

民営化の憲法問題に関する覚書

——憲法の適用範囲からの考察——

榎 透

- I 問題の所在
 - 1 国家の活動領域の変化
 - 2 本稿の目的：民営化と憲法学
- II 日本における「民営化」の現在（１）：「民営化」の方式
 - 1 多様な民営化概念
 - 2 法令の制定による民営化
 - 3 民間委託・PFI
 - 4 指定管理者制度
 - 5 構造改革特区
 - 6 市場化テスト
 - 7 小括
- III 日本における「民営化」の現在（２）：「民営化」の実際
 - 1 保育所
 - 2 刑務所（社会復帰促進センター）
- IV 「民営化」事業と憲法
 - 1 公私混合事業にみる国家の役割
 - 2 私人間効力論を使わないことの意味
 - 3 憲法の拘束力の範囲

I 問題の所在

1 国家の活動領域の変化

憲法の眼目は、国家権力の制限にあるとされる。それゆえ、憲法学はこれまで公私区分を前提に、国家が私的領域に積極的な介入を行わないよう

に理論を組み立ててきた。しかし、近年、憲法（学）の前提とも言える公私区分や国家の役割について、大きな変化が見られるようになった。すなわち、一方で、民営化や規制緩和に見られるように、国家がこれまで担っていた業務から撤退し、国家の活動領域を縮小する動きである。他方で、国民が国家に対して安全・安心の確保を求めたり、国家が男女共同参画社会を推進するなど社会のあり方について一定の価値に基づいた活動を行ったりするなど、国家が一定の積極的役割を担う動きである。国家の活動領域の変化は、これまで人権保障のために国家の活動に注視してきた憲法学にとっても、無関心ではいられない。国家の活動領域が変容する中で、憲法理論のあり方——とりわけ、「国家の活動」の憲法的統制や国家の役割——を模索することにある。すなわち、国家の活動領域の拡大や縮小に関する内容や性質を勘案しながら、国家の積極的活動や活動の縮小を憲法上どのように位置づけることができるのか、検討する必要があるといえよう。

もっとも、前者——国家の活動領域の拡大——の問題は、自覚的であるにせよ、無自覚であるにせよ、常に憲法学の考察の対象として意識されてきた問題である。立法府が新規の立法を行った場合や行政が施策を実施した場合で、その立法や施策の憲法適合性が判断される際には、「国家の活動」の憲法的統制や国家の役割について、程度の差こそあるものの、検討がなされるからである。例えば、公権力が学校儀式における「君が代」斉唱の義務化を新たに行えば、こうした公権力の行為の憲法適合性は憲法学でも検討の対象となる¹⁾。

これに対して、後者——国家の活動領域の縮小——の問題に関する憲法学の反応はどうだろうか。現在、国家の活動領域が変容する中で、公共サ

1) 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決から、学校儀式における「君が代」斉唱に関する憲法学説の動向を整理したものとして、拙稿『「君が代」ピアノ伴奏拒否事件にみる思想・良心の自由と教育の自由』社会科学年報（専修大学社会科学研究所）44号（2010年）69頁以下を参照。

サービスの民営化・規制緩和が行われ、国家が従来担ってきた公共サービスを民間企業がしばしば行っている。日本では1980年代の鉄道や電話事業から、近年の郵便局に至るまで、公共サービスの「民営化」が社会的な問題であった。「民営化」の波は、それだけでなく、今や多方面にわたり、刑務所や保育園といった施設にまで及び、国民の安全に関わる領域や生活の領域にも大きな影響を及ぼすものとなっている。また、建築確認申請のように、これまで公権力が独占していた業務に民間が参入するといった規制緩和が促進した事例も多々存在する。日本社会におけるこうした事態が、重要な意味を持つことはいうまでもないだろう。では、これに憲法学はどのように向き合ってきたのか。

2 本稿の目的：民営化と憲法学

行政法学は、こうした民営化・規制緩和の問題に正面から取り組んできた。1980年代以降の日本では、新自由主義を背景に、行政の減量化・簡素化・効率化を目指すべく、民営化や規制緩和が進行した。行政法の研究者は、こうした動きに応答する中で、行政法の変容や行政のあり方について検討し、ときには現実の動きに警鐘を鳴らしてきた²⁾。

これに対して、憲法学も、民営化・規制緩和の問題が検討されてこなかったわけではない。この問題については、一方では「規制緩和の憲法適合性に疑問を持つことはなかった」旨述べる見解もある³⁾が、他方では、法学雑誌に「憲法学は『規制緩和』にどう向き合うか」⁴⁾や「国家は撤退したか？」⁵⁾といった特集が組まれるなど、規制緩和を憲法学の主題と捉え、公共サービスの民間委託、独占禁止法と規制緩和、家族と規制緩和などの検

2) 晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』(法律文化社、2004年)など。

3) 安念潤司「国家 vs. 市場」ジュリスト1334号(2007年)82頁。

4) 法学セミナー51巻7号(2006年)。

5) ジュリスト1356号(2008年)。

討がすでに始まっている。このことは、国家の活動領域の縮小と憲法との関係が憲法学にとって今まさに重要な課題であることを示すものである。

このような研究のある中で、本稿の目的は、憲法の適用範囲という点から「民営化」の問題を考察することにある。そもそも「民営化」の語義自体が多様であることから、本稿では、まず、日本における「民営化」の様に注目して、その特徴を探り粗描する。その上で、「民営化」によって民間企業の行った活動が憲法の適用されるべき範囲内にあるか否かという観点から考察を行う。公権力が公共サービスを行う場合には、その公権力の活動は憲法によって拘束・統制される。しかし、「民営化」によって、そのようなサービスを民間会社が行う場合、その活動に対する憲法的拘束・統制はどうなるのか。この問いに対しては、もちろん、「民営化」された公共サービスを行う民間企業に、憲法的拘束・統制が及ぶという理解と、及ばないという理解があると思われる。「民営化」等によって公共サービスを担うこととなった私的権力の憲法的統制の可否・範囲・程度や、「公」や国家の役割について考察することが必要になるのである⁶⁾⁷⁾。

