

営造物理論の展開と課題

はじめに

現代の給付国家において、国民の日常生活上不可欠な公共サービスの大部分は、営造物行政の一環として行われている。このように、営造物は、現代国家においてきわめて重要な地位を占め、その存在意義は、ますます高まりつつある。しかるに、従来、行政法学においては、営造物に関する研究は、比較的軽視されてきた。

そこで、本稿は、わが国の営造物理論の源であるドイツの公営造物理論の発展過程を追跡し、現在におけるその到達点を示すとともに、今日、営造物理論に期待されている役割について考察することを目的とする⁽¹⁾。

ドイツにおける営造物 (Anstalt) 概念は、歴史的に

大久保規子

かなり古くから存在⁽²⁾し、時代によってその目的・範囲が変化してきた多義的な概念である。しかし、一九世紀後半以降、営造物概念は、主に二つの異なる意味で用いられてきた。一つは特別権力関係の一領域という意味（作用法上の営造物概念）であり、もう一つは公法上の独立行政体の一類型という意味（組織法上の営造物概念）である。この二つの概念は、公の手による施設の提供という行政現象⁽³⁾を、異なる側面から法的に把握したものであり、相互に密接に結びついて発展してきた。

もっとも、この二つの概念が果たしている役割は、現在では大きく異なっている。すなわち、作用法上の営造物概念は、今日では、法律の留保理論の浸透により、その妥当性を失いつつある。これに対し、組織法上の営造

物概念は、国民の自由保障のための手段として、その重要性を一段と増しつゝある。すなわち、実定法、判例および法解釈により、营造物の利用関係が营造物主体と利用者との間の特殊な権利義務関係として構成されるようになってきたことに対応して、「公法上の营造物」という組織形式を用いて营造物の管理・運営に利害関係人に参加させ、これにより营造物を民主的に統制しようとする動きが現れている。

このようなドイツの議論に対して、わが国では、特別権力関係論の克服、公法的利用関係と私法的利用関係との峻別など、主に营造物の作用法的側面に目が向けられ、作用に応じた組織を構成するという視点が軽視されてきたように感じられる。「国の手」による一方的・一元的な营造物の管理・運営に代えて、適切に「私人の手」に参加させ、これによって国家と社会との調和的發展を目指すとする最近の西ドイツの議論は、わが国においても、極めて重要な示唆に富むものである。

以下では、ドイツにおける营造物理論の展開について、「一 营造物概念の成立」、「二 营造物の利用関係」、「三 独立行政体としての营造物概念」の順に概観し、

最後に、「四 营造物理論の現代的課題」として、营造物の国民の自由保障機能とそれに伴う法律問題に触れることとする。

(1) 従来の研究としては、岡田教授の一連の論文がある。

岡田雅夫「ドイツにおける营造物学説の展開」『阪大法学八六号(昭四八)八六頁以下、同「現代行政における『营造物』概念(一)(二)」岡山大学法学会雑誌二四卷四号(昭五〇)三五頁以下・二五卷一号(昭五一)四一頁以下、同「地方公共団体の経済的活動とその限界」岡山大学法学会雑誌二八卷一号(昭五三)一頁以下参照。

(2) 营造物概念の成立は、教会法にまで遡る。Vgl. O.v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. II. 1873, S. 959 ff.; Walter Weber, Die Entwicklung der Sparkassen zu selbständigen Anstalten des öffentlichen Rechts, 1985, S. 92 f.

(3) この中には、公の手により供与される図書館、保育所、老人ホーム、病院、公民館、水道、ガス、電気、郵便、鉄道、貯蓄金庫、放送局など多種多様なものが含まれる。

一 营造物概念の成立

一九世紀後半のドイツでは、慈善、学問・芸術の育成、交通・商工業の振興などさまざまな目的のために、救貧

院、大学、銀行、保険会社、貯蓄金庫などの施設が公の手により新設され、または既存の公的施設の国家領域への組入れが行われていた。これらの施設は、「公營造物」(öffentliche Anstalt)と呼ばれ、権利能力の付与、独立特別財産の付与その他の方法で、しばしば強弱さまざまの独立性を与えられていた。

この公營造物の提供という行政現象は、主に二つの異なる側面から法的に把握されることとなる。一つは、ギールケ(Otto von Gierke)に代表される組織法的な把握⁽⁴⁾であり、もう一つは、O・マイヤー(Otto Mayer)に代表される作用法的な把握である⁽⁵⁾。

1 ギールケの營造物概念

ギールケの関心は、營造物の組織的・制度的な独立性にあった。ギールケは、法人実在説の立場から、法人格をもつ營造物に国家の自己分散手段としての意味を認め、社団法人と並ぶ第二の法人の種類として、營造物概念を構成した⁽⁶⁾。それによれば、公營造物は、個々の自然人から分離され、法人格を有する。したがって、この意味においては社団法人と同様の側面を有する。しかし、公營造物は、同時に国家の部分意思であり、そこにはその団

体生活について共同決定を行う能動的な構成員は存在しない。この点において、公營造物は、「多数の全体」から「全体に内在する単一体」へとまとめられた社団法人と異なる⁽⁷⁾。

このように、「公營造物独自の法人格」、すなわち組織的独立性と国家目的への拘束が、ギールケの公營造物概念の核心を成すものであった。

2 O・マイヤーの營造物概念

(1) O・マイヤーの関心は、一般に私法的行為として行われていた公營造物の利用を公法的に構成し直して、公行政の普及・拡大を図るということにあった⁽⁸⁾。

第一に、O・マイヤーは、公營造物の提供は公行政の一部であり、それ故、公營造物利用関係の法的性質は私人が同様の施設を提供する場合とは全く異なると考えた⁽⁹⁾。

第二に、彼は、行政の内と外との区別を前提として、營造物の利用関係を特別権力関係であると主張した。それによれば、公營造物は、一つの巨大な機械(Maschine)⁽¹⁰⁾として、法治主義が妥当しない特定の自律領域を形成する。言い換えれば、利用者は營造物に立ち入るといふことのみによって、「公法上の Hausrecht」⁽¹¹⁾ともいふべき

