九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

判例理論としての民主的正統化論 : ドイツ連邦憲法裁判所判例研究

田代, 滉貴
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程

https://doi.org/10.15017/1854773

出版情報：法政研究. 84 (2), pp.103-160, 2017-10-13. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

判例理論としての民主的正統化論

――ドイツ連邦憲法裁判所判例研究――

田代滉貴

はじめに
第1章　判例理論の確立――一九九〇年代の三判決
　第1節　三判決の概要
　第2節　若干の検討
第2章　判例理論の転換点?――水利組合決定
　第1節　決定の概要
　第2節　検討
　第3節　本章のまとめ
第3章　水利組合決定以降の裁判例――精神病院判決・映画助成判決
　第1節　精神病院判決
　第2節　映画助成判決

第3節　検討
第4節　本章のまとめ
第4章　総括――判例理論としての民主的正統化論
第1節　判例理論の全体像
第2節　考察
第3節　総括
おわりに

はじめに

ドイツ連邦憲法裁判所はこれまで、ある制度が基本法二〇条二項に適合するか否かを判断する際の判断枠組として、「民主的正統化（demokratische Legitimation）論」という理論を用いてきた。本稿は、主要な判例を手掛かりとして、ドイツ連邦憲法裁判所の裁判例における同理論の分析・検討を試みるものである。以下、本稿の問題意識（1）、アプローチ（2）、意義と射程（3）について、それぞれ詳述する。

1　本稿の問題意識――連邦憲法裁判所の裁判例に着目する必要性

民主的正統化論とは、基本法二〇条二項――すべての国家権力は、国民に由来する。国家権力は、国民により、選挙

および投票によって、ならびに立法、執行権および裁判の特別の機関を通じて行使される[1]――を基点として、とりわけ行政による国家権力の行使を正当化（Rechtfertigung）するための法学的な諸条件を明らかにする理論である。筆者は以前、大要次のような問題意識の下、主要な論者の見解を基に、学説における同理論の展開過程を検討した[2]。すなわち、わが国の公法学では、参加、公私協働、さらには政策実現過程のグローバル化といった「議会による意思決定と行政によるその実施、という代表民主政の通常のプロセスから逸脱した形で社会全体に関する事項が実質的に決定・実施される[3]」現象をどのように評価すべきか、という問題を論じるうえで、しばしば民主的正統化論が重要な手掛かりとされてきた。もっとも、同理論の内容は論者の問題関心によって多種多様であり、その点に留意しない限り、実りある議論ができない可能性がある。また、同理論を規定する民主政の理解にもかなりのバリエーションがあり、この点を看過すべきではない。にもかかわらず、わが国の公法学では、これらの点が十分に考慮されないまま、同理論が参照されてきたように思われる[4]。本稿は、以上の問題意識を引き続き前提としつつ、同理論の内容整理を行う一環として、ドイツ連邦憲法裁判所の裁判例の検討を試みるものである。

民主的正統化論の内容整理を行ううえで、学説のみならず裁判例にも着目すべき理由は、次の二点にある。一つは、両者の相互関連性である。後に検討する通り、連邦憲法裁判所が判決中で示してきた同理論は、学説上の議論に少なからず影響を受けたものであった[5]。一方学説においても、自説を補強するための論拠として、あるいは批判の対象として、連邦憲法裁判所の裁判例が積極的に参照されてきた。このように、学説上の議論と連邦憲法裁判所の裁判例は、それぞれ独立して存在するのではなく、互いに影響を及ぼしあいながら展開してきた関係にある。だとすれば、同理論の全体像を把握するためには、連邦憲法裁判所の裁判例にも着目することが必要不可欠であろう。

いま一つは、民主的正統化論が実際に問題となる場面の明確化である。同理論の内容は非常に抽象的であるため、学説上の議論のみに着目していては、同理論の適用場面や有用性が、十分に共有されない可能性がある。この点、具体的

な事例を前提とした裁判例を検討することで、同理論が必要とされる問題状況をより明確にすることができるように思われる。[6]

2　アプローチ

とはいえ、「民主的正統化」という文言を用いる裁判例は数多く存在し、これらを本稿ですべて取り上げることは困難である。そこで本稿では、民主的正統化論が体系的に示され、なおかつ後の裁判例のリーディングケースとなっている主要な裁判例のみを取り上げ、そこから「判例理論としての民主的正統化論」の全体像を素描することとしたい。

具体的な考察の手順は、以下の通りである。まず、一九九〇年代に出された三つの判決をもとに、従来の裁判例における民主的正統化論の原型を示す（第1章）。次に、判例理論の「転換点」とされる二〇〇二年それぞれの「水利組合決定」と、その後に出された二つの裁判例（精神病院判決・映画助成判決）をとりあげ、判決の内容を検討する（第2・3章）。以上を踏まえ、最後に判例理論としての民主的正統化論の全体像を示し、その内容に若干の検討を加える（第4章）。

3　本稿の意義と射程

連邦憲法裁判所の裁判例については、わが国でもすでに数多くの紹介および検討がなされている。[7] したがって、本稿の試みは、これら先行研究に屋上屋を架すもののようにも見えるかもしれない。しかしながら、以下の点にかんがみれば、連邦憲法裁判所の裁判例を改めて検討する意義はなおも失われていないように思われる。

第一に、わが国の先行研究で主に取り上げられてきたのは、一九九〇年代に出された三つの判決と水利組合決定である。一方で、連邦憲法裁判所はその後も、民主的正統化に関する重要な判断を示している。判例理論としての民主的正統化論の全体像を把握するためには、こうした最新の裁判例もフォローする必要がある。

第二に、学説と裁判例の両面で展開を続ける民主的正統化論のうち、特に後者の動向に焦点をあてる試みは、先行研究の中でも未だごくわずかにとどまる。[8] しかし、上述した学説と裁判例の相互関連性を前提とすれば、ドイツ公法学における民主的正統化論の全体像を把握し、その構造を考察するためには、裁判例に特化した検討も必要不可欠であろう。

より実質的な理由として第三に、わが国の先行研究では、連邦憲法裁判所は水利組合決定をもって自身の民主政の理解を（より多元的な方向へ）転換した、とする見方が一般的である。しかし以下で述べる通り、同決定とそれ以前に出された三判決の関係、また同決定とそれ以降に出された判決の関係のいずれにかんがみても、かかる理解の妥当性については疑問の生じるところである。本稿は、裁判例の整理を通じて、水利組合決定の位置づけの再考を試みるものである。

一方、上述したアプローチとの関係で、本稿の射程は以下のように画される。

第一に、本稿の問題関心はあくまで、連邦憲法裁判所の裁判例に現れた民主的正統化論の構造を明らかにすることである。したがって、各裁判例それ自体の評価は、かかる問題関心に関係する限りでのみ行う。

第二に、先述の通り、本稿では民主的正統化について言及がなされた裁判例のうち主要なもののみを取り上げるにとどまる。したがって、判例理論としての民主的正統化論をより詳細に明らかにするためには、本来なら他の裁判例も検討対象としたより包括的な検討が必要であろう。この点については、今後の検討課題としたい。

第1章　判例理論の確立――一九九〇年代の三判決

連邦憲法裁判所が民主的正統化論を明確に示したとされるのが、一九九〇年代に出された三つの判決である（以下、これらをまとめて「三判決」と呼ぶ）。したがって本稿でも、まずこの三判決の内容を整理することから始めることとしたい。具体的には、まず各判決の概要を簡単に示したうえで（第1節）、従来の学説および裁判例との関係における三判決の位置づけと三判決に対する学説上の評価について若干の検討を行う（第2節）。

第1節　三判決の概要

三判決のうち二つは外国人選挙権に関するものであり、いま一つはいわゆる「労使共同決定（Mitbestimmung）」に関するものである。三判決についてはすでに数多くの紹介・検討があるので、以下では各判決の事案の概要と判旨の要点を述べるにとどめる。

1　シュレスヴィヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決

三判決のうち一つ目は、一定の外国人にゲマインデおよびクライスの代表機関の選挙権を付与するラント法の基本法適合性が争われた事案の判決である（以下、「シュレスヴィッヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決」と呼ぶ[9]）。シュレスヴィッヒ―ホルシュタイン州は、一九八九年二月二一日ゲマインデおよびクライス選挙法を改正する法律（Gesetz zur Änderung des Gemeinde und Kreiswahlgesetzes vom 21. Februar 1989 (GVBl. Schl.-H. S.12)）により、一定の要件[10]を満たす外国人に対して選挙権を認めた。これに対し、ドイツキリスト教民主同盟（CDU）およびキリス

ト教社会同盟（ＣＳＵ）に所属する連邦議会議員二二四人とバイエルン州政府は、当該法律の定めが基本法の諸規定に違反することを申し立てた。[11] 本判決は、基本法二〇条二項および地方自治について定めた二八条一項[12]における「国民」がドイツ国籍保持者を意味していること、基本法二八条一項は有権者の範囲をドイツ国籍保持者以外の者にも拡大するような立法権は認められていないことを理由に、上記法律が基本法に違反していると結論付けた。[13]

本判決の第一の意義は、国家権力の担い手である「国民」が具体的に誰を指すかを明示した点にある。すなわち、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、「ドイツ国籍保持者及び基本法一一六条一項に従ってそれに同置される者」[14]によって構成される。したがって、「ドイツ連邦共和国の国民への帰属は、原則として国籍により媒介される」[15]。また、基本法二〇条二項および二八条一条一文によれば、「連邦の諸ラントに認められる国家権力もまた、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得る」。その限りで、ラントレベルでの正統化の主体は「それぞれのラントの領域内に生活するドイツ人の地域的に限定された団体、すなわち（ラント―）国民（(Landes-) Volk）」である。[16] さらに、①基本法二八条一項二文の文言、②同規定の意味・目的、③同規定の構造、④選挙権に関する規定の伝統のいずれにかんがみても、クライス・ゲマインデのレベルにおける国民は、連邦やラントにおけるそれと同様に解されなければならない。[17]

本判決の第二の意義は、（消極的な形ではあれ）基本法上の民主政原理の内容を明示した点である。外国人選挙権に肯定的な論者はかねてより、「国民」がドイツ国籍保持者に限られない根拠として、民主政は基本法一条一項の規定する人間の尊厳との関係から「国家支配の正統化が国家権力に服する者によって行われる」ことを本質とするものと解されるべきであること、[18] またドイツが事実上の移民国となり、定住する外国人の数が急増していることに鑑みれば、選挙人団の境界を従来のように国籍によって区切るのは、もはや現状と適合しないこと[19]を主張してきた。[20] 一方本判決は、次のような判示により、かかる考え方を明示的に否定している。[21] すなわち、「基本法二〇条二項一文は、国家権力の諸決

定がその都度の利害関係者から正統化されなければならない、ということを内容とするのではない。そうではなく、国家権力は、統一体へと結びつけられた人間の集団としての国民をその主体として持たなければならない[22]」。「連邦の領域内において全人口のうちの外国人の割合が著しく増加したために国民という憲法上の概念が意味の変遷（Bedeutungswandel）を経験した、という見解は不適当である」。こうした見解の背景には「民主的政治的権利の所有者と特定の国家支配に永続的に服する者との一致を確立することが、民主的理念、とりわけそれに含まれる自由の思考に適合する」という考え方が存在する。しかしこの考え方は、「（民主政の＝訳者注）出発点においては適切であるものの、ドイツ人としての資格と国家権力の所有者としての国民への所属の「結びつき（Junktims）」を分解するには至り得ない。そのような方法は基本法によって遮断されている[23]」。

本判決の第三の意義は、機能的自治行政における外国人選挙権の問題を射程外とした点である。すなわち、基本法二八条一項二文は機能的自治行政を含むすべての自治行政に特有の「構成員的―参加的（mitgliedschaftlich-partizipatorische）要素」ではなく、国家構造における民主的正統化の基盤の統一性を保障しているのである。したがって、機能的自治行政における外国人参政権の問題は、以上の問題とは別異に検討されなければならない[24]。

2　ハンブルク市外国人選挙権判決

二つ目は、自由ハンザ都市ハンブルクにおける区議会（Bezirksversammlung）[25]の選挙において外国人に選挙権を認めた法律の基本法適合性が争われた事案の判決である（以下、「ハンブルク市外国人選挙権判決」と呼ぶ）[26]。同市においては、一九八九年二月二〇日区議会への外国人選挙権の導入に関する法律（Gesetz zur Einführung des Wahlrechts für Ausländer zu den Bezirksversammlung vom 20. Februar 1989 (HmbGVBl. I, S.29)）が制定されたことにより、一定の要件[27]を満たす外国人にも選挙権が認められることとなった。そこで、シュレスヴィッヒ―ホルシュタイン州外国

人選挙権判決の原告であったＣＤＵおよびＣＳＵに所属する連邦議会議員二二四名は、上記法律が基本法の諸規定に違反するとして抽象的規範統制訴訟を提起した。[28] 本件においてもシュレスヴィッヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権と同様、上記法律の諸規定が基本法に違反する旨の判示がなされている。[29]

本判決の意義は、民主的正統化論の骨格を体系的に示した点にある。本件では、シュレスヴィッヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決で争われた基本二〇条二項および二八条一項における「国民」の意味如何に加えて、「区議会」という特殊な組織の活動がそもそも国家権力の行使に該当するか否か、ということが問題とされた。[30] そこで本判決は、区議会が国家権力を行使する主体であることを論証する前提として、以下のように基本法二〇条二項の民主政原理の内容をより包括的な形で示したのであった。[31]

