

自治体合併の憲法的基礎 (3・完)

——ドイツ判例学説を参考に——

松 塚 晋 輔

目 次

はじめに

1. ドイツの判例資料
 - (1) ドイツの判例資料
 - (2) 小括 (以上, 第1号)
2. ドイツ学説の概観
 - (1) 制度的保障
 - (2) 法律の留保
 - (3) ゲマインデ法と個別法
 - (4) 公益上の事由
 - (5) 都市-周辺問題
 - (6) 事務配分
 - (7) 聴聞手続
 - (8) ゲマインデ組合
 - (9) 郡
 - (10) 郡の領域変更
 - (11) 司法審査 (以上, 第3号)
3. 我が国の自治体合併に関する考察
 - (1) 地方自治法7条
 - (2) 二段階制問題
 - (3) 司法的救済の機会

(4) 聴聞その他

(5) 強制合併法律と憲法 95 条の地方特別法
おわりに (以上, 本号)

3. 我が国の自治体合併に関する考察

(1) 地方自治法 7 条

都道府県の廃置分合は、法律で定められることとされている（地方自治法 6 条 1 項）。これは、都道府県の廃置分合が、国全体の政治、行政、経済に与える影響が大きいことによる⁽¹⁾。

他方、市町村の廃置分合・境界変更は、関係市町村の申請に基づいて行われることとされており、関係市町村は、発議権をもつとされている（同法 7 条 1 項）⁽²⁾。

都道府県と市町村とでは、廃置分合の法律上の要件が異なっており、市町村の場合には、法律による他律的な廃置分合の明文規定がない点、その自主性を尊重されているようである。そうすると、地方自治法 7 条は、憲法論として、法律による強制合併を否定する根拠となるであろうか。私見では、特別法による強制合併法律も一般法たる地方自治法も、議会法律である。究極的には、憲法が否定しているかどうかが決定的である。

杉村章三郎によれば、法律で一方的に都道府県の廃置分合が許されるのは、国民代表機関たる国会の定める法律によって行われるがゆえ、官僚独善の恐れがない点に見出される⁽³⁾。このことを、同氏は、都道府県が国の行政区画としての性格が強いということよりも重視している。他方で、市町村の廃置分合は、本来、「市町村自身の問題」であって、国の事務としない「法律の態度」であることをも指摘している⁽⁴⁾。しかし、そこで「法律の態度」といみじくも語られているように、国会がそのように態度決定しただけで、憲法

原理的に、国の事務でないとはならないであろう。従って、市町村の廃置分合も、都道府県のそれと同様に、地方自治法7条があるからといって、強制的に一方的に規定することが憲法上禁止されているとは言えないのではなかろうか。

(2) 二段階制問題

憲法が都道府県と市町村の二段階制を求めているかという論点がある。市町村が憲法上の地方公共団体であるのは確かである⁽⁵⁾。他方、都道府県が憲法上の地方公共団体であるかは争いがある。

二段階制が必要であるという立場⁽⁶⁾からすると、都道府県制を廃止したり、その長の公選制を廃止したりすることは違憲となる。都道府県も長い歴史を有しているし、また、中間組織・広域的自治団体として存在意義を持っているというのが根拠である⁽⁷⁾。ゆえに、都道府県制の廃止を伴う道州制の導入には憲法改正が必要となる⁽⁸⁾。また、自治権の固有権説では、都道府県制の保障はより強固である⁽⁹⁾。

他方で、都道府県と市町村の二段階制が憲法の要請であると解することは、制憲過程や比較法の見地からは実証性に乏しいと言われる⁽¹⁰⁾。都道府県制を固定したものとして強調することは、かえって、地方自治の発展を抑制する結果となってしまふ懸念もある⁽¹¹⁾。

確かに、都道府県が憲法上の地方公共団体であるか否かは、立法者が任意に判断できる問題ではないかもしれない。しかし、問題はむしろ、都道府県制の廃止によって、「地方自治の本旨に反する状態が出現するかどうか」であろう⁽¹²⁾。よって、都道府県制の廃止（これに伴う道州制の導入）が直ちに違憲ということにはならないと解されることになる。また、地方自治の制度的保障論から出発すれば、都道府県の制度のみならず、個々の都道府県の存在が、憲法によって保障されているとは必ずしも解し得ないであろう。学説の大多数も、二段階制がどういう制度を採るかは立法政策によると理解している⁽¹³⁾。

