

分権時代の地方自治(1)

薄 井 一 成[※]

- I 序
- II 近代地方自治の源流
- III 立憲民主主義とドイツの地方自治（以上本号）
- IV 現代ドイツにおける分権的秩序づくり
- V アメリカ地方自治観の変遷
- VI 現代アメリカにおける地方法人法
- VII 分権時代の地方自治—結びに代えて—

I 序

(1) 近年、この国は、めまぐるしい改革を経験した。経済財政構造の見直し、中央省庁の再編、特殊法人改革、規制緩和と地方分権等、社会を取り巻く制度基盤は大きく揺れ動いてきた。こうした改革の底流に、画一的な秩序づくりを万能としないものの見方、すなわち、明治以降のこの国を特徴づけ、いまや制度疲労をきたしたとされる中央集権型の行政システムを打破する意図があったことはいうまでもない。

振り返れば、我が国は、第二次世界大戦後、西欧にならい国民主権と基本的人権の尊重を国家の基本理念に据え、一人ひとりの人間に、多様な価値の創出の可能性を認めてきた。そして、その選択が功を奏したためであろう。我われは、この50年余りのうちに、少なくとも戦前との比較において、幅広い自由を享受し、繁栄を経験した。そしていまや、個として解放された人々が、画一的な秩序づくりの方法を時代錯誤と捉えることは、ある意味当然であり、社会の成熟度のあらわれとさえいえるように思われる¹⁾。多様性の担い手として、自治体に期待がかけられるのもっともであろう。

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第2号2004年6月 ISSN 1347-0388

(2) ところが、このような改革の方向性の明確さとは対照的に、新たに重要な役割を担いうる地方自治の法理論的な位置づけは、不確かさを残している。確かに、従来、日本国憲法の保障する「地方自治の本旨」は、「住民自治」と「団体自治」の観点から論じられ、「住民自治」は「住民が地方団体の支配意思の形成に参画すること」を、「団体自治」は「地方団体が自律権を有すること」²⁾を指す、と説明されてきた。とはいえ、これらの解釈は、今次の改革を積極的に後押ししたとは言い難く、形式的な制度の解説にとどまるとも評されている³⁾。その意味において、この国は、地方分権の必要性を認識し、そのための制度を整備しながらも、これを支える理論的な根拠を欠いた段階にあるともいえそうである。いま一度、地方自治の理論を検討しなおす作業は、改革により生みだされた制度に適切な運用の指針を与え、また、より一層の改革に展望を与えるためにも有意義といえるであろう。

(3) 本稿は、このような問題意識から、外国法の比較研究の方法を採用し、ドイツとアメリカの二カ国を、検討の対象として選択するものである。ここで、両国の選択理由を説明しておこう。

そもそも、両国は、大陸型とアングロ・サクソン型の地方自治観をもつ国として⁴⁾、また、我が国における戦前と戦後の地方自治制度の祖型をもつ国として⁵⁾、対照を成すと認識されてきた。また、ドイツの地方自治体は、「行政」作用を営む団体と観念されるのに対し、アメリカの地方自治法は、「行政」法にとどまら

-
- 1) 地方分権推進委員会事務局編「分権型社会の創造—地方分権推進委員会中間報告—」自治研究72巻5号126-129頁(1996)、村上順『日本の地方分権』309頁(弘文堂、2003)
 - 2) 佐藤幸治『憲法(第三版)』268頁(青林書院、1995)。また、芦部信喜『憲法(新版補訂版)』329頁(岩波書店、1999)によれば、住民自治は、「地方自治が住民の意思にもとづいて行われること」、団体自治は、「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こと」と解釈される。
 - 3) 磯部力「自治体行政法学入門—第1講」自治実務セミナー33巻4号8頁(1994)、同「自治体行政の特質と現代法治主義の課題」公法研究57号172頁(1995)、鴨野幸雄「憲法学における「地方政府」論の可能性」金沢法学29巻1・2合併号429頁(1989)
 - 4) 西尾勝『行政学の基礎概念』381-385頁(東京大学出版会、1990)、渡辺康行「多数だけでは決めない仕組み」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』279-280頁(北樹出版、2000)

ない「地方政府」法と観念される、と説明されることもある⁵⁾。したがって、両国の地方自治の考察は、これらの印象批評⁷⁾に実証的な基盤を与えるとともに、我われに、一つの観念にとらわれない大局的なものの見方を与えてくれると推測できる。そして、それは、とりもなおさず、今日の分権社会に有用な理論の提示につながるのではなかろうか、というのが本稿のさしあたりの目論見である。

本稿の考察の中心は、こうした見地から、両国が、国家の統一化を図りつつ、国民の多様性を尊重するという難題を突きつけられ⁸⁾、地方自治のおき場に悩まされた立憲民主主義の時代、すなわち、「ワイマル以降」のドイツと「独立革命以降」のアメリカに据えることとした。同様の課題を抱える我われが、この時代の集中的な考察により、より鮮明で有益な示唆を得られるものと推測できることに照らすならば、このような時代の限定は許されると思われたためである(Ⅲ～Ⅵ)。ただし、本稿は、その時代の考察の明晰さを失わせないために、冒頭において、先行する時代を概観することとした(Ⅱ)。そして、結びにおいて、両国を比較対照し、わが国への示唆を抽出する作業を行っている(Ⅶ)。

それでは、我われは、今日、真の多様性の担い手を、地方自治体に見出すことができるのであろうか。考察の準備作業として、まずは、ワイマルと独立革命以

5) ドイツ法が、明治21年市制町村制に与えた影響につき、参照、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造(三)(四・完)」自治研究66巻6号106-112頁、同66巻7号94頁(1990)、大島美津子「地方制度(法体制確立期)」鶴飼信成ほか編『講座日本近代法発達史第8巻』73頁(勁草書房、1959)。ただし、明治地方制度は、フランス法制の影響を受けたことも指摘されており、注意を要する(三成賢次『法・地域・都市』41頁注1(敬文堂、1997))。一方、アメリカ法が、日本国憲法第8章に影響を及ぼしたことにつき、参照、須貝脩一「地方自治の本旨」阿部照哉ほか編『地方自治大系Ⅱ』26頁以下(嵯峨野書院、1993)、山下健次/小林武『自治体憲法』55-82頁(学陽書房、1991)。

6) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第二版〕』109頁(有斐閣、2001)

7) 唯一、1964年に公開された成田博士の論考が、ドイツおよびアメリカ憲法の地方自治条項、自治権の性格、自治権の内容と限界につき、詳細な比較研究を行い、両国が、憲法上の自治権の性格に伝来説にたつという共通点をもつことを見いだしている。なお、ここに、両国は対照をなすという支配的な認識の脆弱さが示唆されており興味深い(成田頼明「地方自治の保障」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系第5巻統治の機構Ⅱ』231頁(有斐閣、1964))。

8) なお、この点は、基本的に近代民主主義社会全体に妥当すると指摘されている(参照、只野雅人「代表の概念に関する覚書(1)」一橋法学1巻1号112-124頁、とりわけ114頁(2002))。

前の両国が、いかなる地方自治の制度と理念を備えたかを、概観する作業からはじめよう。

Ⅱ 近代地方自治の源流

1 ワイマル以前のドイツ―「国家」と「社会」の対立の図式とその崩壊

(1) 19世紀のドイツは、「国家と社会の政治的な対立」の上に成り立ったといわれている¹⁾。それは、君主をはじめとする「支配者層」が、絶対主義時代にひきつづき、市民社会に後見的な介入を試みたのに対して、経済的な実力をつけはじめた「市民層」が、実体を伴う勢力として「支配者層」と対立したことを指している²⁾。その際、市民層からなる「社会」が、「国家」の権限の限界を見出すために、基本権の理念をとりいれ、あるいは、「国家」の活動を統制することを狙いとして、議会に代表を送りこむよう試みたことは、いうまでもない³⁾。こうした市民的自由主義と議会主義の潮流は、1814年から20年にかけて憲法を制定して、国民代表議会を創設した西南ドイツ諸国において、明確な形をとってあらわれた⁴⁾。

一方、いまだ、市民層の発達をみなかったプロイセンは、これとは別に、ナポレオン軍の侵攻により、絶対主義システムの脆弱さを痛感したことを契機として、国政改革を余儀なくされる歴史をもっている⁵⁾。具体的には、シュタイン男爵(Freiherr vom Stein)が、1808年の都市条令(Städteordnung)により、君主と官僚に独占されてきた救貧、学校、衛生、建築等にかかわる権限を、市民により選出される市議会と、市議会により選出される市参事会とに付与して⁶⁾、市民の活力を支えに、国家を再構築しようとしたことが、それである⁷⁾。そして、ここに、ドイツの盟主プロイセンは、近代地方自治の源流となる制度を生み出したといわれている⁸⁾。すなわち、市民層は、条令において、都市に対する国家の監督

1) Ernst Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 10 ; Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., 1969, S. 73 ff. ; Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19 Jahrhundert, 1950, S. 7.

2) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 1), S. 73 ; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 273 f.

3) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 174 f., 180 f., 268 f.

4) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 123 ff.

5) Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 13 ; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 69.

権を、原則として①会計監査権、②裁定的関与権、③条例承認権、④市参事会委員選挙の認可権に限定されて⁹⁾、都市を包括的な国家の監督に服させたプロイセン一般ラント法(1794年)¹⁰⁾とは対照的に、都市における自律的な公務の遂行を保障された¹¹⁾。

ドイツの地方自治は、このように、元来、国民代表議会の創設に先行して、市民を公務の遂行に参加させ、彼等の公共精神を喚起して国力を強化するとともに、市民を政治的に解放することを目的として創設された制度であった¹²⁾。

(2) もっとも、シュタインの都市条令は、これを子細にみれば、市民の政治的

-
- 6) §§48, 74, 152 PrStO 1808. 市議会は議決機関、市参事会は執行機関であり、日常的には、行政委員会(Deputation)と特別委員会(Kommission)が権限を行使した (§179PrStO1808)。なお、これらの委員会は、1名ないし複数名の市参事会委員とその数を上回る市議会議員または市民代表(市議会議員により選出され市参事会に承認されたもの)からなつた (§175 PrStO 1808)。
 - 7) シュタインの都市条令の概説として、Vgl., R. Hendler, a. a. O. (Anm. 5), S. 14 ff. ; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 94 f., 高柳信一「プロイセン地方自治制の生成とその特質(一)」社会科学研究4巻1号108-123頁(1952)、三成賢次『法・地域・都市』5-9頁(敬文堂、1997)、東畑隆介「F・V・シュタインの「都市条令」について」史学35巻2・3号173頁(1962)、木佐茂男「プロイセン=ドイツ地方自治法理論研究序説(一)」自治研究54巻7号102-105頁(1978)、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造(一)」自治研究66巻4号116-118頁(1990)。
 - 8) ちなみに、一般的に、中世自治都市の伝統は、絶対君主による特権剥奪により息絶えて、1808年の都市条令の制定により、近代地方自治として再生したと解される(R. Hendler, a. a. O. (Anm. 5), S. 14 f. 同旨、北住炯一「プロイセン都市行政構造の歴史的展開」名古屋大学法政論集110号93-94頁(1986))。
 - 9) 「国家は、最高監督権の行使として、公有財産の管理にかんする都市の刊行された決算書(Rechnungsertrakte)または公表されるべき会計報告を監査し、個々の市民または諸団体による都市共同体にかかわる請願について裁決し、新たな条例を承認し(bestätigt)、参事会委員選挙を認可(Genehmigung)するものとする」 (§2 PrStO 1808)。1808年都市条令の国家監督権につき、参照、三成・前掲注7) 74-81頁。以下 PrStO 1808 のテキストは、Christian Engeli/Wolfgang Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, 1975. S. 101 ff. に依拠した。
 - 10) §13 II 13 ALR 1794「国家の中に存立するあらゆる社会(Gesellschaften)と公の営造物(öffentliche Anstalten)は、一般の静穏さ、安全、秩序を目的とする領邦君主の監督に服するものとする」。テキストは、Hans Hattenhauer/Günther Bernert, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, 3. Aufl., 1996 に依拠した。なお、プロイセン一般ラント法における国家監督権につき、Vgl., Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 53 ff.
 - 11) W. Kahl, a. a. O. (Anm. 10), S. 69 ff. insbes. 78 f.
 - 12) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 91, 98.

