博士論文

国家監督の存続理由

―理念としての自治と制度としての監督―

金崎　剛志

目次

序　問題意識 6

Ⅰ　ヴァイマル以前―後見、独立、従属、自治 12

1　法律―監督概念の揺れ動き 12

（1）　後見 1794ALR.....12

（2）　前進 1808PrStO 13

（3）　反動 1831Rev.PrStO 15

（4）　1849 年以降の法律の変動.....17

2　学説―国に対するゲマインデの地位における国家監督 20

（1）　後見―保守主義的展開　シュタール.....21

（2）　ゲマインデの自立性.....22

（3）　ゲマインデの従属性　法学的方法 26

（4）　自由行政原理　ロレンツ・フォン・シュタイン.....40

（5）　経済的自治と官憲的自治.....42

（6）　政治的概念としての自治と権利としての自治 45

（7）　実質的国法学　ヘーネル 52

（8）　実証主義的思考.....54

（9）　国に対する個々人の地位との近接性　フリードリヒ・フランツ・フォン・マイアー 68

（10）　ゲノッセンシャフト理論.....71

（11）Oberaufsicht の理論　トリーペル.....93

（12）主観的公的権利としての自治権　ビューラー 105

3　小括 114

（1）自治、自立性、人格、権利、自由 114

（2）政治的自治と法的自治――原理としての自治と権限としての自治 116

（3）自治の反作用としての自治体の義務 119

（4）固有作用領域と委任作用領域.....120

（5）国家監督の手段 122

Ⅱ　ヴァイマル期 —— 旧体制からの承継と新体制における変更 127

1　旧憲法との連続性　アンシュッツ 128

(1) ライヒ監督の目的 128

(2) 監督手段 130

(3) 監督の基礎——従属関係 131

2　アンシュタルトの自治　ケルロイター 133

(1) 自立的公的アンシュタルト 133

(2) 国家指導目的による国家監督 136

3　オットー・マイアーの実証主義的方法 138

(1) アンシュタルトと Körperschaft 138

(2) 固有作用領域と委任作用領域 141

(3) 国家監督と職務監督 142

(4) 国家監督権の種類 143

(5) 国家監督に対抗する政治的スローガンとしての自治 147

4　自治権　ハンス・ペータース 148

(1) 権利としての自治の概念 148

(2) 官治主義に対する対抗原理としての自治、自治に対する対抗原理としての民主主義151

(3) 公的法的団体としての自治体 152

(4) 作用領域の全体性 154

(5) 自治体監督——自治 155

(6) 国家監督と後見監督 156

(7) 法適合性コントロールと目的適合性コントロール 159

(8) 国家監督の手段 160

5　主観的法的地位 162

(1) フリッツ・フライナー 162

(2) シュティア＝ゾムロ 168

6　ゲマインデの自由裁量と国家監督　ヴァルター・イェリネク 172

(1) 自治事務——自由裁量による事務処理 172

(2) 義務としての自治——国家監督の基礎、権利としての自治——国家監督の限界 174

(3) 国家監督の手段 174

7　国家指導原理 177

(1) エルンスト・ルドルフ・フーバー 177

(2) テオドール・マウンツ 184

(3) ハンス・ペーター・イプセン 201

(4) カール・シュミット 208

8　法治国の観念と自治　ヘンゼル 216

(1) 法治国における自治 216

(2) 自治事務と委任事務の区別――自治体監督と職務監督 218

(3) 自治――固有事務の処理と国に対する自立性 220

(4) 全体行政の秩序だった進行のための監督――法律に従った自治行政による監督の基礎付け 221

(5) 自治体の保護のための監督、全体の財政的利益の保護のための監督 223

(6) 法治国的監督とその問題点 224

(7) 監督の手段 226

9　自由主義的国家理解と対置される国家社会主義的国家理解　シュトラートマン ..228

(1) 自治の定義 228

(2) 監督の基礎――国法への服従、国に対する忠実関係、さらに指導者原理の導入 234

(3) 目的適合性考量に基づく監督の余地 237

(4) 自由―自治―監督 239

(5) 監督の活動 239

(6) 監督概念のメルクマル――公的利益の観点 241

(7) 国家監督と職務監督 242

(8) 委任事務における監督 244

(9) 監督と後見 245

(10) 国家指導目的を追求する監督――目的適合性コントロールの侵入 245

(11) 監督の手段 249

10　小括 259

(1) ヴァイマルにおける自治 259

(2) ヴァイマルにおける監督 263

Ⅲ　ボン基本法における国家監督 269

1　法律の規定 269

(1) バーデン−ヴュルテンベルク 269

(2) バイエルン 270

(3) ブレーメン 271

(4) ヘッセン 271

(5) ニーダーザクセン 272

(6) ノルトライン−ヴェストファーレン 273

(7) ラインラント - プファルツ 274

(8) シュレースヴィヒ−ホルシュタイン 274

2　学説 275

(1) 間接国家行政　フォルストホフ 275

(2) 自治の本来的作用領域　エーリヒ・ベッカー 283

(3) 自治体の始原性　ゲネンヴァイン 307

(4) 行政ヒエラルヒー　ヴォルフ 334

(5) 制度的保障の三要素　シュテルン 343

3　まとめ 349

(1) 自治体の従属性と自立性 349

(2) 自治体の始原性 350

(3) 監督の基礎付け 350

(4) 国家監督の手段の新たな展開 351

結　日本法へ 353

1　ドイツとの比較における日本法 353

2　国家関与の実質的根拠 355

3　制度としての監督 358

4　関与に対する裁判的統制の必要 361

序　問題意識

近年我が国において地方分権改革が行われ[1]、国と地方自治体の間の関係が見直されている。地方分権化には、一方において地方自治体の活動に対する国からの関与[2]の縮小廃止という方法があり、もう一方において従来国が有していた事務権限を地方自治体に委譲するという方法がある[3]。この地方分権化の動向に鑑みて法律において、地方自治体は「住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うもの（地方自治法 1 条の 2 第 1 項）」とされ、一方において地方自治体の自己決定権と他方において自己責任の拡充が高らかに謳い上げられている[4]。そして地方自治体の自己決定権と自己責任を強化することを裏付けるように、「国は、前項の規定の趣旨を達成するため、国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たつて、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない（同法同条第 2 項）」とされ、地方自治体の自主性を自立性を発揮させるべき国の責務が明示されている。

このような分権化の動向の背後には住民により近接的な地方自治体が地方に

---

1 地方分権化の動向については宇賀克也『地方自治法概説【第5版】』有斐閣（2013年）388 頁以下が時系列的に分かりやすくまとめている。

2 自治体に対する国家関与についての先行研究としては、塩野宏『国と地方公共団体』有斐閣（1990 年）、薄井一成『分権時代の地方自治』有斐閣（2006 年）、木佐茂男「プロイセン＝ドイツ地方自治法理論研究序説（一）～（四・完）」自治研究 54 巻 7～10 号（1979 年）がある。

3 第 3 回地方分権改革推進委員会議事録（http://www.cao.go.jp/bunken-kaikaku/iinkai/kaisai/dai03/03gijiroku.pdf）3 頁、地方分権改革推進委員会議事録は内閣府ホームページ（http://www.cao.go.jp/bunken-kaikaku/iinkai/kaisai/kaisai-index.html）で閲覧することができる。

4 地方自治体の自己決定権と自己責任の拡充について、宇賀・前傾脚注 1）120 頁

おける事務を遂行した方が、国が遂行するのよりもより良い結果が得られるという理解が前提として存在していたのではなかったか。本来それが地方自治というものではなかったのか。そこでは国は地方に関わる事務を自ら直接遂行することから離れ、地方の事務は地方に委ねられるという方向で分権化が展開される。そうだとするならば、地方の事柄は地方が、国の事柄は国が行うというふうに割り切ってしまい、地方自治体が行う事務について国は自らの利害に関わる限りにおいて異議を唱えさえすればよいのではないかとすら思えてくる。夙に渡邊宗太郎は「例へば如何なる個人を以つて団体の機関の地位に充てるか、いかなる議決を以つて地方団体の意志とするかなどの点に就いて、それを地方民自身をして自ら決定せしめることを以つて最も地方団体の利益に適合するとする推定」[5]を、地方自治の思想は前提としているとしていた。そこで渡邊は、「監督作用の目的は監督者自身の利益を維持することにある」[6]とし、「地方団体の行為に対する国家の許可権は地方団体の利益を標準として行使されるべきものであるとするならば、それは理論上は地方自治の根本思想を否認する帰結に到達する」[7]と述べていた。国の利害が関わらない限り国は関知せず地方自治体の判断に委ねればよい、というのは一見して筋が通っているように思われる。

しかし、地方自治法第 11 章においては地方自治体に対する国の関与についての諸々の規定が存在している。これに基づいて、例えば「都道府県の法定受託事務の処理が法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害しているとき（地方自治法 245 条の 7 第 1 項）」、国の側から都道府県に対して是正の要求をするなどということが生じる。地方分権改革推進法に基づく地方分権改革推進委員会における議事においても、一定の関与の廃止が主張されながらも、国家行政実務の側からの抵抗感が示された[8]。地方自治法は、地方に権限を委譲しようとする場合の国も、―都道府県を地方自治体として位置づけるか否かはともかく―地方自治体が行う事務について国が関与をすることによって地方自治体の事務がより適切な方向に導かれうるこ

---

[5] 渡邊宗太郎『地方自治の本質』弘文堂（1935 年）290 頁

[6] 渡邊・前掲脚注 5）237 頁

[7] 渡邊・前掲脚注 5）290 頁

[8] 国家官庁の認可や同意という関与の必要性は、国家官庁の側からのみならず、地方分権推進派の側からも主張される。第 13 回地方分権推進委員会議事録（http://www.cao.go.jp/bunken-kaikaku/iinkai/kaisai/dai13/13gijiroku.pdf）11 頁、24 頁。

とを前提としているように思われる。しかし私の考えによればここである疑問が浮上する。すなわち、そのような前提はどこにあるというのだろうか。住民に近接的であり地方の実情に通じている地方自治体が自らの責任において事務を行うことによって地方の公的任務が地方の実情に適ったものになることが分権化の基礎にあったのではなかったのだろうか。

しかしまたもう一方で、地方自治体に対する国の行政的関与を減らせば減らすほど本当に地方自治行政が良くなるといえるのかも、疑問の余地がないわけではない。国が関与しなければ地方自治体実務が堕落してしまうであろうような事態がありうることは理解することが出来る。しかし地方自治体が裁量的に様々な事情を考慮して事務を遂行するときに、その事務遂行に対して国の側から関与をすることによって何が得られるのか、また国の側からの関与は地方自治体に対して自立性を承認したことと矛盾しないかたちで存続し続けることができるのか。国家関与は、地方自治体の自律性と自主性の尊重という原則と緊張関係に立つ制度なのである[9]。国の関与が存続し続けることを正当化する根拠が、この緊張関係の中で追究されなければならない。

そこで一歩時代をさかのぼってみよう。我が国において、国と地方自治体の関係は歴史的に国が後見的立場に立って地方自治体を支配し、国と地方自治体が相対立する関係でとらえられていた時期があるのに対して、現代福祉国家における国と地方自治体の関係は一つの目的に向かって協力をする協同関係としてとらえられるようになってきている[10]。そのことは、昭和 38 年に発せられた第 9 次地方制度調査会の答申の中に示されていることである[11]。そこで、一方において、我が国の地方自治の理解はドイツにおける制度的保障の理論に従って理解され、もう一方において、我が国の旧来的な自治監督法制はドイツの諸ラントの法制に依拠していたものであるとされている[12]。戦後、旧来的な後見監督は我が国において破棄された[13]。そして戦後の我が国の憲法下の地方自治法は国と地方自治体の間で監督関係の不存在の状態から出発する客観的意義を有する

---

[9] 稲葉馨「国と自治体との関係―国の関与を中心として―」佐藤英善編『新地方自治の思想―分権改革の法と仕組み―』敬文堂（2002 年）119 頁、124 頁
[10] 塩野・前掲脚注 2）44 頁
[11] 第 9 次地方制度調査会「行政事務の再配分に関する答申」自治研究 40 巻 3 号（1964 年）136 頁 - 137 頁
[12] 塩野・前掲脚注 2）50 頁
[13] 塩野・前掲脚注 2）50 頁

ものともみなされうる[14]。また、平成 12 年に施行された地方分権一括法の下で機関委任事務制度が廃止されて地方自治体に対する国の包括的指揮監督権による関与が見直された後の地方自治法においても、それ以前の関与法制度を承継する側面が認められ得た[15]。このように、現在においてドイツの諸ラントの法制に依拠した部分が我が国の国家関与の法制に存続し続けているのか否か、そしてどの程度においてそうであるのかは、いまだ議論に開かれている。

それは、ドイツの諸ラントの中でも同じことであろう。我が国の国家関与に対応するものは、ドイツにおいて国家監督(Staatsaufsicht)と呼ばれている。そしてこの国家監督は自治の Korrelat と見なされている[16]。すなわち、ゲマインデに自立性を認めなければそれだけ監督は強力なものとなり、逆にゲマインデに自立性を認めればそれだけいっそう監督は背景に退く。そしてドイツの地方自治体は帝政期、ヴァイマル共和国期、基本法の下での法状況をそれぞれ経験し、ゲマインデの自立性は常に前進と反動を繰り返し、ゲマインデの地位は常に独立と従属の間で振り子運動を繰り返してきた。ゲマインデの自立と従属の問題の一つがまさに国（ラント）による監督の問題であった。今日ではドイツのゲマインデにはかなりの程度の自主性、自立性が認められているのであるが、そうであるにもかかわらず国家監督は放棄されてはいない。それは何故かを考察することは本稿の問題関心にとって有益であると考える。すなわち、ドイツはビスマルク憲法、ヴァイマル憲法、そしてナチス体制の下での憲法運用、そして戦後のボン基本法という複数の異なった国家体制を経験している。そして、このような国家体制の変動に応じるかたちで、諸ラント内部での地方自治法制も変化を余儀なくされる。ドイツにおいては、帝国、あるいは連邦の定める基本秩序としての憲法、あるいは基本法に応じて諸ラントの中でゲマインデ法が定められ、地方自治体に対する国の監督はそのゲマインデ法の中の一部分において扱われたのである。したがって、帝国、あるいは連邦の基本的国家体制が変化すれば、地方自治体に対する国の監督のあり方もまた変化せずにはいられないだろう。しかしそうであるにもかかわらずそれぞれの国家体制における国家監督のあり方に連続性が認められる部分が存在するとすれば、それ自体興味深い事実である。

---

[14] 塩野・前掲脚注 2）105 頁
[15] 稲葉・前掲脚注 9）146 頁
[16] BVerfGE 78, 331(341)

我が国の地方自治体に対する国家関与の制度の持つ意味を考えるときも、歴史的文脈から切り離して現在の地方自治法に定められる国家関与のみを検討の素材とするのでは問題の本質を見誤ることになりかねないと思われる。そこでまず、我が国の現在の国家関与の前制度である国家監督の、さらに淵源となるドイツの国家監督を、さらに歴史的にもう一歩遡って検討の素材とすることにした。

ドイツにおいて国家監督は、必ずしも官治国家的思想の残滓とみなされているのではない[17]。いや、それどころか、「民主主義と法治主義の点から不可欠の制度」[18]とみなされているのである。歴史的に見れば確かに、官治主義的な考え方に従った法制も存在していた時期もあるかもしれない。しかし現在にあっては、ラントとゲマインデの間の「パートナー関係」[19]を前提としたうえで国家監督、ないし自治体監督の存在が要請をされているのである。歴史的にドイツの国家監督の制度を眺めてみると、すでに述べたとおりに国家体制の変動、国家理解の変化に従って、国家監督の基盤、監督の度合いも変化しうる。国家監督の変化に応じて、ゲマインデに与えられる自立性もまた変更を受けるのである。

我が国にあっても事情は類似している。明治憲法下において美濃部達吉は、「公共団体の行ふ所の行政を称して普通に自治行政（Selbstverwaltung）と謂ふ」とし、自治行政は「国の直接の行政たる官治行政に対するのである」[20]と述べた。佐々木惣一は「自治とは国家がその下にある団体に属せしめたる行政なり」とし、「本来当然に行政を固有するのは独り国家あるのみ」[21]と述べる。そして美濃部は上に掲げた自治の理解を前提にして、「凡て公共団体は国家の特別の監督に服する。それは公共団体が国家的目的の為めに存することの結果で、公共団体の目的は結局は国家の目的に外ならないのであるから、国家は恰も後見人のごとき立場に立ち、公共団体をしてその目的を誤らざらしむるやうに、特別の監督を加ふるのである」[22]という。戦前にとりわけ地方自治の研究を行った渡邊も、「地方自治は地方団体が国家から独立して行う政治作用である」とし、

---

17 木佐茂男『豊かさを生む地方自治』日本評論社（1996 年）76 頁
18 木佐・前掲脚注 17）76 頁
19 木佐・前掲脚注 17）77 頁
20 美濃部達吉『日本行政法上巻』有斐閣（1936 年）483 頁
21 佐々木惣一『日本行政法論総論再版』有斐閣（1922 年）819 頁
22 美濃部・前掲脚注 20）612 頁 - 613 頁

「かくの如き自治能力は国家の授与にその基礎を置くもの」[23]とする。そして渡邊は、「地方団体の独立の政治作用に対する国家の支配作用すなわち監督作用は、国家からある程度に独立して行はれるものであるといふ地方自治の本質より生じる当然の法現象である」[24]という。明治憲法下の国家体制において国と地方自治体の間の関係は上下関係としてとらえられて[25]、明治憲法下での監督は後見的なものであったとみなされうる[26]のに対して、「真の協力関係」[27]を理念とする現在にあってはそのような理解は採用され得ないであろうし、学説にも後見監督のようなものの復活を「明らかに許されない」と解する見解がある[28]。かようにして自治と監督の間には相関する関係が認められ、監督の基礎を考える際には自治に対する理解との照らし合わせを行わなければならないし、自治を考える上でも自治に対する監督のあり方を考えなければならないのである。

国家的関与をゼロにしてしまうことは非現実的であるようにも思われ、その限りでは、国家的関与は存在してしかるべきものであるということには異論は唱えられ得ないのだろう。しかしその存続理由を自治との関係で究明することは行政法ドグマーティクの不可欠の課題である。このことは地方自治体に対する国家的関与をどこまで薄めることができるのか、という問いに関わるからである。ドイツの国家監督については学説の蓄積があり、ゲマインデの自治を極めて強力に押し出す論者であっても自治事務の領域における国家監督が不要でありこれを廃止するなどということを主張するところではない。分権化や分散化が進行し国の役割が変化しているとしても監視責任(Beowachtungsverantwortung)[29]、保障責任(Gewährleistungsverantwortung)[30]というかたちで国の責任が存続し続けていることには何らかの根拠があるのではないか。その根拠を追究することが本稿の中心的な課題となる。

---

23 渡邊・前掲脚注 5）225 頁
24 渡邊・前掲脚注 5）226 頁
25 木佐・前掲脚注 17）74 頁
26 参照、塩野・前掲脚注 2）50 頁
27 塩野・前掲脚注 2）50 頁
28 成田頼明『地方自治の保障』第一法規（2011 年）125 頁、宮沢俊儀先生還暦記念『日本国憲法体系　第五巻　統治の機構（Ⅱ）』有斐閣（1964 年）所収
29 H.Bauer, VVDStRL 54, S. 243(277ff)
30 保障責任について直近の研究として、板垣勝彦「保障責任の法理論（一）」法協 128 巻 1 号（2011）83 頁、127 頁以下参照。

Ⅰ　ヴァイマル以前—後見、独立、従属、自治

ここではヴァイマル憲法制定以前の法状況と学説の展開を検討する。確かにこの時代はヴァイマル憲法制定以降の時代と比べて国家形態を異にしているのであるが、後の時代にまで影響力を持ち続ける自治理論と監督理論の端緒が見られる。この時代にゲマインデの地位は後見人を要する未成年者の地位から独立性を認められる地位まで漸進的に移行し始める。以下ではゲマインデに対する国の監督についての定めをおく法律を概観し、ゲマインデの地位と監督に関する学説の展開を紹介する。

1　法律—監督概念の揺れ動き

この時代の監督についての法律制定と法律改正は一方において国に有利なようにゲマインデに対する監督を強化する方向に、他方においてゲマインデに有利なようにゲマインデの地方自治体としての地位を強化し、あるいは監督を緩和する方向に展開される。

（1）　後見 1794ALR

絶対主義の時代の監督実務の要石となるのがプロイセン諸国家についての1794 年普通ラント法（Das Allgemeines Landrecht für preußischen Staatsen von 1794）[31]（以下、「1794 年普通ラント法」という。）であった[32]。普通ラント法第 2 部第 7 章 119 条によれば、村ゲマイネ（Dorfgemeinen）は公的団体の権利を有する。また 1794 年普通ラント法第 2 部第 8 章 108 条によれば都市ゲマイネ（Stadtgemeinen）は特権的団体の権利を有する。1794 年普通ラント法第 2 部第 6 章 25 条によれば、団体とゲマイネは国によって認可されたゲゼルシャフトにのみ属し、これは永続的、公益的目的に拘束される。このことを通じて村ゲマイネと都市ゲマイネには法人格たる地位が与えられているのであるが、しかし民事法上の権利能力を持つにすぎないものと位置づけられている[33]。そして例えば 1794 年普通ラント法第 2 部第 8 章 157 条は都市財産に関して都市ゲ

---

[31] 法文のテクストは、Hans Hattenhauer / Günther Bernert, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl., 1996 に依拠している。

[32] Kahl, Wolfgang, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 53.この著作はドイツの国家監督制度のみならず、ドイツ国法学の案内人として本稿を大いに導いてくれた。

[33] Kahl, Fn. (32), S. 54

マイネを未成年者の権利を享受するものと位置づける規定をおいている。この団体の後見人はゲマインデの長などであり、この団体機関は民事上の後見人と同じように国の上級後見（Obervormundschaft）に服している[34]。すなわち、普通ラント法はゲマイネを自ら行為することができず、最終的に国の後見に服する未成年者と同じように取り扱っている。

他方、国の監督権についての規定は、1794 年普通ラント法第 2 部第 13 章、第 2 部第 6 章にある。1794 年普通ラント法第 2 部第 13 章 13 条によれば、国の中にあり国の中で生じる全てのゲゼルシャフト、及び公的アンシュタルト[35]は一般の安寧、安全、秩序の目的にしたがってラント君主の監督に服する。1794 年普通ラント法第 2 部第 6 章 191 条によれば、内部体制の欠如と濫用によって［Grundvertrag で定められた団体やゲマイネの］目的[36]の達成が妨げられるにほかならないならば、あるいは公共の福祉にとっての損害が生じるならば、国は濫用を撤去し、良い秩序を回復するために目的適合的な手段を講じる権限を有する。そしてこの 1794 年普通ラント法第 2 部第 6 章 191 条は公的団体に対する国の介入権限の事実上の一般条項として用いられることになる[37]。

以上で見たように、1794 年普通ラント法においてゲゼルシャフト、アンシュタルトに対する君主の監督が実定化された。ただし、1794 年普通ラント法は一方においてゲマイネを民事法上の法人と同じように扱い、公的団体としての独自性を認めておらず、他方においてゲマイネに対する国の監督について一般条項的規定を設けている。そしてこの一般条項的規定が後の世代に暗い影を落とす運命になる。このことについては、(2) 以下で触れられることになる。

(2) 前進 1808PrStO

絶対主義的システムに対して市民の活力を支えにして国家構造を再構築しようとした[38]のが 1808 年プロイセン都市法（Die Preußische Städteordnung von

---

[34] Kahl, Fn. (32), S. 55

[35] 公法上の営造物の意。アンシュタルトについて、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣（1964 年）83 頁以下、山田晟『ドイツ法律用語辞典』大学書林（1981 年）24 頁。

[36] 191 条のみならず、この法律の第 2 部第 6 章第 9 節の冒頭の規定である 189 条をも参照した。

[37] Kahl, Fn. (32), S.55

[38] 薄井・前掲脚注 2）7 頁

1808）[39]である。シュタイン（Freiherr vom Stein）[40]による近代化改革の所産であるこの 1808 年プロイセン都市法は、近代地方自治の源流を生み出したものと評価される[41]。1808 年プロイセン都市法の目的は、後見からゲマインデを解放し、他者行政（Fremdverwaltung）を自己行政（Selbstverwaltung）、すなわち自治で置き換えることにあった[42][43]。

1808 年プロイセン都市法 1 条によれば、国と国によって配置される官庁には、明示的に行政に対する関与が放棄されないかぎりにおいて、都市、都市の体制及び都市の財産についての上級監督権が残されている。そして同法 2 条によれば、国は公有財産の管理についての都市の決算書や公表されるべき計算書を閲覧し、公共団体に対する国民の請願を裁定し、新たな条例を承認し、Magistrat 委員選挙に対して認可を与えることによって、上級監督を行なう。すなわち、国の監督の内容として、①会計監査権、②裁定的関与権、③条例承認権、④Magistrat 委員選挙認可権が掲げられる[44]。

1808 年プロイセン都市法 189 条は、個別的行政事項においてはプロヴィンツ警察官庁の認可を得る必要がない旨を定める。これには 3 つの例外が存在する。①Magistrat 委員の選挙（同法 152 条）、②大規模都市における市長の任命（同法 153 条）、③地方条例の公布（同法 49 条−51 条）である。すなわち、都市は原則として国の認可を要せずに自らの事務を行い、例外的に法律で定められた

---

[39] 法文のテクストは、Cristian Engeli / Wolfgang Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, 1975. S. 101 ff. に依拠している。

[40] シュタインの思想を包括的に扱う研究として、吉川直人「シュタインの改革理念と伝統観念への依拠（一、二）」法学論叢 114 巻 1・3 号（1983・4 年）がある。

[41] 薄井・前掲脚注 2）7 頁

[42] Kahl, Fn. (32), S. 73. もっともその当時既に Selbstverwaltung と呼ばれていたわけではない。この点について、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造（一）—『アウトノミー』と『自主法』」自治研究 66 巻 4 号（1990 年）118 頁。

[43] 村上淳一『ドイツの近代法学』東京大学出版会（1964 年）151 頁 - 152 頁もまた、1808 年プロイセン都市法によって国が Magistrat によって「都市の警察事務……およびこれと不可分の関係にある都市行政事務一般に対し強力な干渉を加えることになった」というような問題点があるということ指摘しつつも、「1808 年の都市自治法は、都市に対する絶対主義的後見を排して都市を市民の自治的団体とする目的を持つものだった」とする。

[44] 薄井・前掲脚注 2）7 頁

場合に国家官庁の認可を要するという構造になっている。

1808年プロイセン都市法はこのようにして国の監督を列挙しているのであるが、そうであるにも関わらず監督実務は1794年普通ラント法に遡ることによって1808年プロイセン都市法には掲げられていない監督手段を用いようとした。すなわち、かの一般条項的規定である1794年普通ラント法第2部第6章191条が援用され、個々の監督措置は同法第2部第6章98条や同法第2部第8章149条に基づいて動員されることになるのである[45]。1808年プロイセン都市法は自治体監督に関する排他的特別権限とみなされるが、しかしそれと並んで臣民に対する広範な警察権に基づく介入権は1794年普通ラント法に定められおり、影響を受けない[46]という理由付けによって旧法に遡ることが正当化される。

国の監督権を限定し、都市行政に自主性を認めて都市の機能を強化しようとした1808年プロイセン都市法であったが、国の監督措置が不可欠であることが判明した[47]ために、結局のところ監督実務においては1794年普通ラント法第2部第6章191条などの旧法の規定が援用されることによって国の監督を制限する趣旨は没却されることになってしまったのだった。このように、1808年プロイセン都市法は都市の自立性を強化する方向で一定程度前進を実現した。しかしその前進は実務における1794年普通ラント法の援用によって骨抜きにされたのである。

(3) 反動 1831Rev.PrStO

1808年プロイセン都市法の次に登場するのが1831年改正プロイセン都市法（Revidierte Städte-Ordnung für die Preußische Monalchie vom 17. März 1831）[48]である。この法律の139条によれば、都市に対する国の監督は政府によって行使される。政府は、以下のことを行なう権限と義務を有する。a)各々の都市において行政がそもそも法律に従って、特に現行法に従って設置されているか否かを確認すること。b）行政が継続的に指示された通りになされ、障害が是正されることに配慮すること。c）ゲマインデの構成員として自らに帰属する権利の侵害に対する個々人の請願を審査し決定すること。d)都市ゲマインデがその義務を果たすようにすること。e）この法律において指示された場合に決定を

---

[45] Kahl, Fn. (32), S. 82
[46] Kahl, Fn. (32), S. 82, Bieback, Die öffentliche Körperschaft, 1976, S. 87ff.
[47] Kahl, Fn. (32), S. 83
[48] 法文のテクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 180ff. に依拠している。

すること。この条項は都市に対する国家監督の一般条項として捉えられた[49]。このような都市法改正の動機の一つが、1808 年プロイセン都市法において列挙された監督権限の不足であった[50]。すなわち、1808 年プロイセン都市法は理念としては優れた内容を含んでいたのであるが、行政の現実には必ずしも対応していなかったのである。

1831 年改正都市法 139 条の要件を満たすか否かにに関する決定は監督庁の自由裁量にかかることとなり、結果的に無制約の目的適合性監督が可能となった[51]。そしてこの法律には非常に多くの認可の留保があり、ここに国家後見が存続しているものと見なされている[52]。都市議会が義務を懈怠し党派分裂に陥った場合における国王の議会解散権（1831 年改正プロイセン都市法 83 条）、多数の市民の有責な義務違反の場合における都市体制の剥奪権（同法 139 条 3 項）が特に重大な監督権と見なされる[53]。このような一般条項的監督権規定、多数の認可留保によってこの法律は都市に対する国の監督権を再強化している[54]。そしてこのことは国家後見の部分的な復活と言われる[55][56]。1831 年改正プロイセン都市法は一方において 1808 年プロイセン都市法を引き継ぎつつ、もう一方において都市の自立性を制約する方向で国の監督権を強化したものということができる[57]。1794 年普通ラント法の援用によって実際上骨抜きにされた 1808 年プロイセン

---

[49] Kahl, Fn. (32), S. 91
[50] Kahl, Fn. (32), S. 88
[51] Kahl, Fn. (32), S. 91
[52] Kahl, Fn. (32), S. 91
[53] Kahl, Fn. (32), S. 92
[54] 北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治－社会国家への道－』成文堂（1990 年）45 頁もまた、1831 年改正都市法によって、「国家監督権が拡大された」という。さらに同書によれば、この法律によって認可や議会の解散といった監督に対して「都市ゲマインデには出訴の途は認められていない」（同書 45 頁）のである。
[55] Kahl, Fn. (32), S. 92
[56] ただし村上･前掲脚注 43)185 頁は、「都市自治における国家的監督の強化も、単なる絶対王制的後見への復帰ではなくて、官僚制の政治的統合機能の拡大を典型例に示すものにほかならなかった」という。
[57] 村上・前掲脚注 43)167 頁によっても 1831 年改正プロイセン都市法は、「市会の地位を引き下げると同時に都市に対する国家的監督を強化」する効果を持ったのである。ただ、同書 184 頁が指摘する、「シュタインの都市自治法の運用および 1831 年の改正都市自治法における国家的監督の強化は自治と監督の併存をもたらしたが、ここで見られる『監督』は、経済的には、ツンフトを復活させようとする逆コースを阻止し、経済的自由主義に耐えうる市民的＝経済的自立性を確保する目的を持つものだったと考えられる」ことには注意を要する。

都市法の精神は、1831 年改正プロイセン都市法によって法律上も都市の自立性に不利な方向に退けられた[58]。

(4) 1849 年以降の法律の変動

1849 年フランクフルト憲法[59]184 条はゲマインデの憲法上の基本権を定めている。フランクフルト憲法 184 条 b によれば、ゲマインデはラントの「法律的に整序された指導監督[Oberaufsicht[60]—筆者注]の下に、地方警察を含む市町村事務を、独立して管理する」[61]基本権を有する。ここでは前国家的な基本権として自治行政権が保障されている[62]。この自治権は主観的防御権と見なされた[63]。しかしこのフランクフルト憲法は三月革命の終息と運命を共にし[64]、間もなく発効停止することとなった。

1850 年プロイセン憲法[65]105 条はゲマインデの自治行政権を定める。プロイセン憲法 105 条は確かにゲマインデに対する国の監督、関与を言及しているが、しかしこれを具体的に規定していない。三月革命後のプロイセンの自治体監督を定めるのが 1850 年プロイセン・ゲマインデ法（Die Preußische Gemeindeordnung von 1850）[66]であった[67]。

1850 年プロイセン・ゲマインデ法 138 条によれば、ゲマインデ事務の管理に対する国家監督は、この法律の規定によって他に明示的な定めのなき限り、10000 人以上の住民を有するゲマインデにおいては Bezirksrat によって、その他のゲマインデにおいては第 1 審として Kreisausschuss によって、第 2 審とし

---

[58] もっとも、1831 年改正プロイセン都市法の適用地域は限られていた。この点について、高柳信一「プロイセン地方自治制の生成とその特質」社会科学研究 4 巻 1 号（1952 年）146 頁、斎藤誠「条例制定権の歴史的構造（二）—『アウトノミー』と『自主法』」自治研究 66 巻 5 号（1990 年）100 頁。

[59] 法文テクストの日本語訳は、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集　第 5 版』信山社（2007 年）21 頁以下に収録されている。

[60] Kahl, Fn. (32), S. 114

[61] 高田／初宿・前掲脚注 59）53 頁

[62] 薄井・前掲脚注 2）9 頁

[63] Kahl, Fn. (32), S. 112

[64] 高田／初宿・前掲脚注 59）5 頁

[65] 法文テクストの日本語訳は、高田／初宿・前掲脚注 59）55 頁以下に収録されている。

[66] 法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 310ff. に依拠している。

[67] Kahl, Fn. (32), S. 115

て Bezirksrat によって行われる。すなわち、監督を行うための権限は国家官庁から Kommunalverbände[68]に移された[69]。このことによって都市の権能が強化された[70]。さらに認可留保が減らされ[71]、国家監督は都市の自主性を強化する方向で緩和された[72]。監督手段として異議申立て（Beanstandung）と強制的予算計上（Zwangsetatisierung）が導入され、これに対しては裁判所による事後審査が可能である[73]。ここから代執行という監督手段が展開されることとなる[74]。1850 年プロイセン都市法においては、三階級選挙法が導入され、この三階級選挙法はプロイセン保守主義的国家理性の優越を担保するものであったことが指摘されており[75]、シュタイン改革の精神から見れば問題点として掲げられうる。

1850 年プロイセン・ゲマインデ法は三階級選挙法の問題を伴いながらも一定程度都市の自治を強化する方向で国家監督を展開したのであるが、しかしまた反動的な方向に揺り戻しが生じることになる。これが 1853 年プロイセン都市法（Die Preußische Städteordnung）[76]である。1853 年プロイセン都市法は確かに自治の原則と団体としてのゲマインデの位置付けから出発している[77]。すなわち、同法 9 条によれば、都市ゲマインデは、その事務の自治が詳細なこの法律の規定に従って帰属する団体（Korporationen）である。しかしこの法律は一方において都市の自治に対する国家官治監督を強化し、他方において都市内部での自治体の官治勢力を強化している[78]。

1853 年プロイセン都市法 77 条によれば、都市議会議員がその権限を踰越し、あるいは国家福祉を侵害する決定を行ったとき、監督官庁は都市ゲマインデの長に執行の異議を申し立てるよう指示する権限を有する。ここで都市は国家福

---

68 薄井・前掲脚注 2）9 頁によれば、上級地方団体。
69 Kahl, Fn. (32), S. 117
70 薄井・前掲脚注 2）9 頁
71 Kahl, Fn. (32), S. 117
72 高柳信一「三月革命におけるプロイセン地方自治制改革」田中二郎編集代表『杉村章三郎先生古稀記念　公法学研究　下』有斐閣（1974 年）492 頁も、1850 年プロイセン・ゲマインデ法について、「都市と農村との区別対立の排除及び市町村に対する国の監督権の緩和を重要な特徴としていた」とする。
73 Kahl, Fn. (32), S. 118
74 Kahl, Fn. (32), S. 118
75 Kahl, Fn. (32), S. 118, Engeli / Haus, Fn. (39), S. 311
76 法文のテクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 370ff. に依拠している。
77 Kahl, Fn. (32), S. 121
78 Kahl, Fn. (32), SS. 121-122

祉監督の下に置かれている[79]。1853 年プロイセン都市法 50 条以下には多くの認可留保が存在している[80]。このような監督の強化はゲマインデを公法人として認めたことと矛盾することが指摘されている[81]。1853 年プロイセン都市法は監督の内容と限界を一般的に定めていない。同法 81 条によれば、この法律の執行のために必要な規定は内務大臣によって講じられる。この内務大臣の執行指示を通じて監督規定はさらに強化された[82]。

1872 年プロイセン・クライス法（Die Preußische Kreisordnung von 1872）[83]はグナイストの影響を受けた法律であり、グナイストの立法作業はゲマインデに対する Bezirksregierung の監督に代わって Kreisausschuss の制度を導入するものであった[84]。この Kreisausschuss はクライスの行政機関であり、その構成はクライスの長が委員長になりその他の委員はクライス議会又はクライスの住民によって選ばれる（同法 131 条）というものである[85]。同法 134 条 3）によれば、Kreisausschuss はクライスの官吏を任命し、その事務を指揮し監督する。そのことによって国家監督は脱封建化されたという評価がなされている[86]。また 1875 年プロイセン・プロヴィンツ法はこの法律の第 116 条以下で掲げられていない介入手段は用いることができないという意味において列挙主義を定めたといわれる[87]。

1869 年シュレースヴィヒ－ホルシュタイン都市法（Die Schleswig-Hoisteinische Städteordnung von 1869）[88]92 条 1 項によれば、国の監督官庁は、都市事務の行政が法律すなわちこの都市法に従って行われることを維持する権限を有し、義務を有する。すなわち、ここで国家監督は自治体の事務の法律適合性に限界付けられ、国家監督介入権は純粋な法監督とされた[89]。

その他に、1880 年 7 月 26 日一般ラント行政の組織化についてのプロイセン法律、1883 年 7 月 30 日一般ラントについてのプロイセン法律、並びに 1883

---

79 Kahl, Fn. (32), S. 122
80 Kahl, Fn. (32), S. 122
81 Kahl, Fn. (32), S. 122
82 Kahl, Fn. (32), S. 123
83 法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 467ff. に依拠している。
84 Kahl, Fn. (32), S. 125
85 また、山田・前掲脚注 35）229 頁
86 Kahl, Fn. (32), S. 125
87 Kahl, Fn. (32), S. 126
88 法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 423ff. に依拠している。
89 Kahl, Fn. (32), S. 125

年 8 月 1 日行政官庁と行政裁判官庁の権限についてのプロイセン法律（ここでは「1883 年権限法」という。）が挙げられ、これらの法律は国家監督を緩やかなものにしたといわれる[90]。すなわち国家監督の間に Bezirkausschuss を差し挟むことによって国家監督を緩和しようとしていたのである[91]。

しかしプロイセン法律においてこのように国家監督が限定される方向で展開がなされたにもかかわらず、1831 年改正プロイセン都市法 139 条が遡って援用されるという事態が生じた[92]。ここでもやはり、法律によって国家監督を限界付ける試みは旧法に遡ることによって空振りにされるという事態が生じている。この遡及適用はその当時の実務に対応するものだったことが指摘される[93]。

以上で見たように、一方において 1808 年プロイセン都市法における監督権限の列挙、1850 年プロイセン・ゲマインデ法における監督権限の Kommunalverbände への移行、認可留保の削減、1872 年プロイセン・クライス法における Kreisausschuss の制度の導入、1875 年プロイセン・プロヴィンツ法における介入手段の列挙主義、1869 年シュレースヴィヒ-ホルシュタイン都市法における国家監督の法監督への限定は都市や自治体に対する国家監督を制限する方向での展開であったといえる。しかしまた他方において、1831 年改正プロイセン都市法における目的適合性監督、一般条項的監督権規定、多数の認可留保、1853 年プロイセン都市法における国家福祉監督、官治勢力の強化といったような国家監督を強化する方向性も法律上展開された。そして、上述の法律における国家監督を制限しようとする試みは、実務が 1831 年改正プロイセン都市法 139 条に遡ることによって裏をかかれた。このように都市や自治体の国に対する法的地位は、国家監督との関係で常に自立性を認める方向と従属性を強める方向の間で揺れ動きを見せている。

2　学説—国に対するゲマインデの地位における国家監督

ここでは、ヴァイマル以前の国家監督についての学説の展開を整理する。法律の展開と同様に、学説の展開もまたゲマインデの自立性を限定的に理解して国家監督を基礎付けようとするものもあれば、ゲマインデの自立性を積極的に理解して国家監督を限界付けて基礎付けようとするものもある。まずは、一方

---

[90] Kahl, Fn. (32), S. 127
[91] Kahl, Fn. (32), S. 127
[92] Kahl, Fn. (32), S. 128
[93] Kahl, Fn. (32), S. 129

の極であると思われるシュタールの国家後見の考え方から出発することにする。

（1） 後見—保守主義的展開　シュタール

シュタールによれば都市と団体はその領域に対して独立的で自由な活動を保持しているが、しかしこれを包含している国家支配に服している[94]。シュタールは集権化を国とゲマインデの関係における指導原理にする[95]。

シュタールは、建築制度、生活支援、病院、自然災害に対する保護、清掃や衛生といったような地域に対する配慮、そしてこれらのための手段としてのゲマインデの財産はゲマインデの固有の事務であるという[96]。それに対して軍事、課税、警察（Landespolizey）、教育制度、裁判といったような超地域的利益に関わることは国の任務である[97]。しかし一方では、予断のなさの故にゲマインデの利益は国家監督によってより良く配慮され得、他方において固有国家事務は一定程度までは適切にゲマインデの下級管轄において配慮されうるという。しかし後者についてゲマインデは委託を受けているというのではなくて、国の機関でしかない[98]。

シュタールはゲマインデが国の固有事務を行う場合と、ゲマインデの固有事務を行う場合とでゲマインデに対する国の関わり方を異なって考える。すなわち、ゲマインデが固有国家事務を行うときにはゲマインデは国の機関であって国の指揮（Leitung）に服している[99]。これに対してゲマインデがゲマインデに固有の地域的事務を行うときには、ゲマインデは国の監督（Aufsicht）と後見（Kuratel）に服する[100]。そこで後見は国家利益に配慮して行われるのではなくて、ゲマインデの利益に配慮して行われるのである[101]。ゲマインデの固有事務における国の後見は、ゲマインデの利益のために消極的、防止的な態様でなさ

---

[94] Stahl, Friedrich, Julius, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, 3. Aufl., Bd. II/2, 1856, S. 40. シュタールのこの著作を扱い本邦での研究として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣（2000 年）44 頁がある。
[95] Kahl, Fn. (32), S. 112
[96] Stahl, Fn. (94), S. 22
[97] Stahl, Fn. (94), S. 22
[98] Stahl, Fn. (94), S. 22
[99] Stahl, Fn. (94), S. 22
[100] Stahl, Fn. (94), S. 22
[101] Stahl, Fn. (94), S. 23, Kahl, (Fn. 32), S. 111

れ、ゲマインデの処分（Verfügung）を制約するものである[102]。

以上で見たように、シュタールの国家観は中央集権主義的理解から出発している。シュタールは一見すると都市に自由な活動領域を認めているように見えるものの、国家支配に重きを置いている。国の事務をゲマインデが行うときには国とその機関との関係によって指揮が基礎付けられ、ゲマインデの固有事務の場合には後見の論理によって監督が基礎付けられている。シュタールにおける後見はゲマインデがその処分を行うことを積極的に促すものではなくて消極的に作用するものであった。

（2） ゲマインデの自立性

ｉ）ブラター

ブラターによれば、ゲマインデは自らの力で行うことができる限りで地方ゲマインシャフトの利益のために配慮する[103]。その力が様々なフォルクにおいて様々な時点で不同に展開され、フォルク・ゲマインシャフトの利益が問題となるところで国家的活動領域が始まる[104]。政治的ゲマインデの活動領域はこれが及ぶ限りにおいて国家的活動領域と同等である[105]。ゲマインデが自ら配慮することを止めるや否や、各々の基本的任務は国によって引き受けられ、この点でゲマインデの権利の公法的性格と国家監督の原理が基礎付けられる[106]。しかし国がかの任務を恣意的に引き出しゲマインデの有機体が解体されてしまうならば、ゲマインデの固有の基盤は危険に晒される[107]。

彼にとってゲマインデは自立した有機体であって、個々人と同様に国によって創造されるのではない[108]。ゲマインデは数世紀を通じて固有の生活能力を発揮してきた[109]。ゲマインデは個々人と同様に自由な権利領域の尊重と国による保護と援助を期待することができる一方で、しかしまた国の支配に服している

---

[102] Stahl, Fn. (94), S. 22-23
[103] Brater, Karl, Gemeinde, in: Bluntschli / ders. (Hrsg), Deutsches Staats-Wörterbuch, Bd. 4, 1859, S. 109(112)
[104] Brater, Fn. (103), S. 112
[105] Brater, Fn. (103), S. 112
[106] Brater, Fn. (103), S. 112
[107] Brater, Fn. (103), S. 112
[108] Brater, Fn. (103), S. 113 , Kahl, (Fn. 32), S. 130
[109] Brater, Fn. (103), S. 113

[110]。その支配は、個々人の生活と匹敵してゲマインデの生活がフォルク・ゲマインシャフトに対して有している重要性に対応して、国家監督において度合いが高まる[111]。

ゲマインデは国によって統治されあるいは後見され、監督されあるいは放棄され得、統治と放棄という両極はゲマインデの破滅に帰着し間接的に国家の破滅に至るものとされている[112]。統治、後見、監督、放棄はゲマインデの自立性の度合いに対応しており、左側に行けばゲマインデの自立性はより少なくなる。国家監督システムと後見システム（Bevormundungssystem）の基本的な相違は、前者がゲマインデの自立性（Selbstständigkeit）を出発点とし、後者がゲマインデの非自立性から出発することであり、国家監督においては国の介入が例外として登場し、後見システム（Kuratelsystem）においては原則として登場することである[113]。国家官庁の指示を受けて行う場合と合意によって行う場合を除いて、後見システムはゲマインデが固有の意義をもって歩みだすことを許さない[114]。後見システムはゲマインデに代わって行動し、あるいは他人の意思に従って行うことをゲマインデに強制し、それに対して国家監督は防御的にのみ振舞う[115]。

このようにしてブラターは監督と後見を区別している。彼にとって監督と後見の区別の鍵になるのはゲマインデの自立性であった。シュタールが後見の論理で国家監督を基礎付けているのに対して、ブラターにおいては国家監督と後見は区別されるべきものであって原則例外関係を異にしている。そしてブラターはゲマインデの地位を個人の地位に引きつけて考えている。ブラターにおいてゲマインデは自立している限り、国家後見には服さない。国家監督はフォルク・ゲマインシャフトの利害との関係で度合いが高まるものである。ブラターにおいても国家監督は消極的に作用するものであった。そして国家監督を放棄してしまうことはまたゲマインデの破滅に至る極端なものとして退けられた。

---

[110] Brater, Fn. (103), S. 113
[111] Brater, Fn. (103), S. 113
[112] Brater, Fn. (103), S. 152
[113] Brater, Fn. (103), S. 152, Kahl, (Fn. 32), S. 131
[114] Brater, Fn. (103), S. 152
[115] Brater, Fn. (103), S. 152

ⅱ）ブルンチュリ

a）自由、自立性、自治

ブルンチュリによれば、ゲマインデは個人と国家の中間に、私的生の領域と政治的生の領域の中間にある[116]。ゲマインデは地方共同の文化関係と経済関係を含む[117]。これも同様に地方住民の私的利益と密接に絡んでおり、これがゲマインデの原則的性格である[118]。同時にゲマインデは地方と地方住民の国家に対する関係を媒介する[119]。ブルンチュリは、一定程度まで、団体（Körperschaften）は原子たる個々人を必要的に補うものであり、個々の国民と巨大な国家単位の間の有用な媒介項であり、人々の集団の正当な自由と多様性を保証するものであるという[120]。団体が国家機関の憲法的発展を妨害して不相当に立ち入るところでは、団体は節度を保つよう注意を受けなければならないが、しかし団体の自由がその家事の中で行われている限りその団体は国家官庁によって尊重され保護されなければならない[121]。その存続が公的利益にある団体においては、団体の共同の健全さを堕落させ、あるいは共同体を害する目的でその力を用いる濫用を阻止するために、その存続に対する国の配慮と改革権がこの二つの考慮事項に入る[122]。すなわちブルンチュリは団体を国家と個人の間の中間的段階に位置付けており、一方において団体の自由を認め、もう一方において公的利益を根拠に国の配慮を基礎付けている。

ブルンチュリにおいてはゲマインデの自立性のみがゲマインデの規範的状況に適合する[123]。しかしその自立性は絶対的なものではなくて国家秩序と政府の監督によって制約されるものである[124]。本来的後見は、被後見人が自らのために配慮する能力を欠いているところでのみ十分な根拠を有する。すなわち被後見人の保護の必要が後見の法的前提条件である[125]。ゲマインデは自らの分別に

---

116 Bluntschli, Allgemeine Staatsrecht, 6. Aufl., 2. T., 1885, S. 587
117 Bluntschli, Fn. (116)、S. 587
118 Bluntschli, Fn. (116)、S. 587-588
119 Bluntschli, Fn. (116)、S. 588
120 Bluntschli, Körperschaften, in: Bluntschli / ders. (Hrsg), Deutsches Staats- Wörterbuch, Bd. 6, 1861, S.17, Kahl, (Fn. 32), S. 133
121 Bluntschli, Fn. (120), S. 17, Kahl, (Fn. 32), S. 133
122 Bluntschli, Fn. (120), S. 17
123 Bluntschli, Fn. (116)、S. 588
124 Bluntschli, Fn. (116)、S. 588
125 Bluntschli, Fn. (116)、S. 588

従ってその共同の事務を果たす能力がある成年者であり、従ってゲマインデは後見を要しないというふうに考えられているのである[126]。都市ゲマインデとラント・ゲマインデは国に対する関係において、そして一部では自律性、すなわちゲマインデ領域内部での自己立法において、一部ではゲマインデとその機関の自治において示されるゲマインデの自由の故にゲマインデに相応しい自立性に対して持ち分を有している[127]。

b）国との調和、堕落の防止

ブルンチュリによれば、Oberaufsicht は第一に所与の状態を閲覧する受動的な性格を持っており、第二に間接的に命令し、秩序付け、庇護する統治の要素を持っている[128]。国家権力は国の権利と利益が触れられる限りで国家領域において明らかになる全ての現象に配慮する権限がある[129]。国の損害を防止し、国の福祉を促進するために政府が適時に適当な措置を講じ、指示することを動機付けられるようにするために、政府は目を配ることができるのでなければならない[130]。私的生活と家族生活に干渉したり、個人の自由を不相当で執拗な監視と諜報活動によって妨害したりしないように気をつけるべきである[131]。国が必要とする情報を得るために許されざる手段を選択することは許されず、国に割り当てられる監督権は、国に割り当てられていない後見監督権にまで至ることも許されない[132]。またブルンチュリによればゲマインデ、団体、株式会社、財団の設立に当たって、一方においてこれが公的利益に関わるときには Oberaufsicht の同意が必要であるが、他方において国家秩序や公的信用に関わらないときには同意は不要である[133]。すなわち公的利益が関わるか関わらないかが問題である。

たしかに国家権力に必然的にゲマインデに対する後見監督権が割り当てられるのではないが、しかしいずれにせよゲマインデに対する監督権が割り当てられる[134]。この監督権によって、ゲマインデを国と調和させ国の下におき、ゲマ

---

126 Bluntschli, Fn. (116)、S. 588
127 Bluntschli, Fn. (116)、S. 590
128 Bluntschli, Fn. (116)、S. 238
129 Bluntschli, Fn. (116)、S. 238
130 Bluntschli, Fn. (116)、S. 238-239
131 Bluntschli, Fn. (116)、S. 239
132 Bluntschli, Fn. (116)、S. 239
133 Bluntschli, Fn. (116)、S. 239
134 Bluntschli, Fn. (116)、S. 586

インデの堕落あるいはゲマインデの権利濫用に対抗するための誘因、そのために必要な手段が政府に与えられる[135]。

このようにしてブルンチュリはゲマインデに対する国の監督を後見から区別している。ブルンチュリにおいて団体は一方において国家と個人の間の中間にあるものであり、他方において公的利益の見地から国の配慮が要請される。この点でブルンチュリはゲマインデの地位を個々人の地位に引きつけて検討するブラターの見解とは若干異なっている。国家監督の存在根拠は国家的秩序、公的利益とのかかわり合いに求められる。この点においてブルンチュリによる国家監督の基礎付けはブラターと共通している。ゲマインデには自立性が認められている。ゲマインデは自らその事務を処理することができる成人なのであって、後見人を要する未成年者ではない。国家監督はゲマインデを国と調和させゲマインデの堕落や権利濫用に対抗するものである。

(3) ゲマインデの従属性　法学的方法

ｉ）ゲルバー

a）人格、独立的生活

ゲルバー[136]は国家を一つの有機体（Organismus）と考え、これに人格の観念を授与する[137]。ゲルバーによれば、中世においてはゲマインデが大部分において国の代わりとなり未発達の領域権力にその無制約の自律的独立性を対立させていたのに対して、17 世紀末以降状況は逆転した[138]。すなわち、ゲマインデがその固有生活を失い、単なる行政区画という意義に成り下がってしまうように並々ならぬ力でゲマインデを完全に服従させる権力発展の目的を追求したのだった[139]。その対立がこの時代に和解することがドイツ国家生活の領域での最も

---

135 Bluntschli, Fn. (116)、S. 586-587, Kahl, Fn. (32), S. 135

136 ゲルバーの国法理論を総合的に取り扱う研究として、海老原明夫「ゲルバーの法理論―倫理的秩序・法・法律」片岡輝夫ほか著『古代ローマ法研究と歴史諸科学』創文社（1986 年）251 頁以下がある。さらに、山本・前掲脚注 94）79 頁以下もゲルバーの公権論を扱う。

137 Gerber, Carl Friedlich von, Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte, 1. Bd.(1867), S. 5(9)

138 Carl, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., 1869, S. 56

139 Gerber, Fn. (138), S. 56

重要な事実であるという[140]。ゲマインデは独立的生活内容を持つ団体的集合（korporative Verbindung）であり、近隣の地域的定住に基づく生活をもたらす利益を満たすことを欲する[141]。ゲマインデという結合の基本的任務は諸制度とアンシュタルトの育成と有益な促進及びこれに依存する福祉状態の媒介に依拠している[142]。

b）全体利益との適合

国は目的に即してゲマインデの長に一連の国家機能、とりわけ地方警察を委託する[143]。ゲマインデは確かに固有生活使命を持つ独立的な公的団体であるが、しかし国家支配の直接的対象でありゲマインデにも憲法上国家権力が及んでいる[144]。国はその内部的組織化と発展を個々人の恣意に委ね得ず、ゲマインデの秩序を国家立法の最も重要な事務にする[145]。そして国はゲマインデを監督に服従させることによって都市と村が全体利益（Gesamtinteresse）に適うようになることに配慮する[146]。どの範囲において国家監督が行われるかは、個別ゲマインデ法の相違の中心点である[147]。

このようにしてゲルバーは、ゲマインデに対する国家支配から国家監督を導く。中世において完全に自律的であったゲマインデは国家支配に服従させられるようになり固有生活を失っていたのだが、今となっては固有生活を認められるようになった。しかし国とゲマインデの間には一般権力関係があり[148]、ゲマインデは国家支配の直接的な対象であった。ここで監督が基礎付けられることになる。国家権力の客体としてゲマインデは国家監督に服するのである。このようなゲルバーの国法学理論は後続する世代に大きな影響力を持つことになる[149]。

---

140 Gerber, Fn. (138), S. 56
141 Gerber, Fn. (138), S. 56
142 Gerber, Fn. (138), S. 57
143 Gerber, Fn. (138), S. 59
144 Gerber, Fn. (138), S. 60
145 Gerber, Fn. (138), S. 58
146 Gerber, Fn. (138), S. 58, Kahl, Fn. (32), S. 149
147 Gerber, Fn. (138), S. 58, Fn. (4)
148 Kahl, Fn. (32), S. 149
149 Kahl, Fn. (32), S. 149-150 は、このようなゲルバーの法理論が 19 世紀ドイツ国法学において最も重要な転轍点としての地位を有するという。

ⅱ）ラーバント

ラーバントは『ドイツ・ライヒ国法』[150]においてライヒ監督について一つの項目を設けている[151]。ラーバントによれば、ライヒに対する支邦国の上下関係は支邦国の服従義務に最も良くあらわれている[152]。とりわけラーバントの理解に従えば統治権の発動という点において地方団体は国との関係で従属的地位におかれる、ということが指摘され[153]、このことがラーバントの理論の特徴と思われる。支邦国に対するライヒの支配から必然的に支邦国を監視する権利が生じる[154]。服従義務はこれに服する者が従わなければならない命令を前提とする[155]。ライヒ法律が発布されると支邦国官庁は一定の行為を義務付けられ、それに対してライヒ法律が無いところでは支邦国は服従義務に反することができない[156]。しかし支邦国はその行為によってライヒの利益を危殆に晒しそのことによって忠誠義務に反しうる[157]。ここでライヒ監督は支邦国がそのような行動を差し控えることに制約される[158]。

ライヒ支邦国に対するライヒの監督は自治体に対する支邦国の監督と同様に一部では支邦国がライヒ法律によって委託されている任務を積極的に遂行することに向けられ、一部では支邦国がライヒ法律に含まれている規定に違反せず、これに引かれた権限の限界を超えないことに向けられる[159]。ここでは自治体に対する支邦国の監督とのアナロジーで支邦国に対するライヒの監督が描写されている。ラーバントは支邦国をゲマインデ、クライス、プロヴィンツと同等に扱っており、それゆえライヒについての彼の説明は多くの点で一般化することができるものであるとされている[160]。

監視（Beaufsichtigung）は、監督に服する者がその義務を適切に果たしてい

---

150 Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände, 5. Aufl., 1911(unveränd. Neudruck 1964). 山本・前掲脚注 94）92 頁以下がラーバントのこの著作を扱う。
151 Laband, Fn. (150), S. 107ff.
152 Laband, Fn. (150), S. 107
153 木佐・前掲脚注 2（四・完）95 頁
154 Laband, Fn. (150), S. 108
155 Laband, Fn. (150), S. 109
156 Laband, Fn. (150), S. 109
157 Laband, Fn. (150), S. 109
158 Laband, Fn. (150), S. 109
159 Laband, Fn. (150), S. 108
160 Kahl, Fn. (32), S. 151

るか、その義務を作為あるいは不作為によって違反していないか否かを確認する目的で監督に服する者を監視することである[161]。監視は支邦国に対して向けられているのであり、その官庁には向けられない[162]。ライヒ官庁による法的争訟の決定は監視ではない[163]。ライヒ宰相は多くの場合に異議申立てによって監督権を行使するよう動機付けられる[164]。しかしこの異議申立ては関係支邦国官庁によって従われるライヒ法律を異議申立て手続でライヒ宰相に知らしめることを目的とするものであり権利救済の性格を有しない[165]。異議申立人はライヒ宰相が介入することを求める権利を有しない[166]。ライヒ宰相は私的利益が侵害されないときであっても自らのイニシアティヴで介入することができる[167]。これを国家監督に当てはめると、自治体に向けられており自治体官庁には向けられず、法的争訟の決定は監督ではなくて、また個々人は監督を求める権利を有しない[168]。

ラーバントにおいて監督は命令服従関係において基礎付けられている。ラーバントは統治権の発動においてゲマインデを国家上級官庁に対する従属的地位においており、このようなラーバントの理解に従うならば、ゲマインデが命令権や強制権といった権限を発動するときにその判断は国家官庁の目的適合性の審査を受けうるという指摘[169]が国家監督との関係で重要である。監督を国に対する自治体の命令服従関係から導き出す点において、ラーバントは国家支配から監督を基礎付けるゲルバーを基本的に引き継いでいる[170]。ただしゲルバーは国家監督について詳細に語っていなかったため、どの点でラーバントの見解とゲルバーの見解がどの点で共通していてどの点で異なっているのかは判然としない。ラーバントは支邦国をゲマインデ、クライス、プロヴィンツと類比してライヒ監督を描写している。監督は消極的に自治体が法律上の義務に違反しないこと、法律上限界付けられた権限を越えないことにも、自治体が積極的に法律上これに委託される任務を遂行することにも向けられる。この点で監督を消

---

161 Laband, Fn. (150), S. 109
162 Laband, Fn. (150), S. 109
163 Laband, Fn. (150), S. 110
164 Laband, Fn. (150), S. 110
165 Laband, Fn. (150), S. 110-111
166 Laband, Fn. (150), S. 111
167 Laband, Fn. (150), S. 111
168 Kahl, Fn. (32), S. 152
169 木佐・前掲脚注 2（四・完）95 頁
170 Kahl, (Fn. 32), S. 151

極的にのみ作用するものと考える見解とは異なっている。ラーバントにおいて個々人は監督を求める権利を有しないものとされ[171]、監督は私的利益に仕えるものではないことが示されている。

ⅲ）ゲオルグ・イェリネク

a）自治の政治的概念と法的概念――自治の担い手と自治体の権限

ゲオルグ・イェリネクによれば、国家の典型事例はインペリウムを用いる完全に公的な活動が国の中央から出発し、公法の領域にある全ての事務が全体の国家領域にその権限がわたる機関によって処理されることに遡る集権化された類型であった[172]。これに対して国家的事務が国家機関や地方に制限された権限を持つ団体によって多かれ少なかれ自立したやり方で処理される分権的国家が対置される[173]。君主の絶対主義は自治体、地主の自立的政治生活を完全に制圧することは出来なかった[174]。大規模国家が中央官庁だけで統治されることは不可能であり、地方の司法官庁と行政官庁に一定程度の決定権が認められなければならない[175]。そのようにして分権的な国家が現実の国家の通常の事例になり、政治的にも法的にも分権化の度合いと範囲のみが取りざたされることとなる[176]。今日の国家秩序の構築に関連して分権化、すなわち自治の形式を定めることが求められるのである[177]。ここで自治の政治的概念とこれを法的概念にする可能性について明らかにしなければならない[178]。

イギリスにおいて国家の統治形態はその長を議会が形成するセルフ・ガバメントである[179]。いかなる権力にも拘束されない国王の一方的な意思による政府

---

171 Kahl, (Fn. 32), S. 152

172 Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1913(Nachdruck des 5. Neudrucks, 1955), S. 626-627. ゲオルグ・イエリネクのこの著作の翻訳として G・イェリネク著 / 芦部信喜ほか共訳『一般国家学』学陽書房（1976 年）がある。

173 Jellinek, Fn. (172), S. 627

174 Jellinek, Fn. (172), S. 627

175 Jellinek, Fn. (172), S. 627

176 Jellinek, Fn. (172), S. 627

177 Jellinek, Fn. (172), S. 628

178 Jellinek, Fn. (172), S. 627

179 Jellinek, Fn. (172), S. 629

がセルフ・ガバメントの対照をなす[180]。これが国王と国民の対立という考え方であり、セルフ・ガバメントの概念で影響力を持ち続けるようになる[181]。この自己統治は地方事務の行政において始まった[182]。イェリネクに従えば、イギリスとは全く異なる大陸の諸関係に対応して、自治体の自由の回復と行政権限の担い手としての自立的公的団体の創設や承認、国民の政治的自立性、しかしまた地方行政の良さ(Güte)と適法性を保障する国家秩序が要請されるのである[183]。ゲマインデは行政組織における最下位の構成要素であるから国家の自然的基礎であり、時的、論理的に先行するものである[184]。ゲマインデは国と同様に領域、構成員、自立的権力を有する[185]。しかしゲマインデの権力は始原的なインペリウムを有さない[186]。このことによってゲマインデは国から区別される。ゲマインデに与えられるインペリウムは全て派生的なものであり、ゲマインデの固有の支配権はオリジナルな権利ではない[187]。ただ、イェリネクはラーバントの理論に依拠しつつも、これを修正して「公権力の『固有の』管理」を認めるに至り、始原的固有権説が伝来的固有権説によってとって代られたことが指摘されている[188]。イェリネクは一方においてゲマインデに始原的インペリウムを認めず、もう一方においてゲマインデに自立的権力を承認する点において、このような理解は適切であると考える。

イェリネクは自治の政治的概念と法的性質を区別する。自治の政治的概念は行政を行う者の性質にあり、利害関係人自身による公的利害領域の行政にある[189]。それに対して自治の法的性質は主体とされた団体の権限の国の権限に対する関係にのみある[190]。このようにして彼は政治的自治と法的自治を区別する。

イェリネクはゲマインデの作用領域を三つに分割する。すなわち、第一にゲマインデはその機関の任命、新構成員の受け入れ、財産管理、特別の地方的事

---

[180] Jellinek, Fn. (172), S. 629
[181] Jellinek, Fn. (172), S. 629
[182] Jellinek, Fn. (172), S. 629
[183] Jellinek, Fn. (172), S. 630
[184] Jellinek, Fn. (172), S. 630
[185] Jellinek, Fn. (172), S. 644
[186] Jellinek, Fn. (172), S. 644
[187] Jellinek, Fn. (172), S. 644
[188] 木佐・前掲脚注 2（四・完）102 頁
[189] Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905(Neudruck, 1963), S. 290-291
[190] Jellinek, Fn. (189), S. 291

情から生じる事務という固有の作用領域があり、第二に義務に従って行使されるべき権利としてのインペリウムの行使であり、第三に国家的義務の履行でありこれは主として国家行政の支援を通じて行われる[191]。そしてこの領域でゲマインデは国家としてその権利を行使するのであり、国家機関になるのであって[192]、この領域におけるゲマインデの活動は自治ではない[193]。このようなイェリネクの分類に対しては、一方においてレーニングと異なって「非国家的事項を確保」しているという評価がなされ、もう一方において「非『社会』事項を一括して委任事項とし、国家の指揮・命令と結合する」[194]という評価がなされる。イェリネクによれば、このようにしてインペリウムを付与された団体には特権的地位が与えられる[195]。そして国は団体にインペリウムを授与することによって、二重に公的法的関係を創設するのである[196]。イェリネクによればこのような団体は公的法的権力を備えられるために、国に対して自らの目的を履行する義務を負うもので、この義務は団体の権利領域が増大されたことに伴う反対給付である[197]。その結果として、「国家の一定の関与権が生ずる」[198]のである。

b）Oberaufsicht、派生的インペリウム

イェリネクは国家結合との関係において自治についても触れる。そしてここでイェリネクにおける Oberaufsicht が登場する。諸国家や諸国家の構成要素は、他の諸国家なり構成要素なりに併合されると完全に国家たる性質を失い、これに残される自立性は国法上、新たな創造物であり、これを支配する国家権力によって与えられる自律性と自治である[199]。このような他の国家に併合された団体は、これに最も広範に自立性が与えられる場合であっても、国家たる性格を再び得ることは無い[200]。というのは、この団体はいたるところで支配国家の Oberaufsicht に服せしめられ、せいぜいのところ自治体であるに過ぎず、国家的高権の主体ではないからである[201]。ここでイェリネクにおいて、ある団体が

---

191 Jellinek, Fn. (189), S. 293-294
192 Jellinek, Fn. (175), S. 294
193 木佐・前掲脚注 2（四・完）98 頁
194 木佐・前掲脚注 2（四・完）99 頁
195 Jellinek, Fn. (189), S. 267
196 Jellinek, Fn. (175), S. 269
197 Jellinek, Fn. (175), S. 267
198 木佐・前掲脚注 2（四・完）99 頁
199 Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, S. 78
200 Jellinek, Fn. (199), S. 78
201 Jellinek, Fn. (199), S. 78

国家たる性格を有するか否かということと、その団体を支配している国家によって当該団体が Oberaufsicht に服しているということが結びつけられている。そしてここで、他の国家に併合された団体の国家高権主体性は否定されている。

国は団体に共通利益にある目的に配慮することを義務付け、団体をその目的に仕えることができるようにする[202]。そして公的団体は人格の性格と人格の無い機関の性格という二重の性格を持っている[203]。ゲマインデは団体に帰属する権利としての国のインペリウムを団体目的の遂行のために法律と軌を一にして国のコントロールの下で行使する[204]。

彼にとってコントロールは特定の規範を基準にして国に必要な組織と構成要素の行為の審査することである[205]。行政コントロールは上級官庁によって下級官庁に対して、最上級審級として国の長によって行われ、自治を運用する団体に対して国に帰属するコントロールもこれに属する[206]。イェリネクは国家監督を個別的に取り扱わず行政コントロールの一種として一般的に扱っている。またイェリネクの理解に従うとき、国のインペリウムの発動たる自治体の判断が不服申立て手続きを通じて国家官庁の審査を受けるとき、この審査権が当該処分の目的適合性にも及ぶのか否かについては議論の余地がある[207]。

イェリネクにおいて一方で国家官庁が全ての行政を行う集権的な国家モデルが、他方で自立的に地方団体によって地方の行政が行われる分権的国家モデルがあり、国家規模に鑑みてすべてを国家官庁で行うことが不可能であり地方勢力を君主が完全に屈服させることが現実的に不可能であったことから分権的国家構造が採用された。自治体には自由が認められ自立的公的団体として認められることが要請される。ゲマインデは国家の自然的基礎として認められた。政治的自治と法的自治は区別され、後者は国の権限に対する団体の権限の関係である。団体には自治が認められる一方で、地方行政の良さと適法性が保障されなければならない。ゲマインデは団体目的の遂行のために国のインペリウムを行使するが、その反面国のコントロールに服する。

---

202 Jellinek, Fn. (189), S. 271
203 Jellinek, Fn. (189), S. 271
204 Jellinek, Fn. (189), S. 291, Kahl, (Fn. 32), S. 153
205 Jellinek, Fn. (172), S. 792
206 Jellinek, Fn. (172), S. 792
207 木佐・前掲脚注 2（四・完）99 頁

ⅳ）ハチェック

a）消極的自治と積極的自治

ハチェックによれば、自治はかつて国民代表と自治体の同質性の原理[208]は国民代表を要求し地方自治を基礎付けるための政治的手段であった[209]。フーゴ・プロイスは国とゲマインデは同質的であるという見解であったが、そのような見解は 19 世紀初頭であればともかく、ハチェックの時代においては共有され得ないものであった[210]。ハチェックによれば、ゲマインデは国から権利と力を与えられ、国の下位に置かれる団体でしかない[211]。自治は政治的制度であり国家目的のために自治体を動員することを意味する[212]。ハチェックは、自治は国家行政であるという[213]。また固有作用領域と委任作用領域の対比は今日公的生活が多様であり自治体利益と国家利益が密接に絡み合っており実際上の意義を失ったという[214]。

ハチェックによれば自治体は自治の権利を有する[215]。自治体は全体としての団体に権限と義務が与えられることによって自治の主観的権利を持つ団体、積極的自治団体になり、あるいは個々の団体構成員に自治権と義務が与えられることによって消極的自治団体になるという[216]。この権利は行政裁判所のコントロールを通じて保護される[217]。ハチェックは、自治体は自治事務に当たる限り国家監督官庁の指示を受けないゲマインデ機関を選挙によって形成する権利、地方条例を定める権利を有するという[218]。

b）自治に対する Komplement

自治による国家行政は職務監督によってではなくて国家監督によってコントロールされる[219]。すなわちハチェックは一方で自治を国家行政とし、固有事務

---

208 これについては後に言及する。
209 Hatschek, Julius, Selbstverwaltung, in: Stengel / Fleischmann(Hrsg), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 3, 1914, S.491(423)
210 Hatschek, Fn. (209), S. 423
211 Hatschek, Fn. (209), S. 423, Kahl, (Fn. 32), S. 154
212 Hatschek, Fn. (209), S. 423
213 Hatschek, Fn. (209), S. 424
214 Hatschek, Fn. (209), S. 424
215 Hatschek, Fn. (209), S. 424
216 Hatschek, Fn. (209), S. 423
217 Hatschek, Fn. (209), S. 424
218 Hatschek, Fn. (209), S. 424
219 Hatschek, Fn. (209), S. 424

と委任事務を区別しない。他方で彼は自治体を国家機関とすることは出来ないと考えており[220]、自治に対するコントロールは職務監督ではなくて国家監督であると考えており、自治体と国の間の関係を官庁内部の上下関係としては捉えていない。自治による国家行政と国家官吏による国家行政の相違は、前者では権限領域が法律によってのみ決定され、後者では権限配分が職務活動によって可能であるという点にある[221]。前者では自治官庁の権利領域への監督官庁の介入権が除外され、後者で部下の領域への上司の介入権が可能である[222]。

ハチェックによれば、国家監督権は本来の意味において、自治目的にとって積極的に公的法的な団体において用いられる法技術の不可欠の法的 Komplement でしかない[223]。この Komplement は自治とともに渾然一体からなるストックを形成するのであるが、それは Komplement が自治の一部であるからではなくて、自治が国家行政であるからである[224]。このようにハチェックは自治を一貫して国家行政に位置づけ、この点において国家監督を基礎付けている。

ハチェックによれば国家監督の中には、国に組み込まれ、あるいは国の下位に置かれた法人がこれによって遂行されるべき任務を実効的に遂行するよう促す国家行政活動（積極的国家監督）、任務の遂行のために定められた権限の踰越に当たるもの全てを阻止する国家行政活動（消極的国家監督）がある[225]。第一に、私的法人に対して監督は基本的に弱いものにとどまり、国は私的法人が目的を逸脱することを防ぐように消極的国家監督を行うだけである[226]。第二に、私法的団体と公的ゲノッセンシャフトの間に国から委ねられた高権を持つ職能代表組合と私企業があり、これらに対する国家監督は積極的にも消極的にも行われる[227]。ここでは公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督との関係で質的な相違は存在せず量的な相違しか存在しない[228]。そして第三に公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督が存在する。このようにして、ハチェックは団体に

---

[220] Hatschek, Die Selbstverwaltung, 1898, S. 88
[221] Hatschek, Fn. (209), S. 424
[222] Hatschek, Fn. (209), S. 424
[223] Hatschek, Fn. (220), S. 138
[224] Hatschek, Fn. (220), S. 138, Kahl, (Fn. 32), S. 154
[225] Hatschek, Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1919, S. 372
[226] Hatschek Fn. (225), S. 373
[227] Hatschek Fn. (225), S. 374
[228] Hatschek Fn. (225), S. 374

対する国家監督が段階付ける。公的アンシュタルトに対して国は指示権と指揮権を有しており、ここでは国家監督ではなくて職務監督の形態において監督が行われる[229]。国家監督は被監督者によって行われた措置の法適合性に限られるのに対して、職務監督は法適合性の問題も目的適合性の問題にも及ぶことによって両者は区別される[230]。

ハチェックによれば国家監督官庁は立法者の明示的な授権無しには被監督者の団体意思に自らの意思を代置することができない[231]。すなわちそのような場合には法律の根拠を要する。ハチェックは 1831 年都市法 139 条が今日の実務にとっても決定的に国家的自治体監督の標準を定めているという[232]。ハチェックに従えば国家監督官庁は次の権限を有する。すなわち、第一に各々のゲマインデにおいて行政が一般に法律に、特別に当該ゲマインデ体制法に適合しているかどうかを確認すること、第二に行政が指示された通りになされていて、通知された障害が撤去されるように配慮すること、第三にゲマインデの構成員として個人に帰属する権利の侵害に対する異議を審査し、裁定すること、第四にゲマインデがその公的法的義務を果たすように促すこと、第五に法律によって規定されている場合に裁定をすることである[233]。自治体監督の手段としては確認権、閲覧権、異議権、自治体機関に対する秩序罰（Ordnungsstrafen）、ゲマインデ議会の解散、国家機関としての委員（Kommissaren）の動員、公的法的義務を履行し得ないゲマインデの併合、一定の自治体の自律的行為、自治行為の認可が掲げられる[234]。

ｖ）ヘルマン・シュルツェ

a）国家権力の自己制約の帰結、自律性の制約

ヘルマン・シュルツェによれば中世において国家権力は未発達であり、都市ゲマインデなどの小規模の公共体がほぼ主権的な団体であり、統一的な国家行為と国家任務の計画的遂行が欠けていた[235]。そこで全てを支配する統一的国家

---

229 Hatschek Fn. (225), S. 374
230 Hatschek Fn. (225), S. 376
231 Hatschek Fn. (225), S. 374
232 Hatschek Fn. (225), S. 374
233 Hatschek Fn. (225), S. 374, Kahl, (Fn. 32), S. 155
234 Hatschek Fn. (225), S. 389-396
235 Schulze, Hermann, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 1881, S. 408. シュルツェの国法学については、海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的』

権力を確立することが望まれ、小規模な組織体は私法の組織として維持され、全ての公法的権限を剥奪され、全体の公的権利は国家権力によって吸収されることとなったのだった[236]。そして今となっては国家権力の一体性を国に存在する小規模な組織体の多様性と一致させる課題が生じた[237]。そこで国民生活の多くの任務は純粋に国家的な官庁によって国家領域で解決されるのよりも小規模な地方的組織体におけるほうがより慎重に目的に適って解決されるという理解に至る[238][239]。シュルツェにおいて小規模な組織体でより目的に適って担われ得るものは国家権力から地方の団体の行政に委ねられ、国は立法と Oberaufsicht のみを行うのであるが、このことは国家権力の自己制約に基づくものである[240]。国は国家行政の任務のために通常ゲマインデなどの団体を用いる[241]。シュルツェにおいて国に存在する小規模な組織体は私法の法人に位置づけられ、しかしまたこの組織体は国から初めて委ねられるのではない独自の公的権利領域を持っている[242]。シュルツェにおいてこの組織体は単なる国家アンシュタルトではなくて公法の自立的団体である[243]。そして国はこの組織体に、官治的官庁機構を通じてではなくてその領域において自立的な団体によって行使させる包括的な国家的高権を委ねる。そしてシュルツェによればこの自立的団体の作用領域は自立的作用領域と委任的作用領域に分けられる[244]。シュルツェは自治の団体として第一に地方ゲマインデを掲げ、国と地方ゲマインデの間にある広域的団体として連合ゲマインデ、クライス、プロヴィンツを掲げる[245]。地方ゲマインデは構成員の直接的な近隣の共通居住に基づき、最も狭い範囲の地方的団体の利益を管理する。そしてシュルツェにおいてゲマインデの地位は国の地位と類

方法について」国家学会編『国家学会百年記念　国家と市民　第 1 巻　公法』有斐閣（1987 年）355 頁、特に 380 頁以下が詳細に取り扱っている。

[236] Schulze, Fn. (235), S. 408-409

[237] Schulze, Fn. (235), S. 409

[238] Schulze, Fn. (235), S. 409

[239] このようにしてシュルツェは地方組織体の多様性に比重をかけようとする。この点において、「シュルツェの国家モデルがゲルバーやラーバントの一枚岩な君主制的官治的観念から基本的に区別される」（Kahl, Fn. (32), S. 155）という理解に賛同することができる。

[240] Schulze, Fn. (235), S. 409

[241] Schulze, Fn. (235), S. 409

[242] Schulze, Fn. (235), S. 409

[243] Schulze, Fn. (235), S. 409

[244] Schulze, Fn. (235), S. 409

[245] Schulze, Fn. (235), S. 409-410

比され、国が国家領域を持ち、国家構成員を持つのと同様に、ゲマインデはゲマインデ領域を持ち、ゲマインデ構成員を持つものとされる[246]。ゲマインデがライヒ法律とラント法律を遵守して自由な自己決定に従って命令し処分することが出来るゲマインデの自立的作用領域はゲマインデの利益に関わり法律の範囲内で自らの力によって管理され遂行されうるもの全てを含む[247]。

もう一方でシュルツェの理解によればゲマインデの自律権は極めて限られたものである。すなわち、ゲマインデの条例制定権は旧来様々な領域を包括していたのに対して現在ではゲマインデの体制は国法によって規律される[248]。すなわち、法律が明示的に多様性を許容し、あるいは明示的な規定を定めていないゲマインデの事務やその構成員の権利義務についてゲマインデの体制の下級に位置づけられる関係においてのみゲマインデは条例を定めることができる[249]。

b）自立的人格と上下秩序

シュルツェにおいてゲマインデは公法の領域でも私法の領域でも自立的法領域を持つのであるが、しかし私法の領域では国家権力に対して保護を受け、権利を守るために権利救済を与えられているのに対して公法の領域では権利保護は不完全なものである。さらに、シュルツェによればゲマインデは自らのために存在する自立的法領域を持つ人格であると同時に、国家の構成要素であり、国家人格を共同して担う者である[250]。すなわち、ゲマインデは一方で個々人やより小規模な団体に対する関係において真に公的な権力を伴う支配力であり、もう一方で国家に対する関係において国に仕える構成要素であり、全体の生活プロセスを妨害することは許されず、これを支援しなければならない[251]。自治について、シュルツェは自治に基づく分権化の本質を、下級団体の力では十分ではないところで中央の国家権力が自ら目的に適って処理することの出来る事務のみを行うことに見いだす[252]。そして自治が認められるとしても通常の上下秩序は生じるのであって、このことに監督の基礎が見いだされる[253]。

ゲマインデは法律によって定められる Oberaufsicht の下でゲマインデ事務を

---

[246] Schulze, Fn. (235), S. 410
[247] Schulze, Fn. (235), S. 411
[248] Schulze, Fn. (235), S. 413-414
[249] Schulze, Fn. (235), S. 414
[250] Schulze, Das Preussische Staatsrecht, Bd. 1, 1888, S.439
[251] Schulze, Fn. (250), S. 439
[252] Schulze, Fn. (250), S. 440
[253] Schulze, Fn. (250), S. 440

有する[254]。シュルツェにおける下級団体の監督とコントロールは性質上直近の上級団体によって行われる。すなわち、地方ゲマインデに対しては第一にクライス団体の機関に監督権限があり、全ての団体は最終的な審級においてのみ国の立法と Oberaufsicht に服する[255]。そして最も自由な諸関係においても統一的国家意思が維持され、健全な国家秩序が要請され、監督権は国家権力に帰属する不可侵の権利とされる[256]。そしてこの監督権を通じて自治体の違法な侵害行為が退けられ、法的義務の履行が実現される[257]。シュルツェにおいて国の Oberaufsicht は自治を修正するもの（Rektifikator）とされる[258]。そして国の Oberaufsicht は自治体が権限を逸脱し、法的義務を懈怠し、そのことによって一般の国家秩序が危険に晒されるところでのみ発動する[259]。シュルツェは、国の監督が継続的後見として主張され、国の政府がその意思をゲマインデの意思に代置させる権限を有するものと見なされ、ゲマインデの公的法領域と国の公的法領域の対立が裁判所で決定されるのではなくて行政官庁の目的適合性考量に委ねられる限り、ゲマインデの自立性は保障された基本権であるというよりも、precarium[260]、すなわち仮に認められたものであるという[261]。そして、ゲマインデがその作用領域を逸脱せず現行法と対立する措置を講じないことに国家監督が制約され、国とゲマインデの対立が行政官庁の思うままに処理されるのではなくて法的根拠に従って裁判所によって決定されて初めてゲマインデは公的法領域においても自立的公共体として十分に保護を受ける[262]。すなわち、個々人の主観的権利のみならず、自治体の権利領域もまた国家官庁の違法な介入に対して行政裁判所による保護を受ける[263]。

シュルツェによればゲマインデ財産の自由な管理において国の監督はゲマインデ財産の資本を減らす措置が行われている限りでのみ介入すべきである[264]。

---

254 Schulze, Fn. (235), S. 414
255 Schulze, Fn. (250), S. 440-441
256 Schulze, Fn. (250), S. 441
257 Schulze, Fn. (250), S. 441
258 Schulze, Fn. (250), S. 441, Kahl, (Fn. 32), S. 156
259 Schulze, Fn. (250), S. 441
260 フリッツ・シュルツ著・佐藤篤士監訳『「古典期ローマ私法」（ｉ）（第 V 部債権債務関係の法）』早稲田大学ローマ法研究会 8 頁によれば、容仮占有の意。
261 Schulze, Fn. (235), S. 413
262 Schulze, Fn. (235), S. 413
263 Schulze, Fn. (250), S. 442
264 Schulze, Fn. (235), S. 414

例えば不動産譲渡、公債発行、新たな税と負担の導入は原則として政府の認可を要するのであるが、これに対して全ての重要任務の認可といったゲマインデの広範な後見は克服された警察国家のシステムに当たるものである[265]。

このようにしてシュルツェは警察国家を克服されたものとして、国家監督を後見によって基礎付けることを拒絶する。そしてシュルツェにおいてゲマインデは制約されながらも自律性[266]を持っている。さらにシュルツェは一方において自治体を自立的法領域を持ち、真正の公的権力を持つ支配力へと位置づけつつ、他方において国の下級の構成要素に位置づけ、この上下秩序において国家監督の基礎を見いだしているものといえる。シュルツェは国家監督に対する裁判所によるコントロールを認める方向性を示し、国家監督をゲマインデの活動の法律違反に限定し、目的適合性の考慮を除外しようとしている。さらにシュルツェは国がゲマインデの重要任務を全て認可によって後見することに対して否定的な立場を示す。シュルツェにおいて国家監督はゲマインデによる権限逸脱や義務懈怠によって国家秩序が乱されるときに行われるものである。

(4) 自由行政原理　ロレンツ・フォン・シュタイン

ｉ）国家行政と自由行政

ロレンツ・フォン・シュタインによれば、自律性は法人の憲法的機関によってその権限の範囲内で命令と処分を下しこれを自らの機関によって実現する権利である[267]。それに対して Oberaufsicht はこの自律性を政府と国家行政の法と任務と一致させる法的規定の全体を含んでいる[268]。そして個別的には様々であるが、行政団体もこの自律性を有している[269]。また、その存在が行政の任務の遂行であり、その存在が継続的であり、その有機体が規定されその機能が統治の全体生活において認められる統一体が自由行政である[270]。行政団体は行政機関、官職とは異なって永続的なものであるが、ゲマインシャフトの単位ではないから自由な自己決定の要素を受入れ得ないという[271]。シュタインによれば、

---

265 Schulze, Fn. (235), S. 414
266 この自律性（Autonomie）という概念の淵源については、斎藤・前掲脚注42）103 頁の研究が存在する。
267 Stein, Lorenz von, Die Verwaltungslehre, 1. T / 2. Abt., 1869, S. 61
268 Stein, Fn. (267), S. 61
269 Stein, Fn. (267), S. 61
270 Stein, Fn. (267), S. 14
271 Stein, Fn. (267), S. 14

行政団体の一般的概念に基づいて自由行政の担い手と機関は官職と対置されている[272]。

シュタインにおいては執行権の内部で国家行政と自由行政が対置されており、自由行政の中に自治と社団制度（Vereinswesen）があり、自由行政は Oberaufsicht に服する[273]。そして自治は執行権、命令権、組織権、処分権、個別任務における経済自治を含んでいる[274]。全ての執行個別機関の活動においてその人的一体性が維持されなければならず、個別機関は一つの人格、すなわち国家の機関でしかないのであって、これに基づいてのみ憲法に従った行政の原理、政府の責任が可能であるという[275]。しかし、この原理は人的国家行政と自由行政の間の相違によって国家行政におけるのとは異なった名前をとるだけではなくて、その内容も異なっている[276]。

また、行政の内部で全体としての執行をまとめ合わせる人的一体性の実現はヒエラルヒー原理に基づいて行われるのであり、これに基づいて下級官庁の意思は上級官庁の意思を欲しうる[277]。ヒエラルヒーは上級執行機関の意思を下級執行機関の意思にする積極的な内容を持っており、この官職的服従によって統治が可能になる[278]。

ⅱ）自由行政団体の自律性と全体利益との調和

しかし、自由行政と国家行政の統一性はそのような官職的服従によってではなくて、この自由行政が政府の意思と抵触する限りでその機関の意思と行為を妨げる消極的権利によって確立される[279]。この消極的な原理が Oberaufsicht であり、この Oberaufsicht は実際の国家生活のゲマインシャフトが自由行政にとっても想定しうる唯一の条件である[280]。一方で自由行政団体の自律性と、他方で法並びに政府の代表すべき利益の間での調和を確保する活動の全体が Oberaufsicht である[281]。Oberaufsicht の権力の任務はその措置によって自由行

---

272 Stein, Fn. (267), S. 14
273 Stein, Die Verwaltungslehre, 1. T / 1. Abt., 1869, S. 126
274 Stein, Fn. (273), S. 126
275 Stein, Fn. (273), S. 125
276 Stein, Fn. (273), S. 125
277 Stein, Fn. (273), S. 125, Kahl, Fn. (32), S. 140
278 Stein, Fn. (273), S. 125-126
279 Stein, Fn. (273), S. 126
280 Stein, Fn. (273), S. 126
281 Stein, Fn. (267), S. 73

政団体の機関による法的限界の逸脱を妨げ法律の執行を確保することにある[282]。自由行政団体の自己決定の必要性から、シュタインは、監督権は法律の厳格な内容あるいは差し迫った危険が必要とさせているのよりも広範に行使されてはならないという[283]。

すなわちシュタインにおいては、執行権は国家行政と自由行政に分割される。行政団体はその権限の範囲内で処分を行い実現する自律性を有する。しかし自由行政団体の活動にも、行政は国法と軌を一にして行われなければならないという原理が国家行政におけるのとはかたちを変えてではあるが、妥当し続ける。Oberaufsicht は自由行政と国家行政の一体性を確保するものである。国家行政の中ではヒエラルヒー原理が妥当し、官庁内部の上下関係による服従関係に基づいて上級官庁の意思を下級官庁の意思にしてしまうように積極的に働きかけがなされる。これに対して、自由行政の内部では、そのようなヒエラルヒー関係とは異なって、国の意思と抵触する自由行政の意思と活動を妨げるという消極的な Oberaufsicht のみが行われる。そして自由行政団体の自己決定からシュタインは Oberaufsicht の行使を制限しようとする。そしてここで認可といった予防的監督手段は基本的に不要なものと考えられている[284]。そして監督を受ける者の自律性と監督を内容的に結びつけたことがシュタインの一つの業績であった[285]。

（5） 経済的自治と官憲的自治

ｉ）グナイスト

グナイストは自治を経済的自治と官憲的（obrigkeitlich）、法的自治[286]に分ける[287]。経済的自治は選挙される board のシステムであり、官憲的自治はセルフ・ガバメントの歴史的システムである[288][289]。セルフ・ガバメントはイギリスにお

---

282 Stein, Fn. (267), S. 81
283 Stein, Fn. (267), S. 81
284 Kahl, Fn. (32), S. 142, Stein, Fn. (267), S.329
285 Kahl, Fn. (32), S. 138
286 木佐・前掲脚注 2（三）86 頁は、グナイストのいう obrigkeitliche Selbstverwaltung を、「官憲的自治」と訳している。以下ではこれに従うこととする。
287 Gneist, Rudolf von, Die preußische Kreis-Ordnung, 1870, S. 14, Kahl, (Fn. 32), S. 142
288 Gneist, Fn. (287), S. 14
289 グナイストは、治安判事型の名誉職によるセルフガバメントと選出された

いて国の法律に従った上級層と中間層の名誉官職による広域的自治体と基礎的自治体の行政を意味する[290][291][292]。そして、国家行政に国が任命する者が名誉職として関与することによって社会が国家に統合されるということに、グナイストのいう官憲的自治の意義があると理解されている[293]。このようにグナイストはイギリスの法制度からの影響を受けた理解を示している。グナイストにおいては自治の対象は固有の権利でもゲゼルシャフトの利害でもなくて、内部ラント行政の国家機能である[294]。

グナイストによれば、行政実務及び都市法において委任作用領域と固有作用領域が区別されている[295]。委任作用領域において都市は職務を行う国の構成要素でしかなくて、都市の官吏は国の警察法、軍法、税法、その他の行政法の執行機関でしかなくて、都市の行政官吏はこの領域において間接的国家官吏であり国法による法的な懲戒上の責任に服する[296]。これに対して自律的作用領域は都市の経済的行政であり、地方警察の作用を含んでおり、固有事務とされている[297]。しかしグナイストは自治体のこの二つの側面を結合させることが将来的には良いという[298]。

国家秩序の維持と臣民の保護のために行政法は国によって信頼に値し適切であると判断された官職の法律に従った運用のために責任を負わされた機関によってのみ行使されうるから、自治体の二重の地位に Oberaufsichtsrecht の名の

---

board との対立を、官憲的自治と経済的自治という対比で表現したのである（上山安敏『憲法社会史』日本評論社（1977 年）91 頁参照)。そして、同書 331 頁によればイギリスにおける地方自治はグナイストにおいて、「『選挙』の原理を否認する武器」だったのである。

[290] Gneist, Fn. (287), S. 16

[291] 名誉官職とは無償でなされる公職のことである。山田・前掲脚注 35）105 頁

[292] 赤木須留喜『行政責任の研究』岩波書店（1978 年）329 頁によれば、グナイストがこのようにして地方自治における名誉職原理を強調するのは、「選挙と地方政治との関係を原則として切断する」ことを第一の目的としていたのである。

[293] 木佐・前掲脚注 2（三）91 頁

[294] Gneist, Fn. (287), S. 9

[295] Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1879, S. 139

[296] Gneist, Fn. (295), S.139

[297] Gneist, Fn. (295), S.139

[298] Gneist, Fn. (295), S.139

下で国家官庁の二つの主要な権利が結びつく[299]。すなわち、国の警察法、軍法、財政法、教会法、学校法の決定機関として活動し、責任を負っている Magistrat の人員の確認権と、警察事項、軍事事項、租税事項、教会事項、学校事項における行政法の諸原則の維持のための国家官庁における異議権限である[300]。グナイストは、このような後見と誤認されるものを取り除く試みは全て無益なものであったという[301]。このような試みは、独立的な団体の構成員においても国民の全ての権利を保護し国民の全ての義務を求めるべき行政法の本質と相容れないからだというのである[302]。国民の意思の政治的一体性、一体的立法権は局部的自律性に断片化され得ないという分別がセルフ・ガバメントにおける税法と行政法の日常的適用に刻まれるという[303]。

以上で見たようにグナイストは経済的自治と官憲的自治を区別する。官憲的自治は名誉官職によって行われるセルフ・ガバメントである。グナイストにおいて自治行政は国家行政に属している。都市は一方において国の構成要素として委任事務を行いそこでは懲戒的責任を負う。他方において都市は経済的行政として固有事務を行う。グナイストにおいては、固有事務が経済的自治に対応するものであり、委任事務が官憲的自治に対応するものであり、さらにグナイストは官憲的自治に優位を置くことによって「国家からの委任事務を真の自治として妥当させた」[304]という評価がなされる[305]。経済的自治と官憲的自治の両者は国の Oberaufsicht に服し、Oberaufsichtsrecht は主として確認権と異議権である。グナイストにおいて Oberaufsicht は国家秩序の維持と臣民の保護に仕えるものである。

---

[299] Gneist, Fn. (295), S.139-140
[300] Gneist, Fn. (295), S.140
[301] Gneist, Fn. (295), S.140
[302] Gneist, Fn. (295), S.140
[303] Gneist, Verwaltung Justiz Rechtsweg, 1869, S. 121
[304] 上山・前掲脚注 289）92 頁。そして上山は、このようなグナイストの自治論が「ビスマルク体制の『統合』化を進めるための援護理論となった」という。
[305] そして、赤木・前掲脚注 292）335 頁によれば、グナイストにおける官憲的自治は、「立憲君主制の地方『自治』（Autonomie）に対する絶対的優越性を論証する武器となってしまった」のである。そして、同書 342 頁は、グナイストがセルフ・ガバメントを官憲的自治として規定して「固有権としての自治（Autonomie）」を一切認めないことによって、「地方自治は、いわゆる『地方行政』の枠内に自らを閉じ込めるとともに、『国家行政』すなわち全体の一部としての地位に自主的に甘んじることになっていった」と指摘する。

(6)　政治的概念としての自治と権利としての自治

ｉ）ボルンハック

a）政治的原理としての自治

ボルンハックによれば、自治行政は一般ラント行政と対をなすものであり、自治行政においてもこれに配分される地域的事物的権限の範囲内で特別の機関によって国家任務が遂行される[306]。国家行政と自治行政の相違は、自治行政において官庁は直接の国家官庁ではなくて、国が自らに責務のある任務の遂行を自立的団体に委ね、この自立的団体が自らの機関を起動させることにある[307]。自治団体は一方で国から独立した生活を行い固有の任務を遂行し、同時に国家有機体の不可欠の構成要素を形成しているとする見解をボルンハックは否定し、自治団体はその性質上国から独立した存在を有し得ないという[308]。自立的権利義務の担い手、すなわち法人、団体であることが自治体の性質である[309]。国のみが法人格を与えることができ、法人格は自治体にとって不可欠であり、従って自治団体は国から独立して存続するのではなくて国から引き出された存在のみを有する[310]。そのようにしてボルンハックは自治団体を国家アンシュタルトに位置づける[311]。

ボルンハックによれば自治団体は一定の領域で国に責務のある任務を遂行し、このために国の支配手段を用いる[312]。そして自治行政は国から区別される固有の生活任務を有するというのは現行の法状況と大きく矛盾するという[313]。すなわち自治団体の活動は国家任務でしかない[314]。ボルンハックがまとめるところによると、自治体行政は国から発布される法規範の条件に従った団体機関とその財産を通じた国家支配手段を用いた一定の領域における公的団体による国家任務の遂行である[315]。ボルンハックは自治を自治体の地税のコストの調達の下

---

[306] Bornhak, Preußisches Staaatsrecht, 2. Aufl., 1912, S. 101-102. 山本・前掲脚注 94）116 頁は公権論の文脈でボルンハックのこの著作を取り扱う。
[307] Bornhak, Fn. (306), S. 102
[308] Bornhak, Fn. (306), S. 102
[309] Bornhak, Fn. (306), S. 103
[310] Bornhak, Fn. (306), S. 103
[311] Bornhak, Fn. (306), S. 103
[312] Bornhak, Fn. (306), S. 105
[313] Bornhak, Fn. (306), S. 105
[314] Bornhak, Fn. (306), S. 105
[315] Bornhak, Fn. (306), S. 107

で人的名誉官職によってラントの法律に従って行われるクライスと地方ゲマインデの内部ラント行政とする[316]。彼はグナイストにおける官憲的自治と経済的自治の両者に共通しているのは名誉官職による行政であることであるが、官憲的自治と職業公務員による行政の相違は法的なものでなくて政治的なものであるという[317]。すなわちグナイストにおいて自治は純粋に政治的な概念と結びつけられている[318]。そして彼は法的概念規定のために政治的概念規定に対するのとは異なった出発点をとらなければならないという[319]。そうしてボルンハックは自治体行政を明確であり曖昧でない用語とする[320]。そして、自治から法的意義を手に入れる試みは功を奏さず自治が政治的原則を示すのみであるという[321]。

b）1794 年普通ラント法における Oberaufsichtsrecht

ボルンハックにおいて Oberaufsicht の内容は君主による国家機関及び国の支配領域の中に存在する公的団体のコントロールである[322]。さらにボルンハックにおける Oberaufsicht は法律の執行を目的として行われるだけではなくて、法律の規定がなんら存在せず、あるいは少なくとも法律違反がなされていないところでも行われる[323]。ボルンハックは、監督を基礎づけるために、かの 1794 年普通ラント法第 2 部第 13 章 13 条を引き合いに出し[324]、国の中にあり国の中で生じる全てのゲゼルシャフト、及び公的アンシュタルトは一般の安寧、安全、秩序の目的にしたがってラント君主の監督に服するという[325]。Oberaufsichtsrecht の行使についてその後の一般的法律規定が発布されていないから、Oberaufsichtsrecht の行使はラント君主に帰属し、ラント君主はこの権利を君主の機関によって行使させるという[326]。ボルンハックにおいて Oberaufsicht の客体は国家領域の中にあるゲゼルシャフトと公的アンシュタル

---

316 Bornhak, Fn. (306), S. 109. この点においてボルンハックは名誉官職による行政というグナイスト的な自治理解を受け入れている。Kahl, Fn. (32), S. 158-159 も、グナイストの理論を引き継ぐ論者としてボルンハックを掲げる。
317 Bornhak, Fn. (306), S. 109-110
318 Bornhak, Fn. (306), S. 110, Kahl, (Fn. 32), S. 159
319 Bornhak, Fn. (306), S. 110
320 Bornhak, Fn. (306), S. 110
321 Bornhak, Grundriß des Verwaltungsrechts, 1906, S. 60
322 Bornhak, Preußisches Staaatsrecht, 1. Aufl., 1911, S. 500
323 Bornhak, Fn. (322), S. 500
324 Kahl, (Fn. 32), S. 159
325 Bornhak, Fn. (322), S. 500, Kahl, (Fn. 32), S. 159
326 Bornhak, Fn. (322), S. 500

トである[327]。そして監督の目的は一般の安寧、安全、秩序の維持確認のみであり、監督行為はこの目的の達成よりも広く行われてはならない[328]。Oberaufsicht はこれが維持や確認を確保すべき状態が存在するか否かの事実を確認することにある[329]。監督は監督者の側から報告を求め、被監督者の側から報告することで行われる[330]。この命令は強制手段によって遵守が担保される事実的命令であり、それに対して報告の提出と閲覧は国家的支配行為ではなくて法領域の外部にある現象であるという[331]。すなわち、ボルンハックにおいて Oberaufsicht はその法的性質上、一定のゲゼルシャフトとアンシュタルトにその状況について報告を提出することを強いる事実的命令を発布する権限である[332]。

ボルンハックによる Oberaufsicht の理解にとって特徴的なのは、一般の安寧、安全、秩序の達成のためにこれ以上の措置が必要である場合にその措置を講じる権限は Oberaufsicht ではないということである[333]。すなわち Oberaufsicht は一定の状況が存在するか否かを解明することでくみ尽くされ、この状況が存在しないときにそれを確立することにまで及ぶのではない[334]。

ボルンハックによればゲマインデやその他の自治体のような団体は同時に国家機関でもあり、その限りでその官吏には他の官庁と同様要求に応じて君主を支援する義務がある[335]。すなわち、ゲマインデは同時に国家機関とも位置づけられ、監督の客体であるだけではなくて他の者に対する君主の監督のための手段であるとされる[336]。さらにボルンハックにおいて監督が広範に及ぶか縮減されるかは一定程度国家理解と結びつけられる。すなわち、彼によれば警察国家においては監督される団体の権利が完全にかけており Oberaufsicht は直接的指揮に拡張され、法治国においては団体に法律上自治が認められて監督は法律の枠組みに制約される[337]。

