

# ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（一）

門 脇 美 恵

## 序章 問題状況と検討課題

### 第一節 問題関心の所在

### 第二節 本稿の検討課題

### 第三節 比較法研究の対象国

## 第一章 公法学における自治概念の定義

### 第一節 初期自治構想における参加志向

#### 一 自治の制度的端緒

#### 二 自治の理論的端緒

#### 三 初期自治理論の特徴

### 第二節 法概念としての自治の形式化

#### 一 「法的自治」と「政治的自治」

#### 二 法概念としての自治の形式的定義

三 自治の法概念の形式化に対する批判

第三節 法概念としての自治の再構成

一 自治概念の多様性の意味

二 国法上の自治概念をめぐる議論

三 国法上の自治概念の定義（以上本号）

第二章 疾病保険における保険者自治の意義

第三章 疾病保険における保険者自治の民主的正統化

終章 総括

序章 問題状況と検討課題

第一節 問題関心の所在

貧困および生存不安から解放されることは、個人のあらゆる自由権の効果的な行使にとって不可欠の前提条件である。<sup>(1)</sup>したがって、その前提を脅かしうる生活上のリスクに対する事前の備えが必要となるが、現代社会において、それは通常、個人の自助努力のみでは十分ではない。とりわけ、生活上極めて身近なリスクである疾病は、罹病の予測不可能性や長期化の可能性という特徴を有し、個人の預金や財産形成による備えには限界がある。そ

こで、家族、近所、友人による助けと並んで、より大きなリスク共同体（Gefahrengemeinschaft）（私保険、社会保険、国家）による保障が必要となる。<sup>(2)</sup> わが国において、かかる保障としては、私保険、公的医療保険ならびに公費扶助および医療扶助が存するが、その中心は公的医療保険である。被用者保険を中心に発展してきた公的医療保険は、一九六一年度より国民健康保険事業が全市町村において実施されることによって「国民皆保険」を達成した。これにより、被用者保険の被用者およびその扶養者以外の市町村の住民に対して国民健康保険法が強制的に適用されることになり、すべての国民は、何らかの公的医療保険の被保険者あるいはその扶養者として、医療保険の適用を受けることが可能になった。<sup>(3)</sup>

かように、国家は社会保障制度を整備することで、自由権を行使するための実質的基盤の確立に仕えるが、その反面、国家は個人が傷病や失業といった生活上のリスクに対して事前の備えを行うべきか否か、行うべきであるとするればそれはいかなる範囲においてかという事柄について、その決定を個人の自由意思に委ねず、法令等によって自ら規律する。そのこととの関連において、第一に議会制定法律および行政の公益代表能力の限界、第二に社会保障法の官僚主義的性格が問題として指摘される。まず、前者の問題は、社会保障法領域に限らず生じうるものであるが、とりわけこの領域においてはその問題性が先鋭に現れる。なぜならば、社会保障法領域においては事柄が個人の個別的生活との密接な関係を取りわけ不可避なものとし、個人の生活状況の複雑さに鑑みれば、議会制定法律の通用力が相対的により強く疑問視されるからである。<sup>(4)</sup> さらに、本来この点を補完すべき行政による諸準則の定立もまた、多様な利益の調整と反映が確保されない限り、その合理性が疑問視される。<sup>(5)</sup> 次に、後者の問題である社会保障法の官僚主義的性格は、社会保障法の法関係において保障が国家の直接・間接の関与によって実現されるという特殊性に起因し、被保険者を、それが社会権の権利主体であるにもかかわらず、もつ

ばら保障の受け手という受動的地位にとどめる危険性をはらむとともに、生活上のリスクに対する事前の備えにおける個人のイニシアティブおよび当事者意識の希薄化を生ぜしめる危険性も内包する<sup>(8)</sup>。

以上の理由から、社会保障法領域においては一般的に行政過程への当事者参加が要請されていると考えられるが、それはとりわけ公的医療保険領域においてより強く求められていると考えられる<sup>(9)</sup>。その理由は、第一に、公的医療保険は被保険者の生活に非常に身近なリスクを対象とするため、リスクが被保険者の積極的な意識と行動によってコントロールが可能である点にある。制度の運営・管理への被保険者の参加によって個人と制度が緊密な関係に立つことにより、被保険者のリスクに対する意識の向上が期待され、結果として被保険者の健康の維持・改善に資すると考えられる。第二に、公的医療保険の主たる保険給付は、比較的機械的に定式化が可能な現金給付ではなく、医療・医薬品の提供などの現物給付である点にある。現物給付は、一方において保険給付の対象となる範囲が医療技術および薬学の進歩に伴い変化し、他方において給付内容が被保険者の健康状態や生活環境といった、極めて個別的かつ複合的な要素を顧慮して決定されるべき性質を有する。したがって、公的医療保険においては、一方において行政の意思決定への被保険者の多様なニーズの反映という観点から、他方において給付手段の恒常的な改良という観点から、被保険者の制度運営への関与が積極的に要請されると考えられる<sup>(10)</sup>。

以上のような被保険者の参加の要請に対して、日本における現行法制度はどの程度応えているのかを確認する必要がある。日本における公的医療保険の保険者には、市町村および特別区（国民健康保険）のほかに、各種の公共組合（国民健康保険組合、全国健康保険組合協会、健康保険組合、各種の国家・地方公務員共済組合）および特殊法人（日本私立学校振興・共済事業団）が存在し、いずれも行政体性を有する<sup>(11)</sup>。公的医療保険制度における被保険者の行政過程への参加ルートには、大別して、第一に保険者の意思決定過程への参加、第二に診療報酬

等を定める法規命令の制定過程への参加、第三に行政手続法（条例）上の意見公募手続に基づく意見提出による一般公衆の地位における参加に分けられる。前者は、制度の管理・運営への参加、後二者はそれぞれ狭義および広義における政策の企画・立案過程への参加である。<sup>(12)</sup> 第一のルートは、保険者の意思決定機関の委員の選出手続に被保険者が参加することができる一部の保険者においてのみ、制度上保障されている。<sup>(13)</sup> 第二のルートは、法規命令を制定する厚生労働大臣の諮問機関である中央社会保険医療協議会の委員に被保険者代表が任命されることによつて間接的に実現されるが、その代表の選定過程は透明性を欠き、被保険者個人の関与が制度上保障されていない。<sup>(14)</sup> 第三のルートは、社会保障法領域において意見公募手続がそもそも行政手続法三九条四項二号または四号の適用除外に該当する場合が多いことに加え、提出された意見の行政の意思決定への反映についてはその取捨選択を含めて行政の裁量に委ねられており（行政を起点とする「一往復半のコミュニケーション」）、<sup>(15)</sup> 行政の決定への民意反映というよりも、むしろ当該決定の理由を合理的に説明する手段（説明責任履行手続）としての性格をもつことが指摘される。<sup>(16)</sup> 以上から、現在、日本の公的医療保険行政への被保険者個人の参加は、第一のルートにより部分的に制度上保障されるにとどまり、その他のルートにおいても、個人の参加の機会または参加の結果の反映は制度上保障されておらず、不十分なものとなっている。<sup>(18)</sup>

かかる貧弱な参加制度をめぐる問題は、世論調査の結果にも表れているところであるが、これまで医療制度改革をめぐる議論の俎上にのぼることはほとんどなかった。もつとも、一九九六年の医療保険審議会（当時）の建議書を発端とする「保険者機能の強化」をめぐる議論（以下「保険者機能強化論」という）<sup>(20)</sup> は、保険者の「自律性」の向上を主張するものであったため、その「自律性」が被保険者の主体的な制度運営への参加に基づく結果としてもたらされるものとして考えられる場合、この問題の解決に資する可能性を秘めていた。しかし、保険者機能

強化論の多くは、個々の保険者と医療サービス提供者との直接契約による診療報酬削減の提案を典型とする、医療財政の効率化を主たる目的とするものであった。<sup>(21)</sup> 保険者機能強化論の出自にも規定され、実際に制度改革はそのような方向で実施された。<sup>(22)</sup> かかる議論が標榜する「医療の無駄の排除」および「医療の質の向上」という目的の正当性に異論の余地はないが、制度改革で目指されるものが医療の「効率性」であれ「質」であれ、<sup>(23)</sup> 制度の中心におかれるべきは医療の受け手の利益であることが看過される限り、それが制度の本来的目的に適うかたちで実現されることは難しいであろう。<sup>(24)</sup>

以上のように、わが国の公的医療保険行政における被保険者の参加は、それが医療保障という任務の性質上強く要請されるにもかかわらず、現状の法整備およびその運用には問題が多く、政策・立法論も不活発である。かかる状況を念頭におけば、参加の機能や有効性をアト・ランダムに指摘するのみではならず、参加の根拠と形態を規範づける法理論が必要であると思われる。

## 第二節 本稿の検討課題

公的医療保険を含めた社会保障行政への参加は、主権者たる国民の行政への参加の一面であるといえるが、行政法学における参加論は、地方自治（住民自治）の観点からのアプローチを除けば、<sup>(25)</sup> 従来、実体的な権利利益の防御の観点からの議論が中心であった。近年、民主政原理からの参加論に展開がみられるものの、<sup>(26)</sup> それが公的医療保険を含めた社会保障行政領域において展開されることは少なかった。<sup>(27)</sup> 民主政原理に基づく被保険者の社会保障行政への参加の重要性は、むしろこれまで社会保障法学および憲法学において多く指摘されてきた。

先駆的には、一九六〇年代に小川政亮が、社会保障を「権利の体系」<sup>(30)</sup>として構成するために、社会保障の実体的・手続的請求権が実質的に保障されるために必要な「自己貫徹の権利」<sup>(31)</sup>として、社会保障行政への参加を位置づけた。かかる意味における参加は、国会を通じての間接的関与可能性では足りず、「むしろ民主主義の原理が国民生活の中に一層深く確かに日常的なものとして定着していくためにも、社会保障制度それ自体が民主主義的に組織され運営されるものでなければなら」ず、「それは社会保障の権利主体となるべきものが基本的には無産・勤労階級の成員であることからして、労働組合のような無産・勤労階級の民主的組織を通してなされることが最も望ましい」とされる。<sup>(32)</sup>さらに一九七〇年代に中村睦男は、フランスの自主管理型社会保障制度を範として提唱した「下からの社会権」論において、「階層身分的利益や私的団体的利益から解放された自由かつ平等な個人によって構成された議会が国民を代表するという政治的民主主義を、諸個人がその社会的ないし職業的立場によって属する集団の代表を社会的経済的領域の問題の決定に参加させる社会的民主主義によって補完することが、現代民主主義を機能させるために必要で」<sup>(34)</sup>あるとして、社会保障（ここにおいては公的扶助は含まれない）<sup>(35)</sup>を受けられる権利が「労働者を中心とするする利害関係者の集団的利益・自由によって、当事者の自主活動によって」<sup>(36)</sup>実現されるモデルを構想する。一九八〇年代には遠藤昇三が、上記の先駆的業績を踏まえ、両氏がその構想を異にしつつもともに主張する社会保障制度の「民主的管理というそれ自体否定しがたい命題が、何故ストレートに参加に結びつきかつそれを不可欠としているのか」という点を根源的に追究し、その答えを、「社会保障を『生活の自己管理、自己決定』の制度へと転換」する点に求める。その根拠は、一方において「社会保障は生活自助原則の破綻に伴いその部分的修正として登場し……集団的自助へと形態転換させた」ことの意味が、「国家管理の中」という限界性をもちつつそれまで保有していた個人的でありながら主体的な生活形成の要素を、集団的で主体的

な生活形成へと部分的に転換し、それを社会保障の中に組み込んだ」ものであるとする社会保障法の性格理解に、他方において生産・労働の社会化に伴う生活の社会化を背景に「民主主義の発展としての経済的社会的民主主義その一環としての生活民主主義が理念に即す方向で考えられねばならない段階にある」という事実認識に求められる<sup>(3)</sup>。遠藤の独自性は、第一に参加を根拠づける「自己管理、自己決定」という思想を、民主政原理の「自己統治」の理念からのみならず、社会保障法に固有の「主体性」の要請からも導く点に、第二に「自己管理・自己決定」とはいつでも中身は共同的なものであり、それ故に、その共同性を支える主体間の連帯しかも集団的で強固な連帯が必要であるが、参加はそうした連帯の産物であると同時に連帯の組織化、強化の媒介的手段としての意味をもつ」とし、個人の主体性と保障の共同性との相互不可分性に求める点にある。

以上の各論者の議論において共通するのは、第一に、社会保障行政への被保障者の参加が民主政原理（具体的な構想は異にしつつも）の現代的要請であるとする点、第二に、参加者の利益が基本的に労働組合により代表される点である。もともと、後者の点については、仔細にみれば各論者の間に見解の違いが指摘される。すなわち、中村が「社会権」を「労働者の集団的権利・自由」を中心として構成する際に、それがあくまで個人の自由を基底とすることを強調するのに対して、小川は「民主主義的」な組織と運営の主体としての無産・勤労階級の成員の利益が労働組合に正統に代表されることを認め、その際、中村においてみられたような留保は付されない。したがって、小川においては、比較的同質な勤労者階層の利益と、そうであるがゆえに導かれる、利益代表者としての労働組合の正統性が与件とされていると考えられ、その際、労働組合という「社会」集団と組合員である「個人」の利益の対立可能性に対する意識は薄い。遠藤においても、参加の論拠に関する理論的展開（個人の主体性と保障の共同性の調和）がみられるにもかかわらず、そこにおける「個人」と社会「集団」との間の