な平等を実現するものではなかった。都市の住民は、市民権をもつ市民 (Bürger) と、それをもたない被保護民 (Schutzverwandte) とに分けられて¹³⁾、公務の遂行に対する参加権は、財産を有する市民に限り付与された。すなわち、「大都市において、年間の純収入が200ターレルに達しない市民」と、「中小都市において、年間の純収入が150ターレルに達しない市民」は、市議会議員の選挙権を付与されなかった¹⁴⁾。また、そもそも、警察 (Polizei) 権は、主権の象徴として¹⁵⁾、本来的に支配者層に専属した¹⁶⁾。

このように、ドイツの地方自治は、その成立当初において、有産市民に一定の範囲に限り、政治参加の機会を付与する制度にとどまり、彼らの政治力の盛衰とともに、紆余曲折を経験する高い蓋然性をもたされていた。

実際、たとえば、メッテルニヒのウィーン体制が、支配者層の政治的な力を盛り返すと、彼等は、1831年に修正都市条令を制定し、国家の官庁たる県庁に市政の包括的な監督権を与えるとともに¹⁷⁾、主権者たる君主に市議会の解散権¹⁸⁾や市制の剥奪権を与えて¹⁹⁾、都市における市民の政治活動を自らの包括的な統制下に

-
- 13) §5 PrStO 1808 「すべての都市の住民は、次の二つのクラスからなるものとする。市民または被保護民、もしくは、市民権を獲得した住民または市民権を獲得しなかった住民…」。
- 14) 以上、市議会議員の選挙権につき、Vgl., §74 PrStO 1808 (なお、無産者の他、在職中の市参事会委員、女性、犯罪者、破産者が、選挙権を付与されていない。)
- 15) このことは、神聖ローマ帝国の解体により、名実ともに主権者となった領邦君主が、帝国時代の既得権を主張する等族身分と、Polizei 権の帰属先をめぐる政治的に衝突したことに良くあらわれていた (参照、松本尚子「ベルクのポリツァイ概念—19世紀初頭ドイツの国家目的論と権力分立の一例」一橋論叢115巻1号171頁 (1996)、同「『ポリツァイブレッター』と『官房通信』」北大法学論集50巻1号1頁 (1999))。
- 16) §166 PrStO 1808。この点につき、参照、木佐・前掲注7) 103頁。
- 17) §139 Rev. PrStO 1831 「都市に対する国家の最高監督権は、県庁 (Regierung) が行使する。県庁は、以下の権限をもち義務を負うものとする。a すべての都市が、法律一般とりわけ現行条令に則して行政を営んでいることを確認すること。b 行政が定められたとおりに継続して行われるよう努め、また、届出のあった障害につきそれを除去するよう努めること。c 市町村成員に属する諸権利につき、その侵害にかかる各人の訴願を審理し裁決すること。d 都市市民 (Stadtgemeinde) に義務の履行を促すこと。e 本条令で裁決が命じられている事例について裁決すること…」。
- なお、県庁は、市参事会員の承認権や緊急の場合の特命官吏の補充権も与えられている (§93 Rev. PrStO 1831)。以下 Rev. PrStO 1831 テキストは、C. Engeli / W. Haus, a. a. O. (Anm. 9), S. 180 ff. に依拠した。

おいた²⁰⁾。また、この反動的な条令は、選挙権の取得に必要な財産価額を引き上げて、市政参加者の範囲をシュタインの都市条令以上に限定した²¹⁾。

一方、3月革命において、市民層が市民的自由主義運動に頂点を迎えると、フランクフルト憲法(1849年)は、「警察権」を含めた自治行政権を前国家的な「基本権」として市町村に保障し(同184条)²²⁾、1850年のプロイセン市町村法は、国家監督権を市民層からなる上級地方団体に帰属させる措置により、都市の権能を強化した²³⁾。しかし、この動向は、3月革命の挫折と共にふたたび反転し、フランクフルト憲法は発効を停止され²⁴⁾、国家の監督権は修正都市条令に匹敵する範囲に復元されて、支配者層に引き戻された²⁵⁾(東部6州に対する都市条令(1853年))。

いずれにせよ、これらの事実は、当時の都市がもっぱら「市民層」の政治の舞

-
- 18) §83 Rev. StO 1831「余は、市議会が、義務の履行を怠り、混乱や分裂に陥る場合、綿密な調査の後に、これを解散させ、新たな議会の形成を命じるものとする。…」。
- 19) §139 Rev. StO 1831「…余は、多くの市民が、期待に反し著しい義務違反をおかした場合、当該都市から本条令により付与された市制(Versfassung)を剥奪する権限をもつものとする」。
- 20) 三成・前掲注7)10-16頁。修正都市条令が、監督権を強化したことにつき、Vgl., W. Kahl, a. a. O. (Anm. 10), S. 91, 三成・前掲注7)81-88頁。ただし、シュタインの都市条令を適用された都市は、修正都市条令の採否を自由な裁量に委ねられていた(H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 215.)。なお、修正都市条令の概要につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), 213 ff. ; Erich Becker, Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, in : Hans Peters (Hrsg.), HkWP Bd. 1, 1956, S. 87 f.
- 21) §15 Rev. PrStO 1831「以下の者は、市民権を獲得する権利と義務をもつものとする。a. 都市の区域内に土地をもち、その価値が、小都市の場合300ターレルを下回らない額、大都市の場合2000ターレルを上回らない額で、それぞれ条例(Statut)に定められる額を上回る者。b. 都市の区域内に常設の営業を営む者で、そこから得られる純収入が200ないし600ターレルを下回らない額で、条例に定められる額を上回る者」。
- 22) §184 Paulskirchenverfassung「各市町村は、その組織上の基本権として、次の諸権利を有する：
- a その首長および代表者を選出すること。
 - b 邦の法律的に整序された指揮監督の下に、地方警察を含む市町村事務を、独立して管理すること。
 - c 自己の市町村予算を公表すること。
 - d 審議を原則として公開すること。」
- テキストは、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第3版)』49頁(信山社、2001)に依拠した、同憲法における地方自治制度の概要につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 292 f.

台として機能し、「市民層」と「支配者層」の政治的な力関係に即して姿を変える制度であったことをものがたっている²⁶⁾。ちなみに、このことは、東部プロイセンと西部プロイセンの都市と農村が、一つの時代において異なる地方制度を備えたことにも良くあらわれていた。

(3) すなわち、まず、西部プロイセンの各州は、ドイツきっての先進工業地域として、資本家層の経済力を背景に、東部プロイセンの都市条令や修正都市条令の適用を拒否することに成功した。敷衍すれば、ヴェストファーレン州とライン

-
- 23) §138PrGO1850「市町村事項の行政に対する監督は、この法律に明文の定めのないかぎり、人口1万人以上の市町村の場合、県参事会(Bezirksrat)により、その他の市町村の場合、第1審としての郡委員会(Kreisausschuß)および第2審としての県参事会により行われるものとする…」郡委員会と県参事会が、自治的要素に規定される機関であったことにつき、参照、北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治』65頁(成文堂、1990)、三成・前掲注7)27頁。なお、同条令の48条、140条、141条、143条は、例外的に国家による監督の制度を設けている。以上の点につき、Vgl., W. Kahl, a. a. O. (Anm. 10), S. 117. 1850年プロイセン市町村法の概要につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 316 ff. ; E. Becker, a. a. O. (Anm. 20), S. 88. PrGO 1850 のテキストは、C. Engeli / W. Haus, a. a. O. (Anm. 9), S. 310 ff に依拠した。
- 24) 成瀬治／山田欣吾／木村靖二編『世界歴史大系 ドイツ史2』320頁[川越修](山川出版社、1997)。なお、プロイセンの1848年憲法も、自治行政権に地方警察権を含めていたが(§104 Abs. 3 PrVerf 1848)、1850年憲法は、この規定を削除して一步後退し(§105 Abs. 3 PrVerf 1850)(参照、高田／初宿・前掲注22)78頁)、また、1853年の同憲法の改正は、「プロイセン国の市町村、郡および州の議会および行政は、特別法により詳細に定められる」と規定して、市町村の自治行政を法律事項につくりかえ、地方自治の憲法保障を一層弱体化させた(参照、高柳信一「三月革命におけるプロイセン地方自治制改革」杉村章三郎先生古稀記念『公法学研究下』490, 500頁(有斐閣、1974))。
- 25) §76PrStO1853「都市の市町村事項に対する国家の監督は、この法律に明文の定めのないかぎり、県庁(Regierung)、州知事(Oberpräsident)及び内務大臣により営まれるものとする。…」PrStO1853のテキストは、C. Engeli / W. Haus, a. a. O. (Anm. 9), S. 370 ff. に依拠した。1853年東部6州都市条令の概要につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 331 ff. ; E. Becker, a. a. O. (Anm. 20), S. 88 ; W. Kahl, a. a. O. (Anm. 10), S. 119 ff.
- 26) W. Kahl, a. a. O. (Anm. 10), S. 97 ; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 174, 180 f. ; E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 8 ff. 市民層が、政治的自由の要求や解放の要求を提示するための闘争概念として、「自治行政」概念をもちいたことにつき、Vgl., R. Hender, a. a. O. (Anm. 5), S. 50 ; Karl-Jürgen Bieback, Die öffentliche Körperschaft, 1976, S. 178 f. ; ders., Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts, Quaderni Fiorentini 11/12, 1982-1983, S. 862 f.

州の資本家層は、それぞれヴェストファーレン農村条令(1841年)とライン市町村条令(1845年)をプロイセン政府から勝ち取り²⁷⁾、市民層を納税額により三つのクラスに分類した上で、各クラスに同数の市町村議会議員を選出させる、三階級選挙制度を取り入れることに成功した²⁸⁾。たとえば、人口85,000人強をかかえたケルン市の場合(1846年)、有権者は4,045人とどまり、第一階級はさらにその13パーセントにとどまったため²⁹⁾、資本家層は、ここに明らかに政治力を強化された。そして、政治力を高めた資本家層は、3月革命期になると東部プロイセンの「都市」にも同様の制度を取り入れた³⁰⁾。

一方、グーツヘルに支配された東部プロイセンの「農村」は、市民層を創出することに失敗し³¹⁾、自治の制度そのものを1891年に至るまで確立できなかった。すなわち、この地域は、一旦この制度を整備されつつも(1850年プロイセン市町村法)、ユンカー層の政治的な抵抗によりそれを廃止に追い込まれ(1856年)、1891年の東部7州に対する農村条令の制定に至るまで、土地貴族の支配から解放されなかった³²⁾。しかも、ドイツ全土を見渡しても、西南ドイツ諸国(バーデン、ビュルテンベルク等)が、市町村に警察権の一部を帰属させ、三階級選挙を導入する等、市民的自由主義の発達に度合いに応じた先進的な制度を整えた³³⁾のに対

27) ただし、ヴェストファーレン州の都市は、東部プロイセンの制度を受け入れた(以上の点につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 227 f.)。

28) §16 RhGO 1845「選挙および市町村の公の事務に關与する権利は、第2節の規定にしたがって、次の者にかぎって与えられるものとする。1. Meistbeerbten (§§33, 35) (=多額納税者である25歳以上のプロイセン臣民の男子で品行方正な者(筆者注))。2. その他特別にこれを与えられた者 (§36)」。

§50 RhGO 1845「選挙権をもつ者は、選挙のために、その収入または納税額により3つのクラスに分類されるものとする。それぞれのクラスには、選挙権をもつ者の全収入額または全納税額の3分の1がおさまるものとする。…」。

§51 RhGO 1845「各クラスは、同数の市町村代表およびその代理人を選出するものとする。…」。

以下 RhGO 1845 のテキストは、C. Engeli / W. Haus, a. a. O. (Anm. 9), S. 281 ff. に依拠した。ライン市町村法における三階級選挙につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 103 ff., 225 ff. 三成・前掲注7) 122-123頁。ただし、ヴェストファーレン州農村条令(1841年)は、二階級選挙にとどまった(Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 228.)。

29) 三成・前掲注7) 125頁。三階級選挙以外のライン市町村条令の特色につき、参照、三成・前掲注7) 114-133頁。

30) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 316, 332.

31) 高柳・前掲注7) 125頁、H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 19, 30, 132.

して、北ドイツ諸国（ハノーファー、ザクセン等）は、身分制の伝統に支配された地域の事情を色濃く反映して、東部プロイセンに近接する制度を設けるにとどまった³⁴⁾。

いずれにせよ、19世紀のドイツの都市が、プレスと並ぶ「市民勢力の牙城」として³⁵⁾、「有産市民」や「教養市民」の政治的な解放に固有の機能をそなえたことは、これらの事実により十分に証明されていた。

(4) ところが、このような市町村は、無産市民を排除し、君主主権の前提にとどまるかぎりにおいて、いかなるバリエーションをとるにせよ、今日の政治的な平等を前提とする国家理論とは相容れなかった。

そして、その特質は、当時の理論家にも顕著であった。たとえば、19世紀を代表する自治行政論者グナイストは、自治行政制度を、君主により任命された名誉職官吏に、社会から超越する「人倫（Sittlichkeit）」を具体化させる制度と捉え³⁶⁾、有産市民層にその担い手を見出した³⁷⁾。すなわち、自治行政は、「品性（Würdigkeit）ある者」により営まれる、「必然的に有産市民層、中流層と結びつく」³⁸⁾制度であり、無産市民層は、政治への参加を否認されて、社会の底辺におかれつづ

32) 三成・前掲注7) 24-28頁、35-37頁、H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 327 ff., 714 ff. ; E. Becker, a. a. O. (Anm. 20), S. 88 f. ちなみに、西部プロイセンの諸州は、早くから農村にも「自治の権利」を与えた。たとえば、ライン市町村法は、次のように規定した。§1 RhGO 1845「自治行政のために現在固有の予算をもつあらゆる地域団体（都市、村落、集落（Bauerschaft）、農民団体（Honnschaft）、教区等々）は、その予算が特別予算に基づくものであっても、あるいは、連合市町村予算の一部であっても、今後市町村幹部の監督のもとに一つの市町村をなすものとする」。

33) E. Becker, a. a. O. (Anm. 20), S. 90 ; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 183 f.

34) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 186 ff. ヘフターは、こうした観点から、19世紀ドイツの地方自治制度を、西部プロイセン、東部プロイセン、南ドイツ、北ドイツの4類型に分類する（H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 228.）。

35) K. -J. Bieback, a. a. O. (Anm. 26 Körperschaft), S. 190 ; Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 412.

36) グナイストは、「社会が、物質的な欲望の体系の上に基礎づけられる」のに対し、「国家は、人間の倫に則した本性の中に、自立して存在する」として、国家の超越的な性格を指摘し、自治行政を、この国家に属する一行政システムと位置づけた（Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl., 1879, S. 27 f. ; ders., Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, 1869, S. 95）。

37) R. v. Gneist, a. a. O. (Anm. 36 Rechtsstaat), S. 34 f. ; ders., a. a. O. (Anm. 36 Verwaltung), S. 45 f., 87 f., 100.

38) R. v. Gneist, a. a. O. (Anm. 36 Verwaltung), S. 100 f.

けた。

一方、西南ドイツを代表する理論家ロテックは、自由で平等な市民から³⁹⁾積み上げられる秩序づくりの方法を理想とし⁴⁰⁾、市町村をはじめとする自然発生的な団体に、前国家的な自由権の享有を認めた⁴¹⁾。しかしながら、彼も、このような「自然の機関に無制約の権限を認めれば、禍を招きかねない」という前提から、「独立の権威を有する」人為的な機関に固有の正統性を認めて、君主政の現実に与していた⁴²⁾。しかも、ロテックにおいても、平等の理念は、無産市民層に貫徹されず、政治の主要な担い手は能力もあり信頼もできる「中間層 (Mittel-classe)」に見出されていた⁴³⁾。

(5) しかし、いずれにせよ、こうした政治的な不平等を前提とする自治行政理念が、永久に通用力をもち続けることはなかった。すなわち、ドイツ社会は、まもなく、進行する産業化とあいまって、「支配者層」と「市民層」から構成される単純で二元的な政治構造の時代を後した。そして、この社会階層の多層化は、「支配者層」と「市民層」とに政治的な権力を独占させた君主主権と制限選挙制度を廃止して、急進民主主義を実現するワイマル憲法の制定へとつらなった。しかも、この政治的な平等の実現は、「第三階級の Sitten と Anschauung を基礎とする社会」⁴⁴⁾のために存在した市町村を、特権的な団体として際立たせる可能性

39) Carl von Rotteck, Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften Bd. 1, 1829, S. 18 ff.

