機能的自治の法構造

——「新たな地域自治組織」の制度構想を端緒にして——

山本隆司

一 「新たな地域自治組織」の制度構想

二〇一七年七月に、総務省は「地域自治組織のあり方に関する研究会報告書」（以下、単に「報告書」という）を公にした。この研究会が発足した端緒は、「人口減少、少子高齢化の進行の中で地域の課題の解決、グローバルな都市間競争の中で地域の良好な環境や地域の価値の維持・向上等にきめ細やかに取り組むニーズが高まっていること、このような流れは今後も継続し、加速していくことが予想されること、こうした取組みに向けて合意を形成し、実践する主体が、基礎的自治体ではなく、より狭域の地縁型組織となっており、その役割を十分に果たすことができる仕組みを求める要請があること」にあった。研究会は、「エリアマネジメントをはじめとする地域運営組織の活動について、フリーライドが可能であると考えられるサービス提供について、受益に応じた費用負担を求めることが困難であることに着眼し、地域の住民、土地所有者等において機運が醸成され、相当数の

合意がある場合に限り、これらの者が当然に加入して構成員となり、費用を負担する仕組みについて、法律制度としての実現可能性を検討・検証した。こうして報告書は、「公共組合としての地域自治組織」と「特別地方公共団体としての地域自治組織」の「基本的な制度設計のイメージ」を提示している。

その際に参考にされたのは、「米国では、地方公共団体の一類型であり、特定目的のために任意に設立される、B I D (Business Improvement District) / C I D (Community Improvement District) と称される制度」であった。「B I Dは主に商業・業務地、C I Dは住宅地において、主に地域の土地・家屋所有者の申請に基づいて設立され、その区域内では、土地・家屋所有者から徴収される負担金によって、その地区の道路、歩道、公園、オープンスペースの維持管理や美化、治安維持、マーケティング、施設改善、その他の小規模な開発事業等が行われている⁽¹⁾」。

B I Dの制度は、都市計画の分野でかねて関心を寄せられ、本格的な法学的研究の対象にもなり始めており、近時では内閣官房・内閣府の報告書でも参照されている⁽⁴⁾。こうしたB I Dを参考に「新たな地域自治組織」の法制度を構想するにあたり、古色蒼然としてイノヴェーション能力に乏しい印象を与える「公共組合」⁽⁵⁾を選択肢の一つとすることは、適切なのか。本稿は、このような根本的な問題を考えるために、公共組合を包含する「機能的自治」団体が日本より活用されており、「機能的自治」に関する議論が盛んなドイツ法を参照し、公共組合ないし「機能的自治」の基本的な法構造を一般的に明らかにする(二)。そして、それでもB I Dの制度化にあたり機能的自治を用いなかったドイツ法に対し、日本で「新たな地域自治組織」を公共組合ないし機能的自治団体として構想することの意義が、次の研究課題となる。しかし、このテーマについては、紙幅の関係から別稿で検討

する（地方自治平成三〇年六月号に掲載予定）。

二 機能的自治と自律的正統化

(一) 地方自治と対比される機能的自治の意義

機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung) は、国や地方公共団体の組織法令に基づき、しかし国や地方公共団体から一定程度独立に、特定の公的な任務・事務を遂行することを目的として、当該任務・事務の利害関係者の全員が構成員となる団体を組織することを意味する⁽⁶⁾。構成員となる利害関係者は、一方で、任務・事務の遂行（方法）に関する、さらに場合により当該組織の設立・存続・解散そのものに関する、団体の意思を決定する権限を認められる。そして他方で、国や地方公共団体が当該団体を設立したり、団体の設立を強制したり（設立強制）、利害関係者に団体への加入を義務付けたりし（加入強制）、構成員は、団体の意思決定に服することを義務付けられ、さらに場合により任務・事務に要する費用の負担を義務付けられる。機能的自治は、典型的には社団法人により担われるが、以上の要件が満たされれば、団体の実定法上の古典的な法形式（社団法人、財団法人等）を問わず、機能的自治と認めることができる⁽⁷⁾。

機能的自治は、地方自治から区別される。地方自治を担う地方公共団体は、特定の事項に任務・事務を限定せず、特定の空間（区域）において公益を総合的・包括的に実現することを目的とする。そして、特定の利害関係を基準に構成員の範囲が画されるのではなく、当該区域に生活の本拠（住所）をもつ住民であれば、当然に地方

公共団体の構成員となり、選挙権により平等に地方公共団体の意思決定に参加する権限をもつ。住民および地方公共団体の区域で活動する主体は、地方公共団体の財源を税として負担する。⁽⁸⁾

機能的自治が認められるには、構成員の利益に最小限の同質性があること（「同質性要請（Homogenitätsgebot）」）と、自治団体の決定の基本的な効果が及ぶ範囲が構成員に限られること（「対応要請（Korrespondenzgebot）」）が必要であるとされてきた。⁽⁹⁾ こうした要請を満たす任務・事務は、機能的自治の制度に適合（Adäquanz）する。逆に、こうした要請を満たさない場合に機能的自治の制度をとると、関係利益を均衡に保護または実現できず、または、民主的な自己決定といえなくなるおそれがある（三）（三）（四）（二）（三）参照）。しかし、以上のように定式化すると、機能的自治が機能するための条件がはつきりするとともに、機能的自治の制度がはじめから様々な緊張関係を内包し、こうした緊張関係が社会状況の複雑化に伴い拡大することも、明らかになる。

（二）機能的自治の任務・事務・利益状況における緊張関係

（1）利害関係者の同質性？

まず同質性要請から考える。ドイツでは、構成員の利益が一応同質的な機能的自治団体のみならず、異質な利益、あるいはさらに対立する利益をもつグループに構成員が分かれている機能的自治団体が見られる。前者の例が伝統的な職能団体であるが、後者の例として、被保険者と雇用主から構成される疾病金庫⁽¹⁰⁾や、教授、職員と学生から構成される（正教授大学後の）国立大学⁽¹²⁾が挙げられる。また、同質的な利益をもつと一応想定される構成員の間にも、当然ながら利益の対立・衝突は存在する。結局、機能的自治団体における構成員の利益の同質性は、

