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

ドイツの民営化概念(一)

松塚, 晋輔
久留米大学法学部講師

https://doi.org/10.15017/2094

出版情報：法政研究. 64 (4), pp.69-112, 1998-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

論説

ドイツの民営化概念（一）

松塚晋輔

はじめに
一　ドイツにおける民営化の歴史的展開
二　ドイツにおける民営化の定義
(一)　相対的な多数説
(二)　他の説
三　相対的多数説の具体化
(一)　任務
(二)　私人
(三)　委譲

(四)　ドイプラーのメルクマール
(五)　他の類似概念からの区別（以上本号）
四　民営化諸形式の分類
五　ドイツの民営化概念の意義
おわりに

はじめに

国政、地方政治を問わず民営化[1]が叫ばれている。しかし、民営化とは何かと問われた場合、その概念がはっきりしていないことに気付く[2]。我が国においてそれが法令上の用語でもあるにも拘わらず（日本国有鉄道改革法六条・八条の各見出し）。

ところで、一般に概念確定という作業はアルファでありオメガである[3]。従来より、公法学でも定義付けは重大かつ困難な仕事である。例えば、「行政」や「公法」の定義付けは厄介ではあるが、その分野の理論体系を構築するには避け得ないものであった。それらは幸いにしていったん諸家により定義付けや外延画定がなされるとともに、ある程度理論体系が整った近年、さらに従前の定義を破棄または止揚して新たな学問体系を築こうという段階にある[4]。しかし、民営化はその段階に至っていない。

尤も、我が国でも既に明治期において今日でいう「民営化」に関わる議論が世上を大いに賑わせた。福沢諭吉は、

「商事工業ノ実際ハ旧藩士族タル今ノ官員ノ最モ短ナル所ニシテ資本ノ自在ニシテ巨大ナルハ日本国中政府ノ右ニ出ルモノナシ事ニ拙ナル者ガ巨額ノ資本ヲ用ヒントシテ其際ニ浪費乱用ノ弊ナキハ万々期ス可ラズ旧幕府ノ末年ヨリ維新以来ノ実験ニ由テ知ル可シ」[5]と述べ、当時の殖産興業を痛烈に批判している。また、田口卯吉も『東京経済雑誌』を通じ、官業は赤字でありしかも民業を圧迫しているとし、殖産興業政策を徹底的に批判する[6]。さらに、ある研究によると、当時の官営事業の払い下げは周知の通り民間産業の促進という意図をもって実施されたが、一八八四年までの払い下げ論議は財政的理由からであったとされており[7]、この点で今日の「民営化」と極めて類似した史実があったことが窺われる。

しかし、そこでは「民営化」という言葉はみられない。かような歴史の浅い概念の定義付けを行うことは、確かに個人の見聞・経験や言語感覚に左右される面が多いであろう。例えば次のような問題がある。国家自身が遂行してきた任務を、国家のみが出資する民商法上の法人（株式会社、有限会社等）に遂行せしめる、これは民営化であるのか否か。第三セクター企業[8]の利用は民営化であるのか。市民の自発的公益活動は民営化であるのか。このように民営化概念が未確定のままでは、体系的で均衡のとれた法的論究もままならないのではなかろうか。

その点、ドイツではある定義が民営化（Privatisierung）の概念として諸論者によって提示されている。これを紹介整理することに、いかほどか我が国の「民営化」論に貢献してくれるのではないか。これが本稿の大きな意図である。本稿は法的観点からこの概念を探求するものであり、それは民営化に関する法的議論の出発点であることを自覚している。

一　ドイツにおける民営化の歴史的展開

一九世紀の自由主義時代になって、公経済に親和する重商主義期から維持された公企業は僅かなものであった。[9] その理由は、第一にアダム・スミスの理論がドイツでも受容され、自由競争は全て自ずから調整されると考えられたこと、第二に特にプロイセンにおいて、ナポレオン戦争のもたらした財政危機のため、国有財産の売却により国家収入を増やさなければならなかったことである。[10] そして、ライヒ誕生（一八七一年）の頃、経済からの国家の撤退が最高潮となるが、[11] 一八八〇年頃の好景気から第一次大戦（一九一四年）まで、私経済のみならず公経済の発展がみられた。[12] 公経済拡大の背景には、国家が強大化する独占資本に対応する必要があったのである。[13] そして、第一次大戦に至っては、行政による私法的組織形態の利用がみられる。戦時経済の必要から行政により戦争会社（Kriegsgesellschaften）が設立されたのがそれであるが、その設立の理由は、通常の行政機構が任務履行に相応しくないということであった。[14]

公企業が不正な競争を行っていると批判されるようになったのは、私経済団体の声明が出された一九二六年からのことである。[15] 公経済に対するこのような攻撃は、効果がなかった訳ではなく、公経済に対する租税上の優遇を破壊し、ドイツ・ゲマインデ・オルドゥヌンク（DGO、ドイツ市町村法）六七条[16]の制定を促し、そして多くの公私混合経済企業をもたらした。[17] また、ライヒ郵便とライヒ鉄道の民営化も議論されたが、この民営化は行われず、その所有者からの独立化が達成されたのみであった。[18] しかし、一九二九年に始まる世界恐慌によって、公経済に関する議論はいったん止むことになる。[19]

社会化に前向きなはずのワイマール時代、公の経済活動が著しく拡大されることはほとんどなかった。[20] 尤も、第一

次大戦後、ワイマール憲法の社会化条項と社会化諸法律を成立させた社会主義的政党は、政党綱領にさらなる要求を掲げていた。[21] 逆に、その他の政党は、私有財産や私経済に好意的な態度をとっており、ナチスも、当初若干の社会化措置を要求したが、やがて私経済に与し、経済計画と私経済擁護との間で葛藤するという状態であった。

このようにワイマール時代にも、現代の民営化に相当する議論が既に存在していたということが分かる。[22]

第二次大戦後は、軍事生産から平時生産への転換との関連で、多くの公企業が民営化された。[23] しかし、それ以外の経済への国家介入が必ずしも減ぜられた訳ではない。当時はSPDのみならずCDUも社会化を支持しており、かなりイデオロギー的色彩は少なかったのである。[24] しかし、一九五一年は、西独連邦議会での民営化論議において、ソ連占領地域における強制経済を目の当たりにしたCDUが、社会化支持から民営化傾向に転換した節目となった。[25] つまり、現実に動機付けられた民営化に続く、政治的な民営化議論の開始である。[26]

民営化議論は、五〇年代末プロイサークやフォルクスワーゲン社等の国民株式による財産形成論につながる。[27] 国民株式とは、収入・財産の少ない大衆が拠出することができる、細分された公企業の株式であり、その際、社会的割引が行われることもあった。[28] しかし実のところ、この政策はCDU政権が社会民主主義に対する選挙戦での優位を勝ちとらんがためのものであった[29]という指摘がなされている。当時、株価が上昇したが、その後の不景気により、国民株式の価額が発行価額を下回ってしまい、大衆が株から離反し、ついには国民株式が終焉に追い込まれることになる。結局、国民株式の発行は、意図されていた財産形成という意味では結果を残すことができず、その後八〇年代に入ってからは、労働者の財産形成が民営化の議論に上ることはなくなるという末路であった。[30]

国民の財産形成との関連で市場経済の強化を目指した従前の民営化論議と違って、七〇年代以降の民営化論議では、主に、財政危機の理由でもって公的な給付を削減することが論ぜられる。[31] 但し、生産や消費に国家の占める割合が大

きくなれば、市場経済システムが国家管理経済システムに変質してしまうという危惧も、従来と同様にあったことは確かである。(32)

ところで、連邦の出資は、実際の数字では、一九七〇年から一九八二年までにおいては、その全体数においては増加しており、一九八三年になってようやく出資数が減少している。(33)このことから、八〇年代に至って、国家の縮小が本格的に実行されたことが窺われる。先の数値変化に特に貢献したのが、石炭・電力・ガス会社たるＶＥＢＡ社の株式売却である。その際、連邦保有株式は一九八二年に三〇パーセントに縮減されたのである。(34)さらに、一九八七年にＶＥＢＡ社の連邦保有株式が、一九八八年にフォルクスワーゲン社、ＶＩＡＧ社（エネルギー・アルミニウム・化学の分野で活動）の連邦保有株式が、そして一九八九年にはザルツギター社（鉄鋼・機械の製造分野で活動）の連邦保有株式が株式市場に売却され、それぞれ完全な民営化が達成された。また、ＩＶＧ社（交通・軍事技術の分野で活動）は一九八六年に株式が株式市場に売却され、連邦の出資が五五パーセントに減少した。

このように、主に八〇年代の公企業の民営化議論をみると、一方で公的秩序の観点（市場経済の構造的な長所に与する観点）と、他方で財政的観点（切迫した財政事情に照らして、公的機関よりも私企業に経済性を見出す観点）とが並存しているとまとめることができる。(35)

九〇年代に入り、一九九四年に連邦郵便や連邦鉄道が株式会社化され（郵便株式会社、鉄道株式会社）、一九九五年には連邦郵便から分離したテレコム株式が発行されている。(36)

九〇年代においては、民営化論議にもう一つ視点が加わる。つまり、九〇年代にはいると、東西統一（一九九〇年一〇月三日）後の新しいラントにおける生活状況・経済発展を調整するために、経済政策として、旧東独の産業施設のほとんどを遅滞なく私有財産に移行せしめることが課題となったことである。(37)このような民営化の使命をもって、

一九九〇年に信託公社が設立され、また信託公社法が制定された。[38][39]

このように民営化の歴史を概観すると、民営化の目的・理由が大体把握できる。アイヒホルンは民営化の目的として、秩序目的、財政目的、経営目的の三つにまとめている。[40] 秩序目的とは、完全競争モデルないしはパレート最適の市場経済を妨げている公企業に副次的・補完的な任務だけを与えるべきとする議論である。財政目的とは、民営化（売却）による国家の収入や国家負担の軽減を期待するものである。そして、経営目的とは、経営的合理性や経済性の要請とされている。この三分類でやや気になるのが、国民株式政策が目指した国民の財産形成という目的が、先の三分類のいずれに入れることができるのかという点だが、あえていうなら秩序目的であろうか。我が国における明治期の官業払い下げが目的とした民間産業の勃興については、これも秩序目的であろう。さらに、行政が私法的組織形態を選ぶ（尤も、これについては民営化といえるかどうかで争いがある）理由・目的については、エアブグートとシュトールマンが網羅的に列挙しているが、[41] 概ねアイヒホルンのいう財政目的と経営目的にとらえられるようである。