まず、基本法二〇条二項二文が規定する民主政原理の基本構造について。この規定は、国民主権の原則を具体化するものである。この原則は、国民が国家権力を選挙および投票とは別に、立法・執行権・裁判の特別の機関を通じて行使することを定める。もっともその際、国民は、これら機関による国家権力の行使に実効的な影響力を持つ必要がある。したがって、先述した各機関の行為は、国民の意思へと還元可能であり、また国民に対して責任を負うものでなければならない。このような国民と国家支配の間の帰責連関（Zurechnungszusammenhang）は、とりわけ議会の選挙、議会によって制定された法律、政府が行う政治（Politik）に対する議会の影響力行使、並びに政府に対する行政の原則的な指揮命令従属性によって確立される。……そして、民主的正統化の十分な量が達成されたか否かは、制度的、機能的、事項的―内容的、そして人的正統化の共同作用（Zusammenwirken）によって一定の正統化の水準が保障されたか否か、ということにより判断される。憲法上の観点からして決定的なのは、国家活動の民主的正統化の形式ではなく、その実効性であり、必要なのは一定の正統化の水準である。[32]

続いて、以上の基本構造から帰結される民主的正統化の定式について。行政機関や公務員は通常「国民を出発点とし、

これによって選出された代表を経て、国家任務を委託された諸機関及び職務担当者へと続く途切れることの無い正統化の連鎖によって確立された、間接的な正統化の連関で事足りる」。その際、「職務担当者の任命が――人的正統化を媒介する形で――国民へと還元可能であり、また職務担当者自身の活動が十分な事項的――内容的正統化を獲得している」ことで、国家権力の行使は民主的に正統化される。[33]

さらに、民主的正統化が必要な「国家権力の行使」とは、「決定の性格を有する職務上のすべての行為」である。もっとも、職務担当者の任務が「特に僅かな決定内容（eine besonders geringen Entscheidungsgehalt）」しか持たない場合は、個々の正統化要素が後退した民主的正統化で足りる。[34] また、単に準備的な、あるいは純粋に助言的な活動は、原則として、民主的に正統化されるべき活動から除外される。したがってその限りで、共同決定権限を持たず助言的な任務を行うに過ぎない審議会やその他の専門家委員会の活動は、国民による民主的正統化を必要としない。[35]

最後に、シュレスヴィヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権が示した通り、連邦およびラントレベルでの正統化の主体はそれぞれのレベルでの連邦あるいはラント国家国民（das jeweilige Bundes- oder Landesstaatsvolk）である。また、基本法二八条一項二文は、ゲマインデおよびクライスについても、国民が正当化の主体であることを規定している。[36]

3　共同決定判決

三つ目は、労使共同決定について定めた法律の基本法適合性が争われた事案の決定である（以下「共同決定判決」と呼ぶ）。[37] 本件で問題となった「職員協議会の共同決定に関する法律（Gesetz über die Mitbestimmung der Personalräte vom 11. Dezember 1990 (GVOBl. Schl.-H. S. 577　以下「共同決定法」と呼ぶ））」は、「官署（Dienststelle）の勤務者全体、そのグループ、または個々の勤務者に関係する、もしくはそれらの者に影響を及ぼすすべての人事的・社会的・組織的・その他職場内の措置」について、労働者の代表たる職員協議会（Personalrat）が関与すべきことを定

めている（五一条一項一文。ただしいくつかの例外規定がある）。官署の長と職員協議会との間に合意が成立しない場合には、統一委員会（Einigungstelle）が最終的に決定を行う（五三条一項）。この委員会は、両者から選ばれた各二名とそれら代表から選ばれた一名の五名から構成され、指示には服さない（三項）。また同法は、官署の措置に関する職員協議会の発議権も規定している（五六条一項）。本件は、以上のような共同決定法の諸規定が基本法二〇条二項と結びついた二八条一項に基づく民主政原理の要請に違反することを理由として、ＣＤＵおよびＣＳＵ所属の連邦議会議員が抽象的規範統制訴訟を申し立てた事案である。裁判所は、職員協議会の関与できる事項があまりに包括的であることや統一委員会が最終決定権限を有していること等を根拠に、上記諸規定が民主政原理に違反すると結論付けた。

本判決の第一の意義は、ハンブルク市外国人選挙権判決で示された判断枠組のうち、特に正統化の方法に関する部分をさらに具体化した点である。すなわち一つに、「職務担当者の任命が――人的正統化を媒介する形で――国民へと還元可能であり、また職務担当者自身の活動が十分な事項的―内容的正統化を獲得している」ことで、国家権力の行使は民主的に正統化される。そしてこのことは、「職務担当者が、政府の委託を受け、また政府の指揮命令に従って――議会に対する責任を負わない者による意思決定に拘束されることなく――活動可能であり、またそれによって政府が、国民及び議会に対して実質的責任（Sachverantwortung）を引き受ける立場におかれること」を前提とする。[38] 二つに、職務担当者が「憲法に従い、国民かあるいは議会による選任、あるいは自身も人的に正統化され、また議会に対して責任を負う形で活動する職務担当者による選任によって、あるいはその者の同意によって、職務を獲得した場合」、当該職務担当者は「完全な人的正統化（uneingeschränkte personelle Legitimation）」を有する。完全な形で人的に正統化された職務担当者が構成員の一部にとどまる合議制機関の場合は、完全な人的正統化を有する構成員の過半数が決定を担う多数派を構成し、[39] また人的に正統化された構成員が議会に責任を負う形で活動することによって、民主的正統化が獲得される。[40] 三つに、国家権力はその作用（Funktion）ごとに正統化が必要である。途切れることの無い正統化の連

鎖によって根拠付けられる正統化の連関は、当該連関によって正統化された職務のみに及ぶのであって、それ以上の効果は有さない。[41]

第二の意義は、ハンブルク市外国人選挙権判決で示された正統化の対象の理解を出発点に、民主政原理の観点に基づく労使共同決定の憲法上の限界を次のように明らかにした点である。[42] すなわち、国家がその勤務者に対して、勤務者自身の利益を擁護し、また自らの雇用条件を共に形成するための関与を容認することは、民主政原理によって許容されている。もっとも、「国家権力に服するすべての者は国家権力に対し平等な影響力を持たねばならず、それゆえ、国家権力の一定の行使に対して個別的に関わりを持つ市民に、特別な共同決定権限が認められてはならない」のであって、この観点から労使共同決定の限界が設定されなければならない。[43] 具体的には、❶「重点としては、勤務者に対しその勤務関係において関わり、しかし典型的には、市民に対する職務の実施には関わらないか、取るに足らないほどにしか関わらない」措置、❷「職務関係の内部領域に関わり、しかし典型的には（市民に対する）職務の実施にとるに足らないほどしか関わらないとはいえない」措置、❸「重点としては（市民に対する）職務の処理に関わり、しかしまた不可避的に勤務者の利益にも関わる」措置の三つに分類が可能である。このうち❶については、原則として広範な協力が許容され、統一委員会の多数が何らかの民主的正統化を有しているなどの弱められた民主的正統化の要請を満たせば、統一委員会の決定に拘束力を与えることも許される。❷については、拘束力を持った最終決定権が、国民及び議会に責任を負う行政の担い手に常に留保されていなければならない、とする。最後に❸については、そもそも議会及び政府に責任を負わない機関に決定を委ねてはならない。[44]

第2節　若干の検討

以上、三判決それぞれの概略を示した。そこで本節では、まず三判決で示された民主的正統化の判断枠組を素描したうえで（1）、従来の学説および連邦憲法裁判所の裁判例と三判決の関係（2）、三判決が示した判断枠組に対する学説上の評価（3）について簡単に検討する。

1　判断枠組の基本的骨格

前述した三判決の内容をごく大雑把にまとめると、連邦憲法裁判所は、民主的正統化について以下のような判断枠組を念頭においていると考えられよう。

①基本法二〇条二項二文に基づけば、国家権力の行使は、国民の意思へと還元可能であり、また国民に対して責任を負うものでなければならない。

②民主的正統化が必要な「国家権力の行使」とは、「決定の性格を有する職務上のすべての行為」である。

③民主的正統化の主体は、連邦・ラント・クライス・ゲマインデの各レベルにおける、ドイツ国籍保持者の総体としての「国民」である。

④民主的正統化を媒介する具体的方法として、人的正統化と事項的―内容的正統化の二つが挙げられる。より具体的には、国民から職務担当者へと連なる「途切れることの無い正統化の連鎖」が必要とされる。

かかる判断枠組は、その帰結として、正統化の主体たる国民から、議会、政府、行政各部を経て国家権力を行使する者へと至る、単線的な正統化の連関を志向するものである。そして、かかる連関から逸脱する者が国家権力の行使に関

与するラント政府内での労使共同決定については、国家権力に対する国民の平等な影響力という観点から一定の限界がひかれていた。

2　従来の学説および裁判例との関係

すでに数多くの紹介がある通り、学説では三判決が出される以前から、民主政原理の観点から国家権力を如何に正統化すべきか、ということが問題とされており、様々な考え方が示されてきた。[45] 中でも同理論の出発点とされるのが、民主的正統化論を基本法二〇条二項のドグマーティクとして明確かつ体系的に整理したErnst-Wolfgang Böckenförde の見解である。[46] 三判決で示された上記判断枠組は、彼の理論と相当程度類似することに加え、実際に判決中で彼の理論が参照されていること、[47] さらには彼自身が連邦憲法裁判所第二部会の判事として三判決に関わっていることもあって、[48] 彼の理論の強い影響力がしばしば指摘される。

もっとも、連邦憲法裁判所はこれまでにも、基本法二〇条二項の文言に則り、すべての国家権力は国民に由来しなければならないこと、当該国家権力は国民によって選挙および投票を通じ、または三権の各機関を通じて行使されなければならないことを夙に強調してきた。[49] また上記の判断枠組の内容についても、正統化の対象を決定の性格を有する活動に限定する考え方（上記②）や、[50] 正統化の方法（上記③）における制度的―機能的正統化、[51] さらには途切れることの無い正統化の連鎖等の考え方[52]等は、比較的早い段階から判例上示されていたところである。[53] これらの点にかんがみれば、上記判断枠組で示された考え方自体は、あくまで断片的にではあるものの、三判決以前の裁判例でもすでに示されていたことになろう。[54] その点において、三判決で示された上記の判断枠組は、関連する従来の裁判例の集積の上に確立したものであるともいい得るように思われる。[55]

3　学説上の評価

一方、三判決に対しては、Böckenförde の理論と併せて学説上数多くの異論が提起されてきた。[56] 批判の対象やそのトーンは論者によってさまざまであったものの、特に批判が集中したのは、次の二点である。

第一点は、上記の判断枠組の構造それ自体に関わるものである。すなわち、連邦憲法裁判所の判断枠組では、結局のところ人的正統化の連鎖から逸脱するか否かの審査のみしか意味を持ちえないこと、[57] その点で、上記の判断枠組は人的正統化を偏重したものであることが指摘された。[58]

第二点は、上記の判断枠組がもたらす帰結に関するものである。学説では、上記の判断枠組が（明言こそしていないものの）階層制の行政組織構造を理念型としていること、[59] しかし、階層制の組織構造から逸脱する組織が多数存在する今日においてかかる理念型を維持するのは非現実的である、ということが指摘された。[60]

もっとも、このうち特に第一の批判について、共同決定判決はまさに人的正統化の断絶が問題となる労使共同決定につき、一定の限界の下これを許容する判断を示していた。[61] その点で連邦憲法裁判所は、人的正統化の欠損を一律に民主政原理違反とみなしていたわけではないことに留意する必要があろう。とはいえ、同判決はあくまで労使共同決定という特殊な制度について判断したものであり、他の諸制度についても同様に逸脱か許容されるのか、上記の判断枠組からなおも不明確であることは否定し難い。

第2章　判例理論の転換点?——水利組合決定

次に取り上げるのは、いわゆる「機能的自治行政の民主的正統化」という問題が争われた、二〇〇二年一二月五日の決定である（以下「水利組合決定」と呼ぶ）。[62] 機能的自治行政（funktionale Selbstverwaltung）とは、特定の任務の

遂行を目的とした、当該任務の利害関係者によって構成された団体のことを指す。[63] 本決定は、上記の問題について連邦憲法裁判所がはじめて判断を示したものであり、民主的正統化論の展開過程にとって重要な意義を有する。

本決定についても、すでに数多くの紹介・検討が存在する。しかし、連邦憲法裁判所の裁判例における民主的正統化論の全体像を把握するためには、本決定の詳細な検討を避けて通ることはできない。そこで本章では、まず本件の事案の概要および本決定の内容をやや詳しく紹介したうえで（第1節）、本決定の意義および三判決との関係について検討することとしたい（第2節）。

第1節　決定の概要

1　事案の概要

本決定は、ライン川の支流であるリッペ川とエムシャー川の各流域に所在する「リッペ組合（Lippeverband）」と「エムシャー組合（Emschergenossenschaft）」につき、それぞれの組合の組織・所掌事務等を規律するラント法の諸規定の合憲性が争われた事案に関するものである。

両水利組合は二〇世紀初頭に設立されて以降、それぞれについて規律するラント法に基づき、流域内における水の管理の任務のほとんどすべてを引き受けてきた団体である。このうち前者の根拠法であるリッペ組合法（Lippeverbandsgesetz vom 7. Februar 1990 (GV. NW S.162)）によると、組合は組合の領域に全部または一部が存在する市、ゲマインデ、クライスのほか、組合の事業に利害関係を有する者[64]から構成される。水利組合の機関は、組合総会、組合評議会及び理事会である（一〇条）。このうち組合の主要な事項[65]を決定する組合総会は、上記の各構成員グループから派遣された代表、および州の商工会議所から派遣された一名の代表により構成される。[66] 組合評議会は、後述する理事会の監督

