

ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（三）

門脇美恵

序章 問題状況と検討課題

第一章 公法学における自治概念の定義（以上、第二四二号）

第二章 疾病保険における保険者自治の意義

第一節 疾病保険制度の基本構造

第二節 保険者自治の法制（以上、第二四七条）

第三節 保険者自治の正統化根拠

一 クルートの機能的自治の正統化モデル

二 ガイスの社会的自治の正統化モデル

三 保険者自治の正統化根拠

第三章 疾病保険における保険者自治の民主的正統化

第一節 行政の民主的正統化の古典的モデル

一 行政の民主的正統化論の背景

二 ベッケンフェルデの民主的正統化理論

三 連邦憲法裁判所の判例（以上、本号）

第二節 行政の民主的正統化の古典的モデルへの批判

第三節 保険者自治の民主的正統化

終章 総括

第三節 保険者自治の正統化根拠

保険者自治の主体は、本章第一節および第二節において概観したように、その任務、権限および組織を法令により規律されており、その法的地位は、一部の学説を除き、連邦レベルにおいては憲法ではなく法律により保障されているにとどまると理解されている。ここで、一つの疑問が生ずる。すなわち、保険者自治はいかなる理由から制度化されているのか、その法的根拠の背景にあるより実質的な正統化根拠が何かである。例えば、大学の自治においては、自治権により包括される権限が基本権的に演繹されることが広く認められているので、その正統化根拠も学問の自由の保障に求められることは容易に推論される。⁽¹⁸¹⁾これに対して、保険者自治においては、その憲法上の保障を肯定する一部の学説においても、いかなる理由から被保険者の参加を実現する組織形態が憲法上要請されていると解されるのかについて、明確な説明がなされているとはいえない。そこで、本節においては、保険者自治の法的根拠の背景にあり、それを支える正統化根拠を明らかにしたい。⁽¹⁸²⁾そのために、ここではクルー卜による機能的自治の正統化モデルの類型化と、ガイスによる社会的自治の正統化モデル論を参照する。

一 クルートの機能的自治の正統化モデル

クルートは、機能的自治の発現形態の多様性を述べた上で、機能的自治の類型化の必要性を指摘する。⁽¹⁸³⁾クルートは、類型化それ自体が規範に関連づけられているべきであるとして、その規範的接点として、憲法的基準とりわけ基本権、民主政原理ならびに社会国家原理および連帯原理を挙げる。⁽¹⁸⁴⁾次に、かかる憲法的基準を指針として、機能的自治の多様な類型の体系化、すなわち、a 機能的自治という組織形態選択の動機を把握するための成立形態および成立根拠、b 機能モデルの組織法的置換（Umsetzung）を把握するための組織モデル、c 原理に導かれた正当化（Rechtfertigung）を見抜くための正統化モデル（Legitimationsmuster）、および d 機能的自治の活動を分類するための任務による分類が可能であるという。⁽¹⁸⁵⁾本節においては、保険者自治を支える原理あるいは存在理由という意味での正統化根拠を明らかにするという目的から、このうち c の正統化モデルによる分類を参照する。

クルートは、機能的自治の正統化モデルとして、①当事者参加、②公共善（Gemeinwohl）の具体化手続としての自治、③ゲノツセンシャフト（協同組合）原理、④連帯共同体の組織、⑤基本権により要請される国家との距離の制度的保障（基本権が機能的自治の担い手に適用可能である場合のみ）、⁽¹⁸⁶⁾⑥行政の分権化を挙げる。もつとも、クルートはこれらの各モデルを、並列的で相互排他的な関係に立つと理解していないようである。その理由は、一つに、クルート自身が指摘するように、⑥の行政の分権化は①ないし⑤の各モデルの組織法的表現にすぎず、それ自体が独自の正統化に貢献するわけではないからである。分権化のスローガンには、確かに、効率性の向上、官僚主義の克服および国家の負担軽減等の多くの行政技術的な観点が隠されているが、それらは実体的な正統化根拠（Legitimationsgrund）に「付け加わって」機能的自治の組織形態に関する決定をもとに支えるものであるという。⁽¹⁸⁷⁾いま一つには、①の当事者参加が、参加という現象それ自体の多義性ゆえに、②ないし⑤のい

れの目的によっても根拠づけられると考えられるからである。したがって、自治概念の定義からすれば、機能的自治の正統化根拠の端緒は、まず、①当事者参加または⑥行政の分権化のいずれかに求められる。これらのうち、後者が前者の組織法的表現であるから、本質的な正統化根拠は前者に求められることになる。⁽¹⁹⁰⁾その上で、当事者参加の現象が、個々の機能的自治の主体において、②ないし⑤のいずれによって根拠づけられるのが問われことになる。本稿で扱う保険者自治に関しては、③ゲノッセンシャフト原理と、大学の自治を典型とする⑤基本権により要請される国家との距離の制度的保障は、⁽¹⁹²⁾少なくともその主要な正統化根拠であるとは考えられない。したがって、ここでは②公共善の具体化手続としての自治および④連帯共同体の組織が検討されるべきモデルであるといえる。

二 ガイスの社会的自治の正統化モデル

гаイスは、機能的自治に属する社会的自治を検討対象として、その正統化根拠を追究する。⁽¹⁹³⁾前章において概観したように、連邦憲法裁判所の諸決定は、社会保険における自治が憲法上制度的保障を享受するものではないとする立場をとる。そのうち一九七五年四月九日の決定は、異議申立人である地区疾病金庫の基本権享有能力を否定する立論の中で、保険者自治を間接的国家行政と同置する。⁽¹⁹⁴⁾гаイスは、両者を同置するかかる解釈が「分権化が効率化にも至ることを前提としている」ことを指摘し、⁽¹⁹⁵⁾これを社会保険の自治の正統化根拠としての「国家主義的アプローチ」と呼ぶ。⁽¹⁹⁶⁾このアプローチは、前述のように分権化が独自の正統化根拠とはなりえないことを前提とすれば、本節における検討対象からは外れることになる。次に、гаイスは、連邦憲法裁判所とは異なるアプローチにより社会保険における自治の「憲法的または政治学的『上部構造』」⁽¹⁹⁷⁾を求め、これをその自治の正統化

根拠としようとして試みる学説を分類した上で、それぞれを検討する。すなわち、まず、社会保険における自治を、①「公法上実現される、自己決定の基本権の共同行使」(基本法二条一項の一般的行為自由)として根拠づける個人主義的アプローチ⁽¹⁹⁸⁾、②当事者参加の諸機能(連帯意識の産出および市民の疎遠化への対抗)さらには民主政原理によっても根拠づけようとする統合的・民主政理論的アプローチ⁽¹⁹⁹⁾、および③労使団体のコーポラティズムにより根拠づけるコーポラティズムによるアプローチに分類する。次に、各アプローチについて以下の通り評価を行う。①個人主義的アプローチについては、社会保険の歴史的發展に対する認識の誤り、および現在の社会保険法領域における国家法律による規律密度の高さからすれば、自治には「個人の自己実現のための空間は残されていない」という現状認識に基づき、これを批判する。すなわち、社会的自治は「個人による共同的基本権行使にかかわる問題では決してない」のであり、社会選挙⁽²⁰³⁾をめぐる法的状況および社会的現実からすれば、「むしろ問題となるのは集団利益の調整である」⁽²⁰⁴⁾。したがって、③コーポラティズムによるアプローチは肯定的に評価される。これに対して、②統合的・民主政理論的アプローチは、当事者参加の正統化根拠が統合作用等の自治の諸機能にのみ求められる限りにおいて肯定される。しかし、それが民主政原理にも求められると主張される場合、ガイスは民主政における政治的参加権の形式的平等の要請をきわめて厳格に要請する立場から、このアプローチを厳しく批判する。すなわち、「自治という形態は通常、総体としての国家国民(Staatsvolk als Ganzes)⁽²⁰⁵⁾に関するのではなく、構成員資格、利益・代表または専門知識により定義される部分・総体(Teil-Allgemeinheit)に關係する。そのことを無視して、社会保険における自治を民主政原理の流出物さらには民主政原理の強化と称することは、後に大きな問題をもたらしてしまう」⁽²⁰⁶⁾。ガイスによれば、「社会的自治は民主政原理を強化するのではなく、むしろ正当化される例外である」⁽²⁰⁷⁾。

三 保険者自治の正統化根拠

クルートの理論およびガイスによる学説の整理を参照すれば、保険者自治の正統化根拠として検討対象になりうるのは、前者における公共善の具体化手続モデルおよび連帯共同体の組織モデル、後者における個人主義的アプローチ、コーポラティズムによるアプローチおよび統合的・民主政理論的アプローチである。以下、これらを順次検討する。

第一に、連帯共同体の組織モデルは、保険者自治に妥当すると考えられる。連帯原理は再分配措置の正統化に寄与するが、クルートによれば「再分配は連帯のための十分に事理に即した基盤が与えられているところにおいてのみ、かつその限りにおいてのみ強いられる。それは通常、国家市民的平等および運命共同体にとどまらない、当事者間のつながりを要する。それは共通の社会的地位（職業等）または共通の任務責任から演繹される。社会のおよび機能的にあらかじめ特徴づけられた『集団』の組織は、したがって連帯義務の根拠づけのために特別に適合的な端緒を供する」⁽²⁰⁸⁾。まさに疾病金庫は、かかる意味において当事者が参加により組織化された連帯共同体であるといえる⁽²⁰⁹⁾。

第二に、労使団体のコーポラティズムによるアプローチについて、コーポラティズムは確かに疾病保険を含むドイツ社会保険における自治の「特徴」の一つではあるが、正統化根拠であるとは言えないと考えられる。ここで問われるべきは、コーポラティズムにより特徴づけられる自治の存在理由である。ガイスは労使団体のコーポラティズムによる「集団利益間の調整」機能ないし両者の対立の「講和機能」が社会的自治の正統化根拠になるとするが、そこで問われるべきは、むしろそれらの機能が仕える価値・目的であるといえるだろう。なぜなら、コーポラティズムそれ自体が多様に評価されるものであるからである。例えば、それが民主政理論との関係におい

