

資 料

ゲマインデ及びラントクライスの 自治権の憲法による保障

フランツ＝ルートヴィヒ・クネマイアー

浦 田 賢 治 訳
高 橋 洋

I. 現憲法に先行する自治保障

地方自治は、19世紀における国家との闘争の中で、国家に対する防衛的地位における一定の自立性を獲得した⁽¹⁾。国家からの社会の解放の過程で、国家の侵害に対する防衛権のごとき、いわば基本権的地位をたたかいたのである。確かに、その後民主制に移行するに従い、少なくとも基本権が確保されている場合においては、地方自治の特別な保障は不必要であるように思われた。なるほど民主主義と自治とは同一の目標に奉仕するものであって、その正当性を同一の主権者、つまり市民から引き出している。国家——社会（自治体）という二元論は克服された。「基本権のような」防衛権や固有の権力——地方権 *pouvoir municipal*⁽²⁾——などというものは、もはや必要としなくなった。それにもかかわらず、ワイマール憲法下の地方自治は、カール・シュミットやエルンスト・フォルストホフ、アドルフ・ユリウス・メルクル、あるいはハンス・ペーターズが看破していたように、単なる行政技術的な意義以上のものを本質的に有していたのである。ワイマール憲法は、民主主義への移行をはっきりと声明することなく、自治保障を基本権の章の中に位置づけた。とはいえ、1918年以後もなお、ゲマインデ及びゲマインデ連合制度をその廃止から保護し、活動領域の中で強化することが重要であった。こうした方向への努力を制度的保障の理論によって結実させようとしたのがカール・シュミットであった。ゲマインデ及びゲマインデ連合に法律の制限内での自治の権利を保障したワイマール憲法第127条の中に地方自治の法制度

の保障が見出された。そのことによって、ゲマインデ及びゲマインデ連合は自らの廃止から保護され、——1929年12月10日のドイツ・ライヒ国事裁判所の判決によれば——ゲマインデ事務の執行を国家行政官庁に移管してしまうことから守られたのである。ラントの立法部は、自治を「その中身を空洞化し、活気に溢れた活動の機会を失わせ、単なる影のような存在にしてしまうように制限することもまた」許されなかつた。⁽⁴⁾しかし、この判決では最小限の事務保障と限界保障とが想定されているとしても、ワイマール憲法第127条自体は、ゲマインデの活動領域の範囲に関する実体的法規範とは理解されなかつた。基本法制定者が、そして部分的にはそれ以前に、あるいはそれと同時にラントの諸憲法が本質的な変更を加えたのは、まず第一にこの点についてであった。その保障規範を基本権の章から抜き出し、基本法の国家組織規範の部分に移したことは、ほとんど見過ごされているが、過小に評価されるべきでない意義を有している。第二の本質的に新しい点は、憲法自体による、地方自治の独自の内容及び範囲の決定にある。

Ⅱ. 憲法による今日の地方自治保障の一般的意義

1. とりわけ支配的な判決に基づく基本法第28条第2項の今日的な理解

ワイマール憲法に基づく地方自治が僅かな意義しか持たなかつたことへの反発として、憲法制定議会は、長時間にわたる⁽⁵⁾討議の後、保障規範に完全に新しい内容を与えた。連邦憲法裁判所は、その最初の判決においてこの事実を見誤り、ワイマール憲法第127条について展開された教義に広範囲にわたって従い、国事裁判所の判決を手本としたのである。^(6/*2)ワイマール憲法第127条と基本法第28条第2項を簡単に対照するだけでも、その基本的なちがいが、内容面でも構成面でも——基本権の章と組織の章——、目に飛び込んでこないはずはなかつたであろう。この連邦憲法裁判所の見解によれば、基本法第28条第2項がその前身と違うのは、基本法の保障が自治の概念をその第一文に移し、全権限性の原理をこの書き移した文の中に採用したということだけだ、というのである。「法律の枠内で《im Rahmen der Gesetze》」という言葉は、予見される限界に至るまでの自治の制限は法律によってのみなされる、ということしか意味しない、とされた。こうした誤った屈伏的な態度は、領域改革措置への包括的な判決に至るその後の全体としての憲法裁判を規定した⁽⁸⁾。基本法第28条第2項は地方自治の制度的保障を内容として含んでいる、ということが相変わらず語られている。制度それ自体も、そしてまた客観的な制度保障に由来する、保障領域における侵害に対する防御のための権利者の主観的地位も保障されているのだ、と。シュテルンに従っ⁽⁹⁾

(10) て、我々は通説における基本法第28条第2項が含む三つの保障要素を確認することができる。

——基本法第28条第1項第1文及び第3項と結合して、同時に国家組織上の構成原理であることが明らかな、ゲマインデ及びゲマインデ連合の制度的な法主体保障。

——地方自治の客観的法制度保障。

——法主体保障及び法制度保障への侵害に際してのゲマインデ及びゲマインデ連合の主観的法的地位の保障。

地方自治の領域における国家の万一の侵害に関するあらゆる問題について、いわゆる制度的保障に基準的意義が与えられている。その際、わが国の国家組織上の構成原理は、ほとんどの場合完全に無視されている。

基本法の保障規範についての通説は、カール・シュミットによってワイマール憲法第127条について展開された制度的保障の概念を引き継いだ。シュミットによれば、この制度的保障に該当するのは「法的に認められた制度」⁽¹¹⁾であり、——「現在の、形成され組織化されて現存するもの、存在するもの」⁽¹²⁾として——通常の立法者の任意的処理に委ねられるべきでないものである。憲法の保障は、その際「欠くことのできない本質的メルクマル（の）……全体」、すなわち「その本質をなす最小限のもの」に関連する。1945年以後、フリードリヒ・クラインによって拡大された制度的保障の理論は、相変わらず次のことから出発していた。つまり、かかる保障の対象としては、存在しかつ把握可能な公法上の諸制度で、⁽¹³⁾「直接には憲法上の組織たる（構造的—本質的な）性格を有しない」諸制度のみが、従って憲法の外側に存する法的諸制度だけが考慮される、ということである。諸制度を憲法上の制度とすることによって、より下位の憲法に属するある制度が、憲法原則上義務的なものとなるのである。かかる制度化によって、「憲法上の客観的な法規であり、憲法の外側の法領域の、もしくは全法秩序の最高法規」⁽¹⁴⁾たる原則規範が生ずるのである。

憲法の外側に存する諸制度をその恒常的な形成において保障することは、しかし同時に絶え間のない不安定さを意味している。

⁽¹⁵⁾リヒターの指摘によれば、制度的保障の理論に頼ることは、「現実の中で生起する紛争に制度が絶え間なく不可避的に適応していくことによる、内容の言明についてのほとんど無限定の開放性（を必然的に伴う）」。変遷に対するこの開放性は、地方自治を新たに規定するきっかけとして診断された実際の変遷を採用する者によってとりわけ歓迎されるかもしれない。とはいえ、変遷に対する開放性⁽¹⁶⁾

