

租税法律主義と立法権の範囲 ——旭川市国民健康保険条例違憲訴訟にそくして——

旭川大学助教授 黒川伸一

目次

1. はじめに
2. 旭川市国民健康保険条例違憲訴訟に対する最高裁判所大法廷判決の概要
 2. 1. 判決の概要
 2. 1. 1. 国民健康保険料と租税法律（条例）主義の関係
 2. 1. 2. 市長告示への賦課総額および保険料率決定の委任と租税法律主義
 2. 2. 検討
 2. 2. 1. 租税法律主義と権限配分
 2. 2. 2. 権限配分のメルクマールとしての「租税」概念
3. ドイツ国法学説における権限配分論
 3. 1. 権力分立理論の現代的変容
 3. 2. 基本法と権力分立——「機能適合的な機関構造」の原則
 3. 3. 具体的な権限配分の仕方
 3. 4. 機能適合的な機関構造の原則の問題点
 3. 5. 小括
4. 連邦憲法裁判所の判例における立法府と行政府の間の権限配分
 4. 1. 判例における機能適合的な機関構造の原則と権限配分——いわゆるロケット配備判決を中心に
 4. 2. 機関構造・手続と権限配分——迷惑電話逆探知決定・第8次放送判決
 4. 3. 小括
5. おわりに
 5. 1. 権力分立と租税法律主義——正しい決定
 5. 2. 立法機関の構造および手続と国民健康保険料

1. はじめに

平成18年3月1日、いわゆる旭川市国民健康保険条例違憲訴訟に対して最高裁判所大法廷の判決が下された(最高裁大法廷平成18年3月1日判決, 民集60巻2号587頁以下)。この判決は憲法84条の定める租税法律主義の射程範囲に関して、最高裁判所がその基本的立場を明確にした点に、憲法上および税法上重要な意義が認められる。

後述するように、本件において最高裁判所は、憲法84条の定める租税法律主義の趣旨が市町村の行う国民健康保険の保険料にも及ぶことを認め、保険料の徴収には原則として法律およびその範囲内で制定された条例による規定が必要であるとしながら、他方で租税と保険料の性格の相違を指摘して、条例が市長告示に保険料の賦課総額と保険料率の決定を委任することも許されると判示した。

一般に憲法84条によって要請される租税法律主義とは、「租税を賦課・徴収する場合には国会の議決する法律によらなければならない」という原則を指すとされる^{*1*}。この原則は、権限配分の観点から言い換えるならば、課税要件や租税の賦課・徴収手続を規律する権限が立法府である国会に配分されていることを意味する。もちろん、課税要件や租税の賦課・徴収手続をあらゆる詳細事項に至るまで国会が法律で規定することは事実上不可能なので、行政機関によって設けられる下位の法規に一定の範囲で委任することも許されるであろう。したがって、別の側面から見れば、先の権限配分上の要請は、課税要件や租税の賦課・徴収手続を規律する権限は、国会の法律による委任がなければ、行政機関には帰属しないことを意味している。

もともと憲法41条によって国会の権限とされる立法作用は、伝統的な法規概念を通じて、国民の同意なき財産権への侵害を排除し得る可能性を含んでいる。それにもかかわらず、憲法84条がわざわざ租税法律主義を明文化したのは、国家を運営する資金として国民から強制徴収しなければならない租税という経済的負担については、その要件や手続を国民の代表者である国会が法律で厳格に定めることで民主的コントロールを及ぼし、もって国民の財産権に対する不当な侵害を確実に排除しようとしたからである^{*3}。もし課税要件や租税の賦課・徴収手続の決定権限が白紙委任的に行政機関に委任さ

*1 小林孝輔・芹沢斉編『基本法コメンタール [第4版] 憲法』(日本評論社, 2002年) 345頁(牧野忠則)。

*2 憲法84条の規定する租税法律主義の要請はあくまでも国家レベルのものであり、そもそも国税のみを対象としている。地方税でも租税法律主義が要請されるのか、あるいは地方税条例主義といったものが妥当するののかという問題は、地方公共団体の課税権の理解とからめて別個検討されねばならない。ちなみに、憲法84条の租税法律主義という「法律」は条例を含まないという見解が通説であるとされるが、この場合でも同条の趣旨は地方税に対しても及ぶべきであると解されている。参照、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 4 憲法IV [第76条~第103条]』(青林書院, 2004年) 183頁以下、小林・芹沢編, 前掲注1, 350頁以下(牧野忠則)、工藤達朗「国民健康保険料と租税法律主義——旭川市国民健康保険条例違憲訴訟」『平成10年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1157号(有斐閣, 1999年) 23頁、行政判例研究会「国民健康保険条例の保険料賦課総額規定が憲法92条, 84条, 国民健康保険法81条に違反するとされた事例」自治研究第75巻第8号(1999年) 131頁(人見剛)。

*3 参照、小林・芹沢編, 前掲注1, 345頁(牧野忠則)。

れたり、そもそも法律の委任に基づくことなく行政機関が自由に決定するならば、租税に対する民主的コントロールが及ばなくなり、国民の財産権も危うくなるであろう。しかし、他方で、立法府である国会はどこまで課税要件や賦課・徴収手続を自ら規律しなければならず、どこから行政機関に委任できるのか、租税に関して行政に固有の権限として認めることのできるものはないのか、あるとすればそれは何かといった点は、必ずしも憲法上明確に規定されているわけではなく、解釈に委ねられている。さらに、これらの問題点は、国や地方公共団体に対する租税とは異なる国民の金銭給付についても同じように問われ得る。先の大法廷判決は、これらの問題点に対して、形式的には租税ではない国民健康保険料に即しながら最高裁判所の見解を明らかにするものである。本稿はこの大法廷判決に依拠しつつ、上記の諸問題に若干の検討を加えることを目的とする。

以下、第2章では、最高裁判所大法廷判決について、その内容や学説の評価を簡潔に紹介した上で、問題の所在を明確にする。第3章では、第2章で明らかにされる権限問題に関わる最近のドイツの国法学説を概観し、第4章では、本稿の問題を解明する際に有用であると思われるドイツの連邦憲法裁判所の判例を紹介する。第5章では、以上の検討を総括して、本件最高裁判例を批判的に検討する。

2. 旭川市国民健康保険条例違憲訴訟に対する最高裁判所大法廷判決の概要

周知のように、国民健康保険とは、「被保険者の疾病、負傷、出産又は死亡に関して必要な保険給付を行う」（国民健康保険法2条）社会保険の一つである。その保険者は市町村、特別区、国民健康保険組合であり（同3条）、被保険者は、同6条で適用除外になる者を除く市町村および特別区の住民である（同5条）。国民健康保険は強制加入であって、その運営に必要な費用は公的資金と被保険者の負担によってまかなわれる（同69条以下）。このうち被保険者が負担する部分については、これを地方税として徴収する方式と保険料として徴収する方式が認められており（同76条）、保険料として徴収する場合に関しては、同78条で地方税法の規定（地方税法9条、13条の2、20条、20条の2、20条の4）が準用される。そもそも国民健康保険では保険料方式がとられていたが、昭和26年に保険料徴収の便宜をはかるために税方式が並立的に採用されたといわれる^{*4}。

旭川市では保険料方式が取られている^{*5}。ところが、同市の国民健康保険条例（昭和34年旭川市条

*4 この点について、参照、山田洋、判例評論第483号（判例時報社、1999年）174頁。

*5 ちなみに、いわゆる秋田市国民健康保険税条例事件では、税方式で国民健康保険の費用が徴収される場合の租税法律主義のあり方について、裁判所の判断が示された。当時の秋田市国民健康保険税条例では、保険税を賦課する際の所得割と資産割の保険料率ならびに保険者均等割と世帯割の定額が明示されていなかったが、この事案ではかような点が憲法84条に抵触するか否かが問われた。この点につき、仙台高等裁判所は、主として後述する課税要件明確主義の見地から、「重要な課税要件たる課税総額の確定をこのように広汎な裁量の余地のあるままに控訴人（秋田市長、筆者注）に委ねた条例2条の課税総額規定はやはり課税要件条例主義に反するといわざるをえない」と判示した（仙台高等裁判所秋田支部昭和57年7月23日判決、判例時報1052号3頁以下、21頁）。

例第5号)は、本件当時、国民健康保険法8条の2に該当しない被保険者が支払うべき保険料に関わる賦課総額(被保険者全体に賦課される保険料の総額)と保険料率(個々の被保険者の保険料を算定する際に用いられる料率)を明示せずに、その決定を市長の告示に委任していた。このような条例に基づく国民健康保険料の賦課処分等の合憲性が争われたのが、いわゆる旭川市国民健康保険条例違憲訴訟である。本件における主要な憲法上の争点は、国民健康保険料の賦課総額と保険料率の決定を市長告示に委任する本件当時の(以下、特に断わりのない場合、旭川市国民健康保険条例は本件当時のものを指す)旭川市国民健康保険条例8条^{*6}、12条3項^{*7}が、課税要件並びに租税の賦課・徴収手続に法律(条例)による明確な規定を要求している憲法84条および国民健康保険法81条^{*8}に違反するか否かである^{*9}。以下、最高裁判所大法廷判決の概要を本稿に必要な限りで簡単に紹介し、これに批評を加えることにする。

2.1. 判決の概要

2.1.1. 国民健康保険料と租税法律(条例)主義の関係

①まず判決によれば、税方式にあらざる国民健康保険料には、「憲法84条の規定が直接に適用されることはない」という^{*10}。

判決は、憲法84条にいう「租税」を「国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてでなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付」と定義し、これは「その形式のいかんにかかわらず、憲法84条に規定する租税に当たるといふべきである」^{*11}とする。したがって、形式的に「税」という名称を用いていない場合であっても、国や地方公共団体に対する国民の金銭給付の性質がこの概念定義に該当するならば、憲法84条の「租税」とみなされ、租税法律主義が規範的に要請さ

*6 旭川市国民健康保険条例8条「保険料のうち国民健康保険法第8条の2に規定する被保険者以外の被保険者に係る保険料の賦課額の総額は、第1号に掲げる額の見込額から第2号に掲げる額の見込額を控除した額を基準として算定した額とする。」本文の括弧書および各号については省略する。なお、本件当時の旭川市国民健康保険条例の文言については、民集60巻2号589頁以下より引用した(以下同じ)。本件一審判決(旭川地方裁判所平成10年4月21日判決、判例時報1641号29頁以下、41頁)の指摘によれば、本条には算定方式や算定基準、算定の主体や手続などが明示されてなく、結局、「本件条例は、賦課権者に賦課総額を、その自由な裁量により内部的に決定することを委任した趣旨と解する他はない」という。

*7 旭川市国民健康保険条例12条3項「市長は、第1項に規定する保険料率を決定したときは、速やかに告示しなければならない。」

*8 国民健康保険法81条「この章に規定するもののほか、賦課額、料率、賦課期日、納期、減額賦課その他保険料の賦課及び徴収等に関する事項は、政令で定める基準に従つて条例又は規約で定める。」

*9 本稿では、本件に関する本案前の争点および保険料の減免に関する争点については取り上げない。ちなみに、本件に対する下級審の判断は、一審判決では旭川市国民健康保険条例の違憲性が認められ、逆に二審判決(札幌高等裁判所平成11年12月21日判決、判例時報1723号37頁以下)では、合憲と判断された。

