

# 行政組織法の基礎概念

薄 井 一 成\*

- I 課題
- II 行政組織法の基礎概念
- III 結びにかえて

## I 課題

### 1 はじめに

行政を取り巻く環境の変化と共に新たな国家行政任務が生じ、その任務を処理するために様々な組織の型が生まれている。また、行政の負担軽減や任務処理の効率化のためにも様々な組織の型が生まれている。このような行政組織の型の多様化は、「公私協働」、「スリムな国家」、「市場化テストとアウトソーシング」、「PFI」、「指定法人」、「指定管理者」、「第三セクターの活用」等の制度や現象と共に生じたものである。今日、行政組織の型の選択の局面に、これまで以上に注目しなければならないことは明らかである。

もちろん、伝統的な行政法学は、行政組織に係る法に言及しなかったわけではない。たとえば、田中二郎氏は、行政組織は行政の統一的・敏速的遂行の要請からヒエラルヒーと独任制を特質とすると考え、官僚型組織法モデルの形成に熱心であったことが指摘される<sup>1)</sup>。しかし、今日の行政組織がマックス・ウェーバー等のイメージする世界、すなわち、高度に定式化され、集権化され、垂直的に構造化された官僚組織の世界からかけ離れていることは明らかである。

たとえば、受給権者のニーズが一人ひとり異なり、このニーズに即した給付を必要とする現物給付行政は、Wenn-dann式の条件プログラムによっては処理し

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第9巻第3号2010年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

1) 大橋洋一「おわりに一都市計画の日独比較」ヴィンフリート・ブローム/大橋洋一『都市計画法の比較研究』386頁（日本評論社、1995）。

にくく、ヒエラルヒッシュな官僚組織からある程度独立した市町村や民間団体等の任務処理組織が、立法府の定める目的プログラムを実現することが多い。また、計画行政や環境行政は、立法者がすべての与件を見通し、Wenn-dann式のプログラムを策定することは困難な分野であり、立法者は目的プログラムを定めるに止め、関係者がこの枠組みの中で相互の利益を調整し、衝突を解決し、合意を形成する手続や組織が用いられることが多い<sup>2)</sup>。

## 2 古典的自由主義と行政組織法学

### ① 古典的リベラリズム

ところで、古典的リベラリズムにおいて<sup>3)</sup>、自由は、特定の実質的内容に縛られないという意味での形式的自由であり、この自由を保障される全ての活動主体が自己の責任に基づき自由を行使するとき、社会において公共の福祉の総和は最大になる。従って、国家の役割は、形式的に平等な自由を持つ者のゲームを保障することに限定され、国家行政任務の類型は最低限の生活を保障すること以上に拡大すれば、国家が本来射程外にあるものを自らのもとに引き寄せるものとして規範的に否定されやすい。また、国家の手元に留められる古典的な秩序維持の任務類型は官僚組織により処理されやすいため、国家行政任務は官僚組織を用いて処理するのが効果的、効率的と理解されやすく、行政組織の型の選択の問題は考察の対象外となりやすい<sup>4)</sup>。

### ② 国家と社会の二元論

また、伝統的な国家と社会の二元論において、国家の領域への社会の浸透は厳に禁じられなければならない、国家行政任務は議会を通じ、国民全体に対し責任を

2) Rainer Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S.177 (192ff).

3) ここでは古典的リベラリズムを厳密に定義していない。本稿が重点を置いているのは、この範疇にまとめられる諸見解が、人々にとって共約可能な公共的価値があることを前提に、国家が強制力を持って実現すべきものをその共約可能な価値に限定し、その共約可能な価値を非常に狭い範囲に限定していることにある。その範囲が厳密にどの範囲に及ぶかは本稿の関心ではない。

4) 以上の概説は、以下の文献を参考にした。Hans-Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 246ff.

負う大臣を頂点とするヒエラルヒー組織により遂行されなければならない。国家への社会の浸透が禁じられるのは、国家の有する権能が形式的に平等な権利を持つ国民全体により正統化されない社会の勢力により行使されるのを妨げるためであり、ひいては、形式的に平等な個人の自由を保障するためである<sup>5)</sup>。従って、この見解においても、自由は形式的自由であるとする古典的な理解に基づき、行政組織の型の選択が否定されている、と理解できる。

### ③ 異なる自由解釈の可能性

しかし、古典的リベラリズムは、社会関係の間において他者とコミュニケーションを交わしながら自己を知り、自己を展開させる人間の属性に反しており、社会において多様で複数の個人の展開を保障しようとする日本国憲法の意図とは相容れない、と解する余地もある。従って、古典的リベラリズムの立場から行政組織法の再検討の必要性を否定することは、慎重さを要する。そして、たとえば、今日、ドイツの学説の多くは、もう一つの自由解釈を起点に据え、以下の議論を展開する。

## 3 起点

### ① 自由について

まず、自由は、社会関係の間において現に展開されるものである、と解される。言い換えれば、自由は、現実社会の特定の断片における不断のコミュニケーションプロセスとそのプロセスの基点をなすその時々の実体を指す、と解される。そして、このプロセスと実体を保障する仕組みが基本権規定であり、形式的な自由はこのプロセスにおいて形成される自由の一つの内容ではありえても唯一のものではない、と解される。たとえば、学問の自由の権利内容は、「価値自由の法則の下に事物を探究する自由」と普遍的に定義されるのではなく、学問に関するコミュニケーション活動により繰り返し定義し直されるものであり、このプロセスとこのプロセスにより形成される実体がこの基本権の内容に当たる、と解される<sup>6)</sup>。

5) 比較的新しいドイツの文献の中でこの見解を明示するものとして次のものを挙げておく。  
Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993.

② 公共の福祉について

もう一つの自由解釈において、個人は社会関係を通じて世界と結びつくため、世界は社会関係の間で交わされる、世界を示すさまざまなシンボリックなコード解釈のプロセスの中においてのみ現れ、コードにより構造化される。また、公共の福祉は、共同体の良き状態であり、共同体の全構成員の繁栄であるとはコード化されても、その実体は、コードを解釈するアクターにより日々具体化され、更新される。すなわち、公共の福祉は現実の人間の活動により日々生み出されるものであり、国家の統一性はこの断続的なプロセスの中で形成を目指される国家の目標となる<sup>7)</sup>。

③ 行政組織の可変性

この国家観の相違は行政組織法学のあり方を出発点において異なるものとする。なぜならば、行政組織法学はもはや所与の統一体のアイデアの内部（“法人”ないし“行政主体”の内部）を客観的に描写するのではなく<sup>8)</sup>、現実の世界において繰り返し行われる公共の福祉実現のプロセスとその結果を整理し、秩序付けることが課題となるためである<sup>9)</sup>。

---

6) H.-H. Trute, Fn. 4, S. 56ff.; Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1984, S. 226ff., 234f., 372ff.

7) ベッケンフェルデは、以下の通り述べる。「国家の統一性は（既存の）本来的なもの、または、規範的な操作が加えられ与えられる（単なる）思想上のものではなく、人間すなわち組織化された人間の作用単位（organisierte menschliche Wirkungseinheit）により形成される。言い換えれば、国家の統一性は本来的なものではなく、将来を見据えた人間の活動により（初めて）形成される。すなわち、様々な現実の作用が、統一体が形成されるよう自覚的に志向する活動により統一化に向け、断続的に働きかけられ、実地に移され、結果として、多数性に開かれるが統一化に向け作用する作用連関（Wirkungszusammenhang）、ないし、作用体（Wirkeinheit）が成立し、国家の統一性は生まれる。この作用連関は、現実の因果律の中に存するものであり、単なる思考の世界において抽象化され、または、規範的な操作によりもたらされる架空の因果律に基づくものではない。（括弧内は原文）」（Ernst-Wolfgang Böckenförde, Organ, Organisation, Juristische Person, in: Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 269(292), s.a., Hermann Heller, Staatslehre, 3. Aufl., 1970, S. 88ff., 228ff.）。ベッケンフェルデが戦後のドイツにおいてヘルマン・ヘラーの動態的国家観に基づく、国家行政組織の動態性を明確に指摘したことは、以下の文献を参照のこと。Hans-Heinrich Trute, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 249(253)。ベッケンフェルデは、その後、静態的国家観に傾倒するが、この点は、過程としての組織と民主主義原理との関係の検討に際し、言及する。

そして、この国家による公共の福祉実現のプロセスは、国家が国家行政任務を引き受け、これを処理する過程と整理・分析しうるため、行政組織法学の視点の中心は法人ないし行政主体の内部から、国家行政任務を処理する動態へと移動する<sup>10)</sup>。ちなみに、行政組織はこの意味において動態的に捉えられるとき、ドイツの場合、Ablauforganisation (過程としての組織) と呼ばれ、このプロセスの中で日々現実に生み出される組織は、Aufbauorganisation (構造としての組織) と呼ばれる<sup>11)</sup>。以下、このことを前提に、行政組織法の基礎概念の整理・分析を試みる。

- 
- 8) ドイツの古典的な行政法学がこの傾向を持ったことは、シュナップにより以下の通り指摘される。『組織の真の構造』(ハンス・J・ヴォルフ)、『現代行政の本質的なもの』(エルンスト・フォルストホッフ)は掌握可能であるとのイメージが、行政組織法学においてしばしば持たれる。このイメージの背後にあるのは、ドイツの人文科学の伝統すなわち『本来的な姿において』法律学の対象を掌握する努力、または、当該対象の『本質』もしくは『真の』構造を追求する努力である。(二重鉤括弧内の強調は原文。括弧内は筆者)(Friedrich E. Schnapp, Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtstheorie Bd. 9, 1978, S. 275, S. 279f.) “法人”ないし“行政主体”の概念が、古典的リベラリズムにおいて行政組織法学の中心を占めることを示す文献として、以下のものがある。Walter Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HStR Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 108, Rn. 32 ff; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 269 ff.
- 9) 「規範的な秩序付けは、組織の作用体を生み出しこれを維持するために必要である。(但し) …法的意味の組織と事実上の意味の組織は、各々独自の前提と構造化の原理に即し展開する独立の現象ではなく、一つの事物の二つの側面にすぎない。よって、組織法の基礎概念は、現に存在する法的・社会的な現実を概念として纏めあげ、表現するものでなければならない。すなわち、組織法の基礎概念は現実を与件としなければならない、任意に選択しうる方法により構成可能という意味において、自由に構成されうるものではない。(括弧内は筆者)」(E. W. Böckenförde, Fn. 7, S. 293f., s.a., F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 256 ff.)
- 10) Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 71 ff.; Hinnerk Wißmann, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 15 Rn. 9 ff.
- 11) Matthias Jestaedt, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 14 Rn. 16; Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl., 2009, Rn. 373; Roman Loeser, System des Verwaltungsrechts Bd. II, § 10 Rn. 2; Eberhard Mundhenke, Aufbauorganisation, in: Hans Sturz (Hrsg.), Handwörterbuch der Verwaltung und Organisation, 1982, S. 31 ff.; Uwe Zöller, Ablauforganisation, in: dasselben. S. 1 ff.

