

## 分権時代の地方自治(2)

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3巻2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
  - 1 独立革命以前—植民地時代のアメリカ地方法人と地方行政
  - 2 独立革命と地方法人 (以上本号)
  - 3 公法人と私法人—公法人としての地方法人
  - 4 革新主義と地方法人
- 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

### IV 現代ドイツにおける分権的秩序づくり

前述のとおり、シュミット・アスマンをはじめとする近年の支配的な論者は、今日を生きる人々が、他と触れ合いながら政治作用に携わることにより、孤立した個人からの成長を促され、バラバラになりがちな社会に統合を生み出しうることの重く見た。その有効な処方箋が地方の自治行政制度であり、国民主権原理により平等な政治参加の権利を与えられた人々は、併せて、自治行政原理により身の回りの事項に自ら決定を下す権利を与えられてはじめて、人間として成長し社会に公正な秩序を形成できると解された。連邦憲法裁判所のラシュテデー決定も、地方の自治行政と直接民主主義との親和性を指摘してこの立場に与した。一方、ドイツという国は、元来ナチスの暴走にもとづく懸念から、連邦レベルはもちろんのこと市町村のレベルにおいても直接民主主義の導入に懐疑的な姿勢をとっていた。よって、この国に直接民主的な制度を取り入れることは、一国の秩序づく

---

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科)第3巻第3号2004年11月 ISSN 1347-0388  
 ※ 一橋大学大学院法学研究科講師

りのあり方に相対的に大きな影響を及ぼすことを意味した。そして、ここ数十年の動向は、実際この分野に展開をもたらした。そこで、本章では、この点を手はじめに近年のドイツにおける分権的な秩序づくりのあり方の考察を深めることとする。

## 1 自治体における意思決定

(1) そもそも、戦後初期のドイツにおいて、市町村議会議員は、連邦議会議員や州議会議員と同様に「比例代表選挙」により選出され、市町村長は、バーデン・ビュルテンベルクとバイエルンを別として<sup>1)</sup>、市町村議会により選出される「間接選挙」の仕組みにより構成されていた<sup>2)</sup>。すなわち、市町村民は、政治参加の機会を、原則として議会議員選挙の局面にかぎられており<sup>3)</sup>、市町村意思是、実質的に比例代表名簿の作成をとりしきる政党により牛耳られていた<sup>4)5)</sup>。

- 1) バイエルンとバーデン・ビュルテンベルクの市長は、議会の議長を兼任する仕組みとなっており、これらの州の市町村構成は、南ドイツ議会制と呼ばれて区別された。他の州は、いずれも間接選挙による長の選出の仕組みを採用しており、以下の3類型に分けられた。①市町村議会が、ディレクター（市町村行政を指揮する機関）と市長（議会の議長）を選出する北ドイツ議会制、②市町村議会が、参事会（合議制の執行機関）の構成員を選出する参事会制、③市町村議会が、市長（市町村行政の指揮とともに、議会の議長を務める）を選出する市長制である（Vgl., Edzard Schmidt-Jortzig, *Kommunalrecht*, 1982, Rn. 116 ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Kommunalrecht*, in ders., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Aufl., 1995, Rn. 55.）。
- 2) 市町村民は、市長のリコールの権利ももたなかった（参照、木佐茂男『豊かさを生む地方自治』50頁（日本評論社、1996））。
- 3) 戦後初期に、市町村民の政治参加の権利が、基本的に市町村議会議員の選挙権と被選挙権とにかぎられたことにつき、Vgl., Arnold Köttgen, *Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände*, in: Hans Peters (Hrsg.), *HkWP Bd. I*, 1956, S. 198 f. 市町村民は、せいぜい専門知識を備える場合にかぎり各種委員会の構成員に任命される資格をもつにとどまった（Ebenda）。
- 4) A. Köttgen, a.a.O. (Anm. 3), S. 194 ff.; Hans Herbert von Arnim, *Möglichkeit unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene*, *DÖV* 1990, S. 95 f. 日本の地方議会議員が、地域の住民から自治体の活動に関する情報を手に入れるのに対して、ドイツの地方議会議員は、会派からそれを入手するとも指摘された（木佐・前掲注2）54頁）。
- 5) なお、ノルトライン・ヴェストファーレン州など、人物的要素を加えた比例代表制度（小選挙区比例代表併用制）を採用して、選挙人の政治的な力を相対的に強める州もあった。しかし、この制度の下においても、州は、選挙権者に付与する票を一票にかぎり、選挙区選挙に投じられた票を同時に比例代表リストに投じられた票とみなし、党ごとの得票数に応じて議員定数を比例配分する制度をとった

一方、このような厳格な代表制の仕組みが、政治的な無関心に彩られた50年代<sup>6)</sup>はともかく60年代の後半になると「より多くの参加」を求める市民運動の批判にさらされたことはいうまでもなかった。市政全体は政党支配の現われとして非難され<sup>7)</sup>、市町村法の改正が求められて、市町村民は議会における質問権や、一定数の署名をもとに特定の事項を議事として取り上げるよう議会を義務づける権利等<sup>8)</sup>、いくつかの政治参加の権利を与えられた。ただし、その動向は間もなく限界に直面した。なぜならば、それは統一的な国家観に支配されたラッシュレーデ決定以前のドイツにおいて、市町村は代表制に拘束されると解されたためであった。基本法28条1項2文(「国民は、州、郡および市町村において普通・直接・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(傍点は筆者)」)は、市町村のレベルにおいても、代表制を前提としており、市町村民の参加の権利を代表に対する意見表明権にとどめるよう命じていると解された。たとえば、1983年のレーンの論考によれば、市町村のレベルにも、基本法は明らかに代表民主主義を採用しており、市町村の決定権そのものは代表の手

---

ため(配分された議席数が選挙区選挙の当選者数を上回る場合、比例代表リストの名簿順位に従って不足分の当選者を決める。逆に、選挙区選挙の当選者数が配分された議席数を上回る場合、必要な分だけ全体の定数を増やす)、選挙民は、選挙区選挙に出馬する「人物」よりも「政党」を重視した投票行動をとる傾向にあった(Hans Meyer, Kommunalwahlrecht, in: Günter Püttner (Hrsg.), HkWP Bd. II, 2. Aufl. 1982, S. 55, 59 f. ノルトライン・ヴェストファーレン州の選挙制度の紹介として、村上弘『日本の地方自治と都市政策』84-85頁(法律文化社、2003))。

- 6) Erich Rehn, Repräsentative Demokratie und bürgerschaftliche Mitwirkung in der Kommunalverwaltung, in: Albert von Mutius (Hrsg.), Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, 1983, S. 313 f., 三島憲一『戦後ドイツ』51-64頁(岩波書店、1991)。
- 7) E. Rehn, a.a.O. (Anm. 6), S. 314 ff.
- 8) H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 89; Franz-Ludwig Knemeyer, Bürgerbeteiligung und Kommunalpolitik, 2. Aufl., 1997, S. 46 ff. 稲葉肇「ドイツにおける住民(市民)投票制度の概要(三)」自治研究72巻9号41-43頁(1996)、北住炯一「ドイツにおける直接民主主義とバイエルンのごみ「市民運動」」名古屋大学法政論集155号248-250頁(1994)、駒林良則「住民の直接参加について(一)」名城法学42巻1号104頁(1992)、木佐茂男「もうひとつの地方自治改革」都市問題研究42巻10号51頁(1990)。

にとどめられなければならないと解された<sup>9)</sup>。

ただし、その後の学界と連邦憲法裁判所は、先述のとおり、この限界を乗り越えた<sup>10)</sup>。すなわち、連邦憲法裁判所のラシュテーデ決定(1988年)は、市町村を構成員参加の要素に規定される自治行政主体と解釈して、「連邦レベルにおいて抑制される直接民主的な要素は、市町村レベルにおいて補われる」と判示した<sup>11)</sup>。加えて、シュレスビヒ・ホルシュタイン州選挙法判決(1990年)は、先述の基本法28条1項2文を「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、国家構造の内部における民主的な正統性の基礎に統一性を保証する(引用符は原文、傍点は筆者)」<sup>12)</sup>趣旨をもつと解釈して、基本法が市町村と直接民主主義の親和性を前提に、部分的にこれを修正して代表議会の設置を義務づけるにとどまることを判示した。もちろん、学界も、この頃になると、市町村における直接民主制の導入を広く肯定しはじめ、従来意見表明権を付与するにとどまった市町村法は市民のガス抜きのための「アリバイ」にすぎなかった、と酷評するフォン・アルニムのような論者もあらわれた<sup>13)</sup>。こうして、90年代に入ると、市町村民の直接民主的な権利は、学界と裁判所の後押しにより法定され定着していった。

(2) そして、この点にかんして、まず言及しなければならなかったことは、従来間接選挙により選ばれてきた市町村長が、直接公選制の下におかれたことであった。たとえば、英国の占領下の影響によりいわゆるディレクター制度をとってきたノルトライン・ヴェストファーレン州とニーダーザクセン州は、ここにそれを廃止して、住民により直接に選出される市町村長に、市町村行政全般の指揮

---

9) E. Rehn, a.a.O. (Anm. 6), S. 323 ff. 従来、直接民主主義の制度への学界の評価が、積極的ではなかったことにつき、参照、木佐・前掲注8) 55頁、駒林良則「住民の直接参加について(二)」名城法学44巻1号226-229頁(1994)。

10) ラシュテーデ決定が、拘束的住民投票制度の導入を後押ししたことの指摘として、Hans-Günter Henneke, Das richtige Maß von Unmittelbarkeit und Distanz bei kommunalen Bürgerbegehren und -entscheiden, ZG 1996, S. 2. 市民発案や市民投票の仕組みが、地方の自治行政と強い親和力をもつことを指摘する代表的な論考として、Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR Bd. 116 (1991), S. 381.

11) BVerfGE 79, 127 (150). 判決の詳細は、第Ⅲ章第2節を参照のこと。

12) BVerfGE 83, 37 (55). 判決の詳細は、第Ⅲ章第2節を参照のこと。

13) H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 89.

監督権を委ねる仕組みをもつこととした<sup>14)</sup>。他の西ドイツ地域においても1992年のヘッセン州が皮切りとなり、また、旧東ドイツ地域においても1993年以降の新市町村法の制定を契機として、すべての州が直接公選制を取り入れた<sup>15)16)</sup>。その際、ほとんどの州は、同時に、長のリコール制度も取り入れた<sup>17)</sup>。

一方、市町村議会議員の選挙は、多くの州においていわゆる非拘束名簿式比例代表選挙制度を取り入れられて、名簿順位の実質的な修正権を選挙権者に与える結果となった<sup>18)</sup>。すなわち、選挙権者は、議員定数と同数の投票権を与えられ、一人の候補者に重ねて票を投じたり（重複投票）、異なる名簿の候補者に分けて票を投じたりできるようになり（異党派連記投票）、その選挙行動を通して、支持政党の名簿順位のつけ方や候補者選出のあり方に批判を投げかけられるように

- 14) Hans Herbert von Arnim, Auf dem Weg zur optimalen Gemeindeverfassung?, in : Klaus Lüder (Hrsg.), Staat und Verwaltung, 1997, S. 300 f.; Gert Hoffmann, Zur Situation des Kommunalverfassungsrechts nach den Gesetzgebung in den neuen Bundesländern, DÖV 1994, S. 627 f. ディレクター制度につき、木佐・前掲注2) 31-32頁、ノルトライン・ヴェストファーレン州の改革過程につき、牧原出「Mayorと(Ober-) Bürgermeister」法学66巻6号5-16頁(2002)。なお、市町村長の直接公選制の導入により、自治体組織に関する従前の4分類(参照、前掲注1))は成り立たなくなり、すべての州が南ドイツ議会制に近づいた(Vgl., G. Hoffmann, Ebenda, S. 622.)。
- 15) Hans Herbert von Arnim, Die politische Durchsetzung der Kommunalverfassungsreform der neunziger Jahre, DÖV 2002, S. 586 ff.; G Hoffmann, a.a.O. (Anm. 14), S. 623 ff.; F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 165 ff.; 牧原・前掲注14) 6、11頁。ただし、シュレスビヒ・ホルシュタインの小規模町村は、例外的に制度の導入を見送られた(H. H. von Arnim, Ebenda, S. 591.)。
- 16) なお、それまで旧東ドイツの各州には、旧西ドイツ政府の協力の下で制定された「ドイツ民主共和国の市町村と郡の自治行政に関する法律(Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17. 5. 1990 (GBl. der DDR 1990 I, 255))が通用力をもった(G. Hoffmann, a.a.O. (Anm. 14), S. 621)。
- 17) 議会の発案(総議員の3分の2ないし4分の3による議決)と、それに基づく市民投票により、市長を解職する制度が、バーデン・ビュルテンベルクとバイエルンを除く各州に設けられた(Vgl., F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 165 ff.)。また、一部の州は、市民に解職の発案権を認めた(参照、稲葉・前掲注8) 50頁)。
- 18) 1988年にラインラント・プファルツ州が、その後、旧東ドイツの各州(ザクセン・アンハルト州を除く)が、この制度を既に備えたバーデン・ビュルテンベルク、バイエルン、ニーダーザクセンの諸州にならった(ただし、ニーダーザクセン州は選挙権者に3票を与えるにとどまった)(H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 87; ders., a.a.O. (Anm. 14), S. 298 f.; F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 165 ff.)。また、1999年にはヘッセン州もこれを採り入れた(H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 15), S. 591.)。

なった。しかも、①投じられた票はいったん名簿毎に合算され、②その総数に応じて各党に議席が比例配分された後、③党毎に個人としての得票数の多い候補者から順に当選人が確定する仕組みとなったため、候補者は、黨員としてではなく個人としての信任を厚くしなければ当選できない仕組みとなった<sup>19)</sup>。そして、そのことは、市町村民が、市町村長にとどまらず議会議員についても、自らの好ましいと思う人物をより直接的に選出できるようになったことを意味した。

