

地方自治の本旨

田 上 穰 治

(31) 地方自治の本旨

日本国憲法が明治憲法と異なり、地方自治の規定を設けたのは、戦後に制定された諸国の憲法の例にならうものであるが、従来の中央集権的な官僚行政を打破し、地方分権の徹底によってわが国の民主化をはかるうとした総司令部の占領政策によることは、明らかである。殊に憲法第九三条で地方公共団体の長の公選制を保障し、第九四条で行政を執行する権能ならびに条例制定権を地方公共団体の権能と定めたことは、地方住民の参政権を拡充し、地方公共団体の自主性・自律性を尊重するものであって、明治憲法下の地方制度との差異を示している。けれども当初の地方自治法が、都道府県と市町村の区別を殆んど認めず、特別区までも長の公選制を含む完全自治体としていたことは、憲法上、地方公共団体の定義が

示されないため、問題の余地があり、その後、特別区の区長の公選制を改め、また地方制度調査会が道州制を答申したことに対して、これらを違憲とするきめ手が欠けている。また警察行政・教育行政等がどこまで地方公共団体の行政を執行する権能に含まれるか、条例制定権がどの範囲に及ぶかについても、憲法第九四条は警察法・地方教育行政の組織運営法・各種の条例につき司法審査の基準として明確性を欠いている。さらに憲法第九二条が民主政治の基調としての地方自治の重要性を認めているのは争がないとしても、このため国が地方公共団体をどの程度に監督できるか、あるいは都道府県に連邦を構成する支分邦のような独立の地位が認められるかは、憲法が直接に規定せず、法律の規定に譲っているようにみ

える。同じ憲法の規定でも、予算の条項は性質上、訴訟で争われることがないから、国会の制定する財政法などにより有権的に解釈され、また憲法の実質的変遷の余地が大きいのに反して、地方自治の条項は、具体的事件において地方公共団体または地方住民につき訴の利益があり、司法審査によって地方自治法などの規定が違憲となる可能性がないとはいえないから、法律の規定を離れて憲法の条項の意味を検討する必要がある。実際に地方自治法の規定は、新憲法と同時に施行されてから、昭和二年一二月に第一次の全面的改正があり、その後も二三年七月、二五年五月、二七年八月、三一年六月、三八年六月に、それぞれ全面的改正を加えられているのであって、当初の地方自治法のみが憲法の条項を有権的に解釈したものとし、その後の法律の合憲性を審査するにあたって、その基本原理を憲法の規定と同様に基準とすることは、誤りといわなければならない。

日本国憲法はその制定当時の事情から英米の法制と比較考察すべきものであり、地方制度の条項についてもそれが当然であるが、英国の自治 (self-government) の制度はグナイストによってドイツに伝えられ、そこでは地

方公共団体に固有の自治権があるとする思想を否定し、自治体の事務が広い意味で国の委任によるものとする主張となつた。⁽¹⁾ 反対に市町村に固有の自治権を認める思想は、中世ドイツの自由市 (Reichsstädte, Landstädte)、フランスの北部都市、フランドル、ブラバン地方の州などに認められた自治の歴史的事実に由来するもので、一八三一年のベルギー憲法は、三権とやらんで、もっぱら地方公共団体の利益に関する事務が市町村または州の議会により議決されるべきものとし⁽²⁾、また地方公共団体の基礎法によってその機関の直接選挙、地方議会の包括的権能と議事公開、予算と決算の公表などを保障すべきものと定めており⁽³⁾、このような思想なり制度は現行のわが法制に共通するところがある。さらに明治憲法下の市制町村制は一八〇八年のプロイセンにおけるシュタインの市制を模範としていたから、わが法制の理解にはこれらの大陸法制との比較考察の必要も看過することができない。