て、肯定的または否定的評価のいずれも与えられていることは、その証左であるといえる。⁽²¹²⁾

第三に、個人主義的アプローチについて、同アプローチに対するガイスの批判は、国家立法の規律密度の観点においては現在も基本的には疾病保険に対して妥当すると考えられるが、それ以上に問われるべきは、同アプローチの前提にある自治概念の定義が社会的自治領域において妥当するか否かである。同アプローチの主張者であるヒューフェンによれば、「自治は、公的任務の遂行のための、公法の枠組みにおける、自由な自己決定の基本権の共同行使である」。⁽²¹⁴⁾ かかる自治の定義は、自治主体またはその自治機関において、その構成員が有する学問的自由の基本権（基本法五条三項）が公的任務遂行の下で実現される大学の自治に対しては妥当するであろう。⁽²¹⁵⁾ しかし、社会的自治について、同様にその主体または自治機関の構成員の基本権的自由によりこれを根拠づけることは必ずしも容易ではない。ヒューフェンは、社会的自治の正統化根拠が社会的事前配慮（*Vorsorge*）の自由を含む自己決定の自由にあるとし、その規範的核心を基本法二条一項の一般的自由に求めようとする。しかし、ヒューフェン自身が認めるように、そのためには、同条項を「受け皿的基本権および鳩に餌をやる自由という過小評価から救い出し、（社会的でもある）法秩序全体の基盤的規範として改めて据えられる」ことが前提として必要となるのであり、⁽²¹⁶⁾ かかる解釈論的困難さゆえに同アプローチは支持され難い。もつとも、個人主義的アプローチにおいて留意されるべきであるのは、ヒューフェンが自治概念を個人の基本権的自由（とりわけ自己決定権）を中心に据えて定義しようとする背景にある、自治をめぐる現状に対する批判的認識である。⁽²¹⁷⁾ その問題意識自体は正当なものであり、共有可能である。

第四に、公共善の具体化手続モデルが保険者自治の正統化根拠として用いられると考えられる。民主政理論的アプローチも、民主的決定が一般に関する決定（*allgemeine Entscheidung*）であり、民主政における公共善の表

れであると考えられることから、ここでは前者のモデルに含めて考えられる。議会における民主的意思形成は、公共善具体化の最も典型的な手段であるといえる。そして、公共善と民主政原理のかかる密接な関係ゆえに、保険者自治の正統化根拠を公共善の具体化手続に求める場合、保険者自治と民主政原理の間に解決されなければならぬ理論的問題が生ずる。

公共善とは、実定法上は「一般の福祉 (Wohl der Allgemeinheit)」または「公共の福祉 (Öffentliches Wohl)」の概念の下で理解される、「多くの特殊な私のおよび公的な個別利益ならびに部分利益の中から演繹される共同利益 (Gemeininteresse)」の対象 (Gegenstand) であると理解されている。⁽²¹⁹⁾ 公共善が国家目標の最も一般的なものであるにもかかわらず、「基本法は国家 (Gemeinwesen) の正しい秩序が内容的にいかなる姿でなければならぬかということについて、広く開かれたままにする」。すなわち「公共善は……本質的には権限および手続問題であると判明する」。⁽²²¹⁾ したがって、公共善の具体化は、内容的には諸利益の衡量および選定の過程であると考えられるので、いかなる方法により社会の特定の諸力に対してこの過程への影響力行使の可能性を認めるかが、重要な問題となる。機能的自治は、憲法または立法者の政治的判断に基づく、当事者の資格を認められる人的範囲に対するかかる過程への参加機会の配分を特徴とするものであるから、それは制度的に媒介された、市民の公共善形成への影響力行使の形態を表すといえる。⁽²²²⁾ したがって、保険者自治もまた、かかる公共善の具体化手続として理解することが可能であると考えられる。

しかし、保険者自治に限らず、機能的自治を公共善の具体化手続として正統化しようとする場合、機能的自治と民主政原理との間に、公共善の担い手をめぐる理論的緊張関係が生ずる。なぜなら、公共善は、上述のように衡量問題であると同時に、「規律理念 (regulative Idee)」の意味も有するとされるのであって、その理念は「公権

力が作用するあらゆるところで、個人の総計としてではなく統合された一般 (Allgemeinheit) としての市民の総体、すなわち国家 (Gemeinwesen) が問題となつてゐることを意識させ続ける」からである。⁽²²³⁾ すなわち、「公共善は、政治的権力の自己目的化した行使に対する拒絶を含む」ので、政治権力は「それ自身の外側で、国民の福祉 (Wohl des Volkes) の中に根拠づけられた正当化 (Rechtfertigung) を必要とする」⁽²²⁴⁾。かかる「公権力の有する正当化の必要性および公共善を担う能力 (Gemeinwohlfähigkeit)」は、基本法においてその規範的根拠を一条の人間像および二〇条の民主政原理に求めうるといふ。⁽²²⁵⁾ 以上から、「民主的決定のもつ一般化能力 (Verallgemeinerungsfähigkeit) は、民主的決定の質の本質をなす」とされる。⁽²²⁶⁾ それゆえに、当事者行政として理解される機能的自治を公共善の具体化手続として正統化するアプローチにおいては、機能的自治主体が行う決定が、かかる一般化能力を有するか否か、すなわち公共善を担う主体をめぐり、機能的自治が民主政原理といかなる関係に立つかが問われるのである。民主政原理による正統化アプローチに対するガイスの批判も、当事者という特定の人的範囲に關係する自治を「全体としての国家」に關係する民主政原理により正統化する点に向けられており、⁽²²⁷⁾ 同様に機能的自治と民主政原理との關係を問題とするものであると考えられる。したがって、保険者自治は公共善の具体化手続にその正統化根拠を求めうると考えられるが、保険者自治を含む機能的自治と民主政原理の關係をめぐり、上記の理論問題が残されることになる。

以上の検討から、保険者自治の正統化根拠となりうるのは、連帯の組織化と、公共善の具体化手続であると考へられる。もつとも、後者については、公共善の担い手をめぐり、機能的自治と民主政原理との間に解決されるべき理論問題が残されており、次章においてはこの点を検討する。

(179) ここで「正統化根拠」という場合に問題とするのは、社会保険における自治の存在を支える原理あるいは存在理由であり、国家的支配の正当化プロセスを意味する法規範的な「正統化」ではない。後者の意味における「正統化」について、本稿においては「民主的正統化」の問題として次節以降において検討する。

(180) Vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997 [以下、Funktionale Selbstverwaltung と略記], S. 418ff. もともと、大学の自治権が「基本権的に演繹される」という場合、それは個々の学者の学問的自由の基本権（基本法五条三項）による行政権限の設立を意味しない。そうではなく、その防御権的および客観的作用において、任務遂行の種類および方法ならびに手続に関して自治の組織法上の類型を構成する拘束的基準（専門的指示から自由な決定権限という意味における自立性ならびに財源の配分および運用）が媒介され、その限りにおいて、行政権限を（設立するのではなく）特徴づけることが意味される（S.429-432）。Vgl. auch Reinhard Hendler, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1984 [以下、Ordnungsprinzip と略記], S. 208ff.; Eberhard Schmidt-Altmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung [以下、Zum staatsrechtlichen Prinzip と略記], in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 252f.

(181) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 240.

(182) Tanja Klenk/Philine Weyrauch/Alexander Harрманn/Frank Nullmeier, Abkehr vom Kooperationsmodell? Der Wandel der Sozialversicherungen im europäischen Vergleich, Frankfurt/New York 2012, S. 8 によれば、「社会的自治」とは、当事者の関与の下で行われる準国庫的組織（parastatalische Organisation）における社会保障システムの運営を意味する。それは、特定の福祉国家類型（保守的・コーポラティステイティッシュな福祉国家）のメルクマールであるとともに、国家と団体の特定の関係の表現（政治・行政制度への利益団体の引

き入れによる社会的対立の緩和および社会構造の安定化）でもあるという。ただし、本稿で検討するガイスの論文において、「社会的自治」という用語が社会保険における自治と同義に用いられているため、本稿においてはその用法に従う。

- (183) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 217. クルートによれば、「機能的自治の」担い手の数の多さと細部において多様な特徴を考慮すれば、必要不可欠であると判明するのは、経験的知見が整理されることであって、それはかかる知見が概観可能な数の典型的メルクマールに分類され、そうしてより容易に把握可能にされることによって行われる」（引用文の中の「」は引用者による補足（以下同様））。

- (184) Ebenda, S. 217f.

- (185) Ebenda, S. 219.

- (186) クルートは、機能的自治の国法上の法概念の前提を「組織の国法領域への分類および国家の権限秩序から演繹される任務の遂行」であるとする。したがって、「その自治権がもつばら基本権的あるいは私的自治的役割を果たす行為力（Handlungsmacht）に基づく組織は、機能的自治として問題とならない」ので、「その限りにおいて、放送局と大学の「機能的自治概念への」帰属性は特別に審査されるべきである」ことが指摘される（Ebenda, S. 24）。クルートは機能的自治の分類論において、「大学の例において、機能的自治は、基本権的自由の行使の制度的保障のための組織的枠組みとして役に立つ」（Ebenda, S. 240）と述べていることから、結論として、大学の自治を機能的自治の概念により把握していることがわかる。クルートが、大学の自治において、機能的自治を特徴づける「民主的当事者行政」（あるいは「民主的参加権」と、「基本権的当事者行政」（あるいは「基本権的参加権」と）の重複が存在すると理解していることについて、vgl. ebenda, S. 541ff.

これに対して、Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991）「以下」 Die demokratische Legitimation

der funktionalen Selbstverwaltung と略記〕S. 403 は、大学の自治の正統化根拠をもっぱら基本権に求める。もつとも、エムデは、そのことが機能的自治の正統化根拠のバリエーションを示すものであるとして、これを機能的自治の概念から排除することはせず、ただ民主的正統化主体の範囲から除外する。すなわち、エムデは、機能的自治において不足する、議会により媒介される民主的正統化を補償するために、機能的自治主体の構成員を民主的正統化主体として承認する。エムデのかかる主張を否定する立場がその論拠として好む「学問の自由の基本権からの大学の自律 (Hochschulautonomie) の演繹は、したがって、「民主的」正統化補償の理論を論駁するには適さず、むしろ大学の自治を民主的正統化の想定しうる設立主体の範囲から排除することを根拠づけることができる。したがって、それは、自治制度間のカテゴリカルな相違、すなわち内部構造を基本権的に予め特徴付けられている自治制度と、特殊な、支配の名宛人を強力に引き込む国家的支配形態を實行するという政治的決定に基づき設立されている自治制度との間におけるその証拠に他ならない」。

(187) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 241.

