



Title	ドイツ公法学における公共化論の研究
Author(s)	矢島, 聖也
Citation	大阪大学, 2024, 博士論文
Version Type	
URL	https://hdl.handle.net/11094/96015
rights	
Note	やむを得ない事由があると学位審査研究科が承認したため、全文に代えてその内容の要約を公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、大阪大学の博士論文についてをご参照ください。

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

論文内容の要旨

氏 名 (矢島 聖也)	
論文題名	ドイツ公法学における公共化論の研究
論文内容の要旨 本論文は、近年、主に民間化への反動として確認される公的任務の「公共化」現象につき、ドイツ公法学の議論を参照し、体系的に整理することで、わが国の公共化現象にかかる法的議論への示唆を得ようと試みるものである。 本論文は3部構成で成り立っている。序章では、19世紀以降、公共化現象が確認され、論じられるに至るまでの歴史的背景を概観し、わが国における先行研究と公共化を論ずる意義を確認し、本論文のアプローチを紹介している。 第1部は、公共化の法理論的基礎にかかる検討に取り組んでいる。第1章では、「公共化」の概念を確認したうえで、公共化の事例やその評価を確認する。そして、これとは正反対の現象である民間化との関係について、公的任務の「再配分プロセス」として包括的議論の可能性を示唆し、このような観点から、民間化の類型論に対応させて、公共化の類型を論じている。第2章では、特に基本法28条2項1文の地方自治保障の観点から、再配分プロセスの対象となる任務範囲を検討したうえで、再配分プロセス論の観点から、民間化論においても論じられる補完性原理と生存配慮の法的意義を捉えなおし、これらを公的任務の再配分プロセスにかかる指導原理として位置づける。第3章では、公共化決定にかかる一般的基準として論じられるものを整理している。その際、第一に、憲法上の一般的基準として、基本権や公用収用及び社会化条項を確認し、これに加えて、基本法上の個別の規律として、郵便及び電気通信事業の公共化禁止にも言及している。第二に、法律上の一般的基準として、ゲマインデ法上の自治体事業規定、不正競争防止法及び公共調達法の基準を検討している。第三に、EU法上の補助規制の影響についても取り上げている。最後に、第4章では、保障国家論において論じられる「捕捉責任」の観念を検討したうえで、その具体化として、とりわけ「再」公共化の場面を念頭に置いて、民間化された任務についての「取戻しの選択肢」の留保について論じている。 第2部では、行政主体が公共化決定を行う際に、場合によっては、当該行政主体は公共化後の任務遂行主体としての地位にも立ちうるため、既存事業者との間で利益相反が生じうるとの問題を提起する。そして、とりわけ公共化決定にかかる一般的かつ明確な法的限界がないと考えられる機能的再公共化の場面に付き、競争法と結びつく個別法の解釈を通じて公共化決定における利益相反を回避し、電力・ガス供給網の再公営化を限界づけた判例を分析する。第1章では、公共化決定の潜在的な利益相反構造について述べたうえで、エネルギー事業法の規律を確認するとともに、第1部で確認した公共化の法的基準をエネルギー供給領域に具体化する。第2章では、配電網（事業）の再公営化が争われた事例で、配電網の管理・運営に必要な道路使用权を付与すべき新たな配電網事業者を選考する際に、選考手続を主宰するゲマインデが事前に選考決定に係る基準及びその比重付けを公表すべきであるとの不文の手続的要請、及び当該基準及び比重付けがエネルギー事業法1条の目的を優先的に考慮したものでなければならないという不文の実体的要請を導いた連邦通常裁判所2013年12月17日判決を分析している。この判例には、選考決定の裁量にかかる司法審査の密度を過度に高めることで、ゲマインデの公共化決定の余地を極めて制約するものとして、地方自治保障の観点からも批判が提起されていた。近年においては、選考手続に携わる行政機関の中立性を確保する方向性の判例がみられる。第3章では、これらの判例につき、特にゲマインデの選考手続主宰機関と公企業管理機関の人的・組織的分離を要請する連邦通常裁判所2021年3月9日判決を中心として、一連の連邦通常裁判所判決を分析し、公共化決定の利益相反構造の問題につき、行政組織法の観点からアプローチする解釈論を検討している。 第3部では、公共化後の任務遂行組織について論ずる。第1章では、公共化論において行政組織法を論ずる意義を確認し、近年における行政組織法の議論の変化を踏まえ、公共化後の組織として利用しうる組織類型を検討する。その際、公法形式や私法形式以外の組織モデルとして、第三部門をも俎上に載せ、とりわけ協同組合形式の利用可能性を検討している。そして、第2章では、組織選択の基準として、民主制原理、法治国家原理、経済性原則、及び私法形式が用いられる場合の正統化水準及び会社法との衝突の問題を取り上げている。 本論文では、わが国の公共化現象にかかる法的問題との比較を行う前提として、ドイツ公法学における公共化論を体系的に整理することを主たる目的とするものであり、わが国の公共化に係る詳細な検討は今後の課題としているが、終章では、本論文での検討を踏まえて、わが国にいかなる示唆が得られるかについて、若干の展望を示している。	

