

# 自治体合併の憲法的基礎（２）

——ドイツ判例学説を参考に——

松 塚 晋 輔

## 目 次

1. ドイツの判例資料
  - (1) ドイツの判例資料
  - (2) 小括 (以上, 第1号)
2. ドイツ学説の概観
  - (1) 制度的保障
  - (2) 法律の留保
  - (3) ゲマインデ法と個別法
  - (4) 公益上の事由
  - (5) 都市-周辺問題
  - (6) 事務配分
  - (7) 聴聞手続
  - (8) ゲマインデ組合
  - (9) 郡
  - (10) 郡の領域変更
  - (11) 司法審査 (以上, 本号)
3. 我が国の自治体合併に関する考察  
おわりに

## 2. ドイツ学説の概観

ここでは、自治体合併にかかるドイツの学説を整理する。その際、[1. ドイツの判例資料](本誌第1号)で紹介した判例を織り交ぜていくことにする。そこで見たように、基本法28条2項1文や州憲法における地方自治の憲法上の保障は、再編法律の基準となっている<sup>(1)</sup>ので、次に同条項から概観することにする。

### (1) 制度的保障

地域共同体の事務(Angelegenheiten)については全て、基本法28条2項1文<sup>(2)</sup>によって、自治保障が包摂しており(いわゆる、普遍性または全権能性)、自治というものは、自己責任で事務を規定し得る点にある<sup>(3)</sup>。

しかし、地方自治は、基本権的ではなく制度的に保障されている<sup>(4)</sup>。地方自治の制度そのものは、基本法28条2項で保障されているが、自治権は、ゲマインデに明らかに法律の範囲でのみ保障されている<sup>(5)</sup>。地方自治の歴史的発展から言えることは、自治体の状態と境界は憲法の枠内で変更できるということである<sup>(6)</sup>。ゆえに、ゲマインデ解消、ゲマインデ合併、ゲマインデ編入その他の領域変更からの保護が原則として保障されているものではなく、また既存の自治権の存在が個別に保障されているのではない<sup>(7)</sup>。

この点は、判例①連邦憲法裁判所([1. ドイツの判例資料]参照)なども同様の立場である。従って、当該条項は原則的に、状態保障(Status-quo-Garantie)を含むものではないが、他方で、ゲマインデ領域を拡大する請求権をも原則として付与していない<sup>(8)</sup>。

さらに、基本法28条2項1文の保障範囲にあるのは同じく、ゲマインデが自己の名称を保有する権利(判例③連邦憲法裁判所)や、基本法14条<sup>(9)</sup>で保障対象とされていない財産権(それが自治体作用の対象・基盤となっている場合)である<sup>(10)</sup>。

制度的な権利主体の保障というものは、形式的にゲマインデとゲマインデ組合という制度を維持するだけでなく、権利能力ある公法構造 (rechtsfähiges Gebilde des öffentlichen Rechts) として維持することをも意味する<sup>(11)</sup>。ゲマインデとゲマインデ組合は、地域団体 (Gebietskörperschaften)、すなわち公法人でなければならず、その権利能力を奪ったり、私法構造に変えたりすることは、この保障規定に抵触する<sup>(12)</sup>。

別段の地域団体的な組合 (Verbände) は憲法上規定されていない<sup>(13)</sup>。もちろん、このことから、それが許されないということにはならず、これを設立するのは国家の組織権の事項である<sup>(14)</sup>。しかし、そのような組織が制度的・権限的に、憲法上保障された主体 (Einheiten) であるゲマインデとゲマインデ組合を駆逐するならば、基本法 28 条に違反することになる<sup>(15)</sup>。

自治権に属するのは、ゲマインデ機関に作用能力が保障されなくてはならないこと、またゲマインデの制度への重大な侵害に対してゲマインデが防衛する権利を有することである<sup>(16)</sup>。これに加えてゲマインデに保障されているのは、現状や領域の変更 (Bestands- und Gebietsänderungen) が、公益上の事由からのみ、また当該地域団体の事前の聴聞後ようやく実施してよいということである<sup>(17)</sup>。もっとも、ゲマインデに関係する事務全てについて、ゲマインデの聴聞を受ける権利 (Anhörungsrecht) が存在するわけでもないと言われる。公益上の事由と聴聞手続については後述する。

## (2) 法律の留保

基本法はゲマインデ法 (または、市町村法 Gemeindeordnung) について連邦の権限を規定していないので、その規律は州の事務である<sup>(18)</sup>。確かに、基本法 106 条 6 項<sup>(19)</sup>には「州にゲマインデがない場合」のくだりがあるが、この文言から、ゲマインデを廃止することが州の自由であるということは導き得ない<sup>(20)</sup>のは当然である。

州のゲマインデ法は、法律による領域変更と述べてはいるが、これを詳細

に定めていないことから、ゲマインデ法が明確にしていることは、ただ1つ、議会が立法機関として決定しなければならず、当然、法律の形式でしなければならないということである<sup>(21)</sup>。

オッセンビュールによると、領域改革は形式的に立法行為であるにすぎず、実質的には行政行為であり、決定の重要性のためにのみ、形式的法律の装いをしている<sup>(22)</sup>。領域改革のこのような行政的性格は、領域改革手続においていっそう明確となる<sup>(23)</sup>とする。というのは、領域改革を決定するための資料については、領域改革法案を策定する自治体監督庁が集めることとなり、この行政の法案は、立法者の決定を大きく先決してしまうからである。また、州議会は提示された諸事実をあてにするし、せざるをえない<sup>(24)</sup>という事情もある。