## II 行政組織法の基礎概念

### 1 国家行政任務

#### ① 国家的任務と公共的任務

国家が公共の福祉を形成するプロセスは、国家的任務の引き受けから始まるが、そもそも、公共の福祉を形成するプロセスは、憲法上、二つの異なる法メカニズムからなると言える。すなわち、一つは、私人が、基本的人権規定（ドイツの場合、基本権規定、以下同じ）の保護する活動の自由を基に、公共的任務（例：政治的意見の形成、出版、放送）を引き受け、これを処理するものであり、もう一つは、国家が、憲法の付与する権能を基に、公共的任務を国家的任務として引き受け、これを処理するものである<sup>12)</sup>。これを前提とすれば、国家的任務は公共的任務の一種に属するが<sup>13)</sup>、行政組織法学は国家による公共の福祉実現のプロセスの秩序付けを課題とするため、国家的任務の領域を対象とすることになる。

#### ② 国家的任務と国家行政任務

国家的任務の領域は、機能の観点から、（国家）立法任務、（国家）行政任務、（国家）司法任務に分類されうる<sup>14)</sup>。この区分は、国家は、（国家）立法任務と（国家）司法任務を引き受けるに止まり、立法府が具体化する目的を実地に移す任務（行政任務）は、私人の任意の引き受けに委ねることがあるため、重要である（例：民法709条、裁判所法3条）。すなわち、国家は、この場合、当該任務を国家行政任務としては引き受けず、私人が公共的任務として引き受けるのを待ち、又は、促すに止まる（例：私人が、民法709条により生じる請求権を主張し、裁判所法3条に則して訴えを提起し、自己の権利を実現すると同時に、社会秩序を回復するのを待つ）。そして、私人は、この場合、国家行政任務は引き受けていないため、各種の憲法原理（基本的人権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理

---

12) Hans Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag Bd. II, 1965, S. 877 (878 ff.); Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977, S. 47 ff.; H Wißmann, Fn. 10, § 15 Rn. 9 ff.

13) 同旨、舟田正之「特殊法人論」雄川一郎ほか編『現代行政法大系7』270頁（有斐閣、1985）。

14) 「『国家的任務 (staatliche Aufgabe)』…から立法府・司法府がなすべき任務を除き、国家行政としてなされるべき事柄を、『国家行政任務 (staatliche Verwaltungsaufgabe)』とすることができる。（二重鍵括弧内の強調は原文）」（舟田・前掲注13）270頁）。

等)の直接の拘束は受けず、基本的人権規定の保護する活動の自由に基づき、当該任務を処理する。つまり、立法府の具体化する任務(行政任務)は、私人が単なる“公共的任務”として引き受けるか、国家が“国家行政任務”として引き受けるかにより、当該任務の任務処理の法メカニズムは、出発点において180度変化する。かくして、国家行政任務の概念は、国家の公共の福祉実現の過程を秩序付ける、基礎的な概念となる<sup>15)</sup>。

### ③ 国の行政任務と地方公共団体の行政任務

国家行政任務の領域は、任務引き受け主体の観点から、国の行政任務と地方公共団体の行政任務に分類される。すなわち、国(ドイツの場合、連邦およびラント)と地方公共団体(ドイツの場合、ゲマインデおよびゲマインデ連合)は、憲法により直截に付与される権能に基づき、潜在的に包括的な(地方公共団体の場合、地方の)行政任務を引き受け、これを処理することが許容される特別の機能単位である。従って、国と地方公共団体は、各種の憲法原理の直接の拘束の下、当該任務を処理するものと言え、国の行政任務と地方公共団体の行政任務は、いずれも、上記の意味での国家行政任務に属する<sup>16)</sup>。

### ④ 国家行政任務の内容

なお、国家行政任務の内容は、本質的に開かれたものである。

#### イ) 実定憲法

まず、日本国憲法は、内閣の行政任務を定める73条は別として、国家行政任務を具体的に明示する憲法規定は置かない。また、ドイツ基本法は、国家行政任務の内容を明示するいくつかの規定は置くが、これらの規定も例外である。たとえば、基本法7条1項は、「全ての学校制度は、国家の監督(Aufsicht)の下にある」と規定し、学校制度の監督が国家行政任務の一つであることを明記するが<sup>17)</sup>、この種の例外は、他の欧州諸国の憲法と比べても少ないことが指摘される<sup>18)</sup>。

15) Fritz Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (151 ff.); M. Burgi Fn. 10, S. 71 ff. 塩野宏監修『日本銀行の法的性格』9頁(弘文堂、2001)。

16) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 17; H. Wißmann, Fn. 10, § 15 Rn. 29 ff.

17) 学校監督が国家事務として明記されるのは、学校の世俗化が特に重んじられたドイツの伝統によるところが大きい(Vgl., H. Peters, Fn. 12, S. 893.)。

ロ) 国家目的と国家行政任務

他方、両国の憲法は、国家行政任務の方向性を示す規定は多く盛り込む<sup>19)</sup>。たとえば、日本国憲法9条は、「日本国民は…国際平和を誠実に希求し」と規定し、国際平和の追求を国家目的の一つに掲げ、一定の国家行政任務の引き受けが、この目的実現のために必要になることを示す。また、ドイツ基本法20a条は、「自然に即した生活基盤の保護 (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen)」を国家目的の一つに掲げ、環境保護に資する一定の国家行政任務の引き受けが、事情に応じ、必要になることを示す。その他、基本的人権 (基本権) に係る諸規定は、私人の主観的権利の保障と共に、国家が当該権利の実効的享受の条件整備を客観的責務として負う旨を示すもの、と解されることがあり、特定の国家行政任務の引き受け義務が、事情により、ここから引き出されることがある (基本権保護義務論)<sup>20)</sup>。

但し、以上の憲法規定は、国家目的を定めるものであり、国家行政任務を定めるものではない。すなわち、国家行政任務は、人の精神的、物理的活動のレベルにおいて具体化された国家目的を指し<sup>21)</sup>、例えば、“環境を保護すること”、“福祉国家であること”、“公の秩序を維持すること”は、抽象的な国家目的のレベルに

---

18) Rainer Wahl, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung, S. 29 (32 ff.); Paul Kirchhof, Mittel staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 99 Rn. 42. なお、基本法73条以下は、連邦とラントの立法管轄権の内容をカタログとして提示する。しかし、これらの規定は、連邦とラントの国家任務引き受けの権限 (Kompetenz-Kompetenz) の範囲を整理するに止まり、連邦またはラントに特定の国家任務引き受けの義務を課すものではなく、連邦やラントの任務の内容を画定する機能は持たない (R. Wahl, Fn. 18, S. 31 f.; M. Burgi, Fn. 10, S. 31.)。

19) 国家目的規定が国家行政事務の具体的内容の方向性を定めることについては以下の文献を参照のこと。Josef Isensee, Staatsaufgaben, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 73 Rn. 9.

20) この基本的人権規定の解釈は、基本的人権の仕組みは社会関係の間に形成され、変化に対し開かれた自由を保障するものであるとする、本稿の基点となる考え方と合致する。なぜならば、社会関係の間に形成される自由は、その都度一定の実体は持ちうるが (これが主観的権利の基盤となる)、変化に対し開かれるため、完全に実現されることはありえず、目的としての側面を持ち続けるためである (これが国家目的の基盤となる)。Vgl. H.-H. Trute, Fn. 4, S. 253 ff.

21) Friedrich Hoffmann, Aufbauorganisation, in: Erich Frese (Hrsg.), Handwörterbuch der Organisation, 3. Aufl., 1992, Sp.212; M. Burgi, Fn. 10, S. 28 ff.

位置するが、“ある種の施設から生じる廃棄物を処理すること”、“特定の要件を満たす病院を経営すること”、“違法に駐車された車を撤去すること”は、人の活動のレベルにおいて具体化された目的であり、国家行政任務となりうる。もちろん、具体と抽象の区別は、一義的ではなく、個別の憲法規定がどちらに属するかは、必ずしも明らかではないことがある。しかし、ドイツと日本の実定憲法は、それでもなお、人の活動のレベルにおいて具体化された目的としての国家行政任務の内容を明示することは、少ないと言える。

#### ハ) 開かれた概念としての国家行政任務

そして、これは、本稿の起点となる考え方に基づけば、公共の福祉の実体は、現実の人間の活動により、日々生み出され、更新されるものであるため、当然の帰結であると言える。すなわち、ドイツと日本の憲法は、国家が、この断続的なプロセスを営みうよう、例外的な義務や禁止のない限り（例：戦力の放棄（日本国憲法9条）、基本的人権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理に基づく諸要請）、潜在的に全ての公共的任務を国家行政任務として引き受け、これを処理する権能を国家に付与する趣旨と解される。よって、国家行政任務の概念は、本質的に開かれたものであり<sup>22)</sup>、ドイツと日本の実定憲法が国家行政任務の内容をほとんど明示しないのは、当然の帰結に属する<sup>23)</sup>。

なお、地方公共団体は、憲法上直截に機能を限定されない、（地方の）行政任務引き受けの権能を付与される単位である<sup>24)</sup>。従って、これは、国と同様、終わりのないプロセスの作動に携わることを予定されるといえ、地方の行政任務の概念は、同様に、本質的に開かれたものと解される（地方公共団体の全権限性<sup>25)</sup>）。但し、地方公共団体は、当該団体領域内の人々の共同生活から生じる公共的需要を充たす権能（“地方公共団体の任務”を包括的に引き受ける権能）を持つに止

22) M. Burgi, Fn. 10, S. 51. このような趣旨から、国家行政任務の具体的な内容を憲法に盛り込むことに反対するドイツの文献として、次のものを挙げておく。R. Wahl, Fn. 18, S. 48.

23) P. Kirchhof, Fn. 18, § 99 Rn. 33; M. Burgi, Fn. 10, S. 51; R. Wahl, Fn. 18, S. 36; F. Ossenbühl, Fn. 15, VVDStRL S. 151 ff.; Markus Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: VVDStRL 62 (2003), S. 222 (227 f.).

24) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 17.

25) Albert von Mutius, Gutachten E zum 53. Deutschen Juristentag, 1982, S. 17 ff.; Edzard Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rn. 460 ff.