40) Carl von Rotteck, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie Bd. 2, 2 Teil, 1828, S. 11 f., 20 f. ; ders., Art. Gemeinde, in : Carl von Rotteck/Carl Welcker, Das Staats-Lexikon Bd. 5, 1847, S. 475 ff ; ders., Art. Gesellschaft, Gesellschaftsrecht, in : Carl von Rotteck/Carl Welcker, Das Staats-Lexikon Bd. 5, 1847, S. 680 ff.

41) C. v. Rotteck, a. a. O. (Anm. 40 Gemeinde), S. 483, 499 f. 「市町村は、元来、国家と同様の目的を実現するために創設され、その目的実現のためにより大きな国家団体を作り、その目的に照らして合理的に必要と解される範囲において、独立性を制約される」にとどまる、とも指摘される (Ebenda, S. 480)。

42) なお、この「独立の権威を有する」人為的な機関は、「自然の機関の名において」全体のために必要な判断を下す人為的な機関と区別される。以上の点につき、Vgl., C. v. Rotteck, a. a. O. (Anm. 40 Gesellschaft), insbes. S. 694 f.

43) Carl von Rotteck, Art. Census, in ; Carl von Rotteck/Carl Welcker, Das Staats-Lexikon Bd. 3, 1846, S. 157. なお、この点につき、Vgl., H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 274, 玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造 (三)」国家学会雑誌104巻 1・2号15頁 (1991)。

をもっていた。ここに、ワイマルのドイツが、いわば階層社会に成立した市町村制度の存在意義を根底から見直さなければならなくなったことは、明らかであろう。このことは、第Ⅲ章においてさらに詳しく検討することとする。

2 独立革命以前のアメリカ—英国における近代地方自治の起源

(1) 一方、アメリカの地方自治は、中世後期のイングランドに起源をもつといわれている⁴⁵⁾。当時の英国は、国土全体に、①シャイア (Shire) (後のカウンティ (County))、②ハンドレッド (Hundred)、③タウンシップ (Township) の三層の行政区画において⁴⁶⁾、カウンティに、国王の代官となる Sheriff を派遣して、財政、軍事、司法、警察等の作用を営ませていた⁴⁷⁾。そして、この国は、ペストの流行により、より強力で恒常的な執行機関を必要とするようになると、Sheriff の権限を地方の名士からなる治安判事 (justice of the peace) に移譲して、地方の秩序を治めさせるようになっていった⁴⁸⁾。こうして、治安判事は、14世紀に制度を確立され、重罪・軽罪にかかる刑事裁判権と賃金統制権とを与えられ、18世紀に至るまで徐々に権限を拡大された。すなわち、彼らは、主要な地方機関

44) Johann Caspar Bluntschli, Art. Gesellschaft und Gesellschaftswissenschaft, in: Johann Caspar Bluntschli / Karl Brater, Deutsches Staatswörterbuch Bd. 4, 1859, S. 247.

45) Joan C. Williams, *The Invention of the Municipal Corporation*, 34 AMERICAN U. L. REV. 369, 370, 377-380(1985); THOMAS H. REED, MUNICIPAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES, 59(1934). 村上氏は、この歴史的経緯に照らして、イギリス地方行政の検討を踏まえたアメリカ地方自治制度の再検討の必要性を指摘する。参照、村上義弘「イギリス地方行政制度の歴史的展開 (1) (2)」大阪府立大学経済研究32巻2号282頁 (1987)、同33巻3号236頁 (1988)、同「イギリスの地方制度—近代的地方行政制度の生成と発展—」阿部照哉ほか『地方自治大系Ⅰ』189頁 (嵯峨野書院、1989)、同「概括と今後の課題」阿部照哉ほか『地方自治大系Ⅱ』323頁 (嵯峨野書院、1993)。

46) 嶺山政道『英国地方行政の研究』84-86頁 (国土社、1949)。なお、これらの制度は、ノルマン制服以前の地方制度を生かされていた。すなわち、ノルマン制服以前のイングランドは、国家の募兵と徴税組織の基本的な単位として、タウンシップを組織し、タウンシップの上にハンドレッドを、ハンドレッドの上にシャイアを組織していた (参照、大野真弓編『イギリス史 (新版第4版)』第2章第3節 (山川出版社、1972))。

47) 嶺山・前掲注46) 84-86頁

48) CHARLES A. BEARD, THE OFFICE OF JUSTICE OF THE PEACE IN ENGLAND, 33-44(1904); FREDERICK W. MAITLAND, THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF ENGLAND, 206-209(1913); H. Heffter, a. a. O. (Arum. 1), S. 33 f.; 村上・前掲注45)「歴史的展開 (1)」246頁。

として、法と秩序の維持、道路と橋の整備、生産と分配の規制、労働規制、救貧等、さまざまな司法・行政作用を営んでいた⁴⁹⁾。

しかし、ここにおいて、治安判事が近代英国における「地方自治の起源ではなかった」ことは注意を要した⁵⁰⁾。すなわち、この官職は、地方の名士に支えられ、その構成に自治的要素を備えたものの、任免権を国王に掌握され⁵¹⁾、後にグナイストの官憲的自治行政のモデルとなるように、「国王評議会の監視の下におかれる」国家機関にとどまった⁵²⁾。すなわち、それは、「自律した団体」を前提としない制度であり⁵³⁾、今日の地方自治の起源とみなすことは難しかった。

(2) 一方、英国における真の地方自治の源流といえたのは、マグナカルタ(1215年)以来議会に代表を送る上流市民・貴族層により、いくつかの都市に形成された「地方法人(Municipal Corporation)」であった⁵⁴⁾。すなわち、この上流市民層からなる団体は、14世紀の末頃から、イングランド国王により発行されるチャーター(特許状)により、バラ(Borough)、または、シティ(City)という法人としての地位を付与されて、近代地方自治の源流をつくった⁵⁵⁾。

49) 賃金統制権は、ペストによる労働力人口の減少にともなう賃金高騰を背景として付与された(See, F. W. MAITLAND, *supra* note 48, at 206–209)。治安判事の権限拡大につき、See, SIR I. JENNINGS, *PRINCIPLES OF LOCAL GOVERNMENT LAW*, 30 (4th ed., 1960) (柳沢義男／柳沢弘毅訳『イギリス地方行政法原理』30頁(日本比較法研究所、1971))。

50) 蠟山・前掲注46)90頁

51) F. W. MAITLAND, *supra* note 48, at 207; 村上・前掲注45)「歴史的展開(1)」243–265頁、同「概括」328–330頁

52) F. W. MAITLAND, *supra* note 48, at 209. 同旨、柳沢／柳沢訳・前掲注49) 28頁

53) グナイストが、治安判事の制度を範型に、官憲的自治行政論を構想したことにつき、Vgl., R. v. Gneist, a. a. O. (Anm. 36 Verwaltung), S. 1 f.; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 372 ff., 木佐茂男「プロイセン＝ドイツ地方自治法理論研究序説(三)」自治研究54巻9号91–95頁(1978)、蠟山・前掲注46) 93–94頁。また、グナイストの自治行政構想が、自律的行政統一体としての市町村を措定しなかったことにつき、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造(二)」自治研究66巻5号108–109頁(1990)。

54) J. C. Williams, *supra* note 45, at 370; JEFFERSON B. FORDHAM, *LOCAL GOVERNMENT LAW*, 18(Rev. ed., 1975).

55) 岡田章宏「近代イギリスにおける「行政」主体の生成(1)」神戸大学教育学部研究集録83集15頁(1989)、J. C. Williams, *supra* note 45, at 378–379; T. H. REED, *supra* note 45, at 47–48; I. JOHN. F. DILLON, *COMMENTARIES ON THE LAW OF MUNICIPAL CORPORATIONS*, 17–18(5th ed. 1911).

そして、この法人が、二つの社会的な機能を果たしたことは注意を要した。すなわち、それは、①上流市民層を、国王による絶対的な支配から解放するとともに、②国王を、上流市民層の政治的・経済的な支援に与らせる機能をもっていた。敷衍すれば、国王は、法人に各種の特権を与えて（市場開設権、民事・刑事の裁判権、庶民院に代表を送る権利等）、市民の自律化を認めつつ、その見返りとして献上金をはじめとする支援を受け取るにより、自己の地位を保全することに成功した⁵⁶⁾。英国地方法人は、このように、二つの政治勢力の均衡を保つ機能に支えられて、成立したといえる。

もちろん、この種の法人は、統一的な国家観に抵触しかねない側面をもっており、この点は注意を要した⁵⁷⁾。ただし、英国の場合、それは、その成立当初において、二つの政治勢力双方に利益を与え、また、名誉革命の後になると、主権者たる国会を構成する人々と同一の社会階層（上流市民層）からなったため、むしろ国家の統合に寄与した⁵⁸⁾。唯一、法人による多元的な分裂の問題が明るみにでたのは、名誉革命に先立つ王政復古の時代であった。すなわち、ロンドンシティが、チャールズ2世との対立を機に、権限開示令状（quo warranto）に基づく訴訟により、法人たる地位を剥奪され⁵⁹⁾、また、ホブズによる統一国家観に脅かされたことが、その代表例であった。ホブズによれば、「コモン・ウェルス…

56) J. C. Williams, *supra* note 45, at 372-382; Gerald E. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 HARV. L. REV. 1057, 1090-91 (1980). 小西直弥「イギリス地方自治における公共性観念の展開に関する序論的考察（一）」名古屋大学法政論集178号135頁（1999）、F. W. メイトランド（森泉章監訳）『法人論』解説161頁以下（日本評論社、1989）。

57) G. E. Frug, *supra* note 56, at 1092-1093、村上・前掲注45）「歴史的展開（1）」281頁、蜷山・前掲注46）29頁は、この文脈で以下に引用するホブズの見解を提示する。

58) 国会と地方法人が、同一の社会階層からなったことにつき、*See*, G. E. Frug, *supra* note 56, at 1091-1092; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 35 ff., 蜷山・前掲注46）86, 98頁。

59) 地方法人は、権限の濫用により、チャーター上の権利を失権すると解釈された（GEORGE NORTON, COMMENTARIES ON THE HISTORY, CONSTITUTION, AND CHARTERED FRANCHISES OF THE CITY OF LONDON, 305-307 (1829); 1 J. F. DILLON, *supra* note 56, at 19 and 19n.2; Howard L. McBain, *The Legal Status of the American Colonial City*, 40 POL. SCI. Q., 177, 180-181 (1925), 小川市太郎『英国自治制度の研究』435頁（大阪商科大学経済研究所、1938）、岡田・前掲注55）20頁）。

の弱点は、一都市の不適當な大きさであり、それ自身の中から一大軍隊の費用と成員とを供出しうることである。そして、多すぎる法人の数も問題であり、それらは大きなコモーンウェルスの中の小コモーンウェルスとして自然人の内臓に寄生する腸虫のように作用する」。このように、法人の自律性は非難の的とされていた⁶⁰⁾。しかし、この危機的状況は、国王の力を弱体化する名誉革命の成就とともに乗り越えられ、ロンドンシティは、従前の法的地位を回復するとともに、他の法人も、同様の経緯をたどっていった⁶¹⁾。こうして、地方法人は、18世紀の末ごろには、ホップズの指摘にもかかわらず、約200に数を増大させることに成功した⁶²⁾。

(3) もっとも、この国においても、産業革命は事態を一変させた。すなわち、その大本をなしたのは、腐敗バラ (rotten borough) といわれる地方法人の続出であり⁶³⁾、国王は、多層化する社会階層を前に、新興の中産階層に対しては、地方法人を新設する権限や、国会に代表に送る権限を与えずに⁶⁴⁾、もっぱら上流市民層からなる地方法人を創設しつづけて、庶民院における彼等の独占的な地位を保全したのであった。そして、ここに生まれた社会的な衝突の火種は、第一次選挙法改正 (1832年) へとつらなり、それにより国政参加の途を開かれた中産階層は、1835年の地方法人法 (Municipal Corporation Act) の制定へと働きかけた⁶⁵⁾。地方法人は、この法律により、従前の特権を剥奪されて⁶⁶⁾、国会との関係を次のように性格づけられる端緒をえた。すなわち、「いかなる地方機関 (local

60) THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN*, 256-57 (Oxford ed. 1909).

61) G. E. Frug, *supra* note 56, at 1094 ; H. L. McBain, *supra* note 59, at 182.

62) J. C. Williams, *supra* note 45, at 382.

63) H. Heffter, a. a. O. (Anm. 1), S. 38、蠟山・前掲注46) 98-99頁、村岡健次／木畑洋一編『世界歴史大系 イギリス史3』75-77頁 [村岡健次] (山川出版社、1991)

64) ロンドンやノリッジ (Norwich) が地方法人となる一方で、マンチェスタやバーミンガムをはじめとする新興都市はこの資格を与えられなかった (J. C. Williams, *supra* note 45, at 382.)。

65) H. L. McBain, *supra* note 59, at 184-185、岡田章宏「近代イギリスにおける「行政」主体の生成 (2)」神戸大学教育学部研究集録84集 2-3 頁, 5 頁 (1990)

66) H. L. McBain, *supra* note 59, at 185 ; J. C. Williams, *supra* note 45, at 391-392. 1835年法の概要につき、参照、村上・前掲注45)「歴史的展開 (2)」216-218頁、小西直弥「イギリス地方自治における公共性観念の展開に関する序論的考察 (三・完)」名古屋大学法政論集180号403頁 (1999)。

authorities) も、固有の立法権を有しない。国会が、この分野において独占権を享有する。地方機関の立法権は、制定法に服しそれに由来しなければならない。そして、国会は、これらの立法権を制定法によってのみ委任することができる」⁶⁷⁾。「法人格をもつ団体 (corporate bodies) が、その設立目的に関連する事項について、制定法に基づかず、バイ・ローを制定する権限をもつという理論は、今日の地方機関に関する限りにおいて、何らかの意義をもつといえるかどうかは疑わしい」⁶⁸⁾。

こうして、英国の地方法人は、上流市民のための「特権とその濫用の巨大なシステム」から⁶⁹⁾、「国会により定められる法律の執行機関」へと姿を変えて⁷⁰⁾、今日へと至ることとなった。

(4) ところで、この一連の動向は、当然に、17～18世紀のアメリカ社会にも影響を及ぼした。すなわち、この英国植民地も、上流市民層からなる地方法人を一定程度創設し⁷¹⁾、一般市民の国政参加の契機となる独立革命とともに、法人の性格に見直しを迫られた。ただし、植民地社会は、本国のように典型的な階層社会ではなく、「多様で、流動的であり、…階級意識を生みにく」かった。実際、テナント層は、地主層との軋轢を免れなかったものの、「貧しい失意の人ではなく、…ヨーマン (中産の自営農民) となり、あるいは、より富裕化して」、社会的・経済的に上昇する機会をもっていた⁷²⁾。アメリカ社会は、その意味において、階層社会を前提とする本国とは、異なる道に開かれているともいえた。この点は、第V章以下において、より詳しく考察することとする。

(5) さて、いずれにせよ、以上の近代地方自治の源流をたどる作業は、近代国家が、その民主化とともに地方自治のおき場に悩まされる運命にあることを、一

67) SIR WILLIAM O. HART/J. F. GARNER, HART'S INTRODUCTION TO THE LAW OF LOCAL GOVERNMENT AND ADMINISTRATION, 229(9th ed., 1973).