### (3) ゲマインデ法と個別法

ゲマインデ法は、様々な領域変更法律を覆っている (überwölbend) 枠法 (Rahmengesetz) であるが、同法と個別の領域変更法律との優劣が問題となる。この点、領域変更法律は個別法律として、合併手続を抽象的一般的に定めるゲマインデ法よりランクが低い<sup>(25)</sup>と論じられている。これは、ゲマインデ法と他の合併法律は性質が異なることによる<sup>(26)</sup>。つまり、ゲマインデ法は真の (形式的かつ実質的な) 法律であるのに対して、例えばノルトライン・ヴェストファレン州の合併法律は、同州ゲマインデ法の執行に過ぎず、法律形式の行政行為であるという理解である。

ゆえに、領域変更法律の立法者は、事前にゲマインデ法を明らかに廃止しない限り、ゲマインデ法に拘束される<sup>(27)</sup>という。このような立法者の自己拘束は珍しいものではなく、例えば、基本法 109 条 4 項<sup>(28)</sup>に定める原則立法の権限 (Grundsatzgesetzgebungskompetenz) が例証してくれる<sup>(29)</sup>。この自己拘束は、一般的な平等則からも導かれる。この平等則は、個人の基本権として保障されたもの (基本法 3 条<sup>(30)</sup>) ではなく、一般的な憲法原理として全て

の国家領域を支配しているものである。もし立法者が領域変更法律について、ある場合には、自己に置かれた規範を遵守し、別の場合にはそれを無視したのであれば、立法者は平等則を侵害したことになるのは明白である——即ち恣意である<sup>31)</sup>。従って、ゲマインデ法の手続規定を、領域変更の立法者が自由にできるという考えは正しくない<sup>32)</sup>。

#### (4) 公益上の事由

(i) ゲマインデの領域変更をするには、公益上の事由と、ゲマインデの事前聴聞が必要とされている<sup>33)</sup>。これは、ドイツの判例①連邦憲法裁判所などでも確認されている。

争いがないのは、自治体領域（これは常に国内領域である）を国家が処分できる原則的な権限（いわゆる領域処分高権）を有することであり、また、国家がこの権限の行使に際し、「公益上の事由」に拘束されることである<sup>34)</sup>。その際、領域改革は、高度に抽象的な目的のために執行されるのではなく、新設される空間に住む人々ためになされるものである<sup>35)</sup>点に留意しなくてはならない。

(ii) 「公益上の事由」は、不確定法概念であるが、学説上、その存否は憲法裁判所により完全に審査可能であって、しかも、合併法律（Eingemeindungsgesetz）の制定に際し、立法者が行政庁に準じて行動しているだけになおさらである<sup>36)</sup>。「公益上の事由」としてどのような事由が問題となるかについては、国家におけるゲマインデの具体的な地位からのみ確定することができ、その場合、民主的法治国家において必然的な民主的基盤として、ゲマインデ自治を憲法上保障することが、出発点とならなければならない<sup>37)</sup>。

この点、ほとんど全てのゲマインデ法上、ゲマインデ領域の査定（Bemessung）について、地域の給付能力と並んで、いやむしろ給付能力の前に、住民の地域的結合性が確保されなければならないことになっている<sup>38)</sup>。

この基準はゲマインデ自治の憲法的保障から直接導かれ、ゲマインデの領域変更が個別に実施されるか、領域改革の一部として実施されるかに関係なく妥当するので、この基準は領域改革時に同様に遵守されなくてはならない<sup>(39)</sup>。

(iii) 裁判所が、領域改革の憲法上の要件が満たされているか審査する場合、比例原則も基準の1つである。比例原則が尊重されているか、即ち、合併が具体的に適切な手段であったか、さらに、合併が立法者の目的を達成する不可欠な手段であったか、従って、ゲマインデが存続できるよう、他の手段（自治体間協働 *kommunale Zusammenarbeit* の形式、目的組合 *Zweckverbände* の設立など）で十分でないか、を裁判所は審査しなければならない<sup>(40)</sup>。

(iv) これらの要件が、具体的事例において整っていないければ、必要な「公益」が欠けていることになり、結果として、立法者の行う合併 (*Eingemeindung*) は自治保障を侵害していることになる<sup>(41)</sup>。

(v) さて、比例原則と関連している自治体間協働についてであるが、これについて懐疑的な見解が見られる。確かに、自治体領域改革によって自治体次元での効率性や実効性を高める提案に対して、あまりラディカルでない自治体間協働 (*interkommunale Zusammenarbeit*) による解決がしばしば挙げられる (*aufführen*)<sup>(42)</sup>。しかし、移転コスト理論で分析すると、自治体間協働のポテンシャルは、従来も今後も、非常に限定的なものにすぎない<sup>(43)</sup>と指摘されている。また、次に見る都市-周辺問題に対しても、自治体間協働は合併の真の代替手段とはならない<sup>(44)</sup>とする見方がある。

## (5) 都市-周辺問題

都市と近郊には、ただ乗り（フリーライダー）問題がある。ドイツでは、都市近郊によい住生活環境が形成される一方、都市部では公共施設が整う。つまり、近郊住民は、これらの公共施設をただで利用できるにもかかわらず、都市部に税を納めるのでないから、財政に貢献していないことの不均衡が問題となる。これも自治体合併を正当化する根拠となる。