まる点において、国とは性質を異にする<sup>26)</sup>。

## 2 組織法上の基礎概念～構造としての組織について

### ① 行政単位

国家と私人が繰り返し行う公共の福祉実現のプロセスは、国家が憲法の付与する権能を基に公共的任務を国家行政任務として引き受け、これを処理する場合にしろ、私人が基本的人権規定の保護する活動の自由を基に公共的任務を引き受け、これを処理する場合にしろ、人の力を借りて営まれる<sup>27)</sup>。しかし、人は転変を免れない。従って、国家と私人は公共の福祉実現のプロセスを持続的に営もうとすれば、人工的な単位が必要となる<sup>28)</sup>。この人工的な単位が制度的にある程度定着したものが、ドイツにおいて構造としての組織と呼ばれる<sup>29)</sup>。

構造としての組織は、任務の振り分け先となる人工的な単位と、この人工的な単位が行う活動の帰属先となる人工的な単位からなる<sup>30)</sup>。行政組織法学は、このうち、国家が国家行政任務の振り分け先とする人工的な単位と、この人工的な単位が振り分けられた任務の枠内で行う活動が、経路的ないし最終的に帰属する人工的な単位を考察の中心に据える。これらの人工的な単位は、近年のドイツにおいて行政単位 (Verwaltungseinheit) と呼ばれる<sup>31)</sup>。

---

26) 地方公共団体の任務は、地方公共団体の領域内における人々の共同生活から生じる公共的需要を充たすための任務を指しており、この公共的需要はドイツにおいて以下のように言い換えられる。「地域共同体に根を張り、又は、地域共同体と特別の関わりを持つ需要や利益、すなわち、ゲマインデにおける人間の共同生活や集住に関わるという意味で、ゲマインデ住民自身に共通する需要や利益」(Vgl., BVerfGE 79, 127 (151f.))。

27) R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 41; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 29; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 3.

28) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 29; Friedrich E. Schnapp, Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts, AöR 105 (1980), S. 243, S. 257; ders., Fn. 8.S. 286.

29) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 1ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HStR Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 109 Rn. 7.

30) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 3

31) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 36; R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 26f. この用語が近年のドイツの学説において多用されることは次の文献を参照されたい。Winfried Kluth, Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hans J. Wolff/Otto Bachf/Rolf Stober, Verwaltungsrecht Bd. 3, 5. Aufl., 2005, § 83 Rn. 89ff.

## ② 行政単位の射程

行政単位は、ドイツにおいて、以下の通り射程を整理される。

## イ) 国家の設立する公法上の法人

公法上の法人は、「公法上の行為なしには設立されない」法人ないし「法律又は他の公法上の設立行為（例：条例、組織行為（行政行為）若しくは公法契約）により設立される」法人、と定義される<sup>32)</sup>。

この法人は、連邦およびラントが制度化するものであり、ゲマインデ、ゲマインデ連合は、法律に基づいて設立はできるが制度化はできない（Z.B. Sparkasse）<sup>33)</sup>。

この法人は、一定の行政任務の性質に即して制度化されるため、他の行政任務に対する転用可能性は乏しい<sup>34)</sup>。

この法人は、甲) 連邦、ラント、乙) ゲマインデ、ゲマインデ連合、丙) その他公法上の社団（die Körperschaft des öffentlichen Rechts）<sup>35)</sup>、公法上の営造物（die Anstalt des öffentlichen Rechts）、公法上の財団（die Stiftung des öffentlichen Rechts）<sup>36)</sup>、丁) 連邦およびラントの立法府が、憲法上の諸制約（基本法87条3項1文<sup>37)</sup>、基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等）の枠内で制度化する、これらの類型に収まりにくい公法上の法人、を含む<sup>38)</sup>。

国家は、国家行政任務は引き受けず、私人が基本権規定の保護する活動の自由に基づき、単なる公共的任務を引き受けるのを促したり、保障したりするために、公法上の法人やその機関を制度化し、設立することがある（例：大学の学部会議、放送施設）。

32) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 71 I 5a.

33) Thomas Groß, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 13 Rn. 44; Martin Burgi, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, § 7 Rn. 4.

34) W. Kluth, Fn. 31, § 83 Rn. 125 f.

35) 連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合は公法上の社団の一種である。

36) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 37 ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 27 f.

37) 「その他、立法権が連邦に帰属する事項については、連邦法律により、独立の連邦行政官署、新たな連邦直属の公法上の社団又は公法上の営造物を設置することができる。」

38) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 39; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 29.

但し、ドイツの立法府は、公法上の法人は基本的に行政単位の担い手とする趣旨により制度化する傾向があり、公法上の法人とその機関は、通常、行政単位の地位につける趣旨により設立される。この点、日本の立法府は、法人組織の法形式は、それほど一貫した形では重視しないのとは異なる<sup>39)</sup>。

ロ) 国家の設立する私法上の法人

私法上の法人は、「私的自治に根を持つ私法上の設立行為」により設立される法人、と定義される<sup>40)</sup>。

この法人は、一般に連邦の立法府が基本権の保護する活動の自由に基づく私人の活動を枠づけるため、数を限って制度化する。私人は、法人を制度化できない<sup>41)</sup>。

この法人は、強行規定による制約は少なく、状況に即して比較的柔軟に利用されうる<sup>42)</sup>。

この法人は、私法上の行為形式により活動する権能を付与されるに止まるため、ハ)の私人と同様、委任 (Beleihung) がなければ、高権的 (hoheitlich) な行為形式を用いることはできない<sup>43)</sup>。

この法人は、甲) 民法典の登録済みフェライン (§ 21 BGB)、経済的フェライン (§ 22 BGB)、乙) ゲノッセンシャフト法 (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften<sup>44)</sup>) の協同組合、丙) 有限会社法 (GmbH)、株式会社法 (AG) の資本投資会社、丁) 民法典の権利能力ある財団 (§ 80 ff.)、等を含む<sup>45)</sup>。

私法は、一般に基本権の保護する活動の自由に基づく私人の活動を枠づけることに機能的な重点を置き、万人を名あて人とする万人法 (Jedermannrecht) と呼

39) 山本隆司「行政組織における法人」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 上巻』868頁 (有斐閣、2001)。

40) K. Stern, Fn. 32, § 71 I 5a; Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsgrecht I, 9. Aufl., 1974, § 34 Ib 1.

41) W. Kluth, Fn. 31, § 83 Rn. 125; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 29.

42) W. Kluth, Fn. 31, § 83 Rn. 126.

43) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 30; M. Burgi, Fn. 10, S. 76 ff.; ders., Fn. 33, § 9 Rn. 11.

44) Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 16. Oktober 2006, BGBl. I S. 2230.

45) R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 31.

ばれる<sup>46)</sup>。但し、国家は、憲法上の諸制約（基本法第8節<sup>47)</sup>、基本法33条4項<sup>48)</sup>、基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等）が許容する枠内で、法人組織の法形式の選択権を持つ。すなわち、国家（連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合）は、国家行政任務を処理するため私法上の法人とその機関を設立し、行政単位の地位につける。このことは、今日のドイツにおいて殆ど争われない<sup>49)</sup>（但し、国家の設立する私法上の法人の制度化は、立法府に留保されると説かれることがある<sup>50)</sup>）。

従って、国家が単独の構成員若しくは出えん者となり、私法形式組織を持つ法人（例：フェライン、有限会社、株式会社）を設立する場合、又は、国家が共同で（例：ラントとゲマインデが共同で若しくは複数のゲマインデが共同で）この種の法人を設立する場合、当該法人は、国家が国家行政任務を処理するため設立する行政単位であることが、通常合理的に帰結される<sup>51)</sup>。

また、国家と私人が共同で構成員若しくは出えん者となり、私法形式組織を持つ法人を設立する場合（いわゆる公私混合組織の場合）、又は、私人が単独で構

46) Martin Burgi, Rechtsregime, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, § 18 Rn. 14; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 6. Kap. Rn. 14.

47) 有力な学説は、この節の諸規定は、全体として公法形式組織を原則、私法形式組織を例外とするものであり、私法形式組織選択の量的限界がここに示される、と解する（Vgl. Dirk Ehlers, Verwaltung im Privatrechtsform, 1984, S. 117f.）。

48) 「高権的作用の行使は、恒常的任務としては、原則として公法上の勤務関係、忠誠関係にある公勤務の従事者に委ねられなければならない」。この規定は、「高権的作用の行使は、恒常的任務として、通常は」、私法形式の法人組織に委ねてはならない、と解されており、その限りにおいて、国家の法人組織の法形式の選択権を制限する（この規定につき、参照、米丸恒治『私人による行政』50-51頁（日本評論社、1999）。なお、私法形式組織の法主体は、公勤務の雇主の資格を持たない（§ 121 BRRG（公務員大綱法）、Vgl. Thomas Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 49ff.））。

49) T. Mann, Fn. 48, S. 39ff.; W. Kluth, Fn. 31, § 81 Rn. 44ff.; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 7ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 11, 30; T. Groß, Fn. 33, § 13 Rn. 47; Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 254ff.

50) T. Groß, Fn. 33, § 13 Rn. 79.

51) D. Ehlers, Fn. 47, S. 7ff.; Winfried Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, S. 19ff.; H. Dreier, Fn. 49, S. 257f.; M. Burgi, Fn. 10, S. 77; Thomas Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 39; T. Mann, Fn. 48, S. 12f.

成員若しくは出えん者となり、私法形式組織を持つ法人を設立するが、国家が補助金、人的支援等の手段により、当該法人に対し事実上の介入をする場合、当該法人が国家行政任務を振り分けられる行政単位に属するか否かは、国家と私人のいずれが当該法人に対し現実の支配的影響力を行使しうる地位を持つかにより、判定される。なぜならば、国家がある公共的任務を国家行政任務として引き受け、当該任務を私法形式組織を用いて処理することと、私人が当該任務を単なる公共的任務として引き受け、私法形式組織を用いて処理することは、いずれも憲法上原則として肯定されており、国家と私人が協働の關係に立つこの種の法人が、全体として国家行政任務を振り分けられる法人に属するか否かは、基本的に国家と私人の現実の支配關係に基づき、判定するより他はないためである<sup>52) 53)</sup>。

たとえば、公私混合組織は、甲) 国家が当該法人の資本金の過半を出資し、当該法人の意思決定機関の過半を指名する地位を持つ場合、乙) 国家が当該法人の意思決定機関を包括的に指揮する地位を定款により持つ場合等、国家が現実の支配的影響力を行使しうる地位を持つ場合、当該法人は国家行政任務を振り分けられる行政単位に属することが、合理的に帰結される<sup>54)</sup>。

また、私人が単独で構成員又は出えん者となる場合、国家が現実の支配的影響力を行使しうる地位を持つケースは例外に属するが、当該法人の意思が専ら国家により決せられると言える程、国家の事実上の介入による影響力が強まる場合、当該法人は国家行政任務を振り分けられる行政単位に属する、と解される。他方、国家が私法上の法人を一定の規制の下に置くだけでは、国家が当該法人に対し支配的な影響力を行使しうる地位にあるとは言えない<sup>55)</sup>。

---

52) T. Mann, Fn. 48, S. 13; T. Groß, Fn. 51, S. 35ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 30; Walter Krebs, Neue Bauformen des Organisationsrechts und ihre Einbeziehung in das Allgemeine Verwaltungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 339 (349). 但し、公私混合法人組織は、私人の占める議決権がごくわずかな場合等を除いて、基本権規定の保護する活動の自由を持つ私人に止まるとする少数説がある。E. Schmidt-Aßmann, Fn. 46, 5. Kap. Rn. 63. この見解を支持するものとして、山本・前掲注39)874-875頁。

53) なお、私法上の法人は行政単位に属すると判定される場合でも、当該法人の構成員又は出えん者の地位を持つ私人が、基本権規定の保護する活動の自由を持つことに変わりはない(T. Groß, Fn. 33, § 13 Rn. 92.)。

54) M. Burgi, Fn. 10, S. 77f; T. Groß, Fn. 51, S. 39ff.; T. Mann, Fn. 48, S. 13.