68) CHARLES A. CROSS, PRINCIPLES OF LOCAL GOVERNMENT LAW 113 (6th ed., 1981). 以上の二つの見解につき、参照、村上・前掲注45)「概括」347頁。

69) 岡田・前掲注65) 3頁

70) 村上・前掲注45)「概括」345-348頁

71) ニューヨークシティとフィラデルフィアが代表例であった。See, 1 JOSEPH S. DAVIS, ESSAYS IN THE EARLIER HISTORY OF AMERICAN CORPORATIONS, 7-15 (1917).

72) 茨木慶三「アメリカ的社会の出現」関西アメリカ史研究会編著『アメリカの歴史上』40、42、46-47頁 (柳原書店、1982)。

定程度証明できたように思われる。まず、ドイツ社会は、特定の階層を支配者から解放することを一つの目的に都市の制度を創出し、①社会階層の多層化と、②彼等の政治的な平等の実現とともに、制度の存在意義に見直しを迫られた。そして、おおよそ同様のことは、イギリス社会にも当てはまり、この国においても広範な市民に国政参加の途を開いたことが、地方法人を腐敗した制度として浮かび上がらせる契機となった。ちなみに、英国は、治安判事についても、同じ頃、その行政的権限を各種の地方行政委員会（治水委員会、貧民救済委員会、通行税取立道路委員会、都市改良委員会等）に移譲する改革をし⁷³⁾、この委員会を国会に従属する機関と位置づけており⁷⁴⁾、少なくとも地方自治との関係においては、理論的には徹底した集権化の途へと進んでいった。ここに、英米法と異なる法系にある大陸国家のドイツや、階級社会から相対的に自由な国家のアメリカが、英国と同一の途をたどるかどうかは興味深い。そこで、以下、章を変えて、両国が英国の先例をたどるかどうかを確認することとしたい。

Ⅲ 立憲民主主義とドイツの地方自治

1 ワイマル期の地方自治

(1) 「自治行政は、国家の民主化と共に力強い支えを失った」¹⁾。

これは、ワイマルを代表する地方自治法学者が、新憲法の制定とともにあらわになった地方自治の危機的状況を指して、あらわした言葉であった。なるほど、ワイマル期において、ドイツの国家は、憲法により民主化され、国民は、等しく公の秩序づくりに参加の機会を保障されたため、特定の市民層を、国家から解放する「地方自治」の制度は、ここに存立の根拠を弱くした。そして、この自治法学者は、立憲民主主義の国家における、地方自治の行く末に悲観的な展望も示して、次のように述べていた。すなわち、「従来、自治行政は、官憲的な警察国家の欲望にバランスをとる錘として存立した。しかし、今日の憲法は、官憲と国民

73) 蠟山・前掲注46)105-106頁、村上・前掲注45)「概括」330-333頁、H. L. McBain, *supra* note 59, at 184.

74) 村上・前掲注45)「概括」330-333頁

1) Hans Peters, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen*, 1926, S. 43. ペーターズが、当時を代表する自治法学者であったことにつき、参照、後掲注18)。

との理論的な対立を前提としておらず、自治行政の必要性を表面上消失させている」²⁾。しかも、市町村は、産業化とともに合理化された事実の世界においても、その担い手を官僚集団へと代えてゆき³⁾、「国家監督を本質的に強化されて…一種の行政区画へと姿を変えていた」⁴⁾。

このように、ワイマルのドイツは、一口に言えば、「自治行政の国家行政化」という現象に彩られたといえる⁵⁾。もちろん、ワイマル憲法は、市町村と市町村組合とに、「ドイツ人の基本権および基本義務」の1つとしての「自治の権利」を保障して(127条)⁶⁾、カール・シュミットの制度的(体)保障論⁷⁾の端緒をつくった。しかし、そのことも、地方自治の危機を克服するには至らなかった。以下、その点について検討を加えることとする。

(2) まず、確認しなければならないことは、シュミットが憲法のアイデンティティを「原則として無限定の自由を享有する孤立した個人」と「原則として限定される国家」とにみいだして、その中間にある団体にこの属性を認めないことであった⁸⁾。すなわち、フランス革命の書と称される『憲法理論』を著した彼は⁹⁾、

2) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 43 f.

3) この現象は、産業化と共に、ワイマル以前から現れていた (Vgl., Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 1950, S. 270.)。ワイマル期に、この点を指摘したものとして、Ernst Forsthoff, Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, 1932, S. 56.

4) Josef Fachinger, Wandlungen im Recht der Kommunalaufsicht, Die Gemeinde 1932, S. 1018.

5) Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 214.

6) 「市町村および市町村組合は、法律の制限内で自治の権利を有する」。テキストは、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第3版〕』138頁(2001、信山社)に依拠した。

7) カール・シュミットの制度的(体)保障論の研究として、山下健次「所有権の保障と制度保障の理論」立命館法学41号1頁(1962)、同「制度保障の法的性格とその問題点」公法研究26号81頁(1964)、同「制度的保障論覚書」立命館法学150-154号479頁(1980)、柳瀬良幹「地方自治の制度的保障」良書普及会編『地方自治論文集』27頁(良書普及会、1972)、赤坂正浩「二つの制度的保障論」法学49巻1号82頁(1985)

8) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 4. unveränderte Aufl., 1965, S. 125, 158, 164.

9) 石川健治「カール・シュミット「制度体保障」論・再考(一)―(三)」東京都立大学法学会雑誌32巻1号75頁(1991)、37巻2号57頁(1996)、38巻2号55頁(1997)、とくに(一)94-95頁を参照のこと。同様の指摘をする論考として、和仁陽『教会・公法学・国家』(東京大学出版会、1990)。

「国民主権」の原理を我がものとして、理想の国家形体を「国民(Nation)としての政治意識に目覚めた行動力ある統一体」に「自然を超越する高度な価値を具体化させる代表制」にみいだしていた¹⁰⁾。シュミットによれば、「代表の理念は、政治統一体として実存する人民(=国民)が、何らかの共同生活を営む人間集団の自然的存在に比して、高尚で、高度な存在を有することに基づいており(括弧内と強調は筆者)」¹¹⁾、その理念は、自然に成立する「すべての身分関係…を相対化して、吸収」し、孤立した個人と国家の統合を創出するために、欠くことのできない憲法的要素であった¹²⁾。そして、このようなシュミットの考え方は、制度的(体)保障の本質について言及する次の箇所にも明確にあらわれていた。すなわち、

「近代国家は、完結した政治統一体であり、その本質上状態(Status)、言い換えれば、自己の内部に存在する他のありとあらゆる状態を相対化するところの全体的な状態である」¹³⁾。そして、その一方で市町村は、「国家の中においてのみ存在する、法的に承認された制度」であり¹⁴⁾、歴史的に「形成され、組織され、確定可能で区別しうる」社会的な実体を、「憲法制定者たる国民」により、法的に承認された限りにおいて、議会法律により廃止されないという意味の存続を保障される、客観的な制度にとどまった¹⁵⁾。

-
- 10) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 204 ff. なお、シュミットは、同一性の原理(具体的に現存する人民と政治統一体としての人民(国民)とが同一であるという原理)を代表の原理とならぶ政治形体とみているが、同一性よりも代表の原理に明らかに力点を置いていた(Ebenda, S. 206ff.)。なお、シュミットにおける代表原理と同一性原理の関係について、参照、和仁・前掲注8)265-291頁。
 - 11) 「政治体として実存する人民」が「国民」を指すことを含めて、Vgl., C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 210.
 - 12) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 49 ff.
 - 13) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 173.
 - 14) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 170; ders., Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung, 1931, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 167 ff.
 - 15) 制度的(体)保障は、「歴史の展開の中で、特徴づけられ形成された典型的なメルクマール」を、「単純法律の制定者により除去されないこと」を指すとも論じられる(C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 14), S. 146 f., 168 ff.)。なお、この憲法的地位は、いつでも憲法改正にかけられうる法的地位にとどまる(Ders., a. a. O. (Anm. 14), S. 154 f.; ders., a. a. O. (Anm. 8), S. 20 ff.)。

くり返していえば、シュミットにとって、近代国家は、あくまで「自己の内部に、自らに先立ち、あるいは、自らの上に存在し、そしてそのために自己と同様の、公法の状態を承認してはならず、国家の上に立ち、あるいは、国家と並んで、国家の圏域に介入する介在者を承認することを許されない」ものであった¹⁶⁾。

(3) ここに、彼の制度的（体）保障論を支えた認識が、市町村を危機から救おうとする意図よりも、むしろ、この自然発生的な団体に、本来的に独立の地位を認めまいとする警戒心であったことをみてとれよう¹⁷⁾。実際に、当時の自治法学界をリードしたペータースは¹⁸⁾、このシュミットの認識を共有しながら、地方自治に敵対的な理論を示すこととなった。すなわち、ペータースによれば、「厳格に解釈される民主主義は、全体の意思の実現に対立するすべてのものを排除するものであり、…国家における公法上の団体の独立性に、本来的に敵となる運命」にあった¹⁹⁾。そして、市町村は、「本来国家の内に存在する団体」であり²⁰⁾、「下級国家行政機関」の地位において委ねられる「委任事務」はもちろんのこと、「国家により独立性を承認される団体」という地位において委ねられる「固有事務」も、本来国家に属するものであった²¹⁾。しかも、市町村は、国家の内に存在する団体であるために、これらの事務の遂行に際して、合目的性の監督はもちろ

16) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 8), S. 173.

17) 彼は、公法上の制度の地位を無自覚に強化することは「個人の基本権」に危機を招く行為である、とも指摘する (C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 14), S. 167 ff.)。

18) Arnold Köttgen, Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, 1931, S. 13; W. Kahl, a. a. O. (Anm. 5), S. 190, 201. ペータースは、ワイマル期に、前掲注1)を著し、当時の理論について包括的な知識を公にしたものとして高く評価され (Ernst Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 1)、戦後、地方自治法の基本文献にあたる Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis の編者をつとめた。

19) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 43.

20) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 56 ff.

21) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 26, 31 ff. したがって、国家は、市町村による「固有事務」の処理解怠の際に、ふたたびそれを引き受ける義務を負うと解された (Ebenda, S. 32.)。また、事務の帰属先に疑念の生じる場合には、常に国家への帰属の推定が働いた (Ebenda, S. 33)。さらに、固有事務と委任事務の事務の線引きは、「立法府の自由な裁量に委ねられる」 (Ebenda, S. 193.) と解された。なお、ワイマルの支配的な学説が、固有事務と委任事務の区別について「立法権」の万能性を前提としたことにつき、参照、村上弘「西ドイツにおける中央地方関係の一面面 (一)」自治研究59巻1号127頁以下 (1983)。

んのこと²²⁾、場合によっては、解体すら命じられうるのであり²³⁾、「行政の秩序正しい進行 (geordneter Gang) のために必要なかぎりにおいて、あらゆる国家監督庁の命令に服さなければならない」とも解されていた²⁴⁾。

ちなみに、当時のプロイセン州政府は、法律の根拠を欠きながら²⁵⁾ベルリン市をはじめとする約600の都市に「特命官吏」を投入して、市町村の事務のすべてを代行させたと報告されているが (1930年から31年)²⁶⁾、この強圧的な実務も彼等の理論に支えられていた²⁷⁾。

(4) もちろん、当時のドイツにおいて、すべての論者がこれに与したわけではなかった。たとえば、周知のとおり、団体法理論の泰斗ギールケは、市民を起点として段階的に形成される団体社会のモデルに基づいて²⁸⁾、シュミットやペータースとは対照的に、市町村に本来的に独立の地位を認めていた。すなわち、「市町村という人格は、…地域を支配する公法の源泉であり、固有の公権力の担い手」であり²⁹⁾、また、他方において「国家は、唯一の本来的な Centralpunkt ではなく、市町村や家族等、特定の Lebenskreis をそなえる所与の単位を下にもつ」一つの有機体にとどまった³⁰⁾。

そして、彼の弟子プロイスは、ワイマル共和国の初代内務大臣として³¹⁾、「下から上へと」「市民共同体を構築する」団体法の原理を、「ライヒに至るまで」貫徹させて³²⁾、君主政と妥協した師ギールケ³³⁾をも乗り越える³⁴⁾次のようなワイマ

22) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 229.

23) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 247.

24) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 223 f. 市町村は、法律に明示の制約のない限りにおいて、いかなる監督にも服さなければならない (ただし、比例原則による制約はある) とも説かれていた (Ebenda, S. 227 f.)。

25) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 230, Tabelle C, S. 240.

26) 成田頼明「地方自治の保障」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系第5巻統治の機構Ⅱ』153頁 (有斐閣、1964)。なお、特命官吏の制度につき、Vgl., Erich Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Hans Peters (Hrsg.), HkWP Bd. I, 1956, S. 170 f.

27) W. Kahl, a. a. O. (Anm. 5), S. 207 f.

28) Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I, 1868, S. 1 ff.

29) O. v. Gierke, a. a. O. (Anm. 28), S. 759.

30) Otto von Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, 1915, S. 99 f.