営造物権力に服するのであり、規則または個々の命令による営造物権力の利用規制については司法審査が排除される。

このように、法治主義が排除されるという意味での作用法的な独立性が、O・マイヤーの営造物概念の核心を成すものであった。

(2) ただし、O・マイヤーは、ギールケと異なり、組織法的な独立性を営造物の要件とはしていない。彼は、「営造物とは、公行政の主体の手で特定の公目的に継続的に資するべく定められた人的・物的手段の存続体(Bestand)である」と定義している。この定義によれば、公行政主体が所有する公行政組織である限り、法人であれ、全く権利能力をもたない組織であれ、すべて営造物に含まれることになる。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

3 小括

以上に述べたことを小括すれば、次の通りである。

第一に、ギールケが、国家からの限定的な組織法上の独立性を核心として営造物概念(組織法上の営造物概念)を構成したのに対し、O・マイヤーは、法治主義が排除されるという意味での作用法上の独立性を核心とし

て、営造物概念(作用法上の営造物概念)を構成した。言い換えれば、ギールケが営造物を国家の自己分散手段としてとらえたのに対し、O・マイヤーは営造物を公行政の普及・拡大手段としてとらえたのである。それ故、両者の営造物概念は、ともに独立性を核心としているが、レベルの異なる概念であった。⁽¹⁴⁾

第二に、両者が営造物として具体的に挙げているのは、主に公共用営造物(nutzbare Anstalt)であった。しかし、ギールケの定義もO・マイヤーの定義も、公共による利用可能性を営造物の要件とはしていない。また、営造物の組織法上の独立性および作用法上の独立性の法的性質は、未だ給付行政作用と結びつけられた形では具体化されていない。⁽¹⁵⁾

第三に、O・マイヤーは、営造物概念から組織的独立性の要素を排除したうえで、営造物という組織形式と特定の作用形式(公法作用)とを結びつけた。このことは、あらゆる公行政作用への公法の適用という彼の意図からすれば、首尾一貫した体系内在的な帰結であった。

しかし、その後、給付行政作用が増大し、営造物の目的および行為形式が多様化するに従い、公法と私法の峻

別基準としての主体説は崩壊し、組織と作用とは密接な関連を保ちながらも次第に分裂していく。そして、その際、公共用營造物の設置・提供という行政作用（給付行政作用）の特殊性が、營造物の利用関係に反映し、さらに、組織法上の營造物概念の発展を促すこととなる。そこで、以下、二においては營造物の作用法上の問題（營造物の利用関係）を扱い、三においては營造物の組織法上の問題（独立行政体としての營造物概念）を扱うこととする。

- (4) 同様に公營造物を組織法的に把握したためとして、vgl. F. Endemann, *Einführung in Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. I, 3. Aufl., 1897, S. 218.
- (5) O. マイヤー以前に、公營造物の作用法的な把握をしたためとして、vgl. F. F. Mayer, *Grundsätze des Verwaltungsrechts*, 1862, S. 12, 194 ff., 231 ff.
- (6) キールケの營造物概念は、公法固有の概念ではな⁹。營造物は、公の意思によって設立された營造物（公營造物）と、私人の意思によって設立された營造物（財団法人）と¹⁰の二概念である（Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, 1895, S. 635 ff., 645 ff.）。
- (7) Vgl. Gierke, *Fn 2*, S. 958 ff.; dens., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887,

S. 11 f.; dens., *Fn 6*, S. 635 ff.

- (8) この点について詳細は、塩野宏・オットー・マイヤー行政法学の構造（昭三七）一六一頁以下・二三七頁以下、並びに室井力・特別権力関係論（昭四三）二三九頁以下参照。

- (9) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 3. Aufl., 1924, S. 270.
- (10) O. Mayer, a. a. O., 2. Aufl., 1917, S. 484.
- (11) O. Mayer, a. a. O., 2. Aufl., S. 498.
- (12) O. Mayer, a. a. O., 3. Aufl., S. 268. なお、O. マイヤー著「フランス行政法の理論」に於いては、「營造物」という言葉は「service public」（公役務）の訳語として用いられ、給付を行ふ国家の作用そのものを用いるもの（O. Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886, S. 224 f.）O. マイヤーの營造物理論に於けるフランス法の源流については、むしろ、vgl. H. Jecht, *Die öffentliche Anstalt*, 1963, S. 11 ff.; W. Rüfner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, S. 111 ff.
- (13) Vgl. O. Mayer, *Fn 9*, 1. Aufl., 1896, S. 377.; dens., *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in: *Festschrift für Laband*, 1908, S. 54, 69 f.
- (14) なお、キールケとO. マイヤーの營造物理論の関係に