は、ワイマール憲法第127条の場合がそうであったように、単に自治という制度のみが憲法上保障されていた場合に限って存在しえたのである。

制度的保障の理論が保障規範の意義と目的とに対応しきれなかったために、とりわけ連邦憲法裁判所の判決及びそれに続く諸判決は、自治権への侵害にたいする限界について憲法保障を大幅に後退させてしまった。核心領域の議論は、——それは基本権の道具概念に由来するが——次のことに帰着した。つまり、侵害はその侵害後に残る「残高」が量的に元本とさして変わらない場合には、危険のないものと見做される、ということである。この方法は「『サラミ戦術』による漸次的な制度の空洞化を招く。なぜなら、その保護メカニズムは常に相対的にしか作用せず、結局は、たった二つしか本質的要素（個別的機能）が存在せず、そしてそのうちの一方が取り去られる、といった場合にはじめて機能しうるものだからである。」⁽¹⁷⁾

ただし、基本法は、既に述べたように、ワイマール憲法とはちがって自治保障を基本権としては構成せず、組織の章に採用された保障を詳細に規定することによって、全く別な物を作り出した。何よりも自治はすでにそこにあるものが見出されたかのごとくに規定されたのではなく、——少なくともゲマインデについては——特定の内容的形成をもって、すなわち、「地域共同体のあらゆる事務を、法律の枠内で、固有の責任において処理する」権利をもって、規定されたのである。

別種の先行物たるワイマール憲法第127条による教義上の負債から解放して基本法第28条第2項を考察するなら、その分析の結果は、次のような三重の保障を示すことになる。

a) ゲマインデの制度およびゲマインデ連合の制度が保障される（但し、このことは、制度的保障の意味、すなわち、ある制度がその存在を見出されかつ憲法のレベルに引き上げられた、ということではなく、ゲマインデに対しては基本法自体において規定された当該領域における全権限性という明確な内容を、そしてゲマインデ連合には法律に基づく事務領域に関連した明確な内容を伴うものである）。

b) 自治、すなわち自律権《Autonomie》が保障される。共同行政や、代償理論の意味でその他の参加権だけが保障されるわけではない。この第二の要素は、ワイマール憲法第127条の自治概念に照応する。

c) 最後に、ゲマインデには地域共同体のあらゆる事務を法律の枠内で自ら執行する（固有の責任において処理する）権利が保障される。

それに対して、ゲマインデ連合については、憲法上事務領域が普遍的に保障さ

れているわけではない。というより、ゲマインデ連合には、国家の法律によって形成された事務領域の自治が保障される。このことによって二つの制度——ゲマインデ及びゲマインデ連合——が同時に保障されるだけでなく、二つの異なる⁽¹⁸⁾タイプの自治体たる事務の担い手が保障されるのである。

2. ラント憲法の保障規範に対する基本法第28条第2項の関係

基本法第28条第2項は、諸ラントに対し、基本法によって定められた枠の中で⁽¹⁹⁾のゲマインデの自治の保障を求めている。大部分のラント憲法はこの規定を考慮し、広範に基本法に文言に倣っている。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン規約《Landessatzung》(1949年12月13日付, 法令集《GVOBl》1950年3頁)及びザールラント憲法(1947年12月15日付, 官報1077頁)だけは、基本法第28条第2項第1文の文言を、「ゲマインデは、その領域においてあらゆる公共の事務をその固有の責任において遂行する権利を有し、かつその給付能力の枠内で義務を負う……」(シュレスヴィヒ・ホルシュタイン規約第39条第1項)あるいは、

「住民の福祉の促進のために、ゲマインデは、地域共同体のあらゆる公共の事務を遂行する……」(ザールラント憲法第117条2項)

という定式によって受け継いでいるが、基本法第28条2第項第1文の文言の模倣は、バーデン・ヴュルテンベルク憲法(1953年11月11日付, 法令集《GBI》173頁, 第71条第2項第1文)、ヘッセン憲法(1946年12月1日付, 法令集《GBV1》229頁, 第137条第1項第1文)、ニーダーザクセン憲法(1951年4月13日付, 法令集《GBV1》103頁, 第44条第3項)、及びラインラント・ファルツ憲法(1947年5月18日付, 法令集《VOBl》209頁, 第49条第1項第1文)に表現されている。

引用された各憲法の条文は、ゲマインデの自治権の特徴づけ、及びゲマインデの事務執行の優先のために、「あらゆる公行政の排他的な担い手」という用語や、ゲマインデ連合に関しては、「法律上の権限の範囲内で」という用語を用いている。

それ故、それらの憲法は、基本法第28条第2項から生ずる、この規範の最小限の保障基準を下回らない、という憲法上の義務を考慮しているのである。

それに対して、ノルトライン・ヴェストファーレン憲法(1950年6月6日付, 法令集《GV》127頁)第78条は、次のように規定している。

「ゲマインデ及びゲマインデ連合は、法律に他の定めのない限り、その領域における公行政の唯一の担い手である。」(第78条第2項)

そのことによって、基本法第28条第2項によって保障されている基準に関しては、同条文から帰結するような意味でのゲマインデの優越的な管轄権が引き出さ

れず、ゲマインデ及びゲマインデ連合とが区別なくその領域における「公行政の唯一の担い手」と規定されている限りにおいて、それ以上のものが認められている。しかし、ゲマインデ連合に対してもそのような保障を与えることには、憲法上疑問がある。確かに、ラント憲法は、単に基本法第28条第2項の憲法上の最低基準を下回ることができないだけで、それ以上のものを認めることは差し支えないとされている。

これが、たとえばノルトライン・ヴェストファーレン憲法第78条第1項から生ずるゲマインデ連合の段階構成、すなわちアムト、ラントクライス、そしてラントシャフト連合のような立法者にとって所与のものであるすべてのゲマインデ連合についての段階構成保障であれば、なんら問題はない。ただし、同ラント憲法第78条第2項によってゲマインデ連合にも権限の普遍性を保障することは、基本法第28条第2項で命ぜられたゲマインデの原則的な優越的地位を否定するのである。

II. 地方自治保障の新たな規定への萌芽

最高裁判所レベルの判決が、一定の絶えざる進歩を含みながらも、かつて特に1952年のオフエンバッハ判決⁽²⁰⁾でとられた道を取り続けて来たにもかかわらず、1964年のカールスルーエにおけるドイツ法曹会議でのヴェルナー・ヴェーバーの鑑定意見によって始められた包括的な自治体改革への原則的考察以来、地方自治の内容を新たに規定しなおす努力もまた始まっている。この場合、主に国家理論から規定された内容から離れて、行政組織論から規定された考察が表面に出ている。すなわち、地方自治は、その実務的形成において、現代行政の要請にとってなお十分であるのか？ 個々の自治体のどこが事務遂行を担当するかが曖昧化している、という診断と、計画の作成や実施、その影響という点で、事務執行が狭く小さな空間たる行政区画を越えることが珍しくない、という認識が、ほとんど必然的にいわゆる複合テーゼに立ち至らせたのである。そのテーゼによれば、ゲマインデとラントクライスとは、もともと自立的な次元をなすものではなく、互いに緊密に結合されており、それに応じた行政を行わなければならない、という⁽²¹⁾のである。この機能的な自治理解は、憲法と自治体の実務との調和のための道を開くもの、とされた。

