレットは，公益社団法人北海道地方自治研究所が 2018 年 4 月に設立 50 周年を迎え，同年 5 月 31 日に行われた記念行事における同氏の記念講演（以下「第Ⅰ論文」ということがある。）を収録したものである。著者は，書斎に閉じこもる学者ではなく，自治・行政現場で数々の実践をされている。古くは市民としての武蔵野市における実践，10 時間にも及ぶ恵庭市での「まちづくりセミナー」講演[1] などがある。

[1] まちづくりセミナー実行委員会編集『まちづくり ── 新たな展望を求めて ── まちづくりセミナー報告集 ──』

また，地方分権推進委員会（1995～2001）の中心メンバーとして，霞ヶ関の官僚と膝詰め談判で機関委任事務制度の全面廃止に貢献したほか[2]，地方分権改革推進委員会委員，第27次地方制度調査会副会長，第30次地方制度調査会会長を歴任されている。まさに，今日の地方分権の牽引者というに相応しい。

本書には，著者が1976年8月17日に釧路市で行った講演「憲法と地方自治」（以下「第2論文」ということがある。）も収録されている。評者が内容的に感銘を受けたのは，実はこちらの方であり，併せて，その内容も紹介することにする。

以下で用いる「Ⅰ」「2」等の記号は，本書で用いられているものである。

書評を書くきっかけとなったのは，昨年10月，同僚の佐藤克廣教授（行政学。公益社団法人北海道地方自治研究所理事長）から本書を恵与されたことによる。評者の現時点の関心領域からいって，同教授からの恵与がなければ本書を手にする可能性は極めて低かったように思う。遠い学生時代を回顧しながら，政治学・行政学の学習（知識）が決定的に足りないことを自己反省しつつ何とか読み終えることができた。単なる内容紹介（引用）に終わっている部分も多く，恥ずかしい限りではあるが，これまでの佐藤教授の学恩に感謝申し上げる次第である。

■『国会の立法権と地方自治　憲法・地方自治法・自治基本条例』

（著者の）はじめに

著者は，講演の内容について，次のように説明している。

自治「『基本条例』は，いわば『自治体の憲法』ともいうべきもので，当該自治体の『最高規範』としてその他の通常の条例・規則に優越している法規と認識し，その他の通常の条例・規則を制定改廃する際には常にそれらが基本条例に違反していないことを確認しなければならないと説かれています。しかしながら，…このような理解は，残念ながら憲法でも地方自治法でもまだ公認されておりません。」「要するに，自治基本条例は，国の法制度上はまだ，『自治体の憲法』，『自治体の最高法規』になりきれていないのです。（改行）そこで，今回の講演では，日本国憲法を頂点とするこの国の法制度の下で，この種の自治基本条例または議会基本条例を将来いずれかの時点で『自治体の最高法規』として国の諸機関にも認めさせる方策がどの程度まで実現可能な事柄なのか，少々突き詰めて検討してみることにしましょう。」（9頁）

要約すると，「自治体の憲法」，「自治体の最高法規」の①理論的可能性と②実現可能性ということになる。

（恵庭市役所内，1983年）

[2] 西尾勝『未完の分権改革』（岩波書店，1999年）に詳しいが，副題は「霞が関官僚と格闘した1300日」となっている。

Ⅰ　日本国憲法と地方自治

1　マッカーサー草案と日本国憲法案

国民の常識となっていると思われるが，日本国憲法の制定過程[3]は，連合国軍総司令部（GHQ）から日本国政府側に提示された「マッカーサー草案」（英文。以下「草案」という。）を折衝のたたき台として始まった。このため，本書の付録には，現行憲法の対訳が収められており，以下の検討に当たり，重宝である。

日本国政府側の意向に基づく修正が大きかったのは，第四章「国会」と第八章「地方自治」の部分であった。草案では，衆議院のみの一院制であったこと，第八章は3箇条しかなかったが，その3箇条（現行の第93条～第95条）についても実質的内容が日本国政府側の意向に基づいて大きく変更されたことが述べられている。これらの記述からも，日本国憲法は，決してGHQによる一方的な押しつけではなく，日米の合作であったことが分かる。

2　憲法第八章：地方自治

草案の1番目の条文は，「市」と「町」に自治憲章（Home Rule Charter）を制定する権能を附与するというものであった。ここでは，都道府県と「村」が除外されている。

2番目の条文は，都府県と市町村にそれぞれ長と議会を置き，都府県知事・市町村長，議会議員をそれぞれ直接公選にすべしという趣旨のことが書かれていた。注意すべきは，ここには「道」（北海道）は一切出てきていないことである。

3番目の条文は，現在の第95条の地方自治特別法制度を導入する趣旨の条文であった。

この草案に対し，日本国政府側の意向で，第92条を追加して新設した。同条は，「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。」と規定している。日本国政府側は，都道府県とか市町村といった級別及び種別を示す個々の名称を一切表に出さず，全ての自治体を総称する地方公共団体（public entities）という概念を導入した。この結果，著者は，その設置が憲法で保障されている地方公共団体の範囲が明確でなくなったという重要な問題が生じたとする。すなわち，第1に，地方自治法が規定する「特別地方公共団体」の位置づけ，第2に，「普通地方公共団体」とされた都道府県及び市町村はそれらの設置が憲法で保障された地方公共団体といえるのかということである。後者の論点は，地方制度調査会の「地方制案」（1957年の第4次答申），「道州制案」（2006年の第28次答申）という，都道府県を全面廃止し，全国に10前後の広域的自治体を設ける制度改革が憲法に違反するのではないかが問題となった。

[3] 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣，1953年）の「序論」の「第一章　憲法改正の経過」（3頁～20頁）には「第八章　地方自治」に関する記述は一切見あたらない。

草案の1番目の条文に対し，日本国政府側は強く拒絶し，自治憲章制定権に代えて，第94条で地方公共団体に法律の範囲内で，条例制定権を賦与するということにとどめる修正に成功した。「自治憲章（Home Rule Charter）」と「条例（regulation）」の相違点は，「Ⅲ　条例に優位する最高規範制定権を賦与する方策」の箇所で述べる。

草案の2番目の条文に対しても，日本国政府側は強く抵抗し，直接公選の議員で構成される議会が長を選任する間接公選制の採用を逆提案したが，GHQ側は最後まで修正に応じなかった。ただ，間接公選制への誘引は強いようで，現憲法下で特別区の区長について実現した[4]。

草案の3番目の条文については，ほとんど原案どおりで決着した。

3　三権（立法・行政・司法＝国会・内閣・裁判所）と地方自治

ここでは，国の統治構造を構成している諸機関（第四章「国会」，第五章「内閣」及び第六章「司法」）[5]と自治体の関係について，憲法はどう定めているのかの検討に移る。著者は，「この点を日本語文の憲法と英文の憲法の双方から注意深く丹念に読み解いてみますと，面白いことに気付かされます。」（16頁）と述べるが，この講演では具体的な言及はなく，その点については第2論文で詳しく述べられている。