触れたものとしては、塩野・前掲書二三七頁以下参照。

(15) なお、O・マイヤーの營造物理論と給付行政との関連については、村上武則「給付行政とその法形式」法学論叢八九巻五号(昭四六)四四頁以下参照。

二 营造物の利用関係

1 特別権力関係から一般法律関係へ

营造物利用関係を公法関係であるとするO・マイヤーの考え方は、一九二〇年代頃までの学説においては、なお依然として維持されていた。⁽¹⁶⁾しかし、その後、行政の私法への逃避現象および私法における私的自治の原則の修正を背景として、学説は、营造物の利用関係は、私法的にも公法的にも構成され得るという見解をとるようになってきた。⁽¹⁷⁾さらに、一九六〇年代頃までの通説は、营造物の公法的利用については特別権力関係を固持した。しかし、その場合でも、一方では、特別権力関係を在学関係、在監関係その他の身分関係に限ろうとする説が現れた。⁽¹⁸⁾また、他方では、营造物規則を特別命令と解してそれに法的拘束性を認め、⁽¹⁹⁾いわゆる基本関係(Grund-verhältnis)と経営関係(Betriebsverhältnis)との区別

を導入し、基本関係における行政の措置を行政行為として構成することにより、特別権力関係が成立する範囲を限定しようとする試みもなされた。⁽²⁰⁾

その後、一九七二年に、連邦憲法裁判所は、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する」(ボン基本法第一条第三項)という文言を根拠として、特別権力関係においても一般法律関係と同様に基本権が妥当すると判示した。⁽²¹⁾それ以後、学説は、急速に、营造物領域における法律の留保の妥当範囲を論じるようになった。言い換えれば、法治行政の原理が排除される行政の内部領域という意味での营造物概念は、妥当性を失っていくこととなったのである。

2 营造物利用関係の法的性質

現在では、营造物領域における法律の留保の妥当範囲は、原則として、一般の給付行政の一環として、国民の権利・義務にかかわる本質的な事項については法律の留保を必要とするという、本質性理論ないし重要事項留保説に従い判断されている。⁽²²⁾実際にも、多くの場合には、营造物目的、利用条件などの基本的な事柄については、実定法の規定が存在している。実定法の規定が存在して

いない場合にも、学説は、公法上の利用規則を、特別命令⁽²³⁾または行政手続法第三五条に基づく一般処分であると解し、これに法的拘束性を認めようと試みている。しかし、營造物領域においては、その給付の多様性の故に、營造物規則によっても、營造物の利用関係を完全に規制することはできない。そのため、現実には、營造物目的の範囲内で、法律に基づかない利用者に対する若干の特別の拘束が存在している。⁽²³⁾一般に、營造物利用関係のうち基本関係に関する措置または基本権に重要なかわりをもつ措置については権利保護が図られ、基本関係にかかわらない措置は、司法的統制を受けないとされている。そして、利用者に対するこの特別の拘束の根拠については、主に次の二つの方向から説明がなされている。

(1) Hausrecht 説

O・マイヤー以来、多くの学説は、營造物権力の根拠を Hausrecht (Hausmacht) に求めてきた。例えばフォルストホフ (Ernst Forsthoff) は、營造物権力を公法上の Hausmacht であるとしたうえで、公營造物利用が私法形式で行われる場合には、「營造物権力は高権的権限を放棄する」と述べている。⁽²⁶⁾学説は、おおむね、最狭

義での Hausrecht を、「直接公行政目的に使用されている特定の空間において、当該行政機関が、訪問者の立入りおよび滞在を規制し、無資格者による妨害を除去する権限」としてとらえているようである。この権限以上に、禁煙、対話禁止などの諸措置も Hausrecht の内容に含まれるかどうかということについては争いがある。⁽²⁷⁾また、Hausrecht の法的性質についても、説が分かれている。⁽²⁸⁾

しかし、行政が管理する特定の空間への利用者の立入りを要しない營造物(例えば、水道)の場合には、利用者が特別の拘束を受けることを Hausrecht によって説明することはできない。⁽²⁹⁾また、最近では、營造物の内部秩序規制権限と訪問者を対象とする Hausrecht とを区別したうえで、營造物利用者は、当然行政の内部秩序規制権限に服するのだから、Hausrecht の対象ではないとする見解もある。⁽³⁰⁾

(2) 行政法上の債務関係説

ランゲ (Klaus Lange) は、營造物利用関係における利用者に対する特別の拘束は、事実行為の複雑性に基づくものであると指摘している。⁽³¹⁾すなわち、まず、彼は、公共用營造物の提供を事業行政 (Betriebsverwaltung)

の一類型としてとらえる。⁽³²⁾次に、彼によれば、事業行政は主として多種多様な事実行為によって行われるから、立法または指揮監督権を有する上級官庁などによる完全な統制は、不可能であり、また適切でもない。それ故、事業行政が独立性を伴うということは、不可避のことである。⁽³³⁾そこで、ランゲは、営造物利用関係は、公務員関係と同様に、営造物主体と利用者相互の一連の権利・義務からなる特殊な拘束関係であると主張している。⁽³⁴⁾

また、リュフナー (Wolfgang Ruffner) は、早くから、営造物利用関係を公法上の契約関係であると考えていた。⁽³⁵⁾彼は、営造物の領域では行政は多かれ少なかれ常に国民の同意を前提とせざるを得ず、純粹な意味での行政の一方的行為はあり得ないとして、そこに契約の基本的要素たる双方的拘束を認めたのである。しかし、現在では、行政手続法が公法契約に文書形式を要求したために、文書による契約を要しない営造物利用については、公法契約の有用性は小さいとされている。そこで、リュフナーは、営造物利用は補助金の場合と同様に「行政法上の債務関係」の一類型であり、さらにその「行政法上の債務関係」は、公務員関係と同様に「国家と国民との一般的

な関係を超える特別の権利・義務関係」であると主張している。⁽³⁶⁾

以上のように、営造物領域では、その作用の多様性の故に、立法による規制は包括的なものととらざるを得ない。それ故、利用者に対する法律に基づかない若干の特別の拘束が存在する。また、営造物行政の平等性・公正性を確保することが、営造物行政の重要な課題となる。そこで、最近では、後述のように営造物の管理・運営に利害関係人を参加させ、または営造物利用に関する基本権の意義を、単に利用請求権にとどまらず、設立請求権その他の本源的配分参加請求権をも含めて明確化することによって、⁽³⁷⁾営造物を民主的に統制しようとする試みもなされている。

