

## 民営化法理の類型論的考察：ドイツ法を中心として

大脇，成昭

九州大学大学院法学研究科博士課程：日本学術振興会特別研究員

<https://doi.org/10.15017/2142>

---

出版情報：法政研究. 66 (1), pp.285-335, 1999-05-20. Hosei Gakkai (Institute of Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



# 民営化法理の類型論的考察

## —ドイツ法を中心として

大脇成昭

### 五. 民営化の新類型

#### IV. 日本法へのアプローチ

##### 一. 民営化論議の変遷

##### 二. 近時の行政改革論議

##### 三. 民営化の規範的統制

むすびにかえて

はじめに

#### I. 民営化理論の変遷と流動的現状

##### 一. 伝統的理論

##### 二. 統一後の民営化現象

#### II. 民営化現象の類型論の展開

##### 一. 類型論の意義と機能

##### 二. ドイツにおける代表的類型論

##### 三. 類型論に基づく規範的要請

#### III. 民営化に対する規範的要請

##### 一. 憲法上の要請

##### 二. 行政手続的要請

##### 三. 財政法・税法上の要請

##### 四. 契約法理からの要請

はじめに

本稿では、先進各国において広く見られる「民営化」現象を対象に法的考察を行う。民営化現象については経済学、経営学をはじめ、政治学、社会学に立脚した考察も可能である。しかしながら本稿では民営化の法律問題に焦点を合わせ、民営化に対する憲法、行政法を中心とした規範的要請を明確化する。これまでの日本の民営化政策や、現在議論がなされている行財政改革の一環としての民営化論は、いずれも財政赤字の削減に主眼をおいてきたために、他面において法律学的知見に基づく検討が不足している。

このような状況に鑑みると、ドイツ法の動向を分析する

ことが日本法にとって示唆に富むものと考えられる。というのも、ドイツにおいては民営化に関する問題を法律上の問題、とりわけ公法学上の問題として議論を重ねてきた蓄積があり、伝統的に民営化に関する規範的要請が重視されてきたからである。また、近年においては東西ドイツ統一に伴う深刻な財政危機を打開する手段として、民営化が強力に推進されてきたという事情がある。

そこで、日本において民主主義及び法治主義の観点から民営化の法的統制を探求する上でも、ドイツにおける規範的要請論を積極的に参照する必要性がある。

以上に述べたような問題意識から本稿では、ドイツにおける民営化をめぐる法律上の議論と現状を概観し（Ⅰ）、近年のドイツにおける民営化をめぐる議論で用いられる類型論を基軸として（Ⅱ）、民営化の規範的要請について考察する（Ⅲ）。最後に、ドイツ法が日本における民営化の議論に与える示唆を検討することにした（Ⅳ）。

## I. 民営化理論の変遷と流動的現状

本稿においては「民営化」に関する規範的要請に重点を

置くが、その際にはとりわけ一般理論の確立を目指すこととしたい。このような意図からするならば、民営化の概念を広く捉える必要があることになる。なぜなら、一般理論の確立という本稿の目的からするならば、現実に行われている「民営化」現象をできるだけ広範に視野に入れ、分析の対象とすることが合理性を持つからである。そこで本稿における「民営化」は、現実に国家事務（ないし行政事務）として処理されてきたものを私的領域へと委ねること、法規範的に国家事務として処理されるべきものを私的領域へと委ねること、および権限や責任は国家が留保したまま、私人に国家事務を履行させることを広く含むものとする。さらに（応用形態として）新たに設立する私法上の法人を通じて国家事務を履行することも、本稿でいう「民営化」の概念に含めることとしたい。

### 一. 伝統的理論

#### (1) 概論

国家事務の民営化を論ずる場合には、いかなる事務が民営化に適合するのかが考えられなければならない。すなわち、国家事務を民営化に適する事務（民営化が可能な事

務）と民営化に適さない事務（民営化が不可能な事務）に区分する必要がある。

このような観点から、伝統的には、「排他的国家事務」と「競合的国家事務」の二区分論が用いられてきた。これは、ゲオルク・イェリネックによつて示されたものである。それによると、国家活動は「排他的」に国家に帰属する活動と、国家が枠組設定、援助、支援、防衛により個人や社会の生活場面へと関与するに過ぎない活動とに大きく二分される。<sup>(1)</sup>すなわち、国家目的は「排他的」なものと「競合的」なものに分けられ、国家機能も排他的に国家に帰属するものと、国家が他者と分け合うものとに区分された。<sup>(2)(3)</sup>

排他的に国家に帰属する活動は、物理的強制力によつて特徴づけられるものであり、強制執行、警察、防衛活動などがこれに該当する。他方、競合的な活動は、たとえば国家による教育、文化、経済支援や学校、生存配慮の活動などである。<sup>(4)</sup>

民営化に関し、右の二区分論から引き出される帰結は、第一に、排他的国家事務は基本権保護領域と関連するものであり、個々の機能について私人に委託することはできないとしても、国家が包括的に放棄することは許されない。<sup>(5)</sup>第

二に、競合的国家事務に関しては、常に民営化への道が開かれていくということになる。

右のイェリネックの所説は区分基準の明解性もあつて、学説および実務を長く支配するに至つた。排他的国家事務に分類される警察、防衛、立法、司法などの活動は確かにこれまで包括的に民営化されることはなかつたし、国家が完全に撤退して民間に委ねることもなかつた。こうした理解は日本法の中にも認められるものである。つまり、国民（住民）の福祉の増進を図るために生活必需財や経済的・社会的役務を提供する給付行政の分野は民営化になじむが、他方で、公権力によつて国民（住民）の権利・自由・財産等を規制・侵害するいわゆる侵害行政の分野は一般的には民営化になじまないことは日本法においても伝統的に語られてきた。<sup>(6)</sup>

伝統的二区分論は、比較的最近の文献においても引き継がれている。すなわち、対外的権力の行使、国防、通貨高権、課税、警察、立法、裁判などのように、国家が自ら遂行しなければならぬ事務について、民営化の可能性が原則的に除外されている。<sup>(7)</sup>同様に、古典的国家事務の概念からも、民営化になじまない事務が前提とされてきたのであ

る。<sup>(8)</sup>

現在においても民営化が可能な事務領域とそれが不可能な領域との二分論が想定されているように、「排他的国家事務」と「競合的国家事務」の二分論には時代を超えた普遍性が見受けられる。<sup>(9)</sup>

## (2) 批判的見解

しかしながら右の二分論に批判的な見解も存在する。すなわち、排他的国家事務においても「潜在的かつ現実的な私人の活動領域」があると指摘され、<sup>(10)</sup>ここでは必ずしも国家によって事務が「排他的」に行われているわけではなく、民営化の現象も見られると説くのである。

このような「例外」には、大きく分けて二通りのものが考えられる。ひとつは「行政権限委任」(Beleihung)であり、他方は行政権限委任を伴わない私人による行政任務代替活動である。

① 行政権限受任者 (Beliehene) は、一定の行政事務の権力的履行を自己の名において委託された私人であるとか、<sup>(11)</sup>一定の個別的な権力的権限を自己の名において履行する管轄権を認められた私法上の自然人及び法人であるなど<sup>(12)</sup>と説明される。<sup>(13)</sup>この制度の狙いは、公行政の分権化、公務

員の負担軽減、私人のイニシアティブ、資金および技術的専門知識の活用である。<sup>(14)</sup>このような仕組みは絶対主義の時代にまで遡るとされ、憲法構造の変化を経た現在まで見られるものであり、<sup>(15)</sup>また、その範囲もきわめて多岐にわたる。<sup>(16)</sup>行政権限受任者は程度の差はあれ、権力的権限を受任するわけであり、その意味では独占的国家事務を私人が履行していることになる。しかしながら、権限委任に基づく履行であるので、責任は国家に明確に留保されたままである。

行政権限委任型の民間による危険防止活動の例として、一九九二年制定のベルリンにおける警察予備隊志願要員に関する法律 (Gesetz über die Freiwillige Polizei-Reserve) がある。<sup>(17)</sup>

② それに対し、私人による行政任務代替活動の例としては、仲裁裁判制度 (Schiedsgerichtsbarkeit)、民間による危険防止、銀行による「通貨創出」などが指摘されている。<sup>(18)</sup>

また、行政権限委任を伴わない民間による危険防止も多く見られる。<sup>(19)</sup>最近では、ケルンの住宅街ハーンヴァルドにおいて市民が民間の保安会社にパトロールを依頼している例が挙げられる。このような保安会社に対しては、個別

の法規命令によって警察権限が委任されているわけではない。そのために、許容される活動範囲について問題となることが多い。<sup>(20)</sup>しかしながらこのような事業は誰もが任意に営めるものではなく、許可を要する。この点に関する根拠法規は営業法（Gewerbeordnung）三四a条である。同法一項一文においては、その許可要件が定められている。<sup>(21)</sup>この規定は国家の保証人的地位（Garantenstellung）<sup>(22)</sup>の具体化と解釈されている。というのも、国家が基本権保護義務に基づき、より広範に市民に対する安全をもたらすために自らの事務を私人に部分的に委任したものと考えるからである。<sup>(23)</sup>したがって、明確な行政権限委任を伴わない場合においても、基本権がかかわる分野においては、国家は自ら一步後退した姿勢をとりながら、責任を留保していると言えるのである。

これまで見てきたように、従来国家が独占的に履行するとされてきた種類の事務についても、行政権限委任が広がり、また行政権限委任を伴わない私人による行政任務代替活動も展開されてきた。

二区分論は今なお、おおよその指針を与えるものの、国

家と私人の活動がきわめて複雑化した現代社会においては、民営化措置導入の是非を考えるための尺度として不十分である。そのような点からも、本稿においては、多様な民営化事象を類型化し、その下で具体的事例を検討することが肝要であると考ええる。

## 二・統一後の民営化現象

前節において見たように、国家事務ないし行政事務の民営化という現象は、行政法学においても古くから検討されてきたものである。しかし、現代に特有な事情は、東西ドイツの統一に起因して民営化の動きがきわめて活発な点である。たとえば、一九九四年の連邦鉄道の民営化と一九九五年の連邦郵便の民営化がこの例である。ドイツ連邦鉄道（Deutsche Bundesbahn）と旧東独国有鉄道（Deutsche Reichsbahn）は基本法八七e条三項の改正を経て鉄道制度の新秩序に関する法律（ENeuOG）によりドイツ鉄道株式会社（DBAG）に移行した。また、連邦郵便については、基本法一四三b条一項の改正に伴う郵便制度と電気通信の新秩序に関する法律（PTNeuOG）により、郵便三事業がドイツ・テレコム株式会社、ドイツ郵便株式会社、

郵便銀行株式会社へと分割移行した。

東西統一後に積極的になされてきた各種の民営化は、深刻な国家財政赤字の削減を目的としてきた。たとえば連邦鉄道の民営化に関して見ると、それによって期待されていたのは、鉄道輸送が経営学的知見に基づく企業経営により、明確に財政負担軽減に貢献することであった。<sup>(24)</sup> そのために、ドイツ鉄道株式会社は、会社登記から五年以内に長距離旅客輸送、近距離旅客輸送、貨物輸送、鉄道インフラ整備の四分野の株式会社へと分割され、なお一層の経営の合理化が求められたのである。<sup>(25)</sup>

このほかの様々な形の民営化についても、その背後には東西統一後の財政赤字問題が存在する。<sup>(26)</sup> ドイツにおいては現在も、旧東ドイツ地域における生活水準を旧西ドイツ地域と同等にするための努力が続けられている。とりわけ、旧西ドイツ地域と比較して著しく立ち後れているインフラ整備が重要な課題となるが、この種の事業に関しては、先進的な民営化現象が多く見られるのである。<sup>(27)</sup> もっとも、ここで「先進的」と表現するのは、従来は見られなかった手法であるという意味であり、必ずしもそれに加えて法的、

政策的にすぐれているというプラスの評価を表すものではない。むしろそこには法的に見て整合性を欠くものも含まれている。すなわち旧東ドイツ地域においては、深刻な財政的困窮のもとでインフラ整備が急務とされたため、民営化への強い要請が存在し、その結果、民営化実務を法理論が後追いつくことになった。言うならば、旧東ドイツ地域において民営化の「実験」が行われ、その「実験」において有効性が確認され、弊害を最小限に押さえるための方策が発見されたならば、ドイツ全土で「実用化」されることになったのである。このように旧東ドイツ地域は新たな民営化手法の発信地となっているのである。<sup>(28)</sup> 換言すれば「東から西へ」という民営化措置の流れが見受けられるのである。<sup>(29)</sup> したがって、現時点において旧東ドイツ地域における最近の民営化措置を検討することは、「緊急避難」措置の検討にとどまらず、より一般的な民営化措置の検討としての意義をもつと言えよう。

(1) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Dritte Aufl., 1922, S.255.