*10 民集60巻2号597頁。

*11 前掲。

れることになる。この概念定義では特別の給付と反対給付の間の対価性の有無が憲法 84 条にいう「租税」か否かを分ける重要なメルクマールとして強調されており、判決はこれに基づいて、国民健康保険料は保険給付に対する反対給付として徴収されるものであるから対価性が認められ、憲法 84 条の「租税」には該当しないと結論づけている^{*12}。

②もっとも、「憲法 84 条に規定する租税ではないという理由だけから、そのすべてが当然に同条に現れた上記のような法原則（租税法律主義、筆者注）のらち外にあると判断することは相当ではない」とも指摘する^{*13}。

判決によれば、憲法 84 条の定める租税法律主義は、「課税要件及び租税の賦課徴収の手続が法律で明確に定められるべきことを規定する」^{*14}。そもそも国民の権利や義務に関する事項は法律で定められるべきであるが、同条はかかる法原則を「租税について厳格化した形で明文化したもの」である^{*15}。このような観点からすれば、租税法律主義の及ぶ範囲は必ずしも「租税」に限定される必要はなく、国家が国民に課す金銭給付のうち、憲法 84 条の「租税」に該当しないものであっても、「租税に類似する性質を有するものについては、憲法 84 条の趣旨が及ぶと解すべきである」という^{*16}。もちろん、類似する性質といっても多様な類似の仕方があり得るので、それに対する憲法 84 条の趣旨の及ぼし方は一様には決まらず、結局は「当該公課の性質、賦課徴収の目的、その強制の度合い等を総合考慮して判断すべき」とされる^{*17}。このような考察に基づくと、市町村の実施する国民健康保険は強制加入であり、保険料が強制徴収される点で、「賦課徴収の強制の度合いにおいては租税に類似する性質を有」しており、憲法 84 条の趣旨が及ぶが、他方で、「保険料の用途は、国民健康保険事業に要する費用に限定されているのであって、（国民健康保険、筆者注）法 81 条の委任に基づき条例において賦課要件がどの程度明確に定められるべきかは、賦課徴収の強制の度合いのほか、社会保険としての国民健康保険の目的、特質等をも総合考慮して判断する必要がある」とも指摘されている^{*18}。

*12 前掲。この点について、本件に対する下級審の判断はわかれている。一審では、国民健康保険が強制加入であり、保険料が強制徴収され、国民健康保険事業特別会計の収入に占める公的資金の割合が多く、対価性が希薄であることなどから、保険料を租税と同一視して、租税法律（条例）主義の適用を肯定する。他方、二審判決は、一審指摘の事実によっても対価性が失われるわけではなく、国民健康保険料に対する租税法律（条例）主義の適用を否定し、その趣旨を及ぼすにとどめる。判例時報 1641 号 40 頁、同 1723 号 46 頁。

*13 民集 60 卷 2 号 598 頁。

*14 前掲 597 頁。

*15 前掲。

*16 前掲 598 頁。

*17 前掲。

*18 前掲。前注 12 で示唆したように、このような趣旨適用の指摘はすでに二審判決にも見出される。判例時報 1723 号 46 頁。

2.1.2. 市長告示への賦課総額および保険料率決定の委任と租税法律主義

では、旭川市国民健康保険条例は憲法上どのように評価されるべきであろうか。すでに指摘したように、旭川市国民健康保険条例8条は賦課総額を、同12条3条は保険料率を、条例自らが決定せずに、市長の告示に委任している。本件上告人はこのような委任が憲法84条の租税法律主義および国民健康保険法81条の規定に抵触する旨主張するが、判決は、「本件条例は、保険料率算定の基礎となる賦課総額の算定基準を明確に規定した上で、その算定に必要な上記の費用及び収入の各見込額並びに予定収納率の推計に関する専門的及び技術的な細目にかかわる事項を、被上告人市長の合理的な選択にゆだねたものであり、また、上記見込額等の推計については、国民健康保険事業特別会計の予算及び決算の審議を通じて議会による民主的統制が及ぶものといえる」と指摘して、この主張を却ける^{*19}。本件では賦課総額の算定基準は条例自身が十分明確に示していること、旭川市長に委任されたのは専門的・技術的細目であること、また、これに対して議会の民主的統制が及ぶこと、以上の三つの点を総合考慮して、本件委任に関わる事項を地方議会が自ら条例で決定せずに市長の告示に委任しても、国民健康保険料に及ぼされる租税法律主義の趣旨には抵触しないと結論づけるわけである。

2.2. 検討

2.2.1. 租税法律主義と権限配分

憲法84条は「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と規定し、租税法律主義を採用する。本判決も指摘しているように、通常、租税法律主義は、「納税義務者、課税物件、課税標準、税率などの課税要件、および租税の賦課・徴収の手續が法律で定められなければならない」という課税要件法定主義と、「課税要件および賦課・徴収を定める手續は、だれでもその内容を理解できるように、明確に定められなければならない」という課税要件明確主義を要請すると理解されている^{*20}。

課税要件法定主義を権限配分規定として見れば、それは租税法律主義の適用される金銭給付について、その要件や賦課・徴収手續の規律権限は立法府に配分され、この点に関する行政府独自

*19 民集60巻2号599頁。この点について一審判決は異なった判断を示している。それによると、「委任に基づき賦課権者が賦課総額を確定するに当たってのよるべき基準及びその確定手續を定めた規則等の下位法規も一切存在しないから、本件条例は、賦課権者に賦課総額を、その自由な裁量により内部的に決定することを委任した趣旨と解する他はない」という。したがって、「右確定に当たって賦課権者には広範な裁量の余地があり賦課権者は自己が制度目的などに照らして合理的と思うところの種々の政策的判断を重ねた上で賦課総額を決定できるとみることができ」という。実際、一審判決の認定によれば、この賦課総額は、「被告市によるさまざまな政策的判断が積み重ねられていることが明らか」とあるという。判例時報1641号41頁、51頁。他方、二審判決は、本件委任は具体的かつ明確な基準を設けているので、課税要件法定主義や課税要件明確主義に抵触しないという。判例時報1723号48頁。

*20 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ第4版』（有斐閣、2006年）323頁以下。

の規律権限は否定されることを意味する。租税法律主義は、単に租税について法律で規定すれば十分なのではなく、その要件や賦課・徴収手続に至るまで立法府自身が規定することで、租税に対する民主的コントロールを徹底しているのである。もちろん、このような事項について行政府へ委任することも許されるが、これはあくまでも課税要件法定主義の例外であるから、委任は厳格になされねばならず、白紙委任は許されないと考えられる^{*21}。もとより、そのような法律の委任がない場合には、行政機関は課税要件や賦課・徴収手続について独自の判断で規律することは許されない。

他方、課税要件明確主義は、立法府による権限行使のあり方にかかわる。すなわち、立法府が課税要件や賦課・徴収手続を法定する際には、不明確な表現を用いて規律してはならないことが憲法上要請されているのである。不明確な表現によって規律することは、結果として、課税要件等を規定する権限を行政府に委譲することと実質的に等しく、租税法律主義の意義を没却することになりかねないからである。このことは、課税要件等が法律自身に規定される場合だけでなく、命令等に委任される場合にもあてはまる^{*22}。

すでに見たように、判決は、憲法84条の租税法律主義によって、国民に義務を課す場合には法律の根拠が必要との原則が厳格化されたと理解する。しかし、課税要件法定主義と課税要件明確主義を通じて、憲法41条によって要請される権限配分のあり方がどのように厳格化されたのか、判決は必ずしも明らかにしていない。確かに、判決は「租税」に該当しない金銭給付についても租税法律主義の趣旨が及ぶという意味において、その適用範囲を拡大するものとして厳格化を捉えている。しかし、そもそも伝統的な法規概念に基づく権限配分論によれば、租税に該当すると否とに拘わらず、国民の自由と財産を侵害する規範には法律の形式が要求されるので、単に適用範囲を拡大して趣旨適用するというだけでは必ずしも厳格化ということにはならないように思われる^{*23}。

2.2.2. 権限配分のメルクマールとしての「租税」概念

判決によれば、憲法84条の「租税」に該当しない金銭給付に対しても、租税との距離に応じて租税法律主義の趣旨が及ぶものとされ、当該金銭給付にかかわる立法府の権限はその趣旨の及び方に応じて個別的に決定されることになる。ただし、判決は、趣旨適用の内容については、「賦課要件

*21 参照、野中・中村・高橋・高見、前掲注20、323頁以下、樋口・佐藤・中村・浦部、前掲注2、178頁以下。

*22 この点について、保険料率に課税要件法定主義の適用を認める本件一審判決も次のように述べている。「保険料においても、その賦課要件すべてが条例自体において規定されることが望ましいが、条例が料率等の定を規則等の下位法規に明確に委任し、現に下位法規で明確にされている場合、あるいは、条例の趣旨などに照らした合理的な解釈によって、その内容が明確となっている場合であれば、料率自体を条例に明記しなくとも、租税法律(条例)主義の趣旨に反するものではないというべきである。」判例時報1641号40頁。

*23 このことは、仮に憲法84条の規定が存在しなくても、同41条によって、国民健康保険料を強制的に徴収する際には国民健康保険法の規定が必要とされることから明らかであろう。

が法律又は条例にどの程度明確に定められるべきかなどその規律の在り方^{*24}を問題としており、このような距離によって影響を受けるのは主に課税要件明確主義であって、かかる金銭給付について課税要件法定主義が及ぶことは肯定されている。つまり、「租税」に該当しない金銭給付に対する立法者の規律権限は、「租税」との距離が近ければより明確な表現によって行使しなければならないが、それから離れるにつれて明確性の要請が低くなるが、いずれにせよ要件や賦課・徴収手続は原則として立法者が規律しなければならない^{*25}。

このような権限配分図式では、何よりもまず「租税」概念をいかに定義するかが重要である。この概念が租税法律主義の適用と、その相対化された趣旨適用とを分けるメルクマールとなるからである。実際、本件でも憲法84条の「租税」概念の定義と、その国民健康保険料への適用可能性が一つの重要な論点として争われている。もっとも、憲法84条の租税概念については、憲法学説や租税法学説の中にも争いがあり^{*26}、国民健康保険料がそれに包摂されるか否かについても見解が異なり得るところであって^{*27}、理論上明確になっているわけではない。そこで、判決の概念定義自体の適否や、その国民健康保険料への当てはめの妥当性が問題となり得る。

次に趣旨適用の客観性の問題を指摘することができるであろう。すなわち、判決の示唆するような租税とそれ以外の金銭給付との隔たりを客観的に測定できるのか、仮に測定できたとして、測定された距離に、ある特定の権限配分や権限行使のあり方を客観的に結合することは可能なのかといった疑問が生じる。

以上のような判例の立場に対して、国民健康保険料のように、一定の対価性の認められるものについては、憲法84条の租税法律主義の趣旨適用ではなくて、同83条の財政民主主義に基づく「国会の議決」のほうがふさわしいという立場が、学説において有力に主張されている^{*28}。通常、憲法83条の「国会の議決」とは、法律を制定して一般的・抽象的な基準を定める場合から、個々の行為に対して個別・具体的に基準を設定する場合に至るまで、「各種の財政作用の性質に応じた

