



Title	公共化論における行政組織法的問題の素描
Author(s)	矢島, 聖也
Citation	阪大法学. 2024, 74(3-4), p. 527-546
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/99487
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

公共化論における行政組織法的問題の素描

矢島聖也

はじめに

1980年代以降、公的任務の民間化が推進されてきたが、ここ十数年においては、その反動として、当該任務が行政主体の手に取り戻され、あるいは既存の任務遂行主体以外の（より公共的な）法主体の手に委ねられるという「公共化（Publizisierung）」の現象が、とりわけ地方レベルにおいて「（再）公営化（(Re-)Kommunalisierung）」として確認されている。⁽¹⁾

筆者は、公共化的プロセスに固有の法的問題に関する研究を行ってきた。本稿では、そのうち公共化後の任務遂行組織の形成に関する問題を取り上げる。以下では、ドイツ公法学における議論に依拠し、公共化の現象が最も多くみられる地方レベルにおける議論に限定して、第一に、基礎自治体（以下、「ゲマインデ」という。）の組織形成にかかる法的基礎を確認したうえで（I）、その裁量統制にかかる（特に憲法上の）基準（II）と公共化論において近年注目されている協同組合（III）に関する議論を概観し、今後の検討の方向性を示すことをとする。

I 公共化と組織高権

1 地方自治保障

基本法28条2項1文は「ゲマインデには、法律の範囲内において、地域的共同体のあらゆる事項を、自己の責任において規律する権利が保障されなければならない」と規定し、国家との対置において、ゲマインデの自由領域を制

度的に保障している。⁽³⁾他方、ゲマインデは「国家構造に統合され、固有の権限をもって構成されているところの国家の一部」でもあり、⁽⁴⁾ゲマインデの自治行政権は基本権とはみなされない。すなわち、ゲマインデは、その活動の際に国家権力を行使するのであり、むしろ基本権に義務付けられる。⁽⁵⁾この意味で、基本法28条2項1文は、ゲマインデに自己の責任において遂行することのできる一定の任務領域を与える権限規範として機能する。

この地方自治保障の機能については様々な内容が論じられるが、公共化論との関係で特に重要なのは、次のことである。⁽⁶⁾すなわち、地方自治保障は、一方で、⁽⁷⁾ゲマインデの任務が「地域的共同体のあらゆる事項」に及ぶことを、他方で、⁽⁸⁾ゲマインデが、当該任務の遂行方法について「自己の責任において」規律できることを認めていることである。

2 組織高権と裁量

基本法28条2項1文は、⁽⁹⁾ゲマインデが「自己の責任において」任務の遂行方法を決定することを認めている。この文言から、学説上は、⁽¹⁰⁾ゲマインデの組織高権（Organisationshoheit）が論じられてきた。すなわち、⁽¹¹⁾ゲマインデには、法律の範囲内で、その内部組織にかかる事項および任務遂行のための組織形式の選択を、自らの裁量に基づいて整える権能が与えられている。また、⁽¹²⁾ゲマインデは、任務の遂行にあたって、他の自治体と協働するか否かについても決定することができる（協働高権（Kooperationshoheit））。

他方で、国家機関が、⁽¹³⁾ゲマインデの任務遂行方式にかかる形成余地に正当化なく干渉することは禁止される。この点につき、⁽¹⁴⁾ゲマインデの任意的任務と義務的任務の区分は問題とはならない。なぜならば、国の立法者が、ある任務を義務的任務に割り当てたとしても、そのことは任務遂行の有無（Ob）のレベルで、⁽¹⁵⁾ゲマインデに任務確保のための義務を課すのみであり、その遂行の態様（Wie）には関係しないからである。ゲマインデは、自己の企業を用いることまでをも義務付けられるのではなく、公私共同出資企業や個人の投入によって、⁽¹⁶⁾すなわち公私協働により任務を確保することも認められる。このような形成余地は、⁽¹⁷⁾公共化後の任務遂行体制の決定の場合にも当然に妥当する。

3 義務に適合した組織裁量の行使

他方で、自己の「責任（Verantwortung）」という文言は、ゲマインデの義務の観点を示唆するものである。基本法28条2項1文は、たしかにゲマインデの組織形成の裁量を認めるものではあるが、これは、ゲマインデに無制限の自由を与えるものではない。むしろ、このような「責任」を適正に果たさせるために、その行為余地についての一定の基準が必要となる。⁽¹³⁾このことは、基本法の体系において、ゲマインデの地方自治保障に関する基本法28条2項1文が、「連邦とラント」と題する章の中で国家組織についての規律の中に位置づけられることからも強調されうる。⁽¹⁴⁾すなわち、ゲマインデは、国家組織の一部として位置づけられ、その与えられた権限に基づいて活動するのであり、その決定が完全に自由裁量に属すると解することは適切ではない。

ゆえに、ゲマインデは、自身に割り当てられた任務の遂行方式を、法律の範囲内において、義務に適合した裁量（pflichtgemäßes Ermessen）に基づいて、⁽¹⁵⁾その目的に適合する形で、決定すべきことが要請される。このことは公共化の場面においても同様である。⁽¹⁶⁾とはいっても、組織形成の際に、唯一の組織形式のみが要請されることは原則としてない。すなわち、このような裁量は、法秩序に照らして、特定の任務遂行に対して利用可能な組織形式の中から、最も適切なものを選択する場面で問題となる。⁽¹⁷⁾

