

## 第6章

### プロイセン=ドイツ地方自治法理論研究序説

#### 〔解説〕

(1) 本章は、「プロイセン=ドイツ地方自治法理論研究序説——「地方警察」権の分析を中心とした国家とゲマインデの関係」(以下、この解説において「本章」という)と題して、自研54巻7～10号(1978年)に掲載されたものの再掲版である。

(2) 刊行時からすでに36年の歳月が流れた。本来は、過去の仕事として意味のない論稿になったと感じていた。しかしながら、本章は、法学、ことに行政法学において、いわゆる「通説」がいかにして成立していくか、その過程を「国と地方公共団体の関係」を素材として検証したつもりであり、自らは、行政法学方法論あるいは行政法学研究のあり方についての一つの実例と考えて残しておきたいと思うに至ったのである。単なる自己満足ではなく、筆者が大学院生であった時代の研究者(大雑把に言って、生年が1940年代後半から1955年頃までの間。研究を始めた時期が1970年代前半から半ばくらいの世代)が喧々諤々と議論していた時代の一記録として少しは意味があることを願うものである。

1970年代前後、行政過程論、行政領域論、市民公法論、特殊法論などの行政法学方法論議が賑やかであった。それらの方法論と地方自治(法)の

関係についてはここでは触れないが、当時は、「国家観」や「歴史観」自体が「無意識のうちに固定的な枠の中に閉じ込められている」ことから、より基礎理論・歴史分析を重視する方向を示唆する遠藤博也「戦後30年における行政法理論の再検討」同『行政法学の方法と対象』(信山社、2011年)45頁以下(引用部分は67頁)(初出・公研40号、1978年)などの主張は、行政法学の体系の再構築を展望するためにも必要であるとされていた時代であった。他の第一線の研究者も国家観や歴史観は重視されていたと思う。

(3) 本章は、19世紀のドイツの公法諸学説を扱っているところから、当時の学者や立法関係者への直接取材ができないことは言うまでもない。「なぜ、どのような諸事情を背景として『通説』は成立するのか」が、本稿のメイン・テーマである。国と地方自治体の関係における事務論「地方警察権」の分析という副題は、単なる、その通説化過程の実証分析の一素材に過ぎない。

人権としての地方自治権と統治機構の一端としての地方自治制度論の対抗、それらのいずれもが権力を掌握する者により実定法化されていく。これを公法学者が合理化していくのであり、後者の統治機構の一端として整理された地方自治制度論が勝利を占めるのである。他方で、裁判実務家、ことにプロイセン行政裁判所の長官らの中には、政治の主流や公法学の支配的学説に抵抗する者がいたのである。

そのため、さまざまな立論、主張を単に「学説」の一つとして見るのではなく、その論者の職業や肩書、住んでいた地域にも着目、考慮したつもりである。本章は、通常法律学の学説史研究とは異なり、非法学者(とくに、プロイセンの行政実務家やプロイセン上級行政裁判所の裁判官・長官)らの論稿の検討、議事録の詳細な分析、経済史学や歴史学の研究業績の援用、裁判判決のオリジナル判決文の分析を行って、国家主権と地方自治の関係に関してドイツの「通説」が誕生する過程を描いたつもりである。グナイストを例にすると、彼の多数の著書から論理の変遷過程の分析を行い、イギリス法の曲解をドイツに定着させる過程を明らかにした。また、1848年革命の前後のさまざまな立法案や学者・思想家・実務家らの地

方自治構想の分析を行った。本章と類似の問題意識と方法論は、ドイツの研究者にも存在しないため、およそ、ネタ本にあたる論文・著作も、それどころか、問題意識さえ存在しないところで、実際のプロイセン上級行政裁判所の判例分析から、公法学者の議論にはほぼまったく現れることのない「地方警察」なる概念が、意外にも行政裁判の中では比較的頻繁に出てくることを発見し、それを軸として、通説の成立過程を発見することができたように考えている。

拙著『人間の尊厳と司法権』（日本評論社、1990年）で扱ったドイツ司法、とくに司法改革と行政訴訟の現状についても、その国にとって当たり前前に過ぎる現実、ないし、空気のような存在であるために、活字の文献にほとんど現れてこないテーマであった。しかし、それこそが、日本の司法界なり法学界にとっては喫緊の問題と考えられた。そこでとった手法は徹底した見学とインタビューであったが、本章も、同書に先立って、19世紀のドイツの政治・立法・公法学の世界に対する一種のインタビュー方式的なものとなった。

(4) 筆者は、近時の若手の研究業績の実態にさほど通じておらず、今日の学界事情についての誤解を多々犯していると思うが、公法学における法理論は、民法のような歴史的にも緻密な積み重ねのある分野とは異なり、強者の発言がいきおい通説になっていく、あるいは、最高裁の判旨であるから尊重され、それに誰もが振り回される、という現実も珍しくない。

以上のような意味において、本章が、四半世紀を超える古いものの再録にとどまるとはいえ、なお、若手研究者に読んでいただくにがしかの価値があることを密かに願うものである。