緊張関係の存在について、意識的に論じられるにはなお至っておらず、その限りにおいて小川と同様の立場であるといえる。<sup>(41)</sup>

これに對して、それ以降の議論は、とりわけ一九九五年の社会保障制度審議会勧告「社会保障体制の再構築」が、制度改革の方向性として生活についての個人の「自立」および「社会連帯」の強調と社会保険を重視する姿勢を打ち出して以来、社会保障法関係を「国家」と「個人」の二当事者関係と把握する伝統的枠組みを見直そうとする大きな流れによって特徴付けられているといえる。その流れは、一方において、従来の伝統的枠組みを基本的に維持しつつも、それを支配する法原理については憲法二五条の生存権のみならず、アメリカにおけるリベラリズムの議論を参照し、むしろ憲法一三条などに由来する「『自由』の理念」を考慮することに力点をおく菊池馨実の見解であり、他方において、伝統的枠組みそれ自体の見直しに力点をおき、社会保障法上のアクターとして、「国家」、「市場」、「個人」と区別される「社会」の役割を重視する倉田聡の見解である。<sup>(42)</sup> 菊池は、参加を民主政原理あるいは適正手続保障の観点からのみならず、むしろ「『人格的に自律した個人による主体的な生の追究』ないし『自由』の理念の観点からも積極的に価値付けることが可能」<sup>(43)</sup> であるとし、「選択」、「貢献」などと並ぶ「『自由』の理念」からの「派生」物として位置づける。<sup>(44)</sup> これに對して倉田は、「社会保障法における『社会』の存在を『個人』および『国家』と同程度のものとして把握し、そのありようを對『個人』ないし對『国家』との関係で整序する規範論」<sup>(45)</sup> の必要性を主張する立場から、「社会」における「連帯」の意義を論じ、参加もまたかかる文脈において位置づける。連帯が論じられる場面は「団体扶養の性格が歴史的にも明らかな社会保険」<sup>(46)</sup> に限られず、「すべての社会福祉事業において、利用者・従業者・事業者による協働運営がなされるべきことを『連帯』概念を用いて一般化すること」<sup>(47)</sup> が目指され、最終的には「『社会』の『連帯』を「社会福祉（ひいては社会保障）」

を支えるものとして位置づけること」が構想される。すなわち、参加は、「個人」と「個人」の間における「社会」関係の形成」という意味における「社会連帯」の手段として位置づけられている。<sup>(50)</sup>

かかる倉田の見解は、菊池が「社会全体の利益の中に個人を埋没させ、安易に個人への犠牲を強いかねない危険性」をほらみ、さらに、そもそも「連帯の社会的基盤自体が脆弱化している」ことを理由に意識的に距離をとり、参加をあくまで「個人による重層的な意思の反映」であると位置づける立場と対照をなす。<sup>(51)</sup> もっとも、菊池も「個人」の「主体性」あるいは「自律」を傷付けない範囲では社会連帯を否定せず、倉田も個人主義が成熟していない日本において「個人」の「主体性」を強調することの意義は当然前提としていることからすれば、両者の見解は必ずしも相互排他的な関係にあるとはいえない。<sup>(52)</sup> しかし、「社会連帯」が強制の契機、すなわち社会保険において加入強制とそれに伴う強制的な保険料徴収と結びつけられる場合においては、「社会連帯」をめぐる両者の見解の違いが明確になる。すなわち、菊池が強制の契機を受け入れるのは、それが個人の自由意思によるか、または「一定の公共心をもつ」人間であれば強制がなくともそれを選択することが「社会契約」的に説明可能である場合に限られるのに対して、<sup>(54)</sup> 倉田は『社会連帯』に基づいた相互扶助」である社会保険制度における強制の契機を否定しない。なぜなら、そこには保険料の減免が「不可欠の要素として内包されて」いるからであり、むしろ問われるべきは、保険料決定をめぐる実体と手続の二つのレベルにおける問題、すなわち決定された保険料額が被保険者の負担能力を超えるという不均衡と、決定手続における被保険者の参加の不十分さであるとする。したがって、保険集団内の民主的な決定のあり方についての法理論的な規範形成が必要であることが主張されることになる。<sup>(55)</sup>

以上のように、「社会連帯」をめぐる菊池と倉田の見解は、共通する部分を有しつつも、「社会連帯」の根拠と

限界を「自律的個人」像に求めるか、あるいは「好むと好まざるとにかかわらず個人は『社会』と結びつかざるを得ない（これが法的な意味での『強制』にあたるかどうかはともかくとして）」という『社会』関係」における「個人」像に求めるかという点において、なお明確に区別が可能であると思われる。それゆえに菊池は、倉田が重視する「社会連帯」が「個人の自由ないし自律を抑圧する危険性」を内包する点を警戒し、逆に倉田は、菊池の「個人」像が、個人と社会との本来不可避なかわり合いについてさえも、『個人』の主體的な選択権を保障しようとしている」として、「このレヴェルの選択を認めることは、社会保障の本来的な性格に合致するのであるうか」と疑問を呈するのである。<sup>(59)</sup> なお、両氏の間における上記区別は、たとえ菊池が自身の構想する「自律的個人」像が「共同体における個人間の関係性を前提とした存在であり、また自己利益だけを追求する存在とも考えられない」<sup>(60)</sup>ものであると主張する場合であっても、なお維持可能であると思われる。菊池、倉田の両氏が「社会連帯」の限界との関係において強制的契機に対する異なる結論に至っていることが、その証左であろう。

以上の業績を踏まえた上で、社会保障行政への被保障者の参加を規範づける理論を形成するという筆者の問題関心からすれば、以下の諸点がなお検討されるべき課題として残っていると思われる。第一に、統治原理としての民主政原理と参加、すなわち「国家」と「社会」（ここでは「個人」を含めたものとしての）の間に存する緊張関係をいかに理解するかという問題である。いずれの論者も、社会保障行政への国民・住民の参加が、民主政原理との関係で積極的意味を有することを否定せず、むしろ前者を後者の補完として、あるいは前者を後者の具体化として論ずるが、そもそも間接民主制において、参加は必ずしも議会の代表機能を補完・強化するものと考えられてきたわけではなく、むしろ両者は緊張関係に立つと考えられることすらある。<sup>(61)</sup> しかし、先にみた各論者の主張において、かかる緊張関係が意識されないままに（少なくとも明示されないままに）、例えば社会保障の

保険者における「民主的」意思決定ないし参加が論じられている。<sup>(4)</sup>したがって、まず、行政参加一般に妥当するこの緊張関係が、社会保障行政の領域においてはいかに解消されるのが、まず問われなければならない。その上で初めて、倉田が提示した「保険集団内の民主的な決定の在り方についての法理論的な規範形成」という課題を検討することが可能となる。民主政と参加との間の緊張関係をいかに理解するかによって、参加のあり方、ひいては保険者内部の意思決定のあり方への法的要請は異ならざるを得ない。したがって、本稿においては、参加と民主政の関係を整理した上で、保険者の意思決定のための組織および手続に対する法規範的要請を、被保険者の参加とのかかわりにおいて、行政法学の立場から説明していくことを第一の課題とする。

第二に、「社会連帯」との関係において「個人」と「社会」の緊張関係をいかに理解するかという問題である。この問題は、前述の通り、社会保障法学において従来あまり意識されていなかったところであるが、「社会連帯」をめぐる菊池と倉田を中心とする論争の中で大きな論点となった。<sup>(5)</sup>その論争の中で、倉田は、「社会連帯」の問題の本質が、再分配のための強制の契機それ自体というよりも、むしろ強制を伴う決定の手続と実体の両面における正当性・合理性如何にあることを指摘した。この指摘をさらに敷衍すれば、「社会連帯」に向けられる批判は、強制的負担の決定過程が「国家」におけるそれよりも格段に不透明であり、決定手続の公正さと決定の結果としての負担内容の正当性が疑われることを問題としていることになろう。菊池も、再分配そのものについては中立的立場をとることを考慮すれば、<sup>(6)</sup>「社会」集団の意思決定への「個人」の公正な「参加」という手続により、集団内部における個人の「主体性」あるいは「自律」をいわば「回復する」理論的可能性は、「社会連帯」のもつ強制の契機に対する菊池の批判に対して有効な反論となりえよう。しかし、以下で述べるように、そのみでは十分ではない。

筆者は、社会保障における有効な再分配のために強制の契機が必要であることを否定せず、その根拠を「社会連帯」の理念に求めることもまた否定しない立場であり、したがって、倉田と基本的方向性を同じくするものである。しかし、「社会連帯」に内包される危険性に対する菊池の前述の批判の意図については十分首肯可能であり、したがって、その点に対するより踏み込んだ応答が不可避なものとして要請されていると考える。すなわち、ここでは「個人主義と両立しさらに個人主義の前提・下支えとなる社会連帯がいかなる条件の下で成立するか」<sup>(6)</sup>が問われるのであり、具体的に「個人」の自由ないし利益が「社会」の利益にいわば「埋没」してしまわないためには、「社会」集団の意思決定過程において、いかなる法制度上の予防措置が講ぜられるべきであるかという点が、民主政原理および法治国家原理から問われなければならない。<sup>(6)</sup>したがって、これを本稿の第二の課題とする。

### 第三節 比較法研究の対象国

上記二つの検討課題を検討するために、本稿では比較法研究の対象国としてドイツを選択し、社会保障である法定疾病保険 (*gesetzliche Krankenversicherung*) (以下、「疾病保険」という) における保険者の自治 (以下、「保険者自治」という) の意思決定システムを素材として、保険者の意思決定への被保険者の参加をめぐる問題状況を明らかにする。ドイツの社会保障は、社会扶助 (*soziale Fürsorge*)、社会保険 (*soziale Versicherung*)、社会援護 (*soziale Versorgung*) に大別され、その中心は社会保険である。わが国の公的医療保険にあたる疾病保険を含め、社会保険 (疾病保険、介護保険、年金保険、労災保険、失業保険) の担当機関は、共通して国家とは独立の法人

格を有する「自治を備えた、公法上の権利能力ある社团」であり（社会法典四編二九条一項）、その運営は、選出された原則同数の雇用者および被保険者の代表によって構成される自治機関によって行われる（同二九条二項、三一条）。自治機関は、法律の範囲内で自主法である規約（Satzung）を制定し、法律、規約およびその他の法に従って保険の運営を行い（同二九条三項、三〇条）、その業務遂行は適法性審査に限定される国家監督に服する（同八七条一項）。今ではすべての社会保険に共通する運営原則となっている自治は、元来、ビスマルク社会保険立法のうち疾病保険に固有の運営方式であり、疾病保険の保険者である疾病金庫（Krankenkasse）（社会法典五編四条）の自治は最も長い伝統を有する<sup>74)</sup>。

本稿において、かかる内容をもつ疾病保険における保険者自治を素材に参加を検討するのは、以下の理由による。第一に、保険者自治は、保険者という、国家行政機関とは区別された、保険当事者から構成される団体内部における被保険者という「個人」の参加を前提とすることから、この具体的法制度の検討は、本稿における検討課題の一つ、すなわち「社会連帯」との関係において、「個人」の自由ないし利益と「社会」の利益との間の緊張関係をめぐる問題について考察を進める上での具体的な手がかりを供するものと思われるからである。第二に、ドイツ公法学において、疾病保険を含めた社会保険の自治に関する理論的な検討が進んでいるからである。疾病保険における保険者の自治を含め、一九世紀初頭のゲマインデ法に歴史的源泉を有する自治は、執行権に属するものであると理解されており、したがって行政法学あるいは国法学の検討対象となる。しかし、地方自治や大学の自治に比べて、疾病保険における自治はそれらの学問的検討対象となることが少なく、むしろ社会法学または社会学の検討対象であった。かかる状況に対して、とりわけここ二〇年の間に大きな変化が生じた。一九八〇年代以降、行政組織のあり方に対して憲法が有する規範的要請、とりわけ民主政原理からの要請についての研究が

活発となり、議論および判例が蓄積された（行政組織の「民主的正統化（demokratische Legitimation）」をめぐる議論<sup>(7)</sup>）。その中において、疾病保険を含む社会保険における自治は、それが国家権力の正統化主体たる国民総体以外の特定の当事者集団による国家権力行使にかかわるものであるために、その民主的正統化が問い直されることになったのである。そこでは、雇用者および被保険者の参加に基づく保険者の自治組織の構成および意思決定手続のあり方に対する法的要請が、民主政原理との関係において検討されており、かかる議論からは、本稿におけるいま一つの検討課題、すなわち民主政と参加の緊張関係の整理、さらにそれに基づく保険者の意思決定のための組織および手続に対する法規範的要請の解明において、理論的示唆を得ることができよう。以上が、本稿においてはドイツ疾病保険における保険者自治を素材として取り上げる理由である。