ここで、義務に適った自治体の組織裁量の行使が、いかなる基準に基づいて測られるべきであるかが問われる。組織はそれ自体が目的ではなく、あくまで補助手段（Hilfsmittel）であるから、その決定は内在的に動機付けられているのではなく、外在的に決められる（fremdbestimmt）。⁽¹⁸⁾その限りで、想定される組織形式や行為形式の限界は、第一に、遂行されるべき任務に関わる各個別法から生ずる。また、自治体法や自治体財政法にかかる法律上の規律も無視することはできない。もっとも、これらの法形式の選択にかかる法律の枠を形成するのは、民主制原理・法治国家原理・経済性原則であるため、以下では、これらの憲法上の組織基準を論ずる。⁽¹⁹⁾

II 憲法上の基準

1 民主制原理と組織基準としての正統化水準

ドイツは民主的かつ社会的な法治国家であり、すべての国家権力は国民に由來し、国民の選挙と投票により、立法、執行、司法の個々の機関を通じて行使される（基本法20条1項・2項）。ゲマインデは、国家という公権力主体の一部であるため、その活動が民主的に正統化されたものでなければならない。⁽²⁰⁾

ここで、行政組織には、基本法の価値や構造を実現するための伝達ベルトとして機能し、とりわけ民主制原理を実現するという民主的機能があることが論じられる。⁽²¹⁾ 行政組織法が民主制原理との関係で問題となるのは、行政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である。この点につき、民主性原理は、国民から議会を通じて行政へと伸びる（民主的）正統性の連鎖（Legitimationskette）によって実現されるだけでなく、連邦憲法裁判所が、一定の民主的「正統化水準（Legitimation-sniveau）」⁽²²⁾ という定式をもって、判例上も認めてきたように、民主的正統性は、他の正統性の源（Legitimationsquelle）⁽²³⁾ からも補充的に、行政に生じうる。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のである。⁽²⁴⁾ その帰結として、ゲマインデは、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、影響力行使義務（Einwirkungspflicht）⁽²⁵⁾ を負わなければならない。

このような義務は、各ラントのゲマインデ法において具体化されている。例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法108条1項1文は、ゲマインデが私法形式の組織を設立し、またはこれに出資することができる場合として、ゲマインデがその設立・出資に重大な利害関係を有していること（2号）、自治体の拠出額や責任（Haftung）が合理的に限定されていること（3～5号）、その定款・規約が公共目的を追求するものであること（7号）などと並んで、ゲマインデが、特に監督機関において影響力を保有し、またはこれが定款その他規約において確保されること（6号）を挙げている。⁽²⁶⁾

監督機関等における影響力の確保につき、より具体的には、その監査役の構成員に占めるゲマインデ代表の最低員数が規定されている場合などがありうる。このほか、特別の義務として、企業の議会に対する情報提供義務や報告義務を課すことや、企業の機関に派遣されるゲマインデ代表に対する内容的拘束や指揮監督、企業に対するゲマインデの賠償責任の制限、事業計画や会計報告書の作成、国家監督庁に対する義務（届出義務等）⁽²⁷⁾が規定されうる。

2 法治国家的な要請

ドイツ公法学においては、法治国家原理および権力分立原理から、所与の任務に対して、適切な組織を形成することを要請する機能適合的な組織構造の原則（Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur）が論じられてきた。⁽²⁸⁾この種の憲法原則の導出にかかる理論構成は、論者によって異なるが、概ね以下の2つの筋に大別することができる。

第一に、連邦憲法裁判所の判例上も認められてきた機能適合的な機関構造の原則（Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur）を行政組織法の原則へと転換するものである。基本法20条2項2文の（機能的）権力分立原理から導かれる憲法命題として、機能適合的な機関構造の原則が展開してきた。すなわち、連邦憲法裁判所の判決によれば、「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、自身の組織、構成、機能、手続方法を最適な条件の下で用いることができる機関によってなされる」べきであるとされる。⁽²⁹⁾これに対応して、行政組織法の領域においても、所与の行政任務に対して、多様な組織形式を最も「成果が期待される形で（erfolgversprechend）」割り当てることが要請されると説かれる。⁽³⁰⁾

第二に、立法と行政との単純な対比において、行政には、法律上の目的や実体的基準を（組織の観点からも）合理的に実現することが義務付けられると説くものである。⁽³¹⁾Udo Di Fabioは、権力分立という基礎的な憲法概念は、議会法律を、跡付け可能な形で（nachvollziehbar）、合理的かつ実効的な態様で実施するという法律に結び付いた執行府に基づくものであるため、学術的専門知を取り込むことで機能適合的に行政を組織することが、法治国家原理に淵源を

有する憲法上の要請として考慮されうるという⁽³⁴⁾。そして、権力分立制を背景とした行政決定の機能が目標とされる限りにおいて、事項に適合した決定が可能とされるように、行政過程を人的、技術的、認識的に（kognitiv）組織すべきという執行府の客觀法上の義務が論じられるという。類似の観点から、Helmut Schulze-Fielitz は、合理性の要請が、組織法の立法者にも向けられたものであり、その組織法上の形成余地を、いずれの行政任務についても最適なものとして調整させることにより、立法活動を制御するような基準であると説く。⁽³⁵⁾

