

「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化」

名古屋大学大学院法学研究科研究生

門脇 美恵（新姓 小柳）

（学籍番号 850923001）

目次

序章 問題状況と検討課題

第一節 問題関心の所在

第二節 本稿の検討課題

第三節 比較法研究の対象国

第一章 公法学における自治概念の定義

第一節 初期自治構想における参加志向

一 自治の制度的端緒

二 自治の理論的端緒

三 初期自治理論の特徴

第二節 法概念としての自治の形式化

一 「法的自治」と「政治的自治」

二 法概念としての自治の形式的定義

三 自治の法概念の形式化に対する批判

第三節 法概念としての自治の再構成

一 自治概念の多様性の意味

二 国法上の自治概念をめぐる議論

三 国法上の自治概念の定義

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

一 疾病保険制度の法的根拠

二 疾病保険制度の概要

第二節 保険者自治の法制

一 社会保険における自治の法的根拠

二 保険者自治の組織および権限

三 国家監督

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

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 連邦憲法裁判所の判例

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

序章 問題状況と検討課題

第一節 問題関心の所在

貧困および生存不安から解放されることは、個人のあらゆる自由権の効果的な行使にとって不可欠の前提条件である(1)。したがって、その前提を脅かしうる生活上のリスクに対する事前の備えが必要となるが、現代社会において、それは通常、個人の自助努力のみでは十分ではない。とりわけ、生活上極めて身近なリスクである疾病は、罹病の予測不可能性や長期化の可能性という特徴を有し、個人の預金や財産形成による備えには限界がある。そこで、家族、近所、友人による助けと並んで、より大きなリスク共同体（Gefahrengemeinschaft）（私保険、社会保険、国家）による保障が必要となる(2)。わが国において、かかる保障としては、私保険、公的医療保険ならびに公費扶助および医療扶助が存するが、その中心は公的医療保険である。被用者保険を中心に発展してきた公的医療保険は、一九六一年度より国民健康保険事業が全市町村において実施されることによって「国民皆保険」を達成した。これにより、被用者保険の被用者およびその扶養者以外の市町村の住民に対して国民健康保険法が強制的に適用されることになり、すべての国民は、何らかの公的医療保険の被保険者あるいはその扶養者として、医療保険の適用を受けることが可能になった(3)。

かように、国家は社会保障制度を整備することで、自由権を行使するための実質的基盤の確立に仕えるが、その反面、国家は個人が傷病や失業といった生活上のリスクに対して事前の備えを行うべきか否か、行うべきであるとすればそれはいかなる範囲においてかという事柄について、その決定を個人の自由意思に委ねず、法令等によって自ら規律する。そのこととの関連において、第一に、議会制定法律および行政の公益代表能力の限界、第二に、社会権のもつ自由権と異なる特殊性が問題として指摘される。まず、前者の問題は、社会保障法領域に限らず生じうるものであるが(4)、とりわけこの領域においてはその問題性が先鋭に現れ

る。なぜならば、社会保障法領域においては事柄が個人の個別的な生活との密接な関係を取りわけ不可避なものとし、個人の生活状況の複雑さに鑑みれば、議会制定法律の通用力が相対的により強く疑問視されるからである(5)。さらに、本来この点を補完すべき行政による諸準則の定立もまた、多様な利益の調整と反映が確保されない限り、その合理性が疑問視される(6)。次に、後者の問題である社会権の特殊性とは、社会保障法の法関係において保障が国家の直接・間接の関与によって実現されるという特殊性に起因し、被保障者を、それが社会権の権利主体であるにもかかわらず、もっぱら保障の受け手という受動的地位にとどめる危険性をはらむとともに(7)、生活上のリスクに対する事前の備えにおける個人のイニシアティブおよび当事者意識の希薄化を生ぜしめる危険性も内包する(8)。

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

れると考えられる(10)。

以上のような被保険者の参加の要請に対して、日本における現行法制度はどの程度応えているのかを確認する必要がある。日本における公的医療保険の保険者には、市町村および特別区（国民健康保険）のほかに、各種の公共組合（国民健康保険組合、全国健康保険組合協会、健康保険組合、各種の国家・地方公務員共済組合）および特殊法人（日本私立学校振興・共済事業団）が存在し、いずれも行政体性を有する(11)。公的医療保険制度における被保険者の行政過程への参加ルートには、大別して、第一に、保険者の意思決定過程への参加、第二に、診療報酬等を定める法規命令の制定過程への参加、第三に、行政手続法（条例）上の意見公募手続に基づく意見提出による一般公衆の地位における参加に分けられる。前者は、制度の管理・運営への参加、後二者はそれぞれ狭義および広義における政策の企画・立案過程への参加である(12)。第一のルートは、保険者の意思決定機関の委員の選出手続に被保険者が参加することができる一部の保険者においてのみ、制度上保障されている(13)。第二のルートは、法規命令を制定する厚生労働大臣の諮問機関である中央社会保険医療協議会の委員に被保険者代表が任命されることによって間接的に実現されるが、その代表の選定過程は透明性を欠き、被保険者個人の関与が制度上保障されていない(14)。第三のルートは、社会保障法領域において意見公募手続がそもそも行政手続法三九条四項二号または四号の適用除外に該当する場合が多いことに加え(15)、提出された意見の行政の意思決定への反映についてはその取捨選択を含めて行政の裁量に委ねられており（行政を起点とする「一往復半のコミュニケーション(16)」）、行政の決定への民意反映というよりも、むしろ当該決定の理由を合理的に説明する手段（説明責任履行手続）としての性格をもつことが指摘される(17)。以上から、現在、日本の公的医療保険行政への被保険者個人の参加は、第一のルートにより部分的に制度上保障されるにとどまり、その他のルートにおいても、個人の参加の機会または参加の

結果の反映は制度上保障されておらず、不十分なものとなっている(18)。

かかる貧弱な参加制度をめぐる問題は、世論調査の結果にも表れているところであるが(19)、これまで医療制度改革をめぐる議論の俎上にのぼることはほとんどなかった。もっとも、一九九六年の医療保険審議会（当時）の建議書を発端とする「保険者機能の強化」をめぐる議論（以下「保険者機能強化論」という）は(20)、保険者の「自律性」の向上を主張するものであったため(21)、その「自律性」が被保険者の主体的な制度運営への参加に基づく結果としてもたらされるものとして考えられる場合、この問題の解決に資する可能性を秘めていた。しかし、保険者機能強化論の多くは、個々の保険者と医療サービス提供者との直接契約による診療報酬削減の提案を典型とする、医療財政の効率化を主たる目的とするものであった(22)。保険者機能強化論の出自にも規定され(23)、実際に制度改革はそのような方向で実施された(24)。かかる議論が標榜する「医療の無駄の排除」および「医療の質の向上」という目的の正当性に異論の余地はないが、制度改革で目指されるものが医療の「効率性」であれ「質」であれ(25)、制度の中心におかれるべきは医療の受け手の利益であることが看過される限り、それが制度の本来的目的に適うかたちで実現されることは難しいであろう(26)。

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

第二節 本稿の検討課題

公的医療保険を含めた社会保障行政への参加は、主権者たる国民の行政への参加の一局面であるといえる。行政組織における国民・住民等の行政が行政組織の

民主性を向上させる可能性それ自体については、室井力により夙に指摘されていたところであるが、行政法学における参加論は、地方自治（住民自治）の観点からのアプローチを除けば、従来、実体的な権利利益の防御の観点からの議論が中心であった(27)。近年、民主政原理からの参加論に展開がみられるものの(28)、それが公的医療保険を含めた社会保障行政領域において展開されることは少なかった(29)。民主政原理に基づく被保障者の社会保障行政への参加の重要性は、むしろこれまで社会保障法学および憲法学において多く指摘されてきた。

先駆的には、一九六〇年代に小川政亮が、社会保障を「権利の体系(30)」として構成するために、社会保障の実体的・手続的請求権が実質的に保障されるために必要な「自己貫徹の権利」(31)として、社会保障行政への参加を位置づけた。かかる意味における参加は、国会を通じての間接的関与可能性では足りず、「むしろ民主主義の原理が国民生活の中に一層深く確かに日常的なものとして定着していくためにも、社会保障制度それ自体が民主主義的に組織され運営されるものでなければなら」ず、「それは社会保障の権利主体となるべきものが基本的には無産・勤労階級の成員であることからして、労働組合のような無産・勤労階級の民主的組織を通してなされることが最も望ましい」とされる(32)。さらに一九七〇年代に中村睦男は、フランスの自主管理型社会保障制度を範として提唱した「下からの社会権」論において(33)、「階層身分的利益や私的団体的利益から解放された自由かつ平等な個人によって構成された議会が国民を代表するという政治的民主主義を、諸個人がその社会的ないし職業的立場によって属する集団の代表を社会的経済的領域の問題の決定に参加させる社会的民主主義によって補完することが、現代民主主義を機能させるために必要で」(34)あるとして(35)、社会保障（ここにおいては公的扶助は含まれない）を受ける権利が「労働者を中心とする利害関係者の集団的利益・自由によって、当事者の自主活動によって」(36)実現されるモデルを構想する。一九八〇年代には遠藤昇三が、上記の先駆的業績を踏

まえ、両氏がその構想を異にしつつもともに主張する社会保障制度の「民主的管理というそれ自体否定しがたい命題が、何故ストレートに参加に結びつきかつそれを不可欠としているのか」(37)という点を根源的に追究し、その答えを、「社会保障を『生活の自己管理、自己決定』の制度へと転換」する点に求める。その根拠は、一方において「社会保障は生活自助原則の破綻に伴いその部分的修正として登場し……集团的自助へと形態転換させた」ことの意味が、「国家管理の中という限界性を持ちつつそれまで保有していた個人的でありながら主体的な生活形成の要素を、集团的で主体的な生活形成へと部分的に転換し、それを社会保障の中に組み込んだ」ものであるとする社会保障法の性格理解に、他方において生産・労働の社会化に伴う生活の社会化を背景に「民主主義の発展としての経済的社会的民主主義その一環としての生活民主主義が理念に即す方向で考えられねばならない段階にある」という事実認識に求められる(38)。遠藤の独自性は、第一に、参加を根拠づける「自己管理、自己決定」という思想を、民主政原理の「自己統治」の理念からのみならず、社会保障法に固有の「主体性」の要請からも導く点に(39)、第二に、「自己管理・自己決定とはいっても中身は共同的なものであり、それ故に、その共同性を支える主体間の連帯しかも集团的で強固な連帯が必要であるが、参加はそうした連帯の産物であると同時に連帯の組織化、強化の媒介的手段としての意味をもつ」(40)とし、個人の主体性と保障の共同性との相互不可分性に求める点にある。

以上の各論者の議論において共通するのは、第一に、社会保障行政への被保障者の参加が民主政原理（具体的な構想は異にしつつも）の現代的要請であるとする点、第二に、参加者の利益が基本的に労働組合により代表されるとする点である。もっとも、後者の点については、仔細にみれば各論者の間に見解の違いが指摘される。すなわち、中村が「社会権」を「労働者の集团的権利・自由」を中心として構成する際に、それがあくまで個人の自由を基底とすることを強調するの

に対して(41)、小川は「民主主義的」な組織と運営の主体としての無産・勤労階級の成員の利益が労働組合に正統に代表されることを認め、その際、中村においてみられたような留保は付されない。したがって、小川においては、比較的同質な勤労階級の利益と、そうであるがゆえに導かれる、利益代表者としての労働組合の正統性が与件とされていると考えられ、その際、労働組合という「社会」集団と組合員である「個人」の利益の対立可能性に対する意識は薄い。遠藤においても、参加の論拠に関する理論的展開（個人の主体性と保障の共同性の調和）がみられるにもかかわらず、そこにおける「個人」と社会「集団」との間の緊張関係の存在について、意識的に論じられるにはなお至っておらず、その限りにおいて小川と同様の立場であるといえる。

これに対して、それ以降の議論は、とりわけ一九九五年の社会保障制度審議会勧告「社会保障体制の再構築」が、制度改革の方向性として生活についての個人の「自立」および「社会連帯」の強調と社会保険を重視する姿勢を打ち出して以来、社会保障法関係を「国家」と「個人」の二当事者関係と把握する伝統的枠組みを見直そうとする大きな流れによって特徴付けられているといえる。その流れは、一方において、従来の伝統的枠組みを基本的に維持しつつも、それを支配する法原理については憲法二五条の生存権のみならず、アメリカにおけるリベラリズムの議論を参照し、むしろ憲法一三条などに由来する『自由』の理念」を考慮することに力点をおく菊池馨実の見解であり(42)、他方において、伝統的枠組みそれ自体の見直しに力点をおき、社会保障法上のアクターとして、「国家」、「市場」、「個人」と区別される「社会」の役割を重視する倉田聡の見解である(43)。菊池は、参加を民主政原理あるいは適正手続保障の観点からのみならず、むしろ『人格的に自律した個人による主体的な生の追究』ないし『自由』の理念の観点からも積極的に価値付けることが可能」(44)であるとし、「選択」、「貢献」などと並ぶ『自由』の理念」からの「派生」物として位置づける(45)。これに対して倉田は、

「社会保障法における『社会』の存在を『個人』および『国家』と同程度のものとして把握し、そのありようを対『個人』ないし対『国家』との関係で整序する規範論」(46)の必要性を主張する立場から(47)、「社会」における「連帯」の意義を論じ、参加もまたかかる文脈において位置づける。連帯が論じられる場面は「団体扶養の性格が歴史的にも明らかな社会保険」(48)に限られず(49)、「すべての社会福祉事業において、利用者・従業者・事業者による協働運営がなされるべきことを『連帯』概念を用いて一般化すること」が目指され、最終的には「『社会』の『連帯』を「社会福祉(ひいては社会保障)を支えるものとして位置づけること」が構想される。すなわち、参加は、「個人」と「個人」の間における「『社会』関係の形成」という意味における「社会連帯」の手段として位置づけられている(50)。

かかる倉田の見解は、菊池が「社会全体の利益の中に個人を埋没させ、安易に個人への犠牲を強いかねない危険性」をはらみ(51)、さらに、そもそも「連帯の社会的基盤自体が脆弱化している」ことを理由に意識的に距離をとり、参加をあくまで「個人による重層的な意思の反映」であると位置づける立場と対照をなす(52)。もっとも、菊池も「個人」の「主体性」あるいは「自律」を傷付けない範囲では社会連帯を否定せず、倉田も個人主義が成熟していない日本において「個人」の「主体性」を強調することの意義は当然前提としていることからすれば、両者の見解は必ずしも相互排他的な関係にあるとはいえない(53)。しかし、「社会連帯」が強制の契機、すなわち社会保険においては加入強制とそれに伴う強制的な保険料徴収と結びつけられる場合においては、「社会連帯」をめぐる両者の見解の違いが明確になる。すなわち、菊池が強制の契機を受け入れるのは、それが個人の自由意思によるか、または「一定の公共心をもつ」人間であれば強制がなくともそれを選択することが「社会契約」的に説明可能である場合に限られるのに対して(54)、倉田は「『社会連帯』に基づいた相互扶助」である社会保険制度における強制の契機を否定しない。なぜなら、そこには保険料の減免が「不可欠の要

素として内包されて」いるからであり、むしろ問われるべきは、保険料決定をめぐる実体と手続の二つのレベルにおける問題、すなわち決定された保険料額が被保険者の負担能力を超えるという不均衡と、決定手続における被保険者の参加の不十分さであるとする。したがって、保険集団内の民主的な決定のあり方についての法理論的な規範形成が必要であることが主張されることになる(55)。

以上のように、「社会連帯」をめぐる菊池と倉田の見解は、共通する部分を有しつつも、「社会連帯」の根拠と限界を「自律的個人」像に求めるか(56)、あるいは「好むと好まざるとにかかわらず個人は『社会』と結びつかざるを得ない（これが法的な意味での『強制』にあたるかどうかはともかくとして）」という「『社会』関係」における「個人」像に求めるかという点において(57)、なお明確に区別が可能であると思われる。それゆえに菊池は、倉田が重視する「社会連帯」が「個人の自由ないし自律を抑圧する危険性」を内包する点を警戒し(58)、逆に倉田は、菊池の「個人」像が、個人と社会との本来不可避なかわり合いについてさえも、「『個人』の主体的な選択権を保障しようとしている」として、「このレベルの選択を認めることは、社会保障の本来的な性格に合致するのであろうか」と疑問を呈するのである(59)。なお、両氏の間における上記区別は、たとえ菊池が自身の構想する「自律的個人」像が「共同体における個人間の関係性を前提とした存在であり、また自己利益だけを追求する存在とも考えられない(60)」ものであると主張する場合であっても、なお維持可能であると思われる。菊池、倉田の両氏が「社会連帯」の限界との関係において強制の契機に対する異なる結論に至っていることが、その証左であろう。

以上の業績を踏まえた上で、社会保障行政への被保障者の参加を規範づける理論を形成するという筆者の問題関心からすれば、以下の諸点がなお検討されるべき課題として残っていると思われる。第一に、統治原理としての民主政原理と参加、すなわち「国家」と「社会」（ここでは「個人」を含めたものとしての）の間

に存する緊張関係をいかに理解するかという問題である。いずれの論者も、社会保障行政への国民・住民の参加が、民主政原理との関係で積極的意味を有することを否定せず、むしろ前者を後者の補完として、あるいは前者を後者の具体化として論ずるが、そもそも間接民主制において、参加は必ずしも議会の代表機能を補完・強化するものと考えられてきたわけではなく、むしろ両者は緊張関係に立つと考えられることすらある(61)。しかし、先にみた各論者の主張において、かかる緊張関係が意識されないままに(少なくとも明示されないままに)、例えば社会保険の保険者における「民主的」意思決定ないし参加が論じられている(62)。したがって、まず、行政参加一般に妥当するこの緊張関係がいかに解消されるのかが、まず問われなければならない。その上で初めて、倉田が提示した「保険集団内の民主的な決定の在り方についての法理論的な規範形成」という課題を検討することが可能となる(63)。民主政と参加との間の緊張関係をいかに理解するかによって、参加のあり方、ひいては保険者内部の意思決定のあり方への法的要請は異ならざるを得ない。したがって、本稿においては、参加と民主政の関係を整理した上で、保険者の意思決定のための組織および手続に対する法規範的要請を、被保険者の参加とのかかわりにおいて、行政法学の立場から解明していくことを第一の課題とする。

第二に、「社会連帯」との関係において「個人」と「社会」の緊張関係をいかに理解するかという問題である。この問題は、前述の通り、社会保障法学において従来あまり意識されていなかったところであるが、「社会連帯」をめぐる菊池と倉田を中心とする論争の中で大きな論点となった(64)。その論争の中で、倉田は、「社会連帯」の問題の本質が、再分配のための強制の契機それ自体というよりも、むしろ強制を伴う決定の手続と実体の両面における正当性・合理性如何にあることを指摘した。この指摘をさらに敷衍すれば、「社会連帯」に向けられる批判は、強制的負担の決定過程が「国家」におけるそれよりも格段に不透明であり、決定

手続の公正さと決定の結果としての負担内容の正当性が疑われることを問題としていることになろう。菊池も、再分配そのものについては中立的立場をとることを考慮すれば(65)、「社会」集団の意思決定への「個人」の公正な「参加」という手続により、集団内部における個人の「主体性」あるいは「自律」をいわば「回復する」理論的可能性は、「社会連帯」のもつ強制の契機に対する菊池の批判に対して有効な反論となりえよう。しかし、以下で述べるように、それのみでは十分ではない。

筆者は、社会保障における有効な再分配のために強制の契機が必要であることを否定せず、その根拠を「社会連帯」の理念に求めることもまた否定しない立場であり、したがって、倉田と基本的方向性を同じくするものである。しかし、「社会連帯」に内包される危険性に対する菊池の前述の批判の意図については十分首肯可能であり(66)、したがって、その点に対するより踏み込んだ応答が不可欠なものとして要請されていると考える。すなわち、ここでは「個人主義と両立しさらに個人主義の前提・下支えとなる社会連帯がいかなる条件の下で成立しうるか(67)」が問われるのであり、具体的に「個人」の自由ないし利益が「社会」の利益にいわば「埋没」してしまわないためには、「社会」集団の意思決定過程において、いかなる法制度上の予防措置が講ぜられるべきであるかという点が、民主政原理および法治国家原理から問われなければならない(68)。したがって、これを本稿の第二の課題とする(69)。

第三節 比較法研究の対象国

上記二つの検討課題を検討するために、本稿では比較法研究の対象国としてドイツを選択し、社会保険である法定疾病保険(*gesetzliche Krankenversicherung*) (以下、「疾病保険」という)における保険者の自治(以下、「保険者自治」という)の意思決定システムを素材として、保険者の意思決定への被保険者の参加を

めぐる問題状況を明らかにする。ドイツの社会保障は、社会扶助（soziale
Forsorge）、社会保険（soziale Versicherung）、社会援護（soziale Versorgung）
に大別され、その中心は社会保険である。わが国の公的医療保険にあたる疾病保
険を含め、社会保険のうち、疾病保険、介護保険、年金保険および労災保険の担
当機関は、共通して国家とは独立の、「自治を備えた、公法上の権利能力ある社団」
であり（社会法典四編二九条一項）、その運営は、選出された原則同数の雇用者お
よび被保険者の代表によって構成される自治機関によって行われる（同二九条二
項、三一条）(70)。自治機関は、法律の範囲内で自主法である規約（Satzung）
を制定し、法律、規約およびその他の法に従って保険の運営を行い（同二九条三
項、三〇条）、その業務遂行は適法性審査に限定される国家監督に服する（同八七
条一項）。今ではすべての社会保険に共通する運営原則となっている自治は、元来、
ビスマルク社会保険立法のうち疾病保険に固有の運営方式であり、疾病保険の保
険者である疾病金庫（Krankenkasse）（社会法典五編四条）の自治は最も長い伝
統を有する(71)。

本稿において、かかる内容をもつ疾病保険における保険者自治を素材に参加を
検討するのは、以下の理由による。第一に、保険者自治は、疾病金庫という、公
法上の社団として国家行政機関とは区別された、保険当事者から構成される団体
内部における被保険者という「個人」の参加を前提とすることから、この具体的
法制度の検討は、本稿における検討課題の一つ、すなわち「社会連帯」との関係
において、「個人」の自由ないし利益と「社会」の利益との間の緊張関係をめぐる
問題について考察を進める上での具体的な手がかりを供するものと思われるから
である。第二に、ドイツ公法学において、疾病保険を含めた社会保険の自治に関
する理論的な検討が進んでいるからである。疾病保険における保険者の自治を含
め、一九世紀初頭のゲマインデ法に歴史的源泉を有する自治は、執行権に属する
ものであると理解されており、したがって行政法学あるいは国法学の検討対象と

なる。しかし、地方自治や大学の自治に比べて、疾病保険における自治はそれらの学問的検討対象となることが少なく、むしろ社会法学または社会学の検討対象であった。かかる状況に対して、とりわけここ二〇年の間に大きな変化が生じた。一九八〇年代以降、ドイツ公法学においては、行政組織のあり方に対して憲法が有する規範的要請をめぐる議論が活発となり、とりわけ民主政原理に基づく行政の「民主的正統化 (demokratische Legitimation)」論について学説および判例が蓄積された(72)。民主的正統化とは、端的に言えば、憲法上の民主政原理に基づく、国家による支配の根拠づけ(Rechtfertigung)である。疾病保険を含む社会保険における自治は、民主的正統化理論の当初支配的であった見解によれば、それが国家権力の正統化主体であるとされる国民総体以外の特定の当事者集団による国家権力行使にかかわるものであるために、その民主的正統化が問い直されることになったのである。そこでは、雇用者および被保険者の参加に基づく保険者の自治組織の構成および意思決定手続のあり方に対する法的要請が、民主政原理との関係において検討されており、かかる議論からは、本稿におけるいま一つの検討課題、すなわち民主政と参加の緊張関係の整理、さらにそれに基づく保険者の意思決定のための組織および手続に対する法規範的要請の解明に関して、理論的示唆を得ることができよう。以上が、本稿においてドイツ疾病保険における保険者自治を素材として取り上げる理由である。

先行業績との関係において本稿が有する意義は、以下の通りである。第一に、ドイツ疾病保険における自治に関する法律学者による研究としては、社会保障法学における倉田聡と笠木映里の業績が挙げられる。まず、倉田は疾病保険における保険者自治について、とりわけ国家からの法的独立性の観点から制度史をあとづけ、疾病リスクへの備えという事柄に対する国家関与のあり方の変化をたどることによって、この分野における国家観の変遷を明らかにしようとする。さらに保険者自治がいかなる人的集団により担われてきたかという点にも着目し、その

時代ごとの変化を追う(73)。したがって、倉田は保険者自治における被保険者の参加という側面も検討するのであるが、本稿が検討課題として挙げるような、保険者自治が被保険者の参加との関係で内包する法的諸問題を理論的に検討するものではないという点において、本稿とは検討視角を異にする。次に、笠木は公的医療保険の給付範囲について、日本、ドイツおよびフランスを対象とする比較法研究の中で、ドイツ疾病保険における自治のうち、保険者自治を基礎として成立する「共同自治」をとり上げる(74)。そして、共同自治により制定される諸規範の法的性格と制定手続を分析した上で、共同自治の性格と意義を明らかにしようとする。本稿の検討対象は、共同自治の基礎を構成しつつもそれとは区別される保険者自治であり、したがって笠木とは検討対象を異にする(75)。

第二に、行政の民主的正統化の理論については、まず、憲法学において同理論をめぐるドイツ公法学の議論状況を検討する毛利透の業績がある(76)。そこにおいては、同理論の内容それ自体が検討され、したがって、具体的に疾病保険における保険者自治との関係において同理論を検討する本稿とは、いわば総論と各論の関係をなすといえる。次に、行政法学において連邦憲法裁判所の判例を検討する太田匡彦の業績がある(77)。その検討対象は、連邦憲法裁判所の判例における同理論の展開過程であり、かつ、そこで取り上げられる判例に、本稿で検討する保険者自治を含めた疾病保険における自治の上位概念である「機能的自治 (funktionale Selbstverwaltung)」(78)に関する判例は入っていない。本稿は、太田が扱わなかった機能的自治に関する判例も検討するものであり、この点において補完関係をなす。さらに、機能的自治に属する個別の自治を民主的正統化の理論との関係で検討する数少ない研究として、薄井一成の業績が挙げられる(79)。これは、本稿とは検討対象とする自治の種類を異にするが、機能的自治の多様な発現形態の一部を明らかにするという点においては、共通性を有する。

本稿の構成は以下の通りである。まず、第一章において、ドイツ疾病保険にお

ける保険者自治の検討に入る前に、ドイツ公法学における自治概念の定義を明らかにする。なぜなら、疾病保険における保険者自治における自治概念は、公法学における自治概念であるため(80)、その内容を明らかにしておく必要があるからである。次に、第二章において、疾病保険における自治の法制を概観した上で、保険者自治がいかなる理由からその存在を正統化されうるのか、すなわち実定法上の根拠にとどまらない、その法的根拠の背景にあって保険者自治という制度の存在を支えるものという意味での正統化根拠を明らかにする。そして、第三章において、前章において明らかとなった保険者自治の有する「公共善の具体化」という正統化根拠との関連において、保険者自治が民主政に基づく憲法秩序にいかん秩序づけられるかという点を、民主的正統化理論を中心に検討する。最後に、終章において、以上の検討から明らかになった、保険者自治における被保険者の参加をめぐる法的諸問題から、本章において挙げた二つの検討課題に対していかなる答えを導くことが可能か、そしていかなる課題が残されるのかを明らかにする。

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

注

- (1) 社会保障が自由権行使の前提条件であることについて、ウルズラ・ケーブル（西谷敏訳）「社会保障と市民の自己決定」松本博之、西谷敏編『現代社会と自己決定権——日独シンポジウム——』（信山社、一九九七年）二九七 - 二八〇頁参照。
- (2) 産業社会における自助の限界と社会保障との関係について、vgl. Hans-Dieter-Braun/Horst Jäger, *Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts*, 12. Aufl., Berlin 2005, S. 15ff.
- (3) 国民皆保険の達成に至る立法過程については、新田秀樹『国民健康保険の保険者』（信山社、二〇〇九年）参照。
- (4) 議会法律による規律範囲の限界から不可避免的に生じる行政裁量の増大という生理現象と、行政権による国会支配という病理現象の客観的認識を踏まえた行政裁量の法的コントロール原理の提示を法治主義論の課題であると位置づけ、この課題へのアプローチとして国民の行政に対する参加および直接・間接の監視的機能による法治主義の補強の重要性を指摘するものとして、室井力編『新

現代行政法入門（一）〔補訂版〕——基本原理・行政作用・行政救済——』（法律文化社、二〇〇五年）二四 - 二五頁〔紙野健二〕。地方自治領域において、議会制民主主義および行政の公益代表能力の限界を指摘し、住民参加の必要性を論ずるものとして、田村悦一「地方自治と住民参加——住民参加の法律問題」公法研究四三号（一九八一年）一八五頁以下。