先行業績との関係において本稿が有する意義は、以下の通りである。第一に、ドイツ疾病保険における自治に関する法律学者による研究としては、社会保障法学における倉田聡と笠木映里の業績が挙げられる。まず、倉田は疾病保険における保険者自治について、とりわけ国家からの法的独立性の観点から制度史をあとづけ、疾病リスクへの備えという事柄に対する国家関与のあり方の変化をたどることによって、この分野における国家観の変遷を明らかにしようとする。さらに保険者自治がいかなる人的集団により担われてきたかという点にも着目し、その時代ごとの変化を追う<sup>(8)</sup>。したがって、倉田は保険者自治における被保険者の参加という側面も検討するのであるが、本稿が検討課題として挙げるような、保険者自治が被保険者の参加との関係で内包する法的諸問題を理論的に検討するものではないという点において、本稿とは検討視角を異にする。次に、笠木は公的医療保険の給付範囲について、日本、ドイツおよびフランスを対象とする比較法研究の中で、ドイツ疾病保険における自治のうち、保険者自治を基礎として成立する「共同自治」をとり上げる<sup>(9)</sup>。そして、共同自治により制定される諸規範



の法的性格と制定手続を分析した上で、共同自治の性格と意義を明らかにしようとする。したがって、本稿の検討対象が、共同自治の基礎を構成しつつもそれとは区別される保険者自治であるという意味において、検討対象を異にする<sup>(8)</sup>。

第二に、行政組織の民主的正統化の理論については、まず、憲法学において同理論をめぐるドイツ公法学の議論状況を検討する毛利透の業績がある。そこにおいては、同理論の内容それ自体が検討され、したがって、具体的に疾病保険における保険者自治との関係において同理論を検討する本稿とは、いわば総論と各論の関係をなすといえる。次に、行政法学において連邦憲法裁判所の判例を検討する太田匡彦の業績がある<sup>(9)</sup>。その検討対象は、連邦憲法裁判所の判例における同理論の展開過程であり、かつ、そこで取り上げられる判例に、本稿で検討する保険者自治を含めた疾病保険における自治の上位概念である「機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung)」に関する判例は入っていない。本稿は、太田が扱わなかった機能的自治に関する判例も検討するものであり、この点において補完関係をなす。さらに、機能的自治に属する個別の自治を民主的正統化の理論との関係で検討する数少ない研究として、薄井一成の業績が挙げられる<sup>(10)</sup>。これは、本稿とは検討対象とする自治の種類を異にするが、機能的自治の多様な発現形態の一部を明らかにするという点においては、共通性を有する。

本稿の構成は以下の通りである。まず、第一章において、ドイツ疾病保険における保険者自治の検討に入る前に、ドイツ公法学における自治概念の定義を明らかにする。なぜなら、疾病保険における保険者自治における自治概念は、公法学における自治概念の借用概念であり、前者を取り扱う前提として、後者の内容を明らかにしておく必要があるからである。次に、第二章において、疾病保険における自治の法制を概観した上で、保険者自治がいかなる理由からその存在を正統化されるのか、すなわち実定法上の根拠にとどまらない正統化根拠を明ら



かにする。そして、第三章において、前章において明らかとなった保険者自治の有する「公共善の具体化」という正統化根拠との関連において、保険者自治が民主政に基づく憲法秩序にいかに関与づけられるかという点を、民主的正統化理論を中心に検討する。最後に、終章において、以上の検討から明らかになった、ドイツ疾病保険における保険者自治を素材とする被保険者の参加をめぐる法的諸問題から、本章において挙げた二つの検討課題に対していかなる答えを導くことが可能か、そしていかなる課題が残されるのかを明らかにする。

なお、本稿は、筆者が目標とする社会保障行政への被保険者参加の法規範論形成のための基礎研究として位置づけられる。

## 注

(1) 社会保障が自由権行使の前提条件であることについて、ウルスラ・ケープル（西谷敏訳）「社会保障と市民の自己決定」松本博之、西谷敏編『現代社会と自己決定権——日独シンポジウム』（信山社、一九九七年）二九七—二八〇頁参照。

(2) 産業社会における自助の限界と社会保障との関係について、vgl. Hans-Dieter-Braun/Horst Jäger, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, 12. Aufl., Berlin 2005, S. 15ff.

(3) 国民皆保険の達成に至る立法過程については、新田秀樹『国民健康保険の保険者』（信山社、二〇〇九年）参照。

(4) 議会法律による規律範囲の限界から不可避的に生じる行政裁量の増大という生理現象と、行政権による国会支配という病理現象の客観的認識を踏まえた行政裁量の法的コントロール原理の提示を法治主義論の課題であると位置づけ、この課題へのアプローチとして国民の行政に対する参加および直接・間接の監視的機能による法治主義の補強の重要性を指摘するものとして、室井力編『新現代行政法入門（一）（補訂版）——基本原理・行政作用・行政救済』（法律文化社、二〇〇五年）二四—二五頁（紙野健二）地

方自治領域において、議会制民主主義および行政の公益代表能力の限界を指摘し、住民参加の必要性を論ずるものとして、田村悦一「地方自治と住民参加―住民参加の法律問題」公法研究四三号（一九八一年）一八五頁以下。

- (5) 法律の通用力に対する民主的・社会国家的要請につき、Friedhelm Hufen, *Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat*, SDRV Bd. 34 (1991), S. 50f.; Peter Badura, *Der Sozialstaat*, DÖV 1984, S. 497.

- (6) 「行政準則」の概念ならびにその民主的正統性および合理性の必要性について、市橋克哉ほか『アクチュアル行政法』（法律文化社、二〇一〇年）六三―六六頁〔本多滝夫〕。

- (7) 社会保障の権利を含めた社会権のもつ自由権と異なる特有性、すなわち、その権利主体と権利実現の方法に社会保障法における参加の特殊的根拠の一つを求めるものとして、遠藤昇三「社会保障における参加（権）の根拠について」前田達男ほか編『労働法学の理論と課題―片岡昇先生還暦記念』（有斐閣、一九八八年）五一七頁以下。

- (8) 社会法の規範化と同時に現れる「個人のイニシアティブおよび自己責任の弱化」を「社会国家的公益作用の不都合」として指摘するものとして、vgl., Reinhard Hendler, *Die Funktion der sozialen Selbstverwaltung im gegenwärtigen Sozialrecht*, SDRV Bd. 34 (1991), S. 75.

- (9) 制度の性質に応じた当事者参加の必要性について、嵩さやか「公的年金制度と当事者参加」駒村康平編著『年金を選択する―参加イニセンティブから考える』（慶應義塾大学出版会、二〇〇九年）一六三―一六四頁、一七八―一七九頁参照。

- (10) 給付手段の恒常的な改良という観点からは、給付提供者の行政過程への参加の要請も導かれる。筆者は、より有効な医療保険制度の運営のためには、被保険者のみならず、現物給付提供者の参加が重要な意味を有することを十分に認識するものであるが、被保険者の参加とは分けて論ずべき問題であると考えため、この点の検討については別稿を期する。

- (11) 「行政体」の概念、国および地方公共団体以外の行政体の多様性ならびに行政体性の個別具体的判断の必要性について、室

井・前掲書二六―二七頁参照。公共組合の行政体性の判断の基準について、塩野宏『行政法Ⅲ「第三版」―組織法―』（有斐閣、二〇〇六年）一〇五頁参照。塩野は公共組合の行政体性（塩野の用語では「行政主体性」）の判断基準として、強制加入および事業執行における公権力性の付与の重要性を指摘する。塩野の論理からすれば、この基準は公共組合に限らず、国民健康保険の保険者としての市町村および特別区ならびに特殊法人の行政体性の判断にも適用可能であると考えられる。そこで、公的医療保険の保険者の行政体性について、この基準に照らして考えると、第一に強制加入制については、すべての保険者に妥当する（国民健康保険法五条および一三条、健康保険法三条三項、船員保険法一一条、国家公務員共済組合法三七条、地方公務員等共済組合法三九条、私立学校教職員共済法一四条）。第二に事業執行における公権力性の付与については、さしあたり強制徴収および不服申立ての規定の有無から判断すると、まず、強制徴収について国家公務員共済組合法上規定が存在しないこと、および地方公務員等共済組合法上も一つの例外（同法一四四条の一四）を除き規定が存在しないことを除き、すべての保険者に規定が存する（国民健康保険法八〇条、健康保険法一八〇条、船員保険法一三二条、私立学校教職員共済法三一条および三三条）。次に、不服申立ての規定については、すべての保険者に規定が存在する（国民健康保険法九一条、健康保険法一八九条、船員保険法一三八条、国家公務員共済組合法一〇三条、地方公務員等共済組合法一七条、私立学校教職員共済法三六条）。強制徴収の規定が国家公務員法および地方公務員法上基本的には存在しない理由は明らかではないが、地方公務員法上唯一認められている強制徴収の規定が、「地方団体関係団体」の「団体職員」であることに鑑みれば、立法者は、統治団体が掛金または負担金の保険者への支払い者である場合には、強制徴収手続を想定していないことが推測される。この例外は、掛金等の支払い者が統治団体でもあるという特殊事情に起因するものであり、保険者の行政体性の判断それ自体に本質的な影響を及ぼすものではないと考えられる。したがって、保険者の行政体性を上記基準から判断する場合、すべての保険者に行政体性が認められると考えられる。

(12) 狭義における政策の企画・立案過程への参加には、行政計画策定過程への参加も分類されるが、医療保険領域の行政計画におい

て参加が制度化されているのは、現在のところもっぱら医療関係者に限られている。今後、地域住民などの意見反映措置を構ずることが検討されるべきとするものとして、菊池馨実『社会保障法制の将来構想』（有斐閣、二〇一〇年）一四〇頁。これに対して、社会福祉領域においては、二〇〇〇年の社会福祉事業法改正により、市町村地域福祉計画および都道府県地域福祉支援計画の策定過程への住民参加が法定された。地域福祉計画の概説として、武川正吾『地域福祉計画―ガバナンス時代の社会福祉計画』（有斐閣、二〇〇五年）、地域福祉計画における住民参加の意義と課題について、本多滝夫『地域福祉計画と住民参加』室井力編『住民参加のシステム改革―自治と民主主義のリニューアル』（日本評論社、二〇〇三年）一三三頁以下参照。

- (13) 保険者の意思決定機関の構成員の選出過程に被保険者個人が直接参加しうるのは、国民健康保険組合（国民健康保険法二六条）、健康保険組合（健康保険組合法一八条）、地方公務員等共済組合法上の一部の共済組合（地方公務員等共済組合法九条）に限られる。

これに対して、国民健康保険の保険者としての市町村・特別区（国民健康保険法二一条）、健康保険法上の保険者としての全国健康保険協会（健康保険法七条の一八）、船員保険の保険者としての全国健康保険協会（船員保険法六条）、国家公務員共済組合（国家公務員共済組合法九条）、地方公務員等共済組合法上の一部共済組合（地方公務員等共済組合法六条）、日本私立学校振興・共済事業団（日本私立学校振興・共済事業団法一八条）においては、意思決定機関の参与機関または諮問機関が設置され、その委員に被保険者の利益代表委員が入ることによって、被保険者の利益の反映を図るルートが存在する。しかし、この委員は主務大臣の任命によるなど、その選任過程への被保険者の関与が法的に保障されておらず、この点において被保険者の行政参加手段としては限界がある。

- (14) 中央社会保険医療協議会の組織構成については、社会保険医療協議会法を参照。同協議会への諮問事項については、同法二条一項が定める。

- (15) 市橋はか・前掲注(6)三四頁〔市橋〕は、行政手続法が経済活動を行う事業者のための手続法という特徴を顕著に有している旨

摘する。意見公募手続の対象も「命令等」（行政手続法二条八号イないしニ）に限定されており、規制的局面が念頭におかれている。

- (16) 常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』（有斐閣、二〇〇六年）一二六頁、角松生史「決定・参加・協働―市民／住民参加の位置付けをめぐる―」新世代法政策学研究四号（二〇〇九年）一五頁、二〇頁。

- (17) 豊島明子「パブリック・コメントの意義と課題」室井力編『住民参加のシステム改革』（日本評論社、二〇〇三年）一八九―一九〇頁。

- (18) 第一のルートで被保険者個人に保険の管理・運営への参加が法律上保障されている場合であっても、法律の規定が労使双方に公平なものとなっているか、さらに、実務上選挙手続が適法かつ公正に行われているかという点をめぐっては、問題が指摘されている。前者について、小川政亮『権利としての社会保障』（勁草書房、一九六四年）一五六頁は、当時の健康保険法施行令（現健康保険法二一条三項）が、健康保険組合における理事長を事業主選定議員たる理事の互選、すなわち事業主側からの選出によると規定することの問題性を指摘する。後者について、例えば、JMIU日本IBM支部（日本アイビーエムおよび関連会社の労働組合）のサイト（<http://www.jmiu-ibm.org/2008/08/63.html>）によれば、議決機関である組合会選挙において、選挙公示から立候補の締切りまでの期間が十分に確保されないこと、立候補のために必要な推薦人数が高く設定され、立候補の障害となっていること、選挙人名簿が公開されないために立候補者の趣意書の配布が容易ではないことなどの問題がある。なお、上記URLは二〇一一年九月三〇日現在のものである（以下、すべてのURLについて同様）。