いずれの見解によるとしても、行政主体の組織形成にあたって、所与の行政任務または行政目的との関係で、組織を最適化すべき憲法上の要請は有力に主張されうる。公共化の場面において、ゲマインデには、地方自治保障の下で、その任務や組織の選択につき、たしかに一定の裁量余地が与えられている。それでもなお、国層の一部に位置づけられるゲマインデは、組織高権行使する際に、法治国家原理に服する。ゆえに、公的任務の遂行との関係で、組織形式の選択が、その機能に適したものとして行われるべきことが要請されうる。⁽³⁶⁾

3 機能適合的な組織構造の原則と経済性原則

もっとも、機能適合的な組織構造の原則にかかる具体的内容について、必ずしも明確かつ統一的な基準のカタログが示されるわけではない。しかも、この原則は、経済性の観点と重複しうる。すなわち、Martin Burgi によれば、経済性原則は、効率性（Effizienz）と有効性（Effektivität）の両側面を併せ持つものであるが、効率性とは、一定の目的を可能な限り少ないコストで達成することであり、反対に、有効性とは、同等のコストで最大限の目的を達成することを指す。⁽³⁷⁾ 機能適合的な組織構造の原則は、所与の特定の行政任務と組織の事実上の作用との関係を形成することで、効果性の基準に対応するものであると理解される。また、Eberhard Schmidt-Aßmann も、組織単位の効果性、すなわち、所与の目的がその給付によって実現され（う）る程度（Grad）の問題は、行政組織法においても無視することができず、その根拠は、国家決定の合理性を要求する法治国家原理に見出されうるという。最後に、Christoph

Brüning も、任務に対する組織の合理的な割当てにかかる法治国家原理に由来する憲法上の要請は、基本法114条2項で規定された経済性の要請を通して補完され、強化されるとして、経済性原則との関連性・連続性を指摘する。⁽⁴¹⁾

しかし、合理的決定の要請は、経済的な観点を考慮することだけを目的としているのではない。Brüning も、行為形式や組織形式の適切性の基準は、任務遂行の実体的な質（例えば、信頼性や持続可能性あるいは社会的な観点等）に関連するものであり、単に国庫的に理解されてはならないことを指摘する。⁽⁴²⁾また、Leonard von Rummel によれば、とりわけ公共化について決定的なのは、事項に適した（sachgerecht）任務処理を可能とするような組織形成であるか否かであり、そのような判断はゲマインデ議会に委ねられるが、経済的基準以外にも、住民への確実な供給、環境保護または社会的な観点といった非経済的な観点も考慮されるという。⁽⁴³⁾ Schmidt-Abmann も、行政組織法が制御資源として適正に投入されうるのは、行政組織が、行政任務との間の対応関係（Entsprechung）に基づいて追求される場合のみであるという。その主たる決定は、原則として、立法者による権限配分によるものであるが、行政が、利用可能な組織類型を、その法的地位や内部構造の点に関して、任務に対して十分なものに変動させることを要請することで、事後統制的にも資することを指摘している。

4 二次的な基準

以上のように、法治国家原理から、いかなる任務または目的に対して、いかなる活動形式または組織形式が適合しているかの決定について、第一に、立法者に合理的な基準を設けることが要請され、第二に、実体的な基準の下で、組織編制権を有する行政機関に対して、その具体的な組織形成を合理的に行うべきことが要請されうる。後者の意味において、機能適合的な組織構造の原則は、経済性原則と同様に、「二次的な目的」でありうる。⁽⁴⁵⁾

法治国家原理の一部としての機能適合的な組織構造の原則それ自体からは、一般論として、明確な基準は見出されない。Schmidt-Abmann も、この原則につき、具体的な任務の分析なくして、組織法の制御資源については、意義の

ある形では議論することはできないという。とりわけゲマインデの任務については、広く組織高権が認められているため、一般的には、当該任務に関連する個別法の趣旨目的および当該ゲマインデの地域的共同体の事情をも踏まえたうえで、⁽⁴⁶⁾ゲマインデ議会の合理的な評価に委ねられているといいうる。⁽⁴⁷⁾

III 協同組合形式の投入

1 協同組合という選択肢

公共化は、公的な生存配慮の模範を意識し直すことを動因としてなされることがあるが、⁽⁴⁸⁾公共化後の任務遂行主体として、私法形式との対置で公法形式の組織だけが論じられるわけではない。むしろ国家と社会の二項対立にのみとらわれることなく、公共の福祉を志向して活動する公共的な組織形式の利用可能性を開拓すべきことが指摘される。⁽⁴⁹⁾ここには、非営利組織等が含まれるが、ドイツの公共化論では協同組合（Genossenschaft）に注目が集まっている。⁽⁵⁰⁾

協同組合の概念は、公法上の社団（Körperschaft des öffentlichen Rechts）と類義のものとして用いられてきた。しかし、行政組織法においては、公法上の社団概念の方がより強調され、⁽⁵¹⁾協同組合の観念はその裏に隠れてきた。協同組合は、学説上も久しく注目されてこなかったが、国際的な協同組合への再注目の動向と並行して、ドイツの自治体においても、任意的任務か義務的任務かを問わず、協同組合モデルの活用事例が確認され、近時の学説においても、「自治体における協働および自治体における将来の革新的なマネジメントのための方向を指したモデル」として再評価するものが現れてきた。⁽⁵²⁾そして、このような動向と並行して現れた公共化論においても、市民参加に開かれた現代的かつ将来志向型のモデルと評される協同組合の活用が期待されている。⁽⁵³⁾