外部効果を内部化するような自治体領域の改革には、他の手段に比べて、外部効果をなくす本質的な長所がある<sup>(45)</sup>。拡散効果（Spillover-Effekte）に歯止めをかけるため、自治体領域の改革によって、受益者と納税者の範囲を一致させることができれば、当該自治体は、その公的な給付の提供や資金調達に関して自ら決定することができるのである<sup>(46)</sup>。

なお、自治体間の財政調整法によって、大きな中心市を優遇し、周辺ゲマインデの負担とするようなコスト割当も同じく、都市－周辺問題を解消しようとするものである<sup>(47)</sup>。収入の高い家族が、大都市のインフラを使い続けつつも、中心市から周辺ゲマインデに恒常的に転出することの不均衡は、これによって調整されるものとされている。しかし、自治体領域の改革をすれば、財政調整はそもそも必要でなくなるであろう。

## （６）事務配分

（i）領域改革に際しては、従来のゲマインデの事務が剥奪され、別の自治体に再配分されることを伴うので、領域変更時の事務配分についても概観しよう。

事務配分で保障されているのは、ゲマインデが先占されていない事務を自ら引受ける権限や、ゲマインデへの権限配分を原則とする原則・例外関係のルールである（同旨、判例④連邦行政裁判所、判例⑤連邦憲法裁判所）<sup>(48)</sup>。

しかし、地域共同体の事務（Angelegenheiten）は、一度確定した任務範囲となっているのではない<sup>(49)</sup>。つまり、自治権は一般的な法律の留保の下にある。この法律の留保は、地域事務の履行の種類・方法を規定することによって、自治体事務の剥奪・縮小によって、また、他分野における決定裁量・財政裁量を制限するような、新たな事務の委譲によっても、自治権を詳細に形成することができるのである<sup>(50)</sup>。

地域的性格の事務を剥奪することが考えられるは、公益上の理由があるときだけであり、とりわけ、そうしないと秩序ある事務履行を確保できなくな

る場合である（判例⑤連邦憲法裁判所<sup>51</sup>）。事務の剥奪がなされる前に、立法者は、権限を規律（Kompetenzregulierungen）するだけで十分でないかを審査しなければならない<sup>52</sup>。

（ii）さらに、基本法28条2項1文（注2参照）のゲマインデの自治は、他の公権力主体がゲマインデの事務を負担的に規定することで侵害される<sup>53</sup>ことがある。この公権力主体には、連邦や州の他、ゲマインデ組合や他ゲマインデが該当し得る。侵害は、自治体の監督や事務の移譲によっても行われるが、そこから生じる自治の制限はある程度の強度を示すものである<sup>54</sup>。つまり、全体として十分な財政資金がゲマインデに保障されていれば、個々の義務的事務を課すことで保護範囲が侵害されることはない<sup>55</sup>ということである。

### （7）聴聞手続

（i）聴聞を受ける権利は、自治権の一つに数えられる<sup>56</sup>。領域改革に関わるゲマインデを、立法者が個別の観点で聴聞すべき憲法上の要請について、一般的な領域改革の場合であれば、個別の領域改革の場合よりも小さくなるというようなことにはならない<sup>57</sup>。逆に、適時に十分な聴聞をするという憲法上の制約を受けずに、議会の立法イニシアチブが許されるのは、具体的な領域変更を目的とするものではなく、一般的抽象的な解決モデルその他枠規制を目的とする場合である<sup>58</sup>。

聴聞は、次の場合、規定にそう（ordnungsgemäß<sup>59</sup>）。自治体再編の本質的内容と理由が、適時に（rechtzeitig）認識され（寛大な期間）、意見を述べる可能性があった場合である。

（ii）どの手続段階で、聴聞が行われなければならないであろうか。聴聞の意味から言えることは、立法者意思の形成におお影響を与え得る時点ですでに、聴聞が行われなければならないということである<sup>60</sup>。法案が議会に提出されて初めて聴聞が行われるというのは、もちろん理論的抽象的には「適時」の意味に当たり、聴聞は終局的な決定にまだなお影響を与えられるとなろう<sup>61</sup>。し

かし、現実的具体的にはそれは当たらないであろう<sup>62</sup>。なぜなら、経験上、基本的な決定はすでに法案の準備段階でなされており、法案は、続く議会での議論や結果たる確定的な議決に際し変更されないか、あるいは法案に対する重大な異議を伴う激しい議論となっても、せいぜい僅かに修正されるだけであるからだ<sup>63</sup>。

(iii) 関係するゲマインデに、計画された領域変更について具体的に教示し、また、ゲマインデがそれに影響を与えられるよう適時に教示することは、国家による聴聞義務の内容に必ず含まれる<sup>64</sup>。

(iv) 誰が聴聞を実施してよいであろうか。ゲマインデの利益を調査する目的をもって、たった1回きり行われる聴聞は、通常十分ではなく、聴聞は当該ゲマインデと密接な協働が必要である<sup>65</sup>。しかし、これをなし得るのは行政庁だけであり、もちろん第一義的には、自治体監督庁である。なぜなら、行政庁は諸関係（Verhältnisse）や可能性に最も精通しており、さらに自治体監督の手段を用いることができるからである<sup>66</sup>。

他方、議会委員会も議会自身も、このような事務を適切に実施することはできない<sup>67</sup>。従って、最初に——つまり、本来の土台となる計画の段階では——常に所管行政庁による聴聞が必要であり、議会による聴聞だけでは決して十分でないことになる。

