

ドイツ商工会議所と自治行政

—公共組合の法理論—

薄 井 一 成^{*}

- I はじめに
- II 民営化論とその背景
- III 公の秩序作りと民主主義原理
- IV 公共組合の法理論
- V むすび

I はじめに

ドイツの商工会議所は、日本のそれとは異なっ¹⁾、公法上の社団 (Körperschaft des öffentlichen Rechts) に分類される²⁾。「公共組合」と「営造物法人」の概念を利用して、特別の行政主体をあらわしてきた日本の行政法理論に重ねれば、人を構成要素とする点で「公共組合」に分類できる団体である。何度か危機をのり越えてきた³⁾ものの、しばしば民営化の時流にさらされてきた団体でもある。

ところで、おなじく日本にも、営造物法人をはじめとして特殊法人⁴⁾を整理・合理化の対象とする動きがある。公共組合に対する注目度はさほどではないものの、同様の問題が重要な政治課題としてのぼるのも時間の問題かもしれない。公

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第2号2003年6月 ISSN 1347-0388

- 1) 商工会議所を公共組合に含めるか否かについて見解の相違がある。戦後、任意加入となった会議所を私的な団体に位置づけるものとして、田中二郎『新版行政法中（全訂第二版）』209頁以下（弘文堂、1976）、園部敏「公法人と私法人」田中二郎ほか編『行政法講座第2巻』29頁（有斐閣、1964）、強制加入の要素を重んじず、依然として公共組合に含まれるものとして、今村成和『行政法入門（第3版）』30頁（有斐閣、1986）、原田尚彦『行政法要論（全訂第4版増補版）』48頁（学陽書房、2000）。
- 2) §3 Abs. 1 Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie und Handwerkskammern (IHKG) vom 18. Dezember 1956 (BGBl I S. 920)
- 3) Z.B., Entschließung des Deutschen Bundestages vom 1. April 1998 (BT-Drucks 13/10297).
- 4) 特殊法人の類型化の試みとして、塩野宏「特殊法人に関する一考察」同『行政組織法の諸問題』3頁、20頁以下（有斐閣、1991（初出、1975））

共組合制度の問題点、そして、それに勝る存在意義は、存亡の機を経験しこれの
のり越えたドイツの実情を手がかりに説明できるのではなからうか。

本稿は、こうした問題意識から、ドイツの商工会議所を素材とし、確たる憲法
理論・行政法理論に立脚しうる公共組合理論構築の手がかりを得ようとするもの
である。

II 民営化論とその背景

1 ドイツの商工会議所制度

ドイツの商工会議所は、加入を義務づけられる個人事業者や法人事業者等を構
成員とする地域 (Bezirk) を単位とした公法上の社団である (構成員の総数は
320万程度⁵⁾)。主な機関は、代表集会 (Vollversammlung)、集会において選出さ
れる長 (Präsident) と事務局長 (Hauptgeschäftsführer) であり、ラントの監督
に服しながら法律に定められる任務を遂行する。主な任務は、①各事業者の利益
を調整し、事業者全体に共通の利益として外部に表明する利益代表活動、②便益
提供施設の設置や管理、職業教育等のサービス提供活動、③各種証明書の発行等、
事業の自己統制活動である⁶⁾。

歴史的には、18世紀の末にフランスに占領されたライン左岸地域において、国
の経済政策に助言を与える機関として、国王の指名する一部の商人からなる商業
会議所が設置されたのを端緒とし、19世紀の半ば頃、事業者自らが経済秩序を規
律しうる団体として一定の法的な独立性を認められた経緯をもつ⁷⁾。

その際、「私法人」ではなく、国家により設立されその監督に服しながら活動
する「公法上の社団」に位置づけられた⁸⁾のは、支配者からの自由と支配者の保

5) Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 544.

6) § § 1 (任務) 2 (構成員) 4, 5 (代表集会) 6 (長) 7 (事務局長) 11 (監
督) IHKG.

7) 以上の歴史的経緯につき、Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip,
1984, S. 23ff.; Gerhard Frenzel/Ernst Jäkel/Werner Junge, Industrie- und Handels-
kammergesetz 4. Aufl., 1982, S. 1f. 商工会議所の自律性を強めた法律として、いずれ
の文献でも特に重視されるのは、Gesetz über die Handelskammern vom 24. Februar
1870, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten, S. 134. である。

8) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 7), S. 29.

