

公共サービスの法的枠組みと国家の役割についての予備的考察

山田 真一郎

はじめに

第1章 エルンスト・フォルトホフの

「生存配慮」概念の現代の位置づけ

第2章 民営化にみる公共サービスの給付

に対する国家責任の諸類型

第3章 公共サービスの憲法上の枠組み

(1) (公企業活動の許容性)

第4章 公共サービスの憲法上の枠組み

(2) (民営化の制限的決定要素)

おわりに

はじめに

行政の民営化ないし民間化と呼ばれる現象は、日本国においてもすでに長い歴史を持つ。イギリス、ドイツなど他の先進国がそうであったように、日本国でも一九八〇年代から歳入歳出の均衡の要請、行財政改革における民間活力を活用する要請が強まった。^①

とりわけ、国の持つ「現業」的業務については、独立の経済単位として収益を目的として財貨や給付をなすという

私企業と共通する性質から、かなり早い段階において行政改革の目玉とされた^②。さらにその他の行政事務事業においても民営化は目覚ましく、「民でできるものは民で」なすべきこととして、行政事務事業のかなりの部分が、「公私連携」「公私協働」等の名称のもとに民営化されている。自治体においても、民間活力の活用なくして自治体は立ち行かない状況にあるため、指定管理者制度^③やPFI事業等の積極的利用が進展している^④。

このような民営化に期待されているところは、政府内部にある事業部門を手放し歳入歳出の均衡を図ること、当該事業体の経営合理化であった^⑤。現代に至るまで、多くの失敗を得ながら、なおも民営化は拡大の一途をたどっている。一方、法人その他の私的主体が公共サービスを提供することで生ずる「結果」についての責任、特に住民が享受するサービスの「質」、サービスのありようについての公的部門からのコントロールの確保、さらには私的主体がサービスを提供し得なくなった場合に、再び自治体がその任務の引き受けをすべきか、などの問題が日本国においても提起され続けている。

私的主体、特に私企業が、経営合理的な経済行動において、公的な事業者よりも優れていることに異論はない。しかし、自治体をはじめとした公的部門は、多様なステークホルダーの利害調整や公共の目的に沿った公共サービスの計画的遂行といった機能的特性からなおも公共サービスのありようについて主導すべきである。

日本国と同じく、戦争による集中的な経済統制と敗戦、復興、経済成長と行政改革という道をたどったドイツにおいては、今日民営化の後に再公営化の波が生じている。その中において、公共サービスのあり方をめぐる国家の諸責任等につき、ドイツにおいては豊富な議論の蓄積がある。これらの議論を参照し、日本国における公共サービスのありべき法的枠組みを構築していきたい。

この領域については、既に優れた先行研究が多くあるところではあるが、今日の行政が公共サービスの給付に当た

って、果たすべきとされる責任が、どのような人権及び法律上の利益、公序、基本原理と対応し、また基礎づけられるのか、という視点から検討を加えていく作業の手が多くあっても良いであろう。

とはいえ、本稿が目指すところは限定される。まず、第一章にて、生存配慮概念の意義をめぐるドイツ公法学の議論の動向を整理する。第二章にて、公共サービスの供給のあり方について、どのような責任の種類、段階があるのか概観を得るために、民営化の種類と国家の諸責任の種類についての概要を整理する。第三章、第四章では、公共サービスに対して、どのような法的枠組みが論じられてきたのか、特に憲法上の枠組みについて概観を得ることとする。

検討に先立ち、本稿で用いる「公共サービス」を公共サービス基本法（平成二十一年五月二十日法律第四十号）に倣い、「国民が日常生活及び社会生活を円滑に営むために必要な基本的な需要を満たすもの」という意味において用いることとする。

第1章 エルンスト・フォルストホフの「生存配慮」概念の現代の位置づけ

第1節 生存配慮概念の骨格

生存配慮 (Daseinsvorsorge) とは、フォルストホフが一九三〇年代にその著書『給付主体としての行政』^①にて提唱した言葉である。この言葉の意味するところを以下に順に説明する。

まず、生存配慮の意味するところを、説明する。人の空間は、活動空間 (effektiven Lebensraum) と支配空間 (beherrschten Lebensraum) とに分ける。活動空間は、人の実存性が演じられる空間である。これに対して後者は、個人が個々の処分、形成権を有するところの、つまりその人に確保された生活の基礎を有する場所である。

技術が人の活動空間を飛躍的に拡大させていく一方で、個人の有する支配空間は逆に工業化の進展により狭められてきた。家、農家、工房から賃貸住居、工場の作業場へと。

もちろん人は自らの物の利用によってだけでなく、配分 (Appropriation) によって生存に不可欠な財を得ることを余儀なくされる。もしも支配空間が十分であれば、配分という手段による、給付への到達についての社会的需要はそれほどない。ところが、支配空間が狭められた分、さらにその配分という手段の必要性が拡大するのである。活動空間の飛躍的拡大と、支配空間の狭小化。その間隙を埋めるのは、個人の実存を可能とするに不可欠な財、水、エネルギー、公共交通等の配分であり、その配分をなすことが国家の任務であり責任としたのである。

こうして、フォルストホフは初期において「生存配慮」を「現代の大衆的生活様式において生活必需的に依存しているところの供給の提供」と定義した。なお、ここでいう「配慮」とは一般的な事前の配慮であり、個別的窮境に対応するための扶助 (Fürsorge) とは区別される⁹⁾。

次に、生存配慮の給付 (Leistungs der Daseinsvorsorge) の範囲についてであるが、フォルストホフは、生存配慮の枠組みにおいてもたらされる給付の範囲を確定してはいない。伝統的には、水、ガス、電気エネルギー、公共交通手段、郵便、通信インフラ、下水およびゴミ処理、診療所・病院、文化保存などがある。