さらに、改革の手は、代表機関の選出方法から、個別の意思決定の方法へもひろがった。すなわち、いわゆる拘束的住民投票制度<sup>20)</sup>が、1990年のシュレスビヒ・ホルシュタインを皮切りに<sup>21)</sup>、1997年のザールラントに至るまで<sup>22)</sup>、すべての州に取り入れられた。市町村民は、ここに地域共同体の事項について、二者択一の方式により起案をして<sup>23)</sup>、票決する権利を与えられた。敷衍すれば、市町村民は、自ら作成した議案とともに、その成立の際に生じる費用の見積もりと、費用の調達手段とを他の住民に提示して<sup>24)</sup>、一定数の署名の収集に成功すると<sup>25)</sup>、

- 
- 19) F. -L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 92 ff.; H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 87, 96 f.; ders., a.a.O. (Anm. 14), S. 313 f.; 木佐・前掲注8) 59頁、重複投票と異党派連記投票について、参照、村上・前掲注5) 85-86頁。なお、市町村の選挙制度全般の紹介として、H. Meyer, a.a.O. (Anm. 5), S. 37 ff.
  - 20) 制度の詳細な紹介として、稲葉馨「ドイツにおける住民（市民）投票制度の概要（一）（二）（三）（四）（五）（六・完）」自治研究72巻5号45頁、同巻8号31頁、同巻9号41頁（以上1996）、73巻2号30頁、同巻5号18頁、同巻8号22頁（以上1997）。
  - 21) なお、1955年にこれを取り入れていたバーデン・ビュルテンベルク（Art. 21 BWGO vom 21. 7. 1955.）州を別とする。この州の制度の紹介として、参照、稲葉・前掲注20）「（四）」30頁以下、「（五）」18頁以下。
  - 22) H. -G. Henneke, a.a.O. (Anm. 10), S. 2 f.; F. -L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 168 f., 223, 239.
  - 23) 稲葉・前掲注20）「（三）」59頁。
  - 24) 費用の見積もりは、厳密に正確なものである必要はなく、跡づけ可能で筋の通ったものであれば概算で構わないとするのが通説と判例である。また、資金調達の手段としては、予算の組み替え、財産の売却、増税・賦課金の値上げなど、法令に違反しないかぎりにおいて、市町村が用いうるあらゆる手段を予定しうる（Vgl., Fritz Ossenbühl, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: Gerhard Seiler (Hrsg.), Festschrift für Manfred Rommel, 1997, S. 254 f.）。さらに、バーデン・ビュルテンベルク州の制度につき、参照、稲葉・前掲注20）「（五）」23-24頁。
  - 25) 必要署名数は州により開きがあり、有権者全体の10パーセントから20パーセントの間に定められている（山内健生「ドイツにおける国民投票制度及び市民投票制度について（四）」自治研究73巻11号83-92頁（1997））。

それを市町村議会に付託でき<sup>26)</sup>、議会において発案の趣旨に即した議会を得られなかった場合には、さらに当該議案を市町村民の投票にかけられるようになった<sup>27)</sup>。投票において、一方の選択肢が法定数を上回る得票を得た場合<sup>28)</sup>、投票結果は、議会の議決と同様の効力をもつものとされ、投票後2年ないし3年の間は<sup>29)</sup>、新たな投票手続きを経た場合を別として変更を許されないものとされた<sup>30)</sup>。

(3) ここに、「国民発案や国民投票の制度は、…大衆化の時代、確たるよりどころのない時代に…デマゴグにうってつけの報奨となる (強調は筆者)」<sup>31)</sup>と指摘した西ドイツ初代大統領テオドール・ホイスの見解<sup>32)</sup>は、少なくとも市町村のレベルにおいては通用力を弱め、このよりどころのない時代においてこそ、人々を成長させ社会に確たる基盤を構築する手段として、市町村民に直接民主的な権利を与えることを重んじる見解が支配的になったといえた。実際、それを証明するかのように、1980年に市民投票制度の導入を否定したフォン・ムティウスは<sup>33)</sup>、

- 
- 26) 市町村議会 (シュレスビヒ・ホルシュタイン州の場合、地方自治体に対する監督官庁) は、形式的な要件の充足性を審査する。審査の結果は決定の形式により公にされ、市民発案に署名した者は当該決定につき、行政裁判所に訴えを提起することができる (F. Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 24), S. 251 f., 稲葉・前掲注20) 「(五)」19, 25頁)。なお、バーデン・ビュルテンベルク州の場合、法監督庁に対する異議申立前置主義をとる (Vgl., Gerd Hager, Rechtspraktische und rechtspolitische Notizen zu Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, VerwArch 84, 1993, S. 115)。
- 27) 投票に先立って、議会における議決の理由と関連する情報が公にされる (G. Hager, a.a.O. (Anm. 26), S. 112 f.; H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 86, 稲葉・前掲注20) 「(三)」60頁)。バーデン・ビュルテンベルクの場合、議会が発案の趣旨に沿った措置を実施する議決をしたとして市民投票を実施しないとき、署名者はそれを争うことができる (稲葉・前掲注20) 「(五)」25頁)。
- 28) 州毎に開きはあるものの、一般に、一方の選択肢が有権者全体の25%又は30%により支持されれば、議会の議決と同様の効力をもつと定められる (Vgl., F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 168 f.)。
- 29) F. Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 24), S. 252; F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 109 f., 稲葉・前掲注20) 「(三)」60頁, 「(五)」28頁。
- 30) いくつかの州は、制度の濫用を防ぐため、市民発案も禁止して、議会の発案による市民投票のみを認める (Vgl., F. Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 24), S. 252 f. バーデン・ビュルテンベルク州の制度につき、稲葉・前掲注20) 「(五)」28頁)。
- 31) Vgl., Parlamentarischer Rat, Stenographische Berichte der 2. Sitzung, S. 25.
- 32) この見解の紹介として、H. H. von Arnim, a.a.O. (Anm. 4), S. 89 f.
- 33) ムティウスは、法曹会議において、代表制を予定する基本法28条1項2文を引用し、市民発案と市民決定の制度の「合憲性につき、著しく疑わしい」と述べ、この制度をもつバーデン・ビュルテンベルク州に対し、その制度を廃止すべきであり、また他の州に対し、バーデン・ビュルテンベルクに追随するべきではないと

90年代に入ると改説して、次のように述べていた。すなわち、今日の産業社会において「人間は、私的な空間に閉じこもりがちとなっている。そして、そのことが、地方の政治決定プロセスに対する参加の機会の必要性をわれわれに気づかせている」<sup>34)</sup>。こうして、ドイツの学界において、市町村への市民投票制度の導入を肯定する見解が支配的になっていった<sup>35)</sup>。

もっとも、その後のドイツにおいても、先述のとおりこうした制度は特殊利益やデマゴグに支配されやすいことを意識されつづけ、法律による整形を必要とすると解された<sup>36)</sup>。とりわけ、市民投票制度は、さまざまな政治過程を切り捨てて、一回かぎりの票決に判断を委ねる制度であり、ひときわ政治的な熱狂者や組織された集団に支配されやすいといえたため<sup>37)</sup>、制度の対象や手続、効果等の基本的な事項を、法律により整えなければならないことを指摘されてきた<sup>38)</sup>。しかし、そのような弊害は、住民投票制度に、開かれた話し合いのプロセスを併用し、投票に先行して住民一人ひとりに有効に利益を表出させる機会を付与することにより相当程度回避されると指摘された。そもそも、シュミット・アスマンによれば「憲法により保障された自治行政は、…合意に対して開かれた受諾を促す行政スタイルを構築するよう命じられる点に、関係人から距離をとる国家行政とは区別される特徴をもっており、それは人に刻印された行政として、市民の信頼に支えられその基礎を日々刷新していかなければならない」ものであり、この信頼を生み出す仕組みとして、「利益に関する話し合いの機会をもつこと」<sup>39)</sup>が重んじら

---

警鐘を鳴らした (Albert von Mutius, Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten, Gutachten E zum 53. DJT, 1980, S. 226.)。

34) Albert von Mutius, Kommunen zwischen hohem Anspruch und rauher Wirklichkeit, in: Gerhard Seiler (Hrsg.), Festschrift für Manfred Rommel, 1997, S. 27.

35) ムティウスと同様の見解を示すものとして、Hermann Hill, Das nächste Jahrhundert, in: Klaus Lüder (Hrsg.), Staat und Verwaltung, 1997, S. 348 ff., insbes. 351.

36) 参照、第Ⅲ章第2節。

37) この点について、従来的見解をまとめて紹介するものとして、Vgl., H.-G. Henneke, a.a.O. (Anm. 10), S. 5 ff.

38) H.-G. Henneke, a.a.O. (Anm. 10), S. 7 f.; F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 252; F. Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 24), S. 253.

39) 以上の点につき、Eberhard Schmidt-Aßmann, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden, N zum 58 DJT, Bd. II, 1990, S. 12 f.



れなければならなかった。そして、学界においては、投票に先立つ話し合いの機会として市民集会制度 (Bürgerversammlung) が期待され<sup>40)</sup>、先述の費用の見積もりとその説明義務も、わずかながらにせよ署名者に対話の手がかりを与える手段として期待された<sup>41)</sup>。市民投票制度は、こうして、孤立しがちな個人に成長の機会を与える話し合いのプロセスと併用されることにより、直接民主主義と親和的な市町村にふさわしい制度として積極的な活用に値するものとなると解された。一方、金銭にかんする事項をはじめとして、対話の機会を通して特殊利益の支配を免れがたい、ひとときわ感情に左右されやすい事項は、投票の対象から外されることを推奨され<sup>42)</sup>、実際、予算、課税、手数料にかんする事項は、ほとんどの州において市民投票の対象から外された<sup>43)</sup>。

(4) ちなみに、こうした政治参加の視点を一旦離れると、今日のドイツの市町村は、行政活動を「製品」と捉える「新制御モデル」に席卷されており<sup>44)</sup>、「製

- 
- 40) F.-L.Knemeyer, a.a.O.(Anm.8),S.78 f.,133,253 ff.この制度は、既に70年代の改革において、多くの州に取り入れられていた(稲葉・前掲注20)「(三)」42-43頁)。制度の紹介として、稲葉・同46-47頁、F.-L.Knemeyer, a.a.O.(Anm.8),S.142 ff.ミュンヘン市における市民集会制度の運用につき、参照、北住炯一「統一ドイツにおける地域自治とその市民的再生」名古屋大学法政論集151号33-40頁(1993)。投票前の段階の、あるいは、日常的な開かれた対話のプロセスの重要性を指摘するものとして、Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“, in: Festschrift für Horst Sandler, 1991, S. 126 f.; ders., a.a.O. (Anm. 39), S. 12 ff.; Wilfried Erbguth, Verstärkung der Elemente unmittelbarer Bürgerbeteiligung auf kommunaler Ebene, DÖV 1995, S. 800; H. Hil, a.a.O. (Anm. 35), S. 351.
- 41) F. Ossenbühl, a.a.O. (Anm. 24), S. 254; F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 8), S. 107; H.-G. Henneke, a.a.O. (Anm. 10), S. 17 f.
- 42) Eberhard Schmidt-Aßmann, Perspektiven der Selbstverwaltung der Landkreis, DVBl. 1996, S. 537.
- 43) 稲葉・前掲注20)「(六・完)」30頁。その他、自治体の機関どうしの関係や人事に関する事項等も同様の理由により対象から外されている(E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 42), S. 537)。また、計画確定手続をへなければならない事項は、正式の参加手続が設けられていることを理由に、投票の対象から外されている(稲葉・前掲注20)「(三)」58頁)。さらに、委任事務や指図書務に関する事項、争訟手続に関する事項などが、投票の対象から外されることもある(各州の除外事項につき、参照、山内・前掲注25)83頁以下の一覧表)。なお、州によっては、除外事項を列記するに止まらず、対象事項を具体的に例示したり、対象事項を限定的に列挙して条例による追加を認めたりすることもある(参照、稲葉・前掲注20)「(三)」58頁)。
- 44) E・シュミット=アスマン(大橋洋一訳)「ドイツ地方自治法の新たな発展」自治研究74巻12号12-14頁(1998)、A. von Mutius, a.a.O. (Anm. 34), S. 25 ff

品管理」の手法を取り入れて効率性を高めるよう期待されたため、コストの上昇を伴いうる市民参加の手法は忌避される傾向につらなりえた。しかし、「行政と政治の役割分担」を前提とする今日の支配説によれば、この管理手法の活用は、機械的な事務処理の局面にとどめられ、政治的な利益調整の場面に拡張されることを否定された。フォン・ムティウスによれば、政治の領域は、これにより機械的な事務処理の任務を免れて、本来取り組むべき課題に集中しうるかぎりにおいて、この手法の効用を享受しうるにとどまった<sup>45)</sup>。要するに、「新制御モデル」は、「自治行政＝間接国家行政」理論のように市町村を客観的に粛々と事務を処理する行政主体と位置づけるのではなく、多元的な政治主体となった市町村に、コスト意識を植付け、あるいは、顧客としての市町村民の主体性を尊重する姿勢を植付けようとすることを特徴とするにとどまった。

ところで、こうして市町村の政治作用が積極的に解されると、従来統一的な国家観の下において政治の権限を独占すべきものとされてきた国の立法府と内閣は、その地位を降り、市町村との関係にも変化を被らざるをえなかった。国の立法府と市町村との関係について、その変化を浮かび上がらせたのは、市町村の条例制定権にかんする議論であった。そこで、次にこの論点に焦点をあわせることとする。

## 2 地方自治体と国の立法府

(1) さて、ここでも歴史を遡る作業からはじめれば、ワイマルから戦後初期にかけての支配的な見解は、市町村を国家により承認され、国家により与えられた権限の範囲において活動する、国家に従属する法主体と捉えていた。この考え方は、規範定立作用にも貫かれ、市町村をはじめとする自治行政体は、本来条例制定権を備えず、国家により与えられた枠内で、その権限を有するにとどまると解された。すなわち、自治行政概念は、そもそも「法の定立とは異なる…行政作用を指し」ており<sup>46)</sup>、条例を制定する市町村は、常に「法律」の授権を要すると解

45) A. von Mutius, a.a.O. (Anm. 34), S. 25 ff.

46) Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926, S. 36, 38.