有する公的権限の奪取を求めた市民層が、旧体制の維持につとめた支配者層と政治的に妥協して、彼らの「公」的な支配の中にとどまったため⁹⁾である。

ちなみに、この政治姿勢は、広く当時の理論家にも共有されていた。理性法に依拠したロテック¹⁰⁾、社会学の分析をもとに国家（支配層）と社会（市民層）の二元的な対立を弁証法により克服しようとしたロレンツ・フォン・シュタイン¹¹⁾、イギリスの noblesse oblige 思想を賞賛したグナイスト¹²⁾、有機体説を提示したギールケ¹³⁾等、説明の仕方はともかく、19世紀の代表的な自治法論者は、多かれ少なかれ市民の自由の保障と市民による公の秩序作りを重んじて自治法の理論を説いていた。その一方で、急進的に立憲君主制を否定する立場には与せず、市民

-
- 9) Ernst Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 8ff., Karl-Jürgen Bieback, Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts, Quaderni Fiorentini 11/12 S. 859 (861f, 869ff), 1982-83; Werner Frotscher, Selbstverwaltung und Demokratie, in: Albert von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 127 (128f.); W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 221ff. ちなみに、公法上の社團とは対照的に、公の營造物は、自己決定能力をもつ構成員を備えない、營造物の長に支配される団体として、君主や官吏の支配を首尾一貫して具体化する制度と認識されていた (K.-J. Bieback, ebenda, S. 869ff.).
- 10) 人間は、個人の自由を実現するために、自治行政主体や国家など各種の団体を形成する。一方、理性は、組織法の原理のみならず、団体の活動を拘束する実体法の原理にもなる。そして、この理性をもっともよく実現・保障するのは、国家（君主）であり、国家はより高次の統一体として位置づけられる。この考え方は、Karl-Jürgen Bieback, Die öffentliche Körperschaft, 1976, 124ff. に要領よくまとまっている。
- 11) 自由で平等な市民は、その基盤を崩壊させかねないほどに他者を抑圧する危険を孕むから、市民社会のアンチテーゼとして国家が必要になる。市民はこれを通して高次の統一体となるものの、その前提として、市民の国家に対する参加が肝要になる。ただし、参加は国家による公正な秩序づくりを歪曲しかねないから一部にとどめ、一般的・普遍的な事項は国家に委ねるべきである。詳しくは、K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 10), S. 249ff
- 12) 経済力・教養・徳のある上流市民は、国家の指名をうけて、名誉職として自治行政の任務を委ねられ、君主や官僚と社会の諸勢力との対立を解消すべく義務づけられている。詳しくは、K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 10), S. 267ff. 更に詳しくは、Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19 Jahrhundert, 1950, S. 372ff. を参照のこと。
- 13) 歴史的に形成された連帯精神は、人々に自由を実現させるため、各種の団体をつくらせ、その頂点に君主をおく一つの有機体をなさしめてきた。こうした意味で、国家は、国内の団体よりも高次に位置づけられる。詳細は、K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 10), S. 433ff; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 12), S. 518ff. を参照のこと。

社会に委ねる秩序作りの権限は君主の統制の下におかれるべきであるとも考えていた¹⁴⁾。

さて、以上の事実は、支配者層が打倒され、自由で民主的な国家が誕生するワイマル期以降には、公法上の社団もまた、政治的・法的な重みを変化させるであろうことを示唆する。ところが、ドイツの立法府はその後も19世紀の会議所制度をほとんどそのまま維持し(1956年の法律等)¹⁵⁾、一部の例外を別として、学説も会議所の公法上の社団としての存在意義を明確にしてこなかった¹⁶⁾。そのつけとして、90年代の民営化論が現れたといえるであろう。それでは、会議所の民営化に関する議論とはいかなるものであったのか、顛末を確認しておこう。

2 民営化論

事の起こりは、会議所により課される分担金の支払いに、一部の構成員が不公平感を抱いたことにある。事業税の納税額に応じて分担金を減免し、構成員のほぼ半数に負担を免れさせていた56年の法律は、大事業主から平等原則違反を疑われ、違反とはいえずとも問題をはらんでいると裁判所により判断されて¹⁷⁾、改正を経験したところ¹⁸⁾、今度は、新たな負担を背負った零細事業者が反発をあらわ

14) 各論者の穩健自由主義の立場につき、K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 10), S. 130; H. Heffter, a. a. O. (Anm. 12), S. 372ff., 449ff., 518ff., Ernst Forstthoff, Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, 1932, S. 5ff.