最後に、生存配慮の提供主体についてである。フォルストホフは、生存配慮の給付の提供主体を国家自身もたらすものとは規定していない。それらをもたらす組織体の法形式や所有関係は決定的に重要なものではない。生存配慮の給付として、私法的に行われた給付をも、公法の拘束の下におくことを目的としているからである。とはいえ、自治体の公営企業によってこれら公共サービスの多くが提供されてきており、フォルストホフもそのことは前提としていたと考えられる。

第2節 フォルストホフの試みとは

以上のようなフォルストホフの生存配慮概念は、行政法学史に対して、大きな意義を持つ。生存配慮概念を提唱した当時、行政法学の議論は侵害行政のモデル、すなわち国家的強制と個人の自由権という対立モデルにすべて結び付けられていた。そこに、工業化に伴う社会的な需要充足に対する国家的配慮というものを行政法学の関心事とするとはほとんどなされていなかった。そこで給付行政の領域における国家活動の正当化を導き出し、その給付に国家の諸責任を関連づけ、またこれを法秩序の中に組み込むことの必要に応えんとしたのである。¹⁰⁾

また、先にも挙げたが、生存配慮の給付をもたらすに際し、その関係は公法的にも私法的にも形成されることをフォルストホフは出発点としている。もし行政が私法的に給付関係を形成することで、公法上の拘束、基本権保障や一般的行政法原則を免れうるとするならば、それゆえ、生存配慮の給付に対する「個人の確保された配分」が脅かされる危険が存する。

フォルストホフは「行政による給付の保証」を、用いられた法形式とは関係なく、統一的に公行政の行使として理解することにより、私法的に行われた給付行政をも、個人的自律の非拘束性から引き離し、同時に公法上の拘束に服せしめた。¹¹⁾ここに、「給付行政の構造とその意義を明らかにする」¹²⁾議論の出発点が生まれたのである。

第3節 フォルストホフの生存配慮概念の有用性に対する批判的評価

フォルストホフの生存配慮概念は、特に戦後において、さらには保証国家構想が徐々に精緻化されていくにつれ、公法学の文献から徐々に用いられなくなっていく。その原因としてドイツの議論の中で挙げられるものを以下の三つ

に整理する。

第一に、定義の外縁がフォルストホフ自身の手により、失われてしまった点である。先に述べたフォルストホフの生存配慮概念の定義は後にフォルストホフの手により次々と書き換えられていく。まず、戦後一九五八年の著書にて「生存不可欠な」という文言を生存配慮の定義からはずしている。Daseinsvorsorgeを「公衆にあるいは客観的メルクマルによって定められる範囲の人に対して給付を得さしむ状況に置くこと」と定義した。現代の人間にとつての供給の必要は一般的な生活水準によって判断されるものではないし、また恒常的なものでもないことをその理由としている。次に、公行政の供給 (Versorgung) は、人間の根源的必要性に向けられるもののみでないとした。その理由として、もし生存配慮概念が果たす機能を人間の生存にとつて最小限のものに限定するならば、現代の社会国家の要請に相容れないものとなることをあげている。

第二に、生存配慮概念の規範的意義としての性質への疑問である。前述のようにその外延を伸ばした生存配慮は、現代において、独自の規範的意義を持ち得る存在として捉えられているだろうか。多くの文献はこれを否定している。特にフランスの公役務概念との比較において、規範的意義に乏しいことが明らかになる。¹³ フランスの公役務 (Service Public) 概念に対するドイツの生存配慮 (Daseinsvorsorge) 概念は以下の特徴を持つ。①給付をもたらす組織体に対して編成上の法形式や所有関係を指示しない。②生存配慮の公共サービスであるがゆえの一定の原理、原則というものを導かない。③高権的公務と国庫的活動の間に位置するとして設計されたため、生存配慮概念が「公権力の行使」の存立そのものを規定せず、ゆえに裁判管轄を左右する判断基準とはなりえない。

第三に、体系上の地位を失っていることである。生存配慮は、上述したとおり、ある範囲の給付行政を、統一的に公行政の行使として理解し、公法の拘束の下に置くことを目的とする。ところが前述したとおり、生存配慮の給付の

範囲は徐々に輪郭を失っていった。加えて、さらにそのような統一の把握において生存配慮概念を用いる必要性がないといわれている。なぜならば、生存配慮の給付をもたらす国家の義務は、その給付が生存配慮のものであるからという理由からではなく、憲法によって正当化されるところの国家任務から直接に生ずるからである。また、公共サービスへの到達に国家がその責任を負うとした場合に、基本権や諸基本原則への配慮が顧慮されることとなるが、それはその活動が「生存配慮」の給付と認定することを要せずして行われる。

以上の理由から、今日では生存配慮という概念を「給付行政」のある分野群を指す「叙述」であるとの説明が多くなされているのである。なお、今日の生存配慮概念について一般的な理解としては、「現代の脱工業的なサービス及び通信社会において生活に不可欠なものとしてなされる給付を保証するもの」とされている。従って、ときに実定法¹⁵の中に規定される生存配慮概念は、政策の指針を示す以上の意味をもたないとされるのが通例である。¹⁶

小 括

フォレストホフが生存配慮概念の根底に置いた国家像、その国家が果たすべき役割、さらに、それをを用いてどのような学問上の試みをしようとしたのか、を確認してきた。公共サービスのあるべき姿を論ずる際に、どのような公共サービスについて国家が保証すべきなのかという問題について、生存配慮概念がその説明の中に必ず現れる。しかしながら、それらはすでにその不明確性ゆえに法的概念として用いることを否定され、公共サービスのあるべき姿について具体的な責任を導き出す規範的な意義を持ちえないとされている。

近年保証国家構想との関連で生存配慮概念の議論をさらにとりあげる動きがあり、その議論についていずれ取り上げることとしたいが、本稿ではまだそこには立ち入らず、さしあたって今日のドイツの民営化の諸形態とこれに対す¹⁷

る保証国家構想の責任の諸類型を次の章で見ることとする。

第2章 民営化にみる公共サービスの給付に対する国家責任の諸類型

フォルストホフの生存配慮概念は、私人が生存配慮的な公共サービスに到達することができるよう国家を義務づける。前述したとおり実際にその給付をもたらす主体につき、公法的に組織されるものか、私法的に組織されるものか、特に定めることはなかった。そのことから、フォルストホフの生存配慮概念が想定する国家の責任とは、供給を実施する責任のみを念頭に置いたものでないことは、容易に理解できる。