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

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

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

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

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

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

(11) 「行政体」の概念、国および地方公共団体以外の行政体の多様性ならびに行政体性の個別具体的判断の必要性について、室井・前掲書二六 - 二七頁〔恒川隆夫〕参照。公共組合の行政体性の判断の基準について、塩野宏『行政法Ⅲ 行政組織法〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇六年）一〇五頁参照。塩野は公共組合の行政体性（塩野の用語では「行政主体性」）の判断基準として、強制加入および事業執行における公権力性の付与の重要性を指摘する。塩野の論理からすれば、この基準は公共組合に限らず、国民健康保険の保険者としての市町村および特別区ならびに特殊法人の行政体性の判断にも適用可能であると考えられる。そこで、公的医療保険の保険者の行政体性について、この基準に照らして考えると、第一に、強制加入制については、すべての保険者に妥当する（国民健康保険法五条および一三条、健康保険法三条三項、船員保険法一条、国家公務員共済組合法三七条、地方公務員等共済組合法三九条、私立学校教職員共済法一四條）。第二に、事業執行における公権力性の付与については、さしあたり強制徴収および不服申立ての規定の有無から判断すると、まず、強制徴収について、国家公務員共済組合法上規定が存在しないこと、および地方公務員等共済組合法上も一つの例外（同法一四四條の一四）を除き規定が存在しないことを除き、すべての保険者に規定が存する（国民健康保険法八〇條、健康保険法一八〇條、船員保険法一三二條、私立学校教職員共済法三一條および三三條）。次に、不服申立ての規定については、すべての保険者に規定が存在する（国民健康保険法九一條、健康保険法一八九條、船員保険法一三八條、国家公務員共済組合法一〇三條、地方公務員等共済組合法一一七條、私立学校教職員共済法三六條）。強制徴収の規定が国

家公務員法および地方公務員法上(一つの例外を除き)存在しない理由は明らかではないが、地方公務員法上唯一認められている強制徴収の規定が、「地方団体関係団体」の「団体職員」であることに鑑みれば、立法者は、統治団体が掛金または負担金の保険者への支払い者である場合には、強制徴収手続を想定していないことが推察される。この例外は、掛金等の支払い者が統治団体でもあるという特殊事情に起因するものであり、保険者の行政体性の判断それ自体に本質的な影響を及ぼすものではないと考えられる。したがって、保険者の行政体性を上記基準から判断する場合、すべての保険者に行政体性が認められると考えられる。

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

(13) 保険者の意思決定機関の構成員の選出過程に被保険者個人が直接参加しうるのは、国民健康保険組合(国民健康保険法二六条)、健康保険組合(健康保険組合法一八条)、地方公務員等共済組合法上の一部の共済組合(地方公務員等共済組合法九条)に限られる。これに対して、国民健康保険の保険者としての市町村・特別区(国民健康保険法一一条)、健康保険法上の保険者としての全国健康保険協会(健康保険法七条の一八)、船員保険の保険者としての全国健康保険協会(船員保険法六条)、国家公務員共済組合(国家公務員共済組合法九条)、地方公務員等共済組合法上の一部共済組合(地方公務員等共済組合法六条)、日本私立学校振興・共済事業団(日本私立学校振興・共済事業団法一八条)においては、意思決定機関の参与機関または諮問機関が設置され、その委員に被保険者の利益代表委員が入ることによって、被保険者の利益の反映を図るルートが存在する。しかし、この委員は主務大臣の任命によるなど、その選任過程への被保険者の関与が法的に保障されておらず、被保険者の行政参加手段としては限界がある。

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

(15) 市橋ほか・前掲注(6)三四頁〔市橋〕は、行政手続法が経済活動を行う事業者のための手続法という特徴を顕著に有していると指摘する。意見公募手続の対象も「命令等」(行政手続法二条八号イないしニ)に限定されており、規制的局面が念頭におかれている。

(16) 常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』(有斐閣、二〇〇六年)二二六頁、角松生史「決定・参加・協働——市民/住民参加の位置付けをめぐる」新世代法政策学研究四号(二〇〇九年)一五頁、二〇頁。

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

(18) 第一のルートで被保険者個人に保険の管理・運営への参加が法律上保障されている場合であっても、法律の規定が労使双方に公平なものとなっているか、さらに、実務上選挙手続が適法かつ公正に行われているかという点をめぐっては、問題が指摘されている。前者の点について、小川政

亮『権利としての社会保障』（勁草書房、一九六四年）一五六頁は、当時の健康保険法施行令（現健康保険法二一条三項）が、健康保険組合における理事長を事業主選定議員たる理事の互選、すなわち事業主側からの選出によると規定することの問題性を指摘する。後者の点について、例えば、JMIU 日本 IBM 支部（日本アイビーエムおよび関連会社の労働組合）のサイト（<http://www.jmiu-ibm.org/2008/08/63.html>）によれば、議決機関である組合会選挙において、選挙公示から立候補の締切りまでの期間が十分に確保されないこと、立候補のために必要な推薦人数の基準が高く設定され、立候補の障害となっていること、選挙人名簿が公開されないために立候補者の趣意書の配布が容易ではないことなどの問題がある。なお、上記 URL は二〇一三年一月一日現在のものである（以下、すべてのURLについて同様）。

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

(20) 建議書「今後の医療保険制度のあり方と平成九年改正について（平成八年十一月二七日医療保険審議会）」（週刊社会保障一九一六号一五頁以下）においては、「二一世紀初頭に目指すべき医療保険制度の姿」として挙げられた基本の方針の一つである「安定した運営ができる医療保険制度の確立」という項目の下で、「保険者の機能の強化等」が言及されている。そこでは、「医療保険制度における当事者の選択の比重を高める」という基本的観点が示された上で、保険者は、医療機関情報の被保険者への提供、医療機関の質の評価、保険者規模の適正化により、その「自律性」を高めるとともに、事業・事務の効率化を進めるべきことが述べられる。

(21) 医療保険における「保険者機能」をめぐる全体的議論状況について、山崎泰彦・尾形裕也編著『医療制度改革と保険者機能』（東洋経済新報社、二〇〇三年）、佐々木貴雄「医療保険における保険者機能——リスクに応じた機能強化——」一橋論叢一三二巻二号（二〇〇四年）一五六頁以下、尾形裕也「保険者機能強化論の経済・政策学」遠藤久夫・池上直己編著『医療保険・診療報酬制度』（勁草書房、二〇〇五年）二一九頁以下を参照。

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

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

(24) 総合規制改革会議および規制改革・民間開放推進会議の諮問を経て決定された諸計画を受けて、厚生労働省は、「健康保険法第七六条第三項の認可基準について」（平成一五年五月二〇日保発第〇五二〇〇〇一号厚生労働省保険局長通知）および「保険薬局に係る健康保険法第七六条三項の

認可基準等について」(平成一七年三月三〇日保発第〇三三〇〇〇〇二号)により、従来禁止されていた健康保険組合と保険医療機関・保険薬局の間におけるサービスや診療報酬に関する個別(割引)契約を解禁した。個別契約の締結には、医療へのフリーアクセスの要請と対立するおそれがあるため、当初、上記通知において、個別契約締結にはフリーアクセスを阻害していないことを証明する資料提出が条件付けられていた。しかし、その後、この条件が個別契約の締結推進の障害となっているとされ、提出資料の内容の簡素化・簡便化が図られた。保険者機能強化は引き続き、内閣総理大臣の下におかれた政府・与党社会保障改革検討本部(二〇一〇年一〇月二八日設置)において議論され、同検討本部が決定した「社会保障・税一体改革成案」(二〇一一年六月三〇日)にも盛り込まれた。その内容は、保険者の規模拡大による財政基盤の強化および短時間労働者に対する被用者保険の適用拡大といった保険者の再編にかかわる事項を中心とする。

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

(26) かかる観点からは、尾形・前掲注(21)二三一-二三四頁が、保険者機能強化論がこれまで技術的論点に偏って展開される傾向にあったという認識に立ち、「単なる保険者の個々の『機能』を問題にするだけでなく……むしろ保険者が医療サービスの需給関係において全体として責任ある『当事者』としてその役割を果たしていくことが求められている」という意味において「保険者当事者論」を展開する必要があるとし、「empowerment(患者、被保険者の権限の拡大)」のための保険者の役割が、特に負担についての合意形成、医療サービス内容の決定への患者・被保険者の意向反映において重要であると指摘する点が注目される。

(27) 室井によれば「行政組織の政治性または民主性は、法制度からみて、必ずしも立法議会による民主的統制によってのみ確保されるわけのものではなく、行政組織における国民・住民参加や職員参加あるいは情報公開などによっても保障されうる」(室井力『現代行政法体系7 行政組織』(有斐閣、一九八五年)七頁)。地方自治領域における住民参加について、論稿は数多いが、さしあたり、室井・前掲注(12)所収の諸論文、田村・前掲注(4)、北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、二〇〇四年)二五八頁以下を参照。

(28) 榊原秀訓「討議民主主義と参加制度」室井力先生古稀記念『公共性の法構造』(勁草書房、二〇〇四年)七一頁以下、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力ほか編『行政法の新構想II 行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣、二〇〇八年)二八九頁以下。

(29) 社会保障行政における被保障者の手続的権利に関する問題は、従来、主として法治主義に基づく権利利益の防御あるいは適正手続原則の観点から検討されてきた。例えば、大沢光「ドイツ社会法における受給権者の協力義務の法構造(一)～(三)完」法政論集一七二号(一九九八年)一一五頁以下、一七四号(同年)一七七頁以下、一七五号(同年)二五三頁以下、簡玉聰「アメリカ社会保障行政における聴聞手続の法構造(一)～(三)完」法政論集一八八号(二〇〇一年)八一頁以下、一八九号(同年)四〇三頁以下、一九〇号(同年)二六九頁以下。

(30) 小川・前掲注(18)一二四頁。

(31) 同上一二五頁。

(32) 同上一五五頁。

(33) 「下からの『社会権』論については、中村睦男『社会権法理の形成』(有斐閣、一九七三年)二九四-二九九頁、同「社会権再考」企業と法創造二一号(二〇一〇年)六四頁以下参照。

(34) 中村・前掲注(33)「社会権再考」六九頁。

- (35) 「社会的民主主義」の概念およびその類似概念である「社会民主主義」との区別について、只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社、二〇〇六年）二九一頁以下参照。
- (36) 中村・前掲注(33)社会権法理の形成九七頁。
- (37) 遠藤・前掲注(7)五一八頁。
- (38) 同上五二九 - 五三〇頁。
- (39) かかる理解の基盤には、「人間の尊厳の原理」を「国家と社会の構成及びその活動を実体・手続両面で拘束するとともに、人間の真の主体性を厳しく要請するもの」（同上五二三頁）であるとする解釈があると思われる。
- (40) 遠藤・前掲注(7)五三〇頁。
- (41) 中村・前掲注(33)社会権法理の形成三〇〇頁以下参照。
- (42) もっとも、菊池は「社会保障法関係における『個人』」に焦点を当てる筆者の立場を前提としても、狭義の国家（中央政府）と個人との中間領域にある様々な共同体ないし社会を、社会保障に関与する法主体として認めないことを意味しない（菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣、二〇〇〇年）二五四頁）とする。しかし、そこにおいて「社会」はあくまで「個人」の人格的「自律」という規範的価値と相容れる範囲において認められるものであると考えられ、その意味においては「国家」および「個人」と同列に位置づけられてはいない。
- (43) 倉田聡『医療保険の基本構造——ドイツ疾病保険制度史研究——』（北海道大学図書刊行会、一九九七年）、同『社会保険の構造分析——社会保障における「連帯」のかたち』（北海道大学出版会、二〇〇九年）。倉田の見解は、ドイツ・リベラルのうち「新傾向」（栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号（一九七六年）七六頁以下）と呼ばれる理論傾向に影響を受けているものと思われる。なお、社会保障法における「社会」を重視する点において倉田と同様の見解に立つものとして、加藤智章『医療保険と年金保険——フランス社会保障制度における自律と平等』（北海道大学図書刊行会、一九九五年）がある。
- (44) 菊池・前掲注(42)一四四頁。
- (45) したがって、菊池馨実「社会保険か税か」法学教室二五一号（二〇〇一年）一〇八頁は、「一般の政治的意思決定システムとは切り離された社会保険という独自の民主的参加ないし意思決定システム」としての「保険者自治」を、「個人による重層的な意思の反映」という側面から積極的に評価する。
- (46) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析四九頁。
- (47) 同上二九 - 三二頁によれば、かかる見解の背景には、「福祉国家」批判が「個人」の自己責任論と「市場」化に直結されやすい近年の政策傾向に対して、『社会』関係に基づく「連帯」を前提とした「社会」による行政任務遂行という選択肢を打ち出そうとする意識がある。
- (48) 同上五〇頁。
- (49) 同上二七 - 三二頁によれば、倉田は遠藤博也の「社会管理機能」論に依拠しており、「行政」の範囲を、公務員制度によって形成される行政組織に限定しない立場である。もっとも、「社会管理機能」を担う主体＝「行政」のうち、どこまでが「国家」またはそれと区別される「社会」と認識しているかは明らかではないが、少なくとも現在の公的医療保険の保険者については「国家」と区別される「社会」の側において「社会管理機能」を担う「行政」として位置づけているといえる。
- (50) 同上五二頁。
- (51) さらに、社会を広義に捉えれば国家レベルの連帯が問題となりうる。例えば、二〇〇六年に

独立した高齢者の医療制度財政を現役世代が支える仕組みは当初「連帯保険料」と称されていた。菊池がかかる「連帯」の理念による負担強要に警戒感をもっていることにつき、菊池・前掲注(12)三七 - 三八頁。

(52) 菊池・前掲注(12)三七 - 三八頁。菊池が利益代表にとどまらないより普遍的な市民参加を視野に入れていることについて、同上三二九 - 三三〇頁、駒村康平・菊池馨実編『希望の社会保障改革——お年寄りに安心を・若者に仕事を・子どもに未来を』(二〇〇九年、旬報社) 二一九 - 二二一頁参照。したがって、菊池の立場から社会保障における「連帯」がなお敷衍されるとすれば、それは「個人」から出発するかたちをとることになろう。社会民主主義を支える伝統的な連帯の基盤の揺らぎを踏まえた新たな連帯のかたちの模索について、近藤康史「社会民主主義と連帯の政治——『個人の連帯』に向けて」宇野重規編『政治の発見第四巻 つながる——社会的紐帯と政治学』(二〇一〇年、風行社) 一一六頁以下参照。

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

(54) 菊池・前掲注(12)二九 - 三〇頁。

(55) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析二〇七 - 二一〇九頁。

(56) 菊池・前掲注(12)五八 - 六一頁。

(57) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析五二頁。

(58) 菊池・前掲注(12)三七頁。

(59) 倉田・前掲注(43)社会保険の構造分析五二頁。

(60) 菊池・前掲注(12)六〇頁。

(61) 榊原・前掲注(28)七四頁。

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

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

(64) 社会保障法学において菊池が展開する「個人」の尊重を強調する議論が、憲法学のほか、労働法学および民法学など他の分野においても展開されている状況について、押久保倫夫「個人の尊重：その意義と可能性」ジュリスト一四四号(二〇〇三年)一三頁以下参照。

(65) 菊池・前掲注(12)一六頁。

(66) 例えば社会保険において労働組合組織を通じた集団的権利を構築する場合、組合内部において指導部によるパターナリスティックな利益集約が容認される傾向にあることを指摘するものとして、西原博史「自治と自律と社会権——生存権の権利主体の立ち位置をめぐって——」企業と法創造二一〇号(二〇一〇年)八五頁参照。このことは、菊池の懸念がまさに現実のものとして現れていることを示しているといえる。さらに、労働組合に組織されない被保険者の利益の反映の要否という問題も理論的にはもとより潜在する。この点に関して、公的年金保険制度の運営管理における当事者参加の構想において、受給権者および非被用者など未組織の分散的集団の利益を代表することの困難性を指摘するものとして、嵩・前掲注(9)一七八頁。

(67) 太田匡彦『社会保障受給権の基本権保障』が意味するもの——『憲法と社会保障』の一断面

法学教室二四二号（二〇〇〇年）一二二頁。

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

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

(70) 本来的意味における社会保険に含まれるのは、社会法典一編四条二項に列挙される疾病保険、介護保険、労災保険および農業経営者老齢保険を含む年金保険である。しかし、雇用促進（Arbeitsförderung）のうち少なくとも保険料に基づく失業保険（失業手当）の部分は、それが社会法典一編三条二項および一九条によれば雇用促進法に含まれるにもかかわらず、広義における社会保険に含まれると解するのが体系的に妥当であるとされる。Vgl. dazu Raimund Waltermann, Sozialrecht, 9. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011, S. 55; Rohland Wietek, in: Jürgen Winkler (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung. Lehr- und Praxiskommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2007 [以下、SGB IV-Kommentar と略記]、Art. 1 Rdn. 18f. 社会保険に共通する規定を定める社会法典四編も、その一条一項において、同編の適用対象として疾病保険、労災保険および農業経営者老齢保険を含めた年金保険ならびに介護保険（同項前段）に加え、さらに失業保険を構成要素の一つとする雇用促進（Arbeitsförderung）も挙げ（同項中段）、その担当機関である連邦労働エージェンシー（連邦エージェンシー）（Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur)）を同編の意味において「保険担当機関（Versicherungsträger）」であるとみなす（同項後段）。ただし、雇用促進に対しては適用除外（二九条ないし六六条、九一条ないし一一〇条）が定められており（一条一項中段）、同二九条は適用せず、連邦労働エージェンシーの組織および任務については、社会法典三編において別途定められている。法律上、「連邦労働エージェンシー（連邦エージェンシー）は自治を備えた公法上の権利能力ある連邦直属の団体である」（社会法典三編三六七条一項）と定められるが、他の社会保険担当機関（社会法典四編一条一項前段）と異なり、「構成員(Mitglied)」を欠くことから、講学上は公法上の営造物に分類される（Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 29 Rdn. 13; Waltermann, a. a. O., S. 190）。

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

の概念について、Reinhard Hendler, *Organisation und Selbstversicherung*, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 2. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1996, S. 207ff.

(71) もっとも、一九九〇年代以降、疾病保険制度の従来の基本要素にかかわる重大な変更を伴う法改正が相次いでおり、保険者自治もその例外ではないが、保険運営が基本的に雇用者および被保険者によって担われるという原則には変更はない。ドイツ疾病保険制度の歴史、内容および近年の改革動向を含めた概説として、vgl. Ingwer Ebsen/Franz Knieps, *Krankenversicherungsrecht*, in: Maydell/Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 3. Aufl., S. 813ff. 二〇〇七年に施行された疾病保険競争強化法 (*Gesetzliche Krankenversicherung-Wettbewerbssärkungsgesetz*) の内容については、vgl. Horst Marburger, *SGBV. Gesetzliche Krankenversicherung vor und nach der Gesundheitsreform 2007*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007. 日本の研究者による制度改革の紹介と分析として、松本勝明『社会保障構造改革』(信山社、一九九八年)、同『ドイツ社会保障論 I ——医療保険——』(信山社、二〇〇三年) 三一頁以下、倉田聡「ドイツの医療改革の軌跡——二〇〇四年改革から二〇〇六年改革へ——」クォーターリー生活福祉研究六〇号(二〇〇七年) 一頁以下、土田武史「ドイツの医療保険における『連帯と自己責任』の変容」早稲田商学第四二八号四一頁以下(二〇一一年) 参照。

(72) 民主的正統化論は、連邦憲法裁判所裁判官を務めたベッケンフェルデが有力に提唱した民主政理論であり、一九九〇年代の連邦憲法裁判所判例において支配的となった。ベッケンフェルデの民主的正統化理論について、vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 429ff. ドイツ国法学における「正統性(Legitimität)」および「正統化(Letigimation)」の概念ならびに両者の区別について、vgl. Ernst Thomas Emde, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit*, Berlin 1991, S. 29-33. エムデによれば、国法学上の概念としての「正統性」および「正統化」は、ともに国家的支配の法的根拠づけ(Rechtfertigung)にかかわる問題であるが、前者が支配機構の現行支配秩序との合致というプロセスの結果であるのに対して、後者はプロセス自体を意味するものとして区別される。したがって、「正統な支配(legitime Herrschaft)」は常に「正統化された支配(legitimierte Herrschaft)」であるといえるが、その逆は必ずしも成立しないという。

なお、ドイツ行政法学における行政組織法論の展開について、稲葉馨『行政組織の法理論』(弘文堂、一九九四年) 二頁以下、行政組織編成権に関する学説の展開について、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権原分配の法理(一)～(四)」、法学六五巻二号(二〇〇一年) 一五七頁以下、同巻三号(同年) 三五四頁以下、愛知大学法学部法経論集一五七号(二〇〇一年) 四一頁以下、一五八号(二〇〇二年) 一頁以下、とりわけ連邦首相の行政組織編成権と法律の留保について、木藤茂「法概念としての『行政』に関する一考察：ドイツにおける『組織権』をめぐる法理論を手がかりに」一橋法学五巻二号(二〇〇六年) 四九三頁以下を参照。

(73) 倉田・前掲注(43)医療保険の基本構造。

(74) 笠木映里「公的医療保険の給付範囲(二)——比較法を手がかりとした基礎的考察——」法学協会雑誌一二四巻一号(二〇〇七年) 六二頁以下。「共同自治(gemeinsame Selbstverwaltung)」とは、疾病保険において、法律上の規定(保険事故、給付類型、給付の際に遵守されるべき準則)

を具体化し、給付の範囲と方法を定めるために、保険者である疾病金庫と医療供給者側の連合組織（いずれも自治主体）との間で諸規範を制定することである。法律より下位のこれらの規範は、契約、規約および法律上の規定を通じて、医療提供者および被保険者に対する法的拘束力を有し、疾病金庫に対する被保険者の給付請求権を具体的に形成するものと解されている。共同自治については、vgl. auch Hase, a. a. O., S.1183f.

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

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

(77) 太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開——BVerfGE 93, 37 まで」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）三一六頁以下参照。

(78) 地方自治が地理的領域と任務の幅広さに関連付けられるのに対して、機能的自治は立法府により創設および配分された特定の公的任務に関連付けられた当事者集団が、自ら参加し、自らの責任において行う分権的行政類型である。機能的自治の概念について、vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status-verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, S. 541ff. 機能的自治の形態の多様性については、vgl. Ebenda, S. 30ff. なお、機能的自治とその類似概念との区別について、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（一）」法政論集二四二号（二〇一一年）三四頁注(74)（本稿第一章注(74)）も参照。

(79) 薄井一成「ドイツ商工会議所と自治行政——公共組合の法理論——」一橋法学二巻二号（二〇〇三年）一五七頁以下。

第一章 公法学における自治概念の定義

ドイツ疾病保険における保険者自治の検討に入る前に、「自治」概念を明らかにする必要がある。法領域としての社会法は公法に分類され、行政法各論の一部を構成するものである(1)。したがって疾病保険を含む社会保険における自治概念は、一九世紀プロイセンにおけるゲマインデ法に由来する公法学上の自治概念である(2)。もっとも、自治概念が個別分野に合わせて内容形成（Ausgestaltung）されていることが指摘されているが(3)、公法学において自治概念の本質的要素がいかにかに理解されているかを把握することは不可欠であると思われる。ドイツにおいて「国法および行政法学説は、統一的自治理解に基づいているわけではない。自治

現象の事実に即した把握と評価のためには、制度史および理論史への回顧が不可欠である」(4)ことが指摘されている。したがって、以下では自治概念の展開を跡付けながら、多様な観点から定義されている自治概念を整理した上で、現在の公法学における自治概念の定義に関する共通認識がいかなるものであるかを検討する。

第一節 初期自治構想における参加志向

一 自治の制度的端緒

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

(Bürgergemeinde)」となり、都市行政は「共同組織に関する業務」たる「ゲマインデ事務」と狭義のポリツァイとに明確に峻別され、前者は都市団体に委ねられた。第二に、都市住民は、市民権の保有を基準として市民(Bürger)とそれ以外の被保護者(Schutzverwandte)に分けられた(10)。収入等に関する要件を満たす市民には、議決機関である市議会(Stadtverordnetenversammlung)の選挙権および被選挙権が付与され(11)、市議会は執行機関である市参事会(Magistrat)を市民の中から選出し(12)、特定の重要な行政任務を遂行するために設立される行政委員会(Deputation, Kommission)にも市議を選出した。行政委員会は、市議のほか、大部分は、市議会により選出されかつ市参事会により承認された市民から構成された(13)。第三に、市民の参加に基づくゲマインデ行政に狭義ポリツァイ以外の公共事務の権限が付与されたことに対応して、都市団体に対する国家の監督権が規定された(14)。なぜなら、F・シュタインの主張する「行政への市民の参加」は、あくまでも列強に対抗しうる国家形成という目的を達成するために必要な範囲内にとどまるものでなければならなかったからである(15)。

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

二 自治の理論的端緒

自治の法制度的端緒が一九世紀初頭の都市法に求められる一方、自治の現象に対する学問的・理論的な取り組みは、一九世紀半ばになって初めて始まった。そこで重要な役割を果たしたのは、L・シュタイン (Lorenz von Stein)、グナイスト (Rudolf von Gneist) およびギールケ (Otto von Gierke) の理論である(18)。いわゆる「三月前期 (Vormärz)」における反動政府とそれに抗する自由主義者との対立の中で、自治は他の諸制度と同様に国家と社会の二元論の中に入り、社会 (第三階級である市民階級) は、ゲマインデの自治を社会が当然に享受すべきものであると主張した。国家と社会の緊張関係は、一八四九年三月二八日公布の通称「フランクフルト憲法」による立憲主義の一般的採用により、市民階級が国家の共通秩序内部に確固とした地位を占めたことにより初めて克服された。もっとも、同憲法は、プロイセン国王が皇帝位への推戴を拒絶したことにより実効をみなかった。以上のような憲法的小よび憲法政治的状况に結びつけられ、自治は国家と市民社会の間を結びつける要素とみなされるようになった(19)。

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

た上で、後者に「自治 (Selbstverwaltung)」を配置することにより、社会的・階級的な利害対立の調整と組織化の機能を期待した(22)。その際、「自治」は「自由な社会の結社制度 (das freie gesellschaftliche Vereinswesen)」と「国家行政」の中間的地位 (Mittlerstellung) にあるとみなされている(23)。L・シュタインは、行政作用への国家市民の参加を自治原理の助力によって組織的に確立しようとした(24)。

これに対して、グナイストは(25)、L・シュタインと同様に国家と社会の分離を前提として、自治概念にとって「中間的地位」が決定的に重要であるとしつつも(26)、独自の自治構想を主張した。憲法闘争期には反政府主義者であったグナイストは、一八六八年の普墺戦争におけるプロイセンの勝利による事後承諾法の成立と憲法闘争の終結によりビスマルクの軍事官僚国家制政策に対する国内の自由主義勢力の敗北が確定すると、分裂した自由主義勢力の右派を結集して国民自由党を結成し、ビスマルク体制との妥協を図った。グナイストは、一方における反動政権のもつ封建ユンカーの保守性および官僚制専制、他方における三月革命期のラディカルな民主主義との対抗関係の中において、学問的支柱を一八世紀イギリスにおける名誉職的貴族支配を軸とする憲法構造に求めた。イギリスにおいては、産業革命以来の社会変化に伴って下院が民主化の基盤の上に拡大されていたが、グナイストはかかる現実を認識しつつも、意図的に純粋な貴族主義の残った上院を下院の「対重」として理解し、かかる上院の貴族主義を地方レベルにおいて担う名誉職の自治 (selfgovernment) を下院を抑制するものとして位置づけた。グナイストが取り入れようとしたイギリスの自治とは、主にジェントリー層によって担われていた治安判事制であり、プロイセンにおいて治安判事を国王の任命をもってユンカー層に名誉職として引き受けさせ、公共のための義務を負うとともに封建的特権の放棄を強いることによって、封建社会と産業社会の双方に優越する、高次の国家思想を具体化する統治階層とすることが目指された(27)

。そこで、自治の対立する二つの契機として、公権的(官憲的)自治(*obrigkeitliche Selbstverwaltung*)と、経済的自治(*wirtschaftliche Selbstverwaltung*)とが措定される(28)。グナイストにとって自治とは「国家の任命する職員が国家により強制された名誉職として行う国家事項の管理(29)」であり、この所有階層の国家行政への関与により、社会が国家により統合されると考えられ、これが公権(官憲)的自治にあたる(30)。他方、ゲマインデ議会の統制可能な経済的自治は、財政統制機能に限定され、経済社会への展開への対応、議会主義への一応の妥協を一定程度示すものにとどまっており、グナイストの自治理論の主たる対象は前者にあった(31)。グナイストは、「国家と社会の鋭い分離」の克服の際に、いかに社会の利益を国家に反映させるかを問うのではなく、国家の機能が社会に貫徹されるような制度を目指したのであり(32)、そこにおいて自治とは、主として名誉職者によるラント行政における、ラント法律に基づく国家機能の遂行であった(33)。グナイストにとって重要であったのは、名誉職を法律執行にひろく関与させることであり、このモデルの参加的志向は明白である(34)。

