

特殊法人と“行政主体”論

舟田正之

はじめに

一 ドイツ法における「公法人」概念

公法人の意義と種類

(1) (2) (3)

「組み入れ」理論

組織と機能

二 わが国における“行政主体”論の再検討

「独立行政法人」説

(1) (2) (3) (4) (5) (6)

「組み入れ」理論

問題点1——中間法人性

問題点2——機能的要素と制度的要素

問題点3——行政的任務と公共的任務の区別

問題点4——私人の自由の確保

三 特殊法人と公共的任務

国家の「内部」と「外部」

公共的任務と行政主体

(1) (2) (3)

おわりに

はじめに

本稿は、『現代行政法大系』第七巻に執筆した「特殊法人論」⁽¹⁾との補完を目的とする。右の論文は、特殊法人のうちの一部の法人を「行政主体」（あるいは「独立行政法人」）に当るとして、それらを、その母体たる国の実質的な一分肢にすぎないとする通説を批判して、行政主体＝公法人と私的法主体＝私法人（以下、自然人も含めて「私人」という）との区別は、今日の国家・社会の構造を把握するには適当ではない」と、そして、特殊法人は、国家と社会の相互浸透という構造変化が組織形態の特殊性として現象した產物であって、国家と社会とを媒介すべき「公共性」ないし「公共的任務」を担う主体として性格づけられるべき」とを説いたものである。問題を国家と社会の構造変化との関わりにおいて把えるとするが、その全体にわたって仔細に考察することとは現在の筆者の能力を超えることになるが、右の論文で説き得ずに残した論点がいくつあるので、ハンドルで覚え書に近いスタイルで語るに留めたい。

(1) 舟田「特殊法人論」現代行政法大系七巻(昭五九刊行予定)。

— ドイツ法における「公法人」概念

- (1) 公法人の意義と種類　公法人 (juristische Person des öffentlichen Rechts) について、ドイツの行政法者は一般に次のように説明している。
- ア　公法人は、市町村 (Gemeinde) のよど、法以前の社会的実体に基づいて成立するものあり、また、公共組合 (öffentlich-rechtliche Genossenschaften) のよど、私的イニシアティヴによって成立するものあるが、権利

能力ある法主体としてのその固有性は、それが私的自治の原理によるのではなく、一定の法律または法律に根拠をおく国家の行為に基づいて成立するところにある。なお、公法人の権利能力もこの觀念は、民法からの借用であるが、私法上の法人と異なり、公法人の権利能力は、壁られた範囲でのみ認められる。

(イ) 公法人たる独立の（あることは独立化された）行政主体 (selbständige od. verselbständigte Verwaltungsträger) は、公の社団 (öffentliche Körperschaften)、公製造物 (öffentliche Anstalten) やある公の設立 (öffentliche Stiftungen) などの種類の組織形態のうちの「ややかな形態をもつて」行政主体だ。公製造物は、その行政が問題となる共通性 (Gemeinwesen) やれ自身に対して法人格を付与したもののふじての國家あるいは市町村、およぶやねむの一分肢 (Glieder) に対して法人格を付与したもののふじての組織の公の社団・製造物・財團を指すが、それらの公行政の主体となり公行政の任務遂行を授權された私人 (mit hoheitlichen Aufgaben Beliehene) や、その限りで行政主体たる資格を有する。すなむか、「公法人は、授權を受けた私人云々は、『行政主体』である。」

ウ 他方、公行政 (öffentliche Verwaltung) は、行政自身云々は、その直接行政組織 (例へば、直営企業 Eigenbetrieb) や公法人 (例へば、製造物)、あることは私法上の会社 (例へば、田口会社 Eigengesellschaft) などの組織形態を構成する遂行やねむる所、また私人によひ、前出の授權を受けた企業 (beliehene Unternehmen od. Beliehenen) や公私混合企業 (gemischtirtschaftliche Unternehmen) 等の形態や遂にやねむる所。

ただし、これらの法主体がなす行為が、公法あることは私法の「やられの法形式」によひなれるかは、個別具体的に見なく分からぬりゆであり、例えば、當造物法人が私法上の行為をなすりゆある、また、田口会社が私法上の行為をなして、公行政の一環として、一定の公共的任務の遂行する性格を有してくる場合には「若干の公法上の法原理に服す」との議論もある（「行政上の私法」 Verwaltungsprivatrecht）。

(2) 「組み入れ理論」

ア ところで、歴史的に見れば、公行政は、国家および各種の公法人によって担われるのが原則であつて、その例外が公法上の権限を授与された私人による行政であつたことは前述の通りである。しかし、殊に第一次世界大戦後、自己会社や公私混合企業等の形態によつて、生存配慮 (Daseinsvorsorge) と呼ばれる供給事業を中心とする公行政が遂行される傾向が広まる。これらの私法上の会社形態による行政目的の遂行の当否に関しては、行政実務と学説の双方において議論が多く出され、この間の事情については既にわが国にも紹介されているといふるである。⁽⁹⁾

(イ) 西ドイツ行政法学の通説的立場によれば、各種の公行政の扱い手の法的組織形態とその行為形態とは相互に無関係であり、組織形態は、公法上のそれと私法人のそれとに分かたれる。公法上の組織形態としての前掲の公営造物・公の社団・公の財團といふ三種類の公法人の特徴としては、公共的目的 (öffentlicher Zweck)⁽¹⁰⁾、高権的権限、生存配慮義務、義務帰属性、国家監督などが挙げられているが、すべての公法人がこれらの特徴を必ず備えているわけではない。むしろ公法人の決定的基準とは、これらを考慮要素として総合的に判断されるべきものとしての、「國家の公共的秩序への当該団体の組み入れ (Einbeziehung⁽¹¹⁾)」である、というのが一般的説明である。⁽¹²⁾ すなわち当該団体の行為形式あるいは公共的任務という機能的要素とは無関係に、その制度的要素のみから、ある団体が、「國家の行政システムの中に組み入れられてゐる (eingegliedert sein)⁽¹³⁾」と認められる場合、それは独立化された行政主体=公共団体 (öffentlich-rechtliche Verbände)=公法人である。

(3) 組織と機能

ア しかし、右述の公法人に関する「組み入れ」理論の概観は、やや単純化し過ぎており、議論はかなり錯綜

している。それは、従来から議論されている私法・公法の中間的組織、すなわち、「部分的・高権的性格の団体」、あるいは、公共団体という資格は、「明文の規定による」のか、それとも「本質による」のか、等の問題に現われていたのであるが、⁽¹⁴⁾近年の論議の新しい展開の中から、問題の中核は次の点にあることが明らかになつてきた。すなわち、各種の組織形態をとる団体を公共団体として把えるか否か、また公共団体としても、公の社団と公営造物のいずれとして把えるべきか等の組織の法的性格に関する判断が、組織の目的（「公共的目的」）および任務、〔公共的任務〕または「国家的任務」——これらの概念については後述する。等の「実質的基準」に従つてなされるべきか否か⁽¹⁵⁾、および、右の問題と一部重なることであるが組織形態と組織の機能とを全く別の事柄として考えるか、それとも、組織の法的性格はその機能をも考慮に入れてはじめて把え得るのか⁽¹⁶⁾。

(イ) 右の問題は、漸く最近に至つて議論が始まつたにすぎず、従来は、組織に対する法学上の関心は組織形態それ自体に集中していたし、ポン基本法制定後も権保保護という観点が導入されたにすぎなかつた。⁽¹⁷⁾近年の「実質的基準」の導入論、あるいは、「制度的要素」と並んで「機能的要素」をも考慮の対象に入れるべきであるとする説の一例として、以下では、「国家による経済的竞争への参与 (Teilnahme)」と組織形態との関係を論じたH・クラインの所説を瞥見しておこう」ととする。

(ウ) 国（連邦・諸ラント）あるいは市町村は、その全額出質あるいは一部出質により、私法上の法人を設立して公共的目的を達成しようとすることがある。市町村が、生存配慮 (Daseinsvorsorge) のために経済的企業を株式会社や有限会社等の形態において當むことは、第一に、当該企業がなければ、市町村は直當形態で当該生存配慮事業をなさなければならないという意味で、定められた公共的目的を達成するという任務に関するものであり、第二に、この公共的目的は、各ラントの地方自治法において、制度の中に組み込まれている、という理由に

よって、「公行政」の一部としての質格を有してゐる。これに対し、国あるいは（市町村以外の）公法人が経済的企業に参与するいふは、国庫的活動の性格を有し、国家的任務の遂行のための活動、すなわち公行政ではない。何故ならば、当該企業が私法上の組織形態をとる場合には、国等の出資の割合がその全部あるいは大部分を占めるともども、当該企業と国等との間には「制度的・組織的な関連」が欠けており、また、当該企業が公法上の組織形態、例えば、国の直営事業（Regiebetrieb）や前掲の三種の公法人形態をとる場合には、右の制度的・組織的な関連は存在するが、単なる競争参与（Wettbewerbsteilnahme）である限りでは、公共的田的が常に見出されることは、えず、従つて、公行政をなす実質的基礎に欠けるからである。

以上のH・クラインの所説は、錯綜する諸説の中の一つにすぎないが、ニヤツの組織法上の議論の特徴が現われてゐる。すなわち、第一に、「公共的田的」を、生存配慮あるいは競争参与という実態を関わらせて判断するに依り、第二に、問題となり得る組織と国等との間の「制度的・組織的な関連」の有無を、具体的な実定法（例えば、地方自治法）の規定およびその解釈を通じて判断するいふ、である。以下では、主としてわが国の法制度について検討するいふとなるが、右の諸点についての参考となる限りをやれるいふがある。

(2) 「公法人」といふの一般的説明としては、いりやな井山¹⁾、次の教科書に拠つた。H.J. Wolff-O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), S. 243ff.; E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10 Aufl. (1973), S. 482, 485.

(3) z.B. vgl. E. Forsthoff, Anm. 2, S. 435. なお、Träger öffentlicher Verwaltung は、やがての学説における「行政組織法上の行政主体」という狭い意味に限らず、行政を現実に遂行する者という意味でも用ひられ、この場合は「聖母子」による訳語の方が近いいふべき。更に、例えば、被造物は法人格を有してゐる限り、行政主体といふ意味で Träger öffentlicher Verwaltung であるが、その被造物の外において、それを設置して支配する者、すなわち被造物の主人（Anstalther）は、被造物の押出し（Anstalsträger）であるが、自然

人等の権利能力を有するれた団体(法人)を指すが、かゝるにては該社團に就いては Subjekte öffentlicher Verwaltung が、前項の Träger からみて、権利能力を有しなら「機関」やならむ「組織」(Behörden) と Träger öffentlicher Verwaltung が、
上に該等の事務を執行するものとされ、vgl. Wolff-Bachof, Anm. 1, S. 26-31. かかる公私を問はずたが、該等の事務
の開設やあらゆる、実質的な所有關係である、öffentlicher od. privater Rechtsträger と、öffentliche od. private Rechtssubjekte
である。該組合せられた用語法など、もへどある。

- (4) Wolff-Bachof, Anm. 1, S. 26. など、貸權 (Beleihung) に該等に付せば、vgl. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bd. 1, 2. Aufl. (1953), S. 533 ff. ものと該組合せられたが、Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol (1963), S. 253,
Ann. 63, 65.; Türgen Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben (1979), S. 38 ff. が
が國の行政機関等の事務を執行するものと該組合せられた、美濃姫連拓・田村克彦 (上巻) 川本誠二郎 (下巻) が、

(5) Wolff-Bachof, Anm. 2, S. 245.

