

営造物と利益集団の多元的参加

——ドイツにおける理論の展開——

はじめに

現代国家は、国民に広く公共サービスを提供し、国民生活のあらゆる領域に介入している。このような国家と社会の相互浸透にともない、より効果的な国民・住民の共益実現のためには、国民の行政へのさまざまな参加、またはより広い意味での国家と社会との協働が不可欠となっている。それ故、一般に、参加制度の研究は、わが国の公法学におけるきわめて現代的な課題であり、従来、手続法的な視点からは多くの議論がなされてきた。

しかるに、参加および国家と社会との協働という現

大久保規子

象は、単に手続法的な視点からのみ把握され得るものではない。なぜなら、このような現象は、多元的に構成された新しい組織形式をも要求するからである。このことは、わが国では、例えば、審議会または第三セクター方式の会社のように、いわば国家と社会の中間領域を成すゆるやかな組織の増加として現れている。それ故、最近では、国民参加にふさわしい組織の必要性が認識され、そのために、例えば審議会を改革すべきであるという主張がなされるようになった。⁽¹⁾

これに対し、ドイツでは、放送、教育、経済誘導などの領域において、さまざまな利害関係者が、恒常的に行政機関に参加している。このような多元的構造を

有する行政組織の多くは、営造物 (Anstalt) と呼ばれ、多かれ少なかれ、官庁的ヒエラルヒー構造からの独立性が与えられている。

そこで、本稿では、わが国における国民の行政組織参加制度を考察するための手がかりとして、ドイツの営造物における参加制度を概観し、この制度の憲法上の限界に関する議論を整理考察することにする。

ドイツの営造物における利害関係人の参加制度の特徴は、以下の四点にある。第一に、参加人は、原則的に個人としてではなく、各種利益集団の代表として営造物に参加する。第二に、利益集団は、自己の代表の選抜について、提案権、場合によっては直接的な選定権をもつ。もっとも、第三に、法律は、しばしば、営造物の合議機関の委員がいかなる機関または集団による委任または指図にも拘束されない旨を定めている。すなわち、少なくとも法制度上、利益集団の代表は、その出身集団の利益の単なる代弁者ではない。第四に、このような合議機関は、単に諮問機能にとどまらず、場合によっては、同意権、さらには決定権をも有する。

このような営造物における利害関係人の参加は、しばしば、行政の民主化という政治的要求に因って実現されてきた。ところが、行政組織と民間組織とを区別せず、また、参加制度を現代国家の病理に対するいわば万能薬であるかのように考えて、参加権のより一層の拡大を求める社会的・政治的要求が高まる中で、公法学の立場からは、参加権拡大への強い懸念も示されるようになった。すなわち、利害関係人の行政組織参加は、憲法上無制限に許容されるものではなく、例えば、民主的正当性をもたないが故に、まさに民主主義原則に反する場合もあり得るといふ懸念がそれである。利害関係人の行政組織参加にはさまざまな問題があることを十分認識しながらも、参加のもつ法的・社会的価値を認め、より強い利害関係人の行政組織参加制度と憲法上の諸原則とをなんとか調和させようとするドイツの議論は、わが国においてもきわめて重要な示唆に富むものである。

以下では、営造物における参加制度について、「一 営造物と参加」、「二 現行法の参加制度」、「三 組織

参加の憲法上の「限界」の順に述べることにする。

(1) 例えば、原田尚彦「私的利益集団と行政参加」東大教養学部社会科学紀要(昭五〇)一五八頁以下、小高剛・住民参加手続の法理(昭五二)二二五頁以下、原野翹「現代行政法学と『参加』論」長谷川正安編・現代国家と参加(昭五九)七五頁以下、金子正史「審議会行政論」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編・現代行政法大系第七巻(昭六〇)一一三頁以下、兼子仁「審議会諮問手続と国民参加」行政法と特殊法の理論(平成元)七四頁以下、同「住民参加制度としての審議会・公聴会」前掲書二二〇頁以下参照。

(2) ドイツの参加論の一般的、理念的動向については、篠原巖「西ドイツにおける参加論の理論動向」長谷川編・前掲書二五一頁以下参照。

一 営造物と参加

1 概念

ドイツにおける営造物概念は、歴史的にかなり古くから存在し、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。⁽³⁾ 本稿で営造物という場合には、この第二の意味での組織法上の営造物を意味する。

営造物と同様に独立性をもつ公の手の組織としては、ほかに、私法上の組織および公法上の社団・財団があるとされている。組織法上の営造物とは、実質的に言えば、「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」であり、一種の控除概念として捉えることができる。ここでいう独立性とは、通常の官庁的ヒエラルヒー構造からの独立性をもつという意味であり、独自の法人格を付与されている場合のみならず、単に行政の組織権限によりヒエラルヒー的拘束が若干緩和されている場合も含まれる。通説によれば、営造物は、まず、私法によらないで設立された公法上の組織であるとして、公の手による私法上の組織(株式会社や有限会社など)から区別される。次に、営造物は、その他の公法上の独立行政体からも区別される。すなわち、

営造物は、人的物的手段を基盤とするという点で、物を基盤とする財団と異なる。また、社団が構成員とその自治の存在を要件とするのに対し、営造物は構成員をもたないとされている。もっとも、営造物における利害関係人の参加が増大するとともに、営造物と社団との区別は、ますます相対化する傾向にある。