(188) Ebenda, S. 236. クルート自身も、「機能的自治の正統化モデルとしての参加という現象の指摘は、より詳しい考察においておよび一義的ではなく、「参加は基本権的にも、民主主義的にも基礎づけられることが可能である」ことを指摘する。

(189) 拙稿「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化 (一)」法政論集二四二号 (二〇一一年) 三〇七・三〇九頁参照。自治概念はさしあたり「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」と定義することが可能であると考えられる。

(190) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 241. クルートは、「分権化の最も重要な長所は、個々人が『より強力に際立ち』、したがって参加的要素に関連づけられることにある」と指摘する。自治の正統化根拠として当事者参加の要素を強調する見解として、vgl.

auch Reinhard Hentler, *Das Prinzip Selbstverwaltung* [以下「*Selbstverwaltung*」略記], in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2008, S. 1111. ヘントラーは「自治という政治的原理が——大まかに特徴づければ——当事者参加による当事者保護へと方向付けられているにもかかわらず、そのことは、自治制度の形成をもって別の目的を追究することを排除しない。この点においてとりわけ考慮されるのは、国家の執行権の負担軽減または行政給付の改善である。しかし、その原理——それは決定的基準であると判明する——は、すべての自治主体において有効である。それは、とりわけ大学にあてはまる。ハンス・H・クラインによって唱えられた異論、すなわち、大学の自治が当事者の参加機会の向上ではなく、「具体的任務——学問的研究や教育……」を、事に適って遂行すること』を目的とするという異論によっても、何ら変わることはない。その異論に対しては、学問的自治が発達していない、または不十分にしか発達していない全体主義国家においても、優れた学問的業績が収められ得ることが、そもそも反論される」(傍点は原文では斜体(以下同様))と指摘する。

- (191) ゲノッセンシャフト原理について、vgl. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, S. 238f. クルトによれば、ゲノッセンシャフト原理の内容的定義は、協同組合法一条、すなわち「非閉鎖的な構成員からなる利益共同体であって、共同の事業経営により所得及び経済の促進を目的とする」という規定にその手掛かりを求めよう。そして、同原理により根拠づけられる機能的自治として、例えば水利・土地組合における同事業の経営ならびに手工業組合および商工会議所における貸付制度が挙げられるという。

(192) Ebenda, a. a. O., S. 240.

- (193) Max-Emanuel Geis, *Körperschaftliche Selbstverwaltung in der Sozialversicherung*, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), *Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung*, Frankfurt am Main 2001, S. 65ff.

(194) BVerfGE 39, 302 (313f.). 同決定によれば、異議申立人である地区疾病金庫は、確かに制度的には「ゲノッセンシャフト的

助に基づく労働者の扶助金庫に由来した」が、「実際には今日、その任務を間接的国家行政において遂行する、国家に組み入れられた公法上の社団である。……社会保険の担い手の主要な任務は、詳細な社会的法律の執行にあり、いわば委ねられた国家任務である。……ここでは『自治』として、ただ法律により認められ、かつ法律の枠内において存在する組織的独立性と、金庫が被保険者に対して予防、治療およびリハビリテーションの措置として——法律の規定に基づき、確かに指示から自由ではあるが法監督からは自由ではなく——行う任務遂行が理解される。……しかし、そのこと「異議申立人に自治が認められていることを指す」は、前述の領域においてそれら「異議申立人を指す」が国家に対して向けられた基本権の担い手でありうるということを含む意味しない。それらはただ、組織的に独立した、国家行政の部分でしかなく、事柄からすれば間接的国家行政を遂行するのみである。すなわち、それらには、大学や放送局に関しては明白であるような、基本権により保護された生活領域への特別の組み入れ（Zuordnung）が欠けている」。

(195) Geis, a. a. O., S. 76.

(196) Ebenda, S. 74f. 社会保険における自治に関する連邦憲法裁判所の見解に対して同様の評価を行うものとして、vgl. Friedhelm

Hufen, Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat, SDRV 34 (1991), S. 44.

(197) Geis, a. a. O., S. 76.

(198) Hufen, a. a. O. S. 43f.

(199) Hendl, Selbstverwaltung, S. 1133f.

(200) Geis, a. a. O., S. 77f.

(201) Ebenda, S. 80f. ガイスによれば、ヒューフェンの個人主義的アプローチは、社会保険が歴史的に労働者の私的な共済金庫から展

開したという想定に依拠しており、かかる認識は、確かに「制度化された自治と社会による連帯との間に架橋することから国中

- のいたるところで相当に好まれる」(S. 81)。しかし、それは「物事を美化する考察方法」(S. 83)であり、「場合によっては「任意加入の」代替金庫に対しては妥当する」が、「強制的構成員資格については、たとえその構成の内容的成果が時間の経過の中で、かなり早期に広範に受け入れられるに至り、今日まで構造的に広く変わらないままであったとしても、それは当事者の観点からすればおよそ自由な自己実現行為ではないことは確かであった」(S. 84) ために、誤りであるという。
- (202) Eibenda, S. 84.
- (203) 「社会選挙」とは、社会保険担当機関の自治機関の構成員を保険当事者が選出する選挙である。詳細については、拙稿「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（二）」法政論集一四七号（二〇一二年）六三頁以下参照。
- (204) Geis, a. a. O., S. 85.
- (205) 「国家国民」という概念が、民主的正統化論において国家権力の主体という意味を表現するために用いられていることについて、栗城壽夫「概観Ⅱ 一九八五～一九九五年のドイツ憲法判例の特色——統治構造——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）〔以下、ドイツの憲法判例Ⅱと略記〕一八頁を参照。
- (206) Geis, a. a. O., S. 79.
- (207) Eibenda, S. 78.
- (208) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 240. 連帯原理（あるいは原則）と社会国家原理の関係について、拙稿・前掲注(203)五一頁参照。
- (209) もっとも、一九九二年の保健構造法に基づく社会法典五編の改正により、一九九六年に初めて被保険者の一般的な金庫選択権が導入され、かつての職域を単位とした疾病金庫の組織化が原則として被保険者の選択に基づく疾病金庫の組織化へと移行したことを、連帯との関係においていかに評価するかという問題は別途残される。
- (210) Klent/Weyrauch/Harermann/Nullmeier, a. a. O., S. 53.

- (211) Geis, a. a. O., S. 85f.
- (212) Vgl. Klenk/Weyrauch/Harermann/Nullmeier, a. a. O., S. 20ff.
- (213) Vgl. dazu Kluh, a. a. O., S. 197f.これに対して、ガイスの歴史観的観点からするビューフェンへの批判は、保健構造法に基づく一般的な金庫選択権の採用という実定法上の制度変更という事情を描いても、なお正當なものとは言い難い。確かにビスマルク社会保険立法の一つである一八八三年疾病保険法 (Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, Vom 15. Juni 1883) には「社会民主主義勢力への対抗のための手段という性格があり、その限りにおいては、「社会保険の基本権的解釈も、ビスマルクによって宣伝された、父権主義的な国家社会主義の理念にあまり適合しないのであって、その理念は社会保障を完全に意識的に上から、すなわち押し付けられた連帯 (oktroierte Solidarität) により行った」(Geis, a. a. O., S. 84) という批判は妥当する。しかし、疾病保険における自治の詳細な制度史研究である Florian Tenstedt, *Geschichte der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung*, Bonn 1977 (S.23ff.) によれば、同法は、社会保険全体における、疾病保険法に対するビスマルクの関心の相対的な低さおよび当時のその健康状態を背景に、立法作業を担当したテオドア・ローマン (Theodor Lohman) の「宥和的論労働者政策 (versöhnende Arbeiterpolitik)」観および一八七六年扶助金庫法 (Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen, Vom 7. April 1876) に規定され「自由主義的な側面も内包した。すなわち、一八八三年法は、強制加入の導入とともに、既存の任意扶助金庫に法定強制疾病金庫への加入義務を免除する「代位金庫」の資格が認められうることを定めるとともに、従来の抑制的監督法制を引き継いだ。したがって、テンシュテットは、一八八三年法において「疾病金庫は、当初、非常に広範な自治を共有しており、それ「自治を指す」は本質的に法律および規約の規定の遵守が問題になる限りにおいてのみ監督される。……自治のこの顕著な自由は、明らかにその根拠を、疾病金庫が多かれ少なかれ任意扶助金庫の継続であるとみなされたことに有した」(S.47) と分析する。さらに、別の観点からも任意扶助金庫と保険者自治との歴史的連関が看取される。すなわち、テンシュテットの研究によれば、任意扶助金庫は、地区疾

病金庫(法定強制疾病金庫の一種)と競合したことから、一八九二年四月一〇日疾病保険法改正による代位金庫要件の厳格化等、様々な政府の抑圧をうける(S. 34f. 51)。しかし、その結果、階級意識をもつ被保険者が地区疾病金庫へ大量に流入し、同金庫は社会民主党の影響下におかれるとともに、自由労働組合の構成員が中心となり培ってきた労働者による金庫の自主運営の経験および伝統を継承した(S. 52ff.)。地区疾病金庫においては被保険者が自らの雇用者と直接対峙するわけではないという性質上、本来的には金庫運営への被保険者の参加が行われやすいはずであった。しかし、実質的にそれが果たされたのは、同法に起因する被保険者の移動の後であり、一八八三年法の制定から約一〇年間は、労使ともに同法を重要視しておらず、社会選挙への参加率もきわめて低調であったという(58)。以上の事実からも、金庫自治と任意扶助金庫の間には密接な連関があるといつてよいだろう——たとえそれが人的移動を媒介とした自治の伝統の継承という意味においてであるとしても——。

(214) Hufen, a. a. O., S. 54.