(2) Jellinek (Fn.1), S.263. また、ここにおいてイエリネッ

クは、排他的に国家に帰属する活動として、国民全体と個々の国民の保護、外敵に対する自己の領土の防衛（警察権や刑罰権の行使も個人、社会として国家自体を保護するものとしてここに含まれる）、法秩序の継続的形成（Fortbildung）と維持（Aufrechterhaltung）などを挙げよう（S.255ff.）。

- (3) なお、この「排他的 (ausschließlich)」国家事務とはほぼ同じ意味内容をもつと考えられる用語は、論者によつてその表現が様々である。例えば「本来的 (originär)」(Hans H. Klein, Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV, 1965, S.758.)「必然的 (notwendig)」(Helmut Lecheler, Privatisierung — ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen?, ZBR, 1980, S.69.)「真の (genuin)」(Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54, 1995, S.255. Fn.54)「本来的 (präsumtiv)」(Fritz Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, 1971, S153. Fn.76) などの用語が用いられる。
- (4) Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 1988, S.68f.; Klein (Fn.3), S.758.
- (5) Isensee (Fn.4), S.69.
- (6) 成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」同

『地方自治の法理と改革』(第一法規・一九八八年)一九二頁。

- (7) Z.B. Lecheler (Fn.3), S.69; Friedrich Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 963.
- (8) Z.B. Franz-Joseph Peine, Grenzen der Privatisierung — verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S.355.
- (9) ただし、日本における「侵害行政は民営化しえぬ」という前提もこれに通じる(成田・前掲注⑥一九二頁以下)。
- (10) Bauer (Fn.3), S.255.
- (11) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S.574.
- (12) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, S.412.
- (13) 元来、行政権限委任にいかなるものを含めるかというメルクマールに関しては学説史上、「事務理論」と「権限理論」ないし「法的地位論」の対立を中心として論じられてきた。両論の対立状況につき、角松生史『民間化』の「法律学」国家学会雑誌一〇二巻一一一一二号(一九八九年)七九頁以下、米丸恒治『私人による行政』論の一考察」法政論集一二八号(一九八九年)一二三頁以下(のちに、同『私人による行政』(日本評論社・一九九九年)三〇頁以下)。

- (14) *Wolff/Bachof/Stober* (Fn.12), S.412.
- (15) 米丸・前掲注(13) 一一八頁(のち)前掲書二四頁以下)。
- (16) 具体例を示すものとして *Wolff/Bachof/Stober* (Fn.12), S.412f.; *Maurer* (Fn.11) S.574f. など。
- (17) *Martin Schulte*, *Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols*, DVBl. 1995, S.135.
- (18) *Isensee* (Fn.4), S.69. Fn.268. など。仲裁裁判制度はたとえば、政党法 (Parteiengesetz) 一四条において規定されている。
- (19) *Schulte* (Fn.17), S.131. においては、このような産業が東西ドイツ統一後の治安の悪化に伴って急成長していることが指摘されている。
- (20) とりわけ刑法典 (StGB) 三三二条の正当防衛や三四条の緊急救助などの規定が、職業的な保安会社の職員に援用されうるかどうか問題となるわけであり、シュルテ論文 (前掲注17) もこの点を詳細に検討する。
- (21) 同法第一項三文三号の要件は、近年において警備業者に許可を付与するにあたっての申請者の信頼性や専門知識に関する審査を強化すべきであるという要請に応えて、一九九四年の改正により、追加されたものである (*Schulte* (Fn.17), S.134.)。
- (22) ガルヴァスの提唱による。Vgl. *Hans-Ulrich*

- Gallwas*, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, VVDStRL 29, 1971, S.228. など。この理論の検討は、米丸・前掲注(13) 八一頁以下。
- (23) *Schulte* (Fn.17), S.132, 134.
- (24) Vgl. *Jürgen Schneider*, *Die Privatisierung der Deutschen Bundes- und Reichsbahn*, 1996, S.40.
- (25) Vgl. *Schneider*, (Fn.24), S.41ff. など。鉄道の民営化は四段階に分けられる。①東西の国有鉄道 (DBとDR) を連邦特別財産と統合②連邦特別財産のうち、事業部門をドイツ鉄道株式会社へと民営化③ドイツ鉄道株式会社を本文で述べた四部門へと分割するが、ドイツ鉄道株式会社は四社の持株会社として残存④持株会社の解消あるいは四社への組入れ。これが一連の流れのフローチャートとして、vgl. *Ibid.* S.43.
- (26) Vgl. *Bauer* (Fn.3) S.247f. によると、連邦政府は財政赤字解消策として、民営化という措置に多大な期待をかけて推進しようとしていた姿勢がうかがえる。
- (27) Vgl. *Friedrich Schoch*, *Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung*, DVBl. 1994, S.11; *Klaus König*, *Kommunalisierung, Verselbständigung, Privatisierung*, DÖV 1993, S.1083.
- (28) Vgl. *Bauer* (Fn.3), S.247.
- (29) Vgl. *Rainer Wahl*, *Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den*

Straßenbau, DVBl. 1993, S.517; König (Fn.27), S.1083.

## II・民営化現象の類型論の展開

### 一・類型論の意義と機能

先述のように、「Privatisierung（民営化）」と呼ばれる現象はきわめて多様である。その根本的な原因は、民営化という用語自体が、法律学上の概念として確定しえないからである。<sup>(1)</sup>そこで、「民営化」と呼ばれる現象を本稿において法的に分析・検討する上では、多様な民営化現象を、整序するための手段が必要となる。

そこでドイツ法を参考にするならば、民営化現象を類型化したうえで考察するという手法が一般的に採られている点に気づく。もともと、概念領域の設定、その類型化の方法など様々な前提が存在するため、類型論も一様ではない。<sup>(2)</sup>類型論をめぐるもつとも大きな争点のひとつは、株式会社や有限会社のような私法上の組織を行政が設立して行政事務を遂行するという形態、いわゆる「形式的民営化」を民営化の範疇に含めるか否かという点にある。この争点は、これまでの民営化論において論じられてきた諸概念（「行

政事務」「公的事務」「国家事務」など<sup>(3)</sup>のうち、とりわけ「私人」の概念をいかに捉えるかということと密接にかかわる。<sup>(4)</sup>しかしながら、本稿の課題が現代における民営化現象を類型的観点から考察することである点に鑑みると、右の類型も本稿でいう民営化の一類型として検討対象とすることが必要である。それは、以下の三つの理由に基づく。第一に、形式的民営化が既に広い範囲において実現されているからである。<sup>(5)</sup>第二に、この方式の導入が行政の統一性や行政に対する民主的要請を毀損する可能性があるからである。<sup>(6)</sup>第三に、後述するように、ある事務を民営化する場合に、その第一段階として形式的民営化（組織の民営化）を行い、それに続いて事務の権限や責任などを民間に委ねる形態が近年多く見られるからである。換言すれば形式的民営化が過渡的措置として現実の民営化過程において重要な位置を占め、かつ多用されているのである。したがって、形式的民営化を民営化の事象として除外する説も見られるが、<sup>(7)</sup>本稿においてはそのような前提は採用しない。

以上述べた理由から、本稿においては、最近のドイツにおける民営化議論を参照して、民営化の四類型を民営化に関する規範的要請の検討における中心軸として用いること

とする。この四類型は民営化現象の基本的な要素として理解すべきである。なぜならば分類論として理解すると現実の民営化現象を当てはめるに際して、必然的に困難を生じるからである。<sup>8)</sup> そのように考えるならば、現実の民営化措置は多くの場合、これらの要素を組み合わせた複合的現象として現れる。したがって、四つの要素を基準として民営化に関する規範的要請を検討することが、現実の民営化現象の検討を一層容易かつ的確にするのである。その結果として、実務においても参照しうるような民営化の規範的要請が提示可能となろう。

## 二、ドイツにおける代表的類型論

ドイツにおける民営化の議論においては、以下に述べるような四区分を念頭に置いているものが多い。<sup>9)</sup> その四分類とは、若干の名称の違いはあれ、①組織の民営化（形式的民営化）、②財産の民営化、③実質的民営化、④機能的民営化である。以下ではそれぞれにつき説明を加える。

### ① 組織の民営化（形式的民営化）

(a) 定義 組織の民営化とは、行政が自ら株式会社や有限会社のような私法上の組織を設立し、こうした組織に

よって私法形式を用いて引き続き行政事務を履行する形式を言う。<sup>10)</sup> したがって、組織の民営化によっても、行政主体がそれまで行っていた事務から解放されるわけではない。現実には、この方式の形態は多様であり、たとえば用いられる組織形態をとつても、株式会社や有限会社のほか、株式合資会社、社団法人、共同組合、財団法人、合名会社、合資会社などがある。<sup>11)</sup> このように、私法上の組織を用いることによつて組織の法形式は公法形式から私法形式に変わるわけではあるが、実質的には行政主体が任務遂行をする点が変わるところがない。この点を重視して、先にも述べたように、「組織の民営化」ないし「形式的民営化」を民営化の範疇に加えない考え方が存在するのである。しかしながら、本稿においては組織の民営化も加えた上で、考察対象を広くとりたいと考えている。

他方、論者によつては右に述べた意味に加えて、「形式的民営化」という用語法に私法上の組織を設立することなく、行為形式のみを私法形式に転換するものも加える見解がある。<sup>12)</sup> しかしながら、本稿においてはこのように行為形式のみを私法形式に転換する形態を、先に述べた組織の民営化と同列に論じることとはしない。というのも、組織の民

営化を行えば、設立された私法上の組織の職員である私人が事務遂行にかかわるのに対し、行為形式が転換されるにすぎない場合には、事務の遂行に私人が関与する余地がないからである。

(b) 具体例 組織の民営化は、とりわけ経済的、社会的、文化的事務の領域において多く用いられているが、それによって民営化された事務のカatalogueが確固とした形で提示されることは少なかった。<sup>(13)</sup>

ここでは、典型的な組織の民営化の事例を取り上げることとしよう。東西ドイツ統一後になされた組織の民営化として、DEGES（ドイツ統一遠距離道路計画建設有限会社）を挙げる<sup>(14)</sup>ことができる。これは連邦とライン・マイン・ドナウ株式会社（株式は地方公共団体が保有）と五つの州が旧東ドイツ地域における交通インフラの未整備を克服する目的で出資・設立した有有限会社である。この組織の業務は、(1)連邦交通大臣の規準と指示にしたがって建設計画に関する計画基礎資料を作成すること、(2)連邦交通大臣と計画が実施される州最上級道路建設官庁に計画策定の進捗状況に関する情報を提供し、更に調整過程を指揮すること、(3)公的利害関係者と計画策定の調整をすること、(4)州最上級道

路建設官庁を経由して連邦交通大臣に同意に関する計画基礎資料を提出すること（査証の付与）である。

(c) 問題点 組織の民営化全般に対しては、民営化を規制緩和のコンテクストにおいて捉えた場合には、組織の民営化による公法形式から私法形式への切り替えが、国家と私人の間の事務配分に変更をもたらさない点が批判されており、こうした視点からは、組織の民営化は「偽装民営化」と評価されることもある。<sup>(15)</sup> また、基本法二八条一項二文、同条二項との関係では、組織の民営化が市町村自治行政の空洞化をもたらすことが批判される。つまり、市町村が自らの新たな「衛星」<sup>(16)</sup>を次々と創出することは、民主的に是認された代表団体の制御・監督可能性を縮減し、市町村行政と市町村財政の一体性を危機に晒し、市町村監督の影響力を切り詰めてしまうことになるのである。<sup>(17)</sup>

もつともこのような批判に晒されている原因は、組織の民営化という形式そのものよりはむしろ、民営化を行う動機にあるように思われる。組織の民営化を行う動機は、多くの場合、公務員法、組織法、財政法などの拘束から解放されることによって行政の負担、とりわけ経済的負担を軽減することなど、ネガティブなものであることが多く、こ

の点が批判されているのである。<sup>(18)</sup>しかし、組織の民営化は必ずしも市町村自治行政の空洞化をもたらすわけではない。たとえば、先に見た連邦交通路整備計画を行う DEGES の場合、州と DEGES の関係において権力的事務は委任されず、DEGES は州最上級道路建設官庁との調整にしながら、州の名において、州の委任のもとで計画を策定しているに過ぎない。<sup>(19)</sup>換言すれば、権限及び責任は州に留保されている。このように、DEGES 自体は準備的活動を通じて行政補助者の役割を担っているに過ぎないのであるから、国家の計画官庁の最終決定責任を空洞化するとまでは言えないとも考えうる。<sup>(20)</sup>

組織の民営化を考える場合に興味深い視点は、ある行政事務を実際に民営化しようとする前段階としてこの類型が用いられるということである。とりわけ経済的事務や社会的事務を担うケースについて見るならば、組織の民営化はこの後に述べる②の財産の民営化と同時になされたり、③の実質的民営化へとつながってゆく事例が広く見受けられるのである。第 I 章で述べた連邦鉄道の民営化も、将来なされる実質的民営化（事務の民営化）の前段階として行われたという見方が一般的である。<sup>(21)</sup>実質的民営化に伴う種々

の問題を一挙に解決することがきわめて困難な場合に、「過渡的な」形態として、組織の民営化は有効な選択肢とされているのである。<sup>(22)</sup>これは緊急避難的対応としてはなく、より肯定的に、民営化措置の選択多様性を確保するための手段として、積極的に評価されるべきものであると考える。

## ② 財産の民営化

財産の民営化は、行政が所有する不動産や公的事業の所有権を私人へ譲渡する形式を指す。<sup>(23)</sup>結果的に所有権が移転することから、「所有権の民営化」と呼ばれることもある。<sup>(24)</sup>

この形式の民営化に関しては、東西統一前から大規模な事例が見られる。一九六〇年代には、連邦所有事業の部分民営化が開始され、プロイサク、フォルクスワーゲン、フェーバ（石炭・電力・ガス）などが対象となり、八〇年代には連邦政府によって民営化プログラムが決定され、フォルクスワーゲン、フェーバに加えてフィーアク（セメント・非鉄金属・化学製品）、ザルツギッターなどが連邦から民間に売却され、すべて株式会社となった。<sup>(25)</sup>また近年においては、一九八二年からのおよそ一二年間で一一六億マルクもの連邦財産が売却され、連邦の資本参加件数もこの

間に九五八から四〇〇へと減少した<sup>26</sup>。とりわけ、一九九〇年と一九九一年においてはドイツ担保証券・抵当銀行とベリン産業銀行が売却されている<sup>27</sup>。

このような財産の民営化の目的には、様々なものがある。たとえば国民財産の形成（一九六〇年代のフェーバやフォルクスワーゲンの株式会社化の場合に重点が置かれたのが従業員持株の売却と「大衆所有株」であった<sup>28</sup>）、国庫の充足、もしくは損失の多い企業の負担軽減などである<sup>29</sup>。国民財産の形成という目的は、資本主義社会の発展という観点から、比較的積極的な意義を見いだす余地がある。この目的達成のために、株式を細分化して低所得者に購入の優先権を与えるなどの施策が採られたにもかかわらず、結果的には株価の下落などにより、この目的は失敗に終わったことが指摘されている<sup>30</sup><sup>31</sup>。

結局のところ財産の民営化においては、赤字部門の切り捨てという消極的な理由が主要な動機となっており、国民財産の形成という積極的な目的が達成されることはきわめて稀である。多くの場合、国家は「やむを得ず」特定の事業から手を引くということになるため、その事業の売却に際して、公的主体が株式の半数を確保したり、議決権を維

持するという方法によって、完全には売却せず、権利を留保することがしばしば見られる<sup>32</sup>。いわば「部分的」に売却することによって、財政負担の軽減という目的を達成しながら、他方で、事業への関与は放棄しようとならないのである。このようなケースでは、国民財産の形成という目的は実質的な意味においても達成されていない。また、民営化前に独占的な形態をとっていた事業の場合には、部分的でなく、全面的に売却したとしても問題は残る。すなわち、財産の民営化前と民営化後で、競争の制限が同じように行われる場合、すなわちルフトハンザのように民営化後も引き続き独占が続いた場合は、実質的には国民財産の形成が促進されているとはいえないのである<sup>33</sup>。

なお、東西統一後に行われたドイツの大規模な財産の民営化として言及されるべきものは、信託公社が行った民営化である。信託公社はドイツの東西統一に伴い、ドイツ民主共和国（旧東ドイツ）憲法のもとで国家所有とされた人民財産や人民所有企業<sup>34</sup>を民間へと売却することを主要な目的としていた。一九九〇年のいわゆる統一条約においても、「信託公社は今後も信託法の決定にしたがって、従来の人民企業を競争力をもつよう構造化し、民営化することを委