確かに、領域変更に当たる自治体には、議会自身による聴聞を受ける法的な請求権がない<sup>68</sup>との指摘がある。しかし、他方で、議会自身またはその委員会による追加的な聴聞は、常に望ましいものであり、議会が元々の法案を本質的に修正する場合にはむしろ必要なものと言われている<sup>69</sup>。この追加的な聴聞もまた、議会の委託で行政庁が実施することができる。議会が聴聞を自ら実施するか行政にその実施を託すかは、議会の自由である<sup>70</sup>。

## (8) ゲマインデ組合

ゲマインデ組合（Gemeindeverband）とは、地域におけるゲマインデ

(Ortsgemeinde) の上位にある自治体的類型のあらゆる社団 (Körperschaft kommunaler Art) のことであり、その社団の作用範囲は目的設定によりその都度 (ad hoc) 制限される<sup>(71)</sup>。ゲマインデ組合には、郡も入る<sup>(72)</sup>。

ゲマインデ組合についても、固有の作用範囲の中で (地域を超える) 最低限の自治体事務が残される限り、立法者は付与された形成裁量の範囲において、割り当てられた事務を再び剥奪することを憲法上妨げられない<sup>(73)</sup>。この点で、通常、ゲマインデ組合の自治保障への侵害はないとされている。

## (9) 郡

今世紀、郡次元は領域・機能改革の結果、ドイツでは実体的能力を獲得した<sup>(74)</sup>と言われている。もっとも、州の国家機構において、中心的な中間機関・連結機関としての機能が強化され、郡はますます、中間機関、特別官庁及び下位・上位の州官庁の立場になってきている。

郡とゲマインデには、憲法上であっても、単純法律によってであっても、全権能性 (Allzuständigkeit) がある<sup>(75)</sup>。つまり、ゲマインデも郡も、基本法 28 条 2 項によって憲法上の保護を受けているだけではなく、住民 (Volk) による直接代表であるため特別な確たる地位にある<sup>(76)</sup>からである。自治体の正統性根拠をこのような民主的正統性に定めることは、この包括的な自治体支配権 (Herrschaft) に適合するのである<sup>(77)</sup>。

郡のための客観的な法の制度的保障 (objective Rechtsinstitutionsgarantie der Kreise) が明確に強調するのは、事務の状態を保障することよりも、自己責任を保障することである<sup>(78)</sup>。自己責任はゲマインデと同じく郡にも保障されるものである (判例④連邦行政裁判所, 判例⑦憲法裁判所)<sup>(79)</sup>。

しかし、郡には、事務の保障はない。なぜなら、地域共同体の事務はゲマインデに配分されるからである<sup>(80)</sup>——つまり、郡への事務配分はもっぱら立法者に委ねられており (同旨, 判例⑤連邦憲法裁判所), 郡はこのような事務配分に依拠しているのである。

## （10）郡の領域変更

強制による郡の領域変更は、州法によって可能であり、公益上の理由で、また当該郡の聴聞を経てのみ、これを実施することができる<sup>81)</sup>。この点は、ゲマインデの領域変更と同じである。

例えば、ザクセン州郡法7条2項<sup>82)</sup>によれば、ゲマインデの編入・除外に起因する郡の解消・創設や郡の領域変更には、法律を要する。但し、監督庁の認可のもと協定によって、ゲマインデを創設し、またはゲマインデを他のゲマインデに編入する場合で、郡領域が関わる時は別とされている。

少なくとも自治体合併の実施段階（Umsetzungsphase）に、移行期間（Übergangszeit）が組み込まれ、この期間に、自治体は自ら探し出した合併パートナーと協議を行うことができる<sup>83)</sup>ようになっているようである。自発的期間があると、既存の紛争可能性（Konfliktpotential）が小さくなり、改革プロセスがかなり単純化されるであろう。しかし、このような移行期間があると、経済的観点からは、単に最適に準じた新たな自治体次元が生じてしまうことになり得る<sup>84)</sup>。

もちろん、巨大な郡の形成は、他の手段に比べて利点が多い<sup>85)</sup>と見られている。まさに移転コスト（Transaktionskosten）に関して、明らかなことは、巨大な郡の形成においては、自治体間協働（Kooperationen）の必要性が小さくなるため、移転コストは小さくなるということである<sup>86)</sup>。

しかし、他方で、住民参加の要請も合併時に考慮しなければならない。自治が地域関係で特に信頼された有望な市民の参加によって担われることを意味し、また自治が地域共同体の特別な必要に基づくことを意味するのであれば、自治保障は、自治の担い手たる郡の空間拡大を制限することになる<sup>87)</sup>（同旨、判例⑨メクレンブルク-フォアポメルン州憲法裁判所）。これはもちろん、ゲマインデ合併にも当てはまることであるが、郡合併はより広域となるため、住民参加の問題性が顕著に論じられている。しかし、他方で、合併によって能動的な市民・名誉職の数・割合が減るという懸念については懐疑的な意見