地方自治保障の新構想への基礎的な萌芽をのせたパレット⁽²²⁾は、基本法第28条第2項を内部矛盾として憲法から抹消しようという要求から、ブルマイスターによって提起された現行憲法の文言を維持した上での全くの新構想の試み⁽²³⁾を経て、基

本法第28条第2項の権限区分的性格を強調した上での保障規範に対応した地方自治の内容の（再）創造⁽²⁴⁾に至るまで、色とりどりである。

いわゆる複合行政の擁護者たちの提起は次のようなものである。すなわち、多くの公共の事務は、今日では地域的な関係と同時に広域的な関係をも有しており、そのため、それらをもはや一義的にあれこれの事務の担い手に関係づけることはできない。「国家の事務と自治体の事務との、並びに自治体の事務相互間の相互依存の進行についての診断」は、行きつくところ、これらの事務はゲマインデとクライスとの、同時に／または《und/oder》自治体たる領域団体と国家との間の行政の結合においてのみ解決可能である、という結論に至る。この複合行政⁽²⁵⁾においては、自明なように、その時々⁽²⁶⁾の給付能力にまさる担い手のほうがその行政を支配し、小さなパートナーはいわゆる協力権によって「一杯喰わされる」ということになる。これは、その時々⁽²⁶⁾の給付能力にまさるレベルへの事務の完全な吸い上げ《Hoherziehung》の要求への一步にすぎない。こうした複合行政やさらには吸い上げによって、中央集権的な統一国家への道を歩むことになるだろう。複合行政は、連邦原理にも、そしてまた事務の地方分散による垂直的権力分立の原理にも反することになるだろう。

ロータースによって展開された複合行政の緻密な行政学的モデルは、——彼自身が認めざるをえないように——細分化された基礎的統一体を有する中央集権的統一国家にはふさわしいものであろうが、憲法に合致するものではあるまい⁽²⁷⁾。結論として、シュテルンは、このシステムにおいては、ゲマインデとラントと連邦とがそれぞれ幾分かづつ超地域的な《kondominal》⁽²⁸⁾共同体的事務を扱うことになるだろう、という指摘を行っている。連邦国家的構成も、そして基本法第28条第2項で明文をもって保障されたゲマインデの固有の責任も尊重されない、ということである⁽²⁹⁾。さらに、ロータースのシステムそれ自体に一貫性がない。とりわけ、このシステムの出発点は、地方自治の機能は決定発見の領域にのみ存すべきである、という点にあった⁽³⁰⁾。憲法上の疑念は、わけても、固有の責任によるゲインデの決定の代わりにより上級の決定過程への単なる協力を指定する、というところにある。けれども、そのような協力権は、基本法第28条第2項第1文に保障された事務執行に際しての固有の責任性に合致しない⁽³¹⁾。

ロータース同様ブルマイスターもまた、固有の責任による事務の取扱を共同討議権及び共同決定権の意味における取扱権限に還元する⁽³²⁾。ゲマインデの全権限性は、彼にあっては決して必然的に単独権限性を意味せず、自治はますます多様な参加形態において実現されるべきものとされる。とりわけ、ブルマイスターは基

本法第28条第2項に自治体の事務領域のための権限保障を見ない。結局のところ、彼はゲマインデを国家行政の単なる最下級のレベルと見做すに至る。彼の構想によれば、国家的事務のみが存在しうるにすぎないからである。そこで描かれた自治構想は、いみじくも「公的（国家）行政活動の特別なタイプの保障」と特徴づけられている。⁽³³⁾

ブルマイスターの理論が通説的な古典的自治理論における多くの「無茶苦茶なことや馬鹿げた点」を回避している、ということは認められるにしても、次のこともまた確認されておかなければならない。つまり、この理論は、ゲマインデとその憲法保障を強化するのではなく、全く本質的に弱体し、かつ根本的に変化せしめてしまう、ということである。というのも、ここでは自立的な事務領域が解体されてしまっているだけでなく、とりわけ上位の国家利益が存する場合には様々な拘束が可能であるべきだと、とされているからである。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

それ故、基本法第28条第2項の新しい憲法解釈に関して主張された、「公的行政活動の特別なタイプ」の保障のための権限保障のこうした変化に対しては、最も決定的な点での反論がなされなければならない。⁽³⁷⁾

たとえ基本法第28条第2項の解釈に際しての教義学的欠陥が顕著であり、憲法現実と従来の通説の要請との間の亀裂を見過ごし難い、という点から出発するのであっても、憲法理論のほうを現実に適合させる、などということとはできない。憲法制定者がこのこと自体を必要だと認めていたのであれば話は別であるが。もし、従来の本質内容の理論では地方自治を有効に守ることができない、ということに注目し、かつ、基本法第28条第2項は基本権をではなくドイツ連邦共和国における行政の分権的組織についての法的な基本決定を表現しているのであるから、⁽³⁸⁾基本権についての教義の借用は誤りだということを認め、そしてさらに、制度的保障という構成物はワイマル憲法第127条という全く別な風に形成された規定の教義学に由来している、と見做すのであれば、残るのは規範それ自体の先入観にとらわれない考察だけである。しかも、その規範は地方自治をその原則的な表明それ自体において規定している、という認識に基づく考察しかないのである。もちろん結果的には、実際の自治権の発展——地方自治の変遷——が憲法の条文の枠内に保たれていなければならないし、あるいはそれに再度適合させられなければならないのであって、その逆ではない。⁽³⁹⁾

たとえばリヒターが首尾一貫して行っているように、地方自治の（新）構想を制度的保障という構成物から解放する場合にのみ、文言に基づいた、先入観にとらわれない規範解釈のための不可欠な場が獲得されるのである。リヒターは、基

本法第28条第2項では職務権限の整序が意図されていることを見抜いている。⁽⁴⁰⁾ 地域共同体のあらゆる事務を取り扱う権利が明文でもって保障されているからである。ある権利を保障することは、まさに他の行政の担い手を事務の取り扱いから排除することによってのみ、換言すれば、権限を規範化することによってのみ、可能である。全体としてこのことが意味するのは、確認された地方自治の変遷は、新種の憲法解釈によって正当化されうるものではない（そうすべきでもない）、ということではなければならない。けだし、この変遷は地方自治の本質的な弱体化を招いたからである。各所で強調しておいたように、もし基本法第28条第2項の目的がそうであるように、国家全体にとって放棄しえない地方自治の機能を利用するために自治を強化したりもしくはその弱体化を限界においてとどめようとするならば、基本法第28条第2項それ自体に基づく権限の決定及びその区分を正面から受けとめること以外に方法はない。⁽⁴¹⁾