託される」と明記されている。<sup>(35)</sup>ここで行われていたのはまさに国有財産を民間へと譲渡する「財産の民営化」である。

なお、信託公社は、一九九四年一二月、ほぼ四年半にわたった業務を終えて解散した。<sup>(36)</sup>売却対象となった企業一三、八一五件のうち、六、五四六件が売却・民営化された。<sup>(37)</sup>しかしながら、信託公社の累計支出は一、六六四億マルクであったのに対し、売却収入などの累計収入は三九九億マルクにすぎず一、二六四億マルクの赤字となった。<sup>(38)</sup>

### ③ 実質的民営化

実質的民営化は私的領域への事務の移転を意味するものである。<sup>(39)</sup>「事務の民営化」とも言われる。実質的民営化により行政はこれまで履行してきた事務を放棄し、以降は民間事業者などによってその事務は行われることになる。<sup>(40)</sup>この形式の民営化は、行政の担う事務を削減し、財政負担を軽減するという効果をもつ。

もつとも、この形式の民営化が用いられる場合に問題となるのは、行政がある事務の履行を完全に放棄することが許されるかという憲法上の論点である。<sup>(41)</sup>しかし、この形式の民営化が完全な形で行われることは稀であり、部分的に「要素」として一連の民営化プロセスにおいて認められる

ことがほとんどである。したがって、責任留保手段など、行政上の論点においてこの類型が取り上げられることは、比較的少ないように思われる。

なお、留意されるべきは、この類型と「規制緩和」との相違である。単純に規制手段を放棄することを意味する規制緩和と、事務の移転先が具体的に想定され、その移転先に権限が移転される実質的民営化とは異なる事象であり、両者は明確に区別されるべきものである。<sup>(42)(43)</sup>

### ④ 機能的民営化

機能的民営化は、事務権限や責任を行政に留保したまま、実際の事務遂行の場面において、私法上の主体を「行政補助者」として利用し、事務を処理する形式である。<sup>(44)</sup>すなわち、法的には行政が事務を担い、事実上私人がその履行を行っているものである。<sup>(45)</sup>

このような手法は、とりわけ義務的自治行政事務の民営化策において大きな役割を果たす。<sup>(46)</sup>たとえば旧廃棄物処理法 (AbfG) 三条二項一文においては、廃棄物処理に關して地方自治体 (州法によって権限を付与された公法上の団体) がその最終責任を負う、つまり廃棄物処理義務を負うとされる一方で、同条同項二文においては、この義務

の履行に関して、第三者を使用することができるとされていた。<sup>(47)</sup>この第三者（通常は民間処理業者）が、ここでいう「行政補助者」である。

### 三・類型論に基づく規範的要請

次章において規範的要請を検討する場合には、これまで紹介してきた四類型を中心軸として用いることとしたい。というのも、四類型に妥当する規範的要請はそれぞれ異なるからである。たとえば、自治体が自ら運営している公立病院を「民営化」する場合を考えると、（日本における医事関係法令との関係はここでは考慮しない）(i)私人に売却して私立病院とする場合、(ii)運営の一部を民間会社に委託する場合、(iii)自治体所有の有限会社形式によって運営する場合というようなケースが考えうる。このように、民営化の対象は同一であっても、その方法が違えば自ずから顧慮されるべき規範的要請が異なることになる。また、本章のはじめにも述べたように、この類型区分は現実には複合的な形態をとって現れる民営化現象の基本的な要素として理解されるものである。現実の民営化現象を考察する場合には、四つの基本要素に分解して検討するという視点が与え

られることとなる。たとえばある国営の製造事業を民営化する場合には、生産設備の民間への売却、株式会社への移行、従来の「行政事務」としての性質の消滅などにつき、財産の民営化、組織の民営化、実質的民営化の各要素が抽出されるわけである。また、部分的にしか要素を具備していない形態もありうる（このような形態を「部分的民営化」と呼ぶこともできる<sup>(48)</sup>）。このような諸形態に注目することにより、民営化のバリエーションが増え、「全か無かの解決策」に行き着くことを防止できる<sup>(49)</sup>。すなわち、民営化へと段階的に移行してゆく手段として、複合的な形態、部分的な民営化措置といった選択肢が生まれるのである。

このように民営化現象を要素に分解する手法を用いると、きわめて多様な民営化現象に対して規範的要請を検討することが分析的に進められ、容易になるものと思われる。

次章以降においては、これまで「民営化」を論じる上で参照されてきた憲法、行政法上の主要な論点について論じることとするが、その際対象を先に述べた四つの類型に分けて論じることとしたい。このことにより、法的な意味がなく、「問題発見的な機能<sup>(50)</sup>」しか有していないとされてきた民営化を法学的検討の対象に引き寄せることが可能とな

ると考える。

- (1) Vgl. *Hartmut Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54, 1995, S.250f.; *Friedrich Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S.962ff.; *Franz-Joseph Peine*, Grenzen der Privatisierung — verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S.355.
- (2) 最も概括的な類型化は、「形式的民営化」と「実質的民営化」の二分類である。Vgl. *Peine* (Fn.1), S.354.
- (3) たとえば、公共的課題と国家的課題をめぐる議論につき、岡田雅夫「行政課題のPrivatisierung論について」岡山大学創立三〇周年記念論文集『法と政治学の現代的展開』(有斐閣・一九八二年)一二二頁以下。公共的任務と国家的任務の区別をめぐる議論につき、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌一〇二巻一一二二号(一九八九年)八二頁以下。
- (4) 私人概念をめぐる議論につき、岡田・前掲注(3)一二二頁以下。
- (5) Vgl. *Rolf Stober*, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984, S.451.
- (6) 岡田・前掲注(3)一二二頁以下。
- (7) 私法上の組織が実質的意味の「私人」にあたるなら

とから、組織の民営化を民営化の範疇に含めない説は従来より紹介されている(角松・前掲注(3)七八頁以下、松塚晋輔「スイツの民営化概念(二)」法政研究六五巻一号(一九九八年)一二三頁以下)。また、最近の文献として、*Heinz Bolsenkötter*, Voraussetzungen für die Privatisierung kommunaler Dienstleistungen, Der Betrieb 1993, S.445.以下では、活動の組織的、法的自らは、民営化の事象として、またその前段階としても解釈されえなうという前提が示されている。

- (8) 松塚・前掲注(7)一二九頁以下。
- (9) Z.B. *Schoch* (Fn.1), S.962f.; *Friedrich Schoch*, Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, S.378; *Rainer Wahl*, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, S.518f.; *Eberhard Laux*, Privatisierung: Beispiele aus der Praxis, in: *Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski* (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, S.283.
- (10) *Schoch* (Fn.1), S.962.
- (11) *Stober* (Fn.5), S.451.
- (12) Z.B. *Bolsenkötter* (Fn.7), S.445; *Reiner Schmidt*, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, in: *Biernat/Hendler/*

- Schoch/Wasilewski (Hrsg.) (Fn.9), 1994, S.213.
- (31) Vgl. *Stober* (Fn.5), S.451.
- (14) DEGES によるこの箇所の記述は、Vgl. *Wahl* (Fn.9), S.518.
- (15) *Schoch* (Fn.1), S.973.
- (16) 組織の民営化において設立される組織を表現する際に用いられる比喩は、*Bauer* (Fn.1), S.252. Fn.41; *Schoch* (Fn.1), S.973.。このほかにも *Stober* (Fn.5), S.451 においては「行政会社」「公的資本会社」「子会社」などと評されることが紹介されているが、これは組織の民営化の現象形態が多様であることを表している。
- (17) Vgl. *Schoch* (Fn.1), S.973.
- (18) Vgl. *Schoch* (Fn.1), S.973.
- (19) *Wahl* (Fn.9), S.518.
- (20) Vgl. *Schoch* (Fn.1), S.975.
- (21) Vgl. *Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl., 1995, S.530.
- (22) *Schoch* (Fn.1), S.974 の「実質的民間化への第一歩」もこのような考えと共通するものである。
- (23) *Schoch* (Fn.1), S.962.
- (24) *Laux* (Fn.9), S.283.
- (25) *Ulrich Immenga, Privatisierung im Zielkonflikt— Ein Vergleich der Konzeptionen*, in: Karl F. Kreuzer (Hrsg.), *Privatisierung von Unternehmen*, 1995, S.41;
- Schoch* (Fn.1), S.964.
- (26) *Bauer* (Fn.1), S.252. Fn.41.
- (27) *Immenga* (Fn.25), S.41.
- (28) *Immenga* (Fn.25), S.41.
- (29) *Schmidt* (Fn.12), S.213.
- (30) 参照、角松・前掲注(3) 七二頁。
- (31) なお、同様の施策は、イギリスのサッチャー政権下における BT (英国電電) 株売却に際しても行われている (飯尾潤『民営化の政治過程』(東京大学出版会・一九九三年) 二二二頁)。
- (32) Vgl. *Schmidt* (Fn.12), S.212.
- (33) Vgl. *Schmidt* (Fn.12), S.213.
- (34) ドイツ民主共和国 (旧東ドイツ) 憲法における、社会主義的計画経済の基礎となる社会的所有としては、社会的人民所有、勤労者の集団の協同組合的共同所有、市民の社会組織の所有 (一〇条) の三通りがあった (高田敏、初宿正典編訳『ドイツ憲法集 (第二版)』(信山社・一九九七年) 一七八頁以下)。ここでいう人民財産、人民所有企業は、一番目の「全社会的人民所有」に分類されるものである。
- (35) *Matthias Schmidt-Preub, Die Treuhandanstalt und ihr gesetzlicher Auftrag, Die Verwaltung* 25, 1992, S.328.
- (36) 解散後は、業務を六分割してそれぞれの性質に応じて民間会社や行政機関に引き継がれた (*Immenga* (Fn.25),

S.39.)。

- (37) 走尾正敬『現代ドイツの経済』(東洋経済新報社・一九九七年)一二二頁以下。
- (38) 走尾・前掲注(37)一二四頁。なお、信託公社が、結果的には膨大な債務を残した原因のひとつとして、「私的所有権から人民所有権への歴史的プロセスを巻き戻す、いわゆる『再私有化』の問題」がある(広渡清吾『統一ドイツの法変動』(有信堂・一九九六年)八六頁)。統一条約の一部をなす「未解決の財産問題の規律に関する法律」でも、旧所有者への所有権の返還、補償が定められていた(クリステイアン・シュタルク、戸波江二(訳)「法治国家と前法治国家的過去の克服(下)」ジュリ九九八号(一九九二年)九六頁以下)。結局のところ、複雑な所有権関係が存在し、旧所有者の原状回復請求権の対象となつていような土地、建物、事業などには誰もが投資を躊躇し、買い手が見つからなかったわけである(Schmidt-Preuß(Fn.35), S.328.)。
- (39) Schoch(Fn.1), S.962.
- (40) Laux(Fn.9), S.283.
- (41) Vgl. Peine(Fn.1), S.354.
- (42) Vgl. Peine(Fn.1), S.355; Lerke Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54, 1995, S.210f.
- (43) 積極的、消極的、双方の意味の移転(委譲)につき参照、松塚晋輔「ドイツの民営化概念(一)」法政研究六四

卷四号(一九九八年)九三頁以下。

- (44) Schoch(Fn.1), S.963.
- (45) なお、Schoch(Fn.1), S.963.によれば、この機能的民営化については、更に四つの基本形態に分類することが可能である。それは「外部調達(Fremdbezug)」「請負システム(Submissionssystem)」「免許モデル(Konzessions-system)」「手形システム(Gutscheinsystem)」である。
- (46) Vgl. Bauer(Fn.1), S.270f.
- (47) この規定は後に改正され、環境法分野で注目されている循環経済および廃棄物処理法(KrW-/AbfG)において、廃棄物処理の新たなシステムを規定している。これにより廃棄物所有者と、公法上の廃棄物処理担当者(自治体)と第三者(民間処理業者)の間の責任分担を、まったく新たな秩序へと導いた。
- (48) Vgl. Schoch(Fn.1), S.963.
- (49) Vgl. Schoch(Fn.1), S.963.
- (50) Bauer(Fn.1), S.251. 以下については、heuristische Funktionと表現されている。

### Ⅲ. 民営化に対する規範的要請

民営化をめぐる賛否の論争は不可避免的にイデオロギー論争の色彩を帯びやすく、憲法改正の問題にまでその射程が

及びうることなどから、民営化措置の実現にあたっては政治的考慮が不可欠とされる。そしてこの政治的考慮は民営化の規範的制御を補完し、あるいはそれと重なることもあるため、完全に排除することは不可能であると考えられている。<sup>(1)</sup> このような視点をさらに進めて、民営化決定の問題は政治の問題であって、このテーマに対して法的言明を与えることは不可能であるとする考え方すら存在する。<sup>(2)</sup>

しかしながら、民営化決定の問題と、民営化を行うにあたっての法技術の問題は議論の平面が異なるものと考えられる。政治問題であるとされるのは、前者に属する問題、すなわちある国家事務を民営化するかどうか、あるいは民営化できるかどうかの検討である。他方で、民営化を行うという前提が存在し、それをいかに合憲、合法的に行うかという問題を考え、諸方策を講じるのは、依然として法律上、とりわけ憲法、行政法上の問題である。

本章では主として後者に属する、法律上の諸問題についての検討を行う。

#### 一・憲法上の要請

##### (1) 社会国家原則 (Sozialstaatsprinzip)

「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」とするドイツ基本法二〇条一項、および「ラントにおける憲法的秩序は、この基本法の意味に即した共和制的・民主的および社会的な法治国家の諸原則に合致していなければならない」とする同法二八条一項一文において、「社会国家原則」が定められている。<sup>(3)</sup> この原則は、過去において、民営化の反対・賛成の両論から援用されてきた。<sup>(4)</sup> 民営化反対論者は、社会国家の要請から、国民にとって重要な社会的給付を国家は自らの責任で直接に行わなければならない、したがって財政負担と履行責任を免れる民営化措置は許されないと説く。他方、行政の財政的及び人的リソースの限界に鑑みると、行政に加えて、私人あるいは民間事業者も社会的給付の給付主体とすべきであり、その場合に国家は私人あるいは民間事業者に対する監督権を行使すれば足りるという賛成論者による意見が見られた。このように共に社会国家原則に立脚しつつも、結論を異にする両説が対立してきたのである。

この点について示唆的な見解として、一九六七年七月一

八日の連邦憲法裁判所判決がある。<sup>(5)</sup>これによれば、基本法二〇条一項が定めるのは「何を」という対象、目標、公正な社会秩序のみで、「いかに」ということ、すなわち目標達成に関してはすべての方法を許容しているのである。したがって、立法者は目標達成に関して、私人の協力を予定することも自由である。また、基本法二八条一項も州憲法制定者を制限するに過ぎず、州が憲法を具体化する際に連邦に対する州の義務を基礎づけるにとどまることになる。

この判決は、社会国家原則が民営化に対する制約論として機能するものではないことを示す例として、近年においてもしばしば引用されている。<sup>(6)</sup>これによると、国家は一定の社会的給付の履行を義務づけられているが、その履行形態（国家による直営か、民営か、半官半民かなど）については、社会国家原則から一義的な義務が導き出されるわけではないということである。<sup>(7)</sup>

