



Title	公的任務の公共化にかかる法学的課題（二・完）： ドイツにおける公共化論の動向を参考として
Author(s)	矢島, 聖也
Citation	阪大法学. 2020, 69(6), p. 199-229
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87269
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

公的任務の公共化にかかる法学的課題（二・完）

——ドイツにおける公共化論の動向を参考として——

矢 島 聖 也

はじめに

第一章 近年における公共化論の展開（以上、六九卷五号）

第二章 公共化の決定にかかる法的基準

第三章 公共化後の組織形成にかかる論点

おわりに（以上、本号）

第二章 公共化の決定にかかる法的基準

本章からは、ドイツ公法学における公共化の議論を整理する。近年のドイツ公法学における公共化の論点は、主に①公共化が法的に許容されるのか、②公共化を行うべき行政主体の責任はあるのか、③どのような形式で公共化を行うのかの三つに分けられるが、本章では①および②の論点を取り上げ、③については次章に譲ることとする。

以下、①公共化の法的限界に関する議論につき、第一節では憲法上の基準について、第二節では、とりわけ公共化

により自治体が経済活動を行う場合を念頭に置いて、法律上およびEU競争法上の基準について検討する。最後に、第三節では、②公共化をすべき行政主体の責任にかかる議論を整理する。以上の議論を整理するにあたって、前述の「公的任務の再配分プロセス」の観点から、民間化決定に関する基準が参考となりうる。すなわち、公共化と民間化は正反対の現象であるところ、そこに妥当する基準も正反対に作用すると考えられる。換言すれば、公共化の場面においては、民間化を制限する方向性の基準は、公共化に有利に作用し、民間化の推進論拠として挙げられる議論は、公共化の限界として主張されうる。以上のような仮説に基づき、民間化論における議論も参照しつつ検討する。

第一節 憲法上の限界

一 再配分プロセスの対象となる任務の区分

民間化論においては、まずいかなる任務が民間化の対象となりうるのかが論じられてきた。⁽⁶³⁾ その際、しばし引用されるものとして、ゲオルグ・イエリネックによる伝統的な二分論がある。曰く、国家任務は、「国家に排他的に帰属する活動」である排他的国家任務と、「国家が単に規制、補助、促進的あるいは防禦的にのみ個人的、社会的生活に接するにすぎない活動」である競合的国家任務に二分される。⁽⁶⁴⁾ この説は、国家任務をその性質に基づいて分類したものであり、具体的には、前者は警察や防衛等の実力行使を伴う任務が、後者は公教育や生存配慮に属する供給等の任務が例に挙げられる。そして、より民間化になじみやすいのは後者であると考えられてきた。⁽⁶⁵⁾

しかし、右の区分は相対的なものにすぎない。排他的国家任務であっても、部分的に私人による遂行がなされている例もあり、高権的権限が私人に委任される場合もある。⁽⁶⁶⁾ また、生存配慮に属する任務であっても、法律上、国

家や自治体に義務的任務として割り当てられ、そのすべてを放棄することが許されない任務もある（例えば、水道供給や下水処理）。基本法は、このような国家と社会の間の任務配分につき、一般的かつ明確な基準は設けていない。ある任務を国家と社会のいずれに割り当てるのかについては、立法による具体化を必要とするのであり、基本法はむしろ枠組みを立法者に提示するのみなのである。ゆえに、ある任務の実施が国家に義務付けられたものであるか、民間化が可能であるか否かについては、個々の規定から検討されなければならない。

このことは公共化の場面においても同様である。もともと、民間化の場面では、私人が遂行しえないような任務が存在するのに対して、国家は潜在的にあらゆる任務を行いうる（国家の全権限性〔Allzuständigkeit〕）。とりわけ市町村には、基本法二八条二項により「地域的共同体のすべての事項を、自己の責任において規律する権利」が明文で保障されており、地域における任務を自己の決定により新たに引き受けることができる⁽⁶⁷⁾。もともと、この保障は当該市町村の区域に限定され、自治体が他の自治体の領域に跨がるような越境的な任務や、地域に直接関連しない任務に干渉することは、特別の法律の定めがない限り認められない。

二 個別の公共化禁止規定

公共化の禁止規定として基本法上論じられる例が、郵便・電気通信の領域に関する基本法八七f条二項一文である。同条では、郵便および電気通信のサービスは「特別財産たるドイツ連邦郵便に由来する企業およびその他の私的供給者による私経済活動として提供される」と規定されている。同条が規定される背景には一連の郵政改革があるが、その趣旨によれば、本規定は郵便・電気通信サービスの脱国家化を求めるものであり、「ドイツ連邦郵便に由来する企業」についても任務の民間化を要求するものであるため、再公共化を禁止するものであると解する論者

がある。⁽⁶⁸⁾この見解によれば、国家や自治体が「私的事業者」として市場に参入することもまた、その趣旨を没却しかねないとして禁止される。これに対し、同条は、たしかに脱国家化を定めた規定であるが、任務の民間化まで要求するものではないという見解がある。⁽⁶⁹⁾これによれば、政府が株式を買い戻すことにより、企業の経営に加わることまでは禁止されていないし、自治体も私法形式の組織を用いて市場に参入することができる。このように、解釈上の争いはあるものの、「私経済活動」として行われると規定されていることから、少なくとも公法形式での活動は許されないだろう。

三 営業の自由にかかる基本権

ドイツの公共化論においては、憲法上の限界として、とりわけ職業選択の自由を保障する基本法一二条や財産権を保障する一四条がしばしば論じられる。例えば、アンナ・ライスナー⁽⁷⁰⁾は、公共化によって従来私人に開かれてきた領域から私人が排除される結果となるため、基本法一二条の職業選択の自由が検討されなければならぬという。国家や自治体が活動を許されるためには、比例原則の観点から相当の正当化が必要となる。⁽⁷¹⁾その際、生存配慮が職業選択の自由の制限にかかる正当化根拠となりうると主張されることがあるが、ライスナー⁽⁷²⁾は、生存配慮が職業選択の自由の制限にかかる正当化根拠となりうると主張されることがあるが、ライスナー⁽⁷³⁾は、生存配慮は歴史的な展開から発生してきた概念にすぎず、憲法的な正当化を与えるものではないという。すなわち、生存配慮は、基本法二八条二項の自治保障の枠内において、任務にかかる自治体の選択の自由についてのごく一般的な根拠を提供するのみであり、公益の確保という目的の下で、公共主体による遂行が許される任務の限界を画するものではない。

また、ヤン・ツイーコーやトルステン・インゴ・シュミットは、これに加えて、公共化により私人の財産が収用

される場合には、基本法一四条三項がその限界を形成する点を指摘する⁽⁷²⁾。もともと、ツィーコーは、公共化により基本権が侵害される場合には、憲法上の基準が遵守されなければならないことを肯定しつつも、公共化の場面で必ずしも問題となるわけではないという⁽⁷³⁾。例えば、私人とのコンセプション契約の契約期間が満了し、自治体が契約終了後に当該任務を自ら遂行するといった場合には、私人は契約の範囲内で任務の遂行が認められるにすぎない。私人がいったん任務を遂行したからといって、当該任務を将来的にも遂行することができるといった基本権は存在しないのである。また、これらの基本権は、国家や自治体が競業者として現れることから私人を保護するものではない⁽⁷⁴⁾。さらに、シュミットは、自治体による経済活動が基本法一二条の職業選択の自由を侵害する場合であっても、自治行政の保障により正当化されうるとい⁽⁷⁵⁾。以上のように、基本権が公共化の限界として機能するという主張に対しては懐疑的な見解が多数を占める。