*24 民集60巻2号598頁。

*25 このような租税法律主義の趣旨適用については、二審判決に対する批評であるが、参照、東北大学公法判例研究会「公法判例研究」法学65巻3号(東北大学, 2001年)604頁以下(新村とわ)。

*26 参照、山田、前掲注4,175頁、福田素生「社会保障法判例－国民健康保険条例の保険料の賦課総額や料率を定めた規定が憲法92条、84条、国民健康保険法81条に違反するとされ、それに基づく国民健康保険料の賦課処分が取り消された事例－」季刊社会保障研究第34巻第4号(1999年)425頁、西山由美「国民健康保険料と租税法律主義－旭川市国民健康保険条例事件」ジュリスト1163号(有斐閣, 1999年)163頁以下、東北大学公法判例研究会、前掲注25, 603頁以下(新村とわ)、碓井光明「財政法学の視点よりみた国民健康保険料－旭川市国民健康保険料事件判決を素材として」月刊法学教室第309号(有斐閣, 2006年)24頁。

*27 福田、前掲注26, 425頁以下(肯定)、碓井、前掲注26, 24頁以下。ちなみに、国民健康保険料の法的性質については、「学説上、確定した見解が定まっていない」という。東北大学公法判例研究会、前掲注25, 601頁(新村とわ)。

*28 東北大学公法判例研究会、前掲注25, 605頁(新村とわ)。その他、参照、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法』(岩波書店, 2002年)331頁。

国会の意思表示」を含むとされる^{*29}。したがって、国民健康保険の保険料を憲法 83 条に基づいて把握する場合には、その性質の理解いかんによっては、必ずしも形式的な法律による一般的・抽象的な要件等の規律を必要としないことになる。この立場を徹底すれば、仮に被保険者の負担が国民健康保険税の形式で徴収されていたとしても、租税法律主義の適用が否定されることになり得る。実際、「国民健康保険税のように『租税』としての性質を薄めているものに対しては、厳格な『租税法律主義』の適用はなされるべきではないであろう」という指摘も存在する^{*30}。しかし、この立場に立っても、「薄めている」とはどのようなことを意味し、何にもとづいて判定されるのか、国民健康保険料・税については国会の議決によって何をどこまで規定すべきかといった点が明確に提示されなければ、権限配分基準としては趣旨適用説と大差ないであろう。

国民健康保険料を憲法 83 条に基づいて把握する見解に従えば、それが租税に該当するか否かは権限配分や行使のあり方を決定するメルクマールにはなり得ない。むしろ、国民健康保険料の性質をいかに理解するのが重要となり、概念定義の問題から解放される利点がある^{*31}。しかし、判例のように租税概念を用いるのであれ、この見解のように国民健康保険料の性質の理解に基づくのであれ、いずれにせよ作用対象の把握が権限配分のあり方を規定することに変わりはない。そこには、作用が配分される側の構造に対する視点が欠けている。いったいこのような権限配分のあり方は妥当なのであろうか。

このような問題が生じるのは、そもそも国家諸機関の権限配分にかかわる一般理論の混乱にも一因があるように思われる。すなわち、法規概念、行政概念あるいは司法概念に基づく伝統的な権限配分論が現代国家の要請に適切に対応しきれていないことは多くの局面で顕在化しているが、それを克服すべき新たな権限配分論が欠如しているのである。本稿で問題とする旭川市国民健康保険条例違憲訴訟では基本的には地方公共団体レベルの権限配分のあり方が問われているが、争点に対する学説の見解が一致しない一因を権限配分にかかわる一般理論の欠如に求めるのであれば、国家レベルの権限配分理論を検討し、参照することも正当化されるであろう。そこで、次章ではこの問題に対する示唆を得るために、権限配分に関するドイツの国法学説を検討することにする。

3. ドイツ国法学説における権限配分論

(1) 立法府と行政府の権限配分について、わが国の伝統的な憲法学説は、行政控除説と法規概念の組み合わせによって規定していたように思われる。すなわち、憲法 41 条に基づき、法規の定立は立法府である国会の権限であるが、それ以外の事項は控除説的に理解される包括的な行政概念に包摂され、憲

*29 小林・芹沢編、前掲注 1, 344 頁 (牧野忠則)。

*30 東北大学公法判例研究会、前掲注 25, 605 頁 (新村とわ)。

*31 この点につき、参照、東北大学公法判例研究会、前掲注 25, 605 頁 (新村とわ)。

法 65 条に基づいて行政府である内閣の権限とされるのである。もっとも、立法府と行政府の権限領域は厳密に分離されるわけではなく、また、厳密に分離することも不可能であるから、必然的に両者の間には交差可能性が認められることになる。したがって、法規について行政府が決定することも、あるいは法規にあらざる行政事項について、立法府が法律の形式で決定することも認められた。そこで、立法府と行政府の権限配分については、一方で法規概念の定義と行政控除説の妥当性、他方では交差領域の理論的整序が問われることになる^{*32}。

もちろん、このような権限配分のあり方においても、憲法に特別の権限配分規定がある場合には、それにしたがう。例えば、憲法 66 条 1 項は内閣の組織を法律事項とするが、これは法規概念に該当しないとしても国会の規律権限に属する。本稿で問われる国民健康保険料の委任に関する問題は、まさにこのような憲法の特別規定に基づく個別的な権限配分の射程問題である。

権限配分にかかわる問題を解決するために、ドイツの学説や判例の状況を検討するのは有意義であるように思われる。なぜなら、わが国の公法学がこれまでドイツの国法学から多くのものを学んできただけでなく、さらに権限問題に取り組む判例や学説が少なからず見受けられるからである。もちろん、法制度の違いから、ドイツ法の取り組みをわが国の権限問題を解決する際に直接採用することはできないが、一定程度参照することは許されるように思われる。

(2) 国家諸機能の権限配分問題を解決する際に、ドイツの判例理論では、いわゆる核心領域理論が展開されてきたことは周知のところである。この理論によれば、立法、行政、司法の各作用の核心部分は、その作用のために構成された特別の機関である立法府、執行府、裁判所によって行使されるべきであるが、核心部分にあらざる周辺作用は別の機関によって行使されることも可能である。例えば、いわゆるブレーメン職員代表法事件において議会と執行府の間の権限問題が争われた際に、連邦憲法裁判所は、「議会のために執行府の核心領域への侵害がなされた場合に初めて、権力分立原理は侵害される」と指摘して、核心領域理論によって権限問題を解決することを明らかにしている^{*33}。また、いわゆるフリック調査委員会判決においても、「直接的な行動イニシアチブおよび法律適用」に対しては議会の介入可能性が欠如しているとして、これらが執行府の核心領域に属することを認め、核心領域理論にしたがって問題を解決している^{*34}。

このような伝統的な権限配分論に対して、最近では Otto Küster によって主張され、Gerhard Zimmer によって広範に展開された「機能適合的な機関構造 (funktionsgerechte Organstruktur)」という考え方

*32 この点について、筆者はすでに「措置法」にそくして検討を加えたことがある。参照、拙稿「行政に対する立法府の権限—いわゆる措置法論をてがかりにして—」旭川大学紀要第 60 号 (2005 年) 15 頁以下。

*33 連邦憲法裁判所第 2 部 1959 年 4 月 27 日判決。BVerfGE 9, 268 [280]. なお、本件については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社, 1996 年) 330 頁以下(倉田原志)に詳しい紹介がある。

*34 連邦憲法裁判所第 2 部 1984 年 7 月 17 日判決。BVerfGE 67, 100 [130]. なお、本件については、ドイツ憲法判例研究会編、前掲注 33, 377 頁以下(岩間昭道)に詳しい紹介がある。

が一定の支持を集め、この立場に依拠すると思われる連邦憲法裁判所の判例も見いだされている。この理論は、従来の権限配分論とは異なり、作用概念や作用の性質ではなくて、権限配分の名宛人である国家機関の構造に着目する点に独自性があり、これによって従来の権限配分論にまつわる多くの問題点が回避され得る利点が認められる。そこで、以下、このような機能適合的な機関構造の原則の内容と、それが従来の権限配分論の問題点をどのように克服しようとしているのかを概観することにする。

3.1. 権力分立理論の現代的変容

基本法下のドイツにおいて、立法府と執行府の権限配分にかかわる基礎理論を提供しているのが、基本法20条2項^{*35}を通じて妥当していると考えられている権力分立論である。しかし、一口に権力分立論といっても、その内容は多義的であり、基本法におけるその意味を確定することは容易ではない^{*36}。しばしば指摘されるように、モンテスキューの権力分立論は、当時の国王、貴族、ブルジョワジーといった現実的な諸勢力に国家機能を配分することを目指しており^{*37}、「歴史的—精神的状況の一回性によって条件づけられている」理論である^{*38}という点を考慮するならば、なおさらである。モンテスキューの理論的前提であった混合政体を構成する国王や貴族といった政治ファクターは現在では国政の場から姿を消し、国王と市民の間にあった政治的二元主義はすでに止揚している。したがって、基本法下で妥当する権力分立論は、モンテスキューによって構想された理論と同じものではあり得ない。しかし、Fritz Ossenbühlが指摘しているように、権力分立論のうちに、そのイデーを表すものと、それぞれの憲法で実現される具体的な権力分離のあり方を区別することは可能であろう。つまり、権力の分離を通じて「人間の尊厳の保持と自由の確保」をめざす権力分立論の普遍的イデーと、その可変部分である憲法における具体的な分離の様式 (Modalität) を区別して議論することである^{*39}。そうであれば、市民の政治的自由を守るという権力分立論の普遍的イデーは基本法の下でも引き続き妥当するが、そのイデーを実現するための権限配分の様式はそれぞれの時代の政治状況の下で変わり得るものであるから、デモクラシー憲法である基本法独自の権限配分のあり方を追求することが可能である^{*40}。

Thomas von Danwitz や Hans-Detlef Horn らの指摘をまつまでもなく、モンテスキューの時代に

*35 基本法20条2項「すべての国家権力は、国民から発する。国家権力は、国民により、選挙および投票において、並びに立法、執行権および司法の特別の機関によって行使される。」なお、基本法の翻訳については、宮沢俊義編『世界憲法集第4版』（岩波文庫、1989年）、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集第3版』（三省堂、1994年）を参照した。

*36 ドイツにおける最近の権力分立論の動向については、大森貴弘「ニクラス・ルーマンの権力分立論」早稲田法学会誌第56巻（2006年）61頁以下、および同論文で紹介されている諸論文を参照。

*37 Thomas von Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, in: Der Staat, 35.Bd., 1996, S.331f.

*38 Hans-Detlef Horn, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung, in: AöR 127.Bd., 2002, S.431.

*39 Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, in: DÖV 1980, S.546.