2 協同組合の基本構造

（1）協同組合の理念と基本原理

協同組合法 1 条 1 項は「その目的が共同体的な事業経営による構成員の自活（Erwerb）若しくは経済又は構成員の社会的若しくは文化的利益の支援に向

けられた構成員数が限られていない会社（協同組合）は、この法律の措置に基づき、『登記協同組合 (eingetragene Genossenschaft)』の諸権利を得る」と規定している。同条は、2006年改正により、「構成員の自活・経済の支援」にかかる具体的な列挙事項を削除するとともに、新たに「社会的・文化的利益の支援」の目的を規定するに至った。これにより、生存配慮のような、従来よりも公共の福祉を指向した任務への協同組合の投入が意識されるようになった。他方で、このような支援目的 (Förderzweck) の観点からは、もっぱら利潤追求や第三者へのサービス提供に向けられた活動を主たる目的とすることは、その趣旨に反し、許されないと解される。⁽⁵⁶⁾

協同組合の基本原理として、協同組合の所有者がサービスの受け手にもなるという同一性原理、原則として、組合員の1人1票による多数決原理を採用するという民主制原理、協同組合の意思決定は、組合員によってなされるという自治原理、そして、組合員が平等な取扱いを受けるという平等取扱原理が挙げられる。上記の原理は、協同組合法の規定に転換されており、協同組合は民主主義に適合する (demokratiekompatibel) 組織形式であると評価されうる。⁽⁵⁷⁾

（2）協同組合における意思決定の構造

協同組合の基本的特徴は、サービスの受け手でもある組合員の民主的決定に開かれている点にある。協同組合における最高意思決定機関は組合員の総会 (Generalversammlung) であり (協同組合法43条以下)、定款変更 (同法16条)、理事や監事の選解任 (同法24条および36条) 等、法律上個別に規定された権限を有するほか、法律や定款で他の機関に付与されていない限りにおいて、協同組合の本質的事項について決定する。協同組合法43条3項1文は、組合員1人1議決権の原則を規定しており、その出資割合にかかわりなく、原則として、投票権が組合員に平等に配分されている。この制度は、民主制原理と組合員による自治の側面を有するものもある。⁽⁵⁸⁾

他方で、協同組合法は、1人1議決権の例外をも規定している。第一に、一定の要件を満たす場合には、定款で一部の組合員に複数議決権を与えることができる (同法43条3項2文・3文)。もっとも、組合員に複数議決権を認める

ことができるの、それが事業運営に特に資する場合に限定され（同法43条3項3文1号1文）、複数議決権は3票を超えることができない（同2文）。また、当該組合員は、法律上、総議決権の4分の3以上の賛成（あるいはそれ以上の賛成）が要求される決議や、複数議決権についての定款の規定の廃止・制限についての決議においては1議決権しか行使することができない（同3文）。このように、複数議決権が認められる場合であっても、個々の組合員が協同組合を支配することまでは困難とされている。

もっとも、その組合員がもっぱら登記協同組合であるか、または組合員の圧倒的多数を登記協同組合が占める協同組合には、1号の規定は適用されず（同条3号1文）、定款をもって、持分に応じた議決権を認めたり、それ以外の基準を規定したりすることができる（同2文）。このような議決権の例外は、後述（3（2））の二層的協同組合モデルでも用いられる。

第二に、協同組合法8条2項1文は、協同組合の自助（Selbsthilfe）的な性格にもかかわらず、協同組合のサービスを享受しない投資組合員を定款により認める余地を与えていた。この点に関し、同項2文は、投資組合員の議決権が他の組合員の議決権を超えることがないように、とりわけ総会における4分の3以上の特別多数決議が投資組合員によって妨げられることがないように、定款において適正な規律を維持すべきことを要請しており、このような目的のために、投資組合員の排除をも認めている。このように、協同組合法は、とりわけ任務の直接的な受益者となる組合員自身による民主的決定が確保されることを基本としている。⁽⁶⁰⁾

3 公共化における協同組合の活用事例

（1）自治体における協同組合の活用にかかる動機

ドイツにおいて、伝統的な協同組合の活動領域は、主に銀行、農業、商工業、消費生活および住宅の分野であった。とりわけ自治体の供給領域との関係では、水道供給や公衆浴場等の運営にも用いられてきた。その後、前述のような法1条の改正もあり、協同組合の活動領域は、エネルギー供給のような経済活動から、病院、幼稚園、老人介護、映画館、芸術・文化施設等、社会的・文化的な