3 小括

以上に述べたことを小括すれば、次の通りである。

第一に、営造物の利用関係は公法関係であり、しかも特別権力関係であるとするO・マイヤーの理論は、現在では何れも妥当しない。

第二に、もっとも、給付の多様性または営造物と利用者との間の接触の複雑性の故に、営造物利用を立法によ

って完全に規制することは不可能であり、また適切でもない。つまり、營造物行政がこのような作用法的意味での独立性を伴うということは不可避免的であり、利用者に対する法律に基づかない特別の拘束が存在するという限りで、一般理論としての特別権力関係論とその一類型としての營造物利用というO・マイヤーのカテゴリーが、現在も妥当している⁽³⁹⁾。

第三に、しかし、法律の優位の原則は、もとより營造物領域においても妥当する。また、營造物利用関係は行政による一方的な支配関係ではなく、營造物主体と利用者との一連の権利および義務関係であるから、營造物の管理・運営への利害関係人の参加、または直接基本権によって行政を拘束するなどの方法によって、營造物の民主的統制を確保する必要性が生じる。

以上のように、營造物行政が多種多様であるという点とが、これに応じた組織の発展をも促してきたのである。

- (19) Vgl. W. Bühler, Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, 1928, S. 9.; J. Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 7—8. Aufl., 1931, S. 506.;

A. Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL 6 (1929), S. 125.

- (21) Vgl. F. Fleiner, Institution des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 326. 營造物の利用関係は、公法的にも私法的にも形成され得るというのが、現在の通説である。Vgl. E. Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S. 412.; R.-P. Löhr, Nutzung öffentlicher Einrichtungen, in: Papperman/Löhr, Recht der öffentlichen Sachen, 1987, S. 130.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1986, S. 25 f.; Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1985, S. 410.; J. Salzwedel, Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, S. 463 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, S. 334 ff.

- (21) Vgl. Werner Weber, Ausprache über das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 186 ff.

- (25) Vgl. H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., 1961, S. 104.; E.-W. Böckenförde/R. Grawert, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), S. 1 ff. など。特別命令論については、平岡久「国々行政規程とそれの『特別命令』論」法政雑誌二二六卷二号(昭五四)一頁以下参照。

- (20) Vgl. C. H. Ue, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 152.
- (21) Vgl. BVerfGE 33, 1.
- (22) Vgl. W. Löwer, Die öffentliche Anstalt, DVBl. 1985, S. 938.; C. Schäfer, Benutzungsregelung gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen auf der Grundlage des § 35 Satz 2 3. Alternative VwVfG, 1986, S. 153 ff. なほ、本質的に「法律の留保事項の現代的課題」國家学会雑誌九八卷三二四号(昭六〇)二四一頁以下参照。
- (23) Vgl. F. Ossenbühl, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: Erichsen/Martens, a. a. O., S. 102 ff.; Salzwedel, a. a. O., S. 470.; Wolf/Bachof, a. a. O., S. 316, 318.
- (24) Vgl. K. Lange, Die öffentlichrechtliche Anstalt; VVDStRL 44 (1986), S. 182 f.; Löwer, a. a. O., S. 939.; Schäfer, a. a. O., S. 79 ff.
- (25) Vgl. Löhr, a. a. O., S. 132 ff.; W. Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982.; E.-W. Luthé, Besonderes Gewaltverhältnis und »Sachstrukturen«, DVBl. 1986, S. 440 ff.; M. Ronellenfisch, Das besondere Gewaltverhältnis, DÖV 1981, S. 933 ff.; dens., Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht, DÖV 1984, S. 781 ff.; Salzwedel, a. a. O., S. 469 ff.
- (26) Forsthoft, a. a. O., S. 503 f.
- (27) Vgl. D. Ehlers, Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden, DÖV 1977, S. 738.; Ronellenfisch, Das Hausrecht der Behörden, VerArch. 73 (1982), S. 467 f.
- (28) Hausrecht の法的性質については、所有権その他の物権に基いてあるとする説(私法説)、行政機能を確保するための職務権限の付属物であるとする説または慣習法に基づく高権的権限であるとする説(以上「公法説」)および行政と妨害者との個々の関係に基づき具体的に決せらるべきものであるとする説(相対説)が対立している。Vgl. Ehlers, a. a. O., S. 739 ff.; Mayer/Kopp, a. a. O., S. 411 ff.; Ronellenfisch, Fn 27, S. 469 ff.
- (29) 蕨野・前掲書一六二頁参照。
- (30) Vgl. Ehlers, a. a. O., S. 740.; Wolf/Bachof, a. a. O., S. 320.
- (31) Lange, a. a. O., S. 181 ff. なほ、西ドイツの事実行為概念については、高木光・事実行為と行政訴訟(昭六三)九九頁以下参照。
- (32) Lange, a. a. O., S. 171 ff. ランゲは、營造物行政における場合によっては規制行為が行われるのだから、營造物行政を給付行政の一類型として侵害行政に対置するとは適切ではなうとして、それと区別する意味で、事業的給付の提供を主な任務とする行政を「事業行政」と名付け

に示す。

- (33) Lange, a. a. O., S. 175 ff.
- (34) Lange, a. a. O., S. 184.
- (35) Rüfner, Fn 12, S. 312 ff.
- (36) Rüfner, Die Nutzung öffentlicher Anstalten, DV 1984, S. 30 ff.; Löwer, a. a. O., S. 937 ff.; P. Krause, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 (1987), S. 212 ff.
- (37) Vgl. V. Evertz, Die Bedeutung der Grundrechte im Zusammenhang mit der Benutzung gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen, 1987.
- (38) Vgl. Rüfner, Fn 36, S. 33 f.

