

なかじま    なおき  
中嶋    直木 (東京都)

学 位 の 種 類    博士 (法学)  
学 位 記 番 号    法博第122号  
学位授与年月日    平成27年9月25日  
学位授与の要件    学位規則第4条第1項該当  
研 究 科 ・ 専 攻    東北大学大学院法学研究科 (博士課程後期3年の課程)  
                         法政理論研究専攻  
学 位 論 文 題 目    現代ドイツにおけるゲマインデの「主観的な」法的地位と構造  
                         —基本権論との宥和と断絶—  
論 文 審 査 委 員    (主査)    教 授    稲葉    馨  
   教 授    飯島    淳子

## 論文内容の要旨

本論文は、ドイツ連邦共和国基本法第28条第2項（以下では、「基本法28②」とする）に定める地方自治の制度的保障の解釈から導かれるとされてきた、地方自治体（ゲマインデ）の『主観的な』法的地位の保障なるものが、現代ドイツにおいてどのように「論証」されているのかを検討したものである。問題の所在を示す序章に続き、第1章から第5章までの第1部、および第6章・第7章から成る第2部、そして終章という構成になっている（本文・全255ページ）。

序章では、日本法における学説・判例を素材に、問題意識と研究方針が明らかにされている。すなわち、「《地方自治体は、憲法上自らに保障される『地方自治（自治権）』への毀損・侵害について、裁判所による救済を享受することができるのか》」、できるとすれば「如何なる法理論的条件の下で」かという問題関心から、「現代ドイツ法」の比較法的研究を行うものとしている。今日の日本法（解釈論）においては、肯定・否定両説の厳しい対立が見られ、しかも膠着状態にあるとも言えること、他方、肯定説において現代ドイツの判例・学説が「比較法上の論拠」としてしばしば援用されており、日本法における状況の打破のため、現代ドイツ法の研究を行うことに大きな意義があること、がその主たる理由である。

第1章では、考察の出発点となる基本法28②について、それが基本権の章ではなく「連邦と州」という「国家組織原理」に関する章に置かれている意味を確認し（第1節）、通説的理解である「制度的保障論」について、裁判上の保護に直結する「主観的な」法的地位保障を中心に、法主体保障・法制度保障を加えた3要素について説明（第2節）した後、同説の主唱者であるK.Sternによる『主観的な』法的地位の論証を跡付けること等によって（第3節）、Stern説にも「論証の変遷」が見られることを指摘するとともに、他の学説をも参照し、さらに考察を深めていくに際しての論点の導出・整理を行い、第2章以下の構成を示す。

次に、第2章では、個別論点の考察に先だって、そもそも基本法28②の制定過程におい

てゲマインデの「主観的な」法的地位に関して示唆的な議論が行われていなかったか否かが検討されている。地方自治の保障が、基本権の問題として理解されていなかったことは確認できるものの、制度的保障の議論もなされておらず、ゲマインデの「主観的な」法的地位の問題に関しては「ニュートラルな状態であった」という結論が示されている。

第3章に至り、地方自治論から「主観的な」法的地位の論証を試みている諸学説の分析・検討が行われている。第1節で制度的保障論からアプローチする見解（K. Stern、H. Bethge、D. Jesch など）をとりあげ、それに続いて、第2節では「新たな地方自治論」として、E. Schmidt-Jorzig 説・代償的自治論・共同管理的自治論・機能的自治論（J. Burmeister）が検討の対象とされている。これら諸学説の考察のまとめとして、(1)制度的保障にも、「基本権への近さ」を有するもの（大学など）と「基本権から隔たりの」あるものとが存在し、地方自治保障は後者に属するものであるにもかかわらず、結局のところ、後者の意味での制度的保障それ自体から「主観的な」法的地位を導く説得力のある議論がされているとはいえないこと、(2)他方、機能的自治論の代表者である Burmeister については、「主観的な」法的地位の根拠を「民主的正統性」と基本法28②によるゲマインデへの立法者監視権能の付与に求めることにより、「国家組織法原理の中において、『主観的な』法的地位が如何にして論証されるかを新たな課題として示したもの」と評価できること等が指摘されている（第3節）。

そこで、第4章では、ゲマインデの「主観的な」法的地位の論拠とされることもある実定法上の制度である、「地方自治体憲法異議」制度（基本法28②違反を理由にゲマインデ等に憲法裁判所への異議申立てを認める制度）について、立法過程における議論も含め、その意義を考察している。立法過程の議論から積極的な示唆を導出することは困難であること、学説上一般に採用されている「対象が限定された申立権能を伴った規範統制」との制度理解からも課題に対する答えを左右するような帰結はもたらされないこと、この制度が「主観的な」法的地位の根拠たり得るとすると、かえって基本法28②からはそれが導かれないことを前提とすることとなること等の認識・見解が述べられている。