領域にまで拡大している。⁽⁶²⁾

自治体の利益に属する給付に協同組合が用いられる動機として、とりわけ限られた資源の下での供給の最適化や最低限のインフラストラクチャーの確保が論じられる。すなわち、とりわけ地方においては、都市部への若年層の流出により、村落部の高齢化が進行し続けるという状況の下で、経済的、社会的および文化的な供給を最低限維持するには、地域に存するすべての力を結集させる必要がある。この場合に、協同組合による協働を通じた、地域における給付の製造、準備、提供、配分へと市民活力（社会関係資本）を活用することで、市民社会（Zivilgesellschaft）を取り込み、市民の結束をより強固なものとすることは、同時に逼迫する地方財政の解消の可能性にも資するものである。すなわち、このような市民活動への自治体の出資により、市民活力は強化され、純粋な自治体による給付を行う場合と比べて、財政的な負担の軽減にもつながりうる。⁽⁶³⁾ そして、ここには、市民参加や任務遂行への市民の影響力を強めるという事情、しかも、それはエネルギー供給や住宅供給のように、主として私人が活動する領域においてみられるという事情が加わる。

上記の事情を総合的に考慮した場合、民主的に確保された透明な、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ことのできる1つの選択肢として、また失敗に終わった民間化の代替策として、協同組合形式が考慮される。協同組合形式は、公法的な性格を有する私法形式という公私の中間形式、すなわち「第三の選択肢（Dritter Weg）」であり、公共化論においても、⁽⁶⁴⁾ 国家と社会という対立軸を越えた展開が期待されている。

（2）公私協働型および公公協働型並びにその混合モデル

近年においては、特にエネルギー供給の領域において、再生可能エネルギーの促進に伴い、「エネルギー協同組合」の設立が相次いでいる。以下では、「ノイエ・エネルギー・ヴェスト登記協同組合（NEW）」の事例を紹介する。⁽⁶⁵⁾

NEWは、2009年に、再生可能エネルギーによる発電・変電を行うことで、エネルギーの地産地消を行うこと目的として、自治体間の垣根を超えた自治体の協同組合として設立された。また、これとは別個に、当該地域における住民

が組合員となる「市民エネルギー組合ヴェスト登記協同組合（BEW）」が設立されている。そして、NEWでは、自治体、地域供給者であるシュタットヴェルケおよびBEWが組合員となっており、当該地域の住民はBEWの組合員となることで、これを通じてNEWの決定に参加することができる。NEWとBEWを分けて設立したのは、本事業が特定の自治体だけに関わるものではなく、複数の自治体に跨るものであるため、特定の自治体のエネルギー政策に関心を有する個々の住民の具体的決定、すなわち自治体ごとの意思決定と、自治体の地域を超えた市民の原則的決定を区別する趣旨である。⁽⁶⁹⁾

前述のとおり、協同組合においては、1人1票の原則が妥当しているため、自治体が協同組合にかかる適切な影響力行使の可能性を確保しようとする場合には、このことを前提として、その措置を講ずる必要がある。この点で、NEWのような二層的協同組合モデル（zweistufige genossenschaftliche Modell）は、自治体による影響力の創出に寄与しうる組織モデルであると評価される。すなわち、NEWのように、登録協同組合が組合員の圧倒的な多数を占める協同組合においては、定款により、議決権の比重について、固有の規律を設けることも可能である（協同組合法43条3項3文3号2文）。ゆえに、組合員の属性に基づき、あるいは事業の掛け金の額に応じて、組合員の議決権を等級づけ、影響力を調整することも考えられる。⁽⁷⁰⁾

（3）公民協働型

Hartmut BauerとFriedrich Markmannによれば、協同組合には幅広い活用分野があり、そこに関与するアクターも様々であることにより、異なる複雑さを有する様々な組織モデルが誕生してきたというが、彼らは、伝統的な公私協働・公公協働論において論じられてきた形式のほか、協同組合を用いた2つのモデルを紹介している。それが公民協働と多数利害関係者協働である。⁽⁷¹⁾

公民協働（public citizen partnership）は、自治体の任務遂行のために、自治体と住民が協同組合の形式で連携することをいう。すなわち、自治体による給付は、協同組合という「市民の社会参加（Engagement）」による協働により補充される。このような協働類型は、特に自治体の給付が停滞することが危

ぶまれている場合に、市民が自ら任務に参画するようなモデルとして用いられ、⁽⁷²⁾とりわけ、保育や老人介護のような社会的任務に用いられる。

公民協働は、市民活力の動員に加えて、相応の影響力の行使により、住民の利益と自治体の利益の調整にも資する。このモデルの下では、場合によっては、自治体の参画がない場合も考えられ、また、自治体の具体的利益によっては、自治体は、投資組合員として、協同組合を支援し、その業務執行には携わらずに、市民協同組合の単純な支援（例えば、自治体の所有する不動産を協同組合に賃貸するなど）に従事することに限定されることも考えられる。すなわち、自治体がどこまで関与するかを、影響力の行使の可能性の留保により調整することができる⁽⁷³⁾のである。

（4）複数利害関係者協働型

これに対し、複数利害関係者協働（multi stakeholder partnership）では、一定の自治体任務について様々なアクターが、当該任務の処理のために互いに協力し合う「非均質的な構成員グループ」を有する組織モデルが問題となる。実務における例として、ケムニッツ市におけるゾンネンベルク区登記協同組合が挙げられる。2000年代初頭に、14,500人の住民が居住するゾンネンベルク区においては、人口減少や空き家問題等が深刻化していた。このような問題に対処すべく、2004年に、当該地区における市民団体が結成され、当該地区的住民、地元企業、市民団体、市の行政機関と協働して、ワークショップを開催し、当該地区における課題を解決するために必要な活動について議論した。その際、当該区の課題に専門的に取り組む組織がなかったため、市区協同組合（Stadtteilgenossenschaft）を設立することが検討された。そして、2005年6月に協同組合が設立されたが、その際、区内の失業者20名程度を組合員として関与させた。そして、住宅供給を適正化し、都市再開発事業を進めるとともに、失業者に対して雇用の場を創出することで、都市開発や社会政策・労働市場に関する問題に対処した。もっとも、本事例では、複数利害関係者協同組合における多主体のネットワークが形成されていることが特徴として挙げられるが、それゆえに構成員の「利益調整」が問題となりうる。⁽⁷⁴⁾