- (19) 日本医療政策機構が実施した「日本の医療に関する二〇一〇年世論調査」（[http://www.hgpi.org/report\\_events.html?article=47](http://www.hgpi.org/report_events.html?article=47)）において、「制度決定への市民参加の度合い（制度に国民の声が反映されているか）」の項目についての満足度は、「大いに不満」が二〇パーセント、「やや不満」が六四パーセントにのぼり、八割超の回答者が何らかの不満を抱えていることがわかる。

- (20) 建議書「今後の医療保険制度のあり方と平成九年改正について（平成八年十一月二十七日医療保険審議会）」（週刊社会保障一九一六号一五頁以下）においては、「二世紀初頭を目指すべき医療保険制度の姿」として挙げられた基本的方針の一つである「安

定した運営ができる医療保険制度の確立」という項目の下で、「保険者の機能の強化等」が言及されている。そこでは、「医療保険制度における当事者の選択の比重を高める」という基本的観点が示された上で、保険者は、医療機関情報の被保険者への提供、医療機関の質の評価、保険者規模の適正化により、その「自律性」を高めるとともに、事業・事務の効率化を進めるべきことが述べられる。

- (21) 医療保険における「保険者機能」をめぐる全体的議論状況について、山崎泰彦・尾形裕也編著『医療制度改革と保険者機能』（東洋経済新報社、二〇〇三年）、佐々木貴雄「医療保険における保険者機能——リスクに応じた機能強化——」一橋論叢一三二・二卷二号（二〇〇四年）一五六頁以下、尾形裕也「保険者機能強化論の経済・政策学」遠藤久夫・池上直己編著『医療保険・診療報酬制度』（勁草書房、二〇〇五年）二一九頁以下を参照。

- (22) 広井良典『医療保険改革の構想』（日本経済新聞社、一九九七年）四三頁以下、八代尚宏「効率と質へのインセンティブを組み入れた医療制度に」[http://www.pfizer.co.jp/pfizerhealthcare/pfizer\\_forum/1997/1997\\_06.html](http://www.pfizer.co.jp/pfizerhealthcare/pfizer_forum/1997/1997_06.html)（一九九七年）。これに対して、佐々木・前掲注(21)は、日本の医療保険における保険者の特性、平等性の要請および疾病構造の変化を考慮すれば、医療財政の効率化は「医療費リスク」の削減ではなく、むしろその基となる「疾病リスク」の削減（一時予防を中心とした疾病予防）という方向において目指されるべきであるとする点において立場を異にする。

- (23) 保険者機能強化論が、厚生（労働）省内のみならず、むしろ内閣府の諮問機関において議論され、その答申を踏まえて決定される規制緩和に関する諸計画において積極的に推進されてきたという経緯から推察されるように、極めて政策的な色彩を帯びたものであったことにつき、尾形・前掲注(21)二二四—二二六頁参照。

- (24) 総合規制改革会議および規制改革・民間開放推進会議の諮問を経て決定された諸計画を受けて、厚生労働省は、「健康保険法第七十六条第三項の認可基準について」（平成一五年五月二〇日保発第〇五二〇〇一号厚生労働省保険局長通知）および「保険薬局

に係る健康保険法第七六条三項の認可基準等について」（平成一七年三月三〇日保発第〇三三〇〇〇二号）により、従来禁止されていた健康保険組合と保険医療機関・保険薬局の間におけるサービスや診療報酬に関する個別（割引）契約を解禁した。個別契約の締結には、医療へのフリーアクセスの要請と対立するおそれがあるため、当初、上記通知において、個別契約締結にはフリーアクセスを阻害しないことを証明する資料提出が条件付けられていた。しかし、その後、この条件が個別契約の締結推進の障害となっているとされ、提出資料の内容の簡素化・簡便化が図られた。

保険者機能強化は、現在もなお、内閣総理大臣の下におかれる政府・与党社会保障改革検討本部（二〇一〇年一〇月二八日設置）において議論されており、同検討本部が決定した「社会保障・税一体改革成案」（二〇一一年六月三〇日）にも盛り込まれている。その内容は、保険者の規模拡大による財政基盤の強化および短時間労働者に対する被用者保険の適用拡大といった保険者の再編にかかわる事項を中心とする。

(25) 行政の公共性および効率性と業務の公共性および効率性の区別について、室井力「行政の公共性と効率性」同『行政の民主的統制と行政法』（日本評論社、一九八九年）二二八頁以下参照。

(26) かかる観点からは、尾形・前掲注(2)二三二―二三四頁が、保険者機能強化論がこれまで技術的論点に偏って展開される傾向にあったという認識に立ち、「単なる保険者の個々の『機能』を問題にするだけではなく……むしろ保険者が医療サービスの需給関係において全体として責任ある『当事者』としてその役割を果たしていくことが求められている」という意味において「保険者当事者論」を展開する必要性があるとし、「empowerment（患者、被保険者の権限の拡大）」のための保険者の役割が、特に負担についての合意形成、医療サービス内容の決定への患者・被保険者の意向反映において重要であると指摘する点が注目される。

(27) 地方自治領域における住民参加に関する論稿は数多いが、さしあたり、室井・前掲注(2)所収の諸論文、田村・前掲注(4)、北村喜宣『分権改革と条例』（弘文堂、二〇〇四年）二五八頁以下を参照。

- (28) 榊原秀訓「討議民主主義と参加制度」室井力先生古稀記念『公共性の法構造』（勁草書房二〇〇四年）七一頁以下、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、二〇〇八年）二八九頁以下。
- (29) 社会保障行政における被保障者の手続的権利に関する問題は、従来、主として法治主義に基づく権利利益の防御あるいは適正手続原則の観点から検討されてきた。例えば、大沢光「ドイツ社会法における受給権者の協力義務の法構造（一）」（三）完」法政論集一七二号（一九九八年）一一五頁以下、一七四号（同年）一七七頁以下、一七五号（同年）二五三頁以下、簡玉聰「アメリカ社会保障行政における聴聞手続の法構造（一）」（三）完」法政論集一八八号（二〇〇一年）八一頁以下、一八九号（同年）四〇三頁以下、一九〇号（同年）二六九頁以下。
- (30) 小川・前掲注(8)一二四頁。
- (31) 同上二二五頁。
- (32) 同上二五五頁。
- (33) 「下からの『社会権』論については、中村睦男『社会権法理の形成』（有斐閣、一九七三年）二九四―二九九頁、同「社会権再考」企業と法創造二二号（二〇一〇年）六四頁以下参照。
- (34) 中村・前掲注(33)「社会権再考」六九頁。
- (35) 「社会的民主主義」の概念およびその類似概念である「社会民主主義」との区別について、只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社、二〇〇六年）二九一頁以下参照。
- (36) 中村・前掲注(33)社会権法理の形成九七頁。
- (37) 遠藤・前掲注(7)五一八頁。
- (38) 同上五二九―五三〇頁。



(39) かかる理解の基盤には、「人間の尊厳の原理」を「国家と社会の構成及びその活動を実体・手続両面で拘束するとともに、人間の真の主体性を厳しく要請するもの」（同上五二三頁）であるとする解釈があると思われる。

(40) 中村・前掲注(33)社会権法理の形成三〇〇頁以下参照。

(41) 遠藤・前掲注(7)五二七—五二八頁。

(42) もっとも、菊池は「社会保障法関係における『個人』に焦点を当てる筆者の立場を前提としても、狭義の国家（中央政府）と個人との中間領域にある様々な共同体ないし社会を、社会保障に関与する法主体として認めないことを意味しない」（菊池馨実「社会保障の法理念」（有斐閣、二〇〇〇年）二五四頁）とする。しかし、そこにおいて「社会」はあくまで「個人」の人格的「自律」という規範的価値と相容れる範囲において認められるものであると考えられ、その意味においては「国家」および「個人」と同列に位置づけられてはいないといえる。

(43) 倉田聡『医療保険の基本構造—ドイツ疾病保険制度史研究—』（北海道大学図書刊行会、一九九七年）、同『社会保障の構造分析—社会保障における「連帯」のかたち』（北海道大学出版会、二〇〇九年）。倉田の見解は、ドイツ・リベラルのうち「新傾向」（栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号（一九七六年）七六頁以下）と呼ばれる理論傾向に影響を受けているものと思われる。なお、社会保障法における「社会」を重視する点において倉田と同様の見解に立つものとして、加藤智章『医療保険と年金保険—フランス社会保障制度における自律と平等』（北海道大学図書刊行会、一九九五年）がある。

(44) 菊池・前掲注(42)一四四頁。

(45) したがって、菊池馨実「社会保険か税か」法学教室二五一号（二〇〇一年）一〇八頁は、「一般の政治的意思決定システムとは切り離された社会保険という独自の民主的参加ないし意思決定システム」としての「保険者自治」を、「個人による重層的な意思の反映」という側面から積極的に評価する。

(46) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析四九頁。

(47) 同上二九—三二頁によれば、かかる見解の背景には、「福祉国家」批判が「個人」の自己責任論と「市場」化に直結されやすい近年の政策傾向に対して、「『社会』関係」に基づく「連帯」を前提とした「社会」による行政任務遂行という選択肢を打ち出そうとする意識がある。

(48) 同上五〇頁。

(49) 同上二七—三二頁によれば、倉田は遠藤博也の「社会管理機能」論に依拠しており、「行政」の範囲を、公務員制度によって形成される行政組織に限定しない立場である。もっとも、「社会管理機能」を担う主体は「行政」のうち、どこまでが「国家」またはそれと区別される「社会」と認識しているかは明らかではないが、少なくとも現在の公的医療保険の保険者については「国家」と区別される「社会」の側において「社会管理機能」を担う「行政」として位置づけられているといえる。

(50) 同上五二頁。

(51) さらに、社会を広義に捉えれば国家レベルの連帯が問題となりうる。例えば、二〇〇六年に独立した高齢者の医療制度財政を現役世代が支える仕組みは当初「連帯保険料」と称されていた。菊池がかかる「連帯」の理念による負担強要に警戒感をもっていることにつき、同上三七—三八頁。

(52) 菊池・前掲注(2)三七—三八頁。菊池が利益代表にとどまらないより普遍的な市民参加を視野に入れていることについて、同上三二九—三三〇頁、駒村康平・菊池馨実編『希望の社会保障改革―お年寄りに安心を・若者に仕事を・子どもに未来を』（二二〇〇九年、旬報社）二一九—二二二頁参照。したがって、菊池の立場から社会保障における「連帯」がなお敷衍されるとすれば、それは「個人」から出発するかたちをとることになる。社会民主主義を支える伝統的な連帯の基盤の揺らぎを踏まえた新たな連帯のかたちの模索について、近藤康史「社会民主主義と連帯の政治―『個人の連帯』に向けて」宇野重規編『政治の発見第四巻 つながる―

社会的紐帯と政治学』(二〇一〇年、風行社) 一一六頁以下参照。

(53) 菊池馨実「社会保障の法理念」法学教室二五三号(二〇〇一年) 九一頁。

(54) 菊池・前掲注(12)二九—三〇頁。

(55) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析二〇七—二一〇九頁。

(56) 菊池・前掲注(12)五八—六一頁。

(57) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析五二頁。

(58) 菊池・前掲注(12)三七頁。

(59) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析五二頁。

(60) 菊池・前掲注(12)六〇頁。

(61) 榊原・前掲注(28)七四頁。

(62) 前述の先駆的諸業績のみならず、倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析二〇九—二一〇頁、菊池・前掲注(45)一〇八頁もまた、参加と民主政の緊張関係を十分意識しているとはいえない。

(63) 倉田は、自らが提示した課題について、「保険者の保険料決定等に関する民主的な決定＝保険者自治を担保する法理論として、抽象的には、労働組合について提唱された『公正代表義務』的な思考様式が求められるのではないか」(倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析二一五頁)として、道幸哲也「労働組合の公正代表義務—新法理への模索」日本労働法学会誌六九号(一九八七年)一六頁を参照する。

(64) 社会保障法学において菊池が展開する「個人」の尊重を強調する議論が、憲法学のほか、労働法学および民法学など他の分野においても展開されている状況について、押久保倫夫「個人の尊重…その意義と可能性」ジュリスト二二四四号(二〇〇三年) 一三

頁以下参照。

(65) 菊池・前掲注(2)一六頁。

(66) 例えば社会保険において労働組合組織を通じた集团的権利を構築する場合、組合内部において指導部によるバターナリスティックな利益集約が容認される傾向にあることを指摘するものとして、西原博史「自治と自律と社会権―生存権の権利主体の立ち位置をめぐる―」企業と法創造二一〇(二〇一〇年)八五頁参照。このことは、菊池の懸念がまさに現実のものとして現れていることを示しているといえる。さらに、労働組合に組織されない被保険者の利益の反映の要否という問題も理論的にはもとより潜在する。この点に関して、公的年金保険制度の運営管理における当事者参加の構想において、受給権者および非被用者など未組織の分散的集団の利益を代表することの困難性を指摘するものとして、嵩・前掲注(9)一七八頁。

(67) 太田匡彦「社会保障受給権の基本権保障」が意味するもの―『憲法と社会保障』の一断面―法学教室二四二号(二〇〇〇年)一二二頁。

(68) 本来、かかる予防措置については、訴訟を含めた包括的な検討が不可欠であるが、本稿においては主題との関係において、さしあたり民主的正統化とかかわる範囲においてのみ、法治国家原理に基づく予防措置を検討することとし、訴訟による保険者からの構成員の権利利益の保護については別稿を期する。

(69) この論点に関する政治学における議論として、齋藤純一・宮本太郎「対談 自由の相互承認に向けて」齋藤純一編『自由への問い 社会統合―自由の相互承認に向けて』(岩波書店、二〇〇九年)一五―一七頁は、個人の自由を犠牲にしないかたちで有意に個人を社会に統合する可能性を、民主主義に即したアソシエーションの再生という方向において模索する。同じく政治学において、労働組合を未組織者労働者のみならず社会運動・市民運動へと開かれた組織へと再編する途を模索する動きとして、新川敏光・篠田徹編著『労働と福祉国家の可能性』(ミネルヴァ書房、二〇〇九年)三二六頁参照。

(70) ドイツ社会保険における自治について、さしあたり以下の文献を参照。包括的研究書として、Dieter Leopold, *Die Selbstverwaltung der Sozialversicherung*, 6. Aufl., Sankt Augustin 2008. 社会保険における自治の法制に関する簡潔な紹介として、Ulrich Becker, *Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung*, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 3. Aufl., Baden-Baden 2003, S. 225ff.; Friedhelm Hase, *Soziale Selbstverwaltung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, S. 1775ff. 社会保険における自治の概念について、Reinhard Hendler, *Organisation und Selbstversicherung*, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 2. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1996, S. 207ff.

