

論 説

機能的自治に関して 基本権が有する意味の諸相

門 脇 美 恵

はじめに

第一章 機能的自治の分類と基本権

第一節 機能的自治の発現形態と分類指針

第二節 機能的自治の分類基準と基本権

第二章 機能的自治主体の基本権

第一節 機能的自治主体の基本権保護の意味

第二節 基本法 19 条 3 項の公法人への適用

(一) 判例

(二) 学説

(三) 判例および学説から演繹される基準

第三章 機能的自治主体の基本権とその構成員の基本権

第一節 機能的自治主体の構成員の種類

第二節 機能的自治主体の構成員の多様な基本権的地位

(一) 防御権的地位

(二) 基本権により根拠づけられた参加請求権

(三) 客観法的作用

おわりに

はじめに

行政法は「行政の組織及び作用に関する国内公法をいう」と定義された¹⁾。しかし、今日、協働の観念が論じられ、とりわけ行政の組織と私人との共同の一類型である公私協働は世界各国において進行しており、もはや「国家＝行政」の等式は維持しえず、公共における公私の区分は相対化される^{2) 3)}。この意味における公私の相対化は、「国家と社会の観念的峻別や対峙からの構造転換の契機を、あるいは公益または公共の存在形態をめぐっての問題提起的な契機を必然的にはら」みつつも⁴⁾、国家的主体と非国家的主体との区別それ自体を放棄するものではない。なぜなら、公私協働は存在基盤・目的を異にする両主体の諸機能・要素を適切に複合させてより良い公益実現を図ることを目指すものであり、この政策目的を実現するためにも、両者は（憲）法的に区別されていなければならないからである。すなわち、民主的正統化を要し基本権に拘束されるのは国家的主体に限られ、非国家的主体は公共的任務遂行に関わる場合においても、その活動は（それが国家から委任された権限の行使にあたらぬ限り）基本権的自由の行使として行われる⁵⁾。それゆえに、公共空間における非国家主体の活動のガバナンスをいかに確保するかが、公私協働の論点の一つとなるのである。

ところで、このように公私協働における非国家的主体の基本権享有主体

-
- 1) 田中二郎『新版 行政法 上巻（全訂第二版）』（弘文堂、1976年）24頁。
 - 2) 紙野健二「協働の観念と定義の公法学検討」法政論集225号（2008年）1頁以下参照。紙野は、「協働」観念の出自からして「公私協働」が「協働」という現象の分析の一つの方法的観念にとどまるものであり、「公私」という語では視野に入らない諸問題を念頭におくべき」ことを指摘する（11頁）。「協働」の定義的要素として、①主体の複数性、②公共目的の共有、③相互協力が挙げられる（12頁）。「公私協働」についての論稿は他にも多数あるが、さしあたり以下を参照。岡村周一ほか『世界の公私協働——制度と理論』（日本評論社、2012年）、山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究2号（2009年）277頁以下、亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65号（2003年）188頁以下。
 - 3) 「公共における公私の相対化」他に、グローバル化による主権国家の法秩序の自律性の相対化も進行している。グローバル化と公法・私法関係の変容について、浅野有記ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』（弘文堂、2015年）参照。行政法がこれらの相対化現象に対応しうるガバナンスの法として進化し、再定義されることを求められていることについて、市橋克哉「行政法整備支援とその行政法学への示唆」国際開発研究第20巻第2号（2011年）35頁以下参照。
 - 4) 紙野・前掲論文2-3頁。
 - 5) 山本・前掲論文279-280頁参照。

性に着目することは、波及的に、行政組織内部において協働する私人の基本権にも着目する必要があることに気付かせる。そのような形態における私人の協働の典型例として、筆者がこれまで研究対象としてきた機能的自治（funktionale Selbstverwaltung）が挙げられる。機能的自治について体系的な研究を行うドイツの公法学者であるヴィンフリート・クルートによれば、「機能的自治は、行政組織の独立した類型として断絶なく……憲法構造へと組み入れられる」行政類型であり、「限定された任務領域に関して、憲法上形成された省庁行政（Ministerialverwaltung）および地方自治（kommunale Verwaltung）という二つの主要行政類型の重要な補完」である⁶⁾。機能的自治主体は、その多くが「公法上の社團」として組織されるために国家に包含されるが⁷⁾、「機能的自治主体の内部構造が考察に加えられる場合、国家と私人との間における協働（Kooperation）および相互浸透（Interaktion）の多様な形態が見いだされうることになる」⁸⁾。すなわち、機能的自治主体の構成員は、一部の例外を除いてその多くが職業や任務といった特定のメルクマールによって範囲を限定された当事者としての私人であるために、機能的自治の民主的正統化や基本権への拘束のあり方については、省庁行政あるいは地方自治と同様に論ずることができない。