(215) 大学の自治機関において、「それが研究および教授の任務を遂行する範囲において、その(学問的に活動する)構成員の共同基本権行使が可能になる」ことについて、vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 426. 連邦憲法裁判所が示すように、「公的学問領域への配分参加の領域においても、いずれにせよ学問的活動の……核心領域は、個々の基本権主体の自己決定に、原則として留保されたままでなければならない(BVerfGE3, 58 (151)も参照)。その限りにおいて、基本法五条三項に基づく個々人の基本権は、大学という団体への加入により変えられるわけではない」(BVerfGE35, 79 (115))。クルートは、かかる官吏学者の基本権を介して、大学およびその自治機関の基本権享有能力が主観的権利としても演繹されると主張する。連邦憲法裁判所の見解との比較とともに、vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 418ff. そこにおいては、大学およびその自治機関の基本権享有能力が承認されるとしても、一般的任務および学問的任務の遂行領域のいずれにおいても、それらの決定において存在する、個々の学者との関係における基本権拘束は廃止されなことが正当に強調される(S. 426)。

- (216) Hufen, a. a. O., S. 53.
- (217) ヒューフェンの社会保険における自治をめぐる現状認識について、vgl. Hufen, a. a. O., S. 44f. ヒューフェンが問題視するのは、「一つに、社会保険における自治の法概念が、連邦憲法裁判所の決定に代表されるように、もっぱら分権化という純粋な組織原理であると解される傾向 (S. 44)」、つまり「その自治が、もはや「固有の任務遂行」ではなく、労使団体間の利益調整に基づく「組織化された諸利益の国家立法および国家行政への参加 (Teilhabe)」に過ぎず (いわゆる「団体に制御された自治）」、「個々人がもはや社会保障を自己責任の表現または概観可能な (überschaubar) 団体における連帯として経験しない」現状である (S. 49f.)。したがって、ヒューフェンは、国法学における支配的な自治概念の定義 (例えばヘントラー) について、それが当事者参加を指向するものである点を積極的に評価しつつも、そこには限界があると指摘する。すなわち、「自治が当事者参加の原理に基づくという命題も、個人的自己決定ではなく国家任務の遂行への参加が注目される場合には、結局フィクションにしか基づきえない」(S. 45)。したがって、「関係」者 (Be-“roffenen) の公的任務への参加のみならず、むしろ公的に実現され、かつ導かれた自己決定が重要である。当事者参加は決定客体の参加であり、それに対して自治は主体がもつ複数の自由 (der Plural von Freiheit des Subjekts) である。自治が民主政において常に法律に立ち戻りうるものでなければならぬと同様に、それは基本権に基づいて個人およびその自由な発展の保護へと立ち戻りうるものでなければならぬ」(S. 54)。以上の問題意識から、ヒューフェンは自治概念を個人の基本権的自由 (とりわけ自己決定権) を中心に据えて定義することが必要であるとす。
- (218) Eberhard Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004 [以下、Ordnungsideeと略記], S. 45; 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総論』(東京大学出版会、二〇〇六年) 四四頁。
- (219) Hans J. Wolff/Otto Bachhof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl., München 2004 [以下、Verwaltungsrecht Bd. 3と略記], S. 420, 424.

- (220) Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. III, Heidelberg 1988, S. 4f, 62.
- (221) Eibenda, S. 39f.
- (222) Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, S. 237f.
- (223) Schmidt-Albmann, *Ordnungsidee*, S. 153. 太田ほか・前掲書注⁽²¹⁸⁾一五六頁。Vgl. auch, Isensee, a. a. O., S. 6.
- (224) Isensee, a. a. O., S. 7.
- (225) Schmidt-Albmann, *Ordnungsidee*, S. 153. 太田ほか・前掲書注⁽²¹⁸⁾一五六頁
- (226) Eibenda, 同上。
- (227) Geis, a. a. O., S. 79.

第三章 疾病保険における保険者自治の民主的正統化

本章においては、まず、ドイツの国法学説および判例における行政の民主的正統化論の古典的モデル⁽¹⁾およびそれに対する批判を検討し、両者の立場において、機能的自治と民主政原理との関係の理解をめぐり、いかなる相違が存するのかを明らかにする(第一節および第二節)。その上で、機能的自治である疾病保険における自治が、いかに民主的に正統化されるかを検討する(第三節)。

第一節 行政の民主的正統化の古典的モデル

一 行政の民主的正統化論の背景

ドイツにおける行政の民主的正統化論を概説するトゥルテーの論文によれば、この議論そのものはさして古いものではなく、「長い伝統を回顧しうる、民主政一般における政治的支配権力の行使の正統化とは異なり、行政の民主的正統化への問いは、近年になってはじめて法学的議論の対象になった」(傍点は原文では斜体(以下同様))⁽²⁾。その背景として指摘されるのは、第二次世界大戦後のドイツ国法学において、法治国家原理が優位を占めていたことであり、その結果、「法律の留保およびその射程範囲をめぐる議論は、その限りにおいて……：自立した行政 (selbständige Verwaltung) に対して不信の目を向けるのであって、その行政に対しては、代表民主制の限定的に用いられた構想において、独自の機能がほとんど認められ得ないとされる」⁽³⁾。

しかし、行政任務の増大および多様化に伴い、議会制定法により完全に規定された行政という理念は維持困難になった。なぜなら、「行政の社会形成的任務の増大、社会発展の包括的計画という理念および法によるその実現、ならびに限定的に用いられた代表民主制の構想の衰え (Erosion) は、行政の自主性 (Eigenständigkeit)、その形成機能およびそれに伴い行政の政治的なるもの (das Politische der Verwaltung) を、ますます前景に出させることになる」からである。⁽⁴⁾ 行政の自立性あるいは自主性へのかかる注目が、国法学において、行政の民主的正統化論の端緒となったと理解される。もともと、「形態原理 (Formprinzip) としての民主的正統化の行政法的体系形成への影響力は、中央集権的な行政法ドグマティッシュな像への逆作用にもかかわらず、さしあたりなお僅かなままであった」が、その後「公勤務における共同決定要求が起きて初めて、憲法・および行政法的な行政のつくり

こみ（Durchformung）が始まり、それは同時に民主政原理を公行政の形態原理にした⁽⁵⁾。そして、この議論との関係において大きな影響力をもったとされるのが、行政の民主的正統化の古典的モデルを形成したベッケンフェルデの理論である。彼が展開した民主政原理のドグマ・テークは、「連邦憲法裁判所の判例においても明確な痕跡を残した」といわれる。以下においては、ベッケンフェルデの民主的正統化理論および彼自身が裁判官として関与した連邦憲法裁判所の判決および決定における同理論の具体的展開を、機能的自治との関係に着目しながら概観する。

二 ベッケンフェルデの民主的正統化理論

（一）ベッケンフェルデの民主政理解と機能的自治の民主的正統化

ベッケンフェルデは、基本法が定める民主政原理を以下のように理解する。「基本法が二〇条一項および二項において規定する国家・および統治形態としての民主政は、国民主権の原理と結び付き、そしてそれを特別な形に作り上げる。民主政は、国家権力がその設立および行使において常に国民の意思に由来する、すなわち国民へと還元される方法において、国家権力を組織するという内容をもつ⁽⁶⁾。すなわち、基本法上の民主政とは、国家権力およびそれによって行われる支配の行使が「国民したがって市民によって構成、正統化および統制され、かつそこにおいて国民の自己決定および自己統治の形態として現れ、その行使に全市民が同権的参加権限を与えられているような方法」において組織されることを意味するという⁽⁷⁾。民主政の中心にある「国家権力の担い手および保持者としての国民という命題は、積極的・構成的には、国家権力の保持および行使が国民から具体的に導かれなければならないことを確定する⁽⁸⁾。したがって、「国家任務の遂行および国家権限の行使は、国民へと帰属

し、あるいは国民に由来する正統化（いわゆる実効的な民主的正統化）を要する」。すなわち、ベッケンフェルデは、国家権力の行使と国民との帰責関係が存在しなければならぬと考えるのであり、この要請を展開するために構築したのが民主的正統化の理論である。⁽¹⁾

以上のベッケンフェルデの民主政構想およびそれに基づく民主的正統化理論からすれば、疾病金庫の自治機関の決定は国家権力の行使に該当するために、民主的正統化を要することになる。しかし、その自治機関の構成員が国民によってではなく、社会選挙において保険当事者（雇用者および疾病金庫の構成員資格を有する被保険者）により選出される点が、民主的正統化要請との関係で問題となる。すなわち、保険者自治において行使される国家権力が「国民へと帰属し、あるいは国民に由来する「民主的」正統化」という要請を満たしているかが、ベッケンフェルデの理論においては問われることになる（引用文の中の「」は引用者による補足（以下同様））。

（二）ベッケンフェルデの民主的正統化理論

それでは、ベッケンフェルデの民主的正統化理論において、民主的正統化はいかなる方法により実現されるものと考えられているのか。この理論は、以下の諸要素から構成されていると整理できる。すなわち、第一に、民主的正統化の主体としての「国民」（基本法二〇条二項前段の意味）、第二に、民主的正統化の客体としての国家権力の行使、第三に、民主的正統化の諸形態およびそれらの複合作用（Zusammenwirken）による民主的正統化水準の達成である。

① 民主的正統化主体としての「国民」（基本法二〇条二項前段）

ベッケンフェルデの民主的正統化理論の特徴を決定づける重要な要素は、民主的正統化主体としての「国民」概念の定義である。ベッケンフェルデは、「国家権力の行使の民主的正統化は、いかなる形態による発現においても同様に、常に国民から由来し、あるいは国民へと還元されなければならない」として、「国民という概念——民主的正統化の出発点としてのそれ——は民主政の基礎概念である」とする。そして、この意味における「国民」概念が定義されるのであるが、ここに彼の理論の大きな特徴がある。すなわち、ベッケンフェルデによれば、「基本法二〇条二項は、必要に応じて埋めることができる『開かれた』国民概念を前提としておらず、国籍保有者の人的総体としての国民を前提とする」。なぜならば「国籍保有者は、それが形成し、支える国家の政治生活および運命と、国家の構成員として長期にわたり結合されている」からであるという。ベッケンフェルデは、以上の基本法の解釈に基づき、民主的正統化の主体について、「国家および統治の形態としての民主政は、その人的接点を、国家国民（Staatsvolk）すなわち国家において政治的な行為および作用統一体として包括され国家を担う人間のそのときどきの総体に有する」と結論づける。⁽¹³⁾

以上のような民主的正統化の主体論においては、民主的正統化主体を「国家支配にそのときどきに関係する者全員」として理解することも、また民主的正統化主体を「国民の中から任意に集団化した個々の市民」として理解することも否定される。⁽¹⁴⁾そして、この連関において、自治（地方自治および機能的自治）主体の構成員すなわち（住民も含めた広義における）当事者の民主的正統化主体としての資格もまた、問われることになるのである。なぜなら、自治機関の構成員は、「総体としての国民」によってではなく、（広義における）当事者により選出されるためである。