これに対して、ギールケは前二者とは異なり国家と社会の二元論を否認する理論的立場から、自治構想をゲノッセンシャフト(*Genossenschaft*)理論において展開した(35)。拡張する国家行政および国家官僚制に対抗して、ギールケは「尽きないゲルマン的結社精神(36)」を賞賛し、それを喚起する(37)。ギールケがかかる結社精神の具現化であるとみなすゲノッセンシャフトとは、「部分の結合から全体へと、部分の集合とは異なる生命統一体(*Lebenseinheit*) (38)」を生み出す人的結合を特徴とする。ここで重要であるのは「統一体(*Einheit*)」の原理であるが、ギールケは、人的結合の構成員が、常にそのときどきの全体の利益のために、個人性と独自性の一部を放棄しなければならないことを認識するため、同原理が単独かつ排他的に貫徹されることを否定する。すなわち、同原理と並んで、「より高次の統一体に合流する、下は個々人に至るまでのすべてのより低次の統

一体の権利および自立性の思想、すなわち自由の思想(39)」が同列に存在することを主張する。この「自由の思想」によれば、国家に求められるべきは、「個人および団体に対して、それらの固有の生命領域を委縮させず、その限りにおいてただ補完的にのみ活動する(40)」ことである。ギールケが主張するこの「自由の思想」は、個人のみならず、国家内部の団体制度までも利するように拡張された、法的に保護された固有領域を求めるがゆえに、ギールケは自治を推奨する。ただし、その際、自治は無制限なものとしてではなく、あくまで国家統一体を脅かさない範囲において認められるべきものであるとされるため、国家監督による一定の拘束に服する(41)。もっとも、ギールケは、法治国家が「公的団体に対して、規則的に、それらの行為の適法性コントロールのみを主張する(42)」とし、かかる法監督の構想を警察国家的後見実務に対する法治国家的対重とみなす(43)。以上のような見解に立つギールケにおいて、自治とは「行動による市民的自由(thätige bürgerliche Freiheit) (44)」であった。この性格づけは、ギールケが、国家の干渉(Ingerenz)に対する抵抗へと方向付けられた古典的 - 自由主義的自由概念に、政治的参加という強力な要素を実装したことを示す。ギールケにおいて、自治とは、一方では国家官僚制の影響および統制に対する自由空間をつくり、そして他方で、公的任務の高権的遂行への個々人の参加を可能にするものであった(45)。

三 初期自治理論の特徴

以上から、L・シュタイン、グナイスト、ギールケが内容において著しく異なる自治の構想を有していたことが判明する。すなわち、L・シュタインとグナイストは、ともに国家と社会の二元論から出発しつつも、その克服の方向性において大きな差異を示したのであって、前者が社会の利益の国家への反映を目指したのに対して、後者は、国家機能の社会への貫徹を目指した。ギールケは、国家と

社会の二元論を否認し、自治を行動による市民的自由の保障であると理解した。ここでは、自治解釈におけるかかる差異にもかかわらず、参加という要素がその中心にあるという点においては共通している点が注目されてよい(46)。初期自治理論において、自治概念を決定づける共通の要素は「参加」であり、その点において一八〇八年都市法からの連続性が示されているといえる。

第二節 法概念としての自治の形式化

一 「政治的自治」と「法的自治」

一九世紀の半ば頃におけるドイツの人口増大および国内の人口移動は行政事務を増加させ(47)、農村から都市への人口移動と大都市化に伴う問題により生じた追加的行政事務は任務の分化をまねくとともに、任務の担い手として専門家を前提とするという特殊な性質をもつに至った。名誉職的行政というグナイストの自治概念は、ゲマインデの事務が、その遂行において量・質ともに専門的能力を必要としないという前提においてのみ可能なものであったが、一九世紀末期の都市における現実は、もはやその前提に合致しなかった(48)。もともと、市民の行政事務への名誉職的引き入れを廃止する必要はなく、それは国家およびゲマインデにおいてなお可能なままであって、実際に広く行われていた。しかし、これをなお自治の主要原理とみなすことはもはや困難であった。かかる状況を背景に、法実証主義の明らかな影響下において、ラーバント (Paul Laband) および彼の理論を体系化したロジン (Heinrich Rosin) によって団体的自治理論 (die korporative Selbstverwaltungslehre) が主張された(49)。それによれば、自治とは、社团的構造をもつ権利能力ある団体による、それ自体としては国家の任務領域に含まれる行政事務の遂行であるとされた(50)。自治概念は、もはや国家市民の参加と結びつけられず、権利能力ある団体と結びつけられた(51)。しかし、この自治概念の構成はグナイスト的なそれを完全に排除するものではなかったので、

二重の定義、すなわち名誉職的行政としての自治と団体的行政としての自治が生ずる。ロジンは、前者を「政治的自治 (politische Selbstverwaltung)」または「市民的自治 (büeuerliche Selbstverwaltung)」(以下、「政治的自治」という)、後者を「法的意味における自治 (Selbstverwaltung im Rechtssinn)」(以下、「法的自治」という)と定義した(52)。これにより、自治の法概念は、第一に、自治が源泉的に有する参加政策的志向から分離されるとともに、第二に、地方自治領域から分離されて分権的行政組織構成の一般的に利用可能な原理となり、のちに経済や文化といった社会領域の規律のための構造的手段となった(53)。

二 法概念としての自治の形式的定義

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

三 自治の法概念の形式化に対する批判

一九世紀末に実証主義法学者による自治の二元的理解は第二次世界大戦後の支配的学説において継承されたが、学界において異論のないものではなかった(57)。例えば、ショイナー (Ulrich Scheuner) は、「ゲノッセンシャフト的参加の放棄に反して、そしてフォルストホフが自治概念の完全な形式化の下で構想する、独

立の法人による間接的国家行政の機能をもっぱら考慮して……しかし私は、構成員の決定的な参加（*die maßgebende Mitwirkung*）という要素を自治概念に関して固守したい」と主張した(58)。法概念としての自治の形式化に対する一種の反動として、自治の実質的側面を強調する動きが引き起こされた。

かかる実質的自治概念を主張する論者は、自治の目的を強調する。例えば、プロイス（Ulrich K. Preuß）は、形式的自治概念に対して、「社会国家的自治」の概念を対置させた(59)。プロイスによれば、「社会国家的自治とは特殊な憲法上の正統化(Legitimation)および帰責(Verantwortlichkeit)の領域であって、その領域においては、政治的共同体の機関の行政機構から切り離された、名宛人の具体的な需要のための基本的には規格化され得ない生存配慮の機能が、基本法二〇条二項、三八条一項の原理から逸脱して、完全または部分的に権利能力を有する組織によって民主的に行われる(60)。もっとも、プロイス自身が「社会国家的自治の担い手の具体的な組織的形整（*Ausformung*）はいまだない(61)」ことを認めるように、この自治の構想には法的に不明確な部分があり、法概念としては有用性が低い(62)。その意義は、むしろ自治の法概念の形式化に対するアンチテーゼとしての役割にあるといえよう。

これに対してベッカー（Erich Becker）は、自治の法概念をより具体的に構想した。それによれば、法概念としての自治は形式的意味と実質的意味において区別され(63)、前者が「国家に組み込まれている公法人による公行政の遂行」にその本質があるのに対して、後者は「(分権により)固有の責任において社会の任務を遂行するという目的決定（*Zweckbestimmung*）により、自治を行政形式以上のものに引き上げる」ものであるとする(64)。ベッカーは自治概念の定義に際して、自治の目的を考慮する必要性を強調しつつも、正確な定義のためには形式的意味における自治の要素を放棄することなく取り込むこともまた必要であると考えた。ベッカーは最終的に、自治の法概念を「国家監督の下における、選出され

た機関を備えた、国家に組み込まれた権利能力のある公的団体による、固有の名における、固有責任による社会の公的任務の遂行」であると定義した(65)。

第三節 法概念としての自治の再構成

一 自治概念の多様性の意味

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

クルート (Winfried Kluth) はこの点について、実質的 - 形式的自治構想の区別が、「自治の定義的把握のためには、純粹に組織法的考察方法で足りるのか、またはそれを超えて、構成員に分配される参加権および上位におかれた国法上の目的契機が考慮されるべきか否かという問題」に結びついていること、すなわち行政法と国法との、概念形成における要請の違いに密接に関係するものであること指摘する(66)。クルートによれば、行政法は、一般的に法適用、より厳密に言えば議会法律の適用に関心をおくため、自治の概念形成 (Begriffsbildung) においては、その担い手を行政法的法規の帰責主体として明確に説明することが重要である。これに対して、国法上の概念は、自治を国法体系の文脈において、国家組織の一部として、正統性・正統化との関係においても把握しようとするものであり、かかる学問的目的の違いが概念定義の違いを規定している。以上のように理解すれば、行政法学における自治概念の定義が、自治の国法・憲法上の秩序づけ

(Zuordnung) や正統性・正統化の次元を「殆ど盲目的に前提とする」というクルートの指摘は正鵠を射ていると思われる(67)。この点において、法技術的 - 行政法的な概念の地平に限定されない、より上位の次元における概念形成の要請が理論的に潜在していたといえる。

従来、行政法学においては組織法の問題が疎かにされる傾向にあったことが指摘されてきたところ(68)、私法形式で行われる行政に対する公法的諸準則の適用の問題が重要なテーマとなった一九八〇年代に組織法への関心の増加が認められた(69)。かかる事情を背景として、一九八〇年代半ばから、それまで法概念としての自治から隔離されてきた政治的自治を法的に構造化し、法規範的内容をもつ国法上の原理として一元的・統一的な自治概念を形成しようとする動きが、公法学において生ずる。

二 国法上の自治概念をめぐる議論

(一) ヘントラー

かかる観点から自治を定義する試みとしてまず挙げられるべきは、ヘントラー (Reinhard Hendler) の業績である。ヘントラーは、地方自治に限定されない自治の諸制度が、その多様な相違を超えて実質的な共通性を示しているとして、国家秩序に関する一般原理としての自治概念を形成しようとする(70)。ヘントラーは、「参加による自由希求的な自治の伝統 (partizipatorisch-freiheitliche Tradition der Selbstverwaltung) が国家・行政法的ドグマティックにおいても生きたままでいられるものであるとする限り、政治的自治の考え方と法概念とを再びしっかりと結びつけることが必要である」として、自治の法概念が、公行政への市民の参加という観点を明確に受け入れるべきであるとする。ヘントラーは、「個々の自治主体 (ゲマインデ、大学、社会保険担当機関、商工会議所など) が、そのときどきに特定の人的範囲のみを包括し、その主体に課された公的任務の遂

行へと参加させる」という共通性を有する点を考慮し、自治を「当事者参加の形態」であると理解し、かかる自治理解を説明するために、「当事者行政（Betroffenenverwaltung）」という概念を提示する。ここにおいて参加という政治的思考が目指すのは、「当事者の観念、希望および要求を、強く考慮し、そしてこの人的集団をとりわけ多数決から守ることであり、それは「少数者保護の原理に影響された、分化する（differenzierend）政治的平等思考に基づいている」。これはすなわち「当事者参加による当事者保護」としての自治であり、ヘントラーはかかる構想から自治概念の一般的な定義を行う(71)。すなわち、自治とは「国家直属の官庁システムに対して機構的に独立するにもかかわらず、国家というまとまり（Staatsverband）に組み込まれており、特定の公的任務がそれに特別に関係する人々すなわち当事者によって固有の責任で（それは、せいぜい国家による法監督の下にあることを意味する）行われることによって際立つところの、公法上の組織体」である(72)。この自治概念のメルクマールは、公法上の法形式、当事者参加および固有の責任による任務遂行（国家監督の法監督への制限）である。

ヘントラーの自治概念定義は、かつてギールケが示した、自治の自由主義的性格を強調するものである。もっとも、「当事者参加による当事者保護」という公式には、自治主体たる団体が個々の構成員の権利と自由を抑圧する危険性が不可避免的につきまとう。ヘントラーも当然この点を認識しており、この公式が実際に有効に機能するか否かは、第一に、自治主体の内部構造に依存しており、自治制度の民主的內部構造がこの点において有効な法的保護システムとなること、第二に、法監督が非常に重要であることが正当に言及されている(73)。

（二）クルート

ヘントラーが自治の自由主義的意義を強調するのに対して、クルートは自治と

民主政原理の近接性を強調する。クルートは従来——憲法上保障された地方自治の影となっていたために、あるいはその発現形態の多様性から——学問上統一的考察・評価が十分に行われてこなかった機能的自治（funktionale Selbstverwaltung）を検討対象とする(74)。なぜなら、一方における国民国家の超国家的共同体への統合による国家の存在意義の変遷、その反作用としてのサブ・ナショナルな生活統一（地域）の有する意味の増大および市民の側からの統合・参加への要求の強まり、他方における産業社会における国家任務の増大、国家市民による民主政実現の困難化およびそれに伴う公的重要事項の決定に対する専門家の影響力拡大を背景に、機能的自治の有する市民の参加・統合機能、潜在的行政能力、反民主的作用の緩和可能性が注目を集めていると認識するからである(75)。

しかし、かかる国家的諸問題の克服のために機能的自治を取り上げるには、機能的自治の国家組織体系への秩序づけと憲法上の正統化の解明が前提として必要であるとして、機能的自治が合理的かつ組織的に基本法の憲法構造へと取り込まれた統一的行政類型であるという仮説を立て、その実証を試みる。クルートは、行政組織法に関する憲法上の所与条件（Vorgabe）に関する考察から、まず自治概念に対する国法上の最小限の要請を、「権利能力を有する行政の担い手の固有の任務に関する固有の決定権限の存在」であるとする(76)。この要請が前提とするのは、自治の組織が社会ではなく国家の領域に属すること、あるいは自治主体が遂行する任務が国家の管轄秩序から演繹されるものであることである。したがって、機能的自治主体は、もっぱら基本権あるいは私的自治に基づく組織と区別されうるものでありながら、同時に真正の国家行政からも区別されうるものであるという(77)。その延長線上において、クルートは機能的自治の概念決定的メルクマールを以下のように整理する。すなわち、「①民主的参加権の②集団的に正統化された団体国民（Verbandsvolk）への配分であって、③その団体国民は事物的お

よび人的に固有の任務の固有の責任による遂行のために任じられ、④それゆえに最終責任による決定の自由余地を有しており、⑤その余地は国家監督の法監督への制限によって保障されている」(78)。

クルートの自治構想において特徴的であるのは、自治と民主政原理の間に特別な近接関係を見出す点である。それは、第一に、立法者による機能的自治の創設行為が、機能的自治主体の構成員に対して集团的に議会に由来する民主的正統化の媒介資格を付与するとする解釈に(79)、第二に、機能的自治主体の設立に伴う義務的構成員資格それ自体は、基本権的自由に対する抽象的侵害として法治国家原理と緊張関係に立つものではなく(80)、むしろ「民主的な能動的地位」すなわち「民主的参加権」の拡大を目指す優遇的事象であるとする解釈に表れている(81)。したがって、クルートにおいて機能的自治とは、端的には「民主的な当事者行政」であるという公式により説明される(82)。もっとも、クルートは、機能的自治における民主的参加が無条件に民主政原理の強化に至るなどという楽観的見解をとるものではない。クルートによれば、機能的自治主体の民主的正統化はあくまで国家国民すなわち議会に由来するものであって、機能的自治主体の構成員がその正統化の源泉となることは出来ず(83)、したがって機能的自治主体の内部組織のあり方が基本法上の民主政原理に拘束されるべきことが詳細に論じられる(84)。

(三) シュミット＝アスマン

シュミット＝アスマン (Eberhard Schmidt-Aßmann) は、一方において、ヘントラーが示した「当事者行政」という自治構想を受け入れつつも、自治に潜在する上述の危険性に対してより強い注意を促し、他方において、クルートの強調する自治と民主政原理の近接性に対しては、両者の間に共通性を承認しつつも、確かな緊張関係の存在を認める。シュミット＝アスマンによれば、ヘントラーが提起した「国法上の『秩序原理としての自治』という、複線の統一化へのこの間

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

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

的自治の民主的正統化と、大臣の指示権への従属性の下にヒエラルヒッシュに法的統一性をもってまとめられた大臣行政 (Ministerialverwaltung) あるいは地方自治のそれとの間に構造的区別を認めないクルートの立場と対照的であり、その限りにおいて民主政原理と自治との異質性がより強調されることになる。

三 国法上の自治概念の定義

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

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

有の責任により遂行する（原則として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(90)。

注

- (1) Raimund Waltermann, Sozialrecht, 9. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011, S. 11.
- (2) プロイセン-ドイツにおける地方自治法理論については、木佐茂男「プロイセン=ドイツ地方自治法理論研究序説——『地方警察』権の分析を中心とした国家とゲマインデの関係（一）～（四）完」自治研究五四卷七号（一九七八年）九六頁以下、同巻八号（同年）一〇五頁以下、同巻九号（同年）八〇頁以下、同巻一〇号（同年）八四頁以下参照。
- (3) Dieter Leopold, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 6. Aufl., Sankt Augustin 2008, S. 68.
- (4) Reinhard Hender, 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. 1134.
- (5) 正式名称は Ordnung für sämtliche Städte der preußischen Monarchie v. 19. 11. 1808. 条文については、vgl. August Krebsbach, Die Preußische Städteordnung von 1808, Stuttgart/Köln 1957. シュタイン市制について、北住炯一『近代ドイツ官僚国家と自治』（成文堂、一九九〇年）一一頁以下、高柳信一「プロイセン地方自治制の生成とその特質（一）」社会科学研究四巻一号（一九五二年）一一五頁以下参照。
- (6) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 471.
- (7) 北住・前掲注(5)一三頁。
- (8) 室井力・原野翹編『新現代地方自治法入門〔第二版〕』（法律文化社、二〇〇四年）五頁〔中島茂樹〕。
- (9) 北住・前掲注(5)一八—一九頁。
- (10) 都市法五条、一四条、四〇条。
- (11) 都市法七四条。
- (12) 都市法一五二条。
- (13) 都市法一七五条。
- (14) 都市法一条および二条。都市法における国家監督制度については、三成賢次「国家とゲマインデ——近代プロイセンの『国家監督』」阪大法学四二巻二・三号（一九九二年）六〇七頁以下を参照。
- (15) 同上一七頁。
- (16) 小林孝輔『ドイツ憲法小史〈新訂版〉』（学陽書房、一九九二年）一〇九 - 一一〇頁。
- (17) Reinhard Hender, Das Prinzip Selbstverwaltung [以下、Selbstverwaltung と略記] , in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2008, S. 1105.

- (18) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1106.
- (19) Forsthoff, a. a. O., S. 472.
- (20) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1106.
- (21) L・シュタインの「社会行政」の観念について、木村周市朗「シュタイン行政国家論の成立」成城大学経済研究一四三号（一九九八年）三二六 - 三二八頁参照。
- (22) 同上三二四頁。シュタイン行政学における「国家行政」および「自由な行政」の概念について、同上三二四 - 三二六頁参照。
- (23) Forsthoff, a. a. O., S. 472.
- (24) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1105.
- (25) グナイストの自治理論について、北住・前掲注(5)七一頁以下、上山安敏『憲法社会史』（日本評論社、一九七七年）七五頁以下、木佐・前掲注(2) (三) 八六一九七頁、赤木須留喜「ドイツ法治国家の論理と構造（二）（三）」国家学会雑誌七八卷一一・一二号（一九六五年）一頁以下、七九卷一・二号（一九六五年）五二頁以下を参照。
- (26) Forsthoff, a. a. O., S. 472.
- (27) グナイストが、「国王を蔑にしない、貴族主義的・似而非議会主義的統治システム」（上山・前掲注(25)六二頁）の構築を目指し、イギリスの self government をいかなる理念像でとらえていたかという点について、同上五〇 - 八二頁参照。
- (28) 同上九一頁によれば、グナイストのかかる二元論は、イギリスにおける、古い一八世紀の治安判事制と、一九世紀の新たな産業社会とそれに対応した選挙法の改正の下で、社会的・経済的变化に即応した、選出された Boards との対立に着想を得ており、両者の対立を、公権（官憲）的自治（対象は陪審、治安）と経済的自治（対象は救貧、衛生、道路行政）という用語において表現している。両者は、前者が国家の職務の義務を通じて遂行されるのに対して、後者が社会の地域的利益を遂行する点で対比される。
- (29) Otto von Gierke, Rudolf v. Gneist. Gedächtnisrede, Berlin 1896, S. 30.
- (30) 木佐・前掲注(2) (三) 九一頁。
- (31) 同上。
- (32) 北住・前掲注(5)七一 - 七三頁。
- (33) Forsthoff, a. a. O., S. 473.
- (34) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1136.
- (35) ギールケのゲノッセンシャフト理論に基づく国家論について、遠藤康弘「オットー・フォン・ギールケの政治共同体像——団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として——（一）（二）完」北大法学論集第五三卷五号（二〇〇三年）一七一頁以下、同卷六号二二三頁以下（同年）、同『オットー・フォン・ギールケの政治思想——第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説——』（国際書院、二〇〇七年）参照。
- (36) Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, Berlin 1868 [以下、Genossenschaftsrecht と略記], S.3. なお、引用した原語の表記は原典の表記法に従っているため、現代ドイツ語の表記法と異なる。
- (37) Forsthoff, a. a. O., S. 475.
- (38) Otto von Gierke, Die Grundbegriff des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915, S. 56.

- (39) Gierke, Genossenschaftsrecht, S.1.
- (40) Otto von Gierke, Lands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Darmstadt 1961 (Nachdruck), S.56.
- (41) Hendler, Ordnungsprinzip, S.68.
- (42) Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1963 (Nachdruck), S.655.
- (43) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 68.
- (44) Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 3.
- (45) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1107.
- (46) Ebenda, S. 1106.
- (47) Forsthoff, a. a. O., S. 473.
- (48) Ebenda. フォルストホフは、一八九〇年に行われた統計調査によれば、大都市人口の僅か四三・七パーセントしか居住都市で生まれていないことを指摘しており、大都市人口の過半数以上が外部からの流入であることがわかる。
- (49) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1108. ラーバントの自治理論について、木佐・前掲注(2) (四) 九三 - 九五頁参照。ラーバントの実証主義的憲法理論については、栗城壽夫「ゲルバー Carl Friedlich Gerber (1823 - 1891) とラーバント Paul Laband (1838 - 1918) ——形式主義的憲法理論の機能——」小林孝輔編『ドイツ公法の理論——その今日的意義』(一粒社、一九九二年) 五四頁以下参照。ハチェック (Jurius Hatschek) が指摘するラーバント的法実証主義の三つのドグマについて、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、一九六二年) 五七 - 六一頁参照。
- (50) Forsthoff, a. a. O., S. 474.
- (51) Ebenda. なお、この定義において、国家市民の活動および共同決定の契機は、さしあたり、なお社団の必要条件、すなわち団体組織の有効化のための団体構成員の意思として維持されることになる。
- (52) Ebenda, S. 474.
- (53) Forsthoff, a. a. O., 475. ラーバント自身は自治概念をもつばら地方団体に限定しようとしていたが、後の公法学説によって公共的な任務を与えられたその他の団体が自治概念に引き入れられることになったことについて、倉田聡『医療保険の基本構造——ドイツ疾病保険制度史研究』(北海道大学図書刊行会、一九九七年) 一〇四頁参照。
- (54) 第二次世界大戦以降の自治構想の整理について、vgl. Hendler, Ordnungsprinzip, S. 271ff.
- (55) Forsthoff, a. a. O., S. 478.
- (56) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 2, 5. Aufl., München 1987, S. 19f. もっとも、クルートは、ヴォルフによるこの定義は、「専門的指示から自由」な任務遂行という要素を含むために、自治主体の固有の責任による任務遂行を自治の法概念のメルクマールとして含むこととなるから、純粹に法技術的観点に基づく定義とはいえないとする。Vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 20.
- (57) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 275.
- (58) Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 36f. (Fn. 102).
- (59) Ulrich K. Preuß, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen untersucht am Beispiel

des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen, Stuttgart 1969, S. 197ff.

(60) Ebenda, S. 211f.

(61) Ebenda, S. 212.

(62) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 279.

(63) 形式的意味と実質的意味とで概念を区別する発想は、Rudolf Elleringmanns の理論に依拠したものである。Vgl. Rudolf Elleringmann, Selbstverwaltung, in: Friedrich Giese (Hrsg.), Die Verwaltung 14, o. j. (um1954), S. 7f.

(64) Erich Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: Hans Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956, S. 116.

(65) Becker, a. a. O., S. 120f.

(66) Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, [以下、Funktionale Selbstverwaltung と略記] S. 20.

(67) Ebenda.

(68) すでに一九七〇年代末には、行政法学において組織法が疎かにされていることが F・シュナップにより指摘されていた。Friedrich E. Schnapp, Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie 9(1978), S. 276; ders. Dogmatische Überlegung zu einer Theorie des Organisationsrechts, AöR 105 (1980), S. 244.

(69) Winfried Kluth, Demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip — am Beispiel der Sozialversicherung, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2001, S. 19.

(70) Hendler, Ordnungsprinzip, S. 2.

(71) Ebenda, S. 1139f.

(72) Ebenda, S. 1142.

(73) Ebenda, S. 1162.

(74) 機能的自治の定義について、vgl. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl., München 2004 [以下、Verwaltungsrecht Bd.3 と略記] , S. 170ff, 773ff. 機能的自治が地方自治に対比される場合、以下の区別が意図される。すなわち、第一に、地方自治において自治団体構成の連結点が当該領域への定住に求められるのに対して、機能的自治においてそれは特定の職業への従事（同業組合等）、特定な機能の遂行（大学等）または特定の任務の当事者性（物的団体（Realkörperschaft）、社会的自治等）に求められる。第二に、地方自治においては参加の基盤が一般的な市民的地位であるのに対して、機能的自治において、それはある職業身分への帰属または任務の当事者性等により前提とされている特殊の専門知識である。第三に、地方自治においてはあらゆる任務が担われるという意味において全権性（Allzuständigkeit）が問題となるのに対して、機能的自治においては、基本的にテーマによって狭く把握された権限が問題となる（S. 774）。

同書において執筆を分担したクルートによれば、機能的自治とは、大臣の指示権への従属性の下にヒエラルヒッシュに法的統一性をもってまとめられた大臣行政（Ministerialverwaltung）および地方自治に次ぐ、第三の憲法上承認された統一的行政類型として位置づけられうるが、かかる見

解は異論のないものではなく、一定の留保——機能的自治が独立の行政類型として承認され、とりわけ間接的国家行政等の行政類型に概括的に分類されない限りにおいて——を伴う (S. 170f.)。したがって、機能的自治の定義においては、類似概念からの境界づけが重要となる。

機能的自治との区別が問題となる類似概念として、クルートは、間接的国家行政、共同管理 (Kondominalverwaltung) および大臣から自由な行政 (ministerialfreie Verwaltung) を挙げる。第一に、間接的国家行政について、支配的見解はこの概念に機能的自治を含めるが (Z. B. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004, S. 573ff.)、その狙いは、権利能力を有する公法上の社団、営造物および団体という多様な組織法形態を囲い込むための「カプセル」としてこのカテゴリーを用いることにあるとする。クルートは、かかる組織法的体系化のための意義を首肯しつつも、広義の間接的国家行政概念理解があまりにも多様なカテゴリーを混合してしまうため、混乱を回避するために、狭義の間接国家行政概念理解、すなわち「排他的に国家任務を遂行し、したがってその任務からすれば直接的連邦 - 州行政にも分類されうる、連邦または州によって設立・監督されている公法上の行政体」を提唱する。その際、同概念をもって地方自治および機能的自治の担い手は把握されていない。第二に、共同管理は、行政組織の独立の類型ではなく、むしろ国家の決定への、私人の集団多元的参加であると理解される。それは典型的に行政体内部の合議制委員会 (Gremium) あるいは機関において実現されるものであり、したがって行政体の組織を全体としてあるいは決定的に特徴づける原理ではなく、機能的自治とは区別される。第三に、大臣から自由な行政は、指示から自由な行政あるいは余地 (weisungsfreie Verwaltung od. weisungsfreier Raum) とも呼ばれ、大臣行政の指示権の体系に服さない特別の間接的国家行政である (連邦銀行、連邦・州会計検査院等)。それは、任務の特殊な性質上、大臣の指示からの自由を必要とするのであり、その限りにおいて自由余地が正当化されうる。機能的自治も大臣から自由な行政と同様に大臣の指示から自由であるが、前者は後者と異なり代替的な内部の正統化メカニズムを有している点、および後者においては前者において決定的に重要な組織的利益と参加権の配分が全く問題にならない点において両者は区別される (Vgl. Kluth, a. a. O., S. 26ff.; Wolff/Bachof/Stover, Verwaltungsrecht Bd. 3, S. 170ff, 326ff.)。

(75) Kluth, a. a. O., S. 1ff. クルートによれば、多種多様な自治の担い手が「機能的自治」という上位概念の下にまとめられ、統一的考察方法の途が開かれたのは最近のことであり、それはとりわけエムデの業績である (Vgl. Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991)。連邦憲法裁判所が同概念を初めて使用したのは、一九九〇年一〇月三十一日に同裁判所が下したシュレスヴィヒ・ホルシュタインの外国人選挙権事件に関する判決 (BverfGE 83, 37) においてである。同判決については、本稿第三章第一節三 (一)、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権——外国人選挙権 (シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン) 事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、一九九九年) 三五四 - 三五九頁を参照。機能的自治の多様な発現形態の分類については、vgl. Kluth, a. a. O., S., 30ff.

