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
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
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k14182
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79467
Type	doctoral thesis
File Information	Aki_Yokobori.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

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――

北海道大学大学院法学研究科

法学政治学専攻

横堀あき

【目次】

序章　問題の所在
　第 1 節　地方公共団体と国との間の法的紛争解決の問題？
　第 2 節　地方公共団体の国に対する出訴権に関する学説――地方自治の観点から
　第 3 節　本稿の視角と構成
第 1 章　法治国原理に基づく地方自治制度の形成
――ドイツ帝国建国前後における地方自治制度について
　第 1 節　プロイセンにおける法治国確立の試み
　　第 1 款　法治国の出発点――Rudolf von Gneist の議論
　　第 2 款　客観法維持の制度化
　第 2 節　ドイツ帝国における地方自治学説――「自治」をめぐる議論
　　第 1 款　Paul Laband――自治概念と法治国概念の分離の議論
　　第 2 款　Georg Jellinek――国家の承認による統治権授与から認められる「主観的権利」としての自治権と、ゲマインデの積極的地位に基づく出訴の議論
　　第 3 款　Hermann Schulze――有機体としての地方自治体と行政裁判所における「主観的権利毀損」の救済の議論
　　第 4 款　Otto von Gierke――ゲノッセンシャフトとして対等な関係にある国家とゲマインデの議論
　　第 5 款　小括
第 2 章　ライヒにおける地方自治の確立と地方自治保障の発展
――ワイマール共和国における地方自治保障の諸相
　第 1 節　ワイマール共和国における判例
　　第 1 款　ゲマインデの当事者能力、ワイマール憲法 127 条解釈について
　　第 2 款　審査の限界
　　第 3 款　小括
　第 2 節　ワイマール共和国の学説
　　第 1 款　Gerhard Anschütz――通説解釈：「無内容な規定」から制度体保障へ
　　第 2 款　Edgar Tatarin-Tarnheyden――自治積極説（1）活動領域の普遍性とその侵害に対する主観的公権の議論
　　第 3 款　Fritz Stier-Somlo――自治積極説（2）基本権・主観的公権としての自治権と地方自治体の存立保障の議論
　　第 4 款　Hans Kelsen――自治消極説（1）国と地方自治体の争訟＝権限紛争理解の議論

第 5 款　Carl Schmitt――自治消極説（2）立法に対する権限画定の議論と、国事裁判所における争訟解決批判の議論
第 6 款　Ernst Forsthoff――制度体保障論の継承と精緻化の議論
第 7 款　小括
第 3 章　地方自治体の位置づけの変遷と客観法維持要請の貫徹
――戦後ドイツにおける地方自治保障の諸相
第 1 節　地方自治体の位置づけ
第 1 款　連邦制と地方自治
第 2 款　地方自治体の理論上の位置づけ
第 3 款　地方自治体の位置づけ――基本法 28 条 2 項第 1 文解釈から
1. 基本法 28 条 2 項の法的性質論から
2. 基本法 28 条 2 項第 1 文の規範的内容から
第 2 節　国家と地方自治体の関係――統治機構内部における客観法維持要請の貫徹
第 1 款　地方自治体の出訴可能な類型
1. 憲法裁判所への出訴
2. 行政裁判所への出訴
3. 訴訟の対象となる地方自治体の「権利」
4. 小括
第 2 款　客観法維持要請の貫徹
1. 存立保障に関する事案
2. 任務保障・自己責任性に関する事案
3. 監督に関する事案
4. 行政の措置に関する事案
5. 小括
第 3 款　客観法維持要請の行方
1. 西ドイツの議論：Stern 流制度体保障論
2. 現在のドイツにおける地方自治保障の議論
3. 小括
第 4 款　小括
終章　「地方自治」保障としての出訴の議論と国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて

序章　問題の所在

第１節　地方公共団体と国との間の法的紛争解決の問題？

日本国憲法の研究では、憲法第８章の研究が不足していることが、長らく指摘されてきた。とりわけ地方自治についての一般的な原則と位置づけられてきた[1]憲法 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。」と定めており、当該規定は、地方自治として、住民自治および団体自治を規定していると解釈されてきた[2]。しかしながら、わが国においては、地方自治は国民主権を補完する制度としての位置づけが与えられていた[3]こともあり、両概念は車の両輪として関係づけられながらも、団体自治は住民自治を実現するために必要な手段、もしくは場合によって住民自治と対立し得る概念と考えられてきた[4]。また、団体自治については、とりわけ 92 条について、戦前から、専ら地方自治あるいは自治権の根拠として抽象的な論争が扱われてきた[5]。以上の事情から、日本国憲法の議論で不足している論点の一つに団体自治の問題が存在しているとされてきた[6]。本稿で検討する、行政権の主体としての地方公共団体[7]と国の法的紛争解決の問題も、団体自治研究の不足の一つであると位置づけられ得よう。

---

[1] 参照、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第７版）』（岩波書店、2019 年）378 頁。

[2] 参照、芦部・前掲注 1）378-379 頁、芝池義一「団体自治と住民自治」法学教室 165 号（1994 年）15 頁以下。但し同条の解釈として、上記２概念に加え、国と地方公共団体の「適切な役割分担」論を読み込む立場も存在しており、憲法学においても検討されるべき課題であるとする議論が存在する。参照、大津浩ほか「〔座談会〕地方分権改革の意義と課題」小早川光郎ほか編『あたらしい地方自治・地方分権』（有斐閣、2000 年）４頁、29-30 頁〔小早川光郎発言〕。

[3] 参照、宮沢俊義「地方自治の本旨について」同『公法の原理』（有斐閣、1967 年）275 頁、280-282 頁、佐藤功『ポケット註釈全書　憲法（下）（新版）』（有斐閣、1984 年）1194 頁。

[4] 参照、芝池・前掲注 2）16 頁。

[5] 例えば参照、芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール　憲法』（日本評論社、2011 年）477 頁、477-479 頁［渋谷秀樹執筆担当］、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ（第５版）』（有斐閣、2012 年）363-365 頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第４版）』127-131 頁。

[6] 以下で見る団体自治に関する事柄の具体的な検討は勿論、従来なされてきた地方自治の根拠論についても問題が存在することも指摘されている。参照、林知更「連邦・自治・デモクラシー」同『現代憲法学の位相』（岩波書店、2016 年）307 頁、321 頁注 23。

[7] わが国においては、地方公共団体という名称には、「明治憲法下の『地方団体』（もっぱら地域サービスの担い手としての事業団体）による地方自治の観念を温存させる機能を果たしているとの批判」（人見剛ほか編著『ホーンブック　地方自治法（第３版）』〔北樹出版、2015 年〕15 頁）が投げかけられ、「地方自治体」や「自治体」概念を用いるべきことが述べられている（参照、兼子仁『自治体法学』〔学陽書房、1988 年〕５頁）。確かに、明治憲法において地方自治は定められておらず、専ら法律レベルの存在であった点や、罰則の制定等の権力的な行為をなし得る主体として認められた点等、明治憲法下の地方団体と現行憲法下でのそれは大きく異なる。しかし本稿においては「地方公共団体」という名称を用いる。何故なら、ここで指摘されている問題の根本は、用語そのものではなく、現行憲法下で、明治憲法下とは異なる新たな地方自治観念を検討し、それを憲法解釈として含ませることの可否であると思われるからである。筆者はそのような意味において、むしろ積極的に法令用語たる「地方公共団体」という名称を用いるべきではないかと考える。したがって、以下では日本の文脈に即して地方自治を行う主体について説明する部分では、地方公共団体という名称を用いることとする。

団体自治とは、「地方自治が国から独立した団体に委ねられ、団体自らの意思と責任の下でなされるという自由主義的・地方分権的要素」[8]を言うとされる。この団体自治の定義からするならば、憲法上規定されている地方公共団体とは、国から一定程度の独立性を有していることを、その要素としていなければならないことになる。実際の制度として、地方公共団体は、憲法上規定された地方議会や長等の選挙、住民に認められている請願や、各種条例により制度が構築されている住民投票等、様々な手段により、国から独立した地方公共団体固有の意思を形成し、当該意思に基づいた活動を行うことができる。このように形成された地方公共団体固有の意思、そして当該意思に基づく活動が国の意向と衝突するという事態は、周知の通り、既に様々な地域で生じている。直近では、例えばふるさと納税につき、新たに寄付額の3割を超える返礼品を認めないとすること等を通知で示していた国と、国の意向に反し、それ以上の返礼品を提供していた泉佐野市とが争った事案が想起されよう[9]。このように、地方公共団体と国との間に衝突が起こり得ること、そしてそれを解決する手段について検討することは、団体自治の問題の一つを検討することと考えられる。

本稿では、行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争解決の問題を検討する。以下では、裁判所における紛争解決、すなわち主訴権の問題について検討することとする。何故なら、後に見る通り、特に行政法学において、当該類型の紛争も、裁判所において解決されるべきという主張がなされているからである。

地方公共団体が行政権の主体として出訴する場面については、主に司法権の観点からの研究が進められてきた。司法権からの研究とは、憲法76条「司法権」をどのように理解すべきかという観点からの研究を指す。すなわち、司法権を裁判所法3条「法律上の争訟」や判例で示された「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」[10]という民事訴訟由来の主観訴訟と理解するか否かという観点からの研究が、司法権からの研究に該当する。判例のように、司法権を主観訴訟に限定するという見解に立つならば、地方公共団体と国との間の法的紛争は、客観訴訟に属するという帰結に至る。そしてそうであるならば、当該紛争を解決する手段を設けるか否かという問題は、全て立法政策に委ねられることとなる[11]。

しかしながら行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争解決の問題については、地方自治の観点からの研究が必要であるということもまた、指摘されている。この観点からの研究の必要性を指摘するのが、人見剛教授である。人見教授は、検討を要する直接の契機として、宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決[12]を挙げる。周知の通り、当該判決は「板まん

---

[8] 芦部・前掲注1）378-379頁。
[9] 最高裁令和2年6月30日裁判所ウェブサイト。
[10] 最高裁昭和56年4月7日判決民集35巻3号443頁。
[11] 但し、以下で指摘する通り、客観訴訟を可能とする立法措置は、憲法学において争いがある等の理由から、あまりなされてこなかったとの指摘が存在する。この点については後述する。
[12] 最高裁平成14年7月9日判決民集56巻6号1134頁。

だら」事件を引用[13]しつつ、司法権の対象となる事件を、裁判所法3条1項に言う「法律上の争訟」に限定した。そのため、当該事件で問題となった「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される」と判断した[14]。

人見教授は、当該部分の射程の問題に関連して、当該判決について地方自治の観点から検討が必要であると指摘されている。すなわち、「『法律上の争訟』に関する本判決の判示の射程は、国や地方公共団体が『国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』に限定されるのか、それとも、『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として』提起する訴訟に広く及ぶのか、という問題も存在する」[15]とされる。そして、当該最高裁判決の事案が、私人に対する行政上の義務の履行を確保する訴訟であったにも関わらず、杉並区住基ネット訴訟[16]や逗子市米軍住宅追加建設訴訟[17]のような、地方公共団体と国の間の紛争が問題となった裁判例においても、当該最高裁判決で示された内容が用いられていることを問題視する[18]。曰く、「地方公共団体が提起した訴訟を不適法却下する判決が相次いで現れている」[19]。実際、実務家の手になる行政権の主体間の争いについての最高裁の態度理解は、宝塚市パチンコ条例事件判決により、最高裁は「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として提起する訴訟は、……法律に特別の規定がある場合に限り、提起することができる旨判示するに至」[20]った。今や「行政主体の訴え提起〔について〕最高裁判所が消極説に立つことは明らかであり、少なくとも実務的には決着のついた問題といわざるを得ない。/この問題は、憲法上の司法権、裁判を受ける権利及び地方自治の本旨の意義や、国と地方公共団体の行政権の関係をどのように考えるかに関わるものであって、判例に反対する多数の学説の見解は、……論拠には首肯し得る点も少なくない。しかし、判例の考え方は、これらの問題についての伝統的な考え方に基づくものであって……、これもまた筋の通ったものである。多数の学説が、判例

---

13 当該判決が引用するということの意味について、参照、中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣、2009年）134-135頁。

14 但し、判示された部分は、判決前年に示された那覇市情報公開決定取消事件判決（最高裁平成13年7月13日判決訟月48巻8号2014頁）において、既に示唆されていたものであった。

15 人見剛・川岸令和「行政法学からの問題提起と憲法学からの応答」法律時報81巻5号（2009年）［人見剛執筆］65頁、67頁。

16 東京地裁平成18年3月24日判決訟月53巻6号1769頁、東京高裁平成19年11月29日判決判例地方自治299号41頁。

17 東京高裁平成19年2月15日訟月53巻8号2385頁。

18 近年地方自治に関する判例で当該判決を引用し、訴えを却下事件として、所謂普天間基地建設に関する岩礁破砕等行為の差止請求事件の地裁判決（那覇地裁平成30年 3月13日判決判時2283号3頁）が存在する。

19 人見ほか・前掲注15）67頁。

20 江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系第25巻行政争訟（改訂版）』（青林書院、2012年）110頁。

の考え方を批判するのはやむを得ないとしても、そのことにより、立法的な解決がされないまま放置されることは不幸なことといわざるを得ない」[21]というものである。このような裁判所の姿勢は、「国・地方公共団体間、地方公共団体相互間の法律関係へのこのような宝塚市事件最高裁判決の判示の適用は、当然に予測されるところであったが、地方自治論の観点からも、憲法学からの反応はほとんど見られないように思われる」[22]と述べられるのである。

この指摘は、行政権の主体として、国と地方公共団体双方が活動し、両者の活動の方向性・決定された意思が衝突するという場面について、憲法学・地方自治の観点からも検討が必要であるという指摘であると言うことができる。現行法において十分に地方公共団体の行政権の主体としての訴えの提起を認める措置が採られていないようにも思われる現状においては、本稿で扱う、行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争解決の問題は、理論上の問題に留まらない[23]。

まず、そもそも客観訴訟の法定について、立法府が慎重であるという点が指摘されている[24]。1999 年（平成 11 年）に実現された地方分権改革では、国が地方公共団体へ（行政的に）関与する場合のルールや紛争解決手段が法定された。本稿の課題との関係で問題となるのは、地方自治法 251 条の 5 第 1 項の新設である。当該規定は、国の関与の一部・不作為に不服がある場合、国地方係争処理委員会へ審査の申出を行い（法 250 条の 13 第 1 項・2 項）、委員会の審査結果や勧告に不服がある等の場合には、高等裁判所に、違法な国の関与の取消・不作為の違法確認を求めることができる旨定めている。したがって当該規定は国の関与に関する訴えの提起を認める規定である。当該規定の性質は、規定された訴訟の性質についての問題――客観訴訟か否か――が棚上げされた[25]ため、地方自治法に規定されていない関与の類型に対して、新たな立法措置なしに地方公共団体は出訴することができるのかという問題が残ることとなった[26]。

行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争の類型として、今後考える必要のある出訴の類型は、大きく分けて以下の 2 類型に区別可能である。すなわち、①地方自治法上規定されていない国の関与に対する出訴が問題となる場面、②国が行った処分の第三者と

---

[21] 江口・前掲注 20）110-111 頁。

[22] 参照、人見ほか・前掲注 15）67 頁。

[23] 大津浩『分権国家の憲法理論』（有信堂、2015 年）372 頁は、杉原泰雄教授の「充実した地方自治」論における裁判所における法的紛争解決の議論を批判する文脈において、国と地方公共団体の間の「権限紛争の司法的解決は、……1999 年の地方自治法改正の結果、日本でもすでに当然の原則となっており、憲法論としてとりたてて主張する意味はない」とされている。しかしながら報告者はそのような見解は採り得ないと考えている。

[24] 村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究 4 号（2013 年）11 頁、12 頁は、その理由を客観訴訟「の憲法上の許容性や限界をめぐって議論があ」ることが、客観訴訟創設に影響を与えているのではないかとする。

[25] 後に見る学説の部分も参照。当該訴訟を客観訴訟と解する見解としては、例えば参照、安念潤司「司法権の概念」大石眞ほか編『憲法の争点』（有斐閣、2008 年）250 頁、251 頁。

[26] 上述した裁判所の態度からするならば、裁判の場においては、当該規定はあくまで客観訴訟を特別に認めたものと解されるように思われ、したがって当該条文において認められていない関与の類型に対する出訴は、却下される可能性が高いと言えよう。

して地方公共団体が登場する場面である。①の場面としては、地方自治法 245 条 3 号括弧書きから、改革において関与の類型として規定されなかった、国による裁定的関与の局面[27]や、地方自治法所定の比較的軽微な関与[28]を考え得る。②の場面も、従来から出訴があり得る紛争類型であると指摘されていたものであり[29]、近年、実際に問題となっている例が存在する。すなわち、日田市サテライト事件判決[30]や、函館市による大間原子力発電所建設差止等請求事件[31]が、それである[32]。何れにせよ、地方公共団体と国との間の法的紛争解決手段として、地方自治法所定の訴訟提起が制度として存在しているものの、立法措置が不十分であり、現行法制度では裁判所における紛争解決がなされない類型の紛争が存在していること、そして、紛争解決が認められてこなかった 2 つの紛争類型の何れについても、実際の訴訟が提起されたことがある点が重要である。

---

[27] 「普通地方公共団体の処分に対する私人の不服申立てを受けて国又は都道府県の機関が処分について審査し裁決等を行う」類型の紛争（西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』〔有斐閣、2017 年〕7 頁）を言う。実際に問題となった事案として参照、最高裁昭和 49 年 5 月 30 日判決（大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件）。山本隆司「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第 4 版）』（有斐閣、2013 年）197 頁は、「『裁定的関与』に関しては現在でも、国または都道府県に対する普通地方公共団体の不服の訴訟を、『法律上の争訟』と解するか否かにより、出訴が認められるか否かが左右される可能性がある」と述べる。

[28] 地方自治法 250 条の 13 第 1 項は「国の関与のうち是正の要求、許可の拒否その他の処分その他公権力の行使に当たるものを国地方係争処理委員会の審査の対象と規定している。そのため、地方自治法 245 条において規定されている関与の諸類型のうち「ア助言、勧告、イ資料の提出の要求、ウ届出、エ要求（求め）、オ報告、カ通知、キ提出、ク指導、ケ調査」（江口・前掲注 20）102 頁）については、制度上、国の関与が違法である場合であっても、地方公共団体は審査の申出を行うことができない。

従来、軽微な関与に対しても出訴を認めるべきという議論が示されていた。例えば「助言等が執拗に行われる場合や、助言等に服従させるための措置がとられる場合」（山本隆司「第 42 条　訴えの提起」南博方ほか編『条解　行政事件訴訟法（第 4 版）』〔弘文堂、2014 年〕870 頁、892 頁）や、軽微な関与による不利益取扱い――そのような取扱いは地方自治法では認められない（同法 247 条 3 項）――があり得ることから、「助言等も、審査の申出や訴訟の対象になる場合があると思われる」（同書 892 頁）とされていた。実際、「技術的な助言」としての通知に従わず、不利益取扱いがなされた事案は記憶に新しい（最高裁令和 2 年 6 月 30 日判決裁判所ウェブサイト）。また、従来から助言や指導により国と地方公共団体の間に実質的な上下関係が構築されたとの指摘も存在する。参照、大貫裕之「国と地方公共団体との係争処理の仕組み」ジュリスト 1127 号（1998 年）85 頁、87 頁。また、泉佐野市に対する国の交付金減額措置を見るならば、なお財政的な方向での「関与」も存在していると評価し得るかもしれない。

[29] 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）1 頁、38-40 頁、木佐茂男「国と地方公共団体の関係」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第 8 巻　地方自治』（有斐閣、1984 年）381 頁、414 頁。

[30] 大分地裁平成 15 年 1 月 28 日判決判タ 1139 号 83 頁。当該判決において、裁判所は私人が出訴する場面と同様の保護規範説を用い、自転車競技法の規定する場外車券売場設置「許可制度によって、法が一般的公益と別に地元自治体の個別的利益を保護する趣旨であると解するのは困難である」と述べ、訴えを却下した。

[31] 東京地裁にて現在係争中の、平成 26 年（行ウ）第 152 号大間原子力発電所建設差止等請求事件。訴訟の全体像については、参照、https://www.city.hakodate.hokkaido.jp/docs/2014031000166/ ［2020/08/28 最終アクセス］。

[32] この類型では、地方公共団体は、住民の意思と地方公共団体の意思の関係が問題となる――地方公共団体の代表する団体訴訟と解するか否かと関わる――が、ここでは問題点の指摘に留める。この点については、日本の公法学の考え方とドイツにおける地方自治体の出訴とは異なる構成が採られているように思われ、興味深い。

第２節　地方公共団体の国に対する出訴権に関する学説――地方自治の観点から

人見教授の指摘を踏まえ、「法律上の争訟」と重なるものの、地方自治の観点から、地方公共団体が国に対して出訴する場面について論じた先行研究では、様々な見解が示されている。

地方公共団体に対する国の監督（関与）に対する出訴の問題を最初に扱われたのは、田上穣治教授である。田上教授は、地方公共団体に対する国の「行政権による自治監督は濫用の虞あることが指摘されるが……行政事件訴訟に概括主義が採用される現在では、自治監督による違法な処分に対して、自治体から常に提訴する途があ」[33]ると述べられる。したがって、田上教授の見解は、行政事件訴訟における概括主義の採用を論拠として、このような出訴を認めるものであると解される。

次に国の監督の当否につき行政訴訟を用いることができないかという点を検討されたのは、成田頼明教授である。成田教授は、「憲法第８章の地方自治の保障は、地方公共団体の基本権又は主観的公権の保障ではなく、制度的保障であるから、地方公共団体は、この規定を直接の根拠にして、地方自治の本旨に反する法律が違憲であると主張して訴訟を提起することはできない」[34]とされつつ、「地方自治の存在意義を認め、憲法上の保障を具体的に発動させる」[35]ための「現行の法制のもとで用いることのできる法的手段」[36]を検討される。そして地方公共団体が「国から独立して自己の目的と事務を持つ公法人」[37]であること、すなわち、そのような地方公共団体と国の関係は、必ずしも行政事件訴訟法 6 条の規定する「機関相互間における」という関係ではないのではないかと指摘される。そして、「明文の出訴規定が設けられていない起債の許可……等について、抗告訴訟が許されるかどうかについては、従来ほとんど論ぜられていない」[38]が、「抗告訴訟の対象となる処分と解してもよいのではなかろうか」[39]とされる。このように、成田教授は、公法人としての地方公共団体の位置づけを重視し、地方公共団体と国の間の監督に関する訴訟についても、私人と同様に抗告訴訟を提起する余地があると結論づけられる。

---

[33] 田上穣治「新憲法と自治監督」荻田保編『町村合併促進法施行一周年地方自治綜合大展覧会記念地方自治論文集』（地方財務協会、1954 年）25 頁、29 頁。自治監督とは、「地方公共団体の権利を保護し、その義務の履行を保障するもの」であり、「自治監督の中心は、義務不履行に対する強制執行の前提として自治体の法律上の義務を宣言すること……、及び法律の解釈を誤って執行し又は権限を超えたときのような、自治体の違法な行政に対してその無効を宣言し又はこれを取り消すこと……である」（同書 28 頁）。

[34] 成田頼明「地方自治の保障」同『地方自治の保障』（第一法規、2011 年）3 頁、130 頁。

[35] 成田・前掲注 34）131 頁。

[36] 成田・前掲注 34）131 頁。

[37] 成田・前掲注 34）131 頁。

[38] 成田・前掲注 34）132 頁注 413。

[39] 成田・前掲注 34）132 頁。

成田教授に引き続き、国家の関与に対する法的救済を認める見解を展開されたのは、塩野宏教授である。塩野教授は、大日本帝国憲法下で妥当していた所謂市制町村制においても、訴願や出訴が認められていた点を指摘される。その上で、「行政救済に関し概括主義をとった現行法制の下では、……問題は全く別な角度から考察されなければならない」[40]とされる。その上で、「行政事件訴訟法が、……固有の資格における地方公共団体の出訴を排除する明確な構成をとっていないのであるから、監督手段に対しては、現段階においては行政事件訴訟法による救済手段が認められることになると思われる」[41]と述べられ、「地方公共団体は行政事件訴訟法における抗告訴訟による救済を受け得るであろう」[42]と結論づけられる。このように、塩野教授は、行政救済の概括主義に加え、自治権救済排除という論理が存在しないことを論拠として、地方公共団体の出訴が認められるべきという結論を導出される。

これらの見解とは反対に、出訴に消極的な姿勢を示す学説も展開されている。そのような論者の一人と考えられているのが、藤田宙靖教授である。藤田教授は、まず、行政主体間の争訟の問題を、行政主体と私人の二元論という「思考枠組み」[43]に遡って検討される。この思考枠組みから、藤田教授は、行政とは内部関係と外部関係に区別されるものであり、それぞれの関係においては、「その性格も内容も基本的に異なる」[44]ところの行政組織法と行政作用法が、それぞれの領域において妥当するという「一種の『定理』が出て来ることになる」[45]と説明される。具体的には、外部関係においては、「行政主体と私人との相互関係に関する法」[46]たる行政作用法が妥当し、この関係についての争訟は抗告訴訟と捉えられる一方で、内部関係においては、「行政主体の内部組織に関する法」[47]たる行政組織法の領域が問題となり、これに関する争訟は、行政機関相互の機関訴訟と捉えられることになるとされる[48]。行政主体も、事業主体のように、私人と同様の立場に立ち得る存在であるため、藤田教授は、行政主体間の関係が内部関係か否かについては、法人格の有無ではなく[49]、「本来私人にはあり得ない立場」[50]である「行政主体の『固有の資格』」[51]か否か[52]によって判断される。

藤田教授は、地方公共団体と国の間の法的紛争の問題につき、単なる行政主体間の争訟とは異なる保護の論理があり得ると指摘され、この問題につきより具体的に検討される。曰

---

40 塩野宏「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同・前掲注 29）44 頁、90 頁。
41 塩野・前掲注 40）120 頁。
42 塩野・前掲注 40）119 頁。
43 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」同『行政法の基礎理論　下巻』（有斐閣、2005 年）58 頁、59 頁。
44 藤田・前掲注 43）59 頁。
45 藤田・前掲注 43）59 頁。
46 藤田・前掲注 43）59 頁。
47 藤田・前掲注 43）59 頁。
48 参照、藤田・前掲注 43）59 頁。
49 参照、藤田・前掲注 43）71 頁。
50 藤田・前掲注 43）71 頁。
51 藤田・前掲注 43）71 頁。
52 参照、藤田・前掲注 43）66 頁。

く、地方公共団体のように「『行政主体の固有の資格』であるが、特別の保護の必要が問題とされるケース」[53]があり得るとされる。すなわち、従来、「独立の行政主体としての立場それ自体に、特別に法的に保護されるべきものがあり、それ故に、単なる内部関係として処理することはできないものがあるのではないか、……たとえば、普通地方公共団体には、憲法上固有の権利として『自治権』が保障されているのであり、その訴訟による保護ということが、考えられなければならないのではないか、という問題」[54]が存在するとされてきたため、地方公共団体が「自治権」に基づいて出訴するという問題の特殊性に即して検討される。この点について藤田教授は、裁定的関与の場面における地方公共団体の出訴について検討される。藤田教授によれば、裁定的関与の局面で地方公共団体が出訴する場面の出訴可能性の有無について、「地方公共団体は、その公権力行使（統治権の行使）に対する国からの監督行為……に対して、行政事件訴訟法 3 条により抗告訴訟を提起できるか」[55]という観点の検討も要する課題である。そしてこの場面について、藤田教授は「否定的な考え方」[56]を述べられる。何故なら、第一に、藤田教授は実体的権利としての自治権を疑問視されるからである[57]。第二に、仮に自治権が実体的権利だとしても、現行抗告訴訟の趣旨から、当該権利を抗告訴訟が提起可能な権利であるとは考えにくいからとされる。藤田教授によれば、抗告訴訟とは、「行政活動の適法性を客観的に保障するための客観訴訟であるのではなく、私人の主観的権利の保護を目的とする主観訴訟」[58]であり、これは憲法 32 条により私人に認められる訴訟とされる。したがって、裁定的関与の局面において地方公共団体の出訴を認めることは、以下のように捉えられる。曰く、「地方公共団体が私人の権利を侵害するような公権力行使を行い、これに対し国が法律上許された監督権の行使を行なったとして、これに対する当該地方公共団体からの抗告訴訟を認めるということは、……その実、抗告訴訟を客観訴訟化することを意味するのではなかろうか？」[59]。したがって、藤田教授によれば、抗告訴訟の性質論や実体的権利としての「自治権」の存在が一義的に確立されていないことから、裁定的関与の局面における地方公共団体の出訴は、否定的に解されるべき問題であるとされる。

また、小早川光郎教授も、地方公共団体が抗告訴訟を提起することができるかという問いに対して、消極的な見解を示されている。小早川教授は、「自治体……が……行政主体としての立場において国……との間で一定の問題をめぐって争っている場合について」[60]の裁判を検討される。先の分権改革により、今や藤田教授の内部法/外部法二分論は否定されると

---

[53] 藤田・前掲注 43）68 頁。
[54] 藤田・前掲注 43）68 頁。
[55] 藤田・前掲注 43）76 頁。
[56] 藤田・前掲注 43）76 頁。
[57] 参照、藤田・前掲注 43）76-77 頁。
[58] 藤田・前掲注 43）77 頁。
[59] 藤田・前掲注 43）77-78 頁。
[60] 小早川光郎「司法型の政府間調整」『岩波講座　自治体の構想 2 制度』（岩波書店、2002 年）57 頁、67 頁。

述べられる一方[61]、日本国憲法下の司法権は「基本的人権などの個人の権利に対する尊重の理念と深く結びついたものとして捉えられるべきである」[62]という点を指摘される。そして「自治体の自治権に関しては、憲法は、裁判所による保護――それは、場合によっては個人の権利の確保と対立することにもなりうる――を憲法自体で保障するのではなく、地方自治の本旨に即しつつ裁判所の介入をいかなる程度と態様において制度化すべきかの決定を法律に委ねている（憲法 92 条）と解するのが妥当であろう」[63]という結論を導出される。このように、小早川教授も、日本国憲法における司法権の役割を論拠とされる。更に、小早川教授の議論によれば、藤田教授よりも広く、裁定的関与に限られず、行政主体としての立場に基づき自治体が出訴する局面を、憲法 92 条の問題、すなわち立法政策に委ねるものであると解されているように思われる。

地方公共団体の出訴に対して、どちらかと言えば消極的な見解が示されて以降、わが国公法学（特に行政法学）においては、ドイツ公法学においてなされている議論を参照し、自治権を権利として解する試みが検討されてきた。そのような研究に取り組まれてきたのが、白藤博行教授である。白藤教授によれば、1999 年の地方分権改革において実現された関与法定主義は、以下の意義を有する。曰く、「国と『固有の資格』における地方公共団体との関係の『外部関係』化にあ」[64]り、「これに対応する紛争処理制度も、両者の『外部関係』を前提とするのは当然の文脈であったはずである」[65]と。この改革の結果、わが国においても、「善解すれば、憲法付属法・具体化法たる地方自治法において、憲法が保障する地方自治の中身を充塡する規定が新設され」[66]、「改正地方自治法のこれらの諸規定〔＝地方自治法 1 条の 2、2 条 10 項・11 項・13 項等――引用者注〕をもって、憲法によって保障されている自治権の内容がさらに明らかにされ、その地方公共団体の主観法的地位＝権利が具体化されたと解することは十分可能であろう」[67]と述べられる[68]。その上で、「地方公共団体の主観法

---

[61] 小早川教授によれば、①憲法第 8 章により「自治体に、他者からの干渉、とりわけ国ないし国の諸機関の干渉に対して自己の地方自治の権能を対抗しうべき法的地位としての " 自治権 " を認め、その村長を国の諸機関に求めるものであ〔り〕……、憲法 92 条〔は〕……自治権の一定の保障を与える趣旨であると解される」（63 頁）こと、②このような自治権による一定の保障について、地方分権改革は「国家関与の枠付け」（64 頁）により、「自治体を、国との間に一定の距離を置いてみずから自主的自立的に判断し行動する別箇独立の主体として確立することを意図」した（64 頁）ものであり、今や「自治体の独立主体性について一定の法的保障が付与されていると解される。このような法状態のもとで……国自治体関係を……国の行政組織の内部関係と基本的に同質だとするのは、妥当でないと考えられる」（64 頁）。

[62] 小早川・前掲注 60）67 頁。

[63] 小早川・前掲注 60）67 頁。

[64] 白藤博行「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究 62 号（2000 年）200 頁、207 頁。参照、白藤博行「『自治権』の実効的保護と国・自治体間の紛争処理のあり方」佐藤英善編『新地方自治の思想』（敬文堂、2002 年）155 頁以下。

[65] 白藤・前掲注 64）「仕組み」207 頁。

[66] 白藤・前掲注 64）「仕組み」208 頁。

[67] 白藤・前掲注 64）「仕組み」208 頁。

[68] 白藤教授や小早川教授を始めとして、当該改革は、国と地方公共団体の間の紛争を司法の手に委ねるという意味において、行政権内部ではなく紛争を外部化するものと評価されることがある。例えば参照、山元一「自治体に対する国の『関与』」大石眞ほか編・前掲注 25）312 頁、313 頁。

的地位（権利）の保護体系としての権利救済システムの確立が喫緊の課題である」[69]とされ、立法権による地方自治権の侵害に対する救済の議論へ[70]、検討を進められる。白藤教授は、分権改革により、地方公共団体と国の間が外部関係化されたことに基づく出訴の議論であり、今やそのような地方公共団体の主観法的地位に基づく裁判所における救済がなければならないという前提に立脚した議論を展開されていると言えよう。

第３節　本稿の視角と構成

以上の学説は、わが国独自の改革が施された 1999 年の地方分権改革の文脈を除くと、地方公共団体の国に対する出訴権に関する学説に関しては、議論の大部分がドイツの学説に基づいて展開されていると評価し得る[71]。地方公共団体の出訴の文脈においては、従来、公法人であることや実体的権利としての自治権という側面が強調され、地方公共団体の主観的権利を論証するという側面から、ドイツの議論が参照されることが多かったと言えよう。わが国では現在、戦前に認められていたような、客観法維持を第一義的な目標としていた行政裁判所が存在しない以上、地方公共団体の抗告訴訟提起可能性という文脈からは、このような側面が先ず以って検討されたのは、当然のことでもあった。しかしながら、ドイツにおける出訴の議論について検討する場合には、主観的権利という側面からの検討だけではなく、客観法維持という側面からの検討が必須であることは、以下の引用からも明らかである。成田教授による、ドイツにおける地方自治体の出訴の問題と、客観法保障の関係についての指摘である。曰く、「我が国の旧地方制度〔＝明治憲法下の地方制度――引用者注〕は、しばしばドイツ・プロイセンの地方制度にならったものであると言われている。たしかに、ドイツ・プロイセンの初期地方制度においては、国家の監督官庁の地方自治団体に対する監督権限は、領邦専制君主制の下における私法上の国家後見（Staats kuratel）に由来するものとして、きわめて広範囲にわたっていた。/しかし、その後、19 世紀後半に至り、法治国思想の展開とともに、国と地方自治団体との関係についても『法律による行政』の原理が適用されることとなった結果、地方自治団体の固有事務（又は自治事務）に対する国家監督は法適合性の監督のみに限られ、市町村の裁量に属する事項への合目的性の監督は許されないとされ、また、監督官庁の行き過ぎた監督権の行使に対しては市町村が行政裁判所に抗告訴訟を提起しうることが法理論上及び制度上確立されるに至った。このような国と地方自治

---

[69] 白藤・前掲注 64)「仕組み」209 頁。

[70] 参照、白藤博行「裁判の保護に値する地方自治」室井力先生古稀記念論文集『公共性の法構造』（勁草書房、2004 年）405 頁、414 頁以下、白藤博行「地方自治の本旨」髙木光ほか編『行政法の争点』（有斐閣、2014 年）202 頁、203 頁。

[71] 但し、このことがドイツの地方自治論とわが国のそれとの間に共通点が多いことを意味するわけではない。例えば地方議会が立法府として考えられているか否か、そして地方議会で制定された条例の性質がどのようなものか等、両国の地方自治制度には極めて重大な相違点が複数存在している点が意識されなければならない。

団体の間の法治主義を基礎とした自治監督（Kommunalaufsicht）の関係は、今日も西ドイツの地方制度の中に伝統として生き続けているのである。ところが、日本では、ドイツ・プロイセンの地方制度を導入するに際して、古い国家後見的部分のみを導入し、その後に展開された国と地方自治団体の関係についても『法律による行政』の原理に従うべきであるとする側面は、無知か故意かは不明であるけれども、全く捨象したままで旧地方制度を組み立てたのであった」[72]。確かに、成田教授の指摘のうち、日本における国と地方自治団体についての出訴の部分は、垣見隆禎教授による戦前の地方公共団体の出訴事例の研究により、一定程度修正が必要であると考えられる[73]。しかしながら重要な点は、成田教授が、地方自治団体の出訴の問題が、「法律による行政」の原理と結びついている点を指摘されていることである。このような指摘は、ドイツ公法学における出訴権の議論の検討について、従来わが国で行われてきたような側面からの研究に対して、疑問を投げかけるものであろう。何故なら、日本で行われてきたドイツの地方自治体の出訴の議論としては、従来、主観的権利としての自治権という側面が強調されてきたところ、成田教授は以前、本国ドイツにおいては寧ろ、「法律による行政」の原理という客観法を維持し、保障するという側面を根拠として、地方自治体の出訴が認められてきたことを指摘されていたということになるからである。このような指摘を踏まえ、以下では、ドイツ公法学における地方自治体[74]の国に対する出訴権の議論を、地方自治を規定する客観法の保障という側面から検討する。

以下では、ドイツ帝国成立直前からドイツ帝国――特にプロイセン――における議論（第1章）、ワイマール共和国における議論（第2章）、そして戦後のドイツ連邦共和国において展開された議論（第3章）について検討する。

本稿では、ドイツ公法学における地方自治論が、客観法維持とそれを裁判所――但しこの点を保障する機関が司法権に基づくものであるか否かは、時期により異なる――によって保障されること（当該内容は、Gneist を始めとして、法治国原理という概念で纏められる場合も多い）が、元来表裏一体の関係であったという前提に立脚する。その上で、当初は専ら行政の法律適合性が審査されていたけれども、時代が下るにつれ、裁判所の拘束が、徐々

---

[72] 成田頼明「国と地方の機能分担」同・前掲注34）247頁、248頁。

[73] 例えば参照、垣見隆禎「団体自治と争訟」公法研究78号（2016年）177頁以下。本稿で扱う監督に関する訴訟については、参照、垣見隆禎「戦前日本における市町村に対する監督処分と取消訴訟」行政社会論集〔福島大学〕24巻2号（2011年）35頁以下。垣見教授の見解によれば、戦前、わが国では国家が市町村に対して、権力的関係に基づき、市町村に対して監督処分を多く行っていたこと、そして後見的監督に対して、裁判所は形式的審査だけではなく適法性に及ぶまで審査を行っていた（「監督処分」84頁）。このような意味において、垣見教授は、後見監督という上下関係に置かれていたが故に、戦前は市町村が出訴することが認められていたこと（「団体自治」181頁）と比較し、戦後の出訴否定の議論は、「国と自治体を、――少なくとも法的には――対等・協力関係とした」ことによる帰結であると位置づけられる（同書186頁）。

[74] 研究では、ドイツの基礎的な自治体（ゲマインデ）とより広域のそれ（ゲマインデ連合。その一つがクライスという名称で呼ばれている）を合わせて、地方自治体という用語を用いる。わが国の地方公共団体とは異なり、ドイツにおいては地方自治体に明文上自治の権利が認められているとされていること、そしてドイツにおいては、わが国の地方公共団体とは、立法権の分有や地方議会の位置づけ等、大きな相違点が存在するため、日本とドイツの領域団体につき、用語を区別して議論を進めている。

に立法に対してまで及ぶようになったということを明らかにする。したがって、成田教授の指摘に引きつけて考えるならば、本稿では、客観法維持という視点が、19 世紀後半以降のドイツ地方自治制度に決定的な影響を与えたということが明らかにされる[75]。彼の国においては、伝統的に「自治権」侵害に対して行政裁判所での出訴が認められており、現在もわが国でそのように紹介されることもあるが、それは流産した憲法が規定していたような国家に対抗する地方自治体[76]に認められた自治権に対する出訴の保障ではなく、精確には、客観法違反の側面が重視され、認められたということになろう。

裁判制度の相違が存在する以上、そのことが直ちにわが国の地方公共団体に出訴を認めるという議論に繋がるわけではない。しかしながら、ドイツ公法学における「地方自治」保障の重要性が論証された結果、以下のような示唆が得られよう。すなわち、ドイツ公法学においては、元来、行政（・立法）の法律（・憲法）適合性を中心とした地方自治保障が重視されてきた。このような観点を貫徹するため、裁判所へ出訴することが認められ、国家の違法（・違憲）な権限行使に対する統制が図られているのである。ドイツ公法学における地方自治論の検討からは、わが国の憲法に引きつけて検討するならば、地方公共団体へ介入する国家の側は、「地方自治の本旨」に従っていなければならないということとなろう。したがって、本稿の検討からは、憲法 92 条に立法・行政の介入を画定するために有効な、権限画定機能を読み込む必要性が示唆される（終章）。

既に述べたように、戦争終結を待たずして刊行された公法学における諸論文[77]以来、近年

---

[75] 本文で引用したものの他に、成田教授は以下のように指摘する（成田頼明「現代地方自治の防禦姿勢（1）」自治研究 39 巻 6 号〔1963 年〕33 頁）。すなわち、フランクフルト憲法 184 条は明文で市町村に基本権を与え、「この基本権は、消極的には、市町村事務及び地方警察の行政における独立性という憲法上保障された地位について国家の干渉の中止を求める自由な防禦権の性格をも」っており、これは「別の面から見れば、……国家の上級監督の根拠は法律に基づかなければならないとしている点で、法治国家の法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）の原則の市町村行政への適用であるともみることができる」とされる（39 頁）。そして、「フランクフルト憲法は、周知のように、遂に発効する機会を得」ず、「ドイツの地方自治は、反動の波に流され、再び国家監督権の強化の下に退歩をみるに至るが、他方では、行政裁判制度による国家監督の統制……等の前進があつたことも忘れられてはならない」（40 頁）と述べられる。なお、18 世紀末からの国家監督の揺れ動きについては、参照、金崎・後掲注 78）「（1）」法学協会雑誌 133 巻 2 号（2016 年）157 頁、164-172 頁。

[76] ドイツでは、地方自治体（Kommune）という概念で、ゲマインデとゲマインデ連合を指す。Vgl. Veith Mehde, in: Theodor Maunz/Günther Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 28 Rn. 11 (Lfg. 67, 2012); Andreas Engels/Daniel Krausnick, Kommunalrecht, 2015, S. 332.

なお、ゲマインデは市町村、ゲマインデ連合は都道府県と訳される場合が存在する。しかし本稿はそれぞれを訳さないこととする。従来なされてきたように、基礎的団体たる市（区）町村とゲマインデ、そして広域的団体たる都道府県とゲマインデ連合には共通点も存在するが、日本国憲法上では「地方公共団体」に両者が含まれると解され（参照、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第 7 版）』〔岩波書店、2019 年〕379 頁）、第 3 章において後述が、ゲマインデとゲマインデ連合のように、地方自治が認められる範囲について明文上の差異が存在しないためである。なお参照、駒林良則「西ドイツにおける自治行政主体間の事務配分原理について（1）」名城法学 37 巻 2 号（1988 年）19 頁、25 頁注 1、2。

[77] 例えば参照、渡辺宗太郎『地方自治の本質』（清水弘文堂書房、1965 年）［初版：1935 年］、宇賀田順三『地方自治の基本問題』（清水書店、1937 年）、渡辺宗太郎『地方自治制の研究（1）』（有斐閣、1938 年）、田上穣治「地方自治の意義」同『自由権・自治権及び自然法』（有斐閣、1946 年）［初出：1939

[78]に至るまで、わが国公法学はドイツ公法学の地方自治論を検討し続けてきた。また、再三指摘されているように、ドイツ公法学の地方自治論自体、イギリスやフランスの制度の影響を受け、様々な目標や背景を有した自治の議論が交わされてきた。したがって、ドイツ公法学においては、自治とは、概観することが困難である程に多様な定義が与えられている。本稿は、先行研究とは異なり、ドイツ公法学における自治の内容そのものに着目するのではない。百家争鳴な自治の議論における共通項として、各論者が目標としていた事柄に焦点を当て、ドイツ公法学における地方自治論の思考形式、地方自治体の出訴権の理論的基盤を検討し、明らかにすることが、本稿の目的である。

年]、宮沢俊義「固有事務と委任事務の理論」同『公法の原理』(有斐閣、1967 年)[初出:1943 年]183 頁。

[78] 近年刊行された、ドイツ公法学における地方自治論を包括的に検討した論文として、参照、金崎剛志「国家監督の存続理由(1-9・完)」法学協会雑誌 133 巻 2 号(以下いずれも 2016 年)1 頁以下、3 号 39 頁以下、5 号 69 頁以下、6 号 1 頁以下、7 号 72 頁以下、8 号 180 頁以下、9 号 41 頁以下、10 号 1 頁以下、11 号 1 頁以下。

第 1 章　法治国原理に基づく地方自治制度の形成
――ドイツ帝国建国前後における地方自治制度について

第 1 章では、法治国原理に基づく地方自治制度が形成された時期、すなわちドイツ帝国前後の地方自治論について検討する。地方自治は、近代国家成立に先立ち、古より存在してきたとされ[1]、ドイツ帝国形成以前から、各領邦がそれぞれ独自の制度を形成していた。そして近代的意味における地方自治制度の一例であるところのプロイセンにおける当該制度は、ナポレオンに対する敗戦により、1808 年改革以降形成されたものである[2]。そうであるならば、研究は、「自治権」の端緒が存在する第二帝政期以前に遡る必要があるようにも思われる。しかしながら本稿では、ドイツ帝国前後に形成された、1860 年代後半以降、とりわけ 1870 年代以降の地方自治制度あるいは地方自治の議論を研究の端緒とする。何故ならば、当該時期以前は、例えばプロイセンにおいては、地方自治制度自体、前進と後退を繰り返しており、制度が確立したとは評価し得ないからである[3]。更に、第 3 章でも検討する国家による地方自治体の監督――地方自治体の事務に関しては法適合性のみを監督し得るシステム――は、後に述べるように、1870 年代以降の法により初めて確立された制度である。以上の理由から、本稿では、ドイツ帝国建国前後の学説から、検討を始める。

なお、本稿では、プロイセンの地方自治の状況について扱うこととする。プロイセンの制度はわが国の国づくりに大きな影響を与えており、地方自治もそのような状況にある[4]。そして制度自体も、長らく検討の対象とされてきた[5]。しかしながら、とりわけわが国の公法学の先行研究[6]においては、戦前以来、プロイセンの制度を検討するに際して、地方自治体が国家からの介入に対して裁判所へ救済を求めるという視点が不足していたように思われる[7]。更に、ドイツにおいては、ドイツ帝国のプロイセンで示された判決が、その後ワイマ

---

[1] 例えば参照、渡辺宗太郎『自治制度論』（日本評論社、1931 年）72-73 頁。

[2] 1808 年市制は、ドイツにおいても、彼の国における地方自治制度の重要な転換点であると位置づけられている。Vgl. etwa Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 8.

[3] 参照、金崎剛志「国家監督の存続理由（1）」法学協会雑誌 133 巻 2 号（2016 年）1 頁以下、8-16 頁。

[4] 例えば参照、瀧井一博『文明史のなかの明治憲法』（講談社、2003 年）。山縣有朋と地方自治の関わりについては、例えば参照、佐藤俊一『日本地方自治の群像　第 6 巻』（成文堂、2015 年）28-58 頁。

[5] 例えば参照、渡辺宗太郎『地方自治の本質』（清水弘文堂書房、1965 年）、宇賀田順三『地方自治の基本問題』（清水書店、1937 年）。プロイセンを始めとした各国の地方自治制度を検討する著作も存在する。参照、渡辺・前掲注 1）。

[6] 公法学以外の分野においては、例えば北住炯一教授（『近代ドイツ官僚国家と自治』〔成文堂、1990 年〕）、三成賢次教授の研究（『法・地域・都市』〔敬文堂、1997 年〕）が、それぞれプロイセン行政裁判所やプロイセン国家監督等を論じている。

[7] この視点の不足は、恐らくドイツ法継受に関する重大な問題であると考えられる。何故なら、後に見るように、プロイセン行政裁判制度の確立はまさに地方自治法によって開始され、その後独立の組織法・管轄法等が制定されたからである。

とはいえ、わが国の従前の市制町村制においては、国家の監督措置が違法である場合に対して、法律上行政裁判所等に出訴し得るとされていた（参照、美濃部達吉『行政法撮要（上）（第 4 版）』〔有斐閣、1938 年〕492 頁）。そのため出訴可能性の議論は、少なくとも現在のわが国行政法学と比較するならば、

ール期まで影響を有していたとも指摘されている[8]。以上の理由から、本稿では、基本的にプロイセン（プロイセン王国、プロイセンラント）の地方自治制度に焦点を当てる。

以下では、まず、プロイセンにおいて法治国原理の貫徹を試みた、Rudolf von Gneist の議論を検討する。その上で、当該議論に影響を受けたプロイセン地方自治制度を概観する。引き続き、当該制度が維持されたドイツ帝国において展開された、代表的な学説を取り上げ、検討する。

第１節　プロイセンにおける法治国確立の試み

Rudolf von Gneist と言えば、ドイツにおいてもわが国においても、「プロイセンとドイツにおける自治と行政裁判権に大変革を齎した先駆者」[9]と位置づけられている。Gneist の議論は、以下で見るように、実際の法制度に取り入れられ、プロイセンは法治国への第一歩を踏み出す。以下ではまず、彼の自治論は先行研究が多数存在する[10]が、本稿の課題においても出発点となる議論と位置づけられ、かつ、第２節で検討するドイツの学説も、Gneist の議論を参照しているため、議論を確認する。

第１款　法治国の出発点――Rudolf von Gneist の議論

Gneist は、当時、ドイツで国家と社会が著しく乖離していることを憂慮していた[11]。これは「機械の発明」[12]を発端としている。機械の発明が、営利を得る（erwerbende）労働も、精神的な労働も変化させたと述べる。それにより、人々の生活のあり方が変化したと言う。中世は「地方の（ländliche）、都市の所有者（Besitzes）と、教会という３つの大きな階層を残した」[13]が、今日の社会はそのような状況にはない。何故なら、今日、社会は「果てしな

低調であったように思われる。例外的に検討する著作として、参照、渡辺・前掲注 5）169-171 頁。

[8] Vgl. Christian Engeli/Wolfgang Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, 1975, S. 19 f. は、「特にプロイセン高等行政裁判所（Oberverwaltungsgericht）は、一連の裁判で、承認されたゲマインデの任務領域と管轄領域の本質的な展開に寄与した。これにより、地方自治の内容と範囲に関しては、帝国から共和国への移行期に、十分な意見の一致が支配的であった」と述べる。なお、同書 20 頁注 61 によれば、地方自治の本質や法的性格に関する意見の一致は存在しなかったとされる。

[9] Hermann Schulze, Das preussische Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1888, S. Ⅴ. 同旨、上山安敏『憲法社会史』（日本評論社、1977 年）116 頁。

[10] 例えば Gneist の議論を検討する研究として、参照、上山・前掲注 9)、赤木須留喜『行政責任の研究』（岩波書店、1978 年)、柴田隆行教授の研究がある。

[11] Vgl. Rudolf Gneist, Der Rechtsstaat, 2. Aufl. 1879, S. 192.

[12] Rudolf Gneist, Die preußische Kreis-Ordnung, 1870, S. 1.

[13] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 1.

く分岐した有機体（Organismus）」[14]となってしまっているからである。このような社会においては、「所有者の全性質が、非所有者（Nichtsbesitzende）の*従属*を基礎づけること、この従属が永続的に作用する点において、全ての生活関係を貫徹すること、支配と従属が世代毎に移行すること、そしてそれにより国家における不自由（Unfreiheit）という要素を帯びてしまう（trägen）」[15]。それだけではない。社会においては、所有者と非所有者が、それぞれ従属状態の維持や縮小等、自らの利害に基づいて、それぞれ望む方向へと努力を重ねる。これらの努力は「国民（Volk）の生活において*対立する利害システム*を発生させ」[16]、しかも「この対立は自発的には解決できない」[17]。人々はこのような状況の中で、「『利益の調和（Harmonie der Interessen）』」[18]を、真摯に望む。

このように、営利社会（Erwerbesgesellschaft）が進展することにより、中世における所有と労働の結合が緩められ、「地方（Land）と都市において、農業、商業と手工業（Gewerbe）において、精神的労働におけると同様に、好ましい制約と保護禁止が解消され、そして以前特権を与えられていた諸階級でさえ、変化が生じざるを得ない」[19]。このような「個人の生活共同体（der persönlichen Lebensgemeinschaft）の解消」[20]は、生活についての新たな需要や請求を齎らし、経済的な基盤を変わらずに持続することが困難になる。そのため、営利社会の進展自体に伴う弊害を除去する必要がある。道義的な利益の調和は、英国においては、「国家を『利益』というシステムへ解体すること……（Stuart Mill）」[21]が試みられ、フランスにおいては全てを社会に包摂するという手法が採られた。ドイツにおいては当初、これは教会の担っていた役割であった。しかしながらこの sittlich な本質は、今や国家によって担われると、Gneist は言う。すなわち、国家が「利益とその不自由の例の対立という人間社会の永遠の決定を、――それ自体人間と財産の犠牲の上にある――*国家という有機体*によりコントロールする」[22]と述べるのである。人々の自由への希求、sittlich な願いは、「自由な決定によるその sittlich な諸々の義務により克服されるべきである」[23]ところ、彼によれば、国家がその役割を担うべき主体である。以前教会が担っていた召命（Beruf）によりなされていた sittlich なものを、「国家が社会的な（sociale）結合に対して、国家の sittlich な秩序を有効に働かせる力」[24]によってなされる必要がある

このような国家の位置づけからも示唆されるように、今日、国家と社会は、分離関係にあ

---

[14] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2.
[15] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2. 強調は原文。
[16] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2. 強調は原文。
[17] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2.
[18] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2.
[19] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 3 f.
[20] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 4.
[21] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 2.
[22] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 3. 強調は原文。
[23] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 3.
[24] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4.

るだけではなく、「利益と利益ではなく、*利益と義務*」[25]が衝突する「永続的な対立」[26]関係にある。何故なら、両者はそもそも目的としているものが異なるからである。「強制的な性格（Zwangscharakter）と、遠く離れた（fernliegende）諸々の目標を有する国家の全ての制度（Einrichtungen）は、変更不能的に、社会の最も身近な（nächste）利益と対立する」[27]。

このような状況を放置すると、社会集団が国家意思へ関与し、国家制度を身近な利益のために利用してしまうことになる[28]。また、そのような状況においては、「社会の利害に従属する……*国家の対抗する有機体（Gegenorganismus）*が要求されることになる」[29]。そして実際、国家は長い間社会に従属させられ、階級国家に回帰したり、絶対主義により国家目標を満たすことを行なってきた[30]。しかし、Gneist によれば、とりわけ絶対主義的な国家も、適切な国家ではない。何故なら、絶対主義的な国家、「警察国家」[31]においては、「現実の全ての統治はなお職業官吏たち（Berufsbeamtenthum）に留保され」[32]てしまうからである。さらに、実際に営利社会化の現象が生じてしまっている以上、「営利社会発展のための自由な活動の必要性」[33]も生ずる。後者の理由が、「英国を範とした*立憲（constitutionelle）*国家をヨーロッパ大陸に導入し形成する」[34]。立憲国家とは、英国のように、国家権力の行使を規律する存在であるところの「法律に則った、法律による統治（Regierung）」[35]を意味する。これは「市民的自由という法的諸基盤（Fundamente）」[36]に基づいている。Gneist によれば、ドイツにおいては、当時の「立憲」理論は市民的自由に基づいた議論をしていなかった。それだけではなく実際に、七月革命によっても、法のコントロールに従った国家秩序が形成されなかった[37]。

このように、Gneist は、従来存在していた生活の変化により生じた階級対立、更には国家と社会に生じた対立関係を問題視し、立憲国家という法律に基づく国家秩序を形成することで、ドイツにおいて生じている諸問題の解決を試みる。それでは、如何にこれを解決すべきか。結論から言うならば、Gneist は当該問題を、社会を国家へ関与（Theilnahme）させることで解決しようとする[38]。これは、今から検討するように、英国流の国家と社会の関係の克服とは異なるものである。

---

[25] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4. 強調は原文。
[26] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4.
[27] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4.
[28] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4.
[29] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4. 強調は原文。
[30] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4.
[31] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 106.
[32] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 191.
[33] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 191.
[34] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 4 f. 強調は原文。
[35] Rudolf Gneist, Verwaltung Justiz Rechtsweg, 1869, S. Ⅴ.
[36] Gneist, a. a. O. (Anm. 35), S. Ⅴ.
[37] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 209.
[38] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 212-224.

Gneist によれば、議会制度（Parlamentsverfassung）においては、国家権力を行使する場が、社会的な諸々の集団によって構築されてしまうため、国家を社会に役立たせてしまい、問題が残る[39]。したがって「寧ろ国家権力は、反対に、社会的に分けられた集団を *下から国家*目的のために諸々の領域団体に統一し、相なじませねばならない」[40]。国家と社会は「『秩序における自由』が守られる財であるべきとするならば、それら個々の *構成員*」[41]という下からの構成を要求するのである。Gneist の議論において求められる下からの構成こそが、自治（Selbstverwaltung）である。

Gneist によれば、国家の目標と社会の目標との矛盾の中に、以下の「３つの不可分の議会制度の諸原則が判明」[42]する。これらの諸原則は、ドイツにおいても要求される。第１に「*法律に則った国家統治*」[43]、第２に「例の秩序を実施するために不可欠な *個人の諸々の義務*と社会階級の能力（Leistungfähigkeit）の負担の *分離*」[44]、第３に「これら個人の義務と金の利用（Geldanwendungen）を、地域的に活動する国家権力の性質に応じて、法律上秩序づけられた *国家*の諸機能の担い手として *ラントゲマインデ*、*都市ゲマインデとクライスゲマインデ*にグループ毎に集める」[45]ことである。これらの原則は、自らの利益等を遂行するに過ぎない封建的秩序と、その中にあるゲマインデ等とは異なり、「*行政ゲマインデ（Verwaltungsgemeinden）というシステム*」[46]によりなされる。行政ゲマインデとは、「その規範上の諸原則（Normativgrundsätze）と租税の基礎（Steuerfuß）が法律上秩序づけられ、利益の地域的な矛盾を止揚しながら地方生活（Communalleben）の自由な活動を可能とする」[47]ものである。

英国においては、このような行政ゲマインデというシステムは、「そこに由来する国家の中間項（Zwischenbau）が、……Selfgovernment」[48]によりなされる。Selfgovernment は、「立法に従属しながら、地方の自由（Communalfreiheiten）という現代風により優れた形式（zeitgemäße）を、より大きな全体の組織的構成員として表現する」[49]ものであり、「全体に緊張と生活を、〔そして〕個々の構成員に政治的な独立を与える」[50]。当該システムはノルマン時代から存在しており、「この基礎づけが、社会の抵抗する諸階級を国家のために（im Dienst des Staats）一体化し、それは初めて隣接する団体において共通の国家活動のために〔互いを〕なじませ、このような共に馴染んでいる（Zusammengewöhnung）点において、

---

[39] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5.
[40] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[41] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[42] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5.
[43] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[44] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[45] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[46] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5. 強調は原文。
[47] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5 f.
[48] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5.
[49] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 5.
[50] Gneist, a. a. O. (Anm. 35), S. 90 f.

人間社会のより高次の目標が意識されるに至」[51]る。このような基礎に基づいて、立法府（die gesetzgebende Versammlung）が形成される[52]。したがって「法律適合的なそして責任を伴った*個々人*が自治に慣れることから、*全体*の自治のための能力と法、すなわち議会の部（Körper）による国家行政の成果の豊かな立法とコントロールが生ずる」[53]。

このように、Gneist の議論は、社会に位置する個々人が自治を通じて国家任務を担い、国家と共に活動することで、国家の目指す sittlich な秩序に適合することを目指す。したがって当該議論においては、自治は国家を強化するための手段であることになる。

次に、Gneist は英国議会制度が基礎の Selfgovernment を念頭に、自治を模索する。何故なら、ドイツにおいては、中世的な国家が崩壊してから、「*国家形成*は……職業官吏たち（dem berufsmäßige Beamtenthum）に独占」されて[54]おり、そのことが、上述した現代社会における弊害状況を生み出しているからである。Selfgovernment は、「我々が*ラント内務行政（innere Landesverwaltung）*として国家官吏の手に任せてきた国家の諸機能を引き受け、そしてそのためにクライス団体とゲマインデ団体を*実施（ausführende）機関*にする。それはしたがって社会の諸階級を、法律の責任を伴った実施に動員」[55]する。これを行う団体は、中世的な自治体やゲノッセンシャフトとは異なる[56]。

このような自治をドイツに引き移すと、以下のようになると Gneist は言う。曰く、「全ての自治は、法律上の規律に、完全に細部まで形成された行政法の上に依拠する」[57]。具体的には、「自治団体（Communalverbände）の区域（Bezirke）、対象、主体と分担金義務（Beitragspflichten）」[58]も、法律により規定される。ここで言われている区域とは「従来からの地方団体、クライス団体、都市団体、村団体（Landschafts=, Kreis=, Stadt= und Dorfverbände）」[59]を言う。そして対象とは、「*固有の*権利ではなく、社会の利益ではなく、ラント内務行政という*国家的諸機能*」[60]を言う。これは具体的には宣誓した職業官吏の募集や保安警察や救貧、学校、道路行政等と、さらにはそれを可能とするための財源である地方自治体の租税徴収等を含む[61]。更に、自治の機関は「上級または下級の官吏を形成する」[62]。国家は地方自治体が合法的に活動することを保障するため、一定の場合において強制的な手段を伴った監督権を行使し得る[63]。自治の主体は、「名誉職という個人の服務を負担し得

---

[51] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 6.
[52] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 6.
[53] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 6. 強調は原文。
[54] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 7. 強調は原文。
[55] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 8. 強調は原文。
[56] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 8.
[57] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 8.
[58] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 8.
[59] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 8.
[60] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 9. 強調は原文。
[61] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 9; Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139.
[62] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 9.
[63] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139 f.

る程度の広さの地方自治団体における社会の全階級」[64]である。このように、自治は「所有者と中産・労働階級の調和」[65]を行い、それにより「社会を国家に組織的に結合する制度」[66]としての意義を有する。自治は、「社会的生活〔という〕その利益からでは発展され得ない国民（Nation）の法感覚を発生させる。すなわち、全体と個々人の権利を保障する確固たる法秩序の必要性という意識」[67]である。このような「Selfgovernment の導入は、国家行政の法と議会コントロールに安定を与える」[68]。英国においても、selfgovernment の官庁が公法の全ての領域の裁判コントロールと結合しており、「この中間項によって、中央行政における党派性から自由な活動が、公法の党派性なき活動と個々人の権利領域を危機に陥れることなしに、可能になる。この中間項が、所謂『法治国』を発生させる」[69]。

このように、Gneist の構想においては、自治が党派性なき国家活動、個人の権利を保護する「法治国」に不可欠な構造であると位置づけられている。

しかしながら自治は、歴史が下り、産業社会が発展するにつれ、様々な様相を呈することとなった。具体的には、選挙された地方の代表、職業官吏、治安判事（Friedensrichter）といった制度に基づいて自治が行われてきた。自治は「選挙された巡回裁判所（boards）という『*経済的自治*』というシステム――selfgovernment という歴史的なシステム」[70]と、「*『官憲的』または『法律適合的な自治』*」[71]に区別される。前者は、今や選挙され、俸給を与えられた官吏による地方自治行政（Communalverwaltung）であり[72]、改革の目的とするところではない[73]。したがって、後者が、目指すべき自治として念頭に置かれる。

自治は、①「都市は国家の尽力する構成員（dienende Glieder des Staats）（行政ゲマインデ）でしかなく、その官吏は国家のポリツァイ・軍事・租税そしてその他行政法律（Verwaltungsgesetze）の実行する機関でしかない」[74]、「『間接的な国家官吏（mittelbare Staatsbeamte）』」[75]として官吏の責任が国家法律に規定されている委任作用領域と、②「都市の経済的な官吏（wirtschaftliche Verwaltung）とそのような地方警察（Ortspolizei）の従属された諸機能などを包括する」[76]、今なお固有の事務とも呼ばれるところの「*自律的な活動領域（autonomer Wirkungskreis）*」[77]が存在する。ドイツのゲマインデ制度においては、

---

[64] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 9 f.
[65] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 10.
[66] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 10.
[67] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 10.
[68] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 10 f.
[69] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 11.
[70] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 14. 強調は原文。
[71] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 14. 強調は原文。
[72] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 13.
[73] Vgl. Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 14.
[74] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139.
[75] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139.
[76] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139.
[77] Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139. 強調は原文。

両領域が結合されている点に大きな意義が存在している。

このような地方自治体は、国家官庁の監督する権利、精確には「Oberaufsichtsrecht」という国家官庁の 2 つの主要な権利（Hauptrechte）に服する。それは、「臣民の保護についてと同様に、国家秩序の保持についても、行政の諸法律は、国家によって信用に値しそして適当（geeignet）と考えられ、そして官吏の（Amt）の法律適合的な実施のために*責任*が負わされている諸機関を通じてのみ行使され得る」[78]と考えられているからである。まず、国家は、「国家のポリツァイ・軍事・財政・教会と学校制度の規定する（decretierende）機関として活動し、それ自体が法的に責任を負っている」[79]ところの参事会の人事について確認権（Bestätigungsrecht）を有する。さらに、国家は、これらの領域について妥当する行政法律上の諸原則を保持するため、「国家官庁のもとでの抗告審（Beschwerdeinstanz）」[80]を有する。これには事例毎に、ラントラート（クライスにおける審級）、政府や中央官庁という上級審が存在する。とりわけ委任活動領域における行政法律実施の際には、通常裁判とは異なる、「行政司法（Verwaltungsjurisdiction）」[81]という性質を有する「『行政抗告（Verwaltungsbeschwerden）』という新たなシステム」[82]が存在する。このような監督の他にも、国家は「*命令や規定（Verordnungen und Regulative）による行政法律の補完*」[83]等の手段を、自治をコントロールする手段として有する。このような「*行政法の法律上の諸基盤の保持のための国家コントロール*は、自治についても生活条件である」[84]と位置づけられ、必須のものであるとされる。何故ならば、今日において自治は国家の活動を強化するための手段であり、国家の法律に基づいて形成されるものであるという Gneist の議論の出発点に鑑みるならば、「自治を行う社会（selbstverwaltende Gesellschaft）がその国家的召命（Beruf）を履行することを維持するためには連続的な国家コントロールが必要である」[85]からである。「それがなければ、我々の地方団体（localen Körperschaften）は……中世自律権へ、そしてさらに小国家（Kleinstaatenthum）という地方分権主義（Particularismus）へ逆戻りするであろう」[86]。このような裁判の領域は、Gneist によれば、「法と裁判についての古い見解の更なる継続ではなく、裁判の新たな創設的な領域である」[87]。

このような行政司法システムに基づく官憲的自治は、以下のような位置づけを与えられている。すなわち、「ゲマインデ制度の規定が国家の*法秩序*の主要な基盤」[88]であると述べ

---

78 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 139 f.
79 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 140.
80 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 140.
81 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 142.
82 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 143.
83 Gneist, a. a. O. (Anm. 11), S. 189. 強調は原文。
84 Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 190.
85 Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 189.
86 Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 190.
87 Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 211.
88 Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 210. 強調は原文。

る。このことにより、「立憲国家のアルキメデスの点、法秩序と議院（Kammern）という全てを包括する力と並んで個人の権利の保持が」なされる[89]。このようなシステムには、具体的な生活関係と密接な行政法律の法律解釈が問題となる場合等、この領域に乗らない「狭義の*行政裁判権（Verwaltungsgerichtsbarkeit）*」[90]問題が残存するが、Gneist によれば、それは最早著作で扱われるべき目的の範囲には含まれない。また、経済的自治の形成についても、「法治国家の決定的な問題には全く」[91]関わらないものと位置づけられる。したがって、まさに「*官憲的自治*の貫徹が、国家の*法秩序*の基盤」[92]を意味する。そして官憲的自治と同義の行政司法システムが、個人の権利を保護するシステムと考えられたのである。裁判の対象となる範囲は限定されているものの、しかし、当該システムにおいては、租税や個人の公民権に関わる裁判等「公法をめぐる裁判権（Jurisdiction）」[93]が一定程度獲得され、国家の行為の妥当性が問われ得るのである。

このように、Gneist の構想では、地方自治体が国家の行政法律に服することを保障するため、国家は、司法権とは異なる、行政組織の中に位置づけられた行政裁判権に基づいて地方自治体の法律適合性を審査する監督権まで与えられている。しかし、彼の問題意識は官吏の権限濫用でもあったのだから、現在の目から見るならば、狭義の行政裁判権も探求する必要のあった課題であると考えられる。

以上のように、Gneist によれば、国家と社会が対立関係にあった当時のドイツの問題――個人の自由保護、法律適合的な統治――を解決するために、自治が導入されるべきであった。自治とは、国家事務を名誉職が国家に委任されて行うことを意味し、とりわけポリツァイを中心とした領域、すなわち官憲的自治が議論の対象となっていた。当該自治は行政司法として行政機関による紛争解決システムを併せ持つものであり、地方自治の領域では、地方自治体の行使する国家から委任された活動領域においても自律的な活動領域においても、国家は地方自治体を監督し、法秩序の維持を図る。Gneist によれば、法律適合性が維持されていることが個人の自由を守ることを意味するのであるから、とりわけ地方自治のような官憲的自治については、法適合性という観点が極めて重要な位置づけを与えられていると考えられる。Gneist の議論では、国家と地方自治体の関係における法秩序の維持という視点は強調されていない。しかしながらこの議論に基づき形成された地方自治制度は、違法な監督措置等にクライスが異議を申し立て得ると規定されており、Gneist の目指す法治国と一致した方向の制度であると評価し得る。

第２款　客観法維持の制度化

---

[89] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 208.
[90] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 211. 強調は原文。
[91] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 211.
[92] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 212. 強調は原文。
[93] Gneist, a. a. O. (Anm. 12), S. 210.

Gneist の議論を採用した改革まで、ドイツの地方自治制度は以下のような軌跡を辿っていた。すなわち、地方自治制度は、1808 年のシュタイン男爵による行政改革に端を発する。当該改革は、周知の通り、ナポレオンに対してプロイセンが敗北したため、国家を再建するという名目でなされた改革である。その一手段として、シュタイン男爵は、従来妥当していた地方制度[94]とは異なり、身近な公務について住民を参加させることにより国民意識を醸成するという手法を選択したのである。当該制度は、1808 年のプロイセン都市法[95]により規定されていた。しかしながら、当時、Stein 男爵による改革は余りに先進的であり、1831 年には修正が施された[96]。修正都市法によれば、例えば目的適合性に至るまでの監督、そして多くの認可留保により、都市は国家の監督に従属していたとされる[97]。しかしながらこのような状況も長くは続かなかった。当時のドイツでは、南ドイツを中心として、自然権や地方権 (pouvoir municipal) 思想に立脚した自由主義的な論者が多数存在していたからである[98]。このような自由主義的な発想に基づく地方自治思想は、1849 年のフランクフルト憲法において結実した。同憲法 184 条はドイツの憲法史上初めて地方自治に関して規定するものであった。当該規定によれば、ゲマインデには、ゲマインデの長や代表者を選出すること、国家の監督の下独立して事務を行うこと等が基本権として認められていた[99]。その後、1850 年に制定された欽定憲法では、105 条が地方自治について扱うが、それは基本権として地方自治体に権利を与える規定ではなかった。当該憲法に合わせ、プロイセンでは同年には新たなゲマインデ法[100]が制定された。当該法は、従来当然に区別されていた都市とラントゲマインデを区別しないという画期的なものであった。しかしながら都市とラントゲマインデの状況は凡そ統一的な扱いをし得るような状況にはなく、当該法は領域的にも時期的にも極めて限定的に妥当していたに過ぎなかった。そのような状況において、1853 年には新たな都市法[101]が制定された。当該法は国家監督権の強化等を規定する反動的なものであったとさ

---

94 従来は 1794 年プロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten）により、都市に対して身分法的な特権を付与する形での自治が認められていた（86 条-176 条 2 項 8 号）。

95 Die Preußische Städteordnung von 1808. Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 104 ff.

96 Die Preußische Revidierte Städteordnung von 1831. Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 183 ff.

97 参照、金崎・前掲注 3)「(1)」12 頁、北住・前掲注 6）45 頁。

98 Rotteck の説が代表的な学説であるとされてきた。例えば参照、宮沢俊義「固有事務と委任事務の理論」同『公法の原理』（有斐閣、1967 年）183 頁、207-208 頁。

99 当該憲法は実際には妥当しなかったため、184 条も実際に効力を有することはなかったが、成田教授によれば、後世にも以下のような影響力を有していた。曰く、当該規定は「消極的には、市町村事務及び地方警察の行政における独立性という憲法上保障された地位について国家の干渉の中止を求める自由な防禦権の性格をもつとともに、能動的には、市町村住民の民主的・政治的諸権利を含むものであった。前者は、別の面から見れば、近代地方自治行政における重要な原則とされている基礎的地方団体の活動領域の普遍性……の原則のプロトタイプであるとともに、国家の上級監督の根拠は法律に基づかなければならないとしている点で、法治国家の法律の留保……の原則の市町村行政への適用であるともみることができる」と（成田頼明「現代地方自治の防禦姿勢（1)」自治研究 39 巻 6 号〔1963 年〕33 頁、39 頁)。

100 Die Preußische Gemeindeordnung von 1850. Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 310 ff.

101 Die Preußische Städteordnung von 1853. Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 370 ff.

れる。

このような状況でなされた地方制度改革は、プロイセンにおける行政改革[102]の一環としてなされた[103]。当該行政改革こそ、Gneist に影響を受けた改革である[104]。Gneist は、上述の通り国家行政の一環として地方制度を形成したのであるから、地方「自治」制度と呼ぶことは、少なくとも彼の意図には反していよう。Gneist は、クライスこそが「地方の『主要審級』」[105]であると考え、国家行政の改革の端緒として、クライスの改革から着手した。

プロイセン東部においては、上位の自治団体としてプロヴィンツ、（単なる行政区画ではあるものの、レギールングスベチルク、）クライスといったゲマインデ連合に加え、都市（Stadt）とラントゲマインデを総称するゲマインデ、そして地主の所有物と解されていたグーツベチルクが存在していた。グーツベチルクを除き、何れの自治団体も、公民権を有する住民の代表機関であるところの「議会」と、合議制執行機関、そして合議制執行機関の長であり、かつ国家の任命等を受け、二重の地位を有していた、執行機関の長が存在していた。

1872 年に制定されたクライス法[106]は、Rudolf von Gneist の影響から[107]、地方制度と行政裁判所制度を導入し、両制度と併せてプロイセンに法治主義を齎した法である[108]。まず第 1 に、同法は地方制度における法治主義を導入した。同法はクライス行政への「Oberaufsicht」を規定し[109]、その中の第 178 条において、「クライス議会（Kreistag）の権能を踰越し、又は法律に違反する議決に、クライス長（Landrath）は異議を申立てねばならず（beanstanden）、監督官庁のその実施を決定するために〔議決を〕提出しなければならない」とする。当該規定こそ、クライスレベルでの監督を法適合性に限定するものであった。同法 176 条は、クライス代表機関の議決事項を列挙し、177 条において、明文の定めがない限り、国家監督はまずレギールングスベチルクの一機関たる Bezirksregierung により、そしてより高次の監督機関として、プロヴィンツの一機関たる Oberpräsident、更にラントの内務大臣によりなされることとなっていた。このように、クライスに対する国家の監督は、クライス代表機関が法律に反する際にのみ監督を執り得ると規定し、更に監督の措置に対してより上位の監督官庁が存在し、監督措置に対するチェックが制度的に保障されているものであった。第 2

---

102 参照、北住・前掲注 6）79-156 頁。同書 79 頁は、プロイセン行政改革を「1872-83 年、1891 年」になされたものとする。

103 クライス改革自体は、1869 年に草案が示されているように、それ以前から検討されている事項であった。Vgl. Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. 1969, S. 546-559.