---

[327] Bornhak, Fn. (322), S. 500
[328] Bornhak, Fn. (322), S. 500-501
[329] Bornhak, Fn. (322), S. 501
[330] Bornhak, Fn. (322), S. 501
[331] Bornhak, Fn. (322), S. 501
[332] Bornhak, Fn. (322), S. 501
[333] Bornhak, Fn. (322), S. 501
[334] Bornhak, Fn. (322), S. 501, Kahl, (Fn. 32), S. 159
[335] Bornhak, Fn. (322), S. 502
[336] Bornhak, Fn. (322), S. 502
[337] Bornhak, Fn. (322), S. 503

ⅱ）レーニング

a）政治的原理としての自治

レーニングによれば、自治体は公法の領域でも私法の領域でも権利能力を持つ団体であり、この公法的団体には国の機関として国家作用の執行が委ねられる[338]。自治体はその体制と財産権の領域でこれに帰属する権利能力によってだけではなくて、国家内部での全体の法的地位によっても合議体的官庁から区別される[339]。レーニングは自治体を一方において国家機関として位置づけ、他方において自立的人格として君主に対しても客観的法によって限界付けられ法の変更によって変更され得る固有の法領域を有するものとする[340]。レーニングによれば自治体の公法的作用は国家作用でしかなくて、自治体は国から委託されるのではないような作用領域を有さない[341]。すなわち、国からのゲマインデの独立性は否定されゲマインデは国の機関として組み込まれている[342]。しかし他方でレーニングはゲマインデを自立的団体としても位置づけており、クライスとプロヴィンツもゲマインデと同じように位置づけている[343]。レーニングにおいて自治体は国家体制が構築され国家権力がフォルクの市民的、社会的、政治的自由と調和される基盤である[344]。自治体の任務は全て国法の条件に従って遂行しなければならない国家任務である[345]。さらにレーニングは自治体の固有作用領域と委任作用領域の区別を否定する[346]。自治体に委ねられる任務を行うためには公権力、すなわち団体構成員に対する支配権が必要であり、この公権力は国の委託において団体によってその領域の中で行使される国家権力に他ならない[347][348]。レーニングにおいてはゲマインデの固有作用領域と委任作用領域の区別は通用しないのである。

---

[338] Loening, Edger, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 31. 山本・前掲脚注 94）103 頁は、自由と権利という文脈においてレーニングのこの著作を取り上げる。
[339] Loening, Fn. (338), S. 31
[340] Loening, Fn. (338), S. 31
[341] Loening, Fn. (338), S. 32
[342] Loening, Fn. (338), S. 32
[343] Loening, Fn. (338), S. 32
[344] Loening, Fn. (338), S. 32
[345] Loening, Fn. (338), S. 32
[346] Loening, Fn. (338), S. 32
[347] Loening, Fn. (338), S. 33
[348] 木佐・前掲脚注 2（四・完）87 頁

しかし彼は、国家に対する自治体のこのような関係から君主と国家官庁に対する法的自立性を自治体が有さないことは帰結しないという[349]。すなわち、自治体は法律によって公法的団体として固有の法領域を持たされて組織される[350]。レーニングによれば自治の原理からは政治的要請が引き出されるが直接的に妥当する法規は引き出されない[351]。すなわちレーニングにおいて自治は政治的原理であり法的なものではない[352]という理解は適切である。

b）監督に対する出訴可能性

レーニングによる国家監督の理解は次のようなものである。すなわち、監督官庁は、ゲマインデ機関の全ての活動及びゲマインデ行政の全ての行為について知見を獲得し、ゲマインデと会計の検査を実施する一般的な権限を有する[353]。第二に監督官庁はゲマインデ機関の行政行為に対する異議を裁定する[354]。第三にプロイセンにおいてゲマインデの長、市長は権限を逸脱し、あるいは法律に違反するゲマインデ機関の決議をに対して、監督官庁の指示に応じて是正命令を出さねばならない[355]。そしてプロイセン以外のドイツ諸国家においてはこの場合に監督官庁がゲマインデ機関の決議に対して是正命令を出す[356]。これに対応して、プロイセン、バイエルン、ヴュルテンベルクにおいては決議を取消されたゲマインデ機関は決議を取消す当該処分に対して行政裁判所で訴えを提起することができる[357]。

iii）ザイデル

a）固有事務と委任事務

ザイデル[358]によれば地方ゲマインデは国家領域の限られた部分の上で存在す

---

349 Loening, Fn. (338), S. 33
350 Loening, Fn. (338), S. 33
351 Loening, Fn. (338), S. 37
352 Kahl, (Fn. 32), S. 160
353 Loening, Fn. (338), S. 197, Kahl, (Fn. 32), S. 160
354 Loening, Fn. (338), S. 197
355 Loening, Fn. (338), S. 197
356 Loening, Fn. (338), S. 197
357 Loening, Fn. (338), S. 197-198
358 本邦におけるマックス・フォン・ザイデルの研究としては、石川健治「『国家結合の理論』と憲法学」塩川伸明 / 中谷和弘編『法の再構築［Ⅱ］国際化と法』33 頁、とりわけ 46 頁以下がある。同論文で特に参考になったのは、連邦国家概念との関係における自治体の地位である。同論文は、「ザイデルの強いイ

る国家構成員の直接的で最も近接的な団体であり、このゲマインデは国家権力の下にあるがしかし法律の範囲内で自立して公的任務を遂行し、その機関を通じて公権力を行使する[359]。ザイデルは、レーニングを引き合いに出しつつもゲマインデの事務の中でゲマインデの二重の作用領域、すなわち一つにはゲマインデの行政である固有事務ともう一つには国家的行政事務の処理である委任事務を区別している[360]。ゲマインデの自治権の領域はゲマインデ行政の領域にあるのであれ国家行政の領域にあるのであれゲマインデが法律に基づいて自立的に国家行政の恣意的な介入を受けずに行使する全ての行政権限を含んでいる[361]。ゲマインデの法的地位についてザイデルは、地方ゲマインデは公的団体であると同時に民事的法人であるという[362]。ザイデルはプファルツにおけるゲマインデ法を援用して、ゲマインデは法律の条件に従って自治の権利を持つ公的団体であるとし、法律の範囲内で行為の自由を有するという[363]。ザイデルによればゲマインデの固有作用領域には法律によって行うよう命じられているのでもなく、行うことが禁じられているのでもないものの全てが属する。ゲマインデ財政の遂行、すなわち一つにはゲマインデ財産の管理ともう一つにはゲマインデが自由意思に基づいて担う任務や法律上ゲマインデに責務がある任務を果たす手段についての決定がゲマインデの固有作用領域の核心である[364]。またゲマインデは一般的自己立法権を持たず、一般的に拘束力を持つ法規範である条例の

ンパクトにより、非主権的国家の可能性を承認せざるを得なく」なったことを指摘する。そこで、「ドイツ統一の成果を確保するために残されたほとんど唯一の方法」として、一方において「連邦構成国が、主権を失っても、国家であり得る条件を探ること」、もう一方において「市町村をはじめとする国家以外の公共団体は、そうした条件を具備しないがゆえに、国家と区別されること」の両者を「同時に弁証する以外になかった」ことが指摘される（同書 50 頁）。この文脈において出てくるのが国家の固有権であって、同論文は「地方自治の本質（正確には市町村（ゲマインデ）の自治権）をめぐる固有権説と伝来説の対立という、教科書レヴェルでも広く知られている論争は、決して地方自治に局限して論じられるべきものではなく、連邦国家としてのドイツ帝国の本質論と連動させなくては、十分に理解できない議論だった」（同書 50 頁）ことを指摘する。

[359] Seydel, Max von, Bayerisches Staatsrecht, 2. unveränderter Abdruck, 1888, S. 38

[360] Seydel, Fn. (359), S. 38-39

[361] Seydel, Fn. (359), S. 39

[362] Seydel, Fn. (359), S. 38

[363] Seydel, Fn. (359), S. 40

[364] Seydel, Fn. (359), S. 41

制定権は法律によって明示的に与えられる限りで固有事務の領域の中でゲマインデとその機関に帰属する[365]。

b）法律に対する服従義務

ザイデルによれば固有作用領域におけるゲマインデの活動は、原則として法律に対する服従義務にのみ拘束され、国家行政官庁の介入を受けない自由な活動である[366]。国家官庁の介入は法律に対する服従義務を実現するためにのみ行われ、この目的を追求する国の行為が国家監督である[367]。ただしザイデルはこの原則に多くの例外が伴っていることをも自覚している[368]。そして、ゲマインデが上級行政官庁の事前の認可に拘束され、この認可を与えるか与えないかは自由裁量によるものであることが言及される[369]。ゲマインデの意思行為が法的に効力を持つためにはこの認可が必要である[370]。そしてこのような国家監督はゲマインデに対する国家後見とも呼ばれる[371]。ザイデルにおいて本来的ゲマインデ事務の行政に対する国家監督には職権で行われるものと当事者の申立に応じて行われるものがある[372]。

職権による国家監督は一方でゲマインデが法律に従わないことを行うことを防ぎ、もう一方で法律が要請していることをゲマインデに実行させるという二つの任務を有している[373]。職権による国家監督は、第一にゲマインデが作用領域の法律上の限界を国に不利なように逸脱しないこと、第二にゲマインデの作用領域の中でゲマインデ官庁の裁量を制約する法律規定が遵守されること、第三にゲマインデの法律上の公的義務が履行されること、第四に事務遂行についての法的規定が遵守されることに及ぶ[374]。ザイデルにおいて国家監督行為は国家行政行為であって司法の領域に入るものではないから、監督によって行政的法律問題が解決されるものではない[375]。すなわち、国家監督は国とゲマインデの間の関係においてゲマインデによる国法の遵守を実現するものであって、ゲ

---

365 Seydel, Fn. (359), S. 41-42
366 Seydel, Fn. (359), S. 42
367 Seydel, Fn. (359), S. 42
368 Seydel, Fn. (359), S. 42
369 Seydel, Fn. (359), S. 42-43
370 Seydel, Fn. (359), S. 43
371 Seydel, Fn. (359), S. 43
372 Seydel, Fn. (359), S. 44
373 Seydel, Fn. (359), S. 44
374 Seydel, Fn. (359), S. 45
375 Seydel, Fn. (359), S. 45

マインデと第三者の間で関係する公的法を確認するものではない[376]。

第三者の申立による国家監督は、本来的ゲマインデ事務におけるゲマインデ官庁やゲマインデ集会の決定が法律やその他の公法の法規範に違反すること申立人が主張するときに行われるものであり、法違反ではない利益侵害を理由とするときには国家監督は行われない[377]。ここでも、第三者の申立に対応して行われるのだとしても国家監督は司法の領域に属するものではなくて、第三者の権利救済のために行われるものではないことが前提とされているのである。

このようにして、ザイデルにおいては当時のプファルツにおける法状況に照らしてゲマインデには自治の権利が認められ、さらに法律の範囲内で行為の自由が認められた。そしてゲマインデは原則として国家官庁による介入を受けず、ゲマインデは法律に対する服従義務にのみ拘束されるものとされ、この法律に対する服従義務から国家監督が基礎付けられた。ザイデルの理解における国家監督はゲマインデの活動が法律に反して行われることを防ぎ、ゲマインデの公的義務の履行を実現するものであり、ゲマインデの活動によって影響を受ける第三者の利益を保護するというようなものではない。

（7） 実質的国法学　ヘーネル

a）固有作用領域と委任作用領域

ヘーネル[378]において団体自治の主体は国から自立した法人団体（korporative Verbände）[379]であり、その内部体制は固有の機関と固有の構成員から構成されて組織されている[380][381]。ヘーネルはプロヴィンツ、ベツィルク、クライスを臣民に対して国家機関の地域的に制限された権限を持つにすぎない分権的国家行政の形態であるとして自治体から区別する[382]。

---

[376] Seydel, Fn. (359), S. 45-46
[377] Seydel, Fn. (359), S. 50
[378] 山本・前掲脚注 94）95 頁は、公権論の文脈においてラーバントやツォルンと対比する意味においてヘーネルの国法学を取り上げる。
[379] ヘーネルの korporative Verbände に関しては、仲野武志『公権力の行使概念の研究』有斐閣（2007 年）85 頁以下。
[380] Haenel, Albert, Deutsches Staatsrecht, 1892, S. 135
[381] Kahl, Fn. (32), S. 158 に従えば、ヘーネルはこの法人団体は国家と市民社会の間の媒介作用を持っているのだと考えており、ラーバントとは対照的な方向性をもっている。
[382] Haenel, Fn. (380), S. 135

自治体の国家に対する地位は固有作用領域と委任作用領域で区別され、二重に形成される[383]。実定法が、自治体の作用が国家固有の権利であることを明らかにしているときにその作用は委任作用領域であり、ここでは自治体に国の行政権限を行使することが法律上正当化される[384]。これに対して固有作用領域は自治体自身が実定法上その法的主体として認められている行政権限の総括概念であり、ここでは権限主体と行使主体の区別は重要でない[385]。固有作用領域は法人団体の性質上不可避的に、一方において権利とそれに対応する義務において自治体の機関とその構成員とを互いに結びつける有機的法関係によって、他方において経済的制度を運営しその管理を行う権限によって形成される[386]。自治体の作用がどの範囲で固有作用領域に入りどの範囲で委任作用領域に入るかは実定法が決定する事柄であり、その決定は歴史的展開、自治体の自由が強調されるか国への従属が強調されるか、高次に位置づけられるか低次に位置づけられるか、自治の対象が共通生活にとって重要であるか重要でないかに応じて様々である[387]。そして自治体に対する国家の法的地位が監督権であり、この法的地位は自治体の共通目的に対する協力権を形成する[388]。ヘーネルにおいて監督は権限の遵守を監視しその逸脱を妨げる消極的作用だけではない[389]。

b）共通目的に対する責任による監督の基礎付け

ヘーネルにおいて国家監督は、権限として与えられる任務の遂行とこの目的のために与えられる権限の行使は固有利益にのみあてがわれる自治体の自由裁量に属するのではなくて国に対する法的義務に分類されるという基本的考え方に根付いている[390]。自治体は国に対して権限の限界を遵守する責任があるだけではなくて、そのために自治体が形成された共通目的が自治体の自立的行政権によって実現されることについても責任を負っている[391]。このような義務・責任関係から生じる国の特別の権利が特殊な意味における監督を形成する[392]。ヘーネルによれば監督権限の形態はさまざまであり、確認権や異議権（消極的権

[383] Haenel, Fn. (380), S. 136-137
[384] Haenel, Fn. (380), S. 137
[385] Haenel, Fn. (380), S. 138
[386] Haenel, Fn. (380), S. 138
[387] Haenel, Fn. (380), S. 138
[388] Haenel, Fn. (380), S. 138
[389] Haenel, Fn. (380), S. 138-139
[390] Haenel, Fn. (380), S. 139
[391] Haenel, Fn. (380), S. 139-140
[392] Haenel, Fn. (380), S. 140

利)、積極的強制権、指導的な地位を占める官吏に対する確保・確認権を通じた影響力の行使、並びに必要性と有用性の自由な考量に従った決定と措置の認可権がこれに当たる[393]。

このようにヘーネルにおいて国家監督は自治体の権限逸脱を防ぐように消極的に作用するだけではなくて自治体が共通目的を達成するよう積極的にも作用するものである。ヘーネルによれば、自治体に任務が委ねられるとき、自治体はその任務を行う権限を有するのみならず、自治体には共通目的を達成する責務も課される。そして自治体のこの責務に対応するものが国の監督権である。

(8) 実証主義的思考

i) ゲオルグ・マイアー

a) 国家生活の要請による監督の基礎付け

ゲオルグ・マイアーによれば自治団体（Kommunalverbände）は下級に位置づけられる国の構成要素であり、政治的任務を遂行するにあたって協力する[394]。自治団体は特別の政治的公共体として組織を有し、一定の政治的任務を委ねられる国の構成要素であり、公法及び私法の権利主体である[395]。自治団体はその意思を代表する機関を有しており、その機関は自治団体の構成員から選挙される者と他の機関によって任命される者がある[396]。ゲオルグ・マイアーにおいて自治団体の作用領域は物的に限界付けられているだけではなくて地域的にも限界付けられている[397]。ゲオルグ・マイアーは自治団体の中にゲマインデ、クライス、ベツィルク、プロヴィンツを含め、後者の三つを上級の自治団体に位置づけている[398]。ゲオルグ・マイアーに従えば、国と自治体の間の相違は、自治体に対する国の支配が法的に無制約のものであるのに対して、支邦国に対する連邦の支配が法的に制約されていることに求められる[399]。ゲオルグ・マイアーにおいては司法権と立法権はもはや国の権限であり、自治団体の活動は行政の

---

393 Haenel, Fn. (380), S. 140, Kahl, (Fn. 32), S. 158
394 Meyer, Georg, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5. Aufl., 1899, S. 309
395 Meyer, Fn. (394), S. 308
396 Meyer, Fn. (394), S. 308
397 Meyer, Fn. (394), S. 308
398 Meyer, Fn. (394), S. 308
399 Meyer, Georg, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5. Aufl., 1899, S. 7. 木佐・前掲脚注 2（四・完）85 頁

領域の一部である[400]。しかし他方で自治団体には二つの点で立法的行為が帰属し、自治団体は一つには国法の枠内で自らの組織を自律的に決定することを許され、もう一つには法律の授権に基づいて刑罰を伴う警察命令を下すことができる[401]。自治団体の活動は国家生活の上位の要請と抵触しないように配慮されなければならず、結局ゲオルグ・マイアーはこのことに基づいて自治団体に対する国家監督を基礎付ける[402]。

b）名誉職による行政と非職業的官吏による行政権限の行使

ゲオルグ・マイアーにおいて自己統治は原則として名誉職として行われるのであるが、自己統治の概念は名誉職による行政でくみ尽くされるのではない[403]。自治は被治者に属する非職業的官吏による行政権限の行使を意味する[404]。マイアーはここでレーニングを援用している。ゲオルグ・マイアーによれば自治の概念は政治的原理であり、行政組織の形成の基礎にある立法原則である[405]。しかしまたもう一方で自治という表現は国の下級に位置づけられる公法的団体による公権力の行使でもあり、この公法的団体として第一に自治団体が念頭に置かれている[406]。かくして国の下級に位置づけられ、公権力を行使する公法的団体が自治体（Selbstverwaltungskörper）[407]とされるのである。ゲオルグ・マイアーにおいて自治の二つの形態が区別される。すなわち、非職業的官吏による行政を意味する住民自治と法人団体による行政を意味する団体自治である[408]。

ゲオルグ・マイアーにおいてゲマインデの固有作用領域と委任作用領域が区別されている。すなわち、一方で固有作用領域はゲマインデの団体としての組織、ゲマインデの財産管理、純粋に地方の需要に対する配慮を対象とする活動であり、他方で委任作用領域はこれを遂行することが基本的に国の責務である

---

400 Meyer, Fn. (394), S. 308
401 Meyer, Fn. (394), S. 309
402 Meyer, Fn. (394), S. 309
403 Meyer, Fn. (394), S. 310
404 Meyer, Fn. (394), S. 310. Kahl, Fn. (32), S. 160-161 によれば、グナイストを引き継いで自己統治の原理を官治と対置させるのである。ゲオルグ・マイアーはグナイスト的なセルフガバメントの理念を承継しつつも、名誉職による行政に汲みつくされない部分を自治に認めており、修正を図っているといえる。カールが参照しているのは、マイアーの Lehrbuch の第 4 版である。
405 Meyer, Fn. (394), S. 310
406 Meyer, Fn. (394), S. 310-311
407 Meyer, Fn. (394), S. 311
408 Meyer, Fn. (394), S. 311

がゲマインデに委託され担われる任務である[409]。ゲマインデに帰属する公的権限は国の法律に基づいており、法律によってこの公的権限が剥奪されない限りゲマインデは国に対してこの権限を行使する権利を有している[410]。他方でゲオルグ・マイアーにおいてクライス、ベツィルク、プロヴィンツといった広域的な団体は国家行政を行うものであり、固有の権利主体の性格を持っていない[411]。当該地方区域の中での公的権限の行使は国の事柄であり、国家機関に帰属するものである[412]。

c）国家監督の手段

ゲオルグ・マイアーによれば国に帰属するゲマインデに対する監督権限は、一部ではゲマインデによる公的権限の行使を国法及び国家生活の要請と一致させ、一部ではゲマインデの財産の維持と適切な利用に対して配慮する目的を有する[413]。監督機関はゲマインデの官庁の決定と処分に対する個々人の異議を裁定し、またゲマインデの機関の違法な決定に対して職権によって介入することも出来る[414]。ゲマインデに対する国家監督はゲマインデ官吏の確認に現れており、この確認は市長と副市長に対してのみ必要であるか、あるいは都市参事会に対しても必要であるものである[415]。確認の拒絶は自由裁量に従って行われ、あるいは法律上定められた根拠に基づいてのみ行われうる[416]。さらに、地方条例の確認と財政の重要行為の認可が監督に属する[417]。政府はさらにゲマインデの義務の履行を強制する権限を有し、都市議会議員とゲマインデ議会の解任、解散をする権利を有する[418]。

ⅱ）ザルヴァイ

a）自由と自治

ザルヴァイによれば内部国家行政の領域に入る目的に向けられる活動が法律

---

409 Meyer, Fn. (394), S. 326
410 Meyer, Fn. (394), S. 326
411 Meyer, Fn. (394), S. 327
412 Meyer, Fn. (394), S. 327
413 Meyer, Fn. (394), S. 352. Kahl, Fn. (32), S. 161 が脚注 595 において引用するのは、Lehrbuch 第 4 版のこれに対応する記述であると思われる。
414 Meyer, Fn. (394), S. 352
415 Meyer, Fn. (394), S. 352-353
416 Meyer, Fn. (394), S. 353
417 Meyer, Fn. (394), S. 353
418 Meyer, Fn. (394), S. 353

や国家行政機関の意思から独立して行われるときにのみ、その活動は国家行政の部分ではなくなる[419]。ザルヴァイはロレンツ・フォン・シュタインが自由な団体活動を自由行政の名の下で自治体官庁の自治と結びつけたことを評価しつつも、このような自由な団体活動は国家行政の領域の外にあるという[420]。その理由は、団体の権利（Vereinsrecht）というものは国家行政組織に属するのではなくて私法の領域に属するからだというのである[421]。

ザルヴァイは自治を、第一に利益代表の行政への参加としての自治、第二に名誉職による行政としての自治、第三に国法の原理としての自治、第四に自治体行政としての自治へと分解する[422]。

第一のものについて、ザルヴァイによれば国家単位の中で国家行政の任務に含まれるのであるがしかし全ての国家事務の利害関心事ではない利益領域が形成される[423]。この利益領域の基盤となるのは利害のザハリヒな一致や相違、あるいは地理的に限定された国家領域の部分での個々人の地域的結びつきである[424]。前者に属するのは職能組合といったような団体であり、後者に属するのがゲマインデ、クライス、プロヴィンツ、そしてまた連邦国家における支邦国といった結びつきだというのである[425]。そしてザルヴァイの理解によれば自治は国家全体の中で形成される特定の利益領域の構成員によって内部行政の領域で国の委託の帰結として展開される活動である[426]。自治体行政としての自治について、ザルヴァイによれば自治体制の性質は、特定の行政区画に居住する国家構成員が同時に公的団体として財産能力と、全ての構成員あるいはその相当部分に共通の財産的利益を有するゲノッセンシャフト的単位に結びつけられるこ

---

[419] Sarwey, Otto von, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884, in: Heinrich Marguardsen (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Rechts, 1. Bd., Allgemeiner Theil, 2. Halbbd., S. 95. 山本・前掲脚注 94）106 頁以下がザルヴァイのこの著作を扱う。

[420] Sarwey, Fn. (419), S. 95

[421] Sarwey, Fn. (419), S. 95, Kahl, (Fn. 32), S. 160 は、この点においてザルヴァイはロレンツ・フォン・シュタインと対照的であるという。

[422] Sarwey, Fn. (419), S. 100-103, Kahl, (Fn. 32), S. 161 はザルヴァイによるこのような分類を、グナイストを引き継ぐものであるという。ザルヴァイにおける名誉職による行政としての自治は、グナイストにおける官憲的自治を承継するものであるといえるだろう。

[423] Sarwey, Fn. (419), S. 100-101

[424] Sarwey, Fn. (419), S. 101

[425] Sarwey, Fn. (419), S. 101

[426] Sarwey, Fn. (419), S. 101

とである[427]。

b）権限の派生性と法の遵守義務

ザルヴァイによれば全ての行政機関は国家元首からその権限を引き出し、正式に憲法適合的に表明された国家元首の意思に服し、国家元首から監督を委託された機関に服する[428]。裁判所の裁判とは異なって一般的監督権に基づいて各々の上級行政官庁は下級官庁の意思表示を変更し、命令と処分によってその意思を規定することができる[429]。下級機関は服従する義務があるだけではなくて行政法を遵守する義務がある[430]。ザルヴァイによれば、国家行政機関の監督権は原則として自治機関の法適合性と法律適合性の監視に限られる[431]。

かくしてザルヴァイは、ゲマインデ、クライス、プロヴィンツのみならず支邦国をも人々の地域的な結びつきを基盤とする利益領域とする。ザルヴァイにおいて自治は国の委託に基づくものであり、国家監督は行政機関の権限が国家元首から引き出されることに基づくものであり、自治体の機関は服従義務だけではなくて法の遵守義務をも負っている。ザルヴァイにおいても国家監督は原則として自治体の機関の行為の法適合性と法律適合性に限定される。

ⅲ）シュテンゲル

a）参加、自律性、自治

シュテンゲルによれば国家の有機的性格は国がまずはゲマインデ、プロヴィンツといった公的団体や連帯を基礎にする経済的目的、社会的目的、その他の目的に基づく団体あるいはゲノッセンシャフトに関わる公的事務をその団体によって処理させ、国の官庁によって補完的に監督を行い介入することに基づいている[432]。自治体はその活動によって公的目的を追求して国家官庁の活動を補い国家官庁の活動とともに公行政や広義の国家行政を形成することによって国家行政有機体に取り込まれる[433]。そしてこの公行政、広義の国家行政は狭義の

---

427 Sarwey, Fn. (419), S. 102
428 Sarwey, Fn. (419), S. 104, Kahl, (Fn. 32), S. 162
429 Sarwey, Fn. (419), S. 104
430 Sarwey, Fn. (419), S. 104
431 Sarwey, Fn. (419), S. 105
432 Stengel, Kahl Freiherr von, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1886, S. 9. 山本・前掲脚注 94）113 頁以下も自由権の文脈でシュテンゲルを取り扱っている。
433 Stengel, Fn. (432), S. 9

国家行政と自治行政に分けられている[434]。シュテンゲルにおいて自治の一般的な定義は、国家によって承認された公的任務の国の Oberaufsicht の下での自治体、団体、ゲノッセンシャフトによる処理である[435]。シュテンゲルの理解によれば自治の意味は第一に公的事務の処理と行政への素人の参加であり、第二にゲマインデの自律性であるが、両者は分離することが困難である[436]。自治体はこれに委ねられる固有事務を任意に拡張することは出来ず、自治体の固有事務は法律が自治体に処理を委ねあるいは解放した事務に限られる[437]。シュテンゲルは、自治体の自律性は国の立法と矛盾するような自己立法を意味するのではなくて、自治体の自律性は国の立法の制約の中での公的行政への参加にすぎないという[438]。

b）事務処理の責務、行政の一体性――国家的利益

一方においてゲマインデにその事務の自立的処理と公行政への参加が認められると、ゲマインデはその作用領域において第三者によって妨害されない権利を有し、国家監督官庁であっても法律で許容された範囲内でのみ当該自治体の活動を制約する権利を有することになる[439]。しかしまた他方において自治体は自らに委ねられた事務を処理すること責務を有する[440]。ゲマインデは法律上自らに委ねられた公的国家的活動を遂行する義務を有するとともに、この義務は同時に恣意的に剥奪され得ないゲマインデの公的権利である[441]。このゲマインデは国家行政有機体に取り込まれることによって一面的に国家官庁へとかたちを変えられるのではなくて、自立性を維持し続けるのであるが、しかし国家官庁の Oberaufsicht に服する[442]。そして Oberaufsicht を行う国家官庁はゲマインデがその法律上の限界を逸脱せず、行政の一体性を妨害し国家の利益を棄損しうるような行為を行わないことについて監視する[443]。

シュテンゲルによれば国家意思の一体性は、自治体が国家意思の一体性から生じる行政の統一性と均等性をその決定と措置によって妨害せず棄損しないこ

---

434 Stengel, Fn. (432), S. 9
435 Stengel, Fn. (432), S. 10
436 Stengel, Fn. (432), S. 109
437 Stengel, Fn. (432), S. 110
438 Stengel, Fn. (432), S. 110
439 Stengel, Fn. (432), S. 110
440 Stengel, Fn. (432), S. 110
441 Stengel, Fn. (432), S. 115
442 Stengel, Fn. (432), S. 111
443 Stengel, Fn. (432), S. 111

とを要請する[444]。自治体は完全に自由で独立的ではありえず、国家の名において国家の管轄において、国家機関によってのみ行われ得る監督に服する[445]。シュテンゲルにおいて国家の Oberaufsicht は公的事務の行政に限られるのではなくてゲマインデの財産の管理をも含んでいる[446]。財産の維持は公的任務の遂行のために極めて重要だからである。第一にゲマインデに対する国家監督は自治体の行政が法律に従っており自治体機関の決定が法律上当該自治体に委ねられる権限を逸脱しないことに及び、第二に自治体機関の決定と措置によって公的行政の統一性と均等性が妨害されないことに及び、第三に自治体の財産管理が経済的に行われることに及ぶ[447]。監督権限としてシュテンゲルは第一に自治体の活動の閲覧権、第二に自治体とその機関の決定と選出の確認権、第三に法律不適合、権限逸脱、公的利益の侵害を理由とする自治体機関の決定の失効権、異議権、第四に自治体機関に対する命令権、強制権、第五に自治体期間の活動の停止権、第六に自治体を代表する集会と機関の解散権、解任権を挙げる[448]。シュテンゲルにおいて固有事務の自立的行政と法律上委任された公的事務の処理を求めるゲマインデの権利は主観的公的権利であり、法律の規定に違反して行われる国家監督権の行使はこれを侵害する[449]。それゆえ国家監督権の行使と範囲についての自治体機関と監督官庁の間の争いは法的争訟と位置づけられている[450]。自治体機関が監督官庁の処分によって自立性を求める自治体の権利を侵害されたと考えるならば裁判所の決定を求めることができる[451]。

ⅳ）アンシュッツ

a）立法原則としての自治と法的概念としての自治

アンシュッツにおいて自治体は特別の政治的公共体としてある組織を有し、一定の政治的任務の遂行を委ねられる国家の構成要素であり、この自治体は公法及び私法の法人である[452]。自治体は固有財産を有し、その領域の中で支配権

---

444 Stengel, Fn. (432), S. 150-151
445 Stengel, Fn. (432), S. 151
446 Stengel, Fn. (432), S. 151
447 Stengel, Fn. (432), S. 151-152
448 Stengel, Fn. (432), S. 152-154
449 Stengel, Fn. (432), S. 155
450 Stengel, Fn. (432), S. 155
451 Stengel, Fn. (432), S. 155-156
452 Meyer, Georg / Anschütz, Gerhard, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,

を行使し、そしてまた自治体の意思を代表する機関を有する[453]。アンシュッツによれば自治体の活動は国法によって規律され、主として国内行政と財政の領域に及ぶものであり、司法は国家事項であり、そして立法権も国に委ねられている[454]。しかしまた自治体は一方において国法の範囲内で自らの組織を自律的に決定することができ、もう一方においていくつかのラントにおいては法律の授権に基づいて刑罰を伴う警察命令を発布することができ[455]、さらに国の確認の下で役人を選任する権利を有する[456]。また自治体の構成員に帰属しうる権利は自治体機関の形成に参加する権限と、自治体の一定のアンシュタルトを利用し財産権的給付の供与を求める請求権である[457]。

アンシュッツにおいても自治の概念は一方において政治的概念であり、行政組織の形成の基礎にある立法原則である[458]。そしてまた自治の下で国に取り込まれ、国の下位に位置づけられ、しかし国に対して自立的である公法的団体による公的権力、行政権限の行使が理解される[459]。アンシュッツにおいては自治の政治的概念と並んで自治の法的概念が提示される[460]。そうして自治の二つの概念が区別されることになる。すなわち、アンシュッツの理解によれば政治的意味における自治の概念は国務を職業的に運営するのではなくて名誉職によって運営する個々人によって行われる行政であり、法的意味における自治の概念は国に取り込まれ（eingegliedert）、国の傘下に置かれる（untergeordnet）のであるがそれでも国に対して自立的である法人、すなわち地方自治体、法人団体、あるいはアンシュタルト的団体によって行われる行政を意味する[461]。

アンシュッツにおいてゲマインデは地域的な限界の中で政治的任務を実現する責務を有する政治的公共体であるだけではなくて、私法の法人という性格をも有している[462]。そして、ゲマインデの作用領域に関して普遍性の原則が妥当し、そのことの意味はゲマインデの作用領域は法律で掲げられた個々の事務に

---

7. Aufl., 1919, S. 383, Kahl, (Fn. 32), S. 199
[453] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 383
[454] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 383
[455] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 383
[456] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 422
[457] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 384
[458] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 385
[459] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 385, Kahl, Fn. (32), S. 199
[460] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 386
[461] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 386
[462] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 419

及ぶだけではなくて、ゲマインデ領域とゲマインデ住民にとって公益的である全てのものに及ぶことである[463]。そこでアンシュッツは、自治体の作用領域をその性質に従って物的にも地域的にも限定されているものとする[464]ゲオルグ・マイアーの説明とは対照的に、自治体の作用領域は物的に制約されるのではなくて、地域的にのみ制約されているという[465]。そして、事務の性質と意義に従って自治体の地域的利益領域を超え国がこの理由、あるいは他の理由から専ら自らに留保し、あるいは広域的な自治体に委ねた任務のみがゲマインデの作用領域から除外される[466]。アンシュッツによれば、地方警察の任務はドイツ支邦国の中で法律上相違がある。すなわち、一方において地方警察がゲマインデ機関によって行われ、地方警察権がゲマインデに帰属する支邦国もあれば、もう一方においてプロイセンのように国の排他的権利として捉えられている支邦国もある[467]。

b）Delegation に基づく自治体の権利的地位と義務的地位

そしてアンシュッツによれば、自治は国家とフォルクにとって高度に有益な力の源であり、外部国家的諸力や反国家的諸力の源や常に不信を伴って扱われなければならない力ではなくて、極めて国家的な要素であり生き生きとした国の力の源である[468]。そして自治の構築と育成は国家の弱体化ではなくて逆に国家の強化、国家の力と能力の増大を意味するのであり、国家官吏の活動による純粋な国家行政によってはもはや実行され得ないであろうようなことは全て自治体行政の手段によって達成されるという[469]。そしてアンシュッツは、ゲマインデが国家と国家権力の敵対者ではなくて支柱であることが一般化され、政治的意味において自由な全ての制度、国家組織のゲノッセンシャフト的形成に奉仕する全ての制度、国家の意思形成と指揮に対するフォルクの参加を媒介する全ての制度を維持し、可能な限り増大させることが妥当であり、政治的自由の増大や公的制度の民主化は国家権力の弱体化に帰着するという根強い誤解を克

---

[463] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 420
[464] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 383
[465] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 420
[466] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 420
[467] Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 420
[468] Anschütz, Staatsaufsicht und Selbstverwaltung, in: JW 1916, S. 1147-1150(1148)
[469] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148)

服することが妥当であるという[470]。さらにアンシュッツによれば法律の授権（Delegation）に基づき自ら権限のある義務に従った自立的団体、すなわち自治体による国家作用の行使に自治の本質があるのであれば、自治の権利は同時に自治体の国に対する組織的地位に基づく公的法的な自治体の義務を意味し、さらに国に対する自治体の権利的地位と義務的地位は法律がそれを承認し限界付けている限りでのみ存在することが指摘される[471]。そしてアンシュッツによれば、国家監督官庁によって監督される自治体に対する国家監督官庁の関係を職務的ヒエラルヒー的関係として捉え、自治体の長の責任が上司に移るという効果を伴って職務命令を発しうる下級の地位として扱うことは、監督と職務権限、監督と指揮を混同する誤った理解である[472]。

アンシュッツは、ゲマインデ監督を委ねられる国家官庁の労力が大部分において自治の妨害に注がれているというフーゴ・プロイスに対しては、現実を誇張していると批判する[473]。アンシュッツにおいては上に紹介したような、国に対する自治体の権利的地位と義務的地位が法律によって承認され限界付けられている限りで存在することから国家監督が導かれる。すなわちアンシュッツによれば、自治に対する国家監督の目的は、自治体が法律の規定に従って国に対して負っている義務を履行させ、一方において法律に従えば自治体が行わなければならないことを自治体が行い、他方において法律に従えば自治体が行ってはならないことを自治体が行わないことを強制することにあり、このことによって自治体の監督は一般的に限界付けられると同時に基礎付けられている[474]。アンシュッツにおいては、ゲマインデ官庁の決議と処分に対する個々人の異議は全て最終的に国家監督官庁の審査にかかり、国家監督官庁はゲマインデ機関の違法な決議に対して職務上介入することもできる[475]。そして個別法においてゲマインデの長に、ゲマインデ議会の決議の法律適合性に対して疑義がある場合にその決議に対して異議を提起しその決議の執行を拒絶する義務が課されている[476]。

---

470 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148)
471 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148)
472 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148)
473 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1147)
474 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148)
475 Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 438
476 Meyer / Anschütz, Fn. (452), S. 438-439

c）法適合性コントロールと目的適合性コントロール

そうしてアンシュッツは1906年7月28日ヴュルテンベルク・ゲマインデ法186条や1869年4月14日シュレスーヴィヒ−ホルシュタイン都市法92条を引き合いに出し、これらの法律が上述の概念規定と軌を一にしているという[477][478]。さらにアンシュッツは、国家監督は法律がゲマインデに求めている全てのことが行われ、法律がゲマインデに禁じている全てのことが行われないことを監視するとし、国家監督はその性質上ゲマインデの活動の目的適合性コントロールではなくて法適合性コントロールであるという[479]。しかしまた、監督権に含まれる二つの国家高権が言及される。すなわち、コントロールに服する自治体の意思活動を法適合性の理由からだけではなくて、目的適合性の理由からも無効にさせる自由裁量的監督権であり、この監督権には確認権と認可権が掲げられる[480]。アンッシュッツにおいて確認と認可は法律の基準に従って一定の自治体の自己行政の活動が有効であるために必要な監督権の意思表示である[481]。そしてこの確認や認可の必要な自治体の活動として、ゲマインデ機関の選挙や決議が挙げられる[482]。しかしまたこのような確認権と認可権について権限のある機関の裁量の自由に対して、自治の性質と自己責任の原則から生じる限界を設定する見解が指摘される[483]。ただしこのような限界の設定によっても、国王に裁量権が帰属する場合の裁量の自由は影響を受けないものと考えられている[484]ことには注意を要する。

アンシュッツによれば、自由裁量を伴って確認権を形成する結果として、確認に服するゲマインデの意思活動に関するゲマインデの自己責任の原則が撤廃され、自己責任から確認権の限界を導くことはできない[485]。この確認権の自由裁量は大臣などの監督官庁が支配するものであり、法律上、国家利益のために

---

[477] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1148-1149)
[478] 例えば1869年シュレースヴィヒ−ホルシュタイン都市法は「国の監督官庁は都市ゲマインデ事務の行政が法律とこの都市法に従って行われることに配慮する権限があり、義務がある」と定める。法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 422(448). に依拠している。
[479] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[480] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[481] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[482] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[483] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[484] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[485] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)

判断を下す確認機関の権利とされる[486]。さらにアンシュッツによれば、確認を任意の理由から拒絶し、理由無しに拒絶することを法は禁止せず、それどころか許容している[487]。そしてこのような確認をする義務はいかなる状況の下でもいかなる場合においても存在せず、確認権の実際の効果は提案権ではなくてゲマインデ議会の任命権と選出権に他ならないとされ、アンシュッツは、このような自由裁量による確認は自己責任の原則に対する例外であり、その限りで国家監督と自治についての一般的諸原則と抵触していることは明らかであるという[488]。しかしまたこのことは法律によって意図されているものであり、確認制度に対する批判は法律適用に対してではなくて法律そのものに向けられるものであって[489]、監督官庁の自由裁量による確認によって自治体の自己責任の原則が侵害されているという問題を解消するためには法律改正を待たなければならなかった。しかし確認を要する人員選出の領域はプロイセンにおけるゲマインデ組織法に従って大幅に拡張され、ドイツの大部分においては市長と市長の代理人のみならず全ての参事会構成員は選出の後に確認を必要とすることとなった[490]。アンシュッツによれば、第一に確認を拒絶する権利が詳細に定められた要件に拘束され、第二に確認権が訴訟において被告にすることができるなどといったようなことで非難の対象としうる行政部局に委ねられ、第三に確認権の行使が行政裁判所の法コントロールに服することによって確認権は法律によって規律されなければならない[491]。

そうしてアンシュッツは、第一の要請を満たすために 1876 年都市法草案の審議の際に議会で提起された提案が引き合いに出す。すなわち、この提案によれば確認は被選出者の技術的資格や倫理的資格に対して疑義が存在する場合にのみ拒絶することが許容される[492]。さらにアンシュッツは第二の要請を満たすために、確認権が国王に帰属するときに、Regierungspräsident、Oberpräsident、Landrat といった自治体監督官庁に委ねられることが必要であり、第三の要請は確認の拒絶に対して行政争訟手続で訴えることが許容されるときに満たされ

---

486 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
487 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
488 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
489 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
490 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
491 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
492 Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)

るものとする[493]。

d）将来世代の利益、国家的利益、少数派利益の観点からの監督の基礎付け

また確認権と並んで認可権も問題とされ、認可権もまた従来よりもリベラルに運用されなければならないことが指摘されるが、ここでも問題を解決するためには現行法の改正を待たなければならなかった[494]。アンシュッツによれば、その当時の現行法に従えば認可を要する多くのゲマインデ決議のカテゴリは問題なく自由化されて認可から解放され得、ゲマインデの自己責任に委ねられうる[495]。このゲマインデ決議として、土地や学問的価値、歴史的価値、芸術的価値を有している物の譲渡、参事会構成員の給与の確定が挙げられ、これに対してアンシュッツは、起債、自治体の税の需要の様々な税源と税の種類への配分といった決議においては認可権が維持されなければならないという[496]。アンシュッツはこの認可権が未だ要求されるものについて、重要な財政的国家利益のみならず、参事会と都市議会の多数派の偏りに対して保護され得ない利益が保護されなければならないと考えている[497]。アンシュッツにおいて一つには過剰な起債による将来世代の許容されない負担が、もう一つには所得税割り増しの見積もり、定額税、地税、家屋税、営業税の見積もりにおいて生じうる不当性が想定される[498]。結局アンシュッツは上述のように監督官庁の確認権や認可権を多く残しているゲマインデ法の改正を求めるのであるが、アンシュッツによれば、自治にとって親和的な自由な精神に、ゲマインデ法の将来的な全面改正のために方向性を示すことを望むことができると考えられる[499]。

e）まとめ

以上で確認したように、アンシュッツにおいて自治体の活動は国内行政及び財政を主たる対象としているが、国法の範囲内で自らの組織を決定することができるという意味において自治体は自律性を有している。そしてアンシュッツは自治の政治的概念と法的概念を区別し、そこで政治的な意味における自治は職業公務員ではない名誉職による行政であり、法的意味における自治は自治体、

---

[493] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1149)
[494] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)
[495] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)
[496] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)
[497] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)
[498] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)
[499] Anschütz, Fn. (468), S. 1147-1150(1150)

法人団体、アンシュタルト的団体による行政を意味する。アンシュッツにおいてゲマインデは政治的公共体であるとともに私法上の法人でもあり、ゲマインデの作用領域はゲマインデの領域と住民にとって公益的であるものを包括しており、ゲマインデの作用領域は地域的にのみ限定されていて物的には限定されない。そしてゲマインデの作用領域は地域的な限界を有するが故に、地域的利益領域を超える任務はゲマインデの作用領域には属さない。アンシュッツにおいて自治は国家の支柱となり、国の力の源であり、自治を強化することは国力を強化することにつながる。そして国に対する自治体の法的地位、すなわち権利的地位と義務的地位は法律によって承認され、限界付けられている限りで存在し、そのことから国の監督が基礎付けられる。アンシュッツにおいて国家監督は自治体が行わなければならないことを行うよう強制し、自治体が行ってはならないことを行わないように強制することを意味する。そして国家監督はゲマインデ官庁の処分に対する異議を裁定するかたちで行われることもあれば、ゲマインデ機関の違法決議に対して職権で介入するかたちで行われることもある。アンシュッツにおいてもこのような国家監督は原則として法適合性コントロールであるが、法律上、確認権と認可権という二つの国家高権が監督官庁に与えられている。この確認権と認可権は一方において確認や認可を要するゲマインデの活動の目的適合性の審査にも及ぶものであり、もう一方において監督官庁の自由裁量に従って行使される。この二つの意味において確認権と認可権はゲマインデの自治、自己責任の原則を損なうかたちで作用する。このような監督官庁の認可や確認を要するゲマインデの活動にとって、確認や認可は当該活動が有効であるための前提条件である。ゲマインデの自治と自己責任を実質化する方向として、アンシュッツによれば一定の要件を満たす場合にのみ確認が拒否され得ること、確認の拒否決定に対して訴訟が提起されうること、確認権の行使が行政裁判所の法コントロールに服することが掲げられる。そして確認の拒否決定に対して訴訟を提起することができるための前提条件として、確認権が国王に帰属する場合にこの確認権は訴訟において被告にすることのできる監督官庁に委ねられなければならない。このようにしてアンシュッツは確認権や認可権をゲマインデの自治及び自己責任と両立しうるかたちで存続させようとする。

またアンシュッツはこのような確認や認可に対して、これらを立法において縮小する方向で議論を展開しており、またこの点にアンシュッツにおける自治

の政治的立法原則としての意味があると考えることができるのであろう。一方においてその当時の現行法に従えば認可を要することとなっているにも関わらずゲマインデの自己責任に委ねるべきであって認可を外すべきものが掲げられた。他方において、ゲマインデの自己責任に完全に委ねることに対して抵抗感が残るものも掲げられている。すなわち、起債と税の割当である。ではなぜこのような起債や税の割当がゲマインデの自己責任に任せることができないのかというと、一つには将来世代の犠牲において過剰な起債がなされるということ、もう一つには税の割り増しや査定が不当になされるということに対して危惧があることが理由とされている。そしてアンシュッツが確認や認可によって保護しようとしている利益は、一つには重要な財政的国家利益であり、もう一つには参事会や議会の多数派から保護すべき利益である。現在の一時的判断で将来世代が犠牲にされること、ゲマインデの判断によって重要な国家的利益が損害を受けること、それから参事会や議会の多数派の判断によって少数派の代表する利益が犠牲にされることが問題とされる。この点において確認権や認可権というゲマインデの自治及び自己責任と抵触する危険を内包している監督権が存続し続けるべき基盤が存在している。そしてアンシュッツにおいて確認権や認可権はゲマインデ自身の利益を保護するために発動されるべきものではない。土地や財産の譲渡はアンシュッツにおいて本来的にはゲマインデの自己責任に委ねられるべきものであって、確認や認可にかけられるべきものではない。このように、アンシュッツは認可権と確認権を一方において自治と自己責任と両立するようにするために緩和し、もう一方において将来世代の利益、重要な国家的利益、少数派の利益の保護に奉仕する限りにおいてのみ存続させ、ゲマインデの自己責任に委ねられてよいものについては確認と認可からこれを解放しようとする。

（9）　国に対する個々人の地位との近接性　フリードリヒ・フランツ・フォン・マイアー

ｉ）個人―自治体―国家

F・F・マイアー[500]によれば団体の本質的規定及び性質は、人倫の必要事と法

---

[500] フリードリヒ・フランツ・フォン・マイアーを主として扱った研究として、石川敏行「ドイツ近代行政法学の誕生―F.F.フォン・マイアーと環境としてのヴュルテンベルク王国‐1‐～‐9‐」法学新報 89 巻 5･6 号～90 巻 11･12 号（1982 年～1984 年）、同「いわゆる『法学的方法』について―ドイツ行政法学史から

的自由を伴って独自の需要を源としてこれに対応する公的目的を表現する公共体として自らの機関による自由な自己決定の中で独自の目的と任務を追究することであり、一方において国に対して公的組織的活動の自立的領域を持ち、他方において自らの法に基づいてその構成員としての個々人に対して国家権力に類似の公権力を行使することである[501]。そしてこの公権力は法的に存在するために構成員による自由な委託も国家権力の側からの委託も要しない[502]。この団体は国家体の展開に服する前は国家目的に対して敵対的であったが、やがて国家権力によってその手段と道具へと切り下げられ、独自の生活領域において支配され後見されることとなった[503]。

F・F・マイアーにおいてその当時の国家権力に対するゲマインデの関係の基礎は国家権力に対する個々人の関係との類比で示される[504]。すなわち、第一にゲマインデは国家有機体へと組み込まれ、一方において国の部分たる行政単位として国家任務のために国家機関からの影響を受入れることによって、他方において一つは固有の手段と力によってその条件に従って、個々の任務が固有利益のために必要である限りで公的任務の遂行に参加し国によってこれにあてがわれ、もう一つはゲマインデの機関や構成員を手段として国家事務のために活動する権限を与えられることによって国家目的の遂行に寄与する[505]。第二に独自の領域でのゲマインデの自立的支配に対して、国家権力の法的実効性や他の団体の同等の権限を侵害し、あるいは個々人の権利領域を制約する介入行為に対処する一般的警察任務は国に帰属する[506]。そして第三にゲマインデの法的自由は、国家に所属し特別のゲマインデの目的のためにゲマインデに服している個々人の権利と義務といった他の生活領域を制約する権限を含まない[507]。一方で団体による人倫的、実体的関係において一般的利益と国に属する個々人が獲得する援助と、もう一方で国家目的から一般利益と個々人を国の手段によって

見た―」成田頼明ほか編『雄川一郎先生献呈論集　行政法の諸問題　上』有斐閣(1990 年)89 頁がある。

[501] Mayer, Fridrich Franz von, Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, 1862, S. 273

[502] Mayer, Fn. (501), S. 273

[503] Mayer, Fn. (501), S. 273

[504] Mayer, Fn. (501), S. 273

[505] Mayer, Fn. (501), S. 273

[506] Mayer, Fn. (501), S. 273-274

[507] Mayer, Fn. (501), S. 274

保護し援助して、機関と構成員の侵害的措置に対して公共体とその実体的基盤を守る国家任務が引き出される[508]。

ⅱ）国家の統一性と法秩序の維持

そしてこの国家任務は国家の構成要素を統一し、下級の団体の活動を公的目的のために一般的法秩序の枠の中におさめることである[509]。F・F・マイアーにおいてこの国家的任務の形態は公益的目的のために私的団体に対して行われる一般的警察的監督だけではなくて、固有の法的行為能力が欠けている場合における国家機関による後見、代理でもある[510]。

F・F・マイアーの理解におけるゲマインデに対する国家監督は、一つには一般的な監視と監督の形態、法律違反の場合と法律上の公的義務の不履行の場合における介入と処分の形態で行われ、もう一つには一定の誘因があった場合に立ち入る国家監督官庁の予防的な行為の形態で行われる[511]。国家官庁の監督権として、第一に情報請求権、閲覧権、行政の進行と長の活動の監視権、勧告権、長の職務義務違反の場合の懲戒権などの権限、第二にゲマインデの事務における国家官庁の協力と同意の権限が理解される[512]。そして第三に、国家官庁は個々のゲマインデに対して公益や法律規定が求める場合に職権によって処分と決定を行い、ゲマインデ機関の求めに応じて処分と決定を行い、利害関係のある第三者の異議や請願に応じて処分と決定を行う[513]。市長の選出や会計事務といった重要事項の場合には、その指揮として国家官庁が介入する[514]。またゲマインデの権限領域にあるがしかし認可無しには法的に無効で、いずれにせよ取消されることとなる決定の認可がある[515]。この認可は国家官庁の自由な判断によるものである[516]。F・F・マイアーにおいてはこの認可の拒絶に対しては上級行政官庁の審査が行われるのみである[517]。

このようにして、F・F・マイアーにおいてゲマインデの国に対する関係は個々人の国に対する関係とのアナロジーで捉えられた。そしてここでは国の監督は

---

[508] Mayer, Fn. (501), S. 274
[509] Mayer, Fn. (501), S. 274
[510] Mayer, Fn. (501), S. 274
[511] Mayer, Fn. (501), S. 323
[512] Mayer, Fn. (501), S. 324
[513] Mayer, Fn. (501), S. 330
[514] Mayer, Fn. (501), S. 324
[515] Mayer, Fn. (501), S. 326
[516] Mayer, Fn. (501), S. 326
[517] Mayer, Fn. (501), S. 327

国の一般的警察任務から基礎づけられる。F・F・マイアーにおける国家監督は一般利益と個々人を保護、援助し、侵害行為から公共体とその実体的基盤を防衛するものである。

（10） ゲノッセンシャフト理論

ｉ）オットー・ベール

a）自由と自治

オットー・ベールは国家をゲノッセンシャフトの一種として理解する[518]。ベールによれば、1）ゲノッセンシャフトの各々の構成員はゲノッセンシャフト法がこれに課する以上の犠牲を要求されないことを保障され、2）ゲノッセンシャフト法が命じる限りでその利益がゲノッセンシャフトから充足されることを保障される[519]。そして 3）として、1）と 2）で強調された人的利益の保護は全体意思を確立するために規定される秩序に基づいており、各々の構成員はこの秩序が維持されることを求める権利を有する[520]。この権利についての争いは通常ゲノッセンシャフトの指導機関とゲノッセンシャフト構成員との闘争として表現されるのであるが、この権利によって確定される限界に対して、この限界の範囲内でゲノッセンシャフトの指導機関には自由な活動が与えられ、この自由な活動に基づいて指導機関は自らの裁量にしたがってゲノッセンシャフトの目的を実現することを任ぜられる[521]。そしてベールにおいてこの自由な活動が行政と名付けられることとなる[522]。

b）全体利益と監督

ベールにおいてゲノッセンシャフトの指導機関による権利侵害は、A）個々のゲノッセンシャフト構成員の私的利益の侵害、B）個々のゲノッセンシャフト構成員の公的利益の侵害、C）ゲノッセンシャフト全体の侵害にカテゴライズされ、第三のゲノッセンシャフト全体の侵害は全体に対する義務の不履行や全体の利

---

[518] 山本・前掲脚注 94）104 頁

[519] Bähr, Otto, Der Rechtsstaat, 1864, Neudruck 1864, S. 12. オットー・ベールを取り扱う研究として、藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張―オットー・ベール「法治国」の立場とドイツ行政法学』有斐閣（1978 年）がある。そして、ベールに関する以下の叙述について、山本・前掲脚注 94）104 頁以下をも参照。

[520] Bähr, Fn. (519), S. 34

[521] Bähr, Fn. (519), S. 34

[522] Bähr, Fn. (519), S. 34

益において定められた秩序の不遵守によって引き起こされる[523]。ゲノッセンシャフト全体の権利侵害の場合に、あるゲノッセンシャフトが国の特別の監督に服するところではこの侵害に対して監督官庁が介入するという形態で権利保護がなされ、この権利保護は、監督官庁が妨害された秩序を懲戒によって（disciplinarisch）再び確立し、あるいは特別の代理を命ずる（後見人[524]を選任する）ことを通じてこの権利の保護に努めることによって行われる[525]。このようにベールにおいて監督はゲノッセンシャフト全体の利益の保護に奉仕するものである。もっとも、ベールにおいてもゲノッセンシャフト全体の権利利益の保護は監督にくみ尽くされるのではなくて、この権利利益を保護するためのシステムとして民衆訴訟なども念頭に置かれている[526]。ベールに対しては、特定のゲノッセンシャフト構成員の権利利益とゲノッセンシャフト全体の権利利益を「単純に並置し、これらの重複部分や相互関係を明らかにしていない」[527]という批判がなされる。

ベールにおいて、取引の自由の制約、建築の自由の制約、森林の伐採の制約、公的水域や公的利益に帰属する所有対象の利用における制約、衛生警察上の制約、水路や水道のような公的諸制度の利益における制約といった法的関係の領域は監督権に基づくものであり、この監督権は一定の諸状況に対して統治権力に帰属するものである[528]。この監督権の対象は国の中にあるゲノッセンシャフトである。ベールにおいて監督権は一部においてゲノッセンシャフトそのものの利益のためにあり、もう一部において個々のゲノッセンシャフトに関わる国家の特別の利益に基づくものであり、この監督権に基づいて統治権力は一定程度までゲノッセンシャフトの内部生活に介入する権限がある[529]。そしてこの介入に対して許容される程度を逸脱すると、介入を受けるゲノッセンシャフトに法的に与えられる自由と自立性が棄損される侵害となり、この侵害に対しては権利保護が必要である[530]。監督権は商業的ゲノッセンシャフト、公的アンシュタルト、ゲマインデを包括しており、この領域で団体が求めることのできる自

---

[523] Bähr, Fn. (519), S. 39
[524] 原文では Curator である。Bähr, Fn. (519), S. 41
[525] Bähr, Fn. (519), S. 41
[526] Bähr, Fn. (519), S. 41
[527] 山本・前掲脚注 94）104 頁
[528] Bähr, Fn. (519), S. 173-174
[529] Bähr, Fn. (519), S. 174
[530] Bähr, Fn. (519), S. 174

由と自立性について論争が展開される[531]。国家監督権の任務は当該ゲノッセンシャフトの中で十分に代表されていない権利を保護すること、すなわち固有指導機関に対して全体の利益を代表することに限られる[532]。監督官庁が指導機関に帰属する自由行政の領域に介入し、そもそも存在しない権利を保護し、ゲノッセンシャフトの公的秩序にではなくて、裁判所による権利保護に属する個々人の利益や国の私的利益に関わる権利を保護しようとする場合には監督官庁は監督権の限界を逸脱することになる[533]。

このようにしてベールにおいて一方ではゲノッセンシャフトの指導機関に自らの裁量に従ってゲノッセンシャフトの目的を実現する活動の自由、すなわち行政が認められ、もう一方でこの活動の自由は、全体意思を確立するために定められる秩序の維持を求める個々人の権利によって限界付けられている。この活動の自由の限界に監督の基礎があるように思われる。ベールによれば監督はゲノッセンシャフトの全体の利益の保護のために行われる。ベールにおいて監督はゲノッセンシャフト全体の義務違反や秩序の妨害が行われるときに発動されるものである。そして監督権に基づく介入には自由行政の領域に介入したり私的利益に関わる利益を保護したりすることにまで及んではならないという限界が存在する。そして監督権の限界を逸脱する介入によってあるゲノッセンシャフトの自由や自立性が棄損される場合には権利保護の必要が基礎付けられることになる[534]。

ii）オットー・ギールケ

a）ゲノッセンシャフト理論の自治

同時代の国法学において指導的であった「パウル・ラーバントの実証主義的国法学を鋭く批判した」[535]オットー・ギールケ[536]は、人々の短期的結びつきか

---

[531] Bähr, Fn. (519), S. 175
[532] Bähr, Fn. (519), S. 175
[533] Bähr, Fn. (519), S. 175
[534] Bähr, Fn. (519), S. 175
[535] 屋敷二郎「オットー・ギールケ」勝田／山内編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち――グラーティアヌスからカール・シュミットまで――』349 頁、351 頁（ミネルヴァ書房、2008 年）
[536] 我が国におけるギールケの法理論の研究として石田文次郎『ギールケの團体法論』ロゴス書院（1929 年）がある。団体の法的性格をめぐる公法理論におけるギールケとラーバントの論争について、仲野・前掲脚注 379）91 頁以下。

ら家族、一族、部族、ゲマインデ、国家、国家連合が発展し、将来的に全人類が組織化された一つの公共体にまとまり、人類が大規模な一つの構成要素のみを包括するということが現実的になるとしても、このゲマインデ、国家、国家連合という展開にとってその他の限界は想定されていないという[537]。しかしまた一見して不屈の多様性から一体性への展開は社会の進歩の一側面でしかないのであって、一体性の観念が唯一排他的に勝利をおさめてしまうならば人々の全ての利点はそこに没落してしまう[538]。そしてあらゆる統一的単位の中に残り続ける多様性の観念、一般性の中に生き続ける特別性の観念、上位の単位の中に群れを成し個々人にまで至る全ての小規模の単位の観念、すなわち自由の観念が同等の権力を伴い同等の必然性を伴い認められるようになる[539]。ギールケによれば、一般性に対する特別性であり、構成員に対しては一般性である密接な公共体とゲノッセンシャフトは大規模で包括的な国家単位を活動的な市民の自由、自治を伴って統合する可能性を与える[540]。しかしこのような大規模で包括的な国家単位は個人と国家の間のいかなる中間権力にも懐疑的であるフランス的な国家理念であり[541]、その不在はローマ的国民の市民的自由を妨げる主たる原因であり、また他方でその存在はイギリスやアメリカにおける自由の保障である[542]。ギールケの国家理念は国家の主権と統一性だけではなくて、中間団体の自治と自立をも指向するものであると指摘され[543]、この点がギールケ理論の特徴であるといえよう。

ギールケは、国家に対して絶対的で排他的な政治的人格を導き出し、これに対してより小規模な単位には国家人格から導き出された政治的人格の一部しか認めない見解は現代の国家理念と適合しないという[544]。さらにギールケによれば、ゲノッセンシャフトの概念をその存在としては必然的で形態のみ自由な意思に服する社団を捉え、さらに複数の人に並んで領域が本質を成す団体をこのゲノッセンシャフトの概念の下で捉えようとしたとしても、国家組織もまた半

---

537 Gierke, Otto, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, S. 1
538 Gierke, Fn. (537), S. 1
539 Gierke, Fn. (537), S. 1
540 Gierke, Fn. (537), S. 3
541 Kahl, Fn. (32), S. 164
542 Gierke, Fn. (537), S. 3
543 Kahl, Fn. (32), S. 164
544 Gierke, Fn. (537), S. 833

ばしかゲノッセンシャフトの性質を持たないのである[545]。これを敷衍すると、ギールケにおいて国家組織はゲノッセンシャフトの要素と支配の要素が調和的に一体化したものであり、ゲノッセンシャフトの理念と支配の理念の対立はより高次の単位において解消される[546]。そしてギールケは代表立憲国家を、家父長制国家のような純粋なゲノッセンシャフト、封建国家のような純粋な支配、中世都市のような純粋にゲノッセンシャフト的な公共体、領邦国家のような自立的な支配と自立的なゲノッセンシャフトから構成される二重の性質のものから区別し、国民ゲノッセンシャフトというゲノッセンシャフト的基盤と君主という公的な頂点を有機的に結合させる公共体であるとする[547]。このように、ギールケは国を始原的な支配権を持つものとしゲマインデのような団体を派生的な支配権を持つものとする国家理解を攻撃し、ゲノッセンシャフトの理念の下で国とゲマインデを統一的に理解する[548]。すなわち、ギールケにおいて国と自治体は同種の性質を持つものである[549]。

またギールケはゲマインデに始原的人格を承認しようとし[550]、そのことから三つの結論を引き出す。すなわち、第一にゲマインデに自立性を与えることがいかに目的適合的であるかではなくてゲマインデから自立性を奪うことが上位の一般性の利益においていかに必要であるかが問いかけられることになり、第二にゲマインデの組織体（オルガニスムス）は国に対して遮断され、国はゲマインデに内部に立ち入るのではなくて外部から監督することになり、第三にゲマインデの公権は権利として承認され、行政的決定ではなくて訴訟の形態で与えられる権利保護を受けることになる[551]。

b）高次的秩序の共通意思と局部的共通意思

ギールケによれば、国は行政を行う者として国に取り込まれる全ての共通意思を自己決定で拘束するという意味において意思力を特別に活動させることを

---

[545] Gierke, Fn. (537), S. 833
[546] Gierke, Fn. (537), S. 833
[547] Gierke, Fn. (537), S. 833
[548] Kahl, Fn. (32), S. 165-166 によれば、ギールケにおいてはその性質上、ゲマインデはゲノッセンシャフトの性格を持つ公共体として承認されなければならないのである。この点においてギールケは、コルポラツィオンのうち地方公共団体を除くものをゲノッセンシャフトとしていたといわれる（海老原・前掲脚注 136）269 頁）彼の師ベーゼラーとは異なっている。
[549] Kahl, Fn. (32), S. 166
[550] Gierke, Fn. (537), S. 759, Kahl, (Fn. 32), S. 166-167
[551] Gierke, Fn. (537), S. 759

任じられ、国家行政は一般意思を特別意思に対して直に妥当させる[552]。そして、公共団体やその機関が国家機関として委ねられる国家的作用を行使する限りにおいて、その団体の生活は国の内部生活に取り込まれるのであり、一方においてそのような公共団体に固有作用領域が与えられ、他方において国にこの固有作用領域でゲマインデの生活運営に対する力が留保される限りで高次の秩序の共通意思によって局部的共通意思が内的に拘束される行政活動が行われる[553]。そしてこの行政活動が一般的に監督と称されることとなるのである[554]。ギールケにおいて監督は、法治国家の意味において立法が創設し司法が保護しなければならない法規範に基づいて、そしてその限界の中でのみ運用されうる[555]。そして国家監督はこれが主たる公的利益の維持に役立ついたるところで職権によって行われる[556]。これに対して公的利益が派生的に関わる場合には国の介入は他の利害関係人の申立てに依存する[557]。ギールケによれば、今日においても国は多くの範囲において監督に服する団体の目的適合性の審査を任じられる[558]。しかし他方において警察国家とは対照的に法治国家は私的団体のみならず、公的団体に対してもその行動の法適合性コントロールのみを必要とするものとされる[559]。ギールケにおいて監督は団体の積極的活動にも消極的活動にも向けられる。すなわち、一方において国は公的利益において、団体がその作用領域を逸脱せず、フレムドな目的を追求していないことを監視し、個々の法違反の行為や目的違反の行為をしないことを求め、監督によってこれを貫徹する権限がある[560]。また他方において国は公的利益において団体が固有の生活目的や、その基本的中心部分を遂行するよう促さなければならない[561]。ギールケにおいて公的団体の生活任務の遂行は国に対する公的義務とされるのである[562]。

ギールケは監督手段を一つには除去的、抑止的措置ともう一つには防止的、

---

[552] Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 651
[553] Gierke, Fn. (552), S. 651-652
[554] Gierke, Fn. (552), S. 652
[555] Gierke, Fn. (552), S. 652, Kahl, (Fn. 32), S. 167
[556] Gierke, Fn. (552), S. 653-654
[557] Gierke, Fn. (552), S. 654
[558] Gierke, Fn. (552), S. 654
[559] Gierke, Fn. (552), S. 654-655
[560] Gierke, Fn. (552), S. 656
[561] Gierke, Fn. (552), S. 657
[562] Gierke, Fn. (552), S. 657

予防的措置に分ける[563]。ギールケにおいて除去的監督手段には二つのグループがある。すなわち、ゲマインデの形式的独立性には影響を与えないのであるが実質的な点において阻止したり援助したりしてゲマインデの意思活動に干渉する強制措置[564]と、ゲマインデの意思活動を高次の意思力を動員することによって直接的に訂正する国の介入行為[565]である。そして後者の介入行為は監督官庁による団体の決定の停止や取消しの形態で行われる[566]。そしてまたギールケにおいてゲマインデの意思決定が有効であるために必要な国の同意や認可といった、法人の重要な活動が官憲的認可に依存するようなことは警察国家と後見国家のシステムに属するものである[567]。ギールケにおいて防止的監督は国の意思決定によって団体の意思決定を代置するのではなくて補うものである[568]。

このように、ギールケはゲルバーたちのような法学的方法をとる国法学者の、ゲマインデを国から引き出される権力を持ち国に従属する団体と理解する国家理解に与せず、国とゲマインデを同種の性質を持つものと理解したため、ゲマインデのオルガニスムスは国から遮断されることとなった。そしてここでゲマインデが国の中に取り込まれている、高次の秩序に力が留保されることに基づいて国は公的利益の要請から監督を行う。そしてこの監督は職権的に発動される場合もあれば利害関係人の申立てに応じるかたちで発動される場合もありうるが、いずれにしても公的利益において行われるものである。ギールケにおいて国の認可を通じた監督は後見的なものである。

ⅲ）フーゴ・プロイス

a）国家—自治体—自治体機関

フーゴ・プロイスは『プロイセン都市官職法』[569]においてゲマインデの官吏の法的地位についての叙述の中で自治と監督について比較的詳細に言及している。フーゴ・プロイスは 1808 年プロイセン都市法を援用しながら、ゲマインデの官吏を間接的国家官吏と位置づけることはもはや 1794 年普通ラント法の意

563 Gierke, Fn. (552), S. 659
564 Gierke, Fn. (552), S. 660
565 Gierke, Fn. (552), S. 663, Kahl, (Fn. 32), S. 168
566 Gierke, Fn. (552), S. 663
567 Gierke, Fn. (552), S. 667
568 Gierke, Fn. (552), S. 670
569 Preuß, Hugo, Das stätische Amtsrecht in Preußen, 1902

味において位階することができないことが認められているという[570]。ドイツにおける自治の基本的構成要素を定めた大規模な改革の精神は、陪臣の官治（Mediatobrigkeiten）という封建制の残滓を取り除く試みであった[571]。またプロイスによれば、ある組織体が上位の組織体に取り込まれる限りで、かの下位の組織体の機関は上位の組織体に対しても間接的な法関係に入ることになる[572]。すなわち、ゲマインデは国に取り込まれるゆえに、ゲマインデ機関と国の間でそのような間接的法関係が存在するのである[573]。しかしまたこのゲマインデの官吏の地位にとって決定的なのは、このゲマインデの官吏が国家官吏であるのではなくて、ゲマインデの機関としての属性を持っていることにあり[574]、プロイスはこの点に 1794 年普通ラント法からの決別を見いだしている。自治体官吏の国に対する間接性は普通ラント法のアンシュタルト的理解にとって全くフレムドであったこのような組織体に対する機関の法関係に基づくものである[575]。

これに引き続いてフーゴ・プロイスは自治について言及する。彼によれば、自治の概念についての論争は、政治的自治と法的自治の二つの柱がこの言葉に宿っていることに還元され、そして論者は満足のいく結論に至るために両者を分離しようと試みている[576]。そしてフーゴ・プロイスは多くの支持を得ているロジンによる住民自治と団体自治の区別を引き合いに出す[577]。プロイスによれば住民自治はグナイストの定式化した名誉職による国家行政としてのセルフ・ガバメントに対応するものであり、団体自治は特に自治体のような法人団体による行政の概念に対応するものである[578]。前者は統治に対して被治者を、国家活動に対して住民を動員すること、すなわち、国家生活に対するフォルクの参加という政治的観念であり、後者は国に取り込まれた局部的な領域団体を固有の権利主体、公法上の法人として承認するものである[579]。このように、フーゴ・プロイスは法的自治と政治的自治のどちらか一方を幻影として存在理由を否定するのではなくて、両者を互いに分離しつつも両者にそれぞれ存在理由を与え

---

570 Preuß, Fn. (569), S. 118
571 Preuß, Fn. (569), S. 119
572 Preuß, Fn. (569), S. 119
573 Preuß, Fn. (569), S. 119
574 Preuß, Fn. (569), S. 119-120
575 Preuß, Fn. (569), S. 120
576 Preuß, Fn. (569), S. 120
577 Preuß, Fn. (569), S. 120-121
578 Preuß, Fn. (569), S. 121
579 Preuß, Fn. (569), S. 121

る[580]ロジンの見解を支持している。

そしてフーゴ・プロイスはグナイストの理論の核心をかの 1808 年のシュタイン改革の基本思想を再開させることにあるものと評価し、このシュタイン改革の基本思想は自治の原理に基づいて行政を再編成することから出発して立憲的な諸制度に基づいて組織構造に到達することを試みるものであるという[581]。プロイスは公的生活に対するフォルクの参加によって共通精神を復活させることをこの思想の政治的モティーフと見なし、このような政治的実質にとっての組織的法形式は憲法の領域では立憲政体であり、行政法の領域では自治であるという[582]。これに対応してプロイスにおいては、一方において専制的国家形態における専ら唯一の支配主体に代わって、ゲノッセンシャフト的組織形態は複数の機関を持ち、この機関の組織単位が国家意思を形成し、他方において専制的警察国家の専ら唯一の国家アンシュタルトに代わって、ゲノッセンシャフト的行政組織は複数の限定的に自律的な地方領域団体を持ち、この領域団体の組織単位が国家領域を形成する[583]。すなわち、プロイスにおいてシュタイン改革の基本思想は公的生活に対するフォルクの参加という政治的原理によって貫かれ、この政治的原理が憲法の側では支配主体の問題として顕われ、行政法の側では自治体のような団体の問題として顕われている。こうしてプロイスは自治体の組織形態についてのドイツとプロイセンの立法を引き合いに出して旧来の国家理解と自らの国家理解を対置させる。すなわち、ドイツ及びプロイセンの立法は国家アンシュタルトと意識的に対置して原理的にゲマインデを自治体として承認して行政の再編成を行った[584]。またプロイスは、議会制立憲主義は君主から独立した共通意思の機関の立法における協力にとっての組織的法形態であり、統治機関から独立した機関の行政における協力にとっての組織的法形態である[585]として、ここで議会政体と自治は立法の領域と行政の領域にそれぞれ割り振られる。すなわちプロイスにおける自治は、議会政体と対を成して共に政治的指導原理を形作っているものである。さらにプロイスは、局部的な領域団体が国の意思から区別される自治体の共通意思の相対的に自立的な政治的組織体及

---

580 Preuß, Fn. (569), S. 120
581 Preuß, Fn. (569), S. 121-122
582 Preuß, Fn. (569), S. 122
583 Preuß, Fn. (569), S. 122
584 Preuß, Fn. (569), S. 123
585 Preuß, Fn. (569), S. 123

び担い手として承認されることによってのみ、国家行政組織からの自治機関の相対的な独立性が組織的に可能になるという[586]。またプロイスによれば、自治体の存在は各々の自治の概念上の前提条件であり、この自治の性質は自治機関が国に対して自治体によって陪臣化されることにある[587]。すなわちこの理解において、自治体の機関は国に対して直属的に服するのではなくて、国と機関の間には自治体が介在するのである。

b）ライヒ—支邦国—ゲマインデ

さらにフーゴ・プロイスは、ライヒ、支邦国、ゲマインデの関係について言及する。プロイスは、国に対する自治体官吏の関係はライヒに対する国家官吏の関係とは全く異なったものであるというゲオルグ・マイアーの理解を批判する[588]。すなわち、このような国に対する自治体官吏の関係とライヒに対する国家官吏の関係は二次的で量的な性質のものであり、これに対して両者の関係の質的な同質性が決定的であることをマイアーは見誤っている[589]というのである。そしてプロイスは、支邦国の中の自治体の官庁と官吏を間接的国家官庁及び間接的国家官吏とすると同様に支邦国の官庁と官吏をも間接的ライヒ官庁及び間接的ライヒ官吏と称することができるというラーバントの見解に賛同する[590]。さらにプロイスは自治体組織の枠の中で国に対する自治体機関の法関係はライヒに対する支邦国機関の法関係と原則的に類似であるという[591]。このようにしてプロイスはラーバントの理論を徹底的に突き詰めようとする。すなわち、ライヒ憲法が立法におけるライヒの権限と Oberaufsicht に服従させ、固有で直接的なライヒ行政の作用とされるのではない領域で支邦国は自治体であり、このプロイスの理解によれば支邦国自体が自治体となる領域をゲマインデの委任事務の領域と類比することができ、ここでライヒに対する支邦国の関係はまさに国に対するゲマインデの関係と同じであるという[592]。このことを敷衍して、こ

---

[586] Preuß, Fn. (569), S. 124
[587] Preuß, Fn. (569), S. 124
[588] Preuß, Fn. (569), S. 150
[589] Preuß, Fn. (569), S. 150
[590] Preuß, Fn. (569), S. 150
[591] Preuß, Fn. (569), S. 151
[592] Preuß, Fn. (569), S. 151, プロイスのこのような考え方は、「『下から上へと』『市民共同体を構築する』団体法の原理を『ライヒに至るまで』貫徹させ」るものであり、「君主政と妥協した師ギールケをも乗りこえる」ものと評される（薄井・前掲脚注 2）29 頁）。

の領域で国家機関はライヒの法律に従ってライヒの監督の下で行政を行い、ゲマインデ機関は国の法律に従って国の監督の下で行政を行うという[593]。

しかしまたプロイスは、このようなゲマインデの委任事務に対応する支邦国の行政の領域と並んで、ゲマインデの委任事務に対応する支邦国の自律性（Autonomie）の領域が存在するという[594]。そしてプロイスは、この支邦国の自律性の領域でのライヒに対する支邦国の関係を国に対するゲマインデの関係と概念上異なったものとする支配的見解を批判する。支配的見解に従えば両者の法関係の相違は究極的には支邦国と自治体の概念上の相違に求められることとなる[595]。ここでプロイスはイェリネクを引き合いに出し、組織権が支邦国の自律性に属するのに対して自治体の自律性には属さず、支邦国機関の法的地位が支邦国法律に基づくものであるのに対してゲマインデの組織化は自治体の自律性ではなくて支邦国のような上位の公共体の意思行為に基づくものであるという見解を紹介する[596]。しかしプロイスによればこのような対比は純粋に程度的な相違にすぎない[597]。すなわち、支邦国の組織権はライヒ法律、ライヒ憲法の権限配分に基づくものであり、同様にゲマインデの限定された組織権は国法に基づくものである[598]ことが指摘される。すなわち、ゲマインデが組織権を持つ限りでこの組織権は支邦国の組織権と同様、固有の権利である[599]。また、自律的な条例によってその国法の組織構造を補う権利が都市ゲマインデに帰属し、プロイセン都市法が地方条例によって都市法の規定を補い修正することを指示していることも指摘される[600]。このように、プロイスは支邦国の法的地位をゲマインデの法的地位の側に引きつけて理解することによって、支邦国をゲマインデのような自治体と同質的なものであり、支邦国とゲマインデの相違は質的なものではなくて、程度的な相違でしかないと理解する。

c）Oberaufsicht と職務監督

フーゴ・プロイスによれば自治体に対する国の Oberaufsicht と下級官庁に対

---

593 Preuß, Fn. (569), S. 151
594 Preuß, Fn. (569), S. 151
595 Preuß, Fn. (569), S. 151-152
596 Preuß, Fn. (569), S. 152
597 Preuß, Fn. (569), S. 152
598 Preuß, Fn. (569), S. 153-153
599 Preuß, Fn. (569), S. 153
600 Preuß, Fn. (569), S. 154

する上級官庁の上下秩序は絶対的に異なった、対照的な事柄である[601]。一方において官庁システム内部での従属は、構成員が一つの組織体の機関であり、この組織体に魂を吹き込む共通意思が法的組織によって提示される法と法による推定（praesumtio juris et de jure）に基づいて下級官庁の意思表明におけるのよりも上級官庁の意思表明においてより純粋により効果的にあらわれることに基づいている[602]。他方においてゲマインデに対する国の監督は、狭い組織体が広い組織体に取り込まれ、この狭い組織体において組織される共通意思が取り込みのための法規範の基準に従って高次の共通意思の組織に対して活動の限界を見いだすことに基づいている[603]。そしてゲマインデとゲマインデの機関人員は国に取り込まれている全ての全体人員及び個別人員と同様に公共体の最上位の法的表明、すなわち立法に服し、自治体における国家行政に対する関係の強度と範囲は個別人員とその他の全体人員におけるのよりも大きいのであるが、自治体の生活活動に対して影響力を行使する国家官庁の権限は特別の法的権原によってのみよってのみ基礎付けられる[604]。プロイスにおいてこのような法的規範の全体が自治に対する国家監督の内容を形成している[605]。

官庁システムの中での従属は、上級官庁が従属する官庁に機関意思の内容を命じうるということを意味し、この意味での従属は一つの組織体の機関の間でのみ存在しうるので、自治体の機関は国家機関に従属しない[606]。ここで、職務監督と自治体監督は法的には二つの全く異なったものとされ、職務監督を基礎付ける従属関係は一つの公共体の官庁システムに限られるものであり、これに対して二つの公共体の関係が問題となる場合にはこのような従属関係は存在するものではないと考えられる[607]。自治体機関は上位の自治体の機関によって行使される監督に服するのであるが、自治体機関の機関意思の内容は監督官庁の命令によってではなくて自治体の団体組織によって決定される[608]。他方で、ゲマインデ官吏が従属的国家官吏であるのは専制的アンシュタルト国家の特性と

---

601 Preuß, Fn. (569), S. 139
602 Preuß, Fn. (569), S. 139-140
603 Preuß, Fn. (569), S. 140, Kahl, Fn. (32), S. 170
604 Preuß, Fn. (569), S. 306
605 Preuß, Fn. (569), S. 306
606 Preuß, Fn. (569), S. 140
607 Preuß, Fn. (569), S. 307-308
608 Preuß, Fn. (569), S. 140

される[609]。プロイスはさらにある同一の機関人員がゲマインデ機関としての地位と国家機関としての地位とを同時に持っているという意味での二重の地位から生じる監督と従属の混同は理論的理由からも実際的理由からも排除すべきものであるという[610]。プロイスによれば当該実定立法の理解に従ってゲマインデの活動が法そのものによってゲマインデの性質から生じるのか特別の国家行為によって委託されるのかによらずにゲマインデ自身が活動を任ぜられるときにのみ正当に自治体と自治の活動ということができる[611]。そしてプロイスにおいては委任作用領域における自治機関の法的地位は固有作用領域における法的地位と異なったものではない[612]。

このようにして、プロイスにおいて自治は第一に自治体官庁と国家の間に自治体が介在することによって国に対する直接的な従属が遮断されることに意味がある。そして自治には政治的な側面と法的な側面があり、前者は公的生活に対するフォルクの参加であり、後者は自治体を自立した権利主体として承認することである。そしてプロイスにおいて支邦国とゲマインデは質的に異なったものではなくて[613]、その間には程度の違いしか存在しないという理解が適切である。そこで監督は官庁の内部関係における従属関係から区別され、ゲマインデに対する国の監督は狭域的な団体であるゲマインデが広域的な団体である国に取り込まれることに基づくものであり、国の共通意思はゲマインデの共通意思にとって活動の限界となる。そしてプロイスにおいて委任事務と固有事務は区別されない。

ⅳ）ロジン

a）国の任務と自治体の任務——目的、利益

ロジンはまず国とゲマインデの関係について主権国家、非主権国家、ゲマインデというパースペクティブの下で次のように説明する。非主権的国家を承認することによって国家の概念とゲマインデの概念の下である具体的な政治的形成物を包摂するための有効な区別のメルクマルは失われる[614]。ロジンにおいて

---

609 Preuß, Fn. (569), S. 140
610 Preuß, Fn. (569), S. 141
611 Preuß, Fn. (569), S. 144
612 Preuß, Fn. (569), S. 144
613 Kahl, (Fn. 32), S. 168
614 Rosin, Heinrich, Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in: Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und

支邦国のような個々の国家は主権国家でもありえ、また国家としての性格を失うこと無しに主権を欠いた存在でもありうるのであるが、これに対してゲマインデは主権を持ち得ずその性質上非主権的公共体である[615]。そして、一方において主権とは他者の意思によって決定されないことであり、人格の全体の範囲において他者によって規定されない公共体は主権的な公共体であるが、ゲマインデはそうではない[616]。またもう一方で、何らかの範囲において人格が他者によって規定されうるならばその存在は主権的ではなくなり、他者の意思によって決定されうることは非主権的であることを意味し、具体的な公共体においてこれに対応する監督可能性（Kontrolirbarkeit）が確認されるときにはその公共体は非主権的なものであり、この公共体が国家であるのかゲマインデであるのかはロジンにおいては別の問題である[617]。そしてまたゲマインデは国に排他的に帰属する固有の支配権を欠いており、国とは異なってゲマインデはゲマインデ構成員に対して支配権を自らの名においてではなくて国の代理人として行使するという見解が掲げられるものの、この見解は、ある人によって行使される権利が自らの名において行使されるのか他人の名において行使されるのかを判断するための基準は何であるかという問題に帰着するものであり、不適切であるとして退けられる[618]。そしてロジンは、一方においてゲマインデに公法の領域でも固有の人格と固有の生活目的を与え、他方においてゲマインデが高権を国家の名においてのみ行使するということを受け入れるのは全く矛盾しているという[619]。国をゲマインデによって行使される高権の権利主体とすることはゲマインデが国の生活目的のための手段とされることを意味し、そうだとするとゲマインデの固有の生活目的のためにその目的の実現に奉仕する手段が与えられないことになり、このことは目的そのものを否定するも同然であるからだというのである[620]。

ゲマインデの支邦国との関係が上のように叙述されたのであるが、他方でロジンにおいてゲマインデは人格を持つことによって行政区画から区別される[621]。

Statistik,1883, S. 261(284)
[615] Rosin, Fn. (614), S. 261(284)
[616] Rosin, Fn. (614), S. 261(285)
[617] Rosin, Fn. (614), S. 261(285)
[618] Rosin, Fn. (614), S. 261(286)
[619] Rosin, Fn. (614), S. 261(291)
[620] Rosin, Fn. (614), S. 261(291)
[621] Rosin, Fn. (614), S. 261(286)

すなわち、一方において行政区画は国家の地理的部分を形成するにすぎないものであり、もう一方においてゲマインデは公法の団体であり、公的法的人格であり、そして人格とは権利主体たる能力である[622]。

結局ロジンにおいて国とゲマインデの法的相違は、概念的には目的の相違に求められる[623]。すなわち、ゲマインデは地域的ゲノッセンシャフトの組織体であるのに対して国はフォルク・ゲノッセンシャフトの組織体であり、ゲマインデの目的が地域的共同生活と近隣の地域事情に基づくゲマインデの需要を満たすことであるのに対して国は自然的ゲノッセンシャフトとしての全体フォルクに固有のナショナルな利益を実現する任務を追求する[624]。かくして一方において国はナショナルな共通目的を実現するための公的法的全体人格と定義され、もう一方においてゲマインデは国の中にある地域的共通目的を満たすための公的法的、非主権的全体人格と定義されるに至る[625]。そして、このような国とゲマインデの相互的な目的関係から固有作用領域と委任作用領域の境界が生じる[626]。すなわち一方において固有作用領域はゲマインデが自らの手段によってその生活目的を実現する全体領域を包括しており、他方において委任作用領域は国の利益において国の権力手段を用いることによって国の名と委託において行われる活動である[627]。ロジンにおいて固有作用領域はゲマインデの利益に関わり法律の範囲内で自らの力によって行うことができる全てのものを包括し、委任作用領域は国家行政の目的のための共同である[628]。そしてゲマインデの委任作用領域はゲマインデが国の権利において国の名と利益において行うことによって性格付けられ、この委任作用領域に属するものとして国税の徴収における活動などが挙げられる[629]。ロジンは委任作用領域においてゲマインデは国の代理人として活動し、プロイセンの諸都市における地方警察などのように、個々のゲマインデ官庁やゲマインデ官吏が国に対する直接的職務関係と服従関係に入ることによって直接的に国家行政の事務において委託を受ける場合には委任作用領域とはいえず、そもそもそのようなものはゲマインデの作用領域にはあ

---

[622] Rosin, Fn. (614), S. 261(286)
[623] Rosin, Fn. (614), S. 261(291) , Kahl, (Fn. 32), S. 171
[624] Rosin, Fn. (614), S. 261(291)
[625] Rosin, Fn. (614), S. 261(291)
[626] Rosin, Fn. (614), S. 261(292)
[627] Rosin, Fn. (614), S. 261(292)
[628] Rosin, Fn. (614), S. 261(292)
[629] Rosin, Fn. (614), S. 261(294)

たらないという[630]。

b）住民自治と団体自治

ロジンは自治の二つの概念を区別する。すなわち、非主権的政治的公共体が主権的公共体によって行政を行う公共体として承認されることと、ある公共体の中で行政官庁をゲノッセンシャフトの理念に従って形成することである[631]。そして第一の意味における非主権的政治的公共体が自治体とされるのである[632]。ロジンにおいて法的意味における自治は、行政権限が外部からも制約されうる自立的法人格が自らの事務を自らの手段によって行うこと、すなわち自治体の行政である[633]。そしてロジンは自治体による行政を団体自治と名付け、行政官庁の形成に対する住民の組織的参加を住民自治とする[634]。そして団体自治は支邦国の自治と地方自治体の自治に分けられ、住民自治は当該公共体の性格に応じて国家住民自治、ゲマインデ住民自治、都市住民自治に分けられる[635]。ロジンは、国家行政事務の運営について、三つの類型を掲げる。第一に、ゲマインデが国の事務を国の権力手段を用いて国を代理して処理する場合であり、第二に、ゲマインデそのものではなくゲマインデの一定の機関が国家行政事務を委任される場合であり、第三に、自治体に対応した国家行政区画の中で一般ラント行政のために特別官庁が形成されて、国の事務が行われる場合である[636]。このうち、第一の類型において、委任作用領域は、団体自治ではなくて住民自治に属するものである[637]。この場合の委任作用領域においては、ゲマインデ住民が国家住民として国の事務の管理を任ぜられるのである[638]。

ロジンにおいて自治の主体、すなわち自治体は非主権的政治的公共体であり、これには人格が必要である[639]。そして自治の客体は当該自治体の固有事務であり、自治体がこの固有事務を処理することによって自らの生活目的を達成しようとする[640]。そして固有作用領域でのゲマインデのみが自治体と呼ばれるので

---

630 Rosin, Fn. (614), S. 261(294)
631 Rosin, Fn. (614), S. 261(319)
632 Rosin, Fn. (614), S. 261(319)
633 Rosin, Fn. (614), S. 261(319)
634 Rosin, Fn. (614), S. 261(320)
635 Rosin, Fn. (614), S. 261(320)
636 Rosin, Fn. (614), S. 261(321)
637 Rosin, Fn. (614), S. 261(321)
638 Rosin, Fn. (614), S. 261(321)
639 Rosin, Fn. (614), S. 261(310)
640 Rosin, Fn. (614), S. 261(311)

あって、委任作用領域の場合やゲマインデ機関が国家事務の処理のために直接的に用いられる場合にはゲマインデ行政は国家行政区画での国家行政への国家住民の参加を示すための形態でしかない[641]。ロジンは自治体がその生活目的を実現するために用いる自治の手段は当該自治体の固有の権利であるとし、非主権的政治的公共体による国家高権の行使、公的権利が問題となる限りで自治を語り、財産管理や私法上の取引に関するゲマインデの人員の活動を自治の概念から除外するラーバントの理解に完全には賛同しない[642]。また自治に専ら公法的な性格を認める理解と正反対に自治の概念に国法的内容を認めずに私法的性格のみを認める見解も否定される[643]。結局、ロジンにおいて国の行政とゲマインデの行政は高権の行使にくみ尽くされるのではなくて経済的活動をも含み、自治は自治体の生活目的の実現のための公法上の高権の利用と私的財産権の利用とを含んでいる[644]。

そして、公的ゲノッセンシャフトの生活目的の達成が固有利益の対象のみならず同時に国家利益の対象をなすことが公的ゲノッセンシャフトの性質にあるならば、国がその利益においてゲノッセンシャフトの生活目的の追求を中断させるという意味においてゲノッセンシャフトの意思活動に対して影響を与える法的権限がゲノッセンシャフトの意思の自由と対峙する[645]。さらにゲノッセンシャフトの事務の行政においてゲノッセンシャフトに法的に残される自己決定がゲノッセンシャフトの自己行政とされ、ゲノッセンシャフトそのものが国家組織対における自己行政体とされる[646]。

また、私的団体の場合には支配領域の中で国法の範囲内で自らの法を定める権限が団体の自律性であるのに対して、公的ゲノッセンシャフトの場合には国に対する特別の関係が誘因となってこの自律性が制約される[647]。すなわち、ゲノッセンシャフトのシュタトゥートの変更は国家意思の関与無しには行われ得ず[648]、この点において公的ゲノッセンシャフトの自律性は私的団体の自律性よ

---

641 Rosin, Fn. (614), S. 261(311)
642 Rosin, Fn. (614), S. 261(311)
643 Rosin, Fn. (614), S. 261(311)
644 Rosin, Fn. (614), S. 261(312)
645 Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, Neudruck 1971, S. 101
646 Rosin, Fn. (645), S. 101
647 Rosin, Fn. (645), S. 181-182
648 Rosin, Fn. (645), S. 182

りも制約がかかっている。

c）自治の Komplement としての監督

ロジンは、国家監督は社団の特権と釣り合いを保つための対重（Gegengewicht）とする論者[649]に対して、国の監督権限は、形式的法の意味においては、公的ゲノッセンシャフトに対して存在するだけではなくて、私的社団も警察的監督に服するという[650]。だから、必ずしも国家監督は公的権限を与えられた団体にのみ行われるのではなくて、公的団体に与えられた特権に対する対重とは言い切れないのである。ここでは団体が国家監督に服するか否かはその団体が公的なものか私的なものかの識別にとって決め手にならない。結局、公的ゲノッセンシャフトの国に対する地位と私的社団の国に対する地位の相違は国がゲノッセンシャフトに対して行使する諸利益と諸権利の内容によって定められる国家監督権の内容に求められることになる[651]。

そして非主権的国家を含めて国家のみが監督されない公的権力を持つというイェリネク的命題は二つの方向で、すなわち積極的にも消極的にも反駁されることになる[652]。すなわち、一方において非主権的国家の生活行為の中でも主権的国家の支配への従属に基づいてこの主権的国家のコントロール意思による決定に服する領域が存在する[653]。支邦国がライヒ憲法で定められる権限を逸脱せず、ライヒ法律の内容と抵触する法律を発布しないことについて、ライヒ官庁などのコントロールを除けばライヒ憲法17条に従ってライヒ法律の執行を監視する責務がある皇帝が監督するのである[654]。そしてもう一方において非主権的国家と同様にゲマインデにも自由な意思決定で活動する領域が与えられるのである[655]。ゲマインデのあらゆる決定が国の行政処分で停止され、取消され、変

---

649 ロジンがここで念頭に置いているのは、レーニング、シュテンゲル、ゲオルグ・マイアーである。ロジンは、「公的（水利）ゲノッセンシャフトは、公的権限を与えられ、かつ国家監督に服する団体である」とするレーニングの記述を引き合いに出している。すなわち、ロジンがここで念頭に置いている特権を持った社団とは、公的団体のことであると思われる。ロジンが考えるところによれば、これらの論者は、公的団体は特権を持っているがゆえに国家監督に服するのだ、といっているのである。

650 Rosin, Fn. (645), S. 16

651 Rosin, Fn. (645), S. 16

652 Rosin, Fn. (614), S. 261(285)

653 Rosin, Fn. (614), S. 261(285)

654 Rosin, Fn. (614), S. 261(285)

655 Rosin, Fn. (614), S. 261(285)

更されうるというイェリネクが念頭に置いているような上級監督権（jus supremae inspectionis）は、ゲマインデが国家アンシュタルトと見なされる警察国家に属するものであり、ゲマインデに自立的法人格が認められる法治国家には属さない[656]。ロジンによればビスマルク憲法下においてはゲマインデの自由な自己決定が認められ、国の監督権はゲマインデがその作用領域を逸脱せず法律に反する措置を行わないことに及び、主権を有するライヒの支邦国に対する監督権もこれと同じである[657]。また立法府が主権的公共体に自治のKomplement、すなわち主権的権力が行政主体である法人格の意思に影響を与える権限を留保するときに、そしてその限りにおいて立法によって法律の遵守に関する監督が定められる[658]。

ロジンによれば、公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督の内容は原則として一方において法治国において承認されたゲノッセンシャフトの人格を通じて規定され、他方において国の固有生活目的を遂行する義務を通じて規定される[659]。そしてゲノッセンシャフトの人格という契機が、国の行政組織体の内部で下級機関に対して上級機関によって国が行使する監督権から公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督を分ち、固有生活目的を遂行する義務が公的団体に対する国家監督を私的団体に対する国家監督を分ける要因になっている[660]。ロジンはさらに、生活目的の遂行は意思活動の結果であるとし、個々の意思表示は法の要因と目的適合性の要因によって規定され、法の要因に鑑みたときには活動者の意思は拘束されるのに対して活動者は目的適合性の要因を自由に判断することができ、この自由な判断において活動者は自らの人格の自立性を発揮させるという[661]。しかしこの目的適合性の判断における自由は自立的なものとして承認された人格の帰結であるからこの人格の承認に欠けている要求をすることはできず、国家行政組織隊の官庁は国家意思と国家利益の機関であり、目的適合性の問題においても服従しなければならない一般的、個別的指示に服している[662]。これに対してゲノッセンシャフトの人格は国に対しても法の枠の中では自由に活動し、一度存在していたゲノッセンシャフトの法が目的適合性の

656 Rosin, Fn. (614), S. 261(285)
657 Rosin, Fn. (614), S. 261(285-286)
658 Rosin, Fn. (614), S. 261(312)
659 Rosin, Fn. (645), S. 103
660 Rosin, Fn. (645), S. 103
661 Rosin, Fn. (645), S. 103-104
662 Rosin, Fn. (645), S. 104

評価にとって自由な余地を与えている限り、国家行政もこれを承認する義務がある[663]。そしてこのことから国家監督の権限には目的適合性の問題において指導的指示によって影響力を行使する権限が含まれないということが公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督の内容について帰結する[664]。すなわち、ゲノッセンシャフトの決定を停止する国家監督権は目的不適合を理由として用いられ得ない[665]。

またもう一方でロジンにおいて国家監督はゲノッセンシャフトの意思活動に対して存在する法の維持に限られるときには、この国家監督権限は全体の範囲に及ぶ[666]。すなわち、公的ゲノッセンシャフトは国に対して履行、行為、不作為を負っているだけでは無くて、国は自らの利益において自らの権利からゲノッセンシャフトに取って標準になる全ての法規範の遵守を求める[667]。国が自らの利益において遂行を求める権限がある生活目的へゲノッセンシャフトの意思を向かわせる任務が個々の法規範にあり、この法規範はゲノッセンシャフトの生活を規定する国法に含まれ、この国法に基づいて国家行政の機関と官庁によって発布される法規に含まれる[668]。そしてロジンは 1872 年クライス法を引き合いに出し、国家監督の任務は法律上の手段を用いて行政が法律規定に従って行われ、秩序だった進行において維持されていることについて監視することにあるという[669]。

d）後見監督と国家監督

そして、プロイセンとライヒにおける公的ゲノッセンシャフトに対する国家監督の内容は法律とシュタトゥートの規定を遵守することであり、国の監督はこのようにして制約されることが警察的後見国家の理解に対抗して強調される[670]。ロジンによれば、法治国の諸原則と法律の定めにしたがって国家監督官庁は監督権を行使するために法律によって与えられた手段のみを使うことができ

---

[663] Rosin, Fn. (645), S. 104-105, Kahl, Fn. (32), S. 171
[664] Rosin, Fn. (645), S. 105, Kahl, Fn. (32), S. 172 が、ロジンにおいて目的適合性の観点からの審査を含んでいる国の認可権を概念上監督から除外しているというのは、この意味において理解することができる。
[665] Rosin, Fn. (645), S. 110
[666] Rosin, Fn. (645), S. 105
[667] Rosin, Fn. (645), S. 105
[668] Rosin, Fn. (645), S. 105-106
[669] Rosin, Fn. (645), S. 106-107
[670] Rosin, Fn. (645), S. 107-108

る[671]。第一に、ゲノッセンシャフトの行政において存在している事実関係の閲覧があらゆる国家監督措置のための条件である[672]。そしてゲノッセンシャフトの機関の決定に対する国家監督官庁の強制措置が存在し、そこでは違法なゲノッセンシャフトの決定を直接的に失効させ、あるいは取消しを求める権利が掲げられる[673]。さらに監督官庁に与えられる手段として強制的予算計上が挙げられる[674]。そして監督官庁はゲノッセンシャフトの機関に対して秩序罰による措置を講じることを通じて法律の詳細な規定に従ってゲノッセンシャフトの機関の行為と不作為を強制することができるが、これは懲戒的処罰権ではなくて国家行政官庁の一般的権利の特別形態である[675]。そこで強制されうるのは法的義務の履行、法律とシュタトゥートの規定の遵守のみである[676]。ゲノッセンシャフトの機関が自らに責務のある行為を拒絶する場合の最も強力な監督手段は自治体の執行に対して監督官庁が自ら引受けるというものである[677]。国は公的団体の自由な目的適合性評価に基づく決定を国の利益においてこの決定に対する予防的コントロールを欠かすことができないと見なす限り、国はこの決定の執行力を国の機関による事前の認可に従属させ、この事前の認可は決定の法適合性のみならず国家福祉と団体利益の不一致をも審査するものである[678]。そしてこの認可権はロジンにおいて例外とされ、この認可権は法的性質に従えば国家監督の一部ではなくて監督官庁の特別で例外的な属性であるとされる[679]。このような国家官庁の認可権は人格の自由意思に対する法的制約の遵守ではなくてこの自由意思そのものを制約し、これに影響を与えることを対象とするものであり、二つの点でのみ団体の国家後見から区別される[680]。すなわち、認可権は一方において個々の特定の意思決定に限られることによって量的に後見から区別され、もう一方において団体意思のイニシアティヴを侵害しないことによって質的に後見から区別される[681]。そしてロジンは、ゲノッセンシャフトは認可

---

671 Rosin, Fn. (645), S. 109
672 Rosin, Fn. (645), S. 109
673 Rosin, Fn. (645), S. 110
674 Rosin, Fn. (645), S. 111
675 Rosin, Fn. (645), S. 113
676 Rosin, Fn. (645), S. 113-114
677 Rosin, Fn. (645), S. 114
678 Rosin, Fn. (645), S. 116
679 Rosin, Fn. (645), S. 116
680 Rosin, Fn. (645), S. 116
681 Rosin, Fn. (645), S. 116

の付与を求める権利を有さず、認可が付与されるべきであったのか否かは認可を要する当該活動の目的適合性について国家官庁の自由裁量に従って決定されるものであり、行政裁判所による審査から除外されると理解する[682]。

