

第2章 地方自治の手続的保障

第1節 「地方自治の保障のグランドデザイン」における論点の提示

地方自治の手続的保障（手続による保障）という場にあられる様々な仕組みに関しては、第一次分権改革前から、「自治体の国政参加」¹、「自治権の司法的救済」²という形で議論がなされてきた。

そして、地方自治の本旨の具体化との関連において、手続的保障という観点の重要性を提示したのが、第7次自治制度研究会の報告書である。

同報告書は、「新しい地方自治保障システムの構想」の構成要素として、「手続的保障の重要性」を挙げた³。

『地方自治の本旨』は抽象的で曖昧な言葉である。したがって、その具体的な運用に当たっては、同じく曖昧な『補完性の原理』の具体的な運用において、欧州連合とその加盟国が非常に手続的なアプローチを採っていることが大いに参考となる。地方自治の保障のためには、国の立法や行政が『地方自治の本旨』に反したものではないか、そのチェックを行う手続を保障することが重要であり、また、最終的には、当該立法や行政に対する司法的救済の保障が重要である。そのような保障された手続を運用していく中で、『地方自治の本旨』の具体的な内容も蓄積され、明らかになっていくものと思われる。

そして、憲法レベルでの保障の構想（デッサン）として、「国の立法・行政への参加権を規定する（協議の手続的保障など）」、「自治権侵害に対する司法救済の規定を置く。」という二つの案を提示した。

本章では、参加と救済の関係という論点を含め、このデッサンの具体化のための考察を行う。

第2節 概念の整理と事前手続・参加の位置づけ

手続的保障の対象となる手続にも、①事前手続と事後手続、②個別地方公共団体の参加とその連合体の参加、③防御的手続と制度設計における手続、など様々なものがあり、ま

¹ 近時の文献として、磯部力「自治体の国政参加」松下・西尾・新藤編『自治体の構想2』2002年、37頁以下、由喜門眞治「自治体の国政参加」芝池・小早川・宇賀編『行政法の争点（第3版）』2004年、166頁以下、基本文献として、塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体』1990年、19頁以下、参照。

² 抽象的観念的に司法的救済につき論ずることの限界からしても、数は少ないながら日田市場外車券場（サテライト）訴訟のような具体紛争、についての考究も重要ということになる。近時の文献として、人見剛『分権改革と自治体法理』2005年の第I編「国と自治体の訴訟」。

³ 同報告書122頁。それに先行して、西尾勝「『地方自治の本旨』の具体化方策」東京市制調査会編『分権改革の新展開に向けて』2002年、35頁以下が、立法原則、立法手続、判例による法形成の三者による「具体化」を提唱している。

ずはそれぞれを整理し、分析的にとらえる必要がある。その上で、統合的視点から理解できるものがあれば、そのように扱うべきである。ア priori に、手続的保障を統合する契機としては「自治権」という概念があるが、その性質を巡って議論が続いていることから、まずは、手続的保障に含まれる事柄に関する整理と分析が重要である。

1 実体権と手続権（手続的保障）

「地方自治」、「自治権」、「地方自治の本旨」の法的保護に関しては、分権改革後も様々な議論があるが、大括りにすると、以下のような対立がある。

①地方自治が、「主観的権利保護」を要請するかどうかについて、自治権と人権を類似したものと構成するか、それとも、統治権としての自治権は、人権とは異なるとするか。

②地方公共団体の、(私人が立ち得ない) 法的地位について、国に対する関係において行政内部関係という出発点で捉えるか、それとも、外部関係と構成するか。

③対私人の関係でも、①と連動して、「行政権の主体」としての地方公共団体が、国民・住民に対して民事訴訟を提起できる地位にあるのかどうか。最高裁は否定的に解したが⁴、批判は強い。

いずれの見解も、いささか割り切りすぎ（1かゼロか）であり、国に対する手続権（手続的保障）に関しては、例えば、①において、どちらの立論に依っても根拠づけることは可能である。人権・私人の権利と同様の権利を措定する場合には、実体権に対応した手続権ということになるが、そうでない場合でも、地方自治を憲法上の法原理として位置づけ、そして、その担い手として、国から切り出された組織、しかも法人格を持った組織として地方公共団体を構成する以上、一定水準以上の手続的保障は不可欠ということになるからである⁵。もちろん、自治権の特性が、私人の権利と異なるとすれば、保障の水準・内容につき、(以下に見るように) それと全く同じものが要請されるわけではない。