104 Vgl. Heffter, a. a. O. (Anm. 103), S. 637.

105 北住・前掲注 6）80 頁。

106 Die Preußische Kreisordnung von 1872. Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 467 ff.

107 参照、北住・前掲注 6）76 頁。

108 イギリスという王国から自治を体制維持のために学んだという意義、そして Gneist による法治国家導入の意図については、参照、上山・前掲注 9）114-115 頁。長谷川佳彦「ドイツにおける行政訴訟の類型の歴史的展開（1）」阪大法学 66 巻 2 号（2016 年）43 頁、49 頁。長谷川教授は当該箇所では行政裁判所構想・地方制度の関係を述べるのみではあるものの、プロイセンにおいて、とりわけ警察処分について概括条項が設けられた背景として、「警察権の濫用の事例が数多く見られたことがあった」（51 頁）と指摘されている。

109 Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 8), S. 510.

に、同法の規定する合議制執行機関 Kreisausschuss は、口頭の手続も認められた、当事者間の紛争を解決する司法行政事務をも担う機関であった（135 条 12 号）[110]。この手続こそ、行政裁判所の原型である。その後、1875 年以降、プロヴィンツ法や行政裁判所法の制定を通じ、行政の紛争を解決する機関が整えられてゆく[111]。行政紛争を含め、プロイセン行政組織改革は、幾度となく改正され、1883 年 7 月 30 日の一般ラント行政法[112]、同年 8 月 1 日の管轄法[113]により確立される。

自治団体の行為の法律適合性のみ監督し得るという原則は、1883 年の上記 2 法により、行政の介入に対する紛争手続の導入（一般ラント法）、そしてゲマインデの監督へも、当該原則を及ぼすという規定（管轄法 15 条、29 条）により、広く採用された。紛争事項により、出訴すべき機関は複雑に分けられていた[114]が、違法な措置は監督措置であっても高等行政裁判所へ上訴可能であり、取り消され得ると規定されていた（一般ラント法 126 条）。これらの制度は、ドイツ帝国を超え、ワイマール共和国においても妥当していた[115]。

第 2 節　ドイツ帝国における地方自治学説――「自治」をめぐる議論

以下では、地方自治について議論を展開したドイツ帝国期の公法学者の議論を検討する。上述のように形成された地方制度に基づき、論者たちは様々な議論を展開した。何れの議論においても、Gneist の議論を出発点としながら、国家と地方自治体の関係について議論を展開している。

第 1 款　Paul Laband――自治概念と法治国概念の分離の議論

Paul Laband は、『ドイツ帝国国法』第 1 巻において、自治に触れている。しかしながら当該著作は「基本的に連邦国法の説明」[116]であり、自治について扱っているものの、地方自

---

110 紛争解決手続に関する規定を含め、参照、同法 138-166 条。

111 行政裁判所が制定されてゆく過程については、参照、北住・前掲注 6）119-136 頁。

112 Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung. Vgl. Gesetz=Sammlung für die preußischen Staaten 1883, S. 195.

113 Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs= und Verwaltungsgerichtsbehörden. Vgl. Gesetz=Sammlung für die preußischen Staaten 1883, S. 237.

114 Vgl. Karl von Stengel, Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, 1884; Bureau des Königlichen Oberverwaltungsgerichts, Die Zuständigkeit der Preußischen Verwaltungsgerichts= und Beschlußbehörden, 1911.

115 Vgl. Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926, S. X; Fritz Stier-Somlo, Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen, 2. Aufl. 1928, S. XVI.

116 ヴァルター・パウリー（土屋武訳）「パウル・ラーバント　学問としての国法学」ヘルムート・ハインリッヒスほか（森勇監訳）『ユダヤ出自のドイツ法律家』（中央大学出版部、2012 年）463 頁、476 頁。

治ではなく、帝国とラントの関係を正面から扱ったものである[117]。以下で見るように、両者の関係を自治概念に含めて考えることそれ自体、自治概念にとって意義を有する試みであったものの、当該著作は帝国レベルの国法を扱っているため、地方自治についてはそれ程説明がなされているわけではない。とは言うものの、Laband が行なった自治の定義づけがその後の自治概念としてドイツに膾炙したため、彼の議論を見る必要があるだろう。彼は改訂に際して同著作について大幅な変更を行なったとされている[118]ものの、自治の内容に関する記述の核心部分は、それ程大きな内容変更が施されているわけではない[119]。寧ろ最終版であるところの第 5 版においては、自治の詳細について、自ら第 1 版を参照するよう述べている[120]。したがって以下では、初版の内容を検討した上で、最終版の記述を確認する。

Laband によれば、肢分国家はライヒに対し、3 つの従属関係に立つとされる。両者の関係は、肢分国家とライヒに認められる高権の範囲により区別される。第 1 に、肢分国家には認められていない高権領域であり、ライヒが自ら任務を履行する領域である。第 2 に、「ライヒの高権の大部分の領域」[121]である。第 3 に、ラントに残された高権の領域である。第 1 の領域には、例えば領事制度（Consulatwesen）や対外関係に関する事務、海事・郵便・電信に関する事務が含まれるとされる[122]。この領域においては、「ライヒがその任務を、その固有の手段により履行し、そして自ら有している権利（die ihm zustehenden Rechte）を自主的に、そして直接主張する」[123]。当該領域においては、したがって当該任務を遂行するため、ライヒが独自の機構（Apparat）を創設することも認められる[124]。便宜上第 3 の領域について先に扱うと、例えば以下の事柄が含まれる。すなわち、「肢分国家自身の組織、王位継承法の基準化、選挙法、官吏制度（Beamtenverfassung）、プロヴィンツ・クライス・ゲマインデ制度（Provinzial=, Kreis= und Gemeindeverfassung）、更に直接税の全領域、教育制度等々」[125]である。当該領域はラントの高権に残された領域であり、「*ライヒの立法にも Oberaufsicht にも服従しない*」[126]。当該領域においてはラントの自律権（Autonomie）が問題となる。そして第 2 の領域において認められるのが、自治概念である。

第 2 の領域に関する Laband の記述を検討しよう。彼によれば、「ライヒの高権の大部分

---

117 例えば Heinrich Triepel, Reichsaufsicht, 1917 も、帝国とラント間の関係を、自治が認められた団体に対する国家の監督という観点から検討しており、Laband の見方と共通している部分が存在すると言えよう。

118 参照、パウリー・前掲注 116）476 頁。

119 西貝小名都「団体自治について（1）」法学会雑誌〔首都大学東京〕57 巻 1 号（2016 年）195 頁、218 頁は、「彼の Staatsrecht 第 2 版以降の自主行政団体論は、その後多くの議論・批判を受けたことを受け、それらに対する反論・修正のために大幅に書き直されている」とするが、以下で示すように、自治の定義自体は抜本的な修正を施されているわけではない。

120 Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911, S. 102 ff. Anm. 4.

121 Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1. Aufl. 1876, S. 95.

122 Vgl. Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 94.

123 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 94.

124 Vgl. Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 94.

125 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 105.

126 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 105. 強調は原文。

の領域について、肢分国家は*自治団体（Selbstverwaltungs=Körper）*である」[127]。彼によれば、自治とは、通説に位置づけられている Gneist 流に解されるべきではない。Gneist によれば、selfgovernment とは、「『*個人的な名誉職により*、地方自治体の土地税（Grundsteuern）によってコストを調達しながら、ラント法律に従って行われる、クライスとオルトゲマインデという内部ラント行政』」[128]を意味する[129]。これは言わずもがな、英国流の selfgovernment に着想を得たものである。この定義は、Laband によれば、以下のように評価される。曰く、Gneist の定義によるならば、それは最早「自治（Selbstverwaltung）は国家行政の反対ではなく、国家行政の亜種（Unterart）である」[130]と。Gneist によれば、厳密には、国家行政と selfgovernment を区別するのは、まさに、後者が名誉職という無給の官吏（Aemter）によりなされる点であるとされる。そしてこのような区別は、Gneist の以下の認識にも表されていると、Laband は述べる。すなわち、「国家行政ではなく『大臣行政（Ministerverwaltung）』、すなわち俸給の与えられる職業官吏による行政が、Gneist の見解によれば、自治（Selbstverwaltung）の対をなす」[131]と論ずる点である。Laband によれば、このような自治概念は第 1 に、名誉職によるという意味において政治的意味における自治を現している。第 2 に、自治を、国家行政の反対となるものと捉えるのではなく、内部ラント行政として捉えるという意味において、これを国家行政の亜種と位置づけているということになると言う[132]。

このような自治概念は、Laband によれば、「一気に広められた」[133]。しかしながら Laband によれば、当該概念は「国法上の、すなわち法学的な、国家の組織の考察」[134]が不十分である。そのため、大別して 3 つの問題点が存在する。第 1 に、名誉職と職業官吏の区別が不明瞭であるという点である。彼によれば、「名誉職と俸給の与えられる官吏の間には、特に確たる限界は存在しない」[135]。それは名誉職であっても、「コスト、日当や旅費、代表機関の報酬等々の補充は排除されていないからである」[136]。第 2 に、上記の自治概念には、官吏の任免の中立性や法律に則った官憲作用の行使、独立した裁判所における対審手続形式によ

---

127 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 95. 強調は原文。

128 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 95. 強調は原文。ここで彼は Rudolf von Gneist, Selfgovernment, Communalverfassung, 3. Aufl. 1871, S. 882 fg. を引用している。

129 Laband, a. a. O. (Anm. 120), S. 102 ff. Anm. 4 では、Gneist の影響により、自治という概念には「単に国家的行政事務（Verwaltungsgeschäfte）を自治団体（Kommunalverbände）へ委任すること……だけではなく、行政の*分権化（Dezentralisation）*、*名誉職*の参加（Zuziehug）、*選挙*による一部の官吏の確保、国家事務（Staatsgeschäfte）を履行するために*素人（Laien）*が参加すること、*行政裁判所*制度をも受容し……、多義的で不明瞭な」概念となったと言う（強調は原文）。

130 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 95 f.

131 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 96.

132 Vgl. Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 95 f.

133 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 96.

134 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 96.

135 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 96.

136 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 96.

る法コントロールが含意されている点である[137]。当該内容はしかしながら、以下の理由から、自治概念に含めることが不適切である。まず、有給の官吏によっても達成され得る。さらに言えば、当該内容は「法治国原則により、いかなる形式の行政にも妥当する」[138]事柄である。第3に、分権化（Decentralisation）という「自治を性格づける要素」[139]の点からも、問題がある。この点について、Laband は Schulze の著作[140]がこの観点を重視すると述べる。Schulze はゲマインデの本質の一つとして「独立した法領域を伴った、…単に国家の Anstalt ではないそれ自身のために存在する……人格」[141]という要素を挙げ、自治を基礎づける「分権化の本質」として「より下級の団体の監督とコントロールは、当然まず第一にはその上に存在するものによって行われる」[142]という点を挙げる。Laband はこのような記述から、分権化が自治を性格づける要素であるにも関わらず、通説的な自治概念からは、以下のような帰結が導出されるとする。曰く、「完全に官僚主義的な国家行政のもとでは、広範な諸権能を有する下級審級（untern Instanzen）を設け、訴願（Beschwerden）やその他の法的手段（anderen Rechtsmitteln）を制約することによって、最も広い範囲で分権化されたことになり得る」[143]。しかしながらこのような組織によりなされる行政は、分権化されているとしても——更に言えば、名誉職如何に関わらず——最早自治とは評価し得ない。何故ならば、まずこのような状況に置かれているゲマインデは最早その本質を失っており、更に、自治を行っている団体よりも下級の審級に広く権能を与えることにより、Schulze の言う分権化の本質からも逸脱している。したがって、Laband によれば、通説的な自治概念は、分権化という自治の特徴となる要素という観点からも不適切であるということになる。

彼はその他の自治概念も概観するものの、何れの定義も、上述したところの法学的な考察を満たさないと結論づける[144]。定義の際にポイントとなるのも、「国家的高権の行使をめぐる*官憲的*諸機能に関する問題であるということ」[145]である。このことの看過は、彼によれば、自治の本質を看過することを意味する。その上で、彼は自治を以下のように定義づける。曰く、「自治は、その語義によれば、管理されること（zum Verwaltet=werden）の反対を意味する。ある政治的団体（einem politischen Körper）について、それが自ら管理する（verwaltet）と述べるなら、概念的には常に、それ〔＝団体〕が管理され*得る*ような、より高次の力が前提とされている。語はそれ故、最も高次の、最上位の、現実の（wirklich）主権的力には使用され得ない、その場合には管理されることが不可能であり、考えられ得ないからである。それに対して自治という概念は、〔以下のことが妥当する〕*至る所*で適用を見る、すなわち、

137 Vgl. Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 97.
138 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 97.
139 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 97.
140 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), §127, 128 を参照する。Schulze の議論自体は後述する。
141 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439 (§127).
142 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440 (§128).
143 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 98.
144 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 97-103.
145 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 98. 強調は原文。

この〔高権の〕展開自体が、下級の、従属された政治的団体に委譲または残されている一方で、より上位の権力が、自らに与えられた高権を直接、固有の、それに専ら自由な処理が認められているために存立している機構によって展開するのではなく、この高権の行使に関する規範を置き、そしてその展開を監督するためにまで制約されるところで。有給の職業官吏または名誉職という無給の所有者によって行政が果たされるか否かは、自治の概念によって些細なことである。有給の、長い時間または終身で雇われた市長（Bürgermeister）による自治（communale Verwaltung）は、自治のままである〔し、反対に〕無給の Consuln 又は無給のライヒ Schuldenkommision の無給の構成員の活動は、あらゆる視点から、自治ではない。個別の国家において、自治は以下のような官憲的行政である、すなわち国家の官庁や官吏によってではなく、又はこの官庁が国家の機関や機構ではなく、したがって国家自体によるのではなく、それによって確かに従属されているが、しかしその活動領域の内部で自立した Corporationen または個々人（Einzelpersonen）によって果たされる官憲的行政」[146]である、と。この領域においては、肢分国家とライヒの関係に関して、ここで述べられる上位の権力であるところのライヒは、あくまで「自治の補完物（Complement）を形成する自治に対する権能を有するに過ぎない」[147]。この自治の定義は、後の記述において、より明確に要約されている。曰く、「自治はその語義に従うと、管理されること（Verwaltetwerden）の反対を意味する……。それに対して自治という概念は至る所で適用を見出す、〔高権の〕貫徹自身はそれに服従する政治的団体（Körpern）に委ねられ、または与えられている一方で、より高次の権力が、それに与えられている高権を直接には固有の、それに専ら自由になる機構（Apparat）を用いて貫徹できない、この高権行使のための規範を作成し、そしてその貫徹を監督するところまで制約されるところで」[148]。このように、Laband は、政治的意味の自治として挙げられる名誉職という要素を自治から取り去り、より上位の権力によって管理される可能性のある団体が、自らとは区別されたより上位の権力の立法や監督のもとに置かれつつも、高権の委任を受け、または自らの高権を留保した上で、自治を行う団体が自ら高権を執行する可能性が残されている状態を言うと述べるのである。

なお、本稿の課題との関係で更に注目すべき点は、Laband は Gneist の議論を通説と位置づけた上で議論を展開している部分である。Gneist の議論は、既に見た通り、1870 年代のプロイセンの一連の行政改革の要となるものであった。したがって Laband の議論においては、当然、当該改革の念頭が、警察権を中心とした行政権の濫用を回避することにあり、その手段として行政裁判所の設置と、違法な国家の介入に対して、地方自治体が行政裁判を提起し得ることが念頭に置かれていることになる。彼がそのような前提に立脚していたことは、通説的な自治概念を批判する第 2 の点においても現れている。すなわち、通説によれば、自治という概念の中に法律に則った官憲作用の行使や対審手続という形式に基づいた

146 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 103 f. 強調は原文。
147 Laband, a. a. O. (Anm. 121), S. 104.
148 Laband, a. a. O. (Anm. 120), S. 102 ff. Anm. 4 (S. 103 f.).

法コントロール――後の言葉で言うところの行政裁判所制度――が含まれている。この点について Laband は、明確に法治国原則によって語られるべき内容であると述べており、それはいかなる形式の行政、すなわち名誉職・職業官吏、したがって自治と国家行政の何れの形式による行政についても妥当する内容であるとしている。当時の文脈からは、Gneist の議論がいかなる構想に依るものであったのかは明らかであったのであろう。ここでは明示的に述べられていないが、通説としての自治概念が Gneist のそれに由来するとされているのであるから、ここで問題となっている「法治国原則によって語られるべき内容」に、Gneist の影響を受けた 1872 年クライス法の内容であるところの行政裁判制度と違法な国家の介入に対する自治団体の出訴を認める規定が含まれていることは、Laband の議論においては、自明のことであった。

第 2 款　Georg Jellinek――国家の承認による統治権授与から認められる「主観的権利」としての自治権と、ゲマインデの積極的地位に基づく出訴の議論

G. Jellinek の著作における自治論を検討してみよう。彼の見解は、後に検討する彼の弟子・Hatschek にも一部受け継がれ、発展される。師弟による自治論は、わが国において厳しい批判に晒されている[149]ものの、自治や自治を行う団体の分類について、極めて興味深い分類を行っている。また、従来の研究では、Jellinek の著作のうち、『一般国家学』[150]や『公権論』[151]を中心に検討されてきたが、彼の論文・講演集によれば、国家とゲマインデの関係を正面から扱った講演[152]も行っていた。結論から述べるならば、当該講演は上述した 2 つの著作と内容自体は大きな変更点は存在しない。それは、当該講演が 1899 年に行われ[153]、『一般国家学』の初版が 1900 年に公刊されたのであるから、ある意味当然のことでもある。しかしながら、「国家とゲマインデ」と題された当該講演を Jellinek 地方自治論を研究する上で除外することは、研究が片手落ちのものとなろうから、以下では彼の 3 つの作品を扱い、Jellinek の地方自治に関する議論を検討することとしたい。

そもそも、Jellinek によれば、「国家の典型的な諸々のイメージは、国家学（Staatswissenschaft）が存在して以来、統一的な国家（Einheitsstaate）から借用されている」[154]。すなわち、我々は国家とは以下のような存在であると考えてきた。曰く、「国家の教育的な典型（Schultypus）は、以下のような中央集権的な国家であった、すなわちそこに

---

149 参照、河合義和『近代憲法の成立と自治権思想』（勁草書房、1989 年）7-25 頁。

150 Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914. 同書を訳出したものとして、参照、ゲオルグ・イェリネク（芦部信喜ほか訳）『一般国家学』（学陽書房、1974 年）。

151 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892. 同書第 2 版（1905 年）を訳出したものとして、参照、ゲオルグ・イエリネック（木村鋭一・立花俊吉訳）『公権論』（中央大学、1906 年）。

152 Georg Jellinek, Staats und Gemeinde, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 2, 1911.

153 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 334.

154 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 625.

おいて、完全に公的である統治権（Imperium）を用いる行為は、専ら国家の中心を出発点とし、そしてそこに帰するような国家である。換言するならば、公法の領域に含まれる全ての事務が、その空間的な権限が国家領域全てにまで及んでいるような諸機関によって履行される国家である」[155]。しかしながら現実には――国家の権限が最も強かった絶対主義の時代においても――存在し得なかった。すなわち、「分権化された国家が、現実の国家の通常の場合である」[156]。したがって、「政治的・法的には、分権化の程度と範囲のみが問題となり得る」[157]。

分権化は、民族的・文化的・空間的な要素等の歴史的・政治的状況がこれを規定する[158]。とは言え、統一的な状況にある国家領域においても、分権化は以下の点から正当化される。すなわち、「中央集権的な国家の諸傾向を妨害するため」[159]である。Jellinek によれば、中央集権的な国家の諸傾向とは、例えば、中央の国家からは地方における実際の生活関係が把握することができないこと、人民の需要と官僚制との対立、市民が公の行政へ関与することによる政治的責任の喚起、地方の行政のコスト転嫁等が挙げられている。注目すべきは以下の点も挙げられていることである。Jellinek によれば、「中央官庁の恣意に対する法律に従った行政（gesetzliche Verwaltung）の保障」[160]も、分権化を正当化する理由となる。

これらの理由づけにより国家は分権化されるのであるが、管理上の分権（administrative Dezentralisation）[161]は、歴史的に形式的意味の立法権の有無をメルクマールとした 2 つの分権の形態に区別されるに至った。第 1 に、「国家の部分に最上級官庁が存在する」[162]形態であり、第 2 に、「全ての……地方官庁（Lokalbehörden）の上に統一的な中央政府（eine einheitliche Zentralregierung）が置かれた」[163]形態である。両者を区別するメルクマールとなるのは、形式的意味における立法権の有無である。前者にはこれが広く認められ、後者には、立法が認められない、もしくは範囲が限定されて認められているに過ぎない。後者の形態はその後、自治という形態に変化し、広まった形態であるとされる[164]。自治には更に 2 つの形態が存在しており、第 1 に英国流の、「議会が self-government の頂点を形成」[165]する形態の自治と、大陸流の自治（Selbstverwaltung）が存在する。英国流のそれは、国王の意

155 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 626 f.
156 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 627.
157 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 627.
158 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 627.
159 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 628.
160 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 628.
161 以下で見る自治による分権の他に、派生した分権形態としてラントによる分権が存在する。当該形態は最早国内的統一がなされていないと評価されるほど個々の構成要素が分裂している状況にある国家を指す。例えば植民地や同君連合がこれに該当する。Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 647 ff.
162 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 633.
163 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 633.
164 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 636.
165 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 629.

思による一方的な統治（government; Regierung）に対するものである[166]。大陸流のそれはGneistによる英国流の自治よりも広範なものである。大陸流の考え方では、「地方自治体の自由の再生と行政権能の担い手として独立の公の団体（selbständige öffentliche Körperschaften）の創造または承認（Anerkennung）が、市民の政治的独立そして地方行政の諸々の善き状態（die Gute）と法律適合性（Gesetzlichkeit）をも保障するような良き国家秩序の基盤として要求される」[167]。したがってドイツを始めとした大陸諸国においては、「地方自治体の自由と力を要求する努力は、より範囲の広い地方自治体の法領域（Rechtssphäre）の承認により、永続的な意義を獲得している」[168]。これらの自治の形態は、相互に浸透するに至っている。とりわけドイツにおいては、Gneist の学説的な影響は存在しつつも、制度的にはフランスの地方自治制が広まっており、英国流の自治は1872年クライス法以降のプロイセン行政組織改革には影響を与えていない[169]。

それでは、分権の一形態であると位置づけられている自治であるが、それは如何なる定義を与えられるのであろうか。Jellinekによれば、政治的概念としての自治とは、「専ら公勤務（Dienste）として任用されていない人間による、もしくはそのような人間の関与（Mitwirkung）のもと行われている公行政全て、あるいはより簡にして要を得て表現すると、職業官吏によるのではない、もしくは職業官吏のみによっては行われない公行政」[170]である。「この政治的概念は今や自治の法的な本質を把握するための道標として役立つ」[171]。彼によれば、「全ての自治に共通する消極的メルクマール」として、自治は「その行政が彼らによって行われるところの公的な団体と継続的な職業的勤務関係（Dienstverhältnis）にない人間による公の行政」[172]である。これは第一に、「職業官吏とは異なる者による国家行政」[173]を意味し、「国家的官僚的（staatlich-bureaukratische）行政とは異なる利害関係人自身による行政」[174]を意味する。そこから、自治は法的に、①義務または権利に基づいた行政、そして②個人または団体によるものに分類される。反対に、国家は「自らの必要な諸々の意思を獲得するため、2つの手段、すなわち義務づけることと資格を与えること（Verpflichtung und Berechtigung）」[175]を用いる。国家は地方の利益を充足するために、個人や団体に対して義務づけを行い、個々人や団体の「国家的な服務義務（Dienstpflicht）の履行によって地方の利益を充足する」[176]。歴史的には、個々人は名誉職として服務義務を果たした[177]。そし

---

166 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 629.
167 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 629 f.
168 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 630.
169 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 630 f.
170 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 631 f.
171 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 632.
172 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 637 f.
173 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 638.
174 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 638.
175 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 638.
176 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 638.
177 Jellinek はこれにより、行政の法律適合的な執行が保障されたとする。Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm.

て今や、団体が、権利や義務を国家から委任されるに至ったのである[178]。

団体も個人と同様に服務義務を負うが、団体は個人とは異なり、様々な性質を有する。法人格の有無や権利主体の範囲、宗教的・世俗的、私的・公的団体等がそれである。ここでは「とりわけ公法上の団体の服務義務、すなわち公的な支配権（Herrschaftsrechte）と公的義務の担い手であるところ団体、または支配権の担い手ではないがしかしそれが国家により不可欠な構成要素としてその組織が組み入れられ、そのために公法により規律されているという点で数ある他の団体から区別されている団体の服務義務」[179]が問題となる。これは能動的（aktive）な公法上の団体と受動的（passive）なそれに区別される[180]。受動的団体は例えばアングロサクソン諸国において 19 世紀の改革までに存在していた伯爵領（Grafschaften）や現在のアメリカの地方自治体（Kommunalverbände）が該当する。当該団体は「主観的権利としての支配権は有さないが、しかし公法により形成され、強制加入原則に基づき、そしてその行政費用は地方税（örtliche Steuern）により賄われ得る。それは統治権を行使するが、それは国家の権限委譲（Delegation）に過ぎず、その意思ではなく国家権力が、それにより行使される」[181]。一方で、能動的な公法上の団体は、例えば大陸諸国のゲマインデが典型例である。それは「支配権の担い手であるにもかかわらず、国家的服務義務に服する団体」[182]である。「その支配領域自体における権利と義務は、その権利の行使が同時に国家に対する義務の契機を含」[183]むため団体が任意でこれを行使することはできないが、しかし「特別な諸々の義務の賦課」[184]により、当該団体は「国家の諸々の行政目的に用いられる」[185]こととなった。

それでは、このような団体はどのような経緯を経て自治を遂行することとなったのであろうか。大陸では、封建領主や都市が自治を固有の権利（eigenem Rechte）として保有していた。国家権力はこの固有の統治権（eigenem Imperium）の全てを簒奪し得たわけではなかった。しかしながら「この権利の始源的な所有者は国家であるとの思想」[186]が広まることにより、領主や都市に認められていた特権や高権の起源が国家に存在するという説明がなされることとなった。「今日においても、自治権の承認（Zuerkennung）において統治権の

150), S. 639.

178 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 639. Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 334 では、「それ〔＝国家〕に組み込まれたまたは従属させられた諸団体と国家の関係は、最も興味深い問題」であると位置づけられており、ゲマインデや教会、社団（Verein）と国家の関係の探求は「国法学に用意されている広く困難な任務」であるとされる。

179 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 640.

180 ゲマインデ以外の能動的・受動的団体については、Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 255 f. も参照のこと。

181 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 641.

182 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 641.

183 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 641.

184 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 641.

185 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 641.

186 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 642.

授与が行われる。この種の近代的な自治団体（Selbstverwaltungskörper）は、それゆえ、国家から国家的統治権の行使への権利を、以下の方法で獲得している、すなわちそれ〔自治団体〕に国家に対しても独立の――導出されたものではあるがしかし固有の――、但し法律という方式により変更され得る権利として与えられているのである」[187]。

自治は地方自治には限られないものの、地方自治体による自治が極めて重要であるとJellinekは述べ、中でも「狭義の政治的ゲマインデ」[188]について探求すると言う。Jellinekによれば、「ゲマインデは国家と同様に領域、構成員（Angehörige）と独自の権力を有する。それはしかし、この権力が決して始源的な、国家から与えられたのではない統治権を所有しているわけではないということにより、国家から区別される。ゲマインデに与えられる全ての統治権は〔国家から〕導出されており、〔このことは〕それに固有の権利として付与された支配権（Herrschaftsrechte）も〔同様である〕。ゲマインデの固有の支配権（Herrschaftsrechte）は決して本来的な権利（originäres Recht）ではない」[189]。ゲマインデは社会的基礎に基づくものであり、そのような意味において国家以前に存在していたと言える。しかしながら「支配権を持つようになったことは、しかし、元来国家によって行われ」[190]たため、ゲマインデの自然権すなわち地方権の観念やGierkeのような議論には、現代的意義は認められない。

今日、ゲマインデは国家と以下のように、場面ごとに異なった関係に立つ。第1に、ゲマインデがその目的の範囲内において、内部的行政活動を行う場面である。当該場面においても、国家はゲマインデ法律として一定の規律を行うことが認められるものの、ゲマインデは「制約的な国家的法命題が存在しない限りにおいて、……ここでは、団体の目的という限界内という制約はある〔ものの〕、ゲマインデの固有の意思が妥当する」[191]。この領域には、ゲマインデが自身の機関を置くことや構成員を受け入れること、財産を管理すること、地方の事務を行うことが含まれる[192]。このゲマインデの独立した領域は、国家が統治権を有する以前に都市等が独自に有していた特権に由来する。そのため、この領域において、「国家はゲマインデの活動領域をその法律を通じて創設するのではなく、承認する（anerkennen）のみ」[193]である。第2に、ゲマインデは法律により国家的な支配権を付与されている、換言するならば、それ〔＝ゲマインデ〕に、それが支配権の行使への請求権を有するほどに統治権

---

187 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 642.

188 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 643. これはクライス等を含まないという趣旨である。Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 334では、政治的ゲマインデは「今日のゲマインデ、つまり19世紀のゲマインデ法（Gemeindeordnungen）においてその権限が限界づけられているところのゲマインデ」と、S. 334では「財産能力（Vermögensfähigkeit）、その代表者の自由な選挙そして私法上・公法上の領域でその事務を独立で処理（Besorgung）」できる能力を有するものと述べられている。

189 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 644.

190 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 644.

191 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.

192 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.

193 Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 270.

が授与されている」[194]場面が存在する。この場面には例えば、警察権の行使や租税の徴収が挙げられている。ゲマインデはこのような支配権に基づき構成員に対し義務を課すことが認められる[195]。当該場面においては、国家的利益は勿論、ゲマインデ自体の利益のために行使し得るとされる。「統治権はそれ故、その全活動のためのゲマインデの行政手段である」[196]。第 3 に、ゲマインデが国家の行政組織へ組み入れられ、国家の諸目的のために利用される場面が存在する[197]。この場面においては、ゲマインデは「国家に課せられた義務により国家的諸機能が行使されねばならない」[198]。以上のように、ゲマインデは国家に対し、その活動領域の区別に応じて、異なる関係に立つ。すなわち、独立の（selbstständige）活動領域においては、ゲマインデは「自らの権利（ihr Recht）を行使」[199]し、委任された（aufgetragene; übertragene; delegierte）活動領域においては、「国家機関として」[200]活動する。このように、ゲマインデは大陸諸国において、「同時に能動的な、かつ受動的な団体であり、その結果、そこ〔＝ゲマインデ〕で、自治の全ての面が学ばれ得る」[201]。

しかし、国家はこれら何れの場面においても、ゲマインデの活動を規制し得る[202]。国家は「その〔＝ゲマインデの〕制度を、専らもしくはその本質的な諸々の特徴の点を定め、そしてそれを個々の法システムにより規律されたそのコントロールの下に置く」[203]ことができるからである。したがって、「ゲマインデに関する法律（Gemeindegesetzen）において、国家は、ゲマインデの組織や活動領域について、確たる諸制約を見出すことなしに、形式的には制約なしに意のままにする」[204]。とはいえ、「この命題はしかし個人に対する国家的全能という〔ゲマインデに対する命題〕と同様に法学的補助観念（Hilfsvorstellung）」[205]に過ぎない。ゲマインデの自治については、「地方の利益」[206]により限界づけられることになるが、当該概念自体「流動的な、しばしば裁量に服する概念」[207]である。したがってゲマインデの活動領域を限界づけることはできない。「固有の活動領域は、主として内務・財政管理の事務を、委任された〔活動領域〕自体は、司法行政や軍事行政（Herrensverwaltung）のそれ

---

194 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.
195 Jellinek は警察権につき「人的・物的給付をその構成員に要求する権利」と、そして租税の徴収については「統治権により」なされるものであると述べる。Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.
196 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.
197 Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 645.
198 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
199 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
200 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
201 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 647. このような意味で、Jellinek はゲマインデこそが自治を考察する上で重要であると述べている。
202 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646 によれば、これは他の公法上の団体（Körperschaft）に対して認められる規制と同様である。
203 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
204 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
205 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
206 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
207 Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.

を含む」[208]。なお、「ゲマインデには法律上、地方条令（Ortsstatuten）を公布するという命令権（Verordnungsrecht）が与えられ、それによりそれ〔＝ゲマインデ〕は実質的な立法に関与する」[209]ことが認められている。しかしあくまでもこれは国家が法律により特別に認めたものに過ぎないと位置づけられている。更に、その定義から判明するように、領域的に限定された、厳密な意味では法律ではない法規範である。

Jellinek は、周知の通り、国家を法学的に把握することを行った。彼によれば、法学的な思考とは、世界を権利義務関係とし捉えることを意味する。このような思考の前提には、権利義務の主体たり得る人格であるということが存在する。そして国家は孤立して存在するわけではない。国家は自らの目的を遂行しようとする存在である[210]。このような国家は個人と様々な関係――単なる個人として、あるいは例えば君主や官吏のような国家機関としての位置づけを有する者として――を結ぶ。このような事実は、法的には、国家が個人を法的な人格として承認したということ、そして自らも権利主体として存在することを認めたということとして把握されることになる。「全ての権利は諸々の権利主体の関係」[211]であり、国家もこの前提からは免れ得ないからである。上述したように、法学的な思考に基づくならば、法関係という権利義務の集積として把握されることになるから、この権利主体という観念には、自らに義務が課され得るという意味において、「制限の観念を含む」[212]。国家が権利主体となる場合も、これは同様である。国家は自らに義務が存在することも承知した上で、個々人を、法的に人格を持つ者と承認したのである。反対に国家は、例えば、個人の請求権や公権という義務に拘束され得る[213]。

国家はこのように権利主体となったのであるが、自らが権利主体となること、そして個人の人格を承認することは、法秩序によってなされる。何故なら、そもそも「あらゆる主観的権利は、それによりそれ〔＝権利〕が創設されならびに承認され……るところの法秩序の存在を前提とする」[214]からである。したがって国家は「法秩序の保持と更なる形成（Fortbildung）」[215]をする主体ではあるものの、国家にとって法とは「国家人格（Staatspersönlichkeit）に対して本質的に制約的に振舞う」[216]ものである。本来は国家は「性質上、その力の及び得る（zugänglich）ものは全て可能であるが、国家は法という途（Rechtswegen）によって、それ〔＝国家〕に法秩序が権限を与える場合のみ可能であり、その法律上拘束された意思が与えられている限りでのみ、〔活動が〕許される」[217]。個人の

[208] Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646.
[209] Jellinek, a. a. O. (Anm. 150), S. 646 f.
[210] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 183.
[211] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 9.
[212] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 184.
[213] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 185.
[214] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 8.
[215] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 184.
[216] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 184.
[217] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 184.

側から述べるならば、個人は国家に対して、服従義務（Gehorsamspflicht）を負う[218]。当該義務は、「個々人に対する直接的な命令（Gebot）」[219]ではない場合でも、個人に、例えば国家組織――君主や官庁――を承認することが義務づけられる。承認の対象はそれだけに限られず、「あらゆる国家的意思行為、法律、命令、判決」[220]等も含まれる。国家の行為は、個人の服従に基づく。「この承認に基づいて初めて、承認された国家機関にその権限内に服従すること、それを尊重すること、承認された国家的意思行為を履行するという広範な義務が生ずる。それ故、権限なき官庁によって公布された命令（Befehl）には、そのような状況下では服従が拒否され得る」[221]。ゲマインデと国家は、法的には個人と国家と同様に、受動的・消極的・積極的・能動的地位に立ち得る[222]。Jellinek によれば、積極的身分については、ゲマインデは個人と異なるところはないと述べる[223]。したがって、公共の利益とゲマインデの利益が一致していると国家に認められている場合には、ゲマインデにも国家の行為を要求する請求権が導出され、請求権実現のための法律上の手段が認められることとなる[224]。当該地位からは、それだけではなく、公的な（publizistische）性質から導出され、国家に対して法を保護することの保障を求める請求権も導出される[225]。この法の保護の請求権は、人格自体から導出される[226]。

問題となるのは、ゲマインデの自由な、独立した活動領域がどのように生ずるのか、そして――本稿の課題との関係で検討しなければならない問いでもある――当該領域においては、どのような法学的な性格が認められるのかという 2 つの内的な関連を有する問題である[227]。Jellinek によれば、前者は歴史的に――中世における国家の後見的コントロール（vormundschaftliche Kontrolle）に基づく自治から、ドイツにおいてはフランス革命や自然法学説により――形成されるに至ったと述べる[228]。後者については、彼はゲマインデの用いる支配権と国家の用いるそれとの比較を行い、この問いに答える。彼によれば、当該領域は市民の政治的権利獲得のプロセスと同様の経緯により認められるに至ったものと位置づけられる。すなわち、中世社会において存在していた「個々人と国家の間の数多くの等級づけ」が絶対主義的な支配者により粉砕され、「国家が大きなリヴァイアサンであり、その構成員（Eingegliederten）の始源的な支配権全てを併呑（verschlingen）してしまった」[229]。その

---

[218] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 187.
[219] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 188.
[220] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 188.
[221] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 188.
[222] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 275 ff.
[223] Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 276.
[224] 個人に関して、参照、Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 109 ff.
[225] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 118.
[226] Vg. Jellinek, a. a. O. (Anm. 151), S. 119.
[227] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 335.
[228] Vgl. Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 335-347.
[229] Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 358.

後、政治的な認識が進展した結果、「国民（der Nationen）の自負心」[230]から彼らは政治的な闘争を起こし、「国家権力の行使へ関与すること（Anteil）を獲得した」。「またこの闘争の結果として、国家自身による統治権の自己制約（Selbsteinschränkung）と委任という偉大なプロセスが進展した」[231]。その結果、公民たち（Staatsbürgern）は「法律に基づき、国家の構成員として……国家共同体という性質に由来し、その合法的な作用に常に服従していることを一つの権利（ein Recht）として有する（besitzen）」[232]ことになった。したがって「国家構成員（Staatsglied）であることのみが、人間に政治的権利を与える」[233]。これと同様のことが自治団体（Kommunalverbände）の行使する統治権にも当てはまるという。ゲマインデは国家に必要不可欠な構成員であるからこそ、「国家はそれに統治権を装備させる、それ〔＝ゲマインデ〕が公法の担い手としてそれ〔＝国家〕にさえ対峙する形で（gegenüber）出現するほどに」[234]。したがって、ゲマインデは独立した活動領域と委任された活動領域を有し、活動にあたりゲマインデの支配権と国家から導出される支配権をそれぞれ行使するわけであるが、後者の行使は「それ〔＝ゲマインデ〕の義務であり、それに課せられている負担」[235]としてなされなければならないものである一方、前者についてはゲマインデが「そのための権利を有しており、それ〔＝ゲマインデ〕はそれ故、公法上の出訴の途に基づいて追及さえし得る」[236]ものと位置づけられている。

このように、Jellinek の自治論は、これを政治的概念（名誉職による行政）から法学的概念（国家による権利・義務の承認、統治権を付与し行使を認める）へ捉え直す点に特徴がある。そしてゲマインデは、なお残されている固有の支配権に基づく能動的な団体としての活動が認められる一方、それと対照的に、最早国家の機関として活動する受動的な団体としての活動も認められる。また、Jellinek の議論はそもそも国家を法学的に把握し、国家と個人や団体を法関係として捉える点に特徴がある。国家は本来的には全能の存在と措定されてはいるものの、実際には法秩序に基づき個人の人格を承認し個々人と法関係に立ち、自らが制定・維持した法秩序によって権利主体となる。すなわち、国家は権利主体となることで、義務の主体として自己を制限する。ゲマインデは法秩序の中で国家の統治権をも与えられる主体として現れるが、個人と同様に国家の法の保障を求める地位を有する。このような地位に基づき、ゲマインデは、国家の機関として活動するのではない領域について、ゲマインデの権利として国家に対峙することが可能である。

このような見解は、法治国という文言自体は殊更強調されているわけではない。しかしながら Jellinek は分権化する理由の一つとして中央官庁の恣意を排除し、行政が法律に適合し

---

230 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 358.
231 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 358.
232 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 358 f.
233 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 359.
234 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 359.
235 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 359.
236 Jellinek, a. a. O. (Anm. 152), S. 359.

ていることを保障することを挙げていた。更に、とりわけ個人と国家の関係において示されているように、法秩序が認めていない場面においては、国家に服する義務のある主体であっても、国家の活動を承認する必要は全くなく、進んで拒絶することすら認められている。したがって、Jellinek の学説も、法秩序に則った国家の活動を要請し、疑わしい場合には公法上の出訴の途を認めるという意味において、客観法維持の要請を語ったものであると評価し得る。

第 3 款　Hermann Schulze——有機体としての地方自治体と行政裁判所における「主観的権利毀損」の救済の議論

Jellinek と同様に、地方自治を国家の自己拘束と捉える論者が、Hermann Schulze である。彼によれば、国家は「単一の（einheitliche）人格としての国家は、単一の意思（einen einheitlichen Willen）のみをも有し得る」[237]。このような国家の有する国家権力とは、個々人の全体意思（Gesamtwille）や支配者に由来する超国家的なものではなく、「単に*国家自体の組織的・アンシュタルト的な性質*」[238]に基づく。このような「国家権力は、地域（Erden）、人間そしてその共同体全てに対する最上級で最も高次の力であり、そして諸制度（Institute）は国家権力に、少なくともその*外見上の*諸関係においては、服従している。しかしそれ〔＝国家権力〕は*絶対的な*、*制約なき*権力ではない」[239]。国家は形式的には、自己を超えた高次の裁判官を有しないものの、国家自身が国家目的により規定（gesteckte）されているからである。国家権力は国家目的という制約が存在しているのであるから、この「*実体的な*不法（*materielle* Unrecht）」[240]を犯すことは許されない。このような制約は絶対主義の時代の国家においては認められていなかったが、近代的な国家の展開はこのような国家権力を否定しようとしている。近代国家は、「倫理的に自然な（sittlich natürliche）諸限界を、そこでは個人の人格的自由に、その精神生活の不可侵の聖域（Heiligthum）に、その私法上の領域の保護に、*国家権力の実定法上の諸制約*に変化させること」[241]に努めている。「国家権力のあり得る諸干渉（Uebergriffe）に対する*公民（Staatsbürger）の個人の自由領域の境界づけ*は、一方で我々の諸々の基本法（Grundgesetze）の主要な任務を形成する、他方で国家権力の諸機関の憲法適合的な設立（Konstituierung）ということにある一方で」[242]。

それでは、そのような国家において、自治は如何なる作用と捉えられるのか。Schulze によれば、「個々人がその基礎に置かれたそのゲマインデというより小さな有機体において自

---

[237] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 132.
[238] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 131. 強調は原文。
[239] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 135 f. 強調は原文。
[240] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 136. 強調は原文。
[241] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 136. 強調は原文。
[242] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 136. 強調は原文。

発的に介入し得、国家生活の多くの任務が、国家領域の広い範囲において、遠く離れた、純粋に国家的な官庁よりも、より慎重にそして目的適合的に、より小さな地域的団体において解決され得る場合、より本物の公共心（Gemeingeist）が」[243]人々に生ずると言う。したがって国家権力は「より大規模な*自己拘束（Selbstbeschränkung）*」[244]を行い、軍事・外交関係のような国家全体で統一的に処理されるべき事務のみを行うこととした。国家権力は「他の全て、より小さな地域的有機体によって目的適合的にまたは少なくとも全く同様によく処理され得るものを、……この地域的団体の行政に残し、そして自らには立法と Oberaufsicht に関してのみ要求」[245]した。国家は、具体的には「歴史的に発生しまたはこの目的のために新たに創設された*自治団体（Kommunalverbände）*」[246]に、当該事務を委ねた。したがって「ドイツの意味における自治は、それ故、*国家官庁ではなく、その範囲において独立した法人であるところの自治団体による国家的任務の実施（Durchführung）、国家的仕事の処理（Besorgung staatlichen Geschäfte）*である」[247]。

このような国法的意味における自治は、以下のような自治の団体（Körper der Selbstverwaltung）によりなされる。すなわち、「国家自体のように、同時に私法上の法人格を有する公法の Korporationen」[248]である。最広義の自治の団体は、以下で見る政治的ゲマインデの他に、「*特定の目的のために設置されたゲマインデ連合*」[249]、例えば学区（Schulgemeinden）や貧民扶助・道路のための団体等が含まれる。しかしながら、自治の団体として正面から扱われるべきは、政治的ゲマインデである。政治的ゲマインデは、「*地方的ゲマインデ（Ortsgemeinden）（都市ゲマインデ・ラントゲマインデ）とより高次の秩序の地方団体（Kommunalverbände）*に」[250]区別される。ゲマインデは、「それ自体が有機体（Organismus）であり、更により高次の有機体に必要不可欠な構成員（Glied）である」[251]という 2 つの性質を結合している点に本質が存在する。そして今日のドイツにおいて、ゲマインデは「自主的な（独立の）（selbständigen）法領域（Rechtssphäre）を伴った、以下のような人格（Persönlichkeit）である、すなわちそれ自体のために存在し（したがって単に Staatanstalt ではない）、しかし同時に国家の構成員、国家人格（Staatspersönlichkeit）の共同の担い手（Mitträger）である」[252]。法的には、ゲマインデは、「*下へ向かって*、個人とより小さな団体に対して、それは本当の官憲的な権力を伴った支配力（eine herrschende

[243] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 437.
[244] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 437. 強調は原文。
[245] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 437.
[246] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 438. 強調は原文。
[247] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 438. 強調は原文。
[248] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439.
[249] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439. 強調は原文。
[250] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439. 強調は原文。
[251] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439.
[252] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439.

Macht)」[253]を有し、かつ「*上へ向かって*、それは全体の生活プロセスを妨害せず、促進しようとする有用な構成員である」[254]。これは中世や絶対主義国家においてのゲマインデの認識、ローマ法由来の、ゲマインデを Staatsanstalt と見る見解を否定するものである。今日においても、立法の上ではこのような見解が残存していると Schulze は言う。しかしながら今日、ドイツ的な見解、すなわち国家と個人の間に固有の法領域を伴った自律的中間構成員を承認する見解が、立法だけではなく学問上も、有力になりつつある[255]。

自治は更に発展し、「これらの団体は組織上上下に重なって築かれ、その結果最下級の団体、地方的ゲマインデは、これがその諸々の能力の中に存する限りにおいて、全ての地方的（lokale）利益を処理する」[256]ことになった。そして更に、その上にクライスが、そしてプロヴィンツが、そして国家が存在することになった。これらは下の団体によって処理されない事柄がより上位の団体によって処理されるという関係に立つ[257]。国家は「中央権力（Centralgewalt）」[258]として君臨し、自治は、分権化（Decentralisation）の一つに位置づけられる。分権化は、「より下級の団体の監督とコントロールは、当然、まず第一にはその上に存在する〔段階〕によって行われる」[259]ことをその本質とする。自治をなす法人格を有する（körperschaftliche）諸団体は、歴史的に所与のものであり、国家よりも旧い存在である。当該団体は、「国家権力の諸機能へ関与する（Theilnahme）という歴史的に基礎づけられた権利を、その地域的限界（in ihrer örtlichen Begrenzung）において有する」[260]。しかしながら、国家は、このような諸団体の基本的な諸形式（Grundformen）を法律により規定する。何故ならば、国家は「これらの団体に、……*その固有の有機体という必要不可欠な構成員*」[261]であることを認識しているからである。国家は、当該諸団体に基づいた国家として、基本的な諸形式について、「このことが全体の統一的な組織のために必要不可欠である限りにおいて」[262]規定する。例えばゲマインデ法やクライス法、プロヴィンツ法がそれに該当する。1853 年ゲマインデ法、1872 年クライス法、1875 年プロヴィンツ法という新たな法「の内部的な正当性（Berechtigung）は、これら Korporationen がその独立した公法的性質の承認（Anerkennung）のもとで、しかし同時に必要不可欠な構成員として、全有機体に挿入され、従おうとしている*点に*存在する」[263]。

---

253 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439. 強調は原文。
254 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 439. 強調は原文。
255 Vgl. Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440.
256 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440.
257 Vgl. Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440. この考え方は、ドイツや EU において主張される、アルトジウスの思想に由来する補完性原理と近いものであると考えられる。参照、斎藤誠「地方自治の手続的保障」同『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012 年）125 頁、126 頁、145 頁。
258 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440.
259 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 440.
260 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
261 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。
262 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
263 Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。

国家以前の存在ではあるが、国家により承認され、団体の基礎となる形式について法律で規定されている自治団体は、自らの任務を遂行する。自治を行う団体は国家という有機体に挿入されていると位置づけられるため、自治も、国家任務の一部であるということになる。Schulze は言う。曰く、自治とは、「地域的限定（Begrenzung）と地域的処理（lokalen Behandlung）に開かれた（zugänglich）*国家的任務の全体*を包括」[264]したものであると。そのため、国家には、「国家意思の支持（Vertretung）と維持」[265]のために、国家権力に「欠かすことのできない（unentbehrliche）権利」[266]として「*Oberaufsicht* の権利」[267]を有する。この権利により、国家は「自治団体（Selbstverwaltungskörper）の違法な侵害（Uebergriffe）〔の〕拒否（zurückgewiesen）」[268]が可能であり、自治団体には「法律上の義務の履行が強制され得る」[269]。そのような意味において、「*国家の Oberaufsicht はあらゆる自治に必要不可欠な精留器（Rektifikator）である*」[270]。それはしかし、監督により自治団体が違法な侵害をしないようにする装置であって、それは「*恣意的*な介入（Eingreifen）の権能であるべきではない」[271]。「自治団体がその権限を超え、その法律上の義務を懈怠し、そしてそれにより一般的な国家秩序が危機にさらされる場面でのみ、国家の Oberaufsicht が防止的に、拒否的に（zurückweisen）登場するところにおいてのみ、自治の本質は破壊されないであろう。しかしこの〔自治に〕欠かすことのできない Oberaufsicht 権は、法律上規律されねばならず、自治の団体は監督官庁の侵害に対して法学的に保護されていなければならない」[272]。何故なら、「*制約されていない、法学的に*コントロールされていない」[273]Oberaufsicht 権は、国家の意思が「任意に、より小さな組織的団体の意思に変わって設定され得る」ことになってしまうからである。そのような場合、最早「自治の団体の保護された権利というよりも precarium〔自由通行/用益権〕」[274]となってしまうからである。そのような意味において、Schulze はプロイセンの立法を高く評価する。彼によれば、上述した各種法律は「行政裁判所によって運用される公法の領域での権利保護の十分な発達（Ausbildung）により、意義のある前進をした」[275]。「公法の裁判は、公権力によって授けられた個人（Individuen）ではない個々人の主観的権利だけではなく、自治の団体が国家の官庁の違法な（widerrechtliche）

---

[264] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。
[265] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
[266] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
[267] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。
[268] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
[269] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441.
[270] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。
[271] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441. 強調は原文。
[272] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 441 f.
[273] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442. 強調は原文。
[274] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442. 周知の通り、用益権は物権である。この記述は、したがって、用益権としての自治は国家が保有する物評価されていることとなり、上述したゲルマン的な、国家と個人の間に存在することが承認された自治団体という主体に基づく行為ではなくなってしまうことを含意しているのであろう。
[275] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442.

介入に対しても保護しなければならない。自治の団体は、上述したように、国家から区別された人格（Persönlichkeiten）、すなわち法律によってある一定の国家的諸機能を委譲されている権利（Recht）を有する。それらがこの諸機能を法律上の方法で行使する限りで、〔その行使に対する国家による〕あらゆる介入は、その判断が概念上だけではなく新たな実定法の見解によっても、行政裁判所の管轄の下に含まれるところの*主観的権利の毀損*である」[276]。プロイセンの法律は、自治団体が国家監督の処分（Verfügungen）により自治権が毀損されると主張し、あるいは自治団体が法律上根拠のない給付を課せられると主張する場合に行政裁判所に紛争解決の権限を与える[277]。この「国家的行政官庁と自治の団体の間の法的争訟（Rechtsstreitigkeiten）の決定についての行政裁判所の権限は、重要な事案である」[278]。「したがってここでも、最新の立法により、自治団体の適切な理論が長く据えてきたところの公理が実現される履行される」[279]と述べる。

このように、Schulze は自治団体が国家における有機体であり続けていることを前提に、自治概念を形成する。そして国家が権力を自ら制約し、自治団体に下位の団体においても履行し得る任務を委ねたのであるから、その団体には当該任務の範囲で、任務を履行する権利を認める。国家はその際、法律による自治団体の形式についての立法と、Oberaufsicht という権利のみを自らに認めた。しかしながらこれらにも制約が存在する。前者は全体の統一的な組織のために必要不可欠な限りで、そして後者は法律が規律する限りで、それぞれ行使することができるものである。そして後者については、行政裁判所における権利保護という、自治団体についての理論が永らく主張し続けてきたところの公理が漸く立法化されたものと述べられている。Schulze によれば、自治は領域的に制約された自治団体が国家官庁から独立して国家的任務を実施することであり、自治自体が国家的任務を履行する公法上の Korporation である。しかしそのことは、自治団体と国家官庁の間の法的争訟、すなわち自治団体に法律上保護されている権利をめぐる紛争が、裁判所で解決されることを否定するわけではない。彼は、このような紛争が裁判所において解決されることが適切であると考えている。これは、国家官庁あるいは自治団体の関係が法律に則ったものであることが適切であるとの考えに基づいているからであろう。そのような意味で、当該見解は、従来言われていたところの純受託説[280]と評価されることになろうが、国家のために自治が認められるという学説であっても、国家権力が分権するという形態で自己を拘束する以上、恣意的な介入が許されないという結論に至るということが判明する。そして介入は法律上規律されていることが必要なのであるから、当該学説もやはり、法律に則った国家の活動の要請を前提としている説であると評価し得る。

---

[276] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442. 強調は原文。
[277] Vgl. Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442.
[278] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442.
[279] Schulze, a. a. O. (Anm. 9), S. 442.
[280] 渡辺・前掲注 5）120-121 頁によれば、純受託説とは、「地方団体が国家より委託せられた政治的支配権を行使してもっぱら国家の利益のために国家事務を行う」とする説である。

第 4 款　Otto von Gierke——ゲノッセンシャフトとして対等な関係にある国家とゲマインデの議論

Gierke は、主著『ドイツゲノッセンシャフト法』の冒頭に掲げるように、人間は結合する存在であり、世界は様々な団体によって発展してきたと捉える[281]。個人は例えば婚姻や家族、氏族（Stämmte）、部族、ゲマインデ、国家等の様々な団体に属し、いつの日か、全人類を包括する唯一の公共体に包括され、一人の構成員となる[282]。しかしながらこのことは、個人が完全に統一体（Einheit）に包括されることを意味しない。何故なら、人間の長所であるところの精神生活は、統一体の下に存在するだけでは必然的に硬直化してしまうからである。したがって、「あらゆる統合的な（zusammenfassende）統一体に存続する多者（Vielheit）、一般性の中に生き続ける特殊性という思想——より高次の統一体において集められるより小さな団体、その下〔に存在する〕個々の個人までの全ての権利と独立性（Selbständigkeit）の思想——*自由*の思想」[283]も、個人が団体において生きることと同程度に真剣に検討されねばならない。Gierke は、歴史はこのような 2 つの原則の争いによって規定されてきたと述べる[284]。この争いは理念の争いでもあり、時代が下るにつれ、調和させるべき要素はさらに増大する。例えば知識階級の民族意識（das Bewußtsein der Völker）——これは後の時代においては個々人に国民（Nationen）としての自意識として根づく——も、その一つである[285]。

Gierke によれば、ゲルマン民族（die Germanen）は、「あらゆる民族よりも、自由理念に特別な内容を、そして統一体理念（Einheitsidee）に確固たる基盤を与えたという才（Eine Gabe）を、——ゲノッセンシャフト形成の才を——多く有している（voraushaben）」[286]。現在のゲルマン民族は、様々な団体の中で生きながらも人間の存在という諸々の目的のために、「上から与えられたのではなく内部から活動する諸々のゲノッセンシャフトを、見通せないほどの多様さをもって創設する」[287]力も有してきた。今日のゲルマン民族については他の民族よりもとにかく、協同体の力（Associationskraft）が作用している。そのため、「協同体制度（Associationswesen）がその全体において、今日のそして未来のドイツ生活にとって最も大きな意義を有する」[288]という前提に立ち、当該領域について包括的に研究する必要

---

281 Vgl. Otto Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, S. 1.
282 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 1.
283 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 1. 強調は原文。
284 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 2.
285 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 2.
286 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 3.
287 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 3.
288 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 4.

があると言う。当該領域の研究は、「*ドイツゲノッセンシャフトの法*」[289]を部分的に構成する。

ドイツゲノッセンシャフト法とは、第 1 に、ドイツにおいて様々に現れているゲノッセンシャフト（Genossenschaftswesen）を、今日の実務や学説が行なっているような、古代ローマに由来するローマ的な見方ではなく、ゲルマン法的な見方で以って再構成することを意味する[290]。これは法的な見方から行われるのではあるが、このような試みは、ゲノッセンシャフトの文化史的・経済的・社会的・倫理的な面とも関わる。そしてこのことは、「法生活と全文化生活との間に存在しているところの分かち難い（unlösliche）連関」[291]をも尊重することになる。第 2 に、これはドイツ以外の領域や、ドイツに存在しているがこれとは異なる由来に基づく（fremder Wurzel）団体、「とりわけその純粋に Korporation 的な制度を伴った教会」[292]その他ローマ的制度を除外することを意味する。第 3 に、この研究はドイツの協同という制度（deutsche Association）の法一般ではなく、ゲノッセンシャフトの法が扱われることを意味する。Gierke によれば、後者はここでは「自由な結合（Vereinigung）に基づくドイツ法的な団体（Körperschaft）、すなわち独立した法人格を有する社団（Verein）」[293]だけではなく――彼によればこれは狭義のゲノッセンシャフトである――、これに「ゲマインデと国家さえも」[294]含まれる。そして第 4 に、これは個々のゲノッセンシャフトについてではなく、「ドイツのゲノッセンシャフトという法理念の展開と今日の姿（Gestaltung）」[295]を描くために必要なものが研究されるに過ぎない。

このように、Gierke によれば、団体は、個人の実際の生活に不可欠なものである。更に、個人や団体の中に含まれている小さな団体の権利も、個人のために不可欠なものであると位置づけられている。そして彼によれば、とりわけゲルマン民族には協同体が、歴史上重要な役割を果たしてきたということを前提とした上で、そのような協同体の一部、すなわちゲルマン民族に特有の団体であるところの――広義の――ゲノッセンシャフトについて検討すると述べる。彼によれば、国家やゲマインデもゲノッセンシャフトに含められる。Gierke のこのような構想がどのような課題に基づいていたのかという点は検討しなければならないものの[296]、この点について直接検討することは、本稿の課題を超える。したがって次に、Gierke のゲノッセンシャフトに関する見解から、彼の議論の概略を見る必要があろう。

Gierke によれば、ゲノッセンシャフトの検討は先ずもってゲノッセンシャフトの歴史的

---

289 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 4.
290 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 4.
291 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 4.
292 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 4.
293 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 5.
294 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 5.
295 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 5.
296 例えば参照、村上淳一「ドイツの協同組合運動とギールケ」同『ドイツの近代法学』（東京大学出版会、1964 年）、193 頁。

な考察を必要とする[297]。歴史的考察を経て漸く、その法的性質を検討することが可能となると考えられているからである[298]。Gierke によれば、ゲノッセンシャフト史を纏めると、以下のようになる。「人間的結合（menschlicher Verbindung）の……根本形式に関する全てのドイツの法展開を概観する」[299]ために、彼はドイツ史を、「それに特有の構造原則（Verfassungsprincip）によって制御し、そしてそれ故狭いまたは広い領域から国家までへも向かう、時代の特徴的な団体形式（Vereinsform）としての特有の団体形式」[300]毎に分けて考察する。Gierke によれば、ドイツ史は①800 年まで、②1200 年まで、③中世末期まで、④1806 年まで、⑤それ以降という 5 段階に区別することができる。①800 年までの時代は、「ゲルマン的法意識は主に*家父長的（patriarchale）*見解のもとで、全ての人間的結合に留ま」[301]った。当初は「始源的な*民族自由（Volksfreiheit）*」[302]が妥当していたものの、徐々に「*支配（Herrschaft）*と*奉仕（Dienst）*という対立的な原則」[303]が台頭し、前者は「*旧法の自由なゲノッセンシャフト*」[304]を形成し、後者は「*支配的団体*」[305]を形成した。これらはそれぞれ物的組合（dingliche Gemeinde）と封建領主制（Grundherrschaft）へと至る。②1200 年までの時代においては、「*世襲的*そして*封建的*構造原則」[306]が国民（Nation）の生活を規定していた。当該時期においては、教会やライヒのように、「支配者とそれに服する者（Herren und Dienern）」[307]という構造が広まっており、ゲノッセンシャフト原理は重要な意味を認められていなかった。しかしながら「ドイツ精神において korporativ な思考のみが非常に強力だったので、それは支配団体へも侵入し、変形させ、解消」[308]させてしまった。新たに「*従属的*または*支配的ゲノッセンシャフト*」[309]という「団体の始源的統一性を代表する支配者と並び、そしてその下に、固有の全体権（Gesammtrecht）を展開する」[310]団体が誕生した。③そして中世と共に終わりを告げるとされた次の時期においては、封土制（Lehnstaat）とそれに伴う階級制度が崩壊した一方で、ゲノッセンシャフトが台頭した。そこでは、ゲノッセンシャフト、ゲノッセンシャフト的公共体がより高次の集団（Kreis）と提携し、統一（Einung）原則が妥当していた。当該時代においては、更に、人格制の解放や公法私法の分化が起こり[311]、「国家、ゲマインデと団体（Körperschaft）としての理念的全

297 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 5 f.
298 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 6.
299 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 8.
300 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 8.
301 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 8. 強調は原文。
302 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 8. 強調は原文。
303 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 8. 強調は原文。
304 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9. 強調は原文。
305 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9. 強調は原文。
306 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9. 強調は原文。
307 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9.
308 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9.
309 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9. 強調は原文。
310 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9.
311 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 9 f.

体人格性（der idealen Gesammtpersönlichkeit）という概念の発生」[312]、「自由な取り決め（Vereinbarung）による下からのドイツという全体としての国家（Gesammtstaat）を今にも建設するところ」[313]であった。しかしこれは叶わず、④1806 年までの時期に移行する。この時代においては、「領邦君主の高権（Landeshoheit）と受容されたローマ法の助力によりそれ〔＝領邦君主の貢献〕によって展開された、*官憲（Obrigkeit）*という原則の決定的な勝利」[314]の時代である。国家は「ポリツァイ・後見的な国家（Bevormundungsstaat）」[315]であり、民族の外・上に立つ絶対主義国家である[316]。ゲノッセンシャフトはその性質を大きく変えてしまう。すなわち、当時のゲノッセンシャフトとは、私法上の基礎のみを有し、公法上の関与を放棄した特権的な Korporation 制度へとなっていた[317]。そして最後が、⑤自由な協同体原則に基づいた時代である[318]。ここでは、ドイツのゲノッセンシャフト制度が実現する時代であるとされている[319]。

結局、当該著作は未完で終わり、執筆されなかった部分は、後の著作『ゲノッセンシャフト理論とドイツの裁判』[320]において検討された[321]。それによれば、ゲノッセンシャフト理論は、ローマ法的な議論から激しく批判されているが、徐々に立法、実務、学説においても部分的に受容されるに至っているとされる[322]。ゲノッセンシャフトは長い間、曖昧な概念であり、「団体の人格性の存在と不存在の間の仲介者」[323]のような存在であった。しかしそれは、ローマ法の Korporation 理論では不足するドイツ近代の団体（Körperschaft）について、新たな選択肢を提示する議論である[324]。当該理論の核心は、団体について、「偽りの人格（der persona ficta）と対抗する、*実在する全体人格（realer Gesammtperson）*」[325]を有するものと考える点にあり、「擬制を通じて創造された人工的な法主体」[326]についての説を厳しく批判する。「団体人格性の本質を変化させる見解のみが、広く、所有権のゲノッセンシャフト的な財産関係の分析に関して検討し得た（hinaustrug）」[327]。この検討により、団体の（körperschaftliche）の成立・解散、権利能力、意思能力や行為能力、団体の生活関係と生活事象を法学的に構成すること（Konstruktion）、狭い団体と広い団体の、「とりわけ団体

---

312 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10.
313 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10.
314 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10. 強調は原文。
315 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10.
316 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10.
317 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 10.
318 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 11.
319 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 11.
320 Otto Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.
321 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. VI f.
322 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 1.
323 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 2.
324 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 4.
325 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 5. 強調は原文。
326 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 8.
327 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 9.

（Körperschaft）と国家との」[328]関係、個人の権利とゲノッセンシャフトの権利の関係等が検討され得る[329]。

それでは、Gierke の議論において、国家と地方自治体は如何なる存在として捉えられるのであろうか。Gierke によれば、法人（die juristische Person）を「人工的な個人」[330]として捉える学説は、「法人を……*私法上の*、それも*財産法上の（vermögensrechtliche）*能力へ制約し、もしくは単にこの方向においてのみ独立した法主体であるべき」[331]とする。しかしながらこのような見解は誤っている。諸個人（Einzelpersonen）の権利能力と諸々の団体人（Verbandspersonen）の権利能力は、通説が考える程には相違しない[332]。より詳細に検討すると、「団体（Körperschaft）の権能（Befugnisse）と義務の全ては、*3 つのカテゴリー*へと分解され得る」[333]。第 1 に、「団体人（Verbandsperson）がそれ自身として（für sich）存在する統一体として」[334]存在する場面、第 2 に、団体人が「その分肢（Gliedern）から構成された（zusammengesetze）全体として」[335]存在する場面、第 3 に、団体人が「全体に組み入れられた分肢として」[336]存在する場面である。第 1 の場面においては、Gierke は、団体人格に「個々の人間（Einzelmensch）が獲得できると同様の方法で、個人の権利的な（individualrechtliche）関係」[337]を有することを認める。第 2 の場面においては、「全体としての団体人が、その分肢としての個々の人格または団体人に立つ関係」[338]が問題となる。そして第 3 の場面においては、「その主体を全体の分肢として有するところの団体の権利と義務」[339]と捉えられることになる。例えば分肢国家と連邦国家（Gesammtstaat）の関係がこれに当たる[340]。このような関係においては、より広い団体に属する別の人格を有する者は、「*分肢として適合的な（gliedmäßige）*権利と義務」[341]が与えられる。したがって、「法人（juristische Personen）自体は、自然人（physischen Personen）と並び*同種の*構成員としての権利と構成員としての義務（Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten）を有する」[342]。ここで問題となる「より小さなゲノッセンシャフト」には、①「国家との有機的な関係が全くなく設けられた社団（Vereinen）とゲノッセンシャフト」[343]と、②「何らかの

---

328 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 9.
329 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 9-11.
330 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 141.
331 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 141 f. 強調は原文。
332 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 141.
333 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 142. 強調は原文。
334 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 142.
335 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 142.
336 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 142.
337 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 142.
338 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 150.
339 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 152.
340 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 152.
341 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 152. 強調は原文。
342 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 153.
343 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 155.

方法で国家（Staatswesen）と有機的に結びつけられた団体人（Verbandspersonen）」[344]の二種類が存在し得る。後者の団体には、「国法上の組込み（Einordnung）と団体的な（körperschaftliche）独立という最も異質な（ungleichartigste）混合関係のために余地が残されている」[345]。国家が他の団体（Verbände）に公法上の団体（Körperschaft）という性格を与える場面としては、例えば地方団体（Kommunalverbände）のように、当該団体が「同時に国家的有機体の不可欠の（integrierende）部分」[346]として存在する場面等が考えられ得る。その場合には「様々に異なる範囲で、国家はそのような団体（Körperschaften）の設立、変更または解散（Auflösung）の際に関与する余地（Mitwirkung）を留保し、団体生活（Vereinsleben）を、……国家的規律と監督により拘束している」[347]。しかしながら公法上の性格を有する団体（Körperschaften）には、しばしば公法上の団体に認められる諸々の特権も与えられる[348]。このような団体と国家の間では、「全体と部分は国家的フォーラムの場においても、最早等価値とは思われない。団体権力（Verbandsgewalt）〔＝全体の権力〕は、最早……官憲的性格を伴った公的権力として現れる」[349]。そしてこのような性格を伴った帰結として、当該団体（Körperschaft）、その機関や官吏も公的機能を行使する主体として評価され、団体の生活秩序それ自体も公的秩序の一部と評価される[350]。公的団体として認められることは、その他に、以下のような重大な帰結を齎らすとされている。曰く、往々にして「この特別な公共生活（Gemeinleben）の状況と事象の全ては、たとえそれが決して国家生活に属さないとしても、公法の支配の下へ移り、そこから、その場合に、団体内部の争訟において権利救済を排除すること、構成員に対する行政強制が許容されること（Gewährung）、高められた権威と公的信頼を有する団体機関によって職務行為が行われること（Bekleidung）、団体の（körperschaftliche）権利と利益を制限した形で（qualificierte）刑法上保護すること」[351]等の帰結が導かれる。

このように、Gierke によれば、国家と地方自治体は、彼の定義上当然に、何れもゲノッセンシャフトである。更に、両ゲノッセンシャフトの関係において、権利義務が成立するこという前提に立脚した上で、あるゲノッセンシャフトに属しているゲノッセンシャフトは、上位のゲノッセンシャフトに対しても、自然人が団体の構成員として権利義務を有するように、構成員としての権利義務を有すると考えられる。国家と地方自治体の関係は、しかし、地方自治体が公的団体として国家に認められた存在であることから、一定の制約——国家の規律と監督——に服する。更に、このような関係からは、例えば団体内部で争いが生じても権利救済が排除されることが起こり得ると考えられている。次に、Gierke の考えていた

344 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 155.
345 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 155.
346 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 166.
347 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 167.
348 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 167.
349 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 168.
350 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 168.
351 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 168.

団体の法人格の関係を検討しつつ、法治国に基づく国家と地方自治体の関係、そして地方自治体の有する権利救済の議論について検討しよう。

そもそも、ゲノッセンシャフト理論は、「団体（Körperschaft）は実在する全体人格（reale Gesamtperson）として、単に権利能力だけではなく、*意思能力と行為能力*をも有する」[352]。このことは、ドイツにおける実定法でも承認されている[353]。しかしながら、このことはあらゆる場面において、ゲノッセンシャフトが意思能力・行為能力まで認められることを意味するのではない。これらの能力は、第 1 に、「団体（körperschaftliche）の*権利能力*の範囲により規定される」[354]からである。すなわち、Gierke によれば、団体は諸個人（Einzelperson）と同様に、有していない権利の行使等をすることはできない[355]。更に、諸個人とは異なり得るものとして、当該団体人（Verbandsperson）の目的に適合する行為を行う能力と、個人に認められる（individuellen）行為が団体には、その性質上認められ得ない行為能力の範囲——前者は個人の行為能力よりも広く、後者はそれよりも狭い——が存在すると定式化される[356]。例えば婚姻は後者に属し、団体人には認められない一方、制定法（Statuten）を定めることは諸個人には認められない[357]。団体の（körperschaftliche）権利能力は、第 2 に、「*その上位におかれた（übergeordnete）公共生活による団体生活の拘束*という原則に*由来する*」[358]制約に服する。本稿で問題となるのは第 2 の制約である。

上述したように、あるゲノッセンシャフトがより大きなゲノッセンシャフトに包括される場面においては、包括される相対的に狭いゲノッセンシャフトは、広いゲノッセンシャフトに分肢として包括されつつも、基本的には自由を享受する関係にある。国家と地方自治体の関係は、しかし、前者が後者に公的性格を付与したことと引き換えに、規律や監督により拘束し得る。これがまさに、あるゲノッセンシャフトが公的性格を有する団体として、国家という団体に認められたことから生ずる帰結であった。そして更に、国家は公的な性格を有するゲノッセンシャフトに対して、以下のような拘束をもし得る主体と位置づけられている。すなわち、「国家は、それが法の領域（Rechtsgebiet）上で最も高次の公共体としてあらゆる他の公共体を分肢（Glied）として含んでいるが故に、一般的な団体高権（Körperschaftshoheit）と、それ〔＝団体高権〕に基づいてその〔＝国家の〕至る所で承認される公共的な全ての意思形成それ自体へ作用することを要求する」[359]。具体的には、国家は公的な性格を有する公共体に対して、①立法者として、②行政を行う者として、③裁判官として立ち現れる。①は、国家の法律により、分肢は全体すなわち国家の意思に服すること

---

352 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 603.
353 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 607.
354 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 630. 強調は原文。
355 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 630.
356 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 630 f.
357 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 631 Anm. 1.
358 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 641. 強調は原文。
359 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 641 f.