Ⅱ 日本における「民営化」の現在（1）：「民営化」の方式

1 多様な民営化概念

「民営化」と言っても、その意味するところについては、必ずしも統一した理解があるわけではない。例えば、「民営化とは、まずは、これまで国や地方公共団体が行政として行ってきた事務・事業を民間企業等に行わせるものである。施設管理や公共土木事業の民間委託、検査・検定等の規

6) 現在の私人間効力に関する議論の多くは理論的側面を論じ、どのような場面で実際に使えるのかという検討は意外と少ない。本文で述べたような考察は近年、議論が活況を呈している私人間効力論にも一定の意味があると思われる。

7) 民営化について考察した憲法学の貴重な業績として、宮下紘「民営化時代における憲法の射程」『一橋法学』3巻3号（2004年）1317頁以下がある。

制的事務への民間参入の容認などのほか、事務・事業を担当する既存の行政組織を民間化ないし準民間化する方式（特殊会社・独立行政法人）もこれに含まれる。事務・事業を伝統的な行政組織の外で処理させるこれらの『外部的民営化』に対して、伝統的行政組織（官僚制）における『内部的民営化』も進行している。設定した目標に基づく行政評価制度や公務員の昇給・昇格における業績評価制度など、民間における組織管理・経営手法を行政に導入するものがこれである⁸⁾と説明されたり、「民営化を国家的任務・公共的任務の私人への委譲と定義[する。]……民間委託も民営化として理解している。これによって、三公社……の民営化は勿論のこと、第三セクター・PFIの活用等も定義中に入ってくる⁹⁾と説明されたりする¹⁰⁾。

以上の「民営化」概念については、民間委託や半官半民の第三セクター、独立行政法人までも入る、かなり広範なものであることから、拡大し過ぎだとの評価もある¹¹⁾。「民営化」概念を巡る議論が種々あることからすれば、民営化の本質を探る上で「民営化」概念を類型化するなどして考察することは重要である¹²⁾。しかし、本稿では、議論の本筋を理解しやすくするために、一般に「民営化」と捉えられているものを取り上げたい。このような方針に基づいて、2以下では、日本における「民営化」の形態とその特徴について簡単にまとめるものとする。

8) 原野翹、浜川清、晴山一穂編『民営化と公共性の確保』（法律文化社、2003年）ii頁。

9) 松塚晋輔『民営化の責任論』（成文堂、2003年）1頁。

10) 角松生史「行政事務事業の民営化」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点[第3版]』（有斐閣、2004年）152-153頁を参照。

11) 三並敏克『「民営化された行政」への憲法の適用』小林武・見上崇洋・安本典夫『「民」による行政』（法律文化社、2005年）28-30頁。「民営化」と「民間委託」を異なる概念として理解するものに、田辺国昭「民営化・民間委託・規制緩和」西尾勝・村松岐夫編『講座行政学第5巻 業務の執行』（有斐閣、1994年）89-95頁。

12) 大脇成明「民営化法理の類型的考察」法政研究66巻1号（1999年）66頁以下。

2 法令の制定による民営化

第1に、国または地方公共団体によって設置された組織は、法令の制定によって民営化されることがある。かつて公共企業体と呼ばれた、日本国有鉄道、日本専売公社、日本電信電話公社の三公社の特殊会社化は、これに該当する。日本国有鉄道（国鉄）の分割・民営化は、日本国有鉄道改革法によって、1987年に各旅客鉄道株式会社（JR）が設立されたことで実現した¹³⁾。日本専売公社は、日本たばこ産業株式会社法によって、1985年に日本たばこ産業株式会社（JT）となり、また日本電信電話公社も、同年に日本電信電話株式会社法によって、日本電信電話株式会社（NTT）となった。

郵政民営化も、法令による民営化の代表的な例である¹⁴⁾。郵政事業はもとも国営であったが、第二次橋本内閣の行政改革の流れの中で、公社化が決定した。その後、小泉内閣が郵政民営化関連6法案（郵政民営化法、日本郵政株式会社法、郵便事業株式会社法、郵便局株式会社法、独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構法、郵政民営化法等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律）を国会に提出し、それらが国会での審議を経て、2005年10月に可決・成立した。

この郵政民営化は、「民間にゆだねることが可能なものはできる限りこれにゆだねることが、より自由で活力ある経済社会の実現に資する」（郵政民営化法1条）という理念の下で、「内外の社会経済情勢の変化に即応し、公社に代わる新たな体制の確立等により、経営の自主性、創造性及び

13) 「特集・国鉄分割・民営化の検討」ジュリスト860号（1986年）8-64頁、「〈特集〉国鉄分割・民営化問題と法」法律時報58巻12号（1986年）6-43頁等を参照。

14) 藤井比早之「郵政民営化関連6法律」ジュリスト1306号（2006年）38頁以下、「郵政民営化関連六法 国会・内閣 郵政民営化法／日本郵政株式会社法／郵便事業株式会社法／郵便局株式会社法／独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構法／郵政民営化法等の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」法令解説資料総覧289号（2006年）5頁以下など。

効率性を高めるとともに公正かつ自由な競争を促進し、多様で良質なサービスの提供を通じた国民の利便の向上及び資金のより自由な運用を通じた経済の活性化を図るため、地域社会の健全な発展及び市場に与える影響に配慮しつつ、公社が有する機能を分割し、それぞれの機能を引き継ぐ組織を株式会社とするとともに、当該株式会社の業務と同種の業務を営む事業者との対等な競争条件を確保するための措置を講じ、もって国民生活の向上及び国民経済の健全な発展に寄与することを基本として行われるもの」とされる（同2条）。