機関であり、一五人の構成員から構成される（一六条一項）。評議会の構成員のうち一人は、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の代表として、所轄の大臣によって派遣される。その他の一四人の構成員は、組合総会によって選出される。このうち九議席は法律上の規定に従って組合の構成員に割り当てられ、[67] 残りの五議席は組合の労働者の代表に付与される。この労働者代表は、組合の職員協議会の提案にしたがって選出される（一六条二項）。その際、組合で雇用されている三人の労働者と、組合で雇用されていない二人の労働者が選出されなければならない。理事会は、理事長のほか、少なくとも一人以上の構成員から構成される。理事会の構成員のうち一人が、とりわけ人事に関する事項および社会的な事項を管轄する（一九条一項）。この理事は、組合における労働者の職務上の上司であり（二〇条二項四文）、労働者代表の過半数から反対を受けることは許されない（七条二項二文）。なお、エムシャー組合の根拠法であるエムシャー組合法（Emschergenossenschaftsgesetz vom 7. Februar 1990 (GV. NW S.144)）も、組合の組織構造・決定構造についてほとんど同様の規定を定めている。

かねてより上記の労使共同決定制度について憲法上の異議を唱えていた両組合の構成員は、組合評議会及びとりわけ人事・社会的事項を担当する理事の選挙の無効確認を求めて訴訟を提起した。当該事件について上告を受理した連邦行政裁判所は、一九九七年一二月一七日、基本法一〇〇条一項[68]に基づいて手続を中止し、関係する諸規定の合憲性について連邦憲法裁判所に判断を求めた。その際、連邦行政裁判所は、①「重要な公共の利益ないし第三者の利害にかかわる事務」を担う限りにおいて、機能的自治行政にも民主的正統化の要求が妥当すること、②両組合に委託されている水の管理の任務は、まさにこうした性格を持つものであること、③にもかかわらず、評議会の選任等についての総会の決定が、常に人的な民主的正統化を得た代議員の多数によりなされることが法律上確保されておらず、法律による規律もこうした人的正統化の欠損を補償する程度のものではないことを指摘した。[69]

2　判旨

連邦憲法裁判所は、リッペ組合法とエムシャー組合法それぞれの諸規定がいずれも基本法に違反しない、とした。以下、一般論と具体的判断（労使共同決定についての判示部分）それぞれについて、判旨の内容を明らかにすることとしよう。

（1）一般論

（i）従来の裁判例の整理

まず本決定は、①民主的正統化に関する従来の裁判例の整理および②基本法と機能的自治行政の関係の明示の二点を行う。まず①について、基本法二〇条二項および二八条一項の規定する民主政原理は、「決定の性格を有する職務上のすべての行為」に対して「国家国民（Staatsvolk）たる市民の総体へと還元可能な民主的正統化」を要求する。従来の裁判例では、「直接的国家行政および市町村行政」につき、人的正統化と事項的―内容的正統化の二点から正統化の水準を判断する、という判断枠組が確立してきた。しかしその一方、これら裁判例は、「機能的自治行政の領域において、例えば外国人のような、国民に属さない者の選挙権が憲法上許容されるかという問題を別異に取り扱うか否かにつき、判断を示してこなかった」[70]。

続いて②について、本件で問題となっている類の水利組合は、「歴史的に発展し、また憲法上原則として認められた、非―市町村自治行政の領域に属するもの」であり、包括して機能的自治行政と呼ばれるものである。基本法は機能的自治行政という概念こそ用いていないものの、機能的自治行政の組織形態を了知し、また原則として憲法と両立することを認めてきた[71]。また過去の裁判例[72]も、水利組合をはじめとする機能的自治行政の諸類型について、その存在が憲法上許容されることを前提としてきた[73]。

（ii）基本法二〇条二項の民主政原理と機能的自治行政の関係について

以上の前提を踏まえ、本決定は①基本法二〇条二項における民主政原理と機能的自治行政の関係、②機能的自治行政への任務移譲に関する立法者の形成余地、③機能的自治行政が拘束力を持つ決定を行うための条件という三つの点について判示する。

（ア）基本法二〇条二項における民主政原理と機能的自治行政の関係

まず本決定は、基本法二〇条二項の性格および同項の規定する民主政原理と機能的自治行政の関係について、次のように判示する。すなわち、基本法二〇条二項は「原理としての性格（Prinzipcharakter）」を有し、「発展に開かれている（entwicklungsoffen）」ものである。したがって、「直接的国家行政およびゲマインデの自治行政とは別に、基本法二〇条二項の規定する民主政原理は、すべての決定権者は欠缺なく人的に民主的正統化されていなければならない、という要請から逸脱する組織および国家権力行使の形態が存在する余地を認めている」。さらに、同項のかかる解釈を前提とすれば、「民主政原理に根差す自治行政および自律の原則を適切な形で実現することも可能」となる。すなわち、「代表制として規定された国民支配の枠内において、基本法は、公的任務を実現する際に利害関係者を関与させる特別の形式をも許容している」のである。[74]

続けて曰く、「その限りにおいて、機能的自治行政は、民主政原理を補完し、また強化する。機能的自治行政は、すべての者の自由な自己決定という上位の目的に仕える限りにおいて、民主政原理を具現化するもの（Ausprägung）として理解され得る。民主政原理と自治行政は、基本法の下では相対立しない」。人的正統化の連鎖を基調とした従来の民主的正統化の形式も、決定の利害関係者が当該決定に関与する機能的自治行政も、「自由な秩序において自ら決定する個人、という両者を結び付ける理念（基本法一条一項）」を実現するものである。「それゆえ、基本法二〇条二項における民主政原理は、法律によって――つまり、国民によって選出され、それゆえ古典的に民主的に正統化された議会と

いう立法者の行為によって――、公的任務の処理のうち限られた領域につき、自治行政という特別の組織形態が創設されることを許容しているのである。それにより、一方では利害関係者の実効的な発言権（Mitsprachrecht）を創設し、行政外部の専門的知識を活用することが許される。他方で立法者は、自治行政という形で公的任務の遂行を委譲することにより、事柄に即した適切な利害調整を容易にする、という目的を追求すること、それによって自らが決定する諸目的や諸目標のより実効的な達成に貢献することが許される[75]」。

ただし、立法者はかかる組織形態を任意に形成することが許されているわけではない。「立法者たる議会は、特定の公的任務について自治行政の組織形態を選択する際、一方では諸利益を適切に反映した自律的な自治行政、他方では公的任務の実効的な遂行、という基本思想と両立しない、いかなる形態をも定めてはならない。そのため、自治行政単位の組織構造についての規律は、利益関係者の利益が適切に考慮され、個別の利益が優遇されないよう、十分な制度上の予防措置をも含まなければならない[76]」。

（イ）機能的自治行政への任務移譲に関する立法者の形成余地

次に本決定が言及するのが、機能的自治行政への任務委譲に関する立法者の形成余地についてである。曰く、「自治行政の組織単位に委譲すべき任務の選択、及び構造や決定プロセス……の規律は、立法者の広い裁量に委ねられている[77]。主として問題となるのは、自治行政の組織単位による処理が歴史的に伝承されており、伝統的に実証されてきた、一連の任務領域である。国家自身が自らの官庁によって、狭い意味での国家任務として遂行しなければならないような公的任務は、委譲から除外される[78]」。しかしそれ以上に、どのような任務が狭義の国家任務として国家に留保されるべきかは、基本法二〇条二項の民主政原理からは明らかとならない。「とりわけ、生存配慮の領域における任務もしくはその他の任務が、それらが公共の利益にとって本質的な意味を有するという理由だけで、直ちに直接国家によって処理されなければならない、ということは、基本法二〇条二項から読み取ることはできない。このことは、本件で問題になって

いる水の維持と保護という任務にも当てはまる」[79]。

（ウ）機能的自治行政が拘束力を持つ決定を行うための条件

さらに本決定は、機能的自治行政が拘束力を持つ決定を出すために憲法上必要とされる条件を以下のように提示する。すなわち、「自治行政の組織単位を創設し、また詳細に形成するうえで立法者が有する形成の自由は、（立法者が＝訳者注）決定の性格を有する拘束的活動を自治行政の担い手に授権することも許容している。このことは、限られた範囲ではあるものの、第三者、つまり非構成員に対する活動についても妥当する」。もっとも、当該決定権限は、基本法二〇条二項に適合していなければならない。しかしこのことは、途切れることの無い人的正統化の連鎖の要求が機能的自治行政の領域においても妥当することを意味しない。「決定の性格を有する拘束的活動は、国民が当該活動に決定的な影響力を持ち続けることで自らの自己決定権限を保持するが故に、またその限りにおいて、機能的自治行政の担い手に憲法上の次元で許容されているに過ぎない。このことは、機関の任務及び活動権限が国民代表によって議決された法律の中で予め十分に規定されていること、また、かかる任務の実現が人的観点から民主的に正統化された公務員の監督に服することを要求する」[80]。

（2）具体的判断――労使共同決定の民主的正統化

以上の一般論を踏まえ、本決定は、組合の組織構造ならびに決定構造および組合に対する監督の方法が法律で十分に規律されていること[81]、労使共同決定の規定も民主政原理に違反するものではないこと[82]を理由に、リッペ組合法およびエムシャー組合法の諸規定が基本法に違反しない、とした[83]。

具体的判断のうち注目に値するのは、労使共同決定についての以下のような判断である。すなわち、「自治行政における労働者の共同決定は、公的任務の遂行に対する利害関係者の関与、という民主政原理の根幹にある思考と、原則として符合する」。労働者は、自治行政の任務遂行に対して直接的には責任を負わず、また構成員が負うべき義務の名宛

人でもない。しかし、彼らは「勤務関係（Beschäftigungsverhältnis）」を根拠として、機能的自治行政の任務遂行に間接的に携わっている。「したがっていずれにせよ、自らの利益を擁護するために、また労働条件を協働形成するために労働者を限定的に関与させることは正当化される」[84]。その一方で、機能的自治行政の領域においては、自治行政の有効性（Wirksamkeit）を強化するために、労働者代表を執行機関へと招集すること、また同代表を一般的な任務の遂行に関与させることが許容される。利害関係のない者の関与は、公的任務の遂行の有効性を望ましい形で強化することにより、正当化されるのである[85]。以上の判示を踏まえ、本決定は両組合の労使共同決定制度が両組合の効率性（Effizienz）向上を補助するものであり、また特定の利益の優遇を企図したものでないことを根拠に、基本法二〇条二項に違反しないとした[86]。

第2節　検討

以上、本決定の内容を概観した。本節では、機能的自治行政に関する学説および従来の裁判例との関係における本決定の意義と位置づけ（1）、本決定と三判決の関係（2）のそれぞれについて検討する。

1　本決定の意義と位置づけ

（1）本決定の意義

本決定の意義は、とりわけ①基本法二〇条二項の「原理」としての性格を強調し、そこから同項が直接的国家行政および市町村自治行政とは別に人的正統化から逸脱する組織を許容していると解した点、また②機能的自治行政と民主政の相補関係を前提としつつ、機能的自治行政について人的正統化を要件としない判断枠組を確立した点にある。人的正

統化の連鎖からの逸脱については、これまで共同決定判決においてラント政府内での労使共同決定が限定的に許容されていたのみであり、その他の組織・決定構造についてはどのような判断がなされるのかまでは明らかではなかった。[87] その点で特に上記①の判示は、人的正統化の連鎖から逸脱する組織の存在をより一般的な見地から許容した点において、重要な意義を有するといえる。

（2）学説における従来の議論との関係

わが国でもすでに紹介のある通り、機能的自治行政の民主的正統化をめぐっては、学説上様々な見解が示されてきた。[88] 同理論の出発点とされるBöckenförde は、機能的自治行政について、利害関係者が決定の担い手となっているがゆえに人的正統化が欠損し、したがって正統化の水準が低位にとどまる組織形態であることを指摘していた。かかる理解を前提とすれば、機能的自治行政は民主政原理と緊張関係にある組織形態として、その存在について正当化が必要とされることになる。[89] 一方学説の大勢は、このような彼の理論を修正ないし根本的に再構成することで、機能的自治行政を民主政の観点からより積極的に評価しようとすることを試みていた。[90] 中でも有力に主張されていたのが、民主政と機能的自治行政がいずれも自己決定という上位の目的に仕えるものであることを根拠に両者を相補的なものと解する考え方である。[91] 以上のような議論状況にかんがみれば、先述した本決定の意義のうち特に上記②の点は、機能的自治行政の民主的正統化をめぐる学説上の有力説を踏まえたもの、[92] 逆にいえば、Böckenförde の見解に則らなかったものとして、位置づけることができるであろう。

（3）機能的自治行政に関する従来の裁判例との関係

もっとも、本決定で示された民主政と機能的自治行政の関係についての理解それ自体は、機能的自治行政に関する従来の裁判例においてすでに示されてきたものと相当程度重なる点にも留意する必要がある。すなわち、機能的自治行政が民主政に根差すこと自体は、一九七二年三月九日の決定[93]がすでに判示していた。[94] また、機能的自治行政への任務移譲