- (6) vgl. W. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 235 ff.; E. Forsthoff, Anm. 2,
S. 470 ff.; H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb (1968), S. 32 ff., 87 ff.; P. Badura, Anm.
4, S. 248-250. これらは該組合せられたが、我が國でも、米永敏和「西歐ハシマニカの機械化組織の圖像の演進考察」論三大經濟
論叢四九卷一號二十九八頁以下(留用1)、國田雅夫「マーシュガルタの製造物學說の展開」阪大法学八六号八六頁以下(留用8)、同「現代行
政における製造物機械工・工」國立大学法學院雑誌四四卷四号四四頁以下(留用O・H)、同「地方公共団体の
經濟的活動等の限界」國立大学法學院雑誌四八卷一號一頁以下(留用H)、同「行政課題の Privatisierung 署記」國立大学法學院
〇周年記念論文集・法學と政治学の現代的展開一三三頁以下(留用H)、井上弘(署)・歐米の交通公企業大判四四頁以下(井上執筆部分)(留
用H) 等のものと該組合せられた諸研究があつ。

(7) 組織形態の行政形相させ、今世では、各々別箇の事務執行機関の形相となるが、これに、組織形態が通常組織の機関的聯繫を営むべく
其の内部に於ける運営の問題として、dazu vgl. W. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung (1969), S. 172; Rüfner,
Anm. 6, S. 235 ff., 265 ff.; P. Badura, Anm. 4, S. 250.

- (8) hierzu z.B. vgl. Wolff-Bachof, Anm. 2, S. 105 ff. insbes. S. 108 ff. 成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究二八号一四九

頁（昭四一）参照。なお、この行政上の私法が妥当すべき場合とは別に、國や地方公共団体その他の公共団体（行政主体）が、自己の財産の管理、処分のためだけの各種の経済的活動をする場合（狹義の「国庫」Fiskus的活動）は、公行政としての性格を有せず、一般私法が用いられるべきである。

(9) vgl. z.B. Rüffer, Ann. 6, S. 257; W. Brohm, Ann. 7, S. 177 f. わが国における研究としてはやしあたり、前注(6)の諸文献を参照。

- (10) z.B. vgl. E.R. Huber, Ann. 4, S. 104 f.
- (11) E.R. Huber, Ann. 4, S. 104 f.

(12) 例へば、市町村の全額出資による株式会社が、その政策目的のための事業を行つたものである場合、当該会社は、「國家組織に組み入れられており、従つて“非私人（Nicht-Private）”である」¹⁰ vgl. J. Grabbe, Ann. 4, S. 42 u. Ann. 139 dort. また、ウォルストホフによれば、「おの社会構成体が公法的に構成されてしまつて、従つて被造物であるか否か」によって、やぐらの諸事情を勘案して、それが、「制度上、官庁組織」なる「まれに」（eingefügt）ことなく、直ちにその性格を有してしまふ、やしら、その職員（少くともその執行部）が直使の下に見られてゐるか」¹¹ から、官庁としての性格を有してしまふか、やしら、その職員（少くともその執行部）が直使の下に見られてゐるか」¹² より、オルスムホーフの「間接国家行政」と、伝統的な組み入れ理論にてこしやねだらのむしら、塙野宏「地方公共団体に対する國家関与の法律問題（II・税）」国家学会雑誌七九巻九・一〇号五九五頁以下（昭四一）があら。

- (13) BVerfGE 15, 46 (66 f.). dazu vgl. H. Klein, Ann. 6, S. 202 f.
- (14) z.B. E.R. Huber, Ann. 4, S. 106 ff.; W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 111.
- (15) 例へば、監査金庫（Sparkasse）が、公法人（法律上は、公营造物である）か私法人（機能的には銀行に近い）かにして vgl. W. Brohm, Ann. 7, S. 176 f. 公法上の組織が「専らの公共的目的を追求する」（バイヒルン財团法中の要件 vgl. BVerfGE, 15, 66.）かでないかといふ異論はない、問題は、当該業務の実態を考慮に入れ、「公共的目的を追求する」組織か否かを判断してみるかといふ点である。被造物の公の社團の区別については、例へば、E. R. ハーベルトロームの対立がある。vgl. E.R. Huber, Ann. 4, S. 115; W. Brohm, Ann. 7, S. 31.
- (16) 「官署の対立」といふが、前説が通説であるが、後説は様々の構成が存在する。後説の例へば、z.B. vgl. W. Brohm, Ann. 7, S.

28 ff., 168 ff.; H. Jecht, Die öffentliche Anstalt (1963).

(17) vgl. W. Brohm, Anm. 7, S. 28.

(18) H. Klein, Anm. 6, S. 202-214.

II わが国における“行政主体”論の再検討

(1) 「独立行政法人」説

(ア) わが国における伝統的な行政法学によれば、国および地方公共団体は、恒久的あるいは永続的な存在であるから、行政主体としてはこの二者で十分であり、僅かに歴史的沿革の故に、公共組合および營造物法人が例外的に行政主体とされていたにすぎなかつた。すなわち、行政組織法上の行政主体たりうるのは、国および公共団体(=公法人)のみであつて、この公共団体には、地方公共団体、公共組合、および營造物法人の三種類があると説かれていたのであつて、その限りではドイツ法とほぼ同様であるが、ドイツと比べ、公共組合と營造物の実際上の重要性は著しく低くかつたといつてよい。⁽¹⁹⁾

(イ) ふいにや、国家と社会の相互浸透という現代質本主義特有の構造的变化に対応して、国・地方公共団体とは別の法人格をもつ独立法人、あるいは、国等の公法人と私人との共同出資による法人を設立してこれに一定の公共的任務を遂行させる、という法技術が有効あるいは便宜である、とわれることから、昭和初期以降、各種の中間法人が簇生する。⁽²⁰⁾この点は、既存の組織形態である前述の三種類の公法人か、それとも商法上の会社形態かのいずれかを選ばざるを得ないとされたドイツと対照的であり、わが国では、「當团」等の新しい組織形態や、一般の商法上の会社とは組織法上様々の差異のある「特殊会社」という組織形態が作られたわけである。このよう

な実態を基礎にし、かつ、公法と私法の区別における学説の変遷を背景に、「行政主体概念を寧ろ意識的に、公法人概念（乃至一般に公法と私法の二元的理解）との切断の下に用いようとする試み」⁽²¹⁾が現われている、しかし、近年の行政法の代表的な体系書も、營造物法人あるいは認可法人の一部を公の財団法人、また、公共組合を公の社団法人として、これら両者を「独立行政法人」と呼び、その組織の全体を総合した「特殊行政組織」という概念を採用するに至っている。⁽²²⁾

(ウ) この行政主体概念について、行政法学の通説的立場は、国家と社会の二元論を前提に、すべての権利主体を公法人＝行政主体と私人＝私的法主体のいずれかに振り分けることを基本とする。もちろん、私人は、いわゆる「私人の公法行為」⁽²³⁾あるいは委任行政の主体となり、また逆に、国等の行政主体が私法上の法律関係の一方当事者となることはあっても、そのことと私人・行政主体としての本質的属性とは関係がない。すなわち、このようないくつかの個別具体的な作用法上の法的地位と別に、「ある法主体は、それ自体がそれ自体の属性として、まず『行政主体』であるか『私的法主体』であるかの、いわゆる性格付けられる」⁽²⁴⁾ものとされている（以下、このような「行政主体」概念をとる説を、「独立行政法人」説と呼ぶことにする。）。

(2) 「組み入れ」理論

(ア) しかして、この獨行行政法人説による行政主体と私人との区別は、区別それ自体よりも、ある法人が行政主体とされることにより、それが、実質的・機能的には「行政組織の一環」であり、「国との間に一体性を有する」と認められることに重点が置かれていることに注意すべきである。すなわち、ある法人が、「独立行政法人」と呼ばれ、「国とは別箇の行政主体」であるとされても、そのこと自体には重大な意義が与えられているわけではない。このことは、監督行政庁による当該法人に対する指揮監督権の範囲が少くとも明文上はほとんど制限さ

れていない」とに端的に現われている。

(イ) もうと、ドイツ法においては、公の社団は、その構成員によって形成される固有の内在的意図 (immanent Wille)⁽²⁶⁾ に基づいて設立および業務運営がなされ、監督行政府の指揮監督権も公法性の監督によるもの、合目的性の監督には及ばない、と解されてくるので、「独立行政主体」 (selbständige Verwaltungsträgern) という意義はある。これに対し、當造物法人は、母体 (Muttergemeinwesen) の意思に従属してくるので (transzendenter Wille)、母体の一分肢である「いふが重要であつて、ルーリだ、「直接的国家諸機能から距離を置く」といふメメント」⁽²⁷⁾ は全くなく、すなわち、合目的性の監督に服し、従つて、法人格のない當造物と當造物法人の区別は、私法上の意義しかない、と説く者もいるのである。⁽²⁸⁾ いひでは、法的組織形態の問題が、自治行政 (Selbstverwaltung) との関連で把えられているわけである。

(ウ) これに対し、自治行政という観念が、地方自治体に関してのみ認められてきたといつてもよいわが国の場合、新しく簇出した各種の特殊法人に関しては、前述のドイツ法における「組み入れ」理論の一部のみが導入される。すなわち、一定の特殊法人に対して「行政主体」という資格を与え、それらは実質的な国の行政機関の一種として把えられているのである。わが国の「独立行政法人」論は、特殊法人の実際の機能、殊にそれに委ねられている公共的任務との関連を顧慮せずに、専ら、国家との間の組織法上のつながりを基準にして、国家の行政組織の実質的な一分肢となつてゐる法主体に「行政主体=公法人」という資格を与える、という考え方であるといえよう。

(3) 問題点1——中間法人性

しかしながら、第一に、右のような組織法上のつながりについての実質的な考慮から、諸法人が國家組織に「組

み入れ」られているか否かを判断するとすると、その判断要素は、当該法人の設立形式、実質的な所有者が誰か、運営費に関する国の支出のあり方、等々の複数の要素とならざるを得ず⁽³⁰⁾、それらを総合的に判断して、行政主体か否かを決めるのは甚だ困難であり、かつ、見方によつて結論が異なつてくることになりかねない。法形式によつて明確にされるべき組織法の領域について、右のような判断の仕方が成り立つかどうかは疑問であり、むしろ、右掲の諸要素の複合についての実質的判断は、国と純粹の私的法主体との間に、行政主体性の濃いものから薄いものまでが分布していると見る私法学者の見解⁽³¹⁾へと連なるものであらう。

