

ドイツの民営化概念（二・完）

松塚, 晋輔
久留米大学法学部講師

<https://doi.org/10.15017/2107>

出版情報：法政研究. 65 (1), pp.119-148, 1998-07-21. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ドイツの民営化概念（二・完）

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) ドイブラーのメルクマール

(五) 他の類似概念からの区別 (以上第六四卷第四号)

四 民営化諸形式の分類

(一) 列举的整序

(二) 体系的整序

(三) 民営化諸形式の分類学説の比較検討

五 ドイツの民営化概念の意義

(一) 任 務

(二) 私 人

(三) 委 譲

おわりに

(以上本号)

四 民営化諸形式の分類

ここまでは民営化概念の論理的構造をみてきた。しかし、定義というのは抽象的であって、民営化の内実はさほど明らかでない。そこで次に、民営化概念をより理解できるよう、民営化の具体的な形式の整序を紹介する。そこで最初に、民営化の諸形式を列举することによって、民営化の内実を浮き彫りにする学説から概観する。

(一) 列举的整序

(1) オッセンビュールの私人による行政的任務履行の形式⁽¹³⁸⁾

まず、オッセンビュールの私人による行政の諸形式を管見する。これは民営化の形式ではないが、グラッペによる民営化の整序の出発点になっており、多くが共通していることを見て取ることができる。オッセンビュールの整理は以下のようなものである。

第一に、国家または他の高権担当者が、任務履行のために、公法的組織形態を用いるのではなく、私法主体の衣を着る場合である——即ち、株式会社、有限会社、登記社団等として直接、国家の行政的任務を執行 (S.145)。

第二の場合として、国家は国家の行政的任務を、実質的意味における私人または私的組織に委譲することができる。例えば、危険防止の領域 (機長、船長、鉄道警察、狩猟区の監視人など) や、租税法の領域 (雇用者、保険者、銀行) では以前から顕著であり、また最近では補助金行政に関しても典型的である (S.147f.)。

第三に、国家は一定の任務を自ら引き受けて私人にそれを委譲するのでなく、市民の公法上の義務としてその任務履行を私人に課する。例えば、道路清掃義務を挙げる (S.149)。

第四に、公共的任務の履行が私人のイニシアチブによって確保・保証される場合、国家は修正機能を有する監視人の役割 (Beobachterrolle) に引きこもることができる。例えば、私立幼稚園の監督である (S.149)。

第五に、監督機能を越えて国家は私的活動を刺激し促進することもできる。補助金行政を挙げることもできる (S.149)。

第六に、国家は私人と協力し、責任・決定を分担しあつて行政を行うことができる。経済計画や経済誘導の分野で私人との協力がみられる (S.149f.)。

(2) グラツペ説⁽¹³⁹⁾

ここで、グラツペによる民営化の整序をみる。グラツペは、民営化論にとって重要なことは、私人への公共的任務の委譲の様々な形式を浮き彫りにすることであると論じ、次のような類型化を行う。

- 一、私法的組織形態での任務遂行、二、私人への行政の補助業務の委譲、三、私人への公共的任務遂行の委譲、四、私人への公共的任務の全般的な委譲、五、自由な公益的組織への公共的任務の委譲、六、規律による私人の義務付け、七、リース。

これらの形式を、グラツペは次のように敷衍している。

一については、従来法的に非独立だった供給・交通経営体が、法的に独立の私法会社に組織替えされている例が挙げられる (S.41)。

二にいうところの行政の補助業務あるいは付随任務 (Annexaufgaben) とは、行政運営を維持するために不可欠であるが、国家・市民間という外部関係に触れない行政内部の任務を指す。例えば、ゲマインデ建造物の清掃、ゲマインデ所有の車両の修理、公用車の用意、建築作業場の維持、公の建造物の警備、法律相談、印刷作業である (S.42f.)。

三について。国家は、公共的任務を単に遂行せしめるため私人に委譲することができる。その際、本来の任務責任は、国家の側に留まる。例えば、廃棄物処理法三条二項による廃棄物処理は、ラントの定める公法社団の任務であるが、廃棄物処理の技術的遂行については、当該公法社団は私人を利用することができる (同法三条二項二文)。また、

特許による民営化もここに含まれる。つまり、公の手は特許契約の中に、一定の条件を定め、影響力行使の可能性を留保することができるからである (S.43)。

四は、公共的任務の遂行のみならず、任務そのものを、独立して遂行せしめるため、私人に委譲することである。例えば、一定の交通施設、劇場、美術館、プール、スタジアムの私人への委譲がある。この種の民営化においては、公共的任務が公の直接的な決定や責任から解放される。従って、従来公の手によって行われてきた給付を市民に引き続き行うかどうかは、専ら私的イニシアチブによって決まるが、しかし、このことは、私人が不可欠な公のコントロールをも免ぜられるということの意味しない (S.44)。

五は、教育制度や社会制度において、従来、公の手によって履行されてきた任務を、全部あるいは一部、自由な公益的組織 (freigemeinnützige Organisationen) に委譲することである。自由な公益的組織とは、連邦、ラントまたはゲマインデが担っているのではない非営利的組織をいう (S.44)。

六については、例えば、道路清掃義務の他、身体障害者を雇用する私企業の義務、環境保護の義務、店舗用・事務所用ビルの私的所有者が負う駐車場設置義務、私的な石油会社の石油備蓄義務等がある (S.45)。

七の例としては、幼稚園、学校、老人ホーム、プール、その他の公的施設がリース (Leasing) を通じて資金援助される場合がある。しかし、これは真の民営化には当たらず、むしろ公共的任務の私経済上の資金援助である (S.46)。オッセンビュール説とグラツペ説を比較してみると、対応がみられる。一はオッセンビュールの第一形式に、六は第三形式に対応する。そして、二、三、四及び五はオッセンビュールの第二、第四、第五及び第六形式に相当するといえなくもない。

しかし、グラツペは、一 (オッセンビュールの第一形式) については、実質的な意味での私人が問題とはならない

ということ、結論的には、民営化論から除外すると述べている (S.41f., S.199)。

(3) モエシエル説⁽¹⁴⁾

その他、モエシエルが民営化概念には統一的内容が備わっていないが、四つの基本類型が合目的であるとする。即ち、形式的意味の民営化、私人への職務遂行 (Dienstleistungen) の委譲、バウチャー・システム (Gutscheinsystem) 及び財産の委譲である。

形式的意味の民営化は他の論者のいう形式的民営化とは若干異なる。形式的意味の民営化には、私法的組織形式を利用する場合のみならず、組織形態が公法に留まりつつ顧客 (Kunden) との利用関係のみが私法的に形成される場合 (例えば、地方公共団体の経営するプールとその利用者とが私的な契約を締結する事例) が含まれている点においてである。このような私法的活動形式を行政が用いることを民営化といていいのは疑わしい。少なくとも、「私人への任務の委譲」という定義は充足されない。

