

## 条例論の基礎

大橋, 洋一  
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1978>

---

出版情報 : 法政研究. 59 (3/4), pp.475-522, 1993-03-26. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 条例論の基礎

大橋 洋一

はじめに

## I ドイツにおける市町村条例（概説）

- (一) 行政権の肥大化現象と市町村行政
- (二) ドイツの市町村と市町村「議会」
- (三) 条例の定義と適用領域

## II 条例と法治主義

- (一) 条例の法的基礎
- (二) 法律による行政の原理と条例
- (三) 法規命令と条例

## III 条例の制定手続——地区詳細計画を例として

## IV 条例と司法救済

- (一) ドイツの行政訴訟制度における条例
  - (二) ドイツの国家補償制度における条例
- おわりに

## はじめに

## (一) 自治体行政における条例の現状

一九九三年の春から九州大学の大学院法学研究科においても職業人を学生に迎えることとなり面接試験が実施されたが、筆者に興味深かったことは、公務員の受験者の多くが条例に関わりをもつテーマの研究を志望していたという事実である。福岡近郊においても、空き缶の投げ捨てに罰金を課す条例を制定した福岡県北野町<sup>(1)</sup>、水不足に悩む北部九州地区にあって新規の宅地開発に対し給水制限を内容とする条例を制定した福岡県志摩町<sup>(2)</sup>、産業廃棄物処理場の建設に関して条例で市独自の届出・勧告制を導入し違反に罰則まで規定したために憲法訴訟が現在福岡地裁に係属している福岡県宗像市<sup>(3)</sup>、景観条例を施行した福岡県飯塚市・太宰府市<sup>(4)</sup>、民間事業者の保有する個人情報・マニュアル処理<sup>(5)</sup>（＝手作業処理）の個人情報をも対象とする個人情報保護条例をスタートした福岡県など<sup>(6)</sup>、特色をもった条例の制定が相次いでいる。この他にも、ゴルフ場の造成等の開発に届出を義務づける条例をもつ福岡県や、法律の授權に基づき制定される条例には、建築協定や地区計画のように市民の意思に基づく街作りに係わるものが多い。さらに、博多湾の東部埋立てで市民から要請されている一層詳細な環境アセスメントの実施<sup>(9)</sup>、産業廃棄物処理場にかかる地域紛争処理システムの開発など<sup>(10)</sup>、昨今の深刻な政治問題において必ずといっていいほど条例制定が重要な検討事項となっている。他方、福祉行政の分野に目を転じて、近時地方分権の流れを受けて市町村が老人福祉施策の一元的な主体とされたが<sup>(11)</sup>、これにより今後は市町村の老人保健福祉計画策定に対する議会関与の強化、市町村レベルにおける福祉施策の統合・総合化が重要な課題となり、ここでも条例の活用が議論の中心となろう。

右の簡単な例示からも明らかのように、最近の自治体行政において条例の制定問題は最も重要な法律問題に属すといっても過言ではない。ここには、中央政府の制定した法律の忠実な執行に終始した自治体行政から、市民参加のもとに独自の構想をもって総合的な施策の推進が期待されている自治体行政への転換を読み取ることが可能である。この点を詳説すると次の通りである。

一つには、要綱行政が再評価の時期を迎えているという点である。既に最高裁判所も行政指導の限界という形で要綱行政に一定の制限を課している。<sup>(12)</sup> 同様に福岡地区でも、要綱に基づき給水制限を実施している福岡県志免町が九二年二月に敗訴し、都市の成長管理に給水制限という手法で対応してきた近隣自治体に大きな衝撃を与えたところである。<sup>(13)</sup> 二つには、地域紛争の激化に伴い、また個人的な街作りの要請と共に、市民参加の重要性が認識されつつある点である。他方、透明性の高いシステムの構築・行政指導の客観性担保にとり、行政部内で決裁される要綱よりは条例が優れているといった考えが次第に浸透しつつある。例えば、(a)市民等への縦覧や意見の提出を求める機会を用意したり、(b)市民団体などを認定しそれを助成する手法とか、(c)市民代表も含めた多元的な委員会・審議会を設置して、マスタープランの策定過程、施策の展開される区域の指定段階、条例に基づく規制の運用基準策定に右の委員会を関与させる試みなどが普及しつつある。<sup>(14)</sup>

三つには、総合行政の推進という点である。つまり、国の縦割り行政が地方にまで波及し、根拠法令に基づいた狭逸な視点から局部的な対応をすることの限界が許容範囲を越えたという点である。例えば、景観条例も、法令の定める都市景観の保護制度（都市計画法の美観地区など）<sup>(15)</sup> が一部の区域しか射程に置かなかった点に着目して、都市全体の景観を考えるとという見地から発展してきたものである。今後は対象者・対象事例に対して多角的な観点から施策を講ずることが肝要であり、そのために不可欠な「部局の壁を越えた総合調整」には、統合型の規律手段である条例が要

請されることとなる。

## (二) 条例に関する法理論の現状

条例に対する社会的ニーズの高揚にもかかわらず、条例に関する法理論、とりわけその制定可能性にかかる議論はなお十分に整理されていないという印象を受ける。かつての法律先占論が批判され様々な基準が現在では提唱されているが、つきつめて考えると、個別法律の趣旨を総合的に解釈して条例制定の許容性を吟味するということとなる。<sup>(16)</sup>

そして、このような解釈に伴う不透明性を一つの理由に、自治体が条例の制定を敬遠したり、極めて消極的な条例制定で辛抱するといった状況が広範に認められる。<sup>(17)</sup> 具体的には次のような傾向が認められる。

一つには、法令で規律されているものを条例の適用範囲から除外するものである。<sup>(18)</sup> このように条例を補充的なものと限定することにより法令との抵触は回避できるが、他方、条例制定者自身も事前に具体の法令との関係をシュミレーションしているわけではないことから、法令と条例との関係が市民には概観しにくいものとなっている。

二つには、法令の規律する規制手段・申請処理手続に先行して条例の規制システムを設けるといった時間差作戦がある。<sup>(19)</sup> 時間をずらすことが問題の解決になるとも思われないが、法令との関係に気をつかう自治体関係者の心理をよく伝えるものである。

三つには、条例の定めるシステムを(a)助言に止めるとか、(b)（実行性担保手段の伴わない）警告・命令といった「名前だけ規制的手法」を規律するもの、(c)届出―勧告といった行政指導型の仕組みにするものである。<sup>(20)</sup> その場合でも、(d)届出違反・勧告違反に対する制裁を氏名公表に止め罰則の利用を回避するものが見られる。

四つには、目的達成のため、規制型の手法を断念して、助成措置等の経済的インセンティブによって市民の行動を誘

導しようとするものも少なくない。<sup>(21)</sup>

五つには、条例の中で協定の利用を要請し、協定の拘束力によって条例の内容を実現しようとするものがある（ただし、協定自体の拘束力についても不透明な部分が多い<sup>(22)</sup>）。

六つには、右に述べたところとは対照的に、罰則等の厳格な制裁手段を規律するものがある<sup>(23)</sup>。この種の条例は表面上は厳しい印象を与えるが、実際上は監督体制の不備・警察の協力を得られないために適用することが予定されていないものがある<sup>(24)</sup>。つまり、非運用合憲を当初から狙ったものであり、抽象的規範審査訴訟が利用できないわが国では適用されない制裁措置は司法判断の回避が可能である。しかし、異例な制裁措置は多くの場合、マスコミ等の注目を集めることから、条例は広く社会に宣伝され、事実上の成果を挙げることが少なくない。

### （三） 条例論における比較法研究の重要性

右に述べたように、地方分権・地方の時代というスローガンのもとに条例が制定される反面で、より子細に考察すると、そこには極めて慎重で消極的な自治体の姿勢を見て取ることができる。その責任の一端は学説の側にもあり、早急に条例に関する議論の深化を図る必要がある。しかし、他方で、条例の考察は法源論のみならず、立法権と行政権との関係をも射程に入れた統治機構の全体的な考察や、中央政府と地方政府との関係に関する省察など、多面的な分析を必要とするものである。したがって、条例の基礎理論研究も今後は重視されねばならず、議論の素材を豊富にするためにも、歴史的考察と比較法的考察が一層不可欠となる。史的研究に関しては、近時、齊藤誠氏の綿密な考察<sup>(25)</sup>によって研究水準が高められたところであるが、比較法研究の部分はなお十全ではないように考える。これは一つには外国の理論状況にも起因するところであって、例えば、ドイツ法でも条例に関する研究はテーマの重要性にもかか

わらず極めて少ないことが指摘され、この間隙を埋める努力が近時進められている状況にある。<sup>(26)</sup> 本稿の目的はドイツ法の条例研究の水準を示すとともに、そのことを通じて日独の条例論の比較研究を試みることにある。その趣旨は、ドイツの法理の輸入にあるのではなく、むしろそれとの比較を通じてわが国の条例論の特色を明確化することにある。わが国の各種の条例を分析する前提作業としての性格に鑑みて、本稿を「条例論の基礎」と題することとした。

本研究は日本学術振興会海外特別研究員として一九八九年七月から二年間にわたりドイツ連邦共和国（コンスタンツ大学法学部）で筆者が実施した在外研究の成果の一部である。九二年七月には学術振興野村基金の援助で資料収集・現地調査を補うことができた。ここに記してお礼申し上げる。

日本法に関する調査は九二年度の九州大学法学部行政法ゼミナールで実施したものを一部基礎としている。

## I ドイツにおける市町村条例（概説）

### （一）行政権の肥大化現象と市町村行政

#### 《市町村行政の量的拡大》

現代行政の特色として、行政の活動範囲及び行政機構の拡大が挙げられ、かかる傾向はとりわけ給付行政の領域で顕著であるといわれる。さらに子細に分析すると、給付行政が広く展開されている基礎自治体のレベルで行政機構の拡大が著しいという関連性が認められる。このように現代行政の主要な特徴は基礎自治体の任務の機能的・量的変化として把握することが可能であり、かかる傾向はドイツにも存在する。例えば、一九六〇年から八〇年にかけてドイ

ツの連邦行政はほとんど拡大していないのに対し、市町村の行政機構は急激に増大しているのである。<sup>(28)</sup>

《市町村における主要な行政領域》

ドイツの市町村が担当する主要な事務として、次の四つのものが挙げられよう。<sup>(29)</sup>

第一は、供給活動である。具体的には、上下水道・電気・ガスの供給、交通システム・廃棄物処理施設・街灯等の整備、道路清掃がこれに該当する。

第二は、教育・文化活動で、学校教育・成人教育、図書館・博物館・劇場の運営などがある。

第三は、社会福祉で、具体的には幼稚園・老人ホーム・スポーツ施設・病院の運営、保健衛生がある。

第四は、都市建設である。道路・住宅の建設、都市計画・交通計画の策定がこれに属す。

右に挙げた事務に共通する特色は対人型サービスの提供、地域に密接に結びついた事務が多く含まれているという点である。<sup>(30)</sup>

《市町村行政への期待》

右に挙げたような事務が市町村に委ねられる理由として、次の三つの説明が見られる。

一つは、サービスの提供を内容とする事務の実施は、地域特性を尊重する意味でも、市民に近い組織に任せる方がうまくいくということである。

二つは、第一の説明と関連するが、右に挙げた事業の実施に際して市民の意見・要望を聞くことが不可欠であり、参加指向型の事務は市町村行政に適合的であるという点である。

三つは、危険防止といった警察法の見地からする規制には国家レベルの統一的規制が適合的であるともいえるが、生存の確保・危険除去を越えた創造的な行政活動には市町村の個性を重視したり、都市の自己主張を尊重することが有