2 事前手続と事後救済（裁判的保護）

手続的保障には、国による立法・行政上の措置に対する事前の手続（聴聞・参加など）と事後救済がある。後者については、裁判的保護が中心となるが、国地方係争処理委員会のように第三者的な行政機関が任にあたる場合もある。事前手続についても、第三者機関が関与する類型もあり得るし、そしてまた、事前手続における瑕疵を理由とする事後救済を認めるという形で、事前・事後の連結を図ることもできる。

事前手続・事後手続とその区分に関する論点として、以下が挙げられよう。

⁴ 最判平14・7・9民集56・6・1134。磯部・小幡・斎藤編『地方自治判例百選（第3版）』、2003年、41事件解説[曾和俊文]が、関連文献につき詳細である。

⁵ 塩野前掲注1、37頁以下、同『行政法Ⅲ（第3版）』224頁以下、参照。現行法上、自治権が「当然に主観法的な権利保護システムの下に置かれるとすることには、いささか困難が伴う」とする藤田教授も、地方公共団体の「法的地位の実現のために何らかの裁判上の保障が行われるべきものである」という命題そのものの定立可能性を否定しているわけではない。藤田宙靖『行政組織法』2005年、52頁。同『行政主体』の概念に関する若干の整理 樋口・上村・戸波（編）『日独憲法学の創造力（下）[栗城古稀]』2003年、547頁以下も参照。

a) 保障の水準

特に裁判的保護については、裁判所の権限・「司法権」の任務範囲との関係が問題となる。すなわち、客観訴訟の位置づけにおいて議論があるように、司法権の本来的な任務の中核を私人の権利保護と構成すると、地方公共団体の権利保護「水準」は、中核部分とは異なるものになろう。ドイツでは以下に見るように、市町村が国の権限行使の違憲性・違法性を争う訴訟においては、基本権（基本的人権）侵害の場合とは異なり、国の行為に対して比例原則の厳格な適用はなされていない。

また、マクロの視点でみれば、私人の権利保護以外の任務を裁判所が過剰に引き受けることによって、本来的任務に支障をきたすこともまた、私人に対する裁判を受ける権利との関係や三権分立の問題などの憲法問題たり得る。もっとも、司法制度改革によって、私人の訴訟アクセスの重要性がより大きくなるとしても、日本の現状において、裁判所によるそれ以外の任務の過剰引き受けはそれほど懸念されるべき問題ではない⁶。

b) 立法による制度の形成と両手続の相補性

基本的人権と対比すると、地方自治原理は、立法によるその具体的内容の形成を当初から必要とする国家組織法原理であることを特徴とする⁷。したがって、地方自治の保障が意味を持つのは、まず法律による内容形成という場面である⁸。法律による形成に憲法上の地方自治保障がチェックをかけるということである。事前手続と事後救済のいずれに重点をおいて制度を構築するか、その間に第三者機関をどう位置づけるかという点についても、立法者の判断余地が介在するが、その限界は何か憲法上の問題となる⁹。

国の地方公共団体に対する措置がいかなる種類・強度のもので、対する地方公共団体の地位・主張がどのようなものか、例えば、防御的なものか、参加的なものかによって、事前・事後手続¹⁰に対する司法審査を認めた場合の、立法者の判断に対するコントロール密度も変化する。

3 防御的な事前手続と、国政参加型事前手続

a) 個別団体による防御的参加・手続

⁶ 斎藤誠「人権保護における行政と司法」前掲注5『日独憲法学の創造力（上）』229頁以下、山本隆司『行政上の主観法と法関係』2000年、437頁以下、参照。客観訴訟のなかで例外的に活用されてきた住民訴訟についても、年間200～300件のレベルにとどまっていた。園部逸夫編『住民訴訟（最新地方自治法講座4）』2002年、1頁以下、参照。

⁷ もちろん、基本権についても、平等保護という領域などにおいて、立法による形成余地が相対的に大きくなる場面もある。斎藤前掲注6、小山剛『基本権の内容形成』、2004年、参照。

⁸ Schmidt-ABmann, E, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in FS BVerfG 50, 2001, S. 806ff.

⁹ 基本権についても、（異議申し立てを含む）行政手続と裁判上の保護の相補性は問題となる。小山前掲注7、102頁以下参照。

¹⁰ 事後救済についても、制度が地方自治保障の要請する水準かどうかの司法審査を想定しうる。

事前手続のうち、比較的単純な構造を持つものは、このタイプの手続・参加である。すなわち、個々の地方公共団体ないしその構成員たる住民に、自治権・自治保障の侵害・介入になるような国の行為に対する、防御的手続を認めるものである。