とはいえ、公共サービス供給に当たつての国家の責任について具体的にいかなる責任の種類と段階がありうるのか、それについては、公企業の民営化が加速し、その後の私的主体による給付に対する公的主体のコントロール及びに民営化が失敗した後に国家が引き受けるべき責任が課題として浮かび上がった今日においてこそ、ようやく整理されるものである。

既に多くの邦語文献において整理されてはいるが、本稿の問題関心に沿って整理するという意味も込めて、重複を恐れず、民営化、再公営化の形態、国家責任、特に保証国家構想¹⁸⁾の提唱者らの分類にならった各責任の種類、諸段階について、整理していく。

第1節 民営化の類型

民営化とは、私人あるいは私法的に編成された法主体といった私的領域に任務責任ないし任務遂行を移転する現象¹⁹をいう。ドイツの民営化は新自由主義政策の時代において八〇年代に本格化した。

「市場供給の高度な経済性を確立するために市場分野の競争の実現」「公的施設の競争能力の強化」「EU法による民間化要請」「高まりつつある国家の財政上の要請」を理由とする。

それ以前は *Daseinsvorsorge* の給付は、多くは国家（ゲマインデ含め）が自ら、あるいは、国家が強く関与する公営企業によって担われてきた。それらがさまざまな形態において供給されることとなった。その形態は多くの文献において形式的民営化、機能的民営化、実質的民営化の三つのカテゴリーに体系化される²⁰。

まず形式的民間化（または組織民営化）が意味するところを整理する。形式的民間化とは、組織法上のもので、任務移転に際し、任務の範囲に触れることなくおこなわれる改編である。任務自体は機能的考慮において、公法的あるいは（公共体に私人を組み入れた後）私法的に編成された公的事業体の責任であり続ける。その任務はいわゆる「行政私法」とよばれる法形式の中において行われる。しかしながら公法上の実体法的拘束や権限配分はそのまま維持される。この例として、特別財産であったドイツ連邦道路の、持分所有者を一〇〇%連邦とするドイツ高速道路株式会社への移行がある。

次に機能的民営化がある。機能的民間化においては、国家は任務権限をいまだに持ち、また責任を負う一方で、任務の遂行は脱国家化され、私人において遂行される。国家はなお一定の任務に責任を負う。それゆえ国家は任務から解放されるのではなく、私人の任務遂行にたがをはめる。公的主体及び一ないし複数の私人と公私パートナーシップ（PPPあるいはÖPP）はここに基礎を置く。

ここにおいては、さらに4つの民営化モデルが組織及び責任に従って基本的に区別される。事業経営モデル、事業者モデル、特許モデル、協力モデルである。

事業モデルにおいて、私人は商業上又は技術的な企業の操業を、施設の整備及び保全を含め、委託される。しかし、利用者に対して、公共体のみが現れる。私人は公共体のために企業を操業する。公共体は施設及び土地の所有者であり、公共体は事業者に対し、指示を与え実施責任を負う。

事業者モデルにおいて、事業者は計画、予算定立、引渡し、操業、維持及びその他整備を引き受ける。この場合、私人は所有者であるか、あるいは所有者に地上権を有する。事業者は、利用者に対してたち現れるが、しかしながら、公共体の名においてたち現れる。公共任務を実現するという利用者に対しての義務は、公共体がこれを引き受け、公共体は実施責任を負う。

特許モデルにおいては、さらに多くの責任が私人に属する。認可企業は、事業者モデルからの諸義務を引き継ぐのみならず、第三者に対する供給を独自に提供する。私人は、利用者に対し、自身の固有の名において立ち現れる。企業はサービスを要求する利用者に対し、直接固有の名において用益の対価を請求する。このために自身の名で高権的に公的料金を徴収する権利が、企業者に付与される。

協力モデルにおいて、公共体及び私人は、一定の任務を実現するためある企業を組織する。私人の貢献は、制度化されたPPPにおいて、資本及び他の財産物を提供することの他に、公私共働企業に委託された任務の実現において能動的役割を果たすこと、そして、またあるいは社会における業務執行にある。私人及び公共体が共働して任務を遂行するわけではない。公的企業に対する私人たる投資者の純粋な資本参加と違いがある。

最後に実質的民営化である。実質的民間化において、国家は自身の任務から後退する。国家は、他者がその任務を

引き受けることなしに、その任務から解放される。もともと、任務の実施が私人に譲渡されたならば保証責任 (Gewährleistungsverantwortung) を国家が保持することが考えられる。民営化後法としての規整法の核となる。公共の利益となる特定の目的を達するために、競争の枠組み作りを調整することになる。

第2節 民営化の種類と保証国家が果たすべき責任

保証国家の出発点は、公共善の定式化と具体化についての国家独占は存在せず、それらのために国家アクターと私的アクターは協力し合うという見方である。²¹⁾ 国家と私的アクター間において役割が配分されるとき、遂行責任、保証責任、補足責任というように国家の責任が細分化される。以下はホフマン・リームの分類による。²²⁾

遂行責任とは、国家が独力で公的任務を遂行する場合に国家が引き受ける責任を言う。国家は、その任務を自ら処理し、そして任務責任を負う。保証責任は遂行責任の対極にあり、国家は任務遂行から撤退し、私人と国家とによる共同の任務処理、もしくは、社会の自己制御による任務処理によって、任務は遂行される。国家はただ制御措置によって秩序だった遂行を保証する。補足責任とは、私人による任務遂行の場合に、追求された制御成果が得られないときに生ずるものであり、国家に事後制御のための諸制度の展開を求める。