(4) 問題点2——機能的要素と制度的要素

(ア) 第二に、そもそも諸々の特殊法人を、その担うべき公共的任務の具体的な作用法上の性格ないし実態上の機能を度外視して国との法制度的ないし実質的な組織的つながりという点からのみ見ること自体が問題ではないかと思われる。

この特殊法人と国家との組織的つながりが主として問題となるのは、營造物法人＝公の財團法人である。この点について、戦前の中間法人の代表例としての帝都高速度交通營団等の三つの營団は、政府当局の説明によれば財團法人であるとされていた。これに対し、民法学者からは、民法上の財團法人の場合には、「出捐者は法人成立と同時に法人とは全く分離せる第三者とな」り、「財團法人は経済的実質的に言へば、主体なき財産である」のであるが、營団の出資者は、「実質的には營団資本の拠出者、その企業の所有者であることは、株式会社の株主におけると何ら異なるところはない」という相異があるとの指摘がなされていた。⁽³²⁾

各種の營造物法人のうちで、民法上の財團法人に近い性格をもつてゐるのは、例えば研究施設のように、その事実内容が範囲を限られ、静態的な機能のみが予定されている法人であるが、これらの法人の場合は、「財産の

法的独立性」が当該組織にとって肝要な点であり、「機能的因素は、ハハでは全く影響を及ぼし得ない」。従つこれら研究施設は、私法上の組織形態をとっても、當造物法人の形態をとっても、あるいは法人格をもたない當造物形態においても、ほとんど実質的機能は変わらない。⁽³³⁾

(イ) これに対し、利用関係が問題となるような當造物法人 „nutzbare Anstalten“⁽³⁴⁾ の場合、「當造物の概念は、當造物権力 (Anstaltsgewalt) ハ當造物規則 (Anstaltsordnung)⁽³⁵⁾ を根拠づける役目を果たしている」。しかし、當造物の利用関係は、従来の行政法学の通説においては、通常その組織法上の問題とは別に論じられ、それは當造物概念の本来有していた機能的要素と制度的要素のうち、後者の要素のみによつて當造物概念が構成されていふハトによる。ハの構成の下では、當造物は、一定の組織的技術的独立性を意味するにすぎず、法学上の関心も當造物の組織形態それ自体に集中し、その活動と作用様との関連において論じられることは稀であった。⁽³⁶⁾

ハの利用関係が生じる當造物法人は、その機能、特に日本電信電話公社に代表されるような、その動態的機能⁽³⁷⁾ および当該法人とその出資者（國その他の公共団体）との関係という点において、民法上の財團法人とは異なる実質を有しているにもかかわらず、これらの諸点と當造物法人の組織形態とを結びつける理論は、少数の例外を除いて、展開されてこなかつたのである。しかして、當造物法人の機能という点は、その利用関係論において新しい議論や法実務が見い出されるのに對し⁽³⁸⁾、當造物法人とその出資者との関係については、その組織形態と直接的に関連しているという事情もあって、様々な法律問題が起つてゐるにも拘らず、それに対する法理論上の対応は必ずしも十分であるとはいえないのが現状である。

(ウ) その例として、當造物法人と私法上の組織形態をとる企業との間の選択（殊に、前者から後者への移行、すなわちいわゆる民営化）について何らかの法理上の制限があるか、また、両形態の間に、國からの独立性の範

団・程度（指揮監督権の限界、および、出資者たる国から派遣されている役員に対する国の指示権の有無・程度）等に関して、差異があるが否かが問題となつてゐるが、これらの諸点は、実定法上明らかに規定されていないことが多いことから、解釈論に委ねられることになる。しかして、それらは、例えば、放送事業の場合は言論の自由や世論形成との関連⁽³⁹⁾、あるいは私企業と競争関係にある事業の場合と事実上の独占または法的独占の下にある事業の場合等々のように、当該公共的任務それ自体の法的性格ないし社会的実態との関連ではじめて判断し得る性質の問題であるように思われる。すなわち、行政主体が私人かという区別からは、右の諸問題を判断することはできず、その担うべき任務と作用態様との関連をも考慮に入れざるを得ないのである。

(5) 問題点3——行政的任務と公共的任務の区別

(ア) 上述のような當造物法人およびその他の特殊法人の機能ないしその担うべき公共的任務については、更に、国家・社会の歴史的展開という、より広い視野の中で考へる必要がある。今日の国家と社会の相互浸透と呼ばれる構造変化の下では、公共的任務 (öffentliche Aufgaben) のうち、伝統的に国家的任務 (staatliche Aufgaben) に属すべきとされる立法・司法活動、および防衛・警察等の作用と並んで、「生存配慮」「形成行政」等々と呼ばれる任務が増加しつゝあり、かつ、これらの公共的任務は、国家の直接行政組織によつてではなく、特殊法人あるいは一般の私人によつて担われる」とも多い。これらの現象は、単に各組織形態の技術的特性あるいは政治的配慮（労働問題、天下り先の確保等）によつてもたらわれる」ともあるが、それらの特殊要因を取り除いたとしても、基本的には、国家と社会の内的関連の進行に基づく、「国家即ち経済による一つの規整が支配的となつてくる」（傍点原文）、という構造的変化と関連していると考えられる。すなわち、今日の公共的任務のうちのある種のものは、国家の直接行政でも、また私人による純粹に私的経済的な事業としてでもなく、国家と私人の中

間的存在、あるいは両者の共同事業の主体としての特殊法人によつて担われるべきものとして、ある社会状況の下で判断されることがあり得るのである。このような公共的任務およびそれを担う組織を、国家と私人とのいづれかに振り分けることは、むしろ右述のような現代社会に特有の「公共性」のあり方——国家でも私人でもない、いわば社会それ自体（前記引用文にいう「国家即ち経済」）による自己形成⁽⁴²⁾——を看過するおそれがあるし、そのような振り分けによつて当該任務および当該組織の法的意味および全法体系中の位置づけが明らかになるものでもない。

(1) 公法と私法との区別の意義に関する疑問は撇くとしても、右述のような国家・社会の構造変化に基盤をもつ現代特有の公共的任務の生成を正面に据えるとき、公法と私法の区別あるいは公法上の組織と私法上の組織の区別ではなく、「統一的な、例えばエネルギー経済、信用制度その他の経済分野のような個別的事物領域に妥当する規制の優越性は明らかである」（W・ブローム、傍点は舟田）。このことは、実定法上の解釈問題の領域——利用関係、出資者との関係等——についても、また、認識概念として「行政主体」概念が成立するかという理論的问题の領域についても妥当する。すなわち、前者の問題については、さきに放送事業あるいは競争参与か独占かという例を挙げたように、当該公共的任務の法的性格ないし社会的機能という実態から、組織法上の諸問題を見るべきであつて、公法上の組織形態か私法上のそれか、あるいは當造物か社団かということから、解釈論上の帰結が導き出される余地はほとんどないといってよい。⁽⁴³⁾ また、後者の問題については、前述のように、伝統的な国家と社会の二元主義の構造変化によつて、従来の意味における公私との区別は既にその実態的基盤を喪失し、様々の公共的任務は、国家と私人の双方にまたがる社会それ自体による自己形成の領域の事柄であると把えることができる。そこでは、エネルギー法等々の個別的事物領域に対して、国家の側から法的規制・監督・保護助成等

々の関与がなされ、私人（利用者その他）の側からの手続法上、実体法上の権利（例えば、環境権、消費者の権利等々）主張がなされ、両者の法制度上ないし実際上の相互作用、ダイナミクスから、当該公共的任務の具体的な実現が図られるべきものである。従つて、当該公共的任務を遂行する主体——特殊法人——は、行政主体か私人かという色分けではなく、国・地方公共団体と私人の間にあって、両者の共同事業あるいは両者の当該法人に向けられる法的関与の複合という形で活動する法主体であると把えられる。この場合、当該法人の組織法上の性格づけとしても、行政主体性の有無という観点が的外れとなることは明らかであり、当該任務の実態をふまえた各分野ごとの統一的な法制度という視点の下で、国または地方公共団体の監督、および私人の当該任務に関する「特殊権」という両者の法的関与との関連で、当該法人の自律性・自己責任性が具体的に形成され、それがその組織法上の性格づけでもあると考えるべき」ととなろう。

(6) 問題性4——私人の自由の確保

(ア) 第四に、「現代型の二元論の下では、当該の法主体が、ある具体的な問題について、どのような法的立場において登場しているのか、については、『行政主体』か『私的法主体』か、の二元的カテゴリーを以て、明確に性格付けられねばならぬのであって」、「かかる二元論によれば、このような形での法的地位の明確化こそが、私人、そして私的法主体の自由の確保にとって不可欠である」⁽⁴⁵⁾、との主張がある。これが、具体的な法律関係における作用法上の「行政主体」と「私的法主体」という性格付与のことであるとすれば、公法・私法の区別を前提とする限りでは、当然の立論であるが、それを超えて、無数の法主体について、「強制的要素の存否」等の観点から「『行政主体』と『私的法主体』との別が類型的に立てられ得る」とするので、組織法上の概念としてこれら両者を立てているように思われる。しかして、右の議論は、『国家と社会の二元的対立』の維持によって、

「出来得る限りの私的領域の独立性の保障」を図ろうとするフォルストホフの基本的志向と共通するものであると抱えることができよう。

(イ) この基本的志向それ自体は、国家と社会の相互浸透の進行という状況下で、その進行に無批判に委ねるのではなく、個人の独立性・自由を実質的に形成していくために、まさにそのような変化に自覚的に対抗する契機を法的に確保すべきであるという理由から、積極的に評価されなくてはならないと思われる。この点については、例えば、国家と社会の二元的構造の止揚を主張したナチス下の民族主義論がカール・シュミットやフォルストホフ等のナチス初期における国家論を否定し、「民族共同体」という最高の価値を称揚したという歴史的事実⁴⁸⁾を想起すべきであろう。また、このことは、今日、前述のような公共的任務の増加・重大化という状況にあって、それらの「公共性」は、本来、論理的には「国家性」とは関わらないものであって、むしろ「私」の原理の具体化——その前提には、「私」の内実を新しく把え直すということがある——として考えるべきであるとの方向が説得的に主張されるに至っていることも関連している。⁴⁹⁾

(ウ) しかしながら、私人の自由ないし独立的領域の確保は、様々の法人を、行政主体か私的法主体かのいざれかに弁別することによって、具体的にどのように達成されるのであろうか。この問に対しても、ある法人が行政主体と認められれば、それに対しては、特殊公法的拘束を課すことによって、そのなす業務と関わる私人の自由ないし利益を法的に保護することができ、他方、私的法主体であると判断されれば、その「国家からの自由」が確保されねばならないという憲法上の要請がかかることになる、という答えが用意されていると推測される。