現行法上は、立法による介入・侵害に対しては、憲法95条の定める、地方自治特別法における住民投票手続がある。行政上の措置については、第一次分権改革によって透明な手続きとして設けられた、地方自治法上の国の関与の手続きが相当程度カバーしているし、個別法にも意見聴取、意見申出手続きが存在する（個別措置につき、河川法36条、政令立案につき大気汚染防止法5条の2第5項、など）。また、申請によらない都道府県の合併について、合併につき定める法律は憲法95条の対象となるという解釈も、住民投票のみで保障のレベルとして十分かどうかという問題はあるにせよ、個別団体による防御手続として位置づけることが可能である。

ドイツにおいても、合併や名称変更に関する事前手続の他、「国（連邦・州）の事務」であっても、特定の市町村の現在ないし将来の利害にかかわる事項であれば、議決・聴聞といった形で市町村の関与権が認められている¹¹。

b) 国政参加型事前手続

地方自治「一般」にかかわる事柄についての手続であり、現行法上は、一般的制度としては、六団体の意見具申権（地方自治法263条の3）があり、個別法によるものとしては全国計画を定めるにあたっての知事からの意見聴取（国土利用計画法5条）がある。

前者については、平成18年地方自治法改正で、「各大臣は、その担当事務に関し地方公共団体に対し新たに事務又は負担を義務付けると認められる施策の立案をしようとする場合には、第二項の連合組織が同項の規定により内閣に対して意見を申し出ることができるよう、当該連合組織に当該施策の内容となるべき事項を知らせるために適切な措置を講ずるものとする」（地方自治法263条の3第5項）、という通知義務規定が付け加わった。

憲法レベルで、このタイプの類型を制度化しているものとしては、ドイツにおける州憲法の規定がある。例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州憲法71条4項は以下のように云う。

「法律と法規命令により、市町村及び市町村連合に関わる一般的問題を規律する際には、各団体ないしその連合組織に適時に聴聞しなければならない」。そして、同州議会規則は、聴聞を経てはじめて、法案の審議が開始される旨規定する¹²。

連邦憲法にはこのような制度に関する規定はないが、行政規則としての連邦各省共通職務規定25条が、各省が作成する法律の素案について、連邦規模の市町村連合組織にできるだけ早期に送付し、当該組織からの意見提出がなされる旨規定している¹³。

また、立法府に直接に代表を出すシステムも、広い意味でのこのタイプの参加に当たる。

¹¹ いわゆる法主体保障の一場面である。Vgl., Schmidt-ABmann, a. a. 0, S. 815f.

¹² 木佐茂男『ドイツの自治体連合組織』、1995年、55頁以下、参照。

¹³ 木佐前掲注12、大橋洋一「行政立法手続の比較法研究」同『対話型行政法学の創造』1999年、43頁以下参照。

連邦制国家において、州・邦の代表からなる院が構成される例は珍しくないが、市町村の代表が議員となる制度としては、例えば、ドイツ・バイエルン州は、2000年に州民投票によって廃止されるまでは、二院制を採用しており、州参議院において、市町村及びその連合組織に、議席を割りふっていた¹⁴。

このような立法府への直接参加は、道州制論との関係で日本においても将来においては重要な論点と考えられるが¹⁵、以下では、聴聞などの立法・行政手続への参加について、論点を挙げて検討する。

i 国の立法への参加

A 国会の立法過程への参加

①現行憲法上の解釈論

立法に際して地方公共団体ないしその連合組織に対する意見聴取を国会に対して義務づける、という内容を持った法律を制定するとして、憲法上の問題は生じるのか。さらに、2000年に知事会が提言したような、地方自治に関する法令案等について意見を具申する第三者機関を設置し、国がその意見を尊重する、というシステム¹⁶についてはどうであろうか。

②憲法に手続参加規定をおく場合

憲法に、国会に対する義務付けを規定するのであれば、①の問題は解消するのか。憲法における国の立法機関のあるべき権限や地方自治保障の位置づけといった観点からは、①に関して検討すべき問題をやはり処理しておく必要がある。

例えば、①、②共通に、手続的保障を肯定する論拠として、機能適正な権力分立という観点による地方自治の理解が挙げられよう。地方自治の根拠論として、民主主義、個人の自律・尊重という根拠論に加えて、垂直的権力分立論があり¹⁷、そして、水平的な権力分立について、孤立的・中核不可侵・静態的な分立論を補って、機能に着目した、機関適性の議論がある。両者を組み合わせると、国の立法過程への地方公共団体の参画についても、