を意味する[360]。③は、裁判所という国家の制度によって示された判決と、それに付随する執行力でもって、国家の意思が貫徹されることを意味する[361]。②は、今日で言うところの監督による国家の意思に基づく拘束を意味すると、Gierke は述べる。

歴史的に遡ると、国家は、公的な性格を付与された団体を、「未成年者（eines gleich Kindern）として、法人（juristische Person）」[362]に後見（Vormundschaft oder Obervormundschaft）を施していた。ここで現れる国家は、「官憲的国家が*後見国家（Vormundungsstaat）*」[363]であり、それは「*法の外（außer）*そしてそれを*超えて（über）*」[364]いる存在である。警察国家はこのような官憲的な原則を、絶対主義国家で実現しようとするものであり[365]、警察国家においては、過去にプロイセンで認められていたように、目的適合性までも国家が考慮した上で監督の措置を採ることが認められていた[366]。しかし「これは過去に存在していた原則であり、今日においては、その名残は存在するものの[367]、「少なくとも*原則としては*」[368]存在しない。1848 年前後に定められていた法に基づく「監督」は、実際は後見的な広範なものであった[369]。「この行政活動は今日、一般的には*監督*と呼ばれる。それ〔＝監督〕は法治国という意味において、立法が齎らしそして裁判が保護しなければならないところの、諸々の確固たる（feste）法秩序を基礎に、そしてその限りにおいて（in den Grenzen）のみ、運用され得る」[370]。法治国においては、警察国家とは異なり、公的な団体（Körperschaft）に対しては、団体の行為が法に適合していることのみが要求される[371]。何故なら、法治国は「法の*中に（in）*存在し、そして法を自由な活動の制約として理解」[372]し、更に、究極的には「有機体自身が法であること」[373]を目標とする国家だからである。行為の法適合性監督は「あらゆる全体人格は、その固有の活動領域において意思決定（Willensentschluss）の自由を保持し、そして一定の事例においてのみ、監督する国家の自由な意思決定が、その内部生活へと介入する」[374]ことができるということを意味する。そのような監督の手段としては様々な手段が存在する[375]。

法人（jede juristische Person）は、権利能力の認められる限りで当事者能力を有し、更に、

---

360 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 648.
361 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 649 f.
362 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 643.
363 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 644. 強調は原文。
364 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 643. 強調は原文。
365 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 643.
366 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 652 Anm. 4.
367 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 644.
368 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 646. 強調は原文。
369 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 744 f.
370 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 652. 強調は原文。
371 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 654 f.
372 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 643. 強調は原文。
373 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 643.
374 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 655.
375 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 658 ff.

行為能力を有する限りで訴訟能力を有する[376]。その内部における法的な争訟としては、①ある団体の内部において、②「その分肢生活とより高次の公共生活の間で」[377]、あるいは③「他の特別な生活との間での（zwischen ihrem und fremdem Sonderleben）」[378]争訟が考えられ得る。最後の争訟は「並列の統一体（nebengeordnete Einheit）」[379]の紛争であり、前二者は「団体人がその敵対者に、上位の全体としてまたは下位の分肢として現れる」[380]紛争である。Gierke によれば、「そこで国家さえも含めた公法上の諸団体（Verbände）も、通常裁判所で権利を奪われねばならない、そして権利を与えられねばならないところの市民的な権利争訟」[381]である[382]。当該争訟は「その内部的な本質により、常に当事者間を形式的に対等な立場に置く」[383]。これは団体（Verband）が個人（Individuum）と争う場合であっても、前者が「当事者として真正の訴訟手続における当事者として振舞うや否や、そしてその限りにおいて、常に同じレベル」[384]の関係として現れるという。とりわけ民事訴訟においては、問題となった訴訟の性質に関係なく、両当事者は対等な関係にある[385]。「しかし行政裁判所での訴訟においても、公共体は当事者としてその地位（Rang）を放棄する。国家でさえ、それが実質的にその高権のために争うにも関わらず、当事者としてあらゆる高権を放棄し（entkleiden sich）、そしてそれ故に、高権の諸問題においても、その固有の裁判所へ赴く」[386]。

国家と地方自治体（Ortsgemeinde）に関しては、Gierke によれば、「国家統一体とゲマインデの自由を調和させようと努めるところの所謂*仲裁制度（vermittelnden System）*」[387]と考え得るのは、「国家とゲマインデの対等性（Ebenbürtigkeit）を出発点とする」[388]制度のみである。そのようなもののみが、その名の通り仲裁を行おうとするものである。1848 年前後の制度においては、「ゲマインデの固有の法的意義が承認される範囲でさえ、財産権（Vermögensrecht）の領域におけるものを除き、ゲマインデと国家の権利領域（Rechtssphären）の間の衝突全てが、諸々の法原則に則って裁判所で決定されるのではなく、国家行政官庁の目的適合性考慮に完全に判断が委ねられてい〔た〕ため、あらゆる*権利*

376 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 733.
377 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 734.
378 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 734.
379 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 734.
380 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 734.
381 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 735.
382 但し、実定法の規定により、国家や教会、ゲマインデその他公法上の団体（Körperschaft）が当事者として関わる争訟は、民事訴訟ではない解決がなされている。Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 735, Anm. 3.
383 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 735.
384 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 735.
385 Vgl. Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 736.
386 Gierke, a. a. O. (Anm. 320), S. 736.
387 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 713. 強調は原文。
388 Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 714.

*保護*は欠けてい」[389]た。当時は、個人は国家と対等なものと位置づけられようとされていたにもかかわらず、ゲマインデについては、「立法や実務だけではなく学問と民族の見解でさえも」[390]、両者の対等性は否定されていた。これは「国家により高次の、神秘的な起源」[391]が認められており、ゲマインデはそのような国家によって単に自己の目的を遂行するための存在として作られた、国家の Anstalt、「人工的に動かされる機械」[392]としての位置づけを与えられているに過ぎなかった。このような状況はしかし、上述した説明からすれば、改革の結果、改善されたということになろう。何故なら、行政裁判所における出訴も、両当事者を官庁ではなく裁判所の審査を受けさせるという意味で、国家が自ら当事者として対等な地位へと降りることを意味するからである。

以上のように、Gierke の議論においては、ドイツ帝国においてゲマインデの置かれている状況が相当改善したと評価されているように思われる。そもそも公的な性格が認められている以上、ゲマインデは国家の立法や行政、裁判という行為を通じて制約を受ける。とりわけ行政の活動との関係においては、絶対主義の時代において認められていた、未成年者としての地位から導出される後見関係から徐々に脱し、法治国における関係、すなわち法適合性のみが問われる関係に立脚することとなった。さらに、国家との関係で紛争が生じた場合も、従前と異なり、行政裁判所という裁判所への出訴が許容されるに至った。Gierke のこの議論からは、これらのことは、第 1 に、国家が自ら当事者として裁判所の審査に服する主体として、より高次の地位から降りる場合があること、そして第 2 に、国家がゲマインデを、法律において、国家目的に資する存在以上のものとして承認するに至ったことを意味していると考えられる。

第 5 款　小括

以上検討したように、ドイツ帝国においては、19 世紀初頭とは異なり、法制度として地方制度が形成されたにも関わらず、論者の国家観、国家と地方自治体の関係の見解に基づき、様々な自治概念が登場した。検討した議論だけでも、自治を国家に従属するものとして考える Laband、今日においては国家の権力から権力を導出される存在として地方自治体を考える Jellinek、地方自治体を有機的な存在と考える Schulze や Gierke は、それぞれ、法学の目指す目的や国家像に基づき、監督を行う主体と、監督の対象となる客体のあるべき関係について議論を展開していた。しかしながら彼らは、文言は異なるものの、法律という根拠に基づいた官憲・行政の作用と、それに対して裁判所における法コントロールの重要性を説

[389] Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 745. 強調は原文。
[390] Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 714.
[391] Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 714.
[392] Gierke, a. a. O. (Anm. 281), S. 714.

き、法律に従った行政の必要性を、分権化する意義の一つとして掲げている。Jellinek や Schulze は、制度形成それ自体に、承認、国家の自己拘束を見ている点で、Laband の議論よりも相対的に、自治に対して積極的であるように思われる。また、Gierke は、当時の法制度における手続は、本来対等であるべきゲノッセンシャフト間の争訟について、対等に紛争解決するものではないと批判している点が際立っている。何れの説においても、少なくとも行政の恣意的な介入を防ぐ役割を地方自治に見、行政裁判所により紛争解決されるべきであるという点では共通している。この 2 点が共通している意味において、様々な観点から展開されていた自治論には、法治国原理、あるいは客観法維持の要請に基づいた議論という共通点が存在していると言えよう。

第２章　ライヒにおける地方自治の確立と地方自治保障の発展
――ワイマール共和国における地方自治保障の諸相

ワイマール期において初めて、ライヒレベルの憲法で地方自治が規定されるに至った。まずワイマール憲法は 127 条で、「ゲマインデ及びゲマインデ連合は、法律の制約内で自治の権利を有する」と規定した。また、1920 年に制定されたプロイセン憲法は、第 8 篇（70 条から 75 条）において、自治を規定した。とりわけプロイセン憲法 70 条は「政治的ゲマインデ及びゲマインデ連合は、法律上規律された国家の監督の下で、それらの事務を管理する権利（das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten）を保障される」と規定していた。また、71 条においては、地方自治を行う団体（プロヴィンツ、クライス、都市、ラントゲマインデ等）とその制度や権利義務が法律により起立されることが、更に 72 条においてはプロヴィンツに固有事務・委任事務という 2 つの活動領域が保障されること、そしてこれらの領域は法律により規律されることが規定されていた。

但し、とりわけプロイセンにおいては、ワイマール憲法やラント憲法という新たな憲法制定と、それに伴う一定領域における改革――ワイマール憲法で新たに認められた参政権に関して、大きな改革がなされた[1]――を除き、地方自治制度はドイツ帝国におけるそれが維持された[2]。すなわち、地方自治制度としては、例えば東部については、1853 年等のゲマインデ法等が妥当していたのである[3]。但し、これは当時、改革の動きがなかったことによるものではなく、改革が失敗していた結果に過ぎない[4]。

---

[1] これは、ワイマール憲法 17 条 2 項第 1 文が、ゲマインデ選挙についても普通・平等・直接・秘密選挙原則を適用すると規定したため要求された。

[2] Vgl. Fritz Stier-Somlo, Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts in Deutschland, in: VVDStRL 2 (1925), S. 125. 彼は以下のように述べる。曰く、「歴史的・政治的な諸々の関連の点でのあらゆる洞察なしに、今や、どのような法律または命令、したがって国家の革命以降の*法源*がゲマインデ制度法（Gemeindeverfassungsrecht）における諸々の変更をもたらしたのかということを確認するという任務がなされようとするならば、それは単に形式的で表面的な結果に終わるであろう」と（強調は原文）。実際、ワイマール期を通じて地方自治体が危機的な状況にあったのは、敗戦に伴って生じたインフレや国民生活の困窮、失業者の増加等、ドイツにおける生活という実際に生じていた困難に深く関わるものであった。このことは、ドイツの地方自治体が、国民の生活に密着した任務であったことも一因である。Vgl. Dieter Rebentisch, Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, S. 95. そのような意味において、地方自治分野の研究も、ワイマール期公法学における所謂「方法論争」とも呼応していると言えよう。実際に方法論争に関係する論者とワイマール地方自治研究者には、一定程度共通している。Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 2002, S. 158-186.

[3] Vgl. Christian Engeli/Wolfgang Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, 1975, S. 371; S. 469.

[4] 例えばドイツ都市会議（Deutsche Städtetag）は、ドイツにおける統一的な地方自治法の必要性を主張し続けていた。また実際、1929 年には統一的な地方自治法草案（Der Entwurf einer Reichsstädteordnung von 1929）が作成されていたところである。Vgl. Engeli/Haus, a. a. O. (Anm. 3), S. 659 ff.

当初は、ギールケの弟子 Hugo Preuß が影響したこともあり、ワイマール憲法の下で地方自治は好意的に迎えられていたが、その後、――とりわけワイマール民主主義との関係において――強い逆風に晒されてしまう。そして最終的には、地方自治の担い手たちは危機的状況の中、自ら国家の任命を受けた国家委員（Staatskommissar）による「自治」を望んでしまうという結末に至る[5]。しかし、ワイマール共和国における地方自治は、比較的短期間で終焉を迎えたものの、――制度体保障論に示唆されるように――戦後における議論の礎となった議論も数多い。また、法治国という観点からも、ワイマール共和国でなされた議論は重要な意義を有する[6]。無論現在から見るならば、当時の議論は不十分な面が看取されるけれども、それは戦後、ワイマール期における議論が発展させられた結果でもあると指摘されている。以下で見る学説においては、上述した時期と比較すると法治国という文言自体は後景に退くように思われるが、そのことは必ずしも Gneist 以来検討されてきた、客観法維持の要請が要求されなくなったことを意味するわけではない。寧ろ、当該要請は地方自治を実施する場合の前提とされていることが明らかになろう

以下では、まずワイマール共和国において示された判例を検討する。その上で、とりわけワイマール憲法 127 条に関して示された代表的な論者の議論を確認する。学説においては、当該規定に積極的な論者の議論においても、そうではない論者の議論においても、何れの立場においても、基本的には法治国という名称の下、行政の憲法・法律適合性を中心に、国家と地方自治体の争訟が否定されていないことが判明するであろう。

第 1 節　ワイマール共和国における判例

以下ではまず、ワイマール国事裁判所の判例を中心に、ワイマール共和国において新たに制定された憲法規定がどのように解釈されたのか確認する。国と地方自治体の争訟は、ドイ

---

[5] Vgl. Rebentisch, a. a. O. (Anm. 2), S. 99.

[6] Vgl. Rolf Grawert, Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik, in: Werner Hoppe/Albert von Mutius/Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutze, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 35 f. 彼によれば、ワイマール共和国においては、ドイツ帝国における実務と学説が継承され、「『法コントロール国家』の中で、実体的そして形式的法治国の完成を目指し」て発展された（35 頁）。この構想によれば、まず、「国家と市民の公法上の諸関係を実体的規範による私人間の諸関係のように規律し、……それを実現するために行政手続法がもたらされ、……最後に、個々の争訟事例に……関」して、独立の裁判所によって判断される国家が想定されていた（35 頁）。これは当時の行政法学において、独立の行政裁判所へ出訴できることが適当であり必要であるとされていたためであるが、戦後もこのような路線が「適当でありかつ必要」と考えられた（35-36 頁）。

ツ帝国期のそれと連続的な扱いがなされるはずであった。何故なら、例えばプロイセンでは、各種地方自治法（都市法、ラントゲマインデ法、クライス法、プロヴィンツ法）の改正も、管轄法やラント行政法も、引き続き効力を有するものとされていたからである。しかしながら以下で見るように、当該争訟については、――ワイマール憲法 107 条の構想は潰えたものの――国事裁判所の管轄拡大により、ライヒレベルの裁判所での解決も可能となった。国事裁判所は当初、当該規定に実務上の意義をそれほど与えていなかったが、後にこの態度を変化させ、制度体保障解釈を採用する。しかしながら当時、国事裁判所は制度体保障の意義を十分に理解していなかったと考えられる。何故なら、確かに当該規定の保障する自治権は、あくまで住民の権利ではなく、地方自治体の権利であることが明示されてはいたものの、地方自治体は自治権――制度体保障論として構成するならば、特権であるところの――とは別に、更に基本権を援用し得るかのような前提に立っていたからである。

以下ではまず、当初のワイマール憲法 127 条の解釈と、国事裁判所における当事者能力の問題[7]について示した判決を確認した後、制度体保障論を採用した判決について確認する。その後、国事裁判所やプロイセン高等行政裁判所における判例で、審査の限界がどのように論ぜられていたのかという点を確認する。

第 1 款　ゲマインデの当事者能力、ワイマール憲法 127 条解釈について

①1922 年 1 月 12 日判決[8]

本判決では、ワイマール憲法 19 条の規定する国事裁判所の管轄するところの憲法争訟に、地方自治体が違憲であると主張するところの紛争も含まれると判断された。また、当該事案は、法律に基づいて関係するゲマインデが意思に反して編入させられたというものであり、ワイマール憲法、ラント憲法と法律との憲法適合性が審査され、ワイマール憲法 127 条の解釈が示された事案である。

国事裁判所は、まず、ゲマインデの申立てた論拠の一つであるワイマール憲法 127 条について述べる。曰く、ライヒ憲法 127 条「の条項は、ゲマインデとゲマインデ連合に自治の権利を与えること、そして自治は法律によってのみ、しかし法律上の基盤なき政府の命令によっては規律され得ないということを意味する。それ〔＝127 条〕は、したがって、ゲマインデ団体（Gemeindekörper）の自治へは法律によるほか介入することが許されないという原則を立てる。しかしゲマインデ団体は形成され（gebildet werden）、それらが変更される

[7] この点については、例えば参照、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005 年）93-94 頁。

[8] Hans Lammers/Walter Simons (Hrsg.), Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs 2 der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 366.

か否か、そして 2 つのゲマインデが統一（vereinigen）され得るか否か、それ以上のことはそれ〔＝127 条〕は何も意味していない。それは決して、憲法の公布の時期に存立していた全ゲマインデが、別個の引き続きの存立（Weiterbestand）への権利を有することを命じていない。後者に関しては、ラント憲法はどのような規定をも有しておらず、それ故 127 条の援用が、原告の申し立てを支えることはできない」[9]。

その上で、問題となるのは編入を規律する法律とラント憲法ということになるが、この点について国事裁判所は以下のように述べ、ゲマインデの当事者能力を認めた。曰く、「問題となるのは、議論された法律がブラウンシュヴァイクラント憲法と矛盾するか否かであり、……訴訟を提起するゲマインデの形式的訴訟資格（formelle Klageberechtigung）は疑われ得ない」[10]。更に本件においては、「ここではあるゲマインデが、したがってラント憲法により承認され、そして固有の権利を与えられた国家（Staatskörper）の機関が訴えているから……これは 19 条の意味と目的に適合し、その憲法適合的な法の主張された違反のために、……訴訟資格が与えられる」[11]。

以下で扱う諸判例においても、本件において示された、国事裁判所におけるゲマインデの当事者能力について毎回引用されている。しかしながらワイマール憲法 127 条解釈については、そうではない。1926 年において示された事案[12]においては、上記の解釈と同様の解釈が示されていたものの、その後実質的な判例変更がなされる。

②1929 年 12 月 10・11 日判決[13]

当該事案も、法律に基づくゲマインデの編入が問題とされ、そのような手続を定める法律の憲法適合性が争われたというものである。

---

[9] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 368.
[10] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 368.
[11] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 368.
[12] 1926 年 3 月 13 日判決（Lammers/Simons, a. a. O. 〔Anm. 8〕, Bd. 1, S. 385）。当該事案は、国務院（Staatsrat）が議決により都市法を変更したという形式で、ゲマインデの編入が問題となったというものである。国事裁判所は、①判例を引用し、以下のように述べた。ゲマインデの引用するライヒ憲法、ラント憲法、都市法の「全ての定めは、ゲマインデ団体、都市ゲマインデ・ラントゲマインデがどのように形成されるか、それらが変更されるか否か、そして 2 つのゲマインデを統合するか否かまたはその一部を編入し得るか否かについて何も意味していない。それらは決して、ラント憲法の公布の時期に存在している全ての都市ゲマインデ・ラントゲマインデが別個に引き続き存立すること（Weiterbestand）への権利を有することを命じるべく定めようとしたものではない。それについて、ラント憲法はどのような規定をも置いていないし、同様にラント憲法または都市法も、同様にそれに関する法律としての規定を置いていない（in jener Gesetzesstellen）」（Lammers/Simons, a. a. O. 〔Anm. 8〕, Bd. 1, S. 388 f.）。したがってシュトレーリッツがこれらの規定を援用して申立てを行うことはできず、このことは上述した 1922 年判決において詳述されていると述べられた。
[13] RGZ 126, Anh. 14=Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 99.

国事裁判所は、まず、ゲマインデの当事者適格について、上述の判例を引用しつつ、以下のように解消されたゲマインデにもこれを認める。曰く、なお存在するクライス等と「同様に、〔解消されたゲマインデの〕争訟当事者（Streitteile）の当事者能力と当事者適格は、問題とならない。一般的に、この点については、国事裁判所の今日までの裁判（参照、Lammers/Simons, Bd. 1, S. 366 等）が参照され得る」[14]。この見解は 1922 年 1 月 12 日国事裁判所判決（Lammers/Simons, Bd. 1, S. 366 ff.）「の基礎に存在している。その実体法上の（sachrechtliche）権能、その存在（Dasein）を根絶するラント諸法律の憲法適合性を裁判に持ち込むという〔権能〕は、関係する申立人から、この法的な存在をはじめからなかったもの（erloschen）と仮定することよっては剥奪され得ない〔からである〕。その法人格性は、寧ろ、存在する法的争訟について、存続するものとみなされる」[15]。

更に、当該判決では、ライヒ憲法 127 条について以下のように示された。曰く、 「ライヒ憲法 127 条は法的内容なき単なるプログラム規定ではない。それは寧ろ拘束力を持って、ゲマインデとゲマインデ連合に自治の権利が認められることを定める。ラント立法はそれ故、この権利を廃止することまたはゲマインデ事務の管理（Verwaltung）を国家官庁へ委任することは許されない。それ〔＝ラント立法〕は自治を、それ〔自治〕が内部的に空洞化され、強力な活動を可能とする設備（Gelegenheit）を失い、もはや影のような存在でしか存在し得ないほどまで制約することも許されない。しかし 127 条からは、それがゲマインデに自治権をその個別性において与えられるということ、またはそれが個々のゲマインデに当時存在していた、その永続的な維持（Erhaltung）を保護することは導出されない。それに関してはその文言からも、成立史からも、何ら読み取られ得ない〔からである〕。それは当時支配的な政治的傾向、すなわち一方で可能な限り統一化（Vereinheitlichung）を、他方でしかしラントの自立性（Selbständigkeit）の維持を目指す〔傾向〕とも合致しない。〔憲法において〕今日までの歴史的な展開を完全に方向転換し、ラントに自治体の自治の範囲と構成に関する立法的な処分が広い範囲で剥奪される〔ということを認めるという〕意図にまで行き着くのであれば、憲法においては〔そのような内容が〕明確に表現されており、予め詳細なそして活発な議会の論及の対象が形成されているであろう」[16]。しかしそのような意図が存在していたならば、狭小なラントゲマインデの意思に反する解消が憲法を改正するようなライヒ法律によって許容されることとなり、そのような帰結は最早耐え得るものではない[17]。

---

[14] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 105.
[15] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 105 f.
[16] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 107.
[17] Vgl. Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 107.

そして国事裁判所は、ライヒ憲法 127 条がゲマインデの個々の存立を保障することは、申立人の主張するような、前提とされるべきものではなく、証明を要するものであり、結論の先取りは許容されないとする（結論としてこれを否定する）[18]。更に、プロイセンラント憲法も本件とは関係がないと述べる[19]。このように、国事裁判所は、各種憲法による個々のゲマインデの存立保障を否定するという制度的保障に則った判断を示した。とはいえ、これは後に検討するところの学説の言う制度体保障論を完全に理解したものとは評価し難い。

国事裁判所は、まず、自治権が保障される主体について、以下のように述べる。曰く、「解消されたゲマインデの市民が……ゲマインデ行政への影響の点で妨げられていることは、この争訟手続に関しては法的に利益がない。自治権はプロイセン憲法 70 条以下で、個々の市民にではなく政治的ゲマインデとゲマインデ連合に、それも、解消されたものではなく、その時々に存立している自治団体（Selbstverwaltungskörpern）にのみ保障されている」[20]。そのため、自治権――ここではあくまでラント憲法上の――は、住民ではなく地方自治体に認められるものであると述べる。しかしながら地方自治体は、以下のように、基本権をも援用し得るかのように考えられている。曰く、原告となったゲマインデは、編入を規定する諸「法律は 109 条 1 項にも反していないのか否か」と[21]いう点を主張する。これに対して国事裁判所は、「109 条 1 項は何れにせよ、制約なき平等を要求するものではなく、……まさに反対を意味するであろう。〔当該規定は〕寧ろ同じものは同様であるべきで、同じではないものはしかし、同じではないように扱われるべきである〔ということを述べる〕。したがって個々のゲマインデがその法的存立を制約されまたは除去されるならば、他のゲマインデとの同じではない扱いは、もし両者のもとで同様の具体的な前提が存在しない場合には確定される（feststehen）。〔しかし本件においては〕少なくとも、当事者の申し立てと事案の調査（Sachuntersuchung）からは、これを覆すものは察知され得ない」[22]。このように、国事裁判所は、本件においてもワイマール憲法 109 条が適用されるという前提に立脚し、これを否定している。そのため、学説のいう、特権を有する団体に対する基本権の否定という制度体保障論の帰結の一つは、国事裁判所においては看過されていると言えよう。

第 2 款　審査の限界

---

[18] Vgl. Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 107.
[19] Vgl. Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 108.
[20] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 108.
[21] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 108.
[22] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 108.

それでは、ワイマール共和国における立法・行政に対する審査は如何なるものであったか。以下、検討する。

①合併を規定する法律の憲法適合性審査

国事裁判所は、上述した1929年12月10・11日判決において、以下のように述べる。曰く、「問題となる国家の法律が目的適合的に解決するか否か、そして不必要な厳しさを回避したか否かは、裁判所の審査（Nachprüfung）を受けない。国事裁判所はまた、ゲマインデの法律的な強制解消が許容されるか否かという問題、それと区別されて答えられ得る、小さな些細なまたは財政的・文化的に重要な自治団体がそれに関係させられるか否かに応じ〔た強制解消の許容性〕についても、権能を有しない。プロイセン憲法はそのような区別をしていない。〔何故なら〕それ〔＝プロイセン憲法〕は単に立法者にのみ、そのような実際の領域に存在する諸々の特徴に応じた評価を委ねている」[23]からである。以上のように、国事裁判所は、立法者が強制編入を許容したと考えるか、その手段の合目的性・均衡性、実際の評価等について裁判所は審査し得ないものと述べた。

②行政の定める命令等の憲法・法律適合性

国事裁判所は、国務院（Staatsrat）の議決に基づく合併の事案[24]において、国務院が議決を行う権能を、都市法5条2項5号により確認したものの、国務院が問題となった規定に基づく編入の事案において、国務院が「この場合における最上級議決審級かつ異議申立審級（Beschluß= und Beschwerdeinstanz）であ」[25]ることから、「その議決枠（Beschlußfassung）は国事裁判所による審査（Nachprüfung）に服しない」[26]と述べ、「国務院が法律的な規範を正確に適用したか否かを審査し得ない」[27]と結論づけた。

また、ライヒ旗掲揚に関する事案において問題となった[28]プロイセン政府による緊急命令の憲法適合性につき、国事裁判所は以下のような判断を示した[29]。すなわち、当該緊急命令は形式的にも実質的にもプロイセンラント憲法に違反する。

第1に、「プロイセン憲法55条の意味における異常な緊急事態とは、……自然現象、災難、疫病や類似の状況に基づく窮地と理解されねばならない。旗の争訟は、申立の相手方も

---

[23] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 2, S. 108.
[24] 1926年3月13日判決（Lammers/Simons, a. a. O. 〔Anm. 8〕, Bd. 1, S. 385)。
[25] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 391.
[26] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 391.
[27] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 391.
[28] これは以下で見る事案とは異なる複数の事案が存在した。Vgl. DJZ 1927, S. 1200.
[29] 1929年7月9日判決（RGZ 121, Anh. 13=Lammers/Simons, a. a. O. 〔Anm. 8〕, Bd. 1, S. 276)。

見誤っていないように、この意味における緊急事態を基礎づけるものではない。したがって問題となるのは、公安の維持（die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit）は、1927年8月8日の命令において言及された指示（Anordnung）を差し迫って要求していたか否かのみである」[30]。既に示された判例によれば、「緊急命令の目的適合性」[31]は審査されず、反証となるような根拠が存在しない限りにおいて、「政府の裁量、その結果考案の維持のために命令を法律の効力を伴って公布することのきっかけが存立することは、その間、理由あるものと見なければならない」[32]。しかし本件においては、緊急命令に対して複数のゲマインデが不履行を行うということが想定され、命令として示された規定は不十分である上、被告自身主張するように、当該緊急命令は「公安の維持が緊急命令の唯一の目的ではなく、この方法に基づいて、国務院の権威という利益において、かつて得られていた立場を、どのような状況であっても貫き通す（durchhalten）」ことも目的であった。確かに、「ある緊急命令の憲法適合性は、それによっては疑問視されない、それ〔＝緊急命令〕が法律上必要な〔目的〕を超えてなおより広い、プロイセン憲法55条の知らない目的に役立つべきということが」[33]認められ得る。しかし、このような目的が公安維持という目的を超えていないか、そしてそもそも公安維持のために当該措置の必要性等が検討されたかという点は審査されねばならない[34]。このように述べた後、国事裁判所は、3日後に迫る日程においてライヒ旗を掲揚するよう求めた緊急命令は認められるが、当該命令がその他の日や年において掲揚を求めることについては、緊急性が認められないとする[35]。更に、内容的にも、当該緊急命令は認められないとした[36]。

③ゲマインデの活動領域等に関して

・1927年5月20日プロイセン高等行政裁判所判決[37]

当該判決は、上述したライヒ旗掲揚に関する事案のプロイセン高等行政裁判所における判決である。事案は以下の通りである。1922年7月以降、プロイセン政府は、内務大臣や、ラントにおける大臣から成る内閣（Staatsministerium）の議決により、ゲマインデやゲマインデ連合に、8月11日の憲法議会の式典や、祝典の際に、プロイセンのライヒ旗と、ラン

[30] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 284.
[31] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 284.
[32] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 284.
[33] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 284.
[34] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 285.
[35] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 285.
[36] Lammers/Simons, a. a. O. (Anm. 8), Bd. 1, S. 285.
[37] DJZ 1927, S. 1198=PrVerwBl. 48 (1927), S. 538.

ト旗を掲揚することが求められた。これに対して、ポツダム（Stadt Potsdam）の合議制執行機関 Magistrat は、1925 年 7 月 27 日に、憲法記念日やその他の式典の際に、ラント旗とゲマインデ旗のみを掲揚する旨決議した。この議決に対し、Magistrat 構成員でもあり、国家機関でもあるところの市長（Oberbürgermeister）が、執行機関の議決が権限を踰越すると主張し、異議を申立てたため、Magistrat が訴訟を提起した[38]。

高等行政裁判所は、結論として、ゲマインデの主張を認容し、市長の異議を取消した。この結論は、国旗掲揚の法的意義と、国旗掲揚が如何なる活動領域の事項であるかということが鍵となっている。

まず、高等行政裁判所は、国旗掲揚について以下のように述べる。実定法律においては、国旗掲揚に関してゲマインデに義務を課す規定は存在しない。そして「憲法（Staatsgrundgesetz）において国家の一定の旗自体が決められるなら、このことは、〔憲法において規定された〕旗が、国家の高権を外へ特徴づけるという法的意義を有する」[39]。ライヒについてはライヒ憲法 3 条が、そしてラントについてはラント憲法 1 条 3 項がそれぞれ如何なる旗を国旗とするか規定している。旗はそれぞれ、高権の対外的な印であり、例えばラントについては、「あらゆるライヒ官庁とライヒ施設（Einrichtungen）は、それらの官吏建築物の国旗掲揚の際に、ライヒ旗を示すことを義務づけられている」[40]。ラントについても同様である。しかし、例えばライヒ憲法の規定の法的意義は、「単に *ライヒの*高権の印（Hoheitszeichen）」[41]の創設、そしてラント憲法については、「ラントの明白な高権の印として」[42]ラント旗を掲げさせることを認めることでしかない。したがって「他の領域団体（Gebietskörperschaften）に関する更なる義務」[43]を創設するという法的意義はない。したがって、本件で示されたプロイセン政府による諸々の措置については、ラント旗の形容についてのみであり、ライヒ旗に関する法的意義は存在しない[44]。

このような前提に立ち、次に、裁判所は国旗をゲマインデの建築物に掲揚するという内容が如何なる事務であるか検討する。裁判所によれば、これはゲマインデの所有物を管理するという自治事務に当たる。曰く、「自治体建築物（Kommunalgebäude）は都市の所有物と都市の行政にあり、……都市の行政財産に属するところのこの建築物の管理は、自治の事務で

---

38 なお、以下で見る高等行政裁判所の判決が示された後、上述の国事裁判所に問題となる緊急命令等が出される事態となり、本事案は結局、プロイセン政府が法律を制定したことで解決されるに至った。
39 DJZ 1927, S. 1198.
40 DJZ 1927, S. 1198.
41 DJZ 1927, S. 1198. 強調は原文。
42 DJZ 1927, S. 1198.
43 DJZ 1927, S. 1198.
44 Vgl. DJZ 1927, S. 1198 f.

ある」[45]。国旗掲揚も同様に、ゲマインデの自治事務であり、「その建築物に国旗を掲揚することは、ゲマインデの議決枠（Beschlußfassung）の下にある」[46]。したがって Magistrat の行なった議決は権限を超えるものではない。

更に、裁判所は国旗掲揚を国家がゲマインデに実行させる手段として、第 1 に国家委任事務にすること、第 2 に自治体監督を行うことを検討するが、何れも本件においては認められない。第 1 の手段に関しては、以下のように判断されている。曰く、国旗掲揚については実定法上の規定がないのであるから、ゲマインデの「推定上の性格というその決議を、ゲマインデ事務から剥奪する道は存在しない」[47]。無論「自治体の建築物の国旗掲揚を、一定の日に独立した国家的行政行為として構成しようとするならば、ゲマインデへの実施のための指示（Anweisung）は、委任に基づいて、実定上の法の定めという道においてのみ可能であるであろう。何故なら、委任事務はゲマインデに委任に基づいて国家のために果たす国家事務であるからである。国家の義務である任務がゲマインデによって引き受けられるべきならば、プロイセン憲法 71・72 条において確定された原則に応じて、法律上の指示（Anordnung）を要するから」[48]、行政規則によっては委任し得ない。

第 2 に、自治体監督——これは建築物の管理も含まれる——に基づく国旗掲揚も、裁判所は否定する。曰く、「都市の建築物管理は……法律により制約された自治体監督であり、管轄法 7 条によって自治体監督の内容に関して含まれ、……詳細が規律されていないところの国家監督に服する。〔既に参照がなされてきたところの〕1831 年修正都市法 139b 条における自治体監督の本質〔によれば〕、国家の監督はここで、都市のゲマインデ事務の行政が法律の規定に適合してなされており、そして常に秩序づけられて（geordnete）進展が保たれているかということについて監視する権能と義務として特徴づけられる」[49]。しかしながら、上述したように、本件のようなラントの措置に基づいては、ライヒ旗をゲマインデに掲揚させる義務は生じないのであり、あるゲマインデがライヒ旗を設置することは「法的な見地によれば何の意味もない。それは、公法上の義務としてのゲマインデの秩序適合的な行政にも属しない」[50]。ライヒ「国旗の調達と掲揚は、法律上の義務ではない。ゲマインデが国家の構成員（Glied）であり、ライヒのそれであるということを一般的に考量しても、全ての実定的な法の定めが欠けているので、そのような義務は導出され得ない。これによれ

[45] DJZ 1927, S. 1199.
[46] DJZ 1927, S. 1199.
[47] DJZ 1927, S. 1199.
[48] DJZ 1927, S. 1199.
[49] DJZ 1927, S. 1199.
[50] DJZ 1927, S. 1200.

ば、参事会の議決の際に、権能踰越も法律違反も存在していない」[51]。

以上のように、裁判所では、ゲマインデの自治事務であるという推定に基づくこと、そして既に自治事務として存在している事項についても、法律によって委任事務にする余地が広く認められていることが示唆された。

第3款　小括

以上のように、ワイマール共和国の判例においては、第1に、地方自治体は国事裁判所の当事者として認められた。そして、第2に、多くの事案で争われた編入の判例において、明示的に判例変更が認められたわけではないが、実質的にワイマール憲法 127 条の条文解釈は大きく変更された。しかしながら当該解釈の変更は、地方自治体が基本権を援用することを排除するものではなかった。第 3 に、国事裁判所は立法の措置の目的適合性等を審査しないことを、そして行政の命令等については、問題となった行為を行なった機関の位置づけ――国務院という最上級議決審級・異議申立を扱う最終審であること――から、審査を得ない場合があることを明示した。第4に、国旗掲揚が問題となった事案においては、行政の緊急命令について、差し迫った状況であるか否か、緊急命令という形式を用いる目的等が審査された。しかしながら高等行政裁判所の判例では、所有物の管理につき、ゲマインデの活動領域であるという推定を認めつつも、法律は自治事務として推定される内容の事務であっても、当該事務を当然に国家の委任事務にし得るという前提に基づいて議論が進められていた。結末として、当該事案ではプロイセン政府が当該内容を委任事務とし、地方自治体に法律によりこれを命ずるという結末に至った[52]。

第2節　ワイマール共和国の学説

第 1 節からは、ワイマール共和国において、地方自治体は国事裁判所へも申立てが認められることとなった点において、地方自治は法律に対する憲法適合性を争うことができるようになり、地方自治保障の余地は理論的に増大したという点を指摘し得る。しかしながら、実際には、問題となるライヒ・ラント憲法の解釈が、自治権の形成を法律に委ねるとい

---

[51] DJZ 1927, S. 1200.

[52] 参照、駒林良則「カール・シュミットの制度的保障理論と地方自治」名城法学 36 巻別冊（1986 年）47 頁、68 頁注 11（69 頁）。

う内容になっていたため、積極的な意義がそれ程認められず、地方自治体の存立に関しても、自治事務の内容に関しても、地方自治体の望むような判決は殆ど得られなかったと評価し得る。

以下では、当該時期の学説を検討し、激しい論争の対象となっていた地方自治学説において、如何なる議論がなされていたのか、そして共通項として如何なる内容が語られていたのか、確認する。まず、通説として位置づけられていた Anschütz のコンメンタールを確認した上で、ワイマール憲法 127 条に積極的な意義を認めようとした論者の説を検討し、その後に、当該規定にそれ程意義を認めようとしなかった論者の説を検討する。

第 1 款　Gerhard Anschütz——通説解釈：「無内容な規定」から制度体保障へ

ワイマール共和国における地方自治の解釈について、まずは Anschütz の議論を検討する。彼が 127 条に関して展開した議論は、以下で見るように、ワイマールの通説的な解釈を反映している。すなわち、通説は当初、当該規定自体にそれ程重要な意義を認めなかったが（「空虚な（leerlaufende）」規定）、後にこの見解を変更し、制度体保障と認めるに至ったのである[53]。したがって、通説的な見解の代表として、Anschütz の議論を確認する必要がある。

コンメンタール初版[54]において、彼は簡潔に以下のように述べている。曰く、「この条文は、純粋に形式的な意義を有しており、実体的にはそれは無内容（inhaltlos）なものである」[55]。当該条文は、ゲマインデとゲマインデ連合の自治権を、法律により規定し得ること、すなわち法律の基盤なき命令によっては規定し得ないということを宣言しているのみである。更に、当該規定は、ラントの立法者に「自治を具体的に限定するという点において、この自治を制約する国家の監督権を具体化する（Gestaltung）点においてのように、完全に自由裁量を委ねており、……ゲマインデとゲマインデ連合に実際上は何一つ保障していない」と考えられる[56]。また、当該規定は「存続しているゲマインデ法（Gemeinderecht）を修正するものではなく、……立法に何かを命ずるものでもない」[57]。このように、ワイマール憲法 127 条は、既存の地方自治制度を認めた上で、単に自治権へ介入する形式のみを限定するという

---

[53] Vgl. Hans Herzfeld, Demokratie und Selbstverwaltung in der Weimarer Epoche, 1957, S. 19.
[54] Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. Augst 1919, 1. Aufl. 1921.
[55] Anschütz, a. a. O. (Anm. 54), S. 206.
[56] Anschütz, a. a. O. (Anm. 54), S. 207.
[57] Anschütz, a. a. O. (Anm. 54), S. 207.

条文であると解されていたに過ぎない。立法は自治を限定する際においても、国家の監督権を具体的に制度設計するにあたっても、法律という形式を与えさえすれば、如何なる内容であっても権限の範囲内の行為を行ったと解されることになる。

ワイマール共和国末期においては、以下のように説明される[58]。曰く、127 条は第 1 に、自治権を制約する際には法律という形式を要求し[59]、そして立法者の規定が自治を制約するということを規定している。したがって、後者の内容から、当該規定は、「自治も、それをコントロールするところの国家行政、〔すなわち〕国家の監督権力（『自治体監督』）も、法律という諸制約に拘束する」[60]という帰結が導出される。しかしながらこのような内容自体は、左程重要なものではない。何故なら、このような内容は「行政の法律適合性という原則に基づいて……既に妥当している」[61]ものだからである。そのような意味において、127 条は「空虚な（leerlaufende）基本権条項」[62]に過ぎない。

しかしながら当該記述においては、127 条に新たに以下の内容が認められている。すなわち、当該規定は以上の内容「これを超えて更になお、他の広範囲に及ぶ意義を有していることは否定され得ない」[63]。何故なら、当該規定は行政の法律適合性だけではなく、立法者さえも拘束すると認められるに至ったからである。127 条はラントの「立法に、……自治を*制約すること*……を許容するが、しかし……自治という制度（Einrichtung）それ自体を排除すること、または『それが最早影のような存在に至ってしまうほど制約し、内部的に空洞化すること』を禁じる」[64]。とはいえ、Anschütz によれば、「この……127 条の立法者を拘束する意味の実務上の意義は、あまり高く評価し得ない」[65]。何故なら、立法者は自治の組織、具体的な活動領域、国家監督の具体化について完全に自由裁量を委ねられており、更に、「自治に単に制約を引く法律と、それに『その本質的な存立を奪う』法律の間の境界」[66]が明確でないためである。

なお、Anschütz によれば、127 条には「ゲマインデの活動領域の範囲もしくは最小の範囲に関する実体的な規範は……含まれていない」[67]。地方自治体の活動領域の普遍性の原則

---

[58] Vgl. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933.
[59] 但し、Anschütz は、形式的意味の法律、法律により権限の認められた命令を当該規定の「法律」に含める。後者には場合により緊急命令も含まれると述べる。Vgl. Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 582.
[60] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 582.
[61] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 582.
[62] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 582.
[63] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 582.
[64] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583. 強調は原文。
[65] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.
[66] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.
[67] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.

とは、ゲマインデの活動領域について、法律で列挙して規定されている事務だけではなく、国家が独占している管轄以外については、ゲマインデの領域と住民に資すること全てをゲマインデ事務とする原則を言う[68]。この原則「はドイツにおいて疑いなく妥当している」[69]が、これは当該原則を謳ったラント法により妥当しているのであって、127 条に当該原則が含まれているわけではない[70]。

127 条との関連で当時大問題となっていたのが、ゲマインデの区域変更である[71]。Anschütz は、通説や国事裁判所の判例と同様に、地方自治体の成立・解消、区域変更、編入について、127 条は何も規定していないとする[72]。更に、「個々のゲマインデ（ゲマインデ連合）が、更なる存在（Fortexistenz）へのライヒ憲法上の（reichsverfassungskräftig）権利を有している」[73]との結論も導出されない。

Anschütz によれば、当初ワイマール憲法 127 条は法律に基づく自治権の制約、そして立法者には何ら拘束を与えない規定であった。しかしながらその後、当該規定は、法律に基づく自治権の制約、そして国家行政・地方自治体に対する法律適合的な自治だけではないと解されるに至った。そのような意味において、当該規定は最早内容の空虚な基本権規定ではない。具体的には、それは立法者に対しても自治という制度やその本質的な存立を奪うことを認めないのである。しかしながら Anschütz の当該規定の評価は左程高くない。それは我が国においても言われるように、立法者に対して許容されない限度が不明瞭であることを理由としていた。

第 2 款　Edgar Tatarin-Tarnheyden――自治積極説（1）活動領域の普遍性とその侵害に対する主観的公権の議論

Tatarin-Tarnheyden と言えば、新カント派公法学者として、そして後に等族国家を理想とし、NSDAP に加入した公法学者として知られているが[74]、ワイマール憲法のコンメンタールにおいて、労働者評議会・経済評議会（Arbeiter- und Wirtschaftsräte）を定める 165 条の

---

[68] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.
[69] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.
[70] Vgl. Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.
[71] 参照、石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、2007 年）141-149 頁。
[72] Vgl. Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583 f.
[73] Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 584.
[74] Vgl. Otto, Martin, Tatarin-Tarnheyden, Edgar, in: Neue Deutsche Biographie 25 (2013), S. 794-796; https://www.deutsche-biographie.de/pnd101593481.html#ndbcontent （2020/05/24 最終アクセス）.

解説をしている[75]ことからも示唆されるように、自治についても独自の議論を示していた論者であった。わが国においてはあまり検討されてこなかった論者ではあるものの[76]、理論的見地から見れば、当該議論は明らかに 127 条の実体的内容に関する議論を展開しており、当時のコンメンタールにおいても取り上げられていたように[77]、検討に値する議論であるように思われる。

彼は、プロイセンにおいて問題となっていた国旗掲揚について検討する論文[78]において、ワイマール憲法 127 条の解釈を展開している。当該問題は、革命に伴って建国されたワイマール共和国に反感を有していた勢力が、ワイマール憲法 3 条において規定された新たなライヒ旗ではなく、従前のライヒ旗を掲揚していたことに端を発する、極めて政治色の強い問題であった[79]。国旗掲揚の問題は、私人（ホテル）により、憲法記念日（Verfassungstage）や公的な儀式の場で、正式なライヒ旗を掲げることが拒絶されるという事態[80]や、地方自治体によって憲法記念日に正式なライヒ旗の掲揚が拒絶されるという事態にまで陥っていた。そのため、プロイセン政府は行政規則や処分等、様々な手段を用いてライヒ旗の掲揚を強制することを試みていた。当該論文において問題とされたのは、政府の発した 1927 年 8 月 8 日のプロイセン緊急命令である。当該緊急命令は、ゲマインデとゲマインデ連合に、憲法議会についての式典（8 月 11 日）をはじめとした式典の際に、プロイセン旗と並んでライヒ旗の掲揚を怠らないよう命ずるものであった。ライヒ旗の掲揚は 1922 年から処分等により、地方自治体へ命ぜられていたが、問題となっていたゲマインデにおいては、1925 年に合議制執行機関において、ゲマインデの公用物には祝典の際にゲマインデ旗とライヒ旗のみ掲揚する旨決議されており、訴訟にも発展していた。しかしライヒ旗の掲揚をしないこと自体が政治的パフォーマンスであると理解され、回避すべき差し迫った事態であることから、緊急命令という形式で示されたとされている。

Tatarin-Tarnheyden によれば、当該緊急命令は、そもそも緊急命令の体をなしていない。何故なら、当該問題はプロイセン憲法の規定する緊急命令の要件に適合していないからで

---

[75] Edgar Tatarin-Tarnheyden, Artikel 165, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930.

[76] Tatarin-Tarnheyden に言及する先行研究として、例えば参照、成田頼明「現代地方自治の防禦姿勢（2）」自治研究 39 巻 7 号（1963 年）47 頁、50 頁、石川・前掲注 71）158 頁注 369。

[77] Vgl. Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 583.

[78] Edgar Tatarin-Tarnheyden, Grundlegende Betrachtungen zur Flaggenfrage, in: AöR N. F. 13 (1927), S. 313 ff.

[79] 論文においては、当該問題は当時のドイツにおけるあらゆる集団を二分させる議論であったと位置づけられている。Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 318.

[80] Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 314.

ある[81]。更に、一連の問題の途中で示された、同年 5 月のプロイセン高等行政裁判所の判決においては、旗の掲揚は自治事務であること、そして行政規則や自治体監督という方法でも掲揚の強制はできないこと、行政規則によって国家事務を地方自治体に委任することはできないこと等が示された[82]。当該判決の後に、政府は緊急命令を発し、更に、プロイセン議会は法律として同様の内容を定めようとしている[83]。しかし、このような法律は、彼によれば、認められるものではない。これは私人に対してもゲマインデに対しても同様である。

プロイセン議会の目論見は、Tatarin-Tarnheyden によって以下のように定式化される。すなわち、「国家は、ゲマインデの固有の活動領域という今日まで自治事務であったものを、それ〔＝自治事務であったもの〕をその際、ゲマインデ諸機関に国家の委任事務として改めて委任するために法律だけによって要求する権利を有する（berechtigen）か否か」[84]という問題となる。この要求は、ワイマール憲法 127 条の規定が、法律によるならば自治の権利を制約することを認めているのであるから、これに適合する形式、「形式的法律またはこれ〔＝法律〕により明文上委任された法規命令という方法に基づいてのみ」[85]認められる。これは「法治国という基盤」[86]に基づけば自明のことである。立法者は、このような形式であれば、「自治という推定上の権利（das präsumtive Recht）」[87]を制約することが許される。

しかしながら彼によれば、127 条の認める法律であれば、立法者は如何なる内容をも定め得るというわけではないと言う。曰く、127 条には「実体法上の問題」[88]も残されている。Tatarin-Tarnheyden は以下のように問う。曰く、「立法者はそもそも、一方で自治にその固有の活動領域の事務を、完全に自由な意向に基づいて剥奪すること、他方で、その国家事務の何れであっても、委任事務として〔地方自治体に〕委譲する（übertragen）ことが可能なのであろうか」[89]。通説によれば、127 条は無内容であると考えているのであるから、そのような立法は認められる。しかし 127 条はそのような規定ではない。当該規定は、「領域団体（gebietskörperschaftliche）の自治の管轄領域（Zuständigkeitskreis）」[90]を規定している。更に、当該規定は「この管轄に関して、……領域団体の主観的公権を基礎づける」[91]。これ

---

[81] Vgl, Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 326 f.
[82] Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 327 f.
[83] Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[84] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[85] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[86] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[87] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[88] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[89] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[90] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.
[91] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329.

が、彼の言う 127 条の実体法上の内容である。

Tatarin-Tarnheyden によれば、127 条は「『ゲマインデの活動領域の普遍性(Universalität)』を憲法法上確立した」[92]規定である。そのため、「法律がこの自治への権利を制約していない限りにおいて、*地方の（lokale）*行政事務は、それまで当該領域団体の自治の事項である」[93]。そのため、立法者は単純法律により自治を制約し得るが、国家が対象としていない事務は地方自治体に認められた固有の事務とされる。そしてこのような管轄領域については、立法者は原則として動かし得ない[94]。この原則は法律という形式であっても覆すことはできない[95]。

したがって、彼の議論によれば、そもそもプロイセン議会の目指している法律は憲法に違反する内容であり、無効であるということになる。とはいえ、問題となっているのは、ゲマインデの公用物にライヒ旗を掲揚することであり、そのような内容の法律が 127 条の実体法上の内容と抵触しうるかということが問題となる。Tatarin-Tarnheyden によれば、しかし、このような内容も管轄領域の制約を意味する[96]。何故なら、「仮に原則的に国家それ自体が今日まで純粋な自治事務であったものを要求することが許されるとしても、しかし、立法者のこの自由は、地方自治体の固有の財産を自身で管理すること（der eigenen Verwaltung）にその諸々の制約を見出す」[97]からである。プロイセン政府が法律を通じて企てている任務の委譲には、その前提条件としてワイマール憲法 153 条の規定する公用収用が存在するからである[98]。

当該規定は、所有権と公用収用、そして所有権に付随する義務を、それぞれ 1 項から 3 項において規定する。そして第 2 項第 4 文は、ゲマインデ等に対してライヒが公用収用する場合においても、補償されねばならないと定めている。この規定から、Tatarin-Tarnheyden は以下のように考える。すなわち、「所有権（Eigentum）に関して、ゲマインデは――私法上の法人、所有権の『内容』と『諸制約』が、その他私法上の諸々の法人と全く同様に保障されている（ライヒ憲法 153 条 1 項）ところの財産権の主体としてのゲマインデ（Gemeindefiskus）である」[99]。したがって地方自治体の公用物に国旗を掲揚するという場面においては、「ゲマインデの法的地位は、私法上のそれに他ならない」[100]。そして私人に

---

92 Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
93 Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 329 f. 強調は原文。
94 Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
95 Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
96 Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
97 Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
98 Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330.
99 Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 330 f.
100 Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 331.

対しては、ワイマール憲法 118 条の意見表明の自由――制約のためには「一般的法律」が要求される――が保障されている[101]のであるから、「ライヒ憲法 3 条を、黒・赤・金を公民（Staatsbürger）の旗としても拘束力を持たせようと〔内容を〕拡充させるためには、……憲法改正が必要である」[102]。

Tatarin-Tarnheyden は以上のように、ワイマール憲法 127 条に実体法としての内容をも認める。地方自治体の活動領域の普遍性、そして管轄領域の変動に対しては、地方自治体は主観的公権を有する。これは、憲法上地方自治体に認められている権利を制約することを意味するからである。本論文で問題視されているプロイセンの行為は、仮に法律という形式でなされるものであっても、更に、上述の議論に乗らないとしても、認められない。何故なら、当該行為はゲマインデの所有権を制約するものだからである。結論からも明らかである通り、議論自体は論者の政治的立場と符合するものであり、所有権という場面においてはゲマインデも私法上の法人と全く同じ立場であるとする結論は些か性急に過ぎよう[103]。しかしながら当該議論においては、条文通りに法を運用することという従来の法治国の議論の他にも、127 条に「普遍性」の原則を見る点や主観的公権等、本稿で後に見る、現在のドイツにおける議論にも通ずる大変興味深い議論が看取されよう。

第 3 款　Fritz Stier-Somlo――自治積極説（2）基本権・主観的公権としての自治権と地方自治体の存立保障の議論

Stier-Somlo は、ワイマール憲法 109 条の解釈に関して著名な論者であるが、地方自治についても業績を残している[104]。彼は当初 127 条の解釈に意義を見出していなかったものの、

---

[101] 当該規定について、Tatarin-Tarnheyden は Rothenbücher の VVDStRL の報告から、「意見自体をその内容またはその普及の方法のために禁じ、または何らかの方法で制約する法律や諸々の行政措置は許容されない」と解している。Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 324 f.

[102] Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 325.

[103] 実際、彼は結論において、ドイツという国が初めて統一したのは黒・白・赤の旗の下においてのことであり、国民はその象徴によって恩恵を受けてきたと述べ、プロイセン政府の行為を批判している。Vgl. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. (Anm. 78), S. 332 f.; 336.

[104] 例えば参照、ペーター・ランダウ（森勇訳）「ドイツ帝国及びワイマール共和国におけるユダヤ出自の法律家」ヘルムート・ハインリッヒスほか（森勇監訳）『ユダヤ出自のドイツ法律家』（中央大学出版部、2012 年）199 頁、280-281 頁。なお、以下で見る雑誌論文においては、扱われた判例において主張された、編入されたゲマインデとその他のゲマインデ間の平等という問題についても言及されている。これは編入されたゲマインデ側が主張した内容であるが、Stier-Somlo は、ワイマール憲法 109 条は同じものを等しく、異なるものを異なって扱う規定であるとして、当該規定の援用を疑問視している。Vgl. Fritz Stier-Somlo, Der Reichsstaatsgerichtshof und das Grundrecht der Selbstverwaltung, in: AöR N. F. 19 (1930), S. 257.

プロイセンにおいて積極的に推進されていた地方自治体の区域変更の問題に端を発し、自説を変更し、当該規定から地方自治体の主観的公権が認められると主張するに至った。彼の議論は、わが国の先行研究においても既に批判がなされているところではあるが[105]、ワイマール共和国において当該規定に積極的な意義を認めた少数説の代表的論者であると位置づけられていたこと[106]、更に議論を変更した論拠として――後に検討する C. Schmitt の議論にも登場する――自由主義的・個人主義的法治国が挙げられていることから、本稿においても検討する必要が認められよう。

まず、Stier-Somlo の当初の議論を概観する。彼によれば、自治の問題はゲマインデ制度に関する根本的な問題であり、国家とゲマインデの関係の問題は解決されなければ課題である[107]。しかしながら憲法の定める自治を重視していないことからも、当初の議論においては自治という概念そのものに重きが置かれていない[108]。

ライヒ憲法上の自治、すなわち 127 条について、彼は以下のように述べている。曰く、「この法律規定がゲマインデの具体的な主観的権利にとって無価値であることは、今日、一般的に承認されている。何故なら、ライヒと国家は常に、例の留保された諸制約を引く立場にあり、その結果、自治から、実際には殆ど、何か残されている必要がないからである」[109]。このように述べた上で、当該規定の意義は、「*地方権（pouvoir municipal）の拒絶*」[110]にあると言う。すなわち、フランス革命の理念に起源を持つ、ゲマインデの独立した作用領域という見解や、これまた 18 世紀の自然法的な、ゲマインデも個人と同様に、国家から導出されるのではない固有のそして不可侵の基本権を有するという見解を否定したということが、憲法上明示されていると述べるのである[111]。ドイツにおいては 19 世紀の憲法において地方自治体に自治の権利を承認することで地方権という基本権が受容されそうではあったものの、「*今日妥当するライヒ憲法と諸々のラント憲法は、例の理念にほとんど表現を与えなかった*」[112]。むしろ 19 世紀・20 世紀のドイツ法では、「ゲマインデとゲマインデ連合は、その時々に妥当する国家立法が規定する*限りでのみ*、〔それらに〕*固有であり*、その本質目的から判明するところの*活動領域*を有するに過ぎない。掲げられた諸権利は、譲渡不能な形で

---

105 参照、石川・前掲注 71）142-149 頁。
106 Vgl. Anschütz, a. a. O. (Anm. 58), S. 584.
107 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 124.
108 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 125. 彼は当該論文で、必要な限りにおいて自治概念に言及するに過ぎないとしている。
109 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 130.
110 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 131. 強調は原文。
111 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 131.
112 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 132. 強調は原文。

（unveräußerlich）、ゲマインデに与えられているわけではない」[113]。

しかしながら、この見解は「ゲマインデに独立した存在権（Daseinsrecht）を拒むだけでなく、その全ての活動を国家の委譲（Staatsübertragung）に帰する」[114]見解とも異なる。そうではなく、彼によれば、以下のように解すべきである。すなわち「1. ゲマインデの自治はドイツにおいても、形式的に（formal）官僚主義的中央集権（der bürokratischen Zentralisation）の反対物として評価され貫徹されたということ、そして 2. それ自体不正確ではあるが、ゲマインデの自治を……経済的自治でしかないとする〔説〕も、〔ゲマインデの自治を〕ゲマインデ住民（Gemeindevolk）を名誉職的に代表する（Vertretern）ことによる動員という意味におけるゲノッセンシャフト理念も、〔ドイツのゲマインデの自治に対して〕決定的な影響を与えた」[115]とする。とは言え、あくまで新憲法は地方権思想を拒絶し、「ゲマインデは始源的ではなく導出した高権的権力を与えられており、その効果の程度と意義は国家の立法に左右される」[116]ものであることを明らかにしたと理解される。

Stier-Somlo は以上のように、ライヒ憲法 127 条に、主に地方権思想の拒絶であることという意義を見出す。そして当該規定により、ゲマインデは国家由来の高権的権力を行使することが認められ、当該権力は国家の立法によって規定されるとする。但し、それは全ての活動を国家に負っているものではない。このような見解は、しかし、以下のように地方自治体に主観的公権を認める主張へと変容する。後の著作において、彼は従来の議論とは対照的な出発点に立脚する。このような主張は、国事裁判所の判例批判等を通じて展開されており、以下で見る著作も、第 1 には実質的に制度体保障論を採用したとされる 1929 年 12 月 10・11 日判決の 127 条解釈を批判する文脈で執筆されたものである。

Stier-Somlo によれば、ライヒ憲法 127 条によって規定されていることから、ゲマインデとゲマインデ連合は、その存立（Existenz）を原則的に保障されていると解する[117]。その理由は、まず、「憲法保障が一つの意味を有すべきである」[118]という前提に立脚した上で、ゲマインデとゲマインデ連合は、他の領域なき社団（gebietslose Körperschaft）[119]とは異なり、まさに明示的に自治の権利が保障されていることを挙げる。彼によれば、127 条の規定それ

---

113 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 132. 強調は原文。
114 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 133.
115 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 133.
116 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 2), S. 133 f.
117 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 261.
118 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 261.
119 Stier-Somlo によれば、地方自治の他に、社会保険に関する自治団体、ワイマール憲法 156 条の規定する経済的企業の自治が認められている。Vgl. Fritz Stier-Somlo, Universitätsrecht, Selbstverwaltung und Lehrhreiheit, in: AöR N. F. 15 (1928), 370 f.

自体が、地方自治体の自治は他の領域なき社団のそれと比較し、優遇されている[120]。したがって、前者の自治は後者のそれよりも広く保障されていなければならないと解される。そしてそのことから、「領域なき社団の権利を超え、そして少なくとも更なる存立(Weiterexistenz)と関係せねばならぬところの権利の存在」[121]が見出されるのである[122]。そして地方自治体の編入という事例は、明らかに、制度体保障の言う自治権の廃止や単なる制約以上に地方自治体に重大な影響を及ぼすのであるから、国事裁判所の明示する命題と矛盾すると結論づける[123]。

この論理の基盤は、Friedrich Glum との論争において明確化されている。Glum は自らの立場を以前の Stier-Somlo の議論と一致しており、127 条は「その法学的な意義において、そもそも今日まで十分に承認されてこなかった」[124]とする。そして当該規定を地方自治体に対して基本権を付与する規定と解することはできず、寧ろワイマール憲法第 1 篇の共和国の構造を規定する条文の一つと解すべきであると述べる[125]。「何故なら、127 条において憲法によって確認されることは、ドイツライヒにおいてはゲマインデとゲマインデ連合もドイツの国家構造の、ドイツの国法の本質的な構成要素を形成しており、したがってゲマインデとゲマインデ連合ではない曖昧な形態（Gestalt）ではなく、自治の権利を有するそのような〔地方自治体〕によって」[126]ライヒが形成されることを規定しているからである。H. Preuß の念頭や「憲法制定委員会は明らかに自由主義的法治国理論の影響の下、国家に対するゲマインデとゲマインデ連合の保護欲求（Schutzbedürfnis）に、『制度体保障』……を創設することで……妥協しなければならないと感じられた」[127]ため、当該規定が基本権の部分において規定されるに至った。しかしこのことは実際に基本権の部分で規定されていること全てに等しく（gleichmäßig）基本権が認められているという結論を導出しないと言う[128]。

---

120 Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 260.

121 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 261.

122 以上の議論はあくまで「原則」である。Stier-Somlo は、例えば小さなラントゲマインデを編入することに反対したり、そのようなゲマインデに無条件に区域変更に対する抵抗の権利を与えたりすることを是としたわけではない。ラントゲマインデ法・都市法の規定する区域変更は、関係する地方自治体の同意または公益が存在していることを要件としているところ、1927 年に制定された法律が、実質的にこのような要件を骨抜きにし、法律や国務院等の議決により、「合目的的でない」という恣意的な主張によってもゲマインデの区域が変更されてしまう点を問題視していたのである（Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. 〔Anm. 104〕, S. 261-265)。

123 Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 259.

124 Friedrich Glum, Das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände nach Art. 127 der Reichtsverfassung, in: AöR N. F. 17 (1929), S. 380.

125 Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 381.

126 Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 381.

127 Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 385.

128 Vgl. Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 385.

この議論に対して、Stier-Somlo は今や、以下のように反論する。曰く、このような議論は「無条件に誤り」[129]であると。まず Stier-Somlo は、歴史的に「自治の権利は……常に主観的公権と考えられ、承認されてきた」[130]点、そして Glum の挙げた論拠、すなわちワイマール憲法の制定者も、国家に対するゲマインデ・ゲマインデ連合の保護の必要性を認識していたという点から、当該規定においても主観的公権が推定されると言う[131]。更に、Stier-Somlo は、「Glum のもとで自由主義的法治国理論が 127 条の成立に関して決定的と承認される」[132]ことから逆に、「自治の基本権を、ライヒ憲法やプロイセン憲法を含めた基本権の宣言以降以降の関連する全ての規定の成立と意図に応じて、法治国理論という自由主義的・個人主義的な見解という意味においてと異なって考える」[133]者にこそ、論証が必要であると述べた。

以上のように、自説を変更した後の Stier-Somlo の見解によれば、以下のような論拠から、地方自治体は自治という基本権・主観的公権に基づいて、国家に対する保護を得ることができる。これは地方自治が歴史的に承認されてきたことと、何よりも憲法制定者の意思に基づくとされている。後者について換言するならば、憲法制定者が自由主義的法治国理論によりゲマインデとゲマインデ連合の法的な保護の必要性を認めたことが、Stier-Somlo の、127 条に主観的権利を認めるべきという議論の何よりの論拠となっている。論敵 Glum によれば、憲法制定者の意思に由来する「基本権」解釈は最早維持し得ない[134]上、そもそも憲法制定者も当該規定を「自治の――換言するならば組織形式（Organisationsform）と任務領域の――保護」[135]として規定したとされる。憲法制定者の意思についての解釈問題となっているこの論争からは、しかし、何れの立場においても、ワイマール憲法 127 条が制定されるにあたっては国家と地方自治体の衝突が想定されており、そのような対立においては、法治国という論理から、地方自治体を保護する必要性が存在していることが認識されていたという共通の認識が存在していることは明らかであろう。

第 4 款　Hans Kelsen――自治消極説（1）国と地方自治体の争訟＝権限紛争理解の議論

---

[129] Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 266.
[130] Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 266 f.
[131] Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 267.
[132] Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 267.
[133] Stier-Somlo, a. a. O. (Anm. 104), S. 267.
[134] Vgl. Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 381.
[135] Glum, a. a. O. (Anm. 124), S. 386.

Kelsen は、ワイマール共和国における地方自治に対して、かなり消極的な態度を示していた[136]。その理由は、大別すると、第 1 に、ワイマール憲法 17 条が定めるように、地方自治体がその議会において民主的正統性を備えるようになると、当該議会で形成された意思が、共和国レベルで形成された意思を地方自治体が民主主義的な議会を備えるに至ったワイマール共和国において、前者が部分意思として、共和国レベルの一般意思を貫徹する際の妨げとなる場合が考えられること、そして第 2 に、地方自治体の民主化により、行政が遵守すべき合法律性の要請が満たされなくなるおそれが生ずることである。そもそも、彼によれば、地方自治体は国家に対してあくまで部分的な存在に過ぎない。したがって地方自治体と国家の間の争訟は権限争いであると捉えられる。とはいえ、そのような争訟を否定するというわけではない。

Kelsen によれば、社会秩序において、社会の意思形成は一般規範と個別行為の 2 段階に区別され、展開される[137]。国家に引き直すと、これは議会という立法機関での一般的規範の創造と、司法と行政を一括したところの執行という、国家の個別的な行為を形成する過程に、区別される[138]。立法は、「(相対的に) 自由な意志形成」[139]である一方、執行は、立法機能とは異なり、「(相対的に) 拘束された意志形成であ〔り〕、……その本性上合法律性 (Gesetzmäßigkeit) の観念の支配下に」[140]なければならない。したがって、立法と執行という両機能の相違から、立法において望まれる民主化は、執行においては適合しないと結論づけられる。Kelsen によれば、合法性原理と民主主義原理は大きな団体で衝突するため、中級・下級執行機関が形成される[141]。そしてこれら中級・下級の執行機関は、例えば邦や郡であるが、「その区域の行政が (民主主義の理念に従って) 住民に選挙された議会 (Kollegien) に委任されて」[142]活動する場合、「その自治体においては (特にその政治的構成・多数派が

---

136 なお、わが国においても、宮沢俊義教授は、憲法の定める地方自治、そして地方議会について、国家レベルの民主化を達成する手段として位置づけていたように思われる (宮沢俊義「地方自治の本旨について」同『公法の原理』〔有斐閣、1967 年〕、275 頁)。曰く、「日本国憲法の地方自治は、……民主政治の地方的表現と考えられて」おり (277-278 頁)「国の政治体制において民主政治が確立され、国民参政が全国的規模でじゅうぶんに実現されている場合にあっては、Government by The People を地方について特別に強調する根拠がそれだけ小さくなってくると思われる」(281 頁) とされる。そして論文の最後には、自治権を「地方エゴイズムを理由づけるために使われるようなことがあってはならない」と述べられている (283 頁)。以下で見るように、地方自治を国民主権に対する異物として捉える傾向のあるこのような議論は、Kelsen に影響を受けたものとも考え得る。しかしながらこの点を検討することは他日を記す他ない。

137 参照、ハンス・ケルゼン (長尾龍一ほか訳)『民主主義の本質と価値』(岩波書店、2015 年) 91 頁。

138 ケルゼン・前掲注 137) 91-92 頁。

139 ケルゼン・前掲注 137) 92 頁。強調は原文。

140 ケルゼン・前掲注 137) 92 頁。強調は原文。

141 参照、ケルゼン・前掲注 137) 93-94 頁。

142 ケルゼン・前掲注 137) 92 頁。強調は原文。

中央議会と異なっている場合には)、その行為の合法律性が最高の目的とはみなされ」[143]なくなる。そのため、そのような自治体においては、合法律性、すなわち中央で法律という規範として制定された国民意志に逆らう可能性が大いに存在するどころか、「必至だと言ってもよい」[144]。したがって「民主的に組織された執行機関の活動、つまり自治体の活動を、法律違反となる危険領域から可能な限り遠ざけるべき」[145]という帰結が導かれる。したがって、Kelsen によれば、このような状況で保障されるべきは、自治体の活動の合法律性である。彼によれば、自治体の活動を「法律の容認する自由裁量の範囲に限定する必要がある」[146]。もしも法律違反が生じた場合には、「執行の合法律性を保障するための諸々の統制制度」[147]であるところの行政裁判所と憲法裁判所が利用されねばならない。したがって自治体の活動、そしてそれを含むところの執行については、政党の影響の排除、「『脱政治化』の要求」[148]こそが適切であるとする。

Kelsen は、明確に「法治国」を拒絶しているのではあるが[149]、国家と地方自治体の争訟を完全に否定しているわけではない。彼によれば、地方自治体を含む「自治行政団体を構成する部分秩序の通用の根拠は、国家の綜体領域に通用する中央秩序であること」[150]であるから、「市町村の行政行為は、……全部の統一体としての国家に帰属させられなければならず、国家に対しては、市町村は、国家の委任によってのみ存するので、国家の機関でありまた部分であるにすぎない」[151]とされる。したがって、自然法的観念による、市町村の固有の活動範囲を認める説は否定するが、Kelsen によれば、第 1 に、「『国家』を立法権と解すれば、……法律によって規定される市町村の権限を、法律によって制限したり拡張したりするのはなんら支障がない」[152]。一方、「『国家』を中央執行機関と解すれば、……右の機関が他の機関の法律上の権限を侵してはならないことを意味し、したがって行政の法律適合性の原理の適用にすぎない」[153]。とはいえ、実定法上の規定により、「通常は、中央機関の侵害に対して、私的当事者に認められるように、市町村にも訴願権」[154]が認められる。そのため、中央機関による侵害に対して、市町村は当該訴願に基づき、「行政手続で、中央行政官庁お

143 ケルゼン・前掲注 137）94 頁。強調は原文。
144 ケルゼン・前掲注 137）94 頁。
145 ケルゼン・前掲注 137）96 頁。
146 ケルゼン・前掲注 137）96 頁。強調は原文。
147 ケルゼン・前掲注 137）97 頁。強調は原文。
148 ケルゼン・前掲注 137）99 頁。
149 参照、ハンス・ケルゼン（清宮四郎訳）『一般国家学（改版）』（岩波書店、1971 年）72 頁。
150 ケルゼン・前掲注 149）306 頁。
151 ケルゼン・前掲注 149）306-307 頁。
152 ケルゼン・前掲注 149）312 頁。
153 ケルゼン・前掲注 149）312-313 頁。
154 ケルゼン・前掲注 149）313 頁。

よび行政裁判所に対して」[155]裁定を求めることが可能である。これはまさしく「市町村機関の法律上の権限保護のため」[156]の「権限争議」[157]であり、市町村以外であっても、官庁間の権限争議として裁判所における裁判として一般的に見られるものである[158]。

以上のように、Kelsen によれば、地方自治体は活動領域の区別がなされることなく、一般的に国家の部分として存在するものに過ぎない。また、当該自治団体も行政、とりわけ執行という機能を有するものであるから、法律適合性という観点で制約される存在である。しかしながらこれらのことは国家と地方自治体の間の権限争訟を否定する論拠とはされていない。寧ろ国家の法律適合性を要求する手続として、行政裁判所による権限争議という保障が認められているのである。このような意味において、Kelsen の議論は、「法治国」という名称を拒絶している点に特徴があるものの、内容的には行政の法律適合性を求める議論であり、客観法維持の要請を含んだ議論の一つであると数えられよう。

第 5 款　Carl Schmitt——自治消極説（2）立法に対する権限画定の議論と、国事裁判所における争訟解決批判の議論

地方自治体は、ワイマール憲法 17 条 2 項という新たな規定を獲得したが、しかしながら地方議会が政治化、政党化する傾向は、19 世紀末、第一次世界大戦以前から見られるものであった[159]。このような地方自治体の政党化に始まり、地方自治の意義、ワイマール憲法 127 条の法的意義を認めることに一貫して消極的であった論者こそ、C. Schmitt であった。彼の議論が地方自治に対して消極的であったことは、上述した積極的な論者とは対照的に、地方自治を正面から扱ったのではなく、あくまでワイマール憲法第 2 編の議論の一つとして展開されたものであることからも、示唆されよう。彼の議論は、論文でも示されている通り、実質的に国事裁判所の判例へ採用された[160]ばかりか、後に述べる通り、戦後——無論現在に至るまで——ドイツ公法学における地方自治論の基盤となっている。そのため、議論の検討が不可欠であろう。更に本稿の課題との関係で言うならば、彼の議論は法治国を基盤としているため、法治国という観点からも、Schmitt の議論を検討する必要があろう。

---

155 ケルゼン・前掲注 149）313 頁。
156 ケルゼン・前掲注 149）313 頁。
157 ケルゼン・前掲注 149）313 頁。
158 ケルゼン・前掲注 149）313 頁。
159 Vgl. Rebentisch, a. a. O. (Anm. 2), S. 88.
160 Vgl. Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. unveränderter Nachdruck, 1973, S. 145.