このため、郵便業務を行う「郵便事業株式会社」、郵便窓口業務等を行う「郵便局株式会社」、銀行業を担う「郵便貯金銀行」、生命保険業を担う「郵便保険会社」、郵便事業株式会社及び郵便局株式会社の発行済株式の総数を保有し、これらの株式会社の経営管理を行う「日本郵政株式会社」が設立されるとした（同5条2項）。独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構のように株式会社化されなかった組織は存在するものの、国の組織が営んでいた郵政事業は、法令の制定によって設立された民会社によって行われることになった。いわゆる民営化がなされたのである。

もっとも、郵政事業の民営化もそのような例であるように、「民営化」によって設立された会社に対して、国の関与が想定されている。例えば、最終的な民営化が実現するまでは、内閣に郵政民営化推進本部、また、その推進本部に郵政民営化委員会が置かれ、郵政民営化の推進、監視を行う。同委員会は、3年ごとに郵政民営化の進捗状況について総合的な見直しを行う（郵政民営化法10～25条）。各会社は、株主の募集や定款の変更の決議等の一定事項について総務大臣の認可を受けなければならないとされており、関連法規には総務大臣による株式会社の監督規定が置かれている（日本郵政株式会社法8～11, 14, 15条、郵便局株式会社法8～11, 13, 14条）。また、「民営化」後の会社であっても、その株式は国が保有する（日本郵政株式会社法2条）ことから、株式を民間に売却する「完全民営化」と呼

ばれるものとは異なる。しかしながら、日本における実際の用語例に照らすと、このような形態も「民営化」と言われている¹⁵⁾。

3 民間委託・PFI

第2に、国や地方公共団体の業務を民間業者に委託する方法である。民間委託とは、「国または地方公共団体の事務の全部または一部を、国または地方公共団体以外の者に委託することをいう」¹⁶⁾。委託の手法には、「権限の委譲を伴う委任」、「受託者に権限の代理行使をさせる代理委託」、「受託者が手足となって事務を行うが対外的には委託者が完全に責任を負う内部委託」があり、民間委託ではしばしば内部委託の手法が採られる¹⁷⁾。法務局登記事務、下水道の管理業務、国民年金保険料の収納業務、路上駐車取締り業務等々、この内部委託の手法は多様な領域で使われている。

PFI事業¹⁸⁾も民間委託の文脈で把握される¹⁹⁾。内閣府によれば、「PFIとは、公共事業を実施するための手法の一つです。民間の資金と経営能力・技術力（ノウハウ）を活用し、公共施設等の設計・建設・改修・更新や維持管理・運営を行う公共事業の手法です。あくまで地方公共団体が発注者となり、公共事業として行うものであり、JRやNTTのような民営化とは違います」と説明される²⁰⁾。この事業は、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（以下、「PFI法」という）に基づいて行われる。この法律は、「民間の資金、経営能力及び技術的能力を活用し

15) 角松・前掲注10) 152頁。

16) 市橋克哉ほか『アクチュアル行政法』（法律文化社、2010年）135頁〔本多滝夫執筆〕。

17) 同上。

18) PFIに関する文献は数多いが、さしあたり、榊原秀訓「PFIにおけるVFM」三橋良士明・榊原秀訓『行政民間化の公共性分析』（日本評論社、2006年）174頁以下。

19) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第3版〕』（有斐閣、2006年）114頁。

20) 内閣府民間資金等活用事業推進室『地方公共団体におけるPFI事業導入の手引き〔概要版〕』（2005年）2頁。

た公共施設等の整備等の促進を図るための措置を講ずること等により、効率的かつ効果的に社会資本を整備するとともに、国民に対する低廉かつ良好なサービスの提供を確保し、もって国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」(1条)。

PFI事業の対象となる「公共施設等」は、かなり広範な施設・設備に及ぶ。PFI法2条によれば、「公共施設等」とは、①道路、鉄道、港湾、空港、河川、公園、水道、下水道、工業用水道等の公共施設、②庁舎、宿舍等の公用施設、③公営住宅及び教育文化施設、廃棄物処理施設、医療施設、社会福祉施設、更生保護施設、駐車場、地下街等の公益的施設、④情報通信施設、熱供給施設、新エネルギー施設、リサイクル施設(廃棄物処理施設を除く)、観光施設及び研究施設、⑤以上の施設に準ずる施設として政令で定めるもの、と規定される。このPFI事業は、法律制定以来、多くの活用事例が存在し、後で見る民営刑務所の設置もPFI事業である。

PFI事業では、まず当該事業として実施する可能性のある事業が事業担当者等によって発案され、次いで公共施設等の管理者等がPFIとして実施するかどうかの調査を行い、実施すると決まれば事業者の選定を行い、そして事業者が決まれば事業が実施される。このPFIと従来の公共事業との違いは、従来の公共事業が「設計、建設、維持管理、運営という各業務を分割し」て年度ごとに発注していたのに対して、PFIはそれらすべての業務を長期の契約として一括して委ねることにある。またPFIは、公的資金によらない資金調達という点にも特徴があるとされる²¹⁾。

PFI導入のメリットとしては、①国民に安くて良質な公共サービスが提供される、②公共サービスにおける行政の関わり方が改善される、③民間の事業機会を新たに創り、経済の活性化に貢献する、といった点が挙げられる²²⁾。これに対して、PFIの問題点としては、①民間事業者への優遇と

21) 同5, 8頁。

22) 同3頁。

配慮が必要以上になされる、②地方自治体と住民の立場の後退し、事業に対する民主的コントロールが効かなくなるおそれがある、③対外的に損失を及ぼした場合に、その負担が地方自治体と住民に及ぶ、という諸点が指摘されている²³⁾。

以上のような民間委託やPFI事業は、事業に対する公権力の関わりがあることから、そもそもそれが民営化といえるものかどうか、疑問をもつ向きもある。しかし、その一方で、民間委託やPFI事業は、組織形態の民営化ではないが、行政事務の民営化といえるものであって、「『官』から『民』へ」という特徴を持つものである²⁴⁾。ただし、PFI事業については、PFI法を見る限り、内閣総理大臣の基本方針に基づくことが必要であるものの（PFI法4条）、PFI事業それ自体に対する公権力の関与の度合いは、後で見る指定管理者制度と比べて低いといえよう。