中世のドイツでは、地方農民が封建制の下に領主の支配に服したのに反して、都市には自治権が発生した。公権力が封建制によって代償的な譲渡できる権利となつ

て、都市の経済的優位が政治的権能におきかえられれる可能性を生じたためである。⁽³⁾自由都市には警察・課税・商業・軍事・裁判などの自治事務が認められ、一四世紀以来ライヒまたは各邦の議会において表決権をもち、いわば国家内の国家としての地位を保有した。けれどもその後、都市機関の世襲化による腐敗と封建諸侯の警察国的権力による干渉とによって、その自治権が制限され、一七九四年のプロイセン一般州法典の規定(*Statut für die privilegierte Korporationen*)は、都市を国家から特権を与えられた私法上の団体(*privilegierte Korporationen*)に過ぎないものとし、その行政は国の厳格な監督を受け、条例の制定・課税・財産の処分などについて国の認可を要するものと定めている。これに対して都市の自治を復活するとともに、ナポレオンに蹂躪された王国再建のために、市民を公行政に参加させ、都市の自治を国政の基礎たらしめようとしたのが、シュタインの市制である。⁽⁴⁾この法律が市の自治にかぎられ、委任事務ではあるが警察権と裁判権を認め、市民と公民権のない住民とを区別し、さらに国の自治監督を制限していることは、旧制の復活といえるが、市参事会につき委任事務を定めた結果、国の事務と自治事

務、いいかえれば国と地方公共団体との対立を相対化することになった。このほか、バイエルン憲法^(八八)前文は、この憲法の特徴の一つとして、市町村の福祉に直接関係する事務の管理を国から返還することにより市町村を復興することを挙げており、ウエルテンベルク憲法^(八九)は、市町村を国家組織の基礎とし、すべての国民は法律に別段の規定がないかぎり、公民または住民として市町村に所属すべきものと定めている^(九二)。これら南ドイツの初期立憲政の憲法では、市町村が第三階級の時代の新たな期待をかけられることになった。

フランスではモンテスキュウの権力分立論の影響と、一二世紀頃から政府の特許状により北部都市のうちに自治権を付与されたものがある事実により、第四権力として市町村の自治権(*Pouvoir municipal*)を認める主張があった。けれども市町村に立法・司法・行政の三権を付与すると米国のような連邦制になる虞れがあるとして、強い反対があり、一七八九年二月一四日の法律は、市町村に固有事務と委任事務の区別をするに止まった。このように第四権を認める自然法思想は、フランスの伝統的な国民主権の原則に反するもので、革命暦八年第五月

二八日法律は、県に国家公務員としての知事をおいて、市町村長を厳格に監督させることにした。⁽⁵⁾ シュルツェが、フランスでは国家と個人のみが権利をもち、その中間の団体はいつでも自由に変更できる行政機構に過ぎないものと論じたのは、国権に対して地方自治が充分に保障されなかったことを示している。⁽⁶⁾ ところが一八三一年のベルギー憲法は上述のように、第四權として州と市町村の権力 (*puvoir provincial et communal*) を認めており、これはフランスの自治権の思想を無批判的に受け入れたためもあるが、自治体内部における権力分立的な組織は、ベルギー固有の歴史的沿革によるものである。⁽⁷⁾ これがドイツの立憲理論における自然法的な基本権として発展した。ロッテックによれば、すべて国家は地方公共団体の結合したもので、地方公共団体から統治権を取得したのであり、地方公共団体は国家が創造したものでなく、固有の政治的共同生活をもち、その代表者の選挙、公民の資格付与、財産管理、地方警察および課税権は、国家から独立した自治権に属するのである。この学説の影響を受けて、一八四八年のプロイセン憲法^(一〇)、一八四九年のオオストリイ憲法^(三三)、同年フランクフルト帝

国憲法^(一八)は、いずれも地方公共団体の基本権を定めている。⁽⁸⁾

グナイストがドイツに伝えた英国の自治は、ノルマン王朝が封建制の発達を阻止し中央集権を企てるために、アングロサクソンの旧制を利用したものである。州 (*shire, county*) に君主の任命する知事 (*sheriff*) をおき、裁判・軍政のほか行政全般の権限を与えたのであるが、その警察権の濫用によって自由大憲章以後の中央と地方の間に抗争を生じたので、エドワード三世の改革により治安判事 (*Justice of Peace*) の制度が定められた。それは直接または間接に中央が任命する名誉職であるが、地方の名門に属し、君主の委任によって裁判・警察その他の行政事務を掌るものであった。こうして官治行政化しようとした地方行政が自治を回復することになるが、行政事務が名誉職による裁判権の行使を中心として処理されたために、地方行政事務と裁判を含む国家事務との区別が不明瞭になったのは、当然である。⁽⁹⁾ グナイストによれば、地方自治は国の行政の一種であり、地方公共団体は国家組織と市民社会とを結合する中間組織として、両者の対立を止揚する使命をもち、地方自治の特色は地方