国会について，憲法第41条は，「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。」と規定しており，憲法の諸条項（第3章の基本的人権等）に違反しない限り，国会はあらゆる立法をなし得る。また，日本国政府側の意向に基づいて新たに追加された第92条は，「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。」と規定しており，地方自治法，地方公務員法，地方財政法など多くの立法がなされてきた。このように，「国会は自治体，地方自治に介入する権能が始めから明文で認められているので」ある（17頁）。

憲法第81条は「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，第98条第1項は「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。」と規定している。その結果，地方自治体が議会において制定する条例，長が制定する規則が憲法に違反していないかどうか，また，「法律の範囲内」（第94条）かどうかを司法・裁判所が判断することになり，「司法も自治体，地方自治に介入する権能が憲法に明確に定められてい」る（18頁）。

---

[4] 戦後，東京都における都・特別区間の紛争が多発し，特別区の存する区域における一体的な行政の遂行が困難となったため，1952年の地方自治法改正により区長公選制が廃止され，特別区の議会が都知事の同意を得て区長を選任する制度になった。その後，区長準公選条例運動を挟みつつ，区長公選制の復活は1974年の同法改正まで待たなければならなかった。

[5] 憲法の章名に関し，「国会」と「内閣」が「機関」を表しているのに対し，「司法」は「作用」を表しているという違いがある。裁判所は，国（中央政府）の機関であるが，それに相当する地方自治体（地方政府）の機関がないことと何らかの関係があるのかもしれない。

これに対して,「第五章・内閣の諸条項を注意深く読み解いてみても，国の内閣，あるいは内閣を構成している各府省大臣には自治体，地方自治に介入する権能が一つも賦与されていないのです。その片鱗すらありません。これは何を意味しているのでしょうか」(18 頁）と著者は問う。そして,「日本国憲法は立法的統制・司法的統制中心主義の思想を明確にしている」,「行政的統制は少なければ少ないほど良いという考え方に立っていると言える」(18 頁）と結論づけている。

そして，著者は次のように問いかける。「日本は明治維新以来，フランスやプロイセンをモデルとして『国のかたち』を形成してき…たので，自治体である市町村に対する国の介入も行政的統制中心主義で」あった。「戦後の新憲法はこの『国のかたち』を大きく転換しようとしていたはずなの」に,「実態は，行政的統制中心主義の国になっ」たのは，何故なのか（19 頁)。

それに対し，次のような解答を与える。「内閣と各府省大臣は，…実は，すべて国会が制定した法律を根拠にして介入してきたのです。国会がそういう権能を内閣や各府省大臣に賦与してきたのです」(下線評者)。その結果,「日本の自治体の自治権を制約している元凶は誰かと問われれば，それは国会だと答えなければなりません」(19 頁)。この（形式的）解答を導くに当たり，著者は,「国会が制定した重要な法律の多くは議員立法ではなく，政府提出法案であって，これらの政府提出法案を起草していたのは各府省の官僚機構でしたから，…諸悪の根源は各府省の官僚機構であるとも言えます」としつつも,「各府省の官僚機構が起草した法案がどうであれ，国会はこれを慎重に審議し，法案を修正することも否決することができる立場にいたにもかかわらず，国会はその責務を十分に果たそうとしてこなかったために，こういう事態に立ち至っているのです。最終的な責任はやはり国会にあったのです。」(19 頁～20 頁）と述べ，国会（議員）の（本来的・実質的）責任追求を緩めてはいない。

2000 年 4 月 1 日施行の第 1 次地方分権改革により，機関委任事務が廃止されたことに伴い，国の地方自治体に対する指揮監督権等の包括的な関与は廃止された。にもかかわらず，依然として地方自治法第 245 条以下で「国の行政的関与」の制度が温存されている。著者が指摘するように，法律（国会の意思）でそうなっているのである。

宇賀克也教授（現最高裁判事。1955-）は,「しかし，統一性，適法性等の確保のために，国または都道府県が関与を行う必要性を全く否定することはできない。」とし，その原理的な根拠を示さないまま,「その場合，普通地方公共団体に対する国または都道府県の関与が公正・透明に行われることは，国と普通地方公共団体，都道府県と市町村を対等・協力の関係にするために必要不可欠といえる」[6] と述べ，専ら統制手法の方法論的観点からの認識を示している。

他方，垣見隆禎教授は,「憲法上の自治行政権に基づき,『地域における行政を自主的』(自治 1 条の 2 第 1 項）に実施する自治体に対して国が関与を行いうるとする原理的な根拠については所説ある。その根拠を地方自治法自身に求めるとするならば，それは，地方自治法 1 条の 2 第 2 項

[6] 宇賀克也『地方自治法概説〔第 8 版〕』(有斐閣，2019 年）393 頁

に規定する国の役割がそれに当たるとみられる。」[7] と述べる。確かに，同項では，「国が本来果たすべき役割」として，「全国的に統一して定めることが望ましい…地方自治に関する基本的な準則に関する事務」を規定している。その例として通常挙げられるのは，「地方公共団体の組織および運営の基本など」[8] であり，地方自治体の個々の行政行為に対する監督行為を「基本的な準則に関する事務」の中に読み込むことは文理解釈[9] として困難を伴うと考える。

20頁以下では，著者がかかわった地方分権推進委員会，悪名高い機関委任事務を全廃した第1次地方分権改革，その後の地方分権改革推進委員会の第2次地方分権改革の経緯と意義が述べられているが，評者の関心から割愛する。

最後に次のような記述で締めくくられている。「地方分権改革は国会によって承認されない限り一歩も進まない性質の仕事なのです。その意味で，地方分権改革は，地域社会住民の総意（ローカル・デモクラシー）と国民の総意（ナショナル・デモクラシー）との戦いなのです。地方分権改革のための戦いは，国会という場を戦場にした，『地域社会住民の総意』と『国民の総意』との戦いなのです。地方自治にとって，国会がいかに重要な存在か，この国会に賦与されている国の立法権がいかに重要な機能を果たしているのか，十分にご理解いただきたいのです」(21頁)。

「戦いなのです」というフレーズを読んで，有名なイェーリング（1818-1892）の次の言葉を想起した。「世界中のすべての権利＝法は闘い取られたものである。重要な法命題はすべて，まずこれに逆らう者から闘い取られねばならなかった。」[10]

また，国籍を要しない住民と国籍が要件となる国民それぞれの総意（デモクラシー）の争いという視点は評者にとって新鮮であった。その延長線上で言うと，国民概念から排除された上に，住民ではあるが地方参政権からも排除されている外国人の意思が反映される仕組みがないことの問題性は今後ますます顕著になるように思われる[11]。