このように機能的自治が行政組織内部における私人の協働として理解され、その民主的正統化が公法学において一定の議論の蓄積をみる一方で⁹⁾、基本権との関係については主に機能的自治主体の憲法異議申立資格の問題が議論され、その前提として基本権が機能的自治に対していかなる規範的内容を含むのかについての基礎的分析は必ずしも十分に行われているとはいえない。そこで、本稿ではクルートの研究業績を参照し、基本権が機能的自治との関係でいかなる意味をもつかを明らかにしたい。

6) Winfried Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997 Tübingen, S. 543.

7) 機能的自治の概念決定的メルクマールについて、vgl. Kluth, a. a. O., S. 543. クルートによれば、機能的自治のメルクマールは、「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（sachlich）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が法監督に限定されることによって保障されている」ことである。

8) Kluth, a. a. O., S. 393.

9) 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）～（四・完）」法政論集 242 号（2011 年）261 頁以下、247 号（2012 年）49 頁以下、251 号（2013 年）347 頁以下、252 号（2013 年）155 頁以下。

第一章 機能的自治の分類と基本権

機能的自治の典型例は公的疾病保険における保険者である疾病金庫の自治¹⁰⁾や商工会議所の自治¹¹⁾であるが、この他にも機能的自治の概念の下で論じられることのある自治は多種多様であり、同概念はそれらの具体的発現形態を包括して議論の場を設定するものであると考えられている¹²⁾。本章では、機能的自治の多様な発現形態とこれを分類するための規範的連結点を明らかにし、そこにおける基本権の位置づけを確認する。

第一節 機能的自治の発現形態とその分類指針

(一) 機能的自治の発現形態の多様性

クルートによれば、機能的自治の発現形態は顕著な多様性を示し、その成立根拠、成立時期および成立形式、任務領域、規模および内部構造には多くのバリエーションがある。例えば、一方で大学、職能および経済的組合ならびに社会保険担当機関のような支配的で遍在的な組織があり、他方で森林経済組合のような、目立たず認知度の低い形態がある。また、一方で自由業の組合のような同質的組織があり、他方で大学、水利および土地組合、商工会議所および手工業組合におけるように、多様で部分的には対立的性質をもった諸集団がまとめられている組織がある¹³⁾。

10) 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）～（四・完）」法政論集 242 号 261 頁以下、247 号 49 頁以下、251 号 347 頁以下、252 号 155 頁以下参照。

11) 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 2 巻 2 号（2003 年）157 頁以下参照。

12) Vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997 Tübingen, S. 30f. クルートによれば、「機能的自治という専門用語は、自治の担い手の具体的発現形態の多様性のための場所確保（Platzhalter）としての機能を果たす」。クルートは同書第二部において「機能的自治の発現形態」として多様な自治組織を採り上げるが、このことはそれらの組織が「規範的に拘束力を持って機能的自治に分類されるということを意味しない」のであり、「むしろこの部分は、機能的自治への分類が疑わしく、したがって審査を要するところの一連の組織も包括している」とする。

13) Kluth, a. a. O., S. 217.

（二）機能的自治主体の分類の基本的指針

機能的自治主体は様々な基準に基づき分類されうるが、概観可能性を重視して分類を行うときに最も重要な基準は自治権の法的根拠の序列であり、憲法に支えられた自治とそれ以外の自治が区別される。次に重要な基準は個々の事物領域（Sachbereich）であり、歴史的および事物的違いにより、自由業の自治、経済的集団多元的自治、物的団体の自治および社会的自治の間で区別がなされる。この第二の基準は、憲法に支えられた自治以外の自治に関する分類基準として機能する¹⁴⁾。

機能的自治の経験主義的多様性は、機能的自治の抽象的な法学上の分類、より厳密に言えば組織法上のカテゴリーへの直接的分類を困難にする。したがって、機能的自治主体の数の多さとその細部における様々な特徴を考慮すれば、機能的自治主体がその概観可能な数の典型的・特徴的メルクマールにより整理されることが必要となる。類型化にあたっては複雑さを減らして共通性と相違性を強調しなければならず、類型の指針となる基準および像が展開されなければならない。経験主義的所見とノルム・マテリアルとの「相互照射・相互浸透」の過程における、ドグマティッシュなカテゴリーの形成の前段階として、類型形成それ自体が、規範構造に方向付けられなければならない¹⁵⁾。すなわち、機能的自治の分類においては、一方における経験主義的所見と、他方における規範または法原理との間における緩やかな関連付けが必要となる¹⁶⁾。

第二節 機能的自治の分類基準と基本権

（一）憲法的基準に関連づけられた分類

したがって、機能的自治の分類においては、まず、憲法的基準に基づいてその憲法上の地位および保障が測定される。すなわち、第一に社会の私的生活領域および機能領域を国家的影響から保護するための事前措置としての基本権、第二に国家の支配権力の正統化およびその組織の最上位原理としての

14) Kluth, a. a. O., S. 30.

15) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin 1991, S. 464ff. なお、本書の邦語訳には、K・ラーレンツ（米山隆訳）『法学方法論』（青山社、1998年）がある。

16) Kluth, a. a. O., S. 217f.

民主政原理、第三に生活領域および任務の社会化〈Vergemeinschaftung〉の秩序原理および正統化原理としての社会国家原理および連帯原理である。次に、以上の憲法的基準を前提として、機能的自治の多様に秩序づけられた分類が考えられる。すなわち、第一に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の分類、第二に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の分類、第三に原理に導かれた正統化を見るための正統化モデルの分類、第四に機能的自治の活動を類型化するための任務の分類である¹⁷⁾。

（二）機能的自治の分類と基本権

以上のように機能的自治の分類を考えると、基本権はまず分類を考える上での指針として「国家と社会」の領域への機能的自治の担い手の帰属を明らかにするとともに、個々の機能的自治主体の内部領域における構成員の基本権に重要な利益の調整の意義を明らかにする基準として機能することがわかる¹⁸⁾。次に、基本権は機能的自治の成立根拠（動機）に基づく分類の基準となり（基本権的自由余地および——事理的にそれに結び付けられた——国家との距離の保護）¹⁹⁾、さらに機能的自治の正統化原理に基づく分類の基準にもなる（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）²⁰⁾。

第二章 機能的自治主体の基本権

第一章においては、多様な発現形態をとる機能的自治の分類において基本権が有する意味を明らかにした。本章においては、機能的自治主体の基本権について、それがいかなる意味をもちうるかを概観した上で、基本法19条3項²¹⁾の適用可能性をめぐる判例および学説における解釈を確認する。

17) Kluth, a. a. O., S. 218f.

18) Kluth, a. a. O., S. 218.

19) Kluth, a. a. O., S. 231.

20) Kluth, a. a. O., S. 240.

21) 基本法19条3項「基本権は、その本質に基づき適用可能な限りにおいて内国法人に対しても適用される。」

第一節 機能的自治主体の基本権保護の意味

（一）国家と社会の二分論における基本権の位置づけ

基本権は憲法の法治国家的諸要素の核心であり²²⁾、国家と社会とを区別し、社会の自由を国家の侵害から守る。すなわち、基本権は国家と社会の領域の間で、基本権的自由と民主主義的自由の思想との間に境界線を引き、かつこれを保護し²³⁾、国家的領域とは異なる社会の機能－および秩序構造を根拠づける²⁴⁾。

この秩序モデルを背景に、基本権は国家と社会という二つの独立の、かつ独自に根拠づけられた機能－および生命領域を境界付けるものであるように思われる。その場合、国家的機能および秩序は、基本権によって拘束および局限されるのみであるという結論に至りそうである。そのように考える場合、機能的自治主体は、基本権保護の当為側面（Sollensseite）においてのみ問題となり、基本権的自由および機能保護の享有側面（Habensseite）については問題とならないことになってしまう。これに対して、ドイツ国法学および憲法学は、国家と社会とを引き続き区別し、両領域において基本的には対立し、部分的には敵対する諸原理を見出しつつも、実務上とりわけ国家と私人とが多様な事柄の領域－および組織形態において協働する場合には、上記のような二元主義的観点を一部修正する²⁵⁾。そのようにして、国家的組織が基本権保護に仕えることが可能であるという視点が現れ²⁶⁾、さらに国家的予防措置および手続形成による基本権的自由の組織的保障が前提とされる²⁷⁾。

22) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., Heiderberg 2004, § 26 Rdnr. 5; Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928, § 14.

23) Dazu Christian Starck, Grundrechtliche und demokratistische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. III, 3. Aufl., Heiderberg 2005, § 33.

24) Hans Heinrich Ruppe, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., § 31 Rdnr. 29ff.

25) Kluth, a. a. O., S. 391f.

26) Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Die wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Festschrift für Werner Thieme, Köln 1993, S. 697ff.

27) 例えば、ラジオ放送公共料金の確定手続について、vgl. BVerfGE 90, 60 (93ff.).