ドイツにおいて、「参加」を意味する用語は、*Beteiligung/Mitwirkung/Mitbestimmung/Mitentscheidung/Participation* など多種多様であり、それぞれがさまざまに定義されていて、相互の明確な区別はなされていない。そのため、広義の参加権の下には、情報の公開や意見交換にはじまり、聴聞権、意見表明権・提案権、同意権、さらには決定権にいたるまで、さまざまな段階・形態が包括されている。もっとも、狭義においては、*Mitbestimmung* および *Mitentscheidung* は、最も強い段階の参加権（共同決定権）のみを指し、*Mitwirkung* は、それ以外の比較的強い参加形態のみを包括するようである。また、情報の公開は、厳密に言えば、参加の準備段階にすぎないとさ

れ、狭義の参加概念からは除外されている⁽⁴⁾。

2 参加の組織形式としての営造物

既に述べたように、さまざまな利害関係人が参加している行政組織の多くは、営造物である。しかし、営造物の設立理由は、常に利害関係人の行政組織参加の制度化にあるわけではない。それ以外にも、またはそれと同時に、例えば、行政の柔軟性を確保するために設立される営造物も多い。逆に、さまざまな利害関係人の行政組織参加は、常に営造物という組織形式で行われる必要はない。例えば、情報交換のようなより弱い参加は、必ずしも官庁的ヒエラルヒー構造からの独立性をもつ組織を前提とするものではないからである。しかし、利害関係人の行政組織参加制度は、行政の決定構造を多元化することにより、行政の民主性の確保、国民の自由の保障および専門知識の獲得などをめざすものであるとされており、それ故、その本質上、組織自体の多元化・独立化をも志向する。

この点について、例えば、ペーターズ氏 (Hans Peters) は、「現代大衆国家における官僚の強大な権力に直面

し、また需要の充足について広く国家に期待する国民の中にあつては、行政自身が権力分立に服し、明確に権限を限定された相互に独立した諸官庁に分割されなければならぬ」と述べている。すなわち、行政内部にさまざまな自治形態を取り入れることにより、「生活との密着性および専門官僚と社会の政治的諸勢力との均衡が確保される」というのである。⁽⁵⁾

また、ベルク氏(Wilfried Berg)も、分割されない行政はガラスのように壊れ易い人間を作り、豊かな人格の発展を妨げるとして、行政内部における権力分立の必要性を主張している。⁽⁶⁾ その際、同氏は、社会的任務を公行政に組み入れる場合には、自由使用の許可使用化(Veranstaltung)ともいふべき危険性のあることを指摘したうえで、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することができない場合には、营造物という組織形式を用いて、特にその内部組織において多元的な参加構造を保障することによって、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。⁽⁷⁾

さらに、ブローム氏(Wilfried Brohm)は、行政機能の増大および国民生活の専門化などによって、行政組織の分散化および多元化が進んでいくとする。そして、それに伴い、特別の専門知識の獲得または政治的な理由から、行政が社会的勢力を自己の内部に取り込んだり、行政任務を社会的勢力の自律的遂行に委ねたりすることによって、ますます社会的勢力との調整が行われると述べている。⁽⁸⁾

以上のように、行政任務の増大・専門化(とりわけ給付行政の増大)による行政組織の多元化が参加制度の必要性を生み、参加制度の発展が行政組織の多元化をさらに押し進めている。そして、その際、营造物は、国家の影響力を保持しつつ行政組織を多元化するための組織形式として、給付行政にとって典型的な組織形式であるばかりでなく、利害関係人の多元的参加にとっても典型的な組織形式となっている。

(3) ドイツにおける营造物概念の展開については、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)八三頁以下、同「現代行政における

『営造物』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、拙稿「営造物理論の展開と課題」一橋論叢一〇二卷一号(平元)一〇三頁以下参照。

(4) Vgl. W. Schmit Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 183 ff.

(5) H. Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, S. 30. なお行政の統一性の問題については、vgl. B.-O. Bryde, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), S. 181 ff.

(6) W. Berg, Die öffentlichrechtliche Anstalt, NJW 1985, S. 2299 ff.

(7) W. Berg, a. a. O., S. 2300.

(8) W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 261 ff.

二 現行法の参加制度

ドイツでは、現行法上、参加制度に関する統一的法律はなく、個別法令により、多種多様な参加形態が

設けられている。それ故、これらを概括的に記述するのは容易ではない。このことは、多くの法律上の規定が州(Land)段階で定められているために、一層困難である。さらに、市町村段階では、博物館、公営住宅、病院などの各種公共施設において、利害関係人の参加制度が導入されているところもあるようである。それ故、ここでは、さまざまな営造物における参加制度のいくつかの例を示すにとどめざるを得ない。

1 教育領域

教育領域では、権利能力のない営造物である学校および成人大学において、州法によって、利害関係人に参加権が保障されている⁽⁹⁾。

(1) 学校領域

以前は特別権力関係の典型的な適用領域であるとされた学校においても、一九五〇年代以降、とりわけ一九六〇年代から七〇年代にかけての「学校の民主化」をめぐる議論を通じ、教師の参加制度ばかりでなく、父母および高学年の生徒の参加制度も順次整備されてきた。もっとも、参加権の内容・程度は、各州の教育

