

Title	<翻訳>公共化の実際と指針 : 公共の回帰
Author(s)	バウアー, ハルトムート; 矢島, 聖也
Citation	阪大法学. 2019, 68(5), p. 157-190
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87184
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

公共化の実際と指針

——公共の回帰——

ハルトムート・バウアー
矢島聖也／訳

- I 民間化から（再）自治体化と（再）国家化を経て公共化へ
- II 公共化の実際について
- III 公共化の指針について
- IV 公共の回帰

I 民間化から（再）自治体化と（再）国家化を経て公共化へ

ドイツと同様に⁽¹⁾、日本においても、民間化 (Privatisierung) は、遡ること数十年前に大きな「時のテーマ」へと成長したといつてよいだろう。⁽²⁾ 近年の目ざましい例は、議論が交わされた日本郵政の民間化であるが、これについてはドイツの新聞も大々的に報道を行った。⁽³⁾ もっとも、ドイツ語圏では、民間化にかかる学術的な討議において、

その議論の重点が明らかに変化されてきた。すなわち、当初は主に「民間化の限界」⁽⁴⁾が視野に入れられていたが、のちに特に「国家の任務遂行の技術」⁽⁵⁾としての公私の法主体の協働が、関心の前面に出てきたのである。これに対応するのが、とりわけ公益のための給付の提供の場合における協働形式にかかる詳細な分析であるが、このような分析は、今日のドイツ語圏において、公法学に、「『国家的なこと』と『私的なこと』との境界を新たに測定し直すこと」⁽⁶⁾への見通しについての着想さえも与えている。

そのような再測定への大きな刺激は、ドイツにおいては、実務上の展開から生ずる。すなわち、ドイツでは、ここ数年、かつての民間化の陶醉から離れ、「公共的なものへ」⁽⁷⁾と向かう明らかなトレンドがある。パラダイム転換が語られ、「国家のルネサンス」⁽⁸⁾が要求されているのである。このようなトレンドの転換は、まず地方自治法において意識されるようになった。地方自治法においては、このようなトレンドの転換は、「再自治体化 (Rekommunalisierung)」というキーワードの下で注目を集め、論争を呼び起こしてきた。⁽⁹⁾その際、民間化と再自治体化との「路線対立」⁽¹⁰⁾さえもが語られている。しかしながら、このようなムードの激変は、地方自治レベルに限られるものではない。むしろ、諸ラントや連邦においても、再国家化 (Rückverstaatlichung) のプロセスが観察されうる——例えば、ラントレベルでは、ベルリン水道事業を一二億ユーロで完全に買い戻し、連邦レベルでは、数十億ユーロにのぼる公私協働協定から手を引いたことが挙げられる。⁽¹¹⁾伝統的に域内市場、市場経済および競争に対して特に義務づけられるEUレベルにおいてさえも、上下水道部門において、より公共を関与させることへの要求が押し通された。カナダとEUとの間における自由貿易協定であるCETA (包括的経済貿易協定) も、個々の部門を超えてこのような要求を確認しているが、CETAにかかる交渉は、締結に至るまで、EU市民からの激しい抗議にさらされていた。この抗議は、CETAの締結によって生ずる、公共サービス部門へのカナダの大企業の影響

行使の可能性に向けられていたが、多少なりとも誤解を正してCETAの内容を明確化するような若干の修正がなされるに至った。⁽¹²⁾

したがって、すべてのレベルにわたる総括所見を、集合概念で把握するのが自然である。この集合概念について、別稿で造語、すなわち「公共化 (Publizisierung)⁽¹³⁾」という新たな鍵概念を提唱している。これによれば、公共化とは、ちつくりいへば「公共の回帰 (Rückkehr des Öffentlichen)⁽¹⁴⁾」しかも「民間化の危機⁽¹⁵⁾」への反応でもある「公共の回帰」に関するあらゆる現象を意味する。これにより、諸レベルを包括した分析と評価が可能となるが、以下では、このような分析・評価を二段階に分けて、とりわけ公共化の実際 (Praxis) (II) および指針 (Programmatik) (III) に集中して行う。

II 公共化の実際について

公共化の実際について、これまで信頼における実証的な総括所見は存在しない。その代わりに、とりわけ再自治体化にかかる幾つかの断片的事例が、法事的に注目をあびている。もともと、これらの事例についても、再自治体化実務についての信頼における情報を提供しようとするような、体系的、分野横断的かつ包括的な調査はなされていない。むしろ、部分的に、センサーショナルで連邦全体において注目されるような個々の再自治体化現象についてのケーススタディ、さらには諸団体の報告をもとにした統計資料、会計検査院の意見、実務家の報告、ないしは新聞報道、インターネット検索、裁判所の判例等に基づく観察が、ほとんどを占めている。⁽¹⁶⁾

1 「ポツダム市の事例」

特に有名な例の一つがポツダム市の事例であるが、この事例はしっかりと記録され、今ではすでにほとんど古典となっている。ブランデンブルク州の州都ポツダム市は、当初歩んだ民間化の道から早々に離れ、一八〇度方向転換し、反対方向に、再自治体化への道を歩みだした。その際、地域の経験を超えて、公共化現象について一般化可能な命題を導くことのできる極めて卓越した参照事例が問題となっている。⁽¹⁸⁾ポツダム市においては、民間化から離れ再自治体化へ向かうというトレンドの転換は、いくつかの段階において行われた。

他の多くの自治体と同様に、ポツダム市は、一九九〇年代に上下水道の民間化に関心を有していた。そして、一九九八年に、オイラヴァッサー (Eurawasser) と公私協働協定を締結するに至った。オイラヴァッサーは当時、テュッセン・クルップ社 (Thyssen Krupp) とスエズ・リヨネーズ・デゾー社 (Suez Lyonnaise des Eaux) の両巨大コンツェルンの子会社であり、世界的に活動する企業であった。このグローバル・プレイヤーは、ドイツにおいて、その経営戦略を、とりわけ自治体の上下水道事業の共同出資者 (Mitgesellschafter) となることに集中させていた。ブランデンブルク州の州都であるポツダム市がこの公私協働に対して期待していたのは、当時他の地域においても観察され、まさに一般的に追求された民間化の動機と同様の関心によって支えられていた効果である。すなわち、財政の負担軽減、民間投資の誘引、職員構造の柔軟化、民間のノウハウやイノベーション能力の開拓、より確実な上下水道事業の保障、コストの最小化、サービスの質の改善等である。

オイラヴァッサーとの協働の基礎をなしていたのは、「極めて複雑に絡み合い、それゆえにすでにほとんど理解不能となっていた全部で一三もの契約」であった。⁽¹⁹⁾これらの契約によれば、約八五〇〇万ユーロにのぼる購入価格は、実際にはオイラヴァッサーによって支払われるのではなく、フォーフェイティングという方法で、銀行から支

払われる。その反対給付として、銀行は、二〇年の契約期間にわたって、水道料金収入から総額で約二億五〇〇万ユーロにのぼる利益を請求する権利を得ていた。協働契約は、刻々と変化する事実的な展開に水道料金を適合させることを可能とする価格変動条項も置いていた。この他に、契約は、適切な任務遂行に対するポツダム市の影響力の行使を確保することとし、しかもそれは、とりわけ州都ポツダム市の手にある過半数の会社持分により、対応する監視権、指示権、同意権および取戻権 (Rückhohecht) をもって確保することとしていた。

もつとも、公私協働は、すぐに良からぬ状態となり、二〇〇〇年にはすでに再自治体化へと至った。協働が終了した重大な原因は、わずか二年の間に水道料金が五〇%近くも上昇し、またさらなる上昇が予測されたためであるが、これらはすべて前述の価格変動条項に基づいてなされた。さらに、オイラヴァッサーと経営協議会との間で締結され、人員削減を引き起こした「雇用関係の社会的に適合的な終了」に関する合意をめぐって、政治的な論争が巻き起こった。そして最後に、州都ポツダム市は、実際には企業に対して決定的な影響力を及ぼすことができなかつた。すなわち、詳細な規定が欠けていたため、やがて「複雑な契約構造により、日常業務において多くの問題が提起され、困難が投げかけられたという状況が見受けられ」たのである。²⁰ それに対応して、ポツダム市による委任に基づいてなされた鑑定意見は、契約構造がポツダム市にとって一方的に負担となっていたとの結論に達した。

以上のような理由から、州都ポツダム市は、巧妙な手法²¹により買戻しを実施したが、この買戻しは民間側の契約の相手方〔オイラヴァッサー——訳者註〕の反対に遭い、遡及請求 (Regressforderung) を引き起こした。この紛争は、オイラヴァッサーに査定額でおよそ一三〇〇万ユーロにも及ぶ示談金を支払うという内容で和解に達した。フォーフェイティングモデルによる高額な借入れに基づく継続的な債務も相俟って、その支払いが、再自治体化後水道料金がさらに上昇し、しかも連邦全体との比較においても最高水準となっている原因となった。