小括

以上のように、行政任務の遂行に際し、多様なアクターが関与することによって、公共サービスのあり方について、国家の責任は様々な類型に分かれる。

日本国においては、民営化がなされた後の「結果」に対する国家の責任というものに対してなかなか議論が進んで

いないように考えられる。私人による任務遂行が、その民営化の目的としたところに到達していないのであれば、これにつき国家は事後制御を、場合によっては再度の任務の引き受けも考えなければならぬ。何より保証国家は民営化を正当化するための理論ではない。近年、ドイツでは「生存配慮」の給付の領域において再公営化が進んでいる。生存配慮についての地方自治体責任の観念の伝統があるため、この動向が他の国に先んじておきているとのことである。²³⁾

さて、保証国家に結び付けられた国家の諸責任として、ホフマン・リームの分類をみたのであるが、保証責任の規範的意義においては、その有用性を疑う見解もある。²⁴⁾ 保証責任には、公私協働のあり方を規律する規範的な機能を期待されているはずであるが、一般的な法概念を規範的な意味で用いようとすればその不明確性にその有用性への疑念が生ずるとするのである。

保証責任は、今生じている民営化の諸類型及びそこに生ずる国家の責任の変化形態を説明するのに便利であったとしても、どのようなサービス等を国家が公的課題として位置づけ、その供給を保証すべきか、²⁵⁾ また民営化に対して、民営化後の事業に対して国家がどのような具体的内容の責務を負うか、という問いに対する明確な回答にはなっていないと考えられる。

第3章 公共サービスの憲法上の枠組み(1) (公企業活動の許容性)

2章では、民営化および再公営化に際して、国家が引き受けるべき責任の諸類型とその段階についてのドイツの議論の概観を得た。本章では、公共サービスの給付をなすに当たり、国家が自ら経済活動をなすことが許されるか、と

いう論点に関する憲法上の枠組み、さらに、第2章でみたような国家の諸責任が基本法上のどの基本権や基本原理から導かれるものなのか、ということについてまとめていきたい。

第1節 「公企業」「公共サービス」

ドイツにおける民営化の動きは、「高権的性質を持つ行政任務」においてももちろんみられるが、「公企業」の分野においてこそ盛んであった。本稿の関心も後者にある。ドイツにおける「公企業」とは一体何か、代表的な定義を見ておくこととする。

まず「企業」性である。いくつかの観点からの定めが可能であるが、中でも欧州司法裁判所の企業概念は機能的項目に依拠する。すなわち、企業とは「資金調達の法形式及び方法に関わりなく経済活動を営む組織体」を意味すると。機能的考察方法とはまず、組織的構成要素（これにより行政とを分つ）と経済的活動という活動関連の要素とに意味を持たせる。ここでいう経済活動とは、E U法に従えば、「ある市場に財及びサービスを提供すること」である。

次に「公」とは何かが問題となる。これもいくつかの観点からの定めが可能であるが、「公的主体の支配」という観点からの定めが有力である。ここでいう支配とは、企業に対する決定的な指揮、誘導、指導をいう。

以上から、ドイツにおける公企業とは「公的主体が所有権、財政的参画、定款その他企業の活動を律する定めを根拠として、直接あるいは間接的に支配的影響を行使しうる、経済活動を行う組織体」というように定義される。²⁶⁾

これらは「独立法人 (Eigengesellschaften)」「混合企業 (Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen)」「公法上の企業 (Öffentlich rechtliche Unternehmen)」（これはさらに公法団体、公法上の独立団体、公益自営経営体、公的管理経営体などにわかれる）といった個別の組織形態の上位概念である。

この「公企業」によって「生存配慮の給付」は多くもたらされてきた。しかしながら、公企業がなす活動の全てが「生存配慮の給付」ではないし、また「生存配慮の給付」を担うのは何も公企業のみではない。

ゆえに「生存配慮の給付」という言葉は、国家が何らかの形で責任を負うべき領域の総称としてドイツ経済公法の文献では、あちらこちらで顔を出す。しかしながら、本稿の先にある目的として「生存配慮」概念の有用性を検証することがあるので、ひとまず「生存配慮の給付」と言う言葉を他の言葉で言い換えることとしたい。そこで今日、EU法、ドイツ法、英米法においてほぼ同じ意味内容を持ち、近時日本国の実定法にも表れた「公共サービス」という言葉を用いることとする。

では、その「公共サービス」のあるべき姿を論じていくに当たり、まずその「公共サービス」をもたらず給付の主体について検証しなければならぬ。市場の枠組みを作る立場でもあり、市場の条件を整備する立場でもあり、警察規制の行使者でもある国家が、企業行動をなすことが許されるのか。さらに、公共サービスのあり方はどのようにあるべきか、また国家はどのように影響力を行使するべきか。

以上の二点を、基本法の諸基本原理並びに諸基本権との関連で整理していく。また、憲法上の枠組みを整理する際に、ドイツにおいてはEU法、特に競争法との関係も生じてくるが、本稿では必要最小限の言及にとどめる。

第2節 社会的市場経済構想

国家の経済行動が許容されるか、と言う問いに対して大きな意味を持つと考えられるのが、基本法が採用する経済政策構想 (Konzept) である。

基本法はワイマール憲法と異なり、国家の経済的行動の許容性について具体的な命題を持っていない。ワイマール

憲法では、「経済生活」の表題の下、経済秩序と形成についての憲法上の原則があった。

基本法の経済に関連する規定、すなわち連邦財産及びその運用に関する規定（一一〇条、一三四条、一三五条）及び関税・財政独占（一〇五条一項、一〇六条一項、一〇八条）のいずれも公企業の憲法上の存立基盤を提供するものではない。³⁰基本法一五条によって国家に認められた社会化（公営化）権限も公的主体の企業行動を許容することを導き出すわけではない。

制憲権者は特定の経済体系を細部において明確に定めていないので、基本法は経済政策上中立であるとするのが通説である。³¹民主的決定過程の多元性及び開放性のために、基本法は立法者に対して、そのつど目的にかなうとみえる、移行行く経済的枠組みおよび政治的多数派に対応する経済政策を遂行するよう委ねている。³²連邦憲法裁判所は個別の憲法の定めあるいは基本権の解釈を通じて特定の経済政策構想について取り上げること避けてきた。