私人への職務遂行の委譲は、国家の統制下にある私人に職務遂行を委譲することである。ここでは形式的意味の民営化と異なり、私人間での競争が可能である。

バウチャー・システムについては前述のとおり、目的の限定された補助金の問題となる。

財産の委譲とは、民営化の古典的形式であり、公的セクターから私的セクターへ財産を移転させることを意味する。財産の委譲には、直接的な移転——国家が森林を売却する例——と、間接的な移転——公企業が私法上の株式会社に組織替えされた後に、国家が会社の持ち分を売却する例——があるが、さらに、当初から私企業の形態で経営されている企業に対する国家の出資を手放す場合も含められる。

尤も、モエシエルは、私法的活動形態の利用までも民営化としているが、モエシエル自身は本稿で扱った民営化

の定義「私人への任務の委譲」という説を提示している訳ではないので、内部的な論理矛盾はない。故に、モエシエルとグラッペの列挙する民営化の形式とが一致しないのは至極当然のことである。ここでは、モエシエルの民営化分類が具体的な形式を列挙しているという意味で、グラッペと共通していることを指摘しておきたい。しかし、体系的な分類がなされている訳ではないので、各形式が相互にどのような関連にあるのかを知ることはできない。そこで、次に体系的な分類を行っている学説を紹介しよう。

(二) 体系的製序

(1) フィットウム説⁽¹⁴⁾

フィットウムは形式的民営化 (formal Privatisierung) と実質的民営化 (materielle Privatisierung) の区別を論じている。形式的民営化とは、行政が私法的組織形態で任務履行すること (組織民営化 Organisationsprivatisierung) であるとしている (S.587f.)。この形式的民営化の場合、勿論公の手は自ら任務を履行することを放棄するのであるが、給付の提供行為 (Erstellung der Leistung) だけを放棄しており、逆に給付そのものは民営化されない (S.587)。その他、任務の責任が高権担当者に留保されつつも、公的な給付の準備行為に私人を介在させるような形態も、形式的民営化としてとらえられている (S.591)。これは、わが国でいう、事実行為の委託であろう。

他方、実質的民営化の場合、生存に不可欠な任務は対象とならない (S.588)。実質的民営化とは、公共的任務の委任 (Überlassen)、『委譲 (Übertragen) または転嫁 (Überwälzen) である (S.588)。従って、独立して処理するよう私人に任務を委譲することである (任務民営化 Aufgabenübertragung) (S.588)。ここでは、『形式的民営化と違って、

公的な給付の準備行為のみならず、任務そのものが、公の決定及び責任の枠外に立つ。

(2) ショツホ説⁽¹⁴⁾及びバウアー説⁽¹⁵⁾

ショツホやバウアーは、組織民営化、財産民営化 (Vermögensprivatisierung) 実質的民営化 (バウアーの用語では、任務民営化または狭義の民営化) 及び作用的民営化 (funktionale Privatisierung) の区別をする⁽¹⁶⁾。

組織民営化は行政担当者が、任務遂行のために株式会社や有限会社等の私法形態を用いることである。

財産民営化は、国家または地方公共団体の財産の私人への委譲を意味する (Schoch, S.963)。同じくバウアーによれば、財産民営化とは、公の手の所有権的地位や財産的価値 (例えば、土地、経済企業) が私人に移行することを意味する (Bauer, S.251 Anm.41)。

実質的民営化 (任務民営化) は、私的セクターへの任務の移行であり、その場合、国家・地方公共団体は当該任務を遂行しなくなる (Schoch, S.962f. 参照、Bauer, S.252 Anm.41)。公の手によって生産・供給されてきた財・給付が、以降、私人によって供給されることになる。但し、私人が当該任務を引き受けないにも拘わらず、行政の担い手が当該任務を放棄してしまう場合、給付がなされなくなるということは排除されない。

作用的民営化は、任務の権限と責任が行政の担い手に留まりつつも、任務の執行が真の私法主体に委譲される場合をいい、当該私法主体は、行政補助者 (Verwaltungshelfer) として作用する⁽¹⁶⁾。部分的な任務民営化とされている。

しかし、右の記述では、理念的な基本形式が得られるだけで、その基本形式の有する体系化能力は限定されているとバウアーは指摘する (Bauer, S.252. 参照、Schoch, S.963)。つまり、現実には、前記形式の部分形式や混合形式が存在するということである——例えば、後に財産民営化を選択することを容認する組織民営化 (例、基本法八七 e 条三項による新たな連邦鉄道制度)、行政と私人が会社法の組織形態で協働する公私混合経済企業の設立、任務は行政担

当者に帰属させるが、任務履行の一部だけを私人に任せるところの作用的民営化（これは、任務民営化の変種 *Variante* と呼ばれる）(Schoch, S.963 ; Bauer, S.252)。

(3) ハゲマイスター説⁽¹⁶⁾

ハゲマイスターも、形式的民営化と実質的民営化を区分する。まず、形式的民営化についてであるが、これはさらに二つに分けられている。公共的任務の資金調達のために私人を関与せしめるところの財政民営化 (*Finanzwirtschaftliche Privatisierung*)、並びに、公の出資を残し、または、財政的、法的若しくは事実的な支配力を留保した条件下で、公的施設を法的に独立させたり、あるいは、公共的任務を私法的組織形態で執行させるような場合を指すところの形式的・法的民営化 (*formal-rechtliche Privatisierung*) とある (S.45f.)。

次に、実質的民営化では、公共的任務の遂行が私的な担い手（この私的担い手は単に法形式的にのみ私的であるのではない）によって独立的に履行され、責任の委譲が図られる (S.51)。この実質的民営化は、さらに組織的民営化と作用的民営化とに分けられる。前者には、請負システム（これは、官庁が統制権限や損害責任を保ちつつ、私人をして任務を執行せしめることを意味する）、並びに、特許システム（これは、任務履行の権限が公的な担い手から内容的にも財政的にも切り離されるが、適切な任務履行を統制する責任のみが留保される場合をいう）がある (S.52f.)。他方、作用的民営化は、権限をも含め公共的任務が完全に私人に委譲されるという強力な形態である (S.53)。

(4) ツムビュール説⁽¹⁷⁾

ツムビュールは、量的側面に着眼した分類を行う。

ツムビュールによると、民営化とは、国家活動の私人への移行であり、完全民営化 (*vollständige Privatisierung*) と部分民営化 (*partielle Privatisierung*) とに分けられる⁽¹⁸⁾。完全民営化とは、国家の介入を必要とするような

市場の機能障害 (Markerversagen) がもはや存在しないか、あるいは、国家介入がもはや必要とは考えられなくなったため、国家が一定の任務の責任から完全に身を引くことを意味する。これに対し、部分民営化においては、国家の任務責任が原則として存続する。そして、部分民営化はさらに二つに分類される。国家的任務に対する資金投入——資金投入の度合いは、国家的任務がどの程度国家支出と結合しているかを示す——の度合いを削減することによる資金投入民営化 (Finanzierungsprivatisierung)、及び、国家的任務における生産——生産の度合いは、国家的任務を履行するため国家がどれだけ生産要素を直接必要としているかを示す——の度合いを削減することによる生産民営化 (Produktionsprivatisierung) である。⁽¹⁴⁸⁾