三 独立行政体としての營造物概念

一において述べたように、ギールケが着目した營造物の組織的独立性の問題は、O・マイヤーの特別権力関係論によって意識的に度外視された⁽³⁹⁾。しかし、その後、間接国家行政および給付行政が増大するにつれて、營造物を独立行政体として再構築しようとする動きが現れてきた。

1 營造物の独立性

ギールケは、營造物を国家目的に拘束された法人とし

てとらえた。組織法上の視点から營造物をとらえようとするギールケ以降の説は、次の四つに大別できる。

- ① 権利能力を營造物の要件とし、かつ、營造物の多元的機能を認める説。
 - ② 營造物の独立性の相対性を認め、かつ、營造物の機能を給付機能に限定する説。
 - ③ 營造物の独立性の相対性と機能の多元性を同時に認める説。
 - ④ 營造物を給付機能を営む権利能力なき營造物と多元的機能を営む権利能力ある營造物とに二分する説。
- 以下、これらの説を順に紹介する。

(1) 右①の説は、間接国家行政概念の浸透を背景として、権利能力ある營造物を、「公行政の分権のための一形式」であるとし、公法上の法人のうち社團法人でも財団法人でもないものを、公的任務を遂行する限り、すべて營造物としてとらえる。例えば、ヴェルナー・ヴェーバー(Werner Weber)は「營造物は、『人的結合に基づくかなら』(nicht verbandsmäßig)行政主体であるとして定義している⁽⁴⁰⁾。つまり、権利能力なき營造物が他の行政主体の一部にすぎないのに対し、権利能力ある營造物は、

独自の行政主体である。それ故、W・ヴェーバーは、権利能力ある営造物については、国家による合目的性の監督が原則として排除されると考え、権利能力ある営造物と権利能力なき営造物とを、質的に区別する。

(2) 右②の説は、給付行政の増大を背景として、営造物を強弱さまざまな独立性をもつ給付行政の組織類型としてとらえる。すなわち、従前の権力的行政が自由主義理念と法治国家理念に基づいて、主に「行政行為」およびそれに適した「官庁組織」によって遂行されてきたのに対し、行政任務が実質的に秩序維持行政と給付行政とに分裂したことに対応して、行政組織も分化すべきであると考えられるようになったのである。⁽⁴¹⁾

ケットゲン (Arnold Köttgen) は、既に一九二九年のドイツ国法学者会議において、経済的行政は、主に多種多様な事実行為によって行われるから、一元的な官庁組織ではこれに対応しきれないと指摘している。そして、彼は、公の手による私法上の会社の増大に対抗するために、営造物を強弱さまざまな独立性を有する「公法上の行政組織内部の行政体」として位置づけている。⁽⁴²⁾ また、イェット (Hans Jecht) は、営造物を明確に給付行政

の組織類型であるとし、かつ、給付行政任務の技術性・専門性を強調した。彼は、特別の知識を有する専門家は、任務の遂行方法に関して拘束されない判断の余地が必要であると考え、そのために強弱さまざまな独立性を与えられた制度として、営造物をとらえている。⁽⁴³⁾

この説においては、権利能力は、営造物の要件とはされていない。なぜならば、立法者は、営造物に、私法上の取引についてのみ、もしくは営造物の母団体以外の者に対してのみ権利能力を付与することもできるし、または単に独立特別財産のみを付与することもできる。さらに、営造物の意思形成の独立性は、単なる行政の組織権限行為によりヒエラルヒー的拘束を若干緩和することによっても確保され得るからである。つまり、この説は、営造物の独立性の程度および態様は結局は政策の問題であり、権利能力ある営造物と権利能力なき営造物とは量的に区別されるにすぎないと考えるものである。⁽⁴⁴⁾

(3) 右③の説が、現在の通説である。通説は、独立性の相対性と機能の多元性を同時に認める。⁽⁴⁵⁾ 言い換えれば、法的な独立性をもつ営造物と組織的な独立性しかない営造物とを一応は区別するが、これを包括的・一

体的に營造物としてとらえ、かつ、營造物の機能を給付機能に限定しない。このような營造物概念は相対的なものとならざるをえないが、通説は、他の組織類型に包含されないようななんらかの独立性をもつ組織にも名称が必要であり、実定法もこれらの組織を營造物と名付ける傾向があるとして、統一的に理解したうえで、營造物の類型化を試みている。

(4) 右④の説は、ランゲによって、一九八六年のドイツ国法学者会議において提起された。彼は、権利能力ある營造物と権利能力なき營造物とを二分するよう主張している。⁽⁴⁸⁾ 彼によれば、両者の区別は、次のような点に認められる。第一に、従来権利能力なき營造物と呼ばれてきた組織は、公共による利用可能性の存否にかかわらず、内部の研修学校も含め、實際上、すべて事業行政を遂行しているのに対し、権利能力ある營造物は、さまざまな機能を営んでいる。第二に、権利能力なき營造物の独立性が、作用の性質上必然的に生じたものであるのに対し、権利能力ある營造物の独立性は、政治的決定により制度的に与えられたものである。⁽⁴⁷⁾ そこで、ランゲは、公の手により事業的給付の提供という目的から独立性を与えら

れたあらゆる供給源 (Resource) を「施設」(Einrichtung) と名付け、これを権利能力ある營造物から区別し、さらに、規制的行为の発動を主たる任務とする官庁から区別する。