益であるという視点である。このように多元主義的な形成が望まれていることは、例えば、今日の街づくり行政をみても明らか<sup>(31)</sup>なところである。

#### 《行政プログラムとしての条例の活用》

行政が確固とした方針・構想に基づいて施策を実施することは、現代行政に課された要請<sup>(32)</sup>である。具体例を挙げると、行政行為に要求された理由付記、行政の自己拘束論、行政文書の公開などはすべて、「執行原則の明確化」という要求に還元可能なものである<sup>(33)</sup>。右の要請は、法理論としてのみならず、行政政策としても重要なものである。というのも肥大化し見通しの悪い官僚機構に対置され途方に暮れた市民に対し、その疎外感・孤立感を緩和し施策への理解を獲得することは、現代行政の主要な課題だからである。最も重要な方策の一つに、法律・法規命令・条例といった法規を整備し、行政活動の準則を明確化することがある。その際には、難解な表現を回避し、概観可能性を担保することにより、「秘術としての行政法」という性格を除去し、「市民の立場にたった行政法」を目指すことが肝要である。このような理解の下に、ドイツの市町村においても条例の活用が説かれているのである。

#### (二) ドイツの市町村と市町村「議会」

##### 《市町村の行政組織上の位置づけ》

ドイツの市町村行政について理解を深める目的で、ここではバーデン・ヴュルテンベルク州の行政組織を例にとつて説明すること<sup>(34)</sup>としたい。同州の統治構造は次の四つの段階から構成されている(同州の機構を示した次の図を参照されたい)。

第一に、州政府は州首相 (der Ministerpräsident) をトップに各省大臣とその管轄下の八つの省により構成されてい

る。例えば、自治監督は内務大臣及び内務省が所管する。州の立法機関として、直接公選の議員からなる州議会 (der Landtag) がある。

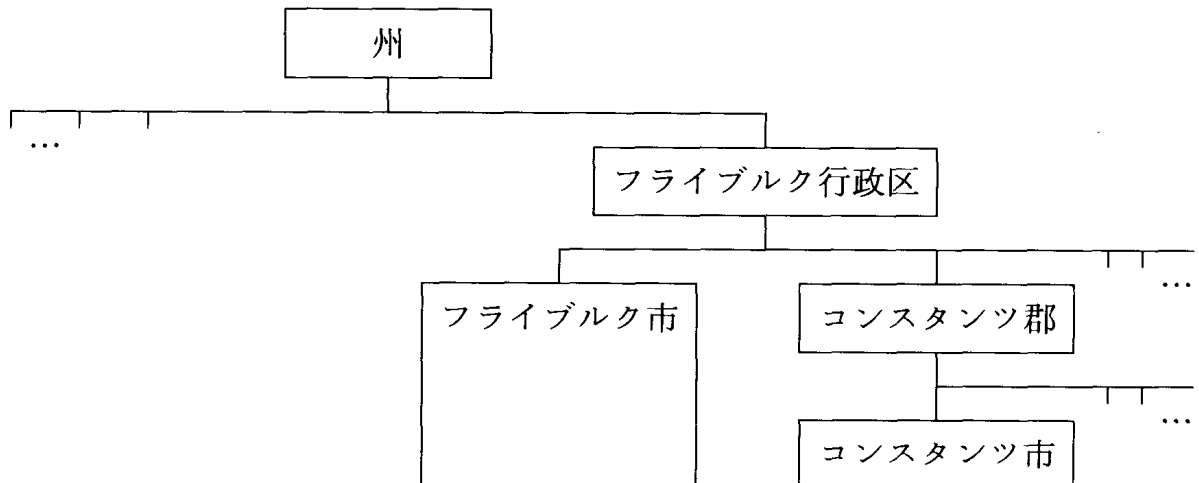
第二に、州内には、四つの行政区 (Regierungspräsidium) が存在し (シュトゥットガルト・カールスルーエ・フライブルク・チュービンゲンの四つである<sup>(35)</sup>)、行政区長官 (der Regierungspräsident) がこれを総括している。

第三の統治単位として、この下に郡 (Landkreis) が存在し (例えばフライブルク行政区にはコンスタンツ郡を始め九つの郡がある<sup>(36)</sup>)、郡長 (der Landrat) が最高責任者である。郡は国(州)と自治体の双方の地位をもつと言われ、歴史的沿革からその構造は複雑である<sup>(37)</sup>。郡にも直接公選の代表者からなる合議制の議決機関 (der Kreistag) がある。

第四に、(バーデン・ヴェルテンベルク州とバイエルン州に限り) 直接公選の市長 (der Bürgermeister) とその下に市町村行政が存在する (例えば、コンスタンツ郡の中にコンスタンツ市が存在する<sup>(38)</sup>)。市町村にも直接公選の代表者からなる合議制の議決機関 (der Gemeinderat) がある。なお、大きな市は郡と市の両方の地位を兼ね、郡と同格の役割を果たしている (例えば、フライブルク行政区でいうとフライブルク市がこれに相当する)。この市のことを都市郡 (Stadtkreis) といい、同州には九つ存在する。

右の四つの段階のうち、基本法に規定された地方自治の保障を受けるのは郡

図：バーデン・ヴェルテンベルク州における市町村の規模



と市町村である。<sup>(39)</sup>

《市町村の規模》

次に、市町村の規模について簡単に言及することとしたい。本稿ではゲマインデ Gemeinde という単語に市町村という訳語をあてているが、注意を要することはドイツのゲマインデは次の表に見られるように日本の市町村と比べ著しく小さいということである（このことは一九七〇年代にドイツで市町村合併が強力に推進されたにもかかわらず妥当なことである）。例えば、同州にある一一一〇の市町村のうち一番大きいシュトゥットガルト市で五六・五万人、一番小さいベレン (Böllen) はわずか九三人である。全体の約九三％にあたる一〇三〇の市町村が二万人未満の規模にすぎない。<sup>(40)</sup> こうした規模の違いにも注意しながら、以下の叙述を讀んでいただきたい。

《市町村議会の実像》

右に見たように、ドイツの統治機構の中には、市民から直接公選された者の合議体である議決機関として、四つのものがある。広域のものから順に挙げると、連邦議会 (Bundestag)、州議会 (Landtag)、郡議会 (Kreis-tag)、市町村議会 (Gemeinderat) である。同様に議会と訳したが、社会的に差異があるのは、議員の性格である。連邦議会・州議会の議員は高額の俸給（例えば連邦議会議員は月に一四〇〇〇マルク「約一二二万円」、州議会議

表：バーデン・ヴェルテンベルク州における市町村の規模

住 民 数	市町村数(1970.5.27)	市町村数(1989.9.30)
500未満	9 3 9 (28.0%)	4 9 (4.4%)
500以上— 1000	8 5 9 (25.6%)	4 8 (4.3%)
1000 — 3000	} 1 2 6 3 (37.7%)	3 4 3 (30.9%)
3000 — 5000		2 2 8 (20.5%)
5000 — 10000	1 7 5 (5.2%)	2 4 0 (21.6%)
10000 — 20000	6 5 (1.9%)	1 2 1 (10.9%)
20000 — 50000	3 5 (1.0%)	6 1 (5.5%)
50000 — 100000	8 (0.2%)	1 2 (1.1%)
100000 ~	6 (0.2%)	9 (0.8%)
計	3 3 5 0	1 1 1 1

(出典) Statistisches Landesamt Baden-Württemberg (Hrsg.),  
Statistisches Taschenbuch Baden-Württemberg 1989, S.19.

員は六〇〇〇マルク〔約四八万円〕である）を受け専任であるが、郡議会や市町村議会の議員は月に四〇〇〇マルク（約三三〇〇〇円）程度の交通費・電話代等を受け取るだけで、会議（次に二度程度）のほかは他の職業に従事している人達である（コンスタンツ郡議会議員は五〇人、コンスタンツ市議会議員は四〇人である）。筆者が話を伺ったコンスタンツ市議も、通常は英会話学校の先生である。「市町村議会の議員は名誉職として（*ehrenamtlich*）従事する」とは、右の事情を指している。もっとも、報酬の多寡と職務の重要性とは関係がなく、例えば、市町村議会の策定する地区詳細計画は都市建設にとって最も基本的なものであり、他方、郡議会が権限をもつゴミ処理は今日もっとも議論の多い施策の一つである。<sup>(42)</sup>

### （三） 条例の定義と適用領域

#### 《条例の定義》

伝統的な事務二元論（つまり自治事務と委任事務との二元論）を前提にしていうと、(a)自治事務については憲法上の授権（地方自治の保障）に基づき、(b)委任事務については法律の授権に基づき、市町村が制定した規範を条例という。<sup>(43)</sup> 事務一元論をとる州では、原則として憲法上の授権に基づき条例は制定される。<sup>(44)</sup> 条例は一般的な性格をもつと通常説かれているが、地区詳細計画のように具体的なものもあるので、一般性は条例の要素ではない。<sup>(45)</sup>

条例の分類学として、(a)行政組織を定める条例（*Hauptsatzung*）のように行政内部を規律対象とし外部効をもたない形式的意味の条例と、(b)私人の権利・自由の規制に向けられた外部効を伴う実質的意味の条例とに二分する見解が見られる。<sup>(46)</sup> しかし、組織を規律対象としている点を理由に条例の外部効果を否定することは論証を欠いていると思われる。右の分類学は合理性のないものである。条例という名の規範にとって最も基本的であることは、(一)権限（憲法ない

し法律の授權)に基づき、(二)権限ある機関(市町村議会)により、(三)特定の制定手続(例えば、公表を要すること等)を経て成立した規範という点だけである。<sup>(47)</sup>

《条例の主要な適用領域》

条例の主要な適用領域には、自治組織、大量行政、計画の三つがある。<sup>(48)</sup>

第一の自治組織に関するものとしては、市町村の行政組織の基本的事項を規律する組織条例(Hauptsatzung)がある(「本法の規定に従い組織条例が制定されるべき場合には、全市町村議会議員の多数をもって可決されねばならない」バーデン・ヴェルテンベルク州地方自治法四条二項<sup>(49)</sup>)。

第二の大量行政(kommunale Massenverwaltung)としては、具体的には次のものがある。

(1) 租税行政(「地方公共団体の公課」「租税・手数料・分担金を指す」は条例に基づき徴収する)同州地方財政法二条<sup>(50)</sup>一文)

(2) 公共施設の利用関係(「市町村は公共のために、その領域内の土地について、上下水道、道路清掃・市民の健康に役立つ同種の施設への加入」「加入強制」及び右の施設と畜肉処理場の利用「利用強制」を条例で定めることができる)同州地方自治法二一条<sup>(51)</sup>一文)

(3) 沿道住民の道路使用関係(「市町村道の特別許可につき一項一文の許可を必要としない旨、市町村は条例で定めることができる」同州道路法一六条七項<sup>(52)</sup>一文)

第三の計画には、次のものがある。

(1) 予算(「市町村は会計年度ごとに予算条例[eine Haushaltssatzung]を制定しなければならない」同州地方自治法七九条<sup>(53)</sup>一文)