そもそも、国家の活動範囲、行政の規模がいかなる程度のものであるべきかという問いに対して、社会国家原則は一義的な答えを提供するものではない。社会国家における行政の規模は、一定のサービスに対する需要がどの程度、民間の経済的活動によってカバーされるかということに依

存するからである。<sup>(8)</sup>したがって、国家と民間の境界は「社会国家原則」という憲法原理によって固定されるものではなく、民間の経済活動の能力の変化に応じて、一定の幅で変動しうる。そして境界が一時的にはあれ確定された場合に、国家領域に属する事務を「いかに」履行するのかという点に関しては、立法者の裁量に委ねられている。

それでは、社会国家原則は民営化を論じるうえで、まったく無意味なのであろうか。基本法二〇条一項は「いかに」という国家事務の履行方法は定めていないが、「何を」国家が事務として所管すべきかという点は定める（もともと、その内容に関しては争いが予想される）ということが先の連邦憲法裁判所の判決から読みとれる。また、民営化は政治の問題であるとしても、市民の生存が重大な危険にさらされる限りでは、もはや政治の問題にとどまらず、法律問題となる。<sup>(9)</sup>

このことから考えられるのは、実質的民営化に関しては、社会国家原則から制約を導くことができるのではないかということである。すなわち、実質的民営化が国家のある事務からの撤退ないし事務の放棄を意味し、市場原理に委ねる点を顧慮するならば、社会国家原則にいう目標の変更を

伴う可能性がある。また民営化により市民の生存が危険にさらされるとすれば、その限りについて「民営化は政治の問題である」との主張は妥当しないことになる。あるいは、実質的民営化以外の民営化類型でも、民営化に伴う措置において監督権が著しく不十分で、かつそれによって重大な危険が発生する場合にも同様のことが妥当する。

以上のように考えると、とりわけ実質的民営化に対しては、それが社会国家の必須の事務からの撤退にならないかどうか、慎重な検討が要求されていると考えるのが正当である。

## (2) 補充性原理 (Subsidiaritätsprinzip)

補充性原理は、様々な場面で適用される原理であるが、ドイツ公法学においては、とりわけ連邦制をめぐる議論においてしばしば見られるところである。<sup>(10)</sup>そこでは、連邦と州あるいは郡、市町村の間における権限、事務、任務の分配を論じる上で、補充性という考えが使われている。しかしここでは、国家あるいは行政と私的領域の関係、つまり外部関係における事務の分配に焦点を合わせることとする。<sup>(11)</sup>

この補充性原理は民営化措置を検討するにあたって、「国家は民間によっては行えないような事務のみを行うべ

きである」という内容の要請を提起する。<sup>(12)</sup>このように国家の介入を制約する点で、この原理は国家の介入を要請する社会国家原則と対立する関係に立つ。この点では、補充性原理は、民営化推進の根拠として援用されることが考えられる。しかし、この原理は、普遍妥当の憲法原理として必ずしも十分には実証されておらず、民営化計画の評価のための規範的制御力を当然に有するものではない。<sup>(13)</sup>

しかしながら、補充性原理は民営化を検討するうえで重要な基準として実際上扱われてきた。かつて示されたザクセン州の民営化構想は可能な限りの民営化を推進し、行政（州政府）の徹底したスリム化をめざすものであったが、その具体的手段として次のものが挙げられていた。それは、①半年毎に民営化の提言をする委員会の設置、②法律や命令の立案の際の補充性原理を基準とした審査義務と説明責任、③予算実施法規による民間主体処理の代替案探索義務、④二年毎に行われる州政府の民営化報告である。<sup>(14)</sup>これらのうち、とりわけ②と③は、補充性原理を実用可能な形で手続化したものと見ることができよう。

また、多くの地方自治体（州）の法律では、経済的あるいは営利を伴う活動の許容性に関して、補充性条項 (Sub-

sidaritätsklausel) がおかれている。一般的な補充性条項では、目的が他のものによつてはよりよく、かつより経済的に履行されないか、あるいは履行されえない場合に市町村による経済的事業が正当化されると規定されている。<sup>15</sup> これらの規定は、最近いくつかの州において、改正されている。その内容は、当該目的が他のものによつて「同程度に」よく、あるいは経済的に履行されるか、履行されうる場合には、市町村の行う経済的事業はすでに許容されないというものである。<sup>16</sup>

旧来の規定によれば、市町村による経済的事業がすでに存在していることを前提として、その給付内容、事業効率等を民間事業者が上回る見込みがない限りは、常に市町村による事業が維持されることとされた。これに対し、新規定によれば、同程度 (ebenso) に、民間事業者による実施が可能であるならば、市町村による経済的事業は廃止されなければならないということになる。結局のところ、このような内容の改正は、市町村による経済的事業の許容性を狭くするものであり、<sup>17</sup> ひいては、現時点で市町村が行っている事業の民営化を促すことになる。

### (3) 法律の留保

民営化を行うに際して、法律の制定・改正の要否が問題となる。すなわち、ある事務の民営化を決定したとして (ここまではいわば政治・政策上の問題である)、それを行うために、法律を制定・改正して実現に移さなければならぬか、あるいは行政内部の決定のみに基づいて、議会の関与を経ずに実現できるかということである。

これに対しては、一般的には以下のように答えることができるであろう。それは、民主的、制度的な法律の留保から、国家的な行政事務の私人を通じての履行というものは広い意味でその政治的重要性のために、原則的には法律によつてあるいは法律を根拠としてのみなしようということである。<sup>18</sup> しかしながら他方で、私人を通じて行政事務を行う場合にすべて法律形式を必要とするならば、それは明らかに現実的ではない。どれほど些細な場合でも私人が関与すれば法律が必要となると、きわめて膨大な、そして詳細な法律を必要とするからである。そこで、事務が自主的に引き受けられ、かつ独立して事務を履行するのではない行政補助者のような場合には、事実的な「外部」への事務移転が、法律による権限付与なくして行われうると考えられ

ている<sup>(19)</sup>。したがって、行政権限を授権する場合や、事務を一括して委任する場合は、最終的に行政行為や行政契約を用いてそれらを行う場合でも、法治国的法律の留保、制度的法律の留保いずれの観点からも、その前提として法律形式が要求されることになる<sup>(21)</sup>。しかし、単に準備的・補助的な機能、公権力の行使と関連しない事実的な作業のみを履行するにとどまる場合、典型的には「行政補助者」を使用するにとどまる場合には法律形式を必要としない<sup>(22)</sup>。

(a) 組織の民営化の場合

組織問題に対する法律の留保に関してオットー・マイヤー以来通説となってきた考え方は以下のようなものである。すなわち、単に公の営造物を設立する場合には、その必要性やそこで費やされるコストのみが問題となり、法的問題にはならない。しかし、その営造物に法人格を与える場合には、現行法秩序に対する例外規定として法律の留保に服し、それゆえに法律の根拠を必要とする<sup>(23)</sup>。しかしながら、実際においては右の論点はあまり問題となっていないようである。というのも、基本法八七条三項一文において右の伝統的学説が実定化されているからである<sup>(24)</sup>。同様の規定は州法においても見られるものである<sup>(25)</sup>。また、連邦財政

法 (BHO) 六五条一項の<sup>(26)</sup>ように、私法上の組織形式の利用の一般的前提を定めて限定する条項は原則的に法律の留保を満たすとされているのである<sup>(27)</sup>。

他方で、市町村に関してはやや状況が異なる。それは、「市町村に対しては、法律の範囲内において、地域の共同体のすべての事項を、自己の責任において規律する権限が保障されていなければならない」ことを内容とする基本法二八条二項が存在するからである。この規定から自治体に組織編成権限 (Organisationshoheit) が認められ、それによって自らに適した組織の設立が許容されるわけである<sup>(28)</sup>。これを受ける形で、州法において明文をもって私法上の組織形態を許容する規定が存在し<sup>(29)</sup>、このような規定をもって、法律の留保は充足されていると考えられているのである<sup>(30)</sup>。

もつとも、現実に地方自治体が全く任意に組織の民営化を行うことが許されるわけではない。というのも、地方自治体はある事務を行うにつき、公法上の組織を用いることが原則であり、例外である私法上の組織を用いるにあたっては、様々な条件を充足しなければならないからである<sup>(31)</sup>。

なお、法律の留保に関するこのような検討に際しては、ドイツにおいて確立した判例理論となった本質性理論の観

点からの考察が行われている。<sup>(32)</sup>そして、ある組織上の決定が国家監督の遂行にとって本質的であり、かつその決定が執行権に留保されるべきでない場合には、その決定は「本質的」であると判断されるという。<sup>(33)</sup>組織の民営化においては具体的な基本権侵害との因果関係が不明確であるため、侵害留保説からは、法律形式は不要という結論になる。しかしながら、民主主義国家におけるこの類型の重要性に鑑みて、留保領域の拡大を考える上では、本質性理論の観点からは極めて有効であると考えられる。<sup>(34)</sup>

#### (b) 機能的民営化の場合

次に、機能的民営化についてである。機能的民営化の範疇に入りうるものはきわめて多様なため、<sup>(35)</sup>ここでは、行政権限受任者と行政補助者に分けて考えることが必要である。前者は何らかの形で行政権限を授権され、その権限を自らの名において行使するのに対し、後者は官庁の委託の範囲内においてその指図に従って補助活動を行うにすぎないものである。<sup>(36)</sup>

行政権限受任者に関しては、権限委任の根拠として法律が必要であるとされている。<sup>(37)</sup>このことは連邦行政裁判所においても「公権力を伴う私人の行政権限委任は法律の根拠

を要する」<sup>(38)</sup>、「私人は主権的権能の行使を恒常的任務として『通常は』委託されてはならない。例外には法律の根拠を必要とする」<sup>(39)</sup>などと判示されてきたところである。すなわち、基本法三三条四項に対する例外として、<sup>(40)</sup>法律の根拠が必要となるのである。

他方、行政補助者はこれとは異なる。通説では、官庁の「道具 (Werkzeug)」として活動するにすぎない行政補助者に関しては、法律上の授権の根拠は必要がないと考えられている。<sup>(41)</sup>ところが単なる「道具」かどうかの判断は現実には困難な局面がしばしばあり、「行政補助者」にも、その機能から見た場合、必ずしも法律による授権の根拠が不要であるとは言い切れないものも見られる。

たとえば環境法分野におけるように、継続的任務を行う行政補助者に関して、具体的にどの範囲までが法律形式を必要としないかについて、問題が残されている。<sup>(42)</sup>この点については、環境法領域において、「すべて本質的事項は法律に規定しない」という「逆本質性理論」が妥当するといふ批判も見られる。<sup>(43)</sup>現実に運用されている制度においても、本来は法律で定める必要性があると考えられているところでも、法律の根拠なく契約手法を多用し、そのような措置

がなされていないことが多いといわれている。

また、機能的民営化とかわかる法律の留保の問題に関して、「事実上の民営化」という概念が提起されることがある。<sup>(44)</sup>たとえば、廃棄物処理場の立地場所の選択である。この際、通常は行政手続の開始に先立って、民間の区画事務所立地場所の選択の準備が委託される。法的には、その決定に拘束されるわけではないが、事実的にはその立地場所のみが、計画手続の選択肢として通常は提供されることになるのである。<sup>(45)</sup>決定のプロセスに民間の区画事務所による決定がいかなる意味をもつかということが法律上は規定されておらず、文字どおり「事実的に」手続が民営化されていることになる。このような場合は、法的許容性のグレーゾーンに入ったと言えるであろう。

先の環境法領域における例や、II章の組織の民営化の箇所而言及した DEGES の例なども、場合によっては事実上の民営化の範疇に入りうるものである。

(4) 公共に対する国家の責任 (Die staatliche Verantwortung für das Gemeinwesen)

国家の基本権保護義務から、公共に対する国家の責任を強調し、民営化に対する要請を引き出す見解が存在する。

右の義務は具体的には「基本権は、国に対して、第三者による侵害から各人の基本権法益を保護するために、積極的措置をとることを命ずる」<sup>(46)</sup>ことである。この考えにしたがえば、民営化措置は行政事務の単なる「権限放棄」ないし市場への「手放し」を必ずしも意味するものではなく、場合によっては民営化後も国家が行政事務について、公共に対する責任を負い続けることになる。

基本権保護義務の具体的な履行は、主として侵害行為の規制に向けられるが、それにとどまらず、侵害行為を事前に抑制するための法制度整備も含むものである。<sup>(47)</sup>したがって、ある行政事務を民営化した場合（これはとりわけ実質的民営化について問題となる）、それに伴い、事務の不履行等による基本権侵害が考えられるため、国家は場合によっては民営化以後の監督権を定め、行政の責任を留保し続ける必要がある。<sup>(48)</sup>

責任の具体的な内容としては、履行責任、統制責任、民営化結果責任、監視責任が考えられる。<sup>(49)</sup>

(a) 履行責任 (Erfüllungsverantwortung)

履行責任を典型的に示すのは、循環経済および廃棄物法<sup>(50)</sup> (KrW-/AbfG) 一六条一項である。この第一文において

利用や除去に関する行政の義務は、第三者、すなわち民間業者などに委託することができるとしながらも、続く二文において、義務の履行に関する責任は不変である、すなわち依然として行政主体にあると定めている。このことは、民営化によっても国家の責任は行政に残ることを意味し、具体的には不適切な履行が行われて公益を害するような場合には、委託を撤回するような義務までもが含まれている。<sup>51)</sup>

(b) 統制責任 (Kontrollverantwortung)

統制責任は、とりわけ実質的民営化が行われた後にも存続しうるものであり、行政と私人の監督関係に関して問題となる。実質的民営化においては何らかのかたちで行政権限の委任、場合によっては権力的権限の委任が行われるが、その委任後も国家はすべての責任を手放すわけではなく、国家には統制責任が残る。それによって民営化後も、委任を受けた民間の事業者が、秩序に適った事務処理をするよう、適法、違法に関する法的監督や、場合によっては当、不当についても判断する専門性の監督にも服することになる。<sup>52)</sup> もつとも、現行法のもとにおいては、私法上の主体による事務遂行は基本的には法令の根拠なしに国家による監督に服することはないので、個々の場合において私法上の

主体と国家の法関係について種々の監督権限を定める法令を整備することが必要である。<sup>53)</sup>

(c) 民営化結果責任 (Privatisierungsfolgenverantwortung)

民営化結果責任を示すものとして、基本法一四三a条一項における、職員の地位に関する規定がある。同項三文では「連邦公務員は、法律により、その法的地位を維持しつつ、かつ、雇用当局の責任のもとに、サービス提供業務のために、私法的に組織される連邦の鉄道にこれを配置することができる。」<sup>54)</sup>と定められている。これは、公務員の身分を、民営化に際して保障したものである。つまり、民営化措置に伴って不利益を受ける可能性のある者を事前に保護するという意味で、民営化に付随するデメリットを最小限にする施策である。郵便の民営化に際しても同様の規定が基本法に追加された。<sup>55)</sup> また、場合によっては実質的民営化後にもなお行政の側に残存する国家賠償責任もこの範疇に入るものである。<sup>56)</sup>