(二) 機能的自治の基本権保護および基本権的機能保護の可能性

以上のような解釈によれば、機能的自治を執行権の一部として、したがって国家の一部として評価することによって、基本権的自由および機能保護の享有側面（Habensseite）が初めから排除されているとはいえない。特に大学の自治のように、原理的正統化根拠が基本権的自由の発展のための国家との距離保障であると解される機能的自治においては、基本権との著しい結合が見いだされ、この距離保障をもって国家と機能的自治との間に外部関係が把握される。機能的自治主体の内部構造が考察に加えられる場合、国家と私人との間における協働および相互浸透（Interaktion）の多様な形態が見いだされ、その際に私人の活動が公務（öffentliches Amt）ではなく基本権的自由の行使である限りにおいて、同様に機能的自治の当該作用領域に対する基本権保護の承認の誘因が生じる²⁸⁾。さらに機能的自治の個々の機能領域さらには任務総体の基本権的保障までもが肯定される場合には、基本権から機能的自治の制度的存立保障も演繹される²⁹⁾。

このように、機能的自治主体の地位は、基本権により様々な観点から特徴づけられる。そこでは基本権により国家と機能的自治主体の関係（外部または内部関係）が区別され、個別事例におけるその判断においては機能的自治の憲法的評価（基本権または権限による正統化）が重要となる。次に、このような理解を前提として、機能的自治主体としての公法人への基本法 19 条 3 項の適用可能性についての判例と学説の立場を確認する。

第二節 基本法 19 条 3 項の公法人への適用

(一) 判例

連邦憲法裁判所は多くの決定において、基本法 19 条 3 項に基づく基本権享有資格の問題についてその意見を表明してきており、そのなかで一般的指針が形成された。すなわち、①原則として、基本権は公法人に対して

28) Kluth, a. a. O., S. 392f. クルースは、大学の自治以外にも、例えば経済的自治による職業的地位の利益の実現においても、基本権的に正統化された対国家的保護というシェーマが当てはまるかどうか、個別的に審査されるべきであるとする。

29) Kluth, a. a. O., S. 393. クルースは、さらに基本権により機能的自治の権限（Kompetenz）が根拠づけられるか否かが、とりわけ大学の自治のように機能的自治主体の任務が基本権により把握される場合には審査されなければならないとする。

それが公的任務を遂行する限りにおいて適用されない。②例外的に、公法人が公的任務を遂行する場合でも、それが直接的に基本権によって保護された生存領域（Lebensbereich）に秩序付けられている場合には、基本権享有資格を有し、かつ憲法異議資格を有する。③公法人が個人の利益の代理人としてかつ公的任務の遂行の外側において基本権を享有できるか否かは、未決定のままである³⁰⁾。以下、代表的な決定を確認する。

（1）社会保険担当機関による憲法異議

連邦憲法裁判所は1967年5月2日の決定³¹⁾において、社会保険担当機関による憲法異議の可否について判断するなかで、初めて基本法19条3項のドグマティッシュな理解を公法人との関係において詳細に展開した。連邦憲法裁判所は論証の出発点を、「基本権の価値体系」という、「第一に個々人の自由空間を国家権力の介入に対して守る」ものにおき、公法人に基本権享有資格を認めることが、以下の条件においてのみ正統化されるとする。すなわち、「その形成と活動が自然人の自由の発展の表現であり、とりわけ法人の背後に存在する人間の把握（Druchgriff）がそのことを意義深く、または必要であると思わせる場合である」³²⁾。したがって、「基本権能力を公的任務遂行領域における公法人へと及ぼすことに対しては、基本的疑念」が見てとられ、国家は「基本権の名宛人と資格者に同時にはなり」得ない³³⁾。高権の担い手としての公法人の機能領域および所有権への介入は、権限の対立として、そのために法的ルールによって利用に供されている法的救済規定（Rechtsschutzvorschrift）により解決されるべきである³⁴⁾。この決定において連邦憲法裁判所は、デューリヒによって基礎付けられた把握理論（Durchgriffstheorie）³⁵⁾ およびニッパードアの混同論証（Konfusionsargument）³⁶⁾ を、公的任務の遂行領域において基本権保護を否定するために援用している。なお、連邦憲法裁判所はこの決定を引用して、

30) Kluth, a. a. O., S. 394.

31) BVerfGE 21, 362ff.

32) BVerfGE 21, 362 (369).

33) BVerfGE 21, 362 (369f.).

34) BVerfGE 21, 362 (370f.).

35) Günter Dürig, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994, Art. 19 III Rdnr. 35 (Erstbearbeitung).