四 憲法上の補完性原理

民間化論においては、その指導原理として補完性原理 (Subsidiaritätsprinzip) が論じられてきた⁽⁷⁶⁾が、公共化の場面においては反対に法的限界として作用することが考えられる。補完性原理とは、下位に秩序づけられた単位にその給付能力に応じて、活動における優位性が認められるというものであり、国家の全権限性に対して限界を設ける原理である⁽⁷⁷⁾。補完性原理は、人間社会を、その最下層に個々の人が置かれているようなピラミッド構造とみなしており、任務をできる限り個人に近い単位へと委ねることで、個人の人格発展の機会を広げようとする考え方を根底に置く。

基本法に補完性原理に関する規定を置くか否かという議論は、ヘレンキームゼー憲法草案会議においてもなされ

ていた。しかし、採用には至らなかったため、とりわけ基本法制定後においては、基本法が補完性原理を不文規範として含んでいるか否かという問いについては、否定的な見解が根強かった⁽⁷⁹⁾。しかし、近年では、補完性原理を憲法秩序の中に見出す見解も有力である。こうした見解は、補完性原理の論拠を法治国家原理に見出す。補完性原理の代表的論者であるヨーゼフ・イーゼンゼーによれば、基本法一条二項は、人権を「人間共同体……の基礎」と位置付けており、同三項は、二条以下に規定する「基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権、及び裁判を拘束する」と規定している。すなわち、市民の自由のために、国家活動は制限され、予測可能にされなければならず、法治国家原理は国家に活動にかかる正当化を義務付けているのである。反対に、自由な個人は、その活動において、いかなる正当化も要しない。このことは、基本法二条一項が、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させることができる」と規定していることから明らかである。したがって、個人の活動は原則的に自由であり、個人の活動によつては、公共の福祉が実現できない等の理由から正当化がなされる場合に限り、国家の活動が補完的に許されることになる⁽⁸⁰⁾。

以上のように補完性原理を一般的に導くことは考えられうる。しかし、法治国家原理は、個々の自由の保障から抽象的に導かれたものにすぎない。ゆえに、補完性原理を具体化するためには、結局のところ個々の基本権から具体化する必要がある。また、右のような理解が有力であるとはいえ、依然として消極的な姿勢をとる論者も多く、むしろ補完性条項のような実定法上の補完性に関する議論に目を向けるべきことが主張される⁽⁸¹⁾。

五 二次的な基準たる経済性原則

基本法一一四条一項およびこれに対応する州憲法の規定は、財政運営にかかる経済性を要求している。後述の自

自治体事業法のように、一定の事項につき経済性を要求する法律上の規定はあるが、このような明文規定がない場合であっても、経済性は常に検討されなければならない⁽⁸²⁾。行政主体が公共化を検討する場合についていえば、再民間化（再委託）の可能性をも含めて、いずれの選択肢が公共目的をより効率的に、すなわち低コストで実現できるのかを検討しなければならない⁽⁸³⁾。

もともと、経済性原則は不確定法概念であるところ、これを具体化する財政法・行政法上の規範が欠けている。ゆえに、経済性にかかる審査が十分になされていない場合であっても、何らかの明確な法的帰結が觀念されうるわけでもない。また、経済性原則は二次的な基準であるとされ、他の憲法原理ないしは法益に対して劣後するものである⁽⁸⁴⁾。したがって、経済性原則は「実効性の乏しい（durchsetzungsschwach）」基準であり、公共化の決定の場面では、大きな障壁とはなりえないと評価される⁽⁸⁵⁾。結論として、この原理を単独で適用することは現実的ではない。経済性原則は、第一に、他の憲法上・法律上の目的を考慮した上で、採用しうる選択肢のうちから費用対効果の最も優れているものを選択すべきことを補充的に要請するにとどまる⁽⁸⁶⁾。

第二節 自治体の経済活動にかかる基準

一 市町村法上の自治体事業法

公営化により自治体が経済活動を行う場合には、自治体事業法の規定が問題となる。自治体事業法とは、自治体企業が企業を通じて経済活動を行うことができる要件を定めるものであり、現在では各州の市町村法（*Gemeindeordnung*）と呼ばれる州法律に規定が置かれている。各州の自治体事業法はすべて一九三五年のドイツ市町村法六七条一項の規定を雛形としているため、その細部については州ごとに異なるものの、次の三要件を満たさなければ自

治体による企業の設立は認められないとする点で共通している。すなわち、①「公共目的 (öffentlicher Zweck) が事業を正当化する場合」、②「事業が、その種類と規模の点で、自治体の給付能力や見込まれる需要と適切な関係にある場合」、③「当該目的が、他者によって、より良好にかつより経済的に行われたい、あるいは行われ得ない場合」である。⁽⁸⁷⁾ ①については、単なる収益目的では公共目的は正当化されず、直接に公共の福祉に資するものであるべきだと解されているが、何が公共目的に該当するかは判断は自治体の裁量に委ねられるため、この要件はごく僅かな統制効果しか有しないといわれる。⁽⁸⁸⁾ ②の要件は、必要性という憲法上の基準を具体化したものであり、とりわけ財政赤字がある場合に、自治体に対して財政的・政策的に過剰な要求を避けるために設けられたものである。⁽⁸⁹⁾ したがって、この要件は、極端な場合を念頭に置いた規定であり、常に問題となるわけではない。このうち公共化論において最も頻繁に取り上げられるのが、③の補完性条項である。ドイツ市町村法六七条一項を継受する現在の各州市町村法も、ほぼ同様の規定を置いているが、現行規定は州によって大きく次の二種類に分けられる。⁽⁹⁰⁾

一つは、「公共目的が、私人たる第三者によって、〔自治体と——筆者註〕同程度に良好にかつ経済的に実現されない、あるいは実現されない場合」に、自治体は経済活動を行うことができるものと定めるもの（真正補完性条項）である。⁽⁹¹⁾ もう一つは、前述のドイツ市町村法六七条一項と同様の規定（不真正補完性条項）である。⁽⁹²⁾ 両者の差異は、自治体と私人が、「公共目的を同程度に良好かつ経済的に実現することができる場合」に、真正補完性条項によれば、自治体が企業を設立することは認められず、不真正補完性条項によればこれが認められる点にある。換言すれば、真正補完性条項の下では自治体の活動余地は狭くなり、不真正補完性条項の下では自治体の活動余地はより拡張されることになる。その証左として、近年、ドイツ各州においては、公共化の潮流に乗り、補完性条項の強度を高める法改正が相次いで確認されている。例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州は、二〇一〇年に「市町

村経済の再活性化のための法律」を制定し、それまでの真正補完性条項に代えて不真正補完性条項を採用した。⁽⁹³⁾ また、ブランデンブルク州も、二〇一二年に「自治体の生存配慮の強化のための法律」を制定したことにより、補完性条項は、右のような文言とは異なるものの、実質的に不真正補完性条項と解される規定に改正された。⁽⁹⁴⁾