(d) 監視責任 (Beobachtungsverantwortung)

監視責任は、公的事務の秩序に適った履行から目を離してはならないというものである。その内容としては、私人

の活動に関する国家による枠組みの設定が十分かどうか、修正を要するかどうかを監視する責任及び当初予定された施策に対して修正を働きかける責任がある。<sup>(57)</sup> 環境法領域において、憲法的観点から、行政は工場などの施設の設置許可にとどまらず、さらに許可施設や利用方法にまで国家監督が必要であるという考えは、このことを端的に示すものである。<sup>(58)</sup>

## 二・行政手続的要請

周知のように、ドイツにおいては連邦行政手続法が一九七六年という比較的早い時期に制定されている。<sup>(59)</sup><sup>(60)</sup>ところが、民営化が行われる際の手続という論点に関しては、これまで公法学においてあまり顧みられてこなかったというのが現状である。<sup>(61)</sup> しかしながら、具体的な民営化手続として、各行政領域に特有な特別規定が存在する。たとえば連邦レベルでは、連邦財政法（BHO）の五五条<sup>(62)</sup>が、公開入札に関する規定をおいている。また、より詳しく要件を規定するものの例として、たとえば建設法典（BauGB）の一五八条における再開発事業者の許可の規定<sup>(63)</sup>などが挙げられる。結局のところ、民営化に関する統一的な手続規定は現在

までのところ存在しない。しかし、本稿でいう「民営化」に該当する措置の多くについては、右に紹介したような個別法による手続規定が定められているのである。また、いかなる類型に属するものであれ、民営化措置にあたって、行政手続法（VwVfG）の適用領域に含まれるような委託行為があるならば、同法で規律された要請に答えなければならぬ。<sup>(64)</sup>

残された問題は、手続に関して個別法の定めがなく、しかも行政手続法の適用領域に入らないような委託行為が行政事務の民営化措置に関して行われる場合である。「民営化」の外延が不明確である以上、このことは容易に起こりうると思われるであろう。このような場合に、いかにして適正な手続を確保するのが今後の課題となる、基本的にはいかなる場合でも、そこにおける手続について求められる要件は大差ないものとなると考えられる。つまり、入札などに参加する私人、事業者などの平等をいかにして図り、決定プロセスの透明化を実現できるかというところであろう。個別法においてもそれらの目的を達成するために明文の規定がおかれているのである。

## 三．財政法・税法上の要請

## (1) 財政法による民営化圧力

民営化措置を促進、誘導しうるような財政法の定めが指摘される。一九六九年制定の連邦財政法 (BHO) 七条の、経済的かつ儉約的財政行使の義務である。この規定は基本法一一四条二項一文に根拠を持つとされているが、<sup>65</sup>近年のめまぐるしく変化する民営化の状況を反映して、改正が繰り返されている。

同法 (BHO) 一項では、財政計画の立案と実行に際しては経済性と儉約性の原則が顧慮されなければならないとされている。計画の立案と執行の双方に義務づけがなされているのが特徴である。<sup>66</sup>一九九三年一月二月には改正が行われ、次いで同項第二文に、この原則はどの範囲までの国家的事務や、公的目的に役立っている経済活動が、分離や非国家化あるいは民営化を通じて充足されるかの審査を義務づけるという一文が追加された。また、同条第二項には、重大な資金面の意義のある適切な措置に関しては、便益と費用の考量がなされなければならないという規定がおかれていたが、同じく改正によって第二文として、適切な場合には、利益表明手続の枠内において、どの範囲まで、また

どのような条件のもとで私的手法による解決が可能かが確認されなければならないという規定が追加された。

そして、一九九七年には更に改正が行われ、同条二項は以下のように改正された。第一文・財政に効果的なすべての措置に関して、相応な経済性の審査がなされなければならない。第二文・適切な場合には、民間の提供者に国家的事務や、公的目的に役立っている経済活動をこれまでにならず (nicht ebenso gut) あるいはよりよくもたらさるかどうか、あるいはどの範囲までもたらさるかということを、説明する機会が民間の提供者に与えられなければならない。そして、第三項が追加され、適切な分野においては、費用と給付の考量が採用されなければならないとされている。

なお、財政基本法 (HGrG) 六条でも連邦財政法とパラレルの形で、「経済性と儉約性の原則」について規定されていたが、連邦財政法 (BHO) の一九九三年、一九九七年の改正に連動して、まったく同様の文言で改正が行われている。

この一九九七年の改正は、CDU (キリスト教民主同盟) / CSU (キリスト教社会同盟) と F・D・P (自由民

（主党）の会派によって提案されていたものである。<sup>(67)</sup>従来の規定が、国家の側に説明責任を課し、ある行政事務について民営化が可能であるかを立証させるものであったのに対して、この改正により、民間事業者として参入しようとする者に行政サービスを自らの方がよりよく提供できると述べる機会を与えようとするものである。これにより、これまで以上に、民営化措置の導入を促進する効果をあらわすものと考えられる。

これら一連の改正の背景としては、ドイツ国内の財政状況が統一によって急速に悪化したため、その一つの打開策として導入されたということがある。これらの規定に共通することは、民営化措置を決定する前段階において考量義務や説明責任を定め、緩やかにではあるが民営化の方向へと圧力をかけるといふ作用を及ぼすことである。民営化の潜在的可能性を大きく抱えておきながら、民営化が思うように進まない州や市町村における状況に対する連邦政府の不満が一連の法改正の導因となっている。<sup>(68)</sup>

もつとも、右の改正規定は、考量などの審査手続を整備しうるものではあっても、一般的民営化義務を定めるものではないとも考えられている。<sup>(69)</sup>

## (2) 税法による民営化圧力

税法の改正によって、民営化措置を誘導することも考えられている。連邦政府は、自治体の廃棄物処理、汚水処理事業に対して納税義務の拡大を検討している。<sup>(70)</sup>

このように税法を利用して民営化を促進するという連邦の構想は、場当たりの印象を与えるものである。確かに、増税を避け、民営化への圧力をかけることにより、連邦の財政赤字削減効果は上がるであろう。しかし、義務的自治行政事務にまで、その都度の財政目的で課税が行われるというのは、住民の利用料等の負担増加を引起す可能性もあり、地方自治の保障からも依然として疑問が残る。

## 四・契約法理からの要請

民営化に際して、契約の手法が採用されることがある。<sup>(71)</sup>これは行政主体と私人の間で締結されるものである。<sup>(72)</sup>

とりわけ契約は「部分的」な民営化が行われる場合において活用されることが多い。というのも、契約は行政と私人が協働して事務を遂行する場面で、様々な規定を詳細に定めることに適合しているからである。すなわち、民営化以前に存在した法律規定の中で、民営化後も必要となるも

のを契約条項に採り入れることができる。これに加えて、契約を通じて民営化プロセスを指揮し、秩序に適った事務遂行のための配慮をなすよう、行政と私人の関係の微調整ができるようになるのである。<sup>(73)</sup>つまり、法律よりも詳細かつ弾力的な規律が可能となることが契約手法のメリットである。

行政実務においては、これまでも契約を用いた民営化措置において、経営者モデル (Betriebsführungsmodell)、企業経営モデル (Betriebsführungsmodell)、賃貸借モデル、免許モデルが作られてきた<sup>(74)</sup>(後二者は次節で後述)。

経営者モデルとは、公開入札によって確定された民間事業者によって公共施設の計画、資金調達、建設が行われ、二〇ないし三〇年という長期にわたって独立して、場合によっては独自の職員を採用して運営するものである。<sup>(75)</sup>民間事業者に対しては、ごみ・汚水処理などに関して法的責任を負う自治体が報酬を支払うことになるが、その報酬の原資は、受益者である住民から徴収された、ごみ・汚水処理にかかる料金が充てられる。このモデルについては、長所と短所が指摘されている。<sup>(76)</sup>長所としては、たとえば計画策定段階を含めた施設の建設期間の短縮、組織や職員効率の

改善、経営者へのリスク転換、ならびに執行と統制の間での明確な責任分配などが挙げられる。他方、短所としては、事業者の独占形成、事業者の破産、あるいは他の理由で引き起こされる行政サービスの中断、状況に応じて変動する實際上、法律上の要請に当該契約を適合させるための、契約上の事後折衝に際しての困難、契約で取り決められた基準への地方自治体の影響力の消滅といったものが指摘されている。

企業経営モデルは、民間事業者が運営し、自治体などから報酬を受け取るという点では、先の経営者モデルと同じである。異なることは、施設を建設するところまでは自治体が行い、その上で運営主体を民間に対して募る点である。このモデルのもつ利点として、民間主体との契約に比較的に短い期限を設定することができ、頻繁に公開入札を行うことによつて経営者モデルに比べて、より効率的な運営を遂行するよう民間事業者を促したり、不適切な事業者の排除を図ることが期待できる。<sup>(77)</sup>

従来、法律上定められた措置について、義務担保手段が複雑であった。契約の場合には、解除条項をおくなどして、行政と協働する私人をより実効性ある契約上の統制・制裁

可能性に服させることが可能になる。<sup>(78)</sup> 契約の活用は、（部分的）民営化により、契約で行政と私人の関係が規律されるようになって、なお行政が監督・統制する可能性を放棄しないということの意味する。つまり、場合によっては民営化後も行政は依然として影響力を行使しうるわけであり、民営化前と状況は変わらないということもありうるのである。このような契約の活用は、公共に対する国家の責任を留保するひとつの手法であるといえよう。

## 五・民営化の新類型

### (1) 民間資金によるインフラ整備

近年ドイツで、そして徐々に日本でも注目を集めつつあるのが、公共インフラを整備するにあたって、民間資金を利用する手法である。<sup>(79)</sup> 公共財であるインフラは本来には公的資金、すなわち公的財政支出によって建設されるものである。その資金調達の過程を民営化するところに、この手法の最大の特徴がある。これは道路等のインフラを完全に民営とするのではなく、資金調達、建設などを民間に任せることから、見方によっては機能的民営化の一種に分類することも可能である。本章第四節「契約手法の活用」で

言及した「経営者モデル」を用いて、廃棄物処理施設などを建設する手法は、その典型である。

ドイツにおいてこの手法が注目され始めたのは、旧東ドイツ地域において急がれているインフラ整備（とりわけ道路網の整備）に必要な資金を国家が調達できなかったことに起因する。<sup>(80)</sup>

右の手法は、いくつかのモデルに分類することができる。先に述べた「経営者モデル」も民間による資金調達モデルの代表的なものであるが、ここでは更に、賃貸借モデルと免許モデルについて述べることにする。

賃貸借モデル (Leasing-Modell) とは、いわゆるリースの形式を用いてインフラ整備を行うものである。<sup>(81)</sup> この形式では、当初税制上のメリットが得られると考えられていたが、実際にはそれが得られず、また、自動車道路などの分野においては「市場」が存在しないことから、経済学、経営学的な問題も指摘されており、<sup>(82)</sup> 自動車道路やその他の交通計画に関して、この賃貸借モデルは公的資金による通常のインフラ建設と比較して、コスト面などであまり意義がないと考えられるに至っている。<sup>(83)</sup>

次に、免許モデル (Konzessionsmodell) である。これ

は本質的には、民間の資金調達によって建設された交通路建設のコストの弁済を分割払いするものである。<sup>(84)</sup> 賃貸借モデルと似るが、民間投資家にとっての税制上のメリットははじめから放棄されており、この方式の導入にあたって、商法や税法などの関連法規の改正、利用者からの料金徴収のための法律上の根拠の創設が不要とされている。<sup>(85)</sup> すなわち、導入に際しての克服すべき法的障害が少ないのである。そこで、連邦政府は一九九二年一月二九日にこの免許モデルを採用した交通プロジェクト（鉄道と幹線道路建設）の民間資金調達の試験的实施を決定するに至った。<sup>(86)</sup>

しかしながら、この手法は、現在ドイツにおいても違憲の疑いが指摘されている。その理由としては、インフラ整備を行う私人、すなわち民間事業者は利益志向的な行動をするものであるため、国家財政を通じた財政支援による場合と比べて、通常はより高コストになるということである。<sup>(87)</sup> このようなことが、予算の執行や経済運営において、経済性、儉約性を求める基本法一一四条二項一文の内容に反するので、違憲の疑いがあると説くのである。

他方において、経営経済的観点のみならず、国民経済的、あるいは公共社会的目的も考量に入れられるべきだとい

考えも成り立ちうる。<sup>(88)</sup> すなわち、数字の上でのコスト比較に終始するのではなく、より広い視野で様々な付随的メリットを正当に評価する必要があるし、そうしなければこのような手法が過小評価されてしまうということである。民間資金によるインフラ整備に伴う付随的メリットとは、経済発展のより迅速な活性化の実現、雇用水準の向上、より迅速でより高い税収の確保といったような結果を伴う能率上の利益や目的の利益であると説明されている。<sup>(89)</sup>

結局のところ、民間資金によるインフラ整備という手法には利点も欠点もあるわけであり、この手法がいま憲法秩序に照らし合わせて合憲か違憲かの結論づけを急ぐよりも、いかにして利点を最大化し、違憲の要素を排除する手だてがあるかを探求することや、どのような事業でこの手法が効果を発揮し、どのような事業では使えないかというようなことを検討することがはるかに実用的である。<sup>(90)</sup>

## (2) 手続の民営化

手続の民営化とは、行政決定をなす上での様々な調査を私人（主として申請者）に行わせることをさす。この手続の民営化はすでにいくつかの例が実定化されている。このようなことが行われる目的は、手続にかかる費用や責任を

私人へ転嫁すること、手続の迅速化などであるとされている。<sup>(91)</sup>

この類型の民営化はさらに事前手続の民営化と主手続の民営化に分けて考えることができる。<sup>(92)</sup>前者に関しては、私人による手続を経た結論が行政に対しても拘束力などの点が問題とされているが、たとえば建設法典措置法における場合には、なお行政に最終決定権があると解されている。<sup>(94)</sup>

また、後者に関する例としては、環境適合性審査法（UVPG）におけるように、計画事業者が当該計画物が環境に与える影響を調査の上、行政に提出しなければならぬというものがある（同法六条三項に対象項目が列挙されている）。このような制度は、これまでの行政の職権調査義務の変化や、事後的な調査への限定にともなう行政の負担軽減といったことをもたらす点において、注目されるものである。<sup>(95)</sup>

このような民営化は、明確に権限ないし事務を特定の者に委任あるいは委託するものではない。その点においては「規制緩和」に近い現象と捉えることも可能である。しかしながら、最終的な決定権を行政に留保したままで、情報収集などの事実的な事務を私人に行わしめるという意味に

においては機能的民営化の一種と見ることも可能である。したがって、法律の留保とのかかわりが問題となるが、現在のところこれらの主な方策は法定化されている。そしてこのような事例で法定化されていないものが、本章の一節(3)で述べた「事実上の民営化」の問題を惹起することになるのである。

(1) Vgl. Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54, 1995, S.254f.; Hannes Rehm, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: Jörn Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S.112.