2 營造物と他の独立行政体との区別

營造物は、その他の独立行政体から、次のように区別される。

(1) 私法上の会社との区別

現在の通説によれば、まず、營造物は、私法によらないで設立された公法上の組織として、公の手による私法上の組織(株式会社、有限責任会社など)から区別される。⁽⁴⁹⁾ 公の手による私法上の会社については、公法上の特別規定がほとんど存在していないのに対し、營造物については、營造物の母団体によるさまざまな統制方法または平等原則をはじめとする特殊公法的な行政に対する拘束が実定法上定められている。⁽⁵⁰⁾ そこで、營造物は、経済的効率性と給付の本来的目的とを同時に確保することのできる組織形式であり、私法上の会社への對抗手段であると考えられている。⁽⁵¹⁾

(2) 公法上の財団および社團との区別

次に、營造物は、他の公法上の独立行政体からも區別される。

(a) 財団との區別 營造物は、人的物的手段を基盤(Substrat)とするという点で、物を基盤とする財団と異なる。⁽⁵³⁾すなわち、目的が限定された資産の管理が財団の核心を成すものであるのに対し、營造物においては、その資産は、自己の目的達成のための手段にすぎない。

(b) 社団との區別 一般に、社団が構成員とその自治の存在を要件とするのに対し、營造物は、構成員をもたない⁽⁵³⁾とされている。しかし、近年、利害關係人が營造物の経営に参加することも多く、營造物と自治とが両立する概念であるかどうかが問題とされている。すなわち、營造物と社団との混合形態または限定された自治権を有する營造物の存在を認める⁽⁵⁴⁾説と、營造物は社団と異なり、原則として營造物の母団体の拘束に服し、自己の事務についての排他的または優先的な決定権を有しないとしてこれを否定する⁽⁵⁵⁾説とがある。

3 小括

以上に述べたことを小括すれば、次の通りである。

第一に、通説によれば、組織法上の營造物とは、要す

るに、「公法上の独立行政体のうち社団および財団を除いたもの」ということになる。

第二に、營造物の利用という法律問題と、組織法上の營造物の存在とは、必然的なつながりをもたない。一般に、二つの問題は、明示的または默示的に區別されている。すなわち、營造物の利用關係を論じる場合には、私法上の会社形式で運営されている公共用營造物もその対象に含めて考えられている。それ故、最近では、両者の區別を明確化するために、公共用營造物を地方自治法にみない、「公の施設」と呼ぶ動きもある。⁽⁵⁶⁾

第三に、營造物概念の範圍をどのように限定するかということは、それぞれの論者の問題意識に大きく左右されるが、さきに述べた何れの説に立つにせよ、組織形式としての營造物概念の中心領域は、給付行政領域であり、なかでも、公共用營造物の領域である。營造物の設立目的としては、柔軟性の確保、任務の専門性などが挙げられているが、この必要性は、給付行政領域において、侵害行政領域に比して相対的により大きいといえよう。つまり、作用と組織とは緊密な關係にあり、給付行政の増大が、組織の独立化を促し、組織法上の營造物概念を発

展をせてきたのである。

そして、最近では、住民・利害関係人の参加を保障し、給付行政を民主的に統制するという目的のために、營造物という組織形式を積極的に活用すべきであるとする主張が現れている。

- (39) 例えば、フライナー (Fritz Fleiner) は、營造物が権利能力をもち場合によっては、その独立性に民法上の意義しか認められず (Fleiner, a. a. O., S. 322.)。
- (40) Werner Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 1940, S. 75.; ders., Der nicht staatsunmittelbare öffentliche Organisationsbereich, Juristen-Jahrbuch, 8. Bd., 1967/68, S. 160. Vgl. W. Rudolf, Verwaltungsorganisation, in; Erichsen/Martens, a. a. O., S. 635.
- (41) メンテン (Adolf Merkl) の研究が、行政組織の機能的な法的把握をもちいた先駆的である (Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 290 ff.)。
- (42) Kötzgen, a. a. O., S. 113 f., S. 125.
- (43) Jecht, a. a. O., S. 62 ff.
- (44) Jecht, a. a. O., S. 72 ff.
- (45) Vgl. W. Berg, Die öffentliche Anstalt, NJW 1985, S. 2294 ff.; R. Breuer, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 224 ff.; W. Krebs, Die öffent-

lichrechtliche Anstalt, NVwZ 1985, S. 614 ff.; Wolf/Bachof, a. a. O., S. 298 ff.

(46) Lange, a. a. O., S. 170 ff.

(47) Lange, a. a. O., S. 188 f. なお、ランゲは、通説のいう「組織的独立性」の不明確性を指摘し、ここでいう独立性とは、必ずしも法的なものではなくて、単に「空間的、具体的なもの」で足りるとしている (Lange, a. a. O., S. 186.)。

(48) この定義によれば、施設には、人工公物および補助金なども含まれることになる (Lange, a. a. O., S. 185 ff.)。また、権利能力ある營造物が事業行政を遂行する限り、施設に関する法原理は、権利能力ある營造物についても妥当する (Lange, a. a. O., S. 196.)。

(49) Vgl. Breuer, a. a. O., S. 224.; Rudolf, a. a. O., S. 634 f. メンテンにおける私法人と公法人の区別については、例えば、舟田正之「特殊法人と『行政主体』論」立教法学二二号 (昭五九) 一頁以下参照。なお、通説においても營造物が公的任務を遂行することについては争いがなく、この限りでは、機能的要素が保持されている。