Schmitt は、憲法概念を議論の出発点とする[161]。そして憲法の理想概念は、市民層が展開した闘争の過程において生じたとする。すなわち、このような闘争の結果、18 世紀以降以降は成文憲法典という形で、市民的自由が保障され、権力が区別されているという要請を満たすもののみが「憲法」と認められ[162]、今日においてもこの理想概念は変わっていないとするのである[163]。市民的法治国理念に基づいた憲法は、「国家の組織づけが、国家権力に対して批判的で消極的な見地――国家権力の濫用に対する市民の保護――から行われる点」[164]に特質があるとされる。換言するならば、「この憲法の意味と目標、この憲法のテロス〔が〕、まず第一に、……国家権力の濫用に対する市民の保護である」[165]ものが、近代の市民的法治国的憲法である。この憲法においては、「市民的自由の根本理念」[166]から、無制限の個人の自由と原理的に制約されている個人の自由に対する国家の介入権能を意味する「配分原理」[167]と、「配分原理の実施に役立つ」[168]ところの、「(原理的に限定された) 国家の権力〔を〕分割〔し〕、画定された諸々の権限の体系において把捉」[169]する「組織原理」[170]という 2 つの原理が存在する。そしてこれらの原理は、前者については「一連のいわゆる基本権、または自由権」[171]として、そして後者は「いわゆる権力分立」[172]として表現される。そして Schmitt によれば、ワイマール憲法もまた、第 2 編において配分原理を、そして「第 1 編の組織法的諸規定の根柢」[173]等から、立法・行政・司法という権力の区別を前提としていることが判明するとされる。

Schmitt はこのような議論に基づき[174]、基本権を定めるワイマール憲法第 2 編[175]の規定を体系化してゆく[176]。曰く、ワイマール憲法第 2 編には、「自由を保障するもの

---

161 この点の意義については、参照、林知更「危機の共和国と新しい憲法学」同『現代憲法学の位相―国家論・デモクラシー・立憲主義』(岩波書店、2016 年) 17 頁、19 頁。
162 参照、カール・シュミット (尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社、1972 年) 46-50 頁。
163 参照、シュミット・前掲注 162) 51 頁。
164 シュミット・前掲注 162) 51 頁。強調は原文。
165 シュミット・前掲注 162) 158 頁。
166 シュミット・前掲注 162) 159 頁。
167 シュミット・前掲注 162) 159 頁。強調は原文。
168 シュミット・前掲注 162) 159 頁。
169 シュミット・前掲注 162) 159 頁。強調は原文。
170 シュミット・前掲注 162) 159 頁。強調は原文。
171 シュミット・前掲注 162) 159 頁。
172 シュミット・前掲注 162) 159 頁。
173 シュミット・前掲注 162) 162 頁。
174 参照、シュミット・前掲注 162) 161 頁。
175 Schmitt によれば、精確には憲法第 1 編に配置された基本権規定も存在する。参照、シュミット・前掲注 162) 200 頁。
176 参照、シュミット・前掲注 162) 161 頁。

（Freiheitsverbürgungen）」[177]と、そうではない規定が混在している。前者は「受け継がれてきた、すなわち市民的・法治国的な性質の基本権」[178]であり、後者はそうではない諸々の規定を意味する[179]。Schmitt によれば、「市民的法治国における基本権とは、もっぱら、前国家的かつ超国家的権利とみなされうるような・国家がその法律に応じて賦与するのではなく、国家以前に与えられたものと認めて保護し・これに対して国家は原理的に可測的な範囲に限り、規律された手続においてのみ侵害しうるような諸権利」[180]のみを指す。したがって、「本来の意味の基本権」[181]、「真正の基本権」[182]は、第 1 に、「本質的に自由な個人の権利であり、しかも彼が国家に対して有する権利」[183]、例えば良心の自由や人身の自由のような権利、そして第 2 に、権利行使の態様によっては政治的性格が認められ、「規制と規律とが必要となる」[184]ものの、「その個人が単純な社会性という非政治的な状態」[185]であり続ける限りにおいて「なお、真正の基本権とみなされねばならない」[186]権利、例えば意見表明の自由や結社の自由のような権利のみを指す。これら真正の基本権は、配分原理により、「法律による侵害は例外」[187]的な状況である。真正な基本権であることの法的な帰結は、第 1 に、当該基本権を制約・侵害する際には、「法律、すなわち一般的規範の根拠に基づき、法律適用の行為により、これを行うことができる」[188]こと、第 2 に、この基本権を「完全に廃絶すること」[189]は、憲法改正規定たる 76 条によっても不可能である。したがって真正な基本権は、法律を適用する官庁、立法者、そして憲法改正権限を有する者に対して拘束力を有するということになる[190]。その一方で、「民主政的な国家公民権」[191]、「国家の積極的給付を求める諸個人の本質的に社会主義的な諸々の権利」[192]は、真正の基本権と異なり、共に原理的に限定されている[193]。そして更に、基本権として規定されているものの中には、「憲法律の規定に

---

177 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 142.
178 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 143.
179 参照、シュミット・前掲注 162）161 頁。
180 シュミット・前掲注 162）203 頁。強調は原文。
181 シュミット・前掲注 162）204 頁。
182 シュミット・前掲注 162）206 頁。
183 シュミット・前掲注 162）204 頁。強調は原文。
184 シュミット・前掲注 162）205 頁。
185 シュミット・前掲注 162）205 頁。
186 シュミット・前掲注 162）205 頁。
187 シュミット・前掲注 162）206 頁。
188 シュミット・前掲注 162）220 頁。強調は原文。
189 シュミット・前掲注 162）220 頁。
190 参照、シュミット・前掲注 162）221 頁。
191 シュミット・前掲注 162）210 頁。
192 シュミット・前掲注 162）211 頁。強調は原文。
193 参照、シュミット・前掲注 162）210 頁、211 頁。

よって、一定の制度に特別な保護」[194]を与えるものが存在する。これこそが、「制度的保障」[195]である。このような制度を憲法律において保護した目的は、「単純な立法の方法での廃止を不可能にする」[196]点にあり、「個人や法人の主観的権利が結びついている場合でも、基本権があるのではない」[197]。1928 年の段階においては、例えば地方自治規定、官吏法規定、婚姻等が制度的保障として認められていた[198]が、これらは全て、何らかの意味における団体という点で――但し、その際、職業官吏制のように法人格の有無は問われない[199]――共通している。団体は、近代国家の以下の性質から、基本権を有し得ない。曰く、「近代国家は完結的な政治的統一体であり、その本質上、……自己のうちにある他の一切の状態を相対化する全体的な状態である」[200]。それ故、「近代国家は、自分自身のうちに、自己に先立ってまたは自己をこえて存在した・それゆえ自己と同権の公法上の状態を承認することはできないし、自己を超えて、または独立に相並んで国家の領域に立ちはだかる中間項を承認することもできない」[201]。そのため、「国家の内部では、自然的または組織された団体の基本権というようなものは、ありえない」[202]と結論づけられる。これらの団体は、制度として憲法律上保障されているに過ぎない。ワイマール憲法第 2 編において、上述した個々人の自由権以外の規定は、したがって、真正な基本権ではない[203]。

それでは、制度として保障される法的意義は何か。当該保障は、上述したように、権利主体性、主観的権利の有無、請求権を主張し得るかという点について非常に異なっている[204]。例えば、ワイマール憲法 130 条の規定する「真正の制度的保障の例」[205]であるところの職業官吏制は、その規定、例えばワイマール憲法 129 条 1 項第 3 文等から、官吏は主観的権利を有するとされるが、出訴の途が開かれている場合であっても、それはあくまで「官吏の私的利益のためではなく、職業的官僚の制度そのもののため」[206]のものである。とはいえ、主観的権利も、訴求の道がひらけていることも、制度的保障の本質には属しない」[207]。

---

194 シュミット・前掲注 162）212 頁。
195 シュミット・前掲注 162）212 頁。Vgl. Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 143.
196 シュミット・前掲注 162）212 頁。
197 シュミット・前掲注 162）212 頁。
198 参照、シュミット・前掲注 162）213-215 頁。
199 参照、石川・前掲注 71）151 頁。
200 シュミット・前掲注 162）216 頁。
201 シュミット・前掲注 162）216 頁。
202 シュミット・前掲注 162）215 頁。
203 参照、シュミット・前掲注 162）224 頁。
204 参照、シュミット・前掲注 162）215-216 頁。
205 シュミット・前掲注 162）214 頁。
206 シュミット・前掲注 162）215 頁。
207 シュミット・前掲注 162）215 頁。

それでは、127 条についてはどうか。Schmitt によれば、127 条は、「自治行政の制度は国の憲法律によって保障されており、したがって、市町村自治の制度そのものを廃止することは許されず、実質的な内容において市町村自治を消滅させるか、またはその本質的な存立を奪うような法律はすべて、国憲法に違反する」[208]ということを意味し、「地方団体の意志に反しても、邦の法律によって合併することは可能である」[209]。127 条は「制度の担い手としての公法上自立した*権利主体*」[210]を認めているが、しかし他方で、主観的権利の存在は認められない。職業官吏制と異なり、このような帰結が導出されるのは、ワイマール憲法が地方自治規定を、127 条という規定ぶりで定めたからに他ならない[211]。曰く、「地方団体および地方団体連合は、たんに主観的権利を伴わない制度的保障を手に入れたにすぎないが、これ等に主観的権利を賦与することは可能であったろう」[212]と。

既に指摘されているように、Schmitt のこの議論は、後に制度体保障論、法制度保障論として、公法・私法分野においてそれぞれ区別され、精緻化される[213]。そして、当時の学説において「恐らく最も制度体保障として承認されている」[214]とされたのが、127 条の解釈である。そして上述した Anschütz のコンメンタールの解説に対する批判において、以下のように述べている。第 1 に、制度体保障解釈は、「自治という制度体保障の意味において、それ等が歴史的な展開において性格上そして本質的として生み出されたよう〔な〕ある典型的な諸徴標が、この保障の方法により、単純法律制定者による除去から守られるべきであるということが含まれている」[215]と述べる。例えば立法者は、ゲマインデの組織、活動領域、国家監督に関しても、一定の拘束を受ける。すなわち、「自治体のあらゆる任務の指揮を国家の委員（Podestà）に委譲すること、……ゲマインデが国家監督……の下でその固有の財産を管理する権利を除去すること、……住民が 1 万人以下または 10 万人以下の全てのゲマインデを簡単に最も利確の大都市に編入する法律」[216]を制定することは、国事裁判所の定式で言うところの、自治が制約されているのみならず廃止・除去されているような事例であり、ライヒ憲法上認められない。そして第 2 に、コンメンタールでは限界づけの困難さと限界が存在しないことが推論されているようであるが、そうではない。今日の公法学においては、「極端な事例が生じた時、そして単なる制約の代わりに地方自治の除去が齎されるのか区

---

208 シュミット・前掲注 162）213 頁。
209 シュミット・前掲注 162）213 頁。
210 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 149. 強調は原文。
211 Vgl. Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 149.
212 シュミット・前掲注 162）215-216 頁。
213 Vgl. Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 143. 参照、石川・前掲注 71）4 頁。
214 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 143.
215 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 146.
216 Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 147.

別し得ない程には混乱していない」[217]とされる。興味深い点は、Schmitt 自身、戦後のドイツで問題となった以下のような事例を想定していることである。すなわち、立法者が、「ある制度をこっそりと空洞化し、空疎化するような、制度体保障がそれから守り得ないところの方法」[218]を採ることは、「社団（Körperschaft）の性質や構成次第で、適切にもまずいものとなり得る」[219]。しかしこのような状況は、立法者が「憲法の規定する保障を迂回し、徐々に弱らせるという計画的に悪い意思の下」[220]で動いている状況であり、そのような状況下では、憲法上の保障の実際上の意義は失われてしまっている。そのような状況がしかし、実際の生じてしまうかどうかという点について、Schmitt は判断を留保している[221]。

以上のように、Schmitt は市民的法治国的憲法概念からワイマール憲法第 2 編の体系化を行い、近代国家の性質から、団体は制度として憲法律上保障されるに過ぎないという制度体保障の議論を展開した。それはあくまで、単純法律上の除去や空洞化から当該制度を保護するという議論に過ぎなかったし、制度であれば主観的権利を保障されるという議論でもない。それでは、このような議論は如何なる法的意義を有するのか。この点が、Schmitt の議論における次なる課題である。予め結論を述べるならば、彼の議論は地方自治体に主観的権利を認めないというものではあるものの、地方自治体と国家の争訟そのものを否定していたわけではない。

Schmitt によれば、真正の基本権以外の「他の一切の権利は、いかに重要と考えられ、いかに強い保障と誓約を伴って憲法律的規律のなかに取り入れられていようと、つねにただ原理的に限定された権利を賦与しうるにすぎない。これは、すべての制度的保障についてあてはまる」[222]と述べる。制度的保障は、「単純な立法に対する特別な保護」[223]でしかない。制度的保障は、真正の基本権の保障とは異なり、更に、配分原理に基づくものではないため、「あらかじめ定められた・可測的な・一般的でコントロール可能な規律の留保は、……無意味である」[224]とされる。しかしながら、このことは制度的保障の意義が小さいことを必ずしも意味しない。何故なら、「これ等の保障は立法権能の濫用に対する特別の保護、権力の区別を確保し、法治国的法律概念を維持するための特別の保障を意味する」[225]からである。

Schmitt によれば、市民的な闘争の過程で得られた法治国概念は、「権力国家に対する対

---

[217] Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 148.
[218] Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 148.
[219] Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 148.
[220] Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 148.
[221] Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 149.
[222] シュミット・前掲注 162）224-225 頁。
[223] シュミット・前掲注 162）223 頁。
[224] シュミット・前掲注 162）224 頁。
[225] シュミット・前掲注 162）224 頁。

立物を意味」[226]し、法秩序の維持のみを目標とする国家である。そしてその後の要請等を踏まえた結果、「真の法治国」[227]においては、市民的自由の諸原理や法の保護だけではなく、以下のような「組織上の識別基準」[228]に合致することが求められている。第 1 に、「個人の自由の領域への侵入が法律の根拠に基づいてのみ行われうる」[229]こと、第 2 に、国家の全活動がコントロール可能であるという根本原理に基づき、国家「の全活動が、余すところなく精密に画定されたもろもろの権能の総体」[230]として把捉されていること、第 3 に、民事・刑事事件に限られない「行政の裁判官によるコントロールを具え」[231]ていることが必要であると考えられる。本稿の課題との関係で重要な点は、無論第 3 の点である。これは法治国を要求する市民が、「国王の政府の本来の権力手段、すなわち行政を担当する官僚の裁判官によるコントロール」[232]にも関心を有していたため、真の法治国の一要素となったものである。この要請は、行政に関する紛争も民事裁判所へ持ち込まれるべきとされる司法国という要請にもなり得るが、「より重要な政治的生活を有」[233]しているプロイセンにおいては、Gneist の影響から、特別の行政裁判所という形の徴標となった。したがって、Schmitt によれば、「今日の理解によれば、行政法の領域について、独立の裁判官をもち・裁判形式の手続で裁定を行なう特別の裁判所が行政裁判所として組織されてい」[234]ることが、真の法治国としての徴標の一つとして要求され、1883 年 7 月 30 日法が列記主義によって規定しているプロイセンにおいても、この要求は最低限満たされていると評価されている[235]。

なお、Schmitt は、幾つかの論文において、地方自治体と国家が相争う場合について、国事裁判所への出訴を批判している。彼によれば、「真の憲法係争」[236]、すなわち何よりも法的な諸規範の存在しない場面において司法が判決を示すということ、司法の政治化が何よりも危惧される[237]。このような事例を含め、国事裁判所は様々な事例において、憲法を保障するための裁判所として機能させられおり[238]、自らワイマール憲法 19 条を拡張解釈して管

---

[226] シュミット・前掲注 162）163 頁。
[227] シュミット・前掲注 162）164 頁。
[228] シュミット・前掲注 162）164 頁。強調は原文。
[229] シュミット・前掲注 162）164 頁。強調は原文。
[230] シュミット・前掲注 162）164 頁。
[231] シュミット・前掲注 162）165 頁。強調は原文。
[232] シュミット・前掲注 162）165 頁。
[233] シュミット・前掲注 162）166 頁。
[234] シュミット・前掲注 162）166 頁。
[235] 参照、シュミット・前掲注 162）166-167 頁。
[236] シュミット（田中浩ほか訳）「憲法の番人（1929 年版）」同『大統領の独裁』（未来社、1974 年）124 頁。
[237] 参照、シュミット・前掲注 236）113 頁。
[238] 参照、シュミット・前掲注 236）113 頁。

轄を拡張している[239]。これは憲法係争のみならず「憲法自体の本質にも抵触し、変更をきたす」[240]ものとなってしまうために批判されている。Schmitt によれば、憲法係争とは「直接的な憲法上の諸権限、諸権力の担い手相互間にのみ」[241]、例えばライヒや邦、一邦内部における議会と政府において生じ得るものである[242]。そうであるにもかかわらず、国事裁判所は、「一個人もしくは、国家に従属する一団体の、公的-法的諸利益の保護」[243]、すなわち行政裁判の問題にまで管轄を拡張してしまった。このような争いは「その本質からして、行政裁判」[244]であるとされる。したがって、Schmitt によれば、行政裁判所において解決されるべき紛争を国事裁判所において争うことが、ここで批判されているに過ぎない。寧ろ彼の法治国の見方からするならば、地方自治体と国家の争訟は、前者の主観的権利を争うものではないが、行政裁判所において行政の法律適合性がされるということが要されるから、まさに地方自治規定の客観的保障として認められるべき争訟ということになろう[245]。この点に鑑みるならば、Schmitt の議論もまた、客観法維持の要請を前提とした議論であると位置づけられ得る。

第 6 款　Ernst Forsthoff——制度体保障論の継承と精緻化の議論

ワイマール共和国末期に地方自治に関して議論を展開した代表的な論者の一人の説[246]として、Forsthoff の議論を確認する。当該論者は、Schmitt も認めるように[247]、師の展開した制度体保障論——勿論、彼独自の議論としてではあるが——に則った議論を展開し、更に、Schmitt の示さなかった、実際に生じていた地方自治の諸問題に関する処方箋を示していた。また、以下で検討するように、当該説において展開されている、地方自治体の位置づけという観点からのワイマール憲法 127 条解釈は、戦後においてなされた地方自治体の位置づけの変容とも関連し、後に見る戦後における地方自治保障の展開を先取りしている部分も存在する。そのため、以下、Forsthoff の議論を確認する。

---

239 参照、シュミット・前掲注 236）98 頁。
240 シュミット・前掲注 236）150 頁。
241 シュミット・前掲注 236）164 頁。
242 参照、シュミット・前掲注 236）157 頁。
243 シュミット・前掲注 236）164 頁。
244 シュミット・前掲注 236）164 頁。
245 駒林・前掲注 52）54 頁は、127 条の規定につき、「その主観的権利は……存在しないとされ、結果的には地方自治という客観的な法制度自体が議論の中心となる」と述べる。
246 Vgl. Stolleis, a. a. O. (Anm. 2), S. 130.
247 Vgl. Schmitt, a. a. O. (Anm. 160), S. 144.

Forsthoff によれば、自治は「民主主義と……矛盾」[248]するものである。民主政が自治と相容れない傾向を有していることは、例えばルソーの議論における自治論[249]のないこと、フランス、アメリカにおける自治の弱さがそれを示している。したがってワイマール憲法も、民主政を採用したため、ライヒレベルでの中央集権化、統一化の傾向を有しており[250]、「民主的に正当化された国家秩序への以降は、まず第一に、地方自治全般の、しかし特に国家と社会の二元論から……発展した自治の、大きな危機を意味した」[251]。とはいえ、ワイマール憲法もなお「民主政の実現よりも個人の自由の確保を忘れないでおくための自由主義的な思想が生きていた」[252]。したがって憲法には、「民主政に対する大きな対抗物」[253]が規定されており、例えば連邦国家構造、ライヒ憲法改正のための 3 分の 2 要件、基本権保障、憲法「第 2 編における諸々の制度体保障」[254]が、民主政への対抗物として規定された。地方自治を規定する 127 条も、制度体保障の一つである。

127 条は元来、「全く、または僅かな実務上の意義しか」[255]認められていなかった。Forsthoff によれば、当該規定を条文の成立史や位置づけ（1849 年憲法のような基本権的規定）から解することは適切ではない[256]。何故なら、前者については、127 条に相当する「規定は、Preuß の草案に、それも重要にも、基本権の下ではなく、組織上の、すなわち肢分国家とのライヒの関係を規律する部分に含まれていた」[257]し、後者については、地方自治の実際の展開が、19「世紀前半までに展開されていた〔地方自治に関する理念とは異なる――引用者注〕発展」[258]を示したためである。したがって、彼によれば、「ライヒ憲法 127 条における自治の保障は、公法人の保障として、国家と選別され固有の法人格を与えられた行政の担い手による公の行政の保障」[259]を意味する。これは名誉職による自治、すなわち住民に何らかの権利を付与する規定としての 127 条という解釈や、実体的な自治権の範囲、ゲマインデの活動領域削減を認めない見解、ラントが任意に地方自治を規定すること全てを否定する見解であるとされる[260]。ワイマール末期になり、当該規定に実務上の意義が認められるに至

---

248 Ernst Forsthoff, Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, 1932, S. 21.
249 ルソーの議論と Schmitt の制度体保障論の関係を述べる研究として、参照、石川・前掲注 71）57 頁。
250 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 21.
251 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 21.
252 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 22.
253 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 22.
254 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 22.
255 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 23.
256 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 23 f.
257 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 23.
258 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 24.
259 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 24.
260 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 24.

った。Forsthoff によれば、127 条は以下の意義を有する。第 1 に、現行法を認めること[261]、第 2 に、法律の留保[262]、第 3 に、ゲマインデとゲマインデ連合という組織類型を保護することである。Forsthoff によれば、第 3 の、「特別な行政*類型*としての地方自治」[263]、地方自治体を「国家から選り分けられた固有の存在〔を〕……専ら公法人という……形式において」[264]保障すること、「公的団体（öffentlicher Verband）としての選り分けられた存在」[265]、「国家からの実存的な隔離」[266]、「ゲマインデという特有の存立（Eigenexistenz）」[267]こそが、127 条の保障する対象である。無論、そのような組織的な区別には、一定の地域的任務が存在していることが前提とされているが、このような観点からは、限界づけることが困難であるとされる[268]。

それでは、このような見解から如何なる限界が引かれるのか。Forsthoff によれば、127 条の「法律の制約内」という文言から、国家は自治へ介入する際、「どのような介入も、法律上の根拠を必要とする」[269]という帰結が導出されると言う。これが、Forsthoff の言う 127 条の保護の意義である。第 1 に問題となるのが、国家監督[270]、自治体監督[271]である。Forsthoff によれば、自治体の監督は、ワイマール憲法 15 条のライヒによるラントの監督、官吏の監督（Dienstaufsicht）とは異なり、「固有の行政の独立した担い手」[272]の監督である。「独立した行政」[273]に対して、ヒエラルヒー構造においてなされるような、下級の存在を意のままにするような監督は許容されない。ここにおいてまさに、自治概念の精確な定義づけが可能となる。Forsthoff によれば、自治とは「それを与えられた行政の担い手に帰属する行政の諸機能が、原則的に担い手自身によってのみ、引き受けられるべき」[274]ことを意味する。これに対して、国家の監督官庁は「法律上限定された範囲」[275]のみ監督措置を執ることができ

---

261 Vgl. Ernst Fosthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 101.
262 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 102. この第 2 の意義のみが認められる場合、127 条は、以前言われていたように、確認規定としての意義しか有さないという結論が導出されると言う。Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 101.
263 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 102. 強調は原文。
264 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 102.
265 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 104.
266 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 104.
267 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 24.
268 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 103.
269 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 25.
270 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 104.
271 Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26.
272 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26.
273 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26.
274 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26.
275 Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26.

る。監督は、ゲマインデが行政の適法性を維持しない場合[276]に、国家委員の派遣まで認めるような強力な措置を採り得る[277]。しかし 127 条の規定から、措置を執るためには、法律上の規定が要求される[278]。法律上の根拠が必要なことは、ゲマインデの活動の適法性にも勝る。当時問題となっていた監督措置に対して、Forsthoff は以下のように批判している。曰く、ベルリン等でなされていた国家委員の任命「処置の適法性は、適切にも疑われている。何故なら、法律上の根拠を、少なくともプロイセン法は示していなかったからである。〔国家側が援用する〕1831 年 3 月 17 日の修正都市法のように、〔プロイセン〕一般ラント法 191 条 2 項 6 号も、……最早妥当している法」[279]ではなくなった。このような方法は、一部の公法学者によって、ゲマインデの違法状態を除去するという理由づけにより正当化され、Forsthoff 自身も違法状態の除去が必要であると考える。しかしながらこのことは法律上の根拠を不要とすることにはならない。このような処置を採るならば、「即座に……ゲマインデ法律に取り入れ」[280]る必要がある、と。また、第 2 に、地方制度の修正、そして地方自治体の任務領域の変更であるが、これらは法律上規定されるものであり、法律に適合している必要があることは「自明」[281]である。まず、「ラントの立法がゲマインデとゲマインデ連合に、次第に、固有の存立が全く無意味になるほど多くの実体的な行政権能を剥奪する」[282]ことは、組織類型として認める意義自体を喪失させ、認められない。そしてとりわけ編入に関して、Forsthoff は以下のように述べる。すなわち、127 条を組織類型と解することから、Stier-Somlo らの解釈が否定され、以下のような帰結が導出される。まず、127 条は個々のゲマインデの存立を保障するものではない[283]。寧ろ 1891 年の東部 7 プロヴィンツに適用されたラントゲマインデ法 2 条は、「公法上の義務を履行する能力のないラントゲマインデ［とグーツベチルク］の解消が明文上企図されて」[284]おり、プロイセンにおいて「ゲマインデ、ゲマインデ連合の自立した存在と固有の事務を管理する（Verwaltung）権利」[285]が侵害されなかったという歴史はない。寧ろ当該規定 3 号は、「国家に、抵抗するゲマインデを強制的に編入する権利を与え」[286]ている。127 条は、「法律によりまたは法律上の根拠に基づ

---

[276] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 104 では、「ゲマインデが法律上の諸々の義務の履行を拒む場合」と述べられている。
[277] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26 f.
[278] Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 104 f.; Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 26 f.
[279] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 30.
[280] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 30.
[281] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 25.
[282] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 25.
[283] Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 107.
[284] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 31.
[285] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 31.
[286] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 107.

いてのみ」[287]編入を可能とすることのみ意味する。編入は確かに、「自治の壊滅を意味する」[288]が、127 条はあくまでゲマインデとゲマインデ連合という組織を保障しているのであるから、個々のゲマインデの存立を保障していない当該条文との関係で問題が生ずることはない[289]。そして、このようにワイマール憲法上規定されたゲマインデとゲマインデ連合は、国家によって――私的な団体とは異なる公的な団体という――制度として特権が付与されている存在であるから[290]、基本権の援用は認められない。Forsthoff によれば、――Schmitt とは異なり――法人（juristische Person）にも基本権の享有自体は認められるが、特権を認められる「公的な領域においては、基本権は存在しない」[291]からである。したがって、Stier-Somlo らの見解は誤っている[292]。109 条は「公法の権利主体へ適用できない」[293]。この点、国事裁判所の判例は、109 条の実体的な判断について検討しており、適切ではない[294]。そして仮に当該規定を援用できたとしても、あくまでこれは「恣意的な区分のみを禁じ」[295]る規定であり、「あらゆる別異取扱いが、立法に禁じられている」[296]わけではない。

以上のように、Forsthoff は、ワイマール憲法 127 条は、Schmitt とは異なる形で[297]制度体保障を語った。彼によれば 127 条は、そもそもラントに広く地方自治に関する諸制度、区域等を形成する余地を認める規定に過ぎない[298]。また、国家と地方自治体の争訟として、国家の側に違法性が存在する場合の論述も存在しない。しかしながら当該議論においても、国家の法律適合性、そして立法については、地方自治体の存在が無意味になるほどの権能の

---

[287] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 32.
[288] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 32.
[289] Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 107; Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 32.
[290] Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 19.
[291] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 107.
[292] と彼は述べるのであるが、Stier-Somlo 自身は、上述したように、必ずしも原告らの述べる 109 条の適用を適切なものと解釈しているわけではない。
[293] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 31.
[294] Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 108.
[295] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 32.
[296] Forsthoff, a. a. O. (Anm. 248), S. 32.
[297] そもそも、彼は公的な社団（Körperschaft）を一括して定義づけることを目指しており、そこで展開された議論が彼の自治論・制度体保障論と結合しているため、Schmitt の制度体保障論とは異なる。すなわち、職業官吏制度も制度と認定する Schmitt とは異なり、Forsthoff によれば、制度体保障として特別に規定されている制度は、「固有の法人格を伴った独立した団体として国家から選り分けられた存在」(Forsthoff, a. a. O. 〔Anm. 261〕, S. 21)、組織上の自立性(vgl. Forsthoff, a. a. O. 〔Anm. 261〕, S. 1 f.; S. 18 ff.)を有するのである。
[298] Forsthoff によれば、ラントにこのような公的な領域に関する制度形成が広く認められるのは、ラントの国家性に由来するものであるとされる（Forsthoff, a. a. O. 〔Anm. 261〕, S. 29-41)。このような議論において、127 条をはじめとする地方自治規定等は、ライヒがラントに課す制約という位置づけが与えられるに過ぎず、したがって法的な意義が大きく認められる議論とはなっていない。Vgl. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 261), S. 101-110; S. 122.

剥奪を認めないということが述べられている。また、ワイマール憲法下の地方自治を、最早19世紀前半のそれとは異なるものと述べ、Schmittの議論とは異なる論理ではあるものの、法人に対して認められ得る基本権も、国家によって特権を付与された団体であることから、認められないということが述べられていた。以上のような法律適合的な自治、地方自治体に基本権を認めないことは、以下で見るように、ドイツの地方自治論の通奏低音として、現在もなお存在している。

第7款　小括

ワイマール共和国の時代においては、以上のように、地方自治に対して好意的な論者が存在していた。彼らによれば、ワイマール憲法127条には積極的な内容が存在しており、地方自治体にはそのような権利――彼らによれば、これは国家に対する主観的公権・基本権として認められる点で、字義通りに権利である――が認められていると考えられていた。しかしながら、周知の通り、当該期間においては、民主主義に基づいて理論を展開した公法学者により、地方自治、ワイマール憲法127条に消極的な態度が示された[299]。そしてそのような方向性を有する議論が、国事裁判所において実質的に採用されたのである。しかしながら地方自治を民主主義の異物として位置づけた論者の議論であっても、行政の法律適合性をはじめとした客観法維持の論理を連綿と受け継いでいたことは明らかである。とりわけ消極的な論者の議論では、法治国の意味合いや憲法争訟の定義をめぐる争い等、各論者の学説の基盤はそれぞれ異なっている。しかし何れにせよ、地方自治の分野については、行政の法律適合性、法律上の根拠の必要性、行政の違法な措置に対する出訴は否定されていない。

[299] とりわけ民主主義との関係で疑問視している公法学者は少なくなかったとされる。Vgl. Wilfried Rudloff, Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, Rn. 6.

第３章　地方自治体の位置づけの変遷と客観法維持要請の貫徹
――戦後ドイツにおける地方自治保障の諸相

以上のように展開されたワイマール共和国の地方自治は、世界恐慌や金融恐慌による財政悪化以降、緊急命令による地方自治への介入、1933 年 2 月のワイマール憲法停止、3 月以降に効力を有した「憲法」に基づくプロイセン新地方自治制度、そして 1935 年以降妥当した、ドイツにおける初めての統一的地方自治法[1]により、完全に崩壊した[2]。この法律は指導者原理に基づいたものであり、中央集権的な傾向を有する内容であった。ドイツの地方自治が復活するのは、1945 年以降のことである。占領国 3 カ国は、ドイツを再び民主的な構造を有する連邦国家として規定する方針であったからである。各ラントは、1946 年以降新たなラント憲法を制定し、そこで地方自治について規定した。そして 1949 年に漸く、ドイツ連邦共和国基本法が制定されたのである[3]。

以下では、基本法におけるドイツの地方自治保障の議論、すなわち現在、ドイツでは如何なる内容の地方自治が保障されているのかという点を明らかにする。より具体的には、判例・学説を用いて、ドイツの地方自治保障に如何なる内容が与えられ、そのような規範がどのように保障されているのかという点が明らかにされる。

わが国の先行研究では、ドイツの通説として制度体保障論が度々紹介され、ドイツの地方自治体が統治機構としての位置づけが与えられていることが示されてきた[4]。このような地方自治体に対しては、ドイツでは制度体保障と見ることに批判が示されており、地方自治体は主観的権利を有するものであるということを主張する説が検討されている[5]。また、彼の国の「自治権」保障、制度体保障論の詳細については、とりわけ判例を検討する文脈で明らかにされてきた。すなわち、ドイツにおいては、制度体の核心領域が保障されるだけではなく、周辺領域においても一定の保障が及ぶことが紹介されている[6]。さらに、わが国でも最

---

[1] Die Deutsche Gemeindeordnung von 1935; DGO. Vgl. Christian Engeli/Wolfgang Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, 1975, S. 673 ff.

[2] 国家が自治に強制的に介入するようになったが、その口実は、世界恐慌・金融恐慌に基づき、地方自治体が債務超過に陥る等予算、経済状況に基づいていた。Vgl. Wilfried Rudloff, Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit, in: Thomas Mann/ Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, Rn. 33-37.

[3] 以下、「基本法」。

[4] 例えば参照、新村とわ「自治権に関する一考察（2)」法学〔東北大学〕68 巻 4 号（2004 年）61 頁、71-73 頁。上代庸平『自治体財政の憲法的保障』（慶応義塾大学出版会、2019 年）32-33 頁も、そのような前提のもと、「国の権限と地方自治体の権限との衝突」と述べる。

[5] 例えば白藤博行教授は、自治権を「憲法によって直接保護された権利（主観法的地位)」と解すべきとされる。白藤博行「地方自治の本旨」高木光ほか編『行政法の争点』（有斐閣、2014 年）202 頁、203 頁。なお参照、同「国と地方公共団体との間の紛争処理の仕組み」公法研究 62 号（2000 年）200 頁、207 頁以下。

[6] 参照、駒林良則「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第 2 版)』（信山社、2003 年）452 頁、455 頁、白藤博行「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II（第 2 版)』（信山社、2006 年）378 頁、381 頁、工藤達朗「判批」同書『II（第 2 版)』389 頁、393 頁。後述するように、連

も介入の程度の強い国家の措置であるとされる立法に対する防壁として、ドイツで近年唱えられている議論が紹介されたこともある[7]。しかしながら、これら先行研究には、以下のような問題点[8]が存在する。すなわち、①ドイツでなお通説として位置づけられている Klaus Stern による制度体保障論が如何なる内容の議論であるのか、詳細が検討されてこなかった。とりわけわが国で度々議論される「自治権」保障に基づく地方公共団体の出訴保障の文脈からは、制度体保障論のうち、とりわけ主観的法的位置づけ保障の議論が検討されなければならないと思われるが、その論理は未だ明らかにされていない。さらに、制度体保障論の検討が不足しているために、②制度体保障論を批判して新たに唱えられた議論について、必ずしも適切な紹介がなされてこなかった。さらに、③判例という限られた文脈でのみ検討されたが故、ドイツにおける地方自治保障のメカニズムの全体像が十分に検討されてこなかったと言える。

したがって本章では、第 1 に、基本法下で新たに地方自治体の位置づけが明確化された

邦憲法裁判所の判例では、周辺領域の保障として、基本権類似の審査である比例原則違反が用いられる場合や、より統治機構としての位置づけが強調されている権限分配原理に基づく審査がなされる場合がある。審査方法がゲマインデの位置づけを反映するという前提に基づき、ドイツではこの点について論争も存在するが、何れにせよ、わが国で議論されるように、地方自治を制度的保障と解することが周辺領域への介入を与える口実になる（参照、斎藤孝「地方自治の保障と制度保障論」法学新報〔中央大学〕93 巻 6・7・8 号〔1987 年〕49 頁、107-109 頁。但し斎藤教授は、当該論考では、周辺領域保障について検討されているわけではない）とは考えられていない点には注意を要する。

[7] 本稿でも検討する、Maurer らの議論を検討するものとして、参照、新村・前掲注 4)「(2)」75-80 頁。なお、ドイツにおけるより急進的な説とされる議論も検討されている。参照、白藤博行「『自治権』の実効的保護と国・自治体間の紛争処理のあり方」佐藤英善編『新地方自治の思想』（敬文堂、2002 年）155 頁、168-176 頁、同「裁判の保護に値する地方自治」室井力先生古稀記念論文集『公共性の法構造』（勁草書房、2004 年）405 頁、419-424 頁。

[8] 先行研究では、概して、ドイツの地方自治保障のうち、制度体保障という側面というよりも、「自治権」として主観的側面が強調されてきたと言い得るだろう。言うまでもなく、それは宝塚パチンコ条例事件で示された司法権の定式――「国又は地方公共団体がもっぱら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、……自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の総称として当然に裁判所の審判の対象となるものではな」い――が、その理由であろう（江口とし子「国と地方自治体との関係」藤山雅行ほか編『新・裁判実務大系第 25 巻　行政争訟（改訂版）』〔青林書院、2012 年〕100 頁、110 頁は、実務上、当該定式の射程は「国または地方公共団体が専ら行政権の主体として提起する訴訟」に及ぶと述べる）。しかしながら、法律上の争訟に加え――もちろんこの点も関わるのであるが、一応区別し得るもう一つの理由として――、付随的違憲審査制の採用も挙げ得るのではないだろうか。わが国では、所謂アメリカ型の「通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を前提として、その手続の中で、原則としてその訴訟の解決に必要な限りにおいて違憲審査権を行使する制度」が採用されている。本文で述べたように、白藤教授の議論が、「国の立法裁量を統制し、個々の自治権の実効的保護を可能にするため」のものであるとすると（白藤・前掲注 5)「本旨」203 頁)、当該議論には以下の前提が存在することとなる。すなわち、あるべき自治権保障のモデルとして、自治権侵害を主張して地方自治体が訴訟を提起した場合、裁判所が本案についての審査に踏み込み、かつ、問題となった立法措置が違憲であることを審査することを自明の前提とされているように思われるのである。このような意味において、わが国においては、とりわけ「自治権」という主観的側面からドイツ地方自治論の研究が参照されるのは、当然であったと言えよう。しかし、以下、本文で検討するように、ドイツの文献では明らかに、わが国に比して、権利という用語がより柔軟に用いられている。そのため、ドイツにおいて権利と言われているものを、直接わが国に持ち込むことができるかという点は、慎重な検討を要する。

こと、そして第 2 に、地方自治体が国家側の存在であることが明確化された現在においてもなお、法治国という原理により地方自治が保障されていることが明らかにされる。

第 1 節　地方自治体の位置づけ

第 1 節では、基本法において、地方自治体が新たに国家側の存在として規定されたこと、統治機構としての存在として位置づけられるに至ったことを明らかにする。このような変化は、無論基本法の条文からも看取されるものではあるが、判例・学説により徐々に形成されていったものでもある。以下では、まず、地方自治体がなおラントの創設した公法上の社団として位置づけられていること[9]、そして公法上の社団の中でも領域団体として、国家により近接した存在であることが明らかにされる。続いて、地方自治体が統治機構側の存在であることは、地方自治を規定する基本法 28 条 2 項の解釈からも判明し得ることが明らかにされる。現在のドイツにおいては、立法（地方自治制度）、判例、学説何れも地方自治を統治機構側の存在として扱っている。したがって――一部の学説を除き――ワイマール共和国末期になされていた議論がより精緻化されたとも言い得るかもしれない。なお、本稿では、連邦レベルの憲法であるところの基本法における地方自治保障を検討する。何故なら、基本法 28 条 2 項の規定はドイツにおいて最低限度の保障であると解され、かつ、後述するように、ラント憲法裁判所の判例も連邦憲法裁判所が基本法 28 条 2 項について示した判例を借用するほど重大な意義を有していると位置づけられるからである[10]。

---

[9] 近年、「ドイツの連邦制の独自性を明らかにし、連邦制〔を〕日本の中央―地方関係論の特徴を明らかにするネガとして」（笛木淳「ラントに対する連邦の指示権」阪大法学 67 巻 6 号〔2018 年〕251 頁、271 頁）扱う試みがなされている。著者によれば、連邦がラントに対して有する指示権の法的効果という観点から認められる見解として、「連邦とラントのヒエラレルヒッシュな関係を固定的の捉えようとする立場と、連邦（及びラント）の持つべき利害関心に応じて連邦―ラント関係を捉えようとする思考」の 2 つの立場が存在し、とりわけ後者については、「ラント（地方）への介入権限の範囲を画定するために、連邦（中央）の持つべき利害関心という観点を導入してそれぞれの領分を確定しようとする権限分配・範囲確定的な思考」であると評価される。このような「権限分配的な思考は、国と地方公共団体の適切な役割分担が志向されるわが国の地方自治制度（地方自治法 1 条の 2 参照）においても、それぞれのなすべき『役割』とは何かを考える上で参照に値」する（いずれの引用も同論文 271 頁）。当該論文では、このように、ドイツにおける連邦・ラントの関係を、わが国における中央・地方の問題としてパラレルに捉えている点において、興味深い（なお、このような行論は、例えば片木淳「ドイツの地方議会と直接民主制」『欧米における地方議会の制度と運用』（自治体国際化協会、2005 年）43 頁以下においても見られる）。しかしながら本稿ではそのような立場を採らない。わが国では伝統的に、地方自治を検討する際にはゲマインデとパラレルに捉えてきたところ（例えば参照、木佐茂男「プロイセン＝ドイツ地方自治法理論研究序説（1）」自治研究 54 巻 7 号〔1978 年〕96 頁、上代・前掲注 4）17 頁注 7）、地方分権改革によって地方自治法 1 条の 2 が新設された（参照、松本英昭『新版逐条地方自治法（第 8 次改訂版）』〔学陽書房、2015 年〕12-13 頁）結果、わが国では地方公共団体が行政活動を行う際に、ラント＝独自の憲法を有する国家たる位置づけを与えられたということを言い得るかは一義的ではない。さらに、権限画定という観点は、ゲマインデに対する連邦・ラントの介入をめぐる議論を検討することでも導出し得る観点である。以上 2 点を踏まえて、本稿ではゲマインデをわが国における基礎的地方公共団体とパラレルに捉え、検討する。

[10] 連邦の各権力は、基本法を超える内容に関しては拘束されないため、連邦レベルで地方自治について問

第 1 款　連邦制と地方自治

基本法は、地方自治を規定する中心的な条文として、基本法 28 条 2 項[11]において以下のように述べる。曰く、「ゲマインデには、法律の範囲内で、地域的共同体の全ての事務を自己の責任において規律する権利が保障されなければならない。ゲマインデ連合も、法律に応じたその法律上の任務領域の範囲内で、自治の権利を有する。…… (以下略)」と規定する。当該規定第 1 文はゲマインデの、第 2 文はゲマインデ連合の自治権を規定しているとされる[12]。当該条文は、ワイマール憲法とは異なり、第 2 編「連邦とラント」という部分で規定されている。そして地方自治に関する「補足規定（Komplementärbestimmungen)」[13]として、以下の条文も存在する。すなわち、基本法 28 条 1 項第 2 文 (ゲマインデとクライス〔＝ゲマインデ連合の主要形態〕に民主的正当性を有する代表機関の設置を義務づける)、同条 3 項（ラントに対する連邦の地方自治保障義務)、84 条 1 項第 7 文と 85 条 1 項第 2 文（連邦からの任務の委任の禁止）である。さらに、基本法 93 条 1 項 4b 号が、法律によって基本法 28 条 2 項への介入を防ぐために、自治体憲法異議制度を規定する。なお、ゲマインデに限って、さらに 106 条 5 項から 9 項 (ゲマインデの財政保障) の保障も認められている。

既に見てきたように、ドイツにおいては伝統的に、連邦ではなくラントが地方自治制度を形成する主体と位置づけられてきた[14]。現在は、徐々に連邦の立法事項が増加していく中で、ラントが主たる制度形成者と解される数少ない事項の一つとして、地方自治制度が挙げられるほどである[15]。各ラントはそれぞれのラント憲法の中で、基本法の規定する地方自治保障よりも手厚く地方自治を保障している[16]。ラントによっては、ゲマインデが前国家的な制

題となる場合は、基本法を超えるレベルの解釈は適用されない。Vgl. Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 83.

[11] 原文は以下の通りである。基本法 28 条 2 項：Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. ……（以下略：以下では、自治保障には財政保障も含まれる旨規定されている）

当該規定は、後述するように、法律の留保の射程をめぐって、修飾関係が問題となる（参照、成田頼明「地方自治の保障」同『地方自治の保障』〔第一法規、2011 年〕3 頁、88 頁、須藤陽子「地方自治における『比例原則』、補完性原理」同『比例原則の現代的意義と機能』〔法律文化社、2010 年〕172 頁、178 頁)。以下では実務でなされている通り、法律の留保を広く及ぼす訳を行う。

[12] したがって条文上、ゲマインデとゲマインデ連合に認められる権利＝自治権の範囲は異なっている。これはゲマインデに優先的に任務を配分すべきという定式が示されているとされる。Vgl. BVerfGE 79, 127.

[13] Andreas Engels, Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung, 2014, S. 17.

[14] Vgl. Martin Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, §1, Rn. 12.

[15] 参照、基本法 70-74 条。邦語文献としては、参照、服部高宏「連邦と州の立法権限の再編」阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』（成文堂、2007 年）453 頁、454 頁。

[16] Art. 71-76 LV BW; Art. 10-12, 83 Bay. LV; Art. 97-100 Bbg. LV; Art. 137 Hess. LV; Art. 72-74 LV MV; Art. 57-59 Nds. LV; Art. 78 f. LV NRW; Art. 49 LV RP; Art. 117-124 Saarl. LV; Art. 84-90 Sächs. Verf.; Art.

度のように規定される場合すら存在する[17]。また、国家は、地方自治体に委譲する任務に応じて、委譲された事務を遂行するにあたって必要な財源を地方自治体に与えなければならないとする牽連性原理（Konnexitätsprinzip）[18]のような、地方自治保障に極めて重要と考えられている内容も、規定されている。さらに、各ラントは、地方自治法（Kommunalgesetz; Kommunalrecht）[19]等[20]を制定し、法律レベルで地方自治制度を規定している。また、多くのラントでは、――基本法同様に――ラント憲法上の地方自治保障のため、ラント憲法のレベルでも、規範統制手続や自治体憲法異議制度を規定している[21]。このように、ドイツにおいては、ラント毎に異なる地方自治制度が規定されており、実際に、内部制度[22]や地方自治体の区分[23]等、様々な事柄について相違点が存在する。

それでは、今日では、基本法上の地方自治規定と、地方自治制度を形成する主体を原則としてラントと考えてきた伝統は、どのような関係にあると考えられているのだろうか。これは連邦制の問題そのものと関わり、ラント憲法に求められる諸原則を用いて解決される。

87-90 Verf. LSA; Art. 46-49 LV SH; Art. 91-95 Thür. LV.

17 Vgl. Art. 11 Abs. 2 S. 1 Bay. LV.

18 これは財政難を背景に、国家が地方自治体に積極的に任務を委譲し、それにより任務を課された地方自治体が、財政難によって固有の任務を遂行するための財源が逼迫し、任務遂行が困難になったことをきっかけとして唱えられた概念である。Vgl. Andreas Engels/Daniel Krausnick, Kommunalrecht, 2015, Teil 1 §1 Rn. 47. 邦語文献としては、参照、上代・前掲注 4)。

19 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg; Landkreisordnung für Baden-Württemberg; Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern; Landkreisordnung für den Freistaat Bayern; Kommunalverfassung des Landes Brandenburg; Verfassung für die Stadt Bremerhaven; Hessische Gemeindeordnung; Hessische Landkreisordnung; Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern; Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz; Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfahren; Kreisordnung das Land Nordrhein-Westfahren; Gemeindeordnung (RP); Landkreisordnung (RP); Kommunalselbstverwaltungsgesetz (Saarl.); Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen; Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen; Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt; Landkreisordnung des Landes Sachsen-Anhalt; Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein; Kreisordnung für Schleswig-Holstein; Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung.

20 その他に、地方自治制度を形成する法規範として、自治体公課法（Kommunalabgabengesetz）やゲマインデ職員に関する法律等が存在する。

21 ヘッセン以外の各ラントが、ラント憲法による自治権侵害に対する保護を規定している。Vgl. Alfons Gern/Christoph Brünung, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Kap. 8, Rn. 366-383. ヘッセンにおいてはヘッセン国事裁判所法（Gesetz über den Staatsgerichtshof）46 条により、ラント法が自治権に関するラント憲法上の規定を侵害する場合に訴訟が認められる。

22 これは市長と市議会、それらと市民の関係を言う。内部制度は 4 類型存在するが、近年はより民主的な制度へと変更がなされているようである。参照、人見剛「ドイツにおける自治体組織体制の現状と課題」同『分権改革と自治体法理』（敬文堂、2005 年）313 頁以下。ゲマインデの各機関を選出する選挙制度も各ラントで異なる。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 9, Rn. 416-432.

23 「ゲマインデは、地域的（örtliche）レベルでの基礎的な統一体（Grundeinheit）を形成する。……クライスは、それに対して、あらゆる広域的な（überörtliche）基礎的な統一体である。あらゆるクライスは多数のゲマインデから構成されるが、あらゆるゲマインデがあるクライスに所属しなければならないというわけではない」とされる。Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 §1 Rn. 9. また、クライスとゲマインデの間に別の区分を設けることや、クライスよりも上位の自治領域団体（kommunale Gebietskörperschaften）を設けることも妨げられていない。Näher vgl. Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 §1 Rn. 10-17.

基本法 20 条 1 項は、彼の国が連邦国家であることを規定している。さらに、ラントが連邦と異なる固有の国家であることは、ラントが独自の憲法を制定する自律権、または憲法制定高権（Verfassungsautonomie; Verfassungshoheit）を有することからも判明する[24]。しかしながらラントはどのようなラント憲法を制定することも許されるというわけではない。ラント憲法を枠づける第一の原理が、基本法 28 条 1 項の規定する「同質性原理（Homogenitätsprinzip）」である。それによれば、ラントは基本法 28 条 1 項第 1 文に示された 4 原則に適合した憲法を制定しなければならない[25]。具体的には、地方自治体の民主的正当性を規定する基本法 28 条 1 項第 2 文は、同質性原理に由来する規定であると解される[26]。第二に、「連邦国家と構成国の憲法構成（Verfassungsgefüge）は、憲法構造上のそして実体的な**一致**に関するある種の**ミニマムを**要求する」[27]。これは、規範的規定（Normativbestimmung）[28]と言われる[29]。具体的にどの基本法上の規定が規範的規定であるとされるかについては、若干の争いが存在するが、当該性質を有すると考えられる規定は、ラントに対する規範的な準則であるということが認められる。さらに、規範的規定とは異なり、ラントの権力を直接拘束すると解される規定も存在する[30]。それが、浸透規範（Durchgriffsnorm）である。ある条文が浸透規範であると解されると、当該規範は、連邦・ラントの何れに属するかに関わらず、「あらゆる国家権力を直接拘束する」[31]と考えられる。地方自治を規定する基本法 28 条 2 項は、浸透規範であると考えられており[32]、したがって、当該規定はラント法として変換されることなく、ラントの権力を拘束する[33]。基本法 28 条 3 項は、連邦を名宛人とし、ラントに基本権、28 条 1 項、2 項を守らせることを規定する[34]。そのため、伝統的な解され方とは別に、ラントが地方自治制度を創設する義務があるとも評価し得る。

---

[24] Vgl. Michael Nierhaus, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 1.
[25] Vgl. Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 7.
[26] Vgl. Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 9.
[27] Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 1. 強調は原文。
[28] Vgl. etwa Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 1.
[29] Vgl. Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 1; Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 44. Dreier はそこで、浸透規範の性質を有する最も重要な規範として、基本法 1 条 3 項と基本法 28 条 2 項を挙げる。
[30] Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 50.
[31] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 44 Fn. 207; Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 4.
[32] Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 2, Rn. 39.
[33] Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 83; Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 2.
[34] Vgl. Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 97. これを保障するために連邦が採り得る手段については特段規定されていないが、問題が生ずる場合には、法的には、憲法裁判所における手続（基本法 93 条 1 項 2 号、3 号、4 号）、連邦介入（Bundesintervention）（35 条 2 項、3 項、87a 条 3 項、4 項、91 条 1 項、2 項）、同意拒否（Zustimmungsverweigerung）（32 条 3 項）または連邦強制（Bundeszwang）（37 条）といった手段があり得るとされている（Vgl. Nierhaus, a. a. O. 〔Anm. 24〕, Rn. 100; Dreier, a. a. O. 〔Anm. 10〕, Rn. 166）。これらの手段は――連邦国家制であることと直接に関わらない手段も存在するが――基本法第 2 部「連邦とラント」という部分で規定されており、地方自治だけではなく、現在のドイツの採用する連邦国家制度を保障する手段として規定されている手段でもある。参照、成田頼明「判批（1）」時の法令 311 号（1959 年）39 頁、43 頁。

このような基本法 28 条 2 項は、ラント法の規定と如何なる関係にあるのか。「ラントにおける実際の法状況が連邦法上の保障の後塵を拝するなら、基本法 28 条 3 項に応じた保障の問題が生ずる」[35]。したがって、基本法 28 条 2 項の規定は、ラント憲法によって補完・拡張される最小保障（Mindestgarantie）であると位置づけられている[36]。しかしこれはラント憲法が 28 条 2 項を下回るような保障をする規定を置くことが許されないとするのみであるので、ラントが基本法を超える地方自治規定を制定することは認められると解されており[37]、実際、各ラント憲法で基本法よりも手厚い保障がなされているのである。

以上のように、地方自治は連邦制の影響下にあり[38]、基本法 28 条 2 項の規定はドイツ国内での最小保障であると位置づけられている。また、地方自治を規定する主体がラントであると考えられているため、ドイツの地方自治保障の全体像を解明するためには、ラント憲法レベルの地方自治保障を検討することが不可欠である。更に、基本法 93 条 1 項 4b 号の定める自治体憲法異議制度も、後述するように、補完性原理を規定しており、文面上はラント憲法裁判所における自治体憲法異議を原則としている。しかし、自治体憲法異議制度も、実際は連邦憲法裁判所における基本法解釈が大きな影響力を与えている[39]。すなわち、連邦憲

---

35 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 84.

36 Vgl. Peter J. Tettinger, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Thomas Mann/Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, Rn. 1.; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3, Rn. 128; Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 85.

37 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 85. なお、ドイツの地方自治保障に関しては、欧州連合レベル（地方自治憲章）等の国際法レベルの保障も存在するが、本稿で扱うことはできない。ドイツの国内法における地方自治保障の司法的保護と欧州連合レベルのそれについては、参照、斎藤誠「地方自治の手続的保障」同『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012 年）125 頁、140-142 頁。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 399-401.

38 例えばとりわけ第一次連邦制改革が地方自治に関わる規定の創設でもあったことが想起されよう。第一次連邦改革（2006 年）は基本法 84 条 1 項第 7 文、85 条 1 項第 2 文を新たに規定し、連邦とゲマインデの任務委譲を原則的に禁止することを定めた。第一次連邦改革に関しては、例えば参照、服部・前掲注 14)。さらに、第二次連邦改革や、それ以降の改革も、間接的に地方自治に一定の影響を与えるものと考えられる。第二次連邦制改革は基本法 109 条 3 項、115 条を改正するものであった。ドイツの地方自治法教科書で連邦制改革を扱うものとして、例えば参照、Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 §1 Rn. 41. 第二次連邦制改革に関する邦語文献としては、例えば参照、山口和人「ドイツの第二次連邦制改革（連邦と州の財政関係）(1)」外国の立法 243 号（2010 年）3 頁以下、5 頁、9 頁、渡辺富久子「ドイツの第二次連邦制改革（連邦と州の財政関係）(2)」外国の立法 246 号（2010 年）86 頁以下。近年もなお、ラント間の格差を是正するために、連邦制改革が行われている。参照、渡辺富久子「ドイツにおける財政調整制度の改革」外国の立法 278 号（2012 年）15 頁、19 頁。

39 Vgl. etwa Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, S. 1037, 1041; Tettinger, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 2. 更に、例えば Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 387 は、基本法 93 条 1 項 4b 号による自治体憲法異議を、「基本法 28 条 2 項で保障される自治体の自治の法的な防衛の中心点」と位置づけている。なお、自治体憲法異議の提起された数は少なく、「成功を収めたのは、自治体の計画高権の法律上の制約に対するもの、恣意的な名称変更に対するもの、〔領域の〕新編成に対するもの、そして社会法典第 2 編 44b 条で規律された社会法典第 2 編による協同機関への給付を任務委任することについてのクライスの義務（失業者の基礎保護）および労働についての自治体の担い手と連邦による斡旋による統一的な任務遂行に対する自治体憲法異議に過ぎない」（Joachim Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 97）とも言われる。しかし、制度の意義は成功された数ではないという指摘もある。

法裁判所には「制約された審査権限（Kontrollkompetenzen）しか与えられていないにも関わらず、その〔＝連邦憲法裁判所の〕裁判が地方自治権の理解を規定する」[40]とされているのである。加えて、実際にはラント法上の地方自治規定の構造や内容は、現在、細目は兎も角、おおむね一致していると説明される[41]。

第 2 款　地方自治体の理論上の位置づけ

ドイツでは、行政については原則としてラントが遂行する[42]。ラントは、自らの官庁（Behörde）を通じて行政任務を遂行することも、「多かれ少なかれ独立した（selbständige）行政単位によって」[43]これを遂行することも認められている。ここで言う「自立した」とは、「組織的のみではなく*法的に*も独立しており、それ〔＝行政単位〕自身が法人そして行政の担い手という性格を有する」[44]ことを言う。これらは社団（Körperschaften）、営造物（Anstalten）、財団（Stiftungen）に区別される[45]。地方自治体は、中でも、地方領域団体＝社団（kommunale Gebietskörperschaft）であると解される[46]。上述したように、ドイツの地方自治制度は、ラントが創設すると解されているため、地方自治体は、ラントによって創設された公法上の社団とされる[47]。

それでは、公法上の社団であることは、地方自治体に如何なる帰結をもたらすのか。「法的な自立化（Verselbständigung）は、それら〔＝国家から独立した行政の担い手〕に、自己責任による行政を可能にする」[48]。法人格を認められ、独立した行政の担い手として、自己の責任によって任務を遂行する主体は「その存在（Existenz）やその任務を国家から導出されているのみではなく、特別な国家法律へ結びつけられており、国家の監督に服する」[49]。

---

[40] Dirk Ehlers, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 2000, S. 1301.

[41] Vgl. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 22, Rn. 7.

[42] 参照、基本法 83 条。

[43] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 21 Rn. 8.

[44] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 21 Rn. 8.

[45] Vgl. Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 23 Rn. 1.

[46] Vgl. Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 § 1 Rn. 4; Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 23 Rn. 1.

[47] 以下で触れることはできないが、地方自治体がラントによって創設されることから、「議会」や「条例」の性質が導出される。すなわち、地方自治体の議会は、民主的正当性を有するにも関わらず、立法権を司る議会（Parlament）ではない（Vgl. Engels/Krausnick, a. a. O. 〔Anm. 18〕, Teil 2 § 4 Rn. 5）。また、当該議会の制定する「条例」は――わが国で考えられるような地域的に限定された「法律」類似の自主法ではなく――、行政規則のような性質を有し、法律の下位に存在し法律の先占に対して対抗することのできないものに過ぎない。参照、川端倖司「条例の『準法律』性と地方議会の法的地位（1-2・完）」自治研究 95 巻 11 号（いずれも 2019 年）110 頁、95 巻 12 号 91 頁。

[48] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 21 Rn. 8.

[49] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), § 21 Rn. 8.

そのような意味で、独立した行政の担い手も「国家と結びついたまま」[50]であり、「広義の国家」[51]と判定される。

地方自治体が国家側、統治機構側の存在であることは、以下の点からも明らかである。第1に、地方自治体は国家権力の服する制約に拘束される。そのため地方自治体は公共の福祉に拘束される[52]。判例上も、「ゲマインデは国家の行政構成員（Verwaltungsgliederung）の一部であり、公共の福祉によって縛られている」[53]と認められている[54]。第2に、公法上の法人のうち、大学、放送局等「関係する権利の担い手が、直接、基本権によって保護されている生活領域に分類されている場合」[55]は、「考慮に値する基本権を遂行し、実現する場合」[56]には基本権を援用し得るとされている。しかしながら地方自治体は、以下のように、基本権を――問題となる基本権が客観法上の原則をも保障していると解されない限りで――享受しない[57]。判例は以下のように述べる。曰く、公法上の法人が国家の影響力から自由であることは、個別に判断されるものの、宗教団体（öffentlich-rechtlichen Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften）のようなものに例外的に認められているのみである。「例外は、ゲマインデには与えられない、〔何故なら〕それには確かに自治の権利が保障されているが、それはしかし公権力そのものの担い手として『国家』の一部（ein Stück „Staat“）である〔からである〕」[58]。学説では当初、一定の場合に地方自治体が基本権を援用することを認めていたとされる。「嘗ては例えば12条や14条のような基本権保護が考え得るとされていた」[59]。しかしこのような見解は判例で否定され[60]、地方自治体は、生存配慮を含めた

---

[50] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), §21 Rn. 8.
[51] Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), §21 Rn. 8.
[52] Veith Mehde, in: Theodor Maunz/Günther Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 28 Rn. 11 (Lfg. 67, 2012).
[53] BVerfGE 110, 370, 401.
[54] なお、基本法28条2項は地方自治体に私人に介入する権限を含むと解されていない。Vgl. etwa Wolfgang Löwer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Rn. 44; Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl, in: ders./Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 1, Rn. 9.
[55] BVerfGE 21, 362, 373 f.
[56] Friedrich E. Schnapp, Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Detlef Merten/Hans Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, 2006, §52 Rn. 12.
[57] Mehde, a. a. O. (Anm. 52), Rn. 16. 地方自治体が基本権を援用し得るかという問題は、むしろ基本法19条3項の問題で扱われるとされる。Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 42 (Lfg. 72, 2014).
[58] BVerfGE 73, 118, 191. 当該事案は所謂第4次放送判決と言われる（参照、鈴木秀美『放送の自由』〔信山社、2000年〕65頁）が、問題となったのは公法上のAnstaltであり、地方自治体を含め、公法人（juristische Personen des öffentlichen Rechts）と国家の影響力に関する見解を示している。Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 803.
[59] Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 30.
[60] BVerfGE 21, 362. 邦語文献としては、参照、芹澤齊「公法上の法人の基本権能力」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注6)『ドイツの憲法判例（第2版)』335頁以下。

公の任務を遂行する場合であっても[61]、非高権的な活動を行う場合であっても[62]、一般的に基本権能力を有し得ないということが明らかにされた[63]。その理由づけを一言でまとめるならば、以下のようにまとめられよう。すなわち、「国家は同時に基本権の名宛人かつ基本権享有者（Berechtigter）たり得ない」[64]し、私法人のように、団体の背後に存在する自然人の権利が公権力に脅かされるという「『基本権に典型的な危機状況（grundrechtstypischen Gefährdungslage）』」[65]にあるわけではなく、「むしろそれら〔＝異議申立人たるゲマインデら――引用者注〕は『国家的任務』の履行をしていたのである」[66]とされるからである。学説でも、地方自治体が「憲法法上の地位（Stellung）――一方で国家組織法上の部類について、他方で基本権能力（Grundrechtsfähigkeit）について広い範囲で除外されていること――に関して……、本質的にコンセンサスが存在している」[67]とされている。したがって、基本法 28 条 2 項の規定する「自治権」が基本権と解される余地は、理論的にもなかったことになる[68]。第 3 に、地方自治体は公法上の社団のうち、「特別な地位」[69]を有するとされる。これは憲法上規定されていることも要因の一つではあるが、基本法においても、地方自治体が民主的正当性を有していることとも関係している[70]。ドイツにおいては、様々な自治――例えば公法上の社団、機能的自治団体――が認められているが、基本法上規定された、そして基本法上民主的正当性を要求されるのは、ゲマインデおよびクライスのみである。

以上の理由から、学説・判例においては、地方自治体は国家類似のものとして理解され、連邦・ラントに次ぐ「第 3 の柱（dritten Säule）」[71]であるとか、連邦・ラントのトリアスである[72]と表現されるのである。

---

[61] BVerfGE 45, 63.

[62] BVerfGE 61, 82. 邦語文献としては、参照、廣田全男「判批」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注 6）『ドイツの憲法判例（第 2 版）』341 頁以下。

[63] 但し、問題となった基本権が主観的公権を導出するだけではなく、「客観的諸規範としても規定されている」（BVerfGE 21, 362, 372）場合には、地方自治体も主張が認められ得る（Vgl. BVerfGE 61, 82, 104）。具体的には、司法基本権（基本法 101 条 1 項第 2 文、103 条 1 項）、一般平等原則・恣意禁止（基本法 3 条 1 項）を主張し得るとされる。なお、参照、木村弘之亮「行政手続及び行政訴訟法における手続き基本権の保障」法学研究 62 巻 12 号〔慶應義塾大学〕81 頁。

[64] BVerfGE 21, 362, 369 f.

[65] BVerfGE 45, 63, 79.

[66] BVerfGE 45, 63, 79.

[67] Mehde, a. a. O. (Anm. 52), Rn. 10.

[68] Vgl. K. G. Wernicke, in: B. Dennewitz/ders., Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 28 S. 6; Herbert Bethge, Das Selbstverwaltungsrecht im Spannungsfeld zwischen institutioneller Garantie und grundrechtlicher Freiheit, in: Albert von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, 1983, S. 152-161. 地方自治体を社会ではなく国家側に位置づけることは、ドイツの地方自治史においては画期的なことであった。伝統的な位置づけにつき、参照、薄井一成「分権時代の地方自治」同『分権時代の地方自治』（有斐閣、2006 年）3 頁、6-16 頁。

[69] Vgl. Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), §21 Rn. 9.

[70] 参照、基本法 28 条 1 項第 3 文。

[71] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 86 Fn. 407.

[72] Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 §3 Rn. 1 は、法的にはゲマインデを「第 3 の柱」と位置づ

第 3 款　地方自治体の位置づけ――基本法 28 条 2 項第 1 文解釈から

以上検討したように、基本法 28 条 2 項は統治機構の部分において規定されていた。また、地方自治体は公法上の法人、社団の中でも、相対的に国家と近接した存在、「広義の国家」であるという議論がなされていた。このことから、以下の帰結が導出されていた。すなわち、地方自治体にも国家権力としての拘束が及ぶこと。更に、地方自治体が基本権を援用することは、原則として認められていない。このように、ドイツの地方自治体には、ラントの創設した行政の担い手であると位置づけが与えられている。このように、戦後（西）ドイツにおいては、条文・判例・学説の何れも、社会の側ではなく、国家の側の存在としての地方自治体という位置づけが明確化されている。

このことはまた、地方自治を規定する基本法 28 条 2 項の解釈からも判明する。以下、判例および学説における当該条文の解釈を検討し、当該解釈も上述した地方自治体の位置づけの議論と平仄が合っていることを明らかにする。

ところで、ドイツにおいて自治権がどのような性質を有し、如何なる内容が含まれていたかという点についての先行研究は、汗牛充棟の感がある。戦後の研究に限っても、成田頼明教授の古典的著作[73]に始まり、制度体保障論を扱う著作が数多く存在する上、内容についても、自治権を総体的に取り扱う著作[74]も、各論的に一部を探究する著作[75]も存在する。さらに、ドイツ地方自治論における重要判例も、紹介されてきた[76]。また、制度体保障論に対する批判説、とりわけ自治権を主観的権利とする説が紹介されてきたところである[77]。先行研究においては、しかし、①ドイツでなお通説と位置づけられ、判例を整理したとも解されている Klaus Stern の制度体保障論の詳細な検討がなされてこなかった。さらに、通説が如何なる内容であるのか詳細に検討されてこなかったため、②自治権を主観的権利と解する説が適切に紹介されてこなかったきらいがある。また、③判例紹介を超えて、具体的な自治権の内容を包括的に検討することが不十分であったため、ドイツにおける地方自治保障のメカニズムの全体像が、必ずしも明らかにされてこなかった。第 3 章では、先行研究に含まれる第 3 の問題点を解決すべく、ドイツにおける地方自治保障の規範的内容を扱う。これは

けることは適切ではないとする。しかしその言明の趣旨は、地方自治体はラントの一部であるため、連邦国家ドイツは連邦とラントの二つから構成されており、そこに地方自治体は対抗し得る主体ではない、ということである。

[73] 性質につき、成田・前掲注 11）53-70 頁、内容につき、同書 85-106 頁。

[74] 近年の研究として、例えば参照、薄井・前掲注 68）56-92 頁。

[75] 近年の研究として、参照、上代・前掲注 4)。

[76] 例えば参照、前掲注 6)。

[77] 例えば参照、前掲注 7)。

従来の定式で言うならば、「自治権の実体的内容」と呼ばれるものである[78]。

既に述べたように、本稿は、わが国において、ドイツ公法学における地方自治論を包括的・体系的に検討が十分に行われてこなかったのではないかという問題意識に基づいて執筆されている。基本法 28 条 2 項の内容に関して言うならば、以下の問題点が残されている。すなわち、ドイツでは判例上、わが国と同様に地方自治は制度体保障であると解されているところ、わが国とは異なり、ドイツでは地方自治の所謂周辺領域についても、一定程度保護されているとされているのである。

1. 基本法 28 条 2 項の法的性質論から

ドイツの判例では、基本法 28 条 2 項は制度体保障であると解されている。そのような文言は使わないまでも[79]、当該学説を採用した旨明示した判例であると解されているのが、オッフェンバッハ判決[80]である。当該判例は、ワイマール憲法 127 条の学説の流れを追った後、ワイマール末期の国事裁判所判例を明文的に引用し[81]、以下のように述べる。すなわち、ワイマール憲法 127 条の解釈として採用された「この解釈が、基本法 28 条 2 項にも従われ（folgen）得る。この規定〔＝基本法 28 条 2 項〕はライヒ憲法 127 条とは以下の点でのみ区別される、すなわち、それ〔=基本法 28 条 2 項〕は自治という概念をその第 1 文において換言し、そして全権限性の原理（das Prinzip der Allzuständigkeit）をこの換言に表している点である。基本法 28 条 2 項の成立史は……しかし、憲法制定者がその他の点でライヒ憲法 127 条についてワイマール末期に行われていた解釈の後塵を排し、またはそれ以上に歩み出すことを欲していたということを示しているわけではない」[82]。したがって連邦憲法裁判所は当初、ワイマール憲法下で考えられていた地方自治に関する制度体保障論の形をそのまま、基本法 28 条 2 項の議論に採用していたと言うことができよう。

連邦憲法裁判所がワイマール憲法下の議論である制度体保障論を採用した背景には、西ドイツ建国当初の学説の議論の影響が考えられる。すなわち、西ドイツ最古のコンメンタール[83]では、基本法 28 条 2 項の記述は、ワイマール憲法 127 条の規定と比較する形でなされており、基本法下でも地方自治を制度体保障であるとものされているからである[84]。基本法

---

78 例えば、成田・前掲注 11）85-106 頁は、「憲法に保障された自治権の内容と限界」の章に含まれている。

79 後の判例では、「制度（体）保障」という文言が見られる場合も存在する。Vgl. BVerfGE 56, 298, 312.

80 BVerfGE 1, 167.

81 BVerfGE 1, 167, 174 f. そこでは、ライヒ憲法 127 条はプログラム規定ではなく、さらに、自治を内部的に空洞化したりもはや影のような存在とならざるを得ないような立法は許されないという国事裁判所の文言がそのまま引用されている。引用された当該判例は、シュミットの制度体保障論を採用した判例であるとされる。例えば参照、新村・前掲注 4）「(2)」68 頁。なお、連邦行政裁判所も、基本法 28 条 2 項を制度体保障と解している。BVerwGE 2, 329, 332.

82 BVerfGE 1, 167, 175. Vgl. BVerfGE 11, 266, 273 f. usw.

83 Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechtes in Deutschland, Bd. 4, 2012, S. 136.

84 Vgl. Wernicke, a. a. O. (Anm. 68), S. 6.

制定直前に制定された各ラントの憲法は全て地方自治に関する規定を有しており[85]、その中には確かに前国家的な始原的団体として地方自治体を規定しているような表現を有するものも存在する[86]。しかしそのような規定ラント憲法の規定も、「ワイマール期の認識を出発点として、……制度体保障と判断され、それにより〔地方自治規定について〕制度体保障論が妥当することは、基本法が施行される前に既に原則として承認されていた」[87]。そして基本法 28 条 2 項についても、そのように解釈されたのである。ドイツにおいても制度体保障論に対する様々な批判がなされていることは共通しているが[88]、学説ではなお地方自治規定を制度体保障と考える論者が多いとされている[89]。また、連邦憲法裁判所の判例では繰り返しこの解釈が採用され、最新の判例でも当該解釈が維持されている[90]。判例はそのため、「憲法法上（verfassungsrechtliche）保障され、全国家制度（Staatswesen）にとって根本的にそして固有の重大さという点で整理される効果を有するところの諸制度（Einrichtungen）を、単純法上の除去または空洞化から守られねばならないという制度体保障論の根本仮定に忠実である」[91]と評価されている。このように基本法 28 条 2 項第 1 文を制度体保障と解する結果、判例は現在もなお、立法者の内容形成（Ausgestaltung）を広く前提としていると考えられている。

地方自治保障を制度体保障と解する場合に問題となるのが、当該制度の本質内容とは何か、そして本質内容を如何に把握するかという点である。本節では先に、後者について検討しよう。ドイツでは、地方自治体が国の介入によって自治権侵害が生じたということを主張して出訴することが広く認められているため、地方自治の本質内容（Wesensgehalt）、核心領域（Kernbereich）の判定方法が、判例において度々示されてきた[92]。連邦憲法裁判所は、それに対して、自治の歴史的展開と異なる現象形態に鑑みて、核心領域の侵害の有無を判断した[93]。最も優先的に検討される方法は、「地方自治の歴史的発展、歴史的な、〔または〕現在の現象形態」[94]から判断するというものである。例えば、連邦憲法裁判所は以下のように述べた。すなわち、「歴史的に生じてきた自治という概念を内容的により詳細に規定するところの、どの諸規範や諸原則が、憲法法上保障され、法律による全ての切り詰め

---

85 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
86 Vgl. BayVerf. Art. 11 Abs. 2.
87 Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 36.
88 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), § 6, Rn. 6; Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S. 806 によれば、Maurer ら主観的権利と解する試みは成功してない。
89 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S. 812 Fn. 45.
90 Vgl. etwa BVerfGE 138, 1, 19, Rn. 53.
91 Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39.
92 とはいえ、実際はこの本質内容の具体化は、ほとんど成功していないなどの批判がなされているところである。Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 45 f. 計画高権という観点からの検討として、参照、宮田三郎『行政計画法』（ぎょうせい、1984 年）162-169 頁。宮田教授は、「地方自治行政の本質的内容または核心領域を形成する事務……を探究するにあたって、……西ドイツにおける 3 つの方法論〔＝引き算の方式、自治行政の“典型的現象像“の理論、公益論〕はどれもじゅうぶんではない」（166 頁）と評する。
93 BVerfGE 11, 266, 274; 59, 216, 226; 76, 107, 118; 79, 127, 146; 138, 1, 16 f.
94 Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 45 f.

（Schmälerung）から守られるところの核心領域に関連するのかということは、既にワイマール憲法 127 条が妥当していた状況で（unter der Herrschaft）既に議論が存在しており、今日、基本法 28 条の範囲で個別に依然として争われ続けている」[95]。この議論における「〔意見の〕一致は、以下の点に関してのみ存在する、すなわち、自治の本質に数えられるものを規定する際には、自治の歴史的展開と〔自治の〕若干の歴史的現象形態がある程度考慮されねばならないという点である」[96]。このように、連邦憲法裁判所の判例では、歴史的発展に鑑みて本質内容を決定するという手法が主に採られている。このことは但し、伝統的な内容とは考えられてこなかったものではあるけれども、伝統的な内容の発展と考えられるものが、判例上本質内容から排除されるという帰結を導出するわけではない[97]。曰く、「この核心領域を規定する際には、特有の方法で、歴史的展開と自治の若干の現象形態（Erscheinungsformen）が顧慮されねばならない」[98]。「歴史的端緒は、**受け継がれてきた保障の存在の『変更の認可（Zulassung von Änderungen）』**によって、それ〔＝変更の認可〕は『受け継がれてきたシステムの筋の通った（vernünftige）更なる発展』に存する限りで、**相対化**される」[99]。「しかしこのことは新たにそして手本なしに、規律が甘受され得ないことを［意味するのでは］ない。それがゲマインデの自治を空洞化させないのであれば、伝統的な体系の一貫した更なる発展の方向にある諸変化も許容され得る」[100]と。また、この手法の他にも、いわゆる引き算法（Subtraktionsmethode）[101]や、公共の福祉論（Gemeinwohltheorie）[102]が用いられる場合も存在する。ドイツでは、本質内容、核心領域の判定方法は、現在もなお、事例によって使い分けられており、併存しているとされる。

とはいえ、彼の国でも地方自治領域に関連する制度体保障論[103]が、ワイマール期から変容を被っていないわけではない。何故なら、「制度体保障論は連邦憲法裁判所によって基本法 28 条 2 項の文脈において領域特有に（bereichsspezifisch）発展を続けた」[104]からである。

---

[95] BVerfGE 11, 266, 274.