4 指定管理者制度

普通地方公共団体は、「住民の福祉を増進する目的をもつてその利用に供するための施設」として、「公の施設」を設ける（地方自治法244条1項）。この「公の施設」とは、保育所、病院、公民館、図書館、公園、公共下水道、小中学校などであり、住民の生活に密着した施設が多い。地方自治法の定めによれば、普通地方公共団体は、正当な理由がない限り、住民による公の施設の利用を拒んではならないし（同条2項）、また、住民が当該施設を利用することについて不当な差別的取扱いをしてはならない（同条3項）。

この公の施設の管理に、指定管理者制度が導入されたのは、2003年の地方自治法の改正による。地方自治法244条の2第3項は、「普通地方公共団

23) 尾林芳匡『新 自治体民営化と公共サービスの質』（自治体研究社、2008年）37-50頁。

24) 角松・前掲注10) 152頁。

体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、法人その他の団体であつて当該普通地方公共団体が指定するもの（以下本条及び第二百四十四条の四において「指定管理者」という。）に、当該公の施設の管理を行わせることができる」と定め、指定管理者に公の施設を管理させることができるようになった。そして、この指定管理者には、民間の株式会社などにもその道が開かれている。

指定管理者制度の導入以前にも、外部の団体が公の施設を管理することはあった。しかし、指定管理者制度は、①施設管理者になれる者の範囲を従来より拡大した（従来は公共的団体や第三セクター等に限定されていた）点と、②住民の施設利用を許可するような公権力の行使に当たる権限も、施設の管理者に委任できるようにした点で、以前の管理委託制度とは異なる²⁵⁾。それゆえ、指定管理者制度によって民間の株式会社が管理者になることから、①公の施設がビジネスの道具になる、②住民サービス低下のおそれ、③特定事業者との癒着のおそれ、④雇用問題発生のおそれといった問題点が生じると指摘されている²⁶⁾。また、従来の行政法学では民間業者が公権力の行使を行うことを想定していなかったため、公の施設の使用許可権限、使用停止・使用許可取消の権限、および公物警察権に基づく処分権限といった諸権限は、そもそも指定管理者にどこまで委託できるのか、といった問題も存在する²⁷⁾。指定管理者制度の利用によって、指定管理者となった民間会社に種々の権限が付与され、また、低コストで効率的な運営が実現しうる反面、収益重視のあまり公共サービスの本来あるべき姿が二の次にされることもあろう。

25) 市橋克哉「公の施設の指定管理者」三橋・榊原・前掲注18) 157頁。なお、稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67巻5号（2003年）39頁以下。

26) 尾林・前掲注23) 37-50頁。

27) 市橋・前掲注25) 157-160頁。

しかし、地方自治法は、指定管理者の指定に関して民主的コントロールが及ぶように制度設計を行う。すなわち、指定管理者の指定の手続については条例で定める旨を規定し（244条の2第4項）、かつ指定先はあらかじめ議会の議決を経なければならない（同6項）として、指定管理者の選定に関する公権力の責務を示している。また、民間会社が公の施設の指定管理者に指定された場合でも、指定管理者に対する、普通地方公共団体の関与がなくなるわけではない。地方自治法は、「指定管理者が行う管理の基準及び業務の範囲その他必要な事項」は条例で定めると規定することから（同4項）、指定管理者の業務はその性質上、条例の規定に従うことを求められている。同法によれば、指定管理者は、毎年度終了後、管理業務に関する事業報告書を作成し、地方公共団体に提出する義務を負う（同7項）。普通地方公共団体の長又は委員会は、公の施設の管理の適正を期するため、指定管理者に対して、当該管理の業務又は経理の状況に関し報告を求め、調査や指示を行うことができるとされ（同10項）、指定管理者がこの指示に従わないときなど、当該指定管理者による管理の継続が適当でないとき認めるときに、普通地方公共団体は「その指定を取り消し、又は期間を定めて管理の業務の全部又は一部の停止を命ずることができる」（同11項）。このように地方自治法は、指定管理者に対してかなり広範な規制を課しているのである。

5 構造改革特区

構造改革特区とは、地方公共団体の申請および内閣の認定に基づいて、構造改革特別区域という「地方公共団体の自発性を最大限に尊重した」区域を設定し、教育、物流、研究開発、農業、社会福祉などの分野において、「当該地域の特性に応じた規制の特例措置の適用を受けて地方公共団体が特定の事業を実施し又はその実施を促進すること」である（構造改革特別区域法1条。傍点筆者）。

6 市場化テスト

行政の「民営化」については、法令の制定による民営化、民間委託、PFI、指定管理者制度、構造改革特区といった様々な手法が存在する。これらの手法の特性を踏まえた上で、網羅的に「民営化」を進めるものとして考案されたのが、市場化テストである。この市場化テストは、2006年に制定された、競争の導入による公共サービスの改革に関する法律によって、「民間が担うことができるものは民間にゆだねる観点から」、これまで行政が担ってきた業務を民間に委ねることが適切かどうかを、官民競争入札及び民間競争入札を通じて決定するものである²⁸⁾。そして、同法によれば、国の行政機関等の長等は、公共サービスを実施する民間事業者による公共サービスが適正かつ確実に実施されることを確保するために必要があるときは、当該民間事業者に対し、実施状況に関する必要な報告を求めたり、事務所に立ち入った上で実施状況等の検査等を行ったりすることができ（26条1項）、また、当該事業者に対し、必要な措置をとるべきことを指示できる等の規定がある（27条）。このように、公共サービスを実施する民間事業者に対して、公権力がこれを制御しうるようになっている点は留意すべきである。