また、州によっては一定の事業が補完性条項の適用除外として規定されることもある。例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法一〇七条一項三号は、補完性条項に「水道供給、公共交通、電気通信サービスを含む電気通信供給網を除く活動について」という文言を置いている。また、バイエルン州のように「生存配慮」という語で包括的に適用除外が設けられていることもある。さらに、ブランデンブルク州では、右の改正に伴い、自治体が生存配慮に関する事業を行う際の要件が緩和された。すなわち、補完性条項は、「市町村代表または五〇条二項の場合には主管委員会（Hauptausschuss）が、市町村の経済活動が公益上必要であると思慮する場合には適用しない」とする規定が追加された（ブランデンブルク州自治体憲法九一条三項三文）。以上のように、補完性条項は、民間化や公共化を行うにあたっての政策的な「調節ねじ（Stellschraube）」として機能してきた。

補完性は、主に自治体と私人の活動を比較して、従来よりも経済性を高めることが可能であるかどうかを審査すること（経済性の比較）によって判断される。具体的には、経済性の比較を行うための手段として、一定の市場についての既存のデータをもとに、市場に関する事項を計数的に分析する市場分析（Marktanalyse）⁽⁹⁵⁾ がなされる。その結果、自治体が補完性条項の基準を満たさないと判断される場合には、企業の設定・拡大も違法であるとされ、またこれを行わずしてなされた企業の設立も違法の評価を受けることになる。⁽⁹⁶⁾ しかし、補完性条項にかかる認定判断についても、基本的に自治体の裁量判断にゆだねられており、公共化の限界としての効果は大きくないといえるだろう。⁽⁹⁷⁾

二 補助金の原則的禁止

自治体が経済活動を行うか否かを決定する際には、EU法上ないしドイツ法上の競争に関する規定も問題となる。EU法上の限界としては、まず補助金にかかる規制がある。EU運営条約一〇七条以下は、行政主体による補助金の供与を原則として禁止している。公共化に際して、公共化される企業が結果として違法に利益を得た場合には（例えば、金銭の供与や公課の軽減・免除）、このような公共化は違法と評価されることになる。⁽⁹⁸⁾もともと、補助金は、私人が一般的経済利益にかかるサービス給付を委ねられている場合においては、国家や自治体が、私人のサービス給付に対して適切な反対給付として供与したものであれば、EU運営条約一〇六条二項により例外的に許容されうる。その際、補助を受ける企業が明確に定められた公共経済上の義務を履行しており、補助金の算定基準が透明に設定されたものであり、補助金が公共経済上の義務にかかるコストの調整を超えるものでないことが要件として挙げられる。⁽⁹⁹⁾

三 不正競争防止法

EU運営条約一〇一条は、域内市場において、構成国間の取引を阻害し、域内市場の競争を妨げ、制限し、悪化させるような合意や決定を禁止しており、同一〇二条では、構成国間の取引を阻害するおそれのある優越的地位の濫用を禁じている。このようなEU法上の要請から、連邦法律として、反競争制限法（GWB）と不正競争防止法（UWG）が制定されている。自治体が市場において経済活動を行う場合、競争相手となる私人にとつて、自治体は、租税という安定的な財源があり、私人とは比較にならないほどの給付能力を有する存在であるといえる。そこで、そもそも競争力の強い自治体が市場に参入することにより、市場構造が崩れる結果となるため、これが不公平

な取引方法の禁止を定める不正競争防止法三条に反し、公共化の限界となることが考えられる。

この点につき、連邦通常裁判所は以下のような判示している。すなわち、不正競争防止法三条は、一定の市場構造の維持を目的とするのではなく、市場における行動の様式を対象とした規定である。市町村の市場参入の可否については、前述の自治体事業法における審査が置かれているのであるから、市場参入自体を、公正な競争という根拠からは、禁止することはできない⁽¹⁰⁾。したがって、不正競争防止法三条は、自治体が経済活動をするか否か（On）の決定ではなく、むしろ自治体とその職務上の権限を濫用し、あるいは不公正な方法によって経済活動を行うような場合、すなわち経済活動の態様（Wie）についてのみ適用されうると解される。

四 手続的基準としての公共調達法

最後に、公共化の手続的な観点から公共調達法（Vergaberecht）も議論の俎上にのせられよう。公共調達法は、国家や自治体と、具体的な物品の調達やサービスの提供を委託された企業との関係が、反競争制限法九九条一項に規定するところの有償契約である場合に適用される⁽¹¹⁾。もともと、公共化の場面においては、主に自治体の設立した企業が問題となるところ、自治体と当該企業は、経営者と企業という関係にある。これはいわゆる組織内委託（Unterhouse-Vergabe）に該当するが、EU上級裁判所は、組織内委託は公共調達法の規律に服さないとする判決を下している⁽¹²⁾。これによれば、公共化により、自治体が自己の企業に公的任務を委ねる場合には、公共調達法は問題にはならないということになる。

しかし、電力供給事業の分野において、これとは異なる判決がみられる⁽¹³⁾。これらの判決は、かつて電力供給網敷設のために民間事業者との間で締結された道路コンセッション契約の満了に伴い、配電網設備を公営企業へと移転

することで再公営化を決定した事例である。これに対し、従前の民間事業者が配電網設備の引渡しを拒んだため、市町村はエネルギー事業法四六条二項二文並びに三文に基づき、適切な補償と引き換えに民間事業者の有する配電網設備の引渡しを求めた。連邦通常裁判所は、配電網事業および設備の敷設にかかる公道使用権の入札において、市町村は反競争制限法の一十九条にいう「市場支配的な地位 (marktherrschende Stellung)」に立つことになり、本件における再公営化は、このような支配的な地位を濫用してなされたものであり、違法だといふのである。⁽¹⁰⁾ 連邦通常裁判所は、市町村による送電設備の再公営化は、利害関係のある企業との競争によつてのみ、これを行うことができるとして、市町村による請求を棄却した。すなわち、市町村は、価格や供給の安定性、供給の質、環境への配慮等、諸般の事情を総合的に勘案した上で、市町村が他の利害関係人と比べて、最も好条件で事業を行うことができる場合に、再公営化をなしようといふのである。本判決が前述のEU上級裁判所の判決とどのような関係に立つのかについては、今後さらに検討の余地がある。

第三節 公共化をすべき行政の責任

以上では、ドイツにおける公共化の法的限界にかかる議論状況を整理してきた。次に、これとは反対に、行政主体が公共化をすべき義務を負う場合があるかという論点について扱う。もともと、この論点は、公共化論ではそれほど頻繁には論じられていない。⁽¹⁰⁾ そこで、以下では、民間化論において論じられてきた生存配慮(一)と保障国家論(二)の観点から若干の検討を行う。

一 国家目的としての社会国家と生存配慮

基本法二〇条一項は「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」と宣言し、基本法二八条一項は「各州における憲法秩序は、この基本法の意味に即した共和制的、民主的および社会的な法治国家の諸原則に合致していなければならない」と規定する。このように連邦全体で妥当する社会国家原理は、生存配慮にかかる基本的給付が住民に対して保障されなければならないことを要請する。この要請は、第一に立法者に向けられているが、給付行政の授權として、場合によっては他の憲法原則と結びつけられて、行政に対する義務付けとしても作用すると説明される⁽¹⁰⁾。したがって、生存配慮にかかる任務の民間化を決定する場面においては、社会国家原理が民間化の限界をなすか否かという問題が論じられてきた。