31) Wolf Weber, Selbstverwaltung und Demokratie in den Gemeinden nach der Gebietsreform, 1982, S. 196.

ルの憲法草案を起草した³⁵⁾。すなわち、ワイマル共和国は、自治行政に基礎をおく立憲民主主義国家として構想され、「市町村と市町村連合は、自己の事項について、自治行政を営む権利を享有する。…国家監督の対象は、行政の適法性と誠実さ (Lauterkeit)、および、財務管理の基礎事項 (Grundlagen) に限られる」(草案12条3項) という提案がなされた³⁶⁾。

しかし、この団体法の理論は、学界において支配的な地位を占めることにはならなかった³⁷⁾。なぜならば、「人間の結びつきは、個々人の力を高めるとともに、その生死を越えて、過去と未来を結びつけ、歴史をつむぐ」³⁸⁾という、団体法理論の基底をなす見解が、エゴイスティックな団体の族生に彩られた現実社会を前にして、ワイマルの人々には、一般的には容れられなかったためであった。ワイマルの社会は、むしろ、蔓延する政治的な倦怠感や経済的な危機を前にして、「高度な価値を実現する超越的な国家」に思いをはせた。そして、このことを良

-
- 32) Hugo Preuss, Stadt und Staat, 1909, in: Theodor Heuss, Staat, Recht und Freiheit, 1964, S. 88 f.
- 33) 「国家は、市町村をはじめとする団体 (Genossenschaft) と同質であるが、団体以外の何物かでもある。すなわち、国家は、半分しか団体の性格をもたない。国家市民からなる団体の思想が、今日の憲法国家の基礎をなすとしても、国家の長は、領邦の官憲へと姿をかえる支配 (Herrschaft) に由来する。国家の憲法的組織は、団体の要素と支配の要素を融合して一つにしたものである」(O. v. Gierke, a. a. O. (Anm. 28), S. 833.)。
- 34) 彼は「国家の権力を、領邦国家に、ひいては、領邦国家内の宮殿にあると捉えること」は法「理論の歪み」である、と指摘した (H. Preuss, a. a. O. (Anm. 32), S. 80)。
- 35) プロイスの自治行政論の研究として、若尾祐司「フーゴー・プロイス政治思想の一考察」琉大法学16号25頁 (1975)、北住炯一「プロイセン都市政治におけるプロイスとリンデマン」名古屋大学法政論集121号507-511頁 (1988)。プロイスの憲法思想の研究として、鳥居喜代和「フーゴー・プロイスの憲法構想」立命館法学149号84頁 (1980)、若尾祐司「19世紀末ドイツの「有機体国家学」」琉大法学17号119頁 (1975)。
- 36) プロイスの草案は、Heinrich Triepel, Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 5. Aufl., 1931, Nr. 10. に収録されている。なお、プロイスは、国家監督庁の介入は、個別の法律の授權を必要とするという見解も提示した (Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 264 ff.)。
- 37) ギールケやプロイスの見解が、少数説にとどまったことにつき、Vgl., H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 13; E. Forsthooff, a. a. O. (Anm. 3), S. 20; W. Kahl, a. a. O. (Anm. 5), S. 169, 197.
- 38) O. v. Gierke, a. a. O. (Anm. 28), S. 1.

くあらわしたのが、次のペータースの指摘であった。すなわち、彼は、「ここ数年くり返される特殊利益政治の萌芽が伸長すれば、地方自治の存在意義は終局的に消滅するであろう」³⁹⁾と指摘して、地方自治の発展に否定的な展望を示した。実際に、当時の市町村は、三階級選挙の廃止により一般市民に開放されると、極度に細分化した政党の特殊利益政治に支配され⁴⁰⁾、次第に、政治主体としての属性を否認されて、特命官吏を投入されることを社会的に容認されていった⁴¹⁾。

もっとも、この支配的な見解が、「原則として無限定の自由を享有する孤立した個人」と「原則として限定される国家」とを架橋する手段を欠いたことは注意を要した。すなわち、「孤立した個人」は、「超越した国家」を前にして、神秘的な体験により自己とそれを同一化できない限り、「超越者」に支配される可能性をもっていた。ケットゲンは、これを指して、「多数決の支えをえる国家も…、人々の共同体意識から足を踏みはずした途端に、本来必要な正統性を喪失する」と指摘した⁴²⁾。しかも、この点は、ナチスの支配を受けたドイツの場合、より切実となりえた。すなわち、ワイマルの人々は、どこまでも個であろうとした結果、名もなき大衆の一人となり、統一体の名をかりたナチスの支配を受けてしまったのではなかったかという問題意識が戦後の学界を悩ませる可能性をもっていた。果たして、その回答は、シュミットらの「統一的な国家理論」とプロイスらの「多元的な団体法理論」の間を行き来する、その後の理念史の中で用意されることとなった。それでは、その回答とは、いかなるものであったか。以下、戦後の理念史をたどりながら、この点を明らかにしていくこととするが、戦後間もなくのドイツ社会は、地方自治の制度に各種の改革を経験したので、まずは、その点を確認する作業からはじめよう。

2 第二次世界大戦後の地方自治

(1) 戦後のドイツにおいて、ライヒとラントは機能せず、国民の生存にかかわ

39) H. Peters, a. a. O. (Anm. 1), S. 43 f.

40) E. Becker, a. a. O. (Anm. 26), S. 100, 103.

41) なお、プロイスの憲法案は、自治体に対する州の管轄権を侵害するとも非難された (E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 3), S. 23.)。

42) A. Köttgen, a. a. O. (Anm. 18), S. 42.

る喫緊の課題を前にして、地方自治体が唯一の公務の担い手であったため、この国の再建は、州や連邦に先立って市町村から着手された⁴³⁾。すなわち、西側占領軍は、基本法や各州憲法の制定に先行して、ナチスにより指名された市町村長を解任し、また、市町村議会議員選挙を復活させて、市町村に民主的な地方組織を再生させた⁴⁴⁾。

具体的にいえば、アメリカは、1945年に、各州の暫定的な立法者に、ワイマル期の市町村法を復活させて、あるいは、総統原理を排除した1935年のドイツ市町村法を制定させて⁴⁵⁾、新たな州の土台となる地方自治の基礎とした⁴⁶⁾。フランスも、1947年以降に、1935年のドイツ市町村法をベースとした市町村法を各州に制定して、その占領地域における地方自治の根幹とした⁴⁷⁾。さらに、イギリスは、市町村議会の長に対外的な代表の権限を振り分ける等、自国の市町村組織に倣った市町村法を制定して、より大掛かりな改革に着手した⁴⁸⁾。

ただし、ここにおいて、占領国が、革命的な刷新をもたらしたのではなく、「1933年以前の地方自治を暗黙の前提に、それを再生するために必要なことを、自治体組織の面から規律する」ととどまったことは、注意を要した⁴⁹⁾。そもそも、イギリスは、既述のとおり、地方法人を国会に従属させた国として⁵⁰⁾、また、フランスは、国民主権と個人主義の理念により単一国家理論に典型的に支配された

43) Wilhelm Loschelder, Die Gemeindeordnungen, 1953, S. 9; Wolfgang Rudzio, Die Neuordnung des Kommunalwesens in der Britischen Zone, 1968, S. 33 ff.

44) Otto Gönnerwein, Gemeinderecht, 1963, S. 25; ders., Das deutsche Gemeindeverfassungsrecht, AöR 74, 1948, S. 191 f.

45) 1935年のドイツ市町村法は、総統原理を具体化する規定を別として広くドイツの伝統を受け継いでいたため、全体として廃止される必要はなかった (O. Gönnerwein, a. a. O. (Anm. 44 AöR), S. 191; E. Becker, a. a. O. (Anm. 26), S. 103 ff.)。

46) ワイマル時代のゲマインデ法を採用したのは、バイエルンとビュルテンベルク・バーデンの一部、ドイツゲマインデ法を採用したのは、ビュルテンベルク・バーデンとヘッセンである (W. Loschelder, a. a. O. (Anm. 43), S. 10.; O. Gönnerwein, a. a. O. (Anm. 44 AöR), S. 192 f.)。

47) フランスは、当初、市長と助役の選挙と、その法的地位にかんする定めにかぎり、ナチス時代の法律を修正し、1947年以降に、正式にこの内容を盛り込む新しい法律を制定した (Vgl., O. Gönnerwein, a. a. O. (Anm. 44 AöR), S. 193 f.)。

48) W. Rudzio, a. a. O. (Anm. 43), S. 50 ff.

49) O. Gönnerwein, a. a. O. (Anm. 44 Gemeinderecht), S. 26.

50) 参照、第Ⅱ章第2節。

国として、集権国家の理念に親和的であった。そして、アメリカは、「速やかに選挙を実施することのほか、ドイツの地方自治にはほとんど関心を示さなかった」⁵¹⁾。したがって、ワイマルの集権的な秩序づくりに対する反省は、ドイツ人自身の内に沸きあがることを待たなければならなかった⁵²⁾。

(2) 事実、戦後すぐのドイツ社会に、注目すべき動向はあらわれた。たとえば、バイエルン州は、いち早く州憲法を制定すると⁵³⁾、プロイスの理念に則した地方自治の保障規定を、そこに盛り込むことに成功した。すなわち、「市町村は、公法上の本来的な領土団体 (ursprüngliche Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts) である。市町村は、法律の枠内において、固有の事項を自ら規律し管理する権利をもつ… (11条2項)。市町村の自治行政は、バイエルン州の民主主義を下から上へと構築することに仕えるものとする (11条4項) (強調は筆者、以下同じ)」⁵⁴⁾。このように、この州の憲法は、市町村に前国家的な団体の属性を認める規定ぶりをとっていた。

また、連邦法に目をやると、連邦憲法裁判所法が、従来客観的な制度と解されるにとどまった市町村に、主観的な法的地位を付与しており、注目に値した。すなわち、同法の91条は、「市町村と市町村組合は、連邦または州の法律が基本法28条の定め抵触することを主張して、憲法異議を申立てることができる…」と規定して⁵⁵⁾、市町村に、憲法異議の申立権を与えていた。そして、その前提とし

51) E. Becker, a. a. O. (Anm. 26), S. 106.

52) 各州の市町村法は、集権体制の象徴ともいえる「特命官吏」の制度も存置させた (O. Gönnerwein, a. a. O. (Anm. 44 AöR), S. 203)。たとえば、ニーダーザクセン州の市町村法は、次のように規定する。「監督官庁は、市町村行政の秩序正しい進行 (geordnet Gang) のために必要で、108条から111条の監督官庁の権限によっては不十分な場合に、事前に内務大臣の同意を得て、特命官吏を指名し、最大3ヶ月の期間をもって、市町村の費用により市町村の一部または全部の任務を遂行させることができる。指名は、必要な場合には、繰り返すことができる」 (§112 Deutsche Gemeindeordnung in der im Lande Niedersachsen geltenden Fassung der Verordnung Nr. 21 der Militärregierung (1946)。テキストは、W. Loschelder, a. a. O. (Anm. 43), S. 279 ff. に依拠した)。

53) バイエルン州憲法の制定 (1946年12月2日) は、基本法の制定 (1949年5月8日) に先行し、また、ヘッセン州 (1946年12月1日) を除く他州の憲法制定に先行した。各州の憲法制定年月日は、成田・前掲注26) 170頁に記載されている。

54) バイエルン州憲法のテキストは、Rudolf Werner Fußlein, Deutsche Verfassungen, 1. Aufl., 1951, S. 126 ff. に依拠した。

て、同条の提案理由は、「基本法28条は、基本権と同様に作用する保障内容をそなえており、市町村は、連邦憲法裁判所に救済を求める道を開かれている」⁵⁶⁾と解釈した。

さらに、いくつかの州の市町村法は、いわゆるワインハイム草案（1948年7月2／3日）をとりいれて、すべての市町村の事務を「地方の事務」と観念し、国家の監督権を原則として適法性の監督にとどめることを明文化した⁵⁷⁾。そもそも、ワインハイム草案が、「若き民主主義の国ドイツは、市町村を要諦に据えなければならない」と確信して、強化された地方自治権を各州の市町村法に統一的に盛り込もうとしたことも、注目に値した⁵⁸⁾。

(3) ただし、以上の動向が学界の支持を伴わなかったことは注意を要した。すなわち、その改革は、戦後の混乱により力をえた地方の実務家に支えられるにとどまり⁵⁹⁾、学界は、むしろ、混乱の收拾とともにワイマルの理論へと回帰した。

そして、その先駆けは、基本法の制定に参画した憲法学者マンゴルトが、「市町村には、法律の範囲内において、地域共同体のすべての事項を、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……」⁶⁰⁾と規定する基本法28条2

55) § 91 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (1951). なお、同法の制定過程を詳述するものとして、永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」法学論叢104巻2号56頁（1978）。

56) SPDの提案理由である。Vgl., Bruno Schmidt-Bleitru, Kommentierung zum 91 BverfGG, S. 3, in: Theodor Maunz, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1995.

57) 合目的性の監督は、個別の法律の根拠を要するものとした。バーデン・ビュルテンベルク、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、シュレスビヒ・ホルシュタインの各州が、この考え方を盛り込む市町村法を制定した（Vgl., Joachim Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, 1977, S. 76）。

58) ワインハイム草案につき、Vgl., Ernst Böhme, Rechtsübereinstimmung im Gemeinderecht, StT 1948, S. 41. 草案は、日本の地方六団体の一つにあたるドイツ都市会議により準備され、各州の内務大臣との協議をへて作成された。ドイツ都市会議につき、参照、村上弘「西ドイツにおける中央地方関係の一断面（二）自治研究59巻3号104頁以下（1983）、木佐茂男『豊かさを生む地方自治』144頁以下（日本評論社、1996）。

59) Wolf Weber, a. a. O. (Anm. 31), S. 62 ff. なお、憲法異議の制度が、地方の実務家の政治的な圧力を支えとして創設されたことにつき、Vgl., Adolf Arndt, Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1951, S. 299; Hans Schäfer, Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände, DÖV 1951, S. 572.