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

(77) Kluth, a. a. O., S. 24.

(78) Ebenda, S. 543.

(79) Ebenda. S. 369ff.

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

(81) Ebenda, S. 275ff. クルートは、機能的自治において実現される民主的参加権を基本権的当事者参加との区別において観念する。しかし、大学の自治や物的団体（例えば、水利・土地組合）の自治のように、自治主体により遂行される任務が自治主体の構成員の基本権行使に基づき、または構成員の基本権に影響を与える特定の領域においては、民主的参加権が基本権的参加権と重複することを指摘する。もっとも、大学の自治と物的団体の自治は、ともに自治主体の任務遂行がその構成員の基本権と関係する点において共通性をもつが、その関係性の意味を異にするという。すなわち、前者において、その関係性は自治主体の活動それ自体が構成員の基本権行使を実現する点に求められるのに対して、後者において、それは構成員の基本権（所有権）を制限する点に求められる。したがって、後者において、基本権的参加権として演繹されるのは、聴聞権などの防御権的参加権にとどまり、それを超える参加権が立法上認められているとすれば、それは民主的参加権であるとみなされると考えられる(S. 451-456, 543)。なお、前者においても、例えば自主法である規約の制定は、一般的に基本権行使とは解釈されないことが強調される。なぜなら、「基本権主体による基本権解釈は、原則として私的行為によって、すなわち社会の空間において可能である。したがって、個々の基本権主体あるいはその民主的に選出された代表者の規範制定における協働(Zusammenwirken)は、基本権行使として分類されえない。基本権主体のかかる協働を通じて、とりわけ基本権侵害が基本権行使に解釈され直されうるわけではない」(S. 411)。したがって、クルートによれば、後者においても、かかる決定への参加権は、民主的参加権であるとみなされると考えられる。

(82) Ebenda, S. 543.

(83) Ebenda, S. 369ff.

(84) Ebenda, S. 458ff.

(85) Eberhard Schmidt-Aßmann, 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. 250.

(86) Schmidt-Aßmann, Zum staatsrechtlichen Prinzip, S. 253f.

(87) Ebenda, S. 254.

(88) Ebenda, S. 256.

(89) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004, S. 94ff. 太田匡彦ほか訳『行政法理論の基礎と課題——秩序付け理念としての行政法総論』(東京大学出版会、二〇〇六年)九五頁以下。

(90) ヘントラーは、自治の構成的メルクマールとして自治組織の公法上の組織形態を挙げるが、その狙いは私法上の組織形態が公法上の諸拘束から逃れるために用いられることを回避することにあり、自治主体がその職務遂行の枠組みにおいて私法上の団体として組織されることを排除しようとするものではない。Vgl. dazu Hendler, Selbstverwaltung, S. 1144f.

第二章 疾病保険における保険者自治の意義

本章は、疾病保険における保険者自治について実定法上の仕組みを概観するとともに、それが実定法的根拠にとどまらず実質的にいかなる根拠からその存在を正統化されうるのか、すなわち保険者自治の根本的な存在意義を明らかにすることを目的とする。保険者自治は疾病保険制度の一つの構成要素であるから、以下においては、まず現行疾病保険制度の全体構造を概観し(1)、次に保険者自治の法制を明らかにした上で、最後に保険者自治の正統化根拠について、機能的自治の正統化モデルを参照しつつこれを検討する。なお、本稿における疾病保険制度の説明は、二〇一二年九月一日現在における法律の状況に基づく。

第一節 疾病保険制度の基本構造

一 疾病保険制度の法的根拠

現行の疾病保険制度は、社会法典五編において本質的に規律されている(2)。労働者保険として成立した義務保険（強制保険）である疾病保険は、年間労働報酬が一定の基準を超えない被用者（労働者（Arbeiter）および職員（Angestellte））を主たる義務的被保険者とする。さらに、法律上疾病時保障を要するとみなされた一定の人的範囲にも加入義務が課せられており、そのうち農業経営者およびその家族従業者については第一次および第二次農業経営者疾病保険法(3)が、芸術家および著述家については芸術家社会保険法(4)がそれぞれ代替的または補完的に適用される。以上のほか、疾病保険に関する法律関係については、社会法典の総則を定める社会法典一編ならびに社会行政手続およびデータ保護を定める同一〇編が適用される。

二 疾病保険制度の概要(5)

(一) 社会保険としての疾病保険

疾病保険は、労災保険、年金保険、失業保険(6)および介護保険とならんで、社会保険を構成する一部門である。したがって、以下では社会保険において共通する特徴を確認した上で、疾病保険制度を概観する。

社会保険法は私法および私保険法の重要な諸原則および技術を利用している(7)。社会保険は「勤労者 (*arbeitende Bevölkerung*) の大部分が稼得能力の阻害(および死亡)ならびに失業に備えるために国家的に組織された、自治の諸原則に基づき構成される公法上の、主に強制に基づく保険」(8)であるとされる。この定義によれば、社会保険は私保険と同じく保険であり、いずれも同種の危険にさらされた者の任意または強制によるリスク共同体 (*Gefahrengemeinschaft*) への結集を特徴とする(9)。しかし、社会保険はリスクへの備えのみならず、社会国家原理および基本権保障を背景として、原則として無条件の保障(保険加入時においてすでにリスクが現実化している者への給付請求権の保障)および社会的調整 (*sozialer Ausgleich*) と呼ばれる所得再分配も行う。社会的調整は社会保険において保険料が個人的リスクに対応しないこと、すなわち、ここでは保険を特徴づける等価性(保険料と給付との間の保険数学上の個別的等価性)ではなく、「全体または集団における等価性」が妥当することにおいて現れ、この点において私保険と区別される(10)。かかる個別的等価性からの逸脱は、「均斉のとれた分配 (*gleichmäßige Verteilung*)」と不可避に結びつけられた社会国家原理の負担的側面である連帯原則 (*Solidaritätsmaxime*) の具体化である(11)。

社会保険である疾病保険は、被保険者の連帯共同体 (*Solidargemeinschaft*) としてその健康を維持、回復および改善することを任務とし(社会法典五編一条)、財政および給付の両面において連帯原則を具体化する。すなわち、連帯的財政(12)の原理に相応して個別的等価性原理からの逸脱と無拋出の家族保険(13)が承認されるとともに、医療給付を求める請求権が規格化されることにより、被保険者間

の異なる疾病リスク、異なる収入状況および異なる家族状況についての調整が行われる。それにより、疾病保険において最終的に社会的公正がもたらされる(14)。

(二) 被保険者

被保険者は、疾病金庫の構成員(Mitglied)である義務的被保険者(社会法典五編五条)および任意被保険者(同九条)、ならびにそれらの家族被保険者(同一〇条)から構成される。疾病保険は保険義務(強制加入)の原理に基づいており、「従業(Beschäftigung)」の概念が保険義務への基本的な連結点となる(15)。もつとも、特定の人的集団には保険義務は課せられておらず(同六条)、例えば、官吏等独自の疾病時保障を受ける権利を有する者や、年間労働報酬が連邦政府により毎年定められる年間報酬限度額(Jahresarbeitsentgeltsgrenze)(同六条六項、七項)(16)を超える労働者および職員は保険義務を負わない。

労働者保険として成立し、被用者保険として展開した疾病保険の保険義務の人的範囲は、従業の概念により把握される者のみならず「特別の保護の必要性」の観点からそれ以外の者へも拡大されてきた(17)。まず、従業の概念を直接または間接に連結点とする義務的被保険者の範囲に属するのは、年間労働報酬限度額を超えない労働者および職員ならびに労働報酬を得て職業訓練に従事する者のほか、失業手当(社会法典三編)または失業手当Ⅱ(社会法典二編)の受給者および疾病保険への加入期間要件を満たす年金受給者である。次に、特別の保護の必要性の観点から義務的被保険者の範囲に属するのは、農業経営者、その家族従業者および農業経営を退いた者、芸術家および著述家ならびにそれらの年金受給者で疾病保険への加入期間要件を満たす者、青少年援助施設(Einrichtung der Jugendhilfe)において就業訓練中の者、労働生活(Arbeitsleben)に参加するためのリハビリテーションまたは適性検査等に参加する障がい者、障がい者作業所等で働く障がい者、大学生、無報酬の実習生および外在年金法(18)一条もしくはは

一七 a 条または社会保険における国家社会主義的不法補償法(19)二〇条に挙げられた人的範囲に属する年金受給者で住居要件を満たす者である(20)。さらに、二〇〇七年の疾病保険競争強化法(21)に基づく法改正により、同年四月一日以降、いかなる疾病時保障をも受けない者のうちの一定の要件を満たす者に対しても加入義務が課された(社会法典五編五条一項一三号)。これは、その機能から「受け皿保険」と呼ばれる(22)。右の加入義務がなくなると疾病時保障を欠く者には、民間疾病保険を通じて疾病時保障が確保されることとされた(同三一五条)(23)。すなわち、まず、同年七月一日から翌年一二月三十一日までの暫定的措置として、既存の標準料金制(Standardtarif)(24)が修正された上で疾病時保障を欠く者に対しても適用可能にされるとともに、民間保険会社に対して契約締結が義務づけられた(同条一項二段)。次に、二〇〇九年一月一日からいかなる疾病時保障をも欠く者に対して民間疾病保険への加入が義務づけられるとともに(25)、民間保険会社間において統一的な基本料金制(Basistarif)が導入された(26)。修正された標準料金制に基づき締結されていた契約は基本料金制に基づく契約に改められた(同条四項)。これにより、いかなる疾病時保障をも欠く者に対して、(法定)疾病保険の平均最高保険料を超えない保険料により(保険監督法一二条一 c 項一段)社会法典五編における給付と比較可能な給付を(同条一 a 項一段)個人的疾病リスクに応じた特別料金を徴収することなく(保険契約法二〇三条一項中段)提供する契約を締結することが民間保険会社に対して原則的に義務づけられるとともに(保険監督法一二条一 b 項一段、保険契約法一九三条五項一段)、解約権の行使が禁止された(同法二〇六条一項一段)。基本料金制における被保険者の疾病リスクは、それを提供する民間保険会社間において調整される(保険監督法一二 g 条一項)。基本料金制の導入における立法者意図は、すべての住民に対して法定疾病保険および民間疾病保険による包括的な疾病保険の保護をもたらすことにある(27)。二〇一一年における法定疾病保険への加入者は約六、九六七万人(人

口の約八五パーセント(28) 、民間保険への加入者は約八九五万人(同じく約一パーセント)である(29)。

(三) 保険者

社会保険の各部門が保障リスクごとに分立していることに対応し、各保険部門はそれぞれ固有の保険者により運営されている(30)。疾病保険における保険者は、伝統的に職域または地域を単位に形成されてきた各種の疾病金庫であり、被保険者の給付請求権は疾病金庫に向けられる。従来、被保険者は加入する金庫を原則として法律により指定され、例外的に代替金庫(後述)を選択する可能性が存在するにとどまった(31)。その結果、金庫間において生じた疾病リスクの偏在および財政力の格差を主たる原因として保険料率格差が生じ、一九九〇年にはそれは最大二倍にまで拡大し、連邦憲法裁判所により平等原則違反の疑義が表明される事態にまで至った(32)。かかる保険料率格差を背景として、一九九二年の保健構造法(33)に基づく法改正により、疾病金庫間のリスク構造調整(被保険者の加入しうる金庫が原則として法定されていること起因する、疾病金庫構成員の保険料算定の基礎となる収入の多寡、家族被保険者数、被保険者の年齢および性別構成ならびに金庫構成員の稼得能力減少(障がい年金受給権の発生)等のリスク構造における金庫間の差異の調整)(34)を前提に、一九九六年に初めて一般的な金庫選択権が導入された(35)。その後、疾病保険競争強化法に基づく法改正により金庫選択権が拡大され、これにより、義務的被保険者および任意被保険者は法律の枠内において、原則としてすべての金庫種の中から(例外は農業経営者疾病金庫)自らが加入する金庫を選択することが可能になった(社会法典五編一七三条)。

現在、疾病金庫には以下の六種類が存在する(社会法典五編四条二項)(36)。まず、職域を単位に設立された金庫として、a 企業の経営者が一つまたは複数の企業のために設置する企業疾病金庫(Betriebskrankenkasse)、b インスングと

呼ばれる手工業者の同業組合が、単独または複数で組合構成員のために設立する同業組合疾病金庫 (Innungskrankenkasse)、c 農業組合において設立される農業経営者疾病金庫 (landwirtschaftliche Krankenkasse)、d 海員および鉱夫の疾病保険を実施する疾病保険担当機関としてのドイツ鉱夫 - 鉄道員 - 海員年金保険 (die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Träger der Krankenversicherung(37))、e 労働者または職員の任意設立金庫に由来する代替金庫 (Ersatzkasse) がある。次に地域を単位に設立された金庫として、f 一般地区疾病金庫 (allgemeine Ortskrankenkasse) がある。一般地区疾病金庫は、その加入資格が同金庫の地域的管轄内に就業地または居住地を有することであるため、金庫選択権の導入以前は、a~e のいずれの金庫への加入資格ももたない者が加入できる唯一の金庫として、保険義務制度を支える「一次的または受け皿疾病金庫 (Primär-oder Auffangkrankenkasse)」(38)の性格を有していた。保健構造法により金庫間に競争が生み出されて以降、疾病金庫の統合が進み、疾病金庫の総数は一、二二三 (一九九二年一月現在) から一四六 (二〇一二年一月現在) に、とりわけ一般地区疾病金庫はその間に二五九から一二にまで大幅に減少した(39)。

(四) 財政

疾病保険の財源は保険料およびその他の収入により調達される (社会法典五編二二〇条一項)。疾病保険の財源は、伝統的にそのほとんどが保険料によりまかなわれてきたが、二〇〇四年の疾病保険現代化法(40)に基づく法改正により同年以降、連邦政府により「保険外在的給付 (versicherungsfremde Leistung)」(41)のために税財源による補助が行われている (同二二一条)。この連邦支出の規模は小さくなく(42)、疾病保険における財源調達の伝統に変更を加えた。

保険料額は、「保険料義務を課せられる収入 (beitragspflichtige Einnahme)」

(同二二三条二項)に保険料率を乗じて算定されるが、同収入には上限として「保険料算定限度額 (Beitragsbemessungsgrenze)」が定められており(43)、それを上回る分の収入は、同法典上に別段の定めがない限りにおいて、保険料額計算の対象にならない(同条三項)。保険料率は一般保険料率 (allgemeiner Beitragssatz) を基本として、様々な軽減が定められている(同二四三条ないし二四八条)。保険料率は伝統的に疾病金庫の規約 (Satzung) により設定されていたが、疾病保険競争強化法に基づく法改正により、二〇〇九年一月一日以降は法規命令において、さらに二〇一一年一月一日以降は疾病保険財政法(44)に基づく法改正により法律において、連邦統一の一般保険料率 (社会法典五編二四一条) が定められた (法定一般保険料率一五・五%)。これに伴い、疾病金庫により徴収された保険料は連邦保険庁により運営される「保健基金 (Gesundheitsfond)」(同二七一条) に集められ、リスク構造調整が行われた上で連邦補助金とあわせて交付金として疾病金庫に配分されることになった。疾病金庫はこの配分を受けて、なお不足する部分について規約に基づき金庫の構成員から定額の追加保険料を徴収しうるにとどまり(同二四二条一項一段)、疾病金庫の財政自律権は制約された。他方において、選択料金制 (Wahltarif) の導入により、疾病金庫は規約において給付請求権を行使しなかった (あるいはほとんど行使しなかった) 者に対する保険料返還 (Prämienzahlung) や給付カタログを増やした者に対する追加的保険料等を定めることとされた (同五三条) (45)。

保険料は疾病金庫の構成員 (基幹被保険者) と雇用者による分担を基本とし、労使関係が存在しない場合には疾病金庫の構成員のみの負担義務または第三者の負担義務が定められる (同二四九条ないし二五一条)。保険料は伝統的に疾病金庫の構成員と雇用者により折半され分担されてきたが (保険料の労使折半原則)、二〇〇三年の疾病保険現代化法 に基づく法改正により、二〇〇五年七月一日に疾病金庫の構成員のみが負担する〇・九パーセントの追加保険料率が導入された。こ

の追加的負担は、二〇〇七年の疾病保険競争強化法によっても維持され、同法に基づく法改正により、二〇一一年一月一日以降は、一般保険料率から〇・九パーセントを減じたものの半分を雇用者が負担し、残りを疾病金庫の構成員が負担することが原則とされた（社会法典五編二四九条一項前段）。これは、疾病金庫の構成員のみから徴収される追加保険料の導入とともに、賃金付随コストを抑制するかたちで、保険料の労使折半という伝統的原則に変更を加えた。

（五）給付

保険料が疾病金庫の構成員の収入の多寡に応じて算定されるのに対して、給付は被保険者の必要性に応じて行われる。保険給付は現物給付を原則とするが（同二条二項一段）、二〇〇四年一月一日以降、被保険者は費用償還も選択可能になった（同一三条二項）。保険給付はその種類から、妊娠および出産における給付、疾病予防および一定の妊娠予防（避妊手術・中絶手術）等のための給付、疾病の早期発見のための給付、疾病治療のための給付、社会法典九編（障がい者のリハビリテーションおよび社会参加促進に関する法）の規定に基づく医療的リハビリテーション給付の人件費に区別される（同一一条一項）。さらに保険給付は、すべての疾病金庫が提供しなければならない法定給付と、保険者が法律において認められた場合に規約に基づき実施することができる付加給付に区別される(46)。給付が労災保険法（社会法典七編）上の意味における労災および職業病の結果として調達されうる場合には、疾病保険法上の給付請求権は存在しない（社会法典五編一条五項）。疾病保険の給付に対しては「経済性の要請」が本質的原則として妥当し、給付は十分で、目的適合的かつ経済的でなければならず、必要不可欠な程度を超えてはならない（同一二条(47)）。

第二節 保険者自治の法制

一 社会保険における自治の法的根拠

(一) 問題状況

社会保険担当機関（以下、特にことわらない限りにおいて「社会保険」は社会法典四編一条一項の意味において用いる）の法的地位および組織は、社会法典四編において主に規律されており、とりわけ同二九条において、社会保険担当機関の組織形成に関する基本事項が定められている(48)。まず、同条一項は「社会保険担当機関（保険担当機関）（*Träger der Sozialversicherung (Versicherungsträger)*）は自治を備えた、公法上の権利能力ある社団である」と規定し、同編における社会保険担当機関の概念を定義する。疾病保険担当機関は各種の疾病金庫である（社会法典一編二一条二項、同五編四条）。次に、同四編二九条二項は「自治は、四四条に別段の定めがない限りにおいて、被保険者および雇用者によって行われる」と規定し、社会保険担当機関の自治における被保険者および雇用者の同権的参加の原則を定める(49)。さらに、同条三項は「保険担当機関は、法律および保険担当機関に対して基準となるその他の法(*das sonstige für sie maßgebende Recht*)の枠内で自らの任務を固有の責任において遂行する」と規定し、社会保険担当機関に対して任務遂行における法律および法の遵守を義務づける(50)。同項における「法律」概念が形式的または実質的意味のいずれにおいて理解されうるかという点をめぐり見解は必ずしも一致していないが、基本法二〇条三項が執行権全体に対して、したがって社会保険担当機関に対しても「法律および法」への拘束を確立していることを前提に、ここでは「法律」および「法」の両概念により社会保険担当機関の現行法秩序への包括的拘束が意図されているとすることに異論はない。したがって、法規命令および社会保険担当機関の規約（社会法典四編三四条）等の自律法も、同項上の「法律」または「その他の法」のいずれかに属すると解される(51)。連邦直属の社団(52)としての社会保険担当機関（基本法八七条二項）に対する連邦政府の一般的行政規則（基本法八六条前

段)は「その他の法」に属すると解されるが(53)、社会保険担当機関が法的に独立の行政体であることに鑑み(「主体間行政規則 (intersubjektive Verwaltungsvorschrift)」の観念(54))、その内容には直接的国家行政の担い手(官庁等)に対する行政規則とは異なる限界が存在することが強調される(55)。以上の諸原則のほか、自治に関する詳細(任務、権限、組織および国家監督等)は社会法典四編三〇条以下において規律されている。

以上のように社会法典上定められた自治という組織原理については、それが(形式的意味における)法律上の保障にとどまるのか、または基本法からこれに対する憲法上の制度的保障をも演繹しうるのかをめぐり、議論の余地がある。なぜなら、基本法の条文の中には、「社会保険」に言及するものがいくつかあるが(56)、社会保険における自治が制度的に保障されることを明文で規定する条文は存在しないため、以下でみるように、この問題をめぐり多様な解釈が行われうるからである(57)。

(二) 連邦憲法裁判所の判例

連邦憲法裁判所は、すでにいくつかの裁判においてこの問題に取り組んでいる(58)。まず、一九六〇年一〇月一日の決定は、同業組合疾病金庫の設立において被用者の関与を職人委員会(Gesellenausschuss)の同意に限定する法律上の規定が民主政原理に違反するか否かという問題を検討する中で、「基本法二〇条一項および二八条一項に基づく民主政に関する認識から、社会保険の特定の組織形成への具体的要請は演繹されない(59)」と述べた。したがって、かかる見解に立てば、同原理から現行制度におけるような社会保険の組織構造およびその組織原理としての自治の要請を導くこともまた否定されることになる。次に、一九六七年五月二日の決定は、基本法八七条二項(60)を根拠に自治権を主張する異議申立人(年金保険の保険者である州保険庁)に対して、同条項が「憲法の組織規律に帰

属し、いずれにしても連邦と州との間における行政権限の境界づけのための権限規範としてのみ理解されうる(61)」として、社会保険の自治権の憲法的保障を否定した。さらに、一九七四年三月五日の決定は、労災保険の職域的構成に関して「基本法は自立する、相互に独立しかつ自治原理に基づき組織化された保険担当機関の分立構造を要請するわけではない。立法者がもともとは計画し……かつ失業保険においては実現もされたように、法定労災保険全体が唯一の保険担当機関において構成され、かつそれが基本法八七条二項に基づき連邦直属の公法上の社团として組織化されることになっても、それは結論において憲法上疑義はないことになる(62)」とし、社会保険の組織形成における広範な立法裁量を認めた。その後、連邦憲法裁判所は一九七五年四月九日の決定において、上記の諸決定のうち後二者を引用した上で、「社会保険の現存するシステムの憲法上の保障、またはさらに、その支えとなる組織原理の憲法上の保障は、基本法からは演繹されえない」と結論づけた(63)。さらに、同決定においては、社会保険の組織形成が基本的に立法者の裁量に委ねられることが単に容認されるのみならず、むしろ「この領域における恒常的に変化する状況は、その変化を社会保障の利益において組織の領域における新たな解決策により考慮するために、立法者に対して可能な限り多くの自由を残すことを要請する」とされた(64)。

以上から、連邦憲法裁判所は、民主政原理および社会国家原理ならびに基本法八七条二項を考慮してもなお、社会保険の分立的組織構造および組織的原理としての自治は憲法上制度的に保障されておらず、むしろ社会保障領域の特徴に鑑み、その組織形成は立法者の広範な裁量に委ねられることが要請されるとする立場に立つことがわかる。

(三) 学説

社会保険における自治の保障をめぐる議論は、つまるところ社会国家としての

国家の責任をいかに果たすかという点における立法者の裁量の存否または範囲をめぐる議論である。社会保険における自治が憲法上直接に保障されているか否か、すなわち制度的に保障されているか否かという問題に対しては(65)、問題の次元を連邦レベルに限定する場合(66)、以下の二つの立場がとられうる。一つは、基本法に社会保険における自治を保障する明文の規定が存在しないことから、これに対する憲法的保障の余地は存在しないと解する立場である(67)。いま一つは、かかる明文の規定の有無のみならず、憲法上の諸原理、基本法の関連規定の制定過程および社会保険の制度史等も考慮して解釈を行う立場であり、支配的である。この立場に立つ者は、結論において社会保険における自治が憲法上制度的に保障されていると解する者と、法律上保障されるにとどまると解する者とに分かれる。まず、前者においては、憲法の全体像(68)、基本法八七条二項の制定過程も踏まえた同規定の解釈(69)および社会保険の制度史(70)を手がかりに、社会保険担当機関の組織形成に対する積極的な憲法的要請が存在するとして、その自治に対する制度的保障を演繹しようとする。もっともその際に、かかる制度的保障が現に存する社会保険担当機関の存続保障までも含むものではないとする点が強調され、その理論的限界が画される(71)。

これに対して、社会保険における自治の制度的保障を積極的には肯定せず、または否定する論者は、その組織形成が立法者の裁量に委ねられる余地を、暗黙裡に(72)、または憲法上の諸原理および基本法の関連規定の解釈に基づき明確に承認する(73)。もっともその際に、その裁量が無制限なものではなく何らかの憲法的拘束に服することが強調され、社会保険における自治に対する一定の間接的な憲法的保障が論じられる。憲法的拘束の法理としては、民主政原理(74)、「システムの信頼 (Systemtreue)」(75)、財産権 (基本法一四条) (76)等が主張されている。さらに、社会保険における自治が制度的保障を受けないとしても、基本法八七条二項はこれに対して相対的に強い憲法的保障を与えていることを主張する論

者もいる(77)。この場合、立法裁量に対して上記の憲法的拘束の法理が相対的に強く主張されることになろう。

二 保険者自治の組織および権限

(一) 疾病金庫の自治機関の特徴

社会法典四編三五 a 条の意味における疾病金庫、すなわち地区疾病金庫、企業疾病金庫および同業組合疾病金庫ならびに代替金庫においては(78)、運営会議(Verwaltungsrat)という一種類の自治機関のみが存在する(同三一条三 a 項前段)(以下、「運営会議」および「専従理事会」(後述)という場合、それらの機関が設置される疾病金庫は、社会法典四編三五 a 条の意味における疾病金庫である)。かつては疾病金庫においても年金保険および労災保険の担当機関におけると同様に、二種類の自治機関(立法機関の性質をもつ「代表者会議(Vertreterversammlung)」および執行機関の性質をもつ「理事会(Vorstand)」)(同三一条一項前段)が存在した。しかし、一九九二年の保健構造法は、被保険者が加入する疾病金庫についての一般的な選択権を導入して金庫間の競争を生み出すと同時に、疾病金庫の組織を競争に対応しうる体制に改めるために、一九九六年一月一日以降、疾病金庫においては運営会議を唯一の自治機関とし、金庫の運営および代表権限における二つの自治機関の管轄重複を解消した(79)。運営会議には代表者会議が行うべき任務が委ねられ、社会法典における代表者会議またはその議長に関する諸規定は、運営会議またはその議長に対して準用される(同三三条三項前段、中段)。したがって、運営会議は疾病金庫の立法機関の役割を担い、疾病金庫にとって原則的意義を有するすべての決定を行わなくてはならない(社会法典五編一九七条一項一 b 号)。さらに、唯一の自治機関である運営会議またはその議長には、理事会およびその議長の任務の一部も委ねられる(社会法典四編三三条三項後段)。

運営会議はその名称にもかかわらず、運営固有の任務を遂行するわけではなく、運営任務については専従理事会(80)がこれを担う。自治機関の構成員がその活動を名誉職として行うのに対して(同四〇条一項前段)、専従理事会の構成員は専従職としてその活動を行うので(同三五 a 条三項前段)、専従理事会は自治機関にはあたらない。専従理事会は、法律および疾病金庫にとって基準となるその他の法に別段の定めがない限りにおいて、疾病金庫を運営し、裁判上および裁判外において疾病金庫を代表する(同条一項前段)。

(二) 疾病金庫の自治機関の選挙

社会法典四編一条一項前段の意味における社会保険(81)(以下、本節二(二)～(三)においては特にことわらない限りにおいて「社会保険」はこの意味において用いる)担当機関の自治機関の構成員は、「社会保険選挙」(同四五条)、いわゆる「社会選挙」により選出される。社会選挙の基本的事項は社会法典四編において、詳細は社会保険に関する選挙令(82)において規律される。