(2) E・シュミット＝アスマン、大橋洋一（訳）「ドイツ地方自治の新たな展開」自治研究七四卷一二号（一九九八年）一四頁。

(3) 「社会的法治国家」の観念と、社会国家、法治国家両原則の比重につき、参照、小林孝輔『ドイツ憲法小史』（学陽書房・一九八五年）一八三頁以下。なお、本稿における基本法の条文の訳につき、樋口陽一、吉田善明編『解説世界憲法集（第三版）』（三省堂・一九九四年）。

(4) Vgl. Bauer (Fn.1), S.264. Fn.109.

(5) BVerfGE 22, S.204. なお、この判決以前の連邦憲法裁

判所の判例における、この原則の扱につき、参照、高田敏「ボン基本法20条1項・28条1項における“sozialer Staat”」(2)「広大政経論叢」一卷四号(一九六二年)四頁以下。この判決も社会国家原則についてこの判例として引用しているが、消極的な参照であるには違いないと思われる。

(9) Z.B. *Bauer* (Fn.1), S.264. Fn.109; *Franz-Joseph Peine*, Grenzen der Privatisierung—verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S.356. Fn.29; *Sibylle von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S.25.

(7) なお、基本法二〇条一項の社会国家原則は包括的な環境保護活動を正当化するとしても、個別的な措置の義務づけを基礎づけるのはまわめて例外的であるとされる(「ミヒャエル・クレンツナー(高木光記)「市場経済と環境保護」日独法誌一七号(一九九三年)一八頁)。

(8) Vgl. *Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, S.52.

(5) Vgl. *Wolfgang Rißner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 1988, S.1054f.

(9) Vgl. *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. I, 2. Aufl., 1984, S.660ff.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S.90ff.

(11) 補充性原理は、元来ローマ教皇の回勅に基くこと

ができる概念であり、そこから事務の履行につき、小規模の団体がより大きな規模の団体に優先するということを意味するものであった(この点につき、*Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, Zweite durchgesehene Aufl., 1966, S.772f.; 角松生史「民間化」の法律学」国家学会雑誌二〇二巻一一—一二号(一九八九年)九三頁以下)。

(2) Vgl. *Wolff / Bachof / Stober* (Fn.8), S.52f.

(3) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.256. また同様じ、この原理が今日における民営化の議論において持つ意味が小さいことを指摘するものとして、角松・前掲注(11)九六頁以下。

(14) *Bauer* (Fn.1), S.248.

(15) *Friedrich Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S.972. Fn.145.

(16) Vgl. *Schoch* (Fn.15), S.972.

(17) Vgl. *Schoch* (Fn.15), S.972.

(18) Vgl. *Fritz Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29, 1971, S.174.

(19) Vgl. *Ossenbühl* (Fn.18), S.174.

(20) Vgl. *Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, S.415.

(21) 参照、米丸恒治「私人による行政」論の一考察」法政論集二二八号(一九八九年)一三九頁以下(のちに「私人による行政」(日本評論社・一九九九年)五一頁以下)。

- (22) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.267.
- (23) *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd.2, 1917, S.602.
- (24) Vgl. *Walter Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (Fn.9), S.620f.
- (25) Vgl. *Krebs* (Fn.24), S.620. Fn.318.
- (26) 同条は、連邦の私法上の事業への参加（これは、組織の民営化として把握されることもある）についての規定である。同条一項においては、連邦が私法上の形態をとる事業へ参加する際の条件が規定されており、その内容としては、連邦にとっての重要な利益があり、目指すところの目的が他の方法によつてはよりよく、より経済的に達成されないとき（一号）、連邦の参加資本の額が一定に制限されている場合（二号）などと定められている。
- (27) Vgl. *Dirk Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: *Hans-Uwe Erichsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S.44f.
- (28) Vgl. *Ehlers* (Fn.27), S.45; *Wolff / Bachhof / Stober* (Fn.20), S.437.
- (29) Vgl. *Ehlers* (Fn.27), S.45.
- (30) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.267. Fn.122.
- (31) Vgl. *Dirk Ehlers*, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, S.903f.
- (32) Vgl. *Schoch* (Fn.15), S.970.
- (33) Vgl. *Krebs* (Fn.24), S.620.
- (34) 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂・一九九三年）三六頁以下参照。また、E・シュニットアスマン、海老原明夫（訳）「ドイツ行政法の最近の発展（上）」自治研究七二巻九号（一九九六年）一〇頁以下では、法律の留保を考えるにあたって、基本権からのアプローチと制度的アプローチが論じられている。
- (35) 様々な分野における具体例につき、*Wolff / Bachhof / Stober* (Fn.20), S.414f. なお、同書においては本稿にいう行政権限受任者と行政補助者が一括して *Beleihung* の項目で取り上げられ、その上で権力的権限の行使を伴うものと伴わないものとして区別されている点に注意を要する。
- (36) Vgl. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S.576.
- (37) Vgl. *Peine* (Fn.6), S.361.
- (38) BVerwG, Beschl. v.7.6.1984. NVwZ 1985, S.48.
- (39) BVerwG, Urteil v.19.1.1989. DVBl 1989, S.517.
- (40) 例外とされるための要件につき、参照、米丸・前掲注(21) 一三八頁（のやど、前掲書五〇頁）。
- (41) Vgl. *Peine* (Fn.6), S.357.

- (42) Vgl. Schoch (Fn.15), S.970; Michael Reinhardt, Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht, AÖR 118, 1993, S.625.
- (43) Schoch (Fn.15), S.975.
- (44) Vgl. Schoch (Fn.15), S.975.
- (45) Schoch (Fn.15), S.976.
- (46) 小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」法学研究六三巻七号(一九九〇年)五五頁以下。なお、参照、桑原勇進「国家の環境保全義務序説(三)」自治研究七一巻七号(一九九五年)九四頁以下、小山剛「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務」法学政治学論究七号(一九九〇年)四四頁以下。
- (47) 参照、桑原勇進「いわゆる行政の危険防止責任について」東海法学一八号(一九九七年)一〇頁。
- (48) ここで論じる責任は行政学で言うところの「行政責任」との関連が指摘されることがあるが(Bauer (Fn.1), S.278)、『それは受動的責任と対置される、積極的責任である。参照、森田朗「行政責任」同編『行政学の基礎』(岩波書店・一九九八年)二〇二頁以下。
- (49) Bauer (Fn.1), S.277ff.
- (50) 参照、吉田文和『廃棄物と汚染の政治経済学』(岩波書店・一九九八年)一九三頁以下。
- (51) Vgl. Bauer (Fn.1), S.278.
- (52) Vgl. Bauer (Fn.1), S.279.
- (53) Vgl. Krebs (Fn.24), S.593.
- (54) Vgl. Günter Fromm, Die Reorganisation der Deutschen Bahnen, DVBl, 1994, S.194f.
- (55) Bauer (Fn.1), S.279. Fn.184.
- (56) Vgl. Bauer (Fn.1), S.279. 参照、田中館照橘「行政上の事務の委託と行政契約」自治研修二二五号(一九七九年)三四頁。
- (57) Vgl. Bauer (Fn.1), S.280.
- (58) Vgl. Reinhardt (Fn.42), S.652.
- (59) ドイツにおいては、行政に対する手続的統制の理論や手法は、行政手続法の成立以前からも、慣習法、学説・判例、個別立法によりすでに確立されていたという指摘がなされている。参照、成田頼明「行政手続の法典化の進展」雄川一郎ほか編『田中二郎古稀記念・公法の理論下』(有斐閣・一九七七年)一七二頁以下、海老沢俊郎「行政手続の法典化(西ドイツ・オーストリア)」雄川一郎ほか編『現代行政法大系3』(有斐閣・一九八四年)二二三頁以下。
- (60) もっとも、英米法の諸国との比較においては、ドイツ法による行政手続の意義の軽視がしばしば指摘されてきたところである。参照、宇賀克也『行政手続法の解説(第二次改訂版)』(学陽書房・一九九六年)一八頁以下、杉村敏正「行政手続法」杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』(筑摩書房・一九七三年)二〇頁。
- (61) このような状況について、Bauer (Fn.1), S.273. にお

- らては、「光量不足のテーマ」*Schoch* (Fn.15), S.975. 〆は、「主題設定の縁にある」と言ふ表われつゝる。
- (62) 同条第一項では、行為 (*Geschäft*) の性質や他の事情が例外として正当化されない限り、納入や給付に関する契約の締結の前には、公開入札が行われなければならないとされる。
- (63) 同条の第一項では、再開発事業者としての事務を請負うための許可要件が、四点挙げられている。続いて同条二項においては、これらの要件が欠けた場合は許可が撤回されることあるとし、同条三項では、この許可が、州法によって権限を付与された官庁によって宣言されるとする。
- (64) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.273.
- (65) 基本法一一四条二項は一九六九年に追加されたものであり、明文をもって公的財政執行の統制基準として「経済性」を定めたものである。そしてこの規定を具体化したものが、同じく一九六九年制定の連邦財政法 (*BHO*) 七条や財政基本法 (*HGrG*) なのである (*Klaus Grupp*, *Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten*, DVBl. 1994, S.146; *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S.1251.)。
- (66) 財政法改革以前には、ライヒ財政法 (*RHO*) 二六条のように、財政執行にのみこのような義務づけがなされてきたとわらつゝる (*Rudolf Wendt*, *Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater an öffentlichen Infrastrukturinvestitionen*, in: *Ipsen* (Hrsg.) (Fn.1), S.50.)。なお、一九六九年の財政法改革における財政コントロールに関して、石森久広「ドイツにおける財政監視機関の役割」*ジュリー*一一九号 (一九九七年) 三二頁以下。
- (67) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.258f. Fn.74.
- (68) Vgl. *Schoch* (Fn.15), S.966. なお、連邦政府と州や市町村の見解の不一致につき、S.964.
- (69) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.259. Fn.76.
- (70) Vgl. *Schoch* (Fn.15), S.966.
- (71) 日本においても国家や公共団体が私人と対等の立場において契約を締結することができるということは、伝統的に認容されてきた (田中二郎「公法契約論序説」同『行政行為論』(有斐閣・一九五四年) 二八四頁)。この契約類型に関しては以前より理論、実務上疑問があるとされながらも、すでに広く用いられている (成田頼明「非権力行政の法律問題」*公法研究*二八号 (一九六六年) 一五〇頁以下)。
- (72) ここで論じられる契約は、「ドイツ連邦行政手続法で法定された行政契約とは異なるものである。連邦行政手続法にいう行政契約につき参照、大橋洋一「行政契約の比較法的考察」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂・一九九三年) 一六四頁以下。
- (73) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.275.
- (74) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.275.

- (75) Vgl. *Friedrich Schoch*, *Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung*, DVBl. 1994, S.10f. なお、ここではニーターザクセンの汚水処理事業をもとに論じられている。
- (76) Vgl. *Schoch* (Fn.75), S.10f.
- (77) *Schoch* (Fn.75), S.11.
- (78) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.276.
- (79) 日本では近年、PFI方式として、注目されている。参照、石黒正康・小野尚『PFI日本導入で、何が、どう変わる』（日刊工業新聞社・一九九八年）、民間主導インフラ研究会編『PFI入門』（商事法務研究会・一九九八年）。PFIの一類型であるBOT方式の定義につき、BOIインフラ整備研究会編『BOT方式によるインフラ整備』（ぎょうせい・一九九七年）八頁。ドイツにつき、米丸恒治「私人による道路建設」行財政研究二四号（一九九五年）五八頁以下（のちに、前掲書(21)二二九頁以下）。
- (80) Vgl. *Grupp* (Fn.65), S.140f.
- (81) このモデルの説明は、\**Grupp* (Fn.65), S.142.
- (82) Vgl. *Grupp* (Fn.65), S.142.
- (83) Vgl. *Grupp* (Fn.65), S.142.
- (84) このモデルの説明は、\**Grupp* (Fn.65), S.143.
- (85) Vgl. *Grupp* (Fn.65), S.143.
- (86) Vgl. *Grupp* (Fn.65), S.143.
- (87) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.265.
- (88) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.265.
- (89) Vgl. *Bauer* (Fn.1), S.265.
- (90) 参照、『BOT方式によるインフラ整備』（前掲注(79)）一八頁以下。
- (91) 大橋洋一「コミュニケーション過程としての行政システム」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』（東京大学出版会・一九九八年）一五五頁以下。
- (92) Vgl. *Matthias Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56, 1997, S.178ff.
- (93) Vgl. *Schmidt-Preuß* (Fn.92), S.179.
- (94) 大橋・前掲注(91)一五五頁。
- (95) Vgl. *Schmidt-Preuß* (Fn.92), S.180. 他方、このような仕組への疑問として参照、H.H.・トゥルテ、山本隆司(訳)「ドイツにおける行政法および行政法学の発展(上)」自治研究七五巻二号（一九九九年）九、一六頁。

#### IV. 日本法へのアプローチ

本稿では、これまで主としてドイツにおける実務、学説状況を概観してきた。本章においては日本における民営化

民間委託の動向、そして近時の行政改革をめぐる議論における民営化の考え方について考察する。この作業を通じて、ドイツと日本における「民営化」論議の背景にある考え方の異同を明らかにし、問題点を指摘することを目的とする。

一・民営化論議の変遷

(a) 民営化の状況

日本において、「民営化」<sup>(1)</sup>は主として公企業（ここでは現業および公共法人を指す）<sup>(2)</sup>を株式会社化することを意味し、行政改革の一環として論じられてきた。本節においても「民営化」を同様の意味で用いることとする。

戦後、日本において行政改革について初めて本格的に論じたのは、一九六一年設置の臨時行政調査会（第一臨調）であった。<sup>(3)</sup>しかし、提言は実現されず、現実の民営化に影響を与えるような議論を見るには、一九八五年から一九八八年にかけて相次いだ（日本電信電話公社、日本専売公社、日本国有鉄道を含む）一六の公企業の民営化を待たねばならない。これらは、一九八一年設置の臨時行政調査会および一九八三年設置の臨時行政改革推進審議会における議論を通じて提起されたものである。<sup>(4)</sup>これら一連の議論で用い