政策に応じ、かなり異なるものとなっている。また、参加人は、必ずしも教師、父母および生徒のみに限られず、場合によっては労働組合および雇用者団体のような外部の利益集団の代表の参加も認められている(例えば、ニードーザクセン学校法¹⁰九〇条三項)。

一般的特徴としては、第一に、父母および高学年の生徒は、学級・学校・地区・州の各段階で、それぞれが別々の参加機関を有するほか、とりわけ州段階において、父母、生徒、教師、場合によってはその他の利害関係人から成る共同参加機関を有する。

第二に、父母および生徒は、学級段階で、個人的に参加権(主に審議および代表の直接選抜)を行使するが、それ以上の段階では、自らの代表を通じて、集団的および間接的に参加権を行使する。

第三に、参加の程度は、それぞれの事項に応じ、諮問機能にとどまる場合から共同決定権を有する場合まで多様であり、また、参加の対象事項は、学校段階ではより具体的であり、州段階ではより一般的である。

例えば、ヘッセン州の父母参加制度では、学校段階

において、学校父母会議(Schülerelternrat)に、単に提案権および聴聞権ばかりではなく、比較的強い参加権(例えば、一般指針と異なる授業制度の試行に関する同意権)が与えられている(共同決定法¹¹九条二項)。また、州段階では、州父母会議(Landeselternrat)に、教育目的、教育方針に関する一般的な諸決定および教材の選択に関する一般指針などの重要事項について、同意権が与えられている(同法二三条)。具体的に言えば、これらの決定を行う際には、まず、州文部大臣と州父母会議の間で論議がなされねばならない。

州父母会議が、二度にわたり同意を拒否した場合には、州文部大臣が最終的に決定する。ただし、州父母会議が法定委員数の三分の二以上の多数で二度目の否決を行った場合には、州文部大臣は州政府の同意がある場合に限り、これに反する決定を行うことができる(同法二四条)とされる。¹²

(2) 成人大学における参加
生涯教育制度の一つである成人大学においては、二つの類型が区別される。¹³

第一に、例えば、ノルドライン・ヴェストファーレン州では、参加制度の目的は、受講者の需要に即した教育プログラムの作成およびその執行の確保にあるとされており、それ故、参加が予定されているのは、内部の利害関係人（教職員および受講者）だけである（生涯教育法四条四項¹⁴）。

第二に、例えば、ニーダーザクセン州やヘッセン州では、学校主体の利益からできるだけ独立した多元的な教育活動の保障ということが参加制度の目的とされている。それ故、ニーダーザクセン州の成人教育法によれば、外部の利害関係人が過半数を占める諮問委員会が、プログラム作成の際に協働し、教職員の任命について提案を行う（同法三条五項）。これに対し、ヘッセン州では、労働組合や教会のような外部の利害関係人の参加のみが予定され、受講者の参加は予定されていない（成人大学法三条四項¹⁵）。

2 放送領域

公法上の放送営造物は、権利能力のある営造物であり、その重要な機関は、会長（Intendant）、放送委員会

（Rundfunkrat）および管理委員会（Verwaltungsrat）である。利益集団の代表は、放送委員会および管理委員会に参加している。

第一に、各州の放送法によれば、放送委員会は、放送領域での公衆の利益を代表する（例えば、ヘッセン放送法五条一項¹⁷）。

放送委員会は、経済、文化、教会、教育、学問などさまざまな領域からの社会的に重要な集団の代表、政府委員などにより構成されており、集団の代表の選定権は、直接代表を派遣する集団に与えられている（例えば、ヘッセン放送法五条二項・三項）。ただし、委員はいかなる機関または集団による委任にも拘束されない（例えば、ヘッセン放送法五条一項）。

放送委員会は、プログラム構成の基本問題について会長に助言する権限を有するほか、会長の任命権、予算の認可権などの重要な権限を有する（例えば、ヘッセン放送法九条）。

第二に、管理委員会は、委員の大部分または州によっては全員が、放送委員会により選任された委員をも

って構成される(前者の例として、ヘッセン放送法⁽¹⁸⁾一条、後者の例として、北部ドイツ放送協定⁽¹⁹⁾二三条)。管理委員会の任務は、主に経済的技術的問題に関し、会長の業務執行を監視することであり(例えば、西部ドイツ放送法⁽¹⁹⁾二一条一項)、会長の法律行為について、管理委員会の同意を要するとされている場合も少なくない(例えば、西部ドイツ放送法⁽¹⁹⁾二一条三項)。

3 公企業

公企業においては、従来、主に職員の参加について議論がなされてきた。しかし、いわゆる部分的権利能力をもつ営造物である連邦鉄道および連邦郵便においては、他の利益集団の代表も、以下のように参加している。

第一に、連邦鉄道においては、連邦参議院、労働組合などの代表とともに、経済界からも五人の代表が管理委員会に参加している。経済界の代表は、工業、商業、農業、手工業および交通業の中央組織の提案に基づいて連邦政府によって任命される(連邦鉄道法⁽²⁰⁾一〇条二項)。これらの委員は、いかなる機関または集団

による委任または指図にも拘束されない(同法一〇条四項)。

管理委員会の議決事項は、管理規則、経営計画および新規路線の敷設など多岐にわたる(同法一二条一項)。ドイツ連邦共和国、州または連邦鉄道の重要な利益が危険にさらされている場合には、連邦交通大臣は、自己の認可を要しない管理委員会の議決について、異議を申し立てることができる。管理委員会が自己の決定をなおも正しいとみなす場合には、連邦政府が、最終的な判断を下すこととされている(同法一五条)。