確かなのは、あいだをとって、都道府県の廃置分合による合併的な道州制であれば、立法で、導入可能ということである⁽¹⁴⁾。もっとも、これを道州制と呼ぶことができるかどうかは別の問題である。ともあれ、二段階制が憲法の要請であるとしても、現実には、立法による都道府県の廃置分合まで禁止されていないと言えよう。

さて、このことは市町村についても言えるのではなからうか。つまり、法律による市町村の廃置分合は許容されているのではないかということである。というのは、廃置分合によって、市町村制が廃止されるのではなく、市町村が減少し大規模になるだけであって、市町村の制度自体は残るからである。市町村制も制度的保障の下にあるわけで、地方自治の本旨を侵さない限り、他律的な合併もまた憲法上許容されているのではなからうか。

(3) 司法的救済の機会

(i) 地方公共団体による訴え。我が国に、地方公共団体にとって強制合併に関する司法的な救済手段があるかどうかを問うことにする。

法律による強制合併に対する地方公共団体の不服に関しては、ドイツのような自治体憲法訴訟の制度（参照、本稿2. (11)）を採用していない我が国にも出訴の途があると解される。強制合併が実施される場合、国は地方自治法に基づき地方公共団体に関与（地方自治法245条以下）を行うことがあり得る。それに対して、地方公共団体の長・執行機関は、国の関与のうち是正の要求、許可の拒否等に不服があるときは、国地方係争処理委員会に対し、国の行政庁を相手方として、審査の申出をすることができる（同法250条の13）。つまり、国地方係争処理委員会が問題の解決に当たるのである。都道府県が市町村の長・執行機関に対して行う関与のうち是正の要求、許可の拒否等については、市町村の長・執行機関は、自治紛争処理委員の審査に付することを求める旨の申出をすることができる（同法251条の3）。

しかし、それでも解決できなければ、地方公共団体は国（都道府県）の行

政庁を相手に客観訴訟を提起できるのである（同法 251 条の 5 第 1 項、251 条の 6 第 1 項）。

このような地方自治法における客観訴訟の制度化を見ると、ドイツ・ゲマインデの自治体憲法訴願制度（kommunale Verfassungsbeschwerde）と単純比較はできないけれども、地方公共団体にとっての救済制度は、一応日本にも存在していると解することができるのではなかろうか。

ところで、地方公共団体に対して国の関与が行われなかった場合、関与の存在を前提とする国地方係争処理委員会や自治紛争処理委員の出る幕がなく、不服の訴訟もできないという事態が懸念される。しかし、学説には、国の関与がない場合、地方公共団体に争う途はないと解すべきではないとするものがある¹⁵⁾。つまり、国地方係争処理委員会について、立法者は特別なルールを定めただけで、「立法化されていない類型は司法の関与を否定する趣旨ではない」という主張である。

ここで、さらに突っ込んで、地方公共団体の主観訴訟の可否に触れる必要がある。強制合併により自治権を侵害されたとして、地方公共団体による主観訴訟が可能であろうか。

この問いについて、従来の判例を見れば、否定的な結論が見えてくる。例えば、合併の事例ではないが、特別区がそれ独自の運用を前提に住基ネットへ参加することを東京都に拒否されたので、特別区が受信義務の確認を求めた事案について東京高等裁判所判決がある¹⁶⁾。これは、最高裁判決¹⁷⁾を引用しつつ、法規の適用の適正や一般公益の保護を目的とする地方公共団体の訴訟は、「法律上の争訟」に当たらないとしている。判旨によれば、「自己の財産上の権利利益の保護救済を求める場合は法律上の争訟に当たるが、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする場合は法律上の争訟に当たらないことを明らかにしたものと解されるから、争訟の相手方が個々の国民であるか、国又は地方公共団体という行政主体であるかを問わず、一般的に、行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己

の主観的な権利益に基づき保護救済を求める場合に限り、法律上の争訟性を認め」ることができるという。

雄川一郎も、国の行政と地方公共団体のそれとが有機的な関連があり、国の監督・関与はその目的達成の手段であるから、地方自治の本旨に反しない限り、地方公共団体は国の監督・関与に服従すべきとの論理が成り立ち得るため、一般的に地方公共団体に出訴を認めることは、「司法的権利保障制度の枠からはみ出る」と理解している⁽¹⁸⁾。