論文審査の結果の要旨及び担当者

氏 名 （ 矢島聖也 ）			
	(職)	氏 名	
論文審査担当者	主 査	教授	高橋 明男
	副 査	教授	野呂 充
	副 査	准教授	長谷川 佳彦

論文審査の結果の要旨

本論文は、近年、主に民間化への反動として確認される公的任務の「公共化」現象につき、特に公共化に関する議論の蓄積があるドイツ公法学を参照し、その議論を体系的に整理することで、ドイツにおける議論状況の詳細を明らかにするとともに、わが国の公共化現象にかかる法的議論への示唆を得ようと試みるものである。

本論文は3部構成である。第1部に先だつ序章では、19世紀以降、公共化現象が確認され論じられるに至るまでの歴史的背景を概観した上で、わが国においては民間化と公私協働が進む中で、いったん民間化された任務を公共の手に取り戻す公共化の事例が見られるようになったものの、公共化に関する先行研究はまだ十分ではなく、民間化あるいは公私協働の枠内における取り組みにとどまることから、公共化の概念・法的基礎、実体的な基準とプロセス、公共化の組織形式を論ずることによって、今後の公共化に展開に対する示唆を得ることを本論文の意義としている。

第1部では、公共化の法理論の基礎にかかる検討に取り組んでいる。第1章では、「公共化」の概念を提唱する Bauer の見解を紹介したうえで、公共化の事例やその評価を確認する。そして、これとは正反対の現象である民間化との関係について、公的任務の「再配分プロセス」として双方を包括する見方を示し、このような観点から、民間化の類型論に対応させて、公共化の類型を論じる見解を紹介している。第2章では、公共化は民間化の場合と同様に任務に関する法原理が、民間化とは逆の方向で働くとして、とりわけ地方自治保障、補完性原理と生存配慮が公的任務の再配分プロセスの指導原理であるとする。基本法 28 条 2 項 1 文に定める地方自治保障については、地方自治保障の公共化に対する機能に関して、ラント憲法によるゲマインデの任務の規律につきバーデン・ヴュルテンベルク州を例に、基本法と同様に地域的共同体の事項についてのみ考慮され、その枠内で単純法律により、任意的任務、義務的任務、被監督任務ごとに公共化の基準が定められるとする見解を紹介する。また、補充性原理について、法治国家原理と基本権から導かれる憲法原理であるとする Isensee の見解を参照して、国家による嚮導に対して個人の自己決定権が原則的に優位し、国家が競合的任務を担うことを企図する場合には、基本権主体の発展余地と個人の自由を制限することを正当化しうるだけの公益を具体化する公共目的がなければならないとする見方があること、一方で補完性原理を憲法上の原則とは捉えず、実定法上の補完性条項の問題とする見方があることを紹介する。さらに、社会国家原理について、Forsthoff が唱えた生存配慮が行政主体による給付の民間化あるいは公共化に対して持つ意義に関して、法律の規定が必要であることが原則であるとしつつ、直接的な義務づけが課される余地を示唆する見解もあることを指摘する。第3章では、公共化決定にかかる一般的基準として論じられるものとして、憲法上の基準、単純法律上の基準、EU 法上の補助規制について、議論を整理している。第一に、憲法上の一般的基準として、基本権が公共化の障害となるかどうか、及び公共化に係る法律上の授權の要否に関する議論、財産権の公共化において公用収用が例外的であるとする連邦議会の報告書、社会化条項が用いられる場合の要件に係る議論を紹介し、さらに、基本法上の個別の規律として、郵便及び電気通信事業の公共化が憲法上禁止されているかどうかについての議論を紹介する。第二に、法律上の一般的基準として、各ラントのゲマインデ法上の自治体事業規定における補完性条項の採用と適用における比較衡量的方法に係る規定、ゲマインデの企業が市場に参入することが不正競争防止法上の不公正な取引方法にあたるかどうかに関する裁判例、公共調達法の競争性確保の要請について、競争制限禁止法改正による組織内委託の適用除外に至る過程を紹介検討している。第三に、EU 法（EU 機能条約）上の補助規制が公共化の障害となるかどうかについて、例外規定の存在、アルトマルク・トランス判決の基準の適用による正当化（市場における合理的な価