(50) 私法上の会社について特別規定を置くことも可能であり、その場合には、「公法上の組織と私法上の組織との区別は、相対的なものとなる。また、会社形式で経営されているゲマインデの公の施設に関する住民の権利として、ゲマインデに対する「あっせん請求権」や会社に対する「私法上の利用請求権」を認め、公の手による私法上の会社に対

- しても公法上の拘束を及ぼさうとする試みる存在する(「わが行政私法論」)。Vgl. Evertz, a. a. O., S. 93 ff.; G. Püttner, Die Einwirkungspflicht, DVBl. 1975, S. 353 ff.
- (15) Vgl. Köttgen, a. a. O., S. 126 ff.; Lange, a. a. O., S. 203 f.
- (33) Rüfner, Fn 12, S. 240.; Wolff/Bachof, a. a. O., S. 304 f. づれに對し、財団は独立特別財産を与えられた營造物であり、營造物の下位概念であるとする見解も存在する。Vgl. Breuer, a. a. O., S. 231.
- (35) Vgl. Rudolf, a. a. O., S. 637.; Wolff/Bachof, a. a. O., S. 303 f.
- (45) Vgl. Wolff/Bachof, a. a. O., S. 305.; Berg, a. a. O., S. 2297.
- (55) Vgl. Breuer, a. a. O., S. 230 f.; Maurer, a. a. O., S. 479.
- (95) Löhr, a. a. O., S. 128 f. Vgl. Rüfner, Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt, DÖV 1985, S. 605 ff. なお、ドイツの地方自治法における公の施設概念については、成田頼明「西ドイツの市町村制における『公共施設』の觀念とその利用に関する法律關係(一)」自治研究三七卷一号(昭三六)一一三頁以下参照。

四 營造物理論の現代的課題

1 營造物の自由保障機能

西ドイツにおいては、近年、国民の自由保障機能を營む行政内部の権力分立手段として、營造物を活用すべきであるという主張がなされている。例えば、ベルク(Wilfried Berg)は、社会的任務を公行政へ組み入れる場合には、「一般使用」の「許可使用化」(Veranstaltung)ともいふべき危険性のあることを輕視してはならないとしたうえで、しかしながら私的団体にそのような任務の適切な遂行を期待できない場合には、少なくとも代償的に、個人の自由を守るよう試みられねばならないと述べている。⁽⁵⁷⁾ 彼によれば、この場合には、營造物に對する関与および統制が単一の公権力主体に委ねられてはならないし、かつ、ヒエラルヒー構造をとることが統制の効果的手段でもない。すなわち、給付行政領域においては、給付の提供者と受益者との間のフィードバックが重要な意義をもっているのだから、營造物の經營に利害關係人を制度的に参加させるべきであるといふのである。

實際にも、例えば、ワイン安定化基金(Stabilisierungsfonds für Wein)、映画振興協會(Filmförderungsgesellschaft für Deutschland)

anstalt) などにおいては、社会的関係団体が、情報提供をはじめとする「協力の代償」として、運営機関に代表を派遣して、決定に参加している。つまり、ここでは、「協調過程」という形式での社会的統合過程」が、「一方的に定められた法形式での組織的統合」に取って代わっている。ランゲは、これらの營造物を、国家と社会との区別の限界を示す極めて現代的な類型として、「中間營造物」と名付けている。⁽⁵⁸⁾

これらの中間營造物については、次のような組織法上の問題点が指摘されている。

2 中間營造物の独立性の合憲性

独立性の合憲性は、營造物一般について問題とされている。すなわち、通説は、権利能力ある營造物の設立には法律の根拠が必要であるとしているが、さらに、營造物の独立性については、たとえばガイドラインとしての有用性しかもたないとしても、基本法上の制約が存在するとされている。⁽⁵⁹⁾ なぜならば、營造物の独立性は、「議会による正当性承認の喪失」となり、またはさまざまな任務の調整を妨げるおそれがあるからである。⁽⁶⁰⁾

中間營造物についても、権利能力が付与され、または

その任務について少なくとも優先的な決定権が与えられている場合には、独立性の合憲性が問題となろう。決定に参加する社会的団体は自己の利益を図ろうとするから、その決定内容が、「議会による正当性承認および他の任務との調整を経た決定内容」と一致する保障はないからである。ランゲによれば、一般に任務領域が特殊な場合ほど、また決定の結果により害される者が少ないほど、独立性は正当化される。⁽⁶¹⁾

3 中間營造物の組織構造

中間營造物の国民の自由保障機能を確保するためには、營造物内部における運営機関の適切な構成を確保し、また国家による營造物の統制範囲を明確化することが必要となる。

(1) 中間營造物の内部構造

まず、營造物の内部において合議機関の適切な構成を確保するための条件として、ランゲは、次のことを挙げている。

(a) 立法者は、「あらゆる利害関係団体からの適切な代表の選抜」に配慮しなければならない。利害関係団体が十分な組織能力をもたない場合には、国家は、代表者

の選抜に影響力を行使しなければならない。基本法上、影響力の行使自体が排除されている場合には、国家は、營造物の設立を断念するべきである。⁽⁶²⁾

(b) 營造物が行った決定は、適切な参加可能性が明白に存在しない場合には、違法となる。この場合には、利害関係団体は、少なくとも平等原則に基づいて訴えることができる。⁽⁶³⁾