他方、学説は、このような立場に批判的なものが多く⁽¹⁹⁾、国による地方公共団体の事務に対する関与は、地方公共団体にとって外部的効果を有する行政行為であるので、これに対して抗告訴訟を否定する理由はないと論じる⁽²⁰⁾。例えば、1999年の地方自治法改正で、機関委任事務の廃止など、地方公共団体は独立の地位を獲得したのであるから、国と地方公共団体との紛争は、法律的に解決せざるを得ないのであって、法律上の争訟に含まれることになると論じられている⁽²¹⁾。

確かに、本稿2.(11)(i)で紹介したように、ドイツでも、ゲマインデ領域の変更が法律でなされる場合、ゲマインデの法的手段は自治体憲法訴願に限られているし⁽²²⁾、またその場合でも、基本権侵害を主張することができない。ゲマインデは、ただ基本法や州憲法の制度的な憲法保障だけを援用することができるという。つまり、自治体が自己の権利(自治権など)を根拠に主観訴訟を提起することはできないと解されていると言えよう。しかし、ドイツには自治体憲法訴願という救済手段がゲマインデに用意されているわけ、主観訴訟か客観訴訟かの表現は決定的な問題ではないのである⁽²³⁾。

本稿では、主観訴訟について軽々しく結論を出すことはできない。ただし、強制合併を立法化するならば、事実上の関与や不作為についても広く地方公共団体による不服の訴訟を整備すべきであろう。

(ii) 国側からの訴訟。合併に際しての指示に都道府県知事が従わない場合、

最後には、大臣が都道府県知事を相手取って、代執行訴訟を提起することが考えられる（同法 245 条の 8 第 3 項）。この訴訟によって大臣は、法定受託事務の管理・執行の違法性等を是正し、または怠る法定受託事務の管理・執行を改めるべきことを命ずる旨の裁判を請求することになる（市町村長の法定受託事務の場合は、同様に都道府県知事が市町村長を相手取って代執行訴訟を提起する。同法 245 条の 8 第 12 項）。その際にも、代執行訴訟において地方公共団体側は強制合併の違法性を主張することができよう。

(iii) 住民による訴え。住民がその権利利益を侵害されたとして、合併に対して取消の訴えを提起することも考えられる。最高裁判決昭和 30 年 12 月 2 日²⁴⁾は、「地方自治法 7 条 1 項による知事の処分は、関係市町村民の権利義務に関する直接の処分ではなく」「住民として有する具体的権利義務の内容について変動があったとしても、その変動は市町村の合併等による間接的な結果に過ぎない」としたうえで、知事の行う市町村の廃置分合の処分を行政処分と捉えつつも²⁵⁾、本件合併そのものの適否に関して、法律上の利益を認めなかった。

最近の事例も同様の傾向である。例えば、落選した前町長が残任期間中、知事に 3 町合併の申請をした事件で、知事の決定は最終決定としてその処分性を認めることができるとしても、関係市町村の申請（地方自治法 7 条 1 項及び 5 項）行為は、行政機関相互間の内部的な行為にすぎず、抗告訴訟の対象たる処分には当たらないとした判決がある²⁶⁾。

これに関して、学説も同様の立場のようである。「民衆訴訟なるものは法律のこれを認める特別の規定ある場合に限り許されるものであるのに、市町村廃置分合の処分については地方自治法はそういう特別の規定を設けていないから、本件上告人等は本件知事の処分について民衆訴訟を提起することはできない」²⁷⁾などとする。

ところが、最高裁判決昭和 30 年 12 月 2 日についての調査官解説によると、

「住民の個人的な権利義務について争いが生じた場合には、住民はその具体的権利義務の存否について争うことは勿論」としている⁽²⁸⁾。この解説と最高裁判決とは矛盾している。あえて整合的に理解してみると、解説は合併処分そのものを取消請求の対象としていない訴えを想定しているものと思われる。

(4) 聴聞その他

ドイツの判例では、強制合併に際して、自治体には聴聞を受ける権利が認められている（参照、本稿2.(7)）。他方、地方公共団体の合併に際して、日本の地方自治法では聴聞に関する規定が十分でないように思われる。