Ⅳ. 基本法第28条第2項の保障内容

既に基本法第28条第2項の意義についての一般的な叙述の中でふれておいたように、この規範は三つの異なる保障を含んでいる。

(1)基本法第28条第2項は、ゲマインデの制度及びゲマインデ連合の制度を保障している。

(2)基本法第28条第2項は、ゲマインデに、地域共同体のあらゆる事務を法律の枠内で自ら執行する権利を保障している。ゲマインデ連合には、国家の法律によって形成され、かつ自己の責任において取り扱うことのできる事務領域が保障されている。

(3)基本法第28条第2項は、自治、すなわち自律権《Autonomie》を保障している。

1. ゲマインデ及びゲマインデ連合の制度の保障

基本法第28条第2項は、あらゆる個別ゲマインデやもしくはあらゆる個別ゲマインデ連合の存在（存続）を保障するものではなく、単に、基本法によって意図されたゲマインデもしくはゲマインデ連合に対応する制度が存在することを保障するにすぎない。この客観的保障は、カール・シュミットの言う意味での制度的保障《Institutionelle Garantie》と何らの共通性も持たない。それは、見出された制度を保障したり、それを憲法のレベルに持ち上げるのではなく、明確な、基本法自体によって特定された内容を持つ制度を保障しているのである。すなわち、ゲマインデについては地域的領域における全権限性を有する制度を、ゲマイ

ンデ連合については法律によって形成された事務領域における自治を有する制度を保障しているのである。従って、ゲマインデ連合という概念の下に、憲法制定者の眼前に見出されたような形でのクライスのみが保障されるのではなく、ラントシャフト連合やベツィルクのような、その他の広域的な地方自治団体もまた保障されている。基本法第28条第2項第2文は、ゲマインデ連合という概念の下に、領域的には地域的ゲマインデ《Ortsgemeinde》を越えて存在し、かつ「その作用領域が——目的団体の場合のように——特定の目的設定によって⁽⁴²⁾」されない、そうしたあらゆる自治体的領域団体を理解しているのである。

2. ゲマインデのための確固たる事務の存在の保障、及びゲマインデ連合のための通常法律によって指示された事務の保障

内容的保障の側面から第28条第2項を分析すると、二つの本質的なちがいが目につく。すなわち、一方でゲマインデ連合の権利保障については「自治」という法概念が用いられているにとどまり、その意味充填が通常法律の立法者に委ねられているのに対し、他方で憲法は、固有の責任で処理するゲマインデの権利（自治の権利）を地域共同体の全事務を明文によってゲマインデの事務として確定するという形で補充している。このゲマインデの普遍的な団体権限は、その空間的成分に結びついている。つまり、地域共同体の中に根ざり、あるいはそれと特別の⁽⁴³⁾ 関連を有するあらゆる事務が保障されているのである。

a) 権限の区分規範及び様々なタイプの自治体という事務の担い手の保障としての第28条第2項

憲法は、このようにゲマインデの事務をはっきりと書き込むことによって、基本法の規定の範囲内ではあるが、憲法現実の社会学的変遷の可能性からゲマインデの自治を取り除いたのである。この憲法上の確定は、ゲマインデの地位の特別な強さをはっきりと示すものである。一方でゲマインデ連合の自治が、憲法の外にあるもの《Verfassungsexternum》として見出され、かつ抽象的に受け取られ、その限りでワイマール憲法の規定につながるのに対し、基本法は、ゲマインデの自治に関しては固有の憲法上の決定を行ったのである。⁽⁴⁴⁾

そこでとりわけリュエネブルク高等行政裁判所は、そのラッシュテーデ判決において、明確に「一方でのゲマインデと他方でのゲマインデ連合とに対する憲法上の自治保障についての異なった実体法的内容」について語っており、また特にそのことから、憲法上ゲマインデに帰属している事務領域は対ラントクライスとの関係でも保障されている、ということを導き出している。同裁判所は、正当にもそこに真の権限区分規範を見出している。⁽⁴⁵⁾ ^{(*)4}

基本法第28条第2項第1文と第2文とを比較してみれば、一群の事務が二つに互いに切り離されていることが、とりわけ第1文に表現された補完性原理《Subsidiaritätsprinzip》によって明らかとなる。ゲマインデには、基本法第28条第2項第1文の中で全権限性（「地域共同体のあらゆる事務」）が根拠づけられており、換言すれば、そこにゲマインデのための法律上の権限の推定が含まれているのであ⁽⁴⁶⁾る。

それと同時に、自治事務における補完性原理もまたゲマインデのために構成される。このことにより、原則としてゲマインデ連合に先立つゲマインデの管轄権⁽⁴⁷⁾が存在する。

一方で憲法がゲマインデの事務を自ら規定している、つまり地域の事務におけるゲマインデのためのオリジナルな事務規定を表現しているのに対し、他方ゲマインデ連合に帰属する自治権は、国家の法律によって指定された事務（法律形成の事務領域）に関するものだけである。だから、ゲマインデ連合の場合には、その限りで本質上ゲマインデのオリジナルな管轄権の背後にかくれた派生的な管轄権⁽⁴⁸⁾が問題となる。

こうした形成のされ方のちがいについて、最終的には連邦憲法裁判所と同様、歴史的發展及び歴史的現象形態と、そしてとりわけゲマインデの機能とゲマインデ連合のそれとのちがいを指摘することができよう。⁽⁴⁹⁾

对国家的な自律権という成分⁽⁵⁰⁾と並んで、基本法第28条は同時に自治体相互間の区分成分を二重に含んでいるのである。^(51/52)

こうした全てのことから最終的に引き出されうることは、憲法保障が二つの異なったタイプの自治体という事務の担い手を保障している、ということである。⁽⁵³⁾

b) 地域的——広域的という基本法第28条第2項の平面的成分

基本法第28条第2項第1文の事務保障は、立体的意味での全権限性（普遍性原理）の確認と並んで、事務の平面的関連を含んでいる。すなわち、地域の共同体の事務が問題となる。ところで、第28条第2項第1文の言い回しを批判する者にとっては、確かに次のような主張が正しいと思われよう。つまり、共同体《Gemeinschaft》のごとき概念は全くわかりにくいものであり、さらに地域の事務と広域的事務との区分もまた常にさしたる困難もなくなされうとは限らない、という主張である。地域共同体は「脱地域化」の結果「社会学的実体」としては事務区分のために用いることができない、という時折第28条第2項の表現から導き出される結論は、そのままでは維持することができない。正当にもシュミット・ヨルツィヒは、「機能社会的な生活様式」のための地域共同体の解消などというも