(5) ハイムブルク説⁽¹⁴⁹⁾

ハイムブルクによると、真正な (echt) 民営化と不真正な (unecht) 民営化に区分される。前者は、国家が、自らの関与を一切放棄しつつ、即ち、自己の権限の遂行を放棄しつつ、従来自ら遂行してきた任務を私人に委ねることによって、その任務を私的領域に追いやる場合を意味する。これに対し、後者は、国家の部分的な権限放棄であり、私人による行政的任務の遂行、若しくは行政的任務への私人の関与を指す (S.21)。ハイムブルクは、国家が私法形態で、即ち私法主体として、法関係 (Rechtsverkehr) に関与する場合に、純粋な形式的民営化 (rein formelle Privatisierung) が成立するとしつつ、この純粋な形式的民営化は私人概念の議論の対象とならないという理由から、純粋な形式的民営化を民営化の議論から除外する (S.19)。

(三) 民営化諸形式の分類学説の比較検討

ここでは、民営化形式に関する各学説が、どのような関係にあるかについて若干の論者の説を採り上げて考察したい。

(1) グラツペらの説

グラツペらの説であるが、これが比較的具象的な民営化現象の類型化として目してよいであろう。しかし、グラツペ説における、二(私人への行政の補助業務の委譲)、三(私人への公共的任務遂行の委譲)及び四(私人への公共的任務の全般的な委譲)が任務の内容による区別であり、五(自由な公益的組織への公共的任務の委譲)が私人概念の違いに着眼した形式であるというように、具体的列举に留まり、種々の次元が入り交じって体系性に欠けていると指摘できよう。

(2) 形式的民営化・実質的民営化

他方、形式的民営化・実質的民営化といったタームは、グラツペ等の列举する民営化形式を包摂する上位の概念として解することができる。例えばグラツペの類型でいうと、一(私法的組織形態での任務遂行)、二及び三は形式的民営化の範疇に入れられ、他方、四、五及び六(規律による私人の義務付け)は実質的民営化に含められることになる。ところで、公の手がほとんど出資している公私混合企業に任務の遂行を委譲することは、フィットウムによると形式的民営化(組織民営化)に入れられている。⁽¹⁶⁾このことは、その公私混合企業に高権的権限が委ねられる場合であっても、同様であろう。

(3) ショツホ説及びバウアー説

組織民営化と任務民営化(実質的民営化)の他に、財産民営化と作用的民営化という形式を付け加えるのが、ショツホやバウアーの特徴である。しかし、これらの形式は明確に区別されるものではないとバウアー自身指摘する。

財産民営化と組織民営化の組合せ（新連邦鉄道制度）や、組織民営化と任務民営化の組合せ（公私混合経済企業）といった混合（または、部分）形式をパワー自身認めているからである。加えて、シヨツホとパワーは、事実行為の委託を部分的な任務民営化（作用的民営化）として括っている点で、フィットウムとニュアンスを異にしている——フィットウムにおいては、事実行為の委託は形式的民営化（これは、フィットウム説では任務民営化と対立的に類型化されている）に含められている。

シヨツホやパワーの説を批判的にみた場合、両者の定義は分類論としては難点がある。なぜなら、フィットウムの定義において、組織民営化と任務民営化の重複する領域は想定されていないが、シヨツホやパワーにおいては、それぞれの種類の重複がそもそも前提とされているからである。⁽¹²⁾ また、財産民営化の類型が立てられている点にも疑問を呈することができよう。既述（前号二(二)）のように、国公有財産を売却または譲渡するという場合は、それ単独では民営化を意味するとはいえないと思われる。財産の売却・譲渡は、行政の任務の委譲と結合することで、初めて民営化プロセスの中にとらえられると考えるべきでなからうか。

(4) ハイムブルク説

ハイムブルクによる真正な民営化・不真正な民営化も上位概念である。不真正な民営化には、グラツペ説を借りれば、少なくとも、二、三及び六が想定されるであろう。他方、真正な民営化が具体的に何を意味するかは必ずしも明らかでないが、それにはおそらく、四のように、完全に私人の決定と責任に委ねられるといった民営化が妥当するものと思われる。⁽¹³⁾ なお、ハイムブルクは、グラツペと同じく、私法的組織形態による行政の任務遂行（一）を民営化概念から除外する。

五 ドイツの民営化概念の意義

これまで、「私人への任務の委譲」という定義を中心に、ドイツの学説の紹介及び整理をしてきたが、その中で言及できなかった論点もある。そのような論点を記しつつ、これらドイツの理論が我が国に如何なる意味を持つかを検討する。

（一）任 務

民営化を定義付ける場合、「私人への任務の委譲」という用語は、民営化の外延を比較的うまく示してくれるように思われる。これと異なる説として、レッシユのように国公有財産を委譲することをもって民営化とする定義も紹介したが、それに従うと、単なる普通財産の売却までも民営化と呼ぶことになるのではないかという新たな問題が出てくると思われる。つまり、「財産」という視点だけで民営化概念を確定するのは、不十分ではないかということである。その意味で、「任務」を定義中に入れることの意義がありそうである。

任務に関しては、ドイツの議論を規範的任務概念と事実的任務概念とに分けてみた。両者は必ずしも一致せず、後者が把握し得ない場合を前者が包括することのできる事例は既述のとおりである。しかし、ドイツの議論で見出すことができなかったが、法的に許容されない任務を、事実上行政が行っている場合はどのように整理されるかという論点が残っている。国家のなすべきでない任務を私人へ委譲する現象も、民営化といえるかどうかである。このケース

は、規範的任務概念（法的に許容される国家の任務）を前提とすると、民営化の範疇には入ってこない。逆に、事実的任務概念をとれば、民営化といえる。このように、一方が他方を包摂するという具合にはなっていない。私見ではあるが、法的に許容されない任務を私人に委譲する事例を民営化といってもさほど違和感はないと思われる。

しかしながら、ドイツにおける公共的任務や国家的任務の概念に関する論争は、必ずしも民営化との関連を念頭においてなされている訳ではなく、一般的抽象的な議論の色彩が濃いものである。そこで、規範的任務概念の外延が著しく不明瞭なため、学問的定義の中で用いるのを不適切とするならば、民営化の定義中には事実的任務概念のみを用いると割り切る必要があり、その場合、民営化の外延はかなり縮小してしまう（行政権限委任や私人の義務付け等が必ずしも民営化概念には含まれないことになるという例は前述したとおりである）。つまり、取りこぼしをなくすためには、規範的任務概念が民営化概念の確定に必要となるのである。その他にも、事実的任務概念で確定される民営化の場合において、規範的任務概念がおそらく必要になってくるのは、その民営化に関する制約・促進の法理を論ずるときである。しかし、私人へ規範的任務概念としての国家的任務を委譲するかどうかは専ら政治的・政策的な議論であるから、法的な議論にはなり得ないという向きもあろう。⁽¹⁵⁵⁾ かように、事実的任務概念にせよ規範的任務概念にせよ任務概念の有用性には限界がある。