(2) 人員配置計画

(3) 地区詳細計画を始めとする土地利用に関する計画（「市町村は地区詳細計画を条例として決定する」連邦建設法典一〇条<sup>(54)</sup>、「変更禁止（die Veränderungsperre）は市町村により条例として決定される」同法一六条一項<sup>(55)</sup>、「市町村は地区詳細計画の範囲内で、未建築地における先買権（Verkaufsrecht）を条例により設定できる」同法二五条一項一号<sup>(56)</sup>、「二一九条の意味における地区施設の種類及び範囲を市町村は条例で定める」同法一三二条一号<sup>(57)</sup>、「市町村は区画整理区域の正式な確定を条例により行う（区画整理条例「Sanierungssatzung」）同法一四二条一項<sup>(58)</sup>。この他に、同州建設規制法七三条<sup>(59)</sup>は地域的建設規則（örtliche Bauvorschriften）を市町村は法律の範囲内で制定できるとし、建築物の外観・広告施設・自動販売機等について規模、形状、色、設置場所などの規制を定める）。

## II 条例と法治主義

### (一) 条例の法的基礎

条例の法的基礎に関して、従来から次の二つの考え方が存在した<sup>(60)</sup>。

一つは、固有権理論（die Originalitätstheorie）と呼ばれるものである<sup>(61)</sup>。この説は、自然法思想に支えられ、市町村が国よりも先に存在したと捉える見解である。これは、(イ)市町村の自治を基本権と同視し、(ロ)国家と市町村との二元論を前提として、市町村の自治と私人の基本権を社会の側に位置づけ、国家と対置する点に特色をもつ見解である。

二つは、放棄理論（Dereliktionstheorie）ないしは委任説（Delegationslehre）というものである。これは、国家の規律

権限の独占を前提に、国家が自らのもつ規律権限を国家内の団体に対して放棄ないし委任したと構成する考え方である。この考え方の下で、条例は第二次的法源 (eine abgeleitete Rechtsquellen) として位置づけられることとなる。<sup>(62)</sup> この問題は条例固有の問題というよりはむしろ、地方自治を国法上どのように位置づけるのか、といった基本問題の一部をなすものである。

現在では、市町村の条例は基本法に規定された地方自治の保障 (二八条二項) により憲法上授權されたものであると一般に説明されている。<sup>(63)</sup> したがって、条例は第二次的な法源であるが、これが憲法上の要請である点には注意が必要である。なお、右の憲法保障の及ばない事務 (具体的には事務二元論の州では委任事務、一元論の州では指図書事務) についても条例の制定が認められているが、この場合には法律の授權が条例の基礎である。<sup>(64)</sup>

## (二) 法律による行政の原理と条例

法段階説ないしは法治主義の原則から、法律が条例に効力の点で優位する点は問題がない (法律の優位原則)。これに対し、条例の制定に法律の根拠を必要とするのか、という問題、すなわち法律の留保原則の適用に関しては理論上の対立が存在したところである。留保原則が議会 (法律) と行政 (行政活動) との関係を内容とするために、市町村「議会」 (Gemeinderat) が議会であるとすれば、同原則を議会の制定した条例に適用することには疑問が提起されたのである。図式化してみると、

(a) Gemeinderat が議会であるとすれば、法律の留保原則の適用対象は Gemeinderat と市町村行政との関係になるであらうし、

(b) Gemeinderat が行政であるとすれば、法律の留保原則は連邦議会ないしは州議会と Gemeinderat との関係に及ぶ

こととなる。

この点について、一九七〇年代の連邦憲法裁判所は民主的に選出された議決機関たる Gemeinderat は立法 (die Legislative) の領域に属するものであると説明していた<sup>(65)</sup>。したがって、Gemeinderat は議会の一つとして位置づけられたのである。その後、同裁判所は見解を改め、Gemeinderat は行政の一部であると説明している<sup>(66)</sup>。これが、現在の通説であり、法文上も例えばバーデン・ヴュルテンベルク州地方自治法二三条は「市町村の行政機関は Gemeinderat と市長である」と定めている。

このように、Gemeinderat が Parlament の意味の議会ではないとすれば、法律の留保原則は条例にも及びうることとなる。条例のような法規定に関して従来から争いが存在した点は、同原則が行政の個別処分にだけ適用されるのか、行政の法規定にも及ぶのか、という問題がある。しかし、このような議論は今日では不要なものである。というのは、法律の留保原則は、行政が行政行為を用いたのか、条例を使用したのか、という行政の行為形式とは無関係に、行為の内容に着目したものであるからである<sup>(69)</sup>。法律の留保原則の基礎である基本法二〇条三項は「執行権は法および法律に拘束される」と規定し、その意味するところは行政活動が法律に拘束されるということであり、行政の行為形式による限定は存在していないのである。したがって、市町村議会が行政機関である以上、その制定する条例も行政活動であり、法律の留保原則に服することとなる<sup>(70)</sup>。以上述べたことをまとめると、法律の留保理論が前提とする議会 (Parlament) は連邦議会と州議会だけを指し、Gemeinderat は含まれない<sup>(71)</sup>。ドイツ法が二段階の国家構造をもつという説明も同様のことを意味している。

《侵害留保理論・本質性理論と条例との関係》

法律の留保原則は行政活動の一部に及ぶものであり、その射程範囲に関しては周知のように意見の対立が存在する。



どのような内容の条例が法律の授權を要するのか、を論ずる必要がある。第一に、侵害留保の意味で、市民の自由・財産を侵害する条例に法律の授權を要する点は争いがない。その理由は、市町村においては規律をなす者（市町村議会）と規律を受けるもの（市民）との間にわずかな距離（die geringere Distanz）しか存在しないために、個人の自由・平等が侵害されるおそれがあるので、立法者（連邦議会ないしは州議会）がその保障者として活動する必要があるという考えによる。<sup>(72)</sup> また、規範の内容と規範定立者との間に比例性（Proportionalität）を確保するという視点の下で、原則として公共の福祉に基づく基本権の制限には議会立法者が予定されていると説く者がある。<sup>(73)</sup> 同様の意味で、基本権的地位の係わる原則的な規律及び重要問題の規律は常に国家的な民主的正当性を必要とする国家的案件である、と説く学説もある。<sup>(74)</sup> 別の言い方をすると、規律対象の重要性に鑑みると、市町村議会のもつ程度の民主性では足りないという基本的な前提がドイツ法には存在する。刑罰についても法律の留保が妥当し、国家賠償の制限も法律によってのみ可能であると説かれる。<sup>(75)</sup>

第二に、侵害留保説を越えて法律の留保理論に関し通説である本質性理論が条例についても適用があるのか、つまり市町村内の重要な問題についても立法者が規律すべきか、については子細にみると、意見が分かれている。シュミット・アスマン教授は自治体レベルで本質性理論の適用を適切でないとする。<sup>(76)</sup> これに対し、ベトゲ教授は本質性理論の適用を積極的に解している。<sup>(77)</sup> これは、次にみる法律の規律密度の議論と関連するように考える。

#### 《法律の規律密度》

法律の留保が適用されるとして、授權法律はどこまで規律する必要があるのか、が争われた。現在の法律の留保の理解によれば、規律密度の問題もその一部をなす。ここでは二つの問題を扱う。

第一に考察を要するのは、たいていの地方自治法（各州ごとに制定された州法である）が条例を制定できる旨を規定して

いるが、これが法律の留保の意味の授権規定と解釈できるのか、という点である。例えば、バーデン・ヴェルテンベルク州の地方自治法四条一項は「市町村は法律が別段の規定を置かない限り、指図から自由な事務を条例で規律できる」と定める<sup>(78)</sup>。しかし、通説によれば、これは組織規範であり、私人の自由・財産への侵害には別個に法律の根拠を必要とすると言われている<sup>(79)</sup>。例えば、同法の一一条は水道・下水・公共施設等の加入・利用強制に関し定めを置く<sup>(80)</sup>が、これは右の理解を前提として特別に設けられた授権規定である。

第二の課題は、法規命令について「範囲・目的・程度」を授権法律に予め規定することを要請した基本法八〇条一項二文が、条例に準用可能なのか、という点である。これを連邦憲法裁判所は否定している<sup>(81)</sup>。その理由は、委任を受ける市町村議会が公選の合議体である（つまり直接的民主性をもつ）点、法規命令のように国家の直轄行政機構を受任者とするのでない点が重視されたからである<sup>(82)</sup>。この他に、自治行政が憲法上保障されている点、市町村の活動範囲が（条例制定に関し）自治事務に限定されている点も理由として挙げられている<sup>(83)</sup>。したがって、条例に委任をなす授権法律は右の規定が定めるほどの規律密度をもつ必要がない、ということとなる。しかし、右の規定に関する（つまり法規命令にかかると）判例も、従来、緩やかな規律密度しか要求していないので、結果としてみると、法規命令と条例に対する判例の差異は相対化される。

### （三） 法規命令と条例

法規命令も条例も授権にもとづく一般的拘束力を伴った法定立である点で共通する<sup>(84)</sup>。たしかに、条例は伝統的な自治事務の規律を任務とし、法規命令は伝統的に委任事務（特に警察事務）の規律を対象とした点で異なる<sup>(85)</sup>が、法律の委任があれば、市町村も委任事務について条例を制定できると言われている。したがって、同じ対象について市町村が

法規命令と条例の選択可能性をもつ場合が生じてくるのである。<sup>(86)</sup> 理論的には、先に述べたように、条例の場合には授權法律の規律密度が緩和されるといふ差異が認められることとなる。<sup>(87)</sup> また、条例には領域内で効力をもつにとどまるという地域的限界が認められる。それでは、法規命令と条例という制度を支える基本的な思想は何なのであろうか。両者に共通する意図は、立法者の負担を軽減しようとする点である（分散化「Dekonzentration」の思想<sup>(88)</sup>）。これに加え、条例の場合には、地域特性の考慮、連帯意識の形成、市民参加による市民の責任感の育成といった地方自治の理念（分権化「Dekonzentration」の思想）が背後に存在するのである。<sup>(89)</sup> 近時、委任事務の処理にも条例の利用が規定されるのも、地域性を考慮しようという立法者の意思の現れと思われる。法規命令と条例は法段階説の意味の法秩序の中で同じ段階に属すので、<sup>(90)</sup> その優劣の関係は一般原則に立ち帰り、「後法が前法を破る」という基準に従い処理されることとなる。<sup>(91)</sup>

### Ⅲ 条例の制定手続——地区詳細計画を例として——

既に述べたように、今日では、条例の中で計画に関するものが重要な地位をしめている。このことは、従来のようにもっぱら行政内部で制定準備が進められた条例制定過程の変容を招いている。換言すれば、条例制定手続においても市民を始めとする広範な利害関係者の参加が要請されているのである。この点を典型的に示すものとして、地区詳細計画の制定手続が挙げられよう（これは、現行の計画作成手続のなかにあっても模範的な水準を示すものである）。この計画の策定が市町村の事務とされ条例事項とされたことから、その策定過程は地方自治の論理と計画法制とが交錯した

規律手続となっている。わが国で今日（とりわけ基礎自治体のレベルにおいて）要請されている市民参加手続を構築する上で参考になると思われるので、以下、その概略を提示することとしたい。