もともと、生存配慮が社会国家原理によって憲法上根拠づけられるとしても、このことは国家や自治体に直接的な給付を義務付けることを意味するものではない。この点につき、一九五七年のバイエルン州憲法裁判所判決は、社会国家原理について、「一方で、市町村に一定の生存配慮にかかる領域を、義務的任務として割り当て、他方で、このような私経済の領域に優位性が与えられることを定めるといった意義まで有するわけではない」と判示してお⁽¹¹⁾り、一九六七年の連邦憲法裁判所の判決でも、「基本法二〇条一項は『何をということ（Was）』、すなわち目標ないし公正な社会秩序のみを規定するのであり、『いかに（Wie）』目標を実現するかについてはあらゆる方法が開かれている」と判断した⁽¹²⁾。すなわち、社会国家原理の要請は、競争の促進や経済への介入と通じて、間接的にコントロールすることでも達成されうるのであり、私人による遂行を通じてこれを実現することも認められる⁽¹³⁾。いかに公共目的を実現するのかについての選択については、社会国家原理は明確な態度決定をしておらず、立法府の裁量に委ねられている。生存配慮が民間化の限界として機能するのは「ほとんど考えられないような極端な事例」に限ら

れる⁽¹⁰⁾。公共化の場面においては、反対に、社会国家原理が生存配慮にかかる任務の公共化を義務付ける場合があると考えられるが、以上の議論によれば、私人によっては、もはや生存配慮にかかる給付を維持することが困難であるといった極端な場合でなければ、国家や自治体は公共化にかかる義務を負うことはないと考えられる。

二 保障国家論における責任配分

ドイツ公法学においては、国家には、公的任務を民間化した後も私人による任務遂行が公共の福祉に適合するように保障すべき責任があると論じられてきた（保障国家論（Gewährleistungsstaatslehre））。保障国家論によれば、公的任務の民間化がなされると、国家と私人との間で責任配分がなされる。すなわち、私人には公的任務の遂行責任（Erfüllungsverantwortung）が課せられ、国家はこのような遂行責任から免れる代わりに、当該任務の私人による遂行につき、一定の水準が維持されるように保障するという結果確保のための責任を負う。ここで、結果確保のための責任としては、大きく以下の二種類の責任が挙げられる⁽¹¹⁾。

一つは、保障国家の中心的な責任である「保障責任（Gewährleistungsverantwortung）」であるが、これは「法律上の基準の枠内において、公的任務が私人によって公共の福祉を志向する形で引き受けられるようにすべき行政の権限と義務を表すもの」と説明される。その具体的な内容として考えられるのが、規整（Regulierung）により、私人の任務遂行の枠組みを設けることや、私人の監視や私人に対する影響力の行使である。もう一つが「捕捉責任（Aufangverantwortung）」であるが、これは「民間化された社会領域において、私人による遂行状況が悪くなり、または遂行がなされない場合に発揮されるべき行政の予備的機能（Reservefunktion）を表すもの」と説明される。すなわち、私人による任務の遂行状況が悪化し、公共の福祉に影響が生ずる場合に、国家が自ら任務遂行に乗り出

し、その後始末をすべき責任をいう。

保障国家論は、民間化の潮流に直面して、国家が負うべき責任を記述しようと試みたものであり、発見的概念（heuristischer Begriff）として提唱された。したがって、「責任」という語が用いられているものの、法解釈学的に一般的な妥当性は承認されていない。この点につき、基本権に影響が及ぶような例外的事例においては、法律上の根拠がなくとも、基本権保護義務の履行として、民間化した任務を取り戻すことができる⁽¹⁸⁾と主張する者もある⁽¹⁹⁾。しかし、このような責任を具体化するためには、法律上の根拠を要するというのが一般的な見解である⁽²⁰⁾。

第三章 公共化後の組織形成にかかる論点

第一節 公共化の帰結としての公私協働

前述のとおり、民間化論は、その後公私協働という観点から論じられるようになった。そのため、公私協働は、民間化の結果として生ずるというイメージが一般にもたれている。このことを単に反対に考えると、公共化がなされれば、公私協働の状態は解消されるという結果になるように思われる。しかし、パウアーによれば、このような理解は適切ではないという。これを、前述のポツダム市における水道公共化の事例に即して確認しよう。

本事例において、上下水道事業は、再公営化後も、シュタットヴェルケ・ポツダム有限会社⁽²¹⁾が会社持分の六五％を、民間企業であるE・ONが会社持分の三五％を保有する公私混合出資企業によって遂行されている。すなわち、再公営化の結果、上下水道は、もっぱら公的・公法的な形式の組織ではなく、むしろ組織の民間化の場合と同様に私法形式の組織によって遂行されている。それどころか、株式の売却により民間化をした場合と同様に、公私の資本が混在する出資構造をとっている（組織的公私協働）。以上から明らかなように、公私協働は民間化の帰結とし

でだけではなく、公共化の帰結としても生じうるのである。⁽¹⁶⁾

このことは、公共化が民間化に対する否定的な動きであるという側面だけでなく、「公共を指向した」新たな形成の可能性という積極的な側面があることを示唆するものである。公共化により、たしかに任務は従来よりも「公共の方へ」と位置づけられることになるが、完全に民間化以前の状態に戻るわけではない。むしろ民間化の場合と同様に、公私協働という選択肢にも目を向けることが必要となる。

また、政策決定の際には、政策目的をどのような組織を通じて実現するかという「体制の選択 (institutional choice)」がなされるが、そこではまず任務を遂行する主体の決定が問題となる。近年の学説においては、公私部門のみならず、第三部門 (Dritter Sektor) —— 非営利組織や協同組合 (Genossenschaft) といった公益的な団体——という選択肢にも注目が集まっている。⁽¹⁶⁾ また、完全に公共部門が任務を担うことになるとしても、公共主体相互の協働 (Public Public Partnership) の可能性も示唆されている。⁽¹⁷⁾ このように、(再) 公共化は、単なる民間化の清算・否定と消極的に捉えるべきではなく、むしろ他部門との協働にも向けられた——そして将来的な再民間化へも開かれた——新たな形成の契機であると評価されるべきである。⁽¹⁸⁾

以上のような理由から、公共化後の任務主体やその組織形成が公共化論における中心的な論点の一つとして論じられている。以下ではまず、公共化とは切り離すことのできない組織選択の基準について、目下の論点を整理する(第二節)。また、組織形成にあたっては、必要となる人員・財産・情報(経営ノウハウ等)の公共化(取戻し)にも目を向ける必要がある。この点については、従来、民間化論においても論じられてきたが、公共化後の組織形成に付随する論点として取り上げる(第三節)。

第二節 組織選択にかかる基準

基本法二八条二項は、市町村に地域的共同体のあらゆる事項について、自己の責任において規律する権利を保障している。ここには組織高権（Organisationshoheit）も含まれる。すなわち、公共化がなされる場合、自治体は、いかなる組織を通じて任務を遂行するか——どの程度の独立性を与えるのか、公法形式か私法形式か等——という選択の裁量を有する⁽¹⁹⁾。ここで、行政組織は「制御資源（Steuerungsresource）」と呼ばれることがある。すなわち、行政組織がつまり行政活動の前提を設定し、制御の大枠を形成することにより、任務遂行を一定の方向へと嚮導することを可能とすることを意味する⁽²⁰⁾。公共化後の制御にかかる基礎は組織によって決せられるのであり、極めて重大な意義を有するといえる。ゆえに、行政主体には、行政組織の編成権があるとはいっても、種々の法的基準に則って組織が選択されることが要請される。この点につき、クリストフ・ブリューニングは、組織形成にかかる法的基準として、とりわけ民主制原理、機能適合的な組織構造の原則、経済性原則を挙げている⁽²¹⁾。