[96] BVerfGE 11, 266, 274. 但し、BVerfGE 1, 167, 178 によれば、緊急事態で差し迫った状況が存在する場合には、自治の現象形態は一定の限りで制約され得る。参照、成田・前掲注 34）「(2)」時の法令 313 号（1959 年）38 頁、42 頁。

[97] このような歴史的手法の相対化（Vgl. Engels, a. a. O. 〔Anm. 13〕, S. 46, insbesondere Fn. 123）には批判も存在する。

[98] BVerfGE 91, 228, 238. Vgl. BVerfGE 11, 266, 274; 59, 216, 226; 76, 107, 118; 76, 107, 118; 79, 127, 146; 138, 1, 16 f.

[99] Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 82. 強調は原文。Vgl. BVerfGE 23, 353, 367.

[100] Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 46. Vgl. etwa BVerfGE 38, 258, 278 f.

[101] この方式は連邦行政裁判所で用いられたものである。Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 46 Fn. 122. Vgl. etwa BVerwGE 6, 19, 25.

[102] Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 46 Fn. 122.

[103] 現在のドイツでは、Klein に依拠し、制度体保障と法制度保障を併せて「制度保障（Einrichtungsgarantie）」という文言が用いられる。Vgl. Klaus Stern/Michael Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, §68, S. 766; Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 71. しかし本稿では地方自治体の制度保障のみを問題とするので、引用などを除き原則として制度体保障という名称を用いることとする。

[104] Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 38.

この変容は、①制度体保障の中に 3 つの異なる保障のレベルが区別された点[105]と、②制度体保障の所謂周辺領域についても、立法者に一定の制限が課された点を指す[106]。このような 2 つの意味において、(西) ドイツにおける制度体保障には、前進が見られると言い得る[107]。

第一の点は、既にわが国で度々紹介されてきた、地方自治についての制度体保障解釈の 3 つの保障を指す。すなわち、K. Stern によって整理された制度体保障の新たな定式である。当該定式は、地方自治論についての制度体保障論への批判が存在してきたにも関わらず、なお、通説（そして判例）の座に君臨している。Stern によれば、地方自治分野において、制度体保障は①制度的法主体保障 (institutionelle Rechtssubjektsgarantie)、②客観的法制度保障 (objektive Rechtsinstitutionsgarantie)、③主観的法的地位保障 (subjektive Rechtsstellungsgarantie) に分けられる。①制度的法主体保障とは、ゲマインデとゲマインデ連合がとして国家組織上の構造原理であることを承認され、制度 (Institutionen) として保障されることを指す[108]。②客観的法制度保障は、地方自治体が自治体の自己責任によって自治体の任務を履行することを保障する[109]。これには、ゲマインデにとって地域共同体のあらゆる事務が包括される任務領域、この領域での業務 (Geschäfte) を自己責任で処理する (Führung) 権能 (自治体に認められる各種高権を含む)、それを制約する法律の留保等が含まれる[110]。③主観的法的地位保障は、ゲマインデとゲマインデ連合が、「保障された権利が毀損された場合の権利保護 (Rechtsschutz im Falle der Verletzung von gewährten Rechten)」[111]をその内容とする。ここで言われている「権利」とは、上記①・②で保障された内容が毀損された場合に問題となる。Stern による当該定式は、地方自治についての判例をまとめたものであると評価され、彼が説明する他の制度保障には見られない分類であることは明らかである[112]。

第二の点は、地方自治を含め、制度保障 (Einrichtungsgarantie) の文脈でも問題となり得る点である。ドイツにおいては、第 2 款で検討するように、今日、制度体保障の核心領域の外であっても、制度体に対する一定の保障が与えられるとされる。すなわち、立法者の権限 (基本法秩序に適合した立法のみが許容される) から、地方自治体への介入が許容されない場合が存在していた[113]。連邦憲法裁判所は、地方自治の周辺領域への立法者の介入につい

---

105 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39 f.

106 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 38 f.

107 むしろ、Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 38 ff. は、このような発展を、度々投げかけられてきた個々の制度体保障論解釈に対する疑問を、制度体保障論の修正によって解決してきたと述べる。

108 Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 409. 同書での地方自治の部分は、クラウス・シュテルン（赤坂正浩ほか編訳）『ドイツ憲法 I 総論・統治編』(信山社、2009 年) 35-61 頁に訳出されているが、本稿はそれに依らない。

109 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

110 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 411-418.

111 Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

112 Vgl. Stern/Sachs, a. a. O. (Anm. 103), §68.

113 したがって、ドイツにおいては、わが国と比較した場合、制度体保障論であることが立法者に周辺領域へ介入することへの口実になるという恐れは、全く可能性がないと言うことはできないものの、相対的

て、以下のような判断を示した。すなわち、「そこ〔＝基本法 28 条 2 項第 1 文〕に位置しているゲマインデの自治という制度（Einrichtung）の保障は、法律による内容形成と制度の構成（der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung）を必要とする。『法律の範囲内で』という留保は、この内容形成と制度の構成を、しかし、立法者の任意に委ねているわけではない。まず第一に、自治保障の核心領域が、彼に限界を与える、これによれば、ゲマインデの自治の本質内容は、空洞化されることが許されない。しかし核心領域の外においても、立法者は自由ではない。憲法制定者は、ゲマインデの自治という制度（Institution）をその伝統的な形態（Gestalt）においてのみ取り上げたのではなく、固有の任務を伴い、基本法の秩序に則った政治的公共体という構造（Aufbau）へも適合させるというやり方で、彼〔＝憲法制定者〕はそれ〔＝地方自治〕に、立法者が顧慮しなければならない特有の機能を付与したのである」[114]とした。つまり判例は、「憲法から予め設定され、必要不可欠で法的な諸規律の複合体」[115]、すなわち核心領域の保障に加えて、伝統的な形態とは考えられてこなかった内容であっても、ゲマインデの自治特有の機能として認められる内容については、立法者がそれを尊重しなければならないということを明示したのである。後者の保障は、「典型的に属する、本質的に刻印づけられる、広範囲に歴史的に伝えられる、機能的な・制度的な、法的なそして政治的社会学的な諸内容を伴ったゲマインデとゲマインデ連合という公的な制度（Einrichtung）を保障した」[116]と述べられている[117]。このように、ドイツの判例においても、地方自治分野において制度体保障論が発展させられており、最早ワイマール期に唱えられていたそれとは異なっているとされる。

以上見たように、ドイツにおいては、判例・通説において、地方自治はワイマール共和国よりも発展した形での制度体保障論が妥当しているとされる。Stern の 3 つの定式――とりわけ制度的法主体保障――からも明らかであるように、基本法 28 条 2 項は、国家組織の一制度としての地方自治体の存在を保障したものと解されている。以下で見る当該条文第 1 文の規範的内容からだけではなく、法的性質論からも、統治機構側の存在としての地方自治体像を見てとることができる。

にその恐れが低かったということが言えるのではないだろうか。

[114] BVerfGE 79, 127, 143. BVerfGE 91, 228, 238 ff.も、当該判例を引用して、立法者は地方自治の核心領域だけではなく、「核心領域保護の前の領域（Vorfeld）」においても、基本法 28 条 2 項第 1 文「の規範的意図」から、法的に拘束されると述べる（BVerfGE 91, 228, 239）。Vgl. BVerfG, NVwZ 1999, 520, 520.

[115] Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39.

[116] Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39.

[117] 本稿でこれ以上取り上げることはできないが、例えば地方自治に求められる住民の参画の要請、住民との近接性（Bürgernähe）の要請が挙げられ得る。Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39 Fn. 47. ここで述べられているのは、法学的意味における自治が優勢であり、住民自治については真剣に受け止められてこなかった伝統的なドイツの議論とは異なる――しかしながらそれ自体も歴史的には検討されてきた――「自治」という制度の保障のことである。Engels によれば、例えば住民の参加や国政に従事する際に必要な教育・活動の練習場としての地方自治が想定されている。このような地方自治像は、紛れもなく Stein 男爵がプロイセン改革の際に想定していた地方自治像である。

2. 基本法 28 条 2 項第 1 文の規範的内容から

次に、ドイツにおける地方自治保障の内容から、地方自治体が国家側の存在であることを示す。具体的には、以下では、連邦憲法裁判所の判例を中心に、彼の国におけるゲマインデの「自治への権利」としてどのような内容が認められているのかを確認する。後に検討するように、ドイツの通説・判例は、基本的に基本法 28 条 2 項第 1 文の内容が侵害された場合に出訴が認められるとされる[118]。そのため、以下では、そのような出訴が認められる前提として、当該規定の規範的内容について確認する。より具体的には、まず、判例・学説を通じて、基本法 28 条 2 項第 1 文の内容と認められている事柄を確認する。このような規範的内容においても、そして後に触れる出訴可能な類型においても、地方自治体が私人類似の存在としてではなく、国家側、統治機構側の存在として位置づけられていることが明らかになる。

なお、基本法においては、上述したように、ゲマインデとゲマインデ連合の自治権の範囲が異なって規定されている。1. までは原則としてゲマインデとゲマインデ連合に共通して認められている事柄についての記述であったが、以下では、ゲマインデの自治権を保障する第 1 文のみを扱うこととする。これはドイツにおいても、ゲマインデの自治に関する議論を中心に、地方自治の研究が進められていることに加え、以下の理由にも基づく。すなわち、本稿の課題は基本法上の地方自治保障を明らかにすることにあるため、ゲマインデ連合よりも自治がより広く認められているゲマインデを対象に、その内容を明らかにする必要があると考えられるからである。

(1) ゲマインデの存立（Existenz）

ゲマインデの存立の問題とは、基本法 28 条 2 項第 1 文で保障される地方自治の内容を実現する主体としてのゲマインデの存在の問題、すなわち同規定の保障の前提と位置づけられる問題である[119]。Stern の定式に従うならば、当該問題は制度的法主体保障の議論に位置づけられる。この問題には、ゲマインデの法人格、領域、名称等が含まれるとされるが[120]、地方自治体の有する領域高権、法人格（権利能力）や組織高権が含まれるかどうかについては、見解の相違が存在する[121]。地方自治体の名称権（Namensrecht）が含まれることは判例上も認められている。なお、ドイツではゲマインデ連合に所属していないゲマインデも存在しており、わが国の二段階制（二層制）のような内容の保障は考えられていない[122]。

Stern によれば、公共の福祉に反するような区域改革（例えば、事前の聴聞、目的に適合

---

[118] 後述するように、精確には、基本法 28 条 2 項以外にも、「憲法上の自治の像を共に規定するに相応しい」規範の侵害に対する出訴は認められている。

[119] Vgl. etwa Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 40 f.

[120] Vgl. Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 1 § 2 Rn. 4-16.

[121] Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 91. これらを含める見解としては、例えば参照、Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 10 f.

[122] なお、ラントレベルでの領域変更についての諸前提の規定に関しては、Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 129.

しない区域改革）に対しては、憲法裁判所での審査がなされ得ることが認められる[123]。また、後に検討するように、ゲマインデの区域変更に関する代表的な判例[124]によれば、①基本法 28 条 2 項第 1 文は個々のゲマインデを保障するものではないこと、②領域の変更などについては、公共の福祉に基づいてのみ、さらに、関係する領域団体に事前に聴聞を行う必要があることなどを示した。②の点は制度体保障の核心領域に存在する。そして以上の二点について問題のない立法上の措置は、許容されることが示された。これらの保障が導出されることから、実際には基本法 28 条 2 項第 1 文は、ゲマインデを「**制度的にも主観的・個別的にも！**」[125]保障しているとも説明される。

(2) ゲマインデの任務保障

このような方法で存立を保障されるゲマインデは、以下で見るように、基本法 28 条 2 項第 1 文から認められる各種保障を受ける。当該規定から、ゲマインデには、①地域的共同体のあらゆる事務、全権限性（Allzuständigkeit）・普遍性（Universität）の原則[126]、②自己責任性が、③法律の範囲内、すなわち法律の留保の下で保障されると考えられている[127]。Stern の分類によれば、これら 3 要素は全て客観的法制度保障に分類され、当該保障は「地方自治保護の**中心点**であり、その中心的な保障」[128]と位置づけられる。以下ではまず「地域的共同体のあらゆる事務」、ゲマインデの任務保障について検討する。

地域的共同体のあらゆる事務についての定義を、当初、判例は以下のように示していた。曰く、地域的共同体のあらゆる事務とは、「地域的共同体に根づき、またはそれと特有の関連を有し、かつこの地域的共同体によって自己責任で、そして独力で果たされ得る」[129]ものであると。その後、連邦憲法裁判所は、地域的共同体の事務について、以下のように定義を変更した。曰く、「地域的共同体に根づき、またはそれと特有の関連を有する、したがってゲマインデ市民まさに彼ら自身に共通である以下のような需要と利害、すなわち、彼らが

---

123 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409-412. したがって、実際には「個々の自治領域団体（die einzelne kommunale Gebietskörperschaft）がその領域や地位（Status）の変更に対して保護されないというわけではない」(S. 410)。

124 BVerfGE 50, 50. 邦語文献としては、松塚晋輔「自治体合併の憲法的基礎（1)」京女法学 1 号（2011 年）100-101 頁、上代・前掲注 4）219-220 頁。

125 Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 42.

126 ゲマインデの全権限性を歴史的に検討したものとして、参照、斎藤誠「総合行政と全権限性」同・前掲注 37）3 頁、13-18 頁。全権限性等につき、BVerfGE 79, 127, 146 ff.も、検討する。

127 ゲマインデ連合については基本法 28 条 2 項第 2 文が規定しており、ゲマインデとは特に全権限性が存在しない点が異なる（法主体保障についても相違が存在する。Vgl. Engels, a. a. O. 〔Anm. 13〕, S. 42; Burgi, a. a. O. 〔Anm. 14〕, § 20 Rn. 12.)。この相違点は、わが国に既に紹介されている補完性原理とも関わる。Vgl. BVerfGE 79, 127.

128 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 93. 強調は原文。Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 41 は、地方自治の制度的理解の特徴はこの保障要素で展開されたとする。

129 BVerfGE 8, 122, 134 : „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können.“

（政治的）ゲマインデにおける人間の共同生活と共同居住に関係する」[130]ものが、地域的共同体のあらゆる事務であるとしたのである[131]。これらの定式から明らかであるように、地域的関連性を認められ得るような任務を除き、基本的には地域的な性格が認められない任務については、ゲマインデは自らの任務として遂行することはできない。例えば外交・防衛政策[132]、一般政策的な問題[133]が、ゲマインデが自らの任務とすることはできないとされる[134]。

---

[130] BVerfGE 79, 127, 151 f. : „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben ［…］die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen."

[131] ゲマインデの規模等の能力を捨象するという判例の新たな定式自体には、批判が示されている。Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 42 f.

[132] 地方自治体の外交等に関する文献としては、例えば参照、成田頼明「地方公共団体の対外政策の法的位置づけと限界」同・前掲注 2）259 頁、新村・前掲注 4）「(1)」法学〔東北大学〕68 巻 3 号（2004 年）72 頁、114 頁以下。

①ゲマインデの非核地域都市間パートナーシップの締結の許容性が争われた事案（当該宣言の許容性についての諸判例については、参照、新村・前掲注 4）「(1)」122-135 頁）では、このような平和の達成は基本法の目標準則であり、あくまで連邦の外交権限に含まれるものではないと判断された。BVerwG NVwZ 1991, 685, 685 f. Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 94. このような都市間パートナーシップ協定の締結は、他国の地方自治体と住民同士で文化交流を行うことであり、基本法 28 条 2 項第 1 文の内容と認められた。

②ゲマインデ議会の決議（Ratsbeschlüsse）での非核地帯宣言（Erklärung zur atomwaffenfreien Zone）は、連邦憲法裁判所の判例によれば、特有の地域的関連がある。何故なら、ゲマインデ領域での核兵器配備に関してゲマインデが宣言を行うことは、地方自治体の政治的権能の中に含まれ、国家の防衛政策に関する権能を侵害するものではないからである（BVerwGE 87, 228, 230 ff., insbesondere 232-234 は、核兵器の配備に関する事柄は、まさにラシュテーデ決定で示されたところの地域的共同体の事項そのものであると認める）。このような宣言は、防衛という事案の性質上、秘密裡に政策が実施される場合が大いに考え得るため、具体的な契機がなくとも、「予防決議（Vorsorgebeschlüsse）」を行うことも許容される（BVerwGE 87, 228, 233 ff.）。ドイツの非核地域宣言についての邦語文献としては、参照、白藤博行「ゲマインデの『非核地帯宣言』と地方自治」札幌学院法学 9 巻 1 号（1992 年）151 頁、新村・前掲注 4）「(1)」119-137 頁。わが国においても、地方公共団体が非核都市宣言を行うことが認められるかということが争われたことがあり、彼の国と同様に、外交・国防政策が国の権限を侵害するという批判がなされたことがある。参照、廣田全男「地方自治体の平和政策」同『現代ドイツ地方自治の潮流』（東京市政調査会、1992 年）70 頁、71 頁。

[133] 例えば、ILO182 号（「最悪の形態の児童労働の禁止及び撤廃のための即時の行動に関する条約」）が規定する児童搾取を一切排除した上で供給される墓石を用いたことを証明するよう規定した墓地に関する Satzung（Friedhofsatzungen）は、裁判では許容されなかった。連邦行政裁判所は、規範の明白性と明確性という法治国家ルールに、並びに法律的な権限基盤がないこと、職業自由に対する過剰禁止原則と矛盾するとして当該 Satzung を認めなかったためである（BVerwGE 148, 133, 140 ff.）。ゲマインデの政治的意思表明（ゲマインデ議会が、一般政策に関して何らかの意思を表明するという表明権〔Äußerungsrecht〕）の問題は、ゲマインデ議会の性格の議論に関係するものであり、議論が続いている。Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 136.

[134] Vgl. BVerfGE 8, 122, 134 f.; Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 15. 判例によれば、領域に重大な影響を有する事柄や、地方自治体の住民が参加する（Engagement）場面等では、外交や防衛などに関わる事例であっても地域的共同体の事務であると認められていることになろう。Vgl. BVerwGE 87, 237, 238 f. その他許容されるものにつき、参照、Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 136. 地域的共同体の任務の定義を変更した後の判例においても、ゲマインデがこのような任務を遂行する権限を有しないことは認められている。

さらに、既に述べたが、判例上の定式から示唆されるように、ゲマインデに認められる任務として、私人・住民の利害を擁護することは含まれない[135]。

ゲマインデは、このように、地域的な事務、地域の任務を広く管轄することが認められると解されている。そのような意味において、ゲマインデには全権限性（Allzuständigkeit）・普遍性（Universität）の原則が認められている。すなわち、一方で、ゲマインデは自治が認められる他の団体（健康保険組合など一定の目的を有する人的団体）よりも広い範囲の任務遂行が認められてきた[136]。一定の目的を有する人的団体、機能的自治団体は、当該団体が設立された目的の範囲でのみ活動が認められる。それに対してゲマインデは、地域的な事務であると解されるものについて、原則としてあらゆる任務を遂行することが認められるのである。他方で、これらの原則の存在は、周知の通り、ゲマインデの権限に限界が存在しないことを意味するわけではない。むしろ、地域的事務という定式そのものが、ゲマインデに認められている事務の限界を示している。このことはゲマインデに認められる権利能力の範囲、すなわちゲマインデの団体権限（Verbandskompetenz）[137]の問題として定式化されている[138]。

ゲマインデの任務の範囲の限界は、より広域的な任務との対比において明らかになる。ゲマインデよりも広域の領域団体の行なう任務は、広域的な（überörtliche）事務と定式化され[139]、そのような事務がゲマインデに委任（übertragen）され、ゲマインデが任務を遂行する場合であっても、基本法 28 条 2 項第 1 文の保障範囲に含まれないと解される。

このような事務区分論は、周知の通り、根源的な批判に晒されている。すなわち、地域的（örtliche）事務と広域的な（überörtliche）事務の区別は、そもそも困難ではないかという批判である[140]。当該問題は、上述した領域改革に引き続いて 1980 年代に行われた、「機能改革（Funktionalreform）」[141]の文脈で大きな問題となった。すなわち、技術革新や住民が統一的な行政を求めた結果、行政任務を広域で処理するため、権限の吸い上げが生じたのである[142]。わが国と同様ドイツでも、実際の社会状況の変化に基づいて、地域的事務がより上位

---

135 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 90.

136 Vgl. Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), §23 Rn. 48.

137 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §6 Rn. 14; Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 52; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 146 ff.

138 Vgl. BVerfGE 79, 127, 143. ドイツでは、公法上のではあるものの、ゲマインデの団体という側面から、ゲマインデが団体の目的から認められる権限を踰越した場合、ウルトラ・ヴァイレスの法理が語られる。Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §5 Rn. 6 f., §6 Rn. 13-19. ゲマインデの権限の範囲については、後述の地域的共同体の事務も参照。ウルトラ・ヴァイレスの法理は、実際に地方自治体の政治的意思表明が問題となった当該事案でも用いられた。参照、新村・前掲注 4)「(1)」123 頁。

139 なお、BVerfGE 79, 127, 152 は、ゲマインデの任務について「『地方的・地域的な（lokal-örtliche)』任務」、ゲマインデ連合であるところのクライスの任務について「『特定地方的・地域的な（regional-örtliche)』任務」と述べる。

140 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 104. 事務区分論については、後述の自己責任性の記述も参照のこと。

141 参照、上代・前掲注 4）31 頁。

142 参照、上代・前掲注 4）31 頁。駒林良則「西ドイツにおける自治行政主体間の事務配分原理について（1)」名城法学 37 巻 2 号（1988 年）19 頁、29 頁によれば、このような権限問題が新たに生じた理由

の地方自治体や国家の権限へと移行させられる事態（「移行過程（Wanderungsprozess）」）（または権限が入り乱れた状態（Gemengelagen））が生じてしまったのである。さらに、事務の区分の困難さとも関連するが、地域的任務を類型化し、問題となる任務の地域関連性を評価する権限（Einschätzungsspielraum）は、立法者に認められた[143]。そのため、結局のところ、本来は立法者に対して限界となり得る「地域的共同体の事務」という線引きが機能しなくなってしまうという批判がなされた[144]。

とはいえ、地域的共同体の事務と判定される任務は広い。嘗て判例で例示的に列挙されたこともあるが[145]、それを列挙することは不適当であると考えられている。当初、地域的事務の範囲の判定、すなわち基本法 28 条 2 項の保障内容として含まれる事務であるか否かの基準は、判例によれば、「自治の**歴史的展開**ならびにその歴史的現象形態」[146]に基づいて検討されていた。しかし上述した判例変更の際、連邦憲法裁判所は以下のように定式化するに至った。曰く、「ゲマインデの自治の本質内容には、対象として一定のまたは確立した徴標によって決定可能な任務カタログではなく、法律によって既に他の公行政の担い手に委任されていない地域的共同体の全ての事務を、特別な権原名義（Kompetenztitel）なしに引き受ける権能が属する（ゲマインデの活動領域の『普遍性』）」[147]と。このように、「普遍性の原理は、むしろ、（法律上否定可能な）**権限推定**（Zuständigkeitsvermutung）として作用する」[148]。また、新たな任務が生じた際、地域的共同体の事務として、原則的にゲマインデにその任務遂行権限が与えられることも含まれる（自発性の権利（Recht der Spontanität））[149]。

現在に至るまで地域的事務であるか否かが問題となった事例としては、その他に、生存配

は、ゲマインデ・クライス間の観点においては、①「経済性・技術性の観点から」吸い上げられ、また②「計画や社会福祉の領域」での「行政の結合」等から生じた。Vgl. BVerfGE 79, 127.

143 Vgl. etwa BVerfGE 110, 370, 401（「立法者の評価特権（Einschätzungsprärogative）」）. 駒林・前掲注 142）「(1)」35 頁の、基本法 28 条 2 項では「現実の事務範囲の詳細な画定」が不可能であり、その画定のためには「各州の立法政策の問題となる」との指摘も参照のこと。

144 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 102; Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 42 f.は、立法者のそのような余地への批判と併せて、立法者のそのような判断に対して憲法裁判所が踏み込んで審査することができない点も批判する。

145 BVerfGE 6, 104, 116.

146 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 82. 強調は原文。なお、Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 45 f. は、より精確に、「地方自治の歴史的発展ならびに歴史的な・現在の現象形態」と定式化する。

147 BVerfGE 79, 127, 146. 同判例 Ls. 2 は、「ゲマインデの自治の本質内容に、対象が定まったまたは確立された徴標にしたがって規定された任務カタログは属さない、そうではあるがしかし、〔ゲマインデは〕法律によって他の公の行政の担い手に委任されていない地域的共同体のあらゆる事務〔を〕、特別な権原（Kompetenztitel)なしに引き受ける」と定式化している。

148 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 103. 強調は原文。Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 18 は、全権限性という言葉を、この権限推定に互換的に用いている。ここから、ゲマインデには優先的に事務配分がなされると言われる。参照、上代・前掲注 4）42-44 頁。ゲマインデの優先的事務配分について検討した邦語文献としては、例えば参照、廣田全男「事務配分論の再検討」公法研究 62 号（2000 年）179 頁、白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理（1-2）」法政論集〔名古屋大学〕116 号（1987 年）135 頁、128 号（1989 年）241 頁。

149 Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 18.

慮行政の地域的関連性の有無[150]、環境保護政策を推進することの許容性[151]などが問題となった。

(3) ゲマインデの自己責任による任務遂行の保障

基本法 28 条 2 項第 1 文は、地域的共同体の事務について、ゲマインデに自己の責任で規律する権利を保障する[152]。このことはゲマインデに認められる自己責任性とも言われる。このことは、自治体が遂行する任務について、どのようにそれを遂行するかを、ゲマインデが自ら決定し得ることを意味する[153]。自己責任性の議論には、前にも触れた事務区分論が深く関わっている。

ドイツでは伝統的に、ゲマインデが遂行する事務は 2 種類に分類されると考えられてきた[154]。それが、自治事務（Selbstverwaltungsangelegenheiten）と委任事務（übertragene Angelegenheiten）である。前者は、「社会共同体的性格を残す」[155]事務であるとされ、後者は、地方自治体が「国家に組み込まれた下級行政官庁として」[156]遂行する事務である。問題となる事務がどちらの事務に分類されるかに応じて、基本法 28 条 2 項第 1 文の保障範囲に含まれるか否か、結論が異なることは既に述べた。このような事務区分論は、さらに、国家

---

150 伝統的に地方自治体が担ってきた、住民への生存配慮――エネルギー供給や廃棄物処理、水道供給等――が広域化されてきたことから、そのような任務が地域的事務であるか否かが問題となってきた。Vgl. BVerfGE 79, 127.)。さらに近年では、そのような任務が所謂公設市営で遂行される場合があり、私経済と自治体のエネルギー供給の境界づけ等が問題となっている。Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 137. 以上のような問題に対しては、エネルギー供給をそもそも地域的事務とみなし得るかという点が問題となり、さらにそれを肯定する場合、生存配慮行政は基本法 28 条 2 項の保護領域に含まれるのか議論が続いている。Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 138 f.

151 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 96.

152 自己責任性というメルクマールについては、行政の広域化の文脈から、最早より上位の決定へ地方自治体が参画し得る関与権として考えるべきであるという主張がなされたことがある。それが、所謂機能的自治論である。1970 年代にそのような傾向を有する学説が唱えられ、ドイツの地方自治論に大きな変革がもたらされるのではないかと論ぜられることもあったが、結局、制度体保障論など、既存の学説からの批判が強く――そのような議論は基本法 28 条 2 項の要請すら満たさないというもの――、少数説に留まった。これらの学説については、例えば参照、成田頼明「『地方の時代』における地方自治の法理と改革」公法研究 43 号（1981 年）151 頁、167-168 頁、172-174 頁、廣田・前掲注 132）89-92 頁、中井勝巳「西ドイツにおける地方自治体の計画参加権の裁判的保障」立命館法学 175 号（1984 年）71 頁、75-77 頁、安達和志「西ドイツ環境行政訴訟における市町村の出訴資格」神奈川大学研究年報 7 号（1986 年）33 頁、47-48 頁、白藤博行「地方自治保障法論の現代的展開」法政論集〔名古屋大学〕111 号（1986 年）139 頁、市川須美子「西ドイツ地方自治論の新構想（1・2・完）」自治研究 63 巻 10 号 101 頁、11 号（いずれも 1987 年）76 頁、宮田・前掲注 92）169-184 頁。なお、Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 44 は、地域的共同体の事務を遂行する方法については、基本法から直接、ゲマインデにもゲマインデ連合にも保障されており、その点については差異は存在しないとする。

153 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §6 Rn. 31. 地方自治体が自己の責任で事務を遂行することを現実に可能とするための手法として、ドイツでは基本法・ラント憲法上、財政規定が置かれている。この点を詳細に検討した研究として、参照、上代・前掲注 4)。

154 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 4. 古典的な邦語文献として、参照、宮沢俊義「固有事務と委任事務の理論」同『公法の原理』（有斐閣、1967 年）183 頁。

155 上代・前掲注 4）45 頁。

156 上代・前掲注 4）45 頁。

からの監督の程度、地方自治体の出訴可能性等にも影響を与える[157]。

ラントによっては[158]、このような事務区分が廃止され、地方自治体の遂行する事務は全て、地方自治体の事務として一元化されている。このような一元的任務モデル（monistische Aufgabenmodell）の下では、ゲマインデの事務は、全てがゲマインデの事務であるということとなり、ラントが関与し得る程度に応じた区別が認められるに過ぎない。すなわち、(a)任意任務（freiwillige Aufgaben）、(b)義務的任務（pflichtige Aufgaben）、(c)指示任務（Weisungsaufgaben）である。(a)任意任務については、ゲマインデはラントから自由に遂行することができる。(b)義務的任務とは、ラントが法律上、地方自治体に遂行を義務づけた任務を指す。当該任務は、任意任務と同様に、遂行の際にラントの指示を受けることがない[159]。また、基本法 28 条 2 項の意味における自治事務である[160]。(c)指示任務[161]は、義務的事務よりもよりラントの関与の程度が強い。すなわち、当該任務を遂行する場合には、地方自治体はラントからの指示（Weisung）に従ってこれを行わなければならない[162]。なぜなら、指示任務は「二元モデルにおいて『委任事務（Auftragsangelegenheiten）』と構成されていたものと広範囲で同じ任務」[163]とされているからである。ここで言う指示とは、地方自治体が当該任務を遂行する際に、国家が規定する方法（Wie）に従わなければならないことを意味する[164]。

このような事務の区分に応じて、当該事務を遂行する際に必要な事柄について、ゲマインデが決定し得る範囲が異なる。「自治保障はゲマインデに、自己責任で**団体権限の範囲内の業務を処理する**権能をも保障する。……『固有の責任で』という徴標は、以下のようなゲマインデの自己責任性を示す、すなわち、**組織に関する、人事の、財政上の**そして法律の範囲内にもある**内容的に自立した**意思形成による、そして独自の意思の実行によって特徴づけられる」[165]。自己責任性については、学説では「〔ゲマインデの〕形成の自由、〔ゲマインデの国家からの〕裁量・指示からの自由（Gestaltungsfreiheit, Ermessens- und Weisungsfreiheit）」[166]を意味するとされる。すなわち、当該任務を遂行する場合は、ゲマインデは特に、「国家の影響力行使（Einflussnahme）または後見（Bevormundung）なしに」[167]、自ら、当該任務を遂行するか否か（Ob）、するとして、いつ（Wann）、どのように（Wie）行うか決定する

---

157 Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 7 は、事務区分論から帰結される相違点表としてまとめている。帰結の相違点については、それぞれ後述する。

158 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 12, 19.

159 参照、上代・前掲注 4）47 頁。

160 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 21.

161 ラントの指示権の規定については、参照、Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 129.

162 一元的任務モデルの意義については、参照、上代・前掲注 4）48 頁。

163 Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 21. 但し、上代・前掲注 4）47-48 頁は、「指図事務についてはその区分が明らかではない」としており、一義的に区分が分けられないことを指摘する。

164 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 21.

165 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 99. 強調は原文。Vgl. BVerfGE 119, 331, 362 f.

166 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 99.

167 Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 52. Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 19.

ことができる[168]。上述した事務区分論に従うならば、以下のようになろう。まず自治事務、あるいは任意任務は、完全な意味における「地域的共同体の事務」であり、ゲマインデの団体権限内の任務である。一方、元来国家の任務と位置づけられる委任任務は勿論、一元的任務モデルの義務的任務、指示任務は、「ゲマインデの自己責任性を全て既に超えている〔と判断される〕ほど強く、(連邦・ラントの) 立法者が自治体の行為余地・形成余地を制約している」[169]と考えられている。地方自治体は、義務的任務についてどのように遂行するかを決定することができるに過ぎない[170]。このように、地方自治体には自己責任で決定する自由が認められている[171]が、決定できる事項は当該事務の性質に応じて異なっている。

連邦憲法裁判所の判例は、自己責任性について以下のように判断している。すなわち、「基本法 28 条 2 項第 1 文はゲマインデに自治の権利を保障する。それら〔ゲマインデ〕には、原則的に全ての地域的事務を包括する任務領域ならびにこの領域で仕事を自己責任で行う権能が認められている」[172]。このような自己責任性は、したがって、「その地域的な事務の周辺に関してのみであり、それに対して、その委任された広域的な事務に関しては〔国家の規律を〕防ぎ得ない」[173]。また、連邦憲法裁判所によれば、自己責任性は以下の 2 つの領域に区別される。すなわち、ゲマインデの遂行する実際の任務 (sachlichen Aufgaben) という領域と、ゲマインデの内部組織等そのものに関する領域である。曰く、「その地域的事務の範囲に関して、ゲマインデは、法律による任務履行の方法に関係するところの国家的規制 (Reglementierungen) によって、その自治保障において攻撃 (betreffen) され得る (参照、BVerfGE 83, 363 [382])。基本法 28 条 2 項第 1 文、第 3 文は、自己責任性を、任務履行以前の、財政高権をもその一部とするところのゲマインデ内部の領域にも容認している。基本法 28 条 2 項はこの領域において、自己責任性を、ある一定の実際の任務 (Sachaufgaben) だけではなく、全行政に関しても保障している」[174]。このようなゲマインデ内部の領域に関しては、以下のような判断も、既に示されていた。すなわち、「ゲマインデ行政の組織に関する権利 (das Recht zur Organisation) (例えば人事高権や予算自律権をも含めた) は、……自己責任による規律の保障から、ある一定の実際の任務だけではなく、全行政に関しても、由来している」[175]。したがってゲマインデは、地域的事務の領域と全く同様に、「少な

---

168 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 19 は、これを「最も広い意味における裁量」と述べる。

169 Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 52.

170 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 105.

171 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 19 は、自己責任性について、以下のように述べる。すなわち、ゲマインデが独自の民主的正当性を有しており、ゲマインデに自ら事務を形成する余地 (Gestaltungsspielraum) が存在しなければ、その正当性が無意味になるためだとする。

172 BVerfGE 26, 228, 237 f. 他にも例えば BVerfGE 56, 298, 312; 59, 216, 226; 79, 127, 143; 83, 363, 382; 91, 228, 236 など、多くの判例がこのような定式を示す。

173 BVerfGE 83, 363, 382.

174 BVerfG, NVwZ 1999, 520, 520.

175 BVerfGE 83, 363, 382.

くとも組織高権、財政高権そして人事高権を含む」[176]自己責任性という領域――これは「ゲマインデ内部の問題全体へ及ぶ」[177]――について、地域的事務以外の事務も含めて、あらゆる点で自ら事務を遂行する際に必要な事柄を決定できることが保障されているのである[178]。

とは言え、ゲマインデの自己責任性は、以下のような場合には、事実上の制約を被る恐れが存在する。第一に、法律の準則の密度が高く、そして詳細に規定されている場合である。これは後に見る基本法 28 条 2 項の法律の留保と関係している。彼の国の実務では、当該規定に広く法律の留保が及ぶと解されているため、ゲマインデの活動として認められるには、法律上の根拠が必要となる。そのような法律を制定する際に、任務遂行の方法が詳細に規定されてしまうと、ゲマインデには自己責任性が認められていても、実際には国家の指示する任務履行をせざるを得ない場合が生じてしまうのである。したがって、法律の規定する程度にも依るが、ゲマインデの自治は形式的な指示権（Weisungsrecht）がなくとも国家に制約されてしまう可能性が残っている[179]。第二に、国家は多くの任務を委任してゲマインデに手渡すことが問題となっている。その結果、ゲマインデは自治事務を行うための人的・財源上のリソースを事実上制約されてしまい、十分に事務を行い得ない状況が生じてしまう。このような状況からも間接的に、ゲマインデの自己責任による任務が妨げられる場合がある[180]。

ゲマインデには自己責任による任務遂行が認められるが、このことは、また、ゲマインデが何らの制約もなく自由に任務を処理し得ることを意味するわけではない。なぜなら、ゲマインデも高権的な権力の担い手と位置づけられるからである[181]。自己責任性は法律や法的拘束を免除することではないのである[182]。より具体的には、ゲマインデは基本法 20 条 3 項から導出される法律・法による拘束に服し、更に、法律適合性に服する。ゲマインデがこれらの拘束に服することを保障するため、ドイツでは、自治体監督（国家監督）制度が存在する。当該制度は自治の「『相関概念（Correlat)』」[183]と位置づけられ、「一方で客観的法秩序の維持に、他方でゲマインデを自身の過ち（Fehlleistungen）から守ることにも役立つ」[184]とされている。更に、ドイツにおいては、監督は国家から地方自治を守ることと私人をゲマインデの過ちから守ることにも役立ち[185]、地方自治体が法律を顧慮することだけではなく、「地方自治体がその任務を、法律を顧慮しながら適切に遂行し得るように法律を更に発展させることにも」[186]繋がると考えられている。このように、彼の国においては、監督は自治

---

176 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 106.
177 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 106.
178 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 106.
179 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 82; 105.
180 参照、上代・前掲注 4）33-34 頁。
181 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107.
182 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107; Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 19.
183 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107.
184 Christoph Brüning/Klaus Vogelgesang, Die Kommunalaufsicht, 2. Aufl. 2009, Rn. 74.
185 Vgl. Brüning/Vogelgesang, a. a. O. (Anm. 184), Rn. 76.
186 Brüning/Vogelgesang, a. a. O. (Anm. 184), Rn. 78.

を限界づけるものとしてだけではなく、自治を国家からも守り、発展させるものとしても考えられている。そのような意味で、監督と自治の関係は、ドイツにおいては「ゲマインデの**自治権の必要不可欠な対をなすもの（Gegenstück）**」[187]であると解されているのである[188]。

地方自治が原則としてラントの管轄領域と考えられるため、自治体監督も、ラントが行う。「連邦自治体監督は（基本法 84 条 3 項の領域においても）存在しない。しかしラントは連邦に対して自治体監督措置について義務づけられ得る」[189]。また、ドイツにおいても、監督は過剰に行われてはならず[190]、比例していることが要求される[191]。

上述したような事務区分論に従って、監督には 2 種類の形態が存在する。すなわち、ゲマインデを自立した法主体として扱う法監督と、ゲマインデを下級官庁として扱うため、より強力な形態であるところの専門監督である。自治事務あるいは任意任務・義務的任務は前者に服し、委任事務あるいは指示任務は後者に服する。法監督は、ゲマインデの行為が団体権限に適しているか、手続法・実体法の規定に適合しているか否かを審査する[192]。自治事務についての監督措置の区別については、以下のように述べられる。すなわち、「自己責任性の原理から、国家の監督を**純粋な法監督**への制約が導出される」[193]、と。法監督の手段としては、情報提供権[194]、異議申立権、取消権、指図権、代執行、代理人（Beauftragten）の設置、ゲマインデ議会（Gemeinderat）の解散、市長（Bürgermeister）の在職期間を期間到来以前に終結させる等、強力な権限が認められている[195]。また、強力な手段として例えば、法律で明文の規定が存在する場合、予防的な措置として認可留保や活動留保（Genehmigungs- und Betätigungsvorbehalte）を採ることも認められている[196]。監督の程度について、法監督は文字通り法適合性審査に限定されるが、専門監督は合目的性までも審査することが認められる。また、前者の監督に基づいて採られる措置は、以下で見るように行政行為であり、行政裁判所への出訴が認められる。しかしながら後者に基づく措置は国家官庁の所謂内部行為

---

187 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 302. 強調は原文。またはゲマインデが義務を履行していることを確保すると同時に、ゲマインデの権利を保護するものでもあると位置づけられる。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 303.

188 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107.

189 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107. BVerfGE 8, 122, 138 は、連邦がゲマインデに直接配慮を求めることができないので、ラントは連邦のそのような要求に協力（Mitwirkung）するよう義務づけられるとする。判例によれば、これは「連邦に好意的な振舞い（bundesfreundlichem Verhalten）という義務」であり、「不文の命題」であるとされる。

190 Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 46.

191 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 302.

192 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 325. なお、監督官庁の審査は、ゲマインデの行為に判断余地（Beurteilungsspielraum）が存在しているか否かにより、範囲が異なるとされる。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 325.

193 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 100. 強調は原文。

194 なお、情報提供が違法に求められた場合にも、ドイツにおいてはゲマインデが行政裁判所へ訴訟を提起することが認められている。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 358.

195 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 330 ff.

196 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107.

であると解釈され、そもそも行政行為とも考えられず出訴も認められない[197]。法監督については、それぞれの監督措置に応じた行政訴訟の提起（例えば違法な取消に対しては取消訴訟、義務づけ訴訟の提起等）が認められる[198]。

判例も、監督について以下のように述べている。まず連邦憲法裁判所が初めて監督措置に対して示した決定[199]では、以下の点が示された。第一に、「自治体監督は自治の一要素ではなく、その相関物（Korrelat）である」[200]という点。第二に、「ゲマインデの自己責任性の、したがって本来の意味における自治の強化のために、それ故、極端な諸事例においてのみ、異議（Beanstandung）、代執行（Ersatzvornahme）等の手段によって介入されるべきである。それ〔＝そのような場合〕を除き、自治体監督は原則的に法監督のみであり、したがって自治事務の核心領域へは、いずれにせよ形成するように（gestaltend）は介入しえない。国家はここでゲマインデの立場に代わり得ないのである」[201]と述べた。更にその後、監督は「法律の範囲内で」という文言から導出されることが明らかにされた[202]。また、このような監督は「ゲマインデの国家監督は、専らラントの権限に属する（zustehen）。連邦には、基本法の連邦国家秩序に従って、ゲマインデに対して貫徹する（Durchgriff）直接の権利が欠けており」[203]、「専らラントの事項である」[204]。国家監督は、したがって各ラントのゲマインデ法の規定との関係で問題となり[205]、主にラントレベルで問題となる。このことについて、連邦行政裁判所は、各ラントで監督法制が異なることは当然に許容されるとし、更に、それぞれのラントで独自に規定された監督法制は、ゲマインデの自治権を、一般的には侵害しない

---

197 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 107; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 363.

198 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 358. 但し、殆どのラントにおいては、出訴前に異議申立手続（Widerspruchsverfahren）が前置される必要がある旨規定されている。なお、ラントによってはゲマインデ法に、ゲマインデが法監督に基づく措置に対して出訴し得ることを規定している場合もあるが、これは確認規定であるとされる。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 326; Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §9 Rn. 7.

199 BVerfGE 6, 104. 当該決定に関する邦語文献としては、参照、植松健一「ドイツの民主政における阻止条項の現在（1）」立命館法学 359 号（2015 年）1 頁、27-28 頁。当該事案はラント・ゲマインデ・クライス議会の 5%の阻止条項に関するものであり、ラント政府による規範統制手続の形式で争われた。したがって当該決定は、監督が正面から争われた事案ではない。Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 324 は、当該判決を連邦憲法裁判所が自治体監督に関して言及した第一の事案であると位置づけているが、監督処分自体が争われた第一の事案ではないという点には注意が必要である。

200 BVerfGE 6, 104, 118. この関係は実務上争われていない。Vgl. BVerfGE 78, 331, 341.

201 BVerfGE 6, 104, 118.

202 Kahl, a. a. O. (Anm. 199), S. 324 は、BVerfGE 23, 353, 365 が Köttgen の著作から引用する「近代的な自治は中世の都市の諸自由というスタイルでの諸々の治外法権特権（Immunitätsprivilegien）に基づいているわけではない」という定式を、地方自治、そしてその相関物であるところの国家監督は、基本法 28 条 2 項第 1 文の「法律の範囲内において」という留保の下において許容される論拠とする。

203 BVerfGE 8, 122, 137. 但し当該事案においては、傍論で示されたに過ぎない。

204 Kahl, a. a. O. (Anm. 199), S. 325. Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 301. 但し、ラントは連邦に好意的な振舞いの（連邦忠誠）義務から、国家監督を連邦との関係で行わなければならない場合も存在する。Vgl. BVerfGE 8, 122, 137 f.

205 Vgl. BVerfGE 8, 122, 137.

ことが述べられている[206]。連邦憲法裁判所は法監督に関して、以下のような判断をも示している。曰く、「法監督は、ゲマインデの決定する力（Entschlußkraft）と責任を自ら引き受けようとすること（Verantwortungsfreudigkeit）を侵害しないよう取り扱われねばならない」[207]と。このような監督は、判例において、監督を規定する条文はゲマインデに法律適合性という義務を履行させるだけではなく、ゲマインデの権利を保護するものとして規定されている旨認められている[208]。

また、「連邦行政裁判所も、ゲマインデに関する国家監督の許容性を『法律の範囲内で』（基本法 28 条 2 項第 1 文）という定式から導出し、相関物理論（Korrelattheorie）に従っている」[209]とされる。監督は、「後見的な（Vormundschaft）方法」[210]で行われてはならないということも示された。また、連邦行政裁判所においては、委任事務に基づく措置に対しては「通常は訴訟の提起ができない」[211]一方、自治事務に基づくそれに対しては、当該措置が行政行為であり、行政裁判所法の概括条項（VwGO42 条、43 条）により行政裁判所へ出訴することが認められているということも示された[212]。また、連邦行政裁判所も、監督制度は基本法という法治国家では、許容されないものというよりも寧ろ、地方自治をはじめとした自治を特徴づけるものであると考えている[213]。

監督措置に対する出訴の場面においても、問題となるのは「**原則的に基本法 28 条 2 項の毀損**」[214]に関してのみである[215]。その他の訴訟と同様に、ゲマインデが基本権を援用したり[216]、他者の権利を援用したり[217]することは認められない。殆どのラントでは、法監督に基づく措置に対しては、ゲマインデ法で VwGO の規定に基づいて出訴可能である旨規定されているため[218]、法監督に基づく措置が裁判所において審査される際に基準となるのは、各ラン

---

206 BVerwGE 19, 121, 123 は、監督法制の「規律……によっては、しかし、ゲマインデの自治権はその本質内容においては触れられない」と言う。

207 BVerfGE 8, 122, 137.

208 Vgl. BVerfGE 8, 122, 134.

209 Kahl, a. a. O. (Anm. 199), S. 324. BVerwGE 2, 329, 334 も、「国家の監督権能の留保は『国家の任務委任の自然な相関物』」と述べる。

210 BVerfGE 78, 331, 342.

211 BVerwGE 19, 121, 123.

212 Vgl. BVerwGE 19, 121, 123. 当該判決によれば、更に、このことは例えばシュレスヴィヒ・ホルシュタインゲマインデ法 128 条に「ゲマインデは自治体監督官庁の指図（Anordnungen）に対して 123 条から 127 条により、訴訟を、行政争訟手続において提起し得る」という規定として結実したとされる。

213 Vgl. BVerwGE 51, 115, 117.

214 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 352. 強調は原文。問題となる規範については後述する。更に出訴資格については他に、「**単純法上の位置づけ**」からも認められる。Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 356. 強調は原文。

215 但し「ゲマインデにその自己の任務の履行を不可能にさせ、または少なくとも具体的な方法で全く著しく困難にさせる場合ほど」ゲマインデに負担を課すような措置に対しては、「**例外的に、……法的反射（Rechtsreflexe）**」であっても出訴が認められる場合がある。Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 356. Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 356 Fn. 36. 強調は原文。

216 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 353.

217 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 354.

218 Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 2 § 10, Rn. 42 Fn. 72.

トの制定したゲマインデ法[219]である。

(4)「法律の範囲内で」

基本法 28 条 2 項第 1 文は、「法律の範囲内で」自治を認める。この文言は「制度的法律留保（institutionellen Gesetzesvorbehalt）を意味」[220]し、立法者に自治権を内容形成する権限を与え、かつ国家には、自治権に対して制限的な介入権のみを与えると考えられている[221]。この法律の留保は基本法 28 条 2 項第 1 文のその他 2 つの要素に及ぶのか、それともそうではないのかが問題となってきたが[222]、実務上、地域的共同体のあらゆる事務（全権限性）と自己責任性の何れも、この留保に服すると考えられている[223]。このような見解に対しては異論があるものの[224]、「文言と語順からは一義的ではないものの、今日、法律留保が*自己責任性*という徴標にだけではなく、任務領域の*普遍性*にも適用されることに広い賛同がある」[225]。

法律の留保の問題としては、①自治を認める範囲としての「法律」の意味と、②地方自治への介入として許容されない法律の範囲が問題となる。

①当該法律の留保の「法律」[226]とは、以下のような幅広い法規範が含まれる。すなわち、形式的連邦・ラント法律、基本法 80 条に適合する法規命令[227]、他の行政の担い手の Satzung、地域利用計画（Raumordnungsprogramme）[228]や慣習法のような法律より下位の法規範も含まれている。これらの法規範を纏めて、「あらゆる国家的外部法規範（Außenrechtnorm）」[229]と評価されることもある[230]。それだけではない。基本法 28 条 2 項の意味における枠組みを設定する法（rahmensetzenden Recht）には、さらに、ヨーロッパ法も含まれる[231]。したがって立法者――「法律」の範囲により、それは「法律制定者」には限られない――は、これら様々な形式により、地方自治を規律することが可能である。

②地方自治への介入として許容されない法律は、如何なるものであるのか。ドイツにおい

---

219 法監督に関する各ラントの規定に関しては、Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3, Rn. 129, Kap. 7 Rn. 309-323. 8 つのラント規定については、邦語文献として、参照、金崎剛志「国家監督の存続理由（7）」法学協会雑誌 133 巻 9 号（2016 年）41 頁、42-50 頁。

220 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 118.

221 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 118.

222 参照、・前掲注 11)。

223 Vgl. etwa BVerfGE 56, 298, 312. Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 118; Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20.

224 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 109 Fn. 520

225 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 109. 強調は原文。

226 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 109; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 118.

227 BVerfGE 56, 298, 309.

228 Vgl. BVerfGE 76, 107, 114.

229 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 109.

230 逆に、行政規則は基本法 28 条 2 項第 1 文の意味における法律に含まれない。Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20.

231 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 29

ても、――とりわけ判例において――基本法 28 条 2 項の規定から当然に、地方自治は立法者の内容形成、具体化を要するものであると考えられている[232]。しかしながら当該規定は同時に、立法者の権限の限界づけでもある。したがって、彼の国においても、「法律留保は、〔地方自治〕保障のアキレウスの踵となり得る」[233]。

(a) 核心領域保障

まず、地方自治が制度体保障であるということから、地方自治の核心範囲（本質内容）に触れる立法は認められない。「自治保障の核心領域（もしくは本質内容）は不可侵である」[234]。とはいえ、核心領域に含まれる事柄は一義的に定まっているわけではなく[235]、核心領域の判断方法も様々である[236]。連邦憲法裁判所の判例では、「核心領域には、自治をゲマインデの歴史的展開と憲法法上のコンテクストを顧慮して構成され、そして一貫して刻印づけられ、したがって〔自治に〕不可欠であるところの**あらゆる同一性を規定する（identitätsbestimmende）徴標、あらゆる制度的スタンダード、あらゆる高権とあらゆる任務**が属する」[237]とされる。しかしながら、核心領域の判定方法は、前述の通り、他の方法が存在する。実際、連邦行政裁判所の判例では、以下のように判定されると言われている。すなわち、「核心領域は、**限定している同等のまたはより高次の価値の法益がそれと比べて最早存在しない**ところの自治の領域であると述べられ、保障は、国家全体または下から上への民主制構造のためであれば、効果を失うとすべきである」[238]とされる。

連邦憲法裁判所の判例をより具体的に見ると、以下の内容が核心領域であるとされている。すなわち、第一に、地域的共同体の事務について、法律上割り当てられた任務をゲマインデが獲得する権利（Zugriffsrechte）[239]である。第二に、ゲマインデの自己責任性について、「自治体の自主的な組織に関する具体化能力（Gestaltungsfähigkeit）を結果として抑制するであろう規律」[240]は許容されない。その他には、以下の内容も核心領域に含まれるということが示されている。すなわち、ゲマインデの領域や名称の変更について、公共の福祉という理由によってのみ、そして関係する領域団体の聴聞の後で、変更が認められることである[241]。また、以下で見るゲマインデの高権については、以下のような判断が示されている。

---

232 Vgl. etwa Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 19.
233 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20. Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 114.
234 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 115.
235 Vgl. etwa BVerfGE 79, 127, 146.
236 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 115.
237 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 119. 強調は原文。
238 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 119. 強調は原文。
239 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 101 ff.
240 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 116.これは、既に検討した BVerfGE 1, 167, 175 において、ワイマール共和国期の国事裁判所の判例から認められたものである。
241 BVerfGE 86, 90 Ls. 1, 2. この点については前述した。Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 116. 但し、Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8 Rn. 352 によれば、結論の変わらないような瑣末な聴聞手続違反は、核心領域を毀損するわけではない。

すなわち、「従来通りの理解によれば、特徴的な**核心領域に典型的な（kernbereichstypische）高権**は、領域高権、組織高権、そして特有の鋳造として協力高権、Satzung 高権、人事・財政高権と計画高権である。このゲマインデの権利は、高められた保護を受ける。それらは**しかしその根本基体（Grundsubstrat）によってのみ**核心領域に属するに過ぎず、個々の具体化（Einzelausformung）は核心領域の外に存在し得る」[242]ものであると位置づけられる。したがってゲマインデ高権も、任務保障等と「実質的に同様（sachlich gleich）」[243]に、「高権の核心領域は、少なくとも、それが除去される場合、またはその執行のために十分な余地がもはや残されていない場合に、毀損されている」[244]とされる。さらに、財政上の最小設備（finanzielle Mindestausstattung）も、核心領域に属する[245]。

このように、核心領域保障として連邦憲法裁判所が挙げる場面は、特に強力な介入や、自治権を極端に毀損する局面に限られる[246]。したがって、ドイツにおいても核心領域に含まれる事例は存在せず、このような概念区分による地方自治保障は、成功しなかったと評価されている[247]。

(b) 周辺領域保障

このような事情から、判例は核心領域の「前領域において、……**ゲマインデ特有の実体的任務分配原理**」[248]を認めたとされる。まず、判例を見てみよう。

当初、連邦憲法裁判所は、基本権が制約される事例と同様に、地方自治への介入が問題となった事例においても、「核心領域と過剰禁止の尊重という……限界を援用」[249]していた。例えば騒音防止決定では、核心領域とは別に、以下のような審査がなされていた。すなわち、計画高権の侵害が問題となった場面で、連邦憲法裁判所は、ゲマインデは「他のゲマインデと比べて特別の犠牲（Sonderopfer）を被らせるような意思決定に保護なしに委ねられるのではない。むしろ、立法者はその際、基本法 28 条 2 項から推論される国家的介入に関する諸制約を、比例制（Verhältnismäßigkeit）という見地の下で顧慮しなければならず（BVerfGE 26, 228［241］）、そして法治国原理から導出されるしい禁止を、高権の担い手の間の関係を、連邦憲法裁判所法 91 条による憲法異議に関する手続の範囲で、自治への介入の評価のために、援用しなければならないのである（Vgl. BVerfGE 1, 167［181］; 26, 228［244］）」[250]。

---

242 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 121. 強調は原文。
243 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 116.
244 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 116.
245 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 116.
246 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 117.
247 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 45. 後に検討する、地方自治保障に関する制度体保障を批判する学説の端緒は、核心領域と周辺領域を適切に区別することができていない点も出発点の一つであると分析されている。Vgl. ebenda, S. 100.
248 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 117. 強調は原文。
249 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20.
250 BVerfGE 56, 298, 313.

それを受け、学説も、立法による自治権への介入は基本権への介入と類似した審査がなされると考えていた[251]。

ところが、その後のラシュテーデ決定[252]において、連邦憲法裁判所は「基本権の保障内容と組織上の・制度的な保障内容を『パラレルに考えること（Parallelisierung）』」[253]をやめたとされた。すなわち、比例原則（過剰禁止）に基づく審査に代えて、基本法 28 条 2 項第 1 文から判明するとされる任務配分原則に反する法律が、地方自治保障に反するとしたのである[254]。曰く、「基本法 28 条 2 項第 1 文は、……保障の核心領域の外においても、以下のようなゲマインデに有利な地域的共同体の事務に関する憲法法上の任務分配原理（Aufgabenverteilungsprinzip）を含む、すなわち、管轄を分配する立法者が顧慮しなければならないところの〔原理である〕」[255]。より具体的には、以下のように敷衍されている。すなわち、「立法者は、それによれば（nach alledem）、ゲマインデの自治の制度を、ゲマインデの任務設備の点からも規律する必要がある。彼はその際、しかしながら、基本法 28 条 2 項第 1 文がゲマインデレベルの地域的共同体の事務の点で、クライスレベルよりも優先することを容認しなければならない」[256]。「比較的地域的な性格を伴った任務を、立法者は、ゲマインデに、公共の利益という理由に基づいてのみ、特に、他の方法では秩序適合的な任務履行を確保し得ないであろう場合に、剥奪を許される。それに対して、行政の簡素化（Verwaltungsvereinfachung）または管轄集中――例えば公行政の明快性――という単なる目標は、任務剥奪の正当化としては認められない……。……公行政の経済性や倹約という根拠も、ひっくるめて『吸い上げ』を既にそこから正当化するわけではなく、以下の場合に初めて正当化する、すなわち任務を委ねていることがゲマインデのもとで過度な（unverhältnismäßige）コスト増大に行き着くような場合である」[257]。

ラシュテーデ決定の定式は判例上広く用いられるようになった[258]一方、過剰禁止に基づく審査が行われる判例も再び示され[259]、この新たに示された定式が、従来の判例と如何なる関係にあるのかという問題が残されている。しかしながら、ラシュテーデ決定のような審査の類型は、「自治保障を一般的に規律し、制約するものについての事例ではな〔く〕、一つの

---

[251] 本稿では、BVerfGE 50, 50 を検討したが、当該判例も基本権類似の、所謂 3 段階審査を行っていると評価し得る。学説について、例えば、Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 109 は、「法律の範囲内で」という概念は「実務上法律留保と理解されており、基本権理解に接近する」と述べる。そのため、地方自治保障についても、基本権の制約一般と同様に、「制約の制約（Schranken-Schranken）」として捉えられたり、比例原則に則った審査がなされると考えられていた。Vgl. etwa Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 114.

[252] BVerfGE 79, 127.

[253] Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20.

[254] Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 20; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 123. BVerfGE 79, 127, 148 f.によれば、それはナチス期の反省を踏まえ、ドイツが分権化された国家構造・行政構造を選びとったが故に認められる。

[255] BVerfGE 79, 127, 150.

[256] BVerfGE 79, 127, 152.

[257] BVerfGE 79, 127, 153.

[258] Vgl. etwa BVerfGE 91, 228.

[259] Vgl. BVerfGE 86, 90, 108.

あるいは若干のわずかなゲマインデの自治権を侵害する法行為」[260]に関する事例であると説明される。これは立法による介入の多様化に対応して、「審査基準の実質化と統制密度の向上を目指した思考の結果」[261]とされている。このことから、統治機構の一つとしての地方自治体という位置づけをより明確化したものと言えよう[262]。

(5) ゲマインデ高権

ゲマインデには、ゲマインデ高権（Gemeindehoheit）が認められている[263]。ゲマインデ高権とは、「自治権を確定的な方法でリスト化するものではなく、単に地方自治の全範囲から類型化された部分（typisierte Ausschnitte）」[264]を意味し、「部分的に『地域的な事務』に分類されるが、大部分は『自己責任性』というメルクマールに分類される」[265]。ゲマインデ高権という分け方の妥当性が問われる向きもある[266]が、少なくとも「手引き（eingeführte）概念」[267]として[268]、現在もなお用いられる。以下で列挙する内容[269]のみがゲマインデの任務

---

[260] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.

[261] 参照、上代・前掲注 4）231 頁。

[262] ゲマインデ住民の政治的意思表明の問題からこのことを扱った研究として、参照、新村・前掲注 4）「(2)」116-121 頁。

[263] 参照、駒林良則「自治組織権に関する一考察」行政法研究 32 号（2020 年）37 頁、49-51 頁。Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §6 Rn. 31. ゲマインデ高権の位置づけが自己責任性か地域的共同体の事務であるかという点については、議論が存在する。Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 120 Fn. 556. 自己責任性へ含める者としては、参照、Löwer, a. a. O. (Anm. 54), Rn. 69; Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 53; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 99; Tettinger, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 12. Nierhaus は、「自己責任性の（残された）ストック」と位置づけ、Tettinger は「ゲマインデの自己責任性の中心的な領域」と位置づける。本稿では、基本的に何れの立場も採らず、個々の内容に応じて検討すべきと考えるが、どちらかと言えば自己責任性に位置づける論者が多く、また、内容的にも、自己責任性に関わる領域が多いように思われる。

[264] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 120.

[265] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 120.

[266] 参照、大橋洋一「計画間調整の法理」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993 年）251 頁、269-270 頁。

[267] Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 23.

[268] なお、Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S. 821 によれば、各種高権は、「根本的な行為リソース（Handlungsressourcen）（とりわけ空間、財政、人事、法造形という諸形式（Rechtsgestaltungsformen）など）と関係する」ため、その「根本的な端緒（Grundansatz）において……自治保障にとって不可欠である」と位置づける。

[269] 本稿で列挙する内容は総じてゲマインデ高権として認められているが、論者によりさらに高権として認められる内容も存在する。例えば、ドイツでは歴史的に貯蓄銀行が重視され（例えば参照、田渕進「貯蓄銀行と信用協同組合をめぐる政治的論争」大阪経大論集 61 巻 5 号（2011 年）49 頁、50-53 頁）、貯蓄銀行を営む貯蓄銀行高権（Sparkassenhoheit）が論ぜられることもある。そのような高権を認める論者も存在する。Vgl. Ihno Gebhardt, Das kommunale Selbstverwaltungsrecht, 2006, S. 40-42. 貯蓄銀行制度を生存配慮行政に含め、高権と解さない論者としては、例えば、Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 141 が挙げられる。また、計画高権を計画の内容によって分けて検討する論者（Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O.〔Anm. 54〕, Kap. 1, Rn. 23）や、公課高権（Abgabenhoheit）を財政高権から分ける論者も存在する。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 103. さらに、文化高権（Kulturhoheit）を挙げる論者も存在する。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 117.

であると考えられている訳ではなく、また、それら高権が独占的にゲマインデの権限とされている訳でもない[270]。

ゲマインデ高権はゲマインデの「行為能力（Handlungsmöglichkeiten）の多数を束ねる」[271]概念であり、一般的に、領域高権（Gebietshoheit）、組織高権（Organisationshoheit）、人事高権（Personalhoheit）、計画高権（Planungshoheit）、財政高権（Finanzhoheit）、法制定高権（Satzungshoheit; Satzungsautonomie）、協力高権（Kooperationshoheit）が挙げられる。判例では、以下のように言われている。曰く、「領域高権、組織高権、法制定高権、人事高権や財政高権のような本質的な高権は、そもそも〔制約され〕ず、または本質的ではない限りでのみ、制約されている」[272]。各種高権のみがゲマインデの任務ではないと考えられてきたことは、例えば、伝統的に地方自治体の任務とされてきた、いわゆる生存配慮が高権として数えられていないことからも判明する。さらに、各種高権はそれぞれ独自の内容を持つのであるが、相互に関係する内容を有することもある。例えば職員の採用はゲマインデの予算や組織とも関係する。また、ある任務を遂行する際に、他のゲマインデと協力するか独自の組織を設けるかということも、それぞれ別の高権の内容として区別される場合もあるが、区別する場合であっても、2つの高権は相互に関係していると言えよう。

①領域高権については、ゲマインデの領域と名称をその内容とする[273]。ゲマインデの領域高権の核心領域として、それぞれの事項が変更される場合には、立法者は公共の福祉という権限の範囲内での立法措置を行うことと、変更前の、適切な時期に変更の事情等を配慮した適切な聴聞手続がなされることが要求される。立法者には、目的に対して明らかに適合しない手段を採る等の事情が存在するような例外的な場合には憲法裁判所の目的審査が行われ、また、比例審査に基づいて公共の福祉適合性等が審査される[274]。

②組織高権[275]とは、ゲマインデが、「その決定機関や執行機関の、並びにゲマインデ内部の空間的細分化、ゲマインデ固有の施設や企業の構造や共同作業（Zusammenwirken）を規律する」[276]権能を指す。この高権により、ゲマインデは、ゲマインデの内部組織は勿論、自治体行政を自ら遂行するか、それとも公法上あるいは私法上の法主体に行わせるか選択することも可能である[277]。この権能は地域的事務を自己責任によって遂行する場合にはもち

---

[270] Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 23.

[271] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S. 821.

[272] BVerfGE 52, 95, 117.

[273] Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 121 f.

[274] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 121 Fn. 558 は、裁判所が審査するのは法律についての明白な瑕疵のみであるとする。

[275] 組織高権について扱う文献としては、Vgl. Schmidt-Jortzig, Organisationshoheit. 邦語文献としては、参照、稲葉馨「ドイツの自治組織権論」菅野喜八郎先生古稀記念論文集『公法の思想と制度』（信山社、1999年）377頁、人見剛「ドイツにおける地方自治体の組織高権・人事高権」同『分権改革と自治体法理』（敬文堂、2005年）303頁、駒林・前掲注263）49-66頁。

[276] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 123.

[277] Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 125. なお、公法人という形態は勿論、公私混合企業形態を採る場合でも私法上の形態を採る場合でも、背景に公の任務を遂行する地方自治体が存在することにより、法人格を

ろん、委任された任務についても認められる[278]。とはいえ、以下で見る判例のように、当該高権は法律の範囲内で認められるに過ぎず、さらに「原則的に法律の内容形成に従ってのみ妥当する」[279]とされる。

③また、組織高権とは独立した高権として扱われる場合も存在する[280]が、学説で「組織高権の表れ」[281]として、さらに判例上も組織高権の一内容として扱われる[282]、協力高権が存在する。協力高権とは、「固有のまたは委譲された活動範囲の任務を他のゲマインデと協力して（Zusammenwirken）遂行するゲマインデの権能」[283]を指す。判例は協力高権、そしてそれと組織高権の関係について以下のように述べる。曰く、「基本法 28 条 2 項第 1 文はゲマインデにとりわけ組織高権を以下のような権利として保障している、すなわち、任務遂行の際に必要な流出（Abläufe）と管轄をも含めて内部的な行政組織について自己の責任で決定する〔権利である〕。このことは、それ自体から判定されるように、以下の権能をも含んでいる、すなわち、ある一定の任務を独自にまたは他の行政の担い手と共に（gemeinsam）遂行するか否か〔を決定する権能である〕（所謂協力高権）」[284]。したがって例えば、以下のような場面で、協力高権への介入があり得る。すなわち、目的団体法（Zweckverbandsgesetze）を制定し、当該法律に基づいて国家が目的団体を創設し、ゲマインデに一部の任務（学校の共同設置等）を周辺ゲマインデと共同で遂行するように定める場面である。さらに、このような場面とは逆に、法律で一定の任務について、ゲマインデに協力禁止を定める事による介入もあり得るとされる[285]。協力高権へ法律により強制的に団体を形成させる形態で介入する場合は、以下のような前提にのみ許容される。すなわち、「関係するゲマインデの……時宜にかなった聴聞と、〔当該措置が〕公共の福祉という理由に基づいて差し迫って必要であり（dringend geboten）、かつ、この目的が任意のゲマインデの協力により獲得され得る場合にのみ許容される」[286]。協力高権も――組織高権と同様に――立法者の内容形成を前提としている[287]。 さらに、協力高権は定義から明らかに自己責任性に関わる事項であるから[288]、義務任務の領域においては、地域的共同体の事務とは異なり、高権の範囲が限定されているという意味で、制約される[289]。

④さらに、ゲマインデには人事を司る人事高権が与えられている。当該高権は、「**ゲマイ**

有する施設や企業が基本権を主張することはできない。Vgl. BVerfG, NJW 1990, 1783.

278 Vgl. BVerfGE 83, 363, 382; 137, 108, 159, Rn. 118.

279 BVerfGE 137, 108, 159, Rn. 118.

280 Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §6 Rn. 33.

281 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 128.

282 Vgl. BVerfGE 138, 1, 17 f., Rn. 49.

283 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 128.

284 BVerfGE 138, 1, 17 f., Rn. 49. Vgl. BVerfGE 119, 331, 362.

285 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 128.

286 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 128.

287 Vgl. BVerfGE 107, 1, 12.

288 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 112.

289 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 128.

ンデ職員たちの自由な選任、雇用、昇進や解任の権利（das **Recht auf freie Auswahl, Anstellung, Beförderung und Entlassung der Gemeindebediensteten**）」[290]を意味する。この高権も、ゲマインデに認められる自己責任性の一要素であり、「国家の指示任務を履行する〔場面〕にまでも及ぶ」[291]。当該高権の核心領域としては、以下の内容が含まれていると考えられている。すなわち、「ゲマインデに原則的に**固有の職員（eigenes Personal）を置き、**そして通常〔固有の職員について〕**自身で選任すること**があたえられていなければならない」[292]。さらに、ゲマインデが、自らの職員について雇用者たる能力（Dienstherrnfähigkeit）を与えられていることも必要である[293]。したがってそのような内容は立法でも奪われ得ないと考えられているが、その他の場面では法律の範囲で認められるに過ぎない[294]。とはいえ、人事に関しては連邦・ラントレベルで様々な規定が存在している。例えば、基本法 33 条や 74 条 1 項 27 号、連邦官吏法、ラント官吏法、自治体法、キャリア規則、俸給法、職員代表機関法（Bundes- und Landesbeamtengesetze, Kommunalordnungen, Laufbahnvorschriften, Besoldungs- und Personalvertretungsrecht）などが存在し、比較的密度の高い規制が存在するとされる[295]。実際、人事高権についての規律密度が比較的高いことは、判例からも明らかである。すなわち、オッフェンバッハ判決[296]も、第二次世界大戦の復員者の雇用を義務づける規定が争われた事案であった。また、同権委員決定[297]では、同権委員として採用する職員を女性の志願者に限定することは許されると判断された。さらに、重度身体障害者の雇用を義務づける事案や、地方自治体の再編によって生じた職員の雇用問題についての制約が争われた事案も存在する[298]。しかし、これら全ての事案で、それぞれの制約はゲマインデの人事高権の核心領域を侵害するものではないとして、制約が認められた。

⑤ゲマインデには、さらに、計画高権が認められている。計画高権は、ゲマインデがその任務を履行する際に、「『認識可能な諸々の展開の分析と予測に基づいて、個々の行政事象（Verwaltungsvorgängen）に枠組みと目標を示す構想を練り上げる』」[299]権能を言う。より具体的には、「計画高権は**ゲマインデの**〔以下の〕**権利**を意味する。すなわち、ゲマインデの領域に関してあらゆる次元において、今後まで**デザインする構想（gestalterisch Konzepte）**

---

290 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 114. 強調は原文。
291 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 114.
292 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 114. 強調は原文。
293 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 114; Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 129.
294 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 114.
295 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 129.
296 BVerfGE 1, 167.
297 BVerfGE 91, 228.
298 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 129. 同書 Fn. 600 によれば、ゲマインデの官吏選抜権能の制限としては、重度身体障害者や第二次世界大戦復員者（一般より遅く復員した者）、地方自治体の再編成に基づく旧来の地方自治体の職員受入義務（Personal-Aufnahmepflichten）が問題となったことがある。これらの措置は許容された。
299 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 130.

を展開し、とりわけ**建設管理計画（Bauleitpläne）による都市計画上の発展**（土地利用計画（Flächennutzungsplan)、建設詳細計画（Bebauungspläne））**を、それと結合しているところの財政的な決定を含めて秩序づけ、**住民の諸々の福祉のための**公的そしてその他の諸施設**を計画し（インフラストラクチャーの計画、幼稚園・老人・社会福祉施設計画)、創設すること、そしてゲマインデの領域を、故意に計画しない（unbeplant）ままにすること、所謂**自己形成権（Selbstgestaltungsrecht）または消極的計画権（negatives Planungsrecht)**」[300]である。

計画高権からは、以下の内容が導出される。第一に、判例[301]から「個々のゲマインデの計画高権を法律上制約することを、意図された法益衡量（Güterabwägung）の際に、保護に値する広域的な利害がこの制約を必要とするということが判明する場合、そしてその限りでのみ許容する」[302]ことが認められた。第二に、「あらゆる他の計画の担い手に対して裁判上防衛能力を有する（wehrfähig)」[303]。例えばあるゲマインデが隣接するゲマインデの違法な計画によって計画高権の侵害を主張することも認められる[304]。更に、「計画高権はゲマインデのそれが関係するところの他の計画策定者（Planträger）の計画策定への諸々の関与権（Beteiligungsrechte）から導出され得る法的基盤」[305]ともなる。

ドイツにおいて、計画法は全体計画、あるいは総合計画と呼ばれる計画(Gesamtplanung)と、空港や鉄道の建設等に関わる特定計画あるいは専門計画(Fachplanung)が存在する[306]。ゲマインデは、前者の計画に関して、自らの領域に関する計画を策定する主体として登場する。土地利用についての地域開発計画（Raumplanung）は、連邦やラントだけではなく、ゲマインデも策定し得る。ゲマインデレベルでは、これは建築管理計画（Bauleitplanung）[307]と呼ばれ、ゲマインデの領域全体の土地利用についての計画である土地利用計画（Flächennutzungsplanung)[308]と、それを基礎として個々の建築の許可等に関係し、Satzung

---

[300] Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3 Rn. 108. 強調は原文。なお、自己形成権については参照、白藤博行「ゲマインデの原告適格と自己形成権」札幌学院法学 8 巻 2 号（1992 年）67 頁。

[301] BVerfGE 56, 298.

[302] Ulrich Battis, in: ders./Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch, 7. Aufl. 1999 zu Art. 2, Rn. 5.

[303] Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 5.

[304] Vgl. BVerwGE 40, 323, 329 – BbauG2 条 4 項違反。

[305] Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 5.