7 小括

「官から民へ」という流れの中で、国や地方公共団体が従来担ってきた

28) 競争の導入による公共サービスの改革に関する法律1条は、「国の行政機関等又は地方公共団体が自ら実施する公共サービスに関し、その実施を民間が担うことができるものは民間にゆだねる観点から、これを見直し、民間事業者の創意と工夫が反映されることが期待される一体の業務を選定して官民競争入札又は民間競争入札に付することにより、公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を図る改革……を実施するため、その基本理念、公共サービス改革基本方針の策定、官民競争入札及び民間競争入札の手続、落札した民間事業者が公共サービスを実施するために必要な措置、官民競争入札等監理委員会の設置その他必要な事項を定めるものとする」と定める。

公共サービスは、しばしば民間に任されるようになった。このために、法令の制定による民営化，民間委託，PFI，指定管理者制度，構造改革特区，市場化テストなど，様々な「民営化」の手法が整備された。これらは，実際には，PFI事業の運営業者の選定につき指定管理者制度を利用したり，PFI事業と構造改革特区とを組み合わせたりするなど，相互に完全に独立したものではない。

このように「民営化」として括られるものであっても，事業・サービスが国家の手から完全に離れた完全民営化とは異なり，しばしば公権力の関与（それは，法律だけでなく，条例や運用の実態を見なければ，正確なことは分からないが）が法的に確保されていることに，留意すべきである。

Ⅲ 日本における「民営化」の現在（2）：「民営化」の実際

現在，様々な業務・施設が「民営化」されている。Ⅲでは，Ⅱで見てきた「民営化」の手法が実際にどのように使われているのかという点から，業務・施設に注目して，日本における「民営化」の現在を粗描したい。「民営化」される施設は多くあるものの，本稿では，待機児童の問題でいま注目の保育所（保育園）と，国家による運営が当然視されてきたといえる刑務所を取り上げることにする²⁹⁾。

1 保育所

保育所「民営化」の背景

保育所とは，保護者の労働や疾病などの理由により，保育に欠けるところがある児童を保育する施設である。児童福祉法24条1項は，市町村はこのような児童を持つ「保護者から申込みがあつたときは，それらの児童を保育所において保育しなければならない」と定め，市町村の保育実施義務を規定する。近年は，待機児童の増加に見られるように保育所に対する需

要が増大したことから、市町村による保育実施義務の負い方が問題となっていた。

市町村の財政状況が好調であれば、市町村は、保育所を新規に増設するなどして、当該義務を履行するという方法を選択できたかもしれない。しかし、財政事情が厳しいことから、「民営化」の手法を採用して民間の力で保育所を増設することに加えて、既存の公立保育所をも「民営化」する自治体が増加している。子どもの保育の領域にも、規制緩和³⁰⁾と民営化の波が押し寄せているといえる³¹⁾。

保育所「民営化」の方式

一口に保育所「民営化」といっても、その法令上の根拠は同じでない。保育所の「民営化」の手法としては、①条例による公立保育所の廃止および私立保育所の設置、②厚生労働省の通達による運営業務委託方式、③指定管理者制度の利用が挙げられる³²⁾。

29) 従来、国家や地方公共団体が担ってきた業務・施設の「民営化」は、保育所や刑務所に限定されない。例えば、指定管理者制度の利用によって、民間業者が公立図書館の指定管理者となって管理・運営を行うことも、しばしば見られる。倉澤生雄「地方自治法二四四条『公の施設』と個別法との関係：指定管理者制度の導入と図書館法」法學新報112巻11・12号（2006年）217頁以下、小泉公乃「日本の公立図書館経営における組織形態」カレントアウェアネス303号（2010年）28頁以下等を参照。

30) 子どもの保育の領域に関する規制緩和と言え、①保育基準の緩和の問題、②無認可保育所の問題が取り上げられるべきであろう。①については、定員の引き上げ、施設の面積基準の切り下げ等が問題になる。田村和之『保育所の民営化』（信山社、2004年）45-64頁。②については、認可保育所にかかる規制が無認可保育所に及ばないことは、子どもの保育にとって適切かどうか、という問題がある。

31) 櫻井慶一『保育制度改革の諸問題——地方分権と保育園』（新読書社、2006年）74-78頁など。

32) 田村・前掲注30) 13-29頁、岩切大地「保育と法」榎透ほか『時事法学——法からみる社会問題』（北樹出版、2009年）175-76頁。

①については、条例に基づいて、公立保育所が廃止され、私立保育所が設置されるわけであるから、「純粋な民営化」が実施される³³⁾。この方式による「民営化」は、横浜市が4つの市立保育所を廃止し、社会福祉法人に移管した際に、市は条例（横浜市保育所条例の一部を改正する条例，平成15年横浜市条例第62号）の改正をもって行った例が有名である。というのも、条例改正による保育所廃止処分の取消等を求めた裁判が行われ、一審の横浜地裁が本件改正条例制定を違法としたからである。もっとも、横浜地裁は、保育所「民営化」そのものを違法としたわけではなく、「民営化」に至る過程で、特段の事情の存在しないところで保護者の同意を得ようともせずに市が早急な民営化を実施したことについて、市の裁量の範囲の逸脱・濫用があったと判断した³⁴⁾。

②の運營業務委託方式については、2001年3月30日の厚生労働省通達「地方公共団体が設置する保育所に係る委託について」（雇児保第10号）³⁵⁾に基づき、地方公共団体が設置する保育所の運營業務を、株式会社等の民間にも委託できることになった。③の指定管理者制度については、これによって株式会社等の民間業者に公立保育所の運営・管理を委託できるようにな

33) 岩切・前掲32) 175頁。

34) 横浜地判2006年5月22日，判タ1262号137頁。

35) 通達は、「地方公共団体が設置する保育所の運營業務（施設の維持・保存，利用者へのサービス提供等）については、「規制緩和推進3か年計画」（平成13年3月30日閣議決定）のとおり，事実上の行為として，地方自治法（昭和22年法律第67号）第244条の2第3項の適用はなく，同項に規定する公の施設の管理受託者の要件を満たさない民間事業者にも当該業務を委託することは可能である。即ち，保育所の運營業務の委託先主体は，公共団体（一部事務組合等），公共的団体（社会福祉法人，農業協同組合，生活協同組合等）又は普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるもの（地方自治法施行令第173条の3，地方自治法施行規則第17条）に限られず，これら以外の民間主体（NPO，株式会社等）への委託も可能である」と定める。http://www.hourei.mhlw.go.jp/cgi-bin/t_docframe.cgi?MODE=tsuchi&DMODE=CONTENTS&SMODE=NORMAL&KEYWORD=&EFSNO=8439