のはいずれにせよ社会学的に証明しうるものとしては起こっていない、という指摘を行っている。その上、複合行政もしくは「現代的な憲法理解」の擁護者たちは、たとえ憲法の外部ではあれ共同体の概念がラントクライスについても念頭にあるために、前述の主張を持ち出すことができない⁽⁵⁵⁾ているのである。

包括的に構想されたゲマインデの全権限性は事務の列挙によってでは規定できなかったために、自治体であるその他の領域団体との事務区分を、平面的な成分、すなわちゲマインデの高権の及ぶ領域に結びつけることが必要であった。この領域で生ずるあらゆる事務は、そのことによってゲマインデの権限に属する⁽⁵⁶⁾のである。

このように事務をゲマインデの領域に関連させて考えることによって、公行政による平等で統一的な取扱を必要とする広域的及び全国家的な事務からの分離が可能となる。というのも、地域的なものは、複合行政の擁護者の見解に反して、広域的なるものからどうしても分離されなければならないからである。地域的性格を有する多くの事務が今日では同時に広域的な関連性を示すとしてもである。このような広域的関連性だけでは、この基準に基づく区分は総じて断念されなければならない⁽⁵⁷⁾ということの証明にはなりえない。というのは、複数の領域にまたがる対象について、その整理を重点に従って行うこと、すなわち、その事務の重点がどこにあるかを問うことは、法学にとって未知のことではないからである。その重点がゲマインデにあるとき、その事務はゲマインデ的もしくは地域的であり、ゲマインデ連合にあるときは広域的である。特に、ある事務を⁽⁵⁷⁾広域的に達成することは、この事務をなお広域的事務それ自体に変えるわけではない。

異なった領域団体間の事務の区分や、自治体からラントを経て連邦に至る事務の区分を考察すると、事務はいつも領域に関連して決定されている。ゲマインデもまた境界に取り囲まれた組織的統一体であり、かつ事務区分基準の一つは平面的関連性によって定義されている——地域的《örtlich》——のであるから、ゲマインデとゲマインデ連合との間の事務区分も領域に関連させて決定することは、より自然なことと思われる。それゆえ、ゲマインデの事務とは、ゲマインデの境界の内部で発生し、しかも同時には、より大きな組織的統一体であるゲマインデ連合の領域全体の事務を意味しないところの事務である。ある事務がゲマインデの境界を越えて拡大することは、なおそれを広域的なものとするわけではない。

3. 自律権保障、固有の責任による処理——自治

a) 内容

基本法第28条第2項の保障規範の第三の要素は、その発端からしてワイマール

憲法の第127条の自治保障に対応している。ここでもまた第1文と第2文とがその定式化において異なっているにせよ、である。第1文は、自治を、固有の責任において処理する権利、と書き換えている。それに対して第2文は自治という概念だけをを用いている。しかし、両者の場合に同じことが考えられていることは、二つの文を「……もまた《auch》」という言葉で結びつけていることによって示されている。それゆえ、ゲマインデ連合もまたその事務を「固有の責任において処理する」権利を持つのである。

この——一般に自律権と呼ばれる——権利は、その場合あらゆるレベルの自治体について同じように事務の遂行のための固有の責任を意味するのであり、たとえば、ロータースの理論のいうような共同責任ないし参加権だけを意味するものではない。それゆえ、固有の責任によらずに取り扱われるべき事務なるものもまた取り除かれてよい。その代償手段として協力権を認容しようとしているのだ、ということ指摘しておけばいいだろう。固有の責任といものは、事務遂行の際の単なる共同決定によって置き換えられるものではない。⁽⁵⁸⁾

自律権とはしかしまた第一に国家の指示及び後見なしに事務を遂行してよい、⁽⁵⁹⁾ということの意味する。

ゲマインデ及びゲマインデ連合は、その自治的事務の遂行に際しては、国家の法律の限界内にとどまらなければならない。この自律権への相関概念として、法⁽⁶⁰⁾適合性の監督として構成されている国家監督がある。

もし第28条第2項が自律権という概念の下に固有の事務を自ら「処理する《regeln》」権利を理解しているとすれば、このことは決して自治が自律的な立法のみに関するものではない、ということの意味する。ゆえに、バイエルン憲法第11条第2項第2文もより明確に、固有の事務を自ら秩序づけ、自ら行政を行う権利をうたっているのである。従って、領域団体の高権的権力の本質的要素は、立法権の他、行政高権、財政高権そして人事高権である。さらに固有の責任をそれ以上に細分化して、組織高権、計画高権、課税高権、領域高権を、固有の責任⁽⁶¹⁾において取り扱われるべき権限とみなすことができよう。

b) 自律権の限界

このような自律権は、もちろん国家の法律の枠内でのみ、ないしはゲマインデ連合については国家の法律の基準に従ってのみ有効である。

法律の枠は、それゆえに自律権の範囲を決定するが、事務の存在それ自体を決定するものではない。そのことは、ゲマインデについては憲法自身によって確定的に述べられているのであり、ゲマインデ連合については憲法に従属する法律に

よるのである。このことは地域共同体のあらゆる事務という概念の法律の枠による相対化は許されない、ということの意味する。すなわち、その明確な定式化に反して「法律の枠」という限界規定が自律的処理（自治）にではなく、「地域共同体のあらゆる事務」にかかわるものとし、そのことによってこの憲法に規定されたメルクマールを勝手に限定しうるものとするならば、基本法第28条第2項第1文は矛盾をおこしてしまうだろう。⁽⁶²⁾ というのも、憲法制定者は、地域的諸事務をまさに（ラントの）立法者の権限の外においたからである。固有の責任——自律権——だけが国家の事前規制の下におかれ、ゲマインデの事務の存在はそうになっていないという事実は、わけても「法律の枠内で」及び「法律の基準に従って」という用語の教義学的区分から生じている。

「法律の枠」による限界づけの意義は、この規定の意味と目的とからのみ探究することができる。ゲマインデ及びゲマインデ連合は国家内の国家ではなく、総体として国家の中の自律的部分を表現するものであるから、この総体としての国家に総体としての国家の利益の実現を保障する可能性も残されていなければならない。特に、国家はその他の行政の担い手や行政レベルとの錯綜状態やそこから時として生ずる緊張を受け止め、必要とあらばそれらを取り除くことができなければならない。「法律の枠」は、それゆえ総体としての国家の関心を表現しており、独立した取扱が総体としての国家の利益に影響を及ぼしうる場合には、その自律的な事務の遂行を拘束するのである。従って「法律の枠」は、自治体の権限を上級の視点から義務づける規定である。

この原則的認識にあっては、さらに固有の責任の国家による規制の程度が憲法自身から引き出されるのかどうか、かつ場合によっては固有の責任の「本質的核心」が自律権の国家による規制の絶対的限界であり続けるのかどうか、を決定することが重要である。