都道府県知事は、市町村の廃置分合・境界変更の計画を定め、関係市町村に勧告することができる（地方自治法8条の2第1項）、その場合、都道府県知事は、関係市町村、当該都道府県の議会、当該都道府県の区域内の市町村の議会等の意見を聴かなければならないとされている（同法8条の2第2項）。この規定によると、上記計画を定める場合、市町村の意見を聴かなければならないことになっている。ならば、単なる計画ではなく、強制合併を立法化の上では、市町村の意見を聴かなければならないと考えるのがいっそう要請されよう。

また、「従来地方公共団体の区域に属しなかつた地域を都道府県又は市町村の区域に編入する必要がある」場合、利害関係がある都道府県又は市町村の意見を、予め聴かなければならないと規定されている（同法7条の2第1項）。このような規定も、強制合併の立法化に際して、聴聞手続を整備する際に、参考にされるべきである。

その他、日本の地方自治法には、一地方公共団体に対する国（または都道府県）の関与に関する紛争について、さらに調停の手続が用意されている（同法250条の19、251条の2）。これは、地方公共団体の側にとって有効な救済手段となり得よう。

同様に、「市町村の境界に関し争論があるときは、都道府県知事は、関係市町村の申請に基づき、これを第251条の2の規定による調停に付することができる」(同法9条)。この規定を通じて、強制合併の際に生じる市町村間の境界紛争は、調停による解決を試みることができよう。

(5) 強制合併法律と憲法95条の地方特別法

比較法の研究を目的とする本稿には、手に余る議論であるが、ここで述べておきたい。すなわち、憲法95条の地方特別法に、地方公共団体を強制合併させる法律が該当するかどうかの問いである。

憲法95条は、「一の地方公共団体」にのみ適用される地方特別法には、住民投票を要すると規定する。「一の地方公共団体」における「一の」とは、「単一の」や「単独の」という狭い意味で理解されておらず、「特定の」という意味で理解されている²⁹⁾。この理解は、一地方公共団体に関わる場合にだけ、憲法95条の適用があると解釈すると、国の恣意的な操作で(例えば、二つの地方公共団体に関わらせるような法律の体裁を整えることによって)、「住民投票」の要請(憲法95条)を換骨奪胎させ、当該地域の意思を無視するといった事態を予防しようというものであろう。

地方自治法は、「都道府県の廃置分合又は境界変更をしようとするときは、法律でこれを定める」(地方自治法6条1項)と規定する。また、同法は、「前条第1項の規定によるほか、二以上の都道府県の廃止及びそれらの区域の全部による一の都道府県の設置又は都道府県の廃止及びその区域の全部の他の一の都道府県の区域への編入は、関係都道府県の申請に基づき、内閣が国会の承認を経てこれを定めることができる」(同法6条の2第1項)とする。

そこで、地方自治法6条1項の法律は地方特別法であるという理由で、住民投票を必要とするのかということが問題となる。つまり、都道府県の廃止、合併等が強制法律で実現される場合、それは特別法であるとして住民投票が必要であるかということである。

多数説は、憲法95条の特別法に含まれるので、住民投票は必要であると解している³⁰⁾。他方、有力説は、全国的な再編法律ならば、憲法95条の特別法に含まれないとして、住民投票を不要とする³¹⁾。

多数説は、一般的に妥当するはずの法律が、特定の都道府県だけに関係する場合に、特別法として扱わないとすれば憲法95条の脱法行為になるとする³²⁾。

しかし、道州制移行の過程で、全国規模で実施するような地方公共団体の合併策を立法化する場合、一または特定の地方公共団体に関わる事態でなく、ほぼ全ての都道府県が道州制移行法律に関わることになる。このことは、道州制移行法律が地方特別法ではなく一般法であることを如実に示しているのではなかろうか。これを地方特別法と解すると、ほぼ全ての都道府県で、住民投票を必要とすることになってしまう³³⁾。つまり、「一の地方公共団体のみに適用される特別法」（憲法95条）には当たらないと考えるのが自然であろう³⁴⁾。全国の地方公共団体に関わるのであるから、これはもう国の根本構造を変革させるもので、国が特定の地方公共団体に不利益を与えるなどといった濫用的な意図や目的も想定できないであろう。不利益があるとしても、派生的副作用的なものであるゆえ、そのような問題は、本来、政府と立法者が全国的なバランスを勘案しつつ、政治的立法的に解決すべきものと思われる。