ところで、我が国には「民営化」と民間委託（contracting-out）とを使い分ける用語法がある。⁽¹⁵⁶⁾ 例えば、「民営化」を公企業の特種会社⁽¹⁵⁷⁾または売却を意味するものとし、行政に責任が留まりつつ業務のみが委託される場合を民間委託と解する見解である。この「民営化」概念は、国公有財産の委譲であるとするよりは内容的に明確となる。また、公企業の売却・民商法法人化と業務の委託とはその法理が自ずから異なるであろうから、概念的にも区別されるべきであるという意味で、「任務」というメルクマールに限界がある。しかし、使い分けをする場合には、次のことに注

意しなければならない。それは、「民営化」と民間委託とを別個のカテゴリーで括る場合、両者を総合的・均衡的に考察する視点が欠落しないようにせねばならないということである。総合的・均衡的な考察とは、公企業の売却・民営化について、国家の任務を委譲するという視点で、民間委託（民間委託にはまさに「任務の委譲」の語が妥当する）と比較検討⁽⁵⁸⁾しつつ法理を模索することである。逆に、「任務」という用語で「民営化」を定義しておく場合には、公企業の売却・民営化と民間委託は「任務の委譲」というカテゴリーで包摂され、総合的・均衡的視点が自ずから備わっているといえる。例えば、一般に、公企業の売却にあつては責任までもが私人に委ねられ、他方、民間委託においては、執行のみが託され責任は行政に留保されるであろうが、このような両者の比較を媒介するのは、やはり「任務」というメルクマールである。ここで、「民営化」も民間委託も、委譲される事務が私人の手中にあつても公共性を維持し、公的統制が存続する以上、問題の本質は変わらないという指摘⁽⁵⁹⁾は適切である。そしてさらに、総合的・均衡的考察は、公の手が私法団体に出資する場合（この場合には、出資が行われるとともに行政の何らかの任務が委譲される）をも視野に取り込むことになる（後述、註(179)）。

(二) 私 人

ドイツでは、公の手のみが出資する私法団体や公の手がほとんど出資している私法団体を、民営化の私人概念から駆逐しようとする見解は少なくない⁽⁶⁰⁾。確かに、私法的組織形態の行政は、実質的意味での私人とは同視することができず、私法形態であっても、憲法の拘束から逃れられないという見解⁽⁶¹⁾からすれば、特に私法的組織形態の行政を警戒する必要がないかも知れない。また、民営化論の主題が、国家の任務を縮小することに鑑みれば、

本来の私人ではないところの私法的組織形態の行政に任務を委ねたところで、国家的任務の減量が達成される訳ではないので、民営化論に馴染みにくいかも知れない。さらに、形式的民営化を論ずることの欠点として、公の手がある給付についてその担い手をただ単に私法形態に移しても、その他は従前のままにすることによって、当該作用を實質的に民営化することが回避されてしまうという危惧も指摘されている。⁽¹²⁾

しかし、これに対しては以下のような異論がある。

まずおさえておかなくてはならないのは、民営化という現象には、「行政による民間活力の利用」という要素と、「行政による私法的組織形態の着用」という要素とが、種々の程度で混在しているということである。前者は行政が任務遂行に際し実質的意味の私人を利用することを意味し、他方、後者は私法的組織形態を利用するというものである。後者は、行政が私法的組織に出資し、それに任務を委譲することによって、即ち、行政が私法的組織形態を通じて任務を処理する場合を指す。そして、「私法的組織形態の着用」にかかる法理論を探る際には、私法的組織形態を選択する場合と、私法的組織形態を通じて任務を処理する場合とに分けて考察されることになる。

例えば、公私混合企業の利用は、「民間活力の利用」と「私法的組織形態の着用」という二つの要素がまさに混在しているものとみることができるといえる。我が国における第三セクター企業の利用は、「私法的組織形態の着用」という要素と「民間活力の利用」という要素とが混在する類型である。仮に、民営化論から「私法的組織形態の着用」という要素を除外してしまうと、第三セクター企業を民営化の中で論じる際、「民間活力の利用」という観点からでしか考察することができなくなろう。これでは十分とはいえない。このように、二要素の認識を前提として初めて、民営化の法理論も民営化現象を全体的・網羅的・体系的に論じることが可能となる。なお、行政の本来的領域が民間に浸食されつつある状況もまた、見方を変えれば、「民間活力の利用」という要素を持つといえよう。

ここで話を戻そう。行政のみが出資し設立した私法的組織に、任務を委託することは、先の要素のうち、後者の要素のみからなっているか、あるいは、公私混合企業の利用ほどではないにせよ、前者の要素も混入していると考えられる。株式会社や有限会社等の私法的組織形態で行政が任務を履行する際、当該会社の取締役や監査役には行政からの出向者ではなく、民間人が登用される（さらに、役員が全て民間人から登用されることもあり得る）のみならず、当該会社が別個の法人格を有するということに鑑みると、行政の出資する私法的組織が、常に行政に事実上（勿論、法的にも）編入されているとみることができないであろう。つまり、このような私法的組織が常に行政の意のままに行動しているとするには疑問を抱かざるを得ない。とすると、行政のみが出資する私法団体は法的には、行政が内部において公務員 (Beamte) びなく雇員 (Angestellter) や労務者 (Arbeiter) (ドイツでは後二者は公法上の勤務・忠誠関係には立たない) を雇うケース——雇員・労務者の雇用は民営化ではない——と同日の談でない。よって、このような私法的組織がかなりの程度の独立性を与えられているならば、公私混合私法団体に極めて近似してくることも考えられる。このようにみれば、行政のみが出資する私法団体をその実質に鑑みることなく、ただ理念的にのみ私人という枠から外しておくという態度は適切でなからう。このような意味で、行政の出資する私法上の団体に行政的任務が委ねられる場合、既に行政の統一性を侵す危険性が内包されており、よって、一般行政機構よりも柔軟に行動することのできるその私法上の団体を、民営化論から除外するのは一面的過ぎるという指摘が妥当する(第一の異論)。なお、通常、行政の出資がそれほど多くない私法団体に関しては、民営化の意味での私人として扱って差し支えなからう。

第二に、民営化の制約や促進にかかる法理論をも視野に入れた異論が考えられる。実質的意味の私人への任務委譲は、先の要素のうち、前者の要素のみからなっている場合（実質的意味の私人に公営プールの維持管理を委託する例や、

公営プールという施設そのものを売却してしまう例)、並びに、公企業をいったん株式会社等の私法形態に組織変更した後、それを民間に売却するという例⁽¹⁶⁴⁾にみられるように、後者の要素が先行している場合がある。後者の要素が先行するということは、即ち形式的民営化(フィットアウトの意味での)若しくは組織民営化(シヨツホやバウアーの意味での)が先行するということを意味する。言い換えれば、公企業民営化(フィットアウトの実質的民営化、若しくはシヨツホやバウアーの財産民営化)のプロセスでは形式的民営化・組織民営化が最初になされる場合があるということだ。ということは、形式的民営化・組織民営化を民営化概念から駆逐するにしても、実質的民営化・財産民営化の法理論を包括的・体系的に探求しようとするならば、形式的民営化・組織民営化の法理論をも論究せねばならないことになる。要するに、行政のみが出資する私法団体や行政がほとんど出資する私法団体への任務委譲も民営化論の対象となり得るのである。