られた「民営化」の概念には、次に挙げる三つのものが内包されている。<sup>(5)</sup>

第一の形態は、公共法人（公社、公団、公庫、事業団など）<sup>(6)</sup>が株式会社形式の公企業に組織改編されたものである。この代表例は三公社のケースである。三公社はそれぞれ日本電信電話株式会社・日本たばこ産業株式会社・旅客鉄道株式会社（六社）、日本貨物鉄道株式会社、日本国有鉄道清算事業団、新幹線鉄道保有機構へと改編された。<sup>(7)</sup>これは本稿の類型論でいうと、組織の民営化と事務の民営化の混合形態である。さらに政府資本の一部が順次民間へと売却された点に注目するならば、財産の民営化の要素も含まれることになる。なお、その売却が完結していないものもある。第二の形態は、「特殊会社化」と表現されることもある。

第二の形態は、公益法人（これは民法三四条に基づき、主務官庁の許可を得て設立される財団法人および社団法人である）<sup>(8)</sup>が民間所有の認可法人（私人により設立され、行政管理・監察の対象外とされる）<sup>(9)</sup>に組織改編されたものである。これは「認可法人化」と呼ばれている。これには農林中央金庫、日本消防検定協会などが含まれる。このケースにおいては、組織の民営化の要素が見られることになる。

第三の形態は、公益法人ないし株式会社形式の公企業が私企業に組織改編されたものである。これは「完全民営化」と呼ばれている。政府と民間の共同出資で設立され、公私混合形態であった日本航空株式会社が一九八七年一月に完全民営化されたのが、その代表例として挙げられる。<sup>(10)</sup> 結果的には、実質的民営化と見ることが可能であろう。

種々の民営化に共通する主要目的は、非効率性の改善である。つまり、公社という巨大な組織においては、組織内の情報伝達機構、意思決定メカニズム、労使関係などの点で、様々な形のロスが生じる。そのような経済学・経営学的知見から見た内在的非効率性を克服する手段として、民営化を通じて企業経営的効率性が求められたのである。<sup>(11)(12)</sup>

一般論としては、三公社の民営化によって、公企業特有の非効率性が解消する確率は高い。しかしながら、その背景には大量の離職者を出すなど負の側面を伴うことが多く指摘されており、<sup>(13)</sup> それらの側面を極小化するための方策が民営化措置とともに図られなければならないのはいうまでもない。この点において、ドイツ法に言う「民営化結果責任 (Privatisierungsfolgenverantwortung)」の観点は、「赤字部門の切り捨て」という目的が先行するあまり、日

本の民営化においては顧みられることが少ない。

#### (b) 民間委託の状況

いわゆる民間委託は日本において、ごみ・し尿収集、学校給食、保育所運営など地方自治体の事務を中心として、従来からきわめて広範にわたって定着してきた。それに関する状況の分析も、古くから行われてきている。<sup>(14)</sup> 民間委託は「国・地方公共団体等の事務事業を国・地方公共団体等が直接処理せず、監督権等の行政責任を果たす上で必要なものを留保した上で、民間企業等の他の諸団体や個人に委託することをいう」<sup>(15)</sup> と定義されるように、一般に公権力の行使を伴う権限の付与は含まない。<sup>(16)</sup> 権限が受任者に付与される「委任」<sup>(17)</sup> を地方公共団体の吏員以外には禁止していると解される地方自治法一五三条第一項は、このような考えを実定化したものである。この点において、日本の民間委託は類型論でいうところの機能的民営化に相当する。

民間委託は、事務のコスト削減や効率化を目的として多く用いられてきたのであるが、民間委託を行うにあたっては法的な障壁が多数存在する。すなわち、法令が民間委託を禁じている場合や、委託の基準を法令や行政指導で定めているものが数多く見られるのである。これらは公益上の

観点から定められており、たとえば、「廃棄物の処理および清掃に関する法律」においては一般廃棄物処理が市町村の責務であると明記された上で（同法六条の二第一項）、委託先の基準が同法六条の二第二項を受けて、同法施行令<sup>(18)</sup>によって詳細に定められている。

もつとも、右に見たような法令に抵触しなければ、いかなる事務も民間委託が可能であると考えことは適当ではない。民間委託に関して法令上の問題がない事務であつても、さらに当該事務が民間委託になじむのか、あるいはなじまないのかという問題が依然として残る。このような問題に対しては、様々な基準論が提唱されている<sup>(19)</sup>。また、従来から「公共性」の基準が示されたり、最近ではそれを更に進めた基準論<sup>(20)</sup>も示されている。しかしながら、実際に単なるコスト比較を越えた、実用に耐える確固とした定式化はいまだに見られず、この分野における法令の整備（右に見た廃棄物処理法の規定のように）と合わせて、今後の検討がなされるべきである。

また、留意されるべきことは、「いかなる事務が民間委託可能か」を考える際に、「合憲・合法的に民間委託をなしうる手段」を一緒に考察することである。たとえば、行政

の事務処理に伴うメリットが失われることを理由として、民間委託への反対が論じられる。つまり、住民参加や情報公開を通じた民主的統制、安定的継続的執行の確保、統一的処理の確保、秘密保持や担当職員の資格要件による信頼確保<sup>(21)</sup>などが奪われるという主張である。このことは、一般論としては理解できる。しかし、民間委託に様々な条件を付すことにより右に挙げたデメリットを極小化することも可能であり、この点については、ドイツ法の検討においても概観できたところである。これらの工夫を念頭に置きながらの民間委託の是非論が展開されなければならない。

## 二・近時の行政改革論議

右に述べたとおり、行政改革の議論において民営化が本格的に論じられ始めたのは、一九八〇年代からである。以来、現在に至るまで民営化は行政改革の重要な論点として扱われてきたが、その背景を一九八〇年代と一九九〇年代に分けて論じることとする。

というのも、両時期の議論は「行政のスリム化」を目指している点で共通するものの、その前提が微妙に異なるからである。すなわち一九八〇年代においては、一連の国の

行政組織、特殊法人等に関する機構の縮小、抑制、合理化策を踏まえて、国内外の状況変化に機敏に対応できる機動的組織再編に重点が置かれていたのである。<sup>(22)</sup> それに対して、一九九〇年代では、一九八〇年代の努力にもかかわらず行政活動領域の拡大が続いたとの認識から、「行政が何をなすべきか、なすべきでないか」を整理し、少なくとも行政が直接に履行する事務分野の縮小を第一の目的としたのである。<sup>(23)</sup>

このように両時期の議論は連続性をもつものではあるものの、一九九〇年代の議論は、増加の一途をたどる膨大な財政赤字をはじめとした、より緊迫した状況下でなされているのである。

#### (1) 一九八〇年代の議論

一九八〇年代における中心的な議論の場は、臨時行政調査会(第二臨調)と臨時行政改革推進審議会(旧行革審)<sup>(24)</sup>である。一九八〇年代の民営化に関する議論においては、国鉄、電電、専売の三公社問題が主として取り上げられた。そこでは、公社制度が高度経済成長期においては一定の社会的貢献をしてきたことを認める一方で、その後においては、それらの経営実態が当初の理念から著しく乖離してき

たことが厳しく批判された。つまり、国会や政府による広範かつ煩雑な介入が公社制度の掲げる二本柱のひとつである企業性を阻害し、それに伴ってさらにもう一方の柱である公共性をも阻害するという構図であった。<sup>(25)</sup> その抜本的解決のためには、もはや現行制度の手直しでは対応することができず、民営化という大規模な改革が必要であるとの結論に達したわけである。<sup>(26)(27)</sup> 三公社をはじめとするこれら改革への試みは、戦後の各種改革のコンテクストにおいてみるならば、「戦後制度の部分的劣化」、「典型的な戦後処理の残された課題」への対応策であった。<sup>(28)</sup>

#### (2) 一九九〇年代の議論

近年の行政改革の議論として、とりわけ民営化とかかわるものは、一九九四年設置の行政改革委員会と一九九六年設置の行政改革会議である。

##### (a) 行政改革委員会・行政改革会議

行政改革委員会の「行政関与の在り方に関する基準」(一九九六年二月一六日)では冒頭、「I. 問題意識」において、右に述べた臨調・行革審等の改革が一定の成果を上げてきたことを認めながらも、それが不十分であること指摘し、「今後、ここに示す判断基準を適用し、行政が

何をなすべきか、なすべきでないかについて整理することが必要不可欠であると確信している。<sup>(29)</sup> として「II. 基本原則」においては、行政関与の在り方を見直すにあたっての三原則を明示している。すなわち、(A)「民間でできるものは民間に委ねる」という考え方に基づき、行政の活動を必要最小限にとどめる。(B)「国民本位の効率的な行政」を実現するため、行政サービスの需要者たる国民が必要とする行政を最小の費用で行う。(C)行政の関与が必要な場合、行政活動を行っている各機関は国民に対する「説明責任（アカウンタビリティ）」を果たさなければならぬ、という原則である。<sup>(30)</sup>

これら諸原則のなかで、とりわけ近時の民営化の議論を特徴づけるのは(A)の原則である。この原則によれば、可能な限り民営化あるいは民間委託が推進されることになる。一九八〇年代の議論と比較した場合、ここではより強力に民営化・民間委託がなされることが期待されている。<sup>(31)</sup> かねてから指摘されてきた深刻な財政赤字などの問題が依然として解消されていないことへの対応策が急がれたものと解することができる。

また、(B)の原則は、一定の効用を最小の経費でもたらす

べきだとする最小原理であり、すでに地方自治法二条一三項においてこの原理が実定化されている。行政サービスが住民の負担によつて行われる以上、当然の原理である。<sup>(32)</sup> しかし、(B)の原則において注目すべきは、国民を行政サービスの「需要者」と捉えていることであり、行政サービスの需給を市場ないし、疑似市場に委ねることを意味する。そして、市場原理を行政活動に対する国民のコントロール手段として、法律を補完ないし代替するものとして非常に重視している。<sup>(33)</sup> したがつて、この市場原理が有効に機能しない場合にのみ行政の関与を認め、かつそれも最小限にとどめるとされている。<sup>(34)</sup>

このように、民間活動優先と市場原理の重視は、「官業であること」の説明責任を行政に課すという(C)の原則と相まって、これまでにない強力な民営化・民間委託圧力をもたらした。<sup>(35)</sup>

行政改革委員会によつて示された右のような考えは、行政改革会議「最終報告」（一九九七年二月）にも反映されている。まず、同報告「はじめに」においては、「肥大化・硬直化し、制度疲労のおびたしい」行政システムを改め、「簡素にして効率的かつ透明な政府を実現する」一

環として、「徹底的な規制の撤廃と緩和を断行し、民間にゆだねるべきは民間にゆだね」ることが志向されている。<sup>(36)</sup> また、独立行政法人の設立にあたっての業務の検討に際しても、「民間の主体にゆだねることが可能なものについては、極力、民間の主体にゆだねる。」<sup>(37)</sup>とされており、先の行政改革委員会と同様に民間優先を基調とした行政の減量化を目指す考えが示されている。

#### (b) 一九九〇年代の民営化論の意味

以上において述べたような各種答申等の基本姿勢を踏まえて、近年論じられている民営化論の特徴について検討する。民営化・民間委託の実現を検討するに際して不可避的な問題となる点は、本稿第I章ないしIII章で概観したような各種法規範との関連である。

まずはじめに確認されるべきは、行政改革委員会や行政改革会議において議論されてきた官・公・民の役割の境界画定作業（枠組作り）<sup>(38)</sup>は、基本的には政治上の問題であるという<sup>(39)</sup>ことである。このことは、第三章において論じたように、ドイツにおいて民営化の是非そのものは政治上の問題であり、社会国家原則などが基準を示すことにはならぬと言われていることと一致する。

しかしながら、「政治問題」としての枠組み作りの作業は、決して規範を無視してよいということを意味しない。この作業においては、ドイツでいうところの「基本権保護義務」を想定して、行政が手放せない領域が確定されるべきである。身体、生命の自由にかかわる、警備・保安業の領域について、ドイツではあくまで国家が責任を留保するのはその例である。ところが、そのような規範的視点が行政改革委員会などの提言には極めて希薄である。<sup>(40)</sup>そして、「行政の関与」の必要性が常に「市場」との関係を念頭に置いて語られている。すなわち、市場メカニズムが働かないところでのみ最小限の行政の関与が許容されるという姿勢で一貫しているのである。そのような視点の下では、国民、市民の権利を視野に入れた法規範の参照が充分にはなされていない。近年の民営化論は、それらの規範の吟味よりも、極めて差し迫った問題としての行政の減量化に重点を置くものと解することが可能である。

#### 三・民営化の規範的統制

次に、民営化をいかに公正かつ各種の規制法理を充足する形で実現させるかという点の検討をする必要がある。

このような問題に関して参考になりうるのが、手続的統制であり、これについては、すでに日本においても議論の蓄積がある。たとえば地方自治法二三四条一項において、地方自治体が締結する契約に関して、「売買、賃借、請負その他の契約は、一般競争入札、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法により締結するものとする。」とした上で、同条二項においては「前項の指名競争入札、随意契約又はせり売りは、政令で定める場合に該当するときに限り、これによることができる。」として、一般競争入札が原則であると定められている。他方で、その「例外」も規定されているが、<sup>(41)</sup> 随意契約が用いられることが許容される条件が限定されているのは、いわゆる「官商結託」を防止し、公正さを確保するためである。<sup>(42)</sup> これは、ドイツの連邦財政法（BHO）の規定が意図するところと共通する。

また、民営化後の行政の責任留保の手段も日本法においてすでに実定化されている。たとえば、民営化によって民間企業（株式会社）に移行した日本電信電話株式会社（NTT）に関しては、日本電信電話株式会社法によって様々な規定がおかれている。同法一条二項においては、同社の業務に関して郵政大臣の許可を要するものがあることや、

その業務に関し必要な事項は郵政省令で定めるとされている。また、取締役および監査役の選任や解任の決議、定款の変更・利益の処分・合併および解散の決議は郵政大臣の認可を受けなければ効力を生じない<sup>(43)</sup> したり（同法九条二項、一〇条一項）、電気通信幹線路などの重要な電気通信設備の譲渡等には郵政大臣の認可が必要とする（同法一三条）など極めて多岐にわたって国の同意を要求している。<sup>(43)</sup> また、株式会社でありながら、贈収賄の処罰規定が特別法で定められるという例（日本電信電話株式会社法一八、二〇条、日本たばこ産業株式会社法一四、一五条）が数多く見られるのである。<sup>(44)</sup>

最近の例としては、一九九八年の建築基準法改正による、建築確認、検査業務の民営化について言及されるべきである。この改正により、建設大臣又は都道府県知事の指定を受けた民間機関が建築確認、検査業務を行うことができるようになった。このような民間機関が行う建築確認や検査業務は、従来通りの建築主事による建築確認や検査業務と同じものとみなされることから（同法六条の二第一項、七条の二第五項）、今回の改正は、機能的民営化を導入したものと見ることができるとは、したがって、そのような制度導