《手続の多段階的構造》

地区詳細計画の策定過程は、ごく概略的に言って、次の六段階から構成される。

- (1) 手続開始決定（Gemeinderatの決定）
  - (2) 市民参加（計画の説明・市民の意見聴取、草案の縦覧）
  - (3) 公共主体の参加
  - (4) 議決（Gemeinderatによる条例の可決）
  - (5) 監督行政機関への届出（ないし許可）
  - (6) 計画の公表・閲覧
- 以下では、各手続段階を見ていくこととする。
- (1) 手続開始決定

連邦建設法典二条一項によれば、「建設基本計画（Bauleitpläne）は、市町村によりその固有の責任で策定されねばならない。建設基本計画を策定する決定は、地域に通例の方法で公表されねばならない<sup>(92)</sup>」。ここでいう建設基本計画の中に、本稿の主題である地区詳細計画も含まれている。この計画の策定は国の指図を受けることなく市町村が実施できる事務に属し、地方自治として憲法上保障された市町村の権限<sup>(93)</sup>（Planungshoheit）として知られているものである。右の条文にいう開始決定とは、これから地区詳細計画を策定する旨の決定であり、この段階で既に公表が義務づけられていることは、計画策定過程を市民の監視・参加のもとに置こうという立法趣旨を表すもので

ある。このことによって、策定過程の透視可能性・情報収集能力・市民の信頼が高められることとなる。さらに、連邦建設法典は計画策定過程の途中で土地の形質等の大規模な変化により計画の実現が困難となることを防止する工夫を制度化している。具体的にいうと、譲渡等の変更の禁止、建築申請の留保というものであり（同法典一四条・一五条）、これら諸制度は右の開始決定をもって機能する仕組みとなっているのである。<sup>(94)</sup>

なお、手続開始決定以前にも、実務上では、計画実現の目処をつける意味で、行政主体間、行政・私人（とくに開発業者など）間の事前折衝が行われている。これは、禁止されるものではないが、法的には確約（＝当事者間に法的義務を生ずる取決め）とは評価されないのが原則である。<sup>(95)</sup>つまり、事前折衝は事実上のものに止まる。これは後に予定された法定の参加手続が形骸化しないよう配慮した結果である。

## (2) 市民参加

市民参加は、(A)いわゆる早期の市民参加（sog. frühzeitige Bürgerbeteiligung）といわれるものと、(B)草案の縦覧・意見提出との二段階からなるものである。この二つの参加はすべての者（Jedermann）に保障されている。

第一段階は、計画の一般的な目標・目的、計画の代替案、計画のもたらす効力に関する情報をできるかぎり早期に市民へ提供すること、及び、発言・陳述の機会を市民に与えることを内容とする（同法典三条一項<sup>(96)</sup>）。

第二段階は、(a)理由書を伴った計画草案の一ヵ月間の縦覧（縦覧の場所・期間、縦覧期間内に次に述べる意見提出が可能であることは、少なくとも一週間前に地域に通例の方法で公表される）、(b)期間内に提起された意見（疑念・提案の表明）の審査及び(c)審査結果の通知を内容とする。百名を越す者がほぼ同内容の意見を提出した場合には、その審査結果を特定の場合（この機関も地域に通例の方法で公表される）で閲覧可能とすることで個々の通知に代えることができる（いわゆる大量手続〔sog. Massenverfahren〕）。さらに、審査で採用されなかった意見については市町村の所見と共に後の条例の届

出・許可申請に添付されることとされている（以上、同法典三条二項<sup>(97)</sup>）。このように、市民の意見の審査過程は後の第三者による法的コントロールに結合されているのである。

(3) 公共主体の参加

さらに、地区詳細計画により影響を受ける行政機関もできるかぎり早期に策定手続に参加することとされている。これは、行政主体間、行政機関間の相互調整、とりわけ計画間調整を意図したものである。ここでいう行政機関としては、例えば、隣接市町村、道路建設主体、商工会議所（これはドイツでは公法上の団体である<sup>(98)</sup>）などがある。なお、一定期間の設定により、その期間内に意見提出が無い場合に他の行政機関が計画の影響を受けないことを市町村が前提とすることも可能である（以上、同法典四条一項<sup>(99)</sup>）。単純な事例については、先に述べた草案の縦覧手続と公共主体参加を兼ねることも可能である（同条二項<sup>(100)</sup>）。

(4) 議決

「市町村は条例として地区詳細計画を決定する」（同法典一〇条<sup>(101)</sup>）。このように、Gemeinderat の議決によることから、たとえば、利害関係議員の排除のような地方自治法上の制約もここで関連してくることとなる。

(5) 届出・許可

ドイツでは（わが国と異なり）自治監督の制度が存続しているために、条例についても監督官庁の監督が及ぶこととされている。地区詳細計画がその基礎となる土地利用準備計画（F-Plan）に基づく場合には届出が（これが通例である）、F-Plan と同時ないしそれに先行する場合のように F-Plan に基づかない時には許可が必要であるとされる<sup>(102)</sup>。届出では三カ月以内に監督官庁は条例の違法を主張できる。他方、監督官庁の許可が必要である時に、三カ月以内に応答がない場合には、許可のみなし規定が存在する<sup>(103)</sup>。

(6) 公表・閲覧

地区詳細計画が上述の届出・許可手続を経たことは地域に通例の方法で公表される(同法典二二条一文)<sup>(104)</sup>。但し、法律のように全部が公布される必要はなく、計画が理由書と共に市民の閲覧に供されることで足りる(同条二文)<sup>(105)</sup>。これは、計画が多くの図面等(特に色彩付のものもある)から構成されることを考慮した結果である(つまり主に技術上の理由に基づく)<sup>(106)</sup>。ただし、どこで計画の閲覧が可能であるかは公表される必要があり(同条三文)<sup>(107)</sup>、内容に関しては請求に応じて市民に情報が提供されねばならない(同条二文)<sup>(108)</sup>。公表により計画は効力を有する(同条四文)<sup>(109)</sup>。

IV 条例と司法救済

(一) ドイツの行政訴訟制度における条例

(a) 条例と規範審査訴訟

地区詳細計画が条例の形式をとることが法定された時に、法形式の濫用とか、世に入れられない凶事の前兆といった批判が聞かれた<sup>(110)</sup>。この批判の前提には、条例を直接的に訴訟の方法で争うことの困難がある。しかし、一九七六年八月二四日に行政裁判所法が改正され<sup>(111)</sup>、連邦建設法典に定められた条例(地区詳細計画「一〇条」、変更禁止「二六条」、地区施設整備分担金「一三二条」、区画整理決定「一四二条一項等」とその取消「二六二条二項」等)については、すべての州において規範審査訴訟が利用できることとなった。この結果、右の批判は一定の成果を挙げたのである。

ただし、右のことから、ドイツでは条例に規範審査訴訟の利用が可能であると帰結するのは早計である。つまり、

右の条例以外のものに関しては、規範審査訴訟を導入している州（例えば、バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルン、ブレーメン、ヘッセン、ニーダーザクセン、ラインラント・プファルツ、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン）でその利用が可能であるにすぎない<sup>(112)</sup>。具体例を挙げることにしよう。ドイツ法では、外壁の色・屋外広告の制限など景観を保護する手法として、(イ)地区詳細計画による規制と(ロ)景観条例（eine Gestaltungssatzung）による制限の二つがある。後者は、各州の建設規制法によって、地域の建設法（örtliches Baurecht）を定めるよう市町村に授權されたものである<sup>(113)</sup>。このように町並みを美しく保つ方法として二つ存在するが、その選択の結果生ずる差異は、(イ)の地区詳細計画で定めた場合にはすべての州で規範審査訴訟が利用できるが、(ロ)の景観条例の場合には規範審査訴訟の利用が不可能な州（具体的にはベルリン、ハンブルク、ザールラント、ノルトライン・ヴェストファーレン）が存在するという<sup>(114)</sup>ことである。ともあれ、建設法の領域で条例が大きな役割を果たし、その主要なものについて規範審査訴訟の利用が認められた点は特筆に値する。

(b) 規範審査訴訟の基本的輪郭

名称は規範審査訴訟というが、連邦法律・州法律の審査（合憲審査）についてはそれぞれ連邦憲法裁判所・州憲法裁判所が権限をもつので、本稿で扱うものは法律よりも下位の規範の審査を内容とする訴訟である<sup>(115)</sup>。

この訴訟の基本的な性格は、私人の権利救済に加えて法秩序の維持にも配慮を払っている点である<sup>(116)</sup>。後者の点は具体的には、(イ)自然人・法人のほかに行政機関が訴訟の提起が可能なこと、(ロ)無効判決の効力が一般的拘束力を持つこととの二点に認められる。審査にあたるのは上級行政裁判所であり、申立て期間・事前手続はこの訴訟には存在しない<sup>(117)</sup>。自然人・法人が申し立てる場合には、特別の権利救済の必要が要請され、換言するとこの訴訟は民衆訴訟ではない<sup>(118)</sup>。ある条例で制限が課され、それに基づき行政行為が発令される時には、規範審査訴訟と取消訴訟・義務づけ訴訟の利



用がともに可能である。<sup>(119)</sup>連邦行政裁判所は申立適格について、行政手続と規範審査訴訟の密接な関係に着目して次のように判示している。<sup>(120)</sup>

「ある利益が法規定の制定に際して注目し値するほど重要である場合には、法規定が制定された後において右の利益は規範審査訴訟の申立てを正当化するに足るほどの保護に値する。(したがって、)法規定の制定に際して簡単に排除されるような重要性をもたない利益について、その利益に影響を受けた者に規範審査訴訟の申立てを認めることは理由がない。」

ただし判決の中には、事実上の利益で足りると広く解するものも見られる。<sup>(121)</sup>

条例の効力を有効とする判決は訴訟当事者にしか及ばないが、無効とする判決は一般的な拘束力をもつといわれる。<sup>(122)</sup>具体的にいうと、決定の主文を条例の発令と同様の方法で公表する必要がある。例えば、負担金の徴収を規定する条例が無効とされた時に、(イ)条例に基づいて発せられた行政行為(支払い命令)がそれ自体としてもはや取消できない場合<sup>(123)</sup>にはこの行政行為は有効であるが、他方、(ロ)まだ右の行政行為が執行されていない場合には市民は支払いを拒否でき<sup>(124)</sup>る。無効の効力は原則として条例制定時に遡及する。

## (二) ドイツの国家補償制度における条例

ドイツにおいても、公務員の違法・有責な公務の遂行に対する損害賠償(これを職務責任という)<sup>(125)</sup>と、国家の適法な財産権侵害から発展した補償制度(収用補償という)の二つの系列からなる国家責任制度がある。それぞれの要件を簡単に紹介し、条例への適用可能性を概説することとしよう。

