

ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（四・完）

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 疾病保険制度の法的根拠

第二節 保険者自治の法制（以上、第二四七号）

第三節 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（以上、第二五二号）

第二節 古典的モデルに対する批判

一 集団的な人的正統化理論

二 自律的正統化理論

三 判例

第三節 保険者自治の民主的正統化

- 一 保険者自治に関する国家の正統化責任
  - 二 保険者自治の民主的正統化の構造とその問題点
  - 三 考えうる改革の方向性
- 終章 総括（以上、本号）

## 第二節 古典的モデルに対する批判

本章第一節および第二節において確認できるように、ベッケンフェルデの民主的正統化理論と連邦憲法裁判所が諸判決および決定において示した民主的正統化の要請は、広く一致する。<sup>(60)</sup> 両者は、その基本的枠組、すなわち民主的正統化の主体を、連邦および州における国民（「国家国民」）ならびにクライスおよびゲマインデにおける国民（「部分国民」）に限定する点において共通する。その限りにおいて、機能的自治は、組織的・人的な民主的正統化を欠き、したがってその民主的正統化は「もっぱら事項・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」とどまる。ベッケンフェルデは、組織的・人的な民主的正統化と事項的・内容的な民主的正統化との間の完全な代替を認めないので、<sup>(61)</sup> 結果として、機能的自治の民主的正統化は恒常的に「不足したまま」である。<sup>(62)</sup> ただし、機能的自治は、その組織形態を憲法上明文で承認されていることから、その存立を許容されるという。<sup>(63)</sup>

民主的正統化のかかる古典的モデルに対しては、学説においては当初から様々な批判が存在した。それらの諸

批判は、理論構成において相当な相違をみせるにもかかわらず、そこにおいて共通するのは、「具体化を要する民主政原理の中から、非常に形式的な、伝統的行政組織の大部分を憲法的疑念に付すモデルを引き出す不快感（Unbehagen）」（傍点は原文では斜体（以下同様））を古典的モデルに対して抱く点である。すなわち、このモデルの「形式のおよび静態的な演繹関係への傾注（Konzentration）」には、民主政原理の有効性保障というよりも、むしろ民主的責任保障の本来の問題が見えなくなることによる危険が存在する<sup>(64)</sup>。

ドイツにおいては、機能的自治主体に限らず、大臣の指示権により貫かれたヒエラルヒシユな体系から逸脱する行政組織がそもそも多数存在する。さらに、近年においては、行政任務の増大および多様化の進行に伴う行政の多元化が、議会制定法により完全に規定された行政という理念をますます維持困難にするのに比例して、行政の自主性（Eigenständigkeit）への注目が益々高まり、これに対する行政法学的対応が求められている<sup>(65)</sup>。かかる現実にもかかわらず、行政の民主的正統化の古典的モデルが厳格に維持されるべきであるとすれば、上記のヒエラルヒシユな体系から逸脱する多数の行政組織は、その逸脱が憲法上根拠づけられない限り民主政原理に違反するというようになってしまう。学説においては、行政の民主的正統化をめぐる古典的モデルのかかる形式的かつ静態的な演繹関係が、果たして現実に「民主的責任保障の本来の問題」に対応しうるか否かが批判的に検討されており、その部分的または原則的修正が主張されている。かかる学説の展開を経て、連邦憲法裁判所は機能的自治の民主的正統化について初めて判断を行う。

以下においては、まず、古典的モデルを批判する諸学説、とりわけ機能的自治の民主的正統化の問題を扱うそれを検討する。そこにおいては、機能的自治における民主的正統化の恒常的不足という、古典的モデルにおけるテーゼの克服が多様なアプローチにより目指される。次に、かかる学説の展開を踏まえた連邦憲法裁判所の決定

の内容を確認する。<sup>(66)</sup>

### 一 集団的な人的正統化理論

クルートは、一九二〇年代に発表された自治と民主政をめぐる研究、とりわけハンス・ペータースの業績に立ち戻り、<sup>(68)</sup>民主政原理をめぐることは、中央集権主義的および分権主義的な、二つの解釈がそもそも存在することに着目する。すなわち、前者は非常に密接に国民主権と結びき、執行に対して議会への厳格な係留を要求し、行政の民主的な通常形態として、ヒエラルヒッシュに編成された、大臣の指示権に貫かれた大臣行政 (Ministerialverwaltung) を要求する。それに対して、後者は、治者と被治者の一致という意味における民主政理解に結び付き、中央集権的権力行使の中断 (Durchbrechung) を、したがって自治を促進するという。クルートによれば、民主政原理の解釈をめぐるかかるアプローチの違いは今日まで生き続けており、例えば、前者のアプローチには、国民主権、国民の支配権の保障およびその背後にある国家権力の統一性の保障に方向づけられた古典的モデルが属する。これに対して後者のアプローチも、国家レベルのみならず、欧州連合における民主的正統化論など超国家的レベルにおける議論が示すように、ますます注目されているという。ここから「ドイツの国法および憲法学説においては、確かに前者のアプローチが支配的であり、その理解と、機能的自治、当事者・自治という基本的考え方は、少なくとも緊張関係に立つ」ものの、「非常に強力に国家権力の統一性という考え方を志向するこの理解が、唯一のものでも、また異論のあるものでもないこと」<sup>(69)</sup>が示される。

クルートは、以上の二つのアプローチの存在を前提として、基本法の民主政原理の内容を追究する。基本法の民主政原理においては、分権および権力分立と基本法二〇条一項および二項ならびに二八条一項との明白な結び

つきが特徴的であり、そこから以下の解釈が演繹されうるといふ。まず、基本法二〇条二項前段と二八条一項との結合は、「連邦、州および地方自治体における民主的正統化の原始的主体」という「国家国民の三重の分離（Ausdifferenzierung）」を示しており、その限りにおいて「国家権力の統一性の明白な相対化は明らかである」。(70)

次に、基本法二〇条二項後段における、権力あるいは機能分離と民主政原理との結合は、様々な解釈可能性を開くものであって、かかる結合の中から、国家権力の統一性をとりわけ強調する解釈も、また民主政原理が三権それぞれの領域において特殊に展開されなければならないという解釈も、同様に演繹されうるといふ。クルートによれば、かかる解釈の相違は民主政原理の異なる側面に由来するものであるから、両解釈は絶対的に一致不可能であるわけではない。したがって、民主政原理は「開かれた正統化枠組（offener Legitimationsrahmen）」として、一方において過不足のない正統化水準の要請により国家権力の統一性という絶対的要請を考慮することが可能であり、他方において個々の国家機能領域のそれぞれにおいて正統化を生み出すための異なったメカニズムが設けられうる<sup>(71)</sup>ことが強調される。以上のように、クルートは、正統化秩序としての民主政原理が、国民主権のみならず、他の憲法上の諸原理との相互関係の中で解釈されうる開放性を備えるものであると理解する。もともと、クルートも、国家権力の統一性の要請を無視してはならず、「維持されるべき正統化水準の要請に加え、とりわけ民主政原理に結びつけられる距離要請、あるいは消極的に表現すれば、国家権力への特権的影響力行使の禁止の要請」が考慮されなければならないことを正当に指摘する。(72)

機能的自治において、この距離要請の違反は、決定が第三者に影響を及ぼしうる場合にのみ問題となりうるという。しかし、この点については、基本的な議会留保に基づき、立法者が事前に紛争を回避しうるように法律により本質的な事項について事前に規律することが前提とされている（議会立法者による制度的正統化）。(73)

正統化秩序としての民主政原理を権力あるいは機能の分立との結びつきにおいて解釈するクルートの立場に基づけば、民主的正統化の古典的モデルは国家権力の統一性を過剰に強調するがゆえに、行政の自主性および行政の多元化という現象に対応する柔軟性を欠くと評価される。機能的自治の組織形態について、その民主的正統化の恒常的不足にもかかわらず、憲法制定者による機能的自治の組織形態の黙示的承認によりこの不足が正当化されるとしてこの組織形態を憲法上許容されているとみなすベッケンフェルデの解釈を、クルートは「正統化不足というテーゼ」と称する。すなわち、「そこにおいて正統化補償は行われず、ただ、人的な民主的正統化が放棄されるにすぎない」。しかし、クルートによれば、機能的自治の正統化の不足についての「正当化は部分的には、自律あるいは自治それ自体の考え方の示唆によつて可能であると思われる」。本来、固有の責任による事務遂行が重要であり、決定自由余地により特徴付けられる機能的自治においては、組織的・人的な民主的正統化が必要不可欠であるにもかかわらず、機能的自治の組織的・人的な民主的正統化を放棄し、その民主的正統化をもつぱら事項的・内容的な民主的正統化により調達しようとするベッケンフェルデの理論は、「正統化メカニズムの機能をまさに逆転させる」と批判されるのである。<sup>(74)</sup>

では、機能的自治において必要不可欠であるという組織的・人的な民主的正統化はどこに見出されるか。クルートはこれを「集団的な人的正統化 (kollektive personale Legitimation)」のモデルにより説明する。<sup>(75)</sup> 彼は、原始的な民主的正統化主体の範囲についてはベッケンフェルデと同様の見解をとり、これを「連邦、州ならびにクライスおよびゲマインデにおける国民」に限定する。<sup>(76)</sup> ただし、組織的・人的な民主的正統化の媒介手段について、クルートは古典的モデルにおいてこれが「個人の任命」に限定されている点を批判的に検討する。その結果、連邦議会議員の選挙(基本法三八条一項)において、そしてまた州の議会選挙および地方自治体における国民代表の選挙

においても同様に、名簿選挙（Listenwahl）も許容されているとするのが支配的見解であることを考慮し、「個人の任命」が組織的・人的な民主的正統化の媒介手段として憲法上一貫して要請されているわけではないことを論証する。<sup>(77)</sup> その上で、そもそも組織的・人的正統化において実現される「機能」が何であるかを問い直し、それが「国民および国民意思に係留されている、行為能力のある国家機関を創出しようとする民主的授權学説の一部である」ことを明らかにする。そこにおいて機関担当者の決定的な選出基準は、「事物に即した（sachlich）資格および客観的な公職遂行の信頼」であり、かかる審査と授權は、個人の任命行為によるほか、「事物に即した基準により資格を付与された人的集団に国家的任務遂行が委託される場合には……一般的基準により、かつ集団的に行われる」。<sup>(78)</sup> したがって、立法者による機能的自治主体の設立は、組織的・人的な民主的正統化という事象の本質的性質により特徴づけられているとみなされるのであり、機能的自治の設立は「立法者が機能的自治主体の構成員に対して、彼らに関係する任務を、彼らの特殊な、事物に即した能力に基づき配分した」と理解されるという。<sup>(79)</sup> 以上から、「集団的な人的正統化は、人的正統化の媒介の「個人の任命とは異なる」さらに別の形式として、憲法上承認されている」（引用文の中の「」は引用者による補足（以下同様））ことが演繹される。<sup>(80)</sup> その結果、「機能的自治もまた「組織的・人的な民主的正統化と事項的・内容的な民主的正統化の」二重の正統化形態を利用することが可能であり、したがって、正統化構造上、大臣行政および地方自治という他の二つの行政正統化の通常形態から区別されない」。したがって、機能的自治を、単に憲法上許容されるが、それ自体としてはシステム外の行政類型に関わる問題であるとみなす古典モデルの見解に反対し、「機能的自治においてはむしろ高い正統化水準が確認されうる」ことが結論づけられるのである。<sup>(81)</sup>

## 二 自律的正統化理論

## (一) エムデ

クルートの理論が原始的な民主的正統化主体については古典的モデルと同様にこれを基本法二〇条二項の意味における国民、すなわち連邦、州および地方自治体における国民に限定していたのに対して、エムデは、機能的自治主体の構成員にも一定の条件において原始的な正統化主体性を認める。すなわち、「基本法二〇条二項は基本法上の正統化システムのすべてを包括するものではない」ことを前提に、「その規定が——基本法七九条三項が容易に思い起こさせるように——『民主政の最小限の配分量 (demokratische Mindestration)』であると理解される場合、機能的自治に関して、それが法律の形態により設立され、国家監督に服することにより、その規定の要請が守られていると見なすことは十分に可能である」<sup>(82)</sup>。