ところで、民営化の概念確定に際し、何らかの民営化の目的を定義中に挿入する見解はあまりみられない。しかし、民営化概念は先験的なものでないという意味でやはり歴史的概念である。民営化の歴史のそれぞれの局面において志向された目的もまた、史実とともにこの概念の中に内在していると思われる。よって、以下民営化概念の探求においては、折にふれ民営化の目的にも言及することになろう。

二　ドイツにおける民営化の定義

(一)　相対的な多数説

比較的多くの論者が、民営化を、従来公の手により遂行されてきた任務、公共的任務または国家的任務を私人または私的領域に委譲することと定義している。(42)

尤も、クネマイヤーは広義・狭義の民営化を区別する。(43)広義の民営化として解されるのは、任務履行に際し柔軟性を得るために、私経済的手段・方法を利用することや、何らかの作用に私人を関与させることである。他方、狭義（本来の意味）の民営化は、従来公の手により遂行されてきた任務を私的領域に委譲することである。

しかし、クネマイヤーはそれぞれの論者の挙げる民営化形式をまとめる用語として広義の民営化を語っているに過ぎないことは文脈をみれば明らかである。故に、クネマイヤーが主張するのはあくまで狭義の民営化であって、これこそがクネマイヤーの民営化概念といってよいであろう。

(二)　他の説

レッシュは右の説とは別の定義を行う。氏によると、民営化とは、国家または地方公共団体の財産を私人に委譲すること、つまり、当該財産（土地、事業または企業持ち分）が全部または部分的に委譲されたり売却されたりすることである。(44)これがまさに真正な民営化であり、また、私人への財産の部分的な委譲がいわゆる公私混合経済企業にな

るとする。(45)

レッシュは、私法形態へ公企業を移行させることや、私経済的経営原理に公経済を近付けることを、民営化概念にとっては有意味でないと論じる。(46) 但し、議論の一部を取りこぼさないために、そのような拡張された民営化論議にも立ち入らなければならないとする。これに対して、公共的職務の遂行を私人に委ねることをも民営化としてとらえる「作用的民営化」概念についてはレッシュは取り扱わないと述べる。つまり、国家が私人を義務付けたり、高権的権限を委任することを民営化とは解さないのである。また、公の手が一定の作用を完全に中止するといった、民営化の最も広い形式をも考えないとする。察するところ、この国家の任務放棄は民営化ではないということをいわんとするものであろう。

この説は、公企業の民営化を想定しており、国民の財産形成を意図したフォルクスワーゲン株式の売却のような事象をうまく包摂してくれる。しかし、現在民営化という語は決して公企業の民営化にとどまるものとして用いられているのではなく、(47) レッシュのいう公の財産の私人への委譲が妥当しないケースがたくさんある。例えば、補助業務の委託や行政権限委任（Beleihung）等である。また、この説では、単なる普通財産の売却の事例も全て民営化に含められることになりそうであるが、果たしてそれでよいのかという点で疑問である。故に、この定義は十分とはいい難いように思われる。

先にみたように、比較的多くみられる定義は、民営化を公の手の任務の私人への委譲であるとするが、国民財産の形成を意図して公の財産をただ売却するという事象を、この定義には含めることができず、不十分との批判が考えられる。しかし、これに対しては、国家が、公企業経営の任務（全部若しくは一部）または出資人として有する任務を、株式売却という手段で私人に委譲したと解すれば、この定義でもフォルクスワーゲン社等の公企業売却の事例を民営

化と称することが可能であると反論できよう。

なお、ハゲマイスターは前示の両学説を併記して、「従前の国家的任務・国家的給付、従来官庁自身によって行われてきた任務・給付、または国有財産を私的主体に委譲すること」と民営化を定義している。[48] この説に対しては、まずレッシュ説に対するのと同様の疑問が投げ掛けられる。また、公企業の売却は相対的多数説の定義によってもカバーされるので、あえて公企業の売却を取り上げて定義に掲げる必要もないであろう。公企業の売却は、民営化の定義ではなく、民営化の形式（後述四）で問題とすれば足りる。

三　相対的多数説の具体化

相対的多数説の定義を、「任務」、「私人」そして「委譲」という文言に分けて詳論しよう。[49]

㈠　任　務[50]

(1)　連邦憲法裁判所とハンス・ペータースの見解

まず、任務とは何かを問題としなければならない。行政の任務という視点から、民営化概念に関する外延が明確化されると期待できるからである。

さて、国家的任務と公共的任務の区別をはっきりさせていなかった連邦憲法裁判所はテレビ局判決（一九六一年）

で、「ラジオ放送はドイツ法の発展によれば公共的任務である。国家が何らかの形でこの任務に関われば、当該任務は『国家的任務』に変わる」と判示した[51]。つまり、公共的任務が国家の決断によって国家的任務に変質することを示したのである。

この判決に対しハンス・ペータースは、連邦憲法裁判所が公共的任務と国家的任務とを厳密に区分していないため、誤解がみられると批判する。それは以下の如くである。国家が公共的任務と何らかの形で関われば国家的任務になるという論法を別の領域に引き写すと、看過し得ない結論が導かれる。例えば、私立の国民学校に対しては、国家が立法的に関与し、若しくは学校監督（基本法七条一項）を行使することになっているが、連邦憲法裁判所のテーゼによれば、それらが国家的任務を遂行していることになってしまう[52]。

結論としてペータースは、①国家が当該公共的任務を、国家的規律に則って国家官庁に履行させる場合、または、②国家が自ら引き受けた任務を、国家に何らかの方法で従属する法主体に履行させる場合において、当該公共的任務が国家的任務に変わるという説を主張するのである[53]。

なお、ペータースによれば、公共的任務（öffentliche Aufgaben）とは、その履行に公衆（Öffentlichkeit）が重大な利益を有するところの任務である[54]。そして、公共的任務が国家的任務の上位概念とされているのである[55]。

(2) 規範的任務概念

他方、通説的見解によれば、国家的任務は国家が現行憲法上要求することを認められている一切の任務と理解されている[56]。これからすると、国家の任務範囲は開かれており[57]、国家的任務の範囲は、民主的な法治国家・社会国家においては、原則として所与のものではなく、国家政策的な意思形成の対象であり結果であるとなる。

また、民営化の任務として「行政的任務（Verwaltungsaufgaben）」の語が用いられることもあるが、これは「国

家的任務（Staatsaufgaben）」の下位区分（即ち、行政に与えられた任務）であり、[58] 勿論、基本権に保護された私人の活動の自由から区別される事項である。この用語法によると、行政的任務は、法規によって行政に委ねられた一切の任務、あるいは、行政が法的に遂行し得る一切の任務となる。[59]

憲法秩序により国家に認められた任務を国家的任務とする通説的見解は、国家的任務について規範的に概念を確定している。その代表的論者イゼンゼーも、国家的任務たるには国家が法の形式で任務に着手し、憲法の枠を維持していることが要件であるとし、国家的任務を形成するには遂行しているという事実だけでは不十分であると明言している。[60] このような概念を民営化の意味での任務概念に代入するならば、それは「規範的任務概念」または「任務の規範的概念」と名付け得よう。しかし、通説の解する国家的任務は民営化の制限または促進についての法理論（即ち、当該任務が国家的任務であれば民営化は制限されるとか、逆に国家的任務でないならば民営化されるべきであるといった法理論）にはなり得ても、民営化概念の要素とはなり得ないのではないかという疑問が生じよう。

(3)　事実的任務概念

それでは、規範的な考察を省略し、現実に国家が行っている作用を民営化の意味での任務として定義付けることはできないであろうか。これは即ち、「事実的任務概念」または「任務の事実的概念」と命名できよう。例えば、民営化論で通常用いられる「公共的任務」概念を詳細に把握することは、民営化論の中では必要なく、「公共的任務」は、従来公の手によって履行されてきた任務全てである、[61] といった見解は事実的任務概念といえよう。また、先の連邦憲法裁判所の見解も事実的任務概念の亜種と解することができよう。

民営化の定義付けにおける任務概念を、国家が現実に行ってきた作用と解するのは（事実的任務概念）、言語解釈にかかる一つの決断である。この決断をするならば、任務概念についての話は比較的すっきりする。とりわけ、次に

述べる市民の公法上の義務付け、行政権限委任、国家に制限された職業の許認可等が民営化であるか否かを判断する場合、そのような作用が、国家により従前なされてきた任務かどうかをみるだけでよいからである。

しかし他方で、従来国家が行ってこなかったが、国家のなすべき任務であると考えられる任務について、それを国家自らが遂行することなく私人に委譲する場合（＝「丸投げ」？）や国家が着手する前に私人が自発的に当該任務を遂行している場合を想定し、そのケースを民営化と考える解釈もあり得る。その際、事実的任務概念では対処できない[62]。なぜなら、現実に国家が当該作用を行っているという見方ができないからである。その場合、規範的任務概念を用いざるを得なくなる。

(4) 市民の公法上の義務付け

そこで、第一に具体的に問題となるのは、市民の公法上の義務付けと国家による任務の委譲との線引きである。というのは、民営化の一環として私人の義務付けが語られているが（但し、後述㈣(1)のようにドイプラーはこれに異を唱える）、私人の義務付けなるものは、任務の委譲のみを意味するばかりでないからだ。例えば、国民の納税義務を考えてみた場合、これは私人の義務付けの範疇には入るが、とても国家的任務の委譲とはいえない。つまり、民営化でない。

ところで、フォルストホフは、私人への行政責務の転嫁（Überbürdung）とその他私人の義務付けという概念を区別しているが[63]、国家的任務の委譲に相当するのが前者である。その際、フォルストホフは前者の例として、納税義務者でない私人（使用者）が、所得税・保険料等を給与から源泉徴収しそれを引き渡す事例を挙げ、後者については、財貨を備蓄したり一定の権利者の請求に用意することの義務付けといったケースを挙げている。そして、行政責務を転嫁された者（前者に該当）は行政の補助機関となり行政の業務を実施するが、他方、市民の公法上の義務を履行す

る者（後者に該当）は直接行政に関与している訳ではないと述べている。

一方、フィツトゥムは、石油備蓄義務を、道路清掃義務や私企業に対する身体障害者雇用の割り当てとともに民営化の類型として同列に論じている。(64) 特に、石油備蓄の義務付けの取扱いについては、まさにフォルストホフと正反対である。ただ、これらが全て任務の委譲であるとすることには疑問もあろう。