もある<sup>88)</sup>。

### (11) 司法審査

(i) 連邦憲法裁判所への自治体憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) (連邦憲法裁判所法 91 条<sup>89)</sup>) は、通常の憲法訴願 (連邦憲法裁判所法 90 条<sup>90)</sup>) とは違い、連邦またはラントの法律が、憲法で保障されたゲマインデの自治権 (例えば、基本法 28 条 2 項) について、当該ゲマインデを侵害したという主張をもつばらに提起することのできるものである<sup>91)</sup>。ゆえに、ゲマインデ領域の変更が法律でなされる場合、ゲマインデの法的手段は、自治体憲法訴願に限定される。それをもってして、特に基本権侵害は主張することはできないのである<sup>92)</sup>。ゲマインデの憲法上の保障は、基本権で保護された領域という考えに基づくのではなく、公共性に根付く独立した法主体・行政主体 (Einheiten) の制度に基づく<sup>93)</sup>。このような主体の存在は、市民や国家総体 (das Staatsganze) にとって、その行政力や民主的力 (Potenz) の点で重要なものであり、特に分権的・権力分立的な意義を有する。よって、基本法 28 条 2 項は、ゲマインデとゲマインデ組合という空間的団体 (Raumgemeinschaften) のために、地域と結合する (ortsgebunden) 不可侵な領域を制度化しているのであって、基本権を保障しているのではない<sup>94)</sup>。むしろ、当該ゲマインデは、単に基本法や州憲法の制度的な憲法保障だけを援用可能<sup>95)</sup>ということである。

(ii) 自治体領域の立法による変更の憲法拘束に対して事後審査をする際、一方で、立法が一義的に取消可能な (widerlegbar) 若しくは明白な瑕疵のある場合または憲法の価値秩序に反する場合にのみ、憲法裁判所が、当該立法について公益に資するか否かを審査するという立場がある<sup>96)</sup>。他方で、公益というものは、立法者を拘束する具体的な基準であるとして、憲法裁判所の事後審査に服するとする立場がある<sup>97)</sup>。学説は後者の立場をとっている<sup>98)</sup>。

この点、場合分けが必要であろう。

立法者の行った将来予測に関する司法審査の可能性となると、前者のような一見明白論的な基準をとらざるを得ないであろう。学説上も、立法者の将来予測（Prognose）に関して、相応の事実認識によって固められた適切な予測の基盤が備わっているか、また予測を導くことに方法上疑義がないかが審査されるとする。その他にも、立法者の評価や考量（Erwägungen）について、一義的に取消可能であるか、明白な瑕疵があるかが審査される<sup>99</sup>という。

他方で、事実認識の司法審査においては、事実が決定にとって本質的であれば、当該事実は無制限の憲法裁判所の統制に従う<sup>100</sup>と説かれている。というのは、適正な決定は、立法者が当該地域団体の利害について一切の重要な事情を包括的に認識していることを前提とするからである。ここでは、一見明白論的基準は妥当しないと思われる。

(iii) 聴聞手続に関して、領域変更決定の合憲性は、ゲマインデの聴聞が具体的決定の根拠となったかどうかと関係がないとする立場がある。これによると、もっぱら聴聞が規定通りに行われたかどうかにかかっているの、立法者による不十分な教示（Unterrichtung）は常に憲法違反であって、教示が具体的決定に与えた影響とは無関係である<sup>101</sup>とする。

これに対して、法律を、その内容に問題がなくとも（unangreifbarer Inhalt）、手続瑕疵のため破棄（aufheben）してしまうと満足いかない結果となるのであれば、憲法裁判所は、実際には、そのような結論を導く用意がほとんどないという批判がある<sup>102</sup>。

少なくとも、判例⑧連邦憲法裁判所を見る限り、立法裁量を認めつつも、聴聞手続の妥当性は審査されている。

(iv) ゲマインデ境界が法律で変更される場合、もちろんゲマインデにその消滅後も法的手段が属しており、ゲマインデはそれによって法秩序の消滅（Auflösung von der Rechtsordnung）に対抗することができる<sup>103</sup>。その地域が固有の法人格を持たず、市町村の一部であるという事情は、大目に見なけ

ればならない<sup>100</sup>というわけである。

(v) ゲマインデはもちろん、領域変更に関する監督庁による個々の規定を直接、取消の訴えの対象にする (anfechten) ことはできない。しかし、ゲマインデにとって、事前手続における国家の諸決定の取消訴訟は可能であり、ゲマインデ合併を許容できるかに関して、そもそもゲマインデ合併法律の制定 (Erlaß) 前に行政裁判所で審査可能である<sup>101</sup>と説かれている。

その場合、ゲマインデが聴聞の命令を争う中で、行政裁判所には、境界変更の要件、例えば公益上の事由が備わっているかの審査が委ねられるのである<sup>102</sup>。その際、他の法的可能性によって、特に自治体間協働によって、ゲマインデの境界変更に関する何らかの公益上の事由が充足され得るか否かもまた問われるのであり、これら全ての問題は行政裁判所によって審査されるという。

これに対して、領域変更の要件として、個別に公益事由が領域変更を「求めている (gebieten)」かどうかを、行政裁判所が審査できるとまでする必要はないとする学説<sup>103</sup>がある。この公益事由の決定はもっぱら立法者に委ねられており、行政争訟手続で予め判断できないものであるということを理由とする。

なお、判例④連邦行政裁判所は、ゲマインデからの事務剥奪の問題についてであるが、行政裁量を認めながら公益事由の有無を審査している<sup>104</sup>。

(vi) 学説上、監督庁による聴聞期日の設定に関する争いは、憲法上の紛争であるからといって、行政裁判所法 40 条<sup>105</sup>により、行政裁判所へ出訴の途が閉ざされるものではない<sup>106</sup>と解されている。これは、自治体監督庁によるゲマインデの聴聞は、立法手続の措置ではなく、立法前手続 (立法行為としての領域変更と無関係) であることを理由とする。