但し、我々としては、地方自治の保障は基本権と関わらないのであるから、合理的な把握の不可能な本質内容の限界なるものもできるだけ教義学上排除すべきであろう。侵害の限界をより把握しやすく規定する可能性があるならなおさらである。

もし、法律の枠が存在するのは自律的な事務の取扱の効果を総体としての国家の利益に基づいて決定するためだ、ということが正しければ、法律による自律権侵害の前提は超ゲマインデ的な（國家的な）関心事でしかありえない。たとえば、バイエルン・ゲマインデ法第57条第2項のような、様々なラントで規範化された、固有の活動領域における必要事務は、国家的関心事の表現である。

そうした必要事務にあっては、固有の責任は、事務を遂行「するかしないか」に関しては国家によって事前に規制されているが、「いかに」事務を遂行するかは、あくまで自治体による形成にまかされているのである。

関連性のメルクマールが自律的な事務の取扱の国家による事前規制を許すのかどうかの決定の指標となるならば、それは事前規制の限界のための基準を発見することについても有効である。ここでもまた第28条第2項の規制目的ののみ照準をあわせることができる。しかし、そのことによって固有の責任と法律の枠とは相互依存関係に立つ。憲法上知られている実践的整合性の原則《Grundsatz der praktischen Konkordanz》から、その境界は二つの目標が最良の効果を得られるように引かれなければならない。この場合、実践的整合性の原則に照応するのは、立法者のみに具体化の権限があること、しかし、その際立法者は、適切性、必要性及び比例性の原則に拘束される、ということである。

必要性の原則が意味することは、立法措置は、他の同様に有効であって自治を制限しないかもしくは制限の程度の少ない手段を選択しえない、という時のみ許される、ということである。⁽⁶⁴⁾

但し、必要な手段のすべてが狭義の比例原則に適合するわけではない。狭義の比例（均衡性(Proportionalität)）原則は、国家の侵害による法的かつ期待可能なある種の負担を禁止する。消極的審査は、関係する法的価値、つまり一方での「地方自治」と他方での「総体としての国家の利益の配慮」とに最良の効果もたらされるように、「自治への侵害の強さ」と「公共の福祉の重要性と緊急性」という両極にあるものを整理することを要求するのである。⁽⁶⁵⁾

V. 基本法の規定に関する所見の総括

第28条第2項の二つの文は、なるほど伝統的に地方自治という概念の下に理解されてきたことを扱っている。とはいえ、新しい規定は、ワイマール憲法第127条とは本質的に異なっている。一部の文献や判決は、細かな検討もなしに、つまりワイマール憲法から基本法への意識的かつ意図された変化を見ることもなしに、常にワイマール憲法第127条から出発しているのであるが。

自治保障は、第28条第2項の二つの文において本質的に異なった形成を体験した。ゲマインデのレベルとゲマインデ連合のそれとは、相互に自立的に存在しており、憲法上はその結びつきを把握することができない。法律によって決定するクライスの権限は、基本法によって形成されたゲマインデの普遍的権限と対立している。

第28条第2項は、国家—ゲマインデ関係において作用する組織原理だけでなく、同時にゲマインデとゲマインデ連合との関係において作用する権限区分規範をも構成している。この二重の機能から導き出されるのは、客観的な保障を越えるゲマインデ及びゲマインデ連合の主観的な保障であり、国家の侵害に際してのその事務遂行の保障である。この種の侵害の限界を低く抑えることは、政治的民主主義⁽⁶⁶⁾、社会国家及び行政プラグマティズムの観点の下での地方自治の意義のゆえに、並びに自由な民主主義的秩序における権力分立的及び均衡維持的機能のゆえに、既に要求されていることなのである。

全体として、第28条第2項は三つの保障を含んでいる。

——ゲマインデの制度及びゲマインデ連合の制度の保障。

——地域的活動領域における普遍性の保障。

すなわち、権限の決定及びその区分。

——法律の枠内での自律権の保障。

- (1) Vgl. Georg-Christoph von Unruh, Die kommunale Selbstverwaltung im Grundgesetz und ihr genetisches Modell, Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, hrsg. von Norbert Achterberg, Berlin 1973, S.393; Franz-Ludwig Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel, Festschrift für Hans-Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, hrsg. von Norbert Achterberg, Berlin 1983, S. 798f.
- (2) この点については, vgl. Wolf Weber, Selbstverwaltung und Demokratie in den Gemeinden nach der Gebietsreform, in : Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Sieburg 1982, Bd.24, S.165.
- (3) Vgl. Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Berlin 1931, S.75f. ; Ernst Forsthoff, Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, Berlin 1932, S.69.
- (4) RGZE 126, Anh.S.22.
- (5) いわゆる「ヘルンキームゼー草案」参照。“Herrenchiemseer-Entwurf” in : Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, neue Folge Bd.1, hrsg. von Gerhard Leibholz und Hermann von Mangoldt, Tübingen 1951.
- (6) BVerfGE 1, 167ff.
- (7) この点については, vgl. Gerd-Jürgen Richter, Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform, Schriften zur öffentlichen Verwaltung, Bd.14, Würzburg 1976, S.114f.
- (8) この点については, vgl. Franz-Ludwig Knemeyer, Staat und Kommunen im Spiegel der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, in : Verwaltung und Rechtsbindung. Festschrift zum 100jährigen Beste-

hen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, hrsg. von Theodor Maunz, München 1979, S.169.; ders., Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.800f.

- (9) リヒターの引用を参照されたい。: in Verfassungsprobleme (Fn.7), S.62, Fn.2.
- (10) Klaus Stern, Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, in : Günter Püttner (Hrsg), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.1 (Grundlagen), Berlin/Heidelberg/New York 1981, §13, S.205 ; vgl. dens., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1 (Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung), München 1977, §12II3, S.306.
- (11) Carl Schmitt, Verfassungslehre, München und Leipzig 1928, S.170.
- (12) Ders., ebenda, S.171 ; 次のものもまた vgl. dens., Grundrechte und Grundpflichten, in : ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, Berlin 1958, S.181ff., 215.
- (13) Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.1, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1966, Vorbem. A VI 3.
- (14) Dies., ebenda, Vorbem. A VI 4a.
- (15) Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.71ff., 75.
- (16) この点については, 後述のIIIを見よ。
- (17) Edzart Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur. Göttingen 1979, S.40f.; vgl. S.52.
- (18) Stern, Die Verfassungsgarantie der Kommunalen Selbstverwaltung (Fn.10), S.216.
- (19) この点については, vgl. 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. München 1980, S.E46f.
- (20) BVerfGE 1, S.167ff.
- (21) この点については, vgl. Ernst Pappermann, Verbundverwaltung im Kreisangehörigen Raum in: DÖV 1975, S.182ff.
それに対して, Franz-Ludwig Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 4. Aufl., München 1982, Kap. 1V und 2II2 ; dens., Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.803f.
- (22) この点については, vgl. Wolfgang Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Kommunalwissenschaftliche Schriften des Deutschen Landkreistages, Bd.3, Köln 1975, S.32, 75.
また, vgl. Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.801.
- (23) Joachim Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der komm-

unalen Selbstverwaltungsgarantie, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Bd.19, München 1977.