このような学説の対立に関連して、シュタイナーは次のように述べる。(65)

「行政責務という用語法には、私人が国家の事項である任務を遂行しているという観念だけが結び付いているのではない。その他にも、……国家の責務が私人の手の中にあっても国家作用の性質を維持しているというべきである。」(S.198)「国家が行政の責務を私人に委譲する場合、行政責務であるということから、私人の手による国家作用が容易に導かれる訳ではない。」「国家が任務の対象を私人の義務とすることで、国家が一定の任務の遂行から免れる場合に、私人の法的地位が高権の担い手に対する純粋な給付義務にあるならば、私人による行政の事例ではなく、また行政権限委任の事例でもないというのが常である。よって、国家に対する義務が履行されているに過ぎず、権限配分をもってして私人により国家意思が形成されているのではない。国家と私人間の法関係には、二つの行政の担い手相互の関係と共通性がない。従って、私人が行政を担う際に妥当する法的ルールが適用される必要もない。例えば、すでに引用した石油製品の最低備蓄に関する法は、行政の責務を私人に委譲しているのかも知れない。しかし、当該私人は行政の担い手とはならない。」「この備蓄義務は届出義務（「石油製品最低備蓄法」九条）や報告義務（一〇条）のような付随的義務によって補完されている。これらの規定においては、行政作用の遂行を示唆する要素は明らかでない。備蓄義務のある企業による備蓄の履行は国家に対して負う給付に過ぎない。」(S.199f.)

シュタイナーが私企業の石油備蓄義務を私人による行政と解していないのは、フォルストホフと共通する。しかし、

石油備蓄が私人に義務付けられない限り国家的任務であると解釈する点でフォルストホフと異なる。しかし、民営化の概念を探求する本稿において、シュタイナーのこの視点は無縁である。何らかの国家の事務を委譲することが民営化であって、委譲された後に当該事務が私人の業務となるか国家の事務としての性質を維持するかは、民営化概念にとっては関係がないといえるからだ。いずれにせよ、国家的任務の委譲と私人の義務付けの区別が必要であることに変わりはない。

結局、市民の公法上の義務かそれとも国家的任務の委譲かは、個々の事例について義務を実定化している法律の解釈によってのみ判断できるにすぎない。[66] その際、前者の場合、往々にして高度な個人的性質が付随しており、届出義務や報告義務のように非代替的作為に向けられることもあるということは、一つの区分基準となり得るとされている。[67] また、「基本権では根拠付けられない活動の権限が私人に付与される場合にのみ、行政的任務の委譲が語られる」[68]という見解も、メルクマールとして活用できるであろう。

同様にして、いわゆる「基本的義務」――子に配慮・教育する親の義務（基本法六条二項）、兵役義務・代役義務（基本法一二a条）等――の履行も国家的任務の遂行ではない。[69]

(5) 行政権限委任（Beleihung）

第二に、行政権限委任と国家による任務の委譲との区別も厄介である。これについて論じよう。

ところで、行政権限委任理論はオットー・マイヤーにまで遡ることができるとされている。[70] 彼によると、[71]「特許（Verleihung, Konzession）」とは「受任者（Beliehene）」に、行政の一部分とそこに顕現する公権力に関して、法的力を与えるという内容の行政行為をいう（S.95）。これには、公企業の特許、及び公物についての特別利用権の特許がある（S.96）。公企業の特許の具体例としては、道路、運河、橋梁、交通施設、鉄道、電信施設、ライヒ銀行等の

特許が挙げられる（S.249ff.）。公物についての特別利用権の特許に関しては、ダム、水車用水路、河川における灌漑施設等の設置がその対象となる（S.97）。この特別利用権の特許に関連して、Konzessionの語が、営業警察上の許可をも含むものとして用いられていることを、マイヤーは批判し、それを排除する（S.244；ebenda, Bd. I, S.239 Anm. 1）。

しかし、彼の挙げる特許（即ち、Beleihung）の事例は、今日の行政権限委任（Beleihung）の事例と全く異なっていることは広く認識されているところである。[72] 今日、行政権限委任は、一定の高権的権限を私人に委譲することとか、[73] 国家的任務や特に行政的任務を組織的に独立して遂行させるため私人に委譲すること、[74] という定義付けがされている。その具体例としては、機長・船長・狩猟監視人への官憲的権限の委任や、建築検査技師・自動車検査専門官・煙突掃除人（防火検査）への単純高権的権限の委任が挙げられており、また民間銀行（補助金交付の決定権限を付与されている場合）も行政権限受任者として解釈されている。[75] この今日的な行政権限委任は民営化の一類型として数えてよかろう。[76]

次に、マイヤーの意味でのBeleihungを民営化に含めることができるかが問われなければならない。これを民営化の一類型とする論者もいるが、[77] こういった見方には留保されるべきことがある。

ダグトグロウによれば、「真の特許（die echte Konzession）」――即ち、マイヤーの意味でのBeleihung――は、独占を破るだけであって、「行政的任務への私人の関与を意味せず、むしろ、国家独占により制限された行動の自由を場合に応じて再び手に入れることを意味する」。そして、「このことは、特許の際の条件（Auflage）や一定の被特許者（Konzessionäre）の法的義務によって変わることはない。この条件についても、特許は行政的任務への受任者の関与を形成するものではなく、逆に私的活動への行政の関与を形成するのである」。[78] 要するに、ダグトグロウはマイ

ヤー流の Beleihung の対象たる任務・事務を規範的任務概念には含めず、本来私人の自由の領域にあるものととらえているようである。

この指摘を下敷きにすれば、例えば特許制度のあるエネルギー経済の領域において、「法律は行政的任務を国家監督に限定して」いると考えられるので、「エネルギー供給の実施そのものは勿論国家の包括的な規制に服するけれども、行政的任務としては構成されておらず、原則として私的な基本権的イニシアチブの範疇にある」[79]ということができる。従って、マイヤーの意味での Beleihung の事例は、民営化の定義における「任務」（規範的任務概念）という要件を充足するとは必ずしもいえないことになる。どういうことか。即ち、民営化の対象は、国家が従来遂行してきた任務（事実的任務概念）、または国家が遂行すべき任務（規範的任務概念）である。マイヤー流の Beleihung において委任される任務は規範的任務概念に該当しない。そこで、マイヤーの Beleihung が民営化であるというためには、その対象が事実的任務概念を充足することを要する。かくして、マイヤーの Beleihung が民営化としてとらえられるのは、従前国家が遂行してきた任務が委任される場合に限られるのである。[80]

(6) 国家に制限された職業等

第三の具体的問題として、弁護士・医者・薬剤師・税理士のように国家に制限された職業（staatlich gebundene Berufe）、または許認可義務のある活動や単なる届出義務のある活動（erlaubnis- oder genehmigungspflichtige oder gar bloß anmeldungspflichtige Betätigung）を私人が行う場合[81]、これが民営化に当たるかが問題となる。このような私人の活動がそもそも規範的任務概念に該当するとは解せられない。とすると、前述の特許の事例と同様に、その活動が民営化の「任務」概念を満たすのは、従前国家が遂行してきた作用である場合に限られるということになろう。[81a]

(二)　私　人[82]

(1)　ダグトグロウ説

ダグトグロウは私人について次のように述べる。

「私人とは消極的概念である。私人とは公務員でない者全てである。私人は公務員制度に帰属せず、消極的意味において『国民（Volk）』に属する。[83]」

しかし、「私人が行政的任務に関与しているならば、彼は作用的には私人ではなく、公務員から区別されない。ここにすでにこの私人概念の相対性が現れている。よって、区分のメルクマールは機能にではなく、国家組織へ身分上編入（personelle Eingliederung in die Staatsorganisation）されているかという点にのみある。[84]」

「この要件が満たされるのは、専業として編入されている者、即ち、公務員法の意味での公務員（裁判官や職業軍人も含む）、公勤務に携わる雇員や労務者についてであり、当然のことながら彼らの任用に法的効力があるかどうかは問題とならない。[85]」

「しかし、国家の部分的組織に編入されて義務的または随意に勤務に就く者も、その限りでは私人ではない。ここでは、軍役、非軍事的代役（ziviler Ersatzdienst）、民間人保護、防空（Luftschutzdienst）、大惨事救援、消防が考えられる。これらの作用が召集された勤務義務者または自発的な協力者のいずれによって担われるかということは問題とならない。決定的なのは、作用を担っている者が広義の国家組織に編入されているか否かであり、編入されている場合、彼は私人としての性格を失うのである。[86]」

また、「利益代表者はむしろ、公益とは必ずしも一致しない利益の代理人としてみなされる。この私人は……『国

家』ではなく、……――心理学的・社会学的にみて――国家に対峙している。[87]」

「よって、国家組織に編入されていない者は全て『私人』である。この性質は、『行政的任務への関与』……によって止揚されることはない――ましてや、その原則的な私法上の立場を放棄することのない職業（いわゆる、国家に制限された職業、特許企業）に、公法上の条件を課すことによって止揚されることは全くない。

法人については私人と非私人の区分は私法人と公法人の区分に合致する。しかし、国家、ゲマインデまたはその他の行政の担い手が、それに依存する株式会社その他の会社を設立するに際し、多くの行政的任務を移転させ、公共的任務をいわば民営化する（より厳密には、私法的手段で履行する）ならば、これは概念上はまさしく国家高権の……私法人への委任であり得る。しかし、それは我々の意味での関与ではない。なぜなら、そこでは『私法形態の公営造物』が問題となるのであって、行政的任務の履行に関与する（真の）私人が問題となる訳ではないからである。[88]」

このダグトグロウの私人概念は、特に民営化論の中でたてられたものでないにも拘わらず、民営化論の私人定義として用いられている。[89]

(2) オッセンビュール説

オッセンビュールもダグトグロウの影響を受け、「私人による行政的任務の履行」[90]という論稿の中で私人概念に言及する。まず、国家と社会が一致せず並存している場合にのみ――国家と社会相互の浸透があるとしても――、「私人」による行政補助を考えることができると前置きする。そして、実質的な意味における私人が存在するのは、基本権の保障が、国家から自由な個人的領域を保障している場合だけであると述べる。よって、ダグトグロウと同じく、公務員や専業の国家作用の担い手でない者が私人である、と消極的に定義できるという。他方、積極的定義では、制度化された国家行政組織の外部に立ち、国家に対峙し、基本権を保障された市民が私人であるとする。