① 選挙原則

社会選挙の原則は、社会法典四編四五条および四六条において定められる。それによれば、第一に、社会選挙は一般選挙と特別選挙に区別され、前者は六年ごとに選挙領域全域において定期的かつ統一的に実施される。後者は、特別の事由による選挙(保険担当機関の新設のために行われる選挙、選挙無効による再選挙)である(同四五条一項)。第二に、社会選挙は自由かつ秘密の選挙である(同条二項前段)。第三に、社会選挙は比例選挙である(同条二項前段)。被保険者および雇用者は相互に分かれて、自らの代表者(被保険者および雇用者グループの代表者)をそれぞれに推薦名簿(Vorschlagsliste)から選出する(同四六条一項)。選挙結果はドント方式に基づき計算される(同四五条二項中段)。その際、有効な投票の少なくとも五パーセントを有さない推薦名簿は考慮されない(同項後段)。

比例選挙原則により、少数派も自治機関において適切な代表を獲得しうることが保障されるとともに(83)、「五パーセント条項」により、自治機関内の勢力の過度の分散が防止される(84)。

雇用者および被保険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推薦名簿を総合しても定員を超える候補者が生じない場合(すなわち競争が生じない場合)、候補者は選出されたものとみなされる(同四六条二項)。実際に投票行為が行われる本来的意味における選挙が「原選挙(Urwahl)」と呼ばれるのに対して、かかるみなし選挙は「平和選挙(Friedenswahl)」と呼ばれる(85)。平和選挙は、選挙権者が個人レベルで提出することができる推薦名簿である「自由名簿(freie Liste)」(同四八条一項四号)が提出されることにより回避されうる。推薦名簿の提出には、一定の要件を満たす被用者団体およびその連合ならびに雇用者団体およびその連合を除き、署名資格者による一定数の署名を要する(同四八条二項ないし五項)。平和選挙が基本法三八条一項前段または二八条一項二段(連邦または州および地方自治体における選挙原則)に違反するか否かをめぐり、連邦社会裁判所はこれを合憲であるとするが(86)、学説においては違憲性を主張する見解もある(87)。原選挙が行われる場合、選挙権者は自らに郵送されてくる選挙書類により郵便で投票する(同五四条一項)。

② 被保険者または雇用者グループへの帰属

選挙権および被選挙権を通じて疾病金庫の自治機関に間接的に参加するのは、「被保険者グループ」または「雇用者グループ」のいずれかに属する者である(同四七条一項)。グループ帰属性の確定が必要となる理由は、社会選挙が各グループに分かれて行われ(同四六条一項)、かつグループ帰属性が選挙権および被選挙権の付与において基盤とされるからである(同五〇条、五一条)。

疾病金庫において被保険者グループに属するのは、疾病金庫の構成員およびそのときどきに帰属する介護金庫の構成員である(同四七条一項一号)(88)。疾病

金庫の構成員は、義務的被保険者および任意被保険者であり、家族被保険者はこれにあたらぬ(89)。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)。

③ 選挙権および被選挙権

社会選挙における選挙権および被選挙権の要件は、社会法典四編五〇条および五一条においてそれぞれ定められる。それによれば、疾病金庫の社会選挙において選挙権および被選挙権を有するのは、選挙権については選挙告示において指定される日、被選挙権については選挙告示日において、以下の要件を満たす者である。まず選挙権について、同五〇条一項は積極要件として、第一に、被保険者または雇用者グループのいずれか一方への帰属、第二に、年齢が満一六歳に達していること、第三に、欧州連合構成国、欧州経済領域(EWR)加盟国またはスイス国内に住居(Wohnung)もしくは常居所を有し、または規則的にそこで就業もしくは活動する者であることを定める。同条二項は消極要件として、連邦選挙法一三条(欠格条項)を定める(90)。

次に、被選挙権について定める同五一条の内容はやや複雑であるが、積極要件についての基本的事項は同条一項において定められる。すなわち、第一に、被保険者または雇用者のグループのいずれか一方への帰属、第二に、年齢が満一八歳に達していること、第三に、連邦議会選挙権を保有し、または連邦共和国領内において六年以上住居もしくは常居所を有し、または規則的就業もしくは活動を行う者であること、第四に、保険担当機関の区域(Bezirk)すなわち管轄領域内もしくはこの法典の適用領域において当該区域の境界線から一〇〇キロメートルより遠くに離れていない地区における住居の保有もしくは日常的滞在または保険担当機関の区域における規則的就業もしくは活動である。以上が基本的要件であるが、さらに被選挙権を有する者として、雇用者の代理を務めうる者のほか(同条二項)、被保険者および雇用者グループの利益をそれぞれ代表する団体(前者にお

いては労働組合等の被用者代表団体またはその連合、後者においては雇用者団体またはその連合)により、各グループの代表として推薦された受任者(Beauftragte)(同条四項)が定められる。これにより、固有のグループ帰属性を欠く者であっても、各グループを代表する団体または連合の推薦により受任者として被選挙権を有することができる。受任者は各団体または連合にそのメンバーとして属することを要しない。この規定は、社会保険担当機関に経験と専門知識をもつ自治機関の構成員を確保することを目的とする。それと同時に、この規定は、被用者および雇用者の各組織が社会保険にとって有する意味を立法者が考慮していることを表す(91)。もっとも、受任者の数には制限が設けられており(同項中段)、個人の資格における被選挙権が団体および連合により過度に圧迫されないようにする立法者の配慮も推察される。このほか、被選挙権の確定期日後に失業によりグループ帰属性を喪失した者も、当該任期の終了までは被選挙権が保持されることが定められる(同条五 a 項)。これにより、失業者が自治に関与しうる利益の適切な考慮が図られる(92)。消極要件について定める同条六項によれば、被選挙権を持たないのは、連邦選挙法一三条に該当する者、判決により公職就任能力および公的選挙に由来する諸権利を獲得する能力を持たない者、裁判所の命令に基づき自身の財産の処分を制限されている者、直近の選挙以来自らの職務上の義務の重大な違反のために自治機関の構成員の職を罷免されている者等である。

④ 推薦名簿の提出主体

社会法典四編四八条一項は、社会選挙における候補者の推薦名簿を提出する資格を有する主体を定める。疾病金庫の社会選挙においてこの資格を有する主体は、第一に、雇用者団体およびその連合(連合構成員団体の少なくとも三団体が提案資格を放棄する場合のみ)、第二に、雇用者個人、第三に、労働組合(93)その他の自主的な被用者団体(社会・雇用政策的目的を有する団体)(94)およびそれらの

連合（連合構成員団体の少なくとも三団体が提案資格を放棄する場合のみ）、第四に、被保険者個人（ここでいう「被保険者」の範囲は、同四七条に規定される「被保険者グループ」と一致する）である。推薦名簿提出資格を有する主体には、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(95)。したがって、法律上列举された推薦資格を有する諸団体およびその連合は、立法者により社会保険の「当事者」の組織形態として、社会保険担当機関の自治のために任ぜられていると解される(96)。推薦名簿の提出には、前述の通り一定の要件を満たす団体およびその連合を除き署名要件が課される。疾病金庫の社会選挙において署名資格を有する者は、選挙告示日に選挙権の要件を満たす者である（同条三項前段）。名簿提出のために必要な署名数は金庫の規模に応じて異なる（同条二項前段）(97)。

（三）運営会議

① 組織構成

社会法典四編四四一条一項一号は、「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」と規定する(98)。社会保険における自治は、それがドイツの経済共同体を支える社会的パートナーである労使の枠組みに基づいて構成されることにより、非常に重要な重みを持ち、したがって国家政策的に価値の高い、政治的安定性と信頼の要素であるとされる(99)。

疾病金庫の自治機関である運営会議は、最高三〇人の構成員をもち（同四三一条一項二段）、原則的に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（同四四一条一項一号）(100)。運営会議を含め、自治機関の構成員の任期は六年であり、再選も可能である（同五八条二項）。複数の疾病金庫の運営会議の構成員の

兼任は禁止されている（同四三条三項後段）。自治機関の構成員が任期の途中に任意にその職を辞する可能性は法律上規定されていない。自治機関の構成員がその職を任期満了の前に失うのは、第一に、死亡および自治機関の構成員の排除されるべき兼任に至ったとき（同五九条一項）、第二に、運営会議（または理事会）(101)が重大な理由(102)または被選挙権の不存在もしくは事後的喪失に基づき解職決議を行ったとき（同条二項）、第三に、運営会議（または理事会）が重大な職務上の義務違反(103)に基づく罷免決議を行ったときである（同条三項）。解職または罷免決議は当事者の権利を侵害する行政行為にあたるので、当事者には（当該処分が自らの申し出に基づくものでない限りにおいて）事前の聴聞が保障されている（社会法典一〇編二四条）。運営会議の構成員の解職または罷免決議に関して、当該構成員は当該決議を行った運営会議に対して当該決議の告知後一か月以内に（社会裁判所法八四条一項）不服申立てを行うことができる（同法七七条以下）。さらに、運営会議がなお当該決議を是正しない場合には、規約により定められた機関が当該不服申立てを審査する（同法八五条二項二号）(104)。不服申立ての後には当該決議の取消訴訟を提起することも可能である（同法五四条一項）。

運営会議を含め、自治機関はその構成員の中から議長および議長代理を選出し、両者は原則として（例外は代替金庫）異なるグループに属さなければならない（社会法典四編六二条一項）。自治機関の議長または議長代理は、自身に対する不信任決議により解任されうるとともに、議長または議長代理が自らの希望に基づきその職を辞することも可能である（同六二条五項）(105)。自治機関の議長の任務には、会議を招集し（同六三条二項）指揮することおよび決議の実施を促し監督することがある。以上の通常任務のほか、運営会議の議長には（理事会の議長と同様に）、自治機関の違法な決議に対して、書面により理由を付し、かつ再決議のための適切な期限を定めて異議を述べる特別の任務が課せられる（同三八条、三三条三項後段）。原則として同権的な自治機関の構成は、保険担当機関の事務の円滑

な進行のために、議長がバランスのとれた非党派的な立場において職務果たすことを要請する(106)。

② 運営会議の構成員の法的地位

運営会議の構成員を含め、自治機関の構成員は、その活動を名誉職的に行う(同四〇条一項前段)。名誉職の本質は、その職の保持者が自らの良心にのみ責任をもち、かつ指示に拘束されないことを前提とすることにある(107)。したがって、自治機関の構成員は、社会選挙における提案名簿提出主体の指示からも独立している。自治機関の構成員は名誉職保持者としての活動を一人ではなく、むしろ自治機関の合議において展開する。したがって、自治機関の構成員は保険担当機関の利益を他の構成員と一緒に代表しなければならない、一方的に自らが属するグループの利益のみを実現してはならない。もっとも、彼らが被保険者または雇用者の代表としてそれぞれの特殊利益の正統な代表者であることは否定されない(108)。

自治機関の構成員には、その選出により公職の遂行権が生じる。自治機関構成員は名誉職の引き受けもしくは遂行を妨害されてはならず、またはそれを理由に不利に扱われてはならない(同四〇条二項)。同様に、自治機関の構成員にはその職の引き受けまたは実施における義務も生じる。まず、自治機関の構成員は、一方において自らに付与された権限の限界を超えてはならず、他方において権限ある領域における任務を完全に遂行しなければならない。彼らはすべての決定において、法および法律適合性の原理によらなければならない。次に、名誉職が指示に拘束されないことを前提とし、かつ公職の機能が非党派性および非利己性を求めることから、自治機関の構成員は個々の人物または集団を利することも不利に扱うことも行ってはならず、個人的利益も追求してはならない。彼らはむしろ、社会保険担当機関において結成されたリスク共同体(Gefahrenengemeinschaft)全体の代表者であって、その活動は社会保険担当機関の利益に嚮導されていなければならない、反対にその不利益になるようなすべての行動を控えなければならない

という意味で誠実義務も負う(109)。例えば、一定の条件の下で、自治機関の構成員が自治機関の会議および決議に出席することを制限する規定は、かかる中立性を担保する(110)。非中立的構成員の関与の下で行われた決議に対しては、運営会議（または理事会）の議長は異議を述べなければならない（同三八条一項、三三条三項後段）。さらに、自治機関の構成員には法律上の義務または会議の非公開性から演繹される職務上の秘密保持義務が生ずる(111)。

自治機関の構成員の職務上の義務違反(112)により損害が生じた場合に外部関係または内部関係において生ずる賠償責任は、社会法典四編四二条において規律される。前者は、自治機関の構成員が高権的活動の実施において第三者に対して負う職務上の義務違反により損害を生ぜしめた場合であり、その賠償責任については民法典八三九条および基本法三四条が適用され（社会法典四編四二条一項）、社会保険担当機関がこれを代位する(113)。後者は、自治機関の構成員が故意または重過失による職務上の義務違反により損害を生ぜしめた場合であり、自治機関の構成員は社会保険担当機関に対して賠償責任を負う（同四二条二項）。

③ 会議の公開

運営会議において、協議事項が社会保険担当機関の人事、土地の購入または秘匿を要する事実（社会法典一編三五条）にかかわらない限りにおいて、会議は原則として公開である（社会法典四編六三条三項中段）。運営会議は協議事項が上記以外の事柄に関する場合においても例外として会議を非公開にすることができるが、その場合には決議を公開の会議において公表しなければならない(同項後段)。かかる公開性の排除には特別の客観的理由が必要であるとされ、自治機関はそれについて厳格な基準を設けなければならないとされる(114)。会議が原則的に公開されることにより、その活動の透明性が高まり、被保険者の自治への関心が促進され、同時に自治機関の活動のよりよい統制が可能になるとされる(115)。

④ 任務と権限

a 概観

運営会議の任務および権限は社会法典五編一九七条において規律されている。同条一項は、運営会議が「とりわけ」担わなければならない任務として、規約およびその他の自律法 (*autonomes Recht*) の決議 (一号)、専従理事会の監督 (一 a 号)、疾病金庫にとって原則的意義のあるすべての決定 (一 b 号)、財政計画 (*Haushaltsplan*) の確定 (二号)、年次会計を理由とする専従理事会の免責の決議 (三号)、専従理事会およびその構成員に対する疾病金庫の代表 (四号)、土地の獲得、売却または物権設定 (*Belastung*) および建物設置の決議 (五号)、金庫の解散または他の疾病金庫との任意の統合の決議 (六号) を定める。さらに、同条二項は運営会議が事務および運営書類の全体を閲覧および検査しうること、同条三項は、運営会議が自らの任務を遂行するために専門委員会を形成すべきことを定める。同条の規定は排他性をもたないため、運営会議の任務はこのほかにも法律上定められている(116)。以下では、運営会議の任務の中で特に重要なものを、すでに説明したこととの重複を避けて説明する。

b 自律法の制定

社会法典四編二九条三項は「保険担当機関は、法律および保険担当機関に対して基準となるその他の法の枠内で自らの任務を固有の責任において遂行する」と規定する。自治機関は、法律上認められた権限の範囲内においてのみ、法的拘束力をもって行動し、その任務の遂行において国家から法的に独立する。立法機関としての役割を有する運営会議の最大の任務は、自律法の制定である。自律的立法権限は、第三者効を備えた、法律を補完する法を制定する権限である。法律の規定または上位法に違反する自律法は無効である(117)。

運営会議が制定する自律法には、規約、金庫に雇用される職員の服務規則 (*Dienstordnung*) および服務規則の存立部分としての俸給計画 (*Besoldungsplan*) が含まれる(118)。これに対して、自治機関の議事規則

(Geschäftsordnung)は、自治機関の内部においてのみ拘束力をもって内部事項を規律するので、法規の性質をもたず自律法とはいえない(119)。自律法の中で最も重要なものが「社会保険担当機関の憲法」と呼ばれる規約(社会法典四編三四条)の決議である。社会法典四編三四条一項は、すべての社会保険担当機関に規約の制定を義務づけ、その有効性の条件として監督官庁の認可を定める(120)。規約は客観的法規範であり、法規範の序列の中では憲法、形式的意味における法律および法規命令に次ぐ第四位に位置する。規約の認可権限を有する官庁は、疾病保険においては監督官庁(後述)である(社会法典五編一九五条、同四編九〇条)。

規約の内容は、社会法典四編三四条においては詳細に定められておらず、同編の同条以外の規定および各社会保険部門の保険担当機関にとって基準となる給付法から生ずる。疾病保険において特徴的であるのは、規約が定めるべき実体法的最小限度の内容に関する法律上の規定が存在する点である(121)。社会法典五編一九四条一項は、すべての疾病金庫の規約が以下の事項を含まなければならないことを定める。すなわち、疾病金庫の名称および所在地(一号)、疾病金庫の区域および構成員の範囲(二号)、法律により定められていない限りにおける給付の種類および範囲(三号)、二四二条に基づく追加保険料の確定、支払い期限および支払い(四号)、機関の構成員数(五号)、機関の権利および義務(六号)、運営会議の決議の方法(七号)、機関構成員のための補償の算定(八号)、経営および会計の年次検査等(九号)、不服審査機関(Widerspruchsstelle)の構成および所在地(一〇号)、公告の方法(一一号)。同条二項は、「規約は法定疾病保険の任務に矛盾する規定を含んではならない。規約はこの法典が許容する限りにおいて給付を規定してよい」と定め、規約内容の消極的限界を示す。

同条一項三号は、「法律により規定されていない範囲における給付の種類と範囲」を義務的な規約事項とする。義務保険(強制保険)としての社会保険の本質に根ざすのは、同等の種類と範囲の保険給付を適用することであり、社会保険におい

ては「通常給付」と呼ばれる給付の最小限度が立法者により規範化される。かかる統一化にもかかわらず、社会保険担当機関の自治機関には、法律の枠内において「付加給付」と呼ばれる法定最小限度を超える給付を形成しうる一定の余地が認められている(122)。疾病保険においては、かつてライヒ保険法が多くの付加給付を認めたが(123)、それらは後に広く法律上の通常給付に変更された。現行法上、付加給付は法律上規定された裁量給付という形態において認められる。裁量給付には、裁量が認められる場合の法律上の文言の違いにより可能給付(Kann-leistung)(例えば社会法典五編二三条二項前段、同条四項前段)および当為給付(Soll-leistung)(例えば同二〇条一項、二三条七項)と呼ばれる二種類がある(124)。前者が裁量規律の通常の状態であり、裁量給付を導入するか否か、導入する場合にいかなる範囲で導入するかについては、疾病金庫の規約がこれを定めなければならない(同一九四条一項三号)。後者は、他の要素への依存性を考慮に入れた規定の仕方であり、例えば裁量給付に関して連邦疾病金庫中央連合が指針を出しているような場合である(同二〇条一項後段)。疾病金庫の付加給付が認められているのは主に疾病予防の領域であり、この領域は自治の重要かつ責務ある活動領域であるとされる(125)。

c 専従理事会の選出、解職・罷免および監督

一九九二年の保健構造法に基づく一般的な金庫選択権の導入とそれに伴い形成された疾病金庫間の競争に対応するために行われた疾病金庫の組織改革により、疾病金庫の運営に関する任務と権限の多くは、新たに導入された専従理事会に委ねられた。運営会議は、専従理事会の構成員を六年までの任期で選出し(再選も可能)(社会法典四編三五 a 条三項後段、五項前段)、それぞれの構成員との雇用契約の締結を決議しなければならない(126)。専従理事会の定員は、構成員が五〇、〇〇〇人までの金庫においては最高二人、同じく五〇、〇〇〇人を超える金庫においては最高三人であり(同条四項一段)、規約で定められる(社会法典五編一九

四条一項五号)。専従理事会の構成員の選出において運営会議が考慮しなくてはならないのは、疾病金庫の業務における研修または大学教育に基づき、かつ際立った指導的地位における複数年の実務経験において、疾病金庫の運営に必要な専門的資質が備わっていることである（社会法典四編三五 a 条六項前段）。社会法典四編三五 a 条は専従理事会の構成員の報酬の多寡を規律していないので、疾病金庫は経済性の要請および節約性の原則の下(127)、個別的に要請される能力およびそのときどきの市況に相応した報酬を規約で定めなければならない(128)。専従理事会の構成員の年間報酬高（副次的給付等を含む）は、毎年一回、連邦広報および当該金庫の構成員向けの刊行物において公表される（同条六項中段）。この透明性を指向するルールは、疾病金庫の構成員の保険料の用途に関する情報ニーズを考慮するとともに、それが公的財源の投入にかかわる問題であることから、保険料支払者のみならず公衆の情報ニーズをも考慮するとされる(129)。

運営会議は、専従理事会に対して包括的な監督権限を有する（社会法典五編一九七条一項一 a 号）。運営会議は、一方において事務および運営書類全体の閲覧権および検査権に基づき（同条二項）、他方において専従理事会の運営会議に対する報告義務に基づき（社会法典四編三五 a 条二項）情報を収集することにより、専従理事会の任務遂行を監督する。もともと、運営会議は専従理事会に対して一般的・包括的な指示権をもたず（したがって両機関は上位 - 下位の秩序関係に立たない）、前者は後者に配分された経常的運営事務について自らが代替して決定を行う権限をもたない(130)。運営会議と専従理事会との間には「信頼に満ちた協力（Zusammenarbeit）の原理」が妥当するので(131)、意見の相違における対立は解消されるべきである。対立解消の究極的な方法は、運営会議による専従理事会の構成員の解職（Amtsentbindung）および罷免（Amtsenthebung）であり、この要件については、自治機関の構成員の解職および罷免について定める社会法典四編五九条二項および三項が準用される（同三五 a 条七項前段）。運営会議が専

従理事会構成員を解職または罷免する理由は、秩序に即した職務履行のための適格性の欠如または運営会議による不信任（Vertrauensentzug）でもよい（同三五 a 条七項中段）。運営会議が適切な期間内に必要な罷免決議を行わない場合、監督官庁は当該構成員を罷免しなければならない（同項後段）。

d 原則的問題の決定

運営会議は疾病金庫の原則的意義のあるすべての決定をする権限をもつ（社会法典五編一九七条一項一 b 号）。運営会議と専従理事会との間における前述の協力的枠組みにおいて、運営会議の専従理事会に対する関与権限が対象とするのは、経常的運営事務および原則的法問題ではなく、内部組織および運営行為の基本問題のように大きな組織的、経済的もしくは法的射程範囲をもつ運営政策的措置または重要な人事決定に限定される。運営会議の最優先の任務は、何が原則的意義をもつ事項であるかを確定すること、それに応じた行為ツールを具体化すること、手続を形成することおよびそれらを明確に規約において規律することである。もともと、専従理事会には、政策的および競争的挑戦を克服するための経営的自由余地が残されていない(132)。

（四）専従理事会

① 任務と権限

運営会議により選出された専従理事会は疾病金庫の自治機関ではないが、疾病金庫の一つの機関として金庫を運営し、法律および疾病金庫にとって基準となるその他の法が別段の定めをおかない限りにおいて、裁判上および裁判外で金庫を代表する（社会法典四編三五 a 条一項一段）。その限りにおいて、運営会議には代表権限がない。専従理事会の構成員は、専従理事会が定める指針(133)の枠内において、固有の責任により自らの職務を履行する（同項三段）。

専従理事会は運営会議に対して報告義務を負っており、運営会議が決議した原

則的意義のある事項の実施(同条二項前段一号)、財政的状況および展開の予測(同段二号)ならびにその他の重大な理由から運営会議の議長に報告されるべき事柄(同項後段)について報告義務を負う。もっとも、専従理事会は法律上配分された権限を固有の権利に基づき遂行するので、専従理事会には経営的自由が残されたままでなければならない。両者のかかる相互関係から、専従理事会の任務に属するのは、内部関係および外部関係における疾病金庫の代表、運営会議により定められた原則の枠内における経営方策の確定、固有施設の設置および解体、土地の賃貸借、他の社会保険担当機関および給付提供者との契約および協定の締結、運営の調整および指揮、職員管理、財政計画(案)の作成、流動的需要に必要な経営資金の処分ならびに積立金の管理および投資、財政計画の枠内における事務需要の調達等である(134)。

② 専従理事会の構成員の法的地位

専従理事会の構成員は、一方において、疾病金庫の代表者としての組織法上の地位に特徴づけられ、他方において、疾病金庫との雇用関係に基づき、雇用法または労働法上の地位に立つ(135)。専従理事会の賠償責任は、自治機関の構成員の損害賠償責任を規律する社会法典四編四二条ではなく、社会保険担当機関の他の職員と同様に雇用法に基づく(136)。

三 国家監督

(一) 国家監督の意義

社会保険担当機関は、自治を備えた権利能力ある公法上の社団として、法律上配分された公的任務を固有の責任において遂行するために高権を付与されており、規約の制定、行政行為および保険料の徴収を行うことができる(137)。社会保険担当機関は執行権に属する行政体であり、したがって法律および法に拘束される(基本法二〇条三項)。しかし、社会保険担当機関は「大臣行政

(Ministerialverwaltung)」(138)と呼ばれる、大臣のヒエラルヒッシュな指示権に貫かれた行政の体系から外れるため(139)、その任務が法律および法により適切に遂行されることを国家（連邦および州）が保障する必要がある。そのために不可欠な手段が国家監督（Staatsaufsicht/staatliche Aufsicht）であり、それは社団を広義における国家的領域へと引き入れることから生じるものであって、高権的手段を用いて公的任務を遂行する自治と不可欠な相互関係をなす(140)。公法上の社団に対する国家監督の詳細は、本質的には地方自治体に対するそれに相応するが、全く同じというわけではなく(141)、社会保険担当機関に対する国家監督は社会法典四編八七条ないし九〇a条においてその基本的事項を規律される。同八七条ないし九〇a条の意味における社会保険担当機関とは、自治と監督の密接な関係に基づき、同二九条におけるそれと同様の意味である(142)。

社会法典四編八七条一項は、「保険担当機関は国家監督に服する。それは法律および保険担当機関に対して基準となるその他の法の遵守を対象とする」と規定し、社会保険担当機関に対する一般的国家監督が、原則として適法性審査に限定された法監督（Rechtsaufsicht）であることを定める。同条二項は「法定労災保険における予防領域においては、国家監督は措置の範囲および目的適合性をも対象とする」と規定し、当該領域においては例外的に、適法性のみならず合目的性の審査も行われる専門監督（Fachaufsicht）が含まれることを定める。社会保険領域において国家監督という上位概念の下には、同条の意味における一般的監督としての法監督および専門監督のほかに、認可留保を典型とする国家による直接の影響力行使、いわゆる関与権（Mitwirkungsrecht）が包摂される。国家監督の以上の三つの形態のすべては、一つの、かつ同じ監督官庁に属するが、それぞれ別々に行われる(143)。社会保険担当機関の監督官庁は同九〇条において規定されており、それによれば疾病金庫の監督官庁は疾病金庫の管轄領域を基準として(144)、以下のように定められる。第一に、その管轄領域が一つの州を超えるもの（連邦

直属の社会保険担当機関)については連邦保険庁(同条一項前段)、第二に、その管轄領域が一つの州を超えないもの(州直属の社会保険担当機関)については社会保険を所轄する州の最上級行政庁または州政府により法規命令で定められた官庁(同条二項)、第三に、その管轄領域が一つの州を超えるが三つの州を超えず、かつ監督を行う州が関係する諸州によって定められているものについては、第一の規律にかかわらず、第二の規律が同様に適用される(同条三項)。

公法上の社团と国家監督の関係をめぐり、国家監督により可能な限り統一体として守られるべき国家への社团の「拘束」が保障され、公法上の社团に付与された自律(Autonomie)が法的に定められた枠組みの遵守へと制限されるべきなのか、または両者の協働(Kooperation)関係において公共善(Gemeinwohl)の実現という共通の目的が追求されるべきなのかが問題とされる(145)。社会保険領域においては、自治と国家監督は相互に重なり合い、そして両者がともに「社会保険の任務を可能な限り善く実現するための統一体」を形成することが強調される(146)。国家監督は、社会保険担当機関による秩序に即した任務遂行の保障という目的を果たすために、それらの違法な行為に際しては必要に応じて社会保険担当機関の運営に介入する権限と結びついている。もっとも、監督官庁と社会保険担当機関はヒエラルヒー構造における上位-下位関係に立つわけではない(147)。自治を備える社团に対する国家監督の行使には、通常、比例原則、自治親和的行動の原則または段階的介入原則が適用される(148)。

(二) 一般的国家監督

社会法典四編八七条一項における一般的国家監督は、純粹な法監督すなわち適法性審査に限定される。疾病金庫は固有事務として疾病保険の任務を遂行する限りにおいて、法監督にのみ服する(149)。同項における法監督は、保険担当機関のすべての機関および下部組織の行為全体におよび、かつその基準は公法的規範に