不要とまではいえないとしても、「最小限」にしか求めることができない。もし関係者間で利益が真に同質的であれば、自発的な契約の締結や結社を促す制度を設ける以上に、機能的自治の制度が必要になる場合は、極めて限定されよう。機能的自治の制度は、多かれ少なかれ異質性をもつ諸利益の調整を含まざるを得ない。

それでも、最小限の利益の同質性があれば、すべての利害関係者により組織を構成して公益を実現する仕組みは、国や地方公共団体における選挙と比べ、直接性の強い民主政的参加の制度として、独自の意義を失わない。しかし、こうした参加を保障するだけで当然に、異質性を含む諸利益を適切に考慮して調整することができるところではない。国や地方公共団体の代表民主政による決定において利害関係からの距離が最小限保障されること（詳しくは(三)）が、機能的自治団体では、当然には想定できず、一部の利益から距離をとらずに決定が行われて（他の）権利利益が侵害されるおそれが、より大きいことは認めなければならぬ。⁽¹⁵⁾

(2) 利害関係者全体による団体の構成？

次に、対応要請も文字通りに満たすことは元来困難である。機能的自治は、「最小限」の同質性をもつ利益の主体をすべて糾合して構成員とし、構成員間に共通の利益を増進させることを目的とする。しかし、こうした利益の増進が同時に直接的に、国や地方公共団体の公益を増進させるからこそ、国や地方公共団体が機能的自治を制度化するといえる。⁽¹⁶⁾ 構成員間に共通の利益の増進を目的として強制加入が制度化される団体でも、国や地方公共団体の公益を直接的に増進させるとはいえないものは、機能的自治団体に含められてこなかった（マンシヨン管理組合等）⁽¹⁷⁾。

確かに、機能的自治団体の作用の主要な名宛人になるという意味で、自治団体の決定の「基本的な」効果を受

け、強い利害関係をもつ者は、すべて自治団体の構成員に包含することができ、また包含することが要請されよう。しかし、自治団体の作用に法的な利害関係をもつ主要な名宛人以外の者のすべてを、自治団体の構成員にしようとする、構成員の利益が最小限という意味でも同質的といえなくなり、前述の同質性要請と衝突するおそれがある。国や地方公共団体とは異なる組織構成による機能的自治を生かそうとする場合、機能的自治団体の作用に法的な利害関係をもつ者のすべてを、自治団体の構成員に包含することまでは要請できない。とはいえ、行政作用の第三者の権利利益を保護ないし実現することは、行政手続法および行政訴訟法のみならず、機能的自治においても重要な課題である。機能的自治の法制度は、構成員以外の主体（第三者）の利益、ないし構成員のみならず第三者ももつ利益を適切に考慮するための機構を備えるように、設計する必要がある。⁽¹⁸⁾

(三) 法原理としての自律的正統化・組織法構造としての機能的自治

(1) 自律的正統化

機能的自治は、公的な任務・事務の遂行を目的とし、利害関係者全員を構成員とする団体の形成という、組織法上の法形式⁽¹⁹⁾の一種を意味する。しかし以上のように考えると、団体が機能的自治という法形式をとるだけでは、当該団体は公的な任務・事務を遂行する正統性を必ずしも備えられない。法形式としての機能的自治は、その意味で非完結的な概念である。そこで、機能的自治の意義を、次のように法原理として析出し、機能的自治を組織法構造⁽²⁰⁾として捉えることが、解釈論・立法論を展開する上で有益であろう。つまり、利害関係者全員による決定を淵源として、組織を形成し任務・事務の遂行やそれに従事する人員の選任を行うことを、公的な組織の可塑的な構成原理の一つである「自律的正統化 (autonome Legitimation)」⁽²¹⁾として捉えるのである。法原理としての「自

律的正統化」の概念は、当該任務・事務に関係する（諸）利益の性質に応じて、「民主的正統化」など他の法原理と組み合わせて、組織ないし団体を構成する可能性と必要性を含蓄する。

(2) 民主的正統化

自律的正統化と組合せが可能ないし必要な法原理として、まず、すでに言及している通り、諸利益から距離をとり異質な諸利益も調整するための民主的正統化が挙げられる。制度としては、国や地方公共団体の行政機関が機能的自治団体による事務の遂行に対し関与を行う制度や、それが（強く）求められない場合も要請される法律や条例による機能的自治団体の規律である（「二重の正統化秩序」⁽²²⁾）。

(3) 関係諸利益の均衡考慮

関係する諸利益が均衡のとれた形で表出され考慮される機会を保障することの要請も、機能的自治団体の設立を正当化する理由として、そして同時に機能的自治団体内部の組織や手続を規律する法理として、説かれてきた。⁽²³⁾すなわち、機能的自治団体は、国や地方公共団体が規律および実現することに法的な限界（例、国立大学の自治の根拠としての学問の自由）、または事実上の限界がある権利利益を規律および実現するために設けられる。そして、機能的自治団体を設ける場合、特定の利益が一方的に貫徹されて他の権利利益が侵害される危険に対処するために、手続や組織を適切に構築することに注意しなければならない。例えば、特定の利益から距離をとるために選挙権の平等が厳しく要請される民主的正統化の場合と異なり、はじめから目的を特定の任務・事務に限定し、また構成員を利害関係者に限定する機能的自治団体については、構成員の参加権の形式的な平等が特定の利益からの距離を保障するという理念は、必ずしも妥当しない。⁽²⁴⁾利害関係者の分布状況によっては、諸利益が表出

される機会の均衡を図るために必要な限度で、構成員の参加権に重みづけをすることも認められる場合がある。⁽²⁵⁾

(4) 情報と知識に基づく任務・事務の遂行

さらに、機能的自治を正当化すると同時に、その組織や手続を規律する法理として、十分な情報と知識に基づき任務・事務を遂行することの要請も挙げられる。大まかな傾向としていえば、一方で、機能的自治団体の構成員は、問題の現場に近く、問題の解決に必要なし有益な情報や知識を有する。他方で、国（や地方公共団体）の行政機関は、距離をとった視点から幅広く組織的に情報や知識を蓄積している。こうした情報と知識の布置状況を考慮して、機能的自治の範囲を画さなければならぬ。⁽²⁶⁾ 機能的自治団体においても、利害関係者の参加の要請と専門性の要請は衝突することがあり、両者の要請を調整する必要がある。⁽²⁷⁾ 加えて、機能的自治においては、専門家が当然に利益から距離をとって中立的な判断をするわけではないという問題が特に強く現れるから、専門家の参加の場面でも、均衡をとって関係諸利益を考慮することの要請を勘案して、組織・手続を構築する必要性が強い。