結論から述べれば、右の二つの場合のいずれも、国家・社会の構造変化と、個別具体的な法制度という両面から、根拠の疑わしい議論であるように思われるが、詳論する余裕はないので、簡単にその理由を示すにとどめる。

(二) まず、前者の特殊法人のうちのある種のものを行政主体と認める」とによつて、特殊公法的拘束を課すことができる」という点は、まさに、フォルストホフの生存配慮 (Dasenvorsorge) という概念に含まれていたイン・ブリケーションであった。すなわち、その給付行政論においては、現代社会の下では、人間の生存が自らの力によるのではなく、決定的に国家行政に依存せざるを得なくなつてゐること、そして、特にその重要部分である様々の生存配慮手段が支配の手段へと転化することを避けるには、社会の諸利益に対し中立的な国家性⁽⁵⁰⁾を確保して、それによる「公行政」として給付行政をえるべきであると説かれている。

しかし、第一に、行政主体が給付行政に関して私法形式を利用する場合に、単純に他の私人の場合と同じく、私法上の自由を認めるのではなく、「特殊公法的拘束」(51)、例えば平等原則の遵守、抱き合わせ取引 (kopplungsgeschäfte) の禁止を課そうとする」とは、殊に戦後の憲法および経済法の展開をふまえるならば、個別的な各実定法上の問題ないし経済法の原理的問題としてほぼ解決されてゐる、あるいは解決されてゐるべき事柄であつて、「公法人」および「公行政」としての資格を認める」とによつて、公法的拘束を課す必要性は既に消滅してゐる。例えば、平等原則が、單に国または公法人に対するのみならず、一定の場合には私人間にも適用される」といひては、直接効力説をとるかどちらいかに關わらず、結論的には異論のないところであるし、また、「」のことは、経済法上の経済的な力の濫用に対する規制によつてその大部分がカバーされるものである。また、他の例として挙げられてゐる抱き合わせ取引の禁止は、これも経済的な力の濫用規制の一種として把えることができるが、これは、独占禁止法（西ドイツの場合は競争制限禁止法）によつて規制される行為類型である。従つて、「」れども、特殊公法的規制が必要とされるのではなく、法的独占または事實上の独占の下にある事業者、あるいは取引の相手方に対して優越的な地位にある事業者に対する規制がかかるのである。⁽⁵²⁾

(オ) 第二に、個人の自由ないし独立性の保護は、フォルストホフが期待をかける法治主義あるいは「中立的な国家性」等々によってではなく、当該特殊法人の内部組織原理の民主性（殊に、その業務についての意思決定が、利害関係者たる個人の参加によってなされること）、および、各種作用法上の規制（前記第一点を参照）によつて、はじめて効果的にもたらさるものである。現代国家における法治主義の実効性について的一般的な議論はともかく、特殊法人の業務の多くを占める社会形成行政ないし給付行政の分野についていえば、法治主義等の要請によつて個人の自由ないし独立性が十分守られるということは少くとも實際上はあまり期待できないといえよう。

(カ) 次に、後者の、特殊法人のうちのある種のものを私的法主体であると認めることができれば、当該法人の「国家からの自由」の最大限の確保を図るべきである、という主張については、まず、独立行政法人についても同様の問題があることを指摘しておく必要がある。この問題は、その一部について、特殊法人に対する国の指導監督権の範囲と限界、および自治行政の問題と重なるが、他の一部については、公共団体についても基本権が認められるかという、これも西ドイツで論じられている問題とも関連している。これらについての厳密な検討も割愛せざるを得ないが、少くとも、独立行政法人に対する国の指揮監督権の範囲・限界、あるいは、基本権の有無等の問題は、それらの法人の国家に対する独立性・自律性が法的に保障される場合があることを示している。他方で、私的法主体と判断された特殊法人に対しても、国からの自由と並んで、国による各種の法的規制ないし監督がかかるのであるから、その自由の保障は、私的法主体と認められることによつて確保されるという抽象論ではなく、個別具体的な国の監督権ないし規制に対する組織法上・作用法上の限界づけ等によるといえよう。

(キ) 以上、近年の「行政主体」ないし「独立行政法人」論についての極めて簡単な検討を行なつた。それと同

時に、現代社会の構造変化を背景とする特殊法人等の新しい組織形態に対する本稿のとの視点もある程度は明確

20

かにすれどもがされた。「行政主体」論についての一般的検討の最後に、その方法論的基礎なし概念上の整理をしておいた。

(19) 以上のうち、我が国の事情については、塩野宏「特殊法人に関する一考察」鈴木古稀記念・現代商法学の課題(上)二八三頁以下(昭四〇) 参照。

(20) 例えば、実方正雄・統制機構と企業形態(一〇頁以下、一三八頁以下(昭一九)、西原寛一「特殊法人の類型と私法的地位」経済法一〇号一頁以下(昭四一) 参照。

(21) 藤田由靖・行政法学の思考形式六九頁(昭五三)。

(22) 田中一郎・新版行政法・中巻一八七頁(全訳第1版・昭五一)。同書、佐藤功・行政組織法一一四頁以下(新版・昭五四)。

(23) 田中一郎・行政法総論(四六頁以下(昭三三))、新井隆一・行政法における私人の行為の理論(第1版・昭五五) 参照。

(24) 藤田・注(21)七八頁。

(25) 田中・注(22)中巻一一一頁、佐藤・注(22)一一四頁参照。

(26) vgl. W. Brohn, Ann. 7, S. 168.

(27) ナッシュ・マイヤーの被造物概念についてのトーハルベルホフの理解である。vgl. E. Forsthoff, Ann. 2, S. 494.

(28) 但し、今日の通説は、被造物法人と似たトーハルベルホフの自治行政の担い手(Selbstverwaltungsträger)だ。即ち、の論述の意味を持つ。vgl. E. Forsthoff, Ann. 2, S. 478; Martin Bullinger, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VWDStRL Heft 22 (1965), S. 287 ff., 310 f.

(29) z.B. E.R. Huber, Ann. 4, S. 116. dazu vgl. Forsthoff, Ann. 2, S. 495.

(30) 沢井洋一・堀野・注(22)二九一頁以下、田中・注(22)中巻一九七頁注4を参照。これは既に述べた「行政主体」と「私的法主体」の区別の基準にしたが、藤田・注(22)一〇一頁以下参照。たゞ、ソシテイ当該法人の設立形式は、通説によれば、法人の目的が國かの母國の法律によるものやある他の法的表現として意味を持つことのあるものであつて、根拠法が民商法であるか、特別法であるかとは無関係である。

- (31) 末弘巖太郎「民法雜記帳(五七)」法時一三卷八号七五頁以下(昭一六)、我妻栄・新訂民法統則一四三頁以下(昭四〇)等を参照。
- (32) 川島武宜「當國の性格について」法時一三卷九号二頁以下(昭一六)参照。
- (33) 以上について vgl. W. Brohm, Ann. 7, S. 173.
- (34) いわゆる点において本稿では立ち入らないができない。もしさたり、原龍之助・公物當造物法三八六頁以下、四六二頁以下(昭四九)を参照。
- (35) 以上について vgl. W. Brohm, Ann. 7, S. 173f.
- (36) vgl. W. Brohm, Ann. 7, S. 172f. u. S. 28.
- (37) 電気通信事業が近年、特に動態化してゐるところ、舟田「公共企業法」に関する「試論」國際電気通信關係法制の研究八三頁以下、一〇五頁(昭五四)、同「公共企業法における規制原理」經濟法学会年報第一号五四頁以下(昭五六)参照。
- (38) 例えば、原野翹「營造物の利用關係」別冊ジユリスト・統判例展望七五頁以下(昭四八)参照。
- (39) 塩野・注(19)三九六頁注12、同「放送の特質と放送事業」杉村古稀・公法学研究(上)四一一頁以下(昭四九)参照。
- (40) 競争下の問題について、クライン(H. Klein, Ann. 6)、独山の問題について、バドゥラ(P. Badura, Ann. 4)の各著書を参照。
- (41) 川島・注(32)八頁。
- (42) 絶対王制の下における「公」と「私」の対立は、「社会的なもの」の規範的表現たる「公共性」によって再構成されるというのが近代市民社会の論理であったが、現実の歴史的展開においては、公共性を「國家」が奪い返し、「公共的任務」を「国家的任務」と同一視する傾向が広まつたのである。ドイツや我が国に特徴的な右述の國家・社会の二元的構造については、舟田「ドイツ『経済制度』理論史」、*田*「國家八八卷七・八号～九〇卷九・一〇号、殊に八八卷九・一〇号五六一頁以下(昭五〇)参照。
- (43) W. Brohm, Ann. 7, S. 175f. auch vgl. M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht* (1968), S. 79f., 兼子「特殊法の概念と行政法」杉村古稀・公法学研究(上)一一三頁以下(昭四九)、同・行政法総論三七頁(昭五八)、磯部力「公企業」岩波講座基本法学7・企業三〇七頁(昭五八)、舟田・注(32)國家九〇卷九・一〇号五六七頁以下。
- (44) 例えば、公社、公團等、特殊会社、一般の株式会社に対する公的関与のあり方(逆に言えば、当該法人の自主性の広狭)は、各組織形

態それ自体から直ちに導き出されるものではなく、「個別具体的な問題」との立法政策」あるいは「事業活動についての作用法的観点からの公益事業規制のあり方によって決定される」という側面が大きい」（舟田「臨調基本答申における電電公社改革論について」シヨツ七七七号三二頁（昭五七））。

- (45) 藤田・注(21) 一〇一頁。
- (46) 藤田・注(21) 一〇一頁以下。
- (47) フォルストホフの「よつたな志向」については、藤田・注(21)九七・九九頁、塩野宏「紹介・フォルストホフ『給付行政の法律問題』」法協七三卷一・一・一一号八四八頁以下、八六五頁（昭三五）参照。
- (48) 舟田・注(42)国家九〇卷五・六号三一〇頁以下、三一三頁以下参照。
- (49) 「私」の側から「公共性」・「公共的任務」を担え直すことは、特に公害法の展開の中で現われてきた議論である。舟田「日本道路公团との事業の法的性格」高速道路と自動車二六卷三号一七頁（昭五八）および同所注(22)等に掲げた諸文献を参照。なお、いのいふば、竹内芳郎・国家と文明（昭五〇）に触発されて、舟田・注(42)国家九〇卷九・一〇号六四〇頁で既にやれたことがある。
- (50) フォルストホフの国家の中立性の觀念は、殊に、経済的諸利益を「調整する、中立的な第三者」としての国家への要求として現われる。これにつき、舟田・注(42)国家八九卷一・一一号八四頁以下参照。また、フォルストホフにおいては、この国家性における諸利益なし政治的意思形成のプロセスそれ自体の問題とは切り離されないとしても、舟田・注(42)国家九〇卷九・一〇号六三七頁および同所所掲の文献を参照。
- (51) E. Forsthoff, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (1959), S. 56.
- (52) 抱くかねせ取引^{レヒト}は、競争制限禁止法一八条一項四号、一一一條、一一六條の規制がかかる。dazu z.B. vgl. Langen/Niederleitinger/Ritter/Schnidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 6. Aufl. (1982), § 18 Rz 5, 89 ff., § 22 Rz 120 ff., § 26 Rz 166. 他に、^{レヒト}一ローマ^{レヒト}共同体條約八五条一項七号の規制がかかる。vgl. Ebenda, § 18 Rz 254. なお、わが国の独禁法上の抱くかねせ販売等の取引強制については、金子晃ほか・新・不公正な取引方法一九六頁以下（舟田執筆部分）（昭五八）参照。