2 その他の公共化の場面

(a) 自治体レベル

ポツダム市の再自治体化は、決して唯一の現象ではない。失敗に終わり、再自治体化の要求を呼び起こした組織の民間化ないしは任務の民間化は、他のところでもみられる。例えば、ポツダム市に隣接するベルリン市におけるベルリン水道事業が挙げられる。ベルリン水道事業は、およそ一五年前に部分的に民間化された。法事実的に誤った方向に展開し、不透明な契約形成がなされたため、ベルリン市民は何年もの間、民間化に対抗してきた。多数の賛成が得られた (erfolgreich) 住民投票に基づき、二〇一三年二月、ベルリン議会は、ベルリン水道事業を二億ユーロで完全に買い戻すことを議決し、これにより失敗に終わった公私協働の問題に終止符を打った⁽²²⁾。

連邦全体で観察されうる民間化の苦境は、組織や任務の民間化に関するものだけではない。むしろ、財産の民間化 (Vermögensprivatisierung) も、まったく問題のないものではない。印象的な例は、ザクセン州の州都であるドレスデン市の公営住宅の売却である⁽²³⁾。この売却により、ドレスデン市には、たしかにおよそ九億八二〇〇万ユーロの収益がもたらされた。しかし、ドレスデン市は、民間投資家との契約中に設けられた「社会憲章 (Sozialcharakter)」⁽²⁴⁾によって賃借人の保護を実効的に確保することには成功しなかった。したがって、特に近年における移民流入の波という状況の下で、多くの者が、再び自治体の下で住宅経営がなされることを望んでいる。

以上に紹介した現象はすべて、たしかにドイツ東部においてみられている。にもかかわらず、再自治体化について問題となるのは、旧東ドイツ地域に特殊な現象ではない。自治体企業連盟の報告によれば、二〇〇五年以来、一二〇を超える市営企業 (Stadwerke) 「以下「シュタットヴェルケ」という——訳者註」が新設されたが、その多くが旧西ドイツ地域であった⁽²⁴⁾。例えば、ハンブルク、ミュンスター、ポッフウム、ドルトムント、シュトゥットガ

ルト、キール、ザールブリュッケン、テューリンゲン、ライン・ジーク群においてみられる。⁽²⁵⁾これに加えて多くの都市——ドレスデン、フライブルク、ハンブルク、ハイデルベルク、ライプツィヒ、ロストック——で、大規模な住民の反対運動、住民請願、住民投票により民間化措置が妨げられ、⁽²⁶⁾それにより引き続き自治体によって任務処理がなされ、すでに最初の段階から、後々の再自治体化が不要なものとされた。このようなことも、公共化のトレンドを支持するものである。

さらなる再自治体化の例が、国境を越えた民間化ビジネスのうち、クロス・ボーダー・リースの失敗の場合にみられる。⁽²⁷⁾明快な例が、ザクセン州のライプツィヒ市であるが、同市は、二〇一五年末に、二〇〇三年にアメリカの通信コンツェルンと市の飲用水供給網について締結したクロス・ボーダー・リース契約を解消するのに、四一〇〇万ユーロを上回るほどの財政損失を要した。⁽²⁸⁾この契約の枠組みにおいては、ライプツィヒ市は、今日では六億ユーロと見積もられる飲用水供給網を、九九年間にわたってコンツェルンにリースし、同時に供給網を再びリースバックすることとなっていた。コンツェルンは、この取引によって節税を期待した一方で、ライプツィヒ市は、おおよそ一四〇〇万ユーロを上回る現金利益の支払いを受けたが、その大部分は水道施設へと注がれた。再移転 (Reverbertragung) に要する総額の資金調達のために、ライプツィヒ市はアメリカの保険会社から六一〇〇万ドルの借入れをしたが、金融危機の中で、すぐに単なる不良債権として扱われるようになった。高い金融上のリスクを排除するために、ライプツィヒ市は、二〇一五年の末に、高額な解約違約金の支払いと引き換えに契約を中途解約するという (コンツェルン側からの——訳者註) 申し出を受け入れた。全体的な取引の終了にあたって、ライプツィヒ市は、前述のとおり四一〇〇万ユーロの損失を予算に計上しなければならなかった。

現在では、過去においては民間化措置が関わっていたが、今や再自治体化の可能性を示唆するような多くの活動

領域が確認されている。これに含まれるのが、とりわけ供給事業（水道、電気、ガス、遠距離熱供給、通信、およびその他の送伝網に結びついた給付）や、処理事業（下水、廃棄物、公道清掃）であり、これと並んで例えば、交通事業、医療施設（病院、救急医療、救助等）、社会文化施設（幼稚園、青少年施設や高齢者施設、プールやその他のスポーツ施設といった余暇施設、劇場、美術館等）、公営住宅建築、メッセ、市場、展示会、そしてとりわけ公共の安全と危険防御がある。

(b) ラント・連邦・EUのレベル

公共の回帰は、自治体レベルに限られるものではない。民間化の場合と同様に、連邦制の下で序列をなしている公共団体の他のレベルにおいても、トレンドの転換にかかる証拠がみられる。

このことは、まずはラントに当てはまる。すなわち、ベルリン市やハンブルク市においては、上下水道やエネルギーの活動領域における、いわゆる「再自治体化」についての議論は、自治体レベルではなく、「国家たる」ラントのレベルに関係する。おそらく最も有名な例は、すでに前述したベルリン水道事業の再国家化である。他の部門で、都市州以外のラント（*Flächenland*）からその他の例を一つ挙げると、エネルギー部門においては、バーデン・ヴュルテンベルク州が、「電力供給企業の国家化の拡充」⁽³⁰⁾の中で、かつてフランスの国家コンツェルンへと譲渡したドイツ国内で第三のエネルギー供給事業者の持分を、二〇一〇年に子会社をとおして取り戻した⁽³¹⁾。

公共へと意識を向けなおすこと（*Rückbesinnung*）は、ラントレベルにおいては、ながらくこの種の個別事例を越えたところを示している。例えば、地方自治法においては、公共化に親和的な一連の法改正がみられるが、このような法改正では、「公共的なものへ」という規範的な方向転換のために、とりわけ自治体経済法上の補充性条項（*Subsidiaritätsklauseln*）とラント法上の調節ねじ（*Stellschraube*）が用いられる⁽³²⁾。また、自由ハンザ都市ブ

レーメンは、二〇一三年にいわゆる「民間化ブレーキ (Privatisierungsbremse)」をラント憲法に組み込んだ⁽³⁴⁾。この憲法改正は、交通サービス、廃棄物・下水処理、エネルギー・水道供給、経済・交通・文化インフラストラクチャー、住宅供給、病院における住民に対する一般的ケアに関連する。これらすべての部門において、新たな憲法規範⁽³⁵⁾は、加重された法律の留保により、ラントの企業の売却にかかる要求を厳しくしている。この法律の留保は、営事業や公共の企業持分の売却を困難なものとし、一定の要件の下で補充的に住民投票を要求することにより、議会の性急な民間化決定を妨げるものである⁽³⁶⁾。現在では、ブレーメン市の例は模範としての効果を發揮している。すなわち、ドイツの首都であるベルリン市では、社会民主党 (SPD)、左翼党 (Linke)、同盟九〇・緑の党 (Bündnis 90/Die Grünen) が、二〇一六年の終わりに締結された二〇一六年から二〇二一年までの議会の任期についての連立合意により、ブレーメン市と同様のラント憲法の補充を計画している⁽³⁷⁾。例えば、ラント所有の住宅建設会社の民間化が、憲法の文言からして明確に排除されることとなるが、連立政権は、「ブレーメンの模範にならって、ベルリン憲法に民間化ブレーキを採用し、住民投票においてベルリン市民の多数が賛成する場合に限り、公企業の全部または本質的部分につき譲渡が許される」とすることを意図している⁽³⁸⁾。

これと比較しうる状況にある連邦レベルについては、学問的にこれまで十分に取り組まれてこなかった。しかし、連邦レベルでも民間化からの撤退と公共の回帰についての例がみられる。これに含まれるのが、当初計画されていたドイツ鉄道株式会社の実質的 (部分的) 民間化を白紙に戻した⁽³⁹⁾ことや、金融危機の際に倒産の危機に陥った銀行の救済⁽⁴⁰⁾である。また、連邦国防軍も啓発的で目に明らかな題材を提供する⁽⁴¹⁾。連邦国防軍は、かつての民間化のトレンドの中で、いくつかの職務領域をアウトソースしたが、その中には、制服の調達、民間情報通信技術、「連邦国防軍車輛サービス (Bw Fuhrpark Service)」による軍の非武装車両管理がある。しかしながら、その際締結され