(35) 地方自治の本旨

税をもって執行できる範囲の事務を名誉職が管理することにある。この学説の影響により、自然法的見地から地方自治を規定した一八五〇年プロイセン憲法第一〇五条は、一八五三年法をもって改正され、地方公共団体の法人格、その組織と権能は、法律に基づき、また法律により左右されることになった。

- (1) Geist, Selbvergovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England, 887, 147.
- (2) これによって市町村および州の制度的保障とその自治事務についての正当な権利とが結合し、最近の憲法にみられる地方的事務に関する包括的権限 (Universalzuständigkeit) の原則が定められたのである。
- (3) Preuss, Stadt und Stadterfassung, S. 1, 2.
- (4) Otto von Gierke, Die Steinsche Städteordnung, S. 4.
- (5) Slawitschek, Selbstverwaltung und Autonomie, S. 60—70.
- (6) Schulze, Preussisches Staatsrecht, II, S. 2.
- (7) Slawitschek, a. a. O. S. 71 ff.
- (8) Hatschek, "Art. Selbstverwaltung" in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch III, S. 419.
- (9) Slawitschek, a. a. O. S. 49; Geist, Das englische Verwaltungsrecht, S. 256—258.

わが憲法第九二条は、地方公共団体の組織および運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める、とする。ワイマール憲法^(七)が、市町村と市町村を基礎とする地方公共団体 (Gemeindevorände) は法律の範囲内で自治行政の権利をもつ、と規定することについて、アンシュッツ^(十)は、行政の法律適合性を宣言するに過ぎず、実質的に無内容の条項と解している。わが憲法についても、地方自治の本旨に基づくことが第九三条および第九四条の規定に従うことにほかならないとすれば、第九二条そのものは単純な法律の留保の規定に過ぎないことになる。これに対してカアル・シュミット^(十一)は第一二七条により、市町村と上級地方公共団体が、前世紀のドイツで歴史的に形成された典型的特色をもつ公法上の制度として保障され、法律をもってこの制度を除くことができない、と解する。制度的保障の学説は、直接に裁判上の保護を請求することができる具体的な権利の保障ではないが、立法権の制限を認めることにおいて、国会の制定法を最高法規とする民主政の論理と異なる。ワイマール憲法下のドイツで小党分立と政党間の世界的対立とにより、国会の立法権に不信の念が生じ、

単純な法律の留保に満足せず、直接憲法の規定の中に制度の客観的な保障を求める学説を生じたのと同様に、国会における勢力の比率が固定し、政権の交代が行なわれないわが国においても、地方自治の本旨に制度的保障を認める傾向があるのは当然である。ただシュミットもい(12)うように、制度的保障は地方自治について、憲法施行当時の現状を保障するもの (Status-quo-Garantie) (13) ではなく、たとえば、わが国で、都道府県・市町村による二重構造の存続が当然に制度的保障に含まれるものとする見解には、賛成できず、立法政策の問題と考える。したがってまた、制度的保障は個別的な自治体の存在の保障 (Bestandsgarantie) を意味せず、強制的な廃置分合も法律に基づくかぎり当然には違憲とならず、さらに国家が市町村を基礎として組織されること、または基本権的な自治権を認める(14) 国の構成原理を宣言するものでもない。わが憲法第九五条により、法律をもって直接に特定の地方公共団体の廃置分合を行ない、または長の公選制を廃止するには、関係地方公共団体の住民投票を要するが、不特定多数の自治体に適用される一般的な法律に基づき、行政処分によって廃置分合を行なうときは、第九五条の保

障も外されることになる。

けれども制度的保障によって保障される地方自治の制度の憲法上の特色が何であるかは、明らかでなく、ワイマール時代のドイツでも、市町村を財政的に無力化し、その委任事務を増加する立法に対して、有効な保障とならなかった。したがって戦後の西独の連邦および各州の憲法は、伝統的な自治の制度のうち、過去において侵害の虞れのありまたは現実に侵かされた部分につき特別の条項を設けて、制度的保障の内容を明確にしている。わが憲法第九三条および第九四条もこの意味に解されるが、これによって地方自治の本旨が充分に明らかとなるかどうかは、検討を要する。