った。業務の範囲等は、②の方式とさほど異ならない。しかし、保育所の管理者に対する地方公共団体の監督に関しては、②の運營業務委託方式がとくに定めが無いのに対して、③の指定管理者制度は地方自治法に種々の定めがある、という点で大きな違いがある³⁶⁾。これら②および③の方式は、保育所の「民営化」として議論されることが多いものの、純粋な民営化ではなく、公設民営方式によるものであることに留意する必要がある。

保育所に対する規制

公立保育所であれば、その行為には憲法の統制が及ぶ。しかし、その一方で、「民営化」保育所・私立保育所であれば、憲法の統制は及ばない。しかし、だからといって、規制が無いわけではなく、「民営化」保育所をはじめとする私立保育所にも公的規律が存在する。児童福祉法等によって、利用者規制、料金規制、利益規制、内容規制といった保育所の設置・運営にかかわる公的規制が存在する³⁷⁾。保育所が乳幼児の保育を行う上での重要事項には、広範な規制があるといえよう。

例えば、私立保育所であれば自由に入所する乳幼児を決定できそうなものだが、児童福祉法はそもそも「保育所における保育を行うことを希望する保護者は、……申込書を市町村に提出しなければならない」と定め、保育所入所の申込みは私立保育所のそれであっても普通地方公共団体に対して行うこととし（24条2項）、申込み多数によりすべての希望者が保育所への入所ができない場合において、「市町村は、……当該保育所に入所する児童を公正な方法で選考することができる」（同条3項）として、選考も地方公共団体の責任で行うことを定めている。また児童福祉法は、保育

36) 田村・前掲注30) 22-24頁。垣内国光『民営化で保育が良くなるの?』（ちいさいなかま社、2006年）105頁は、保育所の「民営化」反対の立場に立った上で、地方公共団体が保育所の運營業務委託方式を採用しようとする場合には、「最低でも指定管理者制度に切りかえることを要求すべき」と述べる。

37) 櫻井・前掲注31) 66-68頁を参照。

に関しても、定員、施設の面積、人員など様々な基準を示し、保育料についても、私立保育所は自治体の決定に従う旨を規定する。

さらに、保育所の設置者が指定管理者制度を利用して指定管理者となる場合には、事業者の指定手続・基準に加えて、保育実施日や保育時間等についても、条例で定められる。例えば、東京都中野区は、中野区保育所条例（昭和36年中野区条例第3号）³⁸⁾の中で、指定管理者の管理する保育所の休所日（3条3項）、開所時間（同条4項）や利用料金（5条2項）等について定めており、指定管理者はこの条例に基本的に拘束される。とりわけ業者にとって重要であろう利用料金に関しては、中野区保育所における保育に関する条例（平成10年中野区条例第15号）³⁹⁾に詳細な規定があり、指定管理者に裁量の余地はないといえる。

以上のように、私立保育所に対する公的規制は、保育所設置・運営に関する多岐の分野にわたっている。このような規制は、民間業者にとっては経営の自由に対する制約といえるものだが、それと同時に、保育の質⁴⁰⁾を確保するための規制ともいえよう。

2 刑務所（社会復帰促進センター）

社会復帰促進センターの登場

38) http://www.city.tokyo-nakano.lg.jp/reiki/reiki_honbun/q6000083001.html

39) http://www.city.tokyo-nakano.lg.jp/reiki/reiki_honbun/q6000084001.html#b3

40) 保育の質という点からは、そもそも保育所の「民営化」を行うことによって、児童に対する保育の質が低下するとの危惧が示されている。例えば、指定管理者制度を利用した保育所の場合は、指定管理者の指定は数年ごとに行われるため、業者としては再指定されるかどうかの保証はない。企業としては、人材育成など長期的な保育計画に影響があるし、利用者としても、保育士が数年単位でがらりと変わる可能性があることは負の影響があり得ると考えられる。櫻井・前掲注31) 85-90頁を参照。なお、汐見稔幸・近藤幹生・普光院亜紀『保育園民営化を考える』（岩波書店、2005年）、ひとなる書房編集部編『涙では終わらせない——保育園民営化・当事者の証言』（ひとなる書房、2008年）など多くの文献で、「民営化」保育所による保育の質の問題が提起されている。

国家の刑罰権は、国家による権力行使の最たるものであり、刑務所はそのための施設である。そのような特性を持つ刑務所でも、近年は民間が運営する施設が登場するに至っている。民間による刑事収容施設はイギリスをはじめとする欧米諸国でも開設され、その利点や問題点も指摘されるところである⁴¹⁾。日本では、刑務所の過剰収容と財政難の2つ問題を解決することと、行刑運営の透明性の向上等を理由として⁴²⁾、2007年に日本初となる美祢社会復帰促進センターが設置され、民営刑務所が始動した。

刑務所「民営化」の方式

社会復帰促進センターと呼ばれる、日本の民営刑務所は、PFIや構造改革特区制度を活用することで生み出された。民営刑務所と言っても、PFI事業であることから、「事業主体は民間でもその執行にかかる最終責任はあくまで行政にあ」とされ、事業自体を民間に売却する民営化や官民共同出資法人により運営される第3セクターとは異なる⁴³⁾。PFI事業のため、事業の安定性・継続性の確保という点から、20年という比較的長期の業務委託がなされる。PFI刑務所の数を増やす場合、矯正施設の公務員の採用は減少するであろうから、PFI事業者との委託期間が満了した場合も視野に入れておくべきであるとの指摘がなされる⁴⁴⁾。