た公私協働協定は、そこに寄せられた期待を満たさなかった。むしろ、このプロジェクトは、当初から国家予算によってなされた場合よりもはるかに高くついたのである。これに対応して、連邦会計検査院は、数十億ユーロにのぼる効率性の欠缺を非難した。現在では、連邦国防軍は、民間化された部分的な業務の多くを再び自らの管理下で行っている⁽⁴²⁾。連邦レベルにおいては、インフラストラクチャー領域⁽⁴³⁾での公私協働協定についての会計検査院の非難に言及しないでおくことはできない。もともとこのような非難には、起債に制限がかけられており、「収支均衡 (Schwarze Null)」という状況の下で、「財政赤字の——訳者註」防止・回避の戦略をとる場合に必要ない意見表明の機会を設けるという問題が明らかにあるのではあるが⁽⁴⁴⁾。この文脈においては、公共インフラストラクチャーにかかる民間資金の活用や、公私金融協働 (Öffentlich Private Finanzierungspartnerschaft: ÖPF) や利用者の資金負担 (Nutzerfinanzierung) を含む投資活動の強化についての選択肢をめぐる、現在まだ完結していない議論⁽⁴⁵⁾もある。

その際、さらなる議論を呼びそうであるのは、私人が将来的に、連邦自動車道路の管理に関与すべきであるのか否か、また関与しうるか否か、どのように関与させうるのか、といった目下の討議である。二〇一六年の一月半ばに、連邦政府は基本法九〇条の改正法案を提出した⁽⁴⁶⁾。それによれば、行政権限を新たに配分するという枠組みにおいて、これまで連邦委託の下でラントによって管理されてきた連邦自動車道路は、将来的に連邦行政へと移管される。このために、連邦は、私法上の会社である、いわゆる「インフラストラクチャー会社」を用いることができる。改正法案の提出の際に、四九・九%まで持分を売却することにより、このようなインフラストラクチャー会社に直接的にも民間企業を関与させるという財務大臣の提言がまず激しい非難を巻き起こした。現在の改正案では、基本法九〇条は、このような「会社が「……」譲渡することのできない連邦の財産「である」ということを、たしかに明文で規定している⁽⁴⁷⁾。しかし、批判者は、引き続き懐疑的な意見を述べ、このような民間化の制限にかかる

現在の法案の定式化を「偽装工作」⁽⁴⁸⁾ないしは「まやかし」⁽⁴⁹⁾と呼んでいる。すなわち、この案をもってすれば、インフラストラクチャー会社に対する私人の直接的な関与は、たしかに不可能である。しかし、インフラストラクチャー会社が自ら再び公私協働を進め、例えば自動車道路網の一定区間についての運営権を私人に付与することは許容されるのだという⁽⁵⁰⁾。その際危惧されるのは、とりわけフランスと比較しうるようなシナリオである。フランスでは、例えば、民間のコンセッション会社によって引き上げられた通行料金が「十分には」⁽⁵¹⁾規整されていない。フランスの交通省は、難儀なことに「その背後に（とりわけ高層・地下建設の領域の）大企業グループが控えているような給付能力の高い企業と交渉し」なければならないという⁽⁵²⁾。

その間に、EUレベルにおいても同様に、より公共を関与させることに対するますますの必要性が指摘されている。注目に値する例が、欧州市民運動の“right2water”である⁽⁵³⁾。この市民運動は、周知のごとく、水道供給事業を強制的に民間化しようとするEUの事実上の試みあるいはそのおそれに反対するものであった。市民運動が早くに成功を取めたことが、EUに水道経済の領域をEUコンセッション指令の適用領域から除外させるきっかけとなった。請願手続の終了に際して、欧州委員会はその結論を公表した⁽⁵⁴⁾。その中で、欧州委員会は、市民運動を好意的に迎え、市民運動の関心事を顧慮するものとされる一連の具体的に挙げられた行動や措置を承諾した。これに関して、市民運動側は、たしかに完全には満足してはいなかったが、多くの点を肯定的に評価した——例えば、「上下水道サービスの供給は、一般的に地方当局の責任下にあるべきだということの承認」が、「再自治体化のトレンド」を⁽⁵⁵⁾確認するものであり、それが域内市場規制から水道を除外するための最も確実な方法であるとの理由から、肯定的に評価された。現在では、市民運動の主導者は、政治過程における継続的な宣伝活動のために市民運動を活用している。ごく最近において成功した請願は、二〇一五年九月の欧州議会の議決に関するものであるが、これにより欧

州議会は欧州委員会に対し、水道や公衆衛生についての基本的供給にかかる人権を承認するための具体的な立法措置を講ずるよう要求した。⁽⁵⁶⁾

(c) ヨーロッパや世界の展開

ドイツ以外でも、いずれにせよ水道供給のような特定の部門において、公共化のトレンドが見受けられる。例えば、フランスについては、水道供給の領域において、とりわけグルノーブル市⁽⁵⁷⁾についての詳細なケーススタディがある。グルノーブル市では、市民の抗議をうけ、裁判所が過去の「水道供給の民間化は、汚職と誤った情報ゆえに、無効であると判断した」⁽⁵⁸⁾のちに、水道事業が再び公共主体により引き受けられた。グルノーブル市における再自治体化は、多くの自治体が再自治体化を選択するという「真正正銘の連鎖反応」⁽⁵⁹⁾に繋がったが、その中には首都のパリも含まれており、パリ市は二〇一〇年に水道供給を再び自らの責任下に移した。その動機としては、とりわけ（ヴェオリア (Veolia) やスエズ (Suez) のような）民間の「巨大グループ」に対する独立性を得ようと試みたこと、および地域における水道部門へのより強力な政治的影響力が必要とされたことが挙げられる。⁽⁶⁰⁾ 補足すれば、ヨーロッパ全体のレベルについては、すでに前述の市民運動「right2water」が想起されるべきである。

ドイツやヨーロッパについての調査結果は、世界規模での再自治体化のトレンドを推察させるものである。⁽⁶¹⁾ 再自治体化のトレンドについては、たしかに包括的かつ詳細な調査は明らかにはされていない。しかし、このような推察を支持するような拠り所が、少なくとも一見して見受けられる。その根拠として、ここではかいつまんで、ボリア、フィリピン、南アフリカ、タンザニア、トリニダード・トバゴ、アメリカ合衆国における公共化を指摘するにとどめなければならない。⁽⁶²⁾ インターネット上でダウンロードすることのびる「Water Remunicipalisation

Tracker」によれば、二〇一五年間に水道部門の公共化がなされた世界三七ヶ国の二三五の都市・地域・ラントが

挙げられている。⁽⁶³⁾

Ⅲ 公共化の指針について

1 公共化の関心事

「ボツダム市の事例」では、決定的な再自治体化の刺激が、過去の民間化についての否定的な経験を出発点として生じた。すなわち、価格の高騰、有能な人員のリストラ、自治体の統御可能性が事実上なくなったことがそれである。さらに、「自治体の民主主義」が失われ、また住民が「自分たちの」企業に対するアイデンティティを喪失したことが、再自治体化に一役買っている。⁽⁶⁴⁾

このようなことはすべて、他の場所でもみられる観察結果に対応している。⁽⁶⁵⁾ それによれば、このようなトレンドの転換には、多くの理由がある。重要な原因の一つが、私経済メカニズムの失敗に起因し、ごく一般的には、市場の給付能力への信用を揺るがした世界的な金融危機ないしは経済危機だろう。このような政治の全体的な雰囲気における変化と並んで、民間化の際の失敗が、自治体経済の予期せぬルネサンスに対する刺激を与えた。すなわち、民間化に込められたあらゆる期待が実現されるにはほど遠かったのである。むしろ、私経済が必ずしも公共主体に比べてより良好に、効率的に、低コストに作用するわけではないということが、ますます意識されるようになった。さらなる動機として、以下のようなことが挙げられる。

——自治体の自己意識を新たに目覚めさせたこと

——連携のポテンシャルを開拓し、参加という選択肢を用意することにより、市民を公共体に結びつけること

——公共による生存配慮のモデルを再考すること（単なる利潤最大化に代わる公共の福祉への指向、「シェアホル

ダー・バリユー」に代わる「シティズン・バリユー」等)