(四) 機能的自治・自律的正統化の法的位置付け

(1) 機能的自治と他の法制度との共通性と差異

以上のように法原理を媒介にして考えると、次のように、機能的自治の法制度と他の法制度との共通性および差異を明確にし、両法制度を区別しつつ連続的に把握する可能性が開かれる。

第一に、「民主的正統化」の基礎となる選挙が命令的委任（事項・内容に関わる民主的正統化）を排除し、⁽²⁸⁾

個別の政策決定に関する国民投票の手続と法的性質を異にすることと対照的に、特定の任務・事項に関する「自律的正統化」は、「成員性と参加という構成要素」をもち、利害関係者全員による一回的な決定の手続と連続的に捉えることができる。すなわち、自律的正統化の基礎となる利害関係者全員による決定が、機能的自治として団体の意思を形成するには至らない態様で、公的な任務・事務を遂行する手続に組み込まれる制度も、機能的自治と連続性をもつものと理解することができる。⁽³⁰⁾ こうした視点は、BIDの理解にも資する。

第二に、複数の利害関係団体の代表から合議制意思決定機関が構成される一つの団体（以下「協働団体」という）を、国や地方公共団体が法令により設立して任務・事務を委ねる制度も、利害関係者全員により団体を形成する機能的自治と連続的に理解することができる。すなわち、協働団体は、利害関係者全体を包括する参加の要素を機能的自治より後退させつつ、関係諸利益の均衡考慮の要請または情報・知識に基づく任務・事務の遂行の要請を、機能的自治より強調する趣旨の制度といえる。利益の均衡考慮の観点が強いつ体の例が、ドイツ各州の放送营造物であり、⁽³¹⁾ 専門知識の集約の観点が強いつ体の例が、保険医の団体と疾病金庫の団体の代表等から構成される各州委員会・連邦共同委員会（社会法典第五編九〇条以下）、および、労働組合、使用者団体と公的主体の代表から構成される連邦労働機構（社会法典第三編三六七条以下）である。こうした団体の位置付けについては、ドイツで盛んに論じられているところであり、項を改めて(2)で敷衍する。

第三に、国や地方公共団体が利害関係者全体でなく個々の私的主体に公的任務・事務の遂行を委ねる公私協働も、機能的自治よりも参加の要素を後退させて、関係諸利益の均衡考慮の要請または情報・知識に基づく任務・事務の遂行の要請を強調して、構築される制度である。両制度の連続性に鑑みると、公私協働を推進するのであ

れば、機能的自治を拡充させる可能性も検討すべきであろう。⁽³²⁾ ドイツでも、自治行政が「規制された」自己規整」に対する選択肢になる旨が指摘されている。⁽³³⁾

(2) 協働団体の正統性？

(1) 第二で述べた機能的自治と協働団体との連続的な関係は、「実質的自治行政」と「形式的自律」として、⁽³⁴⁾あるいはさらに、利害関係に関わる「構成員の選挙を通じた社團構成員による民主的正統化」と専門性に関わる「營造物において団体に媒介された正統化」として、⁽³⁵⁾定式化されることがある。

さらに進んで、協働団体であることから公的任務・事務を遂行することが正統化されるとする見解も現れている。協働団体を端的に（機能的）自治に含める見解である。⁽³⁶⁾ ドイツでは、放送營造物の「自治」が一般に認められていることや、⁽³⁷⁾連邦労働機構が「自治行政を行う公法上の社團」である旨が法定されていること（社会法典第三編三六七条一項）等からすれば、自然な見解かもしれない。最近では、利害関係が同質的でなく対立することもある複数の団体が一つの協働団体を形成し、いずれも単独では意思決定できず合意を目指すメカニズムを構築することにより、利害関係者の参加、関係諸利益の調整や専門知識の収集を図る制度を、「組織・合意による正統化」として定式化し、組織・人員に関わる民主的正統化および事項・内容に関わる民主的正統化を補足しないし部分的に代替する法原理とする見解が示されている。論者は、こうした組織・合意による正統化に基づく「集団多元的合意行政」が機能的自治行政から区別される点を、当該行政の任務が社会全体に関わり利害関係者が限定できないため、利害関係者の全体の参加は必要でなく、むしろ利害関係者の団体以外の団体も参加する点に求める。⁽³⁸⁾

複数の機能的自治団体が一つの協働団体を組織し、この協働団体が、法令または当該協働団体の規約に従って、間接的であれ利害関係者全体を代表するように構築された制度であれば、協働団体それ自体も自律的正統化による機能的自治団体と見る余地があろう。しかし、そうではなく単に複数の団体の代表が結集されて組織化される協働団体の場合は、統治者と被治者との同一性、公益に関する自己決定という民主的正統化と自律的正統化に共通の理念的基礎が、組織法により制度的に保障されない。こうした協働団体の場合を、機能的自治に含めることや、民主的正統化・自律的正統化と同格の「正統化」と観念することには、疑問が残る。⁽⁴⁰⁾

(3) 民主的正統化と自律的正統化との緊張関係

ドイツでさらに激しく争われているテーマは、機能的自治ないし自律的正統化と民主的正統化との関係である。それは、民主的正統化の意義に関する議論が、機能的自治ないし自律的正統化の位置づけをめぐる形で明確に現れることによる。⁽⁴¹⁾