41) 藤本哲也「アメリカ合衆国、イギリス、及びオーストラリアにおける刑務所の民営化」比較法雑誌31巻2号(1997年)51頁以下、吉野智「英国における刑務所PFI事業について(前)(後)」刑政113巻7号(2002年)62頁以下、8号(2002年)54頁以下、太田達也「アメリカにおける矯正施設の民営化と我が国のPFI事業——課題と展望」ジュリスト1333号(2007年)19頁以下など。

42) 只木誠「新しい刑務所運営の意義と課題」ジュリスト1333号(2007年)12頁、河合幹雄「PFI刑務所」法学教室331号(2008年)2頁、徳永光「刑事施設に対するPFI方式導入の経緯」刑事立法研究会編『刑務所民営化のゆくえ』(現代人文社、2008年)10-23頁。

43) 只木・前掲注42) 11頁。

44) 太田・前掲注41) 33頁。

業務の分離

社会復帰促進センターで行われる業務のすべてが、民間業者に委託されたわけではない。権力性が強く、委託に馴染まない事務については、刑務官が行うものとされている。つまり、社会復帰促進センターの業務は、以下のように、公務員である刑務官が行う業務と民間人が行う業務に分けられているのである。

公務員である刑務官が行う業務は、①戒具の使用、②武器の使用、③逃走した在監者の逮捕、④身体の検査、⑤保護室への収容、⑥被収容者に対する指示、制止及び制圧等、⑦作業の賦課、⑧文書及び図画の閲読の許否の処分、⑨接見及び信書の発受の許否の処分、⑩領置、⑪差入れに関する制限、⑫懲罰である。これに対して、競争の導入による公共サービスの改革に関する法律33条の3（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律等の特例）によれば、民間人が行うとされる業務は、①被収容者の識別のための検査（写真の撮影、指紋の採取等に限る）の実施に係る業務、②金品の検査（書籍等の内容に係るものを除く）の実施及び書籍等の内容に係る検査の補助に係る業務、③物品その他の物の引渡しの実施に係る業務、④領置物の保管、⑤健康診断の実施、⑥被収容者の行動監視、施設の警備、⑦着衣、所持品及び居室の検査、⑧作業に関する技術上の指導監督、⑨受刑者の資質、環境調査、⑩改善指導・教科指導等の実施、⑪職業訓練、⑫信書等の検査補助、⑬信書等の保管・複製の作成に係る業務とされる。

以上を見ると、矯正施設の業務は公務員の担当する業務と民間事業者の担当する業務に区分けされており、両者が相まって矯正業務を遂行できる仕組みを整えていることが分かる。しかし、このような仕組みについても、問題点が指摘される。第1に、刑事収容施設の民間運営における受刑者の人権保障の問題である⁴⁵⁾。権力的作用を行わないとされる民間事業者であ

45) 萩原聡央「刑事施設の民間化——行政法学的検討」刑事立法研究会編・前掲注42) 49頁。

っても、信書の検査補助や収容監視・施設の警備といった業務を遂行する際に、受刑者の人権を侵害しないとは限らない。それゆえに、民間事業者に対しても何らかの公法的規制（憲法上・行政法上の規制）が求められるというのである。第2に、刑務所民営化の範囲の問題である⁴⁶⁾。すなわち、権力的業務／非権力的業務という区分によって委託の範囲を決めることが適切なのか、という問題である。ここからは、そもそも刑務所民営化は憲法上許されるのであろうか、という問いも成立するといえよう⁴⁷⁾。

IV 「民営化」事業と憲法

1 公私混合事業にみる国家の役割

行政が従来担ってきた公共サービスは、現在、次々と民間に委ねられるようになってきている。公共サービスに民間の力を生かすために、様々な「民営化」の手法が整備された。民間委託・PFI、指定管理者制度、構造改革特区、市場化テストなどが、それである。これらの手法を利用した民間による公共サービスを「民営化」と呼ぶとしても、完全に民間業者に委ねられたわけではなく、業務に対する公権力の関与が法的に確保されている。指定管理者制度を利用した保育所は、公設民営保育所であって、事業者の指定手続・基準、保育実施日、保育時間など保育所設置・運営に関する事項については、条例で定められる。また、PFI刑務所も、権力性が強く委託に馴染まない業務については公務員が、そうでない業務については民間事業者の職員が担当することを基本としている。

このように、公共性の強いサービスについて、民間事業者がその運営・管理を行うとともに、公権力が民間企業と分担して業務を行ったり、一定

46) 同上49-50頁。

47) 比山節男「米国における民営化と政府固有機能」原野・浜川・晴山編・前掲注8) 161頁以下を参照。

の関与を行ったりしている。つまり「民営化」は、実際の事業の運営は民間事業者であるとしても、その実態はしばしば公私混合事業ともいえる側面を有するのである。ここから、国家の役割の変化を読み取ることが可能であるように思われる。国家は、これまで自らがサービスの提供をしてきた領域において、現在は公共サービスの[・][・][・][・][・][・][・][・][・][・][・]枠組みをデザインする役割を担う。そして、国家はしばしば実際の公共サービスの提供を民間事業者に任せ、こうした場合に備えて自らが当該サービス（あるいは、それを行う民間業者）に関与できるような制度設計を行うのである。

2 私人間効力論を使わないことの意味

憲法は公権力を制限する規範であると理解されてきたことから、「民営化」の進展、あるいは公私融合的な事業は人権保障の拡大を主張する憲法学説を生んだ⁴⁸⁾。例えば、戸波江二は、「現代国家では、……国家権力が純粋な公的組織・作用として組織されず、民営化・第三セクター化など、行政主体の多様化が生じ、民間部門によって公権力の行使が担われるという事態が生じている。つまり、公（＝国家）と私を二分して、人権が国家に対するものという枠組みではとらえられない法現象が生じている。人権保障のあり方が拡大されるべき理由はここにも存する」と述べている⁴⁹⁾。