—— 任務処理に対する公共の影響力行使の可能性を獲得し直すこと

—— 給付の質の改善

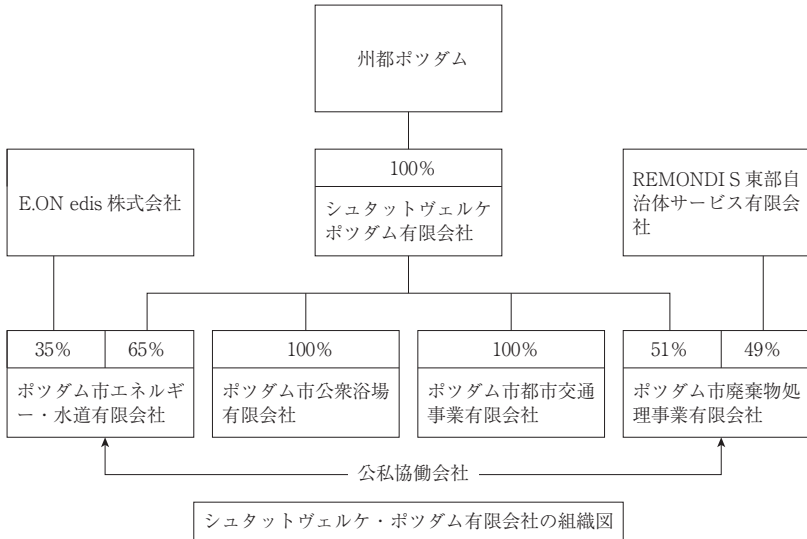
—— 市民のためのコストの引き下げ

諸レベルを包括して考察することで、公共の回帰は、原理的な意義を有するかなり深い効果を有する。すなわち、これに関連する論議では、保障国家の構想からの方向転換⁽⁶⁶⁾、「自ら生産を行う古典的な国家への回帰」⁽⁶⁷⁾、「給付国家 vs 保障国家」というモデルの議論⁽⁶⁸⁾、「国法の経済化」、および構造的な「経済憲法の変化」⁽⁶⁹⁾について、そしてとりわけ「生産関係、取得関係、並びにこれらと結びつく支配関係」⁽⁷⁰⁾、それによってもたらされる使用価値「……」、様々な運用方式「……」、およびその範囲または場所」を結び合わせるような新たな「公共体 (Communien) ないしは公共 (Öffentlichen) の目的概念」を創出することに取り組んでいる。このようなテーマは、少なくとも憲法や国家理解にかかる基本的問題に関わるものである。重点は、公共体 (Gemeinwesen) のコンセプト、公共体における国家の作用、一般的利益のための給付を行う際の公共主体の役割、そしてとりわけ市民参加やそれに伴う民主主義にある。

2 「揺れ動く振り子」から補完的形成プロセスを経て公共体の現代化へ

公共化現象に取り組む際に、振り子運動、すなわち「公共から民間へ、そして再び元の状態へ」⁽⁷¹⁾と揺れ動く振り子がしばしば語られる⁽⁷²⁾。このようなイメージは、国家と民間との対置の上に成り立っている。年月を超えて絶えず観察されうる世論の変化の中で、長期にわたる民間化ののち、今日では「再び」「公共経済」へと向かう一般的な

公共化の実際と指針



シュタットヴェルケ・ポツダム有限会社の組織図

新傾向が議題に挙がっているという印象を抱かせる。⁽⁷³⁾

しかしながら、このような明快な印象を与える解釈は、公共化現象の実際を的確に把握するには、あまりにも単純なものである。最後にもう一度ブランデンブルク州の州都へと立ち戻ると、ポツダム市の事例がとりわけ啓発的である。そこでなされた再自治体化では、水道供給と下水処理が、州都ポツダム市が一〇〇%の持分を保有するシュタットヴェルケ・ポツダム有限会社の傘下へと統合された。この有限会社の組織図⁽⁷⁴⁾は、非常に興味深いものである。

すなわち、この組織図によれば、再自治体化により、給付の提供につき、もっぱら公的な、あるいはまったく公法的な組織となったわけではないのである。むしろ、私法形式で設立されたシュタットヴェルケ・ポツダム有限会社は、もっぱら私法上の組織形式で設けられ、特に他の二つの公私協働会社を傘下に抱え、全体として多くの点でハイブリッドな組織形式を提示しており、それまでの過程を考慮せず公共化にとられない考察をするならば、民間化の結果と同様となりうるような出資構造をとっている。⁽⁷⁵⁾

ここで例解的に示されているのは、公共化とは、必ずしもかつての民間化を単に清算するものではなく、また必ずしもかつての状況 (status quo ante) を創出し直すものでもないということである。むしろ、公共化には、「公共を指向した」新たな形成についての余地が与えられている。このような形成は、例えば、より強大な自治体の影響力行使を可能とし、それゆえに従来よりも強固に公共の領域に位置づけうるが、しかし、かつての構図とまったく同様というわけではない。さらに、全体的な考察においては、例えば自治体が住民に、電気、ガス、水道を供給する場合に、従来は常に民間によって処理されてきた任務を、はじめて自らの任務として遂行するようになるといった現象も公共化に分類されうる⁽⁷⁶⁾。その過程と結果において、「新たな自治体化」⁽⁷⁷⁾は、その大部分について、再自治体化と重なるものである。

このような背景の下で、公共の回帰については、かつての民間化の陶醉から (将来的な) 公共化の陶醉へといつた世論の変化は問題とはならず、また「国家よりも民間」という政治的モデルから「民間よりも国家」という新たな (古き) モデルへの切り替えが問題となるのではなく、ましてや路線対立はまったく問題とならない。なぜなら、公共化と民間化は、正反対の位置にあるのではなく、「補完的形成プロセス」⁽⁷⁸⁾として、すなわち公共体の改革のための補完的戦略として、相互に補充し合っているからである⁽⁷⁹⁾。このことから、公共化に批判的な意見をも整理し——すでに他の論稿で詳細に記述したように⁽⁸¹⁾——法解釈学的に、行為形式ないしは組織形式にかかる研究分野を参照するような、「民間化と公共化の——訳者註」両改革アプローチの結びつきが要求される。その目的は、公共の福祉を志向した給付を行うために自由に用いることのできる全体的な形式の一式を解明することにある。

要求されている全体的な分析の際に、「公共体 (Gemeinwesen)」に焦点を当てることで、性急に対象を絞り込むことなく、投入可能な諸形式の全体的な多様性を視野に入れ、先入観にとらわれず、冷静かつ事実に基づいたアプ

ローチを促すという枠組みが提供される。とりわけ、「公共体」に焦点を当てることで、「国家と市場の役割分担という二元モデル」⁽⁸²⁾において伝統的に秩序政策的に浸透している考え方を、すでに最初から回避させる。むしろ、実務において最も意義のあるハイブリッド形式を議論に含めることも、またそのようなことこそが、議論の俎上に載せられるのである。⁽⁸³⁾ たしかに公共化のトレンドの中にあるが、伝統的にはまったくあるいはほとんど顧慮されておらず、公共体の改革についての重大な寄与が提供されうる組織形式についても、同様のことが妥当する。ここに含まれるのが、とりわけ第三部門 (Dritter Sektor) の制度による公共の福祉を指向した活動の開拓であるが、これについて、本報告では、福祉団体 (Wohlfahrtsverband)・協同組合 (Genossenschaft)・その他の非営利組織 (Non-Profit-Einrichtung)・並びに、例えば教権化 (Klerikalisierung) の場合における宗教法人 (kirchliche Rechtsträger) のみを強調することとする。

3 給付に適した行為形式と組織形式の整備による公共体の改革

本報告では、以上のような全体的な分析については扱わない。その代わりに、給付に適した行為形式および組織形式の整備にかかる複合的な研究プログラムを明らかにする二つのハイライトを挙げるのみとしたい。

第一のハイライトは、本報告で述べた改革戦略たるコンセプトによるならば、将来的にも存続する公私協働に向けられている。このような協働の形成は、大部分にわたって、契約において実現されるが、こうした契約は、過去になされたものではしばしば不透明な規定を置き、契約当事者間における意見が食い違う結果となった。このことは、調和のとれないあるいは不透明な契約形成が、良からぬ状況をまねく原因となり、また協働を頓挫させる原因となる可能性があることを推察させる。例えば、実務では、九九年もの存続期間や一五〇〇―一七〇〇ものページ

数を有し、英語で書かれ、アメリカ合衆国の裁判管轄と結びつくアメリカ契約法を準拠法とする複雑なインフラストラクチャー契約が用いられることがあった。そのような契約がなされる場合、多くのことが、自治体の決定者が契約の内容を実際には理解していなかったというものを物語っている。考える結論は、長い目で見れば協働を頓挫させるような誤った評価がなされたことである。⁽⁸⁴⁾そこで、関係者が、所定の法的枠組みにおいて、最適な任務遂行につき最も望ましい契約デザインを展開できるようにする行政協働法 (VerwaltungsKooperationsrecht) の整備が必要となる。⁽⁸⁵⁾

第二のハイライトは、第三部門による公共の福祉を指向した給付の提供にかかる組織に向けられている。そこでは、協同組合のように、行政法学では一般に疎かにされてきた組織がみられるが、これらの組織は、地方レベルではますます好まれつつある。⁽⁸⁶⁾すなわち、多くの自治体は、協同組合の協働方式に、財政危機、人口の変化、および移民といった困難な枠条件の下で、自治体のインフラストラクチャーを維持し、伝統的に生存配慮に分類される部門において最善の給付を住民に提供することを可能とするための一つの選択肢を見出している。この文脈において、協同組合は、重要な改革戦略の一つへと発展するが、このような戦略において、協同組合は、機能的に自治体と並んで独立したインフラストラクチャーの担い手へとさえ成長しうる。自治体の選択決定の焦点の中に協同組合が入ってくるのは、そこにすでに備わっている潜在力、市民の関与・参加の可能性が開拓され、まとめられるためでもある。

このような潜在力を開拓するために、これまで実務は協同組合による多くの改革を行ってきた。その例としては、以下のようなものがある。

—— エネルギー事業協同組合

- 水道事業協同組合
- 都市マーケティング協同組合
- 協同組合方式で運営されているデジタル市役所
- 自治体間の調達にかかる協同組合
- 協同組合方式の病院
- 協同組合方式の多世代住宅
- 近距離旅客交通協同組合
- 協同組合方式の映画館
- 住宅供給協同組合