### (a) 職務責任 (Amthaftung)

これは、(1)公務員が、(2)公務の遂行にあたり、(3)市民に対する職務義務に反して（＝市民に対する法的義務に反して）、(4)故意・過失により生じた損害に関し、(5)（公務員が民法上負う）賠償義務「民法典八三九条」を国家が憲法で引き受けたものである「基本法三四条」。直截に国家が義務を負うとせず(5)のように義務の引受という形式をとっているのは、歴史的な理由に基づくものである。つまり、連邦が統一的な国家責任法を制定する権限をもたなかったために、民法上公務員が一旦負った義務を各州が州法で引き受け、憲法がこれを承認したという事情である。(3)に職務義務という語が見られるのも歴史的な沿革により、今日では憲法・法律・法規命令のほか行政規則により公務員が市民に対し負う義務を含むと解釈されている。職務責任は違法(3)・過失(4)に基づく責任である点に特色をもつ。賠償は金銭賠償の方法で慰謝料の請求も可能であり、時効は三年（民法典八五二条）、民事の裁判所である通常裁判所が管轄権をもつ。わが国の国家賠償法一条に基づく責任と比較することの可能なものであるが、大きな違いは職務責任と行政訴訟の関係にある。ドイツでは、民法典八三九条三項により、「被害者が権利救済手段の利用により損害を回避することを故意または過失により怠った場合には、損害賠償義務は生じない」と規定されている。つまり、例えば違法な行政行為については私人は先ず取り消し訴訟を提起してその違法の除去に努めるべきであり、始めから損害賠償を請求することはできない。

(b) 収用補償 (Enteignung) とその拡大<sup>(127)</sup>

これは、(ア)財産権一般に対する、(イ)直接的な侵害により負った、(ウ)特別の犠牲について、(エ)法定の補償規定 (sog. Junktimklausel) に基づき、国家により支払われる補償である。(ア)の財産権は土地所有権の他、占有権・地上権・債権・社員権・商標・無体財産権等を広く含む。(イ)の侵害も財産権の移転から利用制限、インミッシオン（ガス・煙・熱・臭気・振動・騒音など土地から生ずる侵害）にまで及ぶ。これは、適法行為に対する補償である点で先に見た職務責任と

異なる。

右の収用補償は、民事の最上級裁判所である連邦通常裁判所により他の領域に発展させられていくこととなる。先ず、同じく適法行為に関するが、意図されざる侵害、つまり付随的・非定型的侵害（例えば道路工事）に対する補償も認められた。これは、形式的には、(エ)の補償規定を欠くものである。本稿では法定外収用補償（*der enteignende Eingriff*）と呼ぶこととする。連邦通常裁判所はこの補償も基本法一四条に基づくものと長く位置づけてきたが、補償規定を欠く点でその法定を要請した同条に基づくと説明することは無理があるため（これは連邦憲法裁判所の *NaBauskiesungsbeschluss* が批判した点である）、今日では犠牲請求権（*Aufopferungsanspruch*）に基づくといわれている。要件は右の(ア)(イ)である。

他方、連邦通常裁判所は違法・無過失の行為についても補償を拡大している。本稿では違法行為に対する収用補償（*der enteignungsgleiche Eingriff*）と呼ぶこととする。これは、収用補償が適法行為を対象とし、職務責任が違法・過失行為に對することから生じていた隙間を埋めることを意図して構成された補償類型である。要件について、同裁判所は、違法行為については違法ということと既に特別の犠牲が認められる、との解釈を採っているので、右の(ア)(イ)を充たすことで足りる。さらに、同裁判所は違法・過失行為についても補償を拡大しているが、ここでは既に職務責任による救済が可能であることから、かかる拡大には批判も提起されている（本稿では違法有責行為に対する収用補償と呼ぶ）。

右の収用補償、法定外収用補償、違法行為に對する収用補償（以下、包括して各種補償制度という）に共通することは、金銭補償（ないし現物給付）を内容とし、時効は三〇年、連邦通常裁判所が管轄権をもつことである。さらに、民法典二五四条の寄与過失の規定が適用されるので、私人が権利救済を怠ると、補償は減額ないし消滅することとなる

(j)のことは特に NaBauskiefungsbeschluss で強調されている<sup>(128)</sup>。

(c) 職務責任と各種補償制度との差異<sup>(128)</sup>

両者の差異は、次の二点にある。第一に、職務責任が賠償の範囲について各種補償制度よりも広い点にある。具体的に言えば、各種補償制度では、既存の財産権保護に限定されるために得べかりし利益の請求はできず、また、例えば道路工事で近隣商店が顧客の減少により損失を負っても「外部との行き来 (Kontakt nach außen)」が確保されていれば補償は不要であるとされている。第二に、時効が職務責任三年、各種補償制度三〇年という点である。

したがって、違法・過失が証明できれば、補償範囲の広い「職務責任」が一般に私人には有利である。次に、違法は証明できるが過失の主張が困難なときには、「違法行為に対する収用補償」が利用できる。これに対し、「法定外収用補償」はその非定型的な性格のほか「特別の犠牲」の立証を要し例外にとどまる。収用補償は法定されている場合に限定される。

そこで、条例に対する国家責任としては、違法行為に対する収用補償と職務責任が主要な検討対象となろう（実際に裁判で争われたのもこの二つの類型である）。

(d) 条例に対する職務責任

先ず、条例が法規の定立作用であり、公権力の行使である点は争いが無い。また、議員が職務責任にいう公務員に該当するかという点について、判例は、既に州議会議員、郡議会議員、市議会議員について肯定している<sup>(129)</sup>。さらに、議会が合議体である点も、一般に加害公務員の特定は必要ないとされている点からして、職務責任の承認に障害となるものではない。

したがって、争点は、公務員の違反した職務義務が特定の市民を保護する趣旨を含むのか、という点、及び条例の

制定に加わった議員・制定準備した公務員に過失が認められるのかという点に絞られる。この両者は、かつてより法律に対する職務責任の承認をさまたげてきたものである。<sup>(131)</sup> オッセンビュール教授はこの点を次のように説明している。<sup>(132)</sup>

「職務責任が第三者に対するものであることは、職務責任の構成要件として、責任を制限する重要な機能を果たすものである。この機能とは、高権主体と被害者が特別な（つまり個別化ないしは個人化可能な）接触をもつような損害の事例に職務責任の要件を限定するものである。このように個別化された関係は法律の制定者と法律の名宛人との関係では原則として排除される。法律は一般に、一般的・抽象的な規律を含む。法律は決して、特定の名宛人を知らない。それゆえ、法律制定者は通常の場合、もっぱら公衆に対する任務を負うが、個人ないしは個別化可能な人間集団に向けられた任務を遂行するのではない」

このように、法律が一般的・抽象的であり、おそらくこのために予測不能な損害の賠償問題を生ぜしめることが、法律に対する職務責任を否定する論拠であった。したがって、例えば個別の事例、個別の人間を対象とする措置法律 (Maßnahmegesetze) 等の場合には、職務責任を肯定する余地が残されてお<sup>(133)</sup>り、この点が判例上争われたのは条例、とりわけ条例で規律された地区詳細計画である。ブローム教授の説明によると、法の定立活動に対する職務責任の問題の中心領域は条例であり、このような傾向は今後一層顕著となる。

例えば、一九八九年一月二六日の連邦通常裁判所判決は条例 (地区詳細計画 [Bebauungsplan]) について職務責任を肯定している。<sup>(134)</sup> この事件を詳細に見ることとしよう。

(事実関係) 一九七八年一〇月二四日に原告 X とその夫 A はそれぞれ二分の一の持分で、会社 B から土地を購入した (この土地は Bplan の適用領域内にある)<sup>(135)</sup>。この土地の一部は市及び会社 C により産業廃棄物の廃棄場として用いられ、産業廃棄物が埋立てられていた。会社 B はこの土地を購入し分割したうえで、一部建設し一部 X 及び A に転売した。

八三年になり、この土地への建築可能性が問題となり、市議会は *Bilan* を取り消した。これに対し、原告 X は市に対し、土地の汚染により生じた価値の減少、賃料減少分について請求した。全審級で原告は勝訴した。論点は多岐にわたるが、以下では次の三点に重点を置く。

● 公務員の負う職務義務は被害者たる市民に対するものなのか？

判決は関係市民の範囲の限定性、名宛人の個別化 (*eine Individualisierung*) が必要であると述べた後に、次のように判示した。<sup>(136)</sup>

「建設管理計画策定に際し健康な住居・労働関係に配慮すべしという要請は、公衆の保護にのみ向けられたものではない。むしろ、それはそれぞれの建設管理計画により影響を受け、具体的計画区域内に住むであろう者の保護を意図したものである。これらの者は、少なくとも土地の入手によって生命・身体への危険の恐れがないことを信頼しなければならぬ。それゆえ、右の範囲の者は第三者に該当し、上述の職務義務の名宛人である。」

ここでは、連邦建設法典一条六項の考量要請 (*das Abwägungsgebot*) が私人の利益の考量をも要求している点に着目して、私人の利益が保護されているとの解釈を導いたのである。<sup>(137)</sup>

● 公務員に過失が認められるのか？

「市町村の代表機関の構成員に緩和された注意基準が妥当するわけではない」「さもないと、損害の危険は不当な方法で市民に転嫁されることとなろう。市議会議員は決定に対し注意深く準備をなすべきで、専門知識を欠く場合であれば、行政の助言、他の専門官庁の意見を取りよせたり、緊急の場合には行政外の専門家を招くべきである。<sup>(138)</sup>」本件では、健康被害を帰結するだけの手掛かりが存在したとして、議員の注意義務違反を認めた。

● 賠償される損害の範囲は？

判決によると、健康被害と財産の損失である。<sup>(138)</sup>

右に見たように、条例に対する職務責任が肯定される論拠の中で、条例が行政活動であることはほとんど考慮されておらず、むしろ法の定立の内容が具体的・個別的であった点が重視されている。

(e) 条例と違法行為に対する収用補償

ここでは、一九八四年六月二八日の連邦通常裁判所判決を見ることとしよう。<sup>(140)</sup>

(事実関係) 被告市は原告(豚と牛の飼育をしている)の小屋に隣接する位置に、住宅地の建設を内容とする BPlan を策定した。原告はその後家畜小屋の建設・サイロの新設について建設法上の事前許可を申請したが拒否され、拒否決定に対して不服を申立てたが応答がない。<sup>(141)</sup>そこで原告は計画の規範審査訴訟を提起しバイエルン上級行政裁判所は計画の無効を宣言した。本件で原告は違法な地区詳細計画によりもたらされた損害について補償を、補助的に職務責任に基づく賠償を被告に求めた。地裁では原告敗訴、上級地裁は被告の補償支払い義務を確認した。連邦通常裁判所はさらに審理を尽くすように原審を破棄差し戻した。

本件で「違法行為に対する収用補償」が認められるためには、先に述べたように財産権に対する直接的侵害の存在が要件となる。営業 (Gewerbebetrieb) の自由が財産権に含まれることから、争点は「直接的な」「侵害」の存否にある。

● 条例が「侵害」となりうるか?