ベッケンフェルデは、自治の人的正統化と民主政原理との関係を論ずるにあたり、以下のような認識を前提と

する。「自治制度を特徴づける独自の正統化形態は、総体としての国家国民へと関係づけられるわけではない。それは、その人的接点を、それとは別の、構成員または利害関係・代表者を通じて形成された一般性にもつ。いかなる範囲で、それを通じて民主的正統化と比較可能な正統化が実現するかは問題であり、かつ一様には答えられない。その点で、地方自治と機能的自治の仕組みとの間で区別がなされなければならない」⁽¹⁶⁾。その上で、地方自治と機能的自治における民主的正統化主体について、それぞれ検討される。

まず、地方自治において、ベッケンフェルデによれば、ゲマインデ（市町村）あるいはクライス（群）の市民の総体は、いわば「国家国民」の構造上の「相似形」と観念される「部分国民」として、国民に由来する民主的正統化の資格を憲法上承認されるという。国家国民と部分国民のかかる相似関係の承認のための梃となるのが、住所で媒介される領域団体への帰属性に結び付く「不特定の一般性」という概念、およびそれと相関関係にある地方自治の全権性（基本法二八条二項）⁽¹⁸⁾である。すなわち、「人的正統化団体（personale Legitimationskörper）における任務で重要であるのは、国民である個々人があがままの立場で構成される特定の集団の特殊性ではなく、その特殊性から離れた、不特定・平等な総体である。そこに、ゲマインデまたはクライスの市民を『部分国民』としてみなすことを許容する、国家という政治的団体に構造的に同質な要素がある」⁽¹⁹⁾。

これに対して、機能的自治に関しては、かかる相似関係が否定される。なぜならば、機能的自治の人的正統化の担い手は行政任務の当事者（通常は構成員）の総体であって、その担い手は、「特定の、人的・機能的または利益規定的メルクマールにより限定された個々人（私人）の集団、いわゆる社会の集団または特殊利益の担い手である」ために、「市民一般との関連を欠いている」からであるという。したがって、「機能的自治主体の設立は、行政の民主的な係留的拘束または民主的参加を表現するものではない。それは自らの意義および正当化理由を、

当事者に関係づけられた行政任務の分権的遂行に彼らを引き入れること、そして彼らが固有の責任をもってそのような分権的遂行に参与することに有する（いわゆる、自由な自己決定との結合における社会の諸領域の規制または規律）。ベッケンフェルデは、機能的自治における当事者を通じた独自の人的正統化を「自律的正統化」と称し、これに対して上記の意義を認めるものの、これが民主的正統化とは無関係である点を強調する。⁽²⁰⁾したがって、ベッケンフェルデの民主的正統化理論において、機能的自治主体による国家権力の行使の民主的正統化は、自治主体の構成員を通じては全く行われず、「国家国民」のみによって行われることになる。

② 民主的正統化の客体としての国家権力の行使

民主的正統化を要する客体は、民主政原理の目的により規定される。すなわち、「民主的正統化の要請において中心にあるのは、市民の自由への侵害からの保護——第一の法治国家的関心事——ではなく……国民の共通事務（*gemeinsame Angelegenheit*）の処理に関して組織化された国家権力の保持および決定的な制御である」。したがって、民主的正統化を要する国家権力の行使とは、「決定の性格（*Entscheidungscharakter*）をもつ、国家的な機関あるいは機能主体のすべての職務上の行為」である。民主的正統化の要請が以上のような関心に基づいていることから、民主的正統化客体については以下のことが帰結される。第一に、当該行為が「たとえ高権的性格が薄い領域においてなされるときであっても民主的正統化が必要であり、さらに、例えば政府の構成員による、政治的領域における職務上の宣言または意見表明も同様である」。第二に、民主的正統化の要否の判断においては、当該行為が「直接的に外部に作用するか、またはただ官庁内部において職務遂行のための諸条件をつくるかということは重要ではない」。第三に、民主的正統化の要請は、国家の行為および組織の形態にも左右されない。す

なわち、「私法上の国家行為およびいわゆる国庫的国家行為も、民主的正統化の要請の下に服する。組織形態の想定可能な選択（権利能力のある／ない営造物、株式会社／有限会社）または行為の法形式（私法的／公法的）は、国家的事務の領域からはずれることを意味しない」。⁽²⁾

③ 民主的正統化の諸形態とその複合作用による民主的正統化水準の達成

上記の民主的正統化の主体と客体との間における帰責関係を生み出すためのツールが、民主的正統化の諸形態である。これらの諸形態が複合的に作用することによって、上記の帰責関係の有効性が保証され、その結果、憲法上要請される民主的正統化水準が達成されると考えられている。

a 民主的正統化の諸形態

「民主的正統化の目的は、国家権力の行使への国民の実効的影響力を作用させること、およびそのような状態を保障することにある」。この目的を達成するために、aa 機能的・制度的な民主的正統化、bb 組織的・人的な民主的正統化、および cc 事項的・内容的な民主的正統化という、三つの相互に区別されうる諸形態が、複合的に作用する。これらの諸形態は、「基本法二〇条二項の民主政原理が要請する国家行為の実効的な民主的正統化」の「構成要素」あるいは「礎石 (Baustein)」としての性格をもち、相互複合的に作用することにより同条項の要請する「実効的な民主的正統化」すなわち「正統化の水準」を実現する。⁽²⁾ 以下、民主的正統化の各形態を概説する。

aa 機能的・制度的な民主的正統化

機能的・制度的な民主的正統化とは、基本法二〇条二項の考慮において理解される。すなわち、「憲法制定者自身が、立法・執行・裁判権を、国民が自身に由来する国家権力を行使するそれぞれ独自の機能および機関（組織の意味における権力）として構成したこと」を根拠とする民主的正統化である。機能的・制度的な民主的正統化により、例えば、民主政原理に依拠して、執行権を完全包括的な議会の留保あるいは法律の留保に服さしめることは否定されるという。ただし、機能的・制度的な民主的正統化は、他の二つの種類の民主的正統化により媒介される「具体的な正統化」に代替することはできないので、「具体的な正統化は追加的に必要である」⁽²³⁾。

bb 組織的・人的な民主的正統化

「組織的・人的な民主的正統化は、国家的事務（staatliche Angelegenheit）の遂行を委ねられた職務担当者（Amtsträger）に対する、国民に帰する正統化の不断の連鎖（Kette）におこて存在する」。そして、職務担当者の民主的正統化を通じて、それが帰属する国家的機関もまた同時に民主的に正統化されるという。この正統化は、「連鎖」という表現がすでに意味するように、国民による直接的任命により生ずるのみならず、間接的任命によっても媒介可能であるとされる。すなわち、「議會を中心とした統治システムにおいて、国民の代表機関としての議會は、いずれの民主的正統化の連鎖の内部においても必要不可欠な一環である」。したがって、「——直接的国民選挙以外には——正統化媒介者としての議會を無視するような正統化の形態は存在しない」⁽²⁴⁾。

組織的・人的な民主的正統化は、ある機関の決定に参加する者すべてに対して及ばなければならぬわけではなく、当該決定それ自体が正統化されていれば足りるとされる。すなわち、民主的に正統化された機関構成員の

決定主体的地位が保証されている範囲において、当該決定は正統化されると解されるという。例えば、決定権限のある合議制機関に対して民主的に正統化された官吏以外の構成員も帰属することが許容されるのは、同機関の構成員間の意見対立に際して、民主的に正統化された構成員が「拒否権的地位」とどまらず「自発的に積極的決定を導く地位」にある限りにおいてであるという。かかる解釈により、限定的な範囲においてではあるが、「社会の利益の代表者を、多様な利益の調整を目指す行政決定に参加させ、そこに取り込むこと」が可能になるという。同様の基準が、組織的・人的に正統化された機関の決定への、民主的正統化を経ない機関の関与の許容性についても適用される。その結果、「関与 (Mitwirkung) の範囲 (協議権、拘束的ではない提案権等) を超え、かつ——法的に追い越し不可能な——共同決定権として説明されるような機関の参加権 (Beteiligungrecht) に対する疑念が生ずる」。⁽²⁵⁾

cc 事項的・内容的な民主的正統化

「民主的正統化の事項的・内容的な形態は、国家権力の行使をその内容について (*ihrem Inhalt nach*) 国民から導き、あるいは国民意思をもって媒介し、こうして国民による国家権力の行使を保障するために決定されうる」。この正統化は、二つの途において作り出されるという。すなわち、一つに、選挙により正統化される国民代表機関としての議会における立法権の承認およびその他のあらゆる国家机关が議会制定法律に拘束されること (基本法二〇条三項) によって。二つに、国家任務に関する民主的責任とそれに付随する統制によって。後者の責任について、国民代表はそれを国民に対して負い、国民は定期的な選挙行為でそれを承認する (基本法三八条一項)。政府および大臣は、その責任を一次的には国民代表に対して、直接的には自身の行為について、間接的には自身

の指示および監督権が及ぶ範囲において下位の官庁および機関についても負い、その責任は国民代表の統制および解任権により承認される。事項・内容的な民主的正統化の観点の下で、これら二つの要素（議会制定法律への拘束および民主的責任）は相関関係に立ち、相互に補完し合うという。⁽²⁶⁾しかし、両者がともに不足する場合には、任務の種類または特別の憲法的所与条件により正当化されうるような例外的事情が存在しない限り、「民主政を免れた決定領域（demokratisch exemte Entscheidungsbereich）」が形成される傾向が指摘されるという。

b 組織的・人的および事項的・内容的な民主的正統化の複合作用による民主的正統化水準の達成

具体的な民主的正統化は、基本的には、上記の組織的・人的な民主的正統化と事項・内容的な民主的正統化という二つの正統化形態の複合作用（Zusammenwirkung）によって実現されなければならないという。なぜなら、前者は「確かに、人すなわち国家権力を行使する決定主体が、その任命を通して国民により正統化されることをもたらず」が、加えて国家権力行使の「内容が国民の意思に従属しない独立の支配権が生ずるべきではない」と考える場合には、同時に後者も要するからであるという。⁽²⁸⁾両者の正統化形態は「国家的行為の実効的な民主的正統化という同じ目的へと関係づけられている」ので、「それらは確かに完全には代替しえないが、しかし、基本法二〇条二項により要請される民主的正統化の実効性（正統化水準）が疑問視されない限りにおいて、置換しうる」。⁽²⁹⁾