ちなみに、憲法注釈書は、都道府県・特別市の廃置分合・領域変更に関する法律は、特定の地方公共団体に適用されるものではあるが、「一般的な制度の存在を前提とする特別法の観念には該当せず、また、地方公共団体そのものの全部又は一部の創設・廃止の問題であり」、よって、特別法には当たらないとする余地を見出すものがある³⁵⁾。前半部分は、地方特別法とは、一般法がすでに存在しており、その特例として定められる法律であるということを観念するものである³⁶⁾。また、後半部分が言わんとするのは、「一の地方公共団体に適用される」という要件が、現存する地方公共団体を前提とし

ているが、地方公共団体の創設・廃止はこれを前提としないという論理のようである。しかし、特に後半部分について適切でないという指摘がある。つまり、創設・廃止いずれも現存する地方公共団体を前提としているという批判である。なぜなら、廃止というのは、現存する地方公共団体を対象とするのであり、また創設も、現存する地方公共団体の廃置分合によるならば同じことであるからである³⁷⁾。

以上は、都道府県の強制合併を念頭に置いてきた。他方、市町村の強制合併法律については、政治日程にも上がっていないと思われるので、詳論は避け、言及に留めたい。

まず、原則として、(1)と(2)で述べたように、強制合併を憲法が禁止しているとは解されない。そこで、立法で地方公共団体の合併を強制する具体的手法として、個別の地方公共団体の名を挙げて合併させる立法と、指定都市制度(地方自治法252条の19)のように、一般的要件を作っておいて、その上で、要件を満たす地方公共団体を合併させる立法とが考えられる。確かに、前者の立法については、憲法95条の適用を及ぼすべきである旨強く主張され得る点で、現実路線ではない。しかし、後者はむしろ現実的な手法ではなからうか。

その際、要件を満たす地方公共団体には一定の権限を都道府県に移譲させるという制度も、合併を強制または促進させる法律の一種と言い得る³⁸⁾。ちなみに、ドイツ判例でも、法律による権限の強制移譲は許容されていることが分かる(判例④⑤)。この種の制度下では、全市町村が総合行政主体ということでもなくなることも考えられる。現在、全市町村が総合行政主体であるが、これは憲法の要請であるのか、立法政策でそうなっているのかが問題となる。この問いについて、総合行政主体論が、地方自治の本旨に親和する原理であるのかという疑問を呈する学説があり、特に、最小単位の地方公共団体に対してまで、総合行政主体たることを押し付けることが自律性の原理にそぐわないことを指摘する³⁹⁾。私見も同様に、例えば財務体質の弱い一部の

小さな町村が、総合行政主体でなくなっても、憲法違反にはならないと解する。実際、市、町、村では権限や組織に違いがあり、指定都市などの特別な自治体が存在するのである。あらゆる基礎的自治体に、同一規格の総合行政のための権限や組織を憲法が必ずしも要請していないように思う。もし全市町村が地域の総合行政主体であるという命題を前提にするならば、市町村合併による市域の拡大は必然のものとなる⁴⁰⁾。逆に、前提としなければ、市町村制改革には合併に限らない新地平が見えてくるのではなからうか。

おわりに

今日、多くの地方公共団体が財政赤字に苦悩している。その対策として、地方公共団体の合併が当然主張されているのである。しかし、これには、いまだ法的な制約が立ちをはかっている。自治権を侵害する、二段階制が憲法的要請であるといった抽象的な論理である。

道州制導入との関連における上記反対論については、現行地方自治法の認める都道府県の合併による道州制導入の手法をとれば、回避できると解される。逆に、道州に立法権限を付与するような道州制案では、憲法41条の改正が不可欠となる⁴¹⁾。憲法改正の困難さに鑑みれば、道州を国の組織にして、道州議会を設けるような改革は、現実的な選択肢ではなからう⁴²⁾。よって、都道府県合併は現実路線でもある。

また、合併をすると、面積の拡大に伴って、民主制が後退するという懸念も考えられる⁴³⁾。しかし、そのような抽象的な議論を戦わせるよりも、民主制の制約というテーマの下、地方議員の活動にどのような支障が生じるかなどを議論したほうが、生産的ではなからうか。ドイツではこの点、民主制の制約論について計量経済的分析まで持ち出して論じているのである（⑨メクレンブルク・フォアポメルン憲法裁判所判決をめぐって）⁴⁴⁾。