エムデは、機能的自治主体の構成員を人的正統化主体とする組織的意思形成のメカニズムを「自律的正統化構造」と称し、この正統化が基本法の民主政原理の下で国民に由来する民主的正統化と並んで許容されていると主張する。その際に論拠とするのが、基本法上の民主政原理の開放性および機能的自治という行政類型の基本的承認ならびに民主政の本来的目的であるという自己決定の理念である。エムデによれば、基本法の民主政原理が執行権の領域において通常はヒエラルヒッシュな大臣行政の形態により担われるにもかかわらず、基本法が機能的自治という組織形態を原則的に承認していることは、「執行権領域における民主政原理の形整の、他の形態に対する基本法の開放性」を示すという。したがって、「民主政とは、すべての支配行為を国民の意思決定へと還元する国家組織の形態である」が、この要請は「それ以上フィードバックできない公理」ではないとする。エムデは民主政の本来的理念を問い直し、「民主政原理はむしろ、自身の側においてその究極的な(国家)哲学的根拠を、



近代自然法に起源をもつ、個人の自己決定のドグマに有する」ことを強調する。したがって、民主政原理は究極的には個人の自己決定を目的とした、「自己決定原理と支配の必要性との融和」、すなわち「治者の決定と被治者の意思との間における調和」に仕える「道具的機能」をもつものとして觀念されるのであり、民主政という支配形態にとって、その正統化を創設する構成要素は、「自己決定の要請が損なわれない限りにおいて、構成においてバリエーションがありうる礎石 (Baustein)」であるという。すなわち、「民主的正統化の大きさは確定されているが、その形態は任意 (dispositiv) である」<sup>(83)</sup>。

エムデは、以上の民主政原理の理解を前提とし、機能的自治における自律的正統化が、大臣行政において保障されるのと少なくとも同様の強さで自己決定の要請に応えうるとし、「機能的自治主体への国家的決定権限の配分により」国家的決定持分が減じられる——したがって国家国民により媒介される正統化が縮小される——のと同じ大きさにおいて、決定名宛人による意思形成が代替する」とする（「民主的正統化補償」）。エムデによれば、「議会に媒介される執行の正統化が、民主政原理に関連付けられた、議会および政府の制御権限の鏡像以外の何物でもないのと同様に、自治「主体の」構成員の制御権限もまた、同時に民主的正統化の要素である」。もつとも、かかる構想は「国家権力の統一性の解消も、国家権力の主体としての国家国民の統一性設立機能の空洞化も、擁護するものではない」ことが強調される。すなわち、「基本法二〇条二項により保障される、すべての国家権力の正統化源としての国家国民の支配的役割は、疑問視されない」。国民の代表者は「自治の主人」のままであり、自治は「固有の生命を、彼らにより設定され、彼らにより責任を持たれうる、かつ彼らが自由に処理できる枠組みにおいてのみ展開することができる」。換言すれば、「国家国民を無視する民主的正統化形態は存在しない。しかし、その人的接点を国家国民にのみ有するわけではない正統化形態は存する」<sup>(84)</sup>。

エムデによれば、古典的モデルは以下の点を見誤っている。「一つに、機能的自治をありうる下位の正統化源として承認することは、すべての国家権力の国家国民への係留を……その不可欠の優位が確保されている限りにおいて、疑問視しないこと、いま一つに、憲法は基本法二〇条に民主政原理の独占も授權せず、国家国民に民主的正統化の媒介の独占も認めないことを。すなわち、憲法もその種の言明を含まず、民主政原理の意義および体系的関係も、憲法にその種の言明の責任を帰す誘因を与えない」。<sup>(85)</sup>したがって、「基本法二〇条二項は、国家的公職の配置 (Besetzung) をめぐる決定が、議会および／または政府あるいは指示に拘束された大臣行政の務めで行われなければならないことを要請しない。むしろ、国家権力は、社会の諸集団が個別的に (punktuell) 国家的職務担当者を選出に参加している場合でも、任命手続および国家的制度の法的形態 (Gesalt) ならびにその任務および権限が法律および命令により詳細に規律されている限りにおいて、国民に由来する」。<sup>(86)</sup>エムデは、古典的モデルが警戒する、「国民に帰する」「組織的・人的な」「正統化の不断の連鎖」の中断に伴う特殊利益による民主的正統化の阻害という危険性が、憲法上、民主的正統化主体からの当事者の排除の要請に至るわけではないとする。むしろ、かかる危険性への対処は、自律的正統化過程を一部の憲法上許容される例外——典型的には構成員資格が財産に規定される物的団体 (Realkörperschaft) ——を措いて、民主的平等 (形式的平等) 原則に拘束することによるべきであるという。なぜなら、「正統化参加の平等に認められる、基本法上の民主政原理の中心のかつ放棄不可能な本質的特徴は、国家権力が正統化されることであればどこにおいてもそれを考慮することを不可避にする」からである。<sup>(87)</sup>その組織法的結論として、一つに、機能的自治主体の構成員に対して、自律的正統化への同等の参加権を認めるよう努めること、いま一つに、構成員間における不平等のみならず、構成員とその他の国家市民との間における不平等を緩和しよう努めること——自治構成員の範囲と決定名宛人の範囲との合致——

が要請されるという。すなわち、「民主的平等は自治の『システム』の構造と限界を定め、それは対内的にも対外的にも同様に作用する」<sup>(88)</sup>。

(二) シュミット・アスマン

シュミット・アスマンは、ベッケンフェルデの民主政理論における、個人的自由の民主的参加自由へのメタモルフオーゼの定式を受容し、「民主政に関する憲法決定」を「自己決定により公共善を秩序づける(Gemeinwohrlordung durch Selbstbestimmung)」組織を目標とする<sup>(89)</sup>ものと理解する。しかし、民主的正統化をめぐる、古典的モデルが、基本法二〇条二項に基づく民主的正統化と、機能的自治主体における自律的正統化とを厳格に区別し、後者を基本法上の正統化秩序から排除する点について、かかる区別は「民主的正統化モデルに対して明確な輪郭を与えるが、鋭い輪郭が静態および硬直に至る限りにおいて、体系的補完を熟考することを促す」と認識する。

シュミット・アスマンの民主的正統化理論は、基本法二〇条二項の「国民」概念について古典的モデルの定義を受容し、「国民による意思形成に還元されない追加的影響要素は、原則として、民主的正統化の向上としてではなく、反対にその妨害である」という理解から出発する。それにもかかわらず、「基本法上の正統化秩序は、中心的に、基本法二〇条二項において定められた正統化を狙う。しかし、必ずしもそれに尽きなければならないわけではない」ことが付け加えられる<sup>(90)</sup>。すなわち、「憲法は、国民を中心とする正統化の種類とならんで、なお別の形態を承認するのであって、その形態とは、あまり明確な意味においては国民に還元されず、またはそもそも別の正統化主体に由来するが、それにもかかわらず、国家的支配への関与を通じて、組織された形態における

自己決定をかなえるという、民主政の理念の基本的関心を追求するものである<sup>(91)</sup>。かように、シュミット・アスマンにおいてもまた、「民主政原理は二元論的構想に尽きるわけではなく、それと並んで参加的端緒にも余地を残す」ものと理解されており、その限りにおいて民主政原理の開放性が前提とされている。ここにおいて、彼の「多元的な公共善具体化」<sup>(93)</sup>の構想が明確に浮かび上がる。

シュミット・アスマンは、自治（地方自治および機能的自治）において、基本法二〇条二項の意味における民主的正統化とならんで、自治主体の構成員の参加による「団体的正統化（*Körperschaftliche Legitimation*）」を典型例とする自律的正統化が許容されていることを、「二層的正統化秩序（*doppelschichtige Legitimationsordnung*）」モデルにより説明する。地方自治において、その団体的正統化は基本法二八条一項二段を通じて基本法二〇条二項の意味における民主的正統化と同置される。しかし、かかる同置にもかかわらず、「地方自治が正統化に関して国家行政のように図式的には扱われない」ことは、地方自治が国家立法のみならず、地方自治体における国民代表による立法に拘束されること、すなわち「地方自治にとって特徴的な二重の事項的・内容的正統化」において際立つという<sup>(96)</sup>。かかる「二重の民主的正統化」が地方行政の特質であって、その特色とは地方行政を国家行政から明確に際立たせ、より新しい発展に対する特別な開放性を地方行政に対して与えるものである<sup>(97)</sup>。これに対して、機能的自治における団体的正統化は、国民とは別の正統化主体に由来する自律的正統化（固有利益から帰結する正統化）として、基本法二〇条二項の意味における民主的正統化（一般利益から帰結する正統化）に同置されることなく、これと併存するという。したがって、機能的自治において、「その正統化構想は、一方においては国民に、他方においては団体の構成員という異なる正統化主体に至る、二元的秩序である」<sup>(98)</sup>。シュミット・アスマンによれば、かかる自律的正統化は、「基本法上の正統化形態の、基本法二〇条二項の領域を超える拡張であ

る」<sup>(99)</sup>。もつとも、シュミット＝アスマンは、二層的正統化秩序モデルの展開を、機能的自治に代表されるような「参加が共同決定として考えられる場合のみ」に、すなわち「国家権力と非・国家的支配とが特殊な交差において行使される領域」あるいは「国家的支配と私的利益実現の交差あるいは協働領域」に限定する。なぜなら、かかる領域においてのみ、基本法二〇条二項の意味における民主的正統化モデルと、それとらんで許容される別の正統化モデルは、「共通の端緒から、まさに支配の行使から出発する」からである<sup>(100)</sup>。

こうして、シュミット＝アスマンは、限定された範囲であれ、特定の参加形態を自律的正統化として基本法の正統化秩序に組み入れようとするが、「自律的正統化を基本法上の公共善秩序に組み入れることは、簡単ではない」ことをなお強調する。機能的自治に関して言えば、それは第一に、民主政と自治との間には一般利益の基礎としての民主的平等と部分利益の基礎としての基本権的な個別性との対立が存在するからであり、第二に、自治の内部においても団体的利益と団体構成員の利益との、あるいは構成員の集団的利益と個別的利益との対立が存在するからである。シュミット＝アスマンは、第一の問題に対応するために、機能的自治主体の設立における特別の正当化根拠および一般利益の防御措置を要請する<sup>(101)</sup>。一般利益の防御措置について、「基本法二〇条二項の要請は、国家の特殊な正統化責任において、決定プロセスにおいて事前に作用する」。これにより、多元的行政組織の内部から正統化が生み出されるのであり、かかる「日常的な正統化調達の類型」においては、組織法および手続法の正統化機能が中心的に作用するとされる<sup>(102)</sup>。すなわち、機能的自治においては、国家的正統化責任として「制度的法律留保」が重要になる。ここにおいて、制度的法律留保は民主的正統化に方向づけられ、したがってそれは「この領域における国家権力の行使について語ることを促す、協働領域に対する国家的寄与（Beitrag）が、基本法二〇条二項の意味における正統化を要すること」を意味する。この意味における制度的法律留保は、通常、協働

領域が「法律的基盤に基づくこと」により生ずるとされる。さらに、国家的正統化責任として、民主的正統化の基本的構想の諸要素（一定の法律による制御および法監督の留保）も加わる。もつとも、以上の意味における議会による民主的正統化においては、「基本法二〇条二項により通常要求される正統化水準が達成されなければならないわけではない」。そうではなく、「基本法二〇条二項は……自律的正統化および二層的正統化秩序の展開に対して余地を残す」。かかる議会による民主的正統化水準の抑制は、憲法により許容され、場合によっては要請もされるという。基本法二〇条二項に基づき要請される国家の正統化責任として重要であるのは、「国家的距離保障」であり、自律的正統化に基づく意思決定機関の意思形成手続を事前に構造化すること、すなわち、「権力化問題を予防し、かつ利益の適切な描出（Artikulation）を保障する国家的枠組条件」を整えることであるという。<sup>(104)</sup> 国家の正統化責任としての国家的距離保障がいかなる基準に依拠するかをめぐり、異なる立場が想定されるが、シユミットリアスマンは、自律的正統化が問題となる領域における公益と私益の「交錯」を考慮し、「固有の利益実現を可能にするために特定の領域が国家的正統化独占に服されていない場合、ここでは、利益構造に関連づけられるべきである」とする。<sup>(105)</sup> 第二の問題すなわち自治の内部における利益対立への対応策は、一つに、ここでも、法律および国家監督である。これらは、機能的自治の「国家の決定構造への係留に配慮し、同時に、団体権力から団体構成員を守る」。いま一つに、機能的自治における構成員の利益の同質性要請である。この要請は、「個々人の利益が全く異なる場合でも、利益の方向性は最低限同方向であること」を求める。この意味における同質性に基づき、機能的自治主体の自治機関における多数決による決定が許容されるという。なお、機能的自治主体の決定は、原則として「自律的正統化を与えた構成員の範囲に限定されなければならず、その決定が「構成員の範囲を越えて（限定されて範囲において）第三者をもとらえることになる場合」には、「法律による制御