以上のように、ロジンにおいて国家は主権を有するものもありえるし主権を有さないものもありえるのに対して、ゲマインデのような自治体は非主権的な公共体として位置づけられる。ロジンにおいて自治の客体は固有事務のみであり、委任事務のようなものはこれに含まれない。しかしまた委任事務のような領域は、ゲマインデの官吏が直接的に国の委託を受ける国家行政とも異なり、後者においてゲマインデの官吏は国に対する直接的な職務関係に入る。委任事務の領域でゲマインデは国の名において国の利益において行政を行う。ロジンは自治に公法的性格のみを認める見解も私法的性格のみを認める見解も否定して、自治に公法的性格と私法的性格の両者を認める。自治体は国法の範囲内でシュタトゥートを定めることができるという意味において自律性を有しているが、公的ゲノッセンシャフトの自律性は私法的団体の自律性と比べて制約がかかっている。すなわち、公的ゲノッセンシャフトのシュタトゥートの変更には国家意思の関与が必要である。ロジンにおいて国とゲマインデの相違は目的の相違にある。すなわち、ゲマインデは地域的需要を満たすことを目的にするのに対して、国は全体フォルクのナショナルな利益を満たすことを目的とする。そしてロジンによれば旧来的な上級監督権はゲマインデを国家アンシュタルト見なす警察国家に属するものであるのに対して、法治国家においてはゲマインデに自立的法人格が認められゲマインデは国家アンシュタルトとは見なされず、ゲマインデに自由な自己決定が認められる。他方、ロジンにおいて国家監督はこのような団体の特権と釣り合いを保つための対重であり、自治の補足物である。ロジンにおいて国家監督は法律とシュタトゥートの遵守を確保することに限られ、法治国の諸原則に従って監督官庁は法律によって与えられた手段のみを用いることができる。国家監督は自治体の法的義務の履行、条例の遵守を対象とする。そしてロジンにおいて国の認可権は一方において目的適合性の領域に立ち入るものであり、例外的なものと見なされるのである[683]。しかしまた他方において認可権は一つには一般的に及ぶのではなくて特定の個別的な意思決定に及ぶものであり、もう一つには団体意思のイニシアティヴに影響を与えな

[682] Rosin, Fn. (645), S. 118
[683] Kahl, Fn. (32), S. 172

い点で国家後見から区別されている。またロジンにおいて認可を与えるか与えないかは国の自由裁量に従って決定されるべきものとされ、この自由裁量による決定は行政裁判所による審査に服さない。

（11）Oberaufsicht の理論　トリーペル

ハインリヒ・トリーペルは、ライヒの監督について画期的な著作を残しており、国家監督の研究にとってもトリーペルの著作は第一に取り上げるべき決定版ということができよう[684]。たしかに彼は『ライヒ監督』[685]において自治について特別の叙述を展開してはいない。そしてトリーペルの著作はライヒと支邦国の間の関係における監督に重心を置いており、そこで自治体に対する国の監督は周辺部分でのみ叙述されている[686]。しかしながら彼は、支邦国に対するライヒの監督のみならず自治体に対する国の監督をも一般論として論じている。とりわけ彼の Oberaufsicht の叙述は自治体を含む公的団体に対する国の監督をも念頭においていると考えることができる[687]ため、一応広範な射程をもっていると考えることができよう。そしてトリーペルのライヒ監督はヴァイマル共和国体制において支配的であっただけではなくて、1945 年以降の国家体制においても影響力を発揮し続けてきたといわれている[688]。それ故、本稿ではその問題関心と関連する限りでトリーペルの理論を紹介することとする。

ｉ）自律性の Komplement としての Oberaufsicht

トリーペルによれば、コントロールは自らコントロールする国家を表現するのに対して、Oberaufsicht は自己活動する第三者の権利を前提条件とし、Oberaufsicht はトリーペルにおいてその権利が自治と呼ばれるところの公的法的人格の監視である[689]。そして団体の自立性について、トリーペルによれば、組織上の上下秩序の欠如から監視の不可能性を引き出すことはできず、逆にコントロールの可能性からこの範囲で存在する従属関係の存在が引き出されなければならない[690]。トリーペルはロレンツ・フォン・シュタインの学説を援用し

---

684 Kahl, Fn. (32), S.3-4
685 Triepel, Heinrich, Die Reichsaufsicht, 1917
686 Kahl, Fn. (32), S. 7
687 Triepel, Fn. (685), S. 153-154
688 Kahl, Fn. (32), S.14
689 Triepel, Fn. (685), S. 115
690 Triepel, Fn. (685), S. 148

つつ、Oberaufsicht は自律性の不可欠の Komplement であるという[691]。そしてトリーペルにおいて自律性とは法人の組織的機関によってこの機関の権限の範囲内で命令と処分を発し、この命令と処分を自らの機関を通じて実現する権利であり、これに対応して Oberaufsicht はこの自律性を政府及び国家行政の諸権利及び諸任務と一致させる法的規定の全体を示す[692]。そしてトリーペルにおいては、行政体が自ら執行権力の機関として活動することができることが自律性の本質であり、行政体が決議と活動において法律と命令、そしてまた一般利益との抵触に陥る可能性が生じる[693]。トリーペルにおいて Oberaufsicht の任務は自由行政体の活動と全体の法及び利益とを調和させ、執行の一体性を確立することである[694]。そして、トリーペルは上述のような叙述は国家自身の機関に対する国の監督と行政の自立的団体に対する国の監督の形式的相違を示し、また両者の監督形態に共通しているものを示しているというのである[695]。すなわちトリーペルにおいて国家機関に対する国の監督と行政の自立的団体に対する国の監督は共通して、行政の下級の構成要素を一定の規範と一致させることを目的にしているのである[696]。結局トリーペルは、国家監督の法制度を国に服する者の振舞を確定した標準と一致させ、この一致を維持することを目的とする国家活動の全体と捉えている[697]。

トリーペルによれば、国に服している団体は、私的団体であれ、公法の団体であれ、国の領域で生活している自然人と同様に国の被治者であるから、団体に対する国の監督は臣下監督に他ならない[698]。トリーペルはロジンを援用して、公的ゲノッセンシャフトに対する監督は大部分において団体にこの団体の生活目的を履行させる特別の任務に仕え、公的ゲノッセンシャフトの本質は団体の生活目的を履行する義務を国に対して負っていることにあるという[699]。トリーペルは、国が公的団体、すなわち自治体を官職組織体に取り込み、このような団体に国家的任務を委ね、この国家的任務の遂行に関してこの団体を監視する

691 Triepel, Fn. (685), S. 115
692 Triepel, Fn. (685), S. 116
693 Triepel, Fn. (685), S. 116
694 Triepel, Fn. (685), S. 116
695 Triepel, Fn. (685), S. 116
696 Triepel, Fn. (685), S. 116
697 Triepel, Fn. (685), S. 121
698 Triepel, Fn. (685), S. 149
699 Triepel, Fn. (685), S. 149. Fn. (1)

とき、この監視は官職監督のある特別の下位形態でしかないと理解する[700]。そしてトリーペルは、このようにして国の委託を受けて、国の名において活動することを義務付けられる団体、例えばゲマインデの機関はこのことによって同時に間接的国家機関の属性を持ち、団体官吏は間接的国家官吏になり、職務監督がたしかに異なった形態ではあるが同一の意味において国家自体の官庁と官吏に対して行われるのと同様にゲマインデの官庁と官吏に対して行われるという[701]。その際に、政府が国の Polizeipräsident の活動を監視するのか地方警察行政を委託される市長の活動を監視するかは区別を成していないという[702]。この点においてゲマインデが国の名において活動するよう義務付けられる場合に、ゲマインデは国の官職秩序に取り込まれて、ゲマインデの機関に対してなされる国の監督は監督が国家機関に対してなされる場合と同じように理解される。

ⅱ）直接的監督との対比における Oberaufsicht

トリーペルの分類によれば臣下監督の領域で直接的監督と Oberaufsicht が対置される[703]。国家の臣下は同時に公権力を行使する団体の構成員であり、国家は団体構成員が団体によってつくられる規範を誠実に遵守することに対して利害関心を有し、国は団体構成員に対する監督によってこの利害関心を働かせることができるというのである[704]。そしてまた、国によってつくられた法規定の遵守が問題となる場合に、国は団体構成員のコントロールを団体に委ねることもできる。 そして、団体構成員に直接的に国が監督を及ぼす場合にこの国家監督は直接的監督に分類され、国が団体構成員に対するコントロールを団体機関に委ね、団体機関による監督行為を国が監督する場合にはこの国家監督はトリーペルにおける Oberaufsicht にあたる[705]。例えば国の行政官庁が法律やシュタトゥートの遵守を監視し、法律とシュタトゥートの遵守をイヌング官職者に対してだけではなくてイヌング構成員に対しても秩序罰によって強制する場合には、この国家官庁による監督は直接的監督であり、国家官庁がイヌング構成員に対するイヌングの活動を監視する場合には、この監督は Oberaufsicht に該当するとされる[706]。そしてこのような直接的監督と Oberaufsicht の間にはコント

---

700 Triepel, Fn. (685), S. 149
701 Triepel, Fn. (685), S. 149
702 Triepel, Fn. (685), S. 149
703 Triepel, Fn. (685), S. 153
704 Triepel, Fn. (685), S. 153
705 Triepel, Fn. (685), S. 153
706 Triepel, Fn. (685), S. 153

ロールの強度と効果における相違があり、この相違は法的関係においても政治的関係においても重要な相違であるとされる[707]。すなわち、トリーペルによれば当然のことながら、国が団体組織の外皮を貫き、迂回すること無しに直に全ての団体機関に対しても団体構成員に対しても監督処分を作用させるときに最も確実に最も効果的に団体の内的生活と団体構成員の活動に対して影響を与えることができる[708]。そしてトリーペルは、監視における優先権を団体の中心的機関に委ね、あるいは国家的監督命令を団体的命令に置き換えることを団体の中心的機関に委ねることで国がこのような団体の中心的機関とのみ関わりを持つことで、国の影響力は減殺されるという[709]。

そしてトリーペルによれば、国家が直接的監督のシステムを放棄して Oberaufsicht を行う地位にとどまるときに、監督を受ける団体にとって自治が相当に増えることになる[710]。トリーペルは、このような意味での直接的監督が行われる場合には監督を受ける団体に自治はもはや残されておらず、国が監督署分を団体機関に対して、この機関が代表機関であるのか否かを考慮せずに行うときには実際上この団体機関は国自らの官庁や官吏として取り扱われているに他ならないという[711]。トリーペルは、この場合に理論的には団体に対する監督が行われていることを認めつつも、団体監督と職務監督、団体に対する監督と国家官職機構内部での従属の間の境界は実際上完全にと言って良いほど不明確になることを認めている[712]。

ⅲ）従属的監督、独立的監督、中立的監督

ライヒ監督についてではあるが、トリーペルは 1871 年ライヒ憲法 4 条によって規律されている原則的監督権を従属的監督と独立的監督に分割する[713]。そこでトリーペルにおいて、ライヒが既に立法権限を行使しており、ライヒの法律の執行を監視し、支邦国の活動が軌を一にしていなければならないライヒ法規範の存在を監督機関の活動が前提にしている場合に、その監督は従属的監督である[714]。しかしまた、ライヒの監督権限は既に発布されているライヒ法の執行

---

707 Triepel, Fn. (685), S. 153
708 Triepel, Fn. (685), S. 153
709 Triepel, Fn. (685), S. 153
710 Triepel, Fn. (685), S. 153
711 Triepel, Fn. (685), S. 154
712 Triepel, Fn. (685), S. 154
713 Triepel, Fn. (685), S. 371
714 Triepel, Fn. (685), S. 370

の監視には限られず、ライヒは立法によって規律することのできる全ての事務の領域において支邦国をコントロールすることができる[715]。そしてこのような、ライヒが立法をすることができるがしかしいまだにライヒ法律によって開拓されていない領域でのライヒのコントロール権が独立的監督と名付けられる[716]。そしてこの原則的監督が定められる憲法 4 条において定められている原則とは異なった原則に基づいているライヒ監督の第三の形態が中立的ライヒ監督と名付けられる[717]。そしてトリーペルにおいて憲法 4 条とこれに遡る特別の憲法条項に基づくコントロールはライヒ法秩序の維持に対するライヒの利益や直接的なライヒの利益を満足させるものであるのに対して、中立的監督はある支邦国の活動をその他の支邦国やライヒによって同等に扱われている諸権力の利益と一致させることに奉仕し、あるいは支邦国内部での主要な構成要素の間での和平を維持することを意図するライヒ監督であり、裁定を行い、調停を行う監督である[718]。この中立的監督は専らではないものの憲法 76 条に規定を持っているものと理解される[719]。トリーペルにおける中立的ライヒ監督はライヒが裁判官として現れ、その保護のためにライヒが呼び起こされるフレムドな利益を守るものである[720]。

ⅳ）自律的作用領域と監督

さらに、支邦国に対するライヒの監督について、支邦国の自律的作用領域におけるライヒの監督が問題となる。トリーペルによれば、支邦国の自律的作用領域にあたる限りで支邦国に対する監督権はライヒに帰属しないという主張は強く反論を受け、支邦国に残される自律的作用領域に対してもライヒの Oberaufsichtsrecht が及ぶことを国家任務の概念上必然的な全体性が要求するというツォルンの批判が最も顕著な反論として掲げられる[721]。そしてツォルンはこの批判をライヒの主権から論理的に必然的に引き出される帰結であるとしている[722]。さらに、団体設立の論理的法則、支邦国の主権の欠如、連邦構成員に対するライヒの一般的支配から帰結するコントロール権を憲法 4 条で基礎付

---

715 Triepel, Fn. (685), S. 370
716 Triepel, Fn. (685), S. 370
717 Triepel, Fn. (685), S. 371
718 Triepel, Fn. (685), S. 371
719 Triepel, Fn. (685), S. 371
720 Triepel, Fn. (685), S. 453
721 Triepel, Fn. (685), S. 363
722 Triepel, Fn. (685), S. 363

けられる原則的監督と対置される一般的監督権とするキーファーの一般的監督権の理論が掲げられる[723]。またこのような理論を基礎付ける他の理由付けとして、一つにはライヒは支邦国がその権限を逸脱しないように支邦国の固有作用領域に対して監督を持たなければならないことと、もう一つには各々の団体構成員は団体目的を妨害しないことを義務付けられており団体は構成員にこのような妨害をしないことを求める権利を有し、自律的領域で団体にとって有害な現象を阻止するためにこの自律的領域に対してもコントロールを持たなければならないという理由付けが紹介されるものの、このような理由付けは誤りであるとして否定される[724]。すなわち、一方において支邦国が支邦国とライヒの間で引かれた権限の限界をライヒの意思無しに逸脱することは許されないこと、ライヒがそのような権限逸脱など措置の試みに対して消極的監督の手段を用いて対抗することができるということは自明であるが、他方においてライヒがこのような消極的監督を行うときには、支邦国の自律的作用領域で支邦国をコントロールしておらず、支邦国の固有領域に介入しているのではない[725]。例えば支邦国が支邦国憲法に関税制度についての規定を設けているときに、ライヒが支邦国に租税制度を定める権限を与えずこれを禁じるならば、ライヒは支邦国をその自律的領域の中で監視しているのではなくて、ライヒの事務である領域の中で監視していることになり、ここでライヒが行う監督はライヒ憲法 4 条及び 17 条による原則的監督に他ならないという[726]。すなわち、ライヒはここでライヒ法律の執行を監視するのみであり、ライヒ法律はラント法律に優越すること、租税制度についての立法は排他的にライヒの事項であることが定められている憲法の遵守を監視しているだけであり[727]、したがってこのような監督は支邦国の自律的領域に及ぶものではないと考えられているのである。

また支邦国の自律的作用領域におけるライヒの監督が問題となる場合として、委任された作用領域において支邦国の高権の行使がライヒの組織、ライヒの事務の運営、支邦国の憲法上の連邦的義務と衝突する場合に支邦国は高権の行使を控えなければならず、ライヒは監督の手段を用いて執行を阻止し、不作為を

---

723 Triepel, Fn. (685), S. 363
724 Triepel, Fn. (685), S. 363-364
725 Triepel, Fn. (685), S. 364
726 Triepel, Fn. (685), S. 364
727 Triepel, Fn. (685), S. 364-365

強制する権利を有するということが言及される[728]。具体的には、王位継承の事務や摂政の事務を規律することは支邦国の事項であって、ライヒは王位の争いに介入する権限を自らに与えなかったが、しかしこの争いのために支邦国がもはやライヒに対する義務を履行することができないような場合に、ライヒは監督権限を働かせる権限があり、支邦国のライヒ外の国家との王家統合によってライヒの利益が危殆に晒されるような場合に、支邦国は即位を阻止する権限があるというのである[729]。また、支邦国の予算は支邦国の自己決定の下で立てられるが、ライヒは支邦国によるライヒ法律の運用のために必要な支出が予算案に入れられることを監督する権利を有する[730]。トリーペルにおいて一つには支邦国政府や司法国警察による危険に対してライヒの国際法的地位を保護しなければならない状況になるときに支邦国に留保された領域とライヒの権限が抵触することは主張される[731]。そしてもう一つには支邦国の自由な運用に委ねられた大使館や領事館の交流、支邦国の自律的作用領域における国家契約の締結、支邦国の財務管理をライヒの国際法的諸関係は妨害することができないことは明らかであるが、支邦国がその活動を国際法と整合させることに対してライヒは国際法の諸原則に従って外国に責務を負っている[732]。この理由からトリーペルは、ライヒ権力は国際政策の侵害に対しても外国による要求に対しても監視行為によって自らを保護する可能性を有していることは不可欠であるという[733]。しかしトリーペルによれば、そのような場合にライヒの監督は支邦国に留保された領域の中で行われていると言えるのかについて、疑問が持たれる[734]。トリーペルにおいてこのような事案は、ライヒの利益や権限を侵害するために支邦国の自律的作用領域を逸脱し、この関係の故にライヒの事務でありライヒの立法によって規律されうる事柄であるから、この場合にライヒは支邦国に留保された領域に対して一般的監督を行っているのではない[735]。このような場合においてライヒは支邦国法律の執行を監視しているのではなくて、ライヒ法律の遵守を監視しており、その行動を法的に承認されたライヒの生活利益と適合させ

---

[728] Triepel, Fn. (685), S. 365
[729] Triepel, Fn. (685), S. 365
[730] Triepel, Fn. (685), S. 366
[731] Triepel, Fn. (685), S. 367
[732] Triepel, Fn. (685), S. 367
[733] Triepel, Fn. (685), S. 367
[734] Triepel, Fn. (685), S. 368
[735] Triepel, Fn. (685), S. 368

ることを連邦構成員に義務付けるライヒ憲法の原則を守っているのである[736]。結局トリーペルはヘーネルに賛同して、ライヒの監視権の対象はライヒの立法権の対象と重なり合うという[737]。そしてトリーペルにおいて以上の考察に基づいてライヒの監督は、従属的監督であっても独立的監督であっても、支邦国に留保された自律的作用領域に及ぶものではない。このようにしてトリーペルにおいて、ライヒの立法権限が及んでいない支邦国の自律的作用領域に対してライヒの側から行われるような、一般的監督権というものは否定された[738]。

ｖ）監督手段

監督の手段について、トリーペルによれば、ライヒの特別立法が監視活動について規定を定めなかった限り、憲法がライヒに権限を与えているならば憲法は必要性と有用性を考量してその権限を行使するために相当と認められるあらゆる手段をライヒに用いさせようとしているという命題に遡らなければならない[739]。トリーペルにおいては、ライヒは法律上定められた手段を割り当てられているなどということではなくて、法律が特定の場合に監督行使の形態を特別に定めなかった場合に、ライヒは監督目的を達成するために必要かつ相当なあらゆる手段を用いることができるという[740]。このようにしてトリーペルは今日的な法律の留保の原理に基づく監督手段の列挙を否定している[741]。そしてこのことは憲法で監督手段が掲げられていない場合、憲法が監督行為の形態を明確にすることが必要な一般的な表現で定めた場合に妥当する[742]。トリーペルによればライヒには第一に監督を行うために不可欠の閲覧権が帰属し、異議、認可の拒否、監督権的命令及び禁止はこの閲覧を前提としている[743]。閲覧はコントロール機関の裁量にしたがって行われ、これに対応して支邦国政府は要求に応じてライヒ政府に情報を与え活動、帳簿、会計の検査のための委員、施設の視察のための委員、職員の業務の監視のための委員を受入れることを義務付けられ、この要求がなされる度合いが達成されるべき目的と釣り合いが取られてい

---

736 Triepel, Fn. (685), S. 368-369
737 Triepel, Fn. (685), S. 369
738 Kahl, Fn. (32), S. 176
739 Triepel, Fn. (685), S. 625
740 Triepel, Fn. (685), S. 625
741 Kahl, Fn. (32), S. 176
742 Triepel, Fn. (685), S. 626
743 Triepel, Fn. (685), S. 626

るという条件の下で監督手段が講じられる[744]。そしてトリーペルによれば、観察と解明は法的に重要でない活動であり、国の権限ともいえない[745]。トリーペルにおいて国家的監督はある人の行為を一定の規範と一致させる目的を追求する国家活動であり、この最終目的を考慮に入れずに監督が監督されるものの監視に過ぎない限りでは、このような監督行為は法的に重要でない[746]。そしてトリーペルは、関連する事実状況の知覚や観察はそもそも法規範によって規律されていない活動であるとして行政行為の形式の考察において考慮外とする[747]ベルナツィクの著作を引用する[748]。トリーペルによれば国家官庁がある人の適切な振る舞いを確保するためにその者の自由に介入し、情報を要求し、調査を行うときにはじめて観察が法の枠内で行われ、主観的権限の内容となる[749]。このようにしてトリーペルは純然たる監視にも監督の性格を認めるヘーネルと対照的であるといわれる[750]。

そしてトリーペルにおいても予防的監督手段と抑止的監督手段が区別されている[751]。トリーペルにおいて、ライヒの指揮が外国へ国内裁判権を不適法に適用することを権限紛争の提起によって防ぐよう支邦国政府に指示すること、ライヒ政府がライヒ憲法やライヒ法律と抵触する内容を持つ支邦国法律の草案に対して反対する立場を表明することは予防的監督に該当する[752]。そして抑止的監督の手段については連邦参議院に帰属する監督権限と皇帝に帰属する監督権限とが区別されることとなる[753]。

---

744 Triepel, Fn. (685), S. 626
745 Triepel, Fn. (685), S. 117
746 Triepel, Fn. (685), S. 117
747 Bernatzik, Edmund, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886 (Neudruck, 1964), S. 3
748 Triepel, Fn. (685), S. 117
749 Triepel, Fn. (685), S. 117
750 Kahl, Fn. (32), S. 174, 渡邊・前掲脚注 5）226 頁もまた、「単なる事実の観察そのものをも監督作用の中に包含せしめること」をもってヘーネルの見解の特徴としている。ただ、ヘーネルがこのような理解に立っているのは 1871 年ビスマルク憲法 4 条における帝国の Beaufsichtigung に関してであって（Haenel, Fn. (380), S 299）、自治体に対する国家監督に関するヘーネルの理解は上述のとおりである。
751 Triepel, Fn. (685), S. 627
752 Triepel, Fn. (685), S. 627
753 Triepel, Fn. (685), S. 630

vi）監督基準

従属的監督における監督の基準について、トリーペルにおいて従属的監督の基準は専ら法的基準であるのか目的適合性の規範にもその基準があり得るのか、ライヒはライヒ法律の執行にかかる支邦国の行政を法的観点に従って審査することに限られるのかライヒはその際に行われている行政行為の必要性と目的適合性をもコントロールすることができるのかが問題となる[754]。支邦国の官庁的職務監督の場合には監督官庁は明らかに監督される者の行為の法適合性をコントロールする権限もあれば目的適合性をコントロールする権限もあるのであるが、ライヒ監督はこのような職務監督と基本的に関係がなくて、ライヒ監督においては官庁に対する官庁の関係ではなくて国家に対する国家の関係が問題となるのであり、この点において自治体に対する国の監督に対して妥当している諸原則を援用することが自然であるという[755]。そして目的適合性コントロールは監督されるものを法コントロールよりも強力に監督者の意思に服従させることを意味し、ドイツ自治法の展開は国家が監督権を法コントロールに制約することによって公的ゲノッセンシャフトの自由をより多く承認したことを示している[756]。さらに、団体自治に対して支邦国憲法が要求するのよりも強い支邦国の自立性に対する介入をライヒ憲法は許容しようとしていないことが受け入れなければならないことが挙げられる[757]。しかしながらこうした考え方は、自治体に対する法適合性コントロールと目的適合性コントロールに対して一般的に妥当するドイツ法の原則は存在しないという事実と衝突し、また団体自治に関わるラント法規範の平均的内容として現行法は公的ゲノッセンシャフトに対する目的適合性コントロールを消滅させたことを確認することができると考える者も例外を認めなければならないという[758]。そしてトリーペルはロジンを援用しつつ、監督官庁の確認権と認可権は通常目的適合性考量に従った団体行為の審査をも含んでいると考えている[759]。そうしてトリーペルは、ライヒ監督の問題を決定するに際して、自治法の諸原則を援用することは不毛な試みであろうと評価するにいたる[760]。

---

754 Triepel, Fn. (685), S. 393
755 Triepel, Fn. (685), S. 394
756 Triepel, Fn. (685), S. 394-395
757 Triepel, Fn. (685), S. 395
758 Triepel, Fn. (685), S. 395
759 Triepel, Fn. (685), S. 395
760 Triepel, Fn. (685), S. 396

ⅶ）まとめ

以上で見たように、トリーペルにおいて Oberaufsicht は監督を受ける第三者の権利を前提としており監督を受ける団体は公的法的人格を有し、自治を有している。そしてトリーペルは組織的上下関係の欠如から監督の不在を導くことを拒絶して、支配関係の理論から監督を導き出すことを否定している[761]。トリーペルにおいても監督は団体に自律性を認めたことの不可欠の補足物である。そこで自律性は監督を受ける団体機関が自ら命令と処分を発しこれを実現する権限を有することを意味している。このようにして団体が自らの自律性に基づいて命令や処分を発する権限を有することからして、当該団体が法律や一般利益と抵触する活動をする恐れが生じることからして、当該団体の活動を法律及び一般利益と調和させる必要性が生じ、トリーペルにおける Oberaufsicht の任務はまさにこの点にある。トリーペルにおいて国家監督の目的は、国に服する者の活動を一定の標準と一致させることにある。そしてトリーペルにおいて国の監督に服する団体の国に対する関係は、国家領域で生活する自然人の国に対する関係と類似している。そしてロジンと類似してトリーペルにおける公的ゲノッセンシャフトは団体生活目的を履行する義務を国に対して負っている。一方において団体に対する国の監督は臣下に対する国の監督と類比され、もう一方において国家的任務の遂行を監視する職務監督とも類比される。トリーペルにおいて団体が国家的任務を委ねられるときには国は団体による国家的任務の遂行を監視するのであるが、この場合の監視の形態は職務監督の下位形態に位置づけられるのであった。この場合に監督を受ける自治体官庁は、自治体の官庁であると同時に間接的国家官庁に位置づけられている。トリーペルにおける Oberaufsicht もまた同時代人の説明と軌を一にして、一般国法の意味における上級監督権(jus supremae inspectionis)を指すものである[762]。しかしまたトリーペルにおいて Oberaufsicht は直接的監督と対置され、一方で国が団体構成員の活動を直接的に監視するときには直接的監督に該当し、国が団体構成員に直接的に監督を行うのではなくて団体の主要機関の団体構成員に対する監督活動を監督する場合には Oberaufsicht に該当する。この点において、トリーペルにおける Oberaufsicht を国が行う場合には監督を受ける団体に外皮が設けられ国は全体としての団体を監視することを意味する。この場合に一方において国の影

---

[761] Kahl, Fn. (32), S. 174-175
[762] Triepel, Fn. (685), S. 10

響力が縮減され、もう一方において団体の自治が強化される。この点にトリーペルにおける Oberaufsicht の積極的な意義が認められる。この点で単に上級監督権を旧来的な警察国家に属するものであるとするロジンのような叙述とは一線を画しているものと評価することができよう。トリーペルにおいて原則的監督の中で従属的監督と独立的監督が区別され、既にライヒの立法が行われている範囲で行われる監督は従属的監督に該当し、ライヒに立法権限があるけれどもいまだその立法権限が行使されていない範囲で行われる監督は独立的監督に該当し、従属的監督であれ独立的監督であれ、原則的監督はライヒの立法権限が及んでいる範囲で行われるものである。トリーペルにおけるライヒ監督の次の形態のものとして中立的監督が掲げられ、中立的監督は支邦国間の争いや支邦国の機関の間の争いを裁定するものであり、ライヒにとってフレムドな利益を保護するものである。トリーペルにおけるライヒ監督は支邦国の自律的作用領域に及ばず、監督の対象はライヒの立法権限が及ぶ対象と軌を一にしている。トリーペルにおいて監督を行うために国が用いることのできる手段は閲覧権から始まり意義、認可、命令、禁止を含み、監督の目的を達成するために必要かつ相当なあらゆる手段に及んでいる。トリーペルにおける国家監督の手段は憲法や法律で掲げられたものに限られず、国は監督によって達成される目的との関係で比例性が保たれている限りで、必要性と相当性を比較考量して許容される手段を用いることができるのである。この点においてトリーペルによる国家監督に対しては法律の留保の意味における監督手段の列挙主義の原則が妥当していないが、少なくとも比例原則に従って監督手段の動員を制約する方向性が示されていると評価することはできるであろう。トリーペルにおいても自治体に対する国家監督を目的適合性コントロールから切り離して法適合性コントロールに制約することによって公的ゲノッセンシャフトの自由や自治を強化する方向性が示されているが、自治体に対する法適合性コントロールと目的適合性コントロールに関して一般的な法則は認められず、国家監督を法適合性コントロールに制約するとしても常に例外がつきまとっている。自治体の活動に対する国の確認権と認可権はトリーペルにおいても目的適合性コントロールを含むものであり、この限りで自治体に対する国の監督は目的適合性コントロールにも開かれている。この点でトリーペルにおいても確認や認可という制度に伴った国家監督は監督を受ける団体の自由や自治を強力に制約するものであると理解されている。このようにして、トリーペルにおける、直接的監督と対置され

る意味での Oberaufsicht、ライヒの監督対象とライヒの立法権限事項との一致、監督手段の列挙主義の否定、監督手段の比例性に従った制約、確認や認可による目的適合性コントロールの理解が本稿の問題関心にとって重要なものであった。

（12）主観的公的権利としての自治権　ビューラー

ｉ）自治――主観的権利

ビューラーによれば、積極的主観的公的権利から、不作為を求めることを内容とする権利が区別され、この権利が成立するための条件には一般的に積極的権利のそれと同じことが妥当するが、この不作為を求める権利の重要な形態が依拠している行政の法律適合性という法命題はその効力において慣習法の助けを借りること無しには解明され得ない点で不作為を求めるこの権利は特別性を有している[763]。そしてビューラーにおいてこの不作為を求める権利の法命題の内容は、権利者が国、その他の公権力の担い手による一定の活動の妨害をやめることを求めることができるということであり、ビューラーは民法典 194 条による請求権の定義のアナロジーから諸権利の二つの主要な形態、すなわち積極的行為を求めることができる権利と不作為を求めることができる権利が請求権概念の下にもたらされるという[764]。しかしまた公法的不作為請求権の内容は積極的にも表現され、ビューラーによればこの不作為請求権は臣民の行為許容（Tundürfen）を保障しており、このことが主観的公的不作為請求権の本来的作用、すなわち、その国家権力に対する個々人の関係に基づく属性を明らかにしている[765]。そしてビューラーによれば主観的公的権利の性質はある法命題に基づいて生じる要求可能性（Verlangenkönnen）にあり、この法規に基づいて個々人は権利と呼ばれる地位を国に対して取得する[766]。ビューラーにおいて主

---

[763] Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 223. Kahl, Fn. (32), S. 284 は、ビューラーをフォルストホフやイプセンと同様の反多元的国家を支持する著者として掲げている。山本・前掲脚注 94）141 頁以下がビューラーの学説を比較的詳細に扱っている。また、中川喜朗『ドイツ公権理論の展開と課題個人の公法的地位論とその権利保護を中心として』法律文化社(1993 年)184 頁以下が保護規範説との関係においてビューラーを取り扱っている。

[764] Bühler, Fn. (763), S. 223

[765] Bühler, Fn. (763), S. 223

[766] Bühler, Fn. (763), S. 224

観的公的権利はこのような法命題によって成立し、要求可能に存する国家に対する個々人の地位として定義され、この定義をゲマインデ、その他の公権力の担い手に対する臣民の権利に類推適用することも困難ではないという[767]。結局ビューラーにおいて主観的公的権利は、臣民が行政に対して依拠することのできる個別利益の保護のために発布された強行的法命題や法律行為に基づいて国に何らかの要求を成すことができ、あるいは国に対して何らかの行為を行うことが許される、国家に対する臣民の法的地位と定義される[768]。そしてビューラーにおいて公法の不作為請求権は、国によって妨げられたり処罰されたりすることがあり得ること無しに国に対して何らかの行為を行うことができる権利であり、権限もまたこの主観的公的権利の一種であり、主観的公的権利に対して妥当することは権限に対しても妥当するのであり、行為許容を観念する限りで個々人に対する国やゲマインデの権利にも権限という表現が用いられる[769]。そしてこのような一定の活動に対する妨害の不実行を求める主観的公的不作為請求権は特別法に基づくものであり、行政の法律適合性の原則の反射である一般的自由権から際立つ権利であるとされる[770]。

そうしてビューラーにおいて主観的公的権利との関連で自治権の性質が問われることとなり、ビューラーによれば法律が明示的に自治権を権利としていることで納得は成されず、この自治権の性質をめぐる問題は実際にいくつかの困難な問題を秘めている[771]。そしてビューラーにおいてこのような自治権の権利たる性質は難なく肯定され、そこで自治権は自治に対する国家的介入の不実行を求めることを内容とする、国家に対する自治体の権利であり、許容の権利とされる[772]。すなわちビューラーは、国が都市やゲマインデの自治を基本的な部分で我がものにしていた長きにわたった時代を全てのドイツ諸君主が克服したことを想起すれば自己行政を行うことをこの意味での権利と称することは理解できることであるというのである[773]。ビューラーにおいて自治権の内容は、固有事務を処理し、とりわけ固有財産を管理する権限であり、自治権の限界はゲマインデの組織体制、ゲマインデ機関の地位、事務遂行の形態についてのゲマ

---

767 Bühler, Fn. (763), S. 224
768 Bühler, Fn. (763), S. 224
769 Bühler, Fn. (763), S. 228-229
770 Bühler, Fn. (763), S. 235-236
771 Bühler, Fn. (763), S. 252
772 Bühler, Fn. (763), S. 224
773 Bühler, Fn. (763), S. 252-253

インデ法の規定、また相当数の実体的規定によって設定され、このような枠の中でゲマインデは国に対して活動の自由、ないしは自由裁量に従った行為の可能性を有している[774]。そしてビューラーにおいては、特別の規定が定めていない限り、公的アンシュタルトの運営や財産管理などのような個々の活動が目的不適合的に行われていることを理由とするだけでは監督官庁が介入することができないことが自治権の核心とされる[775]。このように、ビューラー自治権の核心を確保するためには監督官庁の介入が目的適合性の考慮に従って行われるのではなくて法適合性に限られることが原則として必要であると考えるが、しかしまたビューラーにおいても法律上特別の規定が存在するのであればゲマインデの個々の活動が目的適合性の考量に従って監督に服するとしても自治権の核心は侵害されないと考えられているものと解釈することができる。

ⅱ）固有作用領域と委任作用領域

ビューラーにおいてゲマインデの自治権とその他の行政権限を認めることは、国とゲマインデが異なった法人であることを前提とし、いずれにせよそのことはゲマインデの固有作用領域について妥当しており、具体的にこの固有作用領域として財産管理が念頭に置かれている[776]。そしてこの固有作用領域と並んでゲマインデは国家的事務も処理するのであるが、ビューラーにおいてこの国家的事務は委任作用領域とされ、警察がこの委任作用領域に属している[777]。ビューラーによればゲマインデがこのような委任作用領域の事務を行うときに、ゲマインデは国家官庁組織体の最下級の管轄であり、この場合に下級官庁が上級国家官庁に対して権利を有さないのと同じくゲマインデは上級官庁に対して権利を有さない[778]。しかしまたビューラーにおいてこのようなゲマインデの固有作用領域と委任作用領域の切り分けは疑いにかけられる[779]。そしてまた、自治権の多くの発露が国に対する許容の権利であるだけではなくて同時にゲマインデ構成員に対する高権でもあるということによってこの自治権の法的性質の問題が複雑になる[780]。ここでビューラーは自治体税法からの例を引き合いに出す。すなわち、ゲマインデは法律の定める条件に従って料金、分担金、税を徴収す

---

[774] Bühler, Fn. (763), S. 253
[775] Bühler, Fn. (763), S. 253
[776] Bühler, Fn. (763), S. 254
[777] Bühler, Fn. (763), S. 254
[778] Bühler, Fn. (763), S. 254
[779] Bühler, Fn. (763), S. 254
[780] Bühler, Fn. (763), S. 254

るなどの権限を有しているのであるが、法律が許容している限りでかつ法律が許容する手続の下でゲマインデが税を導入することを国は禁じることが許されず、個々人はゲマインデの租税権限に服している[781]。ここでビューラーによれば、ゲマインデが適法な形式でこのような税を導入した場合に、国の租税債権と同様に臣民にとって拘束的なゲマインデの租税債権が発生し、同じことが他の公的法的団体の課税権、地方シュタトゥートを発布する権利、警察活動の権利についても言える[782]。このようにしてビューラーにおいてゲマインデはこれらの権利を上に向かっても下に向かっても、すなわち国に対しても臣民に対しても主張することができ、この二重の作用によって自治権が特別の形態の概念になっている[783]。

ⅲ）自由裁量による監督

ビューラーによれば、ゲマインデ法と都市法で国とゲマインデの関係が規律され、国から干渉を受けること無しにゲマインデが処理し、あるいはこれに対してせいぜいのところ特定的な認可とその他の監督権限が国に留保されている事務の領域が定められたとき、このように保障された自治を行う可能性が十分な根拠を伴って権利と見なされた[784]。そしてビューラーは、公債や土地売却の認可などのように国が一定の監督行為の際に自由裁量を有し、国とゲマインデの間の権力領域が強行法によって限界付けられていない場合には自治権を語ることができず、新ゲマインデ法は自由裁量に従った介入の可能性を減少させており、強行法によって保護された自治の領域がますます広がっているという[785]。そしてビューラーは、この自治の領域の中で自由裁量の誤った適用を理由とするのではなくて一定の限界の著しい逸脱（最も外側の限界の逸脱）を理由としてのみゲマインデに対して介入することが許されることによって、自治権行使の審査可能性と旧来の見解に従った警察行使の審査の間の興味深い類似例が生じるという[786]。そのことを指し示す例としてビューラーは、行政裁判所は国の認可を要するゲマインデの決議の目的適合性ではなくて法適合性を、社会負担の徴収について形式的な点でだけではなくて法律上の客観的要件に関しても審

---

[781] Bühler, Fn. (763), S. 255
[782] Bühler, Fn. (763), S. 255
[783] Bühler, Fn. (763), S. 255
[784] Bühler, Fn. (763), S. 252
[785] Bühler, Fn. (763), S. 253
[786] Bühler, Fn. (763), S. 253

査するものとする関連裁判例を引き合いに出す[787]。ここではゲマインデの活動に対する自由裁量に従った監督が制約され、逆にゲマインデの活動をその自由裁量の誤用について監督に服させるのではなくて、警察の活動に対する裁判所の審査と類似して、法適合性のみについて監督に服させるという方向性が示されている。

ⅳ）監督に対する出訴可能性

バイエルンにおける法状況に基づいて、ビューラーによれば、自治権侵害を理由として例えば河川改修等の一定の計画遂行をゲマインデに義務付ける国家監督行為の取消しを求める訴えにおいて、自治権侵害は、国が積極的規定によって介入を授権されていない範囲でのみゲマインデの自治権及び国の不介入を求める請求権が及んでいるというように構成される[788]。そしてビューラーは、この国家監督行為である行政が授権の範囲内にとどまっているものと見なされる場合には、監督は根拠のない介入とは見なされ得ず、国が監督によって法律が要求するのよりも多くのことをゲマインデに求める場合には、ゲマインデの自治権は侵害されるという[789]。そしてビューラーによれば、土地の売却や共有地の分配といったようなゲマインデ法上ゲマインデの財産管理の事項での重要な決議の認可のような一定の国家監督行為について、これが国家官庁の自由裁量に委ねられることは疑問の余地がなく、この場合にゲマインデが認可を求める請求権を有さないことは争いがなく、ゲマインデの自治権を語ることはできない[790]。しかしまたもう一方でビューラーにおいて、積極的義務を課することを授権する規範の場合にもこの自由裁量が国家官庁に与えられるのか否かは疑問の余地がある[791]。そしてビューラーによれば、ゲマインデに対する国家監督の法律適合性の原則から、ゲマインデに義務の履行を課する国家監督処分は必要であるもののみを求めることができること、行政裁判所の審査はこの点に及びうるものでなければならないことが帰結する[792]。そしてビューラーによれば、旧来の見解によれば警察命令が授権規範の規定を満たしていることは必要ではなくて制限規範にのみ抵触することができなかったのと同様に、旧来の見解は

787 Bühler, Fn. (763), S. 253
788 Bühler, Fn. (763), S. 394
789 Bühler, Fn. (763), S. 394
790 Bühler, Fn. (763), S. 394-395
791 Bühler, Fn. (763), S. 395
792 Bühler, Fn. (763), S. 396

監督権の領域でも裁判所によって審査されない必要性と目的適合性の問題を設けており、このような旧来の見解は行政裁判所実務によって不当にも確立されてしまった[793]。すなわち、ここでゲマインデに対する国家監督は必要性と目的適合性にも及びうるものであり、この点において監督行為は行政裁判所の審査を受けない領域を含んでいる。

ビューラーは、給水などの任務がゲマインデによって処理されるのか否か、いかなる方法でゲマインデによって処理されるのかについて第一にゲマインデ参事会がゲマインデの自治権に基づいて決定すると定めるプファルツ・ゲマインデ法を引き合いに出しながら、しかしそれでもその際にゲマインデ参事会は専ら自由裁量に従って処分を行うのではなくて、自治権の行使は法律の基準に従ってゲマインデ法 1 条によってゲマインデ参事会に帰属するという[794]。そしてゲマインデ参事会が地方警察行政の必要な設置や措置を行うことを拒絶するときに、監督官庁はゲマインデ法 88 条 4 項に従ってゲマインデに義務の履行を促す権限を有するという[795]。そしてビューラーにおいて、保護されるべきゲマインデの自治権の内容的限界は法律に従って必要な措置のみが要求されることを許容されることによって形成されるということが強調される[796]。しかしまた、そのことからこの意味での必要性の要件が命令の法的有効性の前提条件とされてこれが行政裁判所によって審査されるなどという結論は引き出されず、ここでも必要性の問題は行政裁判所による審査に服さないと考えられている[797]。

ビューラーは、例えばゲマインデが田畑・森林管理者を取消し可能なやり方で指名し、このために動員された人員が不要であるかあるいは許容されないことが証明された場合に解任する義務を有するというプファルツ・ゲマインデ法の規定を引き合いに出し、この規定はゲマインデに対する監督官庁の強制を一定の条件の下でのみ授権しており、ゲマインデの自治権に対する介入のための監督官庁の自由裁量を認めることは明らかに基礎付けられていないという[798]。そしてビューラーにおいて、非常に不確定的な法律規定の適用が問題となる場合に、疑義のあるときに監督官庁の自由な介入権を認めるのではなくて、羈束

---

[793] Bühler, Fn. (763), S. 396
[794] Bühler, Fn. (763), S. 396-397
[795] Bühler, Fn. (763), S. 397
[796] Bühler, Fn. (763), S. 397
[797] Bühler, Fn. (763), S. 397
[798] Bühler, Fn. (763), S. 400-401

的規定と不確定概念を持つ規定も法的にコントロール可能なものと見なされている[799]。このようにビューラーにおいては、法律が一見してゲマインデに対する国の監督を漠然とした定式で定めている場合であっても監督官庁の自由裁量は容易に認められず、このような規定は行政裁判所による審査に服する規定と見なされている。

またザクセンの法状況において、ビューラーによればどの範囲で監督によって行われた処分に対してゲマインデの官庁が取消訴訟を提起しうるかの問題は明らかではなくて自治権の性質についての行政裁判所の見解に依存している[800]。ビューラーによればバーデン-ヴュルテンベルクにおいては詳細な特別の規定によって法律上行政裁判所による自治権の保護が規律されたのに対してザクセンにおいてはこれに対応するようなものが欠けていたのである[801]。そしてこの問題についての行政裁判所判例を批判的に検討するには、とりわけ自治体の委任作用領域からの自立的作用領域の切り分けの問題に根本的に立ち入ることを要した[802]。ビューラーによれば初期の行政裁判所判例はしばしば、ゲマインデが国家組織体の最下級の構成要素と見なされる限り建築警察官庁として監督によって行われた処分に対して訴えを提起することができないことを強調した[803]。しかしこのようにしてゲマインデが国家組織体の最下級の構成要素と見なされるのではない場合には、行政裁判所はゲマインデに国家監督官庁の処分に対する取消訴訟を認めており、このような取消訴訟は当該処分がゲマインデにとって財政的な効果を伴う場合だけではなくて広範な範囲にわたって認められることとなった[804]。そしてビューラーによれば行政裁判所は自治権の保護をその活動の目的とし、この自治権はこれに対する介入が法律上の授権に基づいてのみ国家行政によって行われ得ることを内容とし、このようにしてゲマインデ及びその他の内部国家的団体の自治権が実効的に保護される[805]。そこでビューラーは、ザクセン行政裁判所は国家行政の法律適合性の原則を自治権の領域での介入に対しても貫徹しているという[806]。しかしビューラーにおいてどの範囲でゲ

---

799 Bühler, Fn. (763), S. 401
800 Bühler, Fn. (763), S. 443
801 Bühler, Fn. (763), S. 443
802 Bühler, Fn. (763), S. 443
803 Bühler, Fn. (763), S. 443
804 Bühler, Fn. (763), S. 443-444
805 Bühler, Fn. (763), S. 444
806 Bühler, Fn. (763), S. 444

マインデの官庁が監督によって行われた処分に対して取消訴訟を提起することができるのかという問題に対する行政裁判所判例の批判的考察はこれ以上に委任作用領域からの自立的作用領域の切り分けの問題に立ち入って行われはしなかった[807]。

ｖ）まとめ

以上で見たことをまとめると、次のことが言える。ビューラーはゲマインデとその他の団体に自治権を認め、この自治権を主観的公的権利に位置づけている。ビューラーの展開する主観的公的権利は権利者の活動に対する国や公権力の主体による妨害の不実行を求める、不作為請求権を内容としている。したがって、自治権を有するゲマインデなどの団体は自治権を認められている領域で活動するにあたって、国による妨害の不作為を求めることができる。この自治権は積極的には権利者の行為許容を保障するものである。そして主観的公的権利たる自治権は行政の法律適合性原則の反射である一般的自由権から際立っており、特別の法に基づくものである。そしてこの自治権の内容はゲマインデの固有事務の処理、固有財産の管理の権限である。自治権の限界は法律によって定められ、自治権が認められる枠の中でゲマインデは自由裁量に従って活動することができる。自治権が認められる範囲内で国は原則としてゲマインデの個々の活動について目的適合性のコントロールをすることを許されない。そして国がゲマインデの個々の活動の目的適合性コントロールを行うには特別の法律上の根拠を要するものとされ、このことがビューラーにおける自治権の核心である。ビューラーにおいても原則的にゲマインデの固有作用領域と委任作用領域が区別され、ゲマインデが固有作用領域で事務を処理する領域ではゲマインデの自治権が及んでおり、ゲマインデが委任作用領域の事務、すなわち国家的事務を処理するときには、ゲマインデは最下級の国家官庁に位置づけられている。しかしまたこのような固有作用領域と委任作用領域の分割は疑いにかけられるのであった。ビューラーにおいてゲマインデの自治権は国に対する権利であると同時に、租税権限に代表されるようなゲマインデ構成員に対する高権でもある。そしてビューラーにおいて、ゲマインデは国から干渉を受けること無しに、あるいは国に特定的な認可、その他の監督権限が法律で定められてのみ自らの事務を処理することができるときにはじめてゲマインデの自治を権利と見なすことができる。そして、国が自由裁量に従って監督的介入を行うこと

807 Bühler, Fn. (763), S. 443

ができ、国の権限が強行法によって限界付けられていない場合には、ゲマインデの自治を権利と見なすことはできない。ビューラーによれば、認可のようなゲマインデの活動に対する自由裁量的な監督は限定されるべきであり、ゲマインデに自治権が認められる領域では、国はゲマインデの活動について一定の限界の著しい逸脱を監督すべきである。ビューラーにおいて、国が積極的規定によって介入することを授権されていない場合にゲマインデは国の不介入を求める権利を有する。そしてそのような場合に国が介入すると、そのことはゲマインデの自治権侵害に該当するものと見なされている。これを裏返せば、国は法律によって授権されている限りでゲマインデの自治に対して監督によって介入することができる。ビューラーにおいてもゲマインデの土地売却といった重要事項は国の認可を要し、この認可を与えるか与えないかは国家監督官庁の自由裁量に従って決定されるものである。そしてこのようにして国に自由裁量が認められる場合にゲマインデは認可を求める請求権を有しない。ビューラーにおいて、法律がゲマインデに積極的義務を課することを国家官庁に授権するとき、国家官庁な必要と認められる範囲内でのみこのような義務を課することができ、この必要性考量は行政裁判所の審査に服する。しかし法の現実においては国家監督がゲマインデの活動の目的適合性にも及び、なお且つ監督官庁による目的適合性考量は行政判所の審査に服さないため、ゲマインデの一定の活動について国家監督に服するにもかかわらず行政裁判所の審査には服さない領域が存在していることも認識されている。またビューラーにおいて、ゲマインデに対して法律に従って必要性が認められる範囲内で監督官庁が要求をなすことができることが自治権の内容的限界である。しかしまたこの必要性は国家監督の法的有効性条件ということはできず、監督によるゲマインデに対する要求の必要性は行政裁判所の審査には服さない。またビューラーにおいて、監督に際して適用される規範が不確定的概念を含んでいる場合であっても、監督官庁に自由裁量は容易には認められず、このような規範の適用は行政裁判所の審査に服するものとされる。ビューラーによれば、行政裁判所判例においても、国家監督官庁の処分に対して広範な範囲でゲマインデは行政裁判所に取消訴訟を提起することができるようになった。ビューラーにおいて主観的公的権利であるゲマインデの自治権から、ゲマインデの自治に対する国家監督の介入は法律の授権に基づいてのみ行われるのでなければならないことが導かれた。しかしまた法の現実においてはゲマインデが国家組織体の最下級の構成要素と見なされ、この

場合にゲマインデが国家官庁システムの上下関係の秩序に取り込まれ、従ってゲマインデが国家官庁の監督処分に対して取消訴訟を提起することのできない領域が存在することも認識されている。そしてどのような場合にゲマインデが国家監督官庁との関係で官庁システム内部での上下関係に服するのか、どのような場合にゲマインデが官庁内部の上下関係には服さない自立的な存在であり監督に対する取消訴訟を提起することができるのかは、監督を受けるゲマインデの当該事務が委任作用領域に分類されるのか、自立的作用領域に分類されるのかに依存しているとビューラーは考えているようであるが、この点は十分に解明されなかった。

3　小括

（1）自治、自立性、人格、権利、自由

ここでひとまず、上で眺めてきたヴァイマル体制成立以前の学説の展開を簡潔に整理することを試みたい。まずゲマインデのような自治体の地位についてである。初期の学説においては、シュタール[808]に典型的であるように、ゲマインデを不完全な財産管理能力しか持っていない未成年のような存在として取り扱う考え方が存在していた。このような考え方は国をゲマインデの後見人と観念する考え方と結びついており、この場合の監督はゲマインデの利益のためであるとしてなされるものであった。しかしまた学説においてゲマインデに自立性を認める見解が発生し、このような見解は次第に数を増していった。ここでゲマインデなどの自治体は、法的自立性を持った権利の担い手と見なされ、またロレンツ・フォン・シュタイン[809]におけるように自由行政の担い手と見なされるようになってくる。しかしまたゲルバー[810]によれば自治体は一方で完全な自律性を失い、国の支配に服従し国家権力の客体に位置づけられ、もう一方で固有生活を有する公的団体である。ゲオルグ・イェリネク[811]において公的団体は人格の性格と人格を有さない機関の性格を併せ持っている。そこでゲマインデのような公的団体は国から派生するインペリウムを行使するのであり、国とは異なって始原的なインペリウムを持つのではないことによって国から区別さ

---

808 シュタールについては、本稿Ｉ２(1)　後見―保守主義的展開　シュタール。
809 シュタインについては、本稿Ｉ２（4）　自由行政原理　ロレンツ・フォン・シュタイン。
810 ゲルバーについては、本稿Ｉ２（3）ｉ）ゲルバー。
811 ゲオルグ・イエリネクについては、本稿Ｉ２（3）iii）ゲオルグ・イェリネク。

れる。シュルツェ[812]においては、自治体は独自の公的権利領域を有する公法の自立的団体に位置づけられ、ここでゲマインデは公的アンシュタルトと見なされなかった。そしてアンシュッツ[813]においてゲマインデは国の傘下に置かれた公法の団体であった。レーニング[814]においては、一方でゲマインデには国に対する独立性が否定されてここでゲマインデは国の機関として取り込まれ、もう一方でゲマインデは自立的団体に位置づけられている。またザイデル[815]におけるように、ゲマインデは一定の行為の自由を有するものと見なされ、自由意思に基づいて処理すべき任務を有するものと位置づけられる。また、ヘーネル[816]は自治体を国から自立した団体として位置付け、この場合に自治体は Korporation として観念される。さらに、ゲオルグ・マイアー[817]において、自治体は下位に位置づけられる国の構成要素であり公法及び私法の権利主体であるが、自治体には一定の範囲内で規範制定権が割り当てられ、この場合にゲマインデは自らを律するという意味における自律性をも有している。そしてゲオルグ・マイアーは一つにはゲマインデと、もう一つにはクライス、ベツィルク、プロヴィンツという広域的団体を区別し、前者には固有の権利主体性を認めるが後者には固有の権利主体性を認めない。ここで広域的団体の行政は国家行政に位置づけられるものであった。F・F・マイアー[818]において自治体は、自らの機関を通じて自由な自己決定によって自らの目的を追求する公共体であり、自治体は国に対して自立的領域を有し、それとともに国家権力に類似の公権力を行使する。F・F・マイアーにおいて国に対する自治体の関係は国に対する個々人の関係に類比された。また、ギールケ[819]に代表されるように、ゲノッセンシャフトとしての自治体の側面を際立たせる一連の見解が登場しはじめた。そこでベール[820]におけるように、ゲマインデは自らの裁量にしたがって自らの自由な活動に基づいて自らの目的を実現するゲノッセンシャフトと見なされた。またギールケ

---

812 シュルツェについては、本稿Ⅰ2（3）ⅴ）ヘルマン・シュルツェ。
813 ヴァイマル以前のアンシュッツについては、本稿Ⅰ2（8）ⅳ）アンシュッツ。
814 レーニングについては、本稿Ⅰ2（6）ⅱ）レーニング。
815 ザイデルについては、本稿Ⅰ2（6）ⅲ）ザイデル。
816 ヘーネルについては、本稿Ⅰ2（7）　実質的国法学　ヘーネル。
817 ゲオルグ・マイアーについては、本稿Ⅰ2（8）ⅰ）ゲオルグ・マイアー。
818 F・F・マイアーについては、本稿Ⅰ2（9）　国に対する個々人の地位との近接性　フリードリヒ・フランツ・フォン・マイアー。
819 ギールケについては、本稿Ⅰ2（10）ⅱ）オットー・ギールケ。
820 ベールについては、本稿Ⅰ2（10）ⅰ）オットー・ベール。

においては、ゲマインデはその性質において国と同質的であり、国から派生するのではない始原的人格を有し、国から遮断されたオルガニスムスである。そしてこのような国とゲマインデの同質性はフーゴ・プロイス[821]において極められた。さらにロジン[822]においてゲマインデは、固有の生活目的、固有の人格を持つ非主権的公共体であり、ここでゲマインデは国に代わって国の名において高権を行使する存在にはとどまらない。ロジンにおいては、ゲマインデが国家アンシュタルトと見なされる警察国家のシステムと、ゲマインデが自立的法人格と見なされる法治国家のシステムが緊張関係に立っている。そしてここでゲマインデは国家アンシュタルトではなくて自立的法人格と見なされている。この点においてロジンの見解は、自治団体を国家アンシュタルトとして位置づけるボルンハック[823]のような理解と一見すると異なっている。ロジンにおいて国とゲマインデの相違は国が有する目的とゲマインデが有する目的の相違に存している。ロジンにおいて自治体がその生活目的を実現するために用いる手段は自治体の固有の権利と見なされた。トリーペル[824]において自治体に対する国のコントロール可能性から、国に対する自治体の従属関係が導き出された。そしてビューラー[825]においてゲマインデは主観的公的権利の一種である自治権を有する存在に位置づけられた。そしてその前提としてゲマインデは固有作用領域において国とは異なった人格を有する法人と見なされた。ビューラーにおいてゲマインデは自由裁量に従った行為の可能性を有し、国に対して一定の活動の自由を有するものと見なされた。

（2）政治的自治と法的自治――原理としての自治と権限としての自治

そして自治についての学説の展開は次のように描写される。ゲオルグ・イェリネクにおいては、自治の政治的概念と法的な性質が区別された。ここで政治的な意味における自治は利害関係人自身による公的利害領域での行政であり、法的な意味における自治は国の権限に対するこのような自治の主体である団体の権限の関係である。ハチェック[826]において自治は政治的制度に位置づけられ、

---

821 フーゴ・プロイスについては、本稿Ⅰ2（10）ⅲ）フーゴ・プロイス。
822 ロジンについては、本稿Ⅰ2（10）ⅳ）ロジン。
823 ボルンハックについては、本稿Ⅰ2（6）ⅰ）ボルンハック。
824 トリーペルについては、本稿Ⅰ2（11）Oberaufsicht の理論　トリーペル。
825 ビューラーについては、本稿Ⅰ2（12）主観的公的権利としての自治権　ビューラー。
826 ハチェックについては、本稿Ⅰ2（3）ⅳ）ハチェック。

ここで自治体は国家目的のために動員される。そしてハチェックにおいて自治は国家行政と見なされている。ロレンツ・フォン・シュタインにおいて自治は、国家行政と対置される自由行政の中にあり、このような自治は執行権、命令権、組織権、処分権を包含しており、個別任務における経済自治をも含んでいる。グナイスト[827]において自治は、経済的自治と官憲的自治に分けられる。ここで経済的自治は被選挙的な board のシステムであり、官憲的自治は名誉官職によるセルフ・ガバメントのシステムである。そしてここでも自治は国家行政の領域に属するものと見なされた。ボルンハックによればグナイストの理解における自治は純粋な政治的概念である。ボルンハックにおいて自治団体は国家アンシュタルトに位置づけられた。しかしまたボルンハックにおいても、自治体にとって法人格が不可欠のものと見なされ、自治行政は国から区別される自立的団体による行政である。ボルンハックが自治団体を国家アンシュタルトと見なすことの意味は、自治団体が国から独立して存続するのではなくて国からその存在を引き出して始めて存続しうるということであり、このような自治団体が法人格を有していることについてボルンハックの理解はロジンの理解と共通してもいる。レーニングにおいて自治は、何らかの法命題を直接的に引き出すことはできない政治的原理であった。ザイデルにおいて自治は、国による恣意的な介入から遮断されている。ゲオルグ・マイアーにおいて自治は名誉官職による行政にくみ尽くされず、被治者に属する被職業的官吏による行政権限の行使を意味していた。そして一方においてゲオルグ・マイアーにおいても自治は政治的概念であり、組織形成における立法原則であるが、またもう一方において国の下位に位置づけられる公共体による公権力の行使である。ザルヴァイ[828]において自治は、利益代表の行政への参加としての自治、名誉官職による行政としての自治、国法原理としての自治、自治体による行政としての自治へと分解される。アンシュッツにおいて自治は政治的概念、行政の組織形成における立法原則であると同時に、自立的な公法的団体による公的権力の行使を意味する。ゲマインデの活動に対する国の認可権や確認権を、可能な限り必要なものに限定することにアンシュッツにおける立法原則としての自治の意味があった。アンシュッツにおいても政治的自治と法的自治が区別され、ここで政治的自治は名誉官職による行政であり、法的自治は自立的団体、自治体、法人団体、アン

---

827 グナイストについては、本稿Ⅰ2（5）ⅰ）グナイスト。
828 ザルヴァイについては、本稿Ⅰ2（8）ⅱ）ザルヴァイ。

シュタルト的団体による行政である。このようにして学説において自治の担い手の自立性の観念が安定化しはじめ、後にこの自立性の観念から事務遂行における固有責任の原則が生じることとなった[829]という理解が妥当である。

ギールケ的なゲノッセンシャフト理論の継承者たちは自治をどのように分析したか。ロジンにおいて、自立的法人格が自らの手段を用いて自らの事務を処理することが法的な意味における自治であり、これが団体自治と呼ばれる。そしてロジンにおいて、行政の組織形成に対する住民の参加が住民自治と名付けられる。ロジンにおけるこのような住民自治は、ザルヴァイにおける利益代表の行政への参加としての自治に対応するものであるように見える。そしてロジンにおける団体自治は、アンシュッツにおける自立的公共団体による公権力の行使、ザルヴァイにおける自治体による行政としての自治、ボルンハックにおける自立的団体による行政、ロレンツ・フォン・シュタインにおける自由行政体の執行権、命令権、組織権、処分権に対応するものであるように見える。そしてここでは、グナイストにおける官憲的自治とは異なって、行政が名誉官職によって行われるのかどうかは明示的には問題とならず、さらにゲオルグ・マイアーにおけるのとは異なって、行政が被治者に属する非職業的によって行われるのかも明示的には問題となっていない。ロジンにおける団体自治にとって本質的なのは国から区別される法人格を有する団体が自らの手段を動員して行政を行うということなのであって、その際に行政が自治体の名誉官職者によって行われるのか、非職業公務員によって行われるのか、素人公務員によって行われるのか、それとも職業公務員によって行われるのかというレベルの問題ではない。ロジンにおいて特殊なのは、委任作用領域においてゲマインデ住民は国家住民として国家事務を管理すること委ねられる、と定式化されることであり、そしてここで委任事務の処理は団体自治ではなくて住民自治に分類されることである。ロジンにおいて委任事務は国家行政への国家住民の参加とされ、委任作用領域は行政に対する住民の参加の要素によって特徴付けられるのである。またロジンにおいて自治は公法的な高権の行使の要素と私法的な財産権の行使の要素を併せ持っている。ここでロジンにおいて、自治は純粋に政治的な概念であるのではなくて法的な意味をも有している。このようなロジンによる住民自治と団体自治の区別は、フーゴ・プロイスによって基本的に受け継がれる。フーゴ・プロイスにとって住民自治はグナイスト的な名誉官職による国家

[829] Kahl, Fn. (32), S. 183

行政を意味していた。そしてそこで団体自治は法人団体による行政である。フーゴ・プロイスにおいて住民自治は国家生活へのフォルクの参加であり、政治的概念である。これに対して団体自治は自治体のような領域団体の固有の権利主体、すなわち公法の法人としての承認という法的な意味を持つ概念である。すなわち、フーゴ・プロイスにおいてロジンの分類における住民自治は政治的自治に対応するものであり、団体自治は法的自治に対応するものであるといえる。ただし、フーゴ・プロイスにおける住民自治はグナイストのいう官憲的自治に直接の影響を受けたものであり、名誉官職による行政の要素を際立たせている。すなわちフーゴ・プロイスにおいては、住民自治、グナイストのいう官憲的自治、名誉官職による行政としてのセルフ・ガバメント、フォルクの参加、政治的観念のラインと、団体自治、団体の法的承認、法的観念のラインが分かれている。そこで、グナイストは経済的自治と公的、法的自治を分別して後者に名誉職の要素を与えていたことを想起しなければならない。

このような学説のラインとはまた別の次元で登場するのがビューラーであった。ビューラーによればゲマインデの自治は主観的公的権利として承認されたものであり、そこで自治権が主観的公的権利として承認されたことの意義は、国によって不相当な介入がなされないことを求める請求権がゲマインデに与えられる、ということである。ここで自治権は、国に対する権利であると同時にゲマインデの各々の構成員に対する高権でもある。

（3）自治の反作用としての自治体の義務

このようにゲマインデなどの自治体は一定の活動の自由、自治、自治権を有するものと見なされたもう一方で、自治体は国に対して一定の義務を負うものとされた。ゲマインデを後見の必要のない成年者と見なすブルンチュリ[830]において団体の家事の中で団体の自由が認められる一方で、団体は国家機関の憲法的発展を妨害することは許されない。ライヒに対する支邦国の関係を支邦国に対するゲマインデの関係と類比するラーバント[831]によれば、ライヒに対する支邦国の上下関係において、支邦国に服従義務が存在している。ここで支邦国にはライヒの命令に服従することが義務付けられている。ゲオルグ・イェリネクにおいて公的団体は、共通利益の中にある目的に配慮する義務を国に対して負っている。他方、ロレンツ・フォン・シュタインにおいては、自由行政は国家

---

830 ブルンチュリについては、本稿Ｉ２（2）ⅱ）ブルンチュリ。
831 ラーバントについては、本稿Ｉ２（3）ⅱ）ラーバント。

行政に対する官職的服従には支配されない。しかしここでも自由行政の活動を国法と軌を一にして行わなければならない。グナイストによれば、都市行政の委任作用領域と自律的作用領域が区別された上で委任作用領域において都市の官吏は間接的国家官吏とされてここで都市行政官吏は国に対して懲戒的責任に服している。ザイデルにおいてゲマインデは、その固有作用領域で法律に対する服従義務にのみ拘束されている。ヘーネルにおいて自治体は、そのために自治体が形成されたところの共通目的を自立的行政権によって実現する責任を負っている。ゲオルグ・マイアーにおいて自治体の活動は国家生活の上位の要請と抵触しないように配慮されなければならないものとされていた。法律で許容された範囲内でのみ国家監督を認めるシュテンゲルにおいて、自らに委ねられた任務を処理することは自治体の公的権利であると同時に責務でもある。アンシュッツにおいて自治体の自治の権利は同時に自治体の公的法的義務を意味した。ここで自治体の権利的地位と義務的地位は法律によって限界付けられる。ギールケにおいて公的団体が固有の生活目的を追求し、その生活任務を遂行することは国に対する公的団体の公的義務と見なされた。トリーペルにおいて公的ゲノッセンシャフトは団体の生活目的を履行する義務を国に対して負っている。

（4）固有作用領域と委任作用領域

自治体に対する国の監督は多くの論者によって自治体の固有作用領域と委任作用領域の原則的な区別の下で描写された。シュタールにおいてゲマインデが国に固有の事務を行うときに、ゲマインデは国家機関として位置づけられた。シュルツェにおいて包括的な国家高権を委ねられる自立的団体の作用領域は自立的作用領域と委任作用領域に分けられた。ハチェックにおいては、ゲマインデの固有作用領域と委任作用領域の区別は実際上の意義を失ったものと見なされた。グナイストにおいて都市の委任作用領域と固有作用領域が区別され、委任作用領域において都市は国の職務を行っている。しかしグナイストにとってこのような区別は将来的に解消されるべきものであった。レーニングにおいて自治体の活動は全て国家作用と見なされ、自治体の任務は全て国家任務と見なされ、そこで自治体の固有作用領域と委任作用領域の区別は否定された。ザイデルにおいてゲマインデの固有事務と委任事務が区別され、固有事務はゲマインデの行政であり、委任事務は国家行政に位置づけられ、固有作用領域においてはゲマインデに活動の自由が認められた。ヘーネルにおいても自治体の固有

作用領域と委任作用領域が区別され、委任作用領域は国家固有のものであり、自治体自身が行政権限の法的主体である。ゲオルグ・マイアーにおいても固有作用領域と委任作用領域が区別され、固有作用領域は主に地方の需要に配慮するものであり、本来的に国の任務がゲマインデに委託された場合に委任作用領域に該当する。シュテンゲルにおいても固有事務の自立的行政と委任された公的事務が区別されるが、ゲマインデはこのいずれの処理をすることに対しても主観的公的権利を有している。アンシュッツにおいてゲマインデの作用領域に対して普遍性の原則が妥当した。ここでゲマインデの作用領域はゲマインデの領域と住民に公益的なものにあまねく及んでいる。ギールケにおいて、公共団体が国家的作用を国家機関として委ねられるとき、このような公共団体に固有作用領域が与えられる。フーゴ・プロイスにおいて委任作用領域における自治体の法的地位と固有作用領域における自治体の法的地位は区別されず、いずれにおいても自治体は国家官庁内部での従属関係には服さない。ロジンにおいては、国とゲマインデの目的関係から固有作用領域と委任作用領域が区別される。ここで固有作用領域はゲマインデが自らの手段を用いてその生活目的を実現する領域の全体であり、委任作用領域は国の名と委託において国の利益において国の手段を用いて行われる。ここで委任作用領域においては国家行政の目的を実現するために国とゲマインデが協力する領域である。このようなロジンにおける固有作用領域と委任作用領域のもとでも、いずれの作用領域もゲマインデの作用領域に該当するものでありゲマインデはいずれにしても国家官庁との関係で官庁内部の服従関係には入らない。委任作用領域においてもゲマインデは国家官庁との直接的な職務関係に服するものではない。トリーペルによれば、ゲマインデが国家的任務を委ねられて国の名において活動をするとき、当該ゲマインデは国の官職秩序に取り込まれる。そしてその際にゲマインデの機関は国家機関として扱われる。ビューラーにおいても原則的に固有作用領域と委任作用領域が区別され、固有作用領域は主としてゲマインデの財産管理である。警察のような国家的事務が国からゲマインデに委任された場合に、このような国家的事務は委任作用領域に該当する。そしてビューラーにおいてゲマインデが委任作用領域の事務を処理する場合には、そのゲマインデは国家官庁組織体の下級官庁に位置づけられた。ビューラーにおいて自治体の自立的作用領域と委任作用領域の区別の問題は、とりわけ国家監督の処分に対するゲマインデの取消訴訟の提起可能性の問題と結びつけられた。すなわち、委任作用領域にお

いてゲマインデは国家監督官庁との関係で下級官庁に位置づけられ、この場合にゲマインデは下級官庁が上級官庁に対して訴訟を提起することができないのと同様に、国家監督官庁を被告にして監督処分の取消訴訟を提起することができない。しかしビューラーにおいてもゲマインデの固有作用領域と委任作用領域の区別に対しては疑義が呈された。このようにして、自治体の固有作用領域と委任作用領域の区別は少なからぬ著者によって原則的には前提とされていた。一方においてレーニングのように、固有作用領域をも国家行政の一部に位置づける者や、もう一方においてとりわけフーゴ・プロイスのように委任作用領域における自治体をも国に対する従属関係に服さないものとする著者にとってこのような固有作用領域と委任作用領域の区別は実際上の意味を失った。このような区別は理論的なモデルとしては依然として観念されていたように思われるが、傾向として重要性を失い、これを完全に放棄しようとする者も少なからず存在していたといわれる[832]。上で見たレーニングやフーゴ・プロイスがまさにそうであるといえよう。しかしこのような固有作用領域と委任作用領域の区別は、別のかたちで言及され続けた。

（5）国家監督の手段

次に自治体に対する国家の監督に対する学説の展開を簡潔にまとめる。シュタールにおける後見的な監督は、国の側からゲマインデの利益を守るために行われるものであり、そこで監督はゲマインデの処分を制約するかたちで行われるものであった。ブラター[833]においてゲマインデは国家の後見に服さず、国はゲマインデの自立性を前提とする監督のみを行う。そこで監督は一定の活動を強制する後見とは異なって防御的にのみ行われる。ブルンチュリにおいて国の権利利益が侵害されるときに国の監督権が発動されるのであり、国は監督権によってゲマインデの堕落や権利濫用に対抗するために相当な手段を有している。ゲルバーにおいて国家監督は、都市の活動が全体利益に適うように行われることに及ぶ。ラーバントにおいて監督は私人の権利救済の性格を有さず、国家監督は私的利益が侵害されていないときであっても職権によって行われうる。ここで監督は団体に対して行われるのであり、団体の官庁に対して行われるのではない。ゲオルグ・イェリネクにおいて国家監督は、地方行政の良さと適法性を保障するために要請される。ハチェックにおいて国家監督は、公的団体が任

---

[832] Kahl, Fn. (32), S. 180-181

[833] ブラターについては、本稿Ⅰ2（2）ⅰ）ブラター。

務を行うよう促進するようにも、公的団体の権限踰越を防止するようにも行われる。公的アンシュタルトに対して国は指揮権を有するのに対して、公的ゲノッセンシャフトに対して国は監督を行い、ここで監督は公的ゲノッセンシャフトの活動の適法性にのみ及んでいる。このような監督は国の確認権に始まり、自治体の活動の認可をも含んでいる。シュルツェにおいて国家監督は、ゲマインデがその権限を逸脱し、あるいは義務を懈怠することによって国家秩序が乱される場合に行われるものであり、基本的にゲマインデの活動の法律違反にのみ及ぶものである。シュルツェにおいて国家監督は国と自治体の間の上下関係に基づくものであった。しかしまたここで、国家官庁の監督に対して自治体の権利領域は行政裁判所による保護を受ける者と見なされた。ロレンツ・フォン・シュタインにおいて Oberaufsicht は自由行政団体の自律性と国家の側の利益を調和させる任務を有する。ここで Oberaufsicht は自由行政と国家行政の一体性を確保する、グナイストにおいて Oberaufsicht は国家秩序の維持と臣民の保護を目的とし、自治体の活動に対する国の確認権と異議権を含んでいる。ボルンハックにおいて Oberaufsicht は公的団体のコントロールであり、そこで Oberaufsicht は法律違反が行われていないときであっても行われうる。ボルンハックにおける国家監督は、一般の安寧、安全、秩序を維持し、確認することを目的とする。そこで一般の安寧、安全、秩序を確立するために行われる措置は Oberaufsicht に属していない。Oberaufsicht は事実状況の確認にくみ尽くされるものである。ザイデルにおいて国家監督は、法律に対する自治体の服従義務を実現することを目的として行われる。ここで監督官庁の自由裁量に従った認可という形態での監督は後見的なものと位置づけられた。ここでも監督は、自治体の活動によって影響を受ける第三者の権利利益を保護するために行われるのではなくて、自治体が公的義務を履行し、法律を遵守することを確保するために行われるものであった。ヘーネルにおいて、自治体の任務遂行と権限行使は当該自治体の国に対する法的義務であるということから国家監督が基礎付けられる。ここで国家監督は消極的にも積極的にも作用するものであった。ゲオルグ・マイアーにおいて国家監督は、ゲマインデの権限行使を法律と国家生活の要請と一致させること、ゲマインデの財産管理が適切に行われるように配慮することを目的とする。ザルヴァイにおいて自治体機関は法律を遵守する義務を負っており、このことから国家監督が基礎付けられた。ここで国家監督は、原則として自治体機関の活動の法適合性と法律適合性を監視することに限定さ

れた。シュテンゲルにおいて国家監督は、国家意思の統一性から導かれる行政の統一性と均等生によって基礎付けられた。そしてここで Oberaufsicht はゲマインデによる公的事務の管理と、ゲマインデの財産管理を含んでいた。アンシュッツにおいて国家監督は国家官庁内部でのヒエラルヒー秩序から基礎付けられるのではなくて、国に対する自治体の権利的地位と義務的事務の承認から基礎付けられる。ここで国家監督の目的は、自治体による義務の履行を強制することである。ここで国家監督は原則として法適合性コントロールに限定されるが、認可や確認は、それを要するゲマインデの活動の目的適合性にも及ぶものである。確認や認可によってゲマインデの自己責任には委ねることのできない将来世代の利益、国家的利益、少数派の利益が保護されていると理解された。このようにアンシュッツにおける確認や認可を通じた監督は、国家的利益の保護のみならずゲマインデの活動によって影響を受けうる者の利益保護にも奉仕するものであった。F・F・マイアーにおいて、国の構成要素を統一し、団体活動を公的目的のために一般的法秩序の枠内におさめることが国家任務であり、国家監督はゲマインデの活動の法律違反、ゲマインデの公的義務の不履行が存在する場合に監督官庁が介入するかたちで行われ、またそのような場合でなくとも予防的にも行われうる。認可の形態における国家監督は国家官庁の自由な判断に従って行われるものである。ここで国家官庁がゲマインデの一定の活動に認可を与えなかった場合であっても、ゲマインデはこの拒否処分を行政裁判で争うことはできない。ベールにおいてゲノッセンシャフト全体の義務の懈怠やゲノッセンシャフト全体の利益になる秩序が妨害される場合にゲノッセンシャフト全体の権利が侵害され、このようなときに国の監督官庁が監督によって介入する。ベールにおける国家監督は国の中にあるゲノッセンシャフトの全体の権利利益の保護に奉仕するものである。そこで個々人の権利利益の保護や国の私的利益の保護は裁判所の任務であり、国家監督はこのような任務には及ばない。ギールケにおいて、公共団体の固有作用領域の中で局部的共通意思が高次の秩序の共通意思によって拘束されることが監督であり、監督が公的利益の維持に奉仕する場合に国家監督は職権によって行われ、監督が公的利益に派生的に関わる場合には利害関係人の申立てに基づいて行われる。国は監督によって、公的団体の作用領域の逸脱、フレムドな目的の追求、個々の活動の法違反と目的違反を監視する。ギールケにおいて監督の手段には抑止的措置と予防的措置が存在する。その際に認可による監督は後見的なものと見なされる。フー

ゴ・プロイスによれば、ライヒが支邦国をライヒの Oberaufsicht に服従させるのと同様に支邦国はゲマインデを監督に服従させる。ここで国家監督はゲマインデが国の中に取り込まれることに基づくものである。ロジンにおいて国家監督は団体に認められる特権と釣り合いを取るための対重である。ロジンにおいて国家監督は、ゲマインデが作用領域を逸脱しないこと、ゲマインデが法律に違反する措置を行わないことを監視するものである。ロジンは官庁組織体内部での下級機関に対する上級機関の監督から、公的ゲノッセンシャフトに対する国の監督を区別する。ここで公的ゲノッセンシャフトに対する国の監督には目的適合性のコントロールは原則として含まれない。公的ゲノッセンシャフトの活動の目的適合性は、当該公的ゲノッセンシャフトの自由に委ねられている。ロジンにおいて団体の自由意思を制約する認可による監督は国家監督の特別の例外である。ゲノッセンシャフトの活動に認可を与えるか否かは、当該活動の目的適合性の領域に及ぶものであり、なお且つ国家監督官庁の自由裁量に従って決定される事柄であり、ゲノッセンシャフトは国の認可を求める権利を有さない。しかしロジンにおいて認可による監督は、団体意思のイニシアティヴに影響を与えるものではないことによって後見から区別される。ここでザイデルやギールケにおけるのとは異なって、認可を通じた監督は後見のシステムと見なされなかった。トリーペルにおいて国家監督は、国と団体の支配関係から基礎付けられるのではなかった。そこで Oberaufsicht は、自治を行う団体の自律性の不可欠の補足物と見なされた。Oberaufsicht は団体の自律性を国家行政の任務と一致させる活動である。トリーペルにおける Oberaufsicht によって、自治を行う団体の自律的な活動が法律、命令、一般利益と調和して行われ、行政が統一的に行われることが確立される。トリーペルにおいて団体に対する監督は、臣民に対する国の監督と同視される。そして Oberaufsicht は、国の監督が団体構成員に対して直接的に行われる形態の直接的監督と対置された。すなわち、国が団体に対して直接的監督を行うことを控え、Oberaufsicht を行う場合に監督は団体の代表機関にのみ向けられて全体としての団体に対して行われる。そしてそのことを通じて国のコントロールの強度と効果が緩和され、団体の自治が強化される。トリーペルにおいても監督官庁の認可や確認を通じた監督は、自治体の活動の目的適合性コントロールに及ぶものと見なされた。この点においてトリーペルによる認可や確認を通じた国家監督の理解は、アンシュッツやロジンにおけるそれと軌を一にしている。そしてトリーペルにおいて法律にお

ける監督手段の列挙主義は否定され、国には監督の目的を実現するために必要かつ相当なあらゆる手段が認められた。トリーペルにおける中立的監督は、支邦国間の争いを裁定するものであり、ここでライヒはライヒの利益を保護するために監督を行うのではなくして、ライヒにとってフレムドな利益を保護するために監督を行うのであった。ビューラーにおいても認可を通じた監督は、原則として目的適合性のコントロールに及んでおり、監督官庁の自由裁量に従った監督を意味した。そしてその際にゲマインデには認可を求める請求権が認められなかった。またビューラーにおいて、ゲマインデに自治権が承認されて、ゲマインデの自治に対する介入は法律の授権に基づいてのみ許容された。そしてここで監督官庁の処分に対して自治権侵害を理由とする取消訴訟の提起可能性が、少なくともゲマインデの自立的作用領域の中で部分的に肯定されることとなった。このようにして、ゲマインデに対する国家監督は、基本的に後見監督から変化したものと見なされた[834]。ここで多く論者にとって、国家監督を基本的に法監督に限定することに努力が注がれた[835]。そして目的適合性コントロールにも及ぶ認可を通じた国家監督はザイデルやギールケによれば後見監督的な要素を残しているのであるが、このようなものは縮減する方向で議論が展開された。ギールケは警察国家と対置される意味における法治国家の国家観に立って目的適合性のコントロールを制限しようとしたし、ロジンは目的適合性の領域に及ぶ国の認可権を例外的なものとみなし、ビューラーもまた自由裁量による監督を制約しようとした。しかし法律上は、とりわけ 1853 年プロイセン都市法に顕著であるように多くの認可の留保が残されており[836]、このような努力は空転した。アンシュッツが示したことである。ここで認可の留保は絶対主義的警察国家の時代からの残滓と見なされた[837]。また、ビューラーにおけるように監督官庁の処分に対してゲマインデが行政裁判所に訴えを提起することができるものと見なされたことが注目に値する。そしてこのように監督官庁の高権的行為に対してゲマインデが行政裁判所に訴えを提起することは、法律上も保障された[838]。そしてビューラーにおけるように、このような監督官庁の処分に対する出訴可能性の問題は、委任作用領域におけるゲマインデの組織的地位の

---

[834] Kahl, Fn. (32), S. 178
[835] Kahl, Fn. (32), S. 182
[836] Kahl, Fn. (32), S. 179
[837] Kahl, Fn. (32), S. 182
[838] Kahl, Fn. (32), S. 184

問題と結びつけられた。しかし委任作用領域においてゲマインデが監督官庁の処分に対して訴えを提起することができるのか否かは、基本的に判例の展開を待たなければならなかった。学説において国家監督は公益の存在と結びつけられて[839]、一貫して私人の権利保護のために行われるのではないというように理解された。国家監督権限のカタログは非制限列挙的なものと見なすのが実務上支配的であり[840]、とりわけトリーペルもこのような支配的実務と軌を一にしていた。

Ⅱ　ヴァイマル期 —— 旧体制からの承継と新体制における変更

旧来の国家体制はヴァイマル憲法の成立によって変更を受けた。すなわち、ヴァイマル憲法第 1 条 2 項において、「国家権力は国民に由来する」[841]と定められ、ライヒのレベルで国民主権原理が採用された。さらにヴァイマル憲法第 127 条で、「市町村及び市町村組合は、法律の制限内で自治の権利を有する」[842]と定められ、ライヒレベルの憲法でゲマインデに自治の権利が保障された。そしてラントに対するライヒの監督はヴァイマル憲法第 15 条各号で定められた。すなわち、第 1 項において「ライヒ政府は、ライヒの立法権が帰属している事項について、監督権を有する」と定められた。ここでゲマインデの全ての任務と権利は国の授与に基づくものであるから、ゲマインデの固有作用領域と委任作用領域の区別は実際上の意義を失ったものと見なされた[843]。ヴァイマル憲法 127 条においてゲマインデの自治の権利が定められたのではあるけれども、このような自治権の保障は実際的には意味のないものであって、自治の存在、形態、限界は立法者が無制約に支配を及ぼしており、ゲマインデの法的地位は立法者の恣意に委ねられているものと見なされた[844]。このようにヴァイマル憲法において自治の限界が立法者次第であると同時に、自治体に対する国家監督をいかに構築していくかもまた立法者のフリーハンドに委ねられた[845]。しかしまた、国事裁判所判例によれば、自治を内容的に空洞化し、十分に活動する機会を奪

---

[839] Kahl, Fn. (32), S. 183
[840] Kahl, Fn. (32), S. 183
[841] 法文テクストの日本語訳は、高田／初宿・前掲脚注 59）113 頁以下に収録されている。
[842] 高田／初宿・前掲脚注 59）113 頁（139 頁）
[843] Kahl, Fn. (32), S. 190
[844] Kahl, Fn. (32), S. 190
[845] Kahl, Fn. (32), S. 190

い、見せかけだけの存在になりうるように自治を制約することは、立法者には許されないことであると見なされた[846]。

これまでは帝政期のドイツにおける学説の展開を眺めて来た。そこではフーゴ・プロイスのような極端な自治理論は度外視され、ゲルバーを発端とする法学的方法が影響を及ぼし続けていた[847]。このような帝政期の国家監督に関する学説は、国家体制が変更されたことによって従来の国家監督の理解がどのように変更されたのか、どの点で連続しているのか、まずは学説の展開を眺めることを試みたい。

1　旧憲法との連続性　アンシュッツ

（1）ライヒ監督の目的

ヴァイマル期におけるアンシュッツのライヒ監督についての叙述も、多くの点においてトリーペルに依拠するものであった。アンシュッツによれば、ラントに対するライヒ監督は、全ての監督活動の可能性と共通して個々人に対してではなくて国家内部の公法の団体に対して向けられるものである[848]。このようなライヒ監督は、ゲマインデなどの自治体に対する国家監督と同様に団体監督の類型を体現している[849]。この類型の監督は、狭域的な公共体が広域的な公共体に服するところで、広域的な公共体にその利益においてその法秩序に従って義務付けられる形態でなされるものである[850]。アンシュッツによれば、公権力の監督的介入が全て法律適合性の法治国的原則によって支配されていることはこれ以上の説明を要せず、監督権は法律や法律と同等の法命題に基づいてのみ監督される者の自己決定権に介入することができる[851]。ライヒの立法権が無いならば監督権は無し、ということが正しいとして、ライヒの立法高権から引き離されたラントの自律的作用領域を監督することはライヒに全く禁じられるなどということは意味し得ない[852]。アンシュッツによれば、ライヒ監督はラントの自律的作用領域と、とりわけラントに委ねられる立法活動とかかわり合う権

---

846 Kahl, Fn. (32), S. 190
847 Kahl, Fn. (32), S. 197
848 Anschütz, Reichsaufsicht, in: ders./Richard Thoma (Hrsg), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 1930, S. 363-377(364)
849 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(364)
850 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(364)
851 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(366)
852 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(367-368)

限を有しているが、それはラントの権限逸脱、権限濫用、その他の義務違反を克服し、ラントに義務を負わせるライヒ憲法適合性の原則を維持し、ラントの行為を法的に承認されたライヒの生活利益と適合させる観点の下で、この目的のためにのみなされるものである[853]。さらにトリーペルの言う旧憲法の支配下で展開された従属的ライヒ監督と独立的ライヒ監督の区別も維持された[854]。アンシュッツによれば、学説において好まれる、従属的監督はラントによるライヒ能率の適切な執行をコントロールするものであり独立的監督はラントに対してライヒの利益を保護するものであるという定式は誤った像を与えている[855]。また、従属的監督は法律を監視し独立的監督はライヒの利益を監視するというのでも、従属的監督は法適合性コントロールとしてのみ作動し独立的監督は目的適合性コントロールとして作動するというのでもない[856]。そうではなくて従属的監督と独立的監督の両者の監督権も法コントロールの考え方を体現しているのであるが、しかしそのことは従属的監督も独立的監督もライヒの利益の観点から見れば目的に反するラントの行為を妨げるために用いられうることを排斥するものではない[857]。アンシュッツによれば従属的監督はライヒ法の保護と並んでライヒの利益の保護のためにも用いられ得、このことによってある意味において従属的監督は目的適合性コントロールの性格をも受入れている[858]。そのため、形式的には違法でないとしても可能な限り統一的なライヒ法律の理解と執行に対するライヒの利益を侵害する行政実務に対しても異議が唱えられ得た[859]。これにたいして、従属的ライヒ監督とは異なって独立的ライヒ監督は主たる部分において利益保護に奉仕するものである[860]。ラントがその尊重をライヒ憲法、ライヒ法律、不文の法命題に基づいて法的に義務付けられているライヒの利益が問題となる場合に、独立的監督はライヒ法違反に対するライヒの自己防衛を目的として行われる[861]。

アンシュッツによれば、ライヒ政府がラントに望ましいことを全て要求する

---

[853] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(368)
[854] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(368)
[855] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(368)
[856] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(368)
[857] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(368)
[858] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(369)
[859] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(369)
[860] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(369)
[861] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(369)

ことができ、望ましくないことを全て禁じることができるというのは行政の法律適合性の法治国的原則に反することとなる[862]。そこでライヒ監督は、監視を行い助言を行い勧告を行うだけではなくて、命令を行い強制を行おうとする場合に、ラントに現行の法的義務を履行することを促すものである[863]。アンシュッツにおいてライヒ監督はラントの高権的活動のみならず、私経済的活動をもコントロールするものであり、とりわけライヒ法違反の目的でのラントの資金利用と資金調達を禁じる権限を有する[864]。アンシュッツによれば現行法においても、ライヒ監督はラントという団体を外部から、且つ上から全体、すなわち閉ざされた単位としてとらえている[865]。ライヒ監督は、ライヒ政府によって要求される不足の除去を達成するよう義務付けられた、団体を外に向かって代理するラント政府に対して用いられることに限られているのである[866]。ライヒ監督の手段について、アンシュッツによればライヒ憲法 15 条における列挙は消尽的なものではない[867]。すなわち、ライヒ憲法 15 条 2 項及び 3 項で指示された手段は従属的監督にのみ妥当するものであり独立的監督には妥当しない[868]。ライヒ憲法によって明示的に与えられた権限のみをライヒ憲法に認めようとするならば独立的監督にはおよそ手段が欠けていることになるのである[869]。ライヒ政府は独立的監督の領域でも、ラント政府に直接的に、あるいは代理人を通じて情報を提供することを求め、法的拘束を伴って不足の通知を通じて存在する不足を確認する権利を有している[870]。

（2）監督手段

アンシュッツによればライヒ監督手段として一般的指示と不足の除去の要求が存在する。一般的指示はライヒ法律が執行されるべき限りでライヒ政府が発布することができるものであり、不足の除去の要求はライヒ法律の執行において生じた不足を除去するよう求めるものであり、両者は訂正作用に奉仕する[871]。そして後者の不足の除去の要求という監督手段は不足の通知（Mangelsrüge）

---

862 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(370)
863 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(370)
864 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(371)
865 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(373)
866 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(373)
867 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(375)
868 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(375)
869 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(375)
870 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(375)
871 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)

と呼ばれる[872]。アンシュッツにおいて一般的指示は、ライヒ法律の執行のために発布される行政規則と同種のものではなくて、トリーペルと軌を一にしてライヒ監督の手段に位置づけられる[873]。またこのような一般的指示はラント政府に対して発布されるだけではなくて、下級部局に対しても発布されうるものである[874]。そして不足の通知はラント政府の法的服従義務がラント政府に対して下される命令に対応した指示であるところの処分である[875]。アンシュッツによればラント政府は通知された不足を除去することを義務付けられ、ラント政府がこの通知を理由が無いと見なすときには国事裁判所に対して訴え出るものとされる[876]。そしてアンシュッツにおいてはこれらの一般的指示と不足の通知という、ライヒ憲法 15 条で掲げられた監督手段によってライヒ監督の手段はくみ尽くされていないと考えられ、訂正作用に属する他の監督手段もライヒ単純法律によって導入されうる[877]。アンシュッツによればこのやり方でラント国家権力の一定の活動に対してライヒ政府に異議権を与えることは許容される[878]。このような異議権は例えば異議を申し立てられた当該行為を延期するように作用して停止するものである[879]。またこのような活動の有効性をライヒ政府の同意や認可に依存させることも許容される[880]。このような法監督による要求や命令の法適合性についての争訟は、常にライヒとラントの間の非私法的争訟であり、ライヒ憲法 19 条に従って国事裁判所によって決定される[881]。アンシュッツによれば、ラント政府は法監督の措置によって権利を侵害され責務を負っていない義務を負わされるということを申し立てて国事裁判所に訴え出るものとされる[882]。

（3）監督の基礎——従属関係

アンシュッツによればライヒ憲法 48 条に定められるライヒ執行もライヒ監督

---

[872] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[873] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[874] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[875] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[876] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[877] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[878] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[879] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[880] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376)
[881] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(376-377)
[882] Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(377)

に属する[883]。そこでは、ラントが監督やその他の許容される方法で確認された義務を履行することを拒絶したときに、履行強制、すなわちライヒ執行が行われる[884]。ライヒ執行の要件は「ラントがライヒ憲法又はライヒ法律に従って課せられた義務を履行しない」[885]（ヴァイマル憲法 48 条 1 項）ことであるが、アンシュッツによればここで念頭に置かれているのはその実行が民事訴訟法と行政法の法的手段と強制手段によって確保される私的権利主体としてのラントの私法及び公法的義務ではなくて、ライヒの構成員としての属性においてラントに課せられる義務である[886]。アンシュッツにおいてこの義務は、ライヒに対するラントの従属関係（Unterordnungsverhältnis）から生じるものである[887]。このようなラントの義務が明示的な憲法及び法律の規定に基づくことは必須ではなくて、ライヒ憲法の意味とライヒの考えから帰結する不文のラントの義務も存在している[888]。ライヒに対するラントの忠実義務（Treupflicht）もこれに属するものであり、この忠実義務はラントに対して、ライヒの外交政策を妨害することを禁じ、その存在がライヒの利益を危険に晒す外国人を許容することを禁じ、ライヒの公然たる敵対者をラント政府に受け入れることを禁じるものである[889]。アンシュッツにおいてライヒ憲法 48 条で掲げられた強制手段は最も強力な手段であるが、唯一の手段ではない[890]。すなわちアンシュッツによれば、要求に従わないラントのコストでライヒや第三者によって要求された行為を実行する代替執行はより緩やかな手段であり、許容されないものではない[891]。アンシュッツによれば、このようなライヒ執行はやむを得ない状況の下で当該ラントとラント政府権力の仮差し押えにまで拡張され得ることは一般的に承認されている[892]。ライヒ執行に対しては、その要件が欠けていることを理由として国事裁判所に訴え出ることができるのと同様に、ライヒ執行の手段と方法が許容されないことを理由としても訴え出ることができる[893]。ライヒ憲法 48 条 3 項

---

883 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(377)
884 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(377)
885 翻訳は高田／初宿・前掲脚注 59）123 頁に従った。
886 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(378)
887 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(378)
888 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(378)
889 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(378)
890 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(379)
891 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(379)
892 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(379)
893 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(379)

によれば、ライヒ執行に対するコントロールはライヒ議会に委ねられているが、アンシュッツによればこのようなライヒ議会によるコントロールはライヒ執行の法適合性のみならずこの措置の必要性と目的適合性にまで及んでいることによって国事裁判所のコントロールから区別されている[894]。すなわち、ライヒ執行というライヒ監督に対する裁判的コントロールは法適合性コントロールに限られている。

2　アンシュタルトの自治　ケルロイター

（1）自立的公的アンシュタルト

ケルロイターにおいて自治は、団体それ自体が、最上位の政治的生活形態としての国家に代わって、境界付けられた公的行政を行いうることを意味した[895]。しかしまたもう一方において、政治的一体性と一体的公的行政の基本思想から、そのような自治は政党行政及び国家行政と決して対立することはできず、この政党行政及び国家行政と一致していなければならないものとされる[896]。ケルロイターによれば自治を語りうるのは、自立的団体が国の内部にある公的団体もしくは公的アンシュタルトの法形態において公的行政の任務を行い、法律に従ってこの固有行政の形態と範囲が国法によって確定されている場合においてである[897]。ケルロイターにおける公的アンシュタルトの性質は、一定のゲマインシャフトの任務遂行に奉仕する行政単位へ、一定の手段を持つ行政の担い手がオルガーニッシュに結びつくことにある[898]。このようにして理解された公的アンシュタルトは、自治を行う限りは法的取引において法人格を持つものでなければならない[899]。そのような公法の自立的アンシュタルトと公法の団体の間の相違は全く流動的なものである[900]。自立的な公的アンシュタルトには、大学、ラント保険アンシュタルト、公的火災保険アンシュタルト、ライヒ銀行があり、自立的でない公的アンシュタルトとして公立学校や、博物館などの施設が掲げられている[901]。

---

894 Anschütz, Fn. (848), S. 363-377(380)
895 Koellreuter, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1936, S. 55
896 Koellreuter, Fn. (895), S. 55
897 Koellreuter, Fn. (895), S. 55
898 Koellreuter, Fn. (895), S. 122
899 Koellreuter, Fn. (895), S. 123
900 Koellreuter, Fn. (895), S. 123
901 Koellreuter, Fn. (895), S. 123

そしてケルロイターにおいてこのような自治は分権化の特別の形態に位置づけられている[902]。ケルロイターによれば政治的自治の概念の下で、職業公務員による公的行政遂行とは異なる、素人の参加が理解されている[903]。そのことによって市民社会は自己組織化され直接的に行政遂行に参加するものである[904]。しかしケルロイターにおいて、フォルク国家の中で政治的自治の概念はもはやその意義を失っているものとされる[905]。ケルロイターは、政治的自治の概念を完全に放棄し、自治の下で国家全体の内部での自治体の固有行政のみを理解することが目的に適っているという[906]。ケルロイターによれば政治的リベラリスムスは政治的権力の存続を可能な限り背景に退かせようと試みるという基本的立場から、リベラル・デモクラシーにおいて学説と実務の試みは国家と自治体の性質的同等性を主張することに注がれる[907]。すなわち、このような学説及び実務の理解に従って、国家は最上位の自治体と位置づけられるのである[908]。

ケルロイターにおいて自治体の存在は、自治の存在のために必要なものであるが、固有の人格を持つ公的団体や公的アンシュタルトのみが法的な意味において自治の担い手である[909]。このような自治の中で、地方自治体が領域団体であることを通じて、地方自治が人的自治から区別されている[910]。ケルロイターは 1935 年ドイツ・ゲマインデ法（Die deutsche Gemeindeordnung）[911]を援用

---

[902] Koellreuter, Fn. (895), S. 55
[903] Koellreuter, Fn. (895), S. 55-56
[904] Koellreuter, Fn. (895), S. 56
[905] Koellreuter, Fn. (895), S. 56
[906] Koellreuter, Fn. (895), S. 56
[907] Koellreuter, Fn. (895), S. 56
[908] Koellreuter, Fn. (895), S. 56
[909] Koellreuter, Fn. (895), S. 57
[910] Koellreuter, Fn. (895), S. 62
[911] 以下、1935 年以降の学説の叙述はこの法律制定後の法状況を前提とする。1935 年ドイツ・ゲマインデ法 1 条は、自治に関して次のように定める。「第 1 条 1 項、ゲマインデは、地域的ゲマインシャフトに生きづいたフォルクの、近隣故郷の公的任務を遂行する諸力を統合する。第 1 条 2 項、ゲマインデは行的領域団体である。ゲマインデは固有責任の下で自ら治められる。ゲマインデの作用は法律及び国家指導目的と軌を一にしていなければならない。第 2 条 1 項、ゲマインデはその住民の福祉を促進し、故郷の歴史的特性を維持することを任ぜられる。第 2 条 2 項、ゲマインデは、任務が法律に規定に従って他の部局に明示的に配分され、あるいは法律の規定に基づいて他の部局によって担われるのでない限りにおいて、その領域において全ての公的任務を固有の責任の下で行わなければならない。

しつつ、全ての領域団体の任務は、郷里の政治的価値を育成し形成することであるという[912]。そしてこのことから、領域団体の行政目的は可能な限り包括的なものであるという必然が帰結する[913]。ただし、経済活動の領域でゲマインデの作用領域の普遍性は限定されている[914]。ケルロイターにおいて一方で、ゲマインデの場合にゲマインデの作用領域の普遍性が語られ、他方で特に人的自治の場合には自治任務の遂行はある特定の目的に照準が当てられている[915]。ゲマインデの経済的事業の達成は一定の条件の下で、とりわけ公的目的がその事業を正当化する場合にのみ許容されるからである[916]。このような領域団体の自治に対して、ケルロイターによれば人的自治はその効果において空間的に制約されており、人的自治は多かれ少なかれ特化した行政目的の遂行にくみ尽くされている[917]。ケルロイターにおいて地方自治体には、ゲマインデの他に広域的な地方団体があり、この広域的な地方団体はプロイセンにおいてクライスとプロヴィンツ、バイエルンにおいてベツィルクとクライスである[918]。そしてこの広域的な地方団体の中では、自治と国家行政が相並んで作用している[919]。ケルロイターにおいて自治の権利は、地方立法権、条例制定権（Satzungsrecht）をも含んでいる[920]。ケルロイターによれば、条例制定は法律で定められた場合においてのみ認可の義務に服しているものとされる[921]。

ケルロイターよれば従来の法律によってゲマインデの固有作用領域は委任作

1935 年ドイツ・ゲマインデ法 106 条は、監督について次のように定める。「国は、ゲマインデが法律及び国家指導の目的と軌を一にして行政を行うことを確保するために、ゲマインデを監督する。監督は、ゲマインデの行政の決定力（Entschlußkraft）及び責任引き受け（Verantwortungsfreudigkeit）が促進されるように、且つ棄損されないように行われなければならない」。さらに、同法 109 条は次の定めを置く。「監督官庁は、所定の法に反し、あるいは国家指導の目的と抵触する市長の決定及び命令を取消すことができ、当該決定又は命令に基づいて行われた措置が取消されることを求めることができる」。法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 673ff., S. 677, S. 696 に依拠した。

[912] Koellreuter, Fn. (895), S. 62-63
[913] Koellreuter, Fn. (895), S. 63
[914] Koellreuter, Fn. (895), S. 122-123
[915] Koellreuter, Fn. (895), S. 58
[916] Koellreuter, Fn. (895), S. 123
[917] Koellreuter, Fn. (895), S. 63
[918] Koellreuter, Fn. (895), S. 63
[919] Koellreuter, Fn. (895), S. 63
[920] Koellreuter, Fn. (895), S. 66
[921] Koellreuter, Fn. (895), S. 66

用領域から区別されており、固有作用領域はその中でゲマインデが自治事務の行政を行うものであり、委任作用領域の中で委託された事務の処理は国家行政官庁の委託において、そしてその指示に従って行われるのもであった[922]。さらに自治事務の中で、その遂行が国法によって自治体の事務とされる事務と、自治体の義務に従った自由な裁量において行われる事務が区別される[923]。