限定されない。法監督は刑事的性格をもたず、秩序維持機能を追求する(150)。一般的国家監督に対しては便宜主義（**Opportunitätsprinzip**）が妥当するため、監督官庁が確認した法違反について、これに介入するか否かの判断は、原則として監督官庁の判断に委ねられる(151)。これに対して、専門監督は合目的性審査も含み、常に特別の法律上の授權を要する(152)。一般的国家監督における基本的な手段は、社会法典四編八八条において定められている。それによれば、監督官庁は社会保険担当機関の事務および会計の実施について検査する権限を有する（同条一項）。監督官庁がこの検査権限の行使のために具体的にいかなる手段を用いることができるかについて、これを定める法律上の規定はなく、したがって監督官庁は監督の目的達成のために必要な、かつ長い間実務の中で発展されたすべての手段を、比例原則の下で法律上の明文の規定を要することなく用いることができるとされる(153)。

疾病金庫に関してはこれとは別に、社会法典五編二七四条において義務的な検査も定められている(154)。それによれば、監督官庁は少なくとも五年ごとにすべての疾病金庫の事務、会計および経営状況を検査しなければならない(一項一段)。国家監督ではないが監督の特別な形態として、会計検査院も疾病金庫に連邦の財源が投入されている限りにおいて検査権を有する（四項）(155)。監督官庁が同条一項の監督とは別に社会法典四編八八条以下の監督を行うか否かは、監督官庁の判断に委ねられる(156)。監督官庁による検査の対象は、社会保険担当機関ならびにその自治機関および職員の、対内的および対外的なすべての行為であるが、法文上明記された「事務および会計の実施」（社会法典四編八八条一項）、疾病金庫においては「事務、会計および経営の実施」（社会法典五編二七四条一項）が中心となる(157)。監督官庁の包括的検査権限に相応して、社会保険担当機関に対しては、義務的な検査権限に基づく監督権行使のために要請されるすべての書類および情報を監督官庁の求めに応じて提供する義務が課せられる（社会法典四編八八

条二項、社会法典五編二七四条一項五段)。

一般的国家監督としての法監督の目的である法秩序の保障は、緊急時に強制力を伴う執行を可能にする監督措置が利用可能である場合においてしか達成されえない。したがって、監督官庁の自己介入権限が個別的に定められているほか、社会法典四編八九条は法監督の実効性を担保するための監督措置を（原則として排他的に）定め、同時に監督権限の行使における比例原則を定める(158)。監督官庁が利用可能な行政執行法上の手段は、代執行、強制金および直接強制であり(159)、その際に監督官庁は、予告、確定および適用の三段階の行政執行手続を義務づけられると解される(160)。監督官庁がとりうる措置はそのほかに個別的にも規定されており、疾病保険においては最も影響が大きな措置として疾病金庫の閉鎖がある。閉鎖は法律上定められた理由に基づいてしか行われえない(161)。

国家監督の権限行使としての監督官庁の措置が「指示 (Anordnung)」に該当する場合、社会保険担当機関は、当該措置が法監督であるか専門監督であるかにかかわらず(162)、「監督訴訟 (Aufsichtsklage)」を提起することができる（社会裁判所法五四条三項(163)）。監督官庁の「指示」とは、行政行為に限定されず、監督官庁が自治担当機関の権利領域を侵害するすべての措置である(164)。

(三) 関与権

関与権は国家による社会保険担当機関の措置の実施への直接的影響力行使を可能にする権限である(165)。通説によればそれは独自の国家監督の類型として、社会法典八七条における一般的国家監督と区別されることが可能であり、委任事務の遂行以外においても合目的性審査を認められていると解される(166)。関与権は常に特別の法律上の授権を必要とし、社会保険担当機関の行為のうち、その重要性から法的有効性が国家的審査の後に初めて認められるべきものについて、通常は認可留保の形式において法律上規定される(167)。認可留保の主な対象は、自律

法の立法行為および財政的措置（財政計画の策定のみならず個別的措置も含む）である。認可の審査基準には、疾病金庫の規約を除いて、適法性のみならず合目的性も含まれると解されている(168)。かかる監督官庁の認可権限の留保の目的は、社会保険担当機関の自律を国家およびその行政機能の枠組みに適合させることであるとされる(169)。

疾病金庫の規約の認可（社会法典五編一九五条一項）の申請に対する監督官庁の審査基準が適法性に限定されるという点において、学説および判例は一致している(170)。規約が本来であれば認可されてはならなかったような事態が生じた場合、監督官庁は、疾病金庫に一定の期限までに必要な変更を行うことを命ずることができ、疾病金庫が期限までに当該命令に従わない場合には、自ら必要な変更を行うことができる（同一九五条二項前段、中段）。規約と同様に、服務規則も監督官庁の認可が留保されている（ライヒ保険法三五五条二項前段）(171)。疾病金庫の服務規則の認可は、「重大な理由がある場合、とりわけ職員の数および俸給がその任務に対して著しい不均衡にある場合においてしか拒否されてはならない」（同項後段）(172)。監督官庁は服務規則の認可の審査において、原則として適法性審査のみならず合目的性審査も行うことができるが、合目的性審査は、それにより自治機関の立法権限を過度に制限してはならず、かつ規範目的に適合しなくてはならないとされる(173)。

監督官庁は社会保険担当機関の財政計画(174)に対しても関与権を有する。財政計画に関する監督官庁の関与の方法は社会保険担当機関により異なる（社会法典四編七〇条二項ないし五項）。疾病金庫は、監督官庁に求められた場合には専従理事会により作成された財政計画案（運営会議の決議前のもの）を提出しなければならない（同条五項一段）。監督官庁は提出された財政計画が法律または疾病金庫にとって基準となるその他の法に違反する限りにおいて、とりわけ疾病金庫の義務履行のための経済的給付能力が当該財政計画により危険にさらされる限りにお

いて、その提出から一か月以内にこれについて異議を述べることができる（同項四段）(175)。財政計画のほか、社会保険担当機関の特定の財政措置（費用見積が一定額を超える土地の獲得および賃借ならびに建物の設置等）についても監督官庁の認可が留保されており（同編八五条）、その際の審査基準には、通説によれば合目的性審査も含まれる(176)。

規約または服務規則に対する監督官庁の認可は行政行為であり、規約の認可の拒否に対しては、行政行為の拒否として取消訴訟および義務付け訴訟を社会裁判所に提起することができるほか（社会裁判所法五四条一項）(177)、監督訴訟（同条三項）により認可の拒否の取消しおよび認可の義務付けを求めることも学説および判例上否定されていない(178)。

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、一つの問いが生ずる。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は何かという問いである(179)。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(180)、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。そのために、ここではクルートによる機能的

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(182)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 原理に導かれた根拠づけ(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同業(者)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主体に適用可能である場合のみ)(186)、⑥行政の分権化を挙げる。もっとも、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ともに支えるものであるという(187)。いま一つは、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のいず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(188)。したがって、自治概念の定義からすれば(189)、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)。次に、当事者参加の現象が、個々の機能的自治主体において、②ないし⑤のいずれによって根拠づけられるのか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同業(者)原理と(191)、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、ガイスは、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す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(200)。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、社会保険の歴史的発展に対する認識の誤り(201)、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」(202)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*)に関係する。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、むしろ許容されうる例外である」(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根拠づけに寄与するが、クルートによれば「再分配は連帯のための十分に事物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うる。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うる。社会的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(210)、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(211)、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う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(212)、その証左であるといえる。

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(213)、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。もっとも、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(218)、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ない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(220)、「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ない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り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)が問題となってい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)の中における根拠づけ(Rechtfertigung)を必要とする」(224)。かかる「公権力の有する根拠づけ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う(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関係する自治を「全体としての国家」に関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関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関係をめぐり、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えられる。もっとも、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。

注

- (1) 制度概要について、vgl., Wolfgang Gitter/Jochem Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2001, S. 44ff.; Raimund Waltermann, Sozialrecht, 9. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011, S. 71ff.
- (2) 一九八九年一月一日に保健改革法 (Gesundheits-Reformgesetz vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477)) が発効し、それまで適用されていたライヒ保険法 (Reichsversicherungsordnung) 二編の規定は社会法典五編に編入された。ただし、組織法に関するライヒ保険法の規定はなお有効である。
- (3) Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte vom 10. August 1972 (BGBl. I S. 1433); Zweites Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477, 2557).
- (4) Künstlersozialversicherungsgesetz vom 27. Juli 1981 (BGBl. I S. 705).
- (5) とりわけ近年の制度改正に関する詳細については、健康保険組合連合会「ドイツの医療保険制度改革追跡調査報告書 (平成二一年六月)」 (http://www.kenporen.com/include/outline/pdf/chosa20_01_kaigai.pdf) も参照。
- (6) 本来的意味における社会保険に含まれるのは、社会法典一編四条二項に列挙される疾病保険、介護保険、労災保険および農業経営者老齢保険を含む年金保険である。しかし、雇用促進 (Arbeitsförderung) のうち少なくとも保険料に基づく失業保険 (失業手当) の部分は、それが社会法典一編三条二項および一九条によれば雇用促進法に含まれるにもかかわらず、広義における社会保険に含まれると解するのが体系的に妥当であるとされる。Vgl. Waltermann, a. a. O., S. 55; Rohland Wietek, in: Jürgen Winkler (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung. Lehr- und Praxiskommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2007 [以下、SGB IV-Kommentar と略記]、Art. 1 Rdn. 18f.
- (7) 私保険と社会保険の近接性について、vgl. Waltermann, a. a. O., S. 56f.
- (8) Georg Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Tübingen 1965, S. 25.
- (9) Vgl. auch Gitter/Schmitt, a. a. O., S. 33; Waltermann, a. a. O., S. 57. もっとも、社会保険が「保険」であることをいかなる要素に求めるかについては、ドイツにおいて議論がある。議論状況について、太田匡彦「社会保険における保険性の在処をめぐって——ドイツを手掛かりとした基礎的考察——」社会保障法一三号 (一九九八年) 七二頁以下参照。
- (10) Waltermann, a. a. O., S. 58f.
- (11) 連帯原則について、vgl. Gitter/Schmitt, a. a. O., S. 21. 連帯原則は、「立法者が社会国家原理に相応して、優位する経済的および社会的理由から公共善に資するまたはそのように認められうる措置を行う場合、個人はそれを甘受しなければならない」(BVerfGE 29, 260 (267)) ことであるとされる。
- (12) 社会法典五編三条は、「連帯的財政」というタイトルの下で、疾病金庫の構成員 (基幹被保険者) および雇用者が支払う保険料が通常は金庫構成員の収入に応じて計算されることならば家族被保険者が無拠出であることを定めている。

- (13) 家族被保険者については社会法典五編一〇条が規律する。疾病金庫の構成員の配偶者・パートナーおよびそれらの子は、収入、就業、年齢（子のみ）および保険加入状態等に関する要件を満たす場合、家族被保険者となる。家族保険が、疾病保険を特徴づける社会的調整の本質的要素であると評価されていることについて、vgl. Katrin Just, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen(Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, München 2008 [以下、SGB V-Kommentar と略記]、Art. 10 Rdn. 1.
- (14) 疾病保険における連帯原則についてかかる理解を示すものとして、vgl. Stefan Werber, Die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung. Gestaltungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers, Berlin 1995, S. 23ff.; Waltermann, a. a. O., S. 58. ヴァルターマンは、疾病手当（社会法典五編四四四条）のかたちで行われる賃金補償が労働報酬および労働収入の七〇パーセントと法定されている（同四七条一項）ことも、疾病保険における社会的調整の具体化であると理解する。
- (15) 社会保険法上の「従業」概念について、社会法典四編七条一項は以下のように定義する。「従業は、とりわけ労働関係における非自立的労働である。従業への連結点は、指示に基づく活動と指示者の労働組織への組み入れである」。
- (16) 二〇一二年における年間労働報酬限度額は五〇、八五〇ユーロである (<http://www.bmg.bund.de/ministerium/press/pressmitteilungen/2011-04/anderungen-zum-1-januar-2012.html>)。なお、労働報酬が定期的に月額四〇〇ユーロを超えない等の要件を満たす僅少労働（社会法典四編八条、八 a 条）に従事する者に対して保険義務は課せられない（社会法典五編七条一項）。
- (17) Gitter/Schmitt, a. a. O., S. 51.
- (18) Fremdrentengesetz vom 25. Februar 1960 (BGBl. I S. 93).
- (19) Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung vom 22. Dezember 1970 (BGBl. I S. 1846).
- (20) 社会法典五編五条一項参照。
- (21) Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 378).
- (22) Waltermann, a. a. O., S. 82f.
- (23) 民間疾病保険と（法定）疾病保険の関係について、川端勇樹「ドイツ民間医療保険市場の動向——公的医療保険との関連と民間医療保険業界の展望」損保ジャパンクォーターリー五〇巻（二〇〇八年）二頁以下参照。
- (24) 社会法典二五七条二 a 項。標準料金制とは、法律上特定された人的範囲（とりわけ経済的理由から特に割安の疾病保険を必要とする者）のみを対象として（法定）疾病保険に準じた保険料と給付を内容とする、民間保険会社間において統一的な民間疾病保険である。概要について、vgl. Verband der privaten Krankenversicherung, Der Standardtarif (2007) (<http://www.pkv-ombudsmann.de/service/nuetzliche-informationen-des-pkv-verbandes/der-standardtarif.pdf>)。その導入の経緯について、同上一三 - 一四頁参照。
- (25) 保険契約法 (Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631)) 一九三条三項。
- (26) 保険監督法 (Versicherungsaufsichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2)) 一二条一 a 項。基本料金制とは、代替的医療保険 (substitutive

Krankenversicherung) (社会保険システムにおける疾病または介護保険の保障に完全に代替する私保険としての疾病保険) を販売するすべての民間保険会社が提供しなければならない、統一的な保険内容である。基本料金制による給付の具体的基準の設定は、連邦財務大臣の専門監督(本稿第二章第二節三(一)参照)の下で、民間疾病保険連合会に委任される(同条一d項)。同連合会により設定されるこの基準は「法律より下位の法規範」であり、その設定行為は高権的規範設定行為である(Stefan Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 315 Rdn. 11)。

(法定) 疾病保険と民間疾病保険の関係を大きく変えた二〇〇七年の疾病保険競争強化法およびその規律内容を部分的に引き継いだ保険契約法改正法(Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631))に基づく法改正に対しては、民間保険会社(株式会社・相互会社)およびそれらの被保険者により複数の憲法異議が申し立てられた。基本料金制については、それが契約強制および解約権行使の禁止との結合において民間疾病保険者の職業行使の自由(基本法一二条一項)を侵害するか否か、さらに契約強制が相互会社に対しては結社の自由(基本法九条一項)を侵害するか否かがとりわけ問題とされた。これに対して連邦憲法裁判所(BVerfGE 123, 186)は、まず前者の点について、基本料金制が確かに民間保険会社の職業行使を制限するが、それは民間保険の公共の利益への許容される社会国家的な貢献であり、かかる制限は疾病保険競争強化法の目的(全住民に対する疾病時保障の確保)により正当化されるとして、これを基本法に合致すると判断した。次に後者の点について、連邦憲法裁判所は、本件異議申立人のような大規模な相互保険会社においては、基本料金制に基づく保険提供の申込者に対してその者を自らの構成員とすることなく純粋な契約として営業保険を提供することが保険監督法上認められていることから、契約強制は当該相互会社の結社の自由の侵害にあたらぬとし、これを基本法に合致すると判断した。これに対して、構成員以外への保険の提供が保険監督法上認められていない小規模な相互会社に対する契約強制がその結社の自由を侵害するか否かという点については、同決定においては判断がなされなかった。この点について、別の憲法異議において、連邦憲法裁判所(BVerfGE 124, 25)は、基本料金制における一般的な契約強制は、本件異議申立人のような特定の信仰および職業を基準として構成員資格が限定された小規模な相互会社に対しては、結社の自由の侵害にあたるかと判断した。しかし、契約強制を定める法規定について、これを小規模な相互会社に対してはその規約上の構成員の要件を満たす者に対してのみ基本料金制における契約締結を強制するものであると解釈すること可能であるとされ、かかる憲法適合的解釈により違憲判断は回避された。

(27) Vgl. BT-Drs. 16/4247, S. 58.

(28) Vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Daten der Gesundheitswesens 2012 (http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Publikationen/Gesundheit/Broschueren/Daten_des_Gesundheitswesens_2012.pdf) [以下、Daten 2012 と略記], S. 122. 加入者数は二〇一一年一月一〇日現在における数値である。全人口に占める加入者の割合は、連邦統計庁(<https://www.destatis.de/>)の人口統計(二〇一一年一月二日現在におけるドイツの人口は約八、一八〇万人)に基づき筆者が算出した。

(29) Ebenda, S. 126. 加入者数は二〇一一年六月三〇日現在における数値である。全人口に占める加入者の割合については、注(28)と同様。

(30) Vgl. Ulrich Becker, Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2003,

S. 226ff. ベッカーは、社会保険の運営組織の基本原則として、対外的分立、対内的自治および法的独立性を挙げる。

(31) Gitter/Schmitt, a. a. O., S. 99. もっとも、労働者の代替金庫は規約で加入資格を特定の職種に限定することが多かったため、金庫選択可能性において労働者と職員との間において不平等が存在していたことについて、vgl. Weber, a. a. O., S. 84f.

(32) 保険料率格差の状況およびその要因について、vgl. Werber, a. a. O., S. 63ff. 一九九〇年一月一日現在における各種疾病金庫の保険料率の最小値／最大値は以下の通りである(数値はWeber, a. a. O., S. 64 に依拠する)。一般地区疾病金庫：一〇・八／一五・六、企業疾病金庫：八・〇／一六・〇、同業組合疾病金庫：九・八／一五・四、職員代替金庫：一〇・四／一二・九、労働者代替金庫：一〇・二／一四・六(単位はいずれも百分率)。保険料率格差の合憲性をめぐる判例について、倉田聡『医療保険の基本構造——ドイツ疾病保険制度史研究』(北海道大学出版会、一九九五年)二七二頁以下も参照。

(33) Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 (BGBl. I S. 2266).

(34) リスク構造調整により調整される要素について、社会法典五編二六六条一項および二六七条二項参照。本文で挙げた要素が調整対象であったのは、一九九四年のリスク構造調整導入から二〇〇一年のリスク構造調整改革法(Gesetz zur Reform des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 10. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3465))に基づく社会法典五編の改正前までである。同改正により、二〇〇七年までにリスク構造調整における調整要素として罹病(Morbidität)を考慮することが決定された(同二六八条)。これは「罹病に方向付けられたリスク構造調整(morbiditätsorientierter Risikostrukturausgleich)」と呼ばれる(Waltermann, a. a. O., S. 80)。さらに同決定の実施に先駆けて、二〇〇二年一月一日から特定の疾病治療プログラム(社会法典五編一三七g条)に登録する被保険者が調整要素として考慮されることになった。新しいリスク構造調整は二〇〇六年の契約医法等改正法(Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze vom 30. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3439))による実施期限延長を経て二〇〇九年一月一日に実施され、同時に疾病治療プログラムへの登録を調整要素とする措置は廃止された。健康基金(後述)の導入により、保険料は、いったん同基金に集められ、リスク構造調整を行われた上で連邦政府からの補助金(社会法典五編二二一条)とあわせて交付金として各金庫に配分されることになった。これにより、従来のリスク構造調整において行われていた各金庫間の財政力の調整は不要になったため、新たなリスク構造調整はもっぱら支出面に方向付けられたものになった。リスク構造調整に関する社会法典五編の諸規定およびリスク構造調整改革法に対しては、二〇〇一年および二〇〇二年に、バーデン・ビュルテンベルク州、バイエルン州およびヘッセン州の政府により抽象的規範統制が申し立てられた(BVerfGE 113, 167)。そこでは、多くの観点(連邦の立法権限の範囲、基本法上の財政的規律、平等権、法治国家的恣意禁止、法規命令制定権限の授権要件等)からそれらの違憲性が主張されたが、連邦憲法裁判所はいずれの観点からもそれらを合憲であると判断した。

(35) 疾病金庫選択権とリスク構造調整の関係について、丸山亜子「ドイツ医療保険における金庫選択権拡大とリスク構造調整」大阪市立大学法学雑誌五〇巻三号(二〇〇三年)四二頁以下参照。

(36) 各疾病金庫の詳細は社会法典五編一四三条以下において定められる。

(37) 二〇〇七年疾病保険競争強化法に基づく法改正により金庫選択権が拡大されるとともに、異種疾病金庫間における統合が可能になったことに伴い、二〇〇八年一月一日に連邦レベルにおいて

行われた、鉦夫組合（Knappschaft）（疾病保険の保険担当機関としてのドイツ鉦夫 - 鉄道員 - 海員年金保険の名称）への海員疾病金庫（See-Krankenkasse）の統合の法的手法について、vgl. Karl-Heinz Mühlhausen, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 167 Rdn. 3. (38) Ebenda, Art. 144 Rdn. 4.

(39) Bundesministerium für Gesundheit, Daten 2012, S. 114.

(40) Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003 (BGBl. I S. 2190).

(41) Vgl. Horst Marburger, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung vor und nach der Gesundheitsreform 2007, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2007, S. 38f.

「保険外在的」とは疾病保険が本来対象とする疾病リスクの範囲外にあるという意味であり、ここではとりわけ妊産婦・母性保護、避妊・中絶および家族保険の給付が該当する。ドイツにおいて保険外在的給付が連帯の限界をめぐる問題として論じられている状況について、倉田聡『社会保険の構造分析——社会保障における「連帯」のかたち』（北海道大学出版会、二〇〇九年）六五頁以下参照。

(42) 社会法典五編二二一条に基づく保険外在的給付の実際の支出および疾病保険全体の支出について、vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Kennzahlen der gesetzlichen Krankenversicherung 2001 bis 1. Quartal 2012 (http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Statistiken/GKV/Kennzahlen_Daten/Kennzahlen_und_Faustformeln_GKV_2001-2012_120903.pdf). 保険外在的給付のための連邦の支出額は以下の通りである（単位は一〇億、通貨はユーロ）。二〇〇四年一・〇〇（疾病保険全体の収入一四四・二七）、二〇〇五年二・五〇（一四五・七四）、二〇〇六年四・二〇（一四九・九三）、二〇〇七年二・五〇（一五六・〇六）、二〇〇八年二・五〇（一六二・五二）、二〇〇九年七・二〇（一七二・二〇）、二〇一〇年一五・七〇（一七五・六〇）、二〇一一年一五・三〇（一八三・七七）。

(43) 保険料算定限度額は、二〇一二年において月額三八二五ユーロまたは年額四五九〇〇ユーロである（www.bmg.bund.de/ministerium/press/pressmitteilungen/2011-04/anderungen-zum-1-januar-2012.html）。

(44) Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2309).

(45) 選択料金制は、その限りにおいて保険料と給付との間における個別的等価性を切断することによる社会的調整機能を弱めるといえよう。Heinrich Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 53 Rdn. 2 は、疾病保険競争強化法が一方において民間保険の要素を法定疾病保険に実装し（例えば選択料金制）、他方において法定疾病保険の構造を民間保険に実装する（例えば基本料金制）状況を、「構造的小よび管轄的歪み（Schieflage）」と表現し、そこから民間保険側における自由権侵害という基本権的問題と法定疾病保険側における脱連帯の問題が生ずることを指摘する。

(46) Gitter/Schmitt, a. a. O., S. 64.

(47) 給付における経済性の要請に関する判例および学説について、笠木映里「公的医療保険の給付範囲——比較法を手がかりとした基礎的考察——(二)」法学協会雑誌一二四巻一号（二〇〇七年）七七頁以下参照。

(48) 社会法典四編一条一項は同編の適用対象として、疾病保険、労災保険および農業経営者老齡

保険を含めた年金保険ならびに介護保険を挙げ（同項前段）、さらに失業保険を構成要素の一つとする雇用促進（Arbeitsförderung）も挙げ（同項中段）、その担当機関である連邦労働エージェンシー（連邦エージェンシー）（Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur)）を同編の意味において「保険担当機関（Versicherungsträger）」であるとみなす（同項後段）。しかし、雇用促進に対しては、部分的に同編の適用除外（二九条ないし六六条、九一条ないし一〇条）が定められており（一条一項中段）、同二九条は適用されない。連邦労働エージェンシーの組織および任務については、社会法典三編において別途定められている。法律上、「連邦労働エージェンシー（連邦エージェンシー）は自治を備えた公法上の権利能力ある連邦直属の社团である」（社会法典三編三六七条一項）と定められるが、他の社会保険担当機関（社会法典四編一条一項前段）と異なり構成員を欠くことから、講学上は公法上の営造物に分類される（Winkler, in: desr., SGB IVKommentar, Art. 29 Rdn. 13; Waltermann, a. a. O., S. 190）。

(49) 社会法典四編四四条一項一号は「自治機関は、二号および三号において別段の定めがおかれていない限りにおいて、それぞれ半数ずつの被保険者の代表および雇用者の代表により構成される」と定める。雇用者の保険当事者性をめぐっては議論の余地があることについて、vgl. Becker, a. a. O., S. 242; Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 402. これに対して、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す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. 同項二号および三号で規定されている同権的参加の例外は、農業経営者労災保険における被用者、他者の労働力を用いない自営業者および雇用者による三分の一ずつの同権（二号）ならびに疾病保険の代替金庫における被保険者の代表のみから構成される自治機関（三号）である。

(50) Winkler, in: desr., SGB IV-Kommentar, Art. 29 Rdn. 2.

(51) Vgl. ebenda, Art. 29 Rdn. 19; Leopold, a. A. O., S. 319ff.

(52) 社团を「連邦直属」と称することは、社团が連邦官庁のような連邦固有の行政組織であることを意味するわけではない。かかる呼称のもつ意味について、vgl. Georg Hermes, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. 3, Tübingen 2000 [以下、GG-Kommentar Bd. 3 と略記], Art. 86 Rdn. 30. ヘルメスによれば、それは法的分類における社团と連邦の関係を特徴づけるものであり、そこには多様なアクセント（設立主体としての連邦、監督主体としての連邦等）がありうる。

(53) Leopold, a. a. O., S. 321; Winkler, in: desr., SGB IV-Kommentar, Art. 29, Rdn. 19.

(54) Vgl. Hans J. Worff/Otto Wachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl., München 2004 [以下、Verwaltungsrecht Bd. 3 と略記], S. 311. 基本法八六条の一般的行政規則は、連邦政府の（対内的指揮権との対比における）対外的指揮権に属する一般的指示権の法行使であると解される。しかし、伝統的行政法ドグマティクにおいて対外的法効果をもたない内部法であるとされる行政規則が、国家とは独立の行政体である社会保険担当機関に対して法的拘束力を有するとされることには理論的矛盾が生じる。したがって、専門用語的区別とドグマティッシュな修正が行われ、この種の行政規則は「主体間行政規則」と称され、かつ外部効果をもつことを特徴とするとされる。その限りにおいて、外部効果の欠如は行政規則の概念構成的メルクマールではないという結果を伴

う。もっとも、この関連における外部効果は市民—国家の関係におけるものではなく、国家内部的なものである。したがって、市民の観点からする行政規則の伝統的評価、すなわち（直接的）外部効果をもたない法規範という評価には変わりはないとされる。

(55) Hermes, in: Dreier, GG-Kommentar Bd. 3, Art. 86 Rdn. 54. ヘルメスによれば、基本法八六条における「連邦直属の社団」すなわち（広義における）間接的国家（連邦）行政の担い手が憲法または法律上規定された自律領域（Autonomiebereich）をもつことは、それらの担い手が同条における一般的行政規則の潜在的な名宛人になることの排除ではなく、行政規則に対する憲法および法律の優位に基づく行政規則の内容的限界づけに至る。とりわけ社会保険担当機関に対する一般的行政規則の内容的限界について、vgl. Friauf, a. a. O., S. 122. フリアウフによれば、政府は同条に基づく一般的行政規則により社会保険担当機関に法律上認められた裁量を規律することにより、その裁量を形骸化することはできない。

(56) 連邦の競合的立法権限カタログを定める基本法七四条一二号、連邦固有行政の対象を定める八七条二項、戦争の結果としての社会保険等の負担に対する連邦の補助を定める一二〇条一項四段。

(57) 同種の問題がすでにワイマール憲法のもとで、とりわけその一六一条をめぐる論じられていたことについて、vgl. Leopold, a. a. O., S. 132f.

(58) 本文中で挙げる連邦憲法裁判所の諸決定においては、事案が公法人による憲法異議の申立てであることから不可避に公法人の基本権享有能力（Grundrechtsfähigkeit）の有無が大きな論点となるが、本稿においてはこの論点を取り上げない。公法人の基本権享有能力をめぐる連邦憲法裁判所の判例および学説の状況については、vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status - verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, S. 391ff.

(59) BVerfGE 11, 310 (321).

(60) 基本法八七条二項「その権限区域が一つの州の領域を超える社会保険担当機関は、連邦直属の公法上の社団として運営される。その権限区域が、一つの州の領域を超えるが三つの州の領域を超えない社会保険担当機関は、監督を行う州が関係する諸州によって定められているときは、前段にかかわらず、州直属の公法上の社団として運営される」。

(61) BVerfGE 21, 362 (371). 同決定については、芹沢齊「公法上の法人の基本権能力——社会保険保険者事件——」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）三三五—三四〇頁も参照。

(62) BVerfGE 36, 383 (393).