存在した国家の権力状況は根本的に変化し、現在の基本法下のドイツにはない。この点について簡潔に総括している Ossenbühl の指摘に従えば、その変化は次の点に見いだされる。第一に、すでに指摘したように、憲法は混合政体からデモクラシーへと変化し、政府（君主）と議会（市民）の二元主義的対立が消滅したことである。第二に、社会構造が変化して、かつての君主、貴族、ブルジョワジーといった社会階級に代わって、今や一体化した国民が登場し、他方では、労働組合や経済団体のような新たな集団が社会の中で重きをなしている状況がある。ここでは、「制度化された国家性の領域における機能区分の整序と国家外の領域における権力状況の整序」が新たに問われねばならなくなる^{*41}。第三に、モンテスキューの理論では *en quelque façon nulle* と位置づけられた裁判権力の地位向上が指摘され得る^{*42}。このことは、ドイツでは、とりわけ連邦憲法裁判所の制度に看取することができるであろう。

では、以上のような権力状況を背景として、基本法下ではどのような権力分立論が展開され、基本法の権限配分論はどのように構築されるべきであろうか。

3.2. 基本法と権力分立——「機能適合的な機関構造」の原則

権力分立論の変動部分に関わる問題は、基本法 20 条 2 項の解釈に対する方向づけの問題といえるであろう。この点について、従来は、核心領域理論に基づいて、第一に、立法、行政、司法の概念から判明する各作用の核心部分をそれぞれ立法府、執行府、裁判所に排他的に配分し、第二に、それぞれの作用の周辺領域では、作用と機関の交差の可能性を認めるように方向づけられていた。しかし、このような伝統的な理論に対して、近時、機能適合的な機関構造の原則が学説で提起され、一部の連邦憲法裁判所の判例にも採用されるにいたっている。本節では、この考え方の背景や内容を簡単に概観する。

(1) Hans-Detlef Horn の指摘によれば、伝統的な権力分立の理解は、古典的な国家機能である立法、行政、司法を区分し（機能的権力分立）、これらを独占的に、交差することなく、立法機関、行政機関、司法機関に配分し（組織的権力分立）、これらの機関の間の兼職を禁止する（人的権力分立）^{*43}。元来、国家諸機能を国王、貴族、ブルジョワジーに配分することに重点があるモンテスキューの権力分立論は「そのような完全無欠な分離システム」を意図していたわけではないし、また、その

*40 なお、Christoph Möllers の指摘するように、基本法下の権力分立とは、基本法の個別規範の足し算的理解（*summatives Verständnis*）によって求められるそれではない。Möllers によれば、権力分立では、単なる条文の足し算にとどまらない憲法理論的な基礎が展開されねばならないのである。Christoph Möllers, *Gewaltenteilung*, 2005, S.2ff. この点について、参照、大森、前掲注 36, 64 頁以下。

*41 Ossenbühl, a.a.O.(Anm.39) S.547.

*42 Ossenbühl, a.a.O.(Anm.39) S.547f.

*43 Horn, a.a.O.(Anm.38) S.437. Horn によれば、このような理解には消極的な効果と積極的な効果がある。消極的な効果としては、ある機関は、他の機関に配分された機能を実施することが禁止される。積極的な効果としては、これによって国家諸権力の相互コントロールと抑制が達成されることであるという。

ようなシステムが現実に見出されることもないが^{*44}、このような権力分立の通俗的理解は、あるいは核心領域の理論によって、あるいは国家の諸権力のうちにそれぞれ固有の *Staatswürden* を見いだすカントの理性法理論を通じて、あるいは形式的—法学的的方法による内容の空疎化を経て^{*45}、様々に形を変えながらも、今日まで生きながらえており、「全ヨーロッパ大陸の20世紀の国法を貫徹している」^{*46}。Horn は、このような伝統的な理解が権力分立論を単なる権限配分の「生気の無い原理」にまで引き落とすことや、各作用の核心領域を画定することの不可能性を論難する^{*47}。

(2)このような伝統的理解に対抗して新たに登場したのが、Otto Küster^{*48}や Gerhard Zimmer^{*49}らによって指摘されてきた「機能適合的な機関構造」の原則という考え方である^{*50}。この原則は、Ossenbühl の説明に従えば、「憲法に適合した権力分立システムが要求するのは、国家機能は、国家職務と決定とが、その内部構造、人員配置、作業態様、遵守されるべき決定プロセス等々からみて、当該職務のために正当化され、効率的に決定する用意がなされている機関によって処理され、なされるように配分されねばならない」ことを要請し^{*51}、これによってできるだけ正しい決定を目指すことにある。この理論においては、それぞれの機能の限界づけに関する問題は、決定の正当性 *Legitimation*、決定責任 *Verantwortung*、決定の効率 *Effizienz*、決定手続 *Verfahren* といったトポイによって解消される^{*52}。Horn が明確に指摘しているように、この理論では権限配分のあり方が従来のそれとは逆転していることに注意が必要である。すなわち、従来は法概念としての機能の本質を確定することで、当該機能はそれに対応する機関へと配分されるが、機能適合的な機関構造の原則によれば、機関の側が自らの構造に照らして、それに適合する機能を求めるのである^{*53}。

Horn によれば、伝統的な権力分立理解がカント以来のア・プリオリな法機能の理性的把握に根ざしているのに対して、この新たな理解は具体的—歴史的な目標観念及び価値観念に定位して目的合理的に構成されている^{*54}。その意味では、当時の政治諸勢力への実践的な権限配分を意図していたモンテスキューの理論への接近を示すといえよう。このようにして、この機能適合的な機関構造の

*44 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.438f. そのような具体例として、議院内閣制における立法権と執行権の多様な共同作業が挙げられるという。

*45 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.441ff.

*46 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.437.

*47 Horn, a.a.O. (Anm.38)S.444ff.

*48 Vgl.Otto Küster, *Das Gewaltproblem im modernen Staat*, in:AöR 75. Bd., 1949. S.397ff.

*49 Vgl.Gerhard Zimmer, *Funktion - Kompetenz - Legitimation*, 1979.

*50 この点について、参照、von Münch / Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz - Kommentar*, 5. Aufl., 2000, S.19.

*51 Ossenbühl, a.a.O.(Anm.39)S.549. 後に詳述するように、このような考え方は連邦憲法裁判所のいわゆるロケット配備判決において、次のような定式化を見いだした。「国家的決定はできるだけ正しくなされねばならず、すなわち、そのために、その組織、構成、機能、行為態様に従い最善の前提を有する機関によってなされねばならず……」BVerfGE 68,1 [86].

*52 Ossenbühl, a.a.O.(Anm.39)S.549.

原則は、権力分立論を超実定的なドグマから解放して、憲法の目標観念に関連づけることに成功したと評価され得る^{*55}。

(3)ところで、v.Danwitzによれば、このような機能適合的な機関構造の原則という考え方の意味内容を明らかにするには、その三つの構成要素を顧慮しなければならないという。第一は、立法、行政、司法という三つの国家機能が区分されること、並びに機能適合性の原則に従って権限が整序されることである^{*56}。これは、「構成と決定手続から見て利益統合に役立つ議会が行政的な大量の事務を処理するのに適していないように、指図に拘束された官庁はその独任的構造と作業過程に基づけば、法的争訟を適切に決定するのに適してなく、また裁判所は立法の政治的な合目的性を評価することができない」というような、「国家権限は、その構造からみて、職務を事物相応的 sachangemessen に処理するのにもっとも適切な機関によって遂行されるべきであるという、比較的素朴な認識の実践的遂行」を意図するものである^{*57}。ここでは、ある権限の性質が立法であるか、行政であるか、司法であるか、ということが問われるのではなく、当該権限がどのような構造を有する機関によって処理されるのがもっとも適切か、という合目的な視点から配分がなされるという点で、伝統的な理論とは異なっている。

第二に顧慮しなければならないのが、専門知識 Sachverstand に示されるような、権限が配分される機関の能力である。この点につき、v. Danwitz は、「権限上の機能担当者は、その者に認められた決定権能を適切に、同時に責任を持って遂行し得るためには、職務遂行のために不可欠な人的、事物的—技術的、組織的な与件を有していなければならない」と指摘する^{*58}。そもそも機能適合的な機関構造の原則は正しい決定を目指すものである以上、そのために権限が配分される機関の

*53 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.448. この点について、Horn 自身も参考文献としてあげているが、Konrad Hesse は次のように指摘している。「任務の特性に応じてうまくかつ適切に任務が遂行されるのを確保するためには、諸機関の構造、組織および人的配置が機能的に正しいものであるべきである。」「機能と機関構造が、実質的に相互に結びついているとすれば、このことは、機関の構造およびその機関が遂行すべき基本機能にふさわしくない機能の遂行ないし配分が原理的に禁止されていることを意味する。」Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16.Aufl.1988, S.189, なお、翻訳については、コンラート・ヘッセ著/阿部照哉・初宿正典・井口文男・永田秀樹・武永淳訳『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社, 1985年) 248頁から引用した(なお、原文および訳文には一部の文字に強調がつけられている)。

*54 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.447.

*55 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.448. この点について、v.Danwitz もまた、funktionsgerechte Organstruktur という考え方は、「統一的に理解され、デモクラシー原理にしたがって国民に関連づけられた国家権力は、機能に定位されて形成され、区分されねばならない」のであって、この意味において、同じように職務充足の特質という基準に従って国家諸機能の各国家機関への整序を目指したモンテスキューの古典的権力分立論と異ならないと指摘する。
v.Danwitz, a.a.O.(Anm. 37)S.332ff.

*56 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.334f.

*57 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.335. 同旨、Hesse, a.a.O.(Anm.53)S.189, コンラート・ヘッセ/阿部ほか訳, 前掲注 53, 248頁。

*58 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.335.

能力が問われるのは当然である。なかでも、専門知識の重要性はしばしば指摘される。例えば、*v. Danwitz* は、先に挙げた人的、事物的・技術的、組織的なファクターの中では、権限担当者が職務に相応した専門知識を有することが決定的であり、したがって、包括的な情報が保障されることと、合理的な基準に基づく価値評価のなされ得ることが必要であることを指摘する^{*59}。

第三に、手続法的な構成要素が問題とされ得る。そもそも正しい決定という結果は、特定の手続、すなわち法治国家的手続と結びついている。したがって、機能適合的な決定構造は「法治国家的手続形成という思考」にその支えを見いだしているのである^{*60}。

以上のような指摘はすでに Zimmer にも見いだされる。Zimmer によれば、機能担当者は、「その外面的組織的構成に従って、部分的には規範的に確定された手続に従って、その人的基盤の専門知識に従って、限定された使命範囲の処理のために設置される」のであり、このような「組織的、手続的、人的、手段的な前提」がそれぞれの機能領域を制限しているという^{*61}。例えば、立法府と執行府が法的紛争の解決に適していないのは、「ここでは、高度に集積された法学的専門知識、特別な作業条件——例えば、機能不全に陥る政党政治的、時事政治的な指図や影響可能性の遮断のような——が必要である」が、両者にはこのような専門知識や作業条件が欠けているからである^{*62}。

3.3. 具体的な権限配分の仕方

(1)機能適合的な機関構造の原則は、必ずしも一義的に明確な基準や内容を有するわけではなく、具体的な権限配分に際しては困難な問題が生じ得る^{*63}。そこで *v. Danwitz* は、この原則に基づく具体的な権限配分問題を国法レベル、行政法レベル、司法レベルにわけて検討する。このような議論はかかる原則に基づく権限配分の複雑さをいくぶん縮減し、本稿の問題を解明する上で有用であると思われるので、ここで紹介することにする。

①国法上のレベルの問題では、すでに存在する憲法機関（例えば、連邦議会や連邦政府等）への権限配分が問われる^{*64}。この場合、権限問題が生じる憲法機関の構造はすでに憲法自身によって規定されている。この点について、例えば Zimmer は次のように指摘している。

「特別の立法機関は、固定した議席を伴う議会であり、ここに比較的大きな人的範囲が参集する。司法機関は、独りの裁判官としてであれ、二三の人々によって占められた合議体としてであれ、裁判所としての権能を行使する。執行機関は、とりわけ行政機関は、立法府と司法府に対して、持続性、恒常的プレゼンス、遍在性によって際だっている。」^{*65}

*59 *v. Danwitz*, a.a.O.(Anm.37)S.335.