第二に、連邦郵便においては、連邦の代表、連邦郵便の企業(郵便、電気通信、郵便貯金)の職員代表および顧客の代表が、連邦郵便の各企業の監査役会(Aufsichtsrat)に参加している(連邦郵便構成法⁽²¹⁾一六条一項・二項)。顧客の代表は、工業、農業および消費者の中央組織との話し合いを経て、連邦政府により任命される(同法一七条二項・一八条)。また、監査役は、自己の最善の知識と良心に従って、その職務を遂行しなければならぬとされている(同法一六条五

項)。

監査役会は、業務執行の監視をその任務とし(同法二三条一項)、質問権および意見表明権などを有するほか(同法二三条五項・六項)、例えば、経営計画の策定並びに郵便業務および電気通信事業の独占領域における料金について議決を行う(同法二三条三項)。理事会(Vorstand)は、監査役会の議決に対し、異議を申し立てることができる(同法二四条一項)。監査役会が理事会の異議を却ける場合には、理事会の提案に基づいて、連邦郵便・電気通信大臣が、最終的に決定する(同法二四条三項)。

4 助成・整序行政領域

助成・整序行政の領域では、利益集団は、いくつかの権利能力のある営造物の管理委員会へ各々の代表を送っている。ランゲ氏(Klaus Lange)は、この種の権利能力のある営造物を国家と社会の分離の限界を示す最も新しい型の営造物として、中間営造物(intermediäre Anstalt)と名付けている⁽²²⁾。この中には、連邦自動車遠距離貨物運送営造物(Bundesanstalt für den

Güterfernverkehr)、連邦農市場調整営造物(Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung)、連邦労働営造物(Bundesanstalt für Arbeit)、ワイン安定化基金(Stabilisierungsfonds für Wein)、映画振興営造物(Filmförderungsanstalt)および各種金融営造物(Kreditanstalt)などが含まれる。これらの営造物の多くは、経済領域で活動しているが、映画振興営造物のように、文化領域においても活動するものもある。

例えば、自動車貨物運送法⁽²³⁾(連邦法)によれば、連邦自動車遠距離貨物運送営造物の管理委員会は、さまざまな利益集団からの合計二七人の委員(社団法人ドイツ自動車遠距離貨物運送連邦連合会から六人、労働組合から五人、社団法人運送・倉庫業連邦連合会から二人、保険業界の中央連合会から一人など)により構成されている。委員の任命は、各利益集団の提案に基づいて、連邦交通大臣により行われる(同法六二条一項)。ただし、委員が自己の母体団体の所屬を失う場合には、当該委員は、委員たる資格をも失う(同法六

二条四項)。管理委員会は、予算案および貨物審査所の許可指針などについて議決するほか(同法六三条)、連邦自動車遠距離貨物運送营造物の長の任命に際し、提案権を有する(同法六五条)。

また、ドイツ映画振興措置法⁽²⁴⁾(連邦法)によれば、映画振興营造物の管理委員会は、その過半数が法律に定められた割当方法に基づいて、特定の利益集団の代表によって占められているが、さらに、連邦議会、連邦参議院および連邦政府の代表もこれに参加している。管理委員会の委員は、各利益集団によって直接指名されるが、いかなる機関または集団による委任または指図にも拘束されない(同法六条一項・五項)。管理委員会は、映画振興营造物のすべての基本問題について議決する(同法六条五項)。管理委員会の委員は、さらに、評価委員会(Bewertungskommission)および授与委員会(Vergabekommission)の委員を指名する(同法七条・八条)。評価委員会は映画の品質鑑定書に関する権限を有し、授与委員会は、例えば、脚本助成について決定する。映画振興营造物が連邦経済大臣に

よる合法性の監督に服することについては法律上の規定があるが、目的性的の監督については明文の定めがない。

(9) 大学は、通説によれば、公法上の社团であると考えられているので、ここでは除外した。ただし、大学は、营造物と社团の区別の限界を示す事例であると考えられ、营造物的性質を有する社团であるとか、营造物と社团の混合形態であるなどとも言われている。

(10) Niedersächsisches Schulgesetz in der Fassung vom 6. 11. 1980 (Nieders. GVBl. S. 425).

(11) Gesetz über die Mitbestimmung der Erziehungsberechtigten und den Landesschulbeirat in der Fassung vom 27. 3. 1981 (Hess. GVBl. I S. 142).

(12) なお、高学年の生徒の参加権は、⁽²⁵⁾ ユッケン州では、学校管理法(Gesetz über die Unterhaltung und Verwaltung der öffentlichen Schulen und die Schulaufsicht in der Fassung vom 4. 4. 1978) (Hess. GVBl. I S. 232) により認められている。その詳細を定める生徒代表令(Verordnung über die Schülervertretungen an den öffentlichen Schulen vom 3. 8. 1970) (Hess. GVBl. I S. 536) によれば、生徒の参加機関には、各段階ごとに、例えば、新聞・雑誌を発行する権利、生

徒に対する特定の優益的措置についての聽聞権が与えられ、⁸⁰ 例えは、学校行事の実施および補充的
学校規則の作成については共同決定権が認められてい
る。⁸¹

S. 955).

(12) Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost vom 8.6.1989 (BGBl. I S. 1026).