(71) もっとも、一九九〇年代以降、疾病保険制度の従来の基本要素にかかわる重大な変更を伴う法改正が相次いでおり、保険者自治もその例外ではないが、保険運営が基本的に雇用者および被保険者によって担われるという原則には変更はない。ドイツ疾病保険制度の歴史、内容および近年の改革動向を含めた概説として、vgl. Ingwer Ebsen/Franz Knieps, *Krankenversicherungsrecht*, in: Maydell/Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 3. Aufl., S. 813ff. 二〇〇七年に施行された疾病保険法競争強化法 (*Gesetzliche Krankenversicherung- Wettbewerbsstärkungsgesetz*) の内容については、vgl. Horst Matburger, *Gesetzliche Krankenversicherung vor und nach der Gesundheitsreform 2007*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007. 日本の研究者による制度改革の紹介と分析として、松本勝明『社会保障構造改革』(信山社、一九九八年)、同『ドイツ社会保障論——医療保険——』(信山社、二〇〇三年) 三二頁以下、倉田聡『ドイツの医療改革の軌跡——二〇〇四年改革から二〇〇六年改革へ——』クォーターリー生活福祉研究六〇号(二〇〇七年)一頁以下、土田武史『ドイツの医療保険における「連帯と自己責任」の変容』早稲田商学第四二八号四一頁以下(二〇一一年)参照。

(72) 民主的正統化論は、連邦憲法裁判所裁判官を務めたベッケンフェルデが提唱した民主政理論であり、一九九〇年代の連邦憲法裁

判所判例において支配的となった。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 429ff.

(73) 倉田・前掲注(43)医療保険の基本構造。

(74) 笠木映里「公的医療保険の給付範囲(二)——比較法を手がかりとした基礎的考察」法学協会雑誌一二四巻一号(二〇〇七年)六二頁以下。「共同自治」(gemeinsame Selbstverwaltung)とは、疾病保険において、法律上の規定(保険事故、給付類型、給付の際に遵守されるべき準則)を具体化し、給付の範囲と方法を定めるために、保険者である疾病金庫と医療供給者側の連合組織(いずれも自治主体)との間で諸規範を制定することである。法律より下位のこれらの規範は、契約、規約および法律上の規定を通じて、医療提供者および被保険者に対する法的拘束力を有し、疾病金庫に対する被保険者の給付請求権を具体的に形成するものと解されている。共同自治については、vgl. auch Hase, a. a. O., S. 1183f.

(75) なお、筆者は共同自治についての別稿を予定しているが、その内容は共同自治による規範制定の憲法および行政法的な秩序付けに関する議論を扱うものであり、したがって、やはり笠木とは検討の視点を異にする。

(76) 毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢一五二巻三号(二〇〇三年)一頁以下。

(77) 太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化(demokratische Legitimation)思考の展開——BVerfGE93, 37まじ」樋口古稀『憲法論集』(創文社、二〇〇四年)三二六頁以下参照。

(78) 地方自治が地理的領域と任務の幅広さに関連付けられるのに対して、機能的自治は立法府により創設および配分された特定の公的任務に関連付けられた当事者集団が、自ら参加し、自らの責任において行う分権的行政類型である。機能的自治のカテゴリーには、本稿において扱う疾病保険における自治のほか、大学の自治や職業組合の自治など多様な種類の自治が属する。機能的自治の概念について、vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status-verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen

1997, S. 54ff. なお、本稿第一章注(74)も参照。機能的自治の形態の多様性については、vgl. Ebenda, S. 30ff.

(79) 薄井一成「ドイツ商工会議所と自治行政―公共組合の法理論―」『橋法学』二巻二号（二〇〇三年）一五七頁以下。

(80) Leopold, a. a. O., S. 68.

## 第一章 公法学における自治概念の定義

ドイツ疾病保険における保険者自治の検討に入る前に、「自治」概念を明らかにする必要がある。法領域としての社会法は公法に分類され、行政法各論の一部を構成するものである。<sup>(74)</sup>したがって疾病保険を含む社会保険における自治概念は、一九世紀プロイセンにおけるゲマインデ法に由来する公法学上の自治概念の借用概念である。<sup>(75)</sup>もともと、自治概念は個別分野に合わせて内容形成(Ausgestaltung)されているため、両者は同置されえず、比較可能であるにとどまる。<sup>(76)</sup>しかし、前者が後者の借用概念である以上、公法学において自治概念の本質的要素がいかに理解されているかを把握することは不可欠であると思われる。ドイツにおいて「国法および行政法学説は、統一的自治理解に基づいているわけではない。自治現象の事実に即した把握と評価のためには、制度史および理論史への回顧が不可欠である」<sup>(77)</sup>ことが指摘されている。したがって、以下では自治概念の展開を跡付けながら、多様な観点から定義されている自治概念を整理した上で、現在の公法学における自治概念の定義に関する共通認識がいかなるものであるかを検討する。

## 第一節 初期自治構想における参加志向

### 一 自治の制度的端緒

自治の歴史的源泉は、ゲマインデ法にあるとされ、一八〇八年一月一九日に公布された、いわゆる「シュタイン都市法」(以下「都市法」という)<sup>(5)</sup>が近代的自治の原型であるとされる。<sup>(6)</sup>F・シュタイン(Freiherr vom Stein)は、プロイセン絶対主義の最盛期におけるフリードリッヒ大王の内政に関して、慈悲的、文化的、財政的側面における統治能力を積極的に評価しつつも、統治機構の不備と臣民の精神的受動性については克服すべき課題であるとした。<sup>(7)</sup>背景には、プロイセンの対ナポレオン戦争における敗北と、それがプロイセンに提起した国民形成の課題があった。F・シュタインは、プロイセンを強力な中央集権国家として再建するために、都市法により地方自治を整備し、自由な市民の公共心を涵養しようとした。<sup>(8)</sup>同法の前文において、かかる国家政策的観点が明示されている。すなわち、「市民に公共団体(Gemeinwesen)の行政への積極的な影響力を付与すること、およびこの参加により公共心(Gemeinsinn)を喚起し、維持することの必要不可欠性」が強調された。同法は、第一に、プロイセン絶対主義においては「行政国家」といわれるように、行政がポリツァイとして国家に集中していたところ、ポリツァイをゲマインデ事務とそれを除く狭義化されたポリツァイに分化し、プロイセン地方自治の原理となる都市行政の二重構造を成立させた。<sup>(9)</sup>これにより、都市は市民により構成・運営される「市民ゲマインデ(Bürgergemeinde)」となり、都市行政は「共同組織に関する業務」たる「ゲマインデ事務」と狭義のポリツァイとに明確に峻別され、前者は都市団体に委ねられた。第二に、都市住民は、市民権の保有を基準として市民(Bürger)とそれ以外の被保護者(Schutzverwandte)に分けられた。<sup>(10)</sup>収入等に関する要件を満たす市民には、



議決機関である市議会（*Stadterordnetenversammlung*）の選挙権および被選挙権が付与され、市議会は執行機関である市参事会（*Magistrat*）を市民の中から選出し、特定の重要な行政任務を遂行するために設立される行政委員会（*Deputation, Kommission*）にも市議を選出した。行政委員会は、市議のほか、市参事および両機関により選出・承認された市民から構成された。第三に、市民の参加に基づくゲマインデ行政に狭義ポリツァイ以外の公共事務の権限が付与されたことに対応して、都市団体に対する国家の監督権が規定された。<sup>(14)</sup>なぜなら、F・シュタインの主張する「行政への市民の参加」は、あくまでも列強に対抗しうる国家形成という目的を達成するために必要な範囲にとどまるものでなければならなかったからである。<sup>(15)</sup>

F・シュタインの改革は、地方自治制—もともと都市法条文およびF・シュタインの用語法において「自治（*Selbstverwaltung*）」はなお現れていないが—の導入や封建的身分制度の改革等によりプロイセンの自由主義的近代化を目指すものであったため、完成を前にして保守的ユニカーに阻まれた。改革は後にハルデンベルク（*K. A. v. Hardenberg*）に引き継がれたが、ウィーン会議以降の政府の反動化によって完全に止められた。<sup>(16)</sup>しかし、F・シュタインの改革構想は「今日の自治理解を顧慮すれば、社会（*Nation*）」がより強く公的任務に参加するという政治的思想に基づいている事情は特別の注目に値する」—それがなお身分制原理に基づいたものであるにしても—ことが指摘される。<sup>(17)</sup>

## 二 自治の理論的端緒

自治の法制度的端緒が一九世紀初頭の都市法に求められる一方、自治の現象に対する学問的・理論的な取り組みは、一九世紀半ばになって初めて始まった。そこで重要な役割を果たしたのは、L・シュタイン（*Lorenz von*

Stein)、グナイスト (Rudolf von Gneist) およびギールケ (Otto von Gierke) の理論である。<sup>(18)</sup> いわゆる「三月前期 (Vormärz)」における反動政府とそれに抗する自由主義者との対立の中で、自治は他の諸制度と同様に国家と社会の二元論の中に入り、社会 (第三階級である市民階級) は、ゲマインデの自治を社会が当然に享受すべきものであると主張した。国家と社会の緊張関係は、一八四九年三月二八日公布の通称「フランクフルト憲法」による立憲主義の一般的採用により、市民階級が国家の共通秩序内部に確固とした地位を占めたことにより初めて克服された。もつとも、同憲法は、プロイセン国王が皇帝位への推戴を拒絶したことにより実効をみなかった。以上のような憲法的大きく憲法政治的状况に結びつけられ、自治は国家と市民社会の間を結びつける要素とみなされるようになった。<sup>(19)</sup>

国家と社会の分離を前提に、かかる考え方を明確にしたのが L・シュタインである。L・シュタインの本質的関心は、とりわけ、立法の領域へと方向付けられた立憲主義の自由を、体系的に君主制行政に拡張することであり、憲法上定められた立法権への国家市民の参加が、自由の原理の第二の適用、すなわち国家市民が執行権へも参加することによって補完されるべきであると考えた。<sup>(20)</sup> なぜなら、L・シュタインは、資本・労働関係に律せられた近代「社会」の従属階級の経済的・人格的不自由に対峙して、個々人全てに自由と人格的發展の前提条件を提供すること、すなわち社会改良に、国家の理念あるいは使命があると理解した。したがって、国家の行政任務は、この前提条件を提供するために社会に介入することとなるのであるが (「社会行政」の観念)、この任務遂行には社会的・階級的諸対立の調整が不可欠となる。<sup>(21)</sup> そこで L・シュタインは、行政を「国家行政 (staatliche Verwaltung)」と「自由な行政 (freie Verwaltung)」に区別した上で、後者に「自治 (Selbstverwaltung)」を配置することにより、社会的・階級的な利害対立の調整と組織化の機能を期待した。<sup>(22)</sup> その際、「自治」は「自由な社

会の団体制度 (das freie gesellschaftliche Vereinswesen) 』と「国家行政」の中間的地位 (Mittenstellung) にあるとみなされている。<sup>(23)</sup> L・シュタインは、行政作用への国家市民の参加を自治原理の助力によって組織的に確立しようとした。<sup>(24)</sup>