- (24) Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.2.
この点については, vgl. Wolfgang Roters, in: Bonner Kommentar, Art. 28, Rdnr. 38ff. m. w. N. それに対して鋭く反論するのが, Konrad Ullrich, Kritik am sogenannten funktionalen Selbstverwaltungsverständnis, in: DÖV 1978, S.73ff.
- (25) Ernst Pappermann, Verwaltungsverbund, in: DÖV 1975, S.182f.; Roters, Mitwirkung (Fn.21), S.17, 57.
この点に対する批判として, vgl. Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.42f. 責任の意義については, Hans-Uwe Erichsen, Albert von Mutius, Edzard Schmidt Jortzig の最近の労作を見よ。in: von Mutius/Schmidt-Jortzig, Probleme mehrstufiger Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auf kommunaler Ebene, in: Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Bd.25, Sieburg 1982.
- (26) このシステムに対する批判の詳細については, Franz-Ludwig Knemeyer, Dezentralisation, in: DVBl 1976, S.380ff. 及び, ders., Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), Pkt. V.
- (27) Roters, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen (Fn.22), S.34, 36.
- (28) Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.208.
- (29) Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.209.
- (30) Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.57.
- (31) この点について, 詳しくはIV-3を見よ。
- (32) Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption (Fn.23), S.71.
- (33) Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption (Fn.23), S.113.
- (34) Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.807.
- (35) Vgl. Rolf Grawert, Diskussionsbeitrag VVDStRL36 (1978), S.281; Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung (Fn.17), S.53.
- (36) プルマイスターへの批判については, 特に以下を参照されたい。
Gerd-Jürgen Richter, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie?, in: DVBl 1978, S.783ff.; H. Schulte, DVBl 1978, S.825ff.; Willi Blümel, VVDStRL 36 (1978), S.209; Rolf Grawert, NJW 1979, S.258.
- (37) Vgl. Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.808; Schulte, DVBl 1978, S.826; Edzard Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1982, Rdnr. 511 m. N. insb. b. Stern und von Mutius.
- (38) Knemeyer, Dezentralisation (Fn.26), S.382f.
- (39) Vgl. Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S.808.

- (40) シュテルンも同様である。Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.210.
- (41) Vgl. Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung im Wandel (Fn.1), S. 809.
- (42) Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.215 m.w.N.
- (43) Klaus Stern, Bonner Kommentar. Zweitbearbeitung. Art.28, Rdnr.86. この基本法第28条第2項第1文の保護領域に該当するのは、ゲマインデ及びゲマインデ連合の固有の事務だけであり、これに対し、もともと国家的なものであるいわゆる委任事務は、これにあたらぬ。(Franz-Ludwig Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht (Fn.20), S.73f.) また、StGHBWESVGH 26, 1, 9 を見よ。もちろん、ヴァインハイマー草案* を受け入れた諸ラントにおけるいわゆる指示に基づいて執行される必要事務も固有の事務に属するのかどうかは争いのあるところである。というのも、これらの諸ラント——バーデン・ヴュルテンベルク、ヘッセン・ノルトライン・ヴェストファーレン、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン——には、自治事務しかないからである。この点については、Vgl. OVG Münster, OVG13, 356, 359 及び、Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.212f.
- *1948年7月2～3日のヴァインハイム（ハイデルベルクの北に位置する都市）における各ラントの内務大臣と首長連盟との合議において作成され、発表されたゲマインデ法（Gemeindeordnung）の草案。英、米、仏の三国占領地域の自治体法の統一を目指し、また地域的に処理されるべき事務をできるだけ自治体にまかせることを指導理念とした。Vgl. Albert von Mutius, Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik, in : Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. V, hrsg. von Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/Georg Christoph von Unruh, Stuttgart, 1987, S.326f.（訳者）
- (44) Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.84f.
- (45) DÖV 1980, S.417f.
- (46) 補完性原理についての全体としての一般的議論については、ここで議論する必要はない。特殊第28条第2項における補完性原理は否定されえない。一般的議論については、Vgl. Edzart Schmidt-Jortzig, Alexander Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Schriftenreihe des Freiherr-vom-Stein-Institutes, Bd. 2, Köln 1981, S.20ff.
- (47) Vgl. StGH Nds, StHGE 1, S.198ff. m.w.N.
- (48) OVG Lüneburg, DÖV 1980, S.417f.
- (49) Vgl. Stern, Bonner Kommentar. Zweitbearbeitung. Art.28, Rdnr. 165, 168 ; Stern, Verfassungsgarantie(Fn.10), S.215 ; BVerfGE 21, 117, 129. 多少色合いは異なるが、Roters, in : von Münch, Grundgesetz, Kommentar, Art. 28, Rdnr. 61 m.w.N.
- (50) この点については、Peters, Aktuelle Probleme des Verfassungsrechts im Landkreis, 1953, S.11.
- (51) この点については、後述のIV—3を見よ。
- (52) この点については、リュエネブルク高等行政裁判所のラシュテデー判決及びデュレン判決を見よ。DÖV 1980, S.417f. 及び DÖV 1980, S.691f.

- (53) 基本法第28条第2項は、さらに加えて、国家とゲマインデ及びゲマインデ連合との関係において妥当する、ゲマインデにとって好ましい格率を含んでいる。(Vgl. Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.216 m.w.N. in Fn.87)
- (54) この点については、vgl. Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.216.
- (55) Roters, Kommunale Mitwirkung (Fn.21), S.13ff.
- (56) Gemeinschaft の概念の一般的意義については、Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht (Fn.37), Rdnr. 467ff., 469 を見よ。その点については、また Ullrich, Kritik am sogenannten funktionalen Selbstverwaltungsverständnis, DÖV 1978, S.73ff. も見よ。
- (57) 事務の平面的連関については、マウンツも今日これを肯定する。Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art.28, Rdnr.65. その点については、Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht (Fn.20), S.46 も見よ。
- (58) Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht (Fn.20), S.46 ; Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art.28, Rdnr.65 ; Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.131ff.
- (59) たとえば、Roters, in : von Münch, Grundgesetz, Kommentar, Art. 28, Rdnr. 39. この代償モデルに反対するものとして、Knemeyer, Dezentralisation (Fn.26), S.380f. 「代償」については、なおSchmidt-Jortzig, Kommunalrecht (Fn.37), Rdnr. 502ff も見よ。
- (60) Erich Becker, in : Die Grundrechte, Bd. IV/2, 1962, S.718f.
- (61) この点についての詳細は、Hartmut Borchert, Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt. Die Entwicklung und Auswirkung der staatlichen Aufsicht auf den kommunalen Haushalt; zugleich ein Beitrag zur Gemeindehaushaltsreform. Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Bd.12, Siegburg 1976 ; Franz-Ludwig Knemeyer, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Kreise, in : Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.I (Grundlagen), 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1981, §15, S.265ff. Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10) S.214f. も見よ。
- (62) この点についての詳細は、Stern, Verfassungsgarantie (Fn.10), S.213f.
- (63) Richter, Verfassungsprobleme (Fn.7), S.129 u. V. a. Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9, 2. Aufl., Göttingen 1967, S.50 及び、Robert Deuhoff, Kommunale Selbstverwaltung und Bonner Grundgesetz, in : DÖV 1952, S.259, 269 ; vgl. Hans-Peter Ibsen, Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, in : DÖV 1955, S.225, 227 ; Hans-Gerhard Niemeyer, Bund und Gemeinden, Aktuelle Organisations-, Finanz- und Verfassungsprobleme, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.190, Berlin 1972, S.150 ; a.A. Albert von Mutius, Gutachten E zum 53. DJT (Fn.19), S.E37f.
- (64) 実践的整合性の原則については、vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Ver-

fassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., Karlsruhe 1976, S. 28f,