項を、「ワイマル憲法127条にならって制度的（体）保障を内容とする」と解釈したこと⁶¹⁾にあった。

当時の自治法学界の第一人者、ヴェルナー・ヴェーバーも⁶²⁾、前述のバイエルン州憲法を解釈して、この憲法は「基本法の制度的（体）保障を上回るものではなく」、「古くからのかなり無意味な論争に、一つの信仰を告白する（ein Bekenntnis ablegen）にすぎない」と指摘した⁶³⁾。

さらに、いく人かの論者は、連邦憲法裁判所法の合憲性を疑い⁶⁴⁾、この問題に最初にとりくんだ1952年3月20日の連邦憲法裁判所判決は、「基本法の制定者は、…ワイマル憲法127条の解釈から前進も後退もしようとしていない」⁶⁵⁾と判示して、

60) テキストは、高田／初宿・前掲注6)222頁に依拠した。なお、この規定は、州を名宛人とするため、市町村には、直接に何も保障していないと解釈されることがある（Vgl., Werner Matz (Bearbeitung), Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetz, JöR Neue Folge, Bd. I, S. 253 ff.）。しかし、今日の支配説は、この規定は、自治体に直接に自治行政権を保障すると解釈する（Vgl., Edzard Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rn. 457; Dirk Ehlers, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 2000, S. 1301.）。

61) Hermann von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 180.

62) Wolf Weber, a. a. O. (Anm. 31), S. 69.

63) Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1953, S. 53, 55. バイエルン州憲法の解釈として、同様の見解を示す論考として、Klaus Obermayer, Kommunalrecht, in: Johann Mang / Theodor Maunz / Franz Mayer / Klaus Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl., 1975, S. 450.

64) 市町村による憲法異議申立ては、基本権の救済を目的としない抽象的規範統制訴訟にあたり、この種の訴訟を限定列举する基本法（93条1項2号）に抵触すると解釈された（H. Schäfer, a. a. O. (Anm. 59), S. 572.）。同様の見解を示すものとして、Ottmar Kollmann, Nochmals: Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung, DÖV 1951, S. 145. ちなみに、市町村による憲法異議の制度は、1969年の基本法改正により（Vgl., GG-Änderungsgesetz vom 29. 1. 1969）、正式に憲法に盛り込まれたものの（Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 bGG）、その際、その法的性格について理論的な説明はなかった（Vgl., BT-Drucks, V/3506）。

65) BverfG, Urt. v. 20. 3. 1952, BVerfGE 1, 167(175) .

66) その根拠は、連邦憲法裁判所の管轄権が、立法裁量に委ねられていることにみいだされた。すなわち、「基本法は、憲法異議にかんして具体的な言及をしておらず、立法府は、その制度を導入し、細部を形成することにつき具体的な制約を受けていない。このことは、基本法93条2項に確認されている」と判示された（BVerfGE 1, 167(173 f.)）。この点につき、判決と同様の立場にたつ論考として、Hans Müthling, Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung, DÖV 1951, S. 33, Walter Grafe, Nochmals: Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände, DÖV 1952, S. 76.

これらの論者に従った。すなわち、その判決は、連邦憲法裁判所法を合憲と解したもの⁶⁷⁾、自治行政の本質内容を「歴史となった自治行政概念の内容をなす規範と原則の総体」と解釈して⁶⁷⁾、シュミットの制度的（体）保障論に従った。そして、この判決が、その後の裁判所を方向づけた⁶⁸⁾。

こうして、ヴェルナー・ヴェーバーによれば、「もはや、自治行政と国家行政は、二つの異なる政治の世界ではなく」、「国家行政から自治行政を隔離したり、国家監督に不信感を抱いてそれを制限したりして、市町村の自律性や普遍性を強調する」ことは、国民主権原理を知らない19世紀を懐古する「ロマンチックな復古主義」にとどまるとも非難された⁶⁹⁾。

(4) ちなみに、このような見解が、1950年代から60年代にかけて、フォルストホッフの「地方自治（自治行政）＝間接国家行政」論を、学界の支配説に高めた⁷⁰⁾ことは留意しておいて良い。確かに、フォルストホッフは、おおよそ次のような論理により、ワイマルからの支配説の集大成ともいえる見解を提示した。

すなわち、市町村は、国民主権の原理により⁷¹⁾、国家の中に組み込まれ、それゆえ本来的に「独立した作用領域をそなえておらず」⁷²⁾、また、独立して「政治意思を形成することを許されていない」⁷³⁾。言い換えれば、市町村は、もともと国家の任務であるものを、客観的に粛々と（sachgerecht）処理する行政主体にとどまり⁷⁴⁾、次のとおり、同様の作用を営む非政治的な行政主体と同一の範疇にまとめられうるものであった⁷⁵⁾。すなわち、「自治行政は、そもそも国家の任務

67) BVerfGE 1, 167(178)。

68) この判決を踏襲する連邦最高裁判所裁判例の紹介として、Wolf Weber, a. a. O. (Anm. 31), S. 70 ff.

69) 「1918年の民主的な権力掌握は、完全ではなかったので、その限りにおいて、国家行政と自治行政の対立も存続した。すなわち、国家の君主制要素は、1919年以降もとりわけプロイセンにおいて維持され、自治行政と国家行政の対置は、ある程度従来の意味をとどめていた。しかし、旧来の国家行政は、1945年の瓦解を生きが長らえることはできず、ここに、国家行政と自治行政の区別は、完全にその基礎を奪われた」。ヴェルナー・ヴェーバーは、このような前提から、引用に示したとおりの指摘をした（Werner Weber, Wandlungen der Kommunalverwaltung, DÖV 1948, S. 19 f.）。

70) W. Kahl, a. a. O. (Anm. 5), S. 284. カールによれば、フォルストホッフ、ビューラー、H・P・イプセン、イエールサレム、マウンツ、H・シュナイダー、ヴェルナー・ヴェーバーらが支配説に与し、パッホフ、E・ベッカー、ゲネンバイン、K・ヘッセ、ショイナーらが少数派を形成した（Ebenda, S. 284.）。

であるものを、公法上の社団、営造物、財団が営むことを意味する。そして、それは、同時に、間接国家行政の概念をも定義する」⁷⁶⁾。

要するに、自治行政と間接国家行政は、いずれも、国家に承認された独立の公行政主体による非政治的な国家作用であり、自治行政は、そのうちの国家により承認された「独立性」の部分、間接国家行政は、国家に対する本来的な「従属性」の部分強調する概念として理解された⁷⁷⁾。こうして、市町村の自治行政は、国家に従属する行政主体が行政的な「分散」の機能を果たす、間接国家行政と位置づけられて⁷⁸⁾、「国家という政治統一体」の中に組み込まれたのであった⁷⁹⁾。

(5) もっとも、こうした統一的な国家理解が、ワイマルの二の舞を演じ「超越的な国家の支配」をもたらしかねないことはいうまでもなかった。実際、1960年代になると、州政府は、強行的に大規模な領土改革を遂行し⁸⁰⁾、連邦政府は、国土整備の権限を整えて（連邦建設法（1960年）等）、地域経済構造改善の権限を用意する等（基本法改正（1967年、1969年）等）⁸¹⁾、支配的な権力行使の傾向を

71) フォルストホッフが、国民主権の原理を基礎としたことにつき、Vgl., Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Aufl., 1950, S. 12 f.; ders., Strukturwandlungen der modernen Demokratie, 1964, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 97, 103. この論考の邦訳として、エルンスト・フォルストホッフ（中富公一訳）「現代民主主義の構造転換」高知大学教育学部研究報告第2部40号85頁以下（1988）。彼は、また「政治的な決断をなしうるのは、統一体としての国民に限られる」とも断言する（ders., a. a. O. (Anm. 3), S. 21.）。「地方の自治行政と民主主義は、厳密に区別されなければならない」と指摘して、地方の自治行政を政治の領域から排除しようとする点も、彼が、国民主権原理を前提とすることのあらわれである（Ders., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 536.）。

72) E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 10. Aufl.), S. 478, Anm. 2.

73) E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 10. Aufl.), S. 537. ただし、彼は、この原則に例外を認めた。この点は、第Ⅶ章において論じることとする。

74) E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 10. Aufl.), S. 536.

75) E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 1. Aufl.), S. 339 ff.

76) E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 1. Aufl.), S. 346.

77) フォルストホッフは、前注に引用した部分に続けて次のように論じている。「二つの概念は、それぞれアクセントの置き場を異にする。すなわち自治行政は、主体の Eigenleben にアクセントを置き、間接国家行政は、国家への従属性を指し示す。そして、一方は他方を排除するものではない」。以上、自治行政と間接国家行政の定義につき、Vgl., E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 1. Aufl.), S. 346.

78) この点を指摘するものとして、Vgl., Karl Linckelmann, Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der mittelbaren Staatsverwaltung, DÖV 1959, S. 561. 戦前から、これを指摘したものとして、A. Köttgen, a. a. O. (Anm. 18), S. 9 f.

強めていった。

そして、この法化と計画化の現象が、「より多くの参加」を求める社会運動に
つらなると⁸²⁾、学界においては、人々の連帯精神にもとづく団体社会のイメージ
と、市町村の政治作用の重要性とが、再評価されることとなった。1977年の国法
学者大会と1980年の法曹会議が、地方自治をテーマとして取り上げたことは⁸³⁾、
この方向転換を象徴的にあらわしていた⁸⁴⁾。すなわち、フォン・ムティウスは、
ここに、近年の「多くの政策は、自治行政にそなわる…政治機能を考慮していな

-
- 79) ちなみに、フォルストホッフは、国家監督について、間接国家行政の統一性を確保し、国家と行政の多元的な解体を回避する手段と理解しており、ここにも、国家の統一性を重んじる彼の特性は見てとれる (E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 71 1. Aufl.), S. 357; ders., *Verwaltungsorganisation*, 1951, S. 34)。間接国家行政論から同様の国家監督論を導くものとして、Heinrich Frick, *Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen*, 1962, S. 35 ff. 間接国家行政論を説く論者が、国家監督を「母なる共同体」へと結びつける道具、そしてそれにより「行政の統一性」と「国家権力の統一性」を確保するための道具、と捉えたことを簡潔にまとめる論考として、Fritz Ossenbühl, *Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft*, 1975, S. 30。
- 80) 改革は、地域間格差の縮小を目的として行われ、市町村の数は24,000強から8,500強へと削減された (Vgl., Ulrich Scheuner, *Grundbegriffe der Selbstverwaltung*, in: Günter Püttner (Hrsg.), *HkWP Bd. I*, 2. Aufl., 1981, S. 10 f.; E. Schmidt-Jortzig, a. a. O. (Anm. 60), Rn. 53; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Kommunalrecht*, in: ders. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 1999, Rn. 5, 成田頼明『西ドイツの地方制度改革』109頁以下、171頁 (良書普及会、1974)。また、市町村は、しばしば、実体的な権限も、郡や国家行政主体に引き上げられた (Albert von Mutius, *Örtliche Aufgabenerfüllung*, in: ders. (Hrsg.), *Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh*, 1983, S. 231 ff.; Willi Blümel, *Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart*, *VVDStRL* 36, 1978, S. 206)。
- 81) 村上博「ドイツ連邦共和国における計画法理論研究序説」名古屋大学法政論集81号130-135頁 (1979)、斉藤誠「西ドイツにおける地域政策の展開と中央・地方関係の変容」都市問題81巻12号57頁 (1990)、白藤博行「地方自治保障論の現代的展開」名古屋大学法政論集111号146-148頁 (1986)。なお、この時期に、連邦と州政府が、法化と計画化の傾向を強めたことにつき、Vgl., W. Blümel, a. a. O. (Anm. 80), S. 190 ff.
- 82) 成瀬治/山田欣吾/木村靖二編『世界歴史大系ドイツ史3』390頁 [平島健司] (山川出版社、1997)
- 83) 前者は、「現代の公的任務の下における市町村と郡」をテーマとし、Willi BlümelとRolf Grawertを報告者とした。後者は、「地方の自治行政に必要な活動と展開の余地を保障するために、一層の法的措置をとることは推奨されるべきか」をテーマとし、報告者はAlbert von Mutiusであった。
- 84) Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. I*, 2. Aufl., 1984, S. 424。

い」⁸⁵⁾と非難し、ブリュームルも、同様に「法化、計画化、任務の吸い上げ、領土改革」が、「自治行政にそなわる、公行政と国家市民のかすがいの機能を失わせつつある」と指摘した⁸⁶⁾。同じ頃、ウルリッヒ・ショイナーも、「自治行政は、住民の自己形成的な参加を支えとし、人間の生活空間を共に (zusammenführend) 形成することに」固有の意義をもつと指摘して⁸⁷⁾、「人々の結びつきに、個々人の成長と社会の統合の原動力」をみいだしたギールケやプロイスをほうふつとさせていた。

(6) ただし、学界は、ここにおいても市町村の政治的な機能を一気に高めたものではなかった。わが国に紹介された「機能的自治行政理解」⁸⁸⁾は、この段階に位置した理論であり、ロータース、パッパーマン、ブアマイスターは、「市町村が高次の決定過程において聴聞権・共同決定権・共同発言権を保障される」ことを主張するにとどまった⁸⁹⁾。すなわち、彼等において「地方の自治行政保障は、独立の決定権の保障から、協力権や協働権の保障に変容した」と解釈されており⁹⁰⁾、市町村は、自律的な政治意思の形成を軽視され、せいぜい、「統一国家モデル」の枠内において、高次の決定過程への参加を保障されるにとどまった⁹¹⁾。

85) A. v. Mutius, a. a. O. (Anm. 80), S. 244. 同様の指摘として、ders., Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten? ; in : 53 DJT Bd. I, 1980, Teil E, S. 63.

86) W. Blümel, a. a. O. (Anm. 80), S. 217 ff.

87) U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 80), S. 23. 同旨, A. von Mutius, a. a. O. (Anm. 80), S. 244.

88) 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157頁以下(1981)、宮田三郎「計画策定手続と市町村の参加」専修法学論集30号1頁(1979)、中井勝巳「西ドイツ国土計画法と地方自治体の計画参加手続条項」立命館法学162号83頁(1982)、白藤・前掲注81) 177-182頁、市川須美子「西ドイツ地方自治論の新構想(一)(二・完)」自治研究63巻10号101頁、同11号76頁(1987)。

89) J. Burmeister, a. a. O. (Anm. 57), S. 80 ; Wolfgang Roters, Kommentierung zu Art. 28 GG, in : Ingo von Münch(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. II, 1976, Rn. 53.