および省庁による監督という「民主的正統化の」標準的ツールがとりわけ利用可能である」とされる。<sup>(107)</sup> 以上のよ  
うに、シュミット・アスマンは、「二層的正統化秩序」モデルの構想において、機能的自治における自律的正統  
化が、国家的正統化責任を通じて、基本法二〇条二項の意味における「一般的・民主的正統化」とは区別される  
が、しかしやはり「民主的」な正統化であるとみなされると考える。<sup>(108)</sup>

### （三） トゥルルーテ

トゥルルーテは、古典的モデルが、行政の自主性および行政の多元化という現代行政における現象に対応するに  
は「あまりにも単純な立法者と行政の関係をめぐる想定」を前提とする「議会を中心とする制御の楽観主義」で  
あると批判する。すなわち、ここでは「規・範・生・産・お・よ・び・そ・の・適・用・の・複・雑・性」すなわち「立法に対する行政の自主  
性」が過小評価されている。トゥルルーテによれば、むしろ前提とされるべきは、専門領域ごとに異なる「立法的  
他者決定と執行的自己統制」としての両者の関係であり、さらにこの関係は「しばしば外部の専門知識および「行  
政決定の」名宛人の知見の引き入れなしには立ち行かない」。トゥルルーテは、以上の問題関心から、立法と行政  
との関係をめぐるこの新しい理解に適合する正統化秩序を構想する。それは一つに、「行政の自己統制を監督し  
うる立場」としての議会に必要な情報の追加的ツールの開発である。これは、行政が「活動構想、複雑な状況の  
処理水準および基準の公開を強いられることにより、政府の対議会責任を超えるところにおいても、議会による  
監督および統制に結び付きうることにより」可能となる。<sup>(109)</sup> いま一つに、「行政の自己統制」のメカニズムの追求  
である。そのために、トゥルルーテは、まず、民主政原理が「最適化および具体化を要する」という意味において  
「原理」である点を強調し、かかる最適化および具体化を、民主的に正統化された立法者の「形成任務」である

とする。次に、民主政原理の性格についての以上の理解と結びついて、民主政原理および「国民」（基本法二〇条二項前段）概念の「多元的理解」を、人間の尊厳およびそこから帰結する自己決定の保障に基づき主張する。すなわち、古典的モデルにおいては、国民概念が「多様性を越えた統一性」により特徴づけられているのに対して、トゥルーテは、国民主権（基本法二〇条二項前段）において問題となるのは「国民的同質性ではなく、正統化の源としての国民を通じての権威の解体」であるとす。ここにおいて、国民は「前提とされた統一性からではなく自由権から観念」され、その結果、「基本権的自由、それに伴い不可避な多元主義、利益対立の承認は、民主政の接点となり、民主政は人間の尊厳の組織的結論になる」<sup>111)</sup>。

以上の民主政原理の理解に基づけば、民主的正統化の出発点にも同様に個人が据えられ、当事者の自己決定により特徴づけられる自律的正統化の民主政原理への係留をより一層際立たせることが可能になる。したがって、「民主政の最初で最後の根拠としての自由な自己決定への連関は、民主的正統化と団体的正統化との間における対立を廃止することも許容する」<sup>112)</sup>。もっとも、かかる対立の廃止には、さらなる理論的段階を要するのであり、トゥルーテにおいて、それは民主的正統化主体の多元化と、それに伴う正統化形態の拡大あるいは追加である。

まず、民主的正統化主体の多元化について、「国民」が仔細にみれば三つに区分されうることが示される。すなわち、基本法二〇条二項後段における選挙を通じて議会に対して正統化を媒介する「能動的国民（Aktivvolk）」、「帰責主体としての国民」および「支配の名宛人としての国民」である。そして、かかる区分の中に「民主政原理内部の緊張関係」が把握される場合、「能動的国民により正統化される立法者には、この緊張状態を均衡化する任務、それにより、異なる諸極を領域的および個別的に相互に近接化させる任務ならびに一般と特殊との恒常的統合を媒介する任務がある」とする。その結果、立法者により創設された、「能動的国民」に属さない当事者



が行政決定に対して影響力を及ぼす多様な参加の諸形態は、民主的平等に反する特殊利益の実現ではなく、「思想上の消点 (gedanklicher Fluchpunkt)」としてのみ考えられうる原則、すなわち代表なくして課税無しという、すべての民主政の政治的前提への、民主政原理において構想された接近であることが判明する」。したがって、「国民」概念のかかる多元的構想において、個人は場合によっては種々の正統化主体として（連邦国家および州国家の構成員、ゲマインデの市民、機能的自治主体の構成員、欧州連合の市民）登場する。これにより、「従来「古典的モデルにおいて」論じられてきた形態を超えて、帰責主体としてのその時々々の国民への係留の機会が拡大され」、有効な帰責関係の保障が目指されるといふ<sup>(11)</sup>。次に、正統化の形態の追加あるいは拡大について、トゥルルテは、国家権力の行為である決定の構造を公共善目的が達成（も）されるように方向づける諸制度および機能を「アウトプット・正統化」と称し、これを補完的な正統化形態として追加するほか、自律的正統化の形態の適用可能な領域を拡大することで、シュミット＝アスマンの理論に比べ、より広範な参加の諸形態を「民主的正統化の阻害」という評価から救い出し、民主的正統化秩序に組み入れようとする。かかる自律的正統化の適用領域の拡大は、正統化手段の拡大を梃に行われる。正統化手段として、古典的モデルにおいては「組織的・人的な正統化」および「事項的・内容的な正統化」が作用するが、トゥルルテはここに「組織的正統化」および「手続的正統化」を新たに追加する。組織および手続に内在する正統化機能はすでにシュミット＝アスマンの理論においても指摘されていたところであるが、トゥルルテは、組織および手続が有する正統化機能を固有のものとして正統化秩序に明確に位置づけ、組織的・人的な正統化と組織的正統化との、および事項的・内容的な正統化と手続的正統化との間における一定の代替可能性を追求する。すなわち、法律に基づき公共善に義務付けられた公行政のアクターを設立および構成することによる組織的正統化は、それ自体の作用として決定を規定することはできない

が、実体的プログラムが著しい自由余地を残し、立法者が実体的プログラムについてまったく把握不可能であり、または抑制的でないならば、もしくは少なくともそうありうるような領域において、組織の設立および形整は、公共善目的の達成のための本質的な形成手段である<sup>(115)</sup>。したがって、組織的正統化は、一定の範囲において組織的・人的な正統化の機能的等価物として機能しうるとい<sup>(116)</sup>。さらに、「手続が法律により形整されることを通じて、民主的正統化を媒介する機能を持つことに疑いはない<sup>(117)</sup>」として、手続を独自の正統化手段として位置づける<sup>(118)</sup>。手続的正統化は事項的・内容的正統化の等価物になりうるという。

以上の正統化の手段および形態の拡大を前提に、立法者には、これらのすべての正統化手段および形態の複合作用を適切にアレンジすることで、国家権力の行使と国民との間における「帰責関係の有効性」を保障する任務が課せられるとする（国家の正統化責任）。基本法二〇条二項が要請するのは、この帰責関係の「形態」ではなく「有効性」であって、それは「利用可能な正統化の諸手段に基づき決定される、達成されるべき正統化水準の程度である」。「この帰責関係は、持続的であるのみならず、現実的諸条件の下で有効でもあらねばならず、規範的フィクションであるだけであってはならない」。この「正統化水準」という観念の重要性は、機能的自治におけるように、任務の形態によつては、特定の正統化手段が全くまたは限定的にしか利用できない場合において、とりわけ明確になる。正統化責任および正統化水準の観念の下で、立法者は、任務形態にかかわらず、正統化手段および形態のすべてをアレンジし、修正し、および監督することにより、任務形態にかかわらず、有効な帰責関係を保障することを求められる。ここにおいて、基本法上の行政の民主的正統化は「立法者による形成の著しい自由余地」を前提とすることが明確になる。この形成自由余地において、「立法者は、私人を国家的決定連関へ引き入れ、彼らに影響力行使機会を開く限りにおいて、決定の公共善指向を保障すると同様に、影響力行使機

会の平等も保障しなければならない」。立法者のかかる形成任務においては、「とりわけ、法律による形成の本質部分において組織が利用可能 (zuganglich) である」ことが強調され、ここでも制度的法律留保の要請が民主的正統化秩序に方向づけられたかたちで現れる。この要請は、「事物に即した任務遂行、均衡のとれた利益考慮および十分な制度的中立性の保障の三つ組み」を最小限度の内容とするものとして理解されるといえる<sup>(119)</sup>。

以上のように、トゥルテーは、機能的自治が「議会に媒介される正統化と自律的正統化との複合作用」により、すなわち「法定の組織・、手続・および任務規範の内側における固有責任」によるにより特徴付けられた制度であって、その形態が憲法制定者により承認されていたか否かを問わずとも、「自律的正統化は民主政原理の一部である」と結論づけることが可能であるとす。自律的正統化は「議会により議決された法律の民主的平等に基づく」ので、「固有の事務における当事者性の基準に基づく内部組織的細分化は、固有の事務における自己決定の結論」であり、したがって当事者の参加権の形整における差異は承認され、場合によっては憲法上要請されるという（「固有事務における自己決定」の構想）。「固有事務における自己決定」の構想である自律的正統化は、「事物に即した構成員範囲の局限を要請」し、そこにおいては、「均衡のとれた利益考慮の原則が妥当する」。したがって、立法者は、「すべての当事者が自身の利益を実現するための公正な機会が存在するように努め」なければならないことが強調される。その際、機能的自治主体の構成員における利益の同質性について、トゥルテーは——個人の自由権から出発する民主政観念を背景として——これを一般的には要請しないが、場合によっては、代表される集団ごとの同質性の要請、そしてまたそれらの集団の影響力行使機会の均衡化の要請により、機能的自治主体において、少数者保護の観点も含めたかたちで「利益に適切な内部構造」が保障されなければならないという。なお、機能的自治主体の決定が第三者に対して及ぼす拘束的影響力については、制度的正統化のなかで「立

法者が一次的に組織責任を負うのであり、すなわち、組織内部の決定手続の形成により、第三者に対する十分な責務を保障すること」が必要であるとされる。<sup>(121)</sup> かように、古典的モデルにおいては「民主的正統化の不足」とみなされる機能的自治は、トゥルテーの理論によれば、議会による正統化を——その媒介ツールの拡大により——不足することなく確保され、さらに、議会による正統化が自律的正統化により強められることにより、高度の正統化を引き起こすと結論づけられる。<sup>(122)</sup>

### 三 判例

行政の民主的正統化に関する学説の展開を受けて、連邦憲法裁判所は、二〇〇二年二月五日の決定において、それまで判断されてこなかった機能的自治領域における民主的正統化主体の問題を検討した。<sup>(123)</sup> 本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州の法律（リッペン団体法およびエムシャー組合法）が、これらの法律に基づく水利団体および水利組合（以下、「水利団体」とする）の自治機関である総会（Sammlung）、協議会（Rat）および理事会（Verstand）に——全体としてまたは多数派において——国民に還元する不断の正統化を欠く職務担当者が帰属する限りにおいて、基本法の民主政原理（二〇条二項および二八条一項一段）と一致可能であるか否かをめぐり、連邦行政裁判所により提示された憲法疑義に基づく具体的規範統制手続（基本法一〇〇条一項）である。本件水利団体は、河川流域の水利任務を遂行し、もって一般の福祉およびその構成員の利益に仕えるものとされる。水利団体の構成員は——両団体において一部異なるが——州、管轄領域内の地方自治体、公的給水事業者およびその他の水利事業者、ならびに鉱業所、企業、土地所有者、交通施設およびその他の施設であって、水利団体の活動を引き起こし、困難にし、またはそこから利益を得るもののグループから構成される。連邦行政裁判所にお

いては、自治機関における被用者——水利団体の構成員ではないという意味においては直接的に機能的自治の任務遂行の当事者ではないが、自身の雇用関係に基づき当該任務遂行に間接的に参加する——代表の共同決定が、原告（鉱業所・企業グループに帰属する水利団体構成員）の一般的な行為自由の基本権（基本法二条一項）を侵害するとして、当該自治機関への被用者代表の選出の取消が求められていた。これに対して、連邦行政裁判所は、権利紛争の決定が当該州法上の規範の有効性に左右されることを理由に、当該法律のうち、被用者の共同決定に関する規定のみならず、水利団体の決定構造に関して基準となるすべての規定を連邦憲法裁判所に対する提示決定に付した。<sup>125)</sup>