(22) K. Lange, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VV. DStRL 44 (1986), S. 194.

(23) Güterkraftverkehrsgesetz in der Fassung vom 10. 3. 1983 (BGBl. I S. 256).

(24) Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films in der Fassung vom 18. 11. 1986 (BGBl. I S. 2046).

(21) B. Losch / J. Gerber, Mitbestimmung und Mitwirkung in Volkshochschulen, DVBl. 1986, S. 271 ff.
(27) Erstes Gesetz zur Ordnung und Förderung der Weiterbildung im Lande Nordrhein-Westfalen in der Fassung vom 7. 5. 1982 (GV NW S. 275/SGV NW 223).
(25) Gesetz zur Förderung der Erwachsenenbildung in der Fassung vom 30. 1. 1984 (Nieders. GVBl. S. 9).

(16) Gesetz über Volkshochschulen in der Fassung vom 21. 5. 1981 (Hess. GVBl. I S. 198, II 73—2).

(17) Gesetz über den Hessischen Rundfunk vom 2. 10. 1948 (Hess. GVBl. S. 123).

(18) Staatsvertrag über den Norddeutschen Rundfunk vom 20. 8. 1980 (Nieders. GVBl. S. 482).

(61) Gesetz über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“ in der Fassung vom 11. 1. 1988 (GV NW S. 27/SGV NW 2251).

(20) Bundesbahngesetz vom 13. 12. 1951 (BGBl. I

三 組織参加の憲法上の限界

右に述べたように、ドイツでは、さまざまな領域の
営造物において、利益集団の代表の行政組織参加が認
められてきた。しかしながら、とりわけ公企業におけ
る職員参加の拡大をめぐる議論を通じて、⁽²⁵⁾ 参加権の内
容および参加形態は、原則として広く立法裁量に委ね
られているものの、いくつかの憲法上の限界に服する
ことが明らかにされてきた。以下では、主に、その中

心的課題とされている民主主義原則に関わる限界について述べることにする。

1 民主主義原則に関わる限界

基本法二〇条二項は、「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・投票によって、並びに立法、執行権および司法の特別の機関を通じて行使される」と民主主義原則を規定している。

一般に、この規定は、国家権力の行使のためには、国民から選挙を通じて議会へ、議会からさらに個々の行政機関に至るまでの中断されない民主的な正当性承認の鎖 (ununterbrochene Legitimationskette) ⁽²⁶⁾が必要であることを定めたものであるとされている。

ところで、営造物も、時として高権的行為を行い、国家権力を行使するのだから、本来、民主的な正当性承認を必要とするはずである。ところが、営造物における利益集団の代表は、利益集団の提案に基づいて、または利益集団によって直接選定されている。それ故、このような営造物は、民主的な正当性承認を欠き、民主主義原則に反するのではないかという憲法上の疑問

が投げかけられているのである。⁽²⁷⁾

一般に、学説は、利益集団の代表の組織参加を一律に違憲とするのではなくて、一定の要件の下にこれを合憲として、憲法上の民主的正当性承認原則と多元的・独立的なより強い参加制度との調和を図ろうとしている。このような試みは、基本的に、民主的な正当性承認原則の例外なき適用を主張する絶対説と、それ以外の相対説との二つの考え方に分けることができる。

(1) 絶対説

第一の考え方は、まず、民主的な正当性承認原則が例外なくすべての国家権力の行使にかかる行政に妥当し、それ故すべての営造物に妥当するという前提に立つ。次に、この説によれば、民主的な正当性承認の有無は、二者択一的に決せられ、民主的な正当性承認の程度の強弱は、原則として問題にならない。

例えば、ピュットナー氏 (Günter Püttner) は、第一に、利益集団が自己の代表の選抜について提案権のみを有し、任命権者にその拒否権が留保されている場合には、当該委員は民主的に正当性を承認されたもの

とする。ただし、同氏によれば、その際、利益集団の代表が公益に奉仕するべく義務づけられていることが重要である。⁽²⁸⁾ 現行制度も、委員はいかなる機関または集団による委任にも拘束されないとし、また他の職務との兼職を禁ずるなどして、しばしばこの趣旨の規定を設けている。もっとも、この規定の実効性に対しては、疑問も強く出されている。⁽²⁹⁾ 第二に、ピュットナー氏は、利益集団が委員の選定権を有する場合でも、①参加合議機関の権限が諮問機能に限られている場合、または、②参加合議機関の決定について、民主的に正当性を承認された上級機関による修正可能性がある場合には、最終的決定権限が民主的に正当性を承認された機関に留保されているから、参加制度は合憲であるとする。⁽³⁰⁾

また、一部には、民主的に正当性を承認された委員（例えば、政府委員）とその正当性を承認されていない委員とから成る混合的な機関については、民主的に正当性を承認された委員が過半数を占めている限り、これを合憲とする説もある。⁽³¹⁾ しかし、合議機関において

は、それぞれの委員が独立して自己の見解を述べることができ、民主的に正当性を承認された委員も各々異なる立場をとることができるのだから、民主的に正当性を承認されていない委員の見解が最終的な決定となり得るとして、この説に対しては批判も強い。⁽³²⁾

以上のように、第一の考え方は、民主的な正当性承認原則の例外なき適用を主張し、かつ、民主的な正当性承認の存否を二者択一的に判断している。しかし、この考え方によっても、少なくとも、委員の選定または合議機関の決定の何れかについて、行政の最終的権限が留保されている場合には、参加制度は合憲となる。