これと並んで、法技術的・形式的意味での私人概念は私法上の主体（Privatrechtssubjekt）として理解することができると論じている。国家または高権主体が私法形態で直接行政的任務を履行するケースは全て、これに含まれるということである。この点についてオッセンビュールは、市民、即ち実質的意味の私人に重点を置くとしても、私法形態の国家をも考察しなければならないとしている。

オッセンビュールによる私人の実質的な定義付けに対しては、支持者がいる反面[91]、循環論法であるとの批判があがっている[92]。というのは、私人としての資格から基本権保障を導き、逆に基本権保障から私人としての資格を導くということになるからである。この論争で問題となるのは、教会の位置付けであろう。私人の実質的定義からすれば、教会はその公法形態にも拘わらず国家から独立しているので、私人概念に包摂できることになる[93]。逆に、実質的定義の批判論者からすれば、教会はその形態故に私人性を否定されよう。しかし、教会が例えば慈善活動を行う場合、それはやはり私人の公益活動と同様に扱われるべきものであることからすると、否定論者も教会の基本権享有主体性を一切否定するという結論は採らないのではないかと思われる。

(3)　私法的組織形態

ここで私法的組織形態について触れておこう。一般には登記社団（eingetragener Verein）、株式会社、株式合資会社（Kommanditgesellschaft auf Aktien）、登記組合（eingetragene Gesellschaft）、有限会社、財団、組合、合名会社等が挙げられる。これら私法的組織形態は私法上の団体であり、一定の要件を満たせば、誰でも設立できる。勿論、株式会社も有限会社も私的な収益経済に合わせて作られているが、許容される目的ならばいずれをも設立することができるので、私的領域において非収益経済目的（例えば、公益目的）であっても設立し得る[94]。ちなみに、行政が先の私法的組織形態を用いる際の制限について、その立法例としては連邦財政法（ＢＨＯ）六五条[95]がある。

私法的組織形態の中では、特に株式会社と有限会社が、公の手によって用いられている。[96] 公の手が株式会社を用いる正当な理由には、株式会社だけが、異なる行政主体が経済的給付行政の目的で、広く結合することを可能にするといったものや、[97] 株式会社においては個々の機関が法律上明確に分離されているので、会社の政治化を防止し得るといったものがある。[98]

(4) 形式的意味の私人

ここで、オッセンビュール説の後半部分にある法技術的・形式的意味の私人概念に入ろう。そこでの問題は、出資を全て国家が掌握しているような私法団体について、これを私人といい得るかという点にある。ダグトグロウも、この種の私法人へ公共的任務を委譲することを「いわば民営化する」ことと記しているから、民営化の意味での私人概念に形式的意味の私人を包摂しているものと察せられる。これらを肯定すると、[99] 形式的民営化（行政のみが出資している私法団体に任務を委譲するケース）という形式が成立することになる。

グラッペは彼の実質的意味の私人概念には同意しつつも、形式的意味の私人概念については異論を唱える。つまり、私法会社がゲマインデの所有にあり、ゲマインデによって政策実現のために動員されている場合、ゲマインデに直接拘束されていることからして私人ではない、というのである。[100] この場合、形式的民営化という形式も否定される。[101] 他にも、グロモルが、民営化というものを、第一義的に利益、即ち個人的・会計的利潤を追求し、行政に拘束されない私法人（実質的な私人）に対して任務を委譲することと定義しており、この説によっても形式的意味の私人は民営化概念から排除されることになろう。[102]

これに対する反批判としてフィツトゥムは次のように指摘する。形式的民営化については、行政の「統一性や責任に重大な帰結をもたらす決断」であるという意味で、「民営化概念がテーマである」。この組織変更を表現するのに適

した用語が他にはない。まさに「信号効果」を期待して、私法的組織形態の任務履行についても民営化概念に含めるべきである、と。[103]

考えてみるに、この問題は概念に含めるか否かという各人の言語感覚に負うところが大きいので、論理的に決し難い。形式的意味の私人を民営化の私人概念に含めない者は、形式的民営化を民営化論の対象でないとするが、他の研究領域の対象となることまでは勿論否定しない。また、この見解に対する批判として、形式的民営化を表現する適切な用語が他にないと指摘されているが、「私法形式の行政」や「行政私法」という研究テーマが広く認知されているので、その指摘は必ずしも妥当ではない。この点、我が国の民営化論では形式的民営化をも民営化概念に含めている[104]ということは留意しなくてはなるまい。私見については五で述べる。

(5)　非独立の行政補助者

一定の行政的任務の遂行に際し、行政を補助するが、独立して活動するのでなく、行政の委託や指図に従って補助活動をなす者（いわば、非独立の行政補助者）[105]についての問題がある。例えば、私人が犯罪者を一時的に逮捕する場合、交通事故に際し市民が警察から手信号で交通整理を託される場合等が考えられる。このような場合における行政補助者は、独立して活動するのではなく、行政の指示・指図に従うので、行政権限委任とは区別される[106]。

では、民営化に当たるかどうかである。前述したダグトグロウらの私人概念では、緊急時における自発的協力者は国家組織に編入されていることから、私人でないとされている。このダグトグロウの主張は、行政的任務への私人の関与か否かという文脈の中のものであるが、民営化論にその主張を応用すると、同じく緊急時における警察補助の要請は民営化でもないことになる。

仮に私人性が肯定されるとしても、民営化の目的としては秩序目的・財政目的・経営目的の三つが指摘されている

が（前章のアイヒホルンの見解）、警察補助の要請は緊急の国家目的を遅滞なく全うするために私人の実力行使を認めるためのものであって、秩序目的・財政目的・経営目的のいずれかに含めるのは困難である。また、これを民営化とするのは一般的感覚からも程遠い。[107] これに対して、警察補助との関連で、違法駐車車両のレッカー移動を私企業に委託するが如きは、[108] 財政目的を有していると考えられ、私人性が認められる限り、民営化といって差し支えなかろう。なお、行政権限委任については民営化として解されているので、受任者の私人性は当然の前提である。但し、形式的意味の私人が行政権限受任者となり得るかについては争いがある。[109] しかし、行政権限委任に当たらないとしても、形式的民営化概念にはとらえられる。

(6) 公私混合の私法団体

残る問題として、公私混合の私法団体は私人であるかどうかを考察したい。

行政が他者と企業を享有する場合としてピュトナーは、行政が企業を賃貸するが、利潤に対する権利や影響力を行使する権利を留保している場合、行政が私人とともに企業に出資している場合（公私混合経済企業）の二つを想定する。[110] そして後者では、企業それ自身は公企業でなく、公私混合経済企業（gemischt-wirtschaftliches Unternehmen）であるが、行政が当企業を多数でもって支配しているならば、当企業は多くの点で公企業と同様に扱われなければならないとする。しかしこれとは逆に、公の手が個々の株を所有しているに過ぎない場合は、企業活動ではなく財政財産（Finanzvermögen）であると考える。[111]

またブルは、公私混合経済企業において国家の出資が大きくなれば、その基本権保護は低減すると主張する。[112] この見解は公私混合の私法団体を一律に公か私かと考えるのでなく、公の手による出資の度合いに応じて問題を決するのである。勿論、ブルは基本権保障の名宛人という視座で論じ、ピュトナーは基本権保障のみを問題としているのでな

いから、単純な比較はできないが、ブルとピュトナーは企業に対する公の手の出資率を指標とする点で共通している。

判例では、市の出資が七二パーセントに達している公私混合企業が生活配慮行政を託されている事例で、当該企業を行政と同一視して、基本権は当該企業に保障されるものでないとした連邦憲法裁判所決定[113]や、市が法律上割り当てられている任務を、市が大株主であるところの公私混合企業に委ねている場合、当該企業は基本権に拘束されるとした連邦通常裁判所判決[114]がある。このように、判例は基本権の享有・拘束に関して、公の手の出資が大部分を占めるところの公私混合私法人を公の手と同列に論じようとしている。故に、判例も右に示した見解とベクトルが同じであることが窺われる。

これに対して、エーラースは基本権の享有に関して、公私混合の私法団体については、私的組織と同様に論ずることができるという[115]。但し、当該団体が行政権限受任者である場合は別であるとする。

このように見解は対立しているようにみえるが、行政の出資率の低い私法団体に関しては、基本権享有を認めるという点では一致していると考えられる。そしてここで、実質的意味の私人概念を採用すれば、公私混合私法団体は基本権を享有する場合に私人とされることになる。しかし、形式的意味の私人概念を採用すれば、公私混合私法団体はその私法形態故に私人であることになる。言い換えれば、形式的民営化を民営化の一形式としてとらえる論者[116]にとっては、行政のみが出資人である私法団体ですら民営化の意味での私人であるから、況や公私混合私法団体も民営化の意味での私人であることになる（行政がそのほとんどを出資しているとしても）。

公私混合私法団体の私人性については、別の視点も交えて、総合的な考察を五で行いたい。

(三) 委　譲[117]

(1) 私人による関与との違い

ドイツの学界では、私人による行政への関与（または私人による行政的任務の履行）をテーマにした議論が見受けられるが[118]、委譲という概念によって民営化論の研究対象が画定されるため、両者では議論の切り口が異なるものとなる。つまり、前者のテーマでは、「委譲」という言葉でなく、私人による「関与」という用語をめぐる議論となろう。そこでは、「関与」の主語は私人であって、私人の側の積極的行態に力点がある。逆に、民営化では、「委譲」の主語が行政であり、行政側の行態に中心が置かれることになる。さらに、ダグトグロウは前述のように、行政的任務への私人の関与といえるのは、民営化の場合と異なり、真の私人が関与している場合であるとしている。

(2) 積極的及び消極的意味の委譲

委譲という用語に関しては次のような指摘がある。「社会的諸力や自由市場が十分代わりを務めることを公の手が信頼して、公の手が任務や施設を放棄しその配慮をこれ以上しないならば、民営化の語は語ることができない」（国家がその責任から脱しはするが、同時に（例えば、売却や賃貸を通じて）当該責任を移転させることについて何もしない場合には[119]）、と。その他にも、「我々は支払うことができないため、もはやこれをなさない」という類の決断は、民営化と呼ぶことはできない[120]、といった見解や、国家による規制権限を私人に委譲することなく、単に規制を廃止することは、規制緩和（Deregulierung）であって、民営化とは区別されなければならない[121]、といった見解がみられる。