入に伴って検証されるべきは、責任留保の手段ということになる。

この点に関しては、同法の改正において、裁量性が高い複数の事項については民間に委ねないとする「部分的」民営化の措置が採られた<sup>(46)</sup>。また、場合によっては、特定行政庁が民間機関の交付した確認済証を失効させる規定（第六条の二第四項）などがおかれ、「統制責任」が留保されている。しかしながら、中立性や民間機関の適正な業務を確保する規定の不備が指摘されており、いわゆる「制度的留保」の観点からすると、行政の責任留保が不十分であると考えられる。<sup>(46)</sup>

このような諸問題に対しては、今後新制度下での運用状況を正確に把握し、それによって得られたデータに基づいて、法改正を行うなどの対策を講じることが必要となる。そして常にそのような検証を行うことが、「監視責任」として、国家の責任とされるのである。

民間委託の領域においても、受託者が決定した後で作成する契約の内容に関しては、委託者の指揮命令に従うことを明記しておくことなどがこれまでも考慮・実践されてきており、<sup>(47)</sup>この点でドイツ法でいう「公共に対する国家の責

任留保」との共通点が見いだされる。

これらの規定や実務上の慣行は、民営化や民間委託がなされる上で、それが事務領域からの単なる「行政の撤退」にならないようにするための方策である。もつとも、規制緩和の潮流においては、このような方策は容認されにくいこともある。しかし、社会的規制と呼ばれるものの多くについては、依然として、国家の責任が留保される必要があると思われる。そして、これらの諸方策を視野に入れることにより、民営化を行うかどうかの議論が二者択一的判断に陥ることを防止できる。したがって、民営化の是非を考える上でも、これらの条件論・制約論を考慮することには大きな意義があるのである。

(1) ドイツと同様、日本においても「民営化」として論じられる事象は多様である。本章で挙げている国有鉄道の民営化などは、厳密な意味においては、部分的な「脱国有化・国有化解除」であると解される。また、事業・事務の民間委託や公的部門からの撤退（賃貸であった公有住宅の売却など）、公企業の独占体制を崩してゆく政策なども民営化として論じられている。この用語に関する政治学の知見からの説明につき参照、飯尾潤『民営化の政治過程』（東京

- 大学出版会・一九九三年）二二六頁以下。
- (2) 公企業概念につき、参照、田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂・一九八三年）一一四頁以下、小高剛『行政法各論』（有斐閣・一九八四年）四〇頁以下、植草益『公的規制の経済学』（筑摩書房・一九九一年）二二六頁以下。
- (3) 参照、浜川清「行政改革と官僚制」江橋崇ほか編『現代の法Ⅰ現代国家と法』（岩波書店・一九九七年）二二九頁以下。
- (4) 参照、畠山武道「官公民分担論」ジュリー一〇八二号（一九九六年）一六頁。
- (5) この説明につき、植草・前掲注(2)二六〇頁以下。
- (6) 法人税法上の概念である。参照、金子宏『租税法（第六版補正版）』（弘文堂・一九九八年）、一三四頁参照。
- (7) なお、日本国有鉄道清算事業団は「日本国有鉄道清算事業団の債務等の処理に関する法律」（一九九八年一〇月一五日成立）により、同月二二日に解散。この法律につき、参照、平嶋隆司「国鉄清算事業団の債務等の処理について」ジュリー一一四七号（一九九八年）九〇頁以下。
- (8) 民法六七条第一項においては「法人ノ業務ハ主務官庁ノ監督ニ属ス」として、監督官庁が公益法人に対して監督上必要な命令、検査、指導監督を行うことができることとされているが、事業運営が不適切な公益法人の事例が多数報告されている（総務庁行政監察局編『公益法人の現状と課題』（大蔵省印刷局・一九九二年）。
- (9) 参照、舟田正之「特殊法人論」雄川一郎ほか編『現代行政法大系7』（有斐閣・一九八五年）二六二頁。塩野宏『行政法Ⅲ』（有斐閣・一九九五年）七七頁によると、具体例として、通信・放送機構、日本商工会議所、基盤技術研究促進センターなどがある。
- (10) 参照、植草・前掲注(2)二六五頁以下。
- (11) 参照、南部鶴彦「民営化の経済分析」野口悠紀雄ほか編『変貌する公共部門』（有斐閣・一九九〇年）一九六頁以下。
- (12) なお、これら民営化の成果については、今後とも中・長期的視点で検証がなされなければならないところであるが、これまでに未解決の問題や新たに出現した問題などに関し、参照、植草・前掲注(2)二六六頁以下。
- (13) 旧国鉄の人員削減問題を論ずるものとして、参照、草野厚『国鉄解体』（講談社・一九九七年）二八五頁以下、鎌倉孝夫『「国鉄改革」を撃つ』（縁風出版・一九八六年）一〇五頁以下、八木俊道「第二臨調の提起した課題と当面の政府施策の概要」自治研究五九巻五号（一九八三年）三六頁以下。
- (14) 小島重喜「外部委託―議論の推移と現況」ジュリー八四号（一九八四年）三六頁以下、斎藤達三「行政サービス業務外部委託の効率度研究」地方自治研究資料センター編『自治体事務の外部委託』（第一法規・一九八二年）一八頁

- 以下、横田茂「民間委託の諸問題」自治体問題研究所編『地域と自治体第12集—民間委託の争点』（自治体研究社・一九八一年）七頁以下、古農文雄「行政事務の民間委託」自治研修二二五号（一九七九年）二頁以下。
- (15) 小原昇『行政事務の外部委託』（学陽書房・一九九五年）七二頁。なお、同書においては、受託者が民間主体に限られないことに鑑み、「外部委託」の定義として引用している。
- (16) 参照、佐藤英善「外部委託契約をめぐる法的問題」ジュリ八一四号（一九八四年）二七頁。
- (17) 参照、長野士郎『逐条地方自治法（第一二次改定新版）』（学陽書房・一九九五年）四五〇頁。
- (18) 小原・前掲注(15) 八九頁以下。
- (19) 一例として参照、伊藤高義・中舎寛樹『自治体私法』（学陽書房・一九九〇年）二二〇頁。
- (20) 参照、白藤博行「日本国家構造改革と自治体改革」自治体問題研究所編『自治体の「市場化」—解体する公共性』（自治体研究社・一九九八年）六二頁以下。ここでは「公率性」なるものが示されている。
- (21) 参照、原野翹「地方公共団体の事務処理の方法」雄川一郎ほか編『現代行政法大系8』（有斐閣・一九八四年）一五三頁以下。
- (22) 参照、八木俊道「行政改革施策立案上の諸問題（二）—行政規模論の諸相」自治研究五九卷一二号（一九八三年）一七頁以下。
- (23) 参照、行政改革委員会「行政関与の在り方に関する基準」行政改革委員会事務局編『行政の役割を問いなおす』（大蔵省印刷局・一九九七年）六頁。
- (24) 参照、八木・前掲注(13) 三七頁。
- (25) 参照、臨時行政調査会「第四部会報告—三公社、特殊法人等の在り方について」（一九八二年五月）自治研究五八卷七号（一九八二年）一三九頁以下、臨時行政調査会「行政改革に関する第五次答申—最終答申」（一九八三年三月）自治研究五九卷五号（一九八三年）一一一頁。
- (26) 参照、臨時行政調査会・前掲注(25)「第四部会」一四頁。臨時行政調査会・前掲注(25)「最終答申」一一二頁以下。
- (27) もっとも、これらの問題性の指摘が、必ずしも適正かつ客観的な分析が行われたうえでのものではないという指摘がなされることもある。参照、紙野健二「民営化」法時七〇卷三号（一九九八年）五二頁以下。
- (28) 八木俊道「統治機構と行政組織再編成（下）」季刊行政管理研究七三号（一九九六年）一一二頁。
- (29) 行政改革委員会・前掲注(23) 六頁。
- (30) 行政改革委員会・前掲注(23) 七頁以下。
- (31) このような、八〇年代と九〇年代の論調の変化につき、「原則と例外の逆転にほかならない」と評価する考えも見られる（紙野・前掲注(27) 五四頁）。

- (32) 参照、長野・前掲注(17) 五一頁。
- (33) 参照、行政改革委員会・前掲注(23) 七、九頁。
- (34) 参照、行政改革委員会・前掲注(23) 一一頁、III. 判断基準—2. 行政の関与の可否に関する基準。
- (35) 参照、行政改革委員会・前掲注(23) 一一頁、III. 判断基準—2. 行政の関与の可否に関する基準。
- (36) 行政改革会議「最終報告」(一九九七年) 一頁、はじめに。
- (37) 行政改革会議・前掲注(36) 八二頁、IV. 行政機能の減量(アウトソーシング)、効率化等—2. 減量(アウトソーシング)の在り方—(2)独立行政法人の設立—①基本的な考え方—ウ・対象業務—a—ア)
- (38) 八木俊道「機構改革と政策・制度改革(一)」自治研究七四巻七号(一九九八年) 一三頁以下参照。
- (39) 行政改革会議が多分に政治的色彩を帯びざるを得なくなった経緯に関し、藤田宙靖「行革会議委員全内幕を語る」文芸春秋七六巻二号(一九九八年) 三八七頁以下。
- (40) あえて規範的視点を指摘するならば、行政改革委員会・前掲注(23) 一一頁、III. 判断基準—2. 行政の関与の可否に関する基準—(1)公共財的性格を持つ財・サービスの供給の項目である。
- (41) 一般競争入札に対する「例外」として随意契約の形式をとることができる条件を定めたものが、地方自治法二三四条二項の委任を受けた地方自治法施行令一六七条の二である。
- (42) 参照、長野士郎『逐条地方自治法(第一〇次改訂新版)』(学陽書房・一九八三年) 七五〇頁。
- (43) もっとも、株式会社となったNTTに対してNTT法によるこのような各種の規制をし、他の電気通信事業者にはそのような規制をしないで、「公共の利益の実現」を図ろうとすることに対しては、経済学的観点から異論が唱えられている。参照、来生新「政府による企業経営」江橋崇ほか編『現代の法8政府と企業』(岩波書店・一九九七年) 二八頁以下。
- (44) 参照、確井光明『公共契約の法理と実際』(弘文堂・一九九五年) 二五八頁。
- (45) 参照、大橋洋一「建築規制の実効性確保」法政研究六五巻三〇四号(一九九九年) 二八頁以下。
- (46) 参照、大橋・前掲注(45) 二六頁以下。
- (47) 参照、小原・前掲注(15) 一五四頁以下。
- (48) 参照、古城誠「公的規制と市場原理」公法研究六〇号(一九九八年) 一一四頁以下、横倉尚「社会的規制の対象」植草益編『社会的規制の経済学』(NTT出版・一九九七年) 二二頁以下。

## むすびにかえて——民営化是非論と条件論の連繫

以上、述べてきたことを踏まえ、本稿の総括を行う。

本稿で指摘しようとしてきたことは、民営化に関するドイツと日本での基本的な考え方の異同である。ドイツにおいては、かねてより社会国家原則をはじめとする基本法の諸規定から、民営化を抑制する法理が長年にわたり論じられてきた。結論的には基本法は民営化という措置の導入に關しては中立的である。しかしながら、公共に対する国家の責任の観点から、一定の対策を講じることを条件として初めて民営化が許容されることもありうるなど、民営化の許容条件が論じられてきた。すなわち、導入にあたり、様々な形で国家の責任を留保することが求められ、民営化された領域では行政のなすべきことがなくなるとは理解されて<sup>2)</sup>いない。このように、民営化は単なる政治・政策上の問題や経営上の問題ではなく、純然たる憲法・行政法上の問題であり続けている。そして民営化の是非論と連動して、どのようなすれば基本権や法律に適合した形で民営化が可能となるかという条件論の検討がなされている。

翻つて、日本における近時の議論を考察するにつき、ド

イツ法とは議論の様相が異なることに気付く。すなわち、日本における近年の民営化の議論は、いかなる事務が民営化に適するかという議論が中心となり、民営化実現に際しての許容条件を仔細に検討しようとする思考が見られないという傾向がある。

行政改革委員会や行政改革会議が論じているのは、政治問題としての性格を有する「民営化をどのような分野でするか」という内容が主である。したがって、反対論も、民間委託などの施策によって数字上の行政サービスコストの圧縮が実現されても、別のところに問題が起きることを指摘するものや、<sup>3)</sup>市場原理優先主義が幻想であることを指摘するなど、<sup>4)</sup>抽象的なものとなっている。

仮に「公権力の行使にかかる活動は民間に委ねられない」という立論をしても、様々な責任留保の手段を用いれば、民間に委ねる余地も開けることは本稿においても述べたところである。日本国憲法において公権力の行使に関する国家独占の原則を基礎づけたとしても、結局はその例外を個別に検討するという<sup>5)</sup>ことになり、基準自体が相対化され、公式としての機能を有しなくなるのである。

行政改革会議をはじめとする近年の行革論議が単に「大

きな政府」から「小さな政府」への移行を目指したわけではない<sup>(6)</sup>という複雑な状況に鑑みるならば、以下のような思考方法を用いるべきである。それは、民営化の是非を二者択一的に決断するのではなく、行政責任の観点から多様な民営化形態の可能性を視野に入れて、民営化に関する条件を個別的に論じていくことである。かくして単純な事務削減論を超えることが可能になり、広範なバリエーションを前にした柔軟な議論をすることができる。つまり、ドイツにおけるように、民営化の是非論と条件論を連動させ、条件論の成果を是非論へとフィードバックさせるという思考が日本においても必要と考える。コスト比較のみから機械的に事務を「削ろう」とするのではなく、責任留保の手段などを考慮し、多様な選択肢を提示した上での民営化の議論が有益であろう。

- (1) 参照、大橋洋一「コミュニケーション過程としての行政システム」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム』5 国家の多様性と市場(東京大学出版会・一九九八年)一五四頁。
- (2) 参照、E・シュミットリアスマン、海老原明夫(訳)

「ドイツ行政法の最近の発展(上)」自治研究七二巻九号(一九九六年)九頁。

(3) 成瀬龍夫「民営化・民間委託問題の新段階」住民と自治四二〇号(一九九八年)一六頁以下では、「代行業による代行業の活用」が下位企業の劣悪な労働環境をもたらすことが論じられている。

(4) 参照、白藤・前掲第IV章注(20)六九頁以下。そもそも、日本の「官僚制によって仕切られた市場」を温床として政・官・財の癒着によるスキャンダルが行政改革の大合唱を誘発したわけであり(新藤宗幸『真の行政改革とは何か』岩波ブックレット四二二号(一九九七年)一一頁以下)、その行政改革の議論が依って立つところが、依然として正常に機能していない「市場」への信頼であるところが問題であると指摘されている。

(5) 参照、米丸恒治「指定機関による行政の法律問題」法学論集(鹿大)二九巻一・二号(一九九四年)二七八頁以下(のちに、前掲書第三章注(21)三五七頁)。

(6) 佐藤幸治・高橋和之「対談」統治構造の改革」ジュリ一一三三号(一九九八年)一一頁(佐藤発言部分)。

【附記】本稿は、文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)の助成による研究成果の一部である。