¹⁴ 木佐前掲注12、自治体国際化協会『ドイツの地方自治』2003年、49頁、片木淳『地方主権の国ドイツ』2003年、43頁以下、参照。

¹⁵ 近時の文献として、大山礼子「参議院の存在意義—地方代表議院としての可能性を考える」都市問題96巻5号14頁、参照。

¹⁶ 同提言につき、斎藤誠「分権時代における自治体の課題と展望（上）」ジュリスト1214号、2001年、24頁以下、参照。地方分権推進改革会議も、「地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見」（平成16年5月12日）の「国の決定への地方の参画」の項で、立法プロセスへの参加を提言した。また、新地方分権構想検討委員会の『豊かな自治と新しい国のかたちを求めて』（分権型社会のビジョン・中間報告）（平成18年5月11日）は、「地方に関わる事項についての政府の政策立案及び執行に関して、政府と地方の代表者等が協議を行い、地方の意見が政府の政策立案及び執行に反映されるよう、新たな組織を法律により設置する。」ことを提言している（「（仮）地方行財政会議の設置」、同12頁以下）。

¹⁷ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』2005年、271頁以下、318頁、斎藤誠「憲法と地方自治」法学教室243号、2000年、76頁以下参照。

新たな視点を付け加えることができよう¹⁸。

すなわち、大は、国家規模での計画における立法・行政両機関の関与から、小は、議会同意を要する行政立法まで、立法機関・行政機関間に、様々な協働作業が存在するように、国家機関の組み合わせ（交差）、協働¹⁹、により、「権力抑制」のみならず、「組織」、「作用実現」それぞれの最適化を目指すというのが、「機関適性」、機能的権力分立論の含意である。例えば、ドイツ連邦憲法裁判所の判例は以下のような定式を述べている。国家行為は、「組織、構成、機能、及び手続の点で、最適条件を満たす機関に担われる」べきであり、そのために「権力の交差と平衡化が存在する」²⁰。

垂直的権力分立もまた、もっぱら権力抑制にのみ仕えるものでなく、地域地域の生活関係の多様性に応じた政策過程の構築にも仕えることになる。ゆえに、憲法原則たる地方自治保障の具体化として、そのような過程を手続的に保障するための国の立法・行政過程への地方公共団体の参加が、憲法解釈および憲法政策において正当化されよう。

機能適正な垂直的権力分立論は、地域の生活に密接に関わる事柄について住民自らが参加し決定するという住民自治・地方自治の民主主義的理解²¹にも適合的に構成することができる²²。ある施策が有効か否かについて、住民が参加、判断した方が、適切な解が得られる身近な問題については、地方公共団体に権限を付与することが、機能適正であるからである。

③憲法レベルで規定する意味

国会の立法過程への参加手続を、一般法によって規定した場合に、ある個別法律について、参加手続を国会が履行しなかったらどうなるのか。基本法と個別法、基本条例と個別条例の間の階層性（の欠如）の議論と同種の問題がここにも登場することになる。不履行を違法であるという結論を得るには、議会の自己拘束²³という概念なり、憲法原則の具体化法としての優越性という構想のみではなお不十分である²⁴。

¹⁸ 以下で敷衍する機能適合的な垂直権力分立論は、実体的自治権の減少・喪失といわば引きかえに、国の決定プロセスへの参加を構想した、かつての機能的自治理論とは異なる。連邦憲法裁判所による自治権論の進捗により、同理論は退場したとも評される。

Vgl., Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3AufL., 2003, S. 72.

¹⁹ 磯部前掲注1も、「協働的参加」という枠組を提示している。

²⁰ 斎藤誠「国法の規律と地域性」小早川・宇賀編『行政法の発展と変革（下）[塩野古稀]』2001年、406頁以下、参照。

²¹ 民主主義との関係で、自治権の捉え直しを図る論考として、新村とわ「自治権に関する一考察（1・2完）」法学68巻4・5号、2004年、参照。

²² 自己決定権との関係につき、斎藤前掲注16参照。

²³ 州間財政調整について、連邦憲法裁判所が、憲法と財政調整法の間「基準法」を置くことを求めたことから、基準法の個別法に対する関係はどのようなものかという、同じような問題状況がドイツでも生じた。Ossenbühl, F., Das Maßstäbengesetz-dritter Weg oder Holzweg des Finanzausgleichs? in FS Vogel, 2000 S. 227ff. 中村良広『ドイツ州間財政調整の改革』2004年、18頁以下。

²⁴ 斎藤誠「自治基本条例の法的考察」年報自治体学17号、2004年、57頁以下、参照。

憲法において直接規定すれば、憲法違反の法律は無効という形で、形式面での問題は解消するが、②で指摘した問題は残る。よって、この場合も、機能適正な権力分立論のような下支えが必要となる。