では、実質的民営化・財産民営化プロセスの形式的民営化・組織民営化部分(即ち、「行政による私法的組織形態の着用」部分)にかかる法理論とは何かについては、本稿のテーマではないので他日に論じるつもりだが、それはとりわけ、行政がどのような場合に私法的組織形態を選択することができるのか、如何なる私法的組織形態が利用可能であるのか、といったものとなろう。他方、実質的民営化・財産民営化そのものの法理論については、当該任務は専ら国家による遂行だけが許される任務(例えば、公権力の行使)に当たらないか、あるいは逆に補完性原理⁽¹⁶⁵⁾により民営化が促進されないか、等が論じられよう。

第三の異論。我が国の用語例に関してであるが、国鉄がJRという株式会社(特殊会社)になった当時、人々はこれを「民営化」と呼んだ。政府がJRの全株式を保有していたにも拘わらずである。我が国の用語法では、公の手のみが出資人である私法団体に任務を委譲する場合は「民営化」と解されているのである⁽¹⁶⁶⁾。従って、行政のみが出資す

る私法団体 (同様に、行政がほとんど出資する私法団体) を私人概念から追い出そうとする見解は、我が国の「民営化」論には事実上相応しないと目してよからう。よって、ドイツ民営化論を我が国に有益な形で学び取るには、形式的民営化・組織民営化を外す訳にはゆかない。

ところで、我が国では公法人・私法人という分類⁽¹⁶⁷⁾そのものが批判されている⁽¹⁶⁸⁾。ドイツの私人概念にはこの公法人・私法人という分類が内包されていることがあり、それに対しては懐疑の念が生ずるのは尤もなことである。他方、我が国の用語法では、実体に拘わらず組織形態の面でのみ民営化上の形態としてとらえられる法人についても、民営化の意味における私人とみてよからう⁽¹⁶⁹⁾。故に、ドイツの民営化論の中で私人または私法人の語が用いられている場合には、それが単なる民営化法人を意味するものかどうか見極める必要がある。

ここで、我が国の特殊会社について付け足しておこう。特殊会社とは、特殊法人のうち株式会社形態をとるもの⁽¹⁷⁰⁾が、前示のとおり特殊会社も民営化の意味での私人である。では、特殊会社から一般の商法上の法人への変更が民営化といえるであろうか。この変更の際には特殊会社に対して有していた政府の任務が縮減され、それが新たな商法上の法人に移行されるのであるから、「任務の委譲」というメルクマールが満たされ、民営化の語が妥当することになる⁽¹⁷¹⁾。

しかし、このような私人をめぐる議論にどのような実際の意義が我が国にあるのかという疑問は残る。確かに、実定法解釈を左右するような直截な意義はそれほどないかも知れない⁽¹⁷²⁾。ところで、行政や行政関係に対する民営法の適用という学問分野が我が国の行政法学には古くからあるにも拘わらず、行政が民営法上の法人を設立できるか、換言すれば、行政が民営法上の法人規定を用いることができるかという議論が十分でないことに気付く⁽¹⁷³⁾。その原因として、公法私法二元論の後退により行政が民営法を用いることへの抵抗感が小さくなったことや、出資法人は出資人たる公

の手によって統制されるので、出資の段階で取りたてて制約を設ける必要がないこと、「民営化」についてはとかく「行政による民間活力の利用」ないしは国家作用の縮小ばかりに目が奪われたこと、等が考えられよう。しかし、公法私法二元論が消滅したからといって、行政による民商法人の設立に制約は不要であるということにはならないし、また、出資法人が常に公の手の意のままにある訳でもあるまい。ここで、民営化過程においては「行政による民間活力の利用」のみならず「行政による私法的組織形態の着用」（特に、私法的組織形態を選択する場合）という視点からも法理を探ることの認識が必要となる。とすると、先の私人論議は行政法学において学問対象を再認識させる理論的な意義を持っているといえないであろうか。殊に行政組織編成に関する法律留保や議会（地方議会も含む）の関与は、行政主体・行政機関・公法人を設置・改廃する場合を従来主に扱ってきたが、公の手が民商法上の法人に出資・出捐する際の法律留保や議会の関与については、我が国ではあまり論究されていない。私人をめぐる議論はこのような問題を俎上に載せる発端となり得る。さらに、国レベルで特殊法人や認可法人が統廃合されるなか、地方レベルの地方公社・外郭団体は増加しており、種々の問題（行政責任の不明確化、経営破綻時における自治体の損失補償義務、議会による統制の困難さ、情報公開に対する障壁、天下り先としての濫用、職員人事・給与のトラブル等）⁽¹⁷⁸⁾を発生させているが、その見直し論議に対しては、事後統制のみならず出資の段階で議会が統制することの徹底が求められることになる。⁽¹⁷⁹⁾この要請は、「私法的組織形態の着用」（私法的組織形態を選択する場合）という要素を再認識することから導かれるのである。

最後に、私人概念を単に法形式的に確定しておくことは、国家と社会の二元的対立が消滅したといわれる今日⁽¹⁸⁰⁾においてはむしろ許されるのではなからうかという点も付言しておきたい。

(三) 委 譲

前述のように、積極的委譲の定義は、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ふ意味である。他方、消極的委譲は、行政が恒久的に任務を放棄し、その任務の行く末には無関心である場合を指す。消極的委譲には委譲する客体が存在しないため、「私人」との論理的結合が意味をなさないのであるから、ここで出発点としている「私人への任務の委譲」という定義自体が成立しなくなる。よって、消極的委譲は委譲概念から省かれることになる。尤も、「私人への任務の委譲」という定義を採らなければ話は別である。しかし、私人に代替措置を委ねる等何ら措置を講ずることなく公共施設を廃止するような例(消極的委譲)を民営化と呼ぶのは適切ではなからう。民営化という事象は、このように任務を私法的組織に移管する国・公共団体の能動的行為と解するのが適切で、国・公共団体が行政的任務遂行を私人をして行わせるよう何らかの働きかけをしていなければ、民営化という現象は成立しないといえるのではなからうか。具体的には、私人が、行政からの委託等の積極的なアプローチなしに、国家の担うべき任務を履行していたとしても、それは私人によるボランティア若しくは公益活動と目されるだけであって、そこに民営化現象は成立しないと思われる。

さらに、規制緩和や脱官僚制化をも民営化の範疇に入れるとする見解⁽¹⁸⁾もあるが、これも「私人への任務の委譲」とはいえまい。例えば、自由経済の足枷となっている行政の許認可権限を廃止・削減する政策(規制緩和)について、これを民営化と呼ぶことは言葉の拡大解釈の感がある。規制緩和と民営化とは概念的には異なるものであるとして、ただ両者の重なる場合があるとするほうが素直であろう——重なる例としては、市場を独占していた公企業の売却(民営化)により、市場の独占状態が排され(規制緩和)、民間企業が参入してくる場合を想起すればよい。