総括と今後の展望

本稿は、紙幅の都合上、公共化後の任務遂行体制にかかる決定に関し、その一般的な法的基準を素描し、近年注目される組織形式である協同組合の法的特徴および採用事例を紹介するにとどまる。そこで、さらに具体的な検討が今後の課題として残るが、その際、本稿の内容を踏まえて、次の2点を今後の検討の方向性として示したい。

第一に、公共化は、公（共）的なものへと再度意識を向けさせる現象であると評価されることがあるが、ドイツにおける公共化論の目下の方向性は、公私の中間に位置する協同組合をも含めて、利用できる選択肢の中から組織の最適化を行うことにより、必ずしも公務員による直営方式あるいは公法形式の意義を直接に問うものではない。むしろ機能適合的な組織構造の原則の観点から、新たな問題に対して、柔軟に、かつ事項に適した対応を可能とするよう、協同組合を含む幅広い選択肢を利用可能にすべきとの立法者に対する要求もみられる。⁽⁷⁵⁾ たしかに、協同組合には、直接民主的あるいは住民参加的な要素があり、民間事業者や私法形式の組織に比べて公（共）的ではあるが、ここでいう「公（共）」とは、民間化論や公私協働論の下における公共の担い手の拡大を基礎として、その延長線上において、民間化の失敗や人口減少に伴う任務の担い手の不足等の問題への対案を論じた結果として現れたものであるといえる。このような「公（共）」の変容を前にして、他の組織形式との関係で、伝統的な公共の担い手である公務員組織の意義をいかに捉え直すかが改めて問われているように思われる。

第二に、法治国家原理や経済性原則との関係では、行政組織をいかに合理的に構築するかが問題となる。わが国の地方自治法も、地方公共団体が「その事務を処理するに当つては、住民の福祉の増進に努めるとともに、最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければなら」ず（地方自治法2条14項）、「常にその組織及び運営の合理化に努めるとともに、他の地方公共団体に協力を求めてその規模の適正化を図らなければならない」旨を規定している（同条15項）。

ドイツにおける経済性原則と合理性ないし機能適合的な組織構造の原則の議論を手掛かりとして、上記規定の解釈・適用にも新たな示唆が得られることが期待される。もっとも、これらの基準は、具体的な任務やそれに関する個別法および関係法令の規律によって左右されるものであり、さらに公共化の事例ごとの事情によっても変わってくるから、これを明らかにするには、複数の行政領域について、様々な公共化事例を具体的に分析することで、帰納的な考察を行う必要があろう。このような各論的検討は、今後の継続的検討課題としたい。

- (1) 主要な邦語文献として、さしあたり、ヤン・ツィーコー（人見剛・訳）「再公営化——地方自治体サービスの民営化からの転換？」立教法務研究7号（2014年）43頁以下、ハルトムート・バウアー（拙訳）「公共化の実際と指針——公共の回帰——」阪大法学68巻5号（2019年）157頁以下、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の（再）公営化」清水誠先生追悼『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013年）399頁以下。
- (2) 拙稿「公的任務の公共化にかかる法学的課題（1）・（2・完）——ドイツにおける公共化論の動向を参考として」阪大法学69巻5号（2020年）179頁以下、同6号（2020年）199頁以下を参照。
- (3) Martin Burgi, Kommunalrecht 6.Aufl., 2019, § 6 Rn.4 ff.
- (4) BVerfG Beschl. v. 19.11.2014, BVerfGE 138, S.1 ff. (Rn.52).
- (5) M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 6 Rn.4 ff.
- (6) Leonard von Rummel, Rechtliche Aspekte der Rekommunalisierung, 2018, S.36 f.
- (7) 紙幅の都合上、本稿ではこの点を詳細に扱うことはできないが、「地域的共同体のあらゆる事項」は、ゲマインデが、地域的共同体の区域という空間的な範囲内において（地域性原理）、「あらゆる事項」について規律することのできる全権限性（Allzuständigkeit）を有することを意味する。そして、ゲマインデには、「地域的共同体の事項」に関する限り、法律上の任務配分がなくとも、広く任務探知（Aufgabenerfindung）およびその遂行にかかる権利が、基本法上認められていると解される。（再）公営化は、ゲマインデによって遂行されうる任務が対象となるため、基本法28条2項1文は、（再）公営化の潜在的な対象範囲を示すものといいうる。
- (8) M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 6 Rn.33 und 45; Max-Emanuel Geis, Kommunalrecht 6.Aufl., 2023, § 26 Rn.6, u.s.w.