（2）国家指導目的による国家監督

ケルロイターにおいてゲマインデの指導者は市長であり、市長は完全で完結的な責任において行政を行うものであるが、市長は国家社会主義ドイツ労働者党の代理人と国家監督の形態によってのみ制約されている[924]。ケルロイターによれば個々の自治体に設定される行政目的は、フォルクの政治的生活形態として国家を直接的に組織化する国家任務、すなわち国家の一体性の組織化の枠の中でのみ作用することができる[925]。そしてこのことから固有責任に基づく自治活動に対する国家監督の不可欠性が帰結する[926]。すなわち、国に取り込まれた団体の活動が法律の範囲内で行われているのみならずフォルクと国家のために積極的な効果をもたらすことに対して国家が配慮すること無しにこのような団体は自ら行政を行うことができないのである[927]。ケルロイターによれば、自治体に自由を確保する考え方を貫徹することは、自治体を国家監督に参加させることによって国家監督を自治化する試みに帰着する[928]。ケルロイターにおいて国家監督が法監督のみであるということは、国家監督が自治体による法律の枠の遵守を監視することに制約されることを意味している[929]。ケルロイターによれば国家監督の活動に対して個別の場合に行政裁判所の保護を求める可能性を自治体に与えることが首尾一貫している[930]。ケルロイターによれば、純粋に公式的な法監督を超えて、行政を秩序だって進行させるために必要な全てのことを行う権限に国家監督を拡張させる必要が生じていた[931]。ケルロイターにおい

---

922 Koellreuter, Fn. (895), S. 57
923 Koellreuter, Fn. (895), S. 57
924 Koellreuter, Fn. (895), S. 67
925 Koellreuter, Fn. (895), S. 58
926 Koellreuter, Fn. (895), S. 58
927 Koellreuter, Fn. (895), S. 58
928 Koellreuter, Fn. (895), S. 56
929 Koellreuter, Fn. (895), S. 56
930 Koellreuter, Fn. (895), S. 56
931 Koellreuter, Fn. (895), S. 59

てゲマインデの指揮は指導者原理によって支配されていた[932]。国家社会主義的国家における国家監督は、このことを超えて国家指導目的の積極的促進に及び顕著に政治的な特徴を有している[933]。ケルロイターによれば、このような国家監督は自治体に対して向けられ、自治事務の活動に対して向けられるものであり、これに対して指示に従った委任事務の遂行は指示を与える官庁の一般的職務監督に服している[934]。ケルロイターにおいて国家監督の手段は当該自治体の性質に従って展開され、当該自治体によって遂行されるべき行政任務に従って展開される[935]。ケルロイターによれば 1935 年ドイツ・ゲマインデ法 106 条 2 文が国家監督の活動と国家監督の手段の動員に対して一般的意義をもつ原則を語り出している[936]。ケルロイターによれば、比例原則が特に遵守されなければならない[937]ということが監督手段の取り扱いに対して帰結し、国家監督官庁は自治を必要以上に阻止したり完全に破壊したりしてしまうこと無しに結果を保障する手段のみを用いることを許される[938]。国家監督の手段は、監督官庁の教示、自治体の長によって一定の命令の取消しや命令の発布を求める可能性を通じた助言的行為から、国家委員による自治行政の一時的引き受けにまで及んでいる[939]。そしてケルロイターによればこのような国家委員による一時的引き受けという最も強力な国家監督の手段は、自治をもとらえている国家的危機の時代に、国家社会主義的国家指導による自治の再構成にまで重要な役割を果たしていた[940]。

ケルロイターにおいて法監督としての国家監督という自由主義的原則に対応して、自治体は国家監督官庁の監督措置に対して行政裁判所の保護を求めることができる[941]。そしてケルロイターによれば 1935 年ドイツ・ゲマインデ法 113 条は監督官庁の命令に対してゲマインデに異議の可能性のみを与えていること

---

932 Koellreuter, Fn. (895), S. 67
933 Koellreuter, Fn. (895), S. 59
934 Koellreuter, Fn. (895), S. 59
935 Koellreuter, Fn. (895), S. 59
936 Koellreuter, Fn. (895), S. 59
937 Kahl, Fn. (32), S. 247 に従えば、ケルロイターは国家監督の運用に際して比例原則による制限を設けることによって、カール・シュミット、フーバー、マウンツらの著者から一線を画しているのである。
938 Koellreuter, Fn. (895), S. 60
939 Koellreuter, Fn. (895), S. 60
940 Koellreuter, Fn. (895), S. 60
941 Koellreuter, Fn. (895), S. 60

を明らかにしている[942]。ケルロイターによれば個々の行政行為に対して行政的指揮を注目させる可能性の一つは監督異議にある[943]。この監督異議を通じて個々人は、下級行政官庁の処分の取消しや変更を上級の職務的地位において促す[944]。ケルロイターにおいてこのような監督異議は上級職務官庁に対して応答義務を有するものではなくて、その提起が期限に拘束されず正式の法的手段が失われた後であっても可能な非本来的手段に位置づけられている[945]。そして行政訴訟によれば処分の違法性のみに依拠しうるのに対して、このような異議によって、処分の法適合性も目的適合性も審査しうるものとされる[946]。

3　オットー・マイアーの実証主義的方法

（1）アンシュタルトと Körperschaft

ゲルバーと同様に行政法の法学的構成を目指し[947]、行政法における実証主義的方法を樹立した[948]オットー・マイアー[949]においてゲマインデは、これに帰属する公的行政のために固有の法人格を持ち、居住の地域的連関に基づく公共体である[950]。ゲマインデは一方において公的ゲノッセンシャフトと境を成しており、もう一方において国家と境を成している[951]。オットー・マイアーにおいてゲマインデは、公的ゲノッセンシャフトと共通して、そして権利能力ある公的アンシュタルトとは対照的に社団法人（Körperschaften）である[952]。オットー・マイアーにおいて社団法人とは、国家内の人的団体であり、それ自体が独立に権利能力を備えたものである[953]。このようなゲマインデは、一定範囲の構成員

---

942 Koellreuter, Fn. (895), S. 60
943 Koellreuter, Fn. (895), S. 131
944 Koellreuter, Fn. (895), S. 131
945 Koellreuter, Fn. (895), S. 131
946 Koellreuter, Fn. (895), S. 133
947 山本・前掲脚注 94）89 頁
948 Kahl, Fn. (32), S. 200
949 オットー・マイアーの行政法学の精密な研究として、塩野宏『オットー・マイヤ―行政法学の構造』有斐閣（1962 年）がある。
950 Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bd. 2, 1924 (Unveränderter Neudruck 2004), S. 352
951 Mayer, Fn. (950), S. 352
952 Mayer, Fn. (950), S. 352
953 Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, 1924 (Unveränderter Neudruck 2004), S. 85. 塩野・前掲脚注 2）75 頁に従えば、オットー・マイアーは地方自治体の法人格の独立性と自治の承認から、国家監督

の上に法人格を構成し、固有の権利に基づいてその形態と生活表明の決定に対して関与する資格を有している[954]。そしてもう一方においてゲマインデは、基本的な構成要素を領域、フォルク、国家権力とする国家との特別の類似性を有することによって公的ゲノッセンシャフトから区別される[955]。そしてゲマインデとは対照的に、公的ゲノッセンシャフトの構成員はその内部形態が基本的に私的社団の形態に対応している社団を形成している[956]。さらに、ゲノッセンシャフトの制度にあるその特別の目的の決定性は法的制約及び拘束性を意味するのに対して、国の目的は見通しが利かないほど多様であり、その目的を実現するための力は法的に限界付けられておらず、そのことが国家領域の中での国家活動に対応している[957]。そしてまたオットー・マイアーによれば、ゲマインデはこのような国よりも僅かな度合いで、多かれ少なかれ自由な自己決定においてゲマインデの領域の共通生活の全ての任務を遂行することを任ぜられ、これに対応してこのあらゆる方向に向かって活動するために包括的な公的権力を付与される[958]。この点において国家権力のみがゲマインデの権力に匹敵しうるのであり、公的ゲノッセンシャフトの権限はゲマインデの権力に匹敵しうるものではない[959]ということによって、マイアーにおいて公的ゲノッセンシャフトとゲマインデは区別されている。マイアーによれば、ここでゲマインデを際立たせるのは任務の包括性であるが、ゲマインデの特別の法的性質であるのではない[960]。ゲマインデは法的形態において国家と多くの類似性を示しているが、権力と力の展開が比較的に僅かであるということによって国家から区別される[961]。すなわち、オットー・マイアーにおいてゲマインデは、国と比較して領域が小さくて、構成員の数が僅かであり、任務と権限の領域が狭いことによって国家から区別されるのである[962]。さらにオットー・マイアーはゲオルグ・イェリネクを引き合いに出し、ゲマインデは支配権を行使するのであるが、支配するの

の手段に法律の根拠が必要としている（Mayer, Fn. (950), S. 395）。

954 Mayer, Fn. (950), S. 352
955 Mayer, Fn. (950), S. 352
956 Mayer, Fn. (953), S. 86-87
957 Mayer, Fn. (950), S. 355
958 Mayer, Fn. (950), S. 355
959 Mayer, Fn. (950), S. 355
960 Mayer, Fn. (950), S. 356, Fn. (8)
961 Mayer, Fn. (950), S. 356
962 Mayer, Fn. (950), S. 356

ではないと述べ、支配及び支配を行うのは国家のみであるという[963]。

オットー・マイアーにおいてゲマインデとゲマインデ連合は国家支配にとっての同等の基礎を形成しており、このゲマインデとゲマインデ連合は政治的公共体に位置づけられる[964]。そしてオットー・マイアーによればこの政治的公共体において公的事務の処理に対するゲマインデ・フォルクの自立的影響力が効果的に示されるという観点の下でこのような政治的公共体は自治体と称され、この概念に生命を与えるのは政治的問題である[965]。オットー・マイアーにおいて自治体の概念は、始めからゲマインデのより大きな自立性を示し、従来の官治主義的後見との対置を示すために持ち出されるスローガンである[966]。オットー・マイアーは、ただ自治体のみが政府の監督権に基づく統治によって掌られているとし、この点において国家を最上位の自治体として国と自治体を同視するフーゴ・プロイスの考え方と異なっている[967]。オットー・マイアーにおいては、自治体のみが国家監督を受けるという点に、国家と自治体の相違が存在しているのである。オットー・マイアーは言う、自治はこの上から下への行政が団体構成員の力に有利なように可能な限り押し戻されることを意味する[968]、と。さらにマイアーによれば、団体としてのゲマインデは、団体構成員の集合体としてのゲマインデの場合には、ゲマインデにゲマインデ権力の中心点が存するときに自治を有する[969]。

そして、オットー・マイアーによればその事務が公的行政と見なされるものであり、その条例に法規を創設する力が与えられると、このような条例が行政法の法源と見なされる[970]。そしてこの法命題を創設する力が団体の自律性、自己立法権と見なされた[971]。オットー・マイアーにおいてこのような自律性を与えられる団体はとりわけゲマインデなどの自治体であるが、公的ゲノッセンシャフトにも一定程度この自律性が与えられるものとみなされる[972]。そしてこの

---

963 Mayer, Fn. (950), S. 356, Fn. (8)
964 Mayer, Fn. (950), S. 357
965 Mayer, Fn. (950), S. 357
966 Mayer, Fn. (950), S. 357, Fn. (11)
967 Mayer, Fn. (950), S. 357, Fn. (11)
968 Mayer, Fn. (950), S. 357, Fn. (11)
969 Mayer, Fn. (950), S. 357, Fn. (11)
970 Mayer, Fn. (953), S. 85
971 Mayer, Fn. (953), S. 85
972 Mayer, Fn. (953), S. 85

ような自己立法権は、国法がこれに与える基礎を要する[973]。しかしオットー・マイアーは、自律性を国から独立した法源とするフライナーの見解を、二つの異なった物事を混同するものとして批判する[974]。さらにオットー・マイアーによれば、自治体は、を自治体の条例に他の諸規定[975]添付することがよくある[976]。

（2）固有作用領域と委任作用領域

オットー・マイアーにおいてもゲマインデの固有作用領域と委任作用領域が区別されている[977]。権利能力ある行政の目的は固有の目的であり、その際にゲマインデが行使する公権力はゲマインデ固有の権力であるが、委任作用領域の場合にはそうではない[978]。そこで問題となるのは国の作用領域に属する目的であり、この目的を実行するために国はゲマインデを利用し、その際にゲマインデは国の公権力を行使する[979]。この委任作用領域において国家官庁はこの事務が下級国家官庁によって処理される場合と同じように、指揮を手中に留保している[980]。委任作用領域においてゲマインデは、国の任務をゲマインデの官吏によって、ゲマインデのコストで履行するものとされるのである[981]。ここでオットー・マイアーによれば、職務命令はゲマインデの官吏に対してのみ向けられるのであり、職務義務を有さないゲマインデに対して向けられるのではない[982]。しかし、職務命令がゲマインデの官吏に対して国の目的のために下されることは、国がゲマインデ自身を用いることを意味している[983]。オットー・マイアーにおいて委任作用領域の最も重要な例は地方警察であり、この地方警察においては実行の統一性と平等性が国にとって極めて重要であり、国が地方警察の事務を完全に委ねてしまうことはできない[984]。しかしオットー・マイアーにおいてこのような委任作用領域は、自立的な法人をこのようなやり方で国のために

---

973 Mayer, Fn. (953), S. 85
974 Mayer, Fn. (953), S. 85-86, Fn. (8)
975 マイアーは、この諸規定として、官吏に対する服務規程、ゲマインデのアンシュタルトの運営のための命令のようなものを掲げる。マイアーは、この諸規定は法規ではなくて、行政規則であるとする（Mayer, Fn. (953), S. 86）。
976 Mayer, Fn. (953), S. 86
977 Mayer, Fn. (950), S. 362
978 Mayer, Fn. (950), S. 362
979 Mayer, Fn. (950), S. 362
980 Mayer, Fn. (950), S. 362
981 Mayer, Fn. (950), S. 362
982 Mayer, Fn. (950), S. 362, Fn. (20)
983 Mayer, Fn. (950), S. 362, Fn. (20)
984 Mayer, Fn. (950), S. 362, Fn. (20)

動員することを許容する法律に基づいてのみ、可能である[985]。また、このような法律が存在するとき、委任作用領域はこの事務処理においてゲマインデの官吏によって国を代理するゲマインデの権利を意味するものともされる[986]。しかしオットー・マイアーはこのような固有作用領域と委任作用領域の区別に対して、自治体の性質から一般的原則、すなわち本来的にゲマインデに帰属する事務が規定されるところの決定的基準が示されないと批判するならば、そのような批判は適切であるという[987][988]。オットー・マイアーによれば、とりわけ委任作用領域の場合に、人口に比例した段階付けは作用領域に影響を与える。すなわち、この作用領域は小規模なゲマインデの場合に当然に狭く限界づけられるのである[989]。そしてオットー・マイアーによれば最も重要な都市の場合には、国が地方警察行政、とりわけ治安警察を自らにない自らの官庁を通じて行うことによって事態が逆転する[990]。この場合にゲマインデにとって、この警察行政のコストを国に対して負担し、分担金を支払う義務が残る[991]。

（3）国家監督と職務監督

オットー・マイアーによれば、公的職務義務は、職務義務を負う者に対して、その義務の適切な履行について指揮するために国や自治体という公共体の名において行使される特別の法的権力を基礎付け、この権力が職務権力、また職務監督と名付けられる[992]。そして各々の職務義務を負う者に対してこの権力をしかるべく行使することを任ぜられる官職的地位が所轄官庁であり、職務権力は一方において職務命令の形態であり、もう一方において懲戒処分権の形態である[993]。

オットー・マイアーにおいて国家監督は、国の名において権利能力ある行政

---

985 Mayer, Fn. (950), S. 363
986 Mayer, Fn. (950), S. 363
987 Mayer, Fn. (950), S. 363, Fn. (21)
988 ただ、マイアーはこれに引き続いて、現行法に従えば実際にそれぞれのゲマインデは基本的に等しく境界付けられた作用領域をいたるところで有しており、この作用領域は派生的作用領域と固有作用領域という名称で特徴づけられる重要な法的相違を再び表しているという。
989 Mayer, Fn. (950), S. 363-364
990 Mayer, Fn. (950), S. 364
991 Mayer, Fn. (950), S. 364
992 Mayer, Fn. (950), S. 181
993 Mayer, Fn. (950), S. 181

に対してその任務履行を遵守させるために用いられる法的権力である[994]。そして各々の行政体に対してこの権力を行使することを任ぜられる官庁が監督官庁である[995]。権利能力ある行政の場合に監督はその一元的な中心点が国家である公行政の大きな全体の構成要素であるという監督の固有の概念と性質から生じる[996]。そしてオットー・マイアーにおいてこのような行政体に対する監督は、職務監督や公権の受託を受ける企業に対する監督とは異なって特別の公法的義務関係に基づくのではない[997]。このような国家監督は、職務義務や公企業への公権の授権の場合に国家監督に代わって登場するものから厳格に区別される[998]。職務監督や公権の受託者に対する監督は、委ねられた義務の枠内で権力保有者によって何が適法であるのかを詳細に規定されうる権力関係へと形成される。オットー・マイアーによれば自治体に対する監督に職務監督と同じ法形態を用いるならば、国家監督は監督を受ける者の生活領域全体を要求し、自治にとって何も残されていない[999]。ここで国家監督は権力関係の形態を有さず、公法の法人格が一度創設され承認されるやいなや、この法人格の自立性に対する介入のためには特別の法的権原、法律上の基礎、あるいはこれと同等のものを要する[1000]。

（4）国家監督権の種類

オットー・マイアーによれば、監督を受ける行政体に対して独立性を奪い取る効果を用いる可能性が国家監督の性質に基礎付けられている[1001]。また彼は、このような可能性を十分に利用することは警察国家の精神形態に対応していたという[1002]。オットー・マイアーはこのような国家監督を国家後見のシステム（das System der staatlichen Bevormundung）と呼ぶことは民事家族法からの不適切とはいえない借用であったとする[1003]。オットー・マイアーにおいて国家監督の本来的な核心は、第一に閲覧、第二に法の維持、第三に留保された同

---

994 Mayer, Fn. (950), S. 392-393, Kahl, (Fn. 32), S. 200
995 Mayer, Fn. (950), S. 393
996 Mayer, Fn. (950), S. 393
997 Kahl, Fn. (32), S. 200
998 Mayer, Fn. (950), S. 395
999 Mayer, Fn. (950), S. 395
1000 Mayer, Fn. (950), S. 395
1001 Mayer, Fn. (950), S. 394
1002 Mayer, Fn. (950), S. 394
1003 Mayer, Fn. (950), S. 394

意という、三つの密接に関連する権利によって形成される[1004]。

オットー・マイアーにおいても、行政体及び国家自体と関わる事柄の知見を得る権利、すなわち閲覧権がその他の全ての監督権の基礎と見なされた[1005]。そして、この閲覧が純粋に内心の活動であるのではなくて、閲覧の目的のために監督に服する者に一定の負担と拘束が課せられるときにはじめて閲覧権を語ることができる[1006]。そこで第一に、閲覧権の内容として、書類の閲覧、地方の視察、交渉や審議における列席、例外的な保険金庫の点検（Kassenrevisionen）が掲げられ、これらの監督官庁の措置は行政体とその人々によって許容されなければならない[1007]。閲覧権の内容として第二に、届出、報告、書面あるいは口頭での情報提供が掲げられ、このような閲覧において閲覧に協力し自ら履行することによって応じる義務が当該行政体に課せられる[1008]。

さらにオットー・マイアーによれば、国家監督の最も重要な任務は、行政体を法に則った状態に保つことにあり、国家監督には行政体にとって適法であるものに対する違反が明らかになる場合に介入する権限が与えられる[1009]。このような介入は当局の意見表明によって行われ、このような法監督が国家監督の本来的な核心と見なされている[1010]。上記の意見表明の対象となる行為には、権利を侵害され、あるいは懈怠された義務が履行されていたことに利益を持つ第三者が関わっていたことがありうる[1011]。この場合に、国家監督官庁はこのような国家監督の構成要素を行使することによって、第三者の利を図ることがある[1012]。そして行政体の法違反によって被害を受ける者に正式の異議や訴えという権利救済が認められている場合であっても、これと並んで少なくとも仮の権利保護を与えうる監督官庁を呼び起こすことは妨げられない[1013]。これに対して、国家監督はゲマインデに法律上責務がある公的義務が履行されることに及んでいると定めるバイエルン・ゲマインデ法の規定が援用され、民事の法的争訟が存在

1004 Mayer, Fn. (950), S. 395
1005 Mayer, Fn. (950), S. 395
1006 Mayer, Fn. (950), S. 395
1007 Mayer, Fn. (950), S. 395-396
1008 Mayer, Fn. (950), S. 396
1009 Mayer, Fn. (950), S. 396
1010 Mayer, Fn. (950), S. 396, Fn. (8)
1011 Mayer, Fn. (950), S. 396
1012 Mayer, Fn. (950), S. 397
1013 Mayer, Fn. (950), S. 397

するに過ぎない場合には国家監督は行われないものとされる[1014]。オットー・マイアーによれば行政体には第三者の既得権と独立して公法的拘束の責務が課せられ、そのことは行政体の存在目的、行政体の任務から生じる拘束である[1015]。そしてこの拘束は国家に対して履行されなければならず、国家の監督権は特にそのことに向けられている[1016]。

オットー・マイアーにおいて留保された同意という形態における監督権は、特別の法的権原が存在するところでのみ生じる。そこでは認可と確認が区別され、認可は同意の一般的名称である[1017]。同意が与えられなければ、この同意が必要な行為は法効果が与えられない[1018]。同意は警察許可と同様に行政体の申請に応じてのみ与えられ得、上級官庁が免除したときに個別の場合に法律の規定から逸脱することが行政体に許容されることは、警察許可という模範により近くなる[1019]。このような免除をなすか否かは監督を受ける者が単独で決定するのではなくて法律が授権した国家官庁の協力の下で決定すべきものである[1020]。

オットー・マイアーにおける監督権的強制執行の行為は監督を受ける行政体に対して影響を与えるのではなくてまさにこの行政体に取って代わるものである[1021]。この監督権的強制執行によってくには監督を受ける行政体の組織に対して介入し、ここで国は監督権に基づいて代理官吏などの代理人を任命する[1022]。そしてまたオットー・マイアーによれば、この監督権的強制執行によって国は個々の事務の処理をも国の名において行うために引受けることができる[1023]。行政体の個々の事務の国による監督権的強制執行の要件は、行政体に責務があり監督権的に強制されるべき義務が存在し、その履行が拒絶されているということである[1024]。この場合に監督官庁は行政体のために契約を締結し、行政体のために受任者を指名することもできる[1025]。

1014 Mayer, Fn. (950), S. 397
1015 Mayer, Fn. (950), S. 397
1016 Mayer, Fn. (950), S. 397
1017 Mayer, Fn. (950), S. 398
1018 Mayer, Fn. (950), S. 398
1019 Mayer, Fn. (950), S. 399
1020 Mayer, Fn. (950), S. 399
1021 Mayer, Fn. (950), S. 399
1022 Mayer, Fn. (950), S. 399
1023 Mayer, Fn. (950), S. 399
1024 Mayer, Fn. (950), S. 399
1025 Mayer, Fn. (950), S. 399

オットー・マイアーによれば行政体の官吏は、委任作用領域を度外視すれば、その行政体に対してのみ直接的に義務関係にある[1026]。しかしまた、この限定された領域、すなわちゲマインデその他の行政体の固有作用領域の外では国は官吏に対して権力的影響力を行使する[1027]。第一に官吏に対して当該官吏が服している職務権力の行使によって職務義務が展開され、しかしまた同時に行政体に対する国の監督権が問題となる[1028]。このような行政体に対する国家の権力手段は一つには懲戒処分権に、もう一つには本来的履行強制に属している[1029]。そして、監督官庁によって懲戒処分が下されることは、行政体に対する職務義務が違反されていることを前提条件とする[1030]。法律は監督官庁に職務権力を備えさせることができる[1031]。オットー・マイアーにおいて行政体の義務違反は、監督官庁が行政体に対してこれに責務のある義務を確定しており、行政体のために事務を処理することを任ぜられる官吏が執行を懈怠する場合に存在し、そのときに懲戒処分権が用いられうる[1032]。さらにこれと並んで、行政体の官吏や代表者に対して本来的強制手段が認められ、秩序罰は行政体に対して特別の法律規定によって予定され、あるいはこの目的のために国家官庁に与えられる一般的授権から生じる限りで認められる[1033]。オットー・マイアーによれば、予算案の作成に配慮することは行政体の長の事柄であるが、予算は住民代表が関与するので、団体の官吏機構に対して影響力を持ちうる監督権的強制手段は多くの場合に機能しない[1034]。そしてゲマインデや重要な行政体の場合に、監督官庁は法律によって諸状況の下で、元来権限があるはずであった代表者に代わって自ら予算費目の計上を予算案に指定し、登録を行う権限が与えられうる[1035]。このような権限の行使がすなわち強制的予算計上（Zwangsetatisierung）という形態の監督手段とされるのである[1036]。

1026 Mayer, Fn. (950), S. 400
1027 Mayer, Fn. (950), S. 400
1028 Mayer, Fn. (950), S. 400
1029 Mayer, Fn. (950), S. 400
1030 Mayer, Fn. (950), S. 400
1031 Mayer, Fn. (950), S. 400-401
1032 Mayer, Fn. (950), S. 401
1033 Mayer, Fn. (950), S. 401
1034 Mayer, Fn. (950), S. 401
1035 Mayer, Fn. (950), S. 401-402
1036 Mayer, Fn. (950), S. 402

（5）国家監督に対抗する政治的スローガンとしての自治

オットー・マイアーによれば国家監督が警察国家に対応する国家後見のシステムとされたことに対して、権利能力のある行政の最重要の形態、すなわちゲマインデの名において自治を求める声が呼び起こされた[1037]。この通俗的概念は学問的概念としての法人に結び付くのではないが、人々がこれに共鳴したスローガンであり、このスローガンはゲマインデ構成員と被選挙人のより大きな自立性と意義であった[1038]。この要請は、ゲマインデ構成員のような人々の作用領域の拡張、自治体の権限の拡張によって、そしてまた自治体に対する人々の参加の拡張によって満たされるものである[1039]。さらに、自治を求める要請は、国家監督の制約によって満たされるものであり、このような国家監督の制約は第一の最も必要なものと見なされ、自治を求めるスローガンの主要部分は国家監督の制約に向けられている[1040]。そしてまたこのような新しい自治は、それ自体として構成員を持たない権利能力あるアンシュタルトにとっては間接的にしか意味を持ち得なかった[1041]。オットー・マイアーによれば、公的ゲノッセンシャフトの場合にも自治の表現は通常の生活において用いられなかったのであり、それはたしかに公的ゲノッセンシャフトは構成員を有するのであるが、公的ゲノッシャンシャフトの自由な活動はゲマインデにおけるのとは異なってほとんど政治的意義をもたなかったからである[1042]。オットー・マイアーによれば自治は元来からして政治的スローガンである[1043]。

そしてそこで、義務宣告と強制執行はまずもって法人とその代表の自立性と衝突するものと位置づけられている[1044]。オットー・マイアーによれば法人及びその代表はこの自立性に基づいて、いかなる範囲で、いかなる方法でその任務を遂行するのかを自ら決定することを欲するのである[1045]。この任務が確実性を獲得してはじめて監督によって守られるべき拘束性が存在するのであり、この確実性は法律や命令の規定、行政体に与えられた条例によって獲得され、行政

1037 Mayer, Fn. (950), S. 394
1038 Mayer, Fn. (950), S. 394
1039 Mayer, Fn. (950), S. 394
1040 Mayer, Fn. (950), S. 394
1041 Mayer, Fn. (950), S. 394
1042 Mayer, Fn. (950), S. 394, Fn. (4)
1043 Mayer, Fn. (950), S. 394, Fn. (4)
1044 Mayer, Fn. (950), S. 397
1045 Mayer, Fn. (950), S. 397

体がその目的を遂行するために行う一定の事業において自ら目的の遂行を具体化することによって獲得されるのである[1046]。そして、行政体はこの目的の遂行を適切に行うことを監督官庁に対して拘束されている[1047]。その具体例として、学校アンシュタルトや道路設備は一度ゲマインデによってつくられるや否や、監督官庁の認可無しには廃止され得ないことが挙げられる[1048]。

4　自治権　ハンス・ペータース

（1）権利としての自治の概念

ハンス・ペータースによれば、ヴァイマル憲法 127 条によってゲマインデとゲマインデ連合に法律の範囲内で自治の権利が保障され、プロイセン憲法 70 条によって同様に政治的ゲマインデ及びゲマインデ連合にその事務の自治権が保障された[1049]。この状況の下で所憲法が何を保障しようとしているのが明らかにされ、少なくとも各々の自治はいかなる側からであれ介入から可能な限り良く保護されたと考えられた[1050]。ペータースによれば自治の保護を求める声は、この制度の重大な危険とこの制度の根源の弱体化を暗示する勢力を伴って自治体の側から呼び起こされた[1051]。ペータースによれば、国家とライヒは自治に対する実効的な介入を疑いにかけ、少なくとも個別の場合への制限を示すことを試みている[1052]。自治という言葉は自治体政策を超えて他の領域でも一部では正当で一部では不当な意義を授けられたスローガンになった[1053]。しかしペータースによれば憲法に受入れられたにもかかわらず自治という言葉の意味は不明確であり、まず自治の定義を与えることが不可欠となった[1054]。

ペータースによれば、今や自治の法的概念の下でライヒ法と国法の範囲内で行われる公法の法人の活動が理解されなければならず、この活動に基づいて団体は司法の任務でも法制定の任務でも無い任務を自らの責任の下で遂行するも

1046 Mayer, Fn. (950), S. 397-398
1047 Mayer, Fn. (950), S. 398
1048 Mayer, Fn. (950), S. 398, Fn. (15)
1049 Peters, Hans, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen, 1926, S. 5
1050 Peters, Fn. (1049) S. 5
1051 Peters, Fn. (1049) S. 5
1052 Peters, Fn. (1049) S. 5
1053 Peters, Fn. (1049) S. 5-6
1054 Peters, Fn. (1049) S. 6

のと定義され、このような公法の法人からはライヒと国が除外されている[1055]。そしてペータースによれば個々のメルクマルを熟慮すると、各々の自治は行政、すなわち司法の領域にあるのでも法制定の領域にあるのでもない任務を履行する活動であるのでなければならないということがまず確認される[1056]。ペータースにおいて司法の形態は始めから自治から除外され、そのことは一般的に承認されている[1057]。そしてまた、法制定の各々の形態も自治の概念の外部にある[1058]。ここで、自律性は自治の構成要素であるのか否かという問いについては、争いがある[1059]。ペータースによれば自律性とはすなわち、国家ではない団体が自ら法を制定する権限を意味する[1060]。そして自治体の自律性の下で、およそその作用領域の事務において一般的に拘束する規範を発布する権利が理解される[1061]。ペータースによれば、フーゴ・プロイスは自己司法を少なくとも概念的に自治の下に含めるのであるが、そのことによって彼は全体人格の本質的メルクマルとしての支配を自治概念に移転し、自己立法を再び支配の構成要素と認めるに至っている[1062]。ペータースはそこで、自律性と自治は性質上異なった二つの概念と見なし、自律性は法的意味において立法権であるという支配的見解に賛同すべきであるという[1063]。ペータースにおいては、行政であれ自治であれ、いずれもライヒ法と国法の範囲内で行われるべき活動に該当するのである[1064]。そしてここで自治の限界はライヒ法と国法にあり、自治体監督も自治の限界をなしている[1065]。しかしペータースによればこれらの限界は決して唯一の制約ではないのであって、ゲマインデの自律性は国家監督権によってのみ限界付けられるという上級行政裁判所判例は不適切なものと見なされた[1066]。すなわち自治の限界として、ペータースによれば第一に実体的観点並びに形式的観点において法律上の自治の限界の変更、第二に自治に対するライヒ行政及び国家行政による

1055 Peters, Fn. (1049) S. 36
1056 Peters, Fn. (1049) S. 36
1057 Peters, Fn. (1049) S. 36
1058 Peters, Fn. (1049) S. 37
1059 Peters, Fn. (1049) S. 37
1060 Peters, Fn. (1049) S. 37
1061 Peters, Fn. (1049) S. 37
1062 Peters, Fn. (1049) S. 37
1063 Peters, Fn. (1049) S. 38
1064 Peters, Fn. (1049) S. 38-39
1065 Peters, Fn. (1049) S. 39
1066 Peters, Fn. (1049) S. 39

介入が想定される[1067]。前者の場合に対しては通常法的に異議を唱えられるものではないのであるが、後者の態様の自治の制約は権利侵害とされる[1068]。自治は法律上の限界の範囲内で自由に活動することを許容されているからである[1069]。

ペータースはラーバントに賛成して、自治の概念は、行政がそれ自体として上級の地位、すなわち国家とライヒによって行われ得たことを前提としているという[1070]。ペータースにおいて国家行政と自治は対照的なものであり、国家とライヒにとって自治は概念上除外されているものとされ、ペータースはライヒと国家も自治体と見なしているフーゴ・プロイスの見解に反対する[1071]。

ペータースによれば行政がこれを行う当該団体の単独的な責任の下で行われ、外部、とりわけ国家からの指示権が存在していないことが確かにプロイセン法の自治概念にとって本質的である[1072]。指示の本質は指示を受ける者が指示を与える者の命ずるように振舞う義務を有することにあり、このような指示権を許容するならば自治体の固有責任はもはや維持されない[1073]。すなわち、ペータースによればある者による責任の負担と他の者の指示権の存在は論理的に両立し得ない[1074]。ペータースにおいて自治体の単独的な固有責任無しに自治は想定し得ない[1075]。この固有責任のメルクマルの作用は、第一に自治事務において大臣がラント議会に対して責任を負担しないということ、そして第二に法律上定められた国家監督の決定のための要件が存在しない限り自治事務の遂行に対して自治を行う当該団体とその機関のみが責任を負い、これに対して影響を与えることは法律上許容されないことを大臣が引き合いに出すことができるということに示されている[1076]。

ペータースによれば、自治はある活動の中に存在するのであり、それ自体として権利であるのではないが、この活動は法律によって定められる余地の中で行われるのであるからその反射として自ら行政を行う公的法的団体は自治を求

1067 Peters, Fn. (1049) S. 39
1068 Peters, Fn. (1049) S. 39
1069 Peters, Fn. (1049) S. 39
1070 Peters, Fn. (1049) S. 41
1071 Peters, Fn. (1049) S. 41
1072 Peters, Fn. (1049) S. 35
1073 Peters, Fn. (1049) S. 35
1074 Peters, Fn. (1049) S. 35
1075 Peters, Fn. (1049) S. 35
1076 Peters, Fn. (1049) S. 35

める権利を有していることが帰結する[1077]。そしてペータースは、ビューラーがこの権利を許容と主観的公的権利、国家的介入の不作為を求める権利として定めることは適切であるという[1078]。ペータースはこのような叙述がライヒ憲法127条とプロイセン憲法70条によっても認められるものとしているが、この憲法規定から、ゲマインデが活動することを許容されている領域が法律によって制約されてはならないということは引き出され得ない[1079]。ペータースにおいてこの権利は、ゲマインデは固有の行政を行い法律によって予定された条件の下でのみライヒと国家によって妨げられてよいことを内容としている[1080]。ペータースによればライヒ憲法127条とプロイセン憲法70条は公的法的団体としてゲマインデの存在を保障しようとしており、公法の法人の属性は自治権行使のための条件であり、そのことによってゲマインデの存在を維持するために必要かつ有用な行政行為の実行を求めるゲマインデの権利が、法律が明示的に制限を定めない限りで黙示的に承認されている[1081]。さらにペータースは、憲法は、ゲマインデが自治権を行使しうる何らかの対象が基本的に常にゲマインデに委ねられてしかるべしという命題を立法者のプログラムとして提示しているという[1082]。

（2）官治主義に対する対抗原理としての自治、自治に対する対抗原理としての民主主義

また、ペータースは国家行政と自治行政の関係について、自治は間接国家行政から独立した行政の理念にその根源を有しているという[1083]。ペータースによれば、自治は議会制民主主義の導入によって強力な保護を失った[1084]。すなわち、自治は旧来の国家の官治的、警察国家的欲求に対する対重が存在していなければならないという観念からその存在根拠を引き出していたのであり、ヴァイマルにおいては官治とフォルクの対置がもはや存在していない[1085]。ペータースによれば、ヴァイマルにおいては全体フォルクとその部分のみが存在しており、

1077 Peters, Fn. (1049) S. 41
1078 Peters, Fn. (1049) S. 42
1079 Peters, Fn. (1049) S. 42
1080 Peters, Fn. (1049) S. 42
1081 Peters, Fn. (1049) S. 42
1082 Peters, Fn. (1049) S. 43
1083 Peters, Fn. (1049) S. 43
1084 Peters, Fn. (1049) S. 43
1085 Peters, Fn. (1049) S. 43

全体フォルクの部分が自治の保護を要するか否かは、少数派の見解を全体の国家権力の担い手としてのフォルクに対して保護しようとするか否かという問いに帰着している[1086]。そして厳格に貫徹される民主主義の観点からは、固有の意思として全体意思の貫徹に対立しうるものは全て克服されなければならないものとされる[1087]。ペータースによれば、部分的特別意思は理論上、全体意思と合い並んで存在し得ず、そして、民主主義はその性質上、国家における公的法的団体の自立性の敵であり、間接的にこのような公的法的団体に独自の行政形態の自立性の敵である[1088]。そして、固有の責任を持つ団体の存在と、このことから生じる個々の市民の責任の引き受け（Verantwortungsfreudigkeit）によって喚起される権力的諸力を、民主主義は野放しにしようとはしていない[1089]。ペータースによれば一方においてその傾向が諸状況の下で全体フォルクの多数派に困難をもたらしうる少数派の保護の理念、全体の福祉に対して影響を与える諸力と、もう一方で全体フォルクの意思と対立する固有の逸脱した意思を持つ全ての諸要素を克服する試みがある[1090]。そしてペータースによれば、民主主義の理念の首尾一貫した貫徹と対抗して自治の維持の方に優位が与えられるのである[1091]。

（3）公的法的団体としての自治体

ペータースにおいてゲマインデは、自治の権利と国から引き出された一定の領域に対する支配権を付与された公的法的団体と定義され、ゲマインデはその領域の中で処理されるべき公的任務を全てその能力に対応して負担すべきものである[1092]。そしてペータースは、自治権無しにゲマインデを観念することはできないという[1093]。ペータースによればゲマインデを公的法的団体として承認することは、固有の機関、固有の財務行政、組織を創設し維持する必要から生じる活動の実効に対する権利を与えることを論理的に含んでいる[1094]。ゲマインデ

1086 Peters, Fn. (1049) S. 43
1087 Peters, Fn. (1049) S. 43
1088 Peters, Fn. (1049) S. 43
1089 Peters, Fn. (1049) S. 44
1090 Peters, Fn. (1049) S. 44
1091 Peters, Fn. (1049) S. 44
1092 Peters, Fn. (1049) S. 54, Kahl, Fn. (32), S. 201-202
1093 Peters, Fn. (1049) S. 54
1094 Peters, Fn. (1049) S. 31. Kahl, Fn. (32), S. 202 に従えば、ペータースの理解においてこのような公的法的団体としてのゲマインデの法的地位は、ゲマインデの事務を純粋に国家的な事務として性格づけることと相矛盾する。すなわ

の立場からこの権利は団体の固有の権利であり、国の立場から見れば公的法的団体の創設を通じて間接的に国から引き出されたものである[1095]。そして第三者から見ればこの権利は公法の団体としての存在と同様に国の許容に依存している自治体の固有の権利である[1096]。ペータースによれば、公的法的団体は自己目的ではありえず、特別の目的の達成のために国によって創設されるものであり、国はこの団体に一定の任務領域を配分し、国はその任務領域の中で特定の地域での行政活動の実行を自ら放棄している[1097]。ペータースによれば自治体の任務形態は、法人の存立のために必要で団体に固有のものと、団体独自の特別の目的を達成するためにゲマインデに自らの名において自らの責任で実行することを国から委ねられるものとがある[1098]。そして前者の事務は国によって創設された公的法的団体の存立に奉仕する固有事務であり、後者は国の委託に基づく固有事務である[1099]。ペータースにおいてそれ自体国家的な固有事務と、性質上直接的に国家的なものではありえない事務の境界がここにある[1100]。ペータースによればこれらの固有事務の両形態は、国の支配権に服する法人によって実行され、国はその権限の中で立法によってあまねく介入することができるのであるが、後者の国の委託に基づく固有事務において介入可能性が無制約であり、任務の他の限界の設定が可能であることによって両者は区別される[1101]。ペータースにおいて自治体の固有事務は、その形態と範囲に従って、性質上包括的な国家の任務領域の中で国家の自己制約を確立している実定法に基づくものである。そして、常に必然的に自治任務である事務は存在しないものとされる[1102]。この

ち、ゲマインデを公的法的団体として承認する以上、ゲマインデの事務は純粋に国家的な事務ではないのである。このような理解は、ゲマインデの事務の中に固有性が認められる事務が存在するという限りにおいて妥当である。ただし、国家がゲマインデを公的法的団体として承認してゲマインデに固有性が認められることは、ゲマインデの存在が始原的であることを意味するわけではない。

[1095] Peters, Fn. (1049) S. 31

[1096] Peters, Fn. (1049) S. 32

[1097] Peters, Fn. (1049) S. 32, Kahl, (Fn. 32), S. 202

[1098] Peters, Fn. (1049) S. 32

[1099] Peters, Fn. (1049) S. 32

[1100] Peters, Fn. (1049) S. 32

[1101] Peters, Fn. (1049) S. 33

[1102] Peters, Fn. (1049) S. 34, 薄井・前掲脚注 2）27 頁によれば、ペータースにおいて「『委任事務』はもちろんのこと、『国家により独立性を承認される団体』という地位において委ねられる『固有事務』も、本来国家に属するもの」だったのである。薄井はこのことに基づいて、ペータースにおいては、第一にゲマ

ことから、ペータースにおいて自治事務の対象というものが自治の本質的メルクマルではであるのではありえず、自治の本質的メルクマルの照準を事務の対象に合わせる見解は全て否定される[1103]。

（4）作用領域の全体性

ペータースによればゲマインデは支配権を有しているが、公的法的団体としてのゲマインデの存在が国に依存していることから、ゲマインデはその法人格を国の承認によって受け取り、国がゲマインデに支配権を委ねた限りでのみゲマインデは支配権を有することはもはや疑いの余地がない[1104]。ペータースにおいてゲマインデの支配は常に特定の領域をとらえており、ゲマインデにおいて領域は支配の客体である[1105]。そして領域はゲマインデの支配権の基礎であり、ゲマインデは領域団体に位置づけられている[1106]。ペータースによればライヒ、国家、ゲマインデの特別の特色はその作用領域の全体性である[1107]。そしてペータースは、その任務が個別的に特定されている公的団体はゲマインデではなくて目的団体であるという[1108]。目的団体はそのためにこの団体が形成された特定の目的のみを遂行するのに対して、作用領域の全体性は、ゲマインデが地方の需要に対応した全ての任務を行わなければならないことを意味している[1109]。ペータースによれば、一方において国家及びライヒともう一方においてゲマインデが対比され、両者の性質的相違はゲマインデの支配権が派生的であり国家の支配権が始原的であるということにある[1110]。ペータースによればこの点に国家とゲマインデの相違を見いださない者は、必然的に国家とゲマインデの間には質的な相違ではなくて量的な相違しか無いという、法的自覚と相容れない結論

インデが固有事務の処理を怠る場合に国が「ふたたびそれを引き受ける義務を負う」こと、第二に「事務の帰属先に疑念の生じる場合には、常に国家への帰属の推定が働いた」こと、第三に「固有事務と委任事務の事務の線引きには、『立法府の自由な裁量に委ねられる』」ということを掲げる（薄井・前掲脚注 2）28 頁脚注 21）。

[1103] Peters, Fn. (1049) S. 34
[1104] Peters, Fn. (1049) S. 55
[1105] Peters, Fn. (1049) S. 55
[1106] Peters, Fn. (1049) S. 55
[1107] Peters, Fn. (1049) S. 55
[1108] Peters, Fn. (1049) S. 55
[1109] Peters, Fn. (1049) S. 56
[1110] Peters, Fn. (1049) S. 56, Kahl, (Fn. 32), S. 202. 注意を要するのは、ゲマインデの支配権が国家から派生するということは、ゲマインデの事務に固有性が認められないことを意味するのではないということである。

に到達することになる[1111]。ペータースによれば、自治体の公権力は全て国家から引き出されたものであり、このことは固有作用領域にも適用される[1112]。これに対して、ペータースにおいて委任作用領域はそもそも国家的なものとみなされた[1113]。

（5）自治体監督――自治

ペータースにおいて国家監督は自治体監督（Kommunalaufsicht）と呼ばれ、ゲマインデの自治が及んでいるところでのみ、そしてその限りでのみ自治体監督は問題となりうることが強調される[1114]。ペータースはハチェックの見解と軌を一にして、自治体監督は自治に対する Korrelat[1115]であり、自治の性質と抵触するものではないし必要悪として甘受されるべき者でもないという[1116]。ペータースにおいて自治と国家監督は、一方での上昇がもう一方での同時に行われる措置を前提とし、一方での下降がもう一方での同時に行われる措置を前提とするように補完されるものである[1117]。ペータースによれば自治体監督は国家とゲマインデの関係が反映されている最も重要な領域であるが、ペータースは、国家とゲマインデの関係は常に双方の充実した力の均衡状況にあり、一方での力の強化はもう一方での力の強化を必要にするものであるというのが適切であるという[1118]。ペータースによればこのような原則から長期にわたって大規模に逸脱すると、小規模都市共和国に国家が分解してしまうかあるいは警察国家への回帰という現象が生じることになる[1119]。

ペータースによればその当時の学説状況において既に自治体監督を立法論的に体系的にとらえることは可能であるように思われた。ペータースは自治体監督を、公的利益において自治体にその義務を履行するよう促し、自治体によって行われる全体の行政をその他の公的行政と軌を一にさせることを目的とする国家の行政活動と定義している[1120]。このような目的によって自治体監督はその

1111 Peters, Fn. (1049) S. 56
1112 Peters, Fn. (1049) S. 56
1113 Peters, Fn. (1049) S. 60
1114 Peters, Fn. (1049) S. 216
1115 Kahl, Fn. (32), S. 274 に従えば、ハンス・ペータースの Korrelat の理論は戦後においても、引き継がれることになるのである。
1116 Peters, Fn. (1049) S. 216
1117 Peters, Fn. (1049) S. 216
1118 Peters, Fn. (1049) S. 216
1119 Peters, Fn. (1049) S. 217
1120 Peters, Fn. (1049) S. 218, Kahl, (Fn. 32), S. 203

他の全ての行政活動から区別されている[1121]。そしてペータースは、個別の事例において何が適法であるのかを公的に確認し事実を何らかの法規範に権威的に当てはめることを司法の下で理解するトリーペルの定義を不完全なものと評価している[1122]。すなわち、ペータースは司法官庁の監督する可能性を肯定し、司法官庁も実質的に行政活動を行っているという[1123]。ペータースにおいては、自由裁量の有無もまた行政と司法を区別する本質的メルクマルとはならない[1124]。ペータースによれば、行政が法適合性の事後審査のみに限定され自由裁量の行使がほぼ完全に除外されているところであっても、全体の利益として働く国家利益の維持が常に唯一の目的であり行政の目的である限り、その活動は非中立的（parteilich）なものである[1125]。そしてこのことは自治体監督に対してとりわけ当てはまることである[1126]。すなわちペータースによれば、自治体監督において国の関心は個々の団体の特別利益に対する国の全体利益であり、ここで国はこのような全体利益を主張する当事者と見なされる[1127]。そして監督官庁と監督を受ける団体の間の争いにおいては、正式に法適用を行う中立な裁判所の決定が求められるということが想定されうる[1128]。

（6）国家監督と後見監督

ペータースによれば、自治体監督は公的利益においてのみ行われるものであり、私的目的や財産的目的を有しないという上級行政裁判所の見解に学説が従っていることは適切である[1129]。ペータースはトリーペルと軌を一にして、自治体監督と職務監督の相違を、職務監督が上級機関による下級機関の監視であることに求めている[1130]。すなわち、自治体の機関は国家の機関に従属せず、ゲマインデが国家機関として活動するのではないところでは職務監督は除外されている[1131]。ペータースにおいて職務監督は委任事務の枠の中でのみ行われ、そこでゲマインデや個々のゲマインデの官吏は国家機関として活動するものとされ

1121 Peters, Fn. (1049) S. 221
1122 Peters, Fn. (1049) S. 219
1123 Peters, Fn. (1049) S. 218-219
1124 Peters, Fn. (1049) S. 219
1125 Peters, Fn. (1049) S. 219
1126 Peters, Fn. (1049) S. 220
1127 Peters, Fn. (1049) S. 220
1128 Peters, Fn. (1049) S. 220
1129 Peters, Fn. (1049) S. 221
1130 Peters, Fn. (1049) S. 221
1131 Peters, Fn. (1049) S. 221

る[1132]。ペータースによれば監督は介入可能性を含んでおり、自治体監督は観察のみを行うコントロールの形態から区別される[1133]。ペータースに従えば後見監督（Bevormundung）は警察国家における国家とゲマインデの関係を示すものであるが、このような後見監督は後見人がその活動によって自らの利益ではなくて被後見人の利益を代理することを前提としている[1134]。これに対して、自治体監督は第一に国家、すなわち監督を行う者の利益に奉仕するものとされている[1135]。ペータースによれば土地売却の認可のようなものは国家的後見監督の時代からの残滓とされるのであるが、一見してこのような形態の監督が残されているとしてもこの措置の意味は今日では異なったものとなった[1136]。すなわち、ペータースにおける認可の形態の監督は、第一に国家によって代理される利益をゲマインデの特殊利益に対して保護するものである[1137]。

ペータースによればトリーペルのいうような Oberaufsicht の概念は、ペータースにおける自治体監督とは異なって一方で自治体の活動ともう一方で全体の権利及び利益との間で調和をもたらす監督を意味するのではない[1138]。ペータースによれば、Oberaufsicht は自ら監督を行う者に対する監督である[1139]。そして実務における Oberaufsicht は、法律上自治体監督を委ねられていない官庁がその職務監督権に基づいて自ら自治体監督的作用を下級自治体監督官庁に対して行使する場合を念頭においている。

ペータースにおいて自治体監督の主体が自らの官庁を通じて活動する国家であり、自治体監督の客体は自治体としての活動におけるゲマインデである[1140]。自治体監督において国は、ゲマインデに対して自らの意思を貫徹するために、ゲマインデの任務の履行を確保するために、直接的に自治体の機関に対して優越している[1141]。自治体監督は法律が明示的にゲマインデに対する国の介入を許容している限りでのみ行われるのか、自治体監督の存在が既にゲマインデに対

1132 Peters, Fn. (1049) S. 221
1133 Peters, Fn. (1049) S. 221
1134 Peters, Fn. (1049) S. 221
1135 Peters, Fn. (1049) S. 221
1136 Peters, Fn. (1049) S. 221
1137 Peters, Fn. (1049) S. 221
1138 Peters, Fn. (1049) S. 221-222
1139 Peters, Fn. (1049) S. 222
1140 Peters, Fn. (1049) S. 222
1141 Peters, Fn. (1049) S. 222

する一定の権限を国に与えているのか否かについては争いがある[1142]。ペータースによれば、支配的見解は自治体監督の概念から自治体の行政の秩序だった進行を維持するために必要な全てのことを行う監督官庁の権限を引き出している上級行政裁判所の見解に従っている[1143]。結局ペータースは、何らかの権限が与えられているときに必要性と有用性を考量して与えられた権限を行使するのに適った全ての手段を与えられるというトリーペルの見解を援用し、監督を行う者は法律上特定された監督手段を配分されるのではなくて、逆に法律が一定の場合に特別の規定を定めなかった限りであらゆる監督手段を用いることができるという[1144]。

ペータースによれば、国の優越が明示的な特別の権原に依拠しえないときにゲマインデは国の介入を免れる権利を有しているとして上述の監督手段に関する解釈を法治国原理、とりわけ法律による行政の原理と抵触するものと評価する見解は、実務上従われていないのみならず、これを主張している者もこれを首尾一貫して貫徹していない[1145]。ペータースによれば、確かにプロイセンにおける実務はある人の権利領域への介入に対して法律上の根拠を求めているということは正しいのであるが、しかしペータースは、ここで依拠している法律上の根拠というのは実際にはしばしば存在していないことに対して幻想を抱いてはならないという[1146]。またもう一方でペータースは、行政は法律の制約の中で禁止されていない全てのことを行うことを許容されているというベールらの見解に対しても制約を課す[1147]。すなわちペータースによれば、この命題は立法者による行政領域の委託の結果、行政官庁の自由裁量に従った国家目的の遂行のために必要と認められる介入にあたる限りでのみ妥当する[1148]。そしてペータースは、一定の目的を達成することが行政官庁に法律上指示されている全ての領域で行政官庁は目的遂行のために必要な全ての活動を法律の制約の範囲内で実行することができ、この任務の外で行政官庁は法律が個別的に許容している限りでのみ個々人の権利領域に介入することができるという法治国原理の理解のみを警察法と自治法において実際に従われている行政実務に適合した者と評価

[1142] Peters, Fn. (1049) S. 222
[1143] Peters, Fn. (1049) S. 223
[1144] Peters, Fn. (1049) S. 225
[1145] Peters, Fn. (1049) S. 225
[1146] Peters, Fn. (1049) S. 225
[1147] Peters, Fn. (1049) S. 227
[1148] Peters, Fn. (1049) S. 227

する[1149]。そしてペータースによれば、自治体監督官庁は明示的な法律の授権が無い場合であっても、法律の文言と意味からこれと異なったことが帰結しない限りで行政の秩序だった進行を維持するために全てのことを行うことを許容されていることは異論の余地がない[1150]。すなわち、立法者が一度自治体監督を導入したからには、立法者が自治体監督の目的を達成するのに不十分で不完全な個別的な活動のみを与えることを意図していると想定することはできない[1151]。そしてペータースはトリーペルに賛同して、自治体監督の委託をその任務の遂行のために必要かつ相当な全ての手段の委託と見做し、これに対応するゲマインデの自立性の制約は法律そのものによってこれと結び合わされたものであることを承認している[1152]。結局ペータースにおいて、自治体監督の介入全てに対して特別の権原を要求する支配的学説の法治国はスローガンであり自己欺瞞であって将来的にもおよそ完全に一般的な授権を与える条件の下でのみ実際上可能であるという理解は、自治体監督を行うことを一般的に委託される官庁は自治体監督の目的達成のために必要と思われる全てのことをなすことを許容されるという認識に到達する[1153]。そしてこの自治体監督の目的は、法律と国家的必要に対応した行政を維持することと見なされている[1154]。

ペータースにおいてゲマインデの自治権を不当に制約しようとする国家監督とゲマインデの自治権の間で衝突が生じうることが認められ、このような疑いのある場合に推定がゲマインデの権利に有利に作用し、監督官庁は介入を行うための事実的及び法的要件が存在していたことの証明義務を負担しているものとされる[1155]。

（7）法適合性コントロールと目的適合性コントロール

ペータースによれば自治体監督は法違反のみに及ぶのではなくて、彼は原則

[1149] Peters, Fn. (1049) S. 227

[1150] Peters, Fn. (1049) S. 227, 薄井・前掲脚注 2）29 頁参照。薄井は、ペータースの理解においてゲマインデの固有事務が本来的に国家に帰属していること、さらに行政の秩序だった進行を維持するためにゲマインデがあらゆる国家監督に服従していることを指摘し、このようなペータースの考え方を、ゲマインデに「本来的に独立の地位を認めていた」ギールケの考え方と対置させる（薄井・前掲脚注 2）29 頁）。

[1151] Peters, Fn. (1049) S. 227-228

[1152] Peters, Fn. (1049) S. 228

[1153] Peters, Fn. (1049) S. 228

[1154] Peters, Fn. (1049) S. 228

[1155] Peters, Fn. (1049) S. 229

としてゲマインデの活動の法適合性のみを自治体監督の限界と想定するフライナーの見解を狭きに過ぎるものと評価する[1156]。すなわち、認可と確認という監督手段のグループが存在し、ペータースによればこのような監督手段においては目的適合性の考量が重要な地位を占めており、監督の目的から既に自治体監督官庁の権限はこの方向性に従っていかなるやり方でも拘束されていないことが帰結する[1157]。ペータースに従えばゲマインデは国家全体の分離不能な一部であり国家は一般的国家政策の重要問題において影響力を行使する可能性を有していなければならないから、自治体監督を法違反のみに限定することは法政策的にも不可能であり、このことはフーゴ・プロイスによっても実務家によっても承認されている[1158]。

（8）国家監督の手段

監督手段の分類に関して、ペータースによれば積極的監督手段と消極的監督手段への分類は支配的学説によって否定される[1159]。ペータースにおいて、望まれている結果がもたらされることに対して配慮する監督手段が積極的監督手段であり、望まれている状況の変更を妨げる監督手段が消極的監督手段である[1160]。しかしながらペータースによれば、何が積極的監督手段に属し、何が消極的監督手段に属するのかについて、一致が存在していない[1161]。ペータースにおいて、予防的監督手段と抑止的監督手段に従った監督手段の分類は、形式的なものであり、特筆に値する実務的、理論的利点を有していない[1162]。そしてペータースは、国の影響力の強度の度合いに従って監督手段を分類することを最も目的に適っているものと評価し、ペータースによれば、自治体監督の監督手段は、A. 助言、B. 観察（閲覧、検査、書類徴収、情報請求）、C. 自治体の活動の有効性の条件としての国の同意（認可、確認）、D. 自治体の活動の効力の否定（異議、異議申立てに対する決定）、E. 特定の活動の強制（命令、強制手段、懲戒的措置）、F. ゲマインデに代替する活動（強制的予算計上、強制執行、国家委員の

[1156] Peters, Fn. (1049) S. 229. Kahl, (Fn. 32), S. 203 に従えば、それゆえペータースにおいて国家監督は法律適合性コントロールに限られてはいない。
[1157] Peters, Fn. (1049) S. 229
[1158] Peters, Fn. (1049) S. 229
[1159] Peters, Fn. (1049) S. 229
[1160] Peters, Fn. (1049) S. 229-230
[1161] Peters, Fn. (1049) S. 230
[1162] Peters, Fn. (1049) S. 230

任命)、G. ゲマインデやその機関の解任に分類される[1163]。

ペータースによれば自治体の決定が認可や確認を要するところでは、この決定は認可や確認の付与によってはじめて法効果を有する[1164]。このような認可や確認として、シュタトゥートの確認、一定の指導的官吏の確認、土地の譲渡に対する認可、起債に対する認可、ゲマインデの森林の利用の形態における譲渡に対する認可、特別の学術的、歴史的、芸術的価値を伴う事柄の譲渡に対する認可、税法の領域における一連の決定等が掲げられている[1165]。ペータースにおいて監督官庁の指示に基づく異議は、自治体の決定を失効させるものである。ペータースにおいて、監督官庁によって個々の自治体官吏に対して直接的に下されうる懲戒的措置は、法的に監督手段と見なされる[1166]。そして監督官庁が個々の場合に懲戒的秩序罰や強制罰によって決定しようとするか否かは、監督官庁の裁量において決められるものとされる[1167]。ゲマインデやその機関の解任に関して、代表団体が自らに責務のある任務の履行ができないことを示しているときに、団体は国務大臣によって解任されうるが、この場合に国務大臣は決して法的に制約されず、解任は国務大臣の自由裁量において行われるものである[1168]。ペータースによれば最も強力な国家官庁の影響力の行使は全体としての公共体が解体されるというものである[1169]。この解体は、ゲマインデ法が明示的に予定している個々の場合に国務省によって行われるものであり、ゲマインデがその公的法的義務を履行することができないという法律によって特定的に定められた要件の下で行われる[1170]。ペータースによればこのような一般的自治体監督と並んで、ゲマインデは様々な特別領域でしばしば異なって規律される特別監督に服している[1171]。例えば職業紹介制度において、自治体監督官庁によって行われる一般的監督と並んでこの目的のために特に設置される部局の特別専門監督が存在している[1172]。一般的自治体監督と並んでこのような特別専門監督が存在するということは自治体に対して監督が二重に行われることを意味して

[1163] Peters, Fn. (1049) S. 233
[1164] Peters, Fn. (1049) S. 235
[1165] Peters, Fn. (1049) S. 236
[1166] Peters, Fn. (1049) S. 239
[1167] Peters, Fn. (1049) S. 239, Fn. (6)
[1168] Peters, Fn. (1049) S. 247
[1169] Peters, Fn. (1049) S. 249
[1170] Peters, Fn. (1049) S. 249
[1171] Peters, Fn. (1049) S. 249
[1172] Peters, Fn. (1049) S. 249

いる。ペータースによれば財政、交通行政、軍事行政、福祉行政を除いて地方機関を持っていないライヒはこのような特別専門監督によってゲマインデに対する直接的監督権を得ようとしており、ラントは自らの立場から二重の監督はコストがかかるためにこの状況を可能な限り直ちに克服することに対して利害を有している[1173]。

5　主観的法的地位

（1）フリッツ・フライナー

ｉ）自治の民主主義的基盤

a）固有作用領域における自立性

フライナー[1174]によれば議会制システムと自治は共に同一の民主主義的基礎に基づくものであり、両者は共にフォルクの自己統治の発露と見なされる[1175]。このようにして君主主義的官治国家と自治の対置はその政治的意味を失う[1176]。彼によれば、「国から区別され、固有の生活目的を持つ」[1177]地方公共体の行政の核心は、固有財産管理、経済行政であるが、この行政は全ての地方の需要の満足、すなわち地方道路の設置、自治体の給水、消防制度に拡張される[1178]。このような事務処理の態様においては、利害関係人が団体機関の選挙人として、あるいは選挙された自治体官庁の構成員として直接的にあるいは間接的に団体の行政に参加するのであり、この領域で自治が語られる[1179]。すなわち、フライナーにおいて自治は、国家ではなくして直接的な利害関係人が行う公的行政であり、独立した市民の手に全部あるいは部分的に委ねられる行政は、職業公務員によって行われる国家行政と対をなすものと見なされる[1180]。フライナー曰く、

1173 Peters, Fn. (1049) S. 249

1174 本邦におけるフリッツ・フライナーの著書の翻訳としては、フリッツ・フライナー著 / 山田準次郎訳『独逸行政法論』信山社（1997 年）（警眼社大正 3 年刊の復刻）がある。この書は、Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts の 1911 年の初版の翻訳と考えられる。

1175 Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 103

1176 Fleiner, Fn. (1175), S. 103

1177 Kahl, Fn. (32), S. 204

1178 Fleiner, Fn. (1175), S. 99

1179 Fleiner, Fn. (1175), S. 100

1180 Fleiner, Fn. (1175), S. 100

自治は国家の全能に対する制約を形成している[1181]。フライナーにおいて自治は、公的行政に対する参加を通じて市民を政治的に教育し、公的事務に対する関心を呼び起こす可能性を設けている[1182]。フライナーにおいて自治は公的行政の分権化の最も重要な手段と見なされ、自治において自治体は固有責任の下で自らのコストにおいてその行政事務を行う[1183]。フライナーによれば国家は、自治体の任務処理のために自治体に支配権、すなわちインペリウムを授与するものとされる[1184]。また、国は自治体を直接的にその職務関係に引き込んでおり、この場合に自治体は国に代わって国家的行政任務を処理することを任ぜられるのである[1185]。しかしフライナーにおいてこの場合に、国家は多くの場合に行政的素材を国法によって規律し、法律の執行を自立的団体に委ねることに限られている[1186]。フライナーにおいてこのような任務を委ねられる団体であるゲマインデや広域的自治体は、完成された組織として国と並んで固有作用領域を持ち自立的存在を持っている[1187]。またもう一方において、健康保険、同業者保険組合といった、新たな行政任務の遂行のために設けられた自立的な特別の制度はその組織が目的で区切られており公的目的団体とされる。

b）国家行政と自治行政——義務的任務

フライナーにおいて自治体は非国家的団体とアンシュタルトとされ、このような団体は国に対してその固有行政任務と委任行政任務を処理する義務を負っている[1188]。このような団体の法的性質にとって決定的モメントは、国家的支配権の授与、命令権力の授与にある[1189]。そして、そのような団体が官憲として登場する限り権力に服する者に対する関係は公法に組み込まれ、そのような団体は公法の団体と見なされる[1190]。フライナーによればこのような公法の団体に、公的法的人格が認められると同時に、私法的権利能力がこの団体に授与される[1191]。そしてフライナーは、重要な行政任務は、固有の権利能力を授与された自

1181 Fleiner, Fn. (1175), S. 100
1182 Fleiner, Fn. (1175), S. 100
1183 Fleiner, Fn. (1175), S. 101
1184 Fleiner, Fn. (1175), S. 101
1185 Fleiner, Fn. (1175), S. 101
1186 Fleiner, Fn. (1175), S. 101
1187 Fleiner, Fn. (1175), S. 102
1188 Fleiner, Fn. (1175), S. 104
1189 Fleiner, Fn. (1175), S. 104
1190 Fleiner, Fn. (1175), S. 104
1191 Fleiner, Fn. (1175), S. 105-106

立的な公的法的アンシュタルトによって処理されるという[1192]。そしてこのような公的法的アンシュタルトは、国家やゲマインデの意思によって設立されるものとされる[1193]。フライナーにおいて国家行政と自治行政は、相互に影響を与え、相互に補い合うものである[1194]。すなわち、立法は国家行政と自治行政の媒介者を創設し、自治体を国家任務の処理のために動員している[1195]。

フライナーにおいて自治体の作用領域は、全体の歴史展開やあるいは自治体を設立した国法によって各々の自治体に与えられる[1196]。そして自治体の組織はこの特別の作用領域のために組み込まれ、自治体の権限の枠は、自治体にとってその法的権力の限界である[1197]。フライナーによれば法律が自治体に、義務的任務と並んで一定の始めから特定された任意的任務を自治体の領域に引き入れることを委ねているときに自治体の行政任務の拡張が可能であるが、自治体がその活動を任意的任務に拡張すると、自治体は義務的任務と同様にその任意的事務を処理することを義務付けられる[1198]。フライナーにおいて自治体の生活目的は歴史的展開が国家行政ではなくて地方行政に留保した全ての任務の処理である[1199]。

c）固有作用領域と委任作用領域

フライナーにおいてゲマインデは、特定の領域に定着した団体であり、領域団体の類型であり、領域と構成員はゲマインデの概念上本質的な要素である[1200]。そしてゲマインデの上に、ラントクライスなどといった上級の自治体が組織されている[1201]。そして法律や慣習によって、ゲマインデの能力で賄うことのできない自治任務が委ねられうるものとされる[1202]。このようなゲマインデや上級の自治体が歴史的過程において支配領域として勝ち取り、これに対応してこのような自治体に特有の生活目的を形成している事務は団体の固有作用領域を形成しており、フライナーにおいてこの固有作用領域が狭義の自治事務と見なされ

1192 Fleiner, Fn. (1175), S. 106
1193 Fleiner, Fn. (1175), S. 106-107
1194 Fleiner, Fn. (1175), S. 107-108
1195 Fleiner, Fn. (1175), S. 108
1196 Fleiner, Fn. (1175), S. 108
1197 Fleiner, Fn. (1175), S. 108
1198 Fleiner, Fn. (1175), S. 108-109
1199 Fleiner, Fn. (1175), S. 109
1200 Fleiner, Fn. (1175), S. 110
1201 Fleiner, Fn. (1175), S. 111
1202 Fleiner, Fn. (1175), S. 112

ている[1203]。そしてまたもう一方で、国は自治体に国家的行政事務を委ねる権限を有しており、この国家的事務において自治体は国の委託において国の利益において活動するのであり、このような事務が委任作用領域、すなわち委任事務と見なされている[1204]。フライナーによればこのような授権には常に法律の根拠が必要である[1205]。団体はこの割り当てられた事務を自らの官吏を通じて処理させる義務を負い、特別の法律上の規定が無い限り自らの手段からの費用を負担する義務を負っている[1206]。このようにしてフライナーによれば、戸籍管理の作用、裁判官の作用、警察の作用が委ねられうる[1207]。フライナーにおいて自治体の固有作用領域と委任作用領域の境界は不確かであり、各々の国家にとって歴史的展開に基づいて特別に定められている[1208]。例えば、地方警察はプロイセンにおいて基本的に国家任務であるのに対して、ヴュルテンベルクとバーデンにおいてはゲマインデの固有事務である[1209]。しかしこのような、固有作用領域と委任作用領域の境界をずらすことは立法者の力においてなされるものと見なされている[1210]。さらに、フライナーは純粋国家行政と委任作用領域におけるゲマインデの行政の間で中間段階が展開されうることに対して注意を喚起する[1211]。たとえば、公立国民学校の教員は国家官吏であるのかゲマインデ官吏であるのか、この教員は国から給与を支払われるのかゲマインデから給与を支払われるのか、公立国民学校は国家アンシュタルトであるのかゲマインデのアンシュタルトであるのか、という問いに対して全てのラントに妥当する定式は存在せず、歴史的展開とそれぞれの国家の立法に基づいてのみ定められるものと見なされている[1212]。

ゲマインデは委任作用領域の事務を自らのゲマインデ官吏を用いて行うのであるが、フライナーによればこのゲマインデ官吏にとって、ゲマインデの固有事務を処理するのか委任された国家的事務を処理するのかは重要でない[1213]。す

[1203] Fleiner, Fn. (1175), S. 112
[1204] Fleiner, Fn. (1175), S. 112-113
[1205] Fleiner, Fn. (1175), S. 113
[1206] Fleiner, Fn. (1175), S. 113
[1207] Fleiner, Fn. (1175), S. 113
[1208] Fleiner, Fn. (1175), S. 113
[1209] Fleiner, Fn. (1175), S. 113
[1210] Fleiner, Fn. (1175), S. 114
[1211] Fleiner, Fn. (1175), S. 114
[1212] Fleiner, Fn. (1175), S. 114
[1213] Fleiner, Fn. (1175), S. 114

なわち、フライナーにおいて委任作用領域においてもこれを処理するゲマインデ官吏はゲマインデの機関であり基本的に上級のゲマインデ機関にのみ従属しているのである[1214]。そして法律だけが自治を突き破って、ゲマインデが委任作用領域の事務を処理する限りでゲマインデ官吏を直接的に国家官庁に従属させることができるのだという[1215]。ゲマインデ官吏はこのことによって国家官庁組織の構成員になり、すなわち旧来の間接国家官吏となるのであり、この場合に自治体に対する国家監督に代わってゲマインデ官吏自体に対する国家的職務権力が登場する[1216]。しかしその場合でも委任事務を処理するゲマインデ官吏はゲマインデの機関であり、委任作用領域における官吏の活動によって損害を受けた第三者に対しては、ゲマインデが責任を負っている[1217]。

フライナーによれば自治を行う権限は自己立法の権限、すなわち自治に属している全ての事務に対する自律性の権限を法律上包含してない[1218]。国法は自治体が自らの組織を形成し自治体行政に服している素材についてシュタトゥートや地方法律といった法規定を設定することを許容されている枠を定めている。

ⅱ）後見、自由裁量に基づく監督――予防的監督手段

フライナーによれば公的行政の全体の組織において自治体を性格付けるメルクマルは、一つにはその作用領域であるが、もう一つには国家監督であった[1219]。フライナーによれば国家は監督において、一つには自治体がその作用領域、すなわち固有作用領域並びに委任作用領域を逸脱しないことを監視し、もう一つには自治体がその生活任務を遂行すること、いつでもその生活任務をとりわけ財政的な面で実行出来る状況にあることを監視する[1220]。そして権限ある国家官庁は絶え間なく職権によってこの監督を行わなければならず、フライナーにおいて監督は異議申立てに応じてはじめてなされるものではない[1221]。そしてそこで国家監督は、一方においてあらゆる状況の下で自治体の活動の法適合性についてコントロールを行うものとされ、もう一方において一定の自治の行為を目

1214 Fleiner, Fn. (1175), S. 114
1215 Fleiner, Fn. (1175), S. 115
1216 Fleiner, Fn. (1175), S. 115
1217 Fleiner, Fn. (1175), S. 115
1218 Fleiner, Fn. (1175), S. 115-116
1219 Fleiner, Fn. (1175), S. 108
1220 Fleiner, Fn. (1175), S. 116, Kahl, Fn. (32), S. 204
1221 Fleiner, Fn. (1175), S. 116

的適合性に基づいて審査することを通常任ぜられている[1222]。フライナーによれば国家監督には防御的手段と予防的手段が与えられている[1223]。警察国家においては予防が中心的であったが、後の国家においては防御に重心がおかれる[1224]。すなわちフライナーは、自治行政行為に対する国の認可に代わって国の異議権を要求することを適切であると見なしている[1225]。フライナーにおいて包括的な防御的手段は、違法な自治体の行為に対して異議を提起し、それを通じて自治体の機関にその行為を取消すよう指示し、問題とされる行為を国の側から取消す国家監督官庁の権限である[1226]。また国家官庁は強制的予算計上の命令権を有している[1227]。ここで強制的予算計上とは、国家官庁が自治体によって引受けられる任務の履行のために必要な金額を自治体の財政計画に強制的に計上し、事務を引受けることを自治体に強制するというものである[1228]。フライナーによれば究極的手段は、懈怠した自治機関の構成員をその官職から解任し新たな選任を実施する国家監督の措置である[1229]。そして、通常の自治機関を排除し、自治機関の活動を国家委員に委託することは最も強力な介入である[1230]。フライナーによれば違法に活動する自治体機関に対して秩序罰を命じることによって介入し、適法に活動するよう促す可能性も存在している[1231]。

フライナーにおいて予防的監督手段は、自治体に対する国の後見（Vormundschaft）を基礎付けている[1232]。フライナーによれば、起債、一定の価値を肥える土地の譲渡のような自治体の活動が、国家官庁の認可を要する場合にこのような認可は自治体に対する国の後見と見なされる[1233]。認可を要する自治体の活動は、国の認可によってはじめて法効力を有する決定となる[1234]。また、最上位の自治体官吏の選任や、自律的条例は国の確認を要し、ここでも国

1222 Fleiner, Fn. (1175), S. 117
1223 Fleiner, Fn. (1175), S. 117
1224 Fleiner, Fn. (1175), S. 117
1225 Fleiner, Fn. (1175), S. 117
1226 Fleiner, Fn. (1175), S. 117
1227 Fleiner, Fn. (1175), S. 117-118
1228 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1229 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1230 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1231 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1232 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1233 Fleiner, Fn. (1175), S. 118
1234 Fleiner, Fn. (1175), S. 118

の確認によってはじめて法効力を有するものと見なされる[1235]。このような認可や確認を要する場合に、団体の意思能力と行為能力は国によって制約され、この制約の程度は、認可や確認の付与や拒絶にあたって国家官庁が自由裁量に従って決定することができるのか、自治体の決定が法律と軌を一にしているのか否かのみを審査するのかによって定まる[1236]。フライナーにおいて、国家監督官庁が自由裁量に従って、地方シュタトゥートを認可するか否かを判断することができるときには、その決定はその限りで行政裁判所のコントロールから除外されている[1237]。フライナーによれば国が自治体の官吏を直接的に任命する場合に、国家監督は自治に対して干渉しているが、そのことによって自治体の官吏が国家官吏になるのではない[1238]。過剰な国家監督に対して自治体は行政裁判所による保護を享受している[1239]。さらに、彼によれば自治体は個々人と同じくして、国の違法な介入に対して行政裁判所への訴願を通じて自らの自由の領域を防御する力を有しているものと見なされている[1240]。

(2) シュティア＝ゾムロ

i) 政治的原理としての自治、権利としての自治

シュティア＝ゾムロ[1241]は、自治の法的概念と並んで自治の政治的原理を想定する。この政治的原理は、地域的に規定されうる利害関心に、行政を通じた集権的国家権力からの広範な自由を可能な限り名誉官職的活動によって領域団体の法人格と自律的生活内容の承認の下で設ける意図を持っている[1242]。シュティア＝ゾムロにおいて自治の政治的概念は、共同体の共通精神を呼び起こし、育

[1235] Fleiner, Fn. (1175), S. 118-119
[1236] Fleiner, Fn. (1175), S. 119
[1237] Fleiner, Fn. (1175), S. 119, Fn. (67)
[1238] Fleiner, Fn. (1175), S. 119-120
[1239] Fleiner, Fn. (1175), S. 120
[1240] Fleiner, Fn. (1175), S. 120, したがって、Kahl, (Fn. 32), S. 204-205 が、フライナーは団体を個々人の主観法的地位と同列においているというのは妥当である。
[1241] シュティア＝ゾムロという人物を取り扱う論文として、初宿正典「フリッツ・シュティア＝ゾムロとヴァイマル憲法構想―その中間的覚書き」榎原猛ほか編『国法学の基本問題　宮田豊先生古稀記念』嵯峨野書院(1996 年)189 頁以下がある。
[1242] Stier-Somlo, Fritz, Universitätsrecht, Selbstverwaltung und Lehrfreiheit, in: AöR N.F. (1928), S. 360-392 (366)

成し、維持する目的を持っており、公共体の職務に独立的市民を動員するものである[1243]。そして公的職務とその能力に対する非利己的な活動の精神を創設し促進し、各々の階級を支配する利己的な試みを全体の利益において調整することに貢献する目的を有している[1244]。シュティア＝ゾムロによれば、自治の法的概念は政治的自治の理解によって決定的に影響を受けているが、これから独立して捉えられなければならない[1245]。シュティア＝ゾムロはヴァイマル憲法 127 条の解釈において、ゲマインデ及びゲマインデ連合の自治権を国家に対する主観的公的権利の一種と見なさないグルムの解釈に反対し、自治を主観的公的権利と見なし、主観的公的権利として承認されなければならないという[1246]。いずれにせよシュティア＝ゾムロにおいてヴァイマル憲法 127 条は組織規定ではなくて、何らかの権利の保障を含んでいる[1247][1248]。シュティア＝ゾムロによればヴァイマル憲法 127 条は領域団体にのみ妥当し、非領域的団体には妥当しない[1249]。そして彼によれば、ヴァイマル憲法 127 条は基本的にゲマインデ及びゲマインデ連合の存在を保障している[1250]。シュティア＝ゾムロに従えば、グルムがゲマインデ及びゲマインデ連合を語るときに団体の権利と自己代表権のみならず国から独立した自立的作用領域を求める権利を想定していることは、自由主義的個人主義的法治国理論の意味における国から独立した生活領域の保障を意味するに他ならなかった[1251]。シュティア＝ゾムロによればライヒ憲法成立時に

[1243] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (366)
[1244] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (366)
[1245] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (366)
[1246] Stier-Somlo, Der Reichsgerichtshof und das Grundrecht der Selbstverwaltung, in: AöR N. F. (1930), S. 255-269 (266-267) , Kahl, (Fn. 32), S. 205
[1247] Stier-Somlo, Fn. (1246), S. 255269 (268)
[1248] このような、ヴァイマル憲法 127 条に自治権の保障が含まれるのか否かについては、論争があった。この背景には、ルール地域における自治体の強制的な統廃合があったとされる。この論争の中で、シュティア＝ゾムロの見解はカール・シュミットによって鋭く批判された。最終的に、ヴァイマル憲法 127 条で自治権という基本権が保障されているとしても、その内容は制度的保障説のそれと大きく変わるものではないということが確認された。以上の点について、石川健治『自由と特権の距離―カール・シュミット「制度対保障」論・再考―［増補版］』日本評論社（2007 年）144 頁 - 149 頁
[1249] Stier-Somlo, Fn. (1246), S. 255269 (260)
[1250] Stier-Somlo, Fn. (1246), S. 255269 (261)
[1251] Stier-Somlo, Fn. (1246), S. 255-269 (268)

ゲマインデ及びゲマインデ連合に実際に与えられた自治権の保障のラント法による空洞化が結局のところ基本権たる自治権を無価値なものにしてしまうならば、このような相対主義は法政策上、ヴァイマル憲法 127 条の場合にライヒ憲法の大部分にとって致命的である[1252]。

シュティア＝ゾムロにおいては、ゲマインデの事務は国から委ねられた作用領域であるという立場が採用される[1253]。シュティア＝ゾムロによれば、地域的に限界付けるのに適した国家的な事務を国が自治体によって担わせるならば、この事務は同時に地域的連関によって特徴付けられる特別の性格を獲得し、ゲマインデの固有事務と見なされる[1254]。そうして自治行政は、国の利益におけるのと同じ程度において自立的領域団体の行政になる[1255]。シュティア＝ゾムロにおいて自治事務は、法律上責任を課され、あるいは自由意思に基づいて担われる自立的な固有事務であり、委任事務は国の執行機関としての自治体に国家的事務として委ねられるものであり、このようにして両者は区別される[1256]。国は法律によっても自治体を一方的に廃止することができるなどということはできず、シュティア＝ゾムロによれば自治体にはヴァイマル憲法 127 条の枠の中で憲法上保障されている自治の権利が与えられている[1257]。そして自治の法的概念の下で、ライヒ法律と国法の枠の中で行われる公法の法人の活動が理解され、この活動に基づいてこの団体は私法の任務でも法制定の任務でもない任務を自らの責任の下で遂行する[1258]。シュティア＝ゾムロによればゲマインデの事務について普遍性の原則が問題となる[1259]。シュティア＝ゾムロはプロイセン上級行政裁判所判例を引き合いに出し、ゲマインデは全体の福祉、個々人の実体的利

[1252] Stier-Somlo, Fn. (1246), S. 255-269 (269)
[1253] Stier-Somlo, Die Staatsaufsicht, in: Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen, Bd. 1, 1919, S. 390-399 (390), Kahl, Fn. (32), S. 205 に従えば、シュティア＝ゾムロは一方においてゲマインデに固有の法人格を認め、もう一方においてゲマインデの高権が国による受託行為に基づくものであると理解している。そのことは、シュティア＝ゾムロがゲマインデの事務を国から委ねられた作用領域として性格づけていることから明らかである。
[1254] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (366)
[1255] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (366)
[1256] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (367)
[1257] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (367)
[1258] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (367)
[1259] Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (368)

益及び精神的展開を促進する全てのものをその活動領域にもたらすことができるという[1260]。

ⅱ）法的概念としての自治、補完的概念としての国家監督

シュティア＝ゾムロによれば、自治の法的概念は国家監督の補完的概念無しには想定しえないものである[1261]。彼によれば国は、ゲマインデの行政が法律に従って、法効力のある監督官庁の命令に従って、法令に適って行われること、ゲマインデの権限の逸脱が阻止されることについて監視する[1262]。さらにゲマインデの事務が常に秩序だった進行において維持され報告された妨害が除去されることに配慮されなければならない[1263]。シュティア＝ゾムロによればゲマインデの事務遂行は秩序だって絶え間なく行われなければならず[1264]、そしてまた国は、自治体の目的の実現を監視し必要な場合に自治体の目的実現を目指す義務を積極的に課されている[1265]。ゲマインデの構成員として個々人に与えられる権利の侵害に対する個々人の異議を審査し決定することは監督官庁の権限でありまた義務である[1266]。シュティア＝ゾムロおいてゲマインデの事務における国家監督権は、審級序列に関しても事柄においても、警察事務における監督権から区別される[1267]。監督官庁には、ゲマインデの行政への一般的閲覧権、すなわちゲマインデ行政の全ての対象についての情報を求める権限、ゲマインデの予算や会計の文書の送達を求める権限が存在する[1268]。シュティア＝ゾムロによれば監督官庁はさらに、ゲマインデにその義務の履行を促す権利、軽率な借金や遅滞に債権者の満足において対抗する権利を有している[1269]。そしてシュティア＝ゾムロは、監督官庁は一般的な法的根拠に従って公法に属しているゲマインデの義務の履行に関してのみ監視することを強調し、私法的な義務の強制的な実行のようなものは裁判所に委ねなければならないという[1270]。シュティア＝ゾムロにおいて国家監督は、公的利益において行われる国の行政活動とみなされ、

1260 Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (369)
1261 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (390) , Kahl, (Fn. 32), S. 205
1262 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (391-392)
1263 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1264 Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (379)
1265 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1266 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1267 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1268 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1269 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)
1270 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392)

自治体としての地位におけるゲマインデに、その義務の履行を促しゲマインデによって行われる行政をその他の公的行政と一致させることを目的としている[1271]。シュティア＝ゾムロはさらに、監督官庁は権限を逸脱しあるいは法律に反する参事会と都市集会の全ての決定に対して異議を提起することをゲマインデの長や市長に求める権利を有している[1272]。シュティア＝ゾムロによれば監督権の射程についての疑問を回避することはできず、自治の概念を手がかりにすることによっても都市ゲマインデの権限の限界がどこまで及んでいるのかは明確には特定されない[1273]。シュティア＝ゾムロにおいて都市官吏の制度と設備に関して、当該機関の数、能力、俸給の点で法律の要請を満たしていることについて監視する権限を有する[1274]。その際に監督官庁は活動のために必要な官吏が任用され十分に俸給を支払われていることを求める権限を有している[1275]。シュティア＝ゾムロにおいて監督の手段は、異議権、重要な決議に対する認可権、ゲマインデ官吏の確認権、懲戒罰及び秩序罰の手段、財政制度、租税制度、予算制度、出納制度、会計制度、検査制度の領域、財産制度、学校制度、公債制度の領域での監督官庁の権限、強制的予算計上の権利である[1276]。

6　ゲマインデの自由裁量と国家監督 ヴァルター・イェリネク

（1）自治事務——自由裁量による事務処理

ヴァルター・イェリネク[1277]において自治は、国から他の権利の担い手への公的行政の委託の極めて重要な形態である[1278]。自治の下で自治体、すなわち国の中にある公法の法人による行政が理解され、自治体は自立的に自らの名において公的行政を行う[1279]。ヴァルター・イェリネクにおいて最も重要な自治体はゲマインデである[1280]。ヴァルター・イェリネクにおいてゲマインデによって行わ

1271 Stier-Somlo, Fn. (1242), S. 360-392 (379)
1272 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (392-393)
1273 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (393)
1274 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (394)
1275 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (394)
1276 Stier-Somlo, Fn. (1253), S. 390-399 (394-395)
1277 我が国におけるヴァルター・イエリネクの代表的な研究としては、人見剛『近代法治国家の行政法学—ヴァルター・イェリネック行政法学の研究』成文堂（1993 年）がある。
1278 Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl.,1966, S. 529
1279 Jellinek, Fn. (1278), S. 529
1280 Jellinek, Fn. (1278), S. 530

れる事務は、自治事務と委任事務、あるいは固有作用領域と委任作用領域に二分割される[1281]。ヴァルター・イェリネクによればゲマインデには本来的で始原的な権利に基づいて一定の任務が帰属しているという考え方は、始原的権力の担い手としての国家と派生的権力の担い手としてのゲマインデの区別を消失させるものであり、誤りである[1282]。ヴァルター・イェリネクによればゲマインデに帰属する権利は全て委託された権利であり、国によって発布されたゲマインデ法及び都市法から引き出されたものである[1283]。ヴァルター・イェリネクによれば、ゲマインデに国家的任務が委ねられる場合には、この事務は委任事務であり、そこでは無制約の国家的指示権のみが存在している[1284]。彼によれば委任事務は、国がゲマインデ機関やあるいはゲマインデ自体に国の指示に従って処理することを委託する事務である[1285]。これに対して自治事務は、ゲマインデが法律の枠の中で自由裁量に従って国の指示を受けずに自らの責任の下で処理する事務である[1286]。

ヴァルター・イェリネクにおいて委任事務には二つの種類のものが存在している。すなわち一つには、地方警察の事務のように、ゲマインデが権利義務の担い手として除外される委任事務である[1287]。もう一つの種類の委任事務は、対外的学校行政のように、ゲマインデが国に対して何らかの義務関係にある委任事務である[1288]。そしてヴァルター・イェリネク曰く、後見において被後見人に対する配慮の義務が配慮に対する権利と結びつけられているように、ゲマインデは委任事務の行政に対して権利を有しており、ゲマインデは過剰な負担を課されない権利を有していることが理解されている[1289]。そして自治事務においては、自治事務を行うことに対してゲマインデに主観的権利が帰属している[1290]。例えば法律によって、青少年福祉事業の任務がゲマインデ及びゲマインデ連合の自治事務であるとされているということは、ゲマインデが法律の枠の中で青少年福祉において自由裁量に従って活動することに対して権利を有しているこ

[1281] Jellinek, Fn. (1278), S. 530
[1282] Jellinek, Fn. (1278), S. 530
[1283] Jellinek, Fn. (1278), S. 530
[1284] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1285] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1286] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1287] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1288] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1289] Jellinek, Fn. (1278), S. 531
[1290] Jellinek, Fn. (1278), S. 531-532

とを意味する[1291]。彼によればそのような自治事務において、例えば国がゲマインデの意向を抹殺して自ら建築線計画（Fluchtlinienpläne）を引いたり、都市景観の形成に介入したり、墓の配分における従来の慣行に反して個人の宗派を顧慮することを放棄したりすることが、自治に対する違法な介入として掲げられる[1292]。

（2）義務としての自治――国家監督の基礎、権利としての自治――国家監督の限界

ヴァルター・イェリネクによればゲマインデの自治権は同時に、ゲマインデに委ねられた義務でもある[1293]。すなわち、上に掲げたような事務が自治事務に数え上げられるということは、ゲマインデがこれらの事柄において随意的に活動しないということが許されるということを意味するのではなくて、自治事務の領域でも国がその活動を要求することのできる何らかの限界は存在しているのである[1294]。彼によれば自治事務における国に対するゲマインデの自治権は公的権利であり、そこには、国家監督に引かれた限界を逸脱しないことを求める不作為請求権が含まれ、これは国に対する権利である[1295]。

（3）国家監督の手段

ヴァルター・イェリネクによれば、国家監督官庁はその命令において自由裁量の領域に触れることは許されず、法を維持することに限られているということが自治の自由によって重要な基本思想である[1296]。彼に従えば、国家監督官庁はプロイセンでは、都市の事務においては Regierungspräsident であり、ラント・ゲマインデの事務においては Kreisausschuss の長としての Landrat であるが、ゲマインデに対してこのような監督官庁が意のままにしている手段として、ゲマインデに助言（Ratschläge）を与える権限がまず念頭に置かれるが、このような助言は助言を受ける者の権利領域への介入を意味しないから、特別

[1291] Jellinek, Fn. (1278), S. 532. Kahl, (Fn. 27), S. 203 に従えば、自由裁量に基づいて、国家官庁による指示から邪魔をされずに、法律の範囲内で、目的達成のために必要なことを、特別の法律の根拠なしに行うことができることがイエリネクにおける自治の基本思想である。
[1292] Jellinek, Fn. (1278), S. 532
[1293] Jellinek, Fn. (1278), S. 532
[1294] Jellinek, Fn. (1278), S. 532
[1295] Jellinek, Fn. (1278), S. 532
[1296] Jellinek, Fn. (1278), S. 532

の法律上の根拠を要しない[1297]。ヴァルター・イェリネクによればとりわけ事実状況の閲覧が監督の遂行に属している[1298]。視察と調査を求める国の権利において、ゲマインデは視察措置を許容し、助力（Behilflichsein）し、情報提供をする義務がある[1299]。例えば監督官庁が衛生の観点において下水工事が許容されないことに対して異議を提起するために不足の除去を指示することでは十分でないと評価するときに、拘束的な命令、すなわち監督命令が発布される[1300]。そしてこのような命令においても監督官庁は基本的に法の維持に限られているから、法の維持と関係ないことを命じることは自治に対する違法な介入と見なされる[1301]。そして内容的に違法な権限逸脱の Magistrat の決議に対しては、市長は必要な場合に Regierungspräsident の指示に応じて延期する効果を伴って理由を提示して異議を提起するものとされ、この異議に対しては行政裁判所において争うべきものとされる[1302]。ヴァルター・イェリネクにおいて、監督官庁の介入が裁量事項における単なる見解の相違を理由として行われることは許容されない[1303]。次なる国家監督の手段は法律上予定された同意、認可、確認である。例えばヴァルター・イェリネクによれば各々の法律に従って、選挙された市長、副市長、参審員、有給の Magistrat の構成員が国務省や Regierungspräsident の同意を要すること、外国から自治体への借入が監督官庁の認可無しには許容されないこと、Gemeindevertretung と同意してゲマインデの長によって確認された建築線が地方警察官庁の同意によってはじめて有効になること、重要な芸術的価値を有する物の譲渡や基本的変更が Regierungspräsident の認可に服していることが掲げられている[1304]。ヴァルター・イェリネクにおいてこのような場合に国家監督官庁の審査は、法的問題に限られるのではなくて全体の範囲において目的適合性の問題をも含んでいる。例えば、市長選挙の確認において、市長に被選挙権がないことや選挙手続に法律違反がある場合のみならず、選挙された者を監督官庁が不適正と見なす場合であっても、監督官庁は市長選挙に

1297 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1298 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1299 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1300 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1301 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1302 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1303 Jellinek, Fn. (1278), S. 533
1304 Jellinek, Fn. (1278), S. 534

確認を拒絶することができるということが掲げられる[1305]。ヴァルター・イェリネクによればこのような国家監督の手段と並んで国家監督に特有の行政的強制の手段が存在している[1306]。このような監督手段として、代執行と制裁的介入が掲げられる[1307]。代執行の最も重要なものとしてある支出費目をゲマインデの財政計画に強制的に記帳するという手段、すなわち強制的予算計上が掲げられる[1308]。ヴァルター・イェリネクによれば例えば、法律上ゲマインデの責務である生活扶助に対応する支出費目を財政計画に記帳することを Regierungspräsident が要求し、ゲマインデがこの要求に従わないときには Regierungspräsident は財政計画に金額を記帳する命令をなす[1309]。このような強制的予算計上は、純粋に私的なゲマインデの義務を履行させるためになされるものではなくて、公的利益が何らかのかたちで関わっているのでなければならない[1310]。すなわち、純粋に私的なゲマインデの義務は通常裁判所の管轄であって[1311]、監督官庁や行政裁判所は公的利益に関わらないような私的な義務の履行に関与するものではないのである。さらに代執行の手段として、国家委員による行政（die kommissarische Verwaltung）が掲げられる[1312]。このような代執行は、例えば都市集会が市長を選任することを拒絶したとき、あるいは最初の選挙で確認を受けなかったものを再び選任したときに、Regierungspräsident が都市のコストで国家委員に代理を務めさせるというものである[1313]。ヴァルター・イェリネクにおいて、自治体の機関が拒絶した場合に特別の法律上の根拠がないときであってもこのような国家委員による行政は許容される[1314]。その理由は彼によれば、違法な状況を除去させずに放置することはゲマインデ法の意味に適わないからであり、そこでかの普通ラント法のような過去の規定に遡る必要はない[1315]。さらなる監督手段として監督官庁の制裁的介入が掲げられる。この制裁的介入には、Regierungspräsident や Landrat が自治体監督官庁とし

1305 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1306 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1307 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1308 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1309 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1310 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1311 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1312 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1313 Jellinek, Fn. (1278), S. 534
1314 Jellinek, Fn. (1278), S. 534-535
1315 Jellinek, Fn. (1278), S. 535

ての資格において命じる強制罰がある[1316]。ヴァルター・イェリネクによれば、国家監督官庁にはゲマインデの官吏全員に対する広範な懲戒権限が与えられている[1317]。Regierungspräsident は市長やその他のゲマインデ官吏に対して秩序罰を確定し官職からの解職手続を開始することができる[1318]。そしてこのような自治体監督官庁の介入の取消しのために与えられる法的手段は、行政裁判所に対する訴えの提起である[1319]。しかしながら、行政裁判所の権限についての一般条項はプロイセンにおいて存在しておらず、市長の異議、強制的記帳、秩序罰に対する取消訴訟のようなものは行政争訟手続で予定されているものの、ヴァルター・イェリネクによれば監督官庁に対するゲマインデの確認訴訟や、ゲマインデに対する監督官庁の確認訴訟は認められていない[1320]。

7　国家指導原理

（1）エルンスト・ルドルフ・フーバー

ｉ）制度的保障としての自治

フーバーによれば、ヴァイマルにおける基本権は、個々人に有利な基本権の保障のみならず、団体に有利な保障をも含んでおり、フーバーにおいてこの保障は制度的保障として認められるものである[1321]。そこでゲマインデを含む団体は憲法において、国家権力に対して独断による自律性を展開することを可能とする保護の約束を有している[1322]。そしてこの自律性は、国家及び政治的全体秩序からの自由を意味していた[1323]。フーバーにおいてこの自由は、法律によって明示的に規律されている場合にのみ団体は国家に対する義務を課されることを意味している[1324]。そしてこのようにして団体は多元主義を展開しており、この多元主義がヴァイマルのシステムを特徴付けるものであった[1325]。しかしフーバーによればヴァイマルのシステムにおけるこのような団体の多元主義は、国家

1316 Jellinek, Fn. (1278), S. 535
1317 Jellinek, Fn. (1278), S. 535
1318 Jellinek, Fn. (1278), S. 535
1319 Jellinek, Fn. (1278), S. 535
1320 Jellinek, Fn. (1278), S. 535
1321 Huber, Ernst Rudolf, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., 1939, S. 458
1322 Huber, Fn. (1321), S. 458
1323 Huber, Fn. (1321), S. 458
1324 Huber, Fn. (1321), S. 458
1325 Huber, Fn. (1321), S. 458

社会主義革命によって克服されたのである[1326]。すなわち、上述のような自律性におけるゲマインデの独断性は、国家指導目的がゲマインデの自治に対する無条件の拘束性へと高められ、ゲマインデの官吏の任命が強力な国の監視の下に置かれ、政党国家的なゲマインデの代表が廃止されたことによって否定されたのである[1327]。そうして国家社会主義革命はこのような破壊されたシステムに代わって新たな秩序を樹立したものと見なされた[1328]。しかしながらフーバーにおいてもこのような国家社会主義革命の目的は、官治主義的集権主義でも一つの国家主義システムの絶対主義でもなくて、真正の諸階級の自治の秩序を樹立することである[1329]。そこでは、全体のフォルクの生活法律の無条件の優越の下でのみ部分秩序に自立性が与えられるのである[1330]。

フーバーにおいて諸階級は公法の団体（Körperschaft）の法的地位を有している[1331]。そしてこのような団体の中には、国及び政党に組み込まれ、自治の権利を与えられたゲマインデ及びゲマインデ連合が含まれている[1332]。しかしこの団体には、ゲマインデやゲマインデ連合の他に社会保険の担い手のような団体も含まれている[1333]。結局フーバーにおいて団体は、団体の概念が含んでいる個々の具体的な秩序に目を向けることによってはじめてその内容が明らかになる総括概念と見なされ、団体の下で諸階級にはフォルク・ゲマインシャフトの生活にとっての特別の意義が与えられる[1334]。そしてフーバーによれば、諸階級は自治によって特徴付けられる[1335]。フーバーによれば 19 世紀において自治の概念は個人主義的に再解釈され、そこで自治は、ある団体の国に対する主観的権利として捉えられ、特別に予定された国の監督権にのみ対峙する基本的に無制約の権利として捉えられた[1336]。このような 19 世紀における自治は、国と団体の相互の権利のシステムとして構成され、そこでは団体の権利の無制約性と

[1326] Huber, Fn. (1321), S. 459
[1327] Huber, Fn. (1321), S. 459
[1328] Huber, Fn. (1321), S. 459
[1329] Huber, Fn. (1321), S. 459-460
[1330] Huber, Fn. (1321), S. 459-460
[1331] Huber, Fn. (1321), S. 461
[1332] Huber, Fn. (1321), S. 462-463
[1333] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1334] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1335] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1336] Huber, Fn. (1321), S. 463

国の権利の制約性に対して有利に推定が働いていた[1337]。フーバーにおいて真正の自治は、政治的統一体に対する団体の自己合法性（Selbstgesetzlichkeit）も独断性（Selbstherrlichkeit）も意味するのではない。フーバーにおける自治は、創造的意思及び形成の自由が政治的統合によってライヒに一体化されている形態であり、自由と拘束は自治において一体性へと統合されるのである[1338]。その際に自治は、ある団体がそれ自体の中でゲノッセンシャフトの固有生活を展開し、団体が自ら意思し、決定し、活動することができることを前提条件としている[1339]。しかしながらフーバーに従えば自治はそれと同時に、団体がこれを包括する国家的統一体から切り離されず、独断的な自律性を要求しないことを必要としている[1340]。さらに団体が、自由な構成員からその固有生活を伴ってライヒに従属し、全体のフォルクの政治的一体を実現し、維持することに寄与するということが自治であると見なされている[1341]。

ⅱ）政治的指導と自治

フーバーにおいて公的自治の担い手である諸階級はライヒの政治的指導に服しており、このライヒの政治的指導は、フーバーにおいて旧来のシステムで団体が服していた監督以上のものを意味している[1342]。すなわち、従来の団体監督が法律監督であり、そのことは、国は団体がその固有の活動において法律に従って行動しているか否か、団体がその法律上の権限の枠の中におさまっているか否か、団体がその法律上の任務を遂行しているか否かのコントロールに限られており、法律違反の場合にのみ国は介入することができることを意味する[1343]。フーバーに従えばこれに対して政治的指導は、このような適法性コントロールに限られていない[1344]。フーバーにおいて政治的指導の責務は、諸階級の活動に

[1337] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1338] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1339] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1340] Huber, Fn. (1321), S. 463
[1341] Huber, Fn. (1321), S. 463-464
[1342] Huber, Fn. (1321), S. 464, Kahl, Fn. (32), S. 245 . は、フーバーにおいて、自治体は自由を享受するけれども常に国家的指導秩序に組み込まれ、国家指導の政治的目的に服しているのだという。カールはここで、フーバーの Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, 1935, S. 35. を引き合いに出す。しかしながら、同書を確認することはできなかった。
[1343] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1344] Huber, Fn. (1321), S. 464

対して目的と方向性を定めることである[1345]。政治的指導は諸階級の活動が奉仕すべき大きな任務を指示し、諸階級が従うべき大きな方向性を指示するのである[1346]。そうして、この政治的指導による包括的な方向付けの枠の中ではじめて、諸階級はゲノッセンシャフトの固有生活に従って自らを展開する可能性を有しているものとされる[1347]。フーバーによれば、全体のフォルクの統一体はこの政治的指導に基づいているから、政治的指導の一般的諸原則は常に優越を有しており、個々の諸階級の特別利益は全体のフォルクに組み込まれる一般的目的の背後に退かなければならない[1348]。このような諸階級に対するフォルクの優越、自治に対する政治的指導の優越は法律によって明示されており、国家指導の目的は自治体に対して拘束的なものと見なされるということを法律は定めているのである[1349]。またこのような諸階級に対する全体のフォルクの優越は、フォルクの共通法の諸階級の法に対する関係にも妥当している[1350]。すなわち、諸階級はその中で固有の法を展開するのであるが、フーバーに従えばこのような諸階級の法はフォルクの共通法と対立することができず、フォルクの共通法から分離されえないということは、看過されてはならない[1351]。すなわちフーバーに従えば、諸階級の法は全体のフォルクの秩序の一部でしかなくて、この諸階級の法は全体の秩序を背景にしている故にのみ拘束的な法であり、全体秩序の枠の中で維持されている限りでのみ存在するものである[1352]。彼に従えば、このような諸階級の法は国の委任に基づくものであるだけではなくて、固有の生活を営んでいるその階級のゲマインシャフトから生じるものであり、諸階級のゲマインシャフトの基盤にその根源を有しているのである[1353]。しかしながらこのような諸階級の法は拘束的な法であるためには国の承認を要し、諸階級が直接的に妥当するためには国の授権が必要なのである[1354]。すなわちフーバーにおいて諸階級の法は、ゲマインシャフトの固有生活に基づくと同時に国の権限授与に基