三 特殊法人と公共的任務

(1) 国家の「内部」と「外部」

(ア) 「独立行政法人」という概念の基礎にあるのは、(i)国家にとっての「内部」と「外部」という「空間的」、「テゴリー」による、私人と國家の区別⁽⁵³⁾、および、(ii)国家内部の機関、およびそれと同視される独立行政法人は独立の法主体性を否認され⁽⁵⁴⁾、内部的意思形成過程は外部（私人）に対し何らの法的効果を生じないという国家の法的、一体性の観念である。しかし、このような△内部—外部△峻別論および国家における不滲透論に対しては、既に説得的な批判がなされているところである。⁽⁵⁵⁾

(イ) 前者(i)の△内部—外部△峻別論の背後にあるのは、国の側から見た内部と外部との区別であり、ある法人が行政主体とされるということは、国内の内側に含まれるという資格付与を意味している。だからこそ、公の社団が、国内と外のいずれに属するか曖昧な点が非難の的になり⁽⁵⁶⁾、また、營造物法人における特別権力関係理論も、当該法人と利用者との間の関係を行政主体の内部的事項とすることに基本的な意味があると理解されているのである。⁽⁵⁷⁾

(ウ) しかし、最近までの西ドイツにおける国家と社会の二元論をめぐるシュミット・シューレとスマメント・シューレの論争の展開とともに、従来の外部内部峻別論は少しずつ変化しているといえよう。例えば、藤田寅靖氏は、基本的にはシュミット・シューレの立場に立ちつつ、「現在もはや、相異なる二つの人間集団の対立抗争という意味での『国家』と『社会』の対立する、法制度的事実の存せぬことは、自明の事柄であって」、今日、提示されている二元論は、「結果的には、同一の人間の諸側面の性格付けに関する観点の相違である」（傍点は舟田）と

説かれるに至っている。また、先に引用したH・クリューガーの「空間的カテゴリー」による区別という批判に対しても、「外部」と「内部」は、今日ではもはや主体内部と主体外部という二つの空間のことではなく、不可避免的に存在論的諸事実であり、あるいは、人間の共同的存在の二つの態様の意義深い、必然的に二元的な相互関係の問題である等々の反批判がなされている。⁽⁵⁸⁾

この種の反批判は、従来の△外部—内部▽峻別論を、「空間的」ないし実体的な区別ではなく、「観点」による区別へと変えることによつて、維持しようとするものである。しかし、前述のような国家と社会の構造変化あるいは私人の自由の実質的意義の変質等をふまえるならば、ある法主体の「性格づけに関する観点」は、様々なものがあり得るのに、何故に、国家（行政主体）と社会（私人）の区別という観点のみが特に基本的な重要性を与えられるのか、すなわち、これらの反批判は、いわば「国家」的観点と「社会」的観点との区別に固執する、硬直的な観念的二元論ではないかと思われるるのであるが、以下では、議論の対象を、これらの反批判が前提としている（観点としての）「国家」と「社会」の区別が、「公」と「私」の区別と完全に重なるものであるか、という点に絞つて検討することとしよう。

(2) 公共的任務と行政主体

(ア) 前述(一)(5)のような国家と社会の二元的構造の変化、すなわち両者の相互浸透という実態認識を前提とするとしても、統治権の究極的主体としての国家、および、国家的任務の遂行という機能の主体としての国家を私人と対置させることの正当性を否定することはできないであろう。⁽⁶¹⁾ しかして、ここで問題にしている後者の国家性は、国家的任務の確定、およびこの機能を担う実体としての行政組織の範囲の確定によって成立する。この行政組織に、本稿の対象である特殊法人をも含めることができるかが問題なのであるが、さしあたり、ここでは

措く」ととし、国家的任務の側から考えていく。

ところで従来、公共的任務は、比較的安易に国家的任務と同一視ないし混同されることがあったが、「その充足に、公共性 (Öffentlichkeit) が決定的に利害関係を有する」ところの公共的任務のすべてが国家的任務とされるわけではない。⁽⁶²⁾ ここで公共性は、私人の生活領域のうち社会における共同生活の要素によって規定される部分として漠然と広く抱えることはできるが、それ以上に具体的にその内包・外延を論理的に確定することは困難である。実定法上、どのような業務が公共的任務として法的に評価されるべきかについてを、公論をふまえて国が、立法あるいは行政府の政策決定という形で、一定の具体的な事柄に対し、公共的任務として積極的な社会形成作用の対象とすべきであると判断する事柄が公共的任務である、というトートロジーで形式的に規定するほかないと考えられる。⁽⁶³⁾ そして、この公共的任務のうち、国家が自ら遂行すべきであるとされたものを「国家的任務」、また、この国家的任務のうち、立法司法作用に属すべきものを除外し、国家行政として、直接行政組織によつて遂行されるものを「行政的任務」と呼ぶことにしよう。
(補註)

(イ) しかして、制度的には、この公共的任務として評価された業務は、私人、特殊法人、地方公共団体、國家、あるいは、これらのうちの複数の法主体が共同して設立した法人等、様々な主体によつて担われている。しかも、これらの主体の法的組織形態も様々であり、また、国以外のこれらの主体が任務を引き受ける場合の法律関係も、委任行政、「民営化」等の多様な法形式によつており、公共的任務の内容と業務主体の組織形態および法律関係の三者について妥当する一般的な法原則は、少くともわが実定法上は見出し難い。

これらの三者の相互関係のうち、公共的任務の遂行に関して成立する法律関係が公法と私法のいずれによつて規律されるべきかという問題は、公法と私法の区別それ自体の当否も含め、様々に論じられているところであ

り、本稿では、この種の作用法上の問題には、組織法上の問題とは原理的に関わらない、という認識に立ち、従つて、ここでの検討の対象から外している。⁽⁶⁴⁾

(ウ) 問題は、公共的任務と組織形態との関係であるが、独立行政主体論は、「行政の対象として選択・採用することにした公共的な事務事業」⁽⁶⁵⁾（行政事務）・「公の事務」・「国の事務」とも呼ばれる。を、国または地方公共団体以外のいわゆる特殊法人に対して、その自己責任の下で、かつ自己の名で行なうことを委ねた場合、その特殊法人を行政主体⁶⁶・独立行政法人とし、広義の行政組織の一部を構成する、と説明している。従つて、この説明によれば、右述の行政的任務を行なう法主体を、行政主体と呼ぶといふことになりそうである。

右の例外として、一定の法人または自然人に対し、一定の行政事務が委任されることがある（狭義の「委任行政」）。しかし、ここでは、「国家と受任者との間に公法上の代理関係が発生するのであって、……此の場合に於ける人民との間の法律関係は、国家と人民との間の関係であり、受任者と人民との間に権利義務を生ずるのではない」とすれば、受任者は、「国の機関としての立場において」、その権限を行使するにすぎないから、受任者を行政主体と呼ばないのは当然である。

(エ) しかし、右の委任行政とは別に、一定の行政的任務（ただし、本稿で採用している行政的任務と公共的任務の区別を前提にすれば、公共的任務のうち、行政的任務として直接行政組織によって担われる部分を除いた任務。）を、自己の名で自己の責任の下に遂行する自然人または私法人も存在する。殊に國家の経済的社会的活動が、特殊法人等の「独立行政法人」のみならず、「私的法主体」（private Rechtsträger）によっても担われる」とが広まっている（いわゆる「私法への逃避」）。この点についてのドイツ法における一般的説明によれば、公行政としての経済的活動は、第一に、公営造物等の公法上の組織形態、または「公の手の私経済的企業」（例えば、

株式会社) という私法上の組織形態による「行政自身による経済活動」(verwaltungseigene Wirtschaftstätigkeit) および、第二に、公法人たる自治行政団体または私法上の企業(すなわち、授権を受けた企業 beliehene Unternehmen——前述、一(1)(ii)(iii)⁽⁶⁸⁾ 参照) に対する「公法上の経済権限の授権(Beleihung)」のいずれかの方法によって遂行される。やがてふれたように、わが国でも事情は同様であり、従つて、行政的任務を遂行する者が直ちに行政主体であると⁽⁶⁹⁾ いふことは必ずしも妥当ではない。ハハには、組織法上の概念である行政主体を、行政を行なう者という作用法上の観点から規定するという概念構成上の混乱があるようと思われる(なお、後述、三(2)を参照)。

オ もひとと、ハの「独立行政法人」論においては、むしろ逆に、国や独立行政法人などの行政主体のなすべき事務を「行政的任務」という、というように、主体の性格決定が先行している、と理解すべきものとも思われる。

ハの点に関しては、伝統的な特許企業による「公行政」の遂行という構成を批判する近年の学説を取り上げて検討するのが適当であろう。この説(以下、「公共企業説」と呼ぶ)は、民間資本より成る私企業(「公共企業」と呼ばれる)と、国・地方公共団体の所有・経営に係る「公企業」とを区別し、前者については私人による私的経済的活動、後者については行政主体による行政作用の一種として性格づける。この構成によれば、事業それ自体の性質ではなく、事業主体の法的性格(行政主体か私人か)がその行なう事業が公行政の一部であるかを決めることになる(但し、後述②を参照)。

しかし、例えば、日本国有鉄道(「公企業」)の事業は行政作用であり、私鉄(「公共企業」)の事業は私的経済活動である⁽⁷⁰⁾、あるいは、都市ガス事業を地方公営企業が行なえば行政作用であり、私人がなせば私的経済活動で

ある、という右の公企共業説の帰結は、常識的に言つて形式論ではなかろうか。もつとも、前述(三)(2)のよう
に、各々の具体的な実態に対応して、何が行政的任務なのかを決めるのは、専ら立法政策の問題であり、理論的
に、どのような性質を有する事業が行政的任務である（あるいはあるべきである）と一般に言うことはできない
のであるから、右の帰結もおかしいとはいえないとの反論がありえようし、利用関係（当該事業主体と利用者と
の間の関係）については、行政作用であろうと、私的活動であろうと、実質的な機能に即した具体的な判断によ
るから（前述、三(2)イ参照）、実際の法の運用上は問題ないであろう。

にも拘らず、この公企共業説は、当該任務の性格の如何を問わず、最初に、当該事業主体が行政主体か私人か
を決めるということであるので、この判断はどのような基準にもとづくのか、また、当該事業の性格と全く関係
なくそのような判断を下すことは妥当かという疑問が生じる。この点についてはすでにしばしばふれたところで
あるが、更に本説については、次のような難点があると思われる。