(2) 相対説

第二の説は、民主的な正当性承認原則は憲法上の絶対的な原則ではないという前提に立ち、または、民主的な正当性はその強弱を量的に判断できる性質のものであると考える。

例えば、ベートゲ氏 (Herbert Behrge) は、公法上の放送営造物については、民主的な正当性承認原則の適用が除外されるとする。なぜなら、放送営造物は公

法上の組織ではあるが、ここで問題となっているのは、間接国家行政や国家権力ではなくて、組織化・制度化された国家から自由な基本権の実体を作ることであるからである。すなわち、同氏は、放送という任務は、国家にはなくて、社会という国家外の領域に留保されているとする。民主的な正当性承認原則は国家機能の遂行についてのみに適用されるべきものであるから、放送領域には適用されない⁽³³⁾というのである。

ベートゲ氏の説が国家と社会の二元論を前提とするものであるのに対し、例えば、シュレイヤー氏(Edith Schreyer)は、国家と社会の中間領域が存在することを前提とする。そのうえで、同氏は、第一に、民主主義原則は国家の組織原理として他の原理と切り離して考えることはできないこと、第二に、利益集団の代表が民主的に正当性を承認されていないとしても、このことは、必ずしも参加が民主的側面を全くもたないことを意味するわけではないことを指摘している。第三に、同氏によれば、社会的文化的領域における多元的参加は、政治システムによる社会の多様な部分システ

ムの同一化(Entdifferenzierung)を防ぐこと、すなわち基本権の保障を目的とする。それ故、この場合には、民主的な正当性承認の欠如が、客観的秩序の要素としての基本権によって正当化されるとする⁽³⁴⁾。このような見解によれば、民主的な正当性承認の欠如は、多元的参加組織の機能が利益集団の代表の専門知識の利用にある場合、または経済領域における多元的参加組織の場合には、正当化されないこととなる。

さらに、ランゲ氏は、行政の決定が立法による規制および公衆の注目から逃れれば逃れるほど、そして決定により影響を受ける者の範囲が狭まれば狭まるほど、利害関係人の参加は民主的なものになるとする⁽³⁵⁾。このような考え方によれば、民主的な正当性承認の喪失が許容されるか否かは、より一般的に、営造物の任務の性質、参加制度の目的などを総合的に考慮して判断されることとなる。

以上のように、第二の説は、民主的な正当性承認を相対的な概念として捉え、民主的承認の必要性とその程度を個別的に判断するものである。

なお、さらに、代表を派遣する利益集團と營造物の決定により影響を受ける者との人的範圍が比較的一致している場合に、參加制度が自治原則によって正当化され得るか否かについても争いがある。

憲法の採用する議會制民主主義が直接民主主義の對立物であるとする説をとる者は、これを消極的に考へる。すなわち、民主的な正当性承認の鎖は、國民から選挙を通じて議會へ、そして議會から行政機關へと繋がついていなければならず、これを國民から行政機關へと直結することはできないといふのである。この説によれば、利害關係人の参加は、ごく細部の具体化や、はじめから利害關係人にいくつかの選肢肢からの選肢が委ねられている事項などのかなり限られた範圍で許容されることにならう。⁽³⁶⁾

これに対し、憲法の民主主義原則を統治する者と統治される者との一致であると解すれば、この要件を満たすような參加組織は、自治原則によって正当化され得ることになる。すなわち、自治的參加組織においては、この意味での民主主義原則が限られた部分的統一

体においても保障されているといふのである。ただし、ここではさらに、どのような場合に統治する者と統治される者とが一致しているといえるのかが問題となる。この点について、ピュットナー氏は、一つのゲマインデの住民ばかりでなく、例えば、一つの学校共同体 (Schulgemeinschaft) も自治に適し、機能的に限定された部分的國民 (Teilvölk) とみなすことができる。もっとも、この場合には、部分的國民は、いくつかの異なる利益集團により多元的に構成されている (例えば、学校の場合には、教師、父母および生徒)。

しかし、同氏は、さまざまな集團がある共同目的のために一つになることが部分的國民の性質に属するといふような場合には、このような多元的構造をも許されるものとす。さらに、同氏によれば、利益集團の代表選抜のための一票の重みは、すべての利益集團において必ずしも等しくなくともよいとされる。⁽³⁷⁾ これに対し、一つの部分的國民とその外部の団体の代表 (例えば、政党の代表者) とから成る混合組織については、同氏は、たとえ外部の集團の代表が少数者にとどまる

場合でも、これを自治原則により許容することは疑問であるとする。なぜなら、この場合には、外部の集団の代表による影響力の行使によって、部分的国民による意思形成が相対化され得るからである。⁽³⁸⁾ もっとも、そのような組織にあっても、民主的に正当性を承認された機関による決定の修正可能性が別に存在している場合には、上で述べたところからして違った結論が導かれることとなろう。

2 基本権に関わる限界

行政組織参加の憲法上の限界は、従来、主に民主的な正当性承認をめぐり議論されてきた。しかし、行政組織参加については、ほかに以下のようないくつかの憲法上の限界があると指摘されている。

(1) 平等権に関わる限界

平等原則(基本法三条一項)との関係では、代表を派遣する利益集団の選抜および参加行政機関内部の委員数の割当に際し、ある団体を恣意的に優遇する参加制度(過剰な代表)や差別するような参加制度は違憲となる。具体的には、各利益集団と營造物の任務との