[306] ドイツの計画法については、例えば参照、宮田・前掲注 92)、成田頼明「計画行政における空間形成計画の意義と法律問題（上)」ジュリスト 523 号（1973 年）21 頁、同「国と地方の機能分担」同・前掲注 2）247 頁、253-257 頁、湊二郎「計画確定決定の取消訴訟における出訴資格と理由具備性（1・2・完)」立命館法学 381 号・382 号（2018 年）1 頁、383 号（2019 年）71 頁、大橋・前掲注 266)。

[307] ゲマインデに建築計画の策定を認める規範としては、例えば BauGB 2 条 1 項第 1 文が存在する。当該規範は、「建築計画はゲマインデによって、固有の責任において策定（aufstellen）されねばならない」と規定する。当該条文は、「建築計画策定（Bauleitplanung）のためのゲマインデの管轄を規定し、建築計画を自己責任によって策定することを、基本法 28 条 2 項によって保障された地方自治体の計画高権を具体化する（verwirklichen）指示から自由な自治任務として分類する」ものであると位置づけられる。Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 1. Vgl. ebenda, Rn. 4.

[308] 参照、BauGB 5 条から 7 条。

という形式で定められる建設詳細計画（Bebauungsplan）[309]を策定する。また、業務分配規律（Geschäftsverteilungsregelungen）やインフラストラクチャーに関する計画も計画高権の内容を構成すると考えられている[310]。

これに加え、ゲマインデは、自らの領域を対象に含んだより広域的な計画――これは連邦やラントの策定する全体計画、専門計画何れもあり得る――に服する主体として登場する。そこでは、とりわけ広域的な計画とゲマインデの策定した計画の間の整合性・調整の問題が生ずる[311]。計画はラント、連邦レベルでも策定される。したがって、ゲマインデの地域的な計画と、それより広範囲について定める超地域的な計画が衝突する場合が存在する[312]。より広範な計画との間で衝突が生じた場合についても、調整がなされる。例えば国家の策定する土地利用計画（Raumordnung）と国土計画（Landesplanung）とゲマインデの策定した計画が衝突する場合、ゲマインデには、より上位の計画策定に際して、協力権（Mitwirkungsbefugnisse）が認められる[313]。これは「逆流原理（Gegenstromprinzip）」と言われ、協力権に基づいて関連する手続に参加することが、ゲマインデ高権の「制約を原則的に保障し得る」[314]と考えられている。「十分に具体化されたゲマインデの計画意思と衝突する場合、あるいはゲマインデ領域の本質的な部分が、地方自治体の計画策定から完全に剥奪される場合」[315]、ゲマインデは計画高権侵害に対して防御し得る[316]。

さらに、ゲマインデは隣接するゲマインデの策定する計画によっても大きな影響を被る可能性が存在する。そのため、ドイツでは、ゲマインデは隣接するゲマインデの計画についても計画へ参画することが可能である。そこで、計画高権は、その性質上、特に隣接するゲマインデ間で妥当するルールが存在すると考えられている。例えば、建設法2条2項（Baugesetzbuch; BauGB）[317]は、自治体間の衡量ルールと調和ルール（Abwägungs- und Abstimmungsgebot）を規定している[318]。この規定は「ゲマインデの計画高権の具体化（Ausformung）である。これ〔＝ゲマインデの計画高権〕は、固有の計画高権を毀損する

---

309 参照、BauGB 8条から10a条。

310 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 130.

311 この場面においても、地方自治体に大きな影響を与え得る法律の制定が検討されている場面等と同様に、地方自治体の計画策定過程への参加が問題となる。

312 参照、宮田・前掲注92）169-181頁。建設法1条4項は建築計画が土地利用計画の目標に適合していることを要求する。Vgl. Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 4.

313 これは当初、計画法の個別規定から認められるとも考えられていたが、その後、連邦行政裁判所の判例において、憲法上の地方自治保障から導出される保障の一形態とされるに至った。参照、宮田・前掲注92）161頁。

314 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 130.

315 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 130.

316 Vgl. etwa BVerwGE 40, 323.

317 「隣接する（benachbarte）ゲマインデの建築計画（Bauleitpläne）は、相互に（aufeinander）調整されなければならない（abstimmen）」。

318 湊・前掲注306）「(1)」7-8頁によれば、建築計画の衡量要請（Abwägungsgebot）は法治国原理から導出されるものであり、明文規定がなくても認められる。

ような他の自治体の計画策定に対して抵抗する権利を含む」[319]と解されている。あるゲマインデに隣接する[320]ゲマインデが周囲のゲマインデの建築計画との調整[321]を行わなかった場合には、建設法 1 条 6 項の定める衡量ルールに反することとなり、当該ルール違反は単なる手続的な瑕疵ではなく、実体的な瑕疵であると判断され、当該計画の無効性（Nichtigkeit）が認められ得る[322]。また、このような場合には、「2 項の客観法的な衡量ルールから導出される、〔計画の〕策定に従事した隣接ゲマインデの計画を実体的に審査する（Überprüfung）への主観法的請求権が、裁判により（gerichtlich）……貫徹され得る」[323]と考えられている。このような局面においては、ゲマインデは予防的に不作為訴訟（Unterlassungsklage）、確認訴訟（Feststellungsklage）を提起することが可能であり、更に既に計画が公表されている場合には、VwGO47 条に基づく規範統制を申し立てることができる[324]。

⑥ゲマインデは財政高権を有する[325]。財政高権は、「法律で規定された予算制度（Haushaltswesen）の範囲での自己責任による徴収・支出経済（Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft）の権能」[326]を意味し、徴収高権と支出高権を含む[327]。また、「手数料または財政上の援助措置の具体化の際にゲマインデ市民を優遇する権利」[328]も含む。当該高権は財政の自己責任性とも呼ばれ[329]、この自己責任性は当初基本法上の位置づけを与えられていなかったが、1955/56 年の基本法改正により、基本法 106 条の規定が設けられ、その後、1994 年の改正で基本法 28 条 3 項の規定が、さらに 1997 年には基本法 28 条 2 項第 3 文が設けられた[330]。とりわけ 1994 年と 1997 年の改正により、「ゲマインデの**財政高権**……は……規範テクスト上も定められている」[331]と評価されている。当該高権も、しかし、立法者の具体化を前提とするものと位置づけられ、財政高権は、個々の徴収を剥奪することでは侵害されないと考えられている[332]。

わが国と比較してドイツでは裁判所で財政保障の問題が争われることも多い[333]が、基本

---

319 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 130. Vgl. BVerwGE 84, 209, 214-217.

320 当該規定の言う隣接するとは、字義通りに境界を接していることを意味するのではなく、「ある意図の計画法的な（planungsrechtliche）諸々の影響の範囲」により決せられる。Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 7.

321 調和手続は建設法 4 条が規定する。

322 Vgl. Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 7.

323 Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 8.

324 Vgl. Battis, a. a. O. (Anm. 302), Rn. 8.

325 以下の項目については、参照、上代・前掲注 4)、とりわけ 35-40 頁。

326 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132. Vgl. etwa BVerfGE 26, 228, 244.

327 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132.

328 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132.

329 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132.

330 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 21 f.

331 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 142.

332 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132.

333 参照、上代・前掲注 4）77 頁。

法レベルで問題となるのは、基本法 106 条の規定する財政調整制度と、ゲマインデの財政上の最小設備（finanzielle Mindestausstattung）、適切な（angemessene）財政設備の問題である[334]。とりわけ、現実には国家が財政赤字を削減するため、ゲマインデに財源を与えることなく任務のみ割り当てるということが行われたことが問題となってきた[335]。当該問題は、ゲマインデの任務履行を、文字通り空洞化させ、任務履行を不可能としてしまい得る。そのため、ゲマインデが活動する基盤となる財政について、ゲマインデに請求権が認められるかという問題が存在してきた[336]。現実には、述したように、例えば牽連性原理を規定したラント憲法により、連邦レベルよりもラントレベルで、手厚く保障されている。

連邦レベルでは、基本法 84 条をはじめとして、建前としては、連邦とゲマインデの任務委任が禁じられており、任務に応じた財源の確保の問題は生じないこととなっている。但し、既に触れたハルツIVに関する違憲判断の結果制定された基本法 91e 条（連邦・ラント・権限を有する地方自治体の協同）や 125a 条 1 項（85 条 1 項第 2 文〔連邦・地方自治体間の任務委任禁止〕新設前の基本法改正規定の効力を認める規定）から、基本法レベルにおいても、連邦と地方自治体は完全に分離しているわけではない[337]。両者が関係している場合は、連邦と地方自治体間の任務配分に応じた財政の最小設備の問題が生じ得る[338]。上述したハルツIVに関する判決では、SGB 第 2 編の 46 条 5 項は地方自治体の負担を一定程度解消することを規定するが、当該規定は「連邦と地方自治体間の法関係は発生しない」[339]とする。当該判決では、上述の問題についての判断が留保された。すなわち、「基本法 28 条 2 項第 3 文が自治の保障を具体的に拡張し、もしくは少なくとも実体法上強化したか否か、または基本法 28 条 2 項によって保障された地方自治体の自己責任による徴収・支出経済についての地方自治体の財政高権に、さらに適正な財政設備も、または同様に財政上の最小設備が属するか否か」[340]という問題が示されたが、これらの点は決定されなかったのである[341]。

⑦ゲマインデは、さらに、Satzung を制定することができる。当該高権は、法制定高権（Rechtsetzungshoheit; Satzungshoheit; Satzungsautonomie）と言われる。そもそもドイツにおいて、自治が認められている団体は、Satzung を公布することが認められている[342]。Satzung とは、判例上、以下のように定義づけられている。曰く、「Satzungen とは、国家に組み込まれた公法上の法人がその法律上付与された自律権の範囲内で、それに属しそして従っている人間たちにとって効力を伴って公布された法規定である……。Satzung 自律権の

334 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 142.
335 参照、上代・前掲注 4)。
336 参照、上代・前掲注 4）90 頁。
337 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 152.
338 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 132.
339 BVerfGE 119, 331, 360 f.
340 BVerfGE 119, 331, 361.
341 Vgl. BVerfGE 119, 331, 361.
342 例えば、大学や職業団体等。Vgl. Fritz Ossenbühl, Satzung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl., 2007, S. 353.

付与は、その良い意味を、社会的なメンバー（gesellschaftliche Kräfte）を活性化し、しかるべき社会的集団に、彼ら自身に関係し、そして彼らを概観可能な範囲において最も専門的に評価し得るというそのような事務の規律を、自己責任によって委ね、そしてそれによって規範制定者（Normgeber）と規範の名宛人の間の距離を縮める点に認められる。同時に、立法者は、彼にとって屡々認識が困難であり、その変化について彼が迅速に十分に反応し得ないような事項的なそして地域的な諸々の差異を顧慮せねばならないことから解放される」[343]、と。このような意味で、Satzung は自治の基盤となっている。

ゲマインデは、基本法 28 条 2 項 1 文の規律にあたり、様々な形式で行為を行うことが認められている。曰く、ゲマインデは「法秩序の範囲内で、…私法上・公法上の、拘束力を持った・持たない、高権的・給付する（leistende）方法の法的な行為能力（Handlungsmöglichkeiten）というすべての多彩さを用い得る」[344]。ゲマインデは、Satzung という形式により、必ずしも必須ではないが、一般的抽象的な内容を規律することができる[345]。Satzung の制定は、基本法 28 条 2 項によって保障されるが、これはあくまで地域的共同体の事務の範囲でのみ認められるに過ぎない[346]。

ゲマインデは Satzung を公布することにより、自らの組織を形成し、侵害行政や給付行政を行い、計画を策定する[347]。このような Satzung はしかし、既に紹介されているように[348]、現在も国法レベルの法規範であるとは考えられておらず、あくまで「自主法」の領域の規範に位置づけられる[349]。とはいえ、Satzung は、「連邦・ラント法律と同等のランクを享受するのではないが、機能的な見地では、立法に匹敵し得る。その内容が一般的抽象的規律を形成し得る点では同じであり、しかし一般的抽象的でなければならないという点では異なる」[350]とされ、法律が優位することは広く承認されている[351]。Satzung は性質上行政規則と同類のものであり、法律の下位に属すると考えられている。そのため、当該法形式については、法律の留保が妥当する[352]。とりわけ「市民の自由や所有への介入」[353]については、「特有の法律上の権限」[354]を要する。また逆に、ゲマインデは一定の内容については Satzung を公布する義務が課される[355]。連邦憲法裁判所は、法制定高権の核心領域につき、明文上未決

---

343 BVerfGE 33, 125, 156 f.
344 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 108.
345 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 133.
346 Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 6. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 133 は、「これに対し、法律上の権限を要する法規範の公布は、自治保障に含まれない。それは他治行政の領域に関わる」と述べる。
347 Vgl. Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 6; Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 133.
348 例えば参照、川端・前掲注 47)。
349 Vgl, Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 23.
350 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 133.
351 参照、成田頼明「西ドイツにおける条例」公法研究 35 号（1973 年）240 頁、242-243 頁。
352 Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 28-36.
353 Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 33.
354 Ossenbühl, a. a. O. (Anm. 342), Rn. 33.
355 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 135.

定のままにしている[356]。

(6) 基本法 28 条 2 項の不文の保障

以上に加えてさらに、ドイツのゲマインデには、基本法で明文では認められない保障内容も認められている。基本法 28 条 2 項第 1 文には、「憲法典（Verfassungstext）からは直接は判明しないが、しかし必要不可欠なものとして、補足（Ergänzung）と延長（Erstreckungen）を示す若干の原則が含まれる」[357]。国内法レベルでは、この原則は 2 つに区別される[358]。第一に、ゲマインデに好意的な態度の原則（Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens）、第二に、国家の計画策定の際の憲法から直接認められる関与権（Mitwirkungsrecht）である。

①ゲマインデに好意的な態度の原則は、「他の高権の担い手に、ゲマインデの利益（Belange）を一般的に斟酌する義務（Rücksichtnahmepflicht）」[359]を課すというものである[360]。この原則は、ゲマインデに過酷な法律上の決定をさせないという原則ではなく、ゲマインデに対して「無駄な負担や副次的効果のみを回避する」[361]ためのものである。当該原則は、補償（Kompensation）思想から導出されるとされている[362]。

②ゲマインデは国家レベルでの計画が策定される場合、法律レベルで関与することが認められない場合であっても、憲法から直接、策定の際に適切なタイミングで参加し得る権利を認められている。ここでいう計画は、第一に、元は地域的な事務とされていたが、法律によって例外的に他の行政の担い手に委譲された計画と、第二に、超地域的な実態を有する計画のうち、関係するゲマインデに多大な影響を及ぼす計画が含まれる。いずれの場合であっても、法律で計画策定にゲマインデの参加が規定されない場合に、ゲマインデは憲法上導出される参加権を主張し、策定に参加することが可能となる。参加の態様は、「通常は聴聞権（Anhörungsrecht）という形式」[363]でなされる。

(7) 小括

以上が、ドイツにおいて基本法 28 条 2 項第 1 文の規範的内容である。Stern の定式に則るならば制度的法主体保障、そして客観的法制度保障がここでの問題であった。当該規定の保障内容からは、以下の諸点から、判例や学説が地方自治体を私人とは異なる主体であり、そして統治機構の一つとして位置づけていることが示唆されよう。まず第 1 に、ゲマイン

356 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 133 Fn. 620.
357 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, S. 34.
358 3 つ目の原則として、EU 法の優先適用が挙げられる場合が存在する。Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 26a.
359 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 25.
360 なお、ラントに不文の憲法から義務づけられる、連邦忠誠から導出される連邦に好意的な振舞いという原理も存在する。参照、廣田・前掲注 132）84 頁。
361 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 25.
362 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 26.
363 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 26.

デは国家と区別された独自の権利主体性を有するが、それは一定の手続により解消され得る主体とされている。第 2 に、基本法 28 条 2 項第 1 文により認められている任務や自己責任性の保障の範囲は、前者につき「地域的共同体の」という概念により、そして後者については、ゲマインデの行為の法律適合性を保障するものとしての国家の監督により、拘束を受ける。また、第 3 に法律留保の分野でも、基本権侵害類似の審査から、徐々に権限分配審査とされる型への移行が見られた。第 4 に、高権――それ自体歴史的に統治側の存在の有する権力を含意する概念であったことからも示唆されるように[364]――として認められている各種内容は、およそ国家に対する個人に認められるものではない。中でも、計画高権が認められている点は、判例および学説において、地方自治体が計画を策定し得る国家類似の存在であるとされていることを示唆するものである。以上のように、地方自治体が新たな位置づけを得るに至ったことは、基本法 28 条 2 項の解釈からも明らかである。このような位置づけは、節を改めて検討する出訴保障、主観的法的地位保障においても判明する。

第 2 節　国家と地方自治体の関係
――統治機構内部における客観法維持要請の貫徹

第 1 節の検討――ラントの創設した公法上の社団であること、その中でも国家に近接した存在である領域団体であること、更に基本法 28 条 2 項第 1 文の解釈――により、基本法において地方自治体が獲得した新たな位置づけは、一貫して統治機構側、「広義の国家」側、私人とは明らかに異なる存在として扱われていることが判明した。

わが国公法学における地方自治法では、米国流の憲法により新たに地方自治が規定されたにもかかわらず、なおドイツ法が参照され続けていることは上述した。この要因の一つとして考えられるのが、以下で扱う内容である。すなわち、ドイツにおいては、――わが国の先行研究の多くが地方自治体の位置づけについてどのように理解してきたかは兎も角――国家と地方自治の関係における争訟が、裁判所において法的に解決される事例が非常に多いということであろう[365]。本稿も、ドイツにおける事例から学ぶべき点は多いと考える。それでは、現在のドイツの議論から如何なる点を学ぶか。それが次なる課題である。

第 2 節では、ドイツの地方自治体が統治機構側の位置づけを獲得したことを前提に、そのような位置づけにあってもなお、国と地方自治体の関係が法治国原理により規定されていることを明らかにする。

---

[364] 例えば参照、ミッタイス=リーベリッヒ（世良晃志郎訳）『ドイツ法制史概説（改訂版）』（創文社、1971 年）478 頁。

[365] 但し、ドイツにおいて話題となった国家と地方自治体間の争訟の全てが法的に解決されるわけではない。例えば原子力発電所設置許可に関する紛争としては、ヴィール判決（BVerwGE 72, 300）が代表的な事案であるが、当該原子力発電所設置は、市民の座り込み運動により頓挫することとなった。参照、https://www.goethe.de/ins/jp/ja/kul/mag/20368739.html　［2020/05/19 アクセス］。

ワイマール共和国までの地方自治の発展史においては、行政の法律適合性と、国と地方自治体の紛争が生じた場合、とりわけ行政裁判所において紛争解決が目指され得るということの 2 点が、法治国原理の内容として重視されていた。そして制度体保障論は、行政に加えて立法についても、法的な限界づけを行うという議論であった。このような議論が戦後の判例や学説においてどのように発展したのかという点を、以下で検討する。

以下ではまず、地方自治体が出訴する際に用い得る類型を検討する。次に、具体的事案を検討する。立法・行政それぞれの活動が問題となった事案を分けて検討する。諸判例においては、何れの活動であっても、緩やかではあるが一定程度の審査がなされており、かつ、多くの事例では地方自治の核心領域に関して、具体的な例を伴って裁判所の判断が示されている。また、とりわけ立法の措置に対しては、法治国から様々な要請が導出されていることが注目に値する。これに続き最後に、学説において、ワイマール共和国以後、地方自治分野において法治国が如何なる変容を遂げたのか確認する。

第 1 款　地方自治体の出訴可能な類型

第 1 款では、第 1 節第 3 款の基本法 28 条 2 項第 1 文の保障内容と、本節第 2 款で行われる各種判例の検討を架橋する形で、地方自治体が基本法 28 条 2 項に反すると主張して出訴することが認められる訴訟類型を確認する。以下で扱われる内容は、Stern の定式に則るならば、主観的法的地位保障から認められる訴訟の類型と位置づけられよう。

先行研究では、特に自治体憲法異議（Kommunalverfassungsbeschwerde）制度について検討されてきたが[366]、本稿では、第 2 章で見るように、地方自治を保障するための出訴は、歴史的には行政裁判所で認められていたことに鑑み、行政裁判所での出訴も概観する。さらに、ドイツにおいて認められる出訴は、厳密な意味における主観的権利としての自治権ではないということが示される。なお、第 1 節で述べたように、本稿は連邦レベルの地方自治保障――基本法 28 条 2 項――を主眼に置くため、ラントレベルでの地方自治保障を詳細に検討することはしない[367]。

1. 憲法裁判所への出訴

---

366 参照、成田・前掲注 11）129 頁（同書 129-130 頁は、行政訴訟についても触れている）、斎藤孝「自治体の憲法異議」畑尻剛ほか編『ドイツの憲法裁判（第 2 版）』（中央大学出版部、2013 年）362 頁、中嶋直木「ドイツにおける地方自治体憲法異議の制定過程」早稲田法学 93 巻 3 号（2018 年）127 頁。

367 既に検討したように、ドイツにおいて、地方自治は原則としてラントの管轄事項であるため、この原則によるならば、地方自治体はまずラントの立法・行政との関係で問題となる。しかし実際には、以下で見るように、連邦の立法・行政との関係で地方自治体が出訴することも多い。また、地方自治体は民事訴訟法上の当事者能力（ZPO50 条）、訴訟能力（ZPO51、52 条）を有し、私法上の権利主体（Rechtssubjekt）とも認められていることも忘れてはならない。Vgl. Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §5, Rn. 9; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 397.

ドイツの地方自治体は、①ラント憲法裁判所または国事裁判所へ、ラント憲法に反するラントの行為に対して規範統制や自治体憲法異議を提起することができる。また②連邦レベルでは、連邦憲法裁判所へ自治体憲法異議を申し立てることができる。さらに、③例外的に、連邦憲法裁判所へ、個々人と同様に一般憲法異議（allgemeine Verfassungsbeschwerde; Individualverfassungsbeschwerde）を提起することが認められる。

①ラント憲法レベルで出訴を認め、地方自治体に出訴を認めるラントは 14 に及ぶ[368]。利用可能な訴訟類型は、規範統制手続を認めるラント[369]、憲法異議を認めるラント[370]、憲法異議と規範統制の両制度を認めるラント[371]が存在する。その他にも、憲法異議に加え、地方自治に限らず、広く公法上の法人に認められる申立権の中で自治権侵害を主張することを認めるラント[372]や、地方自治体に「住民」として民衆訴訟を提起することを認め、その中で自治権やゲマインデの高権侵害の主張を認めるラント[373]も存在する。さらに、基本権訴訟の開放条項（Öffnungsklausel：ラント憲法 131 条 1 項、3 項）に基づき、地方自治体が自治権侵害をするラント法の規定についても基本権訴訟を提起することを認めるラントも存在する[374]。このように、地方自治保障についても、ラント毎に異なる制度設計がなされている。

②連邦レベルでの自治体憲法異議は、基本法 93 条 1 項 4b 号で規定されている。当該制度は、連邦制に基づくラントの権限配分を考慮し[375]、当初は法律レベルの制度であったに過ぎず（連邦憲法裁判所法 91 条[376]）、1969 年の基本法改正において、憲法レベルの制度とされるに至った（基本法 93 条 1 項 4b 号[377]）。当該制度は、条文からも明らかなように、地方自治体に対して、法律によって基本法 28 条 2 項が侵害されることを理由とし

---

368 これは Berlin、Hamburg を除く 14 のラントの全てのラントを意味する。したがって、ドイツにおいては、地方自治体はラントによる自治権侵害があると考えた場合、何らかの方法でラント憲法裁判所に自治権の保障を求めて訴訟を提起することが可能であるということを意味する。

369 Baden-Württemberg, Bremen. Bremen では更に、ラント憲法と規範の草案の両立性に関する「予防的な確認（vorbeugende Feststellung）」も認められる。

370 Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen. Thüringen では、異議を申し立てる前に、問題となる権利が毀損されていることを行政裁判所で主張すること（行政裁判所における手続の前置）が求められる。

371 Sachsen

372 Rheinland-Pfalz.

373 Bayern. 当該ラントの民衆訴訟については、参照、櫻井智章「バイエルン憲法裁判所について（1）」甲南法学 55 巻 1・2 号（2014 年）29 頁、67-71 頁。

374 Hessen.

375 中嶋・前掲注 366）131-150 頁。

376 「ゲマインデとゲマインデ連合は、連邦またはラントのある法律が、基本法 28 条の定めを毀損することを主張し、憲法異議を提起することができる。連邦憲法裁判所での憲法異議は、自治への権利を毀損されるという異議がラント法に従い、ラント憲法裁判所に提起し得る限りで認められない」。

377 「ある法律によって 28 条による自治への権利の毀損を理由としたゲマインデとゲマインデ連合の憲法異議について；しかし、ラント法律による〔毀損の〕場合は、ラント憲法裁判所での憲法異議を提起し得ないとする限りでのみ〔提起し得る〕」。

て、ラント憲法裁判所へ出訴が認められない範囲で、連邦憲法裁判所へ出訴することを認めるものである。

当該制度の合憲性を認めたのが、西ドイツで初めて基本法 28 条 2 項について判断を示した判決であり[378]、かつ基本法改正前に示された、オッフェンバッハ判決[379]である。
当該事案では、まず、連邦憲法裁判所とラント国事裁判所の何れに申立てをすべきか問題となった。連邦憲法裁判所は、本件は「*連邦法*律が基本法と相容れない」[380]のではないかということが問題となった事案であり、連邦憲法裁判所法 91 条 2 項は適用されないとした[381]。何故なら、同規定は「ゲマインデまたはゲマインデ連合が*ラント*法律が基本法 28 条と相容れないことを攻撃する（rügen）事例においてのみ、ラント憲法裁判権を優先することを有効に定めている」[382]からである。「連邦憲法裁判所法 91 条 2 項は、それ故、あるゲマインデまたはゲマインデ連合が連邦法が基本法と相容れないことを攻撃する場合には、適用され得ない」[383]。

この点に加え、学説では自治体憲法異議制度の合憲性が争われていた。すなわち、当該制度を批判する論者は基本法 28 条 2 項を制度体保障と解し、その侵害に対して主観的公権を認め、裁判所への出訴を認めることを批判していた[384]。連邦憲法裁判所は以下のように述べ、このような主張を一蹴した。曰く、「基本法 28 条 2 項で基本権ではなく、単に制度体保障のみとみなされるべき場合に、このような〔制度体保障が〕憲法異議によって裁判の対象たり得る（justiziabel）と構成する（gestalten）ことも、特に何一つ矛盾しない」[385]と。

現在では、地方自治体が連邦憲法裁判所へ自治体憲法異議を申立て得ることは争われていない。すなわち、連邦制との関連で問題となる場面では、連邦憲法裁判所への自治体憲法異議を申し立てることはできない（連邦憲法裁判所法 91 条第 2 文）。すなわち、当該規定はラントレベルで自治権侵害を主張することができる場合には申し立てることができないとされ（「補完性原理」）、ラントの立法権限を侵害するものではないと解されている[386]。また、自治体憲法異議の申立てが可能であるということを前提に、申立てを認める場面をより拡大しようという試みがなされており、以下のように連邦憲法裁判所の判例においても、基本法 28 条 2 項以外の規定に反する法律に対する自治体憲法異議が認められて

---

[378] 参照、成田・前掲注 34）「(1)」39 頁、高橋洋「判批」同『地方自治の生成と展開』87 頁、93 頁［ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第 2 版)』（信山社、2003 年）447 頁以下所収、449 頁］。
[379] BVerfGE 1, 167. 特に自治体憲法異議制度について、参照、成田・前掲注 34）「(2)」40-41 頁、高橋・前掲注 378）96 頁（451 頁)。
[380] BVerfGE 1, 167, 173. 強調は原文。
[381] Vgl. BVerfGE 1, 167, 173.
[382] BVerfGE 1, 167, 173. 強調は原文。
[383] BVerfGE 1, 167, 173.
[384] この点については、参照、成田・前掲注 11）129 頁。
[385] BVerfGE 1, 167, 173 f.
[386] 参照、中嶋・前掲注 366）147 頁は、これを「州の権限に対〔する〕いわば事実上・実践上の配慮」とする。

いる。すなわち、自治体憲法異議では、国が公布した法規範が、基本法 28 条 2 項の自治権をはじめとした「憲法上の自治の像を共に規定するに相応しい」[387]規範に違反しているかどうかが審査されると考えられている[388]。さらに、法形式についても、法律だけではなく、法規命令やゲマインデに対する外部効果を有するあらゆる形式の法規範が、基本法 93 条 1 項 4b 号、連邦憲法裁判所法 91 条の意味における法律であるとされている[389]。

なお、③地方自治体には、原則として連邦レベルでの一般憲法異議（基本法 93 条 1 項 4a 号）は認められていない。そもそも、地方自治体は原則として基本権を援用することが認められない[390]。さらに、連邦憲法裁判所によれば、一般憲法異議は、自治体憲法異議が認められない場面で提起が認められるような、一般的な意味における憲法異議を制度化したものではないとされている[391]。そのため、②連邦憲法裁判所への自治体憲法異議が認められない局面において、地方自治体が一般憲法異議を主張することは、両制度の位置づけについて誤った解釈に基づいているということになる[392]。地方自治体は、学説・判例において、問題となった基本権規定が、主観的公権だけではなく客観的規範をも規定しているものであると評価される場面で例外的に、一般憲法異議を申立て得ると解されている[393]。その例として、司法基本権（基本法 101 条 1 項、103 条）が侵害されている場合が挙げられている[394]。

2. 行政裁判所への出訴

ドイツにおいては、地方自治体は、行政裁判所へ、①（通常の）各種訴訟類型の訴訟、②規範統制訴訟を提起し得る[395]。

---

387 Etwa BVerfGE 71, 25, 37 – 基本法 106 条 5 項に基づく自治体憲法異議（申立を許容）; BVerfGE 119, 331, 357 – 基本法 28 条 2 項第 1 文、第 2 文と結びついた基本法 83 条に基づく自治体憲法異議（申立を一部認容）.

388 例えば、客観的原理としての一般平等原則（基本法 3 条 1 項）、連邦国家的権限分配（基本法 70 条）、法治国家原理や民主政原理、手続基本権（基本法 101 条 1 項、103 条）等が問題になるとされる。Vgl. Thomas Starke, Grundfälle zur Kommunalverfassungsbeschwerde, JuS 2008, 323 f.; Stefan Magen, in: Dieter C. Umbach u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, Art. 91 Rn. 37 f., Rn. 52-54.

389 BVerfGE 71, 25, 34; BVerfGE 76, 107, 114. Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 388.; Magen, a. a. O. (Anm. 388), Rn. 29-31.

390 Vgl. Magen, a. a. O. (Anm. 388), Rn. 13.

391 地方自治体が一般憲法異議を申し立てた事案として、参照、BVerfG, Beschl. v. 9. 1. 2007, 1 BvR 1949:05 （https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2007/01/rk20070109_1bvr194905.pdf?__blob=publicationFile&v=1） ［2020/03/12 アクセス］]）。連邦憲法裁判所はしかし、主に「公法上の法人による公的任務の履行は、通常は、固有の、自然に有する諸自由（unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten）を行使するのではなく、実定法によって割り当てられ、内容的に限定され限界づけられた諸権限に基づく」という理由で、これを認めなかった。Vgl. ebenda Rn. 12.

392 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 396.

393 Vgl. etwa BVerfG, a. a. O. (Anm. 391), Rn. 14 f.; Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 396.

394 Vgl. BVerfGE 61, 82, 104. 当該判例では、103 条 1 項のみが挙げられている。

395 行政裁判所への出訴については、例えば参照、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査――ドイツ（上・下・完）」ジュリスト 1238 号 86 頁、1239 号（いずれも 2003 年）108 頁、南博方『行政裁判制

①地方自治体は、私人と同様に、行政裁判所で認められる各種の訴訟類型を用いることが認められている。すなわち、地方自治体は、「あらゆる他の自然人や法人のように、憲法法上の性質を有しない公法上の争訟について、行政裁判所に訴訟を提起することができる」[396]。ここで問題とされている憲法法上の性質を有する争訟とは、「憲法生活に直接関与する権利の担い手、憲法機関、そしてそれらの一部の間で解決される」[397]争訟を指す。このような憲法法上の性質を有しない公法上の争訟について、ゲマインデは、VwGO42 条 1 項の規定する取消訴訟（Anfechtungsklage)、義務づけ訴訟、同法 43 条 1 項の規定する確認訴訟、同法同条 2 項等から認められているとされる[398]給付訴訟を提起することができる。ドイツにおいては、保護規範説が妥当しており[399]、地方自治体も、出訴する際には出訴資格を有している旨主張する必要があり、例えば取消訴訟と義務づけ訴訟を提起する場合には、地方自治体は VwGO42 条 2 項の規定する出訴資格（Klagebefugnis）の有無について主張することとなる[400]。特に問題となる権利毀損要件については、以下のように定式化される。すなわち、「ゲマインデは、連邦、ラント、ゲマインデ連合、別のゲマインデまたはその他の高権の担い手のある措置により、自己の権利が毀損され得る」[401]旨主張することになる。ここで問題となる「権利」とは、「ヨーロッパ法、憲法、法律その他法命題に、ならびに行政行為や行政契約に基づく権利」[402]を指す。実際に提起された訴訟は多く、かつ、戦後すぐにこのような行政訴訟の提起が認められていた[403]。

主張された行政上の措置は、自治体憲法異議と同様に、基本法 28 条 2 項の自治権侵害が存在するか否か、そして一般平等原則、司法基本権、基本法 120 条等の「憲法上の自治の像を共に規定するに相応しい」[404]規範に違反するか否かを審査される[405]。さらに、わが国とは異なり[406]、ドイツでは地方自治体を保護する単純法律レベルの規定が定められてい

度』（有斐閣、1960 年)、折登美紀「ドイツ行政裁判所の訴訟類型（1・2・完)」民商法雑誌 107 巻 3 号（1992 年）56 頁、107 巻 4・5 号（1993 年）187 頁。実務家の手によるものとして、参照、八木良一・福井章代『ドイツにおける行政裁判制度の研究』（司法研修所、2000 年)。福井章代調査官（当時）は、その後宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決時にも調査官を務めておられ、興味深い。参照、福井章代「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成 14 年度（下）531 頁（2002 年)。

396 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 350. 参照、行政裁判所法（以下、VwGO）40 条。

397 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 350. Vgl. BVerfGE 42, 103, 112-118.

398 参照、八木ほか・前掲注 395）186 頁。

399 参照、八木ほか・前掲注 395）132-134 頁。伝統的な保護規範説を克服しようとする学説からの試みについては、参照、神橋一彦「公権論における基本権の位置づけ」同『行政訴訟と権利論（新装版)』（信山社、2008 年）3 頁、109 頁以下。

400 参照、八木ほか・前掲注 395）130 頁。

401 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 350.

402 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 350.

403 Vgl. etwa BVerwGE 2, 239. それ以降も、例えば参照、VGH Mannheim, NVwZ 1991, 686.

404 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 351. 例えば BVerfGE 56, 298, 313 では、一般平等原則との関係が審査された。

405 ここでも同様に、地方自治体は基本権を援用し得ない。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 353.

406 例えば、市の「まちづくり権」が問題となった日田市サテライト訴訟（大分地判平成 15 年 1 月 28 日

る[407]。したがって、行政上の措置は、保護規範説に則って、地方自治体の保護をも目的とする限りでの単純法律上の規定の違反するか否かについても審査される。但し、単純法律上の聴聞[408]等、手続上の関与権（Beteiligungsrechte）違反については、原則として、関与権違反単独で、行政裁判所へ出訴することはできない[409]。「なぜなら、関与に関する定めは、ゲマインデに……、その関与権の根底にある実体法上の法的地位（Rechtsposition）を可能な限り良く実現するためにのみ保障されているからである」[410]。このように、関与権違反単独での出訴は原則として認められないが、その例外として、以下の場合は手続的な規定に違反するとして出訴できる。すなわち、「**ゲマインデに特有の方法でそして実体法から独立して、自己の独力で貫徹し得る手続法上の法的地位が容認されている場合**」[411]である。

なお、問題となる権利は、ゲマインデ自身の権利でなければならない[412]。換言するならば、ドイツにおいては、自治体団体訴訟（Kommunalverbandsklage）のような住民あるいはその一部の権利を主張することや、公の利益、住民個人の権利を、住民らに代わって主張することはできないと考えられている[413]。

判例タイムズ 1139 号 83 頁）では、別の地方公共団体が運営している公営競技に関して、H 市（原告）の領域に通商産業大臣が場外車券売場設置許可処分を行なったことが問題となった。原告は住民、市議会が全面的に当該施設の設置に反対しており、「地方公共団体の全面的な意思決定に基づいて行われる」「原告のまちづくり〔に〕重大な打撃」を与えると考え、出訴した。原告は訴訟において自転車競技法旧 4 条が当該設置許可処分に「設置公共団体の同意を要しない」ことが、憲法 92 条の保障する地方公共団体の自治権を侵害すると主張したが、裁判所によって原告適格が否定され、訴えは却下された。当該事件については、原告は地方自治法 244 条の 3 を参照し、「場外車券売場の区域外設置についても協議を受けるべき X の地位を法律上保護された利益と主張」したという点が注目される（深澤龍一郎「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第 4 版）』〔2013 年〕198 頁、199 頁）。

407 Vgl. etwa BauGB § 2. 上述したザスバッハ決定（BVerfGE61, 82）では、公示された原子力発電所建設計画に対して、原子力施設令（Atomanlagen-Verordnung; AtAnlV）2 条 2 項 2 号に基づき、隣接するゲマインデが、当該計画に対して異議を申立てた事案である（AtAnlV3 条 1 項に基づく適時提出に反し、且つ、自治体憲法異議として所有権（基本法 14 条）等を主張することは認められないことなどから、認められなかった）。参照、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993 年）225-228 頁、廣田・前掲注 62）「判批」342 頁。

408 ドイツにおいては、ゲマインデに関連する立法が検討される場合について、ゲマインデの聴聞権が規定されている場合が存在する。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 3, Rn. 129.

409 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 352.

410 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 352.

411 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 352. 強調は原文。

412 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 354.

413 この点、わが国の自治体争訟で模索されているような出訴――住民の生命・身体の安全や基本的人権を、地方公共団体が住民と共に、或いは住民に代わって訴訟の場で主張すること――は、ドイツでは認められない（参照、木佐茂男編『〈まちづくり権〉への挑戦』〔信山社、2002 年〕75-90 頁、人見剛「大間原発行政訴訟における函館市の出訴資格及び原告適格」自治総研 444 号〔2015 年〕20 頁、43 頁）。Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 354 は「個人の権利や利益を貫徹するためには、むしろ個々の市民自身が適任である」と述べる。わが国において、このような訴訟を認めるか否か、認めるとしてもその限界づけをどう考えるべきか、慎重な意見が示されていた（参照、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〕1 頁、38-40 頁）が、この点についてはドイツでも論争が存在していた（Vgl. Willi Blümel, Gemeinden und Kreis vor den öffentlichen Aufgaben der

ところで、ドイツにおいては、既に見てきたように、歴史的に、地方自治体に対して、とりわけ国家[414]が監督[415]することが重要であるとされてきた[416]。自治を行う公法上の法人に対してなされる国家の監督[417]は、地方自治体に対してもなされる。このような国家監督は既に見たように、判例上も、そして以下で見るように学説上も、不可欠なものと考えられている。すなわち、国家の監督は、「高権的な手段によって公の任務を自己責任で遂行する権能に必要不可欠な相関物（Korrelat）」[418]、「自治権の必要不可欠な片割れ（Gegenstück）」[419]と説明され、特に以下で見る法監督につき、「自治の憲法上必要な相関概念（das verfassungsrechtlich gebotene Korrelat der Selbstverwaltung）」[420]であると位置づけられているのである。監督は、「一方で、自治体監督は、ゲマインデによる**法律上の義務の履行**を確保するためのものである。他方で、それはゲマインデが**その権利を保護**しようとするものである」[421]。この監督には２つの類型が存在し、第一に、地方自治体の行為の「法適合性（Rechtsmäßigkeit）、とりわけ地方自治体の行為が実質的意味の連邦法律・ラント法律ならびに直接妥当しているヨーロッパ法の基準（Vorgaben）と両立可能であることを審査する」[422]法監督と、「法適合性と合目的的性」[423]の両方を審査する専門監督（Fachaufsicht）（特別監督（Sonderaufsicht））が存在する[424]。

このうち、行政裁判所への出訴が認められるのは、法監督のみである。法監督に基づく措置は、「典型的には規制する、とりわけ命令的な（verfügende）性格を有するが故に、行政行為に関わる問題である」[425]と考えられており、出訴が認められる。法監督について

Gegenwart, in: VVDStRL 36〔1978〕, S. 171, S. 268)。判例でもこのような代理主張は認められない。Vgl. BVerwGE 100, 388. 前掲注 62）のザスバッハ決定では、地方自治体が住民に飲料水を供給する等の権限を有することを認めた（BVerfGE 61, 82, 88)。

414 ここで問題となる国家とは、ラントのみを指す。「**連邦自治体監督（Bundeskommunalsufsicht）**は存在しない」(Gern/Brüning, a. a. O. 〔Anm. 21〕, Kap. 7, Rn. 301. 強調は原文)。

415 以下で問題となる「監督」については、ドイツにおいて、一定の名称で以って語られてきたわけではない。例えば「自治体監督（Kommunalaufsicht)」、「国家監督（Staatsaufsicht)」等が用いられてきた。Vgl. Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 2 §10 Rn. 12.

416 この点、彼の国では正面から検討される機会が少ないが、従前の伝統に則って、監督措置に対する行政裁判所における出訴が西ドイツ建国当初から認められていたことが注目される。

417 したがって、本稿では触れないが、大学や放送局等、地方自治体以外の公法上の法人として自治を行う主体に対しても、広く監督が語られる。Vgl. Jürgen Salzwedel, Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965), S. 206 ff.

418 Maurer/Waldhoff, a. a. O. (Anm. 41), §23 Rn. 52. 同旨、Burgi, a. a. O. (Anm. 14), §8 Rn. 27. ドイツでは、国家監督は、法律に適合した自治のために必要とされている。Vgl. Maurer/Waldhoff, ebenda §23, Rn. 23. そこから、国家監督の程度の限界（法適合性審査）が生ずる。

419 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7, Rn. 302.

420 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S, 820. BVerfGE 6, 104, 118 は、「自治体監督は自治の一要素ではなく、その相関物である」と述べる。

421 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7, Rn. 303. 強調は原文。

422 Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 2 §10 Rn. 12.

423 Engels/Krausnick, a. a. O. (Anm. 18), Teil 2 §10 Rn. 37.

424 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7, I. 4.

425 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 356.

は、各ラントの制定する地方自治法が規定しており、監督に基づく措置が違法であると主張する場合、基本法 28 条 2 項だけではなく、地方自治法を始めとした単純法律に基づく出訴が認められる[426]。しかし専門監督が行われる事務においては、地方自治体は「国家の伸ばされた腕として行動〔し、〕……その限りでは、下位の国家官庁の行動と同一視される」[427]。したがって専門監督に基づく措置は、上位の国家官庁から（別人格ではあるものの）下位の国家官庁へなされる措置ということとなり、「『対外的効果（Außenwirkung）』を伴う」[428]という行政行為の徴標が欠けていると考えられる。その帰結として、専門監督に基づく措置が「通常の事例においては、ゲマインデの主観的な法的位置づけに関わらず」[429]、当該措置は、「裁判によれば、……原則的に取り消し得ない」[430]。

以上のように、地方自治体は、法監督措置に対しても、保護規範説に則っている限りで監督措置に基づかない措置についても、各種訴訟類型を用いて行政裁判所へ出訴することが認められている。

さらに、地方自治体は②行政裁判所での規範統制訴訟を提起することも可能である[431]。当該訴訟は、VwGO47 条 1 項が規定する。同規定によれば、「高等行政裁判所は、その裁判権の範囲において、申立てに基づき、以下の各号に規定するものの妥当性について決定する」と規定する。1 号では「連邦建築法（Baugesetzbuch）の定めにより公布されている Satzung、並びに建設法 246 条 2 項に基づく法規命令」を、そして 2 号では「その他、ラント法がこれを規定する限りで、ラント法律より下位の法規定」を定める。当該手続においては、連邦憲法とラント憲法、単純連邦法と単純ラント法、ヨーロッパ法との適合性が審査される[432]。

当該訴訟を提起することが認められる者については、同法同条 2 項が規定している。すなわち、「申立てを、法の定めあるいはその適用によって権利を毀損され得る者又は予測

---

426 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 7 Rn. 325 f., Kap. 8, Rn. 356.

427 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 363. この領域では、現在でもなお、間接的国家行政概念が語られることがある。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 363. 間接的国家行政概念を用いることができるか否かは、争いが存在する。例えば参照、Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 402.

428 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 363.

429 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 363. この引用から示唆される通り、専門監督に基づく措置であっても、例外的に出訴が認められる場合が存在する。それは、地方自治体が、「専門監督の措置が基本法 28 条 2 項によって保護されている自治領域へ介入しているという主張をする」場合である（Gern/Brüning, a. a. O. 〔Anm. 21〕, Kap. 8, Rn. 364）。しかしこのような場面について、判例は、当該措置がもはや対外的な効果を発生させる行政行為と判定するに相応しいという論理に基づいて出訴を認めるに過ぎない。Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 364.

430 Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 363.

431 規範統制訴訟については、参照、山本・前掲注 395）「(上)」103-105 頁。規範統制訴訟は、本文で見るように、申立人に対して「権利保護を求める利益」を要求する一方で、当該訴訟は法規範の適法性が審理の主な対象とされる。山本・前掲注 395）「(上)」103 頁。

432 しかし、ラント法と一致しているか否かについては、ラント憲法裁判所で再審査できると規定されている限りで、高等行政裁判所では審査されない（VwGO47 条 3 項）。

可能な時期に毀損される者が提起し得る」。地方自治体もこの規範に則って、権利を毀損され得る（される恐れのある）場合に、行政裁判所での規範統制訴訟が認められている[433]。地方自治の文脈では、とりわけ建設法に基づく Satzung の妥当性が問題となる。すなわち、ゲマインデは Satzung という形式に基づき都市計画や建築計画を策定するところ、これらの計画は、隣接するゲマインデにも大きな影響を及ぼし得る。したがって、あるゲマインデに隣り合うゲマインデがこのような計画を策定した場合、当該ゲマインデは、隣接するゲマインデの Satzung によって権利を毀損されると主張することも認められている[434]。このような規範統制は、ラント憲法裁判所での自治体憲法異議と同じ 14 のラントそれぞれで――多少の相違を含みつつ――導入されている[435]。

3. 訴訟の対象となる地方自治体の「権利」

以上のように、ドイツでは地方自治体は憲法裁判所、行政裁判所への出訴が認められる。これら各種訴訟のうち、自治体憲法異議は「基本法 28 条 2 項の中心的な保障」と位置づけられる。自治体憲法異議と、行政裁判所へ認められる――規範統制訴訟ではない――通常の訴訟類型の記述からは、彼の国では地方自治体の自治「権」の毀損について、裁判所が審査しているということが明らかである。それでは、自治体憲法異議制度や行政裁判所で審査される自治権とは、どのような意味における権利なのだろうか。

まず、自治体憲法異議制度については、法的性質論の議論と関連して、基本法 28 条 2 項の「権利」の意味が明らかにされている。すなわち、当該制度の法的性格については、申立人と対象が限定された抽象的規範統制と解すべきか、そうではなく、名称の通りに、それが憲法異議であると解すべきか、あるいは、基本法 93 条の規定する連邦・ラント間争訟と解すべきか争いが存在していた。結局のところ、自治体憲法異議は何れの類型にも分類されないものとされる[436]。何故なら、「自治体憲法異議は、……機関争訟、連邦・ラント間争訟、規範統制や憲法異議からの非体系的な混合物である」[437]と解され、独自の手続と考えるべきとされたからである。当該手続は、「基本法 28 条 2 項が地方自治体に容認する**主観化された法的位置づけ（Rechtsposition）を保護するために実際に適した（sachgerechter）途**」[438]である。

それでは、ここで問題となる主観化された法的位置づけとは何か。自治体憲法異議は、

---

433 Vgl. Panzer, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, § 47 (EL 2016) Rn. 67.

434 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 385. 例えば BauGB2 条 2 項の規定する隣接ゲマインデの建築計画（Bebauungsplan）に対する規範統制があり得る。当該規定からは、自治体間の調和要請（das interkommunale Abstimmungsgebot）が導出されると考えられており、この要請に反することも、一定の場合において権利毀損要件に該当すると考えられている。

435 Vgl. Gern/Brüning, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 8, Rn. 384.

436 参照、斎藤・前掲注 366）364-365 頁。

437 Magen, a. a. O. (Anm. 388), Rn. 12.

438 Magen, a. a. O. (Anm. 388), Rn. 13. 強調は原文。

一般憲法異議と同様に、「(ある一定の)**主観的な憲法適合的な権利を主張するための抗告手続(Beschwerdeverfahren)**に関わる問題である。……基本法 28 条 2 項は『完全な意味(Vollsinn)』における主観的権利ではなく、……明らかに、実体的な憲法上の権利(Verfassungsrecht)の中心的意義とは一致しない。ここで中心を占めるのは、地方自治体が基本法 28 条 2 項から反射的である以上に与えられている自立した法人であるということ、つまり、それに――争う余地なく――それ自身に、攻撃されている(betreffenden)自治保障の毀損を、固有の権利から防御する権能が与えられていることである。この最小限の意味において、地方自治体は『主観的権利』を保持する者である」[439]。自治体憲法異議は、ドイツにおいても、自治権を主観化する方向の議論の論拠に用いられる場合が存在するが、少なくともこの議論からは、当該制度は厳密な意味における主観的権利たる自治「権」を保障する制度と考えられているわけではない。

さらに、行政裁判所へ出訴が認められることも、自治権を厳密な意味において主観的権利と解することを意味しない。すなわち、VwGO42 条 2 項の権利毀損要件における「『権利』は、『権限』も一部包括するもの」[440]と解されているからである。

周知の通り、ドイツにおいて、行政裁判所は、基本法 19 条 4 項[441]に基づいて創設されると考えられている。すなわち、当該規定は「行政訴訟の憲法上の中心規範」[442]であり、ここで述べられている「公権力」とは、「特に執行権(die vollziehende Gewalt)が行使する」[443]権力を指し、第一義的には、「基本法に服するドイツの公権力の行為に対する……権利保護を保障」[444]しており、「個々の人間とその人格(Person)に結びつけられた法的地位(Rechtsstellungen)」[445]についての「個人の権利保護」[446]を、第一の任務としている。しかし、行政裁判は「個人の権利保護には汲み尽くされない」[447]。個人の権利保護だけではなく、「*客観的な法の保護*」[448]も担うのである。

基本法 19 条 4 項の「何人(Jemand)」には、自然人は勿論[449]、私法上の法人(juristische Personen des Privatrechts)も含まれる[450]。異論はあるものの、既に述べたように、公法上の法人(juristische Personen des öffentlichen Rechts)は基本権を援用し得ないとされているから、基本的に基本法 19 条 4 項の適用を否定される[451]。そのため、原則

---

439 Magen, a. a. O. (Anm. 388), Rn. 13. 強調は原文。
440 山本・前掲注 395)「(下)」109 頁。
441 「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている」。
442 Schmidt-Aßmann/Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Einl. Rn. 2.
443 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 52 (Lfg. 72, 2014).
444 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 46.
445 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 8.
446 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 8.
447 Schmidt-Aßmann/Schenk, a. a. O. (Anm. 442), Einl. Rn. 1.
448 Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 9. 強調は原文。
449 Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 38.
450 Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 40.
451 Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 42.

的に[452]地方自治体は「何人」には含まれない[453]。さらに、基本法 19 条 4 項の「権利」は、「*人格的要素（das Personale）*と*個人性要素（das Individuelle）*および自己責任性に基づいた主観的権利」[454]を意味すると解されるため、地方自治体が含まれるところの「組織上の法領域」では、「**特有に人的な要素**」[455]が欠けており、当該規定の言う「権利」＝主観的権利は存在し得ない[456]。但し、このことは、基本法 19 条 4 項の意味における「権利」には含まれないままであるが、行政の担い手の権限に「固有の訴訟上の防衛能力（Verteidigungsfähigkeit）を認めること、そしてそれ〔＝防衛能力〕を行政裁判所法 42 条 2 項の範囲で*広義の主観的権利*としての機能を果たせしめること」[457]は排除しないとされる。以上を踏まえて、VwGO42 条 2 項の意義は、民衆訴訟を排除すること、そして自己の権利利益ではない公益や、第三者の利益に基づいた訴訟提起を排除することにあるとされている[458]。

VwGO42 条 2 項は、自己の「権利」を「毀損」する行政の措置に対する出訴を広く認める。ここで問題となる権利の「毀損」とは、公権力による「**違法な措置**」[459]に基づく権利への介入を指す。すなわち、「公権力の客観的に適法な執行は、主観的権利を、なるほど侵害（beeinträchtigen）し得る、しかし〔そのような執行は〕毀損しているのではない」[460]のである。さらに、ここで問題となる「権利」は、主観的公権に加えて、「**組織上の法領域**に由来する法的位置づけ（Rechtspositionen aus dem **organschaftliche Rechtskreis**）」[461]と解される。このような法的位置づけは、広義の主観的権利とも位置づけられ[462]、基本法 19 条 4 項の言う「権利」には含まれないが[463]、しかし「規範的に割り当てられた法貫徹力（Rechtdurchsetzungsmacht）という諸前提」[464]を有する場合には、「組織上の権利（organschaftlichen Rechten）」[465]と言い得るとする[466]。このような権利は、狭義の主観的

---

[452] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 43.
[453] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 42.
[454] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 117. 強調は原文。参照、神橋・前掲注 399）135 頁以下、特に 136 頁。
[455] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn.147.　強調は原文。
[456] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 148.
[457] Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn. 148. 強調は原文。
[458] 八木ほか・前掲注 395）130 頁。
[459] Schmidt-Aßmann/Schenk, a. a. O. (Anm. 442), Einl. Rn. 22. 強調は原文。
[460] Schmidt-Aßmann/Schenk, a. a. O. (Anm. 442), Einl. Rn. 22.
[461] Wahl, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb §42 Abs. 2, Rn. 118. 強調は原文。
[462] Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, §42 Abs. 2, Rn. 93, Anm. 306 は、Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 57), Rn.147 f. を挙げ、広義の主観的公権という Schmidt-Aßmann の言葉を示す。
[463] Vgl. Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), §42 Abs. 2, Rn. 92.
[464] Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), §42 Abs. 2, Rn. 93.
[465] Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), §42 Abs. 2, Rn. 93.
[466] なお、ゲマインデは固有の権利を毀損される可能性が存在するが、「指示に基づく義務任務（Pflichtaufgaben nach Weisung）として委任された任務の侵害（Beeinträchtigung）は、出訴資格を通常

公権とは「主観的公権を行使すること（Ausübung）は、権利の保持者の**意向（Belieben）**次第である。〔それに対して、〕組織上の法領域の法的位置づけを行使することは、その**公共の福祉を志向する（Gemeinwohlorientierung）**点で際立っている」[467]点に差異が認められる。「組織上の権利を行使することは、その義務に対応していること（Pflichtorientierung）によって際立っている」[468]とも評される。このような広義の主観的公権を VwGO42 条 2 項の「権利」に包含し得る理由として、以下の 2 点が挙げられている。すなわち、第一に、基本法 19 条 4 項が、最小限度の保障を要請する規定であるということ[469]。第二に、行政訴訟は確かに原告適格によって個人の権利保護を目指す制度であると評価できるが、主観的な法的位置づけが争われている公法上の争訟について、裁判所での貫徹可能性を拒絶する理由がないということ[470]である。組織上の権利を含めた説明をせざるを得ないのは、「行政訴訟が市民と国家の間の外部法関係（Außenrechtsverhältnis）に合わせて作られているので、裁判所で貫徹し得る内部法の位置づけ（Innenrechtspositionen）に関」[471]しては、市民・国家関係を原則形態とする行政訴訟の文脈では、整合性を保ったまま定式化することが困難であるからとされる。結局、ゲマインデが出訴し得るのは、基本法 28 条 2 項第 1 文そしてそれに相応するラント憲法上の規定に基づき認められるに過ぎない[472]。

以上で検討したように、行政裁判との関係においても、地方自治体が自治権侵害に基づいて出訴する「権利」そのものは、厳密な意味における主観的権利ではない。すなわち、地方自治体は、厳密な意味においては権限を行使しているに過ぎず、したがって本来、国家による自治権侵害は、権限の侵害でしかないと考えられるからである。行政裁判所への出訴を可能とする理由づけは、あくまで地方自治体の出訴を妨げる論理は存在しないというものに過ぎない[473]。

4. 小括

以上のように、ドイツにおいて地方自治体は様々な訴訟類型を用いて、国家（場合によっては他の地方自治体）の行為――立法府や行政府の各種活動――の憲法適合性について、裁判所の判断を仰ぐことが認められている。地方自治体は、自治体憲法異議制度や、

は基礎づけない」と考えられている（Wahl/Schütz, a. a. O. 〔Anm. 462〕, § 42 Abs. 2, Rn. 104）。

467 Wahl, a. a. O. (Anm. 461), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 120. 強調は原文。

468 Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), § 42 Abs. 2, Rn. 92.

469 Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), § 42 Abs. 2, Rn. 93.

470 Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), § 42 Abs. 2, Rn. 93.

471 Wahl/Schütz, a. a. O. (Anm. 462), § 42 Abs. 2, Rn. 91.

472 Vgl. Brüning/Vogelgesang, a. a. O. (Anm. 184), Rn. 342.

473 Schmidt-Aßmann/Röhl, a. a. O. (Anm. 54), Kap. 1, Rn. 24 は、地方自治体が基本法 19 条 4 項の保障を享受し得るかという点について、理論上は問題となり得るとするが、実際は現行の訴訟法、すなわち VwGO40 条、42 条 2 項によって「ゲマインデの主観的権利が市民の主観的と同等に扱われている」ため「この問題は未解決のままで構わない」としている。

行政裁判の各種訴訟類型、高等行政裁判所への規範統制等、――地方公共団体が出訴することを実際上はほとんど認めないわが国と比較して[474]――様々な類型での出訴が認められていると評価し得るであろう。これは、第 1 節で扱った基本法 28 条 2 項第 1 文の内容に対応して、当該規定の保障内容に対応して様々な出訴が認められているためであると考えられる。

以上検討したように、地方自治体が出訴可能な類型からも、統治機構の一環としての地方自治体像が浮かび上がる。これはしかし、基本法 28 条 2 項第 1 文の内容に対応して出訴が認められているのであるから、当然のことでもある。このことは以下の点から明らかになる。第 1 に、地方自治体は自治体憲法異議の申立てのみ認められており、手続保障等の極めて特殊な事案を除き、個人が申立て得るものと同じ憲法異議を提起することはできないと考えられている。これは地方自治体は国家任務を遂行する側の存在であり、基本権を享受し得ないという点とも密接に関係している。第 2 に、行政裁判所における規範統制手続は、地方自治体が計画や一般的規範として Satzung を制定することができることを前提とした類型である。Satzung は自治を行う主体に広く認められるのであるから、そのことは当然には統治機構側の存在であることを意味するわけではない。しかしながら地方自治体の場合は、当該権能を高権として認められている。更にゲマインデの策定した計画に対して私人が出訴するという事案[475]は、まさに私人に対する制約を行う主体として、ゲマインデが登場していることを示している。なお、地方自治体は私人と同様に VwGO42 条 2 項や 40 条に基づいて行政裁判所へ訴訟を提起することも可能であるが、これも出訴を可能とする根拠――基本法 19 条 4 項か、28 条 2 項か――が異なる。学説の出訴が認められる訴訟類型の説明からは、したがって、やはり基本法 28 条 2 項の「権利」が、私人に認められると同義の主観的権利ではないことも判明した。第一に、自治体憲法異議が認められるのは、それが基本法・法律レベルで防御可能なものと位置づけられるためである。第二に、VwGO42 条 2 項の議論も、地方自治体の自治「権」が、「組織的権利」と解されるに過ぎないことを示している。すなわち、規範によって貫徹力を与えられ、公共の福祉や義務によって地方自治体に行使が要求されるところの「権利」である。そのため、自治権を主観的権利と解することは、ドイツにおいても、理論上は認められていないと言わざるを得ない[476]。

以上のように、ドイツにおいては、地方自治体に認められる諸権限が、国家に対しても貫徹し得るよう制度が形成されていると評価することができるだろう。

---

474 参照、上代・前掲注 4）27 頁注 40。

475 例えば参照、湊二郎「ドイツにおける建築許可の執行停止」鹿児島大学法学論集 41 巻 2 号（2006 年）1 頁以下の各判例。

476 これに対し、後述するように、ドイツにおいても、主観的権利としての自治権解釈の試みがなされている。

第２款　客観法維持要請の貫徹

第２款では、以上の記述を元に、具体的事案を通して、ドイツにおいて国と地方自治体との間に法治国原理、客観法維持の要請が妥当していることを明らかにする。

わが国においては、行政法学における様々な観点からの試み[477]にも関わらず、判例上、地方公共団体が国に対して自治権の侵害を理由として訴訟を提起することが認められてこなかった[478]。裁判官の手に成るコンメンタールにおいては、以下のような、ある種の勝利宣言がなされている。少々長いが、引用しよう。曰く、「本書旧版は、行政主体の訴え提起に積極的な見解を示した。しかし、最高裁判所が消極説に立つことは明らかであり、少なくとも実務的には決着のついた問題といわざるを得ない。/この問題は、憲法上の司法権、裁判を受ける権利及び地方自治の本旨の意義や、国と地方公共団体の行政権をどのように考えるかにかかわるものであって、判例に反対する多数の学説の見解は、これらに関する新たな考え方に基づくものであり、その論拠には首肯し得る点も少なくない。しかし、判例の考え方は、これらの問題についての伝統的な考え方に基づくものであって……、これもまた筋の通ったものである。多数の学説が、判例の考え方を批判するのはやむを得ないとしても、そのことにより、立法的な解決がされないまま放置されることは不幸なことといわざるを得ない。考え方の対立はさておき、行政主体間の紛争を適切に解決する争訟手段の立法化を推進するのが望ましい方向であると思われる……」[479]。裁判官の認識は、基本的にはこの認識と変わっておらず、更にそれ以降も客観訴訟を制度化するような立法措置がなされたわけではない[480]ため、現在もなお、地方公共団体が自治権侵害に基づき訴訟を提起する試みは、成功していない[481]。

わが国におけるこのような状況と好対照をなすのが、ドイツにおけるそれである。既に検討したように、彼の国においては――益々――地方自治体を統治機構として扱うという方針が明確にされているにも関わらず、当然のように地方自治体の訴訟提起が認められている。既に検討した通り、ドイツの行政裁判所の沿革に鑑みるならば、彼の国で地方自治

---

477 例えば「固有の資格」論、客観訴訟たる機関訴訟の司法権における位置づけに関する議論等が挙げられよう。

478 但し、国庫負担金に関する訴訟（摂津訴訟、東京高裁昭和 55 年 7 月 28 日判決、行集 31 巻 7 号 1558 頁）については、地方自治体の公訴は棄却されたため、訴訟提起自体は認められていると考えられる。

479 江口・前掲注 8）110-111 頁。なお、2 箇所の省略部分では、宝塚パチンコ条例事件判決を最高裁調査官として担当し、かつ、当該判決以前にドイツにおいて行政訴訟制度を学んできた（参照、八木ほか・前掲注 395））、福井章代裁判官の当該判決調査官解説が引用されている。

480 現行の客観訴訟を網羅的に検討する研究として、参照、村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究 4 号（2013 年）11 頁、機関訴訟については、同書 22-30 頁。

481 例えば参照、上代・前掲注 4）27 頁注 40 は、著名な事件として 6 件を数える。また当該著作においては数えられていないが、沖縄の紛争もこれに該当しよう。なお、地方自治法所定の関与制度に基づく訴訟として、泉佐野市のふるさと納税訴訟に関する上告審判決が、地方自治法所定の関与法制の一環として、示される予定である。参照、
https://www.nikkei.com/article/DGXMZO55334150W0A200C2LKA000/ （2020/05/24 最終アクセス）。

体が国の権限の逸脱濫用に対して出訴することは、理論的観点からは問題が存在していたとしても、認め得るものであると考えられているのであろう。

とりわけ彼我における裁判制度の相違から、わが国もドイツ同様に地方公共団体の出訴を認めるべきであるというような結論に一足飛びに達することは不可能である。また、当該問題には、地方自治のあるべき姿に関する議論も伏在しており、その点の検討をすることができないことからも、本稿で当該問題に対する何らかの結論を導出することは、不適切であろう。しかしながら、訴訟の提起が認められているドイツで、裁判所が法的意義を認めた地方自治保障の内容それ自体には、わが国の地方自治保障、今後なされる可能性のある制度改革の議論の手掛かりになり得ると思われる。

以下では、彼の国における判例を通じて、ドイツの地方自治領域において客観法維持要請の貫徹という視点が看取されることを明らかにする。以下では、ドイツにおいて地方自治体が提起することのできる訴訟を確認した後、わが国の地方自治論で不足しがちな自治権に対する「侵害」という視点[482]を補うべく、ドイツにおいて争われた具体的な事案を通して、問題となった保障内容が判例上どのように審査され、周辺領域における保障を認められているのか、そして彼の国の地方自治論において存在する国家権力の限界を画定する議論を検討する。ドイツの判例における地方自治保障の方法を明らかにすることで、判例における地方自治保障の思考形式の一端が判明するであろう。また、以下の判例により、戦後ドイツ連邦共和国において展開された、法治国原理のアップデート――形式的法治国から実質的法治国へ――も、看取され得る。

以下では、立法と行政による地方自治への介入に対する審査を検討するため、4 つの介入の形態に区別して、判例を検討する。第 1 に地方自治体の存立に関する事例（廃置分合、名称等)、第 2 に任務保障・自己責任性の保障に関する事例、第 3 に国家監督に関する事例、第 4 に行政の措置に対して地方自治体が出訴する事例である。検討の際、本質内容・核心領域は勿論、判例において、保障された内容に対する介入が許容されるか否かがどのように審査されるのかということも検討する。それにより、彼の国の判例において、基本法 28 条 2 項第 1 文がどのように保障されているか、包括的に検討することが可能となるであろう[483]。

1. 存立保障に関する事案

(1) 領域変更

この保障で問題となる場面の典型的な事例は、地方自治体の廃置分合に関するものである。ドイツにおいても、1970 年代以降、行政の効率化の要請から、領域改革

---

[482] 参照、須藤・前掲注 11）189 頁。

[483] この作業により、さらに、ドイツにおける地方自治体の位置づけ――広義の国家組織としてのそれ――や、今なお制度体保障として地方自治が語られている含意、そして客観法保障としての地方自治像が浮かび上がることとなろう。

（Gebietsreform）が行われ、地方自治体の数が激減した[484]。その文脈で相次いで問題となったのが、それを推し進める法律の合憲性を争う自治体憲法異議であった。

(a) BVerfGE 50, 50

その代表的な判例では、あるゲマインデが別のゲマインデへ編入されることを規定した法律の合憲性が争われた。連邦憲法裁判所は当該自治体憲法異議に対し、以下のような判断を示した。すなわち、「基本法 28 条 2 項第 1 文はゲマインデを個々に保障するのではなく、制度的に保障するに過ぎない」[485]。したがって「ゲマインデの廃止（Auflösungen）、合体（Gemeindezusammenschlüsse）、 編入（Eingemeindungen）その他の領域変更は、自治権という憲法法上保護された自治権の核心領域を原則的に侵害（beeinträchtigen）しない」[486]。「しかしながら、以下のことは地方自治の憲法法上保障された核心領域に属する、これが歴史的に展開されたように、すなわち、ゲマインデの存在の変更（Bestandsänderungen）と領域の変更が公共の福祉という理由づけからのみ、そして関係する領域団体（Gebietskörperschaften）の事前の聴聞（Anhörung）の後に、許容されるということである」[487]。立法者に対するこのような「権能の限界は、法治国家原理からも推論される。〔なぜなら、〕公共の福祉という拘束は、それ以外に、憲法法上拘束された立法全ての自明の前提である〔からである〕」[488]。

本事案のようにゲマインデの「領域高権へ介入する法律が、基本法 28 条 2 項第 1 文による自治への権利を毀損するという」[489]憲法異議では、以下の点が問題となる。すなわち、「一方で立法者に、……〔領域変更について〕政治的に決定する権能と、〔ゲマインデの存立を〕形成する自由（Gestaltungsfreiheit）がそのまま委ねられていること、そして他方で、ゲマインデの存在（Bestand）と領域へ介入する場合に、とりわけ立法者の公共の福祉という理由づけへの拘束を表出するところの自治保障の核心領域が問題となる」[490]。「憲法裁判所はとりわけ、以下の点を審査（nachprüfen）する、すなわち立法者がその措置に重大な事情を適切にそして完全に確かめ（ermitteln）、法律の根底にそれが反映されていたか否か、彼がすべての公共の福祉という理由づけならびに法律上の規定の長所と短所を包括的に、そして検証可能な（nachvollziehbare）方法で〔これらを〕衡量したか否か、そして立法による介入の目的手段適合性、必要性と均衡性（geeignet, erforderlich und verhältnismäßig）や事案公平性と制度の正当性（Sachgerechtigkeit und

---

484 参照、成田頼明『西ドイツの地方制度改革』（良書普及会、1974 年）、上代・前掲注 4）30 頁、白藤・前掲注 152）157-184 頁。

485 BVerfGE 50, 50, 50.

486 BVerfGE 50, 50, 50.

487 BVerfGE 50, 50, 50.

488 BVerfGE 50, 50, 51.

489 BVerfGE 50, 50, 51.

490 BVerfGE 50, 50, 51

Systemgerechtigkeit）というルールを顧慮しているか否かである」[491]。したがって立法者の目標のイメージや評価等は、憲法裁判所が「立法者に代わって」[492]審査するわけではなく、合憲性を審査する際の対象とされない。

一連の領域改革の文脈で提起された本事案は、指導的な位置づけを与えられている[493]。本事案では、①基本法 28 条 2 項第 1 文はゲマインデを制度的に保障しているに過ぎないこと、②公共の福祉という理由のみが許容される理由づけと考えられ、さらに、手続的にも、関係する領域団体に事前に聴聞を行う必要があることなどを示した。この点は制度体保障の核心領域に存在するため、事前の聴聞とみなされ得ないような簡易な手続等を規定する区域変更法律は基本法に反するということになろう。連邦憲法裁判所は、したがって、地方自治体の新編成法（Neugliederungsgesetzen）の規定するゲマインデの廃止、合体、編入等の配置分合（や、傍論として境界変更）を、ゲマインデの意思に反することのみ理由として拒むことはできないという考えであると言える。何故なら、そのような法律は基本法 28 条 2 項の保障する周辺領域に該当し、当該領域については、立法者が介入することが法的に許容されるからである。

更に、審査の限界という観点からは、③領域改革について立法者に裁量が与えられているため、一定の事項について憲法裁判所は審査を行わないという点も重要である。しかしながら、とりわけ以下の判示部分に注目すべきである。すなわち、領域改革の事案で示される②公共の福祉という理由づけの要求は、単に制度体保障の核心領域ということからだけではなく、法治国原理――これは立法者の権限の範囲の問題である――からも求められるとしている点である。制度体保障論では、制度それ自体が実際に存在していることを保障するとされ、個々の制度体――ここでは、ゲマインデ――の存立が保障されるわけではない。それにもかかわらず、個々のゲマインデに、実際上は裁判所で編入等について訴訟を提起することが認められているため、平仄が合わないように思われる。この点について、ドイツでは様々な議論が戦わされており、最早個々のゲマインデに対して、制度体保障と並んで「**主観的な保護の資格**をも読み取り得る」[494]という表現がなされることがある。

(b) BVerfGE 86, 90

領域変更の文脈で検討を要するもう一つの判例が、次に検討する事案である[495]。当該事案は、上述した領域改革の結果成立したゲマインデが、領域改革以前の複数のゲマインデ

---

491 BVerfGE 50, 50, 51

492 BVerfGE 50, 50, 51

493 参照、松塚・前掲注 124）100 頁、上代・前掲注 4）219 頁。

494 Nierhaus, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 42. 強調は原文。

495 BVerfGE 86, 90. 邦語文献は、苗村辰弥「判批」法政研究〔九州大学〕62 巻 1 号（1995 年）197-205 頁、駒林義則「判批」・前掲注 6）『ドイツの憲法判例 II（第 2 版）』383-388 頁、松塚・前掲注 124）109-110 頁、上代・前掲注 4）228 頁、229 頁注 42。

へ戻す法律に対して、自治体憲法異議を申し立てたというものである。

当該事案においても、上述した判例を踏まえ、以下の判断が示されている。すなわち、基本法 28 条 2 項は制度体保障であり、これは個々のゲマインデの存立を保障するものではないということ、ゲマインデの解散等については、制度体保障における核心領域には属さず、公共の福祉に基づいており、関係するゲマインデの事前の聴聞がなされるならば、許容されるものであるということである[496]。当該事案は、適切な聴聞（新たに編成する措置の本質的内容とその理由づけ、ゲマインデの見解が反映されるよう、早期に聴聞を行うこと、ゲマインデが適切に判断し得るために、本質内容と理由づけについての情報提供を早期にすること等）を要請する[497]。

そして上述した判例と同様に、立法者に対しては、「自ら設定した目標、理想像、基準を原則的に自由に決定しなければならない」[498]と認める。しかしそれは如何なる内容の決定をもし得ることを意味するのではないから、連邦憲法裁判所が一定の範囲で審査することができると述べる。つまり、立法者は、公共の福祉に適合するために、領域を変更する「規律が実現される時に……既に、ある一定の諸々の手続的要請を満たさなければならない。さらに、立法的な問題解決は、その結果においても、若干の基本法から導出され得る価値基準に従っていなければならない（orientieren）」[499]。そのため、連邦憲法裁判所は、立法者がそのような事実を確かめたか、法律の長所と短所を衡量したか、審査する[500]。立法者は「このような方法で確かめられた事実や……利益に基づいて」[501]領域を変更するか決定する権能を有する。「その限りで、……憲法裁判所のコントロールは、ある個々のゲマインデの存立への立法による介入が、彼によって追求された目標を達成するために明らかに目的手段が適合していない、あるいは不必要である（ungeeignet oder unnötig）か、彼がそれ〔＝目標〕に明らかに均衡を逸していない否か、そして法律が恣意的な考慮（Erwägungen）や区別をしていないか否かという点に制約される」[502]。「立法者の目標や価値と予測が問題となる限り、憲法裁判所は、これらが明白かつ一義的に誤っているか、あるいは、これらが憲法法上の秩序の諸原理と相容れないものであるか否かという点のみを審査しなければならない」[503]。

これらの要請は、本事案で問題となるような領域改革を元に戻す「法律にも、原則的に妥当する」[504]。勿論、領域の編成が失敗する措置であったと思われた場合などに、立法者

---

496 Vgl. BVerfGE 86, 90, 107.
497 しかし本事案は適切な聴聞でなかったことを理由として無効と判断されたわけではない。
498 BVerfGE 86, 90, 108.
499 BVerfGE 86, 90, 108.
500 BVerfGE 86, 90, 108 f.
501 BVerfGE 86, 90, 109.
502 BVerfGE 86, 90, 109.
503 BVerfGE 86, 90, 109.
504 BVerfGE 86, 90, 109.