B 内閣提出法案の作成過程への参加

それに対して、立法府が、行政府における法案作成過程における地方公共団体の参加を、法律に規定することによって保障する（国会が内閣に命ずる）ことは、法律レベルでも現行制度上、法的意味を持つ。実際に、個別法により全国計画の策定や、政令立案に対して、意見聴取、意見申し出の制度を置くものがあることは先に見た通りである。

一般法において、そのような参加手続を規定する意味は、2005年行政手続法改正により法定化された行政立法に対するパブリック・コメント手続（命令等に対する意見公募手続、同法38条以下）と対比して議論することができよう。例えば、行政府に対する法的拘束力という点では、個別法・一般法ともにかわりはないが、一般法としてルール化することにより、ルールによらない例外的場合についての、立法府および行政府の説明責任がより明確になることがあげられる。

そして、対国会にせよ、対行政府にせよ、地方公共団体の参加機会の保障だけでなく、仮に、その意見尊重義務にまで踏み込むとなると、それが、機能適正な権限配分・組み合わせとの関係においても、憲法上の地方自治保障原理の国政における衡量義務の射程のなかにあることを、より厳格に論証する必要がある²⁵。

ii 国政参加型手続の片面性？

国と地方公共団体の協働という観点から捉えた場合であっても、国政参加型タイプの参加は、その機能面からすると広い意味で防御権的に作用するものであることに留意しなければならない。すなわち、全ての領域で協働をいうのなら、地方公共団体の全決定プロセスで、国が協働すべしということになりかねない。しかし、国の側は、地方自治の内容形成に関する立法判断余地の点も含め、垂直的な関与手段を豊富に持っているのであり、自治権の具体化のための平衡化という観点から片面的参加を評価する必要がある。

協働プロセスという把握は、参加を事前手続に限定するものではない。例えば、地方自治保障違反の法令に対する地方公共団体の出訴により、自治保障に適合した法令が確保されるプロセスが想定される。したがって、司法的救済制度の構築に関しても「平衡化」の視点は必要である。翻って、この視点からは、国による裁判利用の拡張（条例の違法確認訴訟²⁶や、是正の要求が任意に実現されない場合の訴訟）についても議論の対象となろう。

第3節 司法的救済・保護

1 ドイツとの比較

²⁵ 法律と条例の関係における、衡量義務の意義と射程について、斎藤誠「条例制定権の限界」前掲注1『行政法の争点（第3版）』158頁以下参照。

²⁶ 斎藤前掲注25、参照。

地方自治の司法的保護が特別なものでない実務を持つ国として、ドイツの例が挙げられる²⁷。同国における日常的な権利保護について概観すべく、標準的な地方自治法教科書から、「ゲマインデ(市町村)の権利保護」の章の項目と要点を略記すると以下のようなになる²⁸。

1. 行政裁判所における訴訟手続

[1.1 市町村は、他の自然人ないし法人と同様に、公法上の紛争について、行政裁判所に
出訴できる(通説・判例)]

[1.3 原告適格を基礎づけるのは、市町村が、連邦、州、市町村連合、他の市町村その他
の高権の担い手によって、自らの権利を侵害されているという主張である]。

[1.3.1 国に対しては、自治権(連邦憲法28条2項)、とりわけ「市町村高権」の①中核
と②法律の留保のもとにある領域の侵害に対して出訴可能]

[1.3.2 保護規範(その1) 憲法上の自治像を共に定める規定 例、101条・103条(裁判
上の手続権)、3条(平等条項)等]

[1.3.3 保護規範(その2) 市町村保護を目的にもつ法令]

[1.3.4 市町村は、基本権保護に依拠することはできない]

[1.4 住民の権利を代位して出訴することはできない]

2. 法監督に対する権利保護

[法監督は通例、行政処分としてなされるので、取消・義務づけ訴訟の利用が可能]

3. 専門監督(特別監督)に対する権利保護

[専門監督は、外部法効果のない勧告としてなされる場合、出訴できない]

4. 州(憲)法に基づく規範統制・自治体憲法異議

[ヘッセンとシュレスヴィヒ・ホルシュタイン以外の10州に存在。州法が州憲法の自治
保障に違反していることなどを州憲法裁判所で主張可能]

5. 行政裁判所における規範統制

[行政裁判所法47条1項に基づく。①州の法規命令に対するもの、②郡の条例に対する
もの]

6. 自治体憲法異議

[連邦憲法93条に基づく。自治権を侵害する連邦法に対する出訴]

[州法については、4.の手続が優先]

7. 一般的憲法異議

[原則として、認められない。5.により排除される。]

8. 民事法上の訴訟手続

[私法上の法主体としての出訴]

9. EUにおける自治体権利保護

²⁷ 憲法裁判所における保護について、vgl., Schmidt-Abmann, a. a. O, 行政裁判所に関しては、山本前掲注6、366頁以下が簡明である。薄井一成『分権時代の地方自治』2006年、56頁以下、197頁以下も参照。

²⁸ Gern, a. a. O. S. 539ff.