同様に, Ulrich Scheuner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 20 (1963), S. 125, 並びに Albert von Mutius, Gutachten E zum 53. DJT (Fn. 19), S. E 32f.

(65) BVerfGE 25, 1, 17 ; 30, 292, 316 ; 33, 171, 187 ; Vgl. Eberhard Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in : AöR 98(1973), S. 568, 573ff. m. w. N.

(66) Grabitz, Verhältnismäßigkeit (Fn. 65), S. 581f.

それぞれの機能についての詳細は, Albert von Mutius, Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Funktionalreform im kommunalen Bereich, Städte und Gemeindebund 1977, S. 167ff., 168. 及び Staat und Gemeinden, Stellungnahme des Sachverständigenrats zur Neubestimmung der Kommunalen Selbstverwaltung beim Institut für Kommunalwissenschaften der Konrad-Adenauer-Stiftung Köln 1980.

訳注

- *1 この事案は, 1927年7月29日付のプロイセンの「ライン・ヴェストファーレン工業地帯における自治体再編, 並びに行政改革のための一般措置に関する法律」によって他の自治体に強制的に編入させられたリュットリングハウゼンをはじめとするゲマインデなどが, 同法がワイマール憲法第127条に違反する旨の確認を求めて提訴したものである。国事裁判所は, 「ワイマール憲法第127条は, ゲマインデ及びゲマインデ連合に自治の権利が帰属するということを拘束力をもって確定して」おり, 「ラントの立法部は, それゆえ, この権利を廃棄したり, ゲマインデ事務の執行を国家官庁に移管してはならない」と判示する。しかし, 同裁判所は, ワイマール憲法第127条は個々のゲマインデの存続をも保障したものであるとして, 原告の訴えて斥けている。
- *2 1951年に制定された基本法第131条執行法律によって, ゲマインデは, その職員定員の20%を, 当該条項に該当する者に提供することを義務づけられた。これを不服としてオフエンバッハ市（フランクフルト・アム・マインの東側に隣接する都市）が同法律の違憲を訴えた。このいわゆるオフエンバッハ判決については, 成田頼明「市町村の自治行政権の侵害に関する西ドイツ連邦憲法裁判所の一判決」時の法令311, 313, 314号参照。
- *3 こうした上級の地方自治体は, あらゆるラントにあるわけではなく, またラントの全体を区分しているわけではない。現在存在するのは, バイエルの七つの Bezirksverbände（オーバーバイエルン, ニーダーバイエルン, オーバーファルツ, オーバーフランケン, ミッテルフランケン, ウンターフランケン, シュヴァーベン）, ラインラント・ファルツの一つの Bezirksverband（ファルツ）, バーデン・ヴェルテンベルクの二つの Landeswohlfahrtsverbände（バーデン, ヴェルテンベルク—ホーエンツォレルン）, ヘッセンの一つの Landeswohlfahrtsverband（ヘッセン）, ノルトライン・ヴェストファーレンの二つの Landschaftsverbände（ラインラント, ヴェストファーレン—リッペ）及び一つの Kommunalverband（ルール地帯）, そしてニーダーザクセンのオストフリース・ラントシャフト及びオルデンブルク・ラン

トシャフトである。その性格も、領域団体として構成する地域の住民に直接基礎を置くもの（バイエルン、ファルツ）、下級の自治体によって構成される目的団体に近いもの（バーデン・ヴュルテンベルク、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン）等様々である。Vgl. Edzart Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rdnr. 420f.

- *4 この事案については、連邦行政裁判所が既に1983年8月4日にその判断を示している。BVerwGE 67, S.321ff. クネマイアー教授の見解は、Knemeyer, Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat, DVBl. 1984, S.24ff を、また、市川須美子「西ドイツ地方自治論の新動向——憲法的自治論をめぐる動向(一)、(二)」自治研究第63巻第10号、第11号、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)、(二)」名城法学第37巻第2号、第4号をそれぞれ参照されたい。

訳者のあとがき

本稿は、Franz-Ludwig Knemeyer, “Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Landkreise”, in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph von Unruh, hrsg. von Albert von Mutius, 1983, S.209~226 の邦訳である。

フランツ＝ルートヴィヒ・クネマイアー氏は、現在西独のヴュルツブルク大学教授であり、同大学に設置されたヴュルツブルク自治体研究センターの所長を勤め、警察法分野でも多くの著作を発表している。クネマイアー氏は、1988年秋、人事院の招きで来日し、日本公法学会を傍聴した。そのさい、私は彼と初めて会うことができた。クネマイアー氏は今回の日本滞在中に「ヨーロッパ地方自治憲章について」というテーマで、北海道大学、中央大学、日本大学などで講演活動を行った。

この邦訳と訳注の作業は、高橋洋氏が担当したものである。（浦田賢治）

1960年代以降西ドイツの各ラントが地方自治体の大規模な改革に取り組んでいることはよく知られている。その領域改革によって、ゲマインデの数は3分の1までに減っている。こうした改革が法理論に大きな影響を与えないはずはない。このような動向に対応して提起されたのが、パッパーマン、ローターズの「地方自治の機能的理解」であり、ブルマイスターの新しい解釈であった。これらの理論は、結局はゲマインデの自治を弱体化せしめるものであるが、現状の「改革」方向を追認する機能を持つものであり、現在は学界での異説にとどまってはいる

ものの、今後無視できないものとなる可能性を持っている。その意味で、その批判的検討は重要である。

しかし、旧来の制度的保障説が現実の自治侵害に対し有効な理論たりえていない、ということもまた明らかであろう。本論文は、こうした機能的自治論に対する批判、制度的保障論への批判、そして新たな自治保障論の提起、という三つの課題に応えようとしているものである。その方法は厳密な規範分析である、といえよう。それは条文からはなれた概念のもてあそびや、現実から条文の意味を規定していく、というやり方への厳しい批判ともなっている。 （高橋洋）