基本法における民主政原理は、通常、これら二つの民主的正統化形態の複合作用を前提とするという。例えば、裁判は組織的・人的な民主的正統化を任命または選出により、事項的・内容的な民主的正統化を裁判官の法律への厳格な拘束により調達する（基本法九七条）。執行（Exekutive）は、前者を連邦首相の議会選挙（基本法六三条）、

連邦首相による大臣任命（同法六四条）および大臣による官吏任命により、後者を法律への拘束（同法二〇条三項）ならびに政府および大臣の対議会責任（同法六五条）により調達する（いわゆる「大臣行政（Ministerialverwaltung）」の類型³⁰⁾）。地方自治においても、民主的正統化の両形態が複合的に作用するが、それは地方自治が「国家の法律としてのゲマインデ・クライスの秩序を超えずかつ法律への拘束のなかに存続する限りにおいて、ゲマインデあるいはクライスの市民による組織的・人的な正統化および事後的・内容的な正統化が国家国民に由来する正統化に代替することを通じて」生ずるといふ。かかる代替が可能なる理由は、前述のように、ゲマインデあるいはクライス市民に由来する民主的正統化が、「国家国民に由来する正統化に構造的に似て」おり、「国民に由来する正統化として憲法制定者によつて承認されるからである（基本法二八条一項二段）」。

これに対して、機能的自治においては、国家国民に由来する正統化との「相応の同質性を欠いている」ために組織的・人的な民主的正統化を欠くので、法律の拘束と国家監督権限の強化により相応に強化された事後的・内容的な民主的正統化を媒介されうるのであるという。組織的・人的な正統化の不足にもかかわらずかかる自治形態が承認される根拠は、憲法上機能的自治の組織形態が前提とされていること（基本法八六条、八七条二項・三項、一三〇条三項）に求められている³¹⁾。

（三）ベッケンフェルデの理論における機能的自治の民主的正統化

民主的正統化主体を基本法二〇条二項の「国民」であるとし、この資格を国籍保有者の総体である「国家国民」と、国家法律の範囲内においてそれと構造上の相似性をもつ地方自治体の「部分国民」にのみ認めるベッケンフェルデの理論において、機能的自治は明らかに民主的正統化の点で大臣行政および地方自治に劣るものとして観念

されている。なぜなら、機能的自治において、自治機関の構成員が自治主体の構成員による選挙を通じて選出されたとしても、自治主体の構成員は民主的正統化の主体ではないために、その選挙によって自治機関構成員が民主的に正統化されることはないからである（組織的・人的な民主的正統化の恒常的欠如）。したがって、機能的自治の具体的な民主的正統化は、「もっぱら事項的・内容的な正統化として、国家の法律およびその法律に含まれる制御規律ならびに民主的に責任を負って行われる国家監督を通じて媒介される」。しかし、ベッケンフェルデの理論において、組織的・人的な民主的正統化は事項的・内容的な民主的正統化により完全には代替されえない。したがって、機能的自治の民主的正統化は不足したままであり、ただ憲法上の根拠によりその不足を正当化される。

かように、機能的自治主体の構成員に民主的正統化主体としての資格が認められないのであれば、機能的自治主体の構成員による自治機関構成員の選出手続は、民主政原理との関係においていかなる意味をもつと理解されるかが問われる。ベッケンフェルデはその意味を「そのときどきの当事者にとっては自由な自己実現の一部が果たされ」ることに求める。しかし「その自由な自己実現に関して民主政原理が開かれているとしても、民主的正統化はそのように不足したままである」ことが強調される。したがって、ベッケンフェルデによれば、民主的正統化の観点から、機能的自治の設立および形整（Ausgestaltung）については以下のような憲法上の限界が演繹されることになる。一つに、民主政原理の観点の下では機能的自治は立法者によっても任意に拡大されえず、その設立には憲法上の明文の承認または特別の事実的必要性を要する。二つに、民主的正統化の不足が低く抑えられなければならないため、一方において機能的自治主体の任務、組織および権限は法律により広範に規律されなければならない⁽³⁾、他方において、任務範囲は固有の事務に限定されなければならない。

三 連邦憲法裁判所の判例

連邦憲法裁判所は、一九九〇年代における以下の三つの判決および決定により、民主政原理を、連邦および州レベルにおける直接的な国家行政ならびに地方自治の領域において展開した。⁽³³⁾

(一) 地方自治体の代表機関の選挙における外国人への選挙権付与の合憲性をめぐる判決（一九九〇年一月三十一日）

本件は、ゲマインデおよびクライスの代表機関の選挙において、一定の外国人に対して選挙権を付与する、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州のゲマインデ・クライス選挙法改正法について、これが基本法に一致せず無効であるとして連邦議会議員（CDU/CSU 連邦議会党派）により申し立てられた抽象的規範統制訴訟（基本法九三条一項二号）である。⁽³⁵⁾ 申立人の主張によれば、同法は、連邦国家的同質性における民主政の要請ならびにゲマインデおよびクライスにおける国民代表選挙の一般性の要請（同法二〇条一項および二項との結合における同法二八条一項二段）、⁽³⁶⁾ ドイツ国籍法の制度的保障（同法一六条一項、一一六条）および平等原則（基本法三条一項）に違反し無効であるという。連邦憲法裁判所は、当該法律が基本法二八条一項二段に一致せず無効であるとした。本判決において、連邦憲法裁判所は、国家権力の行使および正統化の主体である「国民」の概念について詳細に論じる。すなわち、まず、「『すべての国家権力は国民に由来する』（基本法二〇条二項前段）という憲法条文は……民主権の原則だけを含むわけではない。この規定自体はむしろ、選挙、投票において、および立法、執行権および裁判の特別の機関を通じて（基本法二〇条二項後段）国家権力を行使する国民とは誰であるかを定める」とされた上で、この意味における「国民」について、「それはドイツ連邦共和国の国家国民（Staatsvolk）で

ある」と定義される。なぜならば、ドイツ連邦共和国は「民主的国家として……国家権力の担い手および主体であるところの人的総体 (Personengesamtheit) なしには考えられえ」ず、「この人的総体を形成するのは、すべての国家権力が由来するところのである国家国民である」からだという。したがって、「基本法二〇条二項前段は、国家権力の決定がそのときどきの当事者により正統化されなければならないという内容ではなく、むしろ、国家権力はその主体に、統一 (Einheit) へと結びつけられた人間の集団としての国民を持たねばならない」⁽³⁷⁾。本判決においては、基本法二〇条二項前段の意味における「国民」概念が以上のように解釈された上で、連邦、州および地方自治体のそれぞれのレベルにおいて行使される国家権力の行使およびその正統化主体が順次論じられる。

まず、連邦レベルにおいて、「ドイツ連邦共和国における国家権力が由来するところの国民は、基本法によれば、ドイツ国籍保持者および基本法一一六条一項に基づきそれらと同置される者により構成される。すなわち、連邦共和国の国家国民への帰属は、原則として国籍により媒介される」。なぜなら、国籍は、等しい権利および義務を根拠づける「平等な国家市民的地位に関する法的前提」であって、民主政における国家権力はその権利の行使によって正統化されるからであるという。そのように「国家権力の担い手としての国民への帰属に関する接点が、基本法の構想に基づくドイツ人としての資格である場合、国民が……自らの国家権力を行使するために用いる選挙権もまた、この資格を前提とする」。したがって、全人口に占める外国人の割合の著しい増大という事情が憲法上の国民概念を変化させたなどという解釈は否定され、さらにこの解釈の背景にある、政治的権力の保持者と特定の国家的支配に持続的に服する者との一致が民主的理念およびその中に含まれる自由の思想に適うとする観念は、「出発点としては妥当である」が、「基本法により妨げられている」として同様に否定される。⁽³⁸⁾次に、州レ

ベルにおいても、「連邦諸州に認められる国家権力は、基本法二〇条二項、二八条一項前段によれば、基本法一一六条一項の意味におけるドイツ人によってのみ担われうる。その限りにおいて、そのときどきの州の領域に生活するドイツ人の領域的に限定された団体、すなわち（州・）国民（Landes-）Volk」が、ドイツ連邦共和国の国家国民の代わりに……現れる」という。最後に、クライスおよびゲマインデのレベルにおいても、「結局、基本法二八条一項二段により国民代表がクライスおよびゲマインデについても規定される限りにおいて、同じことが妥当する」。すなわち、「そもそも——領域的な限界付けを措けば——『国民』概念を州、クライスおよびゲマインデに対して統一的に用いる規範の文言は、ここ「クライスおよびゲマインデを指す」においても、問題がもつばらそのときどきに国民を形成し、かつその代表を選出するところのドイツ人に関わるものであること示す⁽³⁹⁾」。

以上のように、本判決において、国家権力の行使および正統化の主体としての「国民」は、連邦、州および地方自治体において統一的に解釈される。これは「基本法二八条一項二段の規範の文言からして自然な解釈」であると同時に、規範の意味および目的にも適うという。なぜなら、一つに、この規範は、「ドイツ連邦共和国の領域におけるすべての領域団体に対して民主的正統化基盤の統一性を保障する」ことにより、「民主的国家構造における地方領域団体の特別の地位を考慮する」からであるという。すなわち「地方自治は基本法二八条が示すように、国家組織の枠組みにおいて設けられ、かつ国家的構造へと統合されて」おり、「基本法は州の内部において、自治団体に支えられた国家構造（auf Selbstverwaltungskörperschaft ruhender Staatsaufbau）したがって分節化した民主政（die gegliederte Demokratie）を採ることを決心した」ことから、上記の民主的正統化基盤の統一性が要請されるという。二つに、ゲマインデおよびクライスの任務範囲の包括性および全権性（Allzuständigkeit）とどう、「内

「容的・对象的にそれ以上限定されない任務配分に適うのは、地方領域団体への人的帰属に関する、等しく（vergleichbar）一般的な接点」であるからだ⁽⁴⁰⁾という。かかる接点は、「特別の資格、機能または利益のような集団に特殊の基準」ではなく、「領域団体の高権領域における居住という基準によりもつぱら決まる」ため、その人的基準は「不特定の一般性」により特徴付けられているという。したがって、「それに応じて、基本法二八条一項二段は、州のみならずゲマインデおよびクライスに対しても正統化主体としての『国民』を割り当てる」ことにより、「すべての自治、すなわち機能的自治にも固有である『構成員資格による参加の（mitgliederschaftlich-partizipatorische）』要素を強化するのではなく、民主的正統化基準の統一性を国家構造において保障しようとする」と解釈される。⁽⁴¹⁾