に関する判示も、従来の裁判例に立脚するものである。連邦憲法裁判所は、水利組合における強制加入制の憲法適合性が争われた一九五九年七月二九日の判決（いわゆる「大エルフト組合判決」）[95]において、「正統な公的任務（legitime öffentliche Aufgabe）」を実現するためであれば強制加入制が許容されるとしたうえで、「かかる国家の任務のうちどれを、国家の官庁によってではなく、特別に設立した公法上の営造物あるいは団体によって遂行するか、ということは、立法上の裁量の問題であ」り、「組織形態の選択が目的に適合しているか否か、あるいは不可避であったか否か、ということについて、連邦憲法裁判所は判断すべきではない」ことを指摘していた。[96]また、「国家自らが自身の官庁によって遂行すべき狭義の国家任務」は公法上の団体に移譲可能な任務の範疇から除外されることも、[97]従来の裁判例ですでに判示されていたところである。

以上の点を踏まえれば、本決定の判示のうち特に機能的自治行政と民主政の関係に関する部分は、機能的自治行政について判示した従来の裁判例を踏襲するものであるとも解することができるであろう。

2　三判決との関係――判例理論の転換？

以上検討したように、本決定は機能的自治行政の民主的正統化に関する学説上の有力説および機能的自治行政について判示した従来の裁判例に立脚しつつ、機能的自治行政と民主政原理の関係を体系的に定式化したものと解することができる。そこで問題となるのが、本決定と前章で挙げた三判決との関係である。

（1）学説上の指摘

学説では、本決定が Böckenförde の見解と共に一九九〇年代の三判決とも距離を置いたものであることが、しばしば指摘される。例えば Ernst Thomas Emde は、本決定は従来の裁判例から公然と離反しているわけではないものの、これらとは異なる方向性を仄めかしている、とする。[98]すなわち本決定は上記の判示において、機能的自治行政における

意思形成の形式を憲法上許容された民主政からの逸脱ではなく、まさに民主政原理の実現形態の一つと解しているのではないか、という指摘である。また Eberhard Schmidt-Aßmann も、機能的自治行政は民主政を補完し強化する、という本決定の判示を根拠に、連邦憲法裁判所が「一九九〇年一〇月三一日における自らの決定の基礎におかれた厳格な構想を「緩和された階層制アプローチ」へ発展させ始めた」ことを指摘する。[99] 以上のようなドイツ公法学の論調を受け、わが国においても、本決定を紹介する際、本決定が Böckenförde と一九九〇年代の三判決において示された民主的正統化論の「古典的モデル」を克服するものであること、[100] あるいは本決定をもって連邦憲法裁判所が「従来の判例理論を変更」したことが強調される。[101]

（2）検討

この点、本決定が Böckenförde とは異なる見解を示したことは、先に見た通りである。しかしそこからさらに進んで、本決定が三判決を覆したとまでいい得るかについては、疑問の生じるところである。

（i）機能的自治行政と民主政

まず一般論部分の判示について。第一に、正統化の対象たる「決定の性格を有する職務上のすべての行為」が正統化の主体たる「国民」の意思に還元可能であることを要求する、という民主政の基本構造それ自体は、水利組合決定にも踏襲されていた。[102] その点で本決定は少なくとも、連邦憲法裁判所が三判決以前から採用してきた民主政の理解に根本的な変更を加えるものではない。[103]

とはいえ第二に、基本法二〇条二項が「原理」であり、人的正統化の連鎖から逸脱する組織の存在を許容している、という本決定の判示は、確かに一見したところ、人的正統化を重視していた三判決と衝突するように見えるところである。しかしながら本決定は、三判決を「直接的国家行政および市町村自治行政」に関するものと位置付け、その射程を限定していた。[104] この点を踏まえれば、水利組合決定は、三判決の射程外の部分について判示するものとして、一応の交

通整理を図っていると解することができるであろう。

第三に、先述の通り、民主政と自治行政が親和的であること自体は、三判決以前の裁判例においてすでに示されていたところである。そのこととの整合性を考えれば、三判決は機能的自治行政についてそもそも何も判示していない、と解すべきであろう。またこのことは、あくまで外国人選挙権の文脈ではあるとはいえ、シュレスヴィッヒーホルシュタイン州外国人選挙権判決が機能的自治行政についての判断を留保していた点からも裏付けることができる。[105]

以上の検討を踏まえれば、本決定の一般論についての判示は、少なくとも三判決を積極的に覆すものではないように思われる。

（2）労使共同決定に関する判断の相違

次に具体的判断について。労使共同決定の基本法二〇条二項適合性については、三判決のうち共同決定判決がすでに判断基準を示していた。[106] 一方本決定では先述の通り、労使共同決定が立法者による任務遂行の効率性追求手段であり、かかる目的それ自体は許容されるとされたうえで、目的を逸脱するような特殊利益の優遇がなされていないかが問題とされた。[107] その点で本決定は、共同決定判決を踏襲せず、独自の判断を行ったものとして位置づけられよう。[108]

しかしながら、共同決定判決で問題となった労使共同決定は、ラントの行政職員全体に関わるものであった。一方水利組合決定において問題となったのは、あくまで水利組合内部に関わるものに過ぎない。したがって、両判決では問題となった労使共同決定制度の適用範囲がそもそも大きく異なるため、単純な比較ができないようにも思われる。仮にそうだとすれば、本決定の労使共同決定についての判示は、あくまで「機能的自治行政の」労使共同決定に関するものであり、したがって共同決定判決の射程外に位置するものといえるのではないか。

（3）小括

このように本決定は、三判決を明示的に変更したり、あるいは三判決の判断枠組の転換を図ったりすることを意図し

たものではないように思われる。位置づけとしてはむしろ、一方で三判決を直接的国家行政および市町村自治行政に妥当するものとして維持しつつ、他方でそれとは別に機能的自治行政を念頭に置いた新たな判断枠組を確立したものと解するべきではないだろうか。

第3節　本章のまとめ

以上、水利組合決定の内容を分析した。これまでの検討を総合すれば、本決定は一方で三判決との整合性に配慮しつつ、他方で機能的自治行政に関する学説と従来の裁判例を基に、基本法二〇条二項の定める民主政原理と機能的自治行政の関係を体系的に示すと共に民主的正統化の新たな判断枠組を確立したものと位置付けることができるであろう。

なお、本決定の二年後に出された、公証人保険組合（Notarkasse）の規約定立権限が争点とされた二〇〇四年七月一三日の決定[109]は、機能的自治行政が民主政原理を具体化するものであることや[110]、機能的自治行政の機関を設計するうえでは特定の利益が優遇されないような制度上の安全措置が必要であることを示す際に[111]、本決定を参照している。このように、本決定が明確にした機能的自治行政と民主政の関係は、機能的自治行政に関する後の裁判例のリーディング・ケースとされているようである。

第3章　水利組合決定以降の裁判例——精神病院判決・映画助成判決

水利組合決定以降も、連邦憲法裁判所はいくつかの裁判例において、民主的正統化論に言及している。以下ではそのうち主要な二つの判決（精神病院判決・映画助成判決）を検討対象とし（第1・2節）、先述した各判決との関係につい

て考察することとしたい（第3節）。

第1節　精神病院判決

一つ目に挙げるのは、権限の委任（Beleihung）を受けた私的主体による決定の民主的正統化が問題となった二〇一二年一月一八日の判決である（以下、「精神病院判決」と呼ぶ[12]）。

1　事案の概要

ヘッセン州のラント法である「精神病院及び禁断治療施設における改善保安処分の執行についての法律（Gesetz über den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem phychiatirischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 5. Juli 2007（GVBL I, S.402 以下「執行法」と呼ぶ）」によれば、公法上の社団である州福祉連盟に直接、または間接的に掌握されている資本会社（Kapitalgesellschaft）は、一定の要件[13]の下、処分執行の実施（die Durchführung des Maßregelvollzug）を契約によって受任することができる（二条三・四文）。

委任を受ける施設に与えられる権限は、執行法五条に規定されている。それによれば、例えば医師による治療や外出許可等、基本権に関連し、また一部同時に保安改善にも関する諸決定は、それぞれの施設の長に留保されている（五条二項）。もっとも、危険が迫っている場合には、当該施設のその他の職員も特別の保安処分を一時的に行うことができる。その際、施設の長は当該一時処分について遅滞なく情報を与えられなければならない（三項）。

本件異議申立人は、元々州福祉連盟の施設であって、民営化後に州と委託契約を結んだ病院[14]に入院し、攻撃的発作を原因として二〇〇八年八月に強制的に拘禁されることとなった者である。異議申立人は、上述した執行法五条三項につ

いて、高権的権限の行使を一定の要件を満たした公務員に限定する基本法三三条四項[15]と二〇条二項の両方に違反することを主張した。

2　判旨の検討

（1）一般論―従来の判断枠組の拡充

本判決の意義としてまず挙げられるのが、委任に対する民主政原理の要請の具体的内容を明らかにした点である。本判決はまず、三判決等を参照しつつ、基本法二〇条二項の民主政原理が決定の性格を有する職務上のすべての活動に対して民主的正統化を要求していること、したがって当該活動は国民の意思へと還元可能であり、また国民に対して責任を負うものでなければならないことを確認する。そしてそのうえで、以上の民主政原理の理解が私人への権限の委任に対し、「任務の実現に対する議会のコントロールの可能性が尚も損なわれないこと」を要求する、と判示する。「委任において、議会のコントロールは特別の意義を有する。というのも、私人への委任は高権的任務に対する国家責任からの逃避を許すものではないためである」。立法者は、自らの定めた枠の下で委任を行わせることにより、かかる責任が実際上保障されるようにしなければならない。「秩序ある任務の遂行についての国家の保障責任は、それゆえ、議会に対しても、しかるべき監視義務を求めているのである。民主的な正統化連関は、こうした監視義務の実現が妨げられていない場合にのみ、維持され続ける」[16]。

続いて本判決は、具体的な審査手法として、次のような判断枠組を提示する。すなわち、「人的な観点においては、高権的決定は、当該決定を行う者の選任が途切れることのない正統化の連鎖によって国民へと還元されうる場合に正統化される。事項的―内容的正統化は、法律による拘束及び政府の指図及び指揮命令によって媒介される。人的正統化と事項的―内容的正統化は、総体として一定の正統化の水準に達している限りにおいて、相補的な関係にある。正統化の

水準は、問題となる決定の基本権に抵触する強度が増せば増すほど、より一層高くなければならない[117]。

以上の一般論は、三判決で示された従来の判断枠組をベースとするものである。一方、三判決と比較した際、上記判示には次の二点の意義を見出すことが可能である。すなわち一つは、事項的—内容的正統化が「法律による拘束及び政府の指図並びに指揮命令への拘束」によって媒介されることが明示された点である。これらによって事項的—内容的正統化が媒介されること自体は、Böckenförde が定式化して以降、学説上広く共有されていた[118]。一方判例上は、事項的—内容的正統化の具体的な媒介方法について、これまで明確に示されてこなかった[119]。この点、本判決の上記判示により、人的正統化のみならず事項的—内容的正統化の観点からも審査を行う前提が整ったといえる。

いま一つは、正統化の水準の判断基準が示された点である。「正統化の水準」については、これを具体的にどのような方法で判断すればよいのか、明確な基準が示されてこなかった。本判決のかかる判示によって、正統化の水準の判断基準が一応明らかにされたことになろう[120]。

（2）具体的判断——施設職員の人的正統化

以上の一般論を踏まえ、本判決は施設の長やその代理人、医師、その他職員がいずれも人的に正統化されていること[121]、任務の遂行に必要な指揮命令権限が執行法および本件委託契約上十分に規律されていること[122]をもって、執行法五条三項に基づく決定が一定の正統化の水準を備えていると結論付けた[123]。異議申立人は①監督官庁が施設の職員の選任について影響力を有していないために人的正統化が欠けていること、②職員の権力的活動に対する専門監督が十分になされておらず、また執行法五条三項の規定が不明確であるがゆえに事項的—内容的正統化が欠けていることを主張していたものの[124]、いずれについても受け入れられなかった。

かかる判示のうち特に注目すべきは、施設職員の人的正統化についての判断である。すなわち本判決は、施設の長及びその代理人並びに統率の役割を持つその他の医師はラント福祉連盟の職員として人的に正統化されているとしつつも、

このことは施設の職員には当てはまらない、とした。しかし続けて、本件委託契約が施設の長に当該職員の人事についての提案権等を与えていることを根拠に、当該職員はなおも人的正統化の連関の中にとどまっている、と判示した。[125] 先述したハンブルク市外国人選挙権判決や共同決定判決では、人的正統化の媒介方法として、職務担当者の個別的な選任が想定されていた。対して本判決は、人事についての提案権で足るとしている点で、比較的柔軟な判断を行っていると評価できるであろう。

第2節　映画助成判決

二つ目は、決定権限を有する合議制機関の民主的正統化が問題となった二〇一四年一月二八日の判決である（以下「映画助成判決」と呼ぶ）。[126]

1　事案の概要

ドイツでは従来より、映画（Film）に対する連邦レベルでの振興策として、映画助成法（Filmförderungsgesetz（以下「助成法」[127]と呼ぶ））に基づく助成が行われている。制度の運営主体は公法上の社団である映画助成協会（Filmförderungsanstalt（FFA））であり、助成の原資は映画制作業者や映画館等の映画産業界関係者から徴収される映画賦課金（Filmabgabe）である。賦課金の対象や額の算定方法、助成の手続や対象等は、助成法によって詳細に規定されている。

助成法によれば、FFAの機関は代表（Vorstand）、理事会（Präsidium）、評議会（Verwaltungsrat）である。このうち評議会はFFAの主要な意思決定機関であり、[128] 所轄の連邦行政庁によって任用された三三名の構成員から成る