36) Hans C. Nipperdey, Betriebs-Berater 1951, 593 (594); Dürig, a. a. O., Art. 19 III Rdnr. 8 (Erstbearbeitung).

1975年4月9日の一般地区疾病金庫（Allgemeine Ortskrankenkasse）の憲法意義において、当該疾病金庫の憲法異議資格を否定した。

（2）歯科技工士インヌングの憲法異議

公法人の基本権享有資格についての議論を深化させたのは、1984年10月31日のある決定³⁷⁾である。この決定において、インヌングおよびラントインヌング連合の憲法異議は、基本権享有資格の欠如を理由として却下された。連邦憲法裁判所は先にみた2つの決定も参照した上で、公的任務遂行において公法人は、個々人の基本権行使における訴訟代理人として機能するわけではないとする³⁸⁾。そして、公法人への基本権の適用が原則として排除される理由として決定的であるのは、公法人としての法的地位において、基本権の本質に基づく法人への適用に対立する事物的および法的状況（Sach- und Rechtslage）が明らかになるのか否か、なるとすればいかなる範囲においてかということであるとする。すなわち、「この問題は一般的な公式において答えられえない。重要であるのは、公法人が憲法意義を申し立てられる公権力の行為に該当することになるところの機能である。この機能が法律上配分されかつ規律された公的任務の遂行において存在する場合、法人は少なくともその限りにおいては基本権能力をもたない」³⁹⁾。

連邦憲法裁判所は、異議を申し立てたインヌングおよびラントインヌング連合は費用抑制に関する規律によってまさに上記の機能に該当しており、その機能によって両者は国家によって法律を通じて委任されかつ規律された任務および権限を遂行すると結論づけた⁴⁰⁾。これに対して連邦憲法裁判所は、いかなる範囲でインヌングが利益代表という任務遂行において特定の基本権の担い手であり得るのかという問いについては、未決定のままにした⁴¹⁾。

（3）整形外科技工士のインヌング連合の憲法異議

この未決定のままであった問題について、連邦憲法裁判所は1985年5

37) BVerfGE 68, 193ff.

38) BVerfGE 68, 193 (207).

39) BVerfGE 68, 193 (208).

40) BVerfGE 68, 193 (208f., 211ff.).

41) BVerfGE 68, 193 (209).

月 14 日の決定⁴²⁾において判断を示した。主に整形外科技工士のインヌング連合により申し立てられた費用抑制補完法に対する憲法異議において、連邦憲法裁判所は初めて、その任務領域が直接に基本権へと秩序付けられていないところで公法人の基本権享有資格を肯定した。この決定の論拠は、歯科技工士のインヌングと整形外科技工士のインヌングの地位の詳細な比較に依拠する⁴³⁾。連邦憲法裁判所は、整形外科技工士のインヌングが、異議を申し立てられた費用抑制補完法の規律に「国家行政の部分としてのその機能においてではなく、その構成員の利益代表として関わって」いると結論づけた⁴⁴⁾。

しかし、連邦憲法裁判所はこの決定の射程範囲を明確にこの事例に限定していることに留意しなければならない。連邦憲法裁判所は、歯科技工士インヌングの憲法異議についての「1984 年 10 月 31 日の決定において未解決のままにされた問題、すなわち、いかなる範囲でインヌングがその構成員の経済的利益の実現すなわち純粋な利益代表任務の遂行において、部分的に基本権享有主体でありえるのかという問題は、今回の事例においても、一般的決着を要するわけではない」とする⁴⁵⁾。

（二）学説

ここでは多様な学説のうち、先に概観した連邦憲法裁判所の立場を批判するものを取り上げる。

（1）混同論証（Konfusionsargument）の批判

連邦憲法裁判所は 1967 年 5 月 2 日の決定（本節（二）（1）参照）において混同論証を援用し、国家は基本権の名宛人であると同時に基本権の享有主体であることはできないとした。これに対しては、ベッターマンおよびエーリヒゼにより、抽象的規範（Norm in abstracto）は一つの法主体に権利を与えると同時に義務付けを行うこともまた可能であり、それが排除されているのはせいぜい同一の状況との関係においてにすぎないと反論され、連邦憲法裁判所は後の諸決定においてこの点を考慮に入れることにな

42) BVerfGE 70, 1ff.

43) BVerfGE 70, 1 (15ff.).

44) BVerfGE 70, 1 (20).

45) BVerfGE 70, 1 (20).