された<sup>47)</sup>。

そして、この考え方が、ワイマル理論の集大成ともいえる戦後初期の「地方自治＝間接国家行政」理論に引き継がれたことはいうまでもなかった。たとえば、1963年の論考において、フォルストホッフの見解に与したバドゥラは、国家の主権性より、国家が規範定立権を独占することを結論づけて<sup>48)</sup>、法律の授権を欠く市町村は、「委任事務」はもちろんのこと「固有事務」の処理にかんしても、条例制定権をもたないと解釈した<sup>49)</sup>。もちろん、自治行政概念は、ここにおいても「法を発する権力（アウトノミー）を含まない」と解された<sup>50)</sup>。そして、この見解が、当時のドイツを席卷したことは、次のマインの論考（1977年）からも明らかであった。すなわち、この頃「市町村の条例制定権が、基本法28条2項1文により直接に付与されると解されることは稀であり、その権限は一貫して…（少なくとも市町村法による一般的な授権という<sup>51)</sup>）単純法律の授権を要すると解されていた（括弧内は、同論考の別箇所からの筆者の引用）」<sup>52)</sup>。

ところが、この見解は、市町村の政治主体性を肯定する今日の立場とは相容れ難かった。よって、それは、「より多くの参加」や「直接民主的な制度」の定着とともに、次第に支配説から後退した。すなわち、当時の支配説に反対したマイ

47) 「条例は、団体の組織や存続にかかわるものと、団体の特別な目的や任務の履行に役立つものに体系的に分類しうるかもしれない。ただし、いずれにせよ、立法府による授権が決定的であることを、我々ははっきり意識しなければならない」(Hans Peters, Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, in: Gerhard Anschütz / Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 267.)。なお、この見解の紹介として、大橋洋一『現代行政の行為形式論』351-352頁（弘文堂、1993）。

48) Peter Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561, Anm. 2.

49) P. Badura, a.a.O. (Anm. 48), S. 561 f.

50) P. Badura, a.a.O. (Anm. 48), S. 562. なお、フォルストホッフは、「条例は、公法上の法人が、法律により（gesetzlich）与えられるアウトノミーの枠内において発した法規範である」と定義した（Ernst Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1953, S. 120.）。

51) 基本権の侵害等、特別の授権を必要とする領域を別として、「市町村は、自らの事項を規律するために条例を制定する権限をもつ」という一般的な授権で足りると解されていた（P. Badura, a.a.O. (Anm. 48), S. 561 f.; Karl-Ulrich Meyn, Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, 1977, S. 23.

52) K.-U. Meyn, a.a.O. (Anm. 51), S. 10. この見解につき、参照、木佐・前掲注2）37-38頁。

ンを先駆けに、市町村は、地域の秩序づくりにイニシアティブをとるよう憲法により予定されており、地域共同体の事項につき基本法（28条2項1文）により当然に規範定立権を付与されていると解された<sup>53)</sup>。実際、1990年の法曹会議の報告者ヒルは、「地域共同体の事項を自己の責任において規律する権限（基本法28条2項）は、条例制定権を含む」と解釈し<sup>54)</sup>、1999年のペーメに至っては「基本法28条2項1文は、直接に条例制定権を付与しており、条例制定権にかんする市町村法の一般的な授権は、支配的な見解において確認的な性格しかもたない」と解されている（傍点は筆者）」と論じていた<sup>55)</sup>。

(2) ただし、こうした権限も、一定の限界を見出された。すなわち、当初、ゼロとされた市町村の条例制定権は<sup>56)</sup>、70年代に入るといったん国の立法権と同程度の広がり示唆されて「市町村議会は、真の議会でないとしても、民主的に選出された議決機関であり、そのかぎりにおいて立法府に振り分けられる」と判示されたりしたもの<sup>57)</sup>、その後ふたたび立法府とは異なる限界に直面することを強調された。すなわち、通説によれば、市町村議会は「法律の留保」に服する

---

53) K. -U. Meyn, a.a.O. (Anm. 51), S. 25.

54) Hermann Hill, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden, Gutachten D zum 58 DJT, Bd. I, 1990, S. 12.

55) Monika Böhm, Autonomes kommunales Satzungsrecht, in: Gertrude Lübke-Wolff (Hrsg.), Umweltschutz durch kommunales Satzungsrecht, 2. Aufl., 1997, Rn. 679 f. 同様の立場にたつものとして, Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunalrecht, in ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999, Rn. 95; Jörn Ipsen, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?, JZ 1990, S. 790; Hartmut Maurer, Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, DÖV 1993, S. 187 f. なお、大橋・前掲注47) 352頁も参照のこと。

56) 「地方自治＝間接国家行政」理論の主唱者フォルストホッフは、「条例は、法律による授権にその効果を依存する二次的な法源である」と論じていた (E. Forsthoff, a.a.O. (Anm. 50), S. 120)。

57) BVerfG, Beschl. v. 23. 2. 1972, BVerfGE 32, 346 (361). 市町村議会に対する立法権の授権が、基本法80条1項2文に定められる授権法律の規律密度（「法律によって、連邦政府、連邦大臣またはラント政府に対し、法規命令を発する権限を与えることができる。その場合には、与えられる権限の内容、目的、および程度は、法律において規定されなければならない。…」(Art. 80 Abs. 1 GG. テキストは、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集【第3版】』248頁（信山社、2001）に依拠した））に拘束されるか否かを争点とした事案。決定は、①基本法80条1項2文が執行府を念頭に規定されたこと、②市町村議会が執行府に属さないことを理由に、この規定の市町村議会に対する授権法律への適用を否定した。

「執行府」にとどめられ<sup>58)</sup>、特別な法律の根拠を欠く場合、一定の事項に法規範を制定する権限をもたないと解された<sup>59)</sup>。

そして、その理由は、これまでの考察から推測されるとおり、この団体が客観的に粛々と事務を処理する国家「行政主体」にとどまるためというよりは、「多目的な政治主体」となった市町村も特殊利益に支配されやすいことを否定しにくく、一定の高度な政治責任はこの利益から距離をとりしかも国の執行府ほどに国民から距離をおきすぎない「国の立法府」に担わせるべきであると解されたためであった。たとえば、ベトゲによれば「基本権を規律する正統性は、国民全体の代表により構成される国の立法府にかぎり備わるものであり」<sup>60)</sup>、立法府は、そうした特別の政治責任を果たさなければならないと解された<sup>61)</sup>。もちろん、こう解しても、立法府に留保される事項の範囲は、一義的には定まらなかった<sup>62)</sup>。たとえば、ある論者によれば、もともと医師会等の職業団体を念頭に説かれた本質性理論は、相対的に多様な構成員からなり職業団体とは区別される市町村にはストレートには適用できないと解され<sup>63)</sup>、また、別の論者によれば、国民から遠く離れた執行府を念頭においた侵害留保理論は、地域の実情に通じた住民により直接に正統化される市町村議会にはストレートには適用できないと解された。ペー

- 
- 58) この立場をとる裁判例として、次のものがある。「市町村の法定立行為は、多くの点で立法的性格を備えるものの、国家の権力分立体系（立法、執行、司法）の下においては、行政の領域に振り分けられる」（BVerfG, Beschl. v. 22. 11. 1983, BVerfGE 65, 283 (289)）。「地方代表は、基本法28条1項2文に定められる選挙に由来するとはいえ、自治行政体の機関であり、議会ではない」（BVerfG, Beschl. v. 21. 6. 1988, BVerfGE 78, 344 (348)）。
- 59) Herbert Bethge, *Parlamentarvorbehalt und Rechtsatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung*, NVwZ 1983, S. 579; Cristian Starck, *Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht*, NJW 1972, S. 1490 f.; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 95, 木佐・前掲注2) 37頁、大橋・前掲注47) 352-353頁。
- 60) H. Bethge, a.a.O. (Anm. 59), S. 579.
- 61) 同旨, C. Starck, a.a.O. (Anm. 59), S. 1490 f.; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 95.
- 62) H. Maurer, a.a.O. (Anm. 55), S. 185.
- 63) K.-U. Meyn, a.a.O. (Anm. 51), S. 43 f. 同様の立場にたつものとして、Vgl., H. Maurer, a.a.O. (Anm. 55), S. 188; Eberhard Schmidt-Aßmann, *Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung*, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, 2001, S. 812.

メによれば、侵害留保理論をそのまま適用する見解は、「基本法28条2項1文とおよそ相容れないであろう」と論じられ<sup>64)</sup>、マウラーにおいても、侵害留保理論は「国の執行府の場合と同程度に適用されうるものではない」<sup>65)</sup>と主張された。しかし、一定の事項が立法府に留められるべき点は、学界においてほぼ一致して認められ、通説によれば、侵害留保理論は市町村にも適用された<sup>66)</sup>。連邦行政裁判所も、同様の立場から、小売業者に使い捨て容器の使用を禁止したミュンヘン市の条例を、特別の授權を欠きながら職業遂行の自由（基本法12条1項2文）を制約したものと、違憲と判断した<sup>67)</sup>。

もっとも、自由や財産を制約する「条例」は、「国の命令」との比較において低い規律密度の授權で足りると解されており、侵害留保理論がストレートに適用されなかったことも確かであった<sup>68)</sup>。その限りにおいて、地域の実情に通じた住民による直接の正統化の方式は肯定的に解されているといえ、今後条例制定権の範囲が拡大的に解釈されるか否かの点は、特殊利益に支配されやすい市町村制度の欠点を法律による整形を通してどの程度顕在化させずに済むかにかかっているともいえた。

(3) なお、以上の点とは別に、「法律により形を整える」責任を負う立法府も、こうした支配説の変化とともに責任のとり方に修正を経験しており注目に値した。

すなわち、まず、立法府は、制度的（体）保障論に支配された時代において、歴史的に形成された制度の核心領域を侵さぬよう、政治的な自制を求められるにとどまった。たとえば、カール・シュミットによれば、立法府は「人口1万人ないし10万人以下の全市町村を隣接の都市に併合する」など、著しく伝統に背いた

---

64) M. Böhm, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 697, 694.

65) H. Maurer, a.a.O. (Anm. 55), S. 189.

66) Hans Herbert von Arnim, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*, AöR 113 (1988), S. 25; H. Bethge, a.a.O. (Anm. 59), S. 579 f.; E. Schmidt-Jotzig, a.a.O. (Anm. 1), Rn. 628 f.; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 96; Friedrich Schoch, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden*, NVwZ 1990, S. 803.

67) BVerwG Beschluß vom 7. 9. 1992, BVerwGE 90, 359.

68) E. Schmidt-Jotzig, a.a.O. (Anm. 1), Rn. 617 f.; H. Maurer, a.a.O. (Anm. 55), 188; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 95.

法律を制定する場合を別として、必要な自制を果たしていると解された<sup>69)</sup>。すなわち、立法府は、憲法により保障されない各市町村の主観的な利益<sup>70)</sup>を、殊更考慮に入れる必要はなく、せいぜい客観化した伝統から大きく乖離する法律の制定を禁じられるにとどまった。そして、戦後初期の学界と裁判例も、同様の立場から制度の核心領域に着目するにとどまり、「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」と解釈した<sup>71)</sup>。たとえば、1958年4月29日の連邦憲法裁判所決定は、「自治行政概念は、その本質を確定する際に史的な展開に考慮を払わなければならない歴史的に形成される概念である」<sup>72)</sup>と判示し、また、1963年11月26日の連邦憲法裁判所決定も、「何が核心領域に属するかを認定する場合、自治行政の歴史的な発現形態とその史的な展開に考慮を払わなければならない」<sup>73)</sup>と判示して、市町村制度が「客観的な制度」としての存続を保障されるにとどまることを強調した。当時の立法府が広範な裁量権を認められていたことは、地方自治にかんする法律がこの頃一度として違憲と判断されなかったことから間接的に証明された<sup>74)</sup>。

ところが、このような解釈は、60年代の後半になると統一的な国家観を批判したシュテルン<sup>75)</sup>により修正された。すなわち、基本法28条2項は、ここに①市町村制度それ自体の存続と (institutionelle Rechtssubjektsgarantie)、②市町村の自己

69) Vgl., Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, 1931, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 147.

70) 参照、第Ⅲ章第1節。「主観的な権利は、制度的(体)保障の本質には属さない」(Carl Schmitt, Verfassungslehre, 4. unveränderte Aufl., 1965, S. 173.)。

71) 参照、第Ⅲ章第2節。BVerfGE 1, 167 (175)。

72) BVerfG, Beschl. v. 29. 4. 1958, BVerfGE 7, 358 (364)。 (市町村をはじめとする公法上の団体に勤務する公務員の退職金について、州の行政機関に決定権を与える法律の合憲性が争われた事案。決定は、地方公務員の服務規程法上の権限がしばしば国の行政庁により行使されてきたことを理由に、法律を合憲と解釈した)。

73) BVerfG, Beschl. v. 16. 11. 1963, BVerfGE 17, 172 (182)。 (州の官吏の一部を、自治体の官吏として引き受けるように義務づける法律の合憲性が争われた事案。決定は、本件と同様の侵害がすでにあったこと、本件による侵害が時間的に限定されること等を理由に、法律を合憲と解釈した)。

74) Vgl., Willi Blümel, Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, in: Albert von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 285。 核心領域論が、立法府の介入を抑制する効果をもたなかったことにつき、さらに、Vgl., A. von Mutius, a.a.O. (Anm. 33), S. 42 ff.