*60 *v. Danwitz*, a.a.O.(Anm.37)S.336.

*61 Zimmer, a.a.O.(Anm.49)S.235.

*62 Zimmer, a.a.O.(Anm.49)S.235f.

*63 Vgl. *v. Münch / Kunig*, a.a.O.(Anm.50)S. 19.

*64 *v. Danwitz*, a.a.O.(Anm.37)S.338.

*65 Zimmer, a.a.O.(Anm.49)S.208f.

もっとも、各憲法機関の相違はこのような外面的な相違に尽きるわけではない。それぞれの機関は、さらに「民主的正当性、責任、サンクション、コントロールの関連」においても異なっているからである^{*66}。

いずれにせよ、このような機関構造は実定憲法から導かれるものである。このように、機能適合的な機関構造の原則に基づいて憲法機関への権限配分を確定する際には、かようにして実定憲法から導かれる機関構造を前提にした上で、問題となっている職務の種 Art を分析することから始まることになる。

v.Danwitzによれば、配分対象である職務の種は事物の本性から導かれるのではなく、憲法上の個別権限規定の解釈に決定的に規定されているという^{*67}。ただし、個々の権限規範の解釈と機能適合的な機関構造の原則の関係をいかに把握するかについては、問題となり得るといえる。後述する連邦憲法裁判所のロケット配備判決では、この点が多数意見と Mahrenholz 裁判官の反対意見を分けるポイントであった。すなわち、多数意見が機能適合的な機関構造の原則に基づく権限配分を憲法の根本規範の一つと把握し、基本法 59 条 2 項 1 文^{*68}のような個別的権限配分規定をかかるとする根本規範の下で解釈するのに対して、Mahrenholz 裁判官はかかる原則を実定化された権限秩序に対する単なる欠缺推論機能にまで引き下げる。この対立は、執行作用の範囲について帰結を異にする可能性を有するが、この点について v.Danwitz は、権力分立原則が個別の権限規範の解釈に対して刻印する作用を有することを認めながら、実践的整合性 (praktische Konkordanz) の原理に基づく最良選択を主張する^{*69}。もっとも、いずれの立場に依拠するのであれ、ここでは機関構造自身については憲法制定者の決断があるので、あくまでそのような機関への、機関構造に相応した職務の種の配分が問われるにとどまる。

②これに対して、行政法レベルの議論は困難な問題を提示する。ここでは、国法レベルと同じようなかたちで立法者が権限整序を行うだけでなく、さらに、立法者自身が職務に適合的な機関構造について決定し、その具体的形成を規定しなければならないからである^{*70}。しかし、v.Danwitz によれば、このような機能適合的な機関構造の原則は、すでに行政法にもなじみのものとなってい

*66 Zimmer, a.a.O.(Anm.49)S.209ff. なお、このような各憲法機関の「民主的正当性、責任、サンクション、コントロールの関連」は詳細な検討に値するが、紙幅の関係上、別の機会の考察に譲ることとする。ちなみに、Hansgeorg Frohn によれば、立法の意思決定過程を特徴づけているのは、①直観的な効率性、②透明性、③参加、であるという。Hansgeorg Frohn, Gesetzesbegriff und Gewaltenteilung, 1981, S.26ff., 拙稿, 前掲注 32, 44 頁以下, 49 頁。

*67 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.339.

*68 基本法 59 条 2 項 1 文「連邦の政治関係を規律し、あるいは連邦の立法事項に関する条約は、連邦法律の形式における、それぞれ連邦立法について権限を有する機関の同意または協力を必要とする。」

*69 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.339. 参照, Hesse, a.a.O.(Anm. 53)S.27, コンラート・ヘッセ/阿部ほか訳, 前掲注 53, 33 頁以下。

*70 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.340.

る^{*71}。この問題について、v.Danwitzは機能がその内部で完結する(intra-funktional)場合と、行政的—専門的要素と政治的—代表的要素との交差が生じる(inter-funktional)場面を分けて議論する。

前者はリスク行政(Risikoverwaltung)の手續にみられるように、専門的な諮問と官庁による決定を準備するための委員会が制度的に組み込まれることに特徴がある^{*72}。このような専門家委員会の制度は、行政機関に正しい決定に必要な専門知識を仲介するだけでなく、構成員の独立性と多元性および専門的代表性に基づく審議は、事物に適合的な問題処理をも保証することになる^{*73}。これとは異なり、交差領域における決定構造は、機関間の「同意という通常の基本モデル」に基づくという^{*74}。これは議会の同意に基づく命令への委任に典型的にみられるように、迅速かつ柔軟な法定立の可能性を開くものである。v.Danwitzによれば、このような同意に基づく命令は、経済法や技術的安全法の分野にみられるように、正当化の要件を、同意を通じて対象に結合するのに適切な決定構造であるという^{*75}。

以上のように、行政法の領域における機能適合的な機関構造の原則は、正当性の要素と専門的な決定という要素を結合することで、この領域に不足しているものを「両要件の真のジレンマが生じる」ように除去するのに適しているという^{*76}。このようにして、機能適合的な機関構造の原則は、決定の専門的適切さという点でも、決定の正当性という点でも、法治国家性やデモクラシー原理によって要求されるものを十分に実現できるのである。

③機能適合的な機関構造の原理は、裁判所のコントロール基準としての意義も有する。この際、国法レベルのコントロールは、「権限担当者として考えられる憲法機関の決定構造はすでに基本法によって定義されている」ので、憲法上の権限整序は「連邦憲法裁判所による無制限のコントロールに服する」^{*77}。他方で、当該機関構造が通常法律によって設けられる行政法レベルでは、審査方法が若干異なり、機能適合的な決定構造の必要性に関するObについては、連邦憲法裁判所による一定程度のコントロール可能性を認め、他方、決定構造の態様にかかわるWieについては、立法者の広い裁量が認められる^{*78}。いずれにせよ、「特に明白に不適切な決定構造は、機能適合的な機関構造の

*71 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.342.

*72 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.340. 例えば、原子力法における原子炉安全委員会や放射線防護委員会などがこれに該当するという。

*73 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.341. ちなみにOssenbühlは、例えば原子力の安全性を確定するというような「技術」に関する問題について、はたして立法者が「機能的に正しい機関なのか」という問題を提起する。Ossenbühl, a.a.O.(Anm.39)S.550f.

*74 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.343.

*75 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.343.f

*76 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.345.

*77 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.346f.

*78 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.347f.

原則に抵触するが故に違憲であるとの異議が述べられ得る」という^{*79}。

3.4. 機能適合的な機関構造の原則の問題点

①機能適合的な機関構造の原則にも問題点がないわけではない。その一つは、機能適合的な機関構造による権限配分によって目指される「できるだけ正しい *möglichst richtig*」が何を意味するのか不明確な点である^{*80}。Hornの示唆するように、機能適合性というトposによって正しさをはかることはできないであろう。なぜなら、このトposはさまざまな意味づけが可能であり、あらゆる充填に対して開かれているからである^{*81}。この問題について、Hornは、「正しい国家組織の基準は、まさにかの国家性の根本秩序以外のなにものからも判明し得ない」という解答を与えるが^{*82}、結局は、このように「正しさ」に関する基準を実定憲法から導出することが機能適合的な機関構造の原則にとっては非常に重要となってくる。

②第二に、上述のように実定憲法に定位された機能適合的な機関構造の原則が追求する正しさは、多様であることに留意しなければならない。この点について、Hornは、権力分立原理の「理解は憲法のすべての目標表象、価値表象、正当性表象の水平において把握されねばならず、したがって、ひとり議会制的デモクラシーのパーспекティブからのみ把握されてはならない」と指摘する^{*83}。機能領域の規定と限界づけは、「それぞれの機関が、提起されている国家的決定を、様々な憲法プログラムが現実性を獲得するようになすための構造上の前提を提供しているか否か、提供しているとしたらどの程度か」という点にしたがってなされるが^{*84}、それぞれの機関への職務配分は、「それぞれの機関が、存在している基準と価値を実現することを欲する範囲に従う」のであって^{*85}、それぞれの機関が代表する特定の正しさ、特定の正当性が実現されることになる。そして、このようにして、「民主国家の権力分立構造は、憲法的に制度化された国家共同体の多様な正しさのアスペクトを開き、政治生活の現実におけるその様々な展開を惹起し、コントロールされない権力の不当な行為からそれを守る」のである^{*86}。すなわち、権力分立によって分離された国家諸機関はそれぞれ独自の正当性を代表し、正義の多様性を表すのであって、これらの国家機関への権限配分は、憲法が個々の職務に関してそれぞれの機関によって実現される価値をどの程

*79 v.Danwitz, a.a.O.(Anm.37)S.348.

*80 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.449.

*81 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.449.

*82 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.454. Hornによれば、このような権力分立の状況被制約性こそが、「ドグマ的なア・プリオリズムや空疎な形式主義に固定された思考慣習に没頭することを拒絶する」という。

*83 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.455. Hornによれば、基本法の権力分立はデモクラシー的正当性秩序の内部で生じ、逆に、基本法のデモクラシーも、ただ権力分立的にのみ発現する。そうであれば、議会に独占的な地位を認め、執行府をこれに従属させることはできないという。

*84 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.457.

*85 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.457.

*86 Horn, a.a.O.(Anm.38)S.458.