る⁴⁶⁾。混同論証の拒絶により、基本権保護あるいは基本権享有資格が法人それ自体に向けられているわけではなく、当該具体的法関係に向けられていることが明らかとなる。一つの法人について、ある法関係においては基本権享有資格が認められ、またある法関係においては基本権に義務付けられることは、今日一般的に承認されている⁴⁷⁾。

(2) 個人主義的基本権解釈およびそれに基づく把握理論の批判

連邦憲法裁判所が同じく 1967 年 5 月 2 日の決定において援用した把握理論は、基本権の効力が個人を出発点とすることが決定的であり、したがって法人のオリジナルな基本権保護は問題にならないことを前提とする⁴⁸⁾。この解釈によれば、法人の基本権享有資格は、個人の基本権保護の保障および強化のためにしか認められない⁴⁹⁾。この点において、把握理論は、連邦憲法裁判所が 1984 年 10 月 31 日の決定（本節（一）（2）参照）において否定した訴訟代理人理論（Sachwalthertheorie）すなわち公法人がその構成員の基本権をいわば受託者的に遂行するとする解釈とは区別される。訴訟代理人理論は実際にはその主張の意図と反対の結果に至ってしまうのであり、なぜなら訴訟代理人の立場は個人の基本権の強化に至るのではなく、それに結び付けられた高権の危険性によって侵害と評価されなければならないからである。これに対して、把握理論のアプローチは、法人の基本権享有資格が個人の基本権保護を強化・補完を志向する。したがって、組織の法的地位は、その強化が構成員の法的地位したがって個人の地位に負担を掛け、あるいはその地位を縮小されうる場合には、抑制されることが要請される。組織の固有利益ではなく、その背後に存在する個人的（personal）基盤の自由の利益が、基本権享有主体の有無の判断についての評価基準となる⁵⁰⁾。

この把握理論を批判してベッターマンは、基本法 19 条 3 項それ自体が

46) Karl August Bettermann, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, 1321 (1323); Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtbarkeit I, 1. Aufl. München 1972, S. 155.

47) Kluth, a. a. O., S. 402.

48) Vgl. Norbert Achtenberg, Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen, in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977, S. 1 (6).

49) Erichsen, a. a. O., S. 158.

50) Kluth, a. a. O., S. 403.

基本法が基本権の個人主義的観点を克服し、基本権が人間を集団的存在としても把握および保護しようとすることを承認したということの証左であるとする。しかし、「基本法は基本法 19 条 3 項におけるよりも明確には、それが自然法の個人主義とその啓蒙さらにそれに伴う基本権の始原的理解を克服したことを説明しえなかった」。そのため、ベッターマンは基本法 19 条 3 項の適用領域の特定のための基準として、基本権に典型的な危険状態という概念を用いる⁵¹⁾。

しかし、この基本権に典型的な危険状況という基準には様々な難点があるとされ、とりわけ権限紛争の形態における外部法関係においては、国家組織法上の空間の紛争に対しては固有の法的保護可能性が配分されているために基本権保護が問題となりえないことが指摘されている。その結果、公法人の基本権保護が認められるには、国家組織的な従属性（*Unterworfenheit*）が存在するだけでなく、法人が国家市民のようにその外部法関係において見出されなければならないことになる。そのようなケースは、阻止されるべき侵害が、国家市民をも義務付けるような実質的公法規定に基づく場合に限定されるので、基本法 19 条 3 項の公法人への適用領域は実際には公法人の財産的価値への国家的侵害に対する保護が中心となる⁵²⁾。公法人の基本権享有資格の承認については、それにより国家の組織的形整自由が無力化され得るという懸念を示されるが⁵³⁾、基本権に典型的な危険状況という基準のこのような理解によれば、そのような懸念は無用となる⁵⁴⁾。

（三）判例および学説から演繹される基準

判例と学説から、公法人の基本権享有のために非常に重要な基準が導かれる。すなわち、①顕著な組織法的独立性という要請、②実現されるべき任務あるいは利益の内容および③——連邦憲法裁判所の解釈に従わず、国家的任務の遂行領域においても基本権保護が可能であるとみなす限りにおいて——基本権に典型的な従属性（*Unterworfenheit*）あるいは危険状況の存在。このうち①の基準は、機能的自治主体が組織法上の著しい独立性を

51) Bettermann, a. a. O., S. 1321 (1324f.).

52) Kluth, a. a. O., S. 404.

53) 例えば、連邦憲法裁判所は 1967 年 5 月 2 日の決定（BVerfGE 21, 362 (372f.)) においてそのような懸念を示している。

54) Kluth, a. a. O., S. 404f.