その他、市町村の合併は、合併市町村に対する巨額の経済的支援（合併特

例債や合併算定替⁽⁴⁵⁾）をもってして、やり遂げようとしてきた。この点、本稿2. で見たように、地方分権について長い歴史を持つドイツでも、憲法論的に、法律によるゲマインデ(市町村)の強制合併はできると解釈されている。ドイツではむしろ、手続を用意し、救済手段を整備することが重視されている。このように考えるほうが、我が国の地方自治制度改革にあっても、実りが多いのではなからうか。要するに、地方公共団体を合併で合理化できるならば、法による制限をむやみと論じるよりも、合併される地方公共団体に不利益が生じないように、立法で事前手続（特に聴聞）を整備するという思考方法である⁽⁴⁶⁾。従って、不利益を被り、不服のある地方公共団体には救済の途を明確にしておく必要がある。

さて、地方特別法についての住民投票の要請（憲法95条）は、ほとんど適用されていないのが現状である。私見としては、地方公共団体を他律的に合併させるような法律についても、住民投票を必要としないという解釈が自然ではないかと思う。但し、特定の地方公共団体を列挙するのではなく、一般的な基準を設定することで、特定の地方公共団体にのみ妥当するような特別法（憲法95条）の形式と実質を回避することが、現実的な選択であろう。

このように、制度を温存させる議論ばかりではなく、制度改革の手続や救済手法をもっと論ずべきではなからうか。自治体の巨額な財政赤字に鑑みると、強くそう思う。

注

- (1) 松本英昭『逐条地方自治法第5次改訂版』（学陽書房、2009年）81頁。
- (2) 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）41頁（飯島淳子執筆部分）。
- (3) 杉村章三郎「市町村の廃置分合に関する知事の権限について」都市問題研究5巻1号7頁。
- (4) 杉村・前掲「市町村」7頁。
- (5) 手島孝『憲法解釈20講』（有斐閣、1980年）285頁、依静夫『地方自治法』（有斐閣、

1965年) 51頁, 宇賀克也『地方自治法概説第5版』(有斐閣, 2013年) 33頁, 塩野宏『行政法Ⅲ第4版』(有斐閣, 2012年) 151頁以下。参照, 渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係——二層制の憲法原理的考察——」公法研究62号214頁。もっとも, 最高裁によれば, 憲法93条2項にいう地方公共団体の要件は, 単に法律でそう扱われているだけではならず, 事実上住民による経済的文化的に密接な共同生活や共同体意識という社会的基盤が存在し, 沿革的・現実行政上も, 自主立法権, 自主行政権, 自主財政権等の基本的権能を付与された地域団体であることが必要であるとされている。そして, このような要件を, 東京都の特別区は満たしていないと判示された。最大判昭和38年3月27日刑集17巻2号121頁。

- (6) 奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学』(有斐閣双書, 1977年) 152頁(鴨野幸雄執筆部分), 佐藤功『憲法解釈の諸問題第1巻』(有斐閣, 1953年) 292頁, 法学協会編『註解日本国憲法下巻』(有斐閣, 1954年) 1375頁以下, 行方久生「道州制の論点と税財政問題(その1)」季刊自治と分権35号90頁。さらに, 自治権に関する固有権説からすれば, 二段階制は憲法の要請である。大隈義和「特別区と憲法上の地方公共団体」憲法判例百選第5版459頁。関連文献として, 大隈義和「憲法の制定・改正と地方自治の関連～学説史的・理論的検討から現場の問題まで～」保健医療経営大学紀要創刊号(2009年)80頁。
- (7) 俵・前掲52頁, 60頁。整理として, 廣澤民生「『地方公共団体』の意義」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)311頁。
- (8) 学説の整理として, 宇賀・前掲33頁以下。
- (9) 参照, 手島・前掲282頁, 286頁。
- (10) 塩野・前掲152頁。参照, 杉村章三郎「憲法の地方自治条章における問題点」公法研究9号98頁。
- (11) 田村浩一「府県の廃置分合と憲法95条」都市問題研究15巻10号67頁。
- (12) 塩野・前掲152頁以下, 宮澤俊義著・芦部信善補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社, 1978年)762頁以下。
- (13) 渋谷・前掲218頁は, 地方自治の本旨に反しない限りという留保付の立法政策が多数説であると整理している。福岡久美子「憲法学から見た道州制」同志社女子大学学術研究年報59巻48頁, 宮澤・芦部・前掲762頁, 田村・前掲66頁以下。
- (14) 大橋洋一『都市空間制御の法理論』(有斐閣, 2008年)37頁, 福岡・前掲「憲法学」47頁, 杉村・前掲「憲法」99頁。二段階制説をとる俵・前掲52頁も, 都道府県は, 「社会経済的条件の推移や行政需要の進展に応じて, その規模の変遷はまぬがれない」としている。