[1345] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1346] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1347] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1348] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1349] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1350] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1351] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1352] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1353] Huber, Fn. (1321), S. 464
[1354] Huber, Fn. (1321), S. 464

づいているのである[1355]。このようにしてフーバーに従えば、諸階級の法は国法によって外部から限界付けられているのみならず、国法によって共同形成されており、すなわちフーバーによれば諸階級の法はその階級が自らの機関を通じて創設する秩序であるのみならず、国の法律と命令によって共同形成される秩序なのである[1356]。また、国の立法者は諸階級のゲマインシャフトの生活の根源から、その階級の構成員によって固有の法として受入れられ、取り扱われる秩序を創設することができるものとされる[1357]。

このような諸階級による自治の団体の下で、ゲマインデが掲げられ、フーバーによればゲマインデが際立っている[1358]。フーバーに従えば、19 世紀のシュタイン改革を発端とするゲマインデの外形的繁栄は、少なからず国の内部的解体に寄与していたのである[1359]。さらにフーバーによればゲノッセンシャフトの観念は民主主義及び自由主義の目的のために濫用されたものであり、そこでゲマインデの自律性はゲマインデの生活の固有適法性（Eigengesetzlichkeit）へと拡張されていたのである[1360]。フーバーにおいてそのことは、国が形式的監督権に限定されたことを意味している[1361]。フーバーはヴァイマル憲法がゲマインデの自治に与えた保障の主要な利用者となった大都市は、国家への統合から切り離されたものと評価している[1362]。フーバーによればこのことからヴァイマル期において驚くべき程度において自治の危機とされる現象が展開されたのである。そうしてとりわけ国家委員の動員という徹底的な国の措置を通じてゲマインデの生活の外的秩序が維持されたのである[1363]。しかしながらフーバーに従えばそのような応急措置に甘んじることはできずゲマインデの生活を内部から改めることが妥当であった[1364]。

ⅲ）消極的な監督と積極的な指導

フーバーによればドイツのフォルク及びライヒの構造は固有生活を営むゲマ

1355 Huber, Fn. (1321), S. 465
1356 Huber, Fn. (1321), S. 465
1357 Huber, Fn. (1321), S. 465
1358 Huber, Fn. (1321), S. 465
1359 Huber, Fn. (1321), S. 466
1360 Huber, Fn. (1321), S. 466
1361 Huber, Fn. (1321), S. 466
1362 Huber, Fn. (1321), S. 466
1363 Huber, Fn. (1321), S. 466
1364 Huber, Fn. (1321), S. 466

インデの自治無しには不可能であることは、確実である[1365]。そこでゲマインデは、国家権力に対する強力な保護で覆われている国から自由な空間にあるのではなくて、政治的指導秩序に取り込まれて、ライヒの構築に貢献するものである[1366]。このようにしてフーバーに従えばフォルクとライヒにとってゲマインデの意義はますます高まっているのである[1367]。フーバーにおいてゲマインデはドイツの組織体制の基本的構成要素であり、指導者原理に服している[1368]。フーバーにおいてこのことは、二つの意味を有している。すなわち、第一にゲマインデは全体としてライヒの政治的指導に服しており、ゲマインデは固有生活を営むフォルクとライヒの構成員として、政治的一体性の目的へと方向付けられるのである[1369]。そうしてフーバーにおいてゲマインデ法における監督の概念は、ライヒによるゲマインデの指導のために用いられるものである[1370]。しかしながらフーバーに従えば監督の概念は基本的に消極的な内容を有するものであり、ゲマインデによる違法な活動からの防衛に向けられるのに対して、ライヒによるゲマインデの指導は基本的に積極的な内容を有するのである[1371]。すなわち、このような指導は共通の政治的目的へゲマインデを積極的に方向付けるものである[1372]。

ⅳ）ゲマインデの内部生活における指導の原理

フーバーにおいてライヒによるゲマインデの政治的指導は、法律適合性監督にはくみ尽くされていないのである[1373]。ゲマインデが指導者原理に服していることの第二の意味は、指導者原理はゲマインデの内部生活にも立ち入るものであり、そのことは市長にゲマインデの指揮者として真の指導者的地位が認められることである[1374]。フーバーに従えば、市長は国家行政中枢に従属する幹部以上のものであり、権威的権力の保有者とは異なったものであってしかるべきである[1375]。すなわち、市長は生活を営むゲマインデの指導者であり、ゲマインデ

[1365] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1366] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1367] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1368] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1369] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1370] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1371] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1372] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1373] Huber, Fn. (1321), S. 467
[1374] Huber, Fn. (1321), S. 467, Kahl, Fn. (32), S. 245
[1375] Huber, Fn. (1321), S. 467

をゲノッセンシャフトの固有生活の共同形成へと作り上げるのである[1376]。フーバーに従えば市長は形式的行政機構の長にいるだけではなくて、生活を営むゲマインシャフトを指導するのである[1377]。団体機関が個々の構成員からの選任手続においてのみ決定されると想定し、そうでなければ固有生活を営む自治の可能性が減少するなどと想定することを、フーバーは自由民主主義の時代の誤解だという[1378]。そしてフーバーは、市長によるゲマインデの真の指導は、市長がゲマインデ参事会に現実の審議会を設けることを前提とし、その審議会はその任務を真剣に行って市長の提案に対する形式的な同意に甘んじることの無いものでなければならないというのである[1379]。このようなゲマインデ参事会の任命は国家社会主義労働者党の授権者によって行われ、この授権者は政治的全体意思の担い手として作用するのである[1380]。そしてフーバーによれば、個々の参事会構成員の選任の際には国家の信頼性、適性、素行が顧慮されなければならない[1381]。フーバーにおいてこのようなゲマインデ参事会の任務は、全ての重要な問題において市長に助言することにある[1382]。そうして法律によってゲマインデ参事会は決して形式的な制度とは見なされず、ゲマインデの全体構造における基本的構成要素と見なされているのである[1383]。そしてフーバーに従えば、ゲマインデ参事会はその意見が市長の意見と食い違っているときに意見表明する義務があることが、法律によって強調されている[1384]。フーバーによれば、ゲマインデが政治的政党活動の影響力が行使される特別の形態とみなされるということに、ゲマインデがドイツ憲法構造の一細胞であることが示されている[1385]。フーバーにおいては、ドイツ国家社会主義労働者党がフォルクの政治的意思の担い手と見なされ、ゲマインデ法が予定しているドイツ国家社会主義労働者党の授権者によって不可欠の結びつきが確立されるのである[1386]。このような政党の授権者はフーバーにおいてもゲマインデ行政に対する監督機関とは見なされて

1376 Huber, Fn. (1321), S. 467
1377 Huber, Fn. (1321), S. 467
1378 Huber, Fn. (1321), S. 468
1379 Huber, Fn. (1321), S. 468
1380 Huber, Fn. (1321), S. 468
1381 Huber, Fn. (1321), S. 468
1382 Huber, Fn. (1321), S. 468
1383 Huber, Fn. (1321), S. 468
1384 Huber, Fn. (1321), S. 468
1385 Huber, Fn. (1321), S. 469
1386 Huber, Fn. (1321), S. 469

いないのであるが、ゲマインデの特別に重要な一連の行為において共同作用することを任ぜられているのである[1387]。すなわち、政党の授権者は、権限ある館長に任命されるべき市長と副市長を推薦し、最初の官職機関内の市長と副市長の解任において共同作用するというかたちで影響力を行使するのである[1388]。さらにフーバーにおいては、ゲマインデの主要条例の制定は政党の授権者の同意を要するものとされる[1389]。フーバーによればこのような共同作用の意味は、ゲマインデの基本秩序に関わりそのことによって間接的に政治的全体秩序にとって重要性を有している問題において、このような影響力を行使する可能性を通じて政党とゲマインデの間の密接な協力を確立することにある[1390]。このような政党の授権者の諸権利は、技術的行政法的意義を有するのみならず、政治的憲法的意義をも有するものと見なされているのである[1391]。

（2）テオドール・マウンツ

ｉ）ゲマインデ―ゲマインシャフト―領域団体

マウンツにおいてゲマインデは、法律によって設立されるものではなくて、歴史的に展開され、国のゲマインデ法によって発見され、そして承認されたものである[1392]。マウンツは 1935 年ドイツ・ゲマインデ法を引き合いに出し、ゲマインデはフォルク・ゲマインシャフトにおける細胞であると同時に自然的構成組織（natürliche Gliederung）と見なされているという[1393]。彼は、このようにして構成員の自主性が全て承認され、全体の完結的な単位が強調されているという[1394]。マウンツにおいてゲマインデの行政は、本来的に純粋に地域的な事務に制限されている[1395]。このような事務として、ゲマインデの牧場や森林に対するゲマインシャフトによる配慮、ゲマインデの諸制度のゲマインシャフトによる維持、地方道の設置、ゲマインシャフトによる消防や家畜伝染病の撲滅が掲げられており、このような事務こそが、本来的な意味におけるゲマインデの

1387 Huber, Fn. (1321), S. 469
1388 Huber, Fn. (1321), S. 469
1389 Huber, Fn. (1321), S. 469
1390 Huber, Fn. (1321), S. 469
1391 Huber, Fn. (1321), S. 469
1392 Maunz, Theodor, Verwaltung, 1937, S. 127
1393 Maunz, Fn. (1392), S. 127
1394 Maunz, Fn. (1392), S. 127
1395 Maunz, Fn. (1392), S. 127

固有作用領域と見なされている[1396]。このようなゲマインデの固有作用領域は新しい立法によっても維持され、マウンツにおいてはこの点に自治の歴史的核心が認められている[1397]。マウンツにおいてゲマインデは団体（Körperschaft）であり、法形式としての団体は何らかの社会的基盤を前提としており、この社会的基盤とはゲマインデ・ゲマインシャフトである[1398]。マウンツによれば、ゲマインデは領域団体であり、領域団体は人的団体から区別される[1399]。すなわち、領域団体において領域は、性質の法的規定に含まれており団体の任務領域に含まれているのに対して、人的団体において領域は空間的な権限の限界でしかないのである[1400]。このような領域団体としてゲマインデ、クライス、ベツィルク、プロヴィンツが掲げられ、ゲマインデにおいては土地がゲマインデ全体の生活の基盤であり、ゲマインデの自治はゲマインデの領域に関係付けられ、その土地に根付いた（bodenständig）諸力に結びつけられている[1401]。もう一方で、マウンツはラントを自治体とは位置づけておらず、マウンツによればラントの任務はライヒの国家的任務であり、ラントに固有の任務ではない[1402]。マウンツによればゲマインデはゲマインシャフトの目的を達成するために官職制度を有しており、これがゲマインデの行政とされる[1403]。そしてまたゲマインデは一連のアンシュタルトを有しているのであるが、ゲマインデはそれ自体アンシュタルトと見なされるのではなかった[1404]。マウンツによればドイツ・ゲマインデ法がゲマインデの行政に対して国法との一致と国家指導の目的との一致を命じているときに、それとともにゲマインデの行政は国家行政と同様にしてライヒ総統の手中にある手段であり、そうあらねばならないことが明示されている[1405]。このことから、ゲマインデの統治者がその狭域的ゲマインシャフトとその福祉に対して配慮すべきことが求められる。そしてマウンツは、ドイツ・ゲマインデ法が端々で固有責任性と責任引き受け（Verantwortungsfreudigkeit）を強調し、

[1396] Maunz, Fn. (1392), S. 127-128
[1397] Maunz, Fn. (1392), S. 128
[1398] Maunz, Fn. (1392), S. 128
[1399] Maunz, Fn. (1392), S. 128-129
[1400] Maunz, Fn. (1392), S. 129
[1401] Maunz, Fn. (1392), S. 129
[1402] Maunz, Die Staatsaufsicht, in: Reinhart Höhn / ders. / Ernst Swoboda (Hrsg.), Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, S. 45-85 (57)
[1403] Maunz, Fn. (1392), S. 130
[1404] Maunz, Fn. (1392), S. 130
[1405] Maunz, Fn. (1392), S. 130

ゲマインデは将来も固有作用領域において国家作用ではなくてフォルク・ゲマインシャフトの任務を遂行すべきことを認識させていることは十分な根拠を有するものと見なしている[1406]。マウンツにおいてゲマインデは特別に重要な発展的秩序であり、自治は発展的秩序から行われる固有の、責任を伴う活動である[1407]。そしてマウンツに従えば、ゲマインデに対しては作用領域の普遍性の原則が妥当している[1408]。

上述のようなゲマインデの他にも領域団体は存在していた。マウンツによればプロヴィンツ、クライス、ベツィルクといった広域的自治団体には、長い歴史を伴う発展的なゲマインシャフトと人工的に設けられたものとがある[1409]。そして、後者の人工的に設けられた広域的自治団体の目的は、個々のゲマインデの力を超えるのであるがしかし国が自ら引受けようとはしていないゲマインシャフトの任務を遂行することである[1410]。しかしながら、ゲマインデ、広域的自治団体、国の間の任務領域は明確に限界付けられるものではなくて、時代、発展、国家監督に応じて変動するものである[1411]。ゲマインデに作用領域の普遍性の原則が妥当しているのに対して、このような広域的自治団体が有している任務領域は、様々に見積もられる任務領域である[1412]。

ⅱ）法的自治と政治的自治の区別の撤廃

そしてマウンツにおいては、自治概念の中で政治的意味における自治と法的意味における自治を区別することはもはや不可能である[1413]。すなわち、政治的意味における自治は職業官吏による事務処理と対置される無給の名誉官吏での素人による公的事務の処理であり、法的意味における自治は国に取り込まれてはいるが国に対して自立的な公法の法人による公的事務の国家監督の下での行政であった[1414]。しかしマウンツによればこのような区別は法的意味における自治が非政治的であり、政治的意味における自治が法秩序に結びつけられていな

1406 Maunz, Fn. (1392), S. 130
1407 Maunz, Fn. (1392), S. 130-131
1408 Maunz, Fn. (1392), S. 158
1409 Maunz, Fn. (1392), S. 157
1410 Maunz, Fn. (1392), S. 157
1411 Maunz, Fn. (1392), S. 157
1412 Maunz, Fn. (1392), S. 158
1413 Maunz, Fn. (1392), S. 131
1414 Maunz, Fn. (1392), S. 131

いかのような誤りを想起させている[1415]。マウンツは自治が公法の団体ではない学校の団体のような権利能力のない団体によって行われているという事実が存在していることからして、行政が外形的法形態において法人によって行われるということは自治の性質によって些細なことである[1416]。

ⅲ）指導的地位の任命における自治―指導

マウンツによればゲマインデが自らその機関を任命するということは自治権の不可欠の構成要素であり、このようなゲマインデ統治者が自らその機関を任命するということが、自治が存在することとどの程度において自治であるかということにとっての決定的なよりどころと見なされた[1417]。そして国家行政の側からゲマインデ機関を任命するということは、自治と両立しないものとして拒絶された[1418]。そして市長はゲマインデの指導者と見なされ、そのことによって市長は単独的に責任を負うゲマインデの自治の担い手であると同時に、ゲマインデにおける国家的委任事務の指揮者でありゲマインデの行政機構の長である[1419]。マウンツによれば、政党とゲマインデとの関係においても政党活動（Bewegung）が行政の方向性を提示するという指導原理が妥当している。市長の任命そのものはゲマインデによって行われるのである[1420]。しかしながらマウンツによれば市長と副市長の任命においては、政党、国、ゲマインデが共同作用するものとされ、すなわち、ゲマインデは監督官庁によって任ぜられる候補者に拘束され、監督官庁によって任ぜられたのではない者を任命することは不可能である[1421]。そしてドイツ・ゲマインデ法においては、ゲマインデ参事会は選挙されるのではなくて、政党の委託者によって任ぜられる[1422]。さらに市長の活動の法的効力は一定の場合に政党の委託者の同意、国家監督官庁の認可に依存している[1423]。このような、市長、副市長、ゲマインデ参事会の任命における

[1415] Maunz, Fn. (1392), S. 131
[1416] Maunz, Fn. (1392), S. 131
[1417] Maunz, Fn. (1392), S. 131
[1418] Maunz, Fn. (1392), S. 131. Kahl, Fn. (32), S. 247 に従えば、マウンツにおいて指導者原理が妥当しているのは自治体の長とゲマインデの間の関係においてのみであって、自治体監督はこの指導者と服従者との間の関係からは切り離されているのである。
[1419] Maunz, Fn. (1392), S. 132
[1420] Maunz, Fn. (1392), S. 132
[1421] Maunz, Fn. (1392), S. 132
[1422] Maunz, Fn. (1392), S. 132-133
[1423] Maunz, Fn. (1392), S. 133

政党と国の共同作用と、法的活動の実行における政党と国の関与は、マウンツにおいて自治と抵触するものではなくて、却って慎重な選択手続とゲマインデ法に適合した行政の進行を担保するものであると見なされている[1424]。そしてこのようにして政党と国が共同作用や関与をすることによって、マウンツによればゲマインデと政党との一致が確保される仕組みになっている[1425]。

ⅳ）自治の積極的側面――国家社会主義における自治

また、マウンツはゲマインデの条例制定（Satzung）をゲマインデの固有の権利の中心的構成要素と見なしている[1426]。このようなゲマインデの条例制定は積極的側面と見なされ、マウンツは 1935 年ドイツ・ゲマインデ法がこのような積極的側面を前面に押し出していることを評価し、これに対して彼によればそれ以前の学説及び立法は消極的側面、すなわち自治の限界、ゲマインデに対する監督の限界に重心をおいていたものと評価する[1427]。マウンツによれば、従来の学説における自律性（Autonomie）は、ゲマインデが監督の側からの介入可能性無しに活動することのできる、国から自由なゲマインデの領域を意味しており[1428]、このような意味における自律性をマウンツは自治の消極的側面と評価しているように思われる。また、マウンツにおいては単なる保障されたゲマインデの制度は国の正式な法律にその限界を見いだすゲマインデの形式的自律性と見なされている[1429]。このような形式的自律性は、様々な職業の民族的に同種のフォルク構成員の完結的な居住での地域的な共通生活に基づいている生き生きとしてゲマインシャフトという、国家社会主義的な自治の理解と対置されている[1430]。

マウンツにおけるゲマインデの条例制定は従来の学説における意味での自律性とは異なって、これによってフォルクの秩序が地域的に、及び対象において限界付けられた領域で実現されることを意味する。そしてこのようなゲマインデの法令制定権によってゲマインデはフォルクの秩序から切り離されるのではない[1431]。マウンツにおいてゲマインデの条例制定はゲマインデ固有の内部的秩

1424 Maunz, Fn. (1392), S. 133
1425 Maunz, Fn. (1392), S. 132
1426 Maunz, Fn. (1392), S. 133
1427 Maunz, Fn. (1392), S. 133-134
1428 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1429 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (69-70)
1430 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (70) , Kahl, (Fn. 32), S. 247
1431 Maunz, Fn. (1392), S. 134

序の発露であり、この条例制定はゲマインデ行政の内部職務上の運営を規律する権利のみならず、各々のゲマインデ構成員及び各々の滞在者を掌握する権利を含んでいる[1432]。ゲマインデの条例制定は空間的な点においてゲマインデの領域に限られており、これを超えて条例として作用することはできない[1433]。さらにゲマインデの条例制定は、対象の点においてゲマインデの事務に限られている[1434]。ドイツ・ゲマインデ法 3 条に従えば、ゲマインデはその固有事務を基本的に条例によって規律することができる[1435]、と定められているのであった。すなわち、マウンツによれば具体的なゲマインシャフトの秩序を突き破り、逸脱するようなゲマインデの条例は、無効である[1436]。マウンツにおいてゲマインデの条例は、民事法的事務も、警察法的事務も規律することができない[1437]。結局のところマウンツは、ゲマインデは明示的な規定に基づいて、法律が規定を持っておらずあるいは条例の発布が明示的に許容されている事務のみを規律することができるとし[1438]、この記述がマウンツなりの自治の積極的側面を表現しているのであろう。

ｖ）固有事務と委任事務の区別――監督の形態との結びつき

a）固有事務と委任事務の区別の意義

マウンツによれば、ゲマインデの固有事務と委任事務の区別は、固有の行政、国家における第 4 の権力、すなわち自治権（pouvoir municipal）を求める、フォルク・ゲマインシャフトから独立したゲマインデの権利を主張するならば、この区別はフォルクの秩序及びライヒの諸原則及び理念と両立しない[1439]。マウンツにおいてゲマインデの固有作用領域は、支配的国家理解から逸脱する諸力が形成され集合する領域ではありえない[1440]。ゲマインデに対しては自治の任務領域において国家行政の直接の指示権が存在しない点でゲマインデに特別な点が存在している[1441]。そして固有作用領域における指示権の基本的な除外は 1935

1432 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1433 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1434 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1435 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1436 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1437 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1438 Maunz, Fn. (1392), S. 134
1439 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1440 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1441 Maunz, Fn. (1392), S. 140

年ドイツ・ゲマインデ法においても維持されている[1442]。しかしながらマウンツによれば、国家指導の目的と関わる事務に関しては直接的な影響力が行使されるのであるが、しかしマウンツによればこのことは自治領域の自立性を妨げるものではない[1443]。そしてこのような自治事務と並んで、他のゲマインシャフトの任務を遂行することがこの行政機構に委ねられる事務が存在し、この事務は国家的事務として求められるのである[1444]。この事務は国家当局の委託において国家当局のためにゲマインデ行政によって担われ得る事務である[1445]。

マウンツによれば、事柄の点においては固有事務は地域的結びつきそれ自体から生じる事務であり、委任事務はそれを超える事務である[1446]。しかしマウンツは、このような観点によっては固有事務と委任事務は互いに弁別されないと考えている[1447]。すなわち、固有事務と委任事務の区別はその射程において後退したものとなり、法律はこの区別に決定的な比重をもはや置いていないものと見なされたのである[1448]。しかしマウンツにおいてこの区別は、完全に放棄されたのではなくて監督の形態と手続に現れている[1449]。固有事務において監督は無制約の指示権を含んでいないのである[1450]。そしてマウンツによれば、法律によって他の者に明示的に配分されておらず法律の規定に基づいて他の者によって担われるのでは限りにおいてゲマインデはその領域において全ての公的任務を自らの責任の下で行うというゲマインデ法の定めは、真正の権限推定を含むものではない[1451]。マウンツによればこのようなドイツ・ゲマインデ法の念頭には、固有事務と委任事務の区別が念頭に置かれてはいるが、しかし法はこの区別を消尽的に貫徹しているのでもシステムの中心点にしているのでもない[1452]。そして彼によれば一度委任された事務の維持を求める自治の担い手の権利は関知されていない[1453]。さらに、マウンツにおいて固有事務と委任事務の区別は国の活

1442 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1443 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1444 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1445 Maunz, Fn. (1392), S. 140
1446 Maunz, Fn. (1392), S. 141
1447 Maunz, Fn. (1392), S. 141
1448 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (72) , Kahl, (Fn. 32), S. 248
1449 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (72)
1450 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (72)
1451 Maunz, Fn. (1392), S. 141
1452 Maunz, Fn. (1392), S. 141
1453 Maunz, Fn. (1392), S. 141

動とゲマインデの活動の区別と一致しているのでもない[1454]。

b）ゲマインデの任務の四分類

マウンツは、ゲマインデが遂行すべき任務を自治行政と委任行政の対置によって完全にとらえることは功を奏さないものと評価し、ゲマインデの任務を四つに分類することを試みる[1455]。すなわち、マウンツによれば行政の任務は、ゲマインデに遂行することが委ねられうる純粋国家任務、執行することが国によってゲマインデに強制されうる義務的事務、国家指導の目的と関わる場合は別としてゲマインデが着手することも行わないこともでき監督官庁の指示を予期する必要のない自由意思に基づいて担われる事務、ゲマインデ行政と国家行政が共同作用する事務に分類される[1456]。しかしマウンツはこのような四分割もよりどころとなるに過ぎないと考えている[1457]。例えばマウンツは、遂行がゲマインデに委ねられる純粋国家任務として、軍事補充制度、戸籍役場制度、人的専門的点における学校制度、ライヒ経済立法のような事務が掲げられるのであるが、純粋国家任務と義務的事務の間の境界が拡散的であるなど、それぞれの事務の間での流動性は排他的概念でとらえることができないものと見なされている[1458]。

vi）主観的公的権利としての自治の否定

マウンツにおいて自治を求める主観的公的権利は存在していない[1459]。彼によれば国家行政がゲマインデに対する一定の活動を行わないということは、国に対抗するゲマインデの権利に基づくのではなくてドイツ・ゲマインデ法によって明示的に受入れられ承認された法状況に基づくものである[1460]。マウンツにおいては、この法状況に従って国の秩序領域からゲマインデへの影響力の行使は、一定の範囲においてのみ許容されるのであるが、このことによってゲマインデの存在の保護は、ゲマインデの自治を主観的公的権利と構成するのよりも悪くなるのではない[1461]。マウンツは、ゲマインデに推定されあるいはゲマインデが担う任務は、ゲマインデの性質に引かれた限界とゲマインデの能力を超えるこ

1454 Maunz, Fn. (1392), S. 141
1455 Maunz, Fn. (1392), S. 141-142
1456 Maunz, Fn. (1392), S. 142
1457 Maunz, Fn. (1392), S. 142
1458 Maunz, Fn. (1392), S. 142
1459 Maunz, Fn. (1392), S. 142
1460 Maunz, Fn. (1392), S. 142
1461 Maunz, Fn. (1392), S. 142-143

とが許容されないという[1462]。

ⅶ）秩序の調和的一体性――監督の展開

a）法律監督と国家指導目的への方向付け

マウンツによれば、国、ゲマインデ、政党の間の関係の多様性は自治体監督に示されている[1463]。そしてこのような監督の形態を通じて秩序の輪の調和的一体性がもたらされる[1464]。マウンツにおいて監督は、国家と国家から自由なゲマインデ、あるいは拘束と拘束から自由な自治の二元的観念の発露であった[1465]。このような行政的コントロールの度合いと必要の変化に応じて当該国家の行政システムは集権的なものとなり、あるいは分権的なものとなる[1466]。マウンツによれば、ヴァイマルにおける監督概念では、監督の主体と客体は同等に扱われる[1467]。マウンツは、ヴァイマルにおいては、国はもはやゲマインデの法人に対抗する法人としてとらえられるのではないという[1468]。ここで監督は、第一に自治体に対する一般的、原則的国家監督、第二にライヒ総督の特別監督、第三にゲマインデ行政に対する他の行政の共同作用、第四に専門監督、第五に職務監督に分解される[1469]。そして、自治体監督の場合には異なった（！）官庁システム間の法的な相互連関が問題となるものとされる[1470]。そして、第一の国家監督は国家指導目的へのゲマインデ行政の方向付けと、法律監督に分類される[1471]。そして前者の類型の国家監督は 1935 年ドイツ・ゲマインデ法以前には存在しなかったものである[1472]。

まず、マウンツにおける国家監督のうち、法律監督においては、ゲマインデ行政において法律が遵守され指示された行動が行われていることについての国のコントロールが理解されている[1473]。マウンツによれば法律監督は固有事務の

1462 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1463 Maunz, Fn. (1392), S. 143, Kahl, Fn. (32), S. 247
1464 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1465 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1466 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (73)
1467 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1468 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1469 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1470 Maunz, Fn. (1392), S. 143-144
1471 Maunz, Fn. (1392), S. 143
1472 Maunz, Fn. (1392), S. 144
1473 Maunz, Fn. (1392), S. 144

領域にも委任事務にも適用されるものである[1474]。委任事務における指示権は直接的な執行力を欠いておらず、指示が従われないために功を奏さないときに国家監督が行われ国家監督は指示の実現のために配慮するものであった[1475]。マウンツによれば市長の義務違反の行動を理由として法律適合性監督の手続に移行するのであるが、このような法律適合性監督は固有作用領域における法律違反の場合であっても許容されている[1476]。そして監督として、代執行や強制介入が行われ得、これは執行作用としての法律適合性監督と見なされる[1477]。マウンツによれば、法律違反が生じている場合であっても国家監督官庁には介入する義務がない[1478]。法人たる私法におけるゲマインデと国民を同視するという観点の下で、法律監督はゲマインデが民事法上活動するときには民事法違反に対しては民事裁判所に訴え出るべきものとされて国家監督は除外されており、また行政裁判所の事務が問題となる場合も同様にして国家監督は除外されているものと見なされており、このことは国家監督に対する防波堤と見なされていた[1479]。マウンツにおいては、国がゲマインデ行政の法律適合性を示唆するときにゲマインデがこれを拒絶することはもはやゲマインデの任務とはされず、このような国家監督に対する防波堤はマウンツにおいてもはや存在していない[1480]。このようにして国家監督を退けることは総統の意思に対応しえないものと見なされる[1481]。すなわち、1935 年ドイツ・ゲマインデ法においては法問題と政治問題の分離は克服され[1482]、あらゆる法律違反の場合に介入することが監督官庁に委ねられ、そこで監督官庁は他の官庁に権限が無く、且つ管轄のある裁判所が既に決定を行っていない限りで自ら審査するものとされる[1483]。マウンツにおいては、個々の利益を超えて公的利益の侵害が明らかであるときに国家監督の介入が許容されるという見解は、確かに多くの場合において適切な結論に到達するが不可欠的ではないと評価される[1484]。そしてマウンツによれば国家監督はゲマ

1474 Maunz, Fn. (1392), S. 144
1475 Maunz, Fn. (1392), S. 144
1476 Maunz, Fn. (1392), S. 144
1477 Maunz, Fn. (1392), S. 144
1478 Maunz, Fn. (1392), S. 145
1479 Maunz, Fn. (1392), S. 145
1480 Maunz, Fn. (1392), S. 145
1481 Maunz, Fn. (1392), S. 145
1482 Kahl, Fn. (32), S. 248
1483 Maunz, Fn. (1392), S. 145, Kahl, (Fn. 32), S. 248
1484 Maunz, Fn. (1392), S. 145-146

インデの活動の全ての領域に及んでおり、個々の利益と公的利益の対比は必要でない[1485]。マウンツによれば国家監督を行うことは国家監督官庁の義務ではありえず、国家監督官庁はより高次の利益において法律違反を甘受することに賛成であるという見解に至るときに介入を見合わせることができる。

マウンツにおいては国家指導目的への方向付けを定める 1935 年ドイツ・ゲマインデ法 106 条は、この規定の下であらゆるものがもたらされるような曖昧な規定ではない[1486]。マウンツによればこの規定をそのように曖昧に解釈することは、フォルク・ゲマインシャフトの枠の中で固有の秩序を表現しているゲマインデの秩序を総統の意思に反して妨害し国家行政におけるゲマインデの行政を変更するものである[1487]。すなわち、通常の状況ではゲマインデの行政がその中で行われている限りでは国家指導は介入しない[1488]。しかしゲマインデ行政がフォルク・ゲマインシャフトの枠を逸脱するならば国家監督は国家指導目的への方向付けの観点の下で、国家政策的事後審査に限られずに、その違反が深刻な場合に国家指導目的に対する違反を意味するゲマインデ行政の経済性及び廉潔性に取り組むものとされる[1489]。マウンツにおいて、経済性、倹約性、廉潔性の観点からゲマインデ行政のあらゆる活動を国家監督に服従させる場合であっても固有責任に基づくゲマインデの自治という原則の空洞化は、通常の状況や自治の明白な逸脱に照準を合わせることによって妨げられる[1490]。国家監督は職務監督や特別監督といった、他の弊害除去の手段が存在することによっても排斥されない[1491]。マウンツによれば国家監督は例外的な場合にのみゲマインデの秩序に影響を与えるから、ゲマインデ行政の決定力と責任引き受けを傷つけるものではない[1492]。

b）監督の手段

国家指導目的に対する違反と法律違反に対する国家監督の手段としては、まず情報に関する監督手段が掲げられる[1493]。国家監督官庁は、ゲマインデ行政の

1485 Maunz, Fn. (1392), S. 146
1486 Maunz, Fn. (1392), S. 146
1487 Maunz, Fn. (1392), S. 146
1488 Maunz, Fn. (1392), S. 146
1489 Maunz, Fn. (1392), S. 146-147
1490 Maunz, Fn. (1392), S. 147
1491 Maunz, Fn. (1392), S. 147
1492 Maunz, Fn. (1392), S. 147
1493 Maunz, Fn. (1392), S. 147

状況について、情報を獲得する[1494]。この情報に関する監督手段は、比例原則によって不適法とされるものではなくて、マウンツにおいて閲覧という監督手段は常に比例適合的なものとされている[1495]。この情報に関する監督手段は、ゲマインデの任務の全てのグループにおいて可能であり、文書の検査から視察とゲマインデ参事会会議への参加に及んでいる[1496]。そこでゲマインデ行政は、国家監督官庁に対して職務上の秘密を立てにとることはできない[1497]。さらに法律違反が生じた場合に、ゲマインデのいくつかの事務において国家監督官庁の命令権と指示権が存在しており、ゲマインデ行政はこの命令権及び指示権に対して、執行する責務を負っている[1498]。また、委任事務においては専門監督官庁の指示権が存在している[1499]。ゲマインデに対して国家監督官庁が一定の活動を行うよう求める要求は、特別の形態に拘束されていない[1500]。マウンツによれば、1935年ドイツ・ゲマインデ法 110 条はゲマインデ行政における国家指導目的の確保をもはや考慮に入れておらず、このことは命令が法律適合性にのみ及ぶという見解をとる動機になるものであるが、彼によればこのような解釈は狭きに失する[1501]。マウンツによれば、命令は国家監督官庁がゲマインデ行政の国家指導目的との一致をもたらそうとする場合にも許容され、国家指導目的への方向付けは取消や取消の要求という消極的側面のみならず積極的側面をも有しているが、この積極的な側面での国家指導への方向付けは重大な場合にのみ行われるものと理解されている[1502]。マウンツにおいて、異議の提起という監督手段は、ゲマインデ行政の措置を取り消し、あるいはある措置を取り消すようゲマインデ行政に対して要求する行為である[1503]。このような消極的に作用する手段は、しばしば積極的な命令の手段と分離されず、すなわちマウンツによれば、このよう

[1494] Maunz, Fn. (1392), S. 147
[1495] Maunz, Fn. (1392), S. 147, ここにおいてマウンツは比例原則に言及をするが、マウンツにおいて比例原則は特段国家監督を制約するようには作用していない。この点において、マウンツはケルロイターとは区別されるように思われ、Kahl, Fn. (32), S. 247 の理解は妥当である。
[1496] Maunz, Fn. (1392), S. 147-148
[1497] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1498] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1499] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1500] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1501] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1502] Maunz, Fn. (1392), S. 148
[1503] Maunz, Fn. (1392), S. 148

な異議の提起は国家指導目的への方向付けに及んでいることは争いの余地がない[1504]。

以上のような情報に関する監督手段、命令、異議の提起によっても未だゲマインデにとってその活動を秩序だって行う誘因とならないとき、国家監督官庁自身がゲマインデ行政に代わって、ゲマインデ行政のために効力を伴って活動し、あるいは活動させる[1505]。これがすなわち、1935 年ドイツ・ゲマインデ法 111 条における　代替措置による監督手段である[1506]。マウンツによれば、国家監督官庁はゲマインデのために契約を締結し、解約し、取り消し、撤回するために、全権委任（Bevollmächtigung）を要しない[1507]。そこで国家監督官庁は、法律に基づいてゲマインデを代理するものと見なされ、このような監督手段は、監督的代理（Aufsichtsvertretung）と呼ばれる[1508]。マウンツによれば、実際に国家監督官庁に介入する権限が与えられていた場合であったのか否かは、契約相手方によっても民事裁判所によっても事後的に審査することができない[1509]。この意味においても、マウンツにおいてこのような代替措置の監督手段は法的取引にとって特別に重要である[1510]。国家監督官庁によるゲマインデのための委員の任命は、代替措置の特別の形態の一つであり、マウンツによればこのような監督官庁による委員の任命は通常の代替措置におけるのよりも強力な効果を伴っている[1511]。そこで、監督官庁によって任命された委員には市長の全ての権限が委ねられうるものとされている[1512]。マウンツによれば委員の代理権限は、委員の動員が基礎付けられていなかったという観点の下で民事裁判所において疑いにかけられるものではない[1513]。しかし、委員の任務領域は特定の領域に限られており、個々の事務に限られている[1514]。マウンツに従えばこのような委員の動員は、1935 年ドイツ・ゲマインデ法によってゲマインデの秩序に強力に影響を与えるものと見なされており、委員の動員のための特別の要件が定められ

1504 Maunz, Fn. (1392), S. 148
1505 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1506 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1507 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1508 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1509 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1510 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1511 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1512 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1513 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1514 Maunz, Fn. (1392), S. 149

ている[1515]。マウンツによれば 1935 年ドイツ・ゲマインデ法における国家監督官庁による委員の任命のための条件は、行政の秩序だった進行が危険にさらされゲマインデにおける通常の状況が妨害されていることである[1516]。そして、通常の状況を回復するためにその他の監督手段で足りる場合には、マウンツに従えばこのような委員の任命という監督手段は許容されない[1517]。すなわち、マウンツにおいて国家監督の手段としての委員の任命は、例外的な場合において秩序を存続させるための命令的手段であって、全く例外的なものである[1518]。

c）認可の監督手段

マウンツによれば国家地方長官（Reichsstatthalter）がゲマインデの人事において共同作用し、ゲマインデの標識や名前を授与、変更し、またゲマインデに対して領域高権を行使するような場合に、そこで行われるのはもはや国家監督ではない[1519]。ここで国家地方長官に相当するのは、Oberpräsident である[1520]。このような場合に行われている監督は、ゲマインデに対する国家監督以外の影響力の行使であって、信用制度の領域で認可の形態で国家監督官庁が有しているような協力権に当たるものである[1521]。このような影響力の行使はマウンツにおいて、特別監督と称されている[1522]。この場合に国家地方長官は 1935 年ドイツ・ゲマインデ法の定める監督官庁ではないのであるが、この国家地方長官の協力権限は国家監督官庁の監督権限と併存しているものであり、同一の素材に関して個々の任務に従って分割されて存在するものである[1523]。

マウンツにおいて、認可権は国家行政とゲマインデ行政が同一の目的のために共同作用するものである。そして認可が必要な場合に、監督官庁が認可を出してはじめてゲマインデ行政の法的活動は有効なものになるとされている[1524]。マウンツによれば、認可を要するゲマインデの活動は例えば、主要条例の制定（Hauptsatzung）、起債である[1525]。さらに、何らかの行政活動が民事法的効果

1515 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1516 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1517 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1518 Maunz, Fn. (1392), S. 149
1519 Maunz, Fn. (1392), S. 150
1520 Maunz, Fn. (1392), S. 150
1521 Maunz, Fn. (1392), S. 150-151
1522 Maunz, Fn. (1392), S. 150
1523 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1524 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1525 Maunz, Fn. (1392), S. 151

を及ぼす場合には、国家監督官庁が認可を行ってはじめてその活動には民事法的効果が生じるのであり、認可が行われる前には認可を要する民事法的契約は効力を持たない[1526]。そしてマウンツに従えば認可を要する行為に対する認可の拒否に対しては、訴えを提起することも正式の異議を提起することもできず、不正式の異議のみが可能である[1527]。さらに、市長や副市長の選任や解任の領域に特に重要な認可権の形態が存在している[1528]。そして、ゲマインデ行政に対する政党の協力が特別に規律され、この領域に特に広範で重要なゲマインデ行政と国家行政との接合が存在しており、このことによって政党の法領域からの影響力の行使が組織的に確保されている[1529]。

d）国家監督と専門監督

マウンツによれば、自治事務の領域、すなわち固有作用領域で上述の国家監督が存在しているのに対して、その他の領域では専門監督が存在している[1530]。マウンツによれば、国家監督はライヒに取り込まれた秩序に対する影響力の行使であるのに対して、専門監督は一つの一体的な官庁システム内部での指示権の行使に該当するものである[1531]。そして、ゲマインデ、Landrat、Regierungspräsident による警察活動の実行の場合には、国家監督が行われるのではなくて専門監督的指示権が用いられるものとされる[1532]。このような専門監督の領域では、ゲマインデ行政に対する国家行政の影響力の行使に対して限界は存在せず、純粋な目的適合性の問題においても限界は存在していない[1533]。マウンツによればこのことは、限界を設定するであろうような自立的な秩序が存在していないからである[1534]。マウンツに従えば、専門監督官庁は国家監督官庁とは異なった官庁であるのであるが、しかしながら両者は異なっているとしても密接に連携している[1535]。すなわち、専門的指示を強制的に貫徹する場合に専門監督官庁は国家監督官庁を用いるのである[1536]。マウンツによれば、国家監

1526 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1527 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1528 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1529 Maunz, Fn. (1392), S. 151
1530 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1531 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1532 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1533 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1534 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1535 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1536 Maunz, Fn. (1392), S. 152

督官庁はゲマインデの行政の任務領域全体をとらえているのに対して、専門監督の任務領域は特定の対象に限られている[1537]。さらに監督手段も国家監督におけるのと専門監督におけるのとでは異なっている[1538]。

e）職務監督と国家監督

マウンツは、職務監督をゲマインデの行政に間接的に影響を与える手段とし、職務監督の条件、手段、作用は公務員法を範とするものとしている[1539]。例えば、ゲマインデの道路を建設する義務は国家監督によって強制されうるのであるが、その建築の形態と方法は国家道路建設官庁を通じて専門監督によって監視されるものである[1540]。このような国家監督、専門監督、職務監督は互いに併存しうるものであり、ゲマインデの行政に対する委任作用領域の措置を実行することの専門監督官庁による指示は専門監督官庁によっては実行されず、専門監督官庁は国家監督官庁に国家監督による強制措置を要請することができるものとされる[1541]。さらにマウンツによれば、専門監督官庁は市長に対して職務監督による措置を講ずるよう指示することもできる[1542]。さらにゲマインデの行政に影響を与える方法として責任追及が想定され、例えばドイツ・ゲマインデ法における財政規定の違反の場合における市長やゲマインデ官吏に対する損害賠償請求権はゲマインデに帰属しているのであるが、マウンツは、監督官庁はこのような市長に対する賠償請求をゲマインデに代わって主張することができるというのである[1543]。そしてマウンツに従えば、このような責任追及は国家監督、専門監督、職務監督のいずれかによって独占されるのではなくて、重畳的に併存しうるものであり、それぞれ異なった要件を有するものである[1544]。すなわち、法律違反や国家指導目的に対する危機が無い場合には国家監督による措置を発動することはできないのである[1545]。

f）監督の取消し、監督に対する出訴可能性

マウンツによれば、最上級自治体監督官庁はライヒ内務大臣であるが、その

1537 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1538 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1539 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1540 Maunz, Fn. (1392), S. 152
1541 Maunz, Fn. (1392), S. 153
1542 Maunz, Fn. (1392), S. 153
1543 Maunz, Fn. (1392), S. 153
1544 Maunz, Fn. (1392), S. 153
1545 Maunz, Fn. (1392), S. 153

他の点においては1935年ドイツ・ゲマインデ法においても従来の監督官庁が存続している[1546]。そして、上級監督官庁とは、官庁システムの中で諸々の監督官庁の上位に設置された官庁であり、監督の活動は、上級監督官庁と最上級監督官庁によって監視され、指令され、否認され、取り消されうる[1547]。そして国家監督の官庁システムは、それ自体完結的で一体的に活動する官庁システムである[1548]。ゲマインデに対して直接的には、監督官庁のみが個別の処分において監督を行うのであり、これに対して一般的指示は上級監督官庁や最上級監督官庁から発せられるものとされている[1549]。

国家監督の処分に対する、監督を受けたゲマインデへの救済手段として、マウンツによれば監督官庁の命令に対して行政裁判所における取消訴訟の手段が1933 年まで存在していた[1550]。しかしながら、このような取消訴訟はプロイセン・ゲマインデ法及び国家社会主義国家へのラント行政の適合についてのプロイセン法律によって廃止された[1551]。そしてマウンツによればこのような取消訴訟は、1935年ドイツ・ゲマインデ法によっても採用されず、そのような自己を被告とする取消訴訟（selbst anhängige Anfechtungsprozesse）は廃止され、ゲマインデに対する国家行為とその国家行為の法適合性についての裁判所での訴訟手続は1935年の段階でもはや存在しないものとなった[1552][1553]。そこでマウンツに従えば、ゲマインデは自治体監督官庁の命令に対して上級監督官庁への異議権を有している[1554]。そしてこの上級自治体監督官庁の決定は終局的なものであって、この決定は行政裁判所や民事裁判所の手続で審査を受けないものと見なされた[1555]。このようにしてゲマインデは国家的監督活動に対して、裁判所に訴え出ることによって抵抗することはできず、監督行為が自治権を侵害するこ

[1546] Maunz, Fn. (1392), S. 149
[1547] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1548] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1549] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1550] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1551] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1552] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1553] 1935年ドイツ・ゲマインデ法113条1項は次のように定める。「ゲマインデは、監督官庁の命令に対して送達の後2週間以内に異議を申し立てることができる。異議については直近上級監督官庁が終局的に決定する」。法文テクストは、Engeli / Haus, Fn. (39), S. 673ff., S. 697に依拠した。
[1554] Maunz, Fn. (1392), S. 150
[1555] Maunz, Fn. (1392), S. 150

とを理由とする司法上の権利保護はもはや存在していない[1556]。このような意味においても、マウンツにおいて国家監督はそれ自体で完結的なシステムであったのだった。このようにしてゲマインデに対しては国家監督に対する司法上の権利救済が否定されたのに対して、広域的自治団体に対してはプロイセン外のラントにおいて国家監督行為に対する取消訴訟が廃止されなかったのであるが、このような相違は実際上重要なものと見なされなかった[1557]。

(3) ハンス・ペーター・イプセン

ｉ）自治の基本的不可侵性――自由裁量

イプセンにとって自治とは、自治の担い手の法人格、国家法人との対立、国から遠ざけられた固有の事務の自己責任に基づく行政、純粋な法コントロールたる国家監督、監督行為の司法による監視を意味している[1558]。そしてイプセンはヴァルター・イェリネクを引き合いに出して、国家監督がその命令によって自由裁量の領域に触れることができないことが自治の自由にとって重要な基本思想であり、自治の自由の基本的な不可侵性に自治の特有性があるという[1559]。そうしてこのことから、自治は一般的法律に違反せず、規範に照らして適切であるということの保障に、国への統合（Einordnung）はくみ尽くされているという理念が帰結するのである[1560]。イプセンにおいて、自治と国家監督は相補的な観念なのである[1561]。しかしまたイプセンにおいてはそこで、国家と自治の担い手の間の組織的、政治的緊張関係という観念も示されている[1562]。

ⅱ）国家指導目的のための国家監督の限界付け――裁量コントロールの限界

イプセンに従えば、国家監督は行政の法律適合性の一般原則に従って、行政

1556 Maunz, Fn. (1402), S. 45-85 (73). ただし、Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 42. によれば、マウンツにおいても監督行為に対する行政裁判所での取消訴訟も、それが正しく理解されて運用されるのであれば、必ずしも指導者原理と抵触するものではない。Kahl, Fn. (32), S. 248. が指摘する部分である。

1557 Maunz, Fn. (1392), S. 158

1558 Ipsen, Hans Peter, Über Selbstverwaltung, Aufsicht, Führung, in: Jahrbuch für Kommunalwissenschaft 4 / 1, Harbjahresbd. (1937), S. 1-17

1559 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(1)

1560 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(1)

1561 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(2-3)

1562 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(1)

の法規範との調和についてのコントロールであり、イプセンにおいて監督の活動は、法律執行として紛争の場合にはヒエラルヒーと政治から独立した裁判所による裁定に服している[1563]。そうして、イプセンによれば自由主義の由来を持つ自治の担い手に対する国家監督は、法的に同等の法人の間の相互に権利を与え義務を課す法関係であり、この法関係の内容は独立した司法が裁可する任務を有する法規範が定めるものであった[1564]。そしてこの基本的態度は、全ての種類の団体自治の領域における司法国家と法律国家の要請を実現するものであった[1565]。イプセンにおいて、監督官庁はその監督を目的適合性の領域に及ぼすことができ、この場合に監督官庁は重要な問題に限られて保険者の固有生活と自己責任に不必要に介入してはならないことが、社会保険の領域での立法で定められることが言及される[1566]。イプセンによれば、ここで文言の厳格な意味における法違反を超えて、目的適合性の領域にある決定においてライヒ指導の意味で重要な問題における国家監督を実現させる試みが行われている[1567]。また、このような立法に対しては、裁量の領域として高度に政治的な領域に監督の拡張を制限する学説の展開も掲げられ、結局イプセンによれば、自治の担い手に対する国家監督による国家指導目的の確保は、高度に政治的な領域でのみ許容され、その他の場合には国家監督としては許容されない裁量コントロールであるとされる[1568]。このようにしてイプセンは、国家監督の内容変遷をめぐる学説の展開から、彼における国家監督は法律適合性コントロールを超えた国家監督であり、運用の領域に属する行政裁量に関する国家監督であるという[1569]。

ⅲ）国家監督の基準

イプセンによれば、ドイツ・ゲマインデ法における国家監督は一次的に、三つの基準を遵守しなければならない高権的作用であり、その基準とは第一に政治的目的設定、第二に行政の性質から与えられる法律適合性、第三に法規範である[1570]。イプセンに従えば、国家の政治的諸原則も、秩序だった行政遂行の合理的な需要も、不変の重要性を持つものであり、監督の基準として用いること

1563 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(1-2)
1564 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(6)
1565 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(6)
1566 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(7)
1567 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(7)
1568 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(7)
1569 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1570 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)

のできるものである[1571]。イプセンによれば自治体監督には法的制約とならんで、客観的制約が存在している[1572]。

ⅳ）国家監督権限の分類

イプセンにおいて国家監督の権限は三つに分割される。すなわち、第一に真正の監督、第二に自治機関に代替する行政、第三に純粋国家高権的活動である[1573]。イプセンにおいて第二のものは、監督上行われるものではなくて受託によって行われるものである[1574]。さらに彼において第三のものは、純粋に組織上の理由から国家監督官庁に任ぜられるのである[1575]。イプセンによればドイツ・ゲマインデ法 106 条における国家指導目的との調和は、国家監督活動にとっての基準であり、法律によって意図された多義性のある領域、それはすなわちイプセンにおいて裁量の領域における国家監督活動にとっての基準である[1576]。結局イプセンにおいて国家監督は、自由主義法治国の意義においてもこれまで想定され描写されてきた新法の意義においても、一方において国家と政党、もう一方において自治の担い手の間の政治的に重要な統合原則（Einordnungsprinzip）を表現している制度である[1577]。彼によれば国家監督は政治的指導に属するものであり、その特有性と性質的特徴をこの中に備えたものである[1578]。

イプセンによればこのような自治の構成要素に対する国家的影響力の行使の正当化は、組織的関係と統合をめぐって行われて来たのである。そうしてイプセンにおいて自治は、国家官治に対するゲマインシャフトの生活の、承認された孤立化の試みによってその正統性を獲得するのであり、国家監督は国から引き離され孤立化された領域への介入を許容する、法律上、議会によって与えられた授権においてその正統化を試みるのである[1579]。イプセンによれば行政の法律適合性の原則の継続的妥当と監督を結合させることは許容されず、彼において監督は法規範による正統化の意味における法律上の授権的基礎を要せず、監

1571 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1572 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1573 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1574 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1575 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8)
1576 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(8-9)
1577 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(9)
1578 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(9)
1579 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(10)

督手段の適用において監督は国家的目的実現のために無制約である[1580]。イプセンに従えば、監督は、他のあらゆる手段が功を奏さず、国家委員による代執行を要する状況でないときには、指示権を有している[1581]。そうして、一度監督権を利用すると国家目的に反する状況に対して再度監督権の利用を繰り返す権利が除外されるという意味における、監督措置の吸収（Konsumtion）[1582]は否定される[1583]。イプセンによれば、指導に属する監督で、あらゆる類型の自治に対する監督の任務は、法律にとって特徴的である決定の一般性が基準としての監督活動の基礎に無いときにのみ政治的に適切に行われうる[1584]。彼に従えばこのような監督は、国家目的規定への自治体の統合に関わる具体的紛争を解決しなければならず、このためには政治的決定が必要なのである[1585]。そしてイプセンによれば、各々の事務をその実質的、即物的内容及び動機から独立して政治的事務にさせるザハリヒな可変性が、政治的なるものの概念の本質的要素に属しており、規範というものはこの即物的内容の変化を捉え、規律することができないのである[1586]。そうしてイプセンにおいて即物的内容の変化を捉えて規律することは具体的政治的行為の事柄であって、指導として理解される自治監督（Selbstverwaltungaufsicht）の任務を実質的に法律上記述することは矛盾しているのである[1587]。そしてイプセンによると、自治監督も高権的なものの領域における指導に属しており、これを上述の意味における（一般性を与えるという）規範化（Normativierung）は除外されており、この観念を単なる自治の裁量コントロールとしてとらえることは誤りである[1588]。そして、イプセンによれば、ドイツ・ゲマインデ法 106 条における監督権限が法律コントロールを裁量の領域に進出させるものでしかないということは、法領域と裁量領域の政治的に基礎付けられる対置を前提としており、この対置を全く新しい国法のカテゴリに

1580 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(11)
1581 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(11)
1582 Konsumtion の語の意味について、山田・前掲脚注 35）224 頁を参照した。これによれば Konsumtion とは刑法の領域において、「1 つの行為について罰則がたくさんある場合に、1 つの罰則だけが適用され、他の罰則は 1 つの罰則に吸収されて適用されないこと」を意味している。
1583 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(11)
1584 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1585 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1586 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1587 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1588 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)

無批判に転用している[1589]。そして彼に従えばこのような同化は、国家目的規定と自治との調和を裁量コントロールとして捉えることができると見做しているのである[1590]。しかしイプセンにおいて国家目的規定との調和は政治的なるものと考えられている。そして彼に従えば政治的なるものは裁量の形態ではない[1591]。そうしてイプセンは、国家と政党への自治の政治的統合に裁量コントロールという標識を付けることは、この政治的統合をとるにたらぬものとして扱う危険を有していることに対して警告を発する[1592]。イプセンは裁量と政治的指導を徹底的に区別しており、彼は裁量と政治的指導を結びつけて政治的指導に裁量濫用による裁量コントロールを及ぼすことを否定する[1593]。イプセンに従えば自治に対する監督を含めた行政の裁量濫用という概念は、指導に対抗する反国家的な用語であり、全ての領域から直ちに除去されるべき概念であった[1594]。イプセンにおいては、ある措置が政治的性格を有するときにはその措置は司法審査から除外されるのであり、このような政治的なるものについての決定を裁量濫用の観点の下で審査しうると見做すことを、彼は伝統的方法への典型的な逆流であると見なしている[1595]。

イプセンによれば 1935 年ドイツ・ゲマインデ法における監督の内容規定は二つの基準によって与えられている[1596]。すなわち、監督は第一に自治が法律と軌を一にして行われること、第二に自治が国家指導目的と軌を一にして行われることを確保する責務を有しているのである[1597]。イプセンにおいてこの基準は、同時に監督権限の限界と見なされる[1598]。イプセンは、その遵守を監視する監督は単純な法コントロールとして、ヒエラルヒーにおいて上級にある官庁の下級官庁に対する法コントロールから区別されることのない任務を有しているという[1599]。そうしてイプセンにおいて自治に対する監督は通常の行政的監督から内

1589 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1590 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1591 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1592 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(12)
1593 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1594 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1595 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13), Fn. 27
1596 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1597 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1598 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1599 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)

容的に区別されないのである[1600]。イプセンによれば、監督は国家指導と自治体の指導の同一性を政治的目的において確立する、ということが決定的である[1601]。

ｖ）政治的なるもの――政治的指導

イプセンにおいては政治的なるものと法規範が明確に区別される。すなわちイプセンによれば、政治的なるものの存否をめぐる決定は法規範にではなくて政治的指導に委ねられ、国家目的規定についての紛争が存在するのか否かは監督自身が自律的に排他的に決定するのである[1602]。そうして、彼に従えば指導を政治的に高度に重要な一定の領域に割り当てようとする監督の限界付けは、規範によってではなくてその活動限界を自ら設定すべき指導自身によって行われるのである[1603]。イプセンは、自治の固有責任と自立性の利益において最も重要な政治的問題への自治体監督の制約を宣伝することは政治的に支持することができるという[1604]。もう一方でイプセンは、この制約は指導の自己制約としてのみ行われうるものであって、ドイツ・ゲマインデ法 106 条の解釈から導き出すことは困難であるとする[1605]。イプセンにおいて指導権力の限界は規範ではなくて指導権力自身が設定するものであり、国家指導の目的は規範による究明と特定になじまないものであって、可変的で具体的なものである[1606]。そうして彼に従えば、法律が監督は国家指導目的と軌を一にして行政が行われることを確保するためと定めているのは、監督権限の限界ではなくて指導権力のための動機と目的設定を定めているのである[1607]。このようにしてイプセンにおいて特徴的なのは、国家指導が規範による限界付けになじまないものであって国家指導の限界は指導自身が政治的に設定するものであるとされているということである[1608]。

イプセンにおいて一方において自治体を指揮する機関ともう一方において監督権限を与えられる機関は概念上必然的に異なったものである[1609]。すなわち、この両者の機関の同一性は双方の法主体性と法関係としての監督と両立しない

1600 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1601 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1602 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1603 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1604 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1605 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1606 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1607 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1608 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14)
1609 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(14-15)

ものと見なされる[1610]。ただし、イプセンにおいても国家監督によって任命される委員の活動は、自治の担い手による不作為の場合の代執行に相当するものであり、自治体機関と自治体に対する監督機関の同一性が否定されるにもかかわらずこのような国家監督による委員は観念しうるものと見なされる[1611]。さらにイプセンによれば、国家監督の担い手と自治体の指導者の同一性が、新たな自治の現象形態によって関知されている[1612]。すなわちイプセンに従えば、文化的自治と農業的自治は同一人物による指揮と監督に服しているのである[1613]。

vi）司法審査の除外

イプセンによれば 1935 年ドイツ・ゲマインデ法 113 条によって監督に対する司法審査の除外（Justizlosigkeit）が定められている[1614]。しかしながらイプセンに従えばこのような裁判体制も、監督行為が国家賠償訴訟などにおいて間接的に裁判所による決定の対象とされえないことを保障しているものではないのである[1615]。そして彼によれば、監督に対する司法審査の除外によって、行政の法律適合性の原則と結びついて行政裁判所による高権的行為の取消のために成立し、訴訟において行政の側から反駁されなければならない違法性の推定は克服されている[1616]。イプセンに従えば、自由主義的法治国において、国家監督の活動に対する行政的権利救済の許容、単純な法律コントロールへの内容的制約、国事裁判所司法によるラントとライヒに対する制度としての自治の保護が帰結している[1617]。しかしながらイプセンは、権限裁定権限（Konpetenz-Konpetenz）を引き合いに出して執行府の領域に立ち入る司法は、自らに帰属する事務に対してではなくて、フレムドな事務に対して判決を下しているものと評価する[1618]。そうしてイプセンにおいて、個別的保護を求める自由主義的要求に対する反動として、統治行為の現象が展開される[1619]。すなわち、この統治行為とは、その内容の故に必然的に司法審査から除外され、裁判所によって取消されえず、審

1610 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(15)
1611 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(15)
1612 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(15)
1613 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(15)
1614 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1615 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1616 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(13)
1617 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(16)
1618 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(16-17)
1619 Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)

査不能なものと見なされたのである[1620]。そうして、裁判官に絶対的な限界が与えられる[1621]。すなわちイプセンにおいて司法の絶対的限界と、司法審査の除外のメルクマルは高権的であるということである[1622]。そしてこのような司法審査から除外される領域は、フォルク構成員の共同作用におけるゲマインシャフトの方の作用に関わるのではなくて、なんらかの特徴において指導の活動を含んでいる領域である[1623]。そしてイプセンにおいてこのことは自治体に対する国家監督にも当てはまり、監督行為に対する直接的な司法審査も法律上除外されうるのである[1624]。イプセンに従えばドイツ・ゲマインデ法 113 条における司法審査の除外は、監督の高権的行為の潜在的な司法審査の除外を確保するための可能な方法であり、直接的な行政裁判所による審査を除外することによって高権的行為に対する司法審査の除外を達成しているのである[1625]。そして、各々の類型の自治に対する国家監督の高権的行為は司法審査から除外されたものと評価され得、そこでは国家賠償訴訟などのような裁判制度から高権的行為に対する司法審査の可能性のみが間接的に開かれているのである[1626]。イプセンによれば司法の活動と両立しない政治的内容を持つ高権的行為は、政治的管轄のみが自ら判断することができるものであって、司法が判断することはできないのである[1627]。

（4）カール・シュミット

ｉ）全体における政治的一体

カール・シュミット[1628]は国家、政党活動、フォルクの三つの要素から全体の政治的一体を説明しようと試みる。彼によれば、国家は政治的静的部分であり、政党活動は政治的動的部分であり、フォルクは政治的決定の保護と陰の中で成長する非政治的側面であるが、この三要素は互いに対抗するのではない[1629]。彼

[1620] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1621] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1622] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1623] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1624] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1625] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1626] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1627] Ipsen, Fn. (1558), S. 1-17(17)
[1628] 地方自治の保障を含めたカール・シュミットの理論についての本邦における研究として、石川・前掲脚注 1248 がある。
[1629] Schmitt, Carl, Staat, Bewegung, Volk, Dritte unveränderte Auflage, 1936, S. 12

は、この三要素を互いに排斥し合うように対置させることを誤りと見なしており、彼によればこのようにして国家、政党活動、フォルクを互いに対置させることは政治的全体を解体し、少なくとも相対化させる政治的意味を持つ自由主義による断裂に対応するものであるとして批判する[1630]。そしてこのような政治的統一体に対応してカール・シュミットに従えば、ナチス期の国家機構はフォルクの政治的一体と公的生活の全体の秩序が三つ区別される秩序列において表現されることによって特徴付けられている[1631]。ここでいう三つの秩序列とは、第一に軍隊と国家官吏組織体から構成される国家官庁制度及び国家官職制度、第二にフォルクの全ての層から構成され、ヒエラルヒーによって指導される完結的な、国家とフォルクを支える政党、第三に自治に委ねられるフォルクの領域である[1632]。そしてこの第三の自治の領域は職能階級的な経済秩序と社会秩序と地方自治体の自治を含んでいる[1633]。カール・シュミットにおいてファシストの国家は領域的自治を基本的に否定し、専門的自治と機能的自治のみを許容しているのであるが、彼は、このファシストの国家の団体国家（Korporationsstaat）、労働組合と団体のシステム、民族特有の社会システムも非国家的、公的法的自治の領域を満足させることができ、政治的指導の全体の枠組みにおいて可能な自律性、ゲノッセンシャフトたる性質、様々な種類の連帯をフォルクの公的生活に差し挟むことができたという[1634]。

カール・シュミットによればこのようなナチス期における国家において国家とフォルクを支える政治的指導体は、フォルク対国家、国家対フォルク、フォルク対政府、政府対フォルクといった全てのアンチテーゼを妨げ、克服する任務を有している[1635]。そうしてこのような国家システムにおいては、立憲君主主義体制の国家とは異なって国家官吏は自由に参加する市民と対立をなすのではないのである[1636]。カール・シュミットにおいて国家官庁組織体は、多元的政党システムとは異なってもはや利害関係人グループとして組織されることを強いられるものではなく、個人主義的に構成された個々の官吏の既得権に依拠する

1630 Schmitt, Fn. (1629), S. 12
1631 Schmitt, Fn. (1629), S. 12
1632 Schmitt, Fn. (1629), S. 12-13
1633 Schmitt, Fn. (1629), S. 13
1634 Schmitt, Fn. (1629), S. 13
1635 Schmitt, Fn. (1629), S. 16
1636 Schmitt, Fn. (1629), S. 16

ことを強いられるものでもない[1637]。ここでカール・シュミットによれば官吏は同種性に基づく政治的統一体におけるフォルク構成員であり、さらに政党構成員として国家とフォルクを支える組織の構成員であり、このような国家とフォルクを支える組織は国家とフォルクを支える政党活動からの政治的指導によって覆われているのである[1638]。そうしてカール・シュミットは、フォルク特有の職能身分的自治の領域もこれに対応したやり方で政党活動によって貫徹されているという[1639]。カール・シュミットによれば、官吏及び官庁システムの相対的に非政治化された組織体の静的性格によってのみ自律的構成物の高度に非政治化された領域が承認される[1640]。もう一方において彼によればこのような非政治化は、非政治的と称された自治事務の政治的濫用とは関係がなくて、承認された政治的指導の政治的決定に基づくものである[1641]。カール・シュミットによればある事務や専門領域が非政治的であるか否かの決定が特殊に政治的な決定であるということが基本的認識に位置付けられている[1642]。シュミットに従えば、官庁組織体の客観性、裁判官の独立性、フォルク特有の自治の領域の非政治的性格も非政治的なるものの長所と確実性を伴って、この両者が国家とフォルクを支える政党活動の政治的指導と政治的決定に服することを通じてのみ可能なものとなるのである[1643]。このような政党活動をカール・シュミットは、特殊な意味において公共体の政治的要素とし、標準化とその基礎にある政治的決定を必要とする官庁機構の静的要素に対する動的原動力とし、非政治的な地方自治と職能身分的自治の政治的保障とする[1644]。

カール・シュミットにおいては、ラントは国家とは見なされない[1645]。すなわち、ラントは国家権力に属する権限を有しているのであるが、にもかかわらず彼は、ラントはいかなる場合にも国家ではなくてドイツにおける国家はライヒのみであるというのである[1646]。そして彼は、ライヒを広範に自立したラントから構成され、その中で分岐した 1 つの構成物であるとし、ライヒを連邦国家に

[1637] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1638] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1639] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1640] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1641] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1642] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1643] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1644] Schmitt, Fn. (1629), S. 17
[1645] Schmitt, Fn. (1629), S. 18
[1646] Schmitt, Fn. (1629), S. 19

は位置づけていない[1647]。またもう一方において、カール・シュミットにおいて地方自治の概念は領域団体の場合に当てはまるものであり、彼はこの地方自治の概念を地域的近隣の自治に限定する[1648]。このようにして、シュミットにおいてラントは国家でも地方自治体でもないのである[1649]。彼において地方自治は、ラント・ゲマインデ、都市ゲマインデ、アムト、ラント・クライスに限定され、その他には職能身分の組織とそれと類似の組織に関わる自治が存在している[1650]。

ⅱ）指導者の観念による貫徹

カール・シュミットにおいては強力な国家が国家の様々な構成要素の強力な固有生活の前提条件とされ、そこでシュミットは、ナチスにおける国家の強力さは、国家が上から下までその存在のあらゆる原子において指導者の観念によって支配され貫徹されていることにあるという[1651]。そしてシュミットに従えばこの原則は国家行政においても様々な自治の領域においても意味に即して貫徹されなければならないのである[1652]。シュミットにおいてこの原則は、政党活動によって増大されるのである[1653]。しかしそこでも素材の特別性を通じて要請される修正が当然考慮されなければならないと考えられている[1654]。そして、公的生活の一定の重要な領域を指導者の観念の支配から除外することは、許容されないものと見なされている[1655]。そこでシュミットは、地方自治に国の執行権におけるのとは異なった形成原則を展開させることは重大な政治的誤りと見なしている[1656]。さらに、ゲマインデの代表者が選挙に由来するということも、そのことでゲマインデに対して君主主義国家と抵触する形式原則が承認され、シュミットは、地方自治がそのことを通じて君主主義的権威的官僚国家へ自由主義的民主主義的議会制原則が入り込む侵入地帯になったという[1657]。彼は、自治事務は非政治的であるという口実の下で自由な市民階級が国から引き離された公

1647 Schmitt, Fn. (1629), S. 19
1648 Schmitt, Fn. (1629), S. 19
1649 Schmitt, Fn. (1629), S. 19
1650 Schmitt, Fn. (1629), S. 19-20
1651 Schmitt, Fn. (1629), S. 33, Kahl, (Fn. 32), S. 244
1652 Schmitt, Fn. (1629), S. 33
1653 Schmitt, Fn. (1629), S. 33
1654 Schmitt, Fn. (1629), S. 33
1655 Schmitt, Fn. (1629), S. 33
1656 Schmitt, Fn. (1629), S. 33
1657 Schmitt, Fn. (1629), S. 33-34

的法的領域を設けたという[1658]。カール・シュミットにとってゲノッセンシャフトの観念、自治の自由、固有事務という表現はドイツ法における偽装であり、この下で目的を意識した法理論がプロイセン国家制度の指導者原則を震撼させたのである[1659]。さらにカール・シュミットにおいて国家とゲマインデの同質性の理論は、国家にとって性質上フレムドな形成原則によるプロイセン国家の制服を効果的に支援したものと評価される[1660]。

カール・シュミットに従えば指導者の観念の組織上の貫徹は、自由主義的民主主義的思考形態に性質上適った全ての方法が消滅することを消極的に要請している[1661]。そして彼は、連立多数が少数派に対して多数を制し可決と否決の権力手段を形成している投票プロセスは、一党支配国家において維持されず、回復されないという[1662]。シュミットは、指導者の観念に属する Führerrat の制度は、不信任の組織でもコントロールの組織でも責任移転の組織でもなくて、政府に対する議会のような内的二元主義を表現するものでも多元主義を表現するものではないという[1663]。

ⅲ）政治的指導の概念の対立概念としての監督――監督関係における Gleichordnung

このようなカール・シュミットにとって監督の概念は、自由主義的実務において政治的指導の概念に対する対立概念として展開された概念である[1664]。シュミットは、監督の特別の妥当領域を明確に区別し、監督の概念から真正の指導の概念に差し迫る錯綜に対抗することが必要であるという[1665]。彼は、三つのモメントによって監督概念は政治的指導に対する反対概念へと構築され、形成されている[1666]。すなわち、その三要素の第一の要素は規範主義的傾向であり、シュミットにおいて規範主義的傾向は、予め構成要件を規律され、測定可能で審査可能な監督基準の観念が監督の概念と結びつけられているということに存在

1658 Schmitt, Fn. (1629), S. 34
1659 Schmitt, Fn. (1629), S. 34
1660 Schmitt, Fn. (1629), S. 34
1661 Schmitt, Fn. (1629), S. 35
1662 Schmitt, Fn. (1629), S. 35
1663 Schmitt, Fn. (1629), S. 35
1664 Schmitt, Fn. (1629), S. 37
1665 Schmitt, Fn. (1629), S. 37
1666 Schmitt, Fn. (1629), S. 39, Kahl, (Fn. 32), S. 244

している[1667]。そして監督を行う者と監督を受ける者の間の全ての関係はこのような予め特定されて各々の具体的状況を度外視する規律に服しているというのである[1668]。そして、カール・シュミットに従えば監督システムの不確定概念と裁量概念もこのような傾向によって支配されているのである[1669]。シュミットに従えば監督における裁量の概念の限界は裁量逸脱と裁量濫用であり、この限界は裁判所によって審査しうる限界なのである[1670]。さらにシュミットは、予め規範によって定められていることに基づく予見可能な計測可能性の擬制と、全ての相互の監督関係の規律性を貫徹する政治的意味を、恣意禁止もまた有しているという[1671]。

カール・シュミットは、指導と対立する監督概念の形成の第二のメルクマルは、監督の主体と客体を同等に扱う傾向にあるという[1672]。そしてシュミットに従えばこの監督の主体と客体を同等に扱う傾向は、監督の思想の規範主義から論理的首尾一貫性を伴って生ずるものである[1673]。監督の基準が予測可能で審査可能であるように確定しているというのは、監督を行う者が何に対して介入することを自らに許容し、監督を受ける者が何を要求されるのかが事前に特定され確定されているという擬制から出発するものであるというのである[1674]。シュミットは、監督を服している者は監督に対して唯一標準を与える基準として規範をいつでも引き合いに出すことができ、監督を受ける者は実際にはそもそも監督官庁や政治的指導者に服しているのではなくて外部の第三者によって審査しうる客観的と称されるところの規範内容にのみ服していることが示されているという[1675]。さらにシュミットにおいて、監督を行う者もこれと同一の規範に服し、その結果としておよそ指導と従属ではなくして規範の客観的解釈と権限のザハリヒな限界付けのみが問題となりうるということが示されている[1676]。

カール・シュミットのいう指導と対立する監督概念の第三の特徴は、同じく

1667 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1668 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1669 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1670 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1671 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1672 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1673 Schmitt, Fn. (1629), S. 39
1674 Schmitt, Fn. (1629), S. 39-40
1675 Schmitt, Fn. (1629), S. 40
1676 Schmitt, Fn. (1629), S. 40

首尾一貫性を伴って上の二つのメルクマルから展開される[1677]。カール・シュミットによれば、ある測定可能な規範が存在し、監督関係における両者がこの規範に同等に服するならば、客観的で中立的な第三者のみが、すなわち独立した裁判所の管轄のみが客観的規範の機関として監督関係にあるこの両者に対して裁判をするということが不可避的である[1678]。そして彼は、そのような監督概念は不可避的に裁判所の管轄を要請し、監督の客体と監督者の間の全ての意見の相違を訴訟上処理することを要請しているのというのである[1679]。さらにシュミットは、自由主義的法治国概念にとって性質上不可欠な保護と保障の観念は、自治体監督権から生じる争訟を決定する行政裁判所を国家監督に対して監督を行う官庁に変更し、懲戒裁判所を上司に代わって職務監督の全ての重要な適用可能性と実施に対して上司に代わって決定を行う職務監督権に対する保護機関に変更しているという[1680]。さらにそこでシュミットに従えば、国事裁判所と憲法裁判所は憲法監督に限られる政府を政治的に監視する機関に変更されている[1681]。カール・シュミットはこのような変更の帰結は、司法が政治的指導に代替することを意味する[1682]。そして彼は、裁判官は政治的指導者ではないのであって、このような裁判官による法的争訟の方法は指導者国家の形成にとっての模範ではないという[1683]。シュミットによればこのようにして監督を裁判所による審査が可能な規範で定めて訴訟に服させること（Normativierung und Prozessualisierung）は、不従順にとって有利なものとなるのであり、監督関係における当事者を同等に扱うことは、一方において国家の敵とフォルクの敵をもう一方において国家構成員とフォルク構成員と同等に扱うことを意味し、独立した裁判官による決定は指導者と服従者を、政治的に責任を負わない非指導者に服従させることを意味するに他ならない[1684]。

ⅳ）政治的指導の概念――フォルクの同質性

カール・シュミットにおいて指導とは、中央集権的、官治的統治を意味するのでも任意の形態の支配を意味するのでもなくて、支配と命令の形態も善良で

[1677] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1678] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1679] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1680] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1681] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1682] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1683] Schmitt, Fn. (1629), S. 40
[1684] Schmitt, Fn. (1629), S. 41

正当で理性的な支配と命令権も指導とは見なされない[1685]。彼は、指導の概念は国家社会主義的政党活動の実体のある具体的な観念に由来しているというのである[1686]。シュミットにおいて指導の概念は、指導者と服従者の無条件の同質性をその中に含んでいる[1687]。そして、指導者と従者の間の継続的で確実な接触も相互の信頼もこの同質性に基づくものであるとされ、シュミットに従えばこの同質性のみが、指導者の権力が専制と恣意になることを妨げることができるのである[1688]。さらに彼は、統一されたドイツ・フォルクの同質性はドイツ・フォルクの政治的指導の概念にとって不可欠の前提条件であり不可欠の基盤であるという[1689]。シュミットは、同質性の概念が全ての法的考察を貫徹するものと評価し、法律に対する裁判官の規範主義的拘束の擬制は現実の法的生活の基本的領域にとって彼の時代には理論的にも実務的にも維持しえないものとなったという[1690]。すなわちシュミットにおいては、一般条項や不確定概念が法的生活の全ての領域に侵入することによって法的規範主義は解体されたものと評価されているのである[1691]。シュミットに従えば不相当な不利益、濫用禁止、恣意禁止というような概念もこのような不確定概念に含め入れられている[1692]。シュミットにおいてドイツ公法は、同質性の観念によって貫徹され、支配されたのである[1693]。

このようにして、カール・シュミットにおいては、監督の基準が予め規律され、監督に対して独立した裁判官による審査が可能であるという法治国的観念は、指導の観念と対立するものとして批判に晒された。シュミットは、ヴァイマルからナチス国家体制の反民主的実態に至る反民主的時代精神の連続性をあらわす数少ない著者として掲げられる[1694]。シュミットにおける国家理解は根本において政治的指導の観念によって貫徹されて、法治国的観念にとってなじみやすいシュミットのいうところの規範主義は一般条項や不確定概念の存在から実定法的にも批判に晒され、政治的に責任を負わない独立した裁判官へ指導者

1685 Schmitt, Fn. (1629), S. 41
1686 Schmitt, Fn. (1629), S. 42
1687 Schmitt, Fn. (1629), S. 42
1688 Schmitt, Fn. (1629), S. 42
1689 Schmitt, Fn. (1629), S. 42
1690 Schmitt, Fn. (1629), S. 43
1691 Schmitt, Fn. (1629), S. 43
1692 Schmitt, Fn. (1629), S. 43
1693 Schmitt, Fn. (1629), S. 44
1694 Kahl, Fn. (32), S. 243

を服従させるものとして政治的にも批判に晒された。

8　法治国の観念と自治　ヘンゼル

（1）法治国における自治

ヘンゼルによれば、法治国とは憲法上保護された個々人の自由の領域に対する介入を法律の授権に基づき、かつ独立した裁判所による事後審査可能性の証人の下でのみ行う国家である[1695]。そして法治国は基本権保護、行政の法律への拘束性、行政事件における権利保護の諸制度において頂点に高まる[1696]。ヘンゼルに従えば、自治体行政についての政治的議論及び法学的議論においては主として、この自治体行政（Kommunalverwaltung）の制度が 19 世紀の行政法を支配していた法治国の理念といかに密接に関わっているのかは強調されていない[1697]。国家と個々人の間の障壁は両諸力を和解させるものではなくて、公的生活での市民の参加によるその融合がはじめて渇望された調和を設けるものとされる[1698]。そしてヘンゼルによれば、自治の理念にとっての指導原理として、国家市民に対する国家の失われた関係を回復し臣民に公共体に対する献身を呼び起こすために自由な国家市民に公的行政に対する参加が与えられなければならないというシュタインの古典的定式が選択される[1699]。しかしヘンゼルにおいて、このような行政への国家市民の参加と自治の同視は疑いにかけられ、シュタインのこの古典的定式は明らかな誤りとされる[1700]。すなわち、確かに議会制と自治は大部分において同一の理念史的根源に遡るのであるが、しかしながら両者は異なった方向に向けて展開されているのである[1701]。また、ヘンゼルによれば、自治体行政と自治も、同視されるべからざる概念である[1702]。すなわち、都市は自ら行政を行い、国によって固有事務として承認された事務を国の行政機構の介入から独立して行うことができるのであるが、そのためには都市市民が都市

[1695] Hensel, Albert, Kommunalrecht und Kommunalpolitik in Deutschland, 1928, S. 25
[1696] Hensel, Fn. (1695), S. 25
[1697] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1698] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1699] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1700] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1701] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1702] Hensel, Fn. (1695), S. 26

の行政に何らかの方法で参加する必要があるわけではないのである[1703]。

ヘンゼルにおいて自治体は権利主体であり、権利義務の担い手であり、機関を通じて意思を形成し、その意思を法的に効力のある行為に変える能力を有している[1704]。ヘンゼルに従えば、自治体は財産を獲得し財産法上の義務を負担することができると同時にまた、公法の権利主体でもある[1705]。そこで自治体は、国が何らかの理由から自ら直営で遂行しようとしていない公的任務領域を遂行するために国によって創設され、あるいは国によってその存在を承認されたものと位置づけられている[1706]。そして国によって自治体に委ねられた生活目的は、国がその生活目的を国の任務全体を完全に遂行するために基本的なものと見なすとき、国家的なものである[1707]。しかしまた、自治体の側から見ればこの生活目的の任務は、自治体の固有の存在がこの任務領域の遂行によって正当化されるので、自治体の固有事務である[1708]。またヘンゼルは、自治体はそのザハリヒな任務領域が無制約であることによって、自立的団体として承認された他の形成物と区別されるという[1709]。さらに彼は、一定の機関と制度を設置し維持することに配慮することが自治体の性質から概念上必然的に生じるもう一方で、新たな任務を自ら設定し実行することができることも自治体の性質に含まれているという[1710]。またヘンゼルにおいて、自治体の固有事務の領域は特定の権限を列挙することによって表現されるものではなくて、自治体固有の目的を熟慮し反対利益を慎重に考量してこの任務領域を満足させることは自治体固有の意思形成に依存している[1711]。しかしながらヘンゼルにおいても、もう一方において領域団体としての自治体の性質から、自治体の作用領域の無制約の拡張に対しては制約が生じている[1712]。すなわち、厳密に限定された自治体の領域の限界を超えてその活動領域を拡張することは、基本的に自治体に対して禁止されているのである[1713]。またヘンゼルによれば、自治体はその領域の中であっても、上

[1703] Hensel, Fn. (1695), S. 26
[1704] Hensel, Fn. (1695), S. 27
[1705] Hensel, Fn. (1695), S. 27
[1706] Hensel, Fn. (1695), S. 27
[1707] Hensel, Fn. (1695), S. 27
[1708] Hensel, Fn. (1695), S. 27
[1709] Hensel, Fn. (1695), S. 27-28
[1710] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1711] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1712] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1713] Hensel, Fn. (1695), S. 28

位の領域団体による一定の行政任務の要請を尊重するよう求められ、自治体は作用領域が無制約であることを引き合いに出して、ライヒやラントが自らのものと見なした任務を要求することができないのである[1714]。またヘンゼルに従えば、ライヒやラントは現在の任務配分の境界を変動させることを義務付けられるものではなくて、自治体はライヒやラントの立法者が従来自治体の活動領域に属していた一定の事務を特別の行政組織や行政団体に委ねたときにはそれに従うよう強いられている[1715]。そして彼によればヴァイマル憲法 127 条における自治体の自治の権利は現在の任務配分と権限配分の保護を含んでいるのではないことは、自らの意思に従って国家的任務の範囲と自治体の任務の範囲を切り分ける可能性をライヒ議会とラント議会に与えている法律の留保が示している[1716]。しかしヘンゼル曰く、だからといって、ライヒ憲法のこの基本権が法的な意味を持たないものではない。すなわち、ライヒ憲法における自治の基本権は、ライヒとラントに自治体の自治の原則を完全に放棄することを禁じており、各々の任務において計画された任務配分の際にライヒ憲法上の指針から逸脱していないかどうかを義務的に考量することを命じているのである[1717]。ヘンゼルにおいて自治体の無制約の固有作用領域の限界は自治体を拘束するライヒの意思と国家の意思に見いだされる[1718]。すなわちこのような限界は、一方において法律によって自治体に任務として配分されているものを自治体は義務に対応して遂行しなければならないという積極的側面と、ライヒやラントの固有行政に留保されている事務や、自治体以外の団体に与えられている事務は自治体の作用領域には属さないという消極的側面を有している[1719]。そしてヘンゼルにおいては、自治体は全体においてライヒ法及びラント法の、上位の意思に服従しているものとされる一方で、自治体と自治体連合の間には上下秩序の法関係は存在していないから、例えばプロヴィンツの権限はクライスの権限を破らず、クライスの権限はゲマインデの権限を破るものではないとされている[1720]。

（2）自治事務と委任事務の区別——自治体監督と職務監督

ヘンゼルに従えば、自治体を国家アンシュタルトとしてとらえ、自治体の官

[1714] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1715] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1716] Hensel, Fn. (1695), S. 28
[1717] Hensel, Fn. (1695), S. 29
[1718] Hensel, Fn. (1695), S. 29
[1719] Hensel, Fn. (1695), S. 29
[1720] Hensel, Fn. (1695), S. 29

吏を間接国家官吏と見なし、自治体をその官職的作用領域において原則的に国の指示権に服従させることは、もはや妥当しない[1721]。すなわち、自治体の官吏を全体において一般的に国家監督官庁の指示に従うことを義務付けられているという意味における間接国家官吏と見なすことはできず、そのような一般的服従義務は存在しないのである[1722]。ヘンゼルにおいても警察権力の行使は特殊国家的な任務であり、委任事務として遂行されるものであり、この作用領域において自治体官吏は国の指示権に服従しているのであるが、このような国家機構に密接に組み込まれる自治体の作用を度外視しても国は自治体官吏法の少なからぬ部門において決定的な影響力を行使するのである[1723]。その例として、人選が掲げられていた[1724]。そしてヘンゼルにおいては自治事務と委任事務が区別されている[1725]。すなわち、委任を受ける自治体機関が一つの機構の中での国家行政機関の職務監督に服従している場合が委任事務であり、任務の遂行において自治体監督の手段が用いられる場合が自治事務である[1726]。委任事務の行政領域において自治体は、職務的指示に従うことを一般的に義務付けられているのである[1727]。ヘンゼルに従えば委任事務の遂行において自治体は、余すところなく国家官庁機構に組み込まれている[1728]。しかしそのことは、自治体が国家的委任事務に従事することに対して基本的利益を有することを妨げるのではない[1729]。このようにして国が自治体を地域的自治の機関として利用する場合には、国は固有国家官庁機構のために生計を維持する費用を倹約できることに対して利益を有しているのである[1730][1731]。このようにしてヘンゼルは自治体の自治事務と

[1721] Hensel, Fn. (1695), S. 47
[1722] Hensel, Fn. (1695), S. 48
[1723] Hensel, Fn. (1695), S. 48
[1724] Hensel, Fn. (1695), S. 48-49
[1725] Hensel, Fn. (1695), S. 52
[1726] Hensel, Fn. (1695), S. 52
[1727] Hensel, Fn. (1695), S. 52
[1728] Hensel, Fn. (1695), S. 53
[1729] Hensel, Fn. (1695), S. 53
[1730] Hensel, Fn. (1695), S. 53
[1731] これに引き続いてヘンゼルは、自治体もまた、多くの場合に国家的委任事務の配分を正当にも自らの固有の権力政策的地位の増大と見做すことができるようになるという。もっともこの権力政策的地位の増大は新たな財政的負担を負うことによって補填されるのである（Hensel, Fn. (1695), S. 53）。このように、自治体が委任事務として国家任務を担うことは、一方において国の利益になり、もう一方において自治体の利益になる側面もある。ただし、その場合であって

委任事務を区別しているけれども、ヘンゼルにおいても国家任務とゲマインデの固有作用領域、委任事務と自治事務の対置は、原則的な対置としてよりも程度的な対置としてとらえられている[1732]。

（3）自治――固有事務の処理と国に対する自立性

ヘンゼルにおいて自治には、自治体の固有事務の自ら設置した任務を行政上処理するという側面があると共に、国に対する自治体の自立した地位という側面を有している[1733]。すなわち、自治体の自立性は、自治体の意思形成と意思の実行が国の立法作用及び行政作用から分離されて行われなければならないという組織上の効果を持っており、ヘンゼルにおいてはこの固有の組織が自治の観念の第二の核心とみなされて、この視点に自治の性質に対する民主制原理の基本的な意義が見いだされている[1734]。そこで自治の概念は、自治体の住民の意思が自治体の事務に対して決定的に影響力を及ぼすということを保障する組織へと拡大されるのである[1735]。ヘンゼルにおいて、連邦国家と自治体の間の根本的な相違は存在しておらず、自治体もまた領域、フォルク、支配権という国家の三要素を示している[1736]。そして、自治体の領域は同時に国の領域であり、都市市民は同時に国の市民であり、固有作用領域の中で自治体の固有の意思機関によって行使される自治体の支配権は上位の法規範システムによって引かれる限界の中で展開されなければならないということは、国家性を損なうものではない[1737]。またヘンゼルにおいて、自治体の自律的条例も国家の法規範に対する根本的な相違を有するものではないとされている[1738]。さらに自治体の財政計画に国の予算の間の根本的な性質的相違もまた否定され、結局のところヘンゼルに従えば自治体の体制と国の体制の間の相違は程度の差であって本質的な相違ではない[1739]。ヘンゼルによれば、国という形成物は体制上の自律性（Verfassungsautonomie）を要求することができるのに対して、このような体

も、自治体が財政的負担を負うということで自治体にとっての利点が埋め合わせられるという構造になるのである。

[1732] Hensel, Fn. (1695), S. 54
[1733] Hensel, Fn. (1695), S. 30
[1734] Hensel, Fn. (1695), S. 30
[1735] Hensel, Fn. (1695), S. 30-31
[1736] Hensel, Fn. (1695), S. 31
[1737] Hensel, Fn. (1695), S. 31
[1738] Hensel, Fn. (1695), S. 31
[1739] Hensel, Fn. (1695), S. 32

制上の自律性は自治体には存在していない[1740]。すなわち、自治体は一定の枠の中で複数の体制の類型の間で選択する権利が与えられるとしても、国とは異なって、自らが特別の状況と需要に従って最も相当なものと見なす体制をもたらす国の基本権を有せず、ヘンゼルにおいてはこの点に国と自治体の相違が見いだされている[1741]。このような自律性はラントには、ライヒ憲法上制約が課されつつも完全に除外されているわけではなくて、自治体とは異なってラントは体制上の自律性を有している[1742]。

ヘンゼルに従えば、自治体の行政と自治体の法制定権限が存在するのに対して、司法の作用は自治体に委ねられていないものであって、行政裁判所の判決はプロヴィンツ、クライス、ゲマインデの名において下されるのではなくて国の名において下されるのである[1743]。しかしながらヘンゼルによれば、地方自治体は国の裁判所組織において完全に除外されるわけではない[1744]。すなわち、Bezirkausschüsse や Kreisausschüsse が職業官吏と名誉官吏から構成されるということが、ドイツの自治にとって特徴的な国家行政組織と自治体行政組織の組み合わせを示しているものと見なされている[1745]。

（4）全体行政の秩序だった進行のための監督——法律に従った自治行政による監督の基礎付け

国の憲法及びその他の法律に基づき、その範囲内での自治体の活動は国の側からの影響力に服しており、ヘンゼルにおいてこのような影響力が国家監督の概念の下で理解される[1746]。ヘンゼルにおいても国家監督は自治体の自治に対する不可欠の対をなすものと位置づけられている[1747]。そして国家監督は、全体の行政の秩序だった進行に対して配慮するものとされる[1748]。ヘンゼルに従えば、国家監督は、危機の場合にのみ積極的に作用するのではなくて、自治体の活動が通常運営されているときであっても有効な意思表明の成立のためには国家機関の協力を要し、このような認可無しには自治体の決議は法的に無効なものと

1740 Hensel, Fn. (1695), S. 32
1741 Hensel, Fn. (1695), S. 32
1742 Hensel, Fn. (1695), S. 32
1743 Hensel, Fn. (1695), S. 39
1744 Hensel, Fn. (1695), S. 39
1745 Hensel, Fn. (1695), S. 39
1746 Hensel, Fn. (1695), S. 33
1747 Hensel, Fn. (1695), S. 33
1748 Hensel, Fn. (1695), S. 40

見なされている[1749]。このことは、ヘンゼルによればライヒ監督が非常弁（Notventil）であって、ドイツ全体の機構において無秩序であり、少なくともライヒの側から見て無秩序であるように見える場合にのみ、ラントの行政機構に介入することライヒ監督の制度が作用することと対比されている[1750]。ライヒ監督と国家監督を比較すると、ライヒへのラントの従属関係とラントへの自治体の従属関係の中での完全な相違が示されるというのである[1751]。さらに、監督の法効果においてもライヒ監督と国家監督は区別されている[1752]。すなわち、ライヒ監督の中心的手段はラント政府の媒介に基づいてラント官庁機構に対して間接的に影響力を及ぼすというものである[1753]。ヘンゼルに従えば、その際にライヒ監督に基づく提案を行政の現実に移し替えるのは、ラント政府である[1754]。これに対して国家監督は自治体の意思に直接的に共同作用することによって、一義的な法状況を創ることができるものとされる[1755]。この点においてライヒ監督がラント政府の媒介に基づいて間接的に作用するのに対して、国家監督は直接的に作用することで両者は区別されている。ヘンゼルもまた国家監督が政治的配慮から、提案を提示することに限られることを認めるが、その背後には監督官庁の決定権限が存在しているのである[1756]。

ヘンゼルに従えば、各々の自治の当然の前提条件は、自治が法律の枠の中で行われるということであって[1757]、ヘンゼルにおいてはこのことによって国家監督が基礎付けられる。ヘンゼルに従えば、国家監督の第一の任務はライヒ法とラント法の不動性の保護であり、国家監督の第二の任務は自治体を自治体固有の利益において悪しき自己に対して保護することである[1758]。ヘンゼルは、この点において国家監督は後見（Tutel、Vormundschaft）と同等のものであるという[1759]。また、都市における公安警察制度の領域におけるように、ラントが自治体や自治体の機関を直接的に国の執行機関として利用するところでは、国家監

1749 Hensel, Fn. (1695), S. 33-34
1750 Hensel, Fn. (1695), S. 33
1751 Hensel, Fn. (1695), S. 33
1752 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1753 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1754 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1755 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1756 Hensel, Fn. (1695), S. 34-35
1757 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1758 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1759 Hensel, Fn. (1695), S. 34

督ではなくて職務監督が用いられ、この場合に自治体機関の活動は完全に官庁機構に取り込まれるものとされる[1760]。すなわち、その場合には職務監督を行うRegierungspräsident は、都市に対する監督機関ではなくて市長の上司に位置づけられるのである[1761]。しかし、ヘンゼルにおいて委任事務と自治事務の対置が程度的な対置として捉えられたのと平仄を合わせるようにして、国家監督と職務監督の対置も原則的な対置ではなくて程度的な対置として理解された[1762]。

（5）自治体の保護のための監督、全体の財政的利益の保護のための監督

ヘンゼルにおいて自治体に対する国の影響力の行使は、まず自治体の指導的官吏の人選において必要である。すなわち、各々のラントはその行政が憲法上の諸原則に基づいて行われていることに対する責任を、全体のフォルクに対して負っているから、自治体の指導的官吏の任命における完全な自由を自治体に委ねることが禁じられるのである[1763]。そしてラントは権力が絶対に濫用されないことを保障しなければならず、確固たる憲法政策上の同質性の保障を提供しない候補者に自治体行政の指導的地位を与えない権利が国に与えられるのである[1764]。このようにしてヘンゼルにおいて政治的同質性に対する配慮が、重要なものとして強調されている[1765]。次に掲げられるのが、財政の領域での自治体に対する国家監督である[1766]。ヘンゼルに従えば、自律性と自己責任をめぐる闘争において自治体の側から、財政の領域での無制約の自律性が与えられることによってのみ自治体の目的が達成されるということが論拠として引き合いに出されることは理由の無いことではない[1767]。議会制に基づくフォルク代表が、いかなるやり方で財政行政が行われるのかについて自由に決定することができないならば、代表民主主義のシステムはあらゆる意味と内容を失うからである[1768]。また、新たな負担を自治体住民に課することによって特定の個別的任務が着手されるのか否かは全体予算の補償決定において決定されることであり、全体の

1760 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1761 Hensel, Fn. (1695), S. 34
1762 Hensel, Fn. (1695), S. 54
1763 Hensel, Fn. (1695), S. 35
1764 Hensel, Fn. (1695), S. 35
1765 Hensel, Fn. (1695), S. 35
1766 Hensel, Fn. (1695), S. 37
1767 Hensel, Fn. (1695), S. 37
1768 Hensel, Fn. (1695), S. 37

補償計画と補償決定が無ければ、自治体行政の秩序だった進行が妨害される危険が存在する[1769]。そしてヘンゼルにおいて、この危険を回避することが自治体監督の最も主要な任務に位置づけられ、不足があり、遅滞があり、ザハリヒに欠陥のある財政調整の補完を国の側から行うことを、国は自らに留保しなければならないものとされる[1770]。そして、財政決定が国の認可を受ける義務のある自治体の意思行為ではなくて、報告を要する自治体の意思行為であるところでは、財政コントロール権は間接的に国に与えられており、また自立的税制及び税決定に、認可を要するものがある[1771]。そしてとりわけ起債や土地財産の売却といった自治体の財産官吏の領域で多くの国家監督権が存在している[1772]。このような財政の領域では、ヘンゼルに従えば全体の観点から狭く限界付けられていない財政コントロールの維持が必要とされており、この財政コントロールは第一に、軽率な財政管理によって自らの経済的存続を脅かした場合におけるように、第一に自治体のために奉仕するものである[1773]。そして、選挙権の変更の結果として、第一に代表者が議会において僅かである自治体住民のグループに有利な保護措置を計画すること、一方的に過剰に負担を課す財政決定を妨げることが可能であることが必要である[1774]。さらに、自治体は自らの財政管理に対して責任を負っているのみならず、ドイツ全体の経済体の構成要素であるから、国と国の監督機関は自治体に対してドイツ全体の財政的利益を守らなければならないのである[1775]。

（6）法治国的監督とその問題点

ヘンゼルにおいては、第一に国の監督権的行政行為に対して法律による拘束を必要とするものとし、第二に国は立法者によって利用に供された監督手段のみを自治体に対して利用することを許されるものとし、第三に国は監督手段の法的存在性に対して証明義務を負っているものとし、第四に立法論的にあらゆる監督権的行政行為はその全体の範囲に従って独立した裁判所によって審査されうることが求められるという考え方が法治国的監督理論として位置づけられ

[1769] Hensel, Fn. (1695), S. 37
[1770] Hensel, Fn. (1695), S. 37-38
[1771] Hensel, Fn. (1695), S. 38
[1772] Hensel, Fn. (1695), S. 38
[1773] Hensel, Fn. (1695), S. 38
[1774] Hensel, Fn. (1695), S. 38
[1775] Hensel, Fn. (1695), S. 38

る[1776]。しかしながらヘンゼルに従えばこのような法治国的監督理論は二つの誤りに陥るものである[1777]。

すなわち、第一に、行政の法律適合性と全体の行政行為の審査可能性という法治国的定理は、国家と個人の間の関係においても未だ貫徹されておらず、貫徹されうるものでもない[1778]。すなわち、一般条項や不確定概念、法制定者から下級行政官庁への規範制定の委任、自由裁量の真正の授権は、事実上、純粋に法治国的な行政行為の領域を個々人に対しても著しく制約しているのである[1779]。またヘンゼルに従えば、ライヒ監督における紛争の際にラントには国事裁判所への権利救済が憲法上保障されているのに対して、自治体に対する国家監督の場合には一般的な権利保護条項が存在していない[1780]。しかしまたもう一方で、自治体の強い要請に応じて国家監督の紛争の際に行政裁判所に訴えを提起する可能性が自治体に有利なように強化されつつあるものの、プロイセンにおいては監督権の法治国的秩序付けから未だほど遠いものと評価されている[1781]。結局ヘンゼルにおいて国家監督の処分に対して行政裁判所に訴えを提起する可能性は、法律が自治体に有利なように明示的にこの可能性を定めている場合にのみ与えられており、この意味において国の監督権的介入の裁判所による審査について、列挙主義が妥当している[1782]。そして、行政裁判所の審査がどこまで及ぶのか、行政裁判所の審査が法律違反の審査に限られるのか、監督権の裁量をも審査することができるのかは個々のラントにおける行政裁判所の地位の形成に依存している[1783]。

第二に、ヘンゼルによれば国家と自治体の関係を国家と個々人の関係に類比して構成することが誤りである[1784]。すなわち、国家と個人は互いに法的に対峙している法主体であるのに対して、国と自治体はアンチノミーが存在しているとしても一つの緊密な単位を形成しているのである[1785]。そして、ヘンゼルにおいて国家監督は、多数の自立的な自治体を一つの国家的単位にまとめる手段で

1776 Hensel, Fn. (1695), S. 41-42
1777 Hensel, Fn. (1695), S. 42
1778 Hensel, Fn. (1695), S. 42
1779 Hensel, Fn. (1695), S. 42
1780 Hensel, Fn. (1695), S. 35
1781 Hensel, Fn. (1695), S. 35
1782 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1783 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1784 Hensel, Fn. (1695), S. 42
1785 Hensel, Fn. (1695), S. 42

ある[1786]。そうしてヘンゼルによれば、国家監督は地方自治の制度の不可欠の構成要素であり、その本質的特徴を貫徹するために必要と思われるあらゆる手段を持っているのでなければならないのである[1787]。

ヘンゼルに従えば国家監督活動は行政活動であり、自治体を国に対する継続関係（Dauerbziehung）にもたらすものである[1788]。そして、国家監督は個々の自治体に対する関係において原則として包括的な全体の任務として法律によって監督官庁と称されている特定の国家官庁の手に委ねられているという組織原理が導かれる[1789]。この国家監督官庁には法律において明示的に掲げられていない権限が委ねられている[1790]。そして、国家監督活動が重大である場合には、国家監督は原則として複数の審級に分岐されており、監督活動が特別に重大である場合には、個々の官吏によって代表される官庁に代わって合議制の決定機関が監督活動に動員されるのである[1791]。ヘンゼルに従えば、監督官吏とならんで自治体によってその官吏に選ばれる名誉官吏を含んでいるこの合議性決定機関は、国の利益と自治体の利益の間で調整を行うのに特に適した機関である[1792]。

ヘンゼルにおいて Oberaufsicht は、実定法に基づいて裁判所の審査が排斥されているところであっても少なくとも最上級国家官庁による行政的審査を行わせる可能性を自治体に認めるものである。そして省庁による Oberaufsicht は、ラント全体の中での統一的な監督活動を確固として保障するものである[1793]。

（7）監督の手段

ヘンゼルは監督手段についてペータースを引き継ぐ。すなわち、第一に助言、第二に観察、第三に認可、確認、第四に異議、第五に強制措置、第六に自治体に代替する国家監督官庁の活動、第七に解散、解任である[1794]。ヘンゼルにおいて特徴的なのは、国と個々の自治体の監督権的関係は、問題のある場合が生じた際に介入する誘因を与える継続関係であり、深刻化した場合に介入することができるようにするために監督を受ける自治体の活動全体を観察することによ

1786 Hensel, Fn. (1695), S. 42
1787 Hensel, Fn. (1695), S. 42-43
1788 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1789 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1790 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1791 Hensel, Fn. (1695), S. 43
1792 Hensel, Fn. (1695), S. 44
1793 Hensel, Fn. (1695), S. 44
1794 Hensel, Fn. (1695), S. 45-47