有するので満たされる。したがって、その基本権享有資格の承認において重要であるのは、②および③の基準であり、すなわち基本権保護のいかなる構想が機能的自治主体により遂行される任務に関して基盤となっているか、とりわけ基本法 19 条 3 項に基づく基本権保護が国家的任務の遂行にも及ぶか否かが問われることになる⁵⁵⁾。

第三章 機能的自治主体の基本権とその構成員の基本権

本章においては、機能的自治主体により遂行される任務の法的分類を明らかにするために、当該任務が機能的自治主体の構成員の基本権によりいかなる影響を与えられるかを明らかにする。なぜなら、そこから機能的自治主体の任務の国家または社会の領域への分類のための重要な示唆が生じうからである。いかなる範囲で機能的自治主体による任務遂行が基本権的に特徴付けられ、あるいは基本権的に保護された構成員の利益に秩序付けられうるのか、ひいては構成員の基本権が機能的自治主体の任務および組織に対していかなる影響を及ぼすのかという問いへと至る。

第一節 機能的自治主体の構成員の種類

機能的自治主体の構成員は第一に自然人であり、その包括的な基本権享有資格の承認については、EU 市民または外国人が義務的構成員である場合など一定の例外を除けば、異論はない。次に、私法上の法人と同様に公法人も構成員として登場する。その際、私法人の基本権享有資格については概ね問題ないが、公法人については、例えばそれが領域的の団体である場合には、基本権享有資格は否定される⁵⁶⁾。

第二節 機能的自治主体の構成員の多様な基本権的地位

(一) 防御権的地位

義務的構成員資格は、それ自体としては基本権侵害ではない。むしろ、

55) Kluth, a. a. O., S. 406f.

56) Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997 Tübingen, S. 406.

それによって、当事者の国家市民的な積極的地位（status activus）が拡大される。基本法9条の保護領域（結社の自由）も同法2条1項（人格の自由な発展の権利）の保護領域も侵害されない。機能的自治主体の設立行為の防御権的基準は機能的自治主体に配分された任務であり、いかなる基本権がそのときどきの任務によってその事物的な保護領域において関係するかが審査されなければならない。したがって、機能的自治主体の構成員の基本権は、機能的自治の担い手への任務配分を、基本権的正統化レジームに付し、それによって機能的自治主体の作用範囲を憲法的に制限する。防御権的地位は、機能的自治主体の組織内部においては任務遂行に対しても認められ、それは構成員の基本権的自由余地の保護とりわけ過剰禁止に適合的である⁵⁷⁾。

（二）基本権により根拠づけられた参加請求権

防御権に対する基本権ドグマティッシュな対応物は、配分参加（Teilhabe）または給付請求権であり、それは参加（Partizipation）または参与（Beteiligung）請求権の形態もとりうる。機能的自治主体の内部においては、二つの異なるコンテキストが想定され、その第一のバリエーションは国家給付への配分参加に関係し、第二のバリエーションはより特殊に、構成員の法的地位および任務配分との関連において共同決定権あるいはその内容的形整（Aushestaltung）に関係する。

（1）一般的給付請求権

自由基本権の給付請求権および配分参加請求権の解釈は、まず当該基本権の文言および構造が給付権に類似したディメンションを明らかに示す給付権において最も無理なく行われる（例えば基本法6条4項の母性保護）。それ例外の場合においても、給付権的解釈に近接する規範テキストをもつような基本権から給付請求権の解釈の可能性がある。さらに、そのような暗黙裡の規範テキスト的連結点自体も欠けている場合には、一般的な基本権ドグマティッシュな考察および基本権実情（Grundrechtstatbestand）により把握される生活領域の特殊性からしか、給付権的解釈にとっての基盤は提供されない。したがって、基本権的に機能する給付権および配分参加権

57) Kluth, a. a. O., S. 407f.

は、特定の条件下においては機能的自治の担い手の任務存続に影響する⁵⁸⁾。

(2) 共同決定請求権

基本権から演繹される、国家的なあるいは国家的に制度化された決定手続への参加請求は、様々な方法において演繹され、根拠付けられ得る。第一に当事者の基本権への侵害を引き起こす決定への関与が問題となる限りにおいて、参加請求はそもそも防御権の内容から生じるが、それは通常は聴聞権などの形態に限定される⁵⁹⁾。第二に個々の構成員の基本権実現のために不可欠な個人的または協働的行為が問題となる限りにおいて、真性の実体的参加権またはそれどころか単独決定権が、基本権の防御権的または給付権的内容から演繹される⁶⁰⁾。第三に全構成員が有する民主主義的に平等な関与権限から逸脱する共同決定権が想定され、そこでは任務遂行あるいはそれに結び付けられた財政的負担が基本権的に重要である⁶¹⁾。