一 民主制原理

行政の組織単位が民主的決定から遠ざかることで、民主的な統制やコントロールを及ぼす余地が狭くなる場合、すなわち私法上の組織形式を用いる場合には、民主制原理（基本法二〇条二項）が問題となる。ここで、基本法における民主制とは、原則として、国民から国家机关への政治的な意思決定プロセスを意味するところ、連邦憲法裁判所によれば、「国民の意思形成と国家机关における意思形成は、日々繰り返される多様な相互作用の中で生ずる」という⁽²²⁾。すなわち、民主制は、国民と国家とのコミュニケーションプロセスとして特徴付けられるのである。ヴァルター・クレッパスによれば、民主制原理は、国民から議会を通じて行政へと伸びる正統性の連鎖（Legitima-

tionskette) によって実現されるだけでなく、「今や、連邦憲法裁判所が、一定の民主的『正統化水準 (Legitimationsniveau)』の必要性という形式をもって」、「民主的正統性は、他の正統性の源からも、補充的に、行政に与えられる」のである。⁽¹²³⁾ 反対に、行政にはその活動につき、充分な「正統化水準」を確保することが要請される。⁽¹²⁴⁾ その帰結として、市町村は、公法上の組織を採用するのでなければ、私法上の組織にも十分に民主的統制が及ぶように、影響力を行使すべき義務を負わなければならない。⁽¹²⁵⁾ 例えば、私法形式の組織の株式を一定程度保有することにより、一定の影響力行使の可能性を留保しておくことが挙げられる。

二 機能適合的な組織構造の原則

連邦憲法裁判所の判例においては、権力分立原理の観点から、「国家の決定は、可能な限り適正に、すなわち、当該決定について自己の組織、構成、機能、手続方法を最適な条件下で用いることができる機関によってなされる」べきであるとする機能適合的な機関構造の原則 (Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur) が確立されてきた。⁽¹²⁶⁾ これを執行府内部の関係について転用したものとして、機能適合的な組織構造 (Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur) の原則が論じられている。⁽¹²⁷⁾ この原則は、ブルギによれば、法治国家原理に根拠したものであり、多様な行政組織の類型や形式を、所与の行政任務に対して、最も「成果が期待される形で (erfolgsversprechend)」割り当てることを要請するものであるという。⁽¹²⁸⁾

公共化論においては、しばしば機能適合的な組織構造の原則に対する言及がなされる。プリューニングによれば、自治体が企業により活動することも公共の福祉を実現するための一現象形態なのであり、権限行使に該当しうる。ゆえに、一定の実体的基準を組織を通じて実現することが要請される。機能適合的な組織構造の原則とは、国家や

自治体の組織選択に、関連する個別法の要請を持ち込み、秩序に適った任務遂行が保障されるように、適切な行為形式および組織形式を選択すべきことを求める原則なのである。⁽¹²⁹⁾ また、ライスナー・エーゲンスベルガーは、前述の基本権の問題との関連において、自治体の活動にかかる正当化は、機能適合的な組織構造からも得られるという。⁽¹³⁰⁾ もっとも、「機能適合性」の要素には多種多様なものがあり、その評価も極めて複雑である。ゆえに、本原理は、ある任務から特定の組織類型ないし組織形成を法的に要請するわけではなく、機能適合的に用いることのできる組織についての一定の幅を示すものである。⁽¹³¹⁾

三 経済性原則

経済性原則は、公共化の決定のみならず組織形成の際にも考慮されなければならない。エバーハルト・シュミット・アスマンによれば、「公共主体が設立した独立の経済主体は、経済的な考え方を基礎としなければ、市場で活動することはできない」のであり、「公企業が経済性を志向することは、それ自体回避しようがない」ものである⁽¹³²⁾という。その上で、「基本法一一四条二項は、すべての行政活動について経済性原理を、正統な目的と指示する」とし、こうした経済性原則は民主的正統性の「決定プロセスの一要素である」と述べる。加えて、経済性原則は、近年においてNPMの考え方が浸透してきた中で、行政組織の決定の際にも、いっそう重要な要素となっている。もっとも、経済性原則は「二次的な動機」にすぎず、法律上の基準が優先されることは前述のとおりである（第二章第一節五）。

第三節 捕捉責任の履行としての取戻しの選択肢

一 捕捉責任の具体的内容

前述の捕捉責任は、さらに保証責任と緩衝責任に区分される。すなわち、民間化により私人が遂行責任を負う間、国家は保障責任の履行として、その手に留保されている影響力行使の可能性を用いて、私人による任務遂行をモニタリングする。これにより統制の欠如が確認された場合、保証責任 (Einstandsverantwortung) という形で捕捉責任が具体化され、国家はその潜在的な遂行責任に基づいて、高権的な遂行手段を用いて、是正のないし補充的な活動しうるのである。⁽¹³⁾ このことは、私人に代わって国家が自ら任務の遂行を行う場合だけでなく、例えば侵害的な施設の事業を差し止めるために、規制権限を行使して是正的に介入する場合にも妥当する。その際、国家は、私人による任務の遂行を是正するだけでなく、例えば、第三者に対する望ましくない社会的結果を補償することも考えられる。緩衝責任 (Abfederungsverantwortung) とは、このような公共の福祉に適合しない状況を、間接的に是正すべき責任をいう。⁽¹⁴⁾

以上によれば、再公共化とは、捕捉責任、とりわけ保証責任が具体化された結果であるといえる。⁽¹⁵⁾ 保証責任は、前述の説明によれば事後的な責任と位置づけられている。しかし、パウアーによれば、「行政主体には、任務の処理についての完全な保証義務が課されて」おり、事前に任務の「取戻しの選択肢に至るまで、適切な予防措置が確保されなければならないという、他に委ねることのできない当該義務の履行のための責任が、行政に割り当てられて」いる。このように、捕捉責任を、再公共化のための手段を事前に準備しておくべき責任と捉える見解もあり、その履行として、次項の「取戻しの選択肢」が事前に留保されることが求められる。⁽¹⁶⁾

二 取戻しの選択肢——情報・人員・施設にかかる公共化の予定

右の捕捉責任は、法律や契約（あるいは協働の根拠が行政処分にある場合は処分やその附款）をもって具体化される⁽¹³⁷⁾。再公共化に関する事項（取戻しの選択肢）も、主に公私協働契約の中で留保される。その際、国家や自治体が、再公共化後に円滑に任務を開始するために、以下の三点に留意する必要がある。

第一に、任務に関する「知の問題（Wissensproblem）」である。アンドレアス・フォスクレーによれば、民間化により、行政は、長期間任務から遠ざかることを余儀なくされるのであり、これにより任務にかかる専門性が失われ、自ら任務を遂行することがほとんど不可能な状況に陥る⁽¹³⁸⁾。ゆえに、再公共化の際には、このような知識の欠如を埋めあわせることが要請される。また、行政は、民間化によって、任務の遂行にかかる権限を法的に移転するだけでなく、私人が任務を引き受けるに先立って、その準備をさせるために、当該任務にかかる知識や情報も移譲する。このことは、知識や情報を与えることにより、付随的に発展の可能性を私人に提供しているということも意味する⁽¹³⁹⁾。したがって、再公共化の場面においても、任務遂行に関する権限を移転すると同時に、必要な知識や情報も移転することは当然であり、さらに行政が効果的に任務を引き受けるためにも、行政が提供した情報を発展させて得られたノウハウをも含めて取り戻すことができるようにしておくことが肝要となる⁽¹⁴⁰⁾。