つまり、聴聞の命令は、行政裁判所の手続で取消可能である<sup>107</sup>と導かれる。とりわけ、監督庁による期日設定 (Fristsetzung) は負担的行政行為と解されている<sup>108</sup>。

一方で、意見表明の期日が徒過すると、ゲマインデの聴聞を受ける権利は行使された（verbraucht）ことになる<sup>113</sup>という説明がある。つまり、聴聞を受ける権利は、時間的制約を伴って存続するにすぎないということである。よって、自治体に対して、監督庁が法的に規律していることになり、行政行為のメルクマールが備わるのである。

これに対して、聴聞を受ける権利が行使された（verbraucht）とする説明を批判する学説<sup>114</sup>がある。それによると、監督庁による期日の調整は（Fristbemessung）は、期日の妥当性について監督庁自らの法的な意見を反映しているにすぎず、監督庁自身がこの期日を権威的に定めることはできない。ゆえに、監督庁による期日設定は、形成的（konstitutiv）ではなく宣言的（deklaratorisch）な行政行為であるという。

両立場の違いは大きなものではない。いずれの立場にせよ、聴聞期日の妥当性は、裁判所による事後審査可能な事実・法的問題である<sup>115</sup>と捉えている。（vii）ゲマインデの暫定的な権利保護について言及したい。ゲマインデの聴聞期日やゲマインデの意見表明の期日を設定することは、負担的行政行為であるから、行政不服申立てや取消訴訟を提起すれば、設定された期日を停止させる（suspendieren）ことができる余地がある。つまり、不服申立てや取消訴訟には、期日設定に対し延期効を及ぼす可能性があるわけである（行政裁判所法 80 条<sup>116</sup>）<sup>117</sup>。

この手法が認められるか否かについて、またその効果について疑問がある場合、取消訴訟につながる行政不服申立ての途だけを選択して、取消訴訟が認められないリスクをとるということ、当事者には期待できない。また、自治体監督庁が、意見を聴取せずに領域変更を先に進め、遅れた意見表明（Stellungnahme）を斥けるといったリスクが存在する<sup>118</sup>。このような法的不安定さがある場合、本質的な不利益が存するのであるから、当事者保護のために仮の命令申請（行政裁判所法 123 条<sup>119</sup>）も認められなければならないと説かれている<sup>120</sup>。

## 注

- (1) Christian Starck, Rück-Neugliederungsgesetze vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Bernd Becker / Hans Peter Bull / Otfried Seewald (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln usw. 1993, S.848.
- (2) ドイツ基本法 28 条 2 項「ゲマインデには、地域共同体のあらゆる事務を法律の範囲内で自己の責任において規律する権利が保障されなければならない。ゲマインデ組合もまた、その法律上の事務の範囲内において法律により自治権を有する。自治の保障は、財政上の自己責任の基盤をも含む。この基盤には、税率権をもつゲマインデに与えられる、経済関連の税源が属する。」(出典, <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>, 2012 年 10 月 1 日 19 時閲覧)
- (3) Bodo Pieroth, Art.28, in: Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 2007, Rn.12, Rn.16.
- (4) Wolfgang Löwer, Art.28, in: Ingo von Münch / Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, München 2001, Rn.39.
- (5) Dieter Hömig, Artikel 28, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., Baden-Baden 2010, Rn.9, Rn.16.
- (6) Starck, a.a.O., S.848.
- (7) Hömig, a.a.O., Rn.9; Bülent Tarkan, Die kommunale Gebietsreform der Landkreise in Rheinland-Pfalz, Köln 2009, S.146; Klaus Stern, Artikel 28, in: Rudolf Dolzer / Klaus Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 13. Lieferung / 1964, Rn.78.
- (8) Hömig, a.a.O., Rn.9.
- (9) ドイツ基本法 14 条「1 項 財産権と相続権は保障される。内容と制限は法律によって定められる。  
2 項 …」
- (10) Hömig, a.a.O., Rn.15.
- (11) Stern, a.a.O., Rn.81.
- (12) Stern, a.a.O., Rn.81.
- (13) Stern, a.a.O., Rn.84.
- (14) Stern, a.a.O., Rn.84.
- (15) Stern, a.a.O., Rn.84.
- (16) Hömig, a.a.O., Rn.15.
- (17) Hömig, a.a.O., Rn.15.