- (9) Alfons Gern/ Christoph Brüning, Deutsches Kommunalrecht 4. Aufl., 2018, Rn.112; M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 6 Rn.33.
- (10) A. Gern/ C. Brüning, a.a.O. (Fn.9), Rn.112; M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 6 Rn.33.
- (11) Christoph Brüning, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, VerwArch 100 (2009), S.453 ff. (S.456).
- (12) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.52 f.
- (13) Vgl. Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL Bd.62, 2003, S.266 ff., (S.270 Fn.9); L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.54 f.
- (14) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.55 ff.
- (15) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.460; L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.55 ff.
- (16) なお、C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.461によれば、当該任務に自治体が初めて介入するのか、それとも「再」公営化であるのかという場合分けは、組織形成の裁量を嚮導する基準を論ずるうえで、大きな意義を有しないという。自治体の組織高権では、その法的な出発点が論じられるにすぎないためである。
- (17) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.I, 2006, § 16, S.995 ff. (Rn.174 f.)によれば、政策上の選択 (policy choice) の1つとしての「体制の選択 (institutional choice)」に位置づけられる。
- (18) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.465.
- (19) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.463 ff.
- (20) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.97 ff.
- (21) G. F. Schuppert, a.a.O. (Fn.17), Rn.2 und Rn.6 f.
- (22) BVerfG Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60, u.s.w.
- (23) Walter Krebs, Verwaltungsorganisation, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.V, 2007, Rn.93 f.
- (24) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.464. Zu dem „Legitimationsniveau“, 470 ff. m.w.N.
- (25) M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 17, Rn.80. もっとも、一般には、私法形式よりも公法形式が優先されると考えられる。
- (26) このほか、同条1項は、エネルギー供給（1号）や電気通信（9号および同項第2文）について、各活動領域に固有の要件を置いている。
- (27) M. Burgi, a.a.O. (Fn.3), § 17, Rn.83; C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.471.
- (28) Martin Burgi, Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und (阪大法学) 74 (3・4-542) 1156 [2024.11]

Ökonomisierung, VVDStRL Bd.62 (2003), S.405 ff. (S.430); C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.463 f.; L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.112.によれば「機能適合的な組織構造の原則」、Hinnerk Wißmann, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.I 2. Aufl., 2012, § 15, Rn.56 f.によれば、「任務適合的な組織構造」、Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problemskizze –, in: ders./ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S.9 ff., (S.40 f); Helmuth Schulze-Fielitz, Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber – Über Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen „weicher“ Leitbegriffe in der Rechtsdogmatik, in: Paul Kirchhof u.a. (Hrsg.), Staaten und Steuern : FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 311 ff; Udo Di Fabio, Verwaltungentscheidung durch externen Sachverstand, VerwArch. 81, 1990, S.193 ff. (S.210 ff.)によれば、「合理的な（rational）組織構造の原則」、W. Krebs, a.a.O. (Fn.23), Rn.90.によれば「機能構成原理」と呼ばれる。

- (29) 機能的権力分立について、さしあたり村西良太「権力分立論の現代的展開——機能的権力分立論の可能性」九大法学90号（2005年）213頁以下を参照。
- (30) M. Burgi, a.a.O. (Fn.28), S.430.
- (31) BVerfG Urt. v. 12.18.1984, BVerfGE 68, 1 (Rn.144).
- (32) M. Burgi, a.a.O. (Fn.28), S.431; ders., Neue Organisations- und Kooperationsformen im europäisierten kommunalen Wirtschaftsrecht – ein Plädoyer für die kommunale Organisationshoheit, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), Recht und Organisation Staatsrecht – Verwaltungsrecht – Europarecht – Völkerrecht: Vorträge und Diskussionen zum Symposium anlässlich des 60. Geburtstags von Prof. Dr. Meinhard Schröder, 2003, S.55 ff. (S.67); C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.464; L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.112.
- (33) U. Di Fabio, a.a.O. (Fn.28), S.210 f.; E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.40 f.
- (34) U. Di Fabio, a.a.O. (Fn.28), S.210.
- (35) H. Schulze-Fielitz, a.a.O. (Fn.28), S.320 ff. E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.41 f. (S.42)も同旨。
- (36) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.112 f
- (37) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.114 f.
- (38) Martin Burgi, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht, in:

Hermann Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht: Vorträge beim Symposium anlässlich des 65.Geburtstags von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp, 2004, S.53 ff. (S.54).