一方には、民主的正統化を尖鋭に貫徹しようとし、たかだか憲法（解釈）上の「例外」しか認めない見解がある。⁽⁴²⁾ 論者は、「利害関係」という概念の不明確性等を理由に、利害関係者の自己統治としての「自治」を統一的な概念として立てることすら否定する。⁽⁴³⁾ この見解は、「民主政における規範的観点からは、国籍（公民権）が、法的に重要な能動的地位との関わりを示す唯一の重要な指標である」とし、憲法解釈論において国籍概念により利害関係の概念を排除する考え方を基礎としている。そして、「基本法二〇条二項一文が民主的正統化の要請を、すでに文言の選択によって独占する」という「正統化の一元論」に基づき、統一的な自治概念の憲法解釈論上の意義を否定する。⁽⁴⁴⁾

これに対し、近時は、民主的正統化の基礎にある民主政原理は「ルール」ではなく法「原理」であり、他の法原理と相互に柔軟に調節することが可能であり必要であるとの見解が説かれている。⁽⁴⁵⁾ この見解の背景には、民主政原理も、共同体の一体性ないし共同体に帰属する「国民」の一体性をア・プリオリに前提にして優先するのはなく、個人の自由と尊厳・自己決定を基礎とする点で法治国原理と共通性を持ち、異質な個人から継続的に多元的な共同体を形成するための法原理と捉えるべきであるとの観念がある。⁽⁴⁶⁾ このような基本的な考え方は、首肯できよう。

もつとも、こうした近時の見解はさらに、民主的正統化と機能的自治における自律的正統化との質的な区別を否定する傾向にある。⁽⁴⁷⁾ 確かに、公益を実現するために共同体の形成を目指す自由な個人を出発点にして考えると、二つの正統化には、公益に関する組織化を通じた自己決定、自己統治という理念（前述(2)）の共通性が認められる。しかし、参加の主体の範囲・属性に関する差異（正統化の淵源が国民または住民か、利害関係者全体か）が、単に広狭や程度の違いにとどまらず、参加の対象の性質に関する差異（公益に関する包括的・総合的な決定か、限定された公益に関する決定か）にも関連し、さらに法治国原理との関係に係る差異に結びつく点は、看過できない。すなわち、民主的正統化は、特定の利益に偏らず公正中立的に公益を実現するという意味の法治国原理（「特殊利益に対する距離」の要請）によく適合するのに対し、⁽⁴⁸⁾ 自律的正統化は、多様な利益の考慮と情報・知識の幅広い摂取という意味の（開放化された）法治国原理を実現するために活用される。したがって、民主的正統化と自律的正統化は、共通の基礎をもつことを認めつつ、明確に区別すべきであろう。「正統化の方法の多元化」を標榜し、自律的正統化による機能的自治も含め、「観点の多元性」等のための「参加的正統化」を、民主的正

統化を「補足」する要素とする見解も、そのような方向で展開するべきであろう。⁽⁵⁰⁾

これに対し、自律的正統化ないし機能的自治を民主的正統化に形式的に接続させる見解もある。第一は、機能的自治は、国民による民主的正統化と同様の形態で利害関係者による「自己決定」が行われることにより、国民による民主的正統化の縮小が「補償」される限りで「例外」として認められるとし、機能的自治において、原則としてすべての利害関係者の平等な参加による意思決定を求める見解である。⁽⁵¹⁾しかし、参加の主体・対象等の差異から、自律的正統化は民主的正統化を単純に「補償」する関係にはなく、民主的正統化の場合と同様の意味で参加権の平等を要請することもできないと思われる⁽⁵²⁾。第二に、国や地方公共団体が機能的自治団体の設立根拠と同時に団体構成員の範囲を定めることにより、組織・人員に関わる民主的正統化が「集合的に」なされるという見解がある。⁽⁵³⁾しかし、選任される個別・特定の人を示されなければ、組織・人員に関わる民主的正統化がなされたといえないであろう。⁽⁵⁴⁾

(五) 機能的自治における構成員に対する公課

(1) 非租税公課の法的類型

機能的自治については、以上のような参加と正統性を巡る問題だけでなく、費用負担の問題がある。すなわち、機能的自治を実施するために要する費用を負担する義務が構成員に課される場合、こうした義務はどのような法的性質をもつものとして正当化されるか。この点について、ドイツでは、租税以外の公課の法的性質につき議論が蓄積されており、参考になる。⁽⁵⁵⁾

議論の出発点は、次のような「租税国家」原理である。すなわち、国は、任務の遂行が財政的な関心や財政の

不足により歪められないように、原則として、具体的な任務の遂行の対価ではなく、経済的な負担能力に応じて徴収される租税により国の任務遂行の費用全体を賄うべきである。こうした原理により、非租税公課はいわば例外として、国の個別具体的な任務の性質と関連づけて正当化することを要請される。非租税公課の類型としては、①国の何らかの個別の給付に対し個々の主体が負担する「負担金 (Gebühr)」、②国の特定の事業ないし施設により給付を受ける可能性がある範囲の者が負担する「分担金 (Beitrag)」、③利害が同質的で、特定の公益を実現するために特別な責任を負う関係者が負担する「特別公課 (Sonderabgabe)」が挙げられてきた。③が国による何らかの反対給付を伴わないのに対し、①②は国による受益に対する負担である。①の場合、個々の給付と反対給付との間に直接の対応関係があり、負担金は、国が給付に要した費用に対応する額（費用相当原理）または国の給付が受給者にもたらす「特別の利益」に対応する額（等価原理）とされる。これに対し②の分担金は、国の事業または施設から受益する「可能性」に基づき課すことができ、この場合における給付と反対給付との関係は、直接的なものではない。

(2) 機能的自治団体の構成員に対する公課の法的性質

機能的自治団体の構成員の費用負担は、「団体負担」、「構成員資格に関わる公課」といわれ、以上①③とは異なる独自の公課の類型と説かれることがある。この見解は、団体負担は「公課の支払いと反対給付との間に交換関係がなく」、「包括的で特定されていない財源の必要性」による「租税に比較的近い」公課であるとする³⁶。しかし、機能的自治団体は国と異なり任務がはじめから特定されているから、機能的自治団体の公課の性質を租税に引き寄せて理解することには問題がある。そして、民主的正統化と機能的自治ないし自律的正統化とは性質が