（本件当時）[129]。理事会は代表の活動の監視を主な任務としており、九名の理事から構成される。[130] ＦＦＡの事務を統率し、またＦＦＡを裁判上および裁判外で代表する代表は、理事会の提案に基づき、評議会によって任命された者一名から構成される。

さらに、ＦＦＡには常設の委員会として授与委員会（Vergabekommission）が設置されている。この授与委員会とは、例えばプロジェクト映画助成等、評価的要素を伴う主要な助成活動を行う機関であり（七条一項二文、比較的重要度の低い決定権限は、六四条二項により代表に割り当てられている）、本件当時は一一名の委員から構成されていた。その内訳は、連邦議会によって指名された者、所轄の上級連邦行政庁に指名された者、公法上の放送局から指名された者各一名と、非国家的な団体ないし社団から指名された者八名である（八条一項）[131]。評議会のように構成員を連邦行政庁が任用する旨の規定は、授与委員会については見られない。また授与委員会は、助成の部門ごとに少なくとも五人以上の委員から成る小委員会（Unterkommission）を設置することができる（八ａ条）。

本件の主たる争点は当初、ＦＦＧによる補助事業が文化に関するラントの専属的立法権限（いわゆる「文化高権」）を侵害しているか否か、同法の映画賦課金に関する規定が基本法一〇四ａ条以下のいわゆる「財政憲法」に適合しているか否か、[132]の二点であった。しかし、本件が連邦憲法裁判所に持ち込まれる際に、ＦＦＡによる賦課金徴収および助成決定が基本法二〇条二項に適合しているか否か、ということも問題とされた。

2　判旨の検討

（1）一般論―従来の裁判例の総括

本判決も精神病院判決と同様、まず三判決で示された従来の判断枠組を示す。[133] 一方、本判決で特筆すべきは、続けて直接的国家行政および市町村自治行政以外の組織形態における民主的正統化の判断枠組が示されたことである。すなわ

ち、「直接的国家行政および対象とする任務に制限のないゲマインデの自治行政とは別に、民主政原則は、とりわけ途切れることのない人的な正統化、すなわち選挙及び選任行為によって媒介される民主的正統化の要請から逸脱するような組織および国家権力の行使の諸形態が存在する余地を認めている。[134] それに応じて、機能的自治行政の領域については、こうした人的正統化の要請から逸脱する、公的任務の実現に利害関係者が関与する形式が、次のことを考慮して認められるのである。すなわち、中心的な、全体国民へと還元する正統化連関の緩和は、同様に自己決定の思考に根差しており、したがって民主政原理に根差す自治行政及び自律の諸原則のより強い妥当（ein stärkerer Zurgeltungbringen）によって調整される、ということである。[135] 機能的自治行政とは別のところでも、事柄に即した実効的な任務の実現のために、完全な人的正統化の規制要請からの限定的な逸脱は許容される。[136] 選挙および選任行為によって媒介され、そして全体国民へと還元される人的正統化の連関への結びつけが緩和されるか否か、されるとしてそれはどの程度か、という問題は、平等に反する形での個別利益の優遇ではなく、公益を志向し、また利害関係者の平等な考慮に裏打ちされた任務の実現が制度上の安全措置により可能とされ、また保障されているか否かということにも依存する。[137] 加えて、立法者がそのような緩和を意図している場合には、任務の実現に対して議会が監視しコントロールを及ぼす機会が尚も損なわれないようにしなければならない」。[138]

以上の判示は、一方で三判決をベースとしつつ、他方で水利組合決定・精神病院判決を基にこれを拡充する試みとして位置付けることができるであろう。[139]

（2）具体的判断――授与委員会の民主的正統化

以上の一般論を踏まえて本判決は、代表による賦課金決定、[140] 代表による助成決定、[141] 授与委員会による助成決定[142]のいずれもが十分な程度の民主的正統化を媒介していることを理由に、助成法の諸規定は基本法二〇条二項に違反しない、とした。

このうち前二者については、本判決は人的正統化と事項的―内容的正統化の両方から正統化の水準を判断するという、従来型の判断を行っている。[143] 一方特筆すべきは、授与委員会の決定に対する判断である。すなわち本判決は、構成員の大部分について人的に正統化された決定の担い手による選任ないし任命が予定されておらず、代表を派遣する権限を持つ各団体に任命の決定がゆだねられてことを根拠に、一旦は授与委員会による（一部下位の委員会に移譲され得る）決定が人的正統化を十分に媒介していないとする。[144] しかしそれに続けて、かかる人的正統化の欠損は、授与委員会による決定が「創造的―芸術家的な質（kreativ-künstlerische Qualität）」の判断に結び付く性質を有しているがゆえに、十分に正当化されるのである」ことを指摘する。[145]

かかる判示は、人的正統化の欠損が「決定の性質」という民主政原理の外にある事項によって正当化され得ることを示した例として、注目に値する。この点、当該判示部分で参照される一九九〇年一一月二七日の決定[146]は、連邦審査局（Bundesprüfstelle）[147] による図書の有害出版物リスト登録が問題となった事案の決定である。同決定では、公法上の勤務関係・忠誠関係にない者が構成員の多数を占める連邦審査局に決定権限を委託することが基本法三三条四項に違反しない旨を判断する文脈で、プレスの自由および芸術の自由に関係する諸々の決定は可能な限りある程度国家から離れたところで、多元的な意見の形成に基づきなされるべきであることが指摘されていた。[148] 本判決についても、同様の考慮があったものと考えられよう。

また、以上の判示に続けて本判決は「枠となる諸条件は、法律上の諸規定が志向され、また特殊利益の有利になるよう歪曲されない決定の実践が保障されるような性質をもつものである」、とし、①授与委員会が「利害関係者集団の代表（die Repräsentation eines Kollektivs Betroffener）」ではなく、法律上の基準を可能な限り最善の形で変換することを目指して構想された合議制の決定委員会であること、[149] また②同委員会内で特定の利益の優遇がなされているわけではないことを指摘する。[150] この判示が上述した一般論や人的正統化についての判示とどのような関係にあるか、判旨から

はいま一つ明らかではない。しかしいずれにせよ、人的正統化の不完全である授与委員会が民主政原理に違反しない根拠としてこれら要素が考慮されたことは、上述した決定の性質の考慮と並ぶ柔軟な判断として意義を有するであろう。

第3節　検討

以上、水利組合決定以降に出された裁判例のうち、主要な二つの判決（精神病院判決・映画助成判決）について検討を行った。続いて、両判決が一九九〇年代の三判決および水利組合決定と如何なる関係にあるのか、それぞれ検討することとしたい。

1　精神病院判決

先述の通り精神病院判決は、人的正統化と事項的—内容的正統化両面から正統化の水準を判断する、という従来の判断枠組に従った判断を行うものであった。[151] その点で同判決は、専ら三判決を踏襲したものであり、また同時に水利組合決定に依拠しなかったものと位置づけることができるであろう。

もっとも、同判決は行政庁による私人への権限の委任が問題となった事案であり、人的正統化を有さない構成員から成る団体が決定権限を有する機能的自治行政とは、問題となった制度が大きく異なる。[152] また、本件で問題となった病院はもともと州福祉連盟の施設であり、当該施設の長等は民営化後も連盟の職員であった。[153] その点で本件は、人的正統化の思考枠組に比較的なじみやすかった事案であったと考えられよう。[154] 以上の点にかんがみれば、精神病院判決はそもそも水利組合決定の射程外にあるものと位置づけるのが適切であるように思われる。[155]

2　映画助成判決

（1）映画助成判決の位置づけ

対して映画助成判決は、「基本法二〇条二項は直接的国家行政および市町村自治以外の領域とは別に人的正統化の連鎖から逸脱する組織の存在を許容している」という水利組合決定の判示を出発点に判断枠組を拡張する等[156]、一応は水利組合決定の判示を反映したものであった。また具体的判断は、①授与委員会が「利害関係者集団の代表」ではなく法律上の基準を可能な限り最善の形で変換することを目指して構想された合議制の決定委員会であること、さらに②同委員会内で特定の利益の優遇がなされているわけではないことを考慮しており[157]、水利組合決定と同じような趣旨の判断を示している[158]。

しかしその一方で同判決は、ＦＦＡによる賦課金決定と代表による助成決定について、人的正統化と事項的―内容的正統化それぞれの観点から一定の正統化の水準が確保されているかを判断する、という従来の判断枠組に則った審査を行っていた[159]。また授与委員会による決定についても、なおも人的正統化の観点に立脚した判断を行っており[160]、水利組合決定のように構成員に対する人的正統化の要請を完全に放棄しているわけではない。

このように映画助成判決は、論旨がやや錯綜しており、従来の裁判例との関係がいまひとつ不明確である。しかし人的正統化が手がかりとされているという意味では、同判決もまた結局のところ、精神病院判決と同様、三判決に依拠したものと解するのが適当であるように思われる[161]。

（2）水利組合決定との関係

もっとも、映画助成判決が水利組合決定の判断枠組を踏襲しなかったことについては、次のような疑問が残る。すなわち、映画助成判決で問題となったＦＦＡは、映画振興政策の利害関係者が各機関の構成員となっている点で、機能的自治行政との間に一定の構造上の共通性を見出すことができる。特に授与委員会は、各業界団体の代表が行政庁の任命

を介さず構成員となっており、[162]機能的自治行政の組織構造と相当程度類似する。だとすれば連邦憲法裁判所は、本件事案について判断を行うにあたり、水利組合決定で示された機能的自治行政の判断枠組を用いる余地が十分にあったのではないか。[163]にもかかわらず同判決が水利組合決定の判断枠組を用いなかったのは、如何なる理由に基づくものであるか。[164]

この点で着目すべきは、同判決が授与委員会を「利害関係者の代表機関」とは異なるものと解していた点である。すなわち、本判決は授与委員会について、利害関係者の代表機関ではなく専門的知識および諸利益の活用を目的とした合議制機関であることを強調していた。[165]このことにかんがみれば、連邦憲法裁判所は水利組合決定の射程を画する基準として「利害関係」の概念に着目しており、またこのことをもって映画助成判決は水利組合決定の射程外と位置づけることができると解される。

第4節　本章のまとめ

以上のように、水利組合決定以降に出された二つの裁判例は、いずれも基本的には三判決で示された従来の判断枠組に依拠しつつ、これを具体化ないし柔軟化することで各々の事案に対処する、という方向性をとっていると解される。その点において、人的正統化の偏重や判断の硬直性といった一九九〇年代の三判決に対する批判[166]は、両判決にはもはや妥当し得ないことになろう。また、上記の考察を踏まえれば、水利組合決定のうち人的正統化を要件としない判断枠組を示した部分の射程は、ある程度限定的だと考えられる。この点にかんがみても、同決定が三判決を変更したとまで考えるのは、やや早計であるように思われる。

第4章　総括――判例理論としての民主的正統化論

以上、主要な裁判例を時系列に沿ってとりあげ、それら相互の関係について検討を行ってきた。本章ではまず裁判例における民主的正統化論の全体像を明らかにする（第1節）。そしてその上で、判例理論の内容について若干の検討を行う（第2節）。

第1節　判例理論の全体像

前章までの検討をまとめると、連邦憲法裁判所は、「すべての国家権力の行使は、国民の意思へと還元可能であり、また国民に対して責任を負うものでなければならない」という民主政の理解を出発点として、一方では三判決で示した従来の判断枠組を基本形として維持しつつ、他方で機能的自治行政には人的正統化を要件としない特別の判断枠組を用いていることになろう。より具体的には、連邦憲法裁判所の裁判例における判例理論としての民主的正統化論は、一応次のように定式化することができる。[167]

❶基本法二〇条二項の規定する民主政原理によれば、すべての国家権力の行使は、国民の意思へと還元可能であり、また国民に対して責任を負うものでなければならない。ここでいう「国家権力の行使」とは決定の性格を有する職務上のすべての行為であり、また「国民」とはドイツ国籍保持者の総体としての国民である。ラント・クライス・ゲマインデ各レベルの「国民」も、同様に解されなければならない。

❷国家権力の行使が上記の意味において民主的に正統化されているか否かは、次のような枠組によって判断される。すなわち、制度的―機能的正統化・人的正統化・事項的―内容的正統化という三つの正統化の方法（特に後二者）によ

り、一定の正統化の水準が達成されていることが求められる。その際、求められる正統化の水準は、問題となっている決定が基本権に抵触する強度に比例する。もっとも、上記の方法のうち特に人的正統化が欠けた組織についても、例えば決定の性質を考慮してかかる欠損を正当化する等、柔軟な判断がなされ得る。

❸一方、利害関係者の代表機関たる機能的自治行政については、上記❷とは別の判断枠組が用いられる。すなわち、機能的自治行政と民主政は、自己決定という同じ根源を有するという点で、相補的関係にある。したがって立法者には、一定の限界の下、機能的自治行政を設立し国家の任務を委ねる立法上の余地が認められる。またその際、名宛人が構成員か第三者かを問わず、拘束力を有する決定を行う権限も委ねることが可能である。もっともその場合は、組織・決定構造の法律による規律と人的正統化を有した公務員による監督が必要となる。

第2節　考察

もっとも、上記のような判例理論については、以下のような問題点も指摘できるように思われる。

1　機能的自治行政に関する判断枠組をめぐる諸問題

まず、上記❸の判断枠組については、理論的整合性の問題（(1)）と、判断枠組の内容の問題（(2)）を指摘することができるように思われる。

(1)　理論的整合性の問題

シュレスヴィヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決は、正統化の主体をドイツ国籍保持者の総体たる国民と措定し、それによって決定の利害関係者を関与させるような民主政の理解を明示的に排除していた。[(原)] かかる理解は、民主政の基