15) 経緯について、G. Frentzel/E. Jäkel/W. Junge, a. a. O. (Anm. 7), S. 2f. を、法律は、前掲注2を参照。

16) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 343ff. 前注とあわせて、Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 216ff. も参照のこと。

17) BVerwG Urt. v. 26. Juni 1990, NVwZ 1990, S. 1167. ①大事業主は、中小事業主よりも多くの利益を会議所から受けている、また、②相互扶助の精神に支えられる会議所制度において、中小事業主の負担の一部を大事業主に担わせることは制度の趣旨に反しない。よって、当該制度は平等原則に抵触しないと判示した。ただし、①②と異なる政策的な理由により事業税の減免措置がとられることはあり、事業税の納税額と負担額を連動させる点で、56年法の仕組みは、負担割合を不相当にゆがませる危険を孕んでいると論じた(S 1168)。

18) Art. 2 Gesetz zur Änderung von Gesetzen auf dem Gebiet des Rechts der Wirtschaft vom 21. Dezember 1992 (BGBl I S. 2133). 法律の簡明な解説として、Ralf Jahn, Zur Novellierung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, GewArch 39, S. 129, 1993.

にしたのである¹⁹⁾。

彼らによれば、会議所は、共通利益の名を借りて大企業の利益を代表する等、公共主体としてのはたらきを実質的に弱めているし、利益代表をはじめとしてそもそも私的な団体に任せられる任務を配分されているという。よって、自力再建の困難であった第二次大戦直後ならまだしも、今日、会議所の公法上の社団としての存在意義は失われたという²⁰⁾のである。

そこで、具体的には、①会議所を私法人に作りかえること、②利益代表活動とサービス提供活動を私人の自由に委ねること、③証明書の発行等、事業の統制活動を、公的な任務としての性格はそのままだに私法人たる会議所に委ねることが提案された²¹⁾。

しかし、法案は可決されず、強制加入をとまなう公法上の社団としての会議所は、必要かつ適切なものとして改めて連邦議会により確認され²²⁾、学説も、ようやく会議所の今日的意義とその法的位置づけを明らかにするようになってきた。

Ⅲ 公の秩序作りと民主主義原理

1 公の秩序作りと民主的正統性

そもそも、すべての市民は、立憲民主主義国家において、自由の享有者として生まれてくる。不十分な人権保障しかなかった19世紀以上に、他者との衝突の可能性をもっている。しかし、この衝突につき、君主の権威を頼みとする解決法をとることはもはや許されない。憲法に明記される少しの規範等を別として客観的な法も存在しないから、国民の意志、すなわち、民主主義原理による解決策が模索されなければならない。

19) この経緯につき、Winfried Kluth, *Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern*, 1997, S. 2ff, 37ff

20) Entwurf eines Gesetzes über die Reform des Industrie- und Handelskammerwesens, BT-Drucks, 13/6063. S. 1f.; W. Kluth, a. a. O. (Anm. 19), S. 37ff.

21) BT-Drucks, 13/6063. 90年同盟・緑の党の法案である。なお、社会民主党も法改正に関心をもっていたという (W. Kluth, a. a. O. (Anm. 19), S. 37f.)。

22) 併せて、連邦議会は、中小事業主の負担を再び軽減する内容の法改正をした (Vgl. BT-Drucks, 13/10297, Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 23. Juli 1998 (BGBl I S. 1887))。

ここに、ドイツでは、日本にも広く紹介される²³⁾「国家権力の民主的正統化」論²⁴⁾が展開される。

すなわち、衝突を解決する者は、国民全体の意志に由来しなければならず、彼らに対して責任を負わなければならない。言い換えれば、直接ないし間接に、国民全体により選出され、解任される地位におかれなければならない（人に関する民主的な正統化）、その決定は、彼らの意思の反映でなければならない（内容に関する民主的な正統化）²⁵⁾。