この公企共業説は、私人による私的経済的活動と、行政主体による行政作用とを区別するのであるから、行政
組織法上の私人と行政主体の区別が、私的活動と行政作用の区別と重なり合うことを前提としている。すなわ
ち、この学説上の意義は、私人による行政作用として性格づけられてきた「特許企業」という観念を否定すると
ころにある。この根拠は、各種の統制を受ける「統制企業」と特許企業とを明確に区別することが困難であるこ
と、および、「実定法」としては、むしろ、企業の種類や性質により、企業の公共性——國の産業上の地位や国民
生活との関連性——の程度に応じ、それのもつ公共の目的を達成するために必要な規制等を加えようとする
のがその狙いであると解される」ことにると説明されている。⁽⁷⁾ そして、「統制企業」と「特許企業」とをあわ
せて、「公企共業」と呼ぶことが提案されている。

これに対し、筆者は、作用法上の議論としてであるが、各種の個別的規制を受けるにとどまる「規制産業」と、「公共企業」とを区別し、後者の「公共企業」は、「法的独占」と「公衆の生活必需性」をメルクマールとする事業（いわゆる公益事業）に従事する企業である、という整理の仕方を提示したことがある。⁽⁷²⁾ 事業の実態（生活必需財の独占的供給か否か）としても、また、法制度の仕組みとしても（法的独占の許容、各種の包括的監督等の有無）、両者を区別することが可能であり、有意義であると思われるからである。ただし、この「公共企業」は、専ら事業の実態および作用法上の制度に着目し構成された概念であるので、その主体的要件としては、私人であると行政主体であるとを問わず、「企業性」が法的に担保されていることのみが挙げられる（なお、行政主体たる「公共企業」の場合は、「独立採算制」が企業性の制度形式的表現である）。⁽⁷³⁾

「公共企業」概念をめぐる議論は本論稿のテーマから逸れるが、ここで問題とすべきなのはこの最後の点——公共企業の主体的要件——である。公共企業説によれば、「実態としては同じような性質の公共的サービス（たとえば交通事業）の提供を行なつていても、経営主体が行政か民間企業かによつて法的構成が分断される」ことになる。前出の引用文中の「企業の公共性……の程度に応じ、それぞのもつ公共の目的を達成するため」という作用法の観点を貫徹するならば、経営主体の組織法上の区別をここに持ち込むことには論理的必然性がないといえよう。

(カ) この公共企業説については、更にもう一点、地方公共団体が、株式会社とか民法上の財團法人等の形態を用い、自らの出資により、土地の先行取得とかホテルの経営とかに当らせる場合は、「公企業」には当らず、私的企业と見るほかはない。⁽⁷⁴⁾ と説かれていることについて検討する必要がある。株式会社等の法的組織形態は、行政主体か私人かの区別、および当該法主体のなす事業が行政作用か私的経済活動かの区別には直接的には連なる

ものではない、*レントリース*を前提とすれば、右の所説は、当該事業が、「直接、社会公共の福祉を維持増進するため」（傍点は舟田）といふ要件を充足しないから、「公企業」ではない、といふのであると思われる。

一般に、国や地方公共団体の全額出資にかかる株式会社や財団法人は、必ずしも公行政の遂行を目的とするものではなく、むしろ基本的には私的経済活動の範疇に入るべき事業を営むことが多い。特に、わが国の地方公共団体は、その直當あるいはその出資に係る株式会社によつて、ワイン製造やレストラン旅館の経営等に携わっていることは周知の通りである。⁽⁷⁾ そのことの政策的当否は措くとして、これらの事業は、それからの収益が当該地方公共団体の一般財源に吸収されるという間接的な効果として「公共」的性質を有することは否定できないとしても、それ自体の性質としては公共的任務ないし行政的任務とは言ふ難いものである。右に挙げた類の収益田的の経済的活動 (erwerbswirtschaftliche Unternehmen 等と表現されてゐる)⁽⁸⁾ は、行政事務すなわち行政作用の一態様とは認められないと考えるべきであつた。すなわち、これらの事業は、(i)一般行政事務のように、経済性の原則によらずに、直接的に公共的目的を実現するための事業 (rein gemeinnützig——) われは、行政事務の遂行のための施設 (例えば、市庁舎) の建設や備品 (例えば、鉛筆) の購入等の Bedarfsverwaltung を含む)、および、(ii)経済性の原則によつて、収益あるいは少くとも收支均衡を図つてい、同時に公共的目的の実現を目指す事業 (gemeinnützig mit Kostendeckungsprinzip) わは異なり、(iii)事業それ自体の法的性格として私的経済活動である (erwerbswirtschaftliche Unternehmen)、わはべくおる。

以上所述、前出の公共企業説も、右述の(iii)と同様に、事業それ自体の性質として私的経済活動か公行政活動かをまず判断する。その判断基準が、「直接、社会公共の福祉を維持増進するため」の事業か否かといふことである。これは前述の通りである。その答えが否定であれば、公共企業でも公企業でもないとなり、肯定の場

合、事業主体が私人か行政主体かで、事業が私的経済活動か公行政活動かが区別される。このような複雑な整理の仕方となるのは、事業それ自体の性質についての判断を導入しつゝ、その分類項目が私的経済活動と公行政という二種類しかないと、および、私的経済活動の法的性格をそれ以上立ち入つて吟味する道具概念がないことによる。

これに対し、本稿が採用した公共的任務という概念は、事業それ自体の性質に着目して立てられる点では、公共企業説と同じであるが（但し、三(2)④で述べたように、事業の性質を実質的にではなく、国が判断・決定するという形で形式的に把握される）、それと行政的任務との区別は、後者の扱い手が国または地方公共団体の直接行政組織に限られるという点にある。しかし、経済性の要素は、法的には、前述の「企業性」（行政主体の場合、「独立採算制」という形態をとる）として現われ、それは私的活動と公行政活動のいずれにも存在し得る。繰り返し要約すれば、事業それ自体の性質から判断される公共的任務は、私人ないし特殊法人によつて担われる（とともに、国・地方公共団体の直接行政組織によつて遂行されることもある（後者の場合が、「行政的任務」である）。経済性の要素は、公共的任務か否かとは論理的には関係なく、組織法上の問題である。

この経済性ないし當利性の要素が、行政的任務・公共的任務・非公共的事業の区別と関係ないという点について、若干の説明をしておく。ドイツにおいても、前述のように、公の手（国・公共団体）の経済的活動が次第に拡大し、伝統的な公行政の分野と私人による経済活動に委ねられてきた分野の双方を浸食してくるに従い、従来のように、公の手のなす行為を、収益の意図 (Gewinnerzielungssabsicht あるべく Erwerbsabsicht) の有無によつて、公行政と私法上の活動に二分する単純な見方は、様々の批判を受けるに至る。⁽⁸⁾ その代表例が、フォルストホフの生存配慮概念であつて、それによれば、行政機能を実質的に区別して、生存配慮する活動は、當造物によつ

てなされようと、株式会社によつてなされようと、「公行政」の一部であり、これに対し、経済生活に競争的に参与する場合は、公行政とはいはず、この種の活動が許されるかどうかは実定法の定め方如何による。⁽⁸¹⁾ この点は、具体的には、西ドイツの各州の市町村法の規定の解釈をめぐつて議論のあるところであるが、少くとも、市町村のなす経済的企業活動が、生存配慮を典型とする「公共的目的」の実現をめざすものである場合には、同時に、「公行政」としての資格を認められることは多くの論者の承認するところである。⁽⁸²⁾ しかして、この種の事業は、公の手の直當ないし全額出資にかかる「経済的企業」あるいは営造物法人等の組織による場合だけなく、⁽⁸³⁾ 公の手の部分的出資による場合（「公私混合企業」）もあるのである。

以上の議論は、わが国にとつても示唆的であり、収益の意図ないし経済性の要素が認められつつ、当該事業の遂行が行政目的でもあるような公共的任務という概念を立て、それが私人や国・地方公共団体による（営利のみを目的とする）純然たる私的活動とは区別されるものであることをおさえる必要がある。しかして、私法上の組織形態である会社・財団法人はもちろん、いわゆる特殊法人の多くも独立採算制をとつてゐるのであるから、国・地方公共団体の直接行政組織によつて担われる行政的任務を除く公共的任務は、むしろ通常、経済性の原則によりつつ遂行されるということができよう。なお、経済性の原則が、各組織形態によつて具体的にどのような内容を持たしめられているかは様々であるが、⁽⁸⁴⁾ ここでの問題は、直接行政組織による行政的任務と異なつて、その他の公共的任務が、企業性の要件の枠内で各組織によつて遂行されるということである。組織法上の議論でありながら、一定の特殊法人を、国と実質的に一体であり、行政主体であるとする説は、別個の法人格といふまさに組織法上の要素を無視するだけでなく、この企業性の要件の意義を不當に過小評価しているといえよう。

(キ) 右の「公共企業」・「公企業」論についての立ち入った検討は割愛し、公共的任務と行政主体との一般的議

論に戻る。結論から言えば、「行政を担当するから行政主体となるのか、行政主体だから行政を行なうのか、どうもはつきりしないところがある」との問題提起に対しても、右のいずれの構成も妥当ではない、と答べるべきこととなる。夙に美濃部達吉は、右の二者のうち、前者を本末顛倒とし、また、後者の前提たる「行政主体」としての資格付与は、「国家から其の目的を与へられた法人」であることに基づき、行政主体の行なう事務を「公の事務」（本稿でいう「公共的任務」）という、と説いていた。⁽⁸⁵⁾ しかし、これは、前述の中間法人の簇生以前の状況を前提にしており、例えば国・公共団体が独立採算制をとる特殊法人あるいは私法上の組織形態を有する法人に対し全額または一部出資し、経済的活動であると同時に公共的任務もある事業を行なわしめるということは念頭になかつたと言つてよいであろう。

ただし、右の「国家から其の目的を与へられた」か否かという基準は、当該法人の設立行為が、国家のイニシアティヴに基づぐか、それとも私人の発意に基づぐか、ということを意味しており、これが、設立形式という手続面に反映していると考える現在の実務における取り扱いも、論理的には一応成立し得る考え方である。⁽⁸⁶⁾ しかし、それはやや形式に偏した見方であり、国の法人設立の意思は、右の区別に基づいて私人に属するとされる法人についても認められことが多い（特に、特別の法律に基づく認可法人等）。従つて、実務上も、殊に近年は、右の設立形式のみならず、当該事業が、その機能の実態として、そもそも国の事業か私人のなす事業かという区別を考慮しているのである。ここには、法人の設立形式から、その事業の実質的内容についての法的評価（国家的任務か、それとも公共的任務ないし私的経済活動か）への移行が既に見い出されるわけである。しかして、この立場から見れば、国が当該任務の公共的重要性を認めて、そのために法人を設立させ（設立形式の如何を問わない）、同時に、独立採算制あるいは企業的経営を前提とする法制度を探る場合、当該法人の目的は国家によ