連邦憲法裁判所は、まず、基本法二〇条二項が「国家目標規定および憲法原理を含むその原理的性格に基づき、展開に対して開かれている（*entwicklungsoffen*）」ことを前提に、国家直接行政およびゲマインデ自治の外側において、「民主政の要請は、別の、とりわけすべての決定権限の不断の人的な民主的正統化の要請から逸脱する組織形態および国家権力の行使に対して、開かれている」とする。なぜなら、「国民からの『国家権力の由来』は国民にとっても国家機関にとっても、その都度具体的に経験可能でかつ実際に有効でなければならない」ために、「変化した状況においては適合化が不可避となりうる」からである。次に、基本法二〇条二項のかかる解釈は、「民主政原理に根付く自己決定および自律という原則が適切に通用することを可能にする」ことが指摘される。<sup>126)</sup> すなわち、不断の人的な民主的正統化の連鎖の要請と同様に、機能的自治もまた、「自由希求的な（*freiheitlich*）」秩序において自己決定を行う人間という理念（基本法一条一項）を実現するという。したがって、「基本法は、代表的に構成された国民支配の枠組みの中で、公的任務遂行における当事者参加の特別な形態も許容する」。その限りで、「機能的自治は、民主政原理を補完および強化する」ことが、したがって、「機能的自治は、それがすべて

の者の自由な自己決定という上位目標の実現に仕える限りに於いて、民主政原理の顕在化 (Ausprägung) である」ことが明示される。以上から、「民主政原理と自治は、基本法の下で原則として対立しない」ことが帰結される。したがって、基本法二〇条二項の民主政原理は、民主的に正統化された議会の立法者が特定の公的任務のために自治という組織形態の選択することにより、一つに、「当事者の有効な決定参加権 (Mitspracherecht)」の創設により、外部の専門知識の活性化を図ることを、二つに、「事物に即した利益調整を達成するという目的」を追求して立法目的の効率的達成に寄与することを許容するという。むしろ、「公的任務の固有責任による遂行を私的な利益実現に結び付けることが成功する場合、そのことは、法律の有効性を上昇させる」。

同決定においては、基本法二〇条二項が議会立法者に対して、以上のように機能的自治主体による公的任務遂行の選択を許容するための条件として、第一に、議会立法者により自治主体に対して授權された「決定の性格を備える拘束的活動」が基本法二〇条二項の要請する民主的正統化水準を満たしうるものでなければならないことが示される。もっとも、「そのことは、機能的自治の領域において、『国民に由来する不断の人的正統化の連鎖』の方法によって行われなければならないことを意味しない」が、機能的自治主体によるかかる拘束的活動は「憲法的観点から、国民がこれらの活動への決定的影響力の維持により、その限りに於いて自身の自己決定権を守るという理由から、かつその範囲においてしか許容されない」という。したがって、そこから、以下の二つの要請が示される。すなわち、機能的自治主体における「機関の任務および活動権限が、国家代表により決定された法律において十分に事前決定されていること、ならびにその遂行が人的に民主的に正統化された職務担当者の監督に服すること」。さらに、第二の条件として、議会立法者には機能的自治主体による公益任務遂行を公共善に秩序づける義務が課せられることが示される。すなわち、「議会立法者は、一方において自律的諸利益に適う自治

という基本思想と、他方において効果的な公的任務遂行とが一致できないがごとき形整を定めてはならない。したがって、自治主体の組織構造に関する規律は、十分な制度的予防措置を含まねばならないのであって、それは関係する諸利益が適切に考慮され、かつ個別的諸利益が優遇されないためのものである<sup>(127)</sup>。

本決定においては、機能的自治の民主的正統化論の一般論が以上のように展開された上で、まず、第一の条件について、リッペン団体法およびエムシャー組合法において規律される水利団体の組織および決定の構造全体が、これを満たしているか否かが審査され、基本法二〇条二項に基づく憲法上の疑義が存在しないことが結論づけられる。次に、第二の条件について、両法律のうち被用者代表の共同決定を定める諸規定がこれを満たしているか否かが審査される。そして、議会立法者がかかる共同決定権を創設することは、雇用関係に基づく被用者の利益の観点からのみならず、公的任務遂行の有効性あるいは効率性の向上および企業内平和の観点からも——州政府による法律案の理由説明によれば、被用者の共同決定は「『事業の指揮（Unternehmensleitung）』のレベルにおける情報伝達（Informationstransfer）の特殊なツール」である——、「基本法二〇条二項の憲法的準則になお一致可能である」ことが結論づけられる。しかも、かかる共同決定権は、その創設が公的任務遂行の実効性の向上という正当な根拠に基づく限りにおいて、被用者のみならず、外部の代表者に対しても認められ、かつ基本法二〇条二項に合致するという。これに対して、同条項における民主政原理の準則を超えて、「連邦憲法裁判所が適切な利益考慮の原則および特殊利益の特権化の禁止に対する違反を確認しうるのは、立法者が選択した組織的形態をもつて憲法上許されない目的を追求する場合、または明らかに正しくない事実的根拠に基づき目的が明らかに達成されえない場合である。そのことは、今回のケースは該当しない」。機能的自治の組織的形整をめぐる議会立法者の「評価優先権」を考慮すれば、水利団体の構成員ではない被用者代表の共同決定権の創設による「当事者参加

の原理の本性における制限が、企業内平和の促進を含む効率性の向上という目的の達成に全く適していないなどということも、確認されえない<sup>(128)</sup>。そして、かかる議会立法者の評価優先権を前提に、自治機関における被用者代表の関与形態を考慮すれば、「甘受不可能な特定の特殊利益の優遇または分担金を支払う当事者集団の適切な利益実現の阻害は……確認されえない」<sup>(130)</sup>。

以上のように、本決定において連邦憲法裁判所は、民主政原理が、基本法一条一項を究極的根拠としてすべての人間の自己決定の実現を目的とする、原理として開かれたものであり、基本法二〇条二項の国民主権が「国民にとっても国家機関にとっても、その都度具体的に経験可能でかつ実際に有効でなければならない」ことを強調する。以上の民主政原理の理解に基づき、人間の自己決定という共通する法規範的根拠に基づく機能的自治は、議会立法者による機能的自治主体の任務・活動権限および諸利益に適切な組織構造の規律ならびに組織的・人的な民主的正統化を経た職務担当者による国家監督が前提とされている限りにおいて、民主政原理と対立するものではないと結論付けられる。さらに、機能的自治という任務遂行形態の議会立法者による選択は、立法者により決定された目的すなわち効果的な公的任務遂行の追求という観点からも基本法二〇条二項に合致するとされ、同様のことが公的任務への参加権が機能的自治主体の構成員のみならずそれ以外の者に対しても認められる場合にも妥当するという。本決定において、連邦憲法裁判所は、機能的自治が基本法二〇条二項の民主政原理に違反せず、<sup>(131)</sup> ところか、前者は後者を補充および強化するという理解を初めて示した。

#### 四 小括

本節一および二において概観したように、古典的モデルを批判する諸学説は共通して、民主政の「原理」とし



ての開放性を前提とし、その究極的な目的をすべての者の自己決定の実現に求めることを通じて、古典的モデル  
 において過度に強調される国家権力の一体性の要請を緩和し、機能的自治における「民主的正統化の恒常的不足」  
 ——それは主に組織的・人的な民主的正統化の不足に由来する——のテーゼの克服を目指す。しかし、そのアプ  
 ローチは論者において一様ではない。第一に、機能的自治の民主的正統化主体をめぐる、原始的な正統化主体に  
 ついては古典的モデルと同様にこれを国家国民に限定した上で、機能的自治主体の構成員に対して民主的正統化  
 の媒介資格を認める立場（集団的な民主的正統化論）と、機能的自治および民主政の目標の共通性を考慮し、機能  
 的自治を「固有事務における自己決定」の構想とらえ、機能的自治主体の構成員をも原始的な正統化主体として  
 承認する立場（自律的正統化論）とが、区別される。前者は、民主的正統化が原始的には国家国民の代表である  
 議会にのみ由来するという意味でトップ・ダウン型の民主的正統化であり、その限りにおいては民主的正統化の  
 古典的モデルと同様であるが、両者の目指す方向は対照的である。後者の自律的正統化論者は、いずれも機能的  
 自治における国家権力行使の正統化主体が、国家国民のみならず機能的自治主体の構成員にも求められると解す  
 るものであり、いわば、トップ・ダウン型とボトム・アップ型を併用する二元的な民主的正統化秩序の構想であ  
 るといえる。自律的正統化が民主政原理と一致可能であるためには、常に国家による民主的正統化が前提として  
 不可欠であるとされ、機能的自治主体の議会立法者による制度的正統化（法定の組織的、手続的および任務的規  
 範）と、組織的・人的な民主的正統化を経た職務担当者による国家監督が、共通して要請される。もともと、自  
 律的正統化論者は、以上の共通性にもかかわらず、なお区別されることが可能である。一つに、機能的自治の構  
 成員の正統化主体性の法的根拠をどこに求めるかをめぐり、その正統化資格は基本法二〇条二項には基づかない  
 が、しかし基本法上の民主政原理により根拠づけられるとする立場と（エムデ、シュミット・アスマン）、同条

項における国民を、議会立法者により多様な正統化主体と結びつけられることが可能な「帰責主体」として理解し、構成員をそこに係留する立場（トゥルテ）が区別される。二つに、機能的自治に対して憲法上要請される正統化水準について、エムデが大臣行政において実現されている基準を行政の民主的正統化において要請される正統化水準と理解し、その不足分の自律的正統化による同価値的補償を追求するのに対して、シュミット・アスマンとトゥルテは、基本法二〇条二項を——大臣行政を基準とする——正統化の最高値の要請ではなく、あくまでの正統化「水準」すなわち「任務に左右されない規律水準を、いわば正統化最適として」保障することの要請であると理解する。そもそも、正統化水準を達成するための諸手段、すなわち組織的・人的な正統化と事項的・内容的な正統化——さらに細分化すれば、組織的・人的な正統化、組織的正統化、手続的正統化および事項的・内容的正統化——の間において完全な交換可能性は存在しないにもかかわらず、任務によっては特定の正統化手段は全く利用可能ではないので、機能的自治の領域において、立法者は要請される正統化水準の枠内において、正統化手段および正統化形態を適切にアレンジすることで、国民への係留を有効に保障することが求められるという。三つに、自律的正統化の形態を民主的正統化秩序に組み入れるために基本法二〇条二項により国家的正統化責任として要請される距離保障がいかなる基準に基づくべきかをめぐり、構成員の参加権の形整に関して、これを原則として民主的平等（形式的平等）に服することを要請するエムデの立場と、参加権が根差す権利利益を考慮し、その形整における差異化を許容または要請するシュミット・アスマンおよびトゥルテの立場が区別される。前者の立場が、民主的平等を基本法上の民主政原理の中心のかつ放棄不可能な本質的特徴として、国家権力が正統化されるところにおいては必ず妥当すべきものであると解するのに対して、後者の立場は、「当事者の自己統治の特殊性を基本権的に受け止め、それを同時に民主政原理の理念的諸相に係留しようとする試み」であ

るといえる。<sup>(134)</sup> 四つに、機能的自治主体の構成員における同質性要請をめくり、これを比較的強く求めるシユミツト・アスマンの立場と、部分的に求めるにとどめるトゥルルーテの立場が区別される。両者はともに、民主政原理の一定の開放性を前提とし、多元的公共善秩序を構想する立場であるが、構想される民主政原理の多元性の度合は異なる。前者が正統化主体としての国民（基本法二〇条二項）の概念については古典的モデルにおけるそれを受容し（国家および地方自治体における国民への限定）、「国民による意思形成に還元されない追加的影響要素は、原則として、民主的正統化の向上としてではなく、反対にその妨害である」という前提から出発するのに対して、後者は民主政を個人の自由権から構想し、個人を場面に応じて多様な正統化主体——例えば機能的自治主体の構成員——として、そのときどきの「帰責主体」である国民に係留しようとする。この個人の自由権を出発点とする多元的な民主政の構想においては、利益対立も民主政の連関点となりうるので、上記のような同質性要請の強度をめぐる違いが生ずると考えられる。

以上の学説における議論状況を踏まえて二〇〇二年二月五日の連邦憲法裁判所の決定をみれば、本決定は、国民・議会に由来するトップ・ダウン型の民主的正統化と、自治主体構成員に由来するボトム・アップ型の自律的正統化とによる二元的正統化秩序の構想に基づくと考えられる。なぜなら、本決定においては、機能的自治主体による国家権力の行使が基本法二〇条二項の要請する民主的正統化水準を満たすための方法として、国民・議会に由来する組織的・人的な民主的正統化は追求されず、むしろ法律により機能的自治主体を設立し（任務および権限の付与）、「関係する諸利益が適切に考慮され、かつ個別的利益が優遇されないための十分な制度的予防措置」として自治主体の組織構造を規律し、さらに自治主体の活動が人的な民主的正統化を経た職務担当者による国家監督に服することが求められているからである。したがって、ここにおいて自律的正統化は——その用語は