住宅地を内容とする計画により、原告の近代化措置に支障が生じたり、被告から後に命令を出されたり、(原告の営むようなエミッションの強い事業は住宅地に対する配慮を欠くとして)原告が建築許可をうることができなくなるなど、住民から訴えられるおそれがある。したがって、計画が原告に対する不利益をもたらし、侵害足りうるのである。<sup>(142)</sup>

●計画により直接侵害がもたらされるのか、それとも後続の建設不許可処分により初めて不利益が発生すると考えるべきなのか？

「地区詳細計画の策定には需要が存在するのであり、将来確認されるように、当初から計画区域内における強度の建設活動が予想されるので、原告の家畜小屋まで建設活動が進み原告に対する不利益をもたらすことは、高権的な地区詳細計画の特色が惹起する結果である。地区詳細計画の発令と執行の惹起する危険な状況は、公権力の具体的活動に典型的で直接性の要求を充たす侵害作用となったのである。それゆえ、直接的侵害は住居建設のための「計画に適合した」建築許可に専ら初めて認められるものではない。」<sup>(143)</sup>

ここには、わが国の判例に見られるような「成熟性の理論」への固執は存在しない。

## おわりに

本稿で分析したドイツの条例論は、日本法と比較して、興味ある特色を示している。以下では、法律の留保、法律と条例、市町村の権限、条例制定手続、条例に対する訴訟方法の五点について簡単な日独の比較を行い、今後の課題を提示することとしたい。

### (一) 法律の留保

ドイツ法においては、*Gemeinderat* は議会とは認識されておらず、行政機関とされている。したがって、その制定



した条例も行政措置の一種であることとなり、法律の留保の原則に服すこととなる。その理由は、基本権の制約は Parliament (連邦議会ないし州議会) の権限とされている点にある。よく言われるのは、市町村の議会と市民との間には「距離 (Distanz)」が欠けるといふことである。実質的には、市町村内の人間関係のしがらみが基本権の保障にとって危険であるという認識があると推測される。この点を、シュミット・アスマン教授は次のように説明している。<sup>(14)</sup>

「もとより、地域社会における決定、関係者との密接な接触に基づく決定は、固有の危険性をも合わせもっている。というのは、概観可能性・近接性は、(他方で) 秩序ある民主的意思形成過程及び法治国に同様に重要な、客観性を保障する距離 (objektivitätssichernde Distanz) を失わせるおそれがあるからである。」

そこで、ドイツに比べて市町村の規模がはるかに大きい日本では右に述べた危険は少ないといえるのか、が問題となる。しかし、シュミット・アスマン教授に筆者が尋ねたところによると、ここでいう距離は決して市町村の規模の問題ではなく、つまるところ、基本権の保障者として期待される Parliament には市町村議会は含まれないという基本認識であり、これはヨーロッパ法の伝統と言い換えてもよいということであった。したがって、地方自治の強調のもとに、市町村の法定立権限を広く認めようとする近時の日本法とは決定的に異なる視点がここには認められる。

見方によっては、市町村議会を行政機関としか捉えず、その条例には上級庁の許可を必要とし、条例は行政措置にすぎないとみなすドイツ法は古めかしいイメージをもつ。しかし、条例の取扱に関し、理論的な説明を試みている点は参考にならう。換言すると、わが国では情緒的な意味で条例の活用論はみられても、その理論的な解明・体系化は不足している。

## (二) 法律と条例

わが国の研究論文において、ドイツ法でも法律と条例の関係に関し、法律の先占論が認められるという指摘がなされて<sup>(145)</sup>いる。しかし、本研究の成果によると、そのような理解は必ずしも正確ではないと考える。つまり、ドイツ法では法律の留保原則が妥当するため、財産規制などには法律の授權なくして条例を使用できないこととなる。換言すると、国法が既に存在するから市町村の条例による規律が排除されるのではなく、そもそもそのような行政による規律が法律の留保学説によって特定の場合に認められないのである。これに対し、日本法では条例による財産規制等が許容されているため、条例による規律と法律との関係が議論の対象となるのである。

ドイツ法では、留保原則により条例に法律の授權が要求される場合でも、授權の規律密度は法規命令の場合よりも緩やかに解釈されている。この点をさらに押し進める見解が最近では主張されている点は注目に値すると考える。つまり、授權法律の規律密度は高いほどよいという伝統的な理論の修正がもとめられているのである。ある学説は次のように説いている。<sup>(146)</sup>

「伝統的理論は明確性要求（das Bestimmtheitsgebot）を次のような準則にしたがって解釈した。つまり、これによると、規律の詳細性が高ければ高いほどよいこととなる。たしかに、このことは年金法・租税法といった古典的執行過程にとっては十分な理由をもつ。けれども、条例制定にとっては基本法二八条二項が反対の指令として働くことを看過してはならない。この点は、最近、アルベルト・ヤンセンが彼の教授資格論文で今一度強調して示したところである。したがって、法律の緩和された規律密度は、計画状況が予め予見できないことによる結果（これは不可避ではあっても、法治国にとっては疑義のあるものである）として捉えられるのではなく、自治体計画に係わる限りで、規範による周知な指導の下で立法者が意図的に自治体による具体化に授權したものと理解されるべきである」。

さらに注意すべき点は、法律が条例に優位するというこの意味である。ドイツ法では、地方自治の保障を念頭に

において、自治を制約する法律の効力を減ずる解釈技法が数多くみられるところである。例えば、計画の分野では、こうした判例の蓄積が見られる<sup>(147)</sup>。わが国では、法律が条例に優位することが自明のことと捉えられ、法律の内容を憲法保障（地方自治の保障）の観点から吟味することに重点が置かれていないが、この点は再考の余地がある。

### (三) 市町村の権限

既に見たように、ドイツで市町村議会が行政機関に過ぎないとされていたにもかかわらず、ドイツの市町村議会は少なくとも土地利用規制に関しては日本の市町村議会以上の権限を委ねられていたところである。したがって、トータルで見た場合に、日本の市町村がドイツよりも高い役割を担っているか、は疑問である。換言すると、日本の市町村議会は議会であるといわれる割りには、権限をもたないといえる。そして、このことがわが国の条例論に負担をかける一因になっているように解される。

### (四) 条例の制定手続

ドイツでは、市町村に自治を認めることは、市町村のレベルで市民参加を求めやすく、市民の意見をいれやすいこと、概観可能で透視可能なことが高く評価された結果である。したがって、土地利用にかかる条例では市民参加にさまざまな工夫がこらされていたところである。日本でも、最近の条例の中には同じような認識をもったものが登場してきており、その限りで両国に共通性を認めることもできる。

### (五) 条例に対する訴訟

ドイツでは、既に述べたように、地区詳細計画（条例）に対する規範審査訴訟が認められたり、条例に対して補償を求める判例・学説が登場してきている。このことに対して、第一には、ドイツでは条例が行政活動である以上、当然であるという評価もなされるのかもしれない。しかし、むしろ議論の出発点は条例が立法的行為であり、特に議員が市民に対して職務義務を負うのか、が主として論議されてきた。そこでは、従来の考え方にとられずに、条例が具体的な生活関係を規律し影響を及ぼしている点に直截に目を向けて新たな理論の構築に取り組む姿が表れているように解される。条例の司法審査といった、わが国では成熟性ももっと厳格に議論されそうな局面においても、その点は緩やかに解し、むしろ規範審査で争点を明確化することにより同様の論点に起因する多数の訴訟を事前に回避し裁判所の負担を軽減しようとする姿勢が認められる。この点は、わが国の裁判例とは対照的ですからある。

第二に、条例に規範審査訴訟や各種の国家補償請求が認められたといっても、それは主として地区詳細計画の話ではないのか、つまり条例一般の特色ではないのか、という批判が想定されるところである。しかし、わが国で条例の制定問題が論議されている中で街づくりの分野が大きな比重を占めることからすると、その限りで両国の比較はなお有用であると考ええる。

ドイツでは、市町村はあくまで公権力の主体であって、市民との関係では厳然とした統制・監視に置かれるべきであるという考え方が強いように感じられる。つまり、広域の公権力主体との関係で市町村に権限を認めるべしという要請は尊重しつつも、市町村が権限を行使する限りで行政手続・司法手続によって市民のチェックのもとに置くという考えが伺われる。わが国において、地方自治尊重のもと地方公共団体の条例制定権の拡充が説かれる際に、住民による条例のコントロールが看過されていないか、いま一度考察する必要があるだろう。

(1) 参照、「北野町の環境をよくする条例」(一九九二年七月四日条例第一三三号)二四条は罰則を規定する。一九七三年七月制定の東京都「町田市あきかん回収条例」が罰則を欠いた、事業者に対する指導・勧告を規定したり、八一年九月制定の「京都市飲料容器の散乱の防止及び再資源化の促進に関する条例」が勧告・公表と関係法令(軽犯罪法、道路法、道路交通法等)の活用を図ったのと比べ、北野町条例の定める罰則は特異なものである。同様に、市長の勧告(一四条)、命令(一五五条)、それに違反した自動販売業者に対する五万円以下の罰金を規定したものに「和歌山市美化推進及び美観の保護に関する条例」(一九九二年七月一六日公布、一月一日施行、和歌山市条例二五号)がある。但し、その二二条は「空き缶等及び吸い殻等の不法投棄を禁じている法令に留意しなければならない」と規定し、関係法令との関係は不明確である。なお、「滋賀県ごみの散乱防止に関する条例」(滋賀県条例二〇号、一九九二年七月一日)は、知事が市町村長と自動販売機自主規制地域を協議し(一一一条一項)、この地域内の業者に自主規制を要請する(三項)。また、知事は事業者(ないしその団体)と協定を締結することもでき(一三条)、助言・指導もできる(一四条)。これは制裁としては、京都市条例のように関係法令の活用(一七条)に止まるが、法的仕組みとしては工夫がこらされている。福岡県が九三年二月の議会でも決を考えている「ごみ散乱防止条例(仮称)」も県民にごみを捨てないように訴える協力要請型である。参照、朝日新聞一九九三年一月八日(福岡版)。

(2) 参照、「志摩町簡易水道事業給水規制条例」(一九九一年三月二七日条例一四号)。福岡県では三市(大野城市・筑紫野市・太宰府市)、五町(志免町・新宮町・宇美町・粕屋町・志摩町)が給水制限を実施するが、志免町が長の規則、志摩町が条例で定める他は、要綱の形式による。

(3) 参照、「宗像市環境保全条例」(一九九一年六月一九日条例第二一号)二五条は罰則を規定する。同様に紛争事例として、福岡県上陽町が町環境保全条例(一九九二年六月制定)に基づき、産業廃棄物処理場の建設計画を提出した者に計画廃止を勧告したものがあつた。参照、朝日新聞一九九二年一月二〇日(夕刊)。

(4) 参照、「飯塚市都市景観条例」(一九九一年飯塚市条例)、太宰府市環境基本条例(一九九〇年一月二六日条例三三三号)。古いものとして、柳川市伝統美観保存条例(一九七一年市条例三三三号)。

(5) 参照、「福岡県個人情報保護条例」(一九九二年三月三〇日福岡県条例第二三三号)。同条例については、参照、福岡県個人情報保護制度研究会『福岡県における個人情報保護制度の在り方について』(一九九〇年二月)、第二次個人情報保護対策研究会『地方公共団体における個人情報保護対策の考え方』(一九八九年七月)。民間事業者のもつ個人情報を対象とするのは六一団体(六、八パーセント)、マニユアル処理の個人情報を対象とするのも七四団体(八、二パーセント)と少数に止まる。事業者が適切な取扱をしない場合には行政は是正勧告をし、不服従には氏名公表で応じる仕組みとなっている。このような条例は私法秩序を

形成するものではないとしてその許容性を説くものとして、参照、上村章之「自治省における個人情報保護対策」ジュリスト九四六号二八頁以下。条例の範囲を越える場合のあり得ることを指摘するものとして、阿部泰隆『行政の法システム（下）』（有斐閣・一九九二年）七四一頁参照。