って日常的に行われている自治体の行政活動における認識を調達する監督官庁の権限はこの継続関係に対応するものとされていることである[1795]。また、自治体の重要な意思表示は完全な効力を持つために監督機関の協力が必要であり、これが認可や確認といった監督手段である[1796]。自治体の指導的官吏に対する確認や、地方シュタトゥート、地方法（Ortsrecht）の制定のような自治体代表機関の規範の決定に対する国の認可がこの監督手段に当たる[1797]。さらにヘンゼルに従えば、例えば土地譲渡や起債といった、特別に重要な自治体の個々の行政行為に対しては、認可が留保されている[1798]。このような認可や確認を要しない自治体の決定の場合であっても、ヘンゼルによればこのグループの自治体の決定に対して法秩序に対する違反や重要な公的利益の侵害を妨げる可能性を持つことに対して配慮しなければならない[1799]。そしてヘンゼルにおいてこの公的利益の侵害とは、国の利益であっても、自治体住民の利益であっても、ゲマインデ自身の利益であっても、その侵害は国によって妨げられなければならないのである[1800]。さらに、自治体がその活動領域の外にあり自治体が行うのに適していない事柄や、決定する団体の権限の法的に明示された限界を逸脱する事柄に従事しないことに対して配慮しなければならず、このことはヘンゼルにおいて統一的な権限秩序の維持のためであるとされる[1801]。そしてこのための手段が異議であり、異議は監督官庁自身によって行われ、あるいは監督官庁の指示に応じて自治体の指導的執行機関によって行われるものであり、異議が行われた場合には原則として行政争訟手続における紛争解決が法律上予定されている[1802]。ヘンゼルによれば監督官庁は終局的に確定するやいなや直ちにその監督権的意思を妥当させることができるのでなければならず、そこで自治法に明示的な関連づけ（Bezugnahme）がなくとも、監督活動を委ねられる国家官庁に一般的に帰属する強制手段は監督を受ける自治体に対しても用いられうると見做されなければならないとする[1803]。ヘンゼルにおいて自治体に代替する国家監督官庁

[1795] Hensel, Fn. (1695), S. 45
[1796] Hensel, Fn. (1695), S. 45
[1797] Hensel, Fn. (1695), S. 45
[1798] Hensel, Fn. (1695), S. 45
[1799] Hensel, Fn. (1695), S. 46
[1800] Hensel, Fn. (1695), S. 46
[1801] Hensel, Fn. (1695), S. 46
[1802] Hensel, Fn. (1695), S. 46
[1803] Hensel, Fn. (1695), S. 46

の活動とは、自治体の意思形成と意思の変更を国家機関の活動によって代替させる国家監督の手段であり、その最も重要な例は強制的予算計上である[1804]。ヘンゼルに従えば国は強制的予算計上によって、自治体が法律上責務のある任務を遂行することを拒絶する場合に支出費目を自治体の予算に組み込むのである[1805]。そしてヘンゼルにおいてこのような自治体に代替する国家監督官庁の活動の中には、ゲマインデの特定の機関のために活動することを任ぜられ、あるいは複数の機関の作用を包括しうる委員の動員も含められている[1806]。そうして、自治体住民の法令に従った代表機関が欠けている場合には、Kreisausschuß や Bezirkausschuß といった国家機関が活動することが法律上予定されているのである[1807]。ヘンゼルによれば行政の秩序だった進行がもはや貫徹されない場合には、機能しない代表集会の解散が最終手段として国家監督に委ねられ、この手段によって財政的に能力の無い自治体は法主体として解散される[1808]。ヘンゼルにおいてこのような解散、解任は狭義における国家監督とは見なされず、国の利益において自治体の所与の体制を変更するものである[1809]。

9　自由主義的国家理解と対置される国家社会主義的国家理解　シュトラートマン

（1）自治の定義

ｉ）法治国秩序との対比における国家社会主義的自治の観念

ナチス期にゲマインデに対する国家監督に特別の関心を持ったシュトラートマンによれば、ドイツ・ゲマインデ法における国家監督の形態は自由主義的国家におけるのとは基本的に異なっている[1810]。彼は、法的自治の概念と政治的自治の概念の区別は基本的に維持しなければならないという[1811]。シュトラートマンに従えばドイツ・ゲマインデ法が 2 条において、ゲマインデは固有責任の下

1804 Hensel, Fn. (1695), S. 46
1805 Hensel, Fn. (1695), S. 46
1806 Hensel, Fn. (1695), S. 46
1807 Hensel, Fn. (1695), S. 46
1808 Hensel, Fn. (1695), S. 46-47
1809 Hensel, Fn. (1695), S. 47
1810 Stratmann, Alfred, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden nach der Deutschen Gemeindeordnung, 1937, S. 1-2. 本書の紹介は既に塩野・前掲脚注 2）77 頁、注 75 がある。渡邊宗太郎『地方自治制の研究』有斐閣（1938 年）207 頁以下は、ほぼこの著作に依拠してドイツの自治体監督の制度を解説する。
1811 Stratmann, Fn. (1810), S. 23

で自ら行政を行うという原則を定めるとき、このドイツ・ゲマインデ法は主として、ゲマインデは固有責任を担う団体として全体の国家制度の中で必要な行政に対して関与する資格を有するということを、思い描いているのである[1812]。そして彼によればこの規定は第一に法的自治の概念を念頭に置いている[1813]。彼においても行政体内部での組織形態、とりわけ行政へのゲマインデの住民の動員について明示的には語られていないのであるが、彼はゲマインデ構成員の参加を予定していないような法律はドイツの自治観念に適わないと考えており、シュトラートマンによれば真正のドイツの自治は故郷たるゲマインデの福祉と苦悩に対する市民の参加の観念に基づいており、それとともにゲマインデの任務遂行におけるゲマインデ・フォルクのゲノッセンシャフト的参加を前提としている[1814]。そしてこのような参加の観念は、全ての民主主義的議会制的制度の除去の後にゲマインデ機関の任命における全体フォルクの代表者としての国家社会主義労働者党の参加にあらわれており、様々な行政行為における全体フォルクの参加にあらわれており、全ての層の市民からなるゲマインデ参事会による固有責任によるゲマインデ指導者の助言にあらわれている[1815]。シュトラートマンによれば名誉官職による行政を維持するドイツ・ゲマインデ法の規定は、自治体の内部構造に関わるものであり、ゲマインデの運命と市民の連携を再び呼び起こし、国家ゲマインシャフトへの市民の献身を再び呼び起こすことを意図しているのである[1816]。このようなシュトラートマンにおいて法的自治概念は、国家とゲマインデの関係の顕われである[1817]。

ii）国家行政と自治行政――国家的任務と自治任務

シュトラートマンは一方において自治においては行政的活動のみが問題となるということが自治の言葉から帰結するものと見なしている[1818]。シュトラートマンに従えば、ドイツ・ゲマインデ法は自己立法がゲマインデの自己責任に基づく活動にとって重要であることを明らかにしていることは確かであるが、ドイツ・ゲマインデ法がこの自己立法というゲマインデにとって重要な権限を自

1812 Stratmann, Fn. (1810), S. 23
1813 Stratmann, Fn. (1810), S. 23
1814 Stratmann, Fn. (1810), S. 23
1815 Stratmann, Fn. (1810), S. 23
1816 Stratmann, Fn. (1810), S. 23
1817 Stratmann, Fn. (1810), S. 24
1818 Stratmann, Fn. (1810), S. 24

治の概念にもたらしていることは決して明白ではないのである[1819]。彼は、ドイツ・ゲマインデ法はゲマインデの自治を定める前文とは別の、第 3 条の規定でゲマインデに自律性を与えていることによって、自治と自律性を並置しているという[1820]。すなわち、自律性はザハリヒに自治事務に限られているが、自律性は自治権限とならんで、これと独立して存在しており、自治に対して妥当する法命題は直ちに自己立法においても適用することはできないというのである[1821]。シュトラートマンに従えば、ゲマインデに固有事務を条例を通じて規律する権限を与えているドイツ・ゲマインデ法 3 条 1 項において、ゲマインデはその自治事務の領域の中で自律性の権利を有しているということが定められているのである[1822]。シュトラートマンにおいても、自治の主体は国から区別される法人である[1823]。そして彼は、そのことから自治行政と国家行政は相互に概念上排斥し合うことが帰結するという[1824]。そうしてシュトラートマンにおいて国家行政と自治行政を概念上同等に扱い国家行政の場合であっても自治を可能なものと見なす見解は、否定される[1825]。そして彼に従えば、自治概念にとって基本となる国家行政と自治行政の関係は、国家とゲマインデの関係から帰結するものであり、自治行政は国家行政と対立して存在するのではなくて、自治行政は国家行政に従属させられ、国家行政に組み込まれているのである[1826]。

シュトラートマンによれば自治の客体は住民や当該団体ではなくて、行われるべきゲマインデの任務であって、この任務が自治体の固有の任務であるのか本当は国家的任務であるのかという問いは、ゲマインデが始原的存在を有するのか国家から由来するのかという論争と密接に結びつけられている[1827]。すなわち、ゲマインデの始原的存在を肯定するとき、必然性を伴って、ゲマインデによって行われるべき任務は実際にフレムドな国家的任務ではなくて本来的に固有の任務であることが導き出されなければならないという[1828]。しかし、シュトラートマンにおいては一つには本来的に固有の任務と、もう一つには国家的な

[1819] Stratmann, Fn. (1810), S. 24
[1820] Stratmann, Fn. (1810), S. 24
[1821] Stratmann, Fn. (1810), S. 24
[1822] Stratmann, Fn. (1810), S. 26
[1823] Stratmann, Fn. (1810), S. 25
[1824] Stratmann, Fn. (1810), S. 25
[1825] Stratmann, Fn. (1810), S. 25
[1826] Stratmann, Fn. (1810), S. 25
[1827] Stratmann, Fn. (1810), S. 26
[1828] Stratmann, Fn. (1810), S. 26

任務と並んで、本来的には固有の任務ではない、国家権力から導き出され、委託された任務が存在しうる[1829]。すなわち、シュトラートマンはペータースによる説明を引き合いに出して、全ての任務は性質上国家的性格を有するが、国がこの任務を一度他の団体に委ねると、この任務はこの団体の固有の任務となり、国から導き出されてはいるが固有の任務に当たるのだという[1830]。シュトラートマンによればドイツ・ゲマインデ法 2 条 3 項が国家的任務という文言を用いているのは、いわゆる委任事務のことを定めているのであって、同法 3 条 1 項でゲマインデに自律性が与えられている自治事務を、法律はゲマインデの固有事務と見なしているのである[1831]。そしてシュトラートマンにおいてゲマインデの任務が本来的には国家的な任務なのかゲマインデの固有の任務であるのかの決定はドイツ・ゲマインデ法の思考内容からのみ発見されるものであり、結局彼は、ゲマインデは国から委託されるのではない本来的に固有の生活領域を有しており、自治は委譲された国家行政でも間接国家行政でもなくて、固有行政であるという[1832]。そうして、ゲマインデの全ての任務を国から引き出されたものと見なす見解は、自治を地方国家行政の技術的形態に貶めるものとして否定されている[1833]。このようにしてシュトラートマンにおいてゲマインデに固有行政が認められたもう一方において、ゲマインデの作用領域がゲマインデにとって本来的に固有のものであるとしても、彼は、国に対する、ゲマインデの任務領域を尊重することを求める何らかの権利はゲマインデに帰属していないという[1834]。すなわちシュトラートマンによれば、いかなる任務がゲマインデのゲマインシャフトの性質に適っており、いかなる任務がより一般的な意義を有しているためにゲマインデではなくして広域的な団体によってのみ遂行され得るのかは、国によってのみ決定されうるのである[1835]。シュトラートマンにおいてゲマインデに帰属する任務とは、地域的行政の担い手としてのゲマインデの性質及び目的と軌を一にしている任務である[1836]。これに従ってゲマインデによって処理されるべき行政任務は、本来的にゲマインデ固有の生活領域とみなされるの

[1829] Stratmann, Fn. (1810), S. 26
[1830] Stratmann, Fn. (1810), S. 27
[1831] Stratmann, Fn. (1810), S. 28
[1832] Stratmann, Fn. (1810), S. 28-29
[1833] Stratmann, Fn. (1810), S. 29
[1834] Stratmann, Fn. (1810), S. 29
[1835] Stratmann, Fn. (1810), S. 29
[1836] Stratmann, Fn. (1810), S. 29

であるが、シュトラートマンにおいては自治に対する国の介入の不作為を求める、国に対する自治体の主観的公的権利は否定される[1837]。さらにシュトラートマンにおいて自治概念の決定的なメルクマルは、行政がゲマインデの固有責任の下で行われるということであり、そのことから自明の要請として、ゲマインデはあらゆる国の指示から自由であるということが帰結するのである[1838]。シュトラートマンは、ある指示に服しているということは指示を受ける者にとって指示を行う者が要請するように行動する義務を有しているということを意味するというのである[1839]。

以上のようにしてシュトラートマンは、自治を国法の枠の中で国家指導目的と軌を一にして行われる行政活動であり、自治はその性質上国から区別されるのであるが、ゲノッセンシャフトとして国に組み込まれた公法の団体によって行われ、この行政活動に基づいてこのような公的団体はその性質上固有の任務を固有の責任において遂行するのだ、と定義している[1840]。これに対応してシュトラートマンにおいて、ゲマインデはゲノッセンシャフトの生活を遂行してゲノッセンシャフトとして国家ゲマインシャフトに組み込まれた領域団体であり、ゲマインデはその性質上固有の任務を固有の責任において遂行するものである[1841]。

ⅲ）委任事務と自治事務の区別――国家全体の利益とゲマインデの固有利益

シュトラートマンにおいても委任事務と自治事務が区別され、彼に従えば委任事務は自治概念とは関係がないのであるが、このような委任事務と自治事務の区別は国家監督の問題にとって決定的に重要なものなのである[1842]。シュトラートマンにおいては、固有責任のメルクマルがゲマインデの任務領域にとって本質的であり、この固有責任のメルクマルによって委任事務と固有事務の両グループが基本的に互いに区別されるのである[1843]。委任事務と固有事務の区別の第二のメルクマルとしてシュトラートマンは、ドイツ・ゲマインデ法 2 条 2 項に定める公的任務が性質上ゲマインデに固有のものであるのに対して、同法 2

1837 Stratmann, Fn. (1810), S. 30
1838 Stratmann, Fn. (1810), S. 30
1839 Stratmann, Fn. (1810), S. 30
1840 Stratmann, Fn. (1810), S. 30-31
1841 Stratmann, Fn. (1810), S. 31
1842 Stratmann, Fn. (1810), S. 31
1843 Stratmann, Fn. (1810), S. 31-32

条 3 項に定める事務は法律によって国からゲマインデに委ねられる純粋に国家的な任務であるということを掲げる[1844]。そしてシュトラートマンに従えば委任事務においては、国がゲマインデの組織を通じて国の任務を行わせるためにゲマインデの組織を用いるのである[1845]。彼はゲマインデの固有任務を国から委任されたものと見なす実証主義的理論を、この任務の性質にある相違の性質に応じて、もはや承認しえないものと評価している[1846]。彼においてゲマインデの固有事務と委任事務の区別は、固有責任のメルクマル、指示可能性のメルクマルに見いだされているのである[1847]。シュトラートマンによれば固有作用領域における活動の基本権はもはや問題となり得ないが、自治事務と委任事務の相違は固有責任のモメントにのみならず、異なった種類の任務の性質にあると考えなければならないのである[1848]。さらにシュトラートマンは、国は委任事務において地域的団体を動員し、この任務のゲマインデをまたがった一般的重要性の故にこの地域的団体に自由な決定可能性を承認しえないから、ここでこの地域的団体は国家官庁の職務上下級の官庁と同様に国の指揮権に服するものとし、この指揮権をシュトラートマンは専門監督と見なしている[1849]。これに対してゲマインデの自治任務の場合には、国の影響力の行使が制約され、国家監督のみを行うのであり、この国家監督はゲマインデの自治事務に対してのみ存在しているのである[1850]。シュトラートマンにおけるゲマインデの本質は、自治体として内的生活を営み、一定の自立性を享受し、国家ゲマインシャフトに組み込まれているということである[1851]。そうして彼によればゲマインデの固有生活目的の達成は、ゲマインデの固有利益においてではなくて国家全体の利益において行われるものである[1852]。そしてゲマインデのゲノッセンシャフトの固有生活は、これによって高次の一般利益が危険に晒されない限りでのみ正当化されるのである[1853]。シュトラートマンはそこで、公益は私利に優先し、公共の福祉はゲマ

1844 Stratmann, Fn. (1810), S. 32
1845 Stratmann, Fn. (1810), S. 32
1846 Stratmann, Fn. (1810), S. 32
1847 Stratmann, Fn. (1810), S. 32
1848 Stratmann, Fn. (1810), S. 33
1849 Stratmann, Fn. (1810), S. 33
1850 Stratmann, Fn. (1810), S. 33
1851 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1852 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1853 Stratmann, Fn. (1810), S. 34

インデの福祉に優先するという[1854]。

（2）監督の基礎——国法への服従、国に対する忠実関係、さらに指導者原理の導入

シュトラートマンは、ゲマインデは国法に服しているから自治も国法の枠の中でのみ活動することができるという[1855]。そして彼は、ゲマインデは一つの高次の組織体のゲノッセンシャフトとして組み込まれる細胞であり、国との特別の忠実関係（Treuverhältnis）にあるから、ゲマインデの活動は国家指導目的と軌を一にしているのでなければならないと述べる[1856]。国家監督に関わる規定が唯一の法律上の自治の限界であるのではないのだとしても、ゲマインデの自治のこうした限界が国家監督に表現されているのだ[1857]、と彼は言う。

シュトラートマンは、ゲマインデがその自立性を濫用し、全体の利益以上に固有生活目的に奉仕することをゲマインデの意思と国家意思の不調和と見なし、この不調和は上級の公共体と下級の公共体の間の従属関係と併合関係に抵触するものであるとし、上級の組織体がこのような状況を自らに組み込まれている団体に対して影響力を行使することによって閉ざす可能性を持っているのでなければならないことは自明であるという[1858]。シュトラートマンによれば、このような影響力の行使の法形態が、国家監督なのである[1859]。すなわちシュトラートマンは、最も高次の単位による下級の団体の監視に基づいて、個々の場合に両者の間の同質性が担保されるものとし、国家監督はゲマインデが国家に組み込まれた存在であることのあらわれであり、具体的な主たる個別事例においてゲマインデが国家の構成員たることの一般原則を実現させる調整原理であるという[1860]。シュトラートマンにおいて国家監督の基礎は、国に対するゲマインデの義務的地位から生じるものである[1861]。彼によれば、ゲマインデの任務領域が本来的に固有のものであるということは、ゲマインデがその任務を遂行しようとするか否かについての決定が一般的にゲマインデに帰属するものであるとい

1854 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1855 Stratmann, Fn. (1810), S. 25-26
1856 Stratmann, Fn. (1810), S. 26
1857 Stratmann, Fn. (1810), S. 26
1858 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1859 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1860 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1861 Stratmann, Fn. (1810), S. 34

うことを当然に意味するものではないのである[1862]。シュトラートマンにおいてゲマインデは、フォルク・ゲマインシャフトと国家に対して、その性質上の必要な任務を実際に遂行し、一度委ねられ無条件には不可欠でない任務を可能な限り終了させる義務を有しているのである[1863]。そしてシュトラートマンにおいては、このことからゲマインデがこの義務に従っているか否か、一般の利益が損なわれないようにゲマインデの任務を貫徹しているか否かを審査する国の自明の権利が生じるのであって、この権利が国による自治体の監視にあらわれているのである[1864]。シュトラートマンによればナチスにおけるゲマインデの指導者は、指導者原理の導入に伴って下に向けてのあらゆる責任から自由であり、そのことはゲマインデの指導者の活動がゲマインデの議会によるコントロールに服していた時代と対比される[1865]。すなわち、ゲマインデの指導的官吏の上に向けた責任がゲマインデの議会によるコントロールに代替することが、シュトラートマンにおいて指導者原理に適ったことであるのである[1866]。シュトラートマンによればこのゲマインデの指導的官吏の責任は国家監督官庁に対して存在するものであり。国家監督は行政における指導者原理に対する行政として無条件に必要なものであるのである[1867]。シュトラートマンにおいては、国家監督の無い自治は想定しえないものであり、国家監督は自治の本質と不可分に結びつけられているものである[1868]。そこで、国家監督は無条件に必要な自治の補完と見なされている[1869]。彼において国家監督と自治の両者は、性質上互いに対置される原則であるのではなくて、同一の制度の二つの側面であるのである[1870]。シュトラートマンによれば国家監督の無い自治は必然的に中世における自立性に帰着するものであり、ゲマインデを国家の中の諸国家にするものである[1871]。

シュトラートマンにおいてゲマインデに対して行われる監督の主体は常に国であり、国は法律によって定められる国家官庁を通じて活動するのであり、こ

1862 Stratmann, Fn. (1810), S. 34
1863 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1864 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1865 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1866 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1867 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1868 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1869 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1870 Stratmann, Fn. (1810), S. 35
1871 Stratmann, Fn. (1810), S. 35

の国家官庁が自治体監督官庁と見なされるのである[1872]。シュトラートマンによれば、自治体監督の対象は、法人としてのゲマインデと自治体としてのその活動である[1873]。シュトラートマンにおいては、ゲマインデの監督は主体の側から見るときには国家監督と見なされ、客体の側から見るときには自治体監督と見なされるのである[1874]。さらに彼によれば国家監督の目的はドイツ・ゲマインデ法 106 条及び 8 条に定められており、監督はゲマインデをその権利において保護し、ゲマインデの義務の履行を確保することを目的としているのである[1875]。そして、監督の基準、すなわち監督を受ける者の活動がこれと調和され、これとの調和が維持されるところの基準は、一つには法律であり、もう一つには国家指導の目的である[1876]。シュトラートマンにおいては、国の自治体政治における権限の場合には純粋な国家高権かもしくは信託による国家行政活動が問題となり、一つにはゲマインデを支援し、もう一つにはゲマインデの行政が正しい精神において行われることについて監視する任務が監督官庁に与えられている場合に、この権限は監督ではなくて信託による国家行政に当たるのだというケットゲンの説明に対しては、完全には賛同することはできない[1877]。シュトラートマンは、監督官庁の活動を全て、この活動を通じて監督官庁がゲマインデを権利において保護する場合に、もはや監督官庁の監督権における権限には属さないものと見なすことはできないというのである[1878]。彼は、ケットゲンが予め設定された基準を基にして行われる監督官庁の活動のみを監督権における活動と見なすのは適切でないという[1879]。シュトラートマンにおいては、ドイツ・ゲマインデ法 106 条の基準、特別規定で定められて基準に従って行われる監督官庁のあらゆる活動も、専ら、もしくは主としてゲマインデの権利保護に奉仕する監督官庁のあらゆる活動も監督と見なされているのである[1880]。シュトラートマンによれば監督と見なされないのは、ゲマインデを保護するのでもなく、ゲマインデの行政を予め設定された基準と一致させこの一致を維持するのでもな

[1872] Stratmann, Fn. (1810), S. 38
[1873] Stratmann, Fn. (1810), S. 38
[1874] Stratmann, Fn. (1810), S. 38
[1875] Stratmann, Fn. (1810), S. 38
[1876] Stratmann, Fn. (1810), S. 38
[1877] Stratmann, Fn. (1810), S. 39
[1878] Stratmann, Fn. (1810), S. 39
[1879] Stratmann, Fn. (1810), S. 39
[1880] Stratmann, Fn. (1810), S. 39

い監督官庁の活動のみである[1881]。

（3）目的適合性考量に基づく監督の余地

シュトラートマンによれば監督官庁に法律によってのみ限界付けられる自由裁量が認められ、法律テクストによって与えられる二つの観点の中で監督官庁が目的適合性の考量に従って決定を行う場合には、この監督は裁量監督であり、法監督と対置されたのである[1882]。そして彼は、そこでは法的基準のみが本来的な監督の基準と見なされており、監督の活動のために予め定められた基準が求められていたためにこの裁量監督は本来的な監督ではありえなかったという[1883]。しかしシュトラートマンによれば、ドイツ・ゲマインデ法に従って、目的適合性の考量に余地を与える基準、すなわちゲマインデの行政の、国家指導目的との一致や、行政の秩序だった進行との一致も一定の重要性を持つものであって監督の基準として用いることのできるものであることが承認されたのである[1884]。すなわちシュトラートマンにおいて、本来の自治体監督が法監督に限定され、ゲマインデが純粋の法規範の枠の中におさまっており法律によってゲマインデに課された義務が履行されているか否かについての監督に限定されるのは、もはや過去の話に位置づけられているのである[1885]。そしてまた、シュトラートマンによれば監督官庁が信託によってゲマインデの行政を行う権限や、国家的観点の下でのみ考察されるべき国家高権を行使する権限は、監督官庁の真正の監督作用から、区別される[1886]。シュトラートマンにおいて、監督官庁が監督権の基準に対する違反によって生じたゲマインデの行政における弊害を除去する措置は全て、明白に監督権の性格を有する措置として位置づけられているのである[1887]。彼によれば監督として、ゲマインデの意思決定に対する異議、強制命令、代執行、自治体監督の究極手段としての国家委員の任命が掲げられうる[1888]。しかしシュトラートマンにおいて、国家委員は何らかの基準に拘束されるのでもなく、直接的にゲマインデをその権利において保護するのでもないから、国家委員による行政はもはや監督ではなくて自治体の任務を信託によって

1881 Stratmann, Fn. (1810), S. 40
1882 Stratmann, Fn. (1810), S. 40-41
1883 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1884 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1885 Stratmann, Fn. (1810), S. 40
1886 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1887 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1888 Stratmann, Fn. (1810), S. 41

行うものである[1889]。またシュトラートマンにおいては、監督を受ける者の観察はあらゆる監督の当然の前提条件であり、情報請求権を主張する場合には、これは議論の余地無く監督活動に該当するのである[1890]。

シュトラートマンによればドイツ・ゲマインデ法 99 条 2 項による収入と支出についての会計の審査と市長への免責の付与、115 条 1 項による市長に対するゲマインデの請求権の行使においては、監督官庁の活動はゲマインデが利害衝突が存在する故に自ら責任を有する指揮者によって行使することのできないゲマインデの権利の保護を目的とするものである[1891]。さらにシュトラートマンによれば、116 条におけるゲマインデに対する強制執行の開始のための監督官庁の許可処分は、物権的請求権を有するのではない債権者に対してゲマインデを保護するものであり、この規定を通じて一方で公的財産の浪費の危険ともう一方でゲマインデの専有的財産の私物化が予防されるのである[1892]。さらに認可という監督官庁の手段が真正の監督であるのかゲマインデの行政を信託によって国家官庁が行うものであるのかという問いが提起されるのであるが、シュトラートマンにおいてこの認可は真正の監督と見なされている[1893]。そしてまた、ゲマインデの官職者の任命における国の協力権も、監督と見なされている[1894]。その理由はシュトラートマンによれば、国にとって是認することのできない人物をゲマインデの職に任命することはゲマインデが国と組織上結びついている結果として監督の基準に対する違反であり、国家指導目的に対する違反であるからである[1895]。監督官庁がゲマインデの間の境界紛争を決定する場合、境界変更の請求に対して権限を有する場合、名誉官職の活動のための任命の取消しにおける異議審査官庁である場合、主要条例の発布に対する国家社会主義ドイツ労働者党の受任者の同意の拒絶において決定する場合には、シュトラートマンによれば監督官庁は本来の監督を行うのではない[1896]。彼においてこの場合には純粋な国家高権であり、監督官庁はこの国家高権を行使することを目的適合性の理

1889 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1890 Stratmann, Fn. (1810), S. 41
1891 Stratmann, Fn. (1810), S. 42
1892 Stratmann, Fn. (1810), S. 42
1893 Stratmann, Fn. (1810), S. 42
1894 Stratmann, Fn. (1810), S. 42
1895 Stratmann, Fn. (1810), S. 42
1896 Stratmann, Fn. (1810), S. 42-43

由からのみ任ぜられるのである[1897]。

（4）自由—自治—監督

シュトラートマンに従えば、国は明示的に自らに許可されたことのみを行うことを許容されゲマインデの自由を国の全権から保護しなければならないというスローガンの下で存在していた授権のシステム、すなわち国はこの授権に基づいてゲマインデの自治権に介入する権限を与えられるという理解は、国とゲマインデを二元的考察方法で対置されるものと見なす限りで可能である[1898]。シュトラートマンは、監督を行う国の権利はゲマインデが国にゲノッセンシャフトとして組み込まれた存在であることの自明の発露であるという[1899]。シュトラートマンによれば、国はゲマインデの自治を維持することを意思しているから、一定の場合にのみ影響力が行使されるものであると意図的に自覚するとともに、権限の影響力の行使からゲマインデを異議申立ての可能性を通じて保護することによって、監督の実行において自己制約しているのである[1900]。そしてこのことによってシュトラートマンにおいて、国が介入を行う包括的な権利を求めて何らの制約にも拘束されずに国がゲマインデの自治に介入し必要と見なす全ての措置を講じていた警察国家[1901]とも、対置される[1902]。

（5）監督の活動

シュトラートマンにおいて国家監督は国家のいかなる活動に位置づけられたか。彼によれば監督は法律によって定められた枠の中で事例ごとに行われるものであり、立法には位置づけられない[1903]。すなわち、一方で立法ともう一方で国家監督の行使の間の相違は、監督が法律を貫徹し法律を形成するための手段でしかないことにあるのである[1904]。シュトラートマンによれば自治体監督は行政活動である[1905]。このようにしてシュトラートマンは、監督と行政を対置させるケットゲンの見解にも、監督の行使を行政活動でありうるのと同様に司法で

1897 Stratmann, Fn. (1810), S. 43
1898 Stratmann, Fn. (1810), S. 43-44
1899 Stratmann, Fn. (1810), S. 44
1900 Stratmann, Fn. (1810), S. 44
1901 Stratmann, Fn. (1810), S. 43
1902 Stratmann, Fn. (1810), S. 44
1903 Stratmann, Fn. (1810), S. 45
1904 Stratmann, Fn. (1810), S. 45
1905 Stratmann, Fn. (1810), S. 45

もありうるという見解にも賛同しない[1906]。

シュトラートマンによれば、政治的決定が拘束から自由であるということがナチス期の国家にとった根本的な原則であり、国家的行政機構が最終的な執行機関に至るまで政治的観念によって満たされているということが認められており、このことによって自由主義的見解と対比されるものと見なされている[1907]。しかし彼によれば、各々の国家機関に拘束から自由な政治的決定の実行が認められるのではなくて、この政治的決定は排他的に政治的指導に与えられるのである[1908]。そこで行政は政治的指導の従者であり、行政官庁は政治的指導から発する法律の命令に拘束されているのである[1909]。シュトラートマンによれば監督官庁は行政の遂行において完全に自由であるのではなくて立法者によってゲマインデの自治の維持の利益において与えられた一定の指針に拘束されているのであり、この監督の遂行は行政に位置づけられているのである[1910]。

シュトラートマンはさらに監督と司法の区別を検討する。シュトラートマンによれば従来の学説において監督と司法の唯一で、決定的な区別のメルクマルは、目的のモメントに見いだされ、国は監督を通じて法規範を適用するとき、個別の事案のために客観法を創設するというよりは国の主観的利益を妥当させるのであり、国は司法において紛争の結果に対して利益を有さないのに対して監督においては当事者に他ならないということが監督と司法の区別のメルクマルであった[1911]。しかしシュトラートマンによれば、このような論拠の根源は、国家と国家活動の自由主義的二元的考察方法にあり、国の利益とゲマインデの利益を対立的に対置させる限りでのみ用いることができるのであった[1912]。そうしてシュトラートマンは異なった考え方から監督と司法の区別を試みる。彼によれば国は行政を行い、監督を行う場合には、所与の規範を予め設定された事実関係に適用するだけではない[1913]。監督官庁は法適用するだけの活動を行うのではなくて、監督官庁は法規範の中で自由な政治的決定を行うのであって、シ

1906 Stratmann, Fn. (1810), S. 45
1907 Stratmann, Fn. (1810), S. 46
1908 Stratmann, Fn. (1810), S. 46
1909 Stratmann, Fn. (1810), S. 46
1910 Stratmann, Fn. (1810), S. 46
1911 Stratmann, Fn. (1810), S. 47
1912 Stratmann, Fn. (1810), S. 47
1913 Stratmann, Fn. (1810), S. 47-48

ュトラートマンにおいてはこのことによって監督と司法が区別されている[1914]。そうして、法律の規定は監督官庁の活動の限界を含んでいるが、この限界の範囲内では監督官庁は固有で独自のイニシアティヴを持たねばならず、シュトラートマンによれば、このイニシアティヴにおいて監督官庁の裁量には広範な余地が与えられるのであり、この監督官庁の活動は純粋な法適用以上のものなのである[1915]。しかしもう一方において、シュトラートマンにおいては監督官庁がゲマインデの異議を決定する場合に、そしてその場合にのみこのような監督官庁の活動は、司法的行為とされる[1916]。そしてこの場合に監督官庁は、下級官庁の措置が法に適っているか否かを審査するのであるが、異議手続の中で監督官庁に当該場合に行われるべき措置に付いて特別のイニシアティヴが与えられるのではない[1917]。シュトラートマンに従えば監督官庁はこの異議に対する決定においては当該事案に特定の規範を適用するのみであって、この場合に監督官庁の活動を司法であり監督ではないのである[1918]。シュトラートマンにおいて監督は、共通する目的を通じて束ねられる様々な種類の行政行為の総体である[1919]。

（6）監督概念のメルクマル——公的利益の観点

シュトラートマンによれば国家監督の概念の本質的メルクマルとして、監督は公的利益においてのみ行われるということが確認される[1920]。すなわち、彼によれば監督は民事法的基礎に基づく個々人の私的利益を保護するのでも、国やクライスの財産的利益を保護するのでもなくて、専ら公共の福祉に奉仕するのである[1921]。結局シュトラートマンにおいて自治体監督は、ゲマインデをその権利において保護し、ゲマインデの行政を法律及び国家指導の目的と調和させ、調和させ続けることを目的とし、公的利益において行われる国家的行政活動の全体である[1922]。

シュトラートマンはさらに国家監督の概念を他の概念から区別しようと試み

1914 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1915 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1916 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1917 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1918 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1919 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1920 Stratmann, Fn. (1810), S. 48
1921 Stratmann, Fn. (1810), S. 48-49
1922 Stratmann, Fn. (1810), S. 49

る。彼によれば国家監督は決して指導ではない[1923]。シュトラートマンによれば監督の概念は監督を行う者と監督を受ける者を同等に扱うことを前提としていない[1924]。すなわち、自治体監督の領域でゲマインデと国は同じレベルで対抗するのではなくて、ゲマインデは国に従属させられ、国に取り込まれているのである[1925]。シュトラートマンは、事前に構成要件を規律され、事後的な審査が可能な監督の基準の観念が監督の概念と結びつけられ、この測定可能性と事後審査の可能性が監督概念にとって典型的なものであって不必要なものではないという[1926]。彼においてその理由は、さもなくば自治体の自立性が想定し難いだろうからである[1927]。そしてこのことによって監督は基本的に指導から区別されるのである[1928]。シュトラートマンによれば監督とは異なって、指導は予め構成要件を規律され基準を与えられた規範からの自由を前提とし、その都度具体的な事実状況に対応した自由な活動を要求しているのである[1929]。シュトラートマンにおいて監督は、政治的領域においてはもはや耐えることができないのである[1930]。彼においても国家監督は指導の諸原則をその中に受入れたことが常に顧慮されなければならないが、国家監督はその性質上本来の指導とは完全に異なったものである[1931]。

（7）国家監督と職務監督

さらにシュトラートマンは国家監督と専門監督を区別する。シュトラートマンによればゲマインデが固有の自治任務と並んで国から委ねられる純粋に国家的な任務を行うことに対応してゲマインデの固有作用領域と委任作用領域が区別され、両者の作用領域においてゲマインデは必然的に国による影響力の行使に服しているのである[1932]。しかし、シュトラートマンにおいても、この任務の形態が異なっていることに対応して、自治事務の行政であるのか委任事務の行政であるのかに従って、ゲマインデの国に対する関係は異なったものなのであ

1923 Stratmann, Fn. (1810), S. 49
1924 Stratmann, Fn. (1810), S. 49
1925 Stratmann, Fn. (1810), S. 49
1926 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1927 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1928 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1929 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1930 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1931 Stratmann, Fn. (1810), S. 50
1932 Stratmann, Fn. (1810), S. 50

る[1933]。すなわちシュトラートマンは、委任作用領域においてゲマインデは専門監督に服しており、固有作用領域においてゲマインデは国家監督に服しており、この国家監督と専門監督の両概念の相違は行われるべき任務の異なった性質から直接的に生ずるものであるという[1934]。シュトラートマンによればゲマインデに対する国家的任務の委託は、個々の場合にこの国家的任務が国の行政機構によるのよりもゲマインデの行政機構による方がより目的適合的に担われうるために行われるのであるが、この任務の純粋に国家的な性格の結果として、そして国家全体にとっての重要性に対応して、いかなる考え方でこの任務が処理されなければならないのかについての決定は唯一かつ排他的に国に帰属するものでなければならない[1935]。そしてシュトラートマンは、この決定は制約の無い決定であり、委任事務は指示に従って行われなければならないとし、専門監督はその性質上上級国家官庁の無制約の指示権に存するという[1936]。これに対してシュトラートマンは、自治任務はゲマインデが固有責任の下で遂行するものであり、固有作用領域においてゲマインデは自立的であり、固有の行政イニシアティヴを持っており、基本的にその任務を解決しようとするように自ら決定しなければならないという[1937]。このことからシュトラートマンは、ゲマインデの基本的な自立性を完全に維持して、国家監督はゲマインデの権利の保護と並んで、全体の利益においてゲマインデの自立性に引かれた限界をゲマインデが逸脱するということを妨げる任務を有しているのだという[1938]。専門監督との対比において国家監督は一定の条件の下でのみ可能なのである[1939]。しかし、シュトラートマンにおいては、国家監督の領域での活動の条件はゲマインデが表明された法命題に違反したときにのみ満たされるものと見なされ、職務監督と国家監督の基本的な区別のメルクマルは国家監督がゲマインデの行政活動の法適合性のみを審査するのに対して、専門監督が法適合性の問題とともに目的適合性の問題をも包括していることにあるというのは、過去形で語られる[1940]。すなわちシュトラートマンは、ゲマインデが国家指導目的に違反し目的適合性の考慮を許

[1933] Stratmann, Fn. (1810), S. 50
[1934] Stratmann, Fn. (1810), S. 50-51
[1935] Stratmann, Fn. (1810), S. 51
[1936] Stratmann, Fn. (1810), S. 51
[1937] Stratmann, Fn. (1810), S. 51
[1938] Stratmann, Fn. (1810), S. 51
[1939] Stratmann, Fn. (1810), S. 51
[1940] Stratmann, Fn. (1810), S. 51

す特別の監督基準に違反する場合には国家監督権的措置のための制約はゲマインデに与えられる裁量の自由には認められえないから、またこのような国家指導目的や目的適合性の考慮を揺する基準に対する違反が存在しているのか否かの問題は目的適合性の考慮に従って解答がなされるべきものであるから、この点には国家監督と専門監督を区別する何らのメルクマルも存在しないというのである[1941]。しかし彼においても国家監督と専門監督は同一のものではなくて、裁量の余地を認める基準も、真正の監督基準であるとともに監督官庁にとっては一定の限界であり、国家監督は事前の無制約の指示権を含んでいないのである[1942]。国家監督において監督官庁が拘束される基準は、自治の制度に対応して特に厳格なものなのである[1943]。

（8）委任事務における監督

シュトラートマンは委任事務において国によって行われる監督を上級機関による下級機関のコントロール、すなわち服務監督（Dienstaufsicht）と見なす従来の見解[1944]とは異なって、ゲマインデに対する国家的任務の委任を定めるドイツ・ゲマインデ法 2 条 3 項に基づいてゲマインデがこの任務を行う場合に、委任事務において国に帰属する諸権利は、職務監督の概念には入らないという[1945]。すなわち、シュトラートマンによれば職務監督の名宛人は自然人であるという命題は従来と同様に妥当しており、これに対して専門監督は個々のゲマインデの官吏に対してではなくてゲマインデに向けられるものである[1946]。そして、ドイツ・ゲマインデ法 2 条 3 項によって国家的任務はゲマインデ自身に委ねられて、監督はこの任務の本来の担い手であるゲマインデに対して存在しているのである[1947]。そして専門監督は上司による下級官吏のコントロールではないのである[1948]。シュトラートマンにおいて国家監督と専門監督の間の相違は、国家監督が自治の活動の法適合性の審査のみを含んでいるのに対して専門監督が法適合性の審査も目的適合性の審査も含んでいるということにあるのではなくて、専門監督が個々人に対してのみ向けられるのに対して国家監督が法人に対して

1941 Stratmann, Fn. (1810), S. 51-52
1942 Stratmann, Fn. (1810), S. 52
1943 Stratmann, Fn. (1810), S. 52
1944 Stratmann, Fn. (1810), S. 52
1945 Stratmann, Fn. (1810), S. 53
1946 Stratmann, Fn. (1810), S. 53
1947 Stratmann, Fn. (1810), S. 53
1948 Stratmann, Fn. (1810), S. 53

向けられているということにあるのでもなくて、専門監督が監督を受ける活動の形式と内容に影響を与えるのに対して国家監督が監督を受ける活動の形式に影響を与えるということにあるのでもない[1949]。シュトラートマンにおいて国家監督と専門監督の区別のメルクマルは、専門監督が無制約の指示権を含んでいるのに対して国家監督の活動は立法者によって確定された一定の条件に拘束されているということにのみ認められるのである[1950]。

（9）監督と後見

シュトラートマンにおいても監督と後見は区別される。彼は第一に、監督においては自治体の行政活動の法適合性のみが審査され、後見においては自治体の行政活動の目的適合性をも審査されるというロジンの区別も、第二に後見は被後見人の利益において行われるのに対して監督は監督を行う者や第三者の利益において行われ、後見は被後見人の弱さを条件としているのに対して監督は監督を受ける者の自立性に限界を設定しているという区別も否定する[1951]。それは、ドイツ・ゲマインデ法に従えば一つには国家監督は法適合性コントロールであるとともに目的適合性コントロールでもあること、もう一つには国家監督はゲマインデをその権利において保護するものであって部分的にゲマインデの利益において行われるものであるからである[1952]。シュトラートマンは、このような区別はゲマインデが国と対立している時代にのみ可能であり、国とゲマインデの間の関係を忠誠の観念に服させるとき、国は不足と違反の際に介入する権利を有するのみならず監視される団体をその権利においても保護することがこの理念に適っているという[1953]。シュトラートマンによれば、国によるゲマインデの後見は国による影響力の行使によってゲマインデの自立性が制約されるのではなくて形成され、監督官庁が全てのゲマインデの事務の中に入って統治し、国家指導の目的と関わらない純粋な裁量問題においても自らの見解を貫徹することを試みるような場合に存在するのである[1954]。シュトラートマンにおいてはこの点において後見が監督から区別されているのである。

（10）国家指導目的を追求する監督——目的適合性コントロールの侵

1949 Stratmann, Fn. (1810), S. 54
1950 Stratmann, Fn. (1810), S. 54
1951 Stratmann, Fn. (1810), S. 54-55
1952 Stratmann, Fn. (1810), S. 55
1953 Stratmann, Fn. (1810), S. 55
1954 Stratmann, Fn. (1810), S. 55

入

ドイツ・ゲマインデ法においては国家指導目的とのゲマインデの行政の一致を監視することが自治体監督の内容になっている[1955]。シュトラートマンによればこの監督の内容の基本的な拡張に、個人主義的、自由主義的な国家とゲマインデの関係の理解からの完全な離反があらわれている[1956]。そしてシュトラートマンは、ゲマインデの行政の国家指導目的との一致が明確に要請されていることによって、国家とフォルクの全体へのゲマインデの有機的統合（die organische Eingliederung）が担保されているのである[1957]。

シュトラートマンによればゲマインデの行政の法律適合性の審査が法コントロールであるのに対して、ゲマインデが国家指導目的に違反しているか否かの問題は官庁の裁量に服するものであって目的適合性の考慮に従って解答がなされるものである[1958]。すなわち、国家監督がゲマインデの行政の国家指導目的との一致を含んでいる限り、この監督は監督官庁が裁量に従って、目的適合性の考慮を行って行う監督である。シュトラートマンによれば、不確定的規範が存在し、この規範の多義性が立法者によって意図され法律が一定の問題の解決を命じ、この解決を官庁に委ねているときに自由裁量が存在するのだというのが自由主義国家における裁量問題の意義である[1959]。シュトラートマンは、法問題と裁量問題の区別はナチス期の国家において、自由主義国家におけるのとは異なったものであるというのであるが、彼においてもこの期別は基本的に維持される[1960]。すなわち、法律による命令が完全には明白でないときに執行機関は法律が解釈によって確定されるべき一つの決定のみを正しいものと見なしているのか、互いに異なった複数の行為が選択的に行われることが許容されているのかを検査しなければならず、前者の場合には法問題に当たるのであり、後者の場合には裁量問題が存在しているのである[1961]。シュトラートマンによれば監督官庁がゲマインデの活動の国家指導目的との一致を監視する場合、これは不確定的法律規定に当たるのであるから、具体的な場合に一つの決定のみが本当に正しいものでありうるのか、立法者は正しい決定を監督官庁に委ねているのか

1955 Stratmann, Fn. (1810), S. 57
1956 Stratmann, Fn. (1810), S. 57
1957 Stratmann, Fn. (1810), S. 57
1958 Stratmann, Fn. (1810), S. 58
1959 Stratmann, Fn. (1810), S. 58
1960 Stratmann, Fn. (1810), S. 58-59
1961 Stratmann, Fn. (1810), S. 59

の問題が存在している[1962]。彼はそこで、後者に当たることは疑いの余地がないと考えている[1963]。すなわちシュトラートマンにおいて、ゲマインデの行政の国家指導目的との一致を監視することを命じるドイツ・ゲマインデ法 6 条は、正しい決定を監督官庁に委ねているものであって一つの決定のみを正しいものと見なしているのではないから、ここで存在するのは法問題ではなくて裁量問題なのである[1964]。しかしシュトラートマンは、旧法とは異なってここで存在する裁量は自由裁量ではないという[1965]。すなわち、旧法においては、ここでの監督は正式の法律に対する拘束が無いからこの裁量が自由裁量と見なされており、基準を与えるものは法律の形式であったのに対して、ナチス期の国家において基準を与えるものは法の存在であって法とはフォルクの生活秩序の全体性であり、行政機関はあらゆる場合に不可欠的に法に拘束されているのである[1966]。シュトラートマンに従えば、ゲマインデの行政の法律適合性の監視の際に、ここでゲマインデの行政との一致が監視されるところの規範の適用の際に再び、立法者の意思に従って一つの決定のみが唯一正しいものであるのか、規範を適用する機関がその核心に従って複数の意味での決定を行うことができてしかるべきであるのかという区別があらわれるのである[1967]。そして、シュトラートマンによればゲマインデの機関が適用を行う規範が唯一正しい決定を与えている際には、監督官庁はゲマインデが法律の内容の唯一正しい意味に違反するときに介入することができ、監督官庁は自治体が法律の制約を逸脱せず法律によって課された義務を履行することを監視するのみならず、立法者がこの法律は正しく解釈されればこのように適用されるのだと意思したように自治体が法律を適用していることをも監視するのである[1968]。さらに、法律が選択的な複数の決定を可能にしている場合には、ゲマインデはその裁量に従って目的適合性の考慮に基づいて決定を行い一方の意味で決定をしようともう一方の意味で決定をしようと立法者意思に従えば両方とも正しい場合には、ゲマインデの決定は法律には違反していないのである[1969]。そして彼によればこの場合の法律適合性の審

1962 Stratmann, Fn. (1810), S. 59
1963 Stratmann, Fn. (1810), S. 59
1964 Stratmann, Fn. (1810), S. 59
1965 Stratmann, Fn. (1810), S. 59
1966 Stratmann, Fn. (1810), S. 59
1967 Stratmann, Fn. (1810), S. 59-60
1968 Stratmann, Fn. (1810), S. 60
1969 Stratmann, Fn. (1810), S. 60

査は法適合性コントロールではなくて、目的適合性コントロールなのである[1970]。そして、シュトラートマンは、法律に対する違反はゲマインデが義務的裁量に設定された限界を逸脱し、裁量濫用がある場合に存在して、その限りでゲマインデの行政の法律適合性のコントロールも裁量行為のコントロールを含んでいるというのは誤りであるという[1971]。というのは、シュトラートマンはこのような法学的構成は結局のところ、監督官庁をゲマインデのあらゆる裁量行為に対する裁判官にすることに帰着するというのである[1972]。そしてこのことは、ドイツ・ゲマインデ法 1 条 2 項で表明された固有責任に基づくゲマインデの行政の原則に反するものであるという[1973]。シュトラートマンに従えばドイツ・ゲマインデ法 89 条 3 項は市長に経済的で倹約的な行政の遂行を義務付けているが、市長が不経済的に、非倹約的に運営したことが監督官庁によって審査されうるというのは、適切でない[1974]。すなわち彼は、このような解釈は監督官庁がゲマインデの行政の経済性、倹約性、入念さを審査するものとする 1933 年のプロイセン・ゲマインデ法の法状況を構成によって作為的に維持するものであるというのであり、これに対して 1935 年のドイツ・ゲマインデ法はゲマインデの固有責任性の強化の利益において意識的にこれから除外されたという[1975]。しかしシュトラートマンにおいても、甚だしく不経済な行政が行われているような、甚だしい裁量濫用の場合には、当然監督官庁の介入が行われるのである[1976]。それは、このことによってゲマインデが国家指導の目的に違反しているからであり、この場合にのみ監督官庁はゲマインデの裁量決定に対して介入することができるのである[1977]。シュトラートマンは一方において監督がまさしくゲマインデの活動の法律適合性と目的適合性を審査しなければならないというのは誤りであるとし、もう一方においてゲマインデの監視を法適合性に制限しようとするのは国家全体へのゲマインデの有機的統合に反するという[1978]。シュトラートマンに従えば、ドイツ・ゲマインデ法はゲマインデの固有責任の自由と国家の権威の

[1970] Stratmann, Fn. (1810), S. 60
[1971] Stratmann, Fn. (1810), S. 60
[1972] Stratmann, Fn. (1810), S. 60
[1973] Stratmann, Fn. (1810), S. 60
[1974] Stratmann, Fn. (1810), S. 61
[1975] Stratmann, Fn. (1810), S. 61
[1976] Stratmann, Fn. (1810), S. 61
[1977] Stratmann, Fn. (1810), S. 61
[1978] Stratmann, Fn. (1810), S. 61-62

維持の間で満足的な総合を見いだし、ゲマインデの裁量領域への介入は、ゲマインデの活動が目的適合性を考慮すれば異なって判断がなされうるからといって行われるのではなくて、ゲマインデが国家指導目的に違反するときにのみ行われるという[1979]。すなわち、シュトラートマンは、この下で大規模で基本的な政治的でフォルク経済的な観点が理解されると言い、国家社会主義ドイツ労働者党の国家指導は公的生活の全ての支流がこの観点によって導かれることを希望しているというのである[1980]。シュトラートマンにおいては、一方では全ての裁量活動への介入は除外されるのであるが、もう一方で国家監督は基本的にゲマインデの行政の措置の法律適合性の審査には限られないのである[1981]。

（11）監督の手段

ｉ）法律の根拠の要否

次に問題となるのが、監督官庁はその任務の遂行のために法律において明示的に掲げられた手段のみを用いることができるのか、監督権的介入のために特別の権原が必要であるのか、監督官庁は国家監督の存在に基づいて必要な手段を用いることが許容されているのかである[1982]。この点においてシュトラートマンは、各々の監督活動のために特別の授権を要求するのは、自由主義的法治国的な行政の法律適合性の観念からのみ理解しうるものである[1983]。シュトラートマンによればこの行政の法律適合性の観念とは、行政は法律が授権を与えている限りでのみ市民と団体の権利領域と自由の領域に介入することを許容されるというものである[1984]。シュトラートマンによればこのような行政の遂行を狭める理解はナチス期の国家にはなじまないものである[1985]。シュトラートマンにおいて行政の法律適合性の原則は、行政が国家社会主義的立法の枠の中で展開され行政官庁が法律に違反することを命ずることができないことを意味しているのである[1986]。シュトラートマンに従えばこのことから監督官庁をドイツ・ゲマインデ法で明示的に予定された監督手段に制約することには理由が無いこと、監督官庁はその任務に完全に対応しうるために得るようにそのために必要なあ

1979 Stratmann, Fn. (1810), S. 62
1980 Stratmann, Fn. (1810), S. 62
1981 Stratmann, Fn. (1810), S. 62
1982 Stratmann, Fn. (1810), S. 62
1983 Stratmann, Fn. (1810), S. 62-63
1984 Stratmann, Fn. (1810), S. 63
1985 Stratmann, Fn. (1810), S. 63
1986 Stratmann, Fn. (1810), S. 63

らゆる手段を用いることができるということが帰結する[1987]。またもう一方において、監督官庁はその手段の選択の際に法律によって監督官庁に課された枠の中に留まらなければならないこと、明示的に予定された手段を用いるときは各々の手段のために特別に行われた規律の枠の中でのみ可能であるということは、シュトラートマンにおける行政の法律適合性の原則に由来するものなのである[1988]。シュトラートマンによれば手段の比例性の原則は行政法全体を貫く原則であり、監督手段の選択の際にこの手段の比例性の原則が官庁に対して妥当するのであり、この比例性の原則に従えば基本的に個々の場合に必要である手段のみが用いられてしかるべきなのである[1989]。

ⅱ）抑止的監督手段と予防的監督手段

シュトラートマンによれば積極的監督は監督を行う者によって望まれる結果が確立されることに及び、監督を受ける者がなすべきことを行うことに及ぶものであるのに対して、消極的監督は許容されない行為に対して向けられるものであり、監督を受ける者がなしてはならないことを控えることを追求するものである[1990]。しかしながらシュトラートマンは、全ての手段がこのシステムに分類されるわけではないからこのような分類の原則は目的に適わないという[1991]。シュトラートマンによれば国家委員の任命は積極的監督にも消極的監督にも数え入れられうるものである[1992]。またもう一方において、抑止的監督は監督を行う者が監督に反する将来の行為を防ぐものであるのに対して、予防的監督手段は地方自治体の誤った意思が国の意思力から直接的に修正されるというものである[1993]。シュトラートマンに従えばこの分類原則は、重要なものである[1994]。彼によれば予防的監督とは例えば認可であり、これに対して抑止的監督は異議、強制命令、代執行、国家委員の任命である[1995]。しかしながらシュトラートマンは、この区別に基づくだけでは、第一にゲマインデの保護と促進に奉仕する自

[1987] Stratmann, Fn. (1810), S. 63. 塩野・前掲脚注 2）77 頁、注 75
[1988] Stratmann, Fn. (1810), S. 63
[1989] Stratmann, Fn. (1810), S. 63
[1990] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1991] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1992] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1993] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1994] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1995] Stratmann, Fn. (1810), S. 64

治体監督の手段は特別には考慮に入れられないという[1996]。すなわち、自治体監督の内容に基づいた、個々の監督の手段が奉仕する目的に従った分類を行い、ゲマインデの行政を監督の基準と一致させて一致させ続けることを目的とする監督を、ゲマインデの保護と促進に奉仕する監督の手段と対置させることが適切であるというのである[1997]。またシュトラートマンは、国による影響力の強度の度合いに従って区別することがより目的に適っており、実際的であるというのである[1998]。シュトラートマンによれば監督を受ける者の活動の監視はあらゆる監督活動の前提条件であり、情報を求める権利はこの分類に入れられずこの権利は監督の手段の下で特別の地位を占めている[1999]。このようにしてシュトラートマンは、第一に観察、第二に主としてゲマインデの保護と促進に奉仕する国家監督の手段、第三にゲマインデの行政を監督の基準と一致させ、一致させ続けることを目的とする国家監督の手段に分類させることが最も目的に適っているという[2000]。シュトラートマンによればゲマインデの保護と促進に奉仕する国家監督の手段は、助言、許可処分の付与、市長の免責、市長に対するゲマインデの請求権の行使である[2001]。そして彼がゲマインデの行政を監督の基準と一致させることを目的とする国家監督の手段に分類するのは、第一に自治体の行為の有効性の前提条件としての国の認可、第二にゲマインデの官職の担い手の設置の際の国の協力権、第三に自治体の決定と命令の破棄、すなわち異議の提起、第四に一定の決定や行為の強制、すなわち強制命令、第五に代執行、第六に国家委員の任命である[2002]。

シュトラートマンによれば国家とゲマインデが対峙していた時代とは異なって、ナチス期の国家においては助言の監督手段は国とゲマインデの間で支配的な忠実関係の顕われである[2003]。すなわちシュトラートマンに従えば、提案と推奨を通じて監督官庁は、他の所で収集した経験と知見をそれぞれのゲマインデの利益において活用することができるのである[2004]。そしてこの助言を通じてゲ

[1996] Stratmann, Fn. (1810), S. 64
[1997] Stratmann, Fn. (1810), S. 64-65
[1998] Stratmann, Fn. (1810), S. 65
[1999] Stratmann, Fn. (1810), S. 65
[2000] Stratmann, Fn. (1810), S. 65
[2001] Stratmann, Fn. (1810), S. 65
[2002] Stratmann, Fn. (1810), S. 65
[2003] Stratmann, Fn. (1810), S. 67
[2004] Stratmann, Fn. (1810), S. 67

マインデにさらに負担を課す後の介入の危険を防止することができ、助言は究極的に重要な監督手段なのである[2005]。ドイツ・ゲマインデ法 115 条における、利益衝突を避けるために監督官庁によって行われる、市長に対するゲマインデの請求権の行使は専らゲマインデの利益において行われるものである[2006]。シュトラートマンによればこの請求権が公法的請求権であるのか民事法的請求権であるのかは問題とならず、監督官庁が請求権を行使するか否かは監督官庁がゲマインデの利益をふまえて義務的裁量に従って決定するものである[2007]。シュトラートマンは、認可は真正の監督であり、国による信託による行政ではないと言う[2008]。すなわち、認可を要する行政行為の実行のためのイニシアティヴは完全に自治体の側にあり、この認可を要する自治体の行為の際に経験上自治の限界と抵触しやすいために、この行為は監督官庁が認可を付与するという条件の下でのみ有効なものと見なされるのである[2009]。しかしシュトラートマンは、監督官庁が未だ認可を出していない場合であってもゲマインデの意思表示は完全に無効であるのではなくて、暫定的無効（schwebend unwirksam）であり、すなわち認可が加わってはじめてゲマインデの意思表示は完全なものになるという[2010]。また、シュトラートマンによれば自治体の意思表示は監督官庁の認可によって、完成されるだけであって代替されるのではないから、彼において認可は予防的監督であり、認可を付与するか拒絶するかは監督官庁の義務的裁量に従って判断されるものである[2011]。シュトラートマンにおいてこのような認可は、ゲマインデの意思行為を完成させるものであって、ゲマインデの意思決定の法的瑕疵を治癒するものではないのである[2012]。そしてこの認可としては、ゲマインデの財産譲渡のための認可、起債のための認可、自らの運営を法的に独立した企業に変更するための認可、主要条例の発布のための認可が掲げられている[2013]。次にゲマインデの官職の担い手の任命における監督が掲げられる。すなわち、従来と同じくしてゲマインデの指導的な官職の担い手はゲマインデ自身が

[2005] Stratmann, Fn. (1810), S. 67
[2006] Stratmann, Fn. (1810), S. 67-68
[2007] Stratmann, Fn. (1810), S. 68
[2008] Stratmann, Fn. (1810), S. 68
[2009] Stratmann, Fn. (1810), S. 68
[2010] Stratmann, Fn. (1810), S. 68
[2011] Stratmann, Fn. (1810), S. 68
[2012] Stratmann, Fn. (1810), S. 68-69
[2013] Stratmann, Fn. (1810), S. 69

その任用高権に基づいて任命するのである[2014]。しかしながらシュトラートマンによれば、従来ゲマインデの一定の指導的官吏の選任は監督官庁の確認を要していたのに対して、ドイツ・ゲマインデ法におけるゲマインデの指導的官吏の任命の際の国の影響力の行使は、国家社会主義ドイツ労働者党の受任者との協力にあらわれており、ゲマインデによる任命に先行する任用手続（Berufungsverfahren）にあらわれているのである[2015]。そしてシュトラートマンに従えばこの任用手続は、この官職の担い手の不適格によって将来生じうる監督に反する状況を防ぐものであって、予防的監督手段である[2016]。

ⅲ）異議権

シュトラートマンは次に、旧法における異議権とドイツ・ゲマインデ法における異議権を比較にかける。彼に従えば一方において、従来の異議権とドイツ・ゲマインデ法における異議申立ては、監督に反する自治体の意思行為が執行されてゲマインデの活動の限界に対応した自治事務の処理が確保される限りで一致している[2017]。しかしながらシュトラートマンにおいても旧法における異議権とドイツ・ゲマインデ法における異議申立ては異なったものである。すなわち、旧法に従った自治体の権限を逸脱し法律に反する自治体の決定に対する異議申立ては、市長が自発的に、あるいは監督官庁の指示に応じて行うのであるが、この場合に市長は自治体の機関としてではなくして国家機関として活動するのである[2018]。しかしシュトラートマンは、市長は完全かつ排他的責任においてゲマインデの行政を行うのであり、市長がその確信に反する場合であっても監督官庁の指示に応じて代表団体の決定に対して異議申立てをしなければならないというのは理由が無いと見なしている[2019]。さらに彼に従えば、旧法とは異なって異議申立ては違法な決定の執行を妨げるだけではなくて、決定そのものを失効させることをも目的としている[2020]。そしてシュトラートマンは、過去に異議権の条件が法律違反であったのに対して、現在において監督官庁はゲマインデが国家指導の目的に反する場合にも介入することができるという[2021]。シュトラ

[2014] Stratmann, Fn. (1810), S. 69
[2015] Stratmann, Fn. (1810), S. 69
[2016] Stratmann, Fn. (1810), S. 69
[2017] Stratmann, Fn. (1810), S. 70
[2018] Stratmann, Fn. (1810), S. 70
[2019] Stratmann, Fn. (1810), S. 70
[2020] Stratmann, Fn. (1810), S. 72
[2021] Stratmann, Fn. (1810), S. 72

ートマンによれば第一に監督官庁は監督に反する市長の決定や命令を取消すことができること、第二にその監督に反する決定や命令に基づいて行われた措置を取消すことを要求することができるということが異議権の内容である[2022]。

ⅳ）強制的監督手段

さらに、ゲマインデの決定に対する異議申立てという消極的な監督手段と並んで、ゲマインデに積極的な行為を要求する監督手段が存在しており、これがすなわちシュトラートマンにおける強制命令である[2023]。そしてシュトラートマンは、この強制命令の監督手段によって追求される目的は過去に僅かな部分で強制的予算計上によって達成されてきたという[2024]。ここでの強制的予算計上とは、ゲマインデの権限の限界の中で官庁によって確定され、法律上ゲマインデに責務のある給付を予算に入れて例外的にこれを認可することをゲマインデが拒絶する場合に監督官庁が予算への記帳を命じ例外的な支出の確定を命ずるものである[2025]。シュトラートマンは、強制的予算計上権と強制命令はその範囲のみならずその形態及び法的性質においても異なったものであるという[2026]。すなわちシュトラートマンによれば、強制的予算計上がその性質上ゲマインデに代替する活動であったのに対して、ドイツ・ゲマインデ法 110 条のテクスト及び同法 111 条との比較から、監督官庁は市長に代替して活動するのではなくて自ら必要なことを指示するよう強制する命令を下すということが帰結するのである[2027]。シュトラートマンにおいてこのような強制命令の要件は、ゲマインデが法律上の義務を負っており、市長がこの義務の履行のために必要な決定と命令を怠ることである[2028]。そして彼に従えば、強制命令はゲマインデが法律上ゲマインデに課されている義務を怠る場合に限られており、消極的な異議権とは対照的に、この場合に監督官庁はゲマインデの一定の決定が国家指導目的の利益において必要であると思われる場合に介入することができるのである[2029]。しかしシュトラートマンは、ゲマインデが法律及び国家指導目的と軌を一にして行政を行うことを確保するために国がゲマインデを監督するということを定める

2022 Stratmann, Fn. (1810), S. 72
2023 Stratmann, Fn. (1810), S. 73
2024 Stratmann, Fn. (1810), S. 73
2025 Stratmann, Fn. (1810), S. 73-74
2026 Stratmann, Fn. (1810), S. 74
2027 Stratmann, Fn. (1810), S. 74
2028 Stratmann, Fn. (1810), S. 74
2029 Stratmann, Fn. (1810), S. 74

ドイツ・ゲマインデ法 106 条から、一つには法律に適った行政、及び国家指導目的と軌を一にした行政の利益において必要である決定及び命令を行う義務が一般的に生じること、もう一つにはゲマインデのこの義務を貫徹するために命令並びに個別の処分が監督官庁によって行われうるということを帰結することは、誤りであるとし、このような帰結を導き出すことは立法者意思に反するという[2030]。すなわち、シュトラートマンに従えば、市長が法律上ゲマインデに課されている義務を履行するために必要な決定を行い命令を行うことを怠る場合に、監督官庁が市長に一定の期間内に必要なことを指示するよう命じることができるということを定めるドイツ・ゲマインデ法 110 条は、積極的命令に関する特別法として同法 106 条を除外しているのである[2031]。シュトラートマンにおいてこのドイツ・ゲマインデ法 110 条の意味における法律上課された義務とは、効力を発している法規範から生じるゲマインデのあらゆる義務であり、彼によれば、ゲマインデの義務が法律から直接的に基礎付けられるのか、ゲマインデが法律によって規律された関係の中に入ってゲマインデがここから終局的に生じる義務を遂行しようとするか否かはゲマインデの意思にかかっているというやり方で間接的にのみこの義務が基礎付けられるのかは重要でない[2032]。シュトラートマンに従えばドイツ・ゲマインデ法 110 条において監督官庁による命令の対象となるゲマインデの義務は、基本的に純粋に民事法上の義務ではなくて公的法的義務のみであり、純粋に民事法上の義務は、国家監督ではなくて正式の権利救済手続において主張されるべきものである[2033]。

シュトラートマンにおいてドイツ・ゲマインデ法 111 条による代執行の監督手段は、ゲマインデ自身が従わなかったり十分な程度で従わなかったりする監督官庁による命令が果たされることを確保するものである[2034]。すなわちシュトラートマンは、代執行の監督手段を通じて、監督官庁はドイツ・ゲマインデ法 108 条から 110 条による命令をゲマインデに代わって、ゲマインデのコストにおいて実行し、あるいはその実行を第三者に委ねることができるというのである[2035]。ここで代執行の監督手段は、その法的性質上ゲマインデに代替する国の

[2030] Stratmann, Fn. (1810), S. 74
[2031] Stratmann, Fn. (1810), S. 74
[2032] Stratmann, Fn. (1810), S. 74-75
[2033] Stratmann, Fn. (1810), S. 75
[2034] Stratmann, Fn. (1810), S. 75
[2035] Stratmann, Fn. (1810), S. 75

活動であるとされる[2036]。シュトラートマンにおいてこの代執行の監督手段の執行行為は国家監督の直接的な発露であり、これが真正の監督手段であることは、疑いを差し挟む余地のないことである[2037]。しかしながら彼によれば、代執行による監督手段を定めるドイツ・ゲマインデ法 111 条は、無条件の一般的な代替決定権を監督官庁に与えるのではなくて、監督官庁は予めドイツ・ゲマインデ法 108 条から 110 条に従って命令を発布してはじめて同法 111 条に基づいた措置を講ずることができるのである[2038]。そして、この代執行の監督手段の活動の際にも、監督官庁は間接的に監督の基準に拘束されているのである[2039]。

ｖ）究極手段としての国家委員の任命

シュトラートマンは、国家委員の任命、すなわち、ゲマインデの全ての任務、あるいはゲマインデの個別の任務をゲマインデのコストで行う受託者の任命を、全ての国家監督の究極手段と位置づける[2040]。シュトラートマンにおいて国家委員の任命は、最も強力な国家監督の手段であり、ゲマインデの自治への重大な介入となるものである[2041]。そして、彼は、より少ない負担をゲマインデに課する他の全ての手段が功を奏さないときにゲマインデという細胞の健全な固有生活を再び確立するためにこの究極の手段が適法であるということは、国家とゲマインデの関係のゲノッセンシャフト的考察にとって自明であるという[2042]。シュトラートマンによれば、従来はいかなる条件の下で国家委員の任命が一般的に可能であるのかに付いては議論の余地があったのに対して、ドイツ・ゲマインデ法はこの問いを完結的に規律している[2043]。すなわち、国家委員の任命は二つの条件が同時に存在する場合にのみ可能であり、この二つの条件とは、ゲマインデの行政の秩序だった進行がそれを必要とし、且つドイツ・ゲマインデ法 109 条から 111 条による監督官庁の権限では十分でないときに、そしてその限りで、という条件である[2044]。シュトラートマンにおいてこのうちの第一の条件は、比較的に僅かな場合にのみ満たされるものであり、国家指導目的に対する

2036 Stratmann, Fn. (1810), S. 75-76
2037 Stratmann, Fn. (1810), S. 76
2038 Stratmann, Fn. (1810), S. 76
2039 Stratmann, Fn. (1810), S. 76
2040 Stratmann, Fn. (1810), S. 76
2041 Stratmann, Fn. (1810), S. 76
2042 Stratmann, Fn. (1810), S. 76-77
2043 Stratmann, Fn. (1810), S. 77
2044 Stratmann, Fn. (1810), S. 77

重大な有害性やゲマインデの生活の重大な危殆が懸念される場合にのみ満たされるのである[2045]。例えば、彼に従えばこの第一の条件が満たされているか否かの問いは、市長が何らかの理由でその官職を辞した場合に現実になるのであるが、彼は、この場合に法律は第一副市長による一般的代理を予定しているからゲマインデの生活の重大な危殆は例外的な場合にのみ予期されるというのである[2046]。もう一方においてシュトラートマンによれば、代執行におけるのとは異なって、国家委員の任命のための第二の条件は、監督官庁が状況を義務的に審査した後に、ドイツ・ゲマインデ法 109 条から 111 条に基づく措置は行政の秩序だった進行を回復することができないという結論に至ったときに既に満たされたものと見なされるのである[2047]。そしてシュトラートマンは、この第二の条件が満たされているためには、監督官庁が個々のあらゆる場合に規定に従って監督官庁が用いることの出来る監督手段を実際に用い、この監督手段が不十分であることを確認したということは、必要でないという[2048]。また、シュトラートマンによれば受託者の任命はゲマインデの行政の秩序だった進行が妨害され、この妨害が著しいために他の監督手段ではこの妨害を除去するために十分ではないことを前提条件としているのであり、この監督官庁の活動の目的は行政の秩序だった進行を回復し行政をこの基準と一致させることにあるのであるが、同時にここに監督官庁の活動に対する拘束が存在しているのである[2049]。すなわち、彼に従えば国家委員の任命は行政の秩序だった進行という監督の基準にゲマインデの側から違反がなされ、この行政の秩序だった進行に対する妨害型の方法によっては除去されえないときにのみ可能なのである[2050]。さらにシュトラートマンは、一方において国家委員の任命ともう一方においてこの任命に基づいて、国家委員に与えられた委託に基づいて行われる活動を区別するのであるが、彼はここで国家委員の任命という監督の手段に基づいて行われた行政が自治行政なのか国家行政なのかを問う[2051]。そしてシュトラートマンに従えば、監督は国家活動であるから国家委員による行政は国家行政であるとし、国家委員はゲマインデの機関ではなくて国家機関なのであるが、国家委員は国家から任

[2045] Stratmann, Fn. (1810), S. 77
[2046] Stratmann, Fn. (1810), S. 77
[2047] Stratmann, Fn. (1810), S. 77
[2048] Stratmann, Fn. (1810), S. 77
[2049] Stratmann, Fn. (1810), S. 78
[2050] Stratmann, Fn. (1810), S. 78
[2051] Stratmann, Fn. (1810), S. 78

命されることを通じてのみ正規のゲマインデの機関から区別されるのである[2052]。すなわち、国家機関を通じて国家は活動し、国家委員の活動は必然的に国家的活動であり、国家委員はゲマインデの任務を引受ける際にも必然的に国家的活動を行うのである[2053]。一方において国家指導目的のための国家委員を Zwangskommissar として国家機関と見なし、もう一方において行政の秩序だった進行のための国家委員を Fürsorgekommissar としてゲマインデの機関と見なす区別を、シュトラートマンは現行法に従って否定し、彼によれば受託者の任命はゲマインデの行政の秩序だった進行が必要とするときに、そしてその限りで正当化されるのであって、何らかの妨害がいかなる理由から生じているのか否かによってこの国家委員をゲマインデの機関としたり国家機関としたりする区別は否定される[2054]。さらにシュトラートマンは、国の受託者をゲマインデの機関と捉えるならば、この場合に委託を受ける委員は正式の市長と同じ権利義務を有するなどということになるのであり、このことは委員の任命の制度に反するという[2055]。このようにしてシュトラートマンは、国家委員は国家機関であり、国家委員によって行われる行政は国家行政であることを確認するのであるが、国家委員による活動の間に行われる行政の任務がその性質上国家的任務になるということは導き出されえないという[2056]。すなわち、国家委員によって行われる任務はゲマインデの固有の任務であり、この場合に国は性質上国にとってフレムドな任務を行っているのである[2057]。そして、彼に従えば国家委員によって行われる行政はゲマインデに代替する活動であり、国家行政であるのであるが、それ自体が監督であるわけではない[2058]。そのことから彼は、国による受託者は専ら国の高権的官吏として活動するものであり、受託者の決定と命令は国家監督にではなくて、職務監督に服するのだということを導き出す[2059]。そのことの意味は、国家委員は市長の自由で固有責任を負った地位を援用することができないということである[2060]。

[2052] Stratmann, Fn. (1810), S. 78
[2053] Stratmann, Fn. (1810), S. 79
[2054] Stratmann, Fn. (1810), S. 79
[2055] Stratmann, Fn. (1810), S. 79
[2056] Stratmann, Fn. (1810), S. 80
[2057] Stratmann, Fn. (1810), S. 80
[2058] Stratmann, Fn. (1810), S. 80
[2059] Stratmann, Fn. (1810), S. 81
[2060] Stratmann, Fn. (1810), S. 81

10　小括

（1）ヴァイマルにおける自治

ｉ）権利、制度、政治的理念

ヴァイマルにおいても、自治を権利として構成する学説は存在していた。ペータース[2061]はビューラーに従って国からの介入を行わないよう求める主観的公的権利として、自治権を構成したのである。そこでゲマインデは固有行政を行うのであって、国がゲマインデの行政を妨げるためには法律の根拠が必要であり、ゲマインデの自治権は法律によって明示的に制約されない限り承認されたものであった。シュティア＝ゾムロ[2062]もヴァイマル憲法 127 条からゲマインデ及びゲマインデ連合の自治権を読み取り、この自治権は、国から独立した自立的作用領域を求めることを内容とするものであった。ヴァルター・イェリネク[2063]において自治権は、ゲマインデが法律の範囲内で国の指示を受けずに自由裁量に従って自治事務を処理することを内容としていた。さらにそこで自治は権利としての側面を持つと同時に義務としての側面をも有していた。

他方で、エルンスト・ルドルフ・フーバー[2064]におけるように、自治の保障は制度的保障として構成された。そこで自治は、団体が自ら固有生活を展開し、意思、決定、活動することを内容としていた。さらに、この場合の制度的保障としての自治は、国家指導目的に無条件に拘束されるものであり、国家的一体へと統合されたものである。すなわち、国家的指導が自治に対して無条件に優越するものと見なされていた。マウンツ[2065]における政治的指導の原理は、自治の内部に立ち入るものであった。市長はゲマインデの自治の担い手であると同時に国家的委任事務の指揮者であり、この市長の任命の際には政党と国とゲマインデが共同作用し、市長が任命されるためには候補者が監督官庁から任ぜられることが必要である。また、マウンツにおける自治は、明示的な法律の規定に基づいて事務を規律し、法律が規定を持っていない事務、条例を発布することが法律によって明示的に許容されている事務を規律することを内容としてい

2061 ペータースについては、本稿Ⅱ4　自治権　ハンス・ペータース。
2062 シュティア＝ゾムロについては、本稿Ⅱ5（2）シュティア＝ゾムロ。
2063 ヴァルター・イエリネクについては、本稿Ⅱ6　ゲマインデの自由裁量と国家監督　ヴァルター・イェリネク。
2064 フーバーについては、本稿Ⅱ7（1）エルンスト・ルドルフ・フーバー。
2065 マウンツについては、本稿Ⅱ7（2）テオドール・マウンツ。

た。オットー・マイアーにおける自治は、政治的スローガンであり、国家監督を制約することを要請するものであった。さらにここでの自治は、行政が上位の単位から下位の単位に戻されることを内容としていた。

さらに、旧体制におけるような政治的自治と法的自治の区別は、マウンツによって否定された。確かに、シュティア＝ゾムロは名誉官職による活動を通じて集権的国家権力から自由の領域を設けることに、政治的原理としての自治の意義を見いだした。しかしながら学説においては、従来におけるような名誉職による行政と自立的団体による行政の区別という意味における政治的自治と法的自治の区別は採用されない。素人の参加という意味における政治的自治の概念はケルロイター[2066]によって否定され、ここでは固有の人格をもつ公的団体が自らの行政を行うことが自治の内容であった。国の中に組み込まれ、国から区別される公法の団体が固有の任務を固有の責任の下で行うことが自治の内容を成していることはシュトラートマン[2067]によって確認された。このような自治は、ロジンにおける団体自治に対応したものである。他方、このようにして放棄された政治的概念としての自治とは別に存在しているのが、オットー・マイアーにおける政治的スローガンとしての自治である。この政治的スローガンとしての自治は、既に扱ったように、行政を下位の単位に落とすことを求めると同時に、国家監督を制約することを要請するものである。国家監督と対抗するのはまさにこの、政治的スローガン、ないし理念としての自治であった。

ⅱ）固有作用領域と委任作用領域

ヴァイマルにおいても自治体の固有作用領域と委任作用領域の区別は維持された。オットー・マイアーはこの固有作用領域と委任作用領域を、そこで行使される公権力に応じて区別した。すなわち、固有作用領域において行使される公権力がゲマインデの固有の権力であるのに対して、委任作用領域において行使される公権力は国の公権力であり、委任作用領域においてゲマインデは国の目的を実行するために利用されるのである。そしてここでの委任作用領域においては国にゲマインデに対する指揮権が与えられ、この指揮権は下級官庁に対する上級官庁のそれと同じである。オットー・マイアーによける委任作用領域は、実行の統一性と平等性が要請される任務である。これに対してペータース

2066 ケルロイターについては、本稿Ⅱ2　アンシュタルトの自治　ケルロイター
2067 シュトラートマンについては、本稿Ⅱ9　自由主義的国家理解と対置される国家社会主義的国家理解　シュトラートマン。

は、ゲマインデの支配権はそもそも国から派生する権力であって委任作用領域においても固有作用領域においても自治体の公権力は国から派生するものである。フライナー[2068]は生活目的という観点に従って固有作用領域と委任作用領域を区別した。すなわち、固有作用領域においては自治体の特有の生活目的が実現され、委任作用領域においては国の利益において事務が処理されるのである。ここで国が委任事務を自治体に委ねるためには法律の根拠が必要であり、委任作用領域で事務を処理するゲマインデの官吏は法律によって国家官庁に従属され得、この場合には国家官庁がゲマインデの官吏に対して職務権力を行使する。シュティア＝ゾムロにおいては自治体の自治事務も委任事務も本来的には国から委ねられた作用領域であるが、自治事務が自治体の自由意思に基づいて行われるのに対して委任事務は国の執行機関として自治体に委ねられる事務である。ヴァルター・イェリネクにおいては、自治体の自治事務において自治体は国の指示を受けないのに対して委任事務においては無制約の指示権が国に与えられている。マウンツにおいても固有事務と委任事務の区別は、固有事務が地域的結びつきから生じる事務であるのに対して委任事務が地域的結びつきを超える事務であるという点で基本的に維持され、委任事務においては国に無制約の指示権が与えられていた。しかしマウンツは固有事務と委任事務という区別から一歩進んで、行政の任務を純粋国家任務、義務的事務、監督官庁による指示を受けない自治体の自由意思に基づく事務、自治体行政と国家行政の共同作用による事務に分類した。そこでも、従来の固有事務と委任事務の区別から、国による指示権の有無というメルクマルが部分的に生きている。国の専門監督官庁の指示権は従来的な分類による委任事務の領域で存在するものなのである。この専門監督官庁による指示を貫徹するためには国家監督官庁の協力が必要である。ヘンゼル[2069]に従えば自治体の自治事務と委任事務は、委任事務において自治体が国家官庁機構に組み込まれて国の職務的指示に一般的に拘束される点で区別される。シュトラートマンにおいては自治事務と委任事務の区別がまさに国家監督の問題にとって決定的なものと見なされ、委任事務はゲマインデの間をまたがった一般的重要性を有しておりそこでは国の専門監督が行われるのである。国による指示可能性が委任事務と固有事務の区別の根底に存在しているのである。このようにして、自治事務と委任事務の区別が監督の態様と結びつ

2068 フライナーについては、本稿Ⅱ5（1）フリッツ・フライナー。
2069 ヘンゼルについては、本稿Ⅱ8　法治国の観念と自治　ヘンゼル。

けられ、自治は、自治事務と委任事務の区別を媒介として国家監督と分ち難く結びついていたのである。

ⅲ）法治国的自治と国家社会主義的自治

法治国的国家観に基づく自治と、国家社会主義的国家観に基づく自治の相違は、自治に対する国の介入という点において際立っていた。すなわちヘンゼルが明らかにしたように、自治体に対する監督に法律の拘束がかかっていること、立法者が用意した手段のみが監督に許されていること、監督手段が法的に存在していることについて監督官庁が証明義務を負担すること、全ての監督行為に対して裁判所による司法審査が予定されるということが、法治国的国家観に基づいた自治の要求するところであった。そしてこの法治国的国家観に基づく自治は、ビューラーを引き継いで国による介入を行わないように要求する主観的公的権利として自治権を構成したペータースも共有していたと思われる。ペータースもまた監督官庁が自治に対して介入を行うための事実的、法的条件が存在していたことに対して証明義務を負担していると理解していた。しかしこのような法治国的国家観に基づく自治は、あくまで理念的なものに留まっていた。全ての監督的介入に対して特別の権原を求めることはペータースにおいても叶わず、彼もまた監督の目的達成のために必要な全てのことを監督官庁が許容されることを認めた。そして、全ての監督的介入に対して独立した裁判所による司法審査が及ぶという点が現実に完全には適わない理念に留まることも、ヘンゼルの認めるところであった。

このような法治国的理解における自治と激しく対立するのが、カール・シュミット[2070]に代表される政治的指導の考え方であった。事前に構成要件を規律されて測定可能で審査可能であるという点、監督の主体と客体が同等に扱われて監督の規範に監督の客体が拘束されるのと同じくして監督の主体もまた拘束されるという点、独立した裁判所が監督について裁判をすることができるという点、シュミットはこの三つの点を掲げて政治的指導に対する対立概念としての監督を把握した。

シュトラートマンが明らかにしたように、国家社会主義的国家観に基づく自治は、国法の枠の中で国家指導の目的と軌を一にして行われるものでなければならない。ロレンツ・フォン・シュタインが自由行政は国法と軌を一にして行

[2070] カール・シュミットについては、本稿Ⅱ7（4）カール・シュミット。

われなければならないとしたこと[2071]の延長に、国家指導目的との調和が加えられたのである。このことは、1935年ドイツ・ゲマインデ法106条の帰結である。このようなシュトラートマンを支配する考え方は、ゲマインデの福祉に対して公共の福祉が優越すること、すなわち、部分に対して全体が優越するという観念である。このようにして自治に対して国家指導目的による拘束がかけられたことによって、監督の側でも影響を受けることとなった。自由主義的法治国における自治が国家社会主義的国家観に基づく自治へと改変されたことによって、それと同時に監督も変更が加えられる運命になったのである。このこともまた、自治と監督が分ち難く結びついていたことを表現している。

（2）ヴァイマルにおける監督

ｉ）監督の基礎

アンシュッツ[2072]によればラントに対するライヒの監督の基礎は、ライヒに対するラントの従属関係であった。そしてライヒに対するラントの忠実関係もまたライヒ監督を基礎付ける一要因であった。オットー・マイアー[2073]は、行政体による任務履行の遵守に監督の基礎を見いだす。ヴァルター・イェリネクは、ゲマインデに自治が与えられると同時にゲマインデに義務が委ねられると考え、ゲマインデが自治事務を随意的に履行しないということは許されず、このことが自治の限界であると同時に監督の基礎と見なされる。これに対してマウンツは、秩序の輪の調和的一体に監督の基礎を見いだした。イプセン[2074]によると、自治とは基本的に不可侵な自由である一方で、自治体は国に統合されていることから自治は法律と抵触せずに規範に適合していることが担保されているのでなければならず、ここに監督の基礎が見いだされる。法治国的国家観を基礎に据えるヘンゼルは、自治は法律の枠の中で行われるのでなければならないという前提から国家監督の基礎を見いだす。自治もまた、法律に従った行政という法治国的観念によって貫徹されているのである。これに対して国家社会主義的国家観に基礎を置くシュトラートマンは、自治の国法に対する服従、自治体が国に取り込まれていることに基づく国と自治体の特別の忠実関係に、監督の基

2071 上述の、Ｉ３（3）自治の反作用としての自治体の義務。

2072 ヴァイマル期におけるアンシュッツについては、本稿Ⅱ1　旧憲法との連続性　アンシュッツ。

2073 オットー・マイアーについては、本稿Ⅱ3　オットー・マイアーの実証主義的方法

2074 イプセンについては、本稿Ⅱ7（3）ハンス・ペーター・イプセン。

礎を見いだす。ここでは、国家指導目的との一致していなければならないということが自治の限界であり、同時にこのような自治の限界が監督の基礎である。シュトラートマンは、ゲマインデが国の中に取り込まれているということ、国に対するゲマインデの義務的地位から国の監督権を導いている。ここでも、シュトラートマンにおける部分に対する全体の優越という観念があらわれているのである。

ⅱ）監督の任務、監督と後見

アンシュッツはライヒ監督の任務を、ラントの権原逸脱、権原濫用、義務違反を除去すること、ラントの憲法適合性を維持すること、ラントの活動をライヒの生活利益と適合させることに見いだした。オットー・マイアーにおいても国家監督の任務は行政体が法に則った状態であることを確保することである。ペータースによれば国家監督の任務は自治体の活動と全体の権利及び利益を調和させることであり、国家監督は国家の利益に奉仕するものである。この点において第一に監督を受ける者の利益に奉仕する後見監督と区別される。フライナーに従えば自治体がその作用領域を逸脱しないこと、自治体がその生活任務を遂行することを監視することが国家監督の任務である。他方で、たとえが自治体の起債に対する国の認可のような予防的監督は国家後見と見なされた。シュティア＝ゾムロによれば国家監督はゲマインデの権限逸脱を阻止すること、ゲマインデの行政が法令に適って行われていることを監視すること、ゲマインデの事務の秩序だった進行が維持されることに対して配慮し、この事務の秩序だった進行に対する妨害が除去されることに配慮することである。そして国家監督は、ゲマインデの義務の履行を促し、ゲマインデの行政をその他の公的行政と一致させることを目的として行われる。ヴァルター・イェリネクによれば国家監督は純粋に私的な利益を保護することを目的としては行われえず、公的利益が何らかのかたちで関わっている限りで行われうるものである。フーバーにおいても国家監督の任務はゲマインデの違法な活動を防ぐことである。

ケルロイターによれば国家監督の任務は、国の中に取り込まれた団体の活動が法律の範囲内で行われること、それからこの団体が国家とフォルクのために積極的な効果をもたらすことに配慮することである。マウンツにおいては、一方においてゲマインデの自治事務に対する監督は原則としてゲマインデの行政が法律を遵守して指示された行動が行われることを監視するものであり、ゲマインデがフォルク・ゲマインシャフトの枠を逸脱した場合に国家指導目的にゲ

マインデの行政を方向付けることを任務としている。イプセンにおいても国家監督は行政を法規範と調和されることを任務とし、このことは行政の法律適合性という一般的原則に対応している。そこでも国家指導目的の確保という国家監督の任務は、高度に政治的な領域に限定される。シュトラートマンによればゲマインデの自立性の濫用を防ぎ、ゲマインデが全体の利益よりも固有生活目的の方に奉仕することを防ぎ、ゲマインデの意思と国の意思を調和させることが国家監督の任務である。

他方、ヘンゼルに従えば国家監督の任務は第一に法が守られていることを確保することであり、第二に自治体固有の利益を保護することである。ヘンゼルは自治体固有の利益を国家監督が保護することを、後見と見なした。そうして、起債や土地財産の売却に対する国家監督は、一次的には自治体の軽率な財政管理に対抗して当該自治体を保護するのである。このようにしてヘンゼルは、自治体の利益を当該自治体自身から守ることをも監督の任務に含めた。しかし、自治体はドイツ全体の中の構成要素の一つであり自治体の財政管理はドイツ全体の財政に影響を与えるので、自治体の財政管理に対する国家監督は同時にドイツ全体の財政的利益を保護するものでもある。

ⅲ）法適合性コントロールと目的適合性コントロール

ペータースにおいては、原則としても国家監督はゲマインデの活動の法適合性コントロールに限られず、認可や確認を通じた国家監督は目的適合性の考量に開かれていた。また、監督官庁によるゲマインデの機関の解任という監督は監督官庁の自由裁量に従って行われるものである。国家監督が法適合性コントロールのみならず、自治体の一定の活動の目的適合性を審査することはフライナーも認めるところであった。彼において認可や確認を通じた国家監督が監督官庁の自由裁量に従って行われるということは、監督官庁による認可や確認の付与と拒絶に対して行政裁判所による審査が行われえないことを意味した。

マウンツにおいては、国家監督は法律監督と国家指導目的への方向付けを含んでいた。法律監督が法律適合性コントロールであったのに対して、国家指導目的への方向付けはゲマインデの行政の経済性や廉潔性を監督するものである。マウンツにおいてこの国家指導目的への方向付けがゲマインデの行政の決定力及び責任引き受けと両立していたのは、この国家指導目的への方向付けが例外的にのみ行われることを理由としていた。イプセンにおいても国家監督は法律適合性コントロールを超えて、国家指導目的の確保というものも含まれていた

が、国家指導目的の確保は高度に政治的な領域に限られている。国家指導目的の確保は、監督官庁が法律適合性の有無の審査を超えて、行政裁量を審査することを意味する。そこで自治の国家指導目的との一致の確保は、監督権限の限界である。シュトラートマンにおいては国家監督の中で法監督と裁量監督が対置され、裁量監督において監督官庁は目的適合性の考量に従って決定を行い、そこでは監督官庁に自由裁量が認められこの自由裁量は法律によってのみ限界付けられるものである。ゲマインデの行政の国家指導目的との一致に対する監督、ゲマインデの行政の、行政の秩序だった進行との一致に対する監督は目的適合性の考量に基づく監督に開かれたものである。

ⅳ）国家監督と専門監督

委任作用領域において国がゲマインデの官吏に対して直接的に権力的影響力を及ぼすという考え方はオットー・マイアーによって示された。フライナーによれば委任作用領域においてもゲマインデの官吏は直接的にはゲマインデの上級機関にのみ従属している。しかし、法律によって委任作用領域の範囲でゲマインデの官吏が国家官庁に直接的に従属させられる余地は認められた。フライナーにおいてこの場合に自治体に対して行使されるのは国の職務権力である。マウンツは固有作用領域の外でなされる監督を専門監督とし、専門監督は一体となった官庁システムの内部で行われる指示権の公使であった。そして専門監督はゲマインデの行政の目的適合性の領域にも介入するものと見なされた。そしてこの専門監督官庁による指示を強制する際には国家監督官庁の協力をあおがねばならなかった。ヘンゼルにおいても国家的事務である委任事務の範囲内では自治体の官吏は国の指示権に服している。委任事務の範囲では自治体は国家機構に組み込まれて国の指示権に一般的に拘束されていた。委任事務の中で行われる専門監督をシュトラートマンは、官庁内部の職務上の上級官庁の下級官庁に対する指揮権の行使と同視した。しかしシュトラートマンによればこのような委任事務における専門監督は、ゲマインデの官吏に対して直接的に行われるものではなくて団体としてのゲマインデそのものに対して行われるものである。専門監督は無制約の指示権を含んでいるということによって国家監督から区別された。このようにして自治体の事務の中での委任事務と固有事務の区別は、国家監督と専門監督の区別と連動していたのである。

ｖ）国家社会主義における監督と政治的指導の原理――政治的なるもの

ケルロイターにおいて指導者原理によって貫徹された監督は、適法性の監督を超えて国家指導目的の積極的な推進をも含むものであって、この点において国家社会主義における監督は政治的性格を有していた。国家社会主義における監督にとって重要な監督手段として、自治体の行政の国家委員による一時的引き受けが掲げられた。フーバーにおいては政治的指導によってゲマインデは政治的一体へと方向付けられ、マウンツによれば国家指導目的への方向付けは、重大な場合に制約されるものである。イプセンは政治的指導目的の確保を高度に政治的な領域に限定しようとする一方、政治的指導の限界は指導者自身が決定するものであって政治的指導は規範による限界付けになじまないものと見なされた。さらにイプセンは、この政治的指導の活動を行政裁判所による司法審査の除外という問題と結びつけた。カール・シュミットは政治的指導を監督と対置させた。この文脈における監督の特徴は前述の通り、規範主義的傾向、監督の主体と客体の同化、監督に対する中立な裁判官による審査であった。政治的指導とは、法治国における監督とは異なって基準を予め規律されうるようなものではないのである。カール・シュミットにおいて政治的指導は指導者と服従者の同質性に基礎を置くものであった。そこで監督に対する行政裁判所によるコントロールは指導者原理の貫徹によって否定され、このことは 1935 年ドイツ・ゲマインデ法 113 条 1 項の規定だけではなくて国家社会主義的国家観に基づくものであると評価することができるだろう。シュトラートマンは政治的指導を目的適合性の考量を含んだ監督と見なし、ここでは監督の側に裁量性が認められた。

ⅵ）国家監督の手段

国家監督の手段の分類は、ハンス・ペータースが詳細に行った。そこでは、助言、観察、認可、確認、異議、命令、代替活動、ゲマインデ機関の解任というふうに監督の手段が整理された。ヘンゼルもこのペータースの分類を採用した。このような異議、確認、認可というような基本的な監督の手段は旧体制におけるものを引き継ぐものである。

ケルロイターにおいて監督手段の動員に対しては比例原則が妥当していた。ケルロイターに従えばこの比例原則は、必要以上に自治を侵害すること無しに結果を担保する監督の手段のみを監督官庁は用いることができる、ということ

を意味していた。フーバーにおけるように、閲覧のような情報に関する監督手段、命令、異議、代替措置という監督手段は1935年ドイツ・ゲマインデ法においても維持された。しかしながら1935年ゲマインデ法においては、国家委員の任命という監督手段が導入された。フーバーにおいて、代替措置は情報に関する監督手段、命令、異議によってもゲマインデの行政の秩序だった進行が確保されない場合にはじめて行われ、国家委員の任命は他の監督手段では十分でないときに許容されるというかたちで監督手段の動員には比例原則が妥当していた。シュトラートマンにおいても国家委員の任命は国家監督の究極的手段と見なされた。そこで国家委員の任命は国家指導目的に対する重大な有害性、ゲマインデの生活の重大な危殆が懸念されるときに行われうるものである。

このように、国家監督の手段は旧体制において用いられていたものを基本的に維持する一方でヴァイマルにおいては国家委員の任命という究極的手段が加えられた。国家監督の形態は基本的な部分において旧体制のそれを維持し続け、ヴァイマルにおいてゲマインデの行政を国家指導目的と一致させなければならないことが監督の任務に加えられたことと平仄を合わせるように国家委員の任命という新たな形態の監督手段が加えられた。

ⅶ）監督に対する司法審査

ヘンゼルは国家監督に対して司法審査が行われうるということを法治国的定理の一つに位置づけた。もう一方で当時の法状況において国家監督に対する一般的な権利保護条項が存在しないこと、監督に対する司法審査には列挙主義が妥当していることから、この法治国的定理は貫徹されなかった。フライナーは認可による国家監督に監督官庁の自由裁量を認め、監督官庁に自由裁量が認められるということはこの監督が行政裁判所のコントロールから除外されることを意味していた。

イプセンは国家監督の活動に対する行政裁判上の権利救済を自由主義的法治国の国家観に依拠させた。イプセンにおいて行政裁判上の権利救済から除外される監督は、高権的行為である。そうであったとしても、このようにして行政裁判所による司法審査から除外された国家監督の活動も国家賠償請求訴訟の中で間接に審査される可能性は否定され尽くさなかった。政治的内容をもつ高権的行為は政治的決定に属するものであって司法による判断になじまないのだと見なされた。

Ⅲ　ボン基本法における国家監督

1　法律の規定

ゲマインデに対する国家監督は戦後にそれぞれのラントの法律によって整備された。ここでは後に取り上げる著者が言及するラントをなるべく取り扱うこととし、法律におけるゲマインデの自治、任務、ゲマインデに対する監督についての定めを紹介する。文献において言及のないラント法律はさしあたって除外することとする。

（1）バーデン–ヴュルテンベルク

1955 年バーデン–ヴュルテンベルク・ゲマインデ法（Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955）[2075]はその第 1 条 1 項において、「ゲマインデは民主主義国家の基盤及び構成要素である」と定め、2 項において「ゲマインデは住民自治においてその住民の共通の福祉を促進し、ラントと連邦によって配分される任務を遂行する」と定める。同法 2 条 1 項は、「ゲマインデは法律が他に定めをおかない限りにおいて、その領域において単独で且つ固有の責任において行政を行う」と定め、同条 2 項と 3 項においてゲマインデの義務的任務と指示的任務が定められる。同法 2 項 2 項におけるゲマインデの義務的任務とは、ゲマインデが一定の公的任務を履行するよう法律によって義務付けられた任務のことである。そして同法 2 条 3 項におけるゲマインデの指示的任務とは、指示に従って履行することがゲマインデに課される任務のことであり、法律が指示権の範囲を定めるものとされている。

同法 2 条 4 項は、「ゲマインデの権利には法律によってのみ介入がなされ得る」ことを定める。同法 118 条 1 項は、「指示に拘束されない事務における監督は、法律が他に定めをおかない限り行政の法律適合性を確保することに限定される」と定める。同法 118 条 2 項は、「指示的任務の履行に対する監督はこれについて発布された法律に従って決定される」こと定め、この指示的任務における監督を法律は専門監督と称している。さらに同法 118 条 3 項は、「監督はゲマインデの決定力（Entschlußkraft）と責任引き受け（Verantwortungsfreudigkeit）が毀損されないように行われなければならない」と定めている。このようにしてゲマインデの任務の種類と監督の種類が連動しているのである。同法 125 条 1 項は、「法監督の領域での Landratsamt の処分に対してゲマインデは送達の後

[2075] 法文テクストは、Loschelder, Wilhelm, Die Gemeindeordnungen, 2. Aufl., den neuesten Stand gebrachte Auflage, 1956, S. 1ff. に依拠した。

に 2 週間以内に上級法監督官庁に異議を提起することは出来る。法監督の領域での Regierungspräsidium の処分に対して送達の後 2 週間以内に抗議が与えられる」と定める。同法 125 条 3 項は、「異議についての決定及び抗議に対してゲマインデは行政裁判所に出訴することができる」と定めている。

（2）バイエルン

バイエルン・ゲマインデ法（Gemeindeordnung für Freistaat Bayern vom 25. Januar 1952）[2076]1 条は、「ゲマインデは地域的事務を法律の枠の中で規律し、これを行う権利を持つ、始原的な領域団体である」と定める。ゲマインデの固有作用領域についての定めをおく同法 7 条 1 項は、「ゲマインデの固有作用領域は地域的ゲマインシャフトの全ての事務を包括する」と定め、同法 7 条 2 項は、「固有作用領域の事務においてゲマインデは固有の裁量に従って活動すること、ゲマインデは法律の規定のみに拘束される」ことを定める。ゲマインデの委任事務について定めをおく同法 8 条 1 項は、「ゲマインデの委任作用領域は、法律が国あるいは公法の他の団体の名において遂行するようゲマインデに配分する全ての事務を包括する」と定める。同法 8 条 2 項によれば、「委任事務の処理のために権限ある国家官庁はゲマインデに指示を付与することができる」。

同法 108 条以下が国家監督についての定めを置く。すなわち同法 108 条に従えば、「監督官庁はゲマインデの機関の決定力と自己責任が強化される限りにおいて、ゲマインデの任務遂行に当たって十分に理解を示してゲマインデに助言をし、援助し、ゲマインデを保護する」。同法 109 条 1 項によれば、「固有作用領域の事務において国家監督は、法律によって確定され委ねられた公的法的任務及び義務の遂行、その行政活動の法律適合性を監視することに限られる」。この固有作用領域に置ける監督を法律は法監督と称している。また同法 109 条 2 項は、「委任作用領域の事務において国家監督はゲマインデの行政裁量の活動にも及ぶ」と定め、この監督を法律は専門監督と称している。同法 109 条 2 項 2 文によれば、「専門監督の措置は公共の福祉や個々人の正当な請求が何らかの指示や決定をやむを得ず要請する場合に限定されなければならない」。同法 118 条は、「ゲマインデの行政国威と国家官庁の監督処分の取消しに対して、並びにゲマインデの権利の領域における当事者争訟に対しては行政裁判所についての法律の規定が妥当する」ことを定める。同法 119 条 1 項 1 号は、「ゲマインデの行政行為に対する異議は、固有作用領域の事務において法監督官庁が決定する」

[2076] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 63ff. に依拠した。

こと、「委任作用領域の事務において専門監督官庁が決定する」ことを定める。同法 119 条 2 項によれば、「異議を唱えられた行政行為を、法監督官庁は法律違反を理由として取消しあるいは変更することができ、専門監督官庁は行政裁量の不当な運用を理由としても取消しあるいは変更することができる」。

（3）ブレーメン

ブレーメン・ラント憲法（Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947）[2077]144 条は、「ゲマインデは公法の領域団体である。ゲマインデは自立的なゲマインデの組織体制を行う権利を有し、法律の範囲内で自治権を有する」と定める。1951 年 7 月 3 日ブレーメン行政の地方官吏及び地方部局についての法律（以下、「ブレーメン地方官吏法」という。）[2078]1 条 2 項は、「地方官吏はその領域の中でブレーメン都市行政を代表する」と定める。同法 4 条 1 項に従えば、「地方官吏は法律によって自らに委ねられた行政任務を行う」。そして、ブレーメン地方官吏法 6 条 1 項は、「その性質に応じて地域的に処理されうるすべての任務は、専門官庁から地方官吏に委ねられるものとする」と定めた。