つて与えられたという面と、社会が自らの意思で設立したという面が混在していると言った方が実態に合っている。

翻つて考えてみれば、戦前の通説が、行政主体と行政作用ないし「公の事務」とを切り離して概念構成したのは、一方で組織法における公法人＝行政主体、他方で作用法における行政作用の範囲が、ともに静態的に確定していたので、両者を切り離しても、結果的には、行政主体が行政作用をなし、私人が私的活動をなすことになっていたからであろう（その重要な例外が、特許企業による行政作用と、行政主体による国庫的活動であったが、それらの意義・範囲も明確であった）。これに対し、現在では、行政作用ないし公共的任務も、またそれらを担う事業主体も、ともに種類・範囲が広がり、かつ、両者が交錯することも多くなっている。「特殊法人や地方公社、各種の外郭団体、都市開発事業への民間ディベロッパーの参加等にみられるように、経営主体・事業主体の法的性格とその事業内容とは直接関係がないのみならず、この点での境界の不鮮明さこそが現代行政の特色の一⁽⁸⁹⁾つをなす」。ここにおいては、従来の形式論理を維持するのではなく、特殊法人およびそれに課せられた公共的任務の実態——前述の表現を用いれば（二（5）ア）、国家と社会の共同事業ないし「国家即ち経済」による自己形成——に適合する組織法・作用法上の概念構成が要請されていると考えられる。すなわち、右述のような公共的任務の実態上の性格に対する特殊法人の組織法上の位置づけを検討すべきであって、ここでは伝統的な行政主体か私人かの区別はほとんど意味を失っているといえよう。

（3）まとめ

これまでの検討の結果をまとめておく。

（ア）行政主体 行政作用法上の行政主体は、個々の具体的な法律関係によって、国・地方公共団体の他に、

特殊法人や純然たる私人も、これに該当するゝことがある。これは別に、行政組織法上の行政主体という観念を立てる意義があるかは疑問であり、強いて言えば、それは、自己に固有の統治権に基づき行政をなすべき主体たる國と地方公共団体に限られ、その他のすべての法人は私法人として、「特別の規定のある場合だけ、公法的とり扱いをすればたりる」。⁽⁵⁰⁾

(イ) 特殊法人 特殊法人の中には、營造物法人のように國の実質的「分枝である」とが明確なものから、民間出資による特殊会社のように、一般の株式会社に若干の監督規定等を付加したなどあるものまで、様々な性格の法人が含まれている。しかし、その中の一部の法人に対して、行政組織法上の行政主体という資格を与えたとしても、各々の実定法制度の解釈の道義概念として機能し得る余地は見出し難い。また、この行政主体という概念は、当該主体をめぐる制度を認識する概念としても不適切である。

(ウ) 公共的任務と行政的任務 特殊法人は、一定の公共的任務を、自己の名と責任において、かつほとんどの場合、企業性の要件を充たして、自己の固有事務として遂行する。従つて、組織法的觀点からは、この公共的任務と、國または地方公共団体が各々の直接行政組織によってなすぐちむのむられる公共的任務（本稿の用語によれば、行政的任務）とを明確に区別するゝことが重要である。

(51) Herbert Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe f.

R. Smend (1952), S. 219. 平岡久「ボン基本法上における行政規則に関する学説（一）」阪大法学九九号一四一頁（昭五一）参照。

(54) 但し、私法上は、独立行政法人の法主体性が認められるゝことは、つまらない。しかし、公法上は独立行政法人としての母体との一体性が前提ひやね、例えば、營造物法人と法人格をもたない營造物とは、私法上の地位に差異があるにすれども、誤く者もある。vgl. E.R. Huber, Ann. 4, S. 116. dazu auch vgl. E. Forsthoff, Ann. 2, S. 495.

(55) 島山武道「諸種の際の回意の性質」～(国) 民商六九卷一号～七〇卷五号（昭四八～四九）、平岡・注(53)、間田穆「エイツにおける

「伝統的組織権理論の確立」名古屋大学法政論集六〇号五二頁以下（昭四八）等を参照。へ外部一内部へ峻別論については、本文で以下検討するが、国家の法的・一体性の観念ないし「不渗透」論についていり、次点を指摘するにふれよう。典型的な侵害行政に対しても、その適法性ないし私人の権利保護の問題を中心に理論を構成するに十分な理由があるから、いりで検討の対象としている特殊法人の業務に顧者に現われるような計画行政ないし行政の形成的機能に重点が置かれる場合には、行政過程における決定形成のプロセスこそが問題にされなければならない。すなわち、計画行政・形成行政が、単なる法律の適正な執行によるもの、それ自体のうちに、具体的な意思形成過程を含み、かつそれは専門技術性等の理由によつて長期化・複雑化し、重要性を増していくあること、実態に対応して、行政内部の諸現象を法的に無とみなした従来の理論に代え、そりにおける手続を透明にして、統制可能な性格へと変え、また、その過程で生み出される意思決定を、出来る限り合理的で、関係人ないし国民に対し説得性を有するものにしておき、可能にするような制度をいくつ出すといふが追求されねばならない。そのための理論的基礎が要請されるのである。いの観点から、法規命令と行政規則の区別、内部的行為の「处分」性の否定⁵⁶⁾等に対する再検討がなされてゐるわけであるが、同時に本稿が説くように、行政組織の内部構造ないし国と公共団体との組織法上の関係もいれらうと並行して吟味し直すことが要請される。

(56) いの点に鑑みて、いにしへにかけた事情などへこむが、井田・注(1) 参照。

(57) vgl. E. Forsthoff, Ann. 2, S. 494, 504 u. passim.

(58) 藤田・注(2) 八九頁以下。

(59) Fritz Ossenbühl, Die Verwaltungsvorschriften in der verwaltungsgerechtlichen Praxis, AÖR 92 (1967), S. 5 f. und Ann. 15 dort.

(60) E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (1971), S. 21.

(61) 伝統的な法概念と國家とは、國家権力 (Staatsgewalt) と國民 (Staatsbürger)との間の関係は、純粹に法的関係としてのみ把べらるが、いりやの国家は「一種の『隸屬点』」(レジリエント) である。他方や、一般のマクダガル主義国家觀に見られるよつて、国家を「赤裸の実力」(power; Macht) として実体化するのを一画的な見方である(井田・注(42) 国家八八卷七・八号四六三頁注28、29、四六四頁参照)。いれに於し、本文における叙述は、ベメント派に近い国家概念を採用している。すなわち、国家は前述のよつて、「一種の隸屬点」のよつた法人、あるいは國家「権力」、国家「装置=機構」だけではなく、それらを実体

特殊法人と“行政主体”論（舟田正之）

的職務の「領域」、「政治的統一性」（政治的統一性）（ア・シ・ヤ）である（舟田・辻（42）国家八八卷七・八号四六一頁参照）。
たゞ、マニハルツの國家論の問題点として、舟田・辻（42）国家九〇卷九・一〇号六五頁以上参照。

- (62) Hans Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Fests. f. H.K. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II (1965), S. 878. 本體論として、畠田・辻（6）超出了政治學の現代的展開 1111頁以下参照。更に、その後、マニハルツ、ア・シ・ヤー
等の議論の展開として、H.P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. (1977), S. 47ff. などは、簡潔な概観と批評を検証を参照。

- (63) vgl. Rudolf Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht (1955), S. 11 ff. insbes. S. 16 f.; D. Bischoff/K.-O. Nikusch, Privatisierung öffentlicher Aufgaben (1977), S. 14. 舟田「行政キーとなる財政問題を含む諸問題」（昭46年）、「おもだ舟田・辻（1）」を参照。我が國の実定法に示された公共性概念として、成田他・地方公営企業の範囲に関する研究（昭41年）、磯崎力「行政主体の経済活動」（法4日中11川7頁（昭57））を参照。

(64) 前注（7）おもだ、舟田・辻（1）を参照。

(65) 田中・注（2）中巻一九四頁。

(66) 美濃部・辻（4）上巻九九頁以下。

(67) 田中（1）・行政法総論大一頁注11（昭41年）。なお成田・辻・園部編・行政法講義（上巻）用六頁（昭41年）を参照。

(68) vgl. E.R. Huber, Anm. 4, S. 479f.; P. Badura, Anm. 4, S. 242ff., insbes. S. 250. 詳しつて、辻（6）所掲の諸文献を参照。

(69) 田中・辻（2）ト巻四（全訳第1版・昭49）11110頁以下。なお、今村成和「公企業及び公企業の特許」行政法講座六巻一六四頁以下（昭41）では、夙に特許企業=私企業と公企業を、私人による組織と、やがては國・公共団体による組織と、この二点から区別すべきことを説いていた。しかし、この区分を、行政組織法上の私人の行政主体の区分と重ねたとする説もあるが、田中・辻（2）の点のようである。

(70) 室井力・塙野宏編・行政法を学ぶ 1111用頁以下（昭41）（畠田雅夫執筆部分）参照。

(71) 田中・注（2）ト巻四1111頁。

(72) 舟田「『公共企業法』に関する『論議』」国際電気通信関係法制の研究——KDD創業二十五周年記念論文集第二部九一頁（昭五四）参照。

(73) なお、この論文（注72）では、「公共企業」による事業を、「行政作用の一種（公企業）として扱ふるのではなく、独立の経済主体が経済社会の中でもある『經濟的』活動として考へる」とある。本稿と同じ視点に立つてある。従って、同論文八八頁の「取扱性を法制度上要求せざるとして想立した組織体による行政作用のみを、言葉の正確な意味における『經濟的』活動として『公共企業』に命ぜぬるのが適当であつた。」とする文章中の「行政作用」という用語は、「スワード・イング」であり、単に「活動」の訛りらしい。

(74) 三田幸男・公企業法一一五頁以下（昭三三）；機部・注（42）三〇二頁以下、三一三頁参照。

(75) 機部・注（63）二四〇頁。

(76) 田中・注（23）ト卷四三三四頁以下。

(77) 成田他・注（3）、齋藤・注（3）等を参照。

(78) P. Badura, Ann. 4, S. 248; Forsthoff, Ann. 2, S. 501, 513ff. 国田・注（6）阪大法学八六号九五頁、一一一頁。

(79) なお、いわゆる広く行政の「せざむ」の活動のうち、当該活動を自体の性質として公共的目的に直接的に連なるのみを、「行政事務」あるいは「行政作用」としてゐる。この範囲、内容、あるいははむかのむかの主体による活動を行政といふかは、それ自体としては單なる用語法の問題であつて、最近の例としては、「社会管理機能」一般を「行政」とし、それを担つ「機能的行政組織」に業界団体や町内会また組合の説が現れていふ（遠藤博也・行政法II（名論）七九頁以下（昭五一）参照）。なお、藤田由靖「行政と法」現代行政法大系一巻一一一頁以下（昭五八）参照）。肝要ないことは、各々の用語法の背後で、このよいな理論構成および問題関心があるかであつて、本稿では、広義の行政活動のうち、(i)当該活動それ自体の性質によつて、公共的任務が否かを分け、(ii)経済性なし企業性の原則が採用せらるかが、当該事業主体の組織法上の性格で決して重要な要素である、ところ観点から、いわゆる二つを組み合せで、本文に述べたように行政活動を三種類に分けたわけである。