75) この点につき、参照、第Ⅲ章第2節。

責任による事務処理 (objektive Rechtsinstitutsgarantie) という客観的な制度保障の側面にとどまらず、③それらを侵害された個々の市町村が、司法救済の道に開かれるという「主観的な法的地位」(subjektive Rechtsstellungsgarantie)の保障を盛り込むと解された<sup>76)</sup>。そして、連邦憲法裁判所のラシュテーデ決定も、市町村は歴史的な「伝統にとどまらず」、「市町村民の自己決定権の思想に高い通用力を与えるために」<sup>77)</sup>基本法に盛り込まれた法主体であると解釈して<sup>78)</sup>、制度的(体)保障の理論に主観的な法的地位保障の内容を追加した<sup>79)</sup>。そして、そのことは、制度を形成する立法府が、各市町村の主観的な地位を尊重し、その地位を尊重したことを論証する責任 (Argumentationslast) を負わされることを意味した<sup>80)</sup>。

その後、この論証責任がどの程度の責任を意味するかにかんしては、必ずしも見解の一致を見なかったものの<sup>81)</sup>、「立法府の予測・評価の自由余地 (Ein-

- 
- 76) Klaus Stern, Kommentierung zum Art. 28 GG (Zweitbearbeitung, 1964), in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Rn. 174 ff.; ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 409. シュテルンの説の紹介として、大橋・前掲注47) 263-268頁。この説が、学界の転機となったことにつき、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206頁(2000)。
- 77) BVerfGE 79, 127 (143, 149,.)
- 78) シュテルンの説を支持する学説として、Z. B., E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 10 ff.; Peter J. Tettinger, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 4. Aufl., 2000, Art. 28, Rn. 154 ff.; Dirk Ehlers, Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 2000, S. 1302 f.
- 79) 今日、一部の論者は、この点を捉えて、制度的(体)保障論の名称を捨て去るよう提唱する(Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, S. 1037 ff.)。これに対して、シュミットアスマンは、今日の理論と従来理論の相違点を自覚すれば、制度的(体)保障の名称を捨て去る必要はないという(E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 63), S. 807 f.)。
- 80) BVerfGE 79, 127 (143, 153 ff.), E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 40), S. 136 ff.; Jörn Ipsen, Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, ZG 1994, S. 209; Hans-Günter Henneke, Kommunale Eigenverantwortung bei zunehmender Normdichte, ZG 1994, S. 239 ff.
- 81) たとえば、エーラース等は、一般に比例原則に則したことの論証責任を立法府に課すのに対し(D. Ehlers, a.a.O. (Anm. 78), S. 1308; J. Ipsen, a.a.O. (Anm. 80), S. 209 ff.)、シュミット・アスマン等は、個人の法治的自由への介入を念頭に説かれた比例原則を、この局面にストレートに適用することを否定する(E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 40), S. 138)。なお、この論争の紹介として、駒林良則「地方自治の保障と市町村の計画高権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』343-344頁(信人社、1996)。



schätzungsspielraum) は自治行政の実体 (Substanz) の喪失度に反比例する」という命題は、ほぼ一致して認められた<sup>82)</sup>。すなわち、各市町村が「自治行政の実体を喪失する度合い」は、①立法府が地域共同体の「事務処理『方法』を規律する」とき、②立法府が地域共同体の「『事務そのもの』を剥奪する」とき、③立法府が「『地域共同体自体』を解体する」ときの順に大きくなり<sup>83)</sup>、立法府の論証責任も、これに即して増大すると解された。

たとえば、①事務処理「方法」を規律する立法府の論証責任は、相対的に小さなものにとどまった。これをよくあらわしたのは、1994年10月26日の連邦憲法裁判所決定であり、この事案において裁判所は、市町村の事務処理「組織」を規律する法律を前にして、立法府は「(市町村の) 任務領域に十分な組織形成の余地 (ein hinreichender organisatorischer Spielraum) を残すかぎりにおいて (括弧内は筆者)」、その規律が「重要な目標設定に基づいたか否かの点を審査されない」と判示した<sup>84)</sup>。敷衍すれば、法律が、市町村に新たな組織の設置を禁じておらず、また、問題となる組織に拘束力ある決定権を与えなかった本件において、市町村の組織形成の余地は十分に残されており、自治行政の実体の喪失度は低くとどまるといったため、立法府の論証責任は、当該組織にかんする規律が重要な目的に基づいて行われたか否かの点に及ばないと解された<sup>85)</sup>。

これに対して、②地域共同体の「事項を剥奪する」立法府は、市町村に及ぼす影響力の大きさに照らして相対的に大きな論証責任を負うと解された。すなわち、

82) BVerfGE 79, 127 (154); J. Ipsen, a.a.O. (Anm. 80), S. 209; Alexander Schink, Kommunale Selbstverwaltung im kreisangehörige Raum, VerwArch. 81 (1990), S. 413 f.; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 40), S. 138; ders., a.a.O. (Anm. 63), S. 818; Werner Hoppe, Probleme des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, S. 186.

83) J. Ipsen, a.a.O. (Anm. 80), S. 205 ff., 209 ff. イプセンは、立法府が地域共同体に「国家の事務を委任する」ときを、②のケースに加えている。また、シュミット・アイヒシュテットは、①のケースの一層の細分化を試みている (Gerd Schmidt-Eichstaedt, Bundesgesetze und Gemeinden, 1981, S. 160 ff. )。

84) BVerfG, Beschl. v. 26. 10. 1994, BVerfGE 91, 228 (241 f.).

85) BVerfGE 91, 228 (242 f.). 本件において争われた男女同権委員 (Gleichstellungsbeauftragte) の設置を義務づける法律は、男女同権問題を処理する他の組織を設けることを禁止せず、また、男女同権委員に拘束力ある決定権を与えていなかった。ただし、立法府の形成が自治行政保障の核心領域を侵すほど極端に伝統

繰り返し紹介したラシュテータ決定（1988年11月23日連邦憲法裁判所決定）は、これをあらかず好例であり、廃棄物の収集と運搬の権限を剥奪する法律の合憲性を争った本件において、立法府は「市町村による事務処理が極端に不経済であり、事務を剥奪しなければ秩序に適った（ordnungsgemäß）事務処理を保証できない」等<sup>86)</sup>、事務の剥奪を基礎づける事情が市町村の自己決定権の喪失との比較において重い価値をもつことを<sup>87)</sup>、裁判所の支持可能な（vertretbar）程度に論証しなければならないと解された<sup>88)</sup>。

そして、③「地域共同体を解体する」立法府は、次のとおりさらに重い論証責任を負わされた（1992年5月12日連邦憲法裁判所決定）。すなわち、領土再編を試みる立法府は、それを要請する事情が対象となる市町村の自己決定権の喪失との比較において重い価値をもつことはもちろんのこと<sup>89)</sup>、当該目的の実現のために、領土再編が、適切な手段であることや（「適切性」）、対象となる市町村への侵害を最小限に抑える手段であることについて（「必要性」）、明らかな瑕疵の不存在を証明する程度に論証しなければならないと解された<sup>90)</sup>。そして、その際、対象となる市町村は、主観的な法的地位をもつ法主体として聴聞（Anhörung）権を保障され、他方、立法府は、当該市町村の意見を尊重した上で（berücksichtigen）、これらの考量をしなければならないとも解された<sup>91)</sup>。こうして、いず

---

に反しているか否かの点は、審査されなければならないと判示された。なお、この決定の紹介として、工藤達朗「ドイツ憲法判例研究（四七）」自治研究72巻11号113頁（1996）、人見剛「ドイツにおける地方自治体の組織高権・人事高権」月刊自治研39巻9号45-46頁（1997）、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』382-384頁（信山社、1999）。

- 86) なお、「憲法は、政治的民主的な観点（地方市民の参加による公務処理の観点）に経済性の観点を対置させ、前者の優越性を認めている（括弧内も判決文）」ので、単なる経済性や儉約性は、「地域共同体の事項」の剥奪を正当化する理由にならないと判示されている（BVerfGE 79, 127 (153).）。
- 87) 事務剥奪を正当化する「公の理由は、基本法28条2項1文の事務配分原理を上回らなければならない」（BVerfGE 79, 127 (154).）。
- 88) 「立法府の判断は、基本法28条2項1文によりおかれた枠に支持可能な内容を盛り込んでいるか否かについて審査されなければならない」（BVerfGE 79, 127 (154).）。
- 89) 立法府は「対象となる市町村が、領土再編により均衡を欠く不利益をもたらされない」と「評価」されることを、「明らかな瑕疵の不存在を証明する程度に論証しなければならない」（BVerfG, Beschl. v. 12. 5. 1992, BVerfGE 86, 90 (109).）。
- 90) BVerfGE 86, 90 (109).
- 91) BVerfGE 86, 90 (107 ff.). また、立法府は、考量の前提として再編にかかわる重要

れにせよ市町村は、個人の法治国的自由に対する介入の場合と同程度であるかどうかはともかく、自治行政の実体の喪失度に即した論証責任により、主観的な法的地位の保障に一定の実効性を担保されることとなった。

ところで、こうした地位を確立された市町村は、多元的な政治の主体として、統一的な国家観に仕える国家行政との異質性を際立たせたため<sup>92)</sup>、国家行政との法的な関係にも影響を受けざるをえなかった。そして、この変化を浮かび上がらせたのは国家監督にかんする議論であり、その考察の手がかりは、国家監督論と密接なかかわりをもつ事務分類論の歴史を整理したシュミット・アイヒシュテットとランゲの論考にあった。次に、その議論に焦点をあてることにする。

### 3 地方自治体と国家行政

(1) まず、彼等の指摘において重要であったのは、従来通用した「固有事務」と「委任事務」の事務分類論が、19世紀の「支配者層」と「市民層」との政治的な対立という歴史に基礎づけられているという指摘であった。すなわち、当時の「市民層」は、「支配者層」からの解放を企図して、市町村に自然法思想を当てはめて、「前国家的な事務」としての「固有事務」の範疇を生み出す一方で、従前の権力の固持に努めた「支配者層」は、勢力を伸長させつつある「市民層」を前にして、彼等の実力を抑制するために「本来国家に属する委任事務」の範疇を成立させた<sup>93)</sup>。

次いで、立憲民主主義の導入とともに、この分類が実質的に機能しなくなったことも彼等により指摘された重要な事実であった。すなわち、19世紀の「支配者層」と「市民層」の対立は、国民に等しく政治的な権利を保障するワイマル憲法

---

な事実を調査しなければならないとも判示された。なお、以上の判断は、1978年11月27日の連邦憲法裁判所決定に示されていた (Vgl., BVerfGE 50, 50 (51).)。

92) 参照、第三章第2節。Eberhard Schmidt-Aßmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Peter Selmer/ Ingo von Münch (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 260.

93) Gerd Schmidt-Eichstaedt, Die Rechtsqualität der Kommunalaufgaben, in: G. Püttner (Hrsg.), HkWP 2. Aufl., Bd. III, 1983, S. 9 f.; Klaus Lange, 《Staat und Gesellschaft》 in der Dogmatik des Kommunalrechts, in: Ekkehart Stein/Heiko Faber (Hrsg.), Festschrift für Helmut Ridder, 1989, S. 63.

の成立とともに消失し、あらゆる公の事務は、主権を獲得した国家（＝国民全体）に独占されるものと解されて、「委任事務」はもちろんのこと、「前国家的な事務」とされてきた「固有事務」も、「さしあたり国家により処理を放棄された」かぎりにおいて市町村に属する、「本来国家に属する事務」と解された<sup>94)</sup>。

ところが、その後のドイツにおいて、市町村は多元的な政治主体となることを認められ、国民主権の原理は貫徹されなかったため、この事務分類論も修正を経験した。すなわち、まず「さしあたりの放棄に依拠した固有事務」は、地域の秩序づくりにイニシアティブをとるよう予定された市町村の属性とは相容れなかったため<sup>95)</sup>、「憲法により直接に付与された事務」としての「固有事務」の概念により取ってかわられた<sup>96)</sup>。市町村は、ここに「他の公行政主体に配分されていない地域共同体のすべての事項を特別の授權なしにひきうける」権限を憲法により付与されていると解された<sup>97)</sup>。一方、「国家行政組織に組み込まれる市町村により処理されてきた委任事務」<sup>98)</sup>も、憲法により主観的な法的地位を保障されると解された市町村の属性とは相容れにくくなったため修正を経験した。すなわち、市町村は「国家により事務を委ねられる場合にも、憲法上の地位を尊重され（respektieren）なければならない」と前提され<sup>99)</sup>、独立の法主体としての市町村

94) K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 63 f. ペーターズの見解につき、参照、第Ⅲ章第1節 (H. Peters, a.a.O. (Anm. 46), S. 26, 31 ff.)。

95) ただし、制度的（体）保障論は、国民主権原理を徹頭徹尾貫徹するのではなく、「孤立した個人」に加えて、「歴史的に形成された客観的な制度」を憲法による保障の対象に加えたため、ワイマル時代に「伝統」と化していた「地域共同体の事項（固有の事項）を市町村の責任において規律すること」は、憲法により保障される領域として観念された（カール・シュミットの制度的（体）保障論の立場から、このような結論を引き出す論考として、Z. B., Otto Gönnerwein, Gemeindefrecht, 1963, S. 27 ff.)。

96) H. -G. Henneke, a.a.O. (Anm. 80), S. 231 ; Franz-Ludwig Knemeyer, Aufgabenkategorien im kommunalen Bereich, DÖV 1988, S. 398 ; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 35 ; K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 65.

97) BVerfGE 79, 127 (146). なお、シュミット・アスマンやランゲは、単純法律により固有事務の範囲を拡張できると主張する。法律により拡張された固有事務とは、法律により市町村に付与され、国家の監督権限が適法性の監督に限られるものを指す (E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 35 ; K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 65).

98) この点の説明として、Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 455, 村上弘「西ドイツにおける中央地方関係の一段面（一）」自治研究59巻1号126-127頁（1983）。

99) Edzard Schmidt-Jortzig, Rechtsschutz der Gemeinden gegenüber fachaufsichtlichen Weisungen bei der Fremdverwaltung, JuS 1979, S. 489 f.

は、市町村の責任において処理される「市町村の事務」として、立法府により「委任事務」を振り分けられると解されるようになった<sup>100)</sup>。

つまり、いずれにせよ、市町村の事務は、憲法（固有事務）、あるいは、憲法秩序を具体化する法律（委任事務）による振り分けに依存し、究極的には憲法制定権者としての国民全体に帰属したものの、日常的な国家の一部をなす「国の執行府」には帰属しないことを認められた。そして、そのことは、国家監督論にも影響をおよぼした。

(2) まず、戦後初期に統一的国家観に与した者は、「委任事務」はもちろんのこと「固有事務」の処理に際しても、合目的性の監督権（ドイツでは専門監督（Fachaufsicht）という）<sup>101)</sup>を、市町村に及ぼそうとした。その典型例は、「地方自治＝間接国家行政」理論に与したフリックであり（1962年）、彼によれば「市町村は、固有事務にせよ、委任事務にせよ本来国家に属する事務を遂行する」国家行政主体であり、その処理に際して合目的性の監督に服することは当然のことと解された<sup>102)</sup>。すなわち、公の事務を本来独占する国家が、「さしあたり処理を放棄した」固有事務について「本来の適切な処理」を確保するために合目的性の監督権を行使しうると解された<sup>103)</sup>。一方、カール・シュミット

100) F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 96), S. 400; K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 65; E. Schmidt-Jorzig, a.a.O. (Anm. 99), S. 490.