(5) 本章は、執筆をした1970年代半ばの日本におけるさまざまな分野の業績にも大きな影響を受けている。

一例を挙げると、影山日出彌「地方自治の法理」同『憲法の基礎理論』（勁草書房、1975年）からも、大きな示唆をえた。同書は、民主主義を主権の主体の自己統治であるとしつつ、「地方自治もこの自己統治の特殊な表現にほかならない。主権の主体の自己統治の形態である地方自治の歴史は近代『市民』憲法の生誕期にはじまる」という（315頁）。筆者は、同著

の優れた歴史感覚を高く評価しつつも、本章執筆にあたり、実際に議会資料や生の文献、経済史学の研究成果などを踏まえると、影山論文に出てくるドイツ、フランスの歴史的事象や著名人物の位置づけにいささかの大まかさを発見するに至った。とりわけ、同氏は、ロテックの地方自治体の本質を「自治権力説（地方権説ともよばれる）、『第四権』観の理念にそってつかみ、国家……ではなく、ゲマインデがア・プリオリに（自然法——理性法にしたがって）存在する」と述べていた（318頁）。この考え方がフランスの重農主義、ベルギーの1831年憲法を経て、1849年のいわゆるフランクフルト憲法184条、同年のオーストリア市町村法も同様の原理に従って制定され、『八九年の理念』とその現実化の試み（320頁）が、「ジャコバン国家の中央集権＝共和制の国民国家の樹立に対抗したジロンド派の政治理念の集約形態として機能した点で、民衆ではなく、土地所有者、上層『市民階級』の政治的要求を表現する形態であった」（320頁）とまとめているのは基本的に正当な整理と思われる。しかし、なお子細に19世紀の資本主義発達史という文脈に位置づけてみると、本章で述べるように、今少し複雑にして、かつ、プロイセン州議会の民主派案や1850年のプロイセンの各地方自治法では、民主主義の理念に立った地方自治制度が構想されていたことが明らかとなる。

地方自治が、人権なのか、民主的な統治機構の一端なのかについて、本章は、少なくともドイツの19世紀の立法史の分析の中で、位置づけを試みた。ヴァイマル憲法において地方自治権が基本的人権の一つとして出てくる所以も若干説明できることとなる。本章で描いた地方警察権をめぐる国家と地方（地方自治体）との争いはフランスなどでも見られたようである。

(6) 筆者の問題意識は、1980年代半ばのドイツ留学時にドイツの公法学者にはあまり理解してもらえなかった。かえって、政治学者の理解をえた。地方自治が行政の一部であるという公法学説が支配している中では、地方議員は名誉職の委員のようなものであった。しかし、地方議員が、自らを「地方議会人（パーラメンタリー）」と言うようになる時期と重なり、市町村や郡などのレベルでも政治的な「議会」なり「議員」が存在す

ることに政治学者は気づき始めていた。今なお、日本でいう基礎的自治体あるいは基礎自治体は、ドイツでどう理解されているか、研究の余地があると考えている。ただ、本書第1章で述べたように、1985年に成立したヨーロッパ地方自治憲章は、少なくとも地方自治体が人権論の一部として、統治機構上は、国家行政の末端行政組織としての理解を超えるものであることの表現と考える。その意味で、本章の研究は、本書第1章の研究につながっているということもいえるのではないかと考える。

なお、本章は、19世紀のドイツ住民における政治参政の「質」の問題には、いまだ触れていない。当時の生の資料が見つからなかったからである。

本書では、初出の「自治研究」誌に掲載した当時の文献や議事録の引用方法をそのまま踏襲しないことにした。

1800年代の文献・議事録では、例えば以下のような表記がしばしば行われている。フランクフルト国民議会やプロイセン国民議会の議事録を例に挙げる。左側が当時の表記であり、右側が現代の表記である。人物名も、しばしば、= で区切られているが、現在では、ドイツの図書館の文献リストにおいても、イコールの記号はダッシュに置き換えられている。それゆえに、実際の文献・資料を元にドイツのデータ・ベースで検索をしても、現代の用語法に変えられた表示でヒットすることが多い。

ちなみに、1800年代半ばの印刷物では、1単語を改行にあたって区切る際にも、= を使っている場合が多数あるが、本章では、これらもすべてハイフンに改め統一した。

[例]

|                          |                           |   |                           |
|--------------------------|---------------------------|---|---------------------------|
| Bezirks=Präsident        | 県知事                       | → | Bezirkspräsident          |
| Haushalts=Etat           | 予算                        | → | Haushaltsetat             |
| Gemeinde=Angelegenheiten | ゲマインデ (自治体) の事務           |   | → Gemeindeangelegenheiten |
| Städte=Ordnung           | 都市法                       | → | Städteordnung             |
| Staats-Anwalt            | 現在の訳語では検察官、本章の文脈では地方行政監査官 |   | → Staatsanwalt            |