具体例をあげてみよう。法を適用しつつ、同時に、法を形成し、人々の衝突を解決するはたらきをする裁判官²⁶⁾は、判決の内容を制定法に拘束され、国民の意思に縛られる。しかし、個別の解釈・適用行為は、国民による監督に服さないから、その内容に関する正統性は完全とはいえない。そこで、人に関する正統性が重みをもってくる。裁判官にせよ、大臣にせよ、部分的に自律的な決定権を与えられる公の秩序の担い手は、その分高い水準の人に関する正統性をもたなければならない。迅速で適切な政治・政策の判断を下しうる者として（大臣の場合）、法律の解釈・適用の専門家として（裁判官の場合）、国民全体に認められなければならない、その職責を果たせないと判断される場合には、国民により解任されなければならないのである²⁷⁾。

公の判断を下すものが、二つの正統性を相補させ一定レベルのそれをもたなければならないと考えられる様を読みとれよう²⁸⁾。その水準は、決定の対象となる

23) 島村健「エコマークとエコ監査」国家学会雑誌112巻3・4号189頁以下（1999）、山本隆司『行政上の主観法と法関係』361頁以下（有斐閣、2000）、毛利透「行政法学における「距離」についての覚書（上）、（下）」ジュリスト1212号80頁、同1213号122頁（2001）、同「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢152巻3号1頁（2002）。

24) 代表的なものとして、Ernst-Wolfgang Bockenforde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1987, S. 887 ; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329ff.

25) E.-W. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 16ff. ; E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 357ff.

26) たとえば、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』222頁以下（弘文堂、1990）を参照のこと。

27) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 358ff.

事項の政治・政策上の重要度に合わせて幅をもつともいわれる²⁸⁾。

こうして、ドイツの人々は、基本的に間接民主主義の原理にもとづいて人々の利益の衝突を解決しようと考えてきたのである。

2 公共組合と民主的な正統性

さて、基本的な視点を得たところで、会議所制度に話を戻すと、問題点を含めて、この団体の法的な位置づけは明らかになってくる。

一部の国民(=構成員たる事業主)により選出される会議所の機関の担い手は、国民全体による人的な正統化を経ていない。また、団体の自律的な権限は、決定の内容に関する正統性を低くする。よって、低い水準の民主的な正統性しか備えない会議所制度は、果たして民主主義原理の要請を満たしているといえるのか。問題点が浮かび上がる。

先述のとおり、政治・政策上の重要度の低い決定に限るなら、権限を付与される機関の民主的な正統性は低くても良い。いわゆる重要事項留保説に繋がる考え方であり、たとえば、商工会議所をはじめとする特別な行政組織の制度化は、国家の組織構造に影響を及ぼす重要事項として立法府に留保される³⁰⁾³¹⁾一方で、重要事項に含まれないものは、会議所等に委ねうると考えられる。

しかし、事はそれほど単純ではない。国の行政機関において公職につく者は、通常、会議所の機関の担い手とは異なって、国民全体を起点とする間断なき任命行為に支えられている。その上、大臣の包括的な指揮監督権に服することにより、内容に関する正統性も獲得する。ゆえに、重要性を備えない政治・政策の事項は、会議所等の独立の団体ではなく、国の行政機関に委ねるのが民主主義原理の要請

28) E.-W. Bockenforde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 23ff.; E. T. Emde, a. a. O. (Anm. 16), S. 328, W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 358f., 367.

29) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 366f.

30) E. T. Emde, a. a. O. (Anm. 16), S. 70ff.