- (15) 阿部泰隆「区と都の間の訴訟（特に住基ネット訴訟）は法律上の争訟に当たらないか（下）」自治研究 83 卷 1 号 16 頁。
- (16) 東京高判平成 19 年 11 月 29 日判例地方自治 299 号 41 頁住基ネット受信義務確認等請求事件、東京地判平成 18 年 3 月 24 日判例タイムズ 1274 号 103 頁同事件。
- (17) 最三小判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁建築工事続行禁止請求事件。関連するものとして、最一小判昭和 49 年 5 月 30 日民集 28 卷 4 号 594 頁大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件。
- (18) 雄川一郎「地方公共団体の行政争訟」『行政争訟の理論』（有斐閣, 1986 年）426 頁以下。もともと、これは機関委任事務の制度を前提とする論文である。
- (19) 例えば、阿部泰隆「続・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にならないのか——東京地裁平成 18 年 3 月 24 日判決について（上）」自治研究 83 卷 2 号 16 頁。「地方自治体は、完全に独立の地位を保障されたので、地方自治体相互、国と地方自治体の間の争いは、特別の規定がある場合を除き、あるいは、特に、地方公共団体の自治権が否定されている場合（もちろん合憲であることを要する）を除き、すべて、法律的に決着を付けるしかなくなった。それは司法で決着を付けることであり、その争いは『法律上の争訟』ということになる。」その他、寺田友子「行政組織の原告適格」民商法雑誌 83 卷 2 号 271 頁。
- (20) 白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み——地方公共団体の『適法性の統制』システムから『主観的地位（権利）の保護』システムへ——」公法研究 62 号 208 頁。参照、阿部・前掲「区と都」6 頁、村上裕章「行政主体間の争訟と司法権」公法研究 63 号 225 頁。
- (21) 阿部・前掲「続」16 頁。
- (22) 参照、白藤・前掲 208 頁、山本隆司「行政上の主観法と法関係」（有斐閣, 2000 年）367 頁。
- (23) 白藤・前掲 207 頁。
- (24) 最二小判昭和 30 年 12 月 2 日民集 9 卷 13 号 1928 頁市村の編入及び廃止取消請求上告事件。判例評釈として、高木光「市町村住民による市町村合併処分取消訴訟の可否」地方自治判例百選第 1 版 28 頁以下、同「住民による市町村合併処分取消訴訟」地方自治判例百選第 3 版 22 頁。
- (25) 参照、高橋貞三「地方自治にあらわれた判例について（一）」同志社法学 8 卷 6 号 136 頁。
- (26) 福岡地判平成 17 年 3 月 22 日裁判所ウェブサイト申請処分無効確認請求事件。同様に、大阪地判昭和 33 年 4 月 24 日行政裁判例集 9 卷 7 号 1476 頁市町村合併取消等請求事件は、「合併市町村の議会の合併についての議決は、合併当事者としてその申請をなすべきか否かを定める当該市町村の内部的意思決定に過ぎないし、都道府県の議会の

議決もまた右合併当事者よりの申請に基き都道府県知事において合併の決定をなすについて、これに關与するための意思を決する内部的手續に外ならず、いずれも当該地方公共団体（行政庁）の行為として直接外部に対して効力を有するものではなく、議決の存否それ自体は何人に対しても、権利義務乃至は法律關係の変動を与えるものと考えすることはできない」という。また、甲府地判平成15年9月30日LEX-DBインターネット文献番号28090182は、合併協議会がした新市名称候補に関する決定は、「原告らの権利・義務に対して影響を与えるものではないから、原告らは本件取消訴訟の原告適格を有すると認められない」とする。