用いられていないが——前提とされていると考えられる。本決定は、基本法二〇条二項の原理としての開放性を強調し、民主政を「自由希求の秩序において自ら決定を行う人間という理念（基本法一条一項）」を実現するためのものとして、すなわち人間の尊厳から出発して構想していることからすれば、とりわけトゥルテーの理論に近い。本決定が示す機能的自治の民主的正統化のメカニズムは、民主的正統化の方法（手段と形態）を細分化して検討したトゥルテーの理論を利用してよりこれを分析すれば、以下の通りである。まず、国民・議会に由来する民主的正統化の形態においては、機能的自治を法律により制度面から規律することによる、決定過程の構造化が前面に出る。すなわち、欠如している組織的・人的な正統化の機能的等価物として、組織的正統化が一定の範囲で作用する。伝統的な事項的・内容的な正統化も、法律の実体的プログラムへの拘束と法監督により作用するが、その規律密度が低い場合には、組織的正統化が、議会立法者による公共善目的の達成のための中心的手段となる。次に、自律的正統化の形態においては、制度的正統化責任を負う議会立法者による、機能的自治主体の決定手続における諸利益に適切な利益実現のための規律を前提に、決定手続への当事者参加による手続的正統化が作用する。手続的正統化は、事項的・内容的な正統化の機能的等価物として作用する。以上に加えて、議会立法者により設定された目的の效果的達成という観点から、補完的にアウトプット・正統化の形態も取り入れられていると解される。本決定をもって連邦憲法裁判所は、「とりわけ一九九〇年一〇月三十一日の自らの決定の基礎におかれた厳格な構想を、『穏やかなヒエラルヒーアプローチ』へと発展させ始めた」と評価されている。<sup>(13)</sup>

### 第三節 保険者自治の民主的正統化

本章においてここまで概観してきた学説ならびに連邦憲法裁判所の判決および決定の動向からは、機能的自治における「民主的正統化の不足」という古典的モデルのテーゼは、もはや克服されていることが判明する。学説と判例の一致するところによれば、機能的自治における国家権力行使の民主的正統化は、一方における国民に由来し議会により媒介される民主的正統化と、他方における議会による機能的自治主体の制度的規律を前提とし、かつその枠内において許容される、機能的自治主体の構成員の参加に由来する自律的正統化により、二元的に実現される——アウトプット・正統化は補完的に作用する——。本節においては、この二元的正統化を機能的自治の正統化モデルとし、その規範的要請に照らして、第二章第一節および第二節において概観した保険者自治の法的規律が、民主的正統化のために十分な内容を備えるか否かを検討する。

#### 一 保険者自治に関する国家の民主的正統化責任

前節の検討から確認できるように、学説と連邦憲法裁判所の見解の一致するところによれば、機能的自治における国家権力の行使が基本法二〇条二項により要請される民主的正統化水準を実現するためには、自律的正統化を民主政原理に係留するための国家的正統化責任、すなわち、第一に議会立法者により機能的自治主体の任務および権限が十分に事前決定されていること、第二に同様に議会立法者による機能的自治の決定構造に関する組織的規律——「関係する諸利益が適切に考慮され、かつ個別的利益が優遇されないための予防措置」<sup>(136)</sup>あるいは「国家的距離保障、すなわち権力化問題を予防し、利益の適切な描出を保障する国家的枠組み条件」<sup>(137)</sup>——、第三に組

織的・人的な民主的正統化を経た機関担当者による国家監督が、必要不可欠な条件となる。以上の三条件を疾病保険における保険者自治の法的規律に引き付けて考えれば、第一および第三の条件については、第二章における検討に基づき、これらは満たされているといえる。すなわち、第一の条件については、社会法典は「給付の」権限があるのは、地区・、企業・および同業組合疾病金庫、農業経営者疾病金庫、ドイツ鉱夫・鉄道員・海員年金保ならびに代替金庫である」(社会法典一編二二条二項)と定めた上で、「疾病金庫は情報提供 (Aufklärung) / 助言および給付により被保険者を助け、健康な生活状況を目指さなければならぬ」(社会法典五編一条)としてその任務と権限を定め、疾病金庫の内部組織とその権限についてもこれを詳細に規律する。<sup>(138)</sup>さらに、第三の条件である国家監督についても、社会法典四編および五編において、法監督を原則とする監督法が形成されている。<sup>(139)</sup>しかし、第二の条件、すなわち疾病金庫の自治機関における決定構造に関する組織的規律が、機能的自治の特権化を防ぎ、関係者に対して諸利益に適切な参加機会を保障する「予防措置」あるいは「国家的距離保障」の要請を満たしうるか否かは、直ちには明らかではない。そこで、以下においては、社会法典四編三五 a 条の意味における疾病金庫 (地区・、企業および同業組合疾病金庫ならびに代替金庫) の自治機関である運営会議 (Verwaltungsrat) の構成員の選出手続に着目し、<sup>(140)</sup>そこにおいて上記要請が満たされているかを検討する。なお、本来であれば、自治機関における雇主の参加の問題についてもここで扱わなければならないが、そのためには社会保険における雇用者負担の評価にも関わって、社会法学および社会政策学の見地からの検討も要するものと思われるため、本稿においてはこれに立ち入らない。<sup>(141)</sup>

## 二 保険者自治の民主的正統化の構造とその問題点

疾病保険において、自治機関である運営会議の構成員は、いわゆる社会選挙において保険当事者により選出される。具体的な検討に入る前に、前章において概観した社会選挙の基本構造を簡単に確認する。<sup>(14)</sup> 社会選挙は、雇用者と被保険者とに分かれて行われるので、選挙権付与は「雇用者グループ」または「被保険者グループ」（社会法典四編四七条一項）のいずれかへの所属の確定を必要とする（同五〇条および五一一条）。疾病金庫において被保険者グループに属するのは、疾病金庫の「構成員（Mitglieder）」（同四七条一項一号）、すなわち拠出する基幹被保険者（義務的被保険者および任意被保険者）であり、ここに家族被保険者は含まれない。雇用者グループに属するのは、規則的に少なくとも一人の保険義務のある被用者を雇う者である（同四七条二項一号）。次に、被選挙権を行使しようとする者は、候補者推薦名簿にエントリーされる必要がある。この推薦名簿の提出資格は、被保険者および雇用者をそれぞれ代表する団体ならびにその連合に認められているほか、被保険者および雇用者個人にも認められており、個人が提出する推薦名簿は「自由名簿（Freie Liste）」と呼ばれる（同四八条一項）。しかし、いずれの場合も、推薦名簿の提出のためには、一定の要件を満たす団体およびその連合を除き、署名資格による署名要件が課されている（同四八条二項ないし五項）。雇用者および被用者グループからそれぞれ一つの推薦名簿しか提出されなかった場合、または複数の名簿を総合しても候補者が定員を超えない場合は、投票行為を伴う選挙（いわゆる「原選挙（Urwahl）」）が行われることなく候補者が選出されたものとみなされる、いわゆる「平和選挙（Friedenswahl）」が許容されている（同四六条二項）。平和選挙は、自由名簿が提出されることにより回避される。

以上の社会選挙の現行制度を、保険者自治における国家権力行使の民主的正統化のための前述の要請に照らし

てみれば、少なくとも以下の点においてその要請に反する疑いが生ずる。第一に、代表される被保険者グループにおいて、被用者以外の利益が自治機関においては代表され難いことの正当性が問われる。代表される利益のかる偏りは、制度上、選挙権の付与が基幹被保険者に対してのみ行われること、推薦名簿提出資格を有する団体が被用者の代表団体に限定されていること、および後述するように自由名簿の提出が実際には困難であることに起因する。疾病保険は、ビスマルク社会保険立法において労働者保険として成立して以来、長い間もっぱら労使により負担される保険料財政により運営されてきた<sup>(144)</sup>。資金調達におけるこの「稼得中心化 (Erwerbszentrierung)」の中から、労使団体の特別の決定・共同発言権が生じ、そこにおいて認められる当事者の行政決定への参加における当事者性とは必然的に「財政的当事者」として定義されてきた<sup>(145)</sup>。しかし、とりわけ近年の法改正により進んだ、疾病保険の被用者保険から市民保険への接近を前提とすれば、代表される被保険者の利益が制度上被用者の利益に著しく優利なことで代表されことの正当性が疑われよう。確かに、被保険者の自治への参加は、「たいてい『一般化された同意』または——『社会選挙』が実施される限りにおいて——指導的人物の選出に限定されたままである」ために、「自治のアクターは、被保険者に対して比較的自律的に活動しうる」ことが指摘されている。すなわち、「社会的自治は、多元的利益代表というより、むしろコーポラティスティブな利益代表」であるが、自治機関は「被保険者の集合化された全体利益を、専従的運営あるいは国家的アクターの関心（および特殊な患者または被保険者集団の利益）とともに媒介する」という。その限りにおいて、「社会的自治は、権利擁護的利益代表に基づく」というのである<sup>(147)</sup>。しかし、疾病保険の法制度上、被保険者グループにおいて推薦名簿を提出することのできる団体は、「労働組合および社会的または雇用政策的目的をもつその他の自主的な被用者団体（その他の被用者団体）」（社会法典四編四八条一項一号）に限定されている。これらの団体には、推薦名



簿をバランスよく構成することにより、労働生活にある者が社会保険の自治機関においてふさわしい議席の割当を保持できるように能動的に務めることが期待されていると解されるが、とりわけ、患者の利益については、これが独自に代表されることが必要か否か、検討されなければならない。なぜなら、雇用者と被用者の同権的参加に特徴づけられる金庫自治において、雇用者の利益の方向性が明確であるのに対して（賃金付随コストの抑制）、被用者のそれはより複雑であるからである。すなわち「被用者は、独特の、決して矛盾をはらまないわけではない役割の三つ組（Rollentrias）において行動し、被保険者および潜在的患者の利益を共に代表しなければならない。結果として、とりわけ患者の利益は、金庫において間接的にしか代表されていない。雇用者側の同権的参加によって、費用制限が、集団的な団体利益として構造的明らかな優位を占める」<sup>(149)</sup>。

第二に、候補者推薦名簿の提出資格の規定が労使の団体にきわめて有利なたちで定められていることについて、かかる団体優位の利益代表構造（いわゆる「団体に制御された自治」<sup>(150)</sup>）による当事者の利益代表の方法が、諸利益に適切な利益代表の要請に、ひいては「人間の自由な自己決定の実現」という、民主政の目的に適うか否かが問われる。個人による自由名簿の提出は、組織化されていない個人においては署名資格者を知り難いことから、必要とされる署名数の多さが壁となり、実際には困難であることが指摘されている。<sup>(151)</sup> その結果、組織率の低い、被用者以外の疾病金庫の構成員（年金受給者、家族被保険者ではない配偶者・学生等）は、代表され難い。利益代表における団体の優位をめぐる問題は、雇用者および被用者においても存在する。なぜなら、近年、雇用者と被用者の両方の側において、利益代表団体の組織率低下が著しく、その代表独占の正統性が疑問視されているからである。<sup>(152)</sup> とりわけ、被用者側における労働組合の組織率の低下は著しく、一九九九年に三六パーセントであった組織率は、二〇一一年には一八パーセントに低下しており、その利益代表の正統性が強く疑われる。<sup>(153)</sup>

第三に、たとえ選挙権および推薦名簿提出資格に関して法律が適切に規律している場合であっても、実際の選挙行為なしに関係する諸利益が適切に考慮されることは想定し難い。平和選挙については、実務家において金庫の支出を抑えるという観点からこれを正当化する傾向が強く、さらに社会法学および公法学の学者においても、費用の節約のほか、被保険者グループ内部における協調が前提とされていることを理由に、または個人による候補者提案名簿（自由名簿）の提出機会が制度上保障されている限りにおいて平和選挙が回避されうることを理由に、憲法上の疑念はないとする見解がある。<sup>(150)</sup> 実際には、戦後初めて社会選挙が実施された一九五三年以来、社会選挙の多くは、平和選挙として実施されており、直近の二〇一一年の社会選挙においても、二〇六の社会保険主体のうち、原選挙が行われたのは一〇機関にとどまった。<sup>(151)</sup> しかし、平和選挙のかかる支配的状况にもかかわらず、民主的正統化の規範的内容からすれば、平和選挙はいかなる正統化も媒介せず、したがって民主政原理とは一致しないと解される。例えば、エムデは、機能的自治における国家権力行使の民主的正統化（基本法二〇条二項）の自律的正統化による同価値的保障論を、機能的自治主体の構成員が有する自治機関に対する制御権限と、民主政原理の諸準則——とりわけ民主的平等——への自律的正統化の拘束により根拠づけようとする立場である。したがって、機能的自治において「正統化源としての団体構成員を排除または隷属させることを可能にする組織モデルもまた、補償的正統化構想とは原則的に一致不可能である」ことを理由に、「『平和選挙』は民主的正統化の産出のための適切なツールではない」と結論付ける。このことは、「たとえ選挙放棄の原因が利益団体の意見の一致にある場合であっても妥当する」とされ、なぜなら「これらの団体も、構成員の代わりに民主的正統化の設立者（Stifter）として登場することはできないからである」。<sup>(158)</sup> エムデとは別の根拠づけから自律的正統化を基本法の正統化秩序に組み入れようとするシュミット・アスマンは、「社会保険法上の自治は、民主的正統化に通用す