異なるから(四)(3)、機能的自治団体の構成員というだけで、租税と異なる公課を正当化することはできないであろう。

「団体負担」の概念に反対する見解は、機能的自治団体の構成員に対する公課の根拠になるのは、団体への加入強制そのものではなく、加入強制も根拠づける団体の任務の性質である旨を指摘し、具体的には、いわゆる団体負担は②の分担金として正当化されるとする。⁽⁵⁷⁾あるいは、いわゆる団体負担は特別公課に近く、ただ、構成員が「財源調達任務」にとどまらない「行為の任務」を負う点が特別公課と異なる、とする見解もある。⁽⁵⁸⁾特別公課が自治行政団体への強制加入制度の機能的等価になるという指摘も、同様の考え方を示すものと解される。まとめると、機能的自治団体の構成員に対する公課は、一方で、機能的自治により個々の団体構成員が具体的な役務を給付される可能性をもつ場合には分担金、他方で、このように個別の団体構成員に具体的な利益が帰属するわけではないが、団体構成員全体が機能的自治により、他の国民ないし住民の利益から区別される強度の「同質」的な利益を受ける場合には、特別公課と見ることができるとする。

もっとも、前述のように、機能的自治団体の構成員における利害関係の同質性は、他の国民ないし住民の利益から「基本的に」区別される「最小限」のものにとどまる場合が多い(二)。そうであるとすると、機能的自治の制度により、団体内部において、および団体外部との関係で、適切に諸利益の調整を図ること(三)(参照)によりはじめて、特別公課を正当化する「同質」的な利害関係者が創出される場合が想定されよう。「団体公課」の概念は、このように機能的自治が特別公課を正当化する一つの因子になることを示唆する意義をもつと思われる。

なお、負担金と分担金との関係については、分担金は、一定程度再分配機能をもち、負担金に比べ財産権侵害の度合いが高いから、個別に負担金を決済することになると必要な行政費用が大きくなる場合や役務が利用されなくなる場合にのみ正当化される、とする見解がある⁽⁶⁰⁾。しかし、負担金と分担金は、それぞれにより実現される公的な任務・事務および関係利益の性質により正当化されるから、負担金を分担金が補完するというような単純な関係に立つわけではないと思われる。むしろ、役務を個々人の需要に個々に応じて提供するのではなく、一定程度の再分配機能をもたせて提供することを目的として、負担金でなく分担金により役務を提供する制度が採られるといえよう。この点は、負担金と特別公課との関係にも妥当しよう。

(六) 地方公共団体の法形式を利用した機能的自治

最後に、(一)で言及した機能的自治と地方自治との関係の問題に立ち戻ることにする。機能的自治団体の中には、特定の地域の生活空間を公益に適うように形成・管理することを任務・事務とするものがある。日本で現在、公共組合として挙げられるものは、かなりの部分がこれに当たる。こうした地域の生活空間に関わる機能的自治は、地方公共団体の関与を受けることにより、機能的自治とは異なる性質をもつ地方自治と関係を結ぶ(一)、(三)(2)。しかしそれだけでなく、地域の生活空間に関わる機能的自治には、それ自体として地方自治と共通性をもつ面がある⁽⁶¹⁾。

このことは、地方自治の側からは次のように示される。伝統的に重要とされてきた地方公共団体の任務・事務には、都市計画など地域的な空間利用計画の策定・実現⁽⁶²⁾や、公の施設の設置・管理⁽⁶³⁾など、地域の生活空間の形成・管理が数えられる。また地方公共団体においては、事務・任務がさらに包括的・総合的な国に比べて、個別の施

策につき住民の直接参政により決定を行う可能性が開かれている。それは「民主的正統化、自律的正統化、参加の間の移行関係を表現する」⁽⁶⁴⁾。財政についても、地方税には応益課税である均等割の部分⁽⁶⁴⁾が所得割と並び存在する。

このように地方公共団体が、地域の生活空間を形成・管理する機能的自治と共通する性質をもつとすると、(普通)地方公共団体が(特別)地方公共団体の法形式で機能的自治団体を設けることも考えられる。この手法によると、既に一般的に法定され運用されている地方公共団体のガバナンスの仕組みが機能的自治団体に適用され、また、機能的自治団体に対する(普通)地方公共団体の関与が自ずと組み込まれることになる。その意味でこの手法は、既存の制度を用いることにより、機能的自治に伴う問題点をできる限り明確に除去する手法といえる。反面で、地方公共団体の法形式により、団体の設立や構造を決定する利害関係者のイニシアティブを制約する度合いが大きくなり、機能的自治に固有の意義が最大限には生かされなくなることも否定できない。また、狭い範囲の利害関係者が特定の任務につき決定を行うために、特定の利益から距離をとりにくいという、機能的自治の問題状況そのものがなくなるわけではない。当該団体の構成員に対し特別に公課を行うとすれば、当該公課に実質的な根拠があるかが問われる点は(五)、たとえば地方税の形式をとるとしても、やはり、いわゆる団体負担としての法形式をとる場合と変わらない。

- (1) 報告書五〇頁・三〇頁。
- (2) ここでは、先駆的な研究として、保井美樹「アメリカにおける Business Improvement District (BID) —— NPO によ

る中心市街地活性化——」都市問題八九巻一〇号（一九九八年）七九頁以下、近時の研究として、御手洗潤「Business Improvement District 制度論考——わが国での導入を念頭に置いて——」土地総合研究二〇一七年秋季号四八頁以下を挙げるにたいする。