本判決においては、以上の論理により、連邦、州および地方自治体のレベルにおける国家権力行使の正統化主体が、国家構造における「民主的正統化基準の統一性」を保障する観点から統一的に解釈される。かかる統一性を媒介するのが、ベッケンフェルデの民主的正統化主体論における鍵概念であった「不特定の一般性」である。したがって、かかる「不特定の一般性」により特徴付けられない領域については、必然的に別途判断を要することになる。本判決においても、「機能的自治領域における外国人の選挙権の憲法上の許容性の問題は、別に生じることになる」ことが明記されており、⁽⁴²⁾本判決においては、本稿における検討対象である機能的自治の正統化主体の問題は未決定のままである。

（二）区会議の選挙における外国人への参加権付与の合憲性をめぐる判決（一九九〇年一〇月三十一日）
 本件は、自由ハンザ都市ハンブルク（州と同格）の下位行政区分である区の会議（Bezirksversammlung）⁽⁴³⁾の選

挙において一定の外国人に選挙権を認める法律について、連邦議會議員（CDU/CSU 連邦議議会派）が上記（一）事件と同様の主張内容に基づき申し立てた抽象的規範統制訴訟である。⁽⁴⁴⁾ 連邦憲法裁判所は、同法が基本法二〇条二項との結合における同法二八条一項一段に一致しないとした。

本判決において、連邦憲法裁判所は、民主的正統化の諸形態とその複合作用による一定の民主的正統化水準の達成というシエーマを一般論として示した上で、行政の民主的正統化について論じる。本判決においては、まず、基本法二八条一項二段の意味における「国民」概念について、上記判決（一）の解釈に従うことが明示された上で、国家権力の行使の正統化の基本枠組みが論じられる。すなわち、「国民主権の原則を形整する（ausgestalten）」基本法二〇条二項後段は、国家権力が選挙および投票によるほか、「立法、執行権および裁判の諸機関を通じて国民により行使される」ことを定めており、「国民がこれらの諸機関による国家権力の行使に効果的な影響を及ぼすことを前提とする」。したがって、その行為は国民の意思へ還元されかつ国民に対して責任を負わなければならない、この「国民と国家的支配との間の帰責関係」は、とりわけ議会の選挙、執行権の活動の基準となる議会法律、政府への議会の影響力および大臣指示への行政の拘束性を通じて生み出されるという。そして、かかる「民主的正統化の十分な内容が達成されているか否かの判断に関して」は、連邦憲法裁判所の判例⁽⁴⁵⁾およびベッケンフェルデの理論を参照指示しつつ、「制度的、機能的、事項的・内容的および人的な民主的正統化の様々な形態は、それ自体として各々が意味をもつのではなく、それらの複合作用の中でのみ意味をもつ」とされる。すなわち、「憲法的観点から重要であるのは、国家的行為の民主的正統化の形態ではなく、その効果であり、一定の正統化水準が不可欠である」。⁽⁴⁶⁾

次に、本判決においては行政の民主的正統化が論じられる。まず、行政組織が国民による直接的正統化を要す

のか、間接的なそれで足りるのかについて、直接選挙による選出が憲法により命じられているゲマインデおよびクライスにおける国民の代表機関は別として、「国家行政および地方自治の機関および職務担当者は国家権力の行使のために正統化を要するが、それは……通常、直接的な国民選挙により生じなければならぬわけではない」とされる。この場合にはむしろ、「通常は、国民より発し、これにより選出された代表者を経て、国家的任務を委ねられた機関および職務担当へと至る不断の正統化の連鎖により生み出される間接的正統化関係 (mittelbarer Legitimationszusammenhang) で足りる」⁽⁴⁷⁾。次に、正統化客体について、「決定の性格を備えるすべての職務上の行為 (alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter)」であるとすると、なぜなら、決定は、国家的支配を制御するので、それゆえに国民から演繹されなければならないからであるという。したがって、単なる助言や準備行為には、民主的正統化は不要であるとされる。本判決によれば、決定の性格という正統化客体の判断基準は、決定が直接対外的に作用するか、他の行政体の (義務的) 行為による媒介を要するかを問わない。さらに、共同決定権限の行使および他の機関の同意を要する決定も「決定の性格」を有するという⁽⁴⁸⁾。なお、職務担当者に決定に際しての裁量が認められる場合には、その裁量には幅があるので (例えば、任務への着手時期から、抽象的内容をもつ法規の個別事例における適用に至るまで)、「職務担当者の任務が、特に決定されるべき内容に乏しい場合には、個々の正統化要素が後退した民主的正統化で足りうる」⁽⁴⁹⁾が、かかる考慮が可能であるのは、計画または法律の正確な実施等、きわめて限定されるという。最後に、正統化主体について、上記判決 (一) を参照し、連邦および州行政領域においては、「そのときどきの連邦・または州・国家国民 (Bundes- oder Landesstaatsvolk)」が、ゲマインデおよびクライスにおいても、基本法二八条一項二段に基づき「国民」が民主的正統化の主体であると⁽⁵⁰⁾する。

本判決においては、ベッケンフェルデの理論および上記判決(一)の明示的な参照の下で民主的正統化論が一般的に展開された上で、行政の民主的正統化について主に正統化客体が論じられる。本件は、ハンブルク市の直接的国家行政の機関としての区会議が民主的正統化を要するかが問題となった事案であるが、本判決の中で行政との関係において展開された、民主的正統化客体の範囲を画する「決定の性格」の基準は、理論上、同じく行政組織である機能的自治主体へも適用されうると考えられる。

(三) 公勤務における職員代表の共同決定権の合憲性をめぐる決定(一九九五年五月二四日)

本件は、公務従事職員の代表により構成される職員協議会(Personalrat)の共同決定権を定めるシュレーズヴェヒ・ホルシュタイン州の法律について、共同決定の範囲および手続ならびに労働組合中央組織による共同決定を定める同法の諸規定が、基本法(基本法二〇条二項との結合における同法二八条一項から生ずる民主政要請および法治国家要請)に一致せず無効であるとして、連邦議会議員(CDU/CSU連邦議会同派)により申し立てられた抽象的規範統制訴訟である。⁽⁵¹⁾ 連邦憲法裁判所は、官署(Dienststelle)と職員協議会との間で意見が一致しない場合に設置され、中立の長ならびに官署および職員協議会からそれぞれ同数選出される構成員により構成される独立の調停機関の最終的な決定権を伴う共同決定の形式において、職員協議会が公務従事職員に関係するすべての人的、社会的、組織的およびその他の職務に関する措置に参加させられなければならないことを定める同法の諸規定が、基本法二〇条二項との結合における同法二八条一項前段⁽⁵²⁾に一致しないとされた。

本決定において、連邦憲法裁判所は、基本法二八条一項一段の同質性要請について、上記判決(二)の参照指示の下、同法二〇条二項が州の憲法秩序に対しても拘束力をもつとした上で、この規定が定める国民民主権原理を、

同じく上記判決 (二) を各所において参照しながら以下のように論ずる。まず、同原理から生ずる一定の民主的正統化水準が民主的正統化の諸形態の複合作用により達成されるというシエーマについて同判決の参照指示の下で、これと同様の見解が述べられた上で、本件のような行政領域における機関および職務担当者の民主的正統化について論じられる。ここでも、同判決で示された見解と同様に、その民主的正統化は、通常は間接的な方法で足りる職務担当者の人的な正統化 (「不断の正統化の連鎖」と、職務行為の事項的・内容的な正統化により行われるとされる。本決定においては、そのことが「職務担当者が任務の中で政府の指示にしたがって——対議会責任の外部にある意思決定に拘束されず——行動することが可能であり、かつ政府が国民および議会に対して事柄に関する責任 (Sachverantwortung) を引き受ける立場にあることを前提とする」とされ、行政の民主的正統化におけるヒエラルヒー構造の重要性が、ベッケンフェルデの理論と同様に強調されている。かかる観点から、本件の調停機関のような、人的な民主的正統化が部分的にしか行われていない合議機関における意思決定は、決定を支える過半数が人的な民主的正統化を経た機関構成員の過半数により構成されなければならないとされており、ベッケンフェルデの所説がほぼそのまま再現されている。⁶⁴⁾

次に、本決定においては、民主的正統化の客体が、同様に同判決の参照支持の下で、「決定の性格を備えるすべての職務上の行為」であるとされ、かかる行為が「直接対外的に作用するのか、または官庁内部で職務遂行のための条件をつくるだけであるのかは、重要ではない」とされる。本決定は、連邦憲法裁判所がすでに示している以上の原則を確認した上で、本件の公勤務における職員代表の共同決定のような「政府および行政の内部領域における決定は、市民との関係においては国家権力の行使である」が、それと並んで、この決定には「公勤務の内部領域に関連づけられた意味が認められる」とする。なぜなら、この決定は、公勤務における被用者の「従業

・および被用者としての特殊利益」に関係するからであり、かかる特殊性が、この種の勤務に関する決定をその他の国家権力の行使たる決定から区別するという。⁽⁵⁵⁾したがって、立法者はその種の決定のあり方を規律する場合、かかる特殊性を民主政原理の実現において考慮してよいが、立法者がこの種の決定において職員代表に共同決定権を認めることができるのは、「国家権力に服するすべての者が、国家権力の行使に対して同等の影響力を持たなければならない」、したがって国家権力の行使に個人的に関係する市民は特別な共同決定権を認められなければならないという原則」に、共同決定権が抵触しない限りにおいてであるという。すなわち、「国家権力が行使される措置に職員を関与させる際には、立法者に対して、十分な民主的正統化の要請により限界が置かれている」。⁽⁵⁶⁾

本決定においては、この「十分な民主的正統化の要請」の水準が、民主的正統化の対象である措置の、公務従事職員の労働状況および勤務関係（ α とする）および市民に対する職務遂行（ β とする）においてそれぞれ有する意味を考慮した上で、段階的に示される。すなわち、第一に、当該措置が重要な点において α にかかわり、典型的には β に関わらない（または些細にしか関わらない）場合には、当該措置は調停機関に委ねられてよく、弱められた民主的正統化で足りる。⁽⁵⁷⁾第二に、当該措置が α に関わるが、典型的に β にも少なからず関わる場合には、当該措置はより高い程度の民主的正統化を要し、「いずれにせよ拘束的な最終判断の可能性が、国民および議会に対して責任を負う職務担当者に対して常に留保されたままでなければならない」。⁽⁵⁸⁾第三に、当該措置が重要な点で β に関わるが、不可避に α にも関わる場合には、「職務遂行に関する意味が非常に重大である」ので、当該措置に関する「政府の対議会責任が実質的には何ら制約を受けてはならず」、「そのような措置は、議会および政府に対して責任を負わない機関に委ねられてはならない」。⁽⁵⁹⁾連邦憲法裁判所は、以上の基準を示した上で、最終的に、本件において、職員協議会が広範な事項を対象とする決定に、調停機関の最終的な決定権を伴う共同決