(6) 「福岡県環境保全に関する条例」（一九七二年一月一八日県条例二八号）二五条一項は開発行為を知事に届け出るよう義務づけ、ここでいう開発行為に三ヘクタール以上のゴルフ場造成が含まれる（「福岡県環境保全に関する条例施行規則」一九七三年三月三十一日県規則一七号）。この届出制度の運用指針として、「開発事業に対する環境保全対策要綱」が七三年四月二日より施行されている。これによると、七四年二月二六日以降は事前協議の受付停止、つまり開発凍結が原則となり、いくつかの例外が挙げられている。一つの例外として、市町村の国土利用計画に位置づけられている場合があるが、このため、ゴルフ場建設のために同計画が制定されるという現象が見られる。このように、条例で創設された仕組みに付随して要綱によりゴルフ場規制がなされている。同様に、熊本県では九二年一月二三日より、工事完了後の会員券募集、環境影響評価の実施、地権者全員同意の取得、総量規制（県土のおおむね一パーセント以内）という厳しい要綱が制定された（熊本県ゴルフ場の開発事業に関する指導要綱）。ゴルフ場規制の手法として、県土面積ないし市町村面積のパーセント数を示したり、一市町村あたりの数を挙げるといった総量規制や、地権者の同意・計画への適合性を条件にするものがある。国土法の所管課がゴルフ場規制を担当するところが多いが、これは国土法の届出段階で行政指導を行うためであり、この段階では土地所有権が取得されていないため、事業者の柔軟な対応を期待できるといわれる。参照、松永邦男「開発規制・環境保全条例」岩崎忠夫編『条例と規則』（ぎょうせい・一九九〇年）二〇七頁。

(7) 参照、「福岡市建築協定条例」（一九七三年三月三十一日条例第二八号）。

(8) 参照、「福岡市地区計画及び再開発地区計画の区域内における建築物の制限に関する条例」（一九九〇年三月二十九日条例第二五号）。

(9) 環境アセスメントがアメリカ法のみならず、ECのレベルでも要請される現状について、大橋洋一「国際ルールの形成と国内公法の変容」公法研究五五号（一九九三年一月）公表予定。

(10) 県レベルでの制度化の例として、「産業廃棄物処理施設の設置に係る紛争の予防と調整に関する条例」（一九八九年三月二十八日公布・九月二五日施行兵庫県条例九号）がある。これは「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」で産業廃棄物処理業者の許可権限を持つ知事（一四条）が、市町長と事業者との協定締結を要請したり（一五条）、当事者へのあっせん（一八条）を行う形で関与する点で、市レベルの関与に止まる前掲注（3）のシステムとは異なる。兵庫県の仕組みは勧告・公表に止め、罰則

は規定しない。「福岡県産業廃棄物処理施設の設置に係る紛争の予防及び調整に関する条例」(一九九一年一月一日施行、県条例二〇号)は、設置者の事業計画の事前公開、知事の設置者に対する指導・助言の他、関係住民(または市町村長)と設置者との間で締結される「生活環境の保全に関する協定」を規定する(一五条)。指導・勧告に従わない事業者の氏名は公表され(二二条)、公表された事業者には処理業の許可を与えない運用といわれる。

(11) 参照、大橋洋一「老人福祉施策の変遷と補助金行政」ジュリスト増刊『高齢化社会と在宅ケア』(一九九三年三月)二二(三三)頁以下。

(12) 参照、最判昭和六〇年七月一六日民集三九卷五号五・六頁。

(13) 参照、福岡地判平成四年二月一三日判例タイムズ七九四号(一九九二年)二八頁・判例時報一四三八号(一九九三年)一一八頁。

(14) 典型例として、神戸市都市景観条例(一九七八年一〇月二〇日条例五九号)がある。これにつき、『新条例百選』一九九二年八六頁(小西阿左男解説)参照。同様に参照、「ふるさと滋賀の風景を守り育てる条例」一九八四年七月一九日滋賀県条例二四号(この条例の解説として、滋賀県『風景』を参照した)。

(15) 景観条例につき、参照、小高剛「都市景観の創造と条例・要綱の役割」ジュリスト八三九号二八頁以下、都市景観研究会『都市の景観を考える』(大成出版社・一九九二年)。

(16) 参照、成田頼明「都市づくり条例総論」同編著『都市づくり条例の諸問題』(第一法規・一九九二年)一三頁。

(17) 参照、阿部前掲注(5)七五〇頁以下。

(18) 有名な例として、岡山県土保全条例(一九七三年三月二七日県条例三五号)一六条。この点について、参照、小野年之「岡山県土保全条例をめぐる諸問題」自治研究四九卷五号一七頁以下(三二頁)。

(19) 飯塚市条例・前掲注(4)一四条一項・一九条一項は法令上の手続の三〇日以前に市町への届出を義務づける。太宰府市条例・前掲注(4)六条は事業者の責務として、事業着手前に事業内容・環境影響について市長と協議し同意を取得するよう義務づける。福岡県条例・前掲注(10)は廃棄物の処理及び清掃に関する法律に定める知事の機関委任事務の事前手続としての性格をもつといわれる。

(20) 有名な「掛川市生涯学習まちづくり土地条例」一九九一年三月二七日市条例九号も一定行為に対する届出への助言・勧告(二一条)、公表による制裁(二二条)など、行政指導型である。これにつき、参照、前掲百選・注(19)七六頁(阿部泰隆解説)、戸塚行男・時の法令一四〇五号(一九九一年)七〇頁以下、三橋良士明「まちづくりと条例」日本地方自治学会『条例と

地方自治』(敬文堂・一九九二年)四九頁以下、制定過程を含む研究として、河合代悟「掛川市土地条例について」中央学院大法学論叢五巻一号(一九九一年)一頁以下。前掲注(14)の滋賀県の条例三九条も五万円以下の罰則を定めるが適用は無いという回答を担当者より受けた。太宰府市条例九条・前掲注(4)も市民・事業者に対する指導・助言・勧告を定め、一〇条は中止命令を規定するが行政指導に止まる。

(21) 飯塚市条例・前掲注(4)は優れた都市景観に寄与する建築物等の所有者などの表彰(三五条一項)、都市景観重要建築物の保存のための助成・市の買取制度(三六条)を定め、景観づくり協議会への助成(三八条)、都市景観協定締結者への助成(三九条)も規定する。柳川市条例・前掲注(4)では、市が助言・指導・勧告した場合の行為について、市の損失補償(七条)、固定資産税の軽減(八条二項)、補助制度(八条一項)を規定する。同様に、「宮崎県沿道修景美化条例」(一九六九年四月一日条例一三号)でも、運用として、修景指定樹木に対する補助、自然景観地区での補助金が提供される。この条例で、補助金が重要な地位を占めている点につき、参照、阿部泰隆「宮崎県の沿道修景美化に関する条例と施策」自治研究六一巻七号六六頁(一九八五年)七二・七三・七五頁。同条例につき、宮崎県土木部道路維持課編『沿道修景美化』(一九八八年)参照。このほか、景観条例で補助を規定するものとして、参照、「ふるさと広島の景観の保全と創造に関する条例」(一九九一年三月一四日公布)、「協町市街地景観条例」(徳島県協町一九八八年三月二五日公布)、「久留米市伝統的町並み保存条例」(一九八六年二月二四日)、福島県条例後掲注(24)、岡山県条例後掲注(24)、「北九州市都市景観条例」(一九八五年一月一日)、「宮崎市都市景観条例」(一九九〇年四月一日)。

(22) 協定につき、大橋洋一「行政契約の比較法的考察」法政研究五八巻四号一四七頁(一九九二年)。

(23) 参照、北野町条例・前掲注(1)。

(24) 北野町条例・前掲注(1)は同町民生課によっても適用が無理といわれている。参照、朝日新聞一九九二年一〇月二日。和歌山市条例・前掲注(1)も罰則の適用は考えていないが、啓発パトロールの際捨てている人を見つけ注意してもやめない場合や特に悪質な場合には警察へ届け出て啓発することもありうるとの回答を得た(和歌山県警に条例の取締りの依頼はしている)。宮崎県条例で行為規制・罰則が利用されていない点につき、阿部前掲注(21)七二・七三頁。景観条例の中にも、届出義務違反などにつき罰則を規定するものがあるが、いずれも実績はないということである。参照、「岡山県景観条例」(一九八八年三月一日)、「福島県リゾート地域景観形成条例」(一九八九年九月一日)、「兵庫県都市景観の形成等に関する条例」(一九八九年四月一日改正)。

(25) 参照、齊藤誠「条例制定権の歴史的構造(一)から(四)」自治研究六六巻四号から七号(一九九〇年)。



- (26) Vgl. F.Ossenbühl, Satzung, in: J.Isensee und P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.3, 1988, S.464.
- (27) 注(26)に挙げた文献の他' Vgl. E.Schmidt-Albmann, Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981; A.Hamann, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, 1958; Hill, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden? Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, 1990. ドイツ法における条例を扱ったものの中で' 基本的な研究として' 成田頼明「西ドイツにおける条例」公法研究三五号(一九七三年)二四〇頁以下がある。ドイツ法の近時の状況を概観した業績として' 駒林良則「西ドイツにおける条例論の動向」名城法学四〇巻二号(一九九二年)一頁参照。わが国における理論研究の必要性について' 塩野宏「法治主義の諸相」法学教室一四二号(一九九二年)二三三頁。
- (28) Vgl. R.Maynz, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 5.Aufl., 1985, S.108. (参照' 懸公一郎訳『行政の機能と構造』(成文堂・一九八六年)一〇六頁)。
- (29) Vgl. W.Brohm, Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssystem der Bundesrepublik, DVBl. 1984, 293ff. [297].
- (30) Vgl. Y.Ohashi, Verwaltungsvorschriften und Informelles Verwaltungshandeln, VerwArch 1991, S.220 (222f.).
- (31) タンネンバインが市町村の個性 (die Gemeindeindividualität) という語を用いた様々な地域法 (Ortsrecht) の存在は平等原則に反するものではない。Vgl. O.Gönnenwein, Gemeinderecht, 1963, S.148. 同註' K.Stern, Bonner Kommentar, Stand September 1989, S.46. シュタットマン教授が自己表現 (Selbstdarstellung) と述べている。Vgl. E.Schmidt-Albmann (Anm.27), S.1.
- (32) Vgl. E.Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, 10.Aufl., 1973, S.246 以下は『行政の機能と構造』(成文堂)に引かれた W.Schmidt, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971), S.321 (338) は執行原則 [Vollzugsmaxime] Schmidt-Albmann (Anm.27), S.1 以下に「自己表現」[Selbstprogrammierung] という。参照' 大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣・一九八九年)八三頁以下' 三五九頁以下。
- (33) Vgl. Schmidt (Anm.32), S.338 によれば' 執行原則の明確化は行政の行為形式とは無関係に' 法規「法律・法規命令・条例」' 個別処分' 行政規則を広く含むものである。
- (34) Vgl. R.Wahl, Verwaltungsorganisation, in: H.Maurer (Hrsg.), Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1989, S.92ff.