協同組合による給付の提供は、このような領域に限定されるものではない。むしろ、協同組合は、このような部門にはもはや、あるいは必ずしも分類されえないが、しかし自治体が、地域共同体や住民との強い結びつきゆえに、その供給につき大きな関心を有するような給付を行う場合にも効果を発揮する。このような自治体や地域の利益のための給付の例として、ここでは、地域スーパー協同組合 (Dorfladengensenschaft) によるゲマインデ住民への食料品の基本的な供給のみを参照しておく。地域スーパー協同組合は、近年、まさに設立のブームを迎えた。二〇一五年から二〇一六年の上半期にかけて、安定した地域の供給を今後も維持していくため、七七以上の地域スーパー協同組合が新設された。⁸⁷⁾

したがって、協同組合は、すぐれて「従来よりも頻繁に、公的任務の遂行のためのモデルや、村・都市・地域の将来的な形成についての公の議論へと持ち込まれる」こととなるだろう。⁸⁸⁾ このことによりおのずから、協同組合の

理念を振興するための自治体の選択肢を、公共の福祉を指向した官と市民の協働 (Public Citizen Partnerships : PCH)⁽⁸⁹⁾ という現代的なバリエーションに至るまで、従来よりも集中的に改革戦略へと取り入れ、「協同組合という将来のモデル」⁽⁹⁰⁾ を実際に即して説明せよとの要請へと導かれる。

以上のような、ないしこれと類似する要求や、連帯感、民主的な自治行政および自己責任といった時代を超えた基本原理に根ざす協同組合組織の確かな利点、および協同組合の活動の成果は、近年 U N E S C O が協同組合の理念を世界無形文化遺産に指定するきっかけとなった⁽⁹¹⁾ だけでなく、政治的な議論の場において、地域のインフラストラクチャーの整備における協同組合の給付適性が、ますます (再び) 意識されるきっかけにもなった。ここでごく一例であるが、今一度二〇一六年末に結ばれたベルリン市の連立政権合意を参照しよう。この合意は、とりわけ住宅建設協同組合が、そして協同組合の新設が支援されるべきであることを明文で予定している⁽⁹²⁾ のである。とりわけ、住宅建設においては、ベルリン市の連立政権は、ドイツの多くの大都市において、住宅市場が圧倒的に民間によって支配されており、非常に憂慮すべきであるという背景の下で、協同組合に、「社会住宅政策にとって重要なパートナー」を見出している。「⁽⁹³⁾ というのは、連立政権は、「ベルリンにおける、ベルリン市民のための」およそ一九万戸の住宅につき、協同組合方式を用いることで、継続的な賃料の上昇に歯止めをかけ、社会的に安定するように作用を及ぼすからである」。

IV 公共の回帰

まとめの評価として、公共の回帰は、もはや単なる未来像ではなく、すでに現実的な見方なのである。公共の回帰は、学問や政治に、諸レベルを包括した公共体の公共化へと視野を広げることを求めている。もともと、その際、

大げさな反動により、特に無批判な民間化への陶醉を、同様に画一的な公共化への陶醉に取り換えてしまうことは、見当違いであろう。この種の独善的な視野狭窄が、過去の民間化の際に、再三にわたって状況を致命的なものへと展開させてきた。ゆえに、民間化にコストがかさむリスクを孕んだ迷宮があることを明らかにしたことは、すでに今日においては公共化論の重要な成果である。したがって、極めて新自由主義的な潮流に対して、公共体の公共化が不可欠であることをより強調することは、時代にそぐわないものでもあったし、今もそうである。しかし、だからといって、あらゆる民間化が「悪魔の道具」ということではない。むしろ、すべての観点を考慮したうえで、民間化が問題解決にとつて「より良い」アプローチを提示するのであれば、民間化は、将来的にも決定の選択肢であり続けるはずである。したがって、公共の回帰とは、公共化および民間化を公共体の改革のための相補的な戦略として承認し、単純な二元的な世界観を超えてハイブリッド化し、そしてとりわけ多くの非営利組織を含む第三部門をも最初から含めて考えることに寄与することとなるものであろう。こうして示唆された基本的問題と並んで、アクターが任務遂行にとつて最適な様式を發展させることを可能とするような行為形式や組織形式を教義にとらわれることなく整備することが、議論の前面に押し出される。これによれば、公共の回帰は、公益のための給付を市民参加のために開き、公共の福祉を実現するために、投入可能な多彩な組織形式ないし行為形式の全体を、偏見にとらわれることなく解明し、整備するという、国家と民間との対置を超えたところから始まる第三の道に対して、敏感にさせるものである。

*本講演は、これまでの、一部はすでに公表済みの報告者の研究に基づくものであり、これを發展させたものである。

(一) 民間化の試みは、たしかにすでに一九八〇年代にはみられていた。しかし、民間化の努力は一九九〇年代になってよう

やへ「全速力」となった (Friedrich Schoch, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Rolf Stürmer [Hrsg.], Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung 2010, S.91 [91])。当然すべしと云ふかは年月を経たものにはあるが、最新の法学的議論にもといて最高潮に達したのがエムベルト法律家大会 (二〇〇八年) であろう。これに「スプリング」Martin Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regellungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, 2008.

(2) エムベルト法律家協会は、「行政任務の民間化」と題して、すべし二一九四年にはこのテーマを取り上げた。これに「スプリング」Johannes Hengstschläger, Lerke Osterloh, Hartmut Bauer und Tobias Jaag, VVDStRL 54 (1995), S. 165 ff., 204 ff., 243 ff., 287 ff. の報告を参照せよ。時事的な視点から、例えは Claudia Fuchs, Franz Merli, Magdalena Pöschl, Richard Sturm, Ewald Wiederrin 等々の Andreas W. Wimmer による編集された論文集 Staatliche Aufgaben, private Akteure, Band 1: Erscheinungsformen und Effekte, 2015, に「スプリング」啓発的な例がみられる。

(3) 例え「スプリング」"Japan kauft sein Tafelsilber", Südwest Presse vom 04. 11. 2015; Patrick Welter, Postprivatisierung mit Fragezeichen, Frankfurter Allgemeine vom 3.11.2015 を参照せよ。またこの記事は「エンターテインメント」に「国際」に「経済」に「月一五日最終確認」' 後者は「スプリング」http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/japan-verkauf-sein-tafelsilber11822824.html [二〇一五年一月一五日最終確認] 後者は「スプリング」http://www.swp.de/um/nachrichten/wirtschaft/japan-verkauf-sein-tafelsilber11822824.html [二〇一五年一月一五日最終確認] 3891977.html [二〇一五年一月一五日最終確認] を参照。

(4) Hengstschläger (Fn. 2), S. 174 ff.

(5) Franz Merli, Vorwort, in: Fuchs ua. (Hrsg.) Staatliche Aufgaben (Fn. 2), S. III (V).

(6) 例えは、指針的な考察「スプリング」Merli (Fn. 5), S. V.

(7) そのような特徴「スプリング」Hartmut Bauer, Publizisierung, Begriff – Befunde – Perspektiven, JZ 2014, S. 1017 (1021).

(8) Peter M. Huber, Zur Renaissance des Staates, in: Hartmut Bauer ua. (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 (37).

(9) 増加の「途」をたよる文献の中から、例えは Christoph Brüning, (Re-) Kommunalisierung von Aufgaben aus privater

Hand – Maßstäbe und Grenzen, VerwArch 100 (2009), S. 453 ff.; Jens Libbe/Stefanie Hanke/Marc Verbucheln, Rekommunalisierung – Eine Bestandsaufnahme, 2011; Jens Libbe/Stefanie Hanke, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, der Gemeindehaushalt 2011, S. 108 ff.; Manfred Röber, Privatisierung ade?, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements, Verwaltung & Management 2009, S. 227 ff.; Manfred Scholle, Der Trend zur Rekommunalisierung – Chance oder Risiko?, in: Wolfgang Gernert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rüdiger Robert, 2010, S. 95 ff.; Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012; Hartmut Bauer, Zukunftsthema “Rekommunalisierung”, DÖV 2012, S. 329 ff.; Martin Burgi, Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, NdsVBl. 2012, S. 225 ff.; Annette Guckelberger, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 104 (2013), S. 161 ff.; Anna Leisner-Eggensperger, Rekommunalisierung und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1110 ff.; Dierrich Budäus/Dennis Hilgers, Mutatis Mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013, S. 701 ff.; Hellmut Wollmann, Öffentliche Dienstleistungen zwischen kommunipalem und privatem Sektor – “Comeback” der Kommunen?, in: Martin Krohnauer/Walter Siebel (Hrsg.), Polarisierete Städte, Soziale Ungleichheit als Herausforderung für die Stadtpolitik 2013, S. 242 ff.; Christoph Reichard, Neue Institutionelle Varianten öffentlicher Leistungserbringung, in: Eckhard Schröter/Patrick v. Maravic/Jörg Röber (Hrsg.), Zukunftsfähige Verwaltung? Herausforderungen und Lösungsstrategien in Deutschland, Östereich und der Schweiz, 2012, S. 187 (213 f.); Eckard Schröter/Christoph Reichard, Öffentliche Aufgaben – ein Versuch über Ihre Bestimmung, Entwicklung und Wahrnehmung, in: dies. (Hrsg.), Zur Organisation öffentlicher Aufgaben, 2013, S. 11 (28 f.); Thorsten Ingo Schmidt, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung, DÖV 2014, 357 ff.; Matthias Knauff, Zurück zur kommunalen Daseinsvorsorge in der Energieversorgung, EnWZ 2015, S. 51 ff.; Jan Henrik Klement, Auf der Suche nach dem öffentlichen Zweck, Die Verwaltung 48 (2015), S. 55 ff.; Ludger Breuer, Zersplitterung und Bedeutungsverlust des Gemeinewirtschaftsrechts, WiVerw 2015, S. 150 ff. ※

(9) Breuer (Fn. 9), S. 150 (150).