は「新編成措置を廃止または変更することを原則的に妨げられない」[505]。しかしその際には、「そのような〔＝新編成措置の廃止や変更をする〕法律の特別な性格は、しかし、それら〔法律〕が満たさなければならない憲法法上の諸尺度にもとづいて、有効である（auswirken）」[506]。まず第一に、ゲマインデへの聴聞は、「事情の特殊性」[507]を踏まえている必要がある。第二に、公共の福祉による正当化の際にも、そのような措置は「特別な評価」に基づく必要がある。すなわち、「ゲマインデの存立または領域の切り分け（Zuschnitt）について度々法律で変更することは、法治国家から要求される法的安定性を侵害してしまう」[508]。したがって立法者は、元に戻すという措置を行う場合には、事案に特殊な事情を踏まえた聴聞手続を行った上で、ゲマインデやその市民の持つ法的安定性への信頼を衡量しなければならない[509]。

本事案は、上述した判例をはじめとした「基準を基本的に引き継いだ」[510]とされ、その意義は「一度区域改革によってなされたゲマインデの区域を再度編成し直すという区域再編成の特殊性に鑑み、審査基準に関しては特別の考慮を必要とすべきであるとした」[511]点にあるとされる。本事案の意義は、以下の点に求められ得る。すなわち、①連邦憲法裁判所が領域変更を行う際の聴聞に要請される具体的な内容を示した点。②立法の措置については原則として立法者の裁量が認められ[512]、そのような措置の公共の福祉適合性から一定の手続的要請が導出され、当該措置の合憲性が審査される。さらに、措置の帰結として基本法上の価値基準に適合していることも、立法者には要求され、その点についても審査され得るとした点。③立法者の目標等が基本法上の秩序と適合しない場合には、憲法裁判所は例外的に審査可能であると示した点。さらに、④領域を元に戻すという措置については、公共の福祉・関係するゲマインデの聴聞について、特殊な事情に基づく必要があると示された。公共の福祉適合性としては、法治国という要請から法的安定性が導出されている[513]。

(c) 検討

以上の 2 つの事案から、連邦憲法裁判所がゲマインデの領域変更を検討する際に、以下

---

505 BVerfGE 86, 90, 110.
506 BVerfGE 86, 90, 110.
507 BVerfGE 86, 90, 110.
508 BVerfGE 86, 90, 110.
509 Vgl. BVerfGE 86, 90, 110 f.
510 駒林・前掲注 495）387 頁。
511 駒林・前掲注 495）387 頁。
512 苗村・前掲注 495）204 頁は、領域を元に戻す措置ではなく、領域変更措置一般について、以下のように述べる。すなわち、「本判決は、一般的定式においては、従前の如く、立法者の広範な裁量を認めたものである」と。同様に、Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 40 f. も、領域改革に対する司法審査が限定されていると指摘する。
513 苗村・前掲注 495）204 頁は、特にゲマインデの信頼保護が基本法 28 条 2 項第 1 文を根拠としているのか、20 条の言う法治国原理を根拠としているのか「判然としない」とする。

のように考えているということができる。すなわち、第一に、基本法 28 条 2 項が制度体保障であり、個々のゲマインデが実際に存在することを保障するわけではない。しかしこのような場合において、公共の福祉に基づく措置であり、かつ、関係するゲマインデの事前の聴聞が、制度体保障の核心領域として保障されており、そこに立法者が介入することは認められない。そして第二に、個々のゲマインデの存立が保障されているわけではないとはいえ、立法者はゲマインデの領域を自由に変更できるわけではなく、その権能には限界が存在する。①そもそも、制定された法律は、公共の福祉に適合していなければならない。これは法治国原理から導出される要請である。さらに、②立法者は領域改革を行う目的等を原則として自由に設定することができる。しかし憲法裁判所は、立法者が憲法上の秩序の諸原理に適合しているかについては審査することができる。また③領域を元に戻すという事案では、事案の特殊性を踏まえた聴聞や、法治国家からの法的安定性を踏まえた衡量が、立法者に求められる。第二の判例評釈において、ドイツでは「いわゆる自治権の核心領域保障理論よりも広範に立法者を制約していると評価することもできよう」[514]という評価がなされている。以上の 2 つの判例からは、連邦憲法裁判所は、地方自治体の廃置分合の文脈では、周辺領域における「自治権」保障の要請が存在すること、そして立法の措置が法治国原理に従っているか否か審査していることが判明する。

(2) 名称変更

法主体保障の内容として、連邦憲法裁判所は他に、ゲマインデの名称に関する判断を示している。連邦憲法裁判所によれば、①領域改革の結果新たに設置されたゲマインデの名称が争われた事案[515]について、以下のように判断した。すなわち、「新設されたゲマインデ自体の名称を決定する……権利は、基本法 28 条 2 項第 1 文による憲法法上保障された自治権の核心領域には含まれない。むしろ新設されたゲマインデの名称の決定は、ドイツ自治法（Kommunalrecht）の歴史的展開も考慮される」[516]。歴史的には、これは国家が留保するもの（「ゲマインデの領域において国家が形成する組織行為（ein gestaltender Organisationsakt im gemeindlichen Bereich）」[517]）であった[518]。しかしながら「あらゆるラントのゲマインデ法で定められた、領域の存在（Gebietsbestand）へ国家に介入される際にゲマインデが聴聞される権利は、……自治保障の内容のみからではなく、さらに法治国原理の現れでもある」[519]。さらに、②名称変更について違憲であると認められた事案では、以下のような判断が示された。すなわち、「歴史的に受け継がれてきたゲマインデ高

514 駒林・前掲注 495）387 頁。
515 参照、松塚・前掲注 124）101 頁以下。
516 BVerfGE 50, 195, 201.
517 BVerfGE 50, 195, 201.
518 Vgl. BVerfGE 50, 195, 201 f.
519 BVerfGE 50, 195, 202. なお、当該判示部分に続く引用は、領域改革について示された連邦憲法裁判所の判例を引用しているわけではない。

権の一部として、そのかつて決定さていた名称を用いるというゲマインデの権利が存在する。……ドイツ自治法の歴史的展開からは、しかし、国家がゲマインデの名称を変更することから〔ゲマインデが〕完全に保護されることを読み取ることはできない」[520]。「歴史的な所見によれば、ゲマインデ名称の変更は、……圧倒的に、その行使が……自治権の核心領域を原則的に侵害しないような国家の高権であるように思われる。……この点においても、基本法 28 条 2 項第 1 文はゲマインデの高権の個別の保障ではなく、制度的な保障を含んでいるに過ぎない」[521]。「地方自治という憲法法上保護された核心領域には、……しかし、ゲマインデの名称の変更は、事前の聴聞の後にのみ行われるということが含まれる。このことは名称変更の場合のみではなく、……あるゲマインデがその意思に反して新たな名称を与えられねばならないその他あらゆる事例にも当てはまる。ゲマインデの事前の聴聞というこの義務は」[522]、西ドイツ以前の法律で「既に備えられていた」[523]。「それ〔＝国家〕がその名称権へ介入する以前に国家に聴聞されねばならないというゲマインデの権利は、以下の考慮のみから正当化されるのではない、すなわち、ゲマインデの、その個別性（Individualität）を対外的に表現するものとしてそのかつて定められていた名前を利用する権利が、歴史的に受け継がれてきたゲマインデ高権の一部であるということ。〔そうではなく、事前の聴聞は〕以下のような法治国家原理からも要求される、ゲマインデを名称変更の際に、国家行為の物言えぬ対象（stummen Objekt）とすることを禁ずることである（参照、BVerfGE 50, 50［51］, 195［202］）」[524]。また、「立法者が個々のゲマインデの名称権へ介入することは、基本法 28 条 2 項第 1 文によれば、……公共の福祉に基づいてのみ許容される」[525]。本事案では、公共の福祉に基づいた名称変更であると認められず、立法者の目標も適切ではないため、当該措置は違憲であるとされた[526]。

名称変更についても、領域変更と同様に、制度体保障として個別のゲマインデの名称が保護されるわけではない。また、地方自治保障の核心領域として、名称が変更されるゲマインデの事前の聴聞が要求される点も、領域変更についての判断と共通する。その理由づけとしては、これまた共通して、地方自治の保障と、法治国原理――この原理は、立法者に要請される個別の事案に応じて異なり得る適正手続、公共の福祉による権限の限界等を含む――であるとされる。とはいえ、領域変更の事案と比較して、以下のような差異も認められる。すなわち、事前の聴聞が求められる理由づけが、若干異なっている。すなわち、領域変更の事案では立法者の手続的要請が前面に出ていた一方、名称変更については、従前の地方自治規定を検討するという歴史的手法に基づいている。

---

[520] BVerfGE 59, 216, 226.
[521] BVerfGE 59, 216, 227.
[522] BVerfGE 59, 216, 227.
[523] BVerfGE 59, 216, 227.
[524] BVerfGE 59, 216, 227 f.
[525] BVerfGE 59, 216, 228.
[526] Vgl. BVerfGE 59, 216, 229-231.

(3) 小括

判例で問題となった領域変更と名称変更については、以下のようにまとめられよう。すなわち、①制度体保障の内容として、どちらの事案についても、少なくとも事前の聴聞という一定の手続が、核心領域として保障される。また、②領域であっても名称であっても、その変更は立法者の権限に属する。しかしながら、そもそも立法者も公共の福祉の範囲内でしか権限を有しない。そのため、立法者には適正な手続を行う措置を行わなければならないことや、例外的な場合において立法者の目的設定等が適切であることが求められる。そして後者については、憲法裁判所によって審査される。検討した 4 つの判例のうち、2 つは違憲であると結論づけられたのであるが、その理由として、ゲマインデの権利という側面からではなく端的に立法者の目的が（も）適切ではなかったことが挙げられているのは、注目に値しよう。ドイツにおける地方自治保障、「自治権の具体化」は、裁判を通してなされると指摘されるが[527]、それは、後述するゲマインデの任務等の保障だけではなく、その前提となるゲマインデの存立についても当てはまると考えられる。

以上のように、基本法 28 条 2 項第 1 文は制度体保障と解され、したがって個々のゲマインデの存立・名称そのものが保障されるわけではない。判例からもこのことは明らかであろう。地方自治に関する基本法の各種規定は、制度としてのゲマインデの存在を前提とする。

2. 任務保障・自己責任性に関する事案

基本法 28 条 2 項第 1 文は制度体保障として立法の内容形成により具体化される上、当該規定は法律の留保のもとで自治権を保障している。そのため、任務保障・自己責任性に対して、法律による介入が当然あり得る。以下では、近年争われた任務保障・自己責任性に関する判例から、立法の権能がどのように審査されているのか明らかにする。

(1) 任務保障

・BVerfGE 110, 370

本事案は、ゲマインデその他が、汚水処理の際に排出される汚泥処理に関する事案である。連邦政府は、廃棄物処理法（Abfallrecht）の改革の一環として、1994 年 9 月 27 日の廃棄物の防止、利用そして除去法（das Gesetz zur Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen）により化学肥料法（Düngemittelgesetz）9 条を改正した。それによれば、汚泥を農業用の肥料として用いたために損害が生ずる場合に補償する基金の設立が定められた。しかしながら当該規定によって、連邦が補償基金を設立することになる以前に、地方自治体連合組織（die kommunalen Spitzenverbände）[528]は、汚水処理等の団

[527] 例えば参照、須藤・前掲注 11）174 頁。

[528] ドイツ都市会議、ドイツ都市・ゲマインデ連合（Deutscher Städte- und Gemeindebund）、ドイツラントクライス会議（Deutscher Landkreistag）の総称である。これらは連邦へ直接意見を述べる等の権能を

体の協力を得て、1990 年から、任意に、汚泥処理のための基金を設立していた。申立てたゲマインデらは、法律により連邦が設立した汚泥補償基金が、自治の権限へ恣意的に介入するものであると主張し、自治体憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は当該自治体憲法異議を許容した[529]が、連邦による汚泥補償基金は自治権に介入するものではないため、理由なきものとして棄却した。

基本法 28 条 2 項第 1 文は、ゲマインデに「地域的共同体の原則的にあらゆる事務を包括する任務領域、ならびにこの領域での仕事を自己責任で行う権能を保障する……。任務領域とゲマインデの手に与えられている組織権能は、立法者の準則により規定される。彼〔＝立法者〕は、ゲマインデの自治という制度（Institution）を規律することが許容される、その際はしかし、ゲマインデの任務履行の優先、すなわち地域的共同体の事務に関する基本法 28 条 2 項第 1 文を、ゲマインデに、クライスレベルやより高次の国家的行政単位に対して容認することを顧慮しなければならない。立法者はそれに対して、任務が全くまたは殆ど重大には地域的性格を有さないような任務の際には、その割り当てについて自由である。それ〔＝そのような任務〕は、その場合、基本法 28 条 2 項第 1 文の保障領域から転がり出ている」[530]からである。地域的共同体の事務とは、「地域的共同体に根づき、またはそれと特有の関連を有する、したがってゲマインデ市民まさに彼ら自身に共通である以下のような需要と利害、すなわち、彼らが（政治的）ゲマインデにおける人間の共同生活と共同居住に関係する利害であり、……ゲマインデの行政力は原則として関係しないものである」[531]。

このような地域的共同体の事務については、「立法者は拘束されないような形成の自由（Gestaltungsfreiheit）を持つわけではない、さもなくば、彼が基本法 28 条 2 項第 1 文のほか両領域をどれほど狭いまたは広いか、〔限界を〕ひくことが彼の裁量に置かれてしまう〔からである〕。ある任務が地域的共同体の事務であるか否かそしてどの範囲でそうであるかということを審査する際は、立法者はしかし、評価余地を有する。その際、彼はゲマインデの自治は、それ〔＝自治〕が市民に対して、地域的共同体の事務に関わる最も有効な決定への関与が可能であるように、整えなければならない」[532]。「この領域における行政任務は、より高次のレベルへ移動するのではなく、原則的にゲマインデに」[533]委ねられる。

「ある任務の地域的関連とその重要性は、明確に輪郭を与えられた諸徴標ではかり得るものではない。地域的共同体の事務は、断固として確認される任務領域を形成しない。そ

有している。参照、木佐茂男「ドイツの自治体連合組織」同『国際比較の中の地方自治と法』（日本評論社、2015 年）194 頁。

529 Vgl. BVerfGE 110, 370, 383.

530 BVerfGE 110, 370, 400.

531 BVerfGE 110, 370, 400.

532 BVerfGE 110, 370, 400.

533 BVerfGE 110, 370, 401.

れはまた、あらゆるゲマインデにとって、例えばその人口、広さや構造から独立して同じではあり得るものではな」[534]く、「寧ろ部分的には地域的と判断され得、その他にはしかし広域的と思われる」[535]ものである。「それ故に、立法者が類型化を許されている。連邦憲法裁判所は、ある任務の地域的関連性の程度と重要性についての立法の評価が『地域的共同体の事務』という一義的ではない（unbestimmte）憲法概念を顧慮して、正当化可能か否か審査する……。立法の規律の結果としてゲマインデの自治の基体が喪失されるほど、立法者の評価特権は狭くなり、裁判所のコントロールが徹底的になる」[536]。

本件は、連邦の立法によりゲマインデの任意に設立された補償基金の機能が奪われている。そして汚泥の処理は「地域的な関連性を伴う任務」[537]である。しかしながら本件で問題となった、汚泥処理の分担金拠出義務等は、「汚水除去や廃棄物処理を目指したゲマインデの活動」自体には触れるものではない。基金については、「場合によっては地域的共同体の事務に関わり、その場合、この事務を自己責任で規律するというゲマインデの権利へ介入し得る。そのような介入はしかし、立法者に基本法 28 条 2 項第 1 文の法律留保により容認されている作用権能（Einwirkungsbefugnisse）の範囲内に含まれている。彼は地方自治の核心領域には触れておらず、攻撃されている規律……に基づいて正当化されるであろう」[538]。

連邦憲法裁判所は、以上のように、地域的関連性の程度と重要性の評価の余地を立法者に残し、当該評価が正当化可能であるか否かのみ審査するとした。また、立法による規律が地方自治の核心領域に触れる可能性は残されているとしつつも、その線引きを明確にし得るものではないという理由から、本件において、基本法 28 条 2 項第 1 文に触れるものではないという結論を導出している。

(2) 自己責任性

(a) BVerfGE 91, 228[539]

近年争われたゲマインデの自己責任性に関する判例としては、第 1 に、組織高権が問題となった同権委員決定が挙げられる。当該事案では、事実上も男女同権を実現するため、議会や委員会での発言権等を有する常勤の同権委員（女性のみが委員たり得る）（Gleichstellungsbeauftragte）を、人口 1 万人以上のゲマインデに対して義務づけるというラント法の合憲性が、自治体憲法異議手続により争われた。

連邦憲法裁判所は、組織高権について以下のように述べた。曰く、「基本法 28 条 2 項第

534 BVerfGE 110, 370, 401.
535 BVerfGE 110, 370, 401.
536 BVerfGE 110, 370, 401.
537 BVerfGE 110, 370, 401.
538 BVerfGE 110, 370, 402.
539 邦語文献としては、参照、工藤・前掲注 6）389 頁、人見・前掲注 275）308-309 頁、稲葉・前掲注 275）382-384 頁、駒林・前掲注 263）51-52 頁。

1 文の保障は、ゲマインデに、地域的共同体の原則的にあらゆる事務を包括する任務領域、ならびにこの領域での仕事を自己責任で行う権能を保障する……。仕事を自己責任で行う権能には、組織高権も含まれる」[540]。「但し組織高権は*歴史的に*自治保障の固有の要素としては限定的にのみ確保されたに過ぎない」[541]。「地方自治の実際上の外観には、これに対し、ある種の組織権能が、以前から属していた」[542]。「これを受け継ぐように、基本法 28 条 2 項第 1 文は地方自治体の組織権能をも含む。……それによって、ある種の組織上の自由な余地の保障が直接結合する、すなわち、基本法 28 条 2 項が企図するような『自己の責任においての』ゲマインデの事務の規律は、任務遂行の組織についても、ある種の自立性（Selbständigkeit）がなければ、ほぼ考え得ないものだからである」[543]。とはいえ、当該規定には法律の留保が存在し、「それに応じて、ゲマインデの手元に存在する組織権能も、立法者の準則によって拘束されている（Vgl. BVerfGE 83, 363, 382）。立法者はその際、市民が公共体の事務への実際に関与することを通じて可能となる現実の責任を備えた自治という憲法法上の保障を顧慮しなければならず、また、ゲマインデにその任務の遂行の能力を与えなければならない。そこから、立法者には以下の 2 つの観点での限界が定められている」[544]。「第一に、自治保障の核心領域は、立法者に一つの限界を定める。これによれば、ゲマインデの自治の本質内容は空洞化されることを許されない」[545]。「但し、ゲマインデの自治の本質内容には、ゲマインデの組織に関する原則的に自由な決定は、そもそも含まれない。とりわけゲマインデの基礎構造外をめぐる決定は、あらゆるラントにおいて常に立法者の事項と判断される」[546]。「他方で、国家官庁（Instanzen）による地方自治体の組織の包括的な統制は、自治体の任務の分権的なそして自己責任による遂行を保護しようとする、憲法制定者が見出し、そして基本法 28 条 2 項で基礎に置かれた地方自治という概念とは相容れない。地方自治の核心領域は、地方自治体に独自の組織に関する形成能力（Gestaltungsfähigkeit）を結果として抑圧するような規律を禁ずる」[547]。第二に、「核心領域の保護の前の部分（Vorfeld）においても、基本法 28 条 2 項第 1 文の保障は、ゲマインデには、自己責任による任務遂行の能力を保障するというその規範的な意図から、法効果として展開する（Vgl. BVerfGE 79, 127, 147）」[548]。ゲマインデの組織について、国家の立法者が広範な権能を有していることは、歴史的にも現行法上も明らかである[549]。「したがって組織高権は、以前から相対的にのみ保障されていたに過ぎない」

---

[540] BVerfGE 91, 228, 236.
[541] BVerfGE 91, 228, 236.
[542] BVerfGE 91, 228, 237.
[543] BVerfGE 91, 228, 237 f.
[544] BVerfGE 91, 228, 238.
[545] BVerfGE 91, 228, 238.
[546] BVerfGE 91, 228, 238 f.
[547] BVerfGE 91, 228, 239.
[548] BVerfGE 91, 228, 239.
[549] Vgl. BVerfGE 91, 228, 240.

[550]。しかし「国家にゲマインデの組織をめぐる決定が専ら与えられているわけではない。基本法 28 条 2 項はゲマインデに自己責任による任務履行、そしてそれとともに組織上の形成権能（Gestaltungsbefugnisse）をも保障することで、それ〔＝基本法 28 条 2 項〕は立法者を義務づける、自治体法の内容形成（Ausgestaltung）の際に、ゲマインデにその任務を組織的に果たすための共同責任を認めることである。その準則は、ゲマインデを、それらに憲法から割り当てられた責任から排除することを許さない。ゲマインデの組織は、したがって、第一に国家の準則と自治体の任務履行との相互密接な連関（Ineinandergreifen）から規律される。そこから、核心領域によって保護されているように、ゲマインデに全体として、取り立てていうほどの組織上の権能が残されていなければならないということだけではなく、それら〔＝ゲマインデ〕には、個々の任務領域それぞれを遂行する際に十分な組織上の余地も残されていることが必要である」[551]。

当該判例によれば、組織高権は相対的にのみ保障されており、国家の立法者がゲマインデの組織――とりわけ、根本的な構造以外の組織――について内容形成をすることが前提となっている。立法者はしかし、周辺領域においても、①自治法での内容形成の際にゲマインデが責任を行使できないような規律をしてはならず、さらに②ゲマインデに組織を形成する余地が残されているようにしなければならないという法的義務が課される。本事案では、立法者が②ゲマインデの組織権能を残し、これらの要請をも満たしていることが確認されている[552]。また、本事案では、組織高権について、立法者は、任務剥奪とは異なり、組織上の準則に関する「特有の正当化（spezifischen Rechtfertigung）」[553]を要しないと示され、かつ、ゲマインデの自己責任性について、立法者は「正当化し得る（vertretbare）方法で顧慮している」[554]と審査している。この 2 点から、立法措置に対して、厳格な審査が行われるわけではないと評価できる。

(b) BVerfGE 119, 331[555]

次に、人事高権に関して近年示された判決を検討する。事案は、失業手当のコストを抑

---

[550] BVerfGE 91, 228, 240.
[551] BVerfGE 91, 228, 241.
[552] Vgl. BVerfGE 91, 228, 242 ff.
[553] BVerfGE 91, 228, 240.
[554] BVerfGE 91, 228, 243. なお、柴田憲司「憲法上の比例原則について（1）」法学新報 116 巻 9・10 号（2010 年）195 頁によれば、連邦憲法裁判所は「比例原則の適用の厳格度に（3 段階の）差を設けて」おり、「問題となった基本権の性質……、民主的立法者の判断を尊重すべき要請や、裁判所としての機能的限界等々にかんがみ」、「明白性の審査（Evidenzkontrolle）」、「主張可能性の審査（Vertretbarkeitskontrolle）」、「厳格な審査内容（intensivierte inhaltliche Kontrolle）」等が使い分けられているとされる。本件をはじめとした地方自治における判例には、度々正当化し得る（vertretbar）か否かの審査が登場する。これは上述の 3 つからすれば、中間的な審査がなされていると考えられる。
[555] 当該判決を受け、基本法 91e 条の新設、社会法典第 2 編の改正が行われ、改正に対する憲法異議も申立てられた。後者の事案は、BVerfGE 137, 108 である。本事案の概要も含め、後者の事案に関する邦語文献としては、参照、赤坂幸一「判批」自治研究 92 巻 3 号（2016 年）143 頁。

制するためになされた社会法典（Sozialgesetzbuch; SGB）第 2 編 44b 条によって新たに規定された協同機関（Arbeitsgemeinschaften）が問題となったというものである。当該制度は、クライスに属していない都市やクライスが、連邦と協同して失業者に手当を給付し、職業を紹介する等の業務を行うというものであった。当該規定について憲法異議が申立てられたというのが、本事案である。連邦憲法裁判所は、この申立てを認容した。

連邦憲法裁判所は以下のように述べる。曰く、「業務を自己責任で処理する権利は、一般的に、任務履行の方法や、予算の編成（Aufstellung）・人事の選任や利用（Verwendung）を含めたゲマインデ行政の組織についての国家的規制からの自由を意味する」[556]。「地方自治保障の核心領域には、この関連において、雇用者能力（Dienstherrenfähigkeit）と固有の人事選任が属する」[557]。人事についても自己責任による任務遂行に含めて考えられるため、同権委員決定のように、立法者の形成と限界の範囲で認められるに過ぎず、ゲマインデの任務を他の担い手へ委任することは「自己責任による任務履行の核心領域の毀損」[558]とは認められない。「立法者には、ゲマインデにその組織についての準則を作り、それに〔＝ゲマインデの組織〕に……間接的に任務履行への影響をももたらし得る」[559]。立法者は、「自治の本質内容を空洞化から保護するために核心領域に触れ得ないのみではない。むしろ彼は、集権的に（zentral）したがって国家的に決定された任務遂行よりも分権的な（dezentrale）、したがってゲマインデの憲法が欲する原則的な優先を顧慮しなければならない。内容的な準則は、それにより、公共の福祉を志向した正当化し得る根拠を要する、とりわけ例えば、秩序に適合した任務遂行を保護するという目標によって。それら〔＝諸準則〕は、立法者がその時々の公共の福祉の利益を確保するために必要と判断し得るものによって制約される、その際に彼が異なる広さや住民の数やゲマインデの構造に鑑みて類型化することを許し、そしてその他の点においても、原則的に広い評価と判断の余地（Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum）を有する」[560]。

地方自治体の「自己責任による任務遂行は、しかし、立法者が後半に正当化する根拠なしに同時期の任務遂行を異なる行政官庁によって拘束力を持って指示する場合に侵害される」[561]。問題となった 44b 条で、「立法者は……任務が共通で、連邦とゲマインデまたはゲマインデ連合によって遂行されることを指示」[562]するが、これは「基本法 83 条以下による連邦とラントの行政管轄に適合しているか否か」[563]の問題である。「立法者が彼にそこで与えられている、連邦官庁とラント官庁の許容される協同（Zusammenwirkens）の限

556 BVerfGE 119, 331, 362.
557 BVerfGE 119, 331, 362.
558 BVerfGE 119, 331, 363.
559 BVerfGE 119, 331, 363.
560 BVerfGE 119, 331, 363.
561 BVerfGE 119, 331, 363.
562 BVerfGE 119, 331, 363.
563 BVerfGE 119, 331, 364.

界を超えているならば、このことは同時に、地方自治保障の毀損に……行き着く」[564]。連邦とラントの権限分配は、「基本法の連邦国家原理の重要な形成（Ausformung）」[565]であり、「連邦とラントの行政空間の原則的な分割は、明確なそして完璧に設置された諸権限の分類により、行動する国家機関の自己責任性を保障する」[566]。「この背景を前にして、立法者は、行政管轄の規定の際にも、規範の明確性（Normenklarheit）と反論自由（Widerspruchsfreiheit）という法治国家的原則を有する」[567]。「市民の見地から、法治国家的行政組織は、同様に、何よりもまず、権限秩序の明確性を意味する；何故なら、そのようにしてのみ、行政は、その〔＝行政組織〕管轄と責任の点において個々に『把握可能（greifbar）』だからである」[568]。44b 条は「ゲマインデの自治保障を毀損する。すなわち、当該規定において規律される連邦官庁とラント官庁の協同は、憲法法上の許容性の限界を超えている」[569]。何故なら、「人事選任はとりわけ官庁の指導に関して著しく制約されることが判明して」[570]おり、当該規定のような組織が創設される場合、「任務遂行の範囲の最終決定可能性がないことは、関与する行政の担い手が、その固有の任務領域を自己責任によって遂行し得ない」[571]こととなるからである。

このように、本件では、違憲判断の決定打となったのは、基本法の定める連邦国家原理（混合行政禁止）であると考えられるが、本件でも、核心領域の保障が問題となったわけではなく、かつ、立法者の権限侵害が違憲判断の直接の根拠となった点は、他の事案と同様である。

(3) 小括

以上で、任務保障・自己責任性の保障に対する立法の介入に関する判例の検討を終える。事例は様々であるが、共通する点は、何れの判例でもゲマインデの自治権の相対的な保障——周辺領域保障——が問題となっているに過ぎない。更に、立法者には、法律を制定する際の広い裁量が認められており、したがって裁判所の憲法適合性審査も相対的に弱い程度に留まる。しかしながら判例においては、制度体保障として許容されないような事例をも示している点、更に、法治国原理から立法者への拘束が散見される点は留意すべ気であろう。立法に対する審査としては、「**正当化可能性（Vertretbarkeit）**」[572]がなされ、このような審査は比較的緩いものであると言われている[573]。とはいえ、実際には、両手法共

---

564 BVerfGE 119, 331, 364.
565 BVerfGE 119, 331, 364.
566 BVerfGE 119, 331, 365 f.
567 BVerfGE 119, 331, 366.
568 BVerfGE 119, 331, 366.
569 BVerfGE 119, 331, 367.
570 BVerfGE 119, 331, 374.
571 BVerfGE 119, 331, 375.
572 Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 117. 強調は原文。
573 例えば参照、白藤・前掲注 6）382 頁。

に違憲判断が示されてきたところであり[574]、基本法 28 条 2 項第 1 文だけではなく、立法者は恣意禁止[575]をはじめとして、基本法上の様々な規定や法治国原理という制約に服する。したがってドイツにおいては、自治権という実体的観点からのみではなく、基本法規定や法治国原理という客観的な観点を含め、全体として立法者の権限画定機能を作用させ、ゲマインデの地方自治を保障していると評価することができる。

3. 監督に関する事案

既に述べたように、ドイツにおいて自治は監督と不可分の関係にある。地方自治も同様であり、監督は地方自治の法秩序への適合性を保障するだけではなく、自治を発展させるものでもあり、自治の相関物であると考えられている。以下では、監督をめぐる 2 つの判例を検討し、ドイツにおいてどのように国家の監督に関する権能が限界づけられているのか確認する。第 1 に問題となるのが、違法な国家監督措置に対して出訴された事案、第 2 に問題となるのが、監督法制の憲法適合性をめぐって出訴された事案である。ドイツにおいては両事案共に判例が存在する。換言するならば、ドイツにおいて、監督に関する事案としては、行政だけではなく、立法の権限画定に関しても、裁判所の判断が示されている。したがって以下、順番に検討する。

(1) 違法な国家監督措置に関する事案

ドイツにおいては、各ラントのゲマインデ法において、違法な監督措置に対して出訴し得ることが確認規定として認められている[576]。監督措置に対して出訴された事案として、連邦行政裁判所の判例を検討しよう。

・BVerwGE 6, 342

本件では、Krabbenkamp 地域の計画に関して国家が認可をしなかったことに関する事案である。当該地域は元来ゲマインデ X の土地であったが、その後 A の居住地域とされ、1955 年には住宅団地を建設する計画が認可された。ところが、当該地域の土地購入者等は当該認可を拒絶し、1956 年に、ゲマインデ A は、当該地域が自らの領域に含まれることを拒絶した。そのため、X は自らの地域として計画を変更し、開発契約等を締結した。しかしながら当該計画の変更に対して認可がなされなかったため、X が、建設計画の変更の同意を与える義務があること等を主張し、訴訟を提起した。

連邦行政裁判所は、訴えを棄却した。まず本件において問題となっているのは、控訴審が述べたようにラントの計画との衝突の問題ではなく、ゲマインデの計画に対する認可が

574 三段階審査に基づいて違憲判断が示された判例としては、例えば参照、BVerfGE 50, 50; 59, 216。ラシュテーデ決定の手法に基づいて違憲判断が示された判例としては、例えば参照、BVerfGE 91, 228。

575 Vgl. Dreier, a. a. O. (Anm. 10), Rn. 119.

576 Vgl. Brüning/Vogelgesang, a. a. O. (Anm. 184), Rn. 341. 当該規定がなくとも、VwGO42 条等に基づき認められる。

問題となった事案であると述べた[577]。その上で、「シュレスヴィヒ-ホルシュタイン建築法律 7 条による認可官庁が、純粋に地域的な意義の事務においてゲマインデの計画の詳細へ影響力を行使することは、基本法 28 条 2 項のゲマインデの自治の保障という憲法適合的な意味と両立し得ない」[578]と述べるに留まった。

(2) 監督法制の憲法適合性に関する事案

・BVerfGE 78, 331

本件は、ニーダーザクセンにある、何れも独立ゲマインデ（selbständige Gemeinden; §12 NGO）が、監督法制を定めるニーダーザクセンのゲマインデ法、ラントクライス法の変更に対して自治体憲法意義を申立てたというものである。当該ラントでは、1884 年において、ハノーファー地方（Provinz）のクライス法が妥当しており、27 条によれば、クライスに所属する都市の監督はクライスへ、クライスに所属しているが独立都市（selbständige Städte）の監督はクライスではなく、より高次の国家官庁が監督することとなっていた。これはある種の「特権」とされていた。このような制度は、1933 年のプロイセンゲマインデ制度法（Gemeindeverfassungsgesetz）により廃止されたものの、1955 年に制定されたニーダーザクセンゲマインデ法において再び規定された。これに対し、1977 年 6 月 28 日に公布された行政改革・領域改革法（Gesetz zur Verwaltungs- und Gebietsreform）は、独立ゲマインデを二分し、以下のように規定した。①大独立都市（die großen selbständigen Städte）は、明文の規定により、クライスから独立した都市（kreisfreie Städte）と同化する。②独立ゲマインデは、ラントクライスの任務を委任されているという任務の管轄は維持されるものの、監督について国家官庁が行うという制度は除去される。ゲマインデ法 128 条 1 項第 2 文、2 項、3 項によれば、自治体監督や一部の専門監督は、ラントクライスの任務であり、クライス長（Oberkreisdirektor）が管轄することになっていた。これらの変更は 1982 年 7 月 1 日に効力を有するとされていた。諸々のゲマインデは、①国家官庁による監督管轄は 100 年以上規定されてきたため、最早自治権の核心領域に属すること、②正式な聴聞手続がなかったこと、③新規定は公共の福祉と矛盾すること等を理由として、1983 年 7 月 20 日に憲法異議を申立てた。

連邦憲法裁判所は、当該憲法異議を理由なきものと述べ、訴えを棄却した。

「申立人はまず第一に、ゲマインデ法 12 条の意味における独立ゲマインデという『地位（Status)』の許容されない削減」[579]と述べるが、「ゲマインデまたはゲマインデグループの……『地位』自体は、基本法 28 条 2 項の保護を受けるものではない。更に、〔当該規定は〕現状保障のための規定でもない」[580]。ゲマインデの「地位」とは、「その時々のゲ

577 Vgl. BVerwGE 6, 342, 346.
578 BVerwGE 6, 342, 347.
579 BVerfGE 78, 331, 340.
580 BVerfGE 78, 331, 340.

マインデまたはゲマインデグループへ適用可能な法規定（Rechtsvorschriften）から判明する、権利と義務に関する統一された標識」[581]であり、問題となるのは、「その時々に変更される具体的な法規定の憲法適合性」[582]である。

本件で問題となっているのは、監督の遂行を国家の官庁（Bezirksregierungen）からラントクライスに移行することである[583]。そもそも「基本法 28 条 2 項の規範領域は、一般的には触れられていないものの、監督の射程を拡大することではなく、国家監督に関する管轄についてのみ一般的に確認している」[584]に過ぎない。地方自治体への監督は、「国家の内部組織に関する事項であり、通例は国家の領域における効果にとどまる」[585]。そのため、基本的に管轄の変更はこれには関わらず、「与えられた監督権能の遂行のある一定の方法は、法的に保護された利益ではない」[586]。管轄の変更が「単なる管轄の割り当てを超えた作用を展開し、*それ故*監督に服する社団の権利領域に関わる」[587]場合のみ、例外的に法的に保護された利益に触れる可能性がある。

本事案で問題となっている監督の管轄変更は、専門監督に関する限りで、まず基本法上の規定とは無関係のものである[588]。無論、詳細な指示（Weisung）による高権の侵害はあり得るものの、管轄規定自体に干渉の意図があるわけではない[589]。更に、申立人の言うラントクライスによる監督が自治権に反するとの主張も認められない。何故なら、本事案で問題となっている「法律上の規律は、……ラントクライスによりなされる自治体監督が、その性格を変え、そして『干渉する監督（Einmischungsaufsicht)』の傾向を受け入れ、または全く専門監督へと増大することへ行き着く訳ではない」[590]からである。

「自治体監督についても、それが――あらゆる監督と同様に――ゲマインデをその権利の点において保護しなければならず、そしてゲマインデの決定する力と責任を自ら引き受けようとすることを侵害しないよう取り扱われるべきである……。このことは――そして例えば後見（Vormundschaft）という方法とは異なり――それ〔＝監督〕を指揮する（dirigierende）原理」[591]を導出している。すなわち、①利害が直接衝突する場合に、法律は監督官庁を移行させねばならない（128 条 2 項）[592]。②クライス長は、監督の諸原則を顧慮し、法監督として許容される行為と、法監督では干渉し得ない行為の区別をするよう

---

581 BVerfGE 78, 331, 340.
582 BVerfGE 78, 331, 340.
583 なお、国家が監督をクライスへ「公営化（Kommunalisierung)」することは、本件をはじめとして、判例上一般的に認められている。Brüning/Vogelgesang, a. a. O. (Anm. 184), Rn. 133-137.
584 BVerfGE 78, 331, 340 f.
585 BVerfGE 78, 331, 341.
586 BVerfGE 78, 331, 341.
587 BVerfGE 78, 331, 341. 強調は原文。
588 Vgl. BVerfGE 78, 331, 341.
589 Vgl. BVerfGE 78, 331, 341.
590 Vgl. BVerfGE 78, 331, 342.
591 BVerfGE 78, 331, 342.
592 BVerfGE 78, 331, 342.

期待される[593]。③監督は、より高次の指示権力に服する[594]。④更に、監督の限界については裁判所において保護がなされる[595]。以上のような原理により、不明確な概念があったとしても、ゲマインデは監督措置から自由であると言い得る。

本件においてラントクライスに委ねられた監督は法監督であり、自治権への侵害はないと言い得る。確かにこの権能についても、違法に行使される可能性は残る。しかしながらこのような権能自体が侵害である訳ではなく、基本法に違反するとは言い難い。

連邦憲法裁判所は以上のように述べ、地方自治体に対する監督が性格を変え、実質的に干渉を行う監督となっている場合や、専門監督となっている場合として変更される場合にのみ、基本法 28 条に関わる変更であるという線引きを示した。このことは本件で示された通り、自治体監督の範囲で変更がなされる限りで、原則として監督法制の変更は法的に問題のあるものではないと判断されたことを意味しよう。その限りで、ラントの監督法制の立法は問題とならない。しかしながら実質的に干渉するような態様になった場合や、専門監督への変更についてはそうではなく、基本法 28 条 2 項を侵害するものと考えられるという判断を示している点は重要である。

4. 行政の措置に関する事案

・BVerfGE 56, 298[596]

行政の処分等の措置に対して、名宛人ではないゲマインデが訴訟を提起した事案として、計画高権が争われた決定としても著名な、騒音防止判決が挙げられ得る。これは連邦法である航空機騒音防止法（Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm; FlugLG）により、騒音防止区域と認められた区域（1 条）について、住居等の建築が許されないところ（5 条）、連邦環境大臣に当該区域として法規命令で認められた（4 条）部分を有するゲマインデが、自治体憲法異議を提起したという事案である。

連邦憲法裁判所は以下のように述べ、当該申立を認容した。

まず、基本法 28 条 2 項第 1 文において問題となる「法律」には、法規命令も含まれる[597]。そして以下の理由から、本件で問題となった法規命令を根拠づける航空機騒音防止法の規定自体は、基本法 28 条 2 項第 1 文に反しない[598]。すなわち、計画高権について、連邦憲法裁判所は以下のように述べた。すなわち、基本法 28 条 2 項第 1 文は「立法者に地方自治を完全に除去し、またはゲマインデがその執行のための十分な余地がもはや残されていないほど空洞化することを許さない……。それに対して基本法 28 条 2 項第 1 文は、

---

593 BVerfGE 78, 331, 342 f.

594 BVerfGE 78, 331, 343.

595 BVerfGE 78, 331, 343.

596 邦語文献として、参照、安達・前掲注）38-42 頁、駒林良則「地方自治をめぐる制度的保障論の展開」名城法学 38 巻 2 号（1989 年）1 頁、27 頁注 14、同・前掲注 6）「判批」452 頁、上代・前掲注 4）221-222 頁。

597 Vgl. BVerfGE 56, 298, 309.

598 Vgl. BVerfGE 56, 298, 310.

制度体保障として、ゲマインデに全ての細目において自治の権利を保障するのではない。自治の法律上の制約は、むしろ基本法 28 条 2 項第 1 文と両立する、それら〔＝諸制約〕がその核心領域に触れていない場合そしてその限りで」。[599]「ゲマインデの計画高権が地方自治体の自治権の不可侵の核心領域に属するか否か、そしてそれに触れる範囲については、争いがある」。何故なら、一方で建築計画（Bauleitplanung）は歴史的に国家の管轄してきた警察任務であると考えられてきたが、他方で、第二次世界大戦後に計画の重要性が増し、ゲマインデがそれを行うとされてきたからである[600]。そして本件で問題となった航空機騒音防止法 1 条から 5 条について、以下のように判断した。曰く、「ここで決定しなければならない事案は、その領域の計画からのゲマインデの完全な除外が、常に自治権の核心領域を毀損するか否かという問題を解決することを要しない。何故なら、航空機騒音防止法 1 条から 5 条は、地方自治体の計画高権の一般的な制約または全くの除去を含んでいるのではなく、法規命令制定者に例外的に*個々の*ゲマインデの計画高権の諸制約のみを、空間的に厳しく限界づけられた領域について、権限を与えるに過ぎないからである」[601]。

そして連邦憲法裁判所は、本件の法規命令は、申立人たるゲマインデの計画高権へ「著しい介入」[602]をするものであり、憲法に違反すると述べた。何故なら、本件命令は申立人の中心領域を含んでおり、その結果法 5 条により、申立人は都市計画・計画上の発展、住居等の建設、学校や病院の領域を新たに定めることができなくなってしまうからである[603]。そのため、「異議申立人の自治権の構成要素としての計画高権は、これにより実質的に（substantiell）制約されている」[604]。

「軍用飛行場の騒音防止領域の確認の際には、命令制定者は、ある一定の形成自由と、関係するゲマインデの計画高権への介入の範囲に関する、それによる決定能力を有する」[605]が、本件においては、「異議申立人の計画高権へのその介入の場合には、そのような基本法 28 条 2 項第 1 文からの介入に関して判明する憲法法上の諸要請と」[606]一致していない。第 1 に、「命令制定者はここの騒音防止区域の状況と範囲に関するその決定に関して、重大な事情を完全に調査し、命令の基礎に置かなければならない……。このことはしかし本件では行われていなかった」[607]。更に、「命令制定者の義務である裁量義務は、そのほかに、関係するゲマインデが、それ〔＝命令制定者〕に、計画された騒音防止領域におけるその計画の利害を説明し得る〔よう〕命ずる。命令制定者はしたがって、異議申立

599 BVerfGE 56, 298, 312.
600 Vgl. BVerfGE 56, 298, 312 f.
601 BVerfGE 56, 298, 313. 強調は原文。
602 BVerfGE 56, 298, 317.
603 BVerfGE 56, 298, 317.
604 BVerfGE 56, 298, 317 f.
605 BVerfGE 56, 298, 318.
606 BVerfGE 56, 298, 319.
607 BVerfGE 56, 298, 319.

人の利害を顧慮しようとするならば、……それ〔＝異議申立人〕を聴聞しなければならないであろう」[608]。連邦国家原理のため、連邦が直接ゲマインデに聴聞するのではなく、ラントを介して行うことになる[609]。しかし本件においてはそのような手続きも行われていない[610]。

以上の理由、そしてその他理由に基づき、連邦憲法裁判所は本件命令を基本法 28 条 2 項第 1 文を毀損すると述べた。本事案からは、連邦憲法裁判所が、命令制定者に対して、考慮事項を考慮したか、そして聴聞手続により関係するゲマインデの意見や利害を汲み上げたかという点を審査していることが判明する。このように、連邦憲法裁判所は、行政の措置に関しても内容的な審査を行い、違憲という判断を実際に示している。

5. 小括

以上、基本法 28 条 2 項第 1 文への介入に対する諸判例を検討した。検討からは、ドイツの判例においては、核心領域が如何なる措置によって侵害されるかという点が明らかにされつつも、実際の事案としては基本的には周辺領域の保障のみが問題となっていること、しかしながら周辺領域であっても、地方自治への介入が許容されない場合が存在し、国家の活動が憲法に適合しないと判断される余地が存在していることも示されていると言えるだろう。また、とりわけ監督法制の変更に対する出訴の事案や、騒音防止決定のように、核心領域・周辺領域が明確に区分されていない事例であっても、実質的に核心領域を侵害し得る行為と判断される場面が存在する点も重要であろう。

また、審査の限界として、立法措置の評価に対して、裁判所は踏み込んで審査しないということが示されてはいるものの、行政の措置に対すると同様に、考慮すべきことを考慮しなかったこと、適正な手続を採らなかったこと等は、立法者をも拘束する法治国原理に悖るものであると評価されている点は重要である。

また、行政に対しては、措置が基本法に反するか、そして当該措置が法律に則ったものと評価し得るかという点を審査し、かつ個別の措置について基本法秩序に則った手続がなされていたかが審査されている。更に、監督制度については、監督を指揮する原理として、法監督として許容される行為とそうでない行為の区別、監督の限界に対する裁判による保護が――立法の措置に対する判例ではあるが――示されている。監督の事案においては、ゲマインデの計画へ強い影響力を行使するような態様の認可は基本法に反するとも示されている。したがって連邦行政裁判所も、――基本法 28 条 2 項の部分で論じたように――措置の法律適合性を審査するだけではなく、当該措置が実質的にどのような効果を及ぼしているかという点まで含めて審査することを試みていると言えよう。そして行政に対しても、手続保障等客観的な観点からの審査もなされ、それも一つの理由として違憲判断

608 BVerfGE 56, 298, 320.
609 BVerfGE 56, 298, 320-322.
610 BVerfGE 56, 298, 323.

が示されている。

このように、判例においては、立法・行政の権限画定のための議論が行われており、そのような意味において、判例は、現在もなお客観法維持の要請が貫徹され、法治国原理も――寧ろ、従来よりも積極的に――要求されていると評価可能である。

第3款　客観法維持要請の行方

第3款では、ドイツ連邦共和国における学説の議論を検討する。検討すべき点は、学説における客観法維持の要請の行方である。今日の基本法28条2項の議論においては、管見の限りでは、ワイマール共和国以前の学説と比較し、法治国という文言それ自体は殆ど見られない。これは法治国原理がドイツ公法学において当然のものとして根づいている結果であることは、想像に難くない。以下では、現在のドイツの地方自治論にも客観法維持の要請が息づいており、この要請の上で議論が行われていることを明らかにする。

以下では、上述した通り、わが国において十分検討されてこなかった、Klaus Sternの議論の詳細を検討する。本稿では、客観法維持のための地方自治体の出訴という観点から最も重要であると思われる、主観的法的地位保障に着目する。この検討に続き、現在（主に1990年代以降）のドイツの学説の検討を行う。わが国では、一貫してドイツの学説が検討されてきており、現在は例えば、立法を統制する原理として、ドイツの議論が紹介される[611]。しかしながら、既に述べてきたように、ドイツにおける地方自治保障は、行政の法律適合性を皮切りに徐々に内容の充実が図られ、立法の憲法適合性に至るまでの審査がなされるに至った。わが国において立法を統制する必要性――すなわち、ドイツ公法学における地方自治論の到達点の参照――が認められるとしても、結論を参照するだけでは、わが国に適合した形での地方自治論の理論的検討が立ち行かなくなってしまうことは明白である[612]。したがって、以下では、ドイツにおいて展開されている議論の全体像の検討が必要

---

611 白藤教授は、国の行政的関与にとどまらず、国の立法的関与にまで地方分権を進めるため、「〔国の〕立法権による地方自治権の侵害に対する実効的な裁判保護・救済も含めて議論することが喫緊の課題であ〔り、〕そのためには、地方自治の憲法的保障の法的意味を再吟味する必要があ〔り、〕『裁判の保護に値する地方自治』論が必要である」という立場を、一貫して主張される（白藤・前掲注7）「値する」425頁）。例えば参照、白藤・前掲注5）「本旨」203頁。

612 例えば、わが国の関与法制では、地方公共団体の行為が違法であった場合について、国家がこれを是正する訴訟が認められるか否かが議論されたことがあった。わが国の地方公共団体が、ドイツの地方自治体とは異なり、条例により私人に直接介入し得るような性質をも有した団体であることを想起するならば、わが国においてはドイツよりも私人の権利保護という観点からは、国家が地方公共団体の違法な行為を是正する必要性は、理論上大きくなるはずである。しかしながらこれとは異なり、わが国においては、国家が地方公共団体に法的・事実上極めて大きな影響力を有しているという観点を重視するならば、国家側に、地方公共団体に対して、事実上の影響力に加え、更に執行力をも有する法的な影響力を持たせるということは適切ではないという考え方もあり得る。問題の所在で述べた通り、本稿はわが国の地方自治法制に即した議論が必要であるとの前提に立脚しているため、ドイツ法を参照する際には、結論は勿論理論的な基盤、思考形式こそ検討が必要であると考える。そのため、以下では現在のドイツにおいて展開され

である。これを理解した上で、法治国原理の行方を追うことが、以下での課題となる。

以下では、まず Stern の制度体保障論を検討する。その後、1990 年代に示された制度体保障論を批判する学説を検討する。

1. 西ドイツの議論：Stern 流制度体保障論

ドイツの公法学における地方自治の議論は、Stern の行なった制度体保障論が規定しているとされるが、彼はドイツにおける地方自治の議論を形作ったとされる[613]。そのような意味において、彼は Carl Schmitt の制度体保障論を、地方自治に特化させた形で発展させたと言えよう[614]。わが国では既に Stern の議論は紹介されてきた[615]が、とりわけその出訴可能性の議論に関しては、検討されてこなかった。ドイツにおいては実際の制度として、地方自治体が違憲な法律・違憲・違法な行政の行為に対して出訴することが認められているため、主観的法的地位保障を検討する実益は少ないのであろう。しかしながらそうではないわが国の文脈においては、当該議論を検討する意義は大きいと言わざるを得ない。したがって以下では、Stern の議論を概観した上で、「自治への権利」と認められた内容が侵害される場合に出訴し得る論理を検討する。地方自治に関する著作も多数残しているが、以下では、彼が 1980 年代にまとめた地方自治に関する記述を概観し、その原型が提示された 1964 年のコンメンタールを確認する。コンメンタールにおいては、主観的法的位置づけ保障の論拠として、同年に著された雑誌論文が引用されている。したがって、以下では彼の 3 つの著作を扱うこととする。

周知の事柄ではあるが、Stern の議論の概観を確認しよう。『ドイツ連邦共和国国法学』[616]では、地方自治の制度体保障（institutionelle Garantie）は以下のように述べられている。すなわち、地方自治分野においては、制度体保障は①制度的法主体保障（institutionelle Rechtssubjektsgarantie）、②客観的法制度保障（objektive Rechtsinstitutionsgarantie）、③主観的法的地位保障（subjektive Rechtsstellungsgarantie）に分かれ、それぞれ以下の内容を有する。①制度的法主体保障とは、ゲマインデとゲマインデ連合がとして国家組織上の構造原理であることを承認され、制度（Institutionen）と

ている学説が、如何なる議論であるかという点に加え、どのような基盤により議論を展開しているかという点に注目する。

613 Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 58), S. 812 Fn. 45. 更に、斎藤・前掲注 6）61 頁は、「彼〔＝K・シュテルン〕の説明は、……学説の説明を要約し更に分り易くその法的構造を展開させて説明している」と述べる。

614 Stern/Sachs, a. a. O. (Anm. 103), §68 は、制度体保障論一般についてまとめているが、その内容は明らかに地方自治における制度体保障論とは異なっている。相違点は例えば、以下で検討する地方自治に関する制度体保障の 3 分類が挙げられよう。このような分類は、制度体保障論一般には見られない。

615 宮田・前掲注 92）159-160 頁、成田頼明「西ドイツにおける地方自治の情況」自治研究 63 巻 7 号（1987 年）3 頁、9 頁、新村・前掲注 4）「(2)」71-73 頁、薄井一成「地方公共団体の原告適格」同・前掲注 68）197 頁、201-202 頁、阿部照哉ほか編『地方自治大系　第 1 巻』（嵯峨野書院、1989 年）129 頁［阿部照哉執筆担当］、斎藤・前掲注 6）61-64 頁、上代・前掲注 4）32-35 頁。

616 Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

して保障されることを指す[617]。ここから、公共の福祉に反するような区域改革（例えば、事前の聴聞、目的に適合しない区域改革）に対しては、憲法裁判所での審査がなされ得ることが認められる[618]。ここで言われている内容は、ゲマインデの存立に関するものであることが明らかである。②客観的法制度保障は、地方自治体が自治体の自己責任によって自治体の任務を履行することを保障する[619]。①ではなく②の保障内容が、地方自治の中心点である[620]。そこには、ゲマインデにとって地域共同体のあらゆる事務が包括される任務領域、この領域での業務（Geschäfte）を自己責任で処理する（Führung）権能（自治体に認められる各種高権を含む）、それを制約する法律の留保等が含まれる[621]。そして③主観的法的地位保障は、ゲマインデとゲマインデ連合が、「保障された権利が毀損された場合の権利保護（Rechtsschutz im Falle der Verletzung von gewährten Rechten）」[622]をその内容とする。ここで言われている「権利」とは、上記①・②で保障された内容が毀損された場合に問題となる。

主観的法的位置づけ保障の論拠は何だろうか。ドイツでは、――これを批判的に克服しようという積極的な動きはあるものの――当該内容は、「ゲマインデとゲマインデ連合に、……主観的な、〔すなわち〕法主体保障と法制度保障と関連する諸々の保護の位置づけ（Schutzpositionen）を認めるとされる――第一に、防御請求権（Abwehransprüchen）という形式で、また、関与請求権や給付請求権（Teilhabe- und Leistungsansprüchen）という形態で。主観的法的地位保障は、その際、ゲマインデとゲマインデ連合の主観的権利を対象とするのではなく、それ〔＝主観的法的地位保障〕は、単に制度体保障と一致するに過ぎないとされる」[623]と分析されている。①・②の保障内容が侵害された場合、Sternは、自治体憲法異議[624]、行政裁判所への出訴[625]が可能であるとする。彼は、行政裁判所への出訴を認める部分で、以下のように説明する。曰く、「憲法保障は、ゲマインデとゲマインデ連合に、ただし、それらの制度的な性格にも関わらず、以下のような**主観的権利（subjektive Rechte）**を容認している。すなわち、ゲマインデとゲマインデ連合が、行政裁判所での手続で援用し（berufen）得るところの主観的権利である。それらは、それ故に

---

617 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

618 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409-412. したがって、実際には「個々の自治領域団体（die einzelne kommunale Gebietskörperschaft）がその領域や地位（Status）の変更に対して保護されないというわけではない」(S. 410)。

619 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

620 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 411.

621 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 411-418. したがって客観的法制度保障は、基本法 28 条 2 項第 1 文の規定そのものを内容とするものである。

622 Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409.

623 Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 39 f.

624 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 422 f. 同書 423 頁では、「基本法 93 条 1 項 4a 号、連邦憲法裁判所法 90 条以下に基づく**個人憲法異議（Jedermann-Verfassungsbeschwerde）**は認められ**ない**」とする（強調は原文）。

625 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 423.

VwGO42 条 2 項の意味において出訴権能（klagebefugen）を有する」[626]。このような出訴が認められるのは、以下の理由に基づく。すなわち、「制度体保障は、純粋に主観的な権利と単なる客観法上の保障のいずれにも属していない（Die institutionelle Garantie steht zwischen der rein subjektiven Berechtigung und der nur objektivrechtlichen Verbürgung.)。それ〔＝制度体保障〕は、制度（Einrichtung）それ自体も保障するが、さらに、客観的制度保障（Einrichtungsgarantie）から資格を与えられた者（Berechtigten）に、保障された領域への介入を防御するための**主観的法的位置づけ（subjektive Rechtsposition）**を与えるのである。このため、行政裁判所や憲法裁判所の手続という法的救済を用いることができる」[627]。このように、彼は、自治体憲法異議を申し立てるために認められている「主観的権利」とは、VwGO42 条 2 項で主張し得る意味における「主観的権利」であると述べる。ここで言われている「主観的権利」とは、しかし、厳密な意味における権利ということではない。何故なら、制度体保障と純粋に主観的な権利＝厳密な意味における権利が両立しないと述べているからである。したがって Stern によれば、制度体保障という概念から、一定の資格＝権利を与えられた者（本稿の限定に従うならば、ゲマインデ）に対して、保障された領域への介入を防御するために認められている法的救済に必要とされる限りでの法的位置づけを与えると考えているのである。ここで「主観的法的位置づけ」を挙げる文に、彼は、1964 年に物したコンメンタール等に詳細が述べられていると注を付している[628]。したがって次に、当該コンメンタールの記述を確認する。

1964 年に執筆されたコンメンタールにおいても、まず、制度体保障の内容が確認されている。曰く、「基本法 28 条 2 項は、積極的に（positiv）幾つかの憲法保障を含んでいる。第一に、ゲマインデ……とゲマインデ連合……の**法主体**、第二に、これらと分かち難く結びついている、地方『自治』という**制度（Institution）**〔である〕。……第三に、ゲマインデとゲマインデ連合に従った国家構造に有利になるような強制的な**組織に関する（organisatorische）**根本決定である」[629]。第一の点については、以下のように敷衍されている。すなわち、地方自治体という「歴史的に受け継がれてきた法主体すなわち『形成され組織されそれ故範囲が限定され識別可能な公法的な性格を有する諸制度（Einrichtungen)』（C. Schmitt）としての存在そのものを保障すること」[630]を意味する。第二の点は、「ある一定の行政形式（Verwaltungsform）と行政の諸機能の複合体、すなわち地方自治を保障すること」[631]を意味する。第三の点では、Stern は制度体保障論者[632]を

---

[626] Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 423. 強調は原文。同書 423 頁注 148 には、実際に訴訟提起を許容する判例が挙げられている。
[627] Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409. 強調は原文。
[628] Stern, a. a. O. (Anm. 108), S. 409, Anm. 66.
[629] Klaus Stern, in: B. Dennewitz/ders., Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 28 (2. Aufl. 1964), Rn. 62. 強調は原文。
[630] Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 63.
[631] Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 64.
[632] ここでは、M. Wolff, C. Schmitt, F. Klein が挙げられている。

挙げ、制度保障（Einrichtungsgarantie）は、「憲法制定者が、ある法制度（Rechtseinrichtung）を**『本質内容（Wesensgehalt）』**という限界まで、特別な内容形成（Ausformung）を管轄を有する立法者に委ねたままにしておくという保障」[633]を言うとする。この記述に続き、1984 年の著作と全く同一の文言で、以下のように述べる。曰く、「制度体保障は、純粋に主観的な権利と単なる客観法上の保障のいずれにも属していない。それ〔＝制度体保障〕は、制度（Einrichtung）それ自体も保障するが、さらに、客観的制度保障（Einrichtungsgarantie）から資格を与えられた者（Berechtigten）に、保障された領域への介入を防御するための**主観的法的位置づけ（subjektive Rechtsposition）**を与えるのである（この点についての詳細は下記 Rn. 174 以降）」[634]。

指示した部分において、Stern は改めて、「ゲマインデとゲマインデ連合は、そこ〔制度的法主体保障と客観的法制度保障〕から、……これらの保障内容に対する介入が生ずる場合に、介入する法主体に対して主張し得る**主観的法的地位保障**も生ずるかということが問題となる」[635]と述べる。彼は、基本法 28 条 2 項が「権利（Recht）」という文言を用い、他にも、「保障（Gewährleistung）」、当該規定が強制する性質を有する（muß）こと、オッフェンバッハ判決の文言（裁判所で貫徹可能な権利）から[636]、「そのような主観的権利は肯定され得る」[637]と結論づける。したがって、彼によれば、連邦憲法裁判所法 91 条は、「この権利をただ明確にするに過ぎない」[638]確認規定と位置づけられる。このような制度体保障は、「**適格が認められた（qualifizierte）**制度体保障の問題である」[639]。第三の点で認められたことは、Stern にとって、非常に重要な位置づけを与えられている。何故なら、彼は地方自治体が出訴可能である点にこそ、ワイマール憲法下での地方自治保障を超えた地方自治保障を認めるからである。「制度体保障を、一般的なもの（Allgemeinheit）のために存立する以下のような客観的な法保障とのみ判断すること、すなわち、制度（Institution）により統一され保護される権利の担い手の主観的な資格（Berechtigungen）なき保障と判断することは、……誤りであろう。この点において、基本法 28 条 2 項は明確にワイマール憲法 127 条を超えている。〔何故なら、ワイマール憲法下での〕支配的な意見では、真の主観的な法的地位保障が与えられたのではなく、単に立法者に制度の内容を決定することが残されている〔とされていたからである〕」[640]。そして以下のように続ける。すなわち、「それに基づいてゲマインデも援用し得るところの……基本法 28 条 2 項から主観的資格が推定されることは、……基本法 28 条 2 項を保護す

---

633 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 65. 強調は原文。
634 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 65. 強調は原文。
635 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 174.
636 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 175.
637 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 174.
638 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 175.
639 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 175. 強調は原文。彼はここで、後述する同年に物された論文の 92 頁注 49 を挙げる。
640 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 176.

るために特有に容認された連邦憲法裁判所法 91 条の自治体憲法異議だけではなく……、VwGO42 条 2 項について……も、以下のように重要な役割を果たす。ゲマインデとゲマインデ連合は、例えば、監督的な行政行為に対して、常に、それらが自らの基本法 28 条 2 項からの権利を侵害すると言って〔裁判所へ〕主張し得るように」[641]とする。

それでは、ここで問題となる「主観的資格」とは何か。彼はこれを、「基本法 28 条 2 項の客観的保障内容に達する限りで、あらゆるゲマインデまたはゲマインデ連合が、自らの主観的な法的位置づけの毀損を出訴（rügen）し得る」[642]もの、すなわち「**客観的法制度保障から反射する妨害されない自治への権利**（aus der **objektiven Rechtsinstitutionsgarantie reflektierende Recht auf ungestörte Selbstverwaltung**）」[643]と敷衍する。したがって、Stern によれば、当該主観的資格＝権利は、客観的法制度保障の内容とされる限りで、その侵害に対して反射的に認められたものであるということになろう[644]。但しこれは、ワイマール憲法下の地方自治保障よりも発展した制度体保障である。何故なら、学説も制度体保障であることに、制度として保護される「権利」の担い手の保障を含めて解している上、確認的に連邦憲法裁判所法 91 条が憲法裁判所における保障（立法からの保障）を認め、さらに基本法 28 条 2 項の保護として VwGO42 条 2 項による行政裁判所における保障も、実務上認められているからである。主観的資格から、Stern は以下のような結論を導出する。すなわち、積極的には、地方自治体は「基本法 28 条 2 項によって防護される（abgesicherte）自治領域では、……自らの自治体の意思が承認される権利を請求し得る」[645]ということ、消極的には、そのような権利は、しかし、「基本法 28 条 2 項〔の保障内容〕と一致しているような自治権への介入」[646]についてしか認められないということである。

後者の記述に関連して、Stern は、興味深い論理を提示している。当該記述は、直接的には、自治権への介入と認められる範囲についての記述であるが、注目すべきは、当該記述が地方自治体に主観的資格を認める論理とも結びついている点である。彼は、地方自治体に認められる主観的資格は、基本法 28 条 2 項で認められる保障内容に対する介入が存

641 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 176.
642 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177.
643 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177. 強調は原文。
644 このような書き方は、1984 年の記載とは若干の相違が存在しているようにも見える。何故なら、後年の記述においては、Stern は既に引用したように、客観的法制度保障の反射としてではなく、端的に、憲法裁判所や行政裁判所で法的救済を用い得るために、VwGO42 条 2 項で主張し得る意味における主観的権利が認められる旨述べているからである。したがって後年の記述においては、地方自治体に認められる出訴の議論が、より主観的なものとして想定されているようにも思われる。しかしながら本稿の課題の限りでは、この点は問題とならない。何故なら、両記述共に、基本法 28 条 2 項第 1 文で認められている諸内容が侵害される限りで憲法裁判所・行政裁判所に出訴し得るという議論の骨格は変化していないことが明らかであるからである。Stern の議論の変遷の可能性を検討することは、今後の課題として残されている。
645 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177.
646 Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177.

在する限りで認められるとする。その理由づけとして、彼は基本法 2 条 1 項を挙げる。Stern によれば、基本法 28 条 2 項は、「人格の自由な発展」の権利を規定する 2 条 1 項とパラレルに捉えられる。すなわち、Stern は基本法 28 条 2 項の主観的資格を認める論理として、「この点では、〔Stern, AfK1964, S. 92 で取り組まれた――引用者注。以下同様。〕基本法 28 条 2 項と基本法 2 条 1 項の対置（Parallelisierung）が現れる」[647]と述べる。その結果、「G. Jellinek『一般国家学』[648]、G. Dürig[649]の 19 条 4 項 Rn. 36〔[650]〕、 2 条 1 項〔[651]〕Rn. 11 のうち 13 頁注 1〔Dürig は当該部分において、G. Jellinek『一般国家学』の 420 頁を引用する[652]〕や BVerfGE 6, 32〔エルフェス事件判決[653]〕に引き続いて 2 条に主観的権利をも見る場合には、憲法適合的秩序の範囲でのみ存在する行為自由という制約を甘受しなければならない」[654]。したがって、Stern の記述からは、彼が基本法 28 条 2 項へ

---

[647] Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177.

[648] Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1905, S. 420. Dürig の引用する部分は、個人の消極的地位から導出される請求権の部分である。Jellinek は以下のように述べる。すなわち「人格（Persönlichkeit）の位置づけから、彼の自由を毀損する全ての国家的な行為（Verfügung）を取り消す（Aufhebung）ことへの請求権が端を発する」と。

[649] Günther Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1970. 但し、基本法 2 条 1 項、19 条 4 項の記述自体は、1958 年に Dürig が物した物である。

[650] 当該項目は、主観的権利と法的反射（Rechtsreflexen）の区別について論じている部分の一つである。Rn. 36 では、官庁が行動するにあたって裁量を有する場合が問題とされている。Dürig によれば、そのような局面では、本来は「主観的権利（ein subjektives Recht)」は欠けている。しかし官庁の行為に瑕疵が存在する場合、「**瑕疵なき裁量利用への請求権（Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch)**」が認められる（強調は原文)。その場合、「その時々の客観法が、主観的権利のための実体法上の原因（causa）を与えるか否かということに構わず、瑕疵なき裁量利用への『形式的な（formelles)』主観的権利そのものが承認される」(強調は原文)。そして基本法 2 条 1 項については、以下のように述べられている。すなわち、一般的自由権（Hauptfreiheitsrecht）を定める同規定により、「広いこのような『形式的な』主観的権利が疑い無くもたら」される。したがって「ここでも、介入が（その他の点で当然に列挙され得ない）個々人の実定法上の権利（Berechtigungen）の一つを毀損するか否かに構わず、特に法律上正当化されていない負担（義務、債務）と差し控えへの主観的公権そのものが存在する」ことになると言う。

[651] Dürig の 2 条 1 項の議論を紹介するものとして、参照、恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論の考察（2)」法政論集〔名古屋大学〕97 号 216 頁。なお、Dürig の議論に G. Jellinek が与えた影響については、参照、櫻井・後掲注 677)「(2)」103-104 頁注 34。

[652] これは Dürig がエルフェス事件判決について論じている部分に付された注である。当該部分で、彼は、当該判決が示された後も続いている、経済的活動が一般的自由権の保護の対象として認められるか否かという論争について扱っている。彼は、これを認めない立場に対して、Stern の引用した Jellinek の著作の同頁を引用し、以下のように指摘する。曰く、当該記述は「当然に今日の基本法 2 条 1 項の内容に書き改められてはいないが、人格と自由の一般法上の不可分性が、今日の意見に比べて著しく明確にされている」。

[653] BVerfG, Urteil v. 16. 1. 1957. 当該判決の意義や判例上の位置づけは、以下のようなものである。すなわち、当該判決は「一般自由権の成立を広く認め、その根拠を、基本法 2 条 1 項に定める『人格の自由な発展』の権利に求めたことにある。しかも、この憲法上の保障を、人格形成の核心部分だけに限定せず、各人の生活行動全般にわたって、他人の権利を侵害することがなければ、これを広く認めたことである。しかも、この判決は、その後の裁判例においても、しばしば引用されて」いる（田口精一「判批」前掲注 6)『ドイツの憲法判例（第 2 版)』42 頁、46 頁)。同判決は「デューリヒの 2 条 1 項 GG 解釈学説と強い親近性をもっている」とされる。恒川・前掲注 650)「(2)」239 頁。

[654] Stern, a. a. O. (Anm. 629), Rn. 177.

の介入に基づいて導出されるべき主観的権利について、以下のように考えていると言えよう。すなわち、同規定への介入も、基本法2条1項で言われているドグマーティクと同様に、問題となる法律や行為が、憲法適合的秩序の範囲内、すなわち基本法28条2項の保障内容と適合しているならば、それは甘受しなければならない。しかしながら、それぞれの規定への介入が、最早違法であるならば、規定から直接主観的な資格が生ずる。したがって次に、このような主観的資格の理由づけを探るべく、基本法2条1項との「対置」がどのようなものか確認しなければならない。

引用されている1964年の論文は、「ゲマインデ経済の法的な現在地」[655]と題された論文である。経済活動やエネルギー経済に関する教授資格申請論文[656]を執筆していた著者は、地方自治に関する論文[657]として、ゲマインデ経済[658]についても執筆していた。上記の引用論文も、その一つである。当該論文は、1893年プロイセン地方自治体公課法（Kommunalabgabengesetz; PrKommAbgG）以降のゲマインデの経済活動に関する問題を扱った著作である。

引用されていた部分は、ゲマインデが経済活動を行うにあたって制約を受ける場合があるという文脈で記されている。ナチス政権下で制定された1935年ドイツゲマインデ法（DGO）67条[659]は、ゲマインデの経済活動を制約していた。当該規定を受け、各ラントは、DGOと類似した規定を設け、ゲマインデの経済活動に一定の制約を課していた。このような制約を規定する条文は、占領各国の相違はあったものの、所謂西側3カ国の占領を受けていた地域では、各ラントの規定レベルにおいて残され、西ドイツにおいても効力を有していた。ドイツにおいてはゲマインデが経済活動（営業等）を行うことが認められてきたため[660]、その制約が基本法28条2項の規定する地方自治の保障と抵触しないのかということが問題となり得る[661]。Sternはこの点について、基本法では、地方自治とそれを制約する（かつ地方自治の詳細な制度設計をも委ねられている）法律の留保について、ワイマール憲法下のそれとは異なる関係に立つという理解を示している。

彼によれば、ワイマール期の解釈と同様に「基本法28条2項について、ゲマインデの

---

655 Klaus Stern, Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, in: AfK 1964, S. 81 ff.

656 Wirtschaftsverfassung und Energiewirtschaftsrecht, 1961.

657 Vgl. etwa Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JR 1963, S. 202-205.

658 Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVBl. 1962, S. 129-133.

659 1項：ゲマインデは経済的な企業（wirtschaftliche Unternehmen）を、以下の場合にのみ設立または本質的に拡大することが許される。
1. 公の目的が企業を正当化する場合。
2. 企業がその方法と範囲において、ゲマインデの給付能力に適切な関係であり、概観し得る需要を有していること。
3. 目的が、他の方法で履行された場合もしくは履行され得る場合によりよく経済的に達成され得ない場合。

660 Vgl. Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926, S. 177-179.

661 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 91 ff.