31) その他、学説により重要事項として挙げられるのは次の通りである。①基本権に重大な侵害や影響を生じさせる決定、②広範な名宛人をもつ決定、③大きな政治論争を引き起こした事項の決定、④ある法領域・事物領域全体に指針を与える決定、⑤長期にわたる財政負担を生じさせる決定、⑥開かれた憲法問題(環境保護の国家目的等)を具体化する決定(W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 491f.)。

に即したあり方であるとも考えられるためである。

実際、これを支持するであろう学説もあった。会議所などの公法上の団体に、できるだけ自律的な権限を認めまいとするフォルストホッフに代表される学説であり、本来国家に属する事項を独立の法人格をもつ団体に「事物に即して(sachgerecht)」処理させることを自治行政と定義した彼は、政治的な意思の形成と、事物に即した客観的な事務処理とを区別して、前者を国会や大臣等の国の機関に専属させようとした³²⁾。

加えて、会議所をはじめとする大規模な団体が、組織内部に潜行する官僚化により、多くの事項をあたかも客観的なそれとして処理する傾向をもったのも³³⁾、政治・政策的な意思形成機関としての会議所の意義を曖昧にするのを後押しした。

しかし、間接民主主義原理を貫徹させ、会議所等の独立の団体に委ねられるのは客観的に処理されうる事項に限るとするならば、市民一人ひとりの政治的な参加の機会、国会議員の選出等、極めてわずかな局面に限られてしまう。とりわけ、下される政治・政策の決定により影響をうける人々の範囲がおおよそ特定できる場合には、国民全体よりも、これらの人々に判断を委ねた方が妥当な結果を得やすいとも考えられるから、間接民主主義原理に縛られる学説は、必要以上に市民を公の秩序作りの権限から遠ざけるとして消極的に評価されやすい。

そもそも、憲法秩序は、民主主義原理のみによって形成されるものではない。基本権保護の要請が、民主主義原理のそれを部分的に後退させることもあり³⁴⁾、権力分立原理からも同様の事象は生じうる。

権力分立原理は、本来、市民の自由を過度に侵害するのを防ぐため、三権に抑制と均衡を命じるものである。ところが、今日のように国家が活動領域を広くした時代には、さまざまな公の事項をその処理に相応しい形態を備えた組織に分任させることも肝要になり、これを権力分立原理の要請に含めて解するのが近年の

32) Ernst Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1953, S. 365ff., 10. Aufl., 1973, S. 16ff., 478, 536f. あわせて, ders., a. a. O. (Anm. 14), S. 15ff. も参照のこと。

33) K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 9), S. 890.

34) たとえば、少数者の人権を保護するために、国民全体の単純多数により支持される判断を公の秩序としないケースなど (E.-W. Bockenforde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 52 ff.)。

ドイツに支配的な説となっている³⁵⁾。

そこで、憲法は、人的な影響の範囲を合理的に確定できる政治・政策の事項は、関係人の集団に委ねることを相応しいとみて、少なくとも立法府にその制度化を許していると解されるのである。

会議所は、こうした理解をもとに、憲法秩序に適合した法制度として位置づけられる³⁶⁾。

IV 公共組合の法理論

以上、会議所の憲法上の位置づけを分析した。

ところで、この位置づけは、支配者層と市民層の対立という歴史に規定された公法上の団体の理論的な枠組みには収まらない。そこで、近年の学説は、関係人自らによる公の秩序作りという特性に着目し、この種の制度を、自治行政を機能とする行政主体、すなわち、「機能的自治行政主体 (funktionaler Selbstverwaltungsträger)」として論じ直すのが一般的である。日本の公共組合制度に対する応用可能性を判別するためにも、その理論をもう少し詳しく紹介しておこう。

1 定義

機能的自治行政は、「立法府により創設され、立法府により振り分けられた」公の事項を、当該事項に関わりをもつ人々 (Betroffenen) が、法律の枠内で自らの責任において処理することを意味する³⁷⁾。

35) 山本隆司「行政組織における法人」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上』892頁 (有斐閣、2001) に紹介される諸論稿を参照のこと。また、連邦憲法裁判所も、権力分立について、「国家の決定ができるだけ正しく行われること、すなわち、組織、構成、機能、手続のあり方に照らして、もっとも良い条件を備える機関によって行われることに仕える」原理であると論じている (BVerfG Urt vom 18. Dezember 1984, BVerfGE 68, 1(86))。

36) 権力分立原理を本稿のように解するシュミット・アスマンの記述からはこうした見解を読み取れるものと思われる。Vgl., Eberhard Schmidt-Aßmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung, in: Peter Selmer/Ingo von Munch, Gedachtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 249ff; ders., a. a. O. (Anm. 24), 376 ff.

37) W. Kluth, a. a. O. (Anm 5), S. 541ff.