度欲しているかにかかっているのである^{*87}。

3.5. 小括

以上、ドイツ国法学説における権限配分のあり方を、機能適合的な機関構造の原則を中心に検討してきた。これまでの説明を要約すれば、機能適合的な機関構造の原則では、権力分立論を合目的な権限配分論と把握した上で、それぞれの歴史的、政治的な状況に拘束された国家機関の人的、組織的、手続的構造（これらは実定憲法や法律から明らかになる）を前提にして、この構造に適合的な職務が配分され、また、専門家の意見を反映する諮問機関や機関相互間の同意を通じて、より正しい決定が担保されることになる。この機能適合的な機関構造の原則は、より実定憲法に基づいた権限配分論を展開できるという点で、法律、法規、行政、司法といった歴史概念から核心領域を抽出して権限配分を行なう伝統的な理論に比して優れていると思われる。伝統的な作用概念に基づく核心領域理論が、結局、核心領域と周辺領域を区別する説得力ある基準を展開できないのに対し、機能適合的な機関構造の原則では、実定法に基づいてより客観的で説得力のある権限配分を行うことが可能になり得る。しかし、Hornの指摘するように、実定憲法の多様な目標、価値、正当性がこの原則を方向づけるのであれば、この原則に基づいて実際に権限配分を行うのは決して容易ではないであろう。そこで、次章では、権限配分について争われた具体的なケースにおいて、連邦憲法裁判所がこの原則をどのように用いて結論を導いているのかという点を概観していくことにする。

4. 連邦憲法裁判所の判例における立法府と行政府の間の権限配分

本章では、ドイツの連邦憲法裁判所で、立法府と行政府の間の権限配分が主要な争点となった比較的最近のケースを中心に取り上げる。Hornも指摘しているように、判例はいよいよ伝統的な核心領域理論に別れを告げ、機能適合的な機関構造の原則を採用しつつあるといえよう^{*88}。そこで、まず最初に、機能適合的な機関構造の原則を初めて採用し、これに基づいて権限配分の問題を解明する判例を取り上げる。次に、機関構造や決定手続の特質を明らかにする判例を取り上げる。最後に、判例の総括を行う。

4.1. 判例における機能適合的な機関構造の原則と権限配分——いわゆるロケット配備判決を中心に

(1)基本法は20条2項で権力分立制を採用しているが、他方で、個別的な権限配分規定も数多く有している。具体的な権限の配分に際して、この個別規定と権力分立制の関係が一つの論点となっ

*87 Hornも示唆しているように、このような理解に基づけば、概念に基づく伝統的な権限配分論が例外と位置づける交差領域は、決して例外と評価されることはないであろう。すなわち、当該職務において執行機関の代表する正義と立法機関の代表する正義がともに求められる場合などに交差が生じるのであって、それは多様な正しさの aspects を開くものであって、まさに憲法に一致するものなのである。Vgl. Horn, a.a.O. (Anm. 38) S. 457f.

*88 Vgl. Horn, a.a.O.(Anm.38)S.447.

たのが、いわゆるロケット配備判決^{*89}である。本件は、機能適合的な機関構造の原則を明示的に採用した最初の連邦憲法裁判所の判決としても重要である。

本件は1970～80年代の、アメリカ合衆国によるドイツ連邦共和国（旧西ドイツ）へのパーシングⅡロケットと巡航ミサイルの配備に関連してなされた、連邦政府と連邦議会との機関訴訟である。論点は多岐にわたるが、本稿との関連で重要なのは、ドイツ連邦政府がアメリカ合衆国に対して行った当該兵器の配備に対する同意が、明確な法律の根拠を欠いていることの合憲性が問われた点にある。

基本法59条2項1文によれば、連邦の政治関係を規律する条約、あるいは連邦の立法事項に関する条約には、連邦法律の形式における立法機関の同意ないし協力が必要である。わが国とは異なり、基本法下のドイツでは、立法機関である連邦議会は法律形式による条約への同意付与手続を通じて、連邦政府の外交権に影響を及ぼすことができる。しかし、条文上、その対象はあくまでも連邦の政治関係を規律する条約あるいは連邦の立法事項に関する条約に限定され、それ以外の条約や条約以外の連邦政府の外交行為については、基本法は何も述べていない。そこで基本法59条2項1文の連邦法律という要件が適用されるのは同条が列挙する条約に限定されるのか、それともそれ以外の条約や条約以外の外交行為にも拡大適用あるいは準用されるのか、同条項で挙げられた以外の条約や行為に対する民主的コントロールはどのようになされるべきかが問題となる。つまり、外交問題に関する連邦議会と連邦政府との権限配分が問われることになる。

(2)この点について連邦憲法裁判所は、本件において連邦政府が行った同意のような国際法上の宣言については、「基本法59条2項1文に従った連邦法律の形式における立法団体の同意あるいは協力を必要としない」^{*90}と指摘した上で、その理由を以下のように展開する。第一に、ドイツの国家実務では、一方的な国際法上の意思表示には、原則としてこの種の同意が必要とされてこなかったことが挙げられる^{*91}。第二に、権力分立が引き合いに出される。この点については本稿の関連で重要なので、少し長くなるが引用することにする。

「立法団体に基本法59条2項1文の範囲で容認された権能のこのような厳格な限界づけは、基本法が形成した権力分立の要素である。基本法59条2項1文は基本法20条2項の下で解釈されねばならない。そこで原則として規範づけられた組織的及び機能的区別並びに権力分離は、ことに政治的権力と責任の配分並びに権力担当者のコントロールに役立つ。それが目指すのは、国家的決定はできるだけ正しくなされねばならず、すなわち、そのためにその組織、構成、機能、行為態様に従い最善の前提を有する機関によってなされねばならず、国家的決定は国家権力の抑制

*89 連邦憲法裁判所第2部1984年12月18日判決。BVerfGE 68,1.

*90 BVerfGE 68,1 [83].

*91 BVerfGE 68,1 [83f.].

を全体として目指さねばならないことである。外交事務——基本法において連邦議会に整序された権能を超える——において、連邦議会に執行的性質の中心的決定権能を整序する点に存在するような政治権力の集中は、現在、基本法によって規範づけられた権力、責任、コントロールの配分構造に抵触する。——連邦のレベルで——ひとり連邦議会の構成員のみが国民によって直接選挙されることはこの点について何ら変更を加えない。基本法が保持しようとする国家権力の配分と均衡の具体的秩序は、デモクラシー原理から誤って導かれた権力単一主義によって、すべてを包括する議会留保の形式でかわされてはならない。政府の議会責任の原則もまた、必然的に執行府の固有責任の核心領域を前提としている。基本法が構想したデモクラシーは法治国家的デモクラシーであって、このことが意味するのは、国家機関の相互関係においては、とりわけ権力分立的デモクラシーである。」*92

連邦憲法裁判所の立論は、連邦議会と連邦政府の間の個別的権限配分を定める基本法 59 条 2 項 1 文は基本法 20 条 2 項の定める権力分立原則の下で解釈されるべきであること、かかる原則の下では国家的決定はできるだけ正しくなされるべきこと、国家的決定はそのための最善の前提を提供する機関に配分されるべきこと、以上の点を骨子とする。確かに本件においても、執行府の固有責任と核心領域が問題とされているものの、機関の組織、構成、機能、行為態様に基づいて権限配分が決定されるべきという点に、伝統的な権限配分図式をとる判例、例えば司法試験の受験料を定める法規命令の根拠法律が問われた BVerfGE 34,52 事件*93、などとの相違が見いだされる。

以上の立論に基づいて、連邦憲法裁判所は、59 条 2 項 1 文で列挙された条約に対する立法府の法律形式による同意権限を、同条項で列挙されていない条約や条約以外の外交行為にまで拡大することは、権力分立原則から許されないと結論づける。その理由として、連邦憲法裁判所は次のように指摘する。

「基本法 59 条 2 項 1 文の事物的適用領域を、連邦政府の他の国際法主体に対する非条約的行為——この行為が政治関係を規律する限りにおいてであるが——にまで拡大することは、今日、ドイツ連邦共和国の存続にとって外交政策に帰属する主要な意義に鑑みて、執行府の中心的な形成領域

*92 BVerfGE 68,1 [86f.]. なお、判決文中の括弧書きは省略した。

*93 連邦憲法裁判所第 2 部 1972 年 10 月 10 日決定。本件では、ヘッセン・ラント政府の法規命令に基づく司法試験の受験料徴収の根拠法律、授權法律の有無が問われた。連邦憲法裁判所は、立法府と執行府の間の権力分立について、

「いかなる権力も、他の権力に対する、憲法によって予定されていない優位を獲得してはならない。いかなる権力も、その憲法上の職務を充足するために必要な権限が奪われてはならない…。」

と指摘した上で、「基本法の自由主義的—民主主義システムでは、立法府としての議会には、規範定立という憲法上の職務が割り当てられる」ので、「執行府の法定立は、ただ立法者によって予め示された限定された範囲内でのみ執行され得る」と結論づける。ここでは、権限配分の対象が「規範定立」に該当すれば、原則として立法府に配分され、執行府がかかる作用を実施するには立法府の委任が必要であるというように、もっぱら対象事務の性質が問題とされる。Vgl. BVerfGE 34,52 [59f.].

への侵入を表す。このような拡大は、機能的に見れば基本法 20 条 2 項 2 文の意味における立法を表さない行動領域において、広範囲に政治権力を執行府の負担において連邦議会に移動させる。なぜなら、本件で問題となっている国際法レベルの行為を実施することは、それ自身原則として、国内的に妥当する法規を作り出すことはできないからである。外交関係の行為を原則として執行府の権限領域に整序することは、次のような考えに基づく。すなわち、制度的に、かつ永続的に典型的に、ひとり政府のみが変転する外交状況に迅速かつ適切に対応し、かようにして外交事務を責任を持って遂行するという国家的使命をもっともよく充足する人的、事物的、組織的可能性を有することである。」*94

連邦憲法裁判所によれば、外交事務の処理が基本的に連邦政府の権限とされるのは、頻繁に変化する国際情勢に迅速かつ適切に対応できる人的、物的、組織的可能性を有するのが連邦政府であって、連邦議会ではないからである。確かに、ここでも外交事務が規範定立に該当するか否かという伝統的な権限配分のあり方が顧慮されてはいるが、連邦政府の構成も考慮に入れた上で、権限配分を決している。さらに、連邦憲法裁判所は正当性やコントロールの観点も重視する。基本法が一定の種類条約に連邦議会の関与を認めたのは、外交の領域における民主化の要求に応えるためであるが、連邦憲法裁判所によれば、「基本法下では、執行権の機関も、その制度的、機能的な民主的正當性を、基本法 20 条 2 項によってなされた憲法制定者の根本決定から取り出す」以上、全面的に議事に留保しなくても問題はないという*95。そして、このようにして議会承認権が認められないとしても、「連邦議会は、場合によっては新たな連邦宰相を選出し、これによって従来の政府の崩壊を惹起させることができる」ので、そのコントロール機能を果たすことも可能であると指摘する*96。

(3)以上のような理論構成に基づいて、連邦憲法裁判所は、議会の同意法律なしになされた連邦政府のパーシング II ロケットと巡航ミサイルの配備への同意が違憲であるとの主張を、理由のないものとして退ける。しかし、このような多数意見に対して、Mahrenholz 裁判官が反対意見を述べている。それによると、基本法 59 条 2 項自身がすでに基本法の権力分立に属しているので、基本法 20 条 2 項が同 59 条 2 項の解釈基準にまで高められるべきではなく、同 59 条 2 項 1 文は、立法者は「すべての本質決定を自らなさねばならない」という一般的な法律留保の要請に基づく規定であると把握する*97。かくて、本件で問題となるような政治関係の規律に関しては、「軍事力配備のための連邦政府の同意が、外交に関する本質的な決定で、立法者の政治コントロールが要請されるならば、そ

*94 BVerfGE 68,1 [87].

*95 BVerfGE 68,1 [88]. このような意味において、本判決は 1972 年 7 月 18 日の入学定数判決（連邦憲法裁判所第 1 部判決, BVerfGE 33,303, ドイツ憲法判例研究会編, 前掲注 33, 234 頁以下 (戸波江二)) 以来、判例理論を形成してきた本質性理論に基づく法律留保の議会留保化への流れとは一線を画しているといえよう。Vgl. Hans-Jochen Vogel, *Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?*, in: NJW 1996 S.1509.