ブレーメン憲法 147 条 1 項は、「政府はゲマインデに対して監督を行う」と定め、同条 2 項は、「監督は行政の法律適合性に限定される」と定めた。ブレーメン地方官吏法 34 条 1 項は「地方官吏は内務行政について大臣の職務監督に服する」と定め、同法同条 2 第 1 文は「監督官庁は地方官吏をその任務の遂行の際に支援し、この法律が遵守されることを注視しなければならない」と定める。

（4）ヘッセン

ヘッセン・ゲマインデ法（Hessische Gemeindeordnung vom 25. Februar 1952）[2079]1 条 1 項は、「ゲマインデは民主主義国家の基礎である。ゲマインデは住民によって占拠された機関を通じて自由な自治の中でその住民の福祉を促進する」と定める。そして同法同条 2 項に従えば、「ゲマインデは領域団体である」。ヘッセン・ゲマインデ法 2 条によれば「ゲマインデはその領域の中で、法律が明示的に他の定めを置かない限りにおいて、固有責任を負う専占的な地域的行政の担い手である。現存の特別行政は可能な限りゲマインデの行政に移行されなければならない。新たな特別行政は基本的に設置されないものとする」。

[2077] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 117ff. に依拠した。
[2078] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 147ff. に依拠した。
[2079] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 215ff. に依拠した。

ゲマインデの指示任務に関して定めを置くヘッセン・ゲマインデ法 4 条は、「ゲマインデには法律によって指示に従って遂行するよう任務が委ねられうる。法律は指示権の要件と範囲を定め、それと同時に手段の調達を規律するものとする。指示は一般的命令に限られなければならず、原則として個別の執行に介入するものであってはならない」と定める。

監督についての定めを置くヘッセン・ゲマインデ法 135 条は、「ゲマインデに対する国の監督は、ゲマインデが法律と軌を一にして行政を行うこと、及び法律の範囲内で発布された指示が遵守されることを確保するものである。監督は、ゲマインデの決定力と責任引き受けが毀損されないよう運用されなければならない」と定めている。認可について規律するヘッセン・ゲマインデ法 143 条によれば、「ラント政府は命令によって、監督官庁の認可を要するゲマインデの決定及びその他の措置を一般的に、あるいは一定の条件の下で認可から解放することができる」と定める。

（5）ニーダーザクセン

ニーダーザクセン・ゲマインデ法（Niedersächsische Gemeindeordnung vom 4. März 1955）[2080]1 条 1 項に従えば、「ゲマインデは民主主義国家の基礎である。ゲマインデは固有の責任において法律の範囲内で、その住民の福祉を促進する目的をもってその事務を行う」。そして同法同条 2 項は「ゲマインデは領域団体である」と定める。ニーダーザクセン・ゲマインデ法 2 条 1 項によれば、「ゲマインデはその領域の中で、法律が明示的に他の規定を置かない限りで、公的任務全体の専占的な担い手である。ゲマインデはその能力の範囲内で住民にとって必要な社会的、文化的、経済的な公的諸制度を設置する」。ニーダーザクセン・ゲマインデ法もゲマインデの固有作用領域と委任作用領域を区別してそれぞれについて規定する。すなわち、ニーダーザクセン・ゲマインデ法 4 条 1 項によれば、「固有作用領域に属するのは、任務が法律その他の法規則によって固有のものとしてゲマインデに配分されている限り、地域的ゲマインシャフトのすべての事務である。新たな義務は法律によってのみゲマインデに課されうる。その際に同時に手段の調達が確保されなければならない」。そして同条 2 項 1 文は、「法律に基づいてのみゲマインデの権利に対して介入することができる」と定め、同条 3 項は「固有作用領域においてゲマインデは法律及びその他の法規則にのみ拘束される」と定める。ゲマインデの委任作用領域について定めを置く

[2080] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 265ff. に依拠した。

ニーダーザクセン・ゲマインデ法 5 条は「ゲマインデには法律によって国家的任務が指示に従って遂行されるよう委任されうる（委任作用領域の任務）。その際に必要な手段を用いることができる。指示は一般的命令に限られるものとし、個別事案を規律するために発布されるものであってはならない」と定める。

ニーダーザクセン・ゲマインデ法 129 条によれば「監督官庁は、ゲマインデの決定及びその他の措置が法律に違反する場合に異議を提起することができる。異議を提起された措置を執行することは許されない。監督官庁は既に講じられた措置が撤回されるよう要請することができる」と定める。同法 130 条 1 項は「ゲマインデがこれに責務のある義務及び任務を履行しない場合に、監督官庁はゲマインデが一定の期間内に必要な措置を指示するよう命令することができる」と定め、同条 2 項は、「ゲマインデが期間内に監督官庁の命令に従わない場合には、監督官庁はゲマインデに変わり、ゲマインデの費用で自ら命令を実行し、あるいは第三者を通じて実行させることができる」と定める。ニーダーザクセン・ゲマインデ法 133 条 4 項は認可について、「内務大臣は命令によって、監督官庁の認可を要するゲマインデの決定、法律事務、及びその他の措置を一般的にあるいは一定の条件の下で認可から解放し、これに代わって監督官庁への事前の届け出を命じることができる」と定める。

（6）ノルトライン–ヴェストファーレン

ノルトライン–ヴェストファーレン・ゲマインデ法（Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen vom 28. Oktober 1952）[2081]1 条 1 項は「ゲマインデは民主主義的国家構造の基盤である」、同法 1 項 2 項は「ゲマインデは領域団体である」と定める。ゲマインデの作用領域について定める同法 2 条は、「ゲマインデはその領域の中で、法律が明示的に他に定めを置かない限り、公的行政の排他的且つ固有責任を負う担い手である」と定める。任務の委任についての定めを置く同法 3 条 1 項は次のように定める。すなわち、「新たな義務、義務的任務は法律によってのみゲマインデに課されうる。その際に同時に手段の調達が規律されなければならない。ゲマインデの権利に対する介入は法律によってのみ許容される」ということを定める。また同法 3 条 2 項によれば、「義務的任務は指示に従って履行するようゲマインデに委ねられうる。法律は指示権の範囲を定める」。

監督についての定めを置く同法 106 条 1 項に従えば、「ゲマインデに対する監

[2081] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 313ff. に依拠した。

督は内務大臣が行う。内務大臣はその監督権限を一般的に委ねることができる。監督はゲマインデの行政が法律と軌を一にして行われることに及ぶ」。これが同法における一般監督である。同法 106 条 2 項によれば、「ゲマインデが指示に従ってその任務を履行する場合に、監督はこれについて発布された法律に従う」。これが同法における特別監督である。また、同法 112 条によれば、「監督官庁の措置は直接的に行政争訟手続における訴えによって取消されうる」。

（7）ラインラント - プファルツ

ラインラント - プファルツ・ゲマインデ法（Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz in der Fassung des Gesetzes vom 5. Oktober 1954）[2082]1 条によれば、「ゲマインデは公的領域団体である。ゲマインデはその領域において固有の責任の下で、憲法および法律の条件に従って公的行政全体の専占的な担い手である」。そして同法 2 条によれば、「ゲマインデはその住民の福祉を促進する使命を有する。ゲマインデは明示的な法律の規定によってその他の者に差し迫った公的利益において専占的に配分されていない限り、あらゆる公的任務を行うことができる」。そして同法同条 3 項は、「法律によってゲマインデに国家的任務を遂行することが委ねられている限りで（委任事務）、ゲマインデはこの任務を権限官庁の指示に従って行う。ゲマインデは法律が他の定めを置かない限りで、この任務を実行するために必要な職務能力、諸制度、手段を用いることができる」と定める。

ラインラントープファルツ・ゲマインデ法 117 条によれば、「国は、行政が法律と軌を一にして行われることを確保するためにゲマインデを監督する。監督は、ゲマインデ行政の決定力と責任引き受けが促進され、かつこれが毀損されないように運用されなければならない」と定める。さらに認可についての定めを置くラインラントープファルツ・ゲマインデ法 119 条 1 文は、「この法律あるいは他の法律に従ってゲマインデの決定及び措置に対して監督官庁による認可が定められている場合に、監督官庁がゲマインデの長の報告の後 7 週間以内に認可を拒絶せず、あるいは書面でゲマインデに対して異議を表明せず、これ以上の教示を要求しないときは、認可が下されたものとみなされる」と定めている。

（8）シュレースヴィヒ−ホルシュタイン

シュレースヴィヒ−ホルシュタイン・ゲマインデ法（Gemeindeordnung für

[2082] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 351ff. に依拠した。

Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950）[2083]はその第1条で自治についての定めをおく。同法1条1項は次のように定める。「ゲマインデには、固有事務における自由な自治の権利が民主主義的国家形成の基本権の一つとして保障される。ゲマインデは領域団体である」。ゲマインデの任務についての同法2項1項は次のように定める。「ゲマインデは、法律が明示的に他に定めを置かない限りその領域で固有責任において全ての公的任務を履行する権限があり、その能力の範囲内でこれを義務付けられる」。任務の委任について同法3条1項は次のように定める。「新たな義務は法律によってのみゲマインデに課されうる。同時に手段の調達が規律されなければならない。ゲマインデの権利に対する介入は法律によってのみ許容される」。また同法3条2項は、「ゲマインデには指示に従って遂行するように任務が委ねられえ、法律は指示権の範囲を定める」と定める。

同法120条が自治体監督を定める。同法120条によれば「ラントは、ゲマインデがその固有事務を法律と軌を一にして行うことについて監督を行う」。また同法125条は監督における代執行を、同法126条は財政停止を、同法127条は委託者の任命を、同法123条は異議権を、同法124条は命令権を定めるのであるが、同法128条によれば「ゲマインデは123条から127条までの規定による自治体監督官庁の命令に対して行政争訟手続において訴えを提起することができる」。専門監督について同法130条1項は次のように定める。すなわち、「ゲマインデが指示に従って実行する事務に対するラントの監督については、法律が権限の範囲と監督を行う部局を定める」。同法130条3項によれば、「専門監督官庁には法律によって定められた指示権が帰属し、この指示権は行政争訟手続においては取消されえない。125条から127条までの規定による強制措置は、専門監督の範囲内であっても自治体監督官庁によってのみ講じられうる」。

2　学説

（1）間接国家行政　フォルストホフ

ｉ）自治

a）自治と間接国家行政

エルンスト・フォルストホフ[2084]によれば、間接国家行政は直接国家官庁によ

[2083] 法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 389ff. に依拠した

[2084] フォルストホフの法理論を扱う本邦における研究としては、角松生史「E・フォルストホフ“Daseinsvorsorge”論における『行政』と『指導』」小早川光郎、宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念　行政法の発展と変革　上巻』有斐閣（2001

ってではなくて自立的な権利能力のある担い手によって担われる国家的任務の行政である[2085]。そしてフォルストホフは、間接国家行政の歴史は 19 世紀の自治に遡るとし、フォルストホフにおいて 19 世紀の自治は間接国家行政の前形態である[2086]。フォルストホフによれば自治は国家と社会の二元論に立ち入るものであって、ゲマインデの行政は国家行政ではなくて社会的行政であり、この社会的行政を求める権利をゲマインデ法は保障しているのである[2087]。しかしこの国家と社会の緊張は立憲主義の一般的導入に伴って市民が国の全体秩序の中で確固たる地位を占めた後に克服されたのである[2088]。一方において名誉職による行政としての自治は政治的自治、住民自治と呼ばれ、もう一方において法人団体行政は法的意味における自治と呼ばれるのであるが、フォルストホフはこのような用語法を拒絶する[2089]。それは、自治の両者の形態は法的なものでもあり政治的なものでもあるから政治的自治と法的自治の対置は適切でないからである[2090]。フォルストホフに従えば名誉職による行政と団体の行政は同一の名前を割り当てることの出来ないように異なった事柄である[2091]。すなわち、名誉官職による行政を政治的自治として団体自治である法的自治と名付けるのは適切でない。フォルストホフによれば政治的意味における自治という表現は本来的に定義にのみ登場するものであって、彼はこの政治的意味における自治を不要な表現と見なし、そのことに伴って自治を権利能力ある団体による行政とする。

フォルストホフに従えば、国家に対する自治の関係は、自治体に固有の任務領域が帰属するのか、自治体の作用は全て広義において国家に帰属するべきも

年）193 頁がある。

[2085] Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I , 2. Aufl., 1951, S. 356. また、同書の第 1 版についてであるが、Kahl, (Fn. 32), S. 287. フォルストホフの間接国家行政の理論は一般的な承認を得るに至った（成田・前掲脚注 28）58 頁 - 59 頁）とされる。 フォルストホフは、反多元的国家を支持する著者の一人として数え上げられ、1960 年代から 1970 年代の多数派を形成する者のうちの一人とみなされる（Kahl, Fn. (32), S. 284, 薄井・前掲脚注 2）38 頁脚注 70）。

[2086] Forsthoff, Fn. (2085), S. 356-357

[2087] Forsthoff, Fn. (2085), S. 357

[2088] Forsthoff, Fn. (2085), S. 357-358

[2089] Forsthoff, Fn. (2085), S. 359

[2090] Forsthoff, Fn. (2085), S. 359-360

[2091] Forsthoff, Fn. (2085), S. 360

のであるのかという問題に至る原理的な見解の対立の対象であった[2092]。そこでフォルストホフは、自治体に対する国家の地位が強化されて、国から距離を置かれて質的に固有の任務領域を承認する余地はもはや残されていないと評価する[2093]。すなわち、フォルストホフは自治体に質的に固有の任務領域を認めない立場に立つ。フォルストホフにおいて自治は、公法の団体、アンシュタルト、財団による国家的任務の遂行である[2094]。自治の概念と間接国家行政の概念の間の相違は、フォルストホフにおいて単なるニュアンスの問題になっているという評価がなされる[2095]。フォルストホフにあっては自治においてであっても国家から距離をとった質的に固有の任務領域は存在しないから、自治であっても間接国家行政であっても、その任務領域は質的に異なったものではなく、このような指摘が妥当するのである。フォルストホフにおける自治の概念と間接国家行政の概念の相違については次の段落で紹介することとする。

フォルストホフの間接国家行政の概念の対象は、広く自治と重なり合っているのであるが、両者の概念形成においてはアクセントの所在を異にする[2096]。すなわちフォルストホフは、自治においてはその担い手の固有生活の方にアクセントが置かれるのに対して、間接国家行政の概念は国への従属性を示しているという[2097]。また、彼に従えば自治の下では通常、実体的機能領域が理解されるのに対して、間接国家行政の標識はその他に組織及び官庁制度をも包括している点で両者に違いがある[2098]。間接国家行政は基本的に直接国家官庁の審級序列の外にあり、下級官庁に対する上級官庁の指示権と指揮権は権利能力ある行政単位に対しては存在していないものとされる[2099]。ここで国家監督と職務的指示の間の相違があるのであるが、フォルストホフに従えば国が間接的に国家的な行政機能を遂行するための管轄として権利能力ある行政単位を用いるときに、この基本的関係の変更が生じるのである[2100]。すなわち、このようにして自立的

2092 Forsthoff, Fn. (2085), S. 360
2093 Forsthoff, Fn. (2085), S. 360, Kahl, Fn. (32), S. 287
2094 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363
2095 Kahl, Fn. (32), S. 287
2096 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363. 塩野・前掲脚注 2）99 頁、薄井・前掲脚注 2）39 頁脚注 77 に既に紹介のある部分である。
2097 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363, Kahl, (32), S. 287
2098 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363. 塩野・前掲脚注 2）99 頁
2099 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363
2100 Forsthoff, Fn. (2085), S. 363-364

な行政の担い手によって行われる行政機能は、委任事務と名付けられ、この委任事務の例として自治体官庁による地方警察権の行使が掲げられる[2101]。そして、権利能力ある行政単位の固有作用領域に対してのみ、直接国家行政に対する間接国家行政の関係について述べられたことが妥当するのであって、委任作用領域と見なされる場合には自立的な行政の担い手は国家的管轄になり、そこで自立的な行政の担い手は監督にではなくて職務的指揮に服するのである[2102]。

b）自律性

フォルストホフは、自治の概念と自律性の概念は理論的に分離されなければならないという[2103]。フォルストホフに従えば自律性という表現は、民事法の領域においては法的にレレヴァントな活動をする能力、すなわち法的に承認された個々人の意思の機能を意味する[2104]。そして公法においては、自律性は拘束的な客観法の規範を創造する能力を意味する[2105]。フォルストホフは、法の設定と行政は同じものではないことを理由として、この拘束的な客観法の法規を発布する能力は自治の権利に含まれていないという[2106]。そして、この自律性に基づいて発布される法規の人的な適用領域は自律性の担い手の一般的権限によって包括されている人的領域に限られており、自律性に基づいて発布された条例がこの人的領域を超えるときにはこれに対応する授権を必要として、条例が自由と財産に対して介入するときには、この授権は法律の形式を必要とするのである[2107]。

c）公的団体

フォルストホフによれば、公法の法人の概念は民事法からの借用に基づいており、公法の法人に向けられる用語は自立的な行政の担い手に対して概念が拡張的に適用されたことによって形成されたものである[2108]。フォルストホフは公法の法人として、団体（Körperschaften）、アンシュタルト、財団を掲げる[2109]。またフォルストホフは、権利能力の概念は一般的な概念であり、この概念は公

2101 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2102 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2103 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2104 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2105 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2106 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2107 Forsthoff, Fn. (2085), S. 364
2108 Forsthoff, Fn. (2085), S. 367-368
2109 Forsthoff, Fn. (2085), S. 368

法において民事法におけるのと異なったものではありえないという[2110]。すなわち、権利能力とは、権利及び義務の担い手たる能力である[2111]。この点において私法上の権利能力と公法上の権利能力は共通している。しかしフォルストホフに従えば、私法の権利能力は必然的に公法の権利能力をその中に含んでいるのではないのに対して、公法の権利能力は必然的に私法の権利能力をその中に含んでいる点において、両者は区別される[2112]。

フォルストホフに従えば公法の法人の法的地位を与えられる構成物は多様であり異なったものであったのだが、彼は間接国家行政によって公的団体も確固とした輪郭をもった形態を手に入れたという[2113]。フォルストホフによれば、公法の団体はこれが連合体（Verband）であることによってその他の自立的な行政の担い手に対して際立たせられるのである[2114]。公法の団体はその構成員の会員資格に基づいているのである[2115]。フォルストホフに従えば公法の形態で構成員を基盤として形成される連合体の形態は機能として三つの意味において用いることができる[2116]。すなわち、この連合体の形態は第一に公法の組織形態を付与することによって社会の人的領域を通じた社会的利益の育成を特別に実効的に形成することに奉仕し、この第一の機能は、フォルストホフによれば公的団体が 19 世紀に国家と社会の二元論の枠組みの中で果たしていた機能である。そして第二に公的団体は、一定の社会領域を国家から規律し機能的に国家へと引きつける目的でもって動員されうる[2117]。フォルストホフはそこで、公的団体は政治的指導の手段であるという[2118]。そしてここでは団体の機能は国家と同視され、団体の自立性の限界はこの条件の下で性質上狭いのだという[2119]。フォルストホフによれば第三に、公的団体の法形式を用いることと行政を分化させ地域的状況に応じて行政の執行を細分化させる意図とが結びつけられうる[2120]。そこ

[2110] Forsthoff, Fn. (2085), S. 368
[2111] Forsthoff, Fn. (2085), S. 368
[2112] Forsthoff, Fn. (2085), S. 368
[2113] Forsthoff, Fn. (2085), S. 369
[2114] Forsthoff, Fn. (2085), S. 370
[2115] Forsthoff, Fn. (2085), S. 370
[2116] Forsthoff, Fn. (2085), S. 370
[2117] Forsthoff, Fn. (2085), S. 370
[2118] Forsthoff, Fn. (2085), S. 370
[2119] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371
[2120] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371

でフォルストホフは、公的団体は分権化の手段であるという[2121]。フォルストホフは公的団体のこの三つの機能のうち、第一の機能、すなわち社会的利益の育成の形成の機能は間接国家行政の枠組みには組み込まれず、公的団体は性質上、指導の手段と分権化の手段として考察に値するという[2122]。フォルストホフによれば、機関の選任と連合体の行政の枠の中で性質上行われる決定が構成員に帰属するように団体の構造が形成される形態の団体に対して、公的ゲノッセンシャフトの表現が当てはまる[2123]。フォルストホフは、構成員が行政の事務と機関の選任から除外されるということは公的団体の概念にとって妨げとならないという[2124]。フォルストホフによれば構成員は、公的団体をアンシュタルトから区別する重要な構造上のメルクマルである[2125]。フォルストホフは、ゲノッセンシャフトの構造を持つ連合体と支配の構造をもつ（herrschaftlich struktiert）連合体の区別は周知であるとし、近年の展開にとって、支配の連合体構造がゲノッセンシャフトの連合体構造を犠牲にしてますます普及していることが注目すべきことであるという[2126]。

フォルストホフに従えば、公的団体の概念にとって本質的なのは高権的手段の委託であり、このことは間接国家行政との関連の中での公法の団体の地位から帰結するのである[2127]。フォルストホフは、公的団体の概念にとっては間接国家行政との連関が絶対的に本質的であるという[2128]。すなわち、公的団体が間接国家行政の構成要素を担い、高権的に強制手段を用いて活動するということが、公的団体の概念に属するのである[2129]。フォルストホフは、高権的手段と優越的強制をそもそも用いることができると言うことが不可欠であるという[2130]。結局、フォルストホフは公法の団体を、高権的手段を用いて国家監督の下で国家的任務を担う、構成員によって組織された権利能力ある公法の Verbände と定義する[2131]。このようにしてフォルストホフにおいては国家監督の下で国家的任務を

[2121] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371
[2122] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371
[2123] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371
[2124] Forsthoff, Fn. (2085), S. 371-372
[2125] Forsthoff, Fn. (2085), S. 372
[2126] Forsthoff, Fn. (2085), S. 372
[2127] Forsthoff, Fn. (2085), S. 373
[2128] Forsthoff, Fn. (2085), S. 373
[2129] Forsthoff, Fn. (2085), S. 373
[2130] Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
[2131] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375

担うと言うことが公法の団体の定義の中に組み込まれたのである。

フォルストホフに従えば、公法の団体は国家的高権行為によって、そしてこれによってのみ成立する[2132]。すなわち、連合体の構成員がこの公法の団体を設立させることができるのでも、私法上の連合体が公法上の任務を履行することを通じて公的団体の法的地位に達するということが想定しうるというのでもなく、公的団体の性格は連合体の一般的性質から導かれるのでもないのである[2133]。フォルストホフによれば公的団体は具体的な付与行為を必要とする[2134]。公的団体を設立する高権的行為には複数の形態がありえ、法律上そのようなものとして予定されていない種類の連合体には法律を設定する必要があり、個々の団体の創設のためにも基本的に法律の形式が要求されるのである[2135]。その理由はフォルストホフによれば、個別の団体の設立は組織権限の枠を逸脱するからである[2136]。そして、フォルストホフによれば公的団体の消滅も公的団体の成立と同様の規律に服している[2137]。団体を自ら解散することは団体構成員に委ねられるのでもなく、団体構成員は任務領域に変更を通じて団体を消滅させることができるのでもない[2138]。

ⅱ）監督

フォルストホフは、国家監督が公法の団体にとって概念上基礎的意義を有しているという[2139]。フォルストホフによれば公法の団体は社団監督（Vereinsaufsicht）の限界を超える特別の国の監視に服しているのである[2140]。そこでフォルストホフは、過去 15 年の立法[2141]による公的団体の確固たる概念の形成が間接国家行政の作用領域を創設することを伴って行われ、とりわけ公的団体に対する国家監督権の一般的システムの形成がその帰結となった以上、国家監督には概念上のメルクマルの意義が与えられなければならないという[2142]。そして、特別の国家監督に服さないいかなる連合体も公的団体とは認めら

2132 Forsthoff, Fn. (2085), S. 375
2133 Forsthoff, Fn. (2085), S. 375-376
2134 Forsthoff, Fn. (2085), S. 376
2135 Forsthoff, Fn. (2085), S. 376
2136 Forsthoff, Fn. (2085), S. 376
2137 Forsthoff, Fn. (2085), S. 376, Kahl, Fn. (32), S. 288
2138 Forsthoff, Fn. (2085), S. 376
2139 Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
2140 Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
2141 すなわち、戦後のドイツ・ゲマインデ法の制定を指している。
2142 Forsthoff, Fn. (2085), S. 374

れないということから帰結するのである[2143]。しかしフォルストホフにおいてこのことは、逆に国家監督に服するいかなる団体も公的団体である、ということを意味するのではなかった[2144]。それは、私法上の連合体が特別の国家監督に従属させられることがもはや稀な現象ではない[2145]からである。そこでフォルストホフは、国家監督は欠くことはできないが、単独で無条件に確かなメルクマルであるのではないという[2146]。フォルストホフは、国家監督の一般的規律というものは欠けているが、それでもゲマインデ法と水利組合法[2147]における詳細な全体的標準化に模範としての意義を認めることができるという[2148]。そこでフォルストホフにおける国家監督の形成と監督権の範囲及び目的が問題となるのである。

フォルストホフは、一般的に念頭に置かれている国家監督の目的として、次のものを掲げる。すなわち国家監督の目的は、第一に連合体執行部に対する構成員の保護、第二に連合体執行部の有害な活動に対する連合体の利益の保護、第三に連合体執行部の違法な活動に対する法秩序の保護、第四に連合体執行部の有害な活動に対する国家的利益の保護、最後に間接国家行政の領域に入る任務の処理における事柄の性質に適った協力の担保である[2149]。フォルストホフに従えばこの 5 つの国家監督のうち、最後に掲げられた国家監督の形態はその他の国家監督の形態から明白に区別される[2150]。この第五の形態の国家監督は、単に防御的なものであるのではなくて、指針を示して積極的に形成するものである[2151]。これは、主体の多数性と多様性を超えて間接国家行政の一体性を担保するものであり、そのことをもってこの第五の形態の国家監督は公的団体の概念に組み込まれているのである[2152]。このように、フォルストホフは国家監督を、間接国家行政の一体性を確保する手段とみなしている[2153]。

[2143] Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
[2144] Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
[2145] Forsthoff, Fn. (2085), S. 374
[2146] Forsthoff, Fn. (2085), S. 374-375
[2147] Wasserverbandsrecht を指す。山田・前掲脚注 35）452 頁
[2148] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375
[2149] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375, Kahl, Fn. (32), S. 288
[2150] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375
[2151] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375
[2152] Forsthoff, Fn. (2085), S. 375, Kahl, Fn. (32), S. 288
[2153] 薄井・前掲脚注 2）40 頁脚注 79 は、フォルストホフが国家監督を、「間接国家行政の統一し、国家と行政の多元的な解体を回避する手段と理解して」い

（2）自治の本来的作用領域　エーリヒ・ベッカー

ｉ）自治――権力関係、闘争関係、統合関係

a）闘争関係

エーリヒ・ベッカーは、150 年来の地方自治は一部では国とゲマインデの間の官治的権力関係の下で、一部では国とゲマインデの間の社会的闘争関係の下で、一部では国とゲマインデの間の有機的統合関係の下で観察されたという[2154]。彼に従えば、地方自治の展開には、政治的見解の変遷の中での国とゲマインデの間の関係のみならず、社会秩序の変更と近隣連合の能力もまた少なからず強く反映しているのである[2155]。ベッカーによれば、ドイツ・ゲマインデの自治理念の歴史的展開は国家理念と密接に関連しており、ライヒ直属都市を含めた全てのゲマインデは、監督権限を行使した国王、皇帝、ラント君主の官治的権力、その他の支配権に従属させられた[2156]。ベッカーは、旧ライヒの最後に地方自治は、自立的であるが監督に拘束される自治権とゲマインデ・アンシュタルトに対するラント君主の後見の多様な像を提供しているという[2157]。

ベッカーにおいて、国家へのゲマインデの統合（Einordnung）を通じて住民に国家官庁の監督の下で公的任務の固有責任に基づく遂行を決意させて、公的生活の全ての段階での住民の自己決定にあらわれる新たな国家形成の基礎を据えることを意図したシュタイン改革の後の、この改革に反動する諸々の復古に直面してリベラリズムの下で生じた強力な政治的潮流は、基本権による自治の保障と自治体の行政の法律適合性のコントロールへの国家監督の拘束を求めるものであった[2158]。そしてベッカーは、このことが、市民社会と官治国家の対置のあらわれとしての国家とゲマインデの闘争関係の根源にあるという[2159]。また

ることに「国家の統一性を重んじる彼の特性」を見出す。そして、薄井・前掲脚注 2）40 頁はこのようなフォルストホフの反多元的国家観に対して、「ワイマルの二の舞を演じ『超越的な国家の支配』をもたらしかねないことはいうまでもなかった」と指摘する。

[2154] Becker, Erich, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Hans Peters (Hrsg.),　Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1. 1.Aufl., 1956, S. 113-184(113)

[2155] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(113)

[2156] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(113)

[2157] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(113-114)

[2158] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(114)

[2159] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(114)

ベッカーは、国家とゲマインデの対置は立憲主義国家において克服されず、この対置はヴァイマルにおける議会制民主主義と地方自治の間の緊張関係の中で激化され、憲法の地方自治の保障は民主主義の過剰に対する少数派の保護として特色付けられたという[2160]。そしてベッカーに従えば。1935 年ドイツ・ゲマインデ法の独自の目的設定に反してナチス国家は、国家とゲマインデの間の自由主義に基づく闘争関係を有機的統合関係によって克服することに成功しておらず、ベッカーは、その自治は承認された自治の内容を実現しなかった、単なる行政形態（Verwaltungsform）として特色付けられたという[2161]。そしてベッカーは、自治が国家形成の基本的原則になるのならば、単なる行政形態に堕落するのではなくて共通の最善に寄与するよう定められた、内容に力点を置いた実体的な目的設定を満たさなければならないという[2162]。

b）住民自治と団体自治、形式的意味における自治と実質的意味における自治

ベッカーによれば、国家住民による自治の観念は、グナイストによって広められ、学説においても実務においても共感を得たものであるが、ベッカーはこの国家住民による自治の観念を政治的意味における自治とすることは誤解を招くものであるとする[2163]。ベッカーによれば、国家住民による自治は、公行政に対する素人の参加に認められ、この国家住民による自治は、国家、ゲマインデ、ゲマインデ連合、その他の権利能力ある行政主体の公行政における名誉官職の協力に当たるものである[2164]。しかしながらベッカーは、全ての形態の公的行政に対する参加ではなくて、固有の機関による公的団体の任務の固有責任に基づく自己形成が自治にとって特徴的なものとなり、国家住民による自治には従来と同等の重要性はもはや与えられていないものと評価する[2165]。

ベッカーは、これに対して団体による権利能力ある自治の概念が最も普及し、ゲマインデとゲマインデ連合の地方自治のみならず、社会的自治、経済的自治、文化的自治、職能身分的自治もまた語られているという[2166]。ベッカーによれば、権利能力ある自治とは、国に取り込まれた公法の法人による、自らの名におけ

[2160] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(114)
[2161] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(114-115)
[2162] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(115)
[2163] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(115)
[2164] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)
[2165] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)
[2166] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)

る、自らの責任における、自らの機関を通じた、国の監督の下での公的事務の遂行である[2167]。そこでベッカーは一方において、国家行政官庁を国の中央官庁と結びつけているかすがいが指示権を伴った専門監督であり、もう一方において、国に取り込まれた公法の団体を国に不可分に結びつけるかすがいが監督官庁の国家監督であるという[2168]。

ベッカーによれば、形式的意味における自治の法概念は、国に取り込まれた法人による公的行政であり、実質的意味における自治の法概念は、共同任務の固有責任に基づく遂行という目的規定を通じて行政形態としての自治を嵩上げしているのである[2169]。そして、自治概念は権利能力ある公法のアンシュタルトや、権利能力ある公的財団にも転用されうるものであるが、上の実質的意味における自治の展開は、アンシュタルトや財団においては十分に確保されるものではなくて、ベッカーによれば実質的意味における自治は、会員資格によって基礎付けられた公法の人的連合、すなわち公的団体にのみ十分に保障されるものである[2170]。そしてこのような実質的意味における自治が保障されている団体には、ゲマインデやゲマインデ連合といった領域団体も数え上げられる[2171]。

c）自治体の始原的作用領域

ベッカーは、公的団体の自治が始原的で、本来的で、固有の作用領域に対応しているのか、公的団体の自治はその任務をひっくるめて国から自治体に委ねられるものであるのかを検証する[2172]。ベッカーによれば、オットー・ギールケによって最も強力に主張された固有事務の理論は自然法に由来するものであって、この理論からフーゴ・プロイスは国家と地方自治体の同質性のドクトリンを展開したのである[2173]。しかしベッカーはハンス・ペータースを援用して、学説において近年、他の固有事務の見解が支配的に形成されたという[2174]。そしてベッカーは、この見解に従えば自治体の高権的権利が国の高権から導き出され、自治体の高権的権利はそれ自体始原的にではなくて国の恩恵によって存在しているのと同様に固有の権利は国の委託に基づいているのだという。ベッカーに

2167 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)
2168 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)
2169 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(116)
2170 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(117)
2171 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(117)
2172 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(118)
2173 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(118)
2174 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(118-119)

よれば、一方で法人の存在形成にとって不可欠であり、あらゆる団体にとって固有のものである固有任務と他方で固有の名において固有の責任に基づいて遂行するために国から委託される任務の間のハンス・ペータースによるこの区別は、固有任務の場合には立法者の措置が任意的に広く及ぶことができないのに対して国から委託された任務の場合には任務の残余が残されている限り立法者の措置が無制約であることに求められている[2175]。ベッカーによれば、立法と判例は自治に対する国の介入権に限界を定め、固有事務が認められなければならず、また自治の核心が空洞化されてはならないことを明らかにしている[2176]。さらにベッカーに従えば、連邦憲法裁判所はこのような介入を苦境の克服と法律の留保に拘束させ、介入の許容性を時的及び物的に無条件に必要なものへの制限へと従属させたのである[2177]。そこでベッカーはフォルストホフを引き合いに出し、全ての公権力は必然的に国家権力であるという見解の帰結として自治体は派生的国家権力を行使し、自治行政は間接国家行政に他ならず、公法の団体は国家監督の下で高権的手段を用いて国家任務を担うということが主張されたという[2178]。しかしベッカーは、この見解の、全ての公権力は国家権力であるという前提を疑いにかけようとする。

そこでとりわけ、1946 年バイエルン憲法 11 条 2 項及び 3 項が引き合いに出される。この条項は次のように定める。「ゲマインデは公法の始原的領域団体である。ゲマインデは法律の範囲内で自らその固有事務を規律し、治め、とりわけその市長と代表体を選ぶ権利を有している。法律によってゲマインデには、国の名においてゲマインデが遂行すべき任務が委ねられうる」[2179]。またこれと並んで、自治の権利は国家行政権と並んで、そしてこれと対抗してゲマインデの固有で自然的な権利として存在している、というラインラントープファルツ憲法裁判所判決が引き合いに出されている[2180]。またもう一方でベッカーは再びペータースを引き合いに出して、国家権力から自治を引き出すのだとしても、自治は直接国家行政に依存しない行政の理念にその根源を有しているということは可能であるという[2181]。ベッカーは、このことが国家行政と自治行政の対置

[2175] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2176] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2177] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2178] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2179] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2180] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(119)
[2181] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(120)

を意味するのではなくて、両者は多くの監督権と協力権を通じて不可避的に互いに結びつけられているという[2182]。ベッカーに従えば、ゲマインデが公的行政の最下級の段階であり、すなわち領域団体として国に取り込まれた国家構造の基盤であるならば、ゲマインデとその他の自治体に対して、部分共同体の自治権が妥当するのみならず、同時にかつ優越的に全体共同体の国法が妥当するのである[2183]。ゲマインデのような領域団体には領域高権が帰属するのであるが、ベッカーによればゲマインデ及びゲマインデ連合の高権的活動は、一つにはゲマインデ及びゲマインデ連合が自治権の範囲内で解放されない限りで国の高権的行為がゲマインデ及びゲマインデ連合に対して拘束的であり、もう一つにはゲマインデ及びゲマインデ連合が国の監督に服しているということによって、国の高権から区別されている[2184]。ベッカーはこのような領域団体の領域高権から、領域団体の存在に国家領域の境界付けられた一部分がその住民を伴って帰属するということが帰結するという[2185]。ベッカーによればこの領域高権は領域団体の自治事務と、条例制定権に及んでいる[2186]。これに対して、ベッカーによれば委任事務を行う際の公的権限は、領域団体の一般的領域高権にではなくて、国の特別の権限委譲に由来するものである[2187]。

ベッカーによれば、国の法人格との自治体の法人格の相違が、自治体の国に対する法的地位を自立させ、これに関連する国に対する作用領域を自立させている[2188]。そしてこのことが、公法の法人がその存在を維持しその任務を遂行することができるための権利及び義務の担い手たる固有の機関を有するということを示しているのである[2189]。ベッカーは、固有の任務は固有の責任を前提としており、このことは指示を通じた国の指揮を除外するという[2190]。さらにベッカーに従えば、国への自治体の統合（Eingliederung）[2191]が、自治体を国の立法と司法に従属させ、国家監督を通じて自治体がその部分であるところの全体へ

[2182] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(120)
[2183] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(120) , Kahl, (Fn. 32), S. 297
[2184] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(124)
[2185] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(124)
[2186] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(125)
[2187] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(125)
[2188] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121)
[2189] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121)
[2190] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121)
[2191] また、ペータースにおいて国と地方自治体の関係は Einordnung の関係ともされる（成田・前掲脚注 28）87 頁）。

自治体を結びつけている[2192]。ベッカーにおいては、国から区別された公法の法人による公的行政の遂行が形式的意味における自治の法概念であるが[2193]、ベッカーはさらに実質的意味における自治の包括的概念を明らかにしようとする。そこでベッカーは自治を、自らの名における、国に取り込まれた選任された自らの機関を持つ権利能力ある公的団体による、国の監督の下での共通の公的任務の固有責任に基づく遂行、と定義する[2194]。ベッカーに従えば、議会制民主主義においては地域的共同体及び超地域的共同体においてもその他の自治体においても、フォルクが規律任務と給付任務の遂行を通じて国との分かつことのできない結合の中で国によって定められた法秩序を遵守して自ら統治するのである[2195]。この点に自治の中での国家監督の基盤を見て取ることができる。このようにしてベッカーにおける自治の概念的メルクマルは、共通の公的任務、固有の責任、自らの名における行政、権利能力ある公的団体、選任された固有の機関、国への統合と国家監督である[2196]。この中の、選任された固有の機関とは代表機関を意味している[2197]。

d）自治事務と委任事務

aa）自治事務

ベッカーによれば自治事務は、その遂行が作用領域の全面性の原則に従って、固有責任に基づいて、固有の機関を通じてゲマインデに委ねられるゲマインデの固有事務であって、そこでゲマインデは基本的に法適合性コントロールに限定された国の監督に服している[2198]。作用領域の全面性の原則とは、自治の担い

[2192] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121)
[2193] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(120)
[2194] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121). Kahl, (Fn. 32), S. 296 に従えば、ベッカーは地方自治の保障から、自治体の派生的でない始原的な作用領域を導き出しているという。しかし上に紹介した通り、ベッカーが自治体の始原性を導こうとするのはバイエルン憲法やラインラント-プファルツ憲法裁判所判例に依拠することによってであるから、自治体に始原性があるか否かはベッカーの理解においても実定法の定め次第であろう。またベッカー自身、自治体に派生性を認めるとしても自治行政は直接国家行政に依存しないのだということができることを確認しており、結局ベッカーにおいても自治体に始原性を認めることの意義は相対化されている。
[2195] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121)
[2196] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(121-122)
[2197] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(122)
[2198] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(129)

手のうち領域高権を持つ領域団体に対して妥当するものである[2199]。そしてこの作用領域の全面性、普遍性、全権限性[2200]は、領域団体の特徴であるのに対して領域団体ではない公的団体に対しては法律による個別の列挙という意味における特別性が妥当しているのである[2201]。このような領域団体の全面的作用領域は、法律、慣習法、事柄の性質による限界付けが行われない限りで、基本的に地方自治の全ての公的任務に及んでいる[2202]。ベッカーによれば自治事務における自由なゲマインデの活動は、義務的任務、認可を受ける義務のある任務、委任事務の数の増大によって制約を受け、自由意思によって担われる自治事務は数と財源の容量において後退しているのである[2203]。そしてベッカーは、任務領域の全面性はますます広く分散した国による列挙へと変化し、配分される多くの事務は自ら設定する地域的任務を埋め合わせるのに奉仕することができず、法律、命令、行政規則によって規定される処理の態様は固有責任に基づく形成に対してあまりにも狭い余地しか残していないという[2204]。ベッカーによれば、自治任務の量が多いということは、固有責任の質の代わりにはならないのである[2205]。

ベッカーにおいて自由意思に基づいて担われるゲマインデの全面的作用領域の自治事務は、ゲマインデに根付き法律による義務付け無しに直接的に地域的生活関係から生じるゲマインデの自治の任務である[2206]。そしてこの事務は、ゲマインデの自治の法適合性を監視する国の監督に服しており、自由意思に基づいて担われる任務としては、文化的事務、住民の経済的利害関係、衛生管理、社会福祉制度、青少年福祉などが掲げられる[2207]。

ベッカーはさらに、このような事務と並んで法律上許容された自治任務が存在し、この任務の遂行について法律はゲマインデに義務を課すのではなくて権

[2199] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(122)
[2200] 斎藤誠『現代地方自治の法的基層』有斐閣 2012 年 22 頁、脚注 30 に従えば、ここで掲げてある全面性、普遍性、全権限性は「同様の事象をあらわす概念として」「現在では互換的に使われている」。そして、同書 13 頁に従えば、全権限性は「連邦及び州による地域性をもった事務への介入に防御権として働く」概念である。
[2201] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(125)
[2202] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(125)
[2203] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(129)
[2204] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(129)
[2205] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(129)
[2206] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)
[2207] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)

限の解明を確認しその任務を処理するよう提案をなすのだという[2208]。ベッカーに従えばゲマインデはこの事務をゲマインデの作用領域に取り込むことができるのであるが、取り込まなければならないのではない[2209]。そして、この事務に対する地域的需要が存在し所与の手段で賄うことができるとき、ゲマインデは法律規定の提案に従うのみであって、この法律上許容された自治事務の場合もこの事務を行うか否かの決定とどのようにしてこの事務を行うのかの決定はゲマインデ議会に委ねられているのである[2210]。ベッカーに従えば、自由意志に基づいて担われるゲマインデの全面的作用領域の自治事務と同様、法律上許容された自治事務もその引き受けは自由意思に従うのであるが、法律上許容された自治事務の場合には法律はこの任務がゲマインデの作用領域に入ることを許容することによって何らかの権限処分を行っており、これに対して自由意思に基づいて担われるゲマインデの全面的作用領域の自治事務の場合にはそのような法律による特別の処分が存在していないということによって、両者は区別される[2211]。法律上許容された自治事務の例としては、商業学校、専門学校、ギムナージウム、家政学校の設置及び運営が掲げられる[2212]。

また、法律によってゲマインデに配分される公的事務として、義務的任務が掲げられる[2213]。ベッカーに従えば義務的任務の場合には、この行政任務を遂行するか否かではなくてどのようにしてこの義務的任務を自己責任に基づいて規律して実行するかのみがゲマインデの決定に委ねられるのである[2214]。ベッカーによれば、ときおり法律は最低限の措置についての拘束的規定やその他の限界を設けており、自己責任に基づく決定のための余地は部分的に限定されている[2215]。ベッカーは、この義務的任務は明らかに自由意思に基づいて担われる自治事務とも法律上許容された自治事務とも区別されるという[2216]。その理由は、この義務的任務の処理はゲマインデの機関の自由意思に基づくのではなくて国法

2208 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)
2209 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)
2210 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)
2211 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131)
2212 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(131-132)
2213 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)
2214 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)
2215 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)
2216 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)

の特別の授権に基づくものであるからである[2217]。このような義務的任務の例としては、給水、社会福祉事務などの任務が掲げられる[2218]。

bb）委任事務

ベッカーは、地域的行政や超地域的行政の一体性を維持することを理由として、また国の特別官庁を作らないで済ますことを理由として、ゲマインデ、アムト、クライスに法律によって国家的任務の実行が委ねられるという[2219]。また、ベッカーに従えばクライスにおいてのみ自治事務と委任事務と並んで、国家的任務がラント財政の枠の中で公的指示の基準に従って国の一般的、内的行政の事務として行われるのである[2220]。ベッカーにおいて地方自治体の財政の中で収入と支出に計上される委任事務は、自治体に実行するよう委ねられる国家的事務に該当するものである[2221]。ベッカーによれば委任事務においては一般的指示、あるいは特別の指示の余地があり、この範囲で義務的裁量に従った任務処理が行われるのである[2222]。ベッカーは、自治事務における指示からの自由と、委任事務における潜在的な指示に対する拘束性が重要な相違であり、さらに、自治事務における法監督と委任事務における専門監督がこの相違に対応しているという[2223]。そうして、自治体は指示的任務の処理において下級国家官庁と同様に自治体の機関を通じて制約可能な裁量を用いて活動し、これに対して自治事務において自治体はその活動において基本的に自由であって自治事務における公的任務の固有責任に基づく遂行が顕著に際立つのである[2224]。

ベッカーは、自治事務と委任事務の区別は一方において自己責任の維持の理由から、他方において国家的必要の理由から放棄されえず、一方において自治に有利な権限移転は国の解体の危険を認識せしめ、もう一方において国に有利な基本的態様の権限変更は自治の否定という結果をもたらすという[2225]。ベッカーに従えば、自治事務と委任事務の区別は、従来の用語法に従えば義務的任務は自治事務であったにもかかわらず委任事務が指示拘束的義務的任務と呼ばれ

[2217] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)
[2218] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(132)
[2219] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2220] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2221] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2222] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2223] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2224] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(135)
[2225] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(136)

るときにときに問題をはらんでいる[2226]。また彼によれば、国家的事務に対してもゲマインデ議会に決定権が委ねられ、助言に対する指示の範囲が法律によって定められるとき、自治事務と委任事務の区別は同様に困難になる[2227]。ベッカーに従えば、ヘッセンにおける指示的任務や、ノルトライン－ヴェストファーレンにおける指示拘束的義務的任務という義務的任務の変種は、これが指示に拘束される限りでゲマインデ及びゲマインデ連合に委任による処理が委ねられる国家的委任事務である[2228]。それは、これらの任務において行われる監督が、国家監督ではなくて指示権を伴う専門監督だからである。

ベッカーによれば、自治体の委任事務は一つには法律による委託と、もう一つには国家官庁の潜在的な指示によって特徴付けられる[2229]。ベッカーは、自治事務が基本的に法監督のみに服し、例外的に目的適合性監督にも服するのに対して、国家官庁の指示権を伴う専門監督には服さないという[2230]。彼に従えば、委任事務を通じて中央官庁の嚮導と、地方の裁量規律の間の一致が確保されるのである[2231]。そしてこのような監督官庁の指示は旧法に従えば無制約であり、ベッカーの当時の法においても多くのラントではそうであった[2232]。これに対して、指示を一般的命令に限定し、原則として個別的執行への介入を禁じるヘッセン・ゲマインデ法 4 条、ニーダーザクセン・ゲマインデ法 5 条の規定が注目される[2233][2234]。しかしまたベッカーは、監督官庁の指示権を限定するこれらの

[2226] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(136)
[2227] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(136)
[2228] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(136-137)
[2229] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
[2230] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
[2231] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
[2232] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
[2233] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
[2234] 指示的任務について定めを置く 1952 年ヘッセン・ゲマインデ法 4 条は、「ゲマインデには法律によって指示に従って遂行するように任務が委ねられうる。法律は指示権の要件と範囲を定め、同時に手段の調達を規律しなければならない。指示は一般的命令に限定され、原則として個別的執行に介入するものであってはならない」と定め、委任作用領域について定めを置く 1955 年ニーダーザクセン・ゲマインデ法 5 条は、「ゲマインデには法律によって指示に従って遂行するように国家的任務が委ねられうる（委任作用領域の任務）。その際に必要な手段が与えられる。指示は一般的命令に限定され、個別事例の規律のために発布されるものであってはならない」と定める。法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 215ff., S. 265ff. に依拠した。

ラントにおいても、例外的場合であるならば個別的執行に対する指示を含めた無制約の指示は除外されていないという[2235]。ベッカーによれば、指示に対する権限があるのは法律によって定められた専門監督官庁であり、ゲマインデ法で予定された監督手段は一般監督官庁によってのみ用いられ、それ故専門監督官庁は従われなかったゲマインデ及びゲマインデ連合に対する指示を強制する場合には一般監督官庁に依頼しなければならないのである[2236]。ベッカーによれば、例えばノルトライン－ヴェストファーレンにおいて委任事務の執行が受託者としての行政の長の責務であり、このゲマインデの主要官吏はラント政府が与える指示も実行しなければならないとき、この指示は、ラント政府が憲法秩序の確保のために与えるものである[2237]。

e）自律性

aa）条例制定権

ベッカーにおいてゲマインデ及びゲマインデ連合の条例制定権（Satzungsrecht）は、国に取り込まれた非国家的団体の、客観法を制定する権限として憲法上承認されたものであって、この意味での自律性は、基本法 28 条 2 項 1 文によって保障されたゲマインデ及びゲマインデ連合の主観的公的権利である[2238]。ベッカーに従えば、一つにはこの自律性の下で公的帆的団体の全ての高権的作用に対する上位概念が捉えられ、このやり方では自治行政、法制定、司法が統合される[2239]。そしてもう一つには、自治の上位概念の下で地方自治、法制定、司法を捉えることが試みられている[2240]。ここでベッカーにおいては、一方において自治体の自律性はゲマインデ及びゲマインデ連合の条例制定権として理解され、もう一方において地方自治行政はゲマインデ及びゲマインデ連合の公的行政として理解されるのである[2241]。このような条例制定権の担い手はゲマインデ及びゲマインデ連合であり、ゲマインデ及びゲマインデ連合はその機関を通じて一般に拘束的な客観法を制定するのである[2242]。ベッカーに従えば、

2235 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(137)
2236 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(138)
2237 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(138)
2238 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(157-158)
2239 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(158)
2240 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(158)
2241 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(158)
2242 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(158)

国によって定められる法と慣習法が、この条例制定権の限界をなしている[2243]。このような自律性に基づいて制定される自治体の条例（Satzungen）は、一つには一般的拘束性によって職務的指示から区別され、もう一つには自治体の法命題としての法的性格によって国法命題から区別されるのであり、ベッカーはこの条例を実質的意味における法律と見なしている[2244]。

ベッカーによれば自治体の条例は、領域団体の領域高権と極めて密接に関連しており、この条例は自治体に所属する人間に対して向けられているのみならず、この領域団体の領域でその妥当領域に服しているあらゆる者に対して向けられているのである[2245]。そして彼に従えば、自治体の条例制定の対象は、ゲマインデ及びゲマインデ連合の全ての固有事務、すなわち自治事務であることが可能であり、例外的に特別の授権に基づいて委任事務もまた条例制定の対象となりうる[2246]。ベッカーは、条例のザハリヒな妥当領域はゲマインデの作用領域の全面性の原則に従って全ての自治事務に及んでいるというのである[2247]。また彼によれば領域団体の条例は、空間的にその領域団体の高権が及んでいる領域に妥当している[2248]。ベッカーにおいて自治体の条例はゲマインデ法の一般的授権に由来し、あるいは法律の特別の授権に由来するものである[2249]。そして、全ての条例に対して法律の優位及び法律の留保が妥当しているのである[2250]。

bb）条例制定に対する監督官庁の認可

ベッカーによれば、条例の成立のためにはゲマインデ議会の決定のみならず、場合によっては監督官庁の認可が必要である[2251]。そしてこのような認可の留保は、法律によって明示的に定められた限りでのみ存在する[2252]。ベッカーに従えば、この認可は条例の部分であるのではなくて、監督官庁の共同作用の行為であって、認可は法適合性の審査と目的適合性の審査を含んでいる[2253]。認可は行政行為であって法制定行為ではないから、認可は条例における瑕疵を治癒する

[2243] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2244] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2245] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2246] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2247] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(160)
[2248] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2249] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2250] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(159)
[2251] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(160)
[2252] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(160)
[2253] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)

ことができないのである[2254]。ベッカーは、認可が拒絶されるとゲマインデはこれに対して法的手段を講じることができるという[2255]。

そして、ベッカーに従えば条例を変更する際にも最初の条例制定の決定におけるのと同じ手続がなされなければならない[2256]。ベッカーは、認可を受けた条例の廃止も同様に認可を受ける義務があるのか否かは争いがあるが、少なくとも廃止が効力を発行する前に監督官庁への適時の報告が必要であるという[2257]。彼によれば条例の廃止というゲマインデ議会の決定は、この決定が現行法に違反する場合に、監督官庁の異議に服している[2258]。そして、監督官庁のこの処分に対しては、法的手段が許容されているのである[2259]。

ⅱ）監督

a）自治体監督

aa）監督の基礎

ベッカーは、ゲマインデ及びゲマインデ連合に対する国の監督は自治事務における自治体監督と特別監督、委任事務における専門監督であるとし、自治体監督は地方自治に対する概念上不可欠の対応物であり、国の監督の無い自治は存在しないという[2260]。ベッカーに従えば、自治体監督はゲマインデ及びゲマインデ連合をその権利において公的利益において保護し、ゲマインデ及びゲマインデ連合の法律上の義務の履行を確保する国家行政活動であり[2261]、監督機関の活動は法制定でも司法でもない[2262]。そして、彼によれば全ての国家監督は公的利益において行われるのであり、財産的利益において行われるのではない[2263]。ベッカーは、監督官庁はゲマインデ及びゲマインデ連合をその権利において他の部局に対して、及びゲマインデ及びゲマインデ連合の固有の機関に対して保護するという[2264]。そして、ベッカーによれば自治事務における特別監督は法律が自治体行政の法律適合性と目的適合性の監視を定めたゲマインデ及びゲマイ

[2254] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2255] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2256] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2257] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2258] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2259] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(161)
[2260] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165) , Kahl, (Fn. 32), S. 297
[2261] Kahl, (Fn. 32), S. 297
[2262] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2263] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2264] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)

ンデ連合の個別の行政領域に及ぶものである[2265]。この特別監督においては、行政の法律適合性の監視という原則は、法律上定められた経済性コントロールへと拡張され、特別法が特別監督の権限と範囲を定めるのである[2266]。ベッカーによれば、ゲマインデ及びゲマインデ連合の自治事務における国家官庁の協力権が特別監督に数え上げられ、その中に認可の留保がある[2267]。ベッカーによれば専門監督はその対象が委任事務における潜在的に包括的な指示であって、自治事務において行われる自治体監督と特別監督から区別されなければならない[2268]。そして、ベッカーはこの委任事務の中に、バイエルンにおける委任作用領域の事務、シュレースヴィヒ・ホルシュタインとヘッセンにおける指示的任務、ノルトライン－ヴェストファーレンにおける指示拘束的義務的任務を含める[2269]。そして、ベッカーは従来専門監督を包括しており職務監督的異議の中で存続し続けている職務監督の概念は上司と部下の間の人的関係に限られており懲戒的監督にあらわれているものと見なしている[2270]。ベッカーによれば、自治体監督は国家官庁によって行われるのであろうと国の委託において自治体官庁によって行われるのであろうと、国家的任務である。

ベッカーは、国家指導目的との一致という監督基準は、もはや妥当していないし、ラント政府によって告知された政治的目的との一致を求める要請もゲマインデ法においてもはや提起されていないものと見なす[2271]。ベッカーによれば、自治体監督の基準はゲマインデ及びゲマインデ連合の行政の法適合性である[2272]。監督官庁はゲマインデ及びゲマインデ連合の行政が法律及び法と軌を一にして執行されることを監視するのである[2273]。彼によれば、法違反に入るのは、法律、命令、条例、慣習法、地方慣習法に対する違反、裁量逸脱、裁量濫用、ゲマインデ機関の行政の秩序だった進行の危殆である[2274]。そしてベッカーは、民主主義的、社会的法治国の諸原則に従えば自治体行政に対する監督基準としての行政の法適合性は法違反を防止し、これに対抗することを目的とするのみ

[2265] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2266] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2267] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2268] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165)
[2269] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(165-166)
[2270] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(166)
[2271] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(166)
[2272] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(166)
[2273] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(166-167)
[2274] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)

ならず、それに劣らず自由主義的民主主義的基本秩序の実現と、社会的正義の実現を追求しているという[2275]。彼によれば自治体監督の枠の中でのゲマインデ及びゲマインデ連合への助言、支援、保護は、実質的法治国性の実現と不可分に結びついているのみならず、これを活用することがそれ以上の監督手段の利用を不必要にすることで形式的法治国的諸原則の遵守をもたらすのに適格である[2276]。ベッカーに従えば法と正義は、地方自治の基盤及び限界であるのみならず、公共の福祉に奉仕するために国とゲマインデ及びゲマインデ連合の全体の任務を定めている[2277]。

ベッカーによれば自治体監督の範囲は最低限についても最大限についても法律の規定に拘束されており、監督は自治体の決定力と責任引き受け、自己責任が強化されて、棄損されないように行われるべきである[2278]。また彼に従えば、法律のプログラム的目的設定とともに監督官庁は自治体監督の運用に対する必要な指針を持っている[2279]。ベッカーによれば、監督官庁は助言を通じて地方自治を強化し法律違反に対して地方自治を守り、地方自治体の行政措置が違法である場合には法を貫徹させなければならないのである[2280]。

ベッカーにおいては、自治体監督における便宜主義と法定主義が対置される。すなわち、多くのラントにおいては便宜主義が妥当しているのに対して、バイエルンにおいては異議を提起する義務と代執行をする義務が法律上定められて、法的主義が妥当しているのである[2281][2282]。このようにして監督官庁に異議を提起し代執行をする義務を与えたバイエルン・ゲマインデ法は例外に位置づけら

[2275] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2276] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2277] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2278] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2279] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2280] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2281] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2282] 監督官庁の異議提起義務を定める 1952 年バイエルン・ゲマインデ法 112 条は、「法監督官庁はゲマインデの違法な決定と処分に対して異議を提起しなければならず。その取消しと変更を求めなければならない。公的法的任務あるいは義務が履行されない場合には、法監督官庁はゲマインデ必要な措置の実行を求めなければならない」と定め、代執行の義務を定める同法 113 条は、「ゲマインデがゲマインデに与えられた相当な期間内に法監督官庁の命令に従わない場合には、法監督官庁はゲマインデに代わって必要な措置を命じ、執行しなければならない。費用はゲマインデが負担する」と定める。法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 63ff., S. 93 に依拠した

れ、ベッカーによれば基本的に、地方自治行政が違法である場合に監督官庁が生じた不足を除去するか否か、いかにして除去するのかは、監督官庁の義務的裁量に委ねられるのが優勢である[2283]。またベッカーに従えば、その際には比例原則が妥当しており、彼は、軽微な手段を用いた監督の実行が全ての自治体監督の理念的目的設定であるという[2284]。ベッカーによれば、地方自治体の行政機関が違法な措置を維持し続ける場合には、監督官庁は譲歩すること無く介入するのであり、地方自治の国への統合（Einordnung）は、ゲマインデ及びゲマインデ連合の作用が法律と軌を一にしていることを前提としているのである[2285]。

bb）自治体監督の手段――通常的監督手段と例外的監督手段

ベッカーに従えば、自治体監督の手段は、通常的監督手段と例外的監督手段、積極的監督手段と消極的監督手段、予防的監督手段と抑止的監督手段、一般的監督手段と特別的監督手段に分類される[2286]。ベッカーによれば、一方で通常的監督手段には、情報に関するもの、助言、援助、保護が属し、もう一方で例外的監督手段には法律違反の場合の異議、法律上の義務の不履行の場合の指示、代執行、財源配分の停止と目的補助金（Zweckzuschüssen）、受託者の任命、ゲマインデ議会の解散が属する[2287]。また、ベッカーによれば一方でゲマインデ及びゲマインデ連合にその任務を遂行するよう促すことに向けられる措置が積極的監督手段と見なされ、法違反の訂正を目的とする監督手段が消極的監督手段と見なされる[2288]。

ベッカーによればゲマインデ及びゲマインデ連合の事務についての監督官庁の情報に関する監督は、自治体監督の活動のための前提条件であるが、この情報に関する監督手段には、現地における検証と視察、書類閲覧と書類要求、口頭での報告と文書での報告、ゲマインデ議会の会議への監督官庁の代理人の出席、ゲマインデ議会の招集の要請、市長の公務集会の招集などがある[2289]。そしてベッカーに従えば、このような情報に関する監督の費用は国家機関が自治体監督の運用を行う限りで国が負担し、ゲマインデとゲマインデ連合が法律上定

[2283] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2284] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2285] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(167)
[2286] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2287] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2288] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2289] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)

められた情報提供義務を遂行する限りでゲマインデ及びゲマインデ連合が負担する[2290]。

ベッカーは助言を自治体監督全体の中心的構成要素とする[2291]。自治体監督の実務にとっても、ゲマインデ及びゲマインデ連合にとっても、助言は決定的な監督手段であり、助言以外の監督手段は、頻度においても重要性においても効果においても助言に劣るのである[2292]。ベッカーに従えば、助言の際には国による自治体監督の立場のみが表明されるのではなくて、自治体の立場も相当に作用するのであるから、助言は自治体行政を援助し、保護し、自治体行政を法違反から守るための自治体監督の優れた手段である[2293]。ベッカーによれば法違反の際の地方自治行政に対する介入は通常、助言が功を奏さなかったときにのみ行われるのであり、相当な助言によって地方自治行政に対する介入は多くの場合に不必要なものとなる[2294]。また、十分に理解を示す助言は、ゲマインデ及びゲマインデ連合の国への統合にも奉仕するのであって、国を維持する重要性を持つ国家政策的目的設定を果たすのである[2295]。さらにベッカーは、監督官庁から発せられるのではなくて多くの場合にゲマインデ及びゲマインデ連合によって試みられる助言は、地方自治行政の効果的な援助がこれと結びつくとき、効果を増すという[2296]。ベッカーにおいては、第一に、消極的介入権ではなくて、地方自治行政の助言、援助、保護が自治体監督の前面にあらわれるのである[2297]。義務的裁量における自治体監督の運用は、国とゲマインデの連帯を保障するものであり、この連帯は自治体監督及び財政調整の形態及び範囲によって広く規定されるものである[2298]。ベッカーは、例外的介入権を利用せずとも地方自治行政の法適合性を確保することが監督官庁の強大な行政技術の特徴と見なされたという[2299]。

ゲマインデ及びゲマインデ連合の決定及び処分が法違反であるとき、ゲマインデ法は監督官庁に異議を提起する権限を与えており、監督官庁は法に違反す

[2290] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2291] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2292] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(168)
[2293] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2294] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2295] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2296] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2297] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2298] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2299] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)

る自治体機関の決定及び処分を取消す権限を与えられ、この違法な決定に基づいて行われた措置が取消されることを要求する権限を与えられる[2300]。またベッカーは、ゲマインデ及びゲマインデ連合がこれに法律上責務のある義務、任務を履行しないときに指示からの自由という一般的原則に例外があり、この場合に監督官庁は必要な命令を行う権限が与えられるという[2301]。この場合にゲマインデ及びゲマインデ連合は定められた期間内に必要な手配をしなければならず、監督官庁には個別的に、詳細に特定されるべき事例的指示権が与えられるのであり、ベッカーはこの指示権の利用が代執行のための前提条件であるという[2302]。ベッカーによれば、異議が違法な措置の破棄を目的にしているのに対して、命令はゲマインデ及びゲマインデ連合に責務のある義務の履行を促すことを目的としている[2303]。そして、監督官庁の命令は指示の内容、機関、指示の法律上の根拠を明らかに知らしめて、当該ゲマインデ、ゲマインデ連合に送達されなければならない[2304]。

さらにベッカーは、自治体の機関が監督官庁の命令に従わないときには、代執行に着手することができ、この代執行はゲマインデ、ゲマインデ連合に変わってその費用で必要な措置を実行し、あるいはその実行を第三者に委ねるものであるという[2305]。ベッカーにおいてこのような代執行は、補完的介入権であり、代執行によって監督官庁はゲマインデ、ゲマインデ連合に代替してあらゆる必要な決定、行政行為、その他の措置を発布することができるのである[2306]。ベッカーによれば代執行に先行する命令が取消されず、この命令に対抗する法的手段がくみ尽くされたためにこの命令が確定しているとき、代執行の取消しは代執行そのものから生じた瑕疵に限定される[2307]。

ベッカーにおいてゲマインデあるいはゲマインデの機関の全てのあるいは個別の任務をゲマインデの費用で一時的に担う受託者の任命は、地方自治行政に対するさらに重大な介入に位置付けられる[2308]。そしてベッカーは、このような

[2300] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(169)
[2301] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2302] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2303] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2304] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2305] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2306] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2307] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2308] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)

受託者の任命は地方自治行政の秩序だった進行がこれを必要とし、且つこれに先行して掲げられた監督官庁の権限では足りないときに、そしてその限りでのみ可能であるという[2309]。このようにしてゲマインデに対して任命された国家委員は、これを動員した監督官庁に対して全ての範囲で指示に拘束されるのであり、この国家委員は国家任務ではなくてゲマインデの任務を当該ゲマインデの機関に代替して担うのである[2310]。ベッカーにおいてこのような受託者の任命は、自治体監督の究極的手段の一つであり、その利用は比例原則に服している[2311]。ベッカーに従えば、受託者の任命を行うためには、より軽微な介入的監督手段の利用が功を奏さず、あるいは他の監督手段によって地方自治行政の法適合性を回復する見込みがないことだけでは十分ではなく、受託者の任命はさらに地方自治行政の秩序だった進行を顧慮して必要なものでなければならないのである[2312]。彼によれば侍国家委員の任命は地方自治行政の究極的に重大な妨害が行われている場合にのみ、この妨害がゲマインデ自身によっては除去されず、あるいは除去されえないときにその限りにおいて行われうるものである[2313]。

ベッカーによれば、地方自治行政を回復することを目的とする地方自治行政に対する国家監督の最も重大な介入は、ゲマインデ議会の解散である[2314]。彼に従えば、議会が継続的に決定力を欠き、連続して職務活動の実行を回避し、自治体の任務の秩序だった処理がその他の理由から確保されないとき、ゲマインデ議会が行政裁判所の確定力ある決定にもかかわらず監督官庁の命令や措置に従うことを拒絶し続けるとき、議会は解散されうるのである[2315]。

ベッカーによれば、1950 年シュレースヴィヒ-ホルシュタイン・ゲマインデ法 126 条による財源停止は、ドイツの地方自治法において全く異例の監督手段である[2316][2317]。ベッカーは、この手段が、ゲマインデが法律上責務のある義務

[2309] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2310] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170)
[2311] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(170-171)
[2312] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171)
[2313] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171)
[2314] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171)
[2315] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171)
[2316] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171)
[2317] 1950 年シュレースヴィヒ—ホルシュタイン・ゲマインデ法 126 条 1 項は、「ゲマインデが自治体監督官庁による明示的な要請にも関わらず法に反する命令を取消さず、あるいは法律上の義務を履行せず、且つ 122 条から 125 条までの規定による自治体監督官庁の権限では十分ではないと思われる場合に、ラン

を履行することができず、それに伴って地方自治行政がその性質に応じて侵害されるという効果を持つ限り、この手段を用いることは基本法 28 条 2 項に反し憲法違反であるという[2318]。

b）特別監督

ベッカーによれば、自治事務において特定の事務に対して特別の監督手段がゲマインデ法及び特別法によって予定されており、この特別の監督手段は一般的自治体監督の一般的法コントロールを超えるものである[2319]。そしてこの特別の監督手段のなかに、様々な形態の目的適合性コントロールとしての協力権があり、一部では一般的監督官庁が、そして一部では法律によってこれに対応する権限を与えられた国家特別行政官庁がこの特別の監督を行う権限を担う[2320]。またベッカーにおいては、この特別監督の手段としては、法律上の授権による法律上の禁止からの免除、すなわち例外許可が掲げられている[2321]。

さらにベッカーにおいては、特別監督として法律の規定に基づく国家官庁に有利に作用する認可の留保が全てのゲマインデ及びゲマインデ連合にとって極めて重要なものと見なされ、ベッカーによればこの認可の留保は許可や免除ではなくて、自治事務の遂行における国家官庁の協力権である[2322]。ベッカーに従えば、認可の留保において、法律は自治体機関の一定の決定や処分の法的有効性を国家官庁の認可に結びつけているが、この場合にも認可は決定や処分の一部になるのではない[2323]。そしてベッカーは、申請された認可の拒絶に対しては、ゲマインデ及びゲマインデ連合に法律上の手段が開放されているという[2324]。そして彼は、この認可の留保は自治体の決定の法適合性にも目的適合性にも及んでいるから、認可の拒絶に対する意義が認められている場合に、異議手続における取消しは認可官庁の裁量瑕疵を含めた法違反にも認可官庁の裁量濫用にも向けられているという[2325]。しかしベッカーにおいても、行政裁判手続における

ト内務大臣は財政調整の枠の中でゲマインデに与えられる財源配分をこれに先行する命令の後に、停止し、縮小し、削除することができる」と定める。法文テクストは、Loschelder, Fn. (2075), S. 389ff., S. 430 に従った。

[2318] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(171-172)
[2319] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2320] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2321] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2322] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2323] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2324] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)
[2325] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172)

取消しは、裁量瑕疵を含めた法違反にのみ向けられうるのである[2326]。ここで認可を要するゲマインデ及びゲマインデ連合の行為の例としては、条例制定、紋章の採用と変更、境界変更契約、外国人に対する名誉市民権の授与、不動産譲渡並びに土地と同様な権利（grundstücksgleiches Recht）[2327]の譲渡、起債、住民の吸収、担保契約からの債務、その他の担保の設定と経済的に同等の法律行為の設定、現金貸し付け（Kassenkredit）、税率の上減と納税の規律、公的料金、分担金のようなものが掲げられている[2328]。また、ベッカーに従えば特別の形態の認可の留保は個別の領域の法律でも定められ、この領域にとっては国家官庁の協力による包括的な経済性コントロールが特徴的である[2329]。そして、このような認可の留保が目的適合性で憲法適合的であるのかという問いが提起され、ベッカーは、自治体の機関に必要な法律の概観と知見が欠けており、あるいは各々の形態の負担が行われる際に何がゲマインデ及びゲマインデ連合の能力にとって負担することのできない結果をもたらしうるのかについての不可欠の理解が欠けているとき、認可の留保は国とゲマインデにとって有用であるという[2330]。ベッカーは、間近の選挙のことを慮って違法に行われ、監督官庁が認可を拒絶するであろうことが監督官庁に見込まれるゲマインデ議会の決議や自治体行政官庁の決定もまた存在していなければならなかったはずだという[2331]。ベッカーによれば、1948 年以降ラインラント−プファルツにおいて存在している、期限の経過による認可[2332]は、ゲマインデに対する旧来的な国家後見の残滓としての認可の留保を将来的に交代させて監督官庁による異議提起の権限を伴うゲマインデの届出義務で代替させるという考え方を想起させるものである[2333]。

またこのような認可と並んで、ベッカーはゲマインデ及びゲマインデ連合の届出、報告、提示の義務をこの特別監督の中に含める[2334]。ベッカーによれば、全ての条例制定に対してはこれが認可を受ける必要が無いとしても届出の義務

[2326] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(172-173)
[2327] 参照、山田・前掲脚注 35）175 頁-176 頁
[2328] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(173)
[2329] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(173)
[2330] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(173)
[2331] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(173)
[2332] 1954 年ラインラント−プファルツ・ゲマインデ法 119 条第 1 文は上に紹介した。
[2333] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(173)
[2334] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174)

がある[2335]。1954 年ラインラント−プファルツ・ゲマインデ法 21 条 5 項に従えば、「条例制定は認可が法律によって規定されている限りでのみ監督官庁の認可を要する」[2336]のであり、もはや全ての条例制定が認可を受ける義務を負うのではないのである[2337]。またその他にベッカーは、法概念的に認可と類似しておりこれに対応する法効果を解除することのできる人事措置の確認をこの特別監督の中に含めている[2338]。

c）専門監督

ベッカーによれば、専門監督は国家任務の実行において上級国家官庁が下級官庁に対して包括的な事案的指示権を行使するものである[2339]。ベッカーは、ゲマインデ、アムト、クライス、Landschaftsverbände、Bezirksverbände に国家的委任事務の実行が委ねられる場合に、これらの団体は下級官庁と同様にして上級国家官庁の指示権限に服しているという[2340]。ノルトライン−ヴェストファーレンにおいては自治体の事務は自治事務と委任事務に分類され、指示拘束的任務は義務的任務に入れられており、そこでは原則的に自由意思に基づく自治任務と並んで指示に拘束されない義務的任務と指示拘束的義務的任務が区別され、ベッカーによればこの両者の義務的任務は自治事務である[2341]。ベッカーは、それ故に指示拘束的義務的任務に対する監督は専門監督ではなくて特別監督と称されているという[2342]。

ベッカーは、自治体監督と特別監督とは異なって専門監督に服している事案決定において行われているのは自治事務ではなくて、国家的任務であり、ゲマインデ及びゲマインデ連合はこの国家的任務の実行を委ねられているというのである[2343]。ベッカーは、このような専門監督においても、国家官庁は自治体の官吏の上司ではないから法律によってのみ限界付けられてその他の点においては包括的な国家官庁の指示権は、自治体の官吏に対してではなくてゲマインデ

2335 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174)
2336 Loschelder, Fn. (2075), S. 351ff., S. 357
2337 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174), Fn. (1)
2338 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174)
2339 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174)
2340 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174)
2341 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(174-175)
2342 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175)
2343 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175)

及びゲマインデ連合に向けられているという[2344]。ベッカーに従えば、特別監督におけるのと同様に、専門監督においても、例外的監督手段は自治体監督官庁によってのみ用いられうるという原則が妥当し、専門監督官庁はその事案的指示を貫徹させようとする場合には自治体監督官庁に依頼しなければならない[2345]。またベッカーは、監督官庁の措置に対してはゲマインデ及びゲマインデ連合には自治事務に対してのみ権利保護が認められるから、委任事務における指示に対しては行政裁判手続における法的手段は与えられないという[2346]。

d）職務監督

ベッカーによれば公的職務権限は公的職務義務の履行を求める上級官庁の権利であり、公的職務義務を貫徹するために不可欠の国家権力である。そしてベッカーに従えば公的職務権限は官吏の人的事務を包括しており、上級官庁と職務関係にある官吏に対する、この上級官庁の懲戒権限にあらわれており、ベッカーはそれ故に自治体の官吏は国の職務監督には服さないという[2347]。さらにベッカーは、ラントは自治体官吏の直接の上級官庁ではなくて自治体官吏は間接国家官吏ではないというのであるが、そうであるにもベッカーもまた、法律が国にゲマインデの国への統合（Einordnung）から解明されるべき職務懲戒措置の権限を認めたという[2348]。すなわち、ゲマインデ議会とゲマインデの長と並んで、監督官庁もまた懲戒処分を確定する権限、公式の懲戒処分手続を開始する権限、自治体官吏に対する上級官庁の責務を、上級官庁であること無しに負うのである[2349]。

e）監督に対する救済手続

aa）異議申立て

1935 年ドイツ・ゲマインデ法 113 条が監督官庁の命令に対してゲマインデに直近上級監督官庁が終局的に決定する異議申立ての法的手段のみを認めていたのに対して、ベッカーは、1945 年以降ゲマインデ法、ラント憲法、基本法、連邦憲法裁判所法は国の介入に対するゲマインデの権利保護を著しく拡張したという[2350]。ベッカーにおいても、直近上級監督官庁における異議を通じた権利救

[2344] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175)
[2345] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175)
[2346] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175)
[2347] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(175-176)
[2348] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(176)
[2349] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(176)
[2350] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)

済の意義もまた失われておらず、ベッカーはこのような異議の中に非公式の権利救済と公式の法的手段が存在するものと見なしている[2351]。すなわち、このような異議申立ての意義は、監督官庁が予測的に行政裁判所に対してその立場を維持しえないときにゲマインデの事実上、及び法的申立てに応じるであろう状況から生じるのである[2352]。またベッカーに従えば、法違反が非難されるのではないときに監督官庁に与えられる裁量の枠の中でより目的適合性な命令が追求される場合には、行政裁判所にはその権限が無いので、監督官庁のみが異議申立てに対処することができる[2353]。

ベッカーに従えば、このような異議申立てに応じた上級監督官庁による取消し可能性は、さもなくば処分が法違反である場合には行政訴訟手続における訴えに基づいて監督的処分が取消されるので、上級監督官庁に厳密なコントロールを動機付けるのと同じく入念なその決定の審査を監督官庁に動機付けるのである[2354]。ベッカーは、監督官庁の真の利益は行政裁判所における法コントロールと同等に入念に貫徹される監督的処分の厳格な法コントロールと、目的適合性コントロールを要請するという[2355]。

bb）訴訟

ベッカーによれば、全てのゲマインデ法はゲマインデに自治体監督官庁の介入に対して行政裁判手続における訴えによる権利保護を認めており、シュレースヴィヒ-ホルシュタイン、ニーダーザクセン、ノルトライン-ヴェストファーレンにおいては直接的にこれを認め、ゲマインデ及びゲマインデ連合が上級監督官庁の拒否決定の後に行政裁判手続における訴えを提起することができるバイエルン、ヘッセン、ラインラント-プファルツにおいては間接的にこれを認めている[2356]。

ベッカーに従えば、行政裁判における監督的処分の取消しは、自治事務における命令に対してのみ妥当し、国家的委任事務における指示に対しては妥当しない[2357]。ベッカーは、委任事務における事案的指示は内部的行政処分であって、

[2351] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2352] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2353] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2354] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2355] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2356] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(177)
[2357] Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)

行政裁判によっては取消しえないものだという[2358]。ベッカーは、ただし委任事務においても執行行為としての代執行は、手続的瑕疵を帯びている場合には取消されうるものとする[2359]。ベッカーに従えば、監督官庁の行政行為は、これが法違反であるためにゲマインデ及びゲマインデ連合をその権利において侵害しているということを主張することによってのみ取消されうるものであり、この権利の下では訴えを提起するゲマインデの法的地位が理解され、法違反とは客観法に対する違反を意味している[2360]。

また、監督官庁の処分に対する取消訴訟の他に、ベッカーは監督官庁の消極的行政行為に対する訴訟、すなわち認可の拒絶に対する訴訟の可否を検証する[2361]。取消訴訟の勝訴判決が給付判決としての取消判決であるのに対して、行政行為の実行を求める訴訟（Vornahmeklage）は申請人が申請された職務活動の実行を求める権利を有していることを主張している当該職務活動の不実行の場合にのみ許容されるのである[2362]。ベッカーに従えば、認可の付与は主に監督官庁の裁量であり、この領域の中で認可官庁は自由なのであって、その限りで認可の拒絶は取消しえないのである[2363]。他方で、監督官庁がその裁量を逸脱し、あるいは濫用し、そのことによって法に違反している場合には法状況が異なっており、その場合には行政行為の実行を求める訴訟が功を奏する[2364]。またベッカーによれば、監督官庁が認可を拒絶するのではなくてそもそも活動をすることを拒絶した場合には、行政裁判所は訴訟を提起したゲマインデの申請に応じて、監督官庁は実質的行政行為を下す義務があるということを宣言しなければならない[2365]。

（3）自治体の始原性　ゲネンヴァイン

ｉ）自治

a）基本法の下での自治の制度的保障

ゲネンヴァイン[2366]によれば、ボン基本法 28 条において連邦はラントにおけ

2358 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2359 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2360 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2361 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2362 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2363 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2364 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2365 Becker, Fn. (2154), S. 113-184(180)
2366 ゲネンヴァインの「法監督としての自治体監督」については、塩野・前掲

る憲法構造を保障しており、この憲法構造に属するのが、一つには地方自治の存在であり、もう一つにはゲマインデ及びゲマインデ連合に対する自治を求める権利の承認である[2367]。ゲネンヴァインに従えば、ラント立法者に向けられたこの基本法 28 条は、性質上ラントによるその遂行が期待されうる立法者のプログラム以上のものを含んでおり、ラントに義務を課しており、この基本法 28 条によって連邦はこの義務がラントにおいて実現されることを保障しているのである[2368]。すなわちゲネンヴァインは、各々のラント法の地方自治法の規範は基本法 28 条に適ったものでなければならないという[2369]。

しかしもう一方においてゲネンヴァインは、自治権はゲマインデの主観的公的権利の意味における基本権ではなくて、ゲマインデの基本権的自由権でもなくて、自治には制度的保障が与えられているのだという[2370]。すなわち、自治は立法者による除去に対して保護されており、連邦憲法裁判所法 91 条はゲマインデに憲法異議の形態における直接的な権利保護を与えており、この憲法異議に応じて場合によって基本法28条に反する法律の規範が無効と宣言されうるのである[2371]。そしてまたもう一方においてゲネンヴァインは、このような制度的保障は基本権的自由の領域を承認するに等しく、そのこととともに他の住民との地域的連帯の中で国から自由な行政を行う個々人の権利が承認されるという[2372]。ゲネンヴァインに従えば、立法府や執行府が制度的に保障された自治権に介入するとき、ゲマインデには国に対する防御権が承認され、そのことから地域的共同体の事務の行政に対する参加を求めるゲマインデの住民の反射的権利が生じるのである[2373]。またゲネンヴァインは上述のように基本法 28 条においては自治権は主観的公的権利として保障されていないものとするのであるが、彼もまたラント立法者が自治権をゲマインデの主観的公的権利に発展させることを連邦から妨げられているのではないという[2374]。

ゲネンヴァインはこのような制度的保障の射程について 1929 年ライヒ国事

脚注 2）81 頁以下に紹介がある。

[2367] Gönnenwein, Otto, Gemeinderecht, 1963, S. 27

[2368] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 28

[2369] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 28

[2370] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 28

[2371] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 28-29

[2372] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 29

[2373] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 29

[2374] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 29

裁判所判例を引き合いに出し、ゲマインデの権限の完全な除去が許容されないのみならず、立法者は、自治が内容的に空洞化されて、強力に活動する機会が失われ、自治が見せかけだけの存在だけに至りうるように自治を制約することもまた許されていないという[2375]。そうしてゲネンヴァインによれば、自治権の核心に対する介入が存在するか否かの問いを判断するに際しては、介入の後に自治権に何が残されているのかが問題となり、自治の概念は就中、歴史的に規定されるのである[2376]。ゲネンヴァインに従えば、ゲマインデが見せかけだけの存在になってしまうと評価されるのは、国の立法者が地方自治行政の核心的構成要素を切り離すような場合であり、それは例えば、立法者がゲマインデからその財産管理を剥奪しようとする場合、立法者がゲマインデの機関とゲマインデの官吏を国家当局から任命させる場合、立法者が国家監督を民事法の後見の観点に従って形成してゲマインデの決定が監督官庁の提示に従って異議を唱えられなかった場合にはじめて執行可能なものと宣言するような場合である[2377]。またゲネンヴァインにおいては、国が地域的共同体の多くの任務領域を国の任務にしてしまう場合、そしてこの任務をゲマインデに委託によってのみ処理させるような場合も自治の空洞化に該当するのである[2378]。ゲネンヴァインによれば、委任行政は地域的共同体の任務をゲマインデによる固有責任に基づく処理から剥奪するものであり、地域的共同体の重要な任務を委任行政、また指示に従う義務的任務にすることはこれをゲマインデによる固有責任に基づく処理から剥奪するものであり許されないのである[2379]。

ゲネンヴァインによれば、このような自治権の保障によって、基本法の発効時に存在していた任務領域の現状が当然に保障されるのではなくて、地域的共同体に依拠する任務領域がその核心において保護されるのである[2380]。また彼に従えば、自治の保障からは個別のゲマインデの存立の保障が引き出されるのではなくてゲマインデは法律によって解体され得、ゲマインデには自己解散権は帰属しない[2381]。

ゲネンヴァインは、基本法は 28 条 2 項 1 文において、ヴァイマル憲法とは対

[2375] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 29
[2376] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 29
[2377] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 30
[2378] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 30
[2379] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 30
[2380] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 31
[2381] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 31

照的に地方自治の概念に相当に明確な輪郭を与えているという。すなわち彼によれば、基本法がその権利の組織化された担い手としてのゲマインデを前提としており、ゲマインデに地域的共同体の全て任務を規律することを割当て、この任務領域が法律の枠の中で固有責任において処理される、ということによって自治の権利はその輪郭を獲得するのである[2382]。ゲネンヴァインによれば、地域的共同体の任務の法的に自立した担い手としてのゲマインデが存在しているのでなければならず、連邦の側から見ればある点でゲマインデはラントの構成要素とのみ見なされるとしても、基本法は行政権限の自立的な担い手としてのゲマインデの前提としており財務体制におけるゲマインデの自立を承認することを意図しているのである[2383]。

ゲネンヴァインは、基本法の自治概念は、諸ラントにおいてゲマインデが組織化された地域的共同体の連合体として存在し、公法の団体として存在しているのでなければならないということを示しているという[2384]。ゲマインデの任務を規律する際にゲマインデは、固有の決定力を展開しなければならず、ゲネンヴァインに従えば公的行政のその他の担い手、とりわけ国の指示から自由である[2385]。また彼によれば、ゲマインデはゲノッセンシャフトとして組織されていなければならず、ゲマインデの全ての住民が意思形成機関たる代表を選挙するのである[2386]。

ゲネンヴァインにおいて地方自治の目的はさらに諸ラント内における分散化と分権化にあり、基本法 28 条は国家官庁の指示権限から自由な固有の意思形成を与えられる権利能力ある行政の担い手による自治を予定していることによって、最低限の分散化を保障することを意図しており、基本法は厳格に集権化されたラントの行政を妨げることを意図しているのである[2387]。また、ゲネンヴァインに従えば基本法 28 条はこのような分散化と並んで、このような公法の団体に国家的任務の処理を委ねることを黙示的に前提にしていることによって、国家行政の分権化を促進している[2388]。ゲネンヴァインは、基本法は形式的自治概念と並んで実体的自治概念を含んであり、地方レベルでの公的行政が公法の法

[2382] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 32
[2383] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 32
[2384] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 32-33
[2385] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 33
[2386] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 33
[2387] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 33
[2388] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 33

人によって行われることを要請しており、この公法の団体にザハリヒに制約されていない任務領域を配分しているという[2389]。ゲネンヴァインにおいては、一方において基本法で保障されているのは自治の最低基準であり、もう一方においてラント憲法及び法律から生じる実体的自治概念はそれよりも包括的なものである[2390]。

b）作用領域の全面性の原則

ゲネンヴァインに従えば、ゲマインデは公的行政の担い手であり、その行政を行うことによって全体の利益に奉仕し、ゲマインデにはその目的を達成するために高権的権限が与えられている[2391]。そして彼は、公的行政の全体の領域の中でゲマインデの任務領域は地域的共同体の事務に限られており、この任務は地域的共同体に根源を有しているか、あるいは地域的共同体に特別の関連を有しているという[2392]。そして、このようなゲマインデの任務はこの地域的共同体によって固有責任に基づいて自立的に処理されうるものでなければならないのである[2393]。

ゲネンヴァインによればゲマインデは地域的共同体の全ての事務を規律する権利を有しているが、彼はこの「全ての」という文言に二重の意味合いを見いだす[2394]。すなわち、一つには地方レベルでの公的行政の事務はゲマインデの一手に委ねられるという意味における地域的行政の一体性の原則と、もう一つにはこのような事務の周辺領域は基本的に無制約であるという意味におけるゲマインデの作用領域の全面性の原則がこの文言に読み取られるのである[2395]。そしてゲネンヴァインは、この二つの原則は互いに密接に結びついているという[2396]。ゲネンヴァインに従えば、地域的行政の一体性とは、ゲマインデの住民の生活に関わる全ての介入的、福祉的、形成的、配分的形態の措置がゲマインデによって行われると言うことを意味しており、この原則は通常の場合にゲマインデの行政と並んであるゲマインデの区画に対して特別の官庁を設立すること、とりわけその地域的管轄が一つのゲマインデのみを含んでいる国家官庁を設立す

[2389] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 34
[2390] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 34
[2391] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 34
[2392] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 34
[2393] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 34
[2394] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 36
[2395] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 36
[2396] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 36

ることを禁じているのである[2397]。しかしゲネンヴァインにおいてもこの原則は例外を許容しており、この原則の限界は一方でゲマインデの能力にあり、もう一方で国家的必要にある[2398]。また彼に従えば、ゲマインデにおいて一体的に統合されるべき地域的行政はその対象に応じて基本的に全面的である[2399]。経済的、社会的、文化的関係においてゲマインデの住民の福祉と利益を促進しうる全ての制度と措置は、ゲマインデによって創設され、講じられるのであり、ゲマインヴァインはこの意味におけるゲマインデの作用領域の全面性、普遍性、全体性は、19 世紀における自治概念に含まれるものであるという[2400]。ゲネンヴァインによれば、地域的共同体の事務に当たる限り、基本法 28 条 1 項とこれに対応するラント憲法とラント法律の規定によってゲマインデの権限への推定が基礎付けられている[2401]。

ゲネンヴァインは地域的共同体の事務の行政は固有責任において行われ、基本法はそのことによってシュタイン都市法の用語における地方自治行政の性質上のメルクマルを引き継いでいるという[2402]。さらに彼に従えば、ゲマインデが地域的共同体の事務を行う固有責任は、公的行政の全体の機構にとっての組織法的意義を有しており、この固有責任はゲマインデがその固有に任務領域において国家官庁機構のヒエラルヒーの中に組み込まれないことを意味している[2403]。このような固有責任においてゲマインデは国によって指揮されず、指示を受けるものではないのである[2404]。ゲネンヴァインによればゲマインデは自由であり、ゲマインデがその作用領域の中で行う政策に関して、全ての個別的措置について国に対して責任を負うものではない[2405]。彼はさらに、ゲマインデは国家的政策と画一化されず、憲法的秩序の中でゲマインデの作用は集権的支配におけるような国家指導の目的に照準を合わせられる必要は無いという[2406]。ゲネンヴァインに従えば、公的団体としてのゲマインデの、国への統合は、特に国の監督に示されており、そこで監督を行う国はゲマインデの行政を国に所属し

[2397] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 37
[2398] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 37
[2399] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 37
[2400] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 37
[2401] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38
[2402] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38
[2403] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38
[2404] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38
[2405] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38
[2406] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 38-39

ているものとして監視するのではなくてフレムドなものとして監視するのである[2407]。彼は、そのような国家監督は固有責任の原則によって排斥されるのではないけれども、国家監督はゲマインデが後見の下に置かれてもはや固有責任において決定を行うことができないほどまでに広く拡張されてはならないという[2408]。

ゲネンヴァインによれば、各々のゲマインデが地域的共同体における全体の統治の中で担う固有責任性から、ゲマインデの個別性が生じ、各々のゲマインデは人々の連合体であり、この連合体は自らに固有の考え方に応じて生活し自ら定めた目標を追求するのである[2409]。またゲネンヴァインは、ゲマインデは国によって設定された任務にならうのではなくて、国と国の法秩序の中で自由に活動し、ゲマインデはその生活について基本決定を行なうのだという[2410]。

ゲネンヴァインは、ゲマインデは国の中にあり、他のあらゆる法人と同様に第一に国家権力に服しているという[2411]。またもう一方において彼に従えば、この権力に対する服従には、憲法上の自治概念の中で、ゲマインデを立法者と執行権力に対して保護する限界が引かれている[2412]。さらに、公法の団体の間でゲマインデは制度的に保障され、核心において剥奪しえないゲマインデが固有の機関を通じて治める任務領域を有している限りで意義深い特別の地位を占めているのである[2413]。ゲネンヴァインは、一方においてゲマインデは分岐された国家権力の一部と見なし、もう一方でゲマインデは多くの点において市民と類似して国に対抗しているものと見なしている[2414]。ゲネンヴァインに従えば、法律によってここのゲマインデが解体されうるという事実、国が一時的に全てのゲマインデの任務を受託者を通じて行わしめるという事実は、憲法上保障された自立的な基本権の担い手としてのゲマインデに難をなすものではない[2415]。ゲネンヴァインは、ゲマインデを延長された国の腕、あるいは間接国家行政とのみ見なす者は、国に向けられた主観的基本権の担い手たる地位を首尾一貫して否

[2407] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 39
[2408] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 39
[2409] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 41
[2410] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 41
[2411] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 41
[2412] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 41
[2413] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 41-42
[2414] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 42, Kahl, (Fn. 32), S. 298
[2415] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 42

認するだろうという[2416]。

c）ゲマインデの始原性

ゲネンヴァインによれば、基本法 28 条は自治の最低限の保障をしているに過ぎず、ラント立法者は自治をより詳細に形成する際に、歴史的産物によって規定された自治の理想像をよりどころにすべきであり、この場合にラント立法者の諸規定には連邦法の優位を定める基本法 31 条は適用されない[2417]。

ゲネンヴァインによれば諸ラント憲法はほぼ一貫して自治権を基本法28条の意味における制度的保障として承認しているのであり、自治を求める主観的権利を含むものである自然法的見解はバイエルンとラインラント-プファルツにおいて憲法裁判所の影響の下で制度的保障の承認を上回るものであった[2418]。すなわち、バイエルン憲法 11 条 2 項はゲマインデを公法の始原的領域団体と称しており、始原的という文言でゲマインデの前国家性が強調されているのである[2419]。ゲネンヴァインはここにおいて、ゲマインデの自由は国家権力から導き出されるのではなくて国家権力と同じくフォルク主権に基づいているという[2420]。またラインラント-プファルツにおいては、その文言がゲマインデの前国家的理解を想起させるものを認識させるものではない 49 条が基本権の部分にあるということから既に、自治権が国から授与されるのではなくて、また自治権が国家全権の創造物であるのではなくて、自治権はゲマインデに真正の自然権として帰属しているということが導き出されるのである[2421]。ゲネンヴァインによればラインラント-プファルツにおいて憲法裁判所は、自治権を国家行政権と並び、そしてこれに対抗してゲマインデの固有の自然的権利と見なしているのである[2422]。この場合に彼に従えば、局地的な空間で集落として共同居住している人々は従前から確固たる共同感情を発生させ、国による承認無しに生活していた社会学的単位を生み出していた共通の需要を有しているのである[2423]。

[2416] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 42
[2417] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 43
[2418] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 43-44. ゲネンヴァインの理解の中で基本法 28 条の制度的保障に地方自治の個別的保障までもが含まれているのではないことについて Kahl, (Fn. 32), S. 299
[2419] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44
[2420] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44
[2421] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44
[2422] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44
[2423] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44

ゲネンヴァインによれば前国家性からの実際的な帰結は、せいぜいのところ旧来のゲマインデが国によって公法の団体の属性が付与されているということの証明から解放されている限りで、引き出されうるものである[2424]。彼はまた、新たなゲマインデは国家高権的行為を通じて成立するに過ぎず、新たなゲマインデに高権的権利が与えられて形式的法律を通じて成立するに過ぎないという[2425]。このようにして、一方においてゲネンヴァインにおいても個々のゲマインデの存在の保障は、前国家性の保障からは引き出されえず、ゲマインデは制度的に保障されているのみであって個別的に保障されているのではない[2426]。またもう一方においてあるゲマインデの解体は法律によってのみ行われうるのである[2427]。

ゲネンヴァインによれば、領域団体の概念は学説から法律用語に受け継がれた概念であり、領域団体は公法の団体の特別の形態である[2428]。彼によればこの領域団体の語義からは、その団体の活動が境界付けられた領域の中で行われるものでなければならないことが導き出されるのである[2429]。またゲネンヴァインは、ゲマインデは領域を有しているものでなければならないという規定は、ゲマインデがこの領域の中で完全に定められた形態の支配、領域高権、地域高権を行使するということを意味しており、この支配にはゲマインデの構成員が服している[2430]。ゲネンヴァインにおいて領域と構成員はゲマインデの概念状本質的な要素である[2431]。また領域団体の概念には、基本的に各々の国家領域の地面がゲマインデの地域に属しており、国家領域はゲマインデの地域の総体であるという観念もまた含まれている。彼は、領域団体の概念はゲマインデの任務に密接に関わっており、ゲマインデの任務領域は基本的に無制約であり、このようなゲマインデの作用領域の全面性が領域団体のさらなるメルクマルであるという[2432]。ゲネンヴァインにおいて領域団体の法学的意義は、大都市の高権の行使においても大都市はその領域に制約されたままであり、大都市は福祉、移住

[2424] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44
[2425] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 44-45
[2426] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 45, Kahl, Fn. (32), S. 298-299
[2427] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 45
[2428] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 45-46
[2429] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 46
[2430] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 46
[2431] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 46
[2432] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 46

政策、計画においてこの領域を超え出ようとするとき、あるいは超え出なければならないときには、大都市は契約、目的連合、計画共同体を必要とするのである[2433]。

ゲネンヴァインはさらに、諸ラント憲法は国への統合の形態についての規定を一貫して含んでいるというのであるが、彼はこれに含まれるのがとりわけ国家監督についての規定、そして国の任務をゲマインデに委託する可能性を予定している諸ラント憲法の規定であると考えている[2434]。このようにしてゲネンヴァインにおいては領域、国家監督、国家任務のゲマインデへの委託が、ゲマインデの自治への制約をなしているのである。

ⅱ）監督

a）自治体監督

aa）国家監督の基礎

ゲネンヴァインにおいて、ゲマインデはあらゆる自然人及び法人と同様に国家権力に服しており、ゲマインデは国法に服従する義務を負っており、自治の保障によって保護されたゲマインデの活動領域の中でもゲマインデは基本的に全ての現行の規範に対して服しているのである[2435]。またゲネンヴァインは、ゲマインデは基本的に警察的義務を負っており、一般権力関係において国に服している権利主体として警察的命令の名宛人たりうるという[2436]。彼はまたもう一方において、自治の制度的保障から、立法府と執行府がゲマインデを国家権力に服従させるときに遵守しなければならない限界が生じるという[2437]。すなわち、立法者は固有責任に基づいて処理されるべき地域的共同体の任務の基本的内容を侵害することは許されず、国家行政は特別の授権無しには指示や禁止によってゲマインデの行政の進行に介入することを許されていないのである[2438]。ゲネンヴァインは、ゲマインデは確かに公的行政の共同の担い手であるけれども、ラント行政のヒエラルヒー構造に組み込まれるのではないという[2439]。自治行政は基本的に直接国家官庁の審級序列の外部にあるのである[2440]。ゲネンヴァイン

2433 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 46-47
2434 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 47
2435 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 172
2436 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 172
2437 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 172
2438 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 172
2439 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 172-173, Kahl, Fn. (32), S. 299
2440 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173

に従えば、ゲマインデによる地域的事務の行政は、公権力と自由権の間の緊張関係がそこでは生じないであろうような、一体的なものと考えられる国家権力内部の官治内部的現象のみであるのでは決して無い[2441]。ゲネンヴァインは、ゲマインデは、自治権がもはや主観的公的基本権に含められるのでは無いとしても、国の立法府と執行府に向けられている特別の形態の自由権の担い手であるという[2442]。そしてゲネンヴァインに従えば、国へのゲマインデの統合（Eingliederung）は、とりわけ公法の団体、並びにゲマインデに対して国が行う監督に示されているのである[2443]。

ゲネンヴァインは、このような国家監督は監督を受けるべき対象に関しても、用いられるべき手段の目的と標識に関してもゲマインデに対する一体的な法制度ではないという[2444]。彼に従えば、固有事務と委任事務における、多くのゲマインデ法が行った全ての概念上の区別にも関わらず、固有事務が慣習あるいは法律に従って国の権力領域に属している事務とは異なった基準と目的で監視されているということが維持されなければならない[2445]。ゲネンヴァインにおいては、ゲマインデの固有作用領域の国によるコントロールが自治体監督であり、国による委任作用領域のコントロールが専門監督と称されるのである[2446]。彼によれば監督は、法治国上不可欠の公的行政の担い手の作用を確保するものであり、監督によってゲマインデの個々の措置が審査され、監督は行政手続との密接な接点を持っている[2447]。

ゲネンヴァインによれば自治体監督は、自治の保障によって保護されたゲマインデの固有作用領域に及んでおり、自治体監督は公法上の連合体監督の特別の形態であり、すなわち国が公法の内部国家的連合体に対して行う監督の特別の形態である[2448]。彼によればこの連合体の監督は、強度に応じて純粋な法コントロール、目的適合性コントロール、一般的指示権限のかたちで存在しうるものである[2449]。そしてゲネンヴァインにおいては、ドイツ・ゲマインデ法の歴史

2441 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173
2442 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173
2443 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173, Kahl, (Fn. 32), S. 299
2444 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173
2445 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173
2446 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173
2447 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 173, Kahl, (Fn. 32), S. 299
2448 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 174
2449 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 174, Kahl, (Fn. 32), S. 299

における監督の運用に対して想定しうる三つの評価の標識が示され、第一に掲げられるのが領主絶対主義における民事法的観点の下での後見監督である[2450]。そしてこのような後見監督においてはゲマインデの財産管理が何らかのやり方で規律され、監視され、このやり方は完全な指揮権と同等のものである[2451]。ゲネンヴァインは、1808 年シュタイン都市法が、現在の法において行政への参加が明示的に放棄されない限りで国に最上級の監督権を留保していることは、偉大な進展であると見なしている[2452]。そして、ゲネンヴァインによれば 1869 年シュレースヴィヒ-ホルシュタイン都市法がはじめて国家監督を法律適合性コントロールに限定する進歩を明らかにしたのであるけれども、ヴァイマルの時代においては、自治体監督を純粋な法コントロールに制約することは達成されなかった[2453]。またゲネンヴァインは、国家後見の理論が継続して影響を与えている間は、とりわけ認可の留保は監督措置に含め入れられなかったものと見なし、法律上予定された認可が付与されるべきか拒絶されるべきかの審査においては、裁量問題が重要な役割を果たすものと見なしている[2454]。すなわち、ゲネンヴァインの理解では、国家後見の理論が妥当していた時代においては認可という制度は監督ではなくて後見的行為であり、認可を与えるか否かについては監督官庁に広い裁量が認められるのであろう。そして、ゲネンヴァインによれば国家社会主義のゲマインデ法は、国家監督の展開の完全な中断をもたらし、重大な財政的危機が 1930 年及び 1931 年のライヒ大統領緊急命令と、ラントの無数の法律及び緊急命令において成文化されたゲマインデの財務行政に対する国の新たな介入可能性を必要としたのである[2455]。ゲネンヴァインは、国家監督がゲマインデの行政が法律と国家指導目的と軌を一にして行われることを確保することを定める 1935 年ドイツ・ゲマインデ法によって、ゲマインデの生活に対する如何わしい画一化が実行されたものと見なしている[2456]。それから、ボン基本法が地方自治に制度的保障を与え、基本法は自治体監督に言及せず、連邦自治体監督が存在しないこと、自治体監督は排他的にラントに帰属することが、