(63) BVerfGE 39, 302 (314). 同決定については、倉田・前掲注 32 二五四頁以下も参照。

(64) BVerfGE 39, 302 (315).

(65) かかる問題設定自体を疑問視する立場として、Friedrich E. Schnapp, Probleme der Selbstverwaltung, SGB (1996), S. 623. シュナップは、「社会保険担当機関が自治を残余範囲および周辺領域においてしか実践していないという……所見を考慮すれば、自治が社会保険において憲法上保障されているか否かという問いを論ずることは、むしろ学者くさい思考遊戯（akademische Gedankenspielererei）における活動であることが判明する」と指摘する。

(66) Kluth, a. a. O., S. 514ff. によれば、州憲法の中には機能的自治に対する制度的保障を一般的または個別に定めるものがある。したがって、州領域で組織化される社会保険およびその自治は、当該州憲法の規律に服する。しかし、社会保険およびその自治について州憲法上個別的な保障規定がある場合でも（例えば、ブレーメン州憲法五七条、ヘッセン州憲法三五条およびザールラント州

憲法四六条)、社会保険が連邦の競合的立法権限(基本法七四条一二号)に基づき広範に規律されている現状においては、州レベルにおける立法の余地はほとんど存在しない(S. 518)。

(67) Z. B. Herbert Martin, *Der Prüfungsmaßstab bei Genehmigungen, Zustimmungen und Bestätigungen in der Sozialversicherung*, Hamburg 1967, S. 110. マルティンは、基本法二八条に根拠をもつゲマインデの自治と異なり、社会保険の自治については「その内容を議会法律立法者は特別な憲法的限界に拘束されることなく決定する。基本法八七条二項から……保険担当機関の自治の内容的保障は導かれない」とする。

(68) Z. B. Rohwer-Kahlmann, *Die Arbeiter-Rentenversicherung und ihre Selbstverwaltung*, ZSR (1960), S. 536. ローワー＝カールマンは、「関連する憲法規定の全体構造から解釈上推論されなければならない基本法のこの秩序モデルは、社会保険をも保障しており、それも消極的にはその代替のない除去が、そして積極的にはその過度の拡大、例えば税財源による生存のための最低限度を超える保障による一般的な国家市民扶養(*Staatsbürgerversorgung*)への拡大が排除されているという限りにおいてのみならず、制度的にもその伝来的構造においてこれを保障しており、それに応じて、社会保険が可能な限り自治により実現されることをも保障する」とする。

(69) Z. B. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung*, in: Peter Selmer/Ingo von Münch (Hrsg.), *Gedächtnisschritt für Wolfgang Martens*, Berlin 1987, S. 253; Becker, a. a. O., S. 228ff.

シュミット＝アスマンは、基本法八七条二項の制定過程を考慮し、さらに基本法八七条の他の保障も今日権限のみならず組織・任務の規範とみなされるとする解釈に基づき、同法八七条二項から社会保険担当機関に対し「構成員による意思決定が行われる団体的制度(*verbandliche Institution*)の最低限の保障」を演繹する。ベッカーも、「基本法は社会保険の組織に関して、権限的準則のみならず、独自の内容的準則をも含む」とし、基本法八七条二項前段から、第一に、社会保険が原則として公法上の形態によって実施されるべきこと、第二に、同規定の制定過程に鑑み、運営の担い手の特定の種類、すなわち「当事者の参加(*Mitwirkung*)を可能にする組織形態を指示する」ことを演繹する。そして、「参加およびこの意味における自治が、社会保険担当機関において行われなければならない」という意味において、社会保険担当機関の自治に「憲法的係留」が見出されるとする。

(70) Z. B. Kahl Heinrich Friauf, *Das Verhältnis zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht*, DRV (1982), S. 115f. フリアウフは、同条項が一次的には権限規範であることを認めた上で、以下のように述べる。「しかし、その規定が、社会保険を一般的に連邦行政の部分とみなすのではなく、全く特殊な、自治によって特徴づけられる組織形態を明文上指定する場合、——とりわけドイツ社会保険の伝統的構造を背景に、そしてワイマル憲法一六一条における先行決定に鑑みれば——単なる形式とはみなされえない。基本法八七条二項は社会保険の詳細化された組織モデルを確定していないとはいえ、いずれにせよ立法者はその規律において無視しえない憲法的強調を示している。この強調は『社団という構造原理』を意味するが、それに伴い、ドイツ公法の全く一般的に容認されかつ決して疑われない構造諸原理によれば、一定の自治が基盤として前提とされる」。

(71) Becker, a. a. O., S. 229.

(72) Z. B. Ernst Benda, *Der soziale Rechtsstaat*, in: ders./Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin/New York 1994, S. 772. ベンダは「社会保険は社会国家原理の一つの簡潔な表現である」と

した上で、連邦憲法裁判所がその決定（BVerfGE 39, 302 (314)）において既存の制度またはその基本的組織原理の憲法上の保障を否定する場合、それは「当事者にとって生存にかかわる意味をもち、かつその存在に基づき彼らが自らの人生設計を立てるような制度をも、立法者が任意に解体または廃止してよいということを絶対に意味しえない」と指摘する。

(73) Z. B. Kurt Brackmann, Zum Begriff der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung und ihren verfassungsmäßigen Grundlagen, DOK(1964), S. 629f.; Reinhold Hendler, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 1159f.; Leopold, a. a. O., S. 145ff.; Kluth, a. a. O., S. 383ff., 451ff., 519ff.

ブラックマンは憲法上の諸原理を総合考慮し、「社会的連邦国家および社会的法治国家に関する基本法二〇条および二八条からも……これらの規定の非常に大きな意義にもかかわらず、社会保険における自治の憲法的保障は推論されえない」とし、「社会保険における自治権を連邦法によって変更することは許容される」と結論づける。

ヘントラーは、連邦憲法裁判所の決定（BSGE 21, 362; 39, 302）について「確かに、その限りにおいて基本法八七条二項を全面的に正当に評価するわけではない、いくらか底の浅い考察方法が問題となる」と批判する。その上で、「しかし、他方で、連邦憲法上の組織規範の拡大解釈によって、社会保険法上の自治の制度的保障をつくりだすことは、国家議会のための国民選挙を前提とする政治的な意思形成および意思決定過程が中心に存在する基本法の全体構想に一致しない」とし、とりわけ民主政原理の考慮の下で社会保険における自治の制度的保障を否定する。

レオポルトも、連邦憲法裁判所の決定を同様に批判した上で、「国家は過去および現在において、法治国家的な保障制度の創設により、自らの社会国家的義務を遂行してきた」という認識と（S. 145）、基本法制定者の「社会国家原理に対する拘束的信仰告白」に鑑みてもなお、社会保険総体もまた立法者の裁量に委ねられていることは、基本法制定過程における基本法制定会議の抑制的態度から排除されえないとする（S. 149）。すなわち、「議会法律の立法者に拒否されているのは、社会保険を代替なく廃止することだけである」（S. 146）。

クルートは、機能的自治の担い手における自治の憲法的保障を、基本権により保障された自治（大学の自治）と制度的に保障された自治（制度的保障の規定をもつ州憲法）に限定し、その他の自治についてはこれを法律上保護された自治であると整理する。その際、基本法八七条二項は組織的規範であると解される（S. 519f.）。クルートは、機能的自治が制度的に保障されない場合でも、そこで実現される参加権の憲法的保障を通じて機能的自治を立法裁量に対して憲法的に保護する可能性を検討する。その結果、かかる参加権は基本権による保護を（大学の自治を除き）受けず（S. 451ff.）、民主政原理によっても直接的には参加権の配分を請求する権利は根拠づけられないが、機能的自治は法治国家原理または民主政原理に基づく相対的な存立保障を受けると結論づけられる（S. 388ff.）。

(74) Kluth, a. a. O., S. 535ff. クルートは、法律上保護される自治は、立法者の無制限な裁量に委ねられるわけではなく一定の制限に服するとし、かかる制限を求める根拠として、恣意禁止（基本法三条一項または法治国家原理）および民主政原理を挙げる。機能的自治の民主政原理に基づく保障とは、機能的自治主体の構成員の参加権がその存立条件として当該担い手の組織および任務領域を必要とするという理解（参加権と組織の密接な「共生（Symbiose）」関係）、および機能的自治における構成員の参加が民主的正統化の最適化要請（Optimierungsgebot）に応えるものであるという理解を前提に、立法者の恣意的介入からの当該参加権の保護を通じて自治の保護を実現すること

である。

(75) Leopold, a. a. O., S. 147. レオポルトは、「立法者は……一度保障され、あるいはそれどころか憲法により前もって指示された秩序原理、優先順位および決定的指針は、重大な理由なく交換し、または廃止してはならない……したがって、社会保険における構成の解体には一定の憲法的限界がある」とする。Kluth, a. a. O., S. 520ff. によれば、「システムの信頼」は恣意禁止原則の一構成要素であり、その法的根拠については、基本法三条一項に基づく基本権（法の下での平等）とする説と法治国家原理とする説の両方が存在する。

(76) Benda, a. a. O., S. 772. ベンダは年金保険を例に、「年金請求権および年金期待権その他類似の社会保障法上の地位が憲法上の保護を受ける場合（基本法一四条）、ここから相応する組織的および法的な予防措置（Vorkehrung）の必要性も生ずる」とする。

(77) Hendler, a. a. O., S. 1160. ヘントラーは「基本法八七条二項の規定は、社会保険法上の自治に対して、（例えば職業または職域的領域における）制度的に保障されていないその他の自治と比較して、より強い憲法的保護を享受させる。それが意味するのは、例えば、立法者による——目下のところもちろん議論の対象にはなっていないが——社会保険法上の自治の廃止が、一般の福祉（allgemeines Wohl）の特別に重大な理由からしか許容されないことになることである」とし、その限りにおいて社会保険の自治に一定の間接的な憲法的保障を認める。

(78) 農業経営者疾病金庫は独自の自治機関をもたず、農業同業組合の自治機関が同金庫の自治機関となる（社会法典四編三二条）。鉱夫組合（疾病保険担当機関としてのドイツ鉱夫 - 鉄道員 - 海員年金保険の名称）についても同様であり、ドイツ鉱夫 - 鉄道員 - 船員年金保険の自治機関が疾病保険を運営する（社会法典五編一六七条）。

(79) 一九九二年の保健構造法の法案（連邦議会の連立与党であるキリスト教民主・社会同盟および自由民主党の政府案に対して、連邦参議院の与党である社会民主党の要請を反映するために修正を加えた与野党合意案）の理由説明（BT-Drs. 12/3608）によれば、かかる組織変更は、「疾病金庫の自治および事務遂行が、[基幹被保険者による疾病金庫の]選択の自由と[疾病金庫間の]競争により高められた、決定能力、権限および柔軟性への要請にも適合しなければならない」（S. 75）という問題意識の下で、「迅速かつ柔軟な決定を保障する」（S. 128）ために行われたとされる（〔 〕内は引用者による補足（以下同様））。Dieter Cassel, Organisationsreform der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), SGB 1993, S. 101によれば、同法はかかる組織変更により、「疾病金庫に対して競争にふさわしい事業構造（Unternehmensverfassung）」を指示したとされる。

(80) 疾病金庫における理事会は、法令上は自治機関としての理事会と同様に単に「理事会」と表記されているが、本稿では両者を区別するために、前者を「専従理事会」と表記する。

(81) 本章注(48)参照。

(82) Wahlordnung für die Sozialversicherung vom 28. Juli 1997 (BGBI. I S. 1946). この法規命令は社会法典五編五六条に基づき連邦労働社会秩序大臣（当時）が選挙の実施のために定めたものである。

(83) Leopold, a. a. O., S. S. 176.

(84) Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 45 Rdn. 8.

(85) Ebenda, Art. 46 Rdn. 3ff.

(86) BSGE 36, 242; 39, 244 (248).

(87) Vgl. z. B. Reimund Wimmer, Friedenswahl in der Sozialversicherung – undemokratisch

und verfassungswidrig, NJW 2004, S. 3369ff. 平和選挙の憲法適合性をめぐる問題については、本稿第三章第三節二（とりわけ注(158)ないし(160)に挙げた文献）も参照。

(89) Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 47 Rdn. 3.

(90) 連邦選挙法 (Bundeswahlgesetz) 一三条は選挙権の欠格者として、判決により選挙権を持たない者、本人に関する事項全般の管理のために世話人が付されている者、刑法典二〇条および六三条に基づく命令により精神病院に収容されている者を定める。

(91) Leopold, a. a. O., S. 164.

(92) Ebenda, S. 165.

(93) Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 48 Rdn. 4によれば、いかなる組織が労働組合と解されるかは、労働法によって判断される。連邦労働裁判所の判例によれば、自主的かつ独立の、自らの構成員の労働および経済条件を促進することを目的とし、労働協約能力のある (tariffähig) 団体は労働組合であるとされ、労働組合であるために労働闘争の用意は必要ではないとされる。

(94) 「その他の自主的な被用者団体」であるための要件は、社会法典四編四八 a 条において定められる。連邦社会裁判所によれば、この自主的な被用者団体は、社会または職業世界において認識できるかたちで実際に活動していなければならない、単に書類上の存在であってはならないとされる (BSGE 57, 42 (47))。

(95) Leopold, a. a. O., S. 169.

(96) BSGE 57, 42 (46f.).

(97) 社会法典四編四八条二項 は署名数を以下の通り定める。

「被保険者および他者の労働力を用いない自営業者の提案リストは、被保険者が一五〇人までの保険担当機関においては五人、一五一から一、〇〇〇人までの保険担当機関においては一〇人、一、〇〇一から五、〇〇〇人までの保険担当機関においては二〇人、五、〇〇一から一〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては二五人、一〇、〇〇一から五〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては三〇人、五〇、〇〇一から一〇〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては一〇〇人、一〇〇、〇〇一から五〇〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては二五〇人、五〇〇、〇〇一から一、〇〇〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては五〇〇人、一、〇〇〇、〇〇一から三、〇〇〇、〇〇〇人までの保険担当機関においては一、〇〇〇人、三、〇〇〇、〇〇〇人より多い保険担当機関においては二、〇〇〇人 の署名がされていなければならない」。

(98) なお、企業疾病金庫に一人の雇用者しかいない場合においても、自治機関の決議における投票数の上で同権原則が実現されている (社会法典四編四四二条二項)。

(99) Leopold, a. a. O., S. 199

(100) 例外は、従来被保険者のみにより構成されてきた代替金庫であるが、代替金庫の他種疾病金庫との統合の後または新しい制度の設立の際にはこの例外は適用されず、同権原則が適用される (社会法典四編四四二条一項三号)。もっとも、いずれの疾病金庫も、四分之三の多数の決議をもって金庫の規約により定めれば、同条一項および二項から逸脱して運営会議の構成 (とりわけ議席数ならびに票の数および配分) を規律することができる。しかし、その場合においても被保険者の代表が運営会議において少なくとも半数の議席 (または投票) を占めていなければならない (同条四項)。

(101) 社会法典四編三三条三項後段。

(102) 社会法典四編五九条二項前段の意味における「重大な理由」として、例えば罹病、海外への転居または拘留のほか、職務上の負担超過または他の構成員との不仲も想定される (Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 59 Rdn. 6)。

(103) 罷免は客観的に重大な職務上の義務違反のみならず、主観的に有責性のある態度を前提とするが、職務上の義務違反における故意は必要不可欠ではない (BSGE 48, 243 (247))。Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 59 Rdn. 8 によれば、罷免に至りうる事由として、例えば守秘義務違反、長期にわたる職務不履行、社会保険担当機関に損害をもたらすこと、職務履行との関係における刑法上有罪となりうる行為 (公文書偽造等) が想定される。

(104) 自治機関構成員の解職または罷免決議の手續について、vgl. Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 60 Rdn. 11ff.; Leopold, a. a. O., S. 311ff. 社会保険担当機関の内部に不服審査機関として不服審査委員会 (Widerspruchsausschuss) が設置されることが多い。不服審査委員会は社会法典四編三六 a 条二項の「特別委員会」に属し、その構成および任期等の詳細は代表者会議または運営会議の規約により規律される。この特別委員会が保険担当機関の自治機関または機関ではないことについて、vgl. Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 31 Rdn. 4.

(105) 自治機関の議長職は自治機関構成員としての職を基盤とするが、独立の併存的職であるため、後者を失うことなく前者を辞することが可能である。Leopold, a. a. O., S. 230 によれば、議長職の辞任が法律上規定されている理由は、議長職には大きな責任と相当に高い負担を伴うからであるとされる。

(106) Leopold, a. a. O., S. 231.

(107) Ebenda, S. 220.

(108) Ebenda, S. 221.

(109) Ebenda, S. 225, 227.

(110) 社会法典四編六三条三 a 項前段は、自治機関の構成員に雇用関係上従属する被用者の個人的データが自治機関の会議または決議において明らかにされる場合または自治機関の構成員が雇用者の勤める企業の人事部門に属する場合、当該自治機関の構成員の会議または決議への出席を禁止する。同条四項前段は、自治機関の決議が、自治機関の構成員本人、その近親者 (民事訴訟法三八三条一項一号ないし三号) または彼により代理される人物に対して直接的な利益または不利益となりうる場合、当該自治機関の構成員の会議または決議への出席を禁止する。

(111) 法律に基づく秘密保持義務は刑法典二〇三条を根拠とする。これに対して、Leopold, a. a. O., S. 227f.によれば、会議の非公開性から演繹される秘密保持義務は会議におけるすべての協議事項に及ぶわけではなく、とりわけ人事等について社会保険担当機関の利益の観点から個別的に生ずる。

(112) Leopold, a. a. O., 245 によれば、社会法典四二条における賠償責任の成立が前提とする自治機関の構成員の職務上の義務違反が、少なくとも自治機関の構成員の法律または規約違反がある場合に成立することについては今日異論はない。

(113) 民法典八三九条は官吏の職務上の義務違反における賠償責任を定める。基本法三四条は委託された公務の行使における職務上の義務違反者の責任を原則としてその者が服務する国家または団体が負うこと (故意または重過失を理由とする求償は妨げられない) を定める。これらの規定が適用されることにより、官吏の不法行為により生ずる損害賠償責任についての国家の代位責任が生ずる。自治機関構成員は、これらの規定が適用される限りにおいて、賠償法上官吏と同置されている。

社会保険担当機関の代位責任が生じる場合、損害賠償請求者は通常裁判所への出訴の途を排除されない（基本法三四条後段）。

(114) Leopold, a. a. O., S. 190f.

(115) Ebenda, S. 192.

(116) 例えば、他の保険部門においては理事会が担う任務（社会法典四編三三条三項後段）、専従理事会に対する監督の前提となる専従理事会の選出ならびに解職および罷免（同三五 a 条五項、七項）、専従理事会の違法な決議に対する異議および監督官庁への報告（同三三条三項後段、三八条）等。

(117) Leopold, a. a. O., S. 251.

(118) 疾病金庫の服務規則およびその存立部分としての俸給計画はライヒ保険法三四九条ないし三五八条において規律される。疾病金庫は自らの資産から俸給を支払い雇用する職員のために、服務規則を定め、職員の権利関係および一般的雇用関係を規律する。服務規則に基づく雇用契約は私法上の雇用契約であるが、官吏法上の諸原則（俸給、恩給等）が適用され、同規則に基づき雇用された職員（「服務規則 - 職員 (DO-Angestellte)」）の権利および義務は官吏に準じて規律される。服務規則は専従理事会（または理事会）が作成し（同法三五五条一項）、運営会議（または代表者会議）の同意および監督官庁の認可を要する（同条二項前段、社会法典四編三三条三項中段）。もっとも、一九九二年の保健構造法に基づき、一九九三年一月一日以降は、疾病金庫は服務規則 - 職員との雇用契約を（一九九二年一月三十一日にすでに服務規則に服する職員を除いて）もはや締結してはならないとされたため（同法三五八条）、疾病保険において服務規則は「座礁モデル (Auflaufmodell)」と呼ばれる（Leopold, a. a. O., S. 253）。

(119) Ebenda, S. 255.

(120) 認可が規約の変更の際にも必要とされることについて、vgl. Winkler, in: ders., SGB IV-Kommentar, Art. 34 Rdn. 6.

(121) 社会法典五編一九四条、第二次農業経営者疾病保険法二六条一項。

(122) Leopold, a. a. O., S. 255ff.

(123) Ebenda, S. 284.

(124) 裁量概念および法規定の類型（可能規定と当為規定の区別）について、vgl. Andreas Hänlein, in: Ralf Kreikebohm/Wolfgang Spellbrink/Raimund Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, München 2009, Art. 39 SGB I.

(125) Rolf Rosenbrock, Der neue § 20 SGB V als Gesundheitsforderung für die Selbstverwaltung der GKV, BKK 2001, S. 22ff.

(126) ただし、構成員資格が企業のメンバーにのみ開かれている、いわゆる「閉鎖的企業金庫」においては、雇用者は自身の費用において、事務の遂行に必要な人物を専従理事会の構成員に任命することができる（社会法典五編一四七条二項）。この場合、その任命には運営会議における被保険者代表の同意を要する（社会法典四編三五 a 項五項中段）。

(127) 「経済性および節約性の原則」については社会法典四編六九条二項（財政計画の作成および実施における考慮要素）、「経済性の要請」については社会法典五編二条および一二条（給付原則）ならびに二七四条一項四段（疾病金庫の事務・会計に対する国家監督の範囲）を参照。Tilman Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 69 Rdn. 10 によれば、「経済性および節約性の原則」とは、目的 - 手段の関連性の要請であり、任務遂行が可能な限り少ない財源投入により行わ

れること（「最小化原則」）および投入した財源で最善の効果が目指されること（「最大化原則」）を内容とする。給付領域における「経済性の要請」については、本章第一節二（五）を参照。

(128) Leopold, a. a. O., S. 297ff.

(129) Ebenda, S. 299.

(130) Ebenda, S. 289f.

(131) Ebenda, S. 304.

(132) Ebenda, S. 290.

(133) Ebenda, S. 300f. によれば、専従理事会が作成する指針は、その構成員が個々に自らの職務を履行することを前提として、裁量行使または不確定法概念を充填するための一般原則のみを定める。指針は疾病金庫の内部関係においてのみ作用する内部法の性質を有するが、指針に基づき特定の運営および決定実務が形成されている場合には、将来の事例において専従理事会の決定はこれに拘束される。

(134) Ebenda, S. 302.

(135) Ebenda, S. 295.

(136) Ebenda, S. 248.

(137) Harmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., München 2004, S. 608.

(138) 「大臣行政」の概念について、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(一)」法政論集二四二号（二〇一一年）三一四頁注(74)（本稿第一章注(74)）参照。

(139) 基本法八七条二項において「連邦直属の社团」とされる社会保険担当機関は、同法八六条に基づき連邦政府の一般的指示権の行使としての一般的行政規則（いわゆる「主体間行政規則」）に服する（本章注(54)および(55)参照）。しかし、それらの社团が連邦に対して法的に独立した（広義における）間接的国家（連邦）行政の担い手であることについて、コントラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、二〇〇六年）一五八頁参照。

(140) 公法上の社团の概念および機能ならびに国家監督との関係について、vgl. Maurer, a. a. O., S. 608ff.

(141) 地方自治体に対する国家監督について、vgl. ebenda, S. 589ff. マウラーによれば、地方自治体に対する国家監督について、伝統的には固有事務と委任事務という事務の二元論に対応して、前者に対しては法監督、後者に対しては指示権を含む専門監督が行われると解されている（S. 565, 596. もっとも、かかる二元論に対する批判が存在することについて、vgl. S. 591ff.）。これに対して社会保険領域においては、Leopold, a. a. O., S. 329によれば、専門監督は必ずしも委任事務（社会法典四編三〇条二項）のみに限定されず、固有事務（同条二項）に対しても行われ、ただその内容および範囲が事務の種類（委任事務または固有事務）によって異なると解されている。

(142) Breitkreuz, in: Winkler, *SGB IV-Kommentar*, Art. 87 Rdn. 5.

(143) Leopold, a. a. O., S. 316f.

(144) 疾病金庫の管轄領域は、地区疾病金庫においてはそれが所在する地域（Region）、企業疾病金庫においてはそれが規約に基づき管轄する企業、同業組合疾病金庫においてはそれが規約に基づき所在する同業組合の区域（Bezirk）、代替金庫においては規約により定められた区域（Bezirk）である（社会法典四編九〇a条一項）。

(145) Wolff/Wachof/Stober, *Verwaltungsrecht* Bd. 3, S. 350.

(146) Leopold, a. a. O., S. 315.

- (147) Ebenda, S. 315f.
- (148) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, S. 351.
- (149) Leopold, a. a. O., S. 331. 疾病金庫が連邦援護法(Bundesversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Januar 1982 (BGBl. I S. 21))一〇条ないし二四 a 条および被抑留者扶助法(Häftlingshilfegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juni 1993 (BGBl. I S. 838))一三条の枠組みにおける委任事務の遂行においては専門監督に服し、国家の指示にも拘束されることに異論はないとされる。
- (150) Mohr Siebeck, Kommunale und soziale Selbstverwaltung, KrV 1987, S. 126.
- (151) Leopold, a. a. O., S. 317.
- (152) Ebenda, S. 329. もっとも、法監督と専門監督の区別が実質的には一定程度相対化されうることについて、vgl. Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 87 Rdn. 6.
- (153) Leopold, a. a. O., S. 322; Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 88 Rdn. 3.
- (154) 社会法典五編二七四条は一九八八年の保健改革法により挿入され、一九九〇年一月一日に発効した。Andreas Pfohl, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 274 Rdn. 5 によれば、同条の社会法典四編八八条に対する特殊性は、検査の定期性と助言的機能にある（したがってこの検査は「助言検査 (Beratungsprüfung)」と呼ばれる）。その意義は、監督官庁が疾病金庫の「継続的な熟慮を促進し、指導および決定を助け」(BT-Drs. 11/2493, S. 42)、「疾病金庫およびその連合に助言し、改善を提案する」(BT-Drs. 11/3480, S. 66) ことにある。
- (155) Axel Haltenberger, Die Selbstverwaltung in ihrer Stellung zur Aufsichtsbehörde und zum Verband Deutscher Rentenversicherungsträger(VDR), DRV 1982, S. 430. さらに、Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 70 Rdn. 6によれば、会計検査院による検査は、社会法典四編七〇条における国家の関与権としての財政監督にも属さないが、広義における財政監督であると解される。
- (156) Pfohl, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 274 Rdn. 2.
- (157) Ebenda, Art. 274 Rdn. 5 によれば、社会法典五編二七四条一項において検査の対象として「経営の実施」が挙げられていることは、社会法典四編八八条一項において挙げられた検査対象領域を拡大することを意味するわけではなく、両検査は同様に包括的なものである。
- (158) Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 89 Rdn. 2. すなわち、監督官庁は、まず助言を行い（社会法典四編八九条一項一段）、次に法違反の是正を義務づけ（同項二段）、そして当該義務が即時に執行されることが要請されまたは法的に異議が認められなくなった場合に行政執行法の手段により実現されることができ（同項三段）。
- (159) 連邦においては行政執行法 (Verwaktungs-Vollstreckungsgesetz) が、州においては相応の州法が適用される。連邦の行政代執行法において、これらの手段は一〇条（代執行）、一一條（強制金）および一二条（直接強制）において規律されている。
- (160) Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 89 Rdn. 2. 社会法典においては監督官庁が強制手段を用いる場合に予告を行うことができることが定められているにとどまる（社会法典四編八九条一項四段）。これに対して、連邦の行政執行法においては、書面による予告（一三条）、予告において定められた期限の徒過による強制手段の確定（一四條）およびそれに基づく強制手段の適用（一五條）という三段階の手順が定められている。
- (161) 社会法典五編一四六 a 条、一五三条、一六三条、一七〇条参照。

- (162) Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 87 Rdn. 6.
- (163) 監督訴訟について、vgl. Peter Kummer, Das sozialgerichtliche Verfahren, Neuwied/Kriftel/Berlin/Luchterhand 1996, S. 21. 監督訴訟は取消訴訟の特殊な種類であるが、裁判官が監督官庁に対して特定の監督措置を命ずることが可能であるから、内容的に（いずれにせよその目的に関しては）義務付け訴訟と一致するとされる。
- (164) BSGE 61, 254 (257); Ulrich Wenner/Franz Terdenge/Renate Martin, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit. Strukturen— Kompetenzen — Verfahren, 2. Aufl., Berlin 1999, S. 111.
- (165) Leopold, a. a. O., S. 323.
- (166) Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 87 Rdn. 6. 関与権行使における合目的性審査は、とりわけ保険共同体の利益および国家的社会保険全体の利益を考慮に入れる。
- (167) Leopold, a. a. O., S. 332.
- (168) Vgl. Kurt Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I/2, 11. Aufl., Sankt Augustin 1988, S. 228g.
- (169) Henner Puppel, Die allgemeine Staatsaufsicht und die staatlichen Mitwirkungsrechte in der Krankenversicherung, Würzburg 1967, S. 157.
- (170) Jutta Kaempfe, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 195 Rdn. 3; BSG, NZS 2003, S. 374 (376).
- (171) 俸給計画が監督官庁の認可を要するか否かについて見解は一致していない。しかし、Kurt Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd. I/1, 11. Aufl., Sankt Augustin 1988, S. 168によれば、疾病保険においてそれは服務規則の存立部分であるので、俸給計画についても認可が留保されていると解される。
- (172) Leopold, a. a. O., S. 337によれば、この規律化は、比較可能なグループとの関係における過剰な優遇の取り扱いを契機とする。監督官庁の審査においては、さらに一般的な財政政策的および俸給政策的の考量、とりわけ州のその他の俸給構造との調和のような、(広義における) 間接的国家行政に関して考慮されるような上位的観点も、考慮される (BSGE 23, 206 (209))。
- (173) Manfred Benz, Dienstordnung und Dienstordnungs-Angestellte in der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB 2000, S. 54.
- (174) 財政計画は専従理事会 (または理事会) により作成され、運営会議 (または代表者会議) がこれを決議することにより確定される (社会法典四編七〇条一項、三三条三項中段)。財政計画の作成と実施において、社会保険担当機関は自らに課された任務を経済性および節約性の原則を考慮して果たしうることを保障しなければならない (同六九条二項)。
- (175) これに対して、社会法典四編七〇条二 a 項ないし四項においては、監督官庁はそこに挙げられた社会保険担当機関に対しては専門監督を行うことを許容されている。Breitzkreuz, in: Winkler, SGB IV-Kommentar, Art. 70 Rdn. 15によれば、社会保険担当機関の財政自律権の (ひいては自治権の) かかる制限の差異は、とりわけその財政モデル、すなわち国家的保証の有無および程度に由来するとされる。
- (176) Ebenda, Art. 85 Rdn. 5.
- (177) Kaempfe, in: Becker/Kingreen, SGB V-Kommentar, Art. 195 Rdn. 5.
- (178) Benz, a. a. O., S. 59; BSGE 69, 72 (73); 106, 199 (200).
- (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、国家的支配の法的根拠づけ(Rechtfertigung)の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. もっとも、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、その防衛権のおよび客観法的作用において、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-Aßmann, 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 Harrmann/Frank Nullmeier, Abkehr vom Kooperatismus? Der Wandel der Sozialversicherungen im europärischen 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(parafiskalische 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-コーポラティスティブな福祉国家)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」という用語は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」

(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。もっとも、Emde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、Emde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立場であるが、Emde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のには適さず、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ーカルな相違、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実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そ一義的ではな」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 (本稿第一章第三節三) 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 Hendler, *Das Prinzip Selbstverwaltung* [以下、*Selbstverwaltung* と略記], in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2008, S. 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、事物に即して遂行すること』を目的とするという異論によっても、何ら変わるところはない。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) 同業(者)原理について、vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 238f. クルートによれば、同業(者)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うる。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・土地組合における共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、確かに制度史的には「同業(者)的自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の意味しない。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, SDSRV 34(1991), S. 44.