おわりに

かくして、本稿では相対的多数説である「私人への任務の委譲」というタームを拠り所に、それぞれの言葉の内容を明らかにすることを通じて、民営化の内実に迫りつつ、民営化論の体系化を目指すような定義を模索した。冒頭でも述べたように、概念の確定というのは個人の感覚に負うところが少なくないので、民営化概念についても、「私人への任務の委譲」という定義が採用されるべきであるということは簡単にはいえまい。しかし、そこには民営化論の体系化への次のようなインパクトが存在する。

「任務」というメルクマールは、公企業の売却・民営化の売却及び私法団体への出資を、国家的任務が委譲される現象として括ることで、公企業の売却・民営化の売却、私法団体への出資及び事務の民間委託を比較検討せしめ、そして総合的・均衡的に考察せしめる共通項となる。「私人」（特に、国・公共団体の出資法人）をめぐる議論、中でも「行政による私法的組織形態の着用」及び「行政による民間活力の利用」という民営化二要素の認識は、行政による民営化上の法人への出資に対する事前統制（特に、議会のチェック）を徹底させる糸口となる。単なる任務放棄が「委譲」概念から放逐されることで、規制緩和や私人のボランティア活動と、民営化との相違が浮き彫りになる。

これらを示し得たならば、とりあえず本稿の目的は達成できたと考えたい。そして右のことを起点として、民営化の制約または推進にかかる法理論の構築を、筆者の向後の課題としよう。

- (138) Fritz Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S.145ff.
- (139) Jürgen Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S.41ff.
- (140) Wernhard Möschel, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, SS.885-888.
- (141) Wolfgang Graf Vitzthum, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AöR 104 (1979), S.587ff. の題意' 形式的民営化と実質的民営化の区別に関する論文集の文題として' Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stöber, Verwaltungsrecht II, 5. Auflage, 1987, § 84 Rn.8 ; Bernhard Gromoll, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1982, S.141f. ; Wolfgang Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S.27f. 但し' ヘルギンとシュペヒナーは' 形式的民営化と民営化の議論から排外である。
- (142) Friedrich Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S.962f.
- (143) Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.251ff.
- (144) Schoch (Anm.142), S.962f. ; Bauer (Anm.143), S.251f. Anm.41 ; Lerke Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S.223.
- (145) Schoch (Anm.142), S.963 ; ebenda, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992, S.39f. ; Bauer (Anm.143), S.252, S.271.
- (146) Adrian von Hagemester, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1991, S.43ff.
- (147) Marcel Zumbühl, Privatisierung staatlicher Wirtschaftstätigkeit, 1978, S.11f.
- (148) Zumbühl (Anm.147), S.11f. なお' 桜井徹教授も「全体的民営化」と「部分的民営化」という用語を用いてドイツ民営化を論述されている。同「ドイツの民営化」(玉村博口編『民営化の国際比較』所収' 八千代出版' 一九九三年)一八三〜一八四頁。その他にも' 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」追手門経済論集三一巻一号(一九九六年)二八頁。
- (149) Zumbühl (Anm.147), S.2. ツムビュールによると' 生産民営化は三つの方法で可能である。第一に、国家の介入を全く放棄してしまう方法(但し' この方法は' 完全民営化につながるので' 生産民営化の中では論じられない)；第二に、国家介入における生産重視の形態を、そうでない生産形態に置き換える方法、第三に、所与の国家介入形態において、可能な限り間接的に生産要素を利用する方法である。 Zumbühl (Anm.147), S.7.
- (150) Sibylle von Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S.19ff.

- (151) Vitzthum (Anm.141), S.588f. 同様に、「グロモルも、固有経営 (Eigenbetrieb) や直営を、固有会社や、公的に支配された混合会社に組織替えるのが、形式的民営化に該当するとしている。Gromoll (Anm.141), S.141.
- (152) バウアーは、公私混合経済企業を、組織民営化と任務民営化との混合形式として把握していると解される。Bauer (Anm.143), S.252.
- (153) 「プロセスとしての民営化」という思考については、参照、Bauer (Anm.143), S.254.
- (154) Heimburg (Anm.150) S.21.
- (155) 現実には、国家的任務の中核に位置する公権力の行使までもが、私人に委ねられる例がある。参照、今里滋「融解する政府機能——民間専門職と「プロクシィ・ガバメント」——」季刊行政管理研究七九号（一九九七年）一四〇一五頁。とはいっても、ドイツ公法理論の新傾向は、手続については法的議論になるとする。参照、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号（一九七六年）一一〇頁。その他、参照、藤原淳一郎「西ドイツの石油備蓄法（一九六五年）に関する一考察」（慶応義塾大学法学研究六三巻二二号（一九九〇年）一一九〜一二二頁。
- (156) 参照、室井力「行政の公共性と効率性」（同『行政の民主的統制と行政法』所収、日本評論社、一九八九年）二二八頁以下、その他にも、田辺国昭「民営化・民間委託・規制緩和」（西尾勝／村松岐夫編『講座行政学第五巻業務の執行』所収、有斐閣、一九九四年）七三頁、八一頁。
- (157) 中村太和「民営化と公企業形態——public corporation・公社とmixed enterprise・特殊会社——」和歌山大学経済理論二四七号（一九九二年）四八頁。
- (158) 比較検討が必要であるのは、公私混合の私法団体（我が国の第三セクター）の利用に関して、公企業の売却と民間委託が極めて類似した現象を伴うことがあるからだ。例えば、行政のみが出資する既存の私法団体につきその出資を部分的に私人に売却するケースと、公私混合の私法団体に任務を委譲するケース（業務の委託等）を想定してみよう。第一・第二のケースともに、結果的には公私混合私法団体が国家の任務を肩代わりするという構図になる。かくして、公企業売却と民間委託とは別個の手法であるにも拘わらず、「私人への任務の委譲」という上位のカテゴリーで結合することは留意されるべきである。右と関連して、「現実の民営化には程度の差異があり民間委託に近いものも存在する」という福家俊朗教授の指摘も重要である。福家俊朗「変容するイギリスの法と行政——行政改革の目的と手法の法的論理構造——」名古屋大学法政論集一二四号（一九八九年）二〇八頁。