格の補償の供与)と事業補助の原則的禁止、税法上の横断的経営における欠損填補の制限に係る議論を紹介する。第1部の最後に、第4章では、保障行政論において論者により様々な概念を用いて論じられる「捕捉責任」の観念について、私人による公的任務の遂行が公共の福祉に悪影響を及ぼす場合に具体化され、事後的な統制を行うことを要求するものと整理して、発見的概念に過ぎず、「責任」を導出する法解釈学的な適用に反対する見解と基本権保護義務から導出する見解を紹介した上で、その具体化として、とりわけ「再」公共化の場面に念頭に置いて、民間化された任務についての「取戻しの選択肢」の留保について、個別法上の規定例、規定がない場合の行政行為の撤回または代執行の可能性、民間化契約において取戻しの選択肢に関して規定されるべき内容、行政手続法改正の議論における3つの草案の規律内容(考慮要素)の議論(私人による任務遂行のモニタリング、代執行、物的・人的・知的手段の取戻し)を紹介する。

第2部では、行政主体が公共化決定を行う際に、場合によっては、当該行政主体は公共化後の任務遂行主体としての地位にも立ちうるため、既存事業者との間で利益相反、すなわち、公共化決定を行うとともに自らを競願関係に置くことにより「二重の役割」を担うことがありうるという問題を提起し、とりわけ公共化決定にかかる一般的かつ明確な法的限界がないと考えられる機能的再公共化の場面につき、競争法と結びつく個別法の解釈を通じて公共化決定における利益相反を回避するために、電力・ガス供給網の再公営化の限界づけを命じた判例を分析する。第1章では、EU指令に基づく民間化に至るエネルギー事業法の改正過程を整理し、第1部で確認した公共化の法的基準をエネルギー供給領域に具体化して、再公営化がエネルギー事業法の枠内で「取戻しの選択肢」として認められ得ることを確認する。第2章では、配電網(事業)の再公営化が争われた2つの事例で、配電網の管理・運営に必要な道路使用权を付与すべき新たな配電網事業者を選考する際に、選考手続を主宰するゲマインデが事前に選考決定に係る基準及びその比重付けを公表すべきであるとの不文の手続的要請、及び当該基準及び比重付けがエネルギー事業法1条の目的を優先的に考慮したものでなければならないという不文の実体的要請を導いて、ゲマインデの選考決定に中立性を確保しようとする連邦通常裁判所2013年12月17日判決を詳細に分析している。この判例に対しては、エネルギー供給における自治体の権限を否定することはEU法に合致しないとする批判や、選考決定の裁量にかかる司法審査の密度を過度に高めることで、ゲマインデの公共化決定の余地を極めて制約するものとする地方自治保障の観点からの批判が提起されたこと、透明かつ差別のない競争入札を行うことを求める基本権が私人に認められるとする見方を紹介し、判決後にエネルギー事業法の規定が選考手続における法目的への義務づけを含むように改正されたことを指摘する。第3章では、近年において、選考手続に携わる行政機関の中立性を確保する方向性の判例がみられることを指摘し、特にゲマインデの選考手続主宰機関と公企業管理機関の人的・組織的分離を要請する連邦通常裁判所2021年3月9日判決を中心として、一連の連邦通常裁判所判決を分析し、公共化決定の利益相反構造の回避の問題につき、組織的分離原則の適用としての小規模自治体における自治体間の中央調達機関の許容性、関与禁止原則に関する主張・立証責任の配分に係る議論を検討した上で、公共化の決定にあたっては、自治体の規模等を考慮しながら決定機関の組織構造にも一定の配慮が払われるべきことを論じる。