(1) 市町村および上級自治体について、西独基本法(二項)は、普通・直接・自由・平等・秘密選挙による地方議会を保障している。けれども上級団体は市町村の連合体の性質があるから、その議会の議員を市町村議会から間接に選挙してはならない理由に乏しく、性質を異にする自治体の議会を画一的に規定するのは、疑問とする説(15)がある。わが憲法第九三条は議会のほか、地方公共団体の長の公選制を保障するが、西独のように地方公共団体

の種類を列挙していないから、例えば都道府県と市町村のいずれかを憲法上の団体と定め、長の公選制が適用される地方公共団体の種類を法律をもって限定する余地がある。

(2) わが憲法第九四条は、地方公共団体の権能として、財産の管理と事務の処理のほか、行政を執行し、条例を制定することを定めている。それは通常の非権力的な管理作用のほかに、人民に対して統治権を行なうことがある、地方公共団体の性質が事業団体ないし経済団体から権力団体に変わったことを示している。けれども行政を執行する権能に警察権などが含まれるか、また地方自治法にいわゆる行政事務は国の事務として自治体が委任を受けて処理するものか、あるいは本来の公共事務に権力的作用が含まれるかは、憲法上明らかでない。それは地方事務に関する包括的権限 (Allzuständigkeit im örtlichen Wirkungskreis)⁽¹⁶⁾の保障と、公共事務に対する委任事務 (Auftragsangelegenheiten)の特色とが、わが憲法で明らかでないからである。

西独の州憲法には包括的権限の保障が多い。法律が緊急の公益を理由として他の機関の専管と定めなにかぎ

り、市町村はすべての公の事務を行なうことができる、とする憲法もあるが (Art. 40 Rheinland-Pfalz) 市町村の処理すべき事務を個別的に列挙する憲法もある。例えば、ヴェルテンベルク・バーデン憲法^(九八)が住民の共同の利益の保護と市町村財産の管理を挙げていることは、わが憲法第九四条と似ているが、包括的権限の例示であることにおいて異なる。最も詳細に事務を列挙するのはバイエルン憲法^(八三)で、市町村の財産と事業の管理、道路建設を含む地方交通、水・光・瓦斯・電力の供給、食糧確保の制度、地方計画、住宅の建設と監督、学校と成人教育、後見制度、地域的保健制度、婚姻と母子相談その他を挙げているが、必ずしもそのすべてが市町村に本質的な事務とはいえず、また、むしろ市町村よりも上級団体または国の事務に適する場合が含まれている⁽¹⁷⁾。ところでこれらの規定の前提である包括的権限について、州憲法と連邦憲法の規定にはニュアンスがある。例えばニイデルザクセン憲法は、法律が特別の規定を定めなにかぎり、市町村がその区域内においてすべての公共事務につき専属的主体である^(四四)としているが、西独基本法^(二八)によれば、市町村は、地方共同体のすべての事務を法律

の範囲内で自己の責任において処理する権利を保障される。基本法で法律の範囲内と定めるのは、自治事務の範囲を法律に委ねる意味でなく、事務を自己の責任で処理する形式に關しての法律の制限を意味することは、各州の自治法について組織・監督の規定をみれば明らかである。したがって地方的公共事務はすべて市町村の権能であることが、憲法で保障される⁽¹⁸⁾。わが国でも地方自治法⁽¹⁹⁾により都道府県は広域行政事務のほか補完行政事務を処理するものとされ、市町村の公共事務と競合して地方行政の能率を害することがないようにしているが、市町村の包括的権限は、行財政能力の不足のために都道府県の補完行政によって著しく制限されるのみならず、憲法の条項による制度的保障ではない。次にニイデルザクセンその他の州憲法(Art. 78 Nordrhein-Westfalen; Art. 137 He-Württemberg)では地方公共事務に關する包括的権限の保障がなく、関係市町村の区域内の広域事務までも法律に反対の規定のないかぎり、市町村の権限たることが推定されると同時に、区域内の地方公共事務について法律により市町村の権限の例外を規定することができる。ただ基本法第二八条が当然に各州に適用されるから、実際に

は州憲法の規定の弾力性は、区域内の広域的あるいは国家的事務について広く市町村の権限の推定があることに意味がある。したがって間接には、国の行政の地方処理について、中央政府の地方支分部局を設置することよりも、機関委任または団体委任の方式を適當とすると解されるが、それは制度的保障の範囲でなく、立法政策の問題であろう。なお市町村と異なり、上級自治体については、連邦憲法においても包括的権限を保障せず、ただ法律が付与した事務のみを処理するものとし⁽²⁰⁾、わが都道府県と趣を異にする。上級自治体はその目的が性質上限定され、国の出先機関の事務との競合によって、民衆の隣保共同の完全な結合体としての基礎を欠くと考えられるからである。

(18) Anschutz, Kommentar zur Reichsverfassung, 1928, Erläuterung zu Art. 127.