## ハ) 私人

国家行政任務は公共的任務の一種であり、私人も憲法上の諸制約（基本法33条4項<sup>56)</sup>、法治国原理、民主主義原理等）が許容する枠内で、行政単位となりうる。この行政単位の類型（戊）は、以下の類似の類型（甲～丁）から区別して整理される。

## 甲) 社会における自主規制（gesellschaftliche Selbstregulierung）

第一に、私人は、国家が国家行政任務は引き受けず、私人の引き受けに委ねる任務を単なる公共的任務として引き受けることがある<sup>57)</sup>。私人は、この場合、国家行政任務は引き受けていないため、各種の憲法原理（基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等）の直接の拘束は受けず、基本権規定により保護される活動の自由に基づき当該任務を処理する。

## 乙) 準備行政、需要充足（Bedarfsdeckung）

第二に、私人は、国家が国家行政任務を引き受けるのに必要な物やサービスを提供する任務を、単なる公共的任務として引き受けることがある<sup>58)</sup>。私人は、この場合も国家行政任務は引き受けてはいないため、各種の憲法原理（基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等）の直接の拘束は受けず、当該任務を処理する。

## 丙) 行政補助者（Verwaltungshelfer）

第三に、私人は、国家がイ) やロ) の法人とその機関に振り分ける国家行政任務に係る機能の一部又は全部を、単なる公共的任務として引き受けることがある。国家が公共用道路の建設を国家行政任務として引き受け、当該道路の建設工事を私人に委託する場合、国家が都市計画を国家行政任務として引き受け、当該計画策定に必要な情報を、(Amtの地位を持たない) 私人から収集する場合（日

55) D. Ehlers, Fn. 47, S. 11 ff.; H. Dreier, Fn. 49, S. 252f.; Roman Loeser, System des Verwaltungsrechts Bd. 1, 1994, § 9 Rn. 26.

56) 参照、米丸・前掲注48)。

57) この分野の先行研究として、参照、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007）。

58) 国家が、行政組織体において使用される備品（職員用の机・椅子・パソコン等）を調達する場合、国家が、行政組織体において利用される庁舎の清掃を委託する場合等が、これに当たる。

本でいう、行政運営上の会合の委員)等が、これに当たる<sup>59)</sup>。国家が自己の引き受ける国家行政任務に係る機能の一部又は全部を、単なる公共的任務として私人に引き受けさせる行為は、機能私化 (Funktionale Privatisierung) と呼ばれ、当該機能を引き受ける私人は、行政補助者 (Verwaltungshelfer) と呼ばれる<sup>60)</sup>。私人は、この場合も国家行政任務は引き受けてはいないため、各種の憲法原理 (基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等) の直接の拘束は受けず、当該任務を処理する。

#### 丁) 職の担い手 (Amtswalter)

第四に、私人は、国家がイ) の法人とその機関に振り分ける国家行政任務を、当該法人の職の担い手 (Amtswalter) となり、処理することがある。私人は、この場合は一見すると国家行政任務を引き受けているかに見える。しかし、私人は、この場合も、イ) の法人との勤務関係を介して、間接的に国家行政任務を引き受けるにすぎない。従って、私人は、この場合も同様に、基本権規定により保護される活動の自由に基づき、勤務関係上の義務を履行する<sup>61)</sup>。

#### 戊) 受任者 (Beliehene)

最後に、私人は、直接に国家行政任務を引き受け、行政単位の地位につくことがある<sup>62)</sup>。私人は、憲法上、高権的 (hoheitlich) (=官憲的 (obrigkeitlich) 又は単純高権的 (schlicht-hoheitlich)) な行為形式<sup>63)</sup>により活動する自由は持たないため、(イ) の法人との勤務関係は介さず) これらの行為形式により活動することを予定される場合、行政単位の地位についていることが合理的に帰結される<sup>64)</sup>。なお、私人は、この場合、各種の憲法原理 (基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理等) の直接の拘束の下、当該任務を処理する。また、国家が私人に国

59) M. Burgi, Fn. 10, S. 100 ff.

60) M. Burgi, Fn. 33, § 9 Rn. 31 ff.; W. Kluth, Fn. 31, § 90 a; ドイツの理論の紹介として、参照、大脇成昭「民営化法理の類型論的考察」法政研究66巻1号285頁、293頁 (1999)。

61) 例：国の公務員。M. Jestaedt, Fn 11, § 14 Rn. 31, 34; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 29, 45.

62) この分野の先行研究として、参照、米丸・前掲注48)。

63) 行政行為、物理的な實力を行使する事実行為を典型例とするが、公法上の契約を締結する権限等、公法上の行為形式により活動する全ての権限が、これに含まれる (Vgl., Walter Frenz, Die Staatshaftung in den Beleihunstatbeständen, S. 25; Klaus Vogel, in: VVDStRL 29, S. 256 (Diskussionsbeitrag)).

64) M. Burgi, Fn. 33, § 9 Rn. 30; W. Kluth, Fn. 31, § § 90, 90 a.

家行政任務を振り分ける行為は、委任 (Beleihung) と呼ばれ、当該任務を引き受ける私人は、受任者 (Beliehene) と呼ばれる<sup>65)</sup>。

以上、行政単位は、今日のドイツにおいて、連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合の他、国家の設立する他の公法上の法人、国家の設立する私法上の法人、受任者を射程に含む、と整理される<sup>66)</sup>。

### ③ 行政単位の分類

ところで、本稿の起点となる考え方によれば、行政単位は所与のアイデアの構成要素ではなく、国家が各種の憲法原理の拘束の下、日々形成し、更新するものである。よって、行政単位は現実を離れては語りえず、現行法の仕組みとの関連においてのみ整理、分類されうるものとなる<sup>67)</sup>。

#### イ) 権利能力 (Rechtsfähigkeit)、法人格 (Rechtspersönlichkeit)

まず、権利能力 (Rechtsfähigkeit) 又は法人格 (Rechtspersönlichkeit) (以下「権利能力」という)<sup>68)</sup>は、ドイツにおいて、何らかの法規範の最終的な帰属先となる能力と定義される<sup>69)</sup>。言い換えれば、権利能力は現行法の産物であり、権利能力を持つ者の範囲は基準となる法規範と共に変化する<sup>70)</sup>。

甲) 基本法規範との関係において一般的な権利能力を持つ行政単位は、広範囲にわたる国家行政任務を引き受け、これを処理する権能を持つことが基本法に定

65) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 45; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 23 Rn. 56; ドイツの理論の紹介として、参照、米丸・前掲注48)39-41頁。

66) M. Burgi, Fn. 33, § 7 Rn. 6ff.; Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2009, Rn. 175ff.; Franz-Joseph Peine, Allgemeine Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 2008, § 2 III; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 25ff. シュミット・アスマンは、国家の設立する一定の私法上の法人は行政単位に含めるが、公私混合企業は、基本的に行政単位に含めない (E. Schmidt-Aßmann, Fn. 46, 5. Kap., Rn. 48ff., 63)。

67) E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 294, F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 287. 日本法の「行政主体」の概念につき、この点を指摘するものとして、森田寛二『行政機関と内閣府』95頁以下 (良書普及会、2000)。

68) 二つの概念はドイツにおいて区別されずに使われる。このことは、たとえば以下の文献から見て取れる。M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 20ff.

69) F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 281; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 26, 40ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 22; R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 55.

70) H.-U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1981, § 10 II 2; F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 283f.; Walter Krebs, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Organstreits, Jura 1981, S. 569 (573f.).

められる連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合である<sup>71)</sup>。これらの権利能力を持つ行政単位は、主要行政単位 (Hauptverwaltungseinheiten) と呼ばれることがある<sup>72)</sup>。

乙) 他の法規範との関係において一般的な権利能力を持つ行政単位は、連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合の他、国家の設立する他の公法上の法人、国家の設立する私法上の法人、および、受任者であり<sup>73)</sup>、実定法上、法人 (Juristische Person) と呼ばれ (受任者が自然人である場合を除く)<sup>74)</sup>、行政組織法学上、行政主体 (Verwaltungsträger) 又は行政法主体 (Verwaltungs-Rechtsträger) と呼ばれる<sup>75)</sup>。

丙) 行政主体の内部にある行政単位は、特定の法規範との関係において権利能力を持つことがある。たとえば、大学の学部は一般的には大学の機関であるが、大学の自治を営む権利 (基本法5条3項1文) の最終的な帰属先であり、この憲法規範との関係において権利能力を持つ<sup>76)</sup>。また、かつての連邦鉄道は連邦の特別財産であり、一般的には権利能力を持たなかったが、「法取引において (im Rechtsverkehr)、自己の名において活動し、訴えを提起し、提起されうる」と定められたため<sup>77)</sup>、私法規範との関係において権利能力を持った<sup>78)</sup>。さらに、行政官署 (Behörde) は一般的にはある公法人の機関であるが、「ラント法が定める限りにおいて、1. 自然人および法人、2. 一つの権利が帰属しうる他の団体」と共に訴訟当事者となる能力を持ち、また、「ラント法が定める限りにおいて、

---

71) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 17f.

72) Roman Loeser, Die Bundesverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, 1986, Bd. I, S. 17; Günter Püttner, Verwaltungslehre, 3. Aufl., § 10 I 1.

73) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 36ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 25ff.; M. Burgi, Fn. 33, § 7 Rn. 6ff.; S. Detterbeck, Fn. 66, Rn. 175ff.