関連性の強さが、重要な選抜・割当基準の一つであるとされている。⁽³⁹⁾ また、広く議論の基礎を保障するという観点から、利益集団の大きさ、政治的重要性ばかりでなく、知的水準、経験の豊富さなども考慮されるべきであると主張されている。⁽⁴⁰⁾

(2) 自由権に関わる限界

さらに、自由権の保障という視点からは、第一に、營造物における参加が原則として集団的参加であるということが問題とされている。例えば、ニーフース氏(Norbert Niehus)は、学校における集団的参加制度と基本権とは原則として調和しないと主張している。

なぜなら、基本権的地位の実現または保障のために重要なものは、個々の教師の教育方法と個々の父母の教育理念との調整および個々の生徒の人格権の尊重である。それ故、個人は、自己に保障された基本権上の法的位置を参加機関の集団的で多数決原理に基づく決定に服させることを強制されてはならないというのである。⁽⁴¹⁾

第二に、文化領域における参加については、誰が当該事項に関し参加権を与えられるべき基本権(例えば、

芸術の自由)の主体なのかが重要であるとされている。例えば、劇場内部の参加制度において、劇場支配人のみを参加させて俳優を除外する場合、または芸術的な事項の決定に、清掃職員が加わる場合には、参加制度は、基本法五条三項一文によって保障された芸術の自由の侵害になるであらうと指摘されている⁽²⁵⁾。

(25) いくつかの州では、法律改正により、職員の共同決定権を強化したが、これらについては、一部の州憲法裁判所による違憲判決を下されている。Vgl. Hess. StGH, DVBl. 1986, S. 936 ff.; VerfGH NW, DVBl. 1986, S. 1196.

(26) Vgl. F. Ossenbühl, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, S. 38 ff.; G. Püttner, Mitbestimmung und demokratische Legitimation insbesondere im Kulturbereich, DÖV 1988, S. 357.

(27) ところで、このような問題は、公法上の組織とのみ関わるもので、公法上の行為形式を選挙できないう公の手の私法上の組織については生じない。すなわち、行政は、公企業や公共施設を私法上の組織形式で運営することができるが、この場合には、行為形式も私法形式に限定されると考えられており、その限りでは組織

形式と行為形式とが結びつけられている。

(28) G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 140.

(29) P. Dagdoglu, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 715. これに対し、国家による利益集団の代表の取り込み・統制を防止し、利益集団内部の民主的構造を確保するために、利益集団の代表を集団の基本方針に従わせる必要があるとの見解もある。Vgl. H.-J. Menzel, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980, S. 90 ff., 261 ff.

(30) G. Püttner, a. a. O., S. 140.; ders., Fn 26, S. 358 f.

(31) K. J. Bieback, Die Mitwirkung der Befähigten in der öffentlichen Verwaltung, 1983, S. 45 f.; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S. 898 f.

(32) H.-U. Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 259.; G. Püttner, Fn 26, S. 359.

(33) H. Bethge, Volkslegitimation für Rundfunkrate?, DVBl. 1987, S. 664 ff.

(34) E. Schreyer, Pluralistische Entscheidungsgremi-

- en im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, 1982, S. 117 ff., 135 ff.
- (45) K. Lange, a. a. O., S. 195 f.; vgl. R. Breuer, Die öffentliche rechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 230.
- (46) Vgl. N. Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 2. Aufl., 1983, S. 33 ff.; W. Schmitt Gaeser, a. a. O., S. 215 ff.
- (47) G. Püttner, a. a. O., S. 359, 361 f.
- (48) G. Püttner, a. a. O., S. 362.
- (49) Vgl. F. Ossenbühl, a. a. O., S. 55; E. Schreyer, a. a. O., S. 96 ff.; H. J. Menzel, a. a. O., S. 92 ff.
- (40) E. Schreyer, a. a. O., S. 97 ff.; W. Schmitt Gaeser, a. a. O., S. 238.
- (41) N. Niehues, a. a. O., S. 37 f.; vgl. W. Schmitt Gaeser, a. a. O., S. 231. なお、利益集団内部の小數者保護の必要性をめぐり、vgl. G. Kisker, Abbau politischer Konfliktüberlastung durch Dezentralisierung, in: F. Wagener (Hrsg.), Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 84.
- (42) F. Ossenbühl, Mitbestimmung in der Kunst, DÖV 1983, S. 789 f.

おわりに

以上のように、ドイツの営造物における利害関係人の参加制度の特徴は、以下の四点にある。第一に、参加人は、原則的に個人としてではなく、各種利益集団の代表として営造物に参加する。第二に、利益集団は、自己の代表の選抜について、提案権、場合によっては直接的な選定権をもつ。もっとも、第三に、法律は、しばしば、営造物の合議機関の委員がいかなる機関または集団による委任または指図にも拘束されない旨を定めている。すなわち、少なくとも法制度上、利益集団の代表は、その出身集団の利益の単なる代弁者ではない。第四に、このような合議機関は、単に諮問機能にとどまらず、場合によっては、同意権、さらには決定権をも有する。

営造物における参加は、その任務の性質に従って、第一に、給付行政における行政組織参加と助成・整序行政における行政組織参加とに区別され、第二に、社会的・文化的領域における参加と経済領域における参