- (3) 主なものとして、高村学人「多極化する都市空間のガバナンス——境界を開く法の役割」東京大学社会科学研究所 大沢真理Ⅱ佐藤岩夫編『ガバナンスを問い直すⅡ 市場・社会の変容と改革政治』（二〇一六年）四七頁以下、高村学人「サンフランシスコ市におけるビジネス改善地区の組織運営とその法的コントロール（一）（二）——観察調査法によるケース・スタディ——」立命館大学政策科学二四巻三号二六五頁以下・四号一八一頁以下（二〇一七年）、原田大樹「街区管理の法制度設計——ドイツBID法制を手がかりとして——」法学論叢一八〇巻五〇六号（二〇一七年）四三四頁以下。
- (4) 内閣官房まち・ひと・しごと創生本部事務局Ⅱ内閣府地方創生推進事務局「日本版BIDを含むエリアマネジメントの推進方策検討会（中間とりまとめ）」（二〇一六年六月三〇日）。
- (5) 公共組合につき詳しくは、安本典夫「公共組合」雄川一郎Ⅱ塩野宏Ⅱ園部逸夫編『現代行政法大系第七巻 行政組織』（一九八五年）二八七頁以下。原田・前掲註（3）四五七頁は、「公共組合の組織が硬直的でBID事業に向かない」とする。もつとも同論文四七六頁以下は、日本におけるBIDの立法論として、公共組合とする選択肢も提示する。さらに同論文は、公共組合の任務および追求する利益と、BIDの任務および追求する利益との齟齬も指摘する（一方で四五七頁、他方で四八〇頁）。
- (6) *Winfried Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II*, 7. Aufl., 2010, § 99 Rn. 1 ff.
- (7) *Eberhard Schmidt-Altmann*, *Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung*, in: *GS für Martens*, 1987, S. 249 ff. (262) は、私法人や部分的な権利能力をもつ団体にも自治団体となる可能性を認める。しかし *Reinhard Hentler*, *Das Prinzip Selbstverwaltung*, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg.)*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, 3. Aufl., 2008, § 143 Rn. 23 ff. などドイツの通説は、自治団体を公法上の団体に限定する。
- (8) 詳しくは、太田匡彦「住所・住民・地方公共団体」地方自治七二七号（二〇〇八年）二頁以下。
- (9) *Eberhard Schmidt-Altmann*, *Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im*

- Transplantationswesen, 2001, S. 74, S. 76 f.; ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2004, S. 43 (エバーハルト・シュニッツトーマス (太田匡彦) 大橋洋一・山本隆司訳) 『行政法理論の基礎と課題——秩序づけ理念としての行政法総論』(二〇〇六年) 二六四頁以下)。○
 ▲ ヲ Michael Kleine-Cosack, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, 1986, S. 140 f.; Matthias Papenfuss, Die personellen Grenzen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 1991, S. 151 ff. ⇒ ヲ ⇒ ヲ Wilhelm Brom, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1969, S. 253, 262 ff. が「社会的に同質的な利害関係者の共同体」の存在を求めた。「対応要請」⇒ Janbernd Oebbecke, Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung, VerwArch 81 (1990), S. 349 ff. (358 f.) ; Peter J. Tettinger/Thomas Mann, Zur demokratischen Legitimation in sondergesetzlichen Wasserverbänden, in: Tettinger/Mann/Salzwedel, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000, S. 25 に拠る。
- (10) 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」同『分権時代の地方自治』(二〇〇六年) 二二五頁以下。
- (11) 歴史も含め、倉田聡「医療保険の基本構造——ドイツ疾病保険制度史研究」(一九九七年)。さらに、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化(二)」名古屋大学法政論集二四七号(二〇一二年) 四九頁以下。
- (12) 山本隆司「民営化または法人化の功罪(下)」シュリストー三三八号(二〇〇八年) 四二頁以下。
- (13) Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, 1997, S. 235 f.; 「二元的構造」とともに「グループの多元的な構造」。「グループの対立する構造」の機能的自治を挙げる。
- (14) Hans Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Vogkühle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, S. 6 Rn. 85 f.; ①②で後述する均衡のとれた関係諸利益の表出と考慮の機会の確保を条件に、利益の同質性の要請を端的に否定する。Andreas Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarznei, 2001, S. 421 ③端的に「同質性は自治行政の(生の)素材とよりむしろ生産物である」とする。Volker Neumann, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, 593 ff. (597 f.) は「結果されるグループが実現すべき任務と特別の関わりを

ことが、事柄に即した規準により格付けられていれば十分である」とする。よって *Thomas Groß*, *Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung*, DVBl. 2002, 1182 ff. (1192) : 機能的自治により実効的に任務が遂行される限り、同質性は不要とする見解として、*Thomas Holzner*, *Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie. Untersuchungen zur Phänomenologie gruppenpluraler Konsensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts als Referenzgebiet*, 2016, S. 162 ff.

以上の見解に対し *Martin Burgi*, *Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung*, VVDStRL 62 (2003), S. 405 ff. (432 ff.) は、同質的な利害関係者のグループを画定できることが、自治行政が実効的に任務を遂行できるための条件であるとす。他に同質性の要請を重視する近時の見解として *Timo Hebel*, *Verfassungsrechtliche Probleme "besonderer" Rechtssetzungsformen funktionaler Selbstverwaltung - Die Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen -*, DÖV 2002, 936 ff. (941 f.) .

- (15) *Schmidt-Albaum*, *Ordnungsidee* (Fn. 9), S. 4/2 — 「特定の実体的任務への集中は、こうした形式の自治行政に固有のことであるが、分極化効果をもつ。地方自治行政を特徴づける任務領域の普遍性による中立化効果が、働かないのである」。
Hans-Heinrich Trute, *Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht*, in: *Schmidt-Albaum/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 249 ff. (287) .

- (16) *Tettinger/Mann* (Fn. 9), S. 25 — 「構成員の事務の充足が同時に一般利益になる」とは排除されなく」。

- (17) 強制加入とどう面で公共組合と共通性があることを指摘する、*安本・前掲註(5)*二九二頁。

- (18) *Trute* (Fn. 14), Rn. 86 は「機能的自治において「代表されていない第三者の利益に対し、強度において全くマージナルなものにとどまらな影響が存在する」とし、第三者利益を十分反映させるような自治組織内部の決定手続を構築する立法者の責任を指摘する。*A. Wahl* (Fn. 14), S. 424 ff. も「こうした第三者への影響を前提に、国の介入権や議会法律による自治行政の輪郭付けの強化も考えられるが、立法者による自治行政の「組織化責任」および「プロセスの形成」が重要である旨を説く。これに対し、やはり「公法上の団体の自律」が「間接的な外部効果」をもつことを許容する *Pöberhub* (Fn. 9), S. 174 ff. は、法律による授権の規律密度を、第三者の基本権に関わる程度に応じて上げること(事項・内容に関わる民主的正統化)を求め

ていた。

そのこと *Janbernd Oebbecke, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung*, VVDStRL 62 (2003), S. 366 ff. (370) は、通常は自治行政の意思形成に利害関係者の全員は組み入れられず、自治行政の担い手は、「事実上必然的に定まる、事理による自治行政の対象との緊密な関係」の観点からではなく、「政治的に決定される」として、自治行政の「利害関係者」ではなく「受託者 (Beauftragte)」と表現すべきであるとす。もともと、そこまで言うとは、自治行政の「構成員の切り出しと任務の状態とは対応しなければならぬ」(aaO, S. 395 f.) という要請を満たせなくなるのではないか。

(19) 組織法上の法形式の意義については *Eberhard Schmidt-Albmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, 2013, S. 137 ff.