---

[7] 人見剛・須藤陽子編著『ホーンブック　地方自治法［第3版］』(北樹出版，2015年) 168頁

[8] 村上順・白藤博行・人見剛編『新基本法コンメンタール　地方自治法』(日本評論社，2011年) 17頁（渡名喜庸安執筆）

[9] 笹倉秀夫教授（1947-）は，文理解釈では「法文の，それ自体としての意味を考える（＝他の条文との関連や立法者の意思，歴史的背景，法原理や政策論などは一応，度外視する)。これには，①常用の意味（日常生活における・法実務上での・科学上での一般的な使い方）を，とくに問題がないので採用するという場合と，②常用の意味があいまいであったり，意味をめぐって争いがあったり，常用の意味では不都合が生じたりする場合において，法学ないしその他の学問を応用して意味選択・意味確定をおこなう場合とがある。」と述べる。『法解釈講義』(東京大学出版会，2009年) 5頁

[10] イェーリング『権利のための闘争』(村上淳一訳) (岩波文庫，1982年) 29頁

[11] 日本社会で人口減少が進む中，外国人住民は増加の一途をたどっている。今後とも地域において「共生社会」の構築に腐心する必要がある。最高裁は，傍論ではあるが，一定の定住外国人に対し法律をもって地方選挙権を付与する措置を講ずることは憲法上禁止されていないと判示した（最判平成7年2月28日)。にもかかわらず，後述するように自由民主党の「日本国憲法改正草案」は，地方参政権を「日本国籍を有する者」に限定し，

Ⅱ　国会の立法権を制約する二つの方策

「地方自治を不当に制約する事態を何とかして抑止する」ため,「どのような仕組みを構築すれば, 国会の立法権の行使を常時監視し, これを絶えず抑止し続けることが可能になるのか」。著者は,「この国会の立法権を制約する方策は, 基本的には以下の二つの方策に分かれ」ると述べる (22頁)。

1　憲法第八章：地方自治の改正 ──「地方自治の本旨」の具体化

第 1 の方策は, 憲法を改正し, 国会の立法権を憲法の条項によって制約する方策である。具体的には, 第 92 条の「地方自治の本旨」という文言だけでは余りにも抽象的すぎて, 歯止めの機能を果たし得ないので, その内容を分解し具体化して複数の条文形式にするというものである。著者は, 具体的な事項として, ①税財源の調達と②国の関与の合法性をめぐる訴訟を挙げている。

しかし, 評者の見るところ, 現実の政治動向との関連でいうと, 憲法改正は時代逆行の「諸刃の刃」となるおそれが極めて大である。例えば, 自由民主党の「日本国憲法改正草案」[12] (2012 年 (平成 24 年) 4 月 27 日決定。以下「草案」という。) を以下に見てみよう (下線評者)。

第八章　地方自治

(地方自治の本旨)

第 92 条　地方自治は, 住民の参画を基本とし, <u>住民に身近な行政</u>を自主的, 自立的かつ総合的に実施することを旨として行う。

2　住民は, その属する地方自治体の役務の提供を等しく受ける権利を有し, その負担を公平に分担する義務を負う。

(地方自治体の種類, 国及び地方自治体の協力等)

第 93 条　地方自治体は, 基礎地方自治体及びこれを包括する広域地方自治体とすることを基本とし, その種類は, 法律で定める。

2　地方自治体の組織及び運営に関する基本的事項は, 地方自治の本旨に基づいて, 法律で定める。

3　国及び地方自治体は, 法律の定める役割分担を踏まえ, <u>協力しなければならない</u>。地方自治体は, <u>相互に協力しなければならない</u>。

(地方自治体の議会及び公務員の直接選挙)

第 94 条　地方自治体には, 法律の定めるところにより, 条例その他重要事項を議決する機関として, 議会を設置する。

立法裁量の余地さえ封じた。

[12] http://constitution.jimin.jp/document/draft/

2　地方自治体の長，議会の議員及び法律の定めるその他の公務員は，当該地方自治体の住民であって日本国籍を有する者[13]が直接選挙する。

（地方自治体の権能）

第95条　地方自治体は，その事務を処理する権能を有し，法律の範囲内で条例を制定することができる。

（地方自治体の財政及び国の財政措置）

第96条　地方自治体の経費は，条例の定めるところにより課する地方税その他の自主的な財源をもって充てることを基本とする。

2　国は，地方自治体において，前項の自主的な財源だけでは地方自治体の行うべき役務の提供ができないときは，法律の定めるところにより，必要な財政上の措置を講じなければならない。

3　第83条第2項の規定は，地方自治について準用する。

（地方自治特別法）

第97条　特定の地方自治体の組織，運営若しくは権能について他の地方自治体と異なる定めをし，又は特定の地方自治体の住民にのみ義務を課し，権利を制限する特別法は，法律の定めるところにより，その地方自治体の住民の投票において有効投票の過半数の同意を得なければ，制定することができない。

「日本国憲法改正草案Q＆A増補版」[14]は，実質的新設規定である第92条について，「従来『地方自治の本旨』という文言が無定義で用いられていたため，この条文において明確化を図りました。」と解説している。しかし，従来の議論は，「地方自治の本旨」について，一般的に説明される「住民自治」（地方の政治を住民の意思に基づいて民主主義的に行うこと），と「団体自治」（地方の政治を国から独立した主体として自己の意思によって行うこと）だけでは内容が不分明なのでより具体的に規定すべきであるというものであったはずである。草案は，住民自治と団体自治の内容を，それぞれ，「住民の参画」，「行政を自主的，自律的…に実施する」と確認的に叙述するのみで，これでは内容に欠け，同語反復の域を出ていない。

なお，筆者が「地方自治の本旨」として具体的に挙げる，①税財源の調達，②国の関与の合法性をめぐる訴訟（24頁）という視点について言えば，①に関しては，第96条の新設規定があるも

[13] 法令用語のルールからすると，「当該地方自治体の住民」を限定する，外国語の関係代名詞の用法なので「日本国籍を有するもの」が正しい。憲法改正推進本部起草委員会事務局長の礒崎陽輔議員（1957–。今回の参議院選挙で落選）は旧自治省出身で『分かりやすい法律・条例の書き方』（ぎょうせい，2006年）等の著書もあり，当然法令用語は詳しいはずであるが，誤用である。礒崎氏は若い頃，北海道庁への出向経験があり（総務部の地方課（現総合政策部市町村課）と財政課に各1年），そのとき垣間見た氏の「能力と自信」は当時の評者（北海道庁総務部文書課主事）の羨望の的であった。

[14] https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud/pdf/pamplet/kenpou_qa.pdf

のの，②に至っては，「東日本大震災の教訓に基づき」，第93条第3項で国及び地方自治体の「協力義務」，地方自治体相互の「協力義務」を規定するのみで，国（中央政府）の侵害からの「地方自治」の保障という視点は皆無である。

また，草案は，現行の地方自治法第1条の2第1項にもある「地域における行政」を「住民に身近な行政」と表現し直しているが，地方自治体は立法権をも有する統治団体[15]（政治・行政体）である。その基本的認識が欠落している限り，「国」（中央政府）と対等な存在としての「地方自治体」（地方政府）という二元的政府観の出現は「百年河清を待つ」に等しかろう。