本構造として、なおも維持されていると考えられる（上記❶）。しかしそうだとすれば、公的任務の利害関係者から構成される機能的自治行政を民主政の補完物と位置付ける上記❸の判断枠組は、上述した民主政の基本構造とそもそも相容れるのかが問題となるように思われる。

この点、水利組合決定は民主政も自治行政も同じ「自己決定」を淵源としていること、あるいはいずれも「自由な秩序において自ら決定する個人」という基本法一条一項の理念に根拠づけられることを根拠として、両者の接合を試みていた。[169] 民主政と機能的自治がいずれもこれら理念に立脚していることそれ自体は、確かに否定できないところであろう。しかし問題は、これら理念の実現方法が両者では大きく異なる点にあるのであって、単に根差す淵源が同じことを指摘しても問題の解決にはならないように思われる。[170]

また、基本法二〇条二項が「原理」であることをもってこの点を正当化することにも、疑問の生じるところである。連邦憲法裁判所が三判決を出した当初から民主政原理を例外なき「ルール（Regel）」と解していないことは、一定の範囲内で労使共同決定制度を許容した共同決定判決からも明らかである。[171] しかしそれ以上に、民主政原理が「原理」である、ということによって、一見相容れない二つの民主政の理解を基本法二〇条二項に基礎づけることまでも正当化され得るのかについては、検討の余地があるように思われる。かかる考え方については、上述した判断枠組間の緊張関係を有耶無耶にしているだけではないか、という批判が尚も考えられるであろう。[172]

結局のところ問題は、一方で直接的国家行政および市町村自治行政については人的正統化と事項的—内容的正統化をベースとした判断枠組を用いつつ、他方でその他の領域（特に機能的自治行政）については人的正統化を要件としない判断枠組を用いる、という区別が果たして適切か否か、という点にあると考えられよう。[173] この点において水利組合決定は、三判決との衝突を回避した結果、理論的にやや説得力を欠いたものとなっているように思われる。[174]

（2）判断枠組の内容の問題

上記❸の判断枠組によれば、立法者には機能的自治行政を創設する余地が広く認められており、第三者に対する拘束力を持った決定権限を同団体に付与することも可能である。一方学説では、この点について、団体の意思決定に参加できない第三者にとって機能的自治行政による決定は「自己決定」ではなくいわば「他者決定（Fremdbestimmung）」であること、したがって当該第三者にとって、機能的自治行政による決定は民主的な決定ではなくなってしまうことが指摘されている。[175]

この点について、水利組合決定は団体の組織構造及び決定手続の法律による規律と人的正統化を有する者による監督によって、一応の対応を図っていたようである。[176] しかしかかる対応については、問題の解決策として不十分ではないか、解決のためには、そもそも機能的自治行政に委譲する任務を主として当該団体の構成員にのみ関わるものに限定し、第三者に対する決定権限を例外的な場合にとどめるか、[177] あるいは仮にかかる決定権限を認める場合であっても、第三者の諸利益が団体の意思決定に反映されるような仕組みを整備することが必要なのではないか、[178] という批判がなおも考えられるように思われる。

2　正統化の方法の拡張？

次に、上記❷の判断枠組について。人的正統化の過度な強調という三判決に対する批判が精神病院判決・映画助成判決においてもはや克服されていることは、先にみた通りである。[179] しかしその一方で、どのような場合に、また如何なる理由で人的正統化の要件が緩和されるのかについては、両判決によって完全に明らかにされたわけではない。この点、個々の事例における判断がブラックボックス化しないよう、人的正統化の緩和事由について整理が必要であろう。

特に問題となるのが、効率性や有効性といった要素をどのように評価すべきか、ということである。例えば水利組合

決定では先述の通り、立法者は機能的自治行政の創設によりこれらの目的を達成することが許容される、という旨の判示がみられた。[180] また同決定は労使共同決定に関する判示の中で、これら要素についてより踏み込んだ判断を示していたところである。[181] さらに映画助成判決でも、授与委員会についての判断の中で、同委員会が法律目的の達成のために専門的知識や諸利益を活用するものであることが積極的に評価されていた。[182] 以上の動向に対しては、（特に水利組合決定について）連邦憲法裁判所がいわゆる「アウトプット正統化」の考え方を採用した例と分析する見解が見られる。[183]

しかし第一に、両判決が本当に有効性や効率性といった要素から直ちに人的正統化の緩和を導いているのか、いまひとつ明らかでない。すなわち、水利組合決定のうち機能的自治行政の創設に関する判示部分[184]は、機能的自治行政を創設する立法上の形成余地が立法者に与えられていることを指摘する文脈で、あくまで付随的に実効性概念にも言及したようにも読めるところであり、この部分のみをもって連邦憲法裁判所がアウトプット正統化の考え方を採用したと考えるのはやや早計であるように思われる。また労使共同決定に関する判示も、先に行った共同決定判決との比較を考慮すれば、[185] これがどこまでの射程を持つものなのか定かではない。さらに映画助成判決の上記判示も、人的正統化を緩和する根拠とされているのか、それともまた別の判断を行っているのか、判決のみからでは不明確である。[186]

また第二に、仮に有効性や効率性を人的正統化の緩和要素としたとしても、それによってどのような組織・決定構造が実際に正当化されるのか疑問である。水利組合決定では労使共同決定の制度が組合の任務遂行の有効性を向上するものとされていたが、かかる評価の妥当性については学説上異論の多いところである。[187]

以上の点にかんがみれば、これら要素を人的正統化の欠損の正当化事由とするためには、その前提として少なくとも、基本法二〇条二項との関係における理論的な意義[188]と、個別の制度との関係が明らかにされるべきであろう。

3　判断枠組の射程の問題

最後に、上記❷と❸の判断枠組の如何なる基準に基づき使い分けるべきか、という問題について。先述の通り、連邦憲法裁判所は使い分けの基準として「利害関係者の代表機関」であるか否か、という基準を念頭に置いているようである。もっとも、助成対象たる映画産業関係者が構成員であるという意味では、ＦＦＡの諸機関もまた「利害関係者の代表機関」であることは否定し難い。この点、仮に両判断枠組を維持するのであれば、連邦憲法裁判所が如何なる意味で「利害関係（Betroffenheit）」の概念を用いているのか、より詳細な説示が必要であろう。[189]

第3節　総括

以上、連邦憲法裁判所の判例理論の全体像を示し、理論的な検討を行った。簡潔にまとめると、連邦憲法裁判所は一方で一九九〇年代の三判決で示された判断枠組を（一定の柔軟性をもって）維持しつつ（上記❷）、他方で利害関係者の代表機関たる機能的自治行政については新たな判断枠組を確立している（上記❸）、ということになろう。

もっとも、前節での検討により、かかる判例理論には幾つかの点で検討・改善の余地があることも明らかとなった。とりわけ、上記❸の判断枠組が理論的整合性や第三者に対する対応の面で問題を有していることは、先に見た通りである。この点、判例理論全体の整合性を考えれば、機能的自治行政についても従来の判断枠組（上記❷）が用いられたうえで、人的正統化の欠損を正当化し得るほどの事由が存在か否かの判断が個別になされるべきであったのではないだろうか。[190]

おわりに

以上、本稿では主要な裁判例を手掛かりに、連邦憲法裁判所の裁判例で示された判例理論としての民主的正統化論の全体像を示し、理論的な検討を試みた。

本稿の考察により、連邦憲法裁判所の採用する民主的正統化論がどのようなものであるかを、さしあたり示すことができた。併せて、水利組合決定の位置づけや問題点についても、本稿の考察を通して明らかになったのではないかと思われる。もっとも、筆者のもともとの問題意識である「ドイツ公法学における民主的正統化論の内容整理」を達成するためには、本稿の成果をさらに学説上の議論と比較検討しなければならない。この点については今後の課題である。

また、裁判例を検討することにより、一部とはいえ民主的正統化論の具体的な問題状況を示すことができた。機能的自治行政のみならず、権限の委任や合議制機関の編成等についても同理論が問題になりうるということは、わが国の行政法学でも十分に共有されていなかったように思われる。この点、わが国における類似の制度について制度設計のあり方を考える際、本稿の検討が如何なるインパクトを与え得るか、ということについても、今後明らかにする必要があろう。

(1)　原文は“Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.”である。
　基本法の条文を翻訳するにあたっては、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第7版）』（信山社、二〇一六年）を参考にした。以下同。

(2)　田代滉貴「ドイツ公法学における「民主的正統化論」の展開とその構造」行政法研究一四号（二〇一六年）二五頁以下。

(3)　田代・前掲注(2)二七頁。

（4）田代・前掲注(2)二八-二九頁。

（5）一九九〇年代の三判決とErnst-Wolfgang Böckenfördeの理論との関係がその典型例である。この点については第一章第三節を参照。

（6）太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主的正統化思考の展開――BVerfGE93, 37まで」樋口陽一先生古稀記念論文集『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）三一八頁も、裁判例を検討する意義としてこのことを指摘する。

（7）ここでは先駆的研究として、太田・前掲注(6)三一七頁以下を挙げるにとどめる。その他の先行研究は、以下で各判決を検討する際、その都度挙げることとしたい。

（8）その点で、太田・前掲注(6)三一七頁以下は、本稿の直接の先行研究である。もっとも、同論文は本項第1章で挙げる一九九〇年代の三判決までを検討対象とするものである一方、本稿はそれ以降の裁判例の検討に重点を置くものである。

（9）BVerfG, Urteil vom 31. Oktober 1990, BVerfGE83, 37. 同判決については、葛奉根「ドイツ連邦共和国基本法における外国人の選挙権」同志社法学（同志社大学）四一巻六号（一九九〇年）三〇頁以下、宮地基「外国人の選挙権をめぐる憲法上の論点について」神戸法学年報七号（一九九一年）二三九頁以下、高田篤「外国人の選挙権――ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の法理」法律時報六四巻一号（一九九二年）八三頁以下、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権」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）三七二頁以下、大西楠・テア「ドイツにおける外国人の地方参政権――基本法二八条一項三文と外国人参政権違憲判決の法理――」国家学会雑誌一二一巻五―六号（二〇〇八年）五八七頁以下、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（三）」法政論集二五一号（二〇一三年）三四七頁以下等を参照。本稿も、判決を翻訳するうえで、これら先行研究の翻訳を一部参考にした。

（10）①デンマーク、アイルランド、オランダ、ノルウェー、スウェーデン、スイス国籍の保持者であり、②投票日の時点で少なくとも五年は基本法の適用領域に滞在しており、③滞在許可を有するか当該許可が必要でない外国籍保持者が要件とされた。

（11）具体的に申立てたのは、上記法律が連邦国家的同質性（bundesstaatlicher Homogenität）における民主政、ゲマインデおよびクライスにおける国民代表についての選挙の一般性の要請（基本法二〇条一・二項と結びついた二八条一項二文）ならびにドイツ国籍の制度的保障（基本法一六条、一一六条）、平等原則（基本法三条一項）への違反である。

（12）「ラントにおける憲法的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和政的・民主的および社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない。ラント・クライスおよびゲマインデにおいては、国民は普通・直接・自由・平等および秘密の選挙に基づいて構成される議会を有していなければならない」（基本法二八条一項一・二文）。

（13）もっとも本判決は、当時EC内で議論されていた外国人の地方選挙権の導入が、基本法七九条三項によって認められている憲

法改正の対象外であるということにはならない、という留保をつけていた（BVerfGE83, 37 (59)）。ヨーロッパ化と外国人選挙権の関係については、大西・前掲注(9)五九九頁以下の検討が詳しい。

(14)　一九三七年一二月三一日時点のドイツ国領域内にドイツ民族に属する亡命者もしくは難民またはその配偶者もしくは子孫として受け入れられている者がこれに当てはまる。

(15)　BVerfGE83, 37 (51).

(16)　BVerfGE83, 37 (53).

(17)　BVerfGE83, 37 (53ff.).

(18)　Brun-Otto Bryde, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, S.257f.

(19)　Manfred Zuleeg, Die Vereinbarkeit des Kommunalwahlrechts für Ausländer mit dem deutschen Verfassungsrecht, in: ders (Hrsg.), Ausländerrecht und Ausländerpolitik in Europa, 1987, S.156f.

(20)　外国人選挙権をめぐるドイツの議論状況については、高田篤「ドイツ統一直前のボン基本法（二）」自治研究六六巻一二号（一九九〇年）一一五頁以下、高田・前掲注(9)八三頁以下、大西・前掲注(9)五八八頁以下等を参照。また、かかる問題の背景については、広渡清吾「外国人労働者・移住者・難民――外国人法制の新展開」同『統一ドイツの法変動――統一の一つの決算』（有信堂、一九九六年）一八三頁以下、近藤敦『「外国人」の参政権――デニズンシップの比較研究――』（明石書店、一九九六年）二五頁以下、長尾一紘『外国人の参政権』（世界思想社、二〇〇〇年）等の文献も参考にした。

(21)　もっとも、かかる判断によって、逆に原告側の主張が完全に認められたわけではない点に留意する必要がある。すなわち、外国人選挙権に否定的な論者はかねてより、基本法二〇条および二八条が念頭に置く国民とは国籍によって限界づけられる「政治的運命共同体（politische Schicksalgemeinschaft）」であり、かかる国民と外国人はそもそも質的に異なる、ということを強硬に主張していた（Josef Isensee/ Edzard Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Das Ausländerwahlrecht vor den Bundesverfassungsgericht, 1993, S.S.25f. また、Josef Isensee, Staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), S.92f. も参照）。一方本判決は、あくまで基本法の文言・体系解釈の結果として外国人選挙権を否定したのであって、原告側の民主政原理の理解を判決中で明示的に支持しているわけではない。このような指摘を行うものとして、高田・前掲注(9)八八頁。

(22)　BVerfGE83, 37 (50f.).