る選挙諸原則の相似的適用へと確定されているわけではない。したがって、社会法典四編四六条以下において定められる、代表会議における議席の同権的配分——それは、関係諸利益の基盤にある構造を受容する——は許容される」とする。しかし、「それに対して、社会法典四六条三項による、いわゆる平和選挙への選挙方法の縮減は、利用可能な団体的正統化を媒介しない」とし、エムデと同様に平和選挙が自律的正統化を阻害するものと考えられる。<sup>(159)</sup> 自律的正統化論を採らず、議会立法者による、機能的自治主体の構成員集団の人的な民主的正統化の途を追求するクルートにおいても、平和選挙を正統化媒介過程の阻害とみなす点においては同様である。すなわち「代表者の共同・決定からの個々の選挙人の排除は、同時に選挙の正統化媒介機能を疑問視させ、その限りにおいて、基本法二〇条二項と一致不可能である」。<sup>(160)</sup>

### 三 考えうる改革の方向性

民主的正統化論の規範内容に照らして現在の保険者自治の法制度を検討した結果、その公権力の行使は民主政原理に十分に一致可能であるとは言い難いことが判明する。かかる状況において、二〇〇五年の社会選挙の後、連邦労働社会省は社会保険における自治の改革に関する鑑定書（*Gutachten zur "Geschichte und Modernisierung der Sozialversicherungswahlen"*）の作成を公法学および社会政策学等の研究者に委託し、二〇〇八年四月にこれを公表した。<sup>(161)</sup> この鑑定書には、先に挙げた保険者自治の民主的正統化をめぐる三つの問題点に対応しうる改革案が含まれている。鑑定書においては、まず、平和選挙の問題が、社会選挙の改革の基本問題として位置づけられる。すなわち、「社会保険担当機関の活動の受容および効果の向上は、競争的選挙と正統化プロセスへのより大きな社会参加（Engagement）により、最もよく達成される」という理由から、「平和選挙」を可能な限り抑制し、『原

選挙』によりこれを代替すること」が推奨される。次に、かかる基本的な認識の上に、個別的改革が提案される。そのうち、代表される被保険者の利益が被用者利益に集中している問題については、推薦名簿の提出資格を有する団体の範囲を拡大することが提案されている。すなわち、「社会的および法的変化を考慮し、これまで被保険者代表のための提案資格を認められていた、強力に被用者および労働世界に方向づけられていた諸団体の範囲を、被保険者参加および被保険者代表という構想の方向において拡大することを推奨する」。すなわち、現行法上、被保険者グループにおいて推薦名簿を提出できる団体は、「労働組合および社会的・または雇用政策的目的を有するその他の自主的な被用者団体（その他の被用者団体）ならびにその連合」であるが（社会法典四八条一項一号）、この「その他の被用者団体」という文言を削除し、単に「社会的または雇用政策的目的を有する団体」（例えば患者団体や主婦団体）とすることが推奨されている。もともと、労働組合以外の団体に推薦名簿の提出を認めるには、社会政策的な重要性和団体の一定の組織的能力を保障するために、少なくとも三つの保険担当機関への推薦名簿の提出と、これらの保険担当機関において相応の数の署名（四〇〇〇）を集めること同時に義務づけられるという。なお、団体内部において、候補者推薦理由が明らかにされることも要請される。以上の推薦名簿提出主体の拡大に加えて、選挙資格の拡大も提案される。すなわち、「選挙資格を一六歳以上のすべての被保険者にまで拡大することを推奨する。被選挙権は連邦議会選挙権を持ち、あるいは一年以上保険に加入するすべての者に認められるとする」。さらに、候補者推薦名簿の提出における団体の優位の問題に関して、鑑定書においては、平和選挙の問題との関連において、「疾病保険、年金保険および介護保険の自治における被保険者代表の義務的原選挙の採用に賛成である」とする。かかる義務的原選挙は、名簿選挙と人物選挙のコンビネーションを可能にする選挙手続により実現されるという。これにより、従来、自由名簿の提出によってしか回避できなかった平和

選挙が被保険者の側において原則禁止され、被保険者は、団体による利益調整に左右されることなく、正統化媒介の過程に必ず参加することが可能となる。<sup>(63)</sup> もつとも、社会選挙への参加が有効に行われるためには、選挙人が日頃から保険者の活動について十分な情報を有していることが前提となる。この点について鑑定書においては、保険者による自治機関および規約により設置される重要な委員会の活動状況についての被保険者に対する情報提供（定期的情報提供および毎年報告書作成の義務付け等）が提案されている。

注

(60) もつとも、ベッケンフェルデの民主的正統化理論（本章第一節）と連邦憲法裁判所が示す民主的正統化の要請（本章第二節）との間における相違も指摘されている。Z. B. Eberhard Schmid-Abmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR 116 (1991)（以下「Verwaltungslegitimation」と略記）、S. 368. シュミット・アスマンによれば、民主的正統化の諸形式の間における、とりわけ組織的・人的な民主的正統化と事項的・内容的な民主的正統化との間における代替可能性の範囲をめぐり、ベッケンフェルデと連邦憲法裁判所の見解の間に「統一線は見出されない」。なぜなら、前者がかかる代替可能性を限定的にのみ承認するのに対して（Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Band II*, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 443）<sup>64</sup> 後者は民主的正統化の諸形態が「それらの複合作用の中でのみ意味をもつ」としており（BVerfGE 83, 60 (71f.) ; 93, 37 (66f.)）<sup>65</sup> この複合作用の全体構造のみが評価されうるとする見解に立つからであるという。しかし、連邦憲法裁判所がかかる言及に際してベッケンフェルデの上記文献を参照指示していることを考慮すれば（BVerfGE 83, 60 (71f.)）<sup>66</sup> 両者の見解がかように区別して理解されるかという疑問が残る。

(61) Böckenförde, a. a. O., S. 443.

説 (62) Ebenda, S. 451f.

論 (63) Ebenda, S. 445.

(64) Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 353. 古典的モデルに対する批判について、毛利透「民主主義と行政組織のビュラルビー」法学論叢一五二巻三号(二〇〇三年)一二頁以下も参照。

(65) Vgl. Trute, a. O., S. 344f.

(66) 行政任務の多様化および複雑化に伴う行政組織の多元化を背景として生じる「行政の自主性 (Eigenständigkeit)」への国法学および行政法学の理論的対応について、高橋雅人「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面」早稲田法学会雑誌五九巻一号(二〇〇八年)二九五頁以下、同様に連邦憲法裁判所の判例の新しい展開も含めて、毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』(日本評論社、二〇一二年)三三〇・三三六頁、原田大樹「多元的システムにおける正統性概念」行政法研究一号(二〇一二年)七六・七八頁も参照。

(67) 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 [六二「民主的」Demokratische Legitimation と論記], S. 177f.

(68) Hans Peters, Zentralisation und Dezentralisation, Berlin 1928.

(69) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 22-25.

(70) Ebenda, S. 25f.

(71) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 27, ders., Funktionale Selbstverwaltung, Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz,

- Tübingen 1997. [以下、Kluh, Funktionale Selbstverwaltung と略記], S. 352. によれば、かかる柔軟な解釈は、基本法二〇条一項、二八条一項において挙げられた基本的な憲法諸原理の多さ（民主政原理、社会国家原理、法治国原理、連邦制、共和制）からも根拠づけられるという。すなわち、基本法は様々な構造諸原理と相互に結び付く「混合憲法 (gemischte Verfassung)」という理念に基づいていると理解されるので、「開かれた正統化枠組みとしての民主政原理の解釈は、あまりにも狭隘かつ硬直的な解釈に対する優位を認められよう」(Demokratische Legitimation, S. 27)。
- (2) Kluh, Demokratische Legitimation, S. 27. シュルートによれば、一九九五年五月二四日の連邦憲法裁判所の決定 (BVerfGE 93, 33ff.) (本章第一節三(三)判決) は「この点を示している」。
- (3) Kluh, Demokratische Legitimation, S. 25-28; ders., Funktionale Selbstverwaltung, S. 504f.
- (4) Kluh, Demokratische Legitimation, S. 31-33.
- (5) Kluh, Funktionale Selbstverwaltung, S. 376-381; ders., Demokratische Legitimation, S. 33-35.
- (6) Kluh, Funktionale Selbstverwaltung, S. 369-372.
- (7) Eibenda, S. 377-379.
- (8) Eibenda, S. 374-376, 560.
- (9) Kluh, Demokratische Legitimation, S. 33.
- (10) Kluh, Funktionale Selbstverwaltung, S. 381.
- (11) Eibenda, S. 382.
- (12) Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991, S. 325f.

説  
論

- 83 Ebenda, S. 384f.
- 84 Ebenda, S. 386-389.
- 85 Ebenda, S. 402.
- 86 Ebenda, S. 331.
- 87 Ebenda, S. 331, 405ff. (407).
- 88 Ebenda, S. 421.
- 89 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. 87. 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) 八八頁。
- 90 Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 369.
- 91 Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 94. 太田ほか・前掲注<sup>89</sup>九五頁。
- 92 Schmidt-Abmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im Transplantationswesen, Walter de Gruyter/Berlin/New York 2001 [以下「Grundrechtspositionenと略記」], S. 75.
- 93 Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 389.
- 94 シュミット＝アスマンが自律的正統化を団体的正統化の形態に限定していないことについて、vgl. Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 384ff. (ins. 387ff.). 自律的正統化は、「国家的支配と私的利益実現の特殊な交差」領域におけるその他の協働形態にもこの問題となり得ることを示している (S. 387)。



- (95) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 378.
- (96) Eibenda, S. 381.
- (97) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 93. 太田ほか・前掲注(89)九四頁。シュミット＝アスマンによれば、かかる開放性は「一九九二年二月二日の基本法改正により実現された欧州連合の市民の選挙権（基本法二八条一項三段）も、「適切なことに、地方レベルにおいて始まっている」ことにより実証される。
- (98) Schmidt-Abmann, Grundrechtspositionen, S. 76.
- (99) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 95. 太田ほか・前掲注(89)九六頁。
- (100) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 374, 377, 387.
- (101) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 96. 太田ほか・前掲注(89)九七頁。
- (102) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 365f.
- (103) 制度的留保理論について、vgl. Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 189f., 253-256. 太田ほか・前掲注(89)一九一・一九二、二五五・二五八頁参照。ドイツにおいて、法律の留保理論は、侵害留保と制度的留保という二つの方向において発展する。制度的留保は、州憲法において強く刻印されているのに対して、連邦憲法においては、狭義の組織制度に関してより抑制的である。しかし、本法における広義の組織制度に関する法律の留保（地方自治行政に関する二八条二項、官吏に関する三三条五項、政党に関する二一条三項、欧州連合に関する二三条一項、国際関係に関する二四条および五九条二項）を考慮すれば、「基本法に関しても、議会が明確化する必要のある基本事項と、行政の行為機能との間の権限配分原理が明らかに」。いかなる組織編成が法律を要するかという問いは、「国家組織の領域を超えて、執行権と社会の自己組織との間の協働形式も、検討対象に含めなければならない。」(S. 189f. 一九一・一九二頁)。

行政組織において、「法律は概観性の保証人であり、民主的正統化の媒介者である。法律は二重の方法を目指す。すなわち、法律が一定の議会による組織決定を示すことにより直接的に、および民主的正統化が内部で継続的に生じうる行政構造を法律がつくり出すことにより間接的に」(S. 254, 二五五・二五六頁)。

(104) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 377f.

(105) 先に見たエムデの理論は、国家的支配と社会による支配との特殊な協働領域に対しても、基本法二〇条二項の意味における民主的正統化におけるのと可能な限り同じ内容の要請——ここではとりわけ参加機会の平等が重要となる——を及ぼす立場であり、それにより民主的正統化の不足を自律的正統化により補償することが可能になるとされる。

(106) Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 378.

(107) Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 97, 263. 太田ほか・前掲<sup>(89)</sup>九七・二六四・二六五頁。

(108) Schmidt-Abmann, Grundrechtspositionen, S. 75f.