残念ながら，草案では「地方自治」に関する構想力は極めて貧弱というほかなく，大本命の第9条のついでにいじったということであろうか。

2　国会の審議過程への自治体参加

国会の立法権を制約する第2の方策は，自治体の国政参加の一環としての，国会への審議過程への広い意味での自治体参加である。著者は，これにも，大きく分けて，二つの方策があるという。すなわち，一つは，自治体の意見を国会の審議過程に反映させる仕組みの構築，もう一つは，自治体を代表する議員を国会の中に送り込む仕組みの構築である。

評者の関心から内容の紹介は割愛する。

3　わが国の「参議院改革の論議」

著者は，ここで「参議院の権能と議員選挙制度を改革して，この参議院に地方自治保障院と言うべき機能を持たせてはどうかというアイデア」（30・31頁）について論じている。

興味深い内容ではあるが，評者の関心から，上記の「2　国会の審議過程への自治体参加」と同様，内容の紹介は割愛する。

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

ここは，自治基本条例を「自治体の最高法規」「自治体の憲法」として，国の法制度上も公認させる方策についての検討である。

1　憲法改正で自治体に自治憲章制定権を賦与する方策

「GHQが起草した最初の『マッカーサー草案』は，実はアメリ合衆国でしか採用されていなかった自治憲章制度，しかもアメリカ合衆国のすべての州ではなく，相当数の州でのみ採択されてい

[15] 渋谷秀樹教授（1955-）は，「地方公共団体」の意味として，「地方政府」を指す場合と，住民も含む社会学的意味の地方公共団体，すなわち「統治団体」を指す場合があると述べている。『憲法（第3版）』（有斐閣，2017年）749頁以下

たにすぎない自治憲章制度，世界でも例外的な異例の自治憲章制度を占領下の日本国憲法に導入しようとしていたことにな」る（36 頁）。

自治憲章制度（Home Rule Charter System）とは，「それぞれの自治体が自治憲章制定会議を設置し，ここで市民代表たちによって起草された自治憲章草案を住民投票に付し，この住民投票で有効投票の過半数の賛成を得た場合には，これを州議会に提出します。州議会はこれを審議し，これが州憲法及び州法に違反していないと判断した場合にはこれを承認する議決をする。あるいは州議会はこれをただちに承認するというもの」で，「自治憲章によって通常定められているのは，その自治体における政治の仕組みをどう組み立てるかという問題と，その自治体の所掌事務の範囲をどの範囲にするかという二点なのですが，この二点のいずれについても，州憲法と州法に違反していない範囲内であれば，いかように定めても良いことになっている」（36 頁）。

日本国憲法に自治憲章という言葉がないため，「自治基本条例の制定運動を最初に提唱された松下圭一教授は，新たな自治体の最高規範と通常の条例とを区別するに当たって，自治体の最高規範を自治憲章とは呼ばず，これを自治基本条例と呼ぶことにせざるを得なかった」（37 頁）。

この方策は，「改めて憲法改正をして，自治体に自治憲章制定権を賦与する，そして自治体が制定する条例・規則はすべて自治憲章に違反しない範囲内のものでなければならない旨を明記することにする」もので，「一番正々堂々たる新制度の採用」である（37 頁）が，これは言うまでもなく，「実現可能性は極めて低い」ものである（38 頁）。

2　地方自治法改正で自治体に自治憲章制定権を賦与する方策

「第二の方策は，地方自治法のみの改正で，普通地方公共団体が制定できる法規範の種類を現行の条例と規則の二本立てではなく，基本条例と条例と規則の三本立てに改め，条例及び規則は基本条例に違反しない限りにおいて制定できるものと定めれば，基本条例と条例・規則の優劣関係が明確にな」る（38 頁）。

「この基本条例もまた，条例・規則と同様に国の法令に違反しない限りにおいて許容されるものであることに変わりは」ない「ので，この地方自治法の改正に当たっては，基本条例の法制度化にとどまらず，自治体の政治の仕組みに関する国の法令による種々の縛りを大幅に緩め，自治体が自己組織権を行使する余地を大幅に拡げさせる地方分権改革が進まないと，自治基本条例の制定権が法制度化されても，この正式の自治基本条例に定められる中身は，現在の自治基本条例のそれと大同小異のものに止まってしまう恐れが残」ることになる（39 頁）。

ここでの前段の記述では，「基本条例」は単に法形式的なものとして「条例」と区別しているようにも思われるが，後段の記述からは，自治基本条例のような内実を伴うものを「基本条例」として捉えているようである。

3　憲法第 95 条の地方自治特別法制度を活用する方法

「自治基本条例に定められる主たる事項は，アメリカの自治憲章制度と同様に，自治体の政治の仕組みに関する事項と自治体の所掌事務の範囲の拡張に関する事項になるであろうと思われ」る。「その主眼が自治体の所掌事務の範囲の拡張，すなわちこれまでは国や都道府県の所掌事務に属していた事務権限の市町村への移譲に置かれる場合には，憲法第 95 条の地方自治特別法制度を活用する方策も十分に検討に値」する（39 頁）。

著者は，39 頁以下で「アメリカ合衆国の各州で独自に発展した地方自治特別法制度がたどってきた歴史」を振り返っている。以下に要約すると，

19 世紀のアメリカ合衆国の都市自治体では政治腐敗が横行しており，「各州の州議会が単独の都市自治体のみを対象にした州法を制定するという事態が多くの州で頻発していた」(40 頁)。しかし，この種の州法である特別法（special acts）が横行したのでは，都市自治体の自治権が有名無実になるということで猛反発が起き，州憲法に特別法を制定することを禁止又は制限する条項を創設させる請願運動が展開され始めた。

①「特別法の禁止又は制限条項を州憲法に導入する州が増え始め」，「特別法の制限条項を創設した多くの州で採用された方式が，州議会がこの種の特別法を制定しようとするときは，州議会でその法案を可決した後にその法案を当該都市自治体の住民投票に付し，その有効投票の過半数の賛成を得なければならないという方式」だった（40 頁）。

「日本国憲法第 95 条に結実した地方自治特別法制度は，まさしく 19 世紀の後半にアメリカ合衆国の各州に普及し始めた特別法の制定制限制度を日本にも導入しようとしたものでした。」（下線評者）（40 頁～41 頁）

② 20 世紀に入ると，「特別法の制定制限制度の発想を 180 度逆転させ，都市自治体の側がみずから起草した自治憲章草案を住民投票に付し，過半数の賛成を得た上で，これを州議会に上程し，これを地方自治特別法として制定してもらおうとする直接請求運動が展開され始め」，「この直接請求運動に応えて特定の市の自治憲章を制定する州議会が増え始めた」（下線評者）（41 頁）。

「アメリカ合衆国に独自の発展を遂げた自治憲章制度は，元来は地方自治特別法制度を逆用する形で始まった制度だった…。したがって，アメリカ合衆国の特定市の自治憲章は，…，州議会が制定した州法でした。それ故に，自治体がみずから制定する各種の条例より優越した法規範だった」（下線評者）（41 頁）。