(c) 各利害関係団体は、自己の団体内部における少数者保護にも配慮しなければならない。⁽⁶⁴⁾

(d) 營造物内部の制度化された諸機関の利益が互いに対立する場合には、機関相互の訴訟可能性が考慮され得る。⁽⁶⁵⁾

(2) 中間營造物の統制

次に、国家による營造物の統制範囲が、明確にされねばならない。

第一に、一般に、中間營造物は、国家による合法性の監督に服するとされている。⁽⁶⁶⁾

第二に、権利能力ある中間營造物について、国家による合目的性の監督が原則として排除されるべきか否かについては争いがある。ランゲによれば、營造物は、議会

による正当性承認の喪失が、他の方法、とりわけ関係人の参加によっても償われ得ない限りで、合目的性の監督に服する。⁽⁶⁷⁾ また、国家による違法な指図に対し、營造物は、自己決定権または基本権に基づいて、裁判上これを争うことができるとする説もある。⁽⁶⁸⁾

4 小括

以上に述べたことを小括すれば、次の通りである。

第一に、西ドイツでは、近年、給付行政のように本来は社会的任務とされたものを国家領域に組み入れる場合には、營造物という組織形式を用い、利害関係人を制度的に参加させることによって、国家と社会との調和的な発展を図らねばならないと主張されている。

第二に、ただし、營造物の独立化は、議会による正当性承認ないしは統制を失わしめ、他の国家任務との調整を損なう危険性がある。

第三に、それ故、營造物内部の運営機関の適切な構成と国家による營造物の統制範囲の明確化が重要な課題であるとされている。

(57) Berg, a. a. O., S. 2300 f. Vgl. W. Höfling, Zur hoheitlichen Kunstförderung, DÖV 1985, S. 391 ff.; E. Schreyer,

Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, 1982, S. 138 f.

(28) Lange, a. a. O., S. 194 ff. Vgl. G. F. Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch vonselbständige Verwaltungseinheiten, 1981, S. 30 ff., 259 ff., 365 ff.

(29) Lange, a. a. O., S. 189 ff. Vgl. Krebs, a. a. O., S. 614 ff.

(30) Lange, a. a. O., S. 189 f. 独立社の合議性については、營造物の任務の性質、独立性の程度および目的などを総合的に考慮して判断されている。例えば、独立性が組織法上強い程度に達している場合は国家の重要な秩序維持任務に関係している場合には、独立性についてはより強い正当化事由が必要となる。また、任務の専門性という理由は民主主義および法治国家原則に照らし相対的に低く評価されるべきであるのに対し、利害関係人の参加による共同管理という理由は、高く評価されるべきであるとされてゐる。Vgl. Breuer, a. a. O., S. 229 ff., 237 ff.

(31) Lange, a. a. O., S. 195 f.

(32) Lange, a. a. O., S. 198.

(33) Lange, a. a. O., S. 198. Vgl. C. Starck, Teilhabeansprüche auf Rundfunkkontrolle und ihre gerichtliche Durchsetzung, in: Festschrift für Löffler, S. 381 f., 384 ff.

(34) Lange, a. a. O., S. 198 f.

(35) Lange, a. a. O., S. 199.

(36) ミンクは、合法性の監督手段が法律上規定されている場合に、報告要求、代執行など、實體法上認められなければならない (Lange, a. a. O., S. 201 f.)。

(37) Lange, a. a. O., S. 199 ff. Vgl. Kötzgen, Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, VerwArch. 1939, S. 94.; Weber, Fn 2, S. 78 ff.

(38) Vgl. Lange, a. a. O., S. 200 f.; K. A. Betermann, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, S. 1321 ff. など、營造物の Grundrechtsfähigkeitについては、vgl. H.-J. Papier, Fälle zum Wahlrecht Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1984, S. 19 ff.

おわりに

以上みてきたことから明らかなように、西ドイツにおける作用法上の營造物概念および組織法上の營造物概念の特徴は、公の施設の提供が、主としてその目的の多様性に鑑み、多種多様な事実行為によって行われるということに由来している。

まず、營造物領域では、立法による規制は、營造物目的、利用条件などの基本的事項を包括的に定めるということにとどまらざるを得ない。もっとも、学説は、利用

規則に法的拘束性を認め、または利用者に対する法律の根拠のない特別の拘束についても、一定の権利保護を図ろうと試みてきた。しかし、この場合には、法律の留保ではなくて、法律の優位が確保されるにとどまらざるを得ないということになる。

次に、公の施設の提供は、多種多様な専門・技術的任務の遂行であるから、ヒエラルヒー的官庁構造からの強弱さまざまな独立性を有する組織を必要とする。

以上のように、公の施設の提供は、必然的に、多かれ少なかれ、立法および上級官庁による統制からの独立化をもたらし、そのことがまた公の施設の制度的独立化を促す。そこで、近年では、公の施設の管理・運営に利害関係人を参加させることによって立法的統制を補完し、民主的統制を確保する必要があると主張されている。そして、組織法上の営造物の国民の自由保障機能を確保するために、営造物内部の運営機関の適切な構成（例えば合議制の採用）と国家による営造物の統制範囲を、それ

ぞれの営造物の性質に応じて明確化すること、⁽⁶⁹⁾西ドイツにおける営造物理論の現代的課題となっている。これらのことは、すべて第一次的には立法政策の問題であるが、しかし、立法にあたっては、上述のごとき指針が遵守されるべきであり、または行政の組織権限によってもその実現に向けての努力がなされるべきであると考えられているのである。

このように、国家から多かれ少なかれ影響力を受ける独立的組織体を制度的・継続的に保障することによってのみ、より効果的な国民・住民の共益実現および国家と社会の相互発展が可能になるものと考ええる。

(69) 日本におけるこれらの問題を扱ったものとして、舟田教授の一連の論文がある。舟田「前掲論文」、同「公共企業に関する法制度論序説(一)」立教法学二九号(昭六二)八五頁以下、同「特殊法人の組織的諸問題」公法研究五〇号(昭六三)二二五頁以下参照。

(一橋大学大学院博士課程)