90) Ernst Pappermann, Verwaltungsverbund im kreisangehörigen Raum DÖV 1975, S. 188. ロータースも、「地方の自己責任性は、国家との共同責任性に変容した」と主張する(W. Roters, a. a. O. (Anm. 89), Rn. 70, 46 ff.)。ただし、ブアマイスターは、地方の自治行政保障が、参加権の保障にとどまるかどうかについて、疑問を投げかけている(J. Burmeister, a. a. O. (Anm. 57), S. 104 ff.)。ときおり、彼がパッパーマンやロータースと区別され、機能的自治行政理解とは異なる自治行政の「新構想」を唱えたと評価されるのはそのためである。

しかし、間もなく、学界の大勢は、「自治行政保障を参加保障に機能化する」この理論を批判して⁹²⁾、「統一国家モデル」を乗り越えようとした。たとえば、ブリューメルが「自治行政権は参加の権利に縮減することを許されない」と主張し⁹³⁾、シュテルンが「地方の自治行政は…決定権と協力権の両方を保障されている」と批判したことはそのあらわれであった⁹⁴⁾。そして、60年代後半の「より多くの参加を求める」運動は、次第に、国民主権原理に内在する「複雑さゆえの民主主義の喪失」という構造的な問題に大本をみいだされ、その解決手段が、市町村をはじめとする「多元的な政治主体」に求められていった⁹⁵⁾。

とりわけ、1984年に『秩序原理としての自治行政』を著したヘントラーによれば、国民主権原理は、すべての国民に形式的に平等な参加の権利を保障するものの、高度に組織化され複雑化した産業社会は、さまざまな権利利益の調整を専門家に委ねがちとなるために、その権利は有効に機能しにくくなっていた。つまり、国民は、政治参加を通して自己を成長させることや⁹⁶⁾、政治的な統合を創出することに失敗しやすくなっており⁹⁷⁾、結果として、専門家を過度に信用するか、あるいは、それを端から疑ってかかるという意味の社会不安をひきおこしやすくなっていた⁹⁸⁾。

そして、それゆえ、ヘントラーによれば、「特定の事項にとりわけ影響を受ける人々が、自己に影響を及ぼす公の事項を、自己の責任において処理すること、

91) Farnz-Ludwig Knemeyer, Dezentralisation als Mittel vertikaler Gewaltenteilung überholt?, DBVL 1976, S. 383; K. Stern, a. a. O. (Anm. 84), S. 425.

92) Z. B. Winfried Brohm, Strukturprobleme der planenden Verwaltung, JuS 1977, S. 505; Rolf Grawert, Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, 1978, S. 289 f.; U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 80), S. 19; A. von Mutius, a. a. O. (Anm. 80), S. 236 f.

93) W. Blümel, a. a. O. (Anm. 80), S. 251.

94) K. Stern, a. a. O. (Anm. 84), S. 424.

95) ヘントラーが、自治行政理論の展開において重要な位置を占めたことは、彼が、Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlandにおいて、「自治行政原理」項目の担当者となったことにあらわれている (Vgl., Reinhard Hendler, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: Joseph Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV, 1990, §106.)。

96) Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 302 ff.

97) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 96), S. 351.

98) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 96), S. 302 ff., 345 ff.

すなわち、関係人による行政 (die Verwaltung der Betroffenen)」を、多元的な「自治行政体」⁹⁹⁾に営ませ、これにより「比較的容易に概観できる領域や、勝手を知る領域に国民をひきいれて」、政治的な参加の権利を一人ひとりに有効に活用させることが重要であった¹⁰⁰⁾。こうして、「多数決の支えをえる国家も、人々の共同体意識から足を踏みはずした途端に正統性を喪失する」と指摘した、ワイマルのケットゲンらの問題意識が正面から受け止められ、団体における生活が、各人の成長と社会の統合を基礎づけるというプロイスらの思想が容れられた。

(7) もっとも、この多元的な政治主体は、ここにおいても、エゴイスティックな団体となり、ワイマルの病理を再現しうることを否定できなかった。したがって、ヘントラーの見解は、より慎重な構成を必要とするともいえた。そして、この点においてヘントラーを補完したのがシュミット・アスマンであり、彼は基本法秩序の中に「関係人 (Betroffener) により組織される共同体」¹⁰¹⁾を組み込みつつも、従来どおりに解される法治国原理と民主主義原理により、その限界をひきだして、統一国家モデルを完全に解体させることを回避した。

すなわち、自治行政体は、まず法治国原理により「個人の法治国的自由を侵害することのないように」、国家の中に組みこまれ「国家により形を整えられること」を必要とされると解された¹⁰²⁾。また、自治行政体は、民主主義原理により市町村や大学など「憲法により特に保障されるケースを別として、より一層の自治行政領域を開発されることを、禁じられないものの命じられてもいいない」と解された¹⁰³⁾。そして、市町村は、領土団体であり、その構成員の多様性ゆえに、私的

99) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 96), S. 284.

100) 引用部分は、R. Hendler, a. a. O. (Anm. 96), S. 346 f.

101) Eberhard Schmidt-Aßmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in : Peter Selmer/Ingo von Münch(Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 252.

102) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Umweltschutz im Spannungsfeld zwischen Staat und Selbstverwaltung, NVwZ 1987, S. 268 ; ders., Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in : W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / G. Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 24 ; ders., Kommunale Selbstverwaltung "nach Rastede", in : Everhardt Franßen / Konrad Redeker / Otto Schlichter / Dieter Wilke(Hrsg.), Festschrift für Horst Sendler, 1991, S. 127. ; ders., a. a. O. (Anm. 101), S. 255 ff.

103) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 101), S. 263.

な利益から距離をとりやすいという理由により、自治行政体の中でも憲法上特別の地位をもつことを正当化された¹⁰⁴⁾。しかしながら、一方において、それは、「より多くの参加の機会が公正な秩序をもたらすという意味において、民主主義原理を援用することを許されず」¹⁰⁵⁾、国民全体のために民主主義原理を実現する「国家行政」とは区別され、これと「並び立つ」ものとして位置づけられるのであった¹⁰⁶⁾。

ここに、シュミット・アスマンは「統一国家原理」と「関係人による決定の原理」を組み合わせ、個人の幸福と公共の福祉とを最大限に実現しようとしたといえるであろう。彼によれば、二つの原理は、どちらも「政治的な自己決定を保障する理念に規定されるものであり¹⁰⁷⁾、自治行政原理は「特殊な参加の機会を強化して、(団体の中で成長する)人間の自己決定を保障する(括弧内は筆者)」のに対し¹⁰⁸⁾、民主主義原理は、国民一人ひとりに「平等の参加の権利を与える」ことにより、「個人としての人間の自己決定を保障する」と解された¹⁰⁹⁾。そして、それらは、いずれも人間の幸福の実現に不可欠なものと解されるのであった。

(8) なお、以上のシュミット・アスマンの見解は、連邦憲法裁判所に容れられておりより一層注目に値する。すなわち、連邦憲法裁判所は、いわゆる①ラシュテーデ決定(1988年11月23日決定)¹¹⁰⁾と、②シュレスビヒ・ホルシュタイン州選

104) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 101), S. 250 ff. ; ders., Verwaltungslegitimation als Ordnungsprinzip, AöR 116, 1991, S. 379 ff.

105) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 101), S. 264.

106) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 101), S. 260.

107) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 104), S. 335.

108) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 102 Rastede), S. 125.

109) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 104), S. 335. なお、シュミット・アスマンも、市町村は市民の政治参加を活性化しうよう、それに相応しい事務を憲法により振り分けられていると解釈した(Ders., a. a. O. (Anm. 102 Umweltschutz), S. 275 ; ders., a. a. O. (Anm. 102 Rastede), S. 128 ff. 同様の立場にたつものとして、U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 80), S. 23.)。

110) BVerfG, Beschl. v. 23. 11. 1988, BVerfGE 79, 127. ラシュテーデ決定の紹介として、白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』337頁(法律文化社、1991)、岡崎勝彦「ドイツの地方自治制度」法律時報66巻12号56頁(1994)。なお、本件における事実の概要につき、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(一)」名城法学37巻2号21頁以下(1988)。

挙法事件（1990年10月31日判決）¹¹¹⁾において、①市町村が「構成員参加の要素」に規定されつつ、国家の中に組み込まれる憲法上の団体であることと、②市町村が、自治行政体の中でも、相対的に政治的な中立性に規定され、国家に近い性格をもつ団体であることを、次のとおりに指摘した。多少長くなるものの、それぞれの判決文を引用すれば次の通りである。

①「基本法28条2項1文は、市町村に、法律の範囲内において地域共同体のすべての事項を自己の責任により規律する権利を保障する。そして、この市町村の自治行政制度の保障は、法律による形成を必要とする。しかし、この形成は、『法律の範囲内において』という留保により、立法者の恣意に委ねられるものではない。まず、自治行政保障の核心領域が、これに限界をおいている」。そして、「核心領域の外においても、立法府は自由となるのではない」。なぜならば「憲法制定者が市町村の自治行政制度を単なる伝統としてとりあげたのではなく、基本法の秩序に支えられる政治共同体の中で、独自の任務をもつものとして位置づけている」ためである¹¹²⁾。すなわち、「基本法は、複数の行政段階に分節される自治行政体を基礎とする国家構造を選択し、…官僚的・権威的な要素を抑制して、市町村民の自己決定の思想に高い通用力を与えている」。その意味において、「憲法制定者は、連邦レベルにおいて示した直接民主的な要素に対する自制を、市町村のレベルにおいて有効な責任を備える自治行政制度により補っている」¹¹³⁾。

②一方、このような市町村への「人的な帰属の有無は、特殊な属性、機能、利益等、グループに特有の指標ではなく、もっぱら領土団体の高権領域への居住により規定されている。すなわち、市町村の人的な基礎は、開かれた不特定の一般性（eine “offenen” und in diesem Sinne unbestimmten Allgemeinheit）により規定されている」。そして、基本法28条1項2文¹¹⁴⁾は、そのために「市町村と郡の

111) BVerfG, Urt. v. 31. 10. 1990, BVerfGE 83, 37. 1990年判決の紹介として、吉野豊秋「判研」自治研究69巻3号130頁（1993）、高田篤「外国人の選挙権」法律時報64巻1号83頁（1992）、広渡清吾「ドイツにおける外国人の地方参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』168頁（日本評論社、1992）、宮地基「外国人の選挙権をめぐる憲法上の論点について」神戸法学年報7号239頁（1991）。

112) BVerfGE 79, 127(143)。

113) BVerfGE 79, 127(149 f.)。

正統化の主体を、州とともに国民と規定して」、市町村について「あらゆる自治行政に固有の“構成員参加の要素”を付加的に強化するのではなく、国家構造の中にある民主的な正統化の基礎に統一性を保証しようとした」のである¹¹⁵⁾。

連邦憲法裁判所は、このように、いずれの事案においても、市町村に固有の憲法上の意義を、「市町村の政治的な参加」の要素にみいだした。市町村は、ここに憲法秩序という広義の国家の中に組みこまれつつも、多元的な政治主体となることを認められたのであり、客観的な伝統にそれをとどめようとしたカール・シュミットの制度的（体）保障論が乗り越えられたことは、明らかであった。

3 欧州統合とドイツの地方自治

(1) ところで、連邦憲法裁判所が、このような多元的な国家理論に親和的な解釈をとりはじめた頃、ヨーロッパ全体を見渡せば、欧州統合の波が押し寄せていた。そして、その動向は、しばしば単一の超国家的な機構に権限を集中させる傾向を示したため、こうしたドイツの人々に警戒心を抱かせた。

たとえば、いわゆるマーストリヒト条約は、欧州連合の決定は「補完性原理 (Subsidiaritätsprinzip) に従い、可能な限り市民に近いところで行われる」と前文において規定して¹¹⁶⁾、超国家的な機構の決定を市民に近いレベルにおいて下させることを明文化した。しかし、共同体は、同時に「経済的・効率的な」事務処理を目的として、加盟国の権限を吸い上げることが認められていた。すなわち、補完性原理は、条約の本文において、前文とは対照的に、「加盟国が、提案され

114) Art. 28 Abs. 1「州における憲法秩序は、基本法の趣旨に則した共和制的・民主的および社会的な法治国の諸原則に適合していなければならない。州、郡、市町村において、国民は普通・自由・平等および秘密の選挙に基づいてつくられる議会を有しなければならない…」(高田／初宿・前掲注6) 222頁)。

115) BVerfGE 83, 37(54 f.). なお、連邦憲法裁判所は、こうした理由により、特定の国籍をもつ外国人に市町村議会議員等の選挙権を認めたシュレスビヒ・ホルシュタイン州法を違憲とし、外国人に地方議会議員等の選挙権を認めるためには、基本法の改正を要すると結論づけた。

116) 欧州連合条約前文「ベルギー国王陛下、デンマーク女王陛下、ドイツ連邦共和国大統領、…ならびにグレート・ブリテンおよび北部アイルランド連合王国女王陛下は、…補完性の原理に従い、可能な限り市民に近いところで決定が行われ、欧州諸国民間に不断に緊密さを増す連合を創設する過程を継続することを決意し、…欧州連合を設立することを決議し、このため、次の全権委員を任命した。…」

た措置の目的を十分に達成できず、共同体が、措置の規模または効果の点において、よりよく達成できる場合に、共同体は、その場合とその範囲に限り、排他的権能に属さない場合でも、補完性原理にしたがって措置をとる」と定義されていた¹¹⁷⁾。しかも、欧州連合条約は、市町村の自治権や自治行政権を保障する明文の規定を盛り込まず¹¹⁸⁾、地域評議会 (Ausschß der Regionen) を設けて、これに諮問機関としての権限を付与するにとどまった¹¹⁹⁾。ドイツの場合、その構成員として割り当てられた24名の委員の指名権は、州に専属したため、この機関は、市町村民の政治意思を反映させるには全く不十分なものであった¹²⁰⁾。

こうして、欧州統合の動向は、市民から政治参加の機会を剥奪しようと批判され、とりわけ、市民の政治参加を尊重するはずの補完性原理が、「欧州共同体に特有の」経済的・効率的な事務処理を重んじる原理におきかえられたことは¹²¹⁾、「補完性原理」の文言を隠れ蓑に、ヨーロッパ集権主義を実現しようとする悪行として非難された¹²²⁾。

(2) 一方、ドイツの人々は、1985年に欧州評議会 (Europarat, Council of Europe) により採択されたヨーロッパ地方自治憲章¹²³⁾ にかんしては、これを頼みとする傾向をもっていた。なぜならば、それは、この地方自治にかんする世界

117) 欧州共同体設立条約5条。なお、欧州連合条約2条は、欧州連合の目的は「欧州共同体設立条約5条の定める補完性原理を遵守しつつ達成しなければならない」と規定する。

118) Bert Schaffarzik, Handbuch der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 2002, S. 20 f.