(19) Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 170ff, Derselbe, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, 1931, S. 4 ff.

(20) Anschutz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts II, S. 595. なおケッゲンによれば、ワイマル憲法では、自治権が基本権の保障の中の条項で規定されていた

(39) 地方自治の本旨

が、西独基本法においては、基本権の規定から除かれて、州の憲法上の制度として保障され、官僚制と政党とに併立する間接国家行政に加えられた。いいかえれば従来は、国家と地方公共団体との間に基本権にみられる対立があったが、現在は両者が制度的に総合されたものといえる (Arnold Kötzgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, S. 13—16)。

(13) ヴェルテンブルク・バーデン憲法第九八条は、市町村が現状において保障される、と規定しているが、同時に、市町村の合併には国の認可を要するとし、また法律に特別の規定があるときは強制的な廃置分合ができる、としている。

(14) バイエルン憲法第一一条は、市町村を原始的な地域団体と定めているが、これは自然権としての自治権を意味する。

(15) Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 39.

(16) 包括的権限は、地域団体でなければ認められない。なお地域行政の統一の原理と包括的権限(団体事務の普遍性 Universalität, Totalität)の原理とは異なるのであって、前者は行政を管理する義務に関するもので、後者は自治体の権利に関するものである (Eilerlingmann, Grundfragen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, S. 27, 29)。

(17) Werner Weber, a. a. O., S. 47, 48.

(18) Werner Weber, a. a. O., S. 48 ff.

(3) 国からの委任事務について、バーデン憲法を除くほか、法律の根拠を要するものと定めるが、連邦憲法は固有事務との区別を認めていない。この場合の法律が実質的意義の法律かどうかは必ずしも明らかでないが、法規命令による団体委任または機関委任を規定する憲法もある (Art. 137 Hessen; Art. 49 Rheinland-Pfalz)。また州憲法には、事務の委任に伴う財政的負担を防ぎまたは補償を与える規定が多い。財政上超過負担を避くべきものとするに止める憲法 (Art. 98 Württemberg) があり、このほかに費用の補償を定める場合 (Art. 8 Nordr.-Westfalen; Art. 4 Meckl.-Vorpommern) もある。

本来の自治事務についても財政的自主性が保障される必要がある、西独基本法の改正により、物件税の収入が市町村に帰属し、所得税と法人税についても、州への配分額のうち州の立法で定められる百分率が、全体としての市町村および上級自治体に与えられることになった (〇六)。州憲法では、自治体が固有の税目を起し、租税収入を超過する財政需要には、州の財政能力の範囲内で広域的な財政調整をすることによって、自治体の事務処理に

要する資金を得ることを保障してこそ (Art. 45 Niedersächstalen West)。ソビエト地区と異なり、市町村に自主財源をできるかぎり与え、これが不足するときは、客観的配分による財政調整によるのであるが、財政の自主性を保障することは、市町村の財政能力の大小によって異なるから、充分な解決は困難である。わが憲法では、これに関する規定がない。府県税は全国平均で府県歳入の約三〇・六%であるのに対し、国庫補助負担金・地方交付税・地方譲与税は歳入総額の四八・九%をしめており、自主財源が国から交付される依存財源より多くならなければ、行政の民主化を期待できない。地方公共団体相互の財政力の格差是正のための財政調整は、昭和十五年の配付税制度、二五年の地方財政平衡交付金制度を経て、二九年の交付税制度に至っているが、最近の地域開発と相まって交付税についても、弱小団体に對して傾斜配分を強める必要がある。⁽²⁰⁾ 後述のように現行の地方自治法は国の自治監督を極度に制限しているが、財政的自主性が確立されなにかぎり、地方公共団体の中央依存度は大きく、これについて憲法上、制度的保障を明確にすることが望ましい。