③「当初のころの自治憲章は州議会によって当該自治体の最高規範として公認されたものだった…。ところが，自治憲章制度が広く各市に普及していくにつれ，さらに発展し，各市が起草し住民投票で承認された自治憲章は州に届け出さえすればそれでよしとする州が増え始めた」(41 頁)。

以上述べたように，「アメリカ合衆国では，地方自治特別法と自治憲章は密接に関連していた制

度だったのです。この事実に着目すれば，地方自治特別法制度を活用して，自治基本条例をさらに一段と中身の充実したものにしていこうという発想も，決して荒唐無稽な発想ではないのです。」（41頁～42頁）

著者は，この方策は「政令市や中核市などそれなりの行財政能力をそなえた市が，都道府県や国から特定範囲の事務権限の特別移譲を求めるときには有効な手段ですが，これによって市の政治の仕組みを自由に選択することには向きません。自治体の政治の仕組みは憲法第93条によって，長と議会からなる二元代表制の画一的な仕組みに限定されてしまっているからです。」（42頁）と述べ，その限界についても言及している。

著者が言及している三つの方策以外に，限定的ではあるが，「解釈」で対応する方法もあろうかと思う。例えば，『“逗子市都市憲章条例”を考える（報告書）』[16]は，次のように述べている（兼子仁教授（1935-）執筆）。

「都市憲章条例も法規の形式としては，市の一条例にほかならない。しかしその規定内容が，もっぱら市政全体の法的『基本原理』を書いている条例であるため，他の条例の立法や解釈・運用において，その法原理が生かされていくべきだという意味あいで，その原理的・優先的な法効果を示しうるものと解される。（改行）とくに，他の一般条例そのほか市のすべての自治立法（規則・規程・要綱など）の解釈（条文の正しい読みとり方）にあたっては，なるべく憲章条例の定める基本原理を生かすような解釈こそが正しい，という拘束力が示されることになる。（改行）ちなみにこの理は，教育基本法における規定原理が他の教育法令の解釈・運用を拘束するものとした最高裁判所の判例（学力テスト事件の1976年5月21日判決）で，公認されているといえる。」[17]（下線評者）

兼子仁教授が引用する旭川学力テスト事件最高裁判決は次のように判示した。「教基法は，憲法において教育のあり方の基本を定めることに代えて，わが国の教育及び教育制度全体を通じる基本理念と基本原理を宣明することを目的として制定されたものであって，戦後のわが国の政治，社会，文化の各方面における諸改革中最も重要な問題の一つとされていた教育の根本的改革を目途として制定された諸立法の中で中心的地位を占める法律であり，このことは，同法の前文の文言及び各規定の内容に徴しても，明らかである。それ故，同法における定めは，形式的には通常の法律規定として，これと矛盾する他の法律規定を無効にする効力をもつものではないけれども，一般に教育関係法令の解釈及び運用については，法律自体に別段の規定がない限り，できるだけ

[16] 逗子市都市憲章調査研究会（代表・兼子仁）『“逗子市都市憲章条例”を考える（報告書）』（第一法規，1992年）。同条例の試案（文責：兼子仁）の第34条（本憲章の地位）は，「本憲章は，逗子市政にとっての基本原理を定めた条例（基本原理条例）であるという意味において，市のすべての自治立法等に対し，優先する法的地位を有する。」と規定しているので，都市憲章条例は自治基本条例であると解することができる。

[17] 前掲注16の9頁

教基法の規定及び同法の趣旨，目的に沿うように考慮が払われなければならないというべきである。」（下線評者）

教育基本法はそもそも 1947 年（昭和 22 年）に制定された法律であったが，2006 年（平成 18 年）に旧法を廃止し，新法として制定されている。憲法学の西原博史教授（1958-2018）は，旧法第 11 条を引き継ぐ新法第 18 条「この法律に規定する諸条項を実施するため，必要な法令が制定されなければならない。」の解説において，「通常は，後法は前法に，特別法は一般法に優越する」にもかかわらず,「単に下位の法令に対して解釈原理として機能するだけでなく,本法の各条項は,それに対する違反を許さない，相対的な上位の法律として優先的妥当性をもつ。」[18]（下線評者）と述べている。

評者下線部分の法的意味については必ずしも明らかではない。戦後初の「基本法」という名称を冠した（準憲法的？）法律である教育基本法にのみ妥当する，それも教育関係法律との関係についてのみ妥当する法理なのか，それとも「基本法」と名の付く数多ある法律と他の一般的な法律一般との関係についても妥当する普遍性をもつ法理なのかが不明なのである。

参議院法制局出身の川﨑政司客員教授（1960-）は次のように述べている。「同じ種類の法令（たとえば，A 法律と B 法律）の間で内容が矛盾する場合」「には，2 つの法令の関係が一般法と特別法の関係にある場合には，特別法は一般法に優先するものとされ（特別法優先の原則），特別法が優先的に適用されることになる。（改行）「そのような関係になければ，時間的に後に制定されたものが前のものに優先することになる（後法優先の原則）」[19]（下線評者）。「特別法は，広く一般的な定めをする『一般法』の規定に対し，場合・人・地域などある特定の事項について一般法とは異なる特別の定めをするもので」ある[20]。

また，川﨑客員教授は,「同じ形式の法令の場合でも，一種の階層構造を生じるようなことがある」として，次のように述べている。「たとえば，基本的な法律や基本法といった名称を付された法律と，個別法との関係などがそれである。その場合には，個別法はそれらの法律の趣旨にそったかたちで解釈されるようになるとともに，意図的にそれらと異なる定めをしようとしたものでない限りは，特別法優先の原則や後法優先の原則は働かず，矛盾が解消されるまでは個別法の適用が控えられるといった処理がなされるべきではないかと考えられるが，同じ法律同士である以上，基本法と矛盾するからといって個別法が無効とされることはない。」[21]（下線評者）

ところで，地方公務員法第 2 条は「地方公務員（…）に関する従前の法令又は条例，地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程の規定がこの法律の規定に抵触する場合には，この法律の規定が優先する。」と規定しているところ，岡田正則教授（1957-）は，次のよう

[18] 荒牧重人・小川正人ほか編『新基本法コンメンタール　教育関係法』（日本評論社，2015 年）70 頁
[19] 川﨑政司『法律学の基礎技法〔第 2 版〕』（法学書院，2013 年）157 頁
[20] 同・前掲注 19・61 頁
[21] 同・前掲注 19・158 頁

に解説している。「本条は，…本法に抵触する従前の法令・条例等の規定を無効とし，本法の規定を優先させるべきことを定めている。こうした後法優先の原則（…）は，必ずしも明文での規定を要しないものであるが，本条は上記の原則を宣言することによって，本法が地方公務員制度に関する基本法であることを明示したのである。（改行）本条と同趣旨の規定は国公法１条５項にもある。これらの規定は，一般法である国公法・地公法が従前の法令中の特別法に対して優先するという意味の定めでもある。つまり，従前の法令と本法との間に抵触関係があると解される場合には，『特別法は一般法に優先する』との原則は働かないこととしたのである」。[22]