74) Juristische Personは、私法規範一般の最終的な帰属先となりうる能力を指し示す、立法技術上の概念、と説明されることがある (Otto Bachof, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83(1958), S. 208(266ff.))。

75) R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 26ff.; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 36.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 20ff.

76) BVerwG Urt. v. 22. Feb. 1974, BVerwGE 45, 39 (42). S.a. BverfGE 15, 256 (261f.); BverfGE 21, 362 (373f.); BverfGE 31, 314 (322).

77) § 1, 2 I des Bundesbahngesetzes v. 13. Dez. 1951 (BGBl. I S. 955).

78) O. Bachof, Fn. 74, S. 262.

取消訴訟、義務付け訴訟の被告となる能力を持つ」と定められるため<sup>79)</sup>、これらの法規範との関係において権利能力を持つ<sup>80)</sup>。

丁) 他の行政単位は、特定の組織法規範との関係において、行政主体の内部法関係における権利能力を持つことがある<sup>81)</sup>。たとえば、ゲマインデの長は、違法なゲマインデ議会の議決に対する異議権 (Beanstandungsrecht) を持つと定められ<sup>82)</sup>、この (作用法の観点からみた) 権限がゲマインデ内部において最終的に<sup>83)</sup> 当該機関に帰属する限りにおいて、権利能力を持つ<sup>84)</sup>。また、ゲマインデ議会の会派 (Fraktion) は、議会における発議権を持つと定められ<sup>85)</sup>、この (作用法の観点からみた) 権限がゲマインデ内部において最終的に当該機関に帰属する限りにおいて、権利能力を持つ<sup>86)</sup>。さらに、連邦、ラントの審議会等 (Beiräte, AusschüÙe) は、決議権等を法定されることがあり、この (作用法の観点からみた) 権限が連邦、ラントの内部において当該機関に最終的に帰属すると解される場合、同様に、権利能力を持つ<sup>87)</sup>。

戊) 他方、他の行政単位は、ヒエラルヒッシュな決定機構に組み込まれ、又は、上級行政機関による紛争処理メカニズムに組み込まれる場合、国家行政任務を摩擦なく処理する地位に置かれるため、行政主体の内部法関係においてすら、法規

79) § 61, 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

80) Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., 1976, § 74 I f 8; Hans O. Freitag, Behörden als Zurechnungsobjekt relativer Rechtsbeziehungen kraft normative Anordnung-Zur Bestimmung der Passivlegitimation durch Prozeßrechtsvorschriften, VerwA 1976, S. 26. この議論の紹介として、参照、杉村章三郎「行政機関の人格性」美濃部教授還暦記念『公法学の諸問題第2巻』1頁 (有斐閣、1934)、佐藤功『行政組織法 [新版・増補]』49-52頁 (有斐閣、1985)。

81) この学説は、雄川一郎「機関訴訟の法理」同『行政争訟の理論』442、447頁 (有斐閣、1986) に一部紹介されるが、この見解が、その後ドイツの支配的見解となった。

82) Z.B. § 54 Abs. 2 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein Westfalen (GO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung v. 14 Juli 1994 (GV NW S. 666).

83) 公共の福祉は、日々のプロセスを通じて実現を目指す目標であり、「最終のゴール」はない。よって、「最終」の概念は、単に、合理的な秩序付けの基準点を指し示す。ここでは、行政主体の内部関係が、その基準点となる。

84) Hans-Uwe Erichsen, Der Innenstreit, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, S. 211 (229); H.J. Wolff/O. Bachof, Fn. 80, § 74 I f 8.

85) Z.B. § 48 Abs. 1 GO NRW.

86) H.-U. Erichsen, Fn. 84, S. 229.

87) O. Bachof, Fn. 74, S. 257 ff., 270 ff.

範の最終的な帰属先となる能力（すなわち権利能力）は持たない<sup>88)</sup>。

以上の権利能力の概念は、我々のイメージする権利能力からかけ離れているように思われる。しかし、それは、本稿が起点に据えるドイツの学説にとって、特段の奇異には映らない。なぜならば、彼らにとって法規範は、国家と私人の静態的な意思領域（古典的な意味での権利主体）に境界線を引くものではないためである<sup>89)</sup>。法規範は、むしろ、公共の福祉を実現するプロセスを、合理的に秩序付ける道具と認識される。従って、i) ある行政単位が、法規範により自己の国家行政任務を営む利益を他の利益から分別可能な形で保護されること、ii) この行政単位が、その法規範により義務付けられる他の機能単位（同一行政主体内の他の行政単位、他の行政主体、私人）に対し、自己の国家行政任務を営む利益を貫徹しうる能力（すなわち権利能力）を付与されることは、各種の憲法上の制約に則した、合理的な秩序付けの枠内に止まる限りにおいて、自然に映るのである<sup>90)</sup>。

そして、これは、今日、日本の有力な学説が、行政主体相互の法関係は「客観法的関係」であり、「客観法的関係にあるとされた法主体相互の間においては、独立の法人格を有するか否かということは、理論的な意味を持た（ない）」と述べるのとは、対照をなす<sup>91)</sup>。

この日本の学説が、ドイツの古典的な自由主義理論の影響を受けていることは言うまでもない。ドイツの行政法学（ラーバント、イエリネック）は、19世紀後半から20世紀初頭にかけて、国家はこれ以上細分化できない法人（ungegliederte juristische Person）であり、法規範の浸透しえない内部領域を持つと主張した

---

88) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 58; ders., Fn. 70, S. 576. 権利能力は肯定された上で、下記の主観的権利に係る訴訟の訴えの利益が否定されることもある（山本隆司『行政上の主観法と法関係』369頁（有斐閣、2000））。

89) 古典的なドイツの学説が法規範の機能をこのように解したことは、以下の文献を参照のこと。Vgl., Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Zweiter Band, 1911, S. 181; Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 240f.

90) 甲)～丁)にかけて引用した各文献のほか、一般的には権利能力を持たない行政単位が、組織法規範との関係において権利能力を持ちうることを肯定する文献として、以下のものも参照されたい。Z.B. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Veerwaltungsrechtslehre, 1965, S. 82f.; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 278; F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 285.

91) 「客観的法関係」の領域において独立の法人格が成立することは原則的に否定される（藤田宙靖『行政組織法』46-47頁、56頁（有斐閣、2005））。

(非浸透性説 (Impermeabilitätslehre)<sup>92)</sup>)。この見解が、その後長きにわたり、国家の内部法領域は権利能力や法人格の成り立ちえない客観法領域であるとする見解をドイツにおいて有力にしたのである<sup>93)</sup>。

しかし、今日のドイツの支配的な見解は、これとは対照的に、権利能力は現行法の産物であると解する。そして、この見解は、さらに、現行法は、憲法の制約(基本法19条4項)<sup>94)</sup>の枠内において、この権利の司法的救済も予定する、と解する<sup>95)</sup>。

すなわち、ドイツの行政裁判所法は、「行政訴訟は、…非憲法的性質のあらゆる公法上の争訟に開かれる」と規定する(40条1項)。そして、この「公法上の争訟」は、もはや「市民と国家の関係 (Bürger-Staat-Beziehung)」のみを念頭に置くとは、解されない<sup>96)</sup>。

すなわち、行政裁判所法は、民事訴訟法と同様の給付訴訟、形成訴訟、確認訴訟の区別をするが(行政裁判所法43条2項<sup>97)</sup>)、その主な訴訟類型は、①有効な行政行為の取り消しを求める取消訴訟 (Anfechtungsklage)、②一定の行政行為の義務付けを求める義務付け訴訟 (Verpflichtungsklage)、③その他高権的行為の作為、不作為命令を求める一般給付訴訟 (allgemeine Leistungsklage)、④ある法関係の存否の確認を求める確認訴訟 (Feststellungsklage)<sup>98)</sup>である<sup>99)</sup>。

そして、ドイツの実務は、伝統的に、行政行為はいわゆる法主体間の法関係を

92) P. Laband, Fn. 89, S. 181 ff.; G. Jellinek, Fn. 89, S. 240 ff.

93) この点を指摘する文献として、以下のものが便宜である。R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 35; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 32 ff.

94) この規定は、私人の権利保護任務の遂行を妨げるほど量的に過剰な負担を裁判所に負わせることや、私人の権利保護任務を遂行するという裁判所の基本的な性格を質的に変えてしまうことを、禁じていると解される(山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ(上)」ジュリ1238号86頁)。

95) Z.B. Peter Lerche, Strukturfragen des verwaltungsgerichtlichen Organstreits, in: Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, 1996, S. 171 (171); W. Krebs, Fn. 70, S. 574; H.-U. Erichsen, Fn. 84, S. 211 ff. この見解が、ドイツに定着していることは、以下の文献を参照のこと。H. Maurer, Fn. 65, § 21 Rn. 25 ff.

96) P. Lerche, Fn. 95, S. 174; s.a. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., 2008, § 21.

97) 「確認は、原告が形成の訴え又は給付の訴えにより自己の権利を訴求できる又は訴求できたであろう場合には、求めることはできない。このことは、行政行為の無効の確認が求められる場合には、妥当しない」(行政裁判所法43条2項)

規律する行為形式と整理するため（行政手続法（VwVfG）35条<sup>100)</sup>）、行政行為の取消訴訟と義務付け訴訟の類型は、法主体間の訴訟においてのみ利用されうるが<sup>101)</sup>、他の訴訟類型は、同一行政主体内の行政単位間の訴訟においても利用されうる<sup>102)</sup>。

従って、たとえば、ゲマインデは、自治行政権（＝国家行政任務を営む自己の権利）を実現するため、法監督の根拠規範の規制を受けるラントを被告とし、法監督の取り消しを求める取消訴訟を提起しうる（＝法主体間の訴訟）<sup>103)</sup>。また、ゲマインデ議会議員は、議決に関与する自己の権利（＝国家行政任務を営む自己の権利）を実現するため、除斥決定の根拠規範の規制を受けるゲマインデ議会を被告とし、除斥決定の根拠となる利益相反がないことの確認を求める確認訴訟を提起しうる（＝同一行政主体内の行政単位間の訴訟）<sup>104)</sup>。

かくして、行政単位は、いずれにしろ、法規範の最終的な帰属先となる能力（権

---

98) 規範統制訴訟（Normenkontrolle）は、ラントの法律より下位にある法規範の無効性の確認を求める訴訟であり、確認訴訟の特別類型と整理される（F. Hufen, Fn. 96, § 13 Rn. 8. 山本・前掲注94)90-95頁）。

99) Vgl. F. Hufen, Fn. 96, § 13 Rn. 5ff.