(4) 地方的事務すなわち自治事務と、委任事務の区別は、例えば公水・瓦斯の管理は地方的事務であったが、経済活動の地域的集中により委任事務と考えられるように、流動的である。けれども地方自治は、地方公共団体固有の組織について人的および物的要素の責任をもつことのほか、主として財産と施設の管理 (Sachverwaltung) であって、統治権を国家に統合した近代的国家にあっては、高権的支配は国の事務と解される。⁽²¹⁾ また一九二〇年プロイセン憲法(七三)の定めるように、自治体はその機関により法律にしたがって管理する事務には、随意に行なうと法律上の義務として行なうとを問わず、自治体が独立に決定し執行する自治事務と、国の事務を委任を受けて、国の執行機関として処理する委任事務とが区別される。自治事務のうち自治体が義務として管理する必要事務は、法規の根拠を要することで委任事務と共通であるが、必要的自治事務は意思決定と執行がいづれも自治行政に属するのに反して、委任事務については、自治体はその執行のみを担当する。⁽²²⁾

自治事務と委任事務とを区別することは、国の自治監督において重要な意味がある。州憲法には、自治事務の

(41) 地方自治の本旨

監督が自治体の法的義務の履行とその法規の遵守に関するものに限られるのに対して、委任事務にあっては、この種の監督のほか国の上級庁の訓令 (Weisungen) に拘束される、と規定するものがある (Art. 83 Bayern; Art. 44 Nordrhein)。ただ自治事務についても、認可のような予防的監督は、性質上適法性の監督に止まらず、また名称変更・境界変更・解散・合併などに関する監督庁の決定も、単純な法律の執行ではない。これらの監督は州の地方自治法に規定される。けれども事後の矯正監督は適法性の監督 (Gesetzsmässigkeitskontrolle) に限られるのであって、これが合目的性の監督に及ぶとすれば、自治体の自己責任による行政は不可能となる⁽²³⁾。

委任事務に関する国の監督を、州の市町村制 (Ordnungsmeindeordnung) では、専門監督 (Fachaufsicht) という (§118 Baden-Württemberg; §12 Niedersachsen)。ノルトライン・ヴェストファーレン市町村制では、必要事務の委任があるときは、市町村が訓令に従って執行すべきものとし、この場合の訓令権の範囲は法律で定めるものとして^(三)、訓令による専門監督を制限する考えに対して、この監督に関する特別な規定が制定されるまで、従来の法規によ

り強力な監督を認める考え^(六)が対立する⁽²⁴⁾。この前の考えは、訓令によって執行すべき必要の事務を委任事務に限るものとせず、自治事務の場合にも同様な特別監督 (Sonderaufsicht) を認めるのであるが^(〇)、それは法理上疑わしい。委任事務はあたかも国家機関が直接に執行する場合と同様に、国の監督を受けるのであって、ただ機関委任事務の場合が本来の機関監督 (Organaufsicht) であるのに対し、団体委任事務にあっては、自治体が国とは独立な人格をもつ結果、団体の監督 (Körperschaftsaufsicht) としての制約が加わるに過ぎない⁽²⁵⁾。

(5) 西独基本法第二八条は、州の憲法的秩序が第一章の基本権の規定および本条第一項、第二項の規定に違反しないことを保障している^(三)。したがって州の憲法または法律が、地方公共団体にも適用される平等の原則^(三)、団結権^(九)、財産権の保障^(四)などに違反するときにも、規範統制その他の憲法裁判所による矯正手段のほか、連邦による監督、強制が加えられるのであり、また関係市町村は、州の法律が基本法第二八条に違反するとき、憲法訴訟を申し立てることができる。もとより制度

的保障と裁判による権利保護の可能性とは、矛盾する概念といえるが、連邦憲法裁判所は一九五二年三月二〇日の判決において、市町村およびその連合は、連邦もしくは州の法律が基本法第二八条の規定に違反することを理由に、憲法訴訟を申し立てることを適法とした（*Paraschke, des Bundesverfassungsgerichts Bd. 1, S. 173*）。それは、抽象的規範統制と限定された民衆訴訟との結合により、制度的保障が自治体の具体的な関係に直接適用される基本権の保障とみられることを意味する。制度的保障にあっては、憲法の規定が簡略であって、法律によって補充されないかぎり、権利の要件がその具体的な行使にたえられる程度に明確でないのであるが、制度に関する憲法の規定が詳密になれば、法律の制定をまたず、実定法上の権利が成立することも考えられる。ただ基本法第二八条は裁判所の審査の基準として必ずしも明確でなく、したがって権利の保障と解することができるか疑わしい。