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

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

(199) Hendler, Selbstverwaltung, S. 1133ff.

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

(201) Ebenda, S. 80ff. 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) Ebenda, 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)」法政論集二四七号(二〇一二年)六三頁以下(本稿第二章第二節二(二))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) Ebenda, S. 78.

(208) Kluth, *Funktinale 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(本稿第二章第一節二(一))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。この点については、松本勝明『ドイツ社会保障論Ⅰ——医療保険——』(信山社、二〇〇三年)二一〇-二一四頁、倉田聡・社会保険の構造分析九二-九五頁、土田武史「ドイツの医療保険における『連帯と自己責任』の変容」早稲田商学第四二八号四一頁以下(二〇一一年)参照。

(210) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. a. O., S. 53.

(211) Geis, a. a. O., S. 85f.

(212) Vgl. Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. a. O., S. 20ff.

(213) Vgl. dazu Kluth, 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ヒ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措いても、なお正当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 Tennstedt, *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(S. 48)。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い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)、いま一つに、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-“trogenen”)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の自由の複数形(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ないのと同様に、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ない」(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る。

(218) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004 [以下、Ordnungs-idee 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 Bachof/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, im: ders./Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III., Heidelberg 1988, S. 4f., 62.

(221) Ebenda, S. 39f.

(222) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 237f.

(223) Schmidt-Aßmann, Ordnungs-idee, S. 153. 前掲邦訳書注(218)一五六頁。Vgl. auch, Isensee, a. a. O., S. 6.

(224) Isensee, a. a. O., S. 7.

(225) Schmidt-Aßmann, Ordnungs-idee, S. 153. 前掲邦訳書注(218)一五六頁。

(226) Ebenda. 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うるかを検討する(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ーテの論文によれば、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(selbstständige 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。もっとも、「形式原理(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の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(6)。彼が展開した民主政原理のドグマティックは、「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(7)。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(8)において規定する国家 - および統治形式としての民主政は、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うる方法において、国家権力を組織するという内容をもつ」(9)。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(10)。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(11)、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」。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間の帰責関係が存在しなければならないと考えるのであり、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(12)。

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式としての民主政は、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(14)、または「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(15)。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」（17）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る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、機能的自治の人的正統化の担い手は行政任務の当事者（通常は機能的自治主体の構成員）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加することに有する（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……国民の共同事務（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」（21）。

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(22)。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（組織的意味における権力）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、以下で説明する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)において存在する」。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、「議会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会は、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会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ないわけではなく、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てい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」にとどまらず「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はあがあるが、「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(Beteiligung)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機関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。事項的・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根拠づけられるような例外的事情が存在しない限り(27)、「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す」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(Exkutive)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項的・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っ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項的・内容的な民主的正統化を媒介されうるのみであるという。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許容されるにとどまる。

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内容形成(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物的必要性を要する。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、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(32)。

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（一九九〇年一〇月三一日）

本件は、ゲマインデおよびクライスの代表機関(34)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（キリスト教民主・社会同盟の連邦議会会派）およびバイエルン州政府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（同法三条一項）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合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……国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)を採ることを決定した」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)という、「内容的 - 対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」であるからだという(40)。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っぱら決まる」ため、その人的基盤は「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(mitgliedschaftlichpartizipatorisch)』要素を強化するのではなく、民主的正統化基盤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「民主的正統化基盤の統一性」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、連邦議会議員（キリスト教民主・社会同盟の連邦議会会派）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ェ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。すなわち、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、「国民主権原則の内容を形成する(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、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
正統化を要するのか、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
ればならないわけではない」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。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」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(49)。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、そしてまたゲマインデ
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する(50)。

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スヴィヒ - 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（キリスト教民主・社会同盟の連邦議会会派）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る、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)に一致しないとした。

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ェ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(53)、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、組織的・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(54)。

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た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ては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「政府の対議会責任は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ッシュな行政、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、大臣行政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、大臣行政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。

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(60)。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(61)、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(62)。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(63)。

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)」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「形式的小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的問題が見えなくなることによる危険が存在する」(64)。

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ッシュ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(65)。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、上記のヒエラルヒッシュ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ことになってしまう。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的問題」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(66)。

一 集団的な人的正統化理論

クルートは(67)、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(68)、民主政原理をめぐるのは、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、民主的正統化理論の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」が示される(69)。

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ことが強調される(71)。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。もっとも、クルートも、国家権力の統一性の要請

を無視しているわけではなく、「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、基本権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う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「根拠づけ(Rechtfertigung)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っ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っぱら事項的・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(74)。

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(75)。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(76)。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(基本法三十八条一項)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ないことを論証する(77)。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うる」(78)。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(79)。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」ことが演繹される(80)。その結果、「機能的自治もまた[組

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(81)。

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」(82)。

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ク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内容形成の、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式である」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」をもつものとして観念されるのであり、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」(83)。

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」。もっとも、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」(84)。

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」(85)。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なければならぬことを要請しない。むしろ、国家権力は、社会の諸集団が個別的に(punktuell)国家的職務担当者の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(Gestalt)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」(86)。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

るところ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(87)。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」(88)。

(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ォ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(Gemeinwohlordnung durch Selbstbestimmung)』組織を目標とする」ものと理解する(89)。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(90)。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」(91)。かように、シュミット＝アスマンにおいてもまた、「民主政原理は一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(92)、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」(93)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(94)、「二層的正統化秩序(doppelschichtige Legitimationsordnung)」(95)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(96)。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」(97)。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」(98)。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」(99)。もっとも、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、それとな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(100)。

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根拠づけおよび一般利益の防御措置を要請する(101)。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(102)。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」(103)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。もっとも、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も余地を残す」。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(104)。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(105)、シュミット＝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(106)。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(107)。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(108)。

(三) トゥルーテ

トゥルーテは、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、そこでは「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(109)。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「多様性を超えた統一性」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」であるとする。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」（110）。

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」（111）。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、「思考上の消点(gedanklicher Fluchtpunkt)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う(112)。次に、正統化の形態の追加あるいは拡大について、トゥルーテは、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(113)、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、トゥルーテはここに「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、トゥルーテは、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(114)。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、または抑制的でなければならない、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(Ausgestaltung)は、公共善目的の達成のための本質的な形成手段である」(115)。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う(116)。さらに、「手続が法律により形づくられることを通じて、民主的正統化を媒介する機能を持つことに疑いはない」として、手続を独自の正統化手段として位置づける(117)。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(118)。

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、任務の形態によっては、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(zugänglich)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う(119)。

以上のように、トゥルーテは、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る。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内容形成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、トゥルーテは——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(120)、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(121)。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、トゥルーテの理論によれば、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(122)。

三 連邦憲法裁判所の判例

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、二〇〇二年一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(123)。本件は、ノルトライン・ヴェストファーレン州の法律（リップ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(124)——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(125)。

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(126)。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おいて、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果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権された「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ぬことが示される。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、その限りにお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ように[機能的自治を]形づくってはならない。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」(127)。

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、リップ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 (Unternehmenleitung)』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っ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 (Ausgestaltung) 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案における制限が、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」(128)。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(129)、「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」(130)。

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、それどころか、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(131)。

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(132)、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り、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（集団的な人的正統化論）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。もっとも、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（エムゲ、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（トゥルーテ）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＝アスマンとトゥルーテは、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・内容的な正統化——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(133)、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、構成員の参加権の内容形成に関して、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、その内容形成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ー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(134)。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ぐり、これを比較的強く求めるシュミット＝アスマンの立場と、部分的に求めるにとどめるトゥ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り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一二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「自由希求的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、とりわけトゥルーテの理論と近い。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ーテ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効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(135)。

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」(136)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」(137)——、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、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」(社会法典一編二一条二項)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ない」(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いてもこれを詳細に規律する(138)。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(139)。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(140)、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(141)。

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(142)。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)、すなわち抛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、署名資格者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債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うる。

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(143)。代表される利益のかかる偏りは、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(144)。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は、必然的に「財政的当事者」として定義されてきた(145)。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(146)、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かたち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(147)。

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(148)、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、決して矛盾をはらまないわけではない、独特の役割の三つ組(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」(149)。

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か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」(150))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(151)。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(152)。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(153)、その利益代表の正統性が強く疑われる。

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肯定する傾向が強く(154)、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(155)、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(156)。実際に、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、投票行為を伴う原選挙が行われたのは一〇機関にとどまった(157)。しかし、平和選挙のかかる支配的状況にもかかわらず、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」(158)。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する(159)。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」(160)。

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(161)。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、最もよく達成されうる」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)

(162)、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。もっとも、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と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(163)。もっとも、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の報告書作成の義務付け等)が提案されている。

注

- (1) 「古典的モデル」という呼称について、vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, 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. 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-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, S. 343.
- (3) Trute, a. a. O., S. 344.
- (4) Ebenda, 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政的正統化(demokratische Legitimation)思考の展開——BVerfGE93, 37 まで」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』(創文社、二〇〇四年) 三二〇頁。
- (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) Böckenförde, 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) かかる相関関係の例として、一方において、裁判の独立性の相関概念としての（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関概念としての、民主的責任および指示への従属が挙げられる(Ebenda, S. 442)。

(27) 任務の種類から根拠づけられる例として試験が、そして憲法上の所与条件から根拠づけられる例として、公法上のラジオおよびテレビ放送局（基本法五条一項後段）、欧州中央銀行と結び付きにおけるドイツ連邦銀行（同法八八条後段）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とされる（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((zivile) 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 Harmut 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一

—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くられる代表(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) Ebenda.

(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・前掲注(17) 三二四頁以下参照。

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

(47) BVerfGE 83, 60(72f.). ここでは先例として 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とすることを、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』三二三 - 三二七頁も参照。

(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少なくとも過半数が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、統治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、調停機関の最終的決定権限は、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ており、かつその決定がかかる構成員の多数により支持さ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.)。

(60) もっとも、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 Schmidt-Aßmann, *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る、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 (Böckenförde, a. a. O., S. 443)、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.))、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論文を参照指示していることを考慮すれば (BVerfGE 83, 60(71f.))、両者の見解がかように区別して理解されうるかという疑問が残る。

(61) Böckenförde, a. a. O., S. 443.

(62) Ebenda, S. 451f.

(63) Ebenda, S. 445.

(64) Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/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ヒエラルヒー」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. 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 [以下、*Demokratische Legitimation* と略記], S. 17ff.

(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、Kluth, 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うる」(Kluth, Demokratische Legitimation, S. 27)。
- (72) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 27. クルートによれば、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。
- (73) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 25-28; ders., Funktionale Selbstverwaltung, S. 504f.
- (74) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 31-33.
- (75) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 376-381; ders., Demokratische Legitimation, S. 33-35.
- (76) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 369-372.
- (77) Ebenda, S. 377-379.
- (78) Ebenda, S. 374-376, 560.
- (79) Kluth, Demokratische Legitimation, S. 33.
- (80) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 381.
- (81) Ebenda, S. 382.
- (82) 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.
- (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) Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, S. 87. 前掲邦訳書注(1)八八頁。
- (90) Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation, S. 369.
- (91) Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, S. 94. 前掲邦訳書注(1)九五頁。
- (92) Schmidt-Aßmann, 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-Aßmann, *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-Aßmann, *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おいても問題となりうるという(S. 387)。
- (95) Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation*, S. 378.
- (96) Ebenda, S. 381.
- (97) Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S. 93. 前掲邦訳書注(1)九四頁。シュミット=アスマンによれば、かかる開放性は「一九九二年一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-Aßmann, *Grundrechtspositionen*, S. 76.
- (99) Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S. 95. 前掲邦訳書注(1)九六頁。
- (100) Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation*, S.374, 377, 387.
- (101) Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S. 96. 前掲邦訳書注(1)九七頁。
- (102) Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation*, S. 365f.
- (103) 制度的留保理論について、vgl. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S.189f., 253-256. 前掲邦訳書注(1)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、狭義の組織制度に関しては、より抑制的である。しかし、基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なる」。いかなる組織編成が法律により定められること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。ここでは、留保学説と法律は、行政責任明確性および正統化を構造的に保障しなければならない」(Ebenda, S. 189f. 同前邦訳書一九一 - 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」(Ebenda, S. 254. 同前邦訳書二五五 - 二五六頁)。
- (104) Schmidt-Aßmann, *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-Aßmann, *Verwaltungslegitimation*, S.378.
- (107) Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S. 97, 263. 前掲邦訳書注(1)九七、二六四 - 二六五頁。
- (108) Schmidt-Aßmann, *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. トゥルレーテは、この概念において重要であるのは、「事実に成果、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う。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. トゥルレーテによれば、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、法律上形づくられている一連の「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、職務遂行の合理性も存在する」。

(117) Ebenda, S. 376. トゥルレーテが、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のに対し、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-Aßmann, Ordnungsidee, S. 101. 前掲邦訳書注(1)一〇二頁)。

(118) Trute, a. a. O., 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に加工する(mit aufbereiten)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-Aßmann, Ordnungsidee, S. 106f. 前掲邦訳書注(1)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)による事項的・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) Trute, 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」という観念を用いて主張される。

(120) Anders Kluth, *Demokratische Legitimation*, S. 35; Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, S. 263f. 前掲邦訳書注(1)二六四 - 二六五頁。

(121) Ähnlich auch Kluth, *Demokratische Legitimation*, S. 27f.; ders., *Funktionale Selbstverwaltung*, S. 504f.

(122) Trute, 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、大部分は分担金の多寡にかかわらず総会の構成員により選出された水利団体構成員のほか、水利団体の職員協議会(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、水利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、後者は水利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、水利団体の人事的および社会的事項に権限を有する者——水利団体の被用者の勤務上の上司(Dienstvorgesezte)に当たる——は、水利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。

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

(128) BVerfGE 107, 59(100). もっとも、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ことについて、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」を持ちうることが指摘される。

(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関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関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関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層にとどめようとするシュミット＝アスマンと(Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation, S. 371, 375f.; ders., Ordnungsidee, S101f. 前掲邦訳書注(1)一〇二 - 一〇三頁)、より積極的に両者を結びつけるようとするエムデ(Emde, 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-Aßmann, Ordnungsidee, S. 101. 前掲邦訳書注(1)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、他方において基本権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-Aßmann, Ordnungsidee, S. 95f. 前掲邦訳書注(1)九六 - 九七頁。

(136) BVerfGE 107, 59(93).

(137) Vgl. Schmidt-Aßmann, 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(本稿第二章第一節二および第二節二)参照。

(139) 同上七七 - 八二頁(本稿第二章第二節三)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ドイツ鉱夫 - 鉄道員 - 船員年金保険の自治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)(本稿第二

章注(78) 参照。

(141) 社会法典四編四四一条一項一号は、「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、それぞれ半数ずつの被保険者および雇業者の代表により構成される」と定める。雇業者が自治に参加することについて議論の余地があることについて、同上九一頁注(49) (本稿第二章注(49)) を参照。しかし、仮に雇業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」(社会法典五編二四九一条一項) が導入され、労使の同権的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業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。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業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業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 Nullmeire/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-Arbeitsschutz/forschungsbericht-f377.html>)。

(142) 拙稿・前掲注(138) 六三 - 六七頁(本稿第二章第二節二(二))。

(143) Vgl. Leopold, a. a. O., S.169.

(144) 拙稿・前掲注(138) 五五頁(本稿第二章第一節二(四)) 参照。

(145) Tanja Klenk/Philine Weyrauch/Alexander Harrmann/Frank Nullmeier, *Abkehr vom Kooperatismus? Der Wandel der Sozialversicherungen im europärischen Vergleich*, Frankfurt/New York 2012, S. 39.

(146) 拙稿・前掲注(138) 五二 - 五四頁(本稿第二章第一節二(二)) 参照。

(147) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. a. O., S. 39.

(148) 拙稿・前掲注(138) 六六 - 六七頁(本稿第二章第二節二(二)(4)) 参照。

(149) Schmidt-Aßmann, *Grundrechtspositionen*, S.83.

(150) Vgl. dazu Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. 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(ヒューフェン)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)(本稿第二章注(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*, NJW 2004, S. 3369ff.(3371).

(152) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. 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. a. O., S. 93.
- (155) 社会法学の観点から、vgl. z. B. Leopold, a. a. O., S. 354.
- (156) 法学の観点から、vgl. z. B. Reinhold Hendler, Die Selbstverwaltung in der Rentenversicherung, DRV 1986, S. 319(327f).
- (157) Klenk/Weyrauch/Harrmann/Nullmeier, a. 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ことができる(<http://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/a411-schlussbericht-sozialwahlen-2011.html>).
- (158) Emde, a. a. O., S. 422.
- (159) Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation, S. 383.
- (160) Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 460.
- (161) 本章注 (141) 参照。
- (162) 拙稿・前掲注 (138) 六六 - 六七頁参照。
- (163) Braun/ Klenk/Kluth/Nullmeire/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

人間の生活上極めて身近なリスクである傷病は、その発現の予測不可能性および長期化の可能性を特徴とし、かつ稼得の減少または喪失につながりうるものである。したがって、かかるリスクへの備えには、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。本稿においては、以上の認識に基づき、まず、序章において、わが国の公的医療保険制度が、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として意義を有することを前提とした上で、——それが国家により整備されたものであるがゆえに——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権のもつ自由権と異なる特殊性を有することを指摘した。これらの問題に対しては、保険運営への被保険者の参加が有効な対応策となりうると考えられるが、そこには検討されるべき以下の二つの課題が存在することが判明した。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(1)。いま一つに、「社会連帯」との関係において「個人」と「社会」の緊張関係がいかんかに理解されうるか、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」(2)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。それは本質的には、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を問うものである。

次に、以上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。すなわち、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、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。その上で、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」。第二章においては、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（保険者自治もこれに属する）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判明した。そこで、第三章においては、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、ただ憲法上機能的自治の組織形態が前提とされていることを根拠に、その不足が許容され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論者において主張されるに至った。かかる学説の展開を経て、二〇〇二年一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、法律による任務および権限の十分な規律および国家監督の要請についてはこれを満た

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。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が検討されるべきであると思われた。

本章においては、以上の検討を踏まえ、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の理解について、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う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(3)。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、「民主政原理に根付く自己決定および自律の原則が適切に通用する」ことを可能にすることであり、そのために「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」および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(4)。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のである。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。疾病保険における保険者の意思決定の組織および手続も、以上の法的諸要請を満たすものでなければならず、その際、とりわけ患者の利益が考慮されるべきであると思われることは、すでに示した通りである。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と考えられる(5)。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(6)。トゥルーテが、議会を行政の自己統制の監督者として位置づけ、行政内部の情報を公開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(7)。もっとも、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、実際に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。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」(8)。それゆえに、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己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(9)。

第二に、社会連帯における社会と個人との関係の問題について、保険者自治においては、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の利益が、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た。連帯共同体における、団体的あるいは集团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、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ために、そして同時に、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、法律および国家監督を要請するのである。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(10)。もっとも、クルートの理論においてそうであったように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ると考えられる(11)。

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保険当事者とりわけ被保険者の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。シュミット＝アスマンによれば、社会領域に開かれた、分節化・細分化された行政は、「新しい社会需要に対する受容メカニズムとして機能」し、あるいは「イノベーション能力をシステム全体与えるのに寄

与する」(12)。保険当事者による行政である保険者自治はかかる行政の一例であるといえる。その民主的正統化をめぐる議論は、ヒエラルヒッシュに秩序づけられた大臣行政という標準モデルから逸脱するが、しかしその存在を憲法上承認され、かつ現に多数存在する分節化・細分化した行政およびその組織において、同じく憲法上要請される「行政の統一性」あるいは「民主的に責任ある決定として国家に帰責されうる」という意味での行政の「統一的決定」(13)を、いかに確保するのかを問うものであったといえる。学説および連邦憲法裁判所の判例における民主的正統化理論の展開をみれば、分節化・細分化した行政の一形態である機能的自治において、かかる意味における行政の統一性ないし決定の統一性を確保する方法としては、事項的・内容的な民主的正統化に加え、とりわけ制度的法律留保および国家監督という国家関与を通じて組織的・人的な民主的正統化の欠如を補完することにより、基本法上要請される民主的正統化の水準の達成を目指す方向性が明らかとなった。

なお、本稿において残された課題は以下の通りである。第一に、民主的正統化理論に基づき、機能的自治の民主的正統化のために立法的および行政的な国家関与が要請されるとしても、その関与には何ら制約がないものではなく、そこには規範的な限界が存在すると考えられる。かかる国家関与の限界付けにおいては、立法者は、機能的自治を根拠づける基本思想が——クルートの機能的自治の正統化根拠の分類論が示すように(14)——様々に異なることを考慮しなくてはならないと考えられ(15)、例えば、社会保険における自治と大学の自治とでは、要請される国家関与の程度と限界は自ずと異なることになるだろう。民主的正統化を論ずる場合、本来であればこの点についても検討を行わなければならないが、本稿においてはこれを行うことができなかった。第二に、今や行政は、「組織的意味における行政」によってはその全体像を完全に把握することはできず、「機能的意味における行政」の概念を必要とするほどに多元化している(16)。本稿は、かかる状況

において、行政の公共善への方向づけをいかに保障するかという行政法学の現代的課題について、組織的意味における行政に属する公法上の社団としての疾病金庫（保険者）の自治を素材にこれを検討したにとどまる。しかし、同じ疾病保険における自治に限ってみても、そこには保険者自治のほかに、保険者と給付提供者による行政任務の共同遂行である「共同自治」(17)も存在する。例えば、連邦金庫医師団体、ドイツ病院協会および連邦疾病金庫連合により構成される「共同連邦委員会(Gemeinsamer Bndesausschuss)」は、法律の授権に基づき、保険診療の内容および範囲に関する指針を公布する重要な権限を有する（社会法典五編九一 - 九二条）。この指針は支配的見解によれば法規範であるとされ(18)、したがってその制定行為は公権力の行使であるといえる。しかし、共同連邦委員会の法的性質について、法律はこれを「権利能力を有する」（同九一条一項中段）と規定するにとどまる。学説においても、これが公法上の社団、営造物および財団のいずれにも属しないと解する点において概ね見解の一致があるにとどまり、その法的性質はなお明確にされているとは言い難い(19)。一般的に、保険者自治の担い手である被保険者および雇用者も、保険者を通じて共同自治に参加していると解されるため(20)、疾病保険における被保険者の参加を総体的に民主政原理との関係において秩序づけるためには、共同自治の法制についてもその組織の法的性質を含めてこれを分析し、民主的正統化の観点から検討を行う必要がある。しかし、本稿においては前者の検討にとどまった。第三に、本稿においては保険者自治の民主的正統化について、これを法規範的に考察したが、さらに参加制度の実際の運用状況の分析、とりわけ社会選挙ないし保険者自治の活動の実態の検討を踏まえた上で、保険者自治の民主的正統化を評価することも必要となろう。しかし、本稿においてはこれを行うことはできなかった。以上の諸点については、今後の課題としたい。

注

- (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) 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（四・完）」法政論集二五二号（二〇一三年）一五九頁（本稿第三章第二節一）参照。
- (4) Vgl. BVerfGE 107, 59(91). 同上一七五頁（本稿第三章第二節三）参照。
- (5) 毛利透「行政法学における『距離』についての覚書（下）」ジュリスト一二一三号（二〇〇一年）一二八 - 一二九頁参照。
- (6) 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（本稿第二章第二節二（三）③）参照。
- (7) 拙稿・前掲注(3)一六九頁（本稿第三章二節二（三））参照。
- (8) 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。
- (9) 拙稿・前掲注(6)八〇頁（本稿第二章第二節三（二））参照。
- (10) 拙稿・前掲注(3)一六八頁（本稿第三章第二節二（二））参照。
- (11) 同上一七三頁（本稿第三章第二節二（三））参照。
- (12) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 2004, S. 257. 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）二五八 - 二五九頁。
- (13) Ebenda, S. 258. 同上二五九頁。
- (14) 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）」法政論集二五一号（二〇一三年）三四九頁（本稿第二章第三節一）参照。
- (15) Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 262. 前掲邦訳書注(12)二六三頁。
- (16) 「組織的意味における行政」および「機能的意味における行政」の概念について、vgl. Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 1, 11. Aufl., München 1999, S48, 80f.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl., München 2012, S. 693f., 708f. 「組織的意味における行政」とは、「行政活動に特化した国家の組織体」(Hoffmann-Riem, a. a. O., S. 708)であり、それは「行政法的意味において、連邦、州、ゲマインデならびに公法上のその他の社団、営造物および財団ならびに特許受任者(Beliehene)」(Wolff/Bachof/Stober, a. a. O., S. 48)である。行政の活動はこの概念により把握される行政体により中心的に遂行されているが、新しい公的任務遂行の形態、例えば、機能的民営化領域における私人の行動や PPP(Public Private Partnerships)のような公私セクターの組み合わせによるハイブリッド型の公的任務は、この概念によっては把握されえない。それにもかかわらず、公的目的の実現に関係づけられたこれらのアクターの行動は、規範の解釈が相応に広範な適用領域を与える場合には、行政にも通用する法的諸準則に服する(vgl. Hoffmann-Riem, a. a. O., S. 709)。そこで、「公共

善目的および公法法的諸準則に方向づけられた、そのような公法的、私的またはハイブリッドなアクターは『機能的意味における行政』に属する」(Ebenda, S. 693f.)とされる。

(17) 「共同自治」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(一)」法政論集二四二号(二〇一一年)二九〇頁注(74)(本稿序章注(74))参照。

(18) 指針の拘束性の想定が BSGE 78, 70(74f.)以来の連邦社会裁判所の確定判決に相応することにつき、vgl. Peter Axer, Das Normsetzungsinstrumentarium im Vertragsarztrecht, in: Friedrich E. Schnapp/Peter Wigge(Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, München 2006, S. 284f.

(19) Schmidt-De Caluwe, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen(Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, München 2008, Art. 91 Rdn. 9f.

(20) BSGE 78, 70(81).