鍵括弧内を別とすれば、地方公共団体や大学等の活動にもあてはまる定義である。しかし、後二者は、憲法により保障される自治行政である点で、機能的自治行政とは区別される³⁸⁾。

すなわち、特定の事項に対する特別な結びつきを指標とする機能的自治行政主体の構成員は、多様な人間からなり不特定性 (Unbestimmtheit) を特徴とする地方公共団体の住民とは異なって、相互の強い結びつきゆえに現実世界の力関係を反映した不公正な判断を下しかねない。適切な制度作りにより払拭されうる危険性ではあるものの、公の秩序の担い手としての適正さにかかわる点であり、機能的自治行政主体と地方自治体は分けて論じなければならない³⁹⁾。

また、大学は、学問の自由を実現するのに不可欠の団体として、基本権保護の要請が間接民主主義原理の要請を後景に退かせ制度化されるものであり、権力分立原理をよりよく実現するための機能的自治行政主体とは区別される⁴⁰⁾。

くり返しになるものの、あくまで憲法の要請をよりよく実現するために、立法府の政策的な判断により創設されるのが機能的自治行政主体である⁴¹⁾。

2 強制加入と構成員の基本権

機能的自治行政主体の創設は、関係人に対する特別な参加権の付与を本質とする⁴²⁾。そこで、すべての関係人がこの権利を有効に活用できるよう、強制加入の制度を採用するのが政策として肝要になる。経済的に実力のある者が、脱会をちらつかせて他者を操作し、自らの意図するおりに団体の意思を形成する等、参加や脱退の自由は悪用され、他の関係人の参加権を実質的に無にしかねないため

38) 憲法による地方自治保障の根拠については、別稿で論じたい。

39) E-W. Bockenforde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 26ff.; E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 348ff.; BVerfG Urt. vom 31. Oktober 1990, BVerfGE 83, 37 (55)

40) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 381; W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 24ff. 大学のほか、基本権の実現にかかわる自治行政主体として通常あげられるのは放送営造物である (山本・前掲注35) 893頁)。基本権実現のための自治行政主体の分析も他日を期したい。

41) 公の事務を処理する組織の立法府による選択という観点から、ドイツ法を分析するものとして、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察—ドイツ法を中心として」法政研究66巻1号285頁以下 (1999)。

42) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 303.

である⁴³⁾。

なお、強制加入の制度は、基本権の侵害をとまなう。制度の創設そのものは、参加権の付与であり、自由の侵害には当たらない⁴⁴⁾ものの、特定の事項を制度に振り分けて、その事項の処理に制度の利用を強制するのは侵害となりうるためである。

よって、立法府の強制加入の選択が裁量権の逸脱や濫用にあたらぬよう、①私人のイニシアティブや国の行政機関により当該事項を適切に処理できないかどうか、②当該制度の利用により個人の自由に生じる侵害と国民全体にもたらされる利益とが、合理的な比例の關係にたっているかどうか、裁判所によるこれらの点の跡付けが肝要となる⁴⁵⁾。

すべての関係人が特別な参加権を有効に活用できるようにするためには、内部組織の整備も重要である。

3 内部組織

関係人一人ひとりに特別の参加権を与える機能的自治行政制度は、国民全体の参加を基礎とする国の行政機関の制度とは異なって、本来的に直接民主主義原理に親和的である⁴⁶⁾。ただし、ありのままの人間に権限を与えれば、私利私欲を剥き出しにした私的な秩序が生み出されかねないから、一定の修正が必要になる。

団体の意思決定手続に、関係人どうしのコミュニケーションの機会を確保してさまざま価値観を表出させ、私利の主張を自制させる必要性や、コミュニケーションの前提として情報の流れを良くする必要性が説かれる⁴⁷⁾。一人ひとりに実

43) R.Hendler, a. a. O. (Anm. 7), S. 355 ; W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 326. Kluth は任意加入団体を、機能的自治行政主体に含めない (W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 543f.)。

44) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 307ff. ただし、連邦憲法裁判所は、消極的な結社の自由を国家による私的な団体への加入強制からの自由と解して、公的な団体への強制加入の問題を結社の自由の射程から除外する (Ebenda, S. 276ff.)。

45) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 7), S. 334f. BVerfG Beschluß vom 7. Dezember 2001, Vgl. <http://www.bverfg.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>

46) K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 9), S. 903, 907ff. , W. Frotscher, a. a. O. (Anm. 9), S. 145, E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 262f. あわせて、次の連邦憲法裁判所の判断も参照されたい。BVerfG Beschluß vom 23. November 1988, BVerfGE 79, 127 (150) , BVerfG Urt. Vom 31. Oktober 1990, BVerfGE 83, 37 (50 f. 54f.)