(109) Trute, a. a. O., S. 365-367.

(110) Ebenda, S. 354-357.

(111) Ebenda, S. 356f.

(112) Ebenda, S. 358-361.

(113) 「アウトプット・正統化」の概念について、vgl. Ebenda, S. 378-381. トゥルテーは、この概念において重要であるのは、「事実的成果、アウトカムではなく、少なくとも直接的にはそうではなく、諸決定の期待可能な質である」とする。したがって、アウトプット・正統化は、この一定の質を達成するための決定の構造化にかかわる問題であり、その限りで、「権力分立、(少なくとも部分的には)基本権、内容的合理性そしてまた特定の実質的目的も、アウトプット・正統化として分類可能であるように思われる」。

したがって、アウトプット・正統化の発想それ自体は新しいものではなく、従来の正統化議論においても見いだされるといえる。そのようなものとして、「基本権の客観・法的次元——とりわけ機能的自治の制度の編成において——、国家目標および国家構造原理、組織の任務適合性、機能に相応しい組織構造、法治国家的合理性、またはやむをえないもしくは説得力のある事物的根拠」が挙げられる。

(114) Ebenda, S. 383.

(115) Ebenda, S. 371f.

(116) Ebenda, S. 374. ツルルテによれば、人的正統化の本質は「職員の公共善志向」の要請にあり、これは、法律上形整されている一連の「伝統的な公職エトスにおいて現れる諸義務」すなわち「職務遂行の政党政治的中立性、任期の限定、独立性の規範的保障など」により保障されており、その限りにおいて「職務遂行の制度的形成に関わる問題である」。したがって、古典的モデルにおける「組織的・人的な正統化」（正統化主体による直接的または間接的な選出または任命行為）は、「機能的等価物、例えば専門的活動志向の強化、諸利益との結びつきの均衡化」により代替可能であるという。その結果、「職務担当者の選出への社会の影響力行使の開放性もまた、正統化の不足という推定を常に伴うわけではない」し、反対に「社会の影響力の開放性において、任務遂行の合理性も存在する」。

(117) Ebenda, S. 376. ツルルテが、機能的自治における参加と——たとえ理念的諸相においてであれ民主政原理に係留された——手続における参加とは、構造上比較可能であり正統化の観点において区別を要しないとすると、シュミット＝アスマンは両者の間に理念的共通性を認めつつも、正統化理論の規範的性格を損なわないために区別が必要であるとする（Schmidt-Almann, Ordnungsidee, S. 101. 太田ほか・前掲注<sup>89</sup>一〇二頁）。

(118) Ebenda, S. 375f. シュミット＝アスマンが（自律的正統化における参加とは区別される、その時々個別的な）行政決定手続への

- 当事者の参加を「議会により作られた、具体的結論は開かれたままの決定プログラムを内側からとも加工する (mit aufarbeiten) 限りで、事項的・内容的な民主的正統化を改善しうる」ものと位置付ける点について (Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 106f. 太田ほか・前掲注89) 一〇七・一〇八頁)、トゥルレーテは、「手続は……実体的プログラムの内側からの加工 (Aufbereitung) による事項・内容的正統化の改善であると必ずしもみなされるわけではない」と指摘する。むしろ実体的枠組みが非常に後退されたかたちでのみ認識可能である場合、いわば「加工のみを要する実体的決定プログラム」が前提とされるべきであって、正統化は事前に構造化された「手続の内部において調達される」という。以上の理由から、トゥルレーテは手続の「独自の正統化作用」を強調する。
- (119) Tute, a. a. O., S. 383-386. トゥルレーテによれば、制度的法律留保の要請が有する最小限度の内容は、さしあたり国家的支配と社会的支配の協働領域のために展開されたものであるが、それは立法者が国家的行政組織内部または手続において私人に影響力行使可能性を開くところにおいてはどこにおいても通用するという。さらに国家的行政組織を超える、国家と私的アクターとの協働領域においても、公共善が保障されるように協働の制度的枠組みを方向づける立法者の任務が、「波及的正統化責任」という概念を用いて主張される。
- (120) Anders Kluth, Demokratische Legitimation, S. 35; Schmidt-Abmann, Ordnungsidee, S. 263f. 太田ほか・前掲書89) 二六四・二六五頁。
- (121) Ählich auch Kluth, Demokratische Legitimation, S. 27f.; ders., Funktionale Selbstverwaltung, S. 504f.
- (122) Tute, a. a. O., S. 399-403.
- (123) BVerfGE 107, 59. 本決定においては、連邦行政裁判所の申し立てによる二つの具体的規範統制手続が併合されている。
- (124) 各水利団体の自治機関の構成および任務について、vgl. BVerfGE 107, 59 (62ff.). 総会は、水利団体の構成員の代表委員 (Delegierte) から構成され、代表委員の数は分担金の多寡に対応する。その主な任務は、自主法である規約の制定および変更ならびに協議会の構成員の選出についての決議 (有効投票数の過半数) である。協議会は、総会の構成員により大部分は分担金の多寡にかかわ

らず選出された団体構成員のほか、団体の職員協議会（Personalrat）の提案に基づき総会により選出される、水利団体の被用者の代表により構成される。被用者代表は、団体と雇用関係にある者となない者の双方により構成されており、後者は団体において代表されている労働組合の提案に基づき職員協議会により選出される。団体の協議会は、服務規則の決定、特定の計画のための支出の認可、計画への同意等のほか、理事会を選出し（うち一人を議長に指名）、その業務の遂行を監督する任務を負う。理事会は、日常的業務を遂行するほか、法律または規約において他の自治機関に課せられていないすべての任務を遂行する。理事会構成員のうち、団体の人事的および社会的事項に権限を有する者——団体の被用者の勤務上の上司（Dienstvorgesetzte）に当たる——は、団体の被用者代表の過半数の投票に反対して選出されてはならない。

(125) 本件の規範統制手続に至る経緯について、vgl. BVerfGE 107, 59 (74ff.).

(126) 自己決定または自律に資するという点において、自治と民主政との間に理念的共通性があること自体は、一九七二年五月九日の連邦憲法裁判所の決定（いわゆる「専門医決定」）により夙に指摘されていた（BVerfGE 33, 125 (159f.))。同決定の概要について、堀内健志「医師会規程による専門医制度規律と職業の自由——専門医決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）二七六・二八二頁参照。同決定によれば、一方において、「自治および自律の原理は、同様に民主政原理に根付き、我々の社会的秩序が有する自由希求的（Freiheitlich）性格に適うものである」から、立法者は、職業法上の規律領域において、職業団体に規約（自主法）制定権を与えることは、禁止されえない。しかし、他方において、かかる規約の制定は個人の自由を社会の集団の力によって脅かす危険を内包する。したがって、立法者は、かかる危険を予防し、少数者の利益および一般の利益を守る必要があるとされる（法律の留保）。

(127) BVerfGE 107, 59 (91-94).

(128) BVerfGE 107, 59 (100). ちいとう、一定の疑念は、企業内平和の維持のために雇用関係の観点を超える被用者参加が必要である

のか否か、さらに被用者代表として水利団体と雇用関係にない者も労働組合の提案に基づき選出されるが、水利的専門知識をもたない彼らが効率性を向上する情報伝達を引き起こすか否かをめぐり存在するという。その限りにおいて、議会立法者には、共同決定モデルが「団体内部の利益調整と同様に、公的任務および義務の秩序に適った遂行のための分担金負担構成員の決定能力をも保障するという評価を熟考する誘因」を持ちうるものが指摘される。

- (129) 本決定において、被用者代表の自治機関への関与形態に關して考慮されるべきであるとされる諸点について、vgl. BVerfGE 107, 59 (100f.)。それは一つに、被用者代表は規約の議決のような原則的決定を行う総会においては存在しないこと、二つに、団体協議会における被用者代表は、職員協議会の提案に基づき、しかし総会の決議をもって選出され、かつそれ自体として過半数を構成しないこと、三つに、団体協議会において選出される理事会の構成員のうち、人事的および社会的事項を所掌する構成員は、被用者代表の過半数の投票に反して選出されてはならないことが定められているために被用者第代表から選出されるが、その選出には協議会全体の投票の過半数を要すること、四つに、理事会においては、すべての重要な事柄に關して理事会全体の決定が必要であり、ここには雇用関係に關する諸原則の決定も含まれることである。

(130) BVerfGE 107, 59 (94-101)。

- (131) 連邦憲法裁判所は、さらに二〇〇四年七月一三日の決定 (BVerfGE 111, 191) においても、民主政原理と機能的自治の対立の廃止を明確にする。同決定においては、機能的自治が民主政原理に係留されることと同様に、機能的自治主体における決定形成が、民主的意思形成の性格を有することが強調される (S. 216f.)。

- (132) もっとも、民主的正統化理論における「治者と被治者の自同性」あるいは「参加」の要素の評価をめぐっては、民主的正統化理論の法解釈論における有効性を固守するために、それらの要素を理念の諸相にとどめようとするシュミット・アスマンと (vgl. Schmidt-Admann, Verwaltungslegitimation, S. 371, 375f.; ders., Ordnungsidee, S101f. 太田ほか・前掲注⑧一〇二・一〇三頁) より積極

的に両者を結びつけるようにするエムス（Ende, a. a. O., S. 384）およびクルート（Trute, a. a. O., S. 376）との間に立場の違いが見いだされる。

(133) Trute, a. a. O., S. 383f. Vgl. auch Schmidt-Abmann, Ordnungsdece, S. 101. 太田ほか・前掲注(89)一〇二頁。

(134) Trute, a. a. O., S. 382. 後者の立場は、したがって、「一方において民主政原理の異なる拘束力の諸相化に至り、他方において基本的指示の密度に基づく差異化を可能にする」ので、「いかなる参照点が支配しているかによって、国家と私人の協働領域における柔軟な秩序付け（Zuordnung）を可能にする」解釈であると評価される。

(135) Schmidt-Abmann, Ordnungsdece, S. 95f. 太田ほか・前掲注(89)書九六・九七頁。

(136) BVerfGE 107, 59 (93).

(137) Vgl. Schmidt-Abmann, Verwaltungslegitimation, S. 378.

(138) 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）」法政論集二四七号（二〇一二年）、五一・五七、六二・七六頁（第二章第一節二および第二節二）参照。

(139) 同上七七・八二頁（第二章第二節三）参照。

(140) 運営会議の組織および権限ならびにその構成員の選出方法については、同上六二・七六頁参照（第二章第二節）。農業経営者疾病金庫および疾病保険担当機関としてのドイツ鉱夫・鉄道員・船員年金保険組合においては、独自の自治機関は存在せず、それぞれ農業同業組合および鉄道員・船員年金保険組合の機関が疾病保険を運営することについて、同上九八頁注(78)参照。

(141) 社会法典四編四四四条一項一号は、「自治機関は、二号および三号において別段の定めがない限りにおいて、半数ずつの被保険者および雇用者の代表により構成される」と定める。雇用者が自治に参加することについて、とりわけ公法学においてはこれを疑問視する論者も少なくないことに留意（vgl. Trute, a. a. O., S. 402. しかし、保険料を負担する雇用者が保険当事者として自治に参加

することは、伝統的に社会的パートナーの意義を積極的に評価する観点から正当化される傾向にあることについて、vgl. Dieter Leopold, *Die Selbstverwaltung der Sozialversicherung*, 6. Aufl., Sankt Augustin 2008, S. 348f. しかし、仮に雇用者の自治参加それ自体を疑問視しない場合であっても、二〇〇五年七月一日以降、被保険者のみが負担する〇・九パーセントの、いわゆる「追加的保険料率」（社会法典五編二四九条一項）が導入され、労使の同権の財政原則が法律上すでに崩れているにもかかわらず、自治における被保険者と雇用者の同権の原則が維持されていることをいかに評価すべきであるかという問題は残る（Ebenda, S. 350）。したがって、少なくともこの点については、疾病金庫の自治機関における、関係する諸利益の適切な考慮の要請の観点から、検討を要するといえよう。

例えば、連邦労働社会省が公法および社会政策等の研究者に委託して二〇〇八年四月に公表した鑑定書（*Gutachten zur "Geschichte und Modernisierung der Sozialversicherungswahlen"*）においては、「社会保険の現代化」のための提案の一つとして、社会保険料全体における雇用者からの費用調達が明らかに五〇パーセントを下回ることを理由に、疾病保険の自治機関における雇用者代表と被保険者代表の割合を原則として一対二に変更することが提案されている。鑑定書の改革案の推奨内容について、vgl. Bernard Braun/Tanja Klenk/Winfried Kluth/Frank Nullmeier/Felix Welti, *Modernisierung der Sozialversicherungswahlen*, Baden-Baden 2009, S. 232ff. なお、右の文献には、鑑定書の内容は部分的にしか所収されていない。鑑定書の全内容については、連邦労働社会省のサイトにおいて閲覧することができる（<http://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Arbeitschutz/forschungsbericht-f377.html>）。上記 URL は二〇一三年八月二三日現在のものである（以下、すべての URL について同様）。