第3部では、以上に論じてきた公共化を実施するかどうかの決定に関する議論に続いて、公共化後の目的遂行が最も効果的に実現される組織形式に関する議論を分析する。第1章では、公共化論において行政組織法を論ずる意義が「体制の選択」にあるとして、統制資源としての行政組織に関して、近年において新公共経営(NPM)の考え方に基づく新統制モデル(neue Steuerungsmodell)と公私協働に代わる選択肢としての公公協働(Public Public Partnership)が提唱されてきたことを指摘し、公共化後の組織として利用しうる組織類型を検討する。その際、公法形式における直営事業、公営企業、公法上の営造物、目的組合と私法形式における株式会社、有限会社以外の組織モデルとして、第三部門としての協同組合形式を取り上げ、協同組合法の規律内容を確認した上で、民主的正統性が確保された透明な、住民に近い給付を保障するために利用できるすべての力を束ねる選択肢の一つとして活用される契機があるとして、公私協働型、公公協働型、公民協働型、複数利害関係者協働型の各モデルを紹介する。第2章では、組織選択の基準として、民主制原理に基づく民主的正統性、法治国家原理に基づく機能適合的な機関構造の原則、経済性原則が挙げられること、私法形式が用いられる場合の統制可能性の確保と正統化水準として行政会社法が議論されていることを紹介した上で、私法形式の組織にその利点を失わせてしまうほどに過剰な規制を及ぼすべきでなく、会社法の枠内で行われるのが原則であると指摘する。

終章では、本論文がドイツ公法学における公共化論を体系的に整理することを主たる目的とするものであり、わが国の公共化に係る詳細な検討は今後の課題であると留保しているが、以上の検討を踏まえて、わが国にいかなる示唆が得られるかについて、再配分プロセスにおける指導原理としての補完性原理と社会国家原則を憲法13条、22条、25条により基礎づける可能性、公共化の法的基準として、自治体の経済活動を公共目的から限界づける可能性、補完性に関わる法律上の規定、独占禁止法の適用可能性、地方自治法上の補助規制、取戻しの選択肢の留保の可能性に関

する問題、公共化の決定構造における利益相反の可能性、公共化後の組織形成に関する法規制について、課題を指摘して、公共化論と公共性論との関連を展望している。

以上、本論文は、民間化の反対概念としての公共化について、議論が蓄積しているドイツにおける学説・判例・法制度を詳細に整理分析した労作であり、これまで、わが国においては、このような議論が十分になされていないことから、学界に対して大きな寄与を行うものということができ、博士（法学）の学位授与にふさわしい研究であることが認められる。

なお、論文剽窃判定プログラム **iThenticate** により、本論文には剽窃がないことを確認した。