- (159) 室井力／原野翹編『現代地方自治法入門〔第3版〕』(法律文化社、一九九五年)二二八頁。包括的な意味での民営化概念には、法ドグマ的な機能はないが、発見的な (heuristisch) 機能があるとするバウアーの指摘は、このような文脈で理解することも可能である。参照、Bauer (Anm.143) S.250f.
- (160) とりわけ参照、前号 (本誌六四巻四号) 三二(4)。
- (161) Dirk Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, SS.212-225. 反対説として、Ernst Forsthoff, *Der Staat als Auftraggeber*, 1963, SS.10-16.
- (162) Achim von Loesch, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen*, 1987, S.48; 山下淳「西ドイツにおける行政改革」(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)』)所収、行政管理研究センター、一九八九年)一一七頁。
- (163) 岡田雅夫「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課題』)所収、有斐閣、一九八一年)一二七頁、桜井徹「ドイツ統一と公企業の民営化」(同文館、一九九六年)一九頁。
- (164) モエシエル、シヨツホ及びバウアーもこのことに触れている。参照、四(3)、(1)(2)。
- (165) 補完性原理については、参照、成田頼明「行政における機能分担(上)」自治研究五一巻九号(一九七五年)二五頁、ヘルベルト・シャンベック著、山田秀訳「国家の使命・可能性・限界——補完性原理に関する考察——」(ホセ・ヨンプルト／三島淑臣編『法の理論5』)所収、成文堂、一九八五年)二七頁以下、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)七四三〜七四七頁、乙部哲朗「地方公共団体の企業活動の法的統制」神戸学院法学二五巻一号(一九九五年)三四七〜三五二頁、渡邊榮文「行政における補完性の原理」アドミニストレーション三巻三号(一九九六年)一頁以下、Ingo von Münch, *Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip*, JZ 1960, S.303ff.; Helmut Kalkbrenner, *Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips*, in: *Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag*, 1972, S.515ff. なお、白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理(一)(二)」名古屋大学法政論集一一六号(一九八七年)一三五頁以下、同上二二八号(一九八九年)二四二頁以下、はゲマインデとクライスの事務配分において補完性原理が妥当するかについての研究である。
- (166) 例えば、次のような論述がみられる。「『民営化』とは、国鉄や電電公社等の三公社の『民営化』に示されるような、公企業の経営形態をより民間に近いものにするという意味で用いられてきたのである」。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)四七頁。なお、舟田教授は、「民営化」を「民有化」および「株式会社化」と

等置しておられるが、おそらく「民営化」の意味を「株式会社化」かつ「民有化」ではなく、「株式会社化」または「民有化」としておられるものと思われる。舟田正之「特殊法人論」（雄川一郎／塩野宏／園部逸夫編『現代行政法大系7行政組織』所収、有斐閣、一九八五年）二五〇頁。

(167) 分類の基準については、参照、美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年）四六五〜四七八頁、田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』（弘文堂、一九七六年）一八九〜一九〇頁。その他、関連する文献として、田中二郎「公法人論の吟味——経済団体の法的性格論を機縁として——」（同『公法と私法』所収、有斐閣、一九五五年）一〇七頁以下。

(168) 例えば、参照、川島武宜「営団の性格について」法律時報一三卷九号（一九四一年）七〜八頁、末弘厳太郎「公法人私法人の区別（上）（中）（下）」法律時報二三卷八号（一九四一年）七五頁以下、九号（一九四一年）五二頁以下、一〇号（一九四一年）五六頁以下、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）一四三〜一四五頁、宮沢俊義「公法人と私法人の異同」（同『公法の原理』所収、有斐閣、一九六七年）三一頁以下。なお、公法人概念と切断された行政主体の概念についても批判がある。参照、藤田宙靖「行政主体の概念について——その理論的前提をめぐる若干の考察——」（同『行政法学の思考形式』所収、木鐸社、一九七八年）六五頁以下、岡田雅夫「行政主体論——行政権、行政権の主体、行政主体——」（雄川ほか編・註（166）所収）一六頁以下。さらに、我が国の特殊法人をどのように位置付けるかに関して、一律にそれを公法人であるか私法人であるか、行政主体であるか私的法主体であるかを問うことは法理論上有害であると指摘されている。参照、塩野宏「特殊法人に関する一考察——行政組織法的観点からみた——」（同『行政組織法の諸問題』所収、有斐閣、一九九一年）二〇頁以下、舟田・註（166）二六七頁以下、同「特殊法人と『行政主体論』」立教法字二二号（一九八四年）九頁以下。

(169) なお、藤田宙靖教授は、「特定の設立プロセスのとられない法人のみを、特に他と区別して『行政主体』と称すること自体は、いうまでもなく可能である」とし、これ以外の法人を「私的法主体」とすることに、留保付きではあるが合意されている。藤田・註（168）七九頁。その「私的法主体」概念と、本論で述べた民商法上の法人とは必ずしも一致しない。というのは、藤田教授のいわれる「特定のプロセスのとられない」場合とは、「成立の一要件として、特定の形式における私人による意思決定というプロセスが採用されていない場合」であり、裏返せば、私人による意思決定が介在するかどうかは問題とならず、組織形態となる。一方、本稿でいう民商法上の法人については、私人による意思決定が介在するかどうかは問題とならず、組織形態が民商法上の存在かどうか問われるに過ぎないからである。

(170) 特殊会社については、参照、中村太和『民営化の政治経済学——日英の理念と現実——』(日本経済評論社、一九九六年) 一一〇—一五頁。

(171) 参照、藤原淳一郎「現代社会における公企業と法」(正田彬／金井貴嗣／畠山武道／藤原淳一郎著『現代経済法講座Ⅰ現代経済社会と法』所収、三省堂、一九九〇年) 二六八頁。

(172) しいていえば、日本国有鉄道改革法六条・八条の解釈の仕方に違いが生じよう。同上各見出し部分には「民営化」の語があるが、条文自体には株式会社への組織変更しか規定されていない。そこで、私人概念は形式的意味の私人を除くものと解すれば、国鉄の株式会社への組織変更は、政府が保有するJR株式を売却するという最終目標に至る途上に位置付けられ、株式を売却するよう配慮する義務が法律上政府に課せられていると読みこむこともできよう。逆に、私人概念に形式的意味の私人が含まれると解すれば、株式会社への組織変更が「民営化」そのものであるとなり、政府保有株式を売却するか否かは専ら政治の決するところであり、法は関知しないということになるであろう。

(173) 従来は、主に信義則、信賴保護の原則、時効の規定、借地借家法等が、行政作用関係に適用があるか否かが論じられてきた。この点に関する文献は膨大であるので列挙するのは無理であるが、さしあたって、川西誠「公法における私法の適用」(公法研究一七号(一九五七年) 九八頁以下、原龍之助「公法関係における私法規定の適用」(田中二郎／原龍之助／柳瀬良幹編『行政法講座第二巻行政法の基礎理論』所収、有斐閣、一九六四年) 三七頁以下、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』(弘文堂、一九七四年) 六九頁以下、山内一夫「公法上の債権と消滅時効」(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) 三二—三三頁、手島孝「計画担保責任論」(有斐閣、一九八八年) (これは、国・地方公共団体の計画に対する信義誠実や禁反言等の法理の適用を論じている)、萩野聡「行政法上の法律関係と私法の適用に関する若干の問題」(富大経済論集三三巻三号(一九八八年) 六一—五頁以下)。

(174) ドイツでは、連邦財政法やラントのゲマインデ・オールドウヌンクが明文で、私法団体への公の手の出資に対する制限若しくは条件を設けている。参照、前号註(95)。尤も、国・地方公共団体による民商法上の法人への出資・出捐を制約するドイツ理論の研究は我が国にも僅かに存する。参照、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界(一)(二)——とくに『公共事務』との関連において」(自治研究三七巻六号(一九六一年) 六五頁以下、三八巻七号(一九六二年) 六三頁以下、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。その他、関連する文献として、末永敏和「西ドイツにおける株式会社への国家の