- (35) Vgl. §7 I Landesverwaltungsgesetz B.W. in der Fassung vom 2. Januar 1984.
- (36) Vgl. §10 I LVG.
- (37) Vgl. H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1990, S.473f.
- (38) Vgl. §10 I LVG. 匪徒の世襲及びその Vgl. H.G. Wehling und H.J.Siewert, Der Bürgermeister in Baden-Württemberg, 2. Aufl., 1987.
- (39) Vgl. Maurer (Anm.37), S.486f., 500.
- (40) Vgl. H.Maurer, Kommunalrecht, in: ders. (Anm.34), S.176.
- (41) Vgl. §32 I S.2. Gemeindeordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 3. 10. 1983.
- (42) Vgl. R.Stober, Kommunalrecht, 1987, S.135.
- (43) Vgl. Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, S.205. 条中事務及びの条例を以ての事務を以て Vgl. Schmidt-AlBmann, Kommunalrecht; in: I.v.Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S.163.
- (44) ただし、市町村事務及びの法律の授權を条例の根拠となす。 Vgl. Maurer (Anm.39), S.230.
- (45) Vgl. Stober (Anm.42), S.132.
- (46) Vgl. Gönnenwein (Anm.31), S.152ff.; Ossenbühl (Anm.29), S.485f.
- (47) Vgl. Schmidt-AlBmann (Anm.27), S.4; Stern (Anm.31), S.45.
- (48) Vgl. Schmidt-AlBmann (Anm.27), S.5; Ossenbühl (Anm.29), S.466; H. Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd.1, 1975, S.88 ff.; Wolff, Bachof, Stober, Verwaltungsrecht 2, 5. Aufl., 86 Rn. 85ff. 参照 駒林前掲註(65) 一七頁。
- (49) Vgl. §4 II GemO.
- (50) Vgl. §2 I Kommunalabgabengesetz in der Fassung vom 15. Februar 1982.
- (51) Vgl. §11 I S.1 GemO.
- (52) Vgl. §16 VII S.1 Straßengesetz für Baden-Württemberg in der Fassung 26. September 1987.
- (53) Vgl. §79 I S.1 GemO.
- (54) Vgl. §10 Baugesetzbuch vom 8. Dezember 1986.
- (55) Vgl. §16 I BBAuGB.
- (56) Vgl. §25 I Nr.1 BBAuGB.



- (62) Vgl. Starck (Anm.70), S.1490.
- (63) Vgl. Ossenbühl (Anm.26), S.477.
- (64) Vgl. 民院及び州 BVerfGE 32, 346, 362 国裁院及び州 BGHZ 61, 7, 14.
- (65) Vgl. Schmidt-AlBmann (Anm.72), S.261.
- (66) Vgl. Stober (Anm.42), S.133; Meyn (Anm.70), S.90.
- (67) Vgl. §4 I GemO.
- (68) Vgl. Badura (Anm.67), S.562; Schmidt-AlBmann (Anm.27), S.8; Stern (Anm.31), S.46; Stober (Anm.42), S.132; Schmidt-Jortzig (Anm.43), S.209. 参照 駒林前掲注(27)六頁。
- (69) Vgl. §11 GemO.
- (70) 同前 Vgl. Gönnenwein (Anm.31), S.148 (但し 白紙委任を肯定する点で現在の学説とは異なる); Badura (Anm.67), S.565f.; Schmidt-AlBmann (Anm.27), S.7. 参照 成田前掲注(27)二四一頁。
- (71) Vgl. Schmidt-Jortzig (Anm.43), S.207
- (72) Vgl. Maurer (Anm.39), S.232.
- (73) Vgl. Badura (Anm.67), S.566; Peters (Anm.62), S.267; Menger (Anm.67), S.499; Ossenbühl (Anm.26), S.48.
- (74) Vgl. Stern (Anm.31), S.45.
- (75) Vgl. Maurer (Anm.37), S.231
- (76) Vgl. Stern (Anm.31), S.46.
- (77) Vgl. Badura (Anm.67), S.564. 参照 駒林前掲注(27)一〇頁。
- (78) Vgl. Peters (Anm.62), S.270; Ossenbühl (Anm.26), S.481; Schmidt-Jortzig (Anm.43), S.206 は法規命令が分散化、条例が分散化に基づく場合のみが、単純なものである。
- (79) Vgl. Gönnenwein (Anm.31), S.148 は両者が同一段階にあるもの。 Vgl. W.Jellinek, Verwaltungsrecht, S.131ff., 1931, 3.Aufl.
- (80) Vgl. Maurer (Anm.37), S.231.
- (81) Vgl. §2 I BBauGB.
- (82) 史的展開につき、大橋洋一「計画間調整の法理(二)」自治研究六八巻一一号(一九九二年)、特に四四頁以下。

- (94) Vgl. §§14, 15 BBauGB.
- (95) 参照、大橋前掲注(22)九六頁。
- (96) Vgl. §3 I BBauGB.
- (97) Vgl. §3 II BBauGB.
- (98) Vgl. Batts/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 2.Aufl., 1987, S.151
- (99) Vgl. §4 I BBauGB.
- (100) Vgl. §4 II BBauGB.
- (101) Vgl. §10 BBauGB.
- (102) Vgl. §11 I BBauGB.
- (103) Vgl. §11 II, III BBauGB.
- (104) Vgl. §12 S.1 BBauGB.
- (105) Vgl. §12 S.2 BBauGB.
- (106) Vgl. U.Batts, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 2.Aufl., 1987, S.96f.
- (107) Vgl. §12 S.3 BBauGB.
- (108) Vgl. §12 S.2 BBauGB.
- (109) Vgl. §12 S.4 BBauGB.
- (110) Vgl. Batts (Anm.106), S.88; Schmidt-Alsmann (Anm.27), S.7.
- (111) Vgl. BGBI. I, S.2437; §47 I Nr.1 VwGO. 規範審査訴訟の導入を行政訴訟の改革の中で三つの重要事項であった点を指摘  
 ための「ユル」 Vgl. C.H.Ule, Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der  
 Nachkriegszeit, in: Festschrift für C.F.Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1985, S.81 (95).
- (112) Vgl. §47 I Nr.2 VwGO.
- (113) Vgl. Batts (Anm.106), S.231; Finkelburg/Orloff, Öffentliches Baurecht, Bd. II, 2Aufl., 1990, S.32. 近時問題とされた  
 のは、古都の一部地域の歴史的景観を保護する目的で、連邦郵便のケーブル放送への接続可能な場合に、パラポラアンテナの  
 使用を禁止する条例の合憲性である。一九八五年九月二七日のバイエルン憲法裁判所決定は、パラポラアンテナよりもケーブ  
 ル放送の方がより多くの放送を受信可能である点を重視して、条例に基づく規制を情報の自由 (Informationsfreiheit) ととりわ

け放送受信の自由 ( Rundfunkempfangsfreiheit ) を侵害するとして、違憲の判断を下した。 Vgl. BayVBl 1986, 14ff. とりわけ次の判示が興味深い。「屋根に設置された従来からある屋外アンテナにより都市の景観が疑いなく被る損失は、屋外アンテナの一般的禁止による放送受信の自由侵害に比べると小さなものである。」(S.16)。ハイデルベルクのパラボラアンテナ条例について H. Wetling, Rechtliche Gestaltung in der öffentlichen Verwaltung, 1990, S.163 に実例が掲載されている。

- (114) Vgl. Finkelburg (Anm.113), S.32.  
 (115) Vgl. §93 Abs.1 Nr.2 GG; 68 Abs.1 Nr.2 Verf. B.W., C.H.Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9.Aufl., 1987, S.160.  
 (116) E.Bosch/J.Schmidt, Praktische Einführung in das verwaltungsggerichtliche Verfahren, 4.Aufl., 1988, S.297 は本文に述べた特色を捉えて混合形式と云う。

- (117) Vgl. W.Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 10 Aufl., 1990, S.233.  
 (118) Vgl. Schmitt Glaeser (Anm.117), S.303.

- (119) Vgl. Schmitt Glaeser (Anm.117), S.236; Bosch (Anm.116), S.306.

- (120) Vgl. BVerwGE 59, 87(99f.). 申立て人は一九七二年に制定された地区詳細計画の中で商店を営むが、これに隣接して、大規模店の進出を予定した地区詳細計画が制定された。申立て人は店への被害、駐車スペースへの配慮を欠くことなどを理由にこの計画に反対して規範審査訴訟を提起した。したがって、紛争の実質は競業者訴訟である。上級地裁は事件の重要性に鑑み連邦行政裁判所に提示したが、連邦行政裁判所は申立て適格を肯定した。この決定に対し、民衆訴訟につながると批判するものがある。 Vgl. W.Brohm, Der Schutz privater Belange bei Bauplanungen, NJW 1981, S.1689 (1692).

- (121) Vgl. OVG Mannheim, NJW 1977, S.1212 (1212). 「本裁判所の判例によると、事実関係の不利的影響 (eine nachteilige Beeinflussung der tatsächlichen Verhältnisse) で不利益として足りる」。

- (122) Vgl. Schmitt Glaeser (Anm.117), S.246; Bosch (Anm.116), S.309.

- (123) Vgl. §47 IV S.2 Hs.2

- (124) Vgl. Bosch (Anm.116), S.309.

- (125) Vgl. Bosch (Anm.116), S.309.

- (126) ドイツ法の概観につき、宇賀克也「各国の国家補償法の歴史的展開と動向—ドイツ」西村宏一他編『国家補償法大系1』(日本評論社・一九八七年)五五頁以下を参照されたい。職務責任については Vgl. W.Rüfner, in: H.U.Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1988, S.528ff.; Maurer (Anm.37), S.547ff.

説  
論  
(127) 本文の説明は、W. Brohm, Enteignung, in: (hrsg.) die Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 7. Aufl., 1986, Bd. II, S. 273ff. に  
負うところが大きい。

(128) 両者の差異をコンパクトと比較したものと比べ、Vgl. Maurer (Anm. 37), S. 612.

(129) 例えば、郡議会議員とくらべて、Vgl. BGHZ 11, 192 (1971). 州の議会議員とくらべて、DÖV 1971, S. 238 (239). 市議会「議  
員」とくらべて、Vgl. BGHZ 106, 323 (330) (「本市の市議会議員が地区詳細計画の策定にあたり、責任法上の意味の公務員とし  
て活動した」)。

(130) 加害公務員の名前を挙げる必要としない場合と比べ、Vgl. Maurer (Anm. 37), S. 559; Rüfner (Anm. 126),  
S. 540.

(131) この問題を詳しく論じたものとして、稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償(三)」熊本法学六七号(一九九一年)一頁  
以下参照。

(132) Vgl. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S. 89.

(133) Vgl. Ossenbühl (Anm. 132), S. 88. 稲葉前掲註(131)一〇頁参照。

(134) Vgl. BGHZ 106, 323.

(135) Vgl. BGHZ 106, 323 (323-5).

(136) BGHZ 106, 323 (332).

(137) Vgl. Ossenbühl (Anm. 132), S. 89; Maurer (Anm. 37), S. 575.

(138) BGHZ 106, 323 (330).

(139) Vgl. BGHZ 106, 323 (334).

(140) Vgl. BGHZ 92, 34.

(141) Vgl. BGHZ 92, 34 (35f.).

(142) Vgl. BGHZ 92, 34 (38).

(143) BGHZ 92, 34 (41f.).

(144) E. Schmidt-Alßmann, Referat, 58. Verhandlungen der D.J.T., 1990, S. 12.

(145) 参照、成田龍博註(27)二四三頁。

(146) Schmidt-Alßmann (Anm. 144), S. 15f.

（147） 参照、大橋洋一「計画間調整の法理（四）」自治研究六九卷二号（一九九三年）五〇頁以下。

（一九九三年一月二四日 脱稿）