ところが、このような経済政策的中立性は、ドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国との間に締結された「通貨・経済・社会同盟の創設に関する国家条約」（一九九〇年五月一八日）において、社会的市場経済が具体的に上書きされるものとなった。

その「社会的市場経済」という経済政策構想は、基本法上の根拠とともに以下のように説明される。

基本権として保障された市場経済における自由は、基本法二条一項に根ざした競争、生産、消費、契約自由というその要素を、社会国家原理と結び付けられることで、すなわち国家が社会的平等の利益のために経済、社会秩序を修正することを許容され、義務付けられるとする原理と結び付けられることで、社会的市場経済を構成する。³³

第3節 補完性の原則

補完性原理とは、国家は私人が個々の任務を履行できない状況にある場合にのみ任務をとることを許される、とするものである。もしも国家と私人との間で競合するものであるならば、私人に優位性が与えられるべき、とのことになる。この補完性原理が語られるのは、何も「公企業」の活動のみではない。広く行政が果たすべき任務についていわれることである。ただし、基本法に明確な補完性原則を見出すことは困難である。ヘレンキームゼーにおける憲法起草において、この原理を採用することについてそもそも合意を見ることはなかった。

補完性原理を憲法から導くとする論者の中でもその導出の様式はだいぶんと異なる。ある者は、一般的な基本原理とし、またある者は基本権内在的な原理と解する。いずれにせよ、憲法の基本権及び基本的自由の文脈において、国家の任務遂行及び規正権限に関して国家の任務拡大の要求に対して個人の自由の優先を得るための補完性原理を導くことは十分可能である。³⁶⁾

法治国家原理の一内容たる比例原則が、基本権侵害の正当化の考量の際に、国家の経済活動の比例性を判断する枠組みとして基準となる。³⁷⁾ 比例原則の要素、すなわち、相当性、必要性、相応性は、国家的影響行使の機会を限定する。つまり該当する基本権を多かれ少なかれ明確に制約するような国家的介入が、他者を通じてはつまり私的法主体によつては同じような効果的方法においてなしない場合に許されると。このことは、国家が、公共の利益を私人よりもよく達成しうる場合、あるいは私人の行動が制限されるばあいにおいてのみ国家は全部又は一部任務を引き寄せることが許される。

第4節 国家の経済的活動は基本権侵害か

基本法は、経済領域における国家との国民との関係を基本権を通じて決定的に定めている。基本法は、基本法一条三項、二〇条三項を通じて、国家に広範囲な拘束的効力を用いて、それぞれ異なる強度において、高権的あるいは国庫的、また経済企業の行動においても、限界付けている。この基本権拘束を用いて公的主体を私企業から区別している。決定的に基本権カタログから国家の経済における役割を導き出される。

法秩序とりわけ基本権に根付いた国家と利益社会との分離原則を背景にすると、国家の利潤追求的行動は「国家からの自由を観念した空間」に対する進出である。ゆえに国家は経済的行動の自由を憲法上保護される地位にない。また、国家は基本法上保護された営業の自由をたてに取ることもできない。なぜなら連邦憲法裁判所の判決によれば基本権の名宛人と基本権主体は同じでないからである。国家は所有の自由に依拠することができない。なぜなら基本法一四条は私人に所有権を保護するものであるからである。

これらから、国家は経済企業の活動を私的経済企業とは異なる法的地位において行動する。その活動を通じて不相応に国民の基本権ないし、経済企業ないし他の経済アクターのそれを侵害するとき、企業経済的に行動するは基本権における防除請求を外に置く。つまり基本法の経済政策的開放性とは関係なく、国家は営利活動的行動を制限される。もつとも公企業の形式ならばどの経済活動もア priori に基本権侵害である、と評価されるのではない。連邦行政裁判所判決によると、破滅的な競争や独占を通じて私人の経済活動が不可能となり、あるいは著しく制限された場合にのみ、基本権が毀損されたものとみる。単に私企業の競争機会を損ねただけでは基本権侵害とは評価しないのだとする。¹⁸⁾

ただし、近時の文献は、基本権領域に対する古典的な命令的侵害のみを想定して問題としていたのではなく、基本

権として保障された活動を妨げたり、脅かすような反射的行為を通じた事実上の侵害についてもとりあげている。^④この際手がかりとなるのは基本権の保護領域に関する議論である。

枠組みを作る市場の主権者として、また同時に市場参加者としての二重の役割に国家が踏み出すことにより経済的競争関係は完全に別の質を持つ。国家は、基本法上保護された社会行動圏の競争者として重ねて国家は市場における特別な地位、とりわけ企業リスクとの関連において課税特権、価格算定、イメージにおける利益を享受する。これらの競争状況への競争関連的作用は、市場にて行動する私企業へ場合によって間接的事実上の干渉になりうる。例えば、取引税の減免を国家あるいは自治体企業に対してなす場合に顕著である。

利益考量の中にあつて事実上侵害された個人の利益が高権主体の規正要請を超えると、事実上の侵害もまた基本法上の対応要求を作動させる。^④

私企業にとっては、国家によつて課された確立制限か、国家の補助金によつて競争相手の競争能力を削ぐことを通じてか、あるいは国家が影響力のある競争者としてあらわれるか、いずれも基本権の侵害であることに変わりはない。いずれの場合にしても、国家が部分市場において市場支配的地位を持つ、あるいは不適切なつまり公益あるいはその他の国家任務及び実行によつて正当化されえない競争的地位を利用しているとき、基本権侵害が生ずる。とりわけ国家的独占を通じて競争を阻止することを通じて、公企業が経済指揮的にあるいは経済指導的に用いられる場合に顕著である。

もつとも、連邦憲法裁判所は立法者に広範囲に判断評価形成の裁量を認める。この評価特権によつて、国家による独占も、立法者に知られた事実これまで得られた経験から、同様の効果を期待させるものとして対策として考えられる制限が、より負担が少ないと考えられる場合にのみ、異議がなされるにすぎない。とりわけ連邦憲法裁判所は国家