100) 行政手続法35条1文は、「行政行為は、行政官署（Behörde）が、公法領域において個別事例の規律のために行う、外部に対する（nach außen）、直接の法効果を志向する、すべての処分（Verfügung）、決定および他の高権的措置である。…」と規定する。「外部に対する」直接の法効果を志向するという文言が、行政行為が法主体間の法関係を規律する行為類型と整理されていることの証明として、引き合いに出される。

101) W. Krebs, Fn. 70, S. 579f.; H.-U. Erichsen, Fn. 84, S. 230; P. Lerche, Fn. 95, S. 178f.; Friedrich Schoch, Der Kommunalverfassungstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 1987, S. 783 (787f), s.a., F. Hufen, Fn. 96, § 21 Rn. 10.

102) W. Krebs, Fn. 70, S. 580; P. Lerche, Fn. 95, S. 177; F. Schoch, Fn. 101, S. 788; F. Hufen, Fn. 96, § 21 Rn. 11ff.

103) Meinhard Schröder, Grundfragen der Aufsicht in der öffentlichen Verwaltung, JuS 1986, S. 371 (372f). 自治行政を営む公法上の法人が、自治行政を営む権利を保護規範違反の行為により違法に侵害される場合、主観的権利に係る訴訟を提起できることにつき、参照、山本・前掲注88)366-368頁、ドイツの立法・判例の紹介は、人見剛「地方自治体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」同『分権改革と自治体法理』273頁、281-289頁（敬文堂、2005）（初出1995）。

104) VGH Kassel, Urt. v. 10.3.1981, NVwZ 1982, S. 44f. H.-U. Erichsen, Fn. 84, S. 229. ある行政主体の内部において、一般的に権利能力を持たない行政単位が原告と被告となるいわゆる Insihchprozeß に関しては多くの文献があるが、以下の文献が概観のために便宜である。F. Hufen, Fn. 96, § 21.

利能力)を持ち(甲～戊)、この権利が法規範に反する行為により違法に侵害される場合、自己の主観的権利に係る訴訟を提起しうるのである。

ロ) 機関 (Organ)、機関の部分 (Organteil)、職 (Amt)

次いで、機関は、ドイツにおいて、権利能力を持つ行政単位の任務の分業的な遂行という意味の、暫定的な所掌事務の帰属先となる行政単位と定義される<sup>105)106)</sup>。

機関は、権利能力と同様、現行法の産物であり、機関の範囲は、基準となる法規範と共に変化する<sup>107)</sup>。

甲) たとえば、i) ラントは連邦との関係において、ii) ゲマインデ、ゲマインデ連合および国家の設立する他の公法上の法人、国家の設立する私法上の法人、受任者は連邦およびラントとの関係において、各々、国の行政任務の分業的な遂行という、(基本法規範との関係において) 暫定的な所掌事務の帰属先となる行政単位(すなわち機関)となりうる<sup>108)</sup>。但し、これらの行政単位は、他の法規範との関係においては一般的な権利能力を持ち(また、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合は基本法規範との関係においても一般的な権利能力を持ち)、上記の事務を、通常、行政主体の地位において処理する。なお、これらの行政単位は、乙) の機関から区別して、分枝 (Glieder) と呼ばれることがある<sup>109)</sup>。

乙) 次いで、i) 連邦内閣 (Bundesregierung)、連邦大統領 (Bundespräsident) 等は連邦との関係において、ii) (ラントの) 省 (Ministerium)、財務官署 (Finanzamt)、行政区官署 (Regierungspräsidium)、郡役場 (Landratsamt) 等はラントとの関係において、iii) ゲマインデ議会 (Gemeinderat)、ゲマインデの長 (Bürgermeister) 又はゲマインデ参事会 (Magistrat) 等はゲマインデとの

105) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f, I f 10; F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 282; R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 37; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 34; M. Burgi, Fn. 33, § 7 Rn. 28; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 274; H. Maurer, Fn. 65, § 21 Rn. 19.

106) 権利を持つ行政単位の部分は法主体と定義され、行政単位の部分は機能単位 (Funktionseinheit) と定義され、各々行政に限られないことが多い。なぜならば、機関の概念は、私人の設立する法人にも成り立つためである (H. Maurer, Fn. 65, § 21 Rn. 20. 稲葉馨『行政組織の法理論』150頁 (弘文堂、1994))。

107) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f 8-10; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 269 ff.; F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 283 f.

108) H. J. Wolff/O. Bachof, Fn. 80, § 74 a; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 280.

109) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 a.

関係において、各々、自己の属する行政主体の任務の分業的な遂行という、暫定的な所掌事務の帰属先となる行政単位（すなわち機関）となりうる<sup>110)</sup>。但し、これらの行政単位も、特別の法規範との関係において、当該法規範の最終的な帰属先となる能力（すなわち権利能力）を持つことがあり、この場合は、その限りにおいて機関ではなくなる<sup>111)</sup>。

丙) 機関はより小さな行政単位を持つことがあり、これは機関の部分 (Organteil) と呼ばれる (例: 省の部局 (Abteilung)、課 (Referat)、専門係 (Sachbereich))<sup>112)</sup>。

丁) 国家行政任務処理のプロセスは常に人間の力により営まれるため、機関は一人の人間を単位とする所掌事務の範囲を指し示す職 (Amt)<sup>113)</sup>に至るまで細分化される<sup>114)</sup>。すなわち、人間は行政主体との勤務関係を介し、職の担い手 (Amtswalter) となり、その活動は職に振り分けられる所掌事務の枠内において機関に帰属し、最終的に権利能力を持つ行政単位に帰属する。かくして、職の担い手の活動は機関の活動となり、機関の活動は権利能力を持つ行政単位の活動となり、国家行政任務処理のプロセスは秩序付けられる<sup>115)</sup>。

戊) 機関は、専ら (暫定的な) 所掌事務の帰属先を指し示す概念であり、機関に備わる権限 (Befugnis) により分類されうる。たとえば、行政官署 (Behörde)

---

110) 以上の例は、次の教科書によっている。S. Detterbeck, Fn. 66, Rn. 202, 208.

111) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f 8-10; E.-W. Böckenförde, Fn. 7, S. 269ff.; F. E. Schnapp, Fn. 8, S. 283f.

112) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f 10; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 43. 機関の部分は、他の人工的な区別しうる組織的な独立性を持ち、それ自体、機関としての性質を持つ場合、下位機関 (Unterorgan) と呼ばれることもある (W. Kluth, Fn. 31, § 83 Rn. 164. 稲葉・前掲注106)147頁)。

113) Amtの概念は、実定法上、以下の異なる意味で用いられることがあり、区別が必要である。  
①行政官署の名称としてのAmt (例: 財務官署 (Finanzamt)、ラント統計官署 (Landesamt für Statistik))、②行政官署の部分 (部局) としてのAmt (例: ゲマインデの、秩序局 (Ordnungsamt)、住民登録局 (Einwohnermeldeamt)、文化局 (Kulturamt)、戸籍局 (Standesamt)、③身分法上の職 (Vgl. R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 41; Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2007, § 4 Rn. 215.)。

114) H. J. Wolff/O. Bachof, Fn. 80, § 73 I c 3; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 36; M. Burgi, Fn. 33, § 7 Rn. 30; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 38; W. Kluth, Fn. 31, § 83 Rn. 195; H. Maurer, Fn. 65, § 21 Rn. 37.

115) H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f 1.

は、機関のうち、行政主体の外部に向けて活動する権限を持つもの、と整理される<sup>116)</sup><sup>117)</sup>。ちなみに、行政官署は、小さなゲマインデの長のように一人の職からなることはあるが、通常多くの職と機関の部分からなり、この職(例:大臣)や機関の部分(例:合議制の委員会<sup>118)</sup>)から、理論的に区別される。但し、行政官署(Behörde)と行政官署を指揮する職(Behördenleiter)は、ドイツにおいて、実務上、同じ名前をつけられることがあり、注意を要する(例:「市長(Der Bürgermeister)」、「行政区長官(Der Regierungspräsident)」、「…大臣(Der Minister für ...)」の名を持つ行政官署。よって、名称変更の望ましさが指摘される)<sup>119)</sup>。日本の行政官庁概念は、ドイツでいえば、行政官署を指揮する職(例:大臣)又は行政官署の機関の部分(例:合議制の委員会)に通常該当するものであり、行政官署概念(Behörde)とは合致しない<sup>120)</sup>。

④ 任務(Aufgabe)、所掌事務(Zuständigkeit, Kompetenz)、権限(Befugnis)

以上の行政単位は、国家行政任務を振り分けられ、当該任務の処理に用いられる手段を与えられる。振り分けられる任務は、ドイツにおいて、所掌又は所掌事務(Zuständigkeit, Kompetenz)(以下「所掌事務」という)と呼ばれ、事務処理のために用いられる手段は、権限(Befugnis)と呼ばれる<sup>121)</sup>。

イ) 所掌事務は、国家行政任務を、甲) 現に処理する事務(Wahrnehmungs-

116) H. J. Wolff/O.Bachof, Rn. 80, § 76 I d; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 43; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 36. 稲葉・前掲注106)150頁。

117) 行政官署は、一般に公法形式組織をとる機関のみをさす概念として整理されるため、国家の設立する私法上の法人や受任者の機関は、これに含まない(M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 36. 稲葉・前掲注106)150頁)。但し、行政手続法(VwVfG)4条1項の定義する行政官署は、「公行政任務を遂行するすべての受け皿(Stelle)」であり、私法上の法人や受任者の機関を含むため、ここにいう行政官署の概念から区別されなければならない(R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 38)。

118) 委員会は、他の人工的な単位から区別しうる組織的な独立性が強い場合、機関の部分ではなく、それ自体、機関と位置づけられることもある。組織的な独立性は、予算法上の地位、職員代表法上の地位、職務遂行に必要な物品の帰属の有無等により、判定される(H. J. Wolff/O.Bachof, Fn. 80, § 74 I f1.)。

119) J. Ipsen, Fn. 113, § 4 Rn. 216ff.; S. Detterbeck, Fn. 66, § 5 Rn. 203.