これらの指摘は、委譲という言葉に積極的意味と消極的意味の二義があるということを意味するものである。前者は、行政が私人をして積極的に当該任務を担わせるよう、私人に働きかけるという意味であり、委任、委託、賃貸、

売却、義務付け、援助促進等の行為を必然的に伴う。他方、後者は、行政が恒久的に任務を放棄するのみで、当該作用の行く末には無関心であり、行政はその任務に関して、私人に委託・委任・売却したり私人を義務付けたりということを一切しない場合を指す。その場合、名実ともに国家の任務というものは消滅する。これは、消極的委譲とも名付け得ようか（例えば、私人への働きかけ等を何らせずに道路や公共施設を廃止する場合）。消極的委譲、即ち「単なる任務放棄」については委譲する相手方（私人）が存在しないため、「私人への委譲」という定義自体が満たされない。先の指摘はまさに民営化概念から消極的委譲を駆逐するものに他ならない。(122)

(3)　私的イニシアチブによる活動

ところで、病院や幼稚園の設立・経営のように、公益に関わる任務や行政が配慮しなくてはならない任務について、私人や私的団体が自らのイニシアチブと自らの手段でもってこれを遂行する例や、あるいはボランティアによる福祉活動の例などがある。これらは資金援助等を通じて国家によって促進されていたり、国家の統制に服している。これらを民営化の事例として語ることができるかどうかであるが、私人に対する積極的な働きかけがみられるならば、肯定できる余地がある。但し、このことはまず、私人の作用が本来国家のなすべき作用であること（規範的任務概念の該当性）、または私人の作用が従来国家の実施してきた作用であること（事実的任務概念の該当性）のいずれかが満たされることを前提とする。いずれも満たされない事例に関しては、例えば伝統文化保存のための補助金交付のように、当該文化行事そのものが国家のなすべき任務に該当しないという場合――尤も、資金援助作用は国家のなすべき任務であろうが――を想起すればよい。

(4)　委譲の形式

ここで、委譲の具体的な形式をみてみよう。これには合意に基づくもの、一方的に課すもの、勧奨・促進によるも

のの三形式が考えられる。合意に基づくものには特許契約、請負契約、委任契約、売買契約（例えば、公企業株式の売却）等があり、一方的に課す場合には義務付けが相当し（但し、義務付けは民営化に含まれないとする説もある）、勧奨・促進によるものには私的イニシアチブによる活動の援助・促進が含まれる。まず、合意に基づく形式である賃貸について紹介しよう。

ツァイスによれば、ゲマインデはその経営体を賃貸（Verpachtung）の方法でもって時限的に第三者に託すことができる。[123] ゲマインデの経営体を売却してしまうことはゲマインデ財産から完全にそれを排除してしまうことを意味するが、賃貸の場合、ゲマインデは賃借人に契約上影響力を確保しておけば、積極的な政策実施の可能性を残らず放棄することになるし、また、長期にわたる賃貸契約の締結の場合、放漫経営によって荒れ果てた経営体が契約期間満了後ゲマインデに返還されるという危険性はある。

他方、賃貸契約と並んで、経営履行の契約（Betriebsführungsvertrag）を締結するという方法もある。[124] この方式においては、経営履行者はただ報酬と引き換えに経営履行を行うに過ぎず、経営履行者はゲマインデの計算に基づき経営を行い、毎年会計報告をする。これも委譲の一形式といえよう。この経営履行契約は先の賃貸契約の短所を回避できるが、企業的リスクはゲマインデが負わざるを得ない。

その他民営化の一形式としてしばしば取り上げられるものに、リース（Leasing）がある。この形式も、合意に基づく委譲概念の下で語ることができる側面を有している。リースとは、行政庁舎・学校・幼稚園等の施設が私人の融資で建設され、完成時にゲマインデに賃貸されるという形態をいう。[125] 公の手が自ら目的の不動産を設置するのではなく、賃貸でまかなわれるのである。そこでは、投資客体の設置者・売り主とゲマインデの間にリース会社が立ち、

リース会社は資本市場における金融機関等を通じて資金を調達する。

リースに関して、グラッペは、これは真の民営化には当たらず、むしろ、公共的任務に対する私経済上の資金援助であるとする。[126] 確かに、民間の金融機関は資金を提供しているに過ぎないので、金融機関は行政から任務を委譲されているとはいい難い。しかし、リース会社の業務は、従来ゲマインデのなしていた任務か、若しくは本来なすべき任務に当たるのではなかろうか。とするならば、リース会社は行政から任務を委譲されていると考えられなくもなく、故に、リースという手法は民営化概念から必ずしも排除されないことになろう。[127]

民営化の手段として、バウチャー（Voucher）が挙げられることもある。[128] バウチャーとは一定の財を購入することのできる引換券であり、目的に拘束された補助金であるといえる。私企業への支払いのために実際に利用されたバウチャーに対しては、行政がその費用を当該私企業に償還することになっている。このような制度が用いられるのは、例えば、公の手が公営住宅によるのでなく、低所得者へバウチャー（家賃）を給付することによって、彼らへの住宅供給を確保するような事例である。

バウチャー制度が民営化であるかについて考えると、バウチャーが一定の国民・住民に給付されても、それは単なる補助金若しくは社会福祉的給付であって、民営化には当たらない。しかし、反対給付としてバウチャーを渡された私企業側が、行政の何らかの任務――事実的任務概念若しくは規範的任務概念に該当する任務、例えば、低所得者への公営住宅の供給――を肩代わり・軽減する場合には、「私人への任務の委譲」という民営化概念の要件がクリアーされる可能性がある。

(四) ドイプラーのメルクマール

(1) さらなる区分基準？

さらなる区分基準としてドイプラーは次のようにいう。[129]

「公共的任務履行に私人を介在させるその他の形式から区別する重要なメルクマールは、自己の利益（通常は利潤Gewinninteressen）の追求である。公の手が任務を、固有会社、その他の、公の手の決定的な影響力下にある私法人に委譲する場合、自己利益の追求が欠けている。つまり、形式的民営化は根元的に国家組織の内部問題であって、ここでは多くの関心の対象ではない……。」

また、「市民が一定の義務を課される場合、例えばきれいな歩道や冬に雪のない歩道とするよう法律上配慮しなければならない場合、市民に新たな企業的活動の可能性が開かれるのではないことは明らかである。」

ドイプラーのこのメルクマールについては若干疑問がある。民営化が行われる場合、必ずしも相手方に利潤が予測されるとはいえないからだ。例えば、ドイプラー自身民営化の形式としている行政権限委任（Beleihung）において、例えば高権を委任された船長や機長が利得を得ているとは必ずしもいえない。但し、受任者に利潤の見込みがあるような行政権限委任とそうでない行政権限委任を分けて、前者のみを民営化と称するということであるならば、整合性は保たれる。

(2) 行政決定への私人の関与

ドイプラーにあっては、行政決定への関与――行政決定への関与は、特に関係する市民や公の職員（öffentliche Bediensteten）に部分的に認められる――は原則として民営化を意味しない。[130] 行政決定への関与は、議会制民主主義

を補完し、公益性の判断を容易にするが、私的な利益を追求するものではないので、別物であるというのがその理由のようだ。

行政決定への関与を民営化とみるには確かに無理があろう。しかし、ドイプラーの理由付けでなくとも、次のような説明も可能であろう。行政内部で意見を具申するという作用が公務員のみがなし得るということは必ずしもいえない。つまり、具申する作用というものを常に国家的任務とすることはもともと困難である。行政決定への関与についていうならば、私人の具申作用は国家的任務を遂行していることにはならない。私人の意見を必要としているのであるから、それは国家のなすべき任務には当たらず、逆に国家のなし得ない任務（国家の不可能事）ともいえる。むしろ、その作用の担い手は本来的に私人しかあり得ない。故に、民営化は問題とならない、と。

さらに、民営化の目的として秩序目的・財政目的・経営目的が論じられているが（前述一）、行政決定に私人を関与させることの目的はいずれをも満たさないであろう。ドイプラーのいうように、目的は議会制民主主義を補完し、公益性の判断を容易にする点にあるといえる。このように目的に鑑みても、行政決定への関与は民営化とは区別されると思われる。

(五)　他の類似概念からの区別

これまでにも民営化とそうでないものの区別をしてきたが、その他重要と思われるものについて区分を行う。

類似の概念に「脱官僚制化（Entbürokratisierung）」がある。[131] これは、法規範や行政規則の簡素化と解されたり、[132] ゲマインデの法的に独立した企業による公共的任務の履行と解されている。[133] 後者の理解においては、当該任務の担い

手がゲマインデ自身であるという点で、脱官僚制化は民営化論の一面に留まるとされている。

また、私的作用に対する国家規制（例えば、許認可）を廃止することは、「規制緩和（Deregulierung）」であり、民営化とは区別される。[134]

公勤務の内部で「合理化」が行われる場合（例えば、私企業と同じような労働条件が導入される場合）も、民営化ではないと指摘されている——勿論、このような国家機構への市場経済原理の導入は、民営化と同様の効果をもたらす。[135]これとは反対に、民営化を広くとらえる論者は、「民間企業、利潤目的の企業経営形態への接近」（これは形式的民営化のことではない）を民営化の範疇に入れている。[136]が、これは「私人への任務の委譲」という民営化の定義を満たさないと思われる。

さらに、私人の参加していない公的な組織によって任務が遂行される場合には、「分権化（Dezentralisation）」の語が妥当する。[137]

（1） 民営化に相当するPrivatisierung若しくはprivatisationの語は他に、民間化、私化、民有化、民活等と訳されている。林堅太郎教授はイギリスのプライバタイゼーション研究の中で、「プライバタイゼーションを民営化と同一視するのもその対象を狭くしすぎて危険である」とし、「むしろ字句どおり公共化に対する『私化』と呼ぶほうが正確である」と述べられる。林堅太郎『プライバタイゼーション——イギリス産業社会の再生戦略——』（法律文化社、一九九〇年）一九頁。角松生史助教授は、「Privatisierungとは、経営主体の組織法的構成にとどまらない広い現象を指称するものである」とし、「『民間化』という訳語をあてる」とされる。角松生史「『民間化』の法律学——西ドイツPrivatisierung論を素材として——」国家学会雑誌一〇二巻一一・一二号（一九八九年）七二四頁註(1)。同様に、手島孝「『ネオ行政国家』論——『現代行政国家』再訪」（同『ネオ行政国家論』所収、木鐸社、一九九一年）五五頁。松原聡助教授は、「民活、民間化」という語を当てられる。松原聡『民営化と規制緩和——転換期の公共政策——』（日本評論社、一九九一年）四九頁、同「市民サービスの民間委託・民