(80) ハネルギー供給事業は、生存配慮行政に属する説／ハネルバーネホフ＝コーエー（Friesenbahn）によれば、ハ・マウニシは、決定的なのは、「經濟的目的」やだれか「収益回収」（Gewinnerzielung）による活動をもつてゐるが、ハネルギー供給事業のまゝに、それが肯定されれば經濟的企業であつて、公行政は利他的（freundnützig）であつて、一定の任務（「行政的任務」）を果たすべきものである、と説く。vgl. T. Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch. Bd. 50 (1959), S. 315ff., 326f. 本

論文にして、岡田・注（6）法學雑誌一八卷一号一五頁参照。」の所によれば、収益目的によって公行政と企業的活動を区別するのが伝統的な考え方である。岡田・注（6）阪大法學八六号九五頁（ム・ヘライナーの所説）、山田幸男・行政法の展開と市民法一五六頁（昭三六）等を参照。

しかし、西ドイツ各州の市町村法（Gemeindeordnungen）が規定する「経済的企業」（wirtschaftliche Unternehmen）は収益目的をもつて、たゞ、「公共的且約」（der öffentliche Zweck）が達成されねばならぬ運営をしなければならない。〔例へば、バーデン・バーニュ・ブルク市町村法一〇二条一一項。〕の点にてこゝでは、舟田・注（6）七五頁以下、成田・注（63）地方公営企業の範囲に關する研究八八頁以下、成田「西ドイツの市町村制における『公共施設』の觀念とその利用に関する法律關係（一）」（法研三七卷一号一一八頁以下（昭三六）参照。）として、西ドイツの近時の学説は、〔の〕市町村法上の経済的企業はもとより、その他、一般的にも、公共的且約を収益目的とは矛盾せず、同時併存もあり得るやうである。収益目的なし利潤（Gewinn）を基準として行政と経済を対立させることは妥当ではない、と説く者が多い。vgl. W. Rüfner, Ann. 6, S. 148; H. Klein, Ann. 6, S. 81; E. Forsthoff, Ann. 2, S. 500 ff.

ただし、ドイツ各州の市町村法が要求してくる経済的企業の「公共的且約」は緩やかに解釈されており、其に沿うる必要がある。すなわち、市町村の経済的企業は、公共的目的に直接関連する事業を担ひ、しかも要求されても、例えば自治体の財政力強化のための事業のようなど、單に間接的に公共的且約に仕えるにあらざる場合でも、旅館営業その他の例が挙げられてる。dazu vgl. H. Klein, Ann. 6, S. 81 f. 成田・注（63）地方公営企業の範囲に関する研究九〇頁以下。

従へて、本稿でいう「公共的任務」は、前述のように、直接（すなわち、当該任務それ自体の性質として）、公共性を關するものであるかない、右の西ドイツ市町村法上の経済的企業よりも、狭い範囲に眼られる。つまり、公共的任務も、西ドイツの経済的企業も、その典型的な事業としては電気供給事業等の公益事業であるから、後者をめぐる議論は、わが国にも参考となり得るものである。

なお、本稿の対象からは外れる」とあるが、右の意味で、公共的任務に該当しない、すなわち、直接的には公共性を有しない事業ないし行為を、國ないし公共団体が収益のみを目的にすることを、法制度上のように位置づけ、評価するかといふ問題は、従来、國等の権能あることは当該行為についての財政法上の規制としてのみ取り上げられてきた。しかし、西ドイツは、それが私経済分野への参与という性格をもつてゐるから、競争との関連や論じられており、わが国でも今後の角度からの検討が進められたるものであらうと思われる。

(82) ただし、各州の市町村法上の「経済的企業」に、生存配慮事業が含まれるか否かについては、多数説とフォルストホフの対立があるが、本文で述べた実質論においては異論はない。vgl. E. Forsthoff, Ann. 2, S. 564 ff., 566 f. 国田・注(6) 法学会雑誌一八巻一号

一一三頁以下、舟田・注(6) 欧米の交通公企業七六頁以下。

(83) 舟田・注(6) 欧米の交通公企業七八頁以下参照。

(84) 磯部・注(63) 一二四五頁以下、前田泰男「特殊法人の効率性をめぐって」ジュリ七五〇号六一頁以下（昭五六）、植草益「公企業改革の基本的方向」季刊現代経済四八号五九頁等を参照。

(85) 室井・塩野（編）・注(2) 一一〇七頁。

(86) 美濃部・注(4) 上巻四六五頁以下。

(87) この点の詳細は、舟田・注(1) を参照。

(88) なお、舟田・注(1) でもふれたことであるが、塩野・注(19) 三九〇一三九一頁は、「社会的に有用な業務」（本稿でいう「公共的任務」）が、(i) 「行政事務とされた上で國とは別の法人格にその遂行がゆだねられたとき」、当該法人は行政主体であり、(ii) 国の行政事務とするないときは私人である、^レ説く。この説は、第一に、「國から目的を与へられた法人」か否かという美濃部説（注(86) 参照）を否定し、また第二に、「社会的に有用な業務」で、かつ「行政事務」ではない業務を認める点で妥当である。しかし、右の二点で必要にして十分であつて、そこから行政主体と私人の区別に向かう必然性はないように思われる。問題は、「社会的に有用な業務」や「行政事務」が、作用法上および組織法上、「法技術的にどのような表現をとっているか」（同前三九一頁）であつて、それは、行政主体性の有無よりは、特殊法人と國あるいは私人との組織法上の関係等の具体的検討に重点が置かれるべきであろう。何故ならば、後者の國との組織法上の関係等の問題について、前者の行政主体性の有無から演繹的に決まる部分は多くはなく、また、行政主体性それ自体の法的意義も、上述(1)-(3)-(6)のように、単なるレッテル貼り以上のものは見い出し難いと思われるからである。

(89) 遠藤博也「行政過程における公共の福祉」ジュリ四四七号四一頁（昭四五）。

(90) 我妻・注(31) 一四五頁。

(91) 本稿は、特殊法人の法的人格性という組織法上の一つの特徴をとらまえ、かつ、わが国の現実の特殊法人と監督行政庁との間にしばしば見られる不明朗な癒着の克服という問題意識を基礎に、特殊法人の組織としての実質的独立性を強く認める方向をとった。しかし、現実

の特殊法人の中には、特に公事業の実施主体のいくつかの特殊法人のように、国家の行政組織の一部局に近い性格のものもある。参照、舟田・注(49)二八頁以下および同所所掲の諸文献。西ドイツにおいても、當造物法人の中には、「給付行政の独立的施設に公の當造物としての権利能力を与える」という側面とは別に、「技術的な理由から権利能力が与えられたにすぎ」ず、監督行政による直接的な指揮権に服する法人があり、これは実質的には一官庁であり、「これを當造物と呼ぶかどうかは、結局、用語上の趣味の問題である」とも言われている。vgl. W. Rufner, Ann. 6, S. 246.

おわりに

イギリスにおける社会化、あるいはドイツにおける自治行政のような歴史的・理念的基盤に欠け、戦前の統制経済下の當団・統制会社などの統制団体という負の遺産を負負つてゐるわが国において、特殊法人が、上述のような現代資本主義社会に特有の公共的任務を担う特殊な組織法上の特徴をもつ主体として、今後も存在し続けるとすれば、法解釈論ないし法制度論としても多くの課題が残されてゐると考えられる。

本稿では、特殊法人に関する組織法上の諸問題としては、行政主体性の有無よりも、国との関係等の個別的问题に直接向かうべき」と述べた。ソシテ、その課題のいくつかを挙げれば、(i)組織形態の選択の自由——これは政策論としては、「官民の機能分担論」、「經營形態論」等々として論じられている、(ii)指揮監督権——これに関する最も重要な論点は、特殊法人に対する監督行政の一般的監督権は、「合法性の監督」にとどまり、「合目的性の監督」には及ばない、という解釈論を一般的に立てられるのではないかという問題である、(iii)内部組織原理——公共的任務を担う組織にふさわしい、社会の各成員に開かれた民主的な組織形態の具体的吟味、等々である。これらの諸点は、政治的論議としては数多くの議論がなされているが、法的観点からの整理、検討は未だ

不十分である。今後は、実態の法制度の双方をにのみい、解釈論と制度論、立法政策論にまたがる法理論が要(3)されるに至るに考へね。

(92) これらの諸問題については、簡単ではあるが舟田・注(1) によれておいた。

(93) 組織法の分野一般、あるいは特殊法人に関する法制度の分野においては、実定法それ自体のみを手がかりとする解釈論は十分な展開が期待できない。従来、法学上の議論がこの分野についてしかいたのはそのような素材の性格の故とも思われ、他方、数少ない法律学上の業績も、憲法原理に立脚する抽象論ないし立法政策論にとどまりがちであった。特に、前者の「不完全かつ非体系的な実定法規のみに」だわる議論の眼界」(磯部・注(4)) は明らかであり、後者の抽象論ないし「概念論」(磯部・同上) と、法技術・法制度とを結びつける作業が必要であるように思われる。

(昭和五八年夏脱稿)

(補註) 本文二四頁以下で述べた公共的任務と国家的任務の区別は、西ドイツでは前註(62) にあげたH・ペータースの刺激的な論文以降、一般に承認された。vgl. H. Klein, Ann. 6, S. 24 f., W. Martens, Ann. 14, S. 38 f., 118 f.; M. Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private (1971), S. 15 f. Ann. 25 dort, S. 106 f.; Wolff-Bachof, Ann. 2, S. 7 ff. (但し) 年例の用語法は混乱している。dazu vgl. Krautzberger, ebenda, S. 97 ff. など、これを除くと、平決以降、公共的任務と国家的任務を区別する傾向が強まっている。本平決については、塙野・注(3) 四一五頁以下参照。例えば、従来の通説を代表していたW・カーネーは、一九五六年には既に「公法人の『行政主体』なる『國家的並び(nebenstaatlich) 行政システムの一分肢』への変化を説いていた(W. Weber, Art. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, in: HdSW Bd. 5 (1956), S. 451.)。今後でも公法人は、分類されば、「隣接的行政組織」と呼べるが(3・カーネー、同・ホルストホーフ)、公法人の公法的色彩は様々である。(115参照。 auch vgl. W. Martens, Ann. 14, S. 113 ff.) および國家と社会(または個人)の間に「公共性」の領域があるとの認識が生まれてきただる(vgl. Krautzberger, ebenda, S. 13, 84 ff.; W. Martens, Ann. 14, S. 19. ものとくに、舟田・注(4) 参照) から、公法人の実態および具体的の性格とは、国家ないし行政のカテゴリーがひとつの理解する傾向が現われてきていると言えよう。