120) この指摘は、稲葉・前掲注106)219-221頁。

121) Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., S. 52ff.; J. Isensee, Fn. 19, § 73 Rn. 19ff.; P. Kirchhof, Fn. 18, § 99 Rn. 28ff.; M.Burgi, Fn. 10, S. 30; R. Loeser, Fn. 11, § 10 Rn. 42ff.

kompetenz) と乙) 当該処理の形式、手続、内容等を拘束的に定める事務 (Sachkompetenz) とに分類できる<sup>122)</sup>。行政単位は、部分的にしろ、後者の事務を、法規範により最終的に帰属させられる場合、当該任務との関係において権利能力を持つ。

たとえば、ゲマインデは、地方の行政任務の処理につき、形式、手続、内容等を拘束的に定める事務を、広く基本法規範により与えられており、当該任務との関係において権利能力を持つ。他方、行政単位は、ヒエラルヒッシュな決定機構に組み込まれる場合、上位の行政単位が、事務処理の形式、手続、内容等を拘束的に定めない場合に限り、これを拘束的に定めうるにすぎず、自己の処理する任務との関係において、権利能力は持たない<sup>123)</sup>。

ロ) 上位の行政単位が、ヒエラルヒッシュな決定機構において、事務処理の形式、手続、内容等を拘束的に定める活動は、指揮 (Leitung) と呼ばれる。

ヒエラルヒッシュな関係にはない行政単位が、他の行政単位の仕事処理の形式、手続、内容等の拘束的な決定に関与する活動は、統制 (Kontrolle) と呼ばれる<sup>124)</sup>。

ハ) 指揮と統制は、一般に、ある機能単位が、甲) 別の機能単位の活動を観察し (beobachten)、乙) この活動を所与の基準に照らして審査し (prüfen)、丙) 必要な場合、これに是正的に介入して (berichtigen) 行うが、この観察、審査、是正的介入の三要素からなる活動は、監督 (Aufsicht) と呼ばれる<sup>125)</sup>。

ニ) 監督は、手段、強度等の点で多様であり、その合理的な秩序付けに向け、以下の通り類型化が行われる。

甲) 監督は、上記の通り、指揮の性格を持つ監督と統制の性格を持つ監督とに分かれる<sup>126)</sup>。統制の性格を持つ監督は権利能力を持つ行政単位を当事者とするものであり、これに関する紛争は司法判断の下に置かれる<sup>127)</sup>。

---

122) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 45.

123) Wolfgang Kahl, Staatsaufsicht, 2000, S. 408 ff.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 45.

124) W. Kahl, Fn. 123, S. 357 ff., 408 ff.; Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 271 f.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 59.

125) W. Kahl, Fn. 123, S. 353 ff.

126) W. Kahl, Fn. 123, S. 357 ff., 408 ff.; W. Kluth, Fn. 124, S. 271 f.; M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 59.

乙) 監督は、専ら適法性を基準とする法監督 (Rechtsaufsicht) と合目的性を基準とする専門監督 (Fachaufsicht) とに分かれる<sup>128)</sup>。法治国原理は、ヒエラルヒッシュな決定機構を外れ、権利能力を持つ行政単位に対しても、適法性を基準とする監督は常に行われるよう要求すると論じられることが多い<sup>129)</sup>。

丙) 監督は、事前の予防的監督 (präventive, vorgängige Aufsicht) と事後の抑制的監督 (repressive, nachlaufende Aufsicht) とに分かれる<sup>130)</sup>。事前の予防的監督は、基準抵触の具体的な危険がある場合に限り許されると主張されることがある<sup>131)</sup>。

丁) 監督は、その強さにより、i) 助言 (die Beratung)、ii) 情報提出要求 (das Auskunftsverlangen)、iii) 異議と命令 (die Beanstandung und Anordnung)、iv) 異議の対象となった措置の破棄 (die Aufhebung der erfolglos beanstandeten Maßnahmen)、v) 自己介入 (Selbsteintritt)、vi) 国家特命員の投入 (die Einsetzung eines Staatsbeauftragten)、vii) 監督行政官署による社団や財団の代表の解散 (die aufsichtsbehördliche Auflösung von Vertretungen auf Körperschafts- und Anstaltsebene) 等に分かれる<sup>132)</sup>。監督は、指揮の性格をもつ領域においては、一般に、下位の行政単位に対する拘束力ある命令 (すなわち指図 (die Weisung)) により行われる。監督の手段は、これらの強度を基準に、比例原則に則して投入されなければならないことが主張される<sup>133)</sup>。

国と地方公共団体は、以上の類型化に基づく拘束や各種の憲法上の拘束 (例：民主主義原理、地方の自治行政権の保障、大学の学部の自治行政権の保障) の下、監督の仕組みを制度化する。この制度化は、各制度の特質に則して行われなければならない、監督制度のあるべき姿は、一般化して定式化するの難しい<sup>134)</sup>。たと

127) W. Kahl, Fn. 123, S. 562f.; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 56.

128) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 60; Thomas Groß, Was bedeutet »Fachaufsicht«? DVBl. 2002, S. 793 (793).

129) W. Kahl, Fn. 123, S. 496; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 46; P. Kirchhof, Fn. 18, § 99 Rn. 239ff.; a. A. T. Groß, Fn. 128, S. 796.

130) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 60; T. Groß, Fn. 128, S. 795.

131) W. Kahl, Fn. 123, S. 355.

132) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 60; M. Burgi, Fn. 33, § 7 Rn. 45; W. Kahl, Fn. 123, S. 441.

133) W. Kahl, Fn. 123, S. 552ff.

134) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 60.

えば、国家の設立する私法上の法人は、民法典（BGB）、有限会社法（GmbH）、株式会社法（AG）等は、上記の監督手段（i～vii）を制度化しないため、国家が、統制的監督を行いにくい問題を抱える。但し、行き過ぎた統制的監督の制度化は、私法上の法人が、状況に即して比較的柔軟に利用されうるメリットを殺ぐため、両者の均衡を図ることが、この制度に特有の課題となる<sup>135)</sup>。

ホ）指揮と統制は、個別の是正的な介入（＝監督）とは別に、事前の一般的な基準の設定により行われることがある。この一般的な基準の設定は、Lenkung（操縦）と呼ばれる<sup>136)</sup>。

### 3 組織法上の基礎概念～過程としての組織について

行政単位を形成し、更新し、構造としての組織を生み出す過程（＝Ablauforganisation）は、国家の組織編成権（Organisationsgewalt）により作動する<sup>137)</sup>。

国家の組織編成は、第一に、国政全体を左右する国家指揮（Staatsleitung）の一種であり、基本法は、この事務領域は、一定の重複の下、連邦議会と連邦内閣とに最終的に帰属させると解される<sup>138)</sup>。

国家の組織編成は、第二に、合理的な国家行政任務処理に不可欠のものであり、基本法は、この事務領域は、通常の状態行政（Staatsverwaltung）任務を処理する権能を持つ行政単位にも、多かれ少なかれ最終的に帰属させると解される<sup>139)</sup>。

---

135) ドイツの実務は、①私法上の関与の制度（例：株主の議決権）を使いつくす方法や、②国家の設立する私法上の法人の制度化法（例：ゲマインデ法の企業（Unternehmen）の節）に上記の監督手段を部分的に盛り込む方法等により、問題の解決を試みる（T. Groß, Fn. 33, § 13 Rn. 77 ff.; T. Mann, Fn. 48, S. 182 ff., S. 297 ff., S. 305 ff.）。

136) W. Kahl, Fn. 123, S. 358 ff.

137) M. Jestaedt, Fn. 11, § 14 Rn. 58. この問題の包括的検討として、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理（一）～（四・完）」法学65巻2号37頁、同3号42頁、愛知大学法経論集157号41頁（以上2001）、同158号1頁（2002）。

138) Ernst Friesenhahn, Parlament und Regierung im modernen Staat, in: VVDStRL 16 (1958), S. 38; Meinhard Schröder, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, HStR Bd. V 2007, § 106 Rn. 11. 村西良太「憲法学からみた行政組織法の位置づけ」法政研究75巻2号81頁、83頁-85頁（2008）。

139) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 88; W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 98.

そして、各機能単位は、法規範違反の行為により自己の組織編成権を違法に侵害される場合、主観的権利に係る訴訟を提起しうるものが、現行法上、予定されている。

すなわち、基本法は、連邦憲法裁判所は「連邦最上級機関の権利と義務 (Rechte und Pflichten) の範囲に関する争訟を契機に、基本法の解釈に関する判断を下すものとする…」と規定する (基本法93条1項1号)。また、基本法は、連邦憲法裁判所は「基本法28条の自治行政を求める権利 (Recht auf Selbstverwaltung) を法律が侵害する場合、ゲマインデおよびゲマインデ連合が提起する憲法異議に判断を下すものとする…」と規定する (基本法93条1項4b号)。

かくして、たとえば、連邦内閣は、自己の組織編成権を実現するため、執行権 (die Exekutive) の核心領域への侵害禁止の規制を受ける連邦議会を被告とし、基本法の解釈について判断を求める、主観的権利に係る訴訟を提起できる。また、ゲマインデは、自己の組織編成権を実現するため、自治行政権の核心領域への侵害禁止の規制を受ける<sup>140)</sup> ラントを被告とし、ラント法に関する憲法異議を提起できる<sup>141)</sup>。ちなみに、前者の訴訟は、同一法主体内の機関相互の訴訟であるが、連邦の最上級機関は、基本法規範の最終的な帰属先となる能力 (すなわち権利能力) を持つと解されるため、主観的権利に係る訴訟と整理される<sup>142)</sup>。

なお、連邦憲法裁判所は、各機能単位が持つ組織編成権の範囲を明確に画することには成功していない<sup>143)</sup>。しかし、これは、本稿の起点となる考え方によれば、特段驚くべきことではない。なぜならば、組織編成権は、他の法概念と同様、日々形成され、更新される動態であり、その境界は一義的には画しえないためである。むしろ、今日のドイツにおいて重視されるのは、この動態的なプロセスが、基本法の予定する合理的な水平的および垂直的権力分立 (機能配分) メカニズムの

140) 詳細な紹介は、新村とわ「自治権に関する一考察 (二・完)」法学68巻4号61頁、71頁-92頁 (2004)。

141) Z.B., BVerfG Urt. v. 26. Okt. 1994, BverfGE91, 228. 判決の紹介は、人見剛「ドイツにおける地方自治体の組織高権・人事高権」同『分権改革と自治体法理』303頁、308-310頁 (敬文堂、2005) (初出1997)。

142) Horst Dreier (Hrsg.), GG Kommentar 2. Aufl., 2008, Art. 93 Rn. 50.