[9.1 ヨーロッパ法院への出訴。基本権を根拠にできないのは、1と同様。自治権を根拠にできるか否かについては、未だ判例なし。]

[9.2 EU法に対する連邦憲法裁判所への出訴。EU法の国内化法の違憲を、28条を根拠に争える]

[9.3 行政裁判所での権利保護。国内化法に基づく措置や直接適用されるEU法に基づく措置に対する出訴]

2 ドイツにおける裁判的保護の特徴

ついで、連邦憲法裁判所を中心として、判例における地方自治保障の展開を整理・分析した論考によれば、裁判的保護に関して以下の特徴が挙げられる。第一に、自治権を基本権（人権）とは相異なるものと構成した上で、裁判的保護を付与できるという前提に立っている点である。そして、保護の内容・程度は、基本権保護とは異なる（比例原則の適用など）—「国家機関の機能性を目的とする（自治）保障の保護範囲は、個人の自由のある面を記述する基本権の保護範囲とは異なって構造化される。…法治国的保障は、それをありとあらゆる法関係に概括的に拡張すると、実効性を失う」²⁹。

第二に、主要ルートの一つである行政裁判所への出訴は、憲法裁判所に対する自治体憲法異議の場合とは異なり、特別な訴権規定によらず、憲法上の一般的地方自治保障規定（28条）を根拠とすることである³⁰。

第三に、ドイツの市町村の場合、法的には、日本の地方公共団体とは相当異なった前提がとられてはいる。すなわち、ドイツの憲法上の市町村自治保障条項解釈の3大前提として以下が挙げられている³¹—①「私人の権利を（単独で、連邦法・州法の委任なく）侵害する権限の欠如」、②「ultra-vires 原理の適用」³²、③「（組織としては）行政としての自治行政」³³。

しかしながら、①については、州法の概括的授権により規制行政を広汎に行っているだけでなく、各種の計画策定、給付作用により、住民に対して、（日本流に言えば）私人の立ち得ない地位にあって、権限を行使している点は日本と同様である。そして、③にもかかわらず、判例が職能団体等他の自治領域とは異なる地方自治の民主主義的正当化を重視している点にも着目すべきである³⁴。

3 憲法上の司法的保護規定の意味

i) 現行規定における比較

第一次分権改革で創設された国の関与に関する訴えのような、法律レベルでの司法的保

²⁹ Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 807f. 主観法的構成による近時の学説について、同論文は批判的に応接しているが、積極評価する論考として、白藤博行「裁判の保護に価する地方自治」神長・紙野・市橋編『公共性の法構造 [室井古稀]』2004年、405頁以下、参照。

³⁰ 山本前掲6、366頁以下も参照。

³¹ Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 808ff.

³² この点については、斎藤前掲注19も参照。

³³ この点については、木佐茂男『豊かさを生む地方自治』1996年、36頁以下、参照。

³⁴ 斎藤前掲注19、新村前掲注20、参照。

護³⁵を超えて、憲法上に保護規定をおくとすれば、その意義は何か。比較法的に見ると、明文でそのような訴権を規定する国は少ない³⁶。ドイツについても、司法的保護システムの一部、すなわち自治体憲法異議について規定するものであって、行政裁判所に対する日常的な権利主張の根拠として、憲法レベルで固有の訴権規定を持っているわけではない。

それに対して、ヨーロッパ自治憲章（以下、単に「憲章」という。11条）、世界地方自治宣言（11条）、及び世界地方自治憲章草案（13条）は、それぞれ司法救済（recours juridictionnel, judicial remedy, Rechtsweg）につき規定している³⁷。

ii) 憲章11条の保障対象

そこで、法的拘束力を持つ憲章を対象に、国内法に対する法効果³⁸を検証しておくことにする。まず第一に、注意しなければならないことは、11条は、憲章の他の実体的・手続的条項についての司法的保護を直接要請しているものではないことである。