第二に、「人員の問題（Personalproblem）」が挙げられる。民間化により任務から遠ざかっていた行政は、専門知識を有し、適切に訓練された人員を、長期間に亘って維持しておくことが困難となる。ゆえに、再公共化後に、当該事業者が新たな職員の訓練に協力すべき義務を課しておく必要がある⁽¹⁴¹⁾。また、とりわけ事業の引継ぎを行う時間的余裕がない場合——例えば、急遽契約を解除をする必要がある場合や、私企業の倒産に起因する場合——には、当該私企業の従業員を国家や自治体が雇用するといった手段を確保することが効果的である⁽¹⁴²⁾。

最後に、「経営手段の問題 (Betriebsmittelfrage)」である。これは、とりわけインフラストラクチャーにかかる任務における施設等の物的手段を意味する。民間化の際には、当然ながら、当該事業に不可欠な施設も併せて移転されることになるため、再公共化の際にも、このような施設が取り戻されなければならないことは言うまでもない。これに加えて、私人が建設した施設も含めて、取り戻すことができるか否かも問題となる。その際、施設の取戻しに対する補償の問題も考慮しなければならない。

おわりに

近年、地域の生存配慮にかかる任務を中心として、公的任務の公共化現象が相次いで確認されている。このような現象の多くは、かつて民間化された任務を行政の手に取り戻す再公共化として確認されているため、公共化は民間化を清算するものとして消極的に捉えられる傾向にある。しかし、公共化は、民間化と並ぶ政策実現の手段として積極的に捉えることもでき、両者を政策的に用いることができるように包括的に解明することが求められている。

このような背景から、本稿では、公共化決定の法的基準につき、ドイツ公法学の議論を整理するとともに、民間化についての議論を参考として検討してきた。第一に、憲法上の一般的な基準としては、営業の自由に関する基本権、憲法上の補完性原理および経済性原則が挙げられる。公共化により私人の基本権が侵害される場合には、その正当化が必要となる。しかし、私人が、任務を引き続き遂行することを基本権により保障されていない場合はもちろん、国家や自治体が競業者として参入するような場合であっても、必ずしも私人に保護を与えるものではない。

また、憲法上の補完性原理については、これを不文の憲法規範として承認すべきか否かにつき争いがある。仮に憲法上の補完性原理を肯定するとしても、これを具体化するには、結局のところ個々の基本権の問題に帰着すること

となる。そして、経済性原則も公共化の基準として機能しうるが、憲法上の経済性原則は「二次的な」基準であり、実効性に乏しいと評価される。反対に、公共化が義務付けられる場合があるかという論点については、生存配慮や基本権保護義務を根拠とすることは考えられるが、私人によつてはもはや適切な任務の遂行が確保されえないような例外的な場合でなければ、公共化の義務を導くことは困難である。

次に、法律上の一基準として、市町村の経済活動に関する自治体事業法の規定をみてきた。もつとも、その要件は、目下の公共化の潮流に合わせて緩和され、その要件にかかる判断も基本的に市町村の裁量に委ねられていた。さらに、競争法上の規定も、公共化をすることができると否かにかかる実体的な基準としては、大きな障害とはなれないように思われる。本稿では扱えなかった公共化の類型や参照領域ごとの基準について、今後より詳細な検討をする必要があるが、本稿で検討した限りでは、「公共化をすることができると否か」という点では、一般的な限界はほとんど存在せず、もっぱら個別法の問題となる。

公共化や民間化のような政策的決定は、国家や自治体の裁量が広く設定されている。その理由は、諸利益の総合的な衡量が求められるからであり、このような政策的判断を法によって厳密に拘束することは適切ではないだろう。しかし、その裁量が適切に行使されるように統制される必要がある。この点につき、電力供給網事業の事例であるが、公共化の場面でも市町村の企業と民間事業者との競争入札を要求する連邦通常裁判所の判決があった。この判決は、実体的な統制が及びにくい公共化決定を手続的に統制する手がかりとなるだろう。もつとも、本判決は、組織内委託について公共調達法の適用範囲外にあるとする欧州上級裁判所の判決と一見矛盾するものであるため、両判決の関係については検討の余地がある。

また、公共化決定が政策実現のための一手段であると考えらるならば、公共化をいかに効果的に行うかという観点

に目を向けるべきであろう。この点につき、ドイツにおいては、公共化後の組織にかかる基準も論じられてきた。目下のところ挙げられているのは、民主的正統性、機能適合的な組織構造の原則、経済性原則といった憲法上の基準であるが、公共化の展開に即して考えるならば、とりわけ議論の余地が大きいのが機能適合的な組織構造の原則であると思われる。この点については、個々の組織類型を詳細に分析したうえで、個々の任務領域に対して投入可能な組織類型を帰納的に検討する必要がある。加えて、公共化の帰結として、純粋に公的な組織のみならず、私法形式の組織や公私混合出資企業というハイブリッドな組織も現れるのであり、場合によっては公共主体間の協働や第三部門に属する組織の可能性も示唆されている。また、公共化によって、公共主体相互の協働という選択肢も提示されている。このように、公共化を検討することで、とりわけ行政組織法にかかると新たな視座が得られることが期待されるため、今後は組織形成の観点を中心的に検討していく必要があるだろう。

- (63) Martin Burgi, *Privatisierung*, Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd.IV, § 75, S. 206ff. (Rn2).
- (64) Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1921, S. 255 ff. 邦語訳として、G・イエリネク（片部信喜ほか訳）『一般国家学 〔第二版〕』（学陽書房、一九七六年）二〇六頁。
- (65) このような見解はわが国においても、侵害行政と給付行政の対比において同様に受け入れられている。成田頼明「行政サービスの民営化をめぐる諸問題」ジュリスト六六一号（一九七八年）四七頁以下、大脇前掲註（22）、二八七頁以下。
- (66) 高権的権限の委任につき、米丸恒治「私人による行政」（日本評論社、一九九九年）五〇頁以下を参照。
- (67) T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 359.
- (68) 斎藤誠「国法の規律と地域性——ドイツ市町村と電気通信事業の関係を一素材として」小早川光郎・宇賀克也〔編〕『行政法の発展と変革（下）』〔塩野宏先生古稀記念』（有斐閣、二〇〇一年）四二二頁以下。M. Burgi, *Privatisierung und*

- Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, a. a. O. (Fn.33), S. 26 f.
- (69) Martin Müller, Zur Verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsrecht, DVBl 1998, S. 1256 (S. 1256 ff.), 板垣前掲註 (25) 四一五頁以下を参照。
- (70) A. Leisner-Egenseperger, a. a. O. (Fn.33), S. 1113 f.
- (71) 正当化の審査基準について BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, S. 1035 (薬局裁判) が引用されている。
- (72) ヤン・シーロー (人見・訳) 前掲註 (33) 五六頁 T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 360.
- (73) ヤン・シーロー (人見・訳) 前掲註 (33) 五六頁以下。
- (74) T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 360. また「リューネブルク上級行政裁判所の決定 (OVG Lüneburg, Beschluss v. 14.8.2008) によれば、国家や自治体の企業が競争者として市場に参入することにより、私人の競争を不可能なものとするのでなく限り、基本法二二条による保護を受けるべき」。A. Guckelberger, a. a. O. (Fn.33) S. 168 f.
- (75) T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 360.
- (76) 補完性原理については、欧米における議論を参考として、わが国においても同様の議論がなされてきた。例えば、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌二〇二二卷一一一・一二号（一九八九年）七四三頁以下。
- (77) Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. III, 1988, § 57, S. 3 ff. (Rn.167).
- (78) 代表的な論者として、Roman Herzog, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat Bd.2, 1963, S. 398 ff. 以下に対して、ヘレンキームゼー憲法草案会議における決定は憲法制定者の主観的意図にすぎず、今日の基本法における客観的な意義では、それは関わりの薄さゆえにその反論を要する者でない。Z.B. Thomas Oppermann, Subsidiarität im Sinne des Deutschen Grundgesetzes, in: Kunt Wolfgang Nörr/ders. (Hrsg.), Subsidiarität Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 215 ff. (S. 222).
- (79) Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2.Aufl., 2001, S. 272 ff. Rüdiger Zuck, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968, S. 133.
- (80) J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, a. a. O. (Fn.79), S. 281.