間化」都市問題八七巻三号（一九九六年）四頁。が、ここでは大勢にならって民営化と訳すことにする。また特に我が国の問題に関わる場合には、「民営化」として「　」を付し、Privatisierung の邦訳語として用いたり国内外問わず用いる場合は、「　」を付さないこととする。

（2）手島・註（1）五五頁、山下淳「西ドイツの行政改革」（行政管理研究センター調査研究部編『西欧諸国の行政改革（II）――イギリス・フランス・西ドイツ・EC――』所収、行政管理研究センター、一九八九年）一一一頁、遠山嘉博「民営化の概念とわが国におけるその実践の特徴――国際比較の観点から――」追手門経済論集三一巻一号（一九九六年）四頁。

（3）参照、手島孝『行政概念の省察』（学陽書房、一九八二年）二五頁、同『憲法解釈二十講』（有斐閣、一九八〇年）一頁。

（4）行政概念については、参照、手島・註（3）『省察』三七～四一頁、一八六～一九八頁。公法概念については、参照、塩野宏『公法と私法』（有斐閣、一九八九年）一三三～一三七頁。伝統的な定義については、参照、Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1924, S.13, S.15 ; Hans J. Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), S.205ff. ; H.J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S.99 ; Ernst Forsthoff, Lehrebuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S.1 Anm. 1. フォルストホフは行政概念について控除説が唯一可能であるとするが、その認識的価値は小さいとする。美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年）二三頁、四九～五六頁、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』（弘文堂、一九七四年）四～五頁、七七～七九頁。

（5）福沢諭吉『分権論』（慶応義塾出版社、一八七七年）六八頁。

（6）「先ズ府県官業課ヲ廃ス可シ」東京経済雑誌二四号（一八八〇年）、「農商務省」同上五九号（一八八一年）、「北海道開拓論」同上七七号（一八八一年）、「利益ある民設鉄道を許可するにあらされば鉄道の縦横を期すべからず」同上一一六号（一八八四年）、「利用すべき財源」同上四七一号・四七三号（一八八九年）、「官工所を売却せよ」同上五九一号（一八九一年）。

（7）小林正彬『日本の工業化と官業払下げ――政府と企業――』（東洋経済新報社、一九七七年）一三一頁。鉱山払い下げを皮切りに官業の払い下げが実施される一八八四年以降、その目的は民間産業勃興であったという。

（8）第三セクターの概念については、参照、岡田雅夫「公社・第三セクターの法律的問題点」（成瀬瀧夫／自治体問題研究所編『特集　公社・第三セクターの改革課題』所収、自治体研究社、一九九七年）六四頁以下、成瀬瀧夫「新段階の公社・第三セクターと改革への論点」同上一八～二一頁、井上照幸「地方公社・第三セクター概念の検討課題」公営企業二八巻三号（一九九六年）一一頁以下、宮木康夫「第三セクターの企業特性と成功の条件」同上四四～四五頁、佐々木弘「第三セクター：その

概念ならびに類型区分について」運輸と経済四九巻一〇号（一九八九年）七二～七五頁、今村都南雄「第三セクターの概念と国会審議」（同編『「第三セクター」の研究』所収、中央法規、一九九三年）一五頁以下、前田成東「第三セクターと『サード・セクター』」同上四一頁以下、今里滋「第三セクターの『組織と人事』」同上八六～八七頁、高寄昇三『外郭団体の経営』（学陽書房、一九九一年）九五～九六頁、一一二～一一三頁、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論集『現代行政法の理論』所収、法律文化社、一九九一年）三五六～三五七頁、佐々木弘「第三セクターの現状と課題」都市問題研究四六巻五号（一九九四年）四～七頁、出井信夫「第三セクター――第三セクター研究学会を通して――」同上四〇～四一頁、今里滋「まちづくり第三セクターの組織と人事」同上五七～五九頁、寺尾晃洋「第三セクターの変還と課題」都市問題七九巻七号（一九八八年）三頁、藤井秀樹「第三セクターと財務会計制度」同上四三～四四頁、三辺夏雄「第三セクター論」（成田頼明編『ジュリスト増刊行政法の争点（新版）』所収、有斐閣、一九九〇年）一一二頁、遠藤文夫「第三セクターをめぐる制度的問題点と今後のあり方」自治フォーラム三七七号（一九九一年）二三頁、稲庭恒一「第三セクターの会社法上の特徴と諸問題――リゾート関連第三セクターを手掛かりとして――（1）」福島大学行政社会論集四巻四号（一九九二年）二頁。

(9) Günter Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S.32 ; ebenda, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S.14. 例として、郵便、陶磁器工場、港湾、ビール工場が挙げられている。Hans H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlicen Wettbewerb, 1968, S.58.

(10) Klein (Anm. 9) S.59.

(11) Klein (Anm. 9) S.60.

(12) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.32f. ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.14.

(13) Klein (Anm. 9) S. 60f.

(14) 戦争会社とは、私法的手法で官庁の経済的嚮導行為を行う会社のことである。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S.43 ; Fritz Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S.146. 参照、Jürgen Grappe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgben, 1979, S.29f.

(15) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.27f. Anm. 40 ; Achim von Loesch, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 1987, S.22. 参

照、G・アンブロジウス著、小坂直人／関野満夫訳『ドイツ公企業史《企業家としての国家》』（梓出版社、一九八八年）六八頁。

(16) 当該法律は、ゲマインデが企業を設立・出資する際の要件を規定しており、ゲマインデの経済活動に制限を設けたものである。参照、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界（二）」自治研究三八巻七号（一九六二年）六五～六九頁。

(17) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.27f. ; Loesch (Anm. 15) S.23 ; Bernhard Gromoll, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1982, S.65f.

(18) Loesch (Anm. 15) S.21 ; アンブロジウス・註(15) 八三頁以下、桜井徹『ドイツ統一と公企業の民営化――国鉄改革の日独比較――』（同文舘、一九九六年）九九頁。

(19) Gromoll (Anm. 17) S.65.

(20) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.32f. ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.14 ; Loesch (Anm. 15) S.21 ; アンブロジウス・註(15) 六二頁。

(21) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.30 ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.12.

(22) Gromoll (Anm. 17) S.63f.

(23) Kahl Oettle, Privatisierung öffentlicher Unternehmen ?, Kommunalwirtschaft 1977, 6, S.165 ; Loesch (Anm. 15) S.24.

(24) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.31.

(25) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.31 ; Loesch (Anm. 15) S.24.

(26) Loesch (Anm. 15) S.24.

(27) ちなみに、連邦憲法裁判所はフォルクスワーゲン民営化を合憲とした。BGHZ 12, 354.

(28) Gromoll (Anm. 17) S.60 ; Loesch (Anm. 15) S.25.

(29) Gromoll (Anm. 17) S.61.

(30) Loesch (Anm. 15) S.26. イギリスも同種の国民株式（「大衆資本主義」）政策を実施したが、同じように、大衆が公企業の株式を保持するという意味での大衆化はあまり成功していないようである。林・註(1) 二一頁。

(31) Oettle (Anm. 23) S.165. ; Loesch (Anm. 15) S.27.

(32) Oettle (Anm. 23) S.165.

(33) Der Bundesminister der Finanzen, Gesamtkonzept für die Privatisierungs- und Beteiligungspolitik des Bundes, in : Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 8, Heft 2 (1985), S.204f.

(34) Der Bundesminister der Finanzen (Anm. 33) S.205.

(35) Kerstin Reiserer/Valentin Boll, Germany, in : Dennis Campbell (ed.), International Privatization, 1996, p.92.

(36) 邦語文献としては、連邦郵便の民営化に関して、米丸恒治「ドイツ第二次郵便改革の行政法的考察――郵便三企業の株式会社化・官吏の移籍・『私人による官吏の雇用』――」鹿児島大学法学論集三〇巻二号（一九九五年）九五頁以下、連邦鉄道に関して、桜井・註(18) 二三三頁以下が詳しい。

(37) Reiserer/Boll, *supra* note 35, at 93. 旧東独地域の経済政策としての民営化に関して、邦語文献としては、桜井・註(18) 八三頁以下、百済勇『ドイツの民営化――統一ドイツとECの行方――』（共同通信社、一九九三年）に詳しい。

(38) 百済・註(37) 一〇一頁以下。信託公社は、旧東独の国有企業の売却を主な任務とした。一九九四年解散。

(39) 最新の動向については、参照、米丸恒治「財政法上の私化 Privatisierung 促進条項――費用便益分析と私化圧力――」行財政研究二七号（一九九六年）四〇頁以下、同「『スリムな国家』審議会の動き――さらにすすむ行革論議（経過報告）――」同上三〇号（一九九六年）四八頁以下、同「民活による環境管理？――環境監査法の施行とその内容――」同上三一号（一九九七年）六八頁以下、同「郵便事業改革法案の動向」同上三三号（一九九七年）三六頁以下。

(40) ペーター・アイヒホルン著、高橋俊夫訳「西ドイツにおける民営化問題」（P・アイヒホルン／桜井徹／縣公一郎編著『EC市場統合と統一ドイツ――社会的市場経済の危機――』所収、成文堂、一九九三年）六四～七〇頁。参照、桜井徹「ドイツの民営化」（玉村博巳編『民営化の国際比較』所収、八千代出版、一九九四年）一七五～一七七頁。

(41) Wilfried Erbguth/Frank Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte ?, DÖV 1993, SS.801-807. ①設立・解散に際しての柔軟性、②勤務法・給与法の柔軟性、③会計業務の柔軟性、④高い信用度、即ち民間の資金供与者が私法的組織を援助したがるということ、⑤租税上の理由、⑥組織・運営を形成する際の柔軟性、⑦異なる高権の担い手の間での、場合によっては私人も含めた結合の柔軟性、⑧国家に直截な行政法から脱却することで個々の任務を脱政治化すること、⑨責任制限の可能性、が列挙されている。

(42) Franz-Ludwig Knemeyer, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, WiVerw 1978, S.67 ; Marcel Zumbühl, Privatisierung staatlicher Wirtschaftstätigkeit, 1978, S.1（これはバーゼル大学（スイス）助手時代に書かれたものである）；Grappe

(Anm. 14) S.42 ; Wolfgang Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S.16, S.27 ; Sibylle von Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S.21 ; Gromoll (Anm. 17) S. 142 ; Friedrich Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S.23 ; Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.250 ; Tobias Jaag, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.293 (ヤークはスイスの論者である)。但し、バウアー、ハイムグルク、クネマイヤー、ショッホ、グロモルらは、「私人」という語の代わりに、「私法的領域」、「私的領域」、「私経済」、「行政に拘束されない私法人」等の語を用いている。

(43) Knemeyer (Anm. 42) S.67.