これに対して、グナイストは、L・シュタインと同様に国家と社会の分離を前提として、自治概念にとって「中間的地位」が決定的に重要であるとしつつも、独自の自治構想を主張した。<sup>(25)</sup> 憲法闘争期には反政府主義者であったグナイストは、一八六八年の普墺戦争におけるプロイセンの勝利による事後承諾法の成立と憲法闘争の終結によりビスマルクの軍事官僚国家制政策に対する国内の自由主義勢力の敗北が確定すると、分裂した自由主義勢力の右派を結集して国民自由党を結成し、ビスマルク体制との妥協を図った。グナイストは、一方における反動政権のもと封建ユンカーの保守性および官僚制専制、他方における三月革命期のラディカルな民主主義との対抗関係の中において、学問的支柱を一八世紀イギリスにおける名誉職的貴族支配を軸とする憲法構造に求めた。イギリスにおいては、産業革命以来の社会変化に伴って下院が民主化の基盤の上に拡大されていたが、グナイストはかかる現実を認識しつつも、意図的に純粋な貴族主義の残った上院を下院の「対重」として理解し、かかる上院の貴族主義を地方レベルにおいて担う名誉職の自治 (selfgovernment) を下院を抑制するものとして位置づけた。グナイストが取り入れようとしたイギリスの自治とは、主にジェントリー層によって担われていた治安判事制であり、プロイセンにおいて治安判事を国王の任命をもってユンカー層に名誉職として引き受けさせ、公共のための義務を負うとともに封建的特権の放棄を強いることによって、封建社会と産業社会の双方に優越する、高次の国家思想を具体化する統治階層とすることが目指された。<sup>(26)</sup> そこで、自治の対立する二つの契機として、公権的 (官憲的) 自治 (obrigkeitliche Selbstverwaltung) と、経済的自治 (wirtschaftliche Selbstverwaltung) とが措定され

る。グナイストにとって自治とは「国家の任命する職員が国家により強制された名譽職として行う国家事項の管理」<sup>(29)</sup>であり、この所有階層の国家行政への関与により、社会が国家により統合されると考えられ、これが公権（官憲）的自治にあたる。<sup>(30)</sup>他方、ゲマインデ議会の統制可能な経済的自治は、財政統制機能に限定され、経済社会への展開への対応、議会主義への一応の妥協を一定程度示すものにとどまっており、グナイストの自治理論の主たる対象は前者にあった。<sup>(31)</sup>グナイストは、「国家と社会の鋭い分離」の克服の際に、いかに社会の利益を国家に反映させるかを問うのではなく、国家の機能が社会に貫徹されるような制度を目指したのであり、<sup>(32)</sup>そこにおいて自治とは、主として名譽職者によるラント行政の国家機能のラント法律に基づく遂行であった。<sup>(33)</sup>グナイストにとって重要であったのは、名譽職を法律執行にひろく関与させることであり、このモデルの参加的志向は明白である。<sup>(34)</sup>

これに対して、ギールケは前二者とは異なり国家と社会の二元論を否認する理論的立場から、自治構想をゲノッセンシャフト（Genossenschaft）理論において展開した。<sup>(35)</sup>拡張する国家行政および国家官僚制に対抗して、ギールケは「尽きないゲルマン的結社精神」<sup>(36)</sup>を賞賛し、それを喚起する。<sup>(37)</sup>ギールケがかかる結社精神の具現化であるとはみなすゲノッセンシャフトとは、「部分の結合から全体へと、部分の集合とは異なる生命統一（Lebensinheit）」<sup>(38)</sup>を生み出す人的結合を特徴とする。<sup>(39)</sup>ここで重要であるのは「統一（Einheit）」の原理であるが、ギールケは、人的結合の構成員が、常にそのときどきの全体の利益のために、個人性と独自性の一部を放棄しなければならぬことを認識するため、同原理が単独かつ排他的に貫徹されることを否定する。すなわち、同原理と並んで、「より高次の統一に合流する、下は個々人に至るまでのすべてのより低次の統一の権利および自立性の思想、すなわち自由の思想」<sup>(40)</sup>が同列に存在することを主張する。この「自由の思想」によれば、国家に求められるべきは、「個人および団体に対して、それらの固有の生命領域を委縮させず、その限りにおいてただ補

完的にのみ活動する」ことである。ギールケが主張するこの「自由の思想」は、個人のみならず、国家内部の団体制度までも利するように拡張された、法的に保護された固有領域を求めるがゆえに、ギールケは自治を推奨する。ただし、その際、自治は無制限なものとしてではなく、あくまで国家統一体を脅かさない範囲において認められるべきものであるとされるため、国家監督による一定の拘束に服する。<sup>(41)</sup> もつとも、ギールケは、法治国家が「公的社団に対して、規則的に、それらの行為の適法性コントロールのみを主張する」とし、かかる法監督の構想を警察国家的後見実務に対する法治国家的対重とみなす。<sup>(42)</sup> 以上のような見解に立つギールケにおいて、自治とは「行動による市民的自由（*thätige bürgerliche Freiheit*）」<sup>(43)</sup>であった。この性格づけは、ギールケが、国家の干渉（*Ingerenz*）に対する抵抗へと方向付けられた古典的—自由主義的自由概念に、政治的参加という強力な要素を実装したことを示す。ギールケにおいて、自治とは、一方では国家官僚制の影響および統制に対する自由空間をつくり、そして他方で、公的任務の高権的遂行への個々人の参加を可能にするものであった。<sup>(44)</sup>

### 三 初期自治理論の特徴

以上から、L・シュタイン、グナイスト、ギールケが内容において著しく異なる自治の構想を有していたことが判明する。すなわち、L・シュタインとグナイストは、ともに国家と社会の二元論から出発しつつも、その克服の方向性において大きな差異を示したのであって、前者が社会の利益の国家への反映を目指したのに対して、後者は、国家機能の社会への貫徹を目指した。ギールケは、国家と社会に二元論を否認し、自治を行動による市民的自由の保障であると理解した。ここでは、自治解釈におけるかかる差異にもかかわらず、参加という要素がその中心にあるという点においては共通している点が注目されてよい。<sup>(45)</sup> 初期自治理論において、自治概念を

決定づける共通の要素は「参加」であり、その点において一八〇八年都市法からの連続性が示されているといえる。

## 第二節 法概念としての自治の形式化

### 一 「政治的自治」と「法的自治」

一九世紀の半ば頃におけるドイツの人口増大および国内の人口移動は行政事務を増加させ、農村から都市への人口移動と大都市化に伴う問題により生じた追加的行政事務は任務の分化をまねくとともに、任務の担い手として専門家を前提とするという特殊な性質をもつに至った。名誉職的行政というゲナイストの自治概念は、ゲマインデの事務が、その遂行において量・質ともに専門的能力を必要としないという前提においてのみ可能なものであったが、一九世紀末期の都市における現実には、もはやその前提に合致しなかった。<sup>(45)</sup> もつとも、市民の行政事務への名誉職的引き入れを絶つ必要はなく、それは国家およびゲマインデにおいてなお可能なままであって、実際に広く行われていた。しかし、これをなお自治の主要原理とみなすことはもはや困難であった。かかる状況を背景に、法実証主義の明らかな影響下において、ラーバント (Paul Laband) および彼の理論を体系化したロジン (Heinrich Rosin) によって団体的自治理論 (die korporative Selbstverwaltungstheorie) が主張された。<sup>(46)</sup> それによれば、自治とは、団体的構造をもつ権利能力ある団体による、それ自体としては国家の任務領域に含まれる行政事務の遂行であるとされた。自治概念は、もはや国家市民の参加と結びつけられず、権利能力ある団体と結びつけられた。<sup>(47)</sup> しかし、この自治概念の構成はゲナイスト的なそれを完全に排除するものではなかったので、二重の定義、すなわち名誉職的行政としての自治と団体的行政としての自治が生ずる。ロジンは、前者を「政治的自治

「politische Selbstverwaltung」または「市民的自治 (bürgerliche Selbstverwaltung)」(以下「政治的自治」という)、後者を「法的意味における自治 (Selbstverwaltung im Rechtssinn)」(以下「法的自治」という)と定義した。<sup>(53)</sup>これにより、自治の法概念は、第一に、自治が源泉的に有する参加政策的指向から分離されるとともに、第二に、地方自治領域から分離されて分権的行政組織構成の一般的に利用可能な原理となり、のちに経済や文化といった社会領域の規律のための構造的手段となった。<sup>(54)</sup>

## 二 法概念としての自治の形式的定義

一九世紀末期における法実証主義者による「政治的自治」と「法的自治」という自治の二元的理解と、法概念としての自治の後者への限定は、第二次世界大戦後の学説においてもなお受け継がれていた。<sup>(54)</sup>例えば、フォルストホフ (Ernst Forsthoff) は、政治的―法的と対置する用語法を批判しながらも、法概念としての自治を「それ自体として国家任務であるものの、公法上の社團、營造物および財団による遂行」であると定義した。<sup>(55)</sup> ヴォルフ (Hans Julius Wolf) も、法概念としての自治を「列挙的または包括的に委ねられまたは配分された固有の公的任務を、国家の下にある公行政の担い手または主体が、固有の名の下で、独立して、専門指示から自由に遂行すること」であると形式的に定義した。<sup>(56)</sup>

## 三 自治の法概念の形式化に対する批判

一九世紀末に実証主義法学者による自治の二元的理解は第二次世界大戦後の支配的学説において継承されたが、学界において異論のないものではなかった。<sup>(57)</sup> 例えば、シュイナー (Ulrich Scheuner) は、「ゲノッセン



シャフト的参加の放棄に反して、そしてフォルストホフが自治概念の完全な形式化の下で構想する、独立の法人による間接的国家行政の機能をもっぱら顧慮して……しかし私は、構成員の決定的な参加 (*die maßgebende Mitwirkung*) という要素を自治概念に関して固守したい」と主張した。<sup>(5)</sup> 法概念としての自治の形式化に対する一種の反動として、自治の実質的側面を強調する動きが引き起こされた。

かかる実質的自治概念を主張する論者は、自治の目的を強調する。例えば、プロイス (Ulrich K. Preuß) は、形式的自治概念に対して、「社会国家的自治」の概念を対置させた。<sup>(6)</sup> 彼は、社会国家的自治を「特殊な憲法上の正統性・責任性の領域」であると理解し、「その構想においては、名宛人の具体的な需要のための、政治的共同体の機関の行政組織から切り離された、基本的には規格化され得ない生存配慮の機能が、基本法二〇条二項、三八条一項の原理から逸脱して、完全または部分的に正統化された機関において民主的に行われる」とする。<sup>(7)</sup> もともと、プロイス自身が「社会国家的自治の担い手の具体的な組織的形整 (*Ausformung*) は「まだない」ことを認めるように、この自治の構想には法的に不明確な部分があり、法概念としては有用性が低い。<sup>(8)</sup> その意義は、むしろ自治の法概念の形式化に対するアンチテーゼとしての役割にあるといえよう。

これに対してベッカー (Erich Becker) は、自治の法概念をより具体的に構想した。それによれば、法概念としての自治は形式的意味と実質的意味において区別され、<sup>(9)</sup> 前者が「国家に組み込まれている公法人による公行政の遂行」にその本質があるのに対して、後者は「(分権により) 固有の責任において社会の任務を遂行する」という目的決定 (*Zweckbestimmung*) により、自治を行政形式以上のものに引き上げる」ものであるとする。<sup>(10)</sup> ベッカーは自治概念の定義に際して、自治の目的を顧慮する必要性を強調しつつも、正確な定義のためには形式的意味における自治の要素を放棄することなく取り込むこともまた必要であると考えた。ベッカーは最終的に、自治の法

概念を「国家監督の下における、選出された機関を備えた、国家に組み込まれた権利能力のある公的団体による、固有の名における、固有責任による社会の公的任務の遂行」であると定義した。<sup>(65)</sup>

### 第三節 法概念としての自治の再構成

#### 一 自治概念の多様性の意味

ここまで、自治理論の展開を概観してきて判明するのは、政治的―法的自治、あるいは実質的―形式的自治というように、自治概念をめぐっては多様なアプローチが存在することである。これは、時代ごとの政治社会的状況、それに規定される各論者の関心の所在や目的に応じて、自治という現象から多様な要素が取り出され、そのことが概念定義を特徴づけていることを示す。このことは、政治的―法的自治、あるいは実質的―形式的自治という従来対立的に理解される傾向にあった概念が、必ずしも排他的対立をなすわけではないことを予測させる。実際に、ベッカーの自治概念の定義はその可能性を示していた。

クルート（Winfried Kluth）はこの点について、実質的―形式的自治構想の区別が、「自治の定義的把握のためには、純粹に組織法的考察方法で足りるのか、またはそれを超えて、構成員に分配される参加権および上位におかれた国法上の目的契機が考慮されるべきか否かという問題」に結びついていること、すなわち行政法と国法との、概念形成における要請の違いに密接に関係するものであること指摘する。<sup>(66)</sup>クルートによれば、行政法は、一般的に法適用、より厳密にいえば單純法の適用に関心をおくため、自治の概念形成（Begriffsbildung）においては、その担い手を行政法的法規の帰責主体として明確に説明することが重要である。これに対して、国法上の概念は、

