HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | ドイツ「地方自治」保障に関する一考察 : 国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて［論文内容及び審査の要旨］ |
| Author(s) | 横堀, あき |
| Degree Grantor | 北海道大学 |
| Degree Name | 博士(法学) |
| Dissertation Number | 甲第14182号 |
| Issue Date | 2020-09-25 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/79466 |
| Rights(URL) | https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/ |
| Type | doctoral thesis |
| File Information | Aki_Yokobori_abstract.pdf, 論文内容の要旨 |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

博士（法学）　横堀あき

## 学 位 論 文 題 名

# ドイツ「地方自治」保障に関する一考察
## ――国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて――

## 学 位 論 文 内 容 の 要 旨

本論文は、わが国の憲法学において研究が未だ十分ではない地方自治につき、とりわけ団体自治の議論を深化させることを目的として、ドイツ公法学における地方自治論を検討するものである。具体的には、行政権の主体としての地方公共団体と国との法的紛争解決の問題を取り扱う（序章第 1 節）。当該問題は、従来、主に司法権の範囲、就中「法律上の争訟」の観点から検討されてきたものである。しかしながら宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の広い射程の問題、そして地方自治法をはじめとする法定化された客観訴訟が不十分であることから、当該問題は地方自治の観点からの検討も必要であると指摘されていた。具体的には、地方公共団体は、①地方自治法上規定されていない国の関与に対して出訴し得るか、②国が行った処分の第三者として、当該処分の取消等を求めて出訴し得るかという問い――これらは何れも出訴された事案が存在する――が残されている。地方自治の観点から当該問題を扱った学説では、行政事件訴訟の概括主義等を理由とし、出訴を認める立場や、「自治権」救済と現行の抗告訴訟・司法権の役割が異なることを理由とした出訴に消極的な立場の何れも存在する（第 2 節）。現在では、1999 年の地方分権改革とドイツ公法学における、自治権を「権利」として解する議論を論拠として、地方公共団体の権利が具体化されたとする立場も存在する。本稿では、わが国が戦前から現在に至るまで参照してきた、ドイツ公法学における地方自治体の出訴の思考形式に着目する（第 3 節）。何故なら、成田頼昭教授によれば、ドイツにおける当該議論は、「法律による行政」の原理と関係しているとされていたからである。本論文はこの指摘を踏まえ、ドイツ帝国、ワイマール共和国、ドイツ連邦共和国における地方自治体の出訴の議論を検討する。

第 1 章では、法治国に基づいた国家を構想した Rudolf von Gneist の議論、そして当該議論に影響を受けた地方自治制度の確立が確認される（第 1 節）。Gneist は機械の発明を発端とした利害対立による国家と社会の分離状態を憂慮する。彼によれば、当該状況は、国家が sittlich な秩序を働かせることにより解決されるべき問題である。ここで言う国家とは、英国を範とした法律に基づ

いた統治を行う、市民的自由を基礎とした立憲国家である。Gneist は、下から、すなわち自治に基づき、社会の構成員が国家目的に関与し、上記構想が達成されるとする。そのため自治とは国家と社会の中間項として位置づけられる。更に、名誉職という服務に基づく自治により国民の法感覚が涵養され、党派性を脱色した中立的で自由な行政の活動の確保等が図られる。これこそが Gneist の理想とする法治国である。地方自治体と国家官庁の関係についても、臣民保護・国家秩序の維持という視点が貫徹され、行政司法手続が導入される。このような議論の影響から、1872 年に制定されたクライス法を皮切りに、地方自治体に対する監督の法律適合性への限定、そして国家の措置に対するチェックを行う制度の導入が、プロイセン行政改革において達成された。

続いてドイツ帝国における地方自治論が確認される（第 2 節）。本稿では、自治を行う団体を国家権力に従属させる Laband、地方自治体を国家の権力から導出される存在として捉える G. Jellinek、同じく地方自治体を有機的な存在と捉える Schulze や Gierke の議論を確認する。検討の結果、論者の国家観等が反映された多様な自治論が展開されているものの、何れの説においても、国家は法律に基づいて監督を行うべきという議論を展開しており、行政裁判所におけるコントロールの重要性を指摘していたことが明らかになった。

第 2 章では、ワイマール共和国における議論を検討する。当該時期は、ライヒレベルで初めて地方自治が規定され、末期の通説・判例となった制度体保障説では、立法に対する権限画定の議論も盛り込まれた。第 1 節では判例を確認する。国事裁判所は、地方自治体も憲法争訟の当事者として認め、地方自治を規定するワイマール憲法 127 条の解釈を展開した。当該規定は当初、法律による地方自治への介入を許容すると解されていたが、後に自治の内部的空洞化は法律でも認めないと解されるに至った。判例は、学説の言う制度体保障論と同一のものではなかったものの、立法の介入を限界づけた点で議論の前進が見られる。なお、高等行政裁判所の判例において、法律によれば、従前自治事務であったものを委任事務に変更することも認められると判断された点も注目される。

第 2 節では、学説における議論を確認する。ワイマール共和国においては、連邦レベルの統一化傾向、ライヒでの平等選挙の達成により、地方自治は制度的な基盤を喪失し、賛否が分かれていた。本稿では、127 条解釈の通説（Anschütz）を確認した後、地方自治に肯定的であった Stier-Somlo、Tatarin-Tarnheyden の議論、これに反対していた Kelsen、Schmitt、Forsthoff の議論を確認する。検討の結果、地方自治に積極的であった者も消極的であった者も共通して、国家と地方自治体の権限争訟としての出訴、国家監督について法律上の基盤が要求されること等の内容は共通しており、ワイマール共和国における学説でも、客観法維持が要請されていたと言い得る。

第 3 章では、ボン基本法下で展開された判例・学説における地方自治論が検討される。戦後、

従前と異なり、条文・学説・判例において、地方自治体は社会側ではなく、国家側の存在として位置づけられた（第 1 節)。当該位置づけは、基本法 28 条 2 項解釈からも看取され得る。

しかしながら、国家と地方自治体の関係が客観法に基づいていることが要求される点は、従前と同様である（第 2 節)。すなわち、統治機構内部においても、出訴をはじめとする客観法維持の要請が貫徹され、寧ろ、戦後における法治国原理の発展・内容充実に伴い、国家に対し、手続や比例性等新たな要請を満たすことが求められるに至った。更に、学説においても、客観法維持とその保障という要請は貫徹されている。通説である Stern の議論は、基本法 2 条の国家権力の違法な介入に対する私人の出訴の議論にヒントを得て、基本法 28 条 2 項に関しても同様の論理で出訴を認める。そして制度体保障論を批判する論者も、地方自治体の出訴を前提とする議論を展開している。

本論文では、以上のように、ドイツ公法学における地方自治体の出訴の議論は、地方自治について議論した多くの論者において、行政（・憲法）の法律（・憲法）適合性の要請、そしてそれを裁判所において保障するという議論であったということが明らかになった（終章)。この議論からは、第 1 に、憲法 92 条「地方自治の本旨」に、客観法維持の要請を読み込む可能性が示唆される。第 2 に、出訴が認められない場合であっても、「本旨」に国家権限を画定し得る法的内容を読み込む必要があることを指摘し得る。第 1 の点については司法権の議論の検討が、第 2 の点については、住民自治・団体自治を超える、違法な行為を是正するための議論を可能にする、法的拘束力を有する具体的な基準等の検討が、今後必要である。更に、ドイツの議論を参照し導入された、戦前のわが国における地方自治制導入の趣旨についても検討を要するであろう。