(11) 行政法 2015, 21. 号 ニ 於 テ ハ 公 共 的 な 経 済 的 な 意 義 を 有 す 。

- (12) ヲレゴゴソツ、感エテ、Betina Weiz, Ceta und die öffentliche Daseinsvorsorge: Ringen um ein wertvolles Gut, in: Deutschlandfunk (online) vom 26.10.2016 や参照。ノ記号ヲヤンターネンニテ閱讀巨強ト爲セ (http://www.deutschlandfunk.de/ceta-und-die-oeffentliche-daseinsvorsorge-ringen-um-ein-724dehml?dramarticle_id=369681 [二〇一七年二月一日最終確認])。
- (13) Bauer (Fn. 7), S. 1021 f.
- (14) Mario Candeias/Rainer Rilling/Katharina Weise, Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen, WSI Mitteilungen 2008, 563 ff.; Mario Candeias/Rainer Rilling/Katharina Weise (Hrsg.), Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen, 2009.
- (15) Candeias/Rilling/Weise (Fn. 14).
- (16) Röber (Fn. 9), S. 227 ff.; Brünig (Fn. 9), S. 454 f.; Libbe/Hanke (Fn. 9), S. 109; Burgi (Fn. 9), S. 225 f.; Bauer (Fn. 9), S. 330 ff.; Guckelberger (Fn. 9), S. 161 f.; Budäus/Hilgers (Fn. 9), S. 703 f.; Schmidt (Fn. 9), S. 357; ハネネキ一編第21巻トテ、Klement (Fn. 9), S. 55 f., 59 ff. や参照。
- (17) Peter Patffausen, Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation, 2008, S. 95 (insb. 97 ff., 101 ff.), ders., Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft, 2011, insb. S. 144 ff.; David Hachfeld, Rekommunalisierung – Lehren aus Potsdam und Grenoble, in: Mario Candeias ua. (Fn. 14), S. 90 ff.; Bauer (Fn. 9), S. 330 f.; Budäus/Hilgers (Fn. 9), S. 703; Water Remunicipalisation Tracker, Potsdam, http://www.remunicipalisation.org/#case_Potsdam [二〇一七年二月二日最終確認]。
- (18) ノシテ、ノシテ、テノ詳細ナルヲテ、Hartmut Bauer, 'The City of Potsdam: Between Privatization and Remunicipalization – Local Experiences and General Aspects on the Road to Publicization, European Public Law 21 (2015), p. 723 et seq.
- (19) Patffausen (Fn. 17), S. 98 f.; ノ民間化契約ゴゴソツ、同様ノ詳細ナル、Hachfeld (Fn. 17), S. 90 f. ノ二三ノ個々ノ契約ナルなる複雑な契約構造の詳細についてみられる。
- (20) 例えバ、いかに契約が解釈されるべきかについて、契約当事者は異なる見解を有してゐた。そこから、再三にわたって

- 意見の食い違いが生じた。この点について、より詳細な議論については、Peter Paffhausen, Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft, 2011, insb. S. 149 ff. を参照。
- (21) あの手の手を尻へして用いられたこのような不意打ち戦略を紹介するものとして、Hachfeld (Fn. 17), S. 91, 95 f.
- (22) <http://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/article121668882/Abgeordnetenhaus-stimmt-Rueckkauder-Wasserbetriebe-zu.html> [二〇一七年二月二二日最終確認]。買戻しは再自治体化と特徴づけられることがはたかばたである。そのなかで、より厳密な評価をすれば、スルリン州の「国家としての性格」ゆえに、再国家化の問題となる。この点については、より詳細なことは、このあと本文について説明する。
- (23) この事例についての詳細およびその結末については、Bauer (Fn. 9), S. 331 f. を参照。
- (24) Verband kommunaler Unternehmen, Stadtwerte der Zukunft IV: Neue Wege für Kommunen und Energieversorgungsunternehmen, この報告はインターネット上で閲覧可能である (<http://www.vkude/energie/unternehmensstrategien/rekommunalisierung-sdziv/konzessionsvertragege00.html> [二〇一七年二月二二日最終確認])。
- (25) Röber (Fn. 9), S. 231; Bauer (Fn. 9), S. 332 f.; Klement (Fn. 9), S. 59 ff. を参照。
- (26) Candellas/Rilling/Weise (Fn. 14), S. 563 ff.; Scholle (Fn. 9), S. 95 ff.; Hachfeld (Fn. 9), S. 87 ff.; Röber (Fn. 9), S. 231, を参照。
- (27) Scholle (Fn. 9), S. 98 ff.; ノロス・ホーダー・リースの類型と問題状況、ならびにその期待される発展については、一般に「ドイツ」Frank Laudenklos/Claus Pegatzky, US-Leasingfinanzierungen – innovative Finanzierungsformen oder zweifelhafte Geschäfte?, NWvZ 2002, 1299 ff.; Carolin Böhm/Caroline Stepputat, Auswirkungen des Cross-Border-Leasings: Die Wirtschaftskrise und der Order public des Kommunalrechts, DÖV 2009, 984 ff.; 熊澤、Karl-Hermann Kästner, Privatisierung kommunaler Einrichtungen – eine rechtliche Bestandsaufnahme, in: Peter Baumeister ua. (Hrsg.), Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2011, S. 863 (895 ff.) を参照。
- (28) この事例については、またその結末については、Jens Rometsch, Ein Ende mit Schrecken – Leipzig büßt 41 Millionen Euro bei US-Leasing ein, in: Leipziger Volkszeitung (online) vom 18. Januar 2016, この記事はインターネット上で閲覧可能である (<http://www.lvz.de/Leipzig/Lokales/Ein-Ende-mit-Schrecken-Leipzig-buesst-41-Millionen-Euro-bei-US-Leasing-ein> [二〇一七年二月二二日最終確認])。

- (29) これについて、またその帰結については、Schmidt (Fn. 9), 357 を参照。*von*, Rober (Fn. 9), S. 227 ff.; Brunning (Fn. 9), S. 454; Libbe/Hanke (Fn. 9), S. 109; Burgi (Fn. 9), S. 22; Budäus/Hilgers (Fn. 9), S. 703 f. を参照。比較行政法学の観点から、Christian Schwab/Philipp Richter/Sabine Kuhlmann/Helmut Wollmann, "Local Public Sector Reforms in Times of Crisis: National Trajectories and International Comparisons", DÖV 2014, S. 839 ff.
- (30) Sabine Schlacke/James Kröger, Zur Unionsrechtskonformität des EEG bei zunehmender Rekommunalisierung und Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, S. 401 ff.
- (31) この事例については、Schlacke/Kröger (Fn. 30), S. 401, 402 f. を参照。
- (32) 重要な例が、二〇一〇年に制定されたノルトライン・ヴェストファーレン州の「ゲマインデ経済法の再活性化に関する法律」や、二〇一二年に制定されたブランデンブルク州の「自治体による生存配慮の強化に関する法律」である。現代の発展状況についての展望として、Breuer (Fn. 9), S. 130 ff.
- (33) これについては、Volker Boehme-Nelker, Privatisierungsbremsen in den Landesverfassungen?, LKV 2013, S. 481 ff. を参照。
- (34) 二〇一三年九月三日の自由ハンザ都市ブレーメン州憲法の改正に関する法律一条、BremGBl. S. 480.
- (35) ブレーメン州憲法四二条四項および七〇条二項。
- (36) 詳細には、ブレーメン州憲法四二条四項に基づき、上述の部門で活動する企業であって、公共主体が直接的または間接的に支配的な影響力を行使することができるものの売却は、原則として、その公布から三ヶ月が経過するまでは効力を有しない法律に基づいてのみ可能となる。さらに、ブレーメン州憲法七〇条二項に基づき、四二条二項の場合には、市議会が総議員の三分の二に達せずこのような法律を可決したとき、議会の総議員の四分の一が住民投票の実施を提議したとき、または有権者の二〇分の一が住民投票の実施を請求したときは、当該法律について住民投票が実施されなければならない。
- (37) 社会民主党、左翼党、同盟九〇・緑の党の間で締結されたベルリン市における二〇一六年から二〇二一年までの連立合意については、インターネット上で検索・閲覧が可能である (https://gruene.berlin/sites/gruene.berlin/files/koaverinbarung_final_161208_0.pdf [二〇一七年二月二二日最終確認])。
- (38) 前掲注(37)の連立合意一五五頁を参照。