独占が公共の利益のために、私企業を純粋なコントロールに置くことよりも効果的であると裏付ける判断を委ねている。国家は純粋な規正によって公共の福祉が確保されるとの確かな認識がない限り、自身が経済的に活動するか、あるいは単に市場を規制するか、自身の評価特権の枠内において決定する。

小 括

日本国における民営化に対する法的議論をみたときに、民営化を限界づける役割としてのみ憲法上の枠組みが語られる傾向があるように思う。これは一方で、国公共団体が市場において支配的影響力を行使することに憲法上の人権、諸基本原理からの批判的検討が追いついていないことを意味するのではないだろうか。また、経済法・競争法の研究では存分になされていることではあるが、市場に対する国家の役割を認識し、これに対応した法的枠組みを構築していく必要が求められている。

この章では、国家が市場に対して二重の地位を保有することが国民の経済的諸基本権に対して及ぼす影響に鑑みると国家の経済行動が抑制的でなければならないこと、などについて検討した。

次の章では、反対に民営化を限界づけるような憲法上の枠組みについて検討していく。

第4章 公共サービスの憲法上の枠組み(2) (民営化の制限的決定要素)

第3章では、民営化への肯定的決定要素としての憲法上の枠組みとして、国家の経済行動の許容性という問題を取り上げた。本章では、反対に民営化を制限する要素として働く憲法上の枠組みを整理する。

後の記述で明らかになることではあるが、制限的決定要素と目される憲法上の基本権や諸基本原理は、民営化をすらかしないかという段階においてはほとんど具体的な形を持つものではない。むしろ、民営化後の公共サービスの供給のあるべき姿を条件づけることに大きな役割を果たす。

以下に順番に制限的決定要素と目される憲法上の基本権や諸基本原理と公共サービスの民営化との関係を検証していく。

第1節 自治体の自治行政保障

自治体における民営化可能性が高まると、民営化に限界を画する憲法上の枠組みとして、自治体の自治行政保障が重要な意味を持つ。基本法二八条二項は自治体に地域的経済社会の事項を自ら規律することについての制度的保障を与えている。⁽⁴⁾ 権限 (Allzuständigkeit) の実体的保証、のみならず、組織高権が問題となってくる。基本法二八条二項が自治体自治行政の各領域を、立法措置による強制的民営化から守っている。憲法上保証された諸権利の擁護をなす義務と自治行政保障とは対応している。

先に、全権限の実体的保障についてみていく。制憲権者は自治行政の本質的内容について限定せず、基本法二八条二項一文に含まれる法律留保を根拠として経済社会的及び社会的変遷を顧慮してそれらは定められるべきであり、その本質的内容から生ずる任務の実体的な列挙はなしえない。⁽⁵⁾

さて、委託事務及び指示による義務的任務について、自治体には固有の決定余地がない。義務的自治事務の領域においては、自治体には自身に課せられた任務の実現の事項及び方法に関して形成裁量を持つ。また、任意的任務については、その任務を実行するか、実行するについて自治体に裁量がある。

各々の自治体における需要及び自治体の財政的給付能力に応じて、自治体は民営化についてとりわけ経済政策上の根拠から基本的に自由かつ自律的に決定することができる。ただし、実体的民営化はその任務が生存配慮の任務でないときに限ってなすことができる。生存配慮の任務は通常基本法二八条二項の核領域であるからである。自治体は、民間化によって自身の任務責務が引き離されることのないように、給付を提供すべく保証しなければならない。この任務を自律的な組織体に委譲することは、原則的に許されない。

自治体の自治行政の各領域における民営化措置が展開している事例においても、自治体は「確保要請」という意味において、たとえ私人を通じてでも、給付がもたらされるべく計らうことになる。

組織編成の形成の自由は、自治行政保障とは別に存する。それでもなお、この領域における措置は正当性を備えなければならず、またとりわけ比例性原則の下にある。

第2節 社会国家原理及び国家による給付保証

社会国家原理を「提供される社会的給付の低下を許さない」ことを意味すると考えるのは難しい。社会国家原理は第一義的に国家目標を定めているに過ぎず、立法上の形成余地の枠組みにおいて具体的な形成が進められるべきものであるからである。⁴⁴

さらに、社会国家原理は、任務の遂行についてその方法を定めるものではない。給付を自ら、あるいは私人を通じてもたらすかどうかは関係なく、自由権を行使するための実際的前提条件としての物質的あるいは非物質的財を取得するべく、事実上の諸条件を適応させることを通じて機会の平等を図るべく、またそのために適正な社会秩序を確保すべく、国家を義務付けている。⁴⁵

そのため社会国家原理はむしろ民営化がなされた後の法を形作る。

第3節 法律留保の原則

法治国家原理並びに民主主義原理から公企業の存在を憲法上直接に正当化されていない限り、立法者は公企業の設立及び経営に法律上の基礎を与えなければならない。立法者は、国民の基本権領域に関わる、あるいは共同社会に関わる全ての基本的問題を自ら律しなければならぬために、最低でも共同社会上の意義を持つ公企業に関連して組織法上の法律留保を基礎づけなければならない。⁴⁶⁾

本質性理論から生ずる議会留保に関して、どの程度の規律密度において法律上の規定に明示すればよいかという問題が問われる。少なくとも企業の対象と、国家的に行われる企業を正当化するだけの公的任務は定めなければならない。

議会留保からさらに以下の要請が生ずる。法律の根拠の中において経済企業の活動を正当化する特別な公共の福祉に関連する公の目標が得られなければならない。絶え間ない任務拡大を通じて国家の企業的行動の手におえない逸脱を阻むためである。

企業活動が依然として予定された公共の目的の枠中におさまっているか、つまり、もともとの正当化基礎がかわりゆく社会、利益社会及び経済的枠組みを背景としてなお、成立するか、あるいは時代遅れとなるか、後のコントロールにおいて確認できるように具体的に定められなければならない。⁴⁷⁾