「地方自治体は、その権限の自由な行使及び憲法又は国内法に定められた地方自治の尊重を確保するために、司法的救済に訴える権利を有するものとする」。

憲章の他条項が司法的保護の対象となるのは、憲章が国内実施法の制定なり直接適用なりによって、国内法の内容になってからということになる³⁹。

第二に、国内立法権を対象とする司法的保護を同条項は保障するものでもない。CE（Council of Europe, ヨーロッパ評議会）加盟国のうち、ドイツのように、規範統制訴訟を行う憲法裁判所を持つ国は例外的であり、憲章起草者は当然ながらそれを前提に立案をなしている。同憲章2条から4条が定める実体的な地方自治の保障も、各国の法律レベルでの形成を許容しているからである。司法行為に対する保護も含まないと解される結果、11条の審査対象となるのは、専ら、行政権・執行権に属する行為である。

iii) ドイツ法への影響⁴⁰

既に見たように、ドイツにおいては市町村の裁判保護ルートは豊富であり行政裁判所の審級性においても、11条の水準を超えて保障が及んでいる。そして、憲章の他規定の内容を、行政裁判所において他国内法と同様援用しうる。憲章を批准した法律のもとで、直接執行可能な規定は、連邦法と同等の効力を有すると解されているからである。

問題となるのは、憲法裁判所における自治体憲法異議の手続きにおいて、憲章違反を援用しうるかどうかである。憲章を国内法上は（憲法ではなく）連邦法律と同様に位置づけることから、憲法裁判所において、憲章は違憲判断の直接の根拠にはならないとの解釈が

³⁵ 制度の理論的含意については、塩野・藤田論争の位置づけも含め、小早川光郎「司法型の政府間調整」前掲注1『自治体の構想2』57頁以下、参照。

³⁶ 前掲注3報告書53頁以下、資料編47頁以下、参照。

³⁷ 前掲注3報告書資料編1頁以下。木佐茂男「新地方自治法の課題」山口二郎編『自治と政策』2000年、95頁以下を参照。

³⁸ 旧東欧諸国を含む構成国の地方自治の水準を引き上げるという、いわゆるインセンティブ条約としての機能については、ここでは扱えない。

³⁹ 以下の記述は、Shaffarzik, B., Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2001, S. 108f., S. 551ff, に負う。

⁴⁰ Shaffarzik, B., a. a. O, S. 554ff.

提示されている。憲章に抵触する連邦法が制定されれば、後法優位の原則により、後者が優先する。それに対して、①憲法の条約適合的解釈による間接的な適用、②立法以外の措置に対する恣意禁止原則の適用、において、憲章違反を主張することは可能である。

そして、これらの主張を可能にすることを、憲章11条自体が要請しているものではないことに留意する必要がある。

iv) 日本の場合

現行法の解釈としては、「機関訴訟」として構成された国の関与に関する訴え⁴¹のほかに、憲法と法律により構成される自治権・地方自治保障を根拠に地方公共団体が出訴することは、理論上は可能である。

先に見たように、憲法レベルで地方自治を保障し、国の立法・行政組織とは別個に地方公共団体を位置づけているからである。憲法および個別法により、地方公共団体の法的に保護された地位を構成することが可能である。地方公共団体が私人ではなく、なおかつ私人に対して公権力を行使する立場にあることは、地方公共団体に特有の司法的保護自体を排除する論拠にはならない⁴²。保護の水準を基本権の保護と同等に設定できるか（設定しなければならぬか）どうかはまた別の次元の問題である。

しかし、法政策・法事実論としては、そのような出訴はまれであったし、裁判所により認められることもなかった（職務執行命令訴訟における自治権侵害の主張も同様である）⁴³。

実体法的な自治保障について、立法による形成の判断余地が大きいとしても、その限界を確定する作業は裁判所に開かれている必要がある。国の側で、公式・非公式の行政的関与が限定的になった関係上、立法による関与・介入が強まっているところでもある（いわゆる規律密度の上昇）⁴⁴。

司法権による基準開拓に向けての、インキュベーター（孵卵器）機能をも憲法典に期待するならば、一般的・抽象的なものではあれ、司法的救済・保護の規定を設けることに一定の意義は認められると考えられる。

結び

権力団体・統治団体としての地方公共団体の位置づけが、地方自治の手続的保障にどのように影響するのかという問題については、手続的保障自体がその位置づけに矛盾するも

⁴¹ 代執行に関して、国の側（各大臣）からする訴えも同様に機関訴訟に位置づけられている。自治法245条の8以下。両訴訟に係る最高裁判所規則は、両者を「国の関与等に関する訴え」と括っている（普通地方公共団体に対する国の関与等に関する訴訟規則）。

⁴² この点については、塩野前掲注5、226頁注（2）も参照。

⁴³ 人見前掲注2、参照。大括りにすると、前掲注4『地方自治判例百選（第3版）』が「自治体と国の関係」において採りあげている判例群（96～101、特に98（摂津訴訟〔木佐〕）、99（池子米軍住宅訴訟〔小幡〕、及び3（大牟田電気税訴訟〔碓井〕）がこの争点に関わる。