143) 村西・前掲注138)125頁。

下、断続的に行われることである。従って、司法権は、組織編成権がいずれかの機能単位に偏り、基本法のメカニズムが機能不全に陥らないよう、法的に一定の歯止めをかけることを、期待されるにすぎない<sup>144)</sup>。

最後に、この動態としての組織 (Ablauforganisation) は、それ自体が国家的任務処理の一つの局面である。従って、国家は、各種の憲法原理 (基本権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理) の直接の拘束の下、この任務を処理しなければならない。そこで、この拘束の内容が問題となるが、この点は本稿のテーマから逸れるため、別稿において検討することにした。

### III 結びにかえて

“行政組織法の基礎概念”は、中心は比較的安定していても、周辺は時代と共に変化する<sup>145)</sup>。本稿は、ドイツの行政組織法学上の概念を参照し、その一部の検討を試みたにすぎないが、筆者がこのプロセスを経て考えたことは、以下の通りである。

#### 1 行政単位概念の必要性

第一に、日本の行政法学は、国家行政任務の内容が境界を画しがたいものであることは、ほぼ一致して肯定していると思われる。たとえば、ある有力な日本の学説は、国民の福祉を増進するための積極的な活動のどこかに線を引いて、ここまでは「国家的」であり、ここから先は「私的」であるという区分を行うのは、殆ど無意味であるか、或は少なくとも、極めて困難な作業であるといわなければならない、と述べる<sup>146)</sup>。この見解は、大方の論者の認めるところではないかと思われる<sup>147)</sup>。

次いで、これを踏まえた上で、国家が、ある公共的任務を、現に国家行政任務として引き受けた場合、この任務を処理する機能単位は、私人が単なる公共的任

---

144) W. Krebs, Fn. 8, § 108 Rn. 99. この点を地方の自治行政に関して説くものに以下の文献がある。Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung “nach Rastede”, in: Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt, 1991, S. 121 ff.

145) M. Jestaedt, Fn. 11, Rn. 18.

146) 藤田・前掲注91)23頁。

務を処理する場合とは異なる法の拘束を受けることも（例：各種の憲法原理（基本的人権尊重の原理、法治国原理、民主主義原理）の直接の拘束）、多くの論者は肯定するところではないかと思われる<sup>148)</sup>。

ある論者は、これとは対照的に「本来的な行政主体である国と地方公共団体を除くすべての法人は私人であると割り切って差支えない<sup>149)</sup>と主張する。しかし、「国や地方公共団体が別の法人を設立すれば即、基本権等による拘束を免れ、私人と同質の（例えば経済活動の）自由を得られると解することには疑問がある<sup>150)</sup>、と反論されており、筆者も、こう解するのが、日本国憲法の妥当な解釈ではないかと思われる。

そして、以上を前提とすれば、国家が国家行政任務を引き受け、これを処理する過程を秩序付けるため、行政組織法学は、過程としての行政組織の動態を、包括的に射程に収めうる法概念を持つ必要があると思われる。ドイツにおいては、行政単位概念が、この役割を担っている。しかし、日本には、これに相当する概念が存在しないため、行政単位に相当する概念が取り入れられるべきではないかと思われる<sup>151)</sup>。

なお、このことは、従来、行政組織法学の中心に据えられてきた行政主体概念が、単なる行政単位の一つ（参照、Ⅱ 2③イ）乙）に整理しなおされるべきことを意味する。日本の有力な学説は、これとは対照的に「行政組織法は行政主体の組織に関する法であるとする、行政主体が決まってこない以上、その範囲は確定しないことになる。趣旨を同じくするが、行政組織に通ずる一般原理なるも

147) 成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」ジュリ661号48頁以下、舟田・前掲注13)270-271頁、塩野宏「特殊法人に関する一考察」同『行政組織法の諸問題』20-21頁（有斐閣、1991）（初出1975）、同「国際公衆電気通信事業主体の法的地位に関する覚書き」同『行政組織法の諸問題』39頁（初出1979）。

148) たとえば、行政組織の一般原理の適用範囲と行政主体の範囲を結びつける、塩野宏『行政【第三版（補訂）】』6頁、108-111頁（有斐閣、2008）。

149) 舟田・前掲注13)275頁。

150) 山本・前掲注39)878-879頁

151) 行政単位概念は用いないが、行政主体概念が、ある特定の法主体の「属性」ではなく、ある具体的な法関係の「法的地位」を示すものであることを指摘し、「行政担当者」、「行政担当団体」等の概念を用い、行政担当者が法規範により法主体性を与えられることを指摘するものとして、岡田雅夫「行政主体論」雄川一郎ほか編『現代行政法大系7行政組織』16頁（36頁以下）（有斐閣、1985）。

のがもしあるとすると、その一般原理の適用範囲という角度から、ある組織体が行政主体かどうかの問題となるのである。」<sup>152)</sup>と論じる。

この「行政主体」の概念は、「行政単位」の概念により置き換えられるべきではないかというのが、本稿の第一の結論である<sup>153)</sup>。

## 2 権利能力を持つ行政単位

第二に、ある行政単位が現行法上権利能力を持つにもかかわらず、この権利が現行法上司法的救済を予定されないと解するのは、憲法上合理的な理由がある場合を別として、不合理ではないかと思われる。

ドイツにおいて、ある行政単位が、法規範違反の行為により自己の権利を違法に侵害される場合に提起する訴訟は、一般に「非憲法的訴訟のあらゆる公法上の争訟」(行政裁判所法40条1項)に該当する。

また、基本法19条4項は、「何人も、公権力によりその権利を侵害されたときは、出訴の途が与えられる。…」<sup>154)</sup>と規定して行政訴訟の中心的な機能を個人の権利保護に置くが、この規定は、①個人の権利保護の任務の遂行を妨げるほど量的に過剰な負担を裁判所に負わせるに至ったり、②個人の権利保護の任務を遂行する裁判所の基本的な性格を質的に変える程に至ったりしない限り、上記の訴訟の提起を妨げないと解される<sup>155)</sup>。

そして、日本においても、ある行政単位が権利能力を持ち、この権利が法規範違反の行為により違法に侵害される場合の訴訟は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する争訟であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」(最判昭和56・4・7民集35巻3号443頁(445

---

152) 塩野・前掲注148)6頁。

153) 中川丈久「米国法における政府組織の外延とその隣接領域」金子宏先生古稀祝賀『法学の法と政策下巻』473頁以下、490-493頁(有斐閣、2000)は、行政単位の代わりに『政府機関(行政機関)』の用語を用いるが、機関の語は別の意味を持ちうるため、本稿は、行政単位の語を用いるのが妥当ではないかと考える。

154) 「何人も、公権力によりその権利を侵害されたときは、出訴の途が与えられる。他の管轄が基礎づけられない限り、通常裁判所への出訴が認められる。第10条2項2段は、影響を受けない」。

155) 参照、山本・前掲注94)。

頁)) に該当するのではないかと思われる。言い換えれば、この種の訴訟は、少なくとも宝塚市条例最高裁判決(最判平成14・7・9民集56巻6号1134頁)以前の判例によれば、裁判所法3条の「法律上の争訟」に該当することは否定できないのではないかと思われる。

そして、日本国憲法32条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と定めるが、この規定は、基本法19条4項と同様、上記①②の特殊な事情が認められる場合は別として、行政単位の訴訟の提起を妨げないと解されるのではないかと思われる。

このように解すれば、ある行政単位が現行法により権利能力を与えられるにもかかわらず、この権利が現行法上司法的救済を予定されないという不合理な事態は、日本においても少なくとも憲法上は起こらない。これを否定する最高裁の判決(宝塚市条例最高裁判決)は、ドイツの古典的な理論に引きずられているという見解は<sup>156)</sup>、正当であると考ええる。

### 3 行政組織法における二元論の克服

第三に、ドイツにおいて、行政単位は、連邦、ラント、ゲマインデ、ゲマインデ連合の他、国家の設立するその他の公法上の法人、国家の設立する私法上の法人、受任者を射程に含む。

他方、日本において、行政単位(従来の用語法によれば、行政主体)は、国、地方公共団体の他、独立行政法人法に基づき設立される独立行政法人(地方独立行政法人法に基づき設立される地方独立行政法人を含む)、国立大学法人法に基づき設立される国立大学法人、特殊法人・認可法人・指定法人の一部(地方公社を含む)、公共組合と一般に整理される。

つまり、民法・商法等の普通法形式組織を持つ法人は、行政単位の射程外とされる<sup>157)</sup>。

そして、以上の整理は、普通法形式組織を持つ法人は、行政単位に特有の法の

156) 高木光「判批」別ジュリ『平成14年度重要判例解説』45-47頁、兼子仁=阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』85頁[高木光発言](信山社、2009)。

157) 塩野・前掲注147)23頁以下、38頁以下。

拘束を免れることにより、より多くの民間資金の導入と関係者の積極的参加を期待することができるという、特殊会社や第三セクター方式が活用されはじめた時代の日本の問題状況によって立つ。また、行政組織法学は、行政に特有の組織形態を持つ法人（行政主体）を対象とするという、伝統的な公法・私法二元論によって立つ<sup>158)</sup>。

しかし、特殊会社や第三セクターは、一括して行政単位の射程外とするのではなく、一定の場合<sup>159)</sup>、行政単位に属するものとして、各種の憲法原理（民主主義原理、法治国原理等）の直接の拘束の下に置くべきことが、経験的に実証されているのではないかと<sup>160)</sup>。また、国家は、普通法上の行為形式（例：契約）と同様、普通法上の組織形態を持つ法人組織を利用しうるとすれば<sup>161)</sup>、日本の「行政組織法における行政主体論は、新たな二元論から先の理論的展開という部分において未だ十分ではないように思われる」という主張<sup>162)</sup>は、説得力をもつのではないかと。

ドイツの行政法学は、この課題は克服済みである（「行政単位の一類型としての国家の設立する私法上の法人」、参照Ⅱ2②ロ）。そして、ドイツの学説が、もう一つの自由解釈を起点に生み出した、「行政単位と行政主体の区別」「現行法との関係においてのみ成り立つ権利能力・法人格および機関」「組織法規範との関係において権利能力を持つ行政単位」「指揮の性格を持つ監督と統制の性格を持つ監督」等の法概念は、二元論から先の理論を展望する者に、多くの示唆を与えてくれるのではないかとと思われる。

---

158) 以上の分析は、橋本博之「行政主体論に関する覚え書き」立教法学60号30頁、34-35頁（2002）、北島周作「行政法における主体・活動・規範(二)」国家学会雑誌122巻3・4号133頁以下、156頁（2009）。

159) どのような場合がこれに当たるかは、ドイツの議論が多くを示唆するであろう（参照、Ⅱ2②ロ）。

160) 第三セクターの場合、官民の役割分担の曖昧さ、官官の責任分担の曖昧さ、地域における政治的圧力を通じた過大投資、情報公開の不備による説明責任の欠如等も、問題点として指摘される（赤井伸郎『第三セクターの経営悪化の要因分析—商法観光分野の個票財務データによる実証分析—』6-7頁（内閣府経済社会総合研究所、2003））。

161) 三橋良士明「第三セクターの民主的統制」室井力先生還暦記念『現代行政法の理論』355頁以下（法律文化社、1991）、山本・前掲注39)873頁。

162) 橋本・前掲注158)34頁、これを支持するものとして、北島・前掲注158)158頁。