- (18) Gerhard Seibert, Selbstverwaltungsgarantie und kommunale Gebietsreform, Frankfurt am Main 1971, S.12.
- (19) ドイツ基本法 106 条 6 項 3 文「州にゲマインデがない場合, 土地税 (Grundsteuer) 及び営業税 (Gewerbesteuer) 並びに公の消費税及び支出税の収入は, 州に帰属する。」
- (20) 参照, Stern, a.a.O., Rn.78.
- (21) Seibert, a.a.O., S.20.
- (22) Fritz Ossenbühl, Rechtliches Gehör und Rechtsschutz im Eingemeindungsverfahren, DÖV 1969, S.553.
- (23) Ossenbühl, a.a.O., S.553.
- (24) Ossenbühl, a.a.O., S.553.
- (25) Ossenbühl, a.a.O., S.550. 同 旨, Herbert Scholtissek, Verfassungsproblem zur Eingemeindung, DVBl. 1968, S.831.
- (26) Scholtissek, a.a.O., S.831.
- (27) Ossenbühl, a.a.O., S.550. 同様に, Scholtissek, a.a.O., S.831.
- (28) ドイツ基本法 109 条 4 項「財政法, 景気に即した財政経済及び複数年度の予算について, 連邦及び州に共通して適用される諸原則は, 連邦参議院の同意を要する連邦法律によって設定することができる。」
- (29) 参照, Ossenbühl, a.a.O., S.550.
- (30) ドイツ基本法 3 条「1 項 全て人は, 法律の前において平等である。  
2 項 …」
- (31) Scholtissek, a.a.O., S.831.
- (32) Ossenbühl, a.a.O., S.550.
- (33) 具体例として, ヘッセン州ゲマインデ法 16 条 1 項「公益上の事由から, ゲマインデの境界変更, ゲマインデの解消又はゲマインデの創設をすることができる。関係するゲマインデ及び郡は, 事前に聴聞されなければならない。」(出典, [http://www.rv.hessenrecht.hessen.de/jportal/portal/t/i4l/page/bshesprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=218&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-GemOHE2005rahmen%3Ajuris-lr00&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](http://www.rv.hessenrecht.hessen.de/jportal/portal/t/i4l/page/bshesprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=218&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-GemOHE2005rahmen%3Ajuris-lr00&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint), 2012 年 10 月 2 日 2 時間閲覧)
- (34) Seibert, a.a.O., S.9.
- (35) Starck, a.a.O., S.849.
- (36) Hubert Görg, Der Rechtsschutz im Eingemeindungsverfahren, DVBl. 1966, S.332. 参照, Scholtissek, a.a.O., S.830.

- (37) Görg, a.a.O., S.332.
- (38) Seibert, a.a.O., S.77. 参照, Görg, a.a.O., S.332.
- (39) Seibert, a.a.O., S.77.
- (40) Scholtissek, a.a.O., S.830f.; Görg, a.a.O., S.332. 参照, Tarkan, a.a.O., S.146.
- (41) Görg, a.a.O., S.332.
- (42) Tarkan, a.a.O., S.197.
- (43) Tarkan, a.a.O., S.197.
- (44) VerfGH Rheinl.-Pf., Urt. v. 17. 4. 1969, DÖV 1969, S.565. なぜなら, 自治体間協働の手段をとると, 新しい行政主体が形成されざるを得ず, 憲法の予定する自治体システムに覆いかぶさり (überlagern), その限界や権限をあいまいにしようという危険があるからだという。
- (45) Tarkan, a.a.O., S.125.
- (46) 参照, Tarkan, a.a.O., S.125.
- (47) Jens Tessmann, Die Zukunft der Kreise in Deutschland zwischen Aufgabenkooperation und Territorialreform, Potsdam 2009, S.212f.
- (48) Pieroth, a.a.O., Rn.12; Bernhard Stüer, Verwaltungsreform auf Kreisebene, DVBl. 2007, S.1274.
- (49) Pieroth, a.a.O., Rn.12.
- (50) Hömig, a.a.O., Rn.16.
- (51) Hömig, a.a.O., Rn.16.
- (52) Stüer, a.a.O., S.1274.
- (53) Pieroth, a.a.O., Rn.18.
- (54) Pieroth, a.a.O., Rn.18.
- (55) Pieroth, a.a.O., Rn.18.
- (56) Ossenbühl, a.a.O., S.551; Hubert Görg / Seibert, Anmerkung, DVBl. 1968, S.853.
- (57) Seibert, a.a.O., S.56.
- (58) Seibert, a.a.O., S.35f.
- (59) 参照, Tessmann, a.a.O., S.138.
- (60) Ossenbühl, a.a.O., S.551.
- (61) Seibert, a.a.O., S.47.
- (62) Seibert, a.a.O., S.47.
- (63) Seibert, a.a.O., S.47. ほとんどの法律が政府提案に基づいて可決されることを考慮すれば, 法案が策定・提出される前の聴聞には, 単に補完的 (kompensatorisch) という

よりも大きな意味があるという。Starck, a.a.O., S.850.

- (64) Seibert, a.a.O., S.49.
- (65) Seibert, a.a.O., S.52.
- (66) Seibert, a.a.O., S.52.
- (67) Seibert, a.a.O., S.52.
- (68) VerfGH Rheinl.-Pf., DÖV 1969, S.568.
- (69) Seibert, a.a.O., S.52.
- (70) VerfGH Rheinl.-Pf., DÖV 1969, S.568.
- (71) Stern, a.a.O., Rn.80.
- (72) Stern, a.a.O., Rn.80.
- (73) Hömig, a.a.O., Rn.19.
- (74) Tessmann, a.a.O., S.158.
- (75) Eberhard Schmidt-Assmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 1991, S.380.
- (76) Stürer, a.a.O., S.1269f.
- (77) Schmidt-Assmann, a.a.O., S.380.
- (78) Löwer, a.a.O., Rn.85.
- (79) Löwer, a.a.O., Rn.85.
- (80) Löwer, a.a.O., Rn.85.
- (81) 参照, Tessmann, a.a.O., S.135; Piroth, a.a.O., Rn.28.
- (82) ザクセン州郡法7条2項「ゲマインデの編入又は除外によって、郡の解消及び創設並びに郡の境界変更をするには、法律を必要とする。但し、法監督庁の認可を伴う協定によるゲマインデの創設又は他のゲマインデへのゲマインデの編入の場合及び他のゲマインデへのゲマインデの一部分編入で郡領域が関わる場合は別とする。…」  
(出典, <http://www.revosax.sachsen.de/Details.do?sid=8921215034135>, 2012年10月4日13時閲覧)
- (83) Tarkan, a.a.O., S.185; Tessmann, a.a.O., S.135.
- (84) Tarkan, a.a.O., S.185.
- (85) Tarkan, a.a.O., S.167.
- (86) Tarkan, a.a.O., S.168.
- (87) Hans-Günter Henneke / Klaus Ritgen, Aktivierung bürgerschaftlicher Selbst-Verwaltung in Städten, Kreisen und Gemeinden - zur Bedeutung der Lehren des Freiherrn vom Stein für die kommunale Selbstverwaltung der Gegenwart, DVBl.