小括

この章では、公共サービスが民営化される場合に、制限的なあるいは条件を付与するような、憲法上の枠組みを確認することにした。

検討したほとんどの基本原理が民営化を選択する公的主体の決定を阻むように解することはできない。唯一、地方自治体の自治保障が「生存配慮」の給付について、実体的民営化を禁止するといった命題を導いた。しかしながら、実体的民営化がなされることは、ドイツにおいてほとんどないため、この「生存配慮」に関する命題も「民営化」の法的議論の中では埋もれがちである。

これら基本原理が公共サービスのあるべき姿に影響を及ぼすのは、やはり民営化後の法 (nachfolgensrecht) においてである。本稿では紙面の都合もあり、まだ立入っていない。

いずれにしても、この部分における検討は甚だ不十分であるので、再度他の論稿でとりあげていくことにする。

おわりに

本稿は、民営化の進展が著しい状況にあつて、なおも国、自治体は、自身が持つ機能や特性に鑑みて、公共サービスのあるべき姿について責任を負うべきであるとの問題意識に立っている。

では、国、自治体は、どのような局面において、どのような種類の責任を負うべきなのか、さらにそれらを日本国憲法の人権や公序、諸基本原理からどのように基礎づけるのか。これを探るには、先達が残した優れた先行研究をつぶさに調べ上げ、また諸外国において積み上げられた議論を参照する必要がある。筆者の能力が及ばないために、本

格的な考察に立ち入ることはまだできていない。

第1章では、ドイツの生存配慮概念について採り上げた。新自由主義者が用いるフレーズ「民でできるもの」については「民で」に対抗しうるものとして、また現代国家が引き受けるべき地位に対する構想を根底に持ち、法的命題を持ちうるものとして、「生存配慮」概念に期待したというのがそもそもその出発点である。生存配慮概念はその時代における要請を反映して行政法学史に、特に給付行政法の領域において大きな功績を残している。しかしながら、既にみたように、概念性や体系に対する地位を徐々に放棄し、現代に至る。代わって、今日脚光を浴びるのは、ホフマン・リームらに代表される「保証国家」構想とその「保証国家」が果たすべきとされる諸責任の類型である。これらについては、民営化の類型とともに、第2章で確認したところである。しかしながら、これらは国家が有すべき責任を何故に形成しているのか、という問いについては必ずしも十分に応えていないように思うのである。そこで、続く第3章、第4章においては、未完成ではあるが、公共サービスに対して基本法上の基本権や諸基本原理がどのようにそのあるべき姿を形作るのか、という点を追った。

本稿の後の研究においては、具体的な公共サービスの分野を一つ取り上げ、国家による「保証」の実相をみていき、日本国の議論に対する具体的な示唆を得るための本格的な考察に立ち入ることにしたい。基本的な問題意識はそのままだに、より精緻な研究を目指して今後も作業を重ねていく。

【注】

- (1) 行財政改革の沿革について、石井晴夫ほか『公民連携の経営学』三九～六二頁（中央経済社、二〇〇八）。
- (2) 三公社の特殊会社への移行をはじめとして、ついに二〇〇七年一月には郵政民営化に至る。前掲・注(1)四六頁。
- (3) 二〇〇三年地方自治法改正により従来の管理委託制度から、公の施設の管理を委ねる対象を民間事業者に拡大し、さらなる住民サービスの向上と経費節減を狙うものとされた。比較的最近の同制度の現状と課題についてまとめた研究として、地方自治総合研究所『指定管理者制度の現状と今後の課題』自治総研三四（五）六六～一二二頁（二〇〇八）。また、近年文化施設における指定管理者制度導入の一層の進展が見られる、『市立T.S.U.T.A.Y.A 図書館』誕生へ 広がる民間委託』『日本経済新聞』二〇一二年七月二日。
- (4) PFIの現状につき、榊原秀訓「PFIにおけるVFM」三橋良士明・榊原秀訓編著『行政民間化の公共性分析』一七四頁以下（日本評論社、二〇〇六）を参照。
- (5) 前掲・注(1)四九頁。
- (6) 目的とした効果に根本的に反する事態も生じた。「第三セクターの多くが、かえって行財政の肥大化と無原則的な官民の相互依存を招き、必然的ともいってよい破綻が、非効率運営の克服どころか今日の国と自治体の財政危機の原因となっている」。「参照、紙野健二「行政の市場化と規制緩和」三橋良士明・榊原秀訓編著『行政民間化の公共性分析』七七頁（日本評論社、二〇〇七）。
- (7) Forsthoﬀ, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S.4.
- (8) Forsthoﬀ, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S.4; Volker Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, Berlin, 2011, S.22f.; Konstantin Triemann, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.30ff.
- (9) フォルストホフの生存配慮概念がヘーゲルやロレンツ・フォン・シュタイン、ヤスパースによって影響を受けたものであることは有名であるが、フォルストホフは特に「扶助」との区別において「生存配慮」の「事前の配慮」を強調する。参照、角松生史「現存在」への「事前の配慮」—E.フォルストホフ「Daseinsvorsorge」論の「側面」確井光明／小早川光郎／水野忠恒／中里実編「金子宏先生古稀祝賀 公法学の法と政策（下）」（有斐閣、2000.9）二六五～二八七頁。なお、本稿ではこれ以上立ち入らないが、ドイツ行政法学史の中におけるフォルストホフの生存配慮概念の生成の過程について、詳細な考察が加えられているものとして、参照、Volker Schneiderhan, Daseinsvorsorge und Vergaberecht, Berlin, 2011, S.22ff.
- (10) Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1973, S.368.