- (142) 拙稿・前掲注<sup>(138)</sup>六三・六七頁（第二章第二節二（一））。
- (143) Vgl. Leopold, a. a. O., S. 169.  
拙稿・前掲注<sup>(138)</sup>五五頁参照。
- (145) Tanja Klenk/Philine Weyrauch/Alexander Hartrmann/Frank Nullmeier, *Abkehr vom Kooperationsismus? Der Wandel der Sozialversicherungen*



- im europäischen Vergleich, Frankfurt/New York 2012, S. 39.
- (146) 拙稿・前掲注(138)五二・五四頁参照。
- (147) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. O., S. 39.
- (148) 拙稿・前掲注(138)六六・六七頁参照。
- (149) Schmid-Albmann, Grundrechtspositionen, S.83.
- (150) Vgl. dazu Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. O., S. 67. 社会保険における自治の概念を個人の自己決定の観点から再構成しようとする立場から行われる「団体に制御された自治」に対する批判（ビューフェン）について、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（三）」法政論集二五二号（二〇一三年）三六四頁注(217)も参照。反対に、労使団体のコーポラティズムを支持する立場（ガイス）について、同上三五一頁参照。
- (151) Reimund Wimmer, Friedenswahl in der Sozialversicherung – undemokratisch und verfassungswidrig, NIW 2004, S. 3369ff. (3371).
- (152) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. O., S. 57f.
- (153) OECD, Trade Union Density (<http://status.oecd.org/Index.aspx?QueryId=20167>).
- (154) Vgl. dazu Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. O., S. 93.
- (155) 社会法学の観点から、vgl. z. B. Leopold, a. O., S. 354.
- (156) 公法学の観点から、vgl. z. B. Reinhold Hentler, Die Selbstverwaltung in der Rentenversicherung, DRV 1986, S. 319 (327f.).
- (157) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. O., S. 92. 二〇一一年社会選挙の結果は、連邦労働社会省のサイトにおいて閲覧する「<http://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/4411-schlussbericht-sozialwahlen-2011.html>」。
- (158) Emde, a. O., S. 422.

- (159) Schmidt-Albmann, Verwaltungslegitimation, S. 383.  
 (160) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 460.  
 (161) 注(14)参照。  
 (162) 拙稿・前掲注(138)六六・六七頁参照。  
 (163) Braun/Klenk/Kluth/Nulmeire/Welti, a. a. O., S. 233ff. なお、雇用者グループに関しては、利益の同質性等を考慮し、原選挙の義務化の推奨は見送られている (S. 235)。

## 終章 総括

生活上のリスクに対する備えは、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基盤である。とりわけ傷病のリスクは生活に身近なものであり、かつ稼得の減少または喪失につながりうるものであるために、個人による自助や共助とならんで、より大きなリスク共同体を必要とする。わが国の公的医療保険は、国家により整備された社会連帯による傷病リスクへの備えであるといえる。しかし、そこにおいては法律および行政の公益代表能力における限界ならびに社会保障法の官僚主義的性格が指摘される。これらの諸問題に対して保険運営への被保険者の参加は有効な対応策となりうるが、そこには以下の二つの課題がある。すなわち、一つに、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）との間に存する緊張関係が、いかに理解されうるかという問題である。なぜなら、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ことすらあるからである。<sup>1)</sup> いま一つに、「社会連帯」との関係において「個人」と「社会」の緊張関係がいかにも理解されるか、すなわち「社会連帯」において個人の利益が団体あるいは団体内部の集団の利益に埋没してしまう危険性を認識した上で、「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」<sup>2)</sup>が成立しうるために、いかなる法制度上の予防措置が講ぜられるべきかという問題である。ここにおいては、連帯共同体における決定手続の透明性と公正さ、そしてそれに規定される決定内容としての負担内容の正当性あるいは受容が本質的に問われる（以上、序章）。

本稿においては、先に示した二つの課題について、ドイツ疾病保険における保険者の自治（保険者自治）の民主的正統化をめぐる議論を素材にこれを検討した。まず、第一章においては、その前提作業として、ドイツ公法学における自治概念の定義を明らかにするために、まず、自治の制度的端緒であるとされるシュタイン都市法に遡り、自治概念の生成と展開をあとづけた。次に、現在の国法上の自治概念に関する議論を検討し、そこにおいて共通する自治のメルクマールを抽出し、自治概念を定義した。それによれば、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」（以上、第一章）。次に、疾病保険の基本構造と保険者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うるのか、すなわち、その存在を支える根拠を明らかにした。その結果、正統化根拠となりうるのは、連帯組織の組織化と、公共善の具体化手続であると理解されるが、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いることが明らか

となった(以上、第二章)。そこで、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されるのかという問題を、行政の民主的正統化理論の展開をあとづける中で検討した。その結果、九〇年代において支配的であったのは、民主的正統化主体である国民を、国家および地方自治体における国民に限定し、とりわけ職務担当者の任命行為により媒介される組織的・人的な正統化の「不断の連鎖」を重視する学説および判例の見解であった(本稿においては、これを「古典的モデル」と称する)。したがって、古典的モデルにおいて、組織的・人的な民主的正統化を欠く機能的自治主体の構成員は、民主的正統化が恒常的に不足しているとみなされ、ただ憲法上その不足が正当化されうるにすぎないとされた。しかし、かかる古典的モデルは、論理的には明快であるものの、行政の自主性および行政の多元化という、現代行政における現象に対応できる柔軟性を持たない点が批判され、その部分的または原則的な修正が多くの論者において主張される。かかる学説の展開を経て、二〇〇二年二月五日に連邦憲法裁判所は、機能的自治における国家権力行使の民主的正統化の問題について判断を行った。それによれば、機能的自治の領域においては、基本法二〇条二項は組織的・人的な民主的正統化の連鎖を必ずしも要求せず、むしろそれは、議会立法者が機能的自治主体の任務および活動権限を十分に事前決定するとともに、その組織構造に関して、関係する諸利益が適切に考慮されるように規律することにより特定の利益が優遇されないように「予防措置」を講ずること、そして機能的自治主体の活動が組織的・人的な民主的正統化を経た職務担当者による国家監督に服することを要求するとした。かかる解釈は、学説において有力に主張されていた理論と共通する点を多く含んでいた。そこで、機能的自治の民主的正統化に関して、学説と判例において共通して見いだされる諸要請に照らして保険者自治の法制度を検討すると、任務および権限の法律による十分な規律と国家監督の関与という点においてはこの要請を

満たしているが、組織的規律が上記のような「予防措置」として十分であるといえるか否かについては、より詳細な法制度の分析を要することが判明した。そこで、この点を、保険者自治における自治機関の構成員の選出手続に着目して検討した結果、代表される被保険者の利益が被用者のそれに偏っていること、および候補者の推薦名簿提出において雇用者および被用者の団体が優位に立つため、平和選挙が支配的となり、正統化の過程に被保険者個人が参加する機会が著しく減じられ、その結果、正統化媒介が疑われるという問題が明らかとなった。これに関して、制度改革の方向性は、被用者代表から被保険者代表への転換において見出され、とりわけ患者の利益の独自の代表の必要性については検討を要すると思われる（以上、第三章）。

以上の検討を踏まえ、本章においては、序章において示した二つの課題、すなわち、統治原理としての民主政原理と参加（国家と——個人を含むものとしての——社会との関係）との関係、および社会連帯における社会と個人との関係理解について、いかなる示唆をえられたのかについて考えたい。第一に、統治原理としての民主政原理と参加の関係について、民主的正統化理論の展開を追うことにより、これが多様に解釈されるものであることが判明した。民主政原理が国家権力の統一性の保障を重視する立場から集権的に解釈される場合、両者は厳密に分離される。他方において、民主政原理が自己決定あるいは自律の思想を重視する立場から分権的に解釈される場合、両者は親和的關係に立つ。しかし、クルートが明確に示すように、かかる解釈の相違は、民主政原理の異なる側面に由来するものであって、絶対的に一致不可能なものではない。むしろ重要であるのは、二〇〇二年一月五日の連邦憲法裁判所の決定が示すように、「民主政原理に根づく自己決定および自律の原則が適切に通用する」ために、「国民からの『国家権力の由来』が、国民にとっても国家機関にとっても、そのつど具体的に経験可能でかつ実際に有効であること」であり、そのように基本法二〇条二項の要請する正統化水準が実現さ

れるよう、議会立法者が行政組織を形成する任務である。国民により民主的に正統化された議会立法者が、公的任務を有効に遂行するために機能的自治の形態を選択することは、民主的平等の要請に違反しない。ただし、議会立法者には、上記の正統化水準の実現のために、法律により機能的自治の任務および権限を事前に決定するとともに、その組織の意思形成構造についてそれが一部利益のために特権化しないよう規律し、その任務遂行を公共善に方向づける任務がある。機能的自治主体は、そのように法律に規律され、民主的に正統化された職務担当者による国家監督に服することにより、国家の決定構造に係留される。加えて、機能的自治主体による公的任務遂行が適切に行われるように方向づけるためには、機能的自治における意思形成手続の公開がもつ統制機能も看過されえないだろう。<sup>(3)</sup> その意味では、保険者自治において、自治機関の会議について公開原則が法律上定められていることの意義は小さくない。<sup>(4)</sup> ツルテが、議会を行政の自己統制の監督者として位置づけ、行政内部の情報を開示させることによる追加的な監督および統制ツールの開発を追求するのも、手続の公開が有する統制機能に着目したものであるといえよう。もつとも、関係する諸利益の適切な考慮および意思形成手続の公開に関する以上の要請については、いずれも、多元的行政組織において完全に満たされることは困難であることが指摘されていることも考慮する必要がある。すなわち、「ある問題を処理するにあたって、誰の意見をどの程度考慮すべきなのかは常に論争的であり」、さらに「行政組織での議論は、いくら公開しても、国会での討論のような注目を集めるものではなく、そのコントロール機能は低い」。<sup>(5)</sup> したがって、機能的自治が民主政原理に係留されているためには、民主的に正統化された職務担当者の監督権限が留保されていることが必要となるのである。保険者自治において監督法制が整備され、緊急時には強制力を伴う執行を可能にする監督措置および場合によっては自介入権が部分的に利用可能にされていることは、この要請に適うものであるといえよう。<sup>(6)</sup>

第二に、社会連帯における社会と個人との関係の問題に関して、保険者自治において、連帯共同体において支配的影響力を有する利益代表団体が、個人の利益と対立する危険性が実際に確認された。すなわち、保険者の自治機関の選出手続において、被保険者代表の候補者推薦手続は、労働組合をはじめとする被用者団体によりほとんど支配されている。連帯共同体における、団体的あるいは集団的利益と個人的利益とのかかる対立問題に対しても、民主的正統化理論の規範的内容に基づけば、法律と国家監督が有効な解決策であるといえる。民主的正統化理論は、法律と国家監督を、一般的利益の基礎としての民主的平等と部分利益の基礎としての基本権的個別性との対立を止揚すると同時に、部分的利益の内部において団体権力から個人の利益を保護するためにも要請するのである。さらに、同理論からは、個人的利益の保護のために、連帯共同体の構成員における一定の同質性の要請も演繹される。もつとも、民主政を個人の自由権から構想する場合、これはせいぜい、利益を代表される集団ごとの同質性の要請にとどめられるべきであろう。

以上、本稿においては、社会保障行政への被保障者の参加を規範付ける理論の形成という課題意識から、民主的正統化理論を検討することにより、民主政原理から導かれる機能的自治の根拠と限界を明らかにした上で、機能的自治の一形態である保険者自治における被保険者参加のための組織と手続に関する規範的要請を演繹した。しかし、参加の問題の検討には、法規範的考察とともに、実際の制度運用の状況の分析を欠かすことはできない。したがって、とりわけ社会的選挙ないし保険者自治の活動の実態の検討を踏まえた保険者自治の民主的正統化の評価がさらに必要となるが、本稿においてはこれを行うことができなかつた。この点については今後の課題としたい。

- (1) 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）七四頁。
- (2) 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。
- (3) 毛利透「行政法学における『距離』についての覚書（下）」ジュリスト一二二三号（二〇〇一年）一二八・一二九頁参照。
- (4) 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）」法政論集二四七号（二〇一二年）七〇・七一頁参照。
- (5) 毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、二〇一二年）三三六頁。
- (6) 拙稿・前掲注(4)八〇頁参照。