わが国では憲法裁判制度がないから、自治法または自治行政が違憲または違法と考えられる場合にも、原告に権利保護の利益がなければ、原則として司法上の救済を受けることができない。ところで憲法第九三条において

地方公共団体の範囲が明らかでなく、また第九四条が包括的権限を含まない結果、例えば、すべての種類の地方公共団体につき、長の公選制または条例制定権を廃止するような、極端な立法を除けば、裁判所に違憲の判断を求めることは困難である。けれども第九二条の地方自治の本旨の中に、自治体の包括的権限または委任事務に対する自治事務の特色が含まれると解するならば、立法が違憲とされる場合がないとはいえない。なお地方自治法には、機関訴訟および民衆訴訟の規定が多く、裁判所に行政上の監督権を与えているようにみえるが、客観的訴訟は例外的に、司法権が行政権に介入する場合であるから、国民主権の原則または自治の制度的保障のためやむを得ない必要がなければ、これを許す法律は権力分立の原則に反し、正当といえない。

(19) Vgl. Kurt Lindemann, Die Niedersächsische Gemeindeordnung, S. 21, 22.

(20) 全国知事会編、府県政白書、三〇七頁以下。

(21) Kurt Lindemann, a. a. O., S. 22 ff.; Werner Weber, a. a. O., S. 51, 52.

(22) Elleringmann, a. a. O., S. 35, 36.

(23) Werner Weber, a. a. O., S. 44, 45.

(24) Elleringmann, a. a. O., 37, 88, 89.

(25) ニイテルザクケン市町村制第一二条では、本来の自治監督 (Kommunalaufsicht) は適法性の監督に止まり、委任事務に対する専門監督は訓令によって拘束することを特色とするが、いずれも市町村の自主決定権 (Ertschliesskraft) と責任の明確化 (Verantwortungsfreidigkeit) を侵つてはならぬと云ふ (Vgl. Kurt Lindemann, a. a. O. S. 44 ff.)。

現代は地方自治の原理と自治体の自律性が強調され、復古的である。第四権のような自治権を認める傾向があり、自治監督が制限され、司法権により政府の介入が規制される。けれどもこのような前世紀の政治情勢から発展した地方自治の確信と構成原理は、現代において維持されるであろうか。

第一に、前世紀ドイツには、伝統的な君主政の下に行政機構と官僚が存続して、権力的かつ中央集権的な国家行政を形成した。これに対して地方自治は、都市の公民と後にはこれに農村の住民も加わって、地方的行政事務を分権的に処理するもので、その結果、国の行政は市町村の段階から上級の自治体へと後退し、市町村に対しては単なる自治監督を行なうに止まった。地方自治は市民

革命の成果であつて、市町村の包括的権限、自治立法権の保障、自治監督の制限が主張され、かくて国家事務と自治事務の区別が明らかとなり、事務の委任に法律の根拠を要するものとなった。ワイマル憲法の下でも、従来の行政機構と官僚が残存したから、国の行政と自治行政の対立は帝政期と異ならない。ところが一九四五年の崩壊は、国家行政と官僚の政治力を覆えし、州と市町村は同じ民主政の基礎による政治組織として、相互の本質的対立がなくなった。

第二に、前世紀の中小都市における有産公民の階級は、平等な市民的利益と文化的教養によって隣保共同体をつくり、地方的公共事務を固有の生活範囲に属するものと考へた。けれども一九三五年の統一市町村制により、大都市と農村が画一的に規定され、資本と教養を独占した市民階級が指導的地位を失い、第四階級の進出が、自治行政に全住民の参加を正当ならしめた。また商工業都市が急速に発達し、経済的、技術的かつ社会的条件の下で行政機構が拡大され、職業的公務員が名誉職に代つたため、自治体の統一は、住民の一体性に求められず、職業的公務員と地方行政機構に求められることにな

った。さらに政党によって、世界観的階級的な政策が都市に導入された。かくて自治行政は前世紀と異なり、地方的特性を失い、⁽²⁶⁾ 国政の縮図に近づくのである。

わが国の地方制度もこれとほぼ同じであるが、中央の官僚が国家行政の地方移譲に強く反対する現状では、西

ドイツに比較して一層制度的保障の必要を感じるのである。

(26) Werner Weber, a. a. O., S. 61 ff.

(一橋大学教授)