- (27) 磯崎辰五郎「市町村の住民の市町村合併の取消を求める法律上の利益」民商法雑誌34巻4号68頁。
- (28) 田中真次「市町村の住民の市町村合併の取消を求める法律上の利益」最高裁判例解説民事編昭和30年度239頁。
- (29) 参照、佐藤功「憲法95条の諸問題」田中二郎編・杉村章三郎先生古稀記念『公法学研究上』（有斐閣、1974年）369頁、山元一「地方自治特別法」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）322頁、福岡久美子「憲法95条の地方自治特別法」同志社女子大学社会システム学会現代社会フォーラムNo.5・82頁、大隈義和「二十一世紀における地方自治の憲法学的展望」法政研究72巻1号69頁、桜井昭平「地方自治特別法の現実的意義」流通経済論集1巻1号22頁。
- (30) 松本・前掲81頁。俵・前掲89頁は、都道府県の名称変更の法律が、地方特別法であることとの均衡上、都道府県の廃置分合・境界変更の法律には、住民投票を要するとする。参照、大橋・前掲38頁。
- (31) 田村・前掲81頁、佐藤・前掲「憲法95条」389頁。
- (32) 紹介するものとして、山元・前掲323頁。
- (33) 「特別法と解すると、地方公共団体の区域の全面的な再編成を行う場合を考えると、その住民投票の施行方法等で法律上・實際上に極めて困難な問題を生ずることにならう」との指摘がある。法学協会編・前掲1413頁以下。
- (34) 参照、佐藤・前掲「憲法95条」389頁、福岡・前掲「憲法95条」86頁、福岡・前掲「憲法学」50頁。
- (35) 法学協会編・前掲1413頁以下。地方公共団体そのものの創設及び廃止に関する事項に関する立法は含まれないという見解の根拠は、地方特別法が、地方公共団体の成立を前提としており、既存の地方公共団体で特定のものを適用対象とするというものである（法学協会編・前掲1412頁）。
- (36) 参照、美濃部達吉著・宮澤俊義増補『新憲法逐條解説』（日本評論新社、1956年）202

頁以下。

- (37) 佐藤・前掲「憲法 95 条」388 頁以下。
- (38) 市町村合併については、これを促す手法として、市町村の人口段階区分を設定して、一定の区分を満たさない市町村には、異なる特例的制度を当てはめるといものがある。参照、松永邦男「地方自治特別法について 憲法 95 条は機能しているか」都市問題 96 巻 5 号 84 頁。批判的言及として、大隈・前掲「二十一世紀」73 頁。政令指定都市も類似の制度と解されるが、これへの疑問として、佐藤・前掲「憲法 95 条」368 頁。
- (39) 塩野宏「地方自治の本旨に関する一考察」『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011 年）358 頁以下。その他、参照、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012 年）26 頁。
- (40) 総合行政主体論を受け入れると、全国どこでも市町村は総合行政主体でなくてはならないからある。佐藤克廣「市町村合併の論理——〈総合行政主体〉論をめぐって——」北海学園大学法学部編『変容する世界と法律・政治・文化：北海学園大学法学部 40 周年記念論文集』（ぎょうせい、2007 年）所収 225 頁。
- (41) 大橋・前掲 32 頁。参照、久世公堯「道州制を考える（4・完）——都道府県改革論序説」自治研究 78 巻 11 号 69 頁。
- (42) 大橋・前掲 35 頁以下。
- (43) 合併すると地域の声が届きにくくなるとの懸念については、中村良広「政令市の『指定の弾力化』と合併促進——熊本市の挑戦と挫折——」町田俊彦編著『「平成大合併」の財政学』（公人社、2006 年）所収 173 頁。
- (44) 参照、拙稿「ドイツ連邦州における自治体合併の考察——メクレンブルク・フォアポメルン州憲法裁判所による 2007 年違憲判決の検討——」曾我部真裕・赤坂幸一編・大石眞先生還暦記念『憲法改革の理論と展開』（信山社、2011 年）所収 376 頁。
- (45) 参照、町田俊彦「地方交付税削減下の『平成大合併』」町田編著・前掲所収 27 頁以下。
- (46) もっとも、自治体合併は、合理化のための最終的手段という見解も考慮され得る。成田頼明「市町村合併の行政制度的考察」都市問題 58 巻 5 号 12 頁は次のように述べる。「原則的には、合併以外の処理方式、すなわち、一部事務組合、協議会、特殊的事業体、行政協定、連合、母都市の区域外権限行使などの方式を優先させるべきであり、これらの方法では十分に成果を発揮することができない場合に、最終的な手段として合併を問題にすべきである。この意味で合併方式は補充的性格をもつものと考えらるべきである」。