101) 監督手段は、地方監督（後掲注110）より狭く「指示」に限定されている。ただし、専門監督庁は、指示に従わない自治体に対する監督権の発動を、地方監督庁に求めることができる（Vgl., E. Schmidt-Jorzig, a.a.O. (Anm. 1), Rn. 85; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 44; Daniela Birkenfeld-Pfeiffer / Alfons Gern, Kommunalrecht, 2. Aufl., 1998, Rn. 742.）。

102) Heinrich Frick, Die Staatsaufsicht über die kommunalen Sparkassen, 1962, S. 38, 41. フリックは、「行政の適法性と統一性を確保するための国家監督」を「適法性の監督にとどめる解釈は、…（固有事務の領域においても）支持しえない（括弧内は筆者。固有事務に対する監督について論じる箇所の記述であり、括弧内に誤りはない）」（Ebenda, S. 44, 46.）と論じ、市町村の財産管理の「誠実さ」を確保するための合目的性の監督権等をひきだす（Ebenda, S. 48 f.）。フリックの国家監督論の解説として、塩野宏『国と地方公共団体』76, 97-100頁（有斐閣、1990（初出1966））。

103) ワイマル期の同種の見解につき、参照、第三章第1節。たとえば、ペータースは「公法上の社团は、国家により特別の目的のために創設される。国家は、それに特定の任務領域を振り分けて、その限りにおいて一定の行政活動を放棄している。国家は、その任務が市町村により遂行されない場合、他の方法によりそれを遂行するよう努めなければならない（für...sorgen müssen）」と論じて、本来の設置目

の制度的（体）保障論においても、市町村は「歴史的に形成された核心領域」を保障されるにとどまったため、「歴史とともにあった国家監督」は憲法上の限界を見出されにくかった<sup>104)</sup>。

そしてこうした見解は、今日の支配説によりいうまでもなく否定された。すなわち、多元的な政治主体となった「地方の自治行政主体」は、統一的な国家に仕える「国家行政」とは区別される機能を与えられ、憲法上相互補完の関係にたつ法主体となると解されたため、市町村に対する合目的性の監督権は、常に法律の根拠を要すると解された。たとえば、クルートによれば、委任事務の創設と、それに伴う合目的性の監督権の創設は、市町村に一定の資源の投入を義務づけそこにおける固有事務の遂行を間接的に妨害しえたため、立法府における正当な政治判断に支えられなければならなかった<sup>105)</sup>。また、「監督権の創設そのもの」に個別に法律の根拠を要求して、市町村の法的地位を一層重んじる者もいた<sup>106)</sup>。しかも、他方において「固有事務」は、市町村の自律的な処理に委ねられるものであり、原則として合目的性の監督権の創設を許されず<sup>107)</sup>、例外は、固有事務の処理により国民全体の利益に重大な影響が直接に及び、この利益が法律による事前規制と国家官庁による適法性の統制により適切に確保しえない場合にかぎられると

---

的の領域で活動する市町村に合目的性の監督権を及ぼすことを肯定した (H. Peters, a.a.O. (Anm. 46), S. 32)。

104) Werner Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in: ders., Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., 1967, S. 127 f.

105) 市民の利便性を高めるために関連事項を一括して処理させること、経済的なコストを抑制するために自治体の知識を直に活用すること等が、正当化の理由の例としてあげられた (Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 532 ff.)。

106) F. Schoch, a.a.O. (Anm. 66), S. 806; K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 65; H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 29. 彼等は、委任事務を委ねつつ市町村を合目的性の監督に服させる一見矛盾を伴う行為について、それを合理化する理由を立法府に説明させようとした。

107) W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 537, 556; H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 28. 新税の創設を定める条例、土地利用にかんする市町村計画を定める条例、起債や保証引き受けを定める条例の制定など、市町村による一定の行為の発効を国家官庁の認可に左右させる「認可の留保」も、「固有事務」の処理にかかる場合には、原則として政治的・政策的な統制権を与えるものではないと解された (Vgl. W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 557 ff.; F. Schoch, a.a.O. (Anm. 66), S. 806; Hans-Uwe Erichsen, Kommunalaufsicht-Hochschulaufsicht, DVBl. 1985, S. 944. 反対の立場にたつものとして、Ernst Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 571.)

解された<sup>108</sup>。いずれにせよ、憲法から直接に生じうる監督の権限は、「法律による行政の原理」を根拠とする適法性の監督権<sup>109</sup>（ドイツでは地方監督（Kommunalaufsicht）という<sup>110</sup>）にとどまった。

(3) なお、付言すれば、「国家行政」と「地方の自治行政」とを相互補完の關係に位置づける見解は、監督権を行使する国家官庁を「最小限の介入の原則」に拘束した。すなわち、国家官庁は、相手方たる「市町村の利益に十分な理解を示し、最低限の配慮・妥協・友好的な態度をとらなければならず<sup>111</sup>」、監督権の行使に際しては、目的実現のために必要かつ適切であり、対象となる市町村に均衡を欠く不利益をもたらさない手段を選択するよう義務づけられると解された<sup>112</sup>。また、国家官庁は、侵害的な手段を選択した場合、事前の聴聞とともに、予め助言をして市町村の自己修正を促すよう義務づけられるとも解された<sup>113</sup>。

一方、補完関係におかれた市町村は、訴訟法上の地位も強化された。すなわち、「委任事務」を処理する市町村は、その処理に際して独立の地位をもち続けると解されたため、その処理にかかわる監督により自らの地位を侵害されうる場合には、監督措置の適法性を争う主観訴訟を提起できると解されるようになった。たとえば、道路交通法上の「委任事務」を処理する市町村は、速度制限区域の指定

108) Vgl., H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 34 ff.; Edzard Schmidt-Jortzig, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden DVBl. 1990, S. 923.

109) BVerfGE 6, 104 (118); BVerfGE 78, 331 (341). 適法性の監督権が、法治国原理から引き出されるとするものとして、W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 494 ff.

110) 監督手段は、情報収集、異議申立て、命令、代執行、代理人の指名等である (E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 42. なお、制度の紹介として、今村哲也「国の自治体への監督制度について」市原昌三郎先生古稀記念論集『行政紛争処理の法理と課題』73-77頁 (法学書院、1993)。

111) W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 512. 同様の見解を説くものとして、Klaus Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Günter Püttner (Hrsg.), HkWP Bd. 1, 2. Aufl., 1981, S. 216 f.; Franz-Ludwig Knemeyer, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise, in: Günter Püttner (Hrsg.), HkWP Bd. 1, 2. Aufl., 1981, S. 266 ff.

112) W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 513; H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 29. たとえば、国家官庁は、「軽易な違法性の場合、助言をしなければならず、これに応じない場合に、はじめて侵害的な権限を発動できる」(F. -L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 111), S. 269.)。

113) W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 516, 547 f.

にかかる違法な国家監督により、憲法上の「計画高権」<sup>114)</sup>を侵害されうると解しえたため、そのことを主張して当該措置の取消しを求める訴えを適法に提起できると解された(1994年12月14日連邦行政裁判所判決)<sup>115)</sup>。学界においても、クネーマイヤーによれば、国家監督は常に独立の法主体間において行われる行為であり、当該行為は①市町村の法的に(憲法あるいは法律により<sup>116)</sup>)保護された地位を侵害しうる場合、市町村の原告適格(Klagebefugnis)を基礎づけ、また②その地位を現実侵害した場合、本案における理由(Begründetheit)を基礎づけると解された<sup>117)</sup>。そして、こうした事情を踏まえたシュミット・アスマンによれば、委任事務にかかる「合目的性の監督措置が出訴の道に開かれることに争いはなく」<sup>118)</sup>、この事務を処理する市町村が国家行政組織に呑みこまれ出訴の道を閉ざされるという解釈<sup>119)</sup>は、もはや支持されなくなっていた。

- 
- 114) なお、本件において、監督官庁は、監督権の行使に際して、市町村の都市建設構想(Konzept zur geordneten städtebaulichen Entwicklung)を瑕疵なき裁量により支える(unterstützen)義務を、道路交通法により負わされており、市町村の計画高権は、法律による保護も受けていた(Vgl., BVerwG, Urt. v. 14. 12. 1994, NVwZ 1995, S. 910)。
- 115) Vgl., NVwZ 1995, S. 910. なお、学界において、この見解は、早くからシュミット・ヨルツィヒにより示されており、彼によれば、「委任事務」の処理にかんする合目的性の監督は、市町村の憲法により保障された「高権や、法律により特に認められた行政裁量権」を侵害するかぎりにおいて、外部効果を伴い取消訴訟の対象になると解された(E. Schmidt-Jortzig, a.a.O. (Anm. 99), S. 491 f.)。また、その限りにおいて、監督行為が「外部効果をもつか否かの点は、本案勝訴の要件と重なり」、「訴訟法は、紛争にかんする中心的な判断を本案審理におくために…、監督行為が外部効果をもつことが筋道立てて(schlüssig)主張された場合に、訴えは適法に提起されたと解されるべきである」と主張した(Ebenda)。
- 116) なお、憲法により保障された権限をもちだすことにより原告適格を認められるのは、その権限に継続的で重大な侵害を被りうる場合にかざられるとするのが判例である。この点につき、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79頁(1992)、拙稿「地方公共団体の原告適格」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』197頁(有斐閣、2004)。
- 117) F.-L. Knemeyer, a.a.O. (Anm. 111), S. 279 f.
- 118) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 55), Rn. 44 f. 同旨、K. Lange, a.a.O. (Anm. 93), S. 66; W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 562 f.
- 119) 従前の裁判例として、Vgl., BVerwG Beschluß vom 28. 12. 1957, BVerwGE 6, 101 (102); BVerwG Urteil vom 9. 7. 1964, BVerwGE 19, 121 (123); BVerwG Urteil vom 11. 3. 1970, DVBl. 1970, S. 580 (581); BVerwG Beschluß vom 27. 2. 1978, NJW 1978, S. 1820 (1821); BVerwG Urteil vom 10. 2. 1982, NVwZ 1983, S. 610 (611)。



こうして、従前からマイルドな手段にとどめられ<sup>120)</sup>、市町村の不満を募らせなかったとされるドイツの国家監督<sup>121)</sup>は、新たに学説の理論的な支えを得ることとなった。ただし、他方においてそのことは、厳格な監督権から解放された市町村が、恣意的な活動により市町村民の権利利益を侵害する可能性を高くしえたため、自治行政の裁判統制の重要性を再認識させる結果につらなりえた。そこで、本章の最後に、近年のドイツにおける地方自治の理論と制度の考察の締めくくりとして、市町村と裁判所の関係に検討を加えることとする。

#### 4 地方自治体と裁判所

(1) そもそも統一国家論者に指摘されたとおり、市町村が特殊利益に支配されたかどうかはともかく、戦後のドイツにおいて、地方の自治行政が強力な裁判統制の下におかれたことは間違いなかった。比較的最近に至るまで、ドイツの行政裁判所は、事実認定の局面において、当事者の主張しない事実をとりあげる権限(職権探知権)を広く与えられ、それを積極的に行使し<sup>122)</sup>、また、認定された事実を法に当てはめる局面において、不確定法概念の完全審理の原則により、市町村のあてはめ行為を厳格に統制した<sup>123)</sup>。市町村は、法令により裁量権を付与された場合でも、都市計画の分野を中心に形成されたいわゆる衡量の原則等により、厳しい裁判統制の下におかれてきた<sup>124)</sup>。そして、この傾向は、たとえばミュンス

120) Heikeo Faber, in: Richard Bäuml (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Bd. I, 1989, Art. 28, Rn. 35; H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 29; W. Kahl, a.a.O. (Anm. 98), S. 441.

121) ドイツの監督実務につき、自治体サイドの声を紹介するものとして、木佐・前掲注2) 74-78頁。

122) *Deutsche Städte- und Gemeindebund* (Hrsg.), *Kommunalpolitik im Gerichtssaal*, 1984, S. 17. 職権探知原則の解説として、新山一雄「西ドイツにおける職権探知原則」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題下』245頁(有斐閣、1990)。

123) Hermann Fechtrop, *Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden*, N zum 58 DJT, Bd. II, 1990, S. 51 f.

124) 衡量原則につき、参照、高橋滋「行政の政策的判断と裁判」一橋論叢93巻5号128-133頁(1985)、遠藤博也「計画行政法」88頁以下(学陽書房、1976)、芝池義一「計画裁量概念の一考察」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』189頁(有斐閣、1978)、同「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」法学論叢105巻5号1頁(1979)、宮田三郎『行政計画法』116頁(ぎょうせい、1984)。衡量原則を定式化した連邦行政裁判所判決として、Vgl., BVerwG, Urt. v. 12. 12. 1969, BVerwGE 34, 301.

ター上級行政裁判所が、1980年から84年にかけて、地区詳細計画の適法性を争点とした188の規範統制訴訟において、その7割強にあたる134の条例を無効と判断したように、具体的な数字となってあらわれた<sup>125)</sup>。当時の主要な都市に策定された約870の地区詳細計画(1979年)は、10から30程度の例外を別として、行政裁判所の統制を切り抜けられないと推測されることもあった<sup>126)</sup>。そして、こうした厳格な裁判実務は、市町村民に行政不服申立ての提起を促し、市町村に渋々にせよその申立てを認容させる付随的な効果も伴った<sup>127)</sup>。

(2) 一方、このような実務が、当時から必ずしも「市町村民の権利利益の保護」や「公共の福祉の増進」につらならないことを指摘されていたことは、注意を要した<sup>128)</sup>。たとえば、1985年5月10日の連邦行政裁判判決は、その典型例であり、裁判所は、連邦建設法131条1項(当時)により負担金の賦課を予定された「緑地施設等により開発される土地」の範囲を、不確定法概念の完全審理の原則に従って、「公園から半径200メートル以内の土地」と解釈した。そして、それは「公園から半径300メートル以内および道のりにして400メートル以内の土地」とする市町村の政治判断を覆す結果となり<sup>129)</sup>、ドイツ社会において広く、政治の領域に勇み足をした裁判例として批判的に評価された<sup>130)</sup>。ブROOM(1984年)によれば、そもそも住民から直接に政治的な正統性を獲得しない裁判所は、彼等の政治意識から乖離しやすく、憲法をはじめとする法秩序全体から説得的に結論を引き出しうる場合を別として、「行政による法の具体化の統制に自制的であること

---

125) Otto Schlichter, Überlegungen zur Einführung einer Nichtvorlagebeschwerde im Normenkontrollverfahren, NJW 1985, S. 2449.