(23)　BVerfGE83, 37 (52).

(24)　BVerfGE83, 37 (55).

(25)　自由ハンザ都市ハンブルクは、州がひとつの市によってのみ構成されるいわば「特別市」であるため、同市の中にはゲマイン

デやクライスといった地方公共団体が存在しない。もっとも同市の憲法（Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg）は、四条二項において、法律により同市の一部地域を管轄する行政単位を設立することを認めており、実際同市には一九七八年区行政法（Bezirksverwaltungsgesetz vom22. Mai 1978）に基づき七つの区（Bezirk）が存在する。これらの区は「直接的国家行政であるハンブルクの分散した行政単位」であり、その行政機関は区長（Bezirksamtleiter）によって指揮される区役所（Bezirksamt）である。また各区には決定機関としての区議会（Bezirksversammlung）がおかれ、特別財源の使途決定や区長の選任・解任等の役割を担うこととされている。

(26) BVerfG, Urteil vom 31. Oktober 1990, BVerfGE83, 60. 同判決については、前掲注(9)で挙げた諸文献のほか、彼谷環「ハンブルク区議会における外国人の選挙権」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(9)三二八頁以下を参照。

(27) ①外国人法に基づく滞在許可（Aufenthaltserlaubnis）を有するか、②ヨーロッパ経済共同体加盟国国籍保持者の入国と滞在に関する法律に基づく滞在許可を有するか、あるいは③無国籍外国人（heimatloser Ausländer）としての地位を有する、投票日までに少なくとも八年は基本法の適用領域に滞在するすべての外国人が要件とされていた。

(28) 本件においても、前掲注(11)で示したシュレスヴィヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決と同様の申立てがなされている。

(29) シュレスヴィヒ―ホルシュタイン州外国人選挙権判決とハンブルク市外国人選挙権判決は、併合して口頭審理が行われ、判決も同じ日（一九九〇年一〇月三一日）に出されている。両判決の経緯については、高田・前掲注(9)八三頁以下の記述が詳しい。

(30) この点について被告側は、「市民は、区議会の選挙を通じて、国家権力の行を民主政原理の意味において正統化するのではなく、単に公行政の領域における行政任務の遂行へと関与するに過ぎない」こと、議会の議決は対外的な作用を有するものではないため、基本法上の公権力には該当しないことを主張していた。BVerfGE83, 60 (83).

(31) もっとも本判決は、区議会が基本法二八条一項二文の適用および準用を受ける組織ではないことも明示している。

(32) BVerfGE83, 60 (71f.).

(33) BVerfGE83, 60 (74). 一方、ゲマインデやクライスにおける国民の代表機関については、選挙に基づく直接的な人的正統化が必要だとする。

(34) しかしこのことは、権限が客観的かつ個別具体的に、その範囲が厳格に限定されており、また当該決定が例えば「測定可能なほどに適切な計画および法律の執行」に限定される程度に内容的にあらかじめ構造化されている場合にのみ、当てはまる（BVerfGE83, 60 (74)）。

(35) BVerfGE83, 60 (74).

(36) BVerfGE83, 60 (74f.).

(37) BVerfG, Beschluß vom 24. Mai 1995, BVerfGE93, 37. 同決定については、森保憲「共同決定に要請される民主的正当性」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(9)三二三頁以下、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」同『統治構造の憲法論』(岩波書店、二〇一四年) 三一五頁以下。一般にUrteilは「判決」、Beschlußは「決定」と訳し分けられていることからすれば、本決定は本来「共同決定決定」と呼称されるべきであろう。しかしそれでは「決定」が重なってしまい、違和感があるので、以下では便宜上「共同決定判決」と呼ぶこととしたい。

(38) BVerfGE93, 37 (67).

(39) 後述する水利組合決定は、これを「二重の過半数の原則 (Prinzip der doppelten Mehrheit)」と呼ぶ。BVerfGE107, 59 (88).

(40) BVerfGE93, 37 (67).

(41) BVerfGE93, 37 (68). したがって、当該職務でカバーしきれない範囲の活動については、当該連関によって正統化され得ない。

(42) ラント政府における労使共同決定制度の憲法上の限界については、連邦憲法裁判所はすでに一九五九年四月二七日の判決で一定の見解を示していた (BVerfG, Urteil vom 27. April 1959, BVerfGE9, 268)。一方、本判決は適用範囲のより広範な労使共同決定制度が問題となっている点で、一九五九年判決とは前提が異なる。かかる指摘として、森・前掲注(37)三二六頁。また、両判決を比較するものとして、太田・前掲注(6)三三五頁。

(43) BVerfGE93, 37 (70).

(44) BVerfGE93, 37 (72f.).

(45) 詳細については、日野田浩行「行政の民主的正統化に関する憲法的考察 (一)」久留米大学法学三九号 (一九九九年) 一四頁以下、田代・前掲注(2)三四-三五頁等を参照。

(46) Ernst Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, 彼の理論の詳細については、林知更「憲法原理としての民主政」高橋和之先生古稀記念論文集『現代立憲主義の諸相』(有斐閣、二〇一三年) 二七-二八頁、門脇・前掲注(9)三六七頁以下、田代・前掲注(2)三五頁以下等を参照。

(47) BverfGE83, 60 (72).

(48) 彼の在任期間は一九八三年一二月～一九九六年五月の一三年間である。

(49) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, BVerfGE 44, 125 (138); BVerfG, Beschluß vom 15. Februar 1978, BVerfGE47, 253 (271f.).

(50) BVerfG, Beschluß vom 15. Februar 1978, BVerfGE47, 253 (273ff.).

(51) BVerfG, Beschluß vom 8. August 1978, BVerfGE49, 89 (125).

(52) BVerfGE47, 253 (275.); BVerfG, Beschluß vom 1. Oktober 1987, BVerfGE77, 1 (40).

(53) 従来の裁判例と三判決の関係については、太田・前掲注(6)三二四頁以下が詳細な検討を行っている。

(54) この点、むしろ Böckenförde の理論自体が従来の裁判例に多少なりとも影響を受けたものである可能性も、否定できないように思われる。このような Böckenförde 以前の学説と裁判例の相互作用についての検討は、今後の課題としたい。

(55) 太田・前掲注(6)三四六頁も、三判決の意義の一つとして「一般論の拡充」を挙げている。

(56) 批判の詳細については、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」同『統治構造の憲法論』（岩波書店、二〇一三年）三二五頁以下等を参照。

(57) 関連して太田・前掲注(6)三四八頁は、事項的―内容的正統化が「どの程度の機能を示しうるかも疑問が残る」と指摘する。

(58) vgl. 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., 2012, S.352. 太田・前掲注(6)三四八頁も同様の指摘をしている。Brun-Otto Bryde は、Böckenförde の理論と上記の判断枠組を「正統化の連鎖フェティシズム（Legitimationskettenfetichismus）」と揶揄していた。Brun-Otto Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis, (1994), S.324.

(59) vgl. Veuth Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S.200.

(60) この点については、毛利・前掲注(56)三一三頁以下の検討が詳しい。

(61) 本章第1節3参照。

(62) BVerfG, Beschluß vom 5. Dezember 2002,BVerfGE107, 59. 同決定の紹介・検討として、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、二〇〇七年）二〇七-二〇八頁、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」曽我部真裕＝赤坂幸一編『憲法改革の理念と展開（上巻）大石眞先生還暦記念』（信山社、二〇一二年）三三五頁以下、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化（四）」法政論集二五二号（二〇一三年）一七四頁以下、斎藤誠「自治・分権と現代行政法」現代行政法講座編集員会編『現代行政法講座Ⅰ　現代行政法の基礎理論』（日本評論社、二〇一六年）三〇三頁以下、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、二〇一七年）一一五頁以下。また、本件の詳細については、Peter Josef Tettinger/ Thomas Mann, Wasserverbände und demokratische Legitimation, 2000. も参照。

(63) vgl. Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S.12f. 機能的自治行政の定義についての詳細は、日野田・前掲注(62)三一五-三一六頁参照。

(64) 具体的には、組合の領域の全部あるいは一部に存在する鉱山の所有者、並びに組合の諸活動を惹起し、困難にし、あるいはその活動から利益を有する営利企業および不動産、交通設備、その他施設のそれぞれの所有者、ノルトライン＝ヴェストファーレン

州、組合の領域内で活動する水道事業者並びにその他の取水業者である（六条）。

(65) 会則及びその修正等を決定するほか（一四条一項一項一文）、組合評議会のメンバーを選出する（二文）。

(66) 個々の構成員グループが派遣できる代表の数は、負担金の額によって決まる（一二条）。

(67) 一議席が公的水道事業の企業およびその他の担い手に、三議席が市、ゲマインデ、クライスに、そして二議席が鉱業所、営利企業、不動産・交通施設・その他施設の所有者に――出資とは無関係に――割り当てられている。その他の三議席は、出資に応じて各構成員グループに配分される（一六条）。

(68) 「裁判所が、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると考えるときは、その手続を中止し、かつ、あるラントの憲法に対する違反が問題となっているときは憲法紛争について管轄を有するラント裁判所の決定を、また、この基本法に対する違反が問題となっているときは連邦憲法裁判所の決定を、求めるものとする。このことは、ラントの法によるこの基本法の違反、または、ラントの法律と連邦法律との不一致が問題となっている場合にも、同様とする」（基本法一〇〇条一項）。

(69) BVerwGE NVwZ 1999, S. 870; BVerwGE 106, 64. 以上の整理を行ううえでは、日野田・前掲注(62)三三七-三三八の記述を参考にした。

(70) BVerfGE107, 59 (86ff.).

(71) BVerfGE107, 59 (89f.).

(72) 後述する大エルフト組合判決や専門医決定等を挙げている。

(73) BVerfGE107, 59 (89ff.).

(74) BVerfGE107, 59 (91f.).

(75) BVerfGE107, 59 (92f.).

(76) BVerfGE107, 59 (93).

(77) BVerfGE10, 89 (102, 104) が参照されるとともに、BVerfGE37, 1 (26) も参照されるべきとされる。

(78) BVerfGE38, 281 (299) が参照される。

(79) BVerfGE107, 59 (93f.).

(80) BVerfGE107, 59 (94).

(81) BVerfGE107, 59 (94ff.).

(82) BVerfGE107, 59 (98ff.).

(83) さらに本決定は、両ラント法の諸規定が基本法二〇条三項の規定する法治国原理にも違反しない、とした（BVerfGE107, 59 (102f.)）。

(84) BVerfGE93, 37 (69) が参照される。

(85) BVerfGE107, 59 (98f.).

(86) BVerfGE107, 59 (99ff.).

(87) 第1章第1節3、第2節3参照。

(88) 議論の詳細については、日野田・前掲注(62)三一三頁以下、門脇・前掲注(62)一五六頁以下を参照。

(89) Böckenförde, a. a. O. (Anm.46), S.452.

(90) 学説の議論状況を簡潔に要約するものとして、Andreas Musil, Das Bundesverfassungsgericht und die Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, DÖV 2004, S.118.

(91) Ernst Thomas Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991. Emde の見解については、門脇・前掲注(62)一六二頁以下、田代・前掲注(2)四八頁以下を参照。

(92) 本決定自身、上述した「機能的自治行政は、すべての者の自由な自己決定という上位の目的に仕える限りにおいて、民主政原理を具現化するもの（Ausprägung）として理解され得る」という判示部分において、Emde, a. a. O. (Anm. 91) を参照している。もっとも、彼は機能的自治行政を基本法二〇条二項とは別に基本法が規定する民主政原理を具現化したものと捉えており、かかる組織形態も同項に基礎づける本決定とは見解が若干異なる点に注意が必要である。

(93) BVerfG, Beschluß vom 9. Mai 1972, BVerfGE33, 125（いわゆる「専門医決定」）. 同決定の詳細については、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）一〇頁以下。

(94) BVerfGE33, 125 (159f.). 本決定も、上述した「民主政原理に根差す自治行政および自律の原則 を適切な形で実現することも可能とする」という判示部分で、同決定のこの部分を参照している。この点を指摘するものとして、門脇・前掲注(62)一九九頁（脚注126部分）、斎藤・前掲注(62)二九九-三〇〇頁。

(95) BVerfG, Urteil vom 29. Juli 1959, BVerfGE10, 89. 同判決については、國分典子「公法上の組合への強制加入と結社の自由――エルフト組合判決」栗城壽夫ほか編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、二〇〇三年）二五六頁以下、原田・前掲注(62)二〇七頁。

(96) BVerfGE10, 89 (102).

(97) BVerfG, Beschluß vom 18. Dezember 1974, BVerfGE38, 281 (299).