定の形式において参加させられなければならないことを規定する法律の諸規定が、第一の類型にとどまらず、かつ必要とされる民主的正統化の水準を達成していないために憲法に一致しないと結論づける。

本決定は、民主的正統化の基本的枠組みについて、上記判例（二）およびそれが前提とする限りにおいて上記判例（一）の解釈に従うとともに、憲法上要請される行政の民主的正統化において、政府（ひいては行政の）対議会責任を非常に重視している。すなわち、議会に対して責任を負う政府の人事および指揮権の体系に服するヒエラルヒシユな行政、いわゆる「大臣行政」を、民主的に正統化された行政の理念モデルとしており、この点において、ベッケンフェルデにおける行政の民主的正統化論を全体として忠実に反映するものであるといえる。本決定において直接問題となっているのは、公務従事職員の共同決定という、雇用関係上の利益によって画された、対議会責任の体系外にある人的範囲の国家権力行使への参加の民主的正統化である。機能的自治も、それが特定の機能や利益によって画された、政府の対議会責任の体系の外にある人的集団による国家権力の行使であるという限りにおいて、本件の共同決定と共通性をもつ。しかし、本決定が機能的自治領域に対していかなる意味を有するかについて本決定において言及はなく、その限りにおいて機能的自治の民主的正統化の問題は、なお未決定のままである。

注

(1) 「古典的モデル」という呼称については、vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsrecht, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004 [以下、Ordnungsrechtと略記], S. 89.

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総論』（東京大学出版会、二〇〇六年）九〇頁。

- (2) Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, S. 343.
- (3) Trute, a. a. O., S. 344.
- (4) Trute, a. a. O., S. 345. かかる行政任務の変化の典型例として、計画が挙げられている。
- (5) Ebenda.
- (6) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 429ff.
- (7) 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. 23.
- (8) 基本法二〇条一項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」。二項「すべての国家権力は、国民に由来する。国家権力は選挙および投票において国民により、かつ立法、執行権および裁判の個々の諸機関を通じて行使される」。
- (9) Böckenförde, a. a. O., S. 430.
- (10) Ebenda, S. 434.
- (11) 反対に「消極的・局限的」には、この命題は、国民以外の想定しうる国家権力の担い手および保持者（例えば、特定の階層または階級）の排除を要請する（Ebenda, S. 435）。
- (12) Ebenda, S. 436.
- (13) Ebenda, S. 445.

- (14) Ebenda, S. 446.
- (15) Ebenda, S. 448. その理由は、社会の集団をまとめあげるものが「職業に沿う種の」特定の独自性、経済的・社会的利益、または精神的・文化的な、もしくは場合にはよっては政治的な取り組み等である」からである。したがって「それらは、社会の基盤の上に形成され、その正統化を……個々人の（基本権的）自由から引き出す」。したがって、例えば政党のような「政治的に影響力を行使する団体の民主化の要請は、その限りにおいて、そもそも出発点において問題がある」という。
- (16) Ebenda, S. 449.
- (17) 太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主的正統化 (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）三三〇頁。
- (18) 基本法二八条二項「ゲマインデに対しては、法律の範囲内において、地域的共同体のすべての事務 (Angelegenheit) を、固有の責任において規律する権利が保障されていなければならない。ゲマインデ連合も、その法律上の任務領域の枠内において、法律の基準に基づき自治権を有する。自治の保障は、財政的自己責任の基盤も含み、この基盤には、税率制定権を有するゲマインデに帰属する経済関連の租税財源も含まれる」。
- (19) Bockenförde, a. a. O., S. 449f.
- (20) Ebenda, S. 450f.
- (21) Ebenda, S. 436f.
- (22) Ebenda, S. 437, 443.
- (23) Ebenda, S. 437f.
- (24) Ebenda, S. 438.

- (25) Ebenda, S. 439-441.
- (26) かかる相關關係の例として、一方において、裁判の独立性の相關概念としての（内容的に特定された）法律への「厳格な」拘束が、他方において、詳細に定められていない作用授權または裁量を認める法律の相關概念としての、民主的責任および指示への從属が挙げられる (Ebenda, S. 442)。
- (27) 任務の種類から正当化される例として試験が、そして憲法上の所与条件から正当化される例として、基本法五条一項後段により正当化される公法上のラジオおよびテレビ放送局、同法八八条後段により正当化される、欧州中央銀行と結び付きにおけるドイツ連邦銀行が挙げられる (Ebenda)。
- (28) Ebenda, S. 442f.
- (29) かかる置換の例として、事項的・内容的な民主的正統化が不足する機関は、組織的・人的な民主的正統化が網羅的に保障された機関構成と、法律的に規律および限定された機関の行為領域を必要とするとされる。反対に、厳格な事項的・内容的な民主的正統化（法律の規律密度と民主的に正統化された機関の監督権限）は、決定機関の構成員の任命もしくは職務担当者の選出への社会の集団の参加、または専門知識のある市民もしくは専門家の決定機関構成員への任用を可能にする（Ebenda, S. 443）。
- (30) 基本法において見いだされる大臣行政の類型は、基本法六五条、八五条三項および四項、八六条を考慮すれば「(市民的) 執行権 ((zivil) vollziehende Gewalt) の形態として規範的に強化されている」(Ebenda, S. 444)。
- (31) Ebenda, S. 444f.
- (32) Ebenda, S. 451f.
- (33) 太田・前掲論文注(17)は、本文で扱う判例およびその先例となる判例を詳細に分析する。
- (34) ドイツにおいて、ゲマインデおよびクライスの代表機関 (Vertretung)（基本法二八条一項二段）は、連邦および州の議会と同様

- に選挙に基づき構成されるので、しばしば「議会」（例えば「ゲマインデ議会（Gemeindeparlament）」と呼ばれることがある。しかし、連邦および州の議会が三権の中で立法に属するのに対して、これらの代表機関は判例および学説において執行権に属すると理解されている点に注意を要する。Vgl. dazu Hannut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004, S. 583; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, S. 692. 法律による行政の原理との関係において、ゲマインデの代表機関が立法または執行権のいずれの領域に属するかを論ずるものとして、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）三五二頁以下がある。
- (35) BVerfGE 83, 37. 本判決の概要について、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（シュレスビヒ・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・三五九頁も参照。
- (36) 基本法二八条一項二段「州、クライス、ゲマインデにおいて、国民は、普通・直接・自由・平等および秘密の選挙に基づいてつぐられる代表（Vertretung）をもたなければならない」。
- (37) BVerfGE 83, 37 (50f.).
- (38) BVerfGE 83, 37 (51f.).
- (39) BVerfGE 83, 37 (53).
- (40) BVerfGE 83, 37 (53f.).
- (41) BVerfGE 83, 37 (55).
- (42) Eibenda.
- (43) 本件における「区」（ハンブルク市憲法に基づき法律により設立された市の下位行政区分）が、基本法二八条一項二段の意味における地方自治体ではないことについて、vgl. BVerfGE 83, 60 (76). それによれば、区会議は地方自治体における国民の代表機関ではなく、区の住民のための行政参加制度であるという。なお、ハンブルク市においては、市憲法に基づき、基本法二八条一項

二段の意味におけるハンブルク市議会が、州議会の機能と同様に地方自治体における国民の代表機関としての機能も果たすという。

- (44) BVerfGE 83, 60. 本判決の概要について、彼谷環「ハンブルク区議会における外国人の選挙権——外国人選挙権（ハンブルク）事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）（以下、ドイツの憲法判例Ⅱと略記）三二八・三三三頁も参照。

- (45) BVerfGE 49, 89 [125]. 本節において扱う判例（一）ないし（三）と、これらにおいて先例として言及された連邦憲法裁判所の民主的正統化に関する判例との関係について、太田・前掲論文注の三三四頁以下参照。

- (46) BVerfGE 83, 60 (71f.).

- (47) BVerfGE 83, 60 (72f.). ハッデは先例として BVerfGE 77, 1 (40) が参照される。

- (48) BVerfGE 83, 60 (73). 本判決における民主的正統化の客体に関する以上の論述において、先例として BVerfGE, 47, 253 (273) が参照される。

- (49) BVerfGE 83, 60 (74). 本判決によれば、決定主体の権限が重要性の低い領域における限定的なものであり、さらに上位機関の最終決定権に服する場合には、相対的に低い正統化で足りることを、BVerfGE 47, 253 (274f.) も排除していないという。

- (50) BVerfGE 83, 60 (74ff.).

- (51) BVerfGE 93, 37. 本決定の概要について、森保憲「共同決定に要請される民主的正当性——シュレスビヒ・ホルシュタイン州共同決定違憲決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』三三三・三三七頁も参照。

- (52) 基本法二八条一項一段「州における憲法的秩序は、この基本法の意味における共和政的・民主的および社会的な法治国家の諸原則に適合しなければならない」。

- (53) BVerfGE 93, 37 (66f.).
- (54) BVerfGE 93, 37 (67f.).
- (55) BVerfGE 93, 37 (68).
- (56) BVerfGE 93, 37 (69f.).
- (57) BVerfGE 93, 37 (71)。この場合、弱められた民主的正統化とは、職員代表法においては、通常、以下のことを通じて保障されるという。すなわち、職員協議会および調停機関の構成員の法および法律への拘束、調停機関の構成員の多数の一定程度の人的な民主的正統化を経ていること、および個々のケースにおいて、政府権力の本質的要素であるところの公共善（*Gemeinwohl*）への影響から行う判断が、対議会責任を負う職務担当者に留保されていること。
- (58) BVerfGE 93, 37 (72)。この場合、調停機関の最終決定権限は、その構成員の多数が（何ら制約のないかたちで）人的な民主的正統化を経しており、かつその決定がかかる構成員の多数により支えられている限りにおいてのみ、許容されるという。
- (59) BVerfGE 93, 37 (72f.).