126) Martin Pagenkopf, Grenzen behördlicher und gerichtlicher Plankontrolle, BauR 1979, S. 1. ゲンチュは1985年の段階においても、この指摘は通用力をもつと主張する(Vgl., Günter Gaentzsch, Wie kann das Planungsrecht weniger rechtsmittelanfällig gemacht werden, DVBl. 1985, S. 30)。

127) この頃のノルトライン・ヴェストファーレン州の地方自治行政主体(425団体)は、年間約20万件強の行政不服申立てを提起され、約3分の1の案件でこれを認容した(Deutsche Städte-und Gemeindebund, a.a.O. (Anm. 122), S. 53.)。

128) このことを良く示す文献として、Deutsche Städte-und Gemeindebund, a.a.O. (Anm. 122); Otto Schlichter, Baugesetzbuch oder „Selbstkorrektur“ der Rechtsprechung, ZfBR 1985, S. 107.

129) BVerwG, Urt. v. 10. 5. 1985, NVwZ 1985, S. 833.

130) H. Fechrup, a.a.O. (Anm. 123), S. 52.

を義務づけられる」と解された<sup>131)</sup>。

そして、裁判所の積極的な統制の姿勢は、70年代の後半以降、徐々に修正を経験した。たとえば、衡量の原則は瑕疵の効果を限定され、衡量の過程に生じる瑕疵が明白で (offensichtlich)、かつ、結果に影響を与えた場合にかぎり、計画の違法事由になると法定された (1979年連邦建設法改正)<sup>132)</sup>。また、職権探知の原則は、都市計画の分野において緩やかな裁判規範へと修正され、職権探知の対象は、①計画の公示後1年以内に市民により書面をもって市町村に主張された一定の手続・形式にかんする瑕疵と (1979年連邦建設法改正)<sup>133)</sup>、②計画の公示後7年以内に書面をもって市町村に主張された衡量の瑕疵に限られた (1986年建設法典)<sup>134)</sup>。そして、学界において不確定法概念の完全審理の原則は、地方自治保障の本質を見誤る解釈として批判され、少なくとも地域共同体の事項の処理に用い

131) Winfried Brohm, Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NJW 1984, S. 12. ブロームは「行政が議会、市町村議会、団体集会に拘束されることにより獲得する補充的な民主的正統性は、裁判所にかけている」。「裁判官は法秩序における与件を巧みに操り、自らの主観的価値判断に優越性を認める危険性を備えている」。「行政裁判権は、行政による法の具体化が、一義的に法律に抵触するか法秩序により生じる命令に抵触する場合に限り、介入できる」とも論じる (Ebenda.)。

132) 連邦建設法155b条2項 (建設管理計画の策定にかかる衡量の瑕疵。この規定は、建設法典214条3項に引き継がれた)。なお、同時に、同法の手続・形式・実体要件にかんする瑕疵の一部は、計画の効力に影響を及ぼさないものとされた (連邦建設法155a条2項、155b条1項、これらの規定の内容は、部分的に修正されて、建設法典214条1項に引き継がれた)。建設管理計画の理由付記の不備 (155b条1項3号)、地区詳細計画が土地利用準備計画の内容を反映していないこと (同条6号)、計画原案作成前の意見聴取のための「早期の住民参加手続」に瑕疵があったこと (155a条2項) 等が、その例であった (以上の点につき、参照、村上博「ドイツにおける都市計画瑕疵論」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』78-82頁 (法律文化社、1991)、藤巻秀夫「建設基本計画に対する裁判統制の制限」明治大学大学院紀要21集(1)法学篇221-224頁 (1983))。

133) 連邦建設法155a条1項 (建設管理計画の策定にかかる瑕疵。この規定は、建設法典215条1項1号に引き継がれた)。建設管理計画を策定する旨の公告や建設計画原案の縦覧などの手続にかんする瑕疵等が、その例であった (参照、村上・前掲注132) 82-84頁、藤巻・前掲注132) 217-219頁)。なお、各州の市町村法や郡法は、連邦建設法155a条1項と同趣旨の規定において、条例の制定にともなう形式・手続の瑕疵にかんする職権探知の権限を、一定程度制約した (Vgl., Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 83 ff.)。

134) 建設法典215条1項2号。なお、職権探知の権限が、この規定により制約されることにつき、Vgl., Ulrich Battis / Michael Krautzberger / Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch, 8. Aufl., 2002, §215. Rn. 6.

られるかぎりにおいて、この概念は市町村に最終的な判断権を与えるものと解された<sup>135)</sup>。

(3) そして、こうした修正の背後に、規範的授権理論 (normative Ermächtigungslehre) と呼ばれる見解が、学界と実務界の支配説をなしていたことは注意を要した<sup>136)</sup>。すなわち、ここに司法権と行政権は、憲法とそれを具体化する法律により独自の正統性、決定構造、決定手続を与えられ、各々その特性を活かしながら「実体法を具体化する任務を分業する」よう予定されると解され、憲法上の独立の法主体と解された市町村も、「地域共同体の事項」をはじめとする一定の事項に最終的な判断を下す権限を与えられていると解された<sup>137)</sup>。もちろん、この考え方に従っても裁判統制の方法は、市町村の行為形式 (条例、行政行為等) や事務処理の担い手 (地方議会、地方の行政官、住民) 等にも左右されえたため、一義的には確定しなかったものの<sup>138)</sup>、独自の正統性をもつ市町村の政治作用が、裁判所による尊重の対象とされることは広く認められた。イプセンやフェヒトルップによれば「基本法28条2項により与えられた市町村の形成の自由余地は尊重されなければならない、裁判所の審査密度はこれにより影響を受けざるをえなかった<sup>139)</sup>」。

なお、こうした分業の前提として、立法府が市町村の制度を整形し、その団体を特殊利益の支配から免させる責任を負っていたことは改めて確認に値した (第1節)。すなわち、市町村は、立法府によるこの責任の履行をとおして住民一人ひとりにさまざまな利益を表出させる機会を与えられるようになり、憲法により予定された権限の適切な行使を保証され住民の権利侵害の可能性を低くしようと

---

135) H. Fechttrup, a.a.O. (Anm. 123), S. 53; Matthias Herdegen, Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung, AöR 114 (1989), S. 623 f.; H. Hill, a.a.O. (Anm. 54), S. 15 f.

136) この理論につき、Vgl., Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz, Grundgesetz, Lieferung 24, Januar 1995, Art. 19 Abs. 4 Rn. 182 ff. この理論が支配的となったことにつき、H. Fechttrup, a.a.O. (Anm. 123), S. 51; Bernd Wortmann, Das Spiel mit den Spielräumen, NWVBL 1989, S. 343 f.

137) H. Fechttrup, a.a.O. (Anm. 123), S. 51.

138) M. Herdegen, a.a.O. (Anm. 135), S. 620, 624, 642.

139) J. Ipsen, a.a.O. (Anm. 55), S. 796; H. Fechttrup, a.a.O. (Anm. 123), S. 51. イプセンは「自治行政と裁判統制の機能的な配分が必要である」とも主張する (Ebenda.)。

解された。シュミット・アスマンによれば、「条例の不安定さが自治体政治の領域において十分に消化されない緊張関係によりもたらされているとするならば、裁判所による取組みの前に…、利益に関する話し合いの機会がもたれるよう、また、選択権の提示により調整の可能性が示されるよう、計画確定手続や条例制定手続が整備され実践されなければならない」と解された<sup>140)</sup>。そして、整形された制度において権利侵害が起った場合には、いま一度関係人に利益を表出させるべきであり、裁判所は彼らの仲裁者の役割を担うとしても、自ら主導的に統制者の役割を果たすべきではないと論じられることもあった<sup>141)</sup>。いずれにせよ、異なる正統性、決定構造、決定手続をもつ裁判所は、憲法上市町村の最終的な判断に委ねられた政治の領域に、主導的・積極的に介入すべきではないという見解が、それらの基底をなしていた。

(4) さて、以上、近年のドイツにおける地方自治の制度と理論の変遷を概観してきた。ここにおいて、さしあたりの概括をしておけば、本章の考察は、一貫して、今日のドイツの市町村が多元的な政治主体として主観的な法的地位を享受していることを確認する作業といえたであろう。すなわち、各市町村は、①制度を形成する立法府により、自治行政の喪失度に即した論証の責任を果たされ、②監督権を行使する国家行政により、最低限の配慮・妥協・友好的な態度をとられることを保障され、③法的な統制権を行使する裁判所により、基本法28条2項により予定された政治的な形成の自由余地を尊重されると解された。そして、そのことは他方において、ドイツの国民が、市町村制度により「他と結びつきながら生きる生き方」を保障され、国家行政制度により「孤立した個人としての生き方」を保障されることにより、「あるときは他と結びつきながら身の回りについて考え、またあるときは孤立した個人となって全体について考える」人間となりうるよう、行政制度を整えられることを意味したといえる。今日のドイツは、こうして、「孤立した個人」を一面的に重んじる統一国家モデルや、「他と結びつきながら生きる人間」を偏重する団体法モデルを離れて、二つの生き方をともに保障する第三のモデルを選択し、高度な政治責任を担う国の立法府については「あると

140) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 39), S. 12 f.

141) W. Brohm, a.a.O. (Anm. 131), S. 14.

きは他と結びつき、またあるときは孤立した個人となる」国民全体により構成しようとしているように思われる。

もちろん、こうした考え方は、そもそもの人間像につき疑問を抱かせうるし、第四や第五のモデルにより代替可能か否かについても疑問を免れなかった。したがって、本稿がドイツの見解に示唆を得ようとするならば、これらの点の検討を避けては通れなかった。そして、より根本的な人間像についての検討は後にまわすとしても（第Ⅶ章）、第四や第五のモデルの存否にかんしては、ドイツとは異なる法系に属しつつ、我が国の地方自治に多大な影響を及ぼしたアメリカから検討の素材を得られるように思われた。すなわち、第Ⅱ章において瞥見したように、英国ほどの強力な身分社会ではなく、歴史的に形成された特権的な制度としてのイメージにとらわれにくかったアメリカは、独立後の自由で民主的な国家において、新たな地方自治の存在意義をいち早く発見できたのではなかろうかと推測できた。そこで、以下、章を変え、独立後のアメリカ地方自治に検討を加えることとする。まずは、その前提となる知識を得るために、植民地時代に存したアメリカの地方制度をいま一度確認する作業からはじめることとしよう。

## V アメリカの地方自治観の変遷

### 1 独立革命以前—植民地時代のアメリカ地方法人と地方行政

(1) アメリカの起源にあたる13の植民地は、周知のとおり、本国とのかかわりの度合いに応じて「王領植民地」「領主植民地」「自治植民地」に分類されていた<sup>1)</sup>。そして、それらは、その性格の違いに即して異なる地方制度を備えていた。

まず、王領植民地<sup>2)</sup>と領主植民地<sup>3)</sup>は、国王と領主により創設された経緯から、

- 
- 1) 植民地の3類型につき、参照、田中英夫『アメリカ法の歴史上』1-23頁（東京大学出版会、1968）、有賀貞『アメリカ革命』32-33頁（東京大学出版会、1988）。なお、前者において植民地の第4類型とされる社会契約に基づく植民地（プリマス等）は、17世紀末に消滅しアメリカ地方法人法理論の形成に影響を及ぼさなかったため、本稿においては割愛した。
  - 2) アメリカ独立時に王領植民地であったのは、ヴァージニア（1624年成立）、ニューハンプシャー（1680）、ニューヨーク（1685）、マサチューセッツ（1691）、ニュージャージ（1702）、サウスカロライナ（1721）、ノースカロライナ（1729）、ジョージア（1752）であった。なお、これらの植民地の多くは領主植民地又は自治植民地として成立した後に王領植民地化した（田中・前掲注1）13-14頁、有賀貞/大

支配者を頂点とする前近代的な統治構造に規定される特徴をもっていた<sup>4)</sup>。身分社会を前提とする制度は地方のレベルにも存在し、英国に由来する地方法人制度がそれにあつた。すなわち、国王と領主、彼等の代理人としての総督が<sup>5)6)</sup> 社会内のエリート集団に特許状(チャーター)を与えて、そこに記した範囲において自律した団体(地方法人)として活動する権利を彼等に認めていた。他の分野においても、エリート層はチャーターにより、宗教法人や慈善法人、大学法人やビジネス法人を形成して活動する権利を付与されており<sup>7)</sup>、これらの法人制度は支配者層とエリート層の相互依存関係をあらわにした。すなわち、支配者層はエリート層の政治・経済的な支援をえるためにチャーターを付与して彼等に特権を与え<sup>8)</sup>、他方において一般市民をその関係の蚊帳の外においており、そこに、生まれながらの自由と平等の思想は通用力をもたなかった。

そして、このような王領植民地と領主植民地は、ニューヨークとペンシルヴェ

---

下尚一／志邨晃佑／平野孝『世界歴史大系 アメリカ史1』年表(山川出版社、1994)。

- 3) 独立時、領主植民地であったのは、メリーランド(1632)、ペンシルヴェニア(1681)、デラウェア(1704)であった(田中・前掲注1)9-14頁、有賀ほか・前掲注2)年表)。
- 4) 国王または領主の代理人としての総督が三権を掌握した。自由市民により選出される下院と、総督の推薦にもとづいて国王または領主により任命される参事会(又は顧問会)からなる植民地議会は、立法権の行使に協賛するにとどまった(ペンシルヴェニアとジョージアは、下院のみで議會を構成した)。なお、植民地議会は、本国における国会の勢力拡大とともにその権限を拡大した(田中・前掲注1)1-23頁)。
- 5) 国王は、自己に専属する法人創設権限を、領主や総督に委譲した。たとえば、カロライナの領主は carolina grants (1663, 1665) により「…我々英国王国内の法人に付与され又は帰属するあらゆる自由及び特権とともに、法人化特許状 (letters of charters of incorporation) を付与する権限」を与えられた (1 JOSEPH S. DAVIS, *ESSAYS IN THE EARLIER HISTORY OF AMERICAN CORPORATIONS*, 9 (1917))。
- 6) なお、自由市民を代表する植民地議会は、法人創設権を備えず、総督らの付与するチャーターの内容に一定の修正を求めうるにとどまった。たとえば、サウスカロライナ植民地議会は、地方法人チャールズシティの創設を試みたものの (1722)、本国により直ちに無効を宣言された (1 J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 58-59)。
- 7) 1 J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 72-103.
- 8) Joan C. Williams, *The Invention of the Municipal Corporation*, 34 *AMERICAN U. L. REV.* 369, 374-382 (1985); Gerald E. Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 *HARV. L. REV.* 1057, 1096-1098 (1980). 渋谷秀樹「チャーター・シティ」阿部照哉ほか編『地方自治体系 I』273-275頁(嵯峨野書院、1989)。