資本参加——その法的諸問題——」香川大学経済論叢四九卷二号（一九七六年）三〇六〜三一六頁。なお、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）三五五頁以下は、主に投資後の統制に関する研究であると考えられる。

(175) 法律留保に関して、とりわけドイツの本質性理論については、参照、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として——」(同『現代行政の行為形式論』所収、弘文堂、一九九三年) 一頁以下。

(176) 行政組織の設置・改廃に対する議会の介入については、参照、美濃部・註(167) 三六二〜三七三頁、柳瀬良幹「行政機関・行政官庁」(田中二郎／原龍之助／柳瀬良幹編『行政法講座第四卷行政組織』所収、有斐閣、一九六五年) 九〜一〇頁、手島孝「内閣及び行政組織」ジュリスト六三八号（一九七七年）四〇七〜四〇八頁、室井力「行政組織法をめぐる問題」(同『現代行政法の原理』所収、勁草書房、一九七三年) 七二〜七六頁、同「行政組織と法」(室井・註(156) 所収) 四八頁以下、佐藤功「行政組織法新版・増補」(有斐閣、一九八七年) 一〇〜二五頁、小嶋和司「行政の議会による統制」(同『小嶋和司憲法論集二 憲法と政治機構』所収、木鐸社、一九八八年) 三〇三〜三〇四頁、藤田宙靖「行政組織法」(良書普及会、一九九四年) 四九〜五五頁、稲葉馨「行政組織の法理論」(弘文堂、一九九四年) 二四五〜二六五頁、塩野宏「行政法Ⅲ」(有斐閣、一九九五年) 七〜一五頁。

(177) ドイツの法律留保論には法治国家的意味の法律留保論と制度的意味のそれがある。前者は、自由・財産が侵害される場合、法律の根拠が必要であるとする伝統的な理論であり、他方、後者は、政治的に重要な制度の設定については立法者に留保されなくてはならないという内容のものである。参照、Arnold Köttgen, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 161f. 国・公共団体による私法団体への投資について、後者との関連で法律の根拠が必要とならないのかという問題は我が国では解決されていないように思われる。この点のドイツの学説については、参照、Hans-Ulrich Galwas, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S.222; Ehlers (Anm.161), SS.152-157.

(178) 参照、成瀬龍夫「新段階の公社・第三セクターと改革への論点」(同／自治体問題研究所編『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) 三一〜四八頁。

(179) 例えば、地方自治法九六条一項六号の解釈上、地方公共団体が民商法上の法人へ土地等財産を出資するに際しては議会の議決を要するが、現金を出資する場合には特に議会の議決は必要なく、予算に計上するだけで足りるとするのが実務のようである。参照、地方自治制度研究会編『地方財務実務提要1』(ぎょうせい) 一五九・2〜一五九・3頁。しかし、予算の議決

を経るだけでは不十分ではなからうか。予算の審議は他の多くの支出について同時に議論するものであるからだ。そこで、現金出資についても議会の議決を要するとし、その旨を条例で定めるべきであるという見解が考えられる。しかし、同法上、議会の議決事件には、現金出資については列挙されていないので、長の権限であるという解釈が成立しそうである。しかし、地方自治法上明文で議会の議決事項とされているものに条例の規定事項を限定する必然性はない。参照、俵静夫『地方自治法第三版』(有斐閣、一九八六年)三〇三〜三〇四頁。また、特に重要と解せられる財産の取得に対して長の権限を制限する規定が存する。例えば、一定の種類・金額以上の契約締結や財産の取得に際しては議会の議決が必要であるとする規定である(同法九六条一項五号、八号)。しかも、地方住宅供給公社、土地開発公社・地方道路公社は出資にあたり議会の議決が法律上要請されているが、第三セクター企業にも莫大な損失を出しているものがあり、同種の議会による事前統制が後者に及ばないのは不適切ではなからうか。勿論この辺りは立法政策論(同法九六条一項八号の「政令」の規定についての改正も含めて)にもなる。

右に加えて、財産による出資を規律する条例が存する場合(同法九六条一項六号)、それが議会による規律密度として妥当なものか否かが検討されなければならない。その際、比較検討の素材となるのは、ドイツにおける諸ラントのゲマインデ・オルドゥヌンクであろう。尤も、我が国における地方自治権の固有権説的理解からすれば、国(ドイツではラントに相当)の立法でさらに地方公共団体の出資を制限する規定を設けることは問題が多いであろう。固有権説については、参照、大隈義和『地方自治の本旨』をめぐる理論動向(公法研究五六号(一九九四年)六八〜七二頁)。

以上のことから分かるように、地方自治法は財産の減少に対し議会の統制を働かせようという体系を持っているといえる。この点に関して、前述五(一)のように民営化を「任務の委譲」と解する立場からすると、財産的視点による地方自治法の体系が、総合的・均衡的な視点で解釈されることになる。さしあたって、出資の必要性を問う場合、民間委託ではなぜいけないのか問題とされなくてはならない。行政手法として民間委託のほうが優つてゐるとは必ずしもいえないのは当然であるが、民間委託であれば、委託費だけで済み出資という負担がないこと、天下りの悪弊が少ないこと、経営破綻時における地方公共団体による尻ぬぐいという問題が少ないことが考えられる。出資することの公共性判断においては、民間委託との比較が行われるべきである。ここでも民間委託と出資の比較検討の糸口になるのはまさに「任務」というメルクマールである。この点、ドイツにおける連邦財政法や諸ラントのゲマインデ・オルドゥヌンクでは、出資の要件として、他の方法では目的が「より適切に」「より経済的に」達成できないことを挙げており、民間委託と出資との比較を要請する法構造となっている。

(180) 参照、藤田宙靖「E・W・ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立論(一)(二)」——現代西ドイツの公法学研究ノート——「東北大学法学四〇巻三号(一九七六年)二五〇頁以下、四二巻二号(一九七七年)一三七頁以下、藤田・註(168)八九〇七頁、栗城・註(155)一〇七頁、一〇九〇一〇頁。国家・社会の二元的対立に関するドイツの文献の翻訳として、米丸恒治訳「戦後ドイツ国法学基本文献(七) エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ 現在の民主的社会国家における国家と社会の区別の意味」名古屋大学法政論集二二〇号(一九八八年)四六三頁以下、森英樹訳「戦後ドイツ国法学基本文献(八) ホルスト・エームケ 憲法理論上の問題としての『国家』と『社会』」同上二二七号(一九八九年)三四一頁以下、がある。

(181) P・アイヒホルン著、高橋俊夫訳「西ドイツの民営化問題」(『E・C市場統合と統一ドイツ』所収、成文堂、一九九三年)六三頁。イギリスでは規制緩和も民営化の一環であるという。参照、福家・註(158)二二三〇二一六頁、同「続・変容するイギリスの法と行政——民営化と国家構造をめぐる矛盾の展開方向——」同上二六七号(一九九七年)五八〇五九頁。