個別の実質的「基本法・条例」において，他の個別法・条例との優劣関係を明記した場合において，「基本法・条例」に抵触する「他の個別法・条例」の当該規定が「無効」になるのか否かについて，上記２見解（川﨑政司と岡田正則）は対立しているように見える。

いずれにしても現行法の解釈というレベルでは，著者が想定しているような，自治体の①政治の仕組みと②所掌事務の範囲の拡大という課題を「自治基本条例」において実現することはできないという限界があるのである。

（著者の）おわりに

著者は，講演の要点を次の３点にまとめている。

1　自治基本条例を「自治体の最高規範」であると国の法制度上も公認させる方策は，いずれも実現の容易なものではないが，決して絶無ではないこと。

2　自治基本条例の中身を更に一弾と拡充していこうとすれば，地方分権改革の更なる推進が不可欠であること，そして，地方分権改革の推進は国会の立法権との戦いであるということ。

3　更にもう一段高次元の自治権を獲得していくためには，憲法改正が不可欠の前提になるということ。

著者は，「最後に念のために申し添えたいことがあ」るとして，次のように述べている。すなわち，「憲法は決して完全無欠のものでは」なく，「これを，『不磨の大典』としてひたすら護り抜くべきものとは考えて」いないという基本的スタンスを述べた上で，「私自身は，現在の政権下で憲法改正作業に着手すると最悪の事態を招く可能性が高いと判断しておりますので，私自身はもう少し辛抱強く好機の到来を待ち，『いまだ！』と思うときがきたら，憲法改正を求める言論を始めたいと考えております。それまでは，いかに不便であっても，現在の日本国憲法の枠内で実現可能な改革を一つ一つ地道に積み重ねてゆきたいと考えております。」

卓越した戦略と戦術であると思う。Ⅱの１で述べたように，現政権政党は，こと地方自治に関する限り現状認識と構想力が決定的に欠如しているように感じられるのは誠に残念である。

[22] 晴山一穂・西谷敏編『新基本法コンメンタール　地方公務員法』（日本評論社，2016年）24頁

(評者の) 終わりに

次に紹介する40数年目の第2論文では，当時の公法理論（憲法・行政法）が厳しく糾弾されていたが，第1論文ではなりを潜めている。その間の公法理論の「進歩」を「評価」しての言説なのかもしれない。

ところで，残念ながら，本書には明らかな間違いの記述がある。例えば，14頁で，地方自治法は，「複数の地方公共団体で共同設置する協議会や一部事務組合等は特別地方公共団体としました。」という記述がある。「協議会」が「特別地方公共団体」でないことは，条文（第1条の3，第252条の2の2以下）を確認すれば一目瞭然の初歩的事項であるだけに残念である。

■「現代地方自治講座」講演記録　憲法と地方自治

1　序ー「日本の地方自治」と「市民自治の憲法理論」

法律学者ではなく，まして憲法学者でもない行政学者である筆者が「憲法と地方自治」といった法律学者が論じるテーマを選択した理由を以下のように三つ挙げている。

第一の理由として，「憲法解釈学は，法律学者の問題かもしれ」ないが，「少なくとも憲法解釈を支える原理的な憲法理論は，政治学者の扱うべき領分ではないか」(48頁)，「日本の憲法学者は，憲法解釈学は行って」いるが，「憲法理論を大真面目に論じようとはあまりして」いない。「そうであればなおさら，空白を埋めるためにも，政治学者が憲法理論を展開することは，義務でもあり責務でもあるのではないか」(49頁）ということを挙げている。そして，政治学者である松下圭一教授（1929-2015）が『市民自治の憲法理論』（岩波新書，1975年）を表したことも刺激になったことを述べている。

第二の理由。「日本の法律学者の中には，…憲法学者も行政法学者も含め」て，「公法学者の中には，アメリカの地方自治について本格的に勉強した人がほとんど」いない（49頁)。これと比べると，「政治学者のなかでも，行政学者の中には，アメリカの地方自治について紹介したり勉強したりして」いる人が何人かいるが，「日本の公法学者の地方自治論とはうまくかみあってこなかったように思う」と述べている（49・50頁)。そして，「日本での議論をもう少し生産的にするためには，アメリカの地方自治の法的な状況，法律学的な理論構成を明らかにする必要があると思われる」と述べる（51頁)。

著者は指摘する。日本国憲法は，戦後，GHQと当時の日本国政府のやりとりの中で作られた。第92条から第95条までの4か条の地方自治に関する条文は，アメリカの地方自治制度の影響が強く出ている。その結果，「地方自治の憲法理論を展開し，憲法解釈を行うのであれば，アメリカの地方自治の憲法理論をまず理解することが，一つの欠くことのできない前提になるのではないか」，「それにもかかわらず，日本の憲法学者あるいは行政法学者は，依然としてドイツで形成された法理論を土台として日本の地方自治の理論化を試みている」(51頁)。

この指摘は，戦後の憲法体制において，大きなパラダイムシフト（paradigm shift）があったにもかかわらず，公法理論がそれに対応できていないというものであり，以下で紹介・検討するように，（残念ながら）大変な説得力がある。

第三の理由として，最近地方自治に関する岩波新書が二冊，続いて刊行されたことを挙げている。著者の恩師である辻清明（1913-1991）『日本の地方自治』（1976年）と松下圭一『市民自治の憲法理論』である。

評者の書棚にある松下圭一『市民自治の憲法理論』は，「アンコール復刊」の「1999年9月17日　第6刷発行」のものである。そもそもの刊行が1975年9月であるから，評者は大学3年ということになる。特段の記憶はないものの，なぜ当時購入しなかったのかを考えるに，恐らく，政治学者の著した憲法の本は，少なくとも当時の単位取得には役に立たない（むしろ有害？）と考えたのではないかと思う。大学時代，憲法の講義を聴いた小嶋和司博士（1924-1987）の講義内容は“概念法学”的に思われ，当時の評者の座標軸で言うと「保守的」な学風であった。

著者は述べる。「法律学者の地方自治論には，地方自治の権原，権能というものが，地方公共団体に固有のものか，それとも授権されているものかという，いわゆる固有説と伝来説という議論があ」る。「この点について辻教授は，…問題は法形式ではない，地方自治と国家との関係の実態であると述べ…ている」(53頁)。評者は，辻著の該当部分を探したが見あたらなかった。恐らく，著者の意訳であろう。

鬼の首を取ったかのように喧伝したくはないが，辻清明『日本の地方自治』の116頁に誤りを見つけた。「日本の地方自治法第242条の2に，『住民訴訟』という規定があり，地方団体が，公金を違法または不当に使用した場合に，住民が裁判所に訴え出ることを認めていますが，この制度は，アメリカにおける『納税者訴訟』をモデルとしたものです」（下線評者）。言うまでもなく，公金使用の不当性を争えるのは，住民監査請求のみであり（同法第242条），住民訴訟では争うことはできない。

辻著123頁では，「イギリスでは，まず『中央政府』（評者注：central government）と『地方政府』（評者注：local government）が共存し，双方が固有する独自の機能の競合と合意の上に，はじめて『国』の観念が成立するという自治思想がある」との記載がある（下線評者）。下線部分にある「国」とは，評者の用語方[23]でいうと，「国家」ということになる。