加とに区別される。

営造物における参加は、その目的によっても、以下の三類型に区別できる。

第一に、学校領域のように伝統的に特別権力関係とされた領域における参加は、営造物の利用関係が行政法上の債務関係であると解されるようになったのに対応し、行政による一方的・高権的な決定に代えて、国民の自己決定の要素を取り入れようとする試みである。この場合には、参加制度は、少なくとも従来立法による統制の限界を補完し、またはより積極的に、可能な限り国民の自己決定を確保するという民主性の確保および個々の国民の自由保障を目的とする。

第二に、映画振興営造物の場合のように、国家が新たに社会的任務を自己の中に取り込み、とりわけ文化的領域に介入する場合には、従来の社会における多元的構造をできるだけ保障する必要がある。すなわち、この場合には、国民の自由を制度的に保障するために、しばしば権利能力のある営造物が設立され、その組織内部に参加制度が導入される。

第三に、経済領域および助成・整序行政においては、専門知識の獲得および利益集団との利害調整という視点が前面に出てくる。第一と第二の場合には、共通して、参加制度に国民の自由保障機能が期待されている。第三の分野でも国民の自由保障という要素が見過ごせないのは確かであるが、しかし、助成・整序行政を遂行するためには、どうしても外部の専門家の知識および利害関係人の支持に頼らざるを得ないところがある⁽⁴³⁾。そして、ある任務について関心をもつ者が最も当該任務に精通しているとの認識に基づいて、利益集団の代表には、専門家としての役割も期待されているのである。すなわち、このような任務の遂行にあたっては、利害関係人と国家との協働が不可欠であることから、いわば国家と社会との適正な協働の場を創出し、これを制度的・継続的に保障すること自体が、営造物および参加制度設立の第一目的となっている。

以上三つの何れの場合においても、多元的な決定構造を保障することにより、より効果的な国民・住民の共益実現をめざすという点では共通している⁽⁴⁴⁾。この目

的を達成するために、官庁的ヒエラルヒー構造からの独立性を与えられた營造物という組織形式が用いられているのである。しかしながら、利害関係人の行政組織参加の拡大は、無制限に許されるものではなく、いくつかの憲法上の限界に服する。

最も議論されているのは、營造物に置かれている合議機関がどの程度民主的正当性を有するのか、または民主的正当性承認の欠如がどのような場合に許されるのかという、民主主義原則と参加制度との整合性の問題である。なぜなら、ここでは、合議機関の委員の選抜に関与する者と合議機関の決定により影響を受ける者との人的範囲が一致していないからである。

思うに、この問題について一律に論じることが不可能であり、個々の参加制度の目的・当該營造物の任務の性質などに応じ、個別的な判断がなされるべきであろう。例えば、侵害行政の領域においては、給付行政の領域に比べて、民主的正当性承認の必要性が大きい。また、社会・文化領域においては、国民の自由保障のために、経済領域に比べより強い参加権を付与す

ることが許されるばかりでなく、要請されることとなる。

なお、学校の場合のように、合議機関の委員の選抜に関与する者と合議機関の決定により影響を受ける者の範囲が比較的一致している場合でも、營造物は、依然として、医師会のようないわゆる職能団体としての公法上の社団とは異なる構造を有する。なぜなら、營造物の合議機関は、さまざまな利益集団の代表により構成され、代表相互の利害も一様ではないからである。確かに、社団においても、実際には各構成員の利害が異なっていることがあり得る。しかし、營造物においては、各利益集団の代表の利害が一致していないということが、はじめから法制度上予定されている。このように、参加のための組織形式としての營造物の特殊性は、それが多元的な組織構造を有し、国家と利益集団および利益集団相互のさまざまな利益の対立・調整の場になっていることにある。⁽⁴⁵⁾

次に、平等原則との関係では、代表を派遣する利益集団の選抜および参加行政機関内部の委員数の割当に

際し、ある団体を恣意的に優遇したり、差別するような参加制度は違憲となる。

さらに、自由権との関係では、まず、参加権が、原則として、利益集団の各構成員によってではなく、その代表を通じて集団的に行使されるということに問題がある。次に、利益集団の代表を合議機関に参加させるという仕組みの中では、利害関係人は、何れかの利益集団に加入することなしには、その合議機関に参加することができない。しかし、何れの利益集団にも加入したくない人があり得るのだから、このことは、とりわけ社会・文化領域において問題となろう。言い換えれば、多元的な決定構造を保障するものであるはずの行政組織参加制度は、社会の諸領域の一元化・官僚化をさらに促すことに繋がりかねないという危険性をも孕んでいる。

しかし、たとえ、より強い参加制度が双価値的なものであるとしても、現代国家においては国民と国家

との協働が不可欠であり、多元的な決定構造を保障することに、より効果的な国民・住民の共益実現を目的とする参加制度が重要であることについては、何等変わるところはない。むしろ、営造物の任務の性質に、強弱さまざまの参加権を保障し、参加組織とその機関による決定手続を適切に形成することによって、この制度がより有効に機能する途を求めることが重要であると考える。

(43) G. F. Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 259ff., S. 282 ff.

(44) なお、利害関係人が参加する行政決定に対する司法審査の問題については、高橋滋・現代型訴訟と行政裁量(平二)二四三頁以下参照。

(45) R. Breuer, a. a. O., S. 229 ff.

(一橋大学大学院博士課程)