- (39) M. Burgi, a.a.O. (Fn.28), S.431; S. auch, C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.463 f.
- (40) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.40. また、このような合理性は、国家組織の給付能力の前提をなすものであるが、連邦区域の再編に関する基本法29条1項1文において憲法目的として明確に論じられており、このことは他の組織決定についても妥当するという。
- (41) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.463 f. (S.464).
- (42) C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.465 f.
- (43) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.112 ff. (S.114).
- (44) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.41.
- (45) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.40.
- (46) E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fn.28), S.41.
- (47) L. v. Rummel, a.a.O. (Fn.6), S.112 ff. (S.114); C. Brüning, a.a.O. (Fn.11), S.466によれば、その具体的な個々の基準の評価は極めて複雑であるため、法的に特定の組織形式は要請されえず、多かれ少なかれ給付能力を有する組織の幅(Spektrum)だけが確認されるという。そして、特に(再)公営化の場面では、このような給付能力は、ゲマインデ法の自治体事業法の要件審査を通じて判断されることとなる。
- (48) Dietrich Bundäus/ Dennis Hilgers, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013, S.701 ff. (S.702).
- (49) Hartmut Bauer/ Friedrich Markmann, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse zwischen Privatisierung und Publizisierung: Renaissance der Genossenschaft?, in: Lothar Knopp/ Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), FS für Franz-Joseph Peine, 2016, S.375 ff. (S.380). なお、Utz Schliesky/ Sönke E. Schulz/ Florian Kuhlmann, Die Genossenschaft als Organisationsform für die öffentliche Verwaltung, VerwArch 2017, S.216 ff. (S.220 f.)によれば、協同組合は、もっぱら私法上の形式であるとはいはず、公法的な性格をも有するという。
- (50) 協同組合の概念は、Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1868によって体系化されたものであるが、時代の変遷の中で、学問的な関心は次第に失われてきた。しかし、近年では、協同組合の展開可能性を示す国際的な動きもみられる。例えば、国際連合は、協同組合(cooperatives)が社会経済の発展に寄与しうるものであることに鑑み、2012年を「国際協同組合イヤー(International Year of Cooperatives)」とすることを宣言し、同年には、国連

公共化論における行政組織法的問題の素描

のほか国際協同組合同盟（International Co-operatives Alliance）が中心となって、様々なパネルディスカッションや国際フォーラムが開催された。また、2016年には、ドイツの申請に基づき、「協同組合において共通の利益を形にするという思想と実践」がUNESCO 無形文化遺産に指定された。

- (51) U. Schliesky/ S. E. Schulz/ F. Kuhlmann, a.a.O. (Fn.49), S.222 f.
- (52) Andreas Eisen, Kooperation und Genossenschaften als Modell der kommunalen (Selbst-) Steuerung, in: Wolfgang George/ Martin Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement Bd.4 Kommunale Kooperation, 2010, S.135 ff.
- (53) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.382 ff. なお、公私協働論の文脈で、協同組合に言及する近年の業績として、宮森征司『自治体事業と公私協働——組織法的観点に基づく公法学的研究』（日本評論社、2023年）174頁以下も参照。
- (54) Bekanntmachung der Neufassung des Genossenschaftsgesetzes vom 16.10.2006, BGBl. Teil I, S.2230.
- (55) U. Schliesky/ S. E. Schulz/ F. Kuhlmann, a.a.O. (Fn.49), S.218 f.
- (56) Friedrich Markmann, Hybrid Genossenschaft: Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse auf einem dritten Weg zwischen Staat und Privat, DÖV 2018, S.864 ff. (S.867); Michael Denga, Grundzüge der Genossenschaft, JURA 2021, S.1202 ff. (S.1203).
- (57) U. Schliesky/ S. E. Schulz/ F. Kuhlmann, a.a.O. (Fn.49), S.220 f.
- (58) U. Schliesky/ S. E. Schulz/ F. Kuhlmann, a.a.O. (Fn.49), S.228. なお、総会以外の機関として、協同組合には、理事会と監事會が置かれる（協同組合法9条1項1文）が、紙幅の都合上、本稿では説明を割愛する。また、協同組合は、権限を有するラント官庁（監督官庁）から検査権を委任された検査団体に属していなければならず（協同組合法54条1文および63条）、当該検査団体から外部的な監督を受ける（同法53条。11条2項各号も参照）。他方で、検査団体も国家監督に服する（同法64条1項）。
- (59) M. Denga, a.a.O. (Fn.56), S.1204.
- (60) なお、組合員が1500人を超える大規模協同組合においては、組合員の代表者から構成される代表者集会を設置する旨の定款の定めを置くことができ（同法43a条1項1文）、その限りで、間接民主制の要素を取り入れることができる。
- (61) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.385 f.
- (62) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.385 f.
- (63) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389.
- (64) F. Markmann, a.a.O. (Fn.56), S.866; H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389.

- (65) F. Markmann, a.a.O. (Fn.56), S.866.
- (66) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389.
- (67) 例えば、Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband, Bundesgeschäftsstelle Energiegenossenschaften, (<https://www.dgrv.de/bundesgeschäftsstelle-energiegenossenschaften/> : 2024年9月1日確認)によれば、ドイツ協同組合・ライフアイゼン協会（DGRV）だけでも、2023年末時点で951のエネルギー協同組合が設立されており、組合員数は総計22万人に上るとされる。
- (68) Neue Energien West eG の HP (<https://neue-energien-west.de/neue-energien-west-eg/> : 2024年9月1日確認)を参照。
- (69) Helmuth Amschler, „Neue Energien West eG und Bürger-Energiegenossenschaft WEST eG, in: Hartmut Bauer/ Christiane Büchner/ Friedrich Markmann (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S.57 ff. (S.58).
- (70) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.392は、このようなモデルを「資本参加に基づく議決権を伴う二層的協同組合モデル」と称している。
- (71) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389 ff.
- (72) Elisabeth Reiner/ Dietmar Rößl/ Daniela Weismeier-Sammer, Public Citizen Partnerships, cooperativ, Ausgabe 3/2010, S.58.
- (73) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389 ff.
- (74) H. Bauer/ F. Markmann, a.a.O. (Fn.49), S.389 ff.
- (75) U. Schliesky/ S. E. Schulz/ F. Kuhlmann, a.a.O. (Fn.49), S.238 f.