(44) Loesch (Anm. 15) S.42. 参照、ヘルムート・ブレーデ／ウルリッヒ・ホッペ著、諫山正訳「西ドイツにおける民営化論争――その現状と概要――」(テオ・ティーマイヤー／ガイ・クォーデン編、尾上久雄／廣岡治哉／新田俊三編訳『民営化の世界的潮流』所収、御茶の水書房、一九八七年) 一二三頁、山下・註(2) 一一三頁。

(45) Loesch (Anm. 15) S.52. 同旨のものとして、アイヒホルン・註(40) 六三頁。但し、レッシュによればこの場合、出資人の中で少数者側は、阻止的少数者 (Sperrminorität) の数の資本出資を保持していなければならない。

(46) Loesch (Anm. 15) S.43.

(47) Jörn Ipsen, Begrüßung, in : Jörn Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S.1. 参照、林・註(1) 一九六頁。

(48) Adrian von Hagemeister, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1991, S.40. これはオーストリアのインスブルック大学にディッセルタチオンとして提出されたものである。類似の見解として、アイヒホルン・註(40) 六二頁。

(49) 岡田雅夫教授も「行政課題」・「私人」という視点で論じられている。同「行政課題の Privatisierung 論について」(岡山大学創立三十周年記念論文集『法学と政治学の現代的展開』所収、有斐閣、一九八一年) 一一三頁以下。

(50) 任務 (Aufgabe) という言葉そのものについてであるが、ダグトグロウは、「行政活動 (Verwaltungstätigkeit) と行政的任務 (Verwaltungsaufgabe) の概念に大きな違いはほとんどない」とする。そして、「この点に存するかにみえるザインとゾレンの違いは、法治国家――法治国家は、原理的に制限された権能 (Befugnisse) を有しており、『権利 (Rechte)』までは持たず権限 (Kompetenzen) だけを行使する――では法的な重要性を有しない」と述べる。Prodromos Dagtoglou, Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DÖV 1970, S.534.

他方ブルによれば、「任務というのは、その履行に不可欠な活動（Tätigkeiten）によって、若しくは専らそれによっては書き換えられない」。「『任務』は、それ自身のための何らかの行動（Aktivitäten）ではなく、常に、期待される状態（国家においては、社会的な『秩序』、『充足』または『安全』の一形態）への接近である。」そして、「探究されるべき『国家的任務（Staatsaufgaben）』は、基本法に実定化された『国家目的（Staatsziele）』によって規定されるが、国家目的と同一ではない。」「国家目的は相対的に抽象的な規定がなされるに過ぎず、任務は相対的に具体的記述が可能である。」かくしてブルは、「『（社会的）正義』の実現、『公共の福祉』の実現、『自由』の保障・形成といった高度に抽象的な目的を表すには、『任務』という概念は避ける」とし（Hans Peter Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977, S.44f.）、「国家的任務の対象が、種々様々の国家活動（故に、……『作用 Funktionen』）である」と論ずる（ebenda, S.47）。

しかし、「任務と実際の任務履行との区別は抽象的なものであって、その内容充塡は通常不可能である」（Lerke Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.236）と考えられるので、ここではダグトグロウと同じく、任務と活動・作用を特に区別しないで用いることにする。

(51) BVerfGE 12, 205 (243).

(52) Hans Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in : Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1965, S.890f. 参照、Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 57 Rn. 138.

(53) Peters (Anm. 52) S.878f.

(54) Peters (Anm. 52) S. 878. 同様に、Isensee (Anm. 52) § 57 Rn. 136 ; Heimburg (Anm. 42) S.14 ; Volker Emmerich, Die Fiskalgeltung der Grundrechte, nahmentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970, S. 335. なお、シュタイナーは、「公共的」というカテゴリーは、国家と私人の間の固有の領域を指すものであって個人の領域を超越するが、国家の領域にはないものとしてとらえているようである。Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S.62.

(55) Peters (Anm. 52) S.879. 参照、Steiner (Anm. 54) S.54 ; Isensee (Anm. 52) § 57 Rn. 137. これに対しグラッペは、公共的任務と国家的任務は同一であるとする。そして、もし、両概念を区別しようとするならば、広義の国家的任務（間接的国家行政の任務をも含む）を公共的任務と命名し、国家的任務を本来の国家（連邦やラント）の任務に限定することが必要とな

るとする。Grappe (Anm. 14) S.35f.

(56) Ossenbühl (Anm. 14) S.153 ; Burkhard Tiemann, Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, S.263 ; Heimburg (Anm. 42) S.15 ; Isensee (Anm. 52) § 57 Rn. 137 ; Friedrich Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S.962 ; Osterloh (Anm. 50) S.207 ; Grappe (Anm. 14) S.35f., S.37. グラッペによれば、要請される国家の責任や作用を見出す際、ドイツでは、基本法の諸規定（即ち、法治国家、社会国家、民主制、平等則、ゲマインデ自治の保障）に基づかなければならない。同旨のものとして、Bull (Anm. 50) S.50.

(57) Ossenbühl (Anm. 14) S.153 ; Bull (Anm. 50) S.403f. ; Heimburg (Anm. 42) S.14f. ; Schoch (Anm. 56) S.962 ; Joachim Grünewald, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in : Ipsen (Anm. 47) S.14 ; Osterloh (Anm. 50) S.207 ; Grappe (Anm. 14) S.36. グラッペによれば、要請されている国家作用と禁じられている国家作用の谷間には、公的に重要な任務の領域が存するが、これらのうちどの任務が公的組織により公共的任務として遂行されなければならないかについては、代表者が政治的観点から決定することになる。Grappe (Anm. 14) S.37f. その他、参照、Karlheinz Arendt, Übertragung nicht-hoheitlicher Aufgaben ?, DV 1949, S.148 ; Hagemeister (Anm. 48) S.13 ; 成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」ジュリスト六六一号（一九七八年）四八〜四九頁。

(58) Schoch (Anm. 56) S. 962 ; Osterloh (Anm. 50) S.207, S.222f.

(59) Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S.200 Anm. 152 ; Bauer (Anm. 42) S.250. これと若干異なり、コッホは、国家、地方団体その他の行政の担い手によって実際に履行されている任務を行政的任務としている。Thorsten Koch, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S.133.

(60) Isensee (Anm. 52) § 57 Rn. 137.

(61) Knemeyer (Anm. 42) S.65, S.67. 同旨のものとして、Däubler (Anm. 42) S.27 ; Bauer (Anm. 42) S.250 ; Jaag (Anm. 42) S.293.

(62) ハゲマイスターも、行政権限委任については、「公共的任務」概念を明確にすることにあるいは意味があるかも知れないと述べている。Hagemeister (Anm. 48) S.6. 参照、Steiner (Anm. 54) S.46.

(63) Forsthoff (Anm. 4) S.179.

(64) Wolfgang Graf Vitzthum, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR

104 (1979), S.594f.

(65) Steiner (Anm. 54) S.198ff.

(66) Ossenbühl (Anm. 14) S.156 ; Heimburg (Anm. 42) S.17 ; Hagemeister (Anm. 48) S.25.

(67) Ossenbühl (Anm. 14) S.156f. ; Forsthoff (Anm. 4) S.179 ; Steiner (Anm. 54) S.197.

(68) Osterloh (Anm. 50) S.225.

(69) Heimburg (Anm. 42) S.17f.

(70) 参照、米丸恒治「『私人による行政』論の一考察――西ドイツ行政法学における私人への行政権限委任――」名古屋大学法政論集一二八号（一九八九年）一一一頁、角松・註(1) 七二九頁。

(71) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl., 1924.

(72) Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970, S.527 ; Grappe (Anm. 14) S.39 ; Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, § 104 Rn. 4 ; 米丸・註(70) 一一三頁、角松・註(1) 七三〇頁。参照、Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1992, § 23 Rn. 56ff.

(73) Heimburg (Anm. 42) S.113 ; Wolff/Bachof/Stober (Anm. 72) § 104 Rn. 2 ; Hagemeister (Anm. 48) S.59f.

(74) Steiner (Anm. 54) S.4.

(75) Wolff/Bachof/Stober (Anm. 72) § 104 Rn. 2 ; Maurer (Anm. 72) § 23 Rn. 56 ; Theodor Maunz/Günter Düring, Grundgesetz, Kommentar, Rn. 95 zu Art. 34, 1987. 行政権限受任者に類似するわが国の「指定機関」については、参照、露木康治「委託制度と指定機関制度に関する一考察（上）（下）」警察学論集四二巻一二号（一九八九年）三八頁以下、四三巻一号（一九九〇年）九七頁以下、塩野宏「指定法人に関する一考察」（芦部信善先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開下』所収、有斐閣、一九九三年）四八三頁以下、米丸恒治「指定機関による行政の法律問題――日本における『私人による行政』手法の法的統制――」鹿児島大学法学論集二九巻一・二号（一九九四年）二四一頁以下。

(76) Däubler (Anm. 42) S.27 ; Hagemeister (Anm. 48) S.70 ; Steiner (Anm. 54) S.57f. シュタイナーによると、行政権限委任は権限の喪失を導くものではないので、これは単なる制度的・組織的意味における民営化であって、作用的意味での民営化ではない。つまり、シュタイナーは行政権限委任を民営化の下位分類であるとしているのである。

(77) Grappe (Anm. 14) S.43f. ; Tiemann (Anm. 56) S.263f.

(78) Dagtoglou (Anm. 50) S.535. 参照, Wolff/Bachof/Stober (Anm. 72) § 104 Rn. 4.

(79) Osterloh (Anm. 50) S.226.

(80) マイヤーの Beleihung は民営化とは区別されるが、民営化の一形式にもなることがある (Hagemeister (Anm. 48) S.43) という言及は、本文のような留保の下で初めて理解できる。

(81) 参照, Dagtoglou (Anm. 50) S.535.