- (39) Knaut (Fn. 11), S. 21: *「x0x1」* Sina Stamm, Eisenbahnerfassung und Bahnprivatisierung, 2010, S. 234.
- (40) この事例については Denise A. Bauer, Staatliches Handeln im systemrelevanten Markt am Beispiel des Rettungsbürohngesetzes, DÖV 2010/S. 20 ff.; Alexander Peters, Art. 15 und die Notverstaatlichung der Banken, DÖV 2012, S. 64 ff. を参照。
- (41) この事例およびその結末については Gerhard Hegmann/Thomas Steinmann, Truppe dreht Privatisierung zurück, Financial Times Deutschland vom 15. August 2012, S. 1; Johannes Leithäuser, Die fast entblößte Bundeswehr, Süddeutsche Zeitung vom 5. Juni 2015, S. 4. を参照。
- (42) しかし、その理由は複雑なものであり、もっぱら民間化措置にかかると否定的な経験に限られるわけではなく。むしろ最も重要な例として、陸軍車輛の維持に従事する連邦と三つの軍需企業 (HIL) との共同企業が挙げられる。このような協働がその機能を果たしていたにもかかわらず、連邦は「」でも撤退に踏み出した。この背景には EU 指令があったが、それによれば、軍備発注は将来的に EU 全域で入札がなされなければならない。その結果、入札の際に外国企業が、その実力をより発揮しようとするようになるだろう。しかし、連邦国防軍は、多くの注意が必要となる安全領域であるとして、これに関して理解を示さない。全体的なところでは、より詳細には、Hegmann/Steinmann (Fn. 41), Financial Times Deutschland vom 15. August 2012, S. 1. を参照。特に「」プロジェクト「」に際しての公私協働にかかる議論については Hauke Friedrichs/Toralf Staud, Teuer und schlecht Die Zeit vom 5. Dezember 2014, S. 28. を参照。
- (43) Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante im Bundesfernstraßenbau (Gz.: V3-2013-5166) vom 4. Juni 2014 (この報告はインターネット上で閲覧可能)。 https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2014/06/2014-0604_Bericht_BRH_zu_PP_an_Haushaltsausschuss.pdf [二〇一七年二月二二日最終確認]； Rechnungshof des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten vom 14. September 2011 (この報告はインターネット上で閲覧可能)。 <http://www.rechnungshofbadenwuerttemberg.de/media/978/Gemeinsamer%20Erfahrungsbericht%20zur%20Wirtschaftlichkeit%20v%20n%20D6PP-Projekten.pdf> [二〇一七年二月二二日最終確認]。

- (44) ちしあたり前掲注(43)の連邦会計検査院の報告七頁、四二頁を参照。
- (45) ちれたごうく Bericht der Expertenkommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“, mit Zusammenfassung sowie ergänzenden und abweichenden Positionen der in der Kommission vertretenen Gewerkschaften, April 2015, S. 5, 13 ff. (1)の報告はインターネット上で閲覧可能である。 https://www.bmwide/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/staerkung-von-investitionen-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=9 [二〇一七年二月二二日最終確認]。1)を単独で完全には解明されなかった具体化のごうく 例えち Martin Greive, Union lässt Gabriel bei Lieblingsprojekt aufhauen, Die Welt vom 8. November 2015 (1)の論文はインターネット上で閲覧可能である。 <http://www.welt.de/wirtschaft/article148557971/Unionlaesst-Gabriel-bei-Liebblingsprojekt-aufhauen.html> [二〇一七年二月二二日最終確認]。
 - ちごうく Friedrich Kneuper/Martin v. Kaler, Die öffentlich-private Finanzierungspartnerschaft (ÖPF), NWZ 2015, S. 1401 ff.; Philipp Reimer, Infrastruktur zwischen ÖPP und Nutzerprinzip: Reformansätze der Bundesfernstraßenfinanzierung und die neue “Pkw-Maut”, DVBl. 2015, S. 1405 ff. を参照。
- (46) 1)をごごうく Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes [Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g] vom 13.12.2016, 法案はインターネット上で閲覧可能である (http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2016-12-14-aenderunggrundgesetz.pdf?sessionid=B205AB647ADFFBBE8A66B13553F9C611C?__blob=publicationFile&v=3 [二〇一七年二月二二日最終確認])。
- (47) 前掲注(46)の連邦政府の法案五頁を参照。
- (48) Heribert Prantl, Leckere Autobahnen, in: Süddeutsche Zeitung (online) vom 06.12.2016, 1)の記事はインターネット上で閲覧可能である。 <http://www.sueddeutsche.de/politik/privatisierung-leckere-autobahnen-1.3284071> [二〇一七年二月二二日確認]。
- (49) 例えち 社会民主党の財政専門家評議会的 Cansel Kiziltepe, zitiert von dpa, Bundesrechnungshof kritisiert Schnellstraßenpläne, in: Handelsblatt (online) vom 01.12.2016, 1)の記事はインターネット上で閲覧可能である。 <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/fernstrassengesellschaft-bundesrechnungshof-kritisiert-schnellstraesen-plaene-14919870.html> [二〇一七年二月二二日最終確認]。

- (50) これについて、例えば、二〇二〇年からの連邦国家財政調整システムにかかる新たな規律、および財政法上の規定の改正について二〇一六年一月三日の関連法にかかる政府法案を参照する Prandt (Fn.48) を参照。この論文は、「インターネットで閲覧可能」(https://www.daserste.de/information/wirtschaft-boerse/plusminus/sendung/entwurf-begleitgesetz100.pdf [二〇一七年二月三日最終確認])。つれにゆれば、「民間の投資は、[……]プロシエのレベルで、経済性の基準にすぎない(活性化を促す(前掲三頁))。また、Georg Hermes/Holger Weiß/Thorsten Beckers, Kurzzutachten vom 06.12.2016: Verhindert der Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG eine Privatisierung der Bundesautobahnen? Eine rechtliche und ökonomische Bewertung der Privatisierungsschranken in dem Entwurf der Bundesregierung zur Neufassung des Art. 90 GG vom 24.11.2016 unter Berücksichtigung der einfachgesetzlichen Anpassungen, S. Iii 参考。」の鑑定意見書の要約版は「インターネットで検索・閲覧可能」(http://www.w2k.de/fileadmin/medien/pdf/news/2016/ZDB_-_Kurzzutachten_Beurteilung_Art-90-GGEntwurf_der_Bundesregierung_hinsichtlich_Privatisierungsschranken-v90.pdf [二〇一七年二月三日最終確認])。
- (51) Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit und Verwaltung, Gutachten vom 30.11.2016 zu Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen, S. 59, 71の鑑定意見書は「インターネットで検索・閲覧可能」(https://www.bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/gutachten-berichtebwv/berichte/langfassung/2016-bwv-gutachten-organisationsformen-und-finanzierungsvarianten-fuer-die-bundesfernstrassen [二〇一七年二月三日最終確認])。
- (52) Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit und Verwaltung (Fn. 51), S. 59 f.
- (53) 「水と下水道」の「水と下水道」 http://www.right2water.eu/de [二〇一七年二月三日最終確認] を参照。
- (54) Europäische Kommission, Mitteilung über die Europäische Bürgerinitiative “Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht Wasser ist ein öffentliches Gut, keine Handelsware” vom 19. März 2014, COM (2014) 177 endg., S. 14 f.
- (55) Europäische Bürgerinitiative “Wasser ist ein Menschenrecht”, Pressemitteilung “Antwort der Kommission auf die erste Europäische Bürgerinitiative ist wenig ambitioniert” vom 19. März 2014. 「インターネットで閲覧可能」(http://

www.right2water.eu/de/node/477 [二〇一七年二月二二日最終確認]。

(56) <http://www.right2water.eu/de/node/532> [二〇一七年二月二二日最終確認]。

(57) 詳細は「Hachfeld (Fn. 9), S. 92 ff.」を参照。

(58) Hachfeld (Fn. 9), S. 90.

(59) Sabine Kuhlmann/Hellmut Wollmann, *Verwaltung und Verwaltungsreformen in Europa*, 2013, S. 198.

(60) Kuhlmann/Wollmann (Fn. 59), S. 198.