第5章では、ゲマインデの「基本権享有主体性」（基本権侵害を理由に出訴権を認める基本法第19条第4項の援用可能性）の視点から「主観的な」法的地位の論証が可能か否かについて判例・学説の分析・検討が行われている。連邦憲法裁判所判例の展開に即して、3つの時代に区分し、第1期は、広く基本権の援用が認められていた「基本権への逃避」の時代（1967年の社会保険保険者決定前まで）、第2期は、基本権享有主体性の議論が精緻化され、基本的に、「公の事務」該当性をメルクマールとして援用の可否が決められた「二元論」支配の時代（1967年から1982年のザッスバッハ決定前まで）、そして、第3期は、「客観的な手続基本権」（法律上の裁判官および審問を求める権利）を除く一切の基本権享有主体性が否定される「ザッスバッハ以後」の時代とされる。そして、このような展開の結果、今や、ゲマインデの「主観的な」法的地位は、基本権論を完全に排した「国家組織法原理」論の観点から論証されることとなり、「権限の主観化」という命題の検討が必要となったことを指摘する。

このような「権限の主観化」の課題に取り組むため、第6章では、基本法28②解釈を制度的保障論から切り離し、「基本法上の主観的権利」と捉える諸学説（反制度的保障論）が検討に付されている。そして、反制度的保障論においては、概して、基本法上の地方自治保障を「制度的保障の足かせ」から解放するという「実践的意図」が勝っているために、「権限の

主観化」の論証が不足しており、また、比較的詳しく自説を展開する M. Kennntner にあっても、彼独特の「裁判の対象となり得る連邦主義」に基本法 28②を包摂し、権限分配規範により「ある法主体に配分された権限領域」も憲法によって保護される等と述べるにとどまり、依然として論証が尽くされているとはいえないとする。

以上のように、基本法（憲法）論のレベルにおいては「権限の主観化」の論証が成功しているとはいえないため、第 7 章では、法律上のレベルにおける論証可能性を探ることとし、連邦行政裁判所法（以下、「VwGO」とする）の関係規定（①原則として「非憲法的性質を有する全ての公法上の争訟」について「行政裁判所への出訴の途」を開く第 40 条第 1 項、②行政行為〔その拒否・不作為を含む〕による「自己の権利」侵害に対して、取消訴訟・義務付け訴訟の提起を認める第 42 条第 1 項・第 2 項）の解釈に係る判例・学説における「権限の主観化」の過程を考察することとした。その際、ゲマインデの事務類型のうち、国家組織原理が前面に出る「委任事務」を主たる対象とし、「委任事務領域上での国家監督に対するゲマインデの権利保護」の事例が素材とされている。

考察の結論は、『主観的な』法的地位を国家組織原理から正当化し、『権限の主観化』を可能とするような論証は十分になされていない」というものである。判例・学説は、自治権が VwGO 第 42 条第 2 項の「権利」に当たることを、論証の対象としてではなく、いわば自明の前提にしているという。ただし、ゲマインデの「主観的な」法的地位の「権限」的性質に係る論点が捨象され得たのは、同条第 1 項の「公法上の争訟」にいう「法」には外部法のみならず内部法も含まれ（内部法の「法」化）、その範囲が基本法第 19 条第 4 項によって限定されなくなったため、「権限」と「権利」が同等に扱われるに至った結果であり、両者の「性質論的差異」の問題は、同条第 2 項ではなく、第 1 項において「実質的に解消されている」旨を指摘している。

以上の考察を受けて、「終章」では、①各章ごとに検討の結果を簡明にまとめ、その上で、②「基本権論との融和と断絶」という「文脈」から再構成した後、③残された課題として、「基本権から隔たり」のある制度的保障から如何にして「主観的な」法的地位を導くか、および、「権限の主観化」問題をあげ、次のように論じている。前者については、「基本権論等の不純物を排した、純粋な性質論的論証が必要」であること、後者については、「組織法上の法的地位」が「非人格性」によって特徴付けられることは否定しがたく、そのような意味での個々人の主観的権利と「権限」の「性質的な差異」を超えて、「権限が主観化」されることの論証が必要となるが、その際重要なことは、「内部組織法における『法』化を前提として、さらにそこから『権限』の『権利』化を論証する作業」が求められる、ということである。そして、そのような作業に当たっては、「国家」領域でも「社会」領域でもない「公法上の『第三領域』に属する」というゲマインデの「憲法上の位置づけ」を踏まえて検討が行われる必要があることを指摘して、本論文を結んでいる。