⁴⁴ 斎藤前掲注24参照。

のではないことは第2節・第3節で論証した通りであるが、権力団体としての面のコントロールについては、以下の点にも配慮する必要がある。

1) 住民による実効的コントロール [議会等の組織編成の問題から、住民訴訟、外部監査等種々の課題がある]

2) 住民を含む規制対象者 (公権力の行使の相手方) に対する実効的な権利保護。この点に関しては、改正行訴法のもとでの裁判的保護に重点をおくべきであって、予防的かつ過剰な国家関与からのシフトも重要である。

これらは、地方自治の手続的保障を説得的に提示するための条件である。

(本章の参考文献)

- ・磯部力「自治体の国政参加」(松下圭一・西尾勝・新藤宗幸編『自治体の構想2』、岩波書店、2002年)
- ・磯部・小幡・斎藤編『地方自治判例百選(第3版)』、(2003年、3事件解説 [碓井光明]、41事件解説 [曾和俊文]、98事件解説 [木佐茂男]、99事件解説 [小幡純子])
- ・薄井一成『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006年)
- ・大橋洋一「行政立法手続の比較法研究」(同『対話型行政法学の創造』(弘文堂、1999年)
- ・大山礼子「参議院の存在意義—地方代表議院としての可能性を考える」(『都市問題』第96巻5号、東京市政調査会、2005年)
- ・片木淳『地方主権の国ドイツ』(ぎょうせい、2003年)
- ・木佐茂男『ドイツの自治体連合組織』(北海道市町村振興協会、1995年)
- ・同 『豊かさを生む地方自治』(日本評論社、1996年)
- ・同 「新地方自治法の課題」(山口二郎編『自治と政策』北海道大学図書刊行会、2000年)
- ・小早川光郎「司法型の政府間調整」(松下圭一・西尾勝・新藤宗幸編『自治体の構想2』岩波書店、2002年)
- ・小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)
- ・斎藤誠「人権保護における行政と司法」(樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力(上) [栗城古稀]』、信山社、2003年)
同 「分権時代における自治体の課題と展望(上)」(『ジュリスト』1214号、有斐閣、2001年)
- ・同 「憲法と地方自治」(『法学教室』243号、有斐閣、2000年)
- ・同 「国法の規律と地域性」(小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革(下) [塩野古稀]』、有斐閣、2001年)
- ・同 「自治基本条例の法的考察」(『年報自治体学』17号、第一法規、2004年)
- ・同 「条例制定権の限界」(芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点(第3版)』、有斐閣、2004年)
- ・同 「地方自治の手続的保障」(『都市問題』第96巻5号、東京市政調査会、2005年)
- ・塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」(同『国と地方公共団体』、有斐閣、1990年)
- ・同 『行政法Ⅲ(第3版)』(有斐閣、2006年)
- ・白藤博行「裁判の保護に価する地方自治」(神長勲・紙野健二・市橋克哉編『公共性の法構造 [室井古稀]』、勁草書房、2004年)
- ・園部逸夫編『住民訴訟(最新地方自治法講座4)』(ぎょうせい、2002年)
- ・高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005年)
- ・中村良広『ドイツ州間財政調整の改革』(地方自治総合研究所、2004年)

- ・新村とわ「自治権に関する一考察（１・２完）」（『法学』第６８巻４・５号、東北大学法学会、２００４年）
- ・西尾勝「『地方自治の本旨』の具体化方策」（東京市政調査会編『分権改革の新展開に向けて』、日本評論社、２００２年）
- ・人見剛『分権改革と自治体法理』（敬文堂、２００５年）
- ・藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、２００５年）
- ・同「『行政主体』の概念に関する若干の整理」（樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力（下）[栗城古稀]』、信山社、２００３年、現在は、藤田『行政法の基礎理論（下巻）』、２００５年に所収）
- ・山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、２０００年）
- ・由喜門眞治「自治体の国政参加」（芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点[第３版]』、有斐閣、２００４）
- ・自治体国際化協会『ドイツの地方自治』（２００３年）
- ・地方分権推進改革会議「地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見」（平成１６年５月１２日）
- ・新地方分権構想検討委員会『豊かな自治と新しい国のかたちを求めて』（分権型社会のビジョン・中間報告）（平成１８年５月１１日）
- ・Schmidt-Aßmann, E, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in FS BVerfG 50, 2001, S. 806ff.
- ・Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3Aufl., 2003.
- ・Ossenbühl, F., Das Maßstäbengesetz-dritter Weg oder Holzweg des Finanzausgleichs? in FS Vogel, 2000 S. 227ff.
- ・Shaffarzik, B., Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2001, S. 108f., S. 551ff.