- (11) *Badura*, DÖV 1966, S.624, 627.
- (12) *Forschhoff*, *Rechtfragen der leistenden Verwaltung*, 1958, S.9.
- (13) *Forschhoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl., 1973, S.526.
- (14) *Konstantin Tiemann*, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich*, 2009, S.34ff.
- (15) ÖPNV (近距離公共交通運送) を規定する地域化法 (Regionalisierungsgesetz) は、その一条において公共交通のサービス提供を「生存配慮」の任務と明文で位置づけている。
- (16) *Mathias Knauß*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S.45ff.; *Pielw*, Jus2006, S.692.
- (17) 参照: *Konstantin Tiemann*, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich*, 2009, S.33f.
- (18) 参照: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: *Paul Kirchhof* (Hrsg.) *Staat und Steuern*, Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S.47.; *Mathias Knauß*, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S.74.
- (19) 参照: *Das Recht der Privatisierung*, Heidelberg, 2008, S.297ff.; *Jörn Axel Kämmerer, Ehlers/Fehling/Pinder* Hrsg., *Besonderes Verwaltungsrecht Band1 Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S.390.
- (20) *Stefan Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*; *Das Recht der Privatisierung*, Heidelberg, 2008, S.297ff.; *Jörn Axel Kämmerer, Ehlers/Fehling/Pinder* Hrsg., *Besonderes Verwaltungsrecht Band1 Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S.390.
- (21) ヤン・ツィーコー著 (人見剛訳) 「再公営化—地方自治体サービスの民営化からの転換—ドドイツにおける議論状況について」立教法務研究第七号四七頁以下 (二〇一四) を参照。なお、参照: *Josef Ruting-Stefan Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, 2011, Rn.652.
- (22) 参照: 前掲・注 (21)。板垣勝彦『*保障行政の法理論*』二二三—二二四頁 (弘文堂、二〇一三)。
Wolfgang Hoffmann-Riem, in: *Paul Kirchhof* (Hrsg.) *Staat und Steuern*, Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S.47, 49, 51; 参照: 三宅雄彦「保障国家と公法理論—ドイツ規制緩和における国家任務の位置—」*社会科学論集* 二二六号二二頁以下 (二〇〇九)。
- (23) 前掲・注 (21)。
- (24) 参照: 山田洋「*保証国家*」とは何か」岡村周一、人見剛編『*世界の公私協働*』一四六頁 (日本評論社、二〇一二)。
- (25) 山田洋「*保証国家*」とは何か」岡村周一、人見剛編『*世界の公私協働*』一四七頁 (日本評論社、二〇一二)「いかなる国家においても、生活に不可欠なサービス等のすべての供給を法的に保証することは不可能であろうし、それが市場により十分に供給されているのであれば保証の必要もない。当然のことながら、その範囲は、時代や社会状況などによって大きく変化せざるを得ない。」

- るを得ないであろうし、その範囲の明確化には大きな困難が伴う。」またドイツにおいてこの問題に対する論究がなされないことについて「論理的には、保証責任を含めた国家の関与をまったく放棄した形態での民間化が選択肢となるとすれば、当該サービス等が「生存配慮」の枠外のものか否かが論じられなければならないこととなる。しかし、現実のドイツにおいては、こうした形態の民間化が考えにくい以上、こうした保証責任の「外枠」を問題にする実益は薄いであろう。」との指摘がある。
- (26) 航空管制に関するドイツの公私協働を取り上げたものとして、参照、戸部真澄「私人による「公権力の行使」航空管制権限をめぐる」岡村周一、人見剛編『世界の公私協働』一三三頁以降。
- (27) *Ruthig/Storr*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2011, Rn.686; *Stöber*, HdBWUR, S.853; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2010, S.118.
- (28) *Ruthig/Storr*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2011, Rn.687.
- (29) 基本法の中にはいくつかの連邦の企業行動について言及しているところがある。中でも連邦鉄道については、連邦鉄道を「私法形式における」「経済企業」として営むことを定めている(八七。条三項一文)。一九九二年に八七d条に挿入された一項二文では、航空行政について私法的組織形態においてなしうることの可能性を開いている。これらはおかつて連邦固有の行政として担っていた任務を「経済企業」「私法的に構成された」によって担うことを可能とする規定である。そのことは、逆に連邦の企業行動を憲法が許容することを前提としているようにも思えるが、そのようには解されない。この領域ごとの特別な個々の規律はしかしながら一般化できるような法原則に資するものではなく、せいぜい連邦による公企業を通じての経済活動が憲法許容されないものでない、とこのことを導くにすぎない⁸⁸。参照、*Konstantin Tiemann*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.137f.
- (30) *Eisemenger*, Neuregelung des öffentlichen Unternehmensrechts?, S.87.
- (31) *Jipsen*, Staatsrecht 2, 2006, Rn.674.
- (32) BVerfGE 4, S.7 (17f.).
- (33) *Konstantin Tiemann*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, S.140f.
- (34) *Ismayel*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1967, S.278f.
- (35) アッペルによると、自由主義的・社会的な市場秩序という秩序原理を伴う基本権からは、自己規整の要素をできる限り活発化させようという要請が、導き出される。補充性原理について参照、板垣勝彦『保障行政の法理論』一四四～一四七頁(弘文

註 110-111)。

- (36) *Konstantin Tieman*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.144.
- (37) *Helin*, Rechtspflicht zur Privatisierung, S.149 f.
- (38) BVerwG, DVBl. 1996, 152, 153m.w.N.; BVerwG, DÖV 1978, S.851.
- (39) *Gusy*, NJW 2000, S.977ff.; *Murswiek*, NVwZ 2003, S.1ff.
- (40) *Konstantin Tieman*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.149.
- (41) BVerfGE 26, S.228 (237 f.); *Kämmerer*, Privatisierung, S.181ff.
- (42) *Kämmerer*, Privatisierung, S.188.
- (43) *Kriemeyer*, WiVerw.1978, S.65 (73); *Ehlers*, DÖV 1986, S.88; *Ronellenfisch*, DÖV 1999, S.705ff.
- (44) BVerfGE82, S.60; BVerfGE 69, S.272.
- (45) BVerfGE 22, S.180(204); 33.S.303 (331); 69, S.272 (314).
- (46) *Konstantin Tieman*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.152.
- (47) *Konstantin Tieman*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen in Deutschland und Frankreich, 2009, S.153.