- (18) Wolfgang Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Anfangsordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Eberhard Schmidt-Albmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Anfangsordnungen, S. 261 ff., S. 310; Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL H.54, 1995, S. 256; M. Burgi, Privatisierung, a. a. O. (Fn.63), Rn.22.
- (82) したがって、憲法上の経済性原則は、連邦・州の会計法や各州の自治体事業法のような法律上の規定が適用されない範囲において補充的に適用されるべきである。M. Burgi, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, a. a. O. (Fn.33), S. 30.
- (83) なお、法律上、民間化の可能性にかかる審査を義務付ける例として、ザールラント州の市町村法であるザールラント州地方自治法 (Kommunalselbstverwaltungsgesetz) 一〇八条六項がある。また、連邦レベルでは、連邦財政法七条一項において、連邦の予算作成の際に、「国家任務や公の目的に資する経済活動が、アウトソーシング、脱国家化、民間化により、どの程度実現されるのかを審査すべきことを義務付ける」ところの経済性・節約性の原則に顧慮しなければならないことが明文で規定されている。
- (84) 石森久広『財政民主主義と経済性 ドイツ公法学の示唆と日本国憲法』(有信堂、二〇一一年) 一六二頁以下。
- (85) M. Burgi, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, a. a. O. (Fn.33), S. 30 ff.; T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33) S. 362.
- (86) C. Brünning, a. a. O. (Fn.33), S. 465.
- (87) これらに加えて、「公企業に委ねられる任務が、一般行政 (allgemeine Verwaltung) の範囲外で遂行されるのに適している」という要件を規定している州もある(例えば、テューリンゲン州自治体憲法七二条二項三号、バイエルン州市町村法八七条二項三号)。
- (88) Thomas Mann, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Jörn Ipsen (Hrsg.), Unternehmen Kommune?, 2007, S. 56 ff.; Martin Burgi, Kommunalrecht 5.Aufl., Rn.45; T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 361.
- (89) M. Burgi, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, a. a. O. (Fn.33), S. 33; T. Mann, a. a. O. (Fn.88), S. 58; T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 361.

- (90) 補完性条項について、邦語文献では、人見前傾註（16）、四二二頁以下に詳細な記述がある。
- (91) T. Mann, a. a. O. (Fn88), S. 59; 真正補完性条項を定める州としては、バーデン・ヴュルテンベルク州、バイエルン州、ヘッセン州、ニーダーザクセン州、ラインラント・プファルツ州、ザールラント州、テューリンゲン州がある。
- (92) T. Mann, a. a. O. (Fn88), S. 59; 不真正補完性条項を定めるものとしては、メクレンブルク・フォアポメルン州（ただし、メクレンブルク・フォアポメルン州自治体憲法六八条二項三号は「市町村が任務を、第三者と同程度に良好にかつ経済的に遂行しうる」場合に、市町村が企業を設立することができると定めている）、ノルトライン・ヴェストファーレン州、ザクセン州、ザクセン・アンハルト州、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州、ブランデンブルク州がある。
- (93) 改正前のノルトライン・ヴェストファーレン州市町村法一〇七条一項三号は、市町村が経済活動をするための要件の一つとして、電力供給、水供給、公共交通ならびに電話サービスを含む電気通信網の事業を除く活動分野の場合について、「重大な (dringend) 公共目的が、他の企業によって同等に良好にかつ経済的に行われえない場合」を挙げていた。この改正により、dringend という文言が削除され、「公共目的が、他の企業によって、より良好に、かつより経済的に行われえない場合」という文言に改められた。
- (94) これによって改正されたブランデンブルク州自治体憲法九一条三項一文は、「市町村は儉約的な財政執行という利益において、私人の供給者によればより経済的に提供されうる給付は、当該供給者に委ねられることに留意しなければならない」と規定している。
- (95) T. Mann, a. a. O. (Fn88), S. 61; 一部の州においては、市町村法において市場分析が義務付けられている。なお、連邦・州のレベルにおいては、市場分析ではなく、「利益表明手続」という類似の制度が用いられる（連邦会計法七条二項およびこれに対応する州会計法）。利益表明手続は、市場分析とは反対に、私人に経済性にかかる立証を行わせるものであり、公共側の労力や支出が削減される。また、競争者として応募する私人も、自身の事業の経済性を適切に証明しうる者だけが応募することになるため、その応募数も、公共側の処理が容易となるように限定できる可能性があるという長所がある。
- (96) M. Burgi, Kommunalrecht, a. a. O. (Fn88), Rn.46.
- (97) 斎藤誠「地方公共団体の経済活動の関与——その許容性と限界」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』（有斐閣、二〇一二年）一七五頁以下（一八五頁以下）によれば、自治監督制度による統制が実際には及んで

つなぐことが述べられている。

- (86) T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 360.
- (66) EuGH, Urt. v. 24.7.2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747.
- (100) M. Burgi, Kommunalrecht, a. a. O. (Fn.88), Rn.60; T. Mann, a. a. O. (Fn.88), S. 49; BGH, NVwZ 2002, S. 1141; BGH, NVwZ 2003, S. 246.
- (101) M. Burgi, Privatisierung und Kommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht, a. a. O. (Fn.33), S. 33ff.
- (102) T. Mann, a. a. O. (Fn.88), S. 70 ff.; ヤン・ツィーコー（人見・訳）前掲註（23）／六〇頁。ツィーコーの言葉を借りれば、
「このような場合、市町村の設立した企業は「市町村に向かって活動している」。Vgl. EuGH, Urt. von 18. 11. 1999, Slg.1999, I-8121.
- (103) BGH, Urt. v. 17. 12 2013 - KZR 65/12 u. KZR 66/12.
- (104) 反競争制限法一九条一項は、「一の、あるいは複数の企業を通じて市場支配的な地位の濫用」を禁止しているが、二
項一号によれば、「濫用」とは、「一定の種類の財や営業的給付の発注者ないしは提供者たる市場支配的な企業が、他の企業
を直接的または間接的に不当に妨害し、あるいは具体的な正当化根拠がないにもかかわらず、直接的または間接的に同種の
企業とは異なる扱いをする場合」と規定しており、本件では、市町村が「発注者」としての支配的な地位を濫用したことが
問題となっている。
- (105) 例えば、シュニットは、自治行政の保障からは再公営化にかかる包括的な要請は導かれずと述べるのみである。
- (106) Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft.12, 1954, S. 43 ff.
- (107) BayVerfG, Urt. v. 23.12.1957, DÖV 1958, S. 216 ff.
- (108) BVerfG, Urt. v. 18.7.1967, BVerfGE 22, 180 (204).
- (109) Hans Fischerhof, „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960 Ht.2, S. 41 ff. (S. 43).
- (110) E・シュニット・アスマン（大橋洋一・訳）「ドイツ地方自治法の新たな発展——行政現代化の要請に直面した市町村
行政」自治研究第七四巻第一二号（一九九八年）三頁以下（一五頁以下）。
- (111) 以下、本項においては、Friedrich Schoch, Gewährleistungsverwaltung, Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ

2008, S. 241 ff. に掲げられている。

- (11) Helmut Schelz-Feilitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, § 12, S. 761 ff.(Rn.166).
- (11*) Hans Christian Röhl, Verantwortungs- als dogmatischer Begriff?, DV Beih. 2, S. 33 ff.; Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht, S. 627.
- (11a) ヘルムホルツ・シュレー (矢島・訳) 前掲注 (34) '一六八頁以下' Water Remunicipalisation Tracker 前掲註 (一)。
- (11b) J. H. Klement, a. a. O. (Fn.33), S. 61, シュレーマンによれば, 「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が、公法と民間化と公営化の結果として生ずる着目点」の中間地点である」と述べて。
- (11c) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.1, § 16, S. 995 ff.; H. Bauer, Privatisierung oder Publizisierung?, in: ders./Marek Szweczyk/Bożena Popowska/Michael Meier/Adrian Fuks (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, a. a. O. (Fn.34), S. 15ff.(S. 35 ff.).
- (11d) H. Bauer, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, a. a. O. (Fn.33), S. 29.
- (11e) H. Bauer, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, a. a. O. (Fn.33), S. 29; Bundeskartellamt, a. a. O. (Fn.47), S. 20.
- (11f) C. Brüning, a. a. O. (Fn.33), S. 456 ff.; T. I. Schmidt, a. a. O. (Fn.33), S. 359.
- (11g) C. Brüning, a. a. O. (Fn.33), S. 462 ff.; G. F. Schuppert, a. a. O. (Fn.116), Rn.3.
- (11h) C. Brüning, a. a. O. (Fn.33), S. 460 ff.
- (11i) BverfG, Urt. vom 23.1977, BverfGE, 44, 125 (139); Walter Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.V 3.Aufl., § 108, S. 458(Rn.93f.).
- (11j) W. Krebs, Verwaltungsorganisation, a. a. O. (Fn.122), Rn.93 f. なお, 「民主的正統化論の詳細については, 田代晃貴「ドイツ公法学における『民主的正統化論』の展開とその構造」行政法研究 第一四号 (二〇一六年) 二五頁以下を参照。
- (11k) C. Brüning, a. a. O. (Fn.33), S. 464, 470.

- (125) M. Burgi, Kommunalrecht, a. a. O. (Fn.88), § 17, Rn.80.)のどのような義務は、各州の市町村法でも具体化されている。
- (126) BVerfGE Urt. v. 17.7.1984, BVerfGE 68, 1 (86)
- (127) Martin Burgi, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStGR Bd.62, S. 405 ff. (S. 430). また、機能適合的な機関構造の原理については、京藤誠「公法における機能的考察の意義と限界——「機関適性」に関する断章」稲葉馨・亘理格編『行政法の思考様式「藤田宙靖博士退職記念」』（青林書院 二〇〇八年）三七頁以下（五七頁以下）を参照。
- (128) M. Burgi, a. a. O. (Fn.127), S. 431; ders., Neue Organisations- und Kooperationsformen im europäisierten kommunalen Wirtschaftsrecht – ein Plädoyer für die kommunale Organisationshoheit, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Recht und Organisation, Vorträge und Diskussionen zum Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von Prof. Dr. Meinhard Schröder, 2003, S. 55 ff. (S. 67).
- (129) C. Brünig, a. a. O. (Fn.33), S. 465.
- (130) A. Leisner-Egensperger, a. a. O. (Fn.33), S. 1113.
- (131) Eberhard Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Fünftes Kapitel, Rn.17. 邦訳として「エバーハルト・シュミット・アスマン（著）太田匡彦・大橋洋一・山本隆司（訳）『行政法理論の基礎と課題：秩序付け理念としての行政法総論』（東京大学出版会、二〇〇六年）第五章欄外番号一七（二五—一頁）を参照。
- (132) E. Schmidt-Abmann, a. a. O. (Fn.131), Fünftes Kapitel, Rn.52.
- (133) Wolfgang Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 ff. (S. 440 f.); Helmut Schlze-Fieitz, a. a. O. (Fn.112), S. 761 ff. (Rn.166).
- (134) 緩衝責任の具体例として、ホフマン・リームは「労働市場政策的な統制が失敗した場合における社会扶助（Sozialhilfe）を挙げている。W. Hoffmann-Riem, a. a. O. (Fn.132), S. 366f.
- (135) なお、公共化論においては、しばしば再公共化が「保障国家の構想から方向転換（Abkehr vom Konzept des Gewährleistungsstaates）」や「自ら生産を行ない古典的な国家への回帰（Rückkehr zum klassischen, produzierenden Sta-

と表現されることがある。この表現は、再公共化が保障国家の構想を否定して、民間化前の状態に戻ることを示唆するものであるように思われるが、このような理解はあまりにも表面的すぎるだろう。むしろ、保障国家論と再公共化との関係性は、捕捉責任の概念によって明確に示されている。すなわち、保障国家は、その保障責任の履行として、その手に留保されている影響力行使の可能性を用いて、継続的にモニタリングを行う。そして、極端な場合には、保証責任という形で捕捉責任が具体化され、国家はとりわけ法律上・契約上の取戻しの選択肢に基づき、任務を取り戻すのである。しかも、この後述べるように、取戻しの選択肢等の適切な予防措置を事前に確保しておくべきことも、捕捉責任の1内容に挙げられている。再公共化現象は、まさに捕捉責任が履行された結果を意味するのである。むしろ、公共化の結果として公私協働が生ずる場合があることを考慮すれば、公共化後も公私の役割分担が論じられる場合があるのであって、保障国家の構想は維持されるべきであろう。同様の議論につき、ヤン・ツイコー（人見・訳）前掲註（33）、六二頁以下を参照。

- (136) H. Bauer, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, a. a. O. (Fn.81), S. 277 ff. (insbes. S. 278). 同様の見解は、わが国においてもみられる。山田洋『保証国家』とは何か（岡村周一・人見剛〔編著〕『世界の公私協働——制度と理論』（日本評論社、二〇一二年）一四一頁以下（一五〇頁）、岸本太樹『ドイツにおける公私協働論と行政契約論の発展・展開』（岡村・人見〔編著〕『世界の公私協働——制度と理論』（日本評論社、二〇一二年）、一八三頁以下）。
- (137) H. Schulze-Fieitz, a. a. O. (Fn.112), Rn.166.
- (138) Andreas Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL Bd.62, 2002, S. 326.
- (139) B. Wollenschläger, a. a. O. (Fn.41), S. 52 f.
- (140) B. Wollenschläger, a. a. O. (Fn.41), S. 207 ff.
- (141) B. Wollenschläger, a. a. O. (Fn.41), S. 53 f.
- (142) B. Wollenschläger, a. a. O. (Fn.41), S. 206 ff.