ニアをはじめとする中部と南部の地方に形成されたため、エリートからなる地方法人もその地方に発達した。すなわち、ニューヨークシティとフィラデルフィアがその典型例となり、それらは次のような態様をなしていた。

(2) まず、ニューヨークシティ法人は、オランダ政府によりニューアムステルダムとして創設され、間もなく英国の侵攻によりニューヨークと改名された(1664年)ことを起源とした<sup>9)</sup>。当時の構成員は、市長(mayor)、記録判事(recorder)、長老議員(aldermen)、副長老議員(assistant aldermen)であり、構成員となったエリート市民は、マンハッタン島の未占有地の所有権、埠頭やフェリーの所有権、道路をはじめとする公共施設の所有権、各種の経済的な規律権(市場の開設権、市場内商業活動の許可権、酒類販売許可権等)、民事・刑事の裁判権等を与えられ、見返りとして植民地政府に献上金をささげていた<sup>10)</sup>。この法人は、政府からの自律性を認められ、チャーターにより付与された特権の剥奪を試みる植民地議会の法律を、権利(rights)侵害にあたるという理由により、しばしば無効とされていた<sup>11)</sup>。

一方、1691年にペンシルヴェニアの領主ペンにより創設されたフィラデルフィア法人は、制度の基本的な枠組みにおいてニューヨークシティと異ならなかった。なかでも構成員を少数のエリートにとどめる点は、ニューヨークシティ以上の厳格さを示しており、法人構成員は終身の身分とされ、欠員は残りの構成員の指名により補充される閉鎖法人の仕組みが独立革命に至るまで維持された。すなわち、ニューヨークシティが長老議員と副長老議員の選出権を一定の市民に開放したの

---

9) 以上の点につき、HENDRIK HARTOG, PUBLIC PROPERTY AND PRIVATE POWER, 14 (1983)、有賀貞ほか・前掲注2) 37-38頁〔有賀貞・大下尚一〕、年表。なお、その後、ニューヨークシティのチャーターは1686年のドンガンチャーターと1730年のモンゴメリーチャーターにより修正された。

10) 以上の点につき、WILLIAM ANDERSON & EDWARD W. WEIDNER, AMERICAN CITY GOVERNMENT, 337-338 (Rev. ed. 1950); THOMAS. H. REED, MUNICIPAL GOVERNMENT IN THE UNITED STATES, 48-50 (Rev. ed. 1934); JON C. TEAFORD, CITY AND SUBURB, 6 (1979).

11) Howard L. McBain, *The Delegation of Legislative Power to Cities*, 32 POL. SCI. Q. 276, 292 (1917)。ただし、植民地議会は、課税権限のようにチャーターに明示されない権限を付与したり、その権限の適切な行使を確保するために罰則規定を設けたりして、地方法人の既得権の侵害にならない範囲において、その活動に関与した(Howard L. McBain, *The Legal Status of the American Colonial City*, 40 POL. SCI. Q., 177, 192-200 (1925)。)。



とは対照的に(1730年)<sup>12)</sup>、フィラデルフィア法人は構成員を40名程度にとどめつづけ<sup>13)</sup>、人口2万人程度を抱えニューヨークシティと並ぶ繁栄を誇った当時のフィラデルフィアにおいて、「富裕な商人クラブ、貴族的な団体」としての属性を際立たせた<sup>14)</sup>。ちなみに、こうした地方法人は王領植民地と領主植民地全体において23設立され、そのうちの16が独立革命時まで存続した<sup>15)16)</sup>。

もっとも、この数の少なさは、この種の団体が当時の主要な地方行政の担い手ではなかったことを意味した。すなわち、カウンティとタウンシップの二段階の

- 
- 12) 40ポンド以上の自由土地保有者と市場における商業活動を許可された自由市民(freemen)が選出権を付与された(W. ANDERSON & E. W. WEIDNER, *supra* note 10, at 337; T. H. REED, *supra* note 10, at 62.)。なお、1730年のチャーター(前掲注9)は、ニューヨークシティの組織を、市長、記録判事、7名の長老議員、7名の副長老議員により構成されるものとし、市長と記録判事の任期を1年として、長老議員の中から1名ずつ(重任可能)総督により任命されるものとした(弓家七郎『アメリカの地方自治制度』24頁(政治教育協会、1948))。
- 13) フィラデルフィアが、ニューヨークシティと類する権限を与えられたことにつき、参照、弓家・前掲注12) 27頁。
- 14) G. E. Frug, *supra* note 8, at 1096. 同旨, W. ANDERSON & E. W. WEIDNER, *supra* note 10, at 338-340; T. H. REED, *supra* note 10, at 64-65; 弓家・前掲注12) 26-27頁。なお、法人は、市長、記録判事、長老議員、普通議員(councilman)により構成され、市長は任期を1年として、議員により長老議員の中から1名選出された(W. ANDERSON & E. W. WEIDNER, *supra* note 10, at 338-339)。
- 15) 植民地時代の地方法人の正確な数は、アメリカにおいても掌握されていない(弓家・前掲注12) 20頁、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 第五巻統治の機構Ⅱ』174頁(有斐閣、1964))。ディヴィスとリードの文献によれば、植民地時代に創設された地方法人はおよそ次の通りである。独立革命時まで存続したもの=New York (N. Y. 植民地、1652年ごろ成立)、Albany (N. Y., 1686)、Westchester (N. Y., 1696)、Philadelphia (Pa., 1691 (または1696))、Chester (Pa., 1701)、Bristol (Pa., 1720)、Lancaster (Pa., 1742)、Annapolis (Md., 1708)、Perth Amboy (N. J., 1718)、New Brunswick (N. J., 1730)、Burlington (N. J., 1732)、Elizabeth (N. J., 1740)、Williamsburg (Va., 1722)、Norfolk (Va., 1736)、Wilmington (Del., 1739)、Wilmington (N. C., 1760)。植民地時代に消滅したもの=Agamenticus (Me.)、St. Mary (Md.)、Germantown (Pa.)、Charles City (S. C.)、Newcastle (Pa.)、Trenton (N. J.)、Schenectady (N. Y.)。なお、消滅の理由として挙げられるのは、他の植民地への併合(Agamenticus)、入植者による自主的なチャーターの返還(Germantown)、法人化された地域に住む住民の反対(Charles City, Trenton)である(I. J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 49-60; T. H. REED, *supra* note 10, at 60-61.)。なお、ニューヨークシティ、フィラデルフィア以外の地方法人に与えられた権限等につき、参照、渋谷・前掲注8) 275-279頁。
- 16) ちなみに、同じ頃イギリスは200程度の地方法人を擁していた(J. C. Williams, *supra* note 8, at 382; T. H. REED, *supra* note 10, at 59.)。

行政区画に区分されたこれらの植民地において、地方行政は上位のカウンティに設けられる治安判事 (justice of the peace) 等の職員に委ねられていた<sup>17)</sup>。そして、これらの職員は、政府により任命され政府から与えられた権限をその統制に服しながら行使する政府の機関にとどまった<sup>18)</sup>。こうして、王領植民地と領主植民地の地方統治は、自律的な法的地位をもたないカウンティの制度を中心に、例外的に一部のエリート市民に地方法人制度を活用させる仕組みにより成り立っていた。

(3) 一方、独自の歴史的な由来を備えた自治植民地は、異なる地方制度をもっていた。すなわち、自治植民地は、もともと国王や領主により直接に創設される植民地ではなく、彼等によりチャーターを付与されたエリート市民に支えられて形成された植民地であった。たとえば、最初に自治植民地となったマサチューセッツは、元来貿易を目的として設立された法人マサチューセッツ・ベイ・カンパニー (Massachusetts Bay Company) (1629年) の植民活動を起源としていた<sup>19)</sup>、マサチューセッツから分離独立したコネティカットとロードアイランドも、1662年と63年にそれぞれ英国国王からチャーターを付与されていた。そして、このエリートに支えられる団体としての属性ゆえに、自治植民地は、ニューヨークシティ等と同様に、「法人」の一類型に位置づけられた<sup>20)</sup>。実際、王政復古の時代にジェームズ二世とチャールズ二世の「法人」攻撃 (第Ⅱ章) は、この植民地にも及んでおり、マサチューセッツは、ここにチャーターを無効とされて王領植

17) ただし、ニューヨーク、ニュージャージー、ペンシルヴェニアの各植民地は、他の植民地において治安判事により行使された権限の一部を担う機関として、自由土地保有者により選出されるカウンティ委員会を設置していた (JOHN A. FAIRLIE & CHARLES M. KNEIER, COUNTY GOVERNMENT AND ADMINISTRATION, 20-21 (1930))。

18) J. A. FAIRLIE & C. M. KNEIER, *supra* note 17, at 13-14. なお、治安判事につき、参照、渋谷・前掲注8) 280-282頁。独立後の制度の紹介ながら、カウンティのその他の職員 (執行官 (Sheriff)、検屍官 (coroner) 等) を紹介するものとして、参照、弓家・前掲注12) 286-305頁。ちなみに、上位の地方行政区画は、一部の州においてバラ (borough) 又はパリッシュ (parish) と称され (金子善次郎「アメリカ合衆国連邦下における州および地方団体の制度 (一)」自治研究51巻3号122頁 (1975))、下位の行政区画は、一部の州においてタウンシップ (township) 又はパリッシュ (parish) と称される (J. A. FAIRLIE & C. M. KNEIER, *supra* note 17, at 13-14.)。

19) 田中・前掲注1) 6-8頁。

20) I J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 20.

民地と化し、コネティカットとロードアイランドは、本国におけるロンドンシティと同様に名誉革命の後にチャーターを復活させる道を選択した<sup>21)</sup>。

そして、この法人としての属性は、「法人は法人を創設できない」<sup>22)</sup>という法原則とあいまって、この植民地の地方制度に影響を及ぼした。すなわち、法人にあたる自治植民地は「地方法人」をもちえず<sup>23)</sup>、ニューヨークシティやフィラデルフィアに匹敵する隆盛を誇ったマサチューセッツのボストンも、植民地政府に従属するタウンの一つにとどまった<sup>24)</sup>。ちなみに、この植民地における法人創設権の不存在は、大学の分野によくあらわれており、コネティカットは、清教徒革命の混乱に乗じて脱法的に法人化し(1650年)後に法的地位の安定化に腐心したマサチューセッツのハーバード大学を横目に、大学の法人化を断念しイエール大学を信託により創設した(1701年)<sup>25)</sup>。

(4) ただし、こうした植民地も見べき地方制度をもっていた。すなわち、フランス人トクヴィルに後に賞賛されるとおり<sup>26)</sup>、カウンティとタウンの二段階に区分されたこの植民地において、主要な地方行政の担い手は下位に属するタウンに見出され、タウンの意思は住民の話し合いの場としてのタウンミーティングにより決せられていた<sup>27)</sup>。しかし、これらの制度は、植民地時代にあって、一定の

- 21) 以上の点につき、1 JOHN F. DILLON, COMMENTARIES ON THE LAW OF MUNICIPAL CORPORATIONS, 19-20 (5th ed. 1911).
- 22) 1 J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 20.
- 23) H. L. McBain, *supra* note 11, *Legal Status*, at 188.
- 24) なお、マサチューセッツは後に王領植民地化したものの(前掲注21)、ボストンはその後も地方法人化しなかった。この動向を含めて、植民地時代から19世紀初頭にかけての王領植民地(ニューヨーク)のシティ(地方法人)と自治植民地(マサチューセッツ)のタウンの法的地位を比較検討するものとして、J. C. Williams, *supra* note 8 at 393-438. マサチューセッツのタウンにかんする文献として、1 J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 60-65, マイケル・イー・リボナティ「アメリカの地方自治」法と行政7巻2号322頁(1997)。
- 25) なお、イエール大学は1745年に法人化されたが、本国の支配力の弱体化により可能になったことである(See, 1 J. S. DAVIS, *supra* note 5, at 25)。また、英米法において信託は「多くの非法人団体につき法人格付与の代用の機能を果たし、不十分な法人法を広く補充した」と説明される(F.W. メイトランド(森泉章監訳)『法人論』161頁[解説](日本評論社、1989))。
- 26) A・トクヴィル(井伊玄太郎訳)『アメリカの民主政治(上)』123頁以下(講談社、1987)。
- 27) J. A. FAIRLIE & C. M. KNEIER, *supra* note 17, at 14-15.