(三) 客観法的作用

基本権は客観法的秩序として、自由希求的に(freiheitlich)秩序付けられた生活領域の保障を含む⁶²⁾。例えば、国家は学問的組織を自らの責任領域へと引き入れる場合、基本法5条3項(芸術および学問ならびに研究および教授の自由)に基づく基本権的自由指示を考慮しなければならず、自由な学問の営みのために有効な制度を利用可能にしなければならない⁶³⁾。機能的自治の組織および任務形整に影響を及ぼす客観法的基準は、学問的自由の基本権と並んで、とりわけ職業の自由から生じ得る。この関係において、いかなる範囲において構成員の基本権は自治の規律権限を基礎付けるかが、とくに議会留保説の観点から問われる。その際、以下の点が留意されなければならない。第一に、基本権の享有主体による基本権解釈は原

58) Kluth, a. a. O., S. 408f.

59) Vgl. Walter Schmitt Glaeser, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 31 (1973), S. 179 (240ff.).

60) Vgl. Kluth, a. a. O., S. 410, 417ff. クルートによれば、例えば大学大綱法(Hochschulrahmengesetz) 43条に基づく教授の独立性は、大学の自治機関における教授の参加権もまた基本権的に基礎付ける。

61) Kluth, a. a. O., S. 410.

62) Hans-Uwe Erichsen/Arno Scherzberg, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1990, S. 8ff. (10).

63) BVerfGE 35, 79 (115).

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ため、機能的自治主体による規範制定において基本権享有主体またはその民主的に選出された代表者が協働したとしても、それは基本権行使にはあたらない。第二に、個人的および集団の自己決定の間で区別がなされなければならない。確かに、基本権保護はこれらの二つのディメンションを包括する（例えば、基本法 4 条 2 項の宗教的活動の自由）。しかし、その際に看過されてはならないのは、基本権行使のこれら二つの形態の間には、緊張領域も存在するということであり、そこでは特別の予防対措置が（例えば基本権保護義務説により）考慮されるべきである。このことは、自治権が基本権に基礎付けられているとひろく承認されている領域（例えば大学の自治）においても妥当する。機能的自治主体の対国家的保護と、機能的自治主体が定めた規範の名宛人に対する自治主体の正統化とは区別されるべきである。自治機関の行為への基本権的に根拠付けられた参加権それ自体は、当該行為から国家権力行使の性格を取り去るわけではない⁶⁴⁾。

（四）総合評価

以上から、機能的自治主体の構成員の基本権は、様々な点においてその内部構成、任務存続および任務遂行に影響を及ぼすといえる。その影響の程度は、機能的自治主体の活動領域と自由基本権の保護領域との間の事物的な接触点の広さにより異なる。すなわち、特別に強力な基本権の特徴づけは、機能的自治主体の任務が基本権的に直接把握される生活関係に秩序付けられているところで確認される（例えば大学の自治）。そのような密接な関連を欠く場合には、客観法の特徴づけならびに基本権により基礎付けられた参加請求権および給付求権は後景へ退く。そして防御権の地位のみが残り、個々の任務の配分および実施において考慮される。機能的自治主体の基本権の特徴づけが最も弱いのは、その構成員において領域集団またはその他の国家的機能主体が支配的である場合である。

64) Kluth, a. a. O., S. 410ff. もっともクルートによれば、基本権享有主体の集団の自己決定という公共善の具体化が許容されている場合、それが国家市民総体の代表たる議会に委ねられ、したがってその他の社会の諸利益の多様性と調整がなされる場合よりも、他者決定の大きさは当然に狭くなる。したがって、機能的自治主体による立法は、過剰禁止という厳格な意味においてはにせよ、客観法的考察方法の枠組みにおいて、基本権形整（Ausgestaltung）の非常に穏やかな手段であると考えられる（S. 412）。

機能的自治主体の基本権の影響は、体系的に、以下のように区分され得る。すなわち、第一に任務・権限を制限する作用であり、基本権の防御権的内容に起因する。第二に参加を媒介する作用であり、基本権の防御および給付権的内容に起因する。第三に組織を特徴づける作用および第四に事物を特徴づける作用であり、これらは主に基本権の客観法的ディメンションに起因する⁶⁵⁾。

おわりに

本稿においては、基本権が機能的自治との関係でいかなる意味をもつかを明らかにするために、主に機能的自治主体としての公法人への基本法19条3項の適用可能性についての基礎理論的な整理をおこなった。これを踏まえて、今後はさらに、同条項に基づいて具体的にいかなる基本権の享有がいかなる機能的自治主体に認められるのかを検討することが課題として残されているが、これについては別稿に期すこととしたい。

65) Kluth, a. a. O., S. 412f.