(61) 「このよきな意味におごつて、水道部門にこのつば、Emanuele Lobina/Satoko Kishimoto/Olivier Pettjean, *Festgestellt: Globaler Trend der Rekommunalisierung des Wassers*, Stand: Juli 2015 (veröffentlicht von Public Services International Research Unit (PSIRU), Transnational Institute (TNO) und Multinational Observatory in Zusammenarbeit mit Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V.)」の報告は「インターネット上で閲覧可能である」。(https://www.tniorg/files/publication-downloads/heretostay-de_0.pdf [二〇一七年二月二五日最終確認])。また、「日本語でも読む」ことができる (https://www.tniorg/sites/www.tniorg/files/download/heretostay-jp.pdf [二〇一七年二月二五日最終確認])。

(62) Hachfeld (Fn. 9), S. 87 ff. を参照。とりわけロチャバンバ、エル・アルト、フエノスアイレス、ダルエスサラーム、ロンロク、ブニラ、アトランタ、フェルトンといった都市を指摘している。さらに、「世界の再自治体化のリスト (二〇一四年一〇月時点) は、Lobina/Kishimoto/Pettjean (Fn. 61), S. 11 ff. を参照。とりわけ中華人民共和国 (上海、瀋陽)、インド、マレーシア (クアラルンプール)、ベトナムを補足的に指摘している。

(63) <http://www.renunicipalisation.org/front/page/home> [二〇一七年二月二二日最終確認]。

(64) 「この点については Pfahusen (Fn. 19), S. 101.」を参照。

(65) 再自治体化についての詳細は、Bauer (Fn. 9), S. 334 ff. を参照。最近のものから「Burgi (Fn. 9), S. 226; Guckelberger (Fn. 9), S. 161 ff., 163 ff.; Leisner-Eggensperger (Fn. 9), S. 1110 ff.

(66) 例として、Schmidt (Fn. 9), S. 365. 明らか異なる立場であるのが、Röber (Fn. 9), S. 233 f.

(67) Budaus/Hilgers (Fn. 9), S. 703.

(68) Knauft (Fn. 9), S. 52 f.

- (69) 「これに「レゾ」 Leisner-Eggensperger (Fn. 9), S. 1112 f.
- (70) Candelaus/Rilling/Weise (Fn. 14), S. 566, 568 は、最後に以下のやうに指摘している。すなわち、公共を支持することは、「所有関係や社会関係、企業、財、空間、または生存配慮、コミュニケーション、公権力あるいは政治的決定にかかる措置を、それらが社会における資源の不均等な配分を防止し、政治的財（参加、アクセス）の配分を民主化し、一般化するよう」に、形成すること」を意味する。
- (71) Hellmut Wollmann, From public to private and return? Discourse swings forth and back, Congrès de l'AFSP-Strasbourg 2011, Section Thematique nr. 25 du Groupe de Travail "Science politique comparée des administrations" (SPCA), Les administrations publiques en réforme (S) : une comparaison Allemagne-France, 2011.
- (72) 例えは、Libbe/Hanke (Fn. 9), S. 108; Röber (Fn. 9), S. 227; Knauff (Fn. 9), S. 51.
- (73) 自治体「レゾ」 Budaus/Higgers (Fn. 9), S. 702.
- (74) この組織図は Paffhausen (Fn. 17), S. 96. のものに依拠している。
- (75) これについて、Klement (Fn. 9), S. 59 ff. (61) のエネルギー経済についての観察も参照。それによれば、「多くの場合、公共による完全な引き受けがなされるのではなく、公私協働に至る。伝統的なシユタットヴェルケと自治体が関与する地域を越えた企業との差異が相対化しているということは、民間化と自治体化 (Kommunalisierung) の共通指標である。[……] 高権的作用と私的作用の合理性が互いに絡み合っている状態は、いわば民間化と自治体化が結果として行き着くところの間なのである」。
- (76) 契約期間満了に至ったコンセッション契約の状況から具体例を挙げる Brünig (Fn. 9), S. 454 を参照。また、啓発的であるのが、Leisner-Eggensperger (Fn. 9), S. 1112.
- (77) Leisner-Eggensperger (Fn. 9), S. 1112.
- (78) 適切に、Peter Collin, Privatisierung und Ersatzierung als komplementäre Gestaltungsprozesse, JZ 2011, 274 ff.
- (79) 「これに「レゾ」一般的な「レゾ」は、Guckelberger (Fn. 9), S. 187.
- (80) 「再自治体化の陶醉」に対する留保が、例えは、Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerb mit Licht und Schatten, 2011, insb. S. 14 f., 47 ff. にみられる。この報告はインターネット上で検索・閲覧が可能である。

(http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s59_volltext.pdf [二〇一七年二月二二日最終確認])。および「
Deutsches Steuerzahlerinstitut, Sonderinformation 2: Staat vor Privat – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit, September 2014 (インターネット上で検索・閲覧が可能)」。 http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSISonderinf_2_fuer_Web.pdf [二〇一七年二月二二日最終確認]。 Bundeskartellamt, Der Staat als Unternehmer – (Re-) Kommunalisierung im wettbewerblichen Kontext, Arbeitspapier vom 2. Oktober 2014 (インターネット上で検索・閲覧が可能) http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?__blob=publicationFile&v=2 [二〇一七年二月二二日最終確認]。 法事実的な調査結果の相対化については、Bauer (Fn. 9), S. 334; ders. (Fn. 7), S. 1023 を参照。

(18) Bauer (Fn. 9), S. 336 ff.

(82) 「秩序政策にかかると二元的な問題解決の考え方への回執」にこの批判的でもあるのが、Buddäus/Hilgers (Fn. 9), S. 703。 また、歴史的な視座から有益であるのが、Miloš Vec, Staatliche Aufgaben und private Akteure in der Rechtsgeschichte, in: Fuchs u.a. (Hrsg.) Staatliche Aufgaben (Fn. 2), S. 1 ff. であるが、この論文は、歴史的に「国家からきこえる声」が魅力のあるものであると説き、広く浸透した二元論が十分なものであることをこの文を指摘している。

(83) これについても、歴史的な視座から有益であるのが、Vec (Fn. 82), insb. S. 34 ff. であるが、この論文では、方法的國家主義からの転換を求め、「ノンプリッド化へと焦点を」(三七頁) 置換して読みか。

(84) Bauer (Fn. 18), p. 736 f.

(85) これについては、また関連する法定立にかかると提案している。 本詳細な理由は、Hartmut Bauer, Verwaltungsverträge, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 121 ff. を参照。

(86) この点については、またこの結果については、詳細は、Hartmut Bauer/Friedrich Markmann, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse zwischen Privatisierung und Publizisierung: Renaissance der Genossenschaft?, in: Lothar Knopp/Heinrich Amadeus Wolf (Hrsg.), Festschrift für Franz-Joseph Peine, 2016, S. 375 ff.; Hartmut Bauer/Friedrich Markmann, Genossenschaften im Aufwind, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Friedrich Markmann (Hrsg.), Kom-

- nunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S. 11 ff. ※参照。Bauer (Fn. 9), S. 1024 ff.
- (87) Michael Stappell, Auswertung des Genossenschaftsregisters 2005–2016 (1. Halbjahr), ワゴクニシキホウコウキョウ。
- (88) Andreas Eisen, Kooperation und Genossenschaft als Modell der kommunalen (Selbst-) Steuerung, in: Wolfgang George/Martin Borow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement Bd. IV, Kommunale Kooperation, 2010, S. 135 ff. (135), ※たて 詳細ごひんじ。Markus Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 336 ※参照。
- (89) Andrea Karner/Dietmar Röhl/Daniela Weisner-Sammer, Genossenschaftliche Erfüllung kommunaler Aufgaben in PCP-Modellen: Typen und Determinanten einer erfolgreichen Entwicklung, in: Hans-H. Münkler/Günther Ringle (Hrsg.), Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien, 2010, S. 85 ff.
- (90) Andreas Eisen, Einleitung in: DStGB Dokumentation Nr. 40, Genossenschaften – Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen, 2004, S. 2.
- (91) ワゴクニシキホウコウキョウ 例 ニシキホウコウキョウ Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband, Genossenschaftsidee ist Immaterielles Weltkulturerbe der Menschheit, Mitteilung vom 30. November 2016 ※参照。 ワゴクニシキホウコウキョウ の報告はインターネットで検索・閲覧が可能 ニシキホウコウキョウ (<http://genossenschaften.de/genossenschaftsidee-ist-immaterielles-kulturerbe-dermenschheit> [二〇一七年二月一二日最終確認])。
- (92) Koalitionsvereinbarung (Fn. 37), S. 9, 21, 24, 28, 29, 34, 56, 63, 65, 121, 123.
- (93) Koalitionsvereinbarung (Fn. 37), S. 29.

【訳者付記】

ハルトムート・パウアー教授(ポツダム大学)は、二〇一六年度成城大学特別研究助成に基づき、大津浩成城大学教授(現・明治大学教授)および西土彰一郎成城大学教授の招聘により二〇一七年三月一四日から同年三月三一日まで日本に滞在された。この間、三月一八日に、白藤博行専修大学教授のご尽力により、専修大学法学研究所において、三月二〇日に成城大学において、そして高橋明男大阪大学教授のご協力のもと、三月二二日に大阪大学法学研究科において、「公共化の実際と指

針——公共の回帰——」と題する講演を行っていただいた。本稿はその講演原稿の翻訳である。バウアー教授の招聘および講演会の開催にあたりご尽力いただいた方々、とりわけ阪大法学に本翻訳を掲載することを了承いただいた西土教授には、この場を借りて謝意を申し上げます。