それでは、人権保障のあり方の拡大とは、いったいどういうことか。憲法の射程の拡大を目論む見解の中には、私人間効力論——憲法上の人権規定が私人間にも適用できるかどうかという議論——に注目するものがある。例えば、「民」化によって生み出された領域の憲法的統制には、「私人間効力論を重視し、これを前提にして、『法人からの人権』・『部分的社会から

48) 公私融合的な事業に対する人権保障のあり方が検討すべき課題であることを指摘する論考として、例えば、赤坂正浩「憲法からみる“公共サービスの民間委託”」法学セミナー51巻7号（2006年）17頁以下。

49) 戸波江二「憲法学から企業を分析する視角」同編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010年）19頁注21）。

の自由』を追求することによって、法人・結社からの自由をより強く確保する、という論理を明確に立てることである」という主張がある⁵⁰⁾。私人間効力論を用いて、公共サービスを担う民間事業者は憲法の拘束を受けるべきだということのである。

しかし、民間事業者は本来、憲法上の経済活動の自由を有していることから、国家の活動が民間に委譲されたのであれば、その民間の活動は憲法によって保障される。もちろん、当該民間事業者の活動についても、絶対無制約なものではないから規制される場合もあるが、当該規制が憲法上許されるかどうかは問われるはずである。つまり、「民営化」は憲法の拘束からの解放を意味するはずである。「民営化」された事業は、憲法の拘束を受けることなく、憲法で保障された経済活動の自由を享受する。このように理解すれば、憲法の拘束から解き放つ性格を有する「民営化」に対して、私人間効力論を用いて憲法を適用することは、憲法の拘束の有無という観点からは「民営化」の意味を没却するに等しい。公共サービスを担う民間企業に私人間効力論を用いて憲法の適用を考えなければならないのであれば、そもそも最初からそのような公共サービスを「民営化」すべきではなかったのである⁵¹⁾。

50) 小林武「行政権の『民』化の憲法上の限界」小林・見上・安本・前掲注11) 21頁。なお、三並・前掲注11) 47頁参照。

51) 特定の公共サービスを「民営化」すべきではないという命題が、憲法の規定から導けるであろうか。三並・前掲注11) 39頁は、ショッホの指摘を引き、「『基本権は、憲法的には民営化禁止も民営化命令も成り立つものではない、ということを書き留めるものである』と考えるのが妥当とすべきものと思われる」とする。三並が指摘するように、特定の公共サービスの「民営化」について、憲法の条文から一義的にその是非を導出できない限り、憲法は「民営化」に沈黙していると考えられるように思われる。

なお、行政法の分野であれば、「公権力の行使」を簡単に民営化できるのか、また「公権力の行使」概念は「民営化」の問題を検討する際に有効であるのか、という問題を検討することになろう。白藤博行「公行政・公務の『民化』政策はどこまで進むのか？」法と民主主義406号（2006年）2-5頁を参照。

3 憲法の拘束力の範囲

「民営化」の進展に対する憲法適用のあり方について、もう1つの方向性があるとすれば、それは憲法の制約を受ける「公」的領域を探るというものであろう。これに関して参考になるのは、アメリカ合衆国で使用されているステイト・アクション法理である。ステイト・アクション法理とは、私的行為に州の重大な関わり合い（involvement）がある場合に、または私的行為に公的な性格や機能（public function）がある場合に、私人の行為を政府の行為あるいは州の行為と見なし、その行為が憲法に拘束される、という法理論である⁵²⁾。これは、「私的領域とすべて憲法上の義務が伴う公的領域との間の『基本的な二分法』を探求する」役割を担う理論とされる⁵³⁾。

この理論は、国家と関わり合いがあるか、公的機能を営むといった、憲法の拘束を受ける公的領域を模索することから、国家が最終的に責任を負うべき公共サービスの領域に対して、憲法を適用するものとなる。これは、問題となるサービスが憲法の適用を受けるべき範囲内にあると考えられるものについては、国家が直接公共サービスを行う場合でも、あるいは国家が公共サービスの枠組みをデザインし、実際のサービスの提供は民間事業者が担う場合でも、国家や（後者の場合に）民間事業者の活動は憲法に拘束される。憲法が拘束する公的領域を確定するという考え方は、国家の役割の変化に対応するものであって、国家が制度設計を行う領域をも制御し

52) ステイト・アクション法理に関する、著者の理解については、拙著『憲法の現代的意義——アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに——』（比較社会文化叢書Ⅻ）（花書院、2008年）を参照されたい。同法理に関する重要文献として、木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、2007年）第2章、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分再考（1）（2・完）」一橋法学5巻3号（2006年）961頁以下、6巻1号（2007年）157頁以下、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）第5章等がある。

53) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 500 U.S. 614, 620 (1991).

うるものである。しかし、ステイト・アクション法理の「拡大」適用は「国家からの自由」という憲法の基本的性格を脅かすおそれがあることから、この法理の発想に基づいて、公共サービスの領域に注目し憲法の適用範囲を「拡大」することについては、同様のおそれを生じうるので、十分に留意すべきである。

しかし、日本の「民営化」事業が公権力と民間事業者とによって営まれ、その前提として、公権力が事業の枠組みを作成することからすれば、そもそもステイト・アクション法理的発想を用いるまでもなく、公権力の活動範囲が憲法の制約を受けると考えればすむように思われる。すなわち、公権力が公共サービスの枠組みを作成し、当該サービスに関与し、また民間事業者とともに業務を分担するのであれば、憲法はそうした公権力の活動を制御できる。そして、民間事業者が公共サービスに係る業務を行う場合は、法律によって当該事業者を制御すればよい。このように、私人間効力論やステイト・アクション法理的な発想を持ち出さなくても、「民営化」事業の統制には対応できると思われる。憲法の対公権力性に重要な意味を見出す立場からすれば、こうした対応が適切である。ただし、「民営化」された公共サービスに対して法律による適切な規制が存在し、かつ、それが憲法の規定と矛盾しないことが必要である。

(付記) 本研究は科研費(21730035)の助成を受けたものである。