ところで，政治学事典による「政府」の定義は，次のようになっている。

「政治共同体を支配ないし運営していくことに特化して機能している機関が政府である。政府はそれが管轄する人々の要求を取り入れ，それらを調整して，法律，政策に変換し，あるいはそ

[23] 評者は，「国家」と「国」を概念区分する必要があることから，（市民）社会に相対する意味で「国家」の用語を，地方自治体と区別された行政主体という意味で「国」の用語を意識して用いることにしている。その場合，「国家＝国＋地方自治体」と概念構成できると考えている。拙稿「国・地方自治体間の争訟と『法律上の争訟』覚書（２）」法学研究（北海学園大学）第53巻第2号（2017年）122頁以下参照。

れら法律，政策を執行し，それによって紛争を調整する機能を行使することを通じて，全体として政治共同体を治めていくことにかかわる。現代国家において政府は不可欠の部分であるが，政府の概念は一定しているわけではない。広義には，立法部，行政部，司法部から構成される国家の統治構造全体を意味するが，狭義には，行政部のみを指す。さらに狭い意味では，内閣と同義に用いられる。政府の機能は，国家だけでなく，地方自治体も有するから，地方自治体も地方政府として認められる。今日では，国家と地方自治との関係は，中央－地方関係としてとらえるよりも，政府間関係として把握することが一般的である」[24]（下線筆者）。引用文中に出てくる「国家」とは，評者の用語方でいうと，「国」ということになる。

最近では，憲法教科書においても何のためらいもなく正面から「地方政府」という用語が使われているが[25]，法律学の世界ではいろいろと議論があるようである。

行政法学の兼子仁教授は，次のように述べている。「すでに日本の行政学においては，自治体を『地方政府』（Local government）と呼び，国・中央政府との間がらも『政府間関係』（intergovernmental relations）と捉えている。この含意は重要だが，『政府』が十分な法用語ではないため，法学的には別途の用語検討が必要で，他方『地方公共団体』が戦前的な国家統治下の『地方団体』のニュアンスを残す術語だけに，憲法・法律上の正式語とはいえ，常用的な法解釈用語としては，戦前以来の“市町村自治体”の語を更新させて『自治体』（ときに“地方自治体”も可）をもって憲法上の“地域統治主体”に充て，動態的な『自治体行政法』上の主語としていくのが適切と考えられるのである。」[26]（下線評者）

「政府間関係」との絡みで言うと，政治学の教科書では，本人－代理人論の枠組みを使って，中央地方関係を四つのモデルで説明しているようである（「**図**　中央地方関係の四つのモデル」参照）。それは，「連合型」「出先型」「連邦型」，そして日本を含む「単一型」である。「単一型」の特徴はやや複雑で，「連邦型と出先型の入り交じった複雑な特徴を備えている」。「第１に連邦型と同様に，中央政府と地方政府は共に市民の代理人である。市民は中央と地方に対して参政権を持ち，中央と地方は共に市民に対して課税権を持つ。しかし，第２に出先型と同様に，地方政府は中央政府の代理人という性格を持ち合わせている。したがって，市民の地方への参政権は中央政府の定める法律によって規定され，地方政府の課税権も法律によって制約される。また，地方政府は決定権（条例制定権）を持つが，中央政府の定める法律の範囲内において決定できる。」と説明されている。[27]

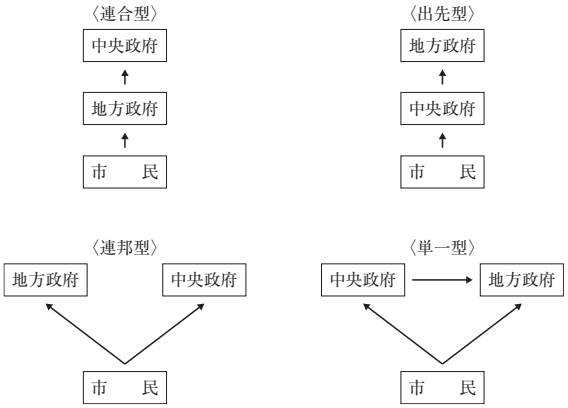
---

[24] 猪口孝・大澤真幸ほか編『〔縮刷版〕政治学事典』（弘文堂，2004 年）623 頁（池谷知明執筆）

[25] 渋谷秀樹教授は，『憲法（第３版）』（有斐閣，2017 年）において，「第５編　統治機構各論」（529 頁以下）の共通見出しの下，「第１章　中央政府」で，国会，内閣及び裁判所の解説をし，「第２章　地方政府」の見出しの下で地方自治の解説をしている（731 頁以下）。

[26] 兼子仁『行政法学』（岩波書店，1997 年）238 頁。自由民主党の草案の解説では，「自治の精神をより明確化するため，これまで『地方公共団体』とされてきたものを，一般に用いられている『地方自治体』という用語に改めました。」としている。

図　中央地方関係の四つのモデル



(出典：久米郁男・川出良枝ほか著『政治学〔補訂版〕』254 頁)

鴨野幸雄教授（憲法学）は，以下の三つの理由から「自治体を憲法学の上から今日的法的理解として『地方政府』と呼称する意味があると」する。第 1 に，「集権的行政関係を偏重する思考様式と，それに基づく行財政の制度と運用を改革していこうとする実戦的思考」の内包，第 2 に，「『地方政府』の承認によって，国の権力構造を水平的三権分立ばかりでなく，垂直的に国と地方とに権力を分立することになる。そうすることによって，両政府を並立・対等の関係に立たせることができ，相互に抑制と均衡が働くことになり，国の意思である自治体関係の法律が常に自治体の条例等に優越する思考様式はとれず，絶えず国の法律と憲法 92 条の『地方自治の本旨』との緊張関係が生じることになる」，第 3 に，「『政府』というからには，それぞれが政策形成能力を高め，…自治体に関する国の政策形式（ママ）に影響を与えられるようにするものである」[28]。

他方，行政法学の藤田宙靖教授（1940-）は，「現行憲法下での（普通）地方公共団体は，既に『地方政府』としての性格を持つ」という上記主張[29] に対し，専ら法理論上の問題として次のような疑問を呈する。すなわち，「『地方政府』の語で表わされていることの最も重要な内容は，地方公共団体は単なる『地方行政組織』に止まるものではない，ということであるように思われるが，この点については，次のようないくつかの問題に分けて考えることが可能かつ必要であると思われる。」として，次の 3 点を挙げる。

（1）地方公共団体は，単に行政活動を行う『行政主体』に止まるか否か，という問題

（2）地方公共団体は，単なる国の地方組織として国から分け与えられた事務のみを行うのではなく，固有の事務を持ち，それ故に固有の存在であると認められるか，という問題

[27] 久米郁男・川出良枝ほか著『政治学〔補訂版〕』（有斐閣，2011 年）255 頁（真渕勝執筆）

[28] 鴨野幸雄「地方自治論の動向と問題点」公法研究第 56 号 10 頁

[29] 日本公法学会第 58 回総会（平成 5 年）における鴨野幸雄教授の総会報告を指す。藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣，2005 年）166 頁