(81a) 尤も、弁護士会 (Anwaltskammer) 等の Kammer の活動は、間接的国家行政であると考えられているので、Kammer の任務は規範的任務概念または事実的任務概念に該当し、民営化の意味での任務概念が充足されるであろう。参照, Peters (Anm. 52) S.894.

(82) 「公の手、私的役務提供者及び第三セクター組織による公共的任務の履行」(Gunnar Folke Schuppert, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in : Ipsen (Anm. 47) S.22ff.) という論稿の中で、シュパートは私人概念ではなくセクター概念を用いており、このセクターの選択というものは、国家的任務の民営化というテーマに大きな意味を持つとしている。氏によれば、セクターは、国家、自治行政体 (Selbstverwaltung)、準政府組織 (Para-Goverment Organizations, 即ち独立行政体)、組織化された利益 (Organisierte Interessen)、協会 (Vereinswesen)、自己組織 (Selbstorganisation)、市場という七つに分けられる。しかし、これが民営化の定義にどれだけ意味があるか、ドイツでも未知数のようであるので、他の論者と同様に、以下では私人概念を用いた説明を行うことにする。

(83) Prodromos Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, S.21. 同旨のものとして、Johannes Hengstschläger, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.174 (Hengstschläger はオーストリアの論者である)。

(84) Dagtoglou (Anm. 50) S.533.

(85) Dagtoglou (Anm. 50) S.533. ダグトグロウによれば、専業としての職務を遂行しているか否かという実質的基準に加えて、「任用辞令書の交付」という形式的要請もあり、まさに「これによって、名誉職的に活動する私人が名誉職公務員から区別される。勿論、後者は棒給を得ていないけれども、公務員関係、とりわけ勤務権力の下に立つ。後者はまさに公務員であって私人ではない」。Dagtoglou (Anm. 83) S.24. 同旨のものとして、Hengstschläger (Anm. 83) S.174.

(86) Dagtoglou (Anm. 50) S.533. 同旨のものとして、Heimburg (Anm. 42) S.20.

(87) Dagtoglou (Anm. 83) S.26.

(88) Dagtoglou (Anm. 50) S.534.

(89) 例えば、Heimburg (Anm. 42) S.20.

(90) Ossenbühl (Anm. 14) S.144.

(91) Grappe (Anm. 14) S.42. グラッペも同様に、私人とは、国家組織の外に立つ、基本権に保護された市民または私法人をいうとする。同じくハイムブルクは、特に基本法一二条・一四条・二条一項による実質的な基本権的地位を有しつつ国家に対峙する私法上の主体のみが私人であるとする。Heimburg (Anm. 42) S.20.

(92) Hengstschläger (Anm. 83) S.174.

(93) Grappe (Anm. 14) S.42. 連邦憲法裁判所も教会権力は国家権力ではないとしている。BVerfGE 18, 385 (386f.).

(94) Wolfgang Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S.257.

(95) 例えば、同法六五条一項は次のような規定である。

「連邦は、五項の場合を除くほか、次の要件に該当する限りにおいて、私法形態の企業の設立若しくは既存の私法形態の企業に参加すべきである。

一　連邦の重大な利益が存在し、並びに、連邦の追求する目的が、他の方法では、より適切に及びより経済的に達成することができないこと。

二　連邦の支払義務が、一定額に限定されていること。

三　連邦が、特に監査役会若しくはそれに準じた監査機関において、適切な影響力を維持すること。

四　さらなる法律規定の適用がなく若しくは他の法律規定に反しない限り、巨大資本会社にかかる商法第三章の規定の準用において、年度末決算及び状況報告が、作成され及び監査される保証があること。」

同種の規定は、ゲマインデ・オルドゥヌンクにもみられる（例えば、バーデン＝ヴュルテンベルク・ゲマインデ・オルドゥヌンク一〇四条、バイエルン・ゲマインデ・オルドゥヌンク九一条）。ゲマインデ・オルドゥヌンクに関しては、参照、岡田雅夫「地方公共団体の経済的活動とその限界――西ドイツにおける『経済的企業』概念を手がかりに――」岡山大学法学会雑誌二八巻一号（一九七八年）一頁以下。

(96) Ehlers (Anm. 59) S.15ff. ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.62.

(97) Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S. 62f.

(98) Rüfner (Anm. 94) S.255f. しかし、私法的組織形態が必ずしもゲマインデの好むところとはなっていない。なぜなら、会社に派遣されたゲマインデの職員が、ゲマインデへの従属と会社への忠誠という矛盾に立たなければならないからである。参照、岡田・註(49) 一一八～一二〇頁。

(99) 明らかな肯定論者として、Hengstschläger (Anm. 83) S.174.

(100) Grappe (Anm. 14) S.42.

(101) Grappe (Anm. 14) S.42, S.199 ; Heimburg (Anm. 42) S.19.

(102) Gromoll (Anm. 17) S.141f.

(103) Vitzthum (Anm. 64) S.588 Anm. 26.

(104) 当時、国鉄「民営化」という語にも関わらず、政府が一〇〇パーセント株式を所有していた。参照、松原・註(1) 四七頁、遠山・註(2) 六頁、一六～一七頁。

(105) Maurer (Anm. 72) § 23 Rn. 60.

(106) Steiner (Anm. 54) S.197 ; Wolff/Bachof/Stober (Anm. 72) § 104 Rn. 5.

(107) 民営化についての言及ではないが、ダグトグロウは正当防衛に関して、これが第三者のためになされるとしても行政的任務への私人の関与ではないとし、同じく私人が犯罪者を一時的に逮捕することも私人による国家的高権の行使ではないとする。Dagtoglou (Anm. 50) S.536.

(108) 参照、Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 22 Rn. 61.

(109) 否定論としては、Steiner (Anm. 72) S.531f. ; Ehlers (Anm. 59) SS.109-112.

(110) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.46 ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.26. 参照、BVerfG, 16, 5, 1989, JZ 1990, S.335.

(111) Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.46 ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.26. ピュトナーは、小株主を企業家 (Unternehmer) としてみなすのは疑問であるとする（公の手が小株主である場合も同様である)。なぜなら、彼によれば、企業活動の会計的・財産的リスクを担い、企業内において最高の指導力 (Direktionsgewalt) を有する者が、企業家といえるからである。Püttner (Anm. 9) 1. Aufl., S.44f. ; Püttner (Anm. 9) 2. Aufl., S.25.

(112) Bull (Anm. 50) S.98 Anm. 49. ちなみに、エーラースは、公私混合の私法団体については、公の手の出資の度合いに応じて、行政支配型組織、行政統制型組織または私人支配型組織に分類することが可能であるとする。行政支配型組織は、公の手が当該私法団体の出資を多数掌握している場合に当たり、行政統制型組織は、公の手が少数出資人であるが、少なくとも構成員（Mitglieder）の四分の一を占めている私法団体であり、最後に、私人支配型組織は、公の手が四分の一未満の出資しかしていない場合をいう。Ehlers (Anm. 59) S.10.

(113) BVerfG, 16, 5, 1989, JZ 1990, S.335.

(114) BGHZ 91, 84 (86, 96-98).

(115) Ehlers (Anm. 59) S.85.

(116) Vitzthum (Anm. 64) S.588f.; Ehlers (Anm. 59) S.21.

(117) ヤークは、民営化とは、従来、公共団体（Gemeinwesen）によって履行されてきた任務を私人に「譲渡（Überlassung）」し、または「委譲（Übertragung）」することであると述べ、「譲渡」と「委譲」とを区別する。そして「譲渡」するということは、公共団体が従来の作用を放棄し、当該任務を私的イニシアチブ（即ち、市場）に任せるというように、無形式に行われるとし、他方、「委譲」するということは、形式的行為（特許 Konzession）によって行われる、つまり、任務授権であるという。Jaag (Anm. 42) S.293. しかし、本稿での用語法では、特に「委譲」と「譲渡」を区別せず、委譲という語を「譲渡」の意も含めた広い意味で用いることとする。

(118) 例えば、Dagtoglon (Anm. 50) S.532ff.; Ossenbühl (Anm. 14) S.137; Hans-Ulrich Gallwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S.211ff.

(119) Hagemeister (Anm. 48) S.47.

(120) Osterloh (Anm. 50) S.214.

(121) Jaag (Anm. 42) S.294.

(122) 勿論、国家の任務放棄を行政権限委任（Beleihung）とみることもできない。参照、Steiner (Anm. 54) S.57.

(123) Friedrich Zeiß, Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Hans Peters (Hrsg.) Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. III, 1959, S.632f.

(124) Zeiß (Anm. 123) S.636.

(125) Hannes Rehm, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: Ipsen (Anm. 47) S.99ff. その他、リースの変種として「基金（Fonds-Finanzierung）」という手法が紹介されている。リースの場合、専ら第三者資本から資金が調達されるが、基金においては、私的な出資人から自己資本が、並びに金融機関から第三者資本が調達される点に両者の違いがある。Ebenda, S.103.

(126) Grappe (Anm. 14) S.46.

(127) リースを民営化形式に含める見解として、ブレーデ／ホッペ・註(44) 一一二頁。

(128) Zumbühl (Anm. 42) S.114f., S.148ff.; Wernhard Möschel, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, S.887; 参照、遠山嘉博「民営化の方法（下）」追手門経済論集二五巻一号（一九九〇年）四五～四七頁。

(129) Däubler (Anm. 42) SS.27-29. 同旨のものとして、Gromoll (Anm. 17) S.141f.

(130) Däubler (Anm. 42) S.28. ドイプラーは、私人の行政決定への関与が行政権限委任でもないことは明らかであるとする。参照、Steiner (Anm. 54) S.60f.

(131) 但し、アイヒホルンは「脱官僚化」を広義の民営化概念に入れている。アイヒホルン・註(40) 六三頁。

(132) Der Bundesminister der Finanzen (Anm. 33) S.203.

(133) Hagemeister (Anm. 48) S.42.

(134) Jaag (Anm. 42) S.294. 参照、玉村博巳「民営化とは何か」（同編・註(40)）二頁、山下・註(2) 六九～七〇頁。尤も、規制緩和は個々の市場における国家介入を破壊するものであり、民営化も規制緩和も同じ目的に資するものであるということから、民営化を規制緩和の下位分類とみなす見解もある。Möschel (Anm. 128) S.888.

(135) Däubler (Anm. 42) S.29.

(136) ブレーデ／ホッペ・註(44) 一一三頁。参照、アイヒホルン・註(40) 六二頁。

(137) Jaag (Anm. 42) S.294.