2007, S.1264.

- (88) Werner Thieme, Selbstverwaltungsgarantie und Gemeindegröße, DVBl. 1966, S.326. 参照, Wilfried Lückert, Neue Wege zur Verbesserung der kommunalen Struktur, DVBl. 1966, S.334.
- (89) 連邦憲法裁判所法 91 条「ゲマインデ及びゲマインデ組合は, 憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) を提起し, 連邦又は州の法律が基本法 28 条の規定を侵害している旨の主張をすることができる。自治権侵害ゆえの訴願を, 州法により州憲法裁判所に提起できる場合, 連邦憲法裁判所への憲法訴願は排除される。」(出典, <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfagg/index.html>, 2012 年 10 月 1 日 19 時閲覧)
- (90) 連邦憲法裁判所法 90 条「1 項 何人も, 連邦憲法裁判所法への憲法訴願を提起し, 公権力によって自らの基本権の 1 つ又は基本法 20 条 4 項, 33 条, 38 条, 101 条, 103 条及び 104 条に含まれる自らの権利の 1 つを侵害された旨の主張をすることができる。2 項 …」
- (91) Seibert, a.a.O., S.10.
- (92) Görg, a.a.O., S.330.
- (93) Stern, a.a.O., Rn.70.
- (94) Stern, a.a.O., Rn.70.
- (95) Görg, a.a.O., S.330.
- (96) VerfGH NW, Entsch. v. 15. 3. 1969, DÖV 1969, S.568f. 参照, VerfGH Rheinl.-Pf., DÖV 1969, S.562.
- (97) 参照, Seibert, a.a.O., S.83.
- (98) Seibert, a.a.O., S.84; Ossenbühl, a.a.O., S.549. 参照, Scholtissek, a.a.O., S.830f.
- (99) Stürer, a.a.O., S.1269.
- (100) Stürer, a.a.O., S.1269. 同旨, Jürgen Salzwedel, Zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung von Willkür und mangelnder Konzeptionsgerechtigkeit der Eingemeindungen, DÖV 1969, S.548f.
- (101) Seibert, a.a.O., S.55.
- (102) Ossenbühl, a.a.O., S.552f.
- (103) Görg, a.a.O., S.330.
- (104) Starck, a.a.O., S.860.
- (105) Görg, a.a.O., S.334.
- (106) Görg, a.a.O., S.331.
- (107) Scholtissek, a.a.O., S.830.

- (108) BVerwGE 67, 321 (331f).
- (109) 行政裁判所法 40 条「1 項 連邦法によって争訟が他の裁判所に明文で割り当てられていない場合、憲法的種類でない公法上のあらゆる争訟について、行政裁判所への出訴の途が与えられる。…」(出典, <http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>, 2012 年 10 月 1 日 19 時閲覧)
- (110) Ossenbühl, a.a.O., S.552. 反対, VG Köln, Beschluß vom 31. 5. 1968, DVBl., 1968, S.850f. この決定は、憲法裁判所の権限であることを理由に、行政裁判所の審査が及ばないとする。
- (111) Görg, a.a.O., S.331.
- (112) Ossenbühl, a.a.O., S.554; Scholtissek, a.a.O., S.830. 反対, OVG Münster, Beschl. v. 5. 5. 1969, DÖV 1969, S.571.
- (113) Görg / Seibert, a.a.O., S.852.
- (114) Ossenbühl, a.a.O., S.554.
- (115) Ossenbühl, a.a.O., S.554; Scholtissek, a.a.O., S.830; Görg / Seibert, a.a.O., S.852f.
- (116) 行政裁判所法 80 条 1 項「行政不服申立て及び取消訴訟は延期効 (aufschiebende Wirkung) を有する。これは、法形成的行政行為及び確認的行政行為並びに二重効を持つ行政行為 (80a 条) にも適用がある。」
- (117) 参照, Görg / Seibert, a.a.O., S.854; Ossenbühl, a.a.O., S.554.
- (118) Görg / Seibert, a.a.O., S.854; Ossenbühl, a.a.O., S.554.
- (119) 行政裁判所法 123 条「1 項 裁判所は、現状の変化によって申請人の権利の実現が不可能になり又は本質的に困難となり得るような危険が存する場合、訴え提起の前であっても、申立てにより、訴えの対象 (Streitgegenstand) について仮の命令 (einstweilige Anordnung) を行うことができる。争いのある法関係に関して一時的な状態を規律する場合でも、この規律が、特に継続的な法関係において、本質的な不利益を防止し若しくは差し迫った権力を回避するため又は他の理由から必要と解されるならば、仮の命令は認められる。」
- (120) Görg / Seibert, a.a.O., S.854. オッセンビュールは、仮の命令申請でしか、ゲマインデは暫定的な権利保護を得られないとする。Ossenbühl, a.a.O., S.554.