(20) 「手続 (法) 構造」の意義につき、山本隆司「開かれた法治国——行政法総論の基本概念の再検討」公法研究六五号 (二〇〇三年) 一六三頁以下 (一六九頁以下)。

(21) 古典的な業績として *Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., 2004, § 24 Rn. 33; *Eberhard Schmidt-Albmann, Verfassungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991), S. 329 ff. (376 ff.).

(22) *Schmidt-Albmann, Ordnungsidee* (Fn. 9), 2/91. 民主的正統化について、詳しくは前註および四(3)の諸註に挙げた諸文献があるが、差し当たり基本的な説明として、山本隆司「行政の主体」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』(二〇一一年)八九頁以下(九四頁)。

(23) *Trute* (Fn. 14), Rn. 85.

(24) *Schmidt-Albmann, Ordnungsidee* (Fn. 9), 2/93——「平等な参加の機会に基づく内部組織は……民主的正統化より狭い利害関係者共同体の関係の枠組みでは、固定化する」。

(25) *Brohm* (Fn. 9), S. 261; *Groß* (Fn. 14), S. 1193; *Holzner* (Fn. 14), S. 164, 179; *Kleine-Cosack* (Fn. 9), S. 206 ff.; *Kluth* (Fn. 13), S. 460 ff.; *Neumann* (Fn. 14), S. 597 f.; *Oebbecke* (Fn. 9), S. 365 f.; *Trute* (Fn. 14), Rn. 83. ただし、日本の公共組合を念頭に置いた論述であるが、興津征雄「行政過程の正統性と民主主義」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』

- (二〇一六年) 三二五頁以下 (三四一頁以下)。
- (26) *Papenfuss* (Fn. 9) . S. 172 ff. が明確に述べる。
- (27) *A. Wahl* (Fn. 14) . S. 422, 436 ff. 「民主政原理は専門化の禁止を含まない」旨を指摘する。
- (28) *Trule* (Fn. 14) . Rn. 30 Fn. 146 ff. 「事項・内容に関わる民主的正統化の弱さは、人員に関わる強い民主的正統化の要素により特別に補償することを要する欠陥ではない。両者が議会主義の機能条件である」と指摘する。
- (29) *Schmidt-Abmann*. Ordnungsidee (Fn. 9) . 2/90.
- (30) *Trule* (Fn. 14) . Rn. 55 ff. *「よつゝ」* 様々な形態の単純な手続参加まで自律的正統化に含めている。
- (31) 塩野宏「放送の特質と放送事業——西ドイツモデルの分析」(一九七四年) 同『放送法制の課題』(二九八九年) 八六頁以下。
- (32) 山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』(二〇〇八年) 一七一頁以下(一九二頁)。原田大樹『自主規制の公法学的研究』(二〇〇七年) 二〇六頁は、「狭義の自主規制と……作用特定の自治との間に社会問題解決手法としての連続性がある」と指摘する。
- (33) *Burgi* (Fn. 14) . S. 430.
- (34) *Ingraver Ebsen*. Rechtsquellen. in: Schuljin (Hrsg.) . Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1: Krankenversicherungsrecht. 1994. § 7 Rn. 14 ff.
- (35) *Neumann* (Fn. 14) . S. 599 f.
- (36) *Thomas Grosz*. Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. S. 141. ders. (Fn. 14) . S. 1192 f.
- (37) *Reinhard Hentler*. Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. 1986. S. 286 f.
- (38) *Dolzner* (Fn. 14) . S. 136 ff. 180 ff.
- (39) *Schmidt-Abmann*. Ordnungsidee (Fn. 9) . 2/90. 102. 106.
- (40) *Oebbecke* (Fn. 9) . S. 369. 連邦労働営造物(現在の機構)および州放送営造物を機能的自治に含めることに疑問を呈する見解として *Kluth* (Fn. 13) . S. 80 f. 206. 208. *キチ Schmidt-Abmann* (Fn. 7) . S. 261 ff. *もつじう*した観点から州放送営造物を「自治」の範疇に捉べき *Schmidt-Abmann*. Gesundheitswesen (Fn. 9) . S. 89 ff. は「社会法典第五編九一条の連邦共同委員会を