(98) Ernst Thomas Emde, Herrschaftslegitimation ohne Volk?, Der Staat Beiheft 17, 2006, S.69.
(99) Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004., S.95f.
(100) 門脇・前掲注(62)一八三頁。
(101) 高橋・前掲注(62)一二一頁、二四八頁等。
(102) 本章第1節2（1）（i）参照。
(103) この点、高橋・前掲注(62)一二五頁は、本決定によって正統化の主体が「ドイツ国民」から「あらゆる者」へと拡大された、とする。しかし上述の通り、本決定は少なくとも明示的には、正統化の主体について高橋の指摘するような判例変更を行っているわけではない。
(104) 本章第1節2（1）（i）参照。
(105) 第1章第1節1参照。
(106) 第1章第1節3参照。
(107) 本章第1節2（2）参照。
(108) かかる理解に関連して、Matthias Jestaedt, Demokratische Legitimation - quo vadis?, JuS 2004, S.651は、水利組合決定における上記判示が「連邦憲法裁判所自身がこれまで築き上げてきた民主的正統化のシステムを見放すもの」であると批判している。同論文の内容については、齋藤・前掲注(62)三〇九頁以下が詳細に紹介している。また、Peter Unruh, Anmerkung, JZ 2003, S. 1063も同旨。
(109) BVerfG, Beschluß vom 13. Juli 2004, BVerfGE111, 191. 同決定については、日野田・前掲注(62)三四五-三四六頁、斎藤・前掲注(62)三一一頁（脚注59）。
(110) BVerfGE111, 191 (216).
(111) BVerfGE111, 191 (217).
(112) BVerfG, Urteil vom 18. Januar 2012, BVerfGE130, 76. 本判決の紹介として、高橋・前掲注(62)一八七頁以下。
(113) （任務を遂行する上で）必要な信頼性や専門的知識を有していることの証明が求められる（二条三文）。
(114) この病院については、州福祉連盟が五・一％、有限会社（州福祉連盟が一〇〇％出資）が九四・九％、それぞれ出資している。
(115) 「高権的権限の行使は、恒常的任務として、通常は、公法上の勤務関係・忠誠関係にある公務員に委託されなければならない」（基本法三三条四項）。
(116) BVerfGE130, 79 (123f.).

(117) BVerfGE130, 76 (124). ここで、共同決定判決（BVerfGE93, 37 (73)）が参照される。
(118) Böckenförde, a. a. O. (Anm.47), S.441f.
(119) 正統化の方法を具体化した共同決定判決も、事項的—内容的正統化の具体的要件については特に言及していなかった。第1章第1節3参照。
(120) もっとも、決定に対する影響力の平等という観点から労使共同決定の限界を明示した共同決定判決が、なぜ上述した正統化の水準の判断方法の根拠として挙げられるのかは、いま一つ明らかでない。
(121) BVerfGE130, 76 (124f.).
(122) BVerfGE130, 76 (125ff.).
(123) BVerfGE130, 76 (128f.).
(124) BVerfGE130, 76 (87).
(125) BVerfGE130, 76 (124f.).
(126) BVerfG, Urteil vom 28. Januar 2014, BVerfGE135, 155.
(127) 以下では本件当時の助成法（Filmförderunggesetz2004 (BGBl I S.2771)）を指すものとする。なお、二〇〇〇年までのドイツにおける映画振興政策の概要として、戸田典子「ドイツの映画振興政策」レファレンス五九二号（二〇〇〇年）三四頁以下。
(128) 具体的には、ＦＦＡの任務領域における基本的な問題やＦＦＡの予算（六条五項）、ＦＦＡの規約（一〇条一項一文）について決定するとともに、助成実務の詳細についての指針を公布し（二二条三項三文、二三条二項二文、三〇条七項三文、三一条五項）、助成支援について補助的に決定権を持つ（六九条一項）。
(129) その内訳は、連邦議会に任命された者三名、連邦参議院および所轄の連邦行政庁から選出された者各二名、ＡＲＤ・ＺＤＦから任命された者各一名、カトリックおよびプロテスタントの教会から任命された者各一名、その他映画産業に携わる各種団体によって任命された者である。これら構成員は、五年の任期をもって任用される（六条一・三項）。
(130) 連邦議会によって選出された評議会構成員一名、連邦政府に任命された評議会構成員一名がここに含まれる。その他の構成員は、評議会における映画配給業者・映画館・映像会社・民間テレビ放送局、公営ラジオ局評議会の代表の中から各一名ずつ、評議会の多数決をもって選出される（二項）。
(131) また彼らは、映画の領域について専門的知識を有していなければならず、また標準的かつ最新の実務経験を有していなければならない（七条二項二文）。構成員のうち一人は加えて、財政問題について専門的知識を有していなければならない（七条二項三文）。

(132) いわゆる特別賦課金（Sonderabgabe）の憲法上の限界をめぐる問題については、原田・前掲注(62)二一〇頁以下を参照。
(133) BVerfGE135, 155 (221f.).
(134) 水利組合決定（BVerfGE107, 59 (91)）が引用される。
(135) 水利組合決定（BVerfGE107, 59 (91f.)）が引用される。
(136) 委任の場合に関する判示として、精神病院判決（BVerfGE130, 76 (119ff., 123ff.)）が引用される。
(137) 水利組合決定と精神病院判決（BVerfGE107, 59 (93); 130, 76, (123f.)）が参照される。
(138) BVerfGE135, 155 (222f.). また、ここで精神病院判決（BVerfGE130, 76 (123f.)）が引用される。
(139) なお、本判決の後に出された二〇一四年五月六日の決定においても、以上の一般論がそのまま踏襲されている。BVerfGE136, 194 (261ff.).
(140) BVerfGE135, 155 (225f.).
(141) BVerfGE135, 155 (227) .
(142) BVerfGE135, 155 (227ff.).
(143) BVerfGE135, 155 (225f.; 227).
(144) BVerfGE135, 155 (224f.; 227).
(145) BVerfGE135, 155 (227).
(146) BVerfG, Beschluß vom 27. November 1990, BVerfGE83, 130（いわゆるヨゼフィーネ・ムッツェンバッハ決定）. 同決定については、芹澤齋「「有害図書」規制と芸術表現の自由――「ヨゼフィーネ・ムッツェンバッハ事件」――」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(9)一九一頁以下。
(147) 連邦青少年・家族・女性・保健大臣によって任命される委員長、各ラント政府によって一名ずつ任命される委員、そして①芸術、②文学、③販売業、④出版業、⑤青年団体、⑥青年福祉、⑦教師、⑧教会・ユダヤ教会およびその他の宗教団体から連邦大臣によって任命される委員、より構成されるとされていた。
(148) BVerfGE83, 130 (150).
(149) BVerfGE135, 155 (227f.).
(150) BVerfGE135, 155 (228f.).
(151) 本章第1節2参照。
(152) 機能的自治行政と委任の構造上の相違を指摘するものとして、Sandra Köller, Funktionale Selbstverwaltung und ihre

demokratische Legitimation, 2009, S.29.

(153) 第3章第1節1参照。

(154) したがって、本判決の射程が「委任の民主的正統化」に関する事案一般に及びうるかは、検討の余地があるように思われる。この点高橋・前掲注(62)一九二頁は、「公的団体に責任が留保されている本件では、民営化の議論一般として扱えるほど典型的な民営化ではない」と指摘している。

(155) 本件では従来の判断枠組を用いること自体について争いがなかったこと（本章第1節2参照）も、上記の理解を裏付けるものであるように思われる。

(156) 本章第2節2（1）参照。

(157) 本章第2節2（2）参照。

(158) Winfried Kluth, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015, S.78 は、当該判示部分が水利組合決定で示された観点を掘り下げるものであることを指摘する。もっとも、同氏が水利組合決定のうちどの部分を指したうえでかかる指摘を行っているのか（あるいは決定全体を指しているのか）は不明確である。

(159) 本章第2節2（2）参照。

(160) 本章第2節2（2）参照。

(161) Thomas Holzner, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, S.103 も、同判決が従来の判断枠組に依拠したものであることを指摘する。

(162) 本章第2節1参照。

(163) 実際に本件では、当事者である連邦議会が「自治行政の組織単位に対して公的任務を委譲するうえでの憲法上の諸要求は、FAにも援用され」ることを主張していた。BVerfGE135, 155 (181).

(164) Christian Waldhoff, Anmerkung, JZ 2014, S.411 も、水利組合決定の射程の限界を指摘する。

(165) 本章第2節2（2）参照。

(166) 第1章第2節3参照。

(167) 以下の判断枠組は、本稿で取りあげなかった裁判所においても、前提とされているところである。例えば一九九三年に出されたいわゆるマーストリヒト判決（BVerfG, Urteil vom 12. Oktober 1993, BVerfGE89, 155）は、ハンブルク市外国人選挙権判決を参照しつつ、基本法七九条三項によって放棄不可能とされる民主政原理の内容として後述する❶の定式を挙げている

(BVerfGE89, 155 (182))。また、BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007, BVerfGE119, 331 は、ハルツⅣ改革によって設立された「協同組織（Arbeitsgemeinschaft (ARGE)）」への任務移譲の憲法適合性を審査する過程で、一九九〇年代の三判決等を引用し、民主政原理の内容を「国民から国家任務を処理する組織及び公務員までの途切れることの無い正統化の連鎖を要求し、またこのような方法で民主的責任を可能とするもの」だとしている。また同決定は正統化の水準にも言及し、「機関あるいは公務員による任務が、明確な責任の帰属を可能ならしめない条件の下で実現された場合は、この正統化の水準は不足する。市民は、誰にどのような理由について――投票の授与あるいは剝奪によっても――責任を負わせることができるのかを知り得ていなければならない」と判示しており、注目に値する（BVerfGE119, 331 (366)）。

最近の例としては、兵器の輸出（Rüstungsexport）をめぐり、連邦政府の活動に対して連邦議会の質問権および情報提供請求権（Informationsrecht）がどこまで及ぶかが争われた事案の判決（BVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2014, BVerfGE137, 185）が挙げられる。同判決は、議会による政府のコントロール機能が、同時に民主政原理から帰結される政府の議会に対する責任の現れであると判示する。そして、ハンブルク市外国人選挙権判決、共同決定判決のほか、水利組合決定や精神病院判決を引用しつつ、民主的正統化の定式を確認したうえで、「議会に対する秘密保持（Geheimhaltung）は議会によるコントロールの可能性を制限し、したがって必要不可欠な民主的正統化の連関を侵害し、また遮断する可能性がある」と指摘する（BVerfGE 137, 185 (232f.).

(168) 第1章第1節1参照。

(169) 第2章第1節2（1）（ii）（ア）参照。

(170) Jestaedt, a. a. O. (Anm.108), S.651f. は、水利組合決定を包括的に批判する文脈において、本決定における自己決定への言及につき、以下のように指摘する。「民主政と自治行政の関連付け自体も、議論のレベルを過度に抽象的な次元にひきあげるものであって、納得のいくものではない。「自律」や「自由な自己決定という上位の目的」、さらには「自由な秩序において自ら決定する人間の理念（基本法一条一項）」は、民主政と自治行政によってのみ追求されるものではなく、憲法上の規定のほとんどすべてによって追求されるものである。これらは、国家は人間の為にあって、人間は国家のためにあるのではない、という「自由で憲法国家的な信仰告白（freiheitlich-verfassugsstaatliche credo）」以外の何物でもなく、これらを強調することによって「特別の民主的な連関（der spezifisch demokratische Bezug）」は失われてしまう」。Jestaedt の批判については、日野田・前掲注(62)三四四-三四五頁、齋藤・前掲注(62)三〇九頁も参照。

なお、筆者は前稿において、水利組合決定が依拠する Emde の見解に対しても同様の批判を行った。田代・前掲注(2)九七-九八頁。

(171) 第1章第3節3を参照。

(172) 民主政原理を「原理」ないし「最適化要請」と解する考え方に対する問題提起として、田代・前掲注(2)九六頁。

(173) Joachim Becker, Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, DÖV 2004, S.912 は、水利組合決定について、国家権力の行使という点では直接的国家行政も間接的国家行政も同じであり、そのことをもって要件を変えるべきではない、とする。

(174) Köller, a. a. O. (Anm.152), S.305. は、本決定を望ましい結論を導き出すために一部両立し得ない理論を組み合わせたものであると批判する。Jestaedt, a. a. O. (Anm.108), S.653. も同旨。

(175) Musil, a. a. O. (Anm.90), S.120; ders, Gemeinsame Selbstverwaltung als Kooperationsform, in: Arndt Schmehl/ Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd.2, 2006, S.61. Musil の見解については、原田・前掲注(62)二〇九頁、日野田・前掲注(62)三四五頁も参照。

(176) 日野田・前掲注(62)二〇九頁。

(177) Musil, a. a. O. (Anm.90), S.120.

(178) 原田・前掲注(62)二〇九頁。

(179) 第3章第4節参照。

(180) 第2章第1節2（1）(ii)（ア）を参照。

(181) 第2章第1節2（2）を参照。

(182) 第3章第2節2（2）参照。

(183) Trute, a. a. O. (Anm.57) , S.381. 門脇・前掲注(62)一八二頁、高橋・前掲注(62)一二三頁も、Trute に則って同様の指摘を行っている。「アウトプット正統化」という手法については、田代・前掲注(2)八二-八三頁の検討も参照。

(184) 第2章第1節2（1）(ii)（ア）参照。

(185) 本章第1節1（2）参照。

(186) Holzner, a. a. O. (Anm.161), S.103 は、映画助成判決が人的正統化の要請を緩和する根拠としてこの要素を採用したと評価する。

(187) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 108), S.652; Unruh, a. a. O. (Anm.108), S.1063.

(188) vgl. Jestaedt, a. a. O. (Anm.108), S.652.

(189) この点、利害関係の概念に着目して機能的自治行政と私人を構成員とする合議制機関（「共同行政（Kondominialverwaltung）」）を区別する見解として、Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 64ff.

(190) この場合、前節2でも述べた通り、如何なる事由であれば人的正統化の欠損が正当化され得るかが明らかにされなければならない。この点については今後の課題としたい。