## 論文審査結果の要旨

本論文は、主に、次のような点において高く評価できるものである。

第一に、《地方自治体（普通地方公共団体）は、国との関係において、憲法上保障された「自治権」を根拠に「主観法的な権利保護システム」による保護・救済を享受することができるか》という日本法上なお「未決着」といえる論争的なテーマについて考察を深めるため、実定法上、肯定説を採用（ゲマインデの「主観的な法的地位」を積極的に承認）している代表例とされてきたドイツ法を研究対象としてとりあげ、その緻密な分析によって、ドイツの判例・学説は、そのような肯定的結論を導き出す理論的根拠付け（論証）に必ずしも成功しているとはいえないことを明らかにしたことである。このような研究結果を得るためには、肯定説が明示的・黙示的に援用・依拠していると思われる諸論拠を丹念に（少なくとも類型化のレベルにおいて）漏れなくとり上げ、粘り強く究明していくという非常に困難な作業が必要となるが、本論文は、そのような困難を克服して、わが国における従前の一般的ドイツ法理解について、その深化あるいは見直しに向けた再検討をせまる貴重な成果といえる。

第二に、ドイツ法の分析・検討に当たり、極めて包括的な考究が行われていることである。多数の学説・主要な（裁）判例はもとより、ポイントとなる憲法規定として、地方自治の（制度的）保障に関する基本法第28条第2項、および第19次基本法改正（1969年）によって法律上の制度から憲法上の制度へと地方自治体憲法異議制度の「格上げ」をはかった基本法第93条第1項4b号について、また法律上の規定として、同号の前身に当たる連邦憲法裁判所法第91条について、各規定の制定過程における論議を詳細かつ的確に跡づけている。他方、学説の検討に際しては、各説に属する論者を総花的にとりあげるのではなく、重点的に分析を加えるべき者とそうでない者とを分けてメリハリの効いた言及を心がけ、重要学説を展開していると見込んだ論者（K. Stern、E. Smidt-Jorzig、J. Burmeister など）については詳細な理論分析を行うことによって、テーマに係る各論者ごとの学説研究として見ても、非常に優れたものとなっている。

第三に、錯綜した判例・学説を「基本権論との宥和と断絶」という俯瞰的視点から再構成することによって、本論文を全体として見通しの良いものにしているだけでなく、理論史的研究としても高く評価できるものとなっていることである。このような視点によって、主題に係る「現代ドイツ」の研究といっても、「ゲマインデの基本権享有主体性」が広く認められていた時期（おおよそ1960年代まで）といわゆる「ザッスバッハ以後」の時期（1982年以降）、すなわち、基本権論との断絶＝国家組織（法）原理論の中でゲマインデの「主観的な」法的地位の論証を行わざるを得なくなった時期とでは、基本法第19条第4項の法的性格づけと援用可能性を含め、理論形成の法的基盤に大きな差異があることを明らみに出し、論点の所在の移動を明瞭にすることに成功している。

もっとも、本論文にも注文したい点が無いわけではない。すなわち、①現代ドイツの判例・学説は、一般に、「自治権」がVwGO第42条第2項の「権利」に該当することを自明の前提としているとの指摘に関連して、歴史的な経緯（伝統）を探るため、第二次大戦前、とりわけ19世紀後半以降のドイツ各邦（諸ラント）における法状況の研究が有意義ではないかと思われるが、本論文には、そのような歴史的研究が欠如している。また、②《地方自治の保障・拡充のために司法的救済を認める》法制度は、ヨーロッパ自治憲章（1985年ヨーロ

ッパ評議会閣僚委員会採択、1988年発効）第11条にも見られるように、地方自治保障の国際水準を示すひとつの指標ともなっている。従って、ドイツにとどまらず、様々な国の当該法制を比較検討することにより、法理論的にも一層豊かな示唆を得ることができるのではないと思われるが、本論文は「現代ドイツ」の研究にとどまっている。さらに、③第1部の冒頭に置かれている第1章は、第2部（第6章・第7章）にとっても「序説」的な意味を有するものであること、また、「地方自治体憲法異議制度」が第4章に配されているが、他の章との関連において、そのような位置づけの意味が必ずしも明確ではないことから、論文構成についてもなお工夫の余地があるように思われる。

このように、本論文についても、足らざる点を指摘できるのであるが、③は直接に本論文の内容の正否に関係するものではないし、①と②で指摘した歴史的・比較法的研究の欠如・不足も本論文の内在的欠点とはいえず、むしろ、研究を更に発展させていくための今後の課題というべきものであり、直ちに本論文の評価に影響を及ぼすものではない。むしろ、本論文は、「現代」の「ドイツ」に焦点をしばった深掘りの考察を果敢に試みることによって、地方自治体の自治権侵害に対する司法的救済のあり方をめぐるわが国の論議にも資するところ大であり、その理論水準を押し上げることに大きく貢献することが期待できる研究である、と評することができる。

以上により、本論文を、博士（法学）の学位を授与するに値するものと認める。