自治を国法体系の文脈において、国家机关の一部として、正統性との関係においても把握しようとするものであり、かかる学問的目的の違いが概念定義の違いを規定している。以上のように理解すれば、行政法学における自治概念の定義が、自治の国法・憲法上の秩序づけ(Zuordnung)や正統性を「殆ど盲目的に前提とする」というクルートの指摘は正鵠を射ていると思われる。この点において、法技術的―行政法的な概念の地平に限定されない、より上位の次元における概念形成の要請が理論的に潜在していたといえる。

従来、行政法学においては組織法的問題が疎かにされる傾向にあったことが指摘されてきたところ、私法形式における行政の問題が重要なテーマとなった一九八〇年代に組織法への関心の増加が認められた。<sup>(6)</sup>かかる事情を背景として、一九八〇年代半ばから、それまで法概念としての自治から隔離されてきた政治的自治を法的に構造化し、法規範的内容をもつ国法上の原理として一元的、統一的自治概念を形成しようとする動きが、公法学において生ずる。

## 二 国法上の自治概念をめぐる議論

### (一) ヘントラー

かかる観点から自治を定義する試みとしてまず挙げられるべきは、ヘントラー(Reinhard Hender)の業績である。ヘントラーは、地方自治に限定されない自治の諸制度が、その多様な相違を超えて実質的な共通性を示しているとして、国家秩序に関する一般原理としての自治概念を形成しようとする。<sup>(7)</sup>ヘントラーは、「参加による自由希求的な自治の伝統(partizipatorisch-freieitliche Tradition der Selbstverwaltung)」が国家・行政法的ドグマティックにおいても生きてきたままでいられるものであるとする限り、政治的自治の考え方と法概念とを再びしっかり

と結びつけることが必要である」として、自治の法概念が、公行政への市民の参加という観点を明確に受け入れるべきであるとする。しかし、その際に「個々の自治主体（ゲマインデ、大学、社会保険担当機関、産業・商業会議所など）が、そのときどきに特定の人的範囲のみを包括し、その主体に課された公的任務の遂行へと参加させる」点を顧慮すれば、自治は「当事者参加の形態」であり「当事者行政（Betroffenverwaltung）」であることが判明するとする。ここにおいて参加という政治的思考が目指すのは、「当事者の観念、希望および要求を、強く顧慮し、そしてこの人的集団をとりわけ多数決から守ることであり、それは「差異化する（differenzierend）、少数者保護の原理に影響された政治的平等思考に基づいている」。これはすなわち「当事者参加による当事者保護」としての自治であり、ヘントラーはかかる構想から自治概念の一般的な定義を行う。すなわち、自治とは「国家直属の官庁システムに対して機構的に独立するにもかかわらず、国家というまとまり（Staatsverband）に組み込まれており、特定の公的任務がそれに特別に関係する人々すなわち当事者によって固有の責任で（それは、せいぜい国家による法監督の下にあることを意味する）行われることによって際立つところの、公法上の組織体」である<sup>(4)</sup>。この自治概念のメルクマールは、公法上の法形式、当事者参加および固有の責任による任務遂行（国家監督の法監督への制限）である。

ヘントラーの自治概念定義は、かつてギールケが示した、自治の自由主義的性格を強調するものである。もつとも、「当事者参加による当事者保護」という公式には、自治主体たる団体が個々の構成員の権利と自由を抑圧する危険性が不可避的につきまとう。ヘントラーも当然この点を認識しており、この公式が実際に有効に機能するか否かは、第一に自治主体の内部構造に依存しており、自治制度の民主的内部構造がこの点において有効な法的保護システムとなること、第二に法監督が非常に重要であることが正当に言及されている<sup>(5)</sup>。

## (二) クルース

ヘントラーが自治の自由主義的意義を強調するのに対して、クルースは自治と民主政原理の近接性を強調する。クルースは従来——憲法上保障された地方自治の影となっていたために、あるいはその発現形態の多様性から——学問上統一的考察・評価が十分に行われてこなかった機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung) を検討対象とする。<sup>(64)</sup> なぜなら、一方における国民国家の超国家的共同体への統合による国家の存在意義の変遷、その反作用としてのサブ・ナショナルな生活統一 (地域) の有する意味の増大および市民の側からの統合・参加への要求の強まり、他方における産業社会における国家任務の増大、国家市民による民主政実現の困難化およびそれに伴う公的重要事項の決定に対する専門家の影響力拡大を背景に、機能的自治の有する市民の参加・統合機能、潜在的行政能力、反民主的作用の緩和可能性が注目を集めていると認識するからである。<sup>(65)</sup>

しかし、かかる国家的諸問題の克服のために機能的自治を取り上げるには、機能的自治の国家組織体系への秩序づけと憲法上の正統化の解明が前提として必要であるとして、機能的自治が合理的かつ組織的に基本法の憲法構造へと取り込まれた統一的行政類型であるという仮説を立て、その実証を試みる。クルースは、行政組織法に関する憲法上の所与条件 (Vorgabe) に関する考察から、まず自治概念に対する国法上の最小限の要請を、「法人格を有する行政の担い手の固有の任務に関する固有の決定権限の存在」であるとする。<sup>(66)</sup> この要請が意味するのは、第一に、自治の組織が国家の領域に属し、したがって、もっぱら基本権あるいは私的自治に基づく組織と区別されるものでありながら、同時に真正の国家行政からも区別されうるものであることである。第二に、自治主体が遂行する任務が、国家の管轄秩序から演繹されるものであることである。<sup>(67)</sup> その延長線上において、クルースは機能的自治の概念決定的メルクマールを以下のように整理する。すなわち、「(1) 民主的参加権の(2) 集团的に正統

化された団体国民（Verbandsvolk）への配分であって、(3)その団体国民は事柄上および人的に固有の任務の固有の責任による遂行のために任じられ、(4)それゆえに最終責任による決定の自由余地を有しており、(5)その余地は国家監督の法監督への制限によって保障されている<sup>(78)</sup>。

クルートの自治構想において特徴的であるのは、自治と民主政原理の間に特別な近接関係を見出す点である。それは第一に、立法者による機能的自治の創設行為が、機能的自治主体の構成員に対して集团的に議会に由来する民主的正統性を付与するとする解釈に<sup>(79)</sup>、第二に、機能的自治主体の設立に伴う義務的構成員資格それ自体は、基本権的自由に対する抽象的侵害として法治国家原理と緊張関係に立つものではなく、むしろ「民主的な能動的地位」すなわち「民主的参加権」の拡大を目指す優遇的事象であるとする解釈に表れている<sup>(81)</sup>。したがって、クルートにおいて機能的自治とは、端的には「民主的な当事者行政」であるという公式により説明される<sup>(82)</sup>。もともと、クルートは、機能的自治における民主的参加が無条件に民主政原理の強化に至るなどという楽観的見解をとるものではない。クルートによれば、機能的自治主体の民主的正統化はあくまで国家国民すなわち議会に由来するものであって、機能的自治主体の構成員がその正統化の源泉となることは出来ず<sup>(83)</sup>、したがって機能的自治主体の内部組織のあり方が基本法上の民主政原理に拘束されるべきことが詳細に論じられる<sup>(84)</sup>。

### (三) シュミット＝アスマン

シュミット＝アスマン（Eberhard Schmidt-Ahmann）は、一方において、ヘントラーが示した「当事者行政」という自治構想を受け入れつつも、自治に潜在する上述の危険性に対してより強い注意を促し、他方において、クルートの強調する自治と民主政原理の近接性に対しては、両者の間に共通性を承認しつつも、確かな緊張関係の存在を認める。シュミット＝アスマンによれば、ヘントラーが提起した「国法上の『秩序原理としての自治』

という、複線の統一化への問い (diese Frage nach den verheißenden Linien) は、まずは憲法レベルにおいて答えが探求されねばならない<sup>(85)</sup>。基本法上、「民主主義的に形成された当事者行政のモデル」である地方自治、「基本権保護的な当事者行政のモデル」である大学の自治、および両者の「中間領域」である社会保険法上の自治の三つについては少なくとも「当事者による固有の運営としての、団体的にかたちづくられた分権行政」という考えが根拠づけられ、そして基本法上かように見出される国家組織的原理としての自治の発展が、実定憲法の所与性に基づく行政組織法の新たな秩序化に寄与することを期待する<sup>(86)</sup>。

シュミット・アスマンにおいて、自治とは「一方における民主主義的—代表的国家およびそこに組み込まれるヒエラルヒッシュに組み立てられた行政と、他方における基本法上保護された個々人の権利領域の多様な具現方法との間の領域を、行動と秩序 (Bewegung und Ordnung) とが同様に保障されるように、『混合形態』によって構成することである—団体的な外観の法形式と政治的な内部構造との、特殊な、法治国家的に細部まで作り上げられた結合としての自治<sup>(87)</sup>」である。そこにおいてとりわけ注意を向けられているのは、自治が「法治国家的支配の基本前提であるところの「距離」(客観性を担保する距離—例えばゲマインデ議会と住民)を短縮する」ことである。それは「自治固有の決定手続に対する限界づけられた枠組制御によって補強さればならず、したがって、法監督としての国家監督が自治において有する重要性が強調される<sup>(88)</sup>。さらに、特定の人的範囲に公的任務遂行を委ねる「当事者行政」としての自治が、政治的平等を要請する民主政原理との間で緊張をはらむことについての理論的整理も行われる。その結果、地方自治を除く機能的自治は、国家国民すなわち議会により民主的正統化を行われると同時に、自治主体の構成員に由来する自律的正統化 (autonome Legitimation) という独自のルートによっても正統化されるものとして理解される<sup>(89)</sup>。この見解は、機能的自治の民主的正統性と大臣行政あるいは



地方自治のそれとの間に構造的区別を認めないクルートの立場と対照的であり、その限りにおいて民主政原理と自治との異質性がより強調されることになる。

### 三 国法上の自治概念の定義

国法上の自治概念の構想をめぐっては、以下のような特徴がみられる。すなわち、第一に、政治的自治と法的自治あるいは実質的自治と形式的自治という自治の二元的理解を克服して、自治を「当事者行政」という觀念の下で一元的概念として形成しようとする点、第二に、自治概念を単に法技術的に定義するのみならず、国法上の概念として憲法規範への秩序づけを強く意識する点である。各論者はともに公的任務遂行への当事者参加を自治の重要なメルクマールとみなしており、自治の概念決定メルクマールとして、当事者参加が組織化された権利能力のある（主として公法上の）団体という組織形態および固有の任務の固有の責任による遂行権限の存在（国家監督の法監督への限定）を挙げる。これに対して、自治の憲法規範への秩序づけに関しては、執行権に属する自治が民主政原理および法治国家原理に服する点について各論者の一致が認められるものの、その重点の置き方は多様である。すなわち、一方においては自治の自由主義的意義が強調され（ヘントラー）、他方においては自治による法治国家的距離の縮減が警戒される（シュミット・アスマン）。あるいは、一方においては自治と民主政原理の近接性が強調され（クルート）、他方においては両者の共通性に解消されえない異質性への固執すなわち正統化ルートの区別がみられる（シュミット・アスマン）。

以上のような解釈問題を残しつつも、国法上の自治概念は、各論者の議論を参考にすれば、さしあたり以下のように定義することが可能であろう。すなわち、自治とは、主として公法上の組織による、当事者の参加に基づ

き固有の任務を固有の責任により遂行する（国家監督の法監督への限定）「当事者行政」であり、執行権に属するものとしてその根拠と限界を法治国原理および民主政原理に求められるものである。<sup>90</sup>

注

- (1) Raimund Waltermann, Sozialrecht, 9. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Freechen/Hamburg, 2011, S. 11.
- (2) プロイセン・ドイッにおける地方自治法理論については、木佐茂男「プロイセン・ドイッ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（一）（四）完」自治研究五四巻七号（一九七八年）九六頁以下、同巻八号（同年）一〇五頁以下、同巻九号（同年）八〇頁以下、同巻一〇号（同年）八四頁以下参照。
- (3) Dieter Leopold, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 6. Aufl., Sankt Augustin 2008, S. 68.
- (4) Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1984 [『ビルド・Ordnungsprinzip』と略記], S. 1134.
- (5) 正式名称はOrdnung für sämtliche Städte der preußischen Monarchie v. 19. 11. 1808. 条文はこうだが、vgl. August Krebsbach, Die Preussische Städteordnung von 1808, Stuttgart/Köln 1957. シュタイン市制について、北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治』（成文堂、一九九〇年）一一頁以下、高柳信一「プロイセン地方自治制の生成とその特質（一）」社会科学研究四巻一号（一九五二年）一一五頁以下参照。
- (6) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 471.
- (7) 北住・前掲注(5)一三頁。
- (8) 室井力・原野翹編『新現代地方自治法入門（第二版）』（法律文化社、二〇〇四年）五頁〔中島茂樹〕。

- (9) 北住・前掲注(5)一八一―一九頁。
- (10) 都市法五条、一四条、四〇条。
- (11) 都市法七四条。
- (12) 都市法一五二条。
- (13) 都市法一七五条。
- (14) 都市法一―二条。都市法における国家監督制度については、三成賢次「国家とゲマインデー近代プロイセンの『国家監督』」『阪大法学四二巻二・三号（一九九二年）六〇七頁以下を参照。
- (15) 同上―七頁。
- (16) 小林孝輔『ドイツ憲法小史〈新訂版〉』（学陽書房、一九九二年）一〇九―一一〇頁。
- (17) Reinhard Hendler, Das Prinzip Selbstverwaltung [以下、'Selbstverwaltung'と略記], in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2008, S. 1105.
- (18) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1106.
- (19) Forsthoff, a. a. O., S. 472.
- (20) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1106.
- (21) L・シュタインの「社会行政」の観念について、木村周市朗「シュタイン行政国家論の成立」『成城大学経済研究』一四三号（一九九八年）三二六―三二八頁参照。
- (22) 同上三三四頁。シュタイン行政学における「国家行政」および「自由な行政」の概念について、同上三三四―三三六頁参照。
- (23) Forsthoff, a. a. O., S. 472.