エリート思想に席卷されていた。たとえば、マサチューセッツのタウンの構成員は、宗教審査を経て、宗教的なエリートひいては神そのものへの服従を約束した者に限られ、いったんこの資格を得た者も、道徳や教義に反する行為をした場合には、その資格を剥奪されることとなっていた。その意味において、タウンミーティングは、宗教的な同質者からなる話し合いの場にとどまった<sup>28)</sup>。ちなみに、当時のマサチューセッツを席卷したピューリタンの典型的なエリート、コトン・マザー牧師の次の発言は、この宗教思想をよくあらわしており、彼によれば、「神が民主主義を教会及び国家のいずれにも適当な統治のあり方として命じ給わなかったことは、私の確信するところであります。…君主政治ないし貴族政治は、共に聖書の中で明白に肯定されています。…そして、神権政治こそは、教会におけるのと同様に国家においても最良の統治形態であります」と述べられていた<sup>29)</sup>。また、マサチューセッツ・ベイ・カンパニーの社長として、同植民地の初代総督を務めたウインスロップも、「社会の最良の部分は常に僅少であり、その内さらに賢明な者は稀有であり、思慮を要することがらの決裁や裁判を行う権利を公民の団体に委ねることは、不当でありかつ危険である」<sup>30)</sup>と述べて、エリート思想に与していた。したがって、今日の歴史家によれば、当時のタウンミーティングは、多様な価値観を尊重して民主主義を実現するための制度というよりも、神の意思の発見に仕える「宗教的な儀式」であり<sup>31)</sup>、タウンミーティングにより選出された指導者は、神のごとくに崇拜されるものと説明された<sup>32)</sup>。こうして、自治

---

28) 以上の点につき、Joshua Miller, *Direct Democracy and the Puritan Theory of Membership*, 53 J. OF POL. 57, 63-71 (1991)。三崎敬之『アメリカ北東部の植民地公民』97-98頁(大明堂、1983)、田村光三『ニューイングランド社会経済史研究』77、94-100頁(勁草書房、1995)、山本周二『ピューリタン神権政治』(九州大学出版会、2002)。後に、1664年の公民認可条例は、ピューリタンの会衆派教会員以外の者に構成員の資格を与えたものの、教会員でない者に重い財産要件を課していた(三崎・76-84頁)。

29) John Cotton, *Copy of a Letter from Mr. Cotton to Lord Say and Seal, 1636*, in: 1 PERRY MILLER & THOMAS H. JOHNSON ed., *THE PURITANS*, 209-210 (Rev. ed. 1963)。

30) John Winthrop, *Copy of a Letter to Mr. Hooker, August 28, 1638*, in: 1 JAMES. K. HOSMER ed., *WINTHROP'S JOURNAL*, 290 (1908)。

31) 三崎・前掲注28) 98頁。

32) J. Miller, *supra* note 28, at 59-60。ニューイングランドのタウンが同質者からなる社会であったことを前提に、タウンミーティングを直接民主的な意思決定モデルとして引用することの不適切さを歴史家が指摘したことにつき、Ronald H. Rosen-

植民地は、タウンミーティングを中心に地方の秩序を生み出したものの、その仕組みは、マサチューセッツの指導者にみられた「神の国の思想」のように中世的な世界観に彩られていた。

以上、植民地時代のアメリカは、「政府から自律的な法的地位をもつ地方法人」や、「住民一般を広く公の秩序づくりに参加させるタウンミーティング」の制度を有したものの、その一方は一般市民を排除し、他方は特定の宗教思想に彩られる点で、いずれにせよ独立後の自由で平等な国家の理念に即応しうるものではなかった。したがって、本稿においては、これらの前近代的な制度が、独立後、新たな国家に相応しい制度へと首尾よく転換を遂げるか否かの点に注目しなければならない。

## 2 独立革命と地方法人

(1) 独立直後のアメリカにおいて、地方自治観をあらわした各州の憲法<sup>33)</sup>は、既存の地方制度の存在意義を積極的には描き出さなかった。むしろ、憲法に盛り込まれた諸規定は、英国の地方法人が新興市民勢力の台頭（第一次選挙法改正）とともに制度を作り変えられたのと同様に（第Ⅱ章第2節）、新たな国家の出発に際して、既存の制度を植民地時代の遺物として低く評価する傾向にあった。

そして、この点は、フィラデルフィア法人を擁したペンシルヴェニア州憲法によくあらわれていた<sup>34)</sup>。すなわち、この州の憲法（1776年）は、州「議会は、…法人設立チャーターを付与する権限、タウン、バラ、シティ、カウンティを設立する（constitute）権限…をもつ」<sup>35)</sup>と規定して、当時地方法人であった「シティ」と「バラ」を、州の行政区画としての「カウンティ」や「タウン」と同列において、これを「自律的な特権団体」から「立法府の統制に服する政府の創造

berg, *Referendum Zoning*, 53 U. CINCINNATI L. REV. 381, 385, n. 15 (1984).

33) 正確には、合衆国成立以前の連合（Confederation）の時代に、主権国家として各 State により定められた成文憲法をさす。なお、自治植民地のロード・アイランドとコネティカットは、植民地時代に付与されたチャーターをそのまま State の憲法とした（参照、田中・前掲注1）86頁）。

34) ペンシルヴェニアの人々が、フィラデルフィア法人の閉鎖性に強く反発したことにつき、See, H. HARTOG, *supra* note 9, at 86.

35) Const. of Pa. (1776), §9.

物」へと作り変えた<sup>36)</sup>。

一方、ニューヨーク州憲法は、独立当初、シティの特権を擁護したものの、独立革命は、英国に対する政治的な勝利であると同時に、英国重商主義に対する資本主義経済の勝利でもあったため<sup>37)</sup>、アメリカ全体に間もなく資本主義経済体制が整うと<sup>38)</sup>、この州の憲法も、シティ法人の「自律的な法的地位」を剥奪した。すなわち、法人の特権は、独立直後の憲法（1777年憲法）においてこの「憲法のいかなる条項も英国国王により…、政治体（bodies-politic（法人を指す、筆者注<sup>39)</sup>））に付与されたチャーターを、…無効とするものではない<sup>40)</sup>として擁護されたものの、1821年の憲法において各議院の3分の2の特別多数により剥奪されるものとなり<sup>41)</sup>、1846年の憲法に至ってはこの特別多数の擁護すら受けられなくなっていた。この点、ハルトーグによれば、資本主義の整備とともに経済的な自立の可能性を手にした人々は<sup>42)</sup>、シティの市場規制権や課税権の中に、自己の

- 
- 36) H. HARTOG, *supra* note 9, at 86, n. 15. 弓家・前掲注12) 34-35頁。なお、寄本勝美『自治の形成と市民』25-30頁（東京大学出版会、1993）も参照のこと。
- 37) ハロルド・U・フォークナー（小原敬士訳）『アメリカ経済史（上）』144頁以下（至誠堂、1968）、鈴木圭介「独立革命とその歴史的意義」同編『アメリカ経済史』99頁以下（東京大学出版会、1972）、田島恵児「独立革命と「ハミルトン体制」」岡田泰男／永田啓恭編『概説アメリカ経済史』25頁以下（有斐閣、1983）。
- 38) たとえば、各州政府は、封建的な土地所有制度（長子相続制・限嗣相続制等）を廃止し、製造業を対象とする禁圧的な植民地立法を廃止した。更に、親英的な大貿易商人や保守的な商人層の財産を逃亡・逮捕・裁判により没収し、封建的性格を伴わない中規模ないし小規模の商人に発展の機会を与えた（鈴木・前掲注37) 107-110頁、フォークナー・前掲注37) 174-183頁）。その他、連邦政府は、連邦公債制度や第一次合衆国銀行を設立し、保護関税政策も実施した（宮野啓二「アメリカ資本主義の成立と展開」鈴木圭介編『アメリカ経済史』115頁以下（東京大学出版会、1972）、田島・前掲注37) 39-44頁）。
- 39) 既述のとおり、法人は国王との政治的な依存関係にあり、この団体は当時の英米法において政治体と言ひ換えられていた（*See*, H. HARTOG, *supra* note 9, at 186-187; *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheaton) 4 L. Ed., 518, 657 (1819)）。
- 40) Const. of N.Y. (1777), Art. X X X VI.
- 41) 「…政治体または法人を創設、維持、修正、再編する法律は、いかなるものであれ各議院の構成員の3分の2の同意を必要とするものとする」（Const. of N.Y. (1821), Art. VII, sec. 9.）。
- 42) この頃、一般に市民が「プライベートな」領域を意識しはじめたことにつき、ジャック・ラーキン（杉野日康子訳）『アメリカがまだ貧しかったころ』第2章—第4章、第7章（青土社、2000）。

財産に対する脅威をみいだしたため<sup>43)</sup>、1846年の憲法制定会議に至っては、法人の特権擁護の問題は真面目に論ずべき議題ですらなくなったと説明されていた<sup>44)</sup>。

(2) なお、他州に目を移しても、地方法人の自律的な法的地位を「明示的に」保障する憲法規定はほとんど見当たらなかった。例外的にメリーランド州憲法(1776年)がアナポリスシティの権利を盛り込んだものの、その権利も法律により修正されうることを明記されていた<sup>45)</sup>。タウンミーティングを擁した各州も、「明文の」規定によりタウンの制度を保障することはなく、多くの州憲法は「暗黙のうちに」タウンや地方法人に「本来的な自由」や「自律的な法的地位」を保障することもなかった。

たとえば、1816年のマサチューセッツ州最高裁判決は、タウンミーティングを擁するタウンに「本来的な自由」を否定する裁判例の先駆けとなった。すなわち、タウンの課税権の有無を争点とした本件において、裁判所は「タウンは、立法の創造物であり (creature of legislation)、明示的に付与された権限にかぎり享受する」と判示して<sup>46)</sup>、政府の授権から独立にタウンが権限をもつことを否定した。また、1809年のヴァージニア州最高裁判決は、地方法人に「自律的な法的地位」を否定する裁判例の端緒となり、法人の一種であった相互保険会社の自律性を争点とした本件において、裁判所は「人々の集合体が法人の特権をもつことはしば

43) これをよくあらわしたのは、Council of Revision (知事、大法官、州最高裁判官からなる州の法案に対して拒否権をもつ機関)が、独立戦争により荒廃した都市の再建のためにニューヨークシティに課税権を付与しようとした法案を前にして、「法人は、独立共和国であるために、日常的に税金を徴収する権限を付与すれば、きわめて憂慮すべき事態を生じさせるであろう」、「法人は、課税権を用いて、交易上のライバルを抑制するであろう」と指摘して、拒否権を発動した事実であった (H. HARTOG, *supra* note 9, at 87-89)。

44) 以上の点につき、See, H. HARTOG, *supra* note 9, at 205-219.

45) 「アナポリス市は、チャーター…に合致するすべての権利 (rights)、特権 (privileges)、利益 (benefits) をもつものとする。ただし、それらは、この憲法または将来の法律がなしうる修正に服するものとする」(Const. of Md. (1776), Art. X X VII of the Declaration of Rights)。

46) *Stetson v. Kempton*, 13 Mass. (12 Tyng) 272, 284 (1816). 違法な課税額の査定とそれを前提とする財産の差し押さえを理由に、マサチューセッツ、フェアヘヴンタウンの住民 *Stetson* がタウンの課税額査定人を被告として提起した不法侵害訴訟。タウンが明文の根拠をもたない課税権を有するか否かを争点とし、裁判所は引用のとおり判示した。

しば有益たりうるものの、彼らの目的が私的で利己的であり公共善 (public good) に与しない又はそれを害する場合において、この集合体は立法府に対して特権 (の維持 (筆者注)) を求める権利をもたない<sup>47)</sup>と判示した。法人の自律性は、1806年のマサチューセッツ州最高裁判決において、「いかなる法人にせよ、法人設立法 (act of incorporation) に介入の権限を留保されないかぎり、いったん適法に付与された権利 (rights) を、後に州の制定法により統制されたり無効にされたりすることはない」として肯定されることもあったものの<sup>48)</sup>、この解釈は、次節に紹介する連邦最高裁判所のダートマス大学事件 (1819年) において、ストウリ (Story) 判事により示された補足意見を契機として、営利法人にかぎり適用されることとなった。

そして、この裁判例の動向は、19世紀前半のアメリカ社会の情勢に則していた。すなわち、この頃の各州は、先述のとおり資本主義の確立に努めており、商業銀行や保険会社、内陸水運会社や有料道路・橋の建設会社等、多数の営利的な法人を設立した。実際、独立後20年余りのうちに、この種の法人はアメリカ全体において7から335に急増し、当時の人々が抱く資本主義社会への期待の高さをうかがわせた<sup>49)</sup>。そして、この自由放任思想に対する期待の高さは、いったん設立された営利法人を政府の自由な統制に服させる結論を引き出しにくくした。他方、市民社会に介入する地方法人は、自由放任を前提とする社会において有用性を認

---

47) Currie's Admiri. v. Mutual Ass. Soc., 14 Va. (4 H&M) 315, 347-348 (1809). 法人化後の法改正に基づいて一部の構成員の保険料を高めた相互保険会社の行為を不服として Currie 氏が、保険会社を被告として提起した訴訟。なお、「私的で利己的であり公共善に与しない」集合体という定式は、閉鎖的なフィラデルフィア法人の例にみられたように、地方法人にも妥当しえた。

48) Whales v. Stetson, 2 Mass. (1 Tyng) 143, 146 (1806). 通行料徴収用ゲートを破壊した Stetson 氏を被告として有料道路建設法人により提起された不法侵害訴訟。ゲート建設権限の有無を争点とした本件において、裁判所は法人の権限にかんする一般論として引用のとおりに判示した。

49) 数の増加は、18世紀末までのデータによる (MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780-1860, 112 (1977))。なお、州政府は、しばしば資金援助を行って営利法人の活動を促した (ELLIS P. OBERHOLTZER, THE REFERENDUM IN AMERICA, 242-244 (Rev. ed. 1911))。ちなみに、営利法人制度は、19世紀の後半になると、鉄鋼、非鉄金属、化学、酒造などの製造業の分野に普及した (ステュアート・フルシェイ (石井修・米田巖共訳) 『アメリカ経済史』87-97頁 (日本経済評論社、1980))。



められにくかった。実際、その数は、同じ頃、営利法人とは対照的に16から57への微増にとどまった<sup>50)</sup>。こうして、意識的であるかどうかはともかく、政府からの自律的な法的地位を保障される「営利法人」と政府への従属的な法的地位をもつにとどまる「地方法人」とに法人を二分することは、裁判官にとって無理のない結論となった。そして、こうした裁判官の姿勢は、以下のストウリ判事の補足意見にもよくあらわれていた。

(以下次号)

---

50) 1799年までに新たにチャーターを付与され、あるいは、抜本的な修正をうけた地方法人は50であったが、そのうちの1つは、創設後間もなく廃止された。そして、残りの49のうち、植民地時代のチャーターを修正されたものが8つあったため、独立後に新設された地方法人は41であった(以上の点につき、T. H. REED, *supra* note 10, at 66)。