- 「共同自治行政」の概念で捉えることは「混乱を招く」とし、多元的専門家委員会として理解すべきとする。この「共同自治行政」の概念および制度に対する批判は多いが、例えば *Bertram Schulz*, in: *Schulz* (Hrsg.) (Fn. 34), 86 Rn. 97 ff.
- (41) 民主的正統化、特に機能的自治との関係に関するドイツの多様な学説は、近時日本でも包括的に研究されている。門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化(三)(四・完)」名古屋大学法政論集二五一号三四七頁以下(三六六頁以下)・二五二号一五五頁以下(二〇一三年)、高橋雅人「多元的行政の憲法理論——ドイツにおける行政の民主的正当化論」(二〇一七年)八三頁以下、田代滉貴「ドイツ公法学における「民主的正統化論」の展開とその構造」行政法研究一四号(二〇一六年)二五頁以下、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開(上)』(二〇一二年)三一三頁以下。議論を整理した近時のドイツの文献として *Albert Ingold*, *Das Recht der Oppositionen. Verfassungsbegriff - Verfassungsdogmatik - Verfassungstheorie*, 2015, S. 264 ff. のテーマに関しては連邦憲法裁判所の判例の分析が必須であるが、次の文献に譲り、本稿では割愛せざるを得ない。田代滉貴「判例理論としての民主的正統化論——ドイツ連邦憲法裁判所判例研究」法政研究(九州大学)八四卷二号(二〇一七年)一〇三頁以下。
- (42) *Mathias Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie*, 1993, S. 205 ff., S. 305, S. 329, S. 505 ff., S. 579 ff., S. 589 ff. 一般論として同様の傾向の見解として *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Die Organisation der Wirtschaftsverwaltung*, in: R. Schmidt/ Wollenschläger (Hrsg.), *Kompodium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl., 2016, § 4 Rn. 28, 32 ff. *4 *Sandra Köller*, *Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation. Eine Untersuchung am Beispiel der Wasserverbände Lippeverband und Enschergerossenschaft*, 2009, S. 321 ff. *6 機能的自治を認めるために憲法に例外条項を定めることを求めよ。
- (43) 反対 *Groß* (Fn. 36), S. 139.
- (44) *Mathias Jestaedt*, *Selbstverwaltung als "Verbundbegriff". Vom Wesen und Wert eines allgemeinen Selbstverwaltungsbegriffes*, DV 35 (2003), S. 293 ff. (309 ff.). 斎藤誠「自治・分権と現代行政法」岡田正則＝白藤博行ほか編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』(二〇一六年)二九三頁以下(二九六頁以下)が、この論文を詳細に紹介

- (45) *Groß* (Fn. 36) , S. 199 ff.; *Trute* (Fn. 14) , Rn. 16, 32, 37, 53; *Brun-Otto Bryde*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) , Demokratie und Grundgesetz: Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, 2000, S. 59 ff. (60 ff.) ; *Veith Mehdé*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 531 ff., S. 561; *Utz Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt: Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, 2004, S. 616 ff. 4.の注釋に *Sebastian Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie: Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, 2008, S. 218 ff., S. 281 ff. 44' 原理とルールとの併存を説く。 *Claus Dieter Classen*, Demokratische Legitimation im offenen Rechtsstaat: Zur Beeinflussung des Demokratieprinzips durch Rechtsstaatlichkeit und internationale Offenheit, 2009, S. 37 ff. 44' 法治国原理への調整のみを認め、自己決定なごう参加の原理を正面から位置づけなご。 *ゴッホヒンズ* 及び *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/ Dürig, GG. Komm. Art. 20 II Rn. 159 f., 164, 166; *Köller* (Fn. 42) , S. 63 ff., S. 285 ff.
- (46) *Groß* (Fn. 36) , S. 165 ff.; *Trute* (Fn. 14) , Rn. 17 ff.; *Bryde* (Fn. 45) , S. 63 ff.; *Schliesky* (Fn. 45) , S. 677 ff.; *Unger* (Fn. 45) , S. 251 ff. 特ご個人の尊厳ごご *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWuStP 5 (1994) , S. 305 (321 f.) . 反対 *Classen* (Fn. 45) , S. 34 ff.; *Grzeszick* (Fn. 45) , Rn. 81 f., 162; *Köller* (Fn. 42) , S. 45 ff.
- (47) *Groß* (Fn. 36) , S. 197 ff.; *Trute* (Fn. 14) , Rn. 25 f., 48, 54 f.; *Bryde* (Fn. 45) , S. 67 f.; *Schliesky* (Fn. 45) , S. 690; *Unger* (Fn. 45) , S. 263 ff.
- (48) *Schmidt-Albaum*, Ordnungsidee (Fn. 9) , 2/3. ただし、こうした関係を切り詰めて「民主政の距離要請」と表現するごとか、ごなるかミスリーディングであるごとは否定できない。毛利透『統治構造の憲法論』(二〇一四年) 二八一頁以下、山本・前掲註(32) 二二二頁以下。
- (49) 山本隆司「現代における行政法学の体系」岡田・白藤ほか編・前掲註(44) 三一頁以下(四三頁以下)。

- (50) *Eike Westermann*, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund. Zur demokratischen Verwaltungslegitimation im europäischen Regulierungsverbund für elektronische Kommunikation, 2017, S. 281 ff.
- (51) *Ernst Thomas Emdé*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung: Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1991, S. 382 ff., 405 ff.
- (52) 批評として例として *Jestaedt* (Fn. 44) . S. 496 ff.; *Schmidt-Abmann*, Ordnungsidee (Fn. 9) . 2/93.
- (53) *Kluth* (Fn. 13) . S. 376 ff.
- (54) 批評として例として *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, 2000, S. 299; *Kölller* (Fn. 42) . S. 247 ff.; *Schmidt-Abmann*, Ordnungsidee (Fn. 9) . 5/42 Fn. 91.
- (55) 以下に「*山本隆司*「競争による分配行政法の基本問題」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』(二〇一二年) 一四三頁以下(二五五六頁以下)。」
- (56) *Josef Isensee*, Nichtsteuerliche Abgaben – ein weißer Fleck in der Finanzverfassung, in: Staatsfinanzierung im Wandel. Verhandlungen auf der Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik in Köln 1982, 1983, S. 435 ff. (447 ff.) . *Klaus Vogel/Christian Waldhoff*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rn. 427 f.; 「団体負担の「付加的な」正当化根拠として基本権を挙げる。」
- (57) *Winfried Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., 2017, § 42 Rn. 57; *Kluth* (Fn. 13) . S. 312 ff.
- (58) *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) . Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 119 Rn. 113 ff.
- (59) *Oebbecke* (Fn. 18) . S. 396.
- (60) *Kluth* (Fn. 13) . S. 317.
- (61) 原田・前掲註(3) 四七八頁以下は、「地方自治と作用特定の自治の相対化」を指摘する。

- (62) ドイツの「空間計画高権」。ヴァインフリート・プローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究——日独比較を中心として』(一九九五年) 九五頁以下。
- (63) 塩野宏『行政法Ⅲ 行政組織法〔第四版〕』(二〇一二年) 二二四頁。
- (64) *Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee* (Fn. 9), 289.

(東京大学大学院法学政治学研究科教授)