- (24) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1105.
- (25) グナリストの自治理論について、北住・前掲注(5)七一頁以下、上山安敏『憲法社会史』（日本評論社、一九七七年）七五頁以下、木佐・前掲注(2)（三）八六―九七頁、赤木須留喜「ドイツ法治国家の論理と構造（二）（三）」国家学会雑誌七八卷一一・一二号（一九六五年）一頁以下、七九卷一二号（一九六五年）五二頁以下を参照。
- (26) Forsthoft, a. a. O., S. 472.
- (27) グナリストが、「国王を蔑にしない、貴族主義的・似而非議会主義的統治システム」（上山・前掲注(25)六二頁）の構築を目指し、イギリスの self government をいかなる理念像でとらえていたかという点について、同上五〇―八二頁参照。
- (28) 同上九一頁によれば、グナリストのかかる二元論は、イギリスにおける、古い一八世紀の治安判事制と、一九世紀の新たな産業社会とそれに対応した選挙法の改正の下で、社会的・経済的変化に即応した、選出された *Bourgeois* との対立に着想を得ており、両者の対立を、公権（官憲）的自治（対象は陪審、治安）と経済的自治（対象は救貧、衛生、道路行政）という用語において表現している。両者は、前者が国家の職務の義務を通じて遂行されるのに対して、後者が社会の地利的利益を遂行する点で対比される。
- (29) Otto von Gierke, Rudolf v. Gneist, Gedachtnisrede, Berlin 1896, S. 30.
- (30) 木佐・前掲注(2)（三）九一頁。
- (31) 同上。
- (32) 北住・前掲注(5)七一―七三頁。
- (33) Forsthoft, a. a. O., S. 473.
- (34) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1136.
- (35) ギールケのゲノッセンシャフト理論に基づく国家論について、遠藤康弘「オットー・フォン・ギールケの政治共同体像―団体

人格論と自然法論の内在的理解を中心として—（一）（二）完—北大法学論集第五三卷五号（二〇〇三年）一七一頁以下、同卷六号二二三頁以下（同年）、同『オットー・フォン・ギールケの政治思想—第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説—』（国際書院、二〇〇七年）参照。

- (36) Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 1, Berlin 1868 [以下、*Genossenschaftsrecht*と略記], S. 3. なお、引用した原語の表記は原典の表記法に従っているため、現代ドイツ語の表記法と異なる。

- (37) Forsthoft, a. O., S. 475.

- (38) Otto von Gierke, *Die Grundbegriff des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen 1915, S. 56.

- (39) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, S. 1.

- (40) Otto von Gierke, *Lands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Darmstadt 1961 (Nachdruck), S. 56.

- (41) Hendler, *Ordnungsprinzip*, S. 68.

- (42) Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1963 (Nachdruck), S. 655.

- (43) Hendler, *Ordnungsprinzip*, S. 68.

- (44) Gierke, *Genossenschaftsrecht*, S. 3.

- (45) Hendler, *Selbstverwaltung*, S. 1107.

- (46) Ebenda, S. 1106.

- (47) Forsthoft, a. O., S. 473.

- (48) Ebenda. フォルストホフは、一八九〇年に行われた統計調査によれば、大都市人口の僅か四三・七パーセントしか居住都市で生まれていないことを指摘しており、大都市人口の過半数以上が外部からの流入であることがわかる。

- (49) Hender, Selbstverwaltung, S. 1108. ラーバントの自治理論について、木佐・前掲注(2)(四)九三―九五頁参照。ラーバントの実証主義的憲法理論については、栗城壽夫「ゲルバー Carl Friedrich Gerber (1823-1891) とラーバント Paul Laband (1838-1918) ―形式主義的憲法理論の機能―」小林孝輔編『ドイツ公法の理論―その今日的意義―』一粒社、一九九二年)五四頁以下参照。ハチエック (Jurius Hasechek) が指摘するラーバント的法実証主義の三つのドグマについて、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、一九六二年) 五七―六一頁参照。
- (50) Forsthoft, a. a. O., S. 474.
- (51) Ebenda. なお、この定義において、国家市民の活動および共同決定の契機は、さしあたり、なお社団の必要条件、すなわち団体の組織の有効化のための団体構成員の意思として維持されることになる。
- (52) Ebenda, S. 474.
- (53) Forsthoft, a. a. O., 475. ラーバント自身は自治概念をもっぱら地方団体に限定しようとしていたが、後の公法学説によって公共的な任務を与えられたその他の団体が自治概念に引き入れられることになったことについて、倉田聡『医療保険の基本構造―ドイツ疾病保険制度史研究』(北海道大学図書刊行会、一九九七年) 一〇四頁参照。
- (54) 第二次世界大戦以降の自治構想の整理について、vgl. Hender, Ordnungsprinzip, S. 271ff.
- (55) Forsthoft, a. a. O., S. 478.
- (56) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 2, 5. Aufl., München 1987, S. 19f. もっとも、クルートは、ヴォルフによるこの定義は、「専門的指示から自由」な任務遂行という要素を含むために、自治主体の固有の責任による任務遂行を自治の法概念のメルクマールとして含むこととなるから、純粋に法技術的観点に基づく定義とはいえないとする。Vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 20.

- (57) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 275.
- (58) Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 36f. (Fn. 102).
- (59) Ulrich K. Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen, Stuttgart 1969, S. 197ff.
- (60) Ebenda, S. 211f.
- (61) Ebenda, S. 212.
- (62) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 279.
- (63) 形式的意味と実質的意味との概念を区別する発想は、Rudolf Elleringmannsの理論に依拠したものである。Vgl. Rudolf Elleringmann, Selbstverwaltung, in: Friedrich Giese (Hrsg.), Die Verwaltung Heft 14, o. j. (um1954), S. 7f.
- (64) Erich Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Hans Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956, S. 116.
- (65) Becker, a. a. O., S. 120f.
- (66) Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status-verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, [以下「Funktionale Selbstverwaltung」略記] S. 20.
- (67) Ebenda.
- (68) すでに一九七〇年代末には、行政法学において組織法が疎かにされていることがF. シュナップにより指摘されていた。Friedrich E. Schnapp, Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie Bd. 9 (1978), S. 276; ders. Dogmatische Überlegung zu einer Theorie des Organisationsrechts, AöR 105 (1980), S. 244.



- (69) Winfried Kluth, Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip — am Beispiel der Sozialversicherung, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2001, S. 19.
- (70) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 2.
- (71) Ebenda, S. 1139f.
- (72) Ebenda, S. 1142.
- (73) Ebenda, S. 1162.
- (74) 機能的自治の定義については vgl. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5, Aufl., München 2004 [以下「Verwaltungsrecht Bd.3」と略記], S. 170ff, 773ff. 機能的自治が地方自治に対比される場合、以下の区別が意図される。すなわち、第一に、地方自治において自治団体構成の連結点が当該領域への定住に求められるのに対して、機能的自治においてそれは特定の職業への従事（経済的・同業組合等）、特定の機能の遂行（大学等）または特定の任務の当事者性（物的団体（Realkörperschaft）、社会的自治等）に求められる。第二に、地方自治においては参加の基盤が一般的な市民的地位であるのに対して、機能的自治においては、それはある職業身分への帰属または任務の当事者性により前提とされている特殊の専門知識である。第三に、地方自治においてはあらゆる任務が担われるという意味において全権性（Allzuständigkeit）が問題となるのに対して、機能的自治においては、基本的にテーマによって狭く把握された権限が問題となる（S. 774）。
- 本書において執筆を分担したクルートによれば、機能的自治とは、大臣の指示権への従属性の下にヒエラルヒッシュに法的統一性をもってまとめられた大臣行政（Ministerialverwaltung）および地方自治に次ぐ、第三の憲法上正統性を有する統一的行政類型として位置づけられるが、かかる見解は異論のないものではなく、一定の留保——機能的自治が独立の行政類型として承認され、

とりわけ間接的国家行政等の行政類型に概括的に分類されない限りにおいて——を伴う (S. 170f.)。したがって、機能的自治の定義においては、類似概念からの境界づけが重要となる。

機能的自治との区別が問題となる類似概念として、クルートは、間接的国家行政、コンドミニウム行政 (Kondominialverwaltung) および大臣から自由な行政 (ministerialfreie Verwaltung) を挙げる。第一に、間接的国家行政について、支配的見解はこの概念に機能的自治を含めるが (Z. B. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004, S. 573ff.)、その狙いは、法人格を有する公法上の社团、营造物および団体という多様な組織法形態を囲い込むための「カプセル」としてこのカテゴリーを用いることにあるとする。クルートは、かかる組織法的体系化のための意義を首肯しつつも、広義の間接的国家行政概念理解があまりにも多様なカテゴリーを混合してしまうため、混乱を回避するために、狭義の間接国家行政概念理解、すなわち「排他的に国家任務を遂行し、したがってその任務からも直接的連邦—州行政に分類されうる、連邦または州によって設立・監督されている公法上の行政体」を提唱する。その際、同概念をもって地方自治および機能的自治の担い手は把握されていない。第二に、コンドミニウム行政は、行政組織の独立の類型ではなく、むしろ国家の決定への、私人の集団多元的参加であると理解される。それは典型的に公行政の担い手の内部の委員会あるいは機関において実現されるものであり、したがって行政の担い手の組織を全体としてあるいは決定的に特徴づける原理ではなく、機能的自治とは区別される。第三に、大臣から自由な行政は、指示から自由な行政あるいは余地 (weisungsfreie Verwaltung od. weisungsfreier Raum) とも呼ばれ、大臣行政の指示権の体系に服さない特別の間接的国家行政である (連邦銀行、連邦・州会計検査院等)。それは、任務の特殊性・性質上、大臣の指示からの自由を必要とするのであり、その限りにおいて自由余地が正当化されうる。機能的自治も大臣から自由な行政と同様に大臣の指示から自由であるが、前者は後者と異なり代替的な内部の正統化メカニズムを有している点、および後者においては前者において決定的に重要な組織的利益と参加権の配分が全く問題にならない点において両者は区別される (Vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 26ff.; Wolff/Bachof/Slover,

Verwaltungsrecht Bd. 3, S. 170ff, 326ff.)°

- (75) Kluth, a. a. O., S. 1ff. クルーストによれば、多種多様な自治の担い手が「機能的自治」という上位概念の下にまとめられ、統一的考察方法の途が開かれたのは最近のことであり、それはとりわけエムデの業績である (Vgl. Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991)。連邦憲法裁判所が同概念を初めて使用したのは、一九九〇年一〇月三一日に同裁判所が下したシュレスヴィッヒ・ホルシュタインの外国人選挙権事件に関する判決 (BVerfGE 83, 37) においてである。同判決については、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権—外国人選挙権 (シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン) 事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、一九九九年) 三五四—三五九頁を参照。機能的自治の多様な発現形態の分類については、vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 30ff.

(76) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, S. 773.

(77) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 24.

(78) Ebenda, S. 543.

(79) Ebenda, S. 369ff.

(80) もともと、クルーストは、義務的構成員資格に結びつけられた分担金義務のような個々の義務については、基本権の著しい侵害とつて正当化を要することを正当に指摘している。Vgl. dazu Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 304.

(81) Ebenda, S. 275ff. クルーストは、機能的自治において実現される民主的参加権を基本権の当事者参加との区別において観念するが、その際、大学の自治のような基本権により保護された特定領域においては、両者の重複が存在することを指摘している。

(82) Ebenda, S. 543.

- (83) Ebenda, S. 369ff.
- (84) Ebenda, S. 458ff.
- (85) Eberhard Schmidt-Abmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung [以下「Zum staatsrechtlichen Prinzip」略記], in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 250.
- (86) Schmidt-Abmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip, S. 253f.
- (87) Ebenda, S. 254.
- (88) Ebenda, S. 256.
- (89) Eberhard Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004, S. 94ff. 太田匡彦ほか訳『行政法理論の基礎と課題―秩序付け理念としての行政法理論』（東京大学出版会、二〇〇六年）九五頁以下。
- (90) ヘントラーは、自治の構成的メルクマールとして自治組織の公法上の組織形態を挙げるが、その狙いは私法上の組織形態が公法上の諸拘束から逃れるために用いられることを回避することであり、自治の担い手がその職務遂行の枠組みにおいて私法上の団体として組織されることを排除しようとするものではない。Vgl. dazu Hendler, Selbstverwaltung, S. 1144f.