*96 BVerfGE 68,1 [89].

*97 BVerfGE 68,1 [112,129].

これは法律の留保に該当する」ことになるという^{*98}。このように Mahrenholz 裁判官は、多数意見の基本法 20 条 2 項に基づく同 59 条 2 項の解釈を批判し、もっぱら同 59 条 2 項から外交関係に関する立法府の本質決定に関する権限を導く。いわゆる本質性理論に従えば、社会にとって本質的な決定は立法者に留保されるが、Mahrenholz 裁判官の見解はこの立場に基づき、もっぱら対象事務の性質に基づいて権限配分を行う。この点が機関構造にも着目する多数意見と異なる点である。

(4)本件で採用された機能適合的な機関構造の原則に基づく権限配分は、後の連邦憲法裁判所の判例でも維持されている。その例として、ある特定の鉄道路線の建設計画を連邦法律で決定することの是非が争われた BVerfGE 95, 1 のケースを挙げることができる^{*99}。このケースでは、法律による鉄道路線の計画確定が執行府の権限領域を侵害し、権力分立に抵触するか否かという点が争われた。この点について連邦憲法裁判所は、権力分立は「国家決定ができるだけ正しいこと、すなわち、そのためにその組織、構成、機能、手続方法に従い最善の前提を有する機関によってなされること」を目指すとした上で、計画については、情報、目標設定、投入されるべき手段の獲得、選択、加工の複雑なプロセスが問題となっており、立法府にも執行府にも一方的に配分されてはいないと結論づける^{*100}。この点について、異議申立人であるヘッセン州政府は次のように指摘して、法律による計画の無効を主張していた。

「かような許可手続の正しさの保障は、原則として、それが行政によってなされる場合にのみ存在する。なぜなら、議会の主要職務は立法権の行使であり、個々の議員には専門知識も、執行のための基準も欠けている。立法者が自ら決定をなすならば、彼は特別の法を作り出すのではなくて、実際には別の法律を適用する。この場合、立法者は、——許可官庁のように——すべての計画的及び予防的—警察的問題を究明しなければならず、同時に立法者がその際に執行する法律に拘束される。…その上、公的利益及び私的利益の重量判定は、政党政治的な考慮に基づいて多数決原理に従ってなされてはならない。拘束された決定と、計画的な衡量は多数決決定を許容しないので、民主的な立法には本質的に異質であり、基本法 38 条 1 項 2 文、46 条 1 項 1 文、33 条 4 項と結合し得ない。」^{*101}

これに対して、判決は、「議会は、その職務と手続から見て、施設に関連した専門計画が可能な状況にある」と指摘して、議会に一定の計画権能を認める^{*102}。本件では、以上のように、いずれの立論においても計画の性質だけでなく、議会構造からみた計画能力の有無が権限配分に決定的に重要であるということが前提とされている。

*98 BVerfGE 68,1 [130].

*99 連邦憲法裁判所第 2 部 1996 年 7 月 17 日決定。

*100 BVerfGE 95,1 [15ff.].

*101 BVerfGE 95,1 [7f.].

*102 BVerfGE 95,1 [17].

しかし、他方では、機能適合的な機関構造の原則に言及することなく権限配分を決定するケースもある。いわゆる AWACS 事件^{*103}において、連邦憲法裁判所はドイツ連邦軍の NATO 域外派兵について連邦議会の構成的同意が必要であると結論づけるが、その根拠としては機能適合的な機関構造の原則に言及するわけではなく、軍隊に関する連邦議会の他の憲法上の権能やドイツ憲法の伝統から演繹的に結論を導いている^{*104}。

4.2. 機関構造・手続と権限配分——迷惑電話逆探知決定・第8次放送判決

機能適合的な機関構造の原則に従い、権限は正しい決定のための人的、構造的、手続的前提を備えた国家機関に配分されねばならないとするならば、それぞれの国家機関の構造や手続の特質を明らかにする必要がある。この点については、すでに先のロケット配備判決や鉄道計画法に関する決定である程度明らかにされているところであるが、更に有益な示唆を提供するのが、いわゆる迷惑電話逆探知事件に対する連邦憲法裁判所の決定^{*105}や第8次放送判決^{*106}である。

(1)いわゆる迷惑電話逆探知事件はドイツ連邦ポスト TELEKOM によってなされた通話の逆探知データの証拠能力が問われた憲法異議の訴えである。主要な争点は、迷惑電話を契機としてドイツ連邦ポスト TELEKOM によってなされた逆探知による通話データの収集と、そのデータを迷惑電話の被害者に通知することは、電話をかけた側の基本法10条1項^{*107}の基本権を侵害するか否かという点にあり、ドイツ連邦ポスト TELEKOM によるかような逆探知に、法律による十分な授權があるのか否かが問われた。

基本法10条2項1文によれば、通信の秘密に対する制限は「法律に基づいてのみ命じられることが許される」。本件においてドイツ連邦ポスト TELEKOM によってなされた回線監視の直接の根拠規定は、本件当時は電気通信規則38条3項1文の「加入者の申込みに基づいて、ドイツ連邦ポストは、通話数を比較するために、加入者の接続の監視を引き受ける…」^{*108}という規定であり、このような規則制定の法律上の根拠は郵便行政法14条^{*109}に求められた。ちなみに、その後、1989

*103 連邦憲法裁判所第2部1994年7月12日判決。BVerfGE 90,286. 本決定については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）366頁以下（山内敏弘）に詳細な紹介がある。

*104 BVerfGE 90,286 [381ff.].

*105 連邦憲法裁判所第1部1992年3月25日決定。BVerfGE 85,386. 本決定については、ドイツ憲法判例研究会編、前掲注103、246頁以下（廣澤民生）に詳細な紹介がある。

*106 連邦憲法裁判所第1部1994年2月22日判決。BVerfGE 90,60.

*107 基本法10条1項「信書の秘密ならびに郵便及び電気通信の秘密は、不可侵である。」

*108 BGBl I S.541. なお、1988年1月1日から1991年6月30日まではテレコミュニケーション規則84条1項6号の1、6号の2、1991年7月1日以降は1991年6月24日のドイツ連邦ポスト TELEKOM の業務に関するデータ保護に関する命令7条および8条が根拠条文である。なお、条文については、BVerfGE 85,386[387]を参照した。

*109 郵便行政法14条「連邦郵政相は、行政委員会あるいは連邦政府の決議の基準に従って（13条）、郵便制度および電気通信制度の利用のための条件と料金に関する法規命令（利用命令）、連邦経済相との協調における料金に関する法規命令、連邦交通相との協調における郵便旅行業務のための料金に関する法規命令を発する。利用命令は連邦参議院の同意を必要としない。」なお、条文については、BVerfGE 85,386 [387]を参照した。

年6月8日の郵便制度法30条2項が設けられ、同条項は「連邦政府は、…法規命令によって、ドイツ連邦ポストに対する、郵便および電気通信の利用者の個人的なデータを保護するための規定を発する」と規定し、同4文において「ドイツ連邦ポスト TELEKOM のサービスの対価の正しさを確保するため、障害を除去するため、テレコミュニケーション設備の濫用に基づく使用を妨げるために、個人に関するデータが収集され、加工され、あるいは電気通信に関する法律14条a1項に従い情報内容が加工される」ことを定める^{*110}。本件では上記のような法律に基づく電気通信規則によって、逆探知装置やメーター比較装置によってデータ収集が行われ、それが迷惑電話の被害を受けていた電話加入者に通知されたが、このことが基本法10条2項1文に反しないか否かという点が争われたのである。

(2)この点について、連邦憲法裁判所は、郵便法上の規定は「通話監視による、基本法10条1項に基づく電気通信の秘密への侵害に対する、十分な法律上の基礎を含んでいない」と結論づける^{*111}。つまり、通話監視のための命令による根拠は存在するが、この命令を基礎づける十分な法律の規定が存在しないというのである。裁判所は、この点に関連して、基本法10条2項の法律の留保の意味を次のように説明する。

「ドイツ連邦ポストが（電話施設の、筆者注）濫用を防御する目的で通話データを収集してよいことは、むしろ、郵便制度法30条2項4文に黙示に前提とされている。しかし、そのような暗黙の想定は、法律の留保の要求を正当に評価していない。その意義は国家機関の間の形式的な権限配分に尽きるのではない。基本法が基本権的自由の制限と、衝突する基本権間の調整を議会に留保するならば、これによって確保しようとするのは、そのような射程を有する決定が、公衆にその見解を形成し、主張し、基本権侵害の必要性和範囲を公的な議論で解明するよう議会を促す機会を提供するような手続から生じることである。法律留保がこのような機能を充足できるのは、法律における自由侵害への授權が単に黙示に前提とされる場合ではなくて、明文で明らかにされる場合だけである。」^{*112}

立法府である議会に基本権侵害を内容とする法律制定権限が憲法上委任される場合、その意味は単にかような法律の制定に存在するのではなく、法律を制定する作用を通じて、「公衆にその見解を形成し、主張し、基本権侵害の必要性和範囲を公的な議論で解明する」点に認められる。単に形式的に法律を作ればよいというのではなく、そのような要請を充足するように立法権限を行使しなければならない。確かに本件判決は機能適合的な機関構造の原則を明示的に採用するものではないが、立

*110 Vgl. BVerfGE 85,386 [389f.].

*111 BVerfGE 85,386 [402].

*112 BVerfGE 85,386 [403f.].

法機関の権限行使のあり方に重要な示唆を与えるものと評価できるであろう^{*113}。

(3)機能適合的な機関構造の原則にしたがえば、それぞれの国家機関に配分される権限は、それぞれの権限に適合的なやり方で、「正しい決定」をなすような手続において行使されねばならない。このような正しい決定に至る手続について示唆を与えるのが、いわゆる第8次放送判決である。

本件では原訴訟の原告であるバイエルン州のテレビ受信者がバイエルン放送に対して、すでに支払った放送料金のうち、放送機関の間の財務均衡に関する1982年の条約3条1項に基づくケーブルパイロットプロジェクトの資金に相当する部分の返済を要求した事件である。この事件が係属したバイエルン行政裁判所は訴訟を中断して、連邦憲法裁判所に憲法判断を求めた。

ドイツにおける公共放送に対する料金決定はラント間の条約によって決定されるが、本件で問題となった時期には、そのための基準と手続に関する詳細規定は存在していなかった。そこで、本件では放送料金の額と放送機関の間の財務均衡に関する1982年6月6日および10月26日の条約1条が放送料金を確定していた（それによると基本料金は月額5,05 DM、テレビ料金は月額11,20 DMであった）。さらに同条約3条はケーブルパイロットプロジェクトのために、ラント放送局とZDF（ドイツ第2テレビ）による3500万DMの拠出を規定し、そのために月額0.20DMが放送料金に上乗せされていた。この条約に対して、1983年6月14日にバイエルン・ラント議会は同意決議を行い、これをバイエルンのラント法に編入した。行政裁判所は、バイエルン・ラント議会による本件同意決議（GVBl. 1983 S.379）は違憲であるか否かの判断を連邦憲法裁判所に求めたのである。本件では放送の自由の問題、特別公課（Sonderabgabe）の問題が主要な争点となったが、国家作用論の観点では、放送料金確定手続のあり方と権限配分が問われた。

(4)連邦憲法裁判所によれば、本件における放送料金確定手続それ自身に基本法の抵触が認められるという。この点について同裁判所は、放送に関する基本権である基本法5条1項^{*114}が要求する実定秩序では、同条項の目指すものを達成する「実質的な、組織的な、手続的な規律が不可欠である」という^{*115}。このような要請は、料金確定プロセスに立法者を組み込むだけで解決するものでもない。判決が指摘するとおり、立法者自身が放送を自らの道具にしかねない危険性があるからである^{*116}。

放送料金の確定に際しては、立法者は放送視聴者の利益を代表しなければならず、この利益と放

*113 もっとも、本判決では逆探知やデータ比較そのものは一時的に容認され得ると結論づける。参照、BVerfGE 85,386 [395ff.]、参照、ドイツ憲法判例研究会編、前掲注103、256頁以下（廣澤民生）。

*114 基本法5条1項「何人も、言語、文書及び図画によって、その意見を自由に表明し、流布し、並びに一般に接近できる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送及びフィルムによる報道の自由は、保障される。検閲は行われぬ。」

*115 BVerfGE 90,60 [88].