[2450] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 174
[2451] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 174
[2452] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 175
[2453] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 175, 塩野・前掲脚注 2）88 頁
[2454] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2455] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2456] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176

連邦国家の秩序から帰結した[2457]。ゲネンヴァインに従えば、自治体監督は、基本法 28 条の「法律の範囲内で」という文言の中で予定されており、ラント立法者は自治体監督を通じて固有責任の原則を制約することを許容されているのである[2458]。ゲネンヴァインは、それでもこのような監督は自立的な行政の担い手としてのゲマインデの性質と適合したものでなければならないという[2459]。彼によれば、監督権には、はじめから自治権の本質的内容によって制約が定められているのである[2460]。ゲネンヴァインによれば監督の手段によって、認可を要する措置に対する一般条項の導入によって、ゲマインデの固有責任に基づく自由な活動が抑制されるものであってはならず、監督は完全な指揮権へと拡充されてはならない[2461]。しかしゲネンヴァインにおいても自由裁量と目的適合性の観点の下で行われる監督ははじめから基本法の制度的保障に抵触するのではなくて、監督的手段の強度次第である[2462]。このようにしてゲネンヴァインにおいては、法適合性への国家監督の制約は、国家監督の概念上要請されているものではないのであり[2463]、彼もまた目的適合性の監督を一定の範囲内で許容しているのである

ゲネンヴァインに従えば、諸ラントの憲法は自治体監督を法律適合性コントロールに限定し、その際に様々な定式を用いている[2464]。すなわち、バーデン-ヴュルテンベルク、ブレーメン、ノルトライン-ヴェストファーレンにおいては行政の法律適合性の一般原則が指示され、この行政の法律適合性の原則がゲマインデによって遵守されているか否かが、国の監視の対象である[2465]。また、彼に従えばヘッセン、ラインラント-プファルツ、ザールラントの憲法は監督の基準として法律との一致というものを用いており、シュレースヴィヒ-ホルシュタインにおいては、ラントは監督を通じて法律の実行を監視するものとされている[2466]。そして、バイエルンにおいては、固有作用領域の事務において国はゲマインデによる法律上の義務の履行及び法律の規定の遵守のみを監視するものと

[2457] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2458] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2459] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2460] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176
[2461] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 176-177
[2462] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177
[2463] Kahl, (Fn. 32), S. 299
[2464] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177
[2465] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177
[2466] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177

されているのである[2467]。ゲネンヴァインは、自治体監督が法コントロールに限定されていなければならないということは、ブレーメン、ヘッセン、ラインラントープファルス及びザールラントの諸憲法もまた語っているという[2468]。ゲネンヴァインは、ラントは義務的任務において詳細な法律の規定に応じて指示権と監督権を留保することができるというノルトライン-ヴェストファーレンの憲法における規定を、上述の規定において語り出された純粋の法律適合性コントロールの否定と見なしている[2469]。ただしそれは、立法者が無制約に固有作用領域の任務を、無制約の監督権を伴う義務的任務にすることができるという想定をする場合のことである[2470]。

ゲネンヴァインに従えば自治体監督には保護機能が与えられており、自治体監督はゲマインデをその権利において保護するものである[2471]。彼によれば唯一の具体化された国の保護義務は、金銭債権を理由とするゲマインデに対する強制執行は監督官庁がこれを許可したときにのみ可能であるということにあらわれている[2472]。ゲネンヴァインによればこれ以上の実際的帰結は保護機能からは引き出されえず、監督官庁は何らかの形態で監督を受けるゲマインデの法的争訟に関与する権利を有しておらず、ゲマインデに有利に法的手段を発動する権利を有していない[2473]。ゲネンヴァインは、ゲマインデの権利と利益を保存するために必要と思われる手段の選択においてゲマインデは、自治権に基づいて自由であるという[2474]。

bb）監督の義務と裁量

ゲネンヴァインによれば監督権の活動に対しては便宜主義が一般的に妥当し、自治体監督の手段は監督官庁によって義務的裁量に従って運用がなされうる[2475]。そしてこの自治体監督の手段の動員そのものは、監督官庁の義務的裁量に委ねられているのであるけれども、この義務的裁量には自治体監督が奉仕すべき行政の法律適合性の原則を顧慮して始めから極めて狭い余地しか与えられて

2467 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177, Kahl, (Fn. 32), S. 300
2468 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 177-178
2469 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2470 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2471 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2472 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2473 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2474 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 178
2475 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 179

いないのである[2476]。ゲネンヴァインに従えば、バイエルンにおいては違法な決定と処分に対して異議を提起し、この決定と処分の取消しや変更を要請し、場合によってはゲマインデに代替して必要な措置を講じ、執行する監督官庁の義務が存在している[2477]。

ゲネンヴァインによれば第三者、個々のゲマインデ住民やゲマインデ議会は、監督官庁の介入を求める請求権を有さないのであるけれども、もう一方で監督官庁が重大な瑕疵のある裁量濫用においてゲマインデの違法な命令に対して異議を提起しないとき、そしてそのことによって第三者が損害を被った場合には、賠償責任の原則が適用されうるのである[2478]。また、個々の住民は服務監督異議によって監督官庁にゲマインデの行政における欠缺を指示することができ、そのことによって監督上可能な活動を作動させうるのである[2479]。またゲネンヴァインによれば監督を受けるゲマインデ自身も監督官庁の活動を求める請求権を有さないのであるけれども、バイエルンにおいては異議を提起する義務に鑑み、ゲマインデは国家賠償責任の原則に従って、異議を提起されていない違法な決定によって自らが損害を被った場合には国に対して賠償請求権を有していると推量されている[2480]。

ゲネンヴァインによれば、法律適合性コントロールは監督を受けるゲマインデが自らに与えられた裁量を法律の意向に従って用いたか否かの問題をも含んでおり、裁量瑕疵行使の一般的問題がそこで生じる[2481]。この問題はゲマインデの作用領域の全面性の原則とその憲法上の保障から自治体監督において特別な姿を示している[2482]。彼によれば、ゲマインデの活動が広範に及んでいることに鑑み、法律による活動の禁止かあるいは実定法による他の部局への任務の委託においてのみ、ゲマインデの活動の限界が認められうるのである[2483]。また、ゲネンヴァインに従えば不確定法概念の問題も自治体監督の法律適合性コントロールに登場する[2484]。ゲネンヴァインにおいて不確定法概念は、監督の基準と対

2476 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 179
2477 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 179
2478 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 179-180
2479 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 180
2480 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 180
2481 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 182
2482 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 182
2483 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 182
2484 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 182

象の定式の中で確かに特別に頻繁であるのではないけれども、監督官庁の介入の問題にとっては、受託者の任命における行政の秩序だった進行、選任に対する異議における地方制度での必要な経験、ある官職のために必要な経験と適性がここで問題とされている[2485]。

cc）国家監督の手段

ゲネンヴァインによれば自治体監督の手段としては情報に関する権利、異議提起権、命令権、代執行、受託者の任命が掲げられ、個々のラントが新たに用いている監督手段として、ゲマインデ議会の解散、財源停止が掲げられるのであるが、彼はこのような監督手段のカタログは不完全なものであるという[2486]。すなわち、ゲマインデ法においては監督を規律している部分の外で分散してみられる国の協力可能性が監督権に含められ、この協力可能性としては、認可の留保、確認の留保、会計検査が掲げられている[2487]。このようにゲネンヴァインは許認可という制度もまた自治体監督の一種として位置づけている[2488]。

ゲネンヴァインによれば監督官庁はその任務を遂行するのに必要な限りにおいてゲマインデの個々の任務について情報を得ることができ、この権利は情報の請求を受けたゲマインデの、要求された情報を提供する義務を含んでいる[2489]。そしてこのことは、文書や資料、とりわけゲマインデ議会の決定の報告と送達を通じて行われ得るものであるけれども、監督官庁は現場で自ら調査を行う見聞を行うことができるものとされている[2490]。ゲネンヴァインはそれでも、監督官庁は一定の時間が経過すると通常行われるべき全体のゲマインデの行政の進行についての報告を請求することが許容されないという[2491]。ゲネンヴァインによれば情報に関する権利は法律適合性コントロールに従事するものであり、それ故にこの権利は、ゲマインデが個別の場合に法律に違反しようとしているか、既に法律に違反したと推測するための特別の根拠が存在している場合にのみ与

[2485] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 182-183
[2486] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 183
[2487] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 183
[2488] 塩野・前掲脚注 2）84 頁。そして塩野は、許認可の制度を自治体監督の一種とみなして、現実に適法性監督の機能を有する限りにおいてこれを合憲とするゲネンヴァインの考え方を少数有力説に位置付ける。同様にして、Kahl, Fn. (32), S. 299 に従っても、ゲネンヴァインは国家監督を認可の留保や確認の留保を含んだ一体的な法制度として捉えている。
[2489] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184
[2490] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184
[2491] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184

えられるものである[2492]。彼は、旧来のゲマインデの視察や地方の巡回は、公共体の全体の状況が明らかに危険な混乱にあり、受託者の任命についての決定が必要でありうるようなものとなる場合にのみ可能であるという[2493]。ゲネンヴァインはヘッセンにおける監督官庁の、いつでもゲマインデ議会の会議に参加する権限、ゲマインデ議会が一定の事務を取り扱うために招集されることを要請する権限は、地方レベルでのフォルク代表としてのゲマインデ議会の性格とも固有責任の原則とも調和しえないものであってこのような監督手段は始めから法律適合性コントロールと全く直接の関連がないという[2494]。

ゲネンヴァインによればゲマインデは、特に認可を要する決定を特に要求されなくとも監督官庁に知らせなければならず、この義務は認可を受ける義務のない事柄に対しても立法者によって予定されるものである[2495]。ゲネンヴァインは、呈示義務はしばしば後退した認可の留保であり、ゲマインデが呈示する義務のある決定が効力を持ち始めるまで法律において定められた時間を待たなければならないという法効果がこの呈示に結びつけられうるものであるという[2496]。またゲネンヴァインは、単純な届出義務を停止効果を伴う呈示義務から区別する[2497]。しかし彼によれば条例制定を呈示する義務は一般的に停止効果を与えられるのではなく、条例制定に対する停止効果を伴う呈示義務はラインラント-プファルツにおいてのみ存在するものである[2498]。ゲネンヴァインによれば届出義務や報告義務は、ゲマインデの計画に対する純粋に準備的監督手段であり、全てのラントにおいてゲマインデは経済企業の設立と基本的拡張について届出を行わなければならない[2499]。ゲマインデは届出義務によってその計画を実行に移すことを妨げられるものではなく、ゲマインデは監督官庁が届出に反応するか否か、どのように反応するかを待つ必要はないのであるけれども、監督官庁が介入する可能性を持つように適時に届出を行わなければならないのである[2500]。

[2492] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184
[2493] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184
[2494] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 184-185
[2495] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 185
[2496] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 185
[2497] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 185
[2498] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 185-186
[2499] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2500] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186

ゲネンヴァインによればゲマインデの請願に応じて、あるいは職権によってゲマインデに助言することが国家監督の任務に属している[2501]。ゲネンヴァインによれば実定法上は、この助言はバイエルンにおいてのみ予定されているのであるけれども、ゲネンヴァインは他のラントにおける「監督はゲマインデをその権利において保護し、その義務の履行を確保する」という文言から、ゲマインデに助言する監督官庁の権利及び義務を導き出す[2502]。彼は、今日の国とゲマインデの関係においてゲマインデはもはや、監督官庁の助言を受入れることを義務付けられておらず、ゲマインデは承諾されない助言を退けることができるという[2503]。ゲネンヴァインに従えば全ての場合に助言の付与は法の遵守に限定され、法違反を行いかけているゲマインデには監督官庁から決定的な法的観点を指摘されうるのである[2504]。彼によれば監督官庁は、ゲマインデが固有作用領域の中である任務を自由意思に基づいて行うべきか否かについて、ゲマインデに義務付ける効果を伴って助言を与える権限を有していない[2505]。またゲネンヴァインは、監督官庁と行政の小規模な小さいゲマインデとの関係において信頼関係が存在し、この信頼関係からゲマインデは全ての重要な事務において監督官庁に助言を願い出ているということが考慮されなければならないという[2506]。そして、大規模なゲマインデは自治体の長の連合の中での情報交換を優先し、中規模都市は十分に素養を身につけた専門的官吏を持っており、この専門的官吏の知見が監督官庁において助言を求めることを不要なこととしているのである[2507]。

ゲネンヴァインに従えば異議申立て権の監督手段は法律適合性コントロールと最も密接に関わっており、監督官庁はどの機関から発せられたに関わらずゲマインデの決定と命令に対して異議を提起し、瑕疵のある決定の変更と取消しを要請する権限を与えられている[2508]。そしてその他に、監督官庁はそのような瑕疵のある決定や命令に基づいて行われた措置を取消すことを要求することが

[2501] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2502] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2503] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2504] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2505] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 186
[2506] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 187
[2507] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 187
[2508] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 187

できるのである[2509]。ここで異議が提起されうるのは、ゲマインデが法に反することなしに取消すことのできる措置であり、このような異議の提起はゲマインデが異議の提起された決定や命令をもはや実行することが許されない監督的効果を有している[2510]。ゲネンヴァインに従えば全てのラントにおいて監督官庁は、法律に適った状況を確立するためにゲマインデに相当の期間を定め、その要求が従われない場合には自ら取消すものとされる[2511]。ゲネンヴァインにおいて、この異議申立て権が行政の法律適合性の原則を顧慮して監督官庁の義務へと高められるのか否か、監督官庁が一定の活動の余地を有していないのか否か、法的手段を用いて防御しうる個々人の権利が侵害されている場合に自制しうるのか否かの問いが提起され、彼によれば監督官庁の余地は、その場合に狭く定められる[2512]。ゲネンヴァインによれば重大な義務違反の異議提起の不実行は、ゲマインデ自身が違法な決定によって損害を被る場合に、監督官庁の職務義務違反を意味しうるのであり、このことに基づいてバイエルンにおいては異議提起権が異議提起義務へと高められているのである[2513]。

ゲネンヴァインによれば異議提起権は消極的介入可能性を含んでおり、異議提起権は法的に瑕疵のあるゲマインデの決定の除去をもたらすものである[2514]。彼に従えばこの異議提起権は、ゲマインデに法律上責任のある公法の形態の義務の履行のために必要な全ての決定と措置をゲマインデが行うことを確保する権限によって補完されなければならない[2515]。そして、民事法上のゲマインデの義務は命令権の対象とはなりえず、この民事法上の義務は正式の権利救済手段で追求されなければならないのである[2516]。ゲネンヴァインによればこの命令権を用いるための条件は、ゲマインデが不作意のままであるということであり、それ故に命令権は積極的国家監督とされる[2517]。この命令は、ゲマインデに代替する国家官庁の活動ではなくて、法状況を変更するものではなく、必要な決定を行いこれを実行することをゲマインデに義務付けるものであり、命令は概念

2509 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 187
2510 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 187
2511 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2512 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2513 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2514 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2515 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2516 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 188
2517 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189

上いくつか類似しているにも関わらず指示権から区別される[2518]。

ゲネンヴァインにおいて代執行は、ゲマインデのために、及びゲマインデに対して効力を持つ、監督官庁の活動であり、監督的代理である[2519]。そして代執行は、命令権に厳格に従属するものであって、代執行はゲマインデが活動しないままの状態である場合のサンクションである[2520]。またゲネンヴァインは、バーデン-ヴュルテンベルクとバイエルンにおいてのみ、代執行はとりわけ情報に関する権利と異議提起権の領域からのゲマインデによって従われない他の監督的処分を実行する手段でもあり、異議を提起された決定はバーデン-ヴュルテンベルクとバイエルンにおいて代執行によって破棄されるのである[2521]。ゲネンヴァインによれば代執行の対象は、ゲマインデが法律の規定に従って自ら行わなければならないはずであった全ての決定、義務の宣告、その他の措置である[2522]。そして監督官庁はその処分において、監督官庁がゲマインデに代替して活動することを明らかにしなければならず、このことはとりわけ法律行為の取引における義務の宣告において妥当するのである[2523]。また代執行の対象は、行政行為の実行、選挙の実行、条例の発布の実行、財政計画の確定、個々の収入と支出の許可でもありうる[2524]。ゲネンヴァインによれば第三者による代執行の実行は、実際的意義を失った[2525]。代執行の費用は全てゲマインデが負担するものとされる[2526]。

ゲネンヴァインに従えば自治体監督の最も包括的で最も広く及ぶ手段は受託者、すなわち国家委員の任命であり、この手段はその広範な適用においてゲマインデの自治行政を一時的に排除し、国家行政によって代替することができるものである[2527]。そして、ゲネンヴァインによれば受託者の任命のための条件は、行政の秩序だった進行の妨害であり、バーデン-ヴュルテンベルクはこの監督手段を法監督と直接的に明確に関連づけている[2528]。すなわち、ゲネンヴァインは、

[2518] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2519] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2520] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2521] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2522] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2523] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2524] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 189
[2525] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
[2526] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
[2527] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
[2528] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190

受託者はゲマインデの行政が著しい範囲において法律に適った行政の必要に対応していないときにのみ任命されうるのである[2529]。ゲネンヴァインは、受託者の任命の条件が行政の秩序だった進行に関連付けられているところでも、第一に行政の法律適合性に目標が置かれているという[2530]。ゲネンヴァインにおいて行政の秩序だった進行とは、行政の法律適合性の一般原則から特別に解明をされる不確定法概念である[2531]。ゲネンヴァインによれば自治体監督の全ての措置と同じくして受託者の任命に対しても比例原則が妥当し、その他の、より強度に介入しない手段では十分でない場合にのみ受託者が任命され売ると言うことが実定法上定められている[2532]。またゲネンヴァインは、比例原則から、受託者はゲマインデの行政の秩序だった進行が回復されたと思われる時点で解任されるということが帰結するという[2533]。またゲネンヴァインに従えば、さらに比例原則から、受託者は様々な段階の作用を委託されうるということが帰結する[2534]。この受託者の任命という監督手段によって、受託者に一時的にゲマインデの個々の任務、あるいは全ての任務が委ねられ得、このことはある期間の作用領域が制約されうるということを意味している[2535]。彼によればいかなる範囲で監督官庁がその全権を及ぼすのかは、ゲマインデの行政の秩序だった進行が妨害されている度合いに依存している[2536]。ゲネンヴァインは、監督官庁が受託者に、差し当たってゲマインデの行政の進行を監視し、法律違反が差し迫り行政の秩序だった機能がそもそも不可能であるように思われるときにはじめて介入することを指示するということも可能であるという[2537]。ゲネンヴァインによれば受託者の権限が委任作用領域に限定されるということも考え得ることである[2538]。ゲネンヴァインによれば受託者はゲマインデの任務を担うのであるけれども、受託者は国の委託において活動し、国家官庁の指示に拘束されるのである[2539]。ここで、ゲマインデの生活に国家意思が立ち入るための門戸が設けられている

2529 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2530 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2531 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2532 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2533 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2534 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190
2535 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 190-191
2536 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 191
2537 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 191
2538 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 191
2539 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 192

のである[2540]。受託者の任命の費用はゲマインデが実定法の規定に従って国に賠償しなければならないこととされる[2541]。

ゲネンヴァインにおいてゲマインデ議会の解散と市長の解任は、受託者の任命を行ったにもかかわらず短時間内に若干の成功の見込みを伴って憲法上の機関の機能を担保する手段である[2542]。ゲネンヴァインによれば、バイエルンにおいてはゲマインデ議会、市長、あるいは両者の新選挙を命令する国の政府に与えられた可能性は受託者の任命の最終手段と直接に関係付けられ、ブレーマーハーフェン、ヘッセン、ニーダーザクセン、ノルトライン-ヴェストファーレン、ラインラント-プファルツ、シュレースヴィヒ-ホルシュタインにおいては、行政の秩序だった進行がゲマインデ議会から行われている場合には、ゲマインデ議会を解散する可能性が与えられ、この場合には 3 ヶ月以内に新選挙が行われなければならない[2543]。ゲマインデ議会が継続的に決定を行うことができない場合には、ヘッセンにおいては監督官庁はゲマインデ議会を解散することを義務付けられているのである[2544]。これに対して、その他のラントにおいてはこのゲマインデ議会の解散は国家官庁の裁量に委ねられている[2545]。ゲネンヴァインによればゲマインデ議会の解散のための条件は、継続的な決定能力の欠如と並んで、解散とおその後に行われる新選挙によってのみ、ゲマインデの任務の秩序だった処理が確保されうるということである[2546]。市長の任期終了前の解任は、バイエルンにおいて法監督の手段と見なされ、バーデン-ヴュルテンベルクにおいては、市長の官職の期間は、市長が職務の要請に対応していない場合、それからこのことによって公的利益において耐え得ない著しい諸状況が行政において生じる場合に、特別の手続の中で終結されたものと宣言される[2547]。そしてこの手続は、上級法監督官庁によってのみ開始されうるのである[2548]。

ゲネンヴァインに従えばシュレースヴィヒ-ホルシュタインとノルトライン-ヴェストファーレンにおける財源停止は新しい、非常に議論の行われている監

[2540] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 192
[2541] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 192
[2542] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 193
[2543] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 193
[2544] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 193
[2545] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 193
[2546] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 193
[2547] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 194
[2548] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 194

督手段である[2549]。監督官庁はその命令が従われない場合に代執行に代わって財政調整の枠の中でゲマインデに帰属する財源配分を事前の戒告の後に停止し、縮減し、削除することができ、ゲネンヴァインは、この監督手段はゲマインデのその法律上の義務を遵守し通常の程度にゲマインデの自治任務を履行することができないようにする場合に、自治の制度的保障に反するという[2550]。またそのことは、ゲマインデの固有の手段からは調達され得ない、ゲマインデの任務の遂行のために必要な支出を財政調整によって共同分担する国の憲法上の義務にも違反するのである[2551]。

ゲネンヴァインによれば、国家官庁による出納と予算執行の結果の検査、ゲマインデの財産管理の検査は自治体監督の一つの措置である[2552]。彼によればこの監督手段は、その都度ゲマインデの年次会計の終了の後に自動的に行われること、監督官庁がほとんど一貫して自ら検査を行うのではなくて、監督官庁の指示に服していない独立した検査官を通じて行うこと、地域の検査は常に責任を持つゲマインデ機関の免責のゲマインデ内部の現象に含め入れられることに特別性を有している[2553]。ゲネンヴァインに従えば会計検査はゲマインデの収入経済と支出経済の法律適合性をその対象とし、法コントロールに限定されている[2554]。しかしながら彼によればバイエルン、ニーダーザクセン、ラインラント–プファルツ、シュレースヴィヒ–ホルシュタインにおいては、経済性と目的適合性の問題が含め入れられている[2555]。また、ヘッセンにおいては地域的検査は純粋な法適合性審査で、これに対して超地域的検査は経済性の問題に及ぶと見做されているのである[2556]。ゲネンヴァインは、会計検査官の独立性と指示からの自由の結果として、会計検査官は監督官庁に対して非常に自立的な地位を有しているのであるけれども、会計検査官は監督官庁の受託者であり報告を提出しなければならないという[2557]。彼によれば自治体監督の外でゲマインデの経済運営の検査があり、この検査は一貫して経済性コントロールに奉仕するもので

[2549] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 194
[2550] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 195
[2551] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 195
[2552] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 195
[2553] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 195
[2554] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 196
[2555] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 196
[2556] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 196
[2557] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 196-197

ある[2558]。

さらにゲネンヴァインにおいて、認可の留保と確認の留保が自治体監督の手段として位置付けられる[2559]。彼によれば、ゲマインデの多くの措置はその効力を持つために国家官庁の認可を要し、これと法的に類似した現象が確認である[2560]。このような確認として、ゲマインデの機関やゲマインデの官吏の選任の国による承認があり、この監督手段は、一部では異議申立ての可能性で存在する[2561]。ゲネンヴァインによれば認可の留保はゲマインデ法の中で一貫して個々の時効領域の中で分散して予定されており、法律テクストの中で認可を受ける義務のある措置の一覧はどこにもなく、その他に連邦の法律とラントの個別法が認可の留保を含んでいる[2562]。ゲネンヴァインは、ゲマインデ法が認可の留保を監督とその手段についての一般的規定の下で扱っていないということから、認可の留保が自治体監督の手段に属さないということは導き出されてはならない[2563]。この認可の留保を用いて国は、一定の措置がゲマインデによって行われるその度ごとに、国によって法律に適っているかどうか審査されうるということを達成するよう意図している[2564]。この審査の結果は、認可を受ける義務のある措置の有効性のために決定的である決定の中で定められる[2565]。そしてこの認可の留保は、ゲネンヴァインにおいて予防的監督手段に位置付けられる[2566]。ゲネンヴァインによれば認可の留保の主たる適用領域は、ゲマインデの財産の管理であり、基本的に起債、担保と保障契約から生じる義務の引き受け、ゲマインデの財産の一定の譲渡が、認可を受ける義務のあるものである[2567]。監督官庁の認可を要するゲマインデの条例制定、決定、その他の措置は、認可の付与によってはじめて有効なものとなり、これらのものは、認可の付与までは暫定的無効（schwebend unwirksam）であり、認可が拒絶されるとこのゲマインデの措置は無効である[2568]。ゲネンヴァインに従えば、認可と確認は、その拒絶と同様

[2558] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 197
[2559] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 197
[2560] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 197
[2561] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 197
[2562] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2563] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2564] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2565] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2566] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2567] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198
[2568] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 198-199

に形成的行政行為であり、取消され得ないものである[2569]。ゲネンヴァインによれば認可の留保は自治体監督の手段に含め入れられるのであるから、認可の留保は全てのラントの憲法の規定を目の当たりにして、法律適合性にのみ従事するのである[2570]。ゲネンヴァインは、認可の留保は法コントロールに従事するのであるから、認可を受けるべき決定が法に違反しない場合には認可は与えられなければならないという[2571]。しかしながら彼においても、一方でバーデン-ヴュルテンベルク憲法75条が国家監督をゲマインデの行政の法律適合性の監視に限定しているのであるが、もう一方においてこの条項は法律によって限定列挙された事務に対して目的適合性の理由に従って運用されるべき認可の留保が導入されることを許容しているのである[2572]。そしてこの場合に、列挙された形態の処分に対する同意は、秩序だった経済運営の観点の下で付与され、あるいは拒絶されうるのである[2573]。彼によればニーダーザクセンにおける主要条例に対する認可はこの条例が法律に違反する場合にのみ拒絶され得[2574]、ここでは認可の留保は法律適合性コントロールに限られているが、バイエルン、ヘッセン、ラインラント-プファルツ、ノルトライン-ヴェストファーレンにおいては、認可の留保は法律適合性コントロールの下でのみ運用されるべき監督手段から除外され、目的適合性考量の下で行われうるゲマインデに対する国の影響力の行使の可能性を許容しようとする見解が支配的である[2575]。またゲネンヴァインによれば、ゲマインデの官吏の選任に対する確認の留保は法コントロールにのみ従事する監督手段であり、不確定法概念による拘束を与えること無しに確認を監督官庁の自由裁量に完全に委ねる留保は、もはや許容されない[2576]。

b）専門監督と特別監督

ゲネンヴァインによれば任務の二元論の意味においてゲマインデの委任作用領域からゲマインデの固有作用領域を区別することは近代自治の樹立以来、国家監督の程度と基準においてその影響を及ぼしており、ゲマインデの行政は委任事務を処理する場合に国の官庁と見なされていたのであるけれども、ゲネン

[2569] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 199
[2570] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 200
[2571] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 201
[2572] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 201
[2573] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 201
[2574] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 201
[2575] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 202
[2576] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 204

ヴァインはこの考え方を否定する一方、ゲマインデに委託された任務に対する国の強化された監督はこれを肯定する[2577]。すなわち、バイエルンにおいては、委任作用領域の事務においてゲマインデはさらに上級国家官庁の指示に拘束されるという憲法命題が妥当しているのであり、ゲネンヴァインはこの形態の監督を専門監督と名付ける[2578]。ゲネンヴァインによればこの専門監督の運用に対しては、法律が他に定めを置かない限り、上級官庁と下級官庁の関係に対する行政法上の一般的規律が妥当し、この特別監督は法律適合性コントロールであるのみならず、目的適合性コントロールでもあり、専門監督は個別事例に対しても、一般的命令においても行使されうる指示権にあらわれている[2579]。ゲネンヴァインに従えば新たな形態の義務的任務において与えられうる指示は依然として専門監督の命令であり、彼はゲマインデの任務を一元的なものにする立法者の試みも専門監督の概念を不要なものとしなかったという[2580]。彼によれば専門監督の措置に対しても十分に権利保護がゲマインデに与えられていることが新しいことであるという[2581]。

ゲネンヴァインは、ノルトラインヴェストファーレン・ゲマインデ法 106 条 2 項に定められる特別監督の文言は、指示拘束的義務的任務の際に専門監督の文言に代替するものであり、特別監督はこの指示拘束的義務的任務の遂行を確保しなければならず、その基準は個々の法律から示されるという[2582]。このような特別監督を含む個別法として、エネルギー経済法、旅客運送法、森林法、学校法、水道法、建築法のような法律が掲げられている[2583]。特別監督においてはゲマインデの法律に対する服従性が示され、ゲネンヴァインは、この監督は自治体監督の法制度から生じるものではないという[2584]。ゲマインデが発電所を設立するとき、ゲマインデは建築法上の許可と水道法上の同意を必要とし、建設の実行は一般法律に従って権限ある国家官庁によっても監視され、自治体監督は他の観点の下でゲマインデの計画が法律と軌を一にしているか否かを監視する

[2577] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 205
[2578] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 205
[2579] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 205
[2580] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 205-206
[2581] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 206
[2582] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 206
[2583] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 206
[2584] Gönnenwein, Fn. (2367), S. 206

のである[2585]。ゲネンヴァインによればこれと異なる特別監督の概念は、完全に自治体監督の領域に留まっており、この概念は法監督に限定された自治体監督を必要と思われる場合に目的適合性コントロールに拡張することができるようにするために展開されたものである[2586]。ゲネンヴァインはこの意味での特別監督を、強化された自治体監督としている[2587]。しかし彼は、このような特別監督を正当化する理論的試みは功を奏したものとは見なされ得ないという[2588]。

c）監督に対する権利保護

ゲネンヴァインによれば、地方自治行政はその権利に対する介入に対して保護され、立法府に対しても執行府に対しても保護されており、この保護は憲法裁判所と行政裁判所によって与えられるものである[2589]。ゲネンヴァインはゲマインデ法が監督的措置に対する法的手段について規定を持っていることを、すなわち国家行政に対する固有の権利を保護するものであるという[2590]。

ゲネンヴァインに従えば、自治体監督官庁の命令は常に行政行為であり、ゲマインデの活動の認可が明示的に国家監督の手段に含め入れられていない場合であっても、拒絶された認可が行政行為でありこれに対して許容された法的手段が発動されうることは争いがない[2591]。ゲネンヴァインによれば自治体監督の措置に対する法的手段として一貫して取消訴訟と義務付け訴訟が与えられており、監督的措置に対するゲマインデの措置は、取消しに向けられた訴訟、認可が拒絶された場合には行政行為の実行に向けられた訴訟において行われ、機関訴訟の形態で行われるのではない[2592]。そして、監督官庁のある措置が許容されないものと宣言された場合には、ゲマインデは違法な措置を通じて惹起された効果を除去することを求める請求権をも有しているのである[2593]。

これに対してゲネンヴァインは、委任事務の法的性格についての従来の見解に従えばゲマインデに法的手段が与えられていない[2594]。指示はゲマインデをその権利において侵害し得ず、指示を与える監督官庁の権限のみが行政訴訟を用

2585 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 206-207
2586 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 207
2587 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 207
2588 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 207
2589 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 215
2590 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 215
2591 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 215-216
2592 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 216
2593 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 216
2594 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 216

いてゲマインデによって争われ得るのである[2595]。どのような場合に行政訴訟で専門監督官庁の権限が争われうるのかといえば、ゲネンヴァインによれば、自治任務であるのに、専門監督を行う者としては、自らは委任事務に介入しているのだというふうに想定しているときである[2596]。ゲネンヴァインは、専門監督官庁に対しても正式の法的手段、すなわち行政裁判所における取消訴訟を許容したことによってバイエルンは委任任務と固有任務の区別を除去する方向での前進をなしている[2597]。またもう一方においてその他のラントにおいても基本的に無制約の指示権が除去され、そのことによってゲマインデの自由な決定のための余地が認められて、取消訴訟が許容されたものと判断されるべきだとゲネンヴァインはいう[2598]。このようなゲネンヴァインの理解に対しては、専門監督を含めた国家監督官庁のすべての命令に対して裁判的救済を認めようとするものであるという評価があり[2599]、このような理解は方向性において適切であると考える。

（4）行政ヒエラルヒー　ヴォルフ

ｉ）自治

a）法的自治の概念と自治の任務

ヴォルフに従えば、消極的、機関的、政治的自治は無支給の、名誉職として活動する住民から選ばれた人間による公的任務の処理を意味し、雇用された職業的官吏と専門家による公的任務の処理と対置される[2600]。ヴォルフによれば自治の概念はほとんど積極的、法的意味においてのみ理解され、これによって自治は列挙的、あるいは包括的に委ねられ、あるいは配分された固有の公的事務の自立的で指示から自由な遂行であり、これが国の下にある公的行政の担い手、あるいは主体によって固有の名において行われることを意味する[2601]。ヴォルフによれば法的意味における自治の前提条件は、その担い手、団体が固有事務、固有作用領域を有していることであり、この固有事務、固有作用領域とは行政の担い手がそれを果たすために形成されたところの事務である[2602]。一方におい

2595 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 216
2596 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 216
2597 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 217
2598 Gönnenwein, Fn. (2367), S. 217
2599 Kahl, Fn. (32), S. 300
2600 Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht Ⅱ, 4. Aufl., 1976, §84Ⅳa(S. 179)
2601 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 180)
2602 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 181)

て自治の担い手がその公的行政に目的に適った事務を引受けようとしており、この事務が自治の担い手に委ねられている場合には自由意思に基づく自治任務が語られ、もう一方において自治の担い手が一定の事務を遂行することを法律上義務付けられ、遂行の形態が法律の枠の中で自治の担い手に委ねられている場合には義務的自治任務が語られる[2603]。ヴォルフに従えば法的意味における自治の決定的な本質上のメルクマルは固有責任性であり、この固有責任性の下で固有の公的任務が国家組織の自由な構成員によって公的利益において処理されるのである[2604]。ヴォルフによればフレムドな財産の、フレムドな財源を用いた自治も可能であるけれども、固有責任は原則として自ら調達した財源によって少なくとも部分的に資金調達を行って固有事務を処理することを前提としている[2605]。

ヴォルフは、国が機能的意味において公的行政を独占したので、自治の担い手は常に国家監督に服する国家組織の自由な構成員であるという[2606]。またもう一方で、ヴォルフによれば自治がその固有責任の故に国の指揮権、機関監督、専門監督には服さず、行政の法律適合性を担保するための法監督並びに財政コントロールにのみ服するということが自治の特性であり、自治は国家行政の分権化を前提条件としているのである[2607]。またヴォルフは、地域への近接性、ザハリヒな連関、分権化のために自治体には無制約の、あるいは制約された指示への拘束性を伴って国家的事務が委ねられるという[2608]。

b）団体の自治

ヴォルフによれば地方自治団体の下で理解されるのは、団体として組織された非国家的公共体であり、これにはゲマインデ、ラントクライス、それらの団体の連合団体（Bundkörperschaft）が掲げられる[2609]。ヴォルフに従えば、近隣の、そして地域を越えた人々の集合生活を通じて必然的に生じる共通の利益と共通の一般的公的事務は公的行政を必要としている[2610]。そしてヴォルフは、地方自治事務の行政に対する公共体の全ての構成員の関心が、共通の負担を共通

[2603] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 181)
[2604] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 182)
[2605] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 182)
[2606] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 183)
[2607] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 183)
[2608] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §84Ⅳb(S. 184)
[2609] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I a(S. 186)
[2610] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I a(S. 186)

して調達するためにこの関心を公法の団体に統合することを求めている[2611]。さらに、一定の領域に済む人々の特別の関係を通じて条件付けられる事務が問題となり、そこに滞在するおよそ全ての人々がこの事務を把握し、強制することができるのでなければならないから、この団体は原則として領域高権を持つ領域団体である[2612]。

そしてヴォルフに従えばドイツのゲマインデには、間接的国家機関とその他の公的行政の担い手の権限を留保して、基本法 28 条 1 項によって保障された全権限性が責務として与えられている[2613]。彼によればゲマインデには法律の枠の中で地域的共同体の全ての任務を固有責任において規律する権利が保障されており、これに対してゲマインデ連合はこの権利をその都度の法律上の任務領域の枠の中でのみ享受している[2614]。ヴォルフは、法律上ゲマインデに責務を与えられた事務やゲマインデに与えられていない事務をのぞいて、いかなる事務を担うのかを定めることができるという[2615]。ヴァルフによればゲマインデ、連合ゲマインデ、ラントクライス、クライス自由都市、広域ゲマインデ連合という様々な段階の地方自治団体は、全て領域団体であり領域高権と国によって定められた体制を有しており、この体制は長を持つ代表機関、指揮機関、しばしば大きな行政の指導部を持つ実行機関を予定しているのである[2616]。またヴォルフに従えばこれらの地方自治団体は全て、自律性を伴って自治を処理しなければならず、固有作用領域の自治任務と並んで専門監督の下で制約された指示への従属性の中で国のフレムドな任務を処理しなければならない[2617]。そしてヴォルフに従えば地方自治団体は全てその財源を部分的にのみ固有の税源から獲得し、大部分は国の財源配分から獲得するのである[2618]。ゲマインデ連合は常に基本的な調整機能を果たしており、そのことは主としてゲマインデ連合の構成員からの均等な分担金を通じて財政の需要を補っていることに特にあらわれているのである[2619]。ヴォルフにおいて地方自治行政の様式は基本的に国家行政から区別

[2611] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I a(S. 186)
[2612] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I a(S. 186)
[2613] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I b(S. 186)
[2614] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I b(S. 186-187)
[2615] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I b(S. 187)
[2616] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I c(S. 187)
[2617] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I c(S. 187)
[2618] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I c(S. 187)
[2619] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I c(S. 187-188)

され、国家行政が通常、法律と財政計画の専門的に特化した官治的執行を発揮するのに対して、地方自治行政は私的イニシアティヴの活性化、助言、財政的支援や活動の支援を通じて、また公的法的形態や私法的形態において適当な諸制度を設け、組織化することを通じて目下の地域的需要の発見し、その需要な調整と満足を行うのである[2620]。ヴォルフにおいて地域的任務とは、固有の領域とその住民に関わる地方自治団体の任務であり、この地方自治団体の領域はこれ以上に地方自治団体に分割されないのである[2621]。また、ヴォルフによれば超地域的任務とは、複数の地方自治団体から構成される自治団体の任務であり、超地域的任務は 4 つのグループから構成される[2622]。第一に、ゲマインデをまたがった任務は団体のまとまった領域とこの領域でそれぞれ特有の社会的グループとして生活する人々の本質的に共通の需要に関わる公的事務である[2623]。第二に補完的任務はまとまった領域に所属する人々の個々の需要の総括から生じる公的事務であり、この事務がその内容的重要性の故に、その範囲の故に、あるいはその他の理由から下級の段階の自治体に一般的に適さず、より強力な行政の能力と量を必要とする限りで認められるものである[2624]。第三に調整的任務は個々の能力の弱い行政の担い手の行政能力と行政の量がこれに責務のある統合的、総括的任務の処理のために十分ではないために、この行政の担い手の需要から生じる公的任務である[2625]。そして第四に全体的任務は全ての下級の行政の担い手の需要から生じ、統合された自治団体がその全ての構成員に代わって、この構成員に有利に、そしてこの構成員の負担で担う公的事務であり、この公的事務が連合体に統合された行政の能力と行政の量の結果としておよそはじめて成功裏に、あるいは少なくとも個々の構成員によるのよりもより成功裏に実行されうることを理由とする[2626]。

ヴォルフによればゲマインデの自治は法律の枠の中で固有責任に基づいて固有の手段を用いて民主主義的に選挙されたフォルク代表の関与の下で地域的共

[2620] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 I d(S. 188)
[2621] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II a(S. 188)
[2622] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II b(S. 189)
[2623] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II b(S. 189)
[2624] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II b(S. 189-190)
[2625] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II b(S. 190)
[2626] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §85 II b(S. 190)

同体の全ての事務を規律するゲマインデの権利である[2627]。ヴォルフによればその特徴は、地域的共同体の全ての事務に対する普遍的でザハリヒな権限であり、このことをヴォルフは、任務の全権限性、普遍性と表現する[2628]。ヴォルフによれば全権限性とは、地域的共同体の全ての事務を担う不可欠性ではなくて、その可能性のみを意味している[2629]。ヴォルフに従えば原則的権限性として例外を許容している全権限性は、従来からその権限領域の範囲においてゲマインデの権限性を制約する国の地方特別官庁が存在しているということを排斥するものではない[2630]。

ヴォルフによればゲマインデの自治の核心は固有責任性、すなわち委ねられた地域的共同体の事務を固有の事務として国の指示から自由に、裁量の運用と目的適合性に関しても自由に、分権的に、しかし国の法監督の下で治める権利である。ヴォルフにおいて自由意思に基づく任務の他にその遂行が固有事務として法律によって課される義務的自治事務も固有事務であり、その遂行の形態は法律によって定められない限り専門監督官庁による指示から自由なゲマインデの固有の決定と責任にならうのである[2631]。さらにヴォルフは、指示が与えられていない限りで、指示拘束的義務的任務も固有責任に基づいて分権的に治められるという[2632]。

c）ゲマインデの非始原性

ヴォルフによれば分権化された国家において具体的な公的行政の重点は分権化の最下級の構成要素、すなわちゲマインデに置かれ、ゲマインデは影響を及ぼされる生活関係と最も近い関係にあり、さらに近隣の自然的な行政の関係の故に固有の、共通の、地域的、公的事務を持つ公共体である[2633]。ヴォルフに従えばゲマインデは社会的生体であり、国家への法的統合の形態から独立して現実の存在を有し、国家権力が崩壊したときにも権威を維持し続ける自治の原細胞である[2634]。ヴォルフは、ゲマインデを自然的ゲノッセンシャフトと見なすギールケやプロイスの見解、また国によって承認され、歴史的に成長し、多数の

2627 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 203)
2628 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 203)
2629 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 203)
2630 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 204)
2631 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 204)
2632 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅶa(S. 204)
2633 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅰa(S. 194)
2634 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86Ⅰa(S. 194)

家族の空間的な共同生活の一体になった細胞と見なす彼らの見解を誤ったものと評価し、ヴォルフに従えば社会的現実としてゲマインデは家族の連合体などではなくて、ゲマインデは行政単位として国家法秩序によってはじめて創設されるのである[2635]。ヴォルフにおいてゲマインデは、官治国家からの社会的自由を可能にする相対的に完結した単位ではもはやなくて、イニシアティヴを取り、計画し、調整し、決定を行い、近隣の、あるいは広域の人々に生活にとって必要な、あるいは希望された財とサービスを提供する段階付けられた分権的核心である[2636]。

ヴォルフによればゲマインデは、住民によって支えられた、単一の、ラント直属の地方の領域団体であり、普遍的に委ねられ、あるいは特別に配分された公共体の事務の自律的な自治行政を行い、これと並んで列挙的に、特別に、あるいは一般的に配分されたフレムドな公的事務の指示に拘束された行政を行うための領域高権を伴っている[2637]。

ⅱ）監督

a）監督の基礎

ヴォルフに従えば、一つには直接的機関と間接的機関の行政的ヒエラルヒー的関連と、もう一つにはある機関職務の実効性の統一性はとりわけ上級の構成員による下級の構成員、機関、官職の監視によって確立されるのである[2638]。ヴォルフによれば監督の下では監督を受ける者の監視のみならず、行政規則、行政行為、個別の場合の指示、事実的措置による監督を受ける者の活動への影響力の行使が理解される[2639]。ヴォルフによれば監督は、決定を客観化する手段であり、監督は、一般的規律の停止を目指すのみならず、助言し、専門的決定の支援を与え、決を採り、制御することによって、固有の瑕疵行為から決定を行う者を保護するものである[2640]。ヴォルフにおいて監督権は他の構成員、機関、官職として監督を行う権限であり、この監督権には、監督官庁の違法でない命令に適わない、監督を受ける者の構成員、機関、官職の義務が対応している[2641]。

[2635] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86 I a(S. 194) , Kahl, (Fn. 32), S. 305
[2636] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86 I a(S. 194-195)
[2637] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86 I b(S. 196)
[2638] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 101)
[2639] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 101)
[2640] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 101-102)
[2641] Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 102)

ヴォルフによれば組織法上の監督権の主体は通常は国、すなわち国家機関でありその客体は広義における国家組織の下級の構成員、機関、官職である[2642]。ヴォルフに従えば各々の監督は少なくとも行政の法適合性を確保するものであり、監督を受ける者の決定力と責任引き受けが棄損されるのではなくして促進されるように扱われなければならず、それ故監督手段は控えめに、しかし同時に強力に用いられなければならない[2643]。

ヴォルフは、国の下にある全ての公的行政の担い手は少なくとも法監督に限定された国家監督に服しており、この国家監督を通じて所与の法に適った公的行政の担い手の国への統合（Eingliederung）と国家権力への従属、とりわけ公的行政の担い手の活動の法律適合性を含めた公的法的義務の履行が確保されるのである[2644]。ヴォルフにおいて一般的機関監督は国家監督官庁、自治体監督官庁による、行政ヒエラルヒー的に下級の機関に対する監督、とりわけ同一の部局の下級国家官庁に対する監督である[2645]。

ヴォルフによれば自己責任に基づく自治行政の Korrelat が自治体監督であり、自治体監督は監督としてゲマインデの国家連合体への組み入れのために配慮するのである[2646]。彼によれば、自ら自己責任に基づいて統治し、行政を行う、分権化された構成員に対する監督として、自治体監督は、助言するだけではなくてゲマインデの損害を防ぐ限りにおいて原則として法監督に制約されている[2647]。ヴォルフに従えば自治体監督の重点は、ゲマインデの機関の決定力と自己責任を強化し、法律違反を予防する専門的、及び法的な助言、調整、仲裁と、他の部局や行政の担い手に対する保護に置かれている[2648]。

ヴォルフにおいて特別機関監督、あるいは専門機関監督は、専門監督官庁からヒエラルヒー的に下級の機関、あるいは従属した構成員に対して、これらの下級機関や従属的構成員が専門的観点において指示に服している限りで行われるものである[2649]。ヴォルフに従えば特別監督と専門監督の命令の貫徹を、専門

2642 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 102)
2643 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II a (S. 102) , Kahl, (Fn. 32), S. 306
2644 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II b (S. 103)
2645 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II b (S. 103)
2646 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IX (S. 103)
2647 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IX (S. 103)
2648 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IXa (S. 103)
2649 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IXa (S. 103)

監督官庁は国家監督官庁に委ねなければならない[2650]。

ヴォルフは、監督官庁は、領域変更、印章の授与、紋章の授与、国家の授与、連合ゲマインデへの合併、国の模範から逸脱するゲマインデの違法な税制に対する無制約の共同作用、再開発地域の確定、フォルク経済にとって重要な資本市場に対するその影響を理由とする具体的な起債の認可の際の共同統治において、国家的利益をも主張することが許されるものと見なし、彼によればこの国家的利益とは目的適合性である[2651]。ヴォルフによればさらに、歴史的、芸術的、学問的価値を持つ重要事項の変更に対する認可、国家的事務をも責任を持って治めなければならない職務管理者の選任の確認においても監督官庁は国家的利益を主張することが許されるのである[2652]。

b）国家監督の手段

ヴォルフは国家監督の手段を、非介入的監督手段、規律的監督手段、介入的監督手段、執行的介入手段に分類する。ヴォルフによれば非介入的監督手段には、非拘束的で抽象的な指針、あるいは具体的な助言による指示の付与、標準的観点とこれに従って必要と思われる措置の指摘が掲げられる[2653]。またこの非介入的監督手段には、教示、すなわち監督官庁の情報に関する権利が掲げられ、これには監督を受ける者の情報提供義務が対応している[2654]。さらにこの非介入的監督手段には現地での、あるいは文書閲覧を通じた監督機関の管理人による事象と状況の検証、財源配分を通じた望まれる措置の促進が掲げられている[2655]。

ヴォルフは規律的監督手段として、第一に全体の下級機関に向けられた抽象的一般的指示の発布と一つの下級機関に向けられた特別的行政規則の発布、第二に具体的一般的指示の発布と特別的指示の発布、第三に抽象的法規命令の発布と具体的行政行為の発布を掲げる[2656]。ヴォルフに従えば一方において内部職務領域に依拠する分散化された官庁に対する上官の指示は職務上の専門的指示であり行政行為ではないのであるけれども、もう一方において職務関係と委託関係に基づいて上官から官吏、職員、受託者に対して下される指示は行政行為

2650 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IXa (S. 103)
2651 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IXb (S. 104)
2652 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §86IXb (S. 104)
2653 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 107)
2654 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 107)
2655 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108)
2656 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108)

であり、職務関係の内容によって裏付けられていない場合にのみその職員の権利を侵害するものである[2657]。また、ヴォルフに従えば分権化された構成員に対する専門監督と特別監督の具体的命令も行政行為である[2658]。ヴォルフは強制的予算計上を、規律的監督手段たる法監督的命令権の中に含めている[2659]。

ヴォルフの分類に従えば、介入的監督手段には、第一に個別的監督権的な認可、確認、例外許可の拒絶があり、第二に合議制機関の法的瑕疵のある行為に対する法監督官庁の異議の提起があり、この異議の提起は延期効果を伴い、異議を提起された行為の変更がなされない場合にはとりわけ取消しという監督的措置を伴っている[2660]。介入的監督手段として、第三に措置の取消しの要求、第四にある措置に対して提起された異議の後の被監督機関の措置の取消し、異議の提起が功を奏さなかった後の措置の取消しや変更、第五に財源停止、すなわち公的行政の担い手が監督官庁によって繰り返し要請されたにもかかわらずその義務の履行の命令に従わない場合の、国家監督官庁による目的補助金や財源配分の停止、縮減、削除が掲げられる[2661]。そして第六に、継続的に決定能力が無く、あるいはその他の理由からその任務の秩序だった処理をする能力が無く、あるいはその意思の無い被監督法人の合議制機関の解散がこの介入的監督手段として掲げられている[2662]。

次に執行的監督手段には、第一に監督によって要請された行為の代執行が掲げられ、これは直接的外部効果を伴わず、原則として期間が経過しても監督による要請が功を奏さなかった場合に、第三者によって権利能力ある被監督機関の費用で行われるものである[2663]。ヴォルフによれば執行的監督手段には第二に、原則として期間の経過が功を奏さず、あるいは危険が差し迫っている場合の、被監督機関のなんらかの権限事項の実行に対する、外部効果を伴った監督機関の自己介入がある[2664]。この執行的監督手段には第四に、国家委員による機関統轄、すなわち被監督法人の一定の独任性の機関、あるいは合議制の機関の、法監督官庁の受託者による占領が掲げられ、この受託者は全ての、あるいは特別

2657 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108)
2658 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108)
2659 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108)
2660 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 108-109)
2661 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 109)
2662 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 109)
2663 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 109)
2664 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 110)

に指定された被監督法人の機関の権限を総括するのである[2665]。最後に、執行的監督手段として他の機関への機能の移転が掲げられる[2666]。

c）監督に対する訴訟

ヴォルフに従えば、例えばゲマインデというような構成員に対する監督的措置は、通常法人に向けられているから行政行為であり、彼によれば一方では一般的な自治体監督の措置に対してこのことは争いがないのであるけれども、もう一方で専門監督と特別監督の指示は行政行為とは見なされない[2667]。ヴォルフに従えば、このようにして行政行為として認められる監督的措置の行政裁判所での取消しは、監督官庁がその監督権の外的制約、あるいは内的制約を逸脱したということを主張して許容される[2668]。

ヴォルフによれば監督的措置に対する訴えは次の主張に依拠しなければならない。すなわち、第一に、法監督の場合には監督的措置の原因となった出来事が違法ではないこと、あるいは監督的措置が適法でないこと、第二に個別的監督の場合には、認可、確認、例外許可が拒絶され、あるいは部分的にのみ与えられたときにその認可、確認、例外許可を求める法的請求権が存在することである[2669]。そして第三に、特別監督の場合にはその構成要件が満たされておらず、あるいは指示権の法律上の限界を逸脱していること、専門監督の場合には専門監督権限を逸脱していることが主張されなければならない[2670]。ヴォルフにおいても、監督を行う国の義務は第三者の請求権に対応しておらず、第三者は国に対して被監督者の瑕疵ある行為に対する監督官庁の介入を求める請求権を有していない[2671]。

（5）制度的保障の三要素　シュテルン

ｉ）自治

a）自治の根源

シュテルンによれば、基本法が自治についての規定をおいている全ての場合に、自治は間接国家行政の領域から公法の法人が分離する意味における分権化

2665 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 110)
2666 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 110)
2667 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 111)
2668 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 111)
2669 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 112)
2670 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 112)
2671 Wolff / Bachof, Fn. (2600), §77 II d (S. 113)

の内部国家的組織形態として示されている[2672]。そして彼によれば自治の理念は4つの歴史的根源を示しており、この歴史的根源からは、主としてゲノッセンシャフトの構想と、セルフガバメントに遡る構想のみが展開にとって支柱となるものと見なされる[2673]。シュテルンは自治の理念の歴史的根源として、pouvoir municipal の理論、分権化の理論、ゲノッセンシャフトの理論、イギリスにおけるセルフガバメントの理論を掲げており、彼に従えばゲノッセンシャフトの理論は官治を抑止するための手段である[2674]。またシュテルンは、pouvoir municipal は国家権力の一つの自立した部分であり、ドイツにおいて19世紀初頭にゲマインデ憲法の基本権へと形成され、固有作用領域と委任作用領域の分離はこのフランス革命の pouvoir municipal に遡るものであるという。

シュテルンにおいて自治の意味するところとは行政の住民、地域、案件への近接性を維持し促進し、並びに関係人のその都度の知見を用い、また同時に国家行政の負担を軽減することである[2675]。シュテルンは自治の基本的要素として、第一に固有事務の処理、第二にフレムドな、通常は国家の行政の配分、第三に任務処理の目的適合性に対するフレムドな影響力から自由な固有責任における自治事務の処理、第四に自律性、すなわち固有の法命題であるところの条例を発布する権限の保障、第五に国の監督への原則的な従属を掲げる[2676]。シュテルンもまた、国家監督への原則的な従属を自治の定義の中に組み入れている。

b）自治の構成要素

シュテルンによれば地方自治は国の中にあり、国に対する基本権ではないのであるけれども、そのことは地方自治に憲法上特別の自律性の領域が保障され、ゲマインデ及びゲマインデ連合がもはや国の技術的支援制度と性格付けられるのではないということを排斥するものではない[2677]。シュテルンにおいて地方自治は、もはやゲノッセンシャフト、あるいはゲゼルシャフトとして根付いた反国家的制度ではなくて、民主主義と垂直的機能分立、垂直的権力分立によって

[2672] Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I , 1977, S. 298. 本書の邦語訳としてクラウス・シュテルン著 / 赤坂正浩ほか編訳『ドイツ憲法 I　総論・統治編』信山社（2009年）がある。
[2673] Stern, Fn. (2672), S. 298-299
[2674] Stern, Fn. (2672), S. 299
[2675] Stern, Fn. (2672), S. 302
[2676] Stern, Fn. (2672), S. 302
[2677] Stern, in: Pütter (Hrsg), Handbuch der kommunalen Wissenschaft, 2. Aufl., Bd. 1., 1981, S. 204(204)

正統化され、分権化され、国家の負担を軽減し、自律性を媒介する行政形態であり、固有責任に基づいて公的事務を処理するのである[2678]。シュテルンによれば基本法28条2項における地方自治の制度的保障を詳細に考察すると三つの保障要素が分別される[2679]。すなわち、第一に制度的法主体性保障、第二に地方自治の客観的法制度性保障、第三に法主体性保障と法制度性保障が攻撃された際のゲマインデ及びゲマインデ連合の客観的法的地位の保障である[2680]。シュテルンによれば、基本法28条2項がゲマインデを個別的にではなくて制度として保障しているというのが絶対的に支配的な見解である[2681]。

c）ゲマインデの作用領域の普遍性

シュテルンによれば基本法28条1項2文に従って地方自治団体においても民主主義的構造が存在していなくてはならず、このことによって基本的に代表制の性格を持つ領域団体に分岐した民主主義が下から上に向かって確立されるのである[2682]。そしてシュテルンに従えばこの義務はゲマインデとクライスにのみ適用され、ゲマインデ連合には適用されない[2683]。ゲマインデ及びゲマインデ連合は基本法28条2項1文及び2文によって制度として保障されるのであって、個別的に保障するものではなくて、法律による制約は許容され、この制約には自治の基本内容という限界が課されている[2684]。それゆえ、シュテルンにおいて、一方では基本法28条2項による地方自治の保障は法律による介入に対して絶対的なものではなく、もう一方ではこの地方自治の保障は自治の核心部分に向けられているという理解[2685]は適切である。

シュテルンに従えば基本法28条2項1文によってゲマインデには地域的共同体の全ての事務を法律の枠の中で固有責任において規律する権利が保障されており、地域的共同体の原則として全ての事務の保障を包括しているゲマインデの任務領域を通じて、自治体の作用領域の普遍性の原則が確立されている[2686]。シュテルンによればこのようにしてゲマインデに保障された事務は、地域的共

[2678] Stern, Fn. (2677), 204(204) , Kahl, (Fn. 32), S. 303
[2679] Stern, Fn. (2677), 204(205)
[2680] Stern, Fn. (2677), 204(205) , Kahl, (Fn. 32), S. 303
[2681] Stern, Fn. (2677), 204(205)
[2682] Stern, Fn. (2677), 204(212)
[2683] Stern, Fn. (2677), 204(212)
[2684] Stern, Fn. (2677), 204(212)
[2685] Kahl, Fn. (32), S. 304
[2686] Stern, Fn. (2677), 204(212)

同体に根源を有し、地域的共同体に特別の連関を有している事務である[2687]。シュテルンによれば基本法28条2項の保護領域に含まれるのはゲマインデ及びゲマインデ連合の固有事務であり、本来的に国家的な、委任された課題はこれに含まれない[2688]。そして、ゲマインデ及びゲマインデ連合の固有の任務の処理はその固有責任においてゲマインデ及びゲマインデ連合に保障されており、国の指示と後見無しに、法の基準に従って目的適合的と思われるように任務を処理するということが、そこで基礎付けられているのである[2689]。シュテルンは、この固有責任性もまたその基本内容においてのみ保護されているという[2690]。

シュテルンによればこのような固有責任性は高権の束へと展開されるものであり、そのような高権として彼は、領域高権、人事高権、財政高権、計画高権、組織高権、税務高権、法制定高権を掲げる[2691]。シュテルンにおいて法制定高権とは、自治体の条例を発布する権限を包括しており、条例は公法の法人によってその自律性の枠の中で一定の領域と法主体である人に対する効力を伴って発布される法規である[2692]。

ⅱ）監督

a）監督の基礎

シュテルンにおいては国の監督への原則的な従属が自治の基本的要素の一つに位置付けられていた。シュテルンに従えば地方自治行政に対する国家監督は自律性に対する Korrelat として憲法上の保障と両立しうるものである[2693]。そして彼は、基本的に国家監督は法監督として形成されることのみを、許容されるものと見なしている[2694]。シュテルンによれば国家監督は法律による根拠付けと形成を必要とし、監督官庁の介入は行政裁判所による裁判的コントロールに服している[2695]。

シュテルンによれば一般的監督としての自治体監督はゲマインデの行政が法律と軌を一にして行われることに及んでおり、これと並んで法律によって限定

[2687] Stern, Fn. (2677), 204(212)
[2688] Stern, Fn. (2677), 204(212)
[2689] Stern, Fn. (2677), 204(213)
[2690] Stern, Fn. (2677), 204(213)
[2691] Stern, Fn. (2677), 204(213-214)
[2692] Stern, Fn. (2677), 204(214)
[2693] Stern, Fn. (2677), 204(214-215) , Kahl, (Fn. 32), S. 304
[2694] Stern, Fn. (2677), 204(215)
[2695] Stern, Fn. (2677), 204(215)

された指示権を与えられた特別監督と専門監督が存在している[2696]。彼において認可の留保は部分的に予防的監督に含まれるものであり、国の裁量の余地を認めるものであるけれども、地方自治法と特別法による全ての認可の留保確認の留保が法適合的であり憲法適合的であるか、監督官庁があらゆる場合に国の自己負担から裁量決定を行いうるのかは、疑問の余地がある[2697]。

b）監督の限界

シュテルンによれば法律によって裏付けられていない監督は憲法違反であり、法律によって裏付けられていない個々の監督措置は直接的には行政の法律適合性の原則に違反し、間接的に憲法にも違反するのである[2698]。

シュテルンにおいては、目的適合性コントロールが基本法 28 条 2 項と両立するのかという問いは、憲法によって否定されている[2699]。その理由は、各々のゲマインデが自ら固有の自律した地方自治体の存在を形成していることであり、その存在は、法違反が生じているのでない限り国の介入からの自由を有しているのでなければならないのである[2700]。この、法違反が生じているのではない限りにおいて国の介入から自由であるというゲマインデの地位は、シュテルンにおいて地方自治の核心部分なのだろう。それゆえにこの核心部分を侵害するコントロールは憲法違反とみなされるのであり、シュテルンにおける地方自治の核心部分に向けられた基本法 28 条 2 項による保障[2701]がここで働いている。

c）監督の手段

シュテルンは、個々の監督的措置は詳細な法律上の条件に拘束されており、比例原則に従って段階付けられているものとし、不明確な一般条項を否定する[2702]。そして、各々の監督的措置は基本法 19 条 4 項を理由として行政裁判所によるコントロールに服しているのである[2703][2704]。さらにそのことは、シュテル

[2696] Stern, Fn. (2677), 204(215), Fn. (77)
[2697] Stern, Fn. (2677), 204(215), Fn. (77)
[2698] Stern, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28, Rn. 133
[2699] Stern, Fn. (2698), Rn. 135
[2700] Stern, Fn. (2698), Rn. 135
[2701] Vgl, Kahl, Fn. (32), S. 304
[2702] Stern, Fn. (2698), Rn. 136
[2703] Stern, Fn. (2698), Rn. 136
[2704] 基本法 19 条 4 項第 1 文は、「何人も公権力によってその権利を侵害された場合には、権利救済手段が与えられる」と定める。法文テクストは、Jarass / Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 11. Aufl., S. 457 を参照した。

ンに従えば指示拘束的義務的任務の場合にも妥当している[2705]。その理由は、その自治の地位においてゲマインデは常に法主体として固有の権利を与えられており、指示権限に対しては裁判所による保護なくしては美辞麗句に留まる法的限界が存在しているからである[2706]。

シュテルンに従えば、国家監督の特別の形態が自治体の法制定行為、行政行為、司法的行為に対する認可の留保と確認の留保であり、この認可の留保と確認の留保もまた法律に基づいてのみ可能である[2707]。彼によれば認可は外部に向けられた効力要件であり、この種の認可という協力行為が純粋な目的適合性コントロールに向けて行われる場合には憲法上の疑義がある[2708]。シュテルンは、このような憲法上の疑義は歴史的に受け継がれてきた国家後見を引き合いに出すことによって、あるいは特別監督、公共の福祉のコントロールを受入れることによって一掃され得ないものであるという[2709]。彼に従えば、自治行政行為が正しく理解された自治の担い手の固有利益から見て一定の疑義を被るのかということにのみ向けられた目的適合性コントロールは憲法上維持し得ないものである[2710]。シュテルンによれば目的適合性について、そして地域的な公共の福祉について固有の責任において決定することが自治の基本内容を形成しているということがその理由である[2711]。シュテルンは、負担することの出来ない負債というような非目的適合性は、常に法コントロールを通じて阻止されるべきであるという[2712]。シュテルンは、このような認可というような所与の協力権は、しばしば二つの方向で解釈されうるものであり、純粋な法コントロールとして解釈されるのが憲法に適合しているものと見なしている[2713]。シュテルンに従えば、境界変更、クライスからの独立の付与、名称の付与、アムト連合からのゲマインデの脱退などのゲマインデの状態について決定を行う国の組織権限の行為は国家監督の領域には含まれない[2714]。またシュテルンは、委任作用領域の枠の中での専門監督は、目的適合性のコントロールと個別的指示を対象とするとして

[2705] Stern, Fn. (2698), Rn. 136
[2706] Stern, Fn. (2698), Rn. 136
[2707] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2708] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2709] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2710] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2711] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2712] Stern, Fn. (2698), Rn. 137
[2713] Stern, Fn. (2698), Rn. 139
[2714] Stern, Fn. (2698), Rn. 139

も、これが自治の領域に立ち入らない限りで憲法に適合しているものと見なしている[2715]。

3　まとめ

（1）自治体の従属性と自立性

フォルストホフ[2716]は自治体の行政を間接国家行政と見なし、国に対するその従属性を際立たせた。彼の理解における国に対する間接国家行政の地位も、上級官庁に対する下級官庁の地位とは異なったものであり、間接国家行政に対しては直接的な国の指揮権は及んでいない。ベッカー[2717]によれば国は国としての法人格を有し、自治体は自治体としての法人格を有し、自治体が国から独立した法人格を有しているということが自治体の作用領域の自立性を担保しているのである。もう一方においてベッカーにおいては国への自治体の統合が、一つには国の立法と司法に対する自治体の従属性を基礎付け、もう一つには自治体を全体へと結びつけているのである。ベッカーにおいては国への統合と国家監督が自治の概念的メルクマルの一つに組み込まれた。

ゲネンヴァイン[2718]においては基本法における自治の保障の中には主観的公的権利としての自治権の保障は含まれず、ゲマインデの自治権を主観的公的権利として保障するか否かはラントの立法に委ねられた。彼の理解によれば基本法におけるゲマインデの自治の保障は最低限度の保障であり、実体的自治概念はラントの憲法及び法律から派生するものである。ゲネンヴァインはゲマインデの作用領域の全面性の原則を展開し、この作用領域の中でゲマインデは固有責任に基づいて自立的に任務を果たすのである。そしてそこでゲマインデは国家官庁機構のヒエラルヒーの外に置かれている。

ヴォルフ[2719]においては、ゲマインデを自然的ゲノッセンシャフトと見なすギールケたちの見解が否定された。ヴォルフにおける自治の基本的核心は、固有責任性、国の指示からの自由、目的適合性の領域での自由、国の法監督の下で分権的に行政を行うことである。ヴォルフに従えば、一方で自治体の固有責任

2715 Stern, Fn. (2698), Rn. 141

2716 フォルストホフについては、本稿Ⅲ2（1）間接国家行政　フォルストホフ。

2717 ベッカーについては、本稿Ⅲ2（2）自治の本来的作用領域　エーリヒ・ベッカー。

2718 ゲネンヴァインについては、本稿Ⅲ2（3）自治体の始原性　ゲネンヴァイン。

2719 ヴォルフについては、本稿Ⅲ2（4）行政ヒエラルヒー　ヴォルフ。

に基づく行政の領域では自治体は国の法監督と財政コントロールにのみ服しており、もう一方において自治体に国家的事務が委ねられている領域では、自治体は国の無制約の指示権、あるいは制約された指示権に拘束されるのである。ヴォルフにおいてもゲマインデの全権限性が原則的に認められるのであるけれども、彼はこの原則に対する例外を許容されたものと見なし、このようなゲマインデの全権限性に対する例外は国の地方特別官庁によるゲマインデの権限性の制約である。

（2）自治体の始原性

ベッカーによれば自治体の高権的権利は国の高権から導かれるものであって始原的なものではなく、固有事務もまた国の委託に基づくものであった。しかしこのようにして自治の始原性が否定されるのだとしても、ベッカーにおいて直接国家行政に対する自治行政の自立性は否定されなかった。ゲネンヴァインにおいては、自治体の前国家性を肯定するか否かはそれぞれのラントの憲法に委ねられ、また自治体の前国家性を肯定するとしても自治体の自治の保障は個別的な存在保障ではなくてあくまで制度的な保障に過ぎないものであった。そして、ゲネンヴァインに従えば自治体に前国家性が認められるとしても新しく自治体が成立するためには国の高権的行為が必要である。ヴォルフにおいて自治体の始原性は否定され、自然的ゲノッセンシャフトとしての自治体の存在が否定され、自治体は国家法秩序によって創設されたものである。

このようにして自治体に始原性を認める見解、始原性を否定する見解がそれぞれ主張されたのである。けれども、重要なのは自治体に始原性を認めるということの意義である。自治体に始原性を認めるとしても、認めないとしても、自治行政には国家行政に対する一定の自立性が認められる。自治体に始原性が認められるとしても地方自治体の個々の存在が個別的に保障されるものでもないのである。

（3）監督の基礎付け

フォルストホフにおいて国家監督は、自治、すなわち彼における間接国家行政の作用領域が形成されたことの帰結であって、国家監督には自治にとっての概念上のメルクマルの地位が与えられた。ベッカーにおいても自治体の自治事務における国家監督は、自治に対する概念上不可欠の対応物である。ベッカーに従えば権利能力ある自治は、国の中に取り込まれた公法の法人による自らの名における自らの責任における自らの機関を通じた、国の監督の下での公的事

務の遂行であり、専門監督が国家行政官庁を中央官庁と結びつけるかすがいであるのに対して、国家監督は国の中に取り込まれている公法の団体を国に結びつけるかすがいである。このようにしてベッカーにおいても国家監督は自治の概念の中に不可分に組み込まれたものとなっている。そこで、国家監督が自治体の自治行政に対して行われるのに対して、専門監督は自治体が国の下級行政官庁として国家的任務を実行する際に行われるものであり、自治体がいかなる任務を行うのかということと、国がいかなる監督を行うのかということが対応しているのである。ベッカーにおいて自治体の起債や借金というものに対する認可の留保という形態での監督は特別監督に位置付けられ、そこで監督官庁は経済性のコントロールを行うのである。このような認可の留保は、自治体にとって負担することの出来ないような結果が自治体の活動によってもたらされるにも関わらずその理解が当該自治体に欠けているときに功を奏するものである。

ゲネンヴァインは、国家監督を基礎付ける理由として、国家権力に対する自治体の服従、国法に対する自治体の遵守義務、国へのゲマインデの統合を掲げる。ゲネンヴァインにおいても、自治体の固有作用領域における監督が国家監督で、委任作用領域における監督が専門監督であるというふうに、自治体の作用領域と監督の種類の間に対応関係が認められる。ヴォルフにおいて国家監督は自治体の自己責任に基づく自治行政の Korrelat であり、そこで国家監督は自治体が国の中に挿入されていることに基づくものである。ヴォルフもまた国家監督を基礎付ける根拠として、国家権力への自治体の従属、国への自治体の統合、自治体の公的法的義務の遵守の要請を掲げている。シュテルン[2720]においても国家監督への自治体の従属は、自治を構成する一つの要素であって、国家監督は自治体の自律性に対する Korrelat である。シュテルンは認可という監督を国家後見によって基礎付けることを拒絶しているのであり、認可を通じた目的適合性のコントロールはこれを否定している。このような目的適合性の領域は自治体の自治に委ねられているのである。

（4）国家監督の手段の新たな展開

ボン基本法体制下における典型的な国家監督の手段は多くの部分においてヴァイマル体制下におけるそれを引き継ぐものであった。すなわち、情報に関する監督権、助言による監督、異議の提起、指示、代執行、受託者の任命、認可の留保、確認の留保が監督手段として掲げられた。もっとも、認可の留保と確

[2720] シュテルンについては、本稿Ⅲ2（5）制度的保障の三要素　シュテルン。

認の留保という監督手段は、国家監督の中に含まれるのか国家監督の外にあるのか、法適合性コントロールに限定されるのか目的適合性コントロールにも開かれているのか、といったような論点は論者によって相違が存在しえた。ベッカーは認可の留保と確認の留保を特別監督に位置付け、目的適合性コントロールを含んでいるものとし認可の留保の中に経済性のコントロールをも含めた。ゲネンヴァインは認可の留保と確認の留保を彼における自治体監督、すなわち国家監督の手段に属するものと見なしている。ゲネンヴァインにおいて認可を要する自治体の活動は、起債、条例制定といったものに代表される。ゲネンヴァインは、一定のラント法による例外を除いて、認可の留保を法コントロールと見なしている[2721]。ゲネンヴァインにおいても実定法上、会計検査は経済性と目的適合性の領域に及びうるものである。シュテルンは認可の留保と確認の留保を国家監督の特別の形態に位置付け、そこでこの監督手段は純粋な法適合性コントロールとして理解されるべきものと見なされた。

国家監督の手段についてのボン基本法体制下における新展開は監督に対する訴訟の中にある。第一に認可の留保に対して行政訴訟による権利救済がこの監督手段に対して許容されはじめた。ベッカーは認可の付与は監督官庁の裁量に委ねられるものとして認可の拒絶に対する取消訴訟を認めなかった一方で、監督官庁の裁量逸脱や裁量濫用の際に行政行為の実行を求める訴訟を提起する可能性を肯定した。ゲネンヴァインは認可が行政行為であることからして、この監督的措置に対する取消訴訟と義務付け訴訟の可能性を肯定した。また、申請から一定の期間が経過した場合に認可が下されたものと見なされる、「沈黙による認可」も国家監督の手段についての新展開であるといえる。ベッカーによればこの展開は、国家後見の残滓としての認可の留保からの前進であり、この展開をさらに押し進めることによって将来的には認可の留保はゲマインデの届出義務によって代替されうるのである。

監督に対する訴訟における新展開として、第二には専門監督にも行政訴訟における権利救済が認められはじめたことが掲げられる。確かにベッカーにおいては、専門監督は委任事務の領域で行われるものであり、監督措置に対してはゲマインデの自治事務の領域でのみ行政訴訟上の権利救済が認められるものと

[2721] ゲネンヴァインにおいては、目的適合性監督から法適合性監督「重点移行の歴史」がまさに「自治監督の発展史」なのであった（塩野・前掲脚注 2）81 頁）。

されて、委任事務における専門監督の措置には行政裁判上の権利救済手段は認められなかった。しかしゲネンヴァインは、専門監督による指示が自治任務の領域に介入する場合に行政訴訟が認められるということを観念した。さらにゲネンヴァインは、専門監督官庁の措置に対してもゲマインデに自由の領域を認めて取消訴訟を許容する方向性を指し示した。ヴォルフもまた専門監督官庁の権限逸脱の場合に監督的措置に対する訴えの可能性を肯定した。

また国家監督の手段についての新展開として、財源配分、目的補助金の停止、縮減、削除といった監督手段が掲げられる。ベッカーにおいても、ゲネンヴァインにおいても、この監督手段には憲法上の疑義が提起された。すなわち、この監督手段によってゲマインデの財源配分が停止されることによって、ゲマインデが責務を有している義務を履行することができなくなるような場合に、この財源配分の停止はゲマインデの制度的保障と抵触するものと見なされる。

結　日本法へ

1　ドイツとの比較における日本法

国なくしては、地方自治体は存在し得ない。確かに地方自治体は国と区別される独立した法人格を有している。しかし多くの論者は地方自治体の始原性を否定し、地方自治体の高権は国家権力から派生するものと見なされた。しかし地方自治体の始原性は、これを否定するとしても地方自治体の全権限性は肯定された。また、地方自治体の始原性を肯定する者であっても、最終的には地方自治体の自治の個別的な保障までをも認めるものではなかった。このようにして地方自治体の始原性はこれを肯定するとしても、国のない自治は存立し得ないのである。しかしまたもう一方で、地方自治体なしに国は存立し得ない。それは今日我が国における国と地方の行政事務の分担状況が、国と地方とでほぼ 4 対 6 の割合になっている[2722]ことからして明らかである。地方のニーズに応じた行政事務を処理するためには、「市民に身近な行政」[2723]が要求されることは明らかである。

しかし地方自治体は国の中に取り込まれており、国家法秩序の枠の中で、国法と軌を一にして行政を行わなければならない。自治という、国家からの自由には同時に地方自治体の公法的責務が伴うのである。また、将来世代の利益に

[2722] 本庄資ほか『現代地方財政論（三訂版）』大蔵財務協会（2012 年）38 頁
[2723] 木佐・前掲脚注 17）56 頁

対する配慮、歴史的、芸術的価値に対する配慮、超地域的な利益に対する配慮、地方自治体の中での少数派の利益に対する配慮といったことも、地方自治体の行政の中で十分になされなければならない。現在の世代さえ良ければそれでいいのでもなく、個々の地方自治体さえ良ければそれでいいのでもないのである。とりわけ地方自治体の起債であるとか、地方自治体の税の配分、歴史的、芸術的に重要な物件の譲渡といったものには認可の留保という監督手段が残され続けたということは、このことを反映している。地方自治体の条例制定に対する認可の留保は、地方自治体の自律性（Autonomie）に対する制約を意味した。そしてドイツにおいては認可の留保という監督手段から出発して、期間の経過による認可、事前の届出制というような監督への展開がなされた。さらに地方自治体の活動の目的適合性、経済性のコントロールをも含んでいた認可による監督は、理念としての自治と衝突し、法コントロールへと限定される方向性が一貫として示され続けた。このようにして、地方自治体の自立性、自主性の育成は徐々に、段階的に行われた。以上のようなドイツにおける監督手段の展開は我が国の地方自治制度、及びその改革をいま改めてみるとき参考に値した。とりわけ、地方自治体の起債の発行に対する国の許認可に関してである。従来我が国においては、地方自治体による起債の濫発を防ぐ必要があること、個々の地方自治体の財政の健全性と地方債全体の信用を維持する必要があること等を理由として地方自治法制上、地方債の発行に対して国または都道府県知事の許可が必要とされており、この許可は講学上の認可と解され、この許可がなければ地方債の発行は効力を発しないものと理解されていた[2724]。そして、地方分権一括法による地方自治法及び地方財政法の改正によって地方債の発行における許可制が原則として廃止され、協議制が採用されたのである[2725]。ここで協議制というかたちで国家関与が残されたのも、地方財政の健全性の確保の困難性、地方債制度全体の信用が失われうることに対する懸念、全国的観点からの資金配分の必要性、交付税措置との調整を図る必要性がその理由として掲げられた[2726]。そこでも例外的に地方自治体等の団体に財政上の問題があるような一定の場合に地方債の発行にあたって許可が必要とされており、これは地方財政の健全性と地方債制度の信用の維持確保を理由としている[2727]。さらに、2011 年に「地

[2724] 宇賀・前掲脚注 1）156 頁
[2725] 宇賀・前掲脚注 1）157 頁
[2726] 宇賀・前掲脚注 1）157 頁
[2727] 宇賀・前掲脚注 1）158 頁 - 159 頁

域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」、いわゆる第 2 次一括法によって一定の場合に地方自治体の起債について協議が不要とされて、部分的に届出制が導入された[2728]。今日の我が国にあっては、地方債の発行がますます多くなり地方自治体レベルでの財政の健全性が求められているなか、こうした地方債の発行における許認可から届出制への制度的展開は、認可を通じた監督をめぐったドイツにおける戦後の国家監督の展開と共通しているように見えるものがある。このことも、我が国の国家関与とドイツの国家監督の間での比較法研究に意義が存在しうることを物語っているのではないだろうか。

2　国家関与の実質的根拠

我が国において国家関与の実質的根拠を巡っては、国と地方自治体の間での役割分担に関する議論の中で争われてきた。1995 年に発足した地方分権推進委員会は、1997 年に提出された「地方分権推進委員会　中間報告」[2729]の中で、国が担うべき事務として、第一に「国際社会における国家としての存立にかかわる事務」、第二に「全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動または地方自治に関する基本的準則に関する事務」、第三に「全国的規模・視点で行われなければならない施策及び事業」というものを掲げた。そしてこの中間報告の中で委員会は、地方自治体の担う事務を原則的に自治事務として、法定受託事務は「専ら国の利害に関係のある事務であるが、国民の利便性又は事務処理の効率性の観点から法律の規定により地方公共団体が受託して行うこととされる事務」とした。地方分権推進委員会が、法定受託事務をこのように専ら国の利害にかかわる事務としたということは、この委員会が地方自治体の自治事務に対しても、専らではないにせよ、国が一定の利害関係を持っていることを前提としているという理解も可能であり[2730]、委員会は法定受託事務のみならず自治事務についても「国の利害」に国家関与の実質的根拠を求めたという評価が成立しうる[2731]。関与の実質的根拠としてはその他に、第一に地方自治体の事

[2728] 宇賀・前掲脚注 1）159 頁

[2729] http://www8.cao.go.jp/bunken/bunken-iinkai/middle/index.html

[2730] 稲葉・前掲脚注 15）142 頁−143 頁

[2731] もっとも、稲葉・前掲脚注 15）142 頁−143 頁は、「少なくとも、法定受託事務に係る関与については、『国の利害』を守るため『調整』的な意味で関与を行うという発想」を、地方分権推進委員会中間報告から読み取ったうえで、それに引き続き、括弧書きの中で地方自治体の自治事務に対する「国の利害」に

務が適正に処理されることを確保する国の責任、第二に国法秩序の維持に対する国の最終的責任、それから、地方自治体が広い意味で国家統治機構の一部を構成している国家構造といったものが掲げられている[2732]。

そこで改めて考えてみると、地方自治体の事務であっても、歴史的、文化的価値に対する配慮といったことも大局に立った見地からなされなければならないことは、鞆の浦公有水面埋め立て免許差止め訴訟[2733]において示されたことである。この事案においては、県及び市が道路港湾整備事業として鞆の浦の一部公有水面を埋め立てて橋を架ける計画を展開するために、県及市が県知事に対して公有水面埋立法 2 条に基づく免許を出願し、これを受けて県知事が国土交通大臣に対して同法 47 条及び同法施行令 32 条 1 号本文に基づく認可の申請を行ったのである。原告らのうちの一つのグループの者は、これに対して鞆の浦を埋め立てるこのような事業が歴史的、文化的価値を持つ鞆の浦の景観を破壊するものであるとして公有水面の埋め立て免許の差止めを求めたのである。この事案では確かに国土交通大臣の認可それ自体が問題となったのではないけれども、地方自治体の開発的傾向が示されている点で、国家関与をめぐる問題関心にかかわる。地方自治体やその住民の側からすると、鞆の浦のような事案で日常的な道路交通上の便宜のために公有水面の埋め立ての事業が展開されることは必要であろう。しかし日常的なレベルを超えた大局的な立場に立って歴史的な価値や文化的な価値を守ることも必要であって、このような価値は地方自治体レベルでの判断では十分に汲みつくされず、このような価値を汲み尽したかたちで最終的な判断を行うことは国の任務であるともいえよう。この意味において県知事が公有水面埋め立ての免許をするに際して、国家官庁の認可が求められていることには意味があるし、このようなかたちでの国家関与を排除するにあたっては環境保護の観点からの慎重な考慮が必要となる。このような公有水面埋め立ての問題に関しては、地域的で短期的な観点ではなくして、国際的な観点、国全体の観点、そしてまた「環境保護に係る国の責任」[2734]という観点からも、国家関与の必要性が認められている[2735]。これまで見てきたドイツに

ついても言及しているのである。

[2732] 稲葉・前掲脚注 15）144 頁−146 頁

[2733] 広島地判平成 21 年 10 月 1 日判時 2060 号 3 頁

[2734] 大久保規子「地方分権と環境行政の課題」季刊行政管理研究 91 号（2000 年）39 頁、50 頁

[2735] 公有水面埋め立て事業における国家関与が縮減されたことについては、環

おける国家監督の基礎付けに鑑みても、将来世代の利益、少数派の利益、歴史的、文化的価値に対する配慮といった、大局的見地に立った国の利害関心は、国家関与の実質的根拠と見なし得るものであると思われる。

しかしまたもう一方で、例えば防潮堤の建設のような、大規模な公共工事が災害復興復旧事業として国の側から計画されるのに対して、地方自治体の側から独自の案としてより自然環境に悪影響の少ない計画が提案されるという事案も存在する。報道によれば、震災に対する対策として、その建設にあたって国から補助金が配分されるコンクリート製の防潮堤に代わって、浜松市は、ウミガメが産卵をする美しい砂浜を守るべく、保安林に盛り土をすることによって防潮堤の機能を担わせるという独自の案を、国に頼らずに独自の費用で展開しようとしているのである[2736]。地域によっては地方自治体の自立性は、地方自治体が歴史的、自然的価値に対してこのように配慮することができる程度に高まっている。だとすると、国がこのような地方自治体に対して関与を行って地方自治体が悪しき方向に進まないようにしようとするのは、余計なお世話なのだろうか。

また、上に述べたことと異なった観点からの国家関与の必要性がある。それは、いわゆる裁定的関与についてである。地方自治体が行った処分に対して不服のある者が不服申立てを行い、その不服申立てに対して国が第三者的な立場から裁定を行う、これが裁定的関与と呼ばれるものである。裁定的関与は地方自治法 245 条 3 号括弧書きにおいて同法が一般ルールを定めるところの関与から除外されている。その理由としては、第一に「かかる係争処理手続きについては、別に法律の根拠・手続が定められていることが通常であり、関与法定主義や関与手続に関する地方自治法の規定を適用する必要性が乏しいこと」、第二に「私人である当事者の権利救済という観点が必要になる場合があり、地方公共団体の自主性を尊重するため、関与を必要最小限度にするという地方自治法の基本理念が必ずしも妥当しないこと」、第三に「別の法律で定められた紛争解決手続に、さらに地方自治法の係争処理制度を付加することは、紛争解決を不

境影響評価制度総合研究会における議事の中で環境保護の観点からの批判が存在している。環境影響評価制度総合研究会における議事録は、http://www.env.go.jp/policy/assess/5-3synthesis/で公表されており、公有水面埋め立ての問題に触れているのはとりわけ、第 1 回研究会議事録、第 6 回研究会議事録、そして環境影響評価制度総合研究会報告書である。

[2736] 毎日新聞 2013 年 3 月 19 日東京夕刊

必要に遅延させるおそれがあること」が掲げられる[2737]。このような裁定的関与にあっては、私人の権利保護という観点が存在し、それに対応するかたちで地方自治体の自主性もまた一定の制約を受けるのである。

3　制度としての監督

ドイツにおいて国家監督は、学説において、法律適合性に限定されるべきであって目的適合性の領域には及ばないのだという考え方は確かに存在していた[2738]。とりわけシュテルンはこのような方向性を示していた。このような考え方は地方自治体の自治権を尊重するという理念からしてみて、理解のできるものである。しかし、認可を通じた監督には、やはり目的適合性のコントロール、経済性のコントロールが含め入れられざるを得なかった。その事情は我が国とも共通している。すなわち、一方において地方自治体の自治権を尊重するという見地から地方自治体に対する国の監督を適法性の監督にとどめて、目的適合性は地方自治体の裁量的判断にゆだねる趣旨の理念は明治憲法下においても確かに存在していた[2739]。しかし、もう一方では監督官庁が許認可権を行使するときに当該監督官庁に目的適合性の裁量が認められていたのである[2740]。佐々木も国が地方自治体を監督する見地の一つとして、「自治体をして適法の行為をなさしむるが為め及び適当の行為をなさしむるが為めに共に国家の監督あり」ということを述べ、「前者を適当に関する監督と云ひ後者を適当に関する監督と云はん」[2741]という。渡邊もまた「法が便宜問題即ち当不当の問題に関して監督権の発動を認むる場合は決して少なくない」[2742]とし、さらに「本来許可制度の運用は、法理由に依つてではなくして、寧ろ公益理由に依つてそれの付与または拒絶が決定される場合に、却って一層有意義のものであり得る」[2743]という。監督を法適合性コントロールに制約しようとする美濃部の理念は、制度にまでは定着しなかったのである。そして、戦後の我が国においても、地方自治体の起債の許可など、国家官庁による許認可といったものは、制度としては地方自治体

[2737] 宇賀・前掲脚注 1）336 頁
[2738] 塩野・前掲脚注 2）113 頁
[2739] 美濃部・前掲脚注 20）618 頁、塩野・前掲脚注 2）78 頁
[2740] 塩野・前掲脚注 2）79 頁
[2741] 佐々木・前掲脚注 21）861 頁
[2742] 渡邊・前掲脚注 5）238 頁
[2743] 渡邊・前掲脚注 5）289 頁。渡邊は、監督官庁が異議や取消しといった監督手段を用いる場合であっても、例外的に目的適合性のコントロールを行うことができると考えている（渡邊・前掲脚注 5）294 頁）。

の活動の目的適合性を保障するものとみなされていた[2744]。このように、自治を実現するために目的適合性の判断を地方自治体に委ねようとする考え方は理念として存在していたのであるが、許認可を通じた国家関与は制度上、目的適合性の領域に及ぶものだったのである。それは、概念操作を通じて許認可を国家関与の外に置く[2745]としても、制度としてそのような目的適合性コントロールを含む許認可が存在している以上、その限りにおいて地方自治体の自治権が制約を受けているのである。また我が国において、目的適合性の考慮を含む国の許認可権については、現在の「国家的利害と地方的利害との区別が判然としない領域が多くなっている」という事情に基づいて、「事務遂行のイニシアティブ及びその遂行の責任を地方公共団体に委ねつつも当該事務に関する国の協同乃至参加の見地から、許認可権を国に留保することは、場合によっては一つの合理的な技術であることもありうる」[2746]という理解もある。許認可権の行使にあたって目的適合性の考慮が入るとしても一概に自治に対する過剰な介入ともいえない側面があるのである。

このような目的適合性のコントロールと国家監督の問題はしばしば固有事務と委任事務の区別というものと結び付けられる。すなわち、ドイツにおいては地方自治体の固有事務と委任事務の区別の必要性に対する疑問は通奏低音として鳴り響いていた。地方自治体の任務を本来的に国家的任務とみなす立場からも、地方自治体の任務をすべて本来的に帰属する任務とみなす立場からも、固有事務と委任事務の区別の不必要性は主張されていた。そこで鍵、もしくは躓きの石となるのが国家監督である。すなわち、固有事務の領域でも委任事務の領域でも地方自治体は国から区別された法人格を持つ団体であるけれども、固有事務においては国家監督が法適合性コントロールに限られ、委任事務においては法適合性コントロールのみならず目的適合性コントロールをも含んでいる専門監督が行われるというかたちで固有事務と委任事務の区別が生き続ける。もっとも、委任事務の領域で国家監督が目的適合性のコントロールを含むとしても、その国家監督は比例原則と適合したものでなければならないとされている[2747]。これは、「国家の監督に限界を画するこのような法理が存在しないために、しばしば、法律に基づかない合目的性の問題にわたる監督が行われている」

[2744] 塩野・前掲脚注 2）79 頁
[2745] シュテルンの試みである。
[2746] 塩野・前掲脚注 2）118 頁
[2747] 成田・前掲脚注 28）125 頁

[2748]ことに対して憲法上の疑義が呈されていた我が国とは異なった事情が存在する点である。委任事務の領域での専門監督に目的適合性のコントロールが含まれることに一定の合理性があるとしても、やはり地方自治の尊重という観点からは憲法上の限界が存在するだろう。そうだとしても、いずれにせよドイツにおいては自治を定義づけるに際して、地方自治体の任務として固有事務と委任事務というものがあって、委任事務の領域では国家監督は目的適合性のコントロールを含んでおり、国家監督の強度において違いがあるということで国家監督が自治にとって必要な概念として存続していたのであった[2749]。そうであるから、自治と国家監督を分けて、国家監督の無い自治を語ることは、いわば「血を流さずに肉を切る」がごときことであったのである。この意味において国家監督と自治は互いに結びつき合ったものであった。ただ、このようにして国家監督と自治が互いに結びついてきたとしても、もう一方において国家監督と自治は互いに牽制し合う関係でもあった。オットー・マイアーが提供してくれた、政治的スローガンとしての自治がそれである。マイアーのいう政治的スローガンとしての自治は、国家監督を出来るだけ制限することを要請するものであった。すなわち、国家監督と自治は定義において互いに結びついていたのに対して、理念としての自治は制度としての監督と互いに衝突し合って、理念としての自治は国家監督を制約することを求め続けていたのである。

この点において、現在の我が国にあっては、ドイツにおけるのと事情が異なっていた。旧来の機関委任事務廃止以前の法状況においては、「解釈的に団体委任事務と固有事務を区別することは、技術的にいっておそらく不可能な場合が多い」[2750]という指摘があった。ただし、自治事務と法定受託事務の区別を採用した現行法においては、とりわけ自治事務について同意という国家関与を一定の場合を除いて排斥する規定が存在する（地方自治法245条の3第4項 - 6項）。また、是正の勧告という国家関与が自治事務の処理においてなされうる（地方自治法 265 条の 6）のに対して、法定受託事務においては是正の指示（都道府県と国の関係について地方自治法 245 条の 7 第 1 項、市町村と都道府県の関係

[2748] 成田・前掲脚注 28）125 頁

[2749] ただし、このような伝統的な固有事務にも委任事務にも属していない義務的任務が導入されていることには注意が必要である（塩野・前掲脚注 2）45 頁）。さらに、ドイツにおける固有事務と委任事務の二分論もまた、それ自体として相対化が進行する（斎藤・前掲脚注 2200）18 頁）。

[2750] 塩野・前掲脚注 2）125 頁、注 168

について地方自治法 245 条の 7 第 2 項）がなされうる。また代執行という国家関与の手段は地方自治法上法定受託事務の処理について用いられうるものとされている（地方自治法 245 条の 8 第 1 項）。このように国家関与の手段、国家関与の強度という点においては、我が国においても自治事務と法定受託事務との間で相違がみられる[2751]。

国家監督が存続し続けている根底にあるのは、地方自治体が法人格としては国から独立して自立的であるとしても、空間的に見れば独立した法人格を持つ地方自治体も国の内部にあり、一定の地域的空間の中で国、広域的地方自治体、基礎的地方自治体が重畳的に利害関心を有していることであると思われる。このように重畳的な利害関心が錯綜する中で、国の目から見れば何が正しいのか、広域的地方自治体から見れば何が正しいのか、基礎的地方自治体から見れば何が正しいのかは、それぞれが持っている視点に応じて異なったものでありうる。それぞれが持つ住民に対する「近接性」と「距離」に対応しても、「正しさ」は異なったものでありえよう。また、住民に対する「近接性」は必ずしも判断の「正しさ」を導くとは限らず、かえって大局的な見地からの考慮が必要であるような場合に障害にすらなり得ることはすでに言及した鞆の浦の事案が示していることである。

4　関与に対する裁判的統制の必要

もちろん、法に照らして何が正しいのかは、多くの場合にそれぞれの行政単位の間で一致が見られるだろう。しかし、このような「正しさ」の判断に食い違いが存在する場合にどの「正しさ」にプライオリティを与えるか、が問題となる。国家監督はその中で国の判断に一応のプライオリティを与えるという役割を負っている。争いがあれば中立的な紛争の裁定者たる裁判所が最終的に判断をするので、国家監督は行政単位たる国の判断に絶対的なプライオリティを与えるものではない。この点において国家監督に対する裁判所の統制は可能な限り維持されるべきであり、排除されてはならない。指導者原理を貫徹して国家監督に対する司法審査を除外してしまった戦前のドイツの事態が示しているのは、政治的判断を理由として、また不確定概念のようなものを含んだ法律の解釈次第で裁判所の統制は極限的に縮減されうるということである。このように国家監督に対する司法審査を除外することは、地方自治体の自治権、自主性の尊重という観点から、また法治国原理の貫徹という観点から、問題がある。

[2751] 同趣の見解として、稲葉・前掲脚注 15）139 頁

この点において我が国にあっても国家関与に対する裁判的統制を法律の解釈によって限定しすぎることの無いよう、気をつけなければならない。

ドイツにおいては国家監督に対する行政裁判上の権利救済がヴァイマル期において限定的であるにせよ萌芽的に認められ始めた。それは論者が法治国的理解を徹底させようとした所産であった。ヴァイマル期における国家監督に対する自治権の行政裁判上の保護は、一つには行政裁判における司法審査の列挙主義といった実定法的根拠から、もう一つには監督官庁に認められた自由裁量に基づく監督行為に対する裁判所による審査不可能性、また、政治的決定に対する審査不可能性といった理論的根拠から、制限を受けた。これに対してボン基本法下では、一つに、監督官庁の裁量に委ねられる監督行為であっても、裁量逸脱や裁量濫用といった観点から司法審査の道が開かれ始めた。また、委任作用領域の事務の中で行われる専門監督にも行政裁判上の権利救済が認められるにいたる。専門監督の名を借りて監督官庁が自治事務の領域に介入するような場合がそこでは念頭に置かれた。

また、認可に対する行政訴訟の許容性も一つのポレーミクであった。従来、認可は監督官庁の自由裁量に委ねられ認可の拒絶に対する行政訴訟は否定されていたが、裁量の統制が行政裁判上認められることで認可の実行を求める訴訟も肯定されるに至った。そして、「沈黙による認可」という監督は、監督官庁が認可を付与するという決定をしなくとも認可が下されたものと見なされるという意味において、地方自治体の判断に有利に作用するものであった。さらに、国家的事務としてその遂行が地方自治体に委ねられる委任作用領域の事務の領域での専門監督に対しては、従来行政裁判所によるコントロールが否定されていたが、ゲネンヴァイン、ヴォルフらによって専門監督権限の逸脱に対する行政裁判所のコントロールの可能性が示された。自由主義的法治国理念が国家監督においても浸透して行ったプロセスを見て取ることができた。

我が国にあっては、明治憲法下での国家監督、戦後の憲法下での国家関与に対する地方自治体の裁判上の権利救済に関しては、学説上これに触れるものが少なかった[2752]。この問題は、地方自治体の出訴資格という論点に含まれるものである[2753]。学説が国家監督、国家関与に対する地方自治体の出訴権の問題に言

[2752] 塩野・前掲脚注 2）90 頁

[2753] 塩野宏『行政法概念の諸相』有斐閣（2011 年）372 頁は、明治憲法における論議にさかのぼって日本国憲法下での地方自治体の出訴資格を検討したうえで、「明治憲法 61 条の軛から放たれ、かつ地方自治が憲法上の制度となった日

及してこなかった理由としては、第一に「現行法制における関与手段の重要部分が法的強制力を有するものではなく、その限りでは地方公共団体の側における権利侵害の問題が生ぜず、したがって理論的にみても、司法的救済を論ずる余地が狭かったこと」、第二に「許認可処分はそれ自体法的効果を有する行為であるにもかかわらず、国と地方公共団体の実質的特殊的関係から、処分の効果を地方公共団体の側から法的手段によって争うことが現実には殆ど生起しないために、理論としてもこれを論ずる直接の実益がなかったこと」[2754]が掲げられる。ただ、「国家官庁が固有の資格における地方公共団体を相手方として行う公共事務の範囲における公権力の発動たる行為、例えば起債の許可、補助金の交付決定、地方交付税額の決定・減額等」[2755]を抗告訴訟の対象となる処分と解すべき旨主張する学説は夙に存在していた。また、従来とは異なって国と地方自治体の間での法的争いも生じうるような関係が発生しているため、学説もこれに対応しなければならない時期が来るのかもしれない。

現在においては、国の関与に関する審査の申出の手続が地方自治法 250 条の 13 に、国の関与に関する訴えの提起についての規定が同法 251 条の 5 にある等、立法的手当てがなされており、これらの規定が定める範囲内では地方自治体の権利救済手続が可能となっている。また、地方自治体の不作為に関する国の訴えの提起を定める規定が地方自治法 251 条の 7 に置かれた。ただ、上に言及した裁定的関与については、裁定的関与を受けた地方自治体の側からの出訴が法律上明示的に認められていないことが、地方自治の保障という観点から問題となっている[2756]。裁定的関与に対する地方自治体の側からの出訴の問題に関しては、裁定的関与を受けた地方自治体の自治権の保護という問題がある一方で、裁定的関与を受けた当該地方自治体の行った処分の相手方の権利保護という問題もある[2757]。この点に関してはさらに、今後も制度をどのように整備するかと

本国憲法の下では、自治権侵害訴訟が行政事件として特別の法律上の根拠なく認められるのは、ごく自然な結論のように思われる」という。

[2754] 塩野・前掲脚注 2）90 頁

[2755] 成田・前掲脚注 28）131 頁 - 132 頁

[2756] 塩野宏『行政法Ⅲ[第四版]』有斐閣（2012 年）246 頁、宇賀・前掲脚注 1）336 頁

[2757] 塩野・前掲脚注 2753）379 頁は「自治体の処分には複効的なものもあるので、解釈論として一律にことを処理するのは適当でない」としつつ、結論において、「法律上別段の定めがない限りは、通常の関与であれ裁定的関与であれ、自治体の出訴資格を認め、これにより私人の権利保護に重大な障害が生ずる場

いう立法論的問題点が存在している[2758]。許認可の不作為に対する裁判所の審査の範囲の問題、法律上明示的な規定が存在しない裁定的関与に対する地方自治体の出訴権の存否の問題等、今後の実務的蓄積が期待され、これらの訴訟類型との関係における国と地方自治体の間の法関係の学問的究明も実務的蓄積と並行して行われることが期待される。

さらに、今後残された研究課題としては、第一に、広域的地方自治体による基礎的地方自治体に対する関与と、国による地方自治体に対する監督とを比較研究することである。確かに、都道府県といった広域的地方自治体による、市町村といった基礎的地方自治体に対する関与については、国による地方自治体に対する関与の類比で一定程度は語ることができるだろう。しかし、もしそこに違いがあるとしたら、それこそが地方公共団体の持つ独自性であり、あるいは国の持つ独自性であるということができるだろう。第二の研究課題としては、環境法の分野における関与、税法の分野における関与、あるいは財政法の分野における関与といったかたちで、個別法分野に一度分解して研究することである。それぞれの個別法の持つ特殊性によって、関与は影響を与えられうる。個別法に特化したかたちで関与の研究をすることにより、総論的な研究のみでは得られなかったような知見も得られうると考えることができる。

帝国における国と地方自治体の間の従属関係、自由主義的法治国における地方自治体の地位、国家社会主義的指導者原理における地方自治体の地位、これらの複数の国家観をまたがって、根拠は異にするとしても国家監督は助言、異議、確認、認可といった類似した形態で存続し続けた。いわば、このような国家観をまたがった国家監督は、同一の容器の中に異なった内容物を擁しているのである。まさにここで、オットー・マイアーのいう、「憲法は変わる。されど行政法は変わらず」[2759]が再現されている。また異なった国家体制をまたがって国家監督が存続し続けているという事実は、我が国の地方自治にも、ドイツにおける国家監督が一定の示唆を与えてくれることを、物語っている。

合には、特別法または一般法で、自治体の出訴資格の制限を、私人の権利保護と自治権の保障につき調整をすることが法律で可能かどうかの検討がなされるべきである」という。

[2758] 宇賀・前掲脚注 1）336 頁－337 頁

[2759] Mayer, Fn. (953), Vorwort zur dritten Auflage