(3)『地方政府』という場合の『政府』の語が，仮に英語の government の日本語訳であるとするならば，この語には，ドイツ語の『国家（Staat)』と区別された，ある種のニュアンスが含まれている。要するにそれは，その権力が『下から』委託されたか，『上から』与えられたか，という観念の違いに関わるものである。government の概念の有するこのニュアンスとの関係で言うならば，地方公共団体の『政府』性とはすなわち，一つには右の（2）に述べた，地方公共団体の『固有性』の問題であり，今一つはすなわち（後に見る）『住民自治』のあり方の問題に帰することになるのではなかろうか。

そして，「法理論的な問題として考える限り，地方公共団体に『地方政府』としての性格が認められるかどうか，という問題は，例えば右に見たような様々の問題の混合体として捉えられるのであって，そうであるとすれば，問題を『地方政府』かどうかというような理論的に未整理な形で提出することには（政治的な運動論としての効果はともかく)，理論的にさほどの意義は認められないように思われる。」[30] と結論づける。

藤田教授は，（2）の問題点の箇所で「憲法 94 条によって直接地方公共団体に与えられた権能は，言うまでもなく，『国家』から与えられた権能ではあっても『国』から与えられたものであるわけではない。」と述べている（この記述により上記（1）（2）はもはや問題たり得ないことになる。)。藤田教授の立論の前提は，（主権者が下から二つの政府を創ったという認識に立つのではなく)，「国」の権能とともに「地方公共団体」の権能も「国家」から「上から」与えられたものと考え，「国家」を前置しているように思われる（ドイツ語の「国家（Staat)」？)。そうであるとすると，国（中央政府）においても「固有性」の問題が，地方自治体の場合と同様に問われなければならないことになろう[31]。

思うに，憲法前文の「国政は，国民の厳粛な信託による」(Government is a sacred trust of the people）という箇所で，「国政」という言葉には「government」が使われ，「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るという理解（本書 60 頁)，そして，国家という「政治共同体を支配ないし運営していくことに特化して機能している機関が政府である」という政治学辞典の認識から考察すると，「(普通）地方公共団体」を「地方政府」と呼称することに何らの違和感は生じない。藤田教授も「『国家機能』は『国』と『地方公共団体』に分属せしめられている」と述べているところである（注 31 参照)。

なお，鴨野幸雄教授は，自治体の政策形成主体としての側面を捉えて「地方政府」という用語

[30] 藤田宙靖・前掲注 29・166 頁以下

[31] 藤田教授は，別稿で「国家は，社会がその必要に応じて作った，その意味でいわば一種の道具としての一機構（government）として位置づけられるにすぎない」。国と地方公共団体は「『国家機能』を，それぞれの役割において分担する，その意味で対等な存在である。『国家機能』は，『国』と『地方公共団体』に分属せしめられているのであり，決して『国家』イークォール『国』であるのではない。日本国憲法が，『地方自治の本旨』を保障したのも，まさにこの意味である。」と述べている。「行政改革に向けての基本的視角」（初出，1997 年）『行政法の基礎理論下巻』（有斐閣，2005 年）123 頁以下

を用いているが[32]，この点について，行政学者の佐々木信夫教授（1948-）も次のように同様の指摘をしている。「日本で自治体を地方政府と呼ばず，地方公共団体と呼んできた」のは，「そう呼ぶにふさわしい基本的な1つの機能が欠落していたと理解される。すなわち，これまでの地方公共団体には，地域の政治機能（政治体）と事務事業の執行機能（事業体）の2つの機能はあったが，自ら政策を創出する政策機能（政策体）が欠けていたと言ってよい。」[33]

法律学辞典において，「政府」は次のように説明されている。「1広義では，立法・行政・司法の三権全てを包括した，国の統治機関全体を指す。近代市民革命が貫徹された諸国では，三権はいずれも，社会・国民が創設したものと観念されるから，総体としてのGovernment英という観念を生んだ。2狭義では，行政府を意味する。この用法は，ドイツや日本のように，市民革命が不徹底に終わり，そのため行政権と国民代表議会とが対抗関係に立つ諸国において生じた。（省略）現行憲法下では，内閣又は内閣とその所轄の下にある行政機関の総体の意味に使われる。3法令上，政府という言葉が用いられる場合，その意味は多様である〔なお，国公2⑥・98②，労調3，雇保2，職安5等参照〕。」[34]（下線評者）

確かに，「現行憲法下では，内閣又は内閣とその所轄（ママ）の下にある行政機関の総体の意味に使われる」という記述（内容以前の問題として，国家行政組織法1条は，「内閣の統轄の下における行政機関で内閣府以外のもの」を「国の行政機関」としているのであり，「所轄」という用語方は明らかに誤りである。「所轄」とは，ある程度独立性をもつ機関が形式的に他の機関の下に位置する状態をいい，例えば，国家公務員法3条1項は，「内閣の所轄の下に人事院を置く。」と規定している。）からは，地方公共団体を「地方政府」と呼ぶ法学上の用法はないようにも思われる。しかし，それは，70年経っても実定法のシステムが憲法の本来の理念に未だ追いついてないということの証左でしかないようにも思われる[35]。

著者は，辻教授の著書と松下教授の著書の違いは無数にあるが，二つの点に着眼している。松下教授は，第一に「国家」という言葉を使うことを極力避け，第二に「自治体は市民によって独自に直接信託された政治責任をもっている団体」と理解している。

他方，辻教授は，第一に「自治体は国家を構成する部分団体」であり，第二に「法形式からみれば，自治体は国家法を権限根拠とすることを，当然のこととして認めて」いる（57頁）。その結果，「法理論としては，伝来説，自治の機能は国家から伝わってきている，国家から授けられてい

[32] 鴨野幸雄・前掲注28・8頁

[33] 佐々木信夫『現代地方自治』（学陽書房，2009年）193頁

[34] 高橋和之・伊藤眞ほか編集代表『法律学小辞典［第5版］』（有斐閣，2016年）768頁。なお，伊藤正己・園部逸夫編集代表『現代法律百科大辞典5』（ぎょうせい，2000年）は，全8巻（索引1巻を含む。）で5500項目を誇るが，「政府」の項目がないのが印象的である。「法律学」上の概念ではないということであろうか。

[35] 1996年12月6日の衆議院予算委員会において，菅直人委員が「憲法65条における内閣に属するとされる『行政権』の中に自治体の行政権は含まれるのかどうか」と質問したのに対し，大森正輔内閣法制局長官は含まれない旨答弁した。戦後の憲法構造の根幹に係る政府解釈がわずか20数年前に「確認」されたことになる。

るんだ，という説を承認して」いる。「その限りでは，…辻教授の地方自治論は，かつての美濃部達吉教授の自治理論とほとんど変わりがないということができ」ると著者は述べる。