*116 BVerfGE 90,60 [89].

送機関の番組自律との調節が必要となる。この点について、判決は放送料金を確定する機能の特殊性に基づいて、「対象に適切な手続規律」を要求する^{*117}。放送料金決定手続では、基本的には、「政治的な職務ではなくて、専門的な職務」が問題となっているので、立法者がこの問題を専門的に構成された委員会に委託することは非常に適切であるが、この場合には、「立法者は、放送の自由のために委員会の職務、構成、手続を法律で規律し、その構成員の独立性を法律で保証することが義務づけられ」、この手続進行の専門的性格は、「単に放送から自由に構成するだけでなく、政治からも自由に構成すること」を要請するという^{*118}。

このようにして、連邦憲法裁判所は、基本権の実現に重要な影響を有する事務だからといって、立法者や専門委員会をプロセスに組み入れればそれで済むのではなく、立法府の構成と事務の性格を照合して、事務により適合的な手続を形成することを求める。かくて、このような手続に反するバイエルン・ラント議会による同意決議の基本法違反が認定されたのである。

4.3. 小括

以上、権限配分に関する最近の連邦憲法裁判所の主要な判例を簡単に紹介した。これらの判例や、前章で紹介した学説の展開から、機能適合的な機関構造の原則の具体的な適用事例の一端が明らかになったように思われる。

機能適合的な機関構造の原則にしたがって権限配分を決定する場合には、従来の核心領域理論とは異なり、権限が配分される主体の構造に着目することが必要になる。実際、ロケット配備判決において、連邦憲法裁判所は基本法59条2項1文で挙げられていない行為について、人的、物的、組織的可能性から、政府の権限を導き出した。また、鉄道計画法に関する判決では、議会の職務と手続に鑑みて、専門計画を確定する一定の能力が認められるので、そのような権限が配分され得ることが容認されている。

このような権限配分方法は、従来の専ら事務の性質にのみ着目した権限配分に比して、より正しい決定を担保することが可能であるように思われる。加えて、機関構造や手続にまで着目する結果、権限行使のあり方についても、一定の帰結を導くことが可能になる。迷惑電話逆探知決定では、法律留保に基づいて単に法律を制定するだけでは権限行使としては十分ではないというように、その権限行使の具体的なあり方が導かれているし、また、第8次放送判決では、特定の分野について議会に専門能力が欠ける場合の手続のあり方が導かれている。

しかし、他方で、機関構造とある特定の権限、あるいは権限行使のあり方を客観的に明確に結合できるのか、という問題点はなお残存する。この点が明確にならなければ、結局は核心領域理論に対するのと同様の批判がこの原則にも向けられ得るであろう。

*117 BVerfGE 90,60 [96].

*118 BVerfGE 90,60 [103].

5. おわりに

本章では、以上のようなドイツにおける学説・判例の理論に基づきながら、旭川市国民健康保険条例違憲訴訟に対する最高裁判所判決を批判的に検討していくことにする。

5.1. 権力分立と租税法律主義——正しい決定

(1)憲法 84 条の租税法律主義を権限配分規定として理解するならば、まず最初に、権限配分の原則的なあり方を規定する権力分立の意味内容を確定し、その枠組みの中で憲法 84 条がどのように位置づけられるのかを検討する必要がある。すでにドイツの国法学説から判明するように、わが国においても権力分立の把握が権限配分の基礎理論を提供し得ると考えられるからである。しかし、旭川市国民健康保険条例違憲訴訟に対する最高裁判決では、この点についての明確な指摘は存在していない。

もっとも、権力分立をいかに理解すべきかという点については、わが国の学説上でも争いがあり、一義的に確定しているわけではない^{*119}。本稿では、ドイツ国法学における機能適合的な機関構造の原則に従い、ロケット配備判決において連邦憲法裁判所が指摘するように、権力分立の目標が「正しい決定」をなすことにありと措定することにする。すでに Hans-Jochen Vogel が主張しているように、権力分立には「国家的決定の質を改善する」という側面があり、権力分立に随伴する複雑さとコストが「決定の正しさ *Richtigkeit* と適切さ *Angemessenheit*」とを可能にしている^{*120}。そして、この正しい決定を通じて、市民の政治的な自由が確保されることになる。

最近のドイツの判例や学説は、このような「正しい」決定に至るために、国家機関の組織、構成、手続に着目し、さらに決定に対するコントロールをも要求する。この方法は、問題となっている事務が立法であるか、行政であるか、司法であるかを確定して、これが確定したら原則として自動的に（交差する場合は除いて）立法府、行政府、司法府に配分される従来の権限配分方法よりも、歴史的な概念の定義から免れ、実定憲法の規定から出発できる点において優れていると考えられる。本件最高裁判所判決では、まず国民健康保険料が租税に該当するか否かに着目し、租税に該当しない場合には、租税からの距離に応じて、権限行使のあり方を規定する。しかし、権限が配分される地方議会や長といった機関の構造に着目することはない。

(2)以上のように、日本国憲法の採用する権力分立は「正しい決定」をめざし、機能適合的な機関構造の原則に基づく権限配分を要請すると把握する場合、このことと、憲法 84 条による個別的な権限配分との関係が問われねばならない。すでに指摘したように、この点がロケット配備判決において多数意見と Mahrenholz 裁判官の反対意見を分けるポイントになっている。わが国ではこ

*119 この点について有益な示唆を与えるものとして、最近のものでは、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法 50 年の展望 I 統合と均衡』(有斐閣, 1998 年) 203 頁以下、特に 220 頁以下、高橋和之「権力分立の分析視角」同『国民内閣制の理念と運用』(有斐閣, 1994 年) 309 頁以下。

*120 Vogel, a. a. O. (Anm. 95) S.1505.

の点については、憲法84条は同41条の確認規定であると理解するのが多数であるように思われる^{*121}。そうであれば、憲法84条は、同41条、65条、76条1項の権力分立の枠組みの中で把握されるべきであり、国民の国および地方公共団体に対する金銭給付について議会の決定構造に適合的な職務が立法府に配分され、形式的法律によって規定されることを規範的に要請しているといえよう。他方で、行政府の決定構造に適合的な職務については、行政府に配分されることになる。

5.2. 立法機関の構造および手続と国民健康保険料

①立法府である議会の決定プロセスには透明性、参加という要素が特徴的である^{*122}。議会はこのようなプロセスを通じて社会に対して情報を提供し、公的議論の機会を付与しつつ、多数決によって政治的意思を決定し、決定に正当性を付与する。前節で明らかにしたように、国や地方公共団体に対する国民の金銭給付について、このような決定プロセスに適合的な事務は議会に配分される。そうすると次のように確認することができるであろう。まず、金銭給付の一般的な賦課要件や徴収手続については、このようなプロセスを経て決定することが適切であるといえる。確かに、これらの事務のなかには専門的・技術的知見を必要とするものもあるであろう。この場合には、専門家の委員会というプロセスを挿入するか、あるいは立法府の同意とコントロール下でかような知見を有する行政府に委任することも考えられるが、これは立法者の能力を補う形式で実施されねばならない。次に、個別・具体的な徴収は、広く国民が参加して決定するよりは、官僚的に組織され、一定の技術的な能力を備え、迅速に実行できる行政機関によってなされるほうが適切である。ただし、さらなる専門的知見が必要な場合には、専門家による審議会等のプロセスを取り込むことも考えられる。

②では、国民健康保険料の賦課総額や保険料率の決定はこのような議会によるプロセスを通じて決定されるべき事務であろうか。

まず最初に、そもそも国民健康保険料の賦課総額や保険料率の決定に地方公共団体の議会ほどの程度関与すべきかを問わなければならない。この点について、判決における滝井繁男裁判官の括弧書の指摘は重要であるように思われる。それによると、「国民健康保険は住民の一部を加入者とするもので住民すべてを代表する議会は本来的な保険集団の議決機関とはいえない」という^{*123}。国民健康保険は市町村・特別区が保険者の強制加入保険であるが、被保険者はすべての住民ではなく、あくまでもその一部分に過ぎない。他方で、地方議会は地方公共団体の全住民を代表しながら、透明性や市民参加といった手続を経て政治的な決定を行う機関である。そうであれば、地方公共団体の一部の住民を被保険者とする国民健康保険の保険料について地方議会が決定するこ

*121 参照、樋口・佐藤・中村・浦部、前掲注2、177頁。

*122 Frohn, a.a.O.(Anm.66)S.26ff.

*123 民集60巻2号604頁。

とは、必ずしも憲法 84 条の租税法律主義からは要請されないかもしれない。もっとも、この論点については本稿では単に指摘するにとどめる^{*124}。

このような問題をさしあたり度外視すれば、国民健康保険料の賦課総額と保険料率の決定は、透明性と参加という要素を通じて、社会に情報を提供し、公的議論の機会を付与する議会プロセスに適合的であると考えられる。保険料は強制加入の下で強制徴収されるので、その賦課総額や料率については、被保険者に情報を提供し、参加を保障しながら決定することで、被保険者の人権にも配慮したより正しい決定へと至り得るからである。もちろん、この場合でも、議会は専門家の諮問という手続を挿入するとか、同意を通じて行政府に一定範囲で専門的・技術的決定を委任することは考慮され得る。しかし、これはあくまでも議会に欠ける専門的・技術的能力を補完するために実施されるべきである。国民健康保険の費用が税方式で徴収される場合には、地方議会自身が保険料率を決定している現状は、地方議会にこのような能力が存在することの一つの証左であるといえよう^{*125}。したがって、本件で賦課総額や保険料率をすべて市長告示に委任することは、機能適合的な機関構造の原則からすれば許されないものと考えられる。

2006年9月30日脱稿

なお、旭川市国民健康保険条例違憲訴訟についてはすでに多くの評釈や論文が公にされており、また、本稿の校正中にもいくつかの新たな評釈に接することができたが、それらのすべてを取りあげることができなかった。

*124 この点について、参照、碓井、前掲注 26、28 頁以下。

*125 この点について、参照、西山、前掲注 26、165 頁。