のある対話の機会を与えれば、団体により形成される秩序は、関係人に受容されやすくなろうから、これらの制度の法律による整備が必要であるという。

なお、社会のグローバル化とあいまって、商工会議所をはじめとして、地域を単位とする団体は、広域レベルに連合組織を形成し、単位組合の権限をこれに委譲する傾向を強くもつ。関係人から秩序作りの権限を遠ざけるという点で、この現象も問題である⁴⁸⁾。

ドイツに対処法は明言されないものの、この点、アメリカの学説に目を移すと次のような策が提示されている。日常的に結びつく人々の集団から、命令的委任の方法により広域や国家のレベルの連合組織に代表者を送りこみ、それらの団体に各人の意見がストレートに反映するようにする。あるいは、すべての地域団体に、他の地域の人々が構成員として参加できるようにして、各地域主体が異なる地域の人々の利益を念頭におきながら活動しなければならないようにする。後者は、地域間の利害対立の芽を摘みとって、広域レベルへの権限の上昇を抑制する⁴⁹⁾策である。

最後に、組織内部の官僚化も重大な問題である。主要な権限は関係人の手に留まるよう制度創設に際して立法府は権限配分に留意しなければならない⁵⁰⁾。

4 権限

1で論じたとおり、機能的自治行政主体は、立法府から配分される事項を権限とする。配分の対象となるのは、政治・政策の領域に属し、当該事項にかかる決定の人的影響の範囲を合理的に確定できるものである⁵¹⁾。これらの事項、及び、それを処理する上で当然に必要な事項が、基本的な権限となろう。

一方、この主体に配分できない事項もある。基本権に重大な影響を及ぼすもの等である。既述の通り、構成員相互の特別な結びつきゆえに、生の力に支配され

47) K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 9), S. 909.

48) K.-J. Bieback, a. a. O. (Anm. 9), S. 890 ; W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 545f.

49) Gerald E. Frug, *Decentering Decentralization*, 60 U OF CHI. L. REV. 253, at 294-300, 328-34 (1993).

50) E. T. Emde, a. a. O. (Anm. 16), S. 423f. ; W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 544ff.

51) E. T. Emde, a. a. O. (Anm. 16), S. 381, 405.

やすい機能的自治行政主体は、たとえそれを防止できたとしても、国会に匹敵する民主的な正統性を備えない。そこで、政治・政策上の重大性をそなえる事項は、この種の行政主体に配分されてはならないのである⁵²⁾。

もっとも、構成員のみにかかわることを合理的に認定できるなら、基本権に重大な影響を及ぼす事項の場合でも、国民全体による決定を要請する民主主義原理は後景に退き、法律で決定の内容を詳細に定めずに機能的自治行政主体に委ねても、重要事項留保の要請に反しないとする学説はある。ただし、この場合、民主主義原理とは別に、法治国家原理が少数者の人権保護を制度的に担保する義務を立法府に課すという⁵³⁾。

なお、制度の本質になじまない事項を機能的自治行政主体に委ねうるか否かも問題である。自治行政主体の本来の機能が、新たな負担により妨げられうるためであり、この問題を補う利点を合理的に提示できなければ、立法府の政策は一貫性を欠くといえよう。一例をあげる。

会議所は、既述のとおり、政治・政策的な事項という制度の本質にはなじまない、専門知識により一義的に処理されうる原産地証明等の証明書発行権限を付与されている。他方、国の行政機関は、外部から知識や情報を調達し、経済的なコストを生じさせなければこの種の事項を処理できない。そのコストは甚大になる場合もあろう。また、証明書の発行を会議所に委ねれば、日常的にそれを利用する事業者にとっても便宜的でありうる。立法府は、こうした根拠を、裁判所が跡付けできる程度に提示しなければならないであろう⁵⁴⁾。

5 監督

機能的自治行政主体は、何度もくりかえしてきたように、立法府により創設される。関係人に参加の意欲が現れず、制度を存続させる意義がみあたらない等、制度創設の理由と同じ重みをもつ合理的な根拠を提示できる場合には、制度の廃止も許される⁵⁵⁾。こうした広範な立法府のコントロール権は、機能的自治行政主

52) BverfG Beschluß vom 9. Mai 1972, BverfGE 33, 125.

53) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 503ff

54) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 532ff.

体の活動に、最低限の民主的な正統性を付与するために必要なものである⁵⁵⁾。

一方、国の行政機関は、国会に匹敵する民主的な正統性をもたないから、その監督権の根拠は、より詳細な検討を要する。

まず、立法府が、合目的性の監督を制度化することがある。機能的自治行政主体を創設し、関係人に特定の事項の判断権を与えつつ、これを国民全体による決定の原理に基づくはずの国の行政機関に監督させるのは、本来、政策として一貫性を欠く。よって、立法府は、当該事項を、国民全体による決定の原理にも服させる必要があることを、合理的に根拠づけなければならないであろう⁵⁷⁾。

一方、適法性の監督は、法治国家原理の実現に役立つ。また、一義的な文言や、確立した社会通念に基づいてなされる監督は、政治・政策にかかる関係人の自律的な判断を妨げない。よって、適法性の監督は、憲法により要請される制度として法的に根拠づけられうる⁵⁸⁾。

最後に、行政機関の監督は、法律により与えられた関係人の特別な参加権の侵害に当たりうる。機能的自治行政主体は、公の秩序作りの担い手であり、基本権を享有できないとされるものの⁵⁹⁾、法律により付与された構成員の参加権の侵害を根拠に、裁判所に訴えを提起できるであろう。なお、適法性の監督の場合、これを裁判所の最終的なコントロールに服させることは、前述の権力分立原理にも合致する。

V むすび

以上、機能的自治行政主体の法理論を見てきた。

わたしたちをとりまく環境は、国家と市民社会の相互依存の度合いを高めさせ、

55) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 520ff.

56) E.-W. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 34; E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 377 制度そのものの創設と、制度の枠内での個別主体の設立は区別される。各主体の設立は構成員の意思等に委ねられてもよい。

57) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 525ff

58) W. Kluth, a. a. O. (Anm. 5), S. 273ff.; E.-W. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 24), Rn. 34; E. Schmidt-Aßmann, a. a. O. (Anm. 24), S. 377; E.T.Emde, a. a. O. (Anm. 16), S. 79 ff., 378.

59) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 7), S. 330ff.

双方をきわめて高度に組織化し、適正な政治・政策の議論を交わし難いほどの複雑さを生み出してきた。

「複雑性ゆえの民主主義の喪失」といわれるこうした問題に⁶⁰⁾、確立した知識等により客観的に処理されうる事項は官僚に、国民全体にかかわる政治・政策の事項は国会や大臣に、特定の人々にかかわる特定の政策的な事項は機能的自治行政主体にというふうな、複雑な問題を切り分けて、各制度にふさわしい公の事項を配分しようとするのが、ドイツの解決策であろうと思われる。

今なお、間接民主主義の原理を前提とするこの策は、直接民主主義を一面的に支持する者には受け入れ難いに違いない。しかし、前者を堅持して「アトムとしての私」を重んじることも重要であろうと考える筆者には、間接民主主義原理を貫くべきところは貫きつつ、その貫徹により生じるであろう国会や内閣等への必要以上の政治・政策的な判断権の集中や人間の疎外の問題を、直接民主主義の原理に親和的な機能的自治行政の制度により解決しようとするドイツの学説⁶¹⁾は、きわめて魅力的に映った。

決定の人的影響の範囲を合理的に確定できる政治・政策の事項は少なくないように思われる。ドイツの議論を参考に公共組合の理論を見直して、既存の制度の修正と新たな制度の創設を検討してみるのも一考に値するのではなかろうか。

60) R. Hendler, a. a. O. (Anm. 7), S. 345ff.

61) W. Frotzcher, a. a. O. (Anm. 9), S. 132f.