119) 欧州共同体設立条約263条「選挙による信任を得た Regionen または地方の組織を有する若しくは選挙で選ばれた議会体に政治的責任を負う Regionen 及び地方の機関の代表により構成される Regionen 評議会が、ここに諮問機関として設立される」。Regionen 評議会の制度につき、Vgl., B. Schaffarzik, a. a. O. (Anm. 118), S. 74 ff. ; Thomas Groß, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, DVBl. 2002, S. 1188, 大藤紀子「ヨーロッパにおける「地域」の位置づけについて」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義』664-665頁(勁草書房、2000)。

120) 市町村は、24名の委員のうち3名の提案権をもつにとどまる。Vgl., §14 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheit der Europäischen Union vom 12. 3. 1993, BGBl. 1993, S. 313 ; B. Schaffarzik, a. a. O. (Anm. 118), S. 78 ff.

121) Horst Heberlein, Maastricht-ein Erfolg für die kommunale Selbstverwaltung?, DVBl. 1994, S. 1217.

初の多国間条約が、欧州連合法に組みこむに相応しいと賞賛されるほどに¹²⁴⁾、手厚い地方自治の保障を内容としたためであった¹²⁵⁾。

実際、憲章は、前文において、市民の政治参加を欧州統合に不可欠の要素と捉える、次のような明言をした。すなわち、「公の事項への市民の参加権は、…地方のレベルにおいて最も直接的に行使されると確信し」、このような「ヨーロッパ諸国における地方自治の擁護と強化は、…一つのヨーロッパ建設に重要な寄与をなすと認識」する。そして、憲章は、市町村における直接民主主義の利用を制限的ながらも肯定し、代表民主主義の原理を原則とする憲章の「規定¹²⁶⁾は、法律により認められる場合に、市民集会、住民集会、その他直接的な市民参加の方式を用いることを妨げるものではない」と規定した（3条2項2文）。しかも、憲章は、市町村優先の事務配分原則と（4条3項1文）¹²⁷⁾、その処理に必要な財源

122) Angela Faber, Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung und der Gedanke der Subsidiarität in den Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1991, S. 1134 f.; B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), S. 588. その他、欧州連合条約とヨーロッパ地方自治憲章に定められる補完性原理の違いを指摘するものとして、Hermann-Josef Blanke, Das Subsidiaritätsprinzip als Schranke des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, ZG 1991, S. 135 ff.; Markus Heintzen, Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft, JZ 1991, S. 319. 澤田昭夫「補完性原理 The Principle of Subsidiarity: 分権主義的原理か集権主義的原理か?」日本 EC 学界年報12号33-41頁 (1992)。なお、澤田氏は、欧州連合条約に定められる補完性原理が、ドイツ以外の国でも集権主義の隠れ蓑と批判されることを紹介する (同31-32頁)。

123) 憲章の全文は、Franz-Ludwig Knemeyer(Hrsg.), Die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 1989; B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), Anhang I, 杉原泰雄ほか編『資料現代地方自治』67-72頁 (勁草書房、2003) に掲載されている。また、憲章の制定の経緯は、B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), S. 31 ff. に詳細に紹介されている。わが国における憲章の紹介として、フランツ＝ルードヴィヒ・クネーマイヤー (木佐茂男訳)「ヨーロッパの統合と地方自治—ヨーロッパ地方自治憲章 (EKC)」自治研究65巻4号3頁 (1989)、高橋洋「ヨーロッパ地方自治憲章」鹿児島県立短期大学商経論叢37号59頁 (1989)、廣田全男『現代ドイツ地方自治の潮流』104頁以下 (東京市政調査会、1992)、廣田全男／糠塚康江「『ヨーロッパ地方自治憲章』「世界地方自治宣言」の意義」法律時報66巻12号42頁 (1994)、持田信樹「ヨーロッパ地方自治憲章から何を学ぶか」地方財政34巻12号4頁 (1995)、杉原泰雄『地方自治の憲法論』103頁以下 (勁草書房、2002)。

124) H. Heberlein, a. a. O. (Anm. 121), S. 1218.

125) A. Faber, a. a. O. (Anm. 122), S. 1128.

126) 3条2項1文「この権利 (自治の権利 (筆者注)) は、直接・平等・普通選挙に基づく秘密投票により自由に選出された者で構成され、その構成員に対して責任を負う執行機関をもつ会議体により行使される」。

保障とを明記して(9条2項)¹²⁸⁾、地方自治の司法的救済についても、明文の規定をおいていた(11条)¹²⁹⁾。

しかし、以上のような憲章は、ドイツが国内法をおおよそ修正せずにこれを受け入れた¹³⁰⁾のとは対照的に、イギリスとフランスによりその批准を拒まれるという難点を抱えていた。すなわち、イギリスは、国会主権の原理が脅かされることを恐れてその署名を拒み¹³¹⁾、また、フランスは、中央政府の立法権独占の原則を主な理由としてその批准を拒否しつづけた¹³²⁾。しかも、他の欧州諸国も、必ずしも憲章の内容に肯定的ではなく¹³³⁾、欧州評議会は、憲章に盛り込まれる30条項のうち20条項を選択すれば憲章を批准できるものとするアラカルト方式を採用し¹³⁴⁾、また、地方自治の保障を単純法律による保障で足りるものとする等、一定の政治的な妥協をしなければならなかった¹³⁵⁾。したがって、ドイツの人々は、この憲章を前にしても、「欧州統合の後、ドイツの地方自治が無傷でいられると信じるこ

127) 4条3項1文「公の任務は、原則として市民にもっとも身近な当局が優先的に処理するものとする」。

128) 9条2項「地方自治体の財源は、憲法および法律により付与された権限と適切な関係にたたなければならない」。

129) 11条「地方自治体は、その権能の自由な行使および憲法または国内法に定められた地方自治の原則の尊重を確保するために、司法的救済に訴える権利を有するものとする」。

130) 高橋・前掲注123) 61頁。

131) 参照、廣田・前掲注123) 120頁、Stefanie Schmahl, *Europäisierung der kommunalen Selbstverwaltung*, DÖV 1999, S. 859。ただし、イギリスは、ブレア政権において憲章を批准した (Vgl., B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), S. 41, n. 19, 廣田全男「地方自治の国際的保障」に関する研究序説」比較憲法研究会編『憲法の歴史と比較』367頁注15 (日本評論社、1998)。

132) 大津浩「補完性原理とフランス地方自治権論」中村睦男／高橋和之／辻村みよ子編『欧州統合とフランス憲法の変容』95-97頁、廣田・前掲注131) 365頁、持田信樹「地方分権と財源問題の展望」ジュリ1090号38頁 (1996)。その他、ベルギーも、憲章の批准を拒んでいる (B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), S. 41 f.)。

133) A. Faber, a. a. O. (Anm. 122), S. 1129; S. Schmahl, a. a. O. (Anm. 131), S. 858 f.

134) 12条「各批准国は、憲章の第一部の中から少なくとも20の条項に拘束される。そのうち少なくとも10の条項は、以下のものから選択しなければならない。2条、3条1項、同条2項、4条1項、同条2項、同条4項、5条、7条1項、8条2項、9条1項、9条2項、9条3項、10条1項、11条」。この規定につき、Vgl., B. Schaffarzick, a. a. O. (Anm. 118), S. 33 ff.; H. Heberlein, a. a. O. (Anm. 121), S. 1218.

135) 2条「地方自治の原則は、自国の法律において、また実行可能であれば憲法において承認されるものとする」。

とは夢想であろう」¹³⁶⁾と懸念せざるを得ず、自国の地方自治の理念を欧州全体のスタンダードとするよう努めなければならなかった¹³⁷⁾。

そして、ここにおいて、ドイツが、他国を説得する道具として、カトリック社会教説 (Quadragesimo Anno (QA))¹³⁸⁾をもちだしたことは注目に値した。この理論は、元来、ドイツとイタリアに全体主義が台頭した頃、国家への権力集中を批判して、ローマ教皇ピウス11世が説いた社会教説であった (1931年)。すなわち、「個々の人間が自己の努力と創意により成し遂げうることを奪い去り、共同体に委託することは許されないのと同様に、より小さく下位に位置する共同体が実施・遂行できることを、より大きく高次の社会に移譲することは不正である」と指摘された¹³⁹⁾。そして、その前提として人間は、自治をもつ能動的な集団を介して発展し・完成する、開かれた存在であり、この完成を助け個人のできないことを実現させるために、社会内に自律的な団体をおくことは不可欠であると解されていた¹⁴⁰⁾。つまり、この理論は、キリスト教的人間観という制約を伴いつつも、個人の成長を、地域共同体における市民の政治参加に基づかせようとする点で、今日のドイツにみられる見解に通じる面をもっていた。

(3) さて、以上、我われは、ワイマル以降のドイツの地方自治の歴史を鳥瞰することができた。ヴォルフ・ヴェーバーは、この変遷を一口にまとめて、ドイツ

136) Hans-Uwe Erichsen, Kommunalverfassungsrecht, in: Willi Blümel/Hermann Hill (Hrsg.), Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, 1991, S. 110. ドイツが、地方自治の保障について、EU 諸国の中で先進的な地位を占めたことにつき、Vgl., A. Faber, a. a. O. (Anm. 122), S. 1129; Horst Heberlein, Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung in der europäischen Integration - eine Replik, BayVBl. 1993, S. 676, 木佐・前掲注58) 158頁。

137) こうした提案をするものとして、S. Schnahl, a. a. O. (Anm. 131), S. 860. Hans-Werner Rengeling, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung im Zeichen der europäischen Integration, DVBl. 1990, S. 900, Josef Hofmann, Verankerung der Grundvoraussetzungen kommunaler und regionaler Selbstverwaltung in einer Europäischen Verfassung, in F. -L. Knemeyer(Hrsg.), a. a. O. (Anm. 123), S. 211 ff.

138) キリスト教社会教説の紹介として、澤田・前掲注122) 33-41頁、田村正勝/臼井陽一郎『世界システムの「ゆらぎ」の構造』59-62頁 [臼井陽一郎] (早稲田大学出版部、1998)。

139) 回勅の中で補完性についての古典的といわれる部分であり、訳は澤田氏 (前掲注122) 37-38頁) に依拠した。

140) 澤田・前掲注122) 33-41頁。

の「自治行政原理の盛衰は、それと同時に展開した、議会制民主主義と相関の関係にあった」と論じている¹⁴¹⁾。なるほど、この国の地方自治の歴史が、ワイマル以降の民主主義の理解の歴史とともにあったことは、本章の考察からも明らかであった。

もっとも、そのバリエーションはさほど多くはなかった。すなわち、カール・シュミットをはじめとする統一国家論者が、公法上の団体に、公の秩序を歪曲させる特殊利益の牙城を見出して、あらゆる政治的な権限を政治統一体という国民に集中させようとしたのに対して、プロイスをはじめとする団体法の論者は、人間を、共同体を介して発展し成長する存在とみて、この団体の基礎の上に国家を構築しようとした。別言すれば、前者は、国民代表に所与の規範を具体化させ、孤立した個人を創出しようとしたのに対し、後者は、連帯精神に基づく団体に公共性を担当させて、開かれた個人を創出しようとしたといえる。

そして、近年のシュミット・アスマンをはじめとする支配的な論者は、二つの見解を折衷する立場を提示する点に特徴をもっていた。2000年に地方自治に関するモノグラフを公刊したヴォルフガング・カールは、次のように指摘して、この点を良く示しているのので、それを引用しておこう。すなわち、今日のドイツ社会は、もはや「一元的な国家ではなく、機能的に秩序付けられ、垂直的・水平的に分離された多様な決定センターの相互作用により、制御されている。…もっとも、ここにおいてラディカルな見解として成り立ちうる、超越的な国家の観念を放逐する立場」は、「部分社会のコミュニケーションにより、あらゆる社会問題が解決すると捉え」、また、「あらゆる権力の問題が解消されるとみなす点において、樂觀的すぎて支持できない」。たとえば、「個人の本来的な自由保障等の任務は、さまざまな部分システムから中立的な国家という存在なしには実現しえないもの」である。その意味において、「行政の統一性の原理は、多元性の原理と同程度の正当性をもつ、一つの構造原理でありつづける」¹⁴²⁾。

ところで、わが国において、カール・シュミットとフォルストホッフは、「国家と社会の二元論」の主唱者として知られている¹⁴³⁾。彼らは、「社会」の内にあ

141) Wolf Weber, a. a. O. (Anm. 31), S. 161.

142) W. Kahl, a. a. O. (Anm. 5), S. 429 ff.

る団体が「国家」に働きかけ公の秩序を歪曲させることを恐れて、「国家」と「社会」の浸透性を否定する理論を提示した。しかし、ドイツの公法学界は、その後、このような理論により、国民が、同質の要素からなる統一体の一部と見なされたり、国家の機関に吸収されたりすることに反発して¹⁴⁴⁾、1960年代の中葉には「二元論」を後にした。すなわち「社会内の諸団体が、国家機関とならんで公共主体の具体的な構成に参加することを…積極的に肯定」とする立場が支配的になったといわれている¹⁴⁵⁾。ドイツの市町村は、ここに、その団体の一つとして、公の秩序の形成に与ることを積極的に肯定されたといえるのであろう。

このように、近年の地方自治理論は、公法学界全体の基底にある潮流にも支えられている。そして、そのことは、ここ十数年の間に、地方自治に関するいくつかの制度的な展開をひきおこすことにもつながっている。それでは、その展開とは、いかなるものであろうか。以下、章を改めて、これを確認するとともに、近年の支配的な見解をより詳しく考察することとしたい（以下次号）。

143) なお、国家と社会の「一元論」と「二元論」と、二つの説の対立状況につき、参照、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究38号76頁（1976）、藤田宙靖「E・W・ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立（一）（二）」法学40巻3号32頁（1976）、同41巻2号25頁（1976）。

144) 参照、栗城・前掲注143）88頁。

145) 参照、栗城・前掲注143）83頁。