自律権を『法律の範囲で』のみ存在すると理解する者は、それに関する問題は存在しない」[662]とするが、当該理解は誤っている[663]。自治を立法者の決定した法律によるものとし得ない根拠として、彼は 2 つの理由を挙げる。すなわち、①「連邦憲法裁判所法 91 条の、単に訴訟上でのみ理解されるべきではない権利」[664]と、②「*自治*行政という本質的な標識を形成する基本法 28 条 2 項での固有の責任への指示」[665]である。したがって、基本法 28 条 2 項は、その文言と連邦憲法裁判所法との結合から、法律の留保を超えた地方自治保障が認められる。

それでは、このことは何を意味するのか。彼によれば、「これらの表現により、以下のような一般条項という方法で、ある地方自治体の自由な領域（Dispositionsbereich）が確定されるべきである。すなわち、基本法 2 条 1 項で人（Mensch）と私経済に向いているような一般条項という方法で」[666]。ここで、基本法 2 条 1 項との対置（Parallelisierung）がなされる。

基本法 2 条 1 項は、一般的行為自由と一般的人格権を保護しているとされる[667]。前者の保障内容には論争があったものの、エルフェス事件において、人間の「行動一般の自由」[668]を保障するものと位置づけられた。そして基本法 2 条 1 項への介入が存在する場合、出訴が可能であるということが認められた[669]。さらに——この点も既に指摘されているように——、経済活動の自由が当該規定の保障内容であるかどうかも争われていた[670]。連邦憲法裁判所は、当初、基本法 2 条 1 項の内容として経済活動の自由の保障が含まれることを明示していなかった[671]。しかしその後、エルフェス事件判決を引用し、契約の自由をはじめとする当該活動について、同規定が保障する一内容である旨判断した[672]。このように、私人には、経済活動の自由を含め、憲法上列挙されていない憲法秩序等に適合する限りでの行為の自由が認められる。Stern は、このような一般的行為の自由を——地方自治体の経済活動の自由という課題を設定した本論文において——地方自治体も憲法上保障されていると解するのである。

2 つの条文の関係について、Stern は以下のように理解する。曰く、両条文は、個人の自由権規定と（広義の）国家の統治機構に授権する規定という「正反対に対置された体系の 2 つの極として」[673]解されるべき規定ではない。むしろ Stern は、個人と地方自治体に存

---

662 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.
663 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.
664 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.
665 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92. 強調は原文。
666 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.
667 上村都「ドイツにおける人格権の基本構造」岩手大学文化論叢 7・8 号（2009 年）94 頁以下。
668 BVerfGE 6, 32, Rn. 15.
669 恒川・前掲注 650)「(2)」214-220 頁。
670 恒川・前掲注 650)「(3)」法政論集〔名古屋大学〕98 号（1983 年）271 頁、273 頁以下。
671 恒川・前掲注 650)「(3)」284 頁。
672 参照、恒川・前掲注 650)「(3)」286 頁。
673 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

在する共通点を指摘し、両者を「資格を有する権利の担い手という人格（die Person der berechtigten Rechtsträger）という点でのみ区別される、国家的・社会的空間から区切られたもの（Abgrenzungen）の 2 つと判断」[674]されるべきものであると言う。したがって、「どちらの権利保障（Rechtsgarantien）も、憲法法上正当化され、法律という形式で下される諸介入と、国家作用の留保によって本質内容まで限定され得る一般条項である」[675]。

したがって、Stern によれば、基本法 28 条 2 項は、国家の統治機構の授権規範と考えられるべきではない。そうではなく、当該規定は、2 条 1 項と同様に、地方自治体が、国家から一定の範囲（憲法に適合する内容を有する法律による介入）で、すなわちその本質内容には触れられない限りで、介入されない権利を規定した条文と解されるべきであると言うのである。この範囲が、地方自治体の自由な領域である。Stern によれば、地方自治体にも、私人にとっての 2 条 1 項のような一般条項が存在し、一定の自由な領域が認められる[676]。そのような領域へ、第一に、本質内容に反するような法令は、基本法に照らして認められないとされる。第二に、憲法あるいは（憲法に適合する）法律に反する国家が介入する場合も、認められない。エルフェス事件は 1957 年に連邦憲法裁判所の判決であるから、当該論文が物された当時には示されていたのであろう。当該判決では一般的行為の自由への介入として主観的権利に基づいて出訴が認められたのであるから、当該規定のパラレルとして基本法 28 条 2 項を扱うならば、後者にも、違憲・違法な国家の介入の排除を求めて裁判所に出訴する権利が認められるということになる[677]。

Stern によれば、確かに、両規定には、一般条項を超えた個別具体的な規定が存在する量的な相違が存在する。すなわち、2 条 1 項については、別の自由権規定によって、個人

---

[674] Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

[675] Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

[676] これは、所謂地方自治体の事務区分論で問題となる「固有事務」の領域と接続すると思われる。

[677] このような Stern の定式は、基本法 2 条 1 項の領域でエルフェス事件以降に展開された「防御権的基本権コンセプト」を想起させる。櫻井智章「基本権論の思考構造（1・2・完）」法学論叢 155 巻 3 号 109 頁、155 巻 6 号（いずれも 2004 年）94 頁によれば、基本法 2 条 1 項の規定は、通説として一般的行為自由と解されているとする（「(1)」123 頁）。このことの含意について、筆者は以下のように述べる。曰く、「一般的行為自由説は、権利の内実を問うことをやめ、侵害・制約の側から考える理論」であり、「保障範囲を積極的に規定せずに、侵害の側から消極的（否定的）にアプローチしようとしている」議論である（「(1)」126 頁）。この議論は、「保障範囲の積極的画定にかかわる問題を棚上げして、憲法（憲法規定、法治国家原理を中心とする憲法原理）に適合した根拠 Grund なしに自由を侵害・制約されない、不利益を課されないという一般原則を基本権化する」説（「(1)」127 頁）である。ドイツにおいては 2 条 1 項の一般的行為自由という（さらに、3 条 1 項の平等を恣意禁止と捉えること）基本権論を通じて、「法治国家の基本原理――即ち『(比例制を中心に）内容的に合理的な』『(適式に成立した）法律』に拠らなければ自由を制約されないという法治国家の中核的原理――を基本権へと高め」た（「(1)」126 頁）。このことは、「基本権論が、それだけ『国家権力の講師は合理的に行われなければならない』という立憲主義的・法治国家的要請を取り込んだ上で構築されたものであるということを逆照射している、と言うことができる（そして、そのことを素直に表現したのが、本稿で捉えた一般的行為自由説である）」（「(2)」115 頁）。ドイツにおいては長らく地方自治についても法治国家原理が働いていたように思われるのであるが、このような議論を地方自治論に用いることそれ自体、そしてその議論と出訴可能性を結びつける点は、大変興味深い議論である。なお、参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983 年）121 頁以下、151-167 頁。

の自由は「特別の領域に関する特有な自由権によって支援されている」[678]。しかし 28 条 2 項については、「未発達」[679]であり、地方自治体に個別の自由を認めるような規定は少ない。しかし基本法 106 条 6 項等のような個別の規定が存在しない限りでは、「ドイツ自治の類型を規定する諸機能の歴史的理解」[680]から、ラント法の制約が許容されるか否か決すべきであるとする[681]。Stern によれば、地方自治の歴史的理解から、基本法 28 条 2 項の個別具体的な保障内容が導出される。

ドイツの学説では、Stern の制度体保障論が頻繁に引用されるものの、主観的法的位置づけ保障の論理が検討対象とされることは少ない。判例がこのような訴訟を認めている以上、このような訴訟の可否が――結論先取り的ではなく――検討される必要性は低いためであろう[682]。要約すると、Stern は以下の論理で地方自治体の出訴を認める。すなわち、まず第一に、基本法 28 条 2 項は、基本法 2 条 1 項とパラレルに、地方自治体の（憲法秩序と適合するような限りでの）一般的行為自由を保障する規定である。基本法 2 条 1 項は一般的行為自由を保障すると解され、それは法治国家原理に基づいて違憲・違法な介入を排除することを含意する[683]。このことが基本法 28 条 2 項に基づく出訴の論理と結合されている点は注目すべき点である。そして第二に、ワイマール憲法の時代とは異なり、（西）ドイツの地方自治制度は、全面的に法律の留保に服するわけではなく、問題となった法律が憲法秩序と適合しているか否かの審査を求めて、地方自治体には憲法裁判所での自治体憲法異議（と、それに汲み尽くされず、行政裁判所への訴訟の[684]）提起が認められ

---

678 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

679 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

680 Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 92.

681 Vgl. Stern, a. a. O. (Anm. 655), S. 93. 検討の結果、利益のためではなく公共の福祉を目指す生存配慮に関する企業は、当該企業が果たしている機能、そしてその様式に関して「その剥奪が自治の本質を変更するであろう自治制度（Institution）の本質的なもの（Essentiale）である」と結論づける（S. 93）。

682 ただし、本稿で詳細に検討することはできないが、このような出訴を認める論理については、論者により異なる構成が採られる場合がある。すなわち、制度体保障論を維持するか否か（vgl. Maurer, a. a. O.〔Anm. 39〕, S. 1037）、制度体保障に基づく解釈を採るとして、如何なる論理構成によって出訴を認めるかという点には、様々な説が存在しているのである。例えば、Bethge は、制度体保障論を採用しつつ、自治権は実体的基本権類似の性質を持つと構成する。曰く、両者には共に核心領域が存在し（参照、基本法 19 条 2 項）、それ以外の領域では法律留保が妥当すること、立法者に開かれた部分でも公共の福祉や過剰禁止による一定の制約が存在すること等から、両者の類似性を指摘する。また、所有権規定（基本法 14 条）等との類似性から、制度保障の論理として、地方自治規定と主観的公権を認める論者等も存在する。何れの論理も、自治権侵害に基づく出訴を広く認める方向の議論であり、ある種結論先取り的なものであるように思われる。

683 参照、櫻井・前掲注 677）「(1)」126 頁。

684 Stern の行なった一般的自由権に基づく地方自治体の出訴の論理は、一見すると奇異な論理に思われるかもしれない。しかし、特に行政訴訟の議論に関連して、第三者の原告適格を導出する論理として基本法 2 条 1 項を用いる議論が存在していたことが指摘されている。すなわち、当該規定を「『一般的行為の自由』のみならず、『行政によって違法にもたらされる全ての不利益からの自由』」を保障するものと読み、基本法 19 条 4 項と行政裁判所法 42 条 2 項から、「このような個人的権利の存在と同時に、権利を有するものに原告適格が生ずることになり、行政裁判上の保護を受けることになる」とする議論である。これは「一般的自由権の拡張に基づ」いて、伝統的保護規範説を克服し「救済の拡大」を目指す議論として位置

る。それは、第三に、制度体保障の内容とも整合する。何故なら、制度体保障は、厳密な意味における主観的権利ではなく、客観的法制度保障の内容を保護するため、その内容へ介入が存在すると考えられた場合に出訴を認める限りでの主観的法的位置づけを含むと解されるからである[685]。何れにせよ、Stern によれば、ワイマール憲法下の地方自治保障と比較して、西ドイツにおけるそれは手厚い保障を受けているとされる。その論拠がまさに、自治体憲法異議制度が設けられていることである[686]。そのような意味において、彼の議論においては、結論先取り的に、地方自治体が自治体憲法異議を提起することを前提としている。これは、そもそも西ドイツ連邦憲法裁判所法という立法で認められていた制度が存在しており、さらにオッフェンバッハ判決において判例上も当該制度が許容されていたのであるから、当然のことでもある。

主観的法的地位・位置づけ保障は、基本法 28 条 2 項を基本法 2 条に類似するものと解することで理解され得る。すなわち、当該条文を国家の違法な行為・基本法 28 条 2 項に反する法律に対する防壁と解することで成立する。違憲・違法な国家行為に対する条文としての基本法 28 条 2 項の理解、そしてそれに対する出訴保障という議論の根底には、国家の違法な介入に対する出訴、すなわち地方自治体が国家に客観法維持を求めて裁判所へ出訴することが可能であるべきであるという要請の存在が看取されよう。

2. 現在のドイツにおける地方自治保障の議論

ドイツにおいても、通説・判例である制度体保障論には度々異議が申立てられてきた[687]。行政の広域化が認められた 1970 年代に示された所謂機能的自治論[688]は、基本法 28 条 2 項を、地方自治体がより高次の主体の行う決定について参加する権利（聴聞権や参加権（Mitwirkungsrechte））と読み替え、地域的事務と広域的事務の区分を放棄し、地方自治体が直面していた任務の広域化等――公民の育成というよりも生存配慮行政としての行政

づけられている（引用は全て神橋・前掲注 399）118-119 頁）。当該議論が提示されたのは、Stern の 2 つの論文が執筆された前年である 1963 年であり、また、議論の方向性が類似していることから、関係が気になるところであるが、本稿でこれ以上検討することはできない。

685 Stern の議論がこのようなものである以上、出訴可能性を認める論理を探究している段階にあるわが国には、当該議論を直接持ち込むことは困難であろう。なぜなら、当該論理には以下のように議論の余地が残されているように思われるからである。まず、①議論の前提である、自治権を私人の一般的行為自由とパラレルに解することが適切であるのかという点。さらに、――例えば、第 1 の点を、憲法 94 条を例示列挙と解することでクリアしたとしても――②少なくともわが国の議論においては――それが望ましいことであったとしても――国家から介入されない権利が地方自治体に認められるという論拠から即、地方自治体の出訴が認められるという議論は採り得ないことが指摘されているという点である。

686 Vgl. Klaus Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, S. 205.

687 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 19 f. Vgl. etwa Blümel, a. a. O. (Anm. 413), S. 171; Edzard Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, 1979.

688 代表的な著作として、参照、Wolfgang Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975.

任務の遂行への行政事務の質的変化――に対応しようとした[689]。また反対に、地方自治保障の憲法理論上の新構想という考え方も、同時代に提示された。それによれば、基本法 28 条 2 項は最早最下層の国家行政レベルとしての公の行政作用という特別な類型（einen Sondertyp öffentlicher Verwaltungstätigkeit als unterste staatliche Verwaltungsebene）を保持する規定と考えられ、固有任務と委譲任務の区別が放棄される[690]。しかしながらこれら新たな自治理解を提示する説は、通説である制度体保障論者から批判がなされ、結局、少数説にとどまった[691]。

とはいえ、ドイツでも制度体保障論に対する批判がなくなったわけではない。寧ろ学説は、1990 年代以降、通説に存在する本質的な問題点を指摘しているという状況にある[692]。その問題点とは、①制度体保障論では、基本法 28 条 2 項第 1 文に存在する保障内容それぞれについて、立法による内容形成が必要なものとそうではないものを区別して理解できていないという点。さらに②立法者の内容形成を前提とする制度体保障論では、立法者を憲法上拘束し得る機能が作用していない点である。新たに提示された説は、以下で見るように大別して 3 つ存在するが、何れの説もこの点を問題視している。しかしながら何れの説においても、統治機構としての地方自治体という出発点に基づき、地方自治の内容を制度体保障論よりも充実させる方向で議論がなされている。そのような意味において、現在のドイツにおいてはなお、Stern の形成した議論――組織的な地方自治体理解と、そうではあるが、違憲・違法な国家の行為に対して地方自治体は出訴可能であるということ――の上にあると評価し得る。

(1) 自治＝権利説

自治権理解の歴史的変遷を纏めると、以下のようになる。すなわち、ドイツでは伝統的に、ゲマインデが国家と社会の二元論において社会側に位置づけられてきた。パウル教会憲法は勿論、ワイマール憲法も――文面上は――ゲマインデに基本権としての自治権を付与していた。これらのことは全て、地方自治体に国家に対抗する位置づけを認めていたことを意味する。さらに地方自治には、国家レベルの政治に参加することが認められない個人にも参加を認めるものであり、国家と臣民を架橋するという意味において、「国家と臣民の中間構造（Zwischenbau）」[693]とされていた。そのため、その後、ワイマール憲法で連邦レベルでの民主制が認められた局面で、地方自治が部分利益を主張するものであり、国家レベルで民主主義を貫徹する際の障壁となると考えられ、地方自治自体の存立が危機に瀕したのである。現在は、基本法 28 条 2 項が統治機構を規定する部分に位置づけられ、

689 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 20 f.
690 主な文献として、参照、Joachim Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, 1977.
691 機能的自治論に関する邦語文献は、参照、前掲注 152)。
692 以下の記述につき、参照、Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 71 f.
693 Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1. Aufl. 1876, S. 101.

民主的正当性を有し且つ国家から導出される高権的な力（Hoheitsmacht）を行使するものと位置づけられる[694]。また判例上公法上の法人は基本的に基本権を援用することも認められないため、現在のドイツでは、「基本法 28 条 2 項は基本権的なものも基本権類似的な（grundrechtsanaloge）法的位置づけをも規定しない」[695]と解される。しかしながらこのような理解の「変種」として、基本法 28 条 2 項の「自治への権利」の保障を、主観的権利として解釈する試みがなされている[696]。結論から言うならば、当該説の主唱者であるところの Hartmut Maurer は、ゲマインデは行政の担い手であることが明らかであるが、基本法 28 条 2 項の規定から、地域的共同体の事務を自己責任によって遂行することを主観的権利として認められているとする[697]。

Maurer によれば、基本法 28 条 2 項は、ワイマール期の憲法や戦前のラント憲法に倣った規定ではなく、1945 年以降の占領軍や各ラント憲法を受容して規定された条文であるとされる[698]。占領軍[699]は、ゲマインデ、ラントクライス、ラント、連邦という「下から上への」国家構造の再興を目指し、それはドイツの伝統的な国家構造の方向性とも一致するものであった。占領軍は当初、自らの選んだ市長（Bürgermeister）・郡長（Landräte）に、軍事官庁の執行機関としての業務を行わせた[700]。そして 1945 年まで、郡長会議の開催を認め、この会議は「民主主義の第一の芽（the first sprouting of democrary）」との印象を米国代表に与えた[701]。続く 1946 年には「再出発の第一歩」としてゲマインデ議会（Gemeindevertretungen）とクライス議会（Kreistage）の選挙が認められ、各地方自治体は民主的正当性を得るに至った。それは 1932 年以降初めての自由選挙であったとされる[702]。

さらに占領軍はバイエルンを除き、各ラントを設立した[703]。これはゲマインデやラントクライスとは異なり、占領軍が設立したと評価される。例えば境界については占領政策的な観点から決定がなされたし、ラント首相（Ministerpräsidenten）の指名？（einsetzen）や大臣（Minister）の任命（ernennen）も占領軍が行ったからである[704]。米国・仏国ではラント憲法制定会議が開催され、全てのラントは 1946 年から 1947 年にかけて、ラント憲法を制定した[705]。これら各ラント憲法は「国家組織構造と議会民主的生活の基盤を形成」

---

694 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 75 f.
695 Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 76.
696 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 76.
697 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
698 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
699 ここで言われる占領軍とは、主にソビエト連邦軍を除く 3 カ国を指すとされる。Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1037 Fn. 5.
700 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1037.
701 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.
702 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.
703 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1037.
704 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.
705 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.

[706]したとされる。各ラント憲法には地方自治規定も含まれており[707]、「戦後のラント憲法は、以前の、1933 年以前に存在していたラント憲法の自治規律を著しく超えている」[708]。さらに各憲法は明らかに、ワイマール憲法 127 条も超えていた[709]。Maurer によれば、それは「憲法を制定するラント議会（der verfassungsgebende Landesversammlungen）の（少数ではない）構成員の自覚と経験」[710]が、地方自治について手厚く保障する内容を規定させたために生じた。

基本法 28 条 2 項は、このような歴史的経緯の上にある。ヘレンキームゼー草案には地方自治規定はなかったものの、最終的にゲマインデに「権利が保障されねばならない」という規定が、ラント立法者の管轄と共に宣言された[711]。したがって同規定の解釈に歴史的論拠を用いる者は、ワイマール憲法等の歴史的経緯を強調するだけではなく、むしろこのような「基本法の直接の前史」[712]をも含め、寧ろ後者を特に顧慮しなければならないと言う。

基本法 28 条 1 項第 1 文は、ゲマインデを国家組織全体の本質的な構成要素として規定しており、これは地方分権に資することで垂直的権力分立によって権力分立を補足し、ゲマインデ市民が地域レベルの行政任務を、上からの指示なしに直接果たす市民的自治に資することになる[713]。したがって地方自治は「自由なそして民主的な構成要素」[714]により刻印づけられる。また地方自治は住民投票や市長の直接選挙制を通じて、政党に対する対抗物となり、これは基本法 20 条 2 項第 1 文の傾向の中にある[715]。ゲマインデはまた、ラントの一部であると位置づけられ、連邦がゲマインデに対して影響力を行使することは原則として許されない[716]。ゲマインデは、連邦の立法者が規定した任務であってもラントの任務を遂行し、遂行に必要な資金はラントが行うことが要求される[717]。基本法 28 条 2 項第 1 文は、ラント・連邦共に自治保障を顧慮することを規定する。当該規定の毀損に対しては、基本法 93 条 1 項 4b 号が存在するが、当該規定は補完性を含んでおり、連邦憲法裁判所には二次的な管轄を認めるのみである[718]。しかしながら、基本法 28 条 2 項第 1 文については連邦憲法裁判所の裁判が支配しており、とりわけラシュテーデ決定は「地方自治体

[706] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.
[707] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1038.
[708] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
[709] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
[710] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
[711] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
[712] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1039.
[713] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.
[714] Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.
[715] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.
[716] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.
[717] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.
[718] Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1040.

法上の（kommunalrechtlichen）の指導概念」[719]となっており、これが実際はラント立法者に対する尺度ともなっている。

基本法 28 条 2 項でゲマインデに認められるものは、文言からして、自治の「権利」である。Maurer によれば、制度体保障論や法律の内容形成と具体化に従っているものの、ラシュテーデ決定で示された内容そのものを推論するならば、地方自治は主観的権利と解されねばならない[720]。制度体保障論は「ゲマインデに憲法法上保障された自治への介入を防御する権利を認める」が、そのような権利は、制度体保障のイメージとは両立することが難しく、少なくとも、「客観法的制度保障の主観法的反射そのものである」[721]。したがって当該条文の解釈の説明としては、制度体保障論は地方自治を軽視するものであり、採り得ない。ゲマインデは、「国家組織原理である限りで行政の担い手であり国家行政の一部分であることが明らかである。しかし……それだけではなく、それら〔＝ゲマインデ〕は権利をも有する」[722]。「権利」という文言は、他の行政の担い手や行政機関には用いられておらず、特別の意義が存在する[723]。基本法 28 条 2 項第 1 文の規定は、権利の対象と権利の担い手（Berechtigte）、名宛人について規定しており、「主観的権利の諸々の構成要素が存在する」[724]。またこれは毀損の際の訴訟能力も確保されており、さらに行政裁判所にも出訴し得ることも承認されている[725]。当該規定が基本権の部分にないことは、主観的権利の基礎づけにならないことを意味するのではない。何故なら、基本権部分の外において主観的権利が認められる規定も存在しているからである[726]。「基本法は 20 条 3 項が明確にしたように、立法者にも憲法法上の諸原則に、とりわけその鋳造と推論を伴った法治国原理に拘束される」[727]ため、基本法下では、制度体保障という議論を用いることなく立法者からの地方自治保護は可能である。むしろ制度体保障論は立法者の内容形成の自由さを強調する点で、当該説は地方自治保障の枷となっている[728]。

自治権は、地域的共同体の全ての事務を対象とする。これは具体的には、ラシュテーデ決定で示された、ゲマインデの行政力如何を問わない定義を指す。この定式は確かに、国家が財政を通じて事務の範囲を制御することがあるため正当であるが、行政力と財政設備を全く考慮せずに任務を認めることは適切ではない[729]。また広域的決定や措置が地域的関

---

719 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
720 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1042.
721 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
722 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
723 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
724 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
725 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041.
726 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1041 f. 彼はここで基本法 21 条 1 項を挙げ、当該規定に権利という文言は存在せず、また自治体憲法異議のような制度は存在しないものの、政党には権利が認められていると説明する。
727 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1042.
728 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1042.
729 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.

連を高度に示す場合は、ゲマインデの協力権（Mitwirkungsrechte）が考慮されるべきである[730]。自己責任性は、任務遂行如何、行う時間、方法を指し、それに対する監督は法律適合性に限られ、ゲマインデは組織や人事、Satzung 公布等の行政、財政、計画策定等を行い得る[731]。しかしながら「*ゲマインデ組織*の基礎構造は……国家によって規定されねばならない。それは伝統だけではなく……公行政に不可欠の統一性を損なうことがある」[732]からである。同権委員決定の示した「組織高権は『初めから相対的にのみ保障され』ている」[733]ということは、「国家が……ゲマインデ組織の基礎構造を確定し得、ゲマインデには十分に〔基礎構造には規定されていない空白の部分を〕充填し具体化する余地が与えられねばならない」[734]ということを意味する。

基本法 28 条 2 項第 1 文の定める「法律の範囲内で」とは、第一に、ゲマインデは「執行権に対して決定的な憲法の定めや諸原理によって拘束されている」ということを意味し、「基本権、法治国原理、権限保持義務、損害賠償責任等々が妥当する」[735]。第二に、「国家の執行権の自治権への介入は法律の根拠によってのみ許容される」[736]ということを意味する。第三に、「どの程度、立法者が規律留保にもかかわらず限界を与えられているか」[737]ということをも意味する。

ラシュテーデ決定以前は、通説・判例は核心領域への介入を認めなかった上、周辺領域において「比例性の原則を顧慮している」[738]ことも要求していた。これはしかし、制度体保障論とは矛盾する。「何故なら、立法者が内容形成をし得、〔内容形成が〕求められる場合には、真の法律上の介入は既に概念上除外されているからである」[739]。連邦憲法裁判所は、比例原則を、法律留保を限界づけ、立法者の制約とするためではなく、ラシュテーデ決定の主旨（Leitsatz）が明らかにしたように、法律留保が認められる場面であるか否かを明らかにするという役割を果たしている[740]。当該決定の主旨によれば、基本法 28 条 2 項第 1 文は核心領域に加え、相対的に保護される周辺領域にも法的効果を展開し、後者の領域においては、公共の利益（Gemeininteresse）という根拠が存在し、それが地方自治よりも重要でなければ、法律がそのような制約を行うことはできない[741]。公共の利益と地方自治の比較は、両者の衡量（法治国原理から導出される比例性の原則＝目的手段適合性、必要性と均衡性の審査）を通じてなされ、制約を課されるゲマインデによって結論が相違す

730 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
731 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
732 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
733 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
734 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
735 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1043.
736 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
737 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
738 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
739 Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
740 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
741 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.

る可能性があり得る[742]。裁判所が立法者の規定した制約の根拠の存在だけではなく、自治権制約について正当化可能な（vertretbar）根拠の有無を審査することは、ラントの立法者に、原則的にゲマインデに任務遂行の管轄が認められる一方でそれに対する例外として管轄を移行することが認められることとも適合する[743]。

以上のように、Maurer は基本法 28 条 2 項第 1 文の判例で認められている内容――とりわけ周辺保障の内容――は、制度体保障論では説明がつかないということを議論の出発点に据える。制度体保障論ではラシュテーデ決定の示した主旨が十分に説明できず、当該規定は主観的権利としての自治保障であると考えなければならないとするのである。この議論に対しては、①国家組織法領域で権利という文言が用いられる場合も、必ずしも厳密な意味における主観的権利が問題となるわけではないこと[744]、そして②国家側に位置づけられるゲマインデには権限が認められるということになるが、それを主観化することは当該権限を主観的権利とすることではない[745]という批判が示されている。すなわち、G. Jellinek の所謂不浸透性ドグマ（Impermeabilitätsdogma）[746]が克服された結果、ドイツにおいては、国家組織の内部においても権限の担い手の関係を法的に把握することが可能となり、さらに、連邦憲法裁判所では機関争訟等を通じて権限の防衛が認められるに至った。しかしながらこれは権利と権限の区別を放棄するわけではなく、放棄可能性（Verzichtbarkeit）等を通じた差異は残されている[747]。結局、③当該説を主観的権利と権限法的規定を同視するものであると解するならば問題はないように見えるものの、そうではない。何故なら、この議論では、比例性の原則が用いられる文脈についての議論が示すように、主観的権利と権限法には差異が存在するという前提で論が進められているからである[748]。したがってこの議論は、権限法たる基本法 28 条 2 項第 1 文を主観化することに成功していない。

Maurer の議論の特徴は、①自らの議論をラシュテーデ決定の本質的な内容を読み解いた解釈であると位置づけること、換言するならば、ラシュテーデ決定が前提とする国家組織領域におけるゲマインデという議論を前提としていること、そして②そのような権限法を主観化する試みであることであろう。後者の試みが、わが国の文脈においても成功していると評価し得るかは兎も角、地方自治は垂直的権力分立、市民的自治に資するものであり、また法治国原理に基づくならば、核心・周辺領域という区分を使わずとも、地方自治体を国家の行為から守ることが可能であるとする点が重要である。違法・違憲な国家の行

---

742 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1044.
743 Vgl. Maurer, a. a. O. (Anm. 39), S. 1045.
744 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 79.
745 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 81-83.
746 参照、西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』（有斐閣、2017 年）149 頁以降。
747 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 81 f.
748 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 83. 国家組織におけるゲマインデの位置づけの強調からも、国家組織領域と国家と市民の領域という前提が存在し、ゲマインデは前者＝権限法領域に位置づけられるという議論であることは明らかであろう。

為に対して地方自治体が裁判所へ出訴をし得ることを前提に、法治国原理による地方自治保障が可能であるという議論を展開している Maurer の議論は、法治国原理が従来よりも充実した現在において、制度体保障論の力を借りずに、地方自治保障を法治国原理に基づいて行おうとする点において、歴史的になされてきたドイツ地方自治論の路線を継承したものであると評価し得る。

(2) 自治＝権限説

基本法 28 条 2 項第 1 文を主観的権利と解する説がある一方で、これを権限法と解釈する試みも存在する。しかしながら当該説も、上述した制度体保障論に対する批判から唱えられたものであり[749]、自治＝権利説と同様に、当該規定の解釈について、その文言を出発点とすべき旨述べる[750]。その代表的な論者 Kay Waechter は、地方自治を超え、制度保障論（Einrichtungsgarantie）そのものを最早不要であるとする[751]。彼によれば、制度保障論は「ワイマールライヒ憲法の法治国家的赤字」[752]を補うために持ち出された概念である。基本法においては、当該概念の受容そのものを問う動きは、あまり存在しなかった[753]。制度保障論は、しかし、そのような出自を持つ概念であるため、その有用性が基本法下においても存在しなければならない[754]。そのため、著者は基本権領域と組織法領域を区別し、それぞれの領域において制度保障論の必要性について検討するのである[755]。

基本権領域においては、制度保障論を語る必要性は存在しない。ワイマール憲法下で問題となっていたのは、基本権の部分において組織に関する規定（127 条、128 条）も規定されており、基本権規定の一部の内容がプログラム規定等と解されていたことであった[756]。そのような文脈においては、「制度保障としての解釈は、組織の存立（Organisationsbestand）または規範複合体を、そのその時々の本質的な核心存立という点で単純法律制定者（den einfachen Gesetzgeber）による変更から守る」[757]ことにあった。しかしながら今日、基本権が十分な保障をなされていないという事態は生じていない[758]。また、制度保障の機能としては、上記のものの他に、制度保障として解釈することによって保護が拡大することが理解されてきたということが言われるが[759]、これも誤りであ

---

749 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 72.
750 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 85.
751 Vgl. Kay Waechter, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, Die Verwaltung 29 (1996), S. 47, S. 47.
752 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 48.
753 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 48.
754 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 47 f.
755 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 49.
756 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 49.
757 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 49.
758 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 49. 彼は基本法 1 条 3 項や 19 条 2 項を挙げ、基本権が十分に保障されているとする。
759 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 51.

る。何故なら制度保障と解釈することは、「事実上、核心領域保護を伴った法律留保」[760]がなされることを意味し、「個々の規範の保障内容が……減少する」[761]ことを意味するからである。また制度保障論の第二の機能は、「個々の存立（der individuellen Existenz）に核心領域保護を拒絶し、それ〔＝核心領域保護〕を類型にのみ認めることを可能にする」[762]が、この機能は制度保障論を用いずとも憲法から導出され得る。このように、基本権領域に関しては、制度保障論の必要性は存在しない。

組織に関する領域についても、制度保障論は必要ではない。当該領域については、基本権領域とは異なり、「制度保障としての解釈は……なお、立法者に対する保護というその主要機能を有すると言われる」[763]。そしてその機能には、制度の存立等の保障が含まれ[764]、このような核心領域の保護は必要そうに思われる。しかしながら「その存立を憲法がある規範において要求する制度（Einrichtungen）に関しては、その制度が機能すること（Funktionsfahigkeit）も併せて要求され（mitfordern）ているということは一貫して承認され、避けられない（zwingend）」[765]。したがってある制度が憲法上規定されているならば、立法者が当該制度の有する本質的な機能を損なうことは当然に認められず、「そのような解釈の主要機能は必要ではない」[766]。

さらに度々問題とされてきた制度と主観的権利の関係についても、以下のように述べられる。曰く、「部分的に、制度概念（Institutionsbegriff）の機能は……客観的な・主観的なRecht の関係を確立する点にあるように思われる」[767]。しかしながら制度保障解釈であることと主観的権利の間には、直接の関係は存在しない。何故なら、地方自治については基本法 93 条 1 項 4b 号の規定が存在するため「主観化（Versubjektivierung）が判明する」[768]一方で、同様に制度と認められる職業官吏や裁判官（Richterschaft）等には主観的権利が認められないからである[769]。逆に制度保障論上の制度（Institutionen）ではないけれども、憲法機関のように、主観的権利のようなものが認められる場合も存在する[770]。このように、「主観的法的地位の認定は、制度（Institution）としての標識には左右されず、第一義的でもない」[771]。以上のように、組織に関する領域においても、規定を制度保障と解する必要性はない[772]。

---

760 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 52.
761 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 51 f.
762 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 52.
763 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 53.
764 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 53.
765 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 53.
766 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 53.
767 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 53.
768 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 54.
769 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 54.
770 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 54.
771 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 54.
772 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 54.

また、制度保障論にはその他の機能が存在すると説かれることもあるが、そのような機能も認められない[773]上、制度保障と解すべき制度について争いが存在し[774]、制度と認められるものが多く、諸制度の間に「本質的な重要な共通の性質（Gemeinsamkeiten）」[775]を指摘することは困難である。制度保障を提唱する者も、立法者に対する保護の作用等の共通点を認めるのみであり、制度保障論という概念で統一的に語る意義もない[776]。むしろ筆者によれば、制度保障には「構造保障と組織保障（Struktur- und Organisationsgewährleistungen）の間に本質的な相違点が存在する」[777]。後者は「任務と関連し、そして社会的に見出される諸々の組織」[778]の機能の保護を意味し、基本権領域における「前国家的な自由行使」[779]が例である。前者は、「規範に基づく構造」[780]の機能の保護を意味し、「構造を規定する、第一に国家的に創設された法形態についての国家的保護」[781]が問題となる場面であり、「規範によって刻印づけられた保護領域」[782]に関するものである。基本権領域は両保障それぞれに分類され得、分類によって異なる問題がもたらされる[783]。さらに、「制度保障の最も重要な共通点」とされるのは「保護される核心領域と保護されない周辺領域の間の区別」とも言われるが、問題なのは領域如何ではなく、「周辺領域における諸介入の法適合性をどのように評価し得るか」[784]ということである。この問題に対して制度保障ということからは何ら帰結が導出されるわけではない。制度保障論ではなく、問題となった規範の性格から、判明する[785]。

以上のように、筆者は制度保障論一般を不要なものであると評価するのであるが、さらに、「制度体保障の最も重要な適用事例は依然として地方自治の保障である。それ故、これを例にして、制度保障という法形態がなくても良いということが示されるべき」[786]とする。

Waechter は先ず、Stern のコンメンタールで説明される基本法 28 条 2 項の内容[787]は、全て権限規定（Kompetenzvorschrift）として解釈することでも維持され得るとする[788]。

---

[773] Waechter はここで第三者による侵害から、国家が制度と解されたものを保護するという説を挙げるが、これも制度保障論を用いる必要性はないと言う。Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 56 f.
[774] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 57-60.
[775] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[776] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[777] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[778] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[779] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61. 例えば、基本法 4 条 2 項、5 条 1 項第 2 文が挙げられている。
[780] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[781] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[782] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61. 例えば、基本法 6 条 1 項が挙げられている。
[783] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 61.
[784] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 62.
[785] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 62.
[786] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 63.
[787] Siehe Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 63 Fn. 56.
[788] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 63.

Waechter も、今日においては、地方自治体は国家行政を担う主体と位置づけ[789]、過去に考えられてきたような「社会的自由という意味における対抗物」[790]としての地方自治理解、「国家と社会を架橋する構成物（Verbindungsglied）としての地方自治体」[791]理解を「歴史的」[792]なものとして退ける[793]。「国家と社会を架橋する構成物は、地方自治体においても、政党や会派が」[794]担う。

基本法 28 条 2 項は、①法主体保障、②任務保障と自己責任性保障、③防御権的性格、④聴聞権、⑤自治を刻印づける諸規範の主観化を、その機能として有する。

①制度保障は基本法 28 条 2 項について「個々の地方自治体の存立（Existenz）を保護することなしに 2 つの地方自治体のレベルの存立を保障する」[795]と考える。権限規範も、同様の結論に達し得る。例えば裁判機能[796]やラントは、個別の裁判所や個々のラントの存在を保障するものではないが、裁判機能は憲法法上保障を受けると解されるし、ラントについても、連邦国家原理や基本法 79 条 3 項によってラント自体の存立は保護される[797]。これは「憲法が個々の機関ではなく機能またはレベルを保障する場合、個々の機能要素（例えば個々の裁判所……）の存立を保護するのではなく、効力の大きな国家機能（wirkungskraftige Staatsfunktion）もしくは行政レベルのみを保護するという結果が避けられない」[798]からである。このように、国家のある機能や国家内部の一類型を規定する規範は、当該機能を果たす類型もしくはその類型そのものを規範として規定せざるを得ない。したがって個々の類型の存立を保障しなくとも当該類型の像（Bild）それ自体を保障するということは、「構造もしくは類型規範（Struktur- bzw. Typusnormen）の性質に存在」[799]し、制度保障という法形態を媒介せずとも導出される事柄である。

②制度保障論はゲマインデに任務と任務履行の際の自己責任性を保障するが、これらも権限規定としての理解からも達成され得る。後者によれば、ゲマインデの任務保障は、「任務領域を管轄外の者（Unzuständiger）の把握（Zugriff）に対して遮断する権限規範の典型的な内容」[800]である。また自己責任性の保障についても、「権限規範（Kompetenznormen）は大抵権限を決定すること（Kompetenzbestimmung）を、……権

[789] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 63
[790] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[791] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[792] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[793] 興味深いことに、彼はこのような地方自治体の位置づけから、地方自治体が住民の利害を代理して主張するような地方自治体団体訴訟（einer kommunalen Verbandsklage）を行う途を放棄したものと考える。Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 63.
[794] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[795] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[796] 裁判所の存在について制度保障と解さない論者もいると Waechter は言う。Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[797] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64.
[798] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 64 f.
[799] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 65.
[800] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 65.

限遂行の自己責任性と結合」[801]するため、多くの権限規範に内容的に含まれている事柄である。このため、基本法 28 条 2 項第 1 文を権限規定と解したとしても問題はない。

まず任務保障については、制度保障論の核心領域・周辺領域の区別は、「独占的な（剥奪不可能な）諸権限」[802]と「競合する諸管轄」[803]と換言される。権限の割り当てについては「特別に保護された事項領域（Sachbereich）」[804]を考えねばならないが、具体的には「事務が地域的（ortliche）である限り、ゲマインデの規律権能は……全く剥奪されることが許されない」[805]ということとなり、地域的事務についての「より高次の国家的レベルという真の競合する管轄はこの領域で存在しない」[806]。制度保障論では任務保障についても法律留保が妥当するとされるが、権限的考察からは、地域的共同体の事務については、法律留保という制約は課されない。したがって権限的考察によれば、「ある一定の任務存立が保障される」[807]のであるが、それは事務が地域的性質を持つ＝地域的事務そのものが対象となると考えられる。

自己責任性については、任務保障とは異なり、国家の介入が許されると考えられている[808]。制度保障論において自己責任性の限界として検討される問題は、権限的解釈からは、立法の「規範制定（Normsetzung）の方針」[809]に左右される問題、すなわち枠づけ立法（Rahmengesetzgebung）を如何に制約するかという問題に換言される[810]。権限的解釈からは、ラント（部分的に連邦）は、枠づけ立法権能（Rahmengesetzgebungsbefugnis）を有し地方自治体の自己責任性へ介入することが認められるが、それは必要性（Erforderlichkeitskriterium; Bedarfsklausel）が存在する場合にのみ行使が許容されると説明される[811]。このように、自己責任性は必要性が存する場合に国家の介入を認めるという意味において、「地方自治体の権限それ自体に関して増強された保護」[812]と比較し、「任務履行の自己責任性に関してより弱い保護」[813]が与えられるに過ぎない。

ここで次に問題となるのが、制度保障論で法律留保と言われるところのものである。鍵となるのは、必要性条項（Erforderlichkeitsklausel）である[814]。必要性条項とは、基本法旧

---

801 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 65.
802 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
803 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
804 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
805 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
806 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
807 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
808 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
809 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 65.
810 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
811 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
812 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
813 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 66.
814 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 67.

72 条 2 項[815]、現 87 条 3 項第 2 文[816]の規定する、連邦・ラント間の権限移転（Kompetenzverlagerungen）規定に定められている。基本法では立法権・執行権共に原則としてラントが行うとされている[817]ため、連邦は基本的に立法や行政任務を行う官庁を設立することが認められない（なかった）。この例外として規定されているのが、当該規定である。それによれば、緊急の必要がある場合には、一定の手続の下で連邦が立法権限を有する領域で、連邦が創設する官庁によって新たな行政任務を遂行することが認められる[818]。Waechter はこの連邦・ラント関係に認められる事項を国家・地方自治体間にも参照する[819]。すなわち、（国家レベルの）立法が地方自治体へ介入する場合には、「基本法 28 条 2 項がゲマインデに有利な原則的な権限推定を含んでいるため、〔立法者には――引用者注〕このことが必要な場合にのみ、枠組（ein Rahmen）を設定することが許される。枠づけ立法権限の遂行に関する必要性の原則は、基本法 28 条 2 項の地域的共同体の事務の際の地域的管轄に関する権限上の推定から判明する」[820]。

この「必要性」には、2 種類の判断方法が存在する。第一に、基本権ドグマとしての必要性と、第二に、権限規範において認められる必要性である。前者の領域では、周知の通り、三段階審査による国家の介入の許容性判断がなされる[821]。一方後者の領域では、基本法旧 72 条 2 項が明文化した「慎重な権限行使（die schoenende Kompetenzausubung）に関する諸原則」[822]が問題となり、立法者の介入の許容性は、「憲法制定者がすでに実体的な前決定（Vorentscheidungen）を行って」[823]おり、それによれば、生活関係の統一性等、枠づけ立法の目的に左右されることになる[824]。しかしながらこのような目的を語るならば、そもそもゲマインデが任務を遂行することの妥当性が問われることとなってしまう

---

815 「連邦は、この〔＝競合的立法の〕領域において、連邦領域における等価的な生活関係をつくり出し、又は、全国家的利益のための法的若しくは経済的統一を維持するために、連邦法律による規律を必要（erforderlich）とするときは、立法権を有する」。高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集（第 7 版）』（信山社、2016 年）244 頁。

816 「連邦に立法権が与えられている分野において連邦に新たな任務が生じた場合において、緊急の必要〔Bedarf――引用者注〕があるときは、連邦参議院の同意と連邦議会構成員の過半数の同意を得て、連邦固有の中級官庁及び下級官庁を設立することができる」。高田ほか・前掲注 815）260-261 頁。

817 参照、基本法 70 条、83 条。但し立法権については広範な規定が置かれている（基本法 72-74 条）ため、ラントに認められている範囲は狭いと解される。この点については前述した。

818 Ibler, in: Maunz/Durig, GG, zu Art. 87 S. 228 (Lfg. 64, 2012). そのような緊急の必要性は、「客観的にそして一義的に、連邦法律を摩擦が少なく、包括的そして実効的に執行することが、連邦のそのような分散した（dezentrale）官庁なしには保障されないであろうということを認識できなければならない」（Rn. 275）。そしてそのような必要性は、裁判所での審査がなされ得る（vgl. Rn. 275）。

819 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 68.

820 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 67. Waechter はここでラシュテーデ決定を挙げる。Siehe Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 67 Fn. 74.

821 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 68.

822 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 69.

823 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 69.

824 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 69.

[825]。このように「基本権のそして権限法（Kompetenzordnung）の領域からの必要性尺度（Erforderlichkeitsmassstabe）は、異なる内容と別の構造とを有する」[826]。地方自治については、後者の必要性という方法は採り得ず、また、国家レベルとゲマインデの法的状況は、基本権への介入の場合と「類似している」[827]。「地域的共同体の事務への国家レベルの介入の必要性を評価することに関しては、それ故、基本権的な必要性の徴標を用いねばならない。介入する利益（Eingriffsinteresse）は、地方自治体が自律的である利益（Autonomieinteresse）よりも実体的に重く測られる〔もので――引用者注〕なければならない」[828]。結局のところ、制度保障論とは異なり、個々の場面において必要性審査がなされるため、領域に応じて何らかの帰結が導出されるのではなく、問題となった場面においてそれぞれ、枠づけ権能の行使が許容されるか否か、事項（Sachmaterie）ごとに個別に判断されるということになる[829]。さらに、問題となった事務が「地域に特有のものであればあるほど、国家が単一的に規律することの必要性が低くなる」[830]と解される。

③制度保障論では、「広義の主観的権利（訴訟能力のある遂行管轄）が常に結びつくわけではない」[831]。地方自治体が基本法 28 条 2 項の介入に対して出訴し得るのは、基本法 93 条 1 項 4b 号が「それら〔＝地方自治体〕に割り当てられた権限」[832]について出訴を認めるからである。「この戦闘能力の内部的基礎は、基本権類似性だけではなく、垂直的権力分立からも導出され得る」[833]ため、地方自治体は勿論、ラントにも（別の条文を通じて）出訴が認められることとなる。

④地方自治体には、聴聞権（Anhorungsrecht）が認められる。「権限侵害前の地方自治体の聴聞権」[834]も、権限的解釈から導出可能である。判例によれば、連邦はラントの権限に介入する場合に聴聞を行わなければならず（Waechter はここで BVerfGE 12 205〔第一次放送判決〕を挙げる）、このことは「連邦忠誠（Bundestreue）という不文の原則から導出される」[835]ことが多い。当該原則自体は地方自治体には及ぼされないものの、「法治国家原理からも、公平な行政手続きの一部として借用され得る」[836]ため、「原則が一貫して妥当する（地方自治体に友好的な振る舞いという形式で）」[837]。「憲法が自立的な権利能力のある法主体を設けるならば、本質的な侵害（Beeintrachtigen）の前の聴聞は常に、公平

[825] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 69.
[826] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 69.
[827] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[828] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[829] Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[830] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[831] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[832] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[833] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[834] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70.
[835] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 70 f.
[836] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.
[837] Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.

な手続として要求される」[838]。この要求は「客観法的に市民、ラントそして地方自治体に妥当する」[839]。当該手続がなされなかったことに対する訴訟の提起は、しかし、法主体ごとに基本権、連邦忠誠、自治体憲法異議それぞれによって「主観化（Subjektivierung）」[840]される。

最後に、⑤自治を刻印づける諸規範として、Waechter は民主政原理（基本法 28 条 1 項）、連邦国家原理を挙げる。民主政原理は同条 2 項「と分かち難く連関（unlosbarem Zusammenhang）しており」[841]、例えば民主政原理に「適合しない〔地方自治体の――引用者注〕内部組織（Binnenorganisation）を定める法律」[842]に対しては、地方自治体の出訴を認めるべきであるとする。さらに連邦国家原理からは、地方自治体は、その管轄の範囲内にあるラントの権限に基づく介入は甘受しなければならないものの、権限を超えたラントの介入については出訴を認めるべきとする[843]。以上のように、Waechter によれば、制度保障論の帰結として認められるものは権限法的解釈（地方自治においては、「権限法というドグマティッシュな土台（Fundus）と基本権作用」[844]）から導出され得る。むしろ後者の解釈の方が、周辺領域における保護を精確に把握させる点で優れているとする[845]。

Waechter によれば、制度保障論で認められている内容は、例えば基本法 28 条 2 項を権限法的に解釈することでも獲得され得る。さらに核心領域・周辺領域という定式を用いずとも、地域的関連性のある任務を地方自治体に与え、自己責任性について必要な限りでの介入を比例原則に基づく審査を行うことにより、精緻に体系化することが可能であると言う。

当該議論に対しては、以下のような批判が示されている。すなわち、①地域的共同体の事務という不確定概念には、立法者の内容形成必要性が前提とされているのではないかという点[846]。また、そもそも②ラシュテーデ決定[847]によれば、自己責任性について、立法の形成余地を制約するというものであったのではないかという点[848]。さらに、③当該解釈からは、実際に存在している地方自治体を個別に保障しておらず、憲法の文言上「地域的共同体の事務の規律を法律の範囲内で自己の責任において組み込まれた（zuordnete）主体」

838 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.
839 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71. 適正手続の要求を客観法的な原則とすることは、連邦憲法裁判所が例外的に地方自治体にも援用を認めた基本法上の諸規範（基本法 101 条等）の考え方とも一致している。
840 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.
841 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.
842 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71.
843 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 71. Waechter はここで、連邦がラントに介入する場合に、権限を超える介入である場合にはラントが出訴可能であることを挙げる。
844 Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 72.
845 Vgl. Waechter, a. a. O. (Anm. 751), S. 72.
846 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 87 f.
847 BVerfGE 79, 127.
848 Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 90.

[849]を保障しているに過ぎないということになり、地方自治体の存立に関する保障要素について軽視しているとされる[850]。

このように、権限法的解釈であっても、違法・違憲な地方自治体への介入に対しては、出訴可能であることが前提とされており、制度体保障論よりも進んで、基本法 20 条等の違反に対しても出訴を認めるべきという議論を展開している。したがって当該議論も、文言そのものは見出されないものの、地方自治体が統治機構としての位置づけを獲得していることを前提に、違憲・違法な国家の行為に対して訴訟を提起し得るという意味において、客観法維持の要請に則った議論であると評価し得る。

当該解釈は一見して明らかに連邦制の議論を参照している。①から⑤までの各項目では、その殆どにおいて明文でラントや連邦制について言及されている。また一見すると連邦制との関係が示されていない②任務保障についても、その管轄の区分が基本法の定める連邦とラントの間の権限の区分を想起させる議論であると言えよう。これは連邦制と地方自治の共通性――別の主体がそれぞれの役割を伴って他の主体と同一の領域に支配を及ぼすということ――に一因があろう。連邦制が伝統的に存在しているという点において、ドイツでは垂直的権力分立という原理が統治機構の原則として強力に作用している[851]と思われる[852]。

(3) 小括

このように、地方自治を制度体保障論と解釈する通説・判例とは異なり、現在のドイツでは基本法 28 条 2 項（第 1 文）を主観的権利、あるいは権限であると解釈する説が存在しているということが確認された。とりわけ前者の説は、わが国の先行研究でも検討されてきたが、説の前提として、地方自治体が国家組織として位置づけられている点はあまり強調されてこなかった点には注意を要する。両説は共に、判例・学説を通じて保障されている基本法 28 条 2 項（第 1 文）の保障内容について自説の前提としており、また地方自治体の出訴を当然のものとした上で議論を進めている。このように、両説は、ともすると強調されがちな権利・権限という名称とは裏腹に、共通点が多く存在する。両説の相違点は、地方自治体に認められる「権限」を主観化するか否かである。主観的権利説は主観化によって立法者の権限を画そうと試みる一方、権限説はこれを連邦制・基本権ドグマから

---

[849] Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 99.

[850] Vgl. Engels, a. a. O. (Anm. 13), S. 101.

[851] このことは例えば、自治体憲法異議制度が補完性原理を伴って規定されたことからも判明しよう。

[852] なお、わが国では地方自治に垂直的権力分立機能を認めようとしてきた流れが存在することは、注目すべき点であろう。そのような論者としては例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 3 版）』（有斐閣、2013 年）370 頁、斎藤誠「憲法と地方自治」同・前掲注 37）61 頁、67-69 頁、同「自治体の存在形態と憲法」同書 105 頁、120-123 頁等、原島良成「地方政府の自律（下）」自治研究 82 巻 3 号（2006 年）116 頁以降は、これを連邦制と接続する。しかしながら、垂直的権力分立の議論に基づく地方自治論が、わが国において如何なる結論を導出し得るかという点については、議論が少なく、今後の検討すべき課題とせざるを得ないように思われる。

導出される様々な制約を参照し、地方自治体の権限を権限のままであると考えつつ、これに介入しようとする立法権限を限界づけようとする。したがって両説に存在する相違点は立法者の権限を限界づける手法に過ぎない。更に、両説が制度体保障論の結論を発展させようとするものでもある以上、両説は共に、Stern の行なった制度体保障論を、論理構造を変えた上で発展させる説であると考えられ、したがって制度体保障論の前提たる違憲・違法な国家の行為に対する権限画定の議論として、客観法維持の要請を含んだ議論であると評価し得る。

3. 小括

以上、Stern の制度体保障論、そして自治＝権利説、権限説を検討した。Stern の議論では主観的法的位置付け保障は基本法 28 条 2 項毀損の場合に認められる、あくまで反射的なもの、主観的権利でも客観法でもないものと考えられていた。また、当該保障は基本法 2 条 1 項において認められる一般的行為自由説を地方自治体に認めたという議論であり、その含意は、法治国原理に反する違憲・違法な立法・行政の介入に対して地方自治体の自由を――基本法 28 条 2 項の範囲で――認めるというものであったと考えられる。さらに、近年の自治＝権利説、自治＝権限説は、地方自治体が国家組織の領域に位置づけられることを前提に、制度体保障論とは異なった論理構成により、基本法 28 条 2 項等に対する国家の介入に対して防壁を形成する議論であったと言えよう。以上のように、現在のドイツの学説では、地方自治体が統治機構、国家組織の一員としての存在であることを前提としている点は共通している。争点となっているのは、地方自治保障をどのように構成するかという点であり、議論の根底には、国家権限の画定の議論が存在している点は共通している。

第 4 款　小括

以上の検討から、ドイツにおいては戦後、各種制度や判例・学説を通じて、地方自治体が徐々に国家としての位置づけを獲得したこと、そして位置づけが変遷してもなお、客観法維持の要請に基づいた議論が展開されていることが明らかになった。更に、今や、法治国原理の発展に伴い、寧ろ従前よりも充実した形で、地方自治が保障されていると言えよう。

制度としては、基本法 28 条 2 項第 1 文の保障に対して、違憲・違法な行政の行為に対する出訴は勿論、自治体憲法異議が憲法上の制度として認められ、法律に対しても地方自治保障が貫徹されることが認められるに至った。そしてそのような制度に基づき、判例においては、法治国原理に基づいて立法者が地方自治保障の周辺領域においても介入し得ない場合があることが示され、実際に違憲という結論が導出される場合も存在している。学

説においては、1964 年には、基本法 2 条の判例・学説に示唆を得て、基本法 28 条 2 項に、違憲・違法な国家の行為に対して訴訟の提起を認めるという議論が展開された。この議論は、それ以前から制度上出訴が認められていた地方自治体の訴訟に対して、論理的な基盤を与える議論であったと評価することが可能である。このことは、以下のように、基本法下の地方自治保障において、客観法維持の要請を貫徹させる基盤となっていることを含意する。すなわち、現在においては、論理的整合性が伴わないながらも、行政裁判所での訴訟をも認める当該議論は、戦後ドイツにおける地方自治保障の要石となる議論であり、現在のドイツにおいて裁判所でも地方自治保障を貫徹し得る理論的前提となっている。そのような意味において、Stern による制度体保障論は、現在のドイツにおける地方自治保障においても、違憲・違法な国家の介入に対する出訴を認めるという意味において、客観法維持要請を貫徹させる基盤となった議論となっていると位置づけられ得る。制度体保障論を批判する論者も、制度体保障論の結論を批判するというよりも、その方法論、論理構成を批判しているのであり、客観法維持要請・法治国原理の貫徹という点を寧ろ充実させる議論である。

以上のように、現在も、判例では実際にとりわけ立法者の権限を画定する局面において法治国原理や地方自治における客観法維持要請が用いられているし、学説においても、内容を充実させつつ当該要請を貫徹させる試みについて模索されている状況にあるといい得るであろう。現在もなお、地方自治保障は客観法の維持という要請に多くを負っており、両者は不可分の関係にある。

終章　「地方自治」保障としての出訴の議論と国家権限画定のための「本旨」解釈に向けて

本稿で検討した内容を要約すると、以下の通りである。

本稿は、団体自治について検討すべき論点として、行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争解決の問題を扱った。わが国公法学、特に憲法学においては、地方自治の観点から当該論点が検討されてこなかった。行政法学では、ドイツの議論に倣い、当該論点の存在が指摘されていたものの、裁判所における解決につき、どちらかと言えば消極的な見解も示されていた。また、裁判所の態度は、宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決の射程を広く考え、行政権の主体としての地方公共団体と国との紛争につき、訴えを却下する裁判例も複数挙げられるところである。このような状況下で、先行研究においては、ドイツの出訴の議論がなお、検討されてきた。具体的には、ドイツで主張されている「主観法的地位」、「権利」の議論を参照し、抗告訴訟による自治権救済が語られてきたのである。これに対し、本稿は、成田頼明教授の指摘に鑑み、ドイツ（プロイセン）地方自治制度における出訴権の議論を、客観法維持（所謂法治国原理）という側面から検討を試みることとした（序章）。

第 1 章では、まず、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を確認した（第 1 節）。Gneist はそもそも、国家と社会の分離状態を問題視する。そして今や営利社会という新たな状況が生じた以上、警察国家を維持することは適切ではなく、市民的自由に立脚する、英国を範とした法律に基づいた統治を行う立憲国家を構想した。自治とは、そのような国家を実現するための手段である。すなわち、Gneist によれば、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のであり、自治とは国家と社会の中間項として位置づけられることになる。自治は更に、党派性を脱色した中立的で自由な行政の活動の確保等も可能にする。これこそが Gneist の理想とする「法治国」であった。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。

第 2 節では、ドイツ帝国公法学における地方自治論を検討した。自治を行う団体をライヒ以下の権力に従属させる議論を展開する Laband、自治を国家に従属するものと捉えつつ、国家と地方自治体の関係を国家の承認に基づき権利義務関係として捉える G. Jellinek、同じく地方自治を国家の自己拘束と捉えつつ、ゲマインデを有機体と捉える Schulze、国家とゲマインデ等の団体をゲノッセンシャフトと捉え、本来的には国家とゲマインデの紛争は対

等な立場で紛争解決がなされるべきであるとする Gierke の議論を検討した。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、地方自治は行政の恣意的な介入を防ぐ防壁としての役割が与えられており、更に、客観法を維持するという論理に基づいて、行政裁判所における紛争解決を主張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判例（第 1 節）と学説（第 2 節）を検討した。当該時期において重要であったのは、第一に、ワイマール憲法というライヒレベルの憲法に、127 条を始めとする地方自治に関する規定が、初めて置かれたことである。第二に、国事裁判所がワイマール憲法 19 条の拡張解釈を通じて自らの権限を拡張し、地方自治体も国事裁判所における紛争当事者たり得るということが歴史的に認められるに至ったことである。このような歴史的経緯もあり、ワイマール共和国では、行政に対する恣意的な介入だけではなく、保障の程度は十分とは言い難いものの、立法に対して、制定した法律が憲法に適合するかどうかという拘束が課せられることになった。ワイマール共和国においては、連邦レベルの統一化傾向、ライヒレベル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する状況にあり、地方自治について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、これに肯定的な立場を採った Stier-Somlo、Tatarin-Tarnheyden、そして消極的な立場を示していた Kelsen、Schmitt、Forsthoff の議論を検討した。学説では、地方自治体と国の争訟は全て行政裁判所の管轄であるという批判は存在していたものの、地方自治に積極的な立場を示していた論者は勿論、これに消極的な立場を示していた者であっても、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、何れの論者であっても要求されていたことが明らかになった。換言するならば、ワイマール共和国における地方自治論においても、地方自治体と国の間の客観法維持の原理が要求されていたことになる。

第 3 章では、ドイツ連邦共和国基本法の下で展開された判例と学説における地方自治保障の議論を検討した。戦後西ドイツでは、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の位置づけを獲得するに至った（第 1 節）。地方自治体が広義の国家として位置づけられたことは、基本法 28 条 2 項の解釈からも明らかである。しかし、そのことは地方自治体と国の間に客観法維持の原理を貫徹しないという帰結を導出する議論ではない。寧ろ戦前と同様に、客観法を維持するため、特に行政裁判所への出訴を当初から認め、統治機構内部においても客観法維持を保障する手段が認められていたと言い得る（第 2 節）。それだけではなく、戦後において法治国原理としての内容が発展したため、国家の措置には、手続や比例性等の新たな要請を満たすことが求められることになった。更に、学説においても、地方自治において、客観法維持の原理は貫徹されている。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と同じ議論で、基本法 28 条 2 項に関して出訴を認める。そして地方自治体の出訴可能性の議論は、制度体保障論を批判する論者によっても自明の前提とされており、共有されていたと評価し得る。

以上、3 章に渡って検討した結果、本稿で検討の対象としたドイツにおける地方自治体の出訴権の理論的基盤、地方自治体の出訴が可能となる論理は、以下のようなものであると纏め得る。すなわち、ドイツにおいては、Gneist の言う法治国原理、あるいはその他の論者に見られる客観法維持・保障の要請――当該要請を満たすための出訴について、彼の国では主観的権利・主観的公権といった用語が用いられることがある――に基づき、地方自治体は国家の介入に対して訴訟を提起し、介入の違法性を争うことができると構成されているということである。このことは、地方自治体の出訴を認める訴訟が、当初は行政裁判所における出訴であったという事実であったこととも、平仄が合う。その後、ワイマール共和国における歴史的な背景に基づき、地方自治体は立法に対する防御も可能となったということが言えよう。ドイツ帝国・ワイマール共和国の学説においても、このような地方自治保障の議論の発展を看取することができる。すなわち、ドイツ帝国における議論は、狭い範囲ながらも自治について一定の領域が認められ、当該領域に対して国家が介入する場合は、法律に則っていなければならないとされ、違法な介入に対する裁判所での保障が認められていた。ワイマール共和国における議論では、行政裁判所における訴訟を認めつつ、国事裁判所の管轄の拡張や制度体保障論の展開とも併せて、ワイマール憲法 127 条についての実体的な内容を認めるかという議論が展開された。戦後の議論においては、地方自治体の位置づけが明確に――条文の位置だけではなく、基本権の有無や地方自治体の権限の具体化を通して理論上も――統治機構として広義の国家として変遷した。しかしそのような状況であっても、ドイツにおいては、とりわけ Stern が体系化した基本法 28 条 2 項解釈において、地方自治体は個人と同じ論理に基づき、国に対して出訴することができると説明された。すなわち、Stern によれば、個人に対して認められる、人格な自由の発展についての保障を規定する基本法 2 条 1 項と基本法 28 条 2 項を対置し、2 条 1 項と同様に違憲・違法な国家の介入の排除を求めて裁判所に出訴する権利を認めたのである。その後の議論も、出訴の議論については争いがない。そのような意味で、ドイツ公法学説における出訴の論拠は、一貫して客観法維持の要請を重視し、国家の介入の（憲法・）法律適合性を追求するというものであったと評価できる。戦後西ドイツで出訴が認められて以降、現在も、ドイツにおいては、地方自治体は私人と同じ規定（行政裁判所法 42 条 2 項等）により主観訴訟を提起できるとされているが、地方自治体が国に対して提起する訴訟は、精確に言うならば、わが国の文脈における「権利」や「主観訴訟」とは異なるものであると評価せざるを得ない。彼の国における「自治権」保

障とは、違憲・違法な国家の介入について、客観法維持の観点から裁判所へ出訴を認めることを権利と述べているに過ぎないということになろう。

本稿で検討し得なかった点は多い。ドイツにおいては、法治国の議論の生成・発展期においても、地方自治の議論が扱われていた。しかしながら本稿では、実際に地方自治制度が形成されていく段階の議論を検討し得たに過ぎない。制度が形成される以前においても、地方自治に関して、激しく議論が戦わされたのであるが、本稿ではそれらを検討することができなかった。また、本稿で扱った時期における公法学者の議論は、地方自治に関して代表的な意見を示した論者について検討し得たにとどまり、法治国という観点から重要な論点を提示した論者の議論を検討することもできていない。更に、本稿で扱うことのできなかったナチス期の地方自治に関する法制度についても、検討する必要がある。すなわち、戦後西ドイツにおいては、占領 3 カ国は 1935 年に創設された制度のうち「指導者原理」を脱色した上で統治を行っていた。1935 年法前後の時期、そして戦後西ドイツの公法学では、何よりも公法学者の連続性が存在していたため、戦後の地方自治論形成を詳細に検討するためには、当該時期の議論の検討を行う必要がある。このようなドイツの文脈における検討が必要な課題の他、本稿で前提としていた紛争の主体以外の行政主体間の争訟――例えば市（区）町村対都道府県、都道府県対国等――の問題についても、検討することができなかった。この点については、わが国地方自治法における市（区）町村、都道府県、国それぞれの役割を整序し、それらの役割を踏まえた上で、様々な行政主体間の争訟において検討が必要な点を明確化し、検討する必要がある。

本稿では、ドイツにおける基本法 28 条 2 項の議論からは、客観法維持という論理に基づき、地方自治体の出訴が認められることが明らかになった。また、出訴の議論を検討する中で、①戦後に認められる実質的法治国原理から導出される要請、そして②基本法 28 条 2 項の保障内容の議論から、ドイツにおいて国家の権限を画定する議論が、彼の国の地方自治規定に読み込まれるに至っているように思われる。わが国の議論としては、以下のような示唆、今後検討しなければならない課題が明らかになろう。

第一に、地方公共団体の出訴に関する点について。先ずこの点については、前提として、本稿のみから、行政権の主体としての地方公共団体と国の法的紛争解決を裁判所で認めなければならないという結論を示すことは不可能であるということが意識されなければならない。それは、序章で検討した通り、当該問題は地方自治の観点だけではなく、司法権の問題とも深く関わっているからである。実際、このような訴訟に対して消極的な議論を展開している藤田・小早川両教授は、裁定的関与の文脈であれ、より広い文脈であれ、司法権の役割の議論も論拠の一つとして、結論を導出されている。したがって司法権の限界論からも検討を進めなければ、地方公共団体の出訴の議論について結論を示すことはできないのであ

る。それでは、どのような点の検討が必要なのであろうか。具体的には、日本国憲法の規定する司法権・裁判所と客観法維持の要請の関係が、今一度検討されなければならない。確かに、現行の司法権の議論は、判例を中心として、私人の権利保障に特化した役割を与えられていると定式化され得る。しかしながら現行の行政裁判については私人の権利保障と同時に客観法維持の役割も認められているところである。例えば行政裁判については、私人の権利利益保護の要請とは別に、客観法を維持するという要請が認められてきたし、刑事訴訟についても、民事訴訟類似の定式で捉えきることは難しいということが述べられている[1]。したがって司法権の議論や、裁判所の役割として、違法な行為を是正するということが如何なる位置づけを与えられているのか、改めて検討する必要があると考えられる。司法権の議論を検討する中で、地方公共団体に対する国の違法な行為を是正する必要性の議論が、検討を要する一問題類型として捉えられ、出訴可能性について論ぜられる必要がある[2]。無論、わが国では地方公共団体の違法な行為についても問題となった局面があり[3]、地方公共団体側の行為の是正についても検討を要する[4]。何れにせよ、憲法 92 条「地方自治の本旨」に、国家の違法な行為を是正するための手段を読み込むという可能性は、ドイツの検討をも踏まえるならば、あり得る方策の一つであると言い得るのではないだろうか。

何れにせよ、本論文のみからは、行政権の主体としての地方公共団体の出訴可能性について、最終的な結論を導出することはできない。今後、司法権の観点からの議論の検討が必要不可欠である。

第二に、仮に上記の出訴を認めることが難しいとしても、司法権の議論を留保しつつ、ドイツの出訴の議論に倣い、わが国の「地方自治の本旨」にも、客観法維持の役割や、地方公

---

[1] 参照、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（第 2 版）』（日本評論社、2014 年）270 頁、272 頁。

[2] 外在的な問題点であり、司法権の直接の役割ではないという理解はあり得るものの、統治機構内部で客観法を維持するシステムが存在しないことは、法治国原理や法の支配等の観点から許容されるのかという点も、検討に値するのではないだろうか。例えば 2000 年改革の結果、関与法制において「法律の留保」が規定されたとされるが（例えば参照、小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一ほか『岩波講座　自治体の構想 2 制度』〔岩波書店、2002 年〕57 頁、64 頁）、国が地方公共団体に違法に関与する場合は、「従う必要はない」とされているが（宇賀克也『地方自治法概説（第 6 版）』〔有斐閣、2015 年〕370 頁）、わが国の国家と地方公共団体の関係を法的に厳密に規定すべきという見地に立つならば、当該制度の妥当性を問い直す余地もあるように思われる。

[3] 杉並区住基ネット訴訟（最判平成 20 年 7 月 8 日 LLI/DBL06310188）では、住基ネット法の解釈を巡って対立があった杉並区に対し、東京都は地方自治法上規定されている関与をせずに、住基ネット情報の受け取り拒否という実力行使に出たということが指摘されている。参照、阿部泰隆「司法権・法律上の争訟概念再考」兼子仁ほか編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社、2009 年）137 頁、144 頁。

[4] 既に本稿で検討した通り、ドイツにおいては、当該行為は国家の監督により是正されるという制度設計がなされている一方、わが国では地方自治法 251 条の 7 第 1 項により、普通地方公共団体が是正の要求若しくは指示を行わなかった場合にのみ、国が――審査申出なしに――高等裁判所に出訴することが認められている。当該規定についても、本稿序章で問題とした訴訟の性質・規定の性質の議論が当てはまり、それ以外の国家の関与の不作為を放置することに繋がるという問題を残していると考えられる。

共団体に対して憲法上許容されない内容を読み込むことが必要ではないか、ということが指摘できるだろう。とりわけドイツ連邦共和国における地方自治規定の解釈から、わが国の「地方自治の本旨」にも、国家の権限を画定し得るような法的内容を読み込むことが可能であり、かつ、必要であるということが言えるのではないだろうか。このように考えることで、従来わが国で指摘されていた、地方自治についての侵害の視点の欠如を、徐々に克服し得るのではないかと考えられる。そして地方公共団体と国の紛争が増えていると考えられる現在、地方自治の本旨の法的内容の具体化をより具体的に検討していくことができるのではないだろうか。換言するならば、出訴の可否は兎も角、憲法 92 条「地方自治の本旨」に、立法・行政に対する権限画定の議論が必要であり、そのような内容を「本旨」に読み込むべきではないか、ということである。この点の検討の必要性は既に指摘されてきたものであるが[5]、検討が遅々として進まなかった論点である。そもそも、国家と地方公共団体の間で、どちらかの主体によって違法な行為が行われた場合には、訴訟その他の手段によりこれを是正することが必要であることは、1949 年に示された神戸勧告によって指摘されていた点であった[6]。裁判所によって実際に訴訟を提起し勝訴することや、勧告に則った制度改革は困難であったとしても、当該勧告の言うように、国家や地方公共団体が、それぞれの間で違法な行為を行い得ること、そしてその際にどのような議論をすべきかという点については、議論が可能であったはずであった。このような議論が必要であったということが認識され得た状況であったにも関わらず、法的意義を有する「地方自治の本旨」解釈の議論は、内容を十分に検討されず、現在に至ってしまっている[7]。このような点を検討するためにも、地方自治の本旨に直接出訴権を認めるという主張には留保を付しつつ、住民自治・団体自治を超えた「地方自治の本旨」の法的な内容を読み込む試みが必要であると考えられる。

そもそも憲法は国家権力の授権規範であると同時に、第 3 章の人権条項を中心に、国家の権限を画定する規範でもあるのだから、「地方自治の本旨」にも、権限を画定する視点を含ませることは、それ程違和感のある議論ではないだろう。しかしながら従来、当該規定は

---

[5] 例えば参照、針生誠吉ほか「〔討論〕地方自治の危機」ジュリスト 416 号（1969 年）37 頁、60 頁〔奥平康弘発言〕。

[6] 参照、杉原泰雄ほか編『資料現代地方自治』（勁草書房、2003 年）56 頁、62 頁。

[7] ここで言う法的意義を有する「本旨」解釈とは、地方公共団体が実際に有する権能の議論――憲法 94 条の内容と、個々の権能の具体化――と結びつき、立法・行政を拘束するために検討されるべき諸内容――例えば、地方公共団体に保障される核心領域・周辺領域、あるいは地方公共団体の廃置分合の際に行われるべき最低限の手続、地方公共団体の権能へ介入する際のルール（国が地方公共団体へ介入する場合、必要最小限度の介入に留めるべきであるのか、そうではなくおよそ介入は正当化されるのか否か等）や、統治機構内部で守られねばならない適正手続の要請の有無（例えば、地方公共団体に大きな影響を与える立法に関する国政参加に関する一般規定の必要性）――、国・地方公共団体がそれぞれ違法な行為を行なった場合に関する議論を指す。

住民自治・団体自治を指すとされてきたに過ぎない。1999 年の地方分権改革の結果、とりわけ行政法学からは、当該規定に国と地方自治体の役割分担を含ませるべきとの主張もなされてきた[8]。確かに、これら 3 つの内容は、「本旨」として重要な役割を果たし得るものであろう。しかしながらこれらの内容から、具体的に国家の権限を画定するための具体的な基準を導出することは困難である。以上のように、従来の「本旨」解釈では正面から扱われることのなかった、とりわけ国の行為の妥当性を検討し得る、具体的な基準となり得る内容を読み込むべきである。

第 1 の点、すなわち地方公共団体の出訴について留保を付すとしても、第 2 の点、すなわち「地方自治の本旨」に法的拘束力を与えるために読み込むべき基準・原理・内容については、わが国の文脈に即して、具体的に検討する必要がある。地方自治についての制度は各国で大きく異なり、更に、1999 年の地方分権改革によってより明確化された点――わが国においても地方公共団体は統治機構の一環であること――を前提に、国家の権限を画定し得る何らかの基準を模索する必要があるということである。より具体的に述べるならば、現行の地方自治法を始めとして、現行法で規定されている制度の合憲性・制度改革の際の原理や指針を検討することが、必要であると考えられる[9]。例えば、「地方自治の本旨」に、戦後ドイツで読み込まれたような、実質的な法治国原理――適正手続の保障や目的・手段の均衡性――を読み込むならば、立法が地方自治に関する何らかの措置を行った場合に、適正手続を構築すべきという主張を行ったり、目的と比例しないような地方自治体への介入に対して、違憲とする余地が生ずることになる。それだけではない。「地方自治の本旨」は地方自治法 2 条 12 項により、行政の地方自治規定の解釈・運用についても拘束する原理であるとされている。したがって、「地方自治の本旨」への法治国原理の読み込みは、行政に対しても拘束を課すことも可能であることになる。1999 年に規定された地方自治法 245 条の 3 第 1 項――国の行政的関与の基本ルールとして、必要最小限度の関与のみを許容するというルール――に反する関与について、個別法規定を問題とする余地がある必要最小限度の関与という条文は確認規定としての位置づけが与えられることとなり、行政の措置によっては違憲と解する余地が生じよう。地方自治法との関係で言うならば、更に、地方自治法 1 条の 2 第 2 項として規定された国と地方自治体の役割分担論を憲法上の「本旨」に読み込むことの妥当性も、今日、再考を要する。「適切な役割分担」論は、国家の権限を画定するための具体的な基準の導出は困難であるばかりか、役割論を通じて、合法か疑念の残る国家行為

[8] 例えば参照、人見剛ほか編『ホーンブック地方自治法（第 3 版）』（北樹出版、2015 年）23 頁。
[9] 無論、法秩序の段階構造に鑑みるならば、憲法解釈の指針を法令から検討することには、慎重でなければならない。しかしながら、憲法第 8 章の簡素な規定を充実させるために地方自治法等を検討の素材とすることは、許容されよう。

を、本来は国の役割であったという論理で正当化してしまう恐れが生ずるからである[10]。これらの点を踏まえた、具体的な権限画定の議論、そしてわが国におけるあるべき地方自治の姿についての議論は、今後の研究課題として残されている。

加えて、わが国の出訴の議論としては、大日本帝国憲法下における地方団体の出訴の議論の検討も必要である。ドイツにおいては、検討したように、Gneist の、行政権の濫用に対する防壁として、地方自治、行政裁判所が構想されたという経緯がある。このように、地方自治が法治国原理の一環として形成されたという沿革に鑑みるならば、ドイツにおける地方自治の意義の一つが、客観法維持である（少なくとも、過去はそうであった）といい得るだろう。このような議論により、翻ってわが国では、明治期の地方自治制導入にあたり、何が目的であったのか、改めて問い直す余地が生ずるのではないか。違法な介入そして地方自治体の違法な行為に対する限界づけという観点から、改めて過去のわが国の議論を検討し直す必要性がある。

以上のように、本論文では検討することができなかった点が多々存在するのではあるが、ドイツ公法学における地方自治体の出訴の議論についての思考形式、論理を明らかにし、わが国において、地方公共団体の出訴に関する問題を検討する際に必要となる議論を明らかにすることはできたので、これを以って本論文は擱筆し、残された課題の検討については、他日を期すこととしよう。

[10] 1999 年の地方分権改革の結果、当該議論と類似の概念であると位置づけられている補完性原理により、国の介入が正当化されていることが指摘されている。参照、関谷昇「三